

81128

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

***TÜRK VE İSLAM CEZA HUKUKLARINDA
EMNİYET TEDBİRLERİ***

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Cavit ERDEM

**Danışman :
Prof. Dr. Salih TUĞ**

81128

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

İSTANBUL

1997

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK VE İSLAM CEZA HUKUKLARINDA
EMNİYET TEDBİRLERİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Cavit ERDEM

Danışman :
Prof. Dr. Salih TUĞ

İSTANBUL

1997

ÖNSÖZ	1
KISALTMALAR	1
GİRİŞ	1
A- GENEL OLARAK MÜEYYİDE	1
1- KAVRAM	1
2- MENŞEİ	3
a) Hukuku Bilinçli İrade Sayan Kuram	4
b) Hukuku Bilinçsiz İrade Sayan Kuram	4
3- TARİHİ İNKİŞAFI	5
a) Hususi İntikam Safhası	5
b) Mali Uzlaşma Safhası	5
c) Ceza Hakkının Devlet Tarafından Üstlenilmesi	5
B- İSLAM HUKUKUNDA MÜEYYİDE	6
1- Özendirici ve Caydırıcı Müeyyideler	6
a) Özendirici Müeyyideler	6
b) Caydırıcı müeyyideler	7
2- Zacir (Suça engel olucu), Câbir (Telafi ve Islah Edici) Müeyyideler	8
a) Zacir	8
b) Cabir	8
BİRİNCİ BÖLÜM	9
MÜEYYİDE ÇEŞİTLERİ	9
A- CEZA	9
1- HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ	9
a) Tarifi	9
b) Amacı	10
c) Hümanist Düşüncelerin Batı Ceza Hukukunda Gelişimi	11
2- İSLAM HUKUKUNDA CEZA	12
a) Tarif	13
b) Amacı	14
c) Cezalara Ait prensipler	17
c1) Cezanın Kanuniliği	17
c2) Cezanın Şahsiliği	21
c3) Cezada Eşitlik	23
d) Cezai Sorumluluk	24
d1) Sınır Hastası Olan Suçlular	27
d2) Normal Suçlular	27
d3) Marazi Suçlular	27

d4) Arızı Suçlular	27
e) Ceza ve Sorumluluk Teorileri Karşısında İslam'ın Tutumu	28
e1) Cezaî Sorumluluğu Olmayanlar	30
e2) Tarih Boyunca Cezaî Ehliyetli Olmayan Suçluların Durumu	31
e3) Bilmeme, Sarhoşluk ve İkraha Durumunda Cezaî Sorumluluk	33
f) Malî olarak kâsır Ehliyetlinin Cezalandırılması	33
g) Cezalandırmanın politik Esasları	34
h) İslam Ceza Hukukunda Cezanın Taksimi	38
h1) Sınırları Belli Olup Olmama Açısından	38
aa) Mukadder Cezalar	38
bb) Gayri Mukadder Cezalar	40
h2) Aralarındaki Münasebet Bakımından Cezalar	41
aa) Asli Cezalar	41
bb) Bedeli Cezalar	41
cc) Tabî Cezalar	41
dd) Tekmili Cezalar	42
h3) İlgili Oldukları Hak ve Menfaatlar Bakımından Cezalar.....	42
aa) Cismani Cezalar	42
bb) Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar	42
cc) Mameleke Müteallik Cezalar	42
B- EMNİYET TEDBİRLERİ	43
1- TANIMI	43
2- MENŞEİ VE TARİHİ GELİŞİMİ	44
3- EMNİYET TEDBİRLERİNİN MAHİYETİ	48
4- EMNİYET TEDBİRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	49
İKİNCİ BÖLÜM	52
EMNİYET TEDBİRLERİ ÇEŞİTLERİ.....	52
1- UYGULANAN FAİL AÇISINDAN EMNİYET TEDBİRLERİ	52
A- YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ	53
1- HUKUKÇA GENEL GÖRÜŞ	
a) Çocuk Suçluluğunun Aranacağı Zaman	55
b) Öngörülen Tedbirleri	56
c) Geçici Tedbirler	57
d) Tedbirlerin Uygulanışı Sırasında Gözetim	58
e) Küçükler Hakkında Uygulanan Müeyyidelerin Amacı	58

f) Kanun Kapsamına Giren Küçükler	58
f1) 1-11 Yaşını Bitirmemiş Çocuklar	58
f2) 11 Yaşını Bitirmiş, 16 Yaşını Bitirmemiş Küçükler	59
f3) 16 Yaşını Bitirmiş sağır-Dilsizler	16
f4) Korunmaya Muhtaç Çocuklar	60
2- İSLAM CEZA HUKUKUNDA ÇOCUK SUÇLULUĞU	60
a) Korunmaya Muhtaç Çocuklar	63
a1) Lakit	64
a2) Ana Baba ve Yakını Bulunmayan Çocuklar	64
a3) Gelişme Özürlüler	64
a4) Şerirler	65
a5) Acizlik ve Kötü Muamele Dolayısıyla Bakıma Muhtaç Küçükler	66
b) Küçükler Hakkında Koruma Kararının Alınması	66
c) Korumacı Müesseseler ve Alınabilecek Tedbirler	66
c1) Küçüğün Bir Aile Yanında Yerleştirilmesi	67
c2) Küçüğün Bir Sosyal Kurum ve Kuruluşa Yerleştirilmesi	67
aa) Çocuk Yuvaları	69
bb) Yetiştirme Yurtları	69
cc) İslahevleri	69
dd) Tıbbi Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi	69
ee) Vakıflar	70
ff) Daruuleytamlar	70
gg) Darulacezeler	71
B- YAŞ BÜYÜKLÜĞÜ	71
1- HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ	71
2- İSLAM CEZA HUKUKUNDA	72
C- AKIL HASTALIĞI	72
1- HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ	72
2- İSLAM CEZA HUKUKUNDA	73
a) Delilik ve Bunama	74
b) Gelip Geçici Delilik	76
D- SAĞIR VE DİLSİZLİK	78
1- HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ	78
2- İSLAM CEZA HUKUKUNDA	79
E- İSTEMEYEREK SARHOŞLUK VEYA UYUŞTURCU MADDE ETKİSİ	79

1- HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ	79
2- İSLAM CEZA HUKUKUNDA	80
F- ARIZI SEBEBLER	82
1- HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ	82
2- İSLAM CEZA HUKUKUNDA	83
a) Galat	83
b) Hata	84
c) Cehil	85
d) Uyuma ve Bayılma	87
II. İLİŞKİLİ OLDUKLARI HAKLAR BAKIMINDAN EMNİYET TEDBİRLERİ	88
A- MÜLKİYETİ SINIFLANDIRAN EMNİYET TEDBİRLERİ	88
1- MÜSADERE	88
a.) İslam Hukukunda Müsadere	88
b.) Hukukçuların Genel Görüşleri	90
2- AYNEN İADE	91
a) Hukukçuların Genel Görüşleri	91
b) İslam Ceza Hukukunda	91
3. TAZMİN	92
a) Hukukçuların Genel Görüşleri	92
b) İslam Ceza Hukukunda	93
b1) Tazminatın gerektiği Haller.....	93
aa) Mübaşebet Hali	93
bb) Tesebbüb Hali	94
1- Kasıt	94
2- İhmal	94
cc) Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik	94
b2) Tazmin Yolları ve Vasıtaları	95
B- BAZI HAK VE SERBESTLİKLERİ SINIRLANDIRAN EMNİYET TEDBİRLERİ	95
1- ÇALIŞMA SERBESTLİĞİNİ SINIRLANDIRAN	95
a) BAZI MESLEK VE SANATI YASAKLAMA	95
a1) Genel	95
a2) İslam Ceza Hukukunda	96
aa) Genel	96
bb) Memuriyetten Tart	96
cc) Görevden Uzaklaştırmak	96
dd) Ticaretten Men	97

2- GEZİ SERBESTLİĞİNİ SINIRLAYANLAR	98
a) Emniyeti Umumiye Nezareti Altına Alma	98
b) Bir Yere Gitmekten Yasaklama	98
b1) Nef'i Müeyyidesi	98
b2) Zabtiye Nezareti Altında Bulundurmak	99
C- EĞİTİCİ TEDBİRLER	100
1- KÜÇÜKLER İÇİN	100
2- SAĞIR-DİLSİZ SUÇLULAR İÇİN	100
D- TEDAVİ VE MUHAFAZA TEDBİRLERİ	101
a) Akıl Hastası Suçlular İçin	101
b) Uyuşturucu Alish kanlıkları İçin Uygulanan Tedbirler	101
c) Alkollü İçki Alish kanlıkları İçin	102
III- UYGULAMA ZAMANI AÇISINDAN EMNİYET TEDBİRLERİ	102
A- ÖNLEYİCİ TEDBİRLER	102
1- Hukukçuların Genel Görüş leri	102
2- İslam Ceza Hukukunda	102
a) Vakıflar	107
a1) Gazan Mahmut Han Vakfiyesi	107
a2) Gökbörü Vakfiyesi	108
a3) Fatih Sultan Mehmet Vakfının Çocuklara Ait	
Kısmı	108
a4) Ödemiş Birgi Vakfı	109
a5) Ahmet Reşit Efendinin VakFiyesi	109
a6) Konya Mahalle Sandıkları	109
b) İslahhane	110
c) Darulacazeler	110
d) Daruleytamlar	111
e) Çocuk Esirgeme Kurumu	112
B- SUÇ İŞLENDİKTEN SONRA EMNİYET TEDBİRLERİ	112
SONUÇ	113
KAYNAKLAR	115

ÖNSÖZ

Toplum dışında bir insanın tek başına yaşayabilmesi mümkün değildir. Aristo'nun belirttiği gibi *"Toplum dışında yaşayabilmek için insanın ya bir canavar yahut da Tanrı olması yani insandan başka bir varlık halinde bulunması"* gerekir.

İnsanların toplu halde huzur içinde yaşayabilmeleri için hak ve ödevleri mevcuttur. Düzenli bir şekilde hakların alımı ve ödevlerin ifası için toplumda sosyal bir disiplin kaçınılmazdır. Bir başka ifadeyle sosyal disiplin olmadığı takdirde, insanların bir arada yaşayamaları mümkün değildir.

Tarihin her döneminde toplumlarda görülen suç, toplum otoritesinin tepkisini de vet etmiştir. Bu tepkinin zorunluluğu konusunda, akl-ı selim mutabıktır. Ancak söz konusu tepkinin niteliği konusunda pek çok tartışmalar vuku olmuştur. Bu müeyyideler toplumun ve dolayısıyla fertlerin menfaatlerini korumaya yönelik sayılmıştır.

19. asra kadar ceza hukukunda tek müeyyide olarak ceza biliniyordu. 19. yy'dan sonra cezanın yanı sıra birde *"Emniyet Tedbirleri"* den bahsedilir. olmuştur. Pozitivistlerin bu tezleri çok kısa zamanda bütün hukuk otoritelerinin zihinlerini meşgul etti. Çok geçmeden çeşitli ülkelerin mevcut ceza hukuklarında *"Emniyet Tedbirleri"* yerini aldı.

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini başlatan *"Pozitivistler"* suçluluğun nedenlerini failin şahsında, onun fiziki, anatomik, psikolojik ve fizyolojik yapısında aramıştır.

Batı ceza hukuklarında "*Emniyet Tedbirleri*" önemli bir yere sahip olurken, muasır İslam hukukçularında bu kavram batılıların anladığı manada olmasa bile kullanmaya başlamıştır.

Günümüzde İslam hukukçuları eserlerinde genelde mukayeseli metodu benisemek tedirler.

Son yarım asır boyunca İslam Dünyası'nda telif edilen çok sayıda Batı hukukuyla mukayeseli eserlere rastlamak mümkündür.

Batılı hukukçuların "*Emniyet Tedbiri*" olarak bahsettikleri müeyyidenin İslam Ceza Hukuku'ndaki yeri, gerçekten araştırılması gereken önemli bir konu olduğu kanaatin deyim.

Bu gerçekten hareketle Türk ve İslam Ceza Hukukları'nda emniyet tedbirlerini yaptığım istişareler neticesinde mukayeseli olarak tezimde incelemeyi lüzumlu gördüm.

Tez, giriş ile iki ana bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde müeyyide kavramı, menşei, tarihsel inkişafı incelenmektedir. Birinci bölümde ceza kavramı, kısımları ve emniyet tedbirlerinin tarifi, mahiyeti ve niteliği incelendi. Son bölüm emniyet tedbiri çe şitlerine ayrıldı.

Çalışmam esnasında gösterdiği yakın ilgi ve yardımlarını esirgemeyen danışman hocam **Prof. Dr. Salih TUĞ** beye, bu çalışmam esnasında kendilerinden istifade ettiğim *Prof. Dr. Cevat AKŞİT* beye, *Prot. Dr. M. Emin ARTUK* beye, zaman zaman gö rüşle rinden istifade ettiğim *Prof. Dr. Mehmet ERKAL* beye ve yardımlarını esirgeme yen diğer hoca ve arkadaşlarıma, tezimi bilgisayarda yazma zahmetine gönüllü olarak katlanan *Uzman Biyolog Seyfettin ÇÖZEL*'e teşekkürlerimi bir borç biliyorum.

Cavit ERDEM

İstanbul, 1997

İSTANBUL

1997

KISALTMALAR

age	:	Adı geçen eser
agm	:	Adı geçen makale
b	:	İbn
bkz.	:	Bakınız
h.	:	Hicri
Hz.	:	Hazreti
md.	:	Madde
nşr.	:	Neşreden
v.	:	Vefatı
Terc.	:	Terceme
vb.	:	Ve benzeri
T.C.K.	:	Türk Ceza Kanunu
c.k.m.	:	Ceza kanunu maddesi

GİRİŞ

A - GENEL OLARAK MÜEYYİDE

1. KAVRAM

İnsanlar toplu halde yaşamak zorundadır. İslam bilginleri bu hususa işaret etmek için: “El-insanu medeniyyun bi’l-tab” (*İnsan tabiatı icabı medenidir*) demişlerdir. Sosyal olaylarla yakından ilgilenmiş olan İbn Haldun(XIV. y.y.) ise “El-ictimaul-insaniyyu daruriyyun”(*İnsan toplumu zaruridir*) diyerek toplu halde yaşamamanın insanın bir temel özelliği olduğuna işaret etmişlerdir (1).

Toplum dışında bir insan hayatı şimdiye kadar ne görülmüş, ne de ispatlanabilmiştir. Bu bakımdan Aristo’ya mâledilen, sosyoloji açısından “*insanın sosyal bir yaratık olduğu*” sözü aynı gerçeği yansıtmaktadır. Yine Aristo’nun belirttiği gibi “*Toplum dışında yaşayabilmek için insanın ya bir canavar yahut da Tanrı olması, yani insandan başka bir varlık halinde bulunması*” gerekir(2).

İnsanlar tek başlarına hayatlarını idame ettiremeyecek bir yaradılışa sahip olduklarından,onların bir araya gelmeleri, mal ve emeklerini bir araya getirerek haklar ve vazifeler bakımından karşılıklı fedakarlıklarda bulunmaları kaçınılmazdır. Bu bir araya geliş tabii ve iradi bir şekilde olmuştur. Bu bir araya gelişin neticesinde oluşan cemiyet kendisini vücuda getiren fertlerin karşılıklı ilişkilerini bir nizamla bağlamış ve sosyal bir teşkilatın kurulmasını zaruri kılmıştır(3).

1. Günay; Ünver, Eğitim Sosyolojisi Dersleri, s.8

2. Del, Vecchio;Giorgio; (Çev. Sahir Erman), Hukuk Felsefesi Dersleri, s.373

3. Karaman, Hayrettin; Hukuk Tarihi, s.21-22

Cemiyet nizamını teşkil eden ictimai kaideler,müşterek hayattan doğup ferdi aşmış onun dışında oluşmuş, objektif kaidelerdir.Yine bu kaideler ortak ihtiyaçları karşılar ve kendine uyulması mecburidir(4).

İctimai kaidelerin bir kısmı çok kere muayyen bir şekil ve ifadeye bürünmüştür. Bu kaidelerin bir kısmının müeyyidesi, teşkilatlanmış bir otorite, yani devlet tarafından tatbik edilen maddi cebirdir. Biz bunlara hukuk kaideleri diyoruz.

Hukuk,cemiyette nizam tesis eden ve müeyyidesini amme vicdanının bir reaksiyonunda ve bu reaksiyona tercüman olan devletin maddi icbar kuvvetinde bulan kaideler manzumesidir(5).

Sosyal disiplin olmadığı takdirde, insanların bir arada yaşamaları kabil olamaz. Sosyal disiplin, genellikle bir dış müdahaleye gerek olmaksızın kendiliğinden oluşur; Çünkü her sosyal sistem kendi düzenini korumak ve fertleri sosyal normlara uygun biçimde eylemlerde bulunmaya yöneltmek için sosyal kontrol mekanizmalarına sahiptir (6). Sosyal disiplini bozucu hareketler, icrai nitelikte olabileceği gibi, ictimai bünyeyi teşkil eden fertlerin yapılması yararlı, hatta yapma zorunluluğunda olan fiillerin yapılmaması şeklinde de yeni ihtimali de olabilir.

Tarihin her döneminde toplumlarda görülen suç, toplum otoritesinin tepkisini davet etmiştir. Bu tepkinin zorunluluğu ve gerekliliği konusunda akli selim mutabıktır.Ancak söz konusu müeyyidenin niteliği konusunda pek çok tartışmalar vuku bulmuştur(7). Bu müeyyideler toplumun ve dolayısıyla fertlerin menfaatlerini korumaya yönelik sayılmıştır(8).

4. Karaman, Hayrettin, age.

5. Velidedeoğlu, Hüzzar V

eldet; Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları, s. 374

6. Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.1, s.3

7. Dönmezer, Sulhi;Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,c.1, s.5

8. Udeh, El-Teşri, C.3, s.603

19.asra kadar ceza hukukunda tek müeyyide olarak ceza biliniyordu. Cezanın yanı sıra ikinci bir müeyyideden bahsetmek ancak ceza hukukunda görülen "pozitivist" ekolün tesiriyle mümkün olmuştur.19.y.y.'dan sonra cezanın yanısıra birde "Emniyet tedbirlerinden" bir müeyyide olarak bahsedilir olmuştur.

Ceza, hukuka aykırı fiil irtikap edenleri, mahrumiyetlere tabi kılarak, ona ızdırap verir. Esasında "terhibilik" yani korkutuculuk vasfı mevcuttur(9). Suçla mücadelede hukukun cezalandıramadığı veya yetersiz kaldığı hukuka aykırı fiil irtikap eden kişilere uygulanan müeyyideler, hiç şüphesiz cezadan farklı niteliklere sahiptirler. "Emniyet tedbirleri" olarak bilinen bu müeyyideler, ceza hukukuna ikili bir müeyyide anlayışını getirmiştir(10).

Asrımızın başlarına kadar ceza hukukunda müeyyide dendiği zaman "ceza" anlaşıyordu. Diğer bir ifadeyle "ceza" ile "müeyyide" terimi eş anlamlı olarak kullanılıyordu. İtalyan Ceza Kanunu ön tasarısı "Ceza" terimine yer vermeyerek bunun yerine yaptırım kavramını kullanmıştır(11). Bunun sebebi ceza hukukunda cezanın yanı sıra başka bir müeyyidenin hukuk otoriteleri tarafından kabul edilmeyişidir. 1921 tarihinde Enrico Ferrinin başkanlığında hazırlanan İtalyan Ceza Kanununun ön tasarısı "ceza" terimine yer vermeyerek bunun yerine yaptırım kavramını kullanmıştır.

2. MENŞEİ

İnsanların toplu olarak yaşaması hiç şüphesiz birçok sosyal faydalar sağlamıştır. Bu toplu yaşayışın faydaları yanında mahsurları da vardır. Bütün insanlar maddi ve manevi bakımdan birbirlerine eşit olmadıkları için; kuvvetli ve kabiliyetli fertlerin cemiyet içerisinde başıboş hareket etmeleri diğer fertlerin dolayısıyla cemiyetin düzeni aleyhine

9. Artuk, M.Emin; Arqumentum

10. Artuk, M.Emin, Emniyet Tedbirleri, Arqumentum, No.23(Haziran-1992), s.350

11. Artuk, M.Emin; Arqumentum, s.351

olmaktadır. İnsanlar işte bu mahsurlu durumu ortadan kaldırmak için birtakım kurallar vazetmişlerdir(12).

Hukukun varoluşu bir toplum olayından ibarettir. Eğer toplum olmasaydı, hukuk da olmayacaktı. Gerçekten toplum içinde yaşayan insanlar, her şeyden önce güven duygusuna muhtaçtırlar. Her insan, başkalarının zulmünden, saldırısından veya keyfi davranışlarından zarar görmemek, hemcinslerinin haksızlığına uğramamak isterler. İşte söz konusu güven ihtiyacı, zulümler, saldırılar ve haksızlıklar karşısında duyulan ruhi tepki, anarşiye karşı beslenen nefret, adelet fikrinin insanlara aşıladığı saygı v.b bütün bunlar, toplum hayatının bir düzene bağlı olmasını zorunlu kılmaktadır(13).

Sosyal normların meydana gelmesinde büyük liderlerin, filozofların, hakimlerin ve peygamberlerin büyük etkileri olmuştur(14). Hukukun temeli konusunda ileri sürülmüş olan kuramların en önemlilerini üç grupta toplamak mümkündür; *"Tanrısal irade"*, *"Kişisel irade"* ve *"hukuku irade dışı sayan"* kuramıdır.

a) Hukuku Bilinçli İrade Sayan Kuram

Hukuku bilinçli bir irade ürünü sayanlar, bu iradeyi aynı varlığa izafe etmiyorlar. İradenin izafe edildiği varlığa göre; Tanrısal irade, kişisel irade ve genel irade ortaya çıkmaktadır (15).

b) Hukuku Bilinçsiz İrade Sayan Kuram

Bu gruba giren kuramlara göre, hukuk bilinçli bir irade ürünü değildir. Hukuk doğada tabiatla zaten vardır. İnsanların yaptığı şey;o varolan hukuku açıklamaktır(16).

12. Karaman, Hayrettin; Mukayeseli İslam Hukuku, c.III, s.1

13. Tekinay, Selahattin, Dönmez, Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, s.2

14. Dönmez, Sulhi,-Erman Sahir, a.g.e, c.1, s.2

15. Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, s.164

16. Gözübüyük, Şeref; Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, s.6

3 - TARİHİ İNKİŞAFI

Ceza hukuku toplumun nizamını temin etmek için suçların önüne geçecek vasıta ve tedbirleri, işleyenler hakkında tatbik edilecek müeyyideleri ve bu hususta selahiyetli makam ve mahkemeler, takibi gereken usul ve kaideleri ile müeyyidelerin tatbik şekillerini gerekli kılar(17).

Ceza teşkilatı tarihinde umumiyetle cemiyetlerin medeni seviyelerine paralel üç saf ha vardır(18).

a. Hususi İntikam Safhası

Bu metod suçluyu cezalandırma usullerinin en ibtidai şeklidir. Buna göre suçluları cezalandırmada kullanılan metod, suçluları cezalandırmak veya onların akrabalarından öc almaktır. Bu hak, mutazarrır olan şahıs veya onun akrabasına aittir. Devletin bu safhada cezalandırma şeklinde bir fonksiyonunun olmadığı görülmektedir(19).

b. Mali Uzlaşma Safhası

Burada hususi intikam yerine mali tazminat verme usulü geçerlidir. Burada cezalandırma işine devlet de karışmaya başlamıştır. Ancak onun müdahalesi sınırlıdır. Bu müdahale tazminatın takdiri ve ödenmesinin temininden ibarettir(20)

c. Ceza Hakkının Devlet Tarafından Üstlenilmesi

Burada cezalandırma hakkı devlete aittir. Medeniyet ilerledikten ve merkezi irade kuvvetlendikten sonra devlet ceza işlerini inhisarı altına almıştır(21)

17. Taner, Tahir; Ceza Hukuku,

18. Karaman, Hayrettin; Mukayeseli İslam Hukuku, c.I, s.122

19. Karaman, Hayrettin; age.

20. Karaman, Hayrettin; Mukayeseli İslam Hukuku., c.I, s.122

21. Karaman, Hayrettin; Mukayeseli İslam Hukuku, c.I, s.122

B - İSLAM HUKUKUNDA MÜEYYİDE

Hukuk sistemleri, insanların umumi ve hususi menfaatlarını gözetmek için onların münasebetlerine bir takım düzenlemeler getirmiştir.

Müeyyideler, insanı hukukun hükümlerine itaate sevk etmek için konulmuş tedbirlerin tümüdür(22). Müeyyideler İslam hukukunda ülkeye ve ülke menfaatlerine nisbeten ordu gibidir. Onu takviye eder, ona tecavüz edenı tenkil eder.

1. ÖZENDİRİCİ VE CAYDIRICI MÜEYYİDELER

a. Özendirici Müeyyideler

İslam hukuku, mevcut kanunların mucibince hareket edilmesini temin etmiş ve insanları o fiile teşvik etmiştir. Söz konusu fiillerin yapılmasını temin etmek için "mükafatlandırma" veya onun failine "mükafaat terettüp ettirme" yoluna gitmiştir. Bunlara örnek olarak, İslamda Allah yolunda savaşanlara, meşru olan ganimetin verilmesi sayılabilir. Bu sistem, İslamın hayvanlar konusunda izlediği vergi siyasetinde de görülmektedir. Bu vergi gittikçe artan oranda alınırsa, hayvanların yetiştirilmesinde zorluğa sebep olur. Bu da genel menfaat ve hayvancılığa ters düşer(23). Yine bu kabilden olmak üzere Hz. Peygamber (S.A.V.)' den rivayet edilen bir hadiste, bir iyilik yapmaya niyet edip, yapmadığı takdirde aleyhine herhangi bir günah verilmeyeceği zikredilmektedir(24).

22. Mustafa Ez-Zerka, Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku(Çev. Servet Armağan), c.II, s.448

23. Karaman, Hayrettin, a.g.e., c.I, s.122

24. Karaman, Hayrettin; a.g.e., c.I, s.122

b. Caydırıcı Müeyyideler

Caydırıcı müeyyideleri, cezai ve hukuki olarak iki gruba ayırabiliriz:

- a) Hukuka aykırı fiil; toplumun emniyetini ve topluluk düzenini ihlal eden düşmanca suçlar kabilinden olursa, suçun failine cezai gerekir. Bu cezai müeyyide; bedeni, mali, hapis, sürgün veya hürriyeti bağlayıcı olabilir(25)
- b) Eğer aykırı fiil, akit ve diğer neviden, insanların hukuki tasarrufları ve muamelelerinin çeşitli şekilleri için medeni düzende koyduğu şartların ihmali kabilinde ise, bu takdirde aykırılığa mani olmak için konulan müeyyide insanı yapmış olduğu aykırı tasarrufun neticesinden mahrum bırakır(26).

Hukuka aykırı tasarrufun hükmüne ait ilga bir tek derece değildir.

1. İlga ile ilgili olması: Muamele esas bakımından muamele düzenine aykırılık gibi bir durumda olursa, bu takdirde müeyyide butlan diye adlandırılır.

2. İlga bazı cihetlerden, cüz'i olabilir; buradaki aykırılık esasta değil, teferruattadır. Bu takdirde ortaya çıkan durum fesad şeklinde isimlendirilir.

3. Yapılan tasarruf başkasının hakkını ilgilendiriyorsa ve henüz hukuki tasarrufu tecviz eden beyanı zahir olmamışsa, bu tür tasarruflar, hak sahibinin tasarruun leh veya aleyhine vereceği karara göre hüküm kazanmak için mütevakkıftır .

4. Medeni hukuk tasarrufunda bir tarafın menfaatinin, diğerinin rızası olmadan, menfeatine üstün tutulduğu zannı olursa, bu takdirde, eşitliğin veya rızanın sela metini temin edici müeyyide, zarara uğrayan tarafa, isterse akdi fesih muhayyerli

ği sağlamak tarzında olur. Bu müeyyide "tahyir"(seçenek hakkı verme) şeklinde adlandırılır(27).

25. M., Ez-Zerka; age, s.449

26. M., Ez- Zerka; age, s.449

27. M., Ez- Zerka; age, s.541

2. ZACİR(SUÇA ENGEL OLUCU), CABİR(TELAFİ VE ISLAH EDİCİ) MÜEYYİDELER

a. Zacir

Hadlerin meşru kılınışındaki esas maksat, yeryüzünde fesat çıkmasına, fert ve toplumlara zarar verilmesine mani olmak için insanların dini yasakları ihlal etmemelerini temin etmek içindir(28).

Zevacir türü cezaların çoğu, suçtan alıkoymak, niyetli olanları vazgeçirmek maksadıyla günahkar ve suçlular hakkında kararlaştırılmıştır. Bazen ortada böyle bir isyan ve ya suç olmadanda böyle cezalar konabilir. Nitekim çocuklar, deliler hakkında konmuş bazı zecri cezalar vardır ki onların bir suçu olduğu için değil, verebilecekleri zarardan cemiyetin emin olabilmesi içindir(29).

Zevacir türünden cezaların çoğu ya miktarı belirli bir "had" ya da belirli bir miktarı olmayan " tazir" şeklindedir.

b. Cabir

Cevabir türü müeyyidelerin gayesi, kaçırılmış bir takım menfaatleri telafi etmek için meşru kılınmıştır(30).

Bu tür müeyyidelerin çoğu, suç işlemeye engel olabilmesi için, isyan eden ve kabahat işleyenlere verilmektedir. Telafi türünden olan cezaların çoğu ise, hata yoluyla, kasten bilerek bilmeyerek, unutma ve hatırlama hallerinde bile meşru kılınması gösteriyor ki, günahı, suçu olmayanlara yani masumlara deli ve çocuklara da verilebilmektedir. (31)

28. Mauerdii, El-Ahkamu's - Sultaniyye, s.163; Fethu'i Kadir, IV, s.112, Tebyinu'l Hakaik, c.III, s.163

29. Zuhayli, Vehbi; Fıkıh Ansiklopedisi, c. VII, s. 459

30. Zuhayli, Vehbi; Fıkıh Ansiklopedisi, c. VII, s. 459

30. Zuhayli, Vehbi; Fıkıh Ansiklopedisi, c. VII, s. 459

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜEYYİDE ÇEŞİTLERİ

A - CEZA

1. HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

a. Tarifi

Ceza, çağdaş görüşe göre, suç işleyen kişiye, çeşitli yapıcı amaçları gerçekleştirmesi için uygulanan ve esasında kişiyi birtakım yoksunluklara tabi kılan bir müeyyidedir(32).

Ceza, antisosyal bir fiile sosyal bir tepkidir. Bu tepki devlet tarafından uygulanır(33).

Dikkat edilmesi gereken husus, fiilen azap ve ızdırap veren veya meydana getiren, kişiyi mahrumiyetlere tabi kılan her müeyyide ceza değildir. Cezanın özelliği; yetkili otorite tarafından, diğer yapıcı maksatları yanında, yoksunluklara neden olması maksadıyla uygulanır(34).

Yapılan tariflerin pek çoğunda, cezanın acı, ızdırap verici bir şey olduğu üzerinde durulmaktadır. Grispigni'nin kanaatine göre bu "acı" ceza kavramının esasını teşkil etmektedir. Suçlunun, hukuki menfaatlerini tahdit etmiş olmasından dolayı ceza yalnız hukuki bakımından değil, psikolojik bakımından da bir "acı"dır. Ceza neticede suçluya bir "fayda" sağlamış, mesela, onun sosyal hayata intibakını temin etmiş olsa bile, doğrudan doğruya bir "acı" olmak vasfını kaybetmez(35).

32. Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku, c.1, s.6

33. Erem, Faruk; Türk Ceza Hukuku, c.II, s.149

34. Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku, c.1, s.6

35. Erem, Faruk; Türk Ceza Hukuku, c.II, s.149

Prensip itibariyle bir suçtan dolayı, usulüne uygun olarak yargı organları huzurun da yargılanıp mahkum edilmeyen kişiye ceza uygulanmamalıdır. Ancak çağdaş toplumların hukuk düzenlerinde bazı idari organ ve otoritelerinde, ceza niteliğinde, bazı müeyyidelere hükmedebilmek yetkileri kabul edilmiştir. İdari organların verdiği cezalar için yargı organları önünde itiraz yetkisi genellikle tanınmıştır(36).

Suçluya fiilen azap ve ızdırap veren veya meydana getiren kişiyi mahrumiyetlere tabi kılan her müeyyide veya tedbir, ceza değildir. Gerçekte ise ne isim verilirse verilsin, bir kimsenin hürriyetini sınırlayan buna maruz kalan kişi açısından ızdırap verici olmak niteliğini taşır.

b. Amacı

Ceza, suç işleyen bireye ızdırap verse bile, bunu sırf bireyden öc almak için ona ızdırap veren bir araç değildir. Bunu bir sosyal tepki olarak anlamak daha yerinde olacaktır(37). Özellikle çağdaş anlamda cezada duygusal unsur, yerini sosyal yararın dayandığı akıl unsuruna bırakma eğilimindedir.

Cezaların tatbiki ile hedeflenen gayeler, tarihin çeşitli devirlerinde suçluları cezalandırmak hakkının dayandığı esasa müteallik nazariyelere göre değişmektedir. Mesela, şahsi öcün, makbul olduğu devirde, adalet düşüncesi ön plandadır. 19. y.y. birinci yarısına kadar cezanın gayesi suçluyu uslandırmak olarak kabul edilmiştir(38).

19.y.y.'ın ikinci yarısında doğan pozitivist ekol, manevi mesuliyeti inkar ederek ceza sisteminin sadece cemiyetin savunmasına isnat ettirerek, mahiyetinde ızdırap mevcut olan "ceza" yerine "emniyet veya müdafaa tedbirleri" ibaresini müeyyide olarak savunmuştur.(39).

36. Dönmezer, Sulhi;Erman, Sahir, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku,c.1, s.5

37. Dönmezer, age, c.I, s.6

38. Taner, Tahir; Ceza Hukuku Umumi Kısım, s.567

39.Taner, Tahir, a.g.e., s.567-56

Cezanın hedef aldığı gayeler münakaşa edilmiştir. Bu münakaşalardan ortaya çıkan gerçek; cezanın bir gaye değil, muayyen neticeleri elde etmek için kullanılan bir vasıta olması fikridir. Bu itibarla bugün herkesin üzerinde birleştiği temel nokta, cezada her bakımdan öc almak fikrinin yani, şahsi, dini, ictimai intikam mülâhazasının bulunmamasıdır.

Izdırap ve meşakkat vermesi itibariyle cezada keffâret mefhumuna, daha doğrusu adaletin teminine çalışılmalıdır. Adeleti temin, amme vicdanını tatmin cihetinden de ihmal edilmeyecek bir keyfiyettir. Ceza bir bakımdan "*umumi önleme tedbiri*"dir. Çünkü cemiyetin faydası bakımından muhtelif gayeleri istihdaf eder. Bir başka açıdan ceza "*hususî bir önleme tedbiri*"dir. Suçluya ceza çektirmekle ilerde yeniden suç işlemesinin önüne geçmek istenir. Buradan anlaşılan gerçek, cezaların sadece bir gayesi değil, muhtelif gayeleri almasıdır(40).

c. Hümanist Düşüncelerin Batı Ceza Hukukunda Gelişimi

İlk çağlarda cezalandırma tamamen keyfi bir mahiyet arz ediyordu. Kuvvetli olan zayıf olanı istediği şekilde cezalandırma hakkına sahip olduğunu zannediyor ve o şekilde işkenceler uyguluyordu. Eski Roma'da kuvvet sahipleri istediğini suçlu ilan ederek onu dilediği gibi cezalandırırdı(41). Hatta Romalılarda kura çekilerek ölüm cezası verilebiliyordu. İki adamın birbirlerini karşılıklı öldürmeleri, çarpmıha gerilenin çektiği acı ve vahşi hayvanlara suçlu gördüklerini parçalatmaları onlar için bir zevk kaynağıydı (42). Eski Yunan ve Romalılarda suçlu görülenlerin çocukları da cezalandırılırdı(43).

40. Taner, Tahir; s.567

41. Arsal, Sadri Maksudi; Umumi Hukuk Tarihi, s.286, 2. baskı, ist-1944

42. Rousselet, Marcel; Adelet Tarihi (Çev. Adnan Cemgil), İst. 1963, s.10-22

43. Rousselet, Marcel; Adelet Tarihi (Çev. Adnan Cemgil), İst. 1963, s.10-22

Orta çağ insanının durumu da farklı değildir. Bu çağda insanın belirmiş bir kişiliği yoktur. Kişilik toplum ve kilise karşısında erimiştir. Ancak Rönesans ile insan anlayışla rı değişmeye başlamıştır.Bu akım insanı renksiz, varlıksız olarak bir toplum uzvu ol maktan çıkarmış, kişiliğini arayan, özelliklerini bütün canlılıklarıyla ortaya koymak iste yen fert diye tanımuştır(44).

Yeni çağ başlarında Hugo Grotius(1585-1645), Putendorf(1632-1694) İnsanın, insan olmak haysiyetinden gelen tabii haklara sahip olduğunu felsefe alanında söylemişler ve tabii hukuku Devletin temeli yapmışlardır. Devletin gelişmesiyle bu hususta bir çok adımlar atılmış olmasına rağmen bugünkü gibi ceza kanunları yoktu. Muhakeme usulleri çok zalimane idi. Bu devirde sanık işkenceyle suçunu itirafa zorlanırdı. Bir Öküzün boynuzuyla aşırı derecede su içirilir, soğuk veya sıcak suya batırılır, sıcak demirde dağlanırdı. Onlara göre sanık eğer suçsuz ise, Tanrı onu korur ve o bu acıları duy maz(45)

Beccaria' nın 1764'te yayınlanan "Dei Delittie Pere "(Suçlar ve Cezalar) adlı eseri işkencenin kaldırılmasında, cezalandırmada insanileştirme cereyanının oluşumunda te siri büyük olmuştur(46).

Jean Jacques Rousseau'nun ceza vermek hakkının insanların bir arada yaşama mu kavelesinden doğduğu görüşünü kapsayan ictimai mukavele fikri ayrıca Beccaria ile Bentham'ın cemiyete faydalı ve bu nedenle lüzumlu olduğundan ceza gerektiği görüşlerini içeren ictimai fayda fikri yine Kant'ın bu konudaki düşünceleri Avrupa'da kesif kanunlaştırma hareketini doğurmuştur (47).

44. Gökberk, Macit; Felsefe Tarihi, 2. baskı, s.229, Ank. 1967

45. Rouselet, age, s.67-69

46. Taner,Tahir, age, s.27

47. Garçon, age, s.6, Dönmezer, age,c.1, s.23

2. İSLAM HUKUKUNDA CEZA

a. Tarifi

İslam Ceza Hukukunda "*ceza*" ve "*ukubat*" birçok şekilde tarif edilmiştir. Ceza kelimesi iyi veya kötü "*karşılık*" anlamına gelmektedir. "*Ukubat*" ise kanun koyucunun emrini çiğneyene karşı toplumun menfeati için konmuştur(48).

"*Ukubat*", emrolunanı terketmeyi, yasaklananı irtikab etmeyi önlemek için kanun vazının koyduğu bir cezadır. Sorumlu insanı suç irtikabından alıkoyan, işlemişse bir daha işlemesini önleyen, başkasına ibret olsun diye önceden tayin edilmiş maddi cezadır(49).

Ceza kanun koyucunun toplum yararı için yasaklanmış olduğu işleyene, acı veren bir karşılık olan kanunda belirtilmiş korkutucu bir müeyyidedir(50).

İslam hukukunda ceza, bazen suçlunun canını acıtıcı, bazen hürriyetini tahdit edici, bazen de malın muayyen miktarını elinden çıkaran tazminat şeklinde olur.

İslam hukukunda iki nevi ceza vardır. Asıl olan ceza uhrevi cezadır. Fakat hayatın icabı, cemiyetin nizam ve intizamı, istikrarı için, fertler arası münasebetlerin, hakların garanti altına alınması için uhrevi ceza yanında dünyevi cezalarda konulmuştur(51).

Uhrevi ceza, insanın söz, fiil ve hareket yahut kalbiyle dini ve hukuki hükümlere muhalefeti ve başkalarına zarar vermesi sonucu hak sahipleri ile helalleşmemesi halin

48. Akgündüz, Ahmet- Cin Halil, Türk İslam Hukuk Tarihi, c.1, s.314

49. Behnesi, essiyasa,sh.213

50. Akşit, Cevat, age, s.51

51. Zeydan, Abdulkerim, İslam Hukukuna Giriş, s.82

de dünyevi ceza verilsin veya verilmesin, Ahiret'te uygulanacak olan cezadır (52).

İslam ceza hukukunda, ceza bir merhamet tezahürü olarakda anlaşılmıştır. İslam bilginlerinden İbn-i Teymiyye'ye göre ceza Allah'tan kulları için rahmet olarak konmuştur. Çünkü bu Dünya'da cezasını çekmişse Ahiret'te yeniden ceza verilmeyecektir. Bundan dolayı onlara ihsan maksadıyla günahlarından dolayı ceza verilmiştir. Tıpkı babanın çocuğunu terbiye etmesi, tabibin hastasını tedavi etmesi gibidir(53).

b. Amacı

İslam hukuku, mensuplarından emir ve yasaklarına içten gelerek ve iradi seçenekleriyle uymalarını istemiş, insanları bu yola teşvik etmiştir. İmanın kuvvetliliği, insandaki ahiret duygusunun eşit olmaması nedeniyle bazı insanlarda görülen şer duyguları hırs ve heva, başkalarının zararına da olsa o insanı kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ettirirler. Bütün bu sebeplerden ötürü kötülüğü isteyen korkutmak, nefsinin suç işlemeye teşvikten alıkoymak, cürümleri irtikab ve onlara yaklaşımdan uzaklaştırmak için hukuki mahsurlara karşı dünyevi cezalar koymak lazımdır(54).

İslamın temel nassları ve onlar üzerine yapılan yorumlardan anlaşıldığına göre müeyyidelerin gayesi; insanlığı ıslah, onları kötülük ve cehaletten korumak, ilahi emirlere muhalefetten alıkoymak, kanunlara itaat ve ictimai nizamın korunmasına sevk ve teşvik etmektir.

Ceza suçun işlenmesinden önce, insanların suç işlemelerine de engel olmalıdır. Bu

52. Zeydan, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, s.83

53. İbn-i Teymiyye, Fil Fetava, Et-Tesriden alıntı.

54. Zeydan, İslam Hukukuna Giriş, s.588

nunla birlikte suçluya da uslandırıcı ve başkalarına da ibret teşkil edici olmalıdır. İbn-ül Humam(v. 861/1457), bu gayeyi şöyle ifade etmiştir; "*Ceza fiilden önce suc işlemeye engel, fiilden sonra da tekrarına manidir*"(55).

Ferdin ıslahını ve cemiyetin himayesini temin eden ceza meşrudur. Bunları temin etmediği takdirde muayyen cezalar üzerinde ısrar uygun değildir. Suçluyu cezalandırma, ona işkence etmek veya ondan intikam almak değildir.El Maverdi "Ceza suçluyu ıslah etmek ve suçu önlemek için vadedilmiştir(56).

İbn-i Teymiyye(v.728/327) "*Cezalar, Allah'ın kullarına merhameti sebebiyle vaze dirmiştir. Ceza halka rahmet ve onlara iyilik esassından çıkmıştır. Bunun için insanları cezalandıranların gayesi babanın çocuğunu terbiye ederken, doktorun hastasını tedavi ederken kastettiği iyilik ve merhamet olmalıdır*(57). El-Maverdi'nin "*Ceza, suçlunun durumu ve ıslah kabiliyetine göre değişebilir olmalıdır.*" sözü cezanın gayesini en iyi bir şekilde anlatmaktadır. (58).

İslam ceza hukukunda, had, kıssas, diyet cezaları ile sonuçlanan suçlar oldukça mahduttur. Bu cezalar genellikle toplumu hedef alan, cemiyetin nizamını bozmayı hedeflemiş suçlar için vazedilmiştir. Bu tür cezalarda suçludan çok toplumun menfeati gözetilmiştir (59).

Tazir ile sonuçlanan suçlarda ise suç ile mücadeleyi ve cemiyetin himayesini ihmal etmekle beraber suçlunun durumunu gözetmiş ve ıslahını hedef edinmiştir(60).

55. Karaman, Hayrettin, age, s.152

56. el-Maverdi, el-Ahkamu's-Sultaniyye,s.221

57. Karaman, Hayrettin, age, s.153

58. el-Maverdi, el-Ahkamu's-Sultaniyye,s.221

59. el-Maverdi, el-Ahkamu's-Sultaniyye,s.221

60. Udeh, Abdulkadir, Et-Teşri El-Cinai El-İslami, s.619-621

İslam hukukunun hadleri kısası, taziri ve cinayet diyetlerini düzenlemesinden gözetmiş olduğu gayeler başlıca 3 noktada toplanabilir:

1. Caninin uslandırılması(te'dibi).
2. Mağduru razı etme
3. Suç işlemeye niyetlenenleri niyetlerinden caydırma(61).

1) Uslandırmanın en üst müeyyidesi hadlerdir. Hadler büyük suçlar için konulmuştur. İslam hukuku hadleri ağır tutmakla insanların suç işlemekten sakınmalarını ve caninin içinde bulunan kötülük duygusunu yok etmek istemiştir. Bu yüzdendir ki, suçun hata sonucu işlenmiş olduğu ortaya çıktığında had cezası uygulanmaz. Yine ne zaman suçlu lehine bir şüphe vaki olursa bu da hata hükmüne dahildir. Ancak hata ile suçun işlenmesi durumunda caninin gerekli tedbirleri almaması gibi bir gevşekliği söz konusu olursa bu takdirde böyle bir ihmalkarlığın ortadan kaldırılması için gerekli görülen ceza ile uslandırma yoluna gidilir.

2) Cezanın ikinci büyük gayesi mağduru razı etmektir. Çünkü mağdur olan tarafta suçun failine karşı aşırı bir kin, hata yolu ile tecavüzde bulunana karşı da bir öfke duygusu, kendisini intikam almaya sürükler. İntikam ise toplumun huzurunu bozmanın yanında adaleti de hiç temin edemez. Hz. Peygamber veda hutbesinde;

"Cahiliye dönemi kan davaları kaldırılmıştır"

buyurmuştur(62).

3) Cezalandırmanın üçüncü büyük gayesi bütün ümmetin ıslahı ile ilgilidir. Suç işlemeye yeltenmek isteyen kimseleri niyetlerinden caydırmadır. Bu gaye, Yüce Allah'ın

" Onların ceza görmesine inananlardan bir topluluk da şahit olsun... "(63)

buyruğunda açıkça görülmektedir. İbnül Arabi Ahkamul Kur'an adlı eserinde şöyle

61. Tahir b. Aşur, İslam Felsefesi(Çev. M. Erdoğan), s.326

62. Ebu Davut, Manasik, ibn Mace Menasik, s.84

63. Nur, 24/2

diyor: "Şüphesiz had cezası had uygulanan kişiyi bir daha suç işlemekten alıkoyar. Had cezasının tatbikinde hazır bulunanlar ise bundan ders alacaklar ve böyle duruma düşmekten kaçınacaklardır"(64).

c. Cezalara Ait Prensipler

c1) Cezanın Kanuniliği

Suç ve cezanın kanuniliği prensibi modern beşeri hukuklarda 18.asırdan evvel bilinmiyordu. Bu prensibin metin halinde ilk ifadesi 1789 Fransız İhtilalinin "*insan ve vatandaş hakları*" beyannamesinde görülmektedir. 18. asırdan evven bu prensib bilim adamlarının zihninde olduğu ve Fransız ihtilaline kadar söz konusu prensibin fikri hazırlığının yapıldığı anlaşılmaktadır(65).

1789 Fransız İhtilalinden sonra ceza hukuklarında suç ve cezada kanunilik prensibi, anayasaların vazgeçilmez maddesi haline gelmiştir. Hatta Avrupa İnsan hakları beyannamesine ek protokolün 7. maddesi "*Hiç kimse işlendiği zamanın milli ve devletler arası hukukuna göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez*" hükmünü taşır.

İslam ceza hukukunda kanunilik prensibinden maksad, bir fiilin suç sayılabilmesi için söz konusu fiil vuku bulmadan evvel hakkında bir hüküm bulunması ve aynı şekilde o fiile tekabül eden cezanın da tayin ve tesbit edilmesi demektir(66). Bu prensibin amacı kanunsuz suç(Nulla Crimine sine lege), kanunsuz ceza olmaz(Nulla poena sine lege) anlayışını gerçekleştirmek(67) ve fertlerin hukuka aykırı olan fiil ve hareketleri önce den bilmelerini sağlamaktır.

64. İbnü'l Arabi, Ahkamül Kur'an, c.3, s.1327

65. Öztekin, Tosun, Suç Hukuku Dersleri, s.38 -393, İst.,1967

66. Udeh, Et-Teşri, c.I, s.113, 2.baskı

Böylece hiç kimse yürürlüğe konmamış bir kanun nazarında suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı tecziye olunamaz(68).

Suç ve ceza da kanunulık prensibi hukuk tarihinde ilk olarak İslam Hukukunda kesin bir şekilde ifadesini bulmuştur. Bu konu ile yakından alakalı olarak usulu fıkıh ve furuu fıkıhta, "*şeriatlız teklif olmaz kaidesi*"nin temel bir kaide olması, hukukun bütün şubelerinde kanunulık ilkesinin olduğunu göstermektedir(69).

İslam ceza hukukunun temel kaynakları bir kişinin peygamber gönderilmeden ve ona sorumluluğu belirtilmeden dünyevi veya uhrevi bir ceza verilemeyeceğini vazıh bir şekilde ifade etmektedir(70). Özellikle ceza hukuku konularında, peygamber gönderilmeden dünyevi hiç bir cezanın olamayacağına ittifak mevcuttur. Çünkü ceza hukuku meseleleri ve fiillerinde rey ve icthada hiç bir yer yoktur(71). Diğer bir ifade ile söyleyecek olursak İslam hukukunda cezaların şeri olması demek cezada kanunulık aranması demektir.

Diğer bir ifade ile söyleyecek olursak, İslam hukukunda hükümlerin aslı kaynağı vahye dayalı metinlerdir. İdareciler ve idare edilenler Nass'a dayalı şeriat hükümleri önünde eşittirler; Bu konuda bir kişinin diğer bir kişiye ayrıcalığı söz konusu olamaz(72).

Şari olan Allah, mutlak teşri yetkisini beşerin elinden bu yetki ile bazısının bazısına üstünlük sağlamaması için bu yetkiyi üzerine almıştır. Vahyin kaynağı bu hususu şu ayetle bildirmektedir.

67. Dönmezer, - Erman, age. C.I, s.24-25

68. Öztekin, Tosun; Suç Hukuku Dersleri, 1967, s.38-393

69. Şafak, Ali, Mezhepler Arası Mukayeseli Ceza Hukuku, s.40

70. El -Enam 6/119,; Nisa, 4/24; El-Buhari, c. VII, k. Hudud

71. Şafak, Ali, age, s.40

72. Abdu'l-Vahhab Hallaf, Es-Siyasetu's-Şer'iyye ve Nizamü'd-Devleti'l-İslamiyye el Metbautu's-Seletin, s.45

"Ey Muhammed! Doğrusu, insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği gibi hükmede sin diye kitabı sana hak olarak indirdik;Hakkı gözet, hainlerden taraf olma "(73),

"De ki; hüküm ancak Allah'ındır...."(74),

"Allah'ın indirdiği ile hükmetmeyenler işte onlar kafirlerdir."(75).

İslamda ulu'l-emre itaat kuralı mutlak değildir. İdarecinin Allah ve Resulüne yani İslamın temel kaynakları olan Kur'an ve Sünnete bağlı kaldığı müddetçe ve tasarrufları bu iki kaynağa ters düşmediği müddetçe geçerli ve itaat gereklidir.Hz. Ali'nin rivayet ettiği bir hadisi şerifte Hz. Peygamber bir seriye göndererek başlarına birini tayin etti. Başlarına tayin edilen bu komutan onlara kızıp bir ateş yaktırdı, daha sonrada *"Bana itaat etmekle emrolundunuz, bana itaat edin"* emrini verdi.Askerlerden bir kısmı bu emre uymayı savunurken diğer bir kısım askerde bu emre itaatın doğru olamayacağını savundular. Dönüşte olay Hz. Peygamber'e intikal etti ve Hz. Peygamber şöyle buyurdu;

"Şayet kendilerini ateşe atsalardı ondan ebediyyen çıkamayacaklar

dı.İtaat,mağrufa uygun emirlerdir; Münkere itaat yoktur(76).

Bu konuyu Hz. Peygamber şöyle formüle etmiştir:

"Halika(Yaratana) isyan halinde mahluka(yaratılmışı) itaat yoktur"(77).

Hiz. Peygamber Allah'ın şeriatının hükümlerine devamlı olarak itaat etmenin gerekliliğini durmadan vurgulamıştır. Şu Hadisi şerif bunun açık ifadesidir:

"Müslüman kişinin üzerine düşen, sevdiği veya sevmediği konularda dinlemek ve ita

at etmektir; ancak Allah 'a karşı gelen emirde dinlemek ve itaat etmek yoktur" (78).

Kureyş'in Mahzun oğullarından bir sahabiye kadının hırsızlık yaptığı gün Kureyş, bu kadının durumunu önemseyerek şöyle demişlerdir;"Kim bu kadın için Allah'ın Resulü

73. En-Nisa, 105

74. El-Enam, 57

75. El-Maide, 44

76. El-Buhari, 93, Müslim, 33

77. Sünen-i İbn-i Mace, c.II

78. Sahihul - Buhari, 93

ile konuşur?" dediler ki; "Buna ancak Hz. Peygamber'in sevdiği Zeyd Bin Usame cesaret edebilir". Bunun üzerine Zeyd Bin Usame söz konusu kadına cezanın verilmemesi konusunda Hz. Peygamberle konuşur. Hz. Peygamber Usame'ye şu cevabı verir.

"Sizden öncekiler, kendilerinden şerefli biri çaldığında hadleri terk ediyorlar ancak zayıflara uyguluyorlardı, onun için helak oldular. Allah'a yemin olsun ki bu kişi Muhammed'in kızı Fatıma bile olsa yine elini keserim."(79).

Hz. Peygamber Devlet memurlarının şeriatın hükümlerini tatbik etmelerine ve şeriatın emir ve nehylerine itina göstermelerine çok dikkat ediyordu. Muaz Bin Cebel'i Yemen 'e vali olarak tayin edince,

ona sorar: *"Eğer sana bir kaza(yargı) işi sorulduğunda nasıl hükmedersin?"*

Muaz Bin Cebel şöyle cevap verdi: *"Allah'ın kitabı ile hükmederim."*

Dediki: *"Ya Allah'ın kitabında bulamazsan?"*

Muaz: *"O zaman Allah'ın Resul'unun sünnetine bakarım."*

Hz.Peygamber meselenin hükmünü orada bulamadığı takdirde ne yapacağını sorunca Muaz şöyle cevap verdi: *"O zaman reyimle ichtihat ederim."*

Bu cevaptan Hz.Peygamber memnun olmuştu(80). Bu hadis İslam ceza hukuk usulunu ve kanunluğunu açıkça ifade etmektedir.

Suç ve cezada kanunilik prensibinin olmasının birçok faydaları vardır. Bunlardan bir kısmı şunlardır(81).

- a) Suç ve ceza ancak meri kanunlarla belirlenebilir.
- b) Fiilin suç sayılması yalnız gelecek içindir. Zira cezadan önce suçluyu korkutma ve caydırma hukukilik prensibinin gayelerindendir
- c) Hakimin her karar verişinde isabetli olması için, hükümünü istinat cezai Nassları ta yin etmek gerekir. Örf ve adet veya amme menfaati icablarına isnaden yaklaşık bir hüküm vermek hukuki değildir.

79. El-Buhari, s.86,, El-Hududi, s.12, c.VIII, s.16

80. Tirmizi, C.I, s.249

81. Şafak, Ali, age., s.38-39

- d) Hakimın belirtilen ceza miktarını arttırması veya ictihada konu yapması caiz değildir
e) Hakim cezai hükümleri tefsirde genişletici tefsire gidemez. Nass ile bağlıdır.

Böylece Nass harici bir fiile Nassın hükümlerini teşmil edemez.

c2) Cezanın Şahsiliği

Cezaların şahsiliği ifadesi ile anlatılmak istenen gaye cezanın yalnız suçun failine ve onun iştirakçilerine tatbik edilmesi demektir(82).

Bu prensib eski ceza hukuku rejimlerine bir aksülamel olarak kabul edilmiştir. Fransız ihtilalinden önce cezanın şahsiliği prensibi Batı ceza hukuklarında bilinmiyordu Hatta bazı durumlarda suçu işleyenin günahsız yakınları da cezalandırılmaktaydı(83).

İslam ceza hukukunda suçtan sadece onu işleyen mesul tutulur. Ne kadar yakın, dost veya akraba olursa olsun bir kimse başkasının suçundan sorumlu değildir.

"Herkes ancak kendi aleyhine iktisab eder"(84).

"Suçlu başkasının değil ancak kendi suçunun cezasını yüklenir"(85).

"Kişinin ancak eline kendi yaptığı geçer"(86),

"İyilik yapan ancak kendisi için kötülük yapan da kendi aleyhine yapmış olur."(87),

"Kötülük yapan onun cezasını çeker."(88).

ayetleri bu prensibin açık ve kuvvetli ifadeleridir.

82. Taner, age., s.578

83. Karaman, Hayrettin, age., c.1, s.153

84. El-Enam, 6/164

85. Fatır, 35/18

86. En-Necm, 53/39

87. Fussilet, 41/46

Ceza ehliyeti olmayan veya eksik olan suçlu faillerin diyete inkılap etmiş cezalarının akile tarafından ödenmesi, bir kişinin suçundan dolayı bir başkasını cezalandırma değil, yardımlaşma niteliğinin önplana çıkması sebebine bağlanabilir. Kur'an-ı Kerim'de;

"Herkesin kazanacağı yalnız kendisine aittir. Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez" (89).

buyurulmaktadır. Ceza mantığı, prensib olarak bir insanın bir başkasının günahından dolayı cezalandırılmasına engel olur. Ceza hukukunda böyle bir prensibin olması akileyede diyet yüklemeye engel değildir. Akileye diyet yüklemek onları failin suçundan dolayı sorumlu tutma değil, aksine mağdura yardımdır. İslamda bu nevi uygulamalar bulunmaktadır. Allah zenginlerin mallarından fakirler için haklar belirlemiştir. Bu hareket müslümanların davet edildikleri mekarimi ahlaka girer. Çünkü Hz. Peygamber

"Ben en güzel ahlakı tamamlamak için gönderildim"

buyurmuştur. Akilenin diyeti üstlenmesi bir yardım ve dayanışmadan ibarettir.

Müslümanlar normal durumlarda namuslarını korumada yardımlaşır. Katilde akile grubuna dahil olan birisi cinayet işlediği zaman, onun diyetine katılacaktır. İslam hukukunda görülen bu yenilik yani akilenin diyet ödemesi, bir sosyal yardımlaşma şeklinde değerlendirilir(90).

Bununla birlikte bazı İslam Hukuk bilginleri akilenin diyete iştirakini kabul etmezler. Onlara göre bu iştirak cebri değildir, ancak ödünç şeklinde olur(91).

İslam geldiği zaman Araplarda şahsi sorumluluk yerine *"kabile sorumluluğu"* söz konusuydu. Araplar kabilesi ile düşünür, kabilesinin fikrini kendi fikri sayardı. Kabile nin temayülü kendi temayülü idi.

88. En-Nisa, 4/123

89. Enam, 6/164

90. M. Ebu Zehra, age.

91. Karaman, Hayrettin, age, C.I, s.154; Udeh, age, c.I, s.394,397

Bu bakımdan kabile kiminle barışık ise o da onunla barışık, kiminle savaş halinde ise onunla savaş halinde olmak onlar için gayet doğaldı. Hiç bir zaman niçin savaştığını, acaba kabilesi haklımıydı, değilmiydi sorusunu sormak aklına gelmezdi(92). İslam bu anlayışı, ayrıca Kur'an-ı Kerim'de ve hadislerde:

"Hiç Kimse başkasının suçunu yüklenmez."

ayetiyle ve benzeri prensiblerle ortadan kaldırmıştır(93).

c3) Cezada Eşitlik

Cezada eşitlik kanun karşısında hiç kimsenin imtiyazlı bir konumda olmaması, bir başka ifade ile herkesin eşit olmasıdır.

18.asra kadar gerek verilen ceza gerekse cezanın infazı sosyal sınıflara ictimai mevki ve vaziyetlere göre değişirdi. 18.asırdan itibaren müsavat fikri gelişmeye başladı(94).

Bu prensip Batı ceza hukuklarında 1789 Fransız ihtilalinden sonra görülmeye başlamıştır. Bu prensib hukukta musavatı ifade eder, sınıf farkı bulunmamakla beraber tatbikatın verdiği neticeler bakımından durum böyle değildir. Aynı cezanın tesiri muhtelif kimseler üzerinde bir olmamaktadır. Sosyal durum, servet, karakter, mizaç gibi haller, fiiliyatlar, az çok farklar husule getirebilir: Mesela para cezası zengini müteessir etmediği halde fakir bir mahkum için pek ağır bir ceza yerine geçebilir. Bunun içindir ki, para cezasının aleyhinde bulunan Batılı hukukçulardan bazıları, bunun cezalar arasından çıkarılmasını isterler. Bunun gibi hapis cezasında da musavatsızlık görülmektedir. Müreffeh ve konforlu hayata alışmış bir kimse için *"hapis cezası"*, üzerinde büyük bir zulümdür.

92. Şelebi, s.42

93. Kur'an-ı Kerim, el fatır, 35/18

94. Karaman, Hayrettin, age, C.I, s.154-155

Buna mukabil yersiz, yurtsuz,hatta karnı aç gezen bir suçlu için hapisane bir nimet sayılabilir(95).

İslam hukuku ilahi hukuk olması hasebiyle, temeli mutlak manada eksiklerden münezzeh olan Allah'a dayandırılır. Bu hukuk sistemi: renk, dil ve cins farkına bakılmaksızın insanlar arasında eşitlik prensibi getirmiştir:

"Ey insanlar! sizi bir erkek ve diğiden yarattık ve sonra sizi soylara ve kabilelere ayırdık ki, birbirinizi tanıyasınız diye. Allah katında en iyiniz takvaca en üstün olanınızdır..."(96).

İslam hukukunun temel kaynaklarından birinci sırada bulunan Kur'an-ı Kerim bu esası temel bir prensib olarak kabul etmiştir,bu sağlam esası, insanların üstün ve başarılı oluşunda, cemiyette ırkçılık ve kabileciliğin temel alındığı bir zamanda getirmişti. Hz. Peygamber; Arabın Arap olmayandan, takvasız, üstün olamayacağını ifade etmiş ;

" Ey insanlar! Rabbiniz bir, babanız bir, dikkat edin takvasız arabın arap olmayandan, kızıl derilinin siyah deriliden, siyah derilinin kızıl deriliden üstünlüğü yoktur."(97).

İslam hukuku bu prensibi kabul etmek suretiyle kanun önünde toplumun bütün fertlerini eşit hale getirmiştir.

d. Cezai Sorumluluk

Cezai sorumluluk, failin işlediği suçun sorumluluğunu yüklenmesidir.Cezai sorumluluk araştırılırken suçun maddi sonuçları değil, failin suçu işlerken ehliyetinin bulunup bulunmadığı,

95. Taner, age., s.577

96. Hucurat, 13

97. Bevhaki. 97

suçlunun sosyal veya dini bakımdan mükellef olup olmadığı araştırılır. Cezai sorumluluğun tam olabilmesi için suçun irtikabı anında failin akıl ve hür irade sahibi olması şartı aranır Bunun böyle olduğu konusunda fıkıh bilgileri hemfikirdirler. Bir kişinin cezai sorumluluğu yüklenebilmesi için aşağıda gösterilen şartlar aranmaktadır. Bunlar(98):

- a) Suç herhangi bir zorlama olmaksızın işlenmiş olmalıdır.
- b) Fail suçunu işlerken *"Bütün yeteneklerini ve Allah vergisi olan meziyetlerini kullanmıştır"* denecek biçimde akli bir faaliyet içinde olmalıdır.
- c) Yaptığı fiil manevi yönden, kanunlara ve ahlaki prensiplere aykırı olması dolayısıyla suç teşkil etmelidir.

Bir suçun faili, suçun işlendiği zamanda bu şartların bulunduğuna dair delil mevcut değilse her türlü cezadan muaf sayılacak mı? Çünkü bu şartların birçok durumda bir arada bulunup bulunmadığının tesbiti son derece zor olmaktadır.

İşte bu nedenledir ki çeşitli hukuki ekoller meydana gelmiştir:

1. Bazı hukuk sistemleri maddi yöne eğilmiş, suçun yol açtığı zararı gözönüne almış, failin suçlu olup olmadığına bakılmamıştır. Onlara göre suçluya işlediği suçun cezasını yüklemek, korunması arzu edilen toplumu himaye etmek demektir. Bu ekol irade serbestisini temel olarak ele almıştır(99).
2. Diğer bir ekolde ise birinci ekolün tam tersine bir anlayış hakimdir. Burada fail suç işlerken psikolojik yönden bir etki altında olduğu kabul edilir. Burada cebir, etkenlerin ve kalıtım kanunlarının etkisi ve baskısıdır.

Bu ekolün değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur; Bu ekol cebriye görüşü nü, hem cezada, hem de suçta öngörmektedir. Suçlu kendi iradesini yönlendiren çeşitli

98. Ebu Davud; Zekat, 32 Ahmet, Müsned, 3/34

99. Ebu Zehra, age, s.396

100. Ebu Zehra, age., s.396

etkenlerin altında bulunduğuna ve iradesi o etkenleri kontrol altına alamadığından, o suçu işlemek zorunda kalmıştır. Toplumda kendi bünyesini koruyabilmesi kendisine gelecek zararı savuşturabilmesi için, suçlulara caydırıcı cezalar vererek kendisini savunması kaçınılmazdır. Bu ekole göre suçta insan iradesinin bir fonksiyonu yoktur. İradenin olmaması ile aklın bulunmaması arasında herhangi bir fark yoktur(100).

3. Üçüncü bir ekol, nisbi irade taraflısı ekol olarak da bilinir. Bu ekol insanın çevre gibi kalıtım gibi bir takım kayıtlardan tamamen serbest olduğunu ve mutlak iradesinin bulunduğunu savunmamaktadır. Öte yandan, kalıtım, çevrenin, insanın zengin veya fakir olmasının, bilgili veya cahil olmasının insan iradesini tamamen elinden aldığını iddia etmiyor. İnsanın iradesinin bulunduğunu ve dilediğini yapabileceğini, yaptığıının sorumluluğunu üstlenebileceği tezini savunmaktadır. Bu görüşün taraftarı bazı bilginler, suç ile sorumluluk kaynağı olan iradenin, tercih teorisinden uzak olduğunu, bu teorinin inanç sistemi içinde mütala edilmesi, hukuk çerçevesi içinde ele alınmaması gerektiğini söylüyorlar(101).

4. Yukarıda belirttiğimiz hukuki ekolden türemiş bir dördüncü ekol daha vardır ki, onun görüşleri şu temele dayanır: Diyelim ki suçlu hastadır, duyguları rahatsızdır ve bu hastalık o kişinin toplumdan nefret etmesine toplumu kendisine düşman olarak görmesine yol açmıştır. Bu hastalık kendisinin toplumun bir parçası olduğu hissine manidir. İşte bu gibilerin tedavileri, kendilerine ceza verilerek yapılamıyacaktır(102).

Eskiden Araplarda suçlulara "ŞEZZAB" denirdi. Onlara bu ismi toplumdan uzaklaştıkları ve topluma zarar vermek için fırsat gözettikleri için vermişlerdir. Bu görüşün Mısır'da bayraktarlığını yapan Prof. Dr. Muhammed Fethi, suçları dört kısma ayırmaktadır(103).

101. Ebu Zehra, age, s.398

102. Ebu Zehra, age, s.399

103. Fethi, Muhammed, İlmü'n-nefsil-cinai, C.II, s.138-148-149

d1) Sinir Hastası Olan Suçlular

Bunlar ruhi nedenlerle suç işleyen kimselerdir. Böyleleri kendi nefisleri ve vicdanlarıyla mücadele ederler veya vicdanlarıyla sosyal dürtüleri mücadele verir. Bu gibilerin en belirgin suçları, hırsızlık, yangın çıkarma ve asılsız ihbardır. Bu görüşü savunan hukukçulara göre bu tür suçlulara hapis cezası fayda sağlamaz Hatta hapis cezası onları daha da azdırır. Bu tür suçluların en güzel tedavi yolu onların işledikleri suçların ilmen ve psikolojik tahlillerinin yapılmasıdır.

d2) Normal Suçlular

Bunların işledikleri suçlar sosyal bir sebebe dayanmaktadır. Bunların suç işlemelerine sebep yaşadıkları sosyal çevre, bu çevrenin gelenekleri, adetleridir. Bunların tedavi edilmesinin en güzel yolu sosyal çevresini değiştirmektir.

d3) Marazi Suçlar

Bunların işledikleri suçlar yaradılışından kaynaklanan bir illete veya akli bir hastalığa dayanır. Bunların yeri akıl hastaneleridir.

d4) Arizi Suçlular

Arizi suçlu demek, gelip geçici bir durum nedeni ile yada ruhi bir takım reaksiyonların ve etkenlerin tesiri ile suça itilen kişiler demektir. Burada suçun nedeni suçlunun kişiliğinde bulunan bir ayıp değildir. Burada o insanın suça itilmesinin asıl sebebi içinde bulunduğu durumdur. Bu suç türüne kaynağı hata ve ihmal olan bütün suçlar dahildir

Şu üç yolla suçlularla mücadele edilir(104).

104. Fethi, Muhammed, İlmün-Nefsi'l-Cinai, c.III, s.132-141-149

- a. Halkı Bilinçlendirmek;eğitmek, hayat standartını yükseltmek, devletin zulmettiği herkese fırsat vermek ve yeteneği olan herkese fırsat eşitliği tanımak.
- b. Delilik derecesine varmış ruhi sapıklık ya da asabi hastalık içinde olan kişileri tedavi etmek, böylece onların bu hastalıkları nedeniyle suç işlemelerini engellemek.
- c. Eğer suç işlenmişse caydırıcı olmak için mutlaka ceza vermek; bundan amaç caydırıcılığı sağlamaktır(105).

e. Ceza ve Sorumluluk Teorileri Karşısında İslamın Tutumu

İslam Ceza Hukuku, idrak yetenekleri olmayan yada eksik olan veya iradeleri olmayan kişiler için bedeni cezalar vermeme görüşündedir.

İslam hukukçuları, irade hürriyeti konusunda üç temel gruba ayrılmıştır. Bunlar Cebriye, mutlak hürriyet, nisbi hürriyet taraftarıdır. İrade teorisi tartışmaları daha çok tarihte Kelam ilmi disiplini içerisinde tartışılmakla birlikte bu tartışma kişinin fiili sorumluluğuyla yakından alakalı olduğu için hukuku da ilgilendirmektedir(106).

Modern hukuktaki cebir tartışmalarını tarihte Kelam bilginleri yapmıştır. İslam Hukukçularının cebir sebebi, öbürlerinden farklıdır. Zira Modern Hukukçular cebir sebebini kalıtıma, çevreye, kişinin psikolojik durumuna, suçun işlendiği andaki kişiyi çevreleyen durumlara bağlamaktadırlar. Bunlara karşı görüşte olanlar ise bu etkenlerin mutlak iradeye engel olamayacağını söylemektedirler.

İnsan iradesi tartışmasına katılan İslam Bilginlerinin çoğunluğu insanın nisbi iradesinin olduğunu ifade etmektedirler.İslam düşüncesindeki irade tartışması ile Batı Hukukundaki irade tartışması aynı değil, aralarında mahiyet farklılığı söz konusudur.

105. Fethi, Muhammed, İlmün-Nefsi'l-Cinai, c.III, s.138-150

106. Ebu Zehra, age, s.400

İslam düşüncesinde modern hukuktaki insan iradesini etkileyici şartlar olarak gösterilen şeylerin yerinde “ALLAH” vardır(107).

İslam Hukukunda prensip olarak suçlunun iradesi, tercihi ve akli bulunduğu sürece mazur değildir. Ancak akıllı ve mesul sayılması için, yaptıklarının cezasını çekecek durumda olması şartı aranır. İnsan birtakım psikolojik kompleksler içindedir veya asabi bir durumdadır diye mazur olamaz.

İslam hukukçuları cezai mesuliyet konusunda çevre faktörünü de gözönünde bulundurmışlardır. Bozuk bir çevre suçu meşrulaştırmamakla birlikte mesuliyet konusuna etkisi hukukçular tarafından tartışılmıştır(108).

İslam hukukçularının çok sık olarak örnek verdikleri birinci konu: Hz. Ömer'in kıtlık senesinde hırsızlık suçuna gerekli cezayı vermemesi hadisesidir. Hz. Ömer uygulamasında "Ramada yılı"(açlık yılı) hırsızlık suçlarına had cezası uygulamamıştır. Hatib b. E bi Balta'ya hizmetçileri bir deve çalmış, kesip yemişlerdi. Hz. Ömer bunlara şeriatın ön gördüğü cezayı vermemiştir. Hatib'a devenin iki katını tazmin ettirdi. Bu iki olayda Hz. Ömer hükme bağlanan had cezasını düşürdü, fakat bu hükmü mani bir sebepten dolayı söz konusu olaya tatbik etmemiştir. Burada suçun irtikabı mecburiyet karşısında olmuştur. Bu mecburiyet kalıpta cezai sorumluluğu düşürmüştür(109).

Burada gözardı edilmemesi gereken bir prensib daha vardır; oda mağdur olan tarafı rahatlatma prensibidir. Eğer suçluyu mazur görmek suretiyle işlediği suçun sorumluluğunu üzerine yüklemesek o zaman, başka mahzurlu durumlar ortaya

107. Ebu Zehra, age, s.402

108. Ebu Davut; zekat 32; Ahmet, Müsned, 3/34; Müslim 38

109. Ebu Davut; zekat 32; Ahmet, Müsned, 3/34; Müslim 38

çıkacaktır. En başta mağdur taraf suçluyu mazur görmeyecek ve kendi yöntemleriyle ceza vermeye yetenecek ve anarşinin topluma yayılması tehlikesi kendini gösterecektir(110).

e1) Cezai Sorumluluğu Olmayanlar

İslam Hukuku kişiye sorumluluk yüklerken, kişilerin yaptıkları fiiller özel veya genel bir zarar doğursa bile, kişilerde idrak unsurları, irade hürriyetleri ve fiilin sonuçlarını tam olarak kasdetme bulunmadığı sürece kişiyi suçlular zümresine katamaz. Buna göre idraki olmayanlar zümresine dahil olan; çocuklara (İster mümeyyiz olsun, isterse olmasın) cezai sorumluluk yüklenemez. Mecnun ve matuh gibi bir idraki olmayan kişiye sorumluluk yüklenemez. İslam Hukuku fiilin işlendiği anda kişinin bilinci ve şuuru yerinde değilse ona sorumluluk yüklemeyiz. İsterse böyle birinin, uyuyan yada baygın olan kişiler gibi aslında idrak yeteneği bulunmuş olsun farketmez. İkrahi mülcî ile zararlı bir fiili yapmaya zorlanmış olan bir kişi de suçlu sayılamaz. Çünkü işlediği zararı isteyerek yapmamıştır.

İslam Hukukunda aklın cezai sorumluluk açısından tam olması, bülûğ çağıyla başlar. Cezai sorumluluğun ikinci şartı olan hür irade ise hiçbir tehdit altında kalmadan iradeyi etkileyecek biyolojik etkenler olmadan failin söz konusu fiili kasdetmesidir. İslam Hukukunda mükellefiyet sadece temyiz kudretine değil, tam akıl unsuruna dayandırılmıştır. Bir fiili yanlışlıkla yapandan, unutarak veya başkası tarafından tehdit edilerek zorlanan kişilerin günahları kaldırılmıştır. Hz. Peygamber:

"Kalem(hüküm) üç kişiden kaldırılmıştır. Bülûğ çağına erene kadar çocuktan

uyanana kadar uyuyandan ve akli başına gelene kadar deliden"(111)

buyurmuştur.

110. Ebu Zehra, age, s.402

111. Buhari , Talak 11, Hudud 22; Ebu Davut, Hudud 17, Nesai, talak 21; İbni Mace, talak 15, Darimi, Hudud 1, Ahmet, Nüsned 1/116

e2) Tarih Boyunca Cezai Ehliyeti Olmayan Suçluların Durumu

Eski çağdaki hukuk sistemleri hemen hemen hepsi bunları cezalandırmıştır. Hatta bazıları, diğer suçlularla söz konusu faileri dahi ayırmadan tecziye usulünü benimsemiştir(112).

Eski hukuk sistemleri Orta Çağda yerlerini Avrupa Hukuk sistemlerine terketmiştir. Avrupa hukuk sistemlerinde suçun faili ile ilgili bir araştırma yapılmıyordu. Fransız ihtilali sonucu Doğu aleminde yeni olmasa da Avrupa için yeni olan iki prensip doğmuştur. Bu prensiplerden birincisi: Bir fiilin yasak bir fiil olması için, onun failinin serbest ve hür bir iradesi, fiilin sonucunu istemesi lazımdır. İkinci prensip suçundan ailesinin sorumlu olmamasıdır.

Deliler ve çocuklar işledikleri suçlardan dolayı asla cezalandırılmazlar. Ancak veliler, delilerin işledikleri suçlardan dolayı tecziye olmazlar, fakat kusurları varsa mali zararın tazmini cezasına çarptırılırlar.

Söz konusu kişilerde eğer meseleye sadece insanın yaratılış açısından bakacak olursak, suçlu niteliğini tesbit edemeyiz. Aksi durumda toplumun hakkını korumamış oluruz. Failin kastına, iradesine ve idrakine bakmaksızın, bizzat zararlı olan fiillerden doğan, zararlardan toplumu koruma hakkını bir kenara bırakmış oluruz. Bu mesele eskiden beri tartışmalı bir meseledir. Bu mesele üzerinde eski hukukçular ve filozoflar iyiden iyiye düşünmüşler ve toplumdan yada fertten yana tercihte bulunmakta tereddüt etmişlerdir.

- Bazı eski hukuk sistemleri, deliye ve çocuğa sorumluluk yüklemişler ve onların sorumluluklarını derecelere ayırmışlardır:(113).

112. Ebu Zehra, age, s.404

113. Ebu Zehra, age, s.405

1. Eski Çin Hukuku gibi bazı hukuklar, "*deliler ve çocuklar yaptıkları fiillerden sorumlu* *ludurlar*," demişlerdir. Çocuklara ve delilere bedeni cezalar öngörmüşlerdir. Çoğu zamanda bunların cezaları, diğerlerine nisbetle daha az ağırlıktadır. Roma hukukunda delilerin bu dönemlerde cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Roma Devleti İmparatoru Markos Orelus bir emir çıkarmış, orada deli olduğu tesbit edilen faillerin cezalandırılmalarını kesinlikle yasaklamıştır. Bu emir zımnen Roma Mahkemelerinde o zamanlar çocuk ve delilerin cezalandırıldıklarını göstermektedir.
2. Deliler ve çocuklar işledikleri suç ve zararı kendi mallarından tazmin ederler. Bunların cezaları bedeni değil, malidir. Mesela adam öldürdükleri zaman cezaları mali cezaya inkilap eder.
3. Delinin ve çocuğunun işlediği suçtan dolayı onların aile fertlerinin sorumlu olmasıdır. Yunanlılar ve Çinliler bu prensibi kabul etmişlerdir. Eski Yunan kanunları vatan ihanet ve dine karşı saygısızlık suçlarında bu prensibi benimsemiştir ve sorumluluğu bütün aile fertlerine yüklemiştir.
4. Ailenin fertlerinden birisinin işlediği suçtan dolayı delilerin ve çocukların aileri ile birlikte cezalara çarptırılmalarıdır.

Ceza ehliyeti olmayanların cezalarının, mali cezaya çevrilme fikrinin filozof Eflatunda da olduğu görülmektedir. Adam öldürme suçu dışında bir üyesinin işlediği cinayetin sorumluluğuna ailesinde katılması gerektiği fikri filozofların önderi Eflatun'a aittir(114).

Eflatun, "el-kavnin" isimli eserinde der ki; "Bir çocuk adam öldürme cinayeti işlerse bir sene sürgüne gönderilir. Sürgün yerinden kaçana iki yıl hapis cezasını uygulanır (115).

114. Ebu Zehra, age, s.410

115. Ebu Zehra, age, s.412

Eflatun' un öngördüğü ceza, bu çeşit suçları işleyen çocukları çocuk ıslah evlerine kapatan modern uygulamalarına benzemektedir.

e3) Bilmeme, Sarhoşluk ve İkraah Durumunda Cezai sorumluluk

Mükellef olduğunu bilmeyen kişi ve temyiz dengesini yitirmiş sarhoştan mükellefiyet kaldırılmıştır. Birincinin gerekçesi gaflet halinde olması, ikincisinin gerekçesi ise sarhoşluk durumu dolayısıyla aklın tam olmamasıdır. Söz konusu iki durumun nihayete ermesiyle sorumluluk başlar(116).

İslam Hukuku Bilginleri "Ikrah-ı mülci ile korkutulup bir fiili yapmaya zorlama durumunda failin mükellef olup olmama konusunda ihtilaf etmişlerdir. Ikrah-ı mülciye maruz kalan bir kişinin fiilinden sorumlu tutulması, İslamın temel prensibi olan "teklif-i mala yutak" prensibine aykırıdır. "Teklif-i mala yutak" aklen caiz olsa bile nakil olarak vuku bulması imkansızdır. Çünkü Resulullah(s.a.v.). "Benim ümmetimden hata, unutma ve zorlanarak yaptıkları fiillerin sorumluluğu kaldırılmıştır" buyurmuştur(117).

f. Mali Olarak Kasır Ehliyetlinin Cezalandırılması

Deliler ve çocuklar başkalarına zarar verdikleri zaman kendi mallarından bu tazmin edilmektedir. Böylece sözkonusu kişiler mali olarak cezalandırılmış olmaktadır.

Bir kişinin bir başkasının malını telef etmesi bazen tazir cezası, bazende had cezasını gerektirir. Deli ve çocuk prensip olarak ne had ne de tazir cezasıyla cezalandırılmaz.

116. Ebu Zehra, age, s.420

117. İbn-i Mace, Talak 16

Mağdur tarafın zararına gelince, iki açıdan bakmak lazım. Telef olan mal açısından baktığımız zaman, bu telef mutlaka iki taraftan birinin hesabına telef olacaktır: Ya telef eden yada mal sahibi hesabına. Malın mal sahibi hesabına telef olmasını düşünmek adil düşünceye aykırı sayılmıştır(118)

Bu şartlar altında İslam Hukuku bilginleri "Mal telef edildiği zaman daha başta, mislinin tazmin edilmesini yani mal misliyle, kıyemiyse kıyemiyle tazmin edilmesini gerektirir" derler. Mal telef edilir edilmez kişinin zimmetine bunun tazmin borcu geçer. Buna, failin doğurduğu tazmin yükümlülüğü denir. Bu yükümlülük ceza kabiliyetinden değil, bir çeşit tazmindir(119).

Klasik mektepler normal şartlarda insanın mutlak hür olduklarını kabul ederler. Bunun anlamı hayır ve şerden "iki zıddan" hayır ve şer arasından birisini seçmek demektir. Onun için bütün suçlulara nisbetle bir tek ceza koyma görüşünü benimseyip iki hudutlu cezaya taraflar olmak gerekir.

Yeni klasikler, insanın mutlak hürriyet sahibi olmadığı veya mutlak cebir altında bulunmadığını söylerken, bu ekol, insanların zaman mekan ve muhitin durumlarına göre seçenek bakımından farklılıklarını düşündü ve bir cürümden ötürü iki (en yüksek ve en aşağı sınırı mevcut) ceza kabulünü, suçlunun ahvaline göre iki sınır arasında uygun bir ceza takdirinin hakime bırakılmasını düşündü(120).

Pozitivist ekol ise cezai sorumluluğun kaynağının muhtar iradenin bir esas oluşunu inkar ederek, suçlunun suç işleme anında, suçlunun iradesinin bulunmadığını, belkide onu işlemeye mecbur olduğunu iddia etmektedir. Suçlunun cürmünü fizyolojik ve sosyolojik sebeblere bağlamaktadırlar. Onun için bizatihi ceza fikrinin bütün hallerde tat

118. Ebu Zehra, age, s.422

119. Ebu Zehra, age, s.423

120. Şafak, age, s.58

iki bir fayda taşımadığından doğru olmadığına, önemli hususun cemiyetle mevcut veya ilerde vücuda gelecek suçlu kişilerden korunmak ve mümkün olan bir kısım tedbir ve çarelerle durumlarını düzeltmek olduğunu ileri sürmüştür(121)

g. Cezalandırmanın Politik Esasları

Klasik ekol cezanın faydalığı fikrini savunmuştur. Cezanın cemiyeti suçtan koruduğuna inanır. Onlara göre eğer ceza suçtan daha hafif veya eşitse, suçluyu tekrar o cürmü işlemekten geri bırakmaz.

İtalyan pozitivist ekol, cezada siyasi gayeyi cemiyetin menfeati ve suçun tesirlerinden korumak olduğuna, elemle faide arasındaki bir eşitlik yoluyla değil başka bir usulle varılacağı sonucuna varmaktadır. Bu ise, ceza verilirken mümkün mertebe suçlunun ıslahı cihetine gitmek, emniyet tedbirleri denilen yolla suç işlemeye teşebbüslerine imkan vermemek suretiyle zararın vukuunu önlemek metodu gibi yeni bir metoddur(122).

Bu gün artık suçla mücadele de, toplum ve suçlunun ortak yararlarının sırf suçluya azap ve ızdırap verme amacı güden bir müeyyideler sisteminin sosyal yarar ile bağdaşamayacağı anlaşılmıştır

Bugün için cezalar sisteminin, zindancılık anlayışından kurtarılması suretiyle toplumun savunmasının yanısıra, suçlununda uslanması amacını güden fikir ön plana çıkmıştır(123).

121. Şafak, age, s.58-59

122. Şafak, age, s.60

123. Dönmezer, age, c.I, s.6-7

İslam hukukunda ceza vermeden maksat, yeryüzünde fesadın çıkmasına mani olmak ve fertlerin toplumun huzurunu bozmasının önüne geçmektir.

Hanefi doktrinine göre, İslam Hukukundaki cezalar zecri bir nitelik arz etmektedir; hedef ve gaye günahkar ve isyankarları evlilik ilişkilerini bozmaktan, neseplerin karışıp kaybolmasından, ırz, akıl, can ve malı itlaf etmekten alıkoymaktır. Hanefiler İslam Ceza Hukukunun ceza müeyyidesini dünyevi olarak kabul ederek, söz konusu suçların uhrevi (Ahiretteki) ceza ile alakasının olmadığını ifade ederler. Uhrevi ceza ancak faal nedametle (tevbe) mümkün olacağını söylemektedirler;

"Kim bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde ebedi kalıcı olmak üzere cehennemdir"(124).

ayetiyle, yol kesiciler hakkında bildiğimiz cezalar sayıldıktan sonra

"...bu onların dünyada uğrayacakları rüsvaylık ve rezilliktir. Ahirette ise onlara(baş kaca) pek büyük azap vardır"(125).

İlavesi hem de ahirette ceza verileceğini haber vermekte sadece tövbe eden kişiden ahiretteki cezanın düşeceğini kabul etmektedirler(126).

İslam hukuku bilginlerinin çoğunun anlayışı, şeri cezaların asıl hedefi dünyada suçların önüne geçmek olduğunu kabul etmekle birlikte ahirette görmesi gereken cezayı telafi edip onun yerinde geçtiğini kabul etmektedirler... Kafirler(!) içinse sadece zecri özelliğini korumaktadır(127).

- İslam Ceza Hukukunun, cezalandırma siyasetine baktığımız zaman üç temel noktayı görebiliriz. (1) Suçlunun ıslahı, (2) başkalarına ibret olması, (3) Toplumu suçlunun şerrinden koruma.

124. Nisa 93

125. Maide 33

126. El Furuk, c. IV, s.181

127. Zuhayli Vehbe, Fıkıh Ansiklopedisi, c.VII, s.457

"Ey salim ökl sahipleri kisas da sizin için umumi bir hayat vardır..."(128).

ve zinakar kadın ve erkeğin ce zaları hakkındaki

"..müminlerden bir zümrede bunların azabına(cezalandırılmalarına) şahit ol sun"(129).

bu ibareler açık veya immalı şekilde İslamın cezalandırma siyasetini göstermektedir ler.

İslam Hukuku adelete büyük önem vermektedir.Kasten adam öldürme ve yaralanmalarda *"kisas"* esası getirilmiştir. Kisas eşitlik ve adalet şekillerinin en bariz olanıdır. Ceza fikrinin temelinde de zaten adalet fikri vardır.

İslam Ceza Hukukunda tehlikeli kişilerin tehlikelerinden cemiyeti koruma meselesi, İslam hukuku ceza fikrinde tetkik edilemez. Ancak tazir cezası olarak anlaşılan tarihte idari politikayı ilgilendiren bir husus olarak görülmüştür. Tazir cezaları nitelik olarak cezadan farklı *"emniyet tedbirlerini de "* içerisine almaktadır(130).

İslam hukukçularının kabul ettiği siyaset-i şerriye kavramı da ceza siyasetiyle yakından alakalıdır. Bazı İslam Hukukçuları bu kavramı řu şekilde anlamışlardır; Eğer Hz. Peygamber bir hüküm koymamış ve o konuda vahiyde yoksa, o gibi durumlarda "insanları kötölükten uzaklaştırmak, bir takım menfaatleri celb etmek ve insanları iyiye sevk etmek" takip edilen en uygun usuldür(132).

– İbn-i Abidin "Tazir bazen suç işlemeden de uygulanabilir," demektedir. Misal olarak, on yaşına ermiş kimsenin ceza ehliyeti olmadığı halde namaz kılmasını sağlamak i

128. El-Bakara 2/179

129. En-Nur 24/7

130. Şafak, age, s.61

131. Şafak, age, s.61

132. Şafak, age, s.60

çin dayakla cezalandırılması ve Hz. Ömer'in(r.a.) çok yakışıklı bir genci (Nasr b. el- Haccac'ı) hiç bir suçu olmadan, kadınların ona meftun olması nedeniyle sürgün etmesi misal olarak verilmektedir(133).

İbn-i Abidin'in bu görüşüne bazı İslam hukukçuları karşı çıkıp, sözkonusu misalleri bir tazir cezası olarak değilde, bir tedip olarak değerlendirmenin doğru olacağını ifade etmektedirler(134).

Suç ve suçluyla mücadele İslam Hukukunda had cezalarının dışındaki bütün mücyyideler ve uygulamalar "tazir" cezası şeklinde isimlendirilmiştir. İbn-i Abidin'in ve bazı İslam Hukukçularının anlayışı bu merkezdedir.

h. İslam Ceza Hukukunda Cezanın Taksimi

h1) Sınırları Belli Olup Olmama Açısından Cezalar

aa) Mukadder Cezalar

İslam hukukunda cezaların,(1) had cezaları, (2) cinayet cezaları ve (3) tazir cezaları şeklinde klasik bir tasnifi hemen hemen bütün konuyla alakalı kaynaklarda mevcuttur. Bu tasniflerin yanı sıra başka tasniflerde rastlamak mümkündür(135).

Haddin lügat manası mani olmaktır. İstilah manası: Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gerekli(vacib) bulunan sınırlı ve belli cezalardır(136).

Had cezaları amme menfaati ile alakalıdır. Allah hakkı amme menfaati ile eş an

133. Şafak, age, s.60

134. Şafak, age, s.60

135. Akgündüz,age, c.I, s.314

136. Kasani, Bedaye, c.VII, s.44

lamli olarak kullanılmaktadır. Bu tür cezalar nasslar tarafından tesbit edilmiştir. Had cezalarını gerektiren suçlar, " hırsızlık, yol kesme veya eşkiyalık, zina, kazf(iffete iftira), şarap içmek, irtidat ve görüş farkı bulunmakla beraber isyandan ibarettir"(137).

Cinayet cezaları, kısas, diyet ve kefare, mirastan mahrumiyet ile sonuçlanan suçları kapsamaktadır:

(1) "Kısas" yapılan şeyin mislini yapmaktır.Kısasta bedeliyet manası vardır. Kısas eşitlik esasına dayanır. Bu nedenle kasten adam öldürmede kısas, birinci öldürmenin misli ikinci öldürmedir(138).

(2) "Diyet", canın "bedeli olan malın" adıdır. Hanefi doktrinde yüz deve veya bin dinar altın veya onbin dirhem gümüşdür. İmameyn'e göre ise iki yüz sığır veya iki bin koyun veya iki yüz takım elbisedir(139).

(3) "Keffaret" ceza ile ibadet arasında bir şeydir(140). Kefferatlar beş nevidir; yemin bozmanın keffareti; hacda ihramlıyken traş olmanın keffareti, nikahlı karısının "sırtı" gibi bir uzvunu, anasının bakması yasak olan bir uzvu benzetmesinin keffareti, zihar keffareti, oruçlunun orucunu bozmasından dolayı tutulan oruç yani iftar keffareti, hatalı adam öldürmenin keffareti yani keffaret el- katildir(141).

(4) "Mirastan mahrumiyet" bir sonuç olarak durmaktadır; yani katil öldürdüğü adama varis olamaz. Kasıt ile veya benzeri bir şekilde adam öldürme cezası keffaretle birlikte, mirastan mahrumiyet ve katilin akilesine ağır diyetdir. Hataen adam öldürene de

137. Karaman, age, c.I, s.125

138. El Cassas, c.1, s.133; Es-Serahsi, El-Mebst, c.XXVI, s.60

139. El Kasani, c.VII, s.241

140. İbn Abidin, c.V, s.340

141. El Kasani, c.V, s.95

keffaret, mirastan mahrumiyet ve katilin akilesi üzerine ağır diyet gerektirmektedir(142).

bb. Gayri Mukadder Cezalar

"Tazir" kelimesi Arap dilinde çevirmek, redetmek, menetmek ve tedip etmek anlamlarına gelir. Hakkında had ve keffaret bulunmayan suç ve günahlarda Allah veya kul hakkı olarak icrası gerekli bulunan fakat miktar ve keyfiyeti nasslarla tesbit edilmemiş olan cezalardır(143).

İslam hukukunun temel kaynaklarında hakkında hüküm bulunan cürüm ve cezalara bakarak, "İslam Ceza Hukukunda Cürüm ve cezaların sınırlı olduğunu" söylemek doğru olmaz. Belki onlar cemiyetle fertlerin hak ve hukukunu ihlal ve rencide eden en ağır suç ve cezalardır. Bineanaleyh tazir cürümlerini ve cezalarını kesin olarak ortaya koymak mümkün değildir. Buna benzer cezalar bugünkü modern hukuklardada vardır. Oralarda da hakim yetkisini suçlunun durumuna göre genişletme temayülü görülmektedir. Kabahat sayılan suçlarda suçlunun ahvaline bakarak hakim birkaç cezadan birini seçme yetkisine sahip olmalıdır(144).

"Tazir" İslam hukuku bakımından, bir ceza, bir tedib bir hukuki siyaset mahiyetinde karşımıza çıkmaktadır. Şumülü çok geniştir. Devlet reisi bunlar hakkında amme maslahatına binaen cezalar hükümler kor. Aslında tazir cezası gerektiren bu fiillerin kötülüğü fert ve cemiyet için bir kısım zararlar ihtiva ettiği ayet ve hadislerde açıklanmıştır. Hakim veya yetkilii otoritenin yaptığı bu kötülükler hakkında ahvale göre "emri bil maruf esası dahilinde ve İslam hukukunun temel prensiplerine ters düşmemek ve islam hukukunun temel gayelerine göre ceza koymaktan ibarettir(145).

142. Akşit, age, s.56

143. Karaman, age, c.I, s.141

144. T.C.K., md.526

145. Şafak, age, s.63

Eski hukukumuzun her tazir suçunun cezasını ayrı ayrı tesbit yoluna gitmediği bel ki bunu zamanın yasama organına terkettiği savunulabilir. Ancak bu zamanın yasama organını demek olan ulü'l-emrin veya takdir yetkisi olan kadıların tamamen serbest bırakıldıkları anlamlarına da gelmemektedir. Bazı İslam hukukçuları tazirin alt ve üst sınırlarının tesbit edilmesi taraftarındırlar(146).

h2) Aralarındaki Münasebet Bakımından Cezalar

aa) Asli Cezalar

Bu cezalar suç için asli olarak konmuş cezalardır. Katilde "kıssas", zinada "recm", hırsızlığa "el kesme" gibi....(147).

bb) Bedeli Cezalar

Bu tür cezalar, asli cezanın mahalline kaim olurlar. Meşru bir sebepten dolayı suçların asli cezaları uygulanamazsa bunların yerine uygulanan cezalardır. Kısas yerine "diyet" kısas gerektiren bir şüphe varsa kısas yerine "tazir" ile cezalandırma gibi(148).

cc) Tabi Cezalar

Tek başına verilmeyip asli cezanın bir neticesi olarak uygulanan cezalardır. Katilin "mirastan mahrum bırakılması" "şahitlik ehliyetini ortadan kaldırmaz. Hakimin hükmünde bunları tasrih etmesine hacet yoktur(149).

146. Akgündüz, age, c.I, s.315

147. Et-Tedaribu'l-ihiraziye, s.43

148. Et-Tedaribu'l-ihiraziye, s.43

149. Et-Tedaribu'l-ihiraziye, s.43

dd) Tekmili Cezalar

Hakimin hükmünde tasrihe gerek olmakla birlikte asli ce zaya ek olarak verilen cezalardır. Mesela kesilen elin sarikin boynuna asılması gibi...(150).

h3) İlgili Oldukları Hak ve Menfaatları Bakımından Cezalar

aa) Cismani Cezalar

Ölüm cezaları, kısas, recm, el kesme, dayak gibi...cezalardır(151).

bb) Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar

Hapis, sürgün ... türü cezalardır(152).

cc) Mameleke Müteccillik Cezalar

Diyet ve Müsadereyi buna misal olarak verebiliriz(153).

150. Udeh, age, s. 654

151. Udeh, age, s. 654

152. Udeh, age, s. 654

153. Udeh, age, s. 654

B - EMNİYET TEDBİRLERİ

1. TANIMI

" Emniyet tedbirleri" terimiyle işaret edilen hukuki müessese hakkında tam bir tarif vermekten genelde müellifler kaçınmaktadırlar. Tariften daha ziyade ceza ile aralarındaki farkların nelerden ibaret bulunduğunu belirtmekle yetinirler(154).

Suçları önlemek ve faillerinin yeniden suç işlemelerine mani olmak için ceza kafi gelmemektedir. Bir kere gayri mesul olmaları hasabiyle cezalandırılmayanlarla birlikte, suçu itiyad haline getirenlerde vardır. Sözü geçen şahısların mümkünse terbiye ve ıslah veya tedavi edilmesi, mümkün değilse cemiyete zarar vermeyecek hale konması istihdaf edildiğine göre emniyet tedbirlerinin gayesi özel ve şahsi bazı önlemler almak suretiyle cemiyetin müdafasıdır(155).

Emniyet tedbirleri suçludaki tehlike anına orantılı olarak hükmedilen ve esas itibariyle sosyal savunma gayesine yönelmiş bulunan müeyyidelerdir(156).

Emniyet tedbirleri, ceza hukukunda cezanın uygulanamadığı, uygulansa bile mükerreren suç işlemeye engel olmada yetersiz kaldığı hallerde geleneksel ceza sistemini tamamlayan hukuki himaye vasıtalarıdır(157)

Emniyet tedbiri, fail açısından geçmişin hesabını sorma değil, suçlunun gelecekte evvela zararsız, daha da ileriye gidilerek toplum için faydalı hale getirilme çarelerini ara maktır.

154. Dönmezer, age, s.617

155. Taner, age, s.579

156. Dönmezer,age, s.617

157. Hafizoğulları, age, s.241

Toplum açısından ise mümkünse suçluyu toplum faydalı hale getirmek, eğer değilse onun zararından toplumu korumaktır.

Bu tariflerden yola çıkarak şöyle genel bir tarif yapmak mümkündür. Emniyet tedbiri, suçla mücadele ederken cezanın önleyemediği fiiller ve hukukun cezalandırma da yetersiz kaldığı şahısların işlediği suçlar ve tehlike haline karşı toplumun korunması ile ilgili alınan tedbirlerdir.

2. MENŞEİ VE TARİHİ GELİŞİMİ

Emniyet tedbirlerine dair ilk görüşleri eski Grek filozoflarından Platon'a kadar götürenler mevcuttur. Platon'un "ceza" ile "suçluyu iyileştirmek için ruhun ilacı olarak kullanılacak tedbirler" arasında ayırım yaptığı ve Seneca'da da benzer fikirlere rastlandığı açıklanmıştır. Fakat öyle anlaşılmaktadır ki, emniyet tedbirlerinin teorik bakımdan gerçek kaynağının pozitivist doktrinde aramak gerekecektir. Gerçekten "suçlunun tehlike hali" kavramı emniyet tedbirlerini de beraberinde doğal bir sonuç olarak getirmiştir(158).

İleri sürdüğü pozitivist görüşleriyle tanınan İtalyan tıp doktoru Cesare Lombroso tarafından bu ekol kurulmuştur. 1876'da yayınladığı "Suçlu kişi " eserinde, insanlar arasında ayrı bir yer işgal eden pek çok suçlu kişilerin nasıl tanınabileceğini araştırarak, bunların yaratılışlarındaki özelliklerinden tanınabilir olduklarını ileri sürmüştür. C. Lombroso, sonuç itibarıyla "Suçlu, fitraten veraset yoluyla gelen hayvani özelliklerin pek çoğunu kendinde bulunduran vahşi bir mahluktur" sonucuna varmaktadır(159)

158. Dönmezer, age, s.618

159. Şafak, age, s.51

Pozitivistlere göre suç işleyen kimse, suça sevkedici belli sebeplerin tesiri altında olan ve bu yüzden suç işleyemezlik edemeyen bir kimsedir. Bu bakımdan onun irade serbestliğinden söz edilemez. O halde bir kimseyi suçu işlemeye yöneltten onun iradesi, kötü niyetidir, demek eksiktir. Bazen ferdin kendisinde bulunan (akıl hastalığı, alkolizm, aşırı hassasiyet vs...) ve bazen de ferdin dışında olan bazı sebebler muayyen gen, bir ırk iktizası, adetler, ictimai sebebler, kötü bir muhitte yetişmiş olmak) dolayısıyla insan denen varlık suç işler. Ceza hukukçusu bu sebepleri göz önünde bulundurmak zorundadır(160).

Pozitivistler; psikolojik, biyolojik, sosyolojik sebepler üzerinde her hukukçunun durmasını, suç saiklerini ona göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtirler(161)

Pozitivist mektep Avrupa kanunlarının pek çoğunda sonradan önemli bir yer tutan "emniyet ve koruma tedbirlerinin" önemine dikkat çekmek zorunda kaldılar. Yine bu ekol, mükerreren suç işleyenlerde suçun ağırlığını takdirden önce suçlunun şahsiyetini takdir ve tesbit esasını ileri sürmüştür. Mesela suç işleyenlerin tevkifi ve özel ceza infaz nizamlarının kabulünü ve bazı suçlulara belirsiz süre ceza verip cezanın infazı anında iyi davrandığı ispatlandığı takdirde meşruten tahliye esasının kabulü mahpusların sınıflara ayrılmaları hapishanelerin suçlu ıslah istasyonları olduğu fikrini bu ekol ileri sürmüştür.

Pozitivistlerin sovundukları bu gibi fikirler, her ne kadar tenkide maruz kalmışsa bile, suç ve suçlular meselesinde konuyu tatbiki ilimlerin esasına göre izahları, inkarı imkansız önemli hizmetleri olan kriminoloji ilminin ilk çekirdeklerini teşkil etmiştir.

Emniyet tedbirlerinin Ceza Hukukunda kabul görme hakkını kazanması, ceza hukukunun bir yeniliğini teşkil etti. Emniyet tedbirinin ortaya çıkışı bir zorun luluğun ifa

160. Dönmezer, age, s. 618

161. Şafak, age, s. 51

desidir. Toplumun bizzat kendisini veya üyelerini koruması için asırlar boyu başvurduğu "ceza"nın yetersiz kaldığı, suçluluğun çeşitli toplumlarda artışıyla sabit olmuştur. Bu durum, suç ve suçluluyla mücadelede cezanın yanında, cezadan niteliği itibariyle değişik başka bir önleme türüne başvurmak zorunluluğunu hissettirmiştir.

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı bu hukuki reform hareketini pozitivistler başlatmışlardır. Suçluluğun nedenlerini, failin şahsından onun fizik, anatomik, Psikolojik yapısında arama yolunu tercih etmişlerdir. Onlar, suçlunun şahsında bulunan gayri tabilikler ve genel sebebiyet ilişkisi içerisinde meydana gelen suçu, doğum, ölüm gibi tabii bir hadise olarak kabul ederler. Söz konusu gayri tabiliklerin etkisiyle suç işleyen suçluyu harekete getiren nedenler onun iradesi dışındadır. İrade ve hareketlerinde serbest olmayan suçlular diğer bir deyişle irade serbestisi bulunmayan suçlular ve özellikle doğuştan suçlular hakkında ceza tehdidinin herhangi bir tesiri bulunmamaktadır. (162).

Pozitivistlere göre, asırlardan beri suçlulukla mücadelede kullanılan tek vasıta olan "ceza", suç ve dolayısıyla suçluların sayısını azaltmamıştır. Mesela Fransa'da 1826-1880 arası nüfus artışı 1/10 oranında yükselirken suç oranı ve mükerrer suçluların sayısı daha fazladır. mesela Fransa'da 1826-1830 arası 100 sanıktan 8'i mükerrer suçlu iken bu sayı 1876-1880 senelerinde 46'ya çıkmıştır). Bunun sebebi, suç işlerken kendilerine bir ceza verileceğini dahi düşünmeyen doğuştan suçlular ve ihtirasi suçlular bakımından "ceza" elverişli değildir. Sosyal tedbirlerle desteklenmeyen ve bu sebeple itiyadi ve tesadüfi suçluları suç işlemeye yönelten sosyaletkenlerle tek başına mücadele edemeyen "ceza", söz konusu kimseler hakkında yetersiz kalmıştır. Ayrıca cezanın amaçlarından biri de failin uslandırılması olduğundan ve bunun için onun kişiliğinin araştırılması gerektiğinden kendisiyle uzun müddet temasa geçilmeyen suçlunun ne kadar bir zaman zarfında uslanabileceğini önceden kestirilememektedir. Bu bakımdan onlara göre suçlu

lar hakkında yaptırımın(Yani cezanın) belli bir müddetle sınırlandırılması doğru değildir(163).

Bu ekolün görüşüne göre, mahiyeti ne olursa olsun, ne şekilde tanzim edilirse edilsin "ceza" suçluluk meselesini tam olarak halledemez. Cezanın yanısıra hakimin yanına verilecek diğer bazı tedbirlerle suçu önleme, cemiyeti koruma gayesi elde edilebilir. Bu düşünce, ilk bakışlarda şüpheli gözle bakılan bir müesseseyi doğurmuştur. Daha sonra bu müessese suça karşı açılan mücadelenin gelişmesinde ön safha geçmiş ve müsbet ceza hukukunda yerini almıştır(164).

"Emniyet tedbirleri"nin gelişimi başka bir anlamada gelebilir. İkili sistem "ceza" kavramının anlamında bir değişikliği ifade etmiş olabilir. Ceza daha ziyade "Islah görevi" ni üstüne almış, "önleme görevi" ise daha ziyade "emniyet tedbirleri" ne verilmiş gibidir. Bununla birlikte "ceza" ile "emniyet tedbiri" ayrımı pek sarıh değildir. Bazı memleketlerde "ceza" kabul edilen bir müeyyidenin diğer bir memlekette "emniyet tedbirleri" sayıldığı görülmektedir(165).

"Emniyet tedbirleri"nin faydalı ve lüzumlu olduğu konusunda bütün ceza ekolleri müttefiklerdir. Yalnız pozitivist ekol temel prensipleri gereği, cezalar yerine tamamen emniyet tedbirlerini ikame etmek istediği halde, "yeni klasik ekol", manevi mesuliyet esasına sadık kalması dolayısıyla, cezaları yine temel olarak kabul etmekte, fakat bunların yanında emniyet tedbirlerine de yer vermektedir(166)

Pozitivistlerin tedbire ilişkin düşünceleri mevzuatı da etkilemiştir. Ferri'nin başkanlığında hazırlanmış olan 1921 İtalyan Ceza Kanunu ön tasarısı, "ceza" terimine yer ver

163. Tosun, age, s.22

164. Şafak, age, s.54

165.. Artug, agm, s.350

166. Dönmezer, age, s.56

meyerek "yaptırım" kavramını kullandı. Rusya'da Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği, 1926'da yürürlüğe konan Ceza kanununun 1.maddesin de toplumsal bakımdan tehlikeli fiillerin faillerine "toplumsal savunma tedbirleri"nin uygulanmasını öngördü. Ceza hukukunda reform hareketinin İtalya'da başlamasına karşılık XIX.asrın sonunda ilk defa Carl Stoos'un eseri olan 1893 İsviçre Ceza Kanunu ön tasarısı suçla mücadelede cezalar yanında "emniyet tedbirleri" ne ikinci ve etkili bir toplumsal vasıta olarak yer verdi(167).

3. EMNİYET TEDBİRLERİNİN MAHİYETİ

Son zamanlarda Ceza Hukuku sahasında yeni gelişmeler dolayısıyla ve suç ile daha müessir bir surette mücadele edilmek gayesiyle, cezaların yanı başında ve onlardan ayrı karakterlere haiz "emniyet tedbirleri" adı verilen bazı tedbirlerin kabul ve tatbikine ihtiyaç görülmüş ve yeni ceza kanunları, cezaların yanında bu tedbirlerede yer vermiştir.

Suç işleyen kimsenin, bir takım sebeblerin etkisi altında o suçu işlediği kabul edilirse, bu sebeblerin ortadan kaldırılmasının gerektiği sonucuna varılmaktadır.Ceza ise her zaman bu gereği yerine getirememektedir. Ceza ancak sorumlu olan kişilere uygulandığından sorumsuzlar karşısında toplumun çaresiz kaldığı da açıktır. Böylece cezanın ortadan kaldırmadığı suç sebeblerini ortadan kaldırmak ve ayrıca sorumlu olmayan kimselerin işledikleri suçlar karşısında çaresiz kalmamak için, cezalardan ayrı bir "yaptırım" çeşidi kabul edilmek zorunda kalmıştır(168).

Emniyet tedbirleri diğer bir açıdan Devlet tarafından bir himaye vesilesidir. Bu tedbirler her ne kadar suç teşkil eden bir fiilden sonra alınmasına mukabil, asla o fiile

167.Tosun,age,s.22

168.Şafak age,s,54

verilen bir karşılık veya cevap değildir. Çünkü suç teşkil eden fiile nedensel veya isnadi bir münasebet içinde bulunmamaktadır. Emniyet tedbirinin alakalı olduğu bir durum suç teşkil eden fiilin failinin içinde bulunduğu statüdür. Bu statü ise failin tehlikelilik halidir. Burada işlenen suçun, failin tehlikeliliğinin bir tür nedeni olduğu elbette doğrudur. Ancak varolma nedenini suçlunun tehlikelilik halinde bulan emniyet tedbirlerinin uygulanmasına bir neden değil, sadece bir fırsat veya vesile teşkil etmesidir. Tehlikelilik hali geleceğe ait mümkün ve muhtemel bir tehlikeydir. suç ise geçmiş veya hale ait olan fiili bir zarar halidir. Emniyet tedbirinin ceza hukukundaki görevinin, sadece geleceğe ait mümkün ve muhtemel bir tehlikeyi engelleme, açıkçası önleme olması demektir(169).

Ceza vermek ve emniyet tedbirleri almak, prensip olarak hakimın görevidir. Buna karşılık idari makamın görevi, cezayı infaz etmek, yani mahkemenin kararını yerine getirmektir. Emniyet tedbiriyle ilgili olarak idari makam ayrıca, failin iyileştiğini tesbit etmek ve bu saptamayı hakime bildirmek zorundadır. Yeni bir kararla iyileşme halinde kişinin serbest bırakılmasına hükmetmek hakimın görevi dir. Uygulamada ise henüz işlememiş ve kusur ehliyeti olmayan şahısların hakkında emniyet tedbirlerinin hükmedilmesine idari makamlar yetkili kılınmaktadır(170).

4. EMNİYET TEDBİRİNİ HUKUKİ NİTELEĞİ

Emniyet tedbirleri cezanın ortadan kaldıramadığı suç sebeplerini ortadan kaldırabilmek ve ayrıca sorumlu olmayan kimselerin işledikleri suçlar karşısında çaresiz kalmamak için, cezalardan ayrı bir yaptırım çeşididir. Emniyet tedbirlerinin cezalardan ayrı birçok farklı tarafları mevcuttur. Bu farklılık aşağıdaki şu maddeler halinde belirtebiliriz:

169.Erem,age,s.376

170.Erem,age,s.376

- a. "Ceza" yaptırım çeşidinin en eskisidir. "Emniyet tedbiri" nin ise en moderni olduğu söylenebilir(171)
- b. "Ceza" suçluyu birtakım yoksunluklara tabi tutar ve bir bakıma keffaret teşkil edici bir müeyyidedir. "Emniyet tedbirlerin" den amaç, suçluyu ıslah ederek sosyal bir fayda temin etmektir. Bu noktada emniyet tedbirleri tehlike haline karşı uygun tedbirlerle önleyici bir tepki göstermek amacını güder(172).
- c. "Emniyet tedbirleri" uygulanırken suçlunun geleceği dikkate alınır, onun suç işlediği için değil, ilerde suç işlememesi için bu gibi tedbirler başvurulur(173).
- d. "Emniyet tedbirleri" de ceza da olduğu gibi fail hakkında işlediği bir suçtan sonra uygulanır, fakat emniyet tedbirlerinin nevini ve derecesini, ne suç ne de failin sorumluluk derecesi belirlemez. Emniyet tedbirlerinin esası, nevi ve derecesini faildeki tehlike halinin ortadan kaldırılması amacı ile uygulandığından bu konuda "süresi önceden belli olmayan hüküm" usulünün uygulanması gerekir(174).
- e. "Emniyet tedbirleri" nin infaz edildiği müesseselerde pedagojik ve tıbbi kurallar geçerlidir. Bu kurumlarda mahkumun cezalandırılmasına değil, toplum için arzettiği tehlike halinin yok edilmesiyle ıslahına, iyileştirilmesine çalışılır(175).
- f. "Emniyet tedbirleri" irade serbistisi ve temyiz kudretine sahip olmayan kimseler hakkında ve hatta özellikle bu kimselerin toplum bakımından tehlike oluşturdukları düşüncesiyle uygulanır.
- g. "Emniyet tedbirleri" için genel af, özel af, tecil, zaman aşımı gibi cezalara ilişkin hükümler geçerli değildir(176).
- h. "Ceza"da hem umumi, hem de hususi önleme istihdaf edildiği halde, emniyet tedbirinde yalnız hususi önleme mevcuttur(177).

171. Tosun, age, c. II, s. 277

172. Tosun, age, Cii, s. 278

173. Artuk agm, s. 353

174. Artuk agm, s. 352

175. Taner, age,

176. Hafizoğulları, age

177. Dönmezer age

- i. "Emniyet tedbirleri" Devlet tarafından bir "fiil" dolayısıyla sağlanan himaye ve sınırlardır.Ancak bu yaptırım suç teşkil eden bir fiilden sonraki bir yaptırım olmasına rağmen, asla o fiile verilen bir cevap veya tepki değildir(178).
- j. "Emniyet tedbirleri" hükmedilişleri yönünden adli bir nitelik taşırlar(179)
- k. "Emniyet tedbirleri" suçla değil, varolmaları nedeni olan suçlunun tehlikelilik haliyle orantılıdır ve ona uygun olmak zorundadır(180).
1. "Emniyet tedbirleri" hiç bir zaman hayata ilişkin olamaz, sadece hürriyeti, hakları ve mal varlığını ilgilendirebilir.Ancak mevcut bütün bu farklarla beraber, cezalarla emniyet tedbirleri arasında müşterek noktalar da vardır.
- 11). Suçların kanunilik prensibi emniyet tedbirlerinin tatbikinde de caridir. Demek ki, ancak objektif bakımdan suç teşkil edici bir fiil işlendiği ve kanunun muayyen hal ve durumlar mevcut olduğu takdirde emniyet tedbiri tatbik edilir.
- 12). Emniyet tedbirleri de ceza mahkemeleri tarafından hükmolunur ve sonuç olarak takibat veya muhakeme sırasında müdafaa haklarını kullanma imkanını bulur (181)

178.Hafizoğulları

179.Dönmezer age

180.Artug agm.s.353-354

181.Taner age.

İKİNCİ BÖLÜM

EMNİYET TEDBİRİ ÇEŞİTLERİ

I. UYGULANAN FAİL AÇISINDAN EMNİYET TEDBİRLERİ ÇEŞİTLERİ

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini başlatan "*pozitivistler*", suçluluğun nedenlerini failin şahsında, onun fizik, anatomik, psikolojik ve fizyolojik ya pısında aramıştır. Pozitivistlerin önde gelen hukukçularından "*Lombroso*", suçlunun şahsında bulunan gayri tabilikler nedeniyle ve genel sebebiyet ilişkisi içinde meydana gelen suç, doğum, ölüm gibi tabii bir hadise olarak kabul eder. Lombroso'a göre suçlu yu harekete geçiren nedenler onun iradesi dışındadır. İrade ve hareketlerinde serbest ol mayan suçlular (diğer bir deyişle irade serbestisi bulunmayan suçlular) ve özellikle do ğuştan suçlular hakkında ceza tehdinin bir tesiri bulunmamaktadır(1).

İslam hukukunda cezai sorumluluk kişinin hukuki mesuliyetini gerektirir. Mesuli yetin önşartı ise tam ve kamil idrak kabiliyetidir(2). İslam hukukunda cezai mesuliyetin şartlarını şöyle izah edebiliriz; Failden sudur eden, yasaklanmış bir fiil (maddi sebebi yet ala kası, kendi ihtiyari ile cürmü irtikab eden fail de (manevi sebebiyet alakası) idrak gücü bulunur ki buna cezai ehliyet diyebiliriz(3).

Temyiz ve idrak gücünde hiç bir eksiklik olmadan fail suç sayılan bir fiil işlemiş o labilir. Fakat failin bu fiili serbest iradesi ile değil karşı karşıya kalmış olduğu bir durum sebebiyle işlemiş olabilir. Mesela, nefsi müdafaa veya ızzar halinde olduğu gibi. Burada fail sorumlu olmayacağı gibi, cürmün mesuliyetinin bir başkasına hamledilme side söz konusu olmayacaktır. Fakat bu durumda kamu nizamını sarsan cürüm ortada kalmamakta bir başkasına mesela mükrihe isnad edilmektedir(4).

-
1. Artuk, Emin; Argumentum, s.350
 2. Udeh; Teşri, c.1, s.391
 3. Udeh; Teşri, c.1, s.391, 1. nolu dip notu
 4. Ebu Zehra. Muhammed ; Usul, s.339

Failin temyiz ve idrak kabiliyetinin olmaması veya eksik olması cezai mesuliyetin diğer bir ana unsurunun ya tamamen yokluğu veya muallel olması demektir. Küçüklük ve akıl hastalıkları durumunda olduğu gibi cezai sorumluluk ortadan kalkacak veya "a teh" durumunda olduğu gibi cezai sorumluluk azalacaktır(5).

A - YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

1. HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

Yaşın çok eski zamanlardan beri, isnad kabiliyetine etkili olduğu görülmüştür. Bu tün kanunlar isnad kabiliyetine haiz olmak için belirli bir yaş sınırına erişmeyi şart koşmuşlardır. Çünkü yaş küçüklüğünün bu yeteneği kaldırıcı veya azaltıcı etki yapması nın sebebi, anlayabilme ve isteyebilme kudretinin ancak zamanla ve yaşın ilerlemesiyle kemale erdiği deneye ve tecrübeye dayanan bir gözlemdir(6).

İsnad kabiliyetini etkilemesi bakımından T.C.K. üç yaş grubu tesbit etmiştir. Birinci dönem 11 yaşın tamamlanmasına kadar, ikinci dönem 11-15 yaşlar arası, üçüncü dönem 15 - 18 yaşlar arasıdır.

Birinci dönemi T.C.K. 53. maddenin 1.fıkrası, *"fiili işlediği zamanda onbir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez."* ifadesiyle belirtilmektedir.

T.C.K. bu dönemde isnad kabiliyetinin bulunmamasının sonuçlarını kü

5. Ebu Zehra. Muhammed ; Usul, s.339; Artuk, Emin; Argumentum, s.350 ; Udeh; Teşri, c.1, s.983 Amidi; İhkam, c.1, s.215, Suyuti, El Camiu's Sağır, c.1,s.600, Behnesi: Ceraim, s.110-112
6. Şensoy;(1940), Çocuk Suçluluğu-küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri, İstanbul, c.2, s.40-41

çük hakkında koğuşurma yapılamıyacağını ve ceza verilemeyeceğini açıklamak suretiyle belirtmiştir. Bu nedenledir ki sözü edilen dönemde bulunan küçük, ceza ilişkisinin tarafı olamayacağı için, usul ilişkisinin de tarafı olamaz (7).

Türk hukuk sisteminde, hukuka aykırı fiil işlendiği zaman fail 0-5 yaş grubu arasındaysa cezai sorumluluğu yoktur. Kural bu olmakla beraber, küçüğün irtikab etmiş olduğu fiil, bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır bir cezayı gerekli kılacak cins ten ise T.C.K. m.53/II ve çocuk mahkemelerinin kuruluşu, görev ve yargılama usulleri hakkında kanunun 10. maddesinde sayılmıştır. Bunların başında küçüğün veliye, vasiye bakıp gözetmeyi üzerine alan akrabadan birine teslimi, güvenli bir aile yanına yerleş tirme, çocuk yurtlarına veya benzer resmi-özel kuruluşlara yerleştirilmesi, resmi veya özel hastaneye ve tedavi evine veya eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirilmesi gibi tedbirler gelir(T.C.K. md.53/II ve çocuk mahkemelerinin kuruluşu, görev ve yargılama usulleri hakkında kanunun 10. maddesi.)(8).

İkinci dönem, 11 yaşın bitirilmesinden 15. yaşın doldurulmasına kadar varmaktadır. T.C.K. 'nın 54. maddesinde" *fiili işlediği zaman onbir yaşını bitirmiş olan veya onbeş yaşını doldurmamış olanlar, farık ve mümeyyiz olmadıkları surette haklarında hiç bir ceza tertip olunmaz*" ifadesi söz konusu şahısların durumlarını ifade etmektedir. İkinci dönemde isnad kabiliyetinin bulunup bulunmaması, küçükte temyiz kudretinin varlığına yada yokluğuna bağlı tutulmaktadır. Temyiz kudreti yoksa isnad kabiliyeti yoktur ve ikinci dönemde bulunan küçük birinci dönem şartlarına tabidir(9).

- Üçüncü dönem, 15 yaşın bitiminden 18 yaşın doldurulmasına kadar uzanan dönem

7. T.C.K. md.54

8. T.C.K. md.53/II ve Çocuk Muhakemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 10. Maddesi.

9. T.C.K. md. 54

dir. Bu dönemden bahseden T.C.K.nun 55.maddesine göre, *"Fiili işlediği zaman, 15 ya şını bitirmiş olupta 18 yaşını bitirmemiş olanlar hakkında aşağıda yazılı şekillerde ceza tayin olunur;*

1. *İdam cezası yerine 20 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası.*
2. *Müebbet hapis cezası yerine, 20 seneye kadar ağır hapis cezası verilir.*
3. *Diğer cezaların üçte birine kadarı indirilir.*
4. *Amme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti nezareti altına alınarak cezaları tatbik edilmez"(10).*

a) Çocuk Suçluluğunun Aranacağı Zaman

Çocuk suçluluğu yarım asırdan fazla bir zamandır, artmakta olduğu hususunda he men hemen ittifak edilmektedir(11).

Fransa'da 1826 - 1881 seneleri arasında, yani 55 yıl içinde müşterek hukuka ait suçların adedi üç misli tezayüt ettiği halde, aynı zaman içinde küçükler tarafından ilca olunan fiillerin adedinin dört misli fazlalaştığı tesbit edilmiştir. 1881'de çocuk suçlulu ğunun umumi suçluluk içindeki nispeti %15 iken 1901'de bu nispet %17'ye fırlamıştır(12).

Birinci Cihan Harbinin Fransa'da çocuk suçluluğunu büsbütün arttırdığı hususun da Fransız hukukçuları hemen hemen birleşmektedirler(13). Bu müşahadeye uygun o larak Fransa'da evin, ocağın, baba tarafından terkinin ve aile bağının gevşekliğini intaç eylemiş olan Birinci Cihan Harbinde, çocuk suçluluğu tezayüt etmiştir. Bununla birlikte

10. TCK, md.55

11. Şensoy, Çocuk Suçluluğunun Aktüel Durumu ve Çocuklar tarafından Kesretle İşlenen Şuçlar, s.868

12. Şensoy,age, s.869

13. Şensoy, Cezai Mesuliyeti Tamamen vceya Kısmen Kaldıran Akli Malukiyet(1950), s. 869

harbe müteakiben suçluluğun nispeti,umumi suçluluk yekünü içinde, gün geçtikçe düş müştür. Fil hakika bu nispet 1913'de %17, 1934'de %18, 19 23'de %13, 1928'de %12, 1931'de %10, 1934'de %8'e inmiştir(14). Fakat iktisadi buhranın neticesinde, işsizliğin çoğalması yeniden çocuk suçluluğunun artmasına sebep olmuştur(15).

Çocuk suçluluğundaki bu artış, birçok Avrupa memleketleri ve Birleşik Amerika Dev letlerinde de görülmektedir. Birinci Cihan Harbi sıralarında dünya memleketlerinde çocuk suç luluğunun arttığı tesbit edilmiştir. Bunun gibi, Birleşik Amerika Devletlerinde de gerek Birinci Cihan Harbinde gerekse İkinci Cihan Harbinde çocuk suçluluğu ürkütücü boyutlara ulaş mış tır. Amerka'nın bugün de sosyal meselelerinden biri çocuk suçluluğu mevzuudur(16).

Kanunda öngörülen tedbirlerin veya cezaların uygulanmasından önce, küçüğün aile terbiye ve okul durumu, gidişatı içinde yetiştiği ve bulunduğu şartlar veya bunlar gibi görülen diğer durumlar çocuk mahkemelerince görevlendirilen ve diğer uzmanlar aracı lığıyla araştırılır. Uygun tedbirlerin verilmesi için mutlaka sosyal durum araştırması gerekli olacaktır(17).

b) Öngörülen Tedbirler

1. Veliye, vasiye veya bakıp üzerine alan akrabadan birine teslim etme.
2. Bakıp gözetmeyi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme.

14- Şensoy, Cezai Mesuliyeti Tamamen vceya Kısmen Kaldıran Akli Malukiyet(1950), s. 870
15. Şensoy, Cezai Mesuliyeti Tamamen vceya Kısmen Kaldıran Akli Malukiyet(1950), s. 870
16. Şensoy, Cezai Mesuliyeti Tamamen vceya Kısmen Kaldıran Akli Malukiyet(1950), s. 871
17. İçel, Kayhan; Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.283

3. Bu maksatla kurulmuş çocuk bakım ve yetiştirme yurtlarına veya benzeri resmi yahut özel kurumlara yerleştirme
4. Meslek sahibi bir usta yanına yerleştirme.
5. Resmi veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitime mahsus kurumlara yerleştirme tedbirleri uygulanacaktır(18).

c) Geçici Tedbirler.

Kanunun 21. maddesine göre Cumhuriyet Savcısı soruşturmayı yaparken gerekli görürse kanunun öngördüğü tedbirlerden birinin geçici olarak uygulanmasını çocuk mahkemesinden isteyebilir(19).

d) Tedbirlerin Uygulanışı Sırasında Gözetim

Kanunun öngördüğü gözetim çocuk mahkemeleri nezdine atanmış sosyal hizmet uzmanları, pedagog ve psikiyatristler tarafından yürütülür. Sosyal hizmet konularında faaliyet gösteren kurumlar gözetimcilik yapabilecek kişilerin listesini her yılbaşı mahkeme vereceklerdir. Mahkemede her zaman bu kuruluşlardan aday göstermelerini isteyebilir(20).

e) Küçükler Hakkında Uygulanan Müeyyidelerin Amacı

Küçüklere ilişkin ceza hukukunun, genel ceza hukukundan farkı bu hukuk dalında "terbiye ve eğitim" amacının ön planda olmasıdır. Özellikle ödetme hedefinin bu hu

18. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.285

19. T.C.K. md. 12/II; İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.284

20. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.285

kuk dalında izlenmesi düşünülemez. Amacın farklı olması ayrı bir kanunun meydana getirilmesi gereksinmesini doğurmaktadır (21).

Terbiye ve eğitim amacı küçük suçlulara uygun yargılama zorunluluğunu da ortaya çıkarır. Bu zorunluluk ise çocuk mahkemesinde açıklığın kaldırılması terbiye hakkısa hiplerinin mahkemesinde mahkemeye celpleri, küçüğün kişiliğinin araştırılması kanunilik ilkesinin yumuşatılması ve özellikle yargılamanın hızlandırılması ve basitleştirilmesi zorunluluklarını amaçlamaktadır(22).

f) Kanun Kapsamına Giren Küçükler

Kanunun 48. maddesi "**bu kanundaki küçük deyimi suçu işlediği tarihte henüz 15 yaşını bitirmemiş kimseleri kapsar**". diyerek, T.C.K. 53 ve 54. maddelerinin kapsamına giren küçükler hakkında bu kanunun uygulanmasını, buna karşılık T.C.K.nun 55. maddesine giren 15-18 yaş arasındaki çocukların kanun kapsamı dışında bırakılmasını ön görmüştür(23).

f1) 1- 11 Yaşını Bitirmemiş Çocuklar

T.C.K.nun 11. maddesi, fiil işlendiği zaman 11 yaşını bitirmemisse T.C.K.nun 11. maddesi gereği koğuşturma açılmaz ve ceza verilmez.(24).

21. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.285

22. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.278-79

23. T.C.K. md.53-54-55: İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.278

24. T.C.K., md. 11

Ancak fiil kanunun bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağırını gerektiriyor sa T.C.K .nun 10. maddesindeki tedbirlerden biri uygulanır. Kanunu 15. maddesine gö re bu tedbirler en geç 18 yaşın bitimiyle son bulur(25).

Ancak, fiil işlendiği zaman 11 yaşını bitirmemişse T.C.K.nun 11. maddesi gereği koğuşturma açılmaz ve ceza verilmez.

Ancak fiil kanunun bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağırını gerektiriyorsa T.C.K.nun 10. maddesindeki tedbirlerden biri uygulanır. Kanunu 15. maddesine göre bu tedbirler en geç 18 yaşın bitimiyle son bulur(26).

f2) 11 Yaşını Bitirmiş, 16 Yaşını Bitirmemiş Küçükler

Bunlar hakkında inceleme yapılır.Bu inceleme sonunda ceza tertibine gerek olmadığı ortaya çıkarsa 10. maddede yazılı tedbirlerden biri uygulanır(27)

Bunlara ölüm cezası yerine 15 yıl, ömür boyu hapis cezası için 10 yıldan az olmaya cak ceza verilir. Diğer cezalar yarıya indirilecek, fakat hükmedilecek bu cezalar her fiil için yedi yıldan çok olmayacaktır.

f3) 16 Yaşını Bitirmiş Sağır Dilsizler

2253 Sayılı kanunun 12. maddesinin son fıkrası fiili işlediği zaman 15 yaşını bitir

25. TCK. Md. 15.

26. TCK. Md. 10

27. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler. s.280

28. T.C.K., md.10

memiş olan sağır-dilsizler hakkında koğuşturma yapılmayacağını öngörerek T.C.K.nun 57. maddesinin esaslarını tekrarlamıştır. Ancak 2253 sayılı kanun bu yaştaki sağır-dilsizlerin tedbir sürelerinin sonucu 24 yaş olarak belirleyen T.C.K.nun 57. maddesini ilga etmiş olmaktadır(29).

f4) Korunmaya Muhtaç Çocuklar

Kanun suç işlemler dahi korumaya muhtaç küçükler hakkında tedbir uygulanması na olanak tanımıştır. 14.maddeye göre veli, vasi bakmakla yükümlü olan kimse veya Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine beden, ruh, ahlak gelişmeleri veya kişisel güven likleri tehlikede olan yahut ebeveynine karşı vahim bir itaatsizlikte bulunan küçük hak kında, küçüğün bulunduğu yer ilçe ve merkez ilçe çocuk mahkemelerince 10. maddede ki tedbirlerden biri uygulanacaktır. Bu tür küçükler hakkında tedbir uygulanabilmesi için bunların 18 yaşını bitirmemiş olmaları gerekir (30).

2. İSLAM CEZA HUKUKUNDA ÇOCUK SUÇLULUĞU

İslam ceza hukukunda çocuğun ceza çekmeye ehil olmayışıyla birlikte bir takım zecri muamelelere tabi tutulmuştur. Onun "*tedbir sorumluluğu*"vardır, denilmiştir(31). Bu tabir İslam Hukukuna da uygun düşmektedir. Buna göre çocuk tedbir sorumlusu ya ni zecri tedbire ehil ve mahal olmakta, her ne kadar cezai ehliyeti yoksada zecri tedbire ehil ve muhal olmakta, yani zecri tedbir ehliyeti vardır. Bu tür tedbirler ceza sayılmadığı için çocuğu amme hizmetinden mahrum etmemektedir. Aslında te'dib olan ta'zir cezaları, akil olmayan çocuğa uygulanmaz.

29. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.29, T.C.K.,md.2253/12, T.C.K., md.57

30. İçel, Kayhan;Çocuk Mahkemeleri Kanunu Üstüne Düşünceler, s.282

31. Dönmezer, age, c.II,s.2

Çünkü bu zecri tedbirlere ehil olmak akıl(temyiz) ile mümkün olur(32).

Çocuk had ve kısas cezalarını çekmeye ehil değildir.Bülüğa ermemiş çocuğun ceza gerektiren fiilleri bedeni cezalarla infaz edilemez. Bu konuda İslam Hukukçuları arasın da bir ihtilaf söz konusu değildir. Çocuğun bedeneni ceza çekmeye ehil olmadığını, şu hadisi şerifler açık bir şekilde ifade etmektedir;

"Çocuk 15 yaşını tamamladığı zaman kendisine hadler(cezalar) uygulanır"(33).

İslam ceza hukukunda tazir cezaları olarak bilinen bir kısım müeyyidelerin bazıları nitelik olarak ceza özelliği taşımamaktadır. Dolayısıyla ta'zir cezalarına ehil ve mahal ol mak için akıllı olmak yeterlidir.Akıllı mümeyyiz çocuk terbiye ve te'dib amaçlı olmak şartıyla *"tazir müeyyidesi"* uygulanmaktadır. Taziri gerektiren fiil çocuk için mecazen suç sayılmıştır ve aynı şekilde böyle bir çocuğa uygulanan ceza, ceza olsun diye değil, o nu terbiye ve te'dib edici olsun diye uygulanır(34).

Son devir düzenlemelerinden olan, çoğunlukla İslam Ceza Hukukuna dayalı 1274 /1858 tarihli ceza Kanunname-i Humayunu bu hususta özetle şu hükümlere yer verilmiş tir:

Gayr-i mümeyyiz çocuk, her nasılsa bir suç işlediği zaman, o suç normalde idam, müebbed.hapis gibi ağır bir cezayı gerektiriyorsa, çocuk terbiye maksadıyla 5 ile 10 se ne haps olunur.

32. İbn Rüşd, el-Bidaye, c.II, s.332. Kasani, Bedayiu's-sanai, c.VII, s.64 ; Udeh, Teşri, c.I, s.601

33. Hindi, Kenzul, Ummal, 5/304

34. Kasani, el-Bedai, c.VII, s.63-64; İbn Abidin, R.Muhtar, c.III, s.177; Udeh, et-Teşri, c.I, s.602

Normalde suç daha hafifse normal cezanın 1/4 ile 1/3'ü tutacak kadar müddetle hapsedilir. Bu son iki halde cezalar yerine polis nezareti altına da 5 ile 10 se ne alınabilir.

Mümeyyiz çocuğun işlediği suç medeni haklardan mahrumiyeti gerektiren bir suç ise bu takdirde de hapis müddeti 6 ay ile 3 sene olur. Daha aşağı bir suç ise normaldaki cezanın 1/3'ünü aşmamak kaydıyla muayyen bir müddetle hapsedilir(md.40)(35).

Çocukluğun iki devresi vardır. Birincisi çocuğun temyiz gücünün olmadığı dönem ki bu dönemde bulunan çocuğa "*gayr-i mümeyyiz çocuk*" denilir. İkincisi zararı faydadan ayırabilme çağıdır. Bu döneme "*mümeyyiz çocuk*" denilir. Temyizin olup olmadığı, aklın ve idrak yeteneğinin gücü ile bilinir. Fıkıh bilginlerimiz temyiz için daha öncesin de asla temyiz olmadığını bir en alt sınır belirlemişlerdir. Fıkıh bilginlerince göre bu sınır yedi yaştır(36).

Ebu Hanefi'ye göre tabii emarelerin görülmediği ve yaş unsuru ile takdir edilecek olan buluş çağı erkek çocuk için onsekiz yaşına basmak, kız çocuk için onyediy yaşına ulaşmaktır. Bu ifadelerden anlaşılan şey: Bu yaşa erişmemiş, vücudunda ise tabii emarelerin belirmemiş olduğu kişi çocuk hükmündedir. Mali işlemleri açısından eda ehliyeti eksik bir kişidir. Suçlar açısından ise cezai sorumluluğu yoktur, bu gibiler cezai açıdan sorumluluk yüklenmezler(37)..

Cinayetler bakımından çocukların durumu delilerin durumuna benzemektedir.

35. Çeker, Orhan, İslam Hukukunda Çocuk, s.212

36. Udeh, et-Teşri, c.I, s.599-606

37. Udeh, et-Teşri, c.I, s.599-606

Temyiz çağı öncesindeki çocuk deliden hiçbir noktada ayrı hükme tabi değildir. Çocuk deliden sadece ta'zir cezası bakımından farklıdır.

Müeyyiz olmayan çocuğun ve delinin aksine bir cinayeti işlendiği zaman uygun bir ta'zir cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu tazir cezası da çocuğu terbiye ve onu koruma kabilindedir. Çocuğun güzel fiillere yönlendirilmesi ve zarar vermekten kaçınma kabi lindendir. Kasani *"Bedayiu's sanayi"* de *"Tazir cezasının doğmasının şartı sadece akıl dır, belirli bir had cezası suçu işlemiş olan her akli başındaki kişi tazir cezası ile ce zalandırılır. Bu söz konusu suçu işleyen kişi ister hür, ister köle, ister erkek, ister ka dın, ister müslüman isterse kafir olsun, isterse bülüğ çağına ermiş isterse çocuk ol sun fark etmez. yeterki çocuğun akli başında olsun... Zira sadece akli başında olan ço cuk cezaya ehildir. Onun için çocuk ceza olarak değilde te'dib ta'zir cezası ile ceza landırılır."*(38).

a) Korunmaya Muhtaç Çocuklar

İslam hukukunda, çocuğun gözetim bakımını temin için gerekli harcamaların ilk planda küçüğün kendi mal varlığından, yoksa nafakasından sorumlu olan kişilerce kar şlanır. Bazen çocuğun özel malının alınması bir tarafa, kendisine bakacak bir yakını bile olmayabilir. Bazende böyle durumlar olmakla birlikte çocuğun temsil yetkisini elinde bulunduran ve nafakasından sorumlu kişi yetersiz kalabilmektedir. Bazende çocuğun ye tişmesi konusunda ferdi imkanlar yetersiz kalabilmektedir. Bu durumda her halukarda nesildeki gelişmişlik oranını arttırmak ve bu sayede toplumun medeniyet seviyesini yükseltmek için devletin müdahalesi zorunlu hal almıştır(39).

38. Udeh, et-Teşri, c.1, s.599-606

39. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.228; Zeydan, et-Ferd ve'd-Devlet fi'l-İsslam, s.51

Korunmaya muhtaç küçüklerden maksat, özel hukukun belirlemiş olduğu hak ve sorumluluk sahibi olacak, kimseleri olmayan küçüklerdir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz.

a1) Lakid

Teknik manada, anası-babası belli olmayan terkedilmiş buluntu küçüklerdir. Bu gruba giren çocuğun geçimi, mali ve şahsi velayeti devlete aittir. Hukuk dışı ilişki töhmeti, geçim sıkıntısı veya bir başka sebeple annesi-babası tarafından terkedilen buluntu küçüklerin mali ve şahsi velayeti devlete aittir. Hz. Ömer devrindeki uygulama ile küçükün bakım, gözetim ve terbiye sorumluluğu onu bulan kişiye veriliyor ve nafakası devlete ait oluyordu(40).

a2) Ana Baba ve Yakını Bulunmayan Küçükler

Hukuka uygun bir evlilik içerisinde dünyaya gelmiş, daha sonra ölüm, gaiblik gibi sebeplerle ana-babasını kaybetmiş, ana-babası dışında başka hısımda bulunmayan küçüklerdir. Bunların anne ve babasından kendilerine miras yoluyla da hiçbir mal intikal etmemişse, bu özellikteki çocuklarda İslam Hukukunda himayeye muhtaç çocuklar arasında incelenmiştir(41).

a3) Gelisme Özürlüleri

Beden ve ruh sakatlığı içinde olan, çevreye ve topluma uyum sağlayamayan gelişmeleri çok özel bakım ve ihtimamı gerektiren ileri derecede özür sahibi çocuklardır(42).

40. Sabık Seyyid, Fıkhu's-sünne, c.II, Zeydan, Ahkamül İktisad, s. 17

41. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.229

42. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.229

a4) Serirler

Küçüğün bakımını, gözetim ve terbiyesini üstlenen sorumlular bu görevlerini ifa ederken küçüklerin de onlara itaat etmeleri gerekmektedir. Küçüğün itaatsizliği ve ken disine verilen görevleri yerine getirmemesi halinde velayet yetkisini elinde bulunduran kişinin te'dib hakkında söz konusudur.

İslam hukukunda ferdin himayesi kadar toplumun himayesine de önem verilmiştir ve devletin ifası zorunlu görevleri arasında kabul edilmiştir. Küçüğün fiilleri toplum i çin zararlı bir hal almaya başladığı zaman devlet toplumun çocuğun davranışlardan etki lenmemesi için her iki taraf açısından, gerekli koruyucu tedbirleri alacaktır(43).

İslam Hukuku başta korunmaya muhtaç küçükler olmak üzere, bütün küçüklerin korunup gözetilmesini, onların yetişmişlik düzeylerinin yükseltilmesini devlet ifası zorunlu bir görev olarak yükselmiş ve bu hususta yapılacak harcamaları hazine giderleri arasında saymıştır(44).

Çocuğun ceza hukuku açısından suçlu olması halinde, sırf küçüklüğü sebebiyle ceza ehliyetinden yoksun sayıldığını ancak tedip mahiyetinde bazı uygulamalara muhatap olabileceği konusunda İslam hukukçularının tamamı hemfikirdir. İşte küçük, uslanma bilmeyen ve çevresine karşı işlediği fiillerle gerek aile içerisinde büyüklerine karşı gerek toplum içerisinde zararlı olmaya başlarsa ve bütün ikaz ve tedip uygulamalarına rağmen uslanmazsa artık o normal küçük olmayıp "*şekir*"olarak nitelendirilir(45).

43. Udeh, et-Teşri, c.I, s.386.

44. Zeydan, et-Ferd ve'd-Devlet fi'l-İsslam, s.51; Bedui Zeki, Usulu'l Hidameti'l-İctimaiyye, s.86

45. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.229

Devlet küçüğün himayesini düşündüğü kadar toplumun himayesini de düşünmek zorundadır. Küçük her ne kadar ceza ehliyetine sahip değilse de onun bu vasfı topluma zarar vermesini haklı kılamaz. Binaenaleyh Devlet bu durum karşısında hem küçüğün bakım ve gözetimi hem de toplumun himayesi açısından bir sürü tedbirler almak zorun da kalacaktır(46).

a5) Acizlik ve Kötü Muamele Dolayısıyla Bakıma Muhtaç Küçükler

Velayet yetkisini elinde bulunduran kişinin kötü hali ve küçüğe karşı kötü muamelesi küçüğün mağduriyetine sebep olarak kabul edilmektedir.(47).

b) Küçükler Hakkında Koruma Kararının Alınması

Küçük hakkında koruma kararının alınması onun bakım, gözetim ve terbiyesini üstlenenden kaynaklanan bir sebepten dolayı veya bizzat çocuğun kendisinden kaynaklanabilir. Şerir olan, suç işlemeyi alışkanlık haline getiren bir küçük hakkında, ceza hakimisi her ne kadar te'dibi mahiyette uygulamalar cihetine gitse bile buna ilaveten küçüğün kamu gözetimi altına alınmasına ve bir ıslah evine karar verilebilecektir. Hakim bu kararı re'sen alabileceği gibi mağdurun talebi üzerine de yine böyle bir karar verebilir(48).

c) Koruyucu Müesseseler ve Alınabilecek Tedbirler

Korunmaya muhtaç çocuk sınıfına lakitler, ana babası ve hiçbir yakını bulunmayan

46. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.227

47. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.230

48. Udeh, et-Teşri, c.I, s.386; Zeydan, et-Ferd ve'd-Devlet fi'l-İsslam, s.53

küçükler ve gelişme özürlüler, şerirleri dahil edebiliriz. Ceza ehliyeti olmayan suç işle yen çocuklarda korunmaya muhtaç çocuklardandır(49).

İslam hukukunda "*terkedilmiş, buluntu küçük*" örneğinde olduğu gibi himayeye muhtaç küçüğün psikolojik ve ruhi yönden dikkate alınarak onun ilk planda bir aile ya nında bakım ve gözetiminin temini cihetine gidilmiştir. Son devir müellifleri bunun mümkün olmaması halinde himayeye muhtaç küçüğün bakım ve gözetiminin tesis ede ceği birtakım sosyal kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla ifade edilmesi esasını benimsemiş lerdir(50).

c1) Küçüğün Bir Aile Yanına Yerleştirilmesi

Himayeye muhtaç küçüklerle ilk planda onun bir annenin yanına yerleştirilmesi yo luna gidildiğini günümüz hukuk sistemlerindede bu yolun kullanıldığını müşahede et mekteyiz.(51)

Küçüğün bir aile yanına yerleştirilmesi halinde bakım giderleri,bakım ücreti ve na faka kapsamına giren diğer masrafları ilk planda varsa kendi mal varlığından karşılanı caktır, şayet mal varlığı yoksa bütün masrafları sıralı sorumlulara geçer. Şayet bu kişi lerde fakirlik içinde ise masrafları Devlet karşılar (52).

c2) Küçüğün Bir Sosyal Kurum ve Kuruluşa Yerleştirilmesi

Küçük "*şeriri*" başlığı altında izah edildiği gibi ana ve babasının emirlerine karşı

49 Erbay a.g.e. s. 234 vd.

50. Udeh, et-Teşri,c.I,s.599-606;Zeydan, el-Ferd ve'd-Devlet fi'l-İsslam, s.58; Ebu Zehra,,Tenzimu'l İslam

51. Tekinay,Aile Hukuku, s.516

52. Abdulcevad, Muhammed, Himaye, s.146

gelen onları çaresizliğe sürükleyen ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirip çevresine haddinden fazla rahatsız eden bir durum içerisinde ise hakim onu özel bir ıslah evine yerleştirmeyi tercih edecektir(53).

Nitekim bu saha ile ilgili İslam hukukuna dayalı ilk özel düzenleme diyebileceği miz Suud-i Arabistan Bakanlar Kurulunun H.13.5.1395 tarihli ve 612 sayılı kararıyla ya yınlanan *"himayeye muhtaç küçüklerin korunması hakkındaki nizamname"* nin 12. mad desinde küçüğün ancak bakım ve gözetimini üstlenecek bir ailenin bulunmaması halin de sosyal kurumlardan birine yerleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır(54).

Hakim korunmaya muhtaç küçüğü bir müesseseye yerleştirerek gözetiminin bu kurumca yapılmasına karar verme yetkisine sahiptir.Kaynaklarda her ne kadar hakimin bu gibi özel durumlarda küçüğün Devlet müesseselerinden birine yerleştirilebileceği belirtiliyorsa da bu müesseselerin türleri hakkında malumat verilmemektedir(55). Fakat 13. 5.1395 Hicri tarih ve 611 sayılı sosyal bakım ve gözetim evleri nizamnamesiyle Suud-i Arabistan hukuk sisteminde bazı belirlemelere gidildiği görülmektedir. Bu yönetmeliğin 3. maddesiyle bu kuruluşların gayesini küçüğü suç ortamından uzaklaştırmak kendi sine uygulanacak özel programlarla eğitim ve öğretimini geliştirmek ve onu hayata hazırlamak ve topluma maletmek şeklinde belirlenmiştir(56).

Birinci madde ise bu kurumlara ancak suç işlemleri sebebiyle haklarında emniyet araştırması devam eden ve yaşları 7 ile 15 yaş arasında olan ve ceza mahkemesinin koruması altına alınmasına karar vermiş olduğu küçüklerin konulabileceği ifade edil mektedir(57).

53. Erbay, age, s.234

54. Abdulcevad, Muhammed, Himaye, s.145

55. Udeh, et-Teşri,c.I,s.386;Ebu Zehra,,Tenzimu'l İslam,s.137

56. Abdulcevad, Muhammed, Himaye, s.138

57. Abdulcevad, Muhammed, Himaye, s.136

aa) Çocuk Yuvaları

İslam hukukunda korunmaya muhtaç çocuklarla ilgili müesseselerden birisi de çocuk yuvalarıdır. Bunlar ilköğrenim çağındaki korunmaya muhtaç çocuk müesseseleri olarak düşünülebilir (58).

bb) Yetiştirme Yurtları

Bu kurumları genelde "*hıdane*" dönemi sona ermiş ve dolayısıyla temel eğitimi tamamlamış kendi ihtiyacını kendisi görebilecek duruma gelmiş 13 ve daha yukarı yaş ta olup yalnız reşid hale gelmeyen küçüklerin korunup barınacağı yerlerdir(59).

cc) Islah Evleri

Bu kurumlar suç işlemeyi alışkanlık haline getiren, şirretlik derecesinde ana-babala rına karşı gelen, aile birliği içerisinde iyileştirilmeleri ve topluma intibakları mümkün görülmeyen ve bu sebeple korunma altına alınmasına karar verilen, küçüklerin ıslah ve gözetimleri için oluşturulmuş özel müesseseler olarak düşünülmektedir(60).

dd) Tıbbi Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi

Sağlığı itibariyle tam gelişemeyen özürlüler olacaktır. Bunların bu kurumlarda himayeleri şarttır. Sıralı velilerin ihmalleri, veya velayet yetkisini elinde bulunduracak

58. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.235

59. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.235

60. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.236

kişide bulunması gereken, şartların yokluğu değil, bizzat küçüğün içinde bulunduğu tıbbi özürlük halidir. Küçüğün bu haliyle aile içinde ve veli elinde, iyileşmesi topluma intibak edebilecek davranışları kazanması ya çok zor gerçekleşecek yada hiç mümkün olmayacaktır. İşte bu gibi hallerde küçüğün korunup geliştirilmesi devlet tarafından tesis edilen ve yeteri kadar alet ve elemanla takviye edilen bu tür kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla gerçekleşecektir(61)

ee) Vakıflar

Çeşitli hayır hizmetleri deruhte etmek için yapılan vakıflardan bazıları yetim, fakir, bakıma muhtaç çocuklara tahsis edilmiştir. Terbiyesinden, sağlık sorunlarına iâşesinden, ibâtesine kadar hizmet deruhte etmiştir. Bunlara örnek olarak, Gazzan Mahmut Han Vakfiyesi, Gökberi Vakfiyesi, Fatih sultan Han vakfiyesi, Ödemiş kazasının Birgi Nahiyesindeki Vakıf, Ahmet Reşit Efendi Vakfiyesi(62)

ff) Daruleytam

Tarihimizde bu müesseselerin amacı harblerde şehit düşenlerin yetimlerini okutmak, sosyalleşmelerini temin etmektir. Bunların mali yükünü kaldırmak üzere "*evladi şühe da*" vergisi ihdas edilmiştir. İlk daruleytam Sait Halim Paşa tarafından teşkilata hediye edilen bebek Yahısında açılmıştır(63).

61. Erbay, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, s.232

62. Geniş bilgi ilerde gelecek bkz.

63. Geni bilgi ilerde gelecek bkz.

gg) Darulaceze

II. Abdülhamid'in emriyle 7 Kasım 1892 tarihinde İstanbul'un Okmeydanı semtin de kurulmuştur. Amacı suç işleme ihtimali yüksek olan sokaklarda dilenen çocuklarla sakat erkek ve kadınların dilenmekten kurtulmaları güçlerinin yettiği kadar çalıştırıl mak maksadıyla kurulmuştur.(64).

B - YAŞ BÜYÜKLÜĞÜ

1 - HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

Bazı hukukçular yaşı fazla ilerleyen kişilerin iradelerinde bir zayıflama görüldüğü nü diğer bazı hukukçularda ileri yaşta bir şahsın tam ceza ile cezalandırılmasının kamu vicdanını rahatsız ettiğini iddia etmişlerdir(65).Bundan dolayı yaş büyüklüğünü cezayı hafifletici bir sebep olarak görmektedirler. Bazı hukukçularda yaş büyüklüğünün başlı başına isnad kabiliyetini etkilemeyeceğini, yaşın ilerlemesiyle frenleyici melekeler azalsa bile, hislerin az ve tecrübenin fazla olduğunu, akıl hastalığına yol açmadıkça ih tiyarlık halinin isnad kabiliyetine etkili bir sebep sayılmasının uygun bulunmadığını ile ri sürmüşlerdir (66).

Kanunumuz ihtiyarlık halini isnad kabiliyetine etkili bir sebep saymamış, takdiri bir hafifletici sebep olarak bir hafifletici addetmeyi ve hakimnin takdirine bırakmayı uy gun görmüştür(67).

64. Geniş bilgi ilerde gelecek bkz.

65. Dönmezer-Erman,age,c.II, s.153

66. Dönmezer-Erman,age,c.II, s.153

67. T.C.K., md.67

2 - İSLAM CEZA HUKUKUNDA

İslam ceza hukuku yaş büyüklüğünden kaynaklanan bazı durumları isnad kabiliye tini etkileyici bir sebep saymıştır. İnsan öyle bir yaşa gelirken, bu yaşta ehliyet tamamıyla zaafa uğrar. İslam hukukçuları bu yaş devresine ateh yaşı demektedirler. Bu yaş genellikle 70 yaşından itibaren başlar. Ancak, her ferdin haiz bulunduğu sıhhat, kuvvet ve hayatini nazara almak lazımdır. Binaenaleyh her 70 yaşına gelen kimsede zekanın zaıflaması lazım gelmez.

Matuhlar, akli melekeleri inkişaf etmemiş, idrak ve anlayışları kısıtlı, gel-git kimselerdir. Mecelle de *"Matuh, olmuştukleş şuur olan kimsedir ki, fehmi kalil ve sözü müşevveş ve tedbiri fasid olur"* diye ifade olunmaktadır(68).

Matuh, İslam hukukuna göre, hukukun mümeyyiz çocuk gibidir ve eksik eda ehli yetine sahiptir. Ona bedeni ceza uygulanmaz. Mali yönden mükellef tutulur. Sözlü (kavli) tasarruflar yönünden mümeyyiz çocuk hükmündedir(69).

C - AKIL HASTALIĞI

1 - HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

Akıl hastalığının isnad kabiliyetini kaldırıcı veya azaltıcı etkisi çok eski zamandan beri tanınmıştır(70)

68. Mecelle, md.945

69. Udeh, et-Teşri, c.I, s.587-588

70. Şensoy(1950), Cezai Mesuliyeti Tamamen Veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet, s.10-14, İst.,,

Kanunumuz akıl hastalığı bakımından, üçüzlü bir ayırm kabul etmiştir. Buna göre akıl hastalığı ya isnad kabiliyetini büsbütün ortadan kaldıracak niteliktedir(m.45)(71), yahut isnad kabiliyetini önemli surette zaafa uğratmaktadır(m.47)(72), yahut da isnad kabiliyetine hiç etkili olmamaktır yada etki yapmakta önemli bir seviyeye erişememek tedir(73).

2 - İSLAM CEZA HUKUKUNDA

İslam hukukçuları akıl hastalığını(cunun) ehliyeti daraltan ve ortadan kaldıran sebebler başlığı altında incelemişlerdir.

Mecnunların akılları ya devamlı yoktur veya akli dengeleri zaman zaman bozulur ve akılları başlarından gider. Bu bakımdan mecnunlar hastalığın devamlı olup olmaması açısından mecnun-ı mutbik, mecnun-ı gar-ı mutbik diye iki kısma ayrılmaktadır(74). Mecnun-ı mutbiklerin hastalıkları sürekli olduğundan, onların tasarruf hakları bulunmadığı gibi gayr-i mümeyyiz çocuk hükmündedir(75)

Delilik hacr sebeblerindendir. Delinin tamamen faydasına da olsa, sözlü tasarruflarının inikadına manidir. Çünkü sözler, akıl ve temyiz varsa geçerlidir. Bunun dışında ve linin izniyle dahi olsa muteber sayılmasına imkan yoktur(76)

İsnad kabiliyetini kaldıran akıl hastalığından kanunumuzun 46. maddesi bahsetmektedir. Bu maddeye göre: *"fili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbesti sini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez."*(77).

71. T.C.K., md.45

72. T.C.K., md.47

73. Dönmezer-Erman, age, c.II, s.186

74. Mecelle, md. 944

75. Atar, Fahrettin, Usul, s.149

76. Zeydan, el-Veciz, s.102-104

77. T.C.K., md.46

Kısmi akıl hastalara bütün kanunlar aynı muameleye tabi tutulmaktadır. Kanunu muz kısmi akıl hastalarının isnad kabiliyetinin kabiliyetinin azaldığından hareketle ce zada hafifletici bir unsur olarak görürken Bulgar Ceza Kanunu gibi bazı kanunlar kısmi akıl hastalarını normal suçlulara uygulanan rejime tabi tutar(78).

Akli ve ruhi güçleri eksik olan ya da akılları tam ancak yaptıklarına rızaları ol mayan fiillerinin sonuçlarını istememiş bulunan kişilerle, içinde bulundukları durum ne deni ile fiillerinde cürüm nüteliği varsayılmayan kişilerden söz edeceğiz. Buna göre, sözünü ettiğimiz kişilerin üç kısma ayrıldığını görürüz(79).

a) Delilik ve Bunaklık

Delilik ve bunaklık idrak yeteneğini sakatlayan ve insanın meselesini doğru değerlendirmesine engel olan arızalardır. Genellikle delilikte dışa dönük bir düzensizlik söz konusu olurken bunaklıkta içe dönük, bir sessizlik hakimdir. Bunaklıkta bazen tem yiz yeteneği olabilir(80).

Bazı bilginler bunamayı bir delilik çeşidi olarak kabul ederler. Gerçekten insan ak lına gelen afetler çoktur.Bunların herbirinin insanın düşünce sistemi üzerinde, mesele leri değerlendirmesinde etkisi vardır. Bunların birincisi insanın kızgınlığına yenik düş mesidir. İnsan kızdığı zaman şiddetli bir heyecan içinde olur. Çok geçmez sakinleşir. Fakat bu ve benzeri kişiler hiçbir zaman deliler arasında sayılmazlar. İşledikleri amellerin sorumluluğundan *"kendilerine hakim olamamışlardır. Kızgınlıklarının sonu cu kendilerini frenleyememişlerdir."* gerekçesi ile kurtulamazlar(81).

78. Dönmezer-Erman, age, c.II, s.193; T.C.K., md.47

79. Şensoy. Cezai Mesuliyeti Tamamen Veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet, s.145

80. Ebu Zehra, el-Cerime, s.426

81. Ebu Zehra, el-Cerime, s.426-427

İslam şeriatı had cezalarını delilere ve bunaklara uygulamamaktadır. Zira had ceza sınırını verilmesi için bütün bilginlerin ittifakı ile insanda akıl olması şarttır. Deliler şeri mükellefiyetlerde sorumlu değildir. Hadler Allah hakkı olarak uygulanır. Allah hakları tıpkı ibadetler gibidir. Buna göre herhangi bir deli, zina edecek, birinin iffetine iftira edecek olsa içki içse, yaptığından hiç sorumlu değildir. Hırsızlık yapacak olsa cezası uygulanmaz. Çaldığı mal elindeyse geri alınır. Elinde değilse kendi malından tanzim ettirilir(82).

Deli, kisası veya miktarı ne olursa olsun diyeti gerektiren cinayetleri işlemesi durumunda hükmüne gelince, yine kisas uygulanmaz, fakat teammüden işledikleri cina yet hataen işlenen cinayete çevrilir ve diyet vermeleri gelir. Kul hakkıyla ilgili cezalar mali cezalara çevrilir (83).

İslam ceza hukukunda mazeretler kul haklarını düşürmez. Öte yandan deliler yaptıklarından değildir. Bu iki meseleyi uzlaştırmak için, delilere mali cezalar verilir. Diğer cezalar verilmez. Devlet tarafından onlara başka cezalar verilmez.(84).

Deliler mali yükümlülükle yükümlü olabiliyorlar. O halde mali cezaları üstlenmeye ehli dirler. Bu konuda ihtilaf olmakla birlikte islam bilginleri içinde delilere mali cezaların verileceğini savunanlar vardır(85).

82. Ebu Zehra, el-Cerime, s.426-427

83. Ebu Zehra, el-Cerime, s.427-428

84. Ebu Zehra, el-Cerime, s.428

85. Ebu Zehra, el-Cerime, s.430-432

b) Gelip Geçici Delilik

Deli iken suç işleyip sonra akıllanan kimse ile akıllı iken suç işleyip kısas edilme den önce deliren kimselerin durumu İslam hukuku bilginleri tarafından münakaşa edilmiştir.

Deli iken suç işlemiş sonra akıllanmış kimselerin cana kasıt suçlarının cezası mali cezadır. Had cezaları bakımından ise had cezaları almazlar ancak hırsızlık suçundan çalınan mal tanzim edilir. Bunun gerekçesi birincisinde yani kul hakkına taalluk eden ve dolayısıyla kısas gerektiren suçta geçerli bir kasıt unsurundan yoksun olmasıdır. Allah hakları açısından mükellefiyetin aslı olan şeri, şeri mükellefiyet niteleği bulunmamak tadır(86).

Suç işlerken akıllı ancak daha kısas edilmeden önce deliren kişinin durumu, İmam Şafii ve İmam Ahmed'e göre deliller sabit ve mevcut olduğu sürece ister gelip geçici delilik ister hükümden önce isterse hükümden sonra olsun bu delilik cezaya engel değildir. Çünkü Hanbeli ve Şafilerde cezanın temeli olan mükellefiyet şartının hüküm anında da var olması ve hükmün yerine getirilmesi zamanında değil, cinayetin işlendiği anda *"geçerli bir kasıt"* unsurunun bulunmasıdır. Bu tıpkı önce akıllı başında, şahitlik edip sonra deliren şahitlerin delirmelerinin şahitliği iptal etmediği gibi... Suçlunun delirmesi de işlediği suçun sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Hanefiler böyle düşünmemektedir. Had cezası onların mükellefiyetleri babındandır. Oysa onlar mahkeme olurken ya da hüküm yerine getirilirken mükellef değildirler. Mükellefiyet için gerekli şartlar hem en başta gerekirken hem de sonda gerekir. Yani kişinin suç işlerken ehliyet sahibi olması gerekir ve aynı şekilde cezanın infazı anında da ehliyet sahibi olmalıdır. Aksi takdirde ceza dü

86. Ebu Zehra, el-Cerime, s.425-435

şer. Zira Hanefilerde "şahitler şahitlikten sonra ve cezanın infazından evvel şahitlik eh liyetini kaybedenlere had cezası uygulanmaz" diye bir yerleşik kural vardır.

Çünkü burada şüphe vaki olmaktadır. Had cezalarında Hanefiler böyle düşünürken kısas cezasında istihsan hükmüne göre diyete hükmetmektedirler. İstihsan delilinin gerekçesi şudur: Caninin mahkeme safhasında ve daha sonra şeri mükellefiyetle mükellef olması gerekir ki bedeni cezaya çarptırılsın. Mademki caninin malından cezayı yerine getirmek mümkündür, o halde bu mali ceza kul hakları ile kişinin bedeni cezaya çarptırılırken mükellef bulunması şartını bir anda işleten bir arada uygulayan bir cezadır. Çünkü bedeni ceza bedeni ibadetler gibidir, her ikisinin de şartı mükellefiyettir(87).

İmam Malik Mezhebine göre, bir kimse suç işledikten sonra daha hakkında hüküm verilmeden önce delirirse, bu durumu geçip şifa buluncaya kadar mahkeme safhasında dururlur(88).

Tazir cezalarının tamamında kişinin akli başında olması şarttır. İmam Kasaninin kitabı "T/- Bedeyi'de" ifade ettiği gibi deli olan kişilere tazir cezası yoktur. Zira tazir de mek tedib ve terhib demektir ve tazir genel bir caydırıcılık sağlama amacına matuftur. Deliye tazir uygulamayla böyle bir amacı yerine getirmek mümkün olmadığına göre bu gibilerin rıfk ile tedavi edilmeleri gerekir.(89).

87. Ebu Zehra, el-Cerime, s.432-4435

88. Ebu Zehra, el-Cerime, s.430-437

89. Ebu Zehra, el-Cerime, s.430-437

D - SAĞIR - DİLSİZLİK

1 - HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

Sağır-dilsizlik, ferdin ruhsal gelişmesine engel olur ve bu bakımdan özel bir eğitim rejimine gerek gösterir(90).

Sağır-dilsizlik çok kere doğuştandır ve dilsizlik esasta sağırlığın bir sonucudur. Çocuk sağır olarak doğduğu için konuşulan dili öğrenemez. Bu nedenle de konuşamaz(91).

Sağır-dilsizliğin isnad kabiliyetine etkisi bakımından çeşitli kanunların sistemlerini üçe ayırabiliriz.

Birinci sistem Fransız Ceza Kanununun benimsediği sistem olup sağır-dilsizlik halinden ayrıca bahsetmemeyi uygun sayar.Bu hal isnad kabiliyetini somut bir şekilde ortadan kaldırırsa fail cezalandırılmayacaktır. Eğer isnad kabiliyetini zayıflatmışsada failin cezasından o ölçüde bir indirim yapıcak. İkinci sistemde ise kanun pek az değişik lik ile küçükler hakkındaki esasları benimser. Bunlar gerekçe olarak bu halin isnad kabi liyetini kaldırdığını ya da zayıflattığını açıkça öngörür. Üçüncü sistemde sağır-dilsiz akıl hastalıklarına yaşına bakmak sızın akıl hastaları hakkındaki hükümlere benzer hükümler sevk olunmaktadır(92).

90. Dönmezcr. agc.c.II. s.196

91. Dönmezcr.agc.c.II, s.196

92. Erem. agc. s.19-38

2 - İSLAM CEZA HUKUKUNDA

Doğuşturan sağır olarak doğanlar genellikle dilsiz de olurlar. Her ikisi de ferdi hak ve vecibelerini ifaya ehil olmaktan çıkarılmaktadır. Doğuştan dilsiz ve sağır olanlar hak ve vecibelerini İslam hukukuna göre bir vasinin himayesi altında icra edebilirler(93).

E - İSTEMEYEREK SARHOŞLUK VEYA UYUSTURUCU MADDE ETKİSİ

1 - HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

xiv. y.y. hukukçuları, hafif sarhoşluğun isnad kabiliyetini etkilemeyeceğini, orta derecede sarhoşluğun işlenen suçun hırsa kapılarak işlenmiş sayılarak cezada indirim yapılacağını fakat tam sarhoşluğun suçu ortadan kaldırmadığını kabul etmekteydiler. Bu görüş XVII. y.y. sonuna kadar birçok batı memleketlerinde ve özellikle Almanya 'da hakim olmuş, ancak İngiltere ve Fransa'da sarhoşluğun isnad kabiliyetini kaldırma yacağı esası kabul edilmiştir. François tarafından çıkarılan 31 Ağustos 1536 tarihli bir emirnamede sarhoşluğun kimseyi kurtarmayacağı açıklanmıştır. XIX.y.y. hukukçuları sarhoşluğu da belli kısımlara ayırmışlar. Arızı veya istemiyerek sarhoşluk başkasının fiilinden ileri gelebilir. Şaka maksatlı olarak veya fail kandırılarak kendisine alkol içirilebilir veya uyusturucu madde kullanılabilir. İstenmeyerek sarhoşluk diğer arızı sebeplerin etkisini yapar ve isnad kabiliyetini o surette etkiler. (94)

93. Nazariyyat, s.335

94. Şensoy, Akli Maluliyet, s.62

2 - İSLAM CEZA HUKUKUNDA

İster sıvı, ister katı sarhoşluk verici bir madde olarak insanın bilincinin örtülmesi olayına sarhoşluk denir.

Sarhoşluğun şer-i sınırı, Ebu hanifeye göre: *"Bilincin yitirilmiş olup olmaması"* İ mameyn ve öteki mezhep imamlarına göre de: *"Ne söylediğini bilip bilmemesi"* kriteri ni kabul etmektedirler(95).

Sarhoşluk bizatihi haramdır. Bir kimse kendi rızasıyla sarhoşluk veren bir madde almışsa günahdır. Eğer içtiği had cezasını gerektiren bir içki ise kendisine had cezası uygulanır.

Sarhoşluk devam ederken sarhoşa ceza verilmez, sarhoşluk devam ederken muhakeme olunamaz. Zira sarhoş kendisini savunabilmesi için ayık olması gerekir. Belki de vücudundaki bir yaradan duyduğu şiddetli acıyı duymamak için o sarhoşluk verici maddeyi içmiştir veya buna benzer mazeret söz konusudur(96).

Eğer sarhoşluk mübah bir yolla olmuşsa veya kişi bir tehditle zorlanarak içmişse sarhoş olmuşsa, o kişi sorumlu değildir. Mesela bir kimsenin ameliyat acısını duymaması için afyon içmesi .v.b İşte fıkıh bilginleri bu çeşit sarhoşluk için sorumluluk olma yacağını, eğer bir sonuç doğuracak olursa, hata eden, uyuyan ve baygın olan kişi kadar sorumlu olacağını söylemişlerdir. Yani başka bir ifadeyle sırf Allah hakları af konusu o lurken kul hakları bakımından kısas edilmez. Fakat mali cezaya çarptırılır. Üzerinde gö rüş birliği olan bu noktalara karşılık fukaha haram bir yolla ve herhangi bir mazereti ol

95. Ebu Zehra, age, s.475

96. Ebu Zehra, age, s.476

maksızın kendi isteği ile sarhoşluk verici madde alan kimse hakkında iki temel görüşe ayrılmıştır(97).

Bir sarhoş yaptığı fiillerden dolayı tam olarak sorumludur.Yaptığı akitler kendini bağlar. Karısını boşarsa geçerlidir. Kısaslık bir cinayet işlemişse kısas edilir. Kısacası ayık insanların cezalandırıldıkları her noktada sarhoşta cezalanır. Bunun gerekçesi, bir günah bir başka günahın gerekçesi olamaz. Sarhoşluk hali suçlara sebep olduğuna göre sonuçlarını bile bile bu sebepleri meydana getiren bizzat kendisidir, sebebe yönelmek neticeye yönelmek demektir.

Fahru'l İslam Pozdevi'nin "*E'l-Uslu*" isimli eserinde şu ifadeler yer alır: "Bir kimse kısaslık bir suç işlediği zaman itiraf ederse, yada kısas sebebi olan bunun hükmü ne ise onu üstlenir. Bir kimse birisinin iffetine iftira etse kast hükmünü yüklenir. Bir kimse sarhoş iken zina etse ayıldığı zaman içki içme cezası alır. Bir kimse, kimsenin zoru olmadan kendi gönlü ile şarap içtiğini ve sarhoş olduğunu itiraf etse ayılıncaya kadar had cezası verilemez.(98).

Bu görüşün bayraktarlığını hanefiler ve bazı Şafiler, Malikilerin bir çoğu ve bazı Hanbeliler katılmaktadır.

İkinci bakış açısına göre, ne dediğini bilmeyen sarhoşun yaptığı akitler sahih değil dir. Zira akitlerin temeli rizadır. Bilincini yitirmiş olan bir kimsenin yaptığı akite razı olduğu söylenemez. Sonra şüphe ile düşen cezalarda sarhoşa uygulanamaz. Yani had cezaları ve kısaslar uygulanamaz. Suçun işlendiği andaki bilinç kaybı, suçtaki teammüd niteliğini yok eder.İmam Şafii'nin iki görüşünden biri bu yöndedir. Bununla birlikte

97. Ebu Zehra, age, s.477

98. Ebu Zehra, Keşfu'l-Esrar, c.IV, s.1475

Hanbeli ve maliki mezhebi bu şekilde düşünmektedir. İbn-i Teymiyye bu son buluş açışını ayrıntılı olarak şöyle açıklar. *"Mükellefiyet şartını iyi anlamak lazımdır. Ne deli ne de sarhoş mükellef değildir. Buna göre sarhoşun karısını boşaması geçerli değildir Adam öldürürse kısas uygulanmaz. Bunun için diyaneten sorumludur."*(99).

F - ARIZİ SEBEBLER

1 - HUKUKÇULARIN GENEL GÖRÜŞLERİ

Bu arızı sebepler, tıbbi anlamda bir akıl hastalığı şeklinde görünmemesi müm kündür. Ateşli hastalık, uyku hali, hatta klinik gözlemle akıl hastalığı sayılması şüpheli olabilen ipnotik telkinler arızı sebeplerden sayılabilir. Kanunumuzun 48. maddesinin 1. fıkrasına göre *"Suçu da arızı bir sebepten dolayı 46 ve 47. maddelerde münderiç akli maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddelerdeki ahkam tatbik olunur"*(100)

Uyku hali arızı bir sebeptir ve insanın anlayabilme ve isteyebilme yeteneklerini uyku süresince ortadan kaldırdığı cihetle, isnad kabiliyetini ortadan kaldırır. Bir anne ufak çocuğunu koynuna alarak uykuya dalar ve bu halde iken çocuk nefessiz bırakılarak ölürse, anne taksirle adam öldürmeden sorumlu olur (101). Kaza uykusunun gelmekte olduğunu anlayan kamyon şoförü, aracı yolun kenarına çekip durdurduktan sonra uyuyamaz da direksiyon başında uykuya dalar ve bu halde iken birini ezerse, taksirle müessir fiil veya adam öldürmeden sorumlu olur ve isnad kabiliyeti var sayılır(102).

99. İbni Teymiyye, Muhtasarul-Fetava, s.650

100. T.C.K., md. 46-47-48

101. Şensoy, Akli Maluliyet, s.42

102. Şensoy, Akli Maluliyet, s.62

2 - İSLAM CEZA HUKUKUNDA

İslam hukukunda uyku ve baygınlık, vücup ehliyetini değil de eda ehliyetini ortadan kaldırır(103). İnsanı uykudayken veya baygın bulunduğu zaman eda ehliyeti yoktur. Çünkü eda ehliyeti, akıl ile mümeyyiz olmaya dayanır. Bunun için hiçbir sözü mutlak olarak muteber değildir. Fiillerinde bedeni ceza ile mesul tutulmaz. İslam Ceza Hukukuna göre, mesela bir insan, başka bir insanın üzerine yuvarlanıp onu öldürürse, mü meyyizliği ve iradesi olmadığından(öldürme kastı olmadığından) bedeni olarak cezalandırılmaz. Fakat mali cezaya tabi tutulur ve diyet ödemesi icabeder(104).

İslam hukuku açısından delilik ve bayılma haricindeki hastalık vücup ehliyeti ile eda ehliyetini ortadan kaldırmaz. Hastanın her iki ehliyeti de tamdır. Bu bakımdan lehine ve aleyhine haklar sabittir. Ancak hastalık ehliyetin tamlığına rağmen, hastaya nisbetle bazı hükümlere müessirdir. Bu cümleden olarak hastanın bazı tasarrufları infaz olunmaz. Eğer hastalık neticesinde ölümü getirirse, varislerin hakkını korumak için muris (hasta) hacr altına alınır(105)

a) Galat

Muayyen bir kimseye zarar vermeye niyet eden birinin söz konusu şahsa değil de başkasına zarar vermesine galat denir(106).

Fıkıh bilginlerinin birbirleriyle ihtilaf ettikleri mesele galatın adam öldürme suçlarında etkili olup olmadığıdır. Yani katilin kanı dokunulmaz olan masum kişiyi öldür

103. Keşfu'l-Esrar, c.IV, s.1475

104. Zeydan, el-Vcciz, s.106

105. Zeydan, el-Vcciz, s.107

106. Ebu Zehra, age, s.444

meyi amaçlıyor ve ateş ediyor ya da saldırıyor, ancak daha sonra ortaya çıkıyor ki öldürdüğü kişi de masum bir kişi ancak öldürmek istediği kişi değildir. Acaba bu öldürme te ammüden sayılır mı, acaba bunun cezası kısas mıdır?

Şafilardan bir grup ve bazı hanefiler, bu öldürmeyi hata eseri yapılmış bir öl düme sayarlar. El Muğni'de aynen şu satırlar yer almaktadır. "*Bir kimse haram bir fiili işlemeye yönelse ve ona ateş etse ancak hata eseri başka birini vursa, bu hata eseri öl düme sayılır. Çünkü bu adamı vurmaya kastetmemiştir.*" Bu görüş İmam Şafinin mezhebidir. Ayrıca İbnu'l Münzir de böyle düşünmektedir(107).

Benzer ifadeler Hanefilerin kitaplarında da rastlamak mümkündür. İmam Kasa ni hatayı tarif ederken, Bir kimse masum bir kişiye ateş etse ancak daha sonra bir baş ka masum kişiyi öldürdüğü ortaya çıksa bu kişi hata eseri adam öldürmüş sayılır, yoksa taamülden adam öldürmüş sayılmaz. Malikiler, galat iddiasına bakmaksızın bu tür cina yetleri taamülden saymıştır(108).

b) Hata

Mübah bir fiili yapmaya niyetlenip, kasdın meşru olmasıyla birlikte fiilin neticesin de istenmeyen bir sonuç doğurmasına hata başlığı altında inceleyebiliriz. Mesela, bir kimse çocuğuna ya da torununa vursa, ancak bu vurma çocuğun yaralanmasına yol aç sa, ya da bir organına zarar verse veya çocuğunun ölümüne yol açsa, böyle bir hata çe şidi söz konusu olur. imam Malik bu gibi durumları hata saymaktadır. Muğni'de şöyle

107. İbn-i Kudame, El-Mağni, c. VII, sh.832

108. Ebu Zehra, age, s.445

bir ibare geçmektedir. Öğretmen bir çocuğa normal de ölmeyeceği bir şiddetle vursa da çocuk buna rağmen ölse hoca ölen çocuğun diyetini ödemez (109).

Fıkıh bilginleri doktorluk mesleğinin ehli ve doktorluk yapması yasak değilse teş his hatası için İslamın hükmünün tazminat cezasının olmayacağı şeklindedir. Fıkıh bilginleri doktorun ameliyat yapması için hasta ehliyeti eksik birisi ise, ya da ehliyeti var ancak kendisinden izin alınamayacak bir durumda ise velisinin izninin alınmasının zorunlu olduğunda görüş birliği içindedirler(110).

Fıkıh bilginlerinin görüş birliği içinde söylediklerine göre, fahiş hata tazminatı gerektirir. Mesela doktor hastayı ameliyat etmiş ancak ameliyat usullerine uymamışsa ve buna bağlı olarak hastanın herhangi bir organı hasar görmüş ise bu durumda doktor hastanın diyetini tazmin eder. Eğer doktor bu ihmaline devam ederse bu yüce mesleği icra etmekten men edilir(111).

c) Cehl

Şeri ahkamı bilmemek, genel olarak bunlara aykırı davranmayı caiz kılmaz. Mesela İslam diyarında oturan hiçbir müslümanın, içki içmenin haram olduğunu bilmediğini iddia edemez. Zina yapmanın haram olduğunu bilmediği mazeretiyle bu fiil ona mübah olmaz. Buna göre kanunu bilmemek mazeret değildir(112).

İlm iki çeşittir. Birincisi herkesin bilgisidir. Bundan maksat dinden olduğu zorunlu bir bilgi ile bilinen genel farzlarının asıllarını bilmektir. Bu hükümlerde bilmemek ma

109. İbn-i Kudame, El-Muğni, c.VII, sh.832109

110. Ebu Zehra, age, s.454

111. Ebu Zehra, age, s.460

112. Ebu Zehra, age, s.461

zeret değildir. İkinci çeşit ilim ise, şeriatı ayrıntısı ile bilmektir. Buna da ancak bu konunun uzmanları bilebilir. İmam Şafii "Er-Risale" isimli eserinde ilmin bu taksimine de girer ve şöyle der: "İlim iki çeşittir. Birincisi herkesin ilmidir ki, bilgisizliği aklına bas kın olmayan herkesin bilebileceği ilimdir. Mesela beş vakit namaz, Yüce Allah'ın in sanlara getirmiş olduğu Ramazan orucu farziyeti, güçlü yetenler için hac farizesi, mal larının zekatlarını verme farizesi, adam öldürmenin zina etmenin, hırsızlık ve içkinin haramlığı ve bu nitelikte olan mükellefiyetleri bilmeleri, yapmaları gereken kendi nefisle rinden ve mallarından vermeleri istenen, Yüce Allah'ın kendilerine haram kıldığı ve ka çın maları gereken haramlar bu sınıfa girerler. Bu gruba giren bilgilerin tümü ayetle Yüce Allah'ın kitabında yer almıştır. Bunlar müslümanların umumu tarafından bili nen genel nitelikli bilgilerdir." İmam Şafii: "Er-Risale"de açıkladığı ve özel kişilerin bilgisi dediği (İlmü'l Hassa). İkinci çeşit ilme gelince İmam Şafii bu çeşit ilme şöyle der: "Bu bilgi çeşidi, farzların ayrıntılarına dair, ceza hakkında kitapta herhangi bir ayet olmayan ve ekserisi hakkında sünnet nassı olmayan elde ettikleri bilgilerdir. Bunların hakkında sünnetten bir bilgi olsada bu haberler Ahbarul Hassa'dır. yani ahad haberlerdir. Yoksa mütevadır veya meşhur haberler değildir. Bu gibi bilgiler te'vile muhtemel dir. kapalılıkları kıyas yapılarak giderilebilir (113).

Bilmeme islamın Kitapla Sünnetle sabit olan esaslarından sayılan meseleler den birisi değilse aksine icthadi ve ise devlet başkanının iki görüşünden birisini uygulama için tercih ettiği bir mesele ise bu takdirde bunu bilmeyen, ancak mesele iyice yaygın olmamışsa mazurdur. Hz. Ömer 'in kadınlarla Ka'be'de tavaf eden bir kişiye vurmuş. Bunun sebebi Hz. Ömer kadınlarla er keklerin birlikte tavaf etmelerini yasak etmiş ol masıdır. Cezaya maruz kalan adam da Hz. Ömer'i yayınladığı emiri bilmediği gerekçesi ile protesto etmişti.

113. Ebu Zehra, age, s. 465

Burdan da Hz. Ömer'in söz konusu hükmü meşhur olacak, her ferd bilecek kadar ilan etmemiş olduğu ortaya çıkmıştı. Bu nedenle Hz Ömer adamın mazere tini kabul etmiş ve ondan af dilemiştir(114).

d) Uyuma ve Bayılma

Uyumakla mükellefiyet düşmez. Fakat bayılmayla düşer. Mesela, bir insan baygın i ken geçirdiği namazı kaza etmez. Bazı fıkıh bilgileri bayılmaya da aynen uyuma hükmünü bağlamışlardır.

Uyuyan ve baygın olan kimselerin işledikleri suçlar yanlışlıkla suç işleyen kişilerin suçlarının hükmüne tabidir. Uyuyan ve baygın olan kimsenin işlediği suç affedilmiştir. Zira ceza, şuurun yerinde olmasını gerektirir. Kul hakkına dair suçlara gelince, bunlar affa konu değildir. Zira kul hakları sukutu kabul etmezler. Onun için de cezaları mali olur(115).

114. Ebu Zehra, age, s.470

115. Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Kısım, s.954, Ankara, 1968

II - İLŞKİLİ OLDUKLARI HAKLAR BAKIMINDAN EMNİYET TEDBİRLERİ

A - MÜLKİYETİ SINIRLANDIRAN EMNİYET TEDBİRLERİ

1 - MÜSADERE

a) İslam Hukukunda Müsadere

Hukuk dilinde müsadere, bir malı sahibinin mülkiyetinden zorla çıkarıp karşılık sız olarak devletin mülkü haline getirmektir(116). Müsadere bazen emniyet tedbiri olarak da uygulanabilmektedir. Bu durumlarda ceza olma özelliği taşımaz(117).

Emniyet tedbiri olarak uygulanan müsaderenin özelliklerini şu şekilde özetlemek mümkündür.

1) Emniyet tedbiri olarak uygulanan müsadere mülk edinilmesi meşru olmayan mal lar içindir. Bu mal ileride bir suçta kullanılmasını önlemek amacıyla alınması ve bunun kullanılması durumunda gelebilecek tehlikelerden korunma gayesi vardır.

2) Ceza olarak uygulanan müsadere, ancak mahkemenin zanlı hakkında cezalandırma hükmü vermesi durumunda asli ceza yanında ek bir ceza olarak kullanılır. Emniyet tedbiri olan müsadere ise başka asli ceza bulunmazsa ve hatta zanlının beraatine karar verilmiş olsa dahi uygulanır.

116. Kamati, age, s.83

117. Kamati, age, s.83-84

3) Ceza olarak uygulanan müsadere suçlunun mamelekine yöneliktir. Suç ile ilgisi bu lunmayan bir başkasının hakkını ihlal etmemelidir. Emniyet tedbiri olan müsadere ise, zaptedilen eşya zanlıya ait olamasa da uygulanır. Zira burada amaç bu tür malların tehli kesini ortadan kaldırmaktır(118).

4) İslam tarihinde Hz. Peygamberin zekatını vermeyenin malının yarısının alınması ile ilgili hükmü ve Hz. Ömer'in bazı valilerinin mallarının bir kısmını alması da müsadere örnekleridir(119).

5) İslam hukuku, içki kaplarına ve sahtecilik yapılarak dokunan elbiselere müsadereyi cevaz hükmü ile kabul etmektedir(İhtiyari müsadere). Söz konusu mallar li zatihi haram olmamasına karşılık suçlu için caydırıcılık taşımaktadır.

Müsadere konusunun müslüman için domuz gibi lizatihi haram olan bir mal olması durumunda uygulanacak müsadere vacip hükmünü almaktadır(Zorunlu müsadere). Zira bu çeşit müsadere nehy-i anil münker kabilindedir. Haram olan bir şeyin insanlar arasında tedavülünü önlemek şeklinde uygulanan bir emniyet tedbir olarak düşünmek mümkündür.İslam hukukçuları, müsadere edilen mallar hakkında itlaf ve tasadduk şekillerinde nasıl bir tasarrufta bulunacağı hususunda farklı görüşlere sahiptir(120)

Müsadere tabirinin Osmanlı İmparatorluğu'nda özel bir manası ve ehemmiyeti var dır. 1274 tarihli kanunun 12. maddesinde müsadere düzenlenmiştir. Bu kanuna göre suç sayılan fiiller işlenerek elde edilemn mallar, mesela; yankesicilik yapmak suretiyle elde edilen paralar,

118. Kamati, age, s.85

119. Behnesi, el-ukube, s.219-220

120. İbn Teymiye, Hisbe, c.XXVIII, s.113-115

mallar, sıhate zararlı yiyecek ve içeceklere müsadere uygulanır. Ayrıca suçun içerisinde kullanılan veya kullanılmak üzere bulunan eşyaya müsadere uygulanır. Osmanlılarda vezirlerle devlet erkanının ve memlekette zenginlikleriyle tanınmış adamların ecelleriyle öldüklerinde yahut herhangi bir sebeple idamlarında terekeleri nin ve bazende sağlıklarında mallarının hükümet namına zaptedilmesi manasında kullanılır. Osmanlı tarihinde ilk müsadere Fatih devrinde vezir-i azam Çandarlı Halil Paşa' nın malları için uygulanmıştır(121).

Osmanlılarda birde belediyenin tedbir olarak yaptırdığı müsadere vardır. Bu halde sıh hat için zararlı olacak yiyecekler, eksik ve noksan tartan terazi müsadere edilirdi(122).

b. Hukukçuların Genel Görüşleri

Müsadere, işlenmiş bir suç karşılığı olarak devletin bir malın mülkiyetine el koynasıdır. Bizim kanunumuz da cezalar teker teker sayılmış ve müsadere bunlar arasında yoktur. Müsaderenin ceza mı, emniyet tedbiri mi tartışması yapılmıştır. Sanığın ölümünü le ceza ortadan kalkarken müsadere, eğer kesinleşmiş ise uygulanmaktadır (123). Bu ne denlerle müsaderenin ceza olmayıp emniyet tedbiri olduğu ileri sürülmüştür (124).

T.C.K.'nın 36. maddesinin 1. fıkrası gereği mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde medhali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zapt ve müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kaba hat teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabt ve müsadere olunur.

121. Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Tarihi, c.II, s.9, Ankara, 1975

122. Kırkor, Zöhrap, age, s.259; Abdülhalik, Mithat, age, s.179; Halil, Rıfat, age; Reşat, age, s.31

123. Tosun, Türk suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c.II, s.283, İstanbul, 1976

124. Tosun, age, c.II, s.283

Taşınmaması memnu olan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabt ve müsadereğine hükmolunur. Satanlar için sopa ve hapis cezaları öngörülmüştür. Bu şahıs bu na rağmen aynı suçları dördüncü defa işlerken yakalanırsa esnafıktan çıkarılır(125).

1274 tarihli kanunda düzenlenişine göre, söz konusu suçlarda ısrar edenler işinden daimi veya muvakkaten men edilir(126).

2 - AYNEN İADE

a) Hukukçuların Genel Görüşleri

Aynen iade bir medeni yaptırımdır. Cezaların infazı kanunu, bu yaptırımın ceza yerine uygulanmasına, onun yerini tutmasına imkan vermiştir. Bu durumda, cezalar arasında gösterilmemiş, fakat suç karşılığı uygulanan bir yaptırım yani bir emniyet tedbiri olmuştur(127).

b) İslam Ceza Hukukunda

Aynen iade müeyyidesini İslam ceza hukukunda "tazminat" bölümünde bulabiliriz (bkz. ilgili bölüm).(128).

125. Tosun, age, c.II, s.283

126. Tosun, age, c.II, s.284

127. Tosun, age, c.II, s.284

128. Bkz. ilgili bölüm

3 - TAZMİN

a) Hukukçuların Genel Görüşleri

İşlenmiş bir suç sebebiyle verilen bir cezanın, maddi veya manevi zararların tazmin edilmesi şartı ile çektirilmesinden vazgeçilmesi bugünün kanununda kabul edilmiştir. Bu da suç karşılığında bir yaptırım olup, ceza olmadığından emniyet tedbiridir.(Tosun a.g.e.)

b) İslam Ceza Hukukunda

Tazminat, medeni bir müeyyidedir. Akidden kaynaklanan ve fiilden kaynaklanan tazminat diye iki kısma ayırmak mümkündür. Mala karşı hukuka aykırı bir fiil yapıldığı zaman İslam hukukçuları ceza ile birlikte tazminatin olup olmayacağına gündeme gelmiştir. Hırsızlık ve yol kesme gibi suçlarda , had cezası gerektiren suçlarda had ile bir likte çalınan ve telef olan malların tazminatının olup olmayacağını İslam hukukçuları tartışmıştır. Şafii mezhebinde bir kamu davası olan had cezası ile medeni bir dava olan tazminat birleştirilerek had ve tazminatı beraber öngörürler Hanefiler had cezası ile tazminatın birlikte olmayacağını savunmuşlardır(129).

İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre çalınıp yok edilmiş malın misli veya çalındığı zamandaki kıymeti tazmin olunur. Hırsızlık suçuna uygulanan had cezası Allah hak kına mukabildir, ancak bu kul hakkının yerine getirilmesine engel olmaz. Kul hakkının yerine getirilmesi ise tazminattır(130).

129. Masaduru'l Hak, s.50

130. İbn Kudume, el muğni, c.X, s.279; eş-Şafii, el-Umm, c.IV, s.139; eş-Şirazi, el-Mühezzeb, c.II, s.301

İslam hukukunda gayri meşru fiili ika edenin söz konusu fiili ihtiyari ve rızasıyla yapıp yapmadığı da önemlidir. İkrahi mülci rızayı yok eder, ihtiyari bozar. Ancak gayri mülci ikrah ise rızayı yok eder, ihtiyari bozmaz. (Bkz. Masaduru'l Hak, s.51). kanuni tasarruflarda ikrah ister mülci ister gayri mülci ikrah söz konusu tasarrufu geçersiz kılar.

Böylece, bir kişi bir başkasını üçüncü bir şahsın malını itrafa zorlarsa, zorlayan kişi teşebbüben mütlif sayılarak malını tazmin etmek zorundadır.

b1) TAZMİNATIN GEREKTİĞİ HALLER

a.a. Mübaşeret Hali:

Mecelle maddesinin açık ifadesine göre bir kimsenin fiili doğrudan bir zarar meydana getiriyorsa, mübaşeret varsa failin kusurlu olması şart değildir. Fiil ile zarar arasındaki doğrudan münasebet (illiyet) burada tazminat için yeterlidir. Mecellenin 912. maddesine göre *"Birinin ayağı kayıp da düşerek aherin malını itlaf etse zamin olur"*. Bu örneklerde, zararın tazmini için kusur şartının aranmadığını, failin kasıtlı veya kasıtsız bir fiil ve davranışı sonunda meydana gelen zarardan sorumlu tutulduğunu görüyoruz (131).

Mecellenin, 914. maddesinde bir kimse kendi malı zannıyla diğerinin malını itlaf etse zamin olur. 916. maddeye göre çocuğun itlafının da kendi malından tazmini gerekir. Bu iki maddeden anlaşılan mübaşeret halinde failin bilerek yapmış olması da şart değildir.

131- Karaman, Hayrettin, age, c.II, s.500

bb. Tesebbüb Hali

1) Kasıt

Kasten bilerek ve isteyerek zarara sebebiyet vermek, zararın müsebbibi hallerinin en kuvvetli halidir. Yalancı şahitlerin mağdurun zararını çekmesi bunun en tipik örneğidir.

Mecellede şöyle bir örnek yer almaktadır. " Birinin hayvanı bir kimseden ürküpte firar ile zayi olsa tazminat lazım gelmez. Amma ol kimse hayvanı kasten ürkütmüş ise zamin olur. Keza bir avcı ava tüfek atıpta sesinden diğerin hayvanı düşüp ölse yahut ayağı sakat olsa tazminat gerekmez. Amma hayvanı ürkütmek kastıyla tüfek atsa zamin olur." (mecelle md. 923)

2) İhmal

İnsanların hukuken mecbur oldukları mükellefiyetleri mevcuttur. Yerine getirme dikleri ve yerine getirirken gevşek davrandıkları takdirde sorumludurlar. Fıkıh kitapları mızda bu konuyla ilgili bir çok örnek bulunmaktadır. Bunların en önemlilerinden biri çocukları ve korumaya muhtaç bulunanları koruma hususunda üzerine düşeni yapma maktır. Söz konusu kişileri yabancı bir kişi ailelerinin haberi olmadan alırsa ve bu kişilere bir şey olursa Hanefilere göre bu kişilergötüren kişi istihsanen diyet öderler. (132)

cc. Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik

Sebebiyet yoluyla meydana getirilen zararlarda aranan kusur faktörünün önemli bir

132 Kāsan'c. VIII, s. 166-167; Damād; Muhammed b. Süleyman, Mecma'ul enhur Şerhu mülteka'l ebhur, C. I-II, s. 1328, c. XI, s. 676; Karaman, H., s. 502, es-serahsi, el Mebsut, c. XXVI, s. 186

çeşidi de tedbirsizlik ve dikkatsizliktir. Sebebiyet yoluyla meydana getirilen zararlarda a ranan kusur faktörünün önemli bir çeşidi de tedbirsizlik ve dikkatsizliktir. Burada faili rade ve ihtiyariyle bir iş yapmakta fakat bunun doğuracağı zararlı neticeyi yeterince he saptamamakta, hukuk ve örfün insanlardan beklediği dikkat ve basireti göstermemek te dir.(133)

b₂) - TAZMİN YOLARI VE VASITALARI

Zarar verilen şey misli eşyadan ise misli verilir, emsali bulunmayan kıymeti takdir edilen eşyadan ise değeri ödenir (134)

B - BAZI HAK VE SERBESTLİKLERİ SINIRLANDIRAN EMNİYET TEDBİRLERİ

1 - ÇALIŞMA SERBESTLİĞİNİ SINIRLANDIRAN

a) Bazı Meslek ve Sanatı Yasaklama

a1) Genel

İnfaz kanununda ceza yerini alan bu tedbir, bir emniyet tedbiridir. Buna karşılık ceza kanununda kabahat karşılığı verilen bir cezadır. Mesela: meyhanecilik yapmak, çal gıcılık yapmamak gibi yasaklarla bazı kimselerin işledikleri suç çevresinden uzak tutul ması sağlanabilir. Bu tedbirin üst haddi bir yıldır. Bundan fazla uzatılamaz.. (Tosun a.g.e.)

133. Karaman, Hayrettin, age, c.II, s.500

134. Es-Serahsi, age, c.VII, s.23

a2) İslam Ceza Hukukunda

a.a) Genel

Bir mesleğin yapılması ruhsata bağlıysa, mesleğin icrası sırasında işlenen suçlarda bu mesleği yaptırmamak sayesinde o kişiyi suçluluktan uzak tutmak olanağı var dır. Eğer meslek ruhsata bağlı değilse yukarıdaki hüküm onun yasaklanmasına yeter. Ceza infazı haakkındaki kanun bu yasağı da geçici olarak kabul etmiş ve bir aydan bir yıla kadar sınırlamıştır(135).

bb) Memuriyetten Tart

Osmanlı Ceza Kanunun 36.maddesine göre memuriyetten tart cezası, memuriyeti olanların memuriyetten çıkarılmasını, maaşlarının kesilmesini icap ettirmektedir. Bu cezanın müddeti üç aydan altı seneye kadardır. Bu cezaya çarptırılıp memur olmayanların cezası bu süre içerisinde memuriyete geçemezler.(136)

cc) Görevden Uzaklaştırmak

Bu müeyyide memur statüsünde bulunanlar görevlerini kötüye kullandıkları takdirde bu müeyyideye maruz kalırlar. Görevden el çektirme ya da görevinden belli bir süre uzaklaştırılma şeklinde uygulanır.(137)

135. Tosun a.g.e s. 288

136. Ziya, Ahmed, a.g.e s. 289

137 Bilmen a.g.e s. 307

Bu müeyyidenin belli başlı sebepleri şunlardır:

- 1- Kamu ya da vakıf mallarına zarar verme(138)
- 2- Verdiği hizmetten dolayı hediye kabul etmek(139)
- 3- Görevinden dolayı rüşvet almak(140)
- 4- Görev dolayısıyla halka zulmetmek(141)
- 5- Suçluya verilmiş cezayı para karşılığında geciktirme(142)
- 6- Yargıyı yavaşlatan, davalara yeterince eğilmeyen(143)
- 7- Devlet memurları, görevlerini kötüye kullanarak kazandıkları mala el konulur.(144)

dd) Ticaretten Men

Ticaretten men müeyyidesi tazir olarak uygulanır. 1267 tarihli Osmanlı Ceza Kanu nunda bu müeyyide düzenlenmiştir. Buna göre bakkal, kasap, fırın gibi ticari faaliyette bulunanlardan noksan tartı aleti kullananlar ile konulan narhtan ziyade satanlar için sopa ve hapis cezaları öngörülmüştür. Bu şahıs buna rağmen aynı suçları dördüncü defa işlerken yakalanırsa esnafıktan çıkarılır.(145)

1274 tarihli kanunda düzenlenişine göre, söz konusu suçlarda ısrar edenler işinden daimi veya muvakkaten men edilir.(146)

138. İbn Teymiye, a.g.e. s. 53
139. İbn Teymiye, a.g.e. s. 53 vd.
140. İbn Abidin, Haşiya cV, s. 323
141. İbn Teymiye a.g.e.s 31
142. İbn Teymiye a.g.e. s. 31-33
143. İbn Abidin a.g.e s. 316
144. B.k.z 1267 tarihli kanun
145. Kırkor Zöhrap a.g.e s., 259
146. TCK. Md. 11

2 - GEZİ SERBESTLİĞİNİ SİNIRLAYANLAR

a) Emniyeti Umumiye Nezareti Altına Alma

Bazı durumlarda hüküm hükümlü kişinin istediği ve kolluğunda kabul ettiği bir yerde bazı durumlarda da mahkemenin tayin ettiği yerde ikamet etmesi, kolluğun gösterdiği gün llerde yapılan yoklamaya gelmesi zorunluğundan ibarettir(147).

Bunun cezası, suç mu olduğu tartışılmış, Mehaz kanunda buna ceza denmemiş olması, Ceza kanununun 11. maddesinde cezalar arasında gösterilmemiş bulunması sebebi ile bunu emniyet tedbiri sayanlar vardır(148).

b) Bir Yere Gitmekten Yasaklamak

b1) Nefi Müeyyidesi

İnfaz kanununun kabul ettiği bu tedbir bir yılı geçmemek üzere uygulanan bir emniyet tedbiridir(149).

Nefi müeyyidesi suçlunun devletçe tayin edilen belli bir mahalle gönderilmesidir. Bu müeyyideye maruz kalan kişiler gönderildiği yerde ikamet etmeye ve başka bir

147. Tosun a.g.e s. 288

148. Tosun a.g.e s. 288 vd.

149. TCK. Md. 11.

yere gidememeye mahkumdur. Orada kendi arzusuyla bir işte çalışabilir, ailesini yanına getirebilir(150).

Tanzimat devri Osmanlı Ceza Kanunnamelerinin üçündede bu müeyyide mevcut tur. Ancak 1856 ve 1867 tarihli kanunlardakiler kanunların genel yapısından kullanılan ifade ve sürelerinden İslam Ceza Hukukundaki taziren verilen nefi cezasına benzemektedir.

b2) Zabtiye Nezareti Altında bulundurulmak

Bu müeyyide Osmanlı Ceza Hukukunun 1274 tarihli kanununda düzenlenmiştir. Fer'i ya da mütemmim olarak hükmedilir. Zabtiye nezareti altında bulundurulmak ; Ceza Kanunname-i Humayunun 12, 13 ve 14. maddelerinde düzenlenmiştir. 12. madde de bu müeyyideden bahsederken: "Zabtiye memurları tarafından göz hapsine alınmak" deni yorsa da burada kastedilen zabtiye nezareti altında bulundurulmaktır. Çünkü kanun metninde göz hapsinde bulundurmanın bir ceza olduğu ve bunun diğer cezalarla birlik te müstereken tertip edilebileceği belirtilmiştir.(151)

150 Reşat a.g.e s. 51
151. Rıfat Hall, s.31 vd.

C - EĞİTİCİ TEDBİRLER

1. KÜÇÜKLER İÇİN

T.C.K.11 yaşından küçükler cezalandırılmaz(122). 11-15 yaş arasındaki suçlularda temyiz kudreti olup olmadığı araştırılır. Temyiz kudreti olmayanlar cezalandırılmaz(123) Bunlar hakkında ancak kanun bir yıldan fazla hapis veya daha ağır ceza gerek tiren suçlular için Devlet yönetim ve denetimde bulunan bir kuruma konmaktır. Bu tedbir bir terbiye ve ıslah gerçekleştirinceye kadar devam eder(152).

2. SAĞIR-DİLSİZ SUÇLULAR İÇİN

Sağır-dilsizlerin, dış dünya ile ilişkileri duymamaları ve söyleyememeleri bakımından çok zor olan bu gibi kimselerin hayat tecrübeleri çok geç gelişmektedir.Bunu göz önünde tutan kanun koyucu bunları bazan çocuklara bazan de akıl hastalarına benzetirler. Bizim kanunumuz da, sağır-dilsiz suçlular için 11 değilde 15 yaşını başlangıç olarak 24 yaşına kadar küçükler hakkındaki hükümleri uygulamaktadır.Yani bunları devlet kurumuna koymak mümkündür(125). Sağır-dilsizler hakkındaki bu tedbir 24 yaşına kadar devam edebilmektedir. 24 yaşını bitiren sağır-dilsiz suçluları ise kanun akıl hastalarına benzetmiştir.Bunlar hakkında da muhafaza ve tedavi tedbirleri vardır(153).

152. Tck. Md. 11

153. Tosun a.g.e s. 288 vd.

D - TEDAVİ VE MUHAFAZA TEDBİRLERİ

Mevzuatımızda akıl hastaları, uyuşturucu madde alışkanlıkları madde alışkanlıkları ve alkollü içki alışkanlıkları bakımından tedavi ve muhafaza tedbirlerine yer verilmiştir(154).

a) Akıl Hastası Suçlular İçin

Mevzuatımızda üzülererek söyleyelim ki, tedavi tedbirleri sadece tam akıl hastaları içindir. Eksik akıl hastası suçluları için tedavi tedbiri öngörölmüş değildir.. Bunların sadece cezaları azaltılmaktadır.Bu durumda mahkumun akıl hastalığı ilerleyebilir(155)

Suç işlediği sırada şuur ve hareketlerin serbestliğini tamamen kaldırarak şekilde akıl hastası olan kimselere ceza verilmemekte, bunlar " muhafaza ve tedavi altında bulun durulmaktadır"(156). İyileştikten sonra da ara sıra tıbbi kontrol ve muayenelere tabi tutulmakta, hastalığın tekrar başlayacağı anlaşılanlar yine muhafaza ve tedavi altına alınabil mektedir(157). Eğer suç ağır hapis ise, muhafaza ve tedavi bir yıldan az olmamalıdır. Bunun gerekçesi, halkın daha öne salıverilme durumunda anlayış göstermemesidir(158).

b) Uyuşturucu Alışkanlıkları İçin Uygulanan Tedbirler

Normal şartlarda uyuşturucu kullanmak T.C.K.na göre suçtur. Fakat suçlu "iptila"

154. Dönmezer a.g.c III. S. 186

155. Şensoy, Cezai mesuliyeti tamamen ve kısmen kaldırarak akıl hastalığı s. 10-14

156. Şensoy a.g.c s. 14 vd.

157. Dönmezer a.g.c s. 186 vd.

158. Şensoy a.g.c s. 14-15

derecesinde alışkanlık haline getirmişse bunların T.C.K.nun 404: 2/3'e göre hastahane de muhafaza ve tedavisine karar verilmesi öngörülmüştür.Bunun süresi bağımlılığının iyileşmesiyle eş sürelidir.Bu tedaviden sonra da, çevrenin etkilerinden kurtararak tedavinin başarılı olması için suçluyu daha uygun bir sosyal çevrede bulundurmak için emniyeti umumiye nezaretini kabul etmektir(159).

c) Alkollü İçki Alışkanlıkları İçin

Kanunumuzda içki almak suç değildir. Suç olan sarhoş olup halkın rahatını bozmaktır(TCK. m.571) veya başkasına tecavüz veya halkın istirahatını bozmaktır(m.572). Kanun sarhoşlukta itiyad edenleri daha ağır cezalandırmakta ve itityattan da iki kere mahkum olmayı anlamaktadır.Bu itiyad alışkanlık iptila derecesine varınca kanun ceza vermekten vazgeçmekte ve "muhafaza ve tedavi" tedbirleriyle yetinmektedir.(C.K. m.573) Bu tedavi suçlu iyileşinceye kadar sürer(160).

III – UYGULAMA ZAMANI AÇISINDAN EMNİYET TEDBİRLERİ

A - ÖNLEYİCİ TEDBİRLER

1. Hukukçuların Genel Görüşleri

Emniyet tedbirleri Devlet tarafından bir "fiile" gerçekleştirilen himaye vasıtala

159. TCK:md. 404

160. TCK. Md. 573

rıdır. Ancak bu fiil, suç teşkil eden bir tepki değildir. Çünkü suç teşkil eden fiile neden sel veya isnadi bir münasebet içinde bulunmamaktadır. Emniyet tedbirinin bağıntısı olduğu durum suç teşkil eden fiilin failin içinde bulunduğu statüdür. Zira tehlikelilik hali geleceğe ait mümkün ve muhtemel bir tehlike.Bu emniyet tedbirinin ceza hukuku düzenindeki görevinin, sadece geleceğe ait mümkün veya muhtemel bir tehlikeyi engelleme, açıkçası önleme demektir. O halde bu tedbirler, suçun (ihlalin) isnadı yahut nedensel bir sonucu olan himaye tedbirleri değil, uygulanabilmesi için suçun sadece bir fırsat veya vesile teşkil ettiği suçtan sonraki himaye tedbirleridir.(161)

(Hafizoğulları, 245: Rocco, Misura Di Sicurezza, s.36, Diritto penale, s.141, Manuale, pg, s.548).

Emniyet tedbirleri toplumsal politika ve toplumsal fayda tedbirleri olduğu içindir ki hiçbir zaman suç teşkil eden fiilin ve suçun failinin kınanması veya ahlaken ayıplanması hükmünü şart koşmamaktadır. Bu nedenle, bu tedbirler aksi de söylenmekle birlikte, her türlü ahlaki karakter ve etik değerden yoksun tedbirlerdir (162) .

Emniyet tedbirleri ceza tedbirleriyle bazı ortak yönlere sahip olmakla birlikte, onlardan tamamen farklı tedbirlerdir. Bunlar ceza tedbirlerinden farklı olarak, salt önleme tedbirleridir. Önleme, emniyet tedbirlerinin özgül niteliğini teşkil etmektedir(163).

161. Hafizoğulları a.g.e s. 245

162 Hafizoğulları a.g.e s. 246

163. Hafizoğulları a.g.e s. 246 vd.

2- İSLAM HUKUKUNDA

Emniyet tedbirlerinin hukuki mahiyetinin ne olduğu, suç işlenmeden uygulanıp uygulanmayacağı, idari mi yoksa kazai bir tedbir midir meselesi oldukça tartışmalı bir konu olduğu görülmektedir(164).

İslam ceza hukuku suçla mücadele ederken suç teşkil eden fiile seyirci kalıp sonra suçluyu cezalandırma ilkesini benimsememiştir. Suçla mücadelede suçun işlenmemesini temin edici tedbirlerde başvurmuştur. İslamda harama götüren şey haramdır. Mubaha vasıta olan da mubahtır. Vacib için zaruri olan şey vacib olur. Mesela zina haramdır. Zina vasıta olduğu için helali olmayan kadınla halvet(yalnız) olmak da haramdır. Kötülüğe giden yolları kapamak gerekir. Euna İslam Hukukunda Seddi'z-zerai denir. Seddi'z-zerai 'i Maliki ve Hanbeli doktrininde İslam Ceza Hukukunun delillerinden sayılmaktadır. Seddi'z-zerai'yi en fazla kullanan Malikiler olmuşlardır(165)

İslam Ceza Hukukunun, kısas, had ve tazir gibi müeyyidelerle gözetmiş olduğu ga yelerin en önemlilerinden biri, toplum düzenini korumaktır. Düzenin korunması ancak ortaya çıkan kargaşa, fitne ve tecavüzlere meydan vermemek, bunların yollarını tıkamak suretiyle olmaktadır. Buda ilgili normları hukuk belirlemeden ve hükümette uygulama madan gerçekleşmez (166).

Bu konuda İbnül Kayyım şöyle diyor: " Gaye ve maksadlara vesile teşkil eden yollar ve sebebler olmadan ulaşılamiyacağından, maksad ve gayelere ulaştırıcı mahiyetteki yolları ve sebebleri olmadan ulaşılamiyacağından, maksad ve gayelere ulaştırıcı mahiyetteki yolları ve sebebleri gayelerine tabidir ve gayelerinin hükmündedir(167).

164. Bkz. İlgili paragraf

165. İlm-i Hilaf, s.130, İsmail Hakkı İzmirli, İst. 1330 -Fahreddin, Atar, 99 usul).Karafî, s.200, Faruk.

166. Tahir b. Aşur İslam Hukuk Felsefesi, . 326

167. Tahir b. Aşur a.g.e s. 326 vd.

İslam Ceza Hukukunda batı hukukunun emniyet tedbiri olarak isimlendirdiği müeyyideleri suç işledikten sonra cezai ehliyeti olmayanlara ve cezanın suçla mücadele de kafi gelmediği durumlarda suçluya uygulanmıştır..Gerçekten geçmişteki halleri, kötü bir yaşayış tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya akli kusurları nedeniyle bazı kimseler tehlikeli durumda bulunabilirler, bunlarda kamilen suçun bütün unsurları bulunmasa bile İslam Ceza Hukukunda emniyet tedbirleri uygulanmıştır.Bu tedbir cezai midir, idari midir hususu tartışılmaya müsaittir Prof. Rocco gayri cezai idari tedbirler olarak nitelendirmekle beraber, onları ceza hukukunun dışına atmamaktadır.Bilakis ceza hukukunun sahasını genişlettiği(diritto Criminale) içerisine almaktadır.Buna gerekçe olarak tabu tedbirlerden maksad, adalet değil, ictimai fayda, ahlaki adalet olmadığı ic timai siyaset olduğunu vurgulamıştır. Bu anlayış İslam Ceza Hukukunda tam teşekküllü suç sabit olmadan uygulanan müeyyidelerin hukuki mahiyetine daha uy gun düştüğü kanaatindeyim. Bazı memleketlerde ceza kabul edilen bir müeyyidenin di ğer bir memlekette emniyet tedbiri sayıldığı görölmektedir(168)

İslam Hukuku adelet, merhamet ve hikmet temelleri üzerine oturmuştur.İslam Ceza Hu kuku suçla mücadelede cezayı son planda düşünmüştür.Önce suçu hazırlayıcı se bepleri ortadan kaldırmış, ortadan kaldıramadığı sebeplerden dolayı vaki olan suçlara da tam karşılığı olan cezaların verilmediğini asr-ı saadet döneminde rahat bir şekilde görölmektedir. Hz. Ömer kıtlık senesi olduğundan ve suçluların aç kaldıklarından dolayı söz konusu fiili irtikab ettikleri kanatıyla onlara sirkad haddi icra etmemiştir(169).

168. Faruk, Ercm, Türk Ceza Hukuku.c.II.s.376

169. 169. Et., taberi, Tarih, c. IV s. 213 vd.

Fuhşun önüne geçmek için İslam hukuku evlilik kurumunu getirmiş, hatta bazı İslam Hukukçuları evlilik hükmünün vücut ifade ettiğini kabul etmiştir. İslam evliliği kolaylaştırıcı hükümler de getirmiştir. Mesela

"Mehrin hayırlısı kolay olanıdır." (Hakim, Bayhaki)

"Allah üç kimseye yardımı üzerine hak kılmıştır: bunlar Allah yolunda cihad edenler, iffetini korumak için nikah yapana, borcunu ödemek isteyen(köleye)(170).

İslam hukukunda kadın erkek ilişkilerinde bir takım kuralları da bu babdan sayabiliriz.

İçki, kumar gibi kötülükler için de İslam Hukukunun uygulanmış olduğu tedbirler vardır. Uyuşturucu ve içki fiillerinin suç olmasıyla birlikte bunlara götüren yollarında suç olduğunu görmekteyiz. İçkinin sadece içilmesi değil üretilmesi, taşınması, vesile olunmasının yasak olduğunu söz konusu yasağın ihlali durumunda tazir nitelikli müeyyideye tabi tutulacağı İslam Hukukunun temel kaynaklarından olan sünnette sarıh bir şekilde bulunmaktadır. Şarab üreticisine şarabın hammaddelerinden biri olan üzümün satılıp satılmayacağı tartışması bu konuya verilebilecek en tipik misaldir(171). İslam tarihinde suç işleme ihtimali yüksek olan ve toplumda himayesiz kalan kişiler için çeşitli müesseseler kurulmuştur. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

170. Nesai, Kitabü'l Cihad.

171. Atar a.g.e s. 99 vd.

a) VAKIFLAR

Hız. Ömer zamanında en mükemmel şeklini alan çocuklu ailelere yönelik yardımlardan başka, himayeperver zenginler tarafından tesis edilen vakıflar görölmektedir.(172)

Bilahare çeşitli hayır hizmetleri için yapılan vakıflardan bazıları yetim, fakir, kimsesiz ve bakıma muhtaç kimselere ve çocuklara tahsis edilmiştir.Hatta bunlar sayıca fazla oldukları için bunlara avariz vakıflarında denmiştir. Bunlar "herhangi bir surette vukua gelen musibet ve hadiseler karşısında ihtiyaç ve zararları karşılamak maksadıyla tesis olunmuş bulunan vakıflardır. Avariz vakfının ekserisini bir köy veya mahalle de hastalanan fakirlerin tedavisi veya hastalık sebebiyle darluğa düşen kimselerin kendilerinin ve ailelerinin yahut kocalarını veya ona babalarını kaybeden fakir, aciz, dul kadın ve yetimlerin infak ve iâşeleri, fukaradan ölenlerin techiz tedariki, muhtaçlara kışın odun ve kömür tevzii gibi, insani, ahlaki ve tamire muhtaç olan mescit, mektep ve hastahane, çeşme ve emsali hayır eserlerin tamiri gibi bir takım maksad ve gayeler ile vücuda getirilmiştir(173).

Çocuklara yardım eden evkaf ve çocukların himayesi amacını güden bazı vakfiyeler hakkında bilgi veren, eski maliye vekaleti merkez müşavir avukatlarından Hüseyin Sapmaz'ın tanıttığı vakıflardan bazıları şunlardır:

—1. GAZAN MAHMUT HAN VAKFİYESİ

Bu zat İran Moğollarından ve İlhan Prenlerinden 1295-1304 yılları arasında hü

172. Canan a.g.e s. 129

173. Canan, c.g.e s.129 vd.

kümdarlığı sırasında müslüman oldu.Bir eytamhane yapmıştır(Yüz çocuk için) ve bu müessese mefruk çocuklara bakmak üzere kurulmuştur. Bunlardan başka dul kadınlar, yoksullar, fakirlerle kimsesizlerin cenazelerini kaldırmak, yolları temizlemek, efendilerden korkan kölelerin kıldıkları çanak ve çömlekleri tazmin, kışın aç kalan kuşların beslenmesi için ayrı ayrı hizmetler tesis olunmuştur(174)

2. GÖKBÖRÜ VAKFIYELERİ

Musul'da, Erbil'de Erbil Atabeyi Muzafferüddin Ebu Said Gökbörü Vakfiyesidir. Adı geçen vakfiyesidir. Adı vakfiyelerle Erbil'de hastalar ve körler için yetimhane, sokaklardan toplanan çocuklar için bakım yurtları tesis olunmakta ve bu iki müessesedeki küçük çocuklar için bakım yurtları tesis olunmakta ve bu iki müessesedeki küçük çocuklar için süt anneler tayini hizmetleride yapılmaktadır(175)

3. FATİH SULTAN MEHMET VAKIFLARININ ÇOCUKLARA AİT KISMI

Vakfiyedeki yetimlere ait kısımla ilgili şartname gelmektedir. Bu kısmın hülasasında muallimi ve halifesi tayin edilecek olan daruttalimde yetimler bulunursa eytam okutulacak, eğer yetimler bulunmazsa fukara çocukları okutulacaktır(176)

174. Canan, a.g.e s.130)

175. Canan, a.g.e s.130)

176. Canan, a.g.e s.131)

4. ÖDEMİŞ KAZASININ BİRGİ NAHİYESİNDEKİ VAKIF

Hoca Abdullah adında birisi 979 Hicri tarihli vakfiyesinde 25 yetime kapama, gömlek, don, birer çift papuç, mest, arabiye kuşaktan mürekkep, birtakım elbiseninin, her sene Ramazan Bayramında giydirilmesi, Kurban bayramında çocuklara birer çift papuç alınması ve talebe için yetecek kadar hasır, testi, kuzu derisi alınması yazılıdır. (Bkz. 176-177 dipnot)

5. AHMED REŞİD EFENDİNİN VAKFİYESİ

İzmir'de Katıpzade Ahmed Reşid Efendinin 1163 Hicri tarihli vakfiyesinin çocuklara ait kısmında bir mektep kurulması ve bu mektepte okuyan çocukların yıllarca güneşli bir havada çimenli ve çiçekli bir sahraya götürülmeleri temin edilmiştir(177).

6. KONYA MAHALLE SANDIKLARI

Yakın zamanlara kadar, Konya'da önemli sermayelere sahip bulunmuş olan mahalle sandıkları yetim kalan fakir düşen kimseler ve çocuklar çiraklık, kalfalık ve ustalık safhalarını geçirerek yetiştirdikten sonra sermaye vererek bunları müstakil birer iş sahibi yapardı.Konya'daki dükkanlardan alınan küçük bir pay, sandığın sermayesini daima elde tutmasını sağlardı.Böylece Konya'da sefaletе düşmüş işsiz adam kalmazdı.Bu sandıklar sadaka şeklinde yardım yapmayıp muhtaç ve yetimlere iş bulma ve iş kurma yollarında kullanılırdı(178).

177. Canan, a.g.e s 132

178. Canan, a.g.e s.133

b) ISLAHHANELER

Vakıflardan ayrı olarak, bir de çocuğu bedeni, ruhi ve fikri tehlikelere karşı korumak maksadıyla devlet taraafından teşkil edilen ilk müessese mevzuunda Mithat Paşanın adı geçer. Mithat Paşa Tuna Eyaleti Valisi İken Niş'de ilk İslahhaneyi açar ve "çocuk ıslahhaneleri"ne ait bir nizamname düzenler.. Niş'ten sonra, Rusçukta, Halepte, Selanik ve İstanbul'da yenileri açılır(Palalın, 2-5). Tuna'da açılan ıslahhanenin ilk nizamnamesine göre bu ıslahhaneye şunlar yazılmıştır:

1. Yerli yabancı İslam, Hristiyan farkı gözetmeksizin ve musavata riayet edilmek şartıyla 12-13 yaşından yukarı olmayan anasız, babasız yahut fakir ve zaruret halinde bulunanlar.
2. Yahut terbiye ve ıslah edilmek üzere bir ıslahhaneye kabulü istenen analı, babalı, hısım akrabalı 13 yaşağı olanlar.
- 3- Yahut terbiye ve ıslah edilmek üzere bir ıslahhaneye kabulü istenen analı babalı, hısım akrabalı 13 yaşından aşığı olan
4. 13 yaşından aşığı olup irtikap, töhmet ve cinayetle kanunen bir sene daha ziyade hapis lazım gelip hükümetin resmi emriyle alınması istenen çocukların alınacağı kabul edilmiştir (179)

c) DARULACUZELER

Bu müessese 1890 yılında, Halil Rifat Paşa'nın dahiliye naazırlığı zamanında düşünölmüş ve devrin padişahı 2. Abdülhamit'in emriyle 7 Kasımın 1892 tarihinde İstanbul'un Okmeydanı semtinde, kağıthane sırtında kurulmuştur.Amacı sokaklarda dilenen çocuklarla sakat erkek ve kadınların dilenmekten kurtulmaları ve güçlerinin yettiğı ka dar çalıştırılabilmeleri maksadıyla kurulmuştur(180)

179. Sapmaz, a.g.e s.195, Gazen, 60.

180. Türk Ansiklopedisi, Ankara. 1964, XII, 316. Canan, s.134

d)- DARULEYTAMLAR(YETİM EVLERİ)

Bu müesseselerin kurulmasına daha ziyade Trablus ve Balkan Harpleri sebep olmuştur. Bu harpler sebebiyle çoğalan yetim ve kimsesiz çocukların himayesi için "Darul Eytam"lar kurularak bunların mali yükünü kaldırmak üzere "evlad-ı şüheda vergisi" ihdas edilmiştir. Bu müesseselerin temel amacı harplerde şehid düşenlerin yetimlerini okul okutmak ve onları cemiyete faydalı hale getirmektir(181).

İlk daruleytamlar, Sait Halim Paşa' tarafından teşkilata hediye edilen bebek yalısında açılmıştır.

Birinci Cihan Harbi sırasında, diğer vilayetlerdekilere göre başka yalnız, İstanbul'da ikisi kız olmak üzere 9 daruleytam vardı. Kız, erkek 5 bin şehit yavrusu veya kimsesiz çocuğun yetştirdiği bu müesseseler, yabancılara ait olup boş kalan mektep binalarına yerleştirilmişti.

Daruleytamlarda çinçilik, marangozluk, terzilik, kunduracılık, çorapçılık gibi mühim sanat şubeleri vardı. Özellikle kızlar için oya, bıçkı-dikiş şubeleri çok verimli idi. Ayrıca yüksek tahsile kabiliyetli çocuklara ciddi ihtimamlar gösterilmekte idi(182).

Daruleytamlar en buhranlı günlerde bile ayakta dururken, istiklal savaşından sonra kurulan milli hükümet bu kurumları sağlık ve sosyal Yardım Bakanlığının idaresine vermiştir. Bu bakanlık, işi bir koruma meselesi değil, bir eğitim davası saymış ve müesseseleri Milli Eğitim Bakanlığına vermiştir. Bilahare özel idarelere devredilen bu müesseseler devam ettirilemiyerek kapanıp gitmiştir(183).

181. Türk Ansiklopedisi. Daruleytam mad.7. s.320. Canan. s.135.

182. A'kol a.g.e 50-52

183. A'kol, a.g.e 52

e) ÇOCUK ESİRGEME KURUMU

Buraya kadar gördüklerimiz dini düşüncelerle kurulan çocuk himaye müesseseleri dir.Batı milletlerinede tekaddüm ettiği anlaşılmaktadır.Halbuki çocuk esirgeme kurumu, bir sevap endişesi dışında bir hayır ve sadaka işi halinde değilde modern bir cemiyet icabı olarak çocuğu esirgeme faaliyeti olarak doğmuştur(184)

B - SUÇ İŞLENDİKTEN SONRA UYGULANAN EMNİYET TEDBİRLERİ

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini başlatan "pozitivist ler",suçluluğun nedenlerini failin şahsında, onun fizik, anatomik, psikolojik ve fizyolojik yapısında aramıştır.Pozitivistlerin önde gelen hukukçularından "Lombroso", suçlunun şahsında bulunan gayri tabilikler ne deniyle ve genel sebebiyet ilişkisi içinde meydana gelen suç,doğum,ölüm gibi tabii bir hadise olarak kabul eder. Lombroso'a göre suçluyu harekete geçiren nedenler onun iradesi dışındadır. İrade ve hareketlerinde serbest olmayan suçlular-diğer bir deyişle irade serbestisi bulunma yan suçlular-ve özellikle doğuştan suçlular hakkında ceza tehdidinin bir tesiri bulunmamaktadır(1).

İs lam hukukunda cezai sorumluluk kişinin hukuki mesuliyetini gerektirir. Mesuliyetin ön şartı ise tam ve kamil idrak kabiliyetidir(185).

184. Akol, 581. Artuk, Emin; Argumentum, s.350

185. Udeh; Teşri, c.1, s.391

İslam hukukunda cezai mesuliyetin şartlarını şöyle izah edebiliriz; Failden sudur eden, yasaklanmış bir fiil(maddi sebebiyet alakası), kendi ihtiyari ile cürmü irtikab eden failde(manevi sebebiyet alakası) idrak gücü bulunur ki buna cezai ehliyet diyebiliriz(186).

Temyiz ve idrak gücünde hiç bir eksiklik olmadan fail suç sayılan bir fiil işlemiş olabilir. Fakat failin bu fiili serbest iradesi ile değil karşı karşıya kalmış olduğu bir durum sebebiyle işlemiş olabilir. Mesela, nefsi müdafaa veya ızzar halinde olduğu gibi. Burada fail sorumlu olmayacağı gibi, cürmün mesuliyetinin bir başkasına hamledilmesi de söz konusu olmayacaktır. Fakat bu durumda kamu nizamını sarsan cürüm ortada kalmamakta, bir başkasına mesela mükrihe isnad edilmektedir(187).

Failin temyiz ve idrak kabiliyetinin olmaması veya eksik olması cezai mesuliyetin diğer bir ana unsurunun ya tamamen yokluğu veya muallel olması demektir. Küçüklük ve akıl hastalıkları durumunda olduğu gibi cezai sorumluluk ortadan kalkacak veya "ateh" durumunda olduğu gibi cezai sorumluluk azalacaktır(188).

Ceza ehliyeti olmayanlar cezanın bir fayda vermediği kişilere işledikleri suçtan sonra eğitici tedavi edici yaptığı işten men edici belli bir ikemetgahta bulunma zorunluluğu gibi tedbirler uygulanır. (Bkz ilgili paragraflar)

186. Udeh; Teşri, c 1, s.391, 1. nolu dip notu

187. Muhammed Ebu Zehra; Usul, s.339

188. Erbay, Celal; İslam Hukukunda Çocuk, Udeh;Teşri, s.963, Amidi; İhkam, c.1, s.215, Suyuti; El-Cami'üs-Sağır, 1,600, Behnesi, Ceraim, s.110-112

SONUC

Bu çalışmaların neticesinde ulaştığım neticeleri şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Emniyet tedbirleri konusu suçla mücadele ederken, ceza ile beraber, ihmal edilmemesi gereken etkin bir müeyyidedir. Batı ceza hukukları emniyet tedbirlerinden 19. asırda haberdar olmaları yirmi asırlık tecrübesinin ulaştığı önemli bir netice olarak da yorumlanabilir.

2. Batılının insana bakışının değişmesi yani hümanist görüşlerin hukuk'a yansması "emniyet tedbiri" ~~neticesi~~ doğurmuştur.

3. Emniyet tedbirlerinin Ceza Hukuku'nda kabul görme hakkını kazanması bir zorunluluğun ifadesidir. Toplumun bizzat kendisi veya üyelerini koruması için asırlar boyu başvurduğu "ceza"nın yetersiz kaldığı, suçluluğun çeşitli toplumlarda artışıyla sabit olmuştur. Bu durum suç ve suçluyla mücadelede cezadan niteliği itibariyle değişik başka bir önleme türüne başvurmak zorunluluğunu hissettirmiştir.

4. Batı ceza hukuklarında, emniyet tedbirleri, kazai midir, idari midir, suç işlemeden evvel mi, konulmalı, suç işlendikten sonra mı konulmalı şeklinde ilmî münakaşalar yapılmıştır. Bu konularda bir fikir birliği görülmemektedir.

5. Suçlulukla mücadele vasıtası olan ceza ve emniyet tedbirlerini bir tutan tekçi nazariyeyi savunanlar isim konusunda farklı tezleri savunmaktadırlar. Bunlardan bazıları her ikisini birden müeyyide adı ile ifade ederlerken, bazıları da sadece emniyet tedbiri denilmesini ister. Bazıları da ceza kelimesine yeni bir mana vermek sûretiyle ikisine beraber ^{Ceza} kelimesini kullanırlar.

6. Emniyet tedbirleri, isnat kabiliyeti ve cezai ehliyet konularıyla yakından, ^{alakalı} diğer bir ifadeyle onlar üzerine oturan bir konudur.

7. İslam Ceza Hukukunda isnat kabiliyeti, cezai ehliyet konuları, Batı Ceza Hukuklarından daha detaylı bir şekilde işlenmiş miktar ve nitelik itibariyle farklı muameleye tabi tutulmasına rağmen, bu muameleyi isimlendirme ~~farklıdır.~~ ^{farklıdır.} İslam hukuk doktrinlerinin hepsinde Batılı hukukçuların "emniyet tedbirleri" hükümlerini uyguladıkları fail ve durumları ~~inceledikleri~~ ^{inceledikleri}ni görebiliriz.

8. İslam Ceza Hukukunun bu konudaki tutumunun, 5. maddede bahsettiğimiz tekçi nazaiyeciler içerisinde incelemek mümkündür. Cezaya Batılı hukukçulardan farklı bir mana

vererek onların emniyet tedbirleri dedikleri hususunda içerek bir manada kullanmaktadırlar.

9. İslam Ceza Hukukunda emniyet tedbirleri olarak isimlendirilen muamelelerin uygulama zamanı, suç tam unsurlarıyla ortaya çıkmadan ve suç işlendikten sonra olmak üzere uygulandığını söylemek mümkündür.

10. Batılı hukukçuların “emniyet tedbirleri” olarak isimlendirdikleri müeyyideler, İslam Ceza hukukunda “Tazir” cezaları içerisinde yer almaktadır. Bu açıdan “Tazir” cezalarına, tazir müeyyidesi diyerek, cezadan farklı olan emniyet tedbirlerini de ifade etme imkanına kavuşmak mümkün olabilir.



KAYNAKLAR

- ATAR, Fahrettin,
Fıkıh Usûlü İlahiyat Fak. Vak. Yayınları İst. 1988
- AKGÜNDÜZ Ahmed-Hall CİN,
Türk İslam Hukuk Tarihi Timaş Yayınları İst. 1990
- ARSAL Sadri Maksudi,
Umumi Hukuk Tarihi
- AKYOL Osman Korkut,
Kimsesiz Çocuklar
- AKŞİT, Mustafa Cevat
İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları İst. 1976
- ARTUK Emin
Emniyet Tedbiri Argumentum-Haziran 1992, Yıl 2. Sayı 23
- BUHARİ, Muhammed bin İsmail (V: 256-869)
Sahibul Buhari, İst. 1992
- BEYHAKİ, Ebu Bekr Ahmet b. Hüseyin Ali Beyhaki (V. 438-1066)
Es Süneü'l -Kübra
- BEHNESİ, Ahmet Fethi
Mevsüatü'l Cina'iyye-fil-fikhil-İslami Beyrut
- BİLGE Necip,
Hukuk Başlangıcı
- CANAN İbrahim,
İslamda Çocuk Hakları-Yeni Asya Yayınları
- CASSAS, Ebu Bekr Ahmed (V: 370/980)
Ahhamül-Kur'an 2. Baskı Kahire
- DEL VECCHIO
Hukuk Felsefesi Dersleri (Cevt-Sahir Erman) Roma, 1936
- DÖNMEZER Sulhi-Erman Sahir,
Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel kısım Cilt II, İst. 1962
- EREM Faruk
Türk Ceza Hukuku Genel kısım Ank. 1968
- EBU DAVUD, Süleyman b. El Eş'ar (V: 275/888),
Sünen-ü Ebi Davud İst. 1992
- EL-MAVERDİ, Ebu'l Hasan Ali b. Muhammed el; Maverdi-
El-Ahkam,et-Sltaniyye ve'l -velayet el-Biniye 2. Baskı Mısır- 1996
- EL ZEYLAI, Fahrettin Osmlanh b. Ali (V: 745/1342)
Tebyinül Hakaik
- EZ-ZERKA, Mustafa
Çağdaş Yaklaşım İslâm Hukuku (Çev: Servet Armağan)
- ED-DARİMİ, Ebu Muhammed Abdulmlah el-Darimi (V: 255-869)
Es-Süren Dımaşık-1349
- ES-SUYUTİ, Celaleddin
Camius Sağgır. Kahire 1352
- ES-SERAHSİ, El-Messut, (V: 483/1090)
2. Baskı: Beyrut 30. Cilt
- EBU ZEHRA, Muhammed,
el-Cerime Beyrut 1976

- EBU ZEHRA, Muhammed,
Usul -Kahire
- EBU ZEHRA, Muhnammed,
Tanzimu'l İslam lil-Müctema Kahire 1965
- ES-SUYUTİ, Celal ed-Din
Camius - Sağır
- EL-KASANİ, (Ve: 587/1191),
Bedai's, Sezai fi Tertibiş - şerai Beyrut 1974 7. Cild.
- GARÇON E,
Muassır Ceza Hukuku (Çev: Naci Şensoy) İst. 1947
- GANÇON E,
Ceza Hukukunda Aktüel Meseleler (Çev: Naci Şensoy) Hukuk Fakültesi Mecmuası
cilt. XIII, Sayı 3, 1947, Nühüsından ayrı basım.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, Ceza Narmu,
Normatif bir yapı olarak Ceza Hukuku düzeni seçkin kitapevi 1987
- HAMİT, Ahmet Muhammet
Et - tedaribu İhtiraziye Ezher Üniversitesi 1981
- HANBEL, Ahmed b. Hanbel Muhammed (V: 241/855)
Müsned. İst. 1993
- HALLAF Abdül Vehhap
Es-Siyaset üşşeriyye Ve-Nizamit -Devanti İslamiyye
- HİNDİ Alaiddin Ali el-Müttahi bin Hüsamettin (975 / 1567)
Kenzül-ummal, 1-xxı
- İBN MACE, Muhammed binh yezid el-Kazani (V-273/886)
Sünenü İbn-I Mace İs 1992
- İBN - Arabi
Ahkümül Kuran
- İBN - Hümam, Kemalüddin Muhammed b. Abdul Vahid (V. 370/980)
Şerhü Fethu'l - Kadir, Beyrut
- İBN - Abidin (V. 1252/1836)
Red el - Muhtar Ale't - Dur el - Muhtar Beyrut, 7 Cilt.
- İBN - Teymiye (V. 182/798)
Mecmau'l - Fetava
- İÇEL, Kayhan,
Çocuk Muhakemeleri Kanunun Üstüne düşünceler.
- KARAMAN, Hayrettin
Mukayeseli İslam Hukuku, İst. 1991 3. Baskı.
Hukuk Tarihi İst. 1989.
- KARAFİ, Şihâbuddin Ahmed b. İdris (V. 684/1285)
el - Furuk, Beyrut
- KUNTER, Nurullah,
Cezai Mesuliyeti Olmayan Küçükler Hakkında Terbiye ve Islah Tedbirleri Adalet
Dergisi Ankara. 1943
- Suç İşleyen Akıl Hastalarına Karşı Türk Hukukunda Cemiyetin Müdafası
 - Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri Cilt 1. İsmail Akgündüz
Matbaası 1948
 - Ceza Muhakemesi Hukuku İst. 1974
 - Ceza Hukuku Milletlerarası 5. Kongresi (Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 13 Sayı 3,
1947 İsmail Akgündüz Matbaası

- KIRKÖR, Zöhrap
Hukuku Ceza, İstanbul 1325
- MİTHAT, Abdulhalik
Nazariyeti Hukuku Ceza İst. 1325
- HİNDİ, Alauddin Ali El Müttaki b. Hüsamüddin (V. 975/1577)
Kenzul - Ummal C. 1 S. XVI
- ÖZTÜRK, Bahri
Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku
- PAKALIN, Mehmet Zeki
Osmanlı Tarih Bilimleri Sözlüğü M.E.B 1971
- ROUSSELET, Marcel
Adalet Tarihi (Çev. Adnan Cemgil İst. 1963
- REŞİT, Mustafa
Mufasssal Ceza Kanunu Şerî İst. 1341
- RIFAT, Halil
Külliyatı Şerh-i Ceza İst. 1312
- SAPMAZLI, Hüseyin
Çocuk Hakları Himaye Müesseseleri Ankara 1943
- SAVA PAŞA
İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd (Çev. Baha Arıkan) Ankara 1955 2. Cilt
- ŞELEBİ, Ahmet
Haşiye (Tebyinü'l - Hakaik Kenarında Mısır 1313 h.)
- ŞAFAK, Ali
Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Erzurum 1977
- ŞENSON, Naci
Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı İst. Hukuk Fakültesi Mecmuası Sayı 2-3 İst. 1946
- Çocuk Suçluluğu, Küçüklük, Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri
- Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet İst. 1950
- TEKİNAY, Selahaddin
Medeni Hukuka Giriş Dersleri
- TAHİR, b. Aşur
İslam Hukuk Felsefesi (Çev. M. Erdoğan)
- TANER, Tahir
Ceza Hukuku Umumi Kısmı
- UDEH, Abdul Kadir
et - Teşriu'l Cinaıyyu'l - İslâmî Cilt I-II, Kahire 1959
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı
Osmanlı Tarihi C. 2 Ankara 1975
- VEHBE, Zuhayli
en - Nazariyyâtü'l - Fıkhiye Beyrut 1993
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet
Türk Medeni Hukuku İst. 1963
- ZEYDAN, Abdül Kerim
İslam Hukukuna Giriş
- el - Veciz
- el - Fert ve'd - Devlet fi'l - İslam
- ZİYA, Ahmet
Mufasssal Ameli ve Nazari Kanunun Ceza ve Teferuat-ı Şehri Tabı Sanı İst. 1338