

X UNCU ASIRDAN GÜNÜMÜZE
KADAR
CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ
VE
GELİŞMESİ

Ord. Prof. VASFİ RAŞİT SEVİĞ

BİRİNCİ KISIM FEODALİTE MUHAKEME USULÜ

B a ş l a n g ı ç

Feodalite muhakeme usulünü arz etmeden evvel feodalite cemiyeti hakkında ufak bir malûmat vermek isterim.

I — Feodalite cemiyeti bugünkü kullandığımız mana ile sınıfsız bir cemiyet idi. Sınıf bu günkü manasıyla içtimai ve iktisadî bir olaydır. Çalışma çeşidi, hayat seviyesi ve yaşama tarzı ile ilgilidir; ve günümüzün mahsulü bir kavramdır.

Feodalite cemiyeti dünkü manasıyla sınıflara ayrılmıştı. Osmanlı cemiyeti de feodal bir cemiyet olmasından ötürü sınıflara ayrılmıştı. Bu sınıfların en meşhuru kılıçlı sınıfı (sınıf seyfiye seyf kılıç demektir.), Âlimler sınıfı (sınıf ilmiye; kadı denilen yargıçlardan ve müderris (ders veren) denilen profesörlerden mürekkep sankhlar sınıfı); Kâtipler sınıfı; (Sınıf kalemiye)¹; Meselâ bugünkü baro mensupları o zaman dahi mevcut olsa idi müdafiler, dâva vekilleri sınıfı diye adlandırılmış olacaktı. Halâ bugün “Ordre” kelimesinin bizde karşılığı yoktur. “heyet” (Corps) dediğimiz topluluğa lonca veya ocak denirdi; Yeniçeri ocağı, ekmeçiler loncası gibi. Demek ki odredre (bugünkü avukatlar ordru gibi) hukukî ve göreve ait bir olaydır. Bugünkü mesleki teşekküllerin bir eşidir. Her ordre cemiyetin belirli bir görevine cevap verir; insanların bu göreve gö-

1) Sofy ve kalem tabiri kanaatımca ordu ve siyaset demektir. “Hayf sana Sultan Selim sad hayf. Hem kalem ağlasın sana hem seyf” Dışişleri Bakanna “Kâtiplerin başkanı” (Reusül-küttâp) denirdi.

re taksimi hukuki bir müeyyideye dayanırdı. Her ordrun görevine uygun gelen özel bir statüsü (nizamı, nizamnamesi) vardı. Halbuki fertlerin bu günkü manâsiyle sınıflara bölünmeleri halinde herkes aynı hukuki vaziyeti haiz olarak kalacaktır; medenî halinde bir değişiklik olmayacaktır.

Bir ordr'a hukuki bir merasimle girilirdi. Bir ordr'dan diğer bir ordr'a birdenbire geçilirdi. Asalet de papazlar da ikmallerini üçüncü sınıftan yapıyorlardı. Halbuki bu günkü iktisadi ve içtimai manâsiyle bir sınıftan diğer bir sınıfa birdenbire geçilemez.

Ortaçağ, Osmanlı cemiyeti gibi üç ordr'a (Osmanlı cemiyetinin tabiriyle üç sınıfa) ayrılırdı. Yalnız bu taksimin sistemleşmesi çok geç olmuştur.

1 — Asalet sınıfı (ordr) askeri ve siyasi görevi görür ve özel bir hukuki teşkilâtı haiz bulunurdu.

Bizde âsalet sınıfı iki ayrı ordr'a ayrılırdı. 1 —) Kılıçlı sınıfı; bunlar beyler ve paşalardı. 2 —) Kalemli sınıf; bunlara efendi denirdi.

Ruhban ordr'u bizim ilmiye sınıfımıza karşılıktır. Dini ve ilmi görevlerle beraber bizde evkafın görmüş olduğu yardım görevlerini de görürdü.

Üçüncü ordr "üçüncü hal" diye adlandırılmış olan üçüncü sınıfı teşkil edenler iktisadi görevleri görenlerdi. Üçüncü ordr topluluğunun maddi hayatının sağlanmasına üstüne almıştı. Üçüncü sınıf "Tiers - Etat" (üçüncü hal) adıyla adlandırılırdı. 1789 da âsalet sınıfı imtiyazlarıyla beraber kalktı. Ortada sadece papazlar sınıfı ile üçüncü sınıf kaldı. 1789 inkilâbı üçüncü sınıf lehine yapılmıştı.

Üçüncü sınıfın iktisadi mahiyeti üçüncü ordr'u ikiye ayırdı, fakat iki ordr'a ayırmadı, iki bugünkü manâsiyle sınıfa ayırdı: Meselâ kasabada oturanlar (Burjuva) ile köylüler (Vilain) ve toprak esirleri olan serfler birbirinden ayrıldılar. Burjuvalar özel hukuki kaidelere tabi ve imtiyazları ile özel bir heyet teşkil etmeye başladıkları anda üçüncü ordr'un o güne kadar müşterek olan hukuki statüleri bile farklılaşmaya başladı¹.

Orta çağ cemiyeti heyet halinde düzenlenmişti. Yani her ferdin, iletici vücudunu, görevini, himayesini, hukuki statüsünü ve gelişme vası-

1) Bugün "üçüncü hal" in bir parçası olan işçileri "dördüncü hal" diye ifade edenler de vardır.

talarnı bulduğu cemiyetler halinde düzünlenmişti. Manastırlar (bizde tekkeler) medreseler ve meslek birlikleri gibi mürekkep cemiyetler de vardı. Mürekkep teşkilâtlar her biri kendi gayesine doğru meyl eden çok teşkilâtlardan mürekkepti. Ordr'lar özel hukukî ve idarî bir birliğe malikti. Ordr'un, umumî menfaat hakkında müşterek bir kansatı vardı. Fert dahil bulunduğu heyet sayesinde mümessilini ve içtimai müdafaasını bulurdu. Heyetlerin çokluğu fertleri tek başına bırakmazdı, fakat ferde tek başına hareket imkânı da vermezdi.

*

**

Orta Çağ cemiyetinde iki hukuk yürürlükte idi : Örf hukuku ve yazılı hukuk. Demek ki, Orta Çağda millî bir hukuk yoktu. Onun yerine çeşitli hukuk sistemleri vardı.

Evvelâ her eyalet'in örf hukuk ayrı olduğundan örf hukuku çeşitli idi. Volter (Voltaire) bu çeşitliliği "insan her konakta at değiştirdiğinde hukuk da değiştiriyor" sözüle ifade etmişti. Hukuktaki çeşitlik yalnız mülki değildi; yani : Örf yalnız beylikler arazisine göre değişmiyordu. Ordr'lara göre de değişiyordu. Âsalet için özel ve tamam bir hukuk sistemi mevcuttu. Keşişler için de özel ve tamam bir hukuk sistemi vardı. Burjuvalar için de ayrı ve tamam bir hukuk sistemi vardı. Binaenaleyh Orta Çağda herkesin tâbi olacak bir hukuktan, yani umumî olan bir hukuktan, herkesin müşterek olduğu bir hukuktan bahsedilemezdi. Bu izahların ışığı altında umumî hukuk (meeslâ umumî ceza kanunu) veya müşterek hukuk yahut adî hukuk (olağan hukuk) tabirlerinin - ki hepsi aynı mânadadır. - Mânaları daha iyi anlaşılır.

Her sistem aynı fiiller hakkında değişik hükümler ihtiva ederdi. Meselâ beyler hukuku ile kilise hukuku evlenme veya serfler hakkında birbirlerinden tamamıyla ayrı hükümler ihtiva ederdi; vesayet, faiz vesaire hakkındaki hükümler de değışikti. Meselâ mirasta, mirasçılar asil iseler hisseleri çok ağır derecede gayri müsavi tutulurdu; avamdan iseler son derece müsavi tutulurdu. Meselâ araziye zilliyetlik hakkındaki hükümler asliler ile Burjuvalar arasında; evlenme ve serfler hakkındaki hükümler kilise ile asiller arasında anlaşmazlıklar doğuruyordu.

Hukukta ve hükümlerindeki bu değışiklik, hukukun ifa edilecek içtimai göreve göre inşa edilmesinden doğuyordu. Böylece âsiller hukuku askerî hizmetin ifâasını mümkün kılacak olan bütün zarurî kaideleri ihtiva ediyordu. Bu sebepten evlenme, vesayet ve rüşd vesaire hakkındaki kaideleri tayin ettiriyordu. O kaidelerin şartı askerlik görevi idi. Kilise

hukuku fikri ve ahlâki kaideleri ifade eyliyordu; adalet ve insaniyet düşüncelerinin zamana göre ilham eylediği kaideler bu hukukta hâkim idi. Burjuva hukuku iktisadi faaliyeti hususiyle ticareti düzenlemek için yapılmıştı. Binaenaleyh burjuva hukuku yalnız ticarî kaideleri ihtiva etmiyordu; mülkiyete, kan koca arasındaki mal rejimine vesaireye ait hükümleri de ihtiva ediyordu. Oldukça makûl (yani akla dayanan) menfaat ve teşkilâtın üstünlüğü prensibine dayanan bir hukuk idi.

*

**

Orta çağın ayrıldığı üç ordı'un mevcudiyetlerini devam ettiren âmil bu çeşitli hukuku tatbik eden çeşitli mahkemelerdir. Kilisenin yargı erki vardı. Beyler için akraneların teşkil eyledikler mahkemeler vardı. Burjuvalar için Belediye mahkemeleri vardı.

Örf hukuku hiçten doğmaz; örfte daima eski, unutulmuş hukukî yapılar temel teşkil eylemiştir. Evvel emirde hukukî bir âdet mevcut olmuş bulunmadıkça, meselâ kilise örfünden, asillerin örfünden veya şu mahallin örfünden orman, nehir örflerinden yahut filân meslek örfünden bahsedilemez. Örf bir milletin örfü değildir. Bir içtimai gurubun, yani aynı görevi gören yahut aynı arazide oturanların örfüdür.

Örf terk edilmekle yani; kullanılmamakla kalkar. Kullanılmamak ya hissi ve fikri yahut hakikidir: Örfün hak olduğu hakkındaki his veya fikrin değişmesi yahut içtimai gurubun ittifakını kayır eylemesi ile kalkar. Guruplar (ordı'lar) çok çeşitlidir: Meslekî gurup bir şeyi kullananların gurubu veya bir yerde, yani bir beylik içinde ikamet edenlerin vesairenin gurubu gibi. Meselâ bugün bile dün olduğu gibi ticarî örften yani tüccarlar arazisindeki örften bahsederiz. "Tacirler arasında örf olan şey (maruf olan şey) muamelelerinde meşrut (şart edilmiş) gibidir, (Mecelle Mad. 44); bu gün de dünya ticaret kanunları aynı hükmü teyit ederler. Yine meselâ mecelle 37 nci maddesinde "halkın kullanması (istimali) kendisiyle amel edilmesi yani o kullanışa uygun hareket edilmesi vacip olan bir kaidedir" der. Bu gün de meselâ sular mevzuunda (teamülü kadim) den, eskidenberi gelen kullanış tarzından, ve o eski kullanış tarzına riayetin vacip olduğundan bahsederiz. X uncu ve XI nci asırlarda önemli merkezlerde örfler tebellür etmeğe (billürleşmeğe) başlamıştır. Bu merkezler nüfuz ve tesirlerini genişletirler ve bu andan itibaren de (XII nci asırdan itibaren de) örflerde bir birleşme vücudâ gelir ve örf geniş bir mıntakayı kaplar. Normandie ve Anjou örflerin billürleşme merkezlerine misâldir. Normandie, Brötanya ve İl dö France (Bugün Paris'in bulunduğu yer) eyaletleri örflerini etrafa yaymış ve

genişletmiş yerlere misâldir. Fakat XIII asırda bu genişlemiş örflerde yine kesintiler gözükmeye başlamıştı; yine daralmalar başlamıştır: Her yargı mıntakasına (Bayyajlarda, baillages) göre daha dar olmak üzere ayrılmalar başlamıştır. Fakat bu kesintiler, ayrılmalar ve darlaşmalar o genişlemiş örf içinde ancak; tali, ikinci derecede kalacak farklar vücuda getirmekten ileri gidemedi ve yine örfler geniş bir tüm içinde toplanmış bulundu. Böylece kuzey örf gurubu, batı örf gurubu gibi geniş guruplar devam eyledi. Bu gruplardaki örfler, modası geçmiş manâsına olmak üzere eskilikleri, muhafazakâr zihniyetleri ve feodalite izleri ile tebarüz ediyorlardı.

Yargı mıntakalarının örflerin bir örnek olarak kalmasına hizmet etmemelerinin ve ayrılmalar vücuda getirmesinin sebebi yargıcın rolünün çok önemli olmasındandır. Gerçi örfü yargı yaratamaz, yargı sadece örf ile amel eder. Fakat örfün örf olduğunu kabul eden ve onu teyit eden yargıdır. Örf yargı önünde isbat edilir. Bu sebepten yargı örfü tahkik eder ve şahitler dinler. Daha eski hükümlere (emsâllere) müracaat eyler. Mütchassis müşavirlere (ki bugün onlara bilirkişi diyoruz.) veya Paris Belediyesi gibi özel bir otoritesi olan bir topluluğa müracaat edebilir. Örf arz eylediğimiz tarzda tesbit edildikten sonra yargı onu hükümlerinde formüle eder ve artık o hüküm emsâl teşkil eder. Yani ileride tatbik edilecek bir örnek teşkil eder. Yargı fena bulacağı örf ile dahi amel etmeğe mecburdur. Fakat kral fena bulacağı örfü değiştirebilir ve yerine koyacağı iyi örfün tarifini yapar. XIII üncü asırda âmme menfaatinin mümessili olan kralın müdahalesi tevazzuh etmeye başlıyor. Kral tartışmalı olan örfleri tavih ediyor. Kral Anju asıladelerinin ve Paris mesleklerinin örflerinin tartışmalı yani ihtilâflı olanlarını tavih eylemiş olması bu çeşit müdahalesine bir misâl teşkil eder¹. Kral 1298 tarihinde Parlöman denilen adli büyük mahkemelere (divanı adliyelere) makul göremeyecekleri örfleri bertaraf eylemek yetkisini verdi.

Örf bazen bir otorite tarafından zorla kabul ettirilirdi. Meselâ dinde doğru yoldan çıkmış (itizale sapmış) oldukları iddia edilen Albi eyaleti halkına karşı açılan dini seferde (haç seferi) Simon dö Montfort 1212 de bir nizamname çıkarttı ki, o nizamname yazılı hukuku (Roma hukukunu) tatbik eden ve aslâ örf hukukunu tatbik etmemiş bulunan Albi

1) Bu yetkiye benzer bir yetki İslâm hukukunda padişahlara da verilmişti. Bir mesele hakkında verilmesi gereken hüküm müctehidler arasında ihtilâflı olursa ihtilâfa düşmüş bu büyük hukukçulardan hangisinin reyî ile amel edileceğini padişah tayin ederdi.

için çıkartılmış bir nevi örf kanunnamesi idi. Bu kanunname ile feodalite münasebetlerinde Paris örfünün tatbiki mecburi kılınıyordu.

Prensip itibariyle örf rivayete dayanır, yazılı değildir. Fakat yavaş yavaş örf yazı ile tesbite başlandı. Bu sebepten örf resmîleşti ve elâstikiyetini kaybeyledi. Yazılma işine, evvelâ hususi şahıslar arasında, mezalâ bir sözleşme gibi geçmiş özel bir muamele hakkında örf belirtilmek üzere başlandı. Bu itibarla X uncu ve XI inci asırlarda örfler hakkında genel bir eser yoktur. Yalnız tek bir örf kaidesi hakkında yazılı tavsihler vardır.

Örf hukuku hakkında daha genel eserler XII nci asırda yazılmaya başlanmıştır. Evvelâ beylerin hâkimiyetinden kurtulmak isteyen kasabaların beyler tarafından satma suretiyle verilmiş imtiyaznameleri yazılmaya başlandı. Bu imtiyaznameler o kasabada tatbik edilegelmekte olan örfleri tavsih eder ve böylece bir nevi tedvin teşkil eyerdi. Bu imtiyaznameler az çok geniş olurdu.

XIII üncü asırda "Coutumier" denilen eserlerin yazılmasına başlandı. Kutümye diye resmi sıfatı olmayan bir hukukçu tarafından örfte dair yazılmış esere derlerdi. "Coutume" (Kutüm) örf demektir. Binaenaleyh riayeti mecburi bir eser değildi. Bu örf külliyyatının (mecellesinin) en eskisi 1200 - 1220 tarihinde yazılmış olan Normandi kutümyesidir. Normandi örfünün esaslı ve umumî çizgilerini tesbit etmiştir. 1250 de bu eserin daha mufassal yazıldı. Ona "büyük Normandi kutümseyi" dendi. Çok itibar kazandı ve mahkemelerde sanki resmi bir vesika imiş gibi itibar gördü.

Bu tarihlerde Roma hukuku tekrar dirilmeye ve örf hukuku üzerinde tesir etmeye başlamıştı.

Örfte dair eser yazarlar örf kaideleri arasına Roma ve kilise hukukları hükümlerini de karıştırmaya başlamışlardı. Bu gibi eserlerin en meşhuru 1280 tarihinde Vernondois "Bailli" si (kadısı) tarafından yazılmıştı. "Beauvaisis Clermont örfleri" adlı eser örfü, diğer örflerle karşılaştırıyor; Paris parlömani içtihatlarına atıflar yapıyor; Roma hukuku prensiplerine de atıflar yapıyordu. Hülâsa zamanın hukukî ve içtimai ülküsünü feodal ve hiristiyan görünüşler altında arz ve izah ediyordu.

Yazılı Hukuk

Örf Hukuku pratikten doğmasına rağmen onun olavlardan üstün olduğu hukukçular tarafından ilân olunuyordu. Fakat hakkın olaylara

üstünlüğü bilhassa yazılı hukukta gözüküyordu. Hukukun bu üstünlüğü o devrin esaslı karakterlerinden (farikalarından) biridir. Devrin dışında kalamıyan İslâm dünyasında da hakkın bu üstünlüğü “Hak âlidir ve ondan daha âli bir şey yoktur.” formülü ile ifade olunurdu. O devrin sık sık gözüken kargaşalıkları ve cebir ve şiddetleri arasında siyasi, iktisadi ve içtimai âlemde iyi olarak ne yapılabilirse ancak hukuk ile yapılabilirliği hakkında çok kuvvetli bir duygu besleniyor ve muhafaza ediliyordu. Hak beyin ve kralın da üstünde idi. Onlar da hakka uymağa mecbur idiler. Binaenaleyh Ortaçağ cemiyetlerinde hakiki otorite ne beyde ne kralda ne de zenginlerde idi. Hakiki otorite bizzat hakta idi. Hakkın her türlü tecrübeden evvel sırf akıl ile (apriori) sabit olmuş bir kıymeti vardır. Hakkın âli olduğu ve odan daha âli bir şey olmadığı yalnız hukukçuların iddiası olarak kalmıyordu; halkın müşterek kanaati, müşterek imanı olarak yaşıyordu. Bununla beraber bir örfü bertaraf etmek için kralın müdahale edebileceğini arzetmiştim.

Roma hukuku, hukukun üstünlüğü ile kralın erki arasında özel bir tarzda anlaşmazlıklar çıkmasına sebep olmuştur Roma hukukunun yeniden doğuşu an'anevi verileri derin bir tarzda değiştirmişti. Çünkü; Roma hukuku ilmi bir hukuk idi. Roma hukuku bu halleri ve vasıfları ile rivayete dayanan, şifahi ve anî teşekkül eden, elâstikiyeti olan ve fakat eksik bulunan örf hukukuna karşı koyuyordu. Roma hukuku bilhassa hukukun her otoriteye üstün bulunmasından şüphe edilmeğe siyaseti teşvik ve tahrik ediyordu.

IX. asrın sonlarından itibaren Roma hukuku hemen hemen tamamıyla unutulmuştu. X uncu ve XI inci asırlarda mânevî kıymetine ve şekli kısımlarından bazılarının yaşamakta devam eylemelerine rağmen tatbik dışı kalmış ve bilinmez olmuştu. Hukuki tatbikatın bazı şekillerden başka Roma hukuku ile hiç bir ilgisi kalmamıştı. XI. asrın sonlarında Roma hukukunun kaybolmuş esaslı metinleri tekrar bulundu. Bu bulmaların bir hamlede vukua gelmemiş olması; parça parça, kısım-kısım, elde edilmiş metinlere münhasır kalmış bulunmaları muhtemeldir. Çünkü metinlerin yayımı yavaş yavaş olmuş ve 1140 ta tamamlanmıştır. Bu tarihten itibaren Roma hukukunun Rönesansı başladı. Bu Rönesans İtalya'da (Bologne) Bolonya şehrinde İrnerius'un tedrisatı ile başladı.

İrnerius tarihlerde “Glosatörler” diye zikredilen mektebi kurdu. Glosu mektep Roma hukukunun metinlerini şerh (Glos) ederdi. O metinlerin özetini de çıkartırdı. Bu usul doğuda da cari idi. Hattâ kuran bu tarzda tefsir edilirdi. Tefsir bir sözün, bir metnin, manâsını beyan ve

izah demektir. Şerhi yapılan metine "Metn-i Veciz" derdik. Doğuda şerhler metin arasına da katılırdı. Meselâ Ali Haydar Efendinin mecelle şerhinden gelişi güzel bir sahife açalım: mad. 1631; metin aynen böyledir. "Def müddeialehy tarafından müddeinin dâvasını def edecek bir dâva dermeyan olunmaktır." Bu metin şerhte aynen, parantezlerde dahil olmak üzere aynen şu şekli almıştır: " (Def) şeran (müddei aleyh tarafından müddeinin dâvasını) hükümden evvel veya hükümden sonra (Def) yani red veya bertaraf (edecek bir dâva dermeyan olunmaktır.) tariften devri batılı izale için muarreftegi deften manâyı şeri ve tarifdekinden lugat mânası - red mânası kast edilmek lâzımgeldi. Binaenaleyh ikinci def yerine red sözünün kullanılması münasip idi; "metnin içine karıştırılmış şerhten sonra fıkık kitaplarından ve meşhur fetvalardan çikartılmış cümlelerle metnin şerhine devam olunur.

Metin özetlerine lâtinler " S u m m a " derlerdi. Biz telhis (hülâsa), ihtisar (kısaltmak) veya muhtasar deriz.

Şerhsiler (glosçular) mektebi çok ve pek çok şerh vücuda getirdi. "Accurse" mektebin bütün yayınlarına hülâsa ederek bir iktitaf (devşirmek yapılmış mesainin yemişlerini iktitaf etmek, toplamak) vücuda getirdi. Bu iktitafa "Büyük şerh" "Büyük tefsir, büyük glos" adı verildi (1250). Bolonya mektebinin hocalarından biri olan "Placentin" Fransada Mortpellier şehrine gelerek orada okutmağa başladı ve yeni ilmi Fransaya yaydı (1160 - 1192).

XIII üncü asır içinde Roma hukuku Fransa'nın, meselâ Orleans üniversitesi gibi üniversitelerinde de okutulmağa başlandı.

XIII üncü asrın sonlarında Fransız hukuk âlimleri glos usulünü bırakıp yerine derslerinde ve yazılarında dialectique metodu koydular. Dialectique metodu Saint - thomas ilâhiyata tatbik eylemişti, Binaenaleyh 1290 da Jak dö Revigny Roma hukukuna dair eserleri ve tedrisatı metinlerin şerhi halinden çıkartıp metotlu bir izah haline getirdi. Bu yeni metot XIV asırda tedrisata ve telifata hâkim oldu. Bu metodu tatbik eden hukukçular Roma hukukunun fiilen tatbik edilir olarak telâkki ediyorlardı.

Bu ilmi Rönesans kuzey ve güney eyaletlerinde pratik neticeler hasil ediyordu. a —) Roma hukuk kuzey eyaletlerde pek kullanılmıyordu. Örfler Roma hukukundan çok farklı idi. Fakat güneyde örfler VI ncı asırdan VIII inci asra kadar tatbik edilmiş olan Roma hukukundan çıkmıştı. Binaenaleyh güneyde Roma hukukunun ilmi bir tarzda okutul-

ması, izah edilmesi daha kolay kabul ve tatbik edilmişti. Fakat bu hususta mübalağaya düşmekten kaçınılmalıdır. Roma hukuku her yerde olduğu gibi kabul edilmemişti. Hattâ Bordo'da Montpellier'de bile bir çok örf yaşıyordu. XII. nci asrın sonunda Roma hukuku, meselâ Montpellier'de gerçi boşluğu dolduran bir hukuk olarak kabul edilmişti; gerçi XII. asrın sonunda hukuk dili daha teknik ve daha vazih bir hale gelmişti. Fakat Roma hukukuna dair yazılmış eserler, yani hukuk edebiyatı henüz çok az idi. Örfler terk edilmemişti. XIII. asırda gerçi Roma hukuku bir çok yerde halâ örfün boşluğunu dolduran bir hukuk halinde idi. Bununla beraber sözleşmelerde Roma hukukunun tatbiki açıktan açığa bertaraf ediliyordu.

Bundan başka Justinianus hukukunun bir çok prensipleri yanlış anlaşılmiş veya sindirilememiş idi. •

XIV. asırda hukukun şekli Romalı, fakat esası Romalı değildi, kuzey eyaletlerde ise Roma hukuku yazılı bir hukuk olarak kabul edilmemiş, fakat yazılı akıl olarak kabul olunmuştu. Yazı şekline bürünmüş akıl olunca örfü tamamlamak ve örf kaidelerini tafsir etmek için kullanılırdı.

Roma hukuku kilise hukukuna çok sıkı surette bağlanmıştı. Kilise Roma hukukunu "gerek yeni hukuki,, şekiller yaratmak "gerek yeni hukuki nazariyeler" ifade etmek için kullanırdı. Meselâ XIII. asrın Roma . kilise muhakeme usulü birinci hale ve Roma hukukunun Saint Thomas'ın hukuki telâkkileri üzerindeki tesiri ikinci hale misâldir.

Roma hukuku ile kilise hukukunun birleşmesi "âlim hukuku" vücuda getirirdi. Dilimizde "âlim hukuk" "âlim kitap" gibi tâbirler yoktur. Frenkler içinde ilim bulunan hukuka, kitaba "âlim hukuk" "âlim kitap" derler. Biz böyle yerlerde ya âlimane yapılmış bir kitap gibi tâbirlerle müellifi, müessiri (eseri yapan) anlatmış veya mahzeni ilim (ilim mahzeni) Kenzil fûnun (tenler hazinesi) kitap veya hukuk tâbirleriyle eseri bildirmiş oluruz. Roma hukuku kilise hukukuna tekniğini veriyordu. Ona genel prensipler (Kavaidi Külliye, Külli genel kaideler.) getiriyordu. Islahatları sağlıyor ve düşünme, muhakeme etme metodu öğretiyordu. Roma hukuku bu nimetlerini fikihten de esirgememiştir.

Fakat Roma hukuku bir siyasi mesele yaratıyordu. Mukaddes Roma Jermen İmparatorluğunun imparatoru kendinin Roma İmparatorlarının halefi olduğunu iddia ediyordu. Roma hukuku imparatorluğun canlı ve aktüel hukuku idi Roma hukukunu olduğu gibi Provence, Dofine ve Savoide tatbik ediyordu. Fakat Fransa kralı Roma hukukunu resmî hu-

kuk olarak kabul eylediği takdirde imparatorun üstünlüğünü kabul etmiş olurdu. Bu sebepten kral Roma hukukunu sadece bir örf olarak kabul etti. Bu örf otoritesini halkın iltihakinden alıyordu. Kuzey eyaletler örf memleketleri idi; Roma hukuku örf hukuku olarak kabul edilince yürürlükte bulunduğu güney eyaletler de örf memleketleri oluyordu. Yalnız güney memleketleri örfleri arasında Roma hukuku da yer almış bulunuyordu. Roma hukukunun durmadan artan nüfuzu karşısında Fransa kralı müdafaa tedbirleri almağa mecbur kaldı. Fransa kralı Filip Ogüst Papa III Honorius'ten 1219 tarihinde Roma hukukunun Paris'te okutturulmasını yasak eden bir emirname elde etti. Kral Saint-Louis güneyde Roma hukukunun tatbik edilmesini adı geçen hukukun bizatihi haiz olduğu iddia edilen otorite neticesi olmadığını, kralın bir müsamahası neticesi bulunduğunu beyan eyledi.

XIII asır ortalarından itibaren iki nevi hukuk olduğu kabul olundu: Kuzey eyaletlere hakim olan örf hukuku, güney eyaletler de hakim olan yazılı hukuk. Fakat yazılı hukukun yürürlükte olduğu eyaletlerde dahi örf hukuku hukukun esas olmakta devam eyledi ve Roma hukukunun muhtelif yerlerde kullanılmasında çok farklar mevcut idi.

**

Orta çağda yargı erkini iyi anlayabilmek için orta çağ cemiyetindeki şahısları birbirine kademeli olarak bağlayan, yani birini üst, diğerini ast kılan bağlardan bahsetmek de pek lâzımdır. Bu bağlar cemiyeti kesirlere ayırdı. Büyük arazi sahibi olan ve şato inşa ettiren beyler kendilerine tâbi olacak kimseleri himayeleri altına ahırlardı. Bu tâbi'lik bağına "Hom-mage" denirdi. Bu gün frenklerde Hommage kelimesi saygı kelimesi gibidir, nezaket kelimesi olarak kullanılır. "Hommage" (Hom-maj) bir adamın diğer adamın adamı olmak mânasına gelir. Bizde "filânın adamı" "filân adamıdır" gibi tabirler, hâlâ gözüktür. Fakat nezaket formülü olarak bendeniz, kulunuz, gibi daha da koyulaştırılmış tabirler kullanılır. "adamımız", "adamımızdır" gibi tabirler hemen hemen hiç kullanılmaz.

"Adamı olmak" tâbiyetine girmek, yani bir ferdin diğer bir ferdin adamı olması çeşitli suretler ahırdı. Kont kralın adamı idi; tıpkı serfin efendisinin adamı olduğu gibi. Orta çağda her insan diğer bir insanın adamı idi. Fakat bu adamılığın en mânâlı çehresi uyruk beyin matbu (buyruk) beyle yaptıkları teşhüttür. Adamı olmak merasimi aslâ dini değildi. Ayin putperestlik âyini olarak kalmıştı. Uyruk matbu olarak kabul eylediği beyin önünde diz çökerdi, ellerini beyinin elleri içine koyardı, sonra

tâbi matbu tarafından öpülürdü. Bu tamamiyle putperest âyini üzerine yapıları merasim sonradan hıristiyanlaştırıldı, İncil üzerine yemin ettirilmeye başladı. Bu merasim ile bağlanan bağ her iki adamın ömrü boyunca devam ederdi. Bu bağın kaydı hayat ile devam etmesi uyrukluk adamlığı ile kulluk adamlığı arasındaki farkı teşkil ederdi. Tâbiyet adamlığı uyruğu şerefli hizmetlerde bulunmağa sevk ederdi. Hizmet en yüksek içtimai hizmet nevilerinden idi. Kulluk adamlığı irsi idi, evlâda geçerdi.

Tâbiyet adamlığı her iki tarafı birbirine karşı hüsnüniyetle hareket etmeye borçlu kıları. Tâbi (vasal) matbuuna hizmet ve yardım eylemekle borçlu idi. Matbu efendi de vasalına yardım ile mükellefti. Yardım ve korumanın muhtevasını örf tayin ederdi.

Adamı olmak müessesesi de diğer müesseseler gibi X uncu ve XI inci asırlarda başka çehre; XII nci ve XIII asırlarda başka çehre arz eyler. Başlangıçta "Hommage" tamamiyle şahsi bir bağlanış idi. Yani "Hommage" bir fiefin verilmiş olması şartına bağlı değildi. Bu tâbiyet (vasallık) adamlığının yanı başında sulh ve müsalemets adamlığı da vardı. Daha ziyade düello adı altında bilinen özel harp: iki kişi arasında geçen hususî harp netcesinde iki hasımdan biri diğerinin adamı olurdu. Belki bu iki çeşit adamlık XII nci asrın ortalarına kadar birbirine karıştırılmıştır. Fakat XII nci asr ortalarında vasallık adamlığı bir fief'in verilmesine bağlanınca her iki çeşit adamlık arasında bir ayrılık oldu. Sulh ve müsalemets adamlığının serhadde (hudutta) vasallık adamlığının da sateda yapılmış olmasına ihtimal verenler vardır. Feodal adamlık (vasallık adamlığı) bir fief'in verilmiş olması şartına bağlanınca şahsi bir bağ olmaktan çıktı, aynı, mülki bir bağ oldu. Çünkü fief tabiyetin sebep ve illeti oldu. Başlangıçta büyük beyler krala, krallığın hudutlarında sulh adamlığını ta'dim ederlerdi, sonradan da feodal adamlık yemini eda ederlerdi.

XII asrın ortasında feodalite artık iyice durulmuş ve istikrar hasıl etmişti¹ Hukukcular kaidelerini tarif eylemişler vaziyetlerini ahlil etmişler, ve karşılıklı borçları bildirmişlerdi. Fief ile vasallığı (tabiyeti) bağlayan bağlar daha sıkılmış ve vasallık hizmetleri fief'in aynı mükellefiyetleri olarak kabul edilmişti. Halbuki o güne kadar vasallık borçları vasalın şahsî mükellefiyeti olarak kabul ediliyordu. Tarafların karşılıklı borçları teferruatlı mukavelelerde tahlil edilmiş, savılmış ve tesbit olunmuştu. Vasalın en birinci mükellefiyeti harp mükellefiyeti idi. Bundan

1) İstikrar, suyun durulmasına denir. Sâkin ve sabit olmak demektir.

başka kur da (cour) hizmet etmeye mecburdu. Kur (cour.) burada lûgat mânasiyle, saray, konak demektir. Beyin ikamet eylediği binayı ifade eder. Babı hümayun, babü-ssade tâbirlerimize de karşılıktır. Kapı mânasına olan Bab burada daire demektir. Padişah dairesini ifade eder. Tarihimizde, "divan i" tâbiriyle ifade edilen mânayı da ifade eyler ; yani beyin bütün vasallarının beyin etrafında bir mahkeme ; önemli kararları alacak bir siyasi meclis teşkil etmek üzere yaptıkları toplantıyı da ifade eder. Vasalların bazı saray hizmetlerini yerine getirmek için yapılan görevlere gösteriş, alayış kuru adı verilir. Bu görevler yargıçlık, sakilik, seyislik vesaire gibi görevlerdi. Vasal bazan matbuuna naktea (paraca) yardım eylemeğe mecbur idi. Başlangıçta hediye vermekten ibaret ve istisnai olan yardım XI inci asırda mecburî oldu. Bu mecburiyet paranın tedavülünün geliştiği zamana rastlar. Bununla beraber vasalın vereceği para asla bir vergi değildi. Sadece istisnai zamanlarda yapılması lâzım bir yardımdı. Matbu bir toprak satın alacağı zaman vasal yardımında bulunurdu. (Bu hal sonraları kalktı.) Matbu esir edilmiş olup da kurtuluş parası (fidye-i necat) vermek lâzım geldikte, matbuunun kızı evleneceği zaman cihazi için, haçlılar seferine katılacağı zaman, oğlu şövalye olarak silâhlanacağı zaman : fidye-i necat; kızma cihaz ; haçlılar seferine masraf ve oğlunun şövalye olması masrafına karşılık, bu dört halde yardım gelenek haline geldi, ve yardım ödevi " Dört halde yardım " sözü ile ifade olunurdu. Buna karşılık matbu da vasalina adaleti, düşmanlarına karşı vücudunu ve malını korumağa borçludur. Yani : mali yardımlarda bulunacaktır. Hususiyle adamlılık merasiminde matbuun tâbie bir fief vermesi mecburî değilse de olağandır.

Buna karşılık dayanışma içtîmai emniyetsizliğe cevap veriyor ve kâfi gelmemeğe başlamış olan aile dayanışmasının yerine geçiyordu. Hattâ matbu tâbiin aile işlerinde onun ve ailesinin reisi yerine geçiyordu. Böylece matbu tâbiinin hem beyi, hem ağası, oluyordu. Yalnız bir şey : tek bir şey tesanüdü, dayanışmayı küçültüyor ve tâbilik bağı zayıflatıyordu. O şeyde tâbiin bir kaç beyin adamı olabilmesi hali idi. Çünkü XI asırdan itibaren ve belki daha evvelden itibaren bir kimse aynı zamanda başka bir beyin adamı olabiliyordu; böyle bir şey prensip itibarıyla olamamalı idi. Çünkü adamlılık (hommage) şarta bağlı olmayan bir hizmete tamamiyle müteahhit bulunmağa icap ettiriyordu. Fakat prensibe uymayan hakikat tâbiyet bağlarının teaddüdünü (çoğunluğunu) kaide kılmıştı. Bu çoğunluğun sebeplerine gelince tâbi evlenme ile¹ veya miras ile bir fief'e nail oluyordu ki, bunun için kendi beyinden

1) Hicri 783 senesi üçüncü padişah Sultan Murat Hüdavendîgârın (1381)

başka bir beyin adamı olması lâzım gelirdi. Bazan da vasal elindeki mülkü büyütmek ister ve bunun için de müteaddit beylerden müteaddit fief isterdi. Yalnız bu hal matbu beyler arasında anlaşmazlık çıkartırdı. Uyruk yardımını hangisine karşı yapacaktı ? Bu güçlük XI asırda yeni bir adamlık tarzı çıkardı. Bu hâmi matbua karşı mutlak bir bağlılığı icap ettiren adamlığa “ lige ” (lij) denirdi. Tâbi ile matbu arasında sıkı bir bağlılığı icap ettirirdi. Lij adamlık, bu âli ve mutlak tâbiyet yalnız bir adama karşı yapılabılırdi, ve teaddüt eylemezdi. Lij adamlık mutlak suretle adamlık olduğundan diğer basit sade adamlıktan üstün idi. Fakat hiç bir şey saf kalamıyor, mutlak adamlıkta tereddide uğradı ve teaddüt kabul etti, ve artık XIII cü asırda her adamlık lij adamlık oldu. Bir beyin mutlak adamı olmağın teaddüt edebilmesi feodalite devrinin ve usulünün nihayetine yaklaştığını gösteren bir işaret olarak kabul olunur.

Tâbi ve matbu münasebetlerinin müeyyidesine gelince, bu cihet hakkında dikkat nazarı bilhassa çekmek isterim : vasal ödevinde kusur ederse, bey vermiş olduğu fief'i geri alır. Eğer bundan bir dâva doğarsa vasal beyin meclisinde akranları tarafından muhakeme edilir. Bey ödevinde kusurlu olursa, tâbi fief'ini muhafaza eyler ve beyinden daha yüksek olan, yani beyinin de tâbi olduğu beye tâbi olur. Dâva çıkarsa dâvaya yüksek beyin mahkemesinde bakılır ki usulü muhakemede bu halin büyük rolünü göreceğiz.

Fief kelimesinin nereden geldiği tartışmalıdır. Kimi Almandan geldiğini ve “ davar ” demek olduğunu söyler.

Bir şefin ailesine ve askerlerine verebileceği malları ifade eyler. Kimi lâtince Beneficium kelimesinden geldiğini bildirir ve mânası da Arapların ve İslâmların bu mevkide kullandıkları “ Ikta ’ ” ın aynı olur. Ikta' haraç veren araziden yani, mağlûp olmuş milletlere ait olup da ellerinde bırakılmış araziden bir miktarını “ Mukataa ” suretiyle yani, haraciye araziden ilgisi kesilmek suretiyle şahsî bir hizmete karşılık verilmiş toprağı ifade eder¹. Yurt dirlik ve has tâbirleri tarihimizde karşılığını teşkil eyler.

büyük sehzadesi Yıldırım Beyazıt, Germeyan beyinin kızı Devletşah Hatunu almakla düğün cihazı yolu ile Kütahya ve mülhakata olan altı ilçe Osmanlı Hükûmetine geçti.

Yine o tarihte Hâmit ilinin beyşehri ve seydi şehri ve Isparta ve Yalovaç ve Kara ağaç kazaları hâkimi Hüseyin beyden satın alınarak o ilçeler de Osmanlı Hükûmetine girdi. (Abdurrahman Şeref - Osmanlı tarihi) Osmanlılar cihaz yolu ile mülk almışlardı. Fakat aslâ mülk vermemişlerdi.

1) Süleyman Şahın Caber kalesi önünde Fırat nehrine düşerek ölmesi

Evvelleri fief herhangi bir hizmet karşılığı olarak verirdi. Sonraları yapılacak hizmet asil olarak vasıflandırıldı. Yani yapılacak hizmetin askeri hizmet olması kabul edildi. Böylece bey fief'leri vasallere (emirlerine) dağıttı. Ve fief'te askeri bir tımar, bir tâbiyet oldu. Bazan vasal beyinden alacağı toprakları beyine kendi getirip ve sonra aynı toprağı fief olarak beyinden ahrdı. Vasalın bundan elde ettiği menfaat önemli bir beyin himayesi altına girmiş olmaktı.

Fiefin toprak olması olağanlaştı; vasal bu toprak sayesinde yaşayabilir ve adamlarını yaşatabilir, atlarını besleyebilir. Vasal fief üzerinde beylik haklarına mâliktir. XI inci asırda fief olarak sadece yer geliri de tefviz edilmiştir.

Bu takdirde fief bizim tahsisat kabilinden olan vakfın bir neviine

üzerine adamlarından bir kısmı asıl vatanlarına dönmüşler, dörtüyz hane kadarı da Süleyman Şah oğullarından Ertuğrul ve Dündar beyler maiyetiyle sürmeli Çukurda ve Pasin ovasında çadır kurdular ve ikamet eylediler. Hâmisizlik ve kararsızlık ve geçim darlığı sebeplerine eklenen hizmet ve cihat hevesi Ertuğrul Gaziyi hicri 630 tarihlerine doğru oğlu Saruyatı beyi "licilistihma" (hımaye istemek için) Rum Sultanı Selçuklu Keyhüsrev oğlu Sultan Alâettin Keykubad yanına gönderdi ve müşarünileyh sultan derhal kabul ve esirgeme kanaatini açıp Ankara civarında Karacadağ arazisini ki güzel kıslak ve yaylakları havi idi. Yeni mahmilerine (hımaye eylediklerine) yurt ve nas tayiniyle istirahatlerini tamamladı.

Selçuk askerleriyle Tatar ordusunun bir muharebesinde Ertuğrul bey yenilmek üzere olan Selçuklulara yardım eylediğinden ve bu sayede yénilmeyi yenmeğe çevirdiğinden sultanın yanında kadir ve kıymeti arttı. Ve hassına Söğüt malının ilâvesiyle ağırlanmış oldu. Bundan sonra Ertuğrul Bey Selçuk Padişahlarının has beyleri sayısı içine girdi. Ve matbuunun askeri hizmetlerinde vücudunu tüketti, ve nihayet doksan yaşını geçmiş olduğu halde Söğüt'te öldü. (Abdurrahman Şeref - Osmanlı tarihi.)

Rumların kötü idaresinden rahatsız olan köy ve kasabalar ve Konya devletinin yıkılmasıyla mercisiz ve perişan kalan askeri sınıf Osmanlı bayrağının gölgesi altına sığındılar.

... Fetholunan arazi ve memleketlerin dahi muntazam surette idaresi müzakere olunarak istilâ edilen arazi has ve tımar namı ile iki sınıfa ayrılıp haslar padişahın kendi has hazinelerine ve şehzadeler ile emirlerâ tahsis olunurdu. Tımarlar dahi Kılıçlılardan cesur olanlara tevcih ve tefviz olunurdu. Has ve tımarın havi olduğu arazi şunun bunun mutasarrıf oldukları tarlalardan ibaret olarak sahibleri eker biçerlerdi ve uşrunu (hasılâtın onda birini) ve ferağ ve intikalde arazide bebirli olan harcı has ve tımara mutasarrıf olana verirlerdi. Tımar sahibleri tımarının hasılâtına göre maiyetinde bir veya iki veya daha fazla ziyade talimli ve silâhları tamâm süvari beslemekle mükellef olup harp vukuunda bunlar mensup oldukları sancak beylerinin (mirilivanın) maiyetinde toplanıp sefere giderlerdi. Osmanlı devleti toprakta ordunun bu suretli birleştirilmesi ile kurulmuştu.

benzer. Çünkü vasala sadece geçim imkânı verir. Fakat komuta yetkisini vermez. XII inci asır sonunda nakdi, adı bir iradı, toprak bir matraha oturtulmamış nakdi bir iradı fief olarak tefviz etmeğe başladılar ki bu bir nevi sabit aylık idi. Krallar bu usulü tatbik etmişlerdi. Bir göreve bağlı olan nimetler de fief olarak tefviz edilirdi, buna görev - fief denirdi. Bir fief'in tefvizi vasala bazı haklar verirdi. Vasalın fief üzerinde çok geniş bir intifa hakkı vardı. Yani fief üzerinde bütün iktisadi haklara mâlikti; aynı zamanda bütün siyasi haklara da mâlikti. Bey tefviz ettiği fief üzerinde iki hak muhafaza eylerdi: Biri fief'in karşılığı olarak verilmiş olduğu bütün hizmetlerin yapılmasını isteyebilmek; diğeri vasal teahhütlerine, ahdine muhalefet eylediği takdirde fiefi müsadere etmek aynı toprak üzerinde iki tarafın haklarının bu taksimi "Tenure" denilen müessesenin farikasını teşkil ederdi. Tenure bir fief'in tasarruf tarzını ifade eder, arzın tabiyetini ifade eyler. Çünkü bey tefviz eylediği fief üzerinde aslâ iktisadi olmyan hâkim bir hak muhafaza eyler.

Fief tahsis edilmiş ve şahsileştirilmiş bir hizmet karşılığı tefviz edilmiş olduğundan ve hizmeti yapacak kimse de hizmeti yapabilecek kudrette görülerek bey tarafından şahsen seçilmiş bulunduğundan prensip itibarıyla vasalın mirasçılanna geçmezdi. Çünkü belki mirasçı beklenen hizmeti yapamazdı. Fakat sonraları miras yolu ile intikale başladı.

**

Arazi üçe ayrılırdı. I — Beylik arazi : Beylik arazide arazinin sahibi olan bey topraklarında hükümlerlik haklarını ifa ederdi. Adalet zabıta, ordu gibi vesair âmme kudretlerini haizdi.

Beylikler Anadolu'da nasıl Selçuk devletinin inkirazından doğmuş ise batı da Karolenjiyen (Büyük Şarlöman'ın) veya diğeri bir telâffuz tarzıyla (Karlöman) hanedanının inkirazı üzerine âmme kudretinin parçalanmasından ve siyasi kudretin toprağa bağlanmasından doğmuştu. Bir toprağa mâlik olan kimse o toprak üzerinde komuta haklarını elde etti. Beylikler yalnız dukalıklar ve kontluklar değildi; toprak sahibi büyük papaslar dahi arazileri üzerinde bey idiler. X cu asırda şatolar daha küçük ölçüde olmak üzere beylik toprakların sayılarını arttırdı.

İç kargaşıklıklara ve Normandlılar ile Majarların istilâsına karşı kovabilmek için toprak sahipleri şatolar inşa eylediler. Bir şato bir vasala (tabie) tevdi edildi ; çetelerde birer kaleye yerleştiler. Etraf komşuları tarafından şato beyi olarak tanıdılar. Böylece askerî kuvvetler teşekkül eyledi, ve çabucak siyasi otorite elde etti. Bu olay hattızatında

feodaliteden ayrı bir olay olmak idi. Fakat öyle olmadı. Büyük beyler topraklarını vasallarna dağıtırlardı. Vasaller ise yalnız askerlikle, beyin ordusunda askerlik ile mükellef değil idiler. Aynı zamanda beyin topraklarını da müdafaa ile mükellef idiler. Böylece beylerinin kendilerine tefviz eylediği siyasi erkleri de vardı. Bir harp şefi bir toprağı feth ettiği zaman vasallarına fethettiği topraklardan dağıtırdı. Burada da siyasi erk toprakların feodal taksimine bağılı idi. Demek ki fief beylik arazi ile aynı değildi. Binaenaleyh bir toprağın, o toprak üzerinde ânime kudretine teallük eden haklar verilmeksizin dahi, fief olarak verilmesi caizdi ; bu cevaz ve imkân : “ Fief ve adaletin ortak olabilecekleri bir şey yoktur ” : “ Birbirleriyle bir ilgileri yoktur ” düsturuyle ifade olunurdu.

Fakat XII ci asırdan itibaren fief ile adalet arasında, yani fief ile beylik arazi arasında, fiilen bir aynılık olabileceğini kavrayamadılar ; ve feodalite iyerarşisine giren bir toprak elde etmenin aynı zamanda âmme kudretinin icrasına bir temel teşkil edeceği kabul olundu.

Beylik araziler birer siyasi birlik teşkil ederdi, yalnız beylik arazi ler arasında tam mânasiyle hudutlar bulunmuş olduğunu tayin etmek çok güçtür. Bu husus beylerden biri komşunun vasalı olunca bu bir matbu, diğeri tabi beyler arazisi arasında siyasi mânasiyle huduttan bahsedilebilir mi ? Bu hususta muddarî (birbirine uyan, yeknesak) bir kaide söylenemez. Bazı halde vazih bir çizgi hududu teşkil eder, bazı halde orman gibi, bataklık gibi hududları vazih olmayan toprak parçaları hududu teşkil ederdi.



İkinci nevi araziye alleux denirdi. Alleux evvelâ mirası ifade eden bir kelime idi. “ alö ” bir beyden alınmış olmayan, atalardan miras ile gelmiş olan toprağı denirdi. Fief ise beyden gelen toprak idi. Toprağın feodalite ağlarını teşkil eden o devirde bu ağlar dışında kalmış olan alö her türlü feodalite mükellefiyetlerinden hür bir toprak idi. Alönün son zamanlarda menşeinin, yani onun atalardan gelmiş olmasının önemi silindi. Yalnız feodalite mükellefiyetlerinden hür bulunmasına karakterini teşkil edecek kadar önem verildi. X uncu asırda bir yığın hür toprak vardı. Bir toprağın alölük karakteri her türlü arazide; tarla, ev, bağ, dükkân bir köy veya kasaba halkının menfaatlerine terkedilmiş (araziü metrûke) merâlarda, gemi hisselerinde ve emlak iratlarında bulunabilirdi. XI ci asırda alö sahibi ya bir köylü yahut kendi hür topraklarını ekip biçen bir asil idi. XII ci asır sonunda kasaba halkı ile kilisenin bir çok alö satın aldıkları gözüktü. Alö sahiplerinde gözüken bu değişiklik alölerin

işletme tarzında da bir değişiklik vücuda getirdi ve artık bir alöyü, sahibi ekip biçemez oldu. Sahibi toprağını bir vergi mukabilinde bir çiftçiye terk eyledi alölerin sayısı azalmağa başladı. Hür topraklar arasında çeşitlilik hasıl olmağa başladı.

Kiliseye ait alöler “ Franche aumône ” (sadakadan serbest) adını taşırdı. Kiliseye bir toprak verildiği zaman o toprak her türlü mükellefiyetten serbest olarak verilirdi. Toprak bir beylik araziye tabi olmaktan çıkardı. Bu sebepten yüksek beyin müsaadesi lâzım gelirdi. XIII asırda yerin iktisadi kıymeti arttıkça müsadelerde eksilmeğe başladı.

Lâik alölere gelince kuzeyde alöler sayıca çok azdı. Fakat mevcut olanlar da beylik araziler kadar genişti. Ve sahibi de topraklarında duran halk üzerinde bile bey gibi hükümran olurdu. Güneyde alö arazisi çoktu, fakat hepsi de çok küçüktü binaenaleyh bunlar birer tarla idi.

Hukukî noktai nazardan alö üç çeşit idi.

a-) Basit, âdi alö ki feodalite sistemi dışında duran ve fakat sahibine hiç bir âmme kudreti vermiyen toprak

b-) Sahibine yargı erki veren alö. Bu çeşit “ alö ” de sahip bir beydir. Topraklarını fief olarak verir. Fakat feodalite sistemine göre kimséye tabi değildi, yalnız krala tabi idi. Bir şövalyeye ait olması itibariyle “ askerî alö ” denilen topraklar da bu nevidendi.

c-) Egemen alö ki kraldan bile müstakil idi. Egemen alöler müstakil prensliklerdi.

Feodalite tipi üzerine kurulmuş bir cemiyette, alöler tabi olmayan arazilerdir. Beyler ile alö sahipleri arasında bir çok anlaşmazlıklar çıkacağı ve çıkması tabii idi. İhtilâf mahkemeye intikal edince tatbik edilecek kaideler değışikti. Bazı yerlerde örf alölere düşman idi. O yerlerde “ Beysiz toprak olmaz ” kaidesi tatbik edilirdi. Bu kaide her alönün bir beye tabi olması demekti. Bazı yerlerde “ senetsiz alö olmaz ” kaidesini tatbik eder ve alö sahibinden hakkını hukukî bir hüccet ile ispat etmesini isterdi ki çok güç bir işti. Bazı yerde beyine külfeti bey'e yükletilirdi. “ hüccetsiz bey olmaz ” derlerdi. Alönün kendisine tabi olduğunun yazılı delilini bey'den isterlerdi.

**

Beylik araziler ile fiefler arasındaki hiyerarşiye gelince : Bu hiyerarşi evvelâ toprağa bağlı unvanlara göre tertip edilirdi. Başta büyük

feodalite devletleri yani dükalıklar, Markilikler, ve Kontluklar gelirdi. Bu beyliklerin krallık kadar siyasi kudretleri vardı. Bunlardan bazıları krallıktan bile ayrılmaya muvaffak oldular, Krallık içinde kalanların üzerinde kralın büyük bir otoritesi yoktu. Vikontlar Kontlarından ayrılmış eski kont emirleri yani beyleridir.

İki türlü baron vardır. Kralın Baronları Kralın adamları demektir. Kralın da kendisine doğrudan doğruya bağlı, yani ondan fief almış tabirleri vardı. Birinci nevi Baron bunlardı, bunların da sarayda birbirlerini muhakeme etmek için bir divan kurmaları lâzımdı. İkinci nevi baronluğu elinde bir kaç şato toplamış beylikler teşkil ederdi. Ve feodalite hiyerarşinin en aşağı basamağında bunlar bulunurdu. Şatolar arasında ne organik ne coğrafi bir birlik olmadığından bu şatolar topluluğu çözülebilirdi. Şato sahipliği askeri ve adli bir birlikti. Şatoların inşasına ya kral müsaade ederdi veya dük ve kont gibi büyük beyler tarafından kendi toprakları üzerinde inşa ettirilirdi. Kaçak olarak da askerler ve bir yer halkı tarafından inşa ettirilirdi. XIII asra kadar bu kaçak şato inşasının önüne geçilemedi.

Şato bir askeri birliktir. Biz şatoya kale deriz. Şatonun asker toplamaya elverişli bir fiefi de olacaktır. Askere alınmışlar şatonun bayrağı altında toplanırlardı. Fiefi olmayan şato en yakın şatoya bağlanırdı.

Şatonun askeri bir birlik olması komuta erkine, mülkiyet sonucunu verir, ve şatoya bir örf birliği de verir.

Şövalye fiefi tıpkı bizim timarlara benzer. Suvari (Sipahi) erleri atları ile birlikte beslemeğe mecbur idi. Timarın mühimlerine zemanet deriz. Frenkler de " Bonneret " der.

Feodalite hiyerarşinin ikinci nevini fief ve adamlık teşkil eder. İnsanlar arasında hiyerarşi münasebetini adamlık vücade getirir. Bir vasal bir beyin adamı olur. Beyinin başka bir beyin adamı olabilmesi insanları birbirine kademe kademe bağlamıştır.

Bu insanlar arasındaki hiyerarşi topraklar yani fief'ler arasındaki hiyerarşi ile tamamlanırdı. Bir bey fief olarak bir toprak verebilir. Bu fief başka fiefere de parçalanabilir ve vasalın vasalları olacak kimselere tefviz edilebilir. Kaide " Vasalın adamı beyin adamı değildir " Binaenaleyh bey vasalının vasalına emir veremez.

Böylece basamaktan basamağa çıkılarak krala kadar varırdı, XII sırdan itibaren kralın kimsenin adamı olmayacağı kabul edildi¹.

MUHAKEME USULÜ — YARGI TEŞKİLÂTI

Mlâdın XIII üncü sarında yani XIV üncü asırda kurulan Osmanlı devletinden evvel feodalite Avrupasında adalet ikiye ayrılmıştı : 1 — Dinî adalet, daha doğrusu dinî yargı : Kilisenin yargısı. Kilise mahkemeleri “ Hıristiyanlık divanı ” diye anılırdı. 2 — Lâik Adalet : beylerin mahkemeleri ; Kralın mahkemeleri ve belediyelerin mahkemeleri de lâik adaleti teşkil ederdi. Bu mahkemelerin hepsi de hem hukuk ve hem ceza dâvalarını görürdü¹.

I — Beylerin mahkemeleri yüksek ve alçağa ayrılmıştı ; sonraları bunlara bir de orta mahkemeler eklendi. Adaletin yüksek, alçak ve orta mahkemelere ayrılmış olmasının ehemmiyeti ceza dâvalarında gözükürdü. Ağır vakalar yüksek mahkemelerin görevine girerdi. Yüksek mah-

1) Bu prensip ve düşünce Osmanlı idaresi zamanında Yemen’de “Zeydi” ler arasında cari idi; Osmanlı devletine bu prensip ile isyan eylerlerdi: “İmamın üzerinde Yed-ullahdan başka yed bulunmaz.” İmam şef, baş demektir; Lâtinlerin “Magister” inin aynıdır; din ile devletin birleştiği yerlerde “İmam” hem dinî hem siyasi şeftir, halifeye müslümanların imamî denirdi; imam başkomutandır. tâbir müslümanların emiri, beyi, komutanı manâsına gelir. İmama bugün Yemen krah diyorlar: Yed, insan kuvvet ve kudretin’in timsali olan “el” demektir; meselâ “el eiden üstündür” “elime düşersin” tâbirlerinde el erki ifade eder. Demek ki, formülün mânası: “İmamın üzerinde Allahın erkin den başka bir erk yoktur. İmam kimsenin adamı değildir” demek olur. Orta çağ hukukçuları aynı fikri “Kralın Allahtan başka matbuu yoktur” sözü ile ifade ederler.

1) Ortaçağda, yani feodalite devrinde her şey mülki idi. Mülk medeni kanunun mülkiyet tâbiriyle ifade eylediği manayı taşır; toprağın sahibi, sağlığında mamelekine, ölümünde terkesine giren o toprak üzerinde hükümdardır, yani egemendir. Hükümdar üzerinde hükmettiği toprağın malikidir, bu sebebden kendisine “melik” dertiz; melik, malik ve hattâ memleket kelimeleri mülk kelimesinden gelir. İngiliz ihtilâlinin sonuna (1688) kadar hükümdar memleketin maliki idi; yeni padişah babasının yerini “bilirs-i vel-istihkak” alırdı; yani mirasçı ve babasının bıraktığı kendi mülkü olduğu için alırdı. Bunun içindir ki, şehzadelerin hepsi babasının mirasında hak isteyebileceklerinden tahta geçen, kardeşlerini bu mirasta istihkak dâvacısı olacakları öldürtürdü. İmparatorluklar mülkün şehzadeler arasında taksimi yüzünden çabuk parçalandılar. Şehzade katli Osmanlı devletinin parçalanmasını önledi, İngiliz ihtilâli bu “patrimonyal” (mameleke ait, terkeye ait) usulü kaldırdı yerine, bereketli neticeler veren meşrutî (constitutionel) usulü koydu, feodalite devrinde adalet de patrimonial idi.

keme "baron" luğa kadar inen unvanları taşıyan ikta'larda (fief'lerde) bulunurdu. Beylerin yargı erki evvelâ " adamları " yâni kendisine tâbi diğer beyler (bizim zeamet ve Timar sahipleri gibi toprağa bey tarafından sahip kılınmış beyler) üzerinde cari idi ; sonra beylik içinde " yapı kalkan " (ikamet eden) kimseler üzerinde yürürdü. Demek ki beyin adaleti: a-) Asil olan tâbi beyler; b-) Asil olmayan hür adamlar; c-) ve toprağa bağlı serfler üzerinde cari idi. Fakat adalet bu üç çeşit insanlar üzerinde aynı şekilde dağıtılmazdı.

Beyin maiyetine giren asil fief sahipleri beyin "adamı" olmakla onun keyfi idaresi altına girmiş olmazdı; fief sahiplerinin yargıcı " bey " değildi, akranları idi, yâni aynı beyden toprak almış diğer fief sahipleri idi. Bey feodal mahkemeye kendi başkanlık edebileceği gibi bir "prevôt" ya da başkanlık ettirebilirdi. Eğer iki taraf başka başka beyin vasalı iseler, dâvalı akranları tarafından muhakeme edileceğine emin idi. Fakat beyi olmayan bir beyin topraklarında suç üstü yakalanmış olan fief sahibi yakalandığı yer beyi tarafından muhakeme edilirdi, halbuki yakalandığı yer beyliğinde akrandan mahrumdur. Yine bir fief sahibi asil kendi fiefinde ikâmet etmeyip vasalı olmadığı bir beyin topraklarında ikâmet ederse ceza dâvalarında muhakemesi topraklarında ikâmet ettiği ve adli divanında akranları bulunmayan beyin mahkemesinde görülürdü.

Asil olmayan hürlerin yani feodalite iyerarşisine iradesiyle beyin adamı olarak girmemiş olanların akranları olmadığından haklarında bey divanı hüküm verir veya bir memuruna muhakeme ettirirdi; bu memura " bailli " veya " prevôt " denirdi.

Bununla beraber bey hususi, özel bir kanun ile asil olmayan bir hüre akranları tarafından muhakeme edilmek imtiyazını verebilirdi. Bazan bir ilçenin hür halkına bu imtiyazı mahalli örf sağlardı. Bu haller nadir idi. Eğer hür bir adam bir Timar satın almış ve o Timarında ikamet ediyorsa timar ile ilgili dâvalarda diğer timar sahibi beyler tarafından muhakeme edilirdi.

Serfin vaziyeti kötü dî. Onun beye karşı başvurabileceği akranları yoktu. Serfler hürleri mahkemeye çağıramazlardı. Görülüyor ki, akranları tarafından muhakeme edilmek usulü genel, herkese şâmil bir usul değildi. Akranları tarafından muhakeme edilmek vasalığın sonucu ve fief sahiplerinin imtiyazı idi. Hür adamların büyük kitlesi ve serfler bu koruyucu prensipten istifade edemezlerdi. Bu hususun zikri önemlidir. Çünkü juri tarafından muhakeme edilmek usulünü, akranları tarafından mu-

haküme edilmek usulüne bağlamak isteyenler vardır. Bu yazılara kaynak olan büyük Esmeyn o meşhur eserinde bu fikrin arz edilen müesseseye bağlanabilmesini güç buluyor.

Vasallar için saray hizmeti çok güçlü. Akranlar tarafından muhakeme edilmek usulü silinmeğe ve kalkmağa doğru yol aldı. Bir çok yerde asiller de diğer fief sahibi olmayan adamlar gibi "bailli" ler tarafından muhakeme edilmeğe başladılar. XIV üncü asırda akranlar tarafından muhakeme edilmek usulü nadirleşti; evvelce kaide iken istisna haline düştü ve nihayet XV inci asırda tamamiyle kalktı.

Fakat adaleti borçlu olan beyin veya naibinin tek başına, yani münferit olarak muhakeme yapamıyacağı prensibi kalkmadı. Teamül yargıcı tecrübeli pratikçilerle istişareye mecbur bıraktı. Esmeyn der ki, bu aşağı yukarı Roma yargıçlarının "Concilium" una benzerdi; Roma muhakeme usulü olan mecellenin yargı'ya ait kitabında (Kitabül-Kaza) Kadı, değerli âlimleri meclis-i hkazasına çağırmağa mecbur kılmazsa da, onlarla müşavereye müsaade ederdi.

2 — Kralın yarısı erki başlangıçta kendi hassında yani kendi sahasını teşkil eden arazisinde yürürdü. Fakat saha büyüdükçe ve kralın kudreti de arttıkça yargı erki de büyüyordu. Adliyenin idaresi prévôt-ların elinde idi. Kral bir timar veya zeameti (bir beyliği) kendi mülküne katınca kral beyin yerine geçiyor ve onların askerî maiyeti olan beyler birbirlerini muhakeme etmek için kralın yerinde feodalite mahkemelerini teşkil için toplanırlardı; o zaman mahkemeye büyük bir memur olan bailli başkanlık ederdi. Bu cihetin yani Prévôtların ve bailli'lerin başkanlık etmelerindeki fark engisizyon muhakeme usulünde de izlerini bırakmıştı.

Görülüyor ki, başlangıçta kral kendi beyliğinde her hangi bir bey gibi; aynı sıfat ve aynı usul ile yargı erkini kullanır ve beyler gibi "prevôt" ları vardı. "Prevôt" lar bizim "Kadı" lar gibi ellerinde hem idareyi, hem yargıyı bulunduruyorlardı. "Prevôt" lar yargıç olarak, fief sahibi olmayan hürlerin de muhakemelerini yapıyorlardı. Krallık kendi beyliği arazisini genişlettikçe "Prevôt" ların sayısı da artıyordu. XIII. asrın başlarında (1202) yani ceza usulünün tarihine başlangıç olarak alınan tarihte kralın 49 prevôt'su kabul edilmektedir.

"Bailli" lere gelince, bunlar krallığın büyük memurları idi. Bunlar "prevôt" ları teftiş eyledikleri ve gezici yargı meclisleri kurmuş oldukları kabul olunuyor. Esmeyn "bailli" lerin yeni bir düzenleme ve mer-

kezileştirme ihtiyacı ile ihtas edilmiş olduğunu sanır. İlk defa olarak Filip - Ogust'un 1190 tarihli emirnamesinde kesin olarak zikredilmiş olarak gözükmektedir; fakat daha evvel ihtas edilmiş olması ihtimali kuvvetlidir. Kralın arazisi büyüdükçe, nezareti, teftiş ve mürakabeyi mahalline götürmek ihtiyacı ile "bailli" ler ihtas edilmiş olacaktır. Netekim "Albi" halkı aleyhine yapılan seferden sonra krallık güneyde geniş eyaletler elde edince "bailli" lerin görevini görecektir memurlar ihtas olundu. Daha sonra kralın bir muntakadaki arazisi önem alınca o araziye bir "bailli" gönderilirdi; büyük bir fief kralın arazisine katılınca o fief "bailli" liklere ayrılırdı.

Yargı meclisleri, bizde bugün olduğu gibi daimi değildi; yani senenin her gününde toplanmazdı. Feodalite devrinde yargı meclisleri senenin, teamülün tesbit eylediği bazı günlerinde toplanırdı; müsta'cel hallerde yargı heyetini çarçabukta toplarlardı. Böyle belirli vakitlerde toplanan mahkemelerin celselerine "assise" denirdi. "Bailli" ler kaza dairelerinin başlıca şehirlerinde resmi assise'ler aktetmeğe mecbur idiler. Assise'ler, eski müellifler tarafından şu tarzda anlatılmıştır: "Yargı meclisleri (assise) us sahibi yargıçların ve memleketin memurlarının teşkil eylediği bir meclistir; bu meclisi eyaletin egemen "bailli" si ya bizzat toplar veya toplatır. Bütün yargıçlar, bailliler, naipiler ve adaletin ve krali "prevôt" luğun bütün memurları assislere katılmağa mecburdur; müeyyidesi para cezasıdır. Assis'in toplanacağı yerde ve günlerde gelinmesi o assisin kaza dairesine giren şehirlerin hepsinde ilân edilmelidir.. Bailli assis'lerini her üç ayda bir inikad ettirmelidir. Bailli'ler assislerinde herkesin, asil olsun olmasın herkesin kralın memurları veya daha aşağı memurlar hakkında yapacağı şikâyetleri dinlemeğe mecburdur, lüzumu halinde o memurların hükümlerini düzeltir. Kralın prevôtlarının yetkisi içine giren meseleler ve dâvalarda assislere götürülebilir. "Kralın ödevine yetkisine giren" vak'alar adıyla anılan ağır cinayet dâvalarını da az sonra assisler görmeğe başladılar.

Baillilerin assislerinde görülecek başka vazifeleri de vardı. Bir büyük fief kralın arazisine katılınca kral ortadan kalkan beyin yerine geçiyordu. Kral eski bevin vâsallerinin birbirine karşı acacakları dâvalar için akranlarını yani ikinci derecedeki beyleri, eski fiefin feodalite divanında toplamağa mecburdu. Fakat akranların teşkil eylediği bu feodalite mahkemesine kral başkanlık etmivordu; "bailli" si başkanlık ediyordu ve binaenaleyh mahkeme assislerde görülvordu. Demek ki, assisler de, iki cesit adalet yanına bulunuyordu. Zamanla bu iki cesit adaletin birbirine karışması mukadderdi. "Yargıçlık eden adamlar" diye anılan ak-

ranların, akranlar, yani aynı beyden fief almış olanlar tarafından muhakeme edilmenin ortadan kalkmasına bir sebep de budur.

Fakat ortadan kalkan muhakeme usulünden bir iz kaldı: Prevôt'lar cezai işlerde asilleri muhakeme edemezlerdi; onları vaktiyle assilere başkanlık etmiş olan bailli'ler muhakeme edebilirdi; bu hal Fransız büyük ihtilâline kadar devam eyledi.

Krallık yargısının tepesinde parlömanlar vardı³. Kral maiyetini ve bailleri murakabe etmek ve bunlar hakkındaki şikâyetleri incelemekle ödevli idi ; Krallık divanı diğer ödevlerini ayırıp da, devlet şurası (danıştay) divanı muhasebat (sayıştay) ve dilimizde ve tarihimize divanı ahkâmı adliye adı ile ifade edilmiş heyetlere ayrılınca adliye parlöman adını aldı. Kelime aslında Kurultay mânâsındadır, yani işlerin müzakere edildiği resmî bir toplantı mânâsındadır. Parlöman belirli zamanlarda toplanır idi. 1302 tarihinde, yani ilk padişah sultan Osman'ın zamanında Paris' te iki defa parlöman akdedilmesine Güzel Philip karar vermişti. Fakat parlöman bir yerde müstaker olunca terkibi değişti ve hukukçuların istilâsına uğradı ; çünkü, Loysol'un dediği gibi lâik ve dinî hukukların yazılı şekli almağa başlamaları parlömanı hukukçular ile doldurdu. Parlöman üç daireye ayrılmıştı : Büyük kamara, tahkikat kamarası ve istida kamarası. Kamara kelimesini biz " daire " kelimesi ile ifade ederiz.

Arzylediğim şekilde düzenlenen parlöman appel (itiraz) nazariyesi ile Kralın elinde feodaliteye karşı korkunç bir silâh halini aldı. Prevot'larla bailli'ler ve yargı erkini haiz beyler arasındaki anlaşmazlıklarda son söz parlömanın oldu.

Bugün " istinaf kelimesiyle tercüme edilen " appel " o zamanlar bizim anladığımız mânada istinaf demek değildi. Çünkü, o zamanlar her mahkeme egemen idi ve kendi üstünde, kararlarını bozabilecek diğer bir mahkeme yoktu. Feodalite denilen o iyerarşi devrinde hâkimler arasında bir iyerarşi yoktu ; hepsi ödevi ve görevi içinde egemen di.

Appel evvelâ ihkaki haktan kaçınmak halinde (hukuk muhakeme usulleri mad. 573 No : 6 574) yapılırdı. Eğer şikâyetçi, hükümran olduğu topraklar üzerinde adaleti hâkim kılmak ödevi ve borcu olan beyin adamı ve maiyet beylerinden biri ise resmî surette yapacağı üç ihtarin

1) Uzun zaman krallığın tek bir parlömanı, tek bir egemen divanı oldu. Sonraları eyaletlerde parlömanlar kuruldu. Cevdet paşa merhum, meşhur olan tarihinde parlömanları " bizim divanı istinafiyemize benzeyen mahkemeler diye " tarif eyler.

neticesiz kalması üzerine adaleti borçlu beyini daha yüksek beyin önüne dâvet ederdi. Adaleti borçlu beyin ihkaka haktan kaçındığı sabit olursa iki bey arasındaki feodal bağlar kopar ve adaleti isteyen o adaleti kendisinden esirgeyenin “ adamı ” olmaktan çıkardı ; aksi takdirde bütün zeametini kayıp eylerdi. Bu hak asil olmayan fakat hür olan kimsede de bulunduğu gibi yabancıda da, kendisini misafir olarak kabul etmiş olan kimseye karşı vardı. Demek ki hakkı yerine getirmekten kaçınma halinde appel dâvanın görülmesini daha yüksek adalet borçlusuna naklettirmekten ibaret idi. Feodalite iyererşasına göre yüksek kademeli bey de hakkı yerine getirmekten kaçınırsa daha yüksek kademeye, tâ krala kadar çıkılırdı.

Appel'e imkân veren ikinci hale “ hükümde sahtalık hali ” denirdi ; bugün iştikâ anıl hükkam (yargıçlardan şikâyet) diye ifade eylediğimiz halin barbar bir şekli idi (Huk. Muh. Usulü Mad. 573 N: 1-2)

Hakkı yerine getirmekten kaçınma halinde taraflar iddialarının doğruluğunu yapacakları düellonun neticesine bırakmazlardı. Fakat “ hükümün sahte ve kötü olduğu iddiası ” şikâyetçi ile yargıçlar arasında yapılacak düellonun neticesine göre hal edilirdi ; yani şikâyetçi mağlûp olursa eski hüküm tasdik edilir, galip gelirse bozulurdu ; buna pek doğru olmamakla beraber bir nevi temyiz dahi diyebiliriz. Karan düello nun neticesi tâyin edeceği için bu yol yalnız akraların tarafından muhakeme edilen beylere açıktır. Hükümde sahtelik şikâyetçi ile akraların hâkimlerin bağlı oldukları müşterek yüksek dereceli beyin mahkemesinde görülürdü ; böylece Kralın mahkemesine kadar çıkabilirdi. Kralın mahkemelerinde hükümün akraların tarafından verilmesi usulü cari değildi, bu sebepten hükümde sahtelikten ötürü yapılan “ appel ” kalmağa mahkûm idi ve kalktı. Fakat hükümde sahtelik şeklini değiştirdi ve hükümde hatâdan dolayı appel şeklinde gelişti. Kralın yargı erkinde umumî bir itiraz yolu oldu : Prevot'unun kararlarından dolayı bailli'ye ve bailli'nin kararlarından ötürü krala şikâyet kabul edildi. Ortaya böylece üç derece mahkeme çıktı : Prévôt, bailli ve Parlöman. Yalnız şikâyet ve itirazlarda yargıcın taraf olarak kalması, müessesenin menşeiini gösteren göbek yeri gibi bir iz olarak kaldı.

**

Appel müessesesinden başka, görülmesi Kralın görevine, ödevine giren vakalar nazarivesi dahi Krallığın adli yetkilerini artırdı. Böylece Krallık XVII ve XVIII inci asırlarda ceza dâvalarının çoğunu kendi öde-

vi içine aldı ; beylerin ve kiliselerin yargı erklerini sığıkçe daralttı. Krallık bu cüretinde hukukçuların çok büyük yardımına mazhar oldu. " Hukukçular bu yardımlarını açıktan açığa ihlâl eyledikleri günün hukukuna dayanarak yapıyorlardı : " Fakat çok kere müstakbel terakkinin müphem görünüşü yerine Roma hukukunun müsbet hükümlerine dayanıyorlardı. O zamanlar Roma Hukuku mezarından henüz kalkan muhteşem bir ölü idi ".

Hukukçuların dayandığı büyük fikir : Kralın umumi menfaati temsil eylediği ve herkese emniyeti ve adaleti borçlu bulunduğu prensibi idi. Binaenaleyh bazı çok ağır vakaların bailli'lerin ödevine gireceği fikri daha XIII üncü asırda belirmeğe başladı. Çünkü çok ağır vakalar ya Krallığın haklarına doğrudan doğruya teaddi yâni el uzatmayı veya krallığın himayesi altına almış olduğu büyük menfaatlara taarruz teşkil ediyordu.

Muhakeme Usulleri 1260 tarihli emirname ile düellonun Krallık arzisi üzerinde icrası yasak edilmekle ve yerine tahkikatı geçirmekle muhakeme usulüne bir adım daha ilerlemek imkânını verdi; böylece istinaf " yalvarma " adı ve şekli altında bir yenilik olarak doğmağa başladı¹ ve krallık tarafından kuvvetli bir tahakküm âleti kılındı.

Kullandığımız istida tâbiri de mütevaziane istemek demektir.

III — Belediyelerin yargılarına eşevinaj (échevinage) derler. Almanya jüriyi échevin kelimesi ile ifade eder. Komün veya échevinage diye kasaba halkının yeminli (jüre) topluluğuna denirdi. Bu yeminli cemiyet kendi beyinden kendi kendisini idare etmek hak ve imtiyazını almıştı.

Komünlerin özel yargıları vardı. Mahkemelerinde, çeşitli kombinasyonlarla belediye reisi, échevin'ler, jüre'ler (jüri) yer alırlardı .Belediye Reisi Konsul (Konsolos) unvanını alırdı.

IV — " Hıristiyanlık divanları " adını taşıyan dinî mahkemeler

1) Eski feodalite yargılama usulleri hakkında " Montesquieu'nun " kanunların ruhu adlı eserinin en uzun bir kitabı olan 28 inci kitabında geniş malûmatlar verilmiştir.

Montesquieu Cerati adlı büyük bir papasa yazmış olduğu 18 Mart 1748 tarihli bir mektupta bu kitabı yazmak için üç aydan beri kendisine öldüresiye kıydığını bildirir. Bu kitap okuyandan " üç saatlik bir okuma müddeti isteyecektir, fakat inanınız ki benden bütün saçlamı beyazlatacak kadar bir çalışma istedi " der.

yüksek bir otorite ve geniş bir ödev ve göreve mâlik idi. Bu mahkemelerin itiraz mercileri kademe kademe papalığa kadar çıkardı. Bütün ruhaniler üzerinde inhisar halinde yargı erki vardı. Dinden dönme, büyüçlük, zina ve mürabaha gibi dinin yasak ettiği fiillerin muhakemeleri hristiyanlık divanlarında görülürdü.

Kilise ölüm cezası vermezdi, veremezdi, buna din müsaade etmiyordu. Bu sebepten asrın zihniyetine göre cezası ölümle çekilmesi lâzım vakalarda kilise sanığı sivil, lâik mahkemelere teslim eder, ölüm cezasını ona hüküm ve infaz ettirirdi.

Kilise, ona sığınan suçlu için bir sığınak idi buna iltica, sığınma hakkı denirdi. Sığınma kiliseye yargı ödevi ve görevini vermezdi, fakat suçlu teslim de edilmezdi. Kiliseden zorla alınamayan suçlu ; teslim olmaya veya memleketi terke dâvet edilirdi.

V — Feodalite muhakeme usulü. — Feodalite devrinde dâva, bir davacının dâva etmesiyle açılabilirdi. Bu usulü mecelle “ sebk-i dâva ” tâbiriyle ifade ederdi; ifade bu güne kadar muhafaza edilmiştir. Sebk, ileriye geçmiş demektir. Demek ki, sebk-i dâva gerek şahid dinlenebilmek, gerekse hüküm verebilmek için evvel emirde ilk iş olarak bir kimşenin diğer kimse aleyhine dâva açması lâzımdır. “Zeylai” der ki:

“Zira yargıç insanların birbirinden olan haklarını bilmez ve insanların haklarını aramağa zorlayamaz.”¹ Sebk-i dâva aslını ceza muhakeme usulü K. muz (mad. 147) “ilk ve son tahkikatın açılması hukuku âmme (Kamu hakkı) dâvasının açılmasına bağlıdır ve bu dâvayı açmak vazifesi savcındır” (mad. 148) demek suretiyle ifade eyler. Feodalite devrinde “diyet” kalkmıştı; fıkıhta ise devam etmekte idi. Bu da fıkıhta ceza dâvalarını kendisinde halkın hakkı daha fazla olan suçlar ile Allahın hakkı daha fazla olan suçlara ayırmakta ısrar ettirirdi. Fıkıh vakıf, boşanma gibi sırf medenî hukuka ait işleri bile onlarda kamu hukuku daha üstün olduğundan hususi hukuk hükümlerinden ayırıp âmme hukukuna dahil kılmakta idi.

Feodalite devrinde cürümler ağırlıklarına göre ya çok sert ve zalim cezalarla tenkil edilirdi veya bugün para cezası diye ifade eylediğimiz, fakat Fatih ve Süleyman kanunnamelerinde “Cerime” diye ifade edilirdi.

1) Fikhin insanlar arasında verilecek hukukumu “sebk-i dâva” ya bağlamış olmasını “sebk-i dâva” tabirini anlatabilmek için naklettim. Yoksa “Allahın hakkı” ile yani “kamu hakkı” ile ilgili dâvalarda “sebk-i dâva” lâzım değildir.

miş olan ve adalet dağıtan beye yarayan para cezaları ile cezalandırıldı. Fakat ne de olsa “sebki dâva” prensibi muhafaza edilmişti.

Dâva açmak, takipte bulunmak hakkı suçtan zarar görmüş kimseye ve ölmüş ise en yakın hısmına ait idi. En yakın hısmın meselâ yaşının çok genç veya çok ilerlemiş olması gibi takipte bulunmasına imkân vermediği halde takip hakkı ondan sonra gelen en yakın olan hısma geçerdi.

Ceza dâvası iki hususî kimse arasında geçecek bir dâva olduğundan özel bir usule bağlanmadı. Demek ki, hukuk dâvaları ile ceza dâvalarını birbirinden yalnız teferruatta mahiyeti eşyanın icap ettirdiği farklar ayırdı.

Muhakeme usulü alenî, şifahi ve şekle tâbi (formalist) idi. Yargı meclisi açık havada, bir şatonun kapısı önünde veya dört yol ağzında bulunan bir meydanda kurulur idi. Taraflar “semonce” adını taşıyan dâvetnamede yazılı günde hazır bulunmağa mecbur idiler. Yalnız usul bir çok mazeret kabul etmişti. Usulün kabul ettiği mazeretlerden biri olmayınca taraflar gelmeye ve bizzat gelmeye mecbur idiler. Çünkü; dâvada “niyabet” yani temsil, yerine birisini göndermek usulü kabul edilmezdi.

GÖREV — Eski muhakeme usulünde herkes işlediği suçtan esas itibarıyla; arazisi üzerinde “yatıp kalktığı” (ikamet eylediği) beyin yargı erkine tâbi idi.

Fakat suçlu başka bir beyin arazisi üzerinde suç üstü yakalandığı takdirde yakalandığı yer beyin yargı erkine tâbi tutulurdu. Bu istisnai yetki genişletilecek ve suçlu ister suç üstü yakalanmış olsun, ister olmasın suç işlediği yerin beyi yargıma tâbi olacaktı. Görevin ikametle tayini usulünün yanbaşımda suçun işlendiği yer ile de tayin edilmesi bir çırpıda elde edilmedi; arz ettiğimiz gibi evvelâ suçlunun suç işlediği yerde suç üstü yakalanmış olması icap etti; sonra suç üstü yakalanmış olmasa ve hatta suçun işlenmesinden bir zaman sonra ele geçmiş bulunsa dahi suçlu suç işlediği yerde ele geçmiş bulunması arandı; ondan daha sonradır ki yakalanma şartı ve lüzumu dahi kaldırılarak mutlak surette suç işlendiği yer görevli olarak kabul edilebildi. Çünkü suçun işlendiği yer yargıcı iz ve delilleri daha iyi ve kolay elde edebilirdi.

Diğer taraftan krallık bazı kimselere ferden ve şahsen “hemşerilik” hakkını verdi. Kralın hemşerilik hakkı verdiği kimseler, suç üstü yakalanmış olmadıkça yalnız kralın yargıçları önünde takip edilebilirlerdi.

“İmtiyazlı vak’alar” diye adlandırılmış olan bazı vak’alar krali vak’alara gelip eklendi. Krali vak’alar, yani takibi krallık mahkemelerinde yapılması icap eden vak’alar beylerin yargı erkini daraltıyordu. “İmtiyazlı vak’alar” ise Hıristiyanlık divanının yani kilisenin yargı erkini tahdit etti. İmtiyazlı vak’alarda imtiyaz suçlu için tanınmamıştı. Yargıç için kabul edilmişti ve böylece kilisenin ödevine giren bazı cinayetler krali vak’alar arasına sokuldu ve tabiidir ki, imtiyazlı vak’aların sayıları da krali vak’aların sayıları gibi durmadan arttı. Hem umumî kanunlar, hem de kilise kanunu tarafından cezalandırılan ve bu itibarla müşterek suç adı altında ifade edilen suçları görmeğe hem krallık yargısı hem kilise yargısı görevli idi; hangisi işe evvel el koyarsa dâva onda derdest bulunmuş olurdu. İmtiyazlı vak’aların hepsi de müşterek suç idi, bu itibarla kilisenin hakları ihlâl edilmedi, o da işe evvelâ el koymuş olmak şartıyla dâvayı görmeğe yetkili olarak kaldı. Sonra her iki sınıf yargıçtan mürekkep mahkemeler kurulmak suretiyle ikilik kaldırıldı. “Prevention” de krali beylerin yargı erkine ortak kılıyordu.

İltica hakkı — suç kastan, sığınmak kastı ile bir kilise yanında işlenmiş olduğu takdirde sığınma hakkı kabul edilmemeğe başlandı. Sonra da 1539 da büsbütün kaldırıldı.

Tabiidir ki bu ödev ve görev gelişmesi krallık mahkemelerinin de teşkilâtlarını değiştiriyordu: Bir taraftan personel sayısı artıyor diğer taraftan istisnai mahkemeler de kuruluyordu.

SUÇ ÜSTÜ. — Evvelâ suç üstü tabiriyle ifade ettiğimiz meşhut suçlardan bahsedelim. Meşhut kelimesinin lûgat mânası görülmüş demektir; suç işlenirken görülmüş demektir ki, şimdiki ifade ile suçlunun suçu işlerken suç üstünde görülmesidir. Meşhut görülmüş, şahit de gören demektir; bu kelime dahi başlı başına şahitin bidayetlerde vak’ayı kendi gözü ile görmüş olmasını iktiza ettirmiş olduğunu anlatır.

Meşhut suçlar iptidai kanunlarda özel bir yer işgal eder ve özel kaidelere tâbi tutulur. Eğer ilk devirlerde suçların takibi güçlülükle kabul edilmiş ise sebebi suçu tamamıyla inkâr eden bir suçluya suçunu kabul ettirmeğe imkân bulunmamasıdır. Fakat sulu suç üstü yakalanırsa, bedahet yani ayrıca işbata hacet olmayan hakikat, aşikâr olarak gözükür. Bu takdirde bir dâvacıya lüzum kalmadığı gibi Allahın hükmüne başvurmağa da yani düelloya da hacet kalmaz. Hakkı dağıtan ve yerine getiren bey yanında adamları olduğu halde çavuşlarının suçüstü yakalanıp kendisine getirdikleri adamı yakalayanların şehadetine dayanarak hemen halkın önünde muhakeme eyler ve hükmünü verir.

Suçun işlenmesinden bir müddet sonra dahi onda suç üstü mahiyetini muhafaza etmek için feodalite muhakeme usulü, Franklar devri gelenekleri dahilinde şekle bağli ve oldukça safcılâne bir usül düzenlemiştir. Bu usül bizim şimdiki Alman esaslarını ihtva eden ceza muhakemeleri usulü kanunumuzdan evvelki, Fransa'dan almış bulunduğumuz, ceza muhakemeleri usulü kanunumuzda "velvelei nas" tabiriyle ifade edilirdi. Velvele bağırma, feryat demektir, burada memnuniyetsizliği ifade eden bir bağırmadır; nas insan, insanlar demektir. Halk suç üstü yakalanmış suçlu'yu haro, haru veya haro feryatları ile takip ederdi. Bu usül İngiltere'de yaşamaktadır; buna "bağırma ile yakalama" (Arrest by hue and cry) derler.

Suç üstü kamu takibine çok dar bir saha bırakıyordu. Bu sebepten sahayı genişletmeğe başladılar. Ölenin hısımları bulunmadığı takdirde takibin hısımlara bırakılmasının mânası yoktu. Bazı örf hukukçuları bu takdirde âmme kudretinin müdahale etmesi lâzım geldiğini bildirirlerdi. "... Çünkü efendimiz İsa İncilinde fukaranın kanının adalet diye bağırarak kendine geldiğini ve "Güzel Efendi Allah fukaranın kanının intikamını aldığı" söyler.

Kamu takibini yapabilmek için suçlunun suç üstü yakalanmış olması, mağdurun hısımlarının bulunmaması büyük bir şey ifade etmez. Mağdurun hısımları olduğu halde yine de dâva açılmayabilir. Binaenaleyh hakkı hâkim kılacak beye bu takdirde de takip hakkı sağlamak lâzımdı. Bu yönde atılan ilk adımı takip hakkı olmayan beye suçluyu yakalamak ve dâvacı olabilecekleri tahrik eylemek teşkil eylemiştir. Fakat bu hal tarzı geçici bir hal tarzıdır, meseleyi kesin olarak çözmez; çünkü bu geçici halden iki suretle çıkılırdı:

a—) Bey dâvayı dâvacılara açtırmak için filânın filân suç ile sanık bulunduğunu ve dâvacıların gelip dâva açmalarını zamanında ilân ederdi. Belirli bir mehil içinde ve üç defa ilândan sonra, tutuk, kimisine göre kefaletle tahliye edilirdi, kimisine göre de bir sene bir gün tutuklu bulundurulduktan sonra, hiç bir dâva açılmamış bulunursa kesin tarzda salıverilirdi ve artık o suç ile bir daha takip edilmezdi.

b—) Tutuk dâvacısız olarak muhakeme edilmeği kabul edebilirdi. Bunun için takip edilecek usule "memleketin tahkikati" adı verilirdi: "Bir kimse kötü bir iş şüphesi altında yakalanmış olursa kendisine fiilin tahkikini bekleyip beklemeyeceği" sorulur. Demek ki "memleketin tahkiki" usulüne sapılabilmesi için sanığın muvafakati mutlaka lâzımdı. Fakat sanığın muvafakati enerjik bir tarz ile elde ediliyordu: "Bir sene

bir gün müddetle hapse konuyor ve pek az yiyecek ve içecek veriliyordu.”

Memleketin tabkikatı bir nevi şahit ile ispat idi; fakat adi hukukun şahit ile ispat tarzından çok farklı idi. Memleketin tahkiki zaten bir yenilik de arz etmiyordu, bu usul Şarlemann hanedanının saltanatları zamanında “Inquisitio” (Enkisizyo) adı altında mevcut idi. Bu usulün karakterlerini (farkalarını, diğer usüllerden ayıran çizgilerini) XIII asır metinlerine dayanarak çizmek çok güçtür. Suctan haberi olabilecekler çağırılır; bunların sayıları en azdan 24 kişi olmalı idi. Bu 24 kişi sanığa kin ve sevgi beslemekle şüpheli olmamalı idiler. Bu 24 kişi suçun işlendiği yerin en uslu, en namuslu adamlarından bulunmalıydılar: “Bailli bu 24 kişiyi teker teker dört sipahi (şövalye) önüne çağırır ve beyanlarını yazdırır. Sonra sanık çağırılır ve 24 şahit de kendisine gösterilerek bu “yeminli kimseler” (yemin etmiş kimseler) içinden reddedeceği bir kimsenin veya kimselerin bulunup bulunmadığı kendisinden sorulurdu.”

Bundan sonra “yemin etmişler” (yani 24 kişi) birden ve bir arada çağırılır ve söyledikleri mahkeme tarafından sanığın zihnine sokulurdu.” “24 kişi yeminleri dairesinde söylediklerini kabul etmelidirler. Mahkeme üyeleri tarafından hüküm verilmelidir.”

Demek ki, memleketin tahkikatı şu unsurlardan mürekkepti:

1 — En azdan şartına uygun 24 şahite “yemin etmişler” denirdi. Yemin etmiş olduklarından ötürü mahkemeye doğruyu söylemeğe mecbur idiler.

2 — Söyleyecekleri sanığın yaşayışı ve yaptıkları hakkındaki bilgileri ile sanık hakkındaki kanaatlarından ibarettir. Bu garip şahitlerin hakikatta jüri (jüri de yemin etmişler demektir) olduklarını ve jüri müessesesinin buradan çıktığını iki meşhur hukuk tarihçisi iddia ediyor. Brunner: “Enstehung der Schwurgerichte” (Jüri mahkemelerinin çıkışı); Biner: “Beitraege zur Geschichte des Inquisitions-Prozesses und der Geschworenen-Gerichte” (Enkisizyon muhakeme usulü ve jüri mahkemeleri tarihine iştirak hissesi)¹.

3 — Her şeye rağmen yemin etmiş olanlar birer şahittir. İki defa,

1) Beitrage veya fransızcası olan Contribution tabirlerinin dilimizde henüz karşılığı iyice yerleşmemiştir; birmesaiden netice alınmasına iştiraki, katılmağı ifade eder. “Çorbada maydanosun bulunsun” demek çorbanın vücudunda gelebilmesi için işe maydanosla iştirak etmektir. Çorbanın pişirilmesi için getirilmiş çok ufak bir iştirak hissesidir.

dinlenen şahitlerdir: Bir defa sanığın gıyabında bir defa da sanığın huzurunda dinlenirler².

TEVKİF — Foedelite muhakeme usulünde muvakkat tevkif önemli bir rol oynar. Muvakkat tevkife "prise" denirdi. "Prise" almak ve tutmak mastarından gelir ve bizim "tutuk" kelimeimize tam karşılık olur. Tutuklu, "recreance" denilen kefaletle tahliye müessesesinden ayrılmaz; "recreance" kelimesinin lûgat mânası iade etmek geri vermektir; tutuk için hürriyetinin muvakkaten iadesi ve müsadere edilmiş mal için, yani mahkeme münazaah olan bir şey için o şeyin intifandan mahkemenin hükme kadar geçici olarak istifade ettirmesi demektir. Binaenaleyh tutukluk sanığın münazaah olan hürriyetinden mahrumiyetidir. Sanığın

2) Bu "memleketin tahkiki" usulü ile fikhin "tevatür" delili dediği usul arasında bir mukayese yapmak çok faydalı olur kanaatindeyim.

a—) Memleketin tahkikinde şahitlerin en az miktarı 24 olarak tayin edilmiştir. Tevatür beyyinesinde ise şahitlerin belirli bir sayısı yoktur. Şahit sayısının ne aşağı derecesi ne yukarı derecesi tayin edilmişti. Tevatürde şart şahitlerin, yalanda ittifak edemeyeceklerini aklın kabul edeceği kadar çok olmalarıdır; kimi âlim bunun için şahitler dörtten aşağı olamaz, kimi âlim ise yetmişten aşağı olamaz demişler ise de arzettiğim gibi tevatürde şahit sayısının bir rakkam ile tahdid edilmemesi kabul olunmuştur.

b—) Tevatürde adi şahadette olduğu gibi "şahadet ederim" sözünün söylenmesi lâzım değildir.

Memleketin tahkikinde şahitlerde adalet aranıyor; adalet şahidin yalancılık'a bilinir olmaması ve "mürüvvet" sahibi bulunmasıdır. Mürüvvet insan iyiliklere sevk eden nefis terbiyesidir; adil adama frenker "prud'homme" derler. Fikih ise tevatür muhbirlerinin adil olmalarını aramaz; bu itibarla adi şahide "ta'n" edilmek (dil uzatmak) yetkisini haiz olan sanık tevatür muhbirlerine dil uzatmaz.

Sanık adi şahitlere dil uzattığı zaman hâkim ta'n edilen şahidi "tezkiye" eyler. Yani doğru adam mı, kötü adam mı diye muhitinden aleni yani hakim ve taraflar huzurunda veya gizli yani tezkere yazılarak soruşturma ve araştırma yaptırır. Bu itibarla tevatür şahitlerine tevatür muhbirleri denir. Bugün bir memuriyet istidasında bulunan kimseyi müracaat ettiği daire istida edeninin gösterdiği kimselerden gizli (sırran, sır halinde) tezkiye eylemektedir. Bu usule sır ile aynı kökten olan "mesture" (örtülü) dahi denirdi.

Memleketin tahkikinde mahkemenin dinlediği kimseler mahkeme tarafından adeta evvel emirde tezkiye edilmiş kimselerdir.

Memleketin tahkikinde yemin etmişler sanığın esas itibariyle "müzekkileri" (tezkiye edenleri) dir. Bir defa sırran (gizli) bir defa da alenen tezkiye ediyorlar; hem muhbir hem müzekkidirler. Fakat yine de şahide daha yakındırlar. Ta'n edilmeleri caizdir.

Tevatür "ilmi yakın" ifade eder; işte fikih bu görüşü ile memleketin tahkikinden ayrılır. "Yakın" kendisinde şüphe bulunmayan bir hakikattir. Fikhin kabul ettiği yakın altı türlü idi. Bunlardan :

hürriyetinin mahkeme sonuna kadar ve sonucuna göre geçici surette tadesi demek olan tahliye tutukluktan ayrılamayan bir müessesedir.

Cezası can veya bir uzuv (organ) olan suçlarda suçlunun tahliyesi esas itibariyle caiz değildi. Çünkü bu takdirde sanığın şahsına kefil olanların (pleges) kefaletleri kâfi bir teminat teşkil edemezdi. Gerçi kefiller en dar ve kesin surette: "Vücuda vücud, mala mal" formülü ile taahhüt ederlerdi. Fakat mantık sonuna kadar götürülmezdi, ve kaçak veya saklanan suçluya verilecek ceza kefile tatbik olunmazdı. Kefile yalnız çok ağır para cezası verilirdi¹.

Cezası ölüm olan veya bir uzvun kesilmesi olan bir suçun isnadında sanığın dâvacıyı doğrudan doğruya düelloya dâvet edebileceğinden bu takdirde sanığın tevkif esas idi; fakat yalnız sanık tevkif edilmezdi; dâvacısıyla beraber tevkif edilirdi. Çünkü sebki dâvaya dayanan bir muhakeme

1 — Apriori denilen ilke (evveliyat) buna ispatı lâzım olmayan bir hakikat olmak itibariyle bedihi de denir. Meselâ: Tüm parçalardan büyüktür gibi.

2 — İnsanın açılması ve susması gibi iç müşahadeleridir; bu müşahadeler akla bağlı değildir. Bu hususta insan ile hayvan arasında fark yoktur.

3 — Tecrübe edilmiş şeyler. Meselâ: İçki sarhoşluk verir, müshil isal verir.

4 — Tévattürdür. İnsan dünyanın her şehrinin, her kısmının görmemiştir. Fakat görmediği ve bilmediği yerlerin varlığına tevattür ile inanır ve kabul eder.

1) Mecelle "plege veya pletge" denilen kefil "kefil bin-nefs" tabiriyle ifade eder. Mecelle kefaleti bir çok çeşite ayırır. Bir malın edasına kefaleti mala kefalet: "Kefalet-i bimal"; bir malın teslimine kefaleti: "Kefalet bit - teslim" ve bir malın şahsa kefalete "kefaleti bin-nefs" derdi bir malın, müsteri elinden istihkak dâvası ile alınması (zaptedilmesi) halinde akcesini edaya veya malı teslim yahut satıcının nefesine, şahsına kefalete, yani bu üç kefalete birden: "Kefaleti bid-derk" derdi ve meblin zaptı haline aid bir kefalet olurdu. Kefalette zimmetini asıl borçlunun zimmetine ekleyen kefil ile kendisine "mekfulün anh" denilen asıl borçlu bir tarafı teşkil ederler kefilin edasını veya teslimini taahhüt ettiği şeye "mekfulün bih" denir. Bütün bunları anlatışından maksat "kefaleti bin-nefs" te asıl borçlu (mekfulün anh) il teslimi kefil tarafından taahhüt edilen şeyin ki, borçlunun vücudu şahıdır - (Mekfulün bihin) aynı olduğunu belirtmektir. Kefaleti binnefsin hükmü "mekfulün bihi" ihzardan ibarettir. Mecelle der ki, kefil: "hangi vakit mekfulün bihin teslimini şart etmiş ise o vakit mekfulün leh (lehine kefalet yapılmış alacaklı) talep ettiğinde, kefilin mekfulün bihi ihzar etmesi lâzım gelir. İhzar ederse febiha ve eğer etmez ise mekfulün bihi ihzar etmek üzere zorlanır." Febiha onunla iktifa edilir, kanilir, maksat hasıl olur demektir. Zorlanma hapis ile olur. Mekfulün anhın bulunduğu yeri bildirmek de ihzar demektir.

Yine fikihta kısas vesair cezaarda cezalandırılacak kimsenin nefesine kefalet caiz değildi. Çünkü bunların kefiliden alınması şeran catz değildi.

usulünün farikası taraflar arasında eşitliği muhafaza eylemektir; bir de düelloda mağlûp olan hayatını kaybedeceğinden düello hasımdan birini mutlaka vuracak iki ağızlı bir silâh olduğundan ikisinin de tevkifi lâzım olurdu. Fakat iki hasımın da savaşa hazırlanabilmesi için ikisinin de nefislerine verecekleri iyi kefiller ile tahliyeleri lâzımdı bu itibarla hatta suç çok ağır dahi olsa iki taraf da tahliye edilirdi. Biri tahliye edilip diğeri hapsiste bırakılmazdı. Bazı âdetler düelloya dâvet halinde iki tarafın emin kimselerin nezaretleri altına verilmelerini emreder; bu da nefse kefaletin bir çeşiti olur. Emin kimselerin nezaretleri altına konmağa "canlı mahpes" (hâpishane) denirdi.

Adaleti bağlayan bu kaide adalete takdir hakkı vermeğe başladı ve bu kefillik krallık yarışısında gelişti.

Şimdiye kadar arz ettiğim tevkif teşkili - tarafeyn (iki tarafın teşkili) ile yani (sebki dâva ile) el konan işlere aittir.

Bir beyin dâvacıyı tahrik için tutturduğu ve hapse attığı şüpheli şahıslar hakkında cari değildi. Bu şahısların yakalandıklarını ve hapse atıldıklarını üç kere ilân etmek lâzımdı. Bu şahısların tevkifleri aleyhlerine dâvacı çıkmadığı takdirde bir sene bir gün devam ederdi. Daha evvel tahliye edilebilmeleri ihtilâflı idi. Kimi ilân müddetlerinin bitmesinden sonra tutuğun nefesine kefil vererek tahliyesini isteyebileceği kanaatinde idi, hapsin mutlaka bir sene bir gün süreceğini kabul edenler çoktu. Sanığın bir sene bir gün tutuk olarak kalmasını isteyenler bu müddet geçtikten sonra artık aleyhine bir daha aynı suç için dâva açılmıyacağını kabul ederlerdi. Tutuğun üç ilân gününden sonra nefesine kefaletle tahliyesini isteyenler ilân müddetinden sonra tutuğun kesin olarak beraat etmiş olacağını kabul ederlerdi.

Bey tarafından yakalanmış kimsenin memleketin tahkikatını kabul ettiği takdirde kefaletle tahliyesinin caiz olacağı tahmin edilmektedir. Çünkü teşkil edilmiş taraf yani hasım, dâvacı olmadıkça hürriyet esas olur.

Hülâsa suç suçlu için hayat veya bir uzuv kaybı cezasını lâzım kılmayacak ise kefâlete tahliyesi bihakkın idi. Feodalite usulüne ve düelloya bağlı olan bu eski nazariyeler bu iki esas bu güne kadar yaşayacaktır: Az ağır suçlarda tevkif edilmiş suçlunun tahliye talebi kabul edilmelidir; ağır suçlarda tahliye isteği reddolunmalıdır.

*

**

Eski feodalite hukuku giyabi (sanık hazır olmaksızın yapılan) bir muhakeme usulünü de kabul ediyordu.

Prensip olarak eski feodalite muhakeme usulü her şekilperest usul gibi gyaben verilebilecek bir hüküm kabul etmezdi. Çünkü dâvanın yapılabilmesi ve devamlı olarak yürüyebilmesi için hazır bir dâvacının ve hazır bir sanığın mevcut olması lâzımdı. Bununla beraber hazır olmamakta: saklanmakta inat edenlerin karşı koymalarına rağmen adaleti yürütebilecek bir çare bulmuşlardı. Bu çare şu idi: Jermen âdetlerinde saklanan sanığı kendisine isnat edilen suçtan ötürü mahkûm etmezlerdi. Gaip sanığı saklandığı için kanun dışı ilân ederlerdi. Kanuna itaat etmiyeni, bütün kanuni teminatlardan mahrum bırakırlardı. Bu sahada mantık hakimiyetini muhafaza ediyor ve dâvetler bol bol yapıyor ve bol bol mehiller veriliyordu. Gerçi verilen mehiller örfelere göre değişiyor idi ise de gyabi muhakemenin umumî farikaları şu tarzda tebarüz ettirebilir:

Gyabi muhakeme usulüne "Forbannissement" denirdi. "Forban" eski hukuk istilâhinde hiç bir hakka saygı göstermiyen insan demektir. "Forbannissement" de feodalite hukukunda kanun dışına atmak mânâsına gelirdi. Kanun dışına atılmaya, yalnız mahkemenin (ekseriya kırk günde bir) toplandığı zamanda - ki buna mahkemenin oturum devresi (assise) denir - hüküm edilebilirdi. Kanun dışına atılmaya mahkûmiyet ancak üç assiste yapılacak üç dâvetten sonra verilebilirdi. Demek ki her biri bir assise ait olmak üzere dört muayyen mehil geçmesi lâzımdı. Dördüncü ve sonuncu mehil mutlâka bir "assise" müddeti yani 40 günde olacaktı. İlk üç assise müddeti her yerde örfe göre değişirdi. Her biri sekizer günlük bir müddet olabilirdi. Fakat dördüncü ve sonuncu mehil 40 gün olacaktı. Bazı örfler mehili her defasında bir misli arttırırlardı. Birinci yedi gün yedi gece olmak üzere ikincisi onbeş gün ve onbeş gece, üçüncüsü kırk gün kırk gece olmak üzere tayin edilirdi. Bu müddetler sanığın asilzade veya efradı âdiyeden olmasına göre de örfelere göre değişebilirdi; yani gaiplerin gyabi muhakeme usulü dâva konusu suçta dayandırılmamış olduğundan, yani suçun sabit olması veya olmaması, yahut suçun suçlu tarafından işlenip işlenmemiş olması ile ilgili olmayıp sadece sanığın kanuna itaatsizliğine dayandırılmış ve o itaatsizliğe karşı yönetilmiş olması dolayısıyla sanık aleyhinde bir dâvacının bulunması halinde tatbik edildiği gibi dâvacı bulunmayıp da yalnız şüphe üzerine beyin harekete geçmiş olması halinde dahi tatbik olunurdu.

Kanun dışı atılmış olan serçekten kanun dışı edilirdi. Yani kanunun himayesi dışında bırakılırdı. Kanun dışı bırakılması öldüren kimseye ceza verilmezdi. Fıkıh böylelere "Kani heder" derdi. Yani: Kani cezaya çarpılmak korkusu olmadan herkes tarafından dökülebilirdi. Kani ha-

ram değildi. Yani muhterem olduğundan dökülemez değildi. Bunun aksine olarak dökülmesi mubah idi; yani caizdi.

Kanun dışı olanı kimse sığdırmazdı. Yani saklayamazdı.

Bu korkunç tehditler gaibi muhakeme huzuruna gelmiye ve çıkmaya mecbur etmek için başvurulacak tek çare değildi. Kanun dışı edilmiş olanın malı da müsadere edilirdi. Zaten malların daha işin başlangıcında baş vurulan sekestro¹ altına alınması ilk tedbirdir.

Gıyabi muhakeme usulünün en farik, en asli hususiyeti gaip sanığı bir hükümlü (mahkûm) kılmayıp onu "O u t l a w" (kanun dışı) kılmış bulunmasıdır. Binaenaleyh gelişmesi bu hususiyetini kaybetmesine veya yeni bir hususiyet daha eklemesine bağlı idi. Onun adalete karşı koymasını kanun dışı edilmesi sonucundan ayırıp hareketini bir ikrar sayarak isnat edilen suçtan ötürü hükümlü kılınmasına bağlı idi. Bu itibarla gaip kanun dışı edilmeyip suç ile mahkûm edilecekti. Ele geçtiği zaman kendisine normal ceza çektirilecekti.

Artık gıyabi muhakeme usulü bu iki kavramı yani: gaibin hem kanun dışı edilmiş hem isnat edilen suçta kabul ve ikrar etmiş bir kimse olarak telâkki ve bu itibarla isnat edilen suçta mahkûm edilmesi yönleri günümüze kadar muhafaza edilecekti.

Kanun dışı edilmek usulü intaç eylediği korkunç sonuçlarıyla kesin ve dönüşmesi mümkün olmayan bir ceza mı idi? Kanun dışı edilmiş kimse yakalandığı veya kendiliğinden gıyabi kaldırmak için geldiği zaman hasmı ile yüzyüze muhakeme edilmesini isteyebilir mi? Mantık bu soruya başlangıçta hayır! şeklinde menfi bir cevap verir. Kanun dışı edilmek, suçun cezası olmayıp itaatsizliğin cezası kılınmış olduğundan kesin idi. Fakat gaibi kanun dışı kılınmış makamın bir atıfeti olarak bu ağır ceza geri alınabilirdi. Yalnız mahkûm tarafından kanun dışı edilmek karrana itiraz edilemezdi. Atıfat bir serfin azat edilmesi gibi (bugün hükümdarın veya bizde Büyük Millet Meclisinin bir idam mahkûmunun cezasının müebbet küreğe çevrilmesi veya herhangi bir mahkûmun affı gibi) hükümdarın bir nevi hakkı gibi telâkki edilirdi. Bu sebepten kralın adamları (onlara "Baron" denirdi) atıfatta bulunmak için matbuunun muvafakatini almaya mecbur idi. Binaenaleyh "Lettre de rappel" (rappel geri alınması demektir) mahkûmun yalvarmış olması

1) İcra ve iflâs kanunu sekestroyu ihtiyatî haciz tabiriyle ifade ediyor. (Madde 257 ve sonra gelen maddeler. Askerî ceza muhakemeleri kanunu sadece "haciz" der. (Madde 216).

veya hükümdanın dindar olması yüzünden kanun dışı edilmesinin bütün neticelerini silebilirdi ve tam bir affı ihtiva edebilirdi; veya yeni bir hüküm verilmesi imkânını bahşederdi.

Atıfat prensibinden bir adım daha ileri gidildi; ve mahkûma iyi niyetini isbat etmek imkânı ve kanun dışı edilmesine dair olan hükme itiraz hakkı verildi. Evvelâ müracaat müddetle takyit edildi. Sonra kanun dışı edilmiş kimsenin herhangi bir zamanda gelip iyi niyetini yeminle ileri sürmesi kâfi görüldü. Bütün bunlar ilerideki gelişmenin tohumları ve ilk taslakları idi. Fakat ilk fikirler çabuk ortadan kalkmıyor. Engizisyon muhakeme usulü giyabi muhakeme usulünün en gelişmiş şeklini ihtiva ediyor ve 1670 emimamesinde atıfat kararları ile itiraz yolları yan yana yer almış bulunuyordu.

*
**

Eski sebki dâva, yani tıpkı hukuk dâvalarında olduğu üzere bir dâvacının bulunmasına bağlı muhakeme usulüne frenkler "accusatoire" (aküzatuvar) muhakeme usulü der. Aküzatuvar usulü bir kimsenin bir şikâyetçi tarafından akuze (accuser) edilmesini icap ettirir. Akuze kelimesini, Fransız ceza muhakemelerinden alınmış olan eski ceza muhakemeleri usulü kanunumuz "itham" diye telâffuz ettiğimiz "ittiham" tâbiyle ifade eder ve sanika "müttehem" (itham edilen) derdi.

Sebki dâvaya bağlı eski ceza muhakeme usulünde her şey sözlü idi, yazının hiç bir rolü yoktu. Bu usulde dâva tarafları arasında: Her iki si de hususî şahıs olan taraflar arasında tam bir müsavât gözetilerek cereyan eylerdi.

Fakat arzylediğimiz gibi bu muhakeme usulü çok dardı: çünkü bir çok suçları cezasız bırakıyordu. Fakat dâvacısı çıkmayan suçların yalnız mağdûra zarar vermekle kalmayıp cemiyete ve devlete de zarar verdiği fikri uyanmağa başladı. Bu doğan fikir yeni bir sistem vücude getirecekti. Yeni fikir arzettiğimiz gibi bazı yönlerde tesirini göstermişti.

Fakat doğacak Engizisyon (Inquistio) usulüne geçmeden evvel feodalitenin sebki dâva sistemine barbar, vahşî bir çehre veren bazı hususlardan bahsetmek isterim:

Feodalite mahkemelerinde muhakeme usulünün hukuk ve ceza dâvalarında aynı olduğunu arz etmiştim. Bu muhakeme usulü Frenk (Frank) devri hukukundan alınmıştı (Romadan değil). Fakat Frenk devrinden

beri ceza kanununda çok şey değişmişti. Diyet tamamiyle kalkmıştı; suçlar ağırlıklarına göre çok zalim cezalara çarptırılırdı veya yukarıda da arzettiğim gibi adaleti dağıtan beye yarayan Cerimelere (para cezalarına) çarptırılırdı; yalnız muhakeme usulü en dar mânasiyle sebki dâva esasına bağlı kalmıştı.

Deliller hukukta ve cezada aynı idi; bu deliller frenk devri teamüllerinden çıkartılmıştı. Feodalite bu delillerden, mahiyetine en uygun gelenine üstünlük vermişti ve diğerleri yavaş yavaş ortadan kalkmıştı. Frenk devrinde sanık (mütthem) yanında onunla birlikte yemin edecekler bulunduğu halde masum olduğuna İncil üzerine yemin ederdi. Yemin suçu işlemediğine ve işletmediğine dairdi; mütthem'in fiili eliyle yapmadığına ve yapılmasına rıza göstermediğine dairdi. Bu "purgatoire" denilen temizleyici yemin kalkmıştı. Tek taraflı "ordali" da kalkmıştı¹. Ordali su

1) Ordali İslâm hukukunda hemen hemen yok gibidir. Asri saadette Yeminin Hıristiyan bir kabilesi hazret-i peygamber ile "İsa" nin hüviyeti hakkında tartışmaya girmişti. İnen bir âyet "Umran ailesi suresinde) hazreti peygamberi, muarızlarını "İbtihal" e dâvet eylemesini emreliyordu. "bhl-behl" ordali demektir. Hazreti peygamber muarızlarını akşam bastıktan sonra bir mezarlıkta buluşmağa dâvet etti. Peygamberimiz randevuya geldiler ve muarızları gelmediler; gelip de Allahın gazebine uğramaktan ise, bahsi kaybedip hazreti peygambere senede yetmiş deve cizye vermeği kabul ettiler. Hıristiyanlar hazreti peygamberin yanında Ali, Hasan ve Hüseyin olarak mezarlıktaki halini hayali olarak tesvir etmişlerdir. Peygamber ağaçların dalları arasına bir aba germiştir; abanın altında kendileri ve damadı ile torunları yer almıştır. Hazreti Resul dua ile meşguldür; yalnız ellerin ayası yere ve ellerinin tersi göğe doğru tutulmuştur. Âyette tarafarın kimlerle birlikte gelecekleri tasrih edilmiştir. Alevîler ayetteki "nefislerini" kelimesine geniş bir mâna vererek Ali ile peygamberi bir tutarlar. Peygamber ailesine neden aba ailesi (Âl-i aba) denmiş olması araştırılmağa değer. Bazıları Hazretin aba giyinmeği âdet edinmiş olmalarına atfeder. Frenkler, o ma'nut ordali sahnesinde damadı ve torunları ile aba altında toplanmış bulunmalarına atfeder.

Ordali bütün çıplaklığı ile nikâh müessesesinde mevcut "İlan" da gözüktür. Zinanın ispatı çok güçtür; dört şahidin fiili, yani erkeğin kadının içine fiilen girmiş olduğunu görmüş olması lâzımdır. İki vücudün arasından geçirilecek ip ayaklardan çıkmasına mani bir engele rastlamalıdır. Karısının zina ettiğini iddia ve dâva eden erkeği ve karısını "İlan" a (karsılıklı lânetleşmeye) dâvet olunur. Koca dört defa karısının zina eylediğini ve yalanı varsa "Allahın lâneti üzerinde olmasını" söyler. Karı İlandan kaçınırsa zina sabit olur; yok eğer o da dört kere "zina ettim ise Allahın lâneti üzerimde olsun" derse yargı için, işi Allahın hükmüne bırakarak karı kocayı boşatmaktan başka yapacak bir şey kalmaz.

Belâ ve lânet okumak ordalidir. İslâm evlerinde belâ ve lânet kelimeleri ağza alınmaz, okunmaz yani çağırılmaz.

ve ateş tecrübesi idi. Bir kadın cinayet ile itham edilir ve onu müdafaa edecek kimse bulunmaz ise ateş tecrübesinden geçirilirdi. Bir kadın veya adalet tarafından cinayetle itham edilen erkekler su veya ateş tecrübesine konurdu. Klise ordali'yi kaldırdı ve yerine tahkikat geçti.

İki tarafın yemini ile teyid edilen ve işi Allahın hükmüne havale demek olan adli düello ise kılıçla yapılan kavga idi, savaş idi. Duello feodalite muhakeme usulünde çok genişledi ve cezada mutad bey-yine teşkil eyledi. Düello'ya dâvete de "appel" denirdi; burada da "appel" müracaat, itiraz etmektir. İtham edilen, ithama karşı Allahın hükmüne müracaat ediyordu. Her ağır suç isnatına karşı, cezası ölüm veya bir uzvun kesilmesi olan her suç için müttehem dâva cısına karşı "appel" yoluna sapabilirdi; yani dâvacısını doğrudan doğruya düelloya dâvet edebilirdi. Hafif suçlarda "appel" yoluna sapılmaması ve adi delillere müracaat edilmiş olması muhtemeldir. Appel tehlikeli bir yargı yolu, usulü idi: Hem konusu itibariyle tehlikeli, hem de düelloya dâvet tesbit edilmiş kelime ve cümlelerle yapılmalı idi, ufak bir hatâ savaşı; şartlarını ağırlaştırabilirdi. dâvacı dâvasını düello yerine şahitle ispat etmek hakkını alırdı; fakat müttehemde şahitleri düellovet hakkı kalırdı; Kılıç şahitleri ta'nda da kullanılırdı.

Şahitle ispat bizim bugünkü telâkkimizden büsbütün başka idi. Şahadet sıkı bir şekle tâbi idi. Şahitler arkalarından kendilerine söylenen formülü tekrar ederlerdi. Şahitler gözleriyle gördüklerini, kulakları ile işittiklerini söylemeğe ve meselâ "Sakalı Şerif" "Hirkai saadet" gibi büyük ve kutlu bir evliya metrukatı üzerine yemin eylemeğe mecbur idiler. Müttehem-i mahkûm etmek için iki şahit kâfi idi ve aleyhine iki şahadet müttehemi mutka mahkûm ettirirdi. Bizde de böyle idi "iki şahitle

Ordali her tarafta pek yaygın idi; meselâ eski Asurilerde bir evli erkeğe küfür yerine boynuzlu demek pek tehlikeli idi. Küfredilen koca küfür eden yakalar ve ondan "karım beni kiminle aldattığını bilmesen bunu bana isnat edemezdin" der ve karısının suç ortağını sorar. Küfreden tabii kimseyi göstermez: "öyle ise karım beni mutlaka seninle aldatmıştır" der. Karısı ile küfürbaz bir arada bağlanır ve Dicleye atılırdı. Böylece Allahın hükmüne havale edilen bu iki şahıs günahkâr iseler boğulurlar, masum iseler hazreti İbrahimi ateşte yakmayan, Yunus'u denizde boğmayan Allah onları da kurtarırdı. Montesquieu'nun hakkı vardır, ceza dâvaları kadar insanları ilgilendiren bir şey yoktur. Tabii kanunlardaki hâtalara insanlığa zarar vermez; insanların içtimai kaderleri üstünde dünyanın güneşin etrafında döndüğünün veya güneşin dünyanın etrafında döndüğünün ayrı ayrı tesiri yoktur. Fakat ordaliye inanmak ve inanmamak, insan hürdür veya değildir demek büyük tesirler icra eder.

adam asılır" sözü hâlâ meşhurdur. O günlerde şahitler sayılırdı, bugün serbestçe takdir ediliyor. Karar ile tâyin edilmiş günde getirilen şahitler, bekletilmeden hemen tarafların huzurunda dinlenirdi. Bu âlenilik lâzım idi; mütteheme şahitleri ta'n etmek imkânı verilmeli idi. Arzettiğim gibi ister appel yoluna (düello usulüne) ister şahti dinletmek usulüne müracaat edilmiş olsun taraflar arasında sıkı bir müsavat gözetmek muhakeme usulünün farikası idi. Müttehem, şahitleri yalan yere yemin etmiş olmakla itham eder ve bu sebeble onları düelloya dâvet eylerdi. Dâvanın neticesi düello'nun neticesine bağlı kalırdı.

Şahitlere kefiller (garants) denirdi ve bunlar şahadet etmekle hayatlarını tehlikeye atmış oluyorlardı. Düello edemiyenler şahit olamazlardı; şeref ve haysiyetini kaybetmiş kimseler de şahitlik edemezlerdi.

Feodalite'nin bu çok eski muhakeme usulü iki ayrı unsuru haizdi. Unsurlardan biri maziye ait idi. Bu itibarla zamanla yok olacaktı. Diğeri yeni müesseselerin tohumu idi; bu tohumlara zamanla değışe değışe geliştirdi ve bugünkü ihtiyaçlara cevap verdi.

İKİNCİ KISIM

ENGİSİZYON MUHAKEME USULÜ

Başlangıç

Engisizyon muhakeme usulünün malzemelerini kilise muhakeme usulü vermiştir. Bu sebepten başlangıç olarak kilise muhakeme usulünü arz etmek lâzımdır.

Kilisenin tenkil yargısı çok mütevazi bir ölçüde başladı. Hıristiyanlık Roma İmparatorluğunun merkezini İstanbul'a (Konstantiniye) taşıyan İmparator Konstanten ile resmi din şeklinde zafere kavuşmadan evvel bir dindaşından haksızlık gören bir hıristiyan evvelâ haksızlık eden tarafa gizlice ihtarda bulunurdu; kâr etmediği takdirde ihtarnı dostlar önünde yapardı, bu da kâr etmezse ihtarna şikâyet mahiyeti vererek cemaati önünde yapar ve âleniyete dökerdi; Cemaat da haksızlık edeni tevbih eder (azarlar) veya ona fiilinin kefareti olarak dini bir ceza verirdi. Kilise ceza dâvaları bu kadar basit bir şekilde başlamış ve bu basit şekile sonradan "denuntiatio" (ihbar etmek) adı verilmiştir.

Sonraları, kilise teşkilâtının değişmesi üzerine "denuntiatio" cemaate yapılmayıp kilise makamlarına (keşişlere) yapılmağa başlandı; fakat şikâyetten evvel müştekinin hasmına şefkatla sitemde, ihtarda bulunması usulü muhafaza edildi. Kusurlu kusurunu kabul ve itiraf etmediği takdirde ne yapıldığı malûm değildir; fakat verilen cezalar kefâret çeşitinden bir şey idi.

Fakat kilise galebe çaldıktan ve hıristiyanlık devletin resmi dini olduktan sonra kendisine ait olan, sahasına giren her şey ve her kilise mensubu üzerinde cezaî takip yetkisini aldı. Binaenaleyh bu yetki onu, gerçekten tenkili mümkün kılacak bir muhakeme usulüne muhtaç kıldı. Bunun için kilisenin bir icatta bulunmasına lüzum yoktu; üzerine yükseldiği imparatorluğun muhakeme usulünü alması kâfi gelirdi. Roma ceza muhakeme usulünde de hakim olan sistem sebki dâva usulü idi; sebki dâva usulü mutad usul idi. Fakat kilise ihtarnı çok tahdid etti. Kiliseye mensup olmayanlar — ki onlara laic (lâik) denir — kiliseye,

ruhbanhğa mensup olanlara karşı — ki bunlara da cleric (klerik) denir ve tepeleri traşlı bulunur — ithamda bulunamazlardı.

Kilisede sebki dâva usulü mutlak tarzda yürümezdi; mahkemeyi resen elkoymağa ve resen takibe sevk eden haller vardı. Suç üstü bu hal-lerden biri idi.

Kilise muhakeme usulü de Roma muhakeme usulü gibi âleni (açık) ve müdafayı kabul ederdi.

Buraya kadar takip eden usulde bir yenilik yoktur. Fakat Germenlerin de hiristiyan olmağa başlamaları ve böylece kilisenin Germenlerle temasa gelmesi üzerine oradan resen takip usulünü genişletecek unsurlar almağa başladı : Jermen örfünün beyyine ve müdafaa usulü olan mütehemim temizleyici yeminini aldı; temizleyici yemin fikhin “yemini istizhar” ina andırır: zahir kılan, aşkâr kılan, meydana vuran yemin, fakat yalnız andırır, aynı değildir. Dinler, yemin edilmesini istemezler, hattâ bu sebepten, bir çok kimseler haklı ve alacaklı oldukları halde yemin etmekten, bu süfli, aşağılık işlere Allahın o büyük adını atmaktan hürmeten kaçınırlar. Bu sebepten fikh yeminden kaçınmağa mutlak surette hasmın iddiasını ikrar olarak kabul etmez; kasma ih̄san olarak da görür. Kilise de dâvalarda yeminin kullanılmasına taraftar değildi. Bunun için temizleyici yeminin kabulü oldukça güç oldu ve “purgatio canonica” (adetâ şeri temizleyici diye tercüme edebileceğimiz) adı alarak kilise hukukuna girdi. Purgatio canonica (kanonika) resmi bir ithamcı bulunmadığı halde umumi efkânın bir kilise mensubunu (cleric) ihtam eylediği hal-lerde kullanılırdı; bu takdirde infamatus (kötü şöhret sahibi cleric) masum olduğuna yemin ederdi ve yemin ortakları (cojurant) tedarik eylerdi. Fakat bu temizleyici yemin usulünün teferruatı bilinmemektedir. Yalnız hakkında söylentiler bulunan keşiş yemin etmeğe mecbur kılınır ve kaçtığı takdirde cezalandırılırdı: Bir keşiş her hangi bir suçtan ötürü şayia halinde (suçu tevatüren şayi olduğu takdirde) aleyhine bir delil bulunmamasına ve belirli bir kimsenin şahsen dâvacı olmamasına rağmen kilise kanunları (canon) hükümleri şerekince temizlenmeğe mecbur idi. Çünkü şöhretinin kirlenmemesi, nakiseye (eksikliğe) uğramaması lâzımdı. Hakkında şayialar dolaşan keşiş kiliseye gelir ve din uğruna can vermişlerin (şehitlerin) mezanna ve kutsal ne varsa onlar üzerine yemin ederek kendisine isnat edilen suçtan beri bulunduğunu iddia ederdi. Bazı defa beraberinde bir kaç yemin ortağı (onunla birlikte yemin edecek kimseyi de şeritirdi; bu kimselerin adaletle tanınmaları, yani if-fet, mürüvvet ve iyi halleri herkesçe malûm olmaları ve efkân umumi-

yenin itham eylediği keşişi iyi tanıy bulunmaları lâzımdır. Bunlara yemin ortakları demektense yeminli müzekkiler (tezkiye edecekler) demek dilimize daha uygun gelir. Fıkha göre adil kimse iyiliği, kötülüklerinden, kusurlarından daha üstün olan kimsedir, bu sebepten bu kimseleri tarif için adaletle tanınmış kimseler dedim. Yeminli müzekkiler müttehemini eda ettiği yeminin aynı ederlerdi, yani müttehemini masum olduğuna yemin ederlerdi. Bu şahadet, leyhe söylenenleri red ve def edecek, çürütecek derecede kuvvetli ve müttehemini hüsnü şöhretinin delili sayılırdı. Temizleyici yeminden kaçman veya elverir sayıda yemin ortağı (müzekki) bulamıyan keşiş aleyhindeki söylentilerin doğruluğunu teyid etmiş olurdu: “Hakkında dedikodu bulunan (infamatus) keşiş söylentilerin doğruluğunu inkâr eyledikte bir kimsenin dâvacı olarak çıkıp çıkmayacağını tesbit için bir ilân yapılır ve 40 gün içinde bir dâvacı çıkmaz ise purgatio yemini eda edilmelidir.”

Batıda büyük papasların, kendi ruhani dairelerini senede bir defa olsun gezip teftiş etmeleri çok evvelden yerleşmiş bir usul idi. Bu turnelerden (gezilerden) gaye yalnız müesseseleri teftiş etmek değildi; dindarlara da bir şey öğretmek ve onları düzeltmek (yani islah-i hallerine çalışmak) tı. Her “paroisse” dairesi (bizim eski mahallelerimiz gibi daireler; mahalle imamının görev mıntıkası gibi bir keşişin görev dairesi) bir grup halinde toplanırdı ve alenen günah işlemişlere kefâret teşkil edecek cezalar verilirdi. Bu kefâret çileleri çok kere oldukça sert idi. Özel bir kitabta “liberi penitentiales” düzenlenmiş ve miktarı belirtilmişti. Ortaçağın o korkunç kargaşalık devrinde bu cezalandırmalar devlet işlerine müdahale diye görülmez devlete bir yardım olarak kabul edilirdi. Bu sebepten Şarlemanın ve diğerlerinin kanunları devlet memurlarına bu hususta büyük keşişlere yardım etmelerini emrediyordu. Yine Şarloman’ın kanunları büyük keşişlere turnelerini muntazaman yapmalarını ve put-perestliğin izlerini kazınmalarını emrediyordu. Pepin’in bir kanunu keşişlere bazı suçları, ezcümle, zina, yalan yere yemin ve yalan şahadet suçlarını araştırmalarını emrediyordu. Şarloman bu emirleri teyid eyliyordu ve Allahın emirlerine muhalefet suçlarının araştırılmasını istiyordu.

Regino adlı bir papasın yazdığı bir kitap sayesinde turnelerin nasıl yapıldığını biliyoruz. Evvelâ haberci gibi bir keşiş gelir ve büyük keşişin (despot’un) yakında geleceğini bildirirdi. İki veya üç gün sonra despot gelir ve keşişlerinin idaresi altında gruplar halinde toplanmış dindarları bulurdu. Bu meclislere (assise) lere “synodus” denirdi. Despot kusurlulara münasip düşen kefarete cezalarını verirdi. Fakat bu kusurların âle-

nen yapılmış olması şarttı. IX uncu asırda bu yargı meclisleri (synodalia judicia), bu yargı synodları yeni bir hız aldı ve bir itham jürisi haline girdi. Despot mecliste (synodda) toplananlar arasından en itibarlı olanlardan yedi kişiyi seçerdi ve onlara bildikleri suçları bildireceklerine haber vereceklerine dair yemin ettirirdi; bu suçların synodun yetkisine giren suçlardan olması lâzımdı. Despot, synodun yemin etmişlerine görevlerini adeta bir jüri başkanı gibi öğretirdi. Bundan sonra onlara bir takım sorular sorardı; bu sorular kilisenin yetkisine giren suçlara ait idi; bu suçlar: insan hayatına kastetmek, zina ve şehvi fiiller, hırsızlık ve kuşsal şeylere hürmetsizlik, yalan yere yemin, yalan şahadet, büyü ve putperesetlikten gelen muamelelerde bulunmak dini vazifelerin yapılmasında kusur işlemek idi. Yeminliler bu fiilleri işlemiş olanları bildirmeğe mecbur idiler. Suçlular mecliste hazır ve suçlarını mukir (ikrar edici) iseler despot hemen haklarında münasip düşecek cezaları verirdi. Eğer müttehem inkâr ederse ne yapılacaktı? İşte o zaman beyyinelere dair olan jermen usulüne baş vurulur ve infamatus, hür ise kendini yemenile tebrie eylemelidir; kul ise ordali ile masumluğunu ispat eylemelidir. Eğer hür adam aleyhine olan karineler kuvvetli veya isnat edilen suç çok ağır idse o da kullar gibi ordali ile tebrie eyleydi; bizim "liân" i icap ettiren hallerde, yani kocanın veya karının zina ile itham edilmeleri halinde ordaliye müracaat edilirdi. Kilise, dindarları emrine başkeştirtircek kuvvetli bir silâha malikti: Aforoz.

Bütün bu usul jermen adetlerinden mülhem idi. Kilise bu adetlerden dindarlara, synodda aralarında saklanan suçluların haber vermek yükünü yüklemek gibi bir netice çıkartmıştı.

Sivil kuvvette bu müesseseden istifade etmek arzusuna kapıldı ve kontlar en itibarlı kimseleri itham jürisi halinde toplamak emrini aldılar. Bu jürinin yemin altında yapacağı ihbarlar synodlarda yapılan ihbarların verdiği neticeleri hasıl edecekti. Bu jüriler daha ziyade haydutluk, yol kesmek ve suçluyu veya gazbedilen eşyaları saklamak suçlarını haber vereceklerdi. Pek az zaman sonra despotların ve kontların itham jürileri birleştirildi; her turneye bir despot ile bir kont gönderildi.

Bu garip müessese ne kiliseye ne sivil kuvvete devamlı bir fayda sağlayamadı. Kontların başkanlık ettikleri itham jürileri yalnız "Flandr" da iz bıraktı. Ortaçağda Flandr'da ve kuzey Fransada örflerin "communes verites" ve Almanların "Stillen Wahrheiten" dedikleri bu herkese mal olmuş (tevatür derecesine çıkmış) hakikatlar, bu sessiz hakikatlar

yürürlükte idiler: Bazı günlerde toplanmış olan halk kont veya bey tarafından bildikleri suçları haber vermeğe davet edilirdi.

Kilise synodları uzun zaman muhafaza etti. Fakat XII ve XIII üncü asırlarda Flandr ve kuzey Fransa halkı bu yargı meclislerine karşı koydular: "1271 yılında "Bruges" halkı ve civar halk Tournai despotunu Reims büyük despotluğu önünde dava ettiler ve onu synodlardaki sui-istimalinden dolayı mahkûm ettirdiler." Synodlar hiç olmazsa lâikler için önemini kayıp etmişti; ordali kalkmış ve temizleyici yemin yalnız keşişler için devam ediyordu. Latran "Concil'i" metropolitlere çeşitli dyoseslerde nezaretlerde bulunmalarını karar altına almış bulunduğundan synodların ehemmiyeti daha da azaldı. Papa III Innocent daha enerjik bir takip usulü koymuştu. Çünkü keşişler son derece mübalatsızlığa başlamışlar ve iskandallar yaratan bir yaşayışa dalmışlardı; enerjik ve çabuk bir tenkibin lüzumu gözükiyordu. Kilise muhakeme usulüne, aslâ haiz bulunmamış olduğu bir kuvveti verebilmek için geniş bir tarzda resen takip usulünü kabul eyledi ve binaenaleyh Engisizyon muhakeme usulü "per inquisitionem" doğdu. Sebki dâva esasına dayanan dâvada yargıç dâvacı olmaksızın, resen dâvaya bakamaz; per inquisitionem usulde ise yargıç bir dâvacı olmasa dahi hakkında şayialar bulunan bir kimse aleyhine dâva görmeğe, şahit dinlemeğe ve hüküm vermeğe yetkilidir; yargıç hem dâvacı, hem hâkimdir. Yukarıda da arz edildiği gibi, kilise jermen halkı ile temasa geldikten sonra jermen müdafaa sistemini teşkil eden temizleyici yemini kabul etmiş. Binaenaleyh aleyhinde şayialar dolayan (infamatus) papas "purgatio canonica" ile masum olduğunu ispata davet edilirdi. Bir itham edicinin bir dâvacının bulunmamasından ötürü infamatuz'un temizleyici yemini eda etmek hususundaki istekleri reddedilmeğe başlandı. Red gerçe İncilin ve tevratin ayetlerine dayandırılmış ise de hakikatta papahğin hudutsuz, kudretine ve haiz olduğu nezaret hakkına dayanıyordu. Bu sebetten engisizyon (tahkikat) papa tarafından bilhassa tâyin edilmiş komiserler tarafından yapıyordu. 1215 tarihinde "Latran" da toplanan "concil" bu yeni doktrinleri kabul eyledi ve bundan böyle bir "inquisitio" yapmak yetkisi her yargıç için kabul olundu.

Inquisitio (Engisizyon) muhakeme usulünün kaideleri kolayca kondu; bu kaideler infamatus'u temizleyici yemine sürükleyen eksi takip usulünün biraz değiştirilmiş şekli idi: Evvelâ takip edilecek kimse aleyhinde bir "infamatio" (şayi bir suizan) bulunması lâzımdı; yargıç infamatio'yu tesbit için gizli bir tahkikata başlardı. Bundan sonra hakkında tahkikat yapılmış kimse (inquisitus) çağılır, celp edilir; hazır olması şarttır. Kendisine tahkikin konusu olan itham sebepleri bildirilir, bu se-

bepelere Capitula denir. Daha sonra yargıçın dinlemiş olduğu şahitlerin kimler olduğu ve yazı ile tesbit edilmiş beyanları bildirilir. Sanık her türlü defî ve müdafaa da bulunabilirdi. Engisizyon muhakeme usulü şifahiliği (sözlülüğü) kaldırmış ve yazıya üstün bir rol tahsis etmiştir. Sanığa, tahkikat konusu (capitula) üzerinde sorguya çekildiği zaman doğru söyleyeceğine dair yemin ettirilirdi. Böylece sanık kendi kendisini ithama mecbur bırakılırdı; işkencenin de kullanılmış olması pek muhtemeldir.

Per inquisitionem muhakeme usulünün tabii bir usul olmadığı ve bu sebepten sebki dâva (accusatio) usulü gibi tabii cezalara sevk edilmeyeceği de kabul ediliyor ve daha hafif cezalar veriliyordu.

Engisizyon yavaş yavaş dâva açmak usulünü kaldırdı; ve dâva açmak "inscriptio in crimen" yerine "ihbar" dediğimiz "denuntiatio", yu geçirdi. İhbar ötedenberi mevcut idi, fakat hafif bir kefarete varıyordu. Bundan böyle "ihbar" bugün olduğu gibi engisizyon'un (tahkikatın) açılmasına sebep oluyor ve böylece hakiki cezaların hüküm edilmesine varıyordu. İhbar suçu bildiriyor ve yargıça derdest kılıyordu (el attırıyordu.) Muhbir (ihbar eden) tıpkı bugün olduğu gibi dâvada taraf olabilirdi ve beyinmelerini mahkemeye bildirmeğe dâvet olunurdu. Muhbirin (şikâyetçinin) aynı zamanda dâvacı olması haline eski müellifler "inquisito cumpromovente" (tahrik ile birleşmiş engisizyon) derlerdi. Inquisitio'yu tahrik edenin (promotor) faal bir rol oynardı ve dâva biraz hafifletilmiş bir accusatio mahiyetini alırdı.

Inquisitio, temizleyici yemini "purgatio canonica" yı ortadan tamamen kaldırmadı. Engisizyon suçluluk hakkında mevcut kuvvetli karinelerin fakat mahkûmiyet kararı vermek için kâfi derecede delil temin edemediği hallerde — ki bu haller — kabul edilmiş olan, tahkikatın aleyhe olarak tevsii (genişletilmesi) hallerinin aynıdır.

Bahsi bitirmeden evvel iki üç kelime ile de dinden çıkmış olanlar hakkında yapılan takibatta (kovuşturmada) inquisitio'nun aldığı şekil hakkında izahat vermek lâzımdır.

Bidayetlerde dinden veya çizdiği yoldan çıkanların tenkili papaslara tevdi edilmiş; synodların ihtasına en büyük sebep bu idi; en büyük vazifeleri de bu oldu. 1'15 toplanan Latran Concil'inden sonra da synodların esaslı vazifeleri ayrılaşan tenkil idi. Fakat papalık 1230'de heretike (hereticae) denilen (heresie) dinden ayrılmaların tenkili özel komiserlere tevdi eyledi. Papaslar heretikler üzerindeki yargı erkle-

rini nazari olarak muhafaza ediyorlar fakat pratikte heretikleri bu husus için tayin edilmiş olan komiserler yargılıyorlardı. Yargı ödevindeki bu değişiklik usulde de değişiklikler vücade getirdi ve engisizyon tâbirini bir muhakeme usulünü ifade için kullanmaktan çıkartıp nefret edilecek şiddetlere isim kıldı.

Muhakeme usulünde yapılan değişikliklerin başında şahitlerin isimlerinin "infamatus" tan saklanmağa başlanmış olduğu gelir. Şahitlerin beyanı eskisi gibi sanığa okunuyordu; fakat o beyanını verenin kim olduğu sanığa söylenmiyordu. Bu usulü 1235 tarihinde toplanmış olan "Narbonne" concili bu prensibi aynen koymuş denebilecek derecede benimsemişti. Papa IV Innocent, IV Aleksandr, IV Urbain, X Greguar ve VIII Boniface teyid eylemişti. Yalnız şahitlerin isimlerini sanıktan saklamakla kalmadı; sanığın şahidin kim olduğunu keşfedememesi için beyanlar parçalanır ve bazı cümleler okunurdu.

İşkencenin tahkikat vasıtası kılınması da usulde husule gelen değişikliklerden idi. Heresi (dinden ayrılma) Allaha karşı işlenmiş cinayet olarak kabul edilirdi; böyle telâkki edilmesine sebep Justinianus'un vücade getirttiği Roma hukuku mecellesinden Digesta'da ve imparatorların emirnameleri külliyatı (mecellesi) olan Kod (code) da hükümdara karşı işlenen cinayetlerde sanık ve şahitlerin işkenceye konmaları hakkındaki hükümleri tatbik edebilmektir. Bu husus 1252 ve teyidi olan 1259 emirnameler ile papa IV Aleksandr tarafında nkonmuş ve 1265 de IV Clement tarafından tenkid edilmişti.

**

Şimdi tekrar lâik (sivil) mahkemelere dönmek ve XIII üncü asırda "aprise" adıyla çıkmış ve dâvacısı çıkmayan şüpheli hallerde tahkikata girişebilmeğe imkân vermiş olan halden bahsetmek lâzımdır. "Şüphe üzerine" tutulmuş kimse hakkında tahkikat yapılabilmesi o kimsenin muvafakatına ve binaenaleyh keyfine kalmış bir şeydi. Gerçi tutukluyu aleyhinde tahkikat yapılmaya razı etmek ve muvafakatini almak için dolambaçlı fakat çok müessir bir vasıta, bir usul vardı: Tutuklu bir sene bir gün az miktarda kuru ekmek ve su ile ağır bir hapis tazyiki altında tutulurdu. Adaletin şerfi bu tazyikten vazgeçilmesini âmirdi, binaenaleyh yargıcın şüpheli kimsenin muvafakatini aramadan, doğrudan doğruya tahkikata geçebileceği ve sabit gözüktüğü takdirde ceza verebileceği kabul edildi.

Meşhut cürümlerde, suçlunun resmi ve şekli bir dâvacı olmadan dahi, suçu işlerken görmüş kimselerin şahadeti üzerine cezalandırılabilceği kabul edlimiştii. Şimdi iş suçları meşhut suç haline getirecek bir hukuki temel bulmağa kalmıştı. Binaenaleyh, adaleti galip bilinen bir çok kimseler tarafından aleyhine şahadet edilecek suçlar da meşhut cürüm olarak telâkki edildi ve yargıça resen şahitleri dinlemek ve suçlunun cezasını vermek yetkisi tanıandı: "bir suç işlemiş olduğu şüphesile tutulmuş olan kimse resen yapılacak tahkikatı beklemeğe riza göstermez ve suç bir çok kimseler tarafından malûm olursa yargıç şüphe üzerine tutulmuş olanı muhakeme eder. Fakat tutuklunun ölüme mahkûm edilebilmesi için fiil üç veya dört kişinin şahadetiyle sabit olmalıdır." Bu usule "aprise,, (aprisio) dendi. Aprise bir nevi polis tahkikatı idi, hazırlık tahkikatı idi; binaenaleyh bir mahkûmyete varabilmek için meşhut bir suç haline muadil olabilmelidir. Tahkikat "kavgaya, husumete son verdiğiinden" aprise tahkikattan hakimnin elde ettiği malûmattır; hasıl ettiği kanaattir: "Sipahilerin (şövalyelerin) seyislerin ve diğer bir çok faziletli adamların reyile... onu tutturdu ve hapise attırdı... adı geçenlerin öğretikleri ve düşündükleri adı geçen öldürme ve şüphe hakkında bir "aprise" vardı". Fakat "aprise,, nazariyesi uzun zaman devam edemeyecek kadar hem ince hem kifayetsiz (elverişsiz) idi. Aprise, neticeleri itibariyle tamamiyle tahkikata benzetilmeli idi; fakat bu benzetme işi çabuk olmadı. Çünkü uzun zaman 'a'prisio" nun suçun tabii ve olağan cezasının verilmesine kâfi gelmiyeceği iddia olundu; suçlunun yalnız, sürülmesi kabul olunuyordu; bu hususta da kilisenin inquisitio'su ilham kaynağı oluyordu. Zaten "aprise" müessesesi kilise muhakeme usulünden alınmış ve lâik (sivil) mahkemelere sokulmuştu. Kilise muhakeme usulü sahasında çok müessir olmuştu. Bununla beraber aprise kilise hukuku dışında da bir istinad noktası buldu. Karlömen hanedanı krallığı zamanında frenk (franque) krallığında "per inquisitionem" usul mevcuttu. Bu usul adı hukukun dar ve şekilci muhakeme usulünün yanında yer almıştı. "Per inquisitionem" (engisizyon'lu) usulde adli düello, temizleyici yemin ve şekilci şahadet bertaraf edilmişti. Prensip itibariyle yalnız kral, haiz olduğu kudret itibariyle engisizyon usul ile şahsen veya bu hususa memur ettiği kimse vasıtasıyla muhakeme edebilirdi. Engisizyona (tahkike) memur edilen kimse memleketin adamlarından topladığı kimselerin münazaalı olan şey hakkında yeminli beyanlarını toplardı. Bundan sonra o beyanlara uygun hükümünü verirdi. Bu hakanı (regalien) egemen yetkiyi yargıçlar ancak kralın bilhassa tefvizi ile haiz olabiliyorlardı; fakat vergi işlerinde daîma engisizyon usulü ile hareket olunurdu. Kiliselerle, manastırlar ilgili bulundukları dâvalarda engisizyon usulü ile hareket edilmesi imtiyazını almışlardı.

Dulları, yetimlerin ve zayıf kimselerin dâvalarında da engizisyon usulü tatbik edildi. Fakat Frenk devrinde engizisyon yalnız hukuk dâvalarında tatbik edildi ve ceza işlerinde tatbik olunmadı. Engizisyon ile muhakeme edilebilmek için dâvalı suçlunun, yukarıda da bir kaç kere söylediğimiz gibi, muvafakati lâzımdı; binaenaleyh iş bu engeli aşmağa kalıyordu: Kral suçların tenkilinde doğrudan doğruya ilgili idi, binaenaleyh kralın menfaati bahis konusu olduğu her hususta resen tahkikat (engizisyon) usulü tatbik edilmelidir, dendi ve ceza mevasında “per inquisitionem” usulü kabul olundu. Binaenaleyh “aprise” “memleket tahkikatı,, içine girecekti.

Aprise ithamı, davacılığı kaldırdı ve yerine ihbar geçirdi. Çünkü adli düello mevcut oldukça dâvacı olarak ortaya çıkmak kolay değil ve herkesin de kân değildi. Sonraları, Roma hukukundan alınmış bir prensip mucibince, dâvasını kaybetmiş dâvalının dâvalıya verilecek cezanın aynına çarpılacağı da mahkemelerce kabul edilmiş olduğundan davacılık daha da güçleşti. Kilise mahkemelerinde dâvacının bir ihbar ile iktifa ettiği ve yargıcın bu ihbar üzerine resen tahkike geçtiği de görüldü. Fakat ihbar hususu da kayıtlı olmakla başladı. İhbarın mümkün olabilmesi için, fiilin bir çok şahit tarafından teyid edilmiş olması lâzımdı, âdeta bir meşhut suç lâzımdı. Zamanla bu kayıt da kalktı ve ihbar kabul olundu. Bundan başka muhbir ihbar ile dâvasından ilgisini kesmiş bulunmuyordu; kilise hukukunun “engizisyon tahrikçisi” gibi taraf olarak kalıyordu, çünkü gördüğü zarardan bir tazminat elde etmek istiyordu. Bu hal Fransız muhakeme usulünün “ hukuk tarafı ” müessesesini yarattı.

“Accusatio” (itham) bir kimsenin diğer kimseyi cinayetle itham ederek taraf olması idi; bu takdirde — bu gün kanunlarımızda yer alan iftirada olduğu gibi — itham etmiş olan kimse itham edilmiş (mütteh) kimseye verilecek cezanın eşi verilirdi; buna “kısas” cezası denirdi.

Inquisitio (engizisyon) yargıcın resen tahkik etmesi idi. İhbar dediğimiz “denonciatio” ise bir kimsenin zararını tazmin ettirmek gayesiyle diğer bir kimseyi ihbar eylemesi idi. Ceza noktasından taraf olmayan fakat hukuk noktasından taraf olan kimse idi.

“Aprise” ve “denonciatio” mukavemetlerle karşılandı. Çünkü itham edilen asil olursa eski usullere göre akrabaları tarafından muhakeme edilmek hakkı olduğu gibi, accusatio usulu ile düello da edebilirdi. Binaenaleyh “aprise” feodalite beylerinin hak ve imtiyazlarına teaddi idi; beyler karşı koydular ve bu mukavemet bir çok izler bıraktı. Bütün bu

karşı koymalara rağmen engisizyon muhakeme usulü ilerlemekte ve saha kazanmakta devam ediyordu. Kasabalara verilen imtiyazlarda engisizyon usulü ile muhakeme edilecek cinayetler tahditi olarak birer birer zikrediliyordu. 1363 de kral Jean "Langres" halkına despotları tarafından verilmiş imtiyazları teyid ediyordu; bu imtiyazda resen yapılacak takipler tahditi bir surette zikredilmişti.

Henüz itham usulü (bir suçtan dolayı dâvalıyı itham etmek suretiyle dâvacı çıkmak usulü) tamamıyla ortadan kalkmamıştı, fakat derin değişikliklere uğramıştı. Veli denilen Louis (Saint-Louis) 1260 tarihinde adli düelloyu kaldırmıştı : "Arazimiz üzerinde düello yapılmasını herkese yasak ediyoruz.. Vuruşma yerine şahitle ispat usulü koyuyoruz". Böylece "appel" denilen ve hasmı doğrudan doğruya düelloya dâvet olan usul ile şahitleri yalan söylemekle ta'n etmek yani şahidi, şahidi zor olduğu iddiasıyla düello'ya dâvet usulü kaldırılmış oluyordu. Şahitlerle düello etmek yasak olunca düello edemeyecekleri için şahid olamayacaklar da muteber şahid olarak kabul edilmeğe başladılar. Sebki dâva usulünde yapılan değişiklikler bununla kalmadı. Kral beyan usullerini de değiştirdi. Yeni usul eskisinden çok mürekkep ve bilgiye ihtiyaç gösteriyordu, çünkü iş sözlü olmaktan çıkmış ve yazılı kılınmıştı. Yazı (zabıtlar) büyük bir önem almıştı. Bu yeni usul de kilise usulünden aynen alınmıştı. Adliyenin emriyle celp edilmiş, ve artık hiç bir tehlikeye maruz bulunmadıklarından gelmemezlik edemeyecek olan şahitler doğrudan doğruya duruşmaya gelmezlerdi. Yargıcın tahkikata memur ettiği nabinin¹ (vekil ettiği kimsenin) önüne çıkarlardı. Bu naib hakime bugün Danıştayda "muavin" diye tercüme eylediğimiz bir kelime ile "auditeur" veya tahkikat naibi denirdi. Tahkikat naibleri şahitleri teker teker ve özel bir meharetle dinlerlerdi. Tahkikat naibleri pratiği olan veya adaletleri ile tanınmış bulunan kimselerden idi; fakat bazen "bugün adli zabıta memurları" dediğimiz adliye yardımcılarında da seçilirlerdi. Artık eski şekle bağlı şahadet kalkmıştı. Şahidlerin beyanları tarafların önünde alınmazdı; yani taraflar şahitler dinlenirken hazır bulunmazlardı. Taraflar yalnız şahitler yemin ederlerken hazır bulunurlardı; çünkü şahit o zaman ta'n edilebilirdi; şahit hakkında denecekler o zaman dermeyer edilebilirdi. Tahkikat naibi şahitlerin beyanını yazar ve bu zabıtlar dâvanın esaslı bir kâğıdını teşkil ediyordu. Şahitlerin beyanı her iki tarafa da: itham edene ve itham edilene tebliğ ediliyordu. Zabıtlara verilen bu önem

(1) İstinabe aynı manâdadır.

dolayısıyla sedakate, doğru olarak tutulmuş olduğunu tevsik için en azdan doğru ve kifayetleri olan iki kişi tarafından tutulurdu¹. Zaptın muhafazası için de kapatılır, mühürlenir ve torbaya konurdu.

İtham edilenin (müttehem) müdafaa şahidi göstermek hakkı idi.

Hüküm taraflar ve avukatları dinlendikten sonra duruşmada verilir.

Görüldüğü üzere Sebki dâva usulü ile resen tahkik (engisizyon) usulü birbirine karışmağa başlamıştı. Fakat henüz resen tahkik usul iyice yerleşmemiş henüz bir temayül halinde gözükiyordu. Çünkü kral, kendi arazisinde kabul ettiği resen tahkik usulünü beylerin adaletine kabul ettiremiyordu. 1260 da düello yerine geçirilen tahkik usulü pek yavaş ilerliyor ve saha kazanıyordu ve baronların (kraldan bir fief almış tâbi beylerin) saraylarında düello devam ediyordu. Hattâ bizzat kralın arazisi üzerinde dahi düello tamamiyle kalkmamıştı; hattâ 1306 tarihlerinde (Osmanlı devletinin kurulduğu tarihlerde) güzel Filip hırsızlıktan başka büyük cinayetlerde, cinayet iki şahitle ispat edilemeyecek kâğızlı ve rahat yapılmış bulunduğu takdirde düello ile ispata tekrar izin vermişti. Fakat ne de olsa adli düello ölmeğe yüz tutmuş bir müessese haline gelmişti, anormal ve ârizi bir hale düşmüştü. Güzel Filipin düelloya müsaade eylediği yerlerde işkence kabul edilecekti; işkence ile tahkik çok korkunç ve iğrenç bir usul idi.



ISKENCE. — Tamamiyle sebki dâva usulüne dayanan bir muhakeme usulünde işkencenin yeri yoktur. İtham eden ile itham edilen eşit silâhlara açıkta vurusan iki hasımdır; hasmın lûgat mânasiyle iki düşmandır. Roma'da usul sebki dâva esasına sadakatla bağlı bulunduğu müddetce hür bir adama işkence yapılmamıştır. Bununla beraber işkence Roma'da ceza dâvalarında önemli bir rol oynardı. Eski âlem bir kulun, esirin ancak acı tesiriyle doğruyu söyleyeceği kanaatini beslerdi; binaenaleyh itham edilen veya şahit kul olunca ona doğruyu söyletmek için işkence yapılırdı.

(1) Tevsik, vesika kelimesi ile aynı köktendir, vusuk, inanılır şey demektir. Hâdis naklinde naklettiğine inanılır kimseye "sıkka" denir, yine aynı köktendir — Bugün de zabıtlar biri hâkim diğeri kâtip olmak üzere iki kişi tarafından tutulur, kâtip zaptın doğruluğuna şahittir. —

İlk defa "Julia Majestatis" adı ile anılan kanun suçun imparatora karşı işlenmiş olduğu takdirde herkese, hür olsun kul olsun işkence yapılacağı esasını koymuştu. İşkence bir defa usule girince yürürlükte olan sebki dâva usulüne tesir etmekten hali kalamaz; binaenaleyh itham usulü ile (sebki dâva ile) yapılan muhakeme usulü gittikçe saha kaybetti, sanık aleyhine kuvvetli karineler bulunduğu hallerde sanığa işkence yapılması kabul edildi, yalnız cemiyetin yüksek sınıfına mensup olanlara işkence yapılmazdı; fakat imperatora karşı işlenmiş suçların tahkikinde o yüksek sınıf mensuplarına da işkence yapılırdı.

Roma imparatorluğuna yayılan Barbarlar, birlikte sebki dâva usulünü getirmişlerdi. İşkencenin dâvada müracaat edilebilecek bir usul olduğunu bilmiyorlardı. Fakat bunlardan bazıları Roma hukukunun enkazlarından yaptıkları kanunlara bu tahkik usulünü soktular. Bununla beraber bu barbar kanunları Roma'dan yalnız bir kula isnad edilmiş cinayetlerin tahkikinde kula işkence yapılması esasını almışlardı.

Jermen hukuku mağdura, suçlu kulun efendisi aleyhine bir dâva hakkı verirdi. Fakat, efendi kulunun müdafaasını üstüne almağa mecbur değildi; bu takdirde bizzat kul kendini müdafaaya eyleyecekti. Kula müdafaası için hürlerle tanınmış olan hakların aynı tanınmamıştı. Yâni yemin ortakları ile birlikte temizleyici yemin eda edemezdi, ateş ve kaynar su ile ordaliyi, yâni Allahın vereceği hükmü kabule mecbur idi. Ordali bir zulüm idi; eli ateşte veya kaynar suda yakmak ve iyileşmede gösterdiği hal ile masum olup olmadığını anlamak ona işkence yapmaktan daha zalim bir hareket idi; Ordaliden işkenceye geçmek hem daha kolay hem de nisbeten daha insani idi. Binaenaleyh Roma'yı istilâ edenler Romalılar gibi suç şüphesi altında bulunan kula işkence yapmayı kabul ettiler. İşkenceye tâbi tutulan kulun masum olması halinde efendisine tazminat verdirilirdi. Sâlik kanunu kulu iki işkenceye tâbi tutar, kula iki defa işkence yaptırıldı. Burgond'lar insanlara nazaran hür fakat toprağa nazaran serf vaziyetinde olan Kolonlar için de işkenceyi kabul ediyordu. Burgond'lar kanunlarında " advena " adını verdikleri bir yabancından da bahsederler; Burgond'lara sığınan " advena " yabancıya da işkence yapılacağını söylerler. Advena'nın kaçak bir kul olacağı kuvvetle sanılmaktadır.

Visigot'ların kanunları daha ileri gider; Roma hukuku ile diğer barbar kavimlerden ziyade mesbu olan hukuku, yani Roma Hukuku, icine daha fazla işlemiş olan Visigot Kanunu iskenceden başka delil bulunmayan hallerde işkenceyi hürler için de kabul ederdi. İtham eden, ithamın

başka türlü ispat edemeyecek ise itham edilenin işkenceye konmasını isteyebilirdi. Fakat ithamını teyid için işkenceden başka delili olmayan dâvacı şikâyetini yargıca gizli ve yazılı olarak vermeli idi ; aksi takdirde müttehem ne ile itham edildiğini bilmiş olacağından işkence esnasında yapacağı ikrar kıymetini kaybeylerdi. Müttehem işkenceden galip olarak çıkarsa kendisini itham etmiş olan dâvacısını hükmü altına alırdı. İşkenceyi idare eden dâvacı — çünkü işkenceyi o idare ederdi — itham eylediği kimsenin bu yüzden ölümüne sebep olursa ölünün hısımlarına verilirdi. Asil bir adam ancak kendi ayanında diğer bir asil tarafından en ağır suçlardan biriyle itham edildiği zaman işkenceye konabilirdi. Asil olmayan hür bir adam hırsızlık ve diğer suçlar için de işkenceye konabilirdi ; yalnız bahis konusu olan menfaatin kıymeti 500 solid'den üstün olmalıdır. Eğer kıymet daha aşağı ise yargıç müttehemî kaynar su tecrübesine koyardı, tecrübe masum olduğu neticesine varmazsa o zaman işkenceye konurdu.

Feodal muhakeme usulü sebki dâva asli dairesinde kurulup da fief sahibi adam akranlarının önüne sevk edilip muhakemesi âleni yapınca işkenceye yer vermeğe imkân yoktu ; yukarıda arzylediğim gibi işkence Roma İmparatorluğu ile birlikte kalkmamıştı. Yalnız dâvalı müttehem serf veya ayak takımından olunca beyin veya prevot'sunun önüne sevk edildiği zaman acaba ona işkence yapılmaz mı idi ? Zira bu müttehemlerin Allahtan başka hâkim ve hükümleri aleyhine müracaat edebilecek : “ Appel yapabilecek “ kimseleri yoktu. Fakat metinlerde, biri müstesna işkence yapıldığına dair hiç bir kayıt yoktur. Yalnız bir metinde : “ Assise de la Cour des Bourgeois de Jérusalem ” de iki kayıta rastlanıyor : Birinde mesele bir adamın evine alıp gömdüğü bir ölüden bahsediliyor ; halk arasında bir cinayet olduğu söyleniyordu. Ölü boğulmuştu. Kilise evi müsadere etmişti. Diğerinde iki şövalye bir adamı diğerini öldürürken görmüş olduklarını iddia etmişlerdi. Fakat öldürülen adam şövalyelerin hısımlı olduğundan şahadetleri müttehemlin mahkûmiyetini intaç edemezdi, mahkûmiyeti sonucuna varamazdı ; fakat müttehemî dâva etmeye lüzum olmaksızın su tecrübesine koymak için kâfi idi. “ Assise de la cour des Bourgeois de Jérusalem ” Viçot'ların kanununda olduğu gibi işkencenin üç gün sürebileceğini kabul ederdi.

Kral emirnameleri XIII asırda işkencenin yapılmasını tanzim etmiş bulunuyordu. 1254 emirnamesi 21 inci maddesinde müttehemlin halkça iyi tanılır kimse olduğu takdirde işkencenin tek bir şahid'in bevanı ile yapılamayacağını tasrih eyler. 1315 de Şampanya eyaleti asilleri işkencenin yapılmasını protesto etmişlerdi ; Kral da, onların itirazı üzerine “ prevot ”

ve " sergens " lerine (çavuşlarına) işkence yapmamalarına dair emirnamesine bir madde eklemişti. Fakat asillerin itirazı faydasızdı. " Question " diye ifade edilen işkence XVI üncü asırda olagan bir istümale varmıştı. Çünkü cinayetlerin enerjik bir tarzda tenkil edilmeleri zarureti bunu emrediyordu. Krallık bu zarurete uyarak işkenceye kendi topraklarında yer vermiş oluyordu. Her yargının müttehemi işkenceye koymak yetkisi yoktu. Hükümlerini işkence ile alınmış ikrara dayandıramazlardı: bu divanlar müttehemi yalnız mahkeme huzurunda ve hasmın muvacehesinde (yüzüne karşı) yapacağı ikrara veya suçunun usulü dairesinde subutuna binaen mahkûm edebilirlerdi ; çünkü mahkemelerinin usulü bunu icabettirirdi.

İşkencenin kabulünde Roma Hukukunun büyük rolü olmuştur. Roma Hukukunda büyük hukukçuların işkenceyi anlatan metinlerine rastlıyorlardı. Zamanın sert ve kaba adamları bu tarz tahkikatta müteessir etmiyordu. Ve nihayet resen takip usulünde, " aprise " de işkence bir boşluğu da dolduruyordu.

" Aprise " yukarıda da arzettiğimiz gibi ölüm cezasına bir temel teşkil edebilmek için çok sayıda ve mülzem (ilzam edici) şahadetin bulunmasını icap ettiriyordu; başka türlü malûm ve aşikâr bir suç olarak kabul edilemezdi ; aksi takdirde müttehemin ikrarı lâzımgelirdi. Yargıç bu ikrarı her vasıta ile elde etmeğe mecbur idi ; binaenaleyh yargıç elinin altında bulunan zalim ve müessir usule istekle başvuracaktı. Tutuk tahkikatı kabul edince artık question'a (işkenceye) konamazdı, çünkü bu takdirde işkencesiz dahi bir mahkûmiyete varılabildi. Fakat işkence ile delillerdeki sertlik muhakeme usulünü içinde dört döndürecek bir fasit daire halini alıyordu.



XIV üncü asırda resen takip lâzım olan bütün vastalarla teçhiz edilmiş bulunuyordu. Resen takibin esaslı ve başlıca organı olan müddeiumumilik müessesesi dahi doğuyordu. Savcılık. — Kralların avukatları ve beylerin mali vekilleri (avukatları) bidayette birer işi adamlarından başka bir şey değildiler. Sekle bağlı muhakeme usulleri niyabeti (Vekil ile temsil edilmeği) kabul etmez ; Roma da Legis Actiones, Ortaçağda feodalite muhakeme usulü dâvada niyabeti (vekil ile temsil edilmeği) kabul edemiyordu. XIII üncü asırda ne hukuk ne ceza dâvalarında " talep ederek " (dâvacı olarak) kimse kendisini temsil ettiremezdi. Yalnız istisnaen Kral ve matbu beyler bir naip ile (vekil ile) talepte bulunabilir-

lerdi. Bu vaziyet Fransa'da şu meşhur olmuş sözle ifade olunurdu : "Fransada kraldan gayri kimse vekil marifetiyle dâva edemez". Demek kralın ve matbu beylerin gerek kendi mahkemelerinde gerek yabancı mahkemelerde kendilerini temsil edecek resmi avukatları vardı; bu avukatlar kralın veya beyin itimadını kazanmış praticien'lerdi, diğer pratik ile meşgul meslekdaşları avukatlardan müvekkillerinin çok meşhur olmalarıyla ayrıyorlardı. Kral ve beylerin avukatlarının birer memur haline gelmeleri mukadder idi ; nitelik de öyle oldu ve müddeiumumilik müessesesi doğdu.

Kral ve beylerin naiblerinin (vekillerinin) yani başında ayrıca da avukatları vardı. Bunlar hakiki bir makam ile tevhiz edilmeden evvel birer sade avukat idiler. Kral ve beylerin avukatları ne kral ve bey aleyhine ne de vaktiyle beyin müdafaa eylediği dâvalarına muhalif hareket edemezlerdi ve hiç bir başka beyin müşaviri olamaz ve ona rey beyanında bulunamazlardı.

Kral vekilinin veya beyin mali işler vekilinin en önemli vazifeleri suçların takibine nezaret etmektir. Cezai mahkûmiyetin neticesi olan cezalar (para cezaları) ve müsadereler kral ve beylerin başka gelir kaynağı idi. Beylerin mahkemelerinde muhafaza edilmiş olan mali vekil tâbiri arzedilen fikrin bir hatırası olarak yaşamıştır. Kral vekili tâbiri ise Cumhuriyet devirlerine kadar, müddeiumumilerin muhafaza etmiş oldukları bir ünvanıdır. Kral ve beylerin bu mali menfaatlerine daha yüksek bir menfaat gelip eklendi. Adalet ile vazifeli olan kral ve beyler cinayetlerin takibinde doğrudan doğruya ilgilidirler; binâenaleyh vekili tenkili, mümkün olduğu kadar sağlamalıdır.

Kral vekili mağdur gibi doğrudan doğruya bir itham edici olarak hareket edemezdi. Fakat hâkimi resen tahkike sevk ederdi; hâkimi resen tahkikte bulunmak için tahrik ederdi. İlk savcılarının menşei ve ilk görevleri bundan ibarettir.

XIII üncü asırda örfte dair yazılmış eserlerin hiç birinde kralın dâva vekilleri gözümez; 1302 de kral güzel Filip görevlerini ötedenberi mevcut imişler gibi tanzim eyler. Kralın dâva vekillerinin diğer krali memurlar gibi genel bir tarzda yemin etmelerini istemiştir, fakat namına hareket edecekleri zaman diğer taraflar gibi "calumnia" denilen yemini eda edeceklerdi. Kral dâva vekillerine başkalarının dâvaları ile meşgul olmalarını, bazı haller müstesna olmak üzere yasak etmişti. Ceza dâvalarında, önemli rol oynayan bu yeni müessese de bir reaksiyon (aksülâmel, tepki) yarattı. 1318 de örf memleketlerinden kaldındı ve görevleri

“ bailli” lere verildi, 1318 de de Lyon şehri kendilerinin savcılardan kurtarılmasını istedi.

Fakat bu karşı koymalar da boş idi. XIV uncu asırda savcılar tanınmış, kabul edilmiş bir otorite olarak hareket ettiler.

Tabii savcılar, bugünkü gibi dâvada taraf alarak gözükmeydiler; bugün sebki dâva usulüne göre taraf olmağa mecburdur. Fakat yargıç tarafından resen takip yapılabilen engisizyon devrinde taraf olması lâzım değildi. Kilise hukuku mucibince “per inquisitionem” dâvalarda dâvayı ihbarıyla tahrik eden promotör (muharrik) olması kâf idi (Sahife 320). Muhbir veya muharrik dâvada, şahitlerini dinletmek ve delillerini ibraz etmek üzere dâvacı olarak kalabilirdi. Savcı da aynen bu rolü oynayacaktı. Savcı bütün cinayetlerin muhbiridir ve her takipte yalnız olarak veya bir tarafa iltihak ederek bulunurdu. Kilise lâik yargıya müddeiumumilik müessesesine bir örnek vermişti; lâik yargıda kiliseye “resen muharrik” adıyla müddeiumumliği vermişti.

Fakat halkın nazarında savcıya harekete geçmek müsaadesini yargıç veriyordu, yoksa hâkimi savcı harekete getirmiyordu. Kralın dâva vekilinin veya beyin malî avukatının hakikî itham edici oldukları ve itham etmek yetkisinin yalnız onlarda bulunduğu fikri ve düsturu daha sonraları doğmuştur. Fakat eski kanaatinde izleri kalmış ve Fransız ihtilâline kadar yargıcın da bizzat suçu tahkik edebileceği kanaati devam etmiştir.

Savcının rolü tavazzuh ettikçe resen takip usulünün kaideleri emirnamelerde tesbit ediliyordu. Engisizyon muhakeme usulü, kilise muhakeme usulünde olduğu gibi iki kısımdan, iki parçadan mürekkep idi: haber alma ve tahkik etme kısımlarından mürekkepti. Biz bugün suçtan haberdar olmak safhasına hazırlık tahkikatı diyoruz. Hazırlık tahkikatı yargıç veya bu hususa naip ettiği kimse tarafından yapılırdı. Bu hazırlık tahkikatı bazen savcı tarafından da yapılırdı, fakat bu tahkikat hâkimin emriyle yapılmazdı; kralın “lettre” denilen fermanlarıyla verilmiş komisyon dolayısıyla yapılırdı.

Bir kimse hakkında hazırlık tahkikatı yapılmadıkça o kimse hakkında tahkikat açılmazdı. Yargıç hazırlık tahkikatının neticesi hakkında müşavirleriyle istişare edecek ve aleyhe kâfi delil bulunursa tahkikatı — ki o tahkikata biz bugün son tahkikat diyoruz — açacak ve müaazalı duruşmalar başlayacaktı. Fakat dâvanın bu iki kısmı bu iki safhası bütün vuzuhu ile tesbit edilmemişti “De Lauriere” emirnamelere yaptığı

haşiyede diyor ki . “hazırlık tahkikatı ile son tahkikat (suça muttali olmakla tahkikata girişmek) arasındaki fark birincisinin (hazırlığın) yargıç tarafından resen yapılması lüzumudur. “information” denilen hazırlık tahkikatı canı olarak adalete tevdi edilmiş kimse hakkında her hangi bir usulî muameleye başlamadan evvel yapılmış olmalıdır. Çünkü ancak “information” dan sonra sanık hakkında dâvanın açılıp açılmıyacağına dair karar verecektir. Dâvanın açılmasına karar verildikten sonra yargıç sanık hakkında tahkikatın açılmasını emreder.” “Septene de Bourges kasabası örfü” adlı eserde bu hususta kıymetli malûmat vermektedir; adı geçen eserin 39 uncu bölümünde “cinayetle itham edilen bir kimse hakkında nasıl bir kazaî yol tutulacağına dair” şu malûmatı veriyor: “Gerek itham, gerek ihbar suretiyle bir cinayet ile veya çabuk bir intikam alınmasını icap ettiren diğer büyük bir madde ile itham edilen kimse aleyhine evvelâ itimada şayan, haklarında şüphe bulunmayan kimseler marifetiyle “information” a başlanır. Müttehemin information neficesi suçlu görülse vücudü “ahzü girift” (yakalanır) ve malları müsadere edilir ve tahkikata geçilir...” Eser 41 inci bölümünde de “information” ile tahkikat arasındaki farkı şu tarzda anlatıyor: “information ile tahkikat arasında bir fark gözetilmesinin sebebi şudur: information ile hükme varılmaz; ve doğru, usulünde yapılan tahkikat ile yani informationda dinlenmiş şahitlerin tekrar celp edilerek taraflar önünde yemin ettirilmiş ve ifadeleri taraflar önünde tekrar ettirilmiş ise mahkûmiyete veya berate varılabilir.”

Sanık şahitlerin tekrar dinlenmelerinden vazgeçerse bu takdirde “information tahkikat kıymetini alır” di.

Artık XIV üncü asırda engisizyon muhakeme usulü ona şeklini veren bütün yüz çizgilerini almıştı.

**

Bu başlangıcı bitirmeden evvel ceza hâkiminin meseleye ne tarzda vaziyet edebileceğini arz etmek lâzımdır. Mevânlere göre ceza yargıç meseleye dört suretle el koyar :

- 1 — Denonciatio (ihbar) ile
- 2 — Hazır bir suç tâbiriyle ifade edilmeğe başlanmış olan meşhut suç ile
- 3 — Teşkili tarafeyn ile yapılan itham ile ki eski sebki dâva usulünde dâvacı olmaktır.

4 — Umum arasında şayi şöhret ve kanaatin vücudu halinde ki, eski şüphe üzerine takip olan “aprise” dir.

Arzedilen bu takip sebepleri information noktai nazarından ikiye ayrılır :

Bir dâvacının çıkmasıyle (teşkili tarafeyn ile) yapılan takipde mahkeme için takipten evvel tahkike (information'a) lüzum yoktur.

Suç üstü de müstacel mevaddan (acele işlerken) olduğundan işe information ile başlamağa müsaade etmez. Resen yapılan diğer takiplerde en evvel information lâzımdır.

a — Her yargıç, görülmesi ödevine ve görevine giren her cinayet maddesinde müttehem aleyhine taraf teşkil edebilecek her şahsı kabul etmeğe ve dâvayı tutuklu olarak görmeğe mecburdu. Sebki dâva usulünde taraflar tamamıyla eşit bir vaziyette bulunduğundan ikisi de tevkif edilirdi. Bu hususları sebki dâva usulünü anlatırken arzetmiştim. Roma hukukundan alınmış bir kaide mucibince dâvasını kaybeden dâvacıya dâvahya mahkûm olsa idi ne ceza verilecekse o ceza hükmedilirdi: Buna talion (kisas) cezası adı verilirdi. Kısas ödeme demektir, takas ile aynı köktendir: Kan, kan ile, göz, göz ile, diş, diş ile ödenir. Bugün kısas yerine misilleme tâbirini kullanıyoruz. Yalnız dâvasını kaybeden dâvacıya misillemeye bulunulması hakkındaki kaide çok sert idi; bu sebebden tatbikinde hafiflik gösteriliyor ve dâvasını kaybetmiş dâvacı adliyeye bir niyazname verdiği takdirde cezası kaldırılıyordu. Yalnız itham iftira olduğü takdirde sert ve şiddetli bir ceza verilirdi.

İtham usulü artık maziden kalma bir artık idi. XIV üncü asırdan itibaren pek az, nadir; müracaat edilen bir yol, bir tarz idi.

b) İtham usulü kalktıkça ihbar usulüne müracaat artıyordu: Bir kimsenin cinayet işlemiş diğer bir kimseye karşı taraf teşkil etmek istemeyip keyfiyeti adliyeye ihbar eylemesi ve şahitleri bildirmeği teklif etmiş bulunması halinde ihbar (denonciation) usulüne sapılırdı. İhbar (taraf teşkili ile ithamda olduğu gibi) yargıç takibde bulunmağa mecbur etmezdi. Evvelâ muhbire itimad caiz olup olmayacağı tetkik olunurdu. Eğer yargıç ihbar üzerine harekete geçmeği kabul ederse ilk iş olarak “information” da bulunmağa yani malûmat toplamağa başlardı; ondan sonra sanığı celp veva tevkif ettirirdi ve dâva cereyanını takip eylerdi. Muhbir çok kere dâvada taraf olurdu: Şahit gösterir ve tahhikatı takip ederdi. Muhbir hakikatta taraf (dâvacı, itham edici) idi; yalnız menfaati icabı esaslı rolü resen hareket eden yargıca bırakarak kendi silinirdi. Muhbir, yalnız hapisle

girmez ve misilleme cezasına çarpılmazdı. Bundan başka dâvacının tâbî olduğu kaidelerin bir kısmı onun da hakkında tatbik edilirdi.

Artık dâva ihbar ile yapıldığından bu cihet zabıtlarda pek az değişik formüllerle ifade olunurdu; bazen “Filânın talep ve ihbarı üzerine” bazen “bize fiili adalet makamı olmamızdan ihbar ve hakkının alınmasını rica etmesi üzerine”; “bizden hakkının alınmasını ve adaleti icra etmemizi niyaz etmesiyle” gibi formüllerle ifade olunurdu.

Ihbar yargıca yapılırdı; fakat duruşmada hasmın müttehimin önünde tekrar olunurdu. Hattâ yaralanmış bir muhbirin yargılamanın yapıldığı meclise gelememesi üzerine yargıç muhbirin yanına gitmiş ve orada ihbarını şahit önünde almıştır.

Muhbir sonradan mütehemden bir şey istemediğini yani bir talepte bulunmadığını bildirir; şahit gösteremez veya şikâyetini geri alır ve taraf olmaktan çıkarsa takip edilen tahliye edilir ve beraet ettirilir (bu hallerde sanki o zamanın tâbiriyle mahkeme dışı bırakılır); mahkeme dışı bırakılmak, dâvacılar ve muhbirler için kullanılan mahkemeye kabul edilebilir kimselerden olmak gibi tâbirler adliye üslûbuna giren tâbirlerdendir). Eskiden, sebki dâva usulünde şüphe üzerine tutulmuş kimse aleyhine belirli bir zaman içinde, bir dâvacı çıkmadığı takdirde tutuk tahliye edilirdi; bu usul ihbar ile takip usulüne de alınmış idi; Bu vaziyette “accusatio” ve “denonciatio” nun birbirine karışmasından şahsi hak arayan dâvanın hukuk tarafını teşkil ediyor ve mağdura ceza dâvası açmaksızın suçtan gördüğü zarar için tazminat dâvacısı olarak takibe katılıyordu.

c) “Hazır suç” diye zikredilmeğe başlanmış olan hal eski sebki dâva usulünde suç üstü, meşhut suç diye ifade edilmiş haldir. Hattâ, suçlunun “velvelei nas” yani halkın haro! haru! diye bağışarak kaçan suçluyu takip, eylemiş olmaları zabıtlarda zikredilirdi. Suçun nevi de zikredilerek : “Haru ateş.” “Haru katil” diye bağınıyorlardı şeklinde yazılırdı.

d) Eski şüphe üzerine takip (aprise) den başka bir şey olmayan sayia üzerine yapılan takip bir kaç tarzda ifade olunurdu: “tekaddüm etmiş (yapılmış bulunan) information üzerine” “herkesçe bilinen hali üzerine” “şayi şöreti üzerine” gibi tâbirlerle ifade edilirdi.

Resen takip eski ismi olan şüphe üzerine yakalama adını taşıyor, hazırlık (information) ve son tahkikat kısımlarını ihtiva ediyordu. Bir çok hallerde zabıtlar tevkifin information’dan sonra yapıldığını zik-

rederlerdi: Fakat bazen de zabıtlarda informationdan bahsedilmeyerek yalnız inquisitiodan (tahkikattan) bahsolunuyordu.

Information bazı hallerde hem hazırlık hem son tahkikat rolünü oynardı. Bu hallerden biri information'un sanık lehine neticelenmesi, diğeri de sanığın son tahkikatın yapılmasından vazgeçilmeğe muvafakat eylemesi hali idi.

*

**

Resen tahkik usulünde takip edilen ik yol vardı; bu yollardan birine adi, olağan yol, diğesine de olağanüstü yol denirdi. Bu tefrik esaslı idi ve gittikçe de önemini artırıyordu.

Adi usulde dâva duruşmada cereyan eyliyor ve işkence yapılmıyordu; sanığa da serbest bir müdafaa hakkı veriliyordu. Olağanüstü usulde işkenceye yer verilmişti. Gizliliği muhakeme usulüne sokuyor ve müdafaa gittikçe daha fazla engelliyordu. Olağanüstü usul istikbalin usulü oluyordu. Avrupanın her tarafında ceza usulünde bu ikilik gözükiyordu.

I — a) Olağan yol evvelâ teşkili tarafeyn ile yapılan dâvalarda takip edilen usulî yol idi. Sonra, "a" bendinde arzedildiği üzere itham ile ihbar birleştirmiş sistemde ihbar yolu ile yapılan takipde dahi olağan yol alınırđı.

b) Resen takipte sanık tahkikat yapılmasını kabul edildiği takdirde dahi adi usul tatbik olunurdu.

Görülüyor ki, olağan yol usulün normal, mutad kaidelerinin tatbik edildiği yoldu.

II — Usulün mutad kaidelerinin tatbik edilmediği takiple olağan üstü yol denirdi. Mutad kaidelerden ayrılışlar yargıca yetkiler bahş eylemek sonucuna vardığından bu usulü anlatmak için yargıcın "olağanüstü" usulde haiz olduğu yetkilerden bahsetmek lâzım gelir:

a) Olağanüstü usulde yargıç sanığı işkenceye koyardı: Suçlu kuvvetli karınlerle takip eidiliyor ve suç da büyük bir cinayet ise yargıç tutukluvu tehammülüne göre işkenceye koyabilir ve hattâ kovmağa mecburdur. Daha büyük bir işkence daha başka bir vücud ister. Yargıç işkenceyi ölümü intac edecek dereceye veya bir uzvun (organın) zarar göimesine kadar vardişmamalıdır. Yargıç ateşle de işkence yapamaz.

Sanıktan işkence ile bir ikrar ve itiraf alınmaz, karineler de çok kuvvetli ve sanık da dayanıklı ise hâkim sanığı muhtelif günlerde olmak üzere ikinci, üçüncü hattâ dördüncü, beşinci defa işkenceye koydurabilirdi.

b) Olağanüstü usulün bir hususiyeti de şahitlerin beyanlarının sanıktan gizlenmesidir; sanığın takibi bertaraf edememesi için saklanırdı.

Bidayetlerde, kilise kanunu hükümleri gereğince resen takip usulünde de sebki dâva usulünde olduğu gibi tahkikat evrağı (acta inquisitionem) mütteheme bildirilirdi; tebliğın yapılması 1254 tarihli emirname ile mecburi kılınmıştı. Fakat yavaş yavaş tahkikat evrağının sanığa mütteheme tebliğı reddedilmeğe başladı. Yalnız şahitlerin isimleri bildirilirdi, fakat beyanları bildirilmezdi. Sebebi de suçlu dâvalı (sanık) cürmünün sabit olduğunu anlayınca kaçabilir ve böylece cürüm cezasız kalabilirdi. Sanık kaçtıktan sonra aleyhe şahadet etmiş olanları da öldürebilirdi. Binaenaleyh dinden sapmış (hereticae) lar hakkında takip edilen usulü hatırlatan bu gizlilik olağanüstü usulün işkence gibi bir farkasını teşkil eyledi.

c) Müttehem suçunu işkence ile dahi ikrar ve itiraf etmezse yine de tamamıyla kurtulamaz ve tamamıyla beraat etmez, yargıcın sanık hakkındaki şüphelerin esasız olduğuna kanaat etmesine değin hapiste tutulur ve tahliyesi dövülmesi veya cerime vermesine bağlanırdı. "Eğer işkenceye rağmen bir şey dememiş ve ikrar etmemiş ve şahit ile de suçuna kanaat edilmemişse şüphe üzerine veya velvele-nas üzerine tutulmuş ise ve aleyhine bir dâvacı çıkması beklenerek hapis yatmış ve bir dâvacı da çıkmamış ise çekmiş olduğu hapis kötü şöhretinin kefareti olacaktır". Hapisten tahliyesine bazen yalnız hükmedilmezdi. "Tahliyesine ve dövülmesine" denirdi. Bazen suçuna kanaat edilmemiş mütteheme para cezası hükmlenirdi. O vakit "cerime ile tahliye" denirdi. Hapislî cerimeyi ödeyemezse yine de sonunda "fakirliği sebebiyle tahliye" dedikleri sebeb ile tahliye olunurdu.

XV inci asrın bu olağanüstü usulünde XVI ve XVII nci asırların usulüne geçecek şu unsurlar mevcut idi:

- a) Hazırlık tahkikatı (information)
- b) Dâvanın "olağanüstü" ile görülmesi kararı
- c) İşkencenin yapılması kararı
- d) Masum suçlunun tahliyesinin mutlak bir tarzda yapılmaması XVI ve XVII inci asırlar muhakeme usulünde "sanık hakkında information'un tevsi" kararı müessesesine vücud vermişti.

XV inci asır muhakeme usulünün sanığa verdiği teminatlar da sonraki asır usullerinde kalkacak duruşmaların âleniyeti artık tamamıyla eski asırların hatırası olarak büyük ruhlu hukuk âlimlerinin hafızalarında yaşayacaktı.

Bidayetlerde "plaids" denilen yargı meclisleri açık havada toplanırdı. Büyük kalbli, büyük hukukçu "Ayrult" duruşma gizliliklerine şu sözlerle isyan eyliyordu: "Halâ kiliselerin, şatoların, hallerin ve umumi meydanların kapılarında yargıçların oturdukları yerler duruyor. Muhakeme etmek için saraylar ve kamaralar inşa etmeğe başladıkları zaman ağaçların gölgesinde hüküm veren hâkimlerle alaya başladılar. Fakat bu hal eskiden en büyüklerin iyi muhakeme etmiş olduklarını gösterir." Âleniyet XV inci asırda ağaçların gölgelerinden ve açık havada kalkıp muhakeme odalarına geçildiği zaman dahi muhafaza edilmiş bulunuyordu; yani muhakemede geçen hâdiseler olduğu gibi zabıtlara kaydedilirdi. Yalnız "information" veya naip vasıtasıyla yapılmış tahkikat ile gizli yapılan işkence kaydedilmezdi. Zabıt kâtibi mahkemede bulunmuş olanların adlarını yazdıktan sonra listenin sonuna "ve daha bir çok kimseler" ibaresini de ilâve ederdi. Yazılanlar hakiki dinleyiciler idi, yoksa mahkeme tarafından seçilip getirilmiş kimseler olmadığı listelerde yazılı ve sayısı çok olan işçi adlarından anlaşılmalıdır ; kadınlarda da kaydediliyordu. Zabıtlara :

- a) Duruşmada tekrarlanacak olan ihbar,
- b) ve muhakemede, bugünkü adli tabib raporları gibi büyük bir rol oynayan hekim ve ebe raporları
- c) Hapislilerin kefaletle tahliyeleri
- d) Mahkemede yapılmış ikrar ve intaç eylediği hüküm kaydedilir.

Zabıtlar muhafaza edilir ve daha başka hususlarda da âleniyet gözetilirdi. Bugün nasıl her kâğıt mahkemede okunmadan dosyaya konmuyor ise o zaman da öyle hareket edilirdi.

**

KEFALETLE TAHLİYE. — Engisizyon usulünün başlangıçlarında geniş bir tarzda tatbik olunurdu. Bihakkın değildi, fakat yargıç kefaletle tahliyeyi bahşedebilirdi, hattâ ölüm cezasını intaç eyleyen hırsızlık suçu gibi ağır suçlarda dahi kefaletle tahliye kabul edilirdi; hapislinin nefsine kefiller (pege) "vücuda vucud, alacağa alacak" olarak hapis-

liye taahhüt ederlerdi; fakat ekseriya hapislinin ihzarını taahhüt ederlerdi, o zaman formül şu şekli alırdı: “Kendisine tarafımızdan tebliğ edilecek günde ihzarına kefil.” Hapisli bazen de nefsine kefil vereceği yerde bugün olduğu gibi teminat mânasına olarak “rehin” diye anılan nakdi teminat verirdi. Teşkili tarafeyn ile dâvacı olan (itham edici olan) kimsenin kefalete bağlanmadan tahliye edildiği de kaydedilmiştir.

Tahliye edilen sanık hakkında nefsine kefil olanların nakli mesu liyetlerinden başka celselere gelmediği takdirde suçu sabit görülmeğe gibi ağır bir müeyyide daha vardı. Firarın (kaçmanın) sonucu olan bu suçluluk karinesi uzun zaman devam etmiştir.

Engizisyon usulü ilerledikçe kefaletle tahliye de olağanüstü yolda kalktı ; hapisliler çeşit çeşit muameleye tâbi tutuldular: Kimi münferit olarak bir hücreye kondu. Kimi diğer hapisliler yanında tutuldu. Kimi dışarı ile ihtilât edebilirdi. Kimi ihtilâttan men olunurdu.

MÜDAFAA — Olağanüstü usulün şiddeti çok ağır ve büyük olmasına rağmen mütteheme müdafaa hakkı tanır. Dâvasını hükümden evvel ya bizzat müdafaa ederdi veya ettirirdi. Masuniyetini ispat için vak'alar zikreder, meselâ mekan beyyinesi ileri sürer ve bu vak'aların doğruluğuna şahit ikame edebilirdi ve bu hususta kendisine yardım olunurdu. Gerçi bu müdafaayı bir avukat tanzim ve sevk etmezdi; yalnız aleyhine olan şahadetleri münakaşa edebilir ve masum olduğunu gösterebilirdi. Çok kere dâva usulünde görülmez, yani information ile başlanmaz, o zaman şahitler, sanığın huzurunda mahkeme salonunda dinlenirdi. O zaman zabıtlara “yukarıda yazılı beyanlar sanığın önünde okunmuş ve ne diyeceği sorulmuştur” diye yazılır ve verdiği cevap da kaydolunurdu.

DELİLLER — Teşkili tarafeynin mevcut olduğu hallerde işkence yapılmazdı. Suçlu tahkikatı kabul eylediği takdirde de işkence yapılmazdı. Fakat itham edilen tahkikatı kendisine göre herhangi bir sebepten kabul etmeyebilirdi. Bu takdirde muhakeme olağanüstü yolu takip ederdi. Fakat bu istisna kaidenin yerini aldı ve kaide oldu. Çok kere şahadet beyyinesi ne teşkili tarafeynli ithamda ne de kabul edilmiş tahkikatta suçluluğu kâfi derecede sabit kılabilirdi. O zaman yargıç lâzım saydığı ikrarı elde etmek için işkence yapmak hevesine kapılıyordu; bu kapılmaya beyyinelerin kanunî olması yani kıymetlerini, yargıcın vicdanının serbestçe tâyin etmeyip kanunun, yargıç vicdanını takyid edecek derecede tâyin etmiş bulunması sebep oluyordu. Kanunî beyyinelerin Roma hukukundaki tohumlarını en evvel İtalyan hukukçuları bulmuşlar ve önemli derecede genişletmişlerdi. Cinayetler de delil gün gibi

aşikâr olmalı idi. Bu sebepten her ne pahasına olursa olsun sanığın ikrarını elde etmek isterlerdi. Binaenaleyh sanığın tahkikatı kabul etmiş hali ile kabul etmemiş hali arasında bir fark yapmağa lüzum görmüyorlardı. Artık olağan yolu almakla olağanüstü yola sapmağı cürmün ağırlığı tâyin edecekti. Bununla beraber sanığa, adetin kuvvetli tesirine kapılarak tahkikatı kabul edip etmiyeceği yani mukadderatını şahitlere bırakıp bırakmıyacağı sorulmaktan vazgeçilmedi.

Ceza dâvasında para cezasından gayri cinayetlere mahsus ceza verilmeyecekse bu hali “ taraflar hukuk dâvasında bulundular” diye ifade ederlerdi. Para cezasının hükmedilmesine varan bu dâvayı — bugünkü mânasıyla — bir hukuk dâvası olarak görmemek lâzımdır. Yalnız bida-yetlerde hukuk muhakeme usulü ile ceza muhakeme usulü aynı bulunmuş olduğundan tabir hukuk muhakeme usulünün tatbik edilmiş olduğunu ve dâvaya olağan usul ile bakılacağını ifade eder. Zabıtlarda “in-formation yapılmış ve dâva hukuk dâvasına ve para cezasına çevrilmiştir” diye kayıt edilirdi.

Yukanda da arz eylediğim gibi muhbir eski itham eden dâvacının yetkilerini haiz idi; binaenaleyh bazen mücerret ihbarıyla yargıca tevkil ettirdiği (çünkü bazen tevkiften ve ilk sorgudan sonra information karar verilirdi); bazen bizzat muhbirin kendisinin bir çavuşa yakalattığı sanığın muhkemesi başlayınca hazır olan müttehemin muvacehesinde şikâyetini yemin ile teyid ederek bildirir ve böylece müttehime ilk müdafaa fırsatını verirdi. Fakat kefaletle tahliye yapılmaz olmuştu ve muhakeme usulünün iki meşum vasıtası yerleşmeğe başlamıştı: İşkence ve sanığın ifadelerini yeminli olarak almak. Bu iki vasıta olağanüstü yolun iki korkunç uçurumunu teşkil ediyordu.

Sanığa evvelâ doğru söyleyeceğine yemin ettirilirdi. Bu yeminler bizim eskiden çok işitmiş olduğumuz yeminlere benzer: Biz “Kurana yemin ederim ki”, “Kuran hakkı için” der idik onlar “Tanrının incillerine” (inçil iyi haber demektir) diye yemin ederlerdi. Biz “imanımdan yad olayım” derdik; onlar “ruhum cehennem azablarına uğrasın” derler ve “cennette arzu eylediği paydan yad kalmasına” temin ederlerdi. İşte sanki “kendisine sorulacak her şey hakkında hakikatı (doğruyu) söyleyeceğine yukanda arz eylediğim şekilde temin ederdi. Yahudi olan sanıklar kendi dinlerine göre yemin ederlerdi.

İşkencenin bir sanığa yapılmamış olması pek nadir bir vak’a idi. Sanığın tahkikatı kabul etmiş olmasının ve görgü şahidinin bulunmasının dahi ehemmiyeti yoktu. Hattâ yargıcın, sanığın daha başka suçlar da

işlemiş olacağını şüphe etmesi halinde, onun suçunu ikrar eylemesi dahi sanığı işkenceye konmaktan kurtaramazdı.

Ateş işkencesinin yasak edilmiş olduğunu yukarıda arz etmiştim. Çok kere su ikencesi yapılırdı. Su işkencesi ya sanığa su içirmek veya üzerine su dökülmek suretiyle yapılırdı. Çarpma işareti şeklinde bir tah-taya çınl çıplak soyulmuş sanık yatırılır ve bileklerinden ve topuklarından bağlanırdı. Bu işkence aleti de büyük ve küçük olmak üzere ikiye ayrılır ve işkenceler arasında dereceler ihtas edilirdi. "Pelote" denilen işkence daha da korkunçtu, bizim tâbirimizle, beterin beteri idi. Bu zalim usul, itiraf etmek lâzım gelir ki, bir çok sanıkları birçok hakikatleri söylemeğe, bildirmeğe mecbur bırakmıştır. O zamanların hırsızlıkları ve adam öldürmeleri vak'aların hadden fazla çokluğu karşısında sanıklara karşı sert davranılmasının sebepleri anlaşılır. Fakat buna mukabil işkence bir çok masumu da mahvetmiştir. Hele devrin batıl itikatları işkence facialarını daha da arttırmıştır. Bir büyücülük dâvasında dördüncü defa işkenceye konan kadın şeytanı gördüğünü ve onunla konuştuğunu ikrar eylemiştir. Zavallı kadın şeytanın boynuzsuz olduğunu, nasıl odasının açık penceresinden konuştuklarını uydurmağa mecbur kalmıştı.

Bir hafif kadın dostu edinmiş âşıkını gerçekten sevmiştir. Âşığı başka-sıyla evlenecek kadın kendisinden daha yaşlı bir kadın arkadaşına müra-caatla safdilcesine ve zararsız büyü yaptırmıştır. Hafif kadın üç defa, daha yaşlı arkadaşı dört defa işkenceye konmuş ve her ikisi de diri diri yakılmıştır.

Bazen iradeleri kuvvetli ve vücutları mukavemetli olan suçlular çıkmış ve dört defa işkenceye konmuş oldukları halde bir şey söylememişlerdir. Bununla beraber ölüme değlise de, kötü şöhretleri ve sabakalarına nazaran müebbed sürgüne mahkûm edilmişlerdir.

İşkence ile elde edilen ikranın muteber olması ve mahkûmiyete esas kılabilmesi için işkence dışında da tekrar edilmelidir. Perişan bir halde işkenceden çıkartılan sanığa taze kuvvet verilirken tekrar, hiç bir tazyik yapılmak sizin ve yalnız yemin ettirilerek sorguya çekilir. Bu sorgusunda ikrandan dönerse ikrar kıymetini kaybederdi, fakat sanık başka bir gün, tekrar işkenceye konulabilirdi. Tekrar edilmiş her işkenceden sonra ikrandan dönmüş ve böylece ölüm cezasından kurtulmuş sanıklar vardı.

**

RECOLEMENT, yani şahidin yeniden dinlenmesi — Engisizyon

muhakeme usulünün esas hatları teşekkül ve tesbit edilmiş olmasına rağmen bazı noktalarda tereddüt hasıl oluyor ve değişiklikler vücuda geliyordu. Bu tereddütler şahitlerin yeniden dinlenmesi usulünün girmesine sebep oldu. Eski bir geleneğe göre yargıç şahitleri information sahasında bizzat dinlemezdi. Özel bir naib marifetiyle dinlerdi; çok kere bir çavuş, bazen debir noterin kendisine yardımcı olarak verilmiş olduğu bir praticien şahitlerin informationdaki beyanlarını zabtederdi. Bazen de yargı merkezleri nezdinde informationda şahitleri dinlemek üzere ihdas edilmiş bulunan ve eski bir tâbir ile kendilerine “muhakkikler, tahkik edenler” (enqueteurs) denilen memurlar beyanları zaptederlerdi. Bundan başka bu sözümler ona naip bir talimat ile de hareket etmiyorlardı. Sanığın mukadderatı bu ellerde bırakılamazdı; işi düzeltilmek için şahitlerin yeniden yargıç tarafından dinlenmesi usulü kondu ve buna “recolement” dendi. Bugün hazırlıkta ve ilk tahkikatta dinlenmiş şahitlerin, mutlaka duruşmada da dinlenmeleri asli “recolement” müessesesinin ruhunu devam ettirir.

Fakat XVI ve XVII nci asırlarda engisizyon usulü şiddetlendirilince ve “hazırlık son tahkikat kıymetindedir” faraziyesi kabul edilince bütün muhakeme bir informationdan ibaret kaldı. Zaten olağanüstü yol takip edildiği takdirde sanık information'un ne suretini alır, ne de kendisine tebliğ edilirdi; sanığın münferden her şahitle yüzleştirilmesi ile iktifa olunurdu. Sanık şahit ve şehadet hakkında söyleyeceklerini bu yüzleşmede söylemelidir. Sanığın beyanı çürütecek bir şahidi varsa, yargıç müsaade etmedikçe derhal dinlemezdi; ancak itham şahitlerinin dinlenmesinden recolementlerinden ve yüzleştirilmelerinden sonra dinletebilirdi.

Artık eski sebki dâva usulünden ne kalmış ise silinip gidecekti. XVI nci asırda teşkili tarafeyn ile itham usulü hiç ama hiç gözükmemiştir; halbuki o itham tarzını kaldıran bir kanun da yoktu. Suçtan zarar görmüş kimseler dâvalardan eksilmemişlerdi, “denonciation” (ihbar) bahsinde arzettiğimiz gibi zarar ve ziyan istemek için dâvada kaimışlardı. Fransız muhakeme usulünün, en farik hususiyetini bu eski “denonciation” den gelen ve şahsî hak talep eden “hukuk tarafı”nın “kamu tarafının” yanında yer alabilmesi teşkil eder. Dâvanın hukuk tarafını teşkil eden suçtan zarar görmüş kimse dâvada gerçekten taraftı: Dâvayı, yargıçtan “information yaptırmak” müsaadesini almak suretiyle açan o idi; usulî muameleler onun namına ve onun hesabına yapılırdı. Hakikatte kamu tarafını teşkil eden savcı esaslı taraf değildi, muhbire iltihak etmiş taraftı. Bu vaziyet eski teşkili tarafeyn ile itham ile denonciation'un

(ihbar) birbirine kanşmasından doğuyordu. Artık şahsi hak arayan taraf o muhbirden tamamıyla ayrılacak yalnız dâvanın muharriki olarak kalacaktı ve dâvada savcı yalnız gözükecekti.

“Bundan böyle yalnız tek, hakiki bir itham edicimiz vardır : Kralın veya beylerin vekilleri, naipleri (savcılar); ceza umumi menfaat için verilecek ve artık bir özel kişinin intikam arzusunu yerine getirmek için verilmeyecektir”. “İki türlü ithamcımız vardır; biri kralın ve umumun menfaatlerini takip eder, bunlara kralın adamları diyoruz, yani kral veya beyin avukatları, yahut vekili diyoruz. Kralın adamları suçlu aleyhine cismani cezaları, resmi şekilde af ve merhamet istemek cezasını (amende honorable) veya para cezasını (amende) verdirmeğe çalışırlar: Diğerleri uğradıkları zararı tazmin ettirmeğe uğraşırlar ve aslâ ceza talebinde bulunmazlar” İmbert, bu naklettiğim sözlerinden başka pratik hakkında kıymetli malûmat da vermektedir: “Bazen kamu tarafı (savcı) ile “hukuk tarafı” müştereken dâvacı olurlar ve o zaman hukuk tarafı dâvanın bütün masrafını yüklenir.”

“Savcılara daha evvel bir information yapılmış olmadıkça hiç bir “hukuk tarafına” iltihaf eylememeleri emirnameler ile emredilmiştir.”

**

Engizisyon muhakeme usulünün vücade gelmesi tarzını anlatan bütün bu başlangıç kısmı, aynı zamanda sebki dava usulünden engizisyon, yani bir davacı olmaksızın resen suçları tahkik usulüne intikal tarzını gösterir. Bu kısım Esmein'in o meşhur eserinde vermiş olduğu ve bize Pariste Hukuk Fakültesinde öğretilmiş olan malûmatlara dayanır.

Engizisyon muhakeme usulü, Kral emirnameleri ile vücade getirilmedi ; Krali mahkemelerin kazaî kararları ile teşekkül etti ve sonra Kral emirnameleri teşekkül eden bu yeni usulü teyid eyledi. Dâvayı olağan yol ile olağan üstü usul ile olağan usule ayrılması bütün insanın kilt taşıma teşkil eyler. 1498 ve 1539 tarihli emirnamelerle engizisyon muhakeme usulü kazaî kararlar safhasından çıkıp tedvin sahasına, kanunlaşma safhasına intikal edecektir. Emirnameler, kazaî kararlardaki dalgalanmaları yani kararsızlıkları veya sui istimleri kaldıracaktı. Emirnamelerin engizisyon muhakeme usulüne yeni şiddetler eklemiş bulunması hakikatte kazaî kararların kabul ettiği şiddeti tacilden başka bir şey değildir.

Binaenaleyh kazai kararların vücade getirmiş olduğu usule tahsis edilmiş olan bu başlangıç, kazai kararların çıkartılmasına sebep olduğu emirnamelerin düzenlediği muhakeme usullerine bir başlangıçtır. Bu sebeple gelecek yazıların konusu 1498, 1539 emirnameleri ile bunların gelişmiş şekli olan 1670 emirnamesine göre usulün almış olduğu şekil olacaktır. 1670 emirnamesi ve 1789 ihtilâlini hazırlayan filozofların hususıyla Montesquieu, Voltaire ve Baccaria'nın eserleri birer ayn yazı konusu kılınacaktır.

Tabiidir ki filozofların fikirlerinin yarattığı yeni muhakeme usulüne geçişte aynı bir yazı konusu olacaktır.

Kanuni beyyine, işkence ve gizlilik ile farik olan engizisyon muhakeme usulü yalnız Fransa'ya mahsus bir usul değildi. İşkenceyi Almanya ve İtalya Fransa'yı geride bırakacak dereceye vardırılmışlardı. Engizisyon muhakeme usulü İngiltere'den başka bütün Avrupa milletlerinin müşterek hukuku idi. Her memlekete engizisyon usulünü kilise hukuku sokmuştu ve her memlekete Roma Hukuku tesir etmişti.

Fransa dehası, engizisyon muhakeme usulü ile bütün dünyaya savcılık (müddeiumumilik) müessesesini hediye edecekti. İnsanlığı inleyen, mahkemeye sanığı, Dante'nin cehennemine girer gibi " bütün ünitlerini kapıda bıraktınp " girdirmiş olan engizisyon muhakeme usulünden insanlığın tek istifadesi savcılık müessesesine nail olmuş bulunmasıdır.

Avrupa kıtasının karşısında acı tecrübelerinden istifade edebilmesini ve eski acı tecrübelerini unutmamasını bilmiş olan İngiltere, yalnız milli hâkimiyeti yaratmak, devleti kralın mülkü sayılmaktan veya görülmekten, " patrimonial " olmaktan kurtarıp meşrutî şekle sokmak suretiyle vatandaş haklarına ve hürriyetine teminat vermekle kalmıyacaktı. Vatandaş hürriyetini adli sahada da sağlayacaktı. İngiltere bu muvaffakiyeti Avrupa'daki cereyana uymayarak ve sebki dâva usulünü geliştirerek elde etti ; jüri usulü ile muhakeme yolunu insanlığa öğretti.

Neden sebki dâva usulünü tatbik eylemiş Türkiyemizde bütün mahkemelerimiz iflâs haline gelmiş, tanzimat meşhur olan hattı humayununda bir adli masuniyet istemek zaruretine düşmüş ve Fransız muhakeme usulünü kabule mecbur kalmıştı ? Evvelâ bir garabet teşkil eder gibi gözükmüş olan jüri sistemi Avrupa siyasetine meşrutî usul ile birlikte ve aynı zamanda girmiş bir ışık gibi bütün dünyaya yayılmıştır. Meşhur anayasa ve ceza hukukları âlîmi Rossi'ye : " İngiltere'de parlöman (siyasi yasa meclisleri) ve jüri İngiliz hürriyetinin iki temelidir. " sözünü

söylemek suretiyle bu iki müessesenin birbirlerinden ayrılamayacaklarını anlatmıştır.

Bugün bütün Avrupa memleketlerinde muhakeme usulünün iki temeli vardır : Müddeiumumilik ve jüri. Binaenaleyh jüri'nin leh ve aleyhindeki bütün fikirlerin de ayrı bir konu kılınması lâzımdır.
