

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 31-32, 2021 (Bahar-Güz)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editör	Ali Adem Yörük - Abdullah İslamoğlu
Sekreterlik	Furkan Şahan - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş
Baskı	Özlem Matbaacılık ve Reklamcılık Ltd. Şti. Litros Yolu 2. Matbaacılar Sit. A Blok No: 1BA11 Topkapı/İstanbul www.ozlemmatbaa.com.tr (Sertifika No: 45257)
Baskı Tarihi	Aralık 2021

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Bahçelievler Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Dr. Hakan Bahadır'a teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 31-32 • 2021 (Bahar-Güz)

İçindekiler

Sebülürreşâd Dergisi'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Sürecinde Batılılaşma ve Laiklik Düşüncesine Yaklaşımı <i>Nevin Ünal Özkorkut</i>	5
On Sekizinci Yüzyılda Kuzey Ege Adalarında Mala Tasarruf Hakkına İlişkin Bazı İhtilaflar <i>Osman Safa Bursalı</i>	41
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Mekteb-i Kuzât İmtihanları Üzerine Bir Değerlendirme <i>Mustafa Çakıcı-Haluk Perk</i>	65
Reform Sürecinde Kadı Âdâbına Dair Bir Risale: İskilipli Müftî ve Müderris Hacı Emin Efendi'nin <i>Tenvîrül-Ahkâm'ı</i> <i>Mustafa İnce-Rukiye Yiğit</i>	91
Bilinen İlk <i>Contrat Social</i> Tercümesi: Ahmed Midhat'ın <i>Mukavele-i İctimâiye'si</i> (1876) <i>Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	123
Ahmed Cevdet Paşa'nın <i>Muhtıra-ı Hususiye</i> Adlı Tezkire Defteri <i>İlhami Yurdakul</i>	163
Son Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nde Iskat-ı Cenin <i>Mine Doğan</i>	177
Ahmed Esad Arsebük'ün <i>Hâkimlerin Hakk-ı Takdiri ve Hüsn-i Niyet</i> Adlı Risalesi <i>Serhan Yıldırım</i>	185
Charles Crozat'nın Vichy Fransasına Dair Öngörülleri: <i>Yeni Fransız Kanun-ı Esasîsi</i> Başlıklı Gazete Yazısı <i>Emre Partalçı</i>	223
Hukuk Reformu Metinleri 21: Ahmed Midhat'ın Tahkiyesiyle Şeriattan Muktebes Modern Avrupa Hukukunun Gelişimi ve Esasları (1876) <i>Ali Adem Yörük - Furkan Şahan</i>	245

Hukuk Reformu Metinleri 22: Abdurrahman Talat'ın Kaleminden 1274/1858 Tarihli Ceza Kanunu'nun Meşruiyeti Meselesi (Tazir-i Şer'î Mecmuası Olarak Ceza Kanunu, 1911) <i>Ali Adem Yörük-İbrahim Enes Onat</i>	257
Hukuk Reformu Metinleri 23: Hoca Emin Efendi'nin Gözünden Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiye'nin İlk Yılları (1860) <i>Haz. Abdurrahman Nur</i>	285
Kanun-ı Esasîmize Göre Muahedât Akdi <i>Cemil Bilsel-haz. Rumeysa Ş. Demir</i>	291
Şahitlerin Tezkiyesiyle İlgili İki Eleştirel Metin (1917, 1922) <i>Haz. Melikşah Aydın-Yasin Yılmaz</i>	309
Hukuk-ı Ticaretin Tekevvünü (1923) <i>Mehmed Vehbi Sarıdal, haz. Yasin Yılmaz</i>	321
Şahsiyet-i Hukukiye Nazariyesi <i>Şevket Memedali Bilgişin, haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	331
Yarım Kalmış Bir Sigorta Risalesi: Sigortalarnın Memâlik-i Osmaniyedeki Hal-i Sâbık ve Hâzır <i>Nazaret Haçaryan, haz. Kübra Kara</i>	347
Ankara Hukuk Mektebi'nin İlk Talebe Rehberi (1926) <i>Haz. Tugay Aydın</i>	355
<i>Kitabiyat</i>	
Tuba Yıldız, <i>Geleneğin Hukuku Osmanlı'nın Adaleti Dürzîler ve Mârûnîler</i> <i>Mehmet Çetinkaya</i>	409

HUKUK REFORMU METİNLERİ 22:
ABDURRAHMAN TALAT'IN KALEMİNDEN 1274/1858
TARİHLİ CEZA KANUNU'NUN MEŞRUIYETİ MESELESİ
(TAZİR-İ ŞER'Î MECMUASI OLARAK CEZA KANUNU, 1911)

Ali Adem Yörük* - İbrahim Enes Onat**

Bu çalışmada, 1274/1858 tarihli Ceza Kanunu'nun meşruiyetinin enine boyuna tartışıldığı bir metni; Dersaadet İstinaf Hukuk ve Ticaret Mahkemesi üyesi Abdurrahman Talat Efendi'nin (d. 1271/1854-1855), “Kanun-ı Ceza'nın Birinci Maddesinin İzahı” adlı yazısını kısa bir değerlendirmeye birlikte sunacağız¹. Çok sayıda naibin çıktığı bir merkezde, Libohova'da (Ergiri/Gjirokastër)² dünyaya gelen Abdurrahman Talat Efendi, İslâmî ilimleri (ayrıca ulûm-ı tabiiye ve Fransızca'yı) naib olan babasından okuduktan sonra Mekteb-i Hukuk'a girerek mektebin ikinci devresinde mezun olmuş; hukuk alanındaki yenileşme sürecinde medrese ile mektep arasında yetişmiş, Üsküp ve Hezargrad niyâbetlerinde kısa bir süre “*muamelât-ı şer'îye ile işigal*” ettikten sonra meslek hayatı boyunca nizamiye mahkemelerinde görev yapmış, ayrıca meslekî kitap ve makaleler

Geliş/Received: 05.07.2021 * Kabul/Accepted: 06.09.2021.

* Dr. Öğr. Ü., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı; doktora öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD.

¹ A[bdurrahman] Talat, “Kanun-ı Ceza'nın Birinci Maddesinin İzahı”, *Ceride-i Adliye*, sy. 29, 5 Şubat 1326 (18 Şubat 1911), s. 1433-1439; sy. 30, 20 Şubat 1326 (5 Mart 1911), s. 1483-1495. Yazıda çok sayıda dizgi hatası vardır. Bunların bir kısmı *Ceride-i Adliye*'nin 31. sayısının (5 Mart 1327/18 Mart 1911) sonunda belirtilmiştir. Katkılarından ötürü Dr. Mahmud Esad Kalıpçı'ya teşekkür ederiz.

² Bu hususta bkz. Nathalie Clayer, “Investing in the Intellectual Capital: The *Kadı* of Gjirokastër and Libohova and Their Descendants”, *Proceedings of the Second International Symposium on Islamic Civilisation in the Balkans, Tirana, Albania, 4-7 December 2003*, İstanbul, İRCİCA, 2006, s. 115-124.

kaleme almış hukukçulardandır³. Özellikle bu yazısı, gelişmelere maruz kalmakla yetinmeyip bu sürecin dikkatli tanıklarından ve iddialı yorumcularından biri olduğunu gösteriyor.

Abdurrahman Talat, bu yazısında, Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin üzerinden elli üç yıl geçmiş olmasına rağmen meşruiyet meselesini tekrar gündeme getirmiş, bir bakıma “*örf-i şer’den çıkılmış olmak*” meselesine dönme ihtiyacı duymuş; bunun için de Ceza Kanunu'nun birinci maddesini esasa koyarak kanunu meşruiyet açısından etraflıca ele almıştır. Aşağıda önemine işaret edeceğimiz birinci maddeye merkezî bir yer vermekle beraber genel bir meşruiyet savunusu yapmakla yetinmediğini, tartışmayı alt başlıklarda da sürdürerek ilgili gördüğü bütün maddeleri ve kavramları meşruiyet meselesi açısından yokladığını belirtmek gerekir.

Yazı, hukuk tartışmaları bakımından çok verimli geçen II. Meşrutiyet döneminde, 1911 tarihli Ceza Kanunu değişikliklerinin arefesinde yayımlanmış olmasına rağmen, yazar meseleyi hangi siyasal düzlemde ele aldığına dair herhangi bir açıklama yapmamış, hatta buna işaret bile etmemiştir. Ceza Kanunu'nu hangi zeminde haklılaştırmaya giriştiğini görebilmek için, II. Meşrutiyet'in ilanından sonra yoğun olarak ifade edilen ve bir süredir fiilî adımları da görülen kanunlaştırma tasavvurlarını, İtalyan Ceza Kanunu'nun yürürlüğe sokulmak üzere tercüme ettirilmesini, ceza hukukunun teorik çerçevesi açısından esaslı bir dönüşüm getiren 1911 değişikliklerini ve Kanun-ı Esasi'nin/kanunların şer'îliği etrafında oluşan literatürü göz önünde bulundurmak gerekir.

Ceza Kanunu'nun “doğrudan doğruya hükümet aleyhine vuku bulan cerâimin icra-yı mücâzâtı devlete ait olduğu gibi şahıs aleyhinde vuku bulan cerâimin ihlal-i asayiş eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan tayin ve icrası şer'an emr-i ulü'l-emre ait olan tazirin tayin-i derecâtını işbu kanunname mütekeffil ve mutazammın olup her halde şer'an tayin olunan hukuk-ı şahsiyeye hâlel gelmeyecektir” şeklindeki birinci maddesinde; hükümet ve şahıs aleyhinde işlenmek bakımından yapılan suç tasnifi, cezalandırmanın iki halde de hükümete aidiyeti, (yazara göre “remz ü işaret”/“temsil”/“ihâm” yoluyla) bunun “tazir-i şer'î” ile ilişkisi ve nihayet şahsa ait şer'î haklara hâlel gelmeyeceği hususu veciz bir şekilde ifade edilmişti. Gerçekten cezalandırmanın (Ceza Kanunu'ndan önce de) devlete ait olduğunun ve “hukuk-ı şahsiye”nin korunacağını belirtmesi,

³ Memuriyet sicili için bkz. BOA, DH.Said.d., 92/129.

özellikle *“tayin ve icrası şer’an emr-i ulü’l-emre ait olan tazirin tayin-i derecâtını işbu kanunname mütekeffil ve mutazammın”* dır hükmüyle tazirin, kanunu tanımlayan bir kavram olarak vaz edilmesi, bu maddeyi meşruiyet tartışmasının odağına yerleştirir. Birinci madde, aynı zamanda, Ceza Kanunu’nda *“tazir”* kelimesinin geçtiği tek maddedir⁴.

Ceza Kanunu’nun *“tazir-i şer’î kısmının mecmuası”*, *“tazir-i şer’î kısmının kanun şekline vaz’ı”*, *“esasî tazir-i şer’î kısmından ibaret ve meşru ve onun makamına kâim”*, *“ukubât-ı şer’iyeden yalnız tazir-i şer’î kısmının mecmuası”*, *“siyaset-i şer’iyeden ibaret olan tazirin aynı bir kanun-ı siyaset”* olarak anlaşılmasına imkân veren birinci madde, Abdurrahman Talat’ın isabetle belirttiği gibi *“örf-i şer’den çıkılmış olmak”* hakkında birden bire akla gelebilecek itirazlara karşı *“kanunun meşruiyeti keyfiyetine müteallik bir cevab-ı mücmeli şâmilidir”*.

Abdurrahman Talat, birinci maddeyi ana hatlarıyla açıkladıktan sonra *“hakk-ı dava ve takib-i mücâzât usulünün asıl ve mehzarını bil[dir]mek ve kanunun keyfiyet-i meşruiyetini anla[t]mak”* için cinayetler, hadler ve tazire dair temel bilgiler verir. Öncelikle had ile tazirin farkları üzerinden sırasıyla kanunlaştırma ve yeni mahkeme teşkilatının odak meselelerine temas etmiş; tazirin *“re’y-i ulü’l-emre mufavvez”* olması ve had şüphe ile düşerken tazirin şüpheyle vâcib olmasına işaret etmiştir ki birincisi Ceza Kanunu’yla kurulan en esaslı bağlantıyken, ikincisi ceza muhakemesinde *“emarât ile galib-i zan ve kanaat husûlüne mebn”* hüküm vermenin meşruiyetini göstermektedir. Ayrıca haddin aksine tazirin sabî üzerine meşru olmasını, yaş küçüklüğüyle ilgili maddenin dayanağı olarak zikretmiştir.

Abdurrahman Talat, tazir kısmının ilk cümlesinde taziri *“mutlakan tedibdir ve şer’an haddin gayrı olarak tedibdir ki ekalli üç ve ekseri otuz dokuz değnektir”* şeklinde tanımlamış, bununla birlikte tazirin darp ile olması durumuna sadece temel bilgileri aktarırken değinmiştir. Tazir ile Ceza Kanunu’nu ilişkilendirirken darp cezası üzerinde dur(a)maması dikkat çekicidir⁵. Bu konuda hayli

⁴ Birinci maddede geçen *“hukuk-ı şahsiye”*yle doğrudan bağlantı kurulabilecek madde ise *“Hükm-i kanunî hukuk-ı şahsiyeyi ıskât edemeyeceğinden maktülün veresesi var ise onların iddiaları üzerine hukuk-ı şahsiye davası muhakeme-i şer’iyeye havale olunur”* şeklindeki 171. maddedir. Abdurrahman Talat, *“işbu cezaların hüküm ve tertib ve icrası erbab-ı cinayet ve cünha ve kabâyih aleyhine ashâb-ı davanın hukuk ve tazminat-ı matlûbesine kat’an hâlel getirmez”* şeklindeki 9. maddeye de *“hukuk-ı şahsiye”* bağlamında atıf yapar. Bunlara diyet atıfları eklenebilir.

⁵ Tazir ile Ceza Kanunu’nu ilişkilendirirken darp cezası zaten söz konusu edilemezdi; zira darp cezası, Ceza Kanunu’na alınmamıştır. Aşağıda birinci madde çerçevesinde de bahsedeceğimiz matbu bir taslakta bu açıdan ilgi çekici bir durum vardır. Darp, matbu taslağın 2. maddesinde cezalar arasında

dolaylı bir yola başvurarak hakimin üç ile otuz dokuz arasında uygun göreceği miktarı takdir edebilmesini, “*Kanun-ı Ceza’da derecât-ı cezanın tahdidâtına mehzadır*” şeklinde yorumlamıştır. “İlm-i kadî”nin hüküm için yeterli olmasıyla ceza hakimine verilen tahkik ve takdir hakkını ilişkilendirmesi de benzer bir yorum olarak kayda değerdir.

Abdurrahman Talat, tazir teorisinin farklı boyutlarına değinerek Ceza Kanunu’ndaki çeşitli düzenlemelerin “mehaz”larını⁶ göstermiş; teşhir cezası, mahpusların mallarının idaresi, müsadere, para cezaları, hakimin takdir yetkisi, cinsel suçlar, hırsızlığa teşebbüs, zevc ve “mehârim”e tazir hakkı verilmesi, gasp, konut dokunulmazlığının kanunî istisnaları, suçüstü durumunda halka takip hakkı verilmesi, sürgün cezası, (bir açıdan eleştirerek) hakaret, hakk-ı abd ile hukukullah ayırımı, sulh, ibra, af, ispat vasıtaları, şahitlik, fitne çıkması tehlikesinden dolayı halkın bir yerde toplanmasının yasaklanması, silah müsaderesi, cezadan doğan şahsî haklar... gibi konular üzerinden tezini örneklendirmiştir.

Abdurrahman Talat, maddelere doğrudan atıf yaptığı bu kısımdan sonra suç taksimatı ve cezalandırmanın, Ceza Kanunu’ndan önce de devlete ait olduğunu açıklamaya girişmiştir. Kendisinin de öngördüğü gibi bu husus çözülebilirse, Ceza Kanunu’nun esasının “*tazir-i şer’î kısmından ibaret ve meşru ve onun makamına kâim bulunduğu keyfiyeti*”nin ne şekilde olduğuyla ilgili soruları cevaplamak kolaylaşacaktı. Yazar, bu meseleyi şüpheye yer vermeyecek şekilde cevaplandırır: Dava hakkının “*yeniden kabul olunmuş bir şey olmayıp esas-ı kavîm-i şer’-i mübinden olduğu rütbe-i vuzuh ve tahakkuktur*”; “*usul-i hakk-ı dava, mevzuât-ı esasiye-i şer’iyeden*” dir.

Abdurrahman Talat, bu noktada en önemli iddialarından birini daha serdetmiştir: Hukukî bir terim olarak yaygınlaşan “hukuk-ı umumiye” tabirinin “asıl ve mehazı”nın “hukukullah” terimi olduğu “şüpheden berî”dir; “hukuk-ı umumiye(-i nizamiye)”, “hukukullahın hükmen aynı”dır. Peşi sıra hükmen ayniyet ve “hukuk-ı umumiye” tabirinin terimleşmesinin “*mevzuât-ı mesâil-i şer’iye delaletiyle*” oldu-

sayılmamış; ancak taslağın 35. maddesinde tanımlanmıştır: “Darp, mücrimin telefını icab eden yerlerine olmayarak on değnekten yüz değneğe kadar darp olunmasıdır”. Tashih aşamasında bu maddenin yanına “*mim*” konmuş ve darp cezası nihaî metne alınmamıştır.

Bahsi geçen matbu taslak yayınlanmıştır. Bkz. Mehmet Gayretli, “1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metninin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler”, s. 1-15, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf> (erişim, 05.04.2021). (Belgenin aslı yazının sonuna eklenmiştir. Bkz. Gayretli, *agm*, ek, s. 10-15). Darp cezasıyla ilgili kayıtlar için bkz. Gayretli, *agm*, ek, s. 13.

⁶ Metnin önemli özelliklerinden biri olan bu “mehaz” kayıtları, yazının aslında dipnotlarda yer almaktadır. Bunları metne çekip parantez içinde eğişik olarak vermeyi tercih ettik.

ğuna dair görüşünü dava hakkı, ihlal edilen hak ve af açısından delillendirir. Bu bağlamda suçüstü halinde (hâl-i mübâşeret, cürm-i meşhud), ahaliye fâili derdest edip hükümete teslim etme yetkisi verilmesi üzerinde ısrarla durmaktadır. Ona göre “hukuk-ı umumiye”nin Osmanlı mevzuatında terim olarak kullanılması, özellikle tazir hakkının “efrad-ı umumiye”ye ait oluşundan “*müstenbat ve mehuz*” olduğu asla şüphe götürmez. Hatta daha da ileri giderek “*ahz u istinbât*”ın sadece Osmanlılar için değil, Avrupalı kanun koyucular/hukukçular için de söz konusu edilebileceğini ileri sürmüştür. Abdurrahman Talat, dava hakkının hükümete aidiyetinin ve “hukuk-ı umumiye” tabirinin kanunî/hukukî bir terim haline gelmesinin “*muktebesât-ı şer’iyeden*” olduğunu savunduktan sonra yeni teşkilatla gelmiş bir kurum olan savcılık (*müddeî-i umumîlik*) üzerinde durmuş; “hukuk-ı umumiye”yi temellendirmek için “efrâd-ı umumiye”nin tazir hakkına yaptığı vurgunun yol açabileceği açmazı gidermeye çalışmıştır.

Abdurrahman Talat, son olarak Ceza Kanunu’nun tazir ile ilişkisini ele alırken kapsam açısından “*Kanun-ı Cezamız ukubât-ı şer’iyeden yalnız tazir-i şer’î kısmının mecmuasıdır*”; ispat vasıtaları açısından “*cihet-i sübûtiyece ... tazir-i şer’î ile Kanun-ı Ceza beyninde bir fark olmayınca demek olur ki Kanun-ı Ceza siyaset-i şer’iyeden ibaret olan tazirin aynı bir kanun-ı siyasettir*” ve korunacağı belirtilen “hukuk-ı şahsiye” açısından “*Kanun-ı Ceza’nın tatbiki, bu hukukun talep ve iddiasına hâlel vermez... Kanun-ı Ceza’nın vaz u neşri bu misillü hukuk-ı şer’iye hakkında cereyan edegelmiş olan ahkâmı tatil etmiş oldu denilemez*” şeklinde nihai hükümlerini verir. Bu kısmın önemli özelliklerinden biri de şu zor soruları bizzat kendisinin gündeme getirmesidir: “*Ahkâm-ı şer’iye mevcut iken tazir-i şer’î kısmının böyle zahiren muhalif bir şekl-i mektub ile tedvini ne vechile meşru olabilir?*”, “*acaba böyle bir kanunun vaz’ı, tazir-i şer’î hakkında mevzu olan ahkâmın adem-i kifâyetinden mi veya ol ahkâmın hal ve zamana adem-i muvafakat[in]den mi ileri gelmiştir? Ve tabir-i âharla Kanun-ı Ceza, tazir-i şer’înin şâmil olamayacağı zevâid ve tafsilatı [mı] câmidir?*”, “*Kanun-ı Ceza’nın ‘tazir nev’indendir’ dediğimiz cemî’-i fusûlüne işbu tazir-i şer’î kısmı ne vechile şâmil olur?*”, “*tazir-i şer’î ve Kanun-ı Ceza beyninde ber-vech-i meşruh usulen ve fer’an muvafakat-ı kâmile mevcut iken tazir-i şer’î ile iktifa olunmayıp da bir Kanun-ı Ceza vaz’ına sebep nedir?*”. Bunlara cevap ararken sadece suistimaller, bu çerçevede de özellikle Tanzimat Fermanı’ndaki izah çerçevesi öne çıkacaktır. Cevapların tatmin edici olup olmaması bir yana, yazarın cevap vermekte zorlandığı soruları cesaretle gündeme getirebilmiş olması, metnin hususiyetlerinden biri olarak görülebilir.

Metnin genişçe bir özetini sunduktan sonra, Abdurrahman Talat'ın bastığı zemini tanıtmak adına, birinci maddenin Ceza Kanunu'nun hazırlık safhasında nihai metne nasıl girdiğine ve yazarın tartışmaktan kaçındığı yabancı kanun meselesine değinmek faydalı olacaktır. Kanun hazırlığı çalışmalarının ilk ürünlerinden biri olduğu anlaşılan, 53 maddeden oluşan ve çok sayıda tashih içeren matbu Ceza Kanunu taslağında sözü geçen birinci madde hükmü yoktur. Ceza Kanunu'nun kapsam ve karakterini belirleyen bu madde, karşı sayfaya Ahmed Cevdet Paşa tarafından⁷ çıkma olarak eklenmiş ve hiçbir değişikliğe uğramadan kanunlaşan metinde yer almıştır⁸. Hem telif hem de tercüme/uyarlama unsurları içeren bu taslak metinde birinci madde hükmünün bulunmaması da, bu aşamada eklenmiş olması da meşruiyet tartışması bakımından hayati önemde görünmektedir. Hazırlık sürecine dair bu bilgi, Abdurrahman Talat'ın “madde-i kanuniyenin ihtiva ettiği şu kuyûd-ı mühimme kanunun hîn-i vaz'ında ... *ahkâm-ı muhteviyesinin ahvâl-i mülkiyeye tevfik ve muamelât-ı esasiye-i fikhiyeye tatbiki* hususunda bi-hakkın hâmerân-ı himmet olunduğunu irâe etmektedir” şeklindeki yorumunu teyit eder.

Abdurrahman Talat, memleketin şartlarına ve fikhî esaslara “uydurma” (“*tevfik*”, “*tatbik*”) ameliyesinden bahsederken yabancı kanunlara sadece daha fazla bilgi edinmek (“*istîzâde-i malumat*”) için başvurulduğunu da belirtir. O kadar ki “Fransa/Fransız kanunu”nu anmaktan bile imtina ederek yabancı kanunlar gibi genel bir ifade kullanmayı tercih etmiş⁹; bu meseleye değinmekle yetinerek buna dair ayrıntıları tartışma dışında bırakmış, başka bir deyişle uydurma/uyarla(n) manın bir ayağını iptal ederek yol almıştır. Aslında kanunun ortaya çıkış şartları ve içeriği itibariyle bu iddianın dillendirilmesi de, delillendirilmesi de oldukça

⁷ Taslağı yayımlayan Gayretli, tashihlerin Ahmed Cevdet Paşa'ya aidiyetini bir ihtimal olarak zikrediyorsa da (*agm*, s. 3-4) belgenin başında yer alan “tashihât-ı vâkıa peder paşa merhumun kalemiyledir” şeklindeki notun altında “Sedad” (Cevdet Paşa'nın oğlu Ali Sedad) yazılı olduğu için (*agm*, ek, s. 10) tashihlerin, Ahmed Cevdet Paşa'nın “kalemiyle” olduğu kesindir. Komisyon üyeleri ile vükelânın muhtemel katkılarından ötürü fikrin Cevdet Paşa'dan çıktığını söylemek için yeterli bilgi yoktur, ancak bu da kuvvetle muhtemeldir.

⁸ Birinci maddede geçen “tazirin tayin-i derecâtı” ifadesinden ötürü Birinci Fas'ın başlığı da değişmiştir. Matbu taslakta başlık “Cinayât ve Cünha ve Kabâyihe Müteallik Mevâddın Mücâzât-ı Müterettibe ve Te'dibât-ı Mukteziyesi Beyânındadır” şeklindeyken, nihai metinde şöyle olacaktır: “Ale'l-umum Cürüm ve Cezaların Merâtib ve Derecâtıyla Bazı Usul-i Umumiye Beyânındadır”. Kabahatler de bu aşamada başlıktan çıkarılmıştır (Gayretli, *agm*, ek, s. 10).

⁹ Yazıda “*Fransız kanunları*” ifadesi de, esas tartışmadan bağımsız olarak, sadece hakaret suçu anlatılırken geçer: “214'üncü maddede hakaretin lafza inhisarı buna ve Fransız kanunlarına münâfidir”.

güçtü. Dönem hukukçuları üzerinden bir karşılaştırma yapabilmek için kendisi gibi medrese dersleri de görmüş iki “mektepli” çağdaşının tamamen aksi istikametteki ifadeleri zikredilebilir. Mekteb-i Hukuk'tan Abdurrahman Talat'la aynı devrede mezun olan sözlükçü Hüseyin Remzi Bey, iki yıl önce yazdığı bir yazıda, Ceza Kanunu'nu “*Fransız Kanunu eskisi*” olarak nitelendirmişti¹⁰. Onlardan bir devre önce, Mekteb-i Hukuk'un ilk devresinde mezun olan Mahmud Esad Seydişehrî ise birkaç yıl sonra, bir ders kitabında Ceza Kanunu'nun “*Fransa Kanunu'ndan muktebes*” olduğunu belirtecektir¹¹. Ömrünü adliye mesleğinde tüketmiş olan yazarın, yapacağı değerlendirme bir yana, bu konuda bilgi sahibi olmaması mümkün değildir. Bu ancak Ceza Kanunu'nu meşru bir çerçeveye yerleştirme istikametindeki tavrının kes(k)inliğiyle izah edilebilir.

*

Kanun-ı Ceza'nın Birinci Maddesinin İzahı Abdurrahman Talat

[Ceza Kanunu'nun Birinci Maddesinin İhtiva Ettiği Kuyûd-ı Mühimme]

“[Ceza Kanunnamesi], Birinci Madde: Doğrudan doğru[ya] hükümet aleyhine vuku bulan cerâimin icra-yı mücâzâtı devlete ait olduğu gibi şahıs aleyhinde vuku bulan cerâimin ihlal-i asayiş eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan tayin ve icrası şer'an emr-i ulü'l-emre ait olan tazirin tayin-i derecâtını işbu kanunname mütekeffil ve mutazammın olup her halde şer'an tayin olunan hukuk-ı şahsiyeye hâlel gelmeyecektir”.

Madde-i kanuniyede evvela tasnif-i cerâime yani biri doğrudan doğru hükümet aleyhine olmak üzere mutlak ve biri şahıs aleyhinde ve fakat bunun asayiş-i umumîye ait ciheti kaydıyla mukayyed olmak üzere mukayyed iki sınıf cerâimden,

Sâniyen, tefrik olunan bu sınıf cerâim hakkında hakk-ı dava ve tatbik-i mücâzâtın hükümete aidiyetinden,

Sâlisen, zikr olunan iki sınıf cerâimde hakk-ı mücâzâtın devlete ait olması sebebi, tazir-i şer'înin tayin ve icrasının emr-i ulü'l-emre aidiyeti sebebine mümâsil olduğuna remz ü işaret ile beraber işbu kanunun tazir-i şer'î kısmının beyânını mütekeffil olduğunun beyân olunmasıyla dahi onun makamına kâim olduğunun îhâmından,

¹⁰ “Mebusan-ı Kirâmın Enzâr-ı Hamiyetine”, *Mikyâs-ı Şeriat*, nr. 17, 15 Kânun-ı sâni 1324, s. 1-2.

¹¹ *Tarih-i İlm-i Hukuk*, ed. Fethi Gedikli, Ankara, Yetkin Yay., 2012, s. 243.

Râbian, zıkr olunan iki sınıf cerâimde şahsa ait şer'an tayin olunan hukukun işbu kanunnamece haleldâr olmadığını ve bunda ahkâm-ı mahsusa-i kanuniyenin câri olduğu imadan bahsolunuyor.

Madde-i kanuniyenin ihtiva ettiği şu kuyûd-ı mühimme kanunun hîn-i vaz'ında (kavânîn-i ecnebiyeye müracaat olunmakla beraber şu müracaat, istîzâde-i malumat derecesinde kalıp yoksa muhakemât-ı lâzimesiyle metn-i kitapta görüldüğü üzere) ahkâm-ı muhteviyesinin ahvâl-i mülkiyeye tevfiik ve muamelât-ı esasiye-i fikhiyeye tatbiki hususunda bi-hakkın hâmerân-ı himmet olunduğunu irâe etmektedir.

Ve fi'l-vâki metn-i maddede üçüncü fıkra-i temsiliye dahi delâlet ettiği ve kanunun ahkâm-ı münderecesi de başkaca irâe eylediği üzere Kanun-ı Ceza tazir-i şer'î kısmının mecmuası denilecek surette ef'âl-i menhiye ve derecât-ı cezaiye ve usul-i subûtiye cihetlerince yek-diğerinin aynı ve hatta bir zamandan beri zebân-zed olmak cihetiyle gördüğümüz ıstilahât-ı kanuniyesine varıncaya kadar hep mevzuât-ı esasiye-i şer'iyeden olup tazir-i şer'î kısmının kanun şekline vaz'ı göreceğimiz vechile adem-i kifâyeti değil, belki ilcaât-ı zamaniye muktezası olmak üzere zâten tayin ve icrası emr-i ulû'l-emre ait olan tazirde örf-i şer'a binâen tayin-i menhiyâtta ve hele envâ ve derecât-ı cezaiyede hükkâma bahş olunmuş olan mezuniyet-i vesî'anın bazı esbâb-ı hususiyeye binâen fi'l-cümle tahsisi lüzumuna mübtenidir.

Demek olur ki işbu madde-i kanuniye hem hakk-ı dava ve takib-i mücâzâtın usulünü tayin, hem de örf-i şer'den çıkılmış olmak hakkında vehleten hâtıra gelen itirazât-ı mukaddereye kanunun meşruiyeti keyfiyetine müteallik bir cevab-ı mücmeli şâmildir.

Şu hale göre hakk-ı dava ve takib-i mücâzât usulünün asıl ve mehzânını bilmek ve kanunun keyfiyet-i meşruiyetini anlamak için umûr-ı cezaiyede muamelât-ı şer'iyenin şekl-i cereyanı neden ibaret olup tazirin ne idüğü bilinmek lâzım olduğundan ber-vech-i âti izahâta ibtidâr olunur.

[Cinayâtın Envâ ve Tarifâtı]

Muamelât-ı şer'iyede umûr-ı cezaiye ve taziriye hakkında cinayât, hudûd, tazir namıyla üç nev' muamele görülmektedir. Cinayâtın envâ ve tarifâtı hakkında tercümeler mevcut ise de silsile-i bahiste âhar âsâra müracaattan istiğna-bahş olmak üzere muhtasaran bahsolunması münasip görülmüştür.

Cinayât (örf-i fukahâda) nefis ve etraf-ı nefste fiili memnu olan şeydir ki nefis hakkında olan cinayâta katl ve mâdûne'n-nefis olan cinayâta cinayet fi mâdûne'n-nefis denilir. Katl beş kısımdır:

Birisi, katl-i amddır ki katli meşru olmayan bir adamı âlât ve vesâit-i kâtileden biriyle kasden katl eylemektir. Bu misillü katlin mûcibi ayn-ı kısastır.

İkincisi, şibh-i amddır ki asa ve hacir-i sağır gibi fi'l-asl müeddî-i katl olmayan âlât ile bir adamı an-kasdin darben katl etmektir ki bunun da mûcibi kefarete ve diyettir.

Üçüncüsü, hatadır ki sayd zannıyla bir adama tüfenk atmak gibi zanda veya birini öldürmek kasdıyla atılan tüfengin diğerine isabetle fiilde hata vuku bularak katl ika etmiş olmaktır.

Dördüncüsü, hata mecrasına câri katldır ki uyku halinde diğeri üzerine düşüp sebep-i mevte olmak gibi ihtiyarı olmayan bir fiil ile vukua gelen katldır. Bunların mûcibleri kefarete ve diyettir.

Beşincisi, tesebbüben katldır ki kuyu hafr ederek içine adam düşmek gibi bir adamın katline sebep olan fiili ihdas ile vuku-ı katle sebep olmaktır. Bunun mûcibi diyettir.

Cinayet fî-mâdûne'n-nefs dahi cinayet fî'n-nefs gibi aksâma münkasim olup şu kadar ki katilde şibh-i amd, cerhde amd olmağla cürûhâtta aksâm dörtten ibaret olmuş olur. Cerhin mûcibi de amd ve şibh-i amd suretiyle olur ise kısastır. Diğer aksâmında da eğer külliyyen menfaati izâle eder vechile tatil-i uzvu müntic olmuş ise diyet lâzım gelir.

Ve eğer menfaati külliyyen zâil olmayıp da zaaf veya ayıp târî olsa hükümet-i adli müstelzim olur. Hükümet-i adl, ba'de'l-bur' kendüde aybı mûcib bir eser alan mecruhun sâlimen kıymetiyle mu'ayyeben kıymeti beynindeki tefâvüt ve noksan, sâlimen kıymetin kaçta biri ise o nisbette diyetin miktarı hükümet-i adldır.

İşbu cinayât faslında bir de ıskat-ı cenin faslı olup bunda bir kadını bir kimse darb veya ihâfe suretiyle ıskat-ı cenin ettirmesine sebebiyet vermektir ki cenin meyyit[en] ilka olunursa ol kimseye gurre yani beş yüz dirhem ve hayyen ilka olunursa diyet-i kâmile lâzım geleceği ve meyyiten ilka olup da validesi de fevt olsa cenin için gurre ve validesi için diyet-i kâmile, validesi eser-i darbtan fevt olup da cenini meyyiten ilka eylese validesinin diyeti lâzım gelir ve hayyen ilka eylese yani kendisi ba'de'l-vefat hayyen ıskat eylese ikisine diyet icab eder mesâili ile bir zevc zevcesine bilâ-rıza ilaç içirip ıskat-ı cenin ettirse ona da gurre lâzım geleceği mesâilinden bahsolunur.

Ve bir faslında tesebbüben katli mûcib olmak üzere tarikte hilaf-ı şer' ihdas olunan kuyuya ve vaz edilen taşlara biri düşüp veya çarpıp da telef olduğu halde insan ise diyet ve hayvan ise damân-ı kıymet lâzım geleceği hakkındaki ahkâmdan bahsolunur.

Ve bir faslında tarik-i âmma veya birinin milkine mâil-i inhidâm olan duvarın hedmi için takaddüm yani ihtar olunur da hedm ettirmez ve işbu duvar münhedim olup nefis veya mal telefine sebep olur ise diyet ve damân-ı mal lâzım geleceği ahkâmdan bahsolunur.

Ve bir faslında hayvanâtın nefis ve mala müteallik cinayâtından sahibine ne vechile damân lâzım geleceği ve yine hayvanâtı itlaftan dolayı ne suretle damân icab edeceği hususâtından bahsolunur.

Ve bir faslında kasâmeden bahsolunur. Kasâme, katili malum olmayarak bir mahallede veya karyede veya birinin meskeninde veya savt işitilebilecek surette köy ve kasaba harici yerlerde hank ve darb ve cerh eseriyle maktulen bulunan ve ehl-i karyeden katli iddia kılınan kimsenin diyeti ol mahalle ahalisinden veliyy-i katîlin ihtiyarı ile elli kişiye yemin verdikten sonra tazmin ettirmek mesâilinden bahsolunur. Cinayâtın işbu envânının küllîsi hukukullah olmayıp hakk-ı abd olmağla mağdur ve verese için sulh ve ibra caiz ve câridir.

[Hudûd]

Ve hudûd dahi beş kısımdır; biri[nci]si hadd-i kazf ve ikincisi hadd-i şürb ve üçüncüsü hadd-i sirkat ve dördüncüsü hadd-i zina ve beşincisi hadd-i kat'ı tariktir. Asl-ı had, kitap ve sünnet ve icma ile hakkullah olmak üzere ba'de's-sübût ikamesi ulü'l-emre vâcib olan ukubet-i mukadderedir. Haddin ikamesinin vücûbu şefaatin adem-i cevâzını intâc eder.

İşbu hudûdun meşruiyeti ibâdı mûcib-i zarar olan ef'âlden zecr ve men' eylemek için hakikat-i halde dahi hudûdun meşruiyetini bilmek, kable'l-fiil mâni ve ba'de'l-fiil zâcir olup tekrar irtikâb-ı masiyete avdete mânidir. Hudûdun tazirden farkı, tazirde ukubetin mukadder ve mahdud olmaması ve kısastan farkı dahi kısasta hakk-ı abd olmak cihetiyle afv ve sulh caiz ve câri olduğu halde hudûd hakkullah olmak üzere icra olunup afv ve sulhun câri olmamasıdır.

İşbu hudûd-ı hamseden hadd-ı kazf, hür ve mükellef ve afif müslim ve müs-limeyi zinaya nisbet ederek ya zâni demek gibi kazf ve remy etmektir. Bunda kazfın eşkâl ve ahvâl-i muhtelifesinden bahsolunmuştur. Bunun haddi yani ukubet-i mukadderesi seksen değnektir. Sübûtu dahi iki recülün şهادeti ve kâzifin merreten vâhîde ikrarıyla olur.

Ve hadd-i şürb, müslim-i mükellefin velev bir katre olsun şarap içip de rayıhası üzerinde iken derdest olunması veyahut müs-kirât-ı saireden biriyle sekrân olarak nezd-i ulü'l-emre getirilmesidir. Bunda dahi şürb-i hamrın müs-kirât-ı saire

ile sekrân olmasının ahvâl-i muhtelifesinden bahsolunarak sübûtu iki erkeğin şahadeti veya şâribin ikrarıyla olur, haddi dahi seksen değnektir.

Ve hadd-i sirket, mükellefin milki ve şüphe-i milki olmayan on dirhem madrûbe veya bu kıymette bir malı yed-i gayrın vusûlü memnu olan mekan-ı muhrezden hufyeten sirket eylemektir. Bunun sübûtu şahadet-i recüleyn ve ikrarla olup ukubeti dahi kat'-ı yedir. Bunda da cihet-i sübûtiyenin keyfiyetinden ve haddin ahvâl-i sairesinden bahsolunur.

Ve hadd-i zina, dilsiz olmayan recül-i bâliğin milki ve şüphe-i milki bulunmayan müştehat bir kadını tâyi'an vaty etmesidir. Sübûtu dört erkeğin müctemian şahadeti veya zâninin âkıl ve bâliğ olduğu halde dört defa ve dört mahalde ikrar eylemesiyle olur. Hadd, muhsan için saha-i vâsia-i arzda ölünceye kadar recm yani taşlamaktır. Gayr-ı muhsan için dahi yüz değnektir. Bunda dahi cihet-i vukû'ie ve sübûtiyesinin ahvâl ve keyfiyât-ı muhtelifesinden bahsolunur.

Ve hadd-i kat'-ı tarik, kat'-ı tarik ef'âline sirket-i kübra dahi ıtlak olunup bunda ağılaz-ı hadd vâcib olur. Ve bunda müslim veya zimmîden her kim bir müslim veya zimmînin tarikini kat' eylemeyi kast edip de kable'l-kat' ahz u girift olunur ise tevbe edip kendisinde secâyâ-yı sulehâ zuhuruna veya vefatına kadar hapsolunur. Ve eğer kutta'-ı tarik kasdına icra ile kat'-ı tarikte ahz-ı mal dahi edip de mal-i mehuz kutta'-ı tarikin her biri hakkında nisâb-ı sirket derecesinde ise yed-i yemini ve ricl-i eyseri kat' olunur. Ve bu yolda katl-i nefis vâki olmuş ise siyaseten katl olunur. Ve bunda hukukullah olmak cihetiyle veresenin ve evliyânın afvı muteber ve müessir olmaz. Eğer kutta'-ı tarik katl-i nefis ile beraber ahz-ı mal dahi etmiş ise ulü'l-emrin ihtiyar ve tercihinine tebe'an iki eli kat' ve katl ve salb olunur veyahut yalnız katl veya yalnız salb olunur ve mal-i mehuz sahibine red ve iade olunur. Ve eğer ahz-ı mala ve cerhe cüret eder ise ber-vech-i muharrer sağ eli ve sol ayağı kat' ol[un]arak cerh heder olur. Ve eğer yalnız cerh veya yalnız katl eder de mal ahz etmezden evvel tevbe ve rücû eder ise had olunmayıp hakk-ı dava veliye intikal eyleyeceği cihetle veli mûcib-i cinayetle ister muaheze eder, ister ise afv eyler gibi ahvâlden bahseder.

[Tazir ve Ceza Kanunu]

Ve tazire gelince, tazir mutlakan tedibdir ve şer'an haddin gayrı olarak tedibdir ki ekalli üç ve ekseri otuz dokuz değnektir. Kanun-ı Ceza, şer'an emri ulü'l-emre ait olan tazirin tayin-i derecâtını mütekeffil olduğu işbu maddede muharrer bulunmağla ba'dehu muhakeme icra olunmak üzere işbu tazir bahsinde bir derece tafsilata girişmek lâzım geldi. Tazir ile had beyninde fark birkaç vecihledir:

Evvela gördüğünüz vechile had, ukubet-i mukadderdir; tazir ise re'y-i ulü'l-emre mufavvezdir.

Sâniyen, had şübehât ile sâkıt olur; tazir ise ma'a's-şübhe vâcib olur. (*Emarât ile galib-i zan ve kanaat husûlüne mebni hükmetmek usulü işbu meşruiyete müstenittir*).

Sâlisen, had sabî üzerine vâcib olmaz; tazir ise ona da meşru olur. (*Kırkıncı¹² maddenin meşruiyeti bundan müstedeldir*).

Tazir faslında efâl-i menhiye ile envâ-ı mücâzât ve mikdarı hakkında tasrihât-ı âtiyeye tesadüf olunur. Tazir darb ile olduğu gibi darbtan gayrı saf ile yani başını indirtip ensesine vurmak veya kulağını çekmek ve unf-ı kelam söylemek ve hakim vech-i abus ile bakmak veya kazfın gayrı olarak şetm eylemek ile dahi olur. Tazir darb ile olur ise mebdei üç, muntehası otuz dokuz değnektir. Ve hakim otuz dokuz değneği tecavüz edemez. Bu meyânda husûl-i tedib için münasip göreceği mikdarı, mesela beş veya yirmi değnek kifâyet eder ise ol kadarını icra eder, ([ki bu husus] *Kanun-ı Ceza'da derecât-ı cezanın tahdidâtına mehazdır*). Hâsılı merâtib-i insaniyeye ve maslahaten tedib husûlünü kâfil olduğuna göre envâ-ı taziriyeden birinin tatbik ve icrası re'y-i hakime mufavvezdir.

Tazir yalnız darb ve ber-minval-i muharrer zikr olunan merâtib-i tekdiriye suretlerine münhasır değildir. Tazir, şahid-i zûrun yüzünü tesvid ve kendisini teşhir eylemek suretiyle dahi olur. (*Teşhir usulü bundan mehuzdur*).

Ahz-ı mal ile tazir (nâsın malını ahza halkı taslitten ihtirâzen) esahh-ı akvâlde gayr-ı sahih ise de ez'af-ı akvâlde tedib husûlüne kadar şahs-ı müznibin malını imsak etmek ve ba'dehu iade eylemek ([ki] *cinayât-ı gıyâbiyede hacze ve mahbusîn emvalinin idaresine mehazdır*) ve hakimin kendisi için veya beytûlmal için ahzı caiz olmamak mânasında tazir bi-ahzi'l-mala cevâz verilmiştir.

Ve mücrimin tevbesinden ye's geldikde münasibine sarf etmek veyahut i'mâl-i beytûlmal için müsadere eylemek suretlerine cevâz gösterenler vardır. (*Mücâzât-ı nakdiyeye mehazdır*).

Ve yine ukubet, cinayâtın ihtilafıyla tehâlûf ettiğine ve tazirde şey-i mukadder ve muayyen olmadığına binâen takdiri muktezâ-yı cinayâta göre re'y-i hakime mufavvezdir. Binâenaleyh bir kimse cima'ın gayrı suretiyle bir kadına taarruz eder ([ki] *sarkıntılık, harf-endazlık efâline mehazdır*) veyahut sârik mesrûkun-minhin hanesinde cem'-i mal ederken görülüp de çıkmaz ise ([ki] *sirkate tasaddi, teşebbüs efâl-i cürmiyesine mehazdır*) bu misillü ahvâlde sârik üzerine şey-i muayyen olmadığından takdiri re'y-i hakime mufavvezdir.

¹² Metinde "birinci madde" deniyorsa da yaş küçüklüğünün düzenlendiği kırkıncı maddenin murad edildiğini düşünüyoruz.

Tazirin icrası, emr-i ulü'l-emre ait ise de ahvâl-i mahsusada olduğu gibi zevce ve mehârimde dahi hakk-ı tazir verilmiştir. Binâenaleyh bir kimse zevcesini ve mehâriminden birini mutâvi' oldukları halde zina eder olduklarını gördükde her ikisini dahi katledebilir ve bundan dolayı katile kısas ve diyet lâzım gelmez.

Tazir, katil ile dahi olur, bu dahi kahr u galebe tarikiyle ahz-ı mala cüret edenlerin (*gâret ve emval[i] gasb*) ve kat'-ı tarik fezâhatinde bulunanlar[ın] katilden gayrı bir suretle husûl-i tedibleri mümkün olamaz ise katlolunabilir ve katli mübah ve katili müsâb olur. Ve işbu ef'âlde lâzım olan tazir, hakkullah olmak üzere vâcib olmağla işbu tazirin ikamesi yani fâillerinin katli, hâl-i mübâşeretinde yani cürmün meşhuden vukuu halinde her müslime ait olabilir. (*Cürm-i meşhudda umuma verilen hakk-ı takip bundan mehuzdur*).

Amma bundan sonra yani mücrim, cürmü işledikten sonra onun taziri hakime ait olup gayrı ikame edemez. İşte hakkullah olmak üzere vaki olan cerâimde cürm-i meşhud halinde iken herkesin ikame-i tazire selâhiyeti var ise de hakk-ı abd olan cerâimde ikame-i tazir, ulü'l-emre aittir. Zira bu misillü hukukta ikame-i dava şarttır. Yek-diğerini darb edenlerin ve yek-diğerini şetm eyleyenlerin de taziri caizdir, yoksa misliyle mukabelede mücâzâta müsâvât bulunmadığına mebni caiz değildir.

Tazir nefy ani'l-beled suretiyle dahi olur, nasıl ki Hazreti Osman radiyallahu-anh Eba Zer radiyallahu-anhı müheyyic mütalaât neşrinde bulduklarından dolayı nefy buyurmuşlar idi. Hazreti Ömer radiyallahu-anh zamanında dahi bu surette nefy vâki olmuştur. Her kim ki nâsa eziyet vere, onun dahi nefyi lâzım gelir.

Tazir bir adamın hanesine hücum ile dahi olur, nasıl ki müfsid olanların bir hane dahilinde cürüm vukuunu andırır bir surette bağırma ve haykırmaları işitilir ise bu halde ol hanenin hurmet ve masuniyeti sâkıt olmuş olduğu cihetle duhûl memnu olamaz. (*Mesâkinin kanunen kabul olunan ihlal-i masuniyetleri bundan mehuzdur*).

Gerek kabil, gerek fiil ve gerekse göz kırpmak, el ile işaret eylemek misillü (*214'üncü maddede hakaretin lafza inhisarı buna ve Fransız kanunlarına münâfidir*) ahvâl ile her kim ki bir fiil-i menhi ve münkeri irtikâb ede, onun bundan dolayı taziri lâzım olur ve bu tazir siyaseten icra olunur. Nitekim bir kimse bir mahreme nazar etmek veya elini mess eylemek veya onunla halvet etmek gibi hâlâtta (*teşebbüsât-ı cürmiye-i a'raziye*) bu misillü ef'âl için hadd-i şer'î olmamağla ulü'l-emr tarafından siyaseten ol kimse tazir olunur.

Tazir, münkerât ve masiyetten bir fiili irtikâb sebebiyle olduğu gibi esasen ve münferiden masiyet ve münkerâtta olmayan bir fiili irtikâb sebebiyle dahi tazir

icra olunabilir. Nasıl ki fitne zuhuru melhuz olan hususâta sebab-i zuhur-ı fitne olacakların taziri gibi. (Halkın bir yerde ictimai ve âlât ve esliha-i memnua cem' ve iddihârı gibi ki bu ahvâlin infirâdında memnuiyet olmadığı halde cem'inde fitne zuhuru melhuz olmasına mebni mûcib-i tazir görülmüştür. *Bilâ-ihbar cemiyetlerin men'i, esliha derci bundan mehuzdur*).

Taziri mûcib olan ef'âlde ekseriya hakk-ı abd olmağla ondan dolayı sulh ve ibra câridir. Amma taziri mûcib ef'âlde hakk-ı abd olduğu gibi bazen hakkullah dahi mevcuttur. Fukahânın bazıları "taziri mûcib olan ef'âlde hakk-ı abd, hakkullah ile ictima etmez" fikrinde ise de hakk-ı abd ile hakkullahın ictimainı caiz gören vardır ve dediler ki "hakk-ı abd olan tazirde her halde hakkullah dahi mevcut olup lakin hakk-ı abd galiptir".

Taziri mûcib ef'âlde yalnız hakk-ı abd olduğu surette sulh ve ibra caiz olup bundan şâtimin şetmi inkâr etmesi üzerine şâtime yemin vermek ve şehade ale's-şehade ile şehadet-i recüleyn veya recül ile imreeteyn kaide-i sübûtiyesi câridir. (*Cezadan mütevellid hukuk-ı şahsiyede kavânîn-i mahsusa ahkâmının câri olduğuna işarettir*). Amma taziri mûcib ef'âl, hukukullah nev'inden ve mesela bir ecnebiyeyi takbil kabîlinden ise bunda sulh ve afv câri olmayıp ulü'l-emrce fâilin husûl-i tedibine kanaat hâsıl olmak şartıyla afv caiz olur.

Taziri mûcib ve hukukullahı mevcut olan ef'âlde afv câri olmadığı gibi müddeî ispattan izhar-ı acz ettiği takdirde fâile yemin dahi verilmez. Ve bu surette hakkullah olmak üzere mûcib-i tazir olan fiilin ispatı usulü dahi müddeînin iddiasına muvafık vuku bulan şehadet-i vâhide ile dahi hükm olunabilip bu takdirde diğer şahit makamında olmak üzere müddeî şahit olur.

Tazirde şehadet ihbar nev'indedir. (*Şehadet-i şer'iye yemini mutazammın, fakat ceza şuhûdu muhbir olmakla tahlif olunmaları buna mebnidir*). Sübût-ı töhmet ya şahideyn-i mestureyn ile veya şahid-i âdil ile olur. Ve müttehem fesad ile meşhur olur ise yalnız ilm-i kadı hükme kâfi olur. (*Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye ile cinayâta rüesâyâ verilen hakk-ı tahkik ve takdir bilhassa şâyân-ı zikirdir*).

İlm-i kadı ile hükmün adem-i cevâzı hakkında olan mezheb, hukuk-ı ibâda maksuren mahmul olur. Dede Efendi'nin siyaset hakkındaki risalesinden naklen *Dürr-i Muhtar* şerhi *Redd-i Muhtar*'da Hafız ibn Kayyım el-Cevziyye el-Hanbelî'den rivayet olunmuştur ki

"eimme-i müslimînden bir kimseyi bilemedim ki fesad ile meşhur olup 'âharı darb davasıyla müttehem olan müddeâ-aleyh inkârı ve beyyinenin ademi halinde tahlif ile ıtlak olunur' desin, bu misillü müddeâ-aleyhin tahlif ve ıtlakı eimme-i erbaa ile

diğerlerinden (rahimehumullah) hiçbirinin mezhebi değildir; fesad ve kesret-i sirkatle müstehir oldukları malum olan kimesne haklarında dava olunan töhmetin iki âdil şahitle sübût bulamamasından dolayı tahlif ile sebillerini ıtlak edecek olur isek bu muamele siyaset-i şer'iyeye muhalif olmuş olur hükm-i şer'î müttehemî tahlif ve ıtlaktır diye zanneden galat-ı fahiş ile galat eylemiş olur, çünkü bu zehâb nusûs-ı Resulullah sallallahu Te'ala aleyhi ve sellem ve icma-ı ümmete muhaliftir. Bu galat-ı fahiş sebebiyle vülât, şer'-i şerife muhalefete cüret-yâb olup siyaset-i şer'iyenin halka ve maslahat-ı ümmete siyasetten kâsır olduğunu tevehhüm ile hudûdu tecavüz ve emr-i siyasette envâ-ı mezalim ve bidatler icrasıyla tarik-i şer'-i şeriften huruç eylediler”.

[Tatbik-i Mücâzâtın Devlete Ait Olması]

İşte muamelat-ı şer'iyede umûr-ı cezaiyenin suret-i cereyanına müteallik ahkâmıdan izahı sadedinde olduğumuz madde-i kanuniyenin izah-ı ahkâmına hizmet edecek mikdarı ber-beyân-ı bâlâ naklolundu. Beyânât-ı vâkıa nazar-ı mütalaaya alındıktan sonra gerek doğrudan doğruya ve gerek şahıs aleyhinde olup da asayiş-i umumîyi ihlal eden cihete münhasır olmak üzere madde-i kanuniyenin ihtiva ettiğini yukarıda gördüğümüz taksimat-ı cerâim ile bunlara tatbik-i mücâzâtın devlete ait olmak kaidesi bundan evvel yani işbu kanunnamenin vaz u neşrinden evvel câri miydi yoksa işbu kanunnamenin neşriyle mi kabul olunmuştur; ve işbu kanunnamenin esası tazir-i şer'î kısmından ibaret ve meşru ve onun makamına kâim bulunduğu keyfiyeti ne vechile olduğu hakkında müstefâd olan es'ile-i mukaddereye cevap vermek kesb-i suhûlet etmiş olur.

Zira malum olduğu üzere cinayâtta kısas, diyet, gurre, erş hukuk-ı abdden ve fî-zamanına-hâzâ ıstilahât-ı kanuniyemiz vechile tabir olunur ise hukuk-ı şahsiyedendir. Böyle bir davayı ikame veyahut afv ve ibra etmek hakkına, mutazarrır olan şahıs veya veresesi mâlik olduğundan cinayâtın bâlâda muharrer olan envâının kâffesinde hükümetin hakk-ı davası yoktur.

Ancak hudûd-ı hamse ki [hadd-i zina], hadd-ı şürb ve hadd-ı kazf ve hadd-ı sirkat ve hadd-ı kat'-ı tariktir, bunların cümlesi hukukullahtan ve fî-zamanına hâzâ câri olan ıstilahât-ı kanuniyemiz vechile hukuk-ı umumiyyeden olmağla hudûd-i mezkureden dolayı fâili aleyhinde dava ulü'l-emre ait olduğu gibi tazirde dahi kütüb-i fıkhîyede görüldüğü üzere hem hakk-ı abd yani hem hakk-ı şahıs ve hem hakkullah –ki hukuk-ı umumiye– mevcuttur ve her iki hak müctemi bulunmağla taziri mûcib ef'âl-i cürmiyyede dahi hakk-ı dava kezalik emr-i ulü'l-emre râci olduğundan gerek hudûd-ı mezkurede ve gerekse taziri mûcib olan ahvâlde taraf-ı hükümetten sebk-i dava şarttır.

Böyle olunca hükümete ait olduğu madde-i meşruhun-bihâda gördüğümüz hakk-ı dava işbu kanunun vaz u neşriyle yeniden kabul olunmuş bir şey olmayıp esas-ı kavîm-i şer'-i mübinden olduğu rütbe-i vuzuh ve tahakkuktur. Demek olur ki hâl-i hazırda mevâdd-ı cürmiyede câri olan usul-i hakk-ı dava mevzuât-ı esasiye-i şer'iyeden olduğu gibi ıstılahât-ı kanuniyemizde zeban-zed olan hukuk-ı umumiye tabiri de hukukullahın hükmen aynı ve hukukullah, hukuk-ı umumiye tabir ve ıstılah-ı kanunîmizin asıl ve mehası olduğu şüpheden berîdir.

Hukuk-ı umumiye-i nizamiyenin hukukullah ile hükmen aynı[yeti]ni vücûh-ı âtiye dahi müsbittir. Şöyle ki: Hukuk-ı umumiye-i nizamiyede hakk-ı dava hükümete ait olduğu gibi hukukullah nev'inden olan ef'âl-i cürmiye-i şer'iyede dahi hakk-ı dava efrâda ve mutazarrır olanlara ait olmayıp ulü'l-emre aittir. Ve yine hukuk-ı umumiye-i nizamiyede nasıl ki bir hakk-ı şahsînin vücûdu itibar olunur ise hukukullahda dahi kezalik bir hakk-ı abd ve şahsî muteber olduğu görülür. Ve yine hukuk-ı umumiye-i nizamiyenin ikame hakkına mâlik olanlar ile müddeî-i şahsiler tarafından afvı câri ve caiz olmadığı gibi hukukullahdan olan ef'âl-i cürmiye-i şer'iyenin afvı hakkına dahi hakk-ı abd sahibi mâlik olamaz.

Ve yine hukuk-ı umumiye-i nizamiyenin gerek cürüm ve gerek ceza ciheti afv-ı hazret-i padişahî ile nasıl ki bertaraf oluyor ise hukukullahdan olan ef'âl-i cürmiye-i şer'iyede dahi fâilin husûl-i tedib ve intibahı mülahasasına mebni maslahaten afvı ulü'l-emre aittir. Ve yine hukuk-ı umumiye-i nizamiyenin bazısının ikamesi iddia-yı şahsî vukuuna müteallik olduğu gibi hadd-ı kazfın gayri suretiyle vukubulan ve şer'an taziri mûcib olan şütûmdan tekevvün eden davalarda hukukullah dahi olmakla beraber hakk-ı abd galip olmağla bu misillü mevâdda sebk-i dava yani hukukullahın ikamesi için abdin yani müddeî ve mutazarrırın davası şarttır.

İşte hukuk-ı umumiye-i nizamiyenin hukukullah ile ber-vech-i muharrer ayniyeti tahakkuk ettiği gibi zannolunduğuna göre hukuk-ı umumiye tabirinin ıstılah-ı kanunî ittihazı da mevzuât-ı mesâil-i şer'iyeye delaletiyle olmuştur. Çünkü yukarıda görüldüğü üzere hukukullahdan olan cerâim-i şer'iyede fâil-i cürmü derdest ve berâ-yı tazir hükümete teslim etmek, hukuk-ı ulü'l-emrden olan davanın ikamesine mevkuף ve münhasır olmayıp hukukullahdan olmak üzere irtikâb-ı menhiyât etmiş olan fâili hâl-i mübâşeretle iken yani tabir-i hâzır-ı kanunî vechile cürm-i meşhud halinde iken derdest etmek ve şer'an lâzım gelen tazirin icrası için fâili hükümet-i seniyyeye teslim eylemek selâhiyeti alelumum efrâd-ı insandan her birine ait olduğu usul-i şer'iyedendir.

Şu halde madem ki efrâd-ı umumiye dahi ber-vech-i muharrer hak verilmiştir, demek olur ki hukukullah kabîlinden olan cerâim-i şer'îye hakkında takibat ve tedibat-ı mukteziye icrası bi-hakkın hukuk-ı umumiye den tanılmıştır. Bu cihetle tahakkuk ediyor ki hukuk-ı umumiye tabirinin nizamâtımızda ıstılah ittihazı, hakk-ı tazirin ber-vech-i meşruh efrâd-ı umumiye dahi ait olduğundan müstenbat ve mehuz olduğu da asla şüphe götürmez. Bu ahz u istinbat dahi yalnız kavânîn-i Osmaniye vâzı'larına değil, Avrupa vâzı'-ı kanunları hakkında dahi vârid olsa gerektir. Şu izahâta nazaran gerek hakk-ı davanın hükümete aidiyeti ve gerek hukuk-ı umumiye tabirinin ıstılah-ı kanunî ittihazı muktebesât-ı şer'iyedendir.

[Hukuk-ı Umumiye Davasını İkameye Niyâbeten Memur Olanlar:
Müddeî-i Umumîler]

Şu kadar ki teşkilat-ı cedide hükmünce hukuk-ı umumiye davasını ikame etmek hakkı taraf-ı eşref-i sultanîden bi'n-niyâbe müddeî-i umumîler namıyla teşkil olunan memurîn sınıfına tevdi ve ihale olunmuştur. Bu dahi taraf-ı sultanî ve naibleri olan hükkâmdan takibat hadd-i imkanda olamayacağı gibi ber-vech-i muharrer hakk-ı tazire mâlik olan efrâd-ı insaniyenin takibatı dahi daire-i iltizam-kârânede olamayacağı derkâr olmak cihetiyle taraf-ı sultanîden işbu hukukun bir suret-i mahsusa-i iltizam-kârânede taharri ve takip ve ikame-i dava ile muktezası hakkında hüküm istihsâl etmek ve bu hükmü tenfiz eylemek hakkında müddeî-i umumîler sınıfı teşkil olunmuş ve bunlara muavenet etmek üzere zaptiye ve polis sınıfına taharriyat ve takibat-ı cerâim hususu vazife-i munzama kılınmıştır. Bu cihetle işbu müddeî-i umumîler sınıfı, taraf-ı sultanîden ikame-i dava ve tenfiz-i ahkâma memur olup işbu memuriyetleri nasb ve mezuniyetleriyle haiz olduklarından taraf-ı sultanîden ayrıca ve hususî surette zikrolunan hususâtı icrada istihsâl-i mezuniyet etmelerine hâcet yoktur.

Fakat hukukullahda hakk-ı davanın ikamesi hukuk-ı saltanattan ve müddeî-i umumîlere verilen selâhiyet-i niyâbet kabîlinden olmağla sırf hukukullahdan olan bir maddede ikame-i dava olunmaması emrolunduğu halde müddeî-i umumîlerin ol maddede ikame-i dava etmek memuriyetleri de kalmış olmaz.

Kaldı ki efrâd-ı nâsın şer'an bir mücrim hakkında ber-vech-i muharrer mübâşeret haline münhasır haiz oldukları hakk-ı tazirleri, usul-i cariye-i nizamiyede kabul olunmamış görünüyor ise de zaten efrâd-ı nâsın şer'an kabul olunan işbu hakk-ı tazirleri dahi –görüldüğü vechile– taziri mûcib olan ef'âlin sırf huku-

kullahdan olan ef'âl kısmına münhasır olup hakk-ı abd kabîlinden olan ef'âlde icra-yı tazir hakkına mâlik olmamak ve efrâd-ı nâsın işbu haklarını ancak fâilin fiile mübâşeretinde icra etmek ve bununla beraber tazirin icrası kendileri için çare-i münferid olarak, âhar suretle fâili zabt ve derdestle hakime teslim kâbil olduğu surette işbu tazir hakkını icraya malik olmamak gibi şeraitle meşruttur.

Ve usul-i nizamiyede efrâdın öyle mansus bir hakk-ı velâyetleri yok ise de Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nun 27'nci maddesi hükmünce emniyet-i umumîye ve efrâd-ı nâsın mal ve canı aleyhinde vukuuna ıttılâ hasıl edecekleri ef'âl ve cerâimi müddeî-i umumîye bildirmeye her ferdin mecbur tutulmuş olması ve kanun-ı mezburun 100'üncü maddesince cürm-i meşhud halinde tutulan veya velvele-i nâs üzerine takip olunan veya cerâim-i meşhudeden ma'dûd olan ahvâl-i saireden biriyle mücrim bulunan eşhas[ın] irtikâb ettikleri cürüm, mücâzât-ı terhibiyeyi müstelzim ise hakkında ihzar müzekkeresi tastîrine hâcet olmayarak herkesin ol şahsı tutup müddeî-i umumîye teslim mecbur olması gibi ahkâm-ı mer'îye ile işbu kanunun 256'ncı maddesince "aleni bir cinayet ve feryad-ı umumî ve şikayet vukuunda talep olunan hizmet ve muavenete muktedir olduğu halde istinkâf edenler altı beşlikten on beşliğe kadar mücâzât-ı nakdiye ile mücâzât olunur" diye efrâd-ı nâsın ahvâl-i meşruhada mecburiyetleri ve mezuniyetleri için ahkâm-ı cezaiye-i mahsusa vaz edilmiş bulunmasına ve yine müddeî-i umumîler esasen iddia hakkına mâlik iken Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu'nun 37'nci maddesinde müddeî-i umumîler cürmün meşhuden vukuu ve mücâzât-ı terhibiyeyi istilzamı halinde onun mürtekibi olduğu emarât-ı kaviye ile anlaşılın şahıs hazır ise tevkif ettirmek ve değil ise ihzar için emir vermek gibi bir mezuniyet bahşolunduğu gibi 95'inci maddesinde dahi yine bu kabîlden bir selâhiyet verildiği muharrer görölerek şu halde müddeî-i umumîlere sıfat-ı asliye-i iddialarıyla kâbil-i telif ve imtizac olmayan vezâif-i hakimiyetten berminval-i muharrer bazı vezâif-i mahsusa verilmiş bulunmasına nazaran efrâd-ı nâsın ikame-i tazirde olan hakk-ı şer'îleri külliye ihmal ve terk olunmuş demek olmayıp işbu hukukun ikame-i dava ve takibat-ı saire-i muharreresinde müddeî-i umumîler bi'n-niyabe memur ve müvekkil olmakla beraber efrâd-ı ahali için dahi zikri sebk ettiği vechile kabul olunmuş hukuk ve vezâif vardır. Yalnız suistimalden vikaye maksadıyla ikame-i tazire selâhiyetleri merfu görölmekte ise de caniyi takip ve derdest dahi bi'l-müracaa görüleceği vechile tazir olmakla beraber caninin tecavüzü halinde efrâddan olan muakkiblerin onları bi'l-mukabele cerh ve katl edebilecekleri ve bundan dolayı kendilerine mesuliyet terettüb etmeyeceği işbu

kanunun 189'uncu ve 190'ıncı maddelerinin hükmü iktizasından olduğundan efrâd-ı ahalinin bu cihetle haiz oldukları hak ve selâhiyet dahi cani hakkında envâ-ı tazirden bir nev'dir.

[Kapsam Bakımından Tazir-i Şer'î ve Kanun-ı Ceza]

Şu izahat ile devlete ait olan hakk-ı dava ve hukuk-ı umumiye ne demek olduğu anlaşıldı. Şimdi madde-i kanuniyede “tayin ve icrası şer'an emr-i ulü'l-emre ait olan tazirin tayin-i derecâtını işbu kanunname mütekeffildir” fıkra-i ûlâsına nakl-i kelam edelim.

Şu ibarenin medlûlât-ı mühimmesinden müstebân olduğuna göre işbu kanunnamenin tayinini tekeffül ettiği şey, ukubât-ı şer'iyeden olan tazir kısmıdır. Demek ki cinayât-ı şer'iyeden bu kitapta bahsolunmadığı gibi hudûd-ı hamse-i şer'ie dahi mevzubahis olmamıştır.

Ve cinayât-ı şer'ie yukarıda gördüğümüz vechile hakk-ı abdden yani hukuk-ı şahsiyeden olmağla ve şer'an müte'ayyin olan hukuk-ı şahsiyeye hâlel gelmeyeceği işbu kanunnamenin [birinci maddesinin] son fıkrasında mastûr bulunmağla cinayât-ı şer'ie hakkındaki ahkâm-ı şer'ie hukuk-ı şahsiye nev'inden olmak üzere mer'iyü'l-hükm ve'l-icradır.

Ya “hudûd-ı hamse-i şer'ie-i mezkure hakkında işbu kanunun kefaleti olmadığı gibi hudûd-ı hamse-i mezkurenin hakkullah olmak cihetiyle ikamesi emr-i ulü'l-emre ait bulunmağla hukuk-ı şahsiyeden dahi olmadığından mer'iyeti veya adem-i mer'iyeti hakkındaki hüküm nedir?” denilir ise cevaben denilebilir ki: “Madem ki işbu kanunname hudûd-ı şer'iyeden bâhis değildir ve madem ki hudûd-ı mezkure hudûd-ı mefrûza ve mukadderendir, onlar hakkında kezalik hükm-i şer'î ne ise mer'î olmak tabî ve fakat hudûdda hakk-ı dava emr-i ulü'l-emre ait ferâizden olarak infazı maslahata menut olduğu tafsilden müstağnidir”.

Cinayât-ı şer'ie hukuk-ı abdden olmağla talep ve iddia, mutazarrır olan şahsa veya veresesine ait olduğu gibi hudûd dahi hukukullahdan olmağla ve ukubeti dahi Kitab-ı mübin ile mukadder bulunmağla bunların tayini emr-i ulü'l-emre ait olmayıp yalnız ba'de's-sübût icra ve tenfizi emr-i ulü'l-emre aittir. Şu beyâna göre demek olur ki işbu Kanun-ı Cezamız ukubât-ı şer'iyeden yalnız tazir-i şer'î kısmının mecmuasıdır.

Şimdi bir sual vârid oluyor. Şöyle ki: Ahkâm-ı şer'ie mevcut iken tazir-i şer'î kısmının böyle zahiren muhalif bir şekl-i mektub ile tedvini ne vechile meşru olabilir?

Yukarıda malum olduğu üzere ihtilaf-ı ahvâl-i beşeriye ve insaniye sebebiyle mûcib-i tazir olan ef'âlin tahsisi ve işbu ef'âle karşı ve mukabil derecât-ı cezaiye ve tedibiye tayini ile icrası emr-i ulü'l-emre mufavvez olduğundan mûcib-i tazir olan ef'âlin işbu kanunname ile tahsisi ve derecât-ı cezaiyesinin tayini meşru olmakla ibare-i kanuniyede “tayin [ve] icrası şer'an emr-i ulü'l-emre ait olan tazirin derecâtını işbu kanunname mütekeffildir” denilmesinin mânası ve bu cihetle Kanun-ı Ceza'nın keyfiyet-i meşruiyeti bu vechiledir.

İmdi bu bâbda diğer bir sual vârid oluyor. Şöyle ki: Kanun-ı Ceza'nın ber-vech-i muharrer vaz'ı, keyfiyet-i meşruiyeti anlaşıldı; ancak Kanun-ı Ceza'nın tazir-i şer'î kısmının beyânını mütekeffil olduğu beyân olunmuş olmasından anlaşılıyor ki acaba böyle bir kanunun vaz'ı, tazir-i şer'î hakkında mevzu olan ahkâmın adem-i kifâyetinden mi veya ol ahkâmın hal ve zamana adem-i muvafakat[in]den mi ileri gelmiştir? Ve tabir-i âharla Kanun-ı Ceza, tazir-i şer'înin şâmil olamayacağı zevâid ve tafsilatı [mı] câmidir?

Buralarını anlamak için evveleminde Kanun-ı Ceza ile ukubât-ı şer'iyenin, ef'âl-i menhiye ve derecât-ı cezaiye ve usul-i sübûtiyece beynlerinde olan farklarını tedkik edelim. Bu tedkike giriştiğimizde görüyoruz ki ukubât-ı şer'iyenin cinayât kısmında katl ve cerh kısımları envâ-ı muhtelifesiyle Kanun-ı Cezamızdaki bu nev' ef'âl-i menhiyeden ekmel ve evferdir. Bu kısımda ıskat-ı cenin bahsi dahi mükemmeldir. Şu kadar ki bunların kâffesi hukuk-ı abdden olmakla Kanun-ı Ceza'da idam ve küreği mûcib olan katl fiilleriyle hapsi müstelzim cerhler ve ıskat-ı cenin, cinayât-ı şer'îye nev'inden de olmayıp tazir nev'indedir. Kanun-ı Ceza'da sirkat faslı dahi hadd-i sirkat nev'inden olmayıp tazir kısmındandır. Kanun-ı Ceza'nın fusûl-i sairesi dahi hep tazir nev'indedir.

Şu halde Kanun-ı Ceza'nın “tazir nev'indedir” dediğimiz cem'î-i fusûlüne işbu tazir-i şer'î kısmı ne vechile şâmil olur? Tazire dair dermeyân ettiğimiz bahiste görüldüğü üzere mûcib-i tazir olan ef'âlin bir kısmı mansûs ve musarrah ve bir kısmı dahi bir kaide ve zabıta-i umumiye ile muayyendir. Mesela şetm ve tahkir ve harf-endazlık ve sarkıntılık ve kat'-ı tarik ve sirkat ve katl ve cerh ve yalan yere şahadet ve yemin ve yek-diğerini darb ve fitne zuhuruna sebebiyet veren ahvâl ve kahr u galebe tarikiyle ahz-ı mal ef'âli, tazir faslında musarrah olarak görülmüş idi. Ve bir kısmı ise âhara malen ızrar kasdıyla te'addiyâтта bulunan zaleme ve “her kim ki bir fiil-i münkeri irtikâb ede” diye mevcut olduğunu gördüğümüz kavaid-i külliyyeden istinbat olunur.

Gerek muayyen olan ef'âl-i mezkure ve gerekse vücûdu ve cereyanı beyân olunan kavâid-i külliye, Kanun-ı Ceza'nın cem'î-i fusûlüne hiçbir maddesi hariç

kalmamak üzere şâmil olduğu derkâr ve şu hale binâen tazir-i şer'înin Kanun-ı Ceza'dan daha vâsi olduğu zâhir ve bedîdârdır. Ve derecât ve envâ-ı cezaiyece dahi tazir-i şer'înin haricinde olarak Kanun-ı Ceza'da kezalik zâid bir derece veya nev' ceza yoktur. Zira tazirde derecât-ı cezaiyenin ef'âl ve ezmâna ve ahvâl ve eşhasa göre tayini re'y-i emr-i ulü'l-emre mufavvez olduğu görülüp bununla beraber idam ve habs-i muhalled ve habs-i âdî ve nefy ve ceza-yı malî ve teşhir gibi envâ-ı cezaiye tazire müteallik bahiste görülmüş idi ki Kanun-ı Ceza'nın envâ ve derecât-ı cezaiyesinde ondan fazla bir şey görülüyor.

Denilir ise ki “tazir-i şer'î meyânında hukuk-ı medeniyeden ıskat cezası musarrah değildir”; denilebilir ki “gerçi hukuk-ı medeniyeden ıskat namı altında tazir-i şer'îde bir nev' ceza-yı mansûs olduğu görülüyor ise de tazirde, envâ ve derecât-ı cezaiye husûl-i tedibi kâfil olabilmek noktasınca tayin ve icrası re'y-i hakime mufavvez olduğu kaidesi mevcut olup bu kaidenin mer'iyeti ise hukuk-ı medeniyeden ıskat nev'ine de şâmil olduğuna şüphe yoktur”.

[Cihet-i Sübûtiyece Tazir-i Şer'î ve Kanun-ı Ceza]

Ve cihet ve usul-i sübûtiyece ef'âl-i cürmiye-i nizamiye ile tazir-i şer'î beynindeki nisbet ve mukayeseye gelince; yukarıda bahsinde görüldüğü üzere cinayât ve hudûd-ı şer'iyede esbâb-ı hükm ancak kaide-i şer'îye vechile nisâb-ı şehadet yani şehadet-i muayyene ve işbu şuhûdun tahakkuk-ı adaletiyle olabilip şüphe ile hüküm caiz olmadığı halde tazirde ma'a's-şübhe hüküm caiz olmasına ve bu esasa binâen mevâdd-ı cürmiye-i taziriyede hüküm için nisâb-ı şehadet meşrut olmayıp bir müddeî ile bir şahit veyahut bir şahid-i âdil hükme kâfi olduğuna ve Mecelle'nin madde-i mahsusasında karine-i kâtıa dahi esbab-ı hükümden olup işbu karine dahi Mecelle'nin mehazı olan naklinde kat'iyeti müfid karâin diye vaki olarak şu halde karâin-i müteferrikanın hey'et-i mecmuası kat'iyeti ifade etmek şartıyla esbâb-ı hükmden addolunduğu derkâr bulunmasına göre tazirde gördüğümüz işbu esbâb-ı sübûtiye bugünkü günde muamelat-ı cezaiyede müttehaz usul-i sübûtiyenin aynı ve muamelat-ı cezaiye-i nizamiyede husûl-i kanaati mûcib olan edille ve emarât ile hükmedilmek usulünün mehazı da muamelat-ı taziriyeye-i şer'iyede câri usul-i sübûtiyeden mehuz ve meşru olduğu emr-i celî ve bedîhîdir. Cihet-i sübûtiyece dahi şu vechile tazir-i şer'î ile Kanun-ı Ceza beyninde bir fark olmayınca demek olur ki Kanun-ı Ceza siyaset-i şer'iyeden ibaret olan tazirin aynı bir kanun-ı siyasettir.

Şu halde yani tazir-i şer'î ve Kanun-ı Ceza beyninde ber-vech-i meşruh usulen ve fer'an muvafakat-ı kâmile mevcut iken tazir-i şer'î ile iktifa olunmayıp da bir

Kanun-ı Ceza vaz'ına sebep nedir? Tazir bahsinde kütüb-i fıkhîyeden aynen menkul ibareye nazaran görülür ki tazirde usul-i sübûtiye bir müddeî ve bir şahit veya bir şahid-i âdil ve ikrar ve ilm-i kadı ve karine-i kat'îye olup müdde-a-leyhin tahlif usulü câri olmadığı halde bazı vülâtın tazirde hüküm için şahideyn-i âdileynin lüzumu ve tahlif kaidelerinin cevâzı zannında bulunarak siyaset-i şer'iyeye muhalif bir surette mücrimleri tahlif ve tahliye eylemek gibi suistimalâtı vâki olduğu gibi diğer taraftan dahi sonraları başka türlü suistimal edilerek, hatta 26 Şaban sene 1255 tarihinde [3 Kasım 1839] neşrolunan ve birinci *Düstur*'da münderic bulunan [Tanzimat] Fermân-ı âlî-şân[ı] da keyfiyet-i suistimalâta mütedair olmağla ol bâbda olan fıkra ber-vech-i âti naklolunur. Fıkra-i mezkurede

“... fî-mâ-ba'd bazı ashâb-ı cünha[nın] davaları *kavânîn-i şer'îye* icabınca [iktizâsınca] alenen ber-vech-i tedkik görülüp hükm olunmadıkça hiç kimse hakkında hafî ve celî idam ve tesmim muamelesi icrası caiz olmamak ve hiç kimse tarafından diğerinin ırz ve namusuna tasallut vuku bulmamak ve herkes emvâl ve emlâkine kemâl-i serbestî ile mâlik ve mutasarrıf olarak ona bir taraftan müdahale olunmamak ve faraza birinin töhmet ve kabahati vukûunda onun veresi ol töhmet ve kabahatten beriyyü'z-zimme olacaklarından onun malını müsadere ile veresi hukuk-ı irsiyelerinden mahrum kılınmamak ve tebaa-i saltanat-ı seniyyemizden ehl-i İslâm ve milel-i sâire bu müsâedât-ı şâhânemize bilâ-istisna mazhar olmak üzere can ve mal ve ırz ve namus maddelerinden hükm-i şerî iktizasınca kâffe-i memâlik-i mahrûsemiz ahalisine taraf-ı şâhânemden emniyet-i kâmile verilmiş ve diğer hususda dahi ittifâk-ı ârâ ile [karar verilmesi] lâzım gelmiş olmağla Meclis-i Ahkâm-ı Adliye azâsı daha lüzumu mertebe teksîr olunarak vükelâ ve ricâl-i Devlet-i Aliyyemiz dahi bazı tayin olunacak eyyâmında orada ictimâ ederek ve cümlesi efkâr ve mütalaâtını hiç çekinmeyip serbestce söyleyerek işbu emniyet-i can u mal ve tayin-i vergi hususlarına dâir kavânîn-i mukteziye bir taraftan kararlaştırılıp ve tanzimat-ı askeriye maddesi dahi Bâb-ı Seraskerî Dâr-ı Şûrâsı'nda söylenilip herbir kanun karar[gir] oldukça ilâ-mâşâallah düstûrül-amel tutulmak üzere bâlâsı hatt-ı hümayûnumuz ile tasdik ve tevşih olunmak için taraf-ı hümayûnumuza arz olunsun ve işbu kavânîn-i şer'îye mücerred din ü devlet ve mülk ü milleti ihyâ için vaz olunacak olduğundan cânib-i hümayûnumuzdan hilâfına hareket vuku bulmayacağına ahd ü misâk olunup Hırka-i şerîfe odasında cemî-i ulemâ ve vükelâ hâzır oldukları hâlde kâsem-billah dahi olunarak ulemâ ve vükelâ dahi tahlif olunacağından ona göre ulemâ ve vüzerâdan ve'l-hâsıl her kim olur ise olsun kavânîn-i şer'iyeye muhalif

hareket edenlerin kabâhat-ı kanuniyelerine göre tedibât-ı lâyıklarının hiç rütbe ve hâtır ve gönüle bakılmayarak icrası zımnında mahsûsan ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin ve cümle memûrînin el-hâletü hazihi mikdâr-ı daimî maaşları olarak şayet henüz olmayanları var ise onlar dahi tavzif olunacağından şer'an menfur olup harâbiyet-i mülkün sebep-i a'zâmı olan rüşvet maddesinin fî-mâ-bâ'd adem-i vukuu maddesinin dahi bir kanun-ı kavî ile tekîdine bakılsın" ilh... diye muharrerdir.

İşte fıkra-i menkûleden anlaşıldığına göre ukubât-ı şer'îye ciheti evâildeki gibi sonraları dahi diğer gûna suistimale uğramıştır. Ve bu suistimalâtın bir kısmı ve mesela hafiyen tesmim ve idam hükümleri i'tâsı külliyyen ve sarahaten ahkâm-ı şer'-i mübine mübâyin ve muhaliftir. Zira muhakemat-ı şer'îyenin alenen cereyanı esası bidayet-i neşr-i İslâm'da kabul ve tatbik olunagelmış olup hatta esas-ı meşruhun temin-i mahfuziyetine ait fûrû'âtından olmak üzere muhakemâtın mesâcidde rü'yeti ve hakimmin minber önünde ferace-i siyah lâbis olarak icra-yı muhakeme eylemesi ve mesâcide milel-i müslimeden gayrının dahi duhûlüne cevâz-ı şer'î irâe olunarak bu suretle bütün akvâm ve milele, mecâlis-i muhakemâta duhûl ve istimâ'-ı muhakemâta cevâz vermek suretiyle temin-i aleniyet-i mehâkim kılınmış olduğu ve câmiin gayrı mahalde ve fakat kasaba ortalarında herkese küşâde mahallerde de rü'yet-i muhakemeye mesağ irâe olunduğu ve hakimmin hanesinde rü'yet-i muhakeme eylemesi her halde hane kapılarının küşâde ve sahiplerin ücret-i duhûliye ahzından mücânebet eylemelerinin taht-ı temine alınması şartıyla cevâzda gösterildiği ve hakimmin hîn-i rü'yet-i muhakemede fukahâdan birkaç zâtı yanına alarak muhakemeyi ba'de'l-istimâ, hitâm-ı muhakemede tarafeyn müvacehesinde olmayarak onlarla müzakere eylemesi cevâz tahtında olduğu ve hükmün tefhiminde hakimmin mahkumun-aleyhe müdafaâtını istimâ ve tefhim ettiğini ve fakat muktezâ-yı mesele olarak maddeye hüküm i'tâ kılındığı kavî-i leyyin ile esbâb-ı hükmü beyân eylemek lüzumu kütüb-i fikhiyede tesadüf olunan fûrû'âtandır.

Ve suistimalâtın birtakımı ve ez-cümle mücrimin emvâlini müsadere ile vârisleri hukuk-ı irsiyeden mahrum bırakmak sureti tazir bi-ahzi'l-malın cevâzı hakkında tazir bahsinde sebk ettiği üzere nakolunan bazı akvâlin vaz'-ı aslîsinden çıkarılarak suistimal edilmesi kabîlindedir.

İşbu suistimalâtın esbâb-ı mûcibe-i hakikiyesi dahi ve hatta -çün ki tazir bahsinde sebk ettiği üzere- ef'âl-i menhiyenin bir kısmı tasrihât-ı lâzime ile musarrah olmayıp tayini menhiyât ve münkerât-ı şer'îye esası üzerine re'y-i

hâkime mufavvez olduktan başka işbu ef'âl-i menhiyeye mukabil tayin-i nev' ve derece-i cezaiye dahi abuset-i vech ibraz etmek ve kelam-ı anîf ile tekdir eylemek gibi en hafif dereceden idama kadar en ağır dereceye kadar tayin ve icrası re'y-i hakime mufavvez bulunması ve ayn-ı fiil olduğu halde fâilin emr u terbiyesinde efkâr-ı muzırradan husûl-i intibah ve tedibi hakimce hâsıl olacak ilme göre tefâvüt-i ceza tarh ve icrasının re'y-i hakime bırakılmış olması hususâtından ileri gelmiş olduğundan ve dediğimiz vechile tazirde hukukullah nev'inden olan ef'âlde tayin-i nev'-i mücâzât, re'y-i emr-i ulü'l-emre ait bulunduğundan işbu Ceza Kanunu vaz olunarak bunda izahat-ı meşruhadan anlaşılacak lüzum vechile ef'âl-i menhiye birer birer katiyen tayin ve bunların mukabillerinde mûcib-i terhib ve tedib ve intibah olacağı nezd-i ulü'l-emrde taayyün eden derecât-ı cezaiye dahi bi'n-nisbe tahdid kılınmıştır.

Kanun-ı Ceza'nın ne vechile meşru olduğu ve tayin ve icrası şer'an emr-i ulü'l-emre ait olan tazir olup işbu kanunnamenin ne suret ve esbâba mebni beyânını tekeffül ettiği hakkında olan izahat burada hitam buldu. Şimdi izahı sadedinde olduğumuz madde-i kanuniyenin cümle be-cümle teşrih-i ahkâmına şürû edelim.

[Devlet Aleyhine İşlenen Suçlar]

Madde-i kanuniyede “doğrudan doğruya hükümet aleyhine vukubulan cerâimin icra-yı mücâzâtı devlete ait olduğu gibi şahıs aleyhinde vukubulan cerâimin asayiş-i umumîyi ihlal eylemesi ciheti dahi kezalik devlete aittir” diye muharrer olan fikra işbu kanunnamede bahsolunan cerâimin başlıca iki kısım olduğuna işarettir. İşbu kısımların tarifât-ı mahsusaları yok ise de doğrudan doğruya devlet aleyhine vukubulan cerâim, “aslen hukuk-ı şahsiye bulunmayan veyahut hukuk-ı şahsiye bulunmakla beraber hukuk-ı umumiyesi galip olan cerâimdir” ve diğeri de bunun aksidir; yani “hem hukuk-ı şahsa ve hem de şahsın mutazarrır olması cihetiyle halka bittabi ârız olan havf u haşyet sebebiyle hukuk-ı umumiyesi de mevcut olan ve maahaza her halde hukuk-ı şahsiye ciheti galip bulunandır” diye tarif olunabilir. Madde-i kanuniyeden böyle bir taksimât müstenbat olduğuna binâen işbu Kanun-ı Ceza'nın münderecâtı da iki bâba tefrik ve taksim olunarak ve bâb-ı evvel, zarar-ı âmmı mûcib olan ve bâb-ı sâni, eşhâs aleyhinde vukubulan diye muhtevi oldukları ef'âl-i mevzua-i menhiyeye göre her birine ünvan-i bâb ittihaz kılınmıştır.

Ve ikinci bâb vâkıa ünvan-ı bâba muvafık muhteviyâtta ibarettir, fakat bâb münderecâtında tarifi aslen müntekız olmamak üzere mesela sirkat-i emval-i

mîriye ve fekk-i mühr-i resmî ve sikkeye taklit ve evrak-ı resmiyeyi tağyir ve tahrif ef'âlini hâvi fusûl ünvan-ı bâba muvâfık muhteviyâtta ise de fusûl-ı sairede ve mesela emniyet-i hariciyeyi ihlal kısmında ızrar-ı şahsî olduğu gibi emniyet-i dahiye faslında ekser-i mevâdd dahi yine bu vasıta ızrar-ı şahsî ile husûle gelebilir.

Hele fusûl-ı sairede ızrar-ı şahsî ciheti daha vâzıhtır, fakat denilebilir ki “doğrudan doğru devlet aleyhine” demek külliye ızrar-ı şahsîden ârî demek olmayıp ancak zarar-ı şahsîden zarar-ı âmmı galip olan demektir ki bu itibara göre bâb-ı evvel münderecâtına zarar-ı âmm ıtlakı tağlîb tarikiyledir.

Bir de “doğrudan doğru devlet aleyhine” demek, Devlet-i Aliyye'nin yalnız mevcudiyet-i siyasiye ve şekl-i hükümeti aleyhine vukubulan cerâim demek olmayıp belki mevcudiyet-i siyasiyenin ve şekl-i hâzırın medâr-ı bekası olan intizam-ı idare-i hükümet aleyhine vukubulan cerâime dahi şâmindir.

Zira nüfuz ve memuriyet ve mevkiini suistimal ve memurîn tarafından efrâd hakkında te'addiyât ve suistimalât ve efrâd tarafından memurîn-i devlet[e] muhalefet ve adem-i itaat ve mahpus kaçırmak ve bilâ-selâhiyet sıfat-ı resmiyede bulunmak, imtiyazât-ı mezhebiyeye taarruz ve âsâr-ı kadîmeyi tahrip etmek doğrudan doğru hükümet aleyhine vukubulan cerâimden addolunamayıp hariç kalmış olur idi.

Yalnız sahtekârlık fiilindeki ahkâmın kısm-ı evveli doğrudan doğru devlet aleyhine vukubulan cerâimden olduğu halde evrak-ı şahsiyede sahtekârlık etmek gibi bazı ef'âl, bâb-ı sâni ahkâmından addolunacak ahvâlden olmağla ber-vech-i meşruh yapılan taksim şu suretle dahi müntekız olur ise de bunun tefriki ile ikinci bâbda başka bir fasıl ittihazı faydasız külfeti dâ'î olduğu gibi kundak vaz'ı faslındaki ahkâm dahi fi'l-asl cerâim-i şahsiyeden ve hukuk-ı şahsiyesi galip olan mevâddan iken ehemmiyetine ve sirayet ciheti mülahaza edilmiş olmak itibariyle birinci kısım idâdına terkim kılınmıştır.

Madde-i kanuniyenin muhtac-ı teşrih cümlelerinden biri de cerâim-i meşruhadan dolayı “icrâ-yı mücâzâtın devlete ait olması” fıkrası olup bunun mehazı ve vech-i meşruiyeti yukarıda vâki olan tafsilâttan anlaşıldığı üzere hukukullah nev'inden olan tazirde hakk-ı dava emr-i ulü'l-emre ait ve Kanun-ı Ceza dahi tazir-i şer'î ahkâmının beyânını mütekeffil olup gayrı bir şey olmadığı bilen[e] malum olmuş olmasına nazaran, hakk-ı dava [ve] infaz-ı mücâzâtın devlete aidiyetinin mânası ve bu usulün mehazı ve sebebi ve sebab-i meşruiyeti anlaşılmış olur.

Hakk-ı dava ve tenfiz-i mücâzâtın emr-i ulü'l-emre ait hukuktan olarak kabul olunmuş olması esasına göre hükkâm sınıfından ma'dûd olanların dava ve hükümleri de nâm-ı nâmî-i hilafet-i kübrâya mensuben bi'n-niyâbe vâki olmaktadır.

[Kanun-ı Cezada Hukuk-ı Şahsiye]

İşbu madde-i kanuniyede muhtac-ı şerh ve izah kalan bir cihet dahi vardır ki o da işbu kanunnamenin vaz ve tatbiki “her halde şer’an muayyen olan hukuk-ı şahsiyeye hâlel gelmeyeceği” yolunda muharrer olan ibare-i kanuniyedir. Şu halde “şer’an muayyen olan hukuk-ı şahsiye” nedir? Yukarıda zikri sebk ettiği üzere “şer’an muayyen olan hukuk-ı şahsiye”; kısas, diyet, hükümet-i adl, gurre, kasâme, damân-ı bîkrden ibarettir. Bu nev’ hukuk, şer’an muayyen olan hukuktur. Binâenaleyh işbu Kanun-ı Ceza’nın tatbiki, bu hukukun talep ve iddiasına hâlel vermez.

Fakat şer’an muayyen olan hukuk-ı şahsiyeden maksat, yalnız zikr olunan hukuk-ı şer’iyeden ibaret midir? Sâir envâ-ı hukuk-ı şahsiye bunda dahil olamaz mı? Evet damânı mücib olan emsâli dahi şer’an muayyen olan hukuktandır ve bu misillü hukuku ve gerekse nizamât-ı Devlet-i Aliyye ile taayyün edecek hukuk-ı şahsiyeyi işbu kanunname asla ihlal etmez.

Şu halde şer’an muayyen hukuk-ı şahsiyenin iki nev’i olduğu anlaşılır. Nev’in biri mikdar-ı damânı şer’an muayyen ve mukadder olandır ki diyet gibi ve nev’in diğeri de cihet-i damânı şer’an lâzım gelmekle beraber mikdarı tayin ve takdire ve başkaca sübût ve tahakkuka muhtaç olandır.

Nizamen lâzım gelen tazminat dahi şer’an lâzım gelen ve sınıf-ı sâniiden olan damânat kabîlindedir. Şu hale göre şer’an muayyen olan mezkurü’l-envâ hukuk-ı şahsiye hakkında evvelce ne ahkâm icra ed[il]egelmiş ise yine ol ahkâm-ı şer’iye câri olup müddeî kısas veya diyet veya hükümet-i adl veya gurre veya damân-ı bîkr talep ettiği halde mücerred “Ceza Kanunnamesi’nde bunlardan bahis yoktur, binâenaleyh onlar mefsuhü’l-hükmdür” diye müddeînin talebi reddolunmayıp ber-mûceb-i talep ve hükm-i şer’iye tevfikân mehâkim-i şer’iyece iktizâ-yı şer’isi icra olunmaktadır.

Ve diğeri damânı mücib ef’âlden mütevellid, şer’an veya nizamât-ı Devlet-i Aliyye ile müte’ayyin olan hukuk-ı şahsiye hakkında dahi hüküm böyledir; yani bunlar hakkında câri olagelmiş olan kavânîn-i şer’iye ve nizamât-ı Devlet-i Aliyye her ne ise yine mer’î olup Kanun-ı Ceza’nın vaz u neşri bu misillü hukuk-ı şer’iye hakkında cereyan edegelmiş olan ahkâmı tatil etmiş oldu denilemez.

İşbu Kanun-ı Ceza’nın dokuzuncu maddesinin hükmü dahi bu nev’ hukuk-ı şahsiyeye dairdir. İşbu ikinci nev’den olan hukuk-ı şahsiyenin bazen hukuk-ı umumiye ile birlikte olarak görülmekte olması mahza ashâb-ı davaya bir teshilât-ı müsâad[e]-kârâne olmak mülahazasına mebni olup binâenaleyh ashâb-ı dava-

nın hukuk-ı şahsiyelerini mehâkim-i cezaiyede hukuk-ı umumiye ile birlikte veyahut ayrıca ait olduğu bir hukuk-ı âdiye mahkemesinde rü'yet olunmasını talep eylemekte muhtar olması, Kanun-ı Ceza'nın bu nev' hukuka hükmü câri olmadığından ileri gelir.

Hatta işbu ikinci nev'den olan hukuk-ı şahsiye, müddeînin ihtiyarıyla mehâkim-i cezaiyede rü'yet olunmuş olsa dahi usul-i muhakeme ve hele edille-i sübûtiye cihetince umur-ı cezaiyede câri olan usul ve kaidenin bu misillü hukukta cereyanı caiz olmayıp mehâkim-i cezaiyede görülmekle beraber gerek usul-i muhakeme ve gerek usul-i sübûtiyece ait olduğu kanunda mübeyyen olan usul-i isbatiye yani nisâb-ı şehadet ve yemin ve ikrar ve nükûl gibi mevâdd-ı hukukiyede esbâb-ı hükmiyeden olan mevzuât-ı esasiye câri ve mer'îdir.

Bundan nâşidir ki çok defa hukuk-ı umumiye ciheti sâbit olduğu ve fâili mücâzât olunduğu halde hukuk-ı şahsiye sâbit olmadan bu cihet-i şahsiyeden dolayı fâil-i cürmün mu'ârazadan men'ine karar verilir.

Gördüğümüz işbu iki nev' hukuk-ı şahsiye meyânında esasen ve hükmen ittihad mevcut olup beynlerindeki fark merci cihetindedir. Şöyle ki kısas, diyet, hükümet-i adl ve sair hukuk-ı şahsiye-i şer'iyeden olan hukuk, mehâkim-i nizamiyenin rü'yeti vazifesi haricinde olan mesâilden olmağla bu misillü hukuk-ı şahsiye-i şer'iyeye davaları, mehâkim-i şer'iyede görülebilip hukuk-ı umumiye ile birlikte mehâkim-i cezaiyede görülemeyeceği gibi ale'l-infirâd mehâkim-i âdiyede dahi görülemez.

Amma bunlardan gayrı şer'an ve nizamen muayyen olan ve tazminat ve istirdad-ı emval kabîlinden bulunanlar, hukuk-ı şahsiyeler ya hukuk-ı umumiye ile birlikte mehâkim-i cezaiyede veyahut ayrıca mehâkim-i âdiyede rü'yet olunur.