

GÜMÜŞHANE ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİMDALI

**İSLÂM CEZA HUKUKUNDA BİLİNÇLİ TAKSİR VE OLASI KAST
HÜKÜMLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Temel MAHMUTOĞLU

HAZİRAN-2019

GÜMÜŞHANE



GÜMÜŞHANE ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİMDALI

**İSLÂM CEZA HUKUKUNDA BİLİNÇLİ TAKSİR VE OLASI KAST
HÜKÜMLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Temel MAHMUTOĞLU

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz FİDAN

**HAZİRAN-2019
GÜMÜŞHANE 2019**

KABUL VE ONAY

Yılmaz FİDAN danışmanlığında Temel MAHMUTOĞLU tarafından hazırlanan “İslâm Ceza Hukukunda Bilinçli Taksir Ve Olası Kast Hükümleri” isimli bu çalışma, 31/05/2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

Doç. Dr. Fetullah YILMAZ (Başkan)

[İmza]

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz FİDAN (Danışman)

[İmza]

Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet GAYRETLİ (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

13 /06 /2019

[İmza]

Prof. Dr. Ekrem CENGİZ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

BİLDİRİM

Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlamış olduğum “İslâm Ceza Hukukunda Bilinçli Taksir Ve Olası Kast Hükümleri” isimli bu çalışmanın, tamamen kendi çalışmam olduğunu, her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve alıntı yaptığım tüm çalışmaların kaynakçada yer aldığını taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

<input type="checkbox"/>	Tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.
<input type="checkbox"/>	Tezim sadece Gümüşhane Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
<input type="checkbox"/>	Teziminyıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

13 / 06 / 2019

[İmza]

Temel MAHMUTOĞLU

ÖNSÖZ

İnsan, nev-i şahsına münhasır bir varlık olması yanında toplum içinde yaşayan bir canlıdır. İnsan tüm bireyselliğini yahut farklılığını özgürce dışa vurmak isterken, toplum ise ortak paydada birleştirmeyi salık verir. Tüm bireysel istek ve arzulara rağmen bir arada yaşamak ise bir takım kuralların olmasını zorunlu kılar.

Hukuk dediğimiz bu kurallar sistemi toplumun huzurunun ya da kamunun vicdanının tesisi için yaptırımlar uygular. Denge ve eşitlik hatta sükûnet ihdâs eder. Bunu yaparken de hukukun hak ile bâtılı birbirinden ayırt edecek adalet bilincine sahip olması gerekir.

Suç, insanın ilk varlığından bu yana olagelmıştır ve de kıyamete kadar da olacaktır. Ancak “suç varsa cezası da vardır” düsturu bu durum karşısında hep vardı ve varlığını daima muhafaza edecektir. İnsanın iradesi ve onu bu iradeye iten niyet gücü vardır. Kişi işlediği günahın sorumludur. Ancak, kişi eyleminin sonucundan sorumlu olduğu kadar neyi ne kadar istediği de dikkate alınacaktır.

Tezimizin ana konusuna şâmil olası kasıt ve bilinçli taksir hükümleri, insanların hareketleri neticesinde vukua gelmiş suç oluşan olaylarda niyet-sonuç arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktır. Neticesinde “ahsen-i takvîm” olarak nitelendirilen varlığı cezalandırdığımız bu olaylarda, amacımız sadece amellerin değil niyetlerin de ne kadar önemli olduğunu belirtmektir.

Bu çalışma boyunca bana kılavuz olan tez danışmanım Dr. Öğrt. Üyesi Yılmaz FİDAN’a, sözleri ve nasihatleri yüreğimde yankılanan bütün öğretmenlerime, eğitim-öğrenim hayatım boyunca desteklerini üzerimde epeyce hissettiğim babama, ilk muallimem anneme, eğitim-öğretim hayatıma sabır ve özveriyle her daim destek olan eşime şükranlarımı sunuyorum.

Bilhassa bu çalışmanın husule gelmesinde bizi muvaffak kılan Rabbime hamdlerimi arz ederim.

Gümüşhane - 2019

Temel MAHMUTOĞLU

ÖZET

[MAHMUTOĞLU, Temel]. İslâm Ceza Hukukunda Bilinçli Taksir Ve Olası Kast Hükümleri, Yüksek Lisans Tezi, 2019, (XIII+112)

Olası kasıt ve bilinçli taksir kavramları seküler anlamda hayatımıza yeni girmiş kavramlardır. Ancak bu kavramlar kasıt benzeri ve hakiki hata şeklinde İslâm hukuku klasik kaynaklarında asırlar öncesinden beri yerini bulmuştur. Amacımız seküler hukukta yoğun bir şekilde tartışılan ancak modern İslâm hukuku sahasında pek de derinlemesine incelenmeyen olası kasıt ve bilinçli taksir kavramlarını incelemektir. Ayrıca hem İslâm hukuku hem de Türk Ceza Kanun'unu olası kasıt ve bilinçli taksir bağlamında mukayeseli olarak işleyip benzer ve farklı yönlerini ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Niyet, İrade, Olası Kasıt, Bilinçli Taksir.

ABSTRACT

[MAHMUTOĞLU, Temel]. Conscious Negligence and Eventual Intent Provisions in the Islamic Criminal Law, Master's Thesis, 2019, (XIII+112)

Eventual intent and conscious negligence concepts are that have recently entered in the our secular lives concepts. However these concepts have existed centuries ago in classizcal sources of Islamic law in the from of intention like and actual mistake. Our aims to examine the concepts of eventual intent and conscious negligence which are heavily debated in secularlaw but which are not thoroughly studied in the field of modern Islamic law. In addition, our aim is to show similar and different aspects of Islamic law and Turkish Penal Code comparatively in terms of eventual intent and conscious negligence.

Keywords: Intention, Self Control, Eventual Intent, Conscious Negligence.

İÇİNDEKİLER

DIŞ KAPAK

İÇ KAPAK

KABUL VE ONAY	II
BİLDİRİM	III
ÖNSÖZ.....	IV
ÖZET.....	V
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XI

GİRİŞ	1
I. Problem/ Problem Durumu	1
II. Konunun Önemi.....	2
III. Konunun Amacı.....	2
IV. Beklenen Yararlar	2
V. Araştırmanın Yöntemi.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

1.İSLÂM HUKUKUNDA SUÇ VE EHLİYET KAVRAMI	5
1.1. İslâm Hukukunda Suç	5
1.1.1.Tanımı.....	5
1.1.1.1.Sözlükte	5

1.1.1.2.Istılahta	6
1.1.2.Suçun Mahiyeti	7
1.1.3.Suçun Konusu.....	7
1.1.4.Suçların Tasnifi	7
1.1.5.Suçun Genel Unsurları	8
1.1.5.1.Kanuni Unsur (Tipiklik)	9
1.1.5.2.Maddi Unsur	10
1.1.5.3.Hukuka Aykırılık	11
1.1.5.3.1.Hakkın Kullanılması	12
1.1.5.3.2.Görevin Yerine Getirilmesi.....	12
1.1.5.3.3.Zorunluluk Hali	13
1.1.5.4.Manevi Unsur	14
1.1.5.4.1.İsnad Yeteneği/ Ehliyet	15
1.1.5.4.1.1.Mükellefiyetin Temel Şartı	15
1.1.5.4.1.2.Ehliyet ve Kısımları	16
1.1.5.4.1.2.1.Vücut Ehliyeti (Zimmet)	16
1.1.5.4.1.2.2.Eda Ehliyeti	17
1.1.5.4.2.Kusur Yeteneği	20
1.1.5.4.2.1.Kasıt (Taammüd, ‘Amd)	20
1.1.5.4.2.2.Olası Kasıt (Şibhü’l ‘Amd/Kasıt Benzeri).....	21
1.1.5.4.2.3.Hata (Bilinçli Taksir ya da Ağır Kusur).....	22
1.1.5.4.2.4.Hata Gibi Kabul Edilen Durumlar	23
1.1.6.Cezaî Ehliyeti Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Durumlar	23
1.1.6.1.Cünûn (Akıl Hastalığı)	24
1.1.6.1.1.Tanımı ve Kapsamı.....	24
1.1.6.1.2.Çeşitleri.....	24
1.1.6.2.Ateh (Akıl Zayıflığı, Bunaklık)	25
1.1.6.2.1.Tanımı ve Kapsamı.....	25
1.1.6.2.2.Çeşitleri.....	25
1.1.6.3.Sefeh (Harcamalarda Tedbirsizlik)	26
1.1.6.3.1.Tanımı ve Kapsamı.....	26
1.1.6.4.Sukr (Sarhoşluk)	27

1.1.6.4.1.Tanımı ve Kapsamı.....	27
1.1.6.4.2.Çeşitleri.....	28
1.1.6.5.İkrah (Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit).....	29
1.1.6.5.1.Tanımı ve Kapsamı.....	29
1.1.6.5.2.Çeşitleri.....	29
1.1.6.5.3.Şartları.....	30
1.1.6.5.4.İkrah'ın Söz ve Fillere Etkisi.....	33
1.1.6.6.Kanun Hükmü ve Amirin Emri.....	35
1.1.6.7.Meşrû Savunma/Müdafaa.....	36
1.1.6.8.Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası.....	37
1.1.6.8.1.Hakkın Kullanılması.....	37
1.1.6.8.2.İlgilinin Rızâsı.....	39
1.1.6.9.Sınırın Aşılması.....	40
1.1.6.10.Haksız Tahrik.....	41
1.1.6.11.Hata.....	42
1.1.6.12.Yaş Küçüklüğü.....	43
1.1.6.13.Sağır ve Dilsizlik.....	43

İKİNCİBÖLÜM

2. İSLÂM CEZA HUKUKUNDA OLASI KASIT (ŞİBHU'L- 'AMD, KASIT BENZERİ)	45
2.1. Olası Kasıt Kavramı	45
2.1.1. Sözlükte.....	45
2.1.2. İslâm Fıkıh Literatüründe	45
2.1.3.Seküler Ceza Kanunlarında	48
2.1.4.Mukayeseli Hukukta Olası Kast.....	51
2.2.Olası Kastın Tespiti	52
2.3.Olası Kasıtle İşlenebilen Suçlar	57
2.4.Suçta Teşebbüs	59
2.5.Olası Kasıtle Suça Teşebbüs	61
2.6.Olası Kasıtle Ceza İndirimi	66

2.6.1.İslâm Hukukunda.....	66
2.6.2.Seküler Hukukta	67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3.İSLÂM CEZA HUKUKUNDA BİLİNÇLİ TAKSİR (HAKİKİ HATA)	69
3.1.Bilinçli Taksir Kavramı.....	69
3.1.1.Sözlükte.....	69
3.1.2.İslâm Fıkıh Literatüründe.....	70
3.1.3.Seküler Ceza Kanunlarında	73
3.1.3.1.Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	78
3.2.Fukahânın Bilinçli Taksirle İşlenen Suçlarda Saptadıkları Kurallar	80
3.2.1.Birinci Kural	80
3.2.2.İkinci Kural	81
3.3.Beşerî Hukukçularının Saptadıkları Kurallar	82
3.3.1.Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması.....	83
3.3.1.1.Taksirle İşlenebilen Suçlar.....	83
3.3.2.Hareketin İradî Olması.....	83
3.3.3.Neticenin İradî Olmaması	83
3.3.4.Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması	84
3.3.5.Neticenin Öngörülebilmesi.....	84
3.4.Bilinçli Taksirle İşlenen Suçların Cezası.....	85
3.4.1.İslâm Ceza Hukukunda.....	85
3.4.2.Seküler Ceza Kanunlarında	90
3.5.Bilinçli Taksir Açısından İslâm Ceza Hukuku ile Seküler Ceza Hukukunun Mukayesesi	90
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	93
KAYNAKÇA	96
ÖZGEÇMİŞ.....	106

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.s.	: Aleyhisselâm
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	: İbn
b.y.	: Basım yeri yok
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
dip.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
h.	: Hicrî
Hz.	: Hazreti
K.	: Karar
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
t.y.	: Tarih yok
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
v.	: Vefat
vd.	: Ve devamı
v. dğr.	: Ve diğerleri
y.y.	: Yayınevi yok

GİRİŞ

I. Problem/ Problem Durumu

Kur'ân-ı Kerîm'in üzerinde titizlikle durduğu ilkelerden bir tanesi de adalettir. Adalet Kur'ân'da zulmün zıddı olarak ifade edilir. İnsan sorumluluk sahibi varlıktır. İnsanın iradeli oluşu onun yapıp ettiklerinden sorumlu olacağını da gösterir. Nitekim insan iyi yönde davranabileceği gibi kötü yönde de davranabilir. Her insanın özgürlüğü istemesine rağmen istediği gibi davranabilir düşüncesi imkânsızdır. Çünkü böyle bir ortamda toplumsal denge ve huzurdan bahsetmek mümkün olamaz

Hukuk kuralları toplumsal huzur için bir takım yaptırımlardır. İslâm hukuku bu durumu “suç varsa cezası vardır” ilkesiyle ortaya koymaktadır. Adalet sadece mağdurun menfaatini gözetmek değil, aynı şekilde suçlunun da menfaatini gözetmektir. Hiç kimse yapmadığı bir eylemden dolayı sorumlu tutulamaz.

Ortaya çıkan neticede suçlunun niyetine mi yoksa sonuca mı bakılır düşüncesi tecziyede oldukça müşkül meseleleri doğurmuştur. Neticeye mağdur açısından bakmakla suçlu açısından bakmak ya da bu ikisine orta yoldan bakmaya çalışmak cezalandırmayı doğrudan etkileyecektir.

Sözgelimi sonucu ölümle biten bir olayda sonuca bakarak kısas cezasını vermek ne kadar hakkaniyetli bir yargıdır? Kişinin havaya ateş etmesi sonucu başkasına kurşun isabet etmesini düşünürsek, kişinin hata etmesi sonucu kabahati yoktur mu diyeceğiz? Sebep ve sonuç arasında kalan niyet, kusurlu davranış, irade, harekete yönelim biçimi, kişinin eda ehliyetine haiz olup olmaması, neticeyi öngörmesi, ihmalkâr davranıp davranması gibi durumları dikkate almayacak mıyız? Olaylara sadece kasıt ve hata bağlamında bakmak bizce hakkaniyetli bir yargı değildir. Kişinin niyetini, öngörüsünü, neticeyi isteyip istememesini düşünürsek meydana gelen netice kasıt olmaktan çıkabilir ya da hatadan daha fazlası da olabilir.

İslâm hukukçuları, neticesinde suç oluşan olaylardaki tüm detayları değerlendirerek İslâm hukuku için hüküm koyarken zalim olmamak adına derin bir anlayışla hukuk muhakemesini yapacaklardır.

II. Konunun Önemi

Asırlardır İslâm hukukunda yerini alan olası kasıt/kasıt benzeri ve bilinçli taksir/sırf hata kavramları cezaların tespitinde hayati öneme sahiptir. İfrat ve tefrit bağlamında bu kavramlar mühimdir. Bu kavramlar hususiyle öldürme ve yaralama suçlarında sırf kasıt ile olası kasıt ayrımını sağlamak açısından önemlidir. Çünkü cezalarda kısas hükmünün oluşup oluşmaması buna bağlıdır. Kısacası vukua gelen bu tür olaylarda kişinin “niyet-irade-hareket” pozisyonunu belirlemede elzem kavramlardır.

Seküler hukukta yeni yeni yer bulup oldukça şöhret kazanmış bu kavramların klasik fıkıh kaynaklarında yerini bulmuş olması oldukça ilgi çekicidir.

III. Konunun Amacı

Olası kasıt ve bilinçli taksir kavramları İslâm hukukunun resmi uygulamadan kalktığı ülkemizde seküler mahkemelerde yeni yeni tartışılmaya başlanmıştır. (2005’ten bu yana) İslâm hukukunun resmi uygulamada olmayışı ve resmen de başvurulana bir hukuk olmayışı sebebiyle yeni bir kavrammış gibi değerlendirilmiştir. Çünkü resmi hukukumuz seküler hukuk endeksli olduğundan seküler hukuk sahasında gelişen gündeme göre içeriğini düzenlemektedir. Hâlbuki bu kavramlar yaklaşık 14 asırdır İslâm hukuku kaynaklarında vardır.

Amacımız kasıt benzeri ve hakiki hata/sırf hata kavramlarını seküler hukuktaki benzerleriyle mukayeseli bir şekilde irdeleyip bu kavramların benzer ve farklı noktalarını ortaya koymaktır.

IV. Beklenen Yararlar

Bu araştırma neticesinde, sadece modern bir kavram olarak düşünülen olası kasıt ve bilinçli taksir kavramlarının İslâm hukukunda başından beri var olduğu ve İslâm hukukçuları (Fukahâ) tarafından yapılan tespitin, seküler hukukun bu kavramlar üzerindeki doktrininden daha doğru olduğunu göstermek hedeflenmektedir.

V. Araştırmanın Yöntemi

Giriş ve üç bölümden oluşan tezimizin giriş bölümünde neyi, niçin ve nasıl yaptığımızdan bahsedilmektedir. Tezimizde sıklıkla başvurduğumuz kaynaklardan ve takip ettiğimiz yoldan bahsedilmektedir

Birinci bölümde genel anlamda suç ve ceza hakkında tanıtıcı bilgiler verilmiştir. İslâm ceza hukuku bağlamında suçun kavramsal çerçevesi çizilmiştir. Suçun unsurları zikredilmiş ancak tezimizi daha çok alakadar ettiği için manevi unsuru üzerinde detaylı bir şekilde durulmuştur. Kim suç işleyebilir ya da kimler suç işleyemez mefhumu üzerinde durulmuştur. Bütün bunlar işlenirken lafı lüzumsuz uzatmamaya özen gösterilmiş, tezimizi meşgul eden hususlara değinmekle yetinilmiştir.

İkinci bölümde kasıt benzeri yani seküler anlamıyla olası kasıt kavramına detaylı bir şekilde değinilmiştir. Kasıt benzerinin kavramsal çerçevesi hem İslâm hukuku hem de seküler ceza hukuku bağlamında çizilmiştir. Bu bölüm, İslâm hukuku kısmında işlenirken ehl-i sünnet olarak nitelendirilen dört mezhep nezdinde mukayeseli olarak işlenmiştir. Seküler hukuk kısmında ise Türk ceza hukukçularının benzer ve karşıt görüşlerine yer verilmiş, kendi aralarında mukayeseli olarak irdelenmiştir. Ayrıca hem İslâm hukuku hem de seküler hukuk alanındaki bu görüşler de kendi aralarında mukayese edilmiştir.

Üçüncü yani son bölümde ise sırf hata, diğer bir ifadeyle bilinçli taksir konusu işlenmiştir. Bu bölümde bilinçli taksir kavramı aynen ikinci bölümde olduğu gibi hem dört fıkıh mezhebi içinde hem de seküler hukukçular nezdinde hem de kaynağı farklı bu iki hukuk arasında mukayeseli olarak incelenmiştir.

İslâm hukuku kapsamında işlenen mevzular, dört fıkıh mezhebinde de mezhebin klasik fıkıh kitaplarına dayandırılmaya özen gösterilmiştir. Özellikle son dönem İslâm hukuku müelliflerinden Abdulkâdir ÜDEH'in, **et-Teşrî'u'l-Cinâ'ıyyu'l-İslâmî Mukâranen bi'l-Kânûni'l-Vad'î** adlı eserine sıklıkla atıfta bulunulmuş, bu eser tezimizin yol haritası konumunda kullanılmıştır. Seküler ceza hukuku olarak ifade ettiğimiz kısımlarda ise Türk Ceza Kanunu ve buna bağlı olarak da Türkiye ceza hukuku baz alınmıştır. Tezimizin seküler ceza hukuku kanadını oluşturan kısımlardaki yol haritamızı ise Cengiz APAYDIN'ın **Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast ve Bilinçli Taksir** isimli çalışması oluşturmuştur.

Tezimizde dilbilgisi açısından TDK kurallarına azami dikkat edilmeye çalışılmıştır. İslâm hukuku alanını ilgilendiren ve de aslen Türkçe olmayan kelimelerde ise TDV Ansiklopedisi esas alınmıştır. Özellikle olası kasıt kavramı ifade edilirken yazım şekli kanun maddelerinde ve tıpkı alıntılarda, yazıldığı gibi bırakılmış ancak onun dışı kullanımlarda TDK kurallarına riayet edilmiştir.

BİRİNCİBÖLÜM

1. İSLÂM HUKUKUNDA SUÇ VE EHLİYET KAVRAMI

1.1.İslâm Hukukunda Suç

1.1.1. Tanımı

1.1.1.1.Sözlükte

Genel manasıyla suç, insan fitratına aykırı olup kamu vicdanının beğenmediği, toplum tarafından hoş görülmeeyen her şeydir. İslâm dini açısından söylemek gerekirse suç, Yüce Allah'ın emrettiği şeyleri yapmamak ve ya ihmal etmek ya da yasakladığı şeyleri yapmak ve ya yapmama noktasında ihmalkâr davranmaktır. Bir başka ifadeyle suç, Allah'ın emrettiği davranışları yerine getirmemek ya da yasakladığı davranışları yapmak biçiminde tanımlandığında dinî, ahlâkî ve hukukî kurallara dönük her türlü ihlâlî içine alan bir kavramdır.¹

İslâmî kaynaklarda “suç” kavramını karşılayan ifadelerden bir tanesi ise *ism* (الإثم) dir. ا-ث-م kökünden kelimeler Kur’ân’da 48 yerde geçmekte, *ism*, *âsim*, *âsimîn*, *esîm* ve *te’sîm* kalıplarında “günah, günahkâr”, sadece Furkân 25/68’de *esâm* kelimesi ise “ceza” anlamına gelmektedir.² Lügatte ise *ism*; helal olmayan bir şeyin yapılması anlamına gelir.³ *Ma’siye* (المعصية)⁴, *hatîe* (الخطيئة)⁵, *cünâh* (الجناح)⁶, *zenb* (الذنب)⁷, *lemem* (اللمم)⁸, *isyân* (العصيان)⁹, *seyyie* (سيئة)¹⁰, *fahşâ* (الفحشاء), *münker* (المنكر) ve *bağy* (البغى)¹¹ gibi kelimelerin hepsi suçun genel anlamına (menhiyyâtı işlemek, evâmiri terk etmek)

¹ H. Yunus Apaydın v.dğr., **İslam Hukukuna Giriş**, Eskişehir, 2013, s. 242.

² Mehmet Okuyan, **Kur’ân-ı Kerîm’de Çok Anlamlılık**, İstanbul, 2013, s. 69.

³ Ebu’l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mükrim İbn Manzûr, **Lisânu’l-‘Arab**, Beyrut, 1414, c.1, s. 123.

⁴ Mücadele 58/8-9; Müslim, III, 1469 (1839-1840).

⁵ Bakara 2/81; Ahmed b. Hanbel, V, 181 (21612).

⁶ Bakara 2/158,198,229,230; Nisa 4/23 vd..

⁷ Şu’arâ 26/14; Ankebût 29/40.

⁸ Necm 53/32.

⁹ Hucurât 49/7; Zümer 39/13.

¹⁰ Bakara 2/81; Nisâ 4/31.

¹¹ Nahl 16/90; Ankebût 29/45.

karşılık gelen kelimelerdir.¹²Bu kavramlar her ne kadar suç teriminin mahiyetini ihtiva etse de klasik kaynaklarda daha çok *cürm*, *cerîme* ve *cinâyet* terimleri kullanılmaktadır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki klasik kaynaklarda *cerîme* teriminin tüm suç türlerini ifade etmek için kullanılmasına karşılık, *cinâyet* terimi daha çok yalnızca cana ve vücut bütünlüğüne yönelik suçları belirtmek için kullanılmaktadır. Ayrıca hayvanların ve eşyanın verdiği zararlar onlara verilen zararların da *cinâyet* terimi ile ifade edildiğini vurgulamamız gerekir.¹³Mamafih geç dönem fıkıhçılar ise suçu ve suçun ihtiva ettiklerini belirtmek için geç dönem fıkıhçılarından kimisi *cinâyet*¹⁴kimisi de *cerîme*¹⁵ terimini kullanmayı tercih etmişlerdir. Şunu da belirtmek gerekirse erken dönem fıkıhçıların suç için farklı kelimeler üretmemelerinin, suçu karşılamak için Kur'ân ve hadislerde geçen suçu kapsayan ifadeleri kullanmaların sebebi ise kanaatimizce o dönemde daha çok dünya-ahiret açısından toplumsal düzenin korunmasının amaçlanması, sosyal düzeni amaçlarken bu zaviyeden olaylara bakılmasıdır.

1.1.1.2.Istılahta

Beşerî hukuk terminolojisinde suç, “törelere, ahlak kurallarına aykırı davranış ve de hukukî yasalara aykırı davranış, cürüm”dür.¹⁶ Görüldüğü gibi beşerî hukuk düşüncesinde suçu tarif ederken töreler, ahlak kuralları ve hukukî yasalar temel alınmıştır. Bir başka deyişle modern hukukta suç genel teorisi, suçun ne olduğunu ve diğer hukuka aykırı fillerden nasıl ayırt edildiğini, suçun varlığı için zorunlu olan unsurları, suça etki eden (ağırlaştıran ve hafifleten) sebepleri, suçu cezalandırabilir hale getiren şartları, suçun ne zaman ortadan kalktığını inceleyip ardından çeşitli suçların hangi hukukî değeri korumayı amaçladığını dikkate alarak kişilere karşı işlenen suçlar, mal varlığı aleyhine işlenen suçlar vb. şekillerde gruplara ayırıp bunlara özgü teorik meseleleri ele alır.¹⁷İslâm ceza hukuku açısından suça getirilen ilk tanım ise Allah

¹² Merter Rahmi Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmali Suçlar*, Konya, 2014, s. 16.

¹³ Talip Türcan ve Ünal Yerlikaya, “Ceza Hukuku”, Talip Türcan (Ed.) *İslam Hukuku El Kitabı*, Ankara, 2012, s. 305.

¹⁴ Abdülkâdir ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâi’l-İslâmî*, Beyrut, 1985; ‘Üdeh, *el-Mevsû’atü’l-‘Asriyye fi’l-Fıkhi’l-Cinâi’l-İslâmî*, Kahire, 2001; M. Selim el-‘Avvâ, *Fî Usûli’n-Nizâmi’l-Cinâi’l-İslâmî*, Kahire, 2006, vb.

¹⁵ Muhammed Ebu Zehra, *el-Cerîme*, Kahire, 1998; ‘Abdumecîd Mahmûd es-Salâhayn, “el-Cerâimü’s-Selbiyye: Ahkâmuhâ ve Devâbituha fil’l-Fıkhi’l-İslâmî”, *Mecelletü’s-Şerî’a ve’l-Kânûn*, Sayı.36, 2008.

¹⁶ T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Su%C3%A7> Erişim tarihi: 08.02.2019.

¹⁷ Mehmet Boynukalın, “Suç”, *DİA*, Cilt. 37, 2009, s. 453-457.

Teâlâ'nın had ve ta'zîr cezalarıyla cezalandırdığı hukukî yasaklardır.¹⁸ Genel olarak suç için dile getirilen bu tanım, beraberinde bir takım sorunları da getirmektedir. Şöyle ki: Ta'zîr dediğimiz ceza türü bizzat Şâri' tarafından konulmayıp kullarının istitâat ve vicdanları kabilinde kamusal düzeni idame ettirmek amacıyla teşekkül eden cezalardır. Bu açıdan baktığımızda bahsi geçen cümlede ta'zîr Allah'a izafe edilmekte ve böylece de hata edilmiş olmaktadır. Bir diğer husus ise cezalandırmada insan faktörünü ortadan kaldırmaktadır. Hâlbuki ceza kanunlarının çıkarılmasında beşerî bir yönün bulunduğu ise herkes tarafından kabul olunan bir gerçekliktir.¹⁹

1.1.2.Suçun Mahiyeti

Biri şekle öbürü ise mahiyete müteallik olmak üzere suçla alakalı araştırmalarda iki anlayış mevzubahistir. Birincisi, meseleyi ceza kanunu ile olan ilişkisi açısından inceler ve suçu “hukuk düzeninin ceza tehdidi ile yasakladığı fiil” şeklinde tanımlar. İkinci anlayış ise suçu vasfı yani neyi ihlal ettiği ve niçin yasakladığı ile meşgul olur.²⁰

1.1.3.Suçun Konusu

En kaba tabiriyle suçun konusu insan ve şeydir. Örnek verecek olursak öldürme suçunun konusu yaşam hakkı gerek kastî gerekse gayrı kastî elinden alınan insan, hırsızlık suçunun konusu ise mevcut bir yerden haksız yere götürülen menkul maldır.

1.1.4.Suçların Tasnifi

İslâm ceza hukukunda suçlar konusu bakımından hayata, bedene, şahsiyete, mal varlığına olmak üzere dörde ayrılır. Ayrıca kişinin temel hak ve hürriyetlerine müteveccih suçlar veya ihlâl ettikleri hakkın özüne ilişkin Allah (kamu) hakkının, kişisel hakların ve her ikisinin de bulunduğu suçlar şeklinde de üçe ayrılırlar. Ancak suçların şöhet bulmuş tasnifi cezasının Şâri' tarafından tayin edilip edilmediğine göre

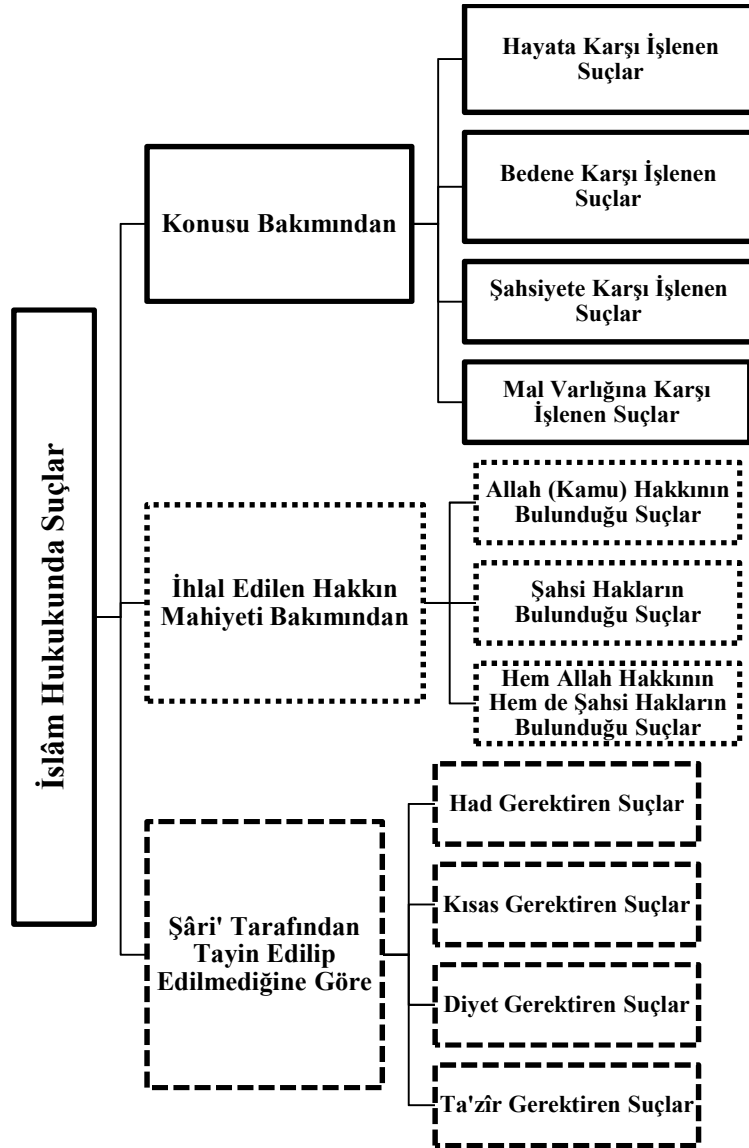
¹⁸ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb Mâverdi, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Kahire, t.y., s. 322. “مخطورات شرعية”
”زجر الله عنها بحد أو تعزير”

¹⁹ Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmali Suçlar*, s. 18.

²⁰ Boynukalın, “Suç”, s. 453.

yapılan had, kısas, diyet ve ta'zîr suçları şeklindedir.²¹ Bu ayrımları tablo şeklinde göstermekte fayda görüyoruz.

Şekil 1.1. İslâm Hukukunda Suçlar



1.1.5. Suçun Genel Unsurları

Suçun unsurları irdelendiğinde bu unsurların iki kısma ayrıldığı göze çarpar. Bunlardan ilki bütün suçlar için var olan kurucu unsurlardır ki buna suçun genel

²¹ Boynukalın, “Suç”, s. 455.

unsurları denir. Bir de bazı özel durumlar için varlığından söz edebileceğimiz unsur vardır ki buna da suçun özel unsuru denir. Mesela, zimmet suçunun meydana gelmesi için fâilin kamu personeli olması hususi bir unsurdur.²² Gerek günümüz ceza hukuku gerekse de İslâm ceza hukuku açısından suçun genel unsurları irdelendiğinde, kanuni unsur (tipiklik), maddi unsur (hareket) ve de manevi (edebî) unsur (kusurluluk)un varlığından söz edilir.²³ Bazı hukukçular bunlara hukuka aykırılık maddesini de ilave etmektedirler.²⁴ Bu unsurları hem İslâm hukuku hem de seküler hukuk perspektifinden inceleyip izah etmeye çalışalım.

1.1.5.1. Kanuni Unsur (Tipiklik)

İlâhî ve beşerî hukuklar tarafından kabul edilen bir ilke vardır ki o da şöyledir: “Kanunsuz suç ve ceza olmaz”.²⁵ Beşerî hukukta 18. asrın hâkim fikir cereyanı ferdiyetçi felsefenin insan hürriyetine atfettiği büyük değer, onun teminatını arama gayretine hız vermiş ve prensip bu gayretin neticesinde belirmiştir.²⁶ Ancak on dört asır önce Kur’ân’da bu ilke vücut bulmuş, ta o zaman insan hak ve hürriyetlerinin dokunulmaz olduğunun kanuni çerçevesini çizmiştir.²⁷ Fakat mezkûr kâide ilk defa Kur’ân’da geçmez bilakis Eski Ahit’te (Tevrat) ve Yeni Ahit’te (İncil) de geçmektedir.²⁸ Buradan anlaşılıyor ki İlâhî hitapların tamamı zikri geçen kuralı barındırır. Çünkü kural koyucu (Şâri’) suçun çerçevesini belirlemese biz kulların hüküm verirken murâd-ı ilâhî’nin dışına çıkma ihtimalimiz çok yüksek olacak hatta Allah tarafından istenilen cezayı tutturma olasılığımız ise çok düşük olacaktır. Neyin suç olduğunu bilme de güçlük çekecek, suç olarak tespit ettiğimiz vakıanın ise Şâri’ tarafından öngörülen cezasını ise bulabilmemiz mümkün olamayacaktı. Tipikliğin beşerî hukuk cenahındaki yansımaları şöyle izah ederiz. Kanunilik prensibi Türk mevzuatına ilk defa 1926 tarihli Ceza Kanunu ile girmiştir. Daha önceleri Türk hukuku böyle bir ilkeyi bilmiyordu²⁹ denilse de aslında Türkiye hukuku buna yabancı değildi bilakis Türkler İslâmiyet’i

²² Türk Ceza Kanunu, md. 247.

²³ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 111.

²⁴ Boynukalın, “Suç”, s. 455.

²⁵ Uğur Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara, t.y., s. 3.

²⁶ Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda...*, s. 3.

²⁷ Kur’ân’daki kullanımlar için bakınız; Bakara 2/282; Nisâ 4/24; En’âm 6/119; Hadisler için bkz. Buhârî, Hudûd 9; Tirmizî, Libas 6; İbn Mâce, Et’ime 60.

²⁸ **Tevrat**: Mısır’dan Çıkış 21:12, Mısır’dan Çıkış 21:16, Mısır’dan Çıkış 22:19, Levililer 20:10, Levililer 20:13, Yasa’nın Tekrarı 13:5, Yasa’nın Tekrarı 22:4; **İncil**: Yuhanna, 8:5.

²⁹ Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda...*, s. 20.

kabul etmelerinden bu yana bu unsur kullanılmaktaydı. Çünkü İslâm ceza hukuku kurallarına göre yargılama yapılmaktaydı. Başka bir deyişle İslâm ceza kültürüne göre soruşturma, İslâm ceza hukukuna göre kovuşturma ve yargılama yapılıyordu. Binaenaleyh bunun bir neticesi olarak ceza hukuku verileri olarak Kitap ve sünneti yani nassı kullanmışlardır. Osmanlı'nın son zamanlarında hukukta reform hareketleri yapılmasıyla bu durum hukuku da etkiledi. Neticesinde ise İlâhî kaynaklı değil de beşerî kaynaklı hukuk sistemi benimsenmeye başlanmıştır.

1.1.5.2.Maddi Unsur

Hukukun sorumlu kabul ettiği herhangi bir şahıstan yasaklanmış bir fiil veya sözün, fert ya da topluma zarar verecek şekilde sâdır olması suçun maddi unsurunu oluşturur.³⁰ Suç olarak nitelendirilen söz ya da fiilin fâillerine ceza verilebilmesi için, bu fiil ya da sözlerin dış âlemde icra edilmesi başka bir ifadeyle eyleme dönüşmesi gerekir.³¹ Ayrıca, gerçekten suç eyleminin fâile isnadı mümkün olmalı, yani fâil hukuken kişilik (ehliyet) sahibi olmalıdır.³²

Mükellef konumundaki bir kimsenin, hukuk tarafından yasaklanan bir davranışı yapması veya yerine getirmekle yükümlü olduğu bir fiili terk etmesi, suçun maddi unsurunu teşkil etmektedir.³³ İslâm ceza hukukunda kişi hukukî açıdan suç sayılabilecek söz ve fiilleri gönlünden geçirirse fakat bu düşündüklerini eyleme dökmese bundan dolayı suçlu sayılmaz. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) de bu tür yasakları gönlünden geçiren fakat eylem durumuna getirmeyenlerin sorumluluğunun bulunmadığını dile getirmiştir.³⁴ Suçun maddi unsurunu daha da iyi anlayabilmek için suçun aşamalarını bilmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Modern hukuk bu durumu daha iyi izah edebilmek için teşebbüs kavramını geliştirmiştir. Suça teşebbüs etmeden önce, fâil gerçekleştireceği eylemi düşünmüş olmalı ve bu eylem için herhangi bir hazırlık yapmış olmalı ve neticesinde de fâilin icra safhasına geçmiş olması gerekir. Her ne kadar bu süreç kasıt unsurunu anlatsa da gerek kasıt benzeri gerekse de kusurla işlenen suçlar

³⁰ Yaşar Yiğit, **İslam Ceza Hukuku Hükümlerin Yürürlüğü**, Ankara, 2012, s.32; 'Ûdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c.1, s.32; Ebu Zehra, **el-Cerîme**, s. 353.

³¹ Yiğit, **İslam Ceza Hukuku...**, s. 32.

³² Zekiyüddin Şa'bân, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, çev. İ. Kafi Dönmez, Ankara, 1990, s. 247 vd.; Nihat Dalgın, "Cezai Sorumlulukta Kasıt", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları**, Sayı. 10, 1998, s. 208.

³³ Yiğit, **İslam Ceza Hukuku...**, s. 32.

³⁴ İbnu Mâce, c.1, Talak 14, h. 2040; Buhârî, c.6, s.169, Talak 11-2; Müslim, c.1, s.116, İman 201-202 (127); Nesâî, c.6, s.156, Talak 22, h.3431-3432.

aynı sırayı takip eder. Meseleyi daha da genişletecek olursak düşünme ve azmetme safhasında fâil, bu tutumundan dolayı suçlu sayılmayacaktır. Çünkü İslâm hukukunda, insanın söylemeyi veya yapmayı düşündüğü ya da niyetlendiği şeylerden dolayı sorumlu olmayışı genel bir ilkedir.³⁵ Hazırlık safhasında da suç tam olarak eylem safhasına gelmediği için suç cereyan etmez. Ancak mevcut durum içinde kamu yararını ya da düzenini bozacak durumlar olması halinde devlet ta'zîr kabilinde uygun ceza verebilir. Görüldüğü gibi burada ceza planlanan fiil için değil, bu hazırlık safhasında peydah olan olayla ilintili harici suçlardan dolayıdır. Misal olarak herhangi bir grup insan ortaya şarap koyup etrafında toplansalar, herhangi biri onları içerken görmese, kendilerine içki içme cezası uygulanmasa da davranışları başka bir suç teşkil ettiğinden onlara ta'zîr cezası verilebilir. Çünkü bu kimseler içme eylemini irade ettiklerinden dolayı fâsıktırlar ki her ne kadar şahit olmadığından hadd cezası teşekkül etmese bile ta'zîr uygulanabilir.³⁶ Nitekim bu olayda şahit olmadığından dolayı şüphe oluşmuştur.

1.1.5.3. Hukuka Aykırılık

Fiilin sırf ceza hukukuyla değil hukuk düzeninin tamamına ters düşme halinde bulunması demektir. Tipikliğin vukua gelmesiyle birlikte kural olarak hukuka aykırılık da meydana gelir. Mamefih tipik davranış hukuk düzeninin tamamına göre irdelenmeli ve ilave bir denetlemeye tabi tutulmalıdır. Eylem ancak bu açıdan değerlendirildikten sonra onun hukuka mutabık veya hukuka mugayir olduğu konusunda son karar verilmiş olur.³⁷ Buna göre fâilin işlediği fiil hukuka aykırılık içermiyorsa, o fiil suç kapsamında ele alınamaz ve eylem sahibine de ceza uygulanamaz.³⁸ Yasaklanmış fiilin cezalandırılabilmesi için;

- I. Suç teşkil edecek fiilin işlendiği zamanda ceza hükmüne müteallik kuralın yürürlükte olması,
- II. Fiilin işlendiği yerde geçerli olması,
- III. Fiili işleyen kişiye uygulanabilir olması

³⁵ 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 347.

³⁶ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut, 1414/1993, c. 24, s. 37.

³⁷ Boynukalın, "Suç", c. 37, s. 456.

³⁸ Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 37.

şarttır. Bu şartlardan birisi olmazsa yasaklanmış fiilin cezalandırılması mümkün değildir.³⁹Hülâsaten ifade edersek kanuni unsur, hukuk tarafından suç kapsamında değerlendirilen fiil veya davranışların işlenmesi durumunda, suçluya uygulanacak maddi ve manevi (psikolojik) yaptırımın kanunda belirtilmesidir.⁴⁰ Ayrıca ceza kuralında tanımlanan bir davranışın suç sayılabilmesi için, o davranışın başka bir hukuk kuralı tarafından hukuka uygun hale getirilmemiş olması gerekir.⁴¹ Hukuka uygunluk dediğimiz bu ilkenin bulunması durumunda bahse konu eylem suç olarak nitelendirilemeyecek, haliyle de bu eyleme cezaî işlem uygulanamayacaktır. Bu durumlar şunlardır:

1.1.5.3.1.Hakkın Kullanılması

Hakkın kullanılması, belli bir ceza kuralında suç olarak tanımlanmış olan davranışın, bir başka hukuk kuralı tarafından fâilin hakkı olarak düzenlenmiş olması anlamındadır. ⁴²Te'dîb hakkı buna örnek olarak verilebilir. Anne baba çocuğunu eğitmek maksadıyla tanımlanmış ölçüler dâhilinde dövebilir. Buradaki dövme eziyet ve acı çektirmek için değil sadece işin ciddiyetini hissettirmek içindir. Şayet sınır aşıldığı durumda hukuka aykırı eylem oluşacağından fâil cezaî sorumluluğu hak etmiş olacaktır.

1.1.5.3.2.Görevin Yerine Getirilmesi

Belli bir hukuk kuralının hükmü ya da yetkili organın emri gereği yapılan bir davranış, ceza kuralındaki suç tanımına uysa bile suç olarak değerlendirilemez.⁴³ Doktorun hastayı ameliyat etmesi buna örnek verilebilir. Görünüşte tabip hastayı kasten ve de planlayarak ve de sonucunu öngörerek yaralamış gibi gözüксе de kanunun ona verdiği yetkiyle tedavi amaçlı müdahalede bulunmakta, sonuç olarak da hukuka uygun eylem yaptığından suç teşkil edecek netice ortaya çıkmamaktadır. Burada şunu belirtmek gerekir. Şayet hastanın ölmesi ya da sakat kalması durumunda doktorun dikkatsizliği, özen yetersizliği, bilgi eksikliği, ya da kasıt gibi durumu mevcut

³⁹ ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 112; Ali Şafak, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, İstanbul, 2012, c. 1, s. 141.

⁴⁰ Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 41.

⁴¹ Talip Türcan ve Ünal Yerlikaya, “Ceza Hukuku”, *İslam Hukuku El Kitabı*, Ankara, 2012, s. 313.

⁴² Türcan, “Ceza Hukuku”, s. 313.

⁴³ Türcan, “Ceza Hukuku”, s. 314.

bulduğunda, doktor hukuka uygun davranış sergilemediğinden cezayı hak etmiş olacaktır.

1.1.5.3.3.Zorunluluk Hali

Kişinin, kendisini ya da bir başkasını bilerek neden olmadığı hayatî bir tehlikeden kurtarmak amacıyla suç olarak tanımlanan bir davranışı yapmasıdır. Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için ölüm tehlikesinin bulunması, tehlikeden başka bir yolla kurtulma imkânının olmaması gerekir. Zorunluluk miktarının aşılmamış olması ve bir başkasının zorunluluk halinde (muztar halde) bırakılmaması ya da ölümüne sebep olunmaması gerekmektedir.⁴⁴

Suç ve cezalarda böylesine önemli bir maddenin İslâm ceza hukukunda suçun unsurları bağlamında vazgeçilmez bir ilke olduğuna birçok âyet ve hadis delildir. Naslar (âyet-hadis) dışında kişilere ceza verilemeyeceğinin ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağının vurgulanması İslâm ceza hukukunda mezkûr ilkenin hukukî dayanağını teşkil eder. Burada belirtmek gerekir ki mezkûr ilke haddi zatında üç durumu ihtiva eder. Birincisi, suç teşkil edecek eylemin kanunda açıkça yazılı olması; ikincisi, bu kanunun tebliğ edilmesi; üçüncüsü ise suçun şahsiliği ki cezanın suçluya verilmesi başka bir deyişle suçu kim işlediyse cezayı da onun çekmesidir. İsrâ suresi 17. âyet mevcut meseleye örnek gösterilebilir: “...Hiçbir günahkâr, başkasının günah yükünü üstlenmez. Biz, bir peygamber göndermedikçe (kimseye) azap edecek değiliz”.⁴⁵ Aynı ilkeyi 2005 yılında yenilenen Türk Ceza Kanunu’nda da bulabiliriz.⁴⁶ Ayrıca “kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklinde formülize edilen ilkeyi fıkıh usulünde bir terim olan istishâb karşılar. Buna binaen bunu bir fiilin hükmüne dair delil bulunmazsa “eşyada kural, mubahlıktır”⁴⁷ ilkesine dayandırmak da mümkündür. Bu ilke, hadd ve kısas gerektiren suçların Kitap ve sünnet tarafından açıkça yasaklanan ve cezaları tayin edilmiş suçlar olduğu dikkate alınırsa bu suçlarda tam bir kanunilik ilkesi uygulandığını söyleyebiliriz.⁴⁸

Aynı şekilde kısas cezası ile ilgili de kanunilik ilkesi titizlikle uygulanmıştır. Şöyle ki: “Ey iman edenler, öldürülenler hakkında size kısas yazıldı (farz kılındı) .

⁴⁴ Türcan, “Ceza Hukuku”, s. 314.

⁴⁵ İsrâ 17/15.

⁴⁶ TCK. md.2.; Ayrıca bkz. 1876 Anayasası; 1926 Türk Ceza Kanunu.

⁴⁷ Dönmez, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 254.

⁴⁸ Kur’ân’daki ifadeler için bkz. Mâide 7/33; Nûr 24/2.

*Özgüre karşı özgür, köleye karşı köle ve dişiye karşı dişi. Fakat kimin (hangi katilin) lehinde, onun (maktulün) kardeşi (varisi veya velisi) tarafından bağışlanırsa, artık (yapılması gereken) örfe uymak (ve) ona (maktulün varis veya velisine) güzellikle (diyet) ödemektir. Bu, Rabbinizden (size) bir hafifletme ve bir rahmettir. Artık kim de bundan sonra tecavüzde bulunursa, onun için elem verici bir azab vardır”.*⁴⁹ Bu âyette, bahsedilen suçla ilgi ceza ve de cezanın nasıl ifâ edileceği belirlenmiştir.

Ta’zîr gerektiren suçlara gelince, onlarda da mezkûr ilke esas alınmıştır. Hadd ve kısas cezalarına göre ta’zîr gerektiren suçlar ve buna karşılık cezalar daha geniş yoruma tabi tutulmuştur. Burada şunu da belirtmeliyiz ki ta’zîr nev’inden ceza verme ruhsatı da devlet başkanı ya da onun tayin edeceği yetkiliye verilmiştir.⁵⁰

1.1.5.4. Manevi Unsur

Fâil ile fiil arasında psikik bağın bulunmasını ifade eder.⁵¹ Bu unsuru kabaca özetleyecek olan kelimeler “kusurluluk” hali ve “isnad yeteneğinin” olmasıdır. Ceza verilmesini gerektirecek suçun oluşabilmesi için yukarıda saydığımız üç maddenin varlığı yeterli olmayacaktır. O gerekliliklere ilaveten bir de bireyin kusurluluk halinin bulunması gerekmektedir. Mamafih bireyin kusurlu sayılabilmesi için de kusur yeteneğine sahip olması yani isnad yeteneğine/cezaî ehliyeteye sahip olması gerekir. Kusurlulukta isnad yeteneğinin aranması ise seküler hukukta, Fransız İhtilali neticesinde adalet ve mesuliyet için istenç ve tefekkür (temyiz yeteneği) ilkelerini meydana getiren yeni prensiplere dayanan esaslar benimsendi.⁵²

İslâm hukukundaki duruma gelince İslâm hukuku, seküler hukukun ancak XIX. ve XX. asırda kabul ettiği bu ilkeyi ta en başından beri bilmekte idi. İslâm hukuku cezaî sorumluluk için kişinin yalnız, sağ ve yükümlü bir insan olmasını kabul eder. Kişi, öldüğünde artık sorumluluk ve yükümlülük üzerinden kalkar. Kişi rüştüne erişince ve de rüştünü bozacak herhangi bir durum olmadığı takdirde yapmış olduğu suçlara karşı yükümlüdür.⁵³ Ayrıca Resûlullah (a.s.) bir hadisinde de: “ *Mesuliyet üç kişiden kaldırılmıştır: Rüştüne erişinceye kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyan kişiden,*

⁴⁹ Bakara 2/178.

⁵⁰ ‘Alâaddîn Ebu Bekr b. Mes’ûd Kâsânî, **Bedâi’u’s-Sanâi’ fî Tertîb’ş-Şerâi’**, Beyrut, 1406/1986, c. 7, s. 64; ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâi’**, c. 1, s. 60.

⁵¹ Boynukalın, “Suç”, c. 37, s. 456.

⁵² ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâi’**, c. 1, s. 381.

⁵³ Bu konudaki âyet için bkz. Nur 24/59.

aklı başına gelinceye kadar deli kişiden".⁵⁴buyurmuştur. Burada şunu da belirtmek gerekir ki hadiste saydığımız kişilerden ceza ehliyeti ve eda ehliyeti tam olarak kaldırılmamış, daha aşağıda sayacağımız durumlar dâhilinde sınırlandırılmıştır.

Suçta niçin kusurluluk ve isnad yeteneği aranır? Bu soruya şu şekilde cevap vermemiz pek mümkündür. Serbest irade ile işlenmiş suçla, böyle bir iradede yoksun bir şahsın işlediği suça aynı cezanın uygulanması, adalet prensibiyle bağdaşmaz.⁵⁵ Çünkü sonuç her ikisinde de aynı olsa bile fâillerin psikolojik durumları farklı olduğundan, aynı temyiz ve irade gücüne sahip olmadıklarından aynı fiili işleyip aynı sonuca varsalar dahi cezalandırma farklı olacaktır. Çünkü ikinci durumdaki fâilin, tam ya da kısmi akıl hastalığı, cebir, şiddet ve baskı altında olma durumu, haksız tahrik durumu olabilir ya da fâil meşru müdafaa hakkını kullanmış olabilir. Nitekim ayette. "Allah her şahsı, ancak gücünün yettiği ölçüde mükellef kılar..."⁵⁶buyrulmuştur.

Şimdi suçun sübjektif (kanuni) unsurunun iki temel unsu olan "kusurluluk" ve "isnad yeteneği" durumlarını birbiri içerisinde açıklayalım.

1.1.5.4.1.İsnad Yeteneği/ Ehliyet

Kısaca anlama ve davranışları yönlendirme yeteneği⁵⁷ olarak açıklayacağımız bu kabiliyet suç sayılacak fiilin, fâil tarafından işlendiğinde, fâilde aranacak en önemli şartlardan biridir. İsnad yeteneğinin klasik kaynaklardaki karşılığı "ehliyet" kavramıdır. Ehliyet sahibi kimse ise mükellef (المكلف) denir. Mükellef başka bir deyişle "el-Mahkûm aleyh" (المحكوم عليه) Şâri'in talebi veya muhayyer bırakması kendi fiili ile ilgili olan kişidir.⁵⁸

1.1.5.4.1.1.Mükellefiyetin Temel Şartı

Gözlem yapabilme ve bu gözlem neticesinde mantıklı çıkarımlarda bulunabilme, kendisine sorulan soruları idrak edip mantıklı cevaplar üretebilme, imkânlarını özgür iradesi dâhilinde makul bir biçimde kullanabilme kabiliyetine haiz olma durumu kişiyi

⁵⁴ Buhârî, Hudûd 22, Talak 11; Ebû Dâvûd, Hudûd 17; Tirmizî, Hudûd 1; Müsned-i Ahmed, c.6, s.101.144.

⁵⁵ Yiğit, "İslam Ceza Hukuku...", s. 35.

⁵⁶ Bakara 2/286.

⁵⁷ Boynukalın, "Suç", c. 37, s. 456.

⁵⁸ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 293.

mükellef kılar. Başka bir deyişle anlama ve kavrama bunlar neticesinde sorumluluk alabilme gücüdür.

1.1.5.4.1.2.Ehliyet ve Kısımları

Ehliyet (الأهلية) uygunluk, elverişlilik anlamına gelir. Onun için, bir işi yapmaya elverişli olan kişi için “falanca bu işe ehildir” denir.⁵⁹ Usulcülerin terminolojisinde ise; ehliyet “vücub ehliyet” ve “eda ehliyeti” olmak üzere iki kısımda tarif edilir.⁶⁰

1.1.5.4.1.2.1.Vücub Ehliyeti (Zimmet)

“Vücub ehliyeti” (أهلية الوجوب), haklara sahip olabilme ve borçlar altına girebilme demektir.⁶¹ Her insanın vücub ehliyeti vardır (hak ehliyeti) vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.⁶² Başka bir ifadeyle kişinin haklara malik olabilme ve borç altına girebilme ehliyetidir.⁶³ Vücub ehliyeti kişinin cenin döneminden ölümüne kadar, bir müddet de ölümünden sonra devam eder. Ölümünden sonra devam eden kısmı ise, kişinin terikesinden miras, borç, vasiyet vesair durumların giderilmesidir. Bu kısım daha çok mirasçıların ve yahut üçüncü kişilerin haklarının muhafazası içindir. Vücub ehliyetinde, cenin dönemin bulunan insan ile doğmuş insan arasında elbette fark vardır. Onun içindir ki, Fukahâ hak ehliyeti bulunan kişileri “cenin dönemi” ve küçüklük dönemi” olmak üzere iki zaman aralığında tanımlamışlardır. Cenin dönemi anne karnındaki dönemi; küçüklük dönemi ise, doğumdan yedi yaşına kadar olan dönemi kapsar. Aynı zamanda bu dönem temyiz çağına kadar olan küçüklük dönemdir.

i. Cenin Dönemi:

Vücub ehliyeti ceninde tam olmayıp sadece kendi yararına olan miras, vasiyet ve vakıfa taraf olmak gibi bir kısım hakların varlığına imkan veren eksik vücub ehliyetidir.⁶⁴ Anlaşılabacağı üzere bu dönemde kabul beyanına ihtiyaç duyulan satım,

⁵⁹ Halid Ramazan Hasan, *Mu’cemu Usûli’l-Fıkh*, b.y., 1998, s. 54.

⁶⁰ Hasan, *Mu’cemu Usûli’l-Fıkh*, s. 54; Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 296; Ali Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, Cilt.10, 1994, s. 534.

⁶¹ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 296.

⁶² Türk Medeni Kanunu, md.8.

⁶³ Detaylı bilgi için bkz. Bardakoğlu, “Ehliyet”, c. 10, s. 534.

⁶⁴ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 297.

sadaka, hibe ve nikâh gibi haklar sabit olmaz. Ayrıca cenin eda ehliyeti de söz konusu bile değildir.

ii. Temyiz Çağına Dek Küçüklük Dönemi:

Kişinin doğumundan itibaren yedi yaşına kadarki dönemini ifade eder. Bu devrede şahıs için tam vücub ehliyeti sabit olur ve de haklar kazanma, kendisi adına kanuni temsilcisi tarafından yerine getirilmesi mümkün olan nafaka, zekât ve fıtır sadakası gibi konularda borçlar altına girmeye elverişli kabul edilir.⁶⁵ Bu gibi hususlar hibe de dâhil olmak üzere üçüncü kişiler/kanuni temsilcileri tarafın kabul edileceği için bu dönem ya da bu kişilerde eda ehliyeti aranmaz.⁶⁶

1.1.5.4.1.2.2. Eda Ehliyeti

“Eda Ehliyeti” (أَهْلِيَّةُ الْأَدَاءِ), kişinin, hukuken geçerli sayılacak tarzda fiiller ortaya koyabilmesi demektir.⁶⁷ İnsan evvelinde akıl ve temyiz gücünden yoksundur. İnsan gerek manevi gerekse bedenî kabiliyetleri açısından aşamalı bir gelişme seyri izlediğinden ehliyet de gölge kendi gelişimini takip ederek onunla mutabık bir kapsam kazanır. Bunun yüzden de insanın eda ehliyeti evvelde hiç yok iken onun iyiyi kötünden, karlıyı zararlıdan belirgin özellikleriyle ayırabilmesi demek olan temyiz dönemine eksik olarak başlar. Bu sebeple kişilerin eda ehliyetini elde etmesi temyiz, bulûğ ve rüşd şeklinde ifade edilen üç aşamada gerçekleşir.⁶⁸ Eda ehliyetinin ilk dönemini temyiz çağı ve sonrası küçüklük dönemi ve bulûğ çağı ve sonrası dönem olmak üzere iki kısma ayırmamız pek mümkündür.

i. Temyiz Çağı ve Sonrası Küçüklük Dönemi

Bu dönem yedi yaş ile başlar ve bulûğ çağına kadar devam eder. Artık mümeyyiz çocuk temyiz çağını aştığından tam vücub ehliyetine sahiptir lakin rüşdünü tamamlamadığı için eksik eda ehliyetine sahiptir. Kanunda suç sayılan davranışları yapıp, bu davranışları neticesinde bedene uygulanması gereken ceza hâsıl olması durumunda bu dönemdeki çocuğa mezkûr caza uygulanamaz lakin maddi ceza gerektirecek suç işlemesi durumunda ise belirli şartlar dâhilinde bu ceza uygulanabilir.

⁶⁵ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 297.

⁶⁶ Benzer ilke için bkz. “*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*” (Türk Medeni Kanunu, md.14.)

⁶⁷ Dönmez, *İslâm Hukuk İlmin Esasları*, s. 296.

⁶⁸ Bardakoğlu, “Ehliyet”, c. 10, s. 536.

Mesela temyiz çağının ilk evresinde bulunan küçük çocuk, sirkat suçu işlemesi durumunda ona el kesme cezası uygulanmaz lakin uğrattığı zarar kanuni temsilcisi yoluyla malvarlığından tazmin ettirilir. Bunun yanında ibadetler konusunda da sorumlu olmayan mümeyyiz küçük, ibadetlere alıştırmaya maksadıyla namaz, oruç vb. ibadetleri yapmaları onlardan istenebilir.

ii. Bulûğ Çağı Sonrası Dönem

Bu çağ kişinin artık tam eda ehliyetine sahip olduğu vakittir. Bu vakitten itibaren kişi İlâhî emre muhataptır ve de mükelleftir(sorumludur). İbadetlerden sorumlu, alım satım, kira, hibe, karz gibi icab-kabul gerektiren tüm sözleşmelerde bizzat taraftır ve bu kabullerinden kişinin şahsı sorumludur. Ayrıca bu dönemde kişi eda ehliyetine tam sahip olduğundan, bedene uygulanacak ceza gerektiren suçlar işlemesi durumunda cezaya çarptırılmaya da matuftur.

Mükellefiyetin şartı kişinin temyiz kudretine sahip olarak bulûğa ermesidir. Dolayısıyla akıl hastaları ile çocuklar mükellef sayılmaz⁶⁹Bulûğ çağı İslâm hukukçularının çoğuna göre on beş yaşının tamamlanması ile başlar; fakat bulûğa eren kişinin hukukî tasarruflarının geçerli olabilmesi için ise reşid olması gerekir.⁷⁰Büyük Haydar Efendi'nin mezkûr meseledeki görüşü şu cihettir: *“Şimdi emir teklif cihetinden olunca emrolunan şey mükellefin gücü dâhilinde olmalıdır. Yoksa mükellefin gücü dışında olan şeyi ki ona “teklif-i ma lâ yutak” derler. Gücü dâhilinde olmayan teklif dinen uygun değildir. Demek oluyor ki emrin şartı da dinen sorumlu kimsenin kendisine emredilen şeye gücü yetiyor olmasıdır. Şu takdirde halk-ı cisim gibi esas itibariyle ve göğşe yükselme gibi âdeten gerçekleşmesi insan gücünün dışında olan şeylerle teklif imkânsız olduğundan bunlarla hiçbir şahsa emir caiz olmaz. Ve bu yolda bir teklif (teklif-i ma lâ yutak) olur”*.⁷¹

Mâlikî mezhebi fakihlerine göre yaş ile bulûğ, gerek erkek gerek kadın bakımından on yedi ya da on sekiz yaşın tamamlanmasıyla olur.⁷² Kanaatimizce onların böyle düşünmelerinin sebebi, bulûğ için sadece belirtileri yetmez buna ilaveten kişinin teklif delilini anlayabilecek kapasiteye haiz olması yani rüşdünü de tamamlaması gerekir çünkü anlamaktan aciz kişinin yapmakla yükümlü kıldığı şeyi yapmasına imkân

⁶⁹ Zekiyyüddîn Şa'bân, *Usûlü'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1971, s. 275-277; Mustafa Sinanoğlu, “Teklif”, *DİA.*, Cilt. 40, 2011, s. 385.

⁷⁰ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 298.

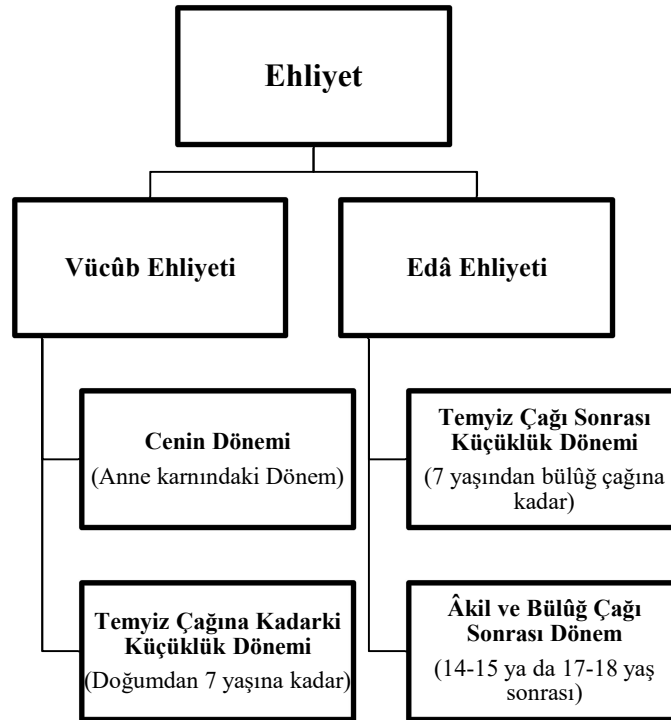
⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bk. Büyük Haydar Efendi, *Usul-i Fıkah Dersleri*, İstanbul, t.y., s. 104-105.

⁷² Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 298.

yoktur.⁷³ Buna ilaveten Türk Medeni Kanunu, kişinin erginlik yaşını on sekiz kabul etmekle birlikte on beş yaşını doldurmuş kişinin kendi arzusu ve kanuni temsilcisinin oluru ile mahkemece ergin kabul edileceğini söyler.⁷⁴ İki yaklaşımın da ortak noktası aslında kişinin “âkıl ve bâliğ” olmasıdır. Eğer kişi hem âkıl hem bâliğ olursa on dört-on beş yaşında mükellef, eğer âkıl ve bâliğ olmazsa on yedi ve on sekiz yaşında mükellef olur.⁷⁵

Ehliyet kavramını iki dönem ve bu iki dönemi de kendi içerisinde iki dönem olmak üzere toplamda dört dönem içerisinde incelememizin, kişinin isnad yeteneğini kavramamıza yardımcı olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda yazdıklarımızı tablo halinde göstermek meseleyi topluca anlamamıza yardımcı olacaktır.

Şekil 1.2. İslâm Ceza Hukukunda Ehliyet



⁷³ Üdeh, *et-Teşrî'ü'l-Cinâî*, c.1, s. 116.

⁷⁴ Türk Medeni Kanunu, md.11-12.

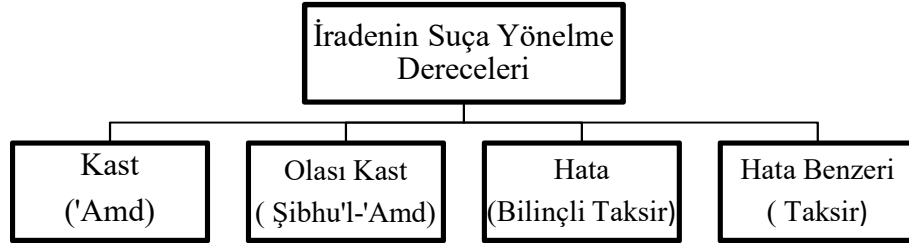
⁷⁵ Kur'ân'daki ifadeler için bkz. Nîsa 4/6.

1.1.5.4.2.Kusur Yeteneği

Kusur, herhangi bir eylemin isnat yeteneği mevcut olan bir kimsece bile isteye veya en azından bilerek ifâ edilmesidir.⁷⁶ Suçun zuhur edebilmesi ancak insan davranışı ile mümkündür. Onun bu eylemi dolayısıyla zuhur eden neticeden mükellef olabilmesi için de, insanın o davranışının hiç olmazsa kusurlu durumda olması lazım gelir. Böylece günümüz pozitif ceza hukuku sübjektif olmayan sorumluluğu bırakarak “kusursuz suç olmaz” düsturunu muasır ceza hukukunun asli bir esası olarak kabul etmiştir.⁷⁷ Bu umde ise hak etmediği gereğinden fazla yaptırımlara karşı fâili korur.⁷⁸

İslâm ceza hukuku doktrininde kusur, iradenin suça yönelme derecesi bakımından kasıt (‘amd) kasıt benzeri (şibh-i ‘amd), hata ve hata benzeri (mâ cerâ mecra’l-hata’) olmak üzere dört şekilde cereyan eder. Bu kavramları tablo halinde gösterip ardından kısaca incelemekte fayda görüyoruz.

Şekil 1.3. İslâm Ceza Hukukunda İradenin Suça Yönelme Dereceleri



1.1.5.4.2.1.Kasıt (Taammüd, ‘Amd)

Yönelmek, azmetmek, uygun bir zaman gözetmek, ... -e doğrulmak, niyet etmek, bir işi bilerek düşünerek yapmak anlamlarına gelmektedir.⁷⁹

⁷⁶ Boynukalın, “Suç”, c. 37, s. 456.

⁷⁷ **Anayasa Mahkemesi Kararı**, Esas Sayı:2006/72, Karar Sayı:2009/24, Karar Günü: 19.02.209, R.G. Tarih-Sayı: 25.06.2009-27269.

⁷⁸ Boynukalın, “Suç”, c. 37, s. 456.

⁷⁹ Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 215.

Suçun bilerek, isteyerek ve sonucunu öngörerek işlenmesidir. Seküler beşerî bakış açısıyla kasıt ise: Suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.⁸⁰ Kasıt, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.⁸¹ Kur’ân’da da kasten suç işleme durumu açıkça belirtilmektedir. Ayette: وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا “Kim bir mü’mini kasten öldürürse, cezası, içinde ebedî kalacağı cehennemdir”.⁸²

1.1.5.4.2.2.Olası Kasıt (Şibhü’l ‘Amd/Kasıt Benzeri)

İslâm hukuku kasıt benzerini, adam öldürmelerde ve öldürme kastı ile olmayan yaralama suçlarında kabul ve tarif etmiştir.⁸³ eş-Şeybânî, kasıt benzeri, silah ve benzeri bir şeyle vurmanın, dövmenin ve darbelemenin kastedildiği her türlü yaralamadır der.⁸⁴ Bu yüzden kasıt ile işlenen suçun cezası ile kasıt benzeri işlenen suçun gerektireceği ceza arasında ayırım yaparak kasıt ile işlenen öldürme suçuna kısas gerekir derken kasıt benzerinde ise ağırlaştırılmış diyet⁸⁵ cezasını hüküm koyar.⁸⁶ Mezhep imamları bu konuda icmâ edememişler yani farklı görüşe sahip olmuşlardır. Yukarıda zikrettiğimiz üzere malumdur ki olası kasıt kavramını Hanefîler nezdinde sardettik. Fakat İmam Mâlik bu konuda farklı düşünmektedir. İmam Mâlik hem adam öldürme suçunda ve hem de adam öldürme suçu dışındaki suçlarda da şibhu’l-‘amd’i kabul etmez. Ona göre Allah’ın kitabında sadece kasıt (‘amd) ve hata kavramları vardır.⁸⁷ İmam Mâlik öldürme suçunda kastı, düşmanlık maksadı ile suçu işlemektir şeklinde tarif eder ve suçlunun fiili ve fiilin doğuracağı neticeyi plânlamasını şart koşmaz.⁸⁸ Seküler hukuk sisteminde ise bu kavram şöyle tarif edilir: *Kişinin suçun kanunî tanımındaki unsurların*

⁸⁰ TCK., md. 21.

⁸¹ Nuri Düzgün ve Şerafettin Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Ankara, 2009, s. 29.

⁸² Nisâ 4/93. Ayrıca bkz. Mâide 5/95; Ahzâb 33/5.

⁸³ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c.1, s. 406.

⁸⁴ Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad Şeybânî, **Kitâbu’l-Âsâr**, Beyrut, t.y., c. 1, s. 636. Benzer ifadeler için bkz. İmam Muhammed, **Kitâb’ul-Asl**, Beyrut, t.y., c. 4, s. 437; Ahmed b. ‘Ali er-Râzî Cassâs, **Ahkâm’ul-Kur’ân**, Beyrut, 1405, s. 129; Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Serahsî, **el-Mebsût**, Beyrut, 1993, c. 26, s. 64; Ebu Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddadî Zebîdî, **el-Cevheretü’n-Neyyire**, by., 1322, c. 4, s. 479.

⁸⁵ Kâsânî, **el-Bedâî**, c. 7, s. 251.

⁸⁶ Kâsânî, **el-Bedâî**, c. 7, s. 251.

⁸⁷ er-Ru’aynî Şemsüddîn Ebu ‘Abdillah Muhammed b. Muhammed el-Hattâb, **Mevâhibu’l-Celîl fi Şerhi Muhtasari Halîl**, by., 1412/1992, c. 6, s. 241; ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406; Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, c. 1, s. 426.

⁸⁸ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406.

*gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır.*⁸⁹ Az önceki ifadede bir takım arızalar mevcuttur. Kişi eylemi neticesinde ortaya çıkacak suç unsurlarını bile bile mi işlemekte yoksa göze mi almaktadır? Başka bir soru ise, kişinin kastında bilme ve isteme unsurları ile ilgili bir belirginliğin olmadığı mıdır? Olası kastı kasıttan ve hatadan ayıran şey muhtemel neticeyi öngörüp, göze almasıdır. İşte bu haliyle olası kasıt kavramı kasıt ve hata kavramları arasında yer alır. Onun içindir ki Hanefî âlimler bu ince farkı yakalayabilmişler buna binaen de olası kasıt ile işlenen suçların cezası ile taammüden işlenen suçların cezasını farklı mütalaa etmişlerdir. Bundan gayrı fazla detaya girmeyi uygun bulmuyoruz. Tezimizin konusu olması hasebiyle olası kasıt kavramı ikinci bölümde geniş bir şekilde açıklanacaktır.

1.1.5.4.2.3.Hata (Bilinçli Taksir ya da Ağır Kusur)

Suç işleme kasdı olmaksızın suçlunun fiili yerine getirmesidir. Fakat fiilinde veya kastında hata etmiş kastını aşmıştır.⁹⁰ *“Fiildeki hataya örnek: Bir kimsenin kuşa diye atıp da atışında hata etmesi ve atışının bir şahsa isabet etmesidir. Bilinçli taksire bir örnek: Bir kimsenin düşman askerinden olduğunu düşünerek onların tarafında olan ve kıyafetlerini taşıyan birine ateş etmesi, fakat öldürülen veya yaralananın kendi tarafının askerlerinden olmasıdır”.*⁹¹ Diğer bir deyişle, *“kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesidir”.*⁹² Az önce bahsi geçen mezkûr ifade 1997 ve 2001 TCK Ön Tasarısının 22. Maddesinde yer almaktayken, taksirli suçlarda cezaların yetersizliği ve paraya çevrilebilir olmasının kamu vicdanını rahatsız etmesi nedeniyle bu kavram tasarıdan önce kanunlaşmıştır.⁹³ Buradan da anladığımız üzere seküler hukuk tarafından çok sonraları ihdas edilen bu madde, yetenekli İslâm hukukçuları tarafından çok daha önceleri tespit edilmiştir.

⁸⁹ TCK., md. 21.

⁹⁰ Üdeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 407.

⁹¹ Üdeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 407.

⁹² TCK., md. 22/3.

⁹³ Düzgün ve Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza...**, s. 82.

1.1.5.4.2.4.Hata Gibi Kabul Edilen Durumlar

Bilinçsiz taksir (basit taksir): Fiilin bir hataya bitişmesidir.⁹⁴ İki durumda hata gibi kabul edilir. Birincisi; suçlunun fiili yapmayı kastetmemesi, fakat kusurunun neticesinde fiilin meydana gelmesidir.⁹⁵ Mesela, kişinin uykuda dönüp etrafında yatmakta olan küçük çocuğun üstüne yatıp ölümüne sebep olması basit taksirdir. İkincisi ise, suç işleme kastı olmaksızın, suçlunun fiilinin yasak olan sonucun meydana gelmesine sebep olmasıdır.⁹⁶ Mesela, bir kimsenin kuruması için halıyı balkona asıp, ardından rüzgâr çıkıp halının başka bir kimsenin aracına düşüp maddi zarar vermesi. Başka bir örnek ise, dikkatsizlik ve itinalı davranma sorumluluğuna aykırılık nedeniyle kirlenme neticesi önceden kestirilmeden atık veya artıkların alıcı ortama⁹⁷ verilmesi.⁹⁸

İslâm ceza hukukuna göre bir kimsenin kusur yeteneğine sahip olabilmesi için, o kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması ayrıca da ergenlik çağına varmış olması lazım gelir.⁹⁹ Aşağıda ehliyeti ve cezaî ehliyeti azaltan veya ortadan kaldıran durumları işleyeceğiz.

1.1.6.Cezaî Ehliyeti Azaltan Veya Ortadan Kaldıran Durumlar

1.1 Cünûn (Akıl Hastalığı) (TCK., md. 32)

1.2 Ateh (Akıl Zayıflığı)

1.3 Sefeh (Harcamalarda Tedbirsizlik)

1.4 Sükr (Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma) (TCK., md. 33)

1.5 İkra (TCK., md.28)

1.6 Kanun Hükmü ve Amirin Emri (TCK., md.24)

1.7 Meşru Savunma/Müdafaa (TCK., md.25)

1.8 Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK., md.26)

1.9 Sınırın Aşılması (TCK., md.27)

1.10 Haksız Tahrik (TCK., md.29)

⁹⁴ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 407.

⁹⁵ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 407.

⁹⁶ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 407.

⁹⁷ Hava, su, toprak ortamları ile bu ortamlarla ilişkili ekosistemleri. [Çevre Kanunu (1983), *T.C. Resmi Gazete*, 2862, 09 Ağustos 1983, md.2.]

⁹⁸ Yargıtay 4.CD., 2012/8757 E., 2014/35725 K.

⁹⁹ Türcan, "Ceza Hukuku", s. 314.

1.11 Hata (TCK.,md.30)

1.12 Yaş küçüklüğü (TCK., md. 31)

1.13 Sağır ve Dilsizlik (TCK., md. 32)

Bu saydığımız maddeleri kısaca açıklamayı uygun buluyoruz.

1.1.6.1.Cünûn (Akıl Hastalığı)

1.1.6.1.1.Tanımı ve Kapsamı

Sözlükte; *aklın tamamen gitmesi* ya da *aklın bozulması (bir kısmının gitmesi)*,¹⁰⁰*aklın karışması*¹⁰¹ anlamlarına gelmektedir.¹⁰²Bu tanım, deliliği, bunaklığı ve idrâk gücünü giderici diğer hususları içine alır.¹⁰³Terim olarak ise cünûn; *Kavil ve fiillerin seyrek durumlar dışında düzgün gitmesini engelleyen akıl bozukluğu şeklinde tanımlanmaktadır.*¹⁰⁴İdrâkin bulunmadığı yerde cezaî sorumluluk da yoktur.¹⁰⁵ Ancak cünûn, bir kimsenin hak (vücub) ehliyeti üzerinde herhangi bir etkisi olmayıp ilzâm (haklar meydana getirme) ve iltizâm (borçlar altına girebilme) yönüyle eda ehliyetini ortadan kaldırır ve de mecnuna ceza hukukunda mümeyyiz çocuğa uygulanan hükümler uygulanır.¹⁰⁶

1.1.6.1.2.Çeşitleri

Bulûğ çağı öncesinde olup olmaması açısından;

i. Cünûn-ı asli: Anlama ve kavrama gücü açısından hasta olarak ergenlik çağına varma hali.

ii. Cünûn-ı arızı: Ergenlik vaktine zihince sağlıklı şekilde vardıktan sonra anlama ve kavrama hastalığına tutulmuş olma hali.¹⁰⁷

Akıl hastalığının epey müddet sürüp sürmemesi bakımından;

¹⁰⁰ İbrahim Mustafa v.dğ., *el-Mu'cemü'l-Vasît*, Kahire, 1960-61,c. 1, s. 141.

¹⁰¹ Seyyid Şerîf Alî b. Muhammed Cürcânî, *et-Ta'rîfât*, Beyrut, 1403/1983, s. 107.

¹⁰² Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 575.

¹⁰³ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 575.

¹⁰⁴ Cürcânî, *et-Ta'rîfât*, s. 107; İ. Kâfi Dönmez, "Cünûn", *DİA.*, Cilt. 8, 1993, s. 125; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 270.

¹⁰⁵ Ebû Dâvûd, *Hudûd* 17.

¹⁰⁶ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 299; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 270.

¹⁰⁷ Dönmez, "Cünûn", *DİA.*, c. 8, s. 125-129.

iii. Cünûn-ı mutbik (Süreklî):Uzun süreli akıl hastalığıdır. Hukuk terminolojisinde bu durumdaki hasta, “*mecnun-ı mutbak*” terimi ile ifade edilmektedir¹⁰⁸.

iv. Cünûn-ı gayr-i mutbik (Kısa süreli) : Kısa süreli akıl hastalığına denir. Mecelle bu ayrımı, “ *Mecnûn iki kısımdır, biri mecnun-ı mutabıktır ki, cünunu cem’i evkatı (bütün zamanı) müstev’ib (kaplayan) olan kimsedir. Diğeri mecnun-ı gayri mutabıktır ki kâh mecnun olup kâh ifakat (aklı başında) bulunan kimsedir*”. İfadeleriyle formülize etmiştir.¹⁰⁹

1.1.6.2.Ateh (Akıl Zayıflığı, Bunaklık)

1.1.6.2.1.Tanımı ve Kapsamı

Akıldaki idrak ve anlam noksanlığından kaynaklanan zayıflıktır.¹¹⁰ Bu hususiyetleri taşıyan kimseye *ma’tûh* denir. Ma’tûhun telakkisi kıt, kavil ve davranışları çelişkili, işlerinde önlemi noksandır.¹¹¹

1.1.6.2.2.Çeşitleri

Temyiz gücünden tamamen mahrum olup olmamalarına göre;

i. Anlama yeteneği ve ayırt etme kudretinden yoksun bırakan akıl zayıflığı. Bu durumdaki kişi, bütün hükümler bakımından daha önce sözü edilen akıl hastaları gibidir.¹¹²

Aynı durum Türk Medeni Kanunu tarafından da şu şekilde maddeleştirilmiştir: “*Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz*”.¹¹³

ii. İdrak ve temyiz erkini bertaraf etmeyen lakin normal yetişkin kimselerin algılama mertebesinde aşağı bir merhaleye düşüren akıl zayıflığı. Bu vaziyetteki kişi, fikhî ahkâm bakımından mümeyyiz küçüklere benzerdirler.¹¹⁴

¹⁰⁸ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 585; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 270; Dönmez, “Cünûn”, c. 8, s. 125.

¹⁰⁹ Mecelle, mad. 944.

¹¹⁰ Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 299.

¹¹¹ **Mecelle**, md. 945: (Ma’tûh: Ol muhtellü’s-şuûr [şuursuz] olan kimsedir ki, fehmi kalil [kıt anlayışlı] ve sözü müşevveş [karmakarışık, anlaşılmaz] ve tedbiri fâsid olur.); Beşir Gözübenli, “Ateh”, **DİA**, Cilt. 4, 1991, s. 51.

¹¹² Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 299; Gözübenli, “Ateh”, c. 4, s. 51.

¹¹³ Türk Medeni Kanunu, md. 15.

¹¹⁴ Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 299; Gözübenli, “Ateh”, c. 4, s. 51.

iii. Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla ve ikinci fıkranın da üstünde bulunmakla birlikte ifâ ettiği fiille alakalı olarak davranışlarını yerine getirme yeteneği azalmış olan kişiler. Biz bu maddeyi “**akıl ve idrak güçsüzlüğü**” olarak isimlendiriyoruz. Bu durumdaki kişilere normal insana verilecek cezaların altında bir ceza verilmesi gerekir.¹¹⁵ İslâm ceza hukuku açısından kısas ve had cezaları ma’tûha verilemez. Kısas cezası geren durumlarda diyet cezası uygulanır. Ma’tûh ibadetler açısından tıpkı mümeyyiz çocuklar gibi yükümlü değildir. Ma’tûhun alış verişi, icâr, ariyet, vedâ akdi gibi hukukî muameleleri mümeyyiz küçüklerin hukukî muameleleri gibi üçlü bir taksimata tabidir.¹¹⁶ Bağış kabulü gibi tamamıyla kendi lehine olan işlemler, başka bir kimsenin oluru tabi olmaksızın geçerli olup bağışta bulunmak, vakıf kurmak gibi tümüyle lehinde olmayan işler ise geçersiz olup kanuni temsilcilerinin oluru ile bu tür hukukî muameleleri muteber hale getirmez.¹¹⁷ Boşama da ma’tûhun bütünüyle lehinde olmayan bir hukukî muamele olarak kabul edilmiş ve geçersiz sayılmıştır.¹¹⁸

Akıl hastalığına düşmüş kimseler hakkında peşin hüküm vermek yerinde bir karar olmasa gerek. Nitekim bu durumda olduğunu düşünüp “ateh” kısmında tayin ettiğimiz kimselerin akıl ve idrak güçlerini çok iyi tespit etmek lazım gelir. Çünkü yukarıda da görüldüğü üzere birbirlerine çok yakın bu durumları göz önüne aldığımızda hakkaniyetli bir ceza vermek adına titiz davranmak gerek. Kişinin o anki akli durumunu daha hassas biçimde anlamak için bilim ve teknolojinin imkânlarından faydalanmak gerekir.

1.1.6.3.Sefeh (Harcamalarda Tedbirsizlik)

1.1.6.3.1.Tanımı ve Kapsamı

Kur’ân-ı Kerîm’de sefeh kelimesi “savurgan” manasında kullanılmış harcamalarının kontrol altına alınması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁹ Fıkıh usulcülerinin terimler dizgesinde, esasında aklî melekeleri mahfuz olmakla beraber, şahsı aklın ve dinî esasların mucibine aykırı biçimde davranmaya yönlendiren bir tedbirsizce

¹¹⁵ Detaylı Bilgi için bkz. TCK md. 32.

¹¹⁶ Gözübenli, “Ateh”, c. 4, s. 52.

¹¹⁷ Gözübenli, “Ateh”, c. 4, s. 52.

¹¹⁸ Gözübenli, “Ateh”, c. 4, s. 52.

¹¹⁹ Nisa 4/5.

davranma halidir.¹²⁰ Mecelle ise sefeh hakkında şu ifadeleri dile getirmiştir: “Sefih, malını beyhûde yere sarf ile masârıfında tebzîr (boş yere malını harcamak) ve isrâf ile izâ’a (zayi etmek) ve itlâf eden kimsedir. Ebleh ve sade dil olmak hasebiyle, kâr ve temettu’ yolunu bilemeyip de, ahz-u i’tâsında (alışveriş) aldana gelen kimseler dahi sefih addolunur”.¹²¹

Fakihlerin dilinde sefeh, daha çok malını saçıp savuranlar için kullanılır. Yaptığı alışverişlerde tedbirsiz davranıp harcamalarında akl-ı selîme uygun davranılmamayı ifade eder. Bu tedbirsizlik ister içki, kumar isterse de cami, köprü, çeşme, hastane olsun durum aynıdır.

Sefeh hali ehliyeti ortadan kaldırmaz. Bu durumda olan kimse tüm ibadetlerden sorumludur. Hatta onun ceza ehliyeti de tamdır. Hadd ve kısas gerektiren cezalar kendisine taalluk ettiğinde aynen uygulanıp sefeh durumundan kaynaklı bir tahfifât uygulanmaz. Fakat malın korunması hatta sefeh durumundaki kişinin bir müddet sonra başkasına el avuç açar duruma düşmemesi için sefihe hacir konulmalıdır. Sefih kimsenin durumu mali sonuçları olan tasarrufları bakımından tıpkı mümeyyiz küçükler gibidirler.

1.1.6.4.Sukr (Sarhoşluk)

1.1.6.4.1.Tanımı ve Kapsamı

Kişinin uyuşturucu, içki, alkol gibi bağımlılık yapan madde alması sonucunda ayıldıktan sonra o andaki kavil ve davranışlarını idrak edemeyecek seviyede akli melekelerinin zayıflığını ifade etmesidir.¹²² Kur’ân-ı Kerîm’de sekrânın çoğulu sükârâ formatında üç yerde¹²³ sekr kökünden türeyen kelimeler şeklinde de yedi yerde geçer.¹²⁴ Hadislerde ise sekran ve sükr kavramlarına ilaveten aynı kökten oluşan kelimelerin tasarrufuna oldukça sık rastlanır.¹²⁵

Kişi ve toplum açısından fevkalade yıkıcı etkisi olan sarhoşluk veren içki ve türevleri, İslâm’ın ilk yıllarında yaygın olan bu alışkanlık tedrici olarak yasaklanmıştır. Bu alışkanlıkları bir anda kaldırmak insanın fizyolojik yapısı gereği imkânsızdır. İçki ve

¹²⁰ Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 300.

¹²¹ **Mecelle**, md. 946.

¹²² İbrâhim Kâfi Dönmez, “Sarhoşluk”, **DİA.**, Cilt. 36, 2009, s. 141.

¹²³ Nisa 4/43; Hac 22/2.

¹²⁴ Hicr 15/15, 72; Nahl 16/67; Kaf 50/ 19.

¹²⁵ A.J. Wensinck, **el-Mu’cemu’l-Müfehres li Elfâzi’l-Hadîsi’n-Nebevî**, İstanbul, 1988, “skr” md.

türevleri, etkisi ve kullanım alanı azaltılarak peyderpey ortadan kaldırılmıştır. Bir nevi Kur'ân kriz yönetim modeli bizlere sunmuştur. İstenmeyen insan davranışları istendik yönde kademe kademe düzeltilmiştir. Kur'ân iyileştirici (çare bulucu) işlev metodu uygulayarak ilk olarak içkinin birtakım yararları yanında zarar ve günahının, faydasından daha fazla olduğunu (Bakara, 2/219) bildirilmiştir. Bu ayettin ardında namaz kılınırken sarhoşken olunmaması lazım geldiğini (Nisa, 4/43) telkin edilmiştir. Son olarak da içki ve türevlerini kesin biçimde yasaklayan Mâide suresinin 90-91. ayetleri inmiştir. Allah Resûlü de (a.s.) hadislerinin birçoğunda sarhoş edici meşrubatın haram olduğunu ifade ederek bu yasağı onaylamış ve bununla alakası bulunan ahkâmı açıklamıştır.

1.1.6.4.2.Çeşitleri

Sarhoşluk iki yönden meydana gelir.

1. Haram olmayan yönden sarhoşluk: Susuzluktan ölecek dereceye gelip başka içecek bulamayan kimsenin içki içmesi durumu veya bazı ilaçların alınması ile meydana gelen sarhoşluk¹²⁶ve de baskı yapılarak ya da ikrah altında bırakılarak bağımlılık yapan içki ve uyuşturucu gibi maddeleri alması¹²⁷ durumudur.

Bu yoldan sarhoş olan kimse şer'an sorumlu değildir.¹²⁸ Kendisine ceza uygulanmaz. Hukukî tasarrufları da geçerli sayılmaz ancak kusur sorumluluğunun aranmadığı durumlarda başkalarının canına ve malına verdiği zararları tazminle yükümlüdür. Aynı durum TCK'nın 34. maddesinin 1. fıkrasında şöyle ifade edilmektedir: *“Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez”*.

¹²⁶ Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 301.

¹²⁷ Dönmez, “Sarhoşluk”, c. 36, s. 143.

¹²⁸ Muhammed Emin b. Ömer b. ‘Abdulazîz İbn ‘Âbidîn, **Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr**, Beyrut, 1412/1992, Cilt. 6, S. 75; Şemsüddîn Ebu'l-Ferec ‘Abdurrahmân b. Muhammed İbn Kudâme, **el-Muğnî ve Yeliyhi eş-Şerhu'l-Kebîr**, 1347, Cilt. 10, s. 325; Ebû İshâk İbrâhîm b. ‘Ali Şîrâzî, **el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-İmâmî'sh-Şâfiî**, ty., Cilt. 2, s. 82; Ebû'l-Vefâ Burhaneddin İbrâhîm b. ‘Ali b. Muhammed İbn Ferhûn, **Tebîrâtü'l-Hükkâm fî Usûli'l-'Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm**, b.y., 1406/1986, Cilt. 2, s. 227; ‘Üdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c. 1, s. 572-573; Şa'bân, **Usûlü'l-Fıkhi'l-İslâmî**, s. 254; Abdulkerim Zeydân, **Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn fî Dâri'l-İslâm**, Bağdat, 1982, s. 129; Yiğit, **İslam Ceza Hukuku...**, s. 274.

2. Haram yoldan sarhoşluk: Kasten içki ve benzeri maddelerin alınmasıyla meydana gelen sarhoşluktur. Çünkü kasıtlı irade ile elde edilen sarhoşluk haramdır.¹²⁹

Bu durum mükellefiyeti ortadan kaldırmaz. Ceza ehliyeti tamdır. Hukukî tasarrufları geçerlidir. Sarhoş bedenî caza gerektirecek bir suç işlediğinde, ceza aynen uygulanır. Kısas gerektirecek suç işlediğinde ise suçlunun ayılması beklenip ayıldıktan sonra infaz gerçekleşecektir. Aynı şekilde zina ettiği takdirde ise yine sarhoşun ayılması beklenip ardında zina suçunun cezası uygulanacaktır.

1.1.6.5.İkrah (Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit)

1.1.6.5.1.Tanımı ve Kapsamı

Bir kimseyi, tehdit etmek suretiyle hukuken yapması suç bir işi yapmaya zorlamaktır. Başka bir deyişle ikrah, zorlanılan kişinin rızasının olmadığı şeyi zorla yaptırmaya sebep olan bir tehditten ibarettir.¹³⁰ Bazılarına göre ikrahın sınırı, zorlayıcı kişinin fiilin hemen yapılmasını sağlayan, aklı başındaki kişiye tesir edici azap nevilerinden birini yapmaya gücü yetmeli ve yapılması istenilen şeyden kaçınıldığında, tehdit konusu şeyin hemen yapılacağına dair zannı-ı gâlibin bulunmasıdır.¹³¹

İkrahın çeşitlerine geçmeden önce konuyla yakın alakalı olan “ihtiyâr” ve “rızâ” kavramlarını açıklamakta fayda görüyoruz. İhtiyâr, sözlük manasında bir şeyi istemek, iki iş arasında birinde tercihte bulunmak¹³² başka bir deyişle de bir şeyi yapıp yapmama hususunda bir tercihte bulunmak demektir.¹³³ Rızâ ise, bir şeyi arzu etmek ve onu memnuniyetle kabullenmek anlamına gelir.¹³⁴

1.1.6.5.2.Çeşitleri

1. Noksan İkrah (İkrah-ı Gayr-ı Mülci, İkrah-ı Nâkıs, Eksik Zorlama)

Sadece rızaya bağlı tasarruflara etki eder ki satış, kira ve ikrar gibi.¹³⁵ Kısa süreli hapis, dayak, malı itlaf gibi ikinci derece ağırlıkta zararları içeren cebir ve tehdit olup

¹²⁹ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Âsâr*, s. 227; İmam Muhammed, *Kitâbu'l-Âsâr*, Beyrut, t.y., s. 921.

¹³⁰ el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl*, c. 4, s. 45.

¹³¹ Zekeriyâ b. Muhammed b. Zekeriyâ el-Ensârî, *Esne'l-Metâlib fi Şerhi Ravzi't-Tâlib*, by., t.y., Cilt. 3, s. 282; 'Üdeh, *et-Teşri'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 563; Ayrıca bk. Mecelle md. 948-946 ve 1003-1007.

¹³² Ebu'l-Fadl Muhammed b. Muhammed ez-Zebidî, *Tâcu'l-'Arus fi Cevâhiri'l-Kâmûs*, by., ty., Cilt. 11, s. 243.

¹³³ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 302.

¹³⁴ Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 302.

¹³⁵ 'Üdeh, *et-Teşri'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 564.

rızayı ortadan kaldırıp ihtiyarı bozmayan durumdur.¹³⁶ Binaenaleyh ihtiyâr yani hürriyet devam ettiği için ehliyet de devam etmektedir.

2. Tam İkraha (İkraha-ı Mülcî, İkraha-ı Kâmil, Tam Zorlama)

Kişinin canına, vücut bütünlüğüne, servetinin tamamına veya yakınlarından herhangi birisinin canına yönelik tehdit içeren zorlamadır.¹³⁷ Bu çeşit ikrah “ihtiyâr” ı bozar “rızâ” yı ortadan kaldırır.¹³⁸ Bu şekilde vukua gelen ikrahta ihtiyâr ve rızâ ortadan kalktığı için ehliyet de ortadan kalkacaktır. Şu hadiste bahsedeceğimiz olay Hanbelî mezhebinin bakış açısıyla mezkûr durumumuza örnek teşkil etmektedir. Şöyle ki: Kâfirler Ammar’ı yakaladıklarında Allah’a şirk koşmalarını istiyorlardı. O Bu tehdide boyun eğmedi ve inkârda bulunmadı. Onlar da Ammâr’ı suya attılar, nerede ise ölecek hale gelmişti ki, istediklerini yerine getirdi. Ammâr ağlayarak Hz. Peygamber’e (a.s.) geldi ve durumu Hz. Peygamber’e (a.s.) anlattı. O da Ammâr’ın gözyaşlarını siliyordu. Sonra Hz. Peygamber (a.s.) şöyle buyurdu: “*Seni müşrikler yakaladı, seni onda boğuyorlar, Allah’a ortak koşmanı istiyorlardı. Sen de istediklerini yaptın. Öyle mi? Bir daha yakaladıklarında onlara aynı şekilde davran. Yine öyle yap*”.¹³⁹

Ahmed b. Hanbel’in mezhebindeki tercih edilen görüşe, Ebû Hanife’ye, İmam Mâlik ve İmam Şâfiî’ye göre, mücerret tehdit ikrah sayılır.¹⁴⁰ Çoğu kere ikrah, azap etme, öldürme, dövme ve başka şeylerle tehdit etmek suretiyle olur. İnfaz edilmiş ceza zorla yapılması istenen fiil ile ortadan kaldırılamaz, vukuundan sonra da hiçbir şekilde ondan korkulmaz. Gerçek korku kendisi ile tehdit edilen şeylerden doğar. Tehdit konusu fiil yapıldığında korku sona ermektedir. Şu halde zorlanılan şeyin işlenmesi de ortadan kalkmaktadır ki o işkence yahut ceza olarak vaad olunan şeydir. Fiilen meydana gelen şey değildir.¹⁴¹

1.1.6.5.3.Şartları

i. Tehdit ağır olmalıdır. Tehdit, ağır zararlar meydana getirecek şeylerden biri olmalı ve bunlar rızâyı ortadan kaldırmalıdır. Öldürme, ağır dövme, aç bırakma, uzun

¹³⁶ Ali Bardakoğlu, “İkraha”, **DİA.**, Cilt. 22, 2000, S. 30; Benzer ifadeler için bkz. Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 303.

¹³⁷ Yiğit, **İslam Ceza Hukuku...**, s. 276.

¹³⁸ Kâsânî, **el-Bedâi**, c. 7, s. 175; Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 302; Yiğit, **İslam Ceza Hukuku...**, s. 276.

¹³⁹ Ebu’l-Fadl Ahmed b. Alî b. Hacer ‘Askalânî, **Fethu’l-Bârî**, Beyrut, 1379, Cilt. 12, S. 312; ‘Üdeh, **et-Tesrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 564.

¹⁴⁰ ‘Üdeh, **et-Tesrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 564.

¹⁴¹ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 8, s. 261; ‘Üdeh, **et-Tesrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 565.

sürekli hapis ve zincire vurma gibi.¹⁴² Buradaki tehdidin ağır oluşunun tespiti hayli zordur. Nitekim herhangi bir şahsa ağır gelen zorlama bir başkasına o kadar da ağır gelmeyebilir. Dövme yoluyla zorlama her kişide aynı etkiyi göstermeyebilir. Özel yetiştirilmiş kişiler dövme yoluyla işkencede daha dirençli olabilirken sıradan vatandaş bir iki tokatta kendini bırakabilir. Açlık konusunda da durum aynıdır. Açlığa direnç kişiden kişiye ve yahut yetiştirilmiş kişilerle sıradan vatandaş arasında durum elbette ki değişir. Hapis ve dahi zincire vurma konusunda da durum benzerdir. Küfür, sövme, iftira vs. kötü sözler ittifakla ikrah sayılmaz.¹⁴³

Cebir veya tehdide bitişik olmaksızın da iktidar sahiplerinin sözleri eğer öldürme, şiddetli dövme veya uzun süreli hapis ve zincire vurma anlaşılıyorsa bizâtihi ikrah sayılır.¹⁴⁴ Bunun dışında eğer, iktidar sahibinin emri yerine getirilmediğinde ikrah kabilinde bahsi geçen şeyler olmayacaksa yahut korkutma ile sınırlı kalacaksa ikrah sayılmaz. Zevcenin zevcine karşı olan durumu da böyledir.¹⁴⁵

Tehdit, zorlanan kişinin kendisine karşı olduğunda ittifakla ikrah sayılır. Üçüncü şahsa tehditte bulunulduğunda, bunun ikrah sayılıp sayılmayacağı hususunda ihtilâf vardır. İmam Mâlik'e göre üçüncü kişiler aleyhine de tehdit olsa ikrah sayılır.¹⁴⁶ Hanefî mezhebindeki bazı hukukçulara göre ise üçüncü kişiler aleyhine yapılan tehdit ikrah kabul edilmez iken bazılarına göre ise tehdit evlat, baba veya yakın akraba aleyhine ise o zaman zorlama sayılır. Şâfiîler'in görüşü de aynen böyledir.¹⁴⁷ Hanbelîler'e göre de, baba veya evlat aleyhine tehdit olduğunda bu durum zorlama kabul edilir.¹⁴⁸

“Malı ortadan kaldırma, telef etme ile tehdit, mal çok olduğunda İmam Mâlik, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre bu bir zorlamadır. Mal önemsiz ise, tehdit ikrah sayılmaz. Malın az veya çok, kıymetli veya kıymetsiz oluşunun tespiti şahsa ve servetine göre değişebilir. Birisine göre değersiz olan mal, başkasına göre değerli olabilir”.¹⁴⁹

“Hanefilere göre, malın telefî ortadan kalkması ile sahibine büyük zarar da meydana gelse mal konusundaki tehdit zorlama olmaz. Çünkü ikrah konusu mallar değil

¹⁴² 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 565.

¹⁴³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 8, s. 261; 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 565.

¹⁴⁴ 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 565.

¹⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 12, s. 52.

¹⁴⁶ el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl*, c. 3, s. 45.

¹⁴⁷ 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 566.

¹⁴⁸ Şerefüddin Mûsâ el-Hicâvî, *el-Iknâ' fî Fıkhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, Kahire, 1325, c. 4, s. 4.

¹⁴⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 8, s. 261; 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 566.

şahıslardır. Bununla beraber bazı Hanefî hukukçular mal aleyhine vâkî tehdidi ikrah sayarlar. Fakat bu görüşte olanlar da kendi aralarında değişik görüştedirler. Bazıları tehdidin ikrah olabilmesi için bütün malın aleyhine tehdit şarttır derler. Bazıları bütün zarar meydana geliyorsa, böyle bir tehdit zorlama sayılır, derler”.¹⁵⁰

ii. Tehdidin halen mevcut olup zorlanılan kişinin uymaması durumunda meydana gelmesinin düşünülebilmesi gerekir.¹⁵¹ Arada boşluk durumu olduğundan kişi canını koruyabilecek zamana sahip olacağından zorlama durumu da ortadan kalkacaktır.

iii. İkrah eden tehdidini yerine getirebilecek kudrette olmalıdır.¹⁵² Hanefî mezhebinden Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed, ikrahın bu güce sahip herhangi bir şahıstan gelebileceğini ileri sürerken Ebû Hanîfe ancak devlet başkanından gelen tehdidi ikrah sayar. Onun bu görüşü diğer şahıslardan gelecek tehdidin devlet tarafından önlenebileceğine olan inancından kaynaklanır.¹⁵³ İmameyn’in görüşü ise mezhepte fetva ve diğer mezhep fakihlerinin görüşü de bu yöndedir- zaman içinde şartların değişmiş, diğer kamu görevlilerinin otoritesinin daha güçlenmiş ve onlardan da ikrahın gelmeye başlamış olmasıyla açıklanır.¹⁵⁴ Sonuç olarak ikrah eden kişinin hâkim veya asker gibi iktidar sahibi olmasına bakmaksızın tehdit edenin konumu veya sıfatına değil fiili yerine getirmeye kudretli olmasına bakılır.¹⁵⁵

iv. Zorlanılan kişi, istenileni yapmadığında tehdidin yerine getirileceğine, tahakkukuna dair zann-ı gâlip sahibi olmalıdır. Zorlamada bulunan kimsenin îfâ etmek istediği fiili yapmaması konusunda kanaat getirilirse bu takdirde ikrahın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Tehdit altında bulunan kimse kudretinin yeteceğini düşündüğü anda mevcut durumundan kurtulma yoluna gitmelidir. Buradaki zan çok hassas mevzudur. Kişi karşı tarafın tehdidi îfâyâ muktedir olup olmadığını çok iyi hesaplamalıdır. Mümkün oldukça karşı tarafı imtihan edencesine tehdidinde ciddi olup olmadığı kestirmeye çalışmalıdır. Çünkü bu işin sonucunda işlenen suçun neticesinde tamamen suçlu olunabilir. Diğer açıdan böyle bir olay neticesinde suç teşekkül ettiğinde suçu soruşturan, kovuşturan ve dahi ceza vermeye yetkili kurumların olayı tespit etmeleri bir hayli güç olacaktır. Nitekim işin bu yönü maddi değil manevi

¹⁵⁰ ‘Ûdeh, et-Teşrî’u’l-Cinâî, c. 1, s. 566.

¹⁵¹ ‘Ûdeh, et-Teşrî’u’l-Cinâî, c. 1, s. 567.

¹⁵² ‘Ûdeh, et-Teşrî’u’l-Cinâî, c. 1, s. 567; Bardakoğlu, “İkrah”, c. 22, s. 32.

¹⁵³ Bardakoğlu, “İkrah”, c. 22, s. 32.

¹⁵⁴ Kâsânî, el-Bedâî, c. 7, s. 176; Bardakoğlu, “İkrah”, c. 22, s. 32.

¹⁵⁵ ‘Ûdeh, et-Teşrî’u’l-Cinâî, c. 1, s. 568.

yöndür. Gözle görülmeyip deneye tabi tutulamayan böylesi bir durumda olayı aydınlatmak ve dahi vicdani bir karar verebilmek gerçekten de zordur.

1.1.6.5.4.İkrah'ın Söz ve Fillere Etkisi

- Kişiye hukukî tasarrufları cihetinde ikrahta bulunması durumunda¹⁵⁶ ikrah ister tam zorlama isterse de noksan zorlama olsun, bu ikrar butlandır.¹⁵⁷ Mesela bir kimse evlenme ya da boşanma ikrarında bulunmaya zorlanmışsa ve yahut borç ikrarında bulunmaya mecbur bırakılmışsa bu ikrar hukuken geçerli değildir.

- Şayet ikrahın konusu, alım-satım, kira, rehin vb. sözleşmeler ve hukukî muameleler ise, ikrah ister mülci' ister gayr-i mülci' olsun bu, o işlemi bâtil değil fâsid kılar.¹⁵⁸ Hanefiler bazen bunu “Mün'akid olur, fakat bağlayıcı olmaz” şeklinde ifade ederler ki akitlerde rızâ, şartlardan biri olup Ebû Hanîfe'ye göre, şartın fesadı, fâsid alım-satım meselesinde aslın değil, vasfın fesadını gerektirir.¹⁵⁹

- Ancak ikrahın mevzusu, fiil nev'inden ise örneğin kişi kanunsuz bir şekilde birini öldürmeye ya da şürb suçu işlemeye ya da kendine ait olmayan bir malı telef etmeye gibi bir fiile cebir altına alınmış ise, bu takdirde hüküm zorlamanın ve fiilin çeşidine göre farklılık gösterir.¹⁶⁰

İkrah gayr-ı mülci' ise böyle bir fiilin işlenmesi câiz olmaz, ikrah-ı mülci' ise, bu durumda üç çeşit fiil söz konusu olabilir.

İ. Mükrehin yapması vâcib olan fiiller: Bu nevi bir fiile zorlandığı halde kişi onu yapmaz ve ölünceye yahut organını kaybedinceye kadar direnirse günahkâr olur.¹⁶¹ İçki içmeye, murdar et yemeye veya domuz eti yemeye zorlama gibi. Çünkü zor durumda kalındığı takdirde bu türden şeylerin tüketilebileceğini bizzat Allah mubah kılmıştır. Şöyle ki: “Allah size, ancak meyte, kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına kesileni haram kıldı. Fakat kim mecbur kalırsa, onun (başkasının hakkına) saldırmadan ve haddi aşmadan (bunların yenmesinde) günah yoktur. Muhakkak Allah çok bağışlayandır, çok esirgeyendir”.¹⁶²

¹⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. Ferhat Koca, “İkrar”, **DİA.**, Cilt. 22, 2000, s. 38-40.

¹⁵⁷ Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 303.

¹⁵⁸ Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 303.

¹⁵⁹ Ebû'l-Menâkıb Şihâbeddin ez-Zencânî, **Fıkhî Hükümlerin Usulî Dayanakları**, Çev: Davut İltaş, Ankara, 2015, s. 250.

¹⁶⁰ Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 304.

¹⁶¹ Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 305.

¹⁶² Bakara 2/173.

ii. Mükrehin yapması mubah olmakla birlikte, tehdit edildiği duruma karşı sabredip istenileni yapmadığında sevap kazanacağı fiiller:¹⁶³ Allah'ı inkâr etmek, dini alaya almak gibi fiillerdir. Yine burada da bize bu izni veren Yüce Allah'tır. Şöyle ki: *“İmanla dolu bir kalbi olduğu halde (inkâra) zorlanan bir kimse hariç...”*.¹⁶⁴ Görüldüğü gibi kalp imanla dolu olduğu müddetçe bu ruhsat kullanılabilir. Diğer bir taraftan mezkûr durumda canımızı yahut bir uzvumuzu kaybetme pahasına Allah'ı inkâr etmediğimiz takdirde, ecir ve sevabı hak edeceğimizi Hz. Peygamber (a.s.) bildirmiştir.

iii. Mükrehin yapması hiçbir şekilde câiz olmayan fiiller:¹⁶⁵ Hakkı olmadığı halde katil suçu işleme, bir organı telef etme ya da ölüme sebebiyet verecek şekilde dövmedir. Hiçbir şekilde mükreh sırf kendi canını kurtaracak diye başka bir kişinin canını yok edemez. Çünkü başkasının canı da masumdur.¹⁶⁶

Sonuç olarak insanın, başına gelen bu tür musibetlerden başkasının canını tehlikeye atarak kendisini kurtarması söz konusu dahi değildir. Eğer gücü yetiyorsa mevcut durumundan derhal kurtulmalı, yok eğer gücü yetmiyorsa durumuna razı gelmelidir. Nitekim öldürme ve ağır müessir fiiller büyük suçtur ve ona göz yummak büyük tehlikelere götürür. Bunun içindir ki İslâm hukukçuları bu konuda çok sıkı davranmışlardır.

İkrah altında işlenen bu tür suçlarda mükrehin günahkâr olacağı hususunda İslâm hukukçuları görüş birliği içerisinde. Bu bağlamda gerçekleşecek cinayetlerde dünyevî cezada oluşacaktır. İşte ihtilâfın belirttiği yer de burasıdır. Ceza mükrihe mi yoksa mükrehe mi verilecektir? Verilen ceza kısas mı, diyet mi yoksa ta'zîr mi olmalıdır? İşte aşağıda bu konuya kısaca değineceğiz. Çünkü tezimizin merkezinde değineceğimiz meseleler bu konu ile de yakından alakalıdır.

Hanefî mezhebinde¹⁶⁷ ceza hakkında ihtilâf vardır. Züfer'e göre, kısas cezası verilir. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre, ikrah edilenin ta'zîri ile yetinilir. Yani kanun koyucunun münasip gördüğü bir ceza ile cezalandırılır. Ebû Yusuf'a göre de zorlanılana diyet cezası verilir. Şâfiî mezhebinde¹⁶⁸ iki görüş vardır. En kuvvetlisi, kısas

¹⁶³ Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 305.

¹⁶⁴ Bakara 2/195.

¹⁶⁵ Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 305.

¹⁶⁶ Kur'an'daki ifadeler için bkz. Mâide 5/32.

¹⁶⁷ Kâsânî, *el-Bedâi'*, c. 4, s. 7.

¹⁶⁸ Heysemî, Şihabü'd-Dîn Ahmed, *Tuhfetü'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc*, Mısır, 1328, c.4., s.7.

cezasını uygun görendir. İkinci fikre göre ikrah şüphe sayılır, kısası bertaraf eder, ceza da diyet olur. Mâlikî ve Hanbelî mezhebinde¹⁶⁹ zorlanan kişi kısas cezasına çarptırılır.

Bizim tercih ettiğimiz görüş mükrihe kısas mükrehe ise diyet cezasıdır. Nitekim mükreh kendi canını kurtarmak için başkasını öldürse ona kısas cezası da verilebilir, sonuç olarak mükreh yine ölecekti. Sadece diyet ve yahut ta'zîr cezası verilse, ölümle sonuçlanan bir meselede mükreh açısından bakıldığında şüphe oluşacak fakat mağdur yakınları tarafından duruma bakıldığında ise adaletin yerine getirilmesi gerektiği durumu oluşacaktı. Nitekim kasten adam öldürme suçlarında cezası kısas, kasıt benzeri durumlarda ise diyet cezası uygulanmaktadır. Mezkûr durumu dikkate alırsak, mükrih bakımından kasıt, mükreh bakımından ise kasıt benzeri olarak değerlendirirsek birinciye kısas ikinciye ise diyet cezası verilmesini uygun buluyoruz. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus şudur ki mükreh bu durumu asla ruhsat olarak görmemeli ne olursa olsun başkasının canına kıymaya yönelmemeli lakin aciz kalması durumunda çekeceği cezanın bu olduğunu bilmesi gerekir.

TCK madde 28 de ise bu durum şöyle geçer: *“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun fâili sayılır”*.¹⁷⁰ Biz bunu uygun bulmuyoruz. Çünkü kişi, kanunda suç olarak belirlenen bir fiilden ötürü cezaya çarptırılmayacağını bilmesi halinde mükrihe direnmez, canının yanmasına katlanamaz ve bir an önce o durumdan kurtulmak için istenilen kanunsuz eylemi derhal gerçekleştirir.

1.1.6.6.Kanun Hükmü ve Amirin Emri

İbtidâî zamandan tutunda günümüze kadar sosyal hayat içinde fertler arasındaki görev paylaşımı her daim söz konusu olmuştur. Toplumsal statü bağlamında yönetenler, yönetilenler, krallar, kralların emri altındaki halk, komutanlar, vezirler, as-üst ilişkileri, bakanlar, müdürler, memurlar... . Bu listeyi uzatmak mümkündür. Bu durum devlet içerisinde belli bir düzen dâhilinde yaşayabilmenin zaten önkoşuludur. Bu doğal durum neticesinde yetkili merciin ya da görevinin gereğini yerine getiren kişilerin eylemlerinin

¹⁶⁹ el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl*, c. 6, s. 242; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 9, s. 331; Hicâvî, *el-Iknâ*, c. 4, s. 171.

¹⁷⁰ TCK, md. 28.

hukukî boyutu gündeme gelmektedir.¹⁷¹ Hakkın kullanılması ile yakından ilgili olan görevin yerine getirilmesi durumu birinde hakkın kullanması zorunlu değilken diğer taraftan emrin yerine getirilmesi ise zorunludur. İslâm hukukçularının ittifakla kabullerine göre hakkın terki halinde cezalandırmak mümkün değil, vazifenin terki terk edenin cezalandırılmasını mümkün kılar.¹⁷²

Türk Ceza Kanunun 24. maddesi 1-4 bendinde kanunun emrini îfâ edene ceza verilemeyeceği ancak yapıldığı takdirde şu oluşacak emrin ise asla yerine getirilemeyeceği yazar¹⁷³

İslâm hukukunda, kanun hükmünü ya da yetkili merciin emrini yerine getirmekle görevli kişinin belirlenen ölçülere göre hareket ettiği sürece sorumluluğunun olmaması genel ilkedir.¹⁷⁴ Ancak kanun hükmünü belirlediği ölçüleri aşması durumunda, meydana gelen zararlardan dolayı, hukukî ve cazaî sorumluluğu vardır.¹⁷⁵

1.1.6.7.Meşrû Savunma/Müdafaa

Kişi kendisine karşı yapılacak her türlü kanun dışı saldırılardan kendisini ve malını koruma hakkına sahiptir. Nitekim Kur'an'da Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *“...O hâlde kim size saldırırsa, size saldırdığı gibi siz de ona saldırın, (fakat ileri gitmeyin). Allah'a karşı gelmekten sakının ve bilin ki, Allah kendine karşı gelmekten sakınanlarla beraberdir”*.¹⁷⁶ Ayrıca saldırının giderilmesinde bir diğer dayanak ise Ya'lâ b. Üneyye'nin Hz. Peygamber'den rivâyet ettiği şu hadistir. *“Kiracım vardı. Birisi ile kavgaya tutuştu, onlardan birisi diğerinin elini ısırды. Isırılan kimse elini ısırmanın ağzından çekince onun ön dişlerinden birisinin de sökülmesine ve düşmesine neden oldu. Hz Peygamber de “Ya elini senin ağzında bırakacaktı da sen onu, hayvanın ısırması gibi onu ısırmalı ve koparmalı mıydın?”*¹⁷⁷ Başka bir dayanağımız ise; *“Biri, iznin olmadan seni gözetler, onu bundan men etmek için taş atar ve gözünü çıkarırsan günahın (sorumluluğun) yoktur”*.¹⁷⁸

¹⁷¹ Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s.278.

¹⁷² Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, s. 472.

¹⁷³ TCK, md. 24/1-4.

¹⁷⁴ Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 251.

¹⁷⁵ Kâsânî, *el-Bedâî*, c. 7, s. 305; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 10, s. 334; el-Ensârî, *Esne'l-Metâlib*, c. 4, s. 163; Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 558.

¹⁷⁶ Bakara 2/194.

¹⁷⁷ Ebû Dâvûd, Sünnet, 29; Tirmizî, Diyât, 21; İbnu Mâce, Hudûd,21.

¹⁷⁸ Buhârî, İkrâh, 7.

Tam da burada Şu soruyu sormak isteriz: Kişi kendisine karşı yapılan saldırıları önlemek zorunda mıdır? Yoksa saldırıyı ister önler isterse önlemez mi? Böyle bir hakkı var mıdır?

Hukukçular, ırza karşı giriŐilen saldırıya karşı koymak, tecav  z  gidermek bir vazifedir derler ve bu konu hakkında da ittifak halindedirler.¹⁷⁹ Mesela bir adam, bir kadına zorla cinsel saldırıda bulunmak isterse, kadın da bu saldırıyı ancak öldürmekle karşı koyabiliyorsa, o zaman adamı öldürmek vazifesidir ve erkeğe tecavüz imkânı vermesi ise haramdır.¹⁸⁰

 sl m hukukçuları canın savunulmasında ihtilâf etmişlerdir. Hanefî mezhebinde meŐhur olan ve Mâlikî ve Ő f  mezheplerinde birçok görüşün de birleŐti  bir fikre göre, canı korumak için saldırının önlenmesi v ciptir.¹⁸¹

Malda haklı savunmaya gelince;  sl m hukukçularının çoğunluğunun fikrine göre, v cip değil, câiz olup saldırıya uğrayan kişi, saldırganı dilerse önler, dilerse önlemez.¹⁸² Fakat bazı hukukçulara göre, saldırılan mal cansız olmayıp canlı bir mal ise veya savunmada bulunanın elinde bulunan mal, hacredilmiŐ kimse veya vakıf gibi başkasına ait bir mal ise veya emanet olarak bırakılmışsa yahut savunmada bulunana ait bir mal olmakla rehin veya icar gibi başkasının hakkı söz konusu bir mal ise o zaman meşru savunma v ciptir, bir ödevdir.¹⁸³

1.1.6.8.Hakkın Kullanılması ve  lgilinin Rızası

1.1.6.8.1.Hakkın Kullanılması

 sl m hukukunda yasak olan fiiller genel anlamda herkes için yapılması yasaktır. Fakat Şâri'  zel durumlarda bazı yasak fiilleri bazı kimselere mübah kılmıştır. Bu Şekilde genel k ideden istisnalar tanımıŐtır. Çünkü kişilerin ve topluluğun durumları, bu serbestliği gerektirir.¹⁸⁴

Meselâ adam öldürmek herkese haramdır. Eğer bir kimse kasten adam öldürmüŐse, bunun cezası kısastır. Fakat Allah Te  l , kısasın yerine getirilmesini

¹⁷⁹   deh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 474.

¹⁸⁰   deh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 474.

¹⁸¹  bn Âbidîn, *a.g.e.*, c. 5, s. 481; Heysemî, *Tuhfetü'l-Muhtâc*, c.4., s.124; el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Cel l*, c. 6, s. 323.

¹⁸²   deh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 475.

¹⁸³ Ensârî, *Esne'l-Metâlib*, c. 4, s. 168.

¹⁸⁴   deh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 469.

öldürülenin velisinin, mirasçısının hakkı yapmıştır.¹⁸⁵ Bu da şu hükümle sabittir: “...*Kim mazlum olarak (haksız yere) öldürülürse, o takdirde onun velisini sultan (hak sahibi) kıldık. Artık öldürmede haddi aşmasın...*”.¹⁸⁶ Görünüşte hak sahibi, kasten adam öldürmüş gibi gözükse de bilakis kendisi için özel bir durumda mübah olan eylemi gerçekleştirmiştir. Eylem ayette belirtildiği şekilde gerçekleştirildiği takdirde ise Allah’ın maksatlarından her ikisi de gerçekleşmiş olacaktır. Birincisi, kâtile kısas cezası uygulanması, ikincisi ise; kısasın uygulamasını öldürülenin velisinin gerçekleştirmesidir.

İnfaz ile memur cellatların durumunu ise aynı kategoride değerlendirebiliriz. Görevin başlangıç sebebi aynı olmasa da netice itibarı ile aynıdır. Devlet tarafından verilen vazifeyi yerine getirdiği takdirde cellat, haddi aşmadığı sürece suçlu sayılamayacaktır. Aynı şekilde asker, polis vesaire aynıdır.

Yaralama ve müessir fiil suçlarını işlemek de herkese yasaktır. Fakat insanın hayatı veya huzuru tıbbî müdahaleye, ameliyata lüzum gerektiriyorsa, hastayı elemelerinden veya hayatını kurtarmak için özel bir sıfatla doktorun hastayı ameliyatı serbest olur.¹⁸⁷ Çünkü zaruretler yasak şeyleri serbest hale getirir.¹⁸⁸ TCK’nın 25. maddesinin 1. fıkrasında da mevcut konu geçmektir. Şöyle ki: “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*”.

Doktorluk sosyal hayat içerisinde olmazsa olmaz bir meslektir. Bu mesleği halk içerisinde bulunan kimselerin yerine getirmesi zaruridir. Doktorluk kendi başına farz bir vazife olsa da kişiler üzerinde farz-ı kifâyedir.¹⁸⁹ Hal böyleyken tıbbî müdahale de doktorun bir borcudur. Burada dikkat edilmesi gerek hususlar şunlardır: Tıbbî müdahalede bulunan kişinin ehil/tabip olması, tıbbî müdahalenin iyi niyet taşıması, tıbbî metotlara uygunluk, tabibin fâhiş hata yapmaması, hastanın tedaviye rızâsı, yetkili makamın izni.

İslâm hukukçuları, tıbbî müdahalelerde belli şartların bulunması durumunda doktorun meydana gelen sonuçlardan dolayı cezaî ve hukukî sorumluluğunun olmadığı konusunda görüş birliği içindedirler.¹⁹⁰ Tıbbî müdahalelerde, doktorun sorumlu tutulması konusunda fakihlerin tutumları farklılık arz etmektedir. Ebû Hanîfe, tıbbî

¹⁸⁵ ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 469.

¹⁸⁶ İsrâ 17/33.

¹⁸⁷ ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 470.

¹⁸⁸ *Mecelle*, md. 21.

¹⁸⁹ ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 520.

¹⁹⁰ Kâsânî, *el-Bedâî*, c. 7, s. 305; ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 522; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 249.

müdahalelerde doktorun sorumlu tutulmamasını iki gerekçeyle dayandırmaktadır. Bunlardan birincisi sosyal ihtiyaç, ikincisi ise mağdur veya velisinin müdahaleye izin vermiş olmalarıdır.¹⁹¹

İmam Şâfiî'ye göre ise doktorun sorumlu tutulmayışının gerekçesi, mağdur veya velisinin tedaviye izin vermiş olmaları esasına dayanır. Doktor, yaptığı müdahale ile mağdurun zarar görmesini değil tedavisini amaçlamıştır. Dolayısıyla bu amaca yönelik tedavide mağdurun izninin de bulunması durumunda doktorun cezaî ve hukukî sorumluluğunun olmaması gerekir.¹⁹²

Ahmed b. Hanbel de doktorun, uyguladığı tedavi yöntemini diğer doktorlarca da onaylandığı takdirde, tıbbi müdahalede sorumluluğunun olmadığını ifade etmiştir.¹⁹³

İmam Mâlik ise doktorun sorumlu tutulmamasının sebebini, devletin ve mağdurun iznine dayandırmaktadır. Doktor tıbbi metotlara uygun hareket ettiği sürece meydana gelen zararlardan sorumlu değildir.¹⁹⁴

1.1.6.8.2. İlgilinin Rızâsı

İslâm hukukunda, suç mağdurunun suçun işlenmesine onayının, o suçu câiz hâle getirmeyeceği esastır. Ayrıca bu durumun da cezaî mesuliyete etki etmeyeceği genel kuraldır. Fakat genel kuralın bu olması yanında, suç mağdurunun mağdurun oluru, suçun öğelerinden herhangi birisini iptal ederse cezaî sorumluluğa etkisi olabilir ve suçun karşılığında tatbik olan cezayı kaldırır. Misal olarak sirkat ve gasp suçlarında, malın alınmasına rızâ gösteren mağdurun oluru, suçun unsurlarına tesir ettiğinden şahsa bu suçlar sebebiyle ceza uygulanmaz.¹⁹⁵ Bu başlık altında, İslâm hukukunda daha çok tartışılmakta olan müessir fiillere rızâ ve ötenazi konularına değineceğiz.

Bir kimsenin intihar etmeye rızâsının cezaî mesuliyete etkisi, İslâm hukuk doktrininde irdelenmiştir. Hanefî mezhebinin hâkim görüşüne göre, bir şahsın kendisinin öldürülmesine rızâsı, fiili hukuken serbest hale getirmez.¹⁹⁶ Bu mezhepte cumhura göre, mağdurun rızâsı şüphe gibi değerlendirilmekte, suçluya kastının varlığı halinde bile kısas cezasının uygulanması engel kabul edilmekte; suçlunun belirtilen

¹⁹¹ Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 249.

¹⁹² 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 521; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 250.

¹⁹³ 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 521; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 250.

¹⁹⁴ 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 521; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 250.

¹⁹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 9, s. 186; 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 440; Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 252.

¹⁹⁶ Yiğit, *İslam Ceza Hukuku...*, s. 253.

durumda diyet ödemekle yükümlü tutulacağı ifade edilmiştir.¹⁹⁷ Şâfiî mezhebinde bir görüşe göre öldürmeye rızâ, kısas ve diyet cezalarını düşürse de fiili yasaklıktan çıkarmaz; ikinci görüşe göre ise, öldürmede rızâ, fiili serbest hale getirmediği gibi, cezayı da düşürmez.¹⁹⁸ Hanbelî hukukçularının görüşü de, Şâfiî mezhebinin ilk görüşü ile aynı doğrultudadır.¹⁹⁹ Mâlikî mezhebinin tercih edilen görüşüne göre ise mağdurun rızâsı, suçu yasaklıktan çıkarmadığı gibi, fâilden cezayı da düşürmez.²⁰⁰

İlgilinin rızâsı TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde geçer: “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*”.

1.1.6.9.Sınırın Aşılması

Cezaların hukuka aykırı olmaksın fazlalıksız ve de sınırı aşmaksızın yerine getirildiğinde, infaz sonucu meydana gelen ölüm, müessir fiil gibi durumlardan infaz görevini yerine getirene sorumluluk yoktur. Meselâ, zinakâr bekâra zina cezasını tatbik eden görevli meşru şekilde yüz değnek vurursa, vurma sonucu ölüm meydana geldiğinde döven kimseye sorumluluk terettüp etmez.²⁰¹ Taammüden yüz değnekten fazla vuran veya infaz sırasında, sayıda hata edip fazla vuran kişi ölüme neden olur veya ölüm meydana gelirse her iki halde de cezâen sorumluluğu vardır.²⁰² Devlet reisi veya yetkili kişi cezayı infaz edene yüzden fazla değnek vurmasını emrederse ve emir alan kişi de emir verenin emrine uyulması gerektiğine inanır; fazlasının yasak olduğunu bilmezse bir sorumluluğu yoktur, sorumluluk emir verene aittir.²⁰³ Cezayı tatbik eden, ziyadenin haram olduğunu bildiğinde sorumlu olur ve o zaman verilen emir, kendisini mesuliyetten beri tutmaz.²⁰⁴

Sınırın aşılması meselesi TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde geçmektedir: “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için*

¹⁹⁷ Kâsânî, *el-Bedâi'*, c. 7, s. 236.

¹⁹⁸ Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-'Abbâs Ramî, *Nihayetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrut, 2003, Cilt. 7, s. 311.

¹⁹⁹ 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 1, s. 441.

²⁰⁰ 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 1, s. 441.

²⁰¹ 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 1, s. 558.

²⁰² 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 1, s. 558.

²⁰³ 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 1, s. 558.

²⁰⁴ 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 1, s. 558.

kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur”.²⁰⁵ 2. fıkrasında da Meşru müdafaada sınırın aşılması kabul edilebilecek bir heyecan, korku veya telaştan kaynaklanmışsa fâile ceza verilmeyeceği geçer.”.²⁰⁶

Kısaca söyleyecek olursak; hem İslâm hukukunda hem de beşerî hukukta, vazifenin tatbiki sırasında kasıtlı şekilde sınırın aşılması durumunda cezayı uygulayana sorumluluk vardır. Hata veya bilgisizlik gibi unsurlardan dolayı sınırı aşanlara ise durumuna göre ya sorumluluk yoktur ya da cezasında hafifletme vardır.

1.1.6.10.Haksız Tahrik

Haksız tahrik; Suç işleyen bir kimsede “acı, elem, keder” oluşturup onu suç işlemeye ileten (saiktir) fiildir.²⁰⁷ En basit ifadelerle haksız tahrik, mağdurdan fâile dönük vukua gelip haksız tahrik sonucu mağdurda elem, öfke ve ıstırap meydana getiren ve bu duyguların etkisiyle fâilin “tepki suçu” işlemesidir.²⁰⁸ Fâil mevzubahis bu fiili kendisine karşı haksız tahrik sonucunda yerine getirdiğinden cezasında bir indirim olacaktır.²⁰⁹ Haksız tahrik asla işlenmiş olan fiili suç olmaktan çıkaran bir etken olmayıp sadece cezanın miktarını belirleyen bir etkendir.²¹⁰

Bu konuya Kur’ân şu şekilde işaret eder^ط Yemin ve yemin keffaretini konu edinen ayette²¹¹ geçen yemin-i lağvdan kasıt, öfke halinde yapılan yemindir. Nitekim birçok bilgin bu görüştedir.²¹²

Hz. Peygamber de fâilin psikolojik durumu üzerinde durmuştur. “ لَا طَلَّاقَ وَلَا عَتَاقَ ” (sağduyuyu kapatan öfkeli durumda boşama ve köle âzad etme geçerli değildir)²¹³ demek suretiyle öfkeyi, cezayı kaldıran ya da azaltan sebepler arasında görmüştür.

Haksız tahrik, TCK’nın 29. maddesinde şu şekilde geçmektedir: “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemi etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet*

²⁰⁵ TCK, md. 27/1.

²⁰⁶ TCK, md. 27/2.

²⁰⁷ Hadi Sağlam, vd., “İslâm Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı. 1, 2012, Cilt. 5, s. 164.

²⁰⁸ Sağlam, “İslâm Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi”, s. 164.

²⁰⁹ TCK, md. 29.

²¹⁰ Sağlam, “İslâm Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi”, s. 164.

²¹¹ Bakara 2/225.

²¹² Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr İbn Kayyim el-Cevziyye, **İğâsetü’l-Lehfân fî Talâkı’l-Ğadbân**, Tahkik: Muhamed Afifi, el-Mektebetü’l-İslâmî-Metebeta Ferkad el-Hânî, Beyrut-Riyad, 1408/1988, s. 30.

²¹³ Ebû Davûd, Talâk, 8; İbnu Mâce, Talâk, 16.

hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir”.

Görüldüğü üzere hem İslâm hukukunda hem de beşerî hukukta haksız tahrik durumunda cereyan edip suç teşkil eden eylemlerin tecziyesinde bir tahfifâta gidilmektedir.

1.1.6.11.Hata

Sözlükte kısaca “sevabın zıddı” olarak açıklanan hata “düşünürken, konuşurken ya da bir iş yaparken meydana gelen yanlışlık, amaçlananı ve doğruyu tutturamama” anlamına gelir.²¹⁴ Bu açıdan bilgi alanındaki hata arzulamadan yerine getirilen yanlış ve yanılğı, davranış alanındaki hata ise gayenin gerçekleşmemesi ve nihayeti önceden kestirememeye durumu şeklinde açıklanabilir.²¹⁵

Suç oluşturmayacak fiilden sadır olan suç kasıtsız işlenen suç sayılır.²¹⁶ Örneğin oruçlu iken abdest almak için ağzına su alan kişi yanlışlıkla suyu yutsa o kişinin orucu bozulmaz. Çünkü kişi mübah olan eylemi yani ağza su alma eylemini gerçekleştirmekte fakat kastında hata edip yanlışlıkla suyu yutmaktadır.

İslâm hukuk literatüründeki hata tanımlarının daha ziyade gerçekleşen sonuçtan hareketle yapıldığı söylenebilir.²¹⁷ Nitekim Ebû Yûsuf hatayı, “kişinin murat ettiği şeyin dışında veya istemediği bir şeye isabet kaydetmesi”²¹⁸; İbn-i Melek, “herhangi bir şeyin arzu edilenin zıddına gerçekleşmesi”²¹⁹ şeklinde tarif edilmiştir.

*“Hatâen yaptıklarınızdan dolayı size bir vebal yoktur, fakat kalplerinizin bile bile yöneldiğinde günah vardır”.*²²⁰ Fukahâ bu âyetin meâlindeki ifadeler gereğince muhtânin ma’zûr olduğunu, tam birer ceza olan had ve kisasın ise ma’zûr kişilere gerekmeyeceğini öne sürerek hatanın ceza konularında şüphe olmaya elverişli olduğunu söylemişlerdir.²²¹

TCK’nın 30. maddesinin 1-3 fıkralarında ise hata durumu şu şekilde geçmektedir: “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları

²¹⁴ H. Yunus Apaydın, “Hata”, *DİA*, Cilt. 16, 1997, s. 437.

²¹⁵ Apaydın, “Hata”, c. 16, s. 437.

²¹⁶ Üdeh, *et-Tesrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 436.

²¹⁷ Apaydın, “Hata”, *DİA*, c. 16, s. 438.

²¹⁸ Ebû Yusuf, *el-Harâc*, s. 156; Apaydın, “Hata”, c. 16, s. 438.

²¹⁹ ‘Abdullatîf İbn-i Melek, *Şerhu’l-Menâri’l-Envâr fî Usûli’l-Fıkh*, by., 1308, S. 368-369; Apaydın, “Hata”, c. 16, s. 438.

²²⁰ Ahzâb 33/5.

²²¹ Apaydın, “Hata”, c. 16, s. 439.

bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”.

Görüldüğü gibi hata, cezayı ya ortadan kaldırmaya ya da azaltmaya sebep olur. Konunun detaylarına ikinci bölümde geçileceğinden, buradaki konuyu bu kadarla sınırlı tutmayı uygun buluyoruz.

1.1.6.12.Yaş Küçüklüğü

İnsanın bir işle sorumlu tutulabilmesi için o işe ehil olması gerekir. Nitekim Kur’ân-ı Kerîm’de şöyle buyurulmaktadır: “*Haberiniz olsun ki Allah size şunları emrediyor: Emanetleri ehline veresiniz...*”.²²² Bir hadiste ise Hz. Peygamber (a.s.) şöyle buyurmaktadır: “*...İş, ehil olmayana verilince kıyameti bekle*”.²²³

Kişinin İlâhî hitaba muhatap olabilmesi için, kendisine yöneltilen hitabı kavrayabilecek güçte bulunması gerekir. Bu gücü gösterebilecek kişiler ise açıktır ki akıl sahibi olan kimselerdir. Çünkü anlama, muhakeme etme ve dahi kavrama vasıtası akıldır. Akıl olmadan İlâhî hitabı anlama imkânsızdır. İşte bundan ötürü, Şâri’ açık ve tespiti mümkün bir durumu mükellefiyetin âlameti olarak göstermiştir ki o da kişinin “*temyiz kudretine sahip olarak bulûğa ermiş olması*”dır.²²⁴ Eğer kişi âkil ve bâliğ olmuş ise mükellef sayılır fakat mümeyyiz olsun ya da gayrı mümeyyiz olsun bulûğa ermemiş küçük mükellef sayılmaz. Hz Peygamber’in (a.s.) şu hadisi buna delil teşkil eder: “*Üç kişiden kalem kaldırılmıştır: Uyanıncaya kadar uykudan, Bulûğa erinceye kadar çocuktan ve akli dengesine kavuşuncaya kadar akıl hastasından*”.²²⁵

1.1.6.13.Sağır ve Dilsizlik

Sağır-dilsizlik, suçu işledikleri zaman idrâk ve ihtiyâr sahibi olduklarında suçlarından suç hukuku bakımından sorumludurlar.²²⁶ Durumları, idraklerine, akıl

²²² Nisa 4/58.

²²³ Buhari, İlim, 2.

²²⁴ Şâ’bân, *Usûlü’l-Fıkhi’l-İslâmî*, s. 293.

²²⁵ Tirmizî, Hudûd 1; Dârimî, Hudûd, 1.

²²⁶ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 589.

melekelerine tesir ettiğinde, deli veya bunaklardan sayılmaları mümkün olacağından cezaî mesuliyetleri de yoktur.²²⁷

Ebû Hanîfe ve talebeleri, sağır ve dilsizlerden hadleri kaldırır, suçu ikrar etseler bile ta'zîr cezasıyla tecziye etmekle yetinirler ki çünkü sağır ve dilsizlik şüphedir.²²⁸ İkrarları işarete dayanır, işaretle normal anlaşılan mânâdan başka bir mânâ anlaşılır.²²⁹ İmam Mâlik, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel ise işarete şüphe bulunmadığında sağır ve dilsizin ikrarını kabul ederler.²³⁰ Sağırlık ve dilsizlik sebepleri ile hadd cezasının kaldırılmasına taraftar değildirler.²³¹

²²⁷Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 589.

²²⁸Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 589.

²²⁹Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 589.

²³⁰Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 589.

²³¹Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 589.

İKİNCİBÖLÜM

2. İSLÂM CEZA HUKUKUNDA OLASI KASIT (ŞİBHU'L-‘AMD, KASIT BENZERİ)

2.1. Olası Kasıt Kavramı

2.1.1. Sözlükte

Şibhu'l-‘amd kavramı görüldüğü üzere iki kelimedenden oluşmaktadır. Bu kavram “şibh” (شبه) ve “amd” (عمد) kelimeleridir. “Şibh”: Bir şeyin başka bir şeyi andırmasıdır.²³² “Amd” ise, hatanın zıddı olup öldürme ve de vesâir cinayetlerdedir.²³³ Bahsettiğimiz bu tanımlardan anlaşılıyor ki “şibh-i ‘amd” kasta benzer bir öldürmedir. Fakat tamamen kasıt ve hata olmayıp bu ikisi arasında bir şeydir. Bu kavrama aynı şekilde “olası kasıt”, “ihtimalî kasıt” da dememiz mümkündür. Aşağıda ise bu kavramların klasik ve modern İslâm hukuku kaynaklarındaki akislerini irdeleyeceğiz.

Olası Kasıt (Şibhu'l-‘Amd): Bir insanın, öldürmeksizin başka bir insana direk ve benzeri bir şeyle vurması ya da öldürmeyecek derecede başka bir insana taşla vurması fakat bu sebeple de o kimsenin ölmesidir.²³⁴ Bir başka deyişle şibhu'l-‘amd, genellikle öldürücü olmayan bir aletle - asa, kırbaç ve küçük bir taş gibi- öldürmedir.²³⁵

2.1.2. İslâm Fıkıh Literatüründe

Hanefî fakihler kasıt benzerini şöyle tarif etmektedirler. Olası kasıt: Değnek veya kırbaç ya da taşla kasten vurmaktır²³⁶ Nitekim Peygamber (a.s.) “*Dikkat edin! Kasıt benzeriyle yani kamçıyla, sopayla veya taşla öldürmelerde maktul için diyet olarak yüz*

²³² İbn Manzûr, *Lisânu'l-‘Arab*, c. 4, s.2189.

²³³ İbn Manzûr, *Lisânu'l-‘Arab*, c. 4, s. 3096.

²³⁴ Bkz. İbn Manzûr, *Lisânu'l-‘Arab*, c. 4, s. 3097; Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed el-Ezherî, *Tehzîbü'l-Lüğa*, Beyrut, 2001, Cilt. 1, s. 238.

²³⁵ Ahmet Fethî el- Behnesî, *el- Kısâs fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire, 1989, s. 142; Behnesî, *ed-Diyet fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmî*, Beyrut, 1988, s. 45.

²³⁶ İmam Muhammed, *Kitâbu'l-Asl*, c. 4, s. 437.

deve verilir”²³⁷ buyurur. Bu yargı, kasıt benzeriyle öldürmeyi yasaklamakta ve de bu suça diyet cezasını vermektedir.

İslâm hukukçuları, kasıt benzerini (olası kasıt), adam öldürmelerde ve öldürme kasıtı ile olmayan yaralama suçlarında kabul ederler.²³⁸ Ancak İmam Mâlik hem adam öldürme suçunda hem de öldürme suçu dışı suçlarda olası kasıtı kabul etmez.²³⁹ Gerekçesi ise Allah’ın kitabında sadece kasıt (‘amd) ve hata kavramlarının bulunmasıdır.²⁴⁰ İmam Mâlik, öldürme suçunda kasıt, düşmanlık maksadı ile suçu işlemektir şeklinde tarif edip suçlunun fiili ve neticesini planlamasını şart koşmaz.²⁴¹ Ebu Hanîfe, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel katil suçunda kasıt benzerini ittifakla kabul ederlerse de diğer suçlarda ayrı fikirdedirler.²⁴² Ebû Hanîfe’ye göre;²⁴³ kasıt benzeri, öldürme suçlarında bulunur fakat bunun dışındaki suçlarda bulunmaz. Şâfiî’ye göre; katil suçunun dışında kasıt ya bizatihi sırf taammüd veya kasıt benzeri olur.²⁴⁴ Hanbelî mezhebinde tercih edilen fikir de budur.²⁴⁵

Öldürme suçunda olası kastın anlamı, (fâilin) öldürme niyeti ile olmaksızın düşmanlık kasıtı ile öldürücü fiili yapmasıdır.²⁴⁶ Netice itibarı ile fâil meydana gelen sonucu istemese de öldürme eylemi gerçekleşmektedir. İslâm hukukçularını bu fikri savunmaya iten sebep ise şu hadisin varlığıdır. “ *Dikkat edin! Sopa, değnek ve taş gibi şeyleri vurmak suretiyle kastın aşılması (kasıt benzeri) neticesi öldürmelerde yüz deve cezası vardır*”.²⁴⁷ Hadiste geçen “hatau’l-‘amd” ifadesi aynı şekilde bizzat Hz Peygamber (a.s.) tarafından “şibhu’l-‘amd” olarak ifade edilmiştir.²⁴⁸ Böyle olmasının sebebi netice itibarı ile kasta benzemesi fakat niyet aşamasında niyette hata edilip kasıttan ayrılmasıdır. Nitekim taammüden öldürme eyleminde katilde öldürme özel kasıtı bulunur. Ancak olası kasıttan öldürme özel kasıtı bulunmamakta, neticenin

²³⁷ Nesaî, Kasâme, 33; İbnu Mâce, Diyât, 5; Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, Beyrut, 1999, c. 2, s. 11, 36, 164, 166.

²³⁸ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406; Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, c. 1, s. 426.

²³⁹ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406; Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, c. 1, s. 426.

²⁴⁰ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406.

²⁴¹ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406.

²⁴² ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406; Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, s. 426; Ali ŞAFAK, “Suçun Manevi Unsuru ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, Refik KORKUSUZ ve Abdurrahman EREN (Ed.), **İslam Ceza Hukuku**, İstanbul, 2017, Cilt. 2, s. 488-525.

²⁴³ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik Şerh-u Kenzi’d-Dekâik**, Beyrut, t.y., Cilt. 8, S. 327.

²⁴⁴ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406; Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, c. 1, s. 426.

²⁴⁵ el-Hicâvî, **el-Iknâ**, c. 4, s. 189; ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406.

²⁴⁶ ‘Udeh, **et-Teşrî’u’l-Cinâî**, c. 1, s. 406.

²⁴⁷ Nesaî, Kasâme, 33; İbnu Mâce, Diyât, 5; Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, c. 2, s. 11,36,164,166.

²⁴⁸ **el-Müsned**, Tahkik: Şuayb el-Arnaüt vd., Beyrut, 1999, Cilt. 38, s. 478. (Şuayb el-Arnaüt, çeşitli araştırmacılarla beraber eseri beş cildi hadis ve râvi fihristi olmak üzere elli cilt halinde neşretmiştir. M. Yaşar Kandemir, “el-Müsned”, **DİA.**, Cilt. 32, 2006, s. 104.)

öngörülüp ihmalkârca davranılıp kasıttaki hata durumu bulunmaktadır. Teknik açıdan bunu belirlemek kolay gibi gözükse de mevcut olayda fâilin kastını belirlemek o kadar da kolay değildir. Çünkü kasıt psikolojik ya da manevi bir ögedir. Suçlu çoğunlukla niyetini gizli tutar. Suçlunun gizlediği niyetini anlamak için suçu ya itiraf etmesi beklenecek ya da suçu işlerken kullandığı aletlere bakılacaktır. Onun içindir ki ilk dönem İslâm hukukçuları kasıt benzerini tanımlarken “*Değnek veya kırbaç ya da taşla kasten vurmaktır*”²⁴⁹ demek suretiyle suç aletleri üzerinden tanımlarını yapmışlardır. O kadar ince bir tanım ki bu, vukua gelmiş durumu hem kasten vurma demek suretiyle taammüde yaklaştırmakta hem de çoğunlukla öldürücü olmayan aletleri sayarak taammüdden uzaklaştırmaktadırlar. Ayrıca olası kasıtlı işlenen suçun cezası bugün de olduğu gibi kasıtlı işlenen suçtan daha hafif tutulmuştur.²⁵⁰ Nitekim çoğunlukla öldürücü olmayan aletlerle yapılan eylemde suçlunun kastını belirlemede “şüpheli” oluşmaktadır.

Şüphelinin varlığı doğal olarak ceza muhakemesini de etkileyecektir. Nitekim Kur’ân-ı Kerîm’de “*Ey iman edenler, zandan çokça kaçının. Çünkü zannın bir kısmı günahıdır*”.²⁵¹ “*...Zan ise hiç şüphesiz hakikat bakımından bir şey ifade etmez*”.²⁵² buyrulmaktadır. Meseleye ceza hukuku açısından bakıldığında, ceza muhakemesinde şüpheli durumlarda son derece ihtiyatlı davranılması gerekmektedir. Çünkü masum bir insanı işlemediği bir suçtan ötürü suçlamak ya da suçluya hak ettiği suçtan daha fazla suç yüklemek elbette adaletsizlik olacaktır. Hz. Ali’nin rivayet ettiğine göre Hz. Peygamber (a.s.) “*Hadleri şüphelerle düşürünüz*”²⁵³ buyurmuştur. İslâm hukukunun asli kaynaklarında var olan bu deliller neticesinde olası kasıtlı(şibh-i ‘amd) işlenen cinayet suçlarında kısas cezası uygulanamayacaktır. Konunun detaylarına

²⁴⁹ Şeybânî, *Kitâbu’l-Asl*, c. 4, s. 437;

²⁵⁰ Şeybânî, *Kitâbu’l-Âsâr*, c. 1, s. 636; Ebû Yûsuf, *Kitâbu’l-Harâc*, s. 169; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 26, s. 76; Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut: 1973, Cilt. 6, s. 105; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî, *el-Ikna’ fi Halli Elfâzi Ebî Sücâ’*, Beyrut, 1994, Cilt. 2, s. 503; Kâdî Abdolvahhâb Ebû Muhammed Ali, *et-Telkîn fi’l-Fıkhi’l-Mâlikî*, Ebû Üveys Mehammed Tatvanî (Tahkik), b.y., 2004, Cilt. 2, s. 184; Ebû’l-Hasen Alâüddîn Ali b. Süleymân b. Ahmed el-Merdâvî, *el-İnsâf fi Ma’rifeti’r-Râcih mine’l-Hilâf*, Beyrut, 1419, Cilt. 9, s. 330.

²⁵¹ Hucurât 49/12.

²⁵² Necm 53/28.

²⁵³ إدروا الحدود بالشبهات, Ali b. Ömer b. Ahmed ed-Dârekutnî, *Sünenü’l-Dârekutnî*, Kahire, 1386/1966, Cilt. 3, s. 84; Ebu’l-Fadl Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebû Bekir es-Suyûtî, *el-Câmiu’s-Sağîr*, Beyrut, t.y., Cilt. 1, s. 52; Alâüddîn Ali b. Abdilmelik Muttakî el-Hindî, *Kenzü’l-Ummâl fi Süneni’l-Akvâl ve’l-Ef’âl*, Beyrut, 1993, Cilt. 5, s. 309; Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullâh b. Yûsuf b. Muhammed ez-Zeyleî, *Nasbu’r-Râye li Ehâdîsi’l-Hidâye*, Kâhire, 1995, Cilt. 4, s. 129; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *Neylül-Evtâr Şerhu Münteka’l-Ahbâr min Ehâdîsi Seyyidi’l-Ahyâr*, Kahire, 1993, Cilt. 7, s. 125; Zafer Ahmed el-Osmânî Tehânevî, *İ’lâu’s-Sünen*, Tahkik: Muhammed Tâkî Osmânî, Karaçi, 1418, Cilt. 11, s. 487.

aşağıda tafsilatlı bir şekilde gireceğiz. Şimdilik bu kadar bilgiyle yetinmeyi uygun görüyoruz.

2.1.3.Seküler Ceza Kanunlarında

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21/2madde ve fıkrasında olası kasıt, “*kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kasıt vardır*” şeklinde tarif edilmiştir.

“Olasılık“ kelimesi, kimileyin formülü ortaya atılmamış olsa bile, herhangi bir kimsenin kastettiği bizatihi kendi fiilinin lüzumlu, doğal ve ihtimalî sonuçlarının ipucudur.²⁵⁴

Olası kasıt hukukî bir kurgu olup, olası kasıt ifadesi ile fâilin sadece fiilinin sonuçlandırılmasındaki kusurunun doğru çıkarım sorunu olarak değerlendirilmesinin lüzumluluğu belirtilmiştir.²⁵⁵

Olası kasıt, kastın mahiyetini açıklayan teorilerden tasavvur teorisinin pozitif hukuka yansıması sonucu oluşmuş bir kasıttır. Aynı zamanda mahiyetini sadece irade ile açıkladığı için daraltıcı olmakla eleştirilen irade teorisinin mahzurunu ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Ancak olası kasıt kavramının da kastın kapsamını genişlettiğinden şüphe yoktur.²⁵⁶

Olası kasıta, fâil gerçekleşeceğini muhtemel gördüğü neticeleri önceden düşünmüş ve öngörmüştür, yani kastın birinci unsuru olan bilme unsuru vardır. Bundan başka, fâil bu ihtimale rağmen hareketinden caymamak ve bunu yapmakla ihtimal dâhilindeki ikinci derecedeki neticelerin gerçekleşmesini de istemiştir. Her ne kadar açık ve seçik bir isteme yoksa da, aynı sonucu doğuran, bir istememiş olmama hali bulunmaktadır.²⁵⁷

Doktrinde olası kastın mahiyeti seküler hukukçular tarafından eleştirilmiştir.

Centel / Zefer / Çakmut’a göre, “yasa’da dolaylı (olası) kasta açıkça yer verilmiş ve cezanın indirilmesi öngörülmüş olmasaydı da, öğretide kabul edilmiş olan bu kasıt türü, cezanın yüksekliğini belirlerken dikkate alınabilirdi. Örneğin, cezanın belirlenmesinde yol gösterici olan kusurun ağırlığı (yoğunluğu) kriteri, olası kast halinin

²⁵⁴ Cengiz Apaydın, “Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı. 2, 2011, s. 20.

²⁵⁵ Apaydın, “Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu”, s. 20.

²⁵⁶ Apaydın, “Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu”, s. 20.

²⁵⁷ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, İstanbul, 1983, Cilt. 2, s. 240; Apaydın, “Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu”, s. 21.

cezaya yansıtılmasına olanak tanıyacak niteliktedir. Suçun cezasının basamaklı olduğu hallerde alt sınırının esas alınması da bir başka seçenek olmaktadır”.²⁵⁸

İçel / Evik’e göre, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olası kast ve bilinçli taksir kavramlarının tanımları önemli ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu nedenle uygulamada olası kast ve bilinçli taksirin birbirine karıştırılması olasılığı daima olacaktır. Oysaki öğretinin ortaya çıkardığı bu kavramların, eğer zorunlu ise yine öğretilerdeki boyutlarında kanuna konulması gerekirdi. Bu yönden, olası kastın “kayıtsızlık” özelliği ile bilinçli taksirin sonucunun gerçekleşmemesi için “elden gelen çabayı gösterme” özelliklerinin kanunda vurgulanmasında zorunluluk vardır”.²⁵⁹

Bayraktar’a göre, “olası kast tanımı uygulamada kuşkulara ve yanlışla sebebiyet verecek biçimde yapılmıştır. Kanuna olası kast kavramının bu tanımla girmiş olması kast kavramının genişletilmesine neden olup, kast ile bilinçli taksir ayırımı güçleşecektir”.²⁶⁰

Ünver’e göre, “...Kast ile olasılık özünde birbiriyle bağdaşmayan ifadelerdir. Burada, kastın isteme unsurunun tam olarak ispatındaki güçlüğü aşılması için geliştirilen formül, olasılığa dayalı kast biçiminde kabul edilemez. İsteme unsurunun içeriğinin ispatı güçlük arzetymekte ve bu kuram aracılığıyla, bilinçli taksir halinden farklı olarak kastın varlığı varsayılmaktadır. Tanım yanlıştır ve hem metinden hem de gerekçedeki ifadelerden belirsiz kasta ilişkin hangi teoninin benimsendiğı tereddütsüz biçimde anlaşılamamaktadır. ...Eğer kastın hafif bir biçimi ve istemenin ispat edilemediğı bir durumun varlığı açıkça kabul edilecekse, bu takdirde kasttan sorumlu tutmak teorik açıdan hatalı olur”.²⁶¹

Yarsavut’a göre, “5237 sayılı TCK’nın 21/2 madde ve fıkrasında, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır, denmiştir. Burada büyük bir yanlışlık vardır. Bu kanunu hazırlayanlar Hükümet Tasarısının gerekçesini okumuş olsalardı, gayri muayyen kastla karıştırılan, Fransız yazarlarının bilinçli taksir tanımı için kullandıkları tabirin olası kast olduğunu öğrenebilme imkânı yakalayacaklardı. Bu nedenle, olası kastan

²⁵⁸ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3. Basım, İstanbul, 2005, s. 400; Cengiz Apaydın, **Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast ve Bilinçli Taksir**, İstanbul, 2017, s. 120.

²⁵⁹ Kayıhan İçel ve A. Hakan EVİK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2007, s. 191; Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 120.

²⁶⁰ Köksal Bayraktar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, **Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu**, Ankara, 2004, s. 29,30.

²⁶¹ Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı. 1, 2006, s. 50 vd.

bahsedebilmek ve unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kasıt vardır demek yanlıştır. Bu bilinçli taksirin tanımlamasıdır. Nitekim olası kast için gerekçede verilen örnek, bilinçli taksiri açıklayan örnektir. 21'inci maddede ifade edilmesi istenen, “gayrimuayyen kast”tır. Gayrimuayyen kast, neticeye göre tespit edilir. Netice olmadığı hallerde, olası kastla işlendiği öngörülen fiile hangi suç işlendiği için ceza verilecektir. Netice gerçekleşmediğine göre, fâil acaba suça teşebbüsten mi cezalandırılacaktır?”²⁶²

Roxin/İsfen ise, “Türk kanun koyucusu, olası kasta voluntatif (isteme) unsurunu dâhil etmemeyi tercih etmiştir. Her ne kadar kendisi bunu farklı görse ve problemin güya açıklayıcı tespitlerle çözülmüş olduğu düşünülmüş olsa bile; olası kast durumunda tanımda yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fâil unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Ancak tatmin edici değildir, zira söz konusu düşünce lafza yansımamıştır. Sadece neticenin muhtemelen gerçekleşeceğinin öngörülebilmesinden neticenin kabullenilmesi sonucu çıkarılamayacaktır. Kanun koyucunun tasavvur ettiği neticeye daha ziyade sistematik bir yorumla ulaşılabilir. ...Yasadaki olası kast tanımı muhtemelen, sadece kasti suçların artmasına sebep olmakla kalmayıp, aynı zamanda madde 22 fıkra 3'te tanımlanan bilinçli taksir ile olası kast ayrımının yapılmasında da zorluklar çıkaracaktır. Kişinin kestirebildiği neticeyi istememesine rağmen, neticenin vuku bulması durumunda bilinçli taksir vardır. Bahsi geçen madde, olası kastın düzenlendiği maddeyle çelişmektedir. Zira olası kastın kabul edilmesi için tipin muhtemelen gerçekleşeceğinin sadece öngörülmesi yeterli olacaksa, bilinçli taksirin hiç olmaması gerekmektedir. Ancak fâilin mümkün olarak algıladığı bir tipikliği istememesi halinde sadece bilinçli taksir mevcut olacaksa buna uygun kısıtlamanın olası kastın tanımında da yapılması kaçınılmazdır”²⁶³

²⁶² Duygun Yarsuvat, “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı. 2, Cilt. 2, 2005, s. 350-351; aynı yönde olmak üzere Artuk'da, “olası kast olarak tanımlanan husus bilinçli taksirdir. Kanunun gerekçesinde olası kasta ilişkin örnekler verildiği halde bilinçli taksirle ilgili misallere yer verilmemesi de ilginçtir. Bu tür bir düzenleme her iki müessesenin birbirinden ayırt edilmesini daha da zorlaştırmıştır, hatta imkânsız hale getirmiştir. Saptayabildiğimiz ölçüde mukayeseli hukukta olası kasıt durumunda ceza tenzilatının kabul edildiğine denk gelinmektedir. Teşebbüste icra hareketlerinin ne zaman başladığının ölçütü olarak kabul edilen ve Alman Ceza Kanununun 22 nci maddesinden alınan “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri de belirsizdir. 35 nci maddenin gerekçesi de yetersizdir”. Mehmet Emin Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı. 2, 2005, Cilt. 2, s. 338-339.

²⁶³ Claus Roxin, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri**, Çev: Osman İsfen, “Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (5), Suç Politikası”, Ankara, 2006, s. 283-284.

2.1.4.Mukayeseli Hukukta Olası Kast

Karşılaştırmalı hukukta ceza kanunlarının olası kastı tanımlama konusunda ikiye ayrıldığı, bazı kanunların olası kastı tanımlama yoluna giderken diğerlerinin ise olası kastı tanımlamadığı, bunu öğreti ve uygulamaya bıraktığı görülmüştür.²⁶⁴Örneğin, Yunan Ceza Kanunu (m.27/1), Brezilya Ceza Kanunu (m.15/1), Avusturya Ceza Kanunu (m.5/1), Küba Ceza Kanunu (m.9/2), olası kastı tanımlamıştır.²⁶⁵

1930 tarihli İtalya Ceza Kanunu 43. maddesinde “hareket veya ihmalden kaynaklanan zararlı veya tehlikeli bir sonucun fâil tarafından öngörülmesi ve istenmesi halinde, kanunun da suçun varlığı için bu bağlantıyı aradığı durumlarda, suç kasıtlı veya olası kasıtlıdır”.²⁶⁶ “Yunan Ceza Kanunu’nun 27/1. madde ve fıkrasında “hareketin bu unsurları gerçekleştirebileceğini fâil imkân içinde görerek bunu kabullendiği hallerde olası kast bulunmaktadır”. Brezilya Ceza Kanunu’nun 15/1. madde ve fıkrasında “meydana gelecek tehlikenin öngörülmesine rağmen bunun kabul edildiği halde olası kast bulunmaktadır”. Avusturya Ceza Kanunu’nun 5/1 madde ve fıkrasında “gerçekleşmesi fâilce ciddi bir biçimde mümkün görülen ve kabullenilen hallerde olası kast bulunmaktadır”... Küba Ceza Kanunu’nun 9/2 madde ve fıkrasında “fâil maksadının dışında olmakla beraber gerçekleştirebileceğini mümkün görmesi ve bu tehlikeyi kabul etmesi durumunda fiil olası kastla işlenmiştir””.²⁶⁷

“Amerikan Ceza Hukukunda (Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan Model Penal Code), Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak olası kast ve bilinçli taksir bir kusurluluk türü olarak recklessness (aldırmazlık) adı altında müştereken uygulanmaktadır. Buna göre kusur kendi içinde dört biçime ayrılır. Birincisi “isteyerek gerçekleştirme” demek olan purpose, ikincisi “bilerek gerçekleştirme” demek olan knowledge, üçüncüsü “öngördüğü riske ehemmiyet vermemek” demek olan recklessness, dördüncüsü ise “riski hiç algılayamamış olma” manasına gelen negligence’tır. Özel hükümler bakımından da bu ayrımın önemi büyüktür; örneğin kasten öldürme suçları arasında yapılan nitelik ayrımı recklessness ve diğer kast

²⁶⁴ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 118.

²⁶⁵ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 118.

²⁶⁶ Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, s. 26.

<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/30650/187026.pdf?show>. Erişim Tarihi:07.08.2018.

²⁶⁷ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1989, Cilt. 2, s. 302; Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 119.

türlerine göre yapmaktadır. Amerikan Ceza Hukukunda recklessness bir kast türü olarak tanımlandığından ayrıca bir “bilinçli taksir” kavramına ihtiyaç duymaz”.²⁶⁸

Kanunlarında açıkça olası kastı belirtmemiş ülkelerin, gerekse uygulamaları da olası kastı kabul etmektedir.²⁶⁹ Örneğin, Alman Ceza Kanunu’nda tanım yapılmamış olup, bunun tanımı içtihatlarla ve bilim çevrelerine bırakılmıştır.²⁷⁰

2.2.Olası Kastın Tespiti

Kasıt ile bilinçli taksir arasında var olan olası kasıt kavramının tespiti kolay bir iş değildir. Nitekim suç teşkil eden vukua gelmiş bir olayın, olası kasıt açısından değerlendirilebilmesi için olay ve taraflar açısından teferruatlı bilgiye ihtiyacımız vardır. Çünkü suçlunun niyeti ve de psikolojik durumu olası kastın varlığını belirlemektedir. Sadece o ikisi değil, olay yeri diye tabir edilen mekân, hatta orada bulunan insan ya da inşalar bile olası kastın varlığını doğrudan etkiler. Bir sarraf işçiliği titizliğinde olaylar incelenmelidir. İnsanların yoğun olduğu bir yerde havaya ateş etmede olası kasıt, içkili, uyuşturucu madde kullanmak suretiyle ve yahut süratli araç kullanmada bilinçli taksir, iş kazasında taksir vardır gibi peşin hükümlerden kaçınılmalıdır.²⁷¹

Somut bir olayda olası kastı tespit etmek için, olayın temas ettiği tüm detayları iyice bilmek gerekir. Örnek verecek olursak (A) şahsı (B) şahsını öldürmek istesin. Bunun için (A) şahsı (B) şahsının yemeğine zehir katsın. Bu olayda bizzat (B) şahsını öldürme niyeti olduğu için kasıt vardır. Eğer zehir kişinin tabağına değil de tencereye atılsaydı yine kasıt oluşurdu. (B) şahsı öldürülmek isteniyor olsa bile tencereden başka kişilerin yemesi de olasıdır. Bu sebeple bu durumda da kasıt vardır. Eğer sadece o yemeğin (B) şahsı tarafından yenildiği biliniyorsa ve bu yemekten farkına varmadan başkası yiyip zehirlenmişse bu durumda kasıt değil olası kasıt vardır. (A) şahsı o yemeği sadece (B) şahsının yediğini biliyordu fakat başkasının da o yemeği yiyebilme ihtimali de vardı. (A) şahsı riski öngörebilmesine rağmen yine de eylemini gerçekleştirdi. İşte bu durumdan dolayı (B) şahsı dışında zehirlenenler açısından olası kasıt oluşmuştur.

²⁶⁸ Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, dip. 250, s. 207-208.

²⁶⁹ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 120.

²⁷⁰ Roxin, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri**, s. 284; Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s.120.

²⁷¹ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 142.

Başka bir örnek, (A) şahsı (B) şahsını öldürmek değil de sadece zehirleyip hastanelik etmek istemektedir. (A) şahsı bunu yaparken de genelde ölüme sebebiyet vermeyen ilaç kullanmaktadır. (B) şahsının da hususiyetle bu ilaca alerjisi vardır ve bunu da (A) şahsı bilmemektedir.(A) şahsının eylemi sonucunda da (B) şahsı komaya girip ölse burada yine kasıt değil kasıt benzeri vardır.(A) şahsı (B) şahsını ilacın hastanelik edeceğini biliyordu fakat özellikle o ilaca alerjisi olduğunu bilmiyordu. Nitekim olası kastı İslâm hukuku açısından incelerken şu ilkeyi dile getirmiştik: “Şibhu'l-'amd, genellikle öldürücü olmayan bir aletle - asa, kırbaç ve küçük bir taş gibi- öldürmedir”.²⁷² Suçlu hem “bilme” hem de “isteme” unsurunu yerine getirmediğinden kasıt düzeyinde suçlanamaz. Ancak eyleminde ihmalkârca davrandığından, “netice sebebiyle ağırlaşmış suç” vardır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, fâilin kastettiği sonuç dışında gerçekleşen daha ağır veya başka sonuç açısından sorumlu tutulması halidir.²⁷³

Olası kasıta sonuç kestirilmekte, lakin doğrudan kasıta olduğu biçimde bu sonuç istenmemektedir. Fâil bu eylemi gerçekleştirirken sonucun muhtemelen vaki olacağını öngörmekle yetinmeyerek oluşan bu sonucu da kabullenmelidir.²⁷⁴ Her ne kadar kasıt düzeyinde isteme unsurunu gerçekleştirirse de öngördüğü sonucu kabullenme vardır.

Bir başka durumda ise bir kimseyi aç ve susuz bırakma davranışının işkence etmek niyetiyle yapılmasına rağmen önceden öngörülemeyen ölüm sonucunun ortaya çıkması ya da bir infaz koruma memurunun cezaevi kurallarına uymayan mahkûmu tedaviden mahrum etmek suretiyle –kendisince- cezalandırılmasının mahkûmun amansız bir hastalığa yakalanmasıyla sonuçlanması şibh-i 'amd/olası kasıta örnek verilebilir.²⁷⁵

TCK madde 21 deki olası kastın madde gerekçesinde verilen örnek üzerinden olası kastın tespitinde dikkat edilmesi gereken hususlara dikkat çekelim. “Yolda seyir halindeki otobüs sürücüsü, trafik ışıklarının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan hemen geçmek ister, fakat kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya

²⁷² Behnesî, *el- Kısâs fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, s. 142; Behnesî, *ed-Diyet fi's-Şerî'ati'l-İslâmî*, s. 45.

²⁷³ Düzgün ve Elmacı, *5237 Sayılı Türk Ceza...*, s. 105.

²⁷⁴ Apaydın, *Yargıtay Kararları...*, s. 143.

²⁷⁵ Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmali Suçlar*, s. 53.

geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş fakat buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek bunları kabullenmiştir”.²⁷⁶

“Örnekte yolun ölçüleri, yoldan seyir eden araçların adeti ve otobüs sürücüsünün manevra alanı olup olmadığı, yaya geçidinden geçen vatandaşların yaya geçidinin hangi konumunda oldukları, yaya geçidinin uzunluk ölçüleri ve sürücüsünün yayalar istikametine mi, yoksa yayaların olmadığı alana mı araç sürdüğü araştırılmalıdır. Ayrıca şoförün sonucun oluşmaması için çaba harcayıp harcamadığı veya şoförün yayaların aracın geçtiğini görüp araçtan kaçıp yolu terk edeceklerini düşünerek hareketine devam edip etmediğinin araştırılarak sonucuna göre durumunun kastın tespiti gerekmektedir”.²⁷⁷ Şayet şoför o anlık bir rahatsızlığından ötürü ışıkları fark edemeyip yayalara çarpmışsa olası kasıttan söz edilemez. Ya da şoförün trafik lambalarını görmesini engelleyecek bir durum oluşup sürücü lambaları görememişse –ağaç dalları gibi- yine olası kasıttan söz edilemez. Sürücü trafik lambalarının yeşil yandığını uzaktan fark etmiş olsun. Sürücü nasıl olsa geçirim düşüncesiyle aracını hızlandırırsa, lambalara yaklaştığında kırmızı ışık yansa ve yayalara çarpmamak için direksiyonunu kırsa ya da fren yapsa fakat buna rağmen yayalardan birine ya da bir kaçına çarpıp ölüm ya da yaralanmalarına sebep olsa yine de bu durumda olası kasıttan söz edilemez.

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere olay hakkında ne kadar detaylı bilgiye sahipsek adalet adına o kadar hassas karar verebiliriz. Olayı sağlıklı bir şekilde aydınlatabilmek için mobese görüntüleri, tanıkların şahitlikleri, sürücü itirafları, olay yeri inceleme raporları, otopsi raporları, bilirkişi raporları gibi somut veriler son derece önemlidir.

Olası kastın tespitinde mezhep imamlarının görüşlerini üç grupta inceleyeceğiz.

Birinci görüş: İmam Mâlik’in görüşüdür. İmam Mâlik öldürme ve yaralama suçlarında olası kastı kabul etmez.²⁷⁸ İmam Mâlik, kasıtlı işlenilen öldürme, yaralama, dövme suçlarında genel kasıt (düşmanlık kastı) ile yetinir.²⁷⁹ “İmam Mâlik’e göre birisi, düşmanlık kastıyla birine küçük taş, sopa atar veya sopa ile hafifçe vurursa bu filleri ölümü meydana getirince kasıtlı öldürme suçu meydana gelir. Düşmanlık kastı ile birinin ayağını tutar, o da düşüp ölürse olayın fâili kasten adam öldürmüş olur. Bütün bu

²⁷⁶ Düzgün ve Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza...**, s. 120.

²⁷⁷ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 143.

²⁷⁸ Malik b. Enes, **el-Müdevvenetü'l-Kübra**, Beyrut, t.y., Cilt. 4, s. 558.

²⁷⁹ Üdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c.1, s. 419.

durumlarda vasıtaların öldürücü olması, suçlunun mağdurun ölümünü kastetmesi şartları aranmaz, ileri sürülemez”.²⁸⁰

Görüldüğü gibi İmam Mâlik açısından olayın nasıl, nerede işlendi gibi soruların ehemmiyeti yoktur. Ona göre önemli olan neticedir. Suçlunun psişik durumu önemli değildir. İmam Mâlik’e göre eğer suçlunun eylemi hata sonucu oluşmamışsa, suçlu eylemini kasten işlemiştir. Görebildiğimiz kadarıyla İmam Mâlik olaya suçlu açısından değil de mağdur açısından bakmaktadır.

İkinci görüş: Hanefî hukukçuların görüşü olup Hanbelî hukukçular tarafından da kabul edilen görüştür. Bu görüşün sahipleri de öldürme, yaralama ve dövme suçlarını kasıtlı işlenen ve kasıtsız işlenen kısımlarına ayırırlar.²⁸¹ Bu hukukçular, kasıtlı öldürmedeki kasıtlı onun dışında kalan cana ya da cana karşı olmayan suçlardaki kastı birbirinden ayırt ederler.²⁸² Kasıtlı öldürmede suçlunun, öldürücü fiille beraber mağdurun (suç kurbanı) ölümünü de kastetmesini şart koşarlar.²⁸³ “Her iki kasıt mevcutsa suçlu eylemini kasıtlı olarak gerçekleştirmiş, kasıtlı öldürmüştür. Birinci kasıt (fiil kastı) bulunur, ikincisi (kişiyi öldürme kastı) bulunmaz da öngörülebilir bir durum var ise fiil olası kasıtlı (‘amde benzer) öldürmedir”.²⁸⁴

“Fakihler, kasıtlı öldürme dışında yalnızca şahsa karşı işlenen diğer suçlarda kasıtları birbirinden ayırırlar. Kasıtlı öldürmede fâilin hem fiili hem de belli kişiyi öldürme sonucunu kastetmesini şart koşarlar. Ama yaralama suçlarında yalnızca ve ilke olarak fiildeki kastına bakarlar. Yani fâil yasak olduğunu bile bile fiili taammüden işleme şartını ileri sürerler. Bu kasıt tam olarak bulununca suçlu, meydana gelmesini istesin veya istemesin, meydana gelen sonuçların hepsini ister kastetsin ister kastetmesin ortaya çıkan her türlü neticeden sorumludur”.²⁸⁵ Dövme kastı ile bir kimse başkasına vurur ve kişinin ölümüne sebep olursa o kimse dövmeden değil olası kasıtlı öldürme suçundan sorumlu tutulur. Bir kimse, diğerine tokat vurur, gözünü çıkarır veya kör ederse vurma fiilinden kastetmiş olduğu şeyden değil, fiilin sebep olduğu sonuçlardan sorumludur.²⁸⁶

²⁸⁰ ‘Ûdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 420; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c.1, s. 440.

²⁸¹ ‘Ûdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 420.

²⁸² ‘Ûdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 421.

²⁸³ ‘Ûdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 421.

²⁸⁴ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 1, s. 441.

²⁸⁵ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 1, s. 441.

²⁸⁶ Kâsânî, *el-Bedâî*, c. 7, s. 233; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 9, s. 410; ‘Ûdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 421.

İkinci fikrin savunucuları İmam Mâlik ile öldürme suçunda olası kasıt konusunda ihtilâf içerisindeyler. Çünkü daha önce de zikrettiğimiz gibi İmam Mâlik öldürme suçlarında olası kastı kabul etmemektedir. Gerekçesi ise olası kasıt kavramının Kur’ân’da geçmemesiydi. Bu gerekçeden dolayı Hanefî ve Hanbelî fukahânın şibh-i ‘amd/olası kasıt durumları için geliştirdikleri hukuk İmam Mâlik tarafından geliştirilmemiştir. Çünkü diğerlerinin olası kasıt durumları için telakki ettiği durumlar İmam Mâlik tarafından ya taammüd ya da hata kavramları içerisinde zikredilmiştir.

Üçüncü görüş: Bu görüş Şâfiî mezhebinin görüşü olup Hanbelî mezhebinde de tercih edilen görüşdür. “Bu hukukçular, cana kasteden suçlarda, kasıtle öldürme ile olası kasıtle (kasıt benzeriyle) öldürme ayrımını yaparlar. Suç fâilini, fiili kasıt ile mağdurun ölümünü kasıt hallerinde kasıtlı öldürmeden sorumlu tutarlar. Ama sanık fiili kasteder fakat mağdurun ölümünü kastetmezse, sanığı olası kasıtle öldürme suçundan sorumlu tutarlar. İstenilen fiil isterse çoğu kez ölümü meydana getirsin isterse seyrek meydana getirsin eylemin hükmü budur. Onlara göre kasıtlı öldürmede, olası kastın yeri var ama öldürmenin dışındaki suçlarda olası kastın yeri yoktur. Bu konuda üçüncü görüş taraftarları ile ikinci görüşün taraftarları aynı fikirdedirler”.²⁸⁷

Olası kasıtle fâil fiili kastetmekte ancak sonucunu kastetmemektedir. Sözgelimi bir kimse başka bir kimseye yumruk ya da tekme atsa, bundan dolayı da mağdur ölse fâil hangi suçtan ceza alacaktır? Sonuç üzerinden ceza verilecek olsa kısas cezasını hak etmemiş olur. Çünkü fâilin öldürme niyeti yoktu. Fiil üzerinden ceza verilecek olsa bu sefer hata suçu işlenmiştir denecektir. Ancak bu sefer de netice ölümle bittiğinden ve de fâil dövme ya da tekme atma eylemini bilerek yaptığının hata suçundan ceza vermek yerinde bir karar olmayacaktır. İşte buradaki durum kanaatimizce sonuç itibariyle kasta, eylem açısından hataya benzemektedir. Ayrıca eylem açısından kastı da aşmıştır. Olası kasıt dediğimiz bu durum kasıt ile hatanın bir karışımı olup kasta daha çok benzediğinden kasta daha yakındır. Dolayısıyla fâilin alacağı ceza kasten öldürme cezasından daha az hata sonucu öldürme suçundan daha fazla olacaktır. Başka bir senaryo ile anlatacak olursak şöyle ki: “Birisi diğerinin yüzüne küçük çakıl taşları atsa, derisini çizip sonra da derisinde yara meydana getirirse, duruma bakılır, eğer o (fâil) neticeleri kastetmemişse taammüden işlemiş sayılarak o neticelerden sorumlu tutulmaz.

²⁸⁷ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 1, s. 442.

Zira o çakıl atma fiili çoğu kez sözü geçen neticeyi meydana getirmez. Ancak netice açısından kasta benzemeye (olası kasta) itibar edilerek sorumlu tutulur”.²⁸⁸

Zikredilen üç görüşün karşılaştırılması: Evvelde de zikrettiğimiz gibi Ebû Hanîfe, Ahmed b. Hanbel ve İmam Şâfiî öldürme suçunda olası kastı kabul ederler. Fakat İmam Mâlik Allah’ın kitabında geçmediği gerekçesiyle bunu kabul etmez. Çünkü İmam Mâlik’e göre Kur’ân’da²⁸⁹ öldürme suçları ile ilgili sadece kasıt ve hata sonucu öldürme zikredilmiştir. İmam Mâlik bu ikisi dışında, öldürme suçunda olası kastı kabul etmek Allah’ın kitabına ilave etmektir der. İmam Mâlik dışında kalanların olası kastı kabul etmelerinin delili ise Hz. Peygamber’in (a.s.) “ *Dikkat edin! Sopa, değnek ve taş gibi şeyleri vurmak suretiyle kastın aşılması neticesi öldürmelerde yüz deve cezası vardır* ”²⁹⁰ hadisisidir. İmam Mâlik’e göre fâil mağdurun ölümünü kastetmişse kasten öldürmeden sorumludur. Fakat fâil, mağdurun ölümünü kastetmemişse hatâen (taksir) öldürmeden sorumludur. Diğerleri ise katletme eylemini kasıt (taammüd), olası kasıt (şibhu’l-‘amd) ve taksir (hata) olmak üzere üç başlıkta telakki etmişlerdir. Genel bir tabirle onlara göre olası kastın varlığı hatanın üstü, kastın ise altıdır. Yani suçlu bizzat öldürme eylemini kastetmez lakin muhtemel neticeyi bilirse olası kastın varlığına hükmederler. Bilme unsuruyla kasta yaklaşmakta, istememe unsuru ile de hataya yaklaşmaktadır. Ancak çoğunlukla istenmeyen ama muhtemel gerçekleşmesi bilinen durumlarda cereyan ettiğinden kasta daha da yakındır.

Öldürme suçunun dışında hepsi kasıt benzerini kabul ederler. İmam Mâlik ve Ebû Hanîfe, fiil kastı devam ettiği sürece her durumda suçluyu kasıt benzerinden mesul tutmada ittifak halindedirler.²⁹¹ İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel’in mezhebinde tercih edilen görüş ise şöyledir: Suçlu kastettiği fiili işlemesiyle neticelerinin meydana gelmesini kastetmiş ise o zaman kastından sorumlu tutulur.²⁹²

2.3.Olası Kasıtlı İşlenebilen Suçlar

Bu başlık altında sadece olası kasıtlı işlenebilen suçları değil, kasıt benzeriyle işlenemeyen suçları da irdelleyeceğiz. Doğrudan kasıtlı işlenebilen tüm suçlar olası kasıtlı da işlenebilir. İkisi arasındaki fark Türk Ceza Kanunu’na göre bilerek (kasten) ve

²⁸⁸ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 1, s. 423. (Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 1, s. 444., dip. 100 bkz.)

²⁸⁹ Nisâ 4/92,93.

²⁹⁰ Nesâî, *Kasâme* 33,34; İbnu Mâce, *Diyât* 5,22.

²⁹¹ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c.1, s.424.

²⁹² Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c.1, s.445.

bilmesine rağmen (olası kasıt) durumudur. İslâm ceza hukukuna göre ise fark, çoğunlukla öldürücü olan aletlerle yapılan eylemlerde istenmeyen sonuçların meydana çıkmasıdır. Seküler ceza kanunundaki bu tespit ile İslâm ceza kanunundaki tespit arasında dikkatimizi çeken durumlar vardır. Her ikisinde de olası kastın oluşabilmesi için, suç tipinde “saik (güdü), “maksat” (amaç) veya “gaye (erek) ile ilgili özelliklerin bulunmaması gerekir. Bunların bulunduğu hallerde suç tipleri olası kasıtle işlenemez. Seküler kanunların “olası” İslâm kanunlarının “ihtimalî” demesinin sebebi bizce budur. Çünkü her ikisini de incelediğimizde olası kastı temellendirirlerken çıkış noktaları hep ihtimal/olasılık yani fâilin neticeyi kesin istememesi olmuştur.

İçerisinde maksat unsuru bulunduran kazf (zina isnadı), hırsızlık (sirkat), yol kesme (hırâbe), içki içme (şürib), dinden dönme (irtidâd), bağı (meşrû devlet başkanına silahla karşı koyma, isyan etme) gibi suçlar olası kasıtle işlenemez.

Yaralama (müessir) fiillerde kasıt benzerini ise şöyle izah ederiz. İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel’e göre, katil suçunun kapsamında olmayan suçlar, müessir fiiller taammüden işlenebileceği gibi kasıt benzeriyle de işlenebilir. Şayet fiil, ‘amden işlenir de genellikle, meydana gelen neticeyi oluşturacak karakterde değilse o zaman olası kasıtle müessir fiil îkâi söz konusudur.²⁹³ Bir kimsenin başka bir kimseye yumruk atması, bundan dolayı da yumruk atılan kimsenin gözünün kör olması ya da kulağının sağır olması bu duruma örnek gösterilebilir. Çünkü yumruk atma eylemi çoğunlukla gözü kör eden ya da kulağı sağır eden bir eylem değildir. Kasıtlı işlenen müessir fiil ile olası kasıtle işlenen müessir fiil arasında sonuç açısından fark vardır. Birinci durumda kısas gerekirken ikinci durumda ise diyet (tazminat) gerekmektedir. Görüldüğü üzere olası kasıtle ile işlenen müessir fiillerde indirim söz konusudur. Anılan iki İslâm hukukçusu da öldürme suçunda ‘amden ve kasıt benzeriyle yerine getirilen fiiller hususundaki metotlarını burada da aynı şekilde uyguladılar.²⁹⁴

Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik’e göre ise, öldürme fiili dışındaki müessir fiiller (yaralama suçları) ancak kasten işlenir.²⁹⁵ Yukarıda da işlediğimiz üzere İmam Mâlik suç açısından yalnızca kasten ve hatâen işlenen fiilleri kabul eder. Ebû Hanîfe’ye göre öldürme dışındaki yaralama eylemlerinde suç aletinin fonksiyonuna bakılmaksızın fiilin

²⁹³ Şafak, “Suçun Manevi Unsuru ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, c. 2, s. 509.

²⁹⁴ İbnu Kudâme, *el-Muğnî*, c. 9, s. 428; Şâfiî, *el-Ümm*, c. 6, s. 6; Şafak, *Suçun Manevi Unsuru...*, c. 2, s. 509.

²⁹⁵ Şafak, *Suçun Manevi Unsuru...*, c. 2, s. 510.

kasten işlendiği neticesine varılır.²⁹⁶ Hâlbuki kasten işlenen müessir bir fiilde, suç aletinin fonksiyonu oldukça önemlidir. Örneğin, polis kaçan suçluyu kovalarken tabancasıyla suçluya ateş etse, bacağından vurmaya niyetlenip koşmanın etkisiyle mermi suçlunun dâhiliye bölgesindeki organlardan birine isabet etse, bundan dolayı da suçlu organını kaybetse polis kasten suç işlemekten mi suçlu sayılacaktır? Silahın hem öldürücü hem de yaralayıcı fonksiyonu dikkate alınmayacak mıdır? Polisin neticeyi “istememesi” ancak “kastını aşması” durumları dikkate alınmayacak mıdır? Kanaatimiz odur ki bu durumda olası kasıt oluşacaktır. Polis, koşarak ateş etme durumundaki her türlü riski göze almış ancak kastında hata etmiştir. Ebû Hanîfe’nin yaralama suçlarında suç aletlerinin fonksiyonunu dikkate almaması, İmam Mâlik’in de müessir fiillerde olası kastı dikkate almamasından şu sonuç çıkar: Fiil kasıtlı işlendiği müddetçe müessir fiiller de kasten işlenmiştir. Neticeleri itibariyle de suçun cezası kısastır.

2.4.Suç Teşebbüs

Suç, ilke gereği belli merhaleden geçerek oluşmaktadır. Suçun ortaya çıkıncaya kadar geçtiği aşamaların mertebe bütününe suç yolu (iter criminis) ismiyle nitelenmektedir. Bütün suçlarda mevzubahis olmamakla beraber suç yolu; *düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma* aşamalarından oluşur.²⁹⁷

Teşebbüs, suç yoluna giren ve elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlayan fâilin, elinde olmayan sebeplerle suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarını kısmen veya tamamen gerçekleştirememesidir.²⁹⁸ Suça teşebbüs, Türk Ceza Kanunu’nda ise “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*”²⁹⁹ şeklinde geçer. Her iki tanımlamadan şu çıkarımda bulunabiliriz. Bir suçta teşebbüs oluşabilmesi için şu şartların bulunması gerekir: **a)** kasıt, **b)** suçun icrasına başlamak, **c)** birtakım sebeplerden ötürü fâilin neticeyi gerçekleştirememesi, **d)** suçun işlenmesi için “elverişli hareketler” yapılması. Fâil eylemine başlayıp elinde olmayan sebeplerden dolayı neticeye varamamışsa fâilin eylemi/hareketi teşebbüs aşamasında kalmıştır. Burada suçun maddi unsuru eksiktir.

²⁹⁶ Kâsânî, *el-Bedâî*, c. 7, s. 233.

²⁹⁷ Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, *AÜHFD*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 86; Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmali Suçlar*, s. 71.

²⁹⁸ Mehmet Boynukalın, “Suç”, *DiA*, Cilt. 37, 2009, s. 453-457.

²⁹⁹ Türk Ceza Kanunu, md. 35/1.

Bundan dolayı fâilin hareketi suçun kanunda tarif edilen şekline uymadığı için tipik değildir.

İslâm hukukçuları suça teşebbüsü bir suç kabul etmekle birlikte fâile hedeflediği suçun cezasının uygulanıp uygulanmayacağına ihtilâf etmişlerdir.

a) Suçlu, teşebbüste bulunduğu suçu tam anlamıyla işlemiş gibi kabul edilecek ve teşebbüs ettiği suçun cezası ile cezalandırılacaktır.³⁰⁰ Hz. Âişe, Hasan el-Basrî ve Nehaî gibi âlimler bu görüşü savunmuşlardır.³⁰¹

b) Her suç için belirlenmiş asgari şartlar mevcuttur. Fâil suç kastı ile suça başlamış olup hedeflediği suç tam teşekkül etmeden yakalandığında, kastettiği suçtan değil o esnaya kadar gerçekleştirdiği eylemlerden sorgulanacaktır. İslâm hukukçularının çoğunun benimsediği görüş de budur.³⁰²

İslâm hukukunda teşebbüs aşamasında kalan bütün suçlar, ta'zîr cezaları kapsamında değerlendirilmiştir.³⁰³ Cezanın türü bu olunca da teşebbüs aşamasında kalmış muhtelif suçlara göre de çeşitli cezalar öngörülmüştür. Mesela çaldığı eşyayı ortaya yığdıktan sonra hırsızlık mahallinde bırakarak kaçan veya hırsızlık için girdiği mekânı herhangi bir eşya almaksızın terk eden ya da sadece binanın duvarında delik açmak suretiyle hırsızlık girişiminde bulunan kişinin elinin kesilemeyeceğini belirtmişlerdir.³⁰⁴ İçki kadehiyle yakalanmak³⁰⁵ da teşebbüs örneklerinden bir tanesidir. Bahsi geçen örnekler İslâm hukuk mirasında “teşebbüs” kavramının varlığının vesikalarıdır. Her ne kadar fukahâ nezdinde müstakil olarak tamamlanmamış suçlar için teşebbüs ya da muadili bir kavram kullanılmasa da teşebbüsün varlığı kabul edilmiştir. Çünkü teşebbüs aşamasındaki her bir fiil, hukuka aykırı bir eylem olarak ta'zîr cezasını gerektiren bağımsız bir suç kabul edilmiştir.³⁰⁶

Yukarıda herhangi bir sonuç meydana getirmeyen teşebbüsün hukukî sonuçlarından bahsettik. Burada ise teşebbüs sebebiyle oluşan sonuçların hukukî durumlarından bahsedeceğiz. Teşebbüsün neticesinde kısas gerektirecek bir durum meydana gelmişse cezası kısastır. Kısas dışında bir netice meydana gelirse cezası *diyet*

³⁰⁰ Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 234.

³⁰¹ Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 234.

³⁰² Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, s. 234.

³⁰³ Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 279.

³⁰⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 9, s. 147; Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmalî Suçlar*, s. 73.

³⁰⁵ Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd İbnü'l-Hümâm es-Sivâsî, *Fethu'l-Kadîr*, Beyrut, t.y., s. 353.

³⁰⁶ Telkenaroğlu, *İslam Hukukunda İhmalî Suçlar*, s. 73.

ya da *erştir*. Görüldüğü gibi teşebbüsün hükmü, vukua gelen neticeye göre belirlenmektedir.³⁰⁷

Ebû Hanîfe, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'in benimsedikleri bu cezalarla yetinmek gerekir. Bu cezalarla birlikte ayrıca bir de ta'zîr cezasını onlar öngörmemektedirler. Ancak bu müctehidler kamu yararı gerektiğinde hadd cezalarıyla birlikte ta'zîr cezalarının verilebileceği görüşündedirler.³⁰⁸ İmam Mâlik ise, kısas veya diyetle beraber ta'zîr cezasının gerektiği görüşündedir.³⁰⁹ O halde burada şöyle diyebiliriz. Hâkimler kısas ya da diyet cezasının yanında ta'zîr cezasının verilmesini uygun görebilirler. Suçlunun durumuna göre ta'zîr sınırları içerisine giren kısımlarda, hâkimler cezada hafifletme ya da ağırlaştırma yapabilirler. Çünkü hem İslâm'a göre hem de kanuna göre hâkimin böyle yetkisi vardır.

Ancak herhangi bir netice meydana getirmeyen bir teşebbüsün İslâm'daki cezası ta'zîrdir.³¹⁰ Bu durumdaki teşebbüse ceza kanunu hükümleri uygulanır. Çünkü bu cezalar ta'zîr mahiyetindedir.³¹¹

2.5.Olası Kasıttaki Suça Teşebbüs

Olası kasıttaki fâil sonucu düşünerek ve onu benimseyerek hareket eder. Fâilin gerçekleştirdiği eylem neticesinde olası ve fâil tarafından öngörülen ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi halinde fâilin gerçekleşmeyen neticeden teşebbüs açısından sorumlu tutulup tutulmayacağı doktrinde tartışılmıştır.³¹²

Olası kasıttaki fâil, neticeyi öngörmekte ancak sonucu istememektedir. İslâm hukuku açısından, fâil eylemine başlarken de çoğu zaman ölüme sebebiyet veren aletler kullanmakta, yaralamayı isteyip kastında hata edip mağdurun (vıctım) ölümüne sebebiyet vermektedir. Olası kasıttaki görüldüğü üzere bilme ve olaya başlama aşaması kesin ancak sonucu isteme aşaması ise kesin/kasıtlı değildir. Sonucunun istenmediği bir olay fâilin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamaması durumunda olası kasıttaki teşebbüsün varlığından söz edebilir miyiz? Nasılsa fâilin istemediği sonuç tamamlanmamış oldu, sonuç meydana gelmediğinden olası kasıt da oluşmamış mı

³⁰⁷ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 1, s. 272.

³⁰⁸ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 1, s. 272.

³⁰⁹ el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celîl*, c. 6, s. 247.

³¹⁰ Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 279.

³¹¹ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 247.

³¹² Apaydın, *Yargıtay Kararları...*, s. 148.

olacak? Haliyle de olası kasıttaki teşebbüs vukua gelmemiş mi olacaktır? Bu yazdığımız sorunun cevabını iki farklı görüş üzerinden açıklayacağız.

Bir grup yazar “olası kasıt netice ile belirlenir” ya da “netice kastı belirler” kuralından hareketle, gerçekleşmesi olası ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi halinde fâilin suça teşebbüsten sorumlu tutulmayacağını belirtmektedirler.³¹³ Hasminın düğün gününde hasmını öldürmek için plan yapan kimse uygun bir zaman olarak horon anını belirlemektedir. Burada kişi hedefini öldürmek pahasına başka kişilerin de ölebileceğini ya da yaralanabileceğini kesin olarak öngörmektedir. Horon esnasında el değiştirerek iyice hedefine yaklaşmaktadır. Uygun bir an geldiğinde ise silahıyla kalabalığın içinde mağdura ateş edip onu öldürmektedir. Silah sesiyle kalabalık aniden yere yatmakta, kâtil ise bu kargaşada firar etmektedir. Kâtil, maksadına ulaştığı eylemi açısından kasten adam öldürmekten sorumludur. Ancak ikincil nitelikteki zorunlu neticeler bakımından kimseye bir zarar gelmediğinden eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır. “Olası kasıt netice ile belirlenir” görüşünü savunanlara göre kâtil, maksadını oluşturan iradeden dolayı sorumlu tutulması gerekir. İkincil nitelikteki zorunlu neticeler bakımından belirli olmayan kasta ilişkin kurallar uygulanacağından fâil vukua gelmemiş bu ikincil nitelikteki zorunlu neticelerden sorumlu tutulmaz. Eğer hedeften başka kimseler ölmüş ya da yaralanmış olsaydı, fâil olası kasıtle adam öldürme ya da olası kasıtle adam yaralama suçundan dolayı cezalandırılacaktı.

Diğer bir grup ise, olası kasıt halinde suça teşebbüsün gerçekleşebileceğini ve olası kasıt halinde gerçekleşmeyen neticeden fâilin sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedirler.³¹⁴ Örneğin (A), hareket halindeki bir araçtan (B)’yi öldürmek için ateş etmektedir. (A), (B) dışındaki (C),(D) ve (E)’nin de yaralanabileceğini ya da ölebileceğini kesin olarak öngörmektedir. Buna rağmen (A) eylemini gerçekleştirmektedir. Eylemin sonunda (B) ve (C) ölmüş, (D) yaralanmış, (E) ise yara almamıştır. (A)’nın eylemleri nedeniyle (B)’ye yönelik kasten öldürme, (C)’ye yönelik olası kasıtle adam öldürme, (D)’ye yönelik eylemi nedeniyle olası kasıtle yaralama ve (E)’ye yönelik eylemi nedeniyle ise olası kasıtle yaralamaya teşebbüs suçları oluşacaktır.

³¹³Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku...**, c. 2, s. 239; Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 399-400.

³¹⁴ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1991, s. 304-305; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, Ankara, 2005, s. 435.

Olası kasıtta teşebbüsün mümkün olduğunu belirten yazarlara göre, fâilin sorumluluğu neticeye göre değil, olayın gösterdiği özelliklere ve hareketin meydana getirebileceği netice bakımından değerlendirilmesi gerekir.³¹⁵Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi ve doktrini de olası kasıtta teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmiştir.³¹⁶

Olası kasıtta teşebbüsün varlığı meselesi ile ilgili konuya mim koymak adına Kayıhan İÇEL'in şu görüşlerini aynen aktarmak istiyoruz.

“Olası kasıt kavramının tüm suçları kapsayacak şekilde kanuna konulması, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden kusur ilkesinin zayıflatılması sonucunu doğurabilecektir. Zira olası kasıt, öldürme ve yaralama gibi suçlarda karşılaşılabilecek bir olasılık niteliğini göstermekte olup, bu tür suçlarda söz gelimi mala karşı işlenen suçlarda da oluşabileceği izleniminin verilmesi, adeta yasal “kast karinesi” yaratılması gibi kusurluluk ilkesi yönünden son derece tehlikeli bir durumu ortaya çıkarabilecektir. Unutulmaması gerekir ki, olası kasıt istisnai bir durumdur ve bu tür istisnai durumların kural haline getirilmesi, özgürlükler açısından önemli sakıncalar doğurur. Özellikle, olası kasıtle işlenen teşebbüsün olabileceğini düşünenler bakımından, bu sakıncaların boyutları çok daha genişler”.³¹⁷

İslâm ceza hukukunda, herhangi bir netice meydana getirmeyen bir teşebbüsün İslâm'daki cezasının ta'zîr³¹⁸ olduğunu daha önce zikretmiştik. Çünkü bu cezalar ta'zîr mahiyetindedir.³¹⁹ Doğal olarak da olası kasıtta teşebbüsün cezası da ta'zîr olacaktır. Bu durumdaki teşebbüse ceza kanunu hükümleri uygulanır. Ta'zîr cezaları, had ve cinayetlerde olduğu gibi emir bi'l-ma'rûf nehiy 'ani'l-münker vazifesini yerine getirmenin önemli araçlarından olup din, akıl, can, ırz ve malın korunması şeklindeki beş temel amaca uygun biçimde şer'an mâsiyet olduğu bildirilmiş, ancak toplumların kendi şartlarına göre düzenlenmek üzere cezaları tayin edilmemiş fiillere yöneliktir.³²⁰ Ta'zîr cezasını da kapsayan siyâset-i şer'îyye, amme düzenini ve genel ahlakı muhafazaya eylemeye yönelik idarî bir görevdir. Ulu'l-emr belirli³²¹ ta'zîr cezalarını uygulayabilir. Hâkim, millet adına kamu düzeni ya da genel ahlakı tesis etmek için had ya da diyet gibi naslarca belirlenmiş cezalar dışında cezalar da verebilir. Bu cezaları

³¹⁵ Apaydın, *Yargıtay Kararları...*, s. 149.

³¹⁶ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 305.

³¹⁷ İçel ve Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 191.

³¹⁸ Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 279.

³¹⁹ 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 247.

³²⁰ Tuncay Başoğlu, “Ta'zîr”, *DİA.*, Cilt. 40, 2011, s. 198.

³²¹ Cezalarda kanunilik prensibi gereği ta'zîr cezalarının da belirli olması gerekir.

bedenî cezalar (ölüm cezası, celde, suçlunun belirli süre ayakta bekletilmesi gibi), **hürriyeti kısıtlayıcı cezalar** (hapis, sürgün, ev hapsi gibi), **malî cezalar** (mal varlığına el koyma, araçlara bir süreliğine el koyma, garâmet ve müsâdere gibi), **kınama ve mahrumiyet cezaları** (disiplin cezaları, işten çıkarma, şahitliğini kabul etmeme gibi) şeklinde sıralayabiliriz.³²²

Görüldüğü gibi suça teşebbüsün İslâm ceza kanunlarındaki karşılığı ta'zîr cezalarıdır. Ancak teşebbüs aşamasında kalmış bir eylemin hangi aşamada suç sayılıp sayılmayacağını burada işlemeyi uygun görüyoruz. Seküler kanunlarda **suç yolu (iter crime)** olarak ma'rûf, suçlunun suçunu işlemesinden önceki filleri belirli aşamalardan geçer. Bunun İslâm caza hukukundaki karşılığı “المراحل الجريمة” dir. Suçlu ilk olarak suç hakkında düşünür, sonra irtikâbına azmeder, sonra suçu işleyeceği suç aletini temin eder. Silah kullanacaksa silahı temin eder, bilişim suçları işleyecekse onun donanımına uygun bilgisayarı vs. hazırlar. Tüm bu aşamalar ve hazırlıklar tamamlandıktan sonra suçlu son aşamaya yani suçun icrası aşamasına geçer. Suçlu, suça düşündüğü ve planladığı şekilde başlar.

Bunlar suçun işleninceye kadar geçen aşamalardır. Bu aşamaların hangisi suç sayılır? Bu aşamaların hangisinde ya da hangilerinde suçlu cezalandırılır? Bu gibi soruların cevabını kısaca şöyle açıklayabiliriz:

1. Düşünme ve azmetme safhası (مرحلة التفكير و التصميم): Suçu düşünmek, suça azmetmek ve suçu planlamak aşamasıdır. Bu aşama ta'zîr cezasına müstahak ve mûcib suç sayılamaz. Çünkü İslâm hukukunda kural şudur: İnsan söylemeyi veya yapmayı düşündüğü veya söylemeye veya yapmaya niyetlendiği şeylerden dolayı sorumlu değildir.³²³ Çünkü Hz. Peygamber (a.s.), “Allah (cc) ümmetimin düşünüp içinden geçirip de eyleme geçirmedeği veya söylemediği şeylerden onları affetmiştir, sorumlu tutmamıştır”³²⁴ buyurmuştur.

2. Hazırlık safhası (مرحلة التحضير): İslâm hukuku suça hazırlık safhasını da suç saymaz.³²⁵ Hazırlık devresinin suç sayılmamasının sebebi şudur: Suçlunun fillerinin cezalandırılabilmesi için fillerin bizzat suç oluşturması gerekir. Allah'ın yani kamunun yahut kişilerin haklarını ihlâl etmediği takdirde fiili suç sayılmaz.³²⁶ Ancak suçlu, bir

³²² Detaylı bilgiler için bkz. Başoğlu, “Ta'zîr”, c. 40, s. 201.

³²³ Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 347.

³²⁴ Buhârî, Itk 6.

³²⁵ Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 347.

³²⁶ Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 348.

kimseyi sarhoş edip parasını soymak istese bunun için de içki satın alsa fakat hırsızlık eylemini gerçekleştirmese bundan dolayı kişi hırsızlık suçuyla cezalandırılmaz. Çünkü suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Fiili olarak hırsızlık eylemi gerçekleşmemiştir. Ancak kişi içki satın almak suçundan cezalandırılabilir. Çünkü içki satın almak müstakil bir suçtur ve kişi bu eylemi gerçekleştirmiştir.

Hazırlık safhasında kalmış eylemler icra aşamasına geçmediği müddetçe hedeflenen eylemden dolayı suç oluşmayacaktır. Fakat hazırlık safhasında müstakil başka bir suç oluşuyorsa onun cezası elbette vardır. İşte hazırlık safhasında kalıp tamamlanmamış eylemlerin suç oluşturmayacağı İslâm hukukunun şüpheden uzak durması prensibinin neticesidir diyebiliriz. Nitekim bu aşama yoruma gayet açık bir durumdur. Hem kişi planladığı eyleminden tam da icra aşamasındayken gönüllü olarak vazgeçmiş olabilir.³²⁷ Yahut kişinin planladığı eylemi eğer gerçekleşseydi tahmin edilenin aksine bir durum da olabilirdi. Kısacası bu son aşamada işin içine şüphe girdiğinden suç yolunda planlama aşamasında kalmış kişiyi, planladığı eylemden dolayı suçlu saymak İslâm hukukuyla bağdaşmaz.³²⁸

3. İcra Safhası (مرحلة التنفيذ): Bu aşama, kişinin eyleminin ya da eylemlerinin suç sayıldığı aşamadır. Yani kişinin suçlu sayıldığı aşamadır. Fiilin, suçun maddî unsurunun başlangıcı olması şart değildir. Fiilin kendisinin suç olması ve bu suçun maddî unsurunun ancak kendisiyle meydana gelebilmesi yeterlidir. Hatta fiil ile suçun maddî unsuru arasında birçok aşama bulunmasa bile bu böyledir.³²⁹ Mesela bir kimse hırsızlık suçu için evin balkonuna merdiven dayasa ya da maymuncuk yahut kopya anahtarla kapıyı açsa... bunların tamamı ta'zîr gerektiren suçlardır. Bu filler ile sonuç itibarıyla hırsızlık suçunun maddi unsuru arasında epey mesafe vardır. Ancak bu eylemler hırsızlığın başlangıcı oluşturduğundan hırsızlığa teşebbüs sayılır. Cezası ise ta'zîrdir. Ancak hırsızlık yapılacak yere girip çalınacak eşyaları alıp bulundukları yerden dışarı götürmekle hırsızlığın maddi unsuru oluşacaktır. Bu durumda ise sirkat eylemi tamamlandığından suçluya hırsızlık cezası verilecektir.

Az yukarda zikrettiğimiz örneği burada yineleyerek konumuzu tamamlamak istiyoruz. Örneğin (A), seyir halindeki bir otomobilden (B)'nin canına kıymak için ateş etmektedir. (A), (B) haricindeki (C), (D) ve (E)'nin de mecrûh olabileceğini ya da

³²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TCK, md. 35.

³²⁸ Bu konu hakkında Hz. Peygamberin tutumu için bkz. Buhârî, İman 39; Ebu Dâvûd, Büyü 3, (3329, 3330); Nesâî, Büyü 2, (7, 241).

³²⁹ Üdeh, et-Teşrî'u'l-Cinâî, c. 1, s. 348.

ölebileceğini kesin olarak öngörmektedir. Buna rağmen (A) eylemini gerçekleştirmektedir. Eylemin sonunda (B) ve (C) ölmüş, (D) yaralanmış, (E) ise yara almamıştır. (A)'nın fiilleri nedeniyle (B)'ye müteveccih kasten öldürme, (C)'ye müteveccih olası kasıtlı adam öldürme, (D)'ye müteveccih fiili nedeniyle olası kasıtlı yaralama ve (E)'ye müteveccih fiili sebebiyle ise olası kasıtlı yaralamaya teşebbüs suçları oluşacaktır.

Yukarıdaki duruma (E) açısından baktığımızda, suçlunun böyle bir olaya girişmesi, olay için araç ayarlaması, eylemini hangi mekânda gerçekleştireceğini kararlaştırması, aracını hızlandırıp uygun pozisyonda ateş etme durumuna kadar gelmesi bir teşebbüstür. (A) tetiğe basıp silahını ateşlediği takdirde (E)'ye yönelik olası kasıtlı yaralamaya teşebbüs suçu oluşacaktır. Silah ateşlememiş olsaydı araçta bulunan herkese yönelik teşebbüs suçu oluşacaktı.

2.6.Olası Kasıtlı Ceza İndirimi

2.6.1.İslâm Hukukunda

Kasıtlı benzerinin cezası asıl olarak diyet ve ta'zîrdir. Devlet reisinin görüşü; suçlunun ta'zîri, cezalandırılmasıdır.³³⁰ Bu sebeple şibhu'l-'amd'in cezası taammüdden daha hafiftir. Çünkü kastın cezası asıl olarak kısastır. Olası kasıtlı, neticeyi istemeyerek ya da düşmanlık kastı ile işlendiğinden kasten adam öldürme ya da kasten adam yaralamaya göre olası kastın cezası daha hafiftir.

Ebu Hanîfe'nin görüşü olup Hanefilerce kabul edilen görüşe göre kasıtlı benzerinin cezası kısas değil ağırlaştırılmış diyetdir (الدية مغلظة).³³¹ İmam Mâlik ise kasıtlı benzerini kabul etmemektedir. Ona göre suçlar ya kasten ya da hatâen işlenmekte olup kasıtlı benzerine verilen ağırlaştırılmış diyet cezasını da kabul etmez.³³² Şâfiî mezhebinde ise Hanefî mezhebinde olduğu gibi, kısas benzerinin cezası ağırlaştırılmış diyetdir.³³³ Hanbelî mezhebinde de kısas benzerinin cezası ağırlaştırılmış diyetdir.³³⁴

Bu cezalara ilaveten kasıtlı benzerinde keffâret, mirastan mahrumiyet ve vasiyetten mahrumiyet cezaları da vardır. Bu cezalarla ilgili teferruatlı bilgi toparlayıcı

³³⁰ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 1, s. 406.

³³¹ Şeybânî, *Kitâbu'l-Âsâr*, c. 1, s. 646; Şeybânî, *Kitâbu'l-Asl*, c. 4, s. 437; Serahsî, *el-Mebsût*, c. 26, s. 65; İbn Nuceym, *Bahru'r-Râik*, c. 8, s. 332; İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. 6, s. 530.

³³² Muhammed b. Yusuf b. Ebu'l-Kâsım el-Abderî, *et-Tâc ve'l-İkfl li Muhtasar-ı Halil*, b.y., 1994, c. 6, s. 256.

³³³ el-Ensârî, *Esne'l-Metâlib*, c. 2, s. 501.

³³⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 9, s. 338.

ve özetleyici mahiyette olmasını düşündüğümüz için ve de tekrara düşmeyip mukayeseli olarak incelemek istediğimizden dolayı üçüncü bölümde işlenecektir.

2.6.2.Seküler Hukukta

Olası kasıttaki ceza indirimi meselesi TCK kapsamında seküler hukukçular tarafından da tartışılmıştır. Kimi hukukçular olası kasıttaki ceza indirimini hiçbir şekilde kabul etmezlerken kimi hukukçular ise olası kasıttaki ceza indirimini kabul etmektedirler.

Demirbaş'a göre, mecburi ceza tenzilatının kabul edilmesi hiçbir surette düşünülemez. Kuramsal zaviyeden, kastın isteme unsurunun saptanmasındaki güçlüğe standart ceza tenzilatı bağlamak kuramsal zaviyeden de hukuki bir dayanağa sahip değildir. Esasen mevcut olan bu durum kastın daha aşağı bir derecesi değildir.³³⁵

Dülger'e göre, kastta derecelendirme imkânsızdır. Herhangi bir şahıs herhangi bir eylemi ve sonucunu ya biliyor istiyordur, ya da gerçekleştirmiş olduğu eyleminin neticelerini bilmiyordur ve de istemiyordur. Kişide kasıt ya mevcuttur ya da mevcut değildir. Kastın bilme ve isteme unsurları arasında hafif ya da ağır diye bir derecelendirme imkânsızdır. Bu yüzden olası kasıt zaviyesinden cezada tahfifat öngörülerek kasıttaki basamaklama yapılması bilimsel ve kuramsal bakımdan mümkün olamamaktadır.³³⁶

Koca/Üzülmez'e göre, olası kastın haksızlık muhtevasının kasta oranla daha aşağı olduğu uygun görüldüğüne göre, Kanunumuzun olası kastın mevcudiyeti durumunda ceza tenzilatını öngörmesi gerektiği gibi bir düzenleme olmuştur.”³³⁷

Jescheck'e göre, “olası kast türünde kusur ve haksızlık içeriği diğer kast türlerine, örneğin doğrudan kasta göre daha azdır. Çünkü olası kastla hareket eden failne sonucu meydana getirmek için çaba göstermiştir, ne de sonucun meydana geleceğinden

³³⁵ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*, Ankara, 2005, s. 317; Apaydın, *Yargıtay Kararları...*, s. 132.

³³⁶ Murat Volkan Dülger, *5237 Sayılı Ytck'da Kastın Unsurları Ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi*, s. 29
https://www.academia.edu/5311679/5237_SAYILI_YTCKDA_KASTIN_UNSUURLARI_VE_T%C3%9CRLER%C4%B0_-_%C3%96ZELL%C4%B0KLE_OLASI_KASTIN_DE%C4%9EERLEND%C4%B0R%C4%B0LMES%C4%B0 Erişim Tarihi: 10.02.2019; Apaydın, *Yargıtay Kararları...*, s. 132.

³³⁷ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008, s. 184; Apaydın, *Yargıtay Kararları...*, s. 133.

emin değildir. Fâil işi olurluna bırakmış ve olursa olsun demiştir. Ancak unutmamak gerekir ki, fâil tehlikeyi yani neticenin meydana geleceğini öngörmüştür.”³³⁸

Kanaatimizce olası kasıt, doğrudan kasta nazaran daha hafif kusurluluk halidir. Kusur yoğunluğu daha azdır. Nitekim fâil sonucu bilmesine rağmen istememektedir. Öldürme ya da yaralama eylemlerinde, eylemin bilerek ve isteyerek yapılması ile sonucun öngörülüp istenmeyerek yapılması açısından derece farkı vardır. Cezalandırmada bu ikisini birbirinden ayırt etmek gerekecektir. Ceza açısından olası kastın elbette ki bir cezası olacaktır. Ancak bu ceza kasıt ile işlenen suçların cezasından daha aşağıda olmalıdır. Bu durumu daha önce hem İslâm ceza hukukunda hem de seküler ceza hukukunda zikretmiştik. Mağdurun haklarını korurken suçlu dahi olsa suçluya haddinden fazla ceza vermek adalet ve hakkaniyete uymaz. İslâm’ın en açık ilkelerinden birisi adaletle hükmetmektir.³³⁹

³³⁸ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 133.

³³⁹ Bkz. Nisâ 4/58.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3.İSLÂM CEZA HUKUKUNDA BİLİNÇLİ TAKSİR (HAKİKİ HATA)

3.1.Bilinçli Taksir Kavramı

Hata kavramını karşılayan bir diğer tabir “taksir” kavramıdır. Hata kavramı İslâm ceza hukukunda detaylı bir şekilde izah edilmiştir. Biz burada taksir kavramını bilinçli ve bilinçsiz şeklinde iki kısma ayırarak inceleyeceğiz. İkisini birbirinden ayıran unsurun ne olduğunu zikredeceğiz. Çünkü bilinçli taksiri iyi anlayabilmek için “ne olduğu” kadar “ne olmadığı” hususunu da irdelemek gerek. Ağyarını mani efradını cami kılmak üzere konumuzu daha çok alakadar ettiği için bilinçsiz taksir üzerinde daha fazla detaya ineceğiz.

3.1.1.Sözlükte

Hata kelimesi sözlükte kısaca “sevabın zıddı” olarak açıklanır.³⁴⁰“Düşünürken, konuşurken veya bir iş yaparken vuku bulan yanlışlık, hedefleneni ve doğruyu tutturamama”³⁴¹ anlamına gelir. Konumuzu yakından alakadar eden “Bir fiilin fâilin kastına aykırı biçimde gerçekleşmesi”³⁴² şeklinde yapılan tanımı ise eylem alanındaki hatayı ifade eder. Bu tanımdan yola çıkarak fiilde hata için şöyle diyebiliriz: Fâilin planladığı sonucun meydana gelmemesi ya da fâilin eylemin sonucunu öngörememesi durumudur.³⁴³ Ayrıca muhtî “doğruyu hedeflediği halde başka bir şeye elde eden”, hâtî’ ise “uygun olmayanı kasteden” anlamındadır.³⁴⁴

Hata kelimesi yerine kullanılan kelimelerin anlamları üzerinden hata çeşitleri (bilinçli ve bilinçsiz taksir) oluşmaya başlamaktadır. Bu ayrım Kur’ân-ı Kerîm’de yapılmaktadır. Bilerek (kasten) yapılan hatalar için “hatîe” (حَطِيئَةٌ) kelimesinin çoğulu

³⁴⁰ İbn Manzûr, *Lisânu’l-‘Arab*, c. 1, s. 65.

³⁴¹ H. Yunus Apaydın, “Hata”, *DİA*, Cilt. 16, 1997, s. 437.

³⁴² Cemaleddin Ebu’l-Ferec Abdurrahman İbnü’l-Cevzî, Tahkik: M. Abdülkerîm Kâzım er-Râzî, *Nüzhetü’l-A’yün*, Beyrut, 1984, s. 271-272.

³⁴³ Apaydın, *Hata*, s. 437.

³⁴⁴ Apaydın, *Hata*, s. 437.

“hatâyâ” (حَطَايَا)³⁴⁵ ifadesi kullanılmaktadır. Ancak kasıtsız olarak yapılan hatalar için ise “ahtaa” (أَخْطَأَ)³⁴⁶ fiili kullanılmaktadır. Kasıtlı işlenen hata ile kasıtsız işlenen hata arasındaki fark şu ayette açık bir şekilde belirtilmektedir. “وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ”³⁴⁷ *Hata ile yaptığınız bir işte size hiçbir günah yoktur. Fakat kasten yaptığınız şeylerde size günah vardır.* Ayetten anladığımız kadarıyla bilinçli taksirle işlenen eylemlerde günah varken bilinçsiz taksirle işlenen eylemlerde günah yoktur.

3.1.2.İslâm Fıkıh Literatüründe

Öncelikle şunu belirtmekte fayda görüyoruz. Klasik fıkıh kaynaklarında “hata” kavramı yoğun bir biçimde “cinâyât” ve “diyât” bölümlerinde işlenmektedir. Bu bölümler içinde ise daha çok adam öldürme ve yaralama suçları içeriğiyle irdelenmektedirler. Biz de klasik fıkıh literatürü başlığı altında aynı yöntemi kullanmakla yetineceğiz.

Hanefî hukukçulardan İmam Ebû Yûsuf hatayı “kişinin irade ettiği şeyin dışında bir şeye isabet kaydetmesi”³⁴⁸; İbn Nuceym ise “kastedilen fiilin gerçekleşmemesi”³⁴⁹ şeklinde tarif eder. Mâlikîler ise suçları “kasten” ve “hatâen” şeklinde ikiye ayırırlar. Kasten işlenen suçların cezası onlara göre kısastır.³⁵⁰ İmam Mâlik cinâyet suçlarında kısas kavramını “içerisinde kasıt bulunan her şey”³⁵¹ şeklinde tarif ettiğinden diyebiliriz ki İmam Mâlik’e göre cinâyet suçlarında, içerisinde kasıt bulunmayan her eylem hata suçları içerisinde mütalaa edilmektedir. İmam Şâfiî ise dâru’l-harb olan bir yerde Müslüman bir kimsenin Müslüman bir casusu bilmeden (düşman zannederek) öldürmesini kasıttan “hata” ile izah eder.³⁵² İmam Şâfiî istenmeyen durumun ortaya çıktığı kasıtlı eylemde “bilmeme” unsurunu hatanın varlığı için kabul etmektedir. İmam Şâfiî’ye göre yapılan eylem kasıtlı olsa bile sonradan Müslüman olduğu anlaşılan kişiyi öldürme kastı yoktur.³⁵³ İşte bu yüzden de hata kategorisine dâhil

³⁴⁵ Bakara 2/58; Tâhâ 20/73; Şuarâ 26/51; Ankebût 29/12.

³⁴⁶ Bakara 2/286; Ahzâb 33/5.

³⁴⁷ Ahzâb 33/5.

³⁴⁸ Ebû Yûsuf, *Kitâbu’l-Âsâr*, s. 218.

³⁴⁹ İbn Nuceym, *Bahru’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, c. 8, s. 333.

³⁵⁰ Enes b. Malik, *el-Müdevvene*, c. 4, s. 570.

³⁵¹ Mâlik b. Enes, *el-Müdevvene*, c. 4, s. 563.

³⁵² İmam Şâfiî, *el-Ümm*, c. 6, s. 35.

³⁵³ İmam Şâfiî, *el-Ümm*, c. 6, s. 35.

edilmektedir. Aynı şekilde Şirbînî de hatayı kişinin kastetmediği³⁵⁴ şey olarak tanımlamaktadır. Hanbelîlerden Hicâvî ise kible tayini meselesinde hatayı, kişinin zannı gâlibinde (kuvvetli tahmin) yanılması olarak ifade eder.³⁵⁵ Dört mezhepten de iktibaslarda bulunduğumuz fıkıhçıların görüşlerinden anlaşılıyor ki onları hatanın varlığına ulaştıran şey kastın bulunmayışı ve kişinin zannında yanılmasıdır. Burada kasıttan demek istediğimiz şey kişinin bilerek ve de isteyerek eylemini gerçekleştirmesidir. Bunlardan herhangi biri olmadığında kasıt zaten yok demektir.

Taksir (hata) iki kısma ayrılmaktadır. Birincisi bilinçli taksir diğeri ise bilinçsiz taksirdir. Bilinçli taksir kavramına muadil “hakiki hata”, “dolaysız hata”, “sırf hata” yani “mahz hata”³⁵⁶ tabirleri de kullanılmaktadır. Sırf hatadan amaç suçlunun şahsı kastetmeksizin fiili kasten işlemesidir. Fakat fiilinde veya zannında yanılmıştır.³⁵⁷ Hata “kasıttan hata” ve “fiilde hata” olmak üzere iki açıdan incelenmektedir.³⁵⁸ Fiilde hataya misal, bir doktorun ameliyatta onarmak istediği organı ya da uzvu yanlışlıkla kullanılamaz hale getirmesi verilebilir. Fâilin zannında ve tahminindeki yanılmasına örnek ise bir kimsenin, karanlıkta hayvan sandığı bir karartıya korku sonucu ateş etmesi ancak o karartının daha sonra hayvan değil de insan olduğunun anlaşılmasıdır.

Burada dikkat çekmek istediğimiz mesele şudur: Bilinçli taksir sonucu öldürme ya da yaralama eylemlerinde fâilin kastettiği bir eylemi bulunmaktadır. Birinci örneğimizde doktor ameliyat etmek için görünüşte yaralama eylemini kastetmektedir. Doktorun kastı yaralama değil tedavi etmedir. Ancak hata sonucu, ya da hatalı araç veya yöntemi seçmesi sonucu hukukun ona verdiği yasal sınırları aşp suçlu pozisyonuna düşmektedir. İkinci örneğimizde ise fâil yine ateş etme eylemini kastetmiştir. Ancak gözleminde korku sebebiyle yanılmış, bir insanın yaralanmasına ya da ölümüne sebep olmuştur. İki örnekte de eylem kastedilmekte ancak sonuç istenmemektedir. İki eylemde herhangi bir ihmal de görülmemektedir. “Ne olursa olsun” düşüncesi de saptanmamaktadır. Ancak doktor riskli ameliyatında hata yaparsa oluşabilecek

³⁵⁴ Ahmed el-Hatîb Şirbînî, **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'âni Elfâzı'l-Minhâc**, Beyrut, 1415/1994, Cilt. 2, s. 294.

³⁵⁵ Merdâvî, **el-İnsâf**, c. 2, s. 16; Ayrıca bkz. Hicâvî, **el-Iknâ**, c. 1, s. 105.

³⁵⁶ Serahsî, **el-Mebsût**, c. 26, s. 66; Kâsânî, **el-Bedâi**, c. 7, s. 251; İbn Nuceym, **Bahru'r-Râik**, c. 8, s. 333; **el-Fetâval-Hindiyye** (Fetâvâ-yı Âlemgiriyye), b.y., 1991, c. 6, s. 24; Ebû Muhammed 'Abdulvehhâb b. 'Alî el-Bağdâdî, **et-Telkîn fi'l-Fıkhi'l-Mâlikî**, b.y., 2004, c. 2, s. 189; Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdi, **el-Ikna**, İran, 2000, s. 166; Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, **el-Vasît fi'l-Mezheb**, Kahire, 1417/1996, c. 6, s. 328.

³⁵⁷ 'Udeh, **et-Tesrî'u'l-Cinâi**, c. 2, s. 104.

³⁵⁸ Burhânuddîn Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebû Bekr Merğînânî, **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî**, t.y., b.y., c. 4, s. 159; Ebu'l-Fadl Mecdüddîn 'Abdullâh b. Mahmûd el-Mevsilî, **el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr**, Beyrut, t.y., c. 2 (3-5), s. 479.

komplikasyonların (istenmeyen durum) da farkındadır. Ancak oluşabilecek istenmeyen durumları da istememektedir. Buna rağmen doktor hata sonucu komplikasyona sebebiyet vermektedir. İkinci örnekte de kişi karanlıkta gördüğü karaltının insan olabileceğinin farkındadır lakin insan değildir diyerek tahmininde yanılmak suretiyle bilinçli hatalı eylemi (bilinçli taksir) gerçekleştirmektedir. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus şudur: Bilinçli taksirde püf nokta fâil neticeyi öngörmekte ancak neticenin meydana gelmesini fâilin istememesidir.

Yanılarak öldürme anlamına katil (hata mecrasına katil)den amaç ise fâilin fiilinde ve kişide herhangi bir kastının bulunmamasıdır.³⁵⁹ Yani fâil ölüme sebebiyet fiilini kastetmemiştir ve de direk mağdura yönelmemiştir. Bu tür adam öldürmede suçludan bazen doğrudan doğruya bazen de dolayısı ile sadır olur.³⁶⁰ Doğrudan ortaya çıkan fiille adam öldürmeye örnek, birisinin uyurken yanında uyuklayan bir başkası üzerine düşmesi, dönmesi sonucu ölümüne neden olmasıdır.³⁶¹ Dolaylı biçimde adam öldürmeye örnek ise birisinin su çıkarmak amacıyla kuyu kazması, oradan geçen birisinin o kuyuya düşüp ölmesidir.³⁶² Haksız fiille zarar arasındaki doğrudan ilişkiyi ifade eden kavram İslâm hukukunda “mübâşeret” kavramı ile ifade edilir.³⁶³ Yukarıda örneğini verdiğimiz bir kimsenin uykuda iken bir başkasının ölümüne sebebiyet vermesi kasıt ve bilinçli taksir olarak nitelendirilmez, basit taksir kabul edilip mübâşereten hata mecrasına katil ile adam öldürme suçuna girer.³⁶⁴ Burada “hata mecrasına” diye ifade ettiğimiz kavram basit taksir ya da bilinçsiz taksirdir. Diğer örnekte ise durum farklıdır. Bir kimse bir kuyu kazıp ya da yola taş koymak suretiyle bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi durumunda ise kişi mübâşereten değil tessebbüben sorumludur.³⁶⁵ Çünkü fâilin eylemiyle netice arasında doğrudan bir bağ yoktur.³⁶⁶

Sonuç olarak İslâm ceza hukukunda bilinçli taksir kavramı bir suçu ifade etmektedir. Bu suç genel olarak hata kavramı içerisinde mütalaa edilmektedir. Bilinçli taksirde en önemli husus suçlunun şahsa yönelmeksizin fiili kasten işlemesidir. Ancak eyleminde ya da tahmininde hata etmesidir. İşte burada bulunan kasıt unsurundan dolayı bilinçli taksir denmektedir. Ancak buradaki kasıt tam olmadığından yani tamamen olup

³⁵⁹ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 21, s. 104; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 136.

³⁶⁰ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 21, s. 104; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 136.

³⁶¹ Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 2, s. 104; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 136.

³⁶² Üdeh, *et-Teşrî’u’l-Cinâî*, c. 2, s. 104; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 136.

³⁶³ Kemal, Yıldız, “Mübâşeret”, *DİA*, Cilt. 31, 2006, s. 429.

³⁶⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 26, s. 68.

³⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 26, s. 68.

³⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 26, s. 68.

biteni kastetmeksizin şahsa yönelmeden fiile niyetlenildiği için eksiktir. İşte bu yüzden de taammüd kategorisine girmemektedir. Ayrıca suçlunun eyleminde bir öngörüsü vardır lakin öngörüsüne rağmen “ne olursa olsun” cihetinde bir yaklaşım olmadığından ve de sonucu kabullenme durumu da olmadığından olası kasıttan ayrılmaktadır. Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran fark ise basit taksirde kasıtlı eylemin bulunmayışıdır.

3.1.3.Seküler Ceza Kanunlarında

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21/2 madde ve fıkrasında bilinçli taksir, *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.”* şeklinde tanımlanmaktadır. Bilinç taksir ise aynı maddenin 3 fıkrasında *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır...”* ifadeleriyle tanımlanmaktadır.

TCK’da taksir ile bilinçli taksir kavramı birbirinden farklıdır. Taksirde “dikkat ve özen yetersizliği” ile “neticeyi öngörememe” durumu varken, bilinçsiz taksirde ise “neticeyi öngörü” ve “sonucu istememe” durumları vardır. İlk aşamada neticeyi istememe yani neticeyi kastetmeme açısından taksir ile bilinçli taksir aynı düzeydedir. Ancak bilinçli taksiri “bilinçli” yapan faktör “öngörü” şartıdır. Burada fâil neticesinde suç oluşmuş eylemine başlarken her ne kadar neticeyi istemese dahi neticenin bu şekilde gerçekleşebilme ihtimalini biliyordu demektir.

Bilinçli taksir ifadesi mevzuatımıza ilk defa 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (mülga) 45. maddesine 8.1.2003 tarih ve 4785 sayılı kanunla ilave edilen üçüncü fıkrasıyla girmiştir. *“Fâilin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde ceza üçte bir oranında artırılır”* hükmünü içermekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinin 3. fıkrasında da neredeyse aynı hükme yer verilmiş ancak *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır”* şeklindeki ifadeyle artım oranı yükseltilmiştir.

Doktrinde bilinçli taksire ilişkin şu tanımlar ve örnekler verilmiştir.

Dönmezer ve Erman’a göre , “neticenin fiilen öngörülmesine karşın istenmemesi hali bilinçli taksir olarak tanımlanmıştır”.³⁶⁷

İçel’e göre, “bilinçli taksir fâil, objektif olarak öngörülebilir, dolayısıyla sakınılabılır neticeyi sübjektif olarak öngörmekte, neticeyi arzulamakla birlikte hareketi gerçekleştirmekten kaçınmamaktadır. Yani fâil, zararlı neticenin gerçekleşmesi imkânını genel olarak öngörmesine rağmen, somut olaydaki koşullara göre neticenin gerçekleşmeyeceğine inanması, bilinçli taksir olarak adlandırılır”.³⁶⁸

Centel, Zafer ve Çakmut’a göre, “fâilin hareketi yaparken neticeyi öngörmesi, ancak bunun gerçekleşmesini istememesi ve somut olaydaki koşullara göre neticenin gerçekleşmeyeceğine inanması, bilinçli taksir olarak adlandırılır”.³⁶⁹

Soyaslan’a göre, “bilinçli taksirde netice öngörülmüştür. Ancak fâil bazı yeteneklerine güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceğine inanmıştır. Demek ki, taksirin bu türünde fâil açısından dikkatsizlik ve özensizlik daha ağır ve ciddidir. Örneğin, fâil otomobilini hızlıca kullanırken yayaya çarpacağını düşünmüş ve çarpmış olsun. Ancak kendisini usta şoför sayarak çarpmayacağına inansın. Bu durumda fâilde daha büyük bir ihmal, dikkatsizlik ve özensizlik vardır”.³⁷⁰

Alacakaptan’a göre, “bu çeşit davranışlara, “öngörülü taksir” ya da “şuurlu taksir” adı verilir. Öngörülü taksirde, fâil hareketinden doğabilecek sonucu öngörmekle birlikte istememiştir ve sonucun meydana gelmeyeceği yolunda içten bir kanıya sahiptir. Otomobil kullanmaktaki ustalığına ve otomobilin manevra yeteneğine güvenen bir kimsenin, karayolunda beliren bir engele rağmen, çarpışma vuku bulmayacağı kanısıyla önündeki bir aracı geçmeğe çalıştığı sırada, trafik kazası ve ölüme sebebiyet vermesi olayındaki taksir böyle bir taksirdir”.³⁷¹

Bilinçli taksir kavramının ülkemizde özellikle trafik kazaları, bina çökmeleri ve havaya ateş edilme olaylarında yapılan yargılamalar sonucu verilen cezalar adil olmadığı için kamu vicdanını rahatsız etmiştir.³⁷² Ayrıca verilen cezaların, cezanın ıslah edici, bireysel önleyici ve genel önleyici fonksiyonlarını yerine getirmemesi üzerine

³⁶⁷ Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku...**, c. 2, s. 284; Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 327.

³⁶⁸ İçel ve Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.193 vd; Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 327.

³⁶⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 413.

³⁷⁰ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2005, s. 426.

³⁷¹ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, 1975, s. 159.

³⁷² Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 330; Benzer açıklama için bkz. Düzgün ve Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza...**, s. 83.

karşılaştırılmalı hukukta da yerini almış olan bilinçli taksirin ceza mevzuatımıza girmesiyle, öğretideki görüşlere paralel olarak Yargıtay kararları da gelişmiştir.³⁷³,

Yargıtay'ın bilinçli taksir olarak verilen hükmü bozduğu bir kararında ise şöyle denilmektedir: “Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık ...’ın, silahla kasten yaralama suçunun, sanık ...’ın, maktule yönelik eyleminin sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde sanık ...’nın suçunun niteliği tayin, cezayı azaltıcı haksız tahrik ve takdiri indirim sebebinin nitelik ve derecesi, sanık ... yönünden takdiri indirim sebebinin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle değerlendirilip kısmen reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmediğinden, sanık ...müdafinin; sanığın cezasının silahtan dolayı arttırılmasının yerinde olmadığına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerektiğine vesaireye, sanık ...müdafinin; suç vafına yönelen ve yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddiyle;

A-) Sanık ...hakkında silahla kasten yaralama suçundan kurulan hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi ONANMASINA,

B-) Sanık ...hakkında bilinçli taksirle öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden yapılan incelemede;

Oluşa, dosya içeriğine ve kabule göre; maktul ...’ın, sanıklardan ...’ın babasına ait olan yatta çalıştığı, olay günü maktulün çalıştığı yatta alkol alarak yüksek sesle müzik dinlediği, alkolün etkisiyle hakaret edip tehditler savurmaya başladığı, maktulün arkadaşı olan sanık ...’ın ortamı yatıştırmak istemesi üzerine, maktulün ona da küfür ve hakaret ederek denize atlayıp yan tarafta demirli bulunan tekneye geçmek istediği, ancak başarılı olamayınca yüzerek çalışmış olduğu yata geri çıktığı, maktulün hakaret ve tehditler savurmaya devam etmesi üzerine tanık ...’ın, sanık ...’i getirmek üzere gittiği, bir süre sonra tanık ...’ın bulunduğu bota sanık ... ve arkadaşı olan ... geldikleri ve sanık ...’nın da bindiği, botta bulunanların maktulün bulunduğu tekneye yaklaşp güvertesine çıktıkları, maktulün taşkınlık yapmaya devam etmesi nedeniyle, sanıklar ... ve ...’in de içinde bulunduğu grubun demir çubukla vurmak, tekme ve tokat atmak suretiyle maktulü basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladıkları, maktulün aldığı darbeler neticesinde yere düştüğü ve yerden kalkmaya çalışarak yatın küpeşte denen korkuluklarına tutunduğu, ancak sanık ...’in itekleyerek maktulü denize

³⁷³ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 330.

düşürdüğü, denize düşen maktulün suyun içerisinde denizin dibine doğru battığı, olaydan sonra güvenlik birimlerine haber verildiği, havanın aydınlanmasıyla maktulün cesedinin sahil güvenlik ekiplerince denizden çıkarıldığı, maktulün cesedi üzerinde yapılan ölü muayene otopsi işlemleri neticesinde suda boğulmaya bağlı mekanik asfiksi sonucu öldüğünün anlaşıldığı olayda; sanığın, itekleyerek denize düşürdüğü maktulün, gece vakti, almış olduğu darp ve alkolün etkisiyle kendisini kurtaramayıp boğularak denizde ölebileceğini öngörebilecek konumda olmasına rağmen denize düşürmek suretiyle öngördüğü neticeyi göze aldığı ve kabullendiği, bunun sonucunda da maktulün ölümüne neden olduğu anlaşılmakla, olası kastla öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken suç vasfında hata edilerek yazılı şekilde bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulması, b- Kabule göre; taksirle işlenen adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağının gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık ...müdafii ile Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmüş olduğundan, hükmün kısmen tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, sanık ...'ın öldürme suçu ile ilgili olarak yapılan suç vasfının değerlendirilmesinde; Üyeler ...ve ...'ın; suç vasfının kasten öldürme, ... ve...'ın; olası kastla öldürme olduğuna yönelik bozma düşünceleri, Daire Başkanı ...'nın; mahkemenin suç vasfını belirlemedeki kabul ve takdirinin yerinde olduğuna, kararın onanması gerektiğine dair düşüncesi karşısında CMK'nin 229/3. maddesine göre sanığın en çok aleyhine olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine daha yakın olan oya eklenmek suretiyle, 22/01/2019 gününde, suç vasfı yönünden oy çokluğuyla, haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerektiği yönünden ise oybirliği ile karar verildi.

KARŞIOY: Sanık ...hakkında; bilinçli taksir neticesi ...'ın öldürülmesi eylemi ile ilgili olarak Bodrum Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen 29/03/2018 tarih ve 2018/60 esas, 2018/61 karar nolu kararına karşı eylemin “kasten öldürme” olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünce ve kanaati ile sayın çoğunluk görüşüne karşıyız. Şöyle ki; Dairemizce Bodrum Ağır Ceza Mahkemesinin 16/03/2016 gün 2015/145 esas, 2016/58 nolu sanık ... ve sanık ...hakkında; maktulün ölmesi ile ilgili olarak eylemleri daha önce incelenerek, olası kast ile öldürme suçu kapsamında yine oy çokluğu ile vasıflandırılmış, tarafımızdan yine bu doğrultuda eylemin kasten öldürme eylemi

kapsamında değerlendirilmesine ilişkin muhalif olma gerekçemiz, muhalefet yazımızda belirtilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, itiraz yoluna başvurulması sonrası Yargıtay Ceza Genel Kurulunca yeniden yapılan inceleme neticesi, bir kısım savunma tanıklarının dinlenilmemiş olduğundan, eksik soruşturma nedeniyle kararın bozulmasına karar verilmiş olup, Bodrum Ağır Ceza Mahkemesince bu kez ileri sürülen savunma tanıkları dinlenilmiş ise de, görgüye dayalı bir bilgilerinin olmadığı saptanılmıştır.

BU NEDENLE; Eylemin “kasten öldürme” olarak vasıflandırılması gerektiği görüşümüzü tekrarlayarak, aynen alıntı ile,

Maktul ..., sanık ...'un babasına ait ... isimli yatta uzun süredir çalıştığı, olay gün ve saatinde ise, kanında (227 mg/dl), ...,göziçi sıvısında da (198 mg/dl) ... bulunduğu, yani aşırı alkollü olduğu sabittir. Sanıklar tarafından da bu durum bilinmektedir. Ayrıca, sanıklarca darp edildiği sırada teknenin, demir aksamındaki kan izlerinden de anlaşılacağı üzere, kafasındaki darbeyi almıştır. Hatta, aldığı darbeler ile yere düşmüş, ayağa kalkmaya çalışmasına karşın, sendelemiş ve kalkamamıştır. Bu haliyle maktulün, tamamen kendinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Sanık ...tarafından, bu halde iken maktul denize atılmış ve atıldığı esnada da hiçbir çarpınma belirtisi dahi göstermeden, denizin içinde anında kaybolmuştur. Yani, sanığın gemi adamı olması, yüzme bilebilecek durumda olması ve saire gibi nedenler düşünülse dahi, bu durumda aşırı alkollü ve bayılma noktasındaki maktulün hiçbir surette kurtulma çabası dahi gösterememesi düşünüldüğünde, bilincinin o an için olmadığı açık ve nettir. Hatta bu amaçla sanık ..., hemen suya atlayıp maktulü aramış ise de, sanık ... bu durumu açık ve net bilmesine karşın o an, maktulü kurtarmaya yönelik herhangi bir girişimde dahi bulunmamıştır. Evet daha sonra arama çalışmalarına katılmış ise de, bu sanık ...'nın denize atlayıp maktulü bulamadığı andan sonraki bir çabadır. Her ne kadar bir kısım Daire Üyeleri, sanık ...'un eyleminin “olursa olsun” ya da “ölürse ölsün” gibi bir düşüncede olması durumunda yanındaki sanık ...'yı düşeni kurtarması için denize atla şeklinde talimat vermesi, bilahare de onu bulmak için kendisinin de atlaması düşünülemeyeceğinden eylemin hareket ile suç vasfının bilinçli taksir neticesi ölüme sebebiyet olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş bulunmakta ve bu nedenle sayın Dairemiz heyetinin üyeleri arasında görüş farklılıkları oluşmakta olup, CMK.nin 229/3. md. gereği, neticeye varılmış ise de, Maktulün kesin ölüm sebebi suda boğulma

sonucu meydana geldiği kesin ve net olup, bilinci kapalı ve aşırı alkollü olan maktulün ölmesinin öngörülebilecek bir netice olmayıp, mutlak bir netice olması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı Yasanın 81.³⁷⁴ maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünce ve kanaati ile sayın çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün değildir”.³⁷⁵

3.1.3.1.Görüşlerin Değerlendirilmesi

Doktrinde zikrettiğimiz görüşlerin ortak noktası suçlunun eyleminin kendi iradesi ile yapılması ancak sonucun öngörülmesine rağmen istenmemesidir. Fâilin kanaati zararlı neticenin meydana gelmeyeceği yönündedir. Ancak bununla birlikte, fâil hareketi gerçekleştirmekten kaçınmamaktadır. Diğerlerinden biraz farklı olarak Centel, Zafer ve Çakmut fâilin “olaydaki koşullara göre neticenin gerçekleşmeyeceğine inanması”³⁷⁶ durumunu zikretmektedir. Yani sadece kaba bir gözlemlerle değil bir akıl yürütme sonucu fâilin bu karara vardığını belirtmektedirler. Bu sebeple bu görüş bilinçli taksirin başka bir deyişle şuurlu taksirin muhtevasına daha yakındır. Nitekim olası kasıt ile bilinçli taksir arasında çok ince bir çizgi mevcuttur. Her ikisi de birbirine çok benzerken aynı zamanda tecziye bakımından farklılaşmaktadırlar. Hem olası kastta hem de bilinçli taksirde irade ve neticeyi öngörü mevcuttur. Bu açıdan birbirlerine benzemektedirler. Ancak neticenin öngörülmesine rağmen olası kasıta “her ne olursa olsun” düşüncesi var iken bilinçli/şuurlu taksir de ise “değerlendirmeme göre netice gerçekleşmez” düşüncesi mevcuttur. İşte bu açıdan bakıldığında Centel, Zafer ve Çakmut’un bilinçli taksir kavramı daha kapsamlıdır.

Yargıtay’ın zikrettiğimiz bu kararını hususiyetle buraya koymak istedik. Görüldüğü üzere mezkûr olayda “kasten katil-olası kasıtle katil-bilinçli taksirle katil” durumları nasıl da birbirine yakın durmaktadır. Muhakeme sırasında olayları ve delilleri değerlendirmedeki bakış açısı nasıl da neticeyi tamamen değiştirmektedir. Maktulün kafasına darbe alıp sendelemesi yani ayağa kalkmaya muktedir olamaması hatta denize düşüp herhangi bir çabalama dahi yapamaması sonucu boğulması gerekçe gösterilerek kasten adam öldürme suçundan hüküm istenmiştir (Karşı oy). Bunun yanında maktulün, gece vakti, almış olduğu darp ve alkolün etkisiyle kendisini kurtaramayıp boğularak

³⁷⁴ Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

³⁷⁵ Yargıtay, 1. C.D., 22.01.2019, 2018/4135 E., 2019/93 K.

³⁷⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 413.

denizde ölebileceğini öngörebilecek konumda olmasına rağmen denize düşürmek suretiyle kestirdiği sonucu göze aldığı ve kabul ettiği, bu yüzden de maktulün ölümüne neden olduğu anlaşılmakla, olası kasıtlı öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği söylenmiştir (Oy çokluğu). Son olarak, olaydaki haksız tahrik unsurunu dikkate alarak da bilinçli taksir hükmüne yer verilmiştir (Bodrum Ağır Ceza Mahkemesi).

Aynı olayda farklı görüşlerin oluşması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda “bilinçli taksir” kavramının tanımının eksik ve hatalı yapıldığı kanaatindeyiz. Hususiyle birbirine çok yakın bilinçli taksirin olası kasıttan ayrılması için gerekli kıstasların belirlenmesi gerekir. Kusurluluk açısından önemli olan bu iki kavramın birbiriyle karıştırılmasına ve uygulamada büyük karışıklıklara sebebiyet verecektir.³⁷⁷

Nitekim Yarsuvat'a göre, “TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrada ise; “*Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*” denmiştir. Burada büyük bir yanlışlık vardır. Bu kanunu hazırlayanlar Hükümet Tasarının gerekçesini okumuş olsalardı, gayrimuayyen kastla karıştırılan, Fransız yazarlarının “bilinçli taksir” tanımı için kullandıkları tabirin “olası kast” olduğunu öğrenebilme imkânı yakalayacaklardı. Bu nedenle, “olası kasttan” bahsedilmek ve unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır demek yanlıştır. Bu bilinçli taksirin tanımlanmasıdır”.³⁷⁸

Bayraktar'a göre, Görüldüğü üzere bir grup yazar, 5237 sayılı TCK'nın 22/3 madde ve fıkrasında tanımlanan bilinçli taksir kavramının hatalı ve eksik olduğunu belirtmiştir.³⁷⁹

Başka bir grup yazar ise, 5237 sayılı TCK'da bilinçli taksir tanımlamasının bir tercih sorunu olduğu, ancak yapılan tanımın hatalı olduğunu, oysa yapılacak tanımın bilimsel esaslara uygun olması gerektiğini belirtmiştir.³⁸⁰ 5237 sayılı TCK'nın 22/3 madde ve fıkrasında tanımlanan bilinçli taksir ile aynı yasanın 21/2 madde ve fıkrasında belirtilen olası kast kavramları karıştırılmıştır.³⁸¹ Hem olası kasıttan, hem de bilinçli taksirde netice öngörülmüştür. Ancak öngörülen bu neticeye karşı olası kasıttan kayıtsız

³⁷⁷ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 337.

³⁷⁸ Yarsuvat, “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, s. 351.

³⁷⁹ Yarsuvat, “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, s. 351; Bayraktar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, s. 29-30.

³⁸⁰ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 337.

³⁸¹ Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 337.

kalınır netice adeta istenilirken, bilinçli taksirde bu netice istenilmemekte ve gerçekleşmemesi için hareket edilmektedir; iste bu özelliklerin belirtilmediği olası kasıt ve bilinçli taksir tanımları hatalı ve eksik olacak dolayısıyla da suç gene lteorisiyle gelişmesi gibi sorunlara da yol açabilecektir.³⁸²

Apaydın'a göre, "5237 sayılı TCK'da 22/3 madde ve fıkrasında yer alan "bilinçli taksir" tanımının şu şekilde düzenlenmesi gerektiğini önermekteyiz. "Fâilin hareketinden tipe uygun, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde bulunmakla beraber, fâilin neticeyi öngörmesine rağmen, bu neticeleri önleyebileceğine yükümlülüklerle aykırı biçimde güvenerek çaba sarf etmesine karşın istenmeyen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır".³⁸³ Apaydın kanundaki tanıma istenmeyen neticenin gerçekleşmemesi için çaba gösterme unsurunu eklemiştir. Bu tanım bilinçli taksir ile olası kasıt ayrımının sağlıklı bir şekilde yapılabileceğini de göstermektedir.

3.2.Fukahânın Bilinçli Taksirle İşlenen Suçlarda Saptadıkları Kurallar

İslâm hukukçularının hemen hepsi iki kural ileri sürerler ve bunların bulunması durumunda hatada suçlunun sorumluluğuna hükmederler.³⁸⁴

3.2.1.Birinci Kural

"Başkasına zarar verici her fiilden, onu yapan veya o zarara sebep olan ki kaçınmak mümkün iken kaçınmamış, ihmâl-kâr hareket etmiş, ihtiyatı elden bırakmamışsa ortaya çıkan sonuçtan da sorumludur. Eğer dikkatli, tedbirli hareket etmiş, her türlü ihtiyatı gözetmiş ama yine de sonuç meydana gelmişse bu neticeden de kesin surette sorumlu değildir".³⁸⁵

Bu durumu şu örnekle şöyle açıklayabiliriz: Bir kimse omuzunda odun yüklü bir durumda yoldan giderken, taşıdığı odundan birkaç odun başkasının başına düşer ve o kimsenin ölümüne sebep olursa, odun taşıyan bu neticeden sorumludur.³⁸⁶ Çünkü kişi bu durumun oluşmasına başta tedbir alarak engel olabilirdi. Fakat insanın yürümesine

³⁸²Dülger, "5237 Sayılı Yctk'da Kastın Unsurları Ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", s. 28.

³⁸³Apaydın, **Yargıtay Kararları...**, s. 340.

³⁸⁴Üdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c. 2, s. 105.

³⁸⁵Üdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c. 2, s. 105; Benzer bir içerik için bakınız **Türk Borçlar Kanunu (TBK)**, md. 67.

³⁸⁶Üdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c. 2, s. 105.

tesir eden toz bulutları gelir, kişinin görüşüne etki ederse ve bunun sonucu bir başkasının zarar görmesine, ölümüne sebep olursa kişi (oduncu), bu sonuçtan sorumlu değildir.³⁸⁷ Çünkü kişinin o anda toz bulutlarından kaçınma imkânı yoktur.

Başka bir örnekte ise, bir kimse arazisinin bakımı için mülkünde ateş yaksa ve bu ateş gece rüzgârın etkisiyle komşusunun mülküne sıçrayıp zarar verse, bu durumdan dolayı ateşi yakan sorumludur. Çünkü ateşi yakan tedbirsiz davranmıştır.

Diğer bir örnekte ise kişi hayvanlarını otlatmak için otlığa çıkarsa ve bu hayvan da orada bulunan bir kimsenin ayağına basıp ayağını kırsa bu durumda mal sahibi sorumlu değildir. Çünkü mal sahibinin bundan kaçınması mümkün değildir. Hz. Peygamber de (a.s.) “(Başiboş) Hayvanın ayağı ile basması da hederdir (sorumluluğu gerektirmez).”³⁸⁸ buyurmuştur.³⁸⁹ Kısacası olumsuz netice kişinin dikkatsizliği ya da tedbirsizliği yüzünden olmuşsa kişi neticeden sorumludur. Ancak sonucun oluşmasına kişinin elinde olmayan neden sebep olmuşsa kişi neticeden sorumlu değildir. Mesela inşaat sahasında kişinin ayağının değmesi sonucu üst katlardan bir taş düşse ve başka bir adamı yaralasa kişi burada sorumlu değildir. Çünkü inşaat sahalarında böyle bir durum olması olasıdır. Başına taş ve benzeri bir şeyler isabet eden kimse baret takmak zorundadır.

3.2.2.İkinci Kural

“Eğer işlenen fiil hukuken yapılması serbest bir fiil değilse (hukukça yapılmasına izin verilmemişse), fâil de bunu hiçbir zorunluluk yokken işlemişse ve sonuçta bir zarar doğmuşsa, kaçınmak mümkün olsun veya olmasın, artık vukua gelen bu sonuçtan sorumludur”.³⁹⁰

Bir hayvan umumî bir yolda durdurulur ve bu sırada birisini öldürürse orada hayvanı durduran, bağlayan kişi meydana gelen öldürmeden sorumludur.³⁹¹ İsterse ölüm, orada durdurulan hayvanın tepmesinden; ısırmasından, ayağını basması veya

³⁸⁷ Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, c. 2, s. 138.

³⁸⁸ Ebû Dâvûd, Diyât 27.

³⁸⁹ İmam Şâfiî, huffazların bu hadisi ezberlemediklerinden dolayı bu hadisi doğrulamaz ve hadisin rivayetini reddeder. Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî bi İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid**, Mısır, 1975, c. 2, s. 417.

³⁹⁰ Üdeh, **et-Teşrî'u'l-Cinâî**, c. 2, s. 105.

³⁹¹ Şafak, **Seküler Ceza Hukuku...**, c. 2, s. 138.

kuyruğunu sallamasından meydana gelsin ve yine ölümden başka zararlar hayvanın pisliğinden, salyasından, idrarından meydana gelmiş olsun sonuç aynıdır.³⁹²

Yine bir kimse balkonun küpeşte kısmına bir saksı koysa ve o saksı alt tarafından geçen bir kimsenin başına düşse, saksıyı koyanın niyetine bakılmaksızın o kişi zararlı neticeden sorumlu tutulur. Çünkü o kişi gayr-ı kanunî bir iş yapmıştır.

Bir kimse her türlü önlemi almasına rağmen doğa olayları -yıldırım, sel gibi- neticesinde kendisi ve ya eşyası başkasına veya başkasının malına zarar verse bundan ötürü bu kimse sorumlu değildir.³⁹³

Bu örneklerden şu çıkarımlarda bulunabiliriz: Sorumluluk, eylemin hukuken muteber olup olmamasına göre değişmektedir. Eğer fiil yapılması serbest bir şey ise sorumluluğun esası kusurluluk halidir ki, bu da dikkatsizlik, tedbirsizlik ve meslek ve sanatta acemiliğe dayanır.³⁹⁴ Eğer fiil, yapılması serbest olmayan bir şey ise sorumluluğun esası kusurluluk hali değil, o yasak, serbest olmayan fiili işlemektir.³⁹⁵

3.3.Beşerî Hukukçularının Saptadıkları Kurallar

Bilinçli taksir, taksirin alt başlığı olması açısından doğal olarak taksirin varlığı için gerekli olan esaslar bilinçli taksir için de gerekli olacaktır. Ancak taksirin diğer bir alt başlı ise basit taksirdir. Taksirin varlığı için gerekli olan unsurları yazarken basit taksire işaret eden kısmı belirteceğiz. Böylece, tabir yerindeyse küçük bir denklem kurmak suretiyle bilinçli taksirin unsurlarını meydana çıkartmış olacağız. Şöyle ki “bilinçli taksiri, taksirden ayıran özellik, bilinçli taksirde istenmeyen netice fiilen öngörülürken taksirde öngörülmemektedir”.³⁹⁶ Diğer açıdan bu unsurlar her ikisi açısından da gereklidir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında³⁹⁷ taksirin unsurlarını şu şekilde belirtmektedir:

³⁹² Kâsânî, *el-Bedâi*, c. 7, s. 272; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 138.

³⁹³ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâi*, c. 2, s. 107.

³⁹⁴ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 140.

³⁹⁵ Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 140.

³⁹⁶ Yargıtay, 12. C.D., 12.12.2018, 2017/257 E., 2018/12091 K.

³⁹⁷ Yargıtay, CGK., 11.05.2004, 2004/2-97 E., 2004/115 K; Yargıtay, CGK., 13.11.2018, 2017/436 E., 2018/527 K.

3.3.1.Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

5237 sayılı kanunun 22. maddesinde bu durum açıkça belirtilmektedir; “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır*”. Bu nedenle kanunda açıkça taksirli hareketi cezalandıran bir durum yoksa fâilin taksirinden dolayı sorumluluğuna gidilemeyecektir.³⁹⁸

3.3.1.1.Taksirle İşlenebilen Suçlar

5237 sayılı TCK’da taksirli suçlar şu şekilde belirtilmiştir:

Taksirle öldürme (m. 85.), Taksirle yaralama (m. 89), Taksirli İflas (m. 162), Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m.171), Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (m. 173/2), Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (m. 180), Çevrenin taksirle kirletilmesi (m. 182), Zehirli madde katma (m. 185/2), Çocuğun soy bağıını değiştirme (m. 231/2), Yasaklanan bilgileri açıklama (m. 336/2), Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (m. 338).

3.3.2.Hareketin İradî Olması

Taksirli bir suçun varlığından bahsedebilmek için icraî veya ihmalî şekilde olabilen iradî hareketin bulunması gerekir.³⁹⁹ Yani fâilin neticeyi meydana getirecek eylemi bile isteye yerine getirmiş olmasıdır. Buna karşılık, iradî hareketin icabî ya da ihmalî olması arasında fark yoktur. Bu bakımdan, acemiliği yüzünden, bisturiyle ameliyat sırasında bir atar damarı keserek hastanın ölümüne sebebiyet veren operatör gibi, hastanın kalbinin narkoza ve ameliyata dayanabilip dayanamayacağını kontrol etmeksizin ameliyat yapan ve ölümüne sebebiyet veren operatör, ya da uyuya kalıp kaza vukuuna sebep olan bekçi de taksirinden ötürü sorumlu olur.⁴⁰⁰

3.3.3.Neticenin İradî Olmaması

Neticenin istenememiş olmasını anlamına gelmektedir. Taksirden söz edilebilmesi için, meydana gelen sonucun irade edilmemiş olması gerekir. Bundan

³⁹⁸ Düzgün ve Elmacı, *5237 Sayılı Türk Ceza...*, s. 63.

³⁹⁹ Düzgün ve Elmacı, *5237 Sayılı Türk Ceza...*, s. 66.

⁴⁰⁰ Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 160.

başka, bir sonuç da mutlaka meydana gelmelidir. Sonuç meydana gelmemişse kural olarak sorumluluk da doğmaz.⁴⁰¹ Örneğin, oturlan yerde arabasını çok hızlı süren bir sürücü, bir kimsece çarpıp onu yaralamadıkça taksirinden ötürü sorumlu tutulamaz.⁴⁰²

3.3.4.Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Kişinin cezalandırılabilmesi için, dış dünyada meydana gelen değişikliklerle bu değişikliğe neden olan iradi hareket arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁴⁰³ Ceza hukuku, hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağını kurmak isterken bu sonuçların tümünü değil, yasadaki tanımında yer alan sonucu göz önüne alır ve nedensellik bağını, hareketle bu sonuç arasında kurmağa çalışır.⁴⁰⁴ Çünkü hareket, ceza hukukunda, yasanın cezalandırdığı bir sonucu doğurduğu ölçüde önem kazanır.⁴⁰⁵

3.3.5.Neticenin Öngörülebilmesi

Fâilin taksirden sorumlu tutulabilmesi için neticenin fâil tarafından öngörülebilir olması gerekir. Neticenin öngörülebilir olması taksiri aynı zamanda kaza ve tesadüften de ayıran bir unsur olup somut olayda öngörebilme imkânsızsa bu durumda kaza ve tesadüfün varlığı kabul edilecektir.⁴⁰⁶ Fâil neticeyi öngörme imkânına sahip olduğu halde netice fâil tarafından görülmemişse taksirden dolayı kusurluluk kabul edilecektir. Ancak fâil neticeyi öngörme imkânına sahip değilse, taksir bakımından kusurlu tutulamayacaktır. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 22/3 madde ve fıkrasında neticenin öngörülmesine rağmen istenmemesi durumunda da bilinçli taksirin varlığını kabul eder. Buradan bakıldığında neticenin öngörülmesi bakımından üç ihtimal söz konusudur.

1. Fâilin neticeyi öngörememesi: Fâilin kişisel özellikleri bakımından somut olayda neticeyi öngörebilme imkânına sahip olunmaması durumudur. Bu takdirde kişinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

⁴⁰¹ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 160.

⁴⁰² Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 160.

⁴⁰³ Düzgün ve Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza....**,s. 73.

⁴⁰⁴ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 81.

⁴⁰⁵ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 81.

⁴⁰⁶ Düzgün ve Elmacı, **5237 Sayılı Türk Ceza....**,s. 67.

2. Fâilin öngörülebilir neticeyi öngörememesi: Fâil kişisel özellikleri bakımından neticeyi öngörebilmesine rağmen neticeyi öngörmemiştir. Bu durumda taksir bakımından kişi kusurlu, buna binaen de sorumludur.

3. Fâilin neticeyi öngörmesi ancak istememesi: Fâil neticeyi öngörmüş olmasına rağmen neticenin gerçekleşmesini istememektedir. Bu durumda da fâil bilinçli taksir açısından kusurlu ve sorumlu olacaktır.

Neticenin öngörülebilmesi açısından Yargıtay şu kıstasları aramaktadır: “...Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise fâilin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan fâilce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından fâilin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkânsız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir.

Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, fâilin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre fâilin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zekâ düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır...”.⁴⁰⁷

3.4.Bilinçli Taksirle İşlenen Suçların Cezası

3.4.1.İslâm Ceza Hukukunda

İslâm ceza hukukunda bilinçli taksirin (mahz hata) öldürme ve yaralama suçlarında yoğun bir biçimde işlendiğini daha önce zikretmiştik. Burada da bilinçli taksir sonucu oluşan öldürme ya da yaralama eylemlerinde husule gelecek cezalara değineceğiz.

İnsanlık tarihinde katledilen kişinin yerine kan parası ödenmesi uygulamasının epey bir geçmişi vardır.⁴⁰⁸ Kişisel intikam hakkı ve kısas ilkesi İbrânîler’de mevcut, eski Yunan, Mezopotamya, Roma ve Germen hukuklarında epey bir yaygın olmakla beraber belli farklılıklarla da olsa diyet de bilinmekte ve uygulanmaktaydı.⁴⁰⁹ Benzer şekilde Çin kaynaklarına göre, Göktürkler’de esasen ölüm cezasını gerektiren adam öldürme (katl) suçlarında, boylar ve aileler arasında tazminat karşılığında da bir

⁴⁰⁷ Yargıtay, CGK., 11.05.2004, 2004/2-97 E., 2004/115 K.

⁴⁰⁸ Ali Bardakoğlu, “Diyet”, **DiA.**, Cilt. 9, 1994, s. 473.

⁴⁰⁹ Bardakoğlu, “Diyet”, c. 9, s. 473.

antlaşmaya gidilebiliyordu.⁴¹⁰ Bu diyet veya tazminat, kalınsız ve başlıksız bir kız vermek suretiyle de olabilmekteydi.⁴¹¹ Câhiliyye döneminde ise adam öldürmelerde de kâtilin kabilesi kendi arasında kan bedeli toplayarak maktulün kabilesine öder, böylece kaşı tarafın intikam hissini yatıştırmaya, kabilenin uğradığı iktisadi ve askeri güç kaybını telafi etmeye ve kâtilin hayatını kurtarmaya çalışırdı.⁴¹² İslâm dini, ceza hukukunun diğer alanlarında genelde takip ettiği metodu diyet konusunda da devam ettirmiş, o dönem Arap toplumunun alışkın olduğu veya bildiği uygulamalarda köklü değişiklikler yapmak yerine mevcut sistemdeki yanlış uygulamaları kaldırmayı, aksaklıkları gidermeyi, ıslahat ve amaçlarını bu model üzerinde göstermeyi tercih etmiştir.⁴¹³

İslam ceza hukukunda hatâen öldürme suçlarının cezası şunlardır:

1. Âkilesince ödenecek diyet: Âkile, kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme veya yaralama hadisesinde suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen şahıslar topluluğudur.⁴¹⁴ Aynı şekilde suçlunun âkilesince ödenecek diyet az önce zikrettiğimiz Nisâ sûresi 92. ayetle sabittir. Hanefiler dışındaki mezhepler âkileyi, suçlunun baba tarafından erkek akrabası olan “asabe”nin oluşturduğu hususunda görüş birliği içindedirler.⁴¹⁵ Bunda da yakın asabeden uzak asabeye doğru bir sıralama söz konusudur. Hanefiler ise erkek akrabayı tamamen âkilenin dışında tutmamakta ve onları yardımcı bir unsur olarak kabul etmektedir.⁴¹⁶ Âkileyi kabaca sosyal bir sigorta olarak tanımlayabiliriz. Hem akrabalık bağlarını kuvvetlendirici etkisi hem de hatâen cinâyet işleyen bir kimsenin ödemesi gereken diyetle belinin bükülmemesi gibi fonksiyonu vardır. Akrabalar aralarındaki herhangi biri suça tevessül etmesin diye elinden geleni yapacaklardır çünkü içlerinden birinin bedelini hepsi birlikte ödeyecektir. İnsanların sosyallikten kaçıp daha çok bireyselleşip bencilleştiği günümüz şartları düşünüldüğünde âkile sisteminin ne kadar da fonksiyonel olduğunu anlamak güç olmasa gerek.

Hatâen katlin diyetini Hz. Peygamber (a.s.) şu şekilde bildirmiştir: “*Hatâen katlin diyeti: Yirmi tane dört yaşını doldurmuş dişi deve, yirmi tane beş yaşını*

⁴¹⁰Ferda Şamil Arık; “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I. Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, Cilt. 17, Sayı. 28, 1995, Sayfa, 23.

⁴¹¹ Arık, “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I. Suçlar ve Cezalar”, s. 23.

⁴¹² Bardakoğlu, “Diyet”, c. 9, s. 473.

⁴¹³ Bardakoğlu, “Diyet”, c. 9, s. 473.

⁴¹⁴ Hamza Aktan, “Âkile”, **DİA.**, Cilt. 2, 1989, s. 248.

⁴¹⁵ Aktan, “Âkile”, c. 2, s. 248.

⁴¹⁶ Aktan, “Âkile”, c. 2, s. 248.

doldurmuş dişi deve, yirmi tane iki yaşını doldurmuş dişi deve, yirmi tane üç yaşını doldurmuş dişi deve ve yirmi tane iki yaşını doldurmuş erkek devedir".⁴¹⁷Görüldüğü üzere toplamda yüz tane devedir. Bu yüz devenin yekûnu ise beş taksimden oluşmaktadır. Diyet cezası, hatâen katlin aslî cezası olup başka herhangi bir ceza yerine bedel değildir.⁴¹⁸ Bu konuda Hz. Peygamber'in (a.s.) sarîh ifadelerinden dolayı dört mezhep imamı da ittifak halindedirler.⁴¹⁹

Diyetin ödeme vakti hususunda dört mezhep imamı aynı fikre sahip olup diyetin üç yıl içerisinde ödenmesi gerektiğini belirtirler.⁴²⁰

2. Keffâret: Keffâret, bizzat Kur'ân-ı Kerîm ile sabittir.⁴²¹ Allah Teâlâ hata sonucu işlenen cinayetlerde keffâret olarak ilk adımda köle azadını emretmektedir. Ancak buna güç yetiremeyenler için ise ikinci adımda peş peşe olmak üzere iki ay oruç tutmayı farz kılmaktadır.

3. Mirastan mahrumiyet:⁴²²Fıkıh terimi olarak irs ve miras, ölen bir kimsenin (mûris) mal varlığının akıbetini düzenleyen kuralların bütünü ifade eder.⁴²³Mirastan mahrumiyet meselesinde dayanan delil Rasûlullah'ın (a.s.) "*Kâtîl için mirastan herhangi bir pay yoktur. Ve sığır çobanının sürüden payı olmadığı gibi kâtîlin de mirastan payı yoktur*".⁴²⁴

İslâm hukukçuları bu cezanın hangi koşullarda uygulanacağı noktasında hemfikir değildirler.

Hanefîler'e göre öldürmenin bütün türleri yani kasten, kasıt benzeri, hatâen ve hata mecrasında katiller mirasçı olmaya engeldir.⁴²⁵Ancak tessebbüben katiller mirasçı olmaya engel değildir.⁴²⁶Hanefîler öldürmenin bütün türlerinin mirastan mahrumiyet oluşturmaları için şu üç şartın olması gerektiğini belirtmişlerdir: Birincisi öldürmenin doğrudan doğruya yani mübâşeretle olması, ikincisi kâtîlin ehliyet sahibi olması yani küçük ya da deli olmaması, üçüncüsü ise katlin haksız yere yapılmasıdır.⁴²⁷

⁴¹⁷ Ebû Dâvûd, Diyât 16-18, 24; Tirmizî, Diyât 1; Nesâî, Kasâme 35.

⁴¹⁸ 'Udeh, *et-Teşrî'u'l-Cinâî*, c. 2, s. 201; Şafak, *Seküler Ceza Hukuku...*, c. 2, s. 236.

⁴¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, c. 29, s. 198.

⁴²⁰ Cassâs, *Ahkâm'ul-Kur'ân*, c. 4, s. 484; Mâlik b. Enes, *el-Müdevvene*, c. 4, s. 248; Şirbînî, *el-Ikna'*, c. 2, s. 503; Merdâvî, *el-İnsâf*, c. 10, s. 99.

⁴²¹ Nisâ 4/92.

⁴²² *Fetavay-ı Hindiyye*, c. 6, s. 3.

⁴²³ Hamza Aktan, "Miras", *DİA*, Cilt. 30, 2005, s. 143.

⁴²⁴ İbnu Mâce, Diyât 14.

⁴²⁵ Fahrüddîn Osman b. 'Ali b. Mihcen ez-Zeyla'î, *Tebyînü'l-Hekâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Kâhire, 1313/1895, c. 6, s. 102.

⁴²⁶ Zeyla'î, *Tebyînü'l-Hekâik*, c. 6, s. 102; İbnu Nuceym, *Bahru'r-Râik*, c. 8, s. 334.

⁴²⁷ İbnu Nuceym, *Bahru'r-Râik*, c. 8, s. 557.

Mâlikîler'e göre kasten öldürmelerin hepsi mirastan mahrumiyet için yeterlidir.⁴²⁸ Daha önce de zikrettiğimiz gibi Mâlikîler, kasıt benzerini kabul etmeyip onu kasıt içerisine dâhil ettikleri için kasıt benzeri katil halinde de mirastan mahrumiyete cevaz verirler. Bu mezhebe göre deli veya küçük çocuklar kasten katil suçu işlediklerinde bunların fiilleri bazı Mâlikî hukukçularına göre mirastan mahrumiyeti gerekli görürken, bazı Mâlikî hukukçuları ise bunu gerekli görmez.⁴²⁹ Mâlikîler hatâen (bilinçli taksirle) öldürmenin mirastan mahrumiyete engel olmadığı ancak diyetten pay almaya engel olduğu görüşündedir.⁴³⁰

Şâfiîler'de tercih edilen iki görüş vardır. Birincisi, kâtil ister küçük ister büyük, ister âkil bâliğ ister mecnun, ister âmid ister muhtî olsun, ister haklı bir sebepten isterse de batıl yere katil eylemini yerine getirsin hepsinde de mirastan mahrum kalır.⁴³¹ İkincisi ise, fâil katil eylemini haksız yere işlemişse mirastan mahrum bırakılır ancak eylemini haklı bir sebebe dayanarak işlemişse mirastan mahrum bırakılmaz.⁴³²

Hanbelîlerde ise, haksız yere gerçekleştirilen öldürme eylemi mirasçı olmaya engeldir.⁴³³ Bu fiil ister kasten ister hatâen ister mübâşeretden isterse de tessebbüben olsun fark etmez.⁴³⁴ Ancak bu eylem haklı bir sebepten dolayı gerçekleştirilmişse işte o zaman mirastan mahrumiyet yoktur.⁴³⁵

4. Vasiyetten mahrumiyet: Fıkıh terimi olarak vasiyet, fıkıhta kişinin, mülkiyeti altında bulunan varlıklarını ölümü sonrasına bağlayarak herhangi bir kişiye ya da hayır hasenat olmak üzere teberru tarikiyle mülk olarak vermesini ifade eder.⁴³⁶ Ölümüne bağlı bu işlemi yapan kişiye mûsî, vasiyetten yararlanacak kişiye veya hayır cihetine mûsâ leh, vasiyet konusu mal veya menfaate mûsâbih denip vasiyet bazen “mûsâbih” anlamında da kullanılır.⁴³⁷ Vasiyet, Nîsâ sûresi 4/12'inci ayette konusu mal ve menfaat olarak zikredilir. Bu açıdan bakıldığında, vasiyetten mahrumiyet cezası verilirken aslında suçluya menfaatinden men cezası verilmektedir. Menfaat açısından

⁴²⁸ Muhammed b. Ahmed b. 'Arefe ed-Desûkî, *el-Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, Beyrut, t.y., c. 4, s. 486.

⁴²⁹ Desûkî, *el-Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, c. 4, s. 486.

⁴³⁰ Desûkî, *el-Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, c. 4, s. 486.

⁴³¹ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî*, Beyrut, 1414/1994, c. 8, s. 85.

⁴³² Şirâzî, *el-Mühezzeb*, c. 2, s. 24.

⁴³³ Merdâvî, *el-İnsâf*, c. 7, s. 274.

⁴³⁴ Merdâvî, *el-İnsâf*, c. 7, s. 274. Ayrıca bkz. Olası kastı da bu grubun içine dâhil eder. Merdâvî, *el-İnsâf*, c. 11, s. 210.

⁴³⁵ Merdâvî, *el-İnsâf*, c. 7, s. 274.

⁴³⁶ Abdüsselam Arı, “Vasiyet”, *DİA.*, 2012, Cilt. 42, s. 552-553.

⁴³⁷ Arı, “Vasiyet”, c. 42, s. 552.

mirasa benzerdir. Ancak vasiyetteki, kendisine vasiyet edilene mûsînin malının üçte birini aşmaması şartı gibi sınırlamalar⁴³⁸ onu mirastan ayırır.

Hanefiler, kasten, kasıt benzeri, hatâen ve hataya benzer kısımlarda öldürme suçunun mübâşeretten olması durumunda vasiyetten mahrumiyet cezasına cevaz verirler.⁴³⁹ Ancak tesebbüben katil mirastan mahrumiyete engel olmadığı gibi vasiyetten de mahrumiyete engel değildir.⁴⁴⁰ Ayrıca kısas amacıyla yapılan katillerde ve sabinin (küçüğün) işlediği katil suçunda da vasiyetten mahrumiyet cezası yoktur.⁴⁴¹

Mâlikîler'e göre, kasten işlenen öldürme suçu vasiyete engeldir ancak hatâen meydana gelen öldürme eylemi vasiyete engel değildir.⁴⁴² Mâlikîler kasıt benzerini müstakil olarak kabul etmeyip taammüd içerisine tayin ettiklerinden dolayı kasten öldürmede vasiyetten men cezası olduğu gibi kasıt benzerinde de vasiyetten mahrumiyet cezası vardır. Şayet katil suçu mûsînin vasiyetinden sonra ise mûsâ leh için vasiyet geçerli değildir.⁴⁴³ Ancak mûsî, mûsâ lehin kendisini kasten öldürdüğünü bilir de yine ona vasiyette bulunursa bu durumda vasiyetten mahrumiyet cezası yoktur.⁴⁴⁴

Şâfiîler'e göre, kasten ve hatâen işlenen katil suçlarında mirastan mahrumiyet cezası vardır.⁴⁴⁵ Müessir fiillerde ise bir kimse kasten bir kimseyi yaralasa, mecrûh yaralayanı affetse ve bu yaralamadan dolayı da mecrûh ölse bu durum vasiyetten mahrumiyet cezasını gerektirir.⁴⁴⁶ Çünkü vasiyete engel olan şey öldürme eylemidir.⁴⁴⁷

Hanbelîler'e göre ise, kasten ve hatâen işlenen katil suçları vasiyetten mahrumiyet cezasını gerektirir.⁴⁴⁸ Bu görüşün yanında diğer bir görüş ise bu durumlarda vasiyetin geçerli olduğudur.⁴⁴⁹

5. Erş: İslâm ceza hukukunda neticesinde ölüm meydana gelmeyen müessir fiillerde mağdura tazmin edilmesi gereken ödence anlamında bir terimdir.⁴⁵⁰ Müessir ve vücut bütünlüğünü bozan fiillerde verilmesi lazım gelen bedel, çoğunlukla katil suçlarında mevzubahis olan diyetin belli bir oranı şeklinde tayin edildiğinden iki tür

⁴³⁸ Arı, "Vasiyet", c. 42, s. 553.

⁴³⁹ Kâsânî, *el-Bedâi'*, c. 7, s. 251.

⁴⁴⁰ Kâsânî, *el-Bedâi'*, c. 7, s. 340.

⁴⁴¹ Kâsânî, *el-Bedâi'*, c. 7, s. 340.

⁴⁴² İmâm Mâlik, *el-Müdevvene*, c. 4, s. 347.

⁴⁴³ İmâm Mâlik, *el-Müdevvene*, c. 4, s. 347.

⁴⁴⁴ İmâm Mâlik, *el-Müdevvene*, c. 4, s. 347.

⁴⁴⁵ İmâm Şâfiî, *el-Ümm*, c. 7, s. 18.

⁴⁴⁶ İmâm Şâfiî, *el-Ümm*, c. 6, s. 10.

⁴⁴⁷ İmâm Şâfiî, *el-Ümm*, c. 6, s. 347.

⁴⁴⁸ Mecdüddîn İbn Teymiyye, *el-Muharrer fi'l-Fıkhi 'alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, Riyad, 1984, c. 1, s. 387.

⁴⁴⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. 6, s. 570.

⁴⁵⁰ Ali Şafak, "Erş", *DİA.*, Cilt. 11, 1995, s. 307.

bedele de diyet denildiği, erşin “cüzi diyet” ya da diyetin bir çeşidi olarak vasıflandırıldığından ya da erş ile yalnızca hükûmet-i adl’in kastedildiği oldukça sık görülür.⁴⁵¹ İnsanın sıhhatine ve beden bütünlüğüne karşı yapılan müessir fiiller İslâm hukuk öğretisinde vücudun bir uzvunu imha eden fiiller, bedenî veya insanî bir işlevi yerine getiremeyecek duruma getiren fiiller, kafa ve yüzdeki yaralamalar, bedendeki yaralamalar olmak üzere dört ulamda ele alınır.⁴⁵²

3.4.2.Seküler Ceza Kanunlarında

Türk Ceza Kanunu’nda bilinçli taksirle işlenen suçlarda ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.⁴⁵³ Ancak “*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran fâilin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir*”.⁴⁵⁴

Ayrıca “*Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası... ..adlî para cezasına çevrilebilir..*”.⁴⁵⁵

Bilinçli taksir olarak işlenen suçlarda verilen cezaları hapis, para cezası ve hak mahrumiyeti olarak özetleyebiliriz. Ayrıca bilinçli taksirle işlenen suçlarda cezada ağırlaştırma yoluna gidilmektedir. Fakat bilinçli taksir olarak verilen ceza kişinin bireysel ya da ailevi durumundan dolayı mağdur olmasına sebebiyet verecekse cezada hafifletme yoluna gidilmiştir.

3.5.Bilinçli Taksir Açısından İslâm Ceza Hukuku ile Seküler Ceza

Hukukunun Mukayesesi

İslâm ceza hukukunda sırf hata/bilinçli taksirden amaç suçlunun şahsı kastetmeksizin fiili kasten işlemesidir.⁴⁵⁶ Fakat fiilinde veya zannında yanılmasıdır.⁴⁵⁷ Yani İslâm ceza hukukunda hata/bilinçli taksir kavramında “zannetme” ve“bilmeme” unsurları var ancak suç işleme kastı yoktur. Suçlunun kastında (fiil ya da niyet) hata

⁴⁵¹ Şafak, “Erş”, c. 11,s. 307.

⁴⁵² Şafak, “Erş”, c. 11, s. 307.

⁴⁵³ TCK, md. 22/3.

⁴⁵⁴ TCK, md. 22/6.

⁴⁵⁵ TCK, md. 50/2.

⁴⁵⁶ Üdeh, et-Teşrî’u’l-Cinâî, c. 2, s.104.

⁴⁵⁷ Üdeh, et-Teşrî’u’l-Cinâî, c. 2, s.104.

etmesidir. Ancak TCK’da “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali*”⁴⁵⁸ olarak tanımlanır. 1997 ön tasarısında m. 22’de bilinçli taksir, “*fâilin tahmin ettiği neticeyi istememesine rağmen, neticenin meydana gelmesi hali*” olarak tanımlanmıştır. Her iki ceza kanunlarında görüldüğü üzere birebir uygunluk gözükmemektedir.

Türk Ceza Kanunu’nda suçlu suç işleme niyetiyle mağdura kastetmiş ancak neticede yanılmıştır. İslâm ceza hukukunda ise muhtî “harbi sanarak bir Müslümanı öldürmek”⁴⁵⁹ şeklinde direk mağduru kastetmemiş ancak eyleminde zanna dayanarak yanılmıştır. Her iki hukukta da netice itibariyle bir yanılma söz konusudur lakin TCK’da mağduru kastetme varken İslâm ceza hukukunda ise mağduru kastetme yoktur. TCK’da suçlu fiilinde hata etmiş fakat İslâm ceza hukukuna göre ise muhtî niyetinde hata etmiştir. Bu zaviyeden baktığımızda birbirilerine benzer ve farklı yönlerini bu şekilde ifade edebiliriz.

Diğer yönden İslâm ceza hukukunda “herhangi bir hedefe bir şey atıp insana isabet etmesi (neticede yaralanması ya da ölmesi)”⁴⁶⁰ şeklinde cereyan eden olayda ise muhtî fiilinde yanılmıştır. TCK’da bilinçli taksir bakımından, suçlu eyleminde hata etmiştir diyebiliriz ancak bu düzeyde öngördüğü neticeyi istememe unsuru vardır diyemeyiz. Çünkü muhtî mağduru yaralama veya öldürme eylemini kastetmemiştir. Böylece direk mağdura yönelme olmadığından eyleminin muhtemel neticelerini de “öngörü” unsuru oluşamayacaktır. İşte bu yüzden, fiilde hata etme açısından TCK ve İslâm ceza hukuku denk iken yine eyleme başlama açısından farklılaşmaktadırlar.

“Bilme” unsuru açısından TCK’da bilinçli taksir kasta yaklaşırken neticeyi istememe açısından kasıttan uzaklaşmaktadır. Fiili isteme açısından İslâm ceza hukuku taksire yaklaşırken, neticeyi bilmeme açısından kasttan, seküler manada olası kasıt ve bilinçli taksirden uzaklaşmaktadır.

İslâm ceza hukukunda bilinçli taksir kavramı şahsa karşı değil de fiili şuurlu yapma açısından değerlendirilir. TCK’da ise neticenin kestirilip kestirilmemesi açısından değerlendirilir. Bu zaviyeden bakıldığında İslâm ceza hukuku ve TCK’nın bilinçli taksir kavramı görünüş olarak benzer olmakla birlikte aslında birbirlerinden farklıdırlar.

⁴⁵⁸ TCK, md. 22/3.

⁴⁵⁹ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, c. 2, s. 478; ‘Abdulğani b. Tâlib b. Hammâde el-Meydânî, **el-Lübâb fî Şerhi’l-Kitâb**, Dımaşk, 2002, s. 475.

⁴⁶⁰ Mevsilî, **el-İhtiyâr**, c. 2, s. 478.

Bir kimse kendi mülkü dışında bir yere kuyu kazıp içine birisinin düşmesi suretiyle ya da yola taş koymak suretiyle bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi tessebbüben katildir.⁴⁶¹Sözgelimi mütesebbibi konuşturduğumuzda bu eyleminde neticeyi öngörmüş olduğunu tespit ettik. Bunun yanında da, kuyu etrafına uyarıcı levhalar koymasını dikkate alarak neticeyi istemediğini belirledik. Bu bilgiler ışığında suçlu başkasının mülkünde izinsiz kuyu açmak suretiyle hukuken hatalı eylemde bulunmuştur diyebiliriz. Ancak neticeyi öngördüğü halde istemediğini düşünerek TCK'daki bilinçli taksir kavramı ile benzerli kurabilir.

Ayrıca cezalandırma meselesinde İslâm ceza hukukunda asli ceza diyet ve keffârettir fakat TCK'da asli ceza hapidir. İslâm hukukçuları sırf hata/bilinçli taksirle işlenen suçların tecziye meselesinde teferruatlı bir malumat üretmişlerdir. Tabir yerindeyse kılı kırk yararcasına en küçük detayları bile es geçmeyerek her bir teferruatı dikkate almışlardır.

Son olarak dememiz odur ki “silahlı veya silahsız düşmanlık kastı varsa burada hatadan söz edilemez”⁴⁶²ilkesi gereği İslâm ceza hukuku ile TCK'nın bilinçli taksire bakış açıları farklıdır. İslâm ceza hukukundaki tessebbüben katl ile seküler anlamda bilinçli taksir arasında ilişki kurabilirsek de tezimizin dahilinde olmadığı için bu konuda detaya girmeyi uygun görmemekteyiz.

⁴⁶¹ Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, c. 2, s.478; Meydânî, **el-Lübâb**, s. 476. Ayrıca bkz. Tesebbüben katl: Öldürülen kimsenin ölümünü kastetmeksizin, ölümün direkt eylemin sonucu ya da fiilden sâdır olan bir eylem sonucu meydana gelmeyen katillerdir. Osman Köroğlu, “İslam Hukukunda Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar” **AÜİFD**, Sayı. 43, 2015, s. 223.

⁴⁶² İbn Nuceym, **Bahru'r-Râik**, c. 8, s. 327.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Davranışlarımız niyet ve irade bağlamında oluşur. Düşünce aşamasından geçirdiğimiz niyetlerimizi yapma ve ya yapmama şeklinde sonuçlandırabiliriz. Bazen yapmamamız gerektiği bir davranışı yaptığımız için bazen de yapmamız gereken davranışı yapmadığımız için sorumlu oluruz. Niyet aşaması bitip eyleme geçen davranışlarımız iradi olduğu gibi gayri iradi de olabilir.

Niyet dediğimiz şey manevi bir unsur olduğundan belirlenmesi güçtür. Neticeyi kesinkes istemekle onu göze almak önemli bir farktır. İlkinde kesin yargı koyabiliriz. Ancak ikinci durumda fâil neticeyi istemiş ya da istememiş de olabilir diyebiliriz. Bu durum karşısında da bir olasılık söz konusu olur. Doğal olarak ne kasta hükmedebiliriz ne de hatadır diyebiliriz. Bunun için ara bir kavrama ihtiyaç vardır. Bu da kasıt benzeridir. Kasıt benzeri yani olası kasıt, taammüd derecesinde değildir. Kasıt benzeri, neticenin gerçekleşmesi bakımından kasıtle aynıdır ancak eyleme başlama aşaması açısından kasıttan farklıdır.

Fukahânın, kasıt benzerini tespit ederken belirlediği kriter çoğunlukla öldürücü olmayan aletlerdir. Bu kıstas tam manasıyla belirlenmesi mümkün olmayan insan düşüncesi karşısında davranışların ispatı olarak düşünülmüştür. İslâm hukukçuları burada kişinin ifadesini ispat olarak almaktansa ya da öngörülebilir neticeyi öngörmesi gerekirdi yargısını kendileri koymaktansa alet üzerinden maddi delil üretme yoluna gitmişlerdir. Günümüz mahkemelerinde kamera kayıtları, olay yeri inceleme tutanakları ya da otopsi raporları göz önüne alındığında fukahânın hukuk bilgisinin derinliği anlaşılmış olur.

İslâm hukukçularının belirlediği ölçüt aslında delil yani kanıttır. Delil, iç dünyamızda tasarlayıp eylem safhasına çıkardığımız davranışlarımızda niyetimiz adına ipuçları verir. Fukaha sadece kullanılan alete değil, bu aletin kaç defa kullanıldığını, aletle nereye ne kadar vurulduğu gibi tespitlerle suçlunun niyeti hakkında çıkarımda bulunulabileceğini belirtmişlerdir. Dört mezhepte olacak şekilde cumhur fukahâ niyet, düşünce ve irade mefhumlarını dikkate almışlardır.

Seküler hukukçular olası kasıt suçunda özellikle öngörülebilir neticeye aldırış etmeme hususu üzerine odaklanırlar. Ancak neticenin öngörülebilirliği hatta bunun istenip istenmemesinin tespitini yapmak zordur. Bu yüzden de birtakım şartlar öne sürülmüştür. Doktrinde, öngörülebilir neticenin göze alınması ölçütü öne sürülür. Ancak daha sonra uygulama alanında mahkemelerce öngörü kriterinin izaha muhtaç olduğu dile getirilip üzerinde bir takım kriterler oluşturulmuştur. Ancak İslâm hukukunda öngörülebilir neticenin göze alınması şeklinde bir yaklaşımla değil, olay yeri inceleme ya da delil toplama mantığıyla suçlunun eylemini yaparken kullandığı eşyalar üzerinden suçlunun niyeti hakkında çıkarımda bulunmuşlardır.

Hata kısmında ise sadece niyet açısından değil, niyet ile sonuç birleştirilerek bir çıkarımda bulunmaktadır. Netice hata eseri oluşsa da sonucunda ölüm meydana gelmiştir. Bu durumu göz ardı etmek mümkün değildir. Fukaha bu konuda hassasiyetini göstermiş, meydana gelen neticeden dolayı karşı tarafın hakkına giren kısımlarda mağdur açısından suçluyu sorumlu tutmuş, ancak suçlunun cezalandırılması noktasında ise onun davranışı bağlamında hafifletme yoluna gitmiştir. Keza hata eseri oluşan öldürme suçlarında kısas cezasının düşmesi, suçlunun yanılmasından dolayı oluşan bir hafifletme oluşu ve her ne şekilde olursa olsun meydana gelen ölüm ya da yaralama olaylarında mağdurun mağduriyetini giderici diyet cezası ise bu çıkarımın göstergesidir.

Seküler hukuk ise bilinçli taksir ya da şuurlu hata olarak izah ettiği meselede suçlunun öngörülebilir neticeyi öngörememesi halini şart koşar. Bu durumdaki suçlunun bilinçli taksirle suç işlediğine hüküm koyar. Ancak öngörülebilir neticenin öngörülememesi durumu nasıl tespit edilecektir? Ya da öngörülebilir neticenin öngörülüp göze alınıp alınmaması nasıl belirlenecektir? İki soruyu daha da açıp, TCK'da olası kasıtle bilinçli taksir nasıl ayırt edilecektir? Aynı olayda falan mahkemenin bilinçli taksir olarak hükmettiğine, Yargıtay'ın olası kasıt olarak hükmettiği birçok örnek vardır. Hatta Ceza Genel Kurulu'nda bile ittifak oluşmamış birçok örnek vardır.

Kısacası TCK, doktrinde olası kasıt ve bilinçli taksir kavramlarını birbirine çok yaklaştırmış, haddizatında neticesinde suç oluşan birçok meselede müşküle düşmüştür. Bunun yanında bu kavramlar İslâm hukukunda sadece kişinin içsel kabiliyetleri açısından değil de birtakım çıkış noktaları üzerinden maddi ve manevi düzlemde izah edilmiştir.

Sadece modern bir kavram olarak düşünölen olası kasıt ve bilinçli taksir kavramlarının İslâm hukukunda başından beri var olduğu ve İslâm hukukçuları tarafından yapılan tespitin, seköler hukukun bu kavramlar üzerindeki öğretisinden daha doğru olduğunu tespit edilmiştir.

Son olarak İslâm hukukundaki kasıt benzeri kavramı ile seköler hukuktaki olası kasıt kavramı benzerdir. Ancak İslâm hukukundaki sırf hata kavramı, seköler hukuktaki bilinçli taksir kavramından hem doktrin hem de uygulama açısından daha doğrudur.

KAYNAKÇA

- ‘ABDERÎ Muhammed b. Yûsuf b. Ebi’l-Kâsım (v.897/1491); (1416/1994), **et-Tâc ve’l-İklîl li Muhtasar-ı Halîl**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, by.
- ‘ASKALÂNÎ Ebu’l-fadl Ahmed b. Alî b. Hacer (v.852/1449); (1379), **Fethu’l-Bârî**, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut.
- ‘AVVÂ Muhammed Selîm; (2006), **Fî Usûli’n-Nizâmi’l-Cinâi’l-İslâmî**, Nehdatü Mısır li’t-Tıbbâ’a ve’n-Neşr, Kahire.
- AHMED b. HANBEL Ebu ‘Abdullâh eş-Şeybânî (v.241/855); (1999), **el-Müsned**, Tahkik: Şuayb el-Arnaut, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut.
- AHMET CEVDET PAŞA; (1300/1882), **Mecelle-i Ahkâm-ı ‘Adliye**, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul.
- AKTAN Hamza; (1989), “Âkile”, **DİA**, Cilt: 2, Sayfa: 248-249.
- AKTAN Hamza; (2005), “Miras”, **DİA**, Cilt: 30, Sayfa: 143-145.
- ALACAKAPTAN Uğur; (1975), **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara.
- ALACAKAPTAN Uğur; (t.y.), **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- Anayasa Mahkemesi Kararları, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>
- ANSAY Sabri Şakir; (1954), **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, İstiklâl Matbaacılık, Ankara.
- APAYDIN Cengiz; (2011), “Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, Sayfa:1-91.
- APAYDIN Cengiz; (2017), **Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast ve Bilinçli Taksir**, Kişisel Yayınlar, İstanbul.
- APAYDIN H. Yunus; (1997), “Hata”, **DİA**, Cilt:16, Sayfa: 437-442.
- ARI Abdüsselam; (2012), “Vasiyet”, **DİA**, Cilt: 42, Sayfa: 552-555.

- ARIK Ferda Şamil; (1995), “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I. Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 28, Sayfa: 3-50.
- ARTUK Mehmet Emin; (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:2, Cilt: 2, Sayfa: 329-340.
- AYDIN Devrim; (2006), “Suça Teşebbüs”, **AÜHFD**, Cilt: 55, Sayı: 1, Sayfa: 88-113.
- BAĞDÂDÎ Ebû Muhammed ‘Abdulvehhâb b. ‘Alî (v.422/1030); (1425/2004), **et-Telkîn fi’l-Fıkhi’l-Mâlikî**, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, by.
- BARDAKOĞLU Ali; (1994), “Diyet”, **DİA**, Cilt: 9, Sayfa: 473-479.
- BARDAKOĞLU Ali; (1994), “Ehliyet”, **DİA**, Cilt: 10, Sayfa: 533-539.
- BARDAKOĞLU Ali; (2000), “İkrah”, **DİA**, Cilt: 22, Sayfa: 30-37.
- BAŞOĞLU Tuncay; (2011), “Ta’zîr”, **DİA**, Cilt: 40, Sayfa: 198-202.
- BAYRAKTAR Köksal; (2004), “Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, **Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu**, 2. Kitap, Sayfa: 21-35, Ankara.
- BEHNESÎ Ahmet Fethî; (1409/1988), **ed-Diyet fi’ş-Şerî‘atî’l-İslâmî**, Dâru’ş-Şurûk, Kahire-Beyrut.
- BEHNESÎ Ahmet Fethî; (1409/1989), **el-Kisâs fi’l-Fıkhi’l-İslâmî**, Dâru’ş-Şurûk, Kahire ve Beyrut.
- BOYNUKALIN Mehmet; (2009), “Suç”, **DİA**, Cilt: 37, Sayfa: 453-457.
- BUHÂRÎ Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. İsmâ‘il (v.256/869); (1422/2001), **el-Câmi’u’s-Sahîh**, Dâru Tavkî’n-Necât, b.y.
- BÜYÜK HAYDAR EFENDÎ; (t.y.), **Usul-i Fıkıh Dersleri**, Meral Yayınları, İstanbul.
- CASSÂS Ahmed b. ‘Ali er-Râzî (v.370/980); (1405), **Ahkâm’ul-Kur’ân**, Dâru İhtiyâti’t-Türâsi’l-‘Arabî, Beyrut.

- CENTEL Nur, ZAFER Hamide ve ÇAKMUT Özlem; (2005), **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3. Basım, İstanbul.
- Çevre Kanunu (1983), T.C. Resmi Gazete, 2862, 09 Ağustos 1983.
- CÜRCÂNÎ Seyyid Şerîf Alî b. Muhammed (v.816/1413); (1403/1983), **et-Ta'rîfât**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- DALGIN Nihat; (1998), Cezai Sorumlulukta Kasıt, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları**, Cilt: 10, Sayı 10, Sayfa: 207-248, Samsun.
- DÂREKUTNÎ Ebu'l-Hüseyn 'Ali b. Ömer b. Ahmed (v.385/995); (1386/1996), **Sünenü'd-Dârekutnî**, Tahkik: Abdullah Hâşim Yemânî, Dâru'l-Mehâsin, Kahire.
- DEMİRBAŞ Timur; (2005), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- DESÛKÎ Muhammed b. Ahmed b. 'Arefe (v.1230/1815); (ty.), **el-Hâşîye 'ale's-Serhi'l-Kebîr**, Dâru'l-Fikr, Beyrut.
- DÖNMEZ İbrahim Kâfi; (1993), "Cünûn", **DİA**, Cilt: 8, Sayı: 125-129.
- DÖNMEZ İbrahim Kâfi; (2009), "Sarhoşluk", **DİA**, Cilt: 36, Sayı: 141-145.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir; (1978), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- DÜLGER Murat Volkan; (2019), "**5237 Sayılı Ytck'da Kastın Unsurları Ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi**", https://www.academia.edu/5311679/5237_SAYILI_YTCKDA_KASTIN_UNURLARI_VE_T%C3%9CRLER%C4%B0_-_%C3%96ZELL%C4%B0KLE_OLASI_KASTIN_DE%C4%9EERLEND%C4%B0R%C4%B0LMES%C4%B0 Erişim Tarihi: 10.02.2019.
- DÜZGÜN Nuri ve ELMACI Şerafettin; (2009), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara.

- EBÛ DÂVÛD Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (v.275/888); (ty.), **es-Sünen**, el-Mektebetü'l-'Asriyye, Beyrut.
- EBÛ YÛSUF Ya'kûb b. İbrahim (v.182/798); (1355), Tahkik: Ebu'l-Vefâ, **Kitâbu'l-Âsâr**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- EBÛ YÛSUF Ya'kûb b. İbrahim (v.182/798); (t.y.), Tahkik: Tâhâ 'AbdurraûfSa'd, **el-Harâc**, El-Mektebetu'l-Ezheriyye li't-Türâs, b.y.
- EBU ZEHRA Muhammed (v.1394/1974); (1998), **el-Cerîme**, Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, Kahire.
- el-FETÂVAL-HİNDİYYE (Fetâvâ-yı 'Âlemgiriyye); (1411/1991), Haz. Burhanpurlu Şeyh Nizam Başkanlığında Komisyon, Dâru'l-Fikr, b.y.
- ENSÂRÎ Zekerîyyâ b. Muhammed b. Zekerîyyâ (v.926/1519); (ty.), **Esne'l Metâlib fî Şerhi Ravzi't-Tâlib**, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, by.
- EZHERÎ Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed (v.370/980); (2001), **Tehzîbü'l-Lüğa**, Dâru ihyâi't-Türâsi'l-'Arabî, Beyrut.
- GAZZÂLÎ Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111); (1417/1996), **el-Vasît fî'l-Mezheb**, Dâru's-Selâm, Kahire.
- GÖZÜBENLİ Beşir; (1991), "Ateh", **DİA**, Cilt: 4, Sayfa: 426-437.
- GÜNGÖR Devrim; "Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata", <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/30650/187026.pdf?show> Erişim Tarihi: 07.08.2018.
- HASAN Halid Ramazan; (1998) **Mu'cemu Usûli'l-Fıkh**, el-Merkezu'l-Arabî li'd-Dirâsâti'l-İnsâniyye, b.y.
- HATTÂB er-RU'AYNÎ Şemsüddîn Ebu 'Abdillâh Muhammed b. Muhammed (v.954/1547); (1412/1992), **Mevâhibu'l-Celîl fî Şerhi Muhtasari Halîl**, Daru'l-Fikr, by.
- HICÂVÎ Şerefüddin Mûsâ (v.968/1560), (1325), **el-Iknâ' fî Fıkhî'l-İmâm Ahmed b. Hanbel**, el-Matbuâtü'l-Misriyye, Kahire.
- İBN 'ÂBİDÎN Muhammed Emîn b. Ömer b. 'Abdulazîz (v.1252/1836); (1412/1992), **Reddu'l-Muhtârale'd-Durri'l-Muhtâr**, Daru'l-Fikr, Beyrut.

- İBN FERHÛN Ebü'l-Vefâ Burhaneddin İbrâhîm b. 'Ali b. Muhammed (v.799/1397); (1406/1986), **Tebsiratü'l-Hükkâm fî Usûli'l-'Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm**, Mektebetü'l-Küllîyyati'l-Ezheriyye, b.y.
- İBN KAYYÎM Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr el-Cevziyye (v.751/1350); (1408/1988), **İğâsetü'l-Lehfân fî Talâkı'l-Ğadbân**, Tahkik: Muhamed 'Afîfî, el-Mektebetü'l- İslâmî-Metebeta Ferkad el-Hânî, Beyrut-Riyad.
- İBN MÂCE Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî (v.273/886); (t.y.), **es-Sünen**, Dâru İhyâi'l Kütübi'l-'Arabiyye, b.y.
- İBN MANZÛR Ebu'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mükrim (v.711/1311); (1414), **Lisânu'l-Arab**, Dâru Sadr, Beyrut.
- İBN MELEK 'Abdullatîf (v. 821/1418); (1308), **Şerhu'l-Menâri'l-Envâr fî Usûli'l-Fıkh**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, b.y.
- İBN NUCEYM Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed (v.970/1562); (t.y.), **Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik**, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, b.y.
- İBN RÜŞD (el-Hafîd) Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî (v.595/1198); (1395/1975), **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid**, Matbaat-u Mustafâ el-Bâbi'l-Halebî ve Evlâduhû, Mısır.
- İBN TEYMİYYE Mecdüddîn (v.652/1254); (1404/1984), **el-Muharrer fî'l-Fıkhî alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel**, Mektebetü'l-Me'ârif, Riyad.
- İBNU KUDÂME Şemsüddîn Ebu'l-Ferec 'Abdurrahmân b. Muhammed (v.682/1283); (1347), **el-Muğnî ve Yelihi eş-Şerhu'l-Kebîr**, Tahkik: Muhammed Reşîd Rızâ, Matbaatu'l-Menâr, Kahire.
- İBNÜ'L-CEVZÎ Cemaleddîn Ebu'l-Ferec Abdurrahman; (1984), **Nüzhetü'l-A'yûn**, Tahkik: M. Abdülkerîm Kâzım er-Râzî, Müessetü'r-Risâle, Beyrut.
- İBNÜ'L-HÜMÂM, Muhammed b. 'Abdilvâhid b. 'Abdilhamîd es-Sivâsî (v.861/1456); (t.y.), **Fethu'l-Kadîr**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut.
- İÇEL Kayıhan ve EVİK A. Hakan; (2007), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- İNCİL, <https://www.kutsalkitap.org> Erişim Tarihi:02.02.2019.

- KÂDÎ ABDULVAHHÂB Ebû Muhammed b. Ali b. Nasr et-Tağlibî (v. 422/103); (1425/2004), **et-Telkîn fi'l-Fıkhi'l-Mâlikî**, Tahkik: Ebû Üveys Muhammed Tatvanî, **Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye**, by.
- KANDEMİR M. Yaşar; (2006), “el-Müsned”, **DİA**, Cilt: 32, Sayfa: 104-105.
- KÂSÂNÎ, ‘Alâaddîn Ebu Bekr b. Mes’ûd (v.587/1191); (1986), **Bedâiu’s-Sanâi fi Tertîb’ş-Şerâi**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- KOCA Ferhat; (2000), “İkrar”, **DİA**, Cilt: 22, Sayfa: 38-40.
- KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan; (2008), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KÖROĞLU Osman; (2015), “İslam Hukukunda Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar”, **Ankara üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı: 43, Sayfa: 214-238.
- MÂLİK b. ENES(v.179/795); (ty.), Tahkik: Zekeriyya Amirat, **el-Müdevvenetü'l-Kübra**, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- MÂVERDÎ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb (v.450/1058); (1414/1994), **el-Hâvi'l-Kebîr fi Fıkhi Mezhebi'l-İmâmi’ş-Şâfiî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- MÂVERDÎ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb (v.450/1058); (1420/2000), **el-İkna’ fi'l-Fıkhi’ş-Şâfiî**, Dâru'l-İhsân li’n-Neşr ve’t-Tevzî’, İran.
- MÂVERDÎ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb (v.450/1058); (t.y.) **el-Ahkâmü’s-Sultâniyye**, Dâru'l-Hadîs, Kahire.
- MERDÂVÎ Alâuddîn Ebu'l-Hasan ‘Alî b. Süleymân (v.885/1480); (t.y.), **el-İnsâf fi Ma’rifeti’r-Râcih mine’l-Hilâf**, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Arabî, b.y.
- MERĞİNÂNÎ Burhânuddîn Ebu'l-Hasan ‘Ali b. Ebû Bekr (v.593/1197); (t.y.), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî**, Mektebetü'l-İslâmiyye, b.y.
- MEVSİLÎ Ebu'l-Fadl Mecdüddîn ‘Abdullâh b. Mahmûd (v.683/1284); (t.y.), **el-İhtiyâr li Ta’lîli’l-Muhtâr**, Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam li’t-Taba’ati ve’n-Neşri ve’t-Tevzî’, Beyrut.
- MEYDÂNÎ ‘Abdulğani b. Tâlib b. Hammâde (v.1298/1881); (1423/2002), **el-Lübâb fi Şerhi’l-Kitâb**, Mektebetü'l-İlmi’l-Hadîs, Dimaşk.

- MÜSLİM İbn Haccâc Ebu'l-Hüseyn el-Kuşeyrî (v.261/874); (t.y.), **el-Câmi'u's-Sahîh**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Ârabî, Beyrut.
- MUSTAFA İbrâhîm, ez-ZEYYÂT Ahmed, 'ABDULKÂDİR Hâmid ve en-NECCÂR Muhammed; (1380-81/1960-61), **el-Mu'cemü'l-Vasît**, Dâru'd-Da've, Kahire.
- MUTTAKÎ el-HİNDÎ, Alâuddîn Ali b. Abdilmelik (v.975/1567); (1413/1993), **Kenzü'l-Ummâl fî Süneni'l-Akvâl ve'l Ef'âl**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut.
- NESÂÎ Ebû 'Abdurrahmân Ahmed b. Şu'ayb (v.303/915); (1406/1986), **es-Sünen**, Mektebetü'l-Matbû'âti'l-İslâmiyye, Haleb.
- OKUYAN Mehmet; (2013), **Kur'ân-ı Kerîm'de Çok Anlamlılık**, Düşün Yayıncılık, İstanbul.
- ÖNDER Ayhan; (1989), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- ÖNDER Ayhan; (1991), **Ceza Hukuku Dersleri**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- OZANSÜ Mehmet Cemil; (2007), **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- ÖZGENÇ İzzet; (2005), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- REMLÎ Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-'Abbâs (v.1004/1596); (2003), **Nihayetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- ROXIN Claus; (2006), **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri**, Çev: Osman İsfen, "Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (5), Suç Politikası", Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ŞA'BÂN Zekiyuddîn; (1971), **Usûlü'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Medâbiu Dâri'l-Kutub, Beyrut.
- ŞA'BÂN Zekiyuddîn; (1990), **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, Çev: İ. Kafi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- ŞAFAK Ali; (1995), "Erş", **DİA**, Cilt: 11, Sayfa: 307-308.

- ŞAFAK Ali; (2017) “Suçun Manevi Unsuru ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, Refik KORKUSUZ ve Abdurrahman EREN (Ed.), **İslam Ceza Hukuku**, Lale Yayıncılık, Cilt: 2, Sayfa: 488-525.
- ŞÂFÎ Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. İdrîs (v.204/819); (1321), **el-Ümm**, Bulâk, Mısır.
- ŞÂFÎ Ebû ‘Abdillâh Muhammed b. İdrîs (v.204/819); (1393/1973), **el-Ümm**, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut.
- SAĞLAM Hadi, ÇOLAK Mehmet ve GÖKBAYIR Sema; (2012), “İslâm Ceza Hukuku’nda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı: 1, Cilt: 5, Sayfa: 159-194.
- SALÂHAYN ‘Abdalmecîd Mahmûd; (1429/2008), “el-Cerâimü’s-Selbiyye: Ahkâmuhâ ve devâbituha fil’l-Fıkhî’l-İslâmî”, **Mecelletü’s-Şerî’a ve’l-Kânûn**, Sayı: 36, Sayfa:113-159.
- SERAHSÎ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl; (1993), **el-Mebsût**, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut.
- ŞEVKÂNÎ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali (1250/1834), (1413/1993), **Neylû’l-Evtâr Şerhu Münteka’l-Ahbâr min Ehâdîsi Seyyidi’l-Ahyâr**, Dâru’l-Hadîs, Kahire.
- ŞEYBÂNÎ Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad (v.189/805); (t.y.), **Kitâbu’l-Âsâr**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut.
- ŞEYBÂNÎ Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad (v.189/805); (t.y.), **Kitâbu’l-Asl, İdâretü’l- Kur’ân ve Ulûmu’l-İslamiyye**, Karaçi.
- SİNANOĞLU Mustafa; (2011), “Teklif”, **DİA**, Cilt: 40, Sayfa: 385-387.
- ŞÎRÂZÎ Ebû İshâk İbrâhîm b. ‘Ali (v.476/1083); (t.y.), **el-Mühezzebe fî Fıkhî’l-İmâmi’s-Şâfiî**, Dâru’l-Fikr, b.y.
- ŞİRBÎNÎ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (v.977/1570); (1415/1994), **el-Ikna’ fî Halli Elfâzı Ebî Şucâ’**, Mektebu’l-Buhûs ve’d-Dirâsât, Beyrut.
- ŞİRBÎNÎ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (v.977/1570); (1415/1994), **Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Me’âni Elfâzı’l-Minhâc**, Dâru’l-Fikr, Beyrut.

- SOYASLAN Doğan; (2005), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- SUYÛTÎ Ebu'l-Fadl Celâlüddîn 'Abdurrahmân b. Ebû Bekr (v.911/1505); (t.y.), **el-Câmiu's-Sağîr**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut.
- T. C. ADALET BAKANLIĞI HUKUK SÖZLÜĞÜ,
<http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Su%C3%A7> Erişim tarihi: 08.02.2019.
- TEHÂNEVÎ Zafer Ahmed el-Osmânî; (1418), **İ'lâü's-Sünen**, Tahkik: Muhammed Tâkî Osmânî, İdâratü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, Karaçi.
- TELKENAROĞLU Merter Rahmi; (2014), **İslam Hukukunda İhmalî Suçlar**, Hüner Yayınevi, Konya.
- TEVRAT, <https://www.kutsalkitap.org> Erişim Tarihi:02.02.2019.
- TİRMİZÎ Ebû 'İsâ Muhammed b. 'İsâ (v.279/892); (1395/1975), **es-Sünen (el-Câmi'u's-Sahîh)**, Matba'atü Mustafa el-Bâbî'l-Halebî, Mısır.
- TÜRCAN Talip ve YERLİKAYA Ünal; (2012), "Ceza Hukuku", Talip Türcan (Ed.), **İslam Hukuku El Kitabı**, Grafiker Yayınları, Ankara.
- TÜRCAN Talip; (2010), "Ceza Hukuku", H. Yunus Apaydın (Ed.), **İslam Hukukuna Giriş**, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir, Sayfa: 303-331.
- Türk Borçlar Kanunu (TBK); (2011), T. C. Resmi Gazete, 27836, 04/ Şubat/2011.
- Türk Ceza Kanunu (TCK); (2004), T. C. Resmi Gazete, 25611, 12/ Ekim/2004.
- Türk Medeni Kanunu (TMK); (2001), T. C. Resmi Gazete, 24607, 8/Aralık/2001.
- 'ÛDEH Abdulkâdir (v.1374/1954); (1422/2001), **el-Mevsû'atü'l-'Asriyyefî'l-Fıkhî'l-Cinâi'l-İslâmî**, Dâru's-Şurûk, Kahire.
- 'ÛDEH Abdulkâdir (ö.1374/1954); (t.y.), **et-Tesrî'u'l-Cinâ'iyyu'l-İslâmî Mukâranen bi'l-Kânûni'l-Vad'î**, Dâru'l-Kâtibu'l-'Arabî, Beyrut.
- 'ÛDEH Abdülkâdir; (2012), **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku**, Çev: Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, İstanbul.

- ÜNVER Yener; (2006), “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Cilt: 1, Sayfa: 37-73.
- WENSINCK A.J.; (1988), **el-Mu’cemu’l-Müfehres li Elfâzi’l-Hadîsi’n-Nebevî**, Çağrı Yayınları, İstanbul.
- YARSUVAT Duygun; (2005), “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, Cilt: 2, Sayfa: 350-351.
- YİĞİT Yaşar; (2012), **İslam Ceza Hukuku Hükümlerin Yürürlüğü**, Sistem Ofset Yayıncılık, Ankara.
- YILDIZ Kemal; (2006), “Mübâşeret”, **DİA**, Cilt: 31, Sayfa:429-430.
- ZEBÎDÎ Ebu Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddadî; (1322), **el-Cevheretü’n-Neyyire**, el-Matbu’atu’l-Hayriyye, b.y.
- ZEBÎDÎ Ebu’l-Fadl Muhammed b. Muhammed (v.1205/1391); (ty.), **Tâcu’l-‘Arus fî Cevâhiri’l-Kâmûs**, Dâru’l-Hidâye, b.y.
- ZENCÂNÎ Ebü’l-Menâkıb Şihâbüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mahmûd b. Bahtyâr (v.656/1258); (2015), **Fıkhî Hükümlerin Usulî Dayanakları**, Çev: Davut İltaş, Ankara Okulu Yayınları Ankara.
- ZEYDÂN ‘Abdulkerîm; (1402/1982), **Ahkâmü’z-Zimmiyyîn ve’l-Müste’menîn fî Dâri’l-İslâm**, Mektebetü’l-Kuds-Müessesetü’r-Risâle, Bağdat.
- ZEYLA’Î Fahrüddîn Osman b. ‘Ali b. Mihcen (v.743/1342); (1313/1895), **Tebyînü’l-Hekâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik**, el-Matba’atü’l-Emîriyyetü’l-Kübrâ, Kâhire.
- ZEYLEÎ Ebü Muhammed Cemâlüddîn Abdullâh b. Yûsuf b. Muhammed (762/1360); (1415/1995), **Nasbu’r-Râye li Ehâdîsi’l-Hidâye**, Dâru’l-Hadîs, Kâhire.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Temel MAHMUTOĞLU

Doğum Yeri ve Tarihi : Of - 18.02.1990

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi :

Bildiği Yabancı Diller : Arapça ve İngilizce

Bilimsel Faaliyetler :

İş Deneyimi

Stajlar :

Projeler :

Çalıştığı Kurumlar : Diyanet İşleri Başkanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı

İletişim

Telefon : 05358228970

e-posta : temelmahmutoglu@hotmail.com.tr

Tarih : 31.05.2019