

T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA BİR İSPAT VASITASI OLARAK
DNA İNCELEMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ali GÜN

DANIŞMAN
Prof. Dr. Adnan KOŞUM

ISPARTA - 2019

T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA BİR İSPAT VASITASI OLARAK
DNA İNCELEMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ali GÜN

DANIŞMAN
Prof. Dr. Adnan KOŞUM

ISPARTA - 2019



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Tez Savunma Sınav Tutanağı 2

Öğrencinin Adı Soyadı	Ali GÜN	
Anabilim Dalı	Temel İslam Bilimleri	
Tez Başlığı	İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak DNA İncelemesi	
Yeni Tez Başlığı ¹ (Eğer değişmesi önerildi ise)		
Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan Yüksek Lisans Tez Savunma Sınavında Jürimiz 18/10/2019 tarihinde toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin Yüksek Lisans tezi için; ☒ OY BİRLİĞİ ☐ OY ÇOKLUĞU² ile aşağıdaki kararı almıştır. ☒ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarılı bulunmuş ve tez KABUL edilmiştir. ☐ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarısız bulunmuş ve tezinin REDDEDİLMESİ³ kararlaştırılmıştır.		
TEZ SINAV JÜRİSİ	Adı Soyadı/Üniversitesi	İmza
Danışman	Prof. Dr. Adnan KOŞUM/Süleyman Demirel Üniversitesi	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Ünal YERLİKAYA/ Süleyman Demirel Üniversitesi	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Mustafa TÜRKAN/ Pamukkale Üniversitesi	
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		

¹ Tez başlığının DEĞİŞTİRİLMESİ ÖNERİLDİ ise yeni tez başlığı ilgili alana yazılacaktır. Değişme yoksa çizgi (-) konacaktır.

² OY ÇOKLUĞU ile alınan karar için muhalefet gerekçesi raporu eklenmelidir.

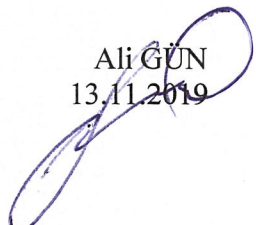
³ Tezi REDDEDİLEN öğrenciler için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır. Tezi reddedilen öğrenci, yeni tez konusu belirler.

SÜLEYMAN DEMİRELÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans/ Doktora tezi olarak sunduğum “İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Dna İncelemesi” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Ali GÜN
13.11.2019



ÖZET

İslam muhakeme hukukunda hakkın tespitine katkı sağlayacak her türlü ispat vasıtaları önemli ve muteberdir. Dava konusunun ispatı açısından son asradamgasını vuran DNA incelemesi de bu bağlamda, hem medeni hem de ceza hukuku davalarında kendisinden yararlanılabilecek en önemli ispat vasıtalarından biri olarak kabul edilmelidir. İslam hukuku, metodolojik olarakdinamik bir yapıya sahip olmasıda bunu gerektirmektedir. Biz tezimizde bu dinamizmin yansımasına dair bir örnek sunmuş olacağız.

DNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesinin özünde, bunun, ittifakla ispat vasıtası olarak kabul edilen kuvvetli karîneye (kat'i karine) benzemesi vardır. Hatta DNA incelemesi sonuçları, karine örnekleriyle mukayese edildiğinde, DNA incelemesi daha kabul edilebilir ve kesin olması hasebiyle karîne karine örnekleri içerisinde en kuvvetli karîneye, belkide müstakil bir ispat vasıtası olarak kabul edilmesinin, daha uygun olacağı bile söylenebilir. Şu da varki, İslam hukukunda sanık lehine olmak üzere; öngörülen cezanın uygulanmasını öteleyici ya da engelleyici etkenler (şüphe unsuru, kanuni delil sistemi, delilde taabbudilik vs.) olduğundan dolayı, karîne-i kâtia, dolayısıyla DNA incelemesi, İslam hukukçularınca muteber birer ispat vasıtası olarak görülmesine karşın, muhakeme usulü hukukunda, özellikle de ceza muhakemesinde, aynı derecede itibar görmemektedir.

Bu etkenler dikkate alındığında, karîne-i kâtia ve DNA incelemesi, bazı dava konularında tam etkili iken, bazılarında nakıs bir etkiye sahip olmakta, ya dahiç etkili olamamaktadır. Dolayısıyla DNA incelemesi güçlü bir ispat vasıtası olmasına rağmen, yargıç tarafından dava konusunun türüne göre değerlendirmeye tâbi tutulacağından, delilin zatındaki katiyyet, aynı derecede sonuca etki etmemektedir. Bundan dolayı DNA incelemesinin ispata olan etkisini değerlendirirken, taalluk ettiği dava konularını kısımlandırarak, her türe olan etkisi ve düzeyini ayrı ayrı ele aldık, dava türüne göre farklı sonuçların olduğunu ortaya koymaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Adli tıp, Kriminoloji, Modern tespit, Karine, Uzman görüşü, DNA incelemesi, Suç, Ceza.

ABSTRACT

In Islamic legal proceedings, it is possible and necessary to treat any evidence that is not contradictory to conscious, reason, and knowledge as a means of proof. Since DNA analysis is considered in this respect, it should be accepted as a means of proof that can be used both in civil and criminal cases.

The dynamic structure, universal principle and judicial principles that we see clearly in the methodology of Islamic law make it necessary as well. In our thesis we will present an example of the reflection of this dynamic structure.

In classical sources, while the effect of the presumption was evaluated, it was classified as strong and weak presumption. The presumption having impact on the case is the strong one. We discussed the DNA analysis within the stronger presumption concept. In fact, it can be said that it is more effective than classical presumption in terms of provability degree, therefore, we may think that it must be listed at the top of the list of presumption examples, because, while the presumption examples are in coherence with social acceptance, the DNA analysis seems to be more rigorous as a scientific evidence.

Here, we should draw attention to a point in terms of the results of our study; the acceptance of the DNA analysis as certain scientific evidence is not regarded as evidence at the same level in the law of reasoning, especially in criminal proceedings. In Islamic law, there are some principles and limitations that can be evaluated in favor of the defendant. As Islamic criminal law makes its presence in the minds as a deterrent element, it is a sign that punishment in criminal law is not necessarily meant to be connected with certain conditions in terms of applicability of heavy punishments (Hadd punishments).

Examples of such cases are; the judge's assuming an attitude to stop the admission of the defendant in cases of adultery which requires stone to death; and while a single confession is sufficient for other cases; when it comes to adultery, four times confession and four witnesses must be present.

Taking these obstacles into account, even though the DNA analysis is a strong evidence, it will be subjected to legal evaluation and therefore the evidence itself does not affect the result at the same level. Since we consider these principles in our thesis, we have shown that there are different results depending on the type of punishment in the effect of the DNA Analysis on punishment.

Key Words: Forensic Science, Criminology, Modern determination, Presumption, Expert opinion, DNA analysis, Crime, Punishment.

İÇİNDEKİLER

TEZ SAVUNMA TUTANAĞI	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
ÖNSÖZ	viii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DNA'NIN BİLİMSEL ARAŞTIRMA BASAMAKLARI, ELDE EDİLME SÜRECİ VE ANALİZİ

1.1. DNA NIN MAHİYETİ	5
1.2. DNA' NIN TARİHİ SEYRİ	6
1.3. DNA' NIN KANIT OLMA ÖZELLİĞİ	7
1.4. DNA'NIN İSLAM MUHAKEME HUKUKUNA ETKİSİ	8
1.5. DNA'delilinin sANIKla iltisak süreci	12
1.6. DNA'NIN İZOLESİ	13
1.6.1. DNA İzolesi İçin Uygun Veriler	13
1.6.2. DNA İzolesinde Soğuk Zincir	13
1.6.3. DNA İzolesinin Hukuki Güvence Altına Alınması	14
1.7. DNA'NIN ANALİZİ	15
1.8. DNA ANALİZİNDE ÖNEMLİ KRİTERLER	15
1.8.1. DNA Taşıyıcısı KanıtınKorunması	16
1.8.2. DNA Analizi Uzmanlar Tarafından Yapılmalı	17
1.8.3. Teknik Olanaklar Elverişli Olmalı	18
1.8.4. Rapor Mantiğa Uygun Olmalı	18

İKİNCİ BÖLÜM
BİR İSPAT VASITASI OLARAK DNA'NIN FIKHÎ REFERANSI VE
İSPATVASITALARI ARASINDAKİ KONUMU

2.1. DNA DELİLİNİN İZ DÜŞÜMÜ OLARAK KARİNE	21
2.1.1. Karine	21
2.1.1.1. Karîne-i Kâtıa (Kuvvetli Karîne)	22
2.1.1.2. Zanna Dayanan; Zayıf (İtibarsız) Karine	23
2.1.2. Karine Örnekleri	23
2.1.2.1. Zilyedlik (Elinde Bulundurma)	24
2.1.2.2. Yazılı Belge (Kitabet)	25
2.1.2.3. Ârâu Ehli'l-hıbre	26
2.2. DELİL OLARAK KARİNE VE DNA'NIN USULİ KÖKLERİ	27
2.2.1. Kuran'da	28
2.2.2. Sünnet'te	29
2.2.3. Sahabe Uygulamasında	31
2.3. İSPAT VASITALARININ DERECELERİ VE DNA'NIN KONUMU	32
2.3.1. İspatın Önemi	33
2.3.2. İspat Vasıtaları Arasında DNA'nın Konumu	35
2.4. İSPAT VASITALARININ KEYFİYETİ	36
2.4.1. Kesin (Kat'î) İspat Vasıtaları	37
2.4.2. Takdiri İspat Vasıtaları	38
2.4.3. Katî ve Takdiri İspat Vasıtaları Bağlamında DNA İncelemesi	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
DNA'NIN İSPATTAKİ KAPSAMI VE İSLAM HUKUKU İLKELERİNİN
BUNLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

3.1. İSLAM CEZA MUHALEMESİNİN ÖZELLİKLERİ	41
3.2. DNA'NIN İSPAT DEĞERİNİ ZAYIFLATAN İSLAM MUHAEME	
HUKUKU İLKELERİ	44
3.2.1. Aslolan suçsuzluktur ilkesi (Berât-i Zimmet Asıldır)	44
3.2.2. Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması İlkesi (Şüpheden Sanık Faydalanır)	45

3.2.2.1. Şüphenin Etkisine Klasik Kaynaklardan Örnekler	46
3.2.2.2. DNA'nın İspattaki Etkisini Zayıflatan Şüphenin Düzeyi	50
3.2.2.2.1.Hadd Cezalarındaki Şüphenin Düzeyi	50
3.2.2.2.2.Kıyas Cezasındaki Şüphenin Düzeyi	52
3.3. TAZİR CEZASINDA DNA PARMAK İZİ	56
3.4. DNA TESTİ YOLUYLA NESEBİN SÜBUTİYETİ VE NEFYİ	59
3.4.1. Nesebin Sübutiyeti	61
3.4.1.1.Nesebin Sübutiyetinde İttifak Edilen Deliller	63
3.4.1.1.1.Firâş (Evlilik, Babalık Karinesi)	63
3.4.1.1.2. İkrar (İtiraf/İstilhâk)	68
3.4.1.1.3. Beyyine	69
3.4.1.2.Nesebin Sübutunda İhtilaflı Deliller	70
3.4.1.2.1. Kıyafe (Benzerlik)	70
3.4.1.2.2. Kura	73
3.4.2. Nesebin Nefyi	74
3.4.3.Nesebin Nefyinde Lianın Dna Testine Takdimi	75
3.4.4. Nesepte Taabbudilik ve DNA İncelemesi	77
3.4.5. Dna Testinin Nesebe Etkisinde Günümüz İslam Hukukçularının Görüşleri	80
3.4.5.1.Kıyâfe Konumunda Olduğu Görüşü	81
3.4.5.2. Müstakil Bir Delil Olduğu Görüşü	82
3.5. DNA TESTİ YOLUYLA KİMLİKLENDİRME	88
3.5.1. Adli Kimliklendirme	89
3.5.2. Tıbbi Kimliklendirme	89
3.5.2.1. Doğal ve Yapay Afetlerde Tıbbi Kimliklendirme	89
3.5.2.2. Parçalanmış Cesetlerde Tıbbi Kimliklendirme	90
3.5.2.3. Kitlesel Ölümelerde Tıbbi Kimliklendirme	90
3.5.2.4. Delil Tespit İsteminde Tıbbi Kimliklendirme	90
SONUÇ	92
KAYNAKÇA	96
ÖZGEÇMİŞ	104

ÖNSÖZ

İslam hukukuna ait hükümlerin kesişme noktasında, adaletin tesisi yoluyla, ferd ve toplumsal huzurun temini vardır. Şu Ayet ve Hadisler de, buna işaret etmektedir; “Allah (c.c) bozgunculuğu sevmez.” “Birbirinizin mallarını haksız yollarla yemeyin.” “Zarar vermek ve zararlar karşılık vermek yoktur.” Bundan dolayıdır ki usulcüler, İslam hukukuna ait hükümlerin gayesini zarûriyyât, hâciyât ve tahsîniyyât’ın (mekasidü’ş-şerîa) temini olarak belirlemişlerdir. Bunlar arasında zarûriyyât, en üst düzeydeki yararları; toplumun varlığı ve dirlik düzenliği için vazgeçilmez olan temel hak ve değerleri ifade etmektedir. Zarûriyyât, hayatın (can), neslin (nesep, ırz), aklın, malın ve dinin korunması şeklinde kısımlandırılmış ve literatürde “zarûriyyât-ı hamse, makasid-ı hamse, külliyyât-ı hams” gibi adlarla anılmıştır. Güvenilir bir toplum inşasının en önemli unsuru olan zaruriyyâtla ilgili hükümlerin gereği yerine getirildikten sonra, hâciyât ve tahsiniyyâtla dair hükümlerin tatbikiyle, toplum ve fertlerin yaşam kalitesi yükselecek demektir. Yani İslam hukukundaki hükümlerin özünde, birey ve toplumu aynı anda koruyan ve kollayan homojen bir durumsöz konusudur¹.

Hiç kuşkusuz bütün bunların gerçekleşebilmesinin temelinde, bağlayıcılık ve fırsat eşitliği anlamında kanunlar karşısında herkesin eşitliği ilkesi ve âdil yargıla(n)ma vardır. Beklenen netice, bu yargılamanın sıhhati nisbetindedir. Bunun için âdil yargılama, Allah’a imandan sonra en önemli farz ve ibadetlerden sayılmıştır. Yargıda problem olursa (tuz kokarsa) toplum yaşamında, huzursuzluk baş gösterir, güvensizlik başlar, tehlike eş güdümlü olarak bütün dengelerin bozulmasına kadar uzanır. Dinin tanımının parçası olan “hayırlı olan şeylere sevkeden” ifadesi ve, din kelimesinin sözlük manaları olan; boyun eğmek, hakkını almak, boyun eğdirmek, hesaba çekmek, ceza ve mükafat vermek, egemenlik, mülk, hüküm, idare etmek, ifadeleri de buna işaret etmektedir.

Hukukun gayesinin gerçekleşmesinin mahalli olan muhakeme hukuku, esas ve usul itibariyle, adaletin teminine yönelik her türlü verilere açık olmalıdır. Bu bağlamda, bu gün bilgisayar teknolojisi öğrenimindeki gelişmeler ve bilimsel faaliyetler suçun ispatı ve suçla mücadele konusunda daha önce emsali görülmemiş imkanlar sunuyorsa, bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak, hayatımıza giren yeni ispat vasıtaları, yargı hukukunun gayesine katkı sağlayacaksa, İslam yargı hukuku buna ilgisiz kalmaz. Çünkü İslam hukuku, usul ve esasları itibariyle, zaman ve mekan üzeridir.

Suçun ve suçlunun tespitinde ispat hukukuna önemli katkısı olan bu yeni yöntemlerin en önemlilerinden biri de, DNA incelemesidir. Suç mahallinde bulunan kan, meni, tükürük veya saç teli gibi DNA taşıyıcı veriler vasıtasıyla, üzerinde uygulanması gereken bazı faaliyetlerden sonra, suçun faili açık bir şekilde belirlenebilmektedir. DNA incelemesinin İslam yargı hukukuna olan etkisi günümüz İslam hukukçularınca makaleler ve mütalalar şeklinde kısmen ele alınmış olsa da, İslam yargı hukukunun geneli itibariyle bu konuda derli toplu bir değerlendirme olmamıştır. Bu çalışmamızda böylesi önemli bir verinin, İslam yargı hukukuna olan genel etkisini tezimizde değerlendireceğiz.

Tezimizde, modern ve bilimsel bir ispat vasıtası olan DNA incelemesinin İslam yargı hukukuna olan tesir ve katkısını, bir ispat vasıtası olarak DNA parmak izinin,

¹ Bkz. Pekcan, Ali, Makasid Teorisinin Temel Parametreleri, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 3, 2004, Sh, 113-142.

klasik kaynaklardaki izdüşümü olarak gördüğümüz, karineyle olan benzerliği çerçevesinde ele alacağız.²Buna İslam hukuku literatüründe tahrîc denmektedir.³ DNA incelemesinin İslam dava hukukuna olan tesir ve katkısını tespit etmekle; Adli Tıp, polis, ve jandarma kriminal laboratuvarı sonuçları, uzman görüşü, bilirkişi raporları gibi, davanın ispatına katkı sağlayan ve hukuki bir değere sahip olan bütün modern ve bilimsel verilerin, İslam Muhakeme Hukuk'u (yargılama) açısından önemli ve mutlak manada hukuki bir değere sahip olduğunu da dolaylı bir şekilde tespit etmiş olacağız. Çünkü bunlar bilimsel bir veri olma ve modern teknoloji ile ilişkilendirilme cihetiyle DNA incelemesinin paydaşlarıdır.

Tez çalışmam sırasında kıymetli bilgi, birikim ve tecrübeleri ile bana yol gösterici ve destek olan değerli danışman hocam sayın Prof. Dr. Adnan KOŞUM'a, ilgisini ve önerilerini göstermekten kaçınmayan diğer hocalarıma sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım. Yüksek lisans eğitimim boyunca yardım, bilgi ve tecrübeleri ile bana sürekli destek olan Arş. Gör. Yıldız DEMİR Hanıma ve çalışmalarım boyunca maddi ve manevi destekleriyle beni hiç bir zaman yalnız bırakmayan aileme de sonsuz teşekkürler ederim.

ALİ GÜN
HAZİRAN 2019

² Halife Ali Ka'bi, el-Basmatü'l-verâsiyye, Darun-nefais, Yt, 2006-1426, Ürdün, sh, 292-311.

³ Tahrîc, mezheplerin teşekkülünden sonra bir mezhebe müntesip hukukçuların fikhî ameliye tarzlarından birisi olup hükme ulaşma hususunda mezhep birikiminin esas alınmasıyla gerçekleştirilen bir istidlal yöntemidir. Muharririn dayanakları ile müctehidin dayanakları birbirinden farklıdır. Burdan hareketle tahrîc yönteminin ictihaddan farklı bir ameliye olduğunu söyleyebiliriz. bkz, Müsfir b. Ali b. Muhammed el-Kahtânî, Menhecu istinbâti ahkâmî'n-nevâzili'l-fikhiyyeti'l-mu'âsıra, İkinci Baskı, Dâru İbn. Hazm, Beyrut, 2010, sh. 493; Atar, Fahrettin, Fıkıh Usûlü, İFAV., İstanbul 1988, sh. 317.

KISALTMALAR

A.g.m	: Adı Geçen Makale
A.Ü.İ.F.D	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
bnt.	: Binti
B/b	: bin
BKZ./bkz.	: Bakınız
by.	: Baskı yeri yok
DNA kopyası:	cDNA
C. c.	: Cilt
c.c	: Celle Celaluhu
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CRM	: Müşteri İlişkileri Yönetimi
DNA/ Dna	: Deoksiribo Nükleik asit
D.İ.A/ Dia	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
ENFSI	: Avrupa Adli Tıp Kurumları Ağı
hn.	: Hadis no
H./h	: Hicri
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HIV	: Human Immunodeficiency Virus
HZ/ hz.	: Hazreti
İFK	: İstilahatı Fikhiyye Kamusu
K.K/k.k	: Kurani Kerim
KPL	: Kriminal Polis Laboratuvarları
m.	: Miladi
md.	: Madde
MERNİS	: Merkezî Nüfus İdare Sistemi
PCR	: Polimeraz zincir tepkimesi
POLNET	: Polis Bilgi Sistemi
R.A/r.a	: Radiyallahu anhü/ anhe /anhüma
RNA	: Ribo Nükleik asit
s.	: Sahife
s.s	: Sayfa Sayısı
sy.	: Sayı
S.A.V/s.a.v	: Sallallahu Aleyhi ve Sellem
sn	: Sayfa No
ts	: Tasnif
TBB/tbb	: Türkiye Barolar Birliği
TDK	: Türk Dil Kurumu
T.D.V.İ.A	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
trc.	: Tercüme
ty	: Baskı tarihi yok
v.	: Vefatı
vd.	: ve devamı/ ve diğerleri
vs.	:Ve saire
Yy.	: Yayın yeri/yayınları
yt	: Yayın Tarih

GİRİŞ

Toplumu oluşturan fertlerin, bireysel vetoplumsal ihtiyaçları zaman ve şartlar değıştikçe farklılaşmaktadır. Bu değışimin, hem bir parçası, hem de nesnesi olan insan, bu değışimden her yönüyle etkilenen bir varlıktır. Bu değışimin olumsuz etkilerinden, birey ve toplumu korumak için alınması gereken tedbirler vardır. Bunların en önemlilerinden biri de, bu değışimin hem öznesi hem de nesnesi olan her bireye, saygın bir yaşam güvencesinin sağlanmasıdır. Bu, toplumun geleceğı ve fertlerin güven ve huzuru açısından son derece önem arz etmektedir. Bu ortamın sağlanması ise hukuk müessesine aittir. Bu sebeple hukukun, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak toplumsal değışimlerden kaynaklı sorunları çözecek dinamik bir yapıya sahip olması zorunludur.

İslam hukuku Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas olarak isimlendirilen aslî delillerle beraber Sahabe Kavli, Örf, Maslahat, Zerâyi, İstihsan, İstishab gibi fer'î delillere dayanır. Kitap ve Sünnet vahye müstenid iken, bu iki asıl delil dışındaki bütün aslî ve fer'î deliller ise Kitap ve Sünnetin kontrolünde akla dayanır. Dolayısıyla İslam hukuku meselelerin çözümünde, vahyin kontrolünde kalmak kaydıyla, aklın eseridir. Bundan dolayı İslam hukuku kıyamete kadar dinamik ve bütün insanların her ihtiyaçlarına cevap verebilecek usul ve esaslara sahiptir. Dolayısıyla esaslarını vahyin belirlediğı İslam hukukuna ait emir, yasak ve diğer amellerin uygulamaya yönelik tarafını, peygamberin (sav) sünneti ve ulemanın içtihatları pratiğı taşıır. Bu ise akıl ve ilimle(fıkıh) yapılır; ihtisas sahibi olan ilim adamları kendi ihtisas alanına giren hususlarda ilimlerini ve akıllarını konuşturarak bunu yaparlar ve hukukun pratiğıne katkı sağlarlar. İşte tam bu nokta, hukukla sosyal değışimin buluştuğı yerdir.

Hiç kuşkusuz, hukukla sosyal değışim arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu nedenle, bütün sosyal teşekküller gibi hukuk müessesesi de, değışime hazırlıklı olmalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İslam hukuku usul ve esasları itibarıyla buna sahiptir. Şu da bir gerçek ki, İslam hukuku'nun, sosyal değışime açık olması, her türlü değışime onay verdiği anlamına gelmez. Çünkü İslam hukukunun kendine özgü kurmak istediğı bir toplumsal yapı söz konusudur. Bu durum dikkate alındığında, İslam hukuku'nun değışime bakışını şöyle izah etmek mümkündür: İslam hukuku, hak ve adalet gibi değerlere sahip bir toplum oluşturma gayesinden taviz vermeden, olumlu sosyal gelişimlere açık, olumsuz değışim karşısında ise direnç göstermektedir. İslam hukuku,

metodolojisi itibariyle, kendine has çizgisinde geçmiş problemleri çözdüğü gibi, gelecekte yaşanacak problemleri de çözecektir⁴. Bu çerçevede bu gün hukukta yeni bir şeyler söylenmesi gerekiyorsa bunu da söyleyecektir. Geçmiş asırlarda kullanılmayan birçok veri bugün bilim ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde, hukukta yargılamada delil olarak değerlendirilmekte ise ve İslam hukukunun mantalitesi de buna uygunsa, İslam hukukunda bu verinin değeri olacaktır.

Bu cümleden olarak, biyolojik bir veri olan DNA incelemesi, çıkış noktası itibariyle sağlıkla ilgili hususlar olmakla beraber, bugün, şüpheli ve mağdurun kimliklendirilmesi, mağdur ve şüpheli arasında bağlantının kurulması, toplu mezar araştırılması ve kişilerin kimliklerinin belirlenmesi gibi, yargıyı igilendiren konularda en önemli bir ispat vasıtası olarak görülmektedir.⁵ Dolayısıyla, bilimsel ve teknolojik bir veri olan DNA incelemesi, İslam muhakeme hukukunun gayesi ve prensipleri çerçevesinde bir delil olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, biz İslam hukukuna ait kriterler çerçevesinde, DNA incelemesinin dava konusuna olan etkisinin, ne olması gerektiğini, tezimizin içerisinde ifade etmeye çalışacağız.⁶

Bu değerlendirmelerde DNA incelemesi sürecine dahil olan, DNA taşıyıcısı verilerin elde edilmesi, paketlenmesi, taşınması, sürenin gerekli şekilde kullanılması, laboratuvar aşaması gibi hususları da dikkate alacağız. Çünkü bunlar delilin mahiyetine etki eden unsurlardır. Ayrıca busüreç içerisinde, akıl yürütme yeteneği ve güvenilirliği yönüyle, insan unsuru büyük önem taşımaktadır. Sonucun, kasten ya da hataya bağlı olarak, tağyir veya tebdile uğraması muhtemeldir. Özellikle ceza hukuku açısından konuyu ele aldığımızda bu davalarda delil karartma amacıyla her yolun denendiği bilinmektedir. Hatta bu karartma işlemi öylesine profesyonelce düzenlenmektedir ki; meydana getirilen karmaşa uzmanlarca bile zor çözülmekte veya çözülememektedir.⁷

DNA verisinin, dışında gelişen bu süreç, bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesinin, şüpheli deliller içinde değerlendirilmesi için yeterli olduğu söylenebilir. Bu ise DNA parmak izinin, taalluk ettiği dava konusunun türüne bağlı olarak, suçun

⁴ Bkz. Dalgın, Nihat, Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Dergi Park Cilt, 16, Sayı, 16, Ocak, 2004, Sh, 111-128.

⁵ Atasoy S. Adli olayların aydınlatılmasında DNA parmak izinden yararlanılması. Adli Tıp Dergisi, 1989; 5: 215-219

⁶ Özçelik Tayfun, Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C, 21, S, 7,S, 50.

⁷ Bu konuda verilmiş örnekler için birinci bölümdeki , ''Dna Taşıyıcısı Kanıtın Bozulmasını Önlemek'' isimli başlığa bakınız.

ispat düzeyindeki etkisine farklı şekilde yansımaya sebep olacaktır. Burada, delili tedarik edip yargıya sunma aşamasınakadar geçen süreç ve insan unsurunun da negatif etkilerini dikkate alarak, DNA incelemesinin suçun ispatına olan etkisinin keyfiyetini tezimizin içerisinde incelemeye çalışacağız. İspat hukukunun önemli bir parçası olan DNA incelemesi, bilimsel ve teknolojik bir ispat yöntemidir. Teknolojik ve bilimsel yönü olan bir konuyla ilgili olan, bir araştırma ve tespit çalışması yapıyor olmamız, tezimizi farklı kılacağı kanaatindeyiz. Çalışma bizden muvaffakiyet Allah'tandır. (c.c.)

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma, önsöz ve giriş dışında üç bölüm ile sonuç kısmından oluşmaktadır. Giriş bölümünde konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla tezimizin içeriği hakkında bazı temel ve ön bilgileri dile getirdik. Araştırmanın birinci bölümünde biyolojik bir veri olan, DNA incelemesinin ispat vasıtası konumuna gelmeden önceki aşamasını kapsayacak şekilde, DNA'nın mahiyeti, DNA molekülünü içinde barındıran verinin olay yerinden usulüne uygun şekilde alınarak laboratuvar aşaması ve ispat vasıtası olmaya elverişli bir hal alması sürecinde uygulanan yöntemler ve bu süreçte dikkat edilmesi gereken hususları ele aldık.

İkinci bölümde, genel anlamda ispat vasıtalarının kapsamı ve delil değerleri üzerinde durduktan sonra, DNA incelemesinin İslam muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak kullanılması gerektiğini ve bunun gerekçesini ise, DNA incelemesi ve karine arasındaki güçlü alaka ve benzerlik, olarak ifade ettik.⁸ Şöyleki, yargılamada iki olay arasında (mesela ölüm ile öldürme) akli çıkarsama yapmaya yarayacak bir veri yoluyla (mesela bıçağına kan bulaşmış birisinin, maktulun yanından aniden çıkması) iki şey arasındabağlantı kurularak elde edilen ve bilinmeyen birdurumun (öldürenin kimliği) ispatınayarayan delil anlamında fıkıh terimiolan karine ile,kalıtımda rol oynayan organik bir molekül ve nükleik asit çeşidi olan ve kısaca DNA denilen, içeriğinde kişiye mahsus şifreleri barındıran kimyasal bir madde vasıtasıyla, dava konusu ve davalı arasında kurulan bağlantı sonucunda kesine yakın derecede suçlunun veya sorumlunun tespit edilmesine yarayan DNA parmak izi, suç ve suçlu arasında bağlantı kurmaya vesile olması yönüyle birbirine benzemektedir. Belkide DNA incelemesinin delil olarak kullanıldığı yerde, DNA incelemesi, teknolojik vebilimsel bir

⁸ Benzerlekliklerden hareketle bir hüküm ortaya koymaya, Fıkıh literatüründe Tahric denmektedir. Bununla ilgili açıklama birinci bölümde gelecek.

ispat vasıtası olduğu cihetle, alaka ve münasebetin tezahürü daha açık ve kabul edilebilir, kamu nezdinde daha muteber olduğundan, delil olma yönünde karinenin fevkinde bir meziyyet vemükemmeliyyet kazandığından, DNA incelemesini, karine kavramının dışında, yeni bir ispat vasıtası olarak görmenin demümkün olacağı düşünülebilir.⁹

Karinenin, yargılama hukukunda ispata olan etkisinin, DNA parmak izi içinde geçerli olacağını düşündüğümüzden, tezimizin ikinci bölümünde ağırlıklı olarak karine ve buna bağlı hususlar üzerinde durduk. Öncelikli olarak karineyi tasnif ederek, yargı hukukunda etkili olan karinenin, karine-i kâtia olarak isimlendirilen, kuvvetli karine olduğunu beyan ettikten sonra, bu karinenin ispata olan etkisini, suçların türlerine bağlı olarak, farklı farklı değerlendirdik.¹⁰

Üçüncü bölümde, DNA incelemesinin İslam muhakeme hukukuna ait farklı alanlardaki etkisi; DNA incelemesinin hadd, kısas, ta'zir cezalarına, ve diğer hukuki konulara, nesebin nefy ve ispatına, olan etkisini ele aldık. Sonuç bölümünde ise bütün bu değerlendirmelere bağlı olarak, DNA incelemesinin, adli, adi, ve ceza davalarına, nesebin nefyi ve sübutuna olan etkisi hakkındaki düşüncelerimizi ortaya koyduk. Kullandığımız kaynakları dipnotlarda belirtirken önce eserin yazarını, eserin ismini, basıldığı matbaayı, yeri ve tarihi zikrettik. Aynı dipnottaki eserleri sırasıyla Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin kendi kaynakları arasında tertip gözeterek, yazarlarının vefat tarihlerine göre sıraladık. Daha sonra bu dört ana mezhebin dışındaki mezheplerin eserlerine ve yakın zamanda telif edilmiş kaynaklara yer verdik.

⁹ Ka'bî, el-Basmatü'l-v erâsiyye, 299-301.

¹⁰ DNA Parmak izinin ispattaki alaka ve etkisinin olduğu dava konularını, beş başlık altında topladık; Hadd, kısas ve tazir cezalarında; nesebin ispat ve nefyinde; normal adli dava ve kimliklendirmede .

BİRİNCİ BÖLÜM

DNA'NIN BİLİMSEL ARAŞTIRMA BASAMAKLARI, ELDE EDİLME SÜRECİ VE ANALİZİ

1.1. DNA NIN MAHİYETİ

Deoksiribo nükleik asit veya kısaca DNA, tüm organizmalar ve bazı virüslerin varlıklarını sürdürebilmeye yönelik biyolojik gelişmeler için gerekli olan genetik talimatları taşıyan bir nükleik asittir. Hücrelerde DNA, kromozom olarak adlandırılan yapıların içinde yer alır. Hücre bölünmesinden evvel kromozomlar eşlenir, bu sırada DNA ikileşmesi gerçekleşir¹¹.

DNA molekülü tüm canlı hücrelerde ortak olarak bulunur ve aynı nükleotidlerden oluşur. Nükleotit, bir nükleik baz, beş karbonlu şeker ve en az bir tane fosfat grubundan oluşan organik moleküldür. Nükleotitler, nükleik asitlerin yapı taşlarıdır. Bir nükleotide ismi veren, taşıdığı bazdır. Bu bazlar pürin ve pirimidin olarak ikiye ayrılır. Pürinler adenin ve timin; pirimidinler ise guanin, sitozin, ve urasil denen bazlardır. Bu bazlardan adenin A, guanin G, sitozin S ya da C, timin ise T harfi ile gösterilir¹².

DNA çift zincirli bir moleküldür. DNA'nın bir zincirindeki adenin daima diğer zincirdeki timinle, guanin ise diğer zincirdeki sitozinle eşleşerek aralarında zayıf hidrojen bağları kurulur. Dolayısıyla DNA'daki adenin sayısı timine, guanin sayısı sitozine eşittir. Buna göre DNA zincirlerinden birinin baz sırası bilinirse diğerinin de baz sırası kolayca bulunabilir. Genetik bilginin yeni hücrelere aktarılması DNA molekülüyle sağlanır.

Gen bölgeleri, çok sayıda nükleotitten oluşur ve bir proteinin sentezi ile ilgili genetik şifre taşır. Örneğin, bir gen çeşidinin taşıdığı şifre ile, kasların yapısına katılan aktin proteini sentezlenebilirken, başka bir gen çeşidinin taşıdığı şifre ile kanın

¹¹ Dahm R (2005). "Friedrich Miescher and the discovery of DNA". Dev Biol. 278 (2), s. 274–88; Avery O, MacLeod C, McCarty M (1944). "Studies on the chemical nature of the substance inducing transformation of pneumococcal types. Inductions of transformation by a desoxyribonucleic acid fraction isolated from pneumococcus type III". J Exp Med. 79 (2), s. 137–158.

¹² Protein ve Nükleik Asit kavramları için bkz, Baloğlu Ulaş Baran, Dna Sıralarındaki Tekrarlı Örüntülerin Ve Potansiyel Motiflerin Veri Madenciliği Yöntemiyle Çıkarılması, Yüksek Lisans Tezi, 2006, sh, 2-5.

pıhtılaşmasında görev alan fibrinojen proteini sentezlenebilmektedir. Saç rengi, göz rengi gibi birçok özelliği belirleyen genetik bilgi DNA ile taşınır. Hücredeki tüm proteinlerin sentezi DNA'nın kontrolünde gerçekleşir. **DNA**, hücrenin yönetici molekülüdür. **DNA** ile genetik bilgi yeni nesillere aktarılır. **DNA**'yı oluşturan basamaklardan her birine nükleotit denir. Bir nükleotit fosfat, azotlu baz ve şeker içerir. Canlıların yapısında bulunan kromozomlar DNA'lardan, DNA'lar da nükleotitlerden oluşur. Belli özelliklerimizi taşıyan ve birden fazla nükleotitten oluşan DNA parçasına gen denir¹³.

1.2. DNA' NIN TARİHİ SEYRİ

İslam hukuku açısından suç ve suçlunun tespiti hususunda biyolojik verilerden yararlanma İslam hukukunun doğuşuyla beraber başlamıştır diyebiliriz. Çünkü İslam hukuku, suç ve suçluya ulaştırabilecek, makul olan her şeyi, delil olarak kabul etmiştir. Bunu, fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde, ispat vesilelerine dair verilen örneklerden anlamak mümkündür¹⁴. Şu da varki, klasik örneklerden farklı olarak, ilmi disiplin, titiz bir süreç ve birbirine bağlı bir ekip çalışması ürünü olan biyolojik verilerden delil olarak söz edilmesi ilk olarak 1930 yılında Karl Landsteiner'in Nobel Tıp Ödülünü almaya hak kazandığı AB0 kan grupları sisteminin babalık ve cinayet davalarında güvenilir birer kanıt olarak kullanılmasıyla başlamıştır. Daha sonraki yıllarda teknolojinin gelişmesine bağlı olarak eritrosit enzimleri, serum proteinleri, hemoglobin ve lökosit antijenleri kanıt olarak kullanılmıştır.¹⁵

Karl Landsteiner'in yargıya kazandardığı bu delile, 1985 yılında İngiltere'de iki genç kızın katilinin bulunması için uygulanan, daha güçlü ve farklı bir biyolojik delil olan DNA analizi eklenmiştir. Tecavüz edildikten sonra öldürülen iki kızın katilinin bulunabilmesi için İngiliz polisi genetik alanında çalışmalarıyla tanınan Alec Jeffreys'den olayın aydınlatılabilmesi için yardım istemiştir. Genç kızların vücudundan alınan saldırganı ait menî örneğinden, DNA profili çıkarıldıktan sonra yakın çevrede

¹³ DNA'nın yapısı için bkz, Tayşi Kutay-Say Burhan, Tıbbi Genetik, 1975, Ankara, s.56.

¹⁴ İlgili örnekler tezimizin içerisinde karine örnekleri başlığı altında verilecektir.

¹⁵ Gözde Masatcıoğlu, Toplumumuzda Göz Rengini Belirleyen Herç 2 Gen Polimorfizminin Yaygınlığının Araştırılması, Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2012 sh, 1 (Giriş).

yaşayan yaklaşık beş bin erkeğin kan örnekleri toplanarak DNA profilleri belirlenmiştir. Tüm DNA'ların karşılaştırılması sonucunda hem gerçek suçlu bulunmuş, hem de gerçekte suçu işlemediği halde hapiste tutulan bir gencin masumiyeti ortaya çıkmıştır. Bu tarihten itibaren ilk kez DNA parmak izi suç ve olaylarının keşfinde yargı hukukuna resmen dahil olmuş ve yeni bir dönem başlatmıştır¹⁶.

1.3. DNA' NIN KANIT OLMA ÖZELLİĞİ

DNA'nın moleküler yapısı, DNA'nın tanımında da ifade edildiği gibi, tüm canlılarda aynı nükleotitten adenin (A), sitozin (C), guanin (G) ve timin (T) oluşmaktadır. Canlılar arasındaki farklılık ise nükleotitlerin DNA üzerindeki sayıları ve dizilişlerinden kaynaklanmaktadır. Bir insanın tüm hücrelerindeki DNA aynıdır; örneğin kanındaki DNA ile deri hücresi, göz hücresi, sperm veya tükürüğündeki DNA aynıdır. Aynı zamanda tüm insanların DNA dizileri %99,9 oranında benzerlik göstermekle beraber, geri kalan %0.1, her insanı diğerinden farklı kılan, kişisel kimliği sağlayan kısımdır. Bu şu anlama gelmektedir. Tek yumurta ikizleri hariç, her insanın kendisine münhasır bir genetik yapısı vardır. Hiçbir insanın genetik yapısı diğer insanların genetik yapısıyla aynı değildir. Bu durum el parmak izine benzetilerek, buna DNA parmak izi denmiştir.¹⁷ Böylece DNA incelemesi, suçun ve suçlunun hatta suçsuzun tespitinde önemli bir kanıt olarak kullanılmaya başlamış ve DNA incelemesi ispat hukukunun en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir.

Bunu şu şekilde izah edersek daha iyi anlaşılacaktır. Alfabedeki 29 harfle sınırsız sayıda kelimeler ve bu kelimelerle sınırsız cümleler, farklı kitaplar

¹⁶ DNA'nın fiilen yargıda delili olarak kullanılması 1985 yılı olarak söylenebilir. Ama bu günkü aşamaya gelmesi bir buçuk asırlık bir süreci kapsamaktadır. İlk olarak İsviçreli hekim Friedrich Miescher 1869'da atık cerrahi pansumanlarındaki irin içinde mikroskopik bir madde keşfetmiştir. Hücre çekirdeklerinde (nükleus) bulunduğu için ona "nüklein" adını vermiştir. 1919'da Phoebus Levene, nükleotit birimleri oluşturan baz, şeker ve fosfatı tanımlamıştır. Bu gelişmeler 1928'de Frederick Griffith, Oswald Avery ve arkadaşları Colin MacLeod ve Maclyn McCarty ile devam etmiş, Oswald Avery ve arkadaşları Colin MacLeod ve Maclyn McCarty 1943'te değiştirici etmenin DNA olduğunu göstermişlerdir. 1953'te James D. Watson ve Francis Crick DNA'nın bugün kabul görmüş yapısını Nature dergisinde öne sürdüler. Harre, Rom (Çev. Sinan Kılıç): Büyük Bilimsel Deneyler, B.8, Ankara 1996, s.141, Ali Nihat Bozcuk, Genetik, Ankara 2011, s. 5, 312-315.

¹⁷ Konu ile ilgili çalışmalarda bu incelemeye, DNA veya gen testi yanında, genetik parmak izi, DNA haritası, DNA tiplmesi, DNA analizi denmekte olup, hepsi aynı şeyi ifade etmektedir. Bkz, Erten, Rıfat, Acır, Birsen, Taşveren, Sema, Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996 Sayı: 1 Cilt: 45, sh, 573.

oluşturulduğu gibi, DNA üzerinde bulunan 4 çeşit nükleotit'i alfabe harfleri gibi düşünecek olursak, bunların değişik kombinasyonları ile oluşan ve gen adı verilen parçalar da aynı alfabeden oluşan farklı kitaplar gibi, bulunduğu her bir insanı diğerinden farklı kılmaktadır. Dolayısıyla her canlının DNA'sı, aynı dört nükleotit'ten meydana gelmesine rağmen, tıpkı 29 harften oluşan kelime ve cümlelerden oluşan kitapların birbirine benzemediği gibi, her insan, DNA'sı itibariyle, bir birbirine benzememektedir.

Ayrıca insanların biyolojik yapısındaki bilgilerin hepsi, DNA denilen yapı içinde iki kopya halinde kodlanmıştır. Kopyalardan biri anneden, diğeri de babadan geldiğinden dolayı bireyler genetik özelliklerinin yarısını anneden, diğer yarısını da babadan alırlar. Yani anne ve baba ile ortak genler taşırlar. Analiz edilen gen bölgeleri çocuk ve baba arasında aynı olursa, çocuğun biyolojik babası açığa çıkar. Fakat DNA babalık testi sonucunda bir tutarsızlık belirlenirse yani babadan gelen genetik bilgi çocukta aynı değilse, bilgiler eşleşmiyorsa; baba adayının, çocuğun biyolojik babası olmadığı anlaşılır¹⁸. Biyolojik babayı tespiti imkan sağlayan bu testin hukuki babalığa olan etki ve katkısı ileride ele alınacaktır.

Tüm insanların DNA yapılarının özel olması kimliklendirme, ana-baba ve çocuk arasında nesep alakasının olup olmadığı hususunda fikir vermektedir. DNA teknolojisindeki bu gelişmeler, ¹⁹muhakeme hukukunda, çözülmesi zor olan bazı olayları çözmek için önemli birimkân sağlamıştır. Bu yolla şahitler tarafından görülmeyen/görülemeyen bazı suçların faillerini tespit etme imkânı doğmaktadır. Profosyonelce işlenmiş hırsızlıklar, cinsel saldırılar ve çocuk cinayetleri gibi ulaşılması imkansız gibi görülen suçların çözülmesinde, DNA testi anahtar rol oynamaktadır. Ayrıca bu kanıtlar vasıtasıyla tümülke çapındahatta uluslararası, değişik olay yerleri arasında bağlantı kurulabilmektedir.

1.4. DNA'NIN İSLAM MUHAKEME HUKUKUNA ETKİSİ

Olayların hızla çoğaldığı, terör hadiselerinde çokkurban olma riski taşıdığı günümüzde, suçluların kimliklerinin kısa sürede belirlenerek kişi-örgüt-ülkebağlantılarının belirlenmesiönem taşımaktadır. Bu bağlamda bilimsel ve teknolojik

¹⁸ Erten Rifat, Acır Birsen, Taşveren Sema Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısında Değerlendirilmesi, a.g.m, sh,575.

yöntemler aracılığıyla suç ve suçluya ulaşmak için mağdur, suç mahalli ve suçlu arasında bağlantı kurmada önemli bir veri olan DNA analizi sonuçları, İslam yargı hukuku adına elbette ki önemlidir.

DNA analizi sonuçları, mer'î hukukta suçla ilgili olayların tespitinde, nesep tayininde, kayıp kişiler ve çok sayıda kişinin aynı anda öldüğü felaketlerde ölenlerin kimliklendirilmesinde güvenilir bir delil olarak kabul edilmekte ve kullanılmaktadır. Bir delil olarak DNA'nın mer'î hukuk açısından bu derecede kabul görmesi, bunun her konuda reddedilemesi mümkün olmayan bir delil konumunda olduğu izlenimi vermektedir. Şu da varki, her hukukun kendi yöntemi amacı ve uyguladığı ceza türü farklı olduğunu düşündüğümüzde, doğal olarak ispat vasıtalarının etkisinin de değerlendirilmesi farklı olacaktır. İslam hukukunda hadd ve kısas cezaları, ağır ceza türünden olmakla beraber, ileri sürülen engelleyici ağır şartlar, uygulamayı zorlaştırmak suretiyle cezanın zatındaki ağırlık ile sosyal hayata yansıması arasında denge sağlanmıştır. Şartların tahakkuk etmediği yerlerde ise alternatif (ta'zir) cezaların önü açılarak, suçların cezasız kalması önlenmiş olmaktadır.

İslam hukukunun temel gayesi kuşkusuz hakkı sahibine teslim etmektir. Şu da var ki bazı dâvalar, sonuçları itibariyle bireysel olsa bile artçı etkileri itibariyle toplumsaldır. Şöyle ki, bir suç olayı söz konusu olduğunda mahkeme, fail olarak suçlanan kişinin suçlu ya da masum olduğunu belirlemektedir. Suçlunun bulunarak cezalandırılması kadar önemli bir diğer hususta gerçekte masum olan kişinin korunmasıdır. Masum olan kişinin işlemediği bir suç karşılığında işlemiş gibi cezalandırılması daha tehlikelidir. Çünkü hakkın sahibine teslimi tek bir hadise iken, haksızlık çok daha fazla şeylere gebe daha çok kimseleri etkilemektedir. Bir masumun cezalandırılması durumunda, hakiki suçlu cezasız kaldığı için, yeniden bazı hakları ihlal edecek, bu ise toplumda adli hataya kurban gitmek korkusunu doğuracak, böylece herkes kendisini daha az emin hissedecektir. Bu durumda ise, adalet halktaki sempatisini ve desteğini yitirecektir. Bu ve benzeri hususlar dikkate alındığında İslam hukuku adalette dengeyi sağlamak adına, bazen suçlunun cezasız kalmasını, masumun cezalandırılmasına karşı tercih etmekte ve işe kişinin suçlu olduğunun kabulü ile değil, suçsuzluk varsayımı ile başlamaktadır. Çünkü biraz önce de ifade ettiğimiz gibi suçluyu cezalandırmak ne derece bir haksı masumun korunması da en azından aynı derecede belki de daha öncelikli bir haktır.

Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesi bağlantılarıyla beraber ele alındığında şüpheli, az şüpheli, en az şüpheli, delil konumunda olduğu, hatta delil değerini yitirebilecek düzeye kadar da gerilediği söylenebilir²⁰. İslam hukukçuları delilde enaz şüphenin bile hadd ve kısas cezalarının uygulanmasına engel olacağı görüşündedirler. İslam yargılama hukukunun karakterini yansıtan kaide ve içtihatlar²¹ bakıldığında da bunu görmek mümkündür. Hadisi Şerifte: **"Şüphelerden dolayı hadleri kaldırınız (uygulamayınız)"**²² buyurulmuştur. Bu, İslâm ceza hukukunda önemli bir prensiptir. Bu prensibe göre, Hz. Ömer (ra) kıtlık yılında hırsızlık yapanın elini kesmemiş; efendisinin veya akrabasının malından çalan kimseye de, o malda hakkı olabileceği şüphesiyle, hadd uygulamamıştır. Şu örnekler de bu prensiple ilgilidir, suçluya celde (dayak cezası) uygulanırken, şahitlerden birisi şehadetinden dönse, kalan kırbaçlar vurulmaz. İki kişiden birisi bir şahsın "içki içtiğine", diğeri ise, o şahsın "içki içtiğini ikrar ettiğine" şهادette bulunurlarsa yine sarhoşluk haddi uygulanmaz. Bir kimse önce hırsızlık yaptığını ikrar eder; sonra bu ikrarından döner ve daha sonra da bu malın bir kısmını çaldığını tekrar ederse eli kesilmez. DNA incelemesinin hadd ve kısas cezalarına olan etkisindeki konumuyla, tazircezası gerektiren hafif suçların ispatına olan etkisindeki konumu aynı değildir. Çünkü ta'zir gerektiren suçların isbatında şüphe cezayı engelleyici unsur olarak görülmemiştir. Burada hakim kanaatına göre takdir yetkisini kullanacaktır.

DNA incelemesinin bilimsel ve teknolojik bir delil oluşundan dolayı kendisine her hangi bir kuşkunun bulaştırılamayacağı gibi bir bu düşünce de yerinde değildir. Bunu

²⁰ Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. es-Serahsî (v. 483/1090) el Mabsut, Yy, Darul Marife, Beyrut,Yt, 1993 el-Mabsût, IX/152; Erturhan, Sabri, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sivas, 2002, sh. 187.

²¹ Bu kaide ve içtihatlar tezimizin içerisinde ele alınacaktır. Burada onlardan bir nebze zikredecek olursak şunları söyleyebiliriz;Hür ve adalet sahibi dört Müslümanın bir mecliste açık ve net bir şekilde zina olayını tarif ederek şahitlik yapmaları: Dört tane şahidin bulunması gerektiğinde herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir. Zira yüce Allah şöyle buyurmaktadır: "Kadınlarınızdan fuhuş işleyenlere karşı içinizden dört şahit getirin." Nisa 13, "Namuslu kadınlara (zina isnadıyla) iftira atan sonra da buna dair dört şahit getirmeyen kimselere seksen değnek vurun." Nur 4,"Buna karşı dört şahit getirmeli değil miydiler? İşte bunlar dört şahit getirmediğe Allah katında yalancı olanlardır." Nur 13,Haddi Gerektiren Suçları İşleyenleri Setretmek tavsiye edilmiştir. Haddi gerektiren bir suç işlendiğinde ikrar eden kişiye, ikrarından dönmesi için telkinde bulunmak meşrudur. İki kişiden birisi bir kimsenin içki içtiğine, diğeri ise davalının içki içtiği ikrarını işittiğine şahitlik yapsa şüphe yüzünden ceza infaz edilmez. Bir kimse hırsızlık yaptığını inkar eder, fakat sonradan bu inkarından döner, daha sonra da malın bir kısmını çaldığını tekrar ederse şüphe yüzünden had uygulanmaz (Akşit Cevat, İslam Ceza Hukuku ve insani Esasları, İstanbul 1987, s.53-55; Şamil İslam Ansiklopedisi mad. Had, Hadler, II, 282-284 .

²² Ebû Dâvud, Salât,14; Tirmizî, Hudûd, 2.

kamuya yansımış bir kaç örnekle açıklamak istiyorum. Örnek 1, Döllenmiş iki yumurtanın birleşmesi (füzyonu) ve ikiz doğacağı yerde, tek bebeğin doğması sonucu, doğan çocuk doğamayan ikizin DNA'sını da taşımasından dolayı bir bedende iki farklı DNA profili olabiliyor. Örneğin saçının DNA profili, kanındakini tutmayabiliyor. Aynı bedende farklı profillere, kan ve kemik iliği nakillerinden sonra da rastlanmıştır. Bu biyolojik hadiseyetip dilinde Kimerizm (chimerism) denmektedir²³

Örnek 2, "2003 yılında Washington'da yaşanan ilginç bir olayda, 26 yaşındaki üç çocuk annesi Lydia Fairchild, çocuklarına bakamadığı gerekçesiyle devlet yardımına başvurur. Yardımı alabilmek için tek yapması gereken, çocuklarının biyolojik annesi olduğunu ispatlamaktır. Annelik tayini için kan örneği alınır ve gerekli DNA testleri yapılır. Ancak, sonuçlar Lydia'nın, çocuklarının biyolojik annesi olamayacağı yönündedir. Doğum yaptığı hastahane kayıtları da delil olarak kullanılamayınca, genç kadın kendini bir anda mahkemede çocuk kaçırmak ve soy ağacını değiştirmekle suçlanırken bulur. Bu sırada dördüncü çocuğuna hamile olan Lydia, avukatından doğumuna şahitlik etmesini ve aynı DNA testlerinin doğacak bebeği için de yapılmasını talep eder. Tam da genç kadının istediği gibi, bebek doğar doğmaz kan örnekleri alınır ve DNA testi yapılır. Fakat inanması güç olsa da, test sonuçları yine aynıdır: Lydia, doğurduğu son çocuğunun da genetik olarak annesi değildir. Ardından, mahkeme Lydia'nın incelenebilecek tüm dokularında DNA analizi yapılmasını ister. Yapılan analizler, şaşırtıcı bir şekilde iki farklı profil ortaya koyar: Lydia'nın kan, saç, deri ve

²³ Kimerizm: Normalde gebeliğin oluşması için bir adet dişi yumurta hücresi (oosit) ve bir adet erkek yumurta hücresinin (sperm) birleşmesi gerekir. İki adet yumurta hücresinin iki adet sperm hücresi ile birleşmesi durumunda ikiz gebelik meydana gelir. Çok nadiren gerçekleşen kimerizm durumunda iki yumurta ve iki spermin birleşmesinden oluşan 2 adet döllenmiş yumurta daha sonra birleşerek tek bir fetus meydana getirirler. Oluşan fetus yani daha sonra doğan bebek aslında iki kardeşin genetik yapısından ve dokularından oluşan tek bir canlı gibidir. Kimerizm olayıyla meydana gelen bu canlıya "kimer" veya "kimerik insan" adı verilir. Sadece insanlarda değil diğer canlılarda da çok nadiren görülebilen bir olaydır. Olay bazen tetragametik kimerizm olarak da adlandırılır çünkü 2 yumurta hücresi ve 2 sperm hücresi olmak üzere toplam 4 hücrenin birleşmesi ile meydana gelen bir canlı söz konusudur (tetra: dört) İki adet döllenmiş yumurtanın birleşmesi blastomer aşamasında veya gastrula aşamasında meydana gelir. Kimerizm (chimerism) nedeniyle karışıklığa neden olan bir diğer tür olay da bebeğin annesine ait olup olmadığının araştırıldığı durumlar. Kimerik insan yetişkin yaşa gelip hamile kaldığında doğacak bebek normalde kimerik olmayacaktır ve annenin yumurtalığından gelen hücre ile babadan gelen spermin birleşmesinden oluşan bir genetik yapıya sahip olacaktır. Annenin vücudunda farklı dokularda 2 ayrı genetik yapı mevcuttur ancak bebek bunlardan sadece birisini almıştır. Bebek anneye ait mi diye yapılacak bir genetik araştırmada anneden alınan genetik materyal bebek ile farklı çıkabilir. Anneden alınan başka bir doku örneği bebek ile aynı da çıkabilir. Eroğlu Onur, Zileli Raif, Genetik Faktörlerin Sportif Performansa Etkisi, Uluslararası Spor, Egzersiz ve Antrenman Bilimi Dergisi, c, 1, Sayı 1,sh, 63-76, 2015.

yanak içi epitel hücrelerinin DNA'sı çocuklarının annesi olamayacağını gösterirken, rahim içinden alınan hücrelere ait DNA ise tüm çocuklarının DNA profili ile eşleşir. Buna göre Lydia, tek bedende farklı DNA'lar taşıyan bir kimeradır²⁴ve üç çocuğunun da biyolojik annesidir. Böylece, dünya basınına konu olan 3 yıllık yıpratıcı dava süreci sonlanır, Lydia özgürlüğüne kavuşur ve nihayet talep ettiği sosyal yardımı almaya hak kazanır''²⁵

Bilimsel yöntemlerin bir parçası olan bu örnekler, bilimsel bir delil olan DNA incelemesinin, yine farklı bir bilimsel yöntemle nakz edilebileceğini ve DNA incelemesinin ispat gücünün etkisizleştirilmesinin imkan dışı olduğu gibi bir düşüncenin de muteber olmadığıın isbatı olduğunu düşünmek mümkündür. Bu ve benzeri örnekler, yukarıda şüphenin düzeyi hususunda yaptığımız değerlendirmeleri de dikkate aldığımızda, DNA incelemesinin şüpheli deliller kapsamında değerlendirilmesi içinyeterli olacağı söylenebilir. DNA parmak izinin sanıkla ilişkilendirilmesini içeren ve birbirine hassas halkalarla bağlı süreçte dikkat ealındığında, delilde şüphe olgusu dahada artmaktadır. Şimdi bu sürece göz atacağız.

1.5. DNA'DELİLİNİN SANIKLA İLTİSAK SÜRECİ

Olay yerindenelde edilecek deliller, suçun tespiti ve suçlunun kimliğinin belirlenmesini sağlar. Olay yerinde bırakılan bu izler sayılamayacak kadar çoktur, kriminoloji uzmanları bütün bu delilleri beş tür altında incelemiştir; 1. Biyolojik deliller2.Kimyasal deliller 3.Fiziksel deliller 4.İzler 5.Diğer deliller²⁶. DNA verisi bunlar arasında biyolojik delillerdendir. DNA verisinin ispat vasıtası olarak kabul edilebilme aşamasına gelene kadar geçirdiği aşamaları aşağıda izah edeceğiz. Böylece DNA verisine arız olan hallerin, DNA'nın delil olma pozisyonunu nasıl zayıflattığını idrak etmiş ve bu vesileyle DNA parmak izinin şüpheli deliller içinde değerlendirilmesinin farklı bir yönüne de tanıklık etmiş olacağımızı düşünmkteyim.

²⁴ <https://www.uplifers.com/tek-bedende-farkli-dnalar-farkli-kimlikler-kimeralar/#ixzz5w8oPfzmZ>.

²⁵ Sevil Atasoy, <http://www.hurriyet.com.tr/ayni-bedende-farkli-dna-lar-4912171>.

²⁶ <https://bilirkisiraporlari.com/olay-yerinde-bulunabilecek-maddi-delil-çeşitleri/>.

1.6. DNA’NİN İZOLESİ

Organizmaların hücre yapılarında bulunan hücre zarı çeperi gibi yapıların bazı kimyasal maddeler ve enzimler yoluyla yıkılarak DNA’nın elde edilmesine, DNA izolasyonu denir.²⁷ DNA’nın muhakeme hukukunda kullanılmaya elverişli hale gelmesi için öncelikli olarak yapılması gereken şeydir. DNA verisinin uygun bir şekilde hakime rapor edilmesi için, bazı zorlu süreçlerden geçmesi gerekmektedir. DNA incelemesinin yargıya sağlayacağı katkının değerlendirmeye alınabilmesi tamamen bu süreçle alakalıdır. Yargıç, bu süreçle ilgili bilgi sahibi olduğu oranda değerlendirme yapabileceğini söyleyebiliriz.

1.6.1. DNA İzolesi İçin Uygun Veriler

DNA analizine tabi tutulabilecek biyolojik veriler, kan ve kan lekeleri, meni ve meni lekeleri, dokular ve hücreler, kemikler ve organlar, kılıf hücreli saç kılları, idrar tükürük ve tükürük lekeleri gibi biyolojik örneklerdir.²⁸ Biyolojik örneklerden gözyaşı, ter, serum ve çekirdek hücresi olmayan diğer vücut sıvıları; DNA analizi için uygun değildir.²⁹ Biyolojik bir veri olan DNA’yı delil haline dönüştürebilmek için olay yerinden itibaren üzerinde farklı branşlardan uzmanların hassasiyetle çalışması gerekmektedir.

1.6.2. DNA İzolesinde Soğuk Zincir

Soğuk zincir, biyolojik ürünlerin saklanması için kullanılan sıcaklık koşullarını içeren sistemdir.³⁰ Soğuk zincirden maksat, DNA verisinin delil olma özelliğinin korunması için verinin uzmanlarca önerilen sıcaklık aralığında tutulmasıdır. Soğuk zincir ve diğer kavramlarla ilgili bilimsel detaya girmek, tezimizin aslî hedefi arasında olmadığından kısaca tanımla yetinmek istiyorum. DNA verisinin hazırlanması, birbirine bağlı halkalardan oluşmaktadır. Bunlardan her biri, uyulması gereken hassas süreçleri

²⁷ Başaran, Nurettin, 2003, Ankara, Tıbbi Genetik, s.291; Bu konuda görsel sunumdan yararlanmak için bkz, Meliha Merve Hız, **Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Akademik Veri Yönetim Sistemi (AVESİS)**12/11/2014 Sunum; Bozkaya, Faruk, DNA İzolasyonu, Harran Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2012.

²⁸ Özçelik, Tayfun: Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C,21, 54.

²⁹ Açıkgöz Nihal, Hancı, Hamit, Çakır, A. Hadi, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi 2002 c,11, sayı 4, sh, 126.

³⁰ Bozkır Asuman, Küçüktürkmen Berrin, Özel saklama koşulu gerektiren veya soğuk zincire tabi ilaçlar ve uygulamalar açısından değerlendirmeler, Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi, Cilt, 75, Sayı 3, 2018, sh,305-318.

içermektedir. Bu halkalardan birinde meydana gelecek bir olumsuzluk, bütün emeklerin yok olmasına sebep olacaktır. Olay yeri uzmanlarınca DNA verisi laboratuvara teslim edildikten sonra teknik sürecin işletilmesinde, delilin bağlayıcılığını koruma adına, uyulması gereken kural ve hassasiyetleri de düşündüğümüzde, DNA delilinin değerine zarar verebilecek birçok ihtimal olduğunu söyleyebiliriz³¹. Bu süreçte bulunması muhtemel hatalar, DNA'nın delil değerini zayıflatan unsurlardır. Hatta kurallara riayet edilmediği takdirde, DNA verisi izole edilemeden bile delil olma fonksiyonunu yitirmektedir³².

1.6.3. DNA İzolesinin Hukuki Güvence Altına Alınması

DNA incelemesinin aidiyeti, sonucun amaca ulaşması açısından çok önemlidir. Yapılması muhtemel hilelerin önlenmesi için delilin güvenilirliği adına gerekli tedbirler alınmalıdır. Bu ise sıkı kontrol ve bu kontrolün hukuki güvence altına alınması yoluyla olabilir. DNA testi amacıyla kuruma gönderilen şahısların sol kollarının mühürlenmesi ve ayrıca mühürlü fotoğraflarının da birlikte gönderilmesi, yapılması muhtemel hileleri önleme amaçlı tedbirlere bir örnektir. İlgili kişilerin ihtiyaç duyulduğunda gerekli doku örneklerini vermeleri sağlanmalıdır.

Medeni kanunda ilgili kişilerin DNA testi için gerekli doku örneklerini vermekten kaçınmaları durumunda ilgili kişileri bu yönde zorlayacak, ne HUMK'ne de CMUK'ta, her hangi bir düzenleme yoktur³³. Alman Usul Kanunu'na "herkes sağlığı için bir sakınca olmadıkça nesebin tespiti için gerekli vücut muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kendisinden kan alınmasına katlanmak ile yükümlüdür; kaçınma halinde kendisine karşı zor kullanılabilir" şeklinde eklenen bir hüküm vardır. Benzer bir hüküm Bern Kantonu Usul Kanunu'na da eklenmiştir. Nöşatel Usul Kanunu'na da vücut muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kan alınmasına katlanmak yükümlülüğüne dair yeni bir hüküm eklenmiştir³⁴. Kanunlarda gerekli tedbirlerin

³¹ Biyolojik delilde laboratuvara geldikten sonra nasıl bir yol izleneceği hususunda bkz, Doğan Yeşim Alakoç, Adli bilimlerde DNA Analizleri, Ankara Üniversitesi Dikimevi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2010, sh.4.

³² İlgili kurallar için bkz. Açıkgöz Nihal, Hancı, Hamit, Çakır, A. Hadi, DNA laboratuvarının işleyişi, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi 2002 c, 11, sayı 4, sh, 126-128.

³³ Saldırım, Mustafa, adalet.gov.tr/adaletdergisi/04.sayi/13mustafa. makale.

³⁴ Zivilprozessordnung (ZPO) Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO m. 372/a), Bern (ZPO m.264) ve Nöşatel Usul Kanunlarında (m. 251) olduğu gibi.

alınmaması hukuksuzluktan yararlanılarak süistimale açık bir alan bırakmak anlamına gelmektedir; bu da DNA incelemesinin delil değerini etkileyecektir.

1.7. DNA`NIN ANALİZİ

DNA üzerindeki bireysel farklılıkların tespit edildiği yöntem DNA Parmak izi analizi denir. Günümüzde olay yerinde bulunan delillerin özellikleri, olayın meydana geliş şekli ve olay ile ilgili sorulan soruların özelliklerine göre elde edilen DNA üzerinde hangi analizin gerçekleştirileceğine karar verilmektedir. Bu analizler,“otozomal STR analizleri, Y STR analizleri, X STR analizleri ve mitokondriyal DNA değişken bölgelerinin sekanslanması olabilir. DNA elde edilip kalite ve miktar açısından değerlendirildikten sonra olayla ilgili sorunun cevaplandırılmasına yönelik olarak DNA profili çıkartılır. Olay yerinden elde edilen biyolojik materyal’in profili ile aynı yöntem kullanılarak elde edilen olayla ilgili şahıslara ait profil karşılaştırılır ve sonuçların yorumlandığı bir rapor haline getirilir”³⁵.Görüldüğü gibi DNA izolasyonunun anlatımında bilimsel kavramlar sıkça kullanılmakta. Konu ilgili web sitelerinin video ile anlatımlı bölümleri takip edilerek, bu bilimsel kavramların sıkıcılığından kurtulmak mümkündür. Farklı üniversitelerin laboratuvarlarında çekilmiş izole uygulamaları, dijital ortama kaydedilmiştir.

1.8. DNA ANALİZİNDE ÖNEMLİ KRİTERLER

DNA incelemesi sonucunda verilen bilirkişi raporu bilimsel bir mütalâdır. Ancak, bu raporun bilimsel bir mütâla olması, yargılama makamını mutlak olarak bağlayacağı anlamına gelmez. Yargıç kendisine sunulan bu delili hukuk çerçevesinde takdir edecektir. Çünkü bu raporun dışında yargı kararını etkileyen farklı unsurlar vardır. Bu nedenle yargılama makamının, DNA incelemesi neticesinde düzenlenen rapor, hukukriterleri bağlamında tedkik edilmesi gerekmektedir. Bunlardan önemli bulduklarımızı burada zikredeceğiz.

³⁵ Doğan Yeşim, Adli Bilimlerde Dna Analizleri, Ankara Üniversitesi Dikimevi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt, 9, Sayı 2, 2010, sh, 3-6.

1.8.1. DNA Taşıyıcısı KanıtınKorunması

DNA incelemesinin ispat vasıtası olarak mahkemeye sunulmasında, olaya ilk müdahale eden görevlilerden, laboratuvar çalışanlarına kadar herkes; DNA'nın teşhis edilmesi, toplanması, nakli ve depolanması konularını içeren önemli noktalarda çalışmaktadırlar. İspat açısından çok önemli olan DNA incelemesine, insan elinin dokunmasıyla, bunun nasıl şüpheli bir delile dönüşebileceğini tasavvur edebilmek için aşağıda verdiğimiz örneklerin yeterli olacağını düşünmekteyim.

Sahte DNA delili: Bazı suçluların kendi DNA örnekleri yerine sahte DNA örnekleri yerleştirdiği vakalar olmuştur. MeselaBir vakada, suçlu kendi vücuduna sahte DNA delili yerleştirmiştir³⁶.

Bulaştırma: Çok küçük DNA örnekleri kanıt olarak kullanılabileceğinden, DNA kanıtını teşhis ederken, toplarken ve muhafaza ederken bulaştırma riskine karşı çok dikkat etmek gerekir. DNA kanıtı başka bir kaynaktan gelen DNA ile karıştığında bozulabilir. Bu durum, örneğin herhangi bir kanıtın üzerine aksırıldığında ve öksürüldüğünde veya ağzın, burnun veya yüzün herhangi bir bölümünün DNA içerebilecek kanıt alanına dokunduğunda ortaya çıkabilir. “PCR” denilen yeni bir DNA teknolojisi örnek DNA'yı kopyalayabildiğinden bir DNA örneğine bulaştırıcı

Materyaller yoluyla başka DNA'ların girmesi problem olabilir. PCR örnekte varolan tüm DNA'yı toplayacaktır, böylece şüphelinin DNA'sı ile başka bir kaynaktan gelen DNA ayırt edilemeyecektir. Böyle küçük DNA örnekleri toplanırken bulaşmayı engellemek amacıyla fazladan bir özenin gösterilmesi gerekmektedir.

Nakil ve Depolama: DNA içerebilecek kanıt nakledilirken ve depolanırken kuru bir ortamda ve oda sıcaklığında muhafaza edilmelidir. Kanıt kağıt torbaya veya zarfa konulmalı, ağzı sıkıca kapatılarak mühürlenmeli, kanıtın nerede bulunduğu ilişkin doğru bir tanımlama yapılmalı ve iyi bir gözetim altında tutulmalıdır. DNA içerebilecek olan kanıt asla plastik torbaya konulmamalıdır. Çünkü plastik torbalar kanıta zarar verebilecek derecede nem tutma özelliğine sahiptir. Doğrudan güneş ışığı ve daha sıcak

³⁶ Dr. John Schneeberger 1992'de anestezi altında olan bir hastasının ırzına geçmiş ve onun iç çamaşırında meni bırakmıştır. Polis üç ayrı seferde Schneeberger'in kanını alıp kandaki DNA ile suç yerinde bulunan menideki DNA ile kıyaslamış ve DNA profillerinde bir aynılık bulamamıştır. Sonunda ortaya çıkmıştır ki, Dr.Schneeberger kolunun içine bir Penrose dreni yerleştirmiş, onun içini başkasının kanı ve antikoagulanlarıyla doldurmuştur. <http://antropoloji.blogspot.com/2012/12/12/dann- dna -nedir-dna-hakkinda-dna.html>.

koşullar da DNA için zararlı olabilir. Bu nedenle kanıtın kliması olmayan bir polis arabası veya bir oda gibi ısınabileceği yerlere konulmaması gerekir.

Olay yeri inceleme uzmanlarının olay yerine gelerek delilleri tespit etmesine kadar geçen süre bile, birçok biyolojik delilin zarar görmesi için yeterlidir. Bu sebeple adli DNA laboratuvarlarında çalışan uzmanlar, DNA analizi yapma konusunda deneyimli olmak durumundadırlar.³⁷ Şuda bir gerçek ki, bütün özveriye rağmen, bu tür faaliyetlerin her bir aşamasında insan bulunması hasebiyle, bu teknolojinin, amacı dışında kullanılması muhtemeldir. Dijital bilgilerin kopyalanması/çalınması, bilişim suçları gibi kavramlar sıkça duyduğumuz şeylerdir.

1.8.2. DNA Analizi Uzmanlar Tarafından Yapılmalı

Bir davada, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvurulmuş kişi veya kişilere bilirkişi denir. Hâkimin DNA incelemesini bir uzman kişi veya kişilere yaptırması gerekir. Bunlar Adli Tıp Kurumu, Polis Kriminal Laboratuvarı gibi kurumlarda çalışan kişilerden seçilebileceği gibi adli tıp ile ilgili özel laboratuvarlarda ya da üniversitelerin bu konuyla ilgili ana bilim dallarında çalışan kişilerden de olabilir. Burada önemli olan verilen raporun uzman kişi/kişiler tarafından hazırlanmış olmasıdır. İyi yapılan bir bilirkişi seçimi daha sonra davanın taraflarının bilirkişi raporuna karşı bilirkişinin uzman olmadığı yönündeki itirazlarını önceden önleyeceği için yargılamanın hızlı yürütülmesi açısından önem taşımaktadır. Mümkün olduğu ölçüde bilirkişinin bu uzmanlığını kanıtlayan belgeler dosyaya konulmalı ya da konuyla ilgili unvanı olan kişiler bilirkişi olarak seçilmelidir. Nitekim DNA analizi metodlarının arasında “bağlantı analizi” metodunun uygulanması sırasında incelemeyi yapan kişinin bazı durumlarda sonuçları hatalı yorumlayabileceği belirtilmiştir³⁸

³⁷ Alaeddini R, Walsh SJ, Abbas A. Forensic implications of genetic analyses from degraded DNA-a review. *Forensic Sci Int Genet.* 2010;4(3):148–57.

³⁸ Kromozomlar üzerinde bulunan genler bağımsız olarak gamet hücrelerine geçmektedir. Fakat aynı kromozom üzerinde ve fiziksel olarak bir birine yakın olan genler bazen Mendel kurallarına uymayarak birlikte yeni nesile aktarılacaktır. Aynı kromozom üzerinde bulunan bu genlere bağlı gen (linked); bu genlerin oluşturmuş olduğu gruba bağlantı grubu (linkage group) ve bu olaya da bağlantı (linkage) denilmektedir. Bkz. Erensayın C. Genetik. 2. Baskı. Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2000; pp. 119-134, Özşensoy Yusuf, Kurar Ercan, Genetik Bağlantı Analizi ve Uygulama Alanı, Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi *Journal Of Faculty Of Veterinary Medicine, Erciyes University Derleme / Review Article* 10(1), 53-62, 2013.

1.8.3. Teknik Olanaklar Elverişli Olmalı

Bilirkişi raporunun uzman bir kişi tarafından hazırlanması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bilirkişinin sahip olduğu teknik olanaklar da önemlidir. Bu nedenle DNA testi konusunda bilirkişilik yapacak özel veya resmî merkezler için teknik olanaklar açısından bir standart getirilmelidir. Bu incelemelerin yapılmasında yararlanılan cihazların çok pahalı olması nedeniyle kalitesiz cihazlar kullanılarak verilecek raporlar adli hatalara neden olabilir. Mesela Amerika Birleşik Devletleri'nde DNA analizinin bir delil olarak mahkemelere sunulmasında "Fry kriterleri" olarak adlandırılan bir kural uygulanmaktadır.³⁹ Buna göre yeni bir bilimsel tekniğin uygulanması ile elde edilen sonuçlar mahkemelere delil olarak sunulmadan önce o teknik, ait olduğu bilim dalında yeterli derecede yerleşmiş olmalı ve genel kabul görmelidir. "DNA analizinin bir delil olarak kabul edilmediği davalar da olmuştur. Kabul edilmemesinin gerekçesini ise DNA testini uygulayan laboratuvarların teknik yeterliliği ile ilgili şüpheler oluşturmuştur."⁴⁰

1.8.4. Rapor Mantığa Uygun Olmalı

Bilirkişi raporu tecrübe kurallarına aykırı olabilse de mantık kurallarına aykırı olamaz. Tecrübe kuralları, hayat deneyimlerine ve büyük sayılar kanununa dayandığı için bazı istisnâ durumların doğması mümkün olabilir. Ancak bu tecrübe kuralının aksi de olabilir. Mantık kuralları açısından ise durum farklıdır. Örneğin cinayet veya ırza geçme suçu ile suçlanan sanığın olay anında başka bir şehirdeki kapalı cezaevinde olduğunu resmî kayıtlarla (cezaevi kayıtlarıyla) ispatlaması halinde olay yerinde bulunan doku örneklerinin olay anında kapalı cezaevinde olan sanığa ait bulunduğu ilişkili DNA testi sonucunu şüpheyle karşılamak gerekir.

Klasik mantığın üçüncü temel kuralına göre üçüncü durumun imkânsızlığı söz konusudur.⁴¹ Bir kimse aynı anda iki ayrı yerde birden olamaz. Bir kimse kapalı cezaevinde iken kapalı cezaevi dışında bir suç işleyemez. Bilirkişi raporunun mantığa aykırı olması her zaman bu kadar net bir şekilde ortaya çıkmayabilir. Aynı sanık olay

³⁹ www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/04.sayi/13mustafa.pdf.

⁴⁰ <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/04.sayi/13mustafa.pdf> makale.

⁴¹ Üçüncü Hâlin İmkânsızlığı İlkesi Bir şey ya vardır ya yoktur, üçüncü bir durum söz konusu olamaz. Diğer bir deyişle "İki çelişik ifadeden biri doğru ise öteki zorunlu olarak yanlıştır, ikisi arasında üçüncü bir hâl yoktur." biçiminde ifade edilir. Her bir şey "ya A ya da A olmayandır"; üçüncü bir hâl düşünülemez. bkz, Gökalp, Z. (2006). Felsefe Dersleri (A. Utku, & E. Erbay, Sad.). Konya.

anında açık cezaevinde ya da organ nakli nedeniyle hastanede bulunduğunu yine resmî belgelerle ispatlayabilir. Bütün bu örnekler DNA testinin kesin delil olarak kabul edilmesi fikrini şüpheyile karşılamayı gerektirmektedir.

Gerek hukuk davaları gerekse ceza davalarında DNA parmak izi inşaağmen, yapılan adlî soruşturmaanın da önemli olduğunu unutmamak gerekir. Soruşturma sırasında tanık ifadeleri dâhil olmak üzere, toplanması mümkün olan her türlü delili toplamak, isabetli karar verilmesi açısından bir zorunluluktur. En azından bu şekilde DNA incelemesi sonucu, verilen bilirkişi raporlarının güvenilirliği, bir hata yapıp yapılmadığını değerlendirmek ve rapora yapılan itirazlar hakkında daha sağlıklı bir karar vermek mümkün olabilir. Yapılan adlî soruşturmaanın sonucu ile DNA incelemesi sonucu arasında mantıksızlık varsa bu çelişkinin nedeni araştırılarak bulunmalıdır. Çelişki giderilmeden veya hangi sonucun neden üstün tutulduğu yeterli gerekçelerle açıklanıp tartışılmadan sadece DNA testine göre karar verilmemelidir.

Bu kriterleri dile getirmemizdeki amaç, delilin elde edilmesi, hazırlanması ve sunulması esnasında delilin değerini ve vasfını zedeleyici unsurların her zaman var olabileceğinin gözden ırak tutulmaması gerektiğini ortaya koymaktır. Yukarıdaki kriterlerin dışında, delilin sıhhatine zarar verebilecek daha farklı etkenlerin de varlığı gözden kaçırılmamalıdır. DNA incelemesinin delil niteliğini zedeleyen faktörler, DNA verisinin zatından çok, harici etkenlerden kaynaklanmaktadır. Bu ve benzeri hususların DNA incelemesinin, ispat hukuku açısından, şüpheli deliller sınıfında değerlendirilmesine sebep olacağı düşünülebilir. Bu şüphe faktörü ceza davalarında özellikle ukubatı mükaddere dediğimiz hadd cezalarının nefyinde İslam hukuku ilkeleri gereği daha etkilidir⁴². Yeri geldiğinde bunu değerlendireceğiz.

⁴² Ka'bî, el-Basmatü'l-verâsiyye, 307-311. Yılmaz, İbrahim, İslâm Aile Hukukunda DNA Parmak İzi Testi ile Nesebin Sübûtu, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 22, 2013, sh, 92.

İKİNCİ BÖLÜM

BİR İSPAT VASITASI OLARAK DNA 'NIN FIKHÎ REFERANSI VE İSPATVASITALARI ARASINDAKİ KONUMU

Mezhep müntesibi olan fakihler, kendimezhep imamının tabi olduğu usulleri takip ederek, yeni ortaya çıkmış, hükmü belirtilmeyen güncel fıkıh problemlerine çözüm üretmek maksadıyla bazı fıkhi faaliyetlerde bulunmuşlardır. Yürüttükleri bu fikhî faaliyet, mutlak manada bir içtihat olmayıp, kendine ait usulî metodu olan herhangi bir mezhep imamı adına, meselenin hükmünün ortaya çıkarılmasıdır ki, buna fıkıh literatüründe tahrîc denir. Bu konumda bulunan fakihî dayanakları, mezhep imamı ya da mezhebin büyük hukukçularının usul, kaide ve görüşleridir. Yeni meselelerin hükmünü tahrîc yoluyla ortaya çıkaran fukahâyâ ashâbü't-tahrîc, ehlü't-tahrîc, ashâbü'l-vücûh ve muharrec denilirken asıl olan görüşe mansûs (açıkça belirtilen), tahrîc vesilesiyle ortaya çıkarılan hükme de el-kavlul-muharrec denilir.⁴³

Tahrîc türleri;

"Tahrîcü'l-Usûl mine'l Furû"

"Tahrîcü'l- Furû ale'l-Usûl"

"Tahrîcü'l- Furû' ale'l Furû" " olarak üçe ayrılmıştır.⁴⁴

Biz bu bölümde DNA incelemesinin muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak kullanılmasının gerektiğini, genelde tahrîcü'l- furû' ale'l furû' yöntemine baş vurarak tespit etmeye çalıştık. Bununla beraber bir nebze de olsa tahrîcü'l- furû' ale'l furû' yönteminin etkisini de dile getirdik. Bundan dolayı DNA incelemesinin üzerine hamledilmesi gerektiğini düşündüğümüz klasik bir ispat vasıtası olan, karine ve örnekleri üzerinde genişçe durduk. Yani burada aslolan görüş, karinenin (mansûs) hükmüdür, tahrîc vesilesiyle ortaya çıkarılan hüküm ise, (el-kavlul-muharrec) DNA incelemesinin, mansusa hamledilmek suretiyle, elde edilen hükmüdür. Aşağıda karinenin (mansûs) ispat hukukundaki hükmü tespit edilmekle DNA incelemesinin (el-

⁴³ Muhammed b. Bekr. b. İsmail, Habib, İlmi Tahrîcü'l- Furû ale'l-Usûl, Mecelletü' Camiatu Ümmü'l-Kura li -ulumuşşeriati Ve-ddirasetil-İslamiyyeti, sayı 45, Zülkade, 1429, sh, 286.

⁴⁴ Yaman Ahmet, Diyanet İlmi Dergi, cilt, 32, Sayı, 4, Yeni Bir kitap dolayısıyla "Tahrîcü'l-Furû" Kavramı üzerine, sh, 51-61, Eyyüp Said Kaya, Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhi İstidlal (Doktora Tezi, 2001, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü}, s. 35-38.

kavlu'lmuharrec)hükmü de tespit edilmiş olacağından, öncelikle karinenin ispat hukukundaki hükmünü ortaya koymaya çalışacağız.

2.1. DNA DELİLİNİN İZ DÜŞÜMÜ OLARAK KARİNE

Karine ve DNA incelemesi arasında tam girişimlilik (umum ve husus mutlak) olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla karinenin hukuki konumunun belirlenmesi DNA incelemesinin konumunun belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bundan dolayı öncelikle karinenin mahiyeti, kapsamı ve ispat hukuku açısından önemini izah edeceğiz. Bu bağlamda da asıl konumuz olan DNA incelemesinin ispata olan etkisini açıklamaya çalışacağız.

2.1.1. Karine

Sözlükte "bir şeyin yanında ve yakınında olmak, ona eşlik etmek, onunla bir arada bulunmak" anlamındaki karn kökünden türeyen karine, "bu birliktelik sebebiyle bir başka şeye delalet eden durum, maksada işaret eden ipucu, alamet, emare" manasına gelir. Kelimenin fıkhi terminolojide kazandığı mana da bu sözlük anlamına dayanır.⁴⁵

Klasik fıkıh kitaplarının, Dava, Edebü'l kadı vb. bölümlerinde karineye verilen örneklerden hareketle, karinenin, emare ve alamet kelimeleriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Yani mütekaddimin fukaha kelimenin sözlük anlamıyla yetinerek tanıma ihtiyaç duymamış olabilir.⁴⁶ İbn. Abidin karineyi "duruma katiyet kazandıran şey" olarak kaydederken,⁴⁷ Mecelle "bilinen bir durumdan hareketle bilinmeyen bir durum hakkında fikir yürütme " şeklinde açıklamıştır.⁴⁸ Yargılamada ispat vasıtası olabilen karine katiyet derecesine ulaşan karinedir. Mütekaddimin fukeha, karinenin emare anlamında olduğunu söylemişlerdir. Emareyi ise delili bilmekle medlülün zannını gerektiren şey olarak tarif ederler.⁴⁹ Bulutun yağmura delaleti bu

⁴⁵ Karine anlamı ve kısımlarıyla ilgili konularda geniş bilgi için bkz; İbrahim b. Muhammed el-faiz, el-İsbâtu bi'l-Karâin, Yy, el-Mektebetü'l-İslami, Beyrut, Yt, 1982, sh, 61-68; Yaylalı, Davut, "Karine," DİA, XXIV/492-493.

⁴⁶ İbrahim b. Muhammed el-faiz, İbrahim b. Muhammed el-faiz, el-İsbatu bil karain, Yy, el -Mektebül-İslami, Beyrut, yt,1982, sh, 62.

⁴⁷ İbn. Abidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (v. h.1252/m.1836) Reddû'l-muhtar ale'd Dürri'l-muhtar, Matbaatü'l Babi, Mısır, 3. Baskı, m.1984/h.1404, c,5, sh, 54.

⁴⁸ Mecelle, md. 1741.

⁴⁹ Tanım farklılıkları için bkz. Zühaylî, Vesâilü'l-İsbât, Yy, Mektebetü Darul Beyan, Dimeşk, Yt, 1414, sh, 489.

kabildendir; çünkü bulutu gördüğümüz zaman yağmurun bulunabileceğini düşünürüz. Cürcani ise: "Matlubu gösteren şey olarak tarif etmiştir."⁵⁰

Karinenin hükme delaleti, bilinen, duyu organlarıyla algılanan, bir durumdan hareketle bilinmeyen bir durum hakkında fikir yürütme şeklindedir. İslam hukukunda karine, muhakeme hukukuna yardımcı ispat vasıtalarından biri olarak terim anlamı kazanmış olmakla birlikte, meselecî bir metotla telif edilmiş klasik fıkıh kitaplarında karinenin açık bir tanımına rastlanmaz. Klasik kaynaklarda karinenin ispata elverişliliği hakkında tafsilatlı bilgi verilmek yerine örnekler üzerinde durulduğu görülmektedir. Böyle bir yaklaşım, bu konuda hâkime takdir yetkisi vermenin kaçınılmazlığından kaynaklanıyor olmalıdır. Verilen karine örnekleriyle hâkimin karineyi kullanma yeteneğini geliştirmesine rehberlik edilmektedir. Kadılık mesleğinde kendinden söz ettiren, feraset ve dirayetini konuşturan kadıların biyografilerinin kaleme alınmasında amaç da bu olmalıdır. Karineyi kullanma yeteneğini konuşturan bir yargıcın, DNA incelemesiyle iyi sonuçları elde eden, çözülmez gibigörünen vakıaları kolayca ispat eden biri olması kaçınılmazdır. Hakimlik mesleğindeki kendinden söz ettiren yetenekli bir yargıcın, DNA incelemesi vasıtasıyla beklentilerin çok üzerinde hukuk delillerine ulaşması, hatta bu tür delillerle meslektaşlarının ulaştıkları sonuçları nakz edecek kararlara imza atması mümkündür.

2.1.1.1. Karîne-i Kâtia (Kuvvetli Karîne)

Dava konusu olan şeyin ispatında değerlendirilecek olan karine, sağlam bir esas üzerine oturan, kayda değer bir düşünce ürünü olmalıdır. Mücerred hayal ve vehm ürünü olan alakaların hukuki değeri yoktur. Bu alakanın güçlü ya da zayıf oluşuna bakarak fıkıhçılar karineyi iki kısma ayırmışlardır. Dâll ve medlûl arasında, alakası güçlü olana; kuvvetli karine; zayıf olana ise zayıf karine demişlerdir. Bu alaka bazen o kadar zayıflar ki ihtimale dönüşür. İddianın ispatında kullanılabilecek olan karine kuvvetli karinedir, zayıf karine ispat açısından geçersizdir.⁵¹ Karinenin kuvvetli ya da zayıf olarak değerlendirilmesi subjektiftir. Karine takdiri bir delil olması hasebiyle, aynı örnek üzerinde uygulanan tek bir karine, müctehitlerce farklı değerlendirmelere tabi

⁵⁰ Cürcani, Seyyid Şerif, Ebü'l-Hasen b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerif el-Cürcanî el-Hanefî (h. 1413) et-Ta'rifat, Daru-l Fazilet, Kahire, ty. md, 1396, sh, 117.

⁵¹ Cürcani ,a.g.e, II, s, 49.

olabilir; bazıları nezdinde kuvvetli olarak kabul edilen karine diğer bazıları tarafından zayıf olarak değerlendirilebilir. İspat hukukunda mezhepler arası farklılıkların temelinde de bu türictihadiyorum farklılıklarının olduğu erbabının malumudur.

DNA'ın incelemesi, zatı itibariyle değerlendirildiğinde, karine-i katia olarak kabul edilmesinde hiç bir engel yoktur. Fakat DNA'nın hâkime sunulma aşamasına gelinceye kadar geçirdiği bilimsel araştırma basamakları; DNA'nın izolesi, DNA izolesinin hukuki güvence altına alınması, nakil ve depolama, sahte DNA delili, teknik imkanların usulsüz kullanılması, delili hazırlayan insan faktörünün negatif etkileri gibi, birinci bölümde ayrıntılı bir şekilde izah ettiğimiz harici unsurlarla olan alakası düşünüldüğünde, DNA incelemesinin delil düzeyinin gerilemesi hatta reddi bile muhtemeldir.

2.1.1.2. Zanna Dayanan; Zayıf (İtibarsız) Karine

Kuvvetli karine zayıf karinenin zıddıdır. Öyleyse zayıf karine, dall ile medlül arasındaki alakanın zayıfolduğu karinedir. Bazen bu alaka o kadar zayıflar ki hayal ürünü diyebileceğimiz seviyeye düşer, böylece hiçbir hukuki değere sahip olmaz.⁵²Kabul veya redd açısından Karine hakkında karar verme, islam hukuku ilke ve usulleridahilinde kalmak kaydıyla, hakime veya hakim in riyasetinde, uzman ekibe bırakılmıştır. Yani karine takdiri delil türündendir. Takdiri ve kanuni delil türlerini özel bir başlık altında daha tafsilatlı bir şekilde ileride zikredeceğiz. Burada şu hususa dikkat çekmek isterim, delillerin değerlendirilmesi içtihadi ve nisbidir. Mesela aralarındaevlilik bağı olmayan iki kişininkaranlık bir odada başbaşa kaldıklarının tespiti, hadd cezasını gerektirmesi yönüylezayıfkarine olarak kabul edilirken, tazir cezasını gerektirme yönüyle kuvvetli karine olarak kabul edilmektedir.⁵³Benzeri durum, DNA incelemesi içinde geçerli olduğudüşünülebilir. Aşağıda, karineyi değerlendirmemize katkı sağlayacak karine örneklerinden bir kısmını aktarmak istiyorum.

2.1.2. Karine Örnekleri

Klasik kaynaklarımızın, Edebü'l-kādî, Kitâbu'lkazâ, Kitâbu'l-akdiye, Kitâbu'l-ahkâm gibi bölümlerinde, serpiştirilmiş olarak verilen karine örnekleri, güncel

⁵² İbrahim b. Muhammed el-faiz, a.g.e. sh, 68.

⁵³ Biltaci, muhammed, Menhecü Ömer bin Hattab fitteşri, Yy, Darul Fikril Arabi, ty, sh, 478.

meselerideğerlendirmede islam hukukçularına rehberlik etmesi açısından önem arz etmektedir. Bunlardan bir kısmının, ıstılahlaşmış bazı alt başlıklarda ele alınması mümkün iken, diğer bazılarında bu söz konusu değildir.⁵⁴ Biz burada, bir alt başlıkta ele alınması mümkün olan bazı örnekleri zikretmekle yetineceğiz.

2.1.2.1. Zilyedlik (Elinde Bulundurma)

Zilyed, sözlükte başkası için yapılan iyilik, ihsan, her türlü hayır, mülk, mülkiyet, güç, kuvvet, iktidar, kazanma, mülk edinme gibi birçok anlama gelmektedir.⁵⁵ Zilyedliğin terim anlamı, yukarıdaki sözlük anlamlarından bazısını çağrışırsa da, elin tasarruflarını konu edinen bir mahiyet arz etmektedir. Mecelle zilyed için şöyle bir tanım yapar: “Zilyed, Bir ayn’ı fiilen hakimiyeti altında bulunduran yahut gerçek maliklerin mülkünde davrandığı gibi davranan kimse.”⁵⁶ Buna göre zilyedlik de; menkul ve gayri menkul üzerinde fiilen hakimiyet kurup el koymak, elinde bulundurup o eşya üzerinde, eşyanın maliki gibi tasarrufta bulunma eyleminin hukuki adı olmaktadır. Zilyedlikte, eşya üzerindeki fiili eylemler (tasarruf) ön plana çıkarken, mülkiyette bir kimseye ait olma vasfı ön plana çıkmaktadır.

Zaman zaman klasik kaynaklarda zilyedlikle mülkiyet birbirinin yerine kullanılmışsa da, İslam hukukunda zilyedlik mülkiyetin tam karşılığı olarak görülmemiş, mülkiyetin sebepleri arasında kabul edilmiştir.⁵⁷ Buna göre fiilen el koymak, elinde bulundurmamak, malik gibi tasarrufta bulunmak zilyedliktir. Eli altında bulundurmamak ve malik gibi tasarrufta bulunmak zilyedliğin unsurlarını teşkil eder. Fiilen eli altında bulundurmamak menkullerde söz konusu olabilir. Bir kimsenin giydiği elbise, kolundaki veya cebindeki saat, bindiği hayvan veya araba gibi şeyler kişinin fiilen eli altındadır ve zilyedliğindedir. Tarlayı sürmek, hayvana veya arabaya binmek, arsaya bina yapmak gibi tasarruflar ise malik gibi tasarrufa örnektir.

Birden fazla kimse bir mala el koymuş ise bunlardan hangisinin diğerine tercih edileceği hususunda İslâm hukuku, eşya ile zilyedlik iddiasında bulunanlar arasındaki bağın derecesine bakarak hüküm vermektedir. Eşya ile hangisinin irtibatı daha sağlam

⁵⁴ Konuyla ilgili diğer örnekler için bkz. İbn. Kayyim el Cevziyye, et-Turuku’l-hukmiyye, sh, 8-28.

⁵⁵ Cevherî, İsmail b. Hammâd, (v.h,393) es-Sihâh, Yy, Darul ilm, Beyrut, yt, 1987, VI, s. 2540-2541.

⁵⁶ Mecelle, md, 1679.

⁵⁷ Ebû Zehra, Muhammed, el-Milkiyye ve’n-Nazariyyetü’l-Akdi fi’ş-Şer’iati’l-İslâmiyye, Yy, Daru-lfikr, 1996, sh. 144.

ve sıkı ise o zilyed olarak tercih edilmektedir. Elbiseyi giymiş olan eteğinden tutmuş olana, hayvana binmiş olan, yularından tutana, yularından tutan kuyruğundan tutana tercih edilmektedir. Eğersiz olarak ata binmiş olan iki kişi, eğer üzerine binmiş olan iki kişi, halı üzerine oturan iki kişi vb. zilyedlikte eşittir.⁵⁸Böyle bir durumda paylaşım üzerine karar verilir.⁵⁹

Konusu ev eşyasının aidiyeti hususundaki bir davada, kadınların kullanması için yapılmış şeylerde kadın lehinde, erkeklerin kullanması için yapılmış olan şeylerde ise koca lehinde hüküm verilir. Prensip olarak; palto, silâh ve meslek âletleri gibi erkeğe uygun olan eşya erkeğe; ziynet eşyası, manto gibi kadına uygun olan şeyler ise kadına ait sayılır. Bu konuda dış görünüşün şehâdeti ile örf ve âdet esas alınır.⁶⁰ Kişinin eli altında bulundurduğu şey aksi ispat edilmediği müddetce kişinin malıdır. Bu örneklerle, kişi ve iltisakli bulunduğu şeyin aidiyeti davasında, o şeylerarasındaki alakanın sıklık dercesine göre hüküm verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu örneklerden şunun çıkarılması mümkündür; karineler arasında vaki olan tearuzdailtisakı daha sıkı olanın diğerinin üzerine tercih edilmesi gerekmektedir. Zilyedlik karinesinin ispat hukukunda delil olarak kabul görmesi, belki de bununevleviyetle ispat vasıtası olmasına delalet etmektedir.

2.1.2.2.Yazılı Belge (Kitabet)

Kitâbet; hakların vesikalandırılmasında ve gerekli olduğu durumlarda, ispat için kendisine başvurmak amacıyla, mutad usullerle hakları güvence altına alan yazı, şeklinde tanımlanabilecek bir kavramdır⁶¹. Fakihler kitâbetin karşılığı olarak farklı tabirler kullanmışlardır. Bunlardan biri ‘sak’tır. Hukûkî muamelelerin ve ikrarların yazıldığı belge anlamındadır. Bir diğeri ‘hüccet’dir. Hüccet, dava konusuvakıyı açıklayan, üst köşesinde hakim mührünü, alt köşesinde şahitlerin imzalarını taşıyan yazılı belgedir. Dava konusu hadiseleri, tarafların sözlerini, delillerini, hakim

⁵⁸ Ali Haydar, (v,1935) Dürerü'l- Hükkam şerhu Mecelleti'l-ahkam, Yy, İstanbul 1330, III, s.593-595,

⁵⁹ Molla Hüsrev, Muhammed bin Feramuz b. Ali Rumi (h.885/1480), Dürer ül-Hükkam fi Şerhi Gurer-il Ahkam, Faziletneşriyat İstanbul, ty. II, s. 349; Damad, Şeyhizâde Abdurrahman Muhammed, Süleyman, (v.1078/m.1667) Mecme-ul Enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur, Daru İhya'ut-Turas, ty, II, s. 28; Mecelle, md. 1771. Kasani, Bedâi'u's-Senâi' fiertîbi's-şerâi, cVI, s.25

⁶⁰ İbn-i Kayyim,Turuku'l- hükmîyye, s,21.

⁶¹ Zuhaylî (Muhammed), a.g.e, II/417.

hükümünü içeren ‘mahdar, sicil ve vesika’ da kitâbet yerine kullanılan lafızlardandır.⁶² Kayıtlı (Yazılı) bir hakka İstinaden hüküm vermenin bağlayıcılığı, yazının sıhhati, şüphe, değiştirilme ve yalan karıştırılmasına karşı korunması ve uzak oluşunun derecesine göre değişiklik göstermektedir. İçeriğine delaleti kati olan ve hile karıştırılmadığı bilinen yazı ve yazılı vesikalar, kesin delil olarak kabul edilir ve hükme mesnet teşkil edebilir.

Devlete ait resmi belgeler, sultan beratları, defterler, değişme ve değiştirilmeye karşı korunduğundan, içlerine yalan karıştırılma ihtimali de azdır. Bunların içeriğini tayin, azil, nakil, temlik, maaş ve benzeri hususlar oluşturur. Hakimin huzurunda bir niza meydana geldiğinde, davacı iddiasını bu resmi belgelere veya defterlere dayandırır, hakim bunların gereğince hüküm vermesi gerekir. Bir kimsenin ticari kayıt defteri, itina ile muhafaza edilen özellikte değilse, içeriğinin inkâr edilmesi durumunda, içeriğindeki kayıtlı olan borçlar davalı namına karar olarak kabul edilemez.⁶³ Verilen bu klasik örneklerden hareketle şunu söyleye biliriz, İslam hukuku teknolojinin ve modern yöntemlerin gelişmediği o günkü şartlar altında, kişinin el yazısının delil niteliğini değerlendirmeye tabi tutarak dava konusunun ispatındaki etkisini dikkate alıyorsa, DNA incelemesinin ispat hukukunda muteber olması kaçınılmazdır.

2.1.2.3. Ârâu Ehli'l-hibre

Ehil kimselerin gerçeği ortaya çıkarmak için dava konusu üzerinde icra ettiği bütün faaliyetleri, uzman görüşü kapsamında düşünmek mümkündür.⁶⁴ İmza incelemeleri, para sahteciliği incelemeleri ve kıyafetlere⁶⁵ bağlı sonuçlar, yangınların sebeplerini anlamak için yapılan araştırmalar, bombaların kaynağına ait tespitler, hatta suça dair iz bulma adına toprak ve taşta bile delil aramak bu kabildendir. Dünyada bu

⁶² Zuhayli (Muhammed), a.g.e, II/415-417.

⁶³ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, md, 93-101, C, 8, s, 75-77.

⁶⁴ Zuhayli Muhammed, a.g.e, sh, 594.

⁶⁵ Parça delil birleştirme: Adli olaylar sırasında fiziksel etkileşimlerin olay yerinde bulunulması her zaman beklenebilecek bir gerçektir. Fiziksel güç kullanımı nedeniyle olay esnasında bütünlüğü bozulan delilleri, parça birleştirme bölümümüzde kenar özellikleri yönünden inceleyerek bir bütüne ait parçalar olup olmadığı konularında incelemeler yapılmakta ve uzman incelemesi raporları hazırlanmaktadır. (<http://kriminal.iem.gov.tr/iz.htm>)

tür faaliyetler için enstitüler ve laboratuvarlar kurulmuştur. Türkiye’de de bu konuda kurumsallaşma anlamında hayli mesafe alınmıştır.⁶⁶

Hız. Ali’nin, (k.v) bir kumanın diğerk kumasını suçla itham maksadıyla, kadıncağızın yatağına bulaştırdığı yumurtanın beyazını meni diye ileri sürmesine karşılık, Hız. Ali’nin (k.v) sıcak su kullanarak olayın gerçek yüzünü ortaya koyması örneğı bu kabildendir.⁶⁷ Satılan bir malda ya da hayvanda kusur (ayb) iddiasıyla mahkemeye müracaat edildiğinde gizli kusurun tespitinde hâkim tarafından uzman görüşü istenir. Uzman\uzmanlar kusurun eski ya da yeni olduğunu tespit edip hâkimin kararına sunarlar.⁶⁸ Eşler arasında boşanmayı gerektirecek hastalık iddiası söz konusu olduğunda uzman görüşüne müracaat edilir. Kumaş, hayvan, bina gibi mala dair kusurlarda, kusur tespiti için uzman görüşüne müracaat edilir.⁶⁹ Uzman görüşüne verilen örnekler üzerinde düşündüğümüzde, bunların karinenin bir alt kümesi olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla karine ve uzman görüşü ile ilgili söylenen her şeyin DNA incelemesi içinde geçerli olacağını söyleyebiliriz. Hatta uzman görüşü ile DNA incelemesi sonuçları yöntem olarak birbirinedaha fazla benzemektedir.

Yukarıda verilen örnekler, DNA incelemesinin İslam muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak kabul edilmesinin gerekliliğine delalet edebilecek örneklerdir. Konuyla ilgili daha fazla örnekleri, klasik kaynaklarımızın Edebü’l-kādî, Kitâbü’l-d-da’vâ gibi bölümlerinde, İslam hukuk tarihinde şöhret kazanmış kadırlarla ilgili yazılmış eserlerde bulmak mümkündür.⁷⁰ Bu örnekler için neler söyleniyorsa, aynıyle DNA incelemesi içinde geçerli olacağını söyleyebiliriz. Hatta eğer kadim fakihlerimiz döneminde DNA incelemesi gibi bir ispat vasıtası olduğu tasavvuredilecek olursa bu onların eserlerinde ya karinenin en öncelikli örnekleri içinde zikredilir ya da özel başlıkta ele alınır diye düşünmekteyim.

2.2. DELİL OLARAK KARİNE VEDNA’NIN USULİ KÖKLERİ

⁶⁶ İnceleme Alanları; El yazısı ve imza incelemeleri (Adli Grafoloji); Makine yazısı incelemeleri Belge incelemeleri Parasahteciliğı incelemeleri (<http://kriminal.iem.gov.tr/iz.htm>)

⁶⁷ İbn Kayyim, Turuk, s. 44; Zuhayli, Muhammet, a.g.e, s. 598.

⁶⁸ İbn Ferhun, Tabsıra, II, s. 64; a.g.e, c.1, s. 205.

⁶⁹ İbn Ferhun a.g.e, c.II, s. 64.

⁷⁰ Zuhayli, Muhammet, a.g.e, 2/596-597.

Karine ve DNA incelemesinin muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak yerini alması gerektiğine delalet eden vebunaşer'ilik vasfı kazandıran usuli köklere (tafsili delillere) kısaca göz atacağız. Bu deliller, öncelikle karinenin ispat hukukundadelil olarak kullanılması gerektiğine delalet ettiği gibi, iltizamen ve evleviyetle, DNA incelemesinin demuhakeme hukukunda delil olarak kullanılması gerektiğine delalet edeceğini düşünmekteyim.

2.2.1. Kuran'da

Kur'andakarine ve emarelerle hüküm verilebileceğini bildiren deliller vardır. Bunların bir kısmı şunlardır: Kur'an-ı Kerim, kardeşlerinin Yusuf'a (a.s.) yaptıkları hile ve babalarının buna inanmaması ile ilgili şu açıklamaya yer verir: "Ve yalandan kan (sürülmüş) olan gömleğini getirdiler. (Yakup), Hayır (böyle değil). Nefisleriniz sizi yanıltıp, aldatarak (kötüyü güzel göstererek) bir işe sürüklemiş. Artık (bana gereken) güzel bir sabırdır. Bu anlattıklarınıza karşılık yardımına sığınılacak olan ancak Allah'dır."⁷¹ Kurtubi, bu ayetin tefsirinde şöyle der: "Âlimlerimiz dediler ki: Yusuf'un kardeşleri bu kanı kendi doğruluklarına bir delil saymak istediklerinde, Allahu teala bu alamete zıt, karşı bir emareyi ona bildirirmişti. O da gömleğin yırtılmamış olmasıdır, çünkü gömlek kendi üzerinde olduğu halde kurdun Yusuf'u(a.s) parçalayıp gömleğe hiç dokunmaması mümkün değildir. Nitekim Yakup (a.s) gömleğe baktığında onda yırtık bulamayınca bu kurt nekadarkıllıymış ki Yusuf'u yiyor da gömleği yırtmıyor, diyerek emareleri onların yalancılığına delil kabul etmiştir." Emaralarla hüküm verilebileceği hususunda⁷² aynı surede şöyle buyrulmuştur, "Yûsuf, O, benden arzusunu elde etmekistedi." dedi. Kadının ailesinden bir şahit de şöyle şahitlik etti: "Eğer onun gömleği önden yırtılmışsa, kadın doğru söylemiştir, o (Yûsuf) yalancılardandır." Kocası gömleğin arkadan yırtılmış olduğunu görünce, karısına hitaben "Doğrusu bu sizin hilenizdir, siz kadınların fendi büyüktür." dedi. Yusuf'a dönerek: "Yusuf! Sen bundan kimseye bahsetme." Kadına dönerek: "Sen de günahının bağışlanmasını dile, çünkü suçlulardansın." dedi."⁷³

⁷¹ Yusuf, 18.

⁷² Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî (ö. 671/1273) Kurtubi el-Camiu li-Ahkamil Kur'an, Yy, Risale, yt, 2006, XI, s. 287.

⁷³ Yusuf, 26-29.

Bu ayet'i kerîm'e, karinenin -dolayısıyla DNA incelemesinin- ispat vasıtası olarak kullanılabileceğinedelalet ettiği gibi, iki delil arasındateâruz söz konusu ise, kuvvetli olanın diğeri üzerine tercih edilmesi gerektiğine de delaletetmektedir. Bu da DNA incelemesi gibi kabul görmüş delillerin, diğerkleriyle çeliştiğinde diğerklerine tercih edilerek, öncelikli bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu delil, önceki peygamberlerin şeriatıyla ilgilidir, İslam hukuku adına, şer'u men kablena, delil olamaz dadiyemeyiz. Çünkü biraz sonra aktaracağım hadisler ve sahabe uygulamaları, bu delilin bizim şeriatımız açısından da geçerli olduğunu teyid etmektedir. Bundan baska, bütün peygamberlerin ismet sıfatına haiz olduklarını dikkate aldığımızda, bu delilin bizim şeriatımız açısından delil olarak kabul edilemeyeceğini söylemek, Yusuf(a.s)'ın ismet sıfatının, bizim içinde bulunduğumuz zaman itibariyle, zedelenmesi anlamına gelecektir. İsmet sıfatının daimi olması, bu delilin, bizim şeriatımız açısından da geçerli olduğuna ince bir işareti olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

2.2.2. Sünnet'te

Sünnet'te, karine veDNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesini teyid eden çokça örnekler bulmak mümkündür. Bizim amacımız ilgili örnekleri cem ve tedarik etmek değilde, karine veDNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiğini tespit olduğundan dolayı, bazı örnekleri sunmakla yetineceğiz. Bedir savaşında Ebu Cehil'i öldüren iki kardeş, durumu Resulullah'a (s.a.v.) haber verirler. Resulullah (s.a.v.), onlara "Hanginiz onu öldürdünüz?" diye sorar. Onların her biri "Ben öldürdüm." der. Bunun üzerine Resulullah (s.a.v.) "Kılıçlarınızı sildiniz mi?" diye sorar. Onlar, "Hayır silmedik" deyince, kılıçlarına bakarak Ebu Cehl'in selebinin (elbisesi, silahı, parası) Muaz bin Amr'a verileceğine hükmeder.⁷⁴ Bu da Resulullah'ın(s.a.v.) kılıcın üzerindeki kan alametine istinaden hüküm verdiğini gösterir. Peygamber (s.a.v) BeniKurayza kuşatmasından sonra antlaşma gereği çarptırıldıkları cezadan kurtuluş planları arayışında olan, bundan dolayı mükellef olmadıklarını öne süren erkek esirlerin halini ispat için buluş çağına eriştiklerini gösteren tüylerin kontrolünü yaptırmıştır.⁷⁵

⁷⁴ Müslim, b. Haccâc b. Müslim el-Kuşeyri en-Nişaburi, Ebul-Hüseyn.(v.261/ m.875), el- Müsnedü's-sahihu-l muhtasar mines- sünneni binakli-ladli ani ladli ila Rasûlillahi (s.a.v), Yy, Darul marife, Beyrut, Kitabu'l-Cihad, Babu istihkaku'l-katili selebe'l-katili, hn.1752.

⁷⁵ Ebû Dâvûd, es-Sünen, Kitabu'l-Hudud, Babun fi'lğulami yusibu'l-hadde, hn. 4404.

Ebu Hureyre'den (r.a.) rivayetle: "Resûlullah (s.a.v) buyurdu ki: "İki kadın vardı, bunların beraberlerinde iki de çocukları vardı. Bir kurt gelerek bu çocuklardan birini kapıp kaçırdı. Kadın, arkadaşına: "Kurt senin çocuğunu kaçırdı!" dedi. Diğerisi ise, "Hayır, senin çocuğunu alıp gitti!" dedi. Bunlar ihtilafa düştüler, davayı Hz. Davud'a (a.s) götürdüler. Hz. Davud, büyük kadın lehine hükmetti. Küçük, hükme razı olmayınca, davayı Hz. Süleyman'a götürdüler. Hz. Süleymana (a.s) "Bir bıçak getirin, çocuğu ikiye böleyim, size birer parça vereyim!" diye hükmetti. Küçük kadın: "Böyle yapma! Allah'ın rahmetine mazhar ol! Çocuk onundur." dedi. Hz. Süleymanbu cevap üzerine çocuğun küçük kadına ait olduğuna hükmetti."⁷⁶ Bu hadis Süleyman'ın (a.s) annelik şefkatine istinaden hüküm verdiğini gösterir. Şeru men kablenaörnekleri, yukarıda da söylediğimiz gibi, neshine dair bilgi olmadığı müddetçe bizim içinde delildir, kaldıki burada onay (takrir) vardır.

Bir hadiste, İbn. Ömerin (r.a) şöyle dediği rivayet edilmiştir. "Peygamber (s.a.v) Hayber halkına savaş açtı (onların elinde bulunan) hurmalıkları ve toprakları ele geçirdi, kendilerini de şatolarına sığınmaya mecbur etti. Bunun üzerine onlar, altınlarla gümüş ve silahların Rasûlullah'a (s.a.v), develerinin yükleneceği diğer malların da kendilerine ait olmak ve mallarından hiçbir şeyi Hz. Peygamber'den saklamamak ve gizlememek, eğer şartlara aykırı olan bu işlerden birini yapacak olurlarsa kendileri için hiçbir ahd ve zimmetin hükmü kalmamak üzere, Hz. Peygamber ile barış yaptılar. Fakat Huyeyy b. Ahtab'a ait olan (içi altın ve gümüş dolu) bir deriyi sakladılar. Huyeyy b. Ahtab Hayber savaşından önce öldürülmüştü. Kendisi bu deriyi Nâdir oğulları sürgün edildiği zaman onlarınmalları arasından seçerek alıp yanında götürmüştü. İçerisinde Nâdir oğullarının gümüş ve altın ziynetleri vardı. Peygamber (s.a.v) Huyeyy b. Ahtab'ın amcası olan Saye'ye: "Huyeyy b. Ahtab'ın derisi nerede?" diye sordu. O da: "Savaş ve halkın geçimi için yapılan harcamalar onu tüketti." diye cevap verdi. "Söylediklerinize dikkat ediniz!" (Aradan geçen) zamanaz, (gizlenen) mal ise, ondan çok fazla! (Az zamanda, o kadar çok mal nasıl harcanır, tükenir.) Ne dersiniz? Bu hazineyi sizin yanınızda bulursam, sizi

⁷⁶ Buhari, Feraiz Bab,30, Enbiya 40; Müslim, Akdiye, Babu istislahu'l-hakimi beyne'l-hasmeyni, hn. 1720; Nesâî, Âdâbü'l-Kudât, 14.

öldüreyim mi?" (antlaşma gereği) diye sordu. Evet, dediler. Fakat daha fazla saklayamadıklarından deriyi (sakladıkları yerden) bulup getirdiler."⁷⁷

Bu örneklerde, Resulullah'ın, (s.a.v) kılıcın üzerindeki kan alametine göre hüküm verdiğini, Süleyman (a.s)'ın annelik şefkatine istinaden verdiği hükmü onayladığını, "az zamanda o kadar çok mal nasıl harcanır?" diyerek, makul olmama karinesinin (hal karinesi) sonuca olan etkisini görmekteyiz. Mezkûr rivayetler, karinenin ispat vasıtası olarak kabul edilmesini gerektirdiği gibi, delaleti bunlardan daha net ve güçlü olan DNA incelemesinin, evleviyetle ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiğine delalet etmektedir.

2.2.3. Sahabe Uygulamasında

Sahabeler, karşılaştıkları hukuki problemlerin çözümü için Kur'ân ve Hadise müracaat ederek, problemin çözümüne dair hükmü ortaya koyarlar ve bunu te'minde de pek zorlanmazlardı. Çünkü onlar, gerek Arap diline olan hakimiyetleri gerekse Hz. Peygambere yakınlıkları sebebiyle âyetlerin nüzul, hadislerin vürud sebeplerini en iyi bilen kimselerdi. Onlar, Hz. Peygamber'den edindikleri içtihadı tecrübelerle fûruatın hükmünü, tafsili delilden tahrir etmekte, model olmuşlardır. Sahabenin bu alandaki örnekliği tartışmasızdır. Kendilerinden sonra terimleşen, kıyas, istihsân, örf, âdet, mesâlih gibi, usuli prensipleri, en iyi şekilde kullanılmışlardır.⁷⁸ Uygulamadaki bu önemli konumlarından dolayı onlara ait bazı örnekleri aşağıda zikredeceğiz.

Hiz. Osman (r.a), sirkat cezasına çarptırılan birinin ceza ehliyetini tespit için, etek tüylerini kontrol ettirmiş, sonuçta ilgili kişinin mükellef olmadığı ortaya çıkınca haddi sirkatten vaz geçmiştir.⁷⁹ Cafer b. Muhammed'in anlattığına göre, bir kadın Ensar'dan bir gence âşık olur; fakat genç, kadına ilgi göstermez. Bunun üzerine de kadın ona karşı bir hile düşünür. Bir yumurta alıp, sarısını atar ve beyazını da elbiselerine ve uylukları arasına bulaştırır. Sonra bağırarak Hiz. Ömer (r.a.)'ın yanına gelip, "O adam bana tecavüz etti, beni ailem içinde rezil etti. İşte yaptığının alameti." der. Bunun üzerine Hiz.

⁷⁷ Ebu davud, Kitabu-l-harac vel-imareti vel-feyi, Bab, 24, (mâ câe fi hukmi Ardı haybere), hn 3006. "Söylediklerinize dikkat ediniz!" (Aradan geçen) zaman az, (gizlenen) mal ise, ondan çok fazla! (Az zamanda, o kadar çok mal nasıl harcanır, tükenir.) Ne dersiniz? Hadisin bu kısmı, Heysemî, Mecmau'z-zevâid, c. 6, s. 152, Beyhakî, Sünen, c.9,sh.137, İbn Kayyım, Zâdu'l-mead, c. 2, s. 151, de geçmektedir.

⁷⁸ Safvan Davudi, Usulü-l-Fıkhi kable asrittedvin, Yy, Darul Endülüs, Cidde, Yt,1423, sh, 25-31.

⁷⁹ Abdurrezzak, Musannef, VII , 338, hn. 13398; el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye, md. "Nazara", LX, sh.366.

Ömer (r.a.) kadınlardan durumu tahkik etmelerini ister. Onlar da kadının bedeninde ve elbisesinde meni alameti olduğunu söyleyince Hz. Ömer, gence ceza vermek ister. Genç de yardım dileyerek şöyle demeye başlar: “Ey müminlerin emiri, benim durumumu iyi araştır, vallahi ben bir fahişeye yakın olmadım, onu hiç arzulamadım. O beni arzuladı ama ben kendimi korudum.” Hz. Ömer’de Hz. Ali’ye “Ey Ebe’l-Hasan, sen bu konuda ne düşünürsün?” diyerek sorar. Hz. Ali de (r.a.) elbisedeki sıvıya dikkatlice bakar ve iyice kaynamış sıcak su getirir. Bu suyu elbisenin üzerine döker ve beyaz sıvının donuklaştığını görür. Sıvıyı değişik şekillerde tahlil eder ve onun, yumurtanın beyazı olduğunu anlar ve gencin iftiraya uğradığı ortaya çıkar. Hz. Ali, kadın’ı azarlayınca, kadın iftira attığını itiraf eder.⁸⁰

Kuran, Sünnet ve sahabe uygulamasından yaptığımız bu aktarımlar, açık bir şekilde karinenin, dolayısıyla DNA incelemesinin, muhakeme hukukunda etkili olması gerektiğine delalet etmektedir. Karinenin ispattaki etkisi aynı şekilde DNA’ incelemesi içinde geçerli olduğunu rahatça söyleyebiliriz. Bu konu üzerinde gerçekleştirilen ilmi toplantılarda karinenin, ispat değeri, hakkında ne söyleniyorsa aynı şekilde DNA incelemesi içinde geçerli olduğu kararına varılmıştır. Bunun ayrıntısını tezimizin sonraki bölümlerinde değerlendireceğiz.⁸¹

2.3. İSPAT VASITALARININ DERECELERİ VE DNA’NIN KONUMU

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, İslam yargılama hukukunda ispat, önemli ve gereklidir. Mahkemede ileri sürülen ve hukukî sonuçları bulunan bir iddianın kabul görmesi için, hâkimde kesin ya da zannı galip oluşturacak düzeyde ispata yönelik bilgi oluşması gerekmektedir.⁸² Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesinde de aynı durum söz konusu olmalıdır.

⁸⁰ İbn Kayyim, Turuku’l-Hukmiyye, s. 67; el-Bâverdi, Suûd b. Abdi’l-Âli, el-Mevsuâtü’-Cinaïyyetu’l-İslâmî, Yy, Riyâd, yt, 1427, s. 186.

⁸¹ Bkz, Mecmau’l-fikhi’l-islâmî, islâm konferansı teşkilâtı’na bağlı islâm fıkıh Akademisi, Kararun bi şa’nil-İsbati bil-karâini vel-emârât, 13-18, Eylöl, 2012, karar no, 194(9/20) <http://www.iifa-aifi.org/2364.html>.

⁸² Bardakoğlu, DİA “İsbât” XXII, 492-495.

2.3.1.İspatın Önemi

Şahitlerin adil ve dürüst olması gerektiğine yapılan vurgular⁸³ borçlanmaların yazı, şahit veya rehinle belgelendirilmesinin, vasiyet ve boşamada şahit bulundurmanın istenmesi,⁸⁴ cezalandırmada suçun şahitle ispatı ilkesi,⁸⁵yargı adaletinin sağlanmasında ispatın taşıdığı öneme işaret eder. Hz. Peygamber (s.a.v)“Beyyine müddeî (dâvâcı) içindir, yemin ise dâvâlıya âittir.” diyerek, iddia edenin ispat yükümlülüğünün lüzumunu açıkça beyan etmiştir. Mecellede bu gereklilik "Müddei iddiasını ispatla mükelleftir." şeklinde kaideleştirilmiştir.⁸⁶Yine Hz. Peygamber'den (s.a.v) bir rivayette “sadece iddialarla yetinilerek, (delil ve şahit aranmadan) hüküm verilirse insanların birbirlerinin can ve mallarına göz dikeceği” ifade edilir.⁸⁷Fakihlerce hakimın mahkemeye sunulan objektif delillere göre hüküm vermesi, ispatın mümkün olduğunca kesin bilgi içeren delillerle yapılması ve arasında kuvvet yönünden derecelendirmenin gözetilmesi gibi ilkeler konmuştur. Bütün bunlar, yargılamada ispatın önemini ve ispatsız yargılamanın varlığından bile bahsetmenin söz konusu olamayacağının yansımalarıdır.

İddianın, mahkeme önünde hukukun tanıdığı delil ve usullerle ispat edilmesi asıl olmakla birlikte; ispata elverişli deliller belirlenirken sınırlandırıcı mı, yoksa hâkime geniş takdir yetkisi veren bir yol mu izleneceği öteden beri fakihler arasında tartışılmıştır. İspat vâsıtalarına; etkin ve hâkimi bağlayıcı rol biçenler onu sınırlı sayıda tutmayı; hâkimin takdir hakkını genişletenler ise aksini savunurlar. Klasik dönem İslam hukukçularının çoğunluğu, ispat vasıtalarını belirli tür delillerle sınırlandırma ve bu sınırlı deliller karşısında, hâkimin takdir yetkisini hayli dar tutma eğilimindedir.⁸⁸ Bu tartışmanın temelinde ispat açısından merkezi bir önem taşıyan beyyine terimine yüklenen anlam yatmaktadır. Şöyle ki, aralarında İbn-i Teymiyye, İbn-i Kayyim el-Cevziyye, İbn-i Ferhun'un da bulunduğu bir kısım fakihler beyyineye "mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan her nev'i kesin delil" şeklinde geniş bir

⁸³ Maide 5/8; Furkan 25/72),

⁸⁴ Bakara 2/282-283; Maide 5/106; Talak 65/2.

⁸⁵ Nur 24/4.

⁸⁶ Mecelle md,77.

⁸⁷ Müslim, Akziye, 1.

⁸⁸ İbn. Abidin, 5/354, İbrahim b. Muhammed el-faiz, a.g.e, sh, 43-45, Bardakoğlu, DİA “İsbât” XXII, 492-495.

tanım getirirlerken,⁸⁹ Klasik dönem İslam hukukçularının çoğunluğu beyyine terimini, şahitlik olarak açıklamışlardır.⁹⁰

Şahitlik ve ikrar, ispat vasıtaları arasında kuvvet yönüyle ilk iki sırayı alır ve bu iki delilin geçerliliğinde fakihler arasında ihtilaf yoktur. Bunların diğer deliller üzerinde önceliği vardır.⁹¹ Üçüncü sırada bazılarına göre yemin, bazılarına göre ise, yeminden nükul gelir.⁹² Üzerinde ittifaksağlanan bu üç delile yazılı belge ve kesin karineyi de ilave ederek ispat vasıtalarını beşe çıkaranlar da vardır. Bu şekilde sınırlandırmanın amacı, yargılamayı objektif kriterlere bağlayarak, daha güvenilir hale getirme düşüncesidir. Hâkimin şahsi bilgisi ve bilirkişi görüşünün delil değeri kadar diğer beş delil türü içinde yer alan tek erkek veya kadının şahitliği, iki kadının şahitliği, bir şahit ve yemin, kasame, firaset, kıyafe, kura, zilyedlik gibi delil ve emarelerin ispata elverişli olup olmadığı da mezhepler ve fakihlere göre değişiklik gösteren ve tartışmalara konu olan bir husustur⁹³.

Hâkim, İslam hukukunun belirlenen ispat yöntemlerine usul ve esaslarına riayet ederek hüküm verdikten sonra hakkaniyet çerçevesinde görevini yerine getirmiş demektir. Böylece hakimin, adaleti tespit adına durumun künhüne vakıf olmak için, normalin dışında kalan bir yönteme müracaat etme zorunluluğu yoktur. Nitekim hadisi şerifte, "Ben bir beşerim ve sizler de aranızdaki ihtilafları zaman zaman bana getiriyorsunuz. Sizden bir taraf diğer tarafa göre delilini daha iyi ifade edebilir ve ben de dinlediğimi dikkate alarak lehine hüküm verebilirim. Fakat kimin lehine kardeşinin hakkından bir şey alıp verdimse sakın bunu kabul etmesin. Ben (zahire göre verdiğim) bu hükmümle ona ancak ateşten bir parça vermiş olurum"⁹⁴ buyrulmaktadır. Mahkeme her zaman hakkın izharında kati sonuç mahalli olmayabilir, bu durumda ise konu, vicdani yargıya havale edilerek sonuca gidilir. Bu konuyla ilgili tafsilat, DNA testinin nesebin ispat ve nefyine dair etkisini değerlendireceğimiz üçüncü bölümde gelecektir.

⁸⁹ İbn-i Kayyim, et-Turuk'ul-Hukmiyye, fis-Siyaseti's-Şer'iyye, Yy, Daru'l-kütübü'l-arabiyye, Mısır, yt, h.1317.sh,25.

⁹⁰ Mecelle, mad, 76.

⁹¹ Halife Ali Kabi, el-Basamatu'l-Verasiyye, ve eseruhe ale-l Ahkami'l-Fıkhiyye, Yy, Darunnefais, Yt, 1426-2006, sh, 217,

⁹² Zuhayli, Muhammet, Vesâ'ilü'l-isbât, sh, 26.

⁹³ İbrahim b. Muhammed el-faiz, a.g.e, sh, 43-45.

⁹⁴ Buhari, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî (v.256/870) el-Câmi'u'l-müs nedü's-sahîhu'l-muhtasar min umûri Resûlillâh şallallahü 'aleyhi ve sellem ve sünenihî ve eyyâmihi, Daru İbni Kesir, Dimeşk, h.1414, m. 1993. Şehadat, 27, Ahkâm, 20.

İspat vasıtaları hukukun her alanına taalluk etmektedir. Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesinde de aynı durum söz konusu olmalıdır. Klasik İslam hukuku kaynaklarında ispat vasıtaları ve derecelerine dair ipuçları verilmiştir. Buradan hareketle bizispatın kapsamı ve DNA incelemesininbu kapsam içindeki konumunu ve ispattaki gücünü tespit etmeye çalışacağız.

2.3.2. İspat Vasıtaları Arasında DNA'nın Konumu

Klasik kaynaklarda şahit, ikrar, yemin, yazılı belge, karine, bilirkişi ve hakimın şahsi bilgisi gibi ispat vasıtaları her dönemde kendinden söz ettiren ispat vasıtalarıdır. Bir ispat vasıtası olarak DNA parmak izi, referansını klasik karine örneklerinden alması hasebiyle, karine kapsamına girmesi mümkün olmakla beraber, müstakil bir ispat vasıtası olarak ele alınmasının daha uygun olacağı düşünülebilir.⁹⁵ Çünkü ispat vasıtası olarak DNA incelemesi, her ne kadar referansını klasik karine örneklerinden alsa bile, biyolojik bir veri oluşu, belgelenmesi, toplanması, korunması ve paketlenmesindeki özel kurallar, laboratuvara gönderilme usulleri, bilgisayar teknolojisinin kullanımı gibi hususları uhdesinde barındırması yönüyle, klasik karine örneklerinden çok farklı bir konuma sahiptir. Şu kadar var ki DNA incelemesi, klasik karine örneklerine nazaran daha güçlü bir ispat vasıtası olmasına rağmen, fıkhi temellendirilmesi karineye rucü ettiğinden dolayı, karinenin zamansal ve itibari bir takaddümü söz konusudur. DNA incelemesi karinenin alternatifi değil, belkide perdelenmiş, ulaşılması çok güç olan olay ve suçların tespitinde kendinden söz ettiren en güçlü bir karine ve çok farklı bir ispat vasıtası örneğidir.⁹⁶

Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesi, zatından kaynaklanan ispat değerini koruduğu yerler olduğu gibi, delile şüphe unsurunun karışması, nesep babında ihtiyat ve şeri (kanuni) delilin uygulamasının zorunluluğu, Kur'an ve Sünnet'te yer alan bazı ahkâmın taabbudi⁹⁷ nitelik taşıyıp taşımadığı tartışması, firaş, ikrar, beyyine gibi müttetekun aleyh olan delillerin diğer delillerle tearuz ve tenakuzu söz konusu olduğunda müttetekun aleyh olanların öncelenmesi, nesebin nefyinin sadece mûlaane

⁹⁵ Biz ikinci bölümün girişinde DNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesini karineye ham letmek suretiyle dellillendirdik, Burada ise karineye nazaran (mahmulu aleyh) mahmul olan DNA incelemesinin ispat derecesindeki evleviyeti ifade etmek istiyoruz.

⁹⁶ Açıköz Nihal, Hancı, İ. Hamit, Çakır A. Hadi, DNA Laboratuvarının işleyişi, Sted (Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi), 2002, cilt, 11, sayı, 4 , sh, 126-127.

⁹⁷ Asım b.Mansur, b. Muhammed, İsbatunnesebi bil-basamatulverasiyye, ba'de nefyihi bi-llian, sh,31-37.

prosedürüne bağlaması gibi yargı hukukuna ait bazı hafifletici prensipler ki, bunları üçüncü bölümde ele alacağız, DNA' nın zatından gelen ispat gücünü hafifletmekte, bu gibi deliller üzerinde farklı değerlendirmelere sebep olmaktadır. Bütün bunlar DNA parmak izinin ispat değeri üzerinde etki eden unsurlardır. Özellikle, hadd ve nesep davalarında ağırlıklı olarak şerî'(kanunî) delil sisteminin geçerli olması, DNA'nın delil niteliğine etki etmiştir.

2.4.İSPAT VASITALARININ KEYFİYETİ

Mer'î hukukta deliller, kesin (kanunî) ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, hâkimi bağlayıcı nitelikte olan delillerdir. İkrar, kesin hüküm (kaziye-i muhkeme), senet ve yemin kesin delillerdir. Kesin delillerden biriyle ispat edilen bir olayı hâkim doğru kabul etmek zorundadır.⁹⁸Buna karşılık hâkim takdiri delilleri serbestçe değerlendirmektedir. Takdiri deliller ise şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir.⁹⁹Türkiye'de uygulanmakta olan ceza muhâkemesi hukukunda, vicdanî delil sistemi kabul edilmiştir.¹⁰⁰Bu sistemde esas olan, hukuka uygun olmak şartıyla; delillerin serbestçe, yargı makamına sunulabilmesi ve yargı makamının da bu delilleri, yine serbestçe değerlendirebilmesidir. Bir delilin ispata elverişli olup olmadığı ve ispat gücü, hâkimden hâkime değişiklik gösterebilir. Bu sisteme göre ispat, tamamen subjektif bir şekil almış, ceza hâkimlerine takdir noktasında geniş bir yetki verilmiş olmaktadır.

Medeni muhâkeme hukukunda ise, delillerin kesin ve takdiri olarak iki kısma ayrılmasına bağlı olarak, kesin delil sınıfına giren deliller üzerinde hâkimin takdir yetkisi yokken; takdiri delil sınıfına girenler üzerinde hâkimin takdir yetkisi vardır. Şahitlik, keşif, bilirkişi ve özel hüküm sebepleri hâkimin tenkitli takdirine bırakılmıştır.

⁹⁸ Kale, S, Keser, S. Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yt, 2015, c, 21 sh, 711-713.

⁹⁹ Özel hüküm sebepleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 367'de takdiri delil türlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Özel hüküm sebepleri, hâkimin taşınmaz dışındaki şeyleri duyguları vasıtasıyla doğrudan doğruya muayene etmesi, yoklaması, tatması, koklaması ve dinlemesi suretiyle elde edebileceği bilgilerdir. Okumuş, Nagehan, Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri, 2010, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, sh, 17.

¹⁰⁰ Gereçeklerini açıklamak koşulu ile hakim delillerin tespiti ve delillerin değerlendirilmesinde serbestliğe sahip olduğu ve bu sisteme vicdani delil sistemi denildiği teoride ifade edilmektedir. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2010 s. 1327 m. 217/2.

Hâkim, şahidin beyanının hukuki değerinin olup olmadığını ve etki derecesini, onu dinledikten sonra takdir eder. Aynı şekilde bilirkişi raporlarında da makul bir takdir ile hareket eder. Raporu veren kişi sayısı, azınlık tarafından veya ittifakla verilmesi, hâkimi bağlamaz. Hâkim bunu makul sebeplerle reddedebilir. Ancak senet, yemin, kesin hüküm ve ikrar karşısında hâkimin takdir yetkisi yoktur. Mesela tasdikli senedin ispat değeri hususunda hâkimin takdir serbestliği yoktur, sadece sağlıklı bir şekilde düzenlenip, düzenlenmediğiyle ilgilenir. Hâkimin taraflardan birine teklif ettiği yemin de, takdire konu olmayan delillerdendir. Yeminin edilip edilmemesine göre hâkimin hükmetme mecburiyeti vardır. Halbuki şahit, yemin etmiş olsa dahi hâkimi bağlamaz;¹⁰¹ hâkim takdir yetkisini kullanır. Mer'i hukuktaki bu ikili taksim, İslam muhakeme hukuku delil sistemi için de geçerli olduğunu düşünmekteyim. Bu kısa izahtan sonra, aşağıda DNA incelemesinin, İslam hukukuaçısından, bu ikisi arasındaki konumunu değerlendireceğiz. Çünkü DNA'nın delil türünün konumlandırılması etki alanı ve dava konusuna olan ispattaki tesirinin keyfiyetini doğrudan etkilemektedir.

2.4.1.Kesin (Kat'i) İspat Vasıtaları

İslâm muhâkeme hukukunda, ispat vasıtalarının delil nitelikleri hususunda sarahaten herhangi bir kısımlandırma bulunmasa da dava ile ilgili bölümler mütalaa edildiğinde, dava konusunun türüne bağlı olarak delillerin, kesin (kanuni) ve takdiri deliller olmak üzere iki kısma ayrılabilceği düşünülebilir. Şu farkla ki, İslam hukukunda mülâhaza edilen kesin deliller ve takdiri delillerin zatı ve taalluk ettiği dava konuları ile; meri hukuktaki kesin deliller ve takdiri delillerin zatı ve taalluk ettiği dava konuları aynı değildir. Hâkim bu delillerden biri ile ispat edilen bir vâkıayı, ispat edilmiş olarak kabul etmek zorundadır. Burada hakimin delilleri takdir yetkisi yoktur. İslam hukukunda hadd, kısas ve diyet cezalarının aynının ispatında, ikrar ve tanıklıktan başka delilin kabulü söz konusu olamayacağından,¹⁰² bunlarda kesin delil sistemi (kanuni) geçerlidir. Hâkimin eksiltme, artırma, bu cezaları başka cezalarla değiştirme yetkisi yoktur. Bu cezalar vaz' edildiği şekiyle uygulanmalıdır.¹⁰³ Nesebin sübutunun yolu; firaş, fâsid evlilik, veya şüpheye dayalı cinsel birleşme, yada babanın, çocuğun

¹⁰¹ Ansay, Sabrî Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, Yy, Güzel İstanbul Matbası, Ankara 1958, s.215-216.

¹⁰² Bunlarla ilgili gerekçeler tezimizin üçüncü bölümünde gelecektir.

¹⁰³ Bununla ilgili açıklama ve kaynaklar hadd cezalarında şüphe vd. Başlıklar altında gelecektir.

nesebini ikrar etmiş olması yoluyla; reddetmenin ise, kocanın karısını zina ile suçlaması (kazif) sonucu, açtığı redd-i nesep davası üzerine karı-kocanın mahkemede karşılıklı olarak usulünce yeminleşmeleri (liân/mülâane) ile olacağından nesep davalarında da, kesin delil sistemi söz konusudur.

2.4.2.Takdiri İspat Vasıtaları

Takdiri deliller, “koşullarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir; bu tür deliller hâkimi bağlamaz, hâkim serbestçe takdir eder”¹⁰⁴ Hadd ve kısası gerektiren suçların dışında kalan fiillerin ne derece suç olduğu ve bunlara nasıl bir müeyyide uygulanacağı, İslam'ın genel ilke ve gayeleri doğrultusunda belirlenir ve uygulanır. İslam hukuku literatüründe bu tür suçların cezalarına Tazir cezası denir. Bu suçların ispatında hâkime tam manada takdir yetkisi tanındığı gibi, uygulanacak cezanın kemiyet ve keyfiyetinde de aynı durum söz konusudur. Yukarıda, kesin ve takdiri deliller olarak belirlediğimiz ispat vasıtalarının münazarası ve gerekçelerini tezimizin üçüncü bölümünde genişçe ele alacağımızdan, burada gereği kadarıyla yetindik.

2.4.3.Katî ve Takdiri İspat Vasıtaları Bağlamında DNA İncelemesi

Yukarıdaki açıklamalardan sonra tezimizin konusu olan DNA incelemesinin, takdiri delil türü içerisinde kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. DNA incelemesinin, da'vâ konularının ispatıyla olan alakasının değerlendirilmesi, karine ile aynı minvalde olması gerektiğini, bu bölümün girişinde ifade edilmiştir. Hadd ve kısas cezası gerektiren suçlarla ilgili da'vâ konularıyla, nesep davalarının sübutu ve nefyine dair delil ve yöntemlerin sınırlandırılması,¹⁰⁵ bir ispat vasıtası olarak karinenin, bizzat şâri' tarafından bu suçlar adınabelirlenen cezaların aynının hükmedilmesinde yetersiz kabul edilmesine sebep olmuştur. Bu yüzden karine, kesin (kanuni) delillerin şart koşulduğu bu gibi yerlerde dava konularında ikinci derecede bir ispat vasıtası konumundayken, ta'zir cezası gerektiren suçların ispatında tam manada takdiri bir ispat vasıtası olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁴ Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğu, Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku. 14. Basım, Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s, 715.

¹⁰⁵ Karinenin ve buna bağlı olarak DNA testinin hadd, kısas cezası gerektiren suçların tepitinde ve neseple ilgili davalarda etkili olup olmadığı, ya da etki düzeyi ile ilgili geniş açıklama üçüncü bölümde gelecek.

Meseleye DNA incelemesi açısından baktığımızda, yukarıdaki ifadelerimizin karşılığı şöyle olacaktır; DNA incelemesi şâri' tarafından belirlenen hadd ve kısas cezalarının aynını gerektirmese de, bu cezaların alternatif cezalara dönüştürülmesinde etkili ve bu itibarla takdiri bir ispat vasıtasıdır. Nesep babında, ihtiyat ve çocuğu himaye gibi hukuki prensiplerden ötürü, nesebin nefyi ve sübutiyeti hususunda da DNA incelemesinin, doğrudan etkili bir delil olamayacağı söylenebilir. Ta'zir cezalarının ispatında ise DNA incelemesinin, tam manada ve birinci derecede etkili bir ispat vasıtası ve hakimın takdir yetkisinin en geniş olduğu alan, olduğu düşünülebilir. Delil sistemlerine ilişkin genel bir perspektif oluşturduktan sonra, DNA verisinin etki ettiği dava konuları ve bunların türüne göre, DNA incelemesinin ispattaki etkisinin düzeyini ve gerekçelerini tezimizin bundan sonraki gelen üçüncü bölümünün ilgili kısımlarında değerlendireceğimizden dolayı, burada gerekçesiz ve tartışmasız olarak sade bir şekilde zikretmekle yetindik.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DNA'NIN İSPATTAKİ KAPSAMI VE İSLAM HUKUKU

İLKELERİNİN BUNLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Her hukuk sisteminin kendine ait ilkeleri, amacı ve özellikleri vardır. Bunlar, o hukuk sistemini diğer hukuk sistemlerinden ayıran; amaçlanan hukuki hedeflere ulaşılmasında denetleme aracı gibi kullanılabilecek ve bunlar korunduğu müddetçe o hukukun varlığından söz edilebilecek olan unsurlardır. İslam hukukunun genel mefküresini yansıtan şeyler ise külli kaide ve makasatlardır.¹⁰⁶ İslam hukukunun uygulanmasında bu ilkelerin korunması önemli ve gerekli olduğundan dolayı bu ilkeler muhakeme usulü açısından yargıcın kararını etkileyen, belki de onu yönlendiren unsurlardır. Bir ispat vasıtası olarak dava konusunun ispatı için DNA incelemesinin kullanılmasında, hukukun bu yönlendirici özelliklerinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. DNA incelemesi yalın haliyle ele alındığında güçlü bir delil olsa bile hukukun doğasından gelen hafifletici unsurlar dikkate alındığında, değerlendirme ve varılan sonuçlar çeşitlilik göstermektedir. Bundan dolayı DNA incelemesinin ispata olan etkisi hususunda bir değerlendirme yapabilmek için, İslam yargı hukukunun işleyişi, menşei ve dava sonucuna etki eden bazı hususlara, aşağıda işaret etmek istiyorum. Böylece, değerlendirmede resmin bir parçasından değil de bütününden hareket etmenin, nasıl farklı bir sonuca götürdüğünü de görmüş, bu vesileyle bazı ön yargılarımızdan sıyrılarak hukukun söylemek istediğini içselleştirmiş olacağımızı düşünmekteyim. Biz önce İslam muhakeme hukukunun genel özelliklerine özet bir şekilde göz attıktan sonra, yargılama sürecinde hükmün ortaya çıkış şekline etki eden yargılama prensiplerini dile getirerek, bu prensiplerin dava konusunun türüne göre, DNA incelemesi üzerindeki etkisini değerlendireceğiz. Çünkü bu bölüm içerisinde de izah edileceği gibi, DNA incelemesinin delil değeri ve gücü dava konusunun türüne ve yargılama hukukuna ait ilkelerin bunlar üzerindeki etkisine göre değişmektedir.

¹⁰⁶ Yaman, Ahmet. Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri, Marife, yıl. 1, s.1, sh. 49-75.

3.1. İSLAM CEZA MUHAKEMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Davacının davalıyı hâkimin huzuruna davet edip onunla duruşmada bulunması, muhakeme olarak tarif edilmekte ve bu ilişkileri düzenleyen hukuk dalına da “Muhakeme Hukuku” denilmektedir.¹⁰⁷ Dava konusunun hangi delillerle ispat edilebileceği, ispatın belli kayıtlarla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı hususunda fakihlerce farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu farklı görüşler İslam ceza hukukunun amacını yansıtmada bize önemli ipuçları vermektedir. Mer’i Ceza muhâkemesi hukukunda vicdânî delil sistemi esas olduğundan, buradadava konusu her türlü vasıtayla ispat edilebilmekte ve hâkime delil serbestliği sunulamaktadır.¹⁰⁸

İslam ceza hukuku’nda ise nassa veya kanunlara dayanmayan bir ceza şeklinden söz etmek mümkün değildir. Hukukun objektif, şeffaf ve tartışılabilir, kayda geçmiş, kanıtlanabilir bilgi, belge ve delillerle sâbit olması, adâletin tecellîsi ve kamu vicdanının tatmin olması açısından önemlidir. Hâkimin şahsî bilgisine istinâden hüküm vermesinin yolunu açmak, insanların, hukuku, kötü niyetleri doğrultusunda kullanmalarına imkân tanımaktır. Ceza soruşturması bir takım kurallara bağlanmakla, illegal güçlerin kuvvetini kötüye kullanmasına karşı tedbir alınmıştır. Özellikle hadd ve kısas gerektiren cezalarda söz sahibinin, milleti temsilen, mahkemelerin olması, davacı ve davalıyı dinlemek, delil istemek şahitlerin tezkiyesi gibi hususlar; sanığın doğuştan gelen masumluk hakkını korumak anlamına gelmektedir. Cumhurun görüşü hadd cezasını gerektiren suçlarla ilgili ceza davalarında sadece ikrâr ve şâhitlik olduğunu, asıl şâhitten naklen yapılan şâhitlik, yemin, yeminden nükûl, hâkimin şahsî bilgisi gibi ispat vasıtalarının bu tür suçların ispatında yararlanılacak deliller arasında olmadığını görürüz.¹⁰⁹ Bu şu anlama gelmektedir İslam hukuku özellikle hadd cezalarına yönelik uygulamalarda, hem kanunilik ilkesi hemde sınırlandırma getirmiştir. Ceza hukuna ait bu ilkeleri, müçtehitlerin çıkarımlarında açık bir şekilde görmek mümkündür. İzah için, aşağıda bir kaç örnek sunmak istiyoruz.

¹⁰⁷ Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve hukuk terimleri sözlüğü, Ensar Yayınları, 3. Baskı, 2010, mad, Dava.

¹⁰⁸ Kunter-Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, sh. 502; Çetinkaya Ahmet, İslam Muhakeme Hukukunda Hâkim Şahsî Bilgisi ile Hüküm Verebilir mi? Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, II (2015),157, 153-188.

¹⁰⁹ Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekir b. Mes’ûd, Bedâiu’s-sanâi’ fi tertibi’s-şerâi’, 2. Baskı, Beyrut 1403/1982, c. 7, s. 46, 81, 93.

İslam muhakeme hukuku açısında beyyine olmaksızın hüküm vermenin mümkün olmadığını gösteren aşağıdaki hadiste, Hz. Peygamber, zinâ yapan bir kadın hakkında şöyle demiştir: “Şâyet, beyyine olmadan birisine recm cezası verecek olsaydım o kadına (Şerik) recm cezası verirdim”¹¹⁰. Bu hadis, mülaane ile ilgili olup olayda söz konusu olan kişiler, Hilal ve Şerik adındaki eşlerdir. Hadisteki ifadedden anlaşıldığına göre Hz. Peygamber, o kadının zina yaptığına kanidir. Bununla beraber bu bilgi ve kanaatine dayanarak zina suçunu sabit görmemiş, bu suçun sabit olduğunu gösteren bir delil aramıştır.

Hz. Âişe'den rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber, Ebû Cehm'i zekât toplamak üzere göndermiş, bir adam, Ebû Cehm'e direnmiş, Ebû Cehm de adamın kafasına vurarak onu yaralamıştı. Bunun üzerine adamın akrabaları, Hz. Peygamber'e gelerek kısas cezası vermesini istemişlerdir. Hz. Peygamber, onlarla konuşarak onların diyete râzı olmalarını sağlamış ve sonra “insanlara râzı olduğunuzu bildireyim” diyerek minbere çıkmıştır. Mescitteki diğer Müslümanlara, yaralanan adamın akrabalarının, diyete râzı olduklarını söylediğinde onlar râzı olmadıklarını söylemişler, Hz. Peygamber de minberden inerek yeniden onlarla konuşup râzı olmalarını sağlamıştır. Sonra minbere yeniden çıkarak orada bulunanlara davacı olan tarafın diyete râzı olduğunu bildirmiştir”¹¹¹. Bu hadis, hâkimin, hükmünde şahsî bilgisine istinât edemeyeceğini açıkça göstermektedir.

Hz. Ali (r.a) İbn. Mülcem'in öldürücü darbesine maruz kaldıktan sonra ölüm döşeğindeyken yanına çağırdığı çocuklarına şu vasiyette bulunmuştur. "Beni öldürenin başkasını öldürmeyin (kısas etmeyin), bekleyin, eğer onun darbesi neticesinde ölürsem, darbesine mukabil bir darbe ile intikamımı alın, onu kötürüm bırakmayın; zira Allah Resulü'nün; "Hasta bir köpek bile olsa kötürüm bırakmaktan kaçının buyurduğunu işittim".¹¹² İslam hukukunun pratiğe aktarılmasında çok önemli bir konuma sahip dolan birinden sadır olan bu vasiyyet, işlenen suçun tahkikatının yapılmasını, başka sebeplerden değil, suçlunun fiilinin tabi bir neticesi olarak vuku bulduğunun delillerini araştırmanın zarureti de açıkça ortaya koymaktadır. Bu da İslam ceza hukuku'nda kanunsuz suç ve ceza olmayacağına, suç ve cezada kanunilik ilkesine bir işarettir.

¹¹⁰ Buhari, Kitabuttalak, Bab,29,Süneni Ebî Dâvûd Kitabuttalak, Bab, 27.

¹¹¹ İbn. Mâce, Sünen, Kitabuddiyat, (21) Babu-lcarihu yefedi bilkavedi(10); Ebû Dâvûd,Sünen, c.2, 590.

¹¹² İbni Kudâme Ebû Muhammed Muvaffâkuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. el Cemmâilî el-Makdisî (v. h. 620/m. 1223) el-Muğni, Yy, Mektebet-ü-lkahire, Yt, h.1388/1968. C.X, s. 50.

Hanefî mezhebine göre hâkim, hadd cezasını gerektiren ceza davalarında, hangi şekilde edinmiş olursa olsun şahsî bilgisinden yararlanmak suretiyle hüküm veremez. Ancak hadd cezasını gerektiren davaların şahsî haklarla ilgili kısmında şahsî bilgisine istinâd edebilir¹¹³. Örneğin, hırsızlık suçu ile ilgili bir davada hâkim, daha önceki şahsî bilgisine istinâden çalınan malın tazmin edilmesine yönelik karar verebilir. Aynı şekilde sarhoş olmuş bir kişiye te'dip amacıyla tazir cezası verebilir. Bu, muhâkeme süreci sonucunda verilmiş kazaî bir hüküm değil, hâkimin, toplum huzurunu sağlamakla görevli olması sıfatıyla verdiği bir karardır.

İslam hukukunda cezanın amacı; genelde suçun aleniyetine ve yayılmasına engel olarak toplumu korumak; özelde ise suçu önlemek, suçluyu te'dib ve islah etmektir. Yanic eza maksudu bizzat değildir. Bu durumu te'yid anlamında İmam Ebu Yusuf şu bilgileri vermektedir: "Eğer kazif (zina müfterisi) işlediği birinci kazf suçundan dolayı cezalandırılmadan önce bir başka kazf suçu işlerse, işlediği iki suça karşılık sadece bir hadd ile cezalandırılması gerekir. Diğer bir ifade ile, tekrarlanan iki suça mukabil bir defa cezalandırılır. Yine kendisine hadd cezasının sadece bir kısmı infaz edilmiş ve sonra yeni bir kazf suçu işlemişse değnek olan yeni bir hadd cezasına muhatap olmayıp, sadece birinci cezasından geriye kalan kısmın tamamlanması gerekir¹¹⁴. İslam dini, şahsi hakların ağır bastığı cezalar da dahil olmak üzere cezalandırmayı devlete ait bir hak ve görev kılmakla hem devlet ceza hukuku fikrini tesis etmiş, hem de kısasın infazında, diyetle ve haddleri uygulamada düzensizlikleri, haksızlık ve aşırılığı, eşitsizliği ve şahsi düşmanlıkları ortadan kaldırarak cezalandırmayı genel olarak kanuni, ve adli esaslara bağlamıştır.¹¹⁵

Bu ifadelerle şunu söylemek istiyoruz; İslam muhakeme hukuku cezalandırmak için fırsat kollayan değil, tarafları memnun etmede azami çaba harcayan, madur ve masumu gözetken, cezalandırmalarda toplumsal dengenin sağlanmasına dikkat eden, bununla beraber hak sahibine hakkı teslim etme, ana gayesi olan müesses bir nizamdır. Bu hukukun varlığı bir ihtiyaçtan dolayıdır, cezanın kendisi bizzat maksud değildir. Bunu, uygulamada kolayca görmek mümkündür. Mesela hadd cezaları belirli şart ve yöntemlere bağlandığından dolayı suçun ispatına dair unsurlar olgunlaşmamasından

¹¹³ Kasânî, Bedâiu's-sanâî', c.7, s.7; Fetâvâ'l-hindiyîye, Mektebetü'l-İslâmiyye, Diyarbakır, 1973, 3, s. 339.

¹¹⁴ Ebu Yûsuf, a.g.e., s. 183.

¹¹⁵ Şafak, Ali (1990). Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara, c.1, s. 9, (Abdülkadir Ude'nin et-Teşri- u'l-Cinai'l-slami isimli eserinin ter.)

dolayı sanık belirlenen cezalara çarptırılamamaktadır. Nitekim, haddlerle ilgili rivayetlerde hadd cezalarını öteleme çabaları açıkça beyan edilmektedir. Ayrıca hadd ve kısas cezalarının tatbiki, devlet otoritesinin dışında, hak sahibi bireyler tarafından yerine getirilmesi, toplum güvenliği açısından son derece tehlikeli bir sonuca sebep olacağı anlamına geldiğinden, bu konuda yegane yetki sahibi devlet otoritesidir. Bu cezalarda normal olan, bunların yetkili kurumlarca uygulanmasıdır. Buna rağmen bu cezalar maktulun velisi tarafından yerine getirilmiş olsa, veliye kısas tatbik edilmez, otoriteye muhalefetten dolayı ta'zir cezası uygulanır.¹¹⁶

3.2. DNA'NIN İSPAT DEĞERİNİ ZAYIFLATAN İSLAM MUHAKEME HUKUKU İLKELERİ

Modern ve bilimsel bir ispat vasıtası olması hasebiyle ispat hukukunun önemli bir unsuru olan DNA incelemesinin, yargı kararına olan etkisinin derecesi, İslam muhakeme hukuku ilkelerine bağlı olarak, taalluk ettiği dava konusunun türüne göre şekillenmektedir. Özellikle hadd cezalarında, mümkün mertebe öteleyici; nesebin sübutunda kolaylaştırıcı, nefyinde mümkün derece zorlaştırıcı; fıkhi prensip ve kaideler, ispat konusunda DNA incelemesinin etkisini zayıflatan etkenlerdir. DNA incelemesinin ispata olan etkisi, bu unsurlarla kolektif bir şekilde değerlendirilmek durumunda olduğundan, sonuçlar da buna bağlı olarak çeşitlilik göstermektedir. Şimdi aşağıda, DNA incelemesinin ispat gücüne negatif etki eden bu hukuk'î ilkeleri zikrederek, DNA incelemesinin dava konularına olan etkisindeki değişiklikleri değerlendireceğiz.

3.2.1. Aslolan suçsuzluktur ilkesi (Berât-i Zimmet Asıldır)

Aslında bu ilke¹¹⁷, “şüphedensanık faydalanır“ ilkesiyle ilintilidir. Şöyle ki şüpheden sanığın yararlanmasının temelinde, insanın doğuştan gelen suçsuzluğunun esas oluşu ilkesi vardır. Şüpheden sanığın yararlanması ilkesi doğuştan gelen suçsuzluk iklesinin bir sonucudur. Bu anlamda bu iki ilke birbirinin mülazimidir. Bu ilkeyi"bir kimse masum olmadığını ispat etmedikçe suçludur" şeklinde tersinden okursak, bunun

¹¹⁶ Hatib eş-Şirbini, Muğni'l Muhtac 4/55; Behûti, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs (ö.1051/1641), Keşşâfûl-Kınâ' 'An Metni'l-İknâ', Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Ty,C/5, Sh, 633,Üdeh, A. Kadir, Et-Teşri'u'l-Cina'i El-İslami, Bab, 4, Mad, 515, 1/757.

¹¹⁷ Mecelle, md. 8.

şüpheden sanık yararlanır ilkesiyle ilintili olduğu daha güzel anlaşılacaktır. Şayet böyle bir prensip bulunmuş olsaydı, her insan sürekli bir tehdit altında olurdu. DNA incelemesi gibi hukuken şüpheli görülen deliller, mevcudun aksine sanık aleyhine olacak şekilde yorumlanırdı¹¹⁸.

Mesela hırsızlık suçu iddiasıyla hâkimin huzuruna çıkarılan kimse hakkında ilk düşünülen husus, hırsız olmamasıdır.¹¹⁹ Hırsız olduğu beyyine ile ispat edilmedikçe suçsuz olduğu kabul edilir. Ceza mahkemesi önyargı ile hareket ederek kişinin, suçu işlediği inancı veya varsayımı ile işe başlamamalıdır. Kişinin, isnat edilen suçu işleyip işlemediğinin kanıtlanması gerekmektedir. Bu ilkenin tersiyle hareket etseydik, her hangi bir delil -mesela DNA incelemesi- şüpheli bile olsa, kişinin aleyhine delil olurdu. Yani, dolaylı da olsabu ilkenin, DNA incelemesinin değerini zayıflattığı söylenebilir.

3.2.2.Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması İlkesi (Şüpheden Sanık Faydalanır)

Şüphe kavramı sözlükte, bir şeyi diğer bir şeyle karıştırmak,¹²⁰ gibi anlamlara gelir. Fıkıh terminolojisinde ise şüphe; “Sabit olmadığı halde sabite benzeyen”¹²¹veya “hakikat olmadığı halde hakikate/gerçeğe benzeyen durum”¹²² “helal mı, haram mı olduğu tam olarak anlaşılamayan, helal ile haram, hata ile isabet arası bir hal”¹²³ şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁴ Bir ceza muhakemesi hukuku terimi olan şüpheden sanığın yararlanması ilkesinin, en çok kendinden söz ettirdiği alanın hadd cezaları olduğunu söylemek mümkündür. Şüpheden sanığın yararlanması hukukla ilgili bütün alanla alakalı olmasına rağmen bu ifade kullanıldığında ilk akla gelen hadd cezaları olmaktadır. Çünkü şüphelerle haddlerin düşürülmesi ilkesi, sanık haklarının güvence altına alınması bağlamında İslâm Hukukunun temel insanî ilkeleri arasında yer alan, hukukî zemini oldukça sağlam ve geniş uygulama alanına sahip bir prensiptir. Bu prensip sanık lehine yorumlanan prensiplerin başında gelmektedir. Söz konusu prensip,

¹¹⁸ Erem, Faruk, Ceza Hukuk Usulü,Sevinç Matbaası, Ankara, 1973. Sh, 340, Erturhan, Sabri, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sivas, 2002, sh. 184-185.

¹¹⁹ Muhakeme esnasında şahitler aldı derler, çaldı demezler, çünkü henüz hüküm sabit olmamıştır. Bkz, Mevsili, Muhtar, 2/411;Şeyh zade Damat, Mecmau'l- enhür, 3/259.

¹²⁰ İbn Manzûr, Lisânü'l-Arab, XIII/504; Mu'cemu'l-vasît, I/474.

¹²¹ Kâsânî, Bedâi',VII/36; Bâbertî, el-İnâye, V/249; İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-kadîr, V/249; Şeyhzâde (Dâmad), Mecmau'l- enhür, I/549.

¹²² Zeyleî, Tebyînü'l-hakâik, III/180; İbn Nüceym, el-Bahru'r-râik, V/20.

¹²³ Cürçânî, Kitâbu't-ta'rîfât, s. 141.

¹²⁴ Ali b. Ukayl, h,V,513,Bin Muhammed, el-Vadih Fi Usulül Fıkhi, 1/339.Yy, Müessese't-ürri-sale, Yt, 1420.

İslâm Hukukunda cezalandırmanın amaç değil, istisnâ ve arızî bir çözüm olduğunun somut göstergesidir. Bu prensibin temelinde “bir suçlunun cezasız kalmasının, bir mâsumun cezalandırılmasına tercihi” esprisi yatmaktadır.¹²⁵ Delilde şüphe olgusu, cezaların ve özellikle de hadd cezalarının engellenmesi hususunda, sanığın sığındığı yegâne limandır. Bundan dolayı şüphe kavramının çerçevesini ve düzeyini ortaya koyacak olan ilgili içtihadî örnekleri aktarmak suretiyle, cezaları engellemede yeterli olan şüphenin düzeyini, daha somut bir şekilde idrak etmek mümkündür.

3.2.2.1. Şüphenin Etkisine Klasik Kaynaklardan Örnekler

"Gücünüz yettiği kadar şüphelerle hadd cezalarını düşürünüz"¹²⁶ hadisi hadd cezalarıyla ilgili bütün içtihatları etkilemiştir. Bu yüzden müçtehitler haddlerle ilgili cezaların ötelenmesindeki hassasiyetlerini içtihatlarına yansıtmışlardır. Ebu Hanife, İmam Şafi ve Ahmed b. Hanbel gibi müçtehitler, kadın ikrar etmedikçe sadece hamilelik karinesiyle hadd cezasının tatbik edilemeyeceğini söylemişlerdir.¹²⁷ Zinanın dinen ne derece çirkin kabul edildiği, ona münasip görülen cezayla ortaya konmasına rağmen, zina cezasının tatbikini gerektiren suç için ağır şartlar ileri sürülerek, bu cezanın adının etkisi, uygulamasının önüne geçirilmiş olmaktadır. Bu cezanın uygulanabilmesi için; ya, kişi bizzat kendi suçunu dörtkez farklı zamanlarda itiraf etmesi; ya da olayın cereyan ettiği yerde dört şahidin zina filini, fakihlerin belirlediği şekliyle ve bizzat görmeleri: gerekmektedir. Ayriyeten İslam devletinin haricinde işlenen zina fiiline hadd cezası uygulanmaz.¹²⁸ Recm cezasının uygulanabilmesi için fiili zina olayına aynı anda şahitlik edecek dört kişi şartı dikkat çekmektedir. Zina fiilini belirlenen keyfiyetiyle alenen görebilecek dört kişinin bir arada bulunması çok nadirdir. Üç kişi, bu olaya şahitlik etse bile davalıya buna istinaden hadd cezası uygulanamaz. Ayrıca dörde tamamlanmadığından dolayı bu üç kişiye de haddi kazif uygulanmaktadır.¹²⁹ Kişi, haddlerle ilgili şahitliğini eda edeceği sırada, ya da hüküm infaz edilmeden önce a'ma (kör)olsa bu kişinin/kişilerin şahitliği geçersiz olacaktır.

¹²⁵ Erturhan, Sabri, İslâm Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Yt, 2002, c, 6, Sayı 2, sh, 184.

¹²⁶ Ebû Davûd, Salât, 14; Tirmiz, Hudûd, 2.

¹²⁷ İbn-i Kudame, el-Muğni, 9/72, Mesele, 7201. Dört mezhebin görüşü aktarılmıştır.

¹²⁸ Kâsânî, a.g.e, c, 9, s, 187.

¹²⁹ Mevsili, el-İhtiyar li ta'lilil muhtar, c. 2, s. 313. el-Fetava el-Hindiyeye, Kitabul'Hudud, Bab. fişşehadetil alezzina Verrucu-u anhe, 2/168.

Çünkü haddler yerine getirilmeden önce hadde mani olan bir durum sonradan meydana gelse bile başta meydana gelmiş gibi sayılır.¹³⁰ Şahitlik edecek kişi/kişilerin tezkiyesi de dikkate alındığında ispat daha da zorlaşmaktadır.¹³¹

Hadd cezaları hususunda, kişinin, suçla olan alakası aleniyet derecesine ulaşmadığı sürece şahitliğin terki teşvik edilmiştir.¹³² İmam Azam ile İmam Ebû Yûsuf'a göre ise, Haddi şürbe şahitlik etmenin sahih olması için sarhoş yakalandığında ağzında içki kokusunun bulunması şarttır. Onlara göre zaman aşımı, içki kokusunun gitmesiyle takdir edilmiştir.¹³³ Ali el-Kârî, (r.a) haddler hususunda mahkeme edilmeden önce davayı engellemek için aracılık (şefa)at) yapılabileceğini ve bunun ulemanın çoğunluğunun görüşü olduğunu zikretmiştir. Ta'zir cezalarında ise, gerek davadan önce gerekse davadan sonra aracılık yapmada bir engelin olmadığını kaydetmiştir.¹³⁴

Hırsızlık, başkasına ait bir malı, korunduğu yerden, sahibinin bilgisi dışında gizlice almak demektir.¹³⁵ Sirkat, tanım itibariyle irdelendiğinde, görsellik tarafı olduğu gibi, her hangi bir cihaz veya diğer kriminolojik yöntemlerle tespit edilemeyecek soyut tarafları da vardır. Çünkü hırsızlığın tanımı içinde yer alan (“bilgisi dışında, gizlice”) ifadeleri soyut kavramlardır. Bu ve benzeri yönleri dikkate aldığımızda, modern yöntemlerle hiç kuşku duyulmayacak şekilde suçun tespiti söz konusu olamaz. Bu da DNA incelemesi gibi yöntemlerle yapılan tespitin, içeriğinin şüpheden hali olmayacağı için, hadd cezasını ispatta yeterli olamayacağı anlamına gelmektedir. Örnek olarak kişinin, bireşyayı yerden kaldırdığını düşünelim; sadece bu eylemin görünenyönüne baktığımızda, buradahırsızlık, gasp, yitiği (lukata) bulma, gibi ihtimaller vardır. Bu eylemin mahiyetinin netlik kazanması için görüntü kaydı, DNA incelemesi ve diğer modern yöntemlerle ispat, yeterli değildir. Kişinin, sözlü sorguya alınması, varsa şahitlerin beyanıyla anlaşılması açısından sonuca etki eden yegâne unsurlardır. Benzer durumlar diğer hadd cezalarını gerektiren suçlarda da söz konusudur.

¹³⁰ Serahsi, Mebsut, IX/74; Muhammed Sıtkı b. Ahmed El-Burni, Mevsuatü'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye, sh,344. Yy.Mektebetü't-Tevbe. Ty.

¹³¹ Nazariyyetü'l-İsbât fi'l-fikhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî (Beyrut: Dârü'ş-Şurûk, 1983, s. 47-53.

¹³² İbni Nüceym, Eşbah ve-l-Nezair, s. 69; İbni Abidin zade, Tekmile, c. 7, s.68.

¹³³ Mevsili, el-İhtiyar li ta'lilil muhtar, c. 2, s. 335, Kâdihân, III, 91; Aynî, VI, 350; İbnu'l-Hümmam, V, 77;; İbn Âbidîn, VIII/239; Bilmen, III, 255.

¹³⁴ Ali el-Kârî, (v. 1014/1605), Mirkatul Mefatih Şerhu Mişkatal Mesabih, Yy, Darul-kütübül ilmiyye, Beyrut, 1422, 2001, 7/180, hadis, No 3610.

¹³⁵ Mevsili, el-İhtiyar li ta'lilil muhtar, c. 2, s. 341.

Sirkat haddini uygulamak için fakihler bazı şartlar tespit etmişlerdir, bunlardan bazıları şunlardır; hırsız akıllı ve ergenlik çağına ulaşmış olmalı; zorlama olmadan, hür irade ile hırsızlık yapılmış olmalı. Çalınan mal, mal sahibinin koruduğubir yerden çalınmalı. Mal gizlenmiş olmalı, babave kamu malı olmamalı. Çabuk bozulan (et, süt gibi) mallar olmamalı. Çalınan malda mülkiyet hakkı olmamalı (rehin, ödünç, kiraya verdiği malı gizlice alma sirkat sayılmaz). Ayrıca çalan kişinin zarureti (açlık, ölüm tehlikesi vs.) varsa ceza verilmez.¹³⁶ Ebû Hanife'ye göre birisi duvarı delip malı alsa ya da kendisi içerdeyken başka birisine içerden uzatsa oda içeri girmeden alsa haddi sirkat uygulanmaz.¹³⁷ Hırsız malı dışarı atar ve kendisi onu almak için dışarı çıkarken yakalanırsa yine had uygulanmaz. Çünkü mal hırsızın zi'l-yedine girmemiştir. Suç tamamlanmamıştır.

Başka bir örnekte İmam Ebû Yusuf; bir kimse bir evi veya mağazayı delerek veya normal yolla girerek malı çıkaracağı sırada henüz çıkaramadan yakalanmış olursa, hadd uygulanmaz ancak tevbe edinceye kadar hakkında şiddetli ta'zir icra olunur demiştir. Ebû Yusuf bu hükmünü, Hz Ali'nin huzuruna, ev delmekte iken tutulan bir adam getirilince, Hz Ali'nin ona haddi sirkatla hükmetmemesine, bağlar.¹³⁸ Çalınan mal Hanefî Mezhebi'ne göre en az on dirhem değerinde olmalıdır. On dirhemden az değeri olan malların çalınması durumunda el kesme cezası uygulanmaz.¹³⁹ Hâkim hırsızın suçlu olduğuna kesin olarak kanaat getirmelidir. Şüphenin varlığı halinde hadd cezası uygulanmaz.

Hırsızın çaldığı mal, hırsızın ortak olduğu veya hırsızın kendisine ait olan bir mal olmamalıdır. Babasının, eşinin, çocuğunun malını çalana hadd cezası uygulanmaz.¹⁴⁰ Temiz olmayan; köpek, domuz, şarap ve murdar bir hayvanın tabaklanmamış derisi çalınrsa hadd cezası uygulanmaz (dinen mal sayılmayan şeyler).¹⁴¹ Bir hırsıza hadd uygulanabilmesi için, çalınan malda o hırsızın "mülkiyet hakkı veya mülkiyet şüphesi" bulunmaması gerekir. Meselâ bir kimse, kendi

¹³⁶ İbnü'l -Kayyim, İ'lamul müvakkiiin, c.3, s. 13.

¹³⁷ Mevsili, Muhtar, İhtiyar, c. 2 ,s. 345.

¹³⁸ Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. es-Serahsî (v. 483/1090) el Mebsut, Yy, Darul Marife, Beyrut, Yt, 1993. ,c. 9,s. 147.

¹³⁹ Ebû Yusuf, Kitabul- Harac, s.,182.

¹⁴⁰ İbn Nüceym, el-Bahru'r-râik, c. 5, s. 62.

¹⁴¹ Ebû Yusuf, Kitabul- Harac, s. 187.

çocuklarının malını alsa; alacaklı borçlusunun malından, alacağının karşılığı olarak aynı cinsten mal alsa, hadd cezası lâzım gelmez.¹⁴²

Bir kimse, borçlusundan alacağı tutara muadil veya ondan fazla ve aynı cinsten bir meblâ alacak olsa alacağına karşılık olduğundan dolayı hakkında haddi sirkat lâzım gelmez; velev ki, alacağı vadeli olsun. Fakat borçlusunun başka cinsten bir malını sirkat ederse hadd gerekir, ama «hakkımı elde etmek veya hakkıma rehn olmak için o malı aldım» diye iddia derse bu takdirde hadd sakıt olur. Çünkü borcun istifası hususunda fakihler arasında ihtilâf vardır. İşte bu babdaki ihtilâf, bir şübhe vücuda getirmektedir. Bu şübhe ise haddin sükutu için kâfidir.¹⁴³ Yani mezhepler farklı olmasına rağmen sanığıniddiası her hangi bir mezhepte taban bulmuşsa hadd cezalarının düşmesinde etkilidir. Bu ifade şübhe kavramının mümkün olduğunca sanığın lehine olacak şekilde değerlendirmenin boyutunu gösterme açısından önemlidir. Yemin vazgeçilmez bir ispat vasıtası olmasına rağmen hadd cezalarında kullanılmaması, hatta teklif bile edilememesi, hadd cezalarının mümkün olduğunca uygulanmasından kaçışa göz yumulduğunun bir işaretidir. Bu şart ve örnekleri göz önünde bulundurduğumuzda, hadd-i sirkatın uygulamasının ne denli zor şartlara bağlandığını görebiliriz. Filen uygulanmış, haddi sirkat veya recm cezalarının adedi üzerinde bir şey söylemek zor olsada, tarihi vesikalarda bu hususun fazla yer bulmaması bu tür cezaların çok az uygulandığının bir kanıtı olarak kabul edilebilir. Mesela Osmanlı döneminde recm cezası uygulanan kişi sayısının yalnızca iki olduğu söylenmektedir.¹⁴⁴

Bütün bu içtihadî örneklerin kesişme noktasında şunu görmekteyiz. İslam hukukunda hadd cezaları en ağır ceza türü olarak belirlenmesine rağmen, fiili uygulamanın etkisini zayıflatma adına, birçok engeller arasında suçta şübhe olgusu, İslam yargı hukukunu en fazla etkileyen unsur olmuştur. Cezayı engelleyen şüphenin derecesi hakkında birinci bölümde, DNA'nın İslam muhakeme hukukuna etkisi, başlığı altında, az şüphenin bile hadd ve kısas cezalarına engellemede yeterli görüldüğünü ifade ettik. Aşağıda aktaracağımız nakillerle bunu te'yid etmeye çalışacağız. DNA incelemesi, en düşük ihtimalle, az şüpheli delil olarak gürülmesi kesin olduğu söylenebilir. Şunuda söylemek isterim ki DNA incelemesi, veri olarak elde edilmesi,

¹⁴² El-Mevsılî, Muhtar, I, 109.

¹⁴³ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e ,Md, 740, c, III, , 268.

¹⁴⁴ Bkz Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yy, Mimoza Yayınevi Konya,Yt, Nisan 2014 / 2. Baskı / s,568.

taşınması, hazırlanması, rapor edilmesi gibi içerisinde zorlukları barındıran süreçle ele alındığında, azşüpheli delil düzeyinin üzerinde olabilir. Hatta delil olma özelliğini bile kaybetmesi mümkündür. Bütün bunlardan sonra, ortaya şu sonuç çıkmaktadır. Hadd ve kısas cezalarının uygulanabilirliğinde tekyol, şahitler ve ikrardır. Buralarda DNA incelemesi, suçun tahakkunun ihtimali düzeyinde, alternatif ta'zir cezalarının hükmedilmesinde yardımcı bir delil olacağı söylenebilir.

3.2.2.2. DNA'nın İspattaki Etkisini Zayıflatan Şüphenin Düzeyi

DNA incelemesi vasıtasıyla verilecek karar negatif etki edebilecek olan, şüphenin yeterlilik düzeyi, taallük ettiği cezanın türüne bağlı olarak farklılık göstereceğinden, önce cezaların türüne kısaca göz atalım; İslam Ceza Hukukunda suçlar ve cezalar genelde hadd, kısas ve tazir¹⁴⁵ suçları ve cezaları şeklinde üçlü olarak tasnif edilmiştir. ¹⁴⁶ Şimdi bu cezaları gerektiren suçların her birinin ispatı esnasında oluşabilecek şüphelerin, DNA incelemesinin ispat gücüne negatif etki edecek olan düzeyine bakalım.

3.2.2.2.1. Hadd Cezalarındaki Şüphenin Düzeyi

Hiz. Peygamber (s.a.v) "haddleri şüphelerle düşürünüz"¹⁴⁷ buyurmuştur. Bu hadisin lafzı, İbn. Abbas'dan rivayetle Ebû Hanîfe'nin Müsned'inde de geçmektedir.¹⁴⁸ Hiz. Aişe'nin rivayetine göre Hiz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "Gücünüz yettiği oranda (mümkün olduğu kadarıyla) Müslümanlardan haddleri düşürünüz, onun cezadan kurtulması için bir çıkış yolu bulduğunuzda, onu serbest bırakınız. Şüphesiz ki devlet başkanının/hâkimin afa yanılması, cezalandırmada yanılmasından daha hayırlıdır."¹⁴⁹ Ebû Hureyre'den (r.a) gelen rivayette de Hiz. Peygamber, "Düşürmek (iskat) için bir gerekçe bulduğunuz sürece haddleri düşürünüz."¹⁵⁰ Şüpheyi konu edinen bu hadislerin birçok koldan gelmesi birbirini kuvvetlendirmiştir. Rivayetlerin tamamı

¹⁴⁵ Kısas ve ta'zir, hadd cezası olarak kabul edilmemiştir. Çünkü kısas kul haklarındandır, tazir ise şari' tarafından miktarı belirlenmemiştir. Bkz. Mevsîlî, İhtiyar, c. 2, s. 311.

¹⁴⁶ Çalışkan, İbrahim, İslam hukukunda ceza kavramı ve had cezaları, sh.,371, dergiler.ankara.edu.tr/

¹⁴⁷ Bu rivayetin farklı tarik ve değerlendirmesi için bkz, Şevkânî, Neylû'l-evtâr, VII/123-125

¹⁴⁸ Havârizmî, Câmiu'l-mesânîd, c, 2, sh. 183.

¹⁴⁹ Ebu Davut, salât, 14; Tirmizî, hudûd, 2.

¹⁵⁰ İbn Mâce, hudûd, 5.

birlikte değerlendirildiğinde, muhaddisler verilen hadislerin “hasen” derecesinde olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵¹

Hadd cezasıyla karşı karşıya olan davalının mezkur cezaya çarptırılmasında hakimin ısrarcı olmaması özendirilmiştir. Meşhur Maiz (r.a) hadisi bu gerçeği açıklar niteliktedir; Mâiz b. Mâlik, Hz. Peygamber'e gelerek "Beni temizle." dedi. Hz. peygamber "Yazık sana, çık git, Allah'a tövbe ve istiğfar et." buyurdu. Mâiz, pek uzaklaşmadan geri döndü ve "Ey Allah'ın Resulu! Beni temizle." dedi. Hz. Peygamber, aynısözlerle üç defa daha geri gönderdi. Dördüncü ikrarında "Seni hangi konuda temizleyeyim?" diye sordu. Mâiz; "zinadan" dedi. Hz. Peygamber "Bunda akıl hastalığı var mıdır?" diye sordu. Böyle bir rahatsızlığı olmadığını söylediler. "Şarap içmiş olabilir mi?" diye sordu. Bir adam kalkıp içki kontrolü yaptı. Onda şarap kokusu tespit edemedi. Hz. Peygamber tekrar "Sen zina ettin mi?" diye sordu. Mâiz "Evet." cevabını verdi. Artık emir buyurdular ve Mâiz recmedildi.¹⁵²

Hz. Ömer bir sözünde, şüpheler nedeniyle haddlerin infaz edilmemesinin, bir takım şüphelere istinaden infaz edilmesinden daha yerinde bir yaklaşım olacağını ifade ederken¹⁵³ bir diğer sözünde de “Hata yoluyla bir suçluyu affetmem, hata ederek bir kişiyi cezalandırmamdan daha hayırlıdır.” demiştir.¹⁵⁴ Bu prensip gereği Hz. Ömer (r.a) kıtlık yılında ihtiyaç sebebiyle hırsızlık yapanın elini kesmemiş, efendisinin veya hısımının malından çalana da o malda hakkı olabileceği şüphesiyle hırsızlık cezası uygulamamıştır. Abdullah b. Mes’ûd ve Ukbe b. Âmir gibi sahabîler de ispatında şüphe bulunan cezaların düşürülmesini gerekli görmüşlerdir.¹⁵⁵ Haddlerin şüphelerle düşürülmesinde İslâm alimleri arasında icmâ olduğu bildirilmiştir.¹⁵⁶ Görüldüğü üzere şüphenin hadd ve kısas cezalarını düşürmede müessir olduğunun dayanağı, Hadisler, Sahabe kavli, uygulaması ve İcmâ gibi delillerdir. İslâm hukukçuları, bu ilkenin

¹⁵¹ Hadisler hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. Zeyleî, Nasbu’r-râye , 4/97.

¹⁵² Müslim, Hudûd, 22.

¹⁵³ İbn Ebî Şeybe, el-Musannef, Hudûd, (babun fi der’il-hudud); İbnü’l-Hümâm, Fethu’l-kadîr , 5/248.

¹⁵⁴ Beyhakî, es-Sünenü’l-kübrâ, Kitabu’l-hudud, bab, 31 c. 8 ,s. 414.

¹⁵⁵ İbnü’l-Hümam, Fethul-Kadir, 5/248.

¹⁵⁶ İbnü’l-Münzir, Ebü bekr, muhammed, b. Münzir en-nisaburi (v. 318) Kitâbu’l-icmâ, Yy, Mektebetü- l Fûrkan, Acman, Birleşik arap Emirlikleri, yt, 1420/ 1999, Md, 702 s. 162 ; İbnü Kudâme, el-Muğnî,, c.10, s.151; İbnü’l- Hümâm, Fethu’l-kadîr ,c.5, s. 249.

öneminin vurgulanması adına, bu ilkeyi İslâm Hukukunun genel prensipleri (küllî kâideler) arasında zikretmişlerdir¹⁵⁷.

Bu rivayetlerden maksadın ortak noktasını, hadd cezalarında en ufak bir şüphenin¹⁵⁸ bile sanığın lehine olacak şekilde yorumlanmasının gerekliliği, oluşturmaktadır. DNA incelemesinin karine kapsamında ele alınması gerektiğini tezimizin ikinci bölümünde genişçe izah ettik, dolayısıyla hadd cezalarını gerektiren suçların ispatında, DNA incelemesinin hükmü, karinenin hükmüyle aynıdır. Bütün karineler, mutlak manada kesinlik ifade etmediğinden, ihtimal dahilinde de olsa, şüpheden hali olamayacağından, hadd cezalarını gerektirmede yetersiz olduğu gibi, karine kapsamında ele aldığımız, DNA incelemesinde de durum aynı olmalıdır. Tezimizin birinci bölümünde DNA incelemesine şüphe bulaştırabilecek ihtimalleri geniş bir şekilde izah ettik. Bütün bunlar bizi şu sonuca götürmektedir; hadd cezalarının kesilmesinde Karine, dolayısıyla DNA incelemesi yeterli bir ispat vasıtası değildir. Hadd cezalarının ispatında kati' delil, şahit ve ikrardır, bunların dışında, hadd cezalarının aynı gerektirecek olan her hangi bir ispat vasıtasının geçerliliği kabul edilmediğinden, hadd cezalarının ispatında kanuni delil sisteminin geçerli olacağı söylenebilir.

3.2.2.2.2.Kıyas Cezasındaki Şüphenin Düzeyi

Kıyas: Kasden yaralama, sakat bırakma ve öldürme olaylarında suçlunun işlediği fiile denk bir ceza ile cezalandırma demektir.¹⁵⁹ Diyet ise, cinayet sebebiyle mağdura veya varislerine bir nevi tazminat olarak ödenmesi icap eden maldır. Kıyas cezası Kitap ve Sünnet delillerine dayanır. Kuranda, "Ey akıl sahipleri! Kıyasta sizin için hayat vardır. Umulur ki (bu hükme uyarak) korunursunuz."¹⁶⁰ buyrulmuştur. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur, "Kim kasten öldürürse, bunun hükmü kıyastır."¹⁶¹ Allah'tan başka ilâh olmadığını ve benim Allah'ın elçisi olduğumu tasdik eden Müslüman bir kimsenin

¹⁵⁷ Debûsî, Abdullah b.Umer b. isa ed-Debûsî (v.430), Te'sîsü'n-nazar, Yy Mektebet-ı külliyyatil-ezheriyye, Kahire, ty s. 148; Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî eş-Şâfiî (v. 911/1505) el-Eşbah ve'n-nezair fi- kava'id ve fûru'i fikfhi's-Şafi'iyye, Kaide, 6 Mektebetü nezzar, Mustafa Baz, 1418/1997, c. 1, s. 203; İbn-i Nüceym, el-Eşbâh ve'n-nezâir, kaide, 6.

¹⁵⁸ Serahsi, Mebsût, IX/152; **Günay**, Hacı Mehmet. DİA, mad. Şüphe, XXXIX, sh, 263-265.

¹⁵⁹ Bilmen, Ömer Nasuhi, c, 3, sh. 18.

¹⁶⁰ Bakara/179.

¹⁶¹ Ebû Davud, Diyat, 5.

kanı, şu üç durum dışında helal değildir: Cana karşı can, zina eden evli kişi ve dini terkeden (mürted) kimse."¹⁶² Kuranı Kerim’de kısasın iptali için maktulun yakınlarını ikna ederek sulh yolu önerilmiştir. İşlenen cinayetmaktul yakınlarının kin ve öfkelerini tahrik ettiğinden dolayı yine çözüm olarak kişisel kin ve nefretin bitirilmesi, öfkenin sakinleştirilmesi adına katilin affı için etkin kimselere, maktulun yakınlarına müracaat ederek aracılık yapma hakkı tanınmıştır. Şeriyye sicillerinde kısas cezalarından fazla söz edilmemesi belkide bu konuda Kuranı Kerim’in tavsiyesine riayet edildiğinin bir delili olabilir.

Hz. Peygamber de (s.a.v) kendisine intikal eden ve kısas cezası gerektiren suçlarda mağdur tarafa suçluyu affetmesini tavsiye etmiştir.¹⁶³ Böylece, kısasta affetme özendirilmiş ve maktul yakınlarının kısasa bedel olarak tazminat alabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁴ Kısas cezalarında suçluyu sadece suçtan etkilenenler affedebilir, devlet başkanı affedemez. Diğer yandan kısasın uygulanabilmesi için öldürülenin velisinin belirli olması ve vârislerin kısas talebinde bulunması da şarttır.¹⁶⁵ Kısası uygulayabilmek için bazı şartlar vardır. Bu şartların önemlileri şunlardır.

- 1) Kısas, cinâyeti (suçu) kim işlemişse ona uygulanır.
- 2) Kısası ancak Müslüman otorite sahipleri yerine getirir. Herhangi bir kişi veya topluluk bunu yapamaz. (Böylece kan davası da önlenmiş olur.)
- 3) Bir cinâyeti birkaç kişi beraber işlemişse, kısas hepsine uygulanır.
- 4) Cinâyetin işlendiği tam kesin olmazsa, yani şüphe halinde kısas uygulanmaz.
- 5) Suçlulara bu cezâ uygulanırken makamlarına göre ayırım yapılmaz. Halk ile devlet başkanı bu konuda eşittir.
- 6) Suçun, kasden yani bilerek işlenmesi gerekir. Hatalı öldürme ve yaralamalarda başka cezalar uygulanır.
- 7) Öldürülenin vârisleri veya yaralananın kendisi ‘diyet’ isterse veya affederse, kısas uygulanmaz. Hanefiler darul harp’te uzv ve cana karşı işlenen cinayette kısas yapılamamasının nedenini, bunu tedarik edecek imamın olmayışına bağlamışlardır.¹⁶⁶

¹⁶² Buhârî, Diyât, 6; Müslim, Kasâme, 25, 26;

¹⁶³ Ebu Davud, "Diyat", 3; Nesai, "kasame", 28

¹⁶⁴ Mevsili, el-Muhtâr li'l-fetvâ, c.2, sh, 475.

¹⁶⁵ Bilmen, c. 3, s. 68.

¹⁶⁶ Zuhayli "el-Fıkhül İslami ve Edilletühü, c, 7, sh, 5742.

DNA incelemesi karine-i katia kabilinden bir delil olması hasebiyle suçla itham edilen kimsenin suçluluğunun tercihi hakkında destekleyici bir delil olarak ispat hukukundaki yerini almasında bir sakınca olmamakla beraber, DNA incelemesinin kısas cezalarının uygulanabilmesinde yeterli bir delil olmadığı, hadd cezalarındaki ihtiyatlı davranma prensibinin kısasta da geçerli olduğu söylenebilir. Tezkiye ve ta'dil şartlarını haiz birisi, katl olayına tanıklıkta tek başına kalması nisab adedinde eksikliği gerektirdiğinden, kısas cezası kararı verilememektedir. Buda kısas cezasının uygulamasında ihtiyatın muteber olduğuna bir işaret olarak görülebilir. Teknolojik ya da DNA gibi bilimsel tespitlerde de aynı durumun söz konusu olduğunu düşünmekteyim.

Katlin; amden, şibhülamd, ikrah, nefsi müdafa vb. yollarla gerçekleşmesi ihtimal dâhilindedir. Bunlar içerisinde kısası gerektiren tür ise sadece amden katldır. Bu ise soyut bir şey olması hasebiyle gayri münzabittir. Dolayısıyla kısas hükmünün sabit olabilmesi için katlin amden gerçekleştirildiğini gösteren ve onu münzabit kılan biralamete ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü zahir olmayan şeyler üzerine hüküm terettüb ettirilemez. Bu alamet ise katlin gerçekleştirilmesinde kullanılan âlât-ı cârihanın, keyfiyettir. Eğer katl âlât-ı câriha denen, vücudu parçalayan ve delen gerek demir, gerekse bakır, tunç gümüş kılıç, kama, süngü, mızrak, kurşun, balta, keskin taş, keskin ağaç, keskin camve ateşli silahlar gibi şeylerden ise bu katl amden katldır.

Cinayet esnasında kullanılan âlât-ı câriha bizzat şahitlerce görülmeden kâtilin niyetinden ibaret olan amden katli diğer katl çeşitlerinden ayırıştırarak, hadiseye hukuki bir boyut kazandırılmasının zorluğu aşikârdır. DNA incelemesi aracılığıyla böyle bir şeyin tespit edilebilmesi ya mümkün değil ya da şüphelidir. Hadd cezalarının tatbikinde şüphe unsurunun engelleyici rolü kısas için de geçerli olduğunu ifade ettim. Babanın oğlunu öldürmesi durumunda kısas yapılmamasının illetini Mevsili şüphe yoluyla kısas yapılmayacağı yönüyle açıklamıştır.¹⁶⁷ Kâsani kısasın şüpheyile düşeceğini Bedâi'us-Sanâi isimli kitabında sarahaten zikretmiştir.¹⁶⁸ Merğınani, Hidaye isimli kitabında şüphelerle kısas cezasının düşmeyeceğini söylemişse de, Merğınani'nin bu düşüncesi farklı yönleriyle tenkit edilmiştir. Mesela Hidaye şarihlerinden Kadızâde Ahmed Şemseddin, Hidaye üzerine yazmış olduğu Netâicü'l-efkâr fî keşf-ir-rumûz vel-esrâr(tekmile), isimli kitabında Merğınani'nin bu ifadesi kendi kitabının bazı

¹⁶⁷ Mevsili., el-İhtiyar li ta'lilil muhtar, c. 2, s. 476.

¹⁶⁸ Kasani, Bedâi'u's-Sanayi' fî Tertîbi's-Şerâi, c. 6, s.55.

bölümlerindeki ifadesine ters düşmektedir, diye tenkid etmiştir.¹⁶⁹ İbn-i Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezair isimli kitabında "Haddler şüphelerle giderilir." kaidesinin şerhinde "Kısas, şüphelerle def edilmede hadler gibidir."¹⁷⁰ şeklinde ifade kullanmıştır. Kısasın, haddlerde olduğu gibi, şüphelerle def edilmesi cumhurun görüşü olduğu ifade edilmiştir. Biz bu hususu kısaca bir kaç nakille te'yid edecek olursak şunları söyleyebiliriz.

Son dönem fakihlerinden Muhammed Zühayli, şüphenin kısas cezalarını engellemedeki konumunun hadd cezalarıyla aynı olduğunu şöyle ifade etmiştir. "İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre haddler konusunda karînelerle hüküm verilmez. Çünkü haddler şüphe ile düşer. Kasâme dışında kısas konusunda da, kanı korumada ihtiyatlı olmak amacıyla aynı şekilde karineyle (şüpheden dolayı) hüküm verilmez."¹⁷¹ Ömer Nasuhi Bilmen de, şüphelerin ceza hukukuna olan etkisinde hadd ve kısas cezalarının aynı olduğu görüşünün cumhura ait olduğunu sarahaten zikretmiştir.¹⁷²

DNA incelemesi yoluyla katlin türünü birbirinden ayırtıramamak, ispatın içine şüphe sızdıran şeylerden bazıları olduğu söylenebilir. DNA incelemesinin hazırlanması, laboratuvar aşaması gibi hususları da işin içine kattığımızda DNA incelemesi, amden katli ispat etme açısından tam anlamıyla şüpheli delil konumuna gerilediğinden, yeterli bir delil olamaması güçlenmektedir. Bu yüzden kısasın uygulanabilirliğinde yegane delilin ikrar, ya da şekli ve keyfiyeti fakihlerce belirlenen silahla, katledildiğini şahitlerin bizzat görmesi (şahitlik) olduğu söylenebilir. Adam öldürme veya yaralamanın tehdit (ikrah) altında işlenmiş olması, suçu meşru hale getirmese de fiilden doğan sorumluluğun tehdit edene mi (mükrih) yoksa tehdit edilene mi (mükreh) ait olacağı ihtilaf konusudur. İradesine maddi baskı yaparak fiili başkasına işletmeyi doğrudan işlenmiş (mübaşeret) kabul eden Ebu Hanife ve Muhammed'e göre mükreh, adeta mükrihin kullandığı alet konumunda bulunduğu için suç mükrihe isnat edilir ve kısas ona uygulanır demişse de, Ebu Yusuf, fiilin kime isnat edileceğinin doğuracağı

¹⁶⁹ Müellif, aynı eserin (Hidaye) Kefalet kitabında (bölüm) şöyle söylemiştir; "Ebü Hanife yanında, hadd ve kısasta kefaletün binnefs geçersizdir. Çünkü bunlar der' üzerine bina edilmiştir." (Der'den maksat haddlerin şüphelerle ötelenmesi) Buradan, kısasla haddinhüküm bakımından aynı olduğu açıkça anlaşılmaktadır" (Kadı zâdeAhmed Şemseddin, (ö. 988/1580); Netâicü'l-efkâr fi keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr,(Fethul kadir tekmlisi) c, 2/559.

¹⁷⁰ İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-nezair, Kaide, 6, s.145.

¹⁷¹ Zühaylî, Muhammed, a.g.e, sh, 527-541.

¹⁷² Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve İstiahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c, 3, 7. Kitap, 1. Bölüm, mad, 265, 438.

şüpheden dolayı kısasın düşeceğini, fakat mükrehin mağdura diyet ödemesi gerektiğini ileri sürer.¹⁷³

Kıyas ve hadd cezalarının süistimale açık, sosyal infialler meydana getirebilme ihtimali yüksek olan cezalar olduğunu dikkate aldığımızda, bu içtihatların İslam hukukunun dengeleyici yönünü izhar ettiği düşünülebilir. Ayrıca bu cezalar kamu menfaatıyla da alakalı olduğundan dolayı, bunların uygulaması kamunun başı olan devlet başkanına ait olmalıdır. Âmme hakkında velayete haiz olmayan kimseler böyle bir hakkı yerine getirme yetkisine sahip değillerdir.¹⁷⁴

Devlet başkanının haddleri yerine getirmesi ya bizzat ya da naibi vasıtasıyla. Naib tayininde de iki yöntem vardır: Birincisi tansis suretiyledir. Bu surette, cezaları infaz edecek kimselerin bu hususta yetkili kılındıklarınadair açık bir belgeye (izinname, menşura vs.) sahip olmaları gerekmektedir. Özel yetkili kadılar bu kısım içerisinde düşünülebilir. İkincisi tevliye suretiyledir. Bir zatın bazı büyük şehirlerin veya bir eyaletin mülki amirliğine tayin edilmesi, dolaylı olarak yetkilendirme anlamını taşımaktadır.¹⁷⁵ Eğer bir ülkede dine dayalı ceza hukuku uygulanmıyorsa, o dine inanan müminlerin kendi aralarında hükmedip ceza uygulamaları caiz ve gerekli değildir. Eğer böyle bir kapı aralanmış olsaydı her köşede bir halk mahkemesi kurulur, anarşi doğar, kurunun yanında yaş da yanardı."¹⁷⁶

3.3. TAZİR CEZASINDA DNA PARMAK İZİ

Hadd ve kısas cezaları dışında kalan, yöneticinin veya hâkimin takdirine bırakılan ceza türüdür.¹⁷⁷ Sözlükte “engellemek, te’dib etmek; desteklemek, saygı göstermek” manalarında karşıt anlamlı kelimelerden (ezdâd) olan ta’zîr, fıkhi terminolojide hadd ve cinayet suçlarında olduğu gibi, belirli cezası bulunmayan, verilecek cezanın, miktarı ve uygulanma şekli yöneticiye veya hâkime bırakılan cezaları ifade eder. Ta’zîr kökünden gelen fiiller, “desteklemek, saygı göstermek” anlamıyla

¹⁷³ Dağcı Şamil, “kıyas” DIA, XXV, sh, 488-495.

¹⁷⁴ Haccâvî, Ebü’n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî (v. 968/1560), el-İknâ litâlibi’-intifâ, Yy, Daretü-l-Melik Abdul Aziz, Riyad, h. 1423, m, 2002. c. 4, s. 207.

¹⁷⁵ Bilmen, a.g.e, md, 712, c. 3, s. 257.

¹⁷⁶ Udeh, A. Kadir, et-teşriu'l-cinai'l-islami, md, 512-515, c, 2, s, 755.

¹⁷⁷ Başoğlu; Tuncay, , ta’zir DİA, 40, s. 198-202.

Kur'an'da çeşitli ayetlerde yer almaktadır.¹⁷⁸ Hadislerde kavram olarak ta'zîr geçmemekle birlikte ta'zîr uygulamasına dair çok sayıda örnek bulunmaktadır.¹⁷⁹ Ta'zîr cezasının çerçevesinin çizilmesinde bu hadisler rol oynamıştır. Ceza hukukunun genel kaidelerini tespit eden ayetler ve hadisler ta'zîr cezalarının niteliğini ve sınırlarını da belirlemektedir.¹⁸⁰

Hadd, kısas ve diyet gerektiren suçların cezasının kemiyet ve keyfiyetini belirlemede, kanun koyucunun birinci derecede müdahalesi söz konusu iken, ta'zir gerektiren suçların cezasında bu söz konusu değildir. Ayrıca hadd ve kısas cezalarında şüphe, cezayı engellemede tam manada yeterli kabul edilmesine rağmen, aynı durum ta'zîr cezalarında söz konusu olmamıştır.¹⁸¹ İslam hukukunda ta'zir gerektiren suçların cezasının bir kısmı belirtilirken büyük bir kısmının tespiti ise İslam'ın genel prensiplerine aykırı olmamak kaydıyla devlet başkanına bırakılmıştır. Devlet başkanı bu suçları ve bunlara uygulanacak cezayı tespit ve tayin ederken, toplum yararı, kişilerin doğruya yöneltilmesi ve ıslahı gibi müsbet değerleri gözetmesi gerekmektedir.¹⁸²

Tazir cezalarını iki başlık altında toplamamız mümkündür: Bedenî Cezalar; bunun örnekleri, duruma göre dayak, hapis, tokat, kulak çekme, azarlama veya hakimın surat asarak bakması gibi çeşitli şekillerde olabilmektedir. Ölüm cezası; başta Şafilere olmak üzere, fakihlerin büyük çoğunluğu ölüm cezasının naslarla sabit olan, kısas ve hadd cezasıyla sınırlı olduğu, bunun dışında ta'zîren ölüm cezası verilemeyeceği kanaatindedirler.¹⁸³ Mâlikîler'in çoğunluğu ve bir kısım Hanbelî fakihleri casusluk, zındıklık, bid'atı yayma gibi bazı suçlarda ta'zîren ölüm cezası verilebileceğini kabul etmişlerdir.¹⁸⁴ Bazı Hanefî'ler de topluma büyük zararı dokunan, tekerrür edip adet

¹⁷⁸ Mâide 5/12; el-A'râf 7/157; el-Feth 48/9.

¹⁷⁹ Buhârî, Muhâribîn, 12, 19, 26, 29; Müslim, Hudûd, 40.

¹⁸⁰ Başoğlu, Tuncay Ta'zir, DİA, XL, s. 198-202.

¹⁸¹ İbn. Abidin, Reddül-muhtar, IV/60; Günay, Hacı Mehmet. DIA, mad. Şüphe, Türkiye, XXXIX, sh, 263-265.

¹⁸² Kasani, a.g.e, c,7, sh, 233-234; Udeh, a.g.e, c, I, s.9; Bilmen, a.g.e, c, 3, sh, 28-29.

¹⁸³ Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdî (ö. 450/1058)el- Ahkamü'Sultaniye; Yy, DarulKutubulİlmiyye; Beyrut; yt,1421;2000; s 238.

¹⁸⁴ Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b.Ali b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (v.799/1397),Tebisiratü 'hükkam fii usulî'l-akziye ve menahici 'l-Ahkam, Yy, Daru Alemü'l-Kütüb, Riyad, yt, 1423-2003, c, 2, sh, 302; Mansûr b.Yûnus b. Salâhiddîn (v.1051/1641) Keşşafü'l-kına anmetni'lkna, yt, 1403-1983, Daru Alemü'l-Kütüb, Riyad, c, 2, sh, 124.

haline gelen ve başka türlü engellenemeyen suçlarda ölüm cezası uygulanabileceğini savunmuşlardır.¹⁸⁵

Her ne kadar öldürme, zina eden evlinin öldürülmesinde olduğu gibi, hadd cezalarından birisi ise ve hadis hadd dışında kalan cezaların hadd cezası seviyesine ulaşmasını yasaklıyorsa da, tazir kapsamındaki öldürme cezası, sopa cezası gibi aşağı çekilmesi mümkün olmayan bir cezadır. Öldürme tek haddir. Bu nedenle de; "Hadd cezasının dışındaki cezalarda kim sınırı aşarsa" hadisi buna uygulanamaz. Zira bu hadiste sopa haddi kastedilmektedir. Çünkü sopa cezalarında hadd seviyesine ulaşmak veya ulaşmamak mümkündür. Öldürme cezasında ise böyle bir şey tasavvur edilemez. Ellerin ve ayakların kesilmesinde de durum aynıdır. Buna göre tazirin en sert seviyeye, öldürme derecesine ulaşması caizdir. Bunun delili Ureyinilerle ilgili olarak rivayet edilen hadistir.¹⁸⁶ Ureyinilerle ilgili olayın içeriğinde her ne kadar ihanet, öldürme ve dinden dönme durumları var ise de gerçekte üçünün bir arada işlenmesi ile emniyetin ihlal edilmesi söz konusudur. Bu nedenledir ki Rasül (s.a.v) onları ihanet, öldürme ve dinden dönme cezaları ile cezalandırmamış, onlara ibretimiz bir ceza vermiştir. O, onları öldürmedi, ölünceye kadar güneşin altında Harre'ye atılmalarını emretti. Harre'ye atılmalarından önce onların gözlerine mil çekti ve ellerini kestirdi. Bu durum, olayın aşırı bir şekilde güvenliği ihlal etme olayı olduğunu göstermektedir. İşte bu olaydan hareketle imamın, tazirde, öldürme haddine ulaşmasının caiz olduğu istinbat edilmiştir. Taziren (siyaseten) katle çeşitli örnekler verilmiş ve istismara açık bir konu olduğundan dolayı fıkıhçılarımız uygulamada dikkatli olunmasını tenbih etmişlerdir.¹⁸⁷

DNA incelemesinin tazir cezasını gerektiren suçların ispatındaki etkisine gelince, DNA incelemesi, bütün aşamaları geçerek yargı makamına sunulduğunda, yargıcın olumlu mütalası sonucu, ta'zir cezası gerektiren suçların ispatında, etkili bir

¹⁸⁵ Mevsili, İhtiyar, a.g.e, c, 2, sh, 483, 477; Ibn. Abidin, a.g.e, c, 4, sh, 72. Şekerci, Osman, İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları, İstanbul 1996, s.25.

¹⁸⁶ Enes'den: "Ukl ve Urayne kabilelerinden bir grup insan Allah Rasülü (sav)'e gelip Müslüman oldular. Ancak Medine'nin havası onlara iyi gelmediği için hasta oldular. Bunun üzerine Rasulullah (sav) onlara develerin ve çobanın bulunduğu yeri tavsiye etti. Kendilerine oraya gitmelerini, develerin sütlerinden ve idrarlarından içmelerini söyledi. Gittiler. Harra denilen yere vardıklarında İslâm'dan döndüler ve Nebi (sav)'in çobanını öldürdüler. Develeri sürüp götürdüler. Durum Nebi (sav)'e haber verilince hemen arkalarından takipçi yolladı. Onları yakalayıp getirdiler. Gözlerine mil çekilmesini, ellerinin ve ayaklarının kesilmesini sonra da Harre'nin bir kenarına atılarak o şekilde ölüme terk edilmelerini emretti." Buhari, Tıp 5/1 Hanbel 3/107,163.

¹⁸⁷ İbn Abidin C, 6, Kitabul Hudud, Babut ta'zir, Sh, 107,Avde, Abdulkadir, et-Teşri'ul Cinai'l İslami Mu karana bil Kanunu'l Vad'i, c, 1, sh, 688.

şekilde kullanılması gerektiğini düşünmekteyim. Çünkü tezimizin ikinci bölümünde, karine olarak isimlendirilen ispat vasıtalarının, suçun ispatında etkili olduğunu, klasik kaynaklarımızın ilgili bölümlerinden aktardığımız örneklerle geniş bir şekilde izah ettik. DNA incelemesinin, ispat itibarı açısından bunlardan daha düşük bir profile sahip olması düşünülemez. DNA incelemesinin, ta'zir cezası gerektiren suçların tahakkuk etmesindeki etkisini değerlendirmede, hâkim geniş yetkiye sahiptir. Hadd ve kısas cezalarında olduğu gibi delilde şüphe olgusu burada etkili değildir¹⁸⁸. Dolayısıyla DNA incelemesi ta'zir gerektiren suçların ispatına vesile olduğunda, devlet başkanı veya naibi, suçun düzeyine göre gerekli cezayı takdir edecektir.

3.4. DNA TESTİ YOLUYLA NESEBİN SÜBUTİYETİ VE NEFYİ

Konuya girmeden önce soyun (neseb) bağlanması hususunda, İslâm hukukunun genel prensiplerini hatırlatmanın faydalı olacağını düşünmekteyim. İslâm hukuku, babaya çocuklarının nesebini inkâr etmeyi yasakladığı gibi, anneye de çocuğun nesebini gerçek babadan başkasına nisbet etmeyi yasaklamıştır. Hz. Peygamber (s.a.v) şöyle buyurmuştur: "Bir kadın, kendilerinden olmayan kimseyi bir aileye sokarsa, Allah'tan (c.c) bir şey bulamaz. Allah onu cennetine sokmaz. Bir erkek de çocuğa bakar olduğu halde onun nesebini inkâr ederse, Allah (c.c) onunla kendi arasına perde koyar ve onu kıyamete kadar öncekilerin ve sonrakilerin önünde rezil ve rüsva eder."¹⁸⁹ Çocukların da kendi babalarından başkasına neseb iddiaetmesi yasaklandı. Allah elçisi şöyle buyurur: "Bilerek, babasından başkasına neseb iddiasında bulunan kimseye cennet haramdır."¹⁹⁰

Neslin muhafazası, İslâm teşrii'nin korunmasını hedeflediği "zarûriyyât" kapsamındadır.¹⁹¹ Zinanın kesin olarak yasaklanması ve soyların karışmasına yol açacak düzenlemelere cevaz verilmemesi, neslin insana yaraşır biçimde korunabilmesi için alınan önlemlerin başında gelir. Bu çerçevede, zina mahsulü

¹⁸⁸ Suyûtî, el-Eşbah ve'n-nezair, s. 85; İbn Abidin, Reddül-muhtar, IV/60.

¹⁸⁹ Dârimî, Ebû Muhammed Abdullâh b. Abdurrahmân b. el-Fazl (v. 255/869) es- Sünen, Yy, Daru-l Kitâbil-Arabiyye Beyrut, Yt, 1407/ m.1987, Nikâh, 42; Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî (v.275/889) Sünen, Yy, Müessesetü-l reyyan, Beyrut, Yt, 1419/m. 1998, Talâk, 29; Ebû Abdurrahmân Ahmed b. şuayb b. Alî en-Nesâî (ö. 303/915) Yy, mektebu matbuatulislamiyye, Haleb, Yt 1406/1986, Nesâî, Talak; 47

¹⁹⁰ Buhârî, Menâkıb, 5; Ferâiz,29; Müslim, İmân, 112, 114, 115; Tirmizî, Vesâyâ, 5.

¹⁹¹ Zekiyüddin Şaban, İslâm Hukuk İlminin Esasları ter. İbrahim Kâfi Dönmez, T. D.V Yayınları, s. 414.

çocuğun nesebinin genetik (tabiî) babasına (zani) veya onu doğuran kadının istediği erkeğe nisbet edilebilmesi, erkeğin meşru bir evlilik içinde doğan çocuğunun nesebini keyfî olarak reddedebilmesi gibi, câhiliye dönemi uygulamalarına son verilmiştir. Neseple ilgili fıkhi düzenlemelerin merkezi noktasında “‘çocuk, sahib-i firaşındır, zina edene mahrumiyet vardır.” hadisi bulunmaktadır. Dolayısıyla nesep hususunda yapılan düzenlemenin önemi ve boyutunu anlamak için firaş hadisinin varid olduğu zamanda, cahiliye araplarının icat ettikleri nikah çeşitlerini bilmenin yararlı olacağını düşünmekteyim. O dönemde Araplar zinadan doğan çocukların nesebine meşruiyyet kazandırmak için aşağıdaki nikah türlerini ihdas etmişlerdir.

İstibdâ’ Nikahı: Seçkin bir soya sahip olmak için kadının hayızdan temiz olduğu dönemde kocasının rızasıyla başka biriyle ilişkide bulunup hamile kalmasından ibaretti. Bir adam kendince asil bir evlada sahip olmak istediği zaman hanımına, hayızdan temizlendiği bir vakitte “Git falan erkekle münasebette bulun, ondan bir döl al.” derdi. Kadın hamile kalıncaya kadar kocasıyla ilişkide bulunmazdı. Bedel Nikahı: İki erkeğin, nikahlı eşlerini değiştirmeleri adeti idi. Hıdn Nikahı: Hür kadınlar açıktan zina edemezlerdi. Fakat gizli dost edinebilirlerdi. Bu duruma “nikah-ı hıdn” denilir ve bunu yapan kadınlara da “müttehizetu’l-hıdn” denilirdi. Fakat cariyeler aşıkarak zina edebilirlerdi. Bu cariyelere zaniye ve musâfiha denilirdi. Müşterek Nikah (Ortak nikah) On kişidenaz olmak üzere birtakım erkekler aralarında anlaşarak bir kadını ortak eş edindirdi. Kadın hamile kalır ve doğurursa bu erkekleri davet eder, “Yaptığınız işi biliyorsunuz, işte bu çocuk doğdu.” der ve onlardan hangisini sevmiş ise çocuğu ona nisbet ederdi. Bu adam da bunu kabul etmek zorunda kalırdı. Biğa Nikahı: Birtakım kadınlar, gelenleri kabul ettiklerine işaret olmak üzere kapılarına bayrak asar ve her geleni kabul ederlerdi. Bağiyeye denilen bu kadınlar doğurdıkları zaman adamları toplar, bilirkşi çağırırdı. Bilirkşi çocuğu bu erkeklerden hangisine benzetirse, çocuk onun olurdu.¹⁹²Toplunun hücresi mesabesinde olan ailenin içine düştüğü bu kokuşmuşluğun temizlenmesi namına islam hukuku nesebin sübutuyeti ve nefyi konusunda nikahı ön şart kabul etmiş, çocuğun soy bağının adresini, nikah çatısı altında bir araya gelen karı koca olarak göstermiştir. Nesepte taraflar ve toplum menfatini dikkate alan,bazı

¹⁹² Ebû Dâvûd Sünen, Kitabu-ttalak, bab (33) Fi vücûhi-nnikah.

yöntemler belirlemiştir.Şimdi bu yöntemlere göz atarak DNA incelemesinin bu yöntemler içerisindeki yerini belirlemeye çalışacağız.

3.4.1. Nesebin Sübutiyeti

Bir hukuk terimi olarak neseb, sahih/meşru bir nikâh içerisinde doğan çocuk ile ana-babası arasındaki soy bağıını ifade etmektedir. Çocuğun ana tarafından nesebi onu doğuran kadına bağlanır. Çocuğun meşrû veya gayr-i meşrû olması, sonucu değiştirmez.¹⁹³ İslam hukukunda nesebin sübutunun “nikâh ve istîlâd” olmak üzere temelde iki sebebi vardır. İstîlâdın istisnâî bir durum olduğu ve köle/cariye alım-satım akdinin nikâh akdini de içerdiği veya cariyenin ayn mülkiyetine/rakabesine sahip olmanın, cinsellik dâhil ondan her türlü istifadeyi de içerdiği düşünülecek olursa, İslam hukukuna göre nesebin sübutunun tek sebebinin “nikâh akdi” olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla sebep varsa hüküm vardır, sebep yoksa hüküm yoktur. Diğer bir ifadeyle; nikâh varsa neseb vardır, nikâh yoksa neseb yoktur. Bundan dolayıdır ki, İslam hukukuna göre neseb denildiğinde, meşru/sahih evlilik veya evlilik hükmünde olan cinsel birleşmeye bağlı olarak doğan çocuğun babası ile arasındaki sabit olan soy bağından bahsedilmektedir. Çocuğun babaya nisbeti ise, sahih ya da fâsid nikah veya şüpheyeye dayalı cinsel birleşme yoluyla, yahut babanın, çocuğun nesebini ikrarla mümkün olur. İslâm zina ürünü çocuğun nesebini erkeğe bağlamayı kabul etmemiştir. Hz. Peygamber (s.a.v) "Çocuk yatak sahibi olannikâhlı erkeğe aittir, zina eden için ise mahrumiyet vardır."¹⁹⁴ buyurmuştur. Burada yatak sahibinden kastedilen hakikaten ya da hükmennikâhlıkocadır. Nikah dışılık asla nesebe gerekçe değildir. Bütün yollar çocuğun biyolojik babasında, sperm aidiyetinde, ittifak etse bile bunun hiç bir hukuki değeri yoktur. Cumhurun görüşü budur.¹⁹⁵

Nesebe dair delillerin ortak yönleri, nesebin sübutiyetini kolaylaştırma yönünde olması, neseb babında müsamahanınegemen olduğuna delalet etmektedir. Mesela lakitin neseb sahibi olmasını kolaylaştırmak amacıyla, normal ispat hukuku kuralları işletilmeksizin, her hangi bir kimsenin lakit hakkındaki mücerret iddiası çocuğun kendisine verilmesi için yeterli görülür. Neseb ikrarından rucü sahih değildir. Genel

¹⁹³ el-Kâsânî, Bedâi'u's-Senâi', c, 6, sh, 242.

¹⁹⁴ Buhârî Ahkâm, bab, 29; Müslim, Rada, bab, 36, 38.

¹⁹⁵ Tahavi, (h,321), Şerhi Maanil Asar. Alemlü'kütüb, Yt, 1414, c,3/116; Şafi, Ümm,5/165.

anlamda şehadetin muteber olması için şahitlerin konuyu bizzat görmüş olmaları gerekirken, nesep gibi hususlarda “Falan kişi, falan kişinin çocuğudur.” şeklinde şöhret ve kamuoyunun kabulüne dayalı “dolaylı şahitlik” anlamında “şehâdetü’t-tesâmü” veya “istifâda” yoluyla yapılan şehadet kabul edilir.¹⁹⁶

Sahabelerde kendilerini kabilelerine, babalarına nisbet ederlerken, Hz. Peygamber (s.a.v) de onlardan bu hususta şahit getirmelerini talep etmiyordu. Onlar, istifaze yoluyla o kabilenin, o babanın mensubu ve evlatları olduklarını isbat etmiş, kabul ediliyorlardı.¹⁹⁷ Ancak bu nisbeti doğrulayan kişilerin sayısı, onların yalan üzerinde ittifak etmeyecekleri miktarda olmalıdır; yani akıl, onların bir yalan üzerinde ittifak etmelerini imkânsız görmelidir. Kişinin, lian yoluyla nesebini nefyettiği çocuğun nesebini tekrar ilhak edebilme imkanı vardır. Bu gibi içtihadi meseleler, nesebin ispatı hususunda İslam hukukunca mütesahil ve koruyucu davranıldığı, işaretleri olarak görülebilir.

İslam hukukunun doğasında bulunan kolaylaştırma özelliği,¹⁹⁸ tikanıklara çözüm olması adına önem arz etmektedir. Nesep babındaki ihtiyatın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini söylenebilir. İslam hukuku açısından nesebin ispatı ya da nefyi hususunda ileri sürülen delillerin arka planında en zayıf halka olan çocuk başta olmak üzere nesli, ebeveyni ve toplumu koruma gerçeği bulunduğu, nesep bağının kurulmasında mütesahil, nefyinde ise katı kurallar vaz edilmiştir. İbn. Kayyim bu konuda şöyle söylemiştir. Nesebin bağlanmasında hukuki bir delil- firaş vd.- varsa, orada işin üzerine gidilmeden nesep bağlanmalıdır. Böyle bir durumdaki yafe ve benzeme gibi delillerin önemi yoktur.¹⁹⁹ İbn Kayyim’in ifadesinin güncellenmesi şöyledir; bu gün DNA incelemesi modern ve bilimsel bir delil olması hasebiyle kamuda kendini ispatlamış, üst düzey bir değere sahip bir delil olsabı, nesebin ispatını gerektiren şer’i bir delilin önüne geçirilmemelidir. İslam hukukunun nesep konusundaki himayeci tutumu, aile bağlarının korunmasındaki teşviki bunu gerektirmektedir.²⁰⁰ Bir hukukun ortaya koymayı hedeflediği gayenin inşasının yollarını, yine o hukukun kendi köklerinde aramak gerekmektedir. Aşağıda meseleleri bu çerçevede ele alarak bir

¹⁹⁶ İbn Abidîn, a.g.e., c, VII, sh; 64; Mecelle, md.1687- 1688.

¹⁹⁷ Serahsi, mebsut, c, XVII s: 49-50.

¹⁹⁸ Mecelle, Madde, 17. Meşakkat Teysiri Celbeder; Madde, 18. Bir İş Zik Oldukta, Müttesî olur.

¹⁹⁹ İbn. Kayyim, Zadul mead, 4/118.

²⁰⁰ Ayni, Binaye, Şerhul hidaye, 5/393-394, İbn. Kudame, Muğni, 6/47, 8/58, Turukul hükmiyye, 1/323.

sonuca gitmeye çalışacağız. Bundan dolayı İslam hukukçularının soybağını kurmada takip ettiği yöntemler ve bu yöntemlerle nelerin amaçlandığına göz atmak istiyoruz. Bunları izah ettikten sonra da DNA incelemesinin, İslam aile hukukundanesebin sübutiyeti ve nefyine olan etkisinin nasıl olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkacağını düşünmekteyim.

3.4.1.1.Nesebin Sübutiyetinde İttifak Edilen Deliller

Nesebin sübutu konusunda fakihlerimizin, ittifak ve ihtilaf ettikleri yerler vardır. Özellikle nesebin sübutiyetinde ittifak edilen deliller bulunmadığında, bazı müçtehitler kıyafe vasıtasıyla, nesebin sabit olacağını söylemişlerdir. Bazı görüşlerde buna,kura çekerek (çok muteber olmasa bile) nesebinbağlanması delilini de eklenmiştir. İşte buralar, DNA incelemesinin, nesebin sübutunda delil olarak kullanılması muhtemel olan yerler olduğu söylenebilir. Aşağıda DNA incelemesi bu ihtilaflı delillerden biriyle tearuz ettiğinde bunlara karşı konumunu değerlendireceğiz. Şimdi nesebin sübutunda ittifak edilen yerlere göz atalım.

3.4.1.1.1.Firâş (Evlilik, Babalık Karanesi)

İslam hukukunda “Çocuk, sahib-i firâşındır, zina edene mahrumiyet vardır.”²⁰¹ hadisinde deifade edildiği gibi firâş babalık karanesi olarak kabul edilmektedir. Nesep hususunda DNA testinin ispat değerini sağlıklı bir şekilde değerlendirmenin yolunun, bu hadisi derinlemesine anlamaktan geçtiğini düşünmekteyiz. Özellikle hadis metninde geçen firâş (فراش) ve âhir(عاهر) kelimelerinin ifade ettikleri anlam önemlidir. Hadisin içinde geçen "firâş ve ahir" kelimelerinden başlayarak buhadisi açıklamaya çalışacağız.

Firâş (الفراش): Nesep babında firâş ile; sahih veya fâsit bir nikahsonucu kadının gebe kalabilme aidiyetininbelirli bir kimsede olması kastedilmiştir.²⁰² Şüpheyi istinaden vaki olan cinsel birleşme de firâşa hamledilmiştir. Çocuk bu şartlar altında ve hukukî süresi içerisinde doğduğunda ki, bu süre birleşmeden veya nikahtan sonra altı aydır, nesep babaya ilhak edilir. Yani kadının “firâş” olabilmesi için, çocuğuna hamile kaldığı anda hakîkî veya hükmî olarak zevce olması gerekmektedir. Nikah akdinin muktezası, zevcenin kocaya münhasır olmasıdır. Erkeğin kadından istimtâı ancak bu ihtisas ile

²⁰¹ Buhârî Ahkâm, 29; Müslim, Rada; 36, 38.

²⁰² Zeylaî,(ö. 743/1342) Tebyînü'l- Hakâik, Matbaatu'l-Kübrâ, el-Emiriyye, Bulak, 1317, 3/43.

helal olur. Bu ihtisasın bir muktezası da kadının kocasından hamile kalması ve çocuğunun nesebinin bu kocasından sabit olmasıdır. Firâşın anlamı budur. Hz. Peygamber (s.a.v) bu nedenle “ el-veledü lil-firaş (الولد للفراش) buyurmuştur. Yani çocuk firâşın semeresidir; evliliğin neticesidir. Zâni hakkında ise evli olmadığından böyle bir semereden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla çocuk ona nispet edilemez. Özetle firâş, yani nikah, çocuğun babaya nisbet edilmesinin, ona aidiyetinin illetidir. Âhir (العاهر)zâni anlamına gelmektedir. Araplar, bir şahıs zina yapmak için geldiğinde عمر المرأة الرجل الى derlerdi. Hacer/Hacr (الحجر): Mahrumiyet, zaniyi mahrum kılma anlamına gelmektedir. Hadiste geçen hacr lafzı kinâî anlamda kullanılmıştır. Kaybedip mahrum kalan kimseye elinde toprak kaldı veya "(الحجر)tabiri kullanılır. Bu şekliyle zâninin çocuktan yana her hangi bir hakkının olmadığı, onun babası olmaktan mahrum kalacağı ifade edilmektedir.²⁰³

Bazı alimler, “hacr veya hacr” lafzını recmetme olarak anlamışlardır ama bu yaklaşım isabetli değildir. Çünkü daha önce evli yani muhsan olmayan bir zânînin recmedilmesi söz konusu değildir. Çünkü recm cezası sadece muhsanlara hastır. Diğer taraftan bir failin recmi veya recme mahkum edilmiş olması, çocuğun nesebinin nefyini de gerektirmez. Oysaki hadis sevk-i kelâm itibariyle çocuğun nefyi yani biyolojik babaya ait olamayacağı bağlamındadır.

Bu hadis, fikhî açıdan bazı temel ilkeler ihtiva etmektedir. Bu ilkeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) Hadis, firâş dışında bir çocuğun nesebinin iddia edilmesi asla mümkün değildir, demektedir. Bu itibarla bu konuda çocukla çocuğun kendisine ait olduğunu iddia eden biyolojik babanın benzerlikleri ve sperm aidiyetinin hiç önemi yoktur. Çünkü çocuğun annesiyle bu kişi arasında bir nikah bağı bulunmamaktadır.

b) Çocuğun başkasına ait olduğunu evli bir kişi yani, o çocuğu doğuran kadının kocası dahi iddia etse, öncelikle bu söze itibar edilmez. Ama ileride de izah edileceği gibi, bu durumda liâna başvuru olarak mesele çözüme bağlanmaya çalışılır.

c) Hadis aynı zamanda bize cahiliye döneminde zina mahsulü çocukların zanilere (Biyolojik babalarına) ilhak edildiğini de bildirmektedir.

²⁰³ Nevevi, Minhac, 10/37.

Sahibi firaş olan bir kadından evlilik dışı doğan çocuğun nesebinin, biyolojik babayailhak edilemeyeceği konusunda fakihler arasındaittifak olduğu söylenmiştir.²⁰⁴ Sahibi firaş olmayan bir kadının evlilik dışı doğan çocuğunun ilhaki hususunda da, mutlak manada, aynı durum söz konusudur.²⁰⁵ Bazı fakihler, zani nesep iddiasında bulunduğu takdirdenesebin sabit olacağını söylemişlerse de, bu görüşün şazz olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁶

Zina sonucu meydana gelen çocuğun zânîye ilhak edilemeyeceğinin aklı gerekçeleri bağlamında ise şu görüşlere yer verilmiştir. Zina aklın ve dinin çirkin gördüğü bir eylemdir, müeyyideli bir suçtur. Suç, özü itibarıyla bir nimete esas teşkil edemez. Çünkü suçta bir isyan ve bir hukuk normunun ihlali söz konusudur. Dolayısıyla zina gibi suç sayılan bir fiil, nesep gibi bir nimetin sübutuna temel teşkil etmemelidir.²⁰⁷

Bütün bu açıklamalar ışığında şunu söylemek istiyoruz; çocuğun nesebinin sıhhatinde mürakat edilecek yegane objektif kıstas firaştır. Firaş olduğu müddetçe nesebi reddetmek fıkhen kabul edilemez. Bunun istisnası liândır. Şayet koca çocuğun kendinden olmadığını iddia ederse liana gidilmek kaydıyla nesebin nefyi mümkündür. Baba tarafından nesebin sübutu için objektif kıstas olan firaşın tahakkuku için şu şartların bulunması gerekir: Sahihnikâh; İslâm hukukçuları, sahih nikâhla evli olan kadının doğan çocuğunun, kocasına nisbet edileceği konusunda görüş birliği içindedirler. "Çocuk yatak sahibine aittir." hadisi bunun delilidir. Fasit nikâh; nesebin sabit olması konusunda sahîh nikâh gibidir. Şüpheye dayalı cinsel birleşme; zina sayılmayan ve şüpheye dayalı olan cinsel birleşmede iyi niyet bulunduğu için taraflar korunduğu gibi, doğacak çocuk da nesep bakımından korunmuştur.²⁰⁸ Erkeğin daha önce görmeyip vekil aracılığı ile evlendiği bir kadın yerine, yanlışlıkla başka bir kadınla; yine yatağında bulunan kadınla, eşi sanarak veya üç defa boşadığı eşiyle, iddet

²⁰⁴ İbn. Abdil-berr, v,463, Temhid,8/183, Serahsi, Mabsut, 17/154, İbn Rüşt, Bidayetü-l müctehid, el-faslussani fil-musaherti,2/35, İbn. Kudame, Muğni, 8/519,Maverdi, Havil-kebir,9/218. Yy, Daru alemul-kütüb, Yt,1406/1986, Riyad c.9, sh. 123.

²⁰⁵ Mâverdi, el-Hâvi'l-Kebîr, 8/455.

²⁰⁶ İbn Rüşt, Bidayetü-l müctehid, el-faslussani fil-musahereti,2/35.

²⁰⁷ Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim El-Cevziyye, Camiu-l-fikh, Yy,Daru-l-vefa ,Yt, 2000/1421, 5/133.

²⁰⁸ Hanefî hukukçular, evlilik dışı fakat şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebi nin hukuken geçerli olacağı hükmünü, "şüphe, ihtiyata mebni konularda hakikat gibi etki eder. Neseb de ihtiyata mebni konulardandır" genel kurailnden elde etmektedir. es-Serahsî, Mabsut, 17 /99-100, Kâsânî, a.g.e, VII/36.

içinde ve helal olduğunu sanarak, cinsel birleşmede bulunması, şüpheye dayalı birleşmelere örnektir.²⁰⁹

Sahih ve fasit nikâhla yapılan evlilik ve şüpheye dayalı cinsel birleşmede nesebin sabit olması için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: a) Kocanın gebe bırakacak durumda olması. Şâfiî ve Mâlikîlere göre bu, erginlik çağı ile gerçekleşir. Hanefî ve Hanbelîler "murâhık"ı da buna dahil ederler.²¹⁰ Murâhık; ergin olmamakla birlikte kendisine cinsel istek duyulan fizik olgunluğunu ifade eder.b) Doğumun evlilikten altı ay sonra olması. En kısa gebelik süresi altı aydır. Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulur, "Çocuğun ana karnında taşınması ile sütten kesilmesinin süresi otuz aydır."²¹¹"Çocuğun sütten ayrılması da iki yıl sürmüştür."²¹² Birinci ayet gebelik ve sütten ayrılma toplam süresini otuz ay, ikinci ayet ise sütten ayrılmayı iki yıl olarak belirleyince, bu iki süre arasındaki altı ay gebeliğin en kısa süresi olarak ortaya çıkar. Nitekim evlilikten altı ay sonra doğum yapan bir kadının durumu Halife Hz. Osman'a (r.a) götürülmüş, recm'i düşündüğü sırada İbn. Abbas (r.a) yukarıdaki iki ayeti okuyarak, bunun İslâm'a göre normal bir doğum sayılması gerektiğini söylemiştir. Bunun üzerine Hz. Osman haddi uygulamaktan vazgeçmiştir.²¹³ Bir adam eşine zina isnadında bulunmuş ve bunun üzerinden daha altı ay geçmeden bir çocuk doğmuşsa neseb sabit olmaz. Fakat adam hadiseyi zinaya yormaz da "Bu benim çocuğumdur." derse, bu ifade bunların arasında nesebin sıhhatini gerektiren bir hususun varlığına ve çocuğu kabullenmekle de bunu dolaylı bir şekilde ifade etmek istemelerine yorumlanır. Böylece nesep kendisinden sabit olur, doğan çocuk nesebin hükümlerine tâbi olur.²¹⁴Bu da nesebin ilhakında mütesahil davranıldığına ayrı bir örnektir. Altı aylık gebelik süresi, sahih ve fasit nikahta Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre nikâhın akdinden başlar. Fasit nikâhta İmam Muhammed'e göre cinsel ilişkiye girildiği an itibariyle değerlendirilir.²¹⁵ İddet bekleyen bir kadının doğurduğu çocuğun nesebi hususunda Mezhepler arasında hamlin asgarisinin altı ay olmasında ittifak varken, haml süresinin nihayi süresi hususunda ittifak yoktur. Hanefiler, değerlendirmede Hz. Aişe'nin (r.a) "Çocuk annesinin

²⁰⁹ Nihayetü'l-Muhtac, er-Remlî' (ö. 1004/1596), 7/120, İbn. Kudame, Muğni, 10/359, İbn. Abidin, 3/150,

²¹⁰ Vehbe ez-Zühayli, (v, 2015) el-Fikhü'l-İslami ve Edilletühü, Yy, Daru-l-fikr, yt., 1405, m, 1985, Dimeşk, 7/687.

²¹¹ Ahkâf, 46/15.

²¹² Lokmân, 31/14.

²¹³ Kâsânî, Bedâiyu's-Sanâyi', III, 211, 212.

²¹⁴ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, c, 2, md, 54, sh, 407.

²¹⁵ Bilmen, Hukuku İslâmiyye, c2, md, 20, sh, 399.

rahminde iki yıldan fazla kalmaz.” sözünü meselenin açıklığa kavuşmasında önemli bir ölçüt kabul etmişlerdir. Şöyle ki; hamile kalmış bir kadında, talak ya da ölüm iddetinin sonlandığını itiraf etmeksizin, iki yıl içerisinde doğum vuku bulmuşsa bu çocuğun nesebi talak ya da ölüm nedeniyle ayrı düştüğü kocadan sabit olur demişler. Şâfiî, Hanbelî ve Maliki'lere göre bu süre dört yıldır.²¹⁶Bunlara göre bu konuda herhangi bir nass yoktur. Bu sebeple tecrübeye göre hareket edilir.²¹⁷ Nitekim Beni Aclân'ın kadınlarının, dört yıla kadar gebelikleri sürdüğünden bahsedilmiştir.²¹⁸Buna göre, bir kadın kocasının ölümü veya boşadığı günden itibaren yeniden evlenmediği, herhangi bir erkekle cinsel temasta bulunmadığı, doğum yapmadığı ve iddetinde de hayız görmediği takdirde dört yıl içinde doğum yaparsa çocuğun nesebi ölen veya boşayan kocaya bağlanır, iddeti de bu doğumla sona erer.

Son dönem fakihlerinden bir kısmı; hamlin nihayi süresinin, bu günkü tıbbi verilerle uyumlu olması gerektiğini savunarak, önceki içtihatlarda bahsedileniki ve dört sene gibisürelerin yalancı hamlden kaynaklı bir yanılgı olduğunu beyan etmişken; diğer bazı fakihler isegeçmiş içtihatlardabahsedilen bu sürelerin gerçek olduğunu, o günkü alimler bu süreleri bire bir takip ederek elde ettiklerini söyleyerek, milyarda bir de olsa bu tür vakıaların olabileceğini, bunun normal olduğunu söylemişlerdir.²¹⁹DNA incelemesinin, bu gibi vuku'u nadir olan yerlerde, yardımcı bir delil olarak değerlendirilmesinin önemli olacağı düşünülebilir. Mesela eşi ölmüş bir kadın,süre olarak bu günkü tıbbi verilerinin dışında bir doğum gerçekleştirecek olursa, şayetbu doğumsüre bakımındaniçtihadı farklılıkların birine demutabıksa, İslam hukukunun nesli koruma ve nesepte himayeci bir tutum içinde olduğu da dikkate alındığında, bu gibi yerlerde DNA testi doğrultusunda bir karar verilerek, DNA testi zaman bakımından uyumlu olan içtihadı, tercihe sebep olabilir.Çünkü bu gibi yerler, tecrübelerin dikkate alınarak ictihadda bulunulduğu yerlerdir.c) Nikâh akdinde eşlerin biraraya gelme imkânının bulunması: Hanefiler bu konuda fiilibirleşme yanında aklen ve tasavvur olarak birleşme imkânını da dikkate almışlardır.²²⁰ Burada; "Çocuk yatak sahibinindir." hadisinin genel anlamı ile amel ederler. Bir kadın düşünün ki; biriyle gıyaben nikâh

²¹⁶ Bilmen, Ömer Nasuhi,a.g.e, Md, 18, c,2, s, 398.

²¹⁷ Hayrettin Karaman, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, s. 354.

²¹⁸ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, Md, 18, c,2, s, 398.

²¹⁹ <https://www.google.com/search?q=isch&source=iu> أطول مدة تمكثها المرأة وهي حامل

²²⁰ Serahsi, el Mebsut, XVII, s.99,İbn Abidin Reddül-muhtar, c, 3, sh,574.Bilmen, Ömer Nasuhi a.g.e, md,24, c,2, sh, 400.

kıymış olsun, işte böyle bir kadının doğurduğu çocuğun nesebi gıyaben nikah kıydığı o erkekten Hanefilerce sabit olur. Zira kocasının uzak diyarlarda olması ilişki kuramayacağı anlamına gelmez. Ortada nikâh kıyılmışlık söz konusu olduğu müddetçe çiftlerin her an bir şekilde bir araya gelmeleri ihtimal dâhilindedir.

Hanefiler bu noktada "Çocuk yatak sahibinindir." hadis-i şerifini temel ölçü almakla birlikte kerâmeti de göz ardı etmezler. Böylece onlar "Evliyanın kerâmeti haktır." düsturunu hem çocuğun nesebini belirlemek, hem de kadının namusunu korumak açısından bir fırsat ve çıkış yolu olarak görmüşlerdir.²²¹ Hanefilerin, nesebin sıhhatinin illetini, üçüncü şahıslarca tespiti mümkün olamayan cinsel birlikteliğe değilde nikaha (fıraş) bağlamaları "illet mazbut bir vasıf olmalı" şeklinde ifade edilen usul kaidesine de uygun düşmektedir.²²² Üç imam, eşlerin fiilen ya da âdetce bir araya gelme imkanını şart koşarlar.²²³

3.4.1.1.2. İkrar (İtiraf/İstilhâk)

Neseple ilgili ikrar, doğrudan veya dolaylı soybağı iddiası içermesi hasebiyle iki kısma ayrılmaktadır. Bir şahsın, birini kendisinin oğlu veya babası olduğunu belirtmesi, birinci kısma örnektir.²²⁴ Burada iddida sahibinin mücerred ikrarı yeterlidir. Dolaylı soybağı iddiası içeren ikrarda ise nesep hamlinde bulunulan kişinin bunu kabul etmesi nesebin sübûtu için yeterli olmayıp önce nesebin yüklendiği şahıs tarafından tasdik edilmesi gerekir. Meselâ bir kimsenin, "Oğlumun oğludur, kardeşimdir, amcamdır ..." dediği şahsın bunu kabul etmesiyle aralarında nesep ilişkisi sabit olmaz; bu tür ikrarla nesebin sabit olabilmesi için ya beyyine getirilmesi ya da aleyhine ikrarda bulunulan (dolaylı olarak baba olduğu iddia edilen) şahsın veya ölmüşse en az iki vârisinin bunu tasdik etmesi gerekir. Bir kimse, bir şahıs hakkında "Bu, benim kardeşimdir, amcamdır." diye tasdiğe mukarin ikrâr ettiği hâlde ikrâr edenin babası veya kardeşleri bunu kabul etmez iseler bu ikrâr, yalnız mukir ile mukarrun leh hakkında muteberdir.²²⁵ Bu iki kısmın kendine has şartlarını izah ettikten sonra, şimdiki

²²¹ İbn Abidin Reddül-muhtar, c, 3, sh,579.

²²² Serahsi, el Mebsut, XVII, s.159.

²²³ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, c,2, sh, 407.

²²⁴ Serahsi, Mebsut, 8/119, Zeylâi (ö. 743/1342) Tebyñül-**hakâik**5/3, İbn.kayyim,Turuku- l hükmiyye, sh, 194.

²²⁵ İbn. Kudame,Muğni, 6/600;Kâsânî, a.g.e, 10/211; Ravdatuttalibin 4/3,:Halife Ali kabi,a.g.e, sh,329.

zikredeceğim şartlar her iki kısımla alakalıdır. Hanefiler’e göre ikrarla nesebin sabit olabilmesi için çocuğun nesebinin meçhul olması, babayla çocuk arasında uygun bir yaş farkının bulunması, çocuğun zina mahsulü olduğunun söylenmemesi, mümeyyiz ise çocuğun veya baba olduğu iddia edilen kişinin bu beyanı kabul etmesi gerekir. Ayrıntılarda bazı görüş farklılıkları bulunmakla birlikte bu şartları genellikle diğer mezhepler de arar. Bu kısa bilgilerden sonrakonumuza dönecek olursak, şunu söylemek isteriz, DNA parmak izi ve ikrar arasında bir değerlendirme yapılacak olursa, ikrar, şeri’ (kanuni) bir delil olması hasebiyle, DNA testi üzerinetakdim edilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Bununla ilgili delil ve değerlendirilmesi ileride, özel bir başlık altında geleceğinden bu kadarla iktifa ediyoruz. Bu konuda uzuntartışmalar ve cevaplar için, Halife Ali Kabinin“el-Basamatü'l-verâsiyye ve eseruhâ alel-Ahkami'l-Fıkhiyye” isimle çalışmanın önemli olduğunu düşünmekteyim. Bu çalışmada, şeri delillerin (Firaş, İkrar, Beyyine) diğerlerine takdim edileceği hususu uzun uzun anlatılmış, hepsi üzerinde ayrı ayrı tartışma ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.²²⁶Bu ifadeler aynıyle Beyyine delili içinde geçerlidir.

3.4.1.1.3. Beyyine

Nesebin beyyineile sübutu, “şahitlik/şahitler” aracılığı ile bir kişinin nesebininkime ait olduğunun ispat edilmesi demektir. Genel anlamda şehadetin muteber olması için şahitlerin şehadet ettikleri hususu bizzat görmüş olmaları gerekirken, nesep ve ölüm gibi hususlarda “Falan kişi, falan kişinin çocuğudur.” şeklinde şöhret ve kamuoyunca kabule dayalı “dolaylı şahitlik” anlamında “şehâdetü’t-tesâmü” veya “istifâda” yoluyla yapılan şehadet kabul edilir.²²⁷

İttifakla kabul edilen bu üç delil vasıtasıyla nesep sabit olduğunda, DNA incelemesive benzeri modern ispat vasıtalarının, bu üç delilden her hangi birini nakzetsmeyeceği, cumhurun görüşüdür. Dolayısıyla firaş, ikrar ve beyyine delilleri ile nesep sabit olduğu yerde, DNA incelemesinin delil değeri yoktur.²²⁸Bir kısım fakihlerse,

²²⁶ Halife Ali kabi, el-basamatul verasiyye ve eseruhe alel-ahkamil-fikhiyye, sh,338-340.

²²⁷ Fetava-i hindiyye; 3/458,Ravdatuttalibin 11/266; İbn Abidin, 7 /64; Mecelle, md.1687- 1688.

²²⁸ Ali karadağı, Elbesametü-lverasiyye min menzurul-fikfii, sh, 18Vehbe Züheyli, Elbesametü-lverasiyye ve Mecalatül-istifadeti minhe,14-15, Halife Ali kabi, Elbesametü-l verasiyye, ve eseruhe alel –ahkamil fikhiyye, sh.217.

DNA incelemesinin mutlak manada delil olduğusavunmuşlardır.²²⁹ Onlara göre firaş, ikrar, beyyine gibi delillerle nesep sabit olsa bile, DNA incelemesi bunlarınakzedecektir.

DNA incelemesinin mutlak manada delil ola bileceğini söyleyen fakihler, nesebin sebebini (illetini) spermin aidiyetine bağlamışlardır. Oysa ileride de izah edileceği gibi, fakihlerin cumhurunun içtihatları, firaş, ikrar ve beyyinenin nesebin sübutunda yegane sebep olduğu istikametindedir. İslam hukukunun, mümkün mertebe nesep aidiyetinin teminini özendiren ve en zayıf halka olan çocuğun himayesine yönelik prensipler vaz' ettiğidikkate alındığında, spermin aidiyetinin dışındadaha kuşatıcı bir isbat yöntemi, makasid ve maslahata daha uygun düşmektedir. Bundan dolayı nesebin bağlanmasında, DNA incelemesinin birinci derecede müstakil bir etkisinin olmamasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.²³⁰ Bununla ilgilifarklı gerekçeler ve izahat lianla ilgili bahiste gelecektir.

3.4.1.2.Nesebin Sübutunda İhtilaflı Deliller

Yukarıda saydığımız üç delille nesebin sabit olmasında fakihler ittifak etmişken, bundan sonraki iki yöntemle nesebin ispatında ise mezhepler arasında ihtilaf söz konusudur. DNA testinin, cumhurun nezdinde, bazı meselelerde, nesebin sübutu hususunda delil olmasının referansı, bu ihtilaflı delillerden kıyafe delilidir. Burada kıyafe delili ile, DNA testi tearuz ve tenakuz ettiğinde hangisi öncelenmeli? sorusunun cevabı tartışma konusu olabilir. Dolayısıyla burada kıyafe konusuna daha fazla yer ayırarak, bu doğrultuda Hanefilerin dışındaki mezheplerde kıyafenin delil olarak kabul edildiği yerlerde, DNA testinin, kıyafe deliline karşı önceliğini ve nesep hususunda delil olma ihtimalini değerlendireceğiz.

3.4.1.2.1. Kıyafe (Benzerlik)

İlmu'l-kıyâfe, kıyâfetu'l-beşer (nesep tespiti), ve kıyâfetu'l-eser (iz tespiti) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kıyâfetu'l-beşer, insanın yüz hatları ve dış hatlarına

²²⁹ Halife Ali kabi, a.g.e, sh, 299-300; Baz, Asım, Baz, mansur, İsbatu-n nesebi bi-lbasamati-l verasiyyeti ba'de nefyihi bi-llian, sh,15.

²³⁰ Bkz, Muhammed Abdullah Alsuwat, İsbat-u nnesebi bi-lkaraini-ttibbiyye el-muasıra (dirase fikhiyye) sh, 28.

bakarak nesebinin bilinmesi olarak tarif edilmektedir.²³¹Bu işte uzman olan kişiyede kaif denmektedir. İslam hukuku kaynaklarında, gerek Hz. Peygamber (s.a.v.) gerekse Hülafaî Raşidin döneminde bir bilirkişi olarak kâiflerin sözlerine güvenildiği yönünde bazı rivayetler bulunmaktadır. Rivayete göre, “Hz. Peygamber (s.a.v.) zamanında, Usume b. Zeyd ile babası Zeyd b. Harise konusunda insanlar arasında Zeyd’in beyaz tenli, Usume’nin de siyah tenli olması sebebiyle dedikodu bulunmaktaydı ve birçok insan, Usume’nin Zeyd’in çocuğu olmadığı kanaatinde idi. Bir gün her ikisi de mescitte bir örtünün altında ayakları dışarıda olduğu halde yatarken, o günün meşhur kâifi Mücezzizu’l-Mudlicî ikisini bu halde görür ve ayaklarına bakarak “Bu ayaklar, bu ayaklardandır.” der. Hz Aişe’nin (r.a.) belirttiğine göre kâifin bu ifadesini duyan Resulullah (s.a.v.), yüzü güleç bir halde yanına gelir ve ona şöyle der: “Ey Aişe duydun mu? Mücezzizu’l-Mudlicî, Usume ile Zeyd’i bir örtünün altında ayakları dışarıda olduğu halde gördü ve “Bu ayaklar birbirindendir.” dedi.”²³² Bir başka rivayette anlatıldığına göre, her biri; bir çocuğun kendisinin olduğunu iddia eden iki kadın durumu Hz. Ömer’in (r.a.) kadısı Ka’b b. Sevr’e götürülür. Ka’b da “Ben Hz. Süleyman mıyım ki davayı onun gibi halledeyim.” der ve bir miktar toprak getirterek yere serptirir. Önce kadınların, sonra da çocuğun toprağa basmasını ister. Ardından bir kâif çağırır, ona bu izleri gösterir ve çocuğun hangi kadına ait olduğunu sorar. İzleri dikkatlice inceleyen kâif, iddiacı kadınların hangisinin çocuğun annesi olduğunu bulur.²³³Hz. Ömer’in (r.a.) de benzer olaylarda kâiflerin verdiği ifadeye göre hüküm verdiği ve bunu sahabeler huzurunda yapmasına rağmen kimsenin itiraz etmediği zikredilir.²³⁴

İslam hukuku kaynaklarında kâiflerin verdiği bilgiler ile amel edilip edilmeyeceği yönündeki tartışmalar, çoğunlukla kâiflerin nesep tespiti hususunda verdikleri bilgilerle nesep ilhakının yapıp yapılmayacağı hususunda yoğunlaşmış, bu konuda fukaha arasında uzun tartışmalar olmuştur. Şafîî, Malikî ve Hanbelî âlimleri, Mücezzizu’l-Mudlicî adlı kâifin sözüne Peygamber’in (s.a.v.) büyük sevinç göstermesini, Hulefâ-î Râşidin ve bazı sahabelerin kâiflerin sözüyle nesep konusunda

²³¹ Tayşi, Mehmet Serhan, DİA, md, Kıyâfe, XXV/508. Turan Fatih, İslam Muhakeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) Ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:33, Erzurum 2010, sh, 152.

²³² Buhârî, Fedâilu’l-Ashâb, 17; Ebu Dâvud, Talâk, 30.

²³³ İbn kayyim, Turukul hükmiyye, 235.

²³⁴ Vekî’, a.g.e., I, 280; İbn Kayyim, Turukul hükmiyye, 235.

hüküm verdiklerini öne sürerek, kâiflerin sözleriyle neseb tespitinde amel edileceğini zikrederler.²³⁵ Hanefi âlimler ise, Zeyd ve Uame (r.a) arasındaki nesebin, firaş karinesi ile sabit olduğunu, Peygamber'in (s.a.v.) kâifin bunu destekler sözüne sadece sevindiğini, yoksa onun sözüne binaen neseb tespiti yapmadığını ve kâifin zaten bilinen bir şeyi söylediğini belirterek, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) neseple ilgili başka örneklerde kâife başvurmadığını savunurlar. İbn Abdilberr "Çocuk firaşındır." hadisinden hareketle, evlilik akdi bulunduğu sürece fikhen (hukuken) çocuğun nikahlı babaya hamledileceği, benzerliklerin nesebin ilhakında hukuki bir anlam ifade etmediğini söyler. Nesebin ilhakında firaşın (nikah akdi) etkili olduğunu, benzetmenin/benzemenin bir değerinin olmadığını, firaş hadisini bu şekilde anlamamanın gerekliliğini Peygamber'in (s.a.v) şu sözüne bağlamıştır: "...Bu kadını (doğumunu) gözleyiniz! Eğer gözleri sürmeli, iri kalçalı ve iri baldırlı bir çocuk doğursa, o çocuk Şerîk bin Sehmâ'ya aittir." Kadın bu tarife uyan bir çocuk doğurdu. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v); «Eğer Allah'ın kitabında lian hükmü bildirilmemiş olsaydı; benimle, o kadın arasında elbette bir hüküm olurdu²³⁶ (o kadına zina cezasını uygulardım)». Yani Peygamber (s.a.v), benzeşmeye, onunda ötesinde belkide kendi bilgisini bu tür yerlerde işin içine katmayarak, davacı ve davalının ifadeleri doğrultusunda hüküm vermiştir. Bu da şu anlama gelmektedir; hukuki babalıkta, sonucu belirleyici unsur tarafların ifade ve iddialarıdır. Biyolojik baba kavramının hiçbir hukuki değeri yoktur. Çünkü İslam hukuku, babalık kavramını nikah akdiyle özdeşleştirmiştir.

Hanefiler kaifle neseb tespitini hiç bir şekilde kabul etmezler. Diğer üç mezhepte, bazı meselelerde kaife müracat etmek suretiyle neseb tespit edilebileceği kabul edilmiştir. Mesela iki kadından biri oğlan, diğeri de kız doğurmuş olduğu hâlde her biri kızı değil, oğlanı doğurmuş olduğunı iddia etse; bu iki kadın ile iki çocuk kaiflere gösterilir, çocuklardan her birinin nesebi, kaiflerin ilhak edeceği kadına âit olur veya bu kadınların sütleri, tıp ehli ve uzmanlar tarafından muayene edilir. Çünkü "Erkek çocuğa âit süt ağır, diğerrinin sütü ise hafiftir." denilmektedir.²³⁷ Ahmet bin. Hanbele (r.a) göre, nesebi meçhul bir laktin (sokağa terkedilmiş çocuk) nesebini iki kimse bilâ beyyine iddia edecek olsalar, çocuk kaiflere gösterilir. Kaifler birisine hak

²³⁵ İbn. Kayyim, Turukul hükmiyye, sh, 235; Turan Fatih, a.g.m, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı, 33, Erzurum 2010, sh, 157.

²³⁶ Buhari, Talak 28, Şehadat 21; Ebu Davud, Talak 27; İbn kayyim, Turukul hükmiyye, sh, 235.

²³⁷ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/472.

tanıyabildikleri gibi, ikisine de ilhak edebilirler.²³⁸ Şafi, (r.a) burada nesep tayininin, çocuğun ergenlik dönemine kadar ertelenmesini, çocuk ergenlik dönemine ulaştığında, iddiada bulunanlar içinde kendini daha yakın hissettiği birisine nesebini hamledeceğini söylemiştir.²³⁹ Bu aktarımlardan da anlaşıldığı gibi Hanefilerin dışındaki mezhepler, nesebin sübutuyla ilgili olarak, nesebin meçhul olduğu yerlerde kâife müracatı çözüm olarak kabul etmişlerdir. Ama firaş, ikrar, beyyine delilleri sabit olduğu yerlerde bunlar aşılaraq kaifin görüşüne müracat ittifakla kabul görmemiştir. Nesebin sübutiyetinde kaifi kabul eden fakihlerin, kaife müracatı uygun gördüğü yerlerde, DNA testinin, daha isabetli bir ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Çünkü DNA testi kıyafeye nisbetendaha güçlü bir ispat vasıtasıdır. Konuyu daha da ileri götürerek, hanefilerin de mezkûr meselelerde DNA testini ispat vasıtası olarak kabul edecekleri söylenebilir. Çünkü hanefilerin, kaiflerin görüşlerini redd gerekçeleri, kaifin verdiği bilginin mücerret bir tahminden ibaret olmasından kaynaklıdır. Oysa DNA incelemesi tahminden öte, tam manada bir bilimsel faaliyettir. Hanefilerin, 'Nesebi üzerinde münazada bulunulan çocuğun, teni üzerindeki bir işareti delil olarak suna bilene nesep ilhak edilir.'²⁴⁰ yönündeki görüşü de bu düşüncüyü desteklediğini söyleyebiliriz.

3.4.1.2.2. Kura

Bazı fakihler, Hz Ali'nin (r.a) Yemen'deki uygulamasına istinaden, Kur'a ile nesebin sübutunun, caiz olduğunu söylemişlerdir.²⁴¹ Hz. Ali'den nakledilen bu uygulamayı cumhuru ulema çeşitli gerekçelerle dikkate almamışlardır.²⁴² Bilakis Hz. Ali'nin, (k.v) Hz. Ömer (r.a.) zamanında, Yemen'de farklı bir davada, çocuğun nesebi hakkında çekişmeye düşen iki kişi arasında verdiği hükümde, çocuğu her ikisine mirasçı ve her ikisininide çocuğa mirasçı kılarak nesebi bunların ikisine verdiği söylenmiştir. Buna göre Hz. Ali'nin (r.a.) elinde, birinci hükmü nesheden bir delil olmasaydı daha sonra, kur'aya başvurmaksızın, hüküm vermezdi. Kur'a ile nesep tespiti ispat yollarının en zayıfıdır, neredeyse kabul görmemiştir. Konuya DNA incelemesi açısından

²³⁸ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/73.

²³⁹ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/73

²⁴⁰ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/73

²⁴¹ İbn. Kudame, Muğni, 6/344

²⁴² İbn kayyim, Turukul hükmiyye 235. Bu konudaki varid olan hadis hakkındaki değerlendirmeler için bkz, İbn. Kayyim, Cami'ul-Fıkhi, kitabu'l- büyü' vel-cihad, c, 4, sh,5 85-587

baktığımızda, DNA testi gibi bir delil varken, kuraya hiç itibar edilmeyeceği söylenebilir. Kura üzerindeki değerlendirmenin uzatılması, maksad açısından gereksiz olduğunu düşündüğümünden, bu kadarla iktifa ediyorum. Bu konudaki rivayetlerin fıkhi değerlendirmesi için, İbn Kayyım el-Cevziyye'nin İ'lâmü'l-muvakki'în isimli eserinde geniş bilgi vardır.²⁴³ İslam hukuku, nesebin nefyi hususunda engelleyici kriterler vaz ederek mümkün derece nesebin nefyini zorlaştırmıştır. Bu engelleyici kriterlerin odak noktasında ise nesebin nefyi hususunda öncelikle işletilmesi şart koşulan, lian prosedürü vardır. DNA testinin nesebin nefyine olan etkisinin anlaşılması ve değerlendirilmesi, lian prosedürüyle yakından alakalıdır. İçtihatlarla baktığımızda lian prosedürünün uygulanabilirliğinin şartları oluşmadığından, bu prosedürün işletilemediği ve bu yüzden de nesebin reddinin mümkün olmadığı yerler vardır. Dolayısıyla DNA incelemesinin nesebin nefyindeki etkisinin tam anlamıyla değerlendirilmesi, lian prosedürünün işletilebilmesine dair malumatın, zabt ve yorumlanmasıyla birebir alakalıdır. Bu yüzden DNA incelemesiyle nesebin nefyini, lian prosedürü bağlamında ele alacağız.

3.4.2. Nesebin Nefyi

Nesebin sübutiyetine dair yollar oldukça geniş tutulurken, nesebin nefyine giden yollar ise, sadece lian prosedürüne bağlanarak, oldukça daraltılmıştır. Liân yaparak nesebi reddeden baba ile çocuk arasında, mirasçılık, nafaka yükümlülüğü gibi ilişkiler son bulmaktaysa da, aile hukuku açısından bazı ilişkiler devam etmektedir.²⁴⁴ Meselâ liân yaparak nesebini reddettiği çocukla babası ve onun yakınları arasındaki kan, sıhrî hısımlık ve süt hısımlığından doğan nikah engeli geçerliliğini korur. Bunun, bir gün kocanın nesebi itiraf etmesi sonucu tekrar nesep ilişkisinin kurulması ihtimaline, ya da çocuğun her ne kadar lian yoluyla nesebi reddedilse de ihtimal dâhilinde olan mahremeyitin gereğine riayet olarak alınmış, ihtiyatî bir tedbir olması mümkündür. Nesebin ikrarından rucû sahih değilken, lian yoluyla gerçekleşen nesebin reddinden, nesebin kabulüne dönüşün mümkün olması, İslam hukukunun, mümkün derece soy bağının korunmasını verdiği öneme işaretir. Bu ifadelerle şunu kasdediyoruz; nesebin nefyinde kullanılabilecek delil bizzat şari'tarafından belirlendiğinden (kanuni delil sistemi) burada DNA incelemesi asli delil olarak kabul edilmemektedir. Lianın; tatbiki,

²⁴³ İbn kayyim, Turukul hükmiyye 235.

²⁴⁴ İbn. Hümmam, Fethul kadir, c, IV, sh, 147.

yada geri çekilmesi bağlamında, taraflara fikir vermesi açısından DNA incelemesi önemli olmasına rağmen, nesebin nefyinde öncelikli olarak yapılması gereken şey lian prosedürünün işletilmesidir. Bu da, ileride de ifade edeceğimiz gibi, nesebin nefyindeki delilde taabbudilik düşüncesini desteklemektedir.

3.4.3. Nesebin Nefyinde Lianın Dna Testine Takdimi

Liân, kocanın karısını zina ile suçlaması ve bunu dört şahitle ispat edememesi halinde, hâkim önünde özel şekilde ve karşılıklı olarak yeminleşme anlamında bir İslâm hukuku terimidir.²⁴⁵ Hanefî ve hanbelilerin ortak tarifine göre, liân; koca tarafından yalan söylüyorsa Allah'ın lâneti kendi üzerine çekilerek, yeminlerle güçlendirilmiş şahadetlerdir. Kadın da, eğer yalan söylüyorsa, Allah'ın gazabını üzerine çeker. Bazı yerler istisna, lian prosedürü işletilmeden nesebin reddi mümkün olamamaktadır.²⁴⁶ Lian prosedürünün işletilebilmesi için de, lianın uygulanabilirliğine dair bazı şartlar ileri sürülerek, lianın uygulama alanının daraltıldığını görmekteyiz. Bu alanın daraltılması ise nesebin nefyi ile ilgili alanın daraltılması ve nesbin nefyinin zorlaştırılması anlamına gelmektedir. Lian işletilemediğinde ise nesep aslı üzere devam etmektedir.

Hanefilere göre liân kazf filinin yerine ikame edilen bir işlem ve bir tür şahitliktir.²⁴⁷ Yani kimlere karşı kazf suçu işlenebiliyorsa ancak o kimselere karşı liân söz konusu olur ve liânın tarafları olan karı ve kocada şahitlikte aranan şartlar aranır. Karı ve kocanın; lian yapmaya ehil olabilmeleri için; şahitliklerinin kabul edilebilir olması ve kazf haddinin geçerlilik şartlarını taşımaları şarttır. Kadı, yaptığı tahkikat sonucu karı ve kocayı şahitliğe ve haddi kazfe ehil bulmazsa "lian" yaptıramaz. Konunun aydınlatılması açısından lianın uygulanabilmesinin sıhhatine dair önemli bulduğumuz bazı şartları, beyan edelim. Eşler arasında evliliğin devam etmekte olması gerekir, evli olmayan taraflar arasında veya yabancı bir kadına zina isnadında bulunulması halinde mulâane yoluna gidilemez. Nikâh akdinin sahih olması gerekir. Meselâ, şahitler bulunmadan nikah kıyan ve bu sebeple nikâhı fasit olan eşler

²⁴⁵ İbn. kayyim, Turukul hükmiyye, sh, 235.

²⁴⁶ İstisna edilen haller, Hamileliğin En Alt Sınırına ulaşmama, Hamileliğin En üst Sınırını geçme, Kocanın biyolojik yetersizliği, Kocanın fizyolojik kusuru gibi yerlerdir. Buralarda nesep söz konusu olamayacağından reddi de söz konusu değildir. bkz. Serahsi, Mebsut, 17/99, Ka'bi, el-Basmatü'l-verâsiyye, sh, 389-391, Yılmaz İbrahim, İslâm Aile Hukukunda Nesebin Reddi, Marife, Bahar 2014, ss. 35-44.

²⁴⁷ Kâsânî, Bedaiü's-Sanai', 3/241,

arasındamulâane yapılamaz. Kocanın şahitlik yapma ehliyetine sahip olması durumunda ise; eşlerin akıl bâliğ ve Müslüman olması ve kazif suçundan dolayı hadd cezasına çarptırılmamış olması gerekir.²⁴⁸

Hanefilere göre daha önce zina ettiği sabit olan kadına, -bu kadın muhsan sayılmayacağı için- kocası tarafından yöneltilen böyle bir ithamdan dolayı, liân işlemi başlatılamaz. Kadının memluke veya gayri müslim olması durumunda da liân söz konusu değildir. Kocanın kazf suçundan daha önce mahkûm olması halinde de şahitlik ehliyetini kaybettiği için liâna başvurulamaz. Daha önceden çocuk ve baba arasında nesep ilişkisinin varlığına hükmedilmemiş olmalı. Mesela üçüncü bir şahıs, dünyaya getirdiği çocuk sebebiyle anneye karşı kazf suçu işlese ve hâkim de üçüncü şahıs aleyhine kazf suçuna öngörülen hadd cezasına hükmetse, bu hükümle annenin kazfe konu olan suçu işlememiş olmasıyla birlikte, çocuğun da evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Burada lian yoluyla nesebin nefyi söz konusu olamaz. Kâsânî “Bedâi'u's-Sanâi” isimli meşhur kitabında bu konuyu Ebi Yusuftan naklen şu şekilde tasvir etmiştir; Koca eşinin doğurduğu çocuğu rededetse, bu arada yabancı birisi de bu çocuğun nikah dışı olduğunu iddia etse ve bunuda ispatlayamadığından haddi kazif cezasına çarptırılsa, böylece çocuğun nesebi sabitleşmiş olacağından, lian prosedürü işletilemeyecek böylece neseb kendiliğinden bağlanmış olacaktır.

Ebû Hanîfe'ye göre, çocuğun nesebini reddetmek için liân başvurusu, hemen doğumun arkasından veya normal olarak en geç bir hafta içinde olmalıdır. Bu süre aşıldıktan sonra çocuğun nesebi kendiliğinden sabit olur. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, bu müddeti lohusalık süresi sonuna kadar uzatmak mümkündür²⁴⁹. Hanefilerin dışındaki diğer mezhepler liânı, kazf ve şahitlikten bağımsız, bir tür yemin olarak kabul ettiklerinden dolayı, lian uygulamasında kazf suçunun oluşması için gerekli olan şartlar aranmamakta, şahitlikle ilgili hükümler söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla onlara göre kadının Müslüman veya hür olması şart değildir. Kocanın daha önce kazf suçundan mahkûm olması da sonucu etkilemez, liân işlemine başvurulur.²⁵⁰

²⁴⁸ Kâsânî, Bedâiü's-Sanai',3/241;İbn. Abidin, Reddû-lmuhtar, 2/585.

²⁴⁹ Kâsânî, Bedâiü's-Sanai',3/246.

²⁵⁰ Mezheplerin görüşleri için bkz, el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, Mad. Lian, XXXV/249-251.

DNA incelemesi vasıtasıyla biyolojik babayı tespit etmek neredeyse kesindir, ama biyolojik babanın tespiti soyun ondan devam edeceği anlamına gelmemektedir. Çünkü nesep bağının sübutunun ön şartı nikah akdidir. Eşler arasında nikah söz konusu ise doğan çocuğun nesebi sahihtir. Evlilik (Nikah) dışı bir çocuğun dünyaya geldiğinde spermin aidiyetinin tespiti (biyolojik baba) cihetiylenesebi tayin etmek mümkün olmaz. Çünkü bu nikah akdine bağlı bir aidiyet değildir. Böyle bir durumda, liana bile müracat etmeden, direkt olarak nesebin nefyi söz konusudur.

3.4.4. Nesepte Taabbudilik ve DNA İncelemesi

Taabbudî hüküm: Aslında ma'kul olmakla birlikte, doğrudan aklın alanına girmeyen, vaz edilmiş gerekçeleri (illetleri) akılla tam olarak anlaşılamayan, Şâri'in (kanun koyucunun) kendileriyle neyi amaçladığı gizli kalmış hükümlerdir. Bu tür hükümlerde aslanan, istenilen şeye olduğu şekliyle uymaktır. Burada, herhangi bir yoruma gitmek ve hükmü esnetmek de mümkün değildir.²⁵¹ Buhârî, (r.a) Ebu'z-Zinad'ın şöyle dediğini nakleder: "Sünnetler ve hakkın çeşitli şekilleri (şer'i hükümler), çoğu kez insan aklının kavrayamayacağı şekilde gelir. Müslümanların ona uymaktan başka çaresi yoktur. Meselâ hayızlı kadın orucu kaza eder de, namazı kaza etmez."²⁵² Muâze adında bir hanım Hz. Aişe'ye (r.a) gelerek: "Neden âdet gören bir kadın temizlendikten sonra âdet günlerinde kılamadığı namazları kaza etmiyor da tutamadığı oruçları kaza ediyor?" diye sordu Hz. Aişe: "Sen Harûriye'den misin?" dedi. Kadın: "Hayır, Harûriye'den değilim ama öğrenmek için soruyorum" dedi. Bunun üzerine Hz. Aişe: "Vaktiyle bu iş bizim başımıza geldiğinde orucu kaza etmekle emrolunduk, namazın kazası ile emrolunmadık." dedi.²⁵³ Taabbudî hükümlerin tanımından hareketle, bu hükümlerin özelliklerini, kesin nasslara dayanıp, dinin aslına dahil olmak, kıyasa konu olmamak, asılları itibariyle değişime açık olmamak, şeklinde sıralamak mümkündür. Usulcülerimiz taabbudî hükümlerin varlığında ittifak etmelerine rağmen, bunların kapsamında ihtilaf etmişlerdir. Bazıları alanı geniş tutarken, bazıları orta yolu takip etmişler, bazıları ise her hüküm için açık bir illet tespitinde, imkanları zorlamışlardır. Bunlar tezimizi doğrudan ilgilendirmediklerinden dolayı, bu konuda fazla

²⁵¹ İbn Abdisselam, Kavâ'id, I, 19; Şâtıbî, el-Muvâfakât, II, 308-309, 318-319

²⁵² Buhârî, "Savm", 41.

²⁵³ Buhârî, "Hayz", 20.

detaya girmeden, asıl söylenmesi gerekene dönmek istiyorum. Durum ne olursa olsun, bazı hükümlere ait illetlerin, açık olmadığı, ya da anlaşılamadığı bir gerçektir. Usulcülerimiz bu tür hükümlere Taabbudi hükümler demişlerdir. Hükümde taabbudilik, hukuku sınırlandırma değil, bilakis, şari tarafından doğrudan konulmuş çözüm ve çıkış yoludur.

Taabbudi hükümlere verilmiş bazı örnekleri zikrederek, bunlar ve nesebin ispatına dair hükümler arasındaki benzerlilere dikkat çekmek istiyorum. Kerahet vakitlerinde namaz kılma yasağı, hac menasiki kapsamında atılan taşlar ve tavafın şavtlarının sayısı, zekattaki miktar ve adetler, hadd cezalarındaki sayılar ve benzeri hususlar, çoğu fakihlerce taabbüdi hükümler olarak kabul edilmiştir. Süyutî abdesti bozan ve guslü gerektiren hükümlerin gerekçesinin, (illeti) taabbudî olduğunu söyledikten sonra, şu yorumda bulunmuştur, “Bunlar taabbudî olmasalardı, âlimlerin çoğuna göre temiz sayılan meninin çıkması sebebiyle bedeninin tamamının yıkanması gerekmeyecekti.”²⁵⁴

Neseple ilgili içtihatları, hukuk felsefesi (makasîd) açısından ele alacak olursak, bunların odak noktasında, çocuğun toplum içindeki itibarının korunması, bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi gibi, çocuğun lehine olan amillerin etkisini görürüz. Sanki Şari’ neseb babında mümkün derece tarafların yararına olacak şekilde bilinçli bir hukuk boşluğu bırakmak suretiyle, tarafları psikolojik ve sosyolojik açıdan korumaya alarak, bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü tehdit edenaile ve ruh sağlığının bozulmasına neden olabilecekhususlarıhafifletmiştir. Tam da şuhadisın ifade ettiği gibi,“Allah (sizin için) bir takım hududlar belirlemiştir, onları aşmayın; bir takım farzlar ortaya koymuştur, onları (terk ederek) zayi etmeyin; bazışeyleri haram kılmıştır, onları çiğnemeyin. Bazı konularda, unuttuğundan değil, sadece size olan rahmetinden dolayı sükut etmiştir onları da araştırmayın.”²⁵⁵ Taabbudî olarak kabul edilen hükümlerin taşıdığı maslahat, belirlenen hükümlerin vaz edildiği şekliyle ifa edilmesinde gizlidir. Bu sebeple mesela, orucun insanlara sağlamak istediği maksat ve maslahatın sıhhati korumak olduğu söylenerek, perhiz ve diyet yöntemleri orucun yerine ikame edilerek mevcut oruç hükmü değiştirilemez.

²⁵⁴ İbn. Abdüşşekür, Muhibbullâh b. Abdüşşekür el-Bihârî (ö.1119/1707) Müsellemu’s-sübût, Darul-Kutubi’l-İlmiyye, 2002, II /310 .

²⁵⁵ Dârekutni, Ali b. Ömer Ebû’l-Hasen, es-Sünen, IV, 184, IV, 298; Hâkim, Muhammed b. Abdillâh, el-Müstedrek, IV, 129; Beyhakî, es-Sünenü’l-kübrâ, X, 12;

Çocuğun nesebini reddedebilmek için şart koşulan liân başvurusunun, hemen doğumun arkasından veya en geç bir hafta içinde yapılmasının gerekliliği, bu süre aşıldığında, çocuğun nesebinin, kendiliğinden sabit olması, fasit nikâh ve şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu doğan çocuğun nesebinin sahih olması, mülaanenin geçersiz olduğu yerlerde reddi nesep davasının kabul edilememesi gibi örnekler, nesep babında da taabbudiliğin geçerli olduğuna delalet ettiği düşünülebilir. Neseple ilgili konulara göz atıldığında, taabbüdiliği andıran benzeri hükümleri bulmak mümkündür. Biz bunların örneklerinden önemlibir kısmını bu bölüm içerisinde farklı başlıklar altında dile getirdik. Burada söylemek istediğimiz şudur; İslam hukuku neseple alakalı yerlerde konunun üzerine fazla gidilmeden soy bağının kurulabilmesini kolaylaştırmak suretiyle, imkan dairesinden neslin korunmasını hedeflemiştir. Bu yüzden nesebin ilhakında, delil olarak nikah akdinin varlığı yeterli görülerek, nesebin sübutu kolaylaştırılırken, nefyinde ise, lian şartı koşularak, zorlaştırılmıştır.

Erkek spermi ile kadının yumurtasının karışması gibi tespiti gayri zahir ve gayri münzabit unsurların hükme gerekçe olamayacağı usuli bir kaidedir.²⁵⁶ Yasak/gayri meşru şekilde gerçekleşen beraberlik sonucu nesepten değil de mutlak anlamda bir halk'tan (yaratılma) bahsedilebilir. Neseple ilgili meselelerin büyük çoğunluğunda elbette spermin ve yumurtanın aidiyeti önemlidir, asıl vegalip olanda budur. Fakat cüzi meselelerdeki istisnalar vemüsamahalar, hukukun kusuru değil, belkide hukuk felsefesi açısından bir gerekliliktir. Burada şunu da yeri gelmişken ifade edeyim, taraflardan birisinin, nesep bağı olmayan her hangi birisini kasten aileye katması, ilgili kişiyi konuyla ilgili hadisin muhatabı kılacaktır. Meri hukukta evlilik dışı doğan çocuğun, biyolojik babaya hamlinin hukuken kabul edilmesi, kamu oyununda babalığınsadece genetik bir hadise gibi algılanmasına sebep olabilir; oysa aynı meri hukukta, evlat edinme (tebenni) kapısı açık tutularak anne vebabanın ortak genlerini taşımayan birisini neseplerine dahil etme imkanı verilerek ilgili kişiye neseple alakalı bütün haklardan yararlanma imkanı sunulmuştur. Demek ki her hukukun kurmak istediği sosyal yapı farklı sonuçlara sebep olabilmektedir.

Bütün bu açıklamalardan sonra özetle şunu söylemek isteriz; DNA testi nesep hukuku açısından müstakil bir delil değildir. İslam hukukçularının ittifakıyla nesebin

²⁵⁶ Vehbe Zuhayli, el- Vecîz fi usulî'l-fikh, yt.1999, sh,77.

nefyinin, sadece lianla gerçekleşmesi, bu konuda kanuni (kati) delil sisteminin, geçerliliğine delalet etmektedir. Nesep babında kanuni delil sisteminin geçerliliği, bilimsel birispat vasıtası olan DNA incelemesinin delil değerinin tamamen yok sayıldığı anlamına gelmez. Zira DNA incelemesi nesep ve hadd cezalarının dışında kalan dava konularının ispatında İslam hukuku prensip ve ilkeleri çerçevesinde tam ve müstakil bir delil olduğu gibi, nesebin nefyi ya da sübutunda yardımcı bir delil olarak değerlendirilmesi mümkündür. Mesela liana müracat edecek tarafları engellemeye yönelik uygun bir sonuç çıktığı takdirde, davayı geri çekmeye yarayan, caydırıcı birdelil olarak değerlendirilmesi gibi. Ama sadece DNA incelemesine bağlı olarak mülaane yapılmaksızın, nesebin nefyi ve tefrik gerçekleşmez. Geçmiş dönem fakihlerimiz ittifakla ve son dönem fakihlerinin büyük çoğunluğu, bu görüştedir.²⁵⁷ Bilim ve teknoloji kendi mecrasında; İslam hukuku kendi prensipleri doğrultusunda ilerlemektedir. Bu ayrımın özümsemesi neseple ilgili içtihadı yorumları anlamayı kolaylaştıracaktır. Örnek olarak Alman yasalarında kabul edilen sıkı kanuni delil sisteminin bazı teknolojik delillerden yararlanmayı engellemesi de bu kabildendir. İslam hukukunun amacı ve ilkelerini dışlayarak, bu hukukun nesep hakkındaki sağladığı vüsatten habersiz ve usulsüz bir şekilde, DNA incelemesinin nesebe etkisini ele alacak olursak, DNA incelemesinin, bilimsel bir delil oluşunun oluşturduğu baskıyla, neseple ilgili her şeyi çözeceği gibi bir algı oluşa bilir. Ama bu konu fıkıh kaide ve usulleri çerçevesinde ele alındığında bu düşüncenin tamamen değişeceği söylenebilir.

3.4.5. Dna Testinin Nesebe Etkisinde Günümüz İslam Hukukçularının Görüşleri

Son dönem İslam hukukçuları, DNA incelemesinin nesebe olan etkisinde, iki farklı görüş üzere olmuşlardır. Bunlardan çoğunluğu oluşturanlar, DNA incelemesini, kıyafe delili düzeyinde düşündüklerinden, bunun etkisinin firaş, ikrar ve beyyine delilinden sonra geleceğini kabul ederken, diğer bir kısım islam hukukçuları ise, bunumüstakik bir delil olarak kabul etmişlerdir. Şimdi bu iki görüşe kısaca göz atalım.

²⁵⁷ Bununla ilgili kaynak ve tafsilat bir sonraki başlıkta gelecek.

3.4.5.1.Kıyâfe Konumunda Olduğu Görüşü

Muhammed Süleyman el-Aşkar, Ali Muhyiddin el-Karadâgî, Mustafa Vehbe ez-Zühaylî, Muhammed Rafet Osman, Hasan Ali eş-Şâzelî, Nasr Ferîd Vâsıl, Nâsır el-Meymen, Ömer es-Sebîl, Muhammed es-Selâmî, Eymen Muhammed Ömer el-Amr, Halife Ali el-Ka'bî gibi günümüz İslam hukukçuları, DNA parmak izinin “firâş, ikrar ve beyyine” gibi ittifak edilen deliller karşısındaki konumunu kıyâfeye benzetmişlerdir. Dolayısıyla kıyâfenin delil değeri firâş, ikrar ve beyyine den sonra geldiği gibi, DNA testinin de konumu bunlardan sonradır, şu kadar farkla ki, DNA parmak izi testi, kuvvet açısından kıyâfeden daha kuvvetli bir delil olduğundan, kıyafeyle tearuz ederse DNA testinin kıyafenin önüne geçirilmesi gerektiğini söylemişlerdir.²⁵⁸ Şunu da ilave etmekte fayda mülâhaza ediyorum, günümüzde kıyafe müessesesi, gerek uzmanlarının olmaması, gerekse DNA testi gibi bilimsel verinin toplumsal kabulü bulunması hasebiyle, yerini tamamen DNA testine bırakması gerektiği söylenebilir.

Dolayısıyla DNA parmak izi testi, firâş, ikrar ve beyine gibi deliller ile taâruz etmesi halinde bu delillere takdim edilemez. Çünkü şer'î (kanuni) deliller, şer'î bir hükmün takdirinde önceliklidir.²⁵⁹ Nass (Ayet) şahitliğin yerine getirilmesini istemektedir. Şayet DNA parmak izi, şahitliğe takdim edilirse bu ayetler iptal edilmek suretiyle ilahi bir emir ihmal edilmiş olacaktır. Aynı durum ikrar ve firâş delili içinde geçerlidir. Hz. Aîşeden (ra)'rivayette, "...Problemin halli için Resulullah'a (sav) koşular. Sa'd (ra): "Ey Allah'ın Resulü! Bu kardeşimin oğludur. Kardeşim onun hakkında bana vasiyette bulundu. Hele onun benzerliğine de bakın!" dedi. Abd b. Zem'a: "O benim kardeşimdir ve babamın cariyesinin oğludur. Babamın yatağında doğdu" dedi. Resulullah (sav), ondaki benzerliğe baktı Utbe'ye açık bir benzerlik gördü. Sonra: "Bu sana aittir ey Abd İbni Zem'a. Çocuk, kadınla evli olan kocaya (sahib-i firâşa) aittir. Zina eden için ise mahrumiyet vardır" buyurdu. Sonra da, çocuğun Utbe'ye olan benzerliğinden dolayı Sevde Bintu Zem'a'ya: " (Bunu kardeşin bilme, ihtiyat et,

²⁵⁸ Karadâgî , el-Basmatü'l-verâsiyye, 55-57; Sebîl,el-Basmatü'l-verâsiyye, 59-62;Vâsıl el-Basmatü'l-verâsiyye, 77- 79; Ğanem, Devru'l-basmetü'l-verâsiyye fi'l-isbât, 475; Nezir Hamedu, Eseru'l-basmati'l-verâsiyye,7; Salabi, Mecalatü'l-basmati'l-verâsiyye, 14. Yılmaz İbrahim, İslâm (Aile) Hukukunda DNA Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu,İslam Hukuku Araştırmaları dergisi s. 28. Ekim 2016, sh, 97.

²⁵⁹ Ibn kayyim,Turukul hükmiyye 235.

ona karşı) tesettür et!” diye emretti. O (çocuk), kadını (Sevdebintü Zem’a’yı) Allah’a kavuşuncaya kadar göremedi. (Sevde, Resulullah (sav)’ın zevcesi idi.),”buyruldu. Bu hadis, çocuğun sahib-i firaştan başkasına benzemesine rağmen, mantuku ile çocuğun sahib-i firaşa ait olduğuna delalet etmektedir. Çocuğun, nikahlı kocadan başkasına “benzerliği” asli delil olan “firaş” delili karşısında ona takdim edilmemiştir.

3.4.5.2. Müstakil Bir Delil Olduğu Görüşü

İbrahim Osman, Abdurreşid Kasım, Abbas Ahmed el-Baz, Saduddin Hilali ve Bender Fuad es-Suveylim gibi son dönem İslam hukukçularına göre, gerekli şartlar bulunduğu, DNA parmak izi testi nesebin ispat ve nefyinde firâş, şehadet, ikrar ve lian gibi müstakil ve doğrudan bir delil olarak kabul edilmiştir.²⁶⁰ Bu görüş sahiplerine karşı cevaplar, tezimizin içerisinde farklı yerlerde dile getirildi. Bunları şu şekilde hulasa etmek mümkündür; DNA testini müstakil bir delil olarak kabul etmek, tatmin edici şeri bir mesned olmaksızın, şahit, ikrar ve lian gibi müttefekun aleyh olan şeri’ delilleri yok saymaktır. Ayrıca, eğer DNA testine böyle biritibar sağlanacak olursa Vşu soru akla gelecektir, böyle bir imkan, şahit (beyyine) ve ikrarın yerine ikame edilebilecek olan güçlü görüntü ve ses kayıtları yapan cihazlara ve benzerlerine de neden verilmesin ki? Hukuk icab ettiğinde bilimden yararlanan bir disiplindir, ama her ikisinin kendine has disiplin ve yöntemleri vardır. İslam yargılama hukukunda aslolan, zahiri ispatın batına (gerçeğe) mutabık olmasıdır. Eğer batın zahire muhalifse hakimın verdiği hüküm genelde haramı helal, helalıda haram kılma cihetiyle hükümsüzdür. Mesela bir insan profesyonel bir şekilde cinayet işleyip, başka birisinin üstüne suçu atacak şekilde plan yapsa ve zahirideliller masum birisini gösterse, zahiri sebepler açısından suçlu masum insan iken, hakikat noktasında suçlu, gerçek katil olan adamdır. Katil adamı affedip, masum adamı cezalandırmak zahiri deliller açısından normal iken, hakikat noktasında zahiri deliller ile masum bir insanı cezalandırmak, katili serbest bırakmak da zulümdür. Yalnız hakim hakiki illete muttali olamadığı için, ona bir günah

²⁶⁰ Abdürreşid Muhammed Emin b. Kâsım, “el-Basmatü’l-verâsiyye ve huciiyyetühâ”, Mecelletü’l-adl, Vizâratü’ladli’s-Suudiyye, el-Aded: 23, Receb 1425, es-Senetü’s-sâdisetü; Yılmaz İbrahim, İslâm (Aile) Hukukunda Dna Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu, İslam Hukuku Araştırmaları dergisi s. 28. Ekim 2016, sh, 93.

yazılmaz. Şu da var ki, hakim, olması gereken tetkik ve tahkiki yapmak zorundadır; aksi taktirde mesul olur. Teslim edilmeyen hakk açısından sorumluluk ve gerçekhüküm uhrevi muhasebeye bırakılmıştır.“ Ben sadece bir beşerim. Sizler bana yargılanmak üzere geliyorsunuz. Belki sizin biriniz, delilini getirmekte diğerinizden daha becerikli ve daha üstün anlatımlı olabilir. Ben de dinlediğime göre o kimsenin lehinde hüküm veririm. Kimin lehine kardeşinin hakkını alıp hüküm vermişsem, ona cehennemden bir parça ayırmış olurum.”²⁶¹ Hadisi şerifi buna delalet etmektedir.

Yukarıda dile getirdiğimiz,“zahiri yargı kararının, batınla (hakikatle) ters düşmesi halinde, verilen hüküm hakikatte geçersizdir.” İlkesi firaş, ikrar, şahit ve lian gibi müttetekun aleyh olan delillerle nesebin hamli ya da nefyi sabit olduğunda, DNA testi sperm aidiyetini nikahdışındaki birisi olarak gösterirse, buradakizahir batın uyuşmazlığı zannı zihinleri kurcalamaktadır. Bunun temelinde, sperm aidiyeti nikahdışından olan birine ait olan çocuğun nesebinin, nikah akdine sahip olan babaya hamledilmesinin kabul edilemez bulunması önyargısının, hukukun söylemek istediğinin önüne geçirilmesi sorununun yattığı düşünülebilir.

Bu ön yargı, bazen öyle bir düzeye ulaşmaktadır ki, İslam hukukunun nakışlığı ve yetersizliği sorununa dönüştürülmektedir. Bu kargaşanın giderilmesi, yargının amacı olan, hakkı teslim etmedeki inceliğin, farklı boyut ve derinliklerini idrak etmekle, mümkün olacağı kanaatindeyim. Şöyle ki, yargı kararlarından amaçlanan, hiç kuşkusuz hakkın sahibine teslim edilmesidir. İşte bu hakkın sahibine teslim edilmesini, ilişkili olduğu dava konusunun, artçıları bağlamında ele aldığımızda iki farklı hakk olgusu karşımıza çıkacaktır. Şöyleki Mali davalara taalluk eden hakk kavramı konusu aile hukuku olan hakk kavramı. Bu ikisinin telakkisi aynı ağırlıkta ve eşitdeğildir. Mali haklara dayalı sorunlar, bireysel ve doğrudan şahsi menfatlarla alakalı olduğundan, burada hakimin vereceği zahiri kararın gerçeğe örtüşmemesi, yani zahir-batın uyuşmazlığı olduğu durumda, hakiki sorumluluk zimmette mahfuz iken, konusu nikah, nesep veboşanma gibi aile hukukunu ilgilendiren davakonularında, hakk olgusu, hem çok yönlü, hemdetek kişiyi değil, onlarca yüzlerce, belki de daha fazla kişileri ilgilendirdiğinden, fitnenin her türüne kapı aralayacak tehlikeleri, uhdesinde barındırmaktadır. Bu tür davalar, mali hakka taalluk eden davalardan farklı olarak, yeni

²⁶¹ Buhârî, Şehâdât 27, Hiyel 10, Ahkâm 20; Müslim, Akdiye 4.

akidlere başlangıç teşkil etmektedir. Mesela bir kadın, eşinin kendisini boşadığına dair davada bulunması durumunda, -bu doğrudan olmaya bilir- hakim zahiren tekemmül eden mahkeme usul ve esaslarına bağlı olarak boşanmayı gerçekleştirirse, bu dava sonucuna bağlı olarak, kadın başka birisiyle evlendiğinde, yeni nikah hem zahiren hemde batınen geçerlidir. (İmamı Azam ve bazı talebelerine göre)²⁶²Yani yeni nikah akdi, önceki kararın batınından (zahire muhalif olan) etkilenmemektedir. Evet, eğer burada kadın, usulsüzlük yaparak, mahkemeyi yanıltmışsa, mutlaka bunun sorumluluğunu taşımaktadır. Amamahkeme kararına bağlı olarak, yeni bir evlilik akdi söz konusu olunca burada yeni bir sahife açılmış demektir. Eski dava ve taallukatı, farklı bir dosya olarak rafa kaldırılmış, yeni dosyada yeni bir taraf olduğundan eski dosyadaki hakk, hiç bir yönüyle buraya karıştırılmamıştır. Benzeri durum, kadının kabul etmemesine rağmen, erkeğin, şahitler sunarak, bir kadınla nikahlı olduğunu (kadın başka biriyle evli olmaması durumunda) dava etmesi ve hakiminde bunu onaylaması meselesinde de geçerlidir.

Konuya nesep davası cihetiyle baktığımızda, DNA incelemesi vasıtasıyla elde edilen spermin aidiyeti hususunda; sperm çocuğun annesinin nikahlı olduğu babaya, ya da üçüncü bir kişiye ait olma ihtimali vardır. Bu ihtimaller çerçevesinde nesebin aidiyetini değerlendirdiğimizde, baba birinci ihtimale binaen, olumsuz düşüncesinden vazgeçerek, dava ihtimalini bertaraf ederse zaten neseb nikahlı babanıdır. Baba ikinci şıkka binaen nesebi reddediyorsa, yapılması gereken şey şudur; eğer dava açabilme şartları uygunsa dava açar, lian prosedürü işletilerek hakim tarafından, eşlerin arası tefrik edilir vebaba açısından çocuğun nesebi sonlandırılır. Eğer dava açabilme şartları tutmuyorsa DNA parmak izi sperm aidiyetinin üçüncü bir kişi olduğuna işaret etse bile, konuya hukuk esas ve usulünce yaklaştığımızdan dolayı babanın hiç bir şekilde nesebi reddetme imkanı yoktur. Çünkü tez içerisinde de tafsilatlı bir şekilde de izah edildiği gibi, nesebin reddinde tek yol olan lianın uygulanabilmesi, bazı şartlara bağlanmıştır, şartlar bulunmadığında lian uygulanamayacağından, nesep aslı üzere nikah sahibi babadan devam edecektir. Hatta lianın uygulanabilirliğine ait engelleyici şartları dikkate

²⁶² Abdilazîz el-Buhârî, Burhânüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö. 616 /1219)*el-Muhîtü'l-Burhânî fi'l-fıkhi'n-Nu'mânî*, Yy, Darul Kütütubil İlmiyye. ty c, 8, sh, 53;İbn Abidin, Reddül-muhtar,8/94(Kitabul-Kada)

aldığımızda, lianın uygulanabilirliği alanının çok kısıtlı ve dar olduğu sonucuna varmak durumunda kalacağız. Dolayısıyla burada çoğu meselelerde sperm aidiyetinde uyum olmamasına rağmen nesep, firaş delili çerçevesinde nikah sahibi babaya verilmektedir. Bu konuda neredeyse ilk dönem fakihlerinin ittifakı vardır. İşte burada hakkın sahibine verilmesi anlam olarak mali davalardan tamamen farklıdır. Bu gibi yerlerde hakkı belirlemede Şari'in müdahalesi (taabbüdilik) önceliklidir.

Özetle ifade edecek olursak genelnesep davalarının yekünü içerisinde, çok cüzi meselelerde, sperm aidiyetinde uyum olmasa bile, usul ve esas itibariyle nesebin nefyi gerçekleştirilemediğinden nesebin firaş gereğinin nikah sahibi baba ya bağlandığı yerler vardır. Yakın dönem islam hukukçularından bazıları-ekalliyat-burada nesebin illetini, sperm aidiyeti olarak algıladıklarından olsa gerek, burada DNA incelemesini müstakil, bir delil kabul ederek, böyle bir çocuğun babadan nesebinin devam etmeyeceğini söylemişlerdir. Cumhur, böyle bir konuda taabbudilik ve şeri'delil sisteminin kabulü ilkesi doğrultusunda, şeri' ispat vasıtalarının geçerliliğini kabul ettiklerinden, nesebin nefyinin alanını daraltarak, çocuğa nesep sağlamak suretiyle, mümkün derece çocuğu korumuşlardır. Bu ise, İslam hukuku makasıdı açısından daha anlamlıdır. Çünkü bu sonuçla, daha hayatının başında olan, çocuk, himaye edilmiş olmaktadır. Aksi bir uygulamanın, başta çocuk olmak üzere, çocuklaalakası olan büyük bir kesime, negatif etkisi olacaktır. Bu ise hakkı teslim etmek bir tarafa, sonuç itibariyle farklı sıkıntılara yol açacaktır. Bu ve benzerinoktaları dikkate aldığımızda yukarıda ifade edilen, zahiri yargı kararının, gerçeği yansıtmaması, halinde verilen hüküm hakikatte geçersizdir, kaidesinden, nikah akdi, feshi, nesebin devamı ve lian yoluyla nesebin nefyi gibi meseleler, istisna edilmektedir.

İmamı Azam ve bazı talebeleri bunu, fıkıh diliyle şu şekilde formüle etmişlerdir. Mal ve mülk davalarında hâkim, mahkemeye sunulan delillerin zahiriyle hüküm verdiğinde, eğer verdiği karar, batına (hakikata) ters düşüyorsa (mesela borç davalarında, gerçekte borçlu olanın borçsuzluğuna hükmetse) zahiri hüküm batını sorumluluğukaldırmaz. Yani kişinin borcunu eda yükümlülüğü zimmetinden düşmez. Nikah akdive feshi gibi aile hukukuna talluk eden, yeni bir akde başlangıç teşkil edebilecek haklarda, hakimin zahire bakarak verdiği hüküm, sonradan kurulacak olan akdin batınına zarar vermeyecektir. Bu içtihadının usuli mesnedi aşağıda zikredeceğim hadislerdir.

Hilâl b.Ümeyye, Peygamber(s.a.)'in huzurunda karısını, Şerik b. Sehmâ'yla zînâdabulunmakla suçladığında, liandan sonra Peygamber (s.a.v.);"Bu kadına dikkat ediniz! Eğergözleri sürmeli iri kalçalı, kalın baldırlı, bir çocuk dünyaya getirirse, çocuk Şerik b. Sehmâ'ya aittir," buyurdu. Kadın da gerçekten böyle bir çocuk dünyaya getirdi. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.) "Eğer Allah'ın kitabının liân hakkındaki hükmü infaz edilmemiş olsaydı, benim ile bu kadın için (başka) bir durum vardı. Yani ben o kadına zînâ haddi uygulardım" buyurdu.²⁶³Burada Hz. Peygamber (s.a.v.)'in kadının doğumunun sonucunu beklemeden, belki de nebevi bilgiyi işin içine katmadan, tarafların sözünün zahirine bakarak meseleyi sonuca bağlaması mahkeme usulü açısından bir esası belirlediğini söyleyebiliriz. Ayrıca bu hadis aynı zamanda nesebin nefyinde asıl delilin lian olduğuna işaret etmektedir²⁶⁴.

Yukarıdaki rivayetin fıkhu-l-hadisi aynıyle şu rivayet içinde geçerlidir. (Benû Aclân'dan) Uveymir, Benû Aclân'ın reisi Âsım bin Adiyy'e gelerek sorar: "Ne dersiniz? Bir adam karısıyla beraber birisini bulsa, koca adamı öldürür, sizler de kocayı mı öldürürsünüz? Veya adam başka ne yapsın? Bunu benim için Rasûlullah'a sorunuz." der. Âsım da Hz. Peygamberden beklenen cevabı alamayınca, bunun üzerine Uveymir "vallahi çekinmem, bunu kendim Rasûlullah'a sorarım" dedi. Gelip "yâ Rasûlullah! Bir adam karısıyla beraber birisini bulsa, koca adamı öldürür sizler de kocayı mı öldürürsünüz? Veya adam başka ne yapsın?" diye sordu. Hz. Peygamber ona "senin ve arkadaşın (eşin) hakkında Allah Kur'ân (ayet) indirdi." Sonra bu karı kocaya Allah'ın Kur'ân'da beyan ettiği vechile mulâane etmelerini emretti. Bunun ardından Uveymir "yâ Rasûlullah! Bunu yanımda tutarsam ona zulmetmiş olurum" dedi ve karısını boşadı. Artık onlardan sonra mulâane edenlerin boşanmaları adet oldu. Daha sonra Hz. Peygamber orada bulunanlara "bir bakın. Eğer kadın siyah vücutlu, koyu siyah gözlü, kalçaları büyük, baldırları geniş bir çocuk doğurursa Uveymir'in kadına zina isnadında doğru olduğunu, keler gibi kızıl bir çocuk doğurursa, Uveymir'in kadına iftira ettiğini düşüneceğim" buyurdu. Çocuk daha sonra Hz. Peygamberin Uveymir'i tasdik edercesine zikrettiği şekilde doğdu. Çocuk sonraları annesine nisbet ediliyordu²⁶⁵ birinci rivayette olduğu gibi ikinci rivayette de hükümde, kaife müracat ve

²⁶³ Buhari, Talak, bab ,29,S. Ebî Dâvûd Talak, Bab, 27.İbn. Kayyim,Turukul hükmiyye 235.

²⁶⁴ Baz, Asım, Baz, mansur, İsbatu-n nesebi bilbasamatu-l verasiyyti ba'de nefyihi bi-llian .sh, 66.

²⁶⁵ Buhârî, et-Tefsîr 65, Süretu'n-Nûr (24), bâbu kavlihi azze ve celle ve'llezîne yermûne. Hd. no, 4745.

benzerliliklerden yararlanmadan hiç söz edilmemiştir. Çocuğun nesebi hususunda zahirin gereği yapılarak nesep anneye verilmiştir. Hakim hukukun belirlediği mahakeme usullerine riayet ederek elindeki deliller doğrultusunda hükmü vermek mecburiyetindedir. Şartlar tekemmül etmesine rağmen hükmü onaylamazsa hükmü durdurmakla günah işlemiş olacaktır. Çünkü hakim olayların zahiri doğrultusunda hüküm vermekle sorumludur. İşin gerçek yüzünü (batın) bilme zorunluluğu yoktur.²⁶⁶

Yukarıda zikrettiğimiz iki hadiste bahsedilen çocuklar haber verildiği şekliyle doğmasına rağmen, Peygamber (s.a.v) lianı iptal etmemiş, bu hükme uyulmasının gerekliliğine vurgu yaparak "Eğer Allah'ın kitabının liân hakkındaki hükmü infaz edilmemiş olsaydı, benim ile bu kadın için (başka) bir durum vardı. Yani beno kadına zînâhaddi uygulardım" buyurmuş ve hadd cezasını tatbik etmemiştir. Bu gibi aile hukukuna talluk eden davalarda, tarafların sözlü beyanları doğrultusunda nikah fesh edilerek hakim işin batınına inmek yerine zahiri ispatla davayı sonuçlandırmalıdır.” Hz. Peygamber sahih bir nikâhın şartlarını taşımayan, dolayısıyla ahlâkî temeli bulunmayan bütün evlilik şekillerinin geçersiz olduğunu ilân etmiş ve bu tür birlikteliklerden doğan çocukların soyunu ve kimliğini tespit noktasında çok önemli bir hukukî hüküm koymuştur. Buna göre Resûlullah (sav), çocuğun, nasıl ve ne şekilde meydana gelirse gelsin, yatağında doğduğu kişiye yani annesiyle meşru nikâhı olan babaya ait olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, bir çocuğun kimliği hakkında Sa'd b. Ebû Vakkâs ile müminlerin annesi Sevde bnt. Zem'a'nın kardeşi Abd b. Zem'a arasında yaşanmış olan tartışma meşhurdur. Hz. Âişe'nin aktardığına göre, Utbe b. Ebi Vakkâs ölmeden önce kardeşi Sa'd b. Ebi Vakkâs'a, Zem'a'nın cariyesinin oğlu Abdurrahman'ın kendisine ait olduğunu ve onu yanına almasını söylemişti. Abd b. Zem'a'nın İslâm'ı kabul ettiği Mekke'nin fethi esnasında Sa'd b. Ebû Vakkâs bu çocuğu tutup, “Bu, kardeşim Utbe'nin oğludur. Onu kendi nesebine dâhil etmem konusunda kardeşim bana vasiyette bulunmuştur.” deyince Abd b. Zem'a, “Bu, benim kardeşimdir, babamın cariyesinin oğludur, babamın döşeği üstünde doğmuştur.” karşılığını verdi. Her iki taraf bu anlaşmazlığı Hz. Peygamber'e iletiler ve birbirlerine karşı ileri sürdükleri iddialarını Allah Resûlü'nün huzurunda tekrarladılar. Bunun üzerine Resûlullah (sav), “Ey Abd!

²⁶⁶ Cassas, Ahkamul kuran, 1/315, Serahsi, Mebsut, 6/227, Şerhu muhtasarı Halil, hıraşı, 7/164, Mecelletul Ca'mieti'l İslamiyye, Asım b. Mansur, isbatu-nnesebi bilbasametul-verasiyye bade nefyihi billian, sh,473.

Bu (Abdurrahman), senin kardeşindir.” buyurdu ve ekledi: “Çocuk yatak sahibinindir. Zina eden erkeğe gelince; o, çocuk üzerindeki her türlü haktan mahrumdur.” Ardından tartışmaya neden olan çocuğun sima olarak Utbe'ye benzediğini fark eden Hz. Peygamber, eşi Sevde bnt. Zem'a'ya hitaben, “Sevde! Bundan sonra sen de bu Abdurrahman ile görüşürken Kur'an'ın hicap hükmüne göre hareket et.” buyurdu. Bu olaydan sonra Abdurrahman, bir daha Sevde'yi görmemiştir. Böylece Resûlullah biyolojik babası kim olursa olsun, zina ettiği için bu kişiye çocuk üzerinde hak tanımamıştır²⁶⁷. Bu konuyla ilgili akla gelebilecek bütün soru ve cevaplar için. Asım, Baz, mansur, İsbatü'n-Neseb bi'l- basamatu-l verasiyyeti ba'de nefyihî bi'l-lian, isimli çalışmanın faydalı olacağını düşünmekteyim.

3.5. DNA Testi Yoluyla Kimliklendirme

Yaşayan ya da ölü bir kimsenin tanımlanması ve diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayacak özelliklerin ortaya konulmasına ‘kimlik belirtimi’ (kimlik tespiti, kimliklendirme, ‘identifikasyon’) denir. Doğal ve beşeri (insan kaynaklı) afetler bir çok can kaybına neden olabilmektedir. Bu ve benzeri hadiselerde ceset parçalandığı ya da postmortem (ölüm sonrası) değişikliklerin tanınmayı imkansız hale getirdiği için, kimlik tespiti çok büyük önem taşır. Kuşkulu olmayan ölümlerde bile dekompozisyon (kokuşma) kimlik tespitini güçleştirebilir.

Ölen kişinin kim olduğunun bilinmesi, gömülebilmesi yasal hak ve yükümlülüklerin sonlandırılabilmesi, düzenlenebilmesi; mülkiyet, alacak, borç, resmi işlemler, miras gibi parasal sorunlar, intihar ve cinayetler, ölüde kimlik tespitini gerektiren hallere verilecek örneklerdir. Görüldüğü gibi kimliklendirmeler hak sahibine hakkın teslimi açısından önemlidir. Koma, amnezi, yaşın küçük oluşu, akıl hastalıkları vb. nedenler kişinin kendisi hakkında bilgi vermesini engelleyebileceğini dikkate aldığımızda, ölüde olduğu gibi canlıda da kimliklendirmenin gerekliliğini söyleyebiliriz. Kimliklendirme adli kimliklendirme ve tıbbi kimliklendirme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

²⁶⁷ Hadislerle İslam, Nesep / Kimlik Ve Aidiet, 2. Baskı, 2013, c, V, sh, 384.

3.5.1. Adli Kimliklendirme

Adli kimliklendirmede kimlik, canlının ya da ölünün üstünden çıkan çeşitli belgelerin değerlendirilmesi ile saptanır. Adli kimlik belirlemesi, yakınlarına ve tanıyan kişilere gösterilerek (cesedin teşhiri), onlar tarafından tanınması ve bunun onaylanarak tutanağa geçirilip imzalanması ile tamamlanır. Cesedin teşhiri yapılmaksızın sadece üzerinden çıkan belgelere göre kimlik tespiti yapılması, kişinin kimlik saklama, başka birine ait kimlik kullanarak haksız kazanç elde etme gibi değişik amaçlarla farklı bir kişiye ait olabileceği ya da değiştirilmiş kimlik taşıyabileceği ihtimalinden hareketle, yanlış uygulama olarak değerlendirilmektedir. Adli kimliklendirmeyi tashih ve te'yid etmek için, DNA incelemesine müracat edilebilir.

3.5.2. Tıbbi Kimliklendirme

Tıbbi kimliklendirme, yaşayan ya da ölü bir kişinin fiziksel, radyolojik ve genetik olarak tanımlanması ve diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayacak özelliklerin ortaya konulmasıdır. Kurban yakınlarının cesetleri teşhisine dayalı veya kişisel eşya ve malzemelerden ya da birtakım ipuçlarından yola çıkarak yapılan kimliklendirmede yüksek oranda hata payı bulunduğu bilinmesi gereken bir gerçektir. Bu duruma ipucu oluşturacak eşyaların yer değiştirmesi veya kurban yakınlarının psikolojik durumlarına bağlı olarak yaptıkları yanlış teşhisler örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi olumsuzluklardan dolayı görsel teşhis veya kişisel eşyalar yardımıyla kimliklendirme yerini, kesine yakın sonuçlar veren tıbbi kimliklendirmeye bırakmıştır. Kimliklendirmenin bilimsel anlamda ele alınmasını zorunlu kılan diğer bir husus ise meydana gelen felaketin türüne ve zamana bağlı olarak, cesetlerin fiziksel teşhisle kimliklendirilemeyecek ölçüde bozulması ve kurbanların tanınmaz hale gelmesi veya fiziksel etkilere bağlı olarak büyük oranda zarar görmesi veya parçalanmasıdır.

3.5.2.1. Doğal ve Yapay Afetlerde Tıbbi Kimliklendirme

Deprem, tsunami, sel, çığ düşmesi heyelan, büyük sel baskını, volkanik patlamalar, donma, hortum faciası gibi büyük oranda veya tamamen insanların kontrolü dışında gerçekleşen, doğal afetlerde, Nükleer Savaş, Konvansiyonel savaş, kitlesel nüfus hareketleri ve büyük sabotajlar gibi İnsan eylemleri ve ihmalleri sonunda gelişen

İstemli yapay afetlerde, nükleer kaza, toksik emisyon, baraj çökmesi, maden ve diğer büyük iş kazaları ve ulaşım kazaları gibi İstemsiz (kaza ve ihmale bağlı) yapay afetlerde DNA'parmak izinin, kimliklendirme materyali olarak kullanılması büyük önem arz etmektedir. Bu gibi Afetlerde yüzlerce binlerce ölüm hadisesi vuku bulduğunu düşündüğümüzde bazı cesetlerin normal yollarla teşhisi mümkün olmamaktadır. İşte tamda burada DNA incelemesi kimliklendirmede neredeyse tek yöntem ve tam anlamıyla bir ispat vasıtasıdır.

3.5.2.2. Parçalanmış Cesetlerde Tıbbi Kimliklendirme

DNA'nın kullanımı, beden bütünlüğünü koruyan fakat ileri derecede bozulmuş ya da zarar görmüş felaket kurbanlarının kimliklendirilmesi yanında, felaket bölgesindeki dağınık ceset parçalarının sahiplerinin belirlenebilmesinde de en geçerli yöntemdir. Bu sayede, aileye yanlış cenazenin teslimi veya birden fazla kişinin aynı mezara gömülmesi gibi çeşitli yanlışlıkların önüne geçilebilir. Ölülerde, özellikle birçok cinayet olgusunda cesedin parçalandığı, yakıldığı veya postmortem değişikliklerin tanınmayı imkansız hale getirdiği durumlarda kriminal veya kuşkulu ölümlerin araştırılmasında kimlik tespiti son derece büyük önem taşır.

3.5.2.3. Kitleli Ölülerde Tıbbi Kimliklendirme

Kimlik tespitinin hayati önem taşıdığı diğer durumlar ise uçak, deniz, tren kazaları, depremler, kalabalık binalardaki yangınlar, tsunami faciasında olduğu gibi onlarca, yüzlerce, binlerce, on binlerce kitleli ölümün gerçekleştiği olaylardır. Kimliklendirmede zorluk yaşanan başka bir durum ise, savaşlar sonrası ortaya çıkan toplu mezarlar olup, bu mezarlarda yapılan çalışmalarda, kimliklendirmenin yanı sıra kişilerin ölüm nedenlerine ve öldürme eyleminin kimler tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenmesine yönelik verilere ulaşmaya çalışılacaktır. Burada da DNA incelemesi büyük önem taşır.

3.5.2.4. Delil Tespit İsteminde Tıbbi Kimliklendirme

Tıbbi kimliklendirmeden yararlanılarak nikahın sona ermesi, verasette hak sahiplerine hakkın teslimi, hatta ölüm zamanı saptanması için kullanılan fiziksel ve kimyasal yöntemler sayesinde aynı felaketin kurbanları arasında bile veraset önceliğinin

tespiti mümkün olduğu düşünöldüğünde, DNA incelemesini de içine alan tıbbi kimliklendirmenin önemi ortaya çıkmaktadır. Özetle ifade edecek olursak DNA incelemesinin hadd ve kısas cezaları ve nesep tayini dışında kalan hukuk mahkemeleri davalarında kuvvetli karine olarak değerdendirilmek suretiyle, hâkimin takdiri doğrultusunda hak sahiplerine hakkın ircaında etkili olacağını düşünmekteyim.



SONUÇ

Tezimiz içerisindeki aktarımlar ve tespitlere dayanarak, mantığa ve bilime aykırı olmayan her türlü delilin, İslam muhakeme hukukunca ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna vardık. Klasik fıkıh kitaplarının, dava ile ilgili bölümlerine göz atıldığında, kitâbet, firaset, zilyedlik, örf veuzman görüşü (hıbre) gibid eliller, zatı itibariyle, delil değerlerini zayıflatıcı herhangi bir şeyle mukterin olmadıkları müddetçe, karine-i kâti'a kapsamında değerlendirilmek suretiyle, muhakeme hukukunca ispat vasıtalarıolarak kabul edildiklerini görmekteyiz. Bilimsel ve teknolojik bir ispat vasıtası olarak kabul edilen DNA incelemesi, ispat değeri açısından sıralamaya tabi tutulacak olursa karine örnekleri arasındaön sıralardayer alması belkide müstakil bir ispat vasıtası olarak değerlendirilmesigerektiği de düşünülebilir. Çünkü klasik karineörneklerinin, dava konusuyla sadece yakınlığı ve fiziki münasebeti söz konusu iken DNA incelemesinde, bunların yanı sıra, bilimsel ve teknolojik verilerden yararlanma ve bir ilim dalı olmaözelliliği de söz konusudur.

Şu da var ki, DNA parmak izinin, zatı itibariyle tam manada bir ispat vasıtası olarak kabul edilmesi, bunun İslam muhakeme hukukuyla ilgili bütün dava konularında eşit etkiye sahip olacağı anlamına gelmemelidir. Zira İslam muhakeme hukuku usulünde, tezimizin içerisinde de ifade ettiğimiz gibi, ispat vasıtalarının, etkisini hafifletici, ya da, ileri sürülen bazı delilleri devre dışı bırakan, (ispat vasıtasının bizzat şari'tarafından belirlendiği dava konularında) fıkhi kaide ve prensipler vardır. Bu gibi yerlerde bazı delillerin etkisi hafifletilmekte veya tamamen ötelenmektedir. İşte bu kaide veprensipieri dikkate aldığımızda, tezimizin içerisinde DNA incelemesiyle ilişkilendirilen dava konularını; nesebin nefyi veya sübütu ile ilgili olanlar, hadd ve kısas gerektiren suçlarla ilgili olanlar, tazirgerektiren suçlar ve normal adli (nizasız) davalarla ilgili olanlar olmak üzere dörde ayırdık. Bunlardan tazir gerektiren suçlar ve normal adli davalarla ilgili olanlarınispatında DNA incelemesinin müstakil bir delil olması gerektiği sonucuna vardık.

Fakihler arasında, en ufak bir şüphenin bile hadd cezalarının uygulanabilirliği önünde engelleyici/öteleyici bir etken olarak kabul edilmesinde, neredeyse ittifak vardır. DNA testi sonucunun şüphe ihtimalinden arındırılmış olamayacağından dolayı, DNA incelemesinin hadd cezaları gerektiren suçların ispatında yetersiz olduğu, kısas cezasının ispatında delildeki şüphe ihtimalinin engelleyiciliği ve öteleyiciliği üzerindeki

değerlendirmeler hadd cezalarına göre daha düşük düzeyde olsada, kısas cezasıyla hadd cezasının hüküm açısından aynı paket içerisinde olması gerektiği kanaatine vardık. DNA incelemesinin hadd ve kısası gerektiren suçların ispatına yönelik dava konusunu ispatta yetersiz olması, hukukun işlevsizleştirilmesi anlamına gelmemektedir. Çünkü DNA incelemesi hadd ve kısas uygulaması açısından yeterli bir delil olarak kabul edilmesede, alternatif (tazir) cezaları gerektirmede, tam delil olarak kabul edilmesi kaçınılmazdır.

Aynı şekilde DNA incelemesinin nesep hususunda (sübutu-nefyi) müstakil ve tam etkili bir delil olamayacağını düşünmekteyim. Çünkü İslam hukuku nesep babında, şeri' (kanuni) delilleri önceleyerek, sıkı delil sistemi uygulamıştır. Bundan maksad ise zayıf halka olan çocuğun himayesi ve travmatik bir yaşama kapı aralama ihtimali yüksek olan olumsuzluklardan tarafları ve aileleri korumak olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla İslam hukukunun nesep hususunda ortaya koyduğu ilkeler, salt bir aidiyet meselesinden öte bireyin himayesi ve toplumun sinir uçlarının zedelenmesini önlemeye yönelik alınması gereken tedbirlerdir. Burada dava konusu olan hakk hem bireyi hem kamuyu ilgilendirdiğinden hakkul ibad ve hakkullah karışımı bir durum söz konusudur. Bütün bu genel ifadelerden sonra tezimizin içerisindeki aktarımlardan da anlaşılan ve önemli bulduğum bazı hususlara maddeler halinde işaret ederek, tezimi sonlandırmak istiyorum.

Nesep hususunda, DNA incelemesini bağımsız bir delil ve ispat vasıtası olarak kabul etmek, mülaane ayeti ve fıraş hadisini mühmel bırakmak anlamına gelmektedir. Oysa -bir usul kaidesi olarak -kelamını'mali (manada kullanımı), ihmalinden (manasız bırakılmasından) daha evladır. Akıl ve din, sözün karşılıksız olmasına cevaz vermez.

Şeri'delillerin önceliğini dikkate almamak islam hukukunun amacı ve aslını yok etmeye kapı aralamaktır, modernite ve popüleritenin baskısı altında fıkıh yapmak istikrarsızlığa sebep olacaktır.

Kocasının sülalesinden olmayan birisini kasden sülalaleye katan birisi zahiren kendini aklasa bile diyaneten (ahiret yönüyle) mesuliyetten kurtulamaz.

Şartlarını haiz ikrar ve şahitliğin hakimce gereği yerine getirilmesi gerekir²⁶⁸. Dolayısıyla bu delillerin bulunduğu yerlerde, hakimin delilleri denetleme yetkisi olsa

²⁶⁸ Kâsânî, Bedâ'i'u's-Sanâi, 6/282; Ibn kayyim, Turukul hükmiyye, 235.

bilebu delillerin önünebaşkalarını takdim etme yetkisi yoktur. Yani burada DNA incelemesininöncelikli etkisi yoktur.

Erkek spermi ile kadının yumurtasının, karışması gibi anlaşılması zahir ve münzabit olmayan bir şeyin yerine zahir ve münzabit olan nikah akdinin (firaş) mevcudiyetinesepile alakalı hükme gerekçe olarak kabul edilmesi fıkıh metodolojisi açısındanilletin geçerlilik şartlarına uygun düşmektedir. “Nikâh varsa neseb vardır, nikâh yoksa nesep yoktur ” deriz.

Neseb söz konusu olan yerde ilk sorgulanması gereken şey hakiki veya hükmi nikahın mevcudiyetidir. Çünkü zina, hukuki nesep bağının kurulmasını engelleyici bir unsurdur; nikahsız birliktelikten doğan çocuğun, DNA incelemesi sonucu biyolojikaidiyetinin tespiti hukuki nesep açısından hiç bir anlam ifade etmez.

Nesebin nefyinde tek müracaat edilecek yol mülaanedir. DNA incelemesinin ise liana müracaat edecek olan taraflar açısından caydırıcı veyardımcı birdelil olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Nesebin nefyinde, DNA incelemesi lian prosedürünün ne önüne ne de yerine geçer.

Hanefilerce karı ve kocanın, lian yapmaya ehil olabilmeleri için şahitliklerinin kabul edilebilir olması ve kazf haddinin geçerlilik şartlarını taşımaları şarttır. Hakim, yaptığı tahkikat sonucu karı ve kocayı şahitliğe ve haddi kazfe ehil bulmazsa lian yaptıramaz. Şartların tekemmül edememesinden dolayı lian yapılamayan yerlerde neseb kendiliğinden sabit olmaktadır.

Buluntu çocuğun (Lakit) nesebini, bulan kimse (mültekit) ikrar ederse bu ikrar istihsanen kabul edilir. Birden fazla kişi (Lakit) üzerinde nesep iddiasında bulunsa çocuğun nesebi hepsinei ilhak edilir. Bu ve benzeri meseleler neseple ilgili hükümlerde taabbüdilik söz konusu olduğunu göstermektedir.

Şari’ içtihadı bırakılan her alanda olduğu gibi nesep hukukunda da mükellefin yararına olacak şekilde bilinçli hukuk boşluğu bırakarak, nesebin mümkün derece korunması yönünde temel hukuki ilkeler vaz’ettiği düşünülebilir.

Asli delillerin olmadığı bazı yerlerde nesebin hamlindeki münazayı bitirmek için, hanefiler dışındaki diğer üç mezhep müçtehitlerinin kaife müracaatı gerekli gördüklerimeselelerde, DNA incelemesinin kaifin görüşünden daha öncelikli birdelil olması gerektiğini düşünmekteyim. Hatta bu yerlerde hanefilerin de aynı görüşte olmaları gerektiği çıkarsamasında bulunabiliriz. Çünkü hanefiler, kaifin kararının

tecrübe ve tahmine dayalı bir şey olduğunu düşündüklerinden dolayı, kaife müracatı kabul etmezler. DNA’da ise böyle bir durum söz konusu değildir.

Doğum evi, hastane, çocuk bakım merkezleri, tüp bebek ünitelerindeki karışıklıkların çözülmesinde, DNA incelemesi kâifliğin de önüne geçirilerek, müstakil bir delil olarak kullanılmalıdır.

İslam hukukunun doğasında güçleştirme değil kolaylaştırma vardır. Bu özellik, bazı yerlerde gerginliğe sebebiyet vermeden ve olayların üzerine fazla gidilmeden, çözüm üretilmesini önermektedir. Nesep babının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Her hukukun, kendine ait yaklaşımları, meselelerin şekillenmesine etki etmesi kaçınılmazdır.

DNA incelemesi hadd, kısas ve nesep davaları dışında kalan ve tazir cezası gerektiren suçların isbatında; uçak, deniz, tren kazaları, depremler, kalabalık binalardaki yangınlar, tsunami faciasında olduğu gibi kitlesel ölüm sonucu kimliklendirmede, parçalanmış cesetlerin aidiyetinde, uçak kazaları ve benzeri yerlerde cesetlerin teşhisinde, ölüm karinesi sebebiyle (ilgili yerin mülkî amirinin emriyle) nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespitinde, gaiplik kararı vegaiplik nedeniyle evliliğin feshi gibi yerlerde kuvvetli karine olarak hâkimin takdirine sunulmak suretiyle hak sahiplerine hakkın ırcında etkili olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abdürrezzâk es-San'ânî (v. h.211/826-27) el-Musannef, Yy, el- Mektebül-İslami, Beyrut, 2. Baskı, h.1403.
- Akseki, A.Hamdi, (1951)Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İslam Dini,
- Akşit, Mustafa Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Yy, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976.
- Alâüddîn Haskefî, (v. h.1088 m.1676)Dürrü'l Muhtar, Yy, Mustafa el- BabiMatbası, Mısır, 1984, 1404.
- Ali el-Kârî (v.h.1014 m.1605) Mirkatul Mefatih Şerhu Mişkatal Mesabih, Yy,Darul-kütübül ilmiyye, Beyrut, 2001/ 1422.
- Ali Haydar (küçük) (v,1935) Dürerü'l- Hükkam şerhu Mecelleti'l-ahkam, Yy, Mısır,1332.
- Ali Muhammed el-Hafif (m.1891-1978) Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye, Yy, Daru-l Fikr il Arabi, Kahire, m. 2008, h.1429.
- Ansai, sabrî şakır, Hukuk Bilimine Başlangıç, Yy, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.
- Ansiklopedi, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, T.D.V.Y
- Ansiklopedi, Yeni Türk Ansiklopedisi, Yy, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1985.
- Asım b. Mansur b. Muhammed, İsbatunnesebi bilbasmatilverasiyye, ba'de nefyihi bilian,
- Atar, Fahreddin İslam Adliye Teşkilati, DİBY, İlmi eserler-28.
- Atasoy S.Adli Olayların Aydınlatılmasında Dna Parmak İzinden Yararlanılması. Adli Tıp Dergisi,1989, 5.
- Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yy, Mimoza Yayınevi Konya, Yt, Nisan 2014 / 2. Baskı / 568 Syf
- Baberti Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el- Mısırî (ö.786/1384), el-İnaye, Hidaye Şerhi, (Fethul kadir haşiyesinin kenarınd) İhyaüttürasül-Arabî, Beyrut, ty.
- Bâcî Ebü'l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa'd et -Tücibi (v.h. 474/ m.1081), el-MüntekâŞerhu Muvatta-i Malik, Yy, Daru-l Kütübül İlmiyye, Beyrut, h.1420, 1999.
- Bahru'r-râik, şerhü Kenzi-ddekaik, Yy, Darul-ma'rife, Beyrut, Yt, 1999-1413.
- Buhârî Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî (v. 256/870) El-Cami'üs-Sahîhu'l-Müsnedu'l-Muhtasar min Umûri Rasûlillah (s.a.v) ve Eyyâmihî, Daru İbni Kesir, Dimeşk, h.1414, m. 1993.
- Başaran, Nurettin, 2003, Tıbbi Genetik, Ankara.
- Bâverdî, Suûd b. Abdî'l-Âlî, el-Mevsuâtü'-Cinaiyetu'l- İslamî, Yy, Riyâd,yt, 1427.

- Berojei, Sahip. (2007). Ceza Muhâkemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku, Ankara, Fecr.
- Beyhaki Ahmed B. Hüseyin Beyhakî (ö. 458/ 1066) es- Sünenü'l- Beyhaki, Daru-l Kütübül İlmiyye, Beyrut, h. 1424m.2003.
- Bilmen Ömer Nasuhi (m.1883-m.1971) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Basım ve yayınevi, İstanbul, ty.
- Biltaci, muhammed, Menhecü Ömer bin Hattab fitteşri', Yy, Darul Fikril Arabi,
- Birincioğlu, İsmail - Erdem, Özkara "Adli belge incelemelerinde bilinmeyenler, örneklerle yazı ve imza analizi ile ıslak imza kavramı", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/yt>, 2010, sn, 87, 10.3, 2014.
- Cevherî, İsmail b. Hammâd, (v.h;393) es-Sihâh, Yy, Darul ilm Beyrut, yt, 1987.
- Cürcani, Seyyid Şerif, Ebû'l-Hasen b.Muhammed b.Ali es -Seyyid eş Şerif el- Cürcanî el-Hanefi (v. m.816/h.1413) et- Ta 'rifat, Daru-l Fazilet, Kahire, ty.
- Çağatay, Neşet, İslam Dönemindeki Arap Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi/Ankara, 1989
- Çalışkan, İbrahim, İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları, A.Ü.İ.F.D, Ankara,1989.
- Dağdeviren, Atila, Embriyolojide Genetik Kontrol, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995, C.28.
- Damad, Şeyhîzâde Abdurrahman, Muhammed, Süleyman,(v.1078/m.1667) Mecme-ul Enhur fî şerhî Mülteka'l-ebhur, Daru İhyautturasu-l-Arabi, ty.
- Dârimî, Ebû Muhammed Abdullâh b. Abdurrahmân b. el-Fazl (v. 255/869) es- Sünen, Daru-l Kitabî-l Arabiyye, Beyrut, h. 1407/ m.1987.
- Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Yy, Beta, İstanbul, Yt,1997. I, 311.
- Ebû Abdillâh, Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el Mervezî,(v. 241/855) el-Müsned, Müessesetü rrisale, Kahire, yt, h. 1421/m. 2001.
- Ebû Abdillâh b. es-San'ânî el-Yemenî Muhammed eş-Şevkânî Muhammed b. Alî (ö. 1250/1834) , Neylü'l-Evtâr Şerh Münteka'l-Ahbâr, Kahire, Mektebetü Mustafa el-Babî, ty.
- Ebû Abdurrahmân Ahmed b. İuayb b. Alî en-Nesâî (ö. 303/915) Yy, mektebu metbuatulislamiyye, Haleb, Yt 1406/1986.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/889) es Sünen Müessetü reyyan, Beyrut, h. 1419/m. 1998.
- Ebû'l-Fadl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, (V, h, 683) El-Mevsiliel-İhtiyar li Ta'lilî'l-Muhtar Yy, Şirket-i Dar-ı Erkam b.Erkam, Beyrut, ty.
- Ebû'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b.Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî(v.799/1397), Tebsiratü 'hükkam fi usulî'l-Akdiye ve menahici 'lAhkam, Yy, Daru Alemü'l-Kütüb, Riyad, yt, 1423-2003.

- Ebü Nuaym, Ebû Nuaym, Ahmed b. Abdillâh b. İshâk el-İsfahânî (ö. 430/1038) Hilyetü'l Evliyâ, Daru'l fikr, Beyrut, h. 1416/m. 1996.
- Ebü Yusuf,(v.182), Kitâbul- Harac, Yy, Matbaatüsselefiyye, Kahire, 1396.
- Ebü Zehra, Muhammed, (v.1974), el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî (el-Ukûbe), Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kâhire1946.
- Ebü Zehra, Muhammed, Yıldız matbaası, Ankara, 1968, Hyara Hizmet vakfı Kütüphanesi, tasnif no,2892, Konya.
- Erdoğan, Mehmet Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ensar Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2010.
- Erem, Faruk, Ceza Hukuk Usulü,Sevinç Matbaası, Ankara.
- Erkol, Zerrin vd, Modern çağın suç işleme yöntemi, Adli Tıp Dergisi / TurkishJournal of Forensic Medicine, C, 24, Sayı,3. ss, 48-51.
- Erten, RıfatAcır, Birsen Taşveren, Sema, Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996 Sayı: 1 Cilt, 45, Yayın Niteleme Bilgileri: 1301-1308.
- Eyyüp Said Kaya, Mezheblerin Teşekkülünden Sonra Fıkhi İstidlal (Doktora Tezi, 2001, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Feyzioğlu, Metin, Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, Usa Yayıncılık, 1988, Ankara
- Gazzali Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b Muhammed b. Muhammed b. Ahmed et-Tûsî (v. h.505/m.1111) el Müstesfa, Matbaatü Emiriyye,Bolak,Mısır 1334.
- Gökalp, Z. (2006). Felsefe Dersleri (A. Utku, & E. Erbay, Sad.). Konya
- Gönenç Gürkaynak vd. Türk Hukuku Kapsamında Çalışanın Beyaz Yaka Suçları Ve Şirket Yönetim Kuralları <http://www.elig.com/docs/>, 12.10.2014.
- Haccâvî, Ebü'n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî (v. 968/1560), el-İknâ li tâlibi'l-intifâ, Yy, Daretü-l-Melik Abdul Aziz Riyad. yt, h. 1423, m, 2002.
- Halife Ali Kabi. el-basamatul-verasiyye ve eseruhe alel ahkamil fıkhiyye, Yy, Darunnefais, Yt, 1426-2006.
- Hallaf, Abdul-vehhâb Hallâf, (v. 1956)İlmü Usul-ül fıkhi, Dar-ül Kalem, 1986.
- Harre, Rom (Çev. Sinan Kılıç): Büyük Bilimsel Deneyler, B.8, Ankara 1996, s.141, Ali Nihat Bozcuk, Genetik, Ankara 2011, s. 5, 312-315; Campbell-Reece, Biyoloji, 290-292; Keeton-Gould, Genel Biyoloji, I,20-21.
- Huraşi Muhammed, el- Huraşi el-Maliki, (v.?)Huraşi, ala Muhtasarı seyyidi? (seydi) Halil, Yy, Darı sadr, Beyrut -Lübnan, ty,HHVK, ts. no, 17615.
- İbn. Abdisselam, (v,h.660), Kavaidul-ahkam fi Mesalihil-enam, Yy, Mektebetül-Ezheriyye,
- İbn Abidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (v. h.1252/m.1836) Reddû'l-muhtar ale'd Dürri'l-muhtar, Matbaatü-l Babi, Mısır, 3. Baskı,m.1984/h.1404.

- İbn. Abidin Zade Alaüddin Muhammed b. Muhammed Emin b. Ömer el-Hüseyni ed-Dımaşki (v. 1306/1889) Kurretü uyuni'l-ahbar litekmileti Reddi'l - muhtar (Tekmile), Yy, Matbaatü-l Babi, Mısır, 3. Baskı, Yt, m.1984/h.1404.
- İbn Ferhun, Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (v. 799/1397, Tebsıratü 'l-Hükkam fi usulî'l-akziye ve menahi ci 'l-ahkam, Yy, Darul kütüb-ül İlmiyye, Beyrut, Yt, 1995.
- İbniNüceym Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî, İbniNüceym(v.h.970/m.1563) el-Eşbah ve-Nnezair, Yy, Darül Fikir, Dımeşk, Yt, 1986.
- İbn Receb Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdırrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dımaşkî (v.h. 795/m.1393) el-Kavaid (Takrirü'l- kava'id ve tahrirü'l-feva'id), Yy, Daru İbni Affan. ty.
- İbni HacerEbu'l- Fadl Ahmed b. Ali İbni Hacer el-Askalani (v.852) el-İsâbe fi temyizi's-Sahâbe, Yy, el-Mektebeü-l Asriyye, Beyrut, Yt, m. 2012, h.1433.
- İbni Kayyim, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ebu Bekir b. Eyyüb ez-Zürai ed-Dımaşki el-Hanbeli, (v.751/1350) İ'lâmü'l-Muvakkîin, Yy, Darul-kütübül ilmiyye, Beyrut, Yt, h.1411/m.1991.
- İbni KesîrEbü'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâîl b. Şihâbiddîn Ömer b. Kesîr b. Dav' ibn. Kesîr el-Kaysî el-Kureşî el-Busrâvî ed-Dımaşkî eş-Şâfiî (v. h.774/m.1373) el-Bidaye ve'n-nihaye, Yy, Mektebetül Mearif, Beyrut Yt, m.1966.
- İbni Kudâme Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. el-Cemmâilî el-Makdisî (v. h. 620/m. 1223) el-Muğni, Yy, Mektebet-ü-lkahire, Yt, h.1388/1968.
- İbni Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. YezîdMâce el-Kazvînî (ö.273/887) es-Sünen, Yy, Darül Fikir, Yt, h. 1415 m.1995.
- İbni Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî (v. h. 273/m.887) Yy, Daru-l-Ceyl, Beyrut, Yt, h, 1418, m,1998.
- İbni Rüşdel-KurtubîEbu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. el-Hafîd el-Kurtubî, (v. m.595/m.1198)Bidayetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Yy, Kahraman Yayınları, İstanbul, Yt, 1985.
- İbni Sa'd Ebû Abdullah Muhammed ibn. Sa'd b. Menî' el-Katib el-Haşimi el-Basri el-Bağdadi (v.h.230/m.845) Kitâbü't-Tabakati'l-kebir, Yy, Mektebet-ül Hanci, Kahire, Yt, 1421/2001.
- İbni Teymiye, Ebu'l-Abbas Takıyyuddîn Ahmed b. Abdülhalîm b. Mecdiddîn b. Abdüsselâm b. Teymiye, (v,728) es-Siyasetu's-Şer'iyye fî İslâhi'r-Râi ve'r-Ra'iyye, Yy, Daru aleml-l-Fevaid, Yy, Cidde, ty.
- İbnü'l-Hümmam Kemâleddin, (v. 861/1457) Fethu'l-Kadir, Yy, İhyaüttürasül-Arabî, Beyrut, ty
- İbnü'l-Münzir, Ebü bekr, muhammed, b. Münzir en-nisaburi (v.318) Kitâbu'l-İcmâ, Yy, Mektebetül-Fürkan, Acman, Birleşik arap Emirlikleri, Yt, h.1420/ m.1999.
- İbnü's-Salah, eş-Şehrezfiri (ö. 643/1245) Marifetü enva'i'ilmî'l hadis (Uumülhadis) Yy, Daru-l Fikir, ty, HHVK, ts, no,1654.

- İbrahim b. Muhammed, el-İsbatu bi-l-Karain, Yy, Mektebetü Üsâme, Riyad, Yt, 1983.
- İbrahim Yılmaz, İslâm (Aile) Hukukunda Dna Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 22, 2013, s. 63-112.
- İmam Mâlik(v.h. 179 m.795),el-Muvatta, Yy, Müessesetü rRisale, Beyrut, Yt, h.1412 m.1992.
- İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sahibi, Mustafa Özdemir, Musalla Bağları Sarnıç sokak No, 2, Selçuklu Konya
- İstanbul Barosu Dergisi Eylül- Ekim 2013, C, 8, Sayı: 2013/5 ISSN 1304-737.
- Kadızzade Ahmed, Şemseddin, (v.h.988 m.1580) Neta'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumuz ve'lesrar, (Tekmile, Hidaye şerhi), Yy, Daru ihyaüttüasil Arabî, Beyrut, ty.
- Kadri Efendi, Abdulkadir, b. Yusuf (Osmanlı âlimi, kazasker), (1674/1084) Vakiatul Müftiin, Yy, Matbaat-ul Miriye, Mısır, Bolak Yt, h, 1300.
- Kahn R. An Introduction to DNA Structure and Genome Organization. In "Forensic DNATechnology" Ed. Farley MA and Harrington JJ. Lewis Publishers. 1991.
- Kahraman Abdullah, İslam Hukuk Düşncesinde Taabbudî HükümlerVe Taabbudiyatın Sahası, İslam Hukuk araştırmaları dergisi sayı, 2, sh,25-57.
- Karafii, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrahmân el-Mısırî el-Karâfî, Envaril-Burûk Fi Envil-Faruk, (İdraru-şşuruk, ala envai-l fûruk),haşiyesiyle beraber, Yy, Daru-l kütübül- İlmiyye, Beyrut Yt, 1998/1418.
- Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî (v.h 587 m.1191),Bedâi'u's-Senâi' fî fi Tertîbi's-şerâi' Yy, Darul kütübül ilmiyye, Beyrut, Yt, h. 1418 m. 1997.
- Kurtubi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensari el-Kurtubi (v h..621),el-Cami' li Ahkami'l-Kur'an.Yy, Darul fikir, Beyrut, Yt ,h.1414, m. 1993.
- Komisyon, el- Mevsuat-ül Fıkhiyye, Yy, Darussaffe, Kuveyt Evkaf Bakanlığı, Kuveyt 4. baskı Yt, h.1414/m.1993.
- Komisyon, İlmihal, Yy, Divantaş, İstanbul, ty.
- Komisyon, Mu'cemul-Vasit, Yy, Mektebetüşşuruk eddevliyye, Kahire 4. Baskı Yt, h.1425 / m.2004.
- Komisyon, Nihal Açıkgoz, Hamit Hancı, A. Hadi Çakır Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, sted, 2002 cilt 11.
- Komisyon, Türkçe sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. baskı.
- Komisyon, Yeni Türk Ansiklopedisi, Yy, Ötüken Neşriyat, İstanbul, Yt, 1985.
- Koşum, Adnan, İslam Hukukunda Siyaseti Şeri'yye Kavramı, İslami Araştırmalar Dergisi c, 16,sayı 3, 2003, ss, 350-358.

- Köse Saffet, Hz.Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış, İslam Hukuku Araştırmaları dergisi sy, 7, Nisan, 2006, ss, 13-50.
- Kuduri, Ebu'l Hasan, Ahmed bin Muhammed el-Bağdâdî (v. h. 428 m. 1037), Muhtasar-ı Kuduri. Yy. Salah Bilici Kitab Evi, İstanbul, ty.
- Küçükkalay, Hüseyin, (v.1999) Kuran Dili Arapça, Yy. Deniz Kuşu matbası, Konya Yt,1969.
- M. Muhyiddin Abdülhamîd, el-Ahvâluş-Şahsiyye, El Me ktebet-ülHanifiyye, İstanbul. ty.
- Marife, Dergisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Meram Yeni Yol Cd. 42090 Meram / Konya / Türkiye.
- Makdisî Haccâvî, Ebü'n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî(v. h.968/m.1560), el-İknâ li Tâlibi'l-intifâ, Yy, Kahire, Yt, h.1351.
- Mâverîdî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverîdî (v. 450/1058) el-Ahkam-is-Sultaniye, Yy, Daru İbni Kuteybe, Kuveyt, Yt, h. 1409/ m. 1989.
- Mecelle-iAhkamı- Adliyye, Osmanlı Devleti'nde 1868-1876 yılları arasında hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını içeren kanun. Matbaatu Osmaniye, ty.
- Merginani Burhaneddin el-Merginani(v.h. 593/m. 1197) el-Hidaye Şerhû Bidayetü'l Mübtedî, Yy, Dar-ul Erkam, Beyrut, ty.
- Meselson M, Stahl F (1958). "The replication of DNA in Escherichia coli". Proc Natl Acad Sci USA. 44 (7), s. 671–82.
- Mevsiliel-İmam, Ebi'l-Fadl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsili el-Hanefi (v.683 h.)el-Muhtâr li'l-fetvâ Muhtar, Yy, Şirket-i Dar-ı Erkam bin Erkam, ty.
- Mevsuatül Fıkhi l- İslami, Yy, Daru-l Mektebi, Dimeşk, Yt, h.1427m.2007.
- MeydânîAbdülğanî b.Tâlib b.Hammâde el-Meydânî el-Guneymî ed-Dımaşkî (ö.1298/1881) el-Lübab fi şerfhi'l-Kitab
- Minhacü'tTalibin veUmdetü-l müttakin Yy. Daru-l Minhac, Cidde, Yt,h.1426, m. 2005.
- Molla Hüsrev Muhammed bin Feramuz bin Ali Rumi (H.885/1480), Dürer ül-Hükkam fi Şerhi Gurer-il-Ahkam, Fazilet neşriyat İstanbul, ty.
- Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) es Siyerül Kebir, İslâm devletler hukukuna dair, Darul kütübül ilmiyye, Birinci baskı 1997-1417.
- Müslimb. Haccâc b. Müslimel-Kuşeyrien-Nişaburi, Ebul-Hüseyin.(v.261/ m.875), el-Müsnedü's- sahihu-l muhtasar mines-sünneni binakli-ladli ani ladli ila Rasülillahi (s.a.v), Yy, Darul marife, Beyrut, h.1419 m.1998.
- Nazariyyatül-fıkhiyye, Darü'l-Kalem, Dimeşk, Yt, 1993.
- Nevevi, Ebu Zekerıyya Yahya b. Şeref b. Müri en-Nevevi (v. 676/1277), Ravzatü't-Talibin veUmdetü'l- müttakin, Yy, Darul fikir, Beyrut, Yt, h. 1415m.1995.

- Nuhoğlu Ayşe, Yenisey Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, yy Beta.
- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2010.
- Oğur, Gönül, Embriyodan İlk İzlenimler Prenatal Tanı, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995.
- Okumuş, Nagehan Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri, 2010, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Yayınevi, İstanbul Ekim 2010.
- Özçelik, Tayfun, Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C21, S.7.S.50. 12.
- Pekcan Ali, İslam Hukuk Teorisine Usuli Yaklaşımlar, Yedi veren Kitap, 1. baskı, Konya, 2009.
- Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. Medeni Usul Hukuku, 14. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.
- Safvan Davudi, Usulü-l Fıkhi kable asri-ttedvin, Yy, Darul Endülüs, Hadra, Cidde, Yt, 1423-2003.
- Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. es-Serahsî (v. 483/1090) el Mabsut, Yy, Darul Marife, Beyrut, Yt, 1993.
- Sted (Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi) 2002.
- Suûd b. Abdî'l-Âlî, el-Mevsuâtü'-Cinaîyyetu'l-İslamî, Yy, Riyâd, Yt, 1427.
- Suyûtî, Ebu'l-Fadl Cemalüddin, el-Eşbâh ve'n-nezâir, Beyrut 1987.
- Suyûtî, Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî eş-Şâfiî (v. 911/1505), el-Eşbah ve'n-nezair fi kava'id ve fûru'i fıkhi'ş-Şafi'iyye, Yy, Mektebetü Nezzar, Mustafa Baz, Riyad, 1418/1997.
- Şaban Zekiyüddin, Usulü-l Fıkh el- İslami, trc. Prof.Dr. İbrahim Kâfi Dönmez, TDV, 2009.
- Şafak, Ali(1990). Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara.(Abdülkadir Ude'ninet-Teşri- u'l-Cinai'l-slami isimli eserinin ter.
- Şafii Muhammed bin İdris bin Abbas (v. 204/820) Yy, er-Risale, Darul Kitabül Arabi, 2. baskı, Beyrut, Yt, 2001/1421.
- Şatıbilbrahim b. Musa (ö.790/1388) el-Muvafakat, Yy, Dar-ul Marife, Beyrut Yt, 1994/1415.
- Şerhi Maanil Asar. Alemul'kütüb, Yt, 1414.
- Şevkânî Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-Şevkânî es-San'ânî el-Yemenî (v.h. 1250/m.1834) Neylû'l-evtâr şerhuu Münteka'l- ahbâr.
- Şifâü'l-ğalîl fi beyânî's-şebah ve'l-muhîl ve mesâliki't-ta'lîl, matbaatu'l irşad, Bağdat, 1971. s.161.
- Şirbini, Hatib, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî el-Kâhirî Şirbînî (v.977 1570) Muğnil-muhtac, Darul Marife, 1997

- Tahâvî Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933) Şerhu müşkili'l-âşâr Yy, er-Risale, Yt, 1415/1994, Beyrut.
- Tahir b. Aşur, İslam Hukuk Felsefesi, trc. Vecdi Akyüz. İstanbul 1988.
- Tayşi, Kutay-Say, Burhan, 1975, Tıbbi Genetik, Ankara.
- Teshil-ül Feraiz, Tekin Kitap evi Konya, ty, (Sadeleştirme ve notlar Orhan Çeker).
- Tirmizî Ebu İsa Muhammed b.İsa b. Sevre, (v. h.279/m. 892) el-Cami'u's Sahih (Sünenu't- Tirmizi) Yy, Daru-l Ğarbil-İslami, Beyrut, Yt, 1996.
- Turuku'l- hükmiyye, fi Siyaseti's-Şer'iyye, Yy, Daru-lkütüb-ül-Arabiyye, Mısır, Yt, m. 1317.
- UdehAbdülkadir (v.954) et-Teşri'u'l-cina iyyü'l İslami, Yy, Darul katib-elArabi, Beyrut, 1984,
- Vekî Ebu Bekir Muhammed b. Halef b. Hayyan Veki ed-Dabbi, (v.h.306/m. 918)Ahbaru-l Kudat, Yy, Alemü-lkütüb, Kahire, ty.
- Witkowski JA. Milestones in The Development of DNA Technology. In “Forensic DNA Technology” Ed. Farley MA and Harrington JJ. Lewis Publishers.
- Yahudilik Ansiklopedisi, Cilt I, Yusuf Besalel, Gözlem Yayıncılık,2001,s.457-458 - Aynı Eser, Cilt II, S.126.
- Zehebî Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Osmân ez-Zehebî et-Türkmânî el-Fârikî ed-Dımaşkî (v. 748/1348,) siyeru A'lamî'n-nübela Yy, Mektebetül Risale, Beyrut Yt, 1415/1994.
- ZerkaŞeyh Mustafa Ahmed ez-Zerka (v.h.1420/ m.1999) El-Medhal-ül Fıkhi e-la'm, Yy, Daru-l Kalem, Dimeşk, Yt, h. 1418, m. 1998.
- ZuhayliVehbe, (v. 1975), el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhu, Yy, Daru-lfıkr, Dimeşk, Yt, h.1405, m. 1998.
- Zuhaylî, Muhammed Mustafa, Vesâilü'l-isbât, Yy, Mektebetü Darul Beyan, Dimeşk Yt, h.1414,
- ZeydanAbdülkerim, (v. 2014), El Medhal li dirasetiş şeriatil İslamiyyeYy, Mektebetü-l Beşair, ty.
- Zeylaî(ö. 743/1342) Tebyînü'l-Hakâik, Matbaatu'l-Kübrâ, el-Emiriyye, Bulak, 1317.
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-615>, 10.6.2019.
- <http://www.felsefedersligi.com/FileUpload/op30412/File/man.i.unite.pdf>. 10.6. 2019.
- <http://www.kriminoloji.net/kriminoloji.php>. 10.6. 2019.
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori=10.6. 2019.
- <http://www.ttb.org.tr/index.php/Etik-Kurul/etik-1369.html>.10.6. 2019.
- www.dilekbalik.com/seminer/doktora_ylisans/batmis. 10.6. 2019.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı ve Soyadı : Ali Gün
Doğum Yeri ve Yılı : Konya/1966
Medeni Hali : Evli

Eğitim Durumu:

Lisans Öğrenimi: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

Yabancı Dil(ler) ve Düzeyi :

1. Arapça iyi
2. Almanca orta
3. Farsça orta

İş Deneyimi:

Diyanet İşleri Başkanlığında İmam Hatip.

Konya/Cihanbeyli/Kelhasan Kasbası Erdoğanlar Mah. Cami, 1997-2001.

Konya/Altınekin /Oğuzeli-Soyhan Mah. Camii, 2001-2005.

Konya/Altınekin /Akköy Mah.Camii, 2005-2007.

Konya Altınekin Fatih C. İmam-Hatip 2007 -2009.

Selçuk Eğitim Merkezi Müdürlüğü İmam-Hatip 20.10.2009- 27.08.2012.

Konya Cezaevi Vaizi 27.08.2012- 01.08.2016.

(Yurtdışı Görevlendirme - ALMANYA Karlsruhe Din Hizmetleri Ataşeliği - Diyanet İşleri Türk İslam Kültür Derneği Jahnplatz 2/2 69412 Eberbach - Din Görevlisi) 31.08.2016-31.8.2021.

Hac Ve Umre Görev Bilgisi.

2006 Hac Din Görevlisi.

20013 Umre Kafiie Başkanı.

2016 Umre (Yurt Dışı) Kafiie Başkanı.

Konya/Cihanbeyli/Kelhasan Kasbası.

2013 Umre Kafiie Başkanı 2013.

2013 Umre Kafiie Başkanı Başkanı.

2014 Hac Kafiie Başkanı.

2016 Umre (Yurt Dışı) Kafiie Başkanı



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Tez Savunma Sınav Tutanağı 2

Öğrencinin Adı Soyadı	Ali GÜN	
Anabilim Dalı	Temel İslam Bilimleri	
Tez Başlığı	İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak DNA İncelemesi	
Yeni Tez Başlığı ¹ (Eğer değişmesi önerildi ise)		
Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan Yüksek Lisans Tez Savunma Sınavında Jürimiz 18/10/2019 tarihinde toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin Yüksek Lisans tezi için; ☒ OY BİRLİĞİ ☐ OY ÇOKLUĞU² ile aşağıdaki kararı almıştır. ☒ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarılı bulunmuş ve tez KABUL edilmiştir. ☐ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarısız bulunmuş ve tezinin REDDEDİLMESİ³ kararlaştırılmıştır.		
TEZ SINAV JÜRİSİ	Adı Soyadı/Üniversitesi	İmza
Danışman	Prof. Dr. Adnan KOŞUM/Süleyman Demirel Üniversitesi	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Ünal YERLİKAYA/ Süleyman Demirel Üniversitesi	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Mustafa TÜRKAN/ Pamukkale Üniversitesi	
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		

¹ Tez başlığının DEĞİŞTİRİLMESİ ÖNERİLDİ ise yeni tez başlığı ilgili alana yazılacaktır. Değişme yoksa çizgi (-) konacaktır.

² OY ÇOKLUĞU ile alınan karar için muhalefet gerekçesi raporu eklenmelidir.

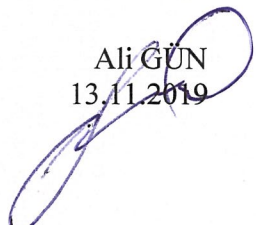
³ Tezi REDDEDİLEN öğrenciler için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır. Tezi reddedilen öğrenci, yeni tez konusu belirler.

SÜLEYMAN DEMİRELÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans/ Doktora tezi olarak sunduğum “İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Dna İncelemesi” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Ali GÜN
13.11.2019



ÖZET

İslam muhakeme hukukunda hakkın tespitine katkı sağlayacak her türlü ispat vasıtaları önemli ve muteberdir. Dava konusunun ispatı açısından son asradamgasını vuran DNA incelemesi de bu bağlamda, hem medeni hem de ceza hukuku davalarında kendisinden yararlanılabilecek en önemli ispat vasıtalarından biri olarak kabul edilmelidir. İslam hukuku, metodolojik olarakdinamik bir yapıya sahip olmasıda bunu gerektirmektedir. Biz tezimizde bu dinamizmin yansımasına dair bir örnek sunmuş olacağız.

DNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesinin özünde, bunun, ittifakla ispat vasıtası olarak kabul edilen kuvvetli karîneye (kat'i karine) benzemesi vardır. Hatta DNA incelemesi sonuçları, karine örnekleriyle mukayese edildiğinde, DNA incelemesi daha kabul edilebilir ve kesin olması hasebiyle karîne karine örnekleri içerisinde en kuvvetli karîneye, belkide müstakil bir ispat vasıtası olarak kabul edilmesinin, daha uygun olacağı bile söylenebilir. Şu da varki, İslam hukukunda sanık lehine olmak üzere; öngörülen cezanın uygulanmasını öteleyici ya da engelleyici etkenler (şüphe unsuru, kanuni delil sistemi, delilde taabbudilik vs.) olduğundan dolayı, karîne-i kâtia, dolayısıyla DNA incelemesi, İslam hukukçularınca muteber birer ispat vasıtası olarak görülmesine karşın, muhakeme usulü hukukunda, özellikle de ceza muhakemesinde, aynı derecede itibar görmemektedir.

Bu etkenler dikkate alındığında, karîne-i kâtiave DNA incelemesi, bazı dava konularında tam etkili iken, bazılarında nakıs bir etkiye sahip olmakta, ya dahiç etkili olamamaktadır. Dolayısıyla DNA incelemesi güçlü bir ispat vasıtası olmasına rağmen, yargıç tarafından dava konusunun türüne göre değerlendirmeye tâbi tutulacağından, delilin zatındaki katiyyet, aynı derecede sonuca etki etmemektedir. Bundan dolayı DNA incelemesinin ispata olan etkisini değerlendirirken, taalluk ettiği dava konularını kısımlandırarak, her türe olan etkisi ve düzeyini ayrı ayrı ele aldık, dava türüne göre farklı sonuçların olduğunu ortaya koymaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Adli tıp, Kriminoloji, Modern tespit, Karine, Uzman görüşü, DNA incelemesi, Suç, Ceza.

ABSTRACT

In Islamic legal proceedings, it is possible and necessary to treat any evidence that is not contradictory to conscious, reason, and knowledge as a means of proof. Since DNA analysis is considered in this respect, it should be accepted as a means of proof that can be used both in civil and criminal cases.

The dynamic structure, universal principle and judicial principles that we see clearly in the methodology of Islamic law make it necessary as well. In our thesis we will present an example of the reflection of this dynamic structure.

In classical sources, while the effect of the presumption was evaluated, it was classified as strong and weak presumption. The presumption having impact on the case is the strong one. We discussed the DNA analysis within the stronger presumption concept. In fact, it can be said that it is more effective than classical presumption in terms of provability degree, therefore, we may think that it must be listed at the top of the list of presumption examples, because, while the presumption examples are in coherence with social acceptance, the DNA analysis seems to be more rigorous as a scientific evidence.

Here, we should draw attention to a point in terms of the results of our study; the acceptance of the DNA analysis as certain scientific evidence is not regarded as evidence at the same level in the law of reasoning, especially in criminal proceedings. In Islamic law, there are some principles and limitations that can be evaluated in favor of the defendant. As Islamic criminal law makes its presence in the minds as a deterrent element, it is a sign that punishment in criminal law is not necessarily meant to be connected with certain conditions in terms of applicability of heavy punishments (Hadd punishments).

Examples of such cases are; the judge's assuming an attitude to stop the admission of the defendant in cases of adultery which requires stone to death; and while a single confession is sufficient for other cases; when it comes to adultery, four times confession and four witnesses must be present.

Taking these obstacles into account, even though the DNA analysis is a strong evidence, it will be subjected to legal evaluation and therefore the evidence itself does not affect the result at the same level. Since we consider these principles in our thesis, we have shown that there are different results depending on the type of punishment in the effect of the DNA Analysis on punishment.

Key Words: Forensic Science, Criminology, Modern determination, Presumption, Expert opinion, DNA analysis, Crime, Punishment.

İÇİNDEKİLER

TEZ SAVUNMA TUTANAĞI	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
ÖNSÖZ	viii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DNA'NIN BİLİMSEL ARAŞTIRMA BASAMAKLARI, ELDE EDİLME SÜRECİ VE ANALİZİ

1.1. DNA NIN MAHİYETİ	5
1.2. DNA' NIN TARİHİ SEYRİ	6
1.3. DNA' NIN KANIT OLMA ÖZELLİĞİ	7
1.4. DNA'NIN İSLAM MUHAKEME HUKUKUNA ETKİSİ	8
1.5. DNA'delilinin sANIKla iltisak süreci	12
1.6. DNA'NIN İZOLESİ	13
1.6.1. DNA İzolesi İçin Uygun Veriler	13
1.6.2. DNA İzolesinde Soğuk Zincir	13
1.6.3. DNA İzolesinin Hukuki Güvence Altına Alınması	14
1.7. DNA'NIN ANALİZİ	15
1.8. DNA ANALİZİNDE ÖNEMLİ KRİTERLER	15
1.8.1. DNA Taşıyıcısı KanıtınKorunması	16
1.8.2. DNA Analizi Uzmanlar Tarafından Yapılmalı	17
1.8.3. Teknik Olanaklar Elverişli Olmalı	18
1.8.4. Rapor Mantiğa Uygun Olmalı	18

İKİNCİ BÖLÜM
BİR İSPAT VASITASI OLARAK DNA'NIN FIKHÎ REFERANSI VE
İSPATVASITALARI ARASINDAKİ KONUMU

2.1. DNA DELİLİNİN İZ DÜŞÜMÜ OLARAK KARİNE	21
2.1.1. Karine	21
2.1.1.1. Karîne-i Kâtıa (Kuvvetli Karîne)	22
2.1.1.2. Zanna Dayanan; Zayıf (İtibarsız) Karine	23
2.1.2. Karine Örnekleri	23
2.1.2.1. Zilyedlik (Elinde Bulundurma)	24
2.1.2.2. Yazılı Belge (Kitabet)	25
2.1.2.3. Ârâu Ehli'l-hıbre	26
2.2. DELİL OLARAK KARİNE VE DNA'NIN USULİ KÖKLERİ	27
2.2.1. Kuran'da	28
2.2.2. Sünnet'te	29
2.2.3. Sahabe Uygulamasında	31
2.3. İSPAT VASITALARININ DERECELERİ VE DNA'NIN KONUMU	32
2.3.1. İspatın Önemi	33
2.3.2. İspat Vasıtaları Arasında DNA'nın Konumu	35
2.4. İSPAT VASITALARININ KEYFİYETİ	36
2.4.1. Kesin (Kat'î) İspat Vasıtaları	37
2.4.2. Takdiri İspat Vasıtaları	38
2.4.3. Katî ve Takdiri İspat Vasıtaları Bağlamında DNA İncelemesi	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
DNA'NIN İSPATTAKİ KAPSAMI VE İSLAM HUKUKU İLKELERİNİN
BUNLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

3.1. İSLAM CEZA MUHALEMESİNİN ÖZELLİKLERİ	41
3.2. DNA'NIN İSPAT DEĞERİNİ ZAYIFLATAN İSLAM MUHAEME	
HUKUKU İLKELERİ	44
3.2.1. Aslolan suçsuzluktur ilkesi (Berât-i Zimmet Asıldır)	44
3.2.2. Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması İlkesi (Şüpheden Sanık Faydalanır)	45

3.2.2.1. Şüphenin Etkisine Klasik Kaynaklardan Örnekler	46
3.2.2.2. DNA'nın İspattaki Etkisini Zayıflatan Şüphenin Düzeyi	50
3.2.2.2.1.Hadd Cezalarındaki Şüphenin Düzeyi	50
3.2.2.2.2.Kıyas Cezasındaki Şüphenin Düzeyi	52
3.3. TAZİR CEZASINDA DNA PARMAK İZİ	56
3.4. DNA TESTİ YOLUYLA NESEBİN SÜBUTİYETİ VE NEFYİ	59
3.4.1. Nesebin Sübutiyeti	61
3.4.1.1.Nesebin Sübutiyetinde İttifak Edilen Deliller	63
3.4.1.1.1.Firâş (Evlilik, Babalık Karinesi)	63
3.4.1.1.2. İkrar (İtiraf/İstilhâk)	68
3.4.1.1.3. Beyyine	69
3.4.1.2.Nesebin Sübutunda İhtilaflı Deliller	70
3.4.1.2.1. Kıyafe (Benzerlik)	70
3.4.1.2.2. Kura	73
3.4.2. Nesebin Nefyi	74
3.4.3.Nesebin Nefyinde Lianın Dna Testine Takdimi	75
3.4.4. Nesepte Taabbudilik ve DNA İncelemesi	77
3.4.5. Dna Testinin Nesebe Etkisinde Günümüz İslam Hukukçularının Görüşleri	80
3.4.5.1.Kıyâfe Konumunda Olduğu Görüşü	81
3.4.5.2. Müstakil Bir Delil Olduğu Görüşü	82
3.5. DNA TESTİ YOLUYLA KİMLİKLENDİRME	88
3.5.1. Adli Kimliklendirme	89
3.5.2. Tıbbi Kimliklendirme	89
3.5.2.1. Doğal ve Yapay Afetlerde Tıbbi Kimliklendirme	89
3.5.2.2. Parçalanmış Cesetlerde Tıbbi Kimliklendirme	90
3.5.2.3. Kitlesel Ölümelerde Tıbbi Kimliklendirme	90
3.5.2.4. Delil Tespit İsteminde Tıbbi Kimliklendirme	90
SONUÇ	92
KAYNAKÇA	96
ÖZGEÇMİŞ	104

ÖNSÖZ

İslam hukukuna ait hükümlerin kesişme noktasında, adaletin tesisi yoluyla, ferd ve toplumsal huzurun temini vardır. Şu Ayet ve Hadisler de, buna işaret etmektedir; “Allah (c.c) bozgunculuğu sevmez.” “Birbirinizin mallarını haksız yollarla yemeyin.” “Zarar vermek ve zararlar karşılık vermek yoktur.” Bundan dolayıdır ki usulcüler, İslam hukukuna ait hükümlerin gayesini zarûriyyât, hâciyât ve tahsîniyyât’ın (mekasidü’ş-şerîa) temini olarak belirlemişlerdir. Bunlar arasında zarûriyyât, en üst düzeydeki yararları; toplumun varlığı ve dirlik düzenliği için vazgeçilmez olan temel hak ve değerleri ifade etmektedir. Zarûriyyât, hayatın (can), neslin (nesep, ırz), aklın, malın ve dinin korunması şeklinde kısımlandırılmış ve literatürde “zarûriyyât-ı hamse, makasid-ı hamse, külliyyât-ı hams” gibi adlarla anılmıştır. Güvenilir bir toplum inşasının en önemli unsuru olan zaruriyyâtla ilgili hükümlerin gereği yerine getirildikten sonra, hâciyât ve tahsiniyyâtla dair hükümlerin tatbikiyle, toplum ve fertlerin yaşam kalitesi yükselecek demektir. Yani İslam hukukundaki hükümlerin özünde, birey ve toplumu aynı anda koruyan ve kollayan homojen bir durumsöz konusudur¹.

Hiç kuşkusuz bütün bunların gerçekleşebilmesinin temelinde, bağlayıcılık ve fırsat eşitliği anlamında kanunlar karşısında herkesin eşitliği ilkesi ve âdil yargıla(n)ma vardır. Beklenen netice, bu yargılamanın sıhhati nisbetindedir. Bunun için âdil yargılama, Allah’a imandan sonra en önemli farz ve ibadetlerden sayılmıştır. Yargıda problem olursa (tuz kokarsa) toplum yaşamında, huzursuzluk baş gösterir, güvensizlik başlar, tehlike eş güdümlü olarak bütün dengelerin bozulmasına kadar uzanır. Dinin tanımının parçası olan “hayırlı olan şeylere sevkeden” ifadesi ve, din kelimesinin sözlük manaları olan; boyun eğmek, hakkını almak, boyun eğdirmek, hesaba çekmek, ceza ve mükafat vermek, egemenlik, mülk, hüküm, idare etmek, ifadeleri de buna işaret etmektedir.

Hukukun gayesinin gerçekleşmesinin mahalli olan muhakeme hukuku, esas ve usul itibariyle, adaletin teminine yönelik her türlü verilere açık olmalıdır. Bu bağlamda, bu gün bilgisayar teknolojisi öğrenimindeki gelişmeler ve bilimsel faaliyetler suçun ispatı ve suçla mücadele konusunda daha önce emsali görülmemiş imkanlar sunuyorsa, bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak, hayatımıza giren yeni ispat vasıtaları, yargı hukukunun gayesine katkı sağlayacaksa, İslam yargı hukuku buna ilgisiz kalmaz. Çünkü İslam hukuku, usul ve esasları itibariyle, zaman ve mekan üzeridir.

Suçun ve suçlunun tespitinde ispat hukukuna önemli katkısı olan bu yeni yöntemlerin en önemlilerinden biri de, DNA incelemesidir. Suç mahallinde bulunan kan, meni, tükürük veya saç teli gibi DNA taşıyıcı veriler vasıtasıyla, üzerinde uygulanması gereken bazı faaliyetlerden sonra, suçun faili açık bir şekilde belirlenebilmektedir. DNA incelemesinin İslam yargı hukukuna olan etkisi günümüz İslam hukukçularınca makaleler ve mütalalar şeklinde kısmen ele alınmış olsa da, İslam yargı hukukunun geneli itibariyle bu konuda derli toplu bir değerlendirme olmamıştır. Bu çalışmamızda böylesi önemli bir verinin, İslam yargı hukukuna olan genel etkisini tezimizdedeğerlendireceğiz.

Tezimizde, modern ve bilimsel bir ispat vasıtası olan DNA incelemesinin İslam yargı hukukuna olan tesir ve katkısını, bir ispat vasıtası olarak DNA parmak izinin,

¹ Bkz. Pekcan, Ali, Makasid Teorisinin Temel Parametreleri, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 3, 2004, Sh, 113-142.

klasik kaynaklardaki izdüşümü olarak gördüğümüz, karineyle olan benzerliği çerçevesinde ele alacağız.²Buna İslam hukuku literatüründe tahrîc denmektedir.³ DNA incelemesinin İslam dava hukukuna olan tesir ve katkısını tespit etmekle; Adli Tıp, polis, ve jandarma kriminal laboratuvarı sonuçları, uzman görüşü, bilirkişi raporları gibi, davanın ispatına katkı sağlayan ve hukuki bir değere sahip olan bütün modern ve bilimsel verilerin, İslam Muhakeme Hukuk'u (yargılama) açısından önemli ve mutlak manada hukuki bir değere sahip olduğunu da dolaylı bir şekilde tespit etmiş olacağız. Çünkü bunlar bilimsel bir veri olma ve modern teknoloji ile ilişkilendirilme cihetiyle DNA incelemesinin paydaşlarıdır.

Tez çalışmam sırasında kıymetli bilgi, birikim ve tecrübeleri ile bana yol gösterici ve destek olan değerli danışman hocam sayın Prof. Dr. Adnan KOŞUM'a, ilgisini ve önerilerini göstermekten kaçınmayan diğer hocalarıma sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım. Yüksek lisans eğitimim boyunca yardım, bilgi ve tecrübeleri ile bana sürekli destek olan Arş. Gör. Yıldız DEMİR Hanıma ve çalışmalarım boyunca maddi ve manevi destekleriyle beni hiç bir zaman yalnız bırakmayan aileme de sonsuz teşekkürler ederim.

ALİ GÜN
HAZİRAN 2019

² Halife Ali Ka'bi, el-Basmatü'l-verâsiyye, Darun-nefais, Yt, 2006-1426, Ürdün, sh, 292-311.

³ Tahrîc, mezheplerin teşekkülünden sonra bir mezhebe müntesip hukukçuların fikhî ameliye tarzlarından birisi olup hükme ulaşma hususunda mezhep birikiminin esas alınmasıyla gerçekleştirilen bir istidlal yöntemidir. Muharririn dayanakları ile müctehidin dayanakları birbirinden farklıdır. Burdan hareketle tahrîc yönteminin ictihaddan farklı bir ameliye olduğunu söyleyebiliriz. bkz, Müsfir b. Ali b. Muhammed el-Kahtânî, Menhecu istinbâti ahkâmî'n-nevâzili'l-fikhiyyeti'l-mu'âsıra, İkinci Baskı, Dâru İbn. Hazm, Beyrut, 2010, sh. 493; Atar, Fahrettin, Fıkıh Usûlü, İFAV., İstanbul 1988, sh. 317.

KISALTMALAR

A.g.m	: Adı Geçen Makale
A.Ü.İ.F.D	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
bnt.	: Binti
B/b	: bin
BKZ./bkz.	: Bakınız
by.	: Baskı yeri yok
DNA kopyası:	cDNA
C. c.	: Cilt
c.c	: Celle Celaluhu
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CRM	: Müşteri İlişkileri Yönetimi
DNA/ Dna	: Deoksiribo Nükleik asit
D.İ.A/ Dia	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
ENFSI	: Avrupa Adli Tıp Kurumları Ağı
hn.	: Hadis no
H./h	: Hicri
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HIV	: Human Immunodeficiency Virus
HZ/ hz.	: Hazreti
İFK	: İstilahatı Fikhiyye Kamusu
K.K/k.k	: Kurani Kerim
KPL	: Kriminal Polis Laboratuvarları
m.	: Miladi
md.	: Madde
MERNİS	: Merkezî Nüfus İdare Sistemi
PCR	: Polimeraz zincir tepkimesi
POLNET	: Polis Bilgi Sistemi
R.A/r.a	: Radiyallahu anhü/ anhe /anhüma
RNA	: Ribo Nükleik asit
s.	: Sahife
s.s	: Sayfa Sayısı
sy.	: Sayı
S.A.V/s.a.v	: Sallallahu Aleyhi ve Sellem
sn	: Sayfa No
ts	: Tasnif
TBB/tbb	: Türkiye Barolar Birliği
TDK	: Türk Dil Kurumu
T.D.V.İ.A	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
trc.	: Tercüme
ty	: Baskı tarihi yok
v.	: Vefatı
vd.	: ve devamı/ ve diğerleri
vs.	:Ve saire
Yy.	: Yayın yeri/yayınları
yt	: Yayın Tarih

GİRİŞ

Toplumu oluşturan fertlerin, bireysel vetoplumsal ihtiyaçları zaman ve şartlar değişikçe farklılaşmaktadır. Bu değişimin, hem bir parçası, hem de nesnesi olan insan, bu değişimden her yönüyle etkilenen bir varlıktır. Bu değişimin olumsuz etkilerinden, birey ve toplumu korumak için alınması gereken tedbirler vardır. Bunların en önemlilerinden biri de, bu değişimin hem öznesi hem de nesnesi olan her bireye, saygın bir yaşam güvencesinin sağlanmasıdır. Bu, toplumun geleceği ve fertlerin güven ve huzuru açısından son derece önem arz etmektedir. Bu ortamın sağlanması ise hukuk müessesine aittir. Bu sebeple hukukun, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak toplumsal değişimlerden kaynaklı sorunları çözecek dinamik bir yapıya sahip olması zorunludur.

İslam hukuku Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas olarak isimlendirilen aslî delillerle beraber Sahabe Kavli, Örf, Maslahat, Zerâyi, İstihsan, İstishab gibi fer'î delillere dayanır. Kitap ve Sünnet vahye müstenid iken, bu iki asıl delil dışındaki bütün aslî ve fer'î deliller ise Kitap ve Sünnetin kontrolünde akla dayanır. Dolayısıyla İslam hukuku meselelerin çözümünde, vahyin kontrolünde kalmak kaydıyla, aklın eseridir. Bundan dolayı İslam hukuku kıyamete kadar dinamik ve bütün insanların her ihtiyaçlarına cevap verebilecek usul ve esaslara sahiptir. Dolayısıyla esaslarını vahyin belirlediği İslam hukukuna ait emir, yasak ve diğer amellerin uygulamaya yönelik tarafını, peygamberin (sav) sünneti ve ulemanın içtihatları pratiğe taşır. Bu ise akıl ve ilimle(fıkıh) yapılır; ihtisas sahibi olan ilim adamları kendi ihtisas alanına giren hususlarda ilimlerini ve akıllarını konuşturarak bunu yaparlar ve hukukun pratiğine katkı sağlarlar. İşte tam bu nokta, hukukla sosyal değişimin buluştuğu yerdir.

Hiç kuşkusuz, hukukla sosyal değişim arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu nedenle, bütün sosyal teşekküller gibi hukuk müessesesi de, değişime hazırlıklı olmalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İslam hukuku usul ve esasları itibarıyla buna sahiptir. Şu da bir gerçek ki, İslam hukuku'nun, sosyal değişime açık olması, her türlü değişime onay verdiği anlamına gelmez. Çünkü İslam hukukunun kendine özgü kurmak istediği bir toplumsal yapı söz konusudur. Bu durum dikkate alındığında, İslam hukuku'nun değişime bakışını şöyle izah etmek mümkündür: İslam hukuku, hak ve adalet gibi değerlere sahip bir toplum oluşturma gayesinden taviz vermeden, olumlu sosyal gelişmelere açık, olumsuz değişim karşısında ise direnç göstermektedir. İslam hukuku,

metodolojisi itibariyle, kendine has çizgisinde geçmiş problemleri çözdüğü gibi, gelecekte yaşanacak problemleri de çözecektir⁴. Bu çerçevede bu gün hukukta yeni bir şeyler söylenmesi gerekiyorsa bunu da söyleyecektir. Geçmiş asırlarda kullanılmayan birçok veri bugün bilim ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde, hukukta yargılamada delil olarak değerlendirilmekte ise ve İslam hukukunun mantalitesi de buna uygunsa, İslam hukukunda bu verinin değeri olacaktır.

Bu cümleden olarak, biyolojik bir veri olan DNA incelemesi, çıkış noktası itibariyle sağlıkla ilgili hususlar olmakla beraber, bugün, şüpheli ve mağdurun kimliklendirilmesi, mağdur ve şüpheli arasında bağlantının kurulması, toplu mezar araştırılması ve kişilerin kimliklerinin belirlenmesi gibi, yargıyı igilendiren konularda en önemli bir ispat vasıtası olarak görülmektedir.⁵ Dolayısıyla, bilimsel ve teknolojik bir veri olan DNA incelemesi, İslam muhakeme hukukunun gayesi ve prensipleri çerçevesinde bir delil olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, biz İslam hukukuna ait kriterler çerçevesinde, DNA incelemesinin dava konusuna olan etkisinin, ne olması gerektiğini, tezimizin içerisinde ifade etmeye çalışacağız.⁶

Bu değerlendirmelerde DNA incelemesi sürecine dahil olan, DNA taşıyıcısı verilerin elde edilmesi, paketlenmesi, taşınması, sürenin gerekli şekilde kullanılması, laboratuvar aşaması gibi hususları da dikkate alacağız. Çünkü bunlar delilin mahiyetine etki eden unsurlardır. Ayrıca busüreç içerisinde, akıl yürütme yeteneği ve güvenilirliği yönüyle, insan unsuru büyük önem taşımaktadır. Sonucun, kasten ya da hataya bağlı olarak, tağyir veya tebdile uğraması muhtemeldir. Özellikle ceza hukuku açısından konuyu ele aldığımızda bu davalarda delil karartma amacıyla her yolun denendiği bilinmektedir. Hatta bu karartma işlemi öylesine profesyonelce düzenlenmektedir ki; meydana getirilen karmaşa uzmanlarca bile zor çözülmekte veya çözülememektedir.⁷

DNA verisinin, dışında gelişen bu süreç, bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesinin, şüpheli deliller içinde değerlendirilmesi için yeterli olduğu söylenebilir. Bu ise DNA parmak izinin, taalluk ettiği dava konusunun türüne bağlı olarak, suçun

⁴ Bkz. Dalgın, Nihat, Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Dergi Park Cilt, 16, Sayı, 16, Ocak, 2004, Sh, 111-128.

⁵ Atasoy S. Adli olayların aydınlatılmasında DNA parmak izinden yararlanılması. Adli Tıp Dergisi, 1989; 5: 215-219

⁶ Özçelik Tayfun, Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C, 21, S, 7,S, 50.

⁷ Bu konuda verilmiş örnekler için birinci bölümdeki , ''Dna Taşıyıcısı Kanıtın Bozulmasını Önlemek'' isimli başlığa bakınız.

ispat düzeyindeki etkisine farklı şekilde yansımaya sebep olacaktır. Burada, delili tedarik edip yargıya sunma aşamasınakadar geçen süreç ve insan unsurunun da negatif etkilerini dikkate alarak, DNA incelemesinin suçun ispatına olan etkisinin keyfiyetini tezimizin içerisinde incelemeye çalışacağız. İspat hukukunun önemli bir parçası olan DNA incelemesi, bilimsel ve teknolojik bir ispat yöntemidir. Teknolojik ve bilimsel yönü olan bir konuyla ilgili olan, bir araştırma ve tespit çalışması yapıyor olmamız, tezimizi farklı kılacağı kanaatindeyiz. Çalışma bizden muvaffakiyet Allah'tandır. (c.c.)

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma, önsöz ve giriş dışında üç bölüm ile sonuç kısmından oluşmaktadır. Giriş bölümünde konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla tezimizin içeriği hakkında bazı temel ve ön bilgileri dile getirdik. Araştırmanın birinci bölümünde biyolojik bir veri olan, DNA incelemesinin ispat vasıtası konumuna gelmeden önceki aşamasını kapsayacak şekilde, DNA'nın mahiyeti, DNA molekülünü içinde barındıran verinin olay yerinden usulüne uygun şekilde alınarak laboratuvar aşaması ve ispat vasıtası olmaya elverişli bir hal alması sürecinde uygulanan yöntemler ve bu süreçte dikkat edilmesi gereken hususları ele aldık.

İkinci bölümde, genel anlamda ispat vasıtalarının kapsamı ve delil değerleri üzerinde durduktan sonra, DNA incelemesinin İslam muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak kullanılması gerektiğini ve bunun gerekçesini ise, DNA incelemesi ve karine arasındaki güçlü alaka ve benzerlik, olarak ifade ettik.⁸ Şöyleki, yargılamada iki olay arasında (mesela ölüm ile öldürme) aklî çıkarsama yapmaya yarayacak bir veri yoluyla (mesela bıçağına kan bulaşmış birisinin, maktulun yanından aniden çıkması) iki şey arasındabağlantı kurularak elde edilen ve bilinmeyen birdurumun (öldürenin kimliği) ispatınayarayan delil anlamında fıkıh terimiolan karine ile,kalıtımda rol oynayan organik bir molekül ve nükleik asit çeşidi olan ve kısaca DNA denilen, içeriğinde kişiye mahsus şifreleri barındıran kimyasal bir madde vasıtasıyla, dava konusu ve davalı arasında kurulan bağlantı sonucunda kesine yakın derecede suçlunun veya sorumlunun tespit edilmesine yarayan DNA parmak izi, suç ve suçlu arasında bağlantı kurmaya vesile olması yönüyle birbirine benzemektedir. Belkide DNA incelemesinin delil olarak kullanıldığı yerde, DNA incelemesi, teknolojik vebilimsel bir

⁸ Benzerlekliklerden hareketle bir hüküm ortaya koymaya, Fıkıh literatüründe Tahric denmektedir. Bununla ilgili açıklama birinci bölümde gelecek.

ispat vasıtası olduğu cihetle, alaka ve münasebetin tezahürü daha açık ve kabul edilebilir, kamu nezdinde daha muteber olduğundan, delil olma yönünde karinenin fevkinde bir meziyyet vemükemmeliyyet kazandığından, DNA incelemesini, karine kavramının dışında, yeni bir ispat vasıtası olarak görmenin demümkün olacağı düşünülebilir.⁹

Karinenin, yargılama hukukunda ispata olan etkisinin, DNA parmak izi içinde geçerli olacağını düşündüğümüzden, tezimizin ikinci bölümünde ağırlıklı olarak karine ve buna bağlı hususlar üzerinde durduk. Öncelikli olarak karineyi tasnif ederek, yargı hukukunda etkili olan karinenin, karine-i kâtia olarak isimlendirilen, kuvvetli karine olduğunu beyan ettikten sonra, bu karinenin ispata olan etkisini, suçların türlerine bağlı olarak, farklı farklı değerlendirdik.¹⁰

Üçüncü bölümde, DNA incelemesinin İslam muhakeme hukukuna ait farklı alanlardaki etkisi; DNA incelemesinin hadd, kısas, ta'zir cezalarına, ve diğer hukuki konulara, nesebin nefy ve ispatına, olan etkisini ele aldık. Sonuç bölümünde ise bütün bu değerlendirmelere bağlı olarak, DNA incelemesinin, adli, adi, ve ceza davalarına, nesebin nefyi ve sübutuna olan etkisi hakkındaki düşüncelerimizi ortaya koyduk. Kullandığımız kaynakları dipnotlarda belirtirken önce eserin yazarını, eserin ismini, basıldığı matbaayı, yeri ve tarihi zikrettik. Aynı dipnottaki eserleri sırasıyla Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin kendi kaynakları arasında tertip gözeterek, yazarlarının vefat tarihlerine göre sıraladık. Daha sonra bu dört ana mezhebin dışındaki mezheplerin eserlerine ve yakın zamanda telif edilmiş kaynaklara yer verdik.

⁹ Ka'bî, el-Basmatü'l-v erâsiyye, 299-301.

¹⁰ DNA Parmak izinin ispattaki alaka ve etkisinin olduğu dava konularını, beş başlık altında topladık; Hadd, kısas ve tazir cezalarında; nesebin ispat ve nefyinde; normal adli dava ve kimliklendirmede .

BİRİNCİ BÖLÜM

DNA'NIN BİLİMSEL ARAŞTIRMA BASAMAKLARI, ELDE EDİLME SÜRECİ VE ANALİZİ

1.1. DNA NIN MAHİYETİ

Deoksiribo nükleik asit veya kısaca DNA, tüm organizmalar ve bazı virüslerin varlıklarını sürdürebilmeye yönelik biyolojik gelişmeler için gerekli olan genetik talimatları taşıyan bir nükleik asittir. Hücrelerde DNA, kromozom olarak adlandırılan yapıların içinde yer alır. Hücre bölünmesinden evvel kromozomlar eşlenir, bu sırada DNA ikileşmesi gerçekleşir¹¹.

DNA molekülü tüm canlı hücrelerde ortak olarak bulunur ve aynı nükleotidlerden oluşur. Nükleotit, bir nükleik baz, beş karbonlu şeker ve en az bir tane fosfat grubundan oluşan organik moleküldür. Nükleotitler, nükleik asitlerin yapı taşlarıdır. Bir nükleotide ismi veren, taşıdığı bazdır. Bu bazlar pürin ve pirimidin olarak ikiye ayrılır. Pürinler adenin ve timin; pirimidinler ise guanin, sitozin, ve urasil denen bazlardır. Bu bazlardan adenin A, guanin G, sitozin S ya da C, timin ise T harfi ile gösterilir¹².

DNA çift zincirli bir moleküldür. DNA'nın bir zincirindeki adenin daima diğer zincirdeki timinle, guanin ise diğer zincirdeki sitozinle eşleşerek aralarında zayıf hidrojen bağları kurulur. Dolayısıyla DNA'daki adenin sayısı timine, guanin sayısı sitozine eşittir. Buna göre DNA zincirlerinden birinin baz sırası bilinirse diğerinin de baz sırası kolayca bulunabilir. Genetik bilginin yeni hücrelere aktarılması DNA molekülüyle sağlanır.

Gen bölgeleri, çok sayıda nükleotitten oluşur ve bir proteinin sentezi ile ilgili genetik şifre taşır. Örneğin, bir gen çeşidinin taşıdığı şifre ile, kasların yapısına katılan aktin proteini sentezlenebilirken, başka bir gen çeşidinin taşıdığı şifre ile kanın

¹¹ Dahm R (2005). "Friedrich Miescher and the discovery of DNA". Dev Biol. 278 (2), s. 274–88; Avery O, MacLeod C, McCarty M (1944). "Studies on the chemical nature of the substance inducing transformation of pneumococcal types. Inductions of transformation by a desoxyribonucleic acid fraction isolated from pneumococcus type III". J Exp Med. 79 (2), s. 137–158.

¹² Protein ve Nükleik Asit kavramları için bkz, Baloğlu Ulaş Baran, Dna Sıralarındaki Tekrarlı Örüntülerin Ve Potansiyel Motiflerin Veri Madenciliği Yöntemiyle Çıkarılması, Yüksek Lisans Tezi, 2006, sh, 2-5.

pıhtılaşmasında görev alan fibrinojen proteini sentezlenebilmektedir. Saç rengi, göz rengi gibi birçok özelliği belirleyen genetik bilgi DNA ile taşınır. Hücredeki tüm proteinlerin sentezi DNA'nın kontrolünde gerçekleşir. **DNA**, hücrenin yönetici molekülüdür. **DNA** ile genetik bilgi yeni nesillere aktarılır. **DNA**'yı oluşturan basamaklardan her birine nükleotit denir. Bir nükleotit fosfat, azotlu baz ve şeker içerir. Canlıların yapısında bulunan kromozomlar DNA'lardan, DNA'lar da nükleotitlerden oluşur. Belli özelliklerimizi taşıyan ve birden fazla nükleotitten oluşan DNA parçasına gen denir¹³.

1.2. DNA' NIN TARİHİ SEYRİ

İslam hukuku açısından suç ve suçlunun tespiti hususunda biyolojik verilerden yararlanma İslam hukukunun doğuşuyla beraber başlamıştır diyebiliriz. Çünkü İslam hukuku, suç ve suçluya ulaştırabilecek, makul olan her şeyi, delil olarak kabul etmiştir. Bunu, fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde, ispat vesilelerine dair verilen örneklerden anlamak mümkündür¹⁴. Şu da varki, klasik örneklerden farklı olarak, ilmi disiplin, titiz bir süreç ve birbirine bağlı bir ekip çalışması ürünü olan biyolojik verilerden delil olarak söz edilmesi ilk olarak 1930 yılında Karl Landsteiner'in Nobel Tıp Ödülünü almaya hak kazandığı AB0 kan grupları sisteminin babalık ve cinayet davalarında güvenilir birer kanıt olarak kullanılmasıyla başlamıştır. Daha sonraki yıllarda teknolojinin gelişmesine bağlı olarak eritrosit enzimleri, serum proteinleri, hemoglobin ve lökosit antijenleri kanıt olarak kullanılmıştır.¹⁵

Karl Landsteiner'in yargıya kazandardığı bu delile, 1985 yılında İngiltere'de iki genç kızın katilinin bulunması için uygulanan, daha güçlü ve farklı bir biyolojik delil olan DNA analizi eklenmiştir. Tecavüz edildikten sonra öldürülen iki kızın katilinin bulunabilmesi için İngiliz polisi genetik alanında çalışmalarıyla tanınan Alec Jeffreys'den olayın aydınlatılabilmesi için yardım istemiştir. Genç kızların vücudundan alınan saldırı gana ait menî örneğinden, DNA profili çıkarıldıktan sonra yakın çevrede

¹³ DNA'nın yapısı için bkz, Tayşi Kutay-Say Burhan, Tıbbi Genetik, 1975, Ankara, s.56.

¹⁴ İlgili örnekler tezimizin içerisinde karine örnekleri başlığı altında verilecektir.

¹⁵ Gözde Masatcıoğlu, Toplumumuzda Göz Rengini Belirleyen Herc 2 Gen Polimorfizminin Yaygınlığının Araştırılması, Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2012 sh, 1 (Giriş).

yaşayan yaklaşık beş bin erkeğin kan örnekleri toplanarak DNA profilleri belirlenmiştir. Tüm DNA'ların karşılaştırılması sonucunda hem gerçek suçlu bulunmuş, hem de gerçekte suçu işlemediği halde hapiste tutulan bir gencin masumiyeti ortaya çıkmıştır. Bu tarihten itibaren ilk kez DNA parmak izi suç ve olaylarının keşfinde yargı hukukuna resmen dahil olmuş ve yeni bir dönem başlatmıştır¹⁶.

1.3. DNA' NIN KANIT OLMA ÖZELLİĞİ

DNA'nın moleküler yapısı, DNA'nın tanımında da ifade edildiği gibi, tüm canlılarda aynı nükleotitten adenin (A), sitozin (C), guanin (G) ve timin (T) oluşmaktadır. Canlılar arasındaki farklılık ise nükleotitlerin DNA üzerindeki sayıları ve dizilişlerinden kaynaklanmaktadır. Bir insanın tüm hücrelerindeki DNA aynıdır; örneğin kanındaki DNA ile deri hücresi, göz hücresi, sperm veya tükürüğündeki DNA aynıdır. Aynı zamanda tüm insanların DNA dizileri %99,9 oranında benzerlik göstermekle beraber, geri kalan %0.1, her insanı diğerinden farklı kılan, kişisel kimliği sağlayan kısımdır. Bu şu anlama gelmektedir. Tek yumurta ikizleri hariç, her insanın kendisine münhasır bir genetik yapısı vardır. Hiçbir insanın genetik yapısı diğer insanların genetik yapısıyla aynı değildir. Bu durum el parmak izine benzetilerek, buna DNA parmak izi denmiştir.¹⁷ Böylece DNA incelemesi, suçun ve suçlunun hatta suçsuzun tespitinde önemli bir kanıt olarak kullanılmaya başlamış ve DNA incelemesi ispat hukukunun en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir.

Bunu şu şekilde izah edersek daha iyi anlaşılacaktır. Alfabedeki 29 harfle sınırsız sayıda kelimeler ve bu kelimelerle sınırsız cümleler, farklı kitaplar

¹⁶ DNA'nın fiilen yargıda delili olarak kullanılması 1985 yılı olarak söylenebilir. Ama bu günkü aşamaya gelmesi bir buçuk asırlık bir süreci kapsamaktadır. İlk olarak İsviçreli hekim Friedrich Miescher 1869'da atık cerrahi pansumanlarındaki irin içinde mikroskopik bir madde keşfetmiştir. Hücre çekirdeklerinde (nükleus) bulunduğu için ona "nüklein" adını vermiştir. 1919'da Phoebus Levene, nükleotit birimleri oluşturan baz, şeker ve fosfatı tanımlamıştır. Bu gelişmeler 1928'de Frederick Griffith, Oswald Avery ve arkadaşları Colin MacLeod ve Maclyn McCarty ile devam etmiş, Oswald Avery ve arkadaşları Colin MacLeod ve Maclyn McCarty 1943'te değiştirici etmenin DNA olduğunu göstermişlerdir. 1953'te James D. Watson ve Francis Crick DNA'nın bugün kabul görmüş yapısını Nature dergisinde öne sürdüler. Harre, Rom (Çev. Sinan Kılıç): Büyük Bilimsel Deneyler, B.8, Ankara 1996, s.141, Ali Nihat Bozcuk, Genetik, Ankara 2011, s. 5, 312-315.

¹⁷ Konu ile ilgili çalışmalarda bu incelemeye, DNA veya gen testi yanında, genetik parmak izi, DNA haritası, DNA tiplmesi, DNA analizi denmekte olup, hepsi aynı şeyi ifade etmektedir. Bkz, Erten, Rıfat, Acır, Birsen, Taşveren, Sema, Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996 Sayı: 1 Cilt: 45, sh, 573.

oluşturulduğu gibi, DNA üzerinde bulunan 4 çeşit nükleotit'i alfabe harfleri gibi düşünecek olursak, bunların değişik kombinasyonları ile oluşan ve gen adı verilen parçalar da aynı alfabeden oluşan farklı kitaplar gibi, bulunduğu her bir insanı diğerinden farklı kılmaktadır. Dolayısıyla her canlının DNA'sı, aynı dört nükleotit'ten meydana gelmesine rağmen, tıpkı 29 harften oluşan kelime ve cümlelerden oluşan kitapların birbirine benzemediği gibi, her insan, DNA'sı itibarıyla, bir birbirine benzememektedir.

Ayrıca insanların biyolojik yapısındaki bilgilerin hepsi, DNA denilen yapı içinde iki kopya halinde kodlanmıştır. Kopyalardan biri anneden, diğeri de babadan geldiğinden dolayı bireyler genetik özelliklerinin yarısını anneden, diğer yarısını da babadan alırlar. Yani anne ve baba ile ortak genler taşırlar. Analiz edilen gen bölgeleri çocuk ve baba arasında aynı olursa, çocuğun biyolojik babası açığa çıkar. Fakat DNA babalık testi sonucunda bir tutarsızlık belirlenirse yani babadan gelen genetik bilgi çocukta aynı değilse, bilgiler eşleşmiyorsa; baba adayının, çocuğun biyolojik babası olmadığı anlaşılır¹⁸. Biyolojik babayı tespiti imkan sağlayan bu testin hukuki babalığa olan etki ve katkısı ileride ele alınacaktır.

Tüm insanların DNA yapılarının özel olması kimliklendirme, ana-baba ve çocuk arasında nesep alakasının olup olmadığı hususunda fikir vermektedir. DNA teknolojisindeki bu gelişmeler, ¹⁹muhakeme hukukunda, çözülmesi zor olan bazı olayları çözmek için önemli birimkân sağlamıştır. Bu yolla şahitler tarafından görülmeyen/görülemeyen bazı suçların faillerini tespit etme imkânı doğmaktadır. Profosyonelce işlenmiş hırsızlıklar, cinsel saldırılar ve çocuk cinayetleri gibi ulaşılması imkansız gibi görülen suçların çözülmesinde, DNA testi anahtar rol oynamaktadır. Ayrıca bu kanıtlar vasıtasıyla tümülke çapındahatta uluslararası, değişik olay yerleri arasında bağlantı kurulabilmektedir.

1.4. DNA'NIN İSLAM MUHAKEME HUKUKUNA ETKİSİ

Olayların hızla çoğaldığı, terör hadiselerinde çokkurban olma riski taşıdığı günümüzde, suçluların kimliklerinin kısa sürede belirlenerek kişi-örgüt-ülkebağlantılarının belirlenmesiönem taşımaktadır. Bu bağlamda bilimsel ve teknolojik

¹⁸ Erten Rifat, Acır Birsen, Taşveren Sema Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısında Değerlendirilmesi, a.g.m, sh,575.

yöntemler aracılığıyla suç ve suçluya ulaşmak için mağdur, suç mahalli ve suçlu arasında bağlantı kurmada önemli bir veri olan DNA analizi sonuçları, İslam yargı hukuku adına elbette ki önemlidir.

DNA analizi sonuçları, mer'î hukukta suçla ilgili olayların tespitinde, nesep tayininde, kayıp kişiler ve çok sayıda kişinin aynı anda öldüğü felaketlerde ölenlerin kimliklendirilmesinde güvenilir bir delil olarak kabul edilmekte ve kullanılmaktadır. Bir delil olarak DNA'nın mer'î hukuk açısından bu derecede kabul görmesi, bunun her konuda reddedilemesi mümkün olmayan bir delil konumunda olduğu izlenimi vermektedir. Şu da varki, her hukukun kendi yöntemi amacı ve uyguladığı ceza türü farklı olduğunu düşündüğümüzde, doğal olarak ispat vasıtalarının etkisinin de değerlendirilmesi farklı olacaktır. İslam hukukunda hadd ve kısas cezaları, ağır ceza türünden olmakla beraber, ileri sürülen engelleyici ağır şartlar, uygulamayı zorlaştırmak suretiyle cezanın zatındaki ağırlık ile sosyal hayata yansıması arasında denge sağlanmıştır. Şartların tahakkuk etmediği yerlerde ise alternatif (ta'zir) cezaların önü açılarak, suçların cezasız kalması önlenmiş olmaktadır.

İslam hukukunun temel gayesi kuşkusuz hakkı sahibine teslim etmektir. Şu da var ki bazı dâvalar, sonuçları itibariyle bireysel olsa bile artçı etkileri itibariyle toplumsaldır. Şöyle ki, bir suç olayı söz konusu olduğunda mahkeme, fail olarak suçlanan kişinin suçlu ya da masum olduğunu belirlemektedir. Suçlunun bulunarak cezalandırılması kadar önemli bir diğer hususta gerçekte masum olan kişinin korunmasıdır. Masum olan kişinin işlemediği bir suç karşılığında işlemiş gibi cezalandırılması daha tehlikelidir. Çünkü hakkın sahibine teslimi tek bir hadise iken, haksızlık çok daha fazla şeylere gebe daha çok kimseleri etkilemektedir. Bir masumun cezalandırılması durumunda, hakiki suçlu cezasız kaldığı için, yeniden bazı hakları ihlal edecek, bu ise toplumda adli hataya kurban gitmek korkusunu doğuracak, böylece herkes kendisini daha az emin hissedecektir. Bu durumda ise, adalet halktaki sempatisini ve desteğini yitirecektir. Bu ve benzeri hususlar dikkate alındığında İslam hukuku adalette dengeyi sağlamak adına, bazen suçlunun cezasız kalmasını, masumun cezalandırılmasına karşı tercih etmekte ve işe kişinin suçlu olduğunun kabulü ile değil, suçsuzluk varsayımı ile başlamaktadır. Çünkü biraz önce de ifade ettiğimiz gibi suçluyu cezalandırmak ne derece bir haksı masumun korunması da en azından aynı derecede belki de daha öncelikli bir haktır.

Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesi bağlantılarıyla beraber ele alındığında şüpheli, az şüpheli, en az şüpheli, delil konumunda olduğu, hatta delil değerini yitirebilecek düzeye kadar da gerilediği söylenebilir²⁰. İslam hukukçuları delilde enaz şüphenin bile hadd ve kısas cezalarının uygulanmasına engel olacağı görüşündedirler. İslam yargılama hukukunun karakterini yansıtan kaide ve içtihatlar²¹ bakıldığında da bunu görmek mümkündür. Hadisi Şerifte: "**Şüphelerden dolayı hadleri kaldırınız (uygulamayınız)**"²² buyurulmuştur. Bu, İslâm ceza hukukunda önemli bir prensiptir. Bu prensibe göre, Hz. Ömer (ra) kıtlık yılında hırsızlık yapanın elini kesmemiş; efendisinin veya akrabasının malından çalan kimseye de, o malda hakkı olabileceği şüphesiyle, hadd uygulamamıştır. Şu örnekler de bu prensiple ilgilidir, suçluya celde (dayak cezası) uygulanırken, şahitlerden birisi şehadetinden dönse, kalan kırbaçlar vurulmaz. İki kişiden birisi bir şahsın "içki içtiğine", diğeri ise, o şahsın "içki içtiğini ikrar ettiğine" şهادette bulunurlarsa yine sarhoşluk haddi uygulanmaz. Bir kimse önce hırsızlık yaptığını ikrar eder; sonra bu ikrarından döner ve daha sonra da bu malın bir kısmını çaldığını tekrar ederse eli kesilmez. DNA incelemesinin hadd ve kısas cezalarına olan etkisindeki konumuyla, tazircezası gerektiren hafif suçların ispatına olan etkisindeki konumu aynı değildir. Çünkü ta'zir gerektiren suçların isbatında şüphe cezayı engelleyici unsur olarak görülmemiştir. Burada hakim kanaatına göre takdir yetkisini kullanacaktır.

DNA incelemesinin bilimsel ve teknolojik bir delil oluşundan dolayı kendisine her hangi bir kuşkunun bulaştırılamayacağı gibi bir bu düşünce de yerinde değildir. Bunu

²⁰ Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. es-Serahsî (v. 483/1090) el Mabsut, Yy, Darul Marife, Beyrut,Yt, 1993 el-Mabsût, IX/152; Erturhan, Sabri, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sivas, 2002, sh. 187.

²¹ Bu kaide ve içtihatlar tezimizin içerisinde ele alınacaktır. Burada onlardan bir nebze zikredecek olursak şunları söyleyebiliriz;Hür ve adalet sahibi dört Müslümanın bir mecliste açık ve net bir şekilde zina olayını tarif ederek şahitlik yapmaları: Dört tane şahidin bulunması gerektiğinde herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir. Zira yüce Allah şöyle buyurmaktadır: "Kadınlarınızdan fuhuş işleyenlere karşı içinizden dört şahit getirin." Nisa 13, "Namuslu kadınlara (zina isnadıyla) iftira atan sonra da buna dair dört şahit getirmeyen kimselere seksen değnek vurun." Nur 4,"Buna karşı dört şahit getirmeli değil miydiler? İşte bunlar dört şahit getirmediğe Allah katında yalancı olanlardır." Nur 13,Haddi Gerektiren Suçları İşleyenleri Setretmek tavsiye edilmiştir. Haddi gerektiren bir suç işlendiğinde ikrar eden kişiye, ikrarından dönmesi için telkinde bulunmak meşrudur. İki kişiden birisi bir kimsenin içki içtiğine, diğeri ise davalının içki içtiği ikrarını işittiğine şahitlik yapsa şüphe yüzünden ceza infaz edilmez. Bir kimse hırsızlık yaptığını inkar eder, fakat sonradan bu inkarından döner, daha sonra da malın bir kısmını çaldığını tekrar ederse şüphe yüzünden had uygulanmaz (Akşit Cevat, İslam Ceza Hukuku ve insani Esasları, İstanbul 1987, s.53-55; Şamil İslam Ansiklopedisi mad. Had, Hadler, II, 282-284 .

²² Ebû Dâvud, Salât,14; Tirmizî, Hudûd, 2.

kamuya yansımış bir kaç örnekle açıklamak istiyorum. Örnek 1, Döllenmiş iki yumurtanın birleşmesi (füzyonu) ve ikiz doğacağı yerde, tek bebeğin doğması sonucu, doğan çocuk doğamayan ikizin DNA'sını da taşımasından dolayı bir bedende iki farklı DNA profili olabiliyor. Örneğin saçının DNA profili, kanındakini tutmayabiliyor. Aynı bedende farklı profillere, kan ve kemik iliği nakillerinden sonra da rastlanmıştır. Bu biyolojik hadiseyetip dilinde Kimerizm (chimerism) denmektedir²³

Örnek 2, "2003 yılında Washington'da yaşanan ilginç bir olayda, 26 yaşındaki üç çocuk annesi Lydia Fairchild, çocuklarına bakamadığı gerekçesiyle devlet yardımına başvurur. Yardımı alabilmek için tek yapması gereken, çocuklarının biyolojik annesi olduğunu ispatlamaktır. Annelik tayini için kan örneği alınır ve gerekli DNA testleri yapılır. Ancak, sonuçlar Lydia'nın, çocuklarının biyolojik annesi olamayacağı yönündedir. Doğum yaptığı hastahane kayıtları da delil olarak kullanılamayınca, genç kadın kendini bir anda mahkemede çocuk kaçırmak ve soy ağacını değiştirmekle suçlanırken bulur. Bu sırada dördüncü çocuğuna hamile olan Lydia, avukatından doğumuna şahitlik etmesini ve aynı DNA testlerinin doğacak bebeği için de yapılmasını talep eder. Tam da genç kadının istediği gibi, bebek doğar doğmaz kan örnekleri alınır ve DNA testi yapılır. Fakat inanması güç olsa da, test sonuçları yine aynıdır: Lydia, doğurduğu son çocuğunun da genetik olarak annesi değildir. Ardından, mahkeme Lydia'nın incelenebilecek tüm dokularında DNA analizi yapılmasını ister. Yapılan analizler, şaşırtıcı bir şekilde iki farklı profil ortaya koyar: Lydia'nın kan, saç, deri ve

²³ Kimerizm: Normalde gebeliğin oluşması için bir adet dişi yumurta hücresi (oosit) ve bir adet erkek yumurta hücresinin (sperm) birleşmesi gerekir. İki adet yumurta hücresinin iki adet sperm hücresi ile birleşmesi durumunda ikiz gebelik meydana gelir. Çok nadiren gerçekleşen kimerizm durumunda iki yumurta ve iki spermin birleşmesinden oluşan 2 adet döllenmiş yumurta daha sonra birleşerek tek bir fetus meydana getirirler. Oluşan fetus yani daha sonra doğan bebek aslında iki kardeşin genetik yapısından ve dokularından oluşan tek bir canlı gibidir. Kimerizm olayıyla meydana gelen bu canlıya "kimer" veya "kimerik insan" adı verilir. Sadece insanlarda değil diğer canlılarda da çok nadiren görülebilen bir olaydır. Olay bazen tetragametik kimerizm olarak da adlandırılır çünkü 2 yumurta hücresi ve 2 sperm hücresi olmak üzere toplam 4 hücrenin birleşmesi ile meydana gelen bir canlı söz konusudur (tetra: dört) İki adet döllenmiş yumurtanın birleşmesi blastomer aşamasında veya gastrula aşamasında meydana gelir. Kimerizm (chimerism) nedeniyle karışıklığa neden olan bir diğer tür olay da bebeğin annesine ait olup olmadığının araştırıldığı durumlar. Kimerik insan yetişkin yaşa gelip hamile kaldığında doğacak bebek normalde kimerik olmayacaktır ve annenin yumurtalığından gelen hücre ile babadan gelen spermin birleşmesinden oluşan bir genetik yapıya sahip olacaktır. Annenin vücudunda farklı dokularda 2 ayrı genetik yapı mevcuttur ancak bebek bunlardan sadece birisini almıştır. Bebek anneye ait mi diye yapılacak bir genetik araştırmada anneden alınan genetik materyal bebek ile farklı çıkabilir. Anneden alınan başka bir doku örneği bebek ile aynı da çıkabilir. Eroğlu Onur, Zileli Raif, Genetik Faktörlerin Sportif Performansa Etkisi, Uluslararası Spor, Egzersiz ve Antrenman Bilimi Dergisi, c, 1, Sayı 1,sh, 63-76, 2015.

yanak içi epitel hücrelerinin DNA'sı çocuklarının annesi olamayacağını gösterirken, rahim içinden alınan hücrelere ait DNA ise tüm çocuklarının DNA profili ile eşleşir. Buna göre Lydia, tek bedende farklı DNA'lar taşıyan bir kimeradır²⁴ve üç çocuğunun da biyolojik annesidir. Böylece, dünya basınına konu olan 3 yıllık yıpratıcı dava süreci sonlanır, Lydia özgürlüğüne kavuşur ve nihayet talep ettiği sosyal yardımı almaya hak kazanır''²⁵

Bilimsel yöntemlerin bir parçası olan bu örnekler, bilimsel bir delil olan DNA incelemesinin, yine farklı bir bilimsel yöntemle nakz edilebileceğini ve DNA incelemesinin ispat gücünün etkisizleştirilmesinin imkan dışı olduğu gibi bir düşüncenin de muteber olmadığıın isbatı olduğunu düşünmek mümkündür. Bu ve benzeri örnekler, yukarıda şüphenin düzeyi hususunda yaptığımız değerlendirmeleri de dikkate aldığımızda, DNA incelemesinin şüpheli deliller kapsamında değerlendirilmesi içinyeterli olacağı söylenebilir. DNA parmak izinin sanıkla ilişkilendirilmesini içeren ve birbirine hassas halkalarla bağlı süreçte dikkat ealındığında, delilde şüphe olgusu dahada artmaktadır. Şimdi bu sürece göz atacağız.

1.5. DNA'DELİLİNİN SANIKLA İLTİSAK SÜRECİ

Olay yerindenelde edilecek deliller, suçun tespiti ve suçlunun kimliğinin belirlenmesini sağlar. Olay yerinde bırakılan bu izler sayılamayacak kadar çoktur, kriminoloji uzmanları bütün bu delilleri beş tür altında incelemiştir; 1. Biyolojik deliller2.Kimyasal deliller 3.Fiziksel deliller 4.İzler 5.Diğer deliller²⁶. DNA verisi bunlar arasında biyolojik delillerdendir. DNA verisinin ispat vasıtası olarak kabul edilebilme aşamasına gelene kadar geçirdiği aşamaları aşağıda izah edeceğiz. Böylece DNA verisine arız olan hallerin, DNA'nın delil olma pozisyonunu nasıl zayıflattığını idrak etmiş ve bu vesileyle DNA parmak izinin şüpheli deliller içinde değerlendirilmesinin farklı bir yönüne de tanıklık etmiş olacağımızı düşünmkteyim.

²⁴ <https://www.uplifers.com/tek-bedende-farkli-dnalar-farkli-kimlikler-kimeralar/#ixzz5w8oPfzmZ>.

²⁵ Sevil Atasoy, <http://www.hurriyet.com.tr/ayni-bedende-farkli-dna-lar-4912171>.

²⁶ <https://bilirkisiraporlari.com/olay-yerinde-bulunabilecek-maddi-delil-çeşitleri/>.

1.6. DNA’NIN İZOLESİ

Organizmaların hücre yapılarında bulunan hücre zarı çeperi gibi yapıların bazı kimyasal maddeler ve enzimler yoluyla yıkılarak DNA’nın elde edilmesine, DNA izolasyonu denir.²⁷ DNA’nın muhakeme hukukunda kullanılmaya elverişli hale gelmesi için öncelikli olarak yapılması gereken şeydir. DNA verisinin uygun bir şekilde hakime rapor edilmesi için, bazı zorlu süreçlerden geçmesi gerekmektedir. DNA incelemesinin yargıya sağlayacağı katkının değerlendirmeye alınabilmesi tamamen bu süreçle alakalıdır. Yargıç, bu süreçle ilgili bilgi sahibi olduğu oranda değerlendirme yapabileceğini söyleyebiliriz.

1.6.1. DNA İzolesi İçin Uygun Veriler

DNA analizine tabi tutulabilecek biyolojik veriler, kan ve kan lekeleri, meni ve meni lekeleri, dokular ve hücreler, kemikler ve organlar, kılıf hücreli saç kılları, idrar tükürük ve tükürük lekeleri gibi biyolojik örneklerdir.²⁸ Biyolojik örneklerden gözyaşı, ter, serum ve çekirdek hücresi olmayan diğer vücut sıvıları; DNA analizi için uygun değildir.²⁹ Biyolojik bir veri olan DNA’yı delil haline dönüştürebilmek için olay yerinden itibaren üzerinde farklı branşlardan uzmanların hassasiyetle çalışması gerekmektedir.

1.6.2. DNA İzolesinde Soğuk Zincir

Soğuk zincir, biyolojik ürünlerin saklanması için kullanılan sıcaklık koşullarını içeren sistemdir.³⁰ Soğuk zincirden maksat, DNA verisinin delil olma özelliğinin korunması için verinin uzmanlarca önerilen sıcaklık aralığında tutulmasıdır. Soğuk zincir ve diğer kavramlarla ilgili bilimsel detaya girmek, tezimizin aslî hedefi arasında olmadığından kısaca tanımla yetinmek istiyorum. DNA verisinin hazırlanması, birbirine bağlı halkalardan oluşmaktadır. Bunlardan her biri, uyulması gereken hassas süreçleri

²⁷ Başaran, Nurettin, 2003, Ankara, Tıbbi Genetik, s.291; Bu konuda görsel sunumdan yararlanmak için bkz, Meliha Merve Hız, **Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Akademik Veri Yönetim Sistemi (AVESİS)**12/11/2014 Sunum; Bozkaya, Faruk, DNA İzolasyonu, Harran Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2012.

²⁸ Özçelik, Tayfun: Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C,21, 54.

²⁹ Açıkgöz Nihal, Hancı, Hamit, Çakır, A. Hadi, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi 2002 c,11, sayı 4, sh, 126.

³⁰ Bozkır Asuman, Küçüktürkmen Berrin, Özel saklama koşulu gerektiren veya soğuk zincire tabi ilaçlar ve uygulamalar açısından değerlendirmeler, Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi, Cilt, 75, Sayı 3, 2018, sh,305-318.

içermektedir. Bu halkalardan birinde meydana gelecek bir olumsuzluk, bütün emeklerin yok olmasına sebep olacaktır. Olay yeri uzmanlarınca DNA verisi laboratuvara teslim edildikten sonra teknik sürecin işletilmesinde, delilin bağlayıcılığını koruma adına, uyulması gereken kural ve hassasiyetleri de düşündüğümüzde, DNA delilinin değerine zarar verebilecek birçok ihtimal olduğunu söyleyebiliriz³¹. Bu süreçte bulunması muhtemel hatalar, DNA'nın delil değerini zayıflatan unsurlardır. Hatta kurallara riayet edilmediği takdirde, DNA verisi izole edilemeden bile delil olma fonksiyonunu yitirmektedir³².

1.6.3. DNA İzolesinin Hukuki Güvence Altına Alınması

DNA incelemesinin aidiyeti, sonucun amaca ulaşması açısından çok önemlidir. Yapılması muhtemel hilelerin önlenmesi için delilin güvenilirliği adına gerekli tedbirler alınmalıdır. Bu ise sıkı kontrol ve bu kontrolün hukuki güvence altına alınması yoluyla olabilir. DNA testi amacıyla kuruma gönderilen şahısların sol kollarının mühürlenmesi ve ayrıca mühürlü fotoğraflarının da birlikte gönderilmesi, yapılması muhtemel hileleri önlemede alınan tedbirlere bir örnektir. İlgili kişilerin ihtiyaç duyulduğunda gerekli doku örneklerini vermeleri sağlanmalıdır.

Medeni kanunda ilgili kişilerin DNA testi için gerekli doku örneklerini vermekten kaçınmaları durumunda ilgili kişileri bu yönde zorlayacak, ne HUMK'ne de CMUK'ta, her hangi bir düzenleme yoktur³³. Alman Usul Kanunu'na "herkes sağlığı için bir sakınca olmadıkça nesebin tespiti için gerekli vücut muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kendisinden kan alınmasına katlanmak ile yükümlüdür; kaçınma halinde kendisine karşı zor kullanılabilir" Şeklinde eklenen bir hüküm vardır. Benzer bir hüküm Bern Kantonu Usul Kanunu'na da eklenmiştir. Nöşatel Usul Kanunu'na da vücut muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kan alınmasına katlanmak yükümlülüğüne dair yeni bir hüküm eklenmiştir³⁴. Kanunlarda gerekli tedbirlerin

³¹ Biyolojik delilde laboratuvara geldikten sonra nasıl bir yol izleneceği hususunda bkz, Doğan Yeşim Alakoç, Adli bilimlerde DNA Analizleri, Ankara Üniversitesi Dikimevi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2010, sh.4.

³² İlgili kurallar için bkz. Açıkgöz Nihal, Hancı, Hamit, Çakır, A. Hadi, DNA laboratuvarının işleyişi, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi 2002 c, 11, sayı 4, sh, 126-128.

³³ Saldırım, Mustafa, adalet.gov.tr/adaletdergisi/04.sayi/13mustafa. makale.

³⁴ Zivilprozessordnung (ZPO) Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO m. 372/a), Bern (ZPO m.264) ve Nöşatel Usul Kanunlarında (m. 251) olduğu gibi.

alınmaması hukuksuzluktan yararlanılarak süistimale açık bir alan bırakmak anlamına gelmektedir; bu da DNA incelemesinin delil değerini etkileyecektir.

1.7. DNA`NIN ANALİZİ

DNA üzerindeki bireysel farklılıkların tespit edildiği yöntem DNA Parmak izi analizi denir. Günümüzde olay yerinde bulunan delillerin özellikleri, olayın meydana geliş şekli ve olay ile ilgili sorulan soruların özelliklerine göre elde edilen DNA üzerinde hangi analizin gerçekleştirileceğine karar verilmektedir. Bu analizler,“otozomal STR analizleri, Y STR analizleri, X STR analizleri ve mitokondriyal DNA değişken bölgelerinin sekanslanması olabilir. DNA elde edilip kalite ve miktar açısından değerlendirildikten sonra olayla ilgili sorunun cevaplandırılmasına yönelik olarak DNA profili çıkartılır. Olay yerinden elde edilen biyolojik materyal’in profili ile aynı yöntem kullanılarak elde edilen olayla ilgili şahıslara ait profil karşılaştırılır ve sonuçların yorumlandığı bir rapor haline getirilir”³⁵.Görüldüğü gibi DNA izolasyonunun anlatımında bilimsel kavramlar sıkça kullanılmakta. Konu ilgili web sitelerinin video ile anlatımlı bölümleri takip edilerek, bu bilimsel kavramların sıkıcılığından kurtulmak mümkündür. Farklı üniversitelerin laboratuvarlarında çekilmiş izole uygulamaları, dijital ortama kaydedilmiştir.

1.8. DNA ANALİZİNDE ÖNEMLİ KRİTERLER

DNA incelemesi sonucunda verilen bilirkişi raporu bilimsel bir mütalâdır. Ancak, bu raporun bilimsel bir mütâla olması, yargılama makamını mutlak olarak bağlayacağı anlamına gelmez. Yargıç kendisine sunulan bu delili hukuk çerçevesinde takdir edecektir. Çünkü bu raporun dışında yargı kararını etkileyen farklı unsurlar vardır. Bu nedenle yargılama makamının, DNA incelemesi neticesinde düzenlenen rapor, hukukriterleri bağlamında tedkik edilmesi gerekmektedir. Bunlardan önemli bulduklarımızı burada zikredeceğiz.

³⁵ Doğan Yeşim, Adli Bilimlerde Dna Analizleri, Ankara Üniversitesi Dikimevi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt, 9, Sayı 2, 2010, sh, 3-6.

1.8.1. DNA Taşıyıcısı KanıtınKorunması

DNA incelemesinin ispat vasıtası olarak mahkemeye sunulmasında, olaya ilk müdahale eden görevlilerden, laboratuvar çalışanlarına kadar herkes; DNA'nın teşhis edilmesi, toplanması, nakli ve depolanması konularını içeren önemli noktalarda çalışmaktadırlar. İspat açısından çok önemli olan DNA incelemesine, insan elinin dokunmasıyla, bunun nasıl şüpheli bir delile dönüşebileceğini tasavvur edebilmek için aşağıda verdiğimiz örneklerin yeterli olacağını düşünmekteyim.

Sahte DNA delili: Bazı suçluların kendi DNA örnekleri yerine sahte DNA örnekleri yerleştirdiği vakalar olmuştur. MeselaBir vakada, suçlu kendi vücuduna sahte DNA delili yerleştirmiştir³⁶.

Bulaştırma: Çok küçük DNA örnekleri kanıt olarak kullanılabileceğinden, DNA kanıtını teşhis ederken, toplarken ve muhafaza ederken bulaştırma riskine karşı çok dikkat etmek gerekir. DNA kanıtı başka bir kaynaktan gelen DNA ile karıştığında bozulabilir. Bu durum, örneğin herhangi bir kanıtın üzerine aksırıldığında ve öksürüldüğünde veya ağzın, burnun veya yüzün herhangi bir bölümünün DNA içerebilecek kanıt alanına dokunduğunda ortaya çıkabilir. “PCR” denilen yeni bir DNA teknolojisi örnek DNA'yı kopyalayabildiğinden bir DNA örneğine bulaştırıcı

Materyaller yoluyla başka DNA'ların girmesi problem olabilir. PCR örnekte varolan tüm DNA'yı toplayacaktır, böylece şüphelinin DNA'sı ile başka bir kaynaktan gelen DNA ayırt edilemeyecektir. Böyle küçük DNA örnekleri toplanırken bulaşmayı engellemek amacıyla fazladan bir özenin gösterilmesi gerekmektedir.

Nakil ve Depolama: DNA içerebilecek kanıt nakledilirken ve depolanırken kuru bir ortamda ve oda sıcaklığında muhafaza edilmelidir. Kanıt kağıt torbaya veya zarfa konulmalı, ağzı sıkıca kapatılarak mühürlenmeli, kanıtın nerede bulunduğu ilişkin doğru bir tanımlama yapılmalı ve iyi bir gözetim altında tutulmalıdır. DNA içerebilecek olan kanıt asla plastik torbaya konulmamalıdır. Çünkü plastik torbalar kanıta zarar verebilecek derecede nem tutma özelliğine sahiptir. Doğrudan güneş ışığı ve daha sıcak

³⁶ Dr. John Schneeberger 1992'de anestezi altında olan bir hastasının ırzına geçmiş ve onun iç çamaşırında meni bırakmıştır. Polis üç ayrı seferde Schneeberger'in kanını alıp kandaki DNA ile suç yerinde bulunan menideki DNA ile kıyaslamış ve DNA profillerinde bir aynılık bulamamıştır. Sonunda ortaya çıkmıştır ki, Dr.Schneeberger kolunun içine bir Penrose dreni yerleştirmiş, onun içini başkasının kanı ve antikoagulanlarıyla doldurmuştur. <http://antropoloji.blogspot.com/2012/12/12/dann-dna-nedir-dna-hakkinda-dna.html>.

koşullar da DNA için zararlı olabilir. Bu nedenle kanıtın kliması olmayan bir polis arabası veya bir oda gibi ısınabileceği yerlere konulmaması gerekir.

Olay yeri inceleme uzmanlarının olay yerine gelerek delilleri tespit etmesine kadar geçen süre bile, birçok biyolojik delilin zarar görmesi için yeterlidir. Bu sebeple adli DNA laboratuvarlarında çalışan uzmanlar, DNA analizi yapma konusunda deneyimli olmak durumundadırlar.³⁷ Şuda bir gerçek ki, bütün özveriye rağmen, bu tür faaliyetlerin her bir aşamasında insan bulunması hasebiyle, bu teknolojinin, amacı dışında kullanılması muhtemeldir. Dijital bilgilerin kopyalanması/çalınması, bilişim suçları gibi kavramlar sıkça duyduğumuz şeylerdir.

1.8.2. DNA Analizi Uzmanlar Tarafından Yapılmalı

Bir davada, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvurulacak kişi veya kişilere bilirkişi denir. Hâkimin DNA incelemesini bir uzman kişi veya kişilere yaptırmayı gerekir. Bunlar Adli Tıp Kurumu, Polis Kriminal Laboratuvarı gibi kurumlarda çalışan kişilerden seçilebileceği gibi adli tıp ile ilgili özel laboratuvarlarda ya da üniversitelerin bu konuyla ilgili ana bilim dallarında çalışan kişilerden de olabilir. Burada önemli olan verilen raporun uzman kişi/kişiler tarafından hazırlanmış olmasıdır. İyi yapılan bir bilirkişi seçimi daha sonra davanın taraflarının bilirkişi raporuna karşı bilirkişinin uzman olmadığı yönündeki itirazlarını önceden önleyeceği için yargılamanın hızlı yürütülmesi açısından önem taşımaktadır. Mümkün olduğu ölçüde bilirkişinin bu uzmanlığını kanıtlayan belgeler dosyaya konulmalı ya da konuyla ilgili unvanı olan kişiler bilirkişi olarak seçilmelidir. Nitekim DNA analizi metodlarının arasında “bağlantı analizi” metodunun uygulanması sırasında incelemeyi yapan kişinin bazı durumlarda sonuçları hatalı yorumlayabileceği belirtilmiştir³⁸

³⁷ Alaeddini R, Walsh SJ, Abbas A. Forensic implications of genetic analyses from degraded DNA-a review. *Forensic Sci Int Genet.* 2010;4(3):148–57.

³⁸ Kromozomlar üzerinde bulunan genler bağımsız olarak gamet hücrelerine geçmektedir. Fakat aynı kromozom üzerinde ve fiziksel olarak bir birine yakın olan genler bazen Mendel kurallarına uymayarak birlikte yeni nesile aktarılacaktır. Aynı kromozom üzerinde bulunan bu genlere bağlı gen (linked); bu genlerin oluşturmuş olduğu gruba bağlantı grubu (linkage group) ve bu olaya da bağlantı (linkage) denilmektedir. Bkz. Erensayın C. Genetik. 2. Baskı. Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2000; pp. 119-134, Özşensoy Yusuf, Kurar Ercan, Genetik Bağlantı Analizi ve Uygulama Alanı, Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi *Journal Of Faculty Of Veterinary Medicine, Erciyes University Derleme / Review Article* 10(1), 53-62, 2013.

1.8.3. Teknik Olanaklar Elverişli Olmalı

Bilirkişi raporunun uzman bir kişi tarafından hazırlanması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bilirkişinin sahip olduğu teknik olanaklar da önemlidir. Bu nedenle DNA testi konusunda bilirkişilik yapacak özel veya resmî merkezler için teknik olanaklar açısından bir standart getirilmelidir. Bu incelemelerin yapılmasında yararlanılan cihazların çok pahalı olması nedeniyle kalitesiz cihazlar kullanılarak verilecek raporlar adli hatalara neden olabilir. Mesela Amerika Birleşik Devletleri'nde DNA analizinin bir delil olarak mahkemelere sunulmasında "Fry kriterleri" olarak adlandırılan bir kural uygulanmaktadır.³⁹ Buna göre yeni bir bilimsel tekniğin uygulanması ile elde edilen sonuçlar mahkemelere delil olarak sunulmadan önce o teknik, ait olduğu bilim dalında yeterli derecede yerleşmiş olmalı ve genel kabul görmelidir. "DNA analizinin bir delil olarak kabul edilmediği davalar da olmuştur. Kabul edilmemesinin gerekçesini ise DNA testini uygulayan laboratuvarların teknik yeterliliği ile ilgili şüpheler oluşturmuştur."⁴⁰

1.8.4. Rapor Mantığa Uygun Olmalı

Bilirkişi raporu tecrübe kurallarına aykırı olabilse de mantık kurallarına aykırı olamaz. Tecrübe kuralları, hayat deneyimlerine ve büyük sayılar kanununa dayandığı için bazı istisnâ durumların doğması mümkün olabilir. Ancak bu tecrübe kuralının aksi de olabilir. Mantık kuralları açısından ise durum farklıdır. Örneğin cinayet veya ırza geçme suçu ile suçlanan sanığın olay anında başka bir şehirdeki kapalı cezaevinde olduğunu resmî kayıtlarla (cezaevi kayıtlarıyla) ispatlaması halinde olay yerinde bulunan doku örneklerinin olay anında kapalı cezaevinde olan sanığa ait bulunduğu ilişkili DNA testi sonucunu şüpheyi karşılamak gerekir.

Klasik mantığın üçüncü temel kuralına göre üçüncü durumun imkânsızlığı söz konusudur.⁴¹ Bir kimse aynı anda iki ayrı yerde birden olamaz. Bir kimse kapalı cezaevinde iken kapalı cezaevi dışında bir suç işleyemez. Bilirkişi raporunun mantığa aykırı olması her zaman bu kadar net bir şekilde ortaya çıkmayabilir. Aynı sanık olay

³⁹ www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/04.sayi/13mustafa.pdf.

⁴⁰ <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/04.sayi/13mustafa.pdf> makale.

⁴¹ Üçüncü Hâlin İmkânsızlığı İlkesi Bir şey ya vardır ya yoktur, üçüncü bir durum söz konusu olamaz. Diğer bir deyişle "İki çelişik ifadedden biri doğru ise öteki zorunlu olarak yanlıştır, ikisi arasında üçüncü bir hâl yoktur." biçiminde ifade edilir. Her bir şey "ya A ya da A olmayandır"; üçüncü bir hâl düşünülemez. bkz, Gökalp, Z. (2006). Felsefe Dersleri (A. Utku, & E. Erbay, Sad.). Konya.

anında açık cezaevinde ya da organ nakli nedeniyle hastanede bulunduğunu yine resmî belgelerle ispatlayabilir. Bütün bu örnekler DNA testinin kesin delil olarak kabul edilmesi fikrini şüpheyile karşılamayı gerektirmektedir.

Gerek hukuk davaları gerekse ceza davalarında DNA parmak izi inşaağmen, yapılan adlî soruşturmaanın da önemli olduğunu unutmamak gerekir. Soruşturma sırasında tanık ifadeleri dâhil olmak üzere, toplanması mümkün olan her türlü delili toplamak, isabetli karar verilmesi açısından bir zorunluluktur. En azından bu şekilde DNA incelemesi sonucu, verilen bilirkişi raporlarının güvenilirliği, bir hata yapıp yapılmadığını değerlendirmek ve rapora yapılan itirazlar hakkında daha sağlıklı bir karar vermek mümkün olabilir. Yapılan adlî soruşturmaanın sonucu ile DNA incelemesi sonucu arasında mantıksızlık varsa bu çelişkinin nedeni araştırılarak bulunmalıdır. Çelişki giderilmeden veya hangi sonucun neden üstün tutulduğu yeterli gerekçelerle açıklanıp tartışılmadan sadece DNA testine göre karar verilmemelidir.

Bu kriterleri dile getirmemizdeki amaç, delilin elde edilmesi, hazırlanması ve sunulması esnasında delilin değerini ve vasfını zedeleyici unsurların her zaman var olabileceğinin gözden ırak tutulmaması gerektiğini ortaya koymaktır. Yukarıdaki kriterlerin dışında, delilin sıhhatine zarar verebilecek daha farklı etkenlerin de varlığı gözden kaçırılmamalıdır. DNA incelemesinin delil niteliğini zedeleyen faktörler, DNA verisinin zatından çok, harici etkenlerden kaynaklanmaktadır. Bu ve benzeri hususların DNA incelemesinin, ispat hukuku açısından, şüpheli deliller sınıfında değerlendirilmesine sebep olacağı düşünülebilir. Bu şüphe faktörü ceza davalarında özellikle ukubatı mükaddere dediğimiz hadd cezalarının nefyinde İslam hukuku ilkeleri gereği daha etkilidir⁴². Yeri geldiğinde bunu değerlendireceğiz.

⁴² Ka'bî, el-Basmatü'l-verâsiyye, 307-311. Yılmaz, İbrahim, İslâm Aile Hukukunda DNA Parmak İzi Testi ile Nesebin Sübûtu, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 22, 2013, sh, 92.

İKİNCİ BÖLÜM

BİR İSPAT VASITASI OLARAK DNA 'NIN FIKHÎ REFERANSI VE İSPATVASITALARI ARASINDAKİ KONUMU

Mezhep müntesibi olan fakihler, kendimezhep imamının tabi olduğu usulleri takip ederek, yeni ortaya çıkmış, hükmü belirtilmeyen güncel fıkıh problemlerine çözüm üretmek maksadıyla bazı fıkhi faaliyetlerde bulunmuşlardır. Yürüttükleri bu fikhî faaliyet, mutlak manada bir içtihat olmayıp, kendine ait usulî metodu olan herhangi bir mezhep imamı adına, meselenin hükmünün ortaya çıkarılmasıdır ki, buna fıkıh literatüründe tahrîc denir. Bu konumda bulunan fakihî dayanakları, mezhep imamı ya da mezhebin büyük hukukçularının usul, kaide ve görüşleridir. Yeni meselelerin hükmünü tahrîc yoluyla ortaya çıkaran fukahâyâ ashâbü't-tahrîc, ehlü't-tahrîc, ashâbü'l-vücûh ve muharriç denilirken asıl olan görüşe mansûs (açıkça belirtilen), tahrîc vesilesiyle ortaya çıkarılan hükme de el-kavlul-muharrec denilir.⁴³

Tahrîc türleri;

"Tahrîcû'l-Usûl mine'l Furû"

"Tahrîcû'l- Furû ale'l-Usûl"

"Tahrîcû'l- Furû' ale'l Furû" " olarak üçe ayrılmıştır.⁴⁴

Biz bu bölümde DNA incelemesinin muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak kullanılmasının gerektiğini, genelde tahrîcû'l- furû' ale'l furû' yöntemine baş vurarak tespit etmeye çalıştık. Bununla beraber bir nebze de olsa tahrîcû'l- furû' "ale'l-usûl" yönteminin etkisini de dile getirdik. Bundan dolayı DNA incelemesinin üzerine hamledilmesi gerektiğini düşündüğümüz klasik bir ispat vasıtası olan, karine ve örnekleri üzerinde genişçe durduk. Yani burada aslolan görüş, karinenin (mansûs) hükmüdür, tahrîc vesilesiyle ortaya çıkarılan hüküm ise, (el-kavlul-muharrec) DNA incelemesinin, mansusa hamledilmek suretiyle, elde edilen hükmüdür. Aşağıda karinenin (mansûs) ispat hukukundaki hükmü tespit edilmekle DNA incelemesinin (el-

⁴³ Muhammed b. Bekr. b. İsmail, Habib, İlmi Tahrîcû'l- Furû ale'l-Usûl, Mecelletü' Camiatu Ümmü'l-Kura li -ulumuşşeriati Ve-ddirasetil-İslamiyyeti, sayı 45, Zülkade, 1429, sh, 286.

⁴⁴ Yaman Ahmet, Diyanet İlmi Dergi, cilt, 32, Sayı, 4, Yeni Bir kitap dolayısıyla "Tahrîcû'l-Furû" Kavramı üzerine, sh, 51-61, Eyyüp Said Kaya, Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhi İstidlal (Doktora Tezi, 2001, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü}, s. 35-38.

kavlu'lmuharrec)hükmü de tespit edilmiş olacağından, öncelikle karinenin ispat hukukundaki hükmünü ortaya koymaya çalışacağız.

2.1. DNA DELİLİNİN İZ DÜŞÜMÜ OLARAK KARİNE

Karine ve DNA incelemesi arasında tam girişimlilik (umum ve husus mutlak) olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla karinenin hukuki konumunun belirlenmesi DNA incelemesinin konumunun belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bundan dolayı öncelikle karinenin mahiyeti, kapsamı ve ispat hukuku açısından önemini izah edeceğiz. Bu bağlamda da asıl konumuz olan DNA incelemesinin ispata olan etkisini açıklamaya çalışacağız.

2.1.1. Karine

Sözlükte "bir şeyin yanında ve yakınında olmak, ona eşlik etmek, onunla bir arada bulunmak" anlamındaki karn kökünden türeyen karine, "bu birliktelik sebebiyle bir başka şeye delalet eden durum, maksada işaret eden ipucu, alamet, emare" manasına gelir. Kelimenin fıkhi terminolojide kazandığı mana da bu sözlük anlamına dayanır.⁴⁵

Klasik fıkıh kitaplarının, Dava, Edebü'l kadı vb. bölümlerinde karineye verilen örneklerden hareketle, karinenin, emare ve alamet kelimeleriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Yani mütekaddimin fukaha kelimenin sözlük anlamıyla yetinerek tanıma ihtiyaç duymamış olabilir.⁴⁶ İbn. Abidin karineyi "duruma katiyet kazandıran şey" olarak kaydederken,⁴⁷ Mecelle "bilinen bir durumdan hareketle bilinmeyen bir durum hakkında fikir yürütme " şeklinde açıklamıştır.⁴⁸ Yargılamada ispat vasıtası olabilen karine katiyet derecesine ulaşan karinedir. Mütekaddimin fukeha, karinenin emare anlamında olduğunu söylemişlerdir. Emareyi ise delili bilmekle medlülün zannını gerektiren şey olarak tarif ederler.⁴⁹ Bulutun yağmura delaleti bu

⁴⁵ Karine anlamı ve kısımlarıyla ilgili konularda geniş bilgi için bkz; İbrahim b. Muhammed el-faiz, el-İsbâtu bi'l-Karâin, Yy, el-Mektebetü'l-İslami, Beyrut, Yt, 1982, sh, 61-68; Yaylalı, Davut, "Karine," DİA, XXIV/492-493.

⁴⁶ İbrahim b. Muhammed el-faiz, İbrahim b. Muhammed el-faiz, el-İsbatu bil karain, Yy, el -Mektebül-İslami, Beyrut, yt,1982, sh, 62.

⁴⁷ İbn. Abidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (v. h.1252/m.1836) Reddû'l-muhtar ale'd Dürri'l-muhtar, Matbaatü'l Babi, Mısır, 3. Baskı, m.1984/h.1404, c,5, sh, 54.

⁴⁸ Mecelle, md. 1741.

⁴⁹ Tanım farklılıkları için bkz. Zühaylî, Vesâilü'l-İsbât, Yy, Mektebetü Darul Beyan, Dimeşk, Yt, 1414, sh, 489.

kabildendir; çünkü bulutu gördüğümüz zaman yağmurun bulunabileceğini düşünürüz. Cürcani ise: "Matlubu gösteren şey olarak tarif etmiştir."⁵⁰

Karinenin hükme delaleti, bilinen, duyu organlarıyla algılanan, bir durumdan hareketle bilinmeyen bir durum hakkında fikir yürütme şeklindedir. İslam hukukunda karine, muhakeme hukukuna yardımcı ispat vasıtalarından biri olarak terim anlamı kazanmış olmakla birlikte, meselecî bir metotla telif edilmiş klasik fıkıh kitaplarında karinenin açık bir tanımına rastlanmaz. Klasik kaynaklarda karinenin ispata elverişliliği hakkında tafsilatlı bilgi verilmek yerine örnekler üzerinde durulduğu görülmektedir. Böyle bir yaklaşım, bu konuda hâkime takdir yetkisi vermenin kaçınılmazlığından kaynaklanıyor olmalıdır. Verilen karine örnekleriyle hâkimin karineyi kullanma yeteneğini geliştirmesine rehberlik edilmektedir. Kadılık mesleğinde kendinden söz ettiren, feraset ve dirayetini konuşturan kadıların biyografilerinin kaleme alınmasında amaç da bu olmalıdır. Karineyi kullanma yeteneğini konuşturan bir yargıcın, DNA incelemesiyle iyi sonuçları elde eden, çözülmez gibigörünen vakıaları kolayca ispat eden biri olması kaçınılmazdır. Hakimlik mesleğindeki kendinden söz ettiren yetenekli bir yargıcın, DNA incelemesi vasıtasıyla beklentilerin çok üzerinde hukuk delillerine ulaşması, hatta bu tür delillerle meslektaşlarının ulaştıkları sonuçları nakz edecek kararlara imza atması mümkündür.

2.1.1.1. Karîne-i Kâtia (Kuvvetli Karîne)

Dava konusu olan şeyin ispatında değerlendirilecek olan karine, sağlam bir esas üzerine oturan, kayda değer bir düşünce ürünü olmalıdır. Mücerred hayal ve vehm ürünü olan alakaların hukuki değeri yoktur. Bu alakanın güçlü ya da zayıf oluşuna bakarak fıkıhçılar karineyi iki kısma ayırmışlardır. Dâll ve medlûl arasında, alakası güçlü olana; kuvvetli karine; zayıf olana ise zayıf karine demişlerdir. Bu alaka bazen o kadar zayıflar ki ihtimale dönüşür. İddianın ispatında kullanılabilecek olan karine kuvvetli karinedir, zayıf karine ispat açısından geçersizdir.⁵¹ Karinenin kuvvetli ya da zayıf olarak değerlendirilmesi subjektiftir. Karine takdiri bir delil olması hasebiyle, aynı örnek üzerinde uygulanan tek bir karine, müctehitlerce farklı değerlendirmelere tabi

⁵⁰ Cürcani, Seyyid Şerif, Ebü'l-Hasen b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerif el-Cürcanî el-Hanefî (h. 1413) et-Ta'rifat, Daru-l Fazilet, Kahire, ty. md, 1396, sh, 117.

⁵¹ Cürcani ,a.g.e, II, s, 49.

olabilir; bazıları nezdinde kuvvetli olarak kabul edilen karine diğer bazıları tarafından zayıf olarak değerlendirilebilir. İspat hukukunda mezhepler arası farklılıkların temelinde de bu türictihadiyorum farklılıklarının olduğu erbabının malumudur.

DNA'ın incelemesi, zatı itibariyle değerlendirildiğinde, karine-i katia olarak kabul edilmesinde hiç bir engel yoktur. Fakat DNA'nın hâkime sunulma aşamasına gelinceye kadar geçirdiği bilimsel araştırma basamakları; DNA'nın izolesi, DNA izolesinin hukuki güvence altına alınması, nakil ve depolama, sahte DNA delili, teknik imkanların usulsüz kullanılması, delili hazırlayan insan faktörünün negatif etkileri gibi, birinci bölümde ayrıntılı bir şekilde izah ettiğimiz harici unsurlarla olan alakası düşünüldüğünde, DNA incelemesinin delil düzeyinin gerilemesi hatta reddi bile muhtemeldir.

2.1.1.2. Zanna Dayanan; Zayıf (İtibarsız) Karine

Kuvvetli karine zayıf karinenin zıddıdır. Öyleyse zayıf karine, dall ile medlül arasındaki alakanın zayıfolduğu karinedir. Bazen bu alaka o kadar zayıflar ki hayal ürünü diyebileceğimiz seviyeye düşer, böylece hiçbir hukuki değere sahip olmaz.⁵²Kabul veya redd açısından Karine hakkında karar verme, islam hukuku ilke ve usulleridahilinde kalmak kaydıyla, hakime veya hakim in riyasetinde, uzman ekibe bırakılmıştır. Yani karine takdiri delil türündendir. Takdiri ve kanuni delil türlerini özel bir başlık altında daha tafsilatlı bir şekilde ileride zikredeceğiz. Burada şu hususa dikkat çekmek isterim, delillerin değerlendirilmesi içtihadi ve nisbidir. Mesela aralarındaevlilik bağı olmayan iki kişininkaranlık bir odada başbaşa kaldıklarının tespiti, hadd cezasını gerektirmesi yönüylezayıfkarine olarak kabul edilirken, tazir cezasını gerektirme yönüyle kuvvetli karine olarak kabul edilmektedir.⁵³Benzeri durum, DNA incelemesi içinde geçerli olduğudüşünülebilir. Aşağıda, karineyi değerlendirmemize katkı sağlayacak karine örneklerinden bir kısmını aktarmak istiyorum.

2.1.2. Karine Örnekleri

Klasik kaynaklarımızın, Edebü'l-kādî, Kitâbu'lkazâ, Kitâbu'l-akdiye, Kitâbu'l-ahkâm gibi bölümlerinde, serpiştirilmiş olarak verilen karine örnekleri, güncel

⁵² İbrahim b. Muhammed el-faiz, a.g.e. sh, 68.

⁵³ Biltaci, muhammed, Menhecü Ömer bin Hattab fitteşri, Yy, Darul Fikril Arabi, ty, sh, 478.

meselerideğerlendirmede islam hukukçularına rehberlik etmesi açısından önem arz etmektedir. Bunlardan bir kısmının, ıstılahlaşmış bazı alt başlıklarda ele alınması mümkün iken, diğer bazılarında bu söz konusu değildir.⁵⁴ Biz burada, bir alt başlıkta ele alınması mümkün olan bazı örnekleri zikretmekle yetineceğiz.

2.1.2.1.Zilyedlik (Elinde Bulundurma)

Zilyed, sözlükte başkası için yapılan iyilik, ihsan, her türlü hayır, mülk, mülkiyet, güç, kuvvet, iktidar, kazanma, mülk edinme gibi birçok anlama gelmektedir.⁵⁵ Zilyedliğin terim anlamı, yukarıdaki sözlük anlamlarından bazısını çağrışırsa da, elin tasarruflarını konu edinen bir mahiyet arz etmektedir. Mecelle zilyed için şöyle bir tanım yapar:“Zilyed, Bir ayn’ı fiilen hakimiyeti altında bulunduran yahut gerçek maliklerin mülkünde davrandığı gibi davranan kimse.”⁵⁶ Buna göre zilyedlik de; menkul ve gayri menkul üzerinde fiilen hakimiyet kurup el koymak, elinde bulundurup o eşya üzerinde, eşyanın maliki gibi tasarrufta bulunma eyleminin hukuki adı olmaktadır. Zilyedlikte, eşya üzerindeki fiili eylemler (tasarruf) ön plana çıkarken, mülkiyette bir kimseye ait olma vasfı ön plana çıkmaktadır.

Zaman zaman klasik kaynaklarda zilyedlikle mülkiyet birbirinin yerine kullanılmışsa da, İslam hukukunda zilyedlik mülkiyetin tam karşılığı olarak görülmemiş, mülkiyetin sebepleri arasında kabul edilmiştir.⁵⁷ Buna göre fiilen el koymak, elinde bulundurmak, malik gibi tasarrufta bulunmak zilyedliktir. Eli altında bulundurmak ve malik gibi tasarrufta bulunmak zilyedliğin unsurlarını teşkil eder. Fiilen eli altında bulundurmak menkullerde söz konusu olabilir. Bir kimsenin giydiği elbise, kolundaki veya cebindeki saat, bindiği hayvan veya araba gibi şeyler kişinin fiilen eli altındadır ve zilyedliğindedir. Tarlayı sürmek, hayvana veya arabaya binmek, arsaya bina yapmak gibi tasarruflar ise malik gibi tasarrufa örnektir.

Birden fazla kimse bir mala el koymuş ise bunlardan hangisinin diğerine tercih edileceği hususunda İslâm hukuku, eşya ile zilyedlik iddiasında bulunanlar arasındaki bağın derecesine bakarak hüküm vermektedir. Eşya ile hangisinin irtibatı daha sağlam

⁵⁴ Konuyla ilgili diğer örnekler için bkz. Ibn. Kayyim el Cevziyye, et-Turuku'l-hukmiyye, sh, 8-28.

⁵⁵ Cevherî, İsmail b. Hammâd, (v.h,393) es-Sihâh, Yy, Darul ilm, Beyrut, yt, 1987, VI, s. 2540-2541.

⁵⁶ Mecelle, md, 1679.

⁵⁷ Ebû Zehra, Muhammed, el-Milkiyye ve'n-Nazariyyetü'l-Akdi fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye, Yy, Daru-lfikr, 1996, sh. 144.

ve sıkı ise o zilyed olarak tercih edilmektedir. Elbiseyi giymiş olan eteğinden tutmuş olana, hayvana binmiş olan, yularından tutana, yularından tutan kuyruğundan tutana tercih edilmektedir. Eğersiz olarak ata binmiş olan iki kişi, eğer üzerine binmiş olan iki kişi, halı üzerine oturan iki kişi vb. zilyedlikte eşittir.⁵⁸Böyle bir durumda paylaşım üzerine karar verilir.⁵⁹

Konusu ev eşyasının aidiyeti hususundaki bir davada, kadınların kullanması için yapılmış şeylerde kadın lehinde, erkeklerin kullanması için yapılmış olan şeylerde ise koca lehinde hüküm verilir. Prensip olarak; palto, silâh ve meslek âletleri gibi erkeğe uygun olan eşya erkeğe; ziynet eşyası, manto gibi kadına uygun olan şeyler ise kadına ait sayılır. Bu konuda dış görünüşün şehâdeti ile örf ve âdet esas alınır.⁶⁰ Kişinin eli altında bulundurduğu şey aksi ispat edilmediği müddetce kişinin malıdır. Bu örneklerle, kişi ve iltisakli bulunduğu şeyin aidiyeti davasında, o şeylerarasındaki alakanın sıklık dercesine göre hüküm verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu örneklerden şunun çıkarılması mümkündür; karineler arasında vaki olan tearuzdailtisakı daha sıkı olanın diğerinin üzerine tercih edilmesi gerekmektedir. Zilyedlik karinesinin ispat hukukunda delil olarak kabul görmesi, belki de bununevleviyetle ispat vasıtası olmasına delalet etmektedir.

2.1.2.2.Yazılı Belge (Kitabet)

Kitâbet; hakların vesikalandırılmasında ve gerekli olduğu durumlarda, ispat için kendisine başvurmak amacıyla, mutad usullerle hakları güvence altına alan yazı, şeklinde tanımlanabilecek bir kavramdır⁶¹. Fakihler kitâbetin karşılığı olarak farklı tabirler kullanmışlardır. Bunlardan biri ‘sak’tır. Hukûkî muamelelerin ve ikrarların yazıldığı belge anlamındadır. Bir diğeri ‘hüccet’tir. Hüccet, dava konusuvakıyı açıklayan, üst köşesinde hakim mührünü, alt köşesinde şahitlerin imzalarını taşıyan yazılı belgedir. Dava konusu hadiseleri, tarafların sözlerini, delillerini, hakim

⁵⁸ Ali Haydar, (v,1935) Dürerü'l- Hükkam şerhu Mecelleti'l-ahkam, Yy, İstanbul 1330, III, s.593-595,

⁵⁹ Molla Hüsrev, Muhammed bin Feramuz b. Ali Rumi (h.885/1480), Dürer ül-Hükkam fi Şerhi Gurer-il Ahkam, Faziletneşriyat İstanbul, ty. II, s. 349; Damad, Şeyhizâde Abdurrahman Muhammed, Süleyman, (v.1078/m.1667) Mecme-ul Enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur, Daru İhya'ut-Turas, ty, II, s. 28; Mecelle, md. 1771. Kasani, Bedâi'u's-Senâi' fiertîbi's-şerâi, cVI, s.25

⁶⁰ İbn-i Kayyim,Turuku'l- hükmîyye, s,21.

⁶¹ Zuhaylî (Muhammed), a.g.e, II/417.

hükümünü içeren ‘mahdar, sicil ve vesika’ da kitâbet yerine kullanılan lafızlardandır.⁶² Kayıtlı (Yazılı) bir hakka İstinaden hüküm vermenin bağlayıcılığı, yazının sıhhati, şüphe, değiştirilme ve yalan karıştırılmasına karşı korunması ve uzak oluşunun derecesine göre değişiklik göstermektedir. İçeriğine delaleti kati olan ve hile karıştırılmadığı bilinen yazı ve yazılı vesikalar, kesin delil olarak kabul edilir ve hükme mesnet teşkil edebilir.

Devlete ait resmi belgeler, sultan beratları, defterler, değişme ve değiştirilmeye karşı korunduğundan, içlerine yalan karıştırılma ihtimali de azdır. Bunların içeriğini tayin, azil, nakil, temlik, maaş ve benzeri hususlar oluşturur. Hakimin huzurunda bir niza meydana geldiğinde, davacı iddiasını bu resmi belgelere veya defterlere dayandırır, hakim bunların gereğince hüküm vermesi gerekir. Bir kimsenin ticari kayıt defteri, itina ile muhafaza edilen özellikte değilse, içeriğinin inkâr edilmesi durumunda, içeriğindeki kayıtlı olan borçlar davalı namına karar olarak kabul edilemez.⁶³ Verilen bu klasik örneklerden hareketle şunu söyleye biliriz, İslam hukuku teknolojinin ve modern yöntemlerin gelişmediği o günkü şartlar altında, kişinin el yazısının delil niteliğini değerlendirmeye tabi tutarak dava konusunun ispatındaki etkisini dikkate alıyorsa, DNA incelemesinin ispat hukukunda muteber olması kaçınılmazdır.

2.1.2.3. Ârâu Ehli'l-hibre

Ehil kimselerin gerçeği ortaya çıkarmak için dava konusu üzerinde icra ettiği bütün faaliyetleri, uzman görüşü kapsamında düşünmek mümkündür.⁶⁴ İmza incelemeleri, para sahteciliği incelemeleri ve kıyafetlere⁶⁵ bağlı sonuçlar, yangınların sebeplerini anlamak için yapılan araştırmalar, bombaların kaynağına ait tespitler, hatta suça dair iz bulma adına toprak ve taşta bile delil aramak bu kabildendir. Dünyada bu

⁶² Zuhayli (Muhammed), a.g.e, II/415-417.

⁶³ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, md, 93-101, C, 8, s, 75-77.

⁶⁴ Zuhayli Muhammed, a.g.e, sh, 594.

⁶⁵ Parça delil birleştirme: Adli olaylar sırasında fiziksel etkileşimlerin olay yerinde bulunulması her zaman beklenebilecek bir gerçektir. Fiziksel güç kullanımı nedeniyle olay esnasında bütünlüğü bozulan delilleri, parça birleştirme bölümümüzde kenar özellikleri yönünden inceleyerek bir bütüne ait parçalar olup olmadığı konularında incelemeler yapılmakta ve uzman incelemesi raporları hazırlanmaktadır. (<http://kriminal.iem.gov.tr/iz.htm>)

tür faaliyetler için enstitüler ve laboratuvarlar kurulmuştur. Türkiye’de de bu konuda kurumsallaşma anlamında hayli mesafe alınmıştır.⁶⁶

Hız. Ali’nin, (k.v) bir kumanın diğerk kumasını suçla itham maksadıyla, kadıncağızın yatağına bulaştırdığı yumurtanın beyazını meni diye ileri sürmesine karşılık, Hız. Ali’nin (k.v) sıcak su kullanarak olayın gerçek yüzünü ortaya koyması örneğı bu kabildendir.⁶⁷ Satılan bir malda ya da hayvanda kusur (ayb) iddiasıyla mahkemeye müracaat edildiğinde gizli kusurun tespitinde hâkim tarafından uzman görüşü istenir. Uzman\uzmanlar kusurun eski ya da yeni olduğunu tespit edip hâkimin kararına sunarlar.⁶⁸ Eşler arasında boşanmayı gerektirecek hastalık iddiası söz konusu olduğunda uzman görüşüne müracaat edilir. Kumaş, hayvan, bina gibi mala dair kusurlarda, kusur tespiti için uzman görüşüne müracaat edilir.⁶⁹ Uzman görüşüne verilen örnekler üzerinde düşündüğümüzde, bunların karinenin bir alt kümesi olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla karine ve uzman görüşü ile ilgili söylenen her şeyin DNA incelemesi içinde geçerli olacağını söyleyebiliriz. Hatta uzman görüşü ile DNA incelemesi sonuçları yöntem olarak birbirinedaha fazla benzemektedir.

Yukarıda verilen örnekler, DNA incelemesinin İslam muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak kabul edilmesinin gerekliliğine delalet edebilecek örneklerdir. Konuyla ilgili daha fazla örnekleri, klasik kaynaklarımızın Edebü’l-kādî, Kitâbü’d-da’vâ gibi bölümlerinde, İslam hukuk tarihinde şöhret kazanmış kadırlarla ilgili yazılmış eserlerde bulmak mümkündür.⁷⁰ Bu örnekler için neler söyleniyorsa, aynıyle DNA incelemesi içinde geçerli olacağını söyleyebiliriz. Hatta eğer kadim fakihlerimiz döneminde DNA incelemesi gibi bir ispat vasıtası olduğu tasavvuredilecek olursa bu onların eserlerinde ya karinenin en öncelikli örnekleri içinde zikredilir ya da özel başlıkta ele alınır diye düşünmekteyim.

2.2. DELİL OLARAK KARİNE VEDNA’NIN USULİ KÖKLERİ

⁶⁶ İnceleme Alanları; El yazısı ve imza incelemeleri (Adli Grafoloji); Makine yazısı incelemeleri Belge incelemeleri Parasahteciliğı incelemeleri (<http://kriminal.iem.gov.tr/iz.htm>)

⁶⁷ İbn Kayyim, Turuk, s. 44; Zuhayli, Muhammet, a.g.e, s. 598.

⁶⁸ İbn Ferhun, Tabsıra, II, s. 64; a.g.e, c.1, s. 205.

⁶⁹ İbn Ferhun a.g.e, c.II, s. 64.

⁷⁰ Zuhayli, Muhammet, a.g.e, 2/596-597.

Karine ve DNA incelemesinin muhakeme hukukunda ispat vasıtası olarak yerini alması gerektiğine delalet eden vebunaşer'ilik vasfı kazandıran usuli köklere (tafsili delillere) kısaca göz atacağız. Bu deliller, öncelikle karinenin ispat hukukundadelil olarak kullanılması gerektiğine delalet ettiği gibi, iltizamen ve evleviyetle, DNA incelemesinin demuhakeme hukukunda delil olarak kullanılması gerektiğine delalet edeceğini düşünmekteyim.

2.2.1. Kuran'da

Kur'andakarine ve emarelerle hüküm verilebileceğini bildiren deliller vardır. Bunların bir kısmı şunlardır: Kur'an-ı Kerim, kardeşlerinin Yusuf'a (a.s.) yaptıkları hile ve babalarının buna inanmaması ile ilgili şu açıklamaya yer verir: "Ve yalandan kan (sürülmüş) olan gömleğini getirdiler. (Yakup), Hayır (böyle değil). Nefisleriniz sizi yanıltıp, aldatarak (kötüyü güzel göstererek) bir işe sürüklemiş. Artık (bana gereken) güzel bir sabırdır. Bu anlattıklarınıza karşılık yardımına sığınılacak olan ancak Allah'dır."⁷¹ Kurtubi, bu ayetin tefsirinde şöyle der: "Âlimlerimiz dediler ki: Yusuf'un kardeşleri bu kanı kendi doğruluklarına bir delil saymak istediklerinde, Allahu teala bu alamete zıt, karşı bir emareyi ona bildirirmişti. O da gömleğin yırtılmamış olmasıdır, çünkü gömlek kendi üzerinde olduğu halde kurdun Yusuf'u(a.s) parçalayıp gömleğe hiç dokunmaması mümkün değildir. Nitekim Yakup (a.s) gömleğe baktığında onda yırtık bulamayınca bu kurt nekadarkıllıymış ki Yusuf'u yiyor da gömleği yırtmıyor, diyerek emareleri onların yalancılığına delil kabul etmiştir." Emaralarla hüküm verilebileceği hususunda⁷² aynı surede şöyle buyrulmuştur, "Yûsuf, O, benden arzusunu elde etmekistedi." dedi. Kadının ailesinden bir şahit de şöyle şahitlik etti: "Eğer onun gömleği önden yırtılmışsa, kadın doğru söylemiştir, o (Yûsuf) yalancılardandır." Kocası gömleğin arkadan yırtılmış olduğunu görünce, karısına hitaben "Doğrusu bu sizin hilenizdir, siz kadınların fendi büyüktür." dedi. Yusuf'a dönerek: "Yusuf! Sen bundan kimseye bahsetme." Kadına dönerek: "Sen de günahının bağışlanmasını dile, çünkü suçlulardansın." dedi."⁷³

⁷¹ Yusuf, 18.

⁷² Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî (ö. 671/1273) Kurtubi el-Camiu li-Ahkamil Kur'an, Yy, Risale, yt, 2006, XI, s. 287.

⁷³ Yusuf, 26-29.

Bu ayet'i kerîm'e, karinenin -dolayısıyla DNA incelemesinin- ispat vasıtası olarak kullanılabileceğinedelalet ettiği gibi, iki delil arasındateâruz söz konusu ise, kuvvetli olanın diğeri üzerine tercih edilmesi gerektiğine de delaletetmektedir. Bu da DNA incelemesi gibi kabul görmüş delillerin, diğerkleriyle çeliştiğinde diğerklerine tercih edilerek, öncelikli bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu delil, önceki peygamberlerin şeriatıyla ilgilidir, İslam hukuku adına, şer'u men kablena, delil olamaz dadiyemeyiz. Çünkü biraz sonra aktaracağım hadisler ve sahabe uygulamaları, bu delilin bizim şeriatımız açısından da geçerli olduğunu teyid etmektedir. Bundan baska, bütün peygamberlerin ismet sıfatına haiz olduklarını dikkate aldığımızda, bu delilin bizim şeriatımız açısından delil olarak kabul edilemeyeceğini söylemek, Yusuf(a.s)ın ismet sıfatının, bizim içinde bulunduğumuz zaman itibariyle, zedelenmesi anlamına gelecektir. İsmet sıfatının daimi olması, bu delilin, bizim şeriatımız açısından da geçerli olduğuna ince bir işareti olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

2.2.2. Sünnet'te

Sünnet'te, karine veDNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesini teyid eden çokça örnekler bulmak mümkündür. Bizim amacımız ilgili örnekleri cem ve tedarik etmek değilde, karine veDNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiğini tespit olduğundan dolayı, bazı örnekleri sunmakla yetineceğiz. Bedir savaşında Ebu Cehil'i öldüren iki kardeş, durumu Resulullah'a (s.a.v.) haber verirler. Resulullah (s.a.v.), onlara "Hanginiz onu öldürdünüz?" diye sorar. Onların her biri "Ben öldürdüm." der. Bunun üzerine Resulullah (s.a.v.) "Kılıçlarınızı sildiniz mi?" diye sorar. Onlar, "Hayır silmedik" deyince, kılıçlarına bakarak Ebu Cehl'in selebinin (elbisesi, silahı, parası) Muaz bin Amr'a verileceğine hükmeder.⁷⁴ Bu da Resulullah'ın(s.a.v.) kılıcın üzerindeki kan alametine istinaden hüküm verdiğini gösterir. Peygamber (s.a.v) BeniKurayza kuşatmasından sonra antlaşma gereği çarptırıldıkları cezadan kurtuluş planları arayışında olan, bundan dolayı mükellef olmadıklarını öne süren erkek esirlerin halini ispat için buluş çağına eriştiklerini gösteren tüylerin kontrolünü yaptırmıştır.⁷⁵

⁷⁴ Müslim, b. Haccâc b. Müslim el-Kuşeyri en-Nişaburi, Ebul-Hüseyn.(v.261/ m.875), el- Müsnedü's-sahihu-l muhtasar mines- sünneni binakli-ladli ani ladli ila Rasûlillahi (s.a.v), Yy, Darul marife, Beyrut, Kitabu'l-Cihad, Babu istihkaku'l-katili selebe'l-katili, hn.1752.

⁷⁵ Ebû Dâvûd, es-Sünen, Kitabu'l-Hudud, Babun fi'lğulami yusibu'l-hadde, hn. 4404.

Ebu Hureyre'den (r.a.) rivayetle: "Resûlullah (s.a.v) buyurdu ki: "İki kadın vardı, bunların beraberlerinde iki de çocukları vardı. Bir kurt gelerek bu çocuklardan birini kapıp kaçırdı. Kadın, arkadaşına: "Kurt senin çocuğunu kaçırdı!" dedi. Diğerisi ise, "Hayır, senin çocuğunu alıp gitti!" dedi. Bunlar ihtilafa düştüler, davayı Hz. Davud'a (a.s) götürdüler. Hz. Davud, büyük kadın lehine hükmetti. Küçük, hükme razı olmayınca, davayı Hz. Süleyman'a götürdüler. Hz. Süleymana (a.s) "Bir bıçak getirin, çocuğu ikiye böleyim, size birer parça vereyim!" diye hükmetti. Küçük kadın: "Böyle yapma! Allah'ın rahmetine mazhar ol! Çocuk onundur." dedi. Hz. Süleymanbu cevap üzerine çocuğun küçük kadına ait olduğuna hükmetti."⁷⁶ Bu hadis Süleyman'ın (a.s) annelik şefkatine istinaden hüküm verdiğini gösterir. Şeru men kablenaörnekleri, yukarıda da söylediğimiz gibi, neshine dair bilgi olmadığı müddetçe bizim içinde delildir, kaldığı burada onay (takrir) vardır.

Bir hadiste, İbn. Ömerin (r.a) şöyle dediği rivayet edilmiştir. "Peygamber (s.a.v) Hayber halkına savaş açtı (onların elinde bulunan) hurmalıkları ve toprakları ele geçirdi, kendilerini de şatolarına sığınmaya mecbur etti. Bunun üzerine onlar, altınlarla gümüş ve silahların Rasûlullah'a (s.a.v), develerinin yükleneceği diğer malların da kendilerine ait olmak ve mallarından hiçbir şeyi Hz. Peygamber'den saklamamak ve gizlememek, eğer şartlara aykırı olan bu işlerden birini yapacak olurlarsa kendileri için hiçbir ahd ve zimmetin hükmü kalmamak üzere, Hz. Peygamber ile barış yaptılar. Fakat Huyeyy b. Ahtab'a ait olan (içi altın ve gümüş dolu) bir deriyi sakladılar. Huyeyy b. Ahtab Hayber savaşından önce öldürülmüştü. Kendisi bu deriyi Nâdir oğulları sürgün edildiği zaman onlarınmalları arasından seçerek alıp yanında götürmüştü. İçerisinde Nâdir oğullarının gümüş ve altın ziynetleri vardı. Peygamber (s.a.v) Huyeyy b. Ahtab'ın amcası olan Saye'ye: "Huyeyy b. Ahtab'ın derisi nerede?" diye sordu. O da: "Savaş ve halkın geçimi için yapılan harcamalar onu tüketti." diye cevap verdi. "Söylediklerinize dikkat ediniz!" (Aradan geçen) zamanaz, (gizlenen) mal ise, ondan çok fazla! (Az zamanda, o kadar çok mal nasıl harcanır, tükenir.) Ne dersiniz? Bu hazineyi sizin yanınızda bulursam, sizi

⁷⁶ Buhari, Feraiz Bab,30, Enbiya 40; Müslim, Akdiye, Babu istislahu'l-hakimi beyne'l-hasmeyni, hn. 1720; Nesâî, Âdâbü'l-Kudât, 14.

öldüreyim mi?" (antlaşma gereği) diye sordu. Evet, dediler. Fakat daha fazla saklayamadıklarından deriyi (sakladıkları yerden) bulup getirdiler."⁷⁷

Bu örneklerde, Resulullah'ın, (s.a.v) kılıcın üzerindeki kan alametine göre hüküm verdiğini, Süleyman (a.s)'ın annelik şefkatine istinaden verdiği hükmü onayladığını, "az zamanda o kadar çok mal nasıl harcanır?" diyerek, makul olmama karinesinin (hal karinesi) sonuca olan etkisini görmekteyiz. Mezkûr rivayetler, karinenin ispat vasıtası olarak kabul edilmesini gerektirdiği gibi, delaleti bunlardan daha net ve güçlü olan DNA incelemesinin, evleviyetle ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiğine delalet etmektedir.

2.2.3. Sahabe Uygulamasında

Sahabeler, karşılaştıkları hukuki problemlerin çözümü için Kur'ân ve Hadise müracaat ederek, problemin çözümüne dair hükmü ortaya koyarlar ve bunu te'minde de pek zorlanmazlardı. Çünkü onlar, gerek Arap diline olan hakimiyetleri gerekse Hz. Peygambere yakınlıkları sebebiyle âyetlerin nüzul, hadislerin vürud sebeplerini en iyi bilen kimselerdi. Onlar, Hz. Peygamber'den edindikleri içtihadı tecrübelerle fûruatın hükmünü, tafsili delilden tahrir etmekte, model olmuşlardır. Sahabenin bu alandaki örnekliği tartışmasızdır. Kendilerinden sonra terimleşen, kıyas, istihsân, örf, âdet, mesâlih gibi, usuli prensipleri, en iyi şekilde kullanılmışlardır.⁷⁸ Uygulamadaki bu önemli konumlarından dolayı onlara ait bazı örnekleri aşağıda zikredeceğiz.

Hiz. Osman (r.a), sirkat cezasına çarptırılan birinin ceza ehliyetini tespit için, etek tüylerini kontrol ettirmiş, sonuçta ilgili kişinin mükellef olmadığı ortaya çıkınca haddi sirkatten vaz geçmiştir.⁷⁹ Cafer b. Muhammed'in anlattığına göre, bir kadın Ensar'dan bir gence âşık olur; fakat genç, kadına ilgi göstermez. Bunun üzerine de kadın ona karşı bir hile düşünür. Bir yumurta alıp, sarısını atar ve beyazını da elbiselerine ve uylukları arasına bulaştırır. Sonra bağırarak Hiz. Ömer (r.a.)'ın yanına gelip, "O adam bana tecavüz etti, beni ailem içinde rezil etti. İşte yaptığının alameti." der. Bunun üzerine Hiz.

⁷⁷ Ebu davud, Kitabu-l-harac vel-imareti vel-feyi, Bab, 24, (mâ câe fi hukmi Ardı haybere), hn 3006. "Söylediklerinize dikkat ediniz!" (Aradan geçen) zaman az, (gizlenen) mal ise, ondan çok fazla! (Az zamanda, o kadar çok mal nasıl harcanır, tükenir.) Ne dersiniz? Hadisin bu kısmı, Heysemî, Mecmau'z-zevâid, c. 6, s. 152, Beyhakî, Sünen, c.9,sh.137, İbn Kayyım, Zâdu'l-mead, c. 2, s. 151, de geçmektedir.

⁷⁸ Safvan Davudi, Usulü-l-Fıkhi kable asrittedvin, Yy, Darul Endülüs, Cidde, Yt,1423, sh, 25-31.

⁷⁹ Abdurrezzak, Musannef, VII , 338, hn. 13398; el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye, md. "Nazara", LX, sh.366.

Ömer (r.a.) kadınlardan durumu tahkik etmelerini ister. Onlar da kadının bedeninde ve elbisesinde meni alameti olduğunu söyleyince Hz. Ömer, gence ceza vermek ister. Genç de yardım dileyerek şöyle demeye başlar: “Ey müminlerin emiri, benim durumumu iyi araştır, vallahi ben bir fahişeye yakın olmadım, onu hiç arzulamadım. O beni arzuladı ama ben kendimi korudum.” Hz. Ömer’de Hz. Ali’ye “Ey Ebe’l-Hasan, sen bu konuda ne düşünürsün?” diyerek sorar. Hz. Ali de (r.a.) elbisedeki sıvıya dikkatlice bakar ve iyice kaynamış sıcak su getirir. Bu suyu elbisenin üzerine döker ve beyaz sıvının donuklaştığını görür. Sıvıyı değişik şekillerde tahlil eder ve onun, yumurtanın beyazı olduğunu anlar ve gencin iftiraya uğradığı ortaya çıkar. Hz. Ali, kadın’ı azarlayınca, kadın iftira attığını itiraf eder.⁸⁰

Kuran, Sünnet ve sahabe uygulamasından yaptığımız bu aktarımlar, açık bir şekilde karinenin, dolayısıyla DNA incelemesinin, muhakeme hukukunda etkili olması gerektiğine delalet etmektedir. Karinenin ispattaki etkisi aynı şekilde DNA’ incelemesi içinde geçerli olduğunu rahatça söyleyebiliriz. Bu konu üzerinde gerçekleştirilen ilmi toplantılarda karinenin, ispat değeri, hakkında ne söyleniyorsa aynı şekilde DNA incelemesi içinde geçerli olduğu kararına varılmıştır. Bunun ayrıntısını tezimizin sonraki bölümlerinde değerlendireceğiz.⁸¹

2.3. İSPAT VASITALARININ DERECELERİ VE DNA’NIN KONUMU

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, İslam yargılama hukukunda ispat, önemli ve gereklidir. Mahkemede ileri sürülen ve hukukî sonuçları bulunan bir iddianın kabul görmesi için, hâkimde kesin ya da zannı galip oluşturacak düzeyde ispata yönelik bilgi oluşması gerekmektedir.⁸² Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesinde de aynı durum söz konusu olmalıdır.

⁸⁰ İbn Kayyim, Turuku’l-Hukmiyye, s. 67; el-Bâverdi, Suûd b. Abdi’l-Âli, el-Mevsuâtü’-Cinaïyyetu’l-İslâmî, Yy, Riyâd, yt, 1427, s. 186.

⁸¹ Bkz, Mecmau’l-fikhi’l-islâmî, islâm konferansı teşkilâtı’na bağlı islâm fıkıh Akademisi, Kararun bi şa’nil-İsbati bil-karâini vel-emârât, 13-18, Eylöl, 2012, karar no, 194(9/20) <http://www.iifa-aifi.org/2364.html>.

⁸² Bardakoğlu, DİA “İsbât” XXII, 492-495.

2.3.1.İspatın Önemi

Şahitlerin adil ve dürüst olması gerektiğine yapılan vurgular⁸³ borçlanmaların yazı, şahit veya rehinle belgelendirilmesinin, vasiyet ve boşamada şahit bulundurmanın istenmesi,⁸⁴ cezalandırmada suçun şahitle ispatı ilkesi,⁸⁵yargı adaletinin sağlanmasında ispatın taşıdığı öneme işaret eder. Hz. Peygamber (s.a.v)“Beyyine müddeî (dâvâcı) içindir, yemin ise dâvâlıya âittir.” diyerek, iddia edenin ispat yükümlülüğünün lüzumunu açıkça beyan etmiştir. Mecellede bu gereklilik "Müddei iddiasını ispatla mükelleftir." şeklinde kaideleştirilmiştir.⁸⁶Yine Hz. Peygamber'den (s.a.v) bir rivayette “sadece iddialarla yetinilerek, (delil ve şahit aranmadan) hüküm verilirse insanların birbirlerinin can ve mallarına göz dikeceği” ifade edilir.⁸⁷Fakihlerce hakimın mahkemeye sunulan objektif delillere göre hüküm vermesi, ispatın mümkün olduğunca kesin bilgi içeren delillerle yapılması ve arasında kuvvet yönünden derecelendirmenin gözetilmesi gibi ilkeler konmuştur. Bütün bunlar, yargılamada ispatın önemini ve ispatsız yargılamanın varlığından bile bahsetmenin söz konusu olamayacağının yansımalarıdır.

İddianın, mahkeme önünde hukukun tanıdığı delil ve usullerle ispat edilmesi asıl olmakla birlikte; ispata elverişli deliller belirlenirken sınırlandırıcı mı, yoksa hâkime geniş takdir yetkisi veren bir yol mu izleneceği öteden beri fakihler arasında tartışılmıştır. İspat vâsıtalarına; etkin ve hâkimi bağlayıcı rol biçenler onu sınırlı sayıda tutmayı; hâkimin takdir hakkını genişletenler ise aksini savunurlar. Klasik dönem İslam hukukçularının çoğunluğu, ispat vasıtalarını belirli tür delillerle sınırlandırma ve bu sınırlı deliller karşısında, hâkimin takdir yetkisini hayli dar tutma eğilimindedir.⁸⁸ Bu tartışmanın temelinde ispat açısından merkezi bir önem taşıyan beyyine terimine yüklenen anlam yatmaktadır. Şöyle ki, aralarında İbn-i Teymiyye, İbn-i Kayyim el-Cevziyye, İbn-i Ferhun'un da bulunduğu bir kısım fakihler beyyineye "mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan her nev'i kesin delil" şeklinde geniş bir

⁸³ Maide 5/8; Furkan 25/72),

⁸⁴ Bakara 2/282-283; Maide 5/106; Talak 65/2.

⁸⁵ Nur 24/4.

⁸⁶ Mecelle md,77.

⁸⁷ Müslim, Akziye, 1.

⁸⁸ İbn. Abidin, 5/354, İbrahim b. Muhammed el-faiz, a.g.e, sh, 43-45, Bardakoğlu, DİA “İsbât” XXII, 492-495.

tanım getirirlerken,⁸⁹ Klasik dönem İslam hukukçularının çoğunluğu beyyine terimini, şahitlik olarak açıklamışlardır.⁹⁰

Şahitlik ve ikrar, ispat vasıtaları arasında kuvvet yönüyle ilk iki sırayı alır ve bu iki delilin geçerliliğinde fakihler arasında ihtilaf yoktur. Bunların diğer deliller üzerinde önceliği vardır.⁹¹ Üçüncü sırada bazılarına göre yemin, bazılarına göre ise, yeminden nükul gelir.⁹² Üzerinde ittifaksağlanan bu üç delile yazılı belge ve kesin karineyi de ilave ederek ispat vasıtalarını beşe çıkaranlar da vardır. Bu şekilde sınırlandırmanın amacı, yargılamayı objektif kriterlere bağlayarak, daha güvenilir hale getirme düşüncesidir. Hâkimin şahsi bilgisi ve bilirkişi görüşünün delil değeri kadar diğer beş delil türü içinde yer alan tek erkek veya kadının şahitliği, iki kadının şahitliği, bir şahit ve yemin, kasame, firaset, kıyafe, kura, zilyedlik gibi delil ve emarelerin ispata elverişli olup olmadığı da mezhepler ve fakihlere göre değişiklik gösteren ve tartışmalara konu olan bir husustur⁹³.

Hâkim, İslam hukukunun belirlenen ispat yöntemlerine usul ve esaslarına riayet ederek hüküm verdikten sonra hakkaniyet çerçevesinde görevini yerine getirmiş demektir. Böylece hakimin, adaleti tespit adına durumun künhüne vakıf olmak için, normalin dışında kalan bir yönteme müracaat etme zorunluluğu yoktur. Nitekim hadisi şerifte, "Ben bir beşerim ve sizler de aranızdaki ihtilafları zaman zaman bana getiriyorsunuz. Sizden bir taraf diğer tarafa göre delilini daha iyi ifade edebilir ve ben de dinlediğimi dikkate alarak lehine hüküm verebilirim. Fakat kimin lehine kardeşinin hakkından bir şey alıp verdimse sakın bunu kabul etmesin. Ben (zahire göre verdiğim) bu hükmümle ona ancak ateşten bir parça vermiş olurum"⁹⁴ buyrulmaktadır. Mahkeme her zaman hakkın izharında kati sonuç mahalli olmayabilir, bu durumda ise konu, vicdani yargıya havale edilerek sonuca gidilir. Bu konuyla ilgili tafsilat, DNA testinin nesebin ispat ve nefyine dair etkisini değerlendireceğimiz üçüncü bölümde gelecektir.

⁸⁹ İbn-i Kayyim, et-Turuk'ul-Hukmiyye, fis-Siyaseti's-Şer'iyye, Yy, Daru'l-kütübü'l-arabiyye, Mısır, yt, h.1317.sh,25.

⁹⁰ Mecelle, mad, 76.

⁹¹ Halife Ali Kabi, el-Basamatu'l-Verasiyye, ve eseruhe ale-l Ahkami'l-Fıkhiyye, Yy, Darunnefais, Yt, 1426-2006, sh, 217,

⁹² Zuhayli, Muhammet, Vesâ'ilü'l-isbât, sh, 26.

⁹³ İbrahim b. Muhammed el-faiz, a.g.e, sh, 43-45.

⁹⁴ Buhari, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî (v.256/870) el-Câmi'u'l-müs nedü's-sahîhu'l-muhtasar min umûri Resûlillâh şallallahü 'aleyhi ve sellem ve sünenihî ve eyyâmihi, Daru İbni Kesir, Dimeşk, h.1414, m. 1993. Şehadat, 27, Ahkâm, 20.

İspat vasıtaları hukukun her alanına taalluk etmektedir. Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesinde de aynı durum söz konusu olmalıdır. Klasik İslam hukuku kaynaklarında ispat vasıtaları ve derecelerine dair ipuçları verilmiştir. Buradan hareketle bizispatın kapsamı ve DNA incelemesininbu kapsam içindeki konumunu ve ispattaki gücünü tespit etmeye çalışacağız.

2.3.2. İspat Vasıtaları Arasında DNA'nın Konumu

Klasik kaynaklarda şahit, ikrar, yemin, yazılı belge, karine, bilirkişi ve hakimın şahsi bilgisi gibi ispat vasıtaları her dönemde kendinden söz ettiren ispat vasıtalarıdır. Bir ispat vasıtası olarak DNA parmak izi, referansını klasik karine örneklerinden alması hasebiyle, karine kapsamına girmesi mümkün olmakla beraber, müstakil bir ispat vasıtası olarak ele alınmasının daha uygun olacağı düşünülebilir.⁹⁵ Çünkü ispat vasıtası olarak DNA incelemesi, her ne kadar referansını klasik karine örneklerinden alsa bile, biyolojik bir veri oluşu, belgelenmesi, toplanması, korunması ve paketlenmesindeki özel kurallar, laboratuvara gönderilme usulleri, bilgisayar teknolojisinin kullanımı gibi hususları uhdesinde barındırması yönüyle, klasik karine örneklerinden çok farklı bir konuma sahiptir. Şu kadar var ki DNA incelemesi, klasik karine örneklerine nazaran daha güçlü bir ispat vasıtası olmasına rağmen, fıkhi temellendirilmesi karineye rucü ettiğinden dolayı, karinenin zamansal ve itibari bir takaddümü söz konusudur. DNA incelemesi karinenin alternatifi değil, belkide perdelenmiş, ulaşılması çok güç olan olay ve suçların tespitinde kendinden söz ettiren en güçlü bir karine ve çok farklı bir ispat vasıtası örneğidir.⁹⁶

Bir ispat vasıtası olarak DNA incelemesi, zatından kaynaklanan ispat değerini koruduğu yerler olduğu gibi, delile şüphe unsurunun karışması, nesep babında ihtiyat ve şeri (kanuni) delilin uygulamasının zorunluluğu, Kur'an ve Sünnet'te yer alan bazı ahkâmın taabbudi⁹⁷ nitelik taşıyıp taşımadığı tartışması, firaş, ikrar, beyyine gibi müttefekun aleyh olan delillerin diğer delillerle tearuz ve tenakuzu söz konusu olduğunda müttefekun aleyh olanların öncelenmesi, nesebin nefyinin sadece mûlaane

⁹⁵ Biz ikinci bölümün girişinde DNA incelemesinin ispat vasıtası olarak kabul edilmesini karineye ham letmek suretiyle dellillendirdik, Burada ise karineye nazaran (mahmulu aleyh) mahmul olan DNA incelemesinin ispat derecesindeki evleviyeti ifade etmek istiyoruz.

⁹⁶ Açıkğöz Nihal, Hancı, İ. Hamit, Çakır A. Hadi, DNA Laboratuvarının işleyişi, Sted (Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi), 2002, cilt, 11, sayı, 4 , sh, 126-127.

⁹⁷ Asım b.Mansur, b. Muhammed, İsbatunnesebi bil-basamatulverasiyye, ba'de nefyihi bi-llian, sh,31-37.

prosedürüne bağlaması gibi yargı hukukuna ait bazı hafifletici prensipler ki, bunları üçüncü bölümde ele alacağız, DNA' nın zatından gelen ispat gücünü hafifletmekte, bu gibi deliller üzerinde farklı değerlendirmelere sebep olmaktadır. Bütün bunlar DNA parmak izinin ispat değeri üzerinde etki eden unsurlardır. Özellikle, hadd ve nesep davalarında ağırlıklı olarak şeri'(kanunî) delil sisteminin geçerli olması, DNA'nın delil niteliğine etki etmiştir.

2.4.İSPAT VASITALARININ KEYFİYETİ

Mer'i hukukta deliller, kesin (kanunî) ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, hâkimi bağlayıcı nitelikte olan delillerdir. İkrar, kesin hüküm (kaziye-i muhkeme), senet ve yemin kesin delillerdir. Kesin delillerden biriyle ispat edilen bir olayı hâkim doğru kabul etmek zorundadır.⁹⁸Buna karşılık hâkim takdiri delilleri serbestçe değerlendirmektedir. Takdiri deliller ise şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir.⁹⁹Türkiye'de uygulanmakta olan ceza muhâkemesi hukukunda, vicdanî delil sistemi kabul edilmiştir.¹⁰⁰Bu sistemde esas olan, hukuka uygun olmak şartıyla; delillerin serbestçe, yargı makamına sunulabilmesi ve yargı makamının da bu delilleri, yine serbestçe değerlendirebilmesidir. Bir delilin ispata elverişli olup olmadığı ve ispat gücü, hâkimden hâkime değişiklik gösterebilir. Bu sisteme göre ispat, tamamen subjektif bir şekil almış, ceza hâkimlerine takdir noktasında geniş bir yetki verilmiş olmaktadır.

Medeni muhâkeme hukukunda ise, delillerin kesin ve takdiri olarak iki kısma ayrılmasına bağlı olarak, kesin delil sınıfına giren deliller üzerinde hâkimin takdir yetkisi yokken; takdiri delil sınıfına girenler üzerinde hâkimin takdir yetkisi vardır. Şahitlik, keşif, bilirkişi ve özel hüküm sebepleri hâkimin tenkitli takdirine bırakılmıştır.

⁹⁸ Kale, S, Keser, S. Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yt, 2015, c, 21 sh, 711-713.

⁹⁹ Özel hüküm sebepleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 367'de takdiri delil türlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Özel hüküm sebepleri, hâkimin taşınmaz dışındaki şeyleri duyguları vasıtasıyla doğrudan doğruya muayene etmesi, yoklaması, tatması, koklaması ve dinlemesi suretiyle elde edebileceği bilgilerdir. Okumuş, Nagehan, Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri, 2010, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, sh, 17.

¹⁰⁰ Gereçeklerini açıklamak koşulu ile hakimin delillerin tespiti ve delillerin değerlendirilmesinde serbestliğe sahip olduğu ve bu sisteme vicdani delil sistemi denildiği teoride ifade edilmektedir. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2010 s. 1327 m. 217/2.

Hâkim, şahidin beyanının hukuki değerinin olup olmadığını ve etki derecesini, onu dinledikten sonra takdir eder. Aynı şekilde bilirkişi raporlarında da makul bir takdir ile hareket eder. Raporu veren kişi sayısı, azınlık tarafından veya ittifakla verilmesi, hâkimi bağlamaz. Hâkim bunu makul sebeplerle reddedebilir. Ancak senet, yemin, kesin hüküm ve ikrar karşısında hâkimin takdir yetkisi yoktur. Mesela tasdikli senedin ispat değeri hususunda hâkimin takdir serbestliği yoktur, sadece sağlıklı bir şekilde düzenlenip, düzenlenmediğiyle ilgilenir. Hâkimin taraflardan birine teklif ettiği yemin de, takdire konu olmayan delillerdendir. Yeminin edilip edilmemesine göre hâkimin hükmetme mecburiyeti vardır. Halbuki şahit, yemin etmiş olsa dahi hâkimi bağlamaz;¹⁰¹ hâkim takdir yetkisini kullanır. Mer'i hukuktaki bu ikili taksim, İslam muhakeme hukuku delil sistemi için de geçerli olduğunu düşünmekteyim. Bu kısa izahtan sonra, aşağıda DNA incelemesinin, İslam hukukuaçısından, bu ikisi arasındaki konumunu değerlendireceğiz. Çünkü DNA'nın delil türünün konumlandırılması etki alanı ve dava konusuna olan ispattaki tesirinin keyfiyetini doğrudan etkilemektedir.

2.4.1.Kesin (Kat'i) İspat Vasıtaları

İslâm muhâkeme hukukunda, ispat vasıtalarının delil nitelikleri hususunda sarahaten herhangi bir kısımlandırma bulunmasa da dava ile ilgili bölümler mütalaa edildiğinde, dava konusunun türüne bağlı olarak delillerin, kesin (kanuni) ve takdiri deliller olmak üzere iki kısma ayrılabilceği düşünülebilir. Şu farkla ki, İslam hukukunda mülâhaza edilen kesin deliller ve takdiri delillerin zatı ve taalluk ettiği dava konuları ile; meri hukuktaki kesin deliller ve takdiri delillerin zatı ve taalluk ettiği dava konuları aynı değildir. Hâkim bu delillerden biri ile ispat edilen bir vâkıayı, ispat edilmiş olarak kabul etmek zorundadır. Burada hakimin delilleri takdir yetkisi yoktur. İslam hukukunda hadd, kısas ve diyet cezalarının aynının ispatında, ikrar ve tanıklıktan başka delilin kabulü söz konusu olamayacağından,¹⁰² bunlarda kesin delil sistemi (kanuni) geçerlidir. Hâkimin eksiltme, artırma, bu cezaları başka cezalarla değiştirme yetkisi yoktur. Bu cezalar vaz' edildiği şekliyle uygulanmalıdır.¹⁰³ Nesebin sübutunun yolu; firaş, fâsid evlilik, veya şüpheye dayalı cinsel birleşme, yada babanın, çocuğun

¹⁰¹ Ansay, Sabrî Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, Yy, Güzel İstanbul Matbası, Ankara 1958, s.215-216.

¹⁰² Bunlarla ilgili gerekçeler tezimizin üçüncü bölümünde gelecektir.

¹⁰³ Bununla ilgili açıklama ve kaynaklar hadd cezalarında şüphe vd. Başlıklar altında gelecektir.

nesebini ikrar etmiş olması yoluyla; reddetmenin ise, kocanın karısını zina ile suçlaması (kazif) sonucu, açtığı redd-i nesep davası üzerine karı-kocanın mahkemede karşılıklı olarak usulünce yeminleşmeleri (liân/mülâane) ile olacağından nesep davalarında da, kesin delil sistemi söz konusudur.

2.4.2.Takdiri İspat Vasıtaları

Takdiri deliller, “koşullarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir; bu tür deliller hâkimi bağlamaz, hâkim serbestçe takdir eder”¹⁰⁴ Hadd ve kısası gerektiren suçların dışında kalan fiillerin ne derece suç olduğu ve bunlara nasıl bir müeyyide uygulanacağı, İslam'ın genel ilke ve gayeleri doğrultusunda belirlenir ve uygulanır. İslam hukuku literatüründe bu tür suçların cezalarına Tazir cezası denir. Bu suçların ispatında hâkime tam manada takdir yetkisi tanındığı gibi, uygulanacak cezanın kemiyet ve keyfiyetinde de aynı durum söz konusudur. Yukarıda, kesin ve takdiri deliller olarak belirlediğimiz ispat vasıtalarının münazarası ve gerekçelerini tezimizin üçüncü bölümünde genişçe ele alacağımızdan, burada gereği kadarıyla yetindik.

2.4.3.Katî ve Takdiri İspat Vasıtaları Bağlamında DNA İncelemesi

Yukarıdaki açıklamalardan sonra tezimizin konusu olan DNA incelemesinin, takdiri delil türü içerisinde kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. DNA incelemesinin, da'vâ konularının ispatıyla olan alakasının değerlendirilmesi, karine ile aynı minvalde olması gerektiğini, bu bölümün girişinde ifade edilmiştir. Hadd ve kısas cezası gerektiren suçlarla ilgili da'vâ konularıyla, nesep davalarının sübutu ve nefyine dair delil ve yöntemlerin sınırlandırılması,¹⁰⁵ bir ispat vasıtası olarak karinenin, bizzat şâri' tarafından bu suçlar adınabelirlenen cezaların aynının hükmedilmesinde yetersiz kabul edilmesine sebep olmuştur. Bu yüzden karine, kesin (kanuni) delillerin şart koşulduğu bu gibi yerlerde dava konularında ikinci derecede bir ispat vasıtası konumundayken, ta'zir cezası gerektiren suçların ispatında tam manada takdiri bir ispat vasıtası olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁴ Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğu, Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku. 14. Basım, Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s, 715.

¹⁰⁵ Karinenin ve buna bağlı olarak DNA testinin hadd, kısas cezası gerektiren suçların tepitinde ve neseple ilgili davalarda etkili olup olmadığı, ya da etki düzeyi ile ilgili geniş açıklama üçüncü bölümde gelecek.

Meseleye DNA incelemesi açısından baktığımızda, yukarıdaki ifadelerimizin karşılığı şöyle olacaktır; DNA incelemesi şâri' tarafından belirlenen hadd ve kısas cezalarının aynını gerektirmese de, bu cezaların alternatif cezalara dönüştürülmesinde etkili ve bu itibarla takdiri bir ispat vasıtasıdır. Nesep babında, ihtiyat ve çocuğu himaye gibi hukuki prensiplerden ötürü, nesebin nefyi ve sübutiyeti hususunda da DNA incelemesinin, doğrudan etkili bir delil olamayacağı söylenebilir. Ta'zir cezalarının ispatında ise DNA incelemesinin, tam manada ve birinci derecede etkili bir ispat vasıtası ve hakimın takdir yetkisinin en geniş olduğu alan, olduğu düşünülebilir. Delil sistemlerine ilişkin genel bir perspektif oluşturduktan sonra, DNA verisinin etki ettiği dava konuları ve bunların türüne göre, DNA incelemesinin ispattaki etkisinin düzeyini ve gerekçelerini tezimizin bundan sonraki gelen üçüncü bölümünün ilgili kısımlarında değerlendireceğimizden dolayı, burada gerekçesiz ve tartışmasız olarak sade bir şekilde zikretmekle yetindik.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DNA'NIN İSPATTAKİ KAPSAMI VE İSLAM HUKUKU

İLKELERİNİN BUNLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Her hukuk sisteminin kendine ait ilkeleri, amacı ve özellikleri vardır. Bunlar, o hukuk sistemini diğer hukuk sistemlerinden ayıran; amaçlanan hukuki hedeflere ulaşılmasında denetleme aracı gibi kullanılabilecek ve bunlar korunduğu müddetçe o hukukun varlığından söz edilebilecek olan unsurlardır. İslam hukukunun genel mefküresini yansıtan şeyler ise külli kaide ve makasatlardır.¹⁰⁶ İslam hukukunun uygulanmasında bu ilkelerin korunması önemli ve gerekli olduğundan dolayı bu ilkeler muhakeme usulü açısından yargıcın kararını etkileyen, belki de onu yönlendiren unsurlardır. Bir ispat vasıtası olarak dava konusunun ispatı için DNA incelemesinin kullanılmasında, hukukun bu yönlendirici özelliklerinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. DNA incelemesi yalın haliyle ele alındığında güçlü bir delil olsa bile hukukun doğasından gelen hafifletici unsurlar dikkate alındığında, değerlendirme ve varılan sonuçlar çeşitlilik göstermektedir. Bundan dolayı DNA incelemesinin ispata olan etkisi hususunda bir değerlendirme yapabilmek için, İslam yargı hukukunun işleyişi, menşei ve dava sonucuna etki eden bazı hususlara, aşağıda işaret etmek istiyorum. Böylece, değerlendirmede resmin bir parçasından değil de bütününden hareket etmenin, nasıl farklı bir sonuca götürdüğünü de görmüş, bu vesileyle bazı ön yargılarımızdan sıyrılarak hukukun söylemek istediğini içselleştirmiş olacağımızı düşünmekteyim. Biz önce İslam muhakeme hukukunun genel özelliklerine özet bir şekilde göz attıktan sonra, yargılama sürecinde hükmün ortaya çıkış şekline etki eden yargılama prensiplerini dile getirerek, bu prensiplerin dava konusunun türüne göre, DNA incelemesi üzerindeki etkisini değerlendireceğiz. Çünkü bu bölüm içerisinde de izah edileceği gibi, DNA incelemesinin delil değeri ve gücü dava konusunun türüne ve yargılama hukukuna ait ilkelerin bunlar üzerindeki etkisine göre değişmektedir.

¹⁰⁶ Yaman, Ahmet. Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri, Marife, yıl. 1, s.1, sh. 49-75.

3.1. İSLAM CEZA MUHAKEMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Davacının davalıyı hâkimin huzuruna davet edip onunla duruşmada bulunması, muhakeme olarak tarif edilmekte ve bu ilişkileri düzenleyen hukuk dalına da “Muhakeme Hukuku” denilmektedir.¹⁰⁷ Dava konusunun hangi delillerle ispat edilebileceği, ispatın belli kayıtlarla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı hususunda fakihlerce farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu farklı görüşler İslam ceza hukukunun amacını yansıtmada bize önemli ipuçları vermektedir. Mer’i Ceza muhâkemesi hukukunda vicdânî delil sistemi esas olduğundan, buradadava konusu her türlü vasıtayla ispat edilebilmekte ve hâkime delil serbestliği sunulamaktadır.¹⁰⁸

İslam ceza hukuku’nda ise nassa veya kanunlara dayanmayan bir ceza şeklinden söz etmek mümkün değildir. Hukukun objektif, şeffaf ve tartışılabilir, kayda geçmiş, kanıtlanabilir bilgi, belge ve delillerle sâbit olması, adâletin tecellîsi ve kamu vicdanının tatmin olması açısından önemlidir. Hâkimin şahsî bilgisine istinâden hüküm vermesinin yolunu açmak, insanların, hukuku, kötü niyetleri doğrultusunda kullanmalarına imkân tanımaktır. Ceza soruşturması bir takım kurallara bağlanmakla, illegal güçlerin kuvvetini kötüye kullanmasına karşı tedbir alınmıştır. Özellikle hadd ve kısas gerektiren cezalarda söz sahibinin, milleti temsilen, mahkemelerin olması, davacı ve davalıyı dinlemek, delil istemek şahitlerin tezkiyesi gibi hususlar; sanığın doğuştan gelen masumluk hakkını korumak anlamına gelmektedir. Cumhurun görüşü hadd cezasını gerektiren suçlarla ilgili ceza davalarında sadece ikrâr ve şâhitlik olduğunu, asıl şâhitten naklen yapılan şâhitlik, yemin, yeminden nükûl, hâkimin şahsî bilgisi gibi ispat vasıtalarının bu tür suçların ispatında yararlanılacak deliller arasında olmadığını görürüz.¹⁰⁹ Bu şu anlama gelmektedir İslam hukuku özellikle hadd cezalarına yönelik uygulamalarda, hem kanunilik ilkesi hemde sınırlandırma getirmiştir. Ceza hukuna ait bu ilkeleri, müçtehitlerin çıkarımlarında açık bir şekilde görmek mümkündür. İzah için, aşağıda bir kaç örnek sunmak istiyoruz.

¹⁰⁷ Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve hukuk terimleri sözlüğü, Ensar Yayınları, 3. Baskı, 2010, mad, Dava.

¹⁰⁸ Kunter-Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, sh. 502; Çetinkaya Ahmet, İslam Muhakeme Hukukunda Hâkim Şahsî Bilgisi ile Hüküm Verebilir mi? Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, II (2015),157, 153-188.

¹⁰⁹ Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekir b. Mes’ûd, Bedâiu’s-sanâi’ fi tertibi’s-şerâi’, 2. Baskı, Beyrut 1403/1982, c. 7, s. 46, 81, 93.

İslam muhakeme hukuku açısında beyyine olmaksızın hüküm vermenin mümkün olmadığını gösteren aşağıdaki hadiste, Hz. Peygamber, zinâ yapan bir kadın hakkında şöyle demiştir: “Şâyet, beyyine olmadan birisine recm cezası verecek olsaydım o kadına (Şerik) recm cezası verirdim”¹¹⁰. Bu hadis, mülaane ile ilgili olup olayda söz konusu olan kişiler, Hilal ve Şerik adındaki eşlerdir. Hadisteki ifadedden anlaşıldığına göre Hz. Peygamber, o kadının zina yaptığına kanidir. Bununla beraber bu bilgi ve kanaatine dayanarak zina suçunu sabit görmemiş, bu suçun sabit olduğunu gösteren bir delil aramıştır.

Hz. Âişe'den rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber, Ebû Cehm'i zekât toplamak üzere göndermiş, bir adam, Ebû Cehm'e direnmiş, Ebû Cehm de adamın kafasına vurarak onu yaralamıştı. Bunun üzerine adamın akrabaları, Hz. Peygamber'e gelerek kısas cezası vermesini istemişlerdir. Hz. Peygamber, onlarla konuşarak onların diyete râzı olmalarını sağlamış ve sonra “insanlara râzı olduğunuzu bildireyim” diyerek minbere çıkmıştır. Mescitteki diğer Müslümanlara, yaralanan adamın akrabalarının, diyete râzı olduklarını söylediğinde onlar râzı olmadıklarını söylemişler, Hz. Peygamber de minberden inerek yeniden onlarla konuşup râzı olmalarını sağlamıştır. Sonra minbere yeniden çıkarak orada bulunanlara davacı olan tarafın diyete râzı olduğunu bildirmiştir”¹¹¹. Bu hadis, hâkimin, hükmünde şahsî bilgisine istinât edemeyeceğini açıkça göstermektedir.

Hz. Ali (r.a) İbn. Mülcem'in öldürücü darbesine maruz kaldıktan sonra ölüm döşeğindeyken yanına çağırdığı çocuklarına şu vasiyette bulunmuştur. "Beni öldürenden başkasını öldürmeyin (kısas etmeyin), bekleyin, eğer onun darbesi neticesinde ölürsem, darbesine mukabil bir darbe ile intikamımı alın, onu kötürüm bırakmayın; zira Allah Resulü'nün; "Hasta bir köpek bile olsa kötürüm bırakmaktan kaçının buyurduğunu işittim".¹¹² İslam hukukunun pratiğe aktarılmasında çok önemli bir konuma sahip dolan birinden sadır olan bu vasiyet, işlenen suçun tahkikatının yapılmasını, başka sebeplerden değil, suçlunun fiilinin tabi bir neticesi olarak vuku bulduğunun delillerini araştırmanın zarureti de açıkça ortaya koymaktadır. Bu da İslam ceza hukuku'nda kanunsuz suç ve ceza olmayacağına, suç ve cezada kanunilik ilkesine bir işarettir.

¹¹⁰ Buhari, Kitabuttalak, Bab,29,Süneni Ebî Dâvûd Kitabuttalak, Bab, 27.

¹¹¹ İbn. Mâce, Sünen, Kitabuddiyat, (21) Babu-lcarihu yefedi bilkavedi(10); Ebû Dâvûd,Sünen, c.2, 590.

¹¹² İbni Kudâme Ebû Muhammed Muvaffâkuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. el Cemmâilî el-Makdisî (v. h. 620/m. 1223) el-Muğni, Yy, Mektebet-ü-lkahire, Yt, h.1388/1968. C.X, s. 50.

Hanefî mezhebine göre hâkim, hadd cezasını gerektiren ceza davalarında, hangi şekilde edinmiş olursa olsun şahsî bilgisinden yararlanmak suretiyle hüküm veremez. Ancak hadd cezasını gerektiren davaların şahsî haklarla ilgili kısmında şahsî bilgisine istinâd edebilir¹¹³. Örneğin, hırsızlık suçu ile ilgili bir davada hâkim, daha önceki şahsî bilgisine istinâden çalınan malın tazmin edilmesine yönelik karar verebilir. Aynı şekilde sarhoş olmuş bir kişiye te'dip amacıyla tazir cezası verebilir. Bu, muhâkeme süreci sonucunda verilmiş kazaî bir hüküm değil, hâkimin, toplum huzurunu sağlamakla görevli olması sıfatıyla verdiği bir karardır.

İslam hukukunda cezanın amacı; genelde suçun aleniyetine ve yayılmasına engel olarak toplumu korumak; özelde ise suçu önlemek, suçluyu te'dib ve islah etmektir. Yanic eza maksudu bizzat değildir. Bu durumu te'yid anlamında İmam Ebu Yusuf şu bilgileri vermektedir: "Eğer kazif (zina müfterisi) işlediği birinci kazf suçundan dolayı cezalandırılmadan önce bir başka kazf suçu işlerse, işlediği iki suça karşılık sadece bir hadd ile cezalandırılması gerekir. Diğer bir ifade ile, tekrarlanan iki suça mukabil bir defa cezalandırılır. Yine kendisine hadd cezasının sadece bir kısmı infaz edilmiş ve sonra yeni bir kazf suçu işlemişse değnek olan yeni bir hadd cezasına muhatap olmayıp, sadece birinci cezasından geriye kalan kısmın tamamlanması gerekir¹¹⁴. İslam dini, şahsi hakların ağır bastığı cezalar da dahil olmak üzere cezalandırmayı devlete ait bir hak ve görev kılmakla hem devlet ceza hukuku fikrini tesis etmiş, hem de kısasın infazında, diyetle ve haddleri uygulamada düzensizlikleri, haksızlık ve aşırılığı, eşitsizliği ve şahsi düşmanlıkları ortadan kaldırarak cezalandırmayı genel olarak kanuni, ve adli esaslara bağlamıştır.¹¹⁵

Bu ifadelerle şunu söylemek istiyoruz; İslam muhakeme hukuku cezalandırmak için fırsat kollayan değil, tarafları memnun etmede azami çaba harcayan, madur ve masumu gözetken, cezalandırmalarda toplumsal dengenin sağlanmasına dikkat eden, bununla beraber hak sahibine hakkı teslim etme, ana gayesi olan müesses bir nizamdır. Bu hukukun varlığı bir ihtiyaçtan dolayıdır, cezanın kendisi bizzat maksud değildir. Bunu, uygulamada kolayca görmek mümkündür. Mesela hadd cezaları belirli şart ve yöntemlere bağlandığından dolayı suçun ispatına dair unsurlar olgunlaşmamasından

¹¹³ Kasânî, Bedâiu's-sanâî', c.7, s.7; Fetâvâ'l-hindiyîye, Mektebetü'l-İslâmiyye, Diyarbakır, 1973, 3, s. 339.

¹¹⁴ Ebu Yûsuf, a.g.e., s. 183.

¹¹⁵ Şafak, Ali (1990). Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara, c.1, s. 9, (Abdülkadir Ude'nin et-Teşri- u'l-Cinai'l-slami isimli eserinin ter.)

dolayı sanık belirlenen cezalara çarptırılamamaktadır. Nitekim, haddlerle ilgili rivayetlerde hadd cezalarını öteleme çabaları açıkca beyan edilmektedir. Ayrıca hadd ve kısas cezalarının tatbiki, devlet otoritesinin dışında, hak sahibi bireyler tarafından yerine getirilmesi, toplum güvenliği açısından son derece tehlikeli bir sonuca sebep olacağı anlamına geldiğinden, bu konuda yegane yetki sahibi devlet otoritesidir. Bu cezalarda normal olan, bunların yetkili kurumlarca uygulanmasıdır. Buna rağmen bu cezalar maktulun velisi tarafından yerine getirilmiş olsa, veliye kısas tatbik edilmez, otoriteye muhalefetten dolayı ta'zir cezası uygulanır.¹¹⁶

3.2. DNA'NIN İSPAT DEĞERİNİ ZAYIFLATAN İSLAM MUHAKEME HUKUKU İLKELERİ

Modern ve bilimsel bir ispat vasıtası olması hasebiyle ispat hukukunun önemli bir unsuru olan DNA incelemesinin, yargı kararına olan etkisinin derecesi, İslam muhakeme hukuku ilkelerine bağlı olarak, taalluk ettiği dava konusunun türüne göre şekillenmektedir. Özellikle hadd cezalarında, mümkün mertebe öteleyici; nesebin sübutunda kolaylaştırıcı, nefyinde mümkün derece zorlaştırıcı; fıkhi prensip ve kaideler, ispat konusunda DNA incelemesinin etkisini zayıflatan etkenlerdir. DNA incelemesinin ispata olan etkisi, bu unsurlarla kolektif bir şekilde değerlendirilmek durumunda olduğundan, sonuçlar da buna bağlı olarak çeşitlilik göstermektedir. Şimdi aşağıda, DNA incelemesinin ispat gücüne negatif etki eden bu hukuk'î ilkeleri zikrederek, DNA incelemesinin dava konularına olan etkisindeki değişiklikleri değerlendireceğiz.

3.2.1. Aslolan suçsuzluktur ilkesi (Berât-i Zimmet Asıldır)

Aslında bu ilke¹¹⁷, “şüphedensanık faydalanır“ ilkesiyle ilintilidir. Şöyle ki şüpheden sanığın yararlanmasının temelinde, insanın doğuştan gelen suçsuzluğunun esas oluşu ilkesi vardır. Şüpheden sanığın yararlanması ilkesi doğuştan gelen suçsuzluk iklesinin bir sonucudur. Bu anlamda bu iki ilke birbirinin mülazimidir. Bu ilkeyi"bir kimse masum olmadığını ispat etmedikçe suçludur" şeklinde tersinden okursak, bunun

¹¹⁶ Hatib eş-Şirbini, Muğni'l Muhtac 4/55; Behûti, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs (ö.1051/1641), Keşşâfûl-Kınâ' 'An Metni'l-İknâ', Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Ty,C/5, Sh, 633,Üdeh, A. Kadir, Et-Teşri'u'l-Cina'i El-İslami, Bab, 4, Mad, 515, 1/757.

¹¹⁷ Mecelle, md. 8.

şüpheden sanık yararlanır ilkesiyle ilintili olduğu daha güzel anlaşılacaktır. Şayet böyle bir prensip bulunmuş olsaydı, her insan sürekli bir tehdit altında olurdu. DNA incelemesi gibi hukuken şüpheli görülen deliller, mevcudun aksine sanık aleyhine olacak şekilde yorumlanırdı¹¹⁸.

Mesela hırsızlık suçu iddiasıyla hâkimin huzuruna çıkarılan kimse hakkında ilk düşünülen husus, hırsız olmamasıdır.¹¹⁹ Hırsız olduğu beyyine ile ispat edilmedikçe suçsuz olduğu kabul edilir. Ceza mahkemesi önyargı ile hareket ederek kişinin, suçu işlediği inancı veya varsayımı ile işe başlamamalıdır. Kişinin, isnat edilen suçu işleyip işlemediğinin kanıtlanması gerekmektedir. Bu ilkenin tersiyle hareket etseydik, her hangi bir delil -mesela DNA incelemesi- şüpheli bile olsa, kişinin aleyhine delil olurdu. Yani, dolaylı da olsabu ilkenin, DNA incelemesinin değerini zayıflattığı söylenebilir.

3.2.2.Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması İlkesi (Şüpheden Sanık Faydalanır)

Şüphe kavramı sözlükte, bir şeyi diğer bir şeyle karıştırmak,¹²⁰ gibi anlamlara gelir. Fıkıh terminolojisinde ise şüphe; “Sabit olmadığı halde sabite benzeyen”¹²¹veya “hakikat olmadığı halde hakikate/gerçeğe benzeyen durum”¹²² “helal mı, haram mı olduğu tam olarak anlaşılamayan, helal ile haram, hata ile isabet arası bir hal”¹²³ şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁴ Bir ceza muhakemesi hukuku terimi olan şüpheden sanığın yararlanması ilkesinin, en çok kendinden söz ettirdiği alanın hadd cezaları olduğunu söylemek mümkündür. Şüpheden sanığın yararlanması hukukla ilgili bütün alanla alakalı olmasına rağmen bu ifade kullanıldığında ilk akla gelen hadd cezaları olmaktadır. Çünkü şüphelerle haddlerin düşürülmesi ilkesi, sanık haklarının güvence altına alınması bağlamında İslâm Hukukunun temel insanî ilkeleri arasında yer alan, hukukî zemini oldukça sağlam ve geniş uygulama alanına sahip bir prensiptir. Bu prensip sanık lehine yorumlanan prensiplerin başında gelmektedir. Söz konusu prensip,

¹¹⁸ Erem, Faruk, Ceza Hukuk Usulü,Sevinç Matbaası, Ankara, 1973. Sh, 340, Erturhan, Sabri, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sivas, 2002, sh. 184-185.

¹¹⁹ Muhakeme esnasında şahitler aldı derler, çaldı demezler, çünkü henüz hüküm sabit olmamıştır. Bkz, Mevsili, Muhtar, 2/411;Şeyh zade Damat, Mecmau'l- enhür, 3/259.

¹²⁰ İbn Manzûr, Lisânü'l-Arab, XIII/504; Mu'cemu'l-vasît, I/474.

¹²¹ Kâsânî, Bedâi',VII/36; Bâbertî, el-İnâye, V/249; İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-kadîr, V/249; Şeyhzâde (Dâmad), Mecmau'l- enhür, I/549.

¹²² Zeyleî, Tebyînü'l-hakâik, III/180; İbn Nüceym, el-Bahru'r-râik, V/20.

¹²³ Cürçânî, Kitâbu't-ta'rîfât, s. 141.

¹²⁴ Ali b. Ukayl, h,V,513,Bin Muhammed, el-Vadih Fi Usulül Fıkhi, 1/339.Yy, Müessese't-ürri-sale, Yt, 1420.

İslâm Hukukunda cezalandırmanın amaç değil, istisnâ ve arızî bir çözüm olduğunun somut göstergesidir. Bu prensibin temelinde “bir suçlunun cezasız kalmasının, bir mâsumun cezalandırılmasına tercihi” esprisi yatmaktadır.¹²⁵ Delilde şüphe olgusu, cezaların ve özellikle de hadd cezalarının engellenmesi hususunda, sanığın sığındığı yegâne limandır. Bundan dolayı şüphe kavramının çerçevesini ve düzeyini ortaya koyacak olan ilgili içtihadî örnekleri aktarmak suretiyle, cezaları engellemede yeterli olan şüphenin düzeyini, daha somut bir şekilde idrak etmek mümkündür.

3.2.2.1. Şüphenin Etkisine Klasik Kaynaklardan Örnekler

"Gücünüz yettiği kadar şüphelerle hadd cezalarını düşürünüz"¹²⁶ hadisi hadd cezalarıyla ilgili bütün içtihatları etkilemiştir. Bu yüzden müçtehitler haddlerle ilgili cezaların ötelenmesindeki hassasiyetlerini içtihatlarına yansıtmışlardır. Ebu Hanife, İmam Şafi ve Ahmed b. Hanbel gibi müçtehitler, kadın ikrar etmedikçe sadece hamilelik karinesiyle hadd cezasının tatbik edilemeyeceğini söylemişlerdir.¹²⁷ Zinanın dinen ne derece çirkin kabul edildiği, ona münasip görülen cezayla ortaya konmasına rağmen, zina cezasının tatbikini gerektiren suç için ağır şartlar ileri sürülerek, bu cezanın adının etkisi, uygulamasının önüne geçirilmiş olmaktadır. Bu cezanın uygulanabilmesi için; ya, kişi bizzat kendi suçunu dörtkez farklı zamanlarda itiraf etmesi; ya da olayın cereyan ettiği yerde dört şahidin zina filini, fakihlerin belirlediği şekliyle ve bizzat görmeleri: gerekmektedir. Ayriyeten İslam devletinin haricinde işlenen zina fiiline hadd cezası uygulanmaz.¹²⁸ Recm cezasının uygulanabilmesi için fiili zina olayına aynı anda şahitlik edecek dört kişi şartı dikkat çekmektedir. Zina fiilini belirlenen keyfiyetiyle alenen görebilecek dört kişinin bir arada bulunması çok nadirdir. Üç kişi, bu olaya şahitlik etse bile davalıya buna istinaden hadd cezası uygulanamaz. Ayrıca dörde tamamlanmadığından dolayı bu üç kişiye de haddi kazif uygulanmaktadır.¹²⁹ Kişi, haddlerle ilgili şahitliğini eda edeceği sırada, ya da hüküm infaz edilmeden önce a'ma (kör) olsa bu kişinin/kişilerin şahitliği geçersiz olacaktır.

¹²⁵ Erturhan, Sabri, İslâm Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Yt, 2002, c, 6, Sayı 2, sh, 184.

¹²⁶ Ebû Davûd, Salât, 14; Tirmizî, Hudûd, 2.

¹²⁷ İbn-i Kudame, el-Muğni, 9/72, Mesele, 7201. Dört mezhebin görüşü aktarılmıştır.

¹²⁸ Kâsânî, a.g.e, c, 9, s, 187.

¹²⁹ Mevsili, el-İhtiyar li ta'lilil muhtar, c. 2, s. 313. el-Fetava el-Hindiyeye, Kitabul'Hudud, Bab. fişşehadetil alezzina Verrucu-u anhe, 2/168.

Çünkü haddler yerine getirilmeden önce hadde mani olan bir durum sonradan meydana gelse bile başta meydana gelmiş gibi sayılır.¹³⁰ Şahitlik edecek kişi/kişilerin tezkiyesi de dikkate alındığında ispat daha da zorlaşmaktadır.¹³¹

Hadd cezaları hususunda, kişinin, suçla olan alakası aleniyet derecesine ulaşmadığı sürece şahitliğin terki teşvik edilmiştir.¹³² İmam Azam ile İmam Ebû Yûsuf'a göre ise, Haddi şürbe şahitlik etmenin sahih olması için sarhoş yakalandığında ağzında içki kokusunun bulunması şarttır. Onlara göre zaman aşımı, içki kokusunun gitmesiyle takdir edilmiştir.¹³³ Ali el-Kârî, (r.a) haddler hususunda mahkeme edilmeden önce davayı engellemek için aracılık (şefa)at) yapılabileceğini ve bunun ulemanın çoğunluğunun görüşü olduğunu zikretmiştir. Ta'zir cezalarında ise, gerek davadan önce gerekse davadan sonra aracılık yapmada bir engelin olmadığını kaydetmiştir.¹³⁴

Hırsızlık, başkasına ait bir malı, korunduğu yerden, sahibinin bilgisi dışında gizlice almak demektir.¹³⁵ Sirkat, tanım itibariyle irdelendiğinde, görsellik tarafı olduğu gibi, her hangi bir cihaz veya diğer kriminolojik yöntemlerle tespit edilemeyecek soyut tarafları da vardır. Çünkü hırsızlığın tanımı içinde yer alan (“bilgisi dışında, gizlice”) ifadeleri soyut kavramlardır. Bu ve benzeri yönleri dikkate aldığımızda, modern yöntemlerle hiç kuşku duyulmayacak şekilde suçun tespiti söz konusu olamaz. Bu da DNA incelemesi gibi yöntemlerle yapılan tespitin, içeriğinin şüpheden hali olmayacağı için, hadd cezasını ispatta yeterli olamayacağı anlamına gelmektedir. Örnek olarak kişinin, bireşyayı yerden kaldırdığını düşünelim; sadece bu eylemin görünenyönüne baktığımızda, buradahırsızlık, gasp, yitiği (lukata) bulma, gibi ihtimaller vardır. Bu eylemin mahiyetinin netlik kazanması için görüntü kaydı, DNA incelemesi ve diğer modern yöntemlerle ispat, yeterli değildir. Kişinin, sözlü sorguya alınması, varsa şahitlerin beyanıyla anlaşılması açısından sonuca etki eden yegâne unsurlardır. Benzer durumlar diğer hadd cezalarını gerektiren suçlarda da söz konusudur.

¹³⁰ Serahsi, Mebsut, IX/74; Muhammed Sıtkı b. Ahmed El-Burni, Mevsuatü'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye, sh,344. Yy.Mektebetü't-Tevbe. Ty.

¹³¹ Nazariyyetü'l-İsbât fi'l-fikhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî (Beyrut: Dârü'ş-Şurûk, 1983, s. 47-53.

¹³² İbni Nüceym, Eşbah ve-l-Nezair, s. 69; İbni Abidin zade, Tekmile, c. 7, s.68.

¹³³ Mevsili, el-İhtiyar li ta'lil muhtar, c. 2, s. 335, Kâdihân, III, 91; Aynî, VI, 350; İbnu'l-Hümmam, V, 77;; İbn Âbidîn, VIII/239; Bilmen, III, 255.

¹³⁴ Ali el-Kârî, (v. 1014/1605), Mirkatul Mefatih Şerhu Mişkatal Mesabih, Yy, Darul-kütübül ilmiyye, Beyrut, 1422, 2001, 7/180, hadis, No 3610.

¹³⁵ Mevsili, el-İhtiyar li ta'lil muhtar, c. 2, s. 341.

Sirkat haddini uygulamak için fakihler bazı şartlar tespit etmişlerdir, bunlardan bazıları şunlardır; hırsız akıllı ve ergenlik çağına ulaşmış olmalı; zorlama olmadan, hür irade ile hırsızlık yapılmış olmalı. Çalınan mal, mal sahibinin koruduğubir yerden çalınmalı. Mal gizlenmiş olmalı, babave kamu malı olmamalı. Çabuk bozulan (et, süt gibi) mallar olmamalı. Çalınan malda mülkiyet hakkı olmamalı (rehin, ödünç, kiraya verdiği malı gizlice alma sirkat sayılmaz). Ayrıca çalan kişinin zarureti (açlık, ölüm tehlikesi vs.) varsa ceza verilmez.¹³⁶ Ebû Hanife'ye göre birisi duvarı delip malı alsa ya da kendisi içerdeyken başka birisine içerden uzatsa oda içeri girmeden alsa haddi sirkat uygulanmaz.¹³⁷ Hırsız malı dışarı atar ve kendisi onu almak için dışarı çıkarken yakalanırsa yine had uygulanmaz. Çünkü mal hırsızın zi'l-yedine girmemiştir. Suç tamamlanmamıştır.

Başka bir örnekte İmam Ebû Yusuf; bir kimse bir evi veya mağazayı delerek veya normal yolla girerek malı çıkaracağı sırada henüz çıkaramadan yakalanmış olursa, hadd uygulanmaz ancak tevbe edinceye kadar hakkında şiddetli ta'zir icra olunur demiştir. Ebû Yusuf bu hükmünü, Hz Ali'nin huzuruna, ev delmekte iken tutulan bir adam getirilince, Hz Ali'nin ona haddi sirkatla hükmetmemesine, bağlar.¹³⁸ Çalınan mal Hanefî Mezhebi'ne göre en az on dirhem değerinde olmalıdır. On dirhemden az değeri olan malların çalınması durumunda el kesme cezası uygulanmaz.¹³⁹ Hâkim hırsızın suçlu olduğuna kesin olarak kanaat getirmelidir. Şüphenin varlığı halinde hadd cezası uygulanmaz.

Hırsızın çaldığı mal, hırsızın ortak olduğu veya hırsızın kendisine ait olan bir mal olmamalıdır. Babasının, eşinin, çocuğunun malını çalana hadd cezası uygulanmaz.¹⁴⁰ Temiz olmayan; köpek, domuz, şarap ve murdar bir hayvanın tabaklanmamış derisi çalınrsa hadd cezası uygulanmaz (dinen mal sayılmayan şeyler).¹⁴¹ Bir hırsıza hadd uygulanabilmesi için, çalınan malda o hırsızın "mülkiyet hakkı veya mülkiyet şüphesi" bulunmaması gerekir. Meselâ bir kimse, kendi

¹³⁶ İbnü'l -Kayyim, İ'lamul müvakkiiin, c.3, s. 13.

¹³⁷ Mevsili, Muhtar, İhtiyar, c. 2 ,s. 345.

¹³⁸ Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. es-Serahsî (v. 483/1090) el Mebsut, Yy, Darul Marife, Beyrut, Yt, 1993. ,c. 9,s. 147.

¹³⁹ Ebû Yusuf, Kitabul- Harac, s.,182.

¹⁴⁰ İbn Nüceym, el-Bahru'r-râik, c. 5, s. 62.

¹⁴¹ Ebû Yusuf, Kitabul- Harac, s. 187.

çocuklarının malını alsa; alacaklı borçlusunun malından, alacağının karşılığı olarak aynı cinsten mal alsa, hadd cezası lâzım gelmez.¹⁴²

Bir kimse, borçlusundan alacağı tutara muadil veya ondan fazla ve aynı cinsten bir meblâ alacak olsa alacağına karşılık olduğundan dolayı hakkında haddi sirkat lâzım gelmez; velev ki, alacağı vadeli olsun. Fakat borçlusunun başka cinsten bir malını sirkat ederse hadd gerekir, ama «hakkımı elde etmek veya hakkıma rehn olmak için o malı aldım» diye iddia derse bu takdirde hadd sakıt olur. Çünkü borcun istifası hususunda fakihler arasında ihtilâf vardır. İşte bu babdaki ihtilâf, bir şübhe vücuda getirmektedir. Bu şübhe ise haddin sükutu için kâfidir.¹⁴³ Yani mezhepler farklı olmasına rağmen sanığıniddiası her hangi bir mezhepte taban bulmuşsa hadd cezalarının düşmesinde etkilidir. Bu ifade şübhe kavramının mümkün olduğunca sanığın lehine olacak şekilde değerlendirmenin boyutunu gösterme açısından önemlidir. Yemin vazgeçilmez bir ispat vasıtası olmasına rağmen hadd cezalarında kullanılmaması, hatta teklif bile edilememesi, hadd cezalarının mümkün olduğunca uygulanmasından kaçışa göz yumulduğunun bir işaretidir. Bu şart ve örnekleri göz önünde bulundurduğumuzda, hadd-i sirkatın uygulamasının ne denli zor şartlara bağlandığını görebiliriz. Filen uygulanmış, haddi sirkat veya recm cezalarının adedi üzerinde bir şey söylemek zor olsada, tarihi vesikalarda bu hususun fazla yer bulmaması bu tür cezaların çok az uygulandığının bir kanıtı olarak kabul edilebilir. Mesela Osmanlı döneminde recm cezası uygulanan kişi sayısının yalnızca iki olduğu söylenmektedir.¹⁴⁴

Bütün bu içtihadî örneklerin kesişme noktasında şunu görmekteyiz. İslam hukukunda hadd cezaları en ağır ceza türü olarak belirlenmesine rağmen, fiili uygulamanın etkisini zayıflatma adına, birçok engeller arasında suçta şübhe olgusu, İslam yargı hukukunu en fazla etkileyen unsur olmuştur. Cezayı engelleyen şüphenin derecesi hakkında birinci bölümde, DNA'nın İslam muhakeme hukukuna etkisi, başlığı altında, az şüphenin bile hadd ve kısas cezalarına engellemede yeterli görüldüğünü ifade ettik. Aşağıda aktaracağımız nakillerle bunu te'yid etmeye çalışacağız. DNA incelemesi, en düşük ihtimalle, az şüpheli delil olarak gürülmesi kesin olduğu söylenebilir. Şunuda söylemek isterim ki DNA incelemesi, veri olarak elde edilmesi,

¹⁴² El-Mevsılî, Muhtar, I, 109.

¹⁴³ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e ,Md, 740, c, III, , 268.

¹⁴⁴ Bkz Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yy, Mimoza Yayınevi Konya,Yt, Nisan 2014 / 2. Baskı / s,568.

taşınması, hazırlanması, rapor edilmesi gibi içerisinde zorlukları barındıran süreçle ele alındığında, azşüpheli delil düzeyinin üzerinde olabilir. Hatta delil olma özelliğini bile kaybetmesi mümkündür. Bütün bunlardan sonra, ortaya şu sonuç çıkmaktadır. Hadd ve kısas cezalarının uygulanabilirliğinde tekyol, şahitler ve ikrardır. Buralarda DNA incelemesi, suçun tahakkunun ihtimali düzeyinde, alternatif ta'zir cezalarının hükmedilmesinde yardımcı bir delil olacağı söylenebilir.

3.2.2.2. DNA'nın İspattaki Etkisini Zayıflatan Şüphenin Düzeyi

DNA incelemesi vasıtasıyla verilecek karar negatif etki edebilecek olan, şüphenin yeterlilik düzeyi, taallük ettiği cezanın türüne bağlı olarak farklılık göstereceğinden, önce cezaların türüne kısaca göz atalım; İslam Ceza Hukukunda suçlar ve cezalar genelde hadd, kısas ve tazir¹⁴⁵ suçları ve cezaları şeklinde üçlü olarak tasnif edilmiştir. ¹⁴⁶ Şimdi bu cezaları gerektiren suçların her birinin ispatı esnasında oluşabilecek şüphelerin, DNA incelemesinin ispat gücüne negatif etki edecek olan düzeyine bakalım.

3.2.2.2.1. Hadd Cezalarındaki Şüphenin Düzeyi

Hiz. Peygamber (s.a.v) "haddleri şüphelerle düşürünüz"¹⁴⁷ buyurmuştur. Bu hadisin lafzı, İbn. Abbas'dan rivayetle Ebû Hanîfe'nin Müsned'inde de geçmektedir.¹⁴⁸ Hiz. Aişe'nin rivayetine göre Hiz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "Gücünüz yettiği oranda (mümkün olduğu kadarıyla) Müslümanlardan haddleri düşürünüz, onun cezadan kurtulması için bir çıkış yolu bulduğunuzda, onu serbest bırakınız. Şüphesiz ki devlet başkanının/hâkimin afa yanılması, cezalandırmada yanılmasından daha hayırlıdır."¹⁴⁹ Ebû Hureyre'den (r.a) gelen rivayette de Hiz. Peygamber, "Düşürmek (iskat) için bir gerekçe bulduğunuz sürece haddleri düşürünüz."¹⁵⁰ Şüpheliyi konu edinen bu hadislerin birçok koldan gelmesi birbirini kuvvetlendirmiştir. Rivayetlerin tamamı

¹⁴⁵ Kısas ve ta'zir, hadd cezası olarak kabul edilmemiştir. Çünkü kısas kul haklarındandır, tazir ise şari' tarafından miktarı belirlenmemiştir. Bkz. Mevsîlî, İhtiyar, c. 2, s. 311.

¹⁴⁶ Çalışkan, İbrahim, İslam hukukunda ceza kavramı ve had cezaları, sh.,371, dergiler.ankara.edu.tr/

¹⁴⁷ Bu rivayetin farklı tarik ve değerlendirmesi için bkz, Şevkânî, Neylû'l-evtâr, VII/123-125

¹⁴⁸ Havârizmî, Câmiu'l-mesânîd, c, 2, sh. 183.

¹⁴⁹ Ebu Davut, salât, 14; Tirmizî, hudûd, 2.

¹⁵⁰ İbn Mâce, hudûd, 5.

birlikte değerlendirildiğinde, muhaddisler verilen hadislerin “hasen” derecesinde olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵¹

Hadd cezasıyla karşı karşıya olan davalının mezkur cezaya çarptırılmasında hakimın ısrarcı olmaması özendirilmiştir. Meşhur Maiz (r.a) hadisi bu gerçeği açıklar niteliktedir; Mâiz b. Mâlik, Hz. Peygamber'e gelerek "Beni temizle." dedi. Hz. peygamber "Yazık sana, çık git, Allah'a tövbe ve istiğfar et." buyurdu. Mâiz, pek uzaklaşmadan geri döndü ve "Ey Allah'ın Resulu! Beni temizle." dedi. Hz. Peygamber, aynısözlerle üç defa daha geri gönderdi. Dördüncü ikrarında "Seni hangi konuda temizleyeyim?" diye sordu. Mâiz; "zinadan" dedi. Hz. Peygamber "Bunda akıl hastalığı var mıdır?" diye sordu. Böyle bir rahatsızlığı olmadığını söylediler. "Şarap içmiş olabilir mi?" diye sordu. Bir adam kalkıp içki kontrolü yaptı. Onda şarap kokusu tespit edemedi. Hz. Peygamber tekrar "Sen zina ettin mi?" diye sordu. Mâiz "Evet." cevabını verdi. Artık emir buyurdular ve Mâiz recmedildi.¹⁵²

Hz. Ömer bir sözünde, şüpheler nedeniyle haddlerin infaz edilmemesinin, bir takım şüphelere istinaden infaz edilmesinden daha yerinde bir yaklaşım olacağını ifade ederken¹⁵³ bir diğer sözünde de “Hata yoluyla bir suçluyu affetmem, hata ederek bir kişiyi cezalandırmamdan daha hayırlıdır.” demiştir.¹⁵⁴ Bu prensip gereği Hz. Ömer (r.a) kıtlık yılında ihtiyaç sebebiyle hırsızlık yapanın elini kesmemiş, efendisinin veya hısımının malından çalana da o malda hakkı olabileceği şüphesiyle hırsızlık cezası uygulamamıştır. Abdullah b. Mes’ûd ve Ukbe b. Âmir gibi sahabîler de ispatında şüphe bulunan cezaların düşürülmesini gerekli görmüşlerdir.¹⁵⁵ Haddlerin şüphelerle düşürülmesinde İslâm alimleri arasında icmâ olduğu bildirilmiştir.¹⁵⁶ Görüldüğü üzere şüphenin hadd ve kısas cezalarını düşürmede müessir olduğunun dayanağı, Hadisler, Sahabe kavli, uygulaması ve İcmâ gibi delillerdir. İslâm hukukçuları, bu ilkenin

¹⁵¹ Hadisler hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. Zeyleî, Nasbu’r-râye , 4/97.

¹⁵² Müslim, Hudûd, 22.

¹⁵³ İbn Ebî Şeybe, el-Musannef, Hudûd, (babun fi der’il-hudud); İbnü’l-Hümâm, Fethu’l-kadîr , 5/248.

¹⁵⁴ Beyhakî, es-Sünenü’l-kübrâ, Kitabu’l-hudud, bab, 31 c. 8 ,s. 414.

¹⁵⁵ İbnü’l-Hümâm, Fethul-Kadir, 5/248.

¹⁵⁶ İbnü’l-Münzir, Ebü bekr, muhammed, b. Münzir en-nisaburi (v. 318) Kitâbu’l-icmâ, Yy, Mektebetü- l Fûrkan, Acman, Birleşik arap Emirlikleri, yt, 1420/ 1999, Md, 702 s. 162 ; İbnü Kudâme, el-Muğnî,, c.10, s.151; İbnü’l- Hümâm, Fethu’l-kadîr ,c.5, s. 249.

öneminin vurgulanması adına, bu ilkeyi İslâm Hukukunun genel prensipleri (küllî kâideler) arasında zikretmişlerdir¹⁵⁷.

Bu rivayetlerden maksadın ortak noktasını, hadd cezalarında en ufak bir şüphenin¹⁵⁸ bile sanığın lehine olacak şekilde yorumlanmasının gerekliliği, oluşturmaktadır. DNA incelemesinin karine kapsamında ele alınması gerektiğini tezimizin ikinci bölümünde genişçe izah ettik, dolayısıyla hadd cezalarını gerektiren suçların ispatında, DNA incelemesinin hükmü, karinenin hükmüyle aynıdır. Bütün karineler, mutlak manada kesinlik ifade etmediğinden, ihtimal dahilinde de olsa, şüpheden hali olamayacağından, hadd cezalarını gerektirmede yetersiz olduğu gibi, karine kapsamında ele aldığımız, DNA incelemesinde de durum aynı olmalıdır. Tezimizin birinci bölümünde DNA incelemesine şüphe bulaştırabilecek ihtimalleri geniş bir şekilde izah ettik. Bütün bunlar bizi şu sonuca götürmektedir; hadd cezalarının kesilmesinde Karine, dolayısıyla DNA incelemesi yeterli bir ispat vasıtası değildir. Hadd cezalarının ispatında kati' delil, şahit ve ikrardır, bunların dışında, hadd cezalarının aynı gerektirecek olan her hangi bir ispat vasıtasının geçerliliği kabul edilmediğinden, hadd cezalarının ispatında kanuni delil sisteminin geçerli olacağı söylenebilir.

3.2.2.2.2.Kıyas Cezasındaki Şüphenin Düzeyi

Kıyas: Kasden yaralama, sakat bırakma ve öldürme olaylarında suçlunun işlediği fiile denk bir ceza ile cezalandırma demektir.¹⁵⁹ Diyet ise, cinayet sebebiyle mağdura veya varislerine bir nevi tazminat olarak ödenmesi icap eden maldır. Kıyas cezası Kitap ve Sünnet delillerine dayanır. Kuranda, "Ey akıl sahipleri! Kıyasta sizin için hayat vardır. Umulur ki (bu hükme uyarak) korunursunuz."¹⁶⁰ buyrulmuştur. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur, "Kim kasten öldürürse, bunun hükmü kıyastır."¹⁶¹ Allah'tan başka ilâh olmadığını ve benim Allah'ın elçisi olduğumu tasdik eden Müslüman bir kimsenin

¹⁵⁷ Debûsî, Abdullah b.Umer b. isa ed-Debûsî (v.430), Te'sîsü'n-nazar, Yy Mektebet-ı külliyyatil-ezheriyye, Kahire, ty s. 148; Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî eş-Şâfiî (v. 911/1505) el-Eşbah ve'n-nezair fi- kava'id ve fûru'i fikfhi's-Şafi'iyye, Kaide, 6 Mektebetü nezzar, Mustafa Baz, 1418/1997, c. 1, s. 203; İbn-i Nüceym, el-Eşbâh ve'n-nezâir, kaide, 6.

¹⁵⁸ Serahsi, Mebsût, IX/152; **Günay**, Hacı Mehmet. DİA, mad. Şüphe, XXXIX, sh, 263-265.

¹⁵⁹ Bilmen, Ömer Nasuhi, c, 3, sh. 18.

¹⁶⁰ Bakara/179.

¹⁶¹ Ebû Davud, Diyat, 5.

kanı, şu üç durum dışında helal değildir: Cana karşı can, zina eden evli kişi ve dini terkeden (mürted) kimse."¹⁶² Kuranı Kerim’de kısasın iptali için maktulun yakınlarını ikna ederek sulh yolu önerilmiştir. İşlenen cinayetmaktul yakınlarının kin ve öfkelerini tahrik ettiğinden dolayı yine çözüm olarak kişisel kin ve nefretin bitirilmesi, öfkenin sakinleştirilmesi adına katilin affı için etkin kimselere, maktulun yakınlarına müracaat ederek aracılık yapma hakkı tanınmıştır. Şeriyye sicillerinde kısas cezalarından fazla söz edilmemesi belkide bu konuda Kuranı Kerim’in tavsiyesine riayet edildiğinin bir delili olabilir.

Hz. Peygamber de (s.a.v) kendisine intikal eden ve kısas cezası gerektiren suçlarda mağdur tarafa suçluyu affetmesini tavsiye etmiştir.¹⁶³ Böylece, kısasta affetme özendirilmiş ve maktul yakınlarının kısasa bedel olarak tazminat alabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁴ Kısas cezalarında suçluyu sadece suçtan etkilenenler affedebilir, devlet başkanı affedemez. Diğer yandan kısasın uygulanabilmesi için öldürülenin velisinin belirli olması ve vârislerin kısas talebinde bulunması da şarttır.¹⁶⁵ Kısası uygulayabilmek için bazı şartlar vardır. Bu şartların önemlileri şunlardır.

- 1) Kısas, cinâyeti (suçu) kim işlemişse ona uygulanır.
- 2) Kısası ancak Müslüman otorite sahipleri yerine getirir. Herhangi bir kişi veya topluluk bunu yapamaz. (Böylece kan davası da önlenmiş olur.)
- 3) Bir cinâyeti birkaç kişi beraber işlemişse, kısas hepsine uygulanır.
- 4) Cinâyetin işlendiği tam kesin olmazsa, yani şüphe halinde kısas uygulanmaz.
- 5) Suçlulara bu cezâ uygulanırken makamlarına göre ayırım yapılmaz. Halk ile devlet başkanı bu konuda eşittir.
- 6) Suçun, kasden yani bilerek işlenmesi gerekir. Hatalı öldürme ve yaralamalarda başka cezalar uygulanır.
- 7) Öldürülenin vârisleri veya yaralananın kendisi ‘diyet’ isterse veya affederse, kısas uygulanmaz. Hanefiler darul harp’te uzv ve cana karşı işlenen cinayette kısas yapılamamasının nedenini, bunu tedarik edecek imamın olmayışına bağlamışlardır.¹⁶⁶

¹⁶² Buhârî, Diyât, 6; Müslim, Kasâme, 25, 26;

¹⁶³ Ebu Davud, "Diyat", 3; Nesai, "kasame", 28

¹⁶⁴ Mevsili, el-Muhtâr li'l-fetvâ, c.2, sh, 475.

¹⁶⁵ Bilmen, c. 3, s. 68.

¹⁶⁶ Zuhayli "el-Fıkhül İslami ve Edilletühü, c, 7, sh, 5742.

DNA incelemesi karine-i katia kabilinden bir delil olması hasebiyle suçla itham edilen kimsenin suçluluğunun tercihi hakkında destekleyici bir delil olarak ispat hukukundaki yerini almasında bir sakınca olmamakla beraber, DNA incelemesinin kısas cezalarının uygulanabilmesinde yeterli bir delil olmadığı, hadd cezalarındaki ihtiyatlı davranma prensibinin kısasta da geçerli olduğu söylenebilir. Tezkiye ve ta'dil şartlarını haiz birisi, katl olayına tanıklıkta tek başına kalması nisab adedinde eksikliği gerektirdiğinden, kısas cezası kararı verilememektedir. Buda kısas cezasının uygulamasında ihtiyatın muteber olduğuna bir işaret olarak görülebilir. Teknolojik ya da DNA gibi bilimsel tespitlerde de aynı durumun söz konusu olduğunu düşünmekteyim.

Katlin; amden, şibhülamd, ikrah, nefsi müdafa vb. yollarla gerçekleşmesi ihtimal dâhilindedir. Bunlar içerisinde kısası gerektiren tür ise sadece amden katldır. Bu ise soyut bir şey olması hasebiyle gayri münzabittir. Dolayısıyla kısas hükmünün sabit olabilmesi için katlin amden gerçekleştirildiğini gösteren ve onu münzabit kılan biralamete ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü zahir olmayan şeyler üzerine hüküm terettüb ettirilemez. Bu alamet ise katlin gerçekleştirilmesinde kullanılan âlât-ı cârihanın, keyfiyettir. Eğer katl âlât-ı câriha denen, vücudu parçalayan ve delen gerek demir, gerekse bakır, tunç gümüş kılıç, kama, süngü, mızrak, kurşun, balta, keskin taş, keskin ağaç, keskin camve ateşli silahlar gibi şeylerden ise bu katl amden katldır.

Cinayet esnasında kullanılan âlât-ı câriha bizzat şahitlerce görülmeden kâtilin niyetinden ibaret olan amden katli diğer katl çeşitlerinden ayırıştırarak, hadiseye hukuki bir boyut kazandırılmasının zorluğu aşikârdır. DNA incelemesi aracılığıyla böyle bir şeyin tespit edilebilmesi ya mümkün değil ya da şüphelidir. Hadd cezalarının tatbikinde şüphe unsurunun engelleyici rolü kısas için de geçerli olduğunu ifade ettim. Babanın oğlunu öldürmesi durumunda kısas yapılmamasının illetini Mevsili şüphe yoluyla kısas yapılmayacağı yönüyle açıklamıştır.¹⁶⁷ Kâsani kısasın şüpheyile düşeceğini Bedâi'us-Sanâi isimli kitabında sarahaten zikretmiştir.¹⁶⁸ Merğınani, Hidaye isimli kitabında şüphelerle kısas cezasının düşmeyeceğini söylemişse de, Merğınani'nin bu düşüncesi farklı yönleriyle tenkit edilmiştir. Mesela Hidaye şarihlerinden Kadızâde Ahmed Şemseddin, Hidaye üzerine yazmış olduğu Netâicü'l-efkâr fî keşf-ir-rumûz vel-esrâr(tekmile), isimli kitabında Merğınani'nin bu ifadesi kendi kitabının bazı

¹⁶⁷ Mevsili., el-İhtiyar li ta'lilil muhtar, c. 2, s. 476.

¹⁶⁸ Kasani, Bedâi'u's-Sanayi' fî Tertîbi's-Şerâi, c. 6, s.55.

bölümlerindeki ifadesine ters düşmektedir, diye tenkid etmiştir.¹⁶⁹ İbn-i Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezair isimli kitabında "Haddler şüphelerle giderilir." kaidesinin şerhinde "Kısas, şüphelerle def edilmede hadler gibidir."¹⁷⁰ şeklinde ifade kullanmıştır. Kısasın, haddlerde olduğu gibi, şüphelerle def edilmesi cumhurun görüşü olduğu ifade edilmiştir. Biz bu hususu kısaca bir kaç nakille te'yid edecek olursak şunları söyleyebiliriz.

Son dönem fakihlerinden Muhammed Zühayli, şüphenin kısas cezalarını engellemedeki konumunun hadd cezalarıyla aynı olduğunu şöyle ifade etmiştir. "İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre haddler konusunda karînelerle hüküm verilmez. Çünkü haddler şüphe ile düşer. Kasâme dışında kısas konusunda da, kanı korumada ihtiyatlı olmak amacıyla aynı şekilde karineyle (şüpheden dolayı) hüküm verilmez."¹⁷¹ Ömer Nasuhi Bilmen de, şüphelerin ceza hukukuna olan etkisinde hadd ve kısas cezalarının aynı olduğu görüşünün cumhura ait olduğunu sarahaten zikretmiştir.¹⁷²

DNA incelemesi yoluyla katlin türünü birbirinden ayırtıramamak, ispatın içine şüphe sızdıran şeylerden bazıları olduğu söylenebilir. DNA incelemesinin hazırlanması, laboratuvar aşaması gibi hususları da işin içine kattığımızda DNA incelemesi, amden katli ispat etme açısından tam anlamıyla şüpheli delil konumuna gerilediğinden, yeterli bir delil olamaması güçlenmektedir. Bu yüzden kısasın uygulanabilirliğinde yegane delilin ikrar, ya da şekli ve keyfiyeti fakihlerce belirlenen silahla, katledildiğini şahitlerin bizzat görmesi (şahitlik) olduğu söylenebilir. Adam öldürme veya yaralamanın tehdit (ikrah) altında işlenmiş olması, suçu meşru hale getirmese de fiilden doğan sorumluluğun tehdit edene mi (mükrih) yoksa tehdit edilene mi (mükreh) ait olacağı ihtilaf konusudur. İradesine maddi baskı yaparak fiili başkasına işletmeyi doğrudan işlenmiş (mübaşeret) kabul eden Ebu Hanife ve Muhammed'e göre mükreh, adeta mükrihin kullandığı alet konumunda bulunduğu için suç mükrihe isnat edilir ve kısas ona uygulanır demişse de, Ebu Yusuf, fiilin kime isnat edileceğinin doğuracağı

¹⁶⁹ Müellif, aynı eserin (Hidaye) Kefalet kitabında (bölüm) şöyle söylemiştir; "Ebü Hanife yanında, hadd ve kısasta kefaletün binnefs geçersizdir. Çünkü bunlar der' üzerine bina edilmiştir." (Der'den maksat haddlerin şüphelerle ötelenmesi) Buradan, kısasla haddinhüküm bakımından aynı olduğu açıkça anlaşılmaktadır" (Kadı zâdeAhmed Şemseddin, (ö. 988/1580); Netâicü'l-efkâr fi keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr,(Fethul kadir tekmlisi) c, 2/559.

¹⁷⁰ İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-nezair, Kaide, 6, s.145.

¹⁷¹ Zühaylî, Muhammed, a.g.e, sh, 527-541.

¹⁷² Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve İstiahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c, 3, 7. Kitap, 1. Bölüm, mad, 265, 438.

şüpheden dolayı kısasın düşeceğini, fakat mükrehin mağdura diyet ödemesi gerektiğini ileri sürer.¹⁷³

Kıyas ve hadd cezalarının süistimale açık, sosyal infialler meydana getirebilme ihtimali yüksek olan cezalar olduğunu dikkate aldığımızda, bu içtihatların İslam hukukunun dengeleyici yönünü izhar ettiği düşünülebilir. Ayrıca bu cezalar kamu menfaatıyla da alakalı olduğundan dolayı, bunların uygulaması kamunun başı olan devlet başkanına ait olmalıdır. Âmme hakkında velayete haiz olmayan kimseler böyle bir hakkı yerine getirme yetkisine sahip değillerdir.¹⁷⁴

Devlet başkanının haddleri yerine getirmesi ya bizzat ya da naibi vasıtasıyladır. Naib tayininde de iki yöntem vardır: Birincisi tansis suretiyledir. Bu surette, cezaları infaz edecek kimselerin bu hususta yetkili kılındıklarınadair açık bir belgeye (izinname, menşura vs.) sahip olmaları gerekmektedir. Özel yetkili kadılar bu kısım içerisinde düşünülebilir. İkincisi tevliye suretiyledir. Bir zatın bazı büyük şehirlerin veya bir eyaletin mülki amirliğine tayin edilmesi, dolaylı olarak yetkilendirme anlamını taşımaktadır.¹⁷⁵ Eğer bir ülkede dine dayalı ceza hukuku uygulanmıyorsa, o dine inanan müminlerin kendi aralarında hükmedip ceza uygulamaları caiz ve gerekli değildir. Eğer böyle bir kapı aralanmış olsaydı her köşede bir halk mahkemesi kurulur, anarşi doğar, kurunun yanında yaş da yanardı."¹⁷⁶

3.3. TAZİR CEZASINDA DNA PARMAK İZİ

Hadd ve kısas cezaları dışında kalan, yöneticinin veya hâkimin takdirine bırakılan ceza türüdür.¹⁷⁷ Sözlükte “engellemek, te’dib etmek; desteklemek, saygı göstermek” manalarında karşıt anlamlı kelimelerden (ezdâd) olan ta’zîr, fıkhi terminolojide hadd ve cinayet suçlarında olduğu gibi, belirli cezası bulunmayan, verilecek cezanın, miktarı ve uygulanma şekli yöneticiye veya hâkime bırakılan cezaları ifade eder. Ta’zîr kökünden gelen fiiller, “desteklemek, saygı göstermek” anlamıyla

¹⁷³ Dağcı Şamil, “kıyas” DIA, XXV, sh, 488-495.

¹⁷⁴ Haccâvî, Ebü’n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî (v. 968/1560), el-İknâ litâlibi’-intifâ, Yy, Daretü-l-Melik Abdul Aziz, Riyad, h. 1423, m, 2002. c. 4, s. 207.

¹⁷⁵ Bilmen, a.g.e, md, 712, c. 3, s. 257.

¹⁷⁶ Udeh, A. Kadir, et-teşriu'l-cinai'l-islami, md, 512-515, c, 2, s, 755.

¹⁷⁷ Başoğlu; Tuncay, , ta’zir DİA, 40, s. 198-202.

Kur'an'da çeşitli ayetlerde yer almaktadır.¹⁷⁸ Hadislerde kavram olarak ta'zîr geçmemekle birlikte ta'zîr uygulamasına dair çok sayıda örnek bulunmaktadır.¹⁷⁹ Ta'zîr cezasının çerçevesinin çizilmesinde bu hadisler rol oynamıştır. Ceza hukukunun genel kaidelerini tespit eden ayetler ve hadisler ta'zîr cezalarının niteliğini ve sınırlarını da belirlemektedir.¹⁸⁰

Hadd, kısas ve diyet gerektiren suçların cezasının kemiyet ve keyfiyetini belirlemede, kanun koyucunun birinci derecede müdahalesi söz konusu iken, ta'zir gerektiren suçların cezasında bu söz konusu değildir. Ayrıca hadd ve kısas cezalarında şüphe, cezayı engellemede tam manada yeterli kabul edilmesine rağmen, aynı durum ta'zîr cezalarında söz konusu olmamıştır.¹⁸¹ İslam hukukunda ta'zir gerektiren suçların cezasının bir kısmı belirtilirken büyük bir kısmının tespiti ise İslam'ın genel prensiplerine aykırı olmamak kaydıyla devlet başkanına bırakılmıştır. Devlet başkanı bu suçları ve bunlara uygulanacak cezayı tespit ve tayin ederken, toplum yararı, kişilerin doğruya yöneltilmesi ve ıslahı gibi müsbet değerleri gözetmesi gerekmektedir.¹⁸²

Tazir cezalarını iki başlık altında toplamamız mümkündür: Bedenî Cezalar; bunun örnekleri, duruma göre dayak, hapis, tokat, kulak çekme, azarlama veya hakimın surat asarak bakması gibi çeşitli şekillerde olabilmektedir. Ölüm cezası; başta Şafilere olmak üzere, fakihlerin büyük çoğunluğu ölüm cezasının naslarla sabit olan, kısas ve hadd cezasıyla sınırlı olduğu, bunun dışında ta'zîren ölüm cezası verilemeyeceği kanaatindedirler.¹⁸³ Mâlikîler'in çoğunluğu ve bir kısım Hanbelî fakihleri casusluk, zındıklık, bid'atı yayma gibi bazı suçlarda ta'zîren ölüm cezası verilebileceğini kabul etmişlerdir.¹⁸⁴ Bazı Hanefî'ler de topluma büyük zararı dokunan, tekerrür edip adet

¹⁷⁸ Mâide 5/12; el-A'râf 7/157; el-Feth 48/9.

¹⁷⁹ Buhârî, Muhâribîn, 12, 19, 26, 29; Müslim, Hudûd, 40.

¹⁸⁰ Başoğlu, Tuncay Ta'zir, DİA, XL, s. 198-202.

¹⁸¹ İbn. Abidin, Reddül-muhtar, IV/60; Günay, Hacı Mehmet. DIA, mad. Şüphe, Türkiye, XXXIX, sh, 263-265.

¹⁸² Kasani, a.g.e, c,7, sh, 233-234; Udeh, a.g.e, c, I, s.9; Bilmen, a.g.e, c, 3, sh, 28-29.

¹⁸³ Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdî (ö. 450/1058)el- Ahkamü'Sultaniye; Yy, DarulKutubulİlmiyye; Beyrut; yt,1421;2000; s 238.

¹⁸⁴ Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b.Ali b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (v.799/1397),Tebîrâtü 'hükkam fî usulî'l-akziye ve menahici 'l-Ahkam, Yy, Daru Alemü'l-Kütüb, Riyad, yt, 1423-2003, c, 2, sh, 302; Mansûr b.Yûnus b. Salâhiddîn (v.1051/1641) Keşşafü'l-kına anmetni'lkna, yt, 1403-1983, Daru Alemü'l-Kütüb, Riyad, c, 2, sh, 124.

haline gelen ve başka türlü engellenemeyen suçlarda ölüm cezası uygulanabileceğini savunmuşlardır.¹⁸⁵

Her ne kadar öldürme, zina eden evlinin öldürülmesinde olduğu gibi, hadd cezalarından birisi ise ve hadis hadd dışında kalan cezaların hadd cezası seviyesine ulaşmasını yasaklıyorsa da, tazir kapsamındaki öldürme cezası, sopa cezası gibi aşağı çekilmesi mümkün olmayan bir cezadır. Öldürme tek haddir. Bu nedenle de; "Hadd cezasının dışındaki cezalarda kim sınırı aşarsa" hadisi buna uygulanamaz. Zira bu hadiste sopa haddi kastedilmektedir. Çünkü sopa cezalarında hadd seviyesine ulaşmak veya ulaşmamak mümkündür. Öldürme cezasında ise böyle bir şey tasavvur edilemez. Ellerin ve ayakların kesilmesinde de durum aynıdır. Buna göre tazirin en sert seviyeye, öldürme derecesine ulaşması caizdir. Bunun delili Ureyinilerle ilgili olarak rivayet edilen hadistir.¹⁸⁶ Ureyinilerle ilgili olayın içeriğinde her ne kadar ihanet, öldürme ve dinden dönme durumları var ise de gerçekte üçünün bir arada işlenmesi ile emniyetin ihlal edilmesi söz konusudur. Bu nedenledir ki Rasül (s.a.v) onları ihanet, öldürme ve dinden dönme cezaları ile cezalandırmamış, onlara ibretimiz bir ceza vermiştir. O, onları öldürmedi, ölünceye kadar güneşin altında Harre'ye atılmalarını emretti. Harre'ye atılmalarından önce onların gözlerine mil çekti ve ellerini kestirdi. Bu durum, olayın aşırı bir şekilde güvenliği ihlal etme olayı olduğunu göstermektedir. İşte bu olaydan hareketle imamın, tazirde, öldürme haddine ulaşmasının caiz olduğu istinbat edilmiştir. Taziren (siyaseten) katle çeşitli örnekler verilmiş ve istismara açık bir konu olduğundan dolayı fıkıhçılarımız uygulamada dikkatli olunmasını tenbih etmişlerdir.¹⁸⁷

DNA incelemesinin tazir cezasını gerektiren suçların ispatındaki etkisine gelince, DNA incelemesi, bütün aşamaları geçerek yargı makamına sunulduğunda, yargıcın olumlu mütalası sonucu, ta'zir cezası gerektiren suçların ispatında, etkili bir

¹⁸⁵ Mevsili, İhtiyar, a.g.e, c, 2, sh, 483, 477; Ibn. Abidin, a.g.e, c, 4, sh, 72. Şekerci, Osman, İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları, İstanbul 1996, s.25.

¹⁸⁶ Enes'den: "Ukl ve Urayne kabilelerinden bir grup insan Allah Rasülü (sav)'e gelip Müslüman oldular. Ancak Medine'nin havası onlara iyi gelmediği için hasta oldular. Bunun üzerine Rasulullah (sav) onlara develerin ve çobanın bulunduğu yeri tavsiye etti. Kendilerine oraya gitmelerini, develerin sütlerinden ve idrarlarından içmelerini söyledi. Gittiler. Harra denilen yere vardıklarında İslâm'dan döndüler ve Nebi (sav)'in çobanını öldürdüler. Develeri sürüp götürdüler. Durum Nebi (sav)'e haber verilince hemen arkalarından takipçi yolladı. Onları yakalayıp getirdiler. Gözlerine mil çekilmesini, ellerinin ve ayaklarının kesilmesini sonra da Harre'nin bir kenarına atılarak o şekilde ölüme terk edilmelerini emretti." Buhari, Tıp 5/1 Hanbel 3/107,163.

¹⁸⁷ İbn Abidin C, 6, Kitabul Hudud, Babut ta'zir, Sh, 107,Avde, Abdulkadir, et-Teşri'ul Cinai'l İslami Mu karana bil Kanunu'l Vad'i, c, 1, sh, 688.

şekilde kullanılması gerektiğini düşünmekteyim. Çünkü tezimizin ikinci bölümünde, karine olarak isimlendirilen ispat vasıtalarının, suçun ispatında etkili olduğunu, klasik kaynaklarımızın ilgili bölümlerinden aktardığımız örneklerle geniş bir şekilde izah ettik. DNA incelemesinin, ispat itibarı açısından bunlardan daha düşük bir profile sahip olması düşünülemez. DNA incelemesinin, ta'zir cezası gerektiren suçların tahakkuk etmesindeki etkisini değerlendirmede, hâkim geniş yetkiye sahiptir. Hadd ve kısas cezalarında olduğu gibi delilde şüphe olgusu burada etkili değildir¹⁸⁸. Dolayısıyla DNA incelemesi ta'zir gerektiren suçların ispatına vesile olduğunda, devlet başkanı veya naibi, suçun düzeyine göre gerekli cezayı takdir edecektir.

3.4. DNA TESTİ YOLUYLA NESEBİN SÜBUTİYETİ VE NEFYİ

Konuya girmeden önce soyun (neseb) bağlanması hususunda, İslâm hukukunun genel prensiplerini hatırlatmanın faydalı olacağını düşünmekteyim. İslâm hukuku, babaya çocuklarının nesebini inkâr etmeyi yasakladığı gibi, anneye de çocuğun nesebini gerçek babadan başkasına nisbet etmeyi yasaklamıştır. Hz. Peygamber (s.a.v) şöyle buyurmuştur: "Bir kadın, kendilerinden olmayan kimseyi bir aileye sokarsa, Allah'tan (c.c) bir şey bulamaz. Allah onu cennetine sokmaz. Bir erkek de çocuğa bakar olduğu halde onun nesebini inkâr ederse, Allah (c.c) onunla kendi arasına perde koyar ve onu kıyamete kadar öncekilerin ve sonrakilerin önünde rezil ve rüsva eder."¹⁸⁹ Çocukların da kendi babalarından başkasına neseb iddia etmesi yasaklandı. Allah elçisi şöyle buyurur: "Bilerek, babasından başkasına neseb iddiasında bulunan kimseye cennet haramdır."¹⁹⁰

Neslin muhafazası, İslâm teşrii'nin korunmasını hedeflediği "zarûriyyât" kapsamındadır.¹⁹¹ Zinanın kesin olarak yasaklanması ve soyların karışmasına yol açacak düzenlemelere cevaz verilmemesi, neslin insana yaraşır biçimde korunabilmesi için alınan önlemlerin başında gelir. Bu çerçevede, zina mahsulü

¹⁸⁸ Suyûtî, el-Eşbah ve'n-nezair, s. 85; İbn Abidin, Reddül-muhtar, IV/60.

¹⁸⁹ Dârimî, Ebû Muhammed Abdullâh b. Abdurrahmân b. el-Fazl (v. 255/869) es- Sünen, Yy, Daru-l Kitâbil-Arabiyye Beyrut, Yt, 1407/ m.1987, Nikâh, 42; Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî (v.275/889) Sünen, Yy, Müessesetü-l reyyan, Beyrut, Yt, 1419/m. 1998, Talâk, 29; Ebû Abdurrahmân Ahmed b. şuayb b. Alî en-Nesâî (ö. 303/915) Yy, mektebu matbuatulislamiyye, Haleb, Yt 1406/1986, Nesâî, Talak; 47

¹⁹⁰ Buhârî, Menâkıb, 5; Ferâiz, 29; Müslim, İmân, 112, 114, 115; Tirmizî, Vesâyâ, 5.

¹⁹¹ Zekiyüddin Şaban, İslâm Hukuk İlminin Esasları ter. İbrahim Kâfi Dönmez, T. D.V Yayınları, s. 414.

çocuğun nesebinin genetik (tabiî) babasına (zani) veya onu doğuran kadının istediği erkeğe nisbet edilebilmesi, erkeğin meşru bir evlilik içinde doğan çocuğunun nesebini keyfî olarak reddedebilmesi gibi, câhiliye dönemi uygulamalarına son verilmiştir. Neseple ilgili fıkhi düzenlemelerin merkezi noktasında “‘çocuk, sahib-i firaşındır, zina edene mahrumiyet vardır.” hadisi bulunmaktadır. Dolayısıyla nesep hususunda yapılan düzenlemenin önemi ve boyutunu anlamak için firaş hadisinin varid olduğu zamanda, cahiliye araplarının icat ettikleri nikah çeşitlerini bilmenin yararlı olacağını düşünmekteyim. O dönemde Araplar zinadan doğan çocukların nesebine meşruiyyet kazandırmak için aşağıdaki nikah türlerini ihdas etmişlerdir.

İstibdâ’ Nikahı: Seçkin bir soya sahip olmak için kadının hayızdan temiz olduğu dönemde kocasının rızasıyla başka biriyle ilişkide bulunup hamile kalmasından ibaretti. Bir adam kendince asil bir evlada sahip olmak istediği zaman hanımına, hayızdan temizlendiği bir vakitte “Git falan erkekle münasebette bulun, ondan bir döl al.” derdi. Kadın hamile kalıncaya kadar kocasıyla ilişkide bulunmazdı. Bedel Nikahı: İki erkeğin, nikahlı eşlerini değiştirmeleri adeti idi. Hıdn Nikahı: Hür kadınlar açıktan zina edemezlerdi. Fakat gizli dost edinebilirlerdi. Bu duruma “nikah-ı hıdn” denilir ve bunu yapan kadınlara da “müttehizetu’l-hıdn” denilirdi. Fakat cariyeler aşıkarak zina edebilirlerdi. Bu cariyelere zaniye ve musâfiha denilirdi. Müşterek Nikah (Ortak nikah) On kişidenaz olmak üzere birtakım erkekler aralarında anlaşarak bir kadını ortak eş edindirdi. Kadın hamile kalır ve doğurursa bu erkekleri davet eder, “Yaptığınız işi biliyorsunuz, işte bu çocuk doğdu.” der ve onlardan hangisini sevmiş ise çocuğu ona nisbet ederdi. Bu adam da bunu kabul etmek zorunda kalırdı. Biğa Nikahı: Birtakım kadınlar, gelenleri kabul ettiklerine işaret olmak üzere kapılarına bayrak asar ve her geleni kabul ederlerdi. Bağiyeye denilen bu kadınlar doğurdıkları zaman adamları toplar, bilirkişî çağırırdı. Bilirkişî çocuğu bu erkeklerden hangisine benzetirse, çocuk onun olurdu.¹⁹²Toplunun hücresi mesabesinde olan ailenin içine düştüğü bu kokuşmuşluğun temizlenmesi namına islam hukuku nesebin sübutuyeti ve nefyi konusunda nikahı ön şart kabul etmiş, çocuğun soy bağının adresini, nikah çatısı altında bir araya gelen karı koca olarak göstermiştir. Nesepte taraflar ve toplum menfatini dikkate alan, bazı

¹⁹² Ebû Dâvûd Sünen, Kitabu-ttalak, bab (33) Fi vücûhi-nnikah.

yöntemler belirlemiştir.Şimdi bu yöntemlere göz atarak DNA incelemesinin bu yöntemler içerisindeki yerini belirlemeye çalışacağız.

3.4.1. Nesebin Sübutiyeti

Bir hukuk terimi olarak neseb, sahih/meşru bir nikâh içerisinde doğan çocuk ile ana-babası arasındaki soy bağıını ifade etmektedir. Çocuğun ana tarafından nesebi onu doğuran kadına bağlanır. Çocuğun meşrû veya gayr-i meşrû olması, sonucu değiştirmez.¹⁹³ İslam hukukunda nesebin sübutunun “nikâh ve istîlâd” olmak üzere temelde iki sebebi vardır. İstîlâdın istisnâî bir durum olduğu ve köle/cariye alım-satım akdinin nikâh akdini de içerdiği veya cariyenin ayn mülkiyetine/rakabesine sahip olmanın, cinsellik dâhil ondan her türlü istifadeyi de içerdiği düşünülecek olursa, İslam hukukuna göre nesebin sübutunun tek sebebinin “nikâh akdi” olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla sebep varsa hüküm vardır, sebep yoksa hüküm yoktur. Diğer bir ifadeyle; nikâh varsa neseb vardır, nikâh yoksa neseb yoktur. Bundan dolayıdır ki, İslam hukukuna göre neseb denildiğinde, meşru/sahih evlilik veya evlilik hükmünde olan cinsel birleşmeye bağlı olarak doğan çocuğun babası ile arasındaki sabit olan soy bağından bahsedilmektedir. Çocuğun babaya nisbeti ise, sahih ya da fâsid nikah veya şüpheyne dayalı cinsel birleşme yoluyla, yahut babanın, çocuğun nesebini ikrarla mümkün olur. İslâm zina ürünü çocuğun nesebini erkeğe bağlamayı kabul etmemiştir. Hz. Peygamber (s.a.v) "Çocuk yatak sahibi olannikâhlı erkeğe aittir, zina eden için ise mahrumiyet vardır."¹⁹⁴ buyurmuştur. Burada yatak sahibinden kastedilen hakikaten ya da hükmennikâhlı kocadır. Nikah dışılık asla nesebe gerekçe değildir. Bütün yollar çocuğun biyolojik babasında, sperm aidiyetinde, ittifak etse bile bunun hiç bir hukuki değeri yoktur. Cumhurun görüşü budur.¹⁹⁵

Nesebe dair delillerin ortak yönleri, nesebin sübutiyetini kolaylaştırma yönünde olması, neseb babında müsamahanegemen olduğuna delalet etmektedir. Mesela lakitin neseb sahibi olmasını kolaylaştırmak amacıyla, normal ispat hukuku kuralları işletilmeksizin, her hangi bir kimsenin lakit hakkındaki mücerret iddiası çocuğun kendisine verilmesi için yeterli görülür. Neseb ikrarından rucü sahih değildir. Genel

¹⁹³ el-Kâsânî, Bedâi'u's-Senâi', c, 6, sh, 242.

¹⁹⁴ Buhârî Ahkâm, bab, 29; Müslim, Rada, bab, 36, 38.

¹⁹⁵ Tahavi, (h,321), Şerhi Maanil Asar. Alemlü'kütüb, Yt, 1414, c,3/116; Şafi, Ümm,5/165.

anlamda şehadetin muteber olması için şahitlerin konuyu bizzat görmüş olmaları gerekirken, nesep gibi hususlarda “Falan kişi, falan kişinin çocuğudur.” şeklinde şöhret ve kamuoyunun kabulüne dayalı “dolaylı şahitlik” anlamında “şehâdetü’t-tesâmü” veya “istifâda” yoluyla yapılan şehadet kabul edilir.¹⁹⁶

Sahabelerde kendilerini kabilelerine, babalarına nisbet ederlerken, Hz. Peygamber (s.a.v) de onlardan bu hususta şahit getirmelerini talep etmiyordu. Onlar, istifaze yoluyla o kabilenin, o babanın mensubu ve evlatları olduklarını isbat etmiş, kabul ediliyorlardı.¹⁹⁷ Ancak bu nisbeti doğrulayan kişilerin sayısı, onların yalan üzerinde ittifak etmeyecekleri miktarda olmalıdır; yani akıl, onların bir yalan üzerinde ittifak etmelerini imkânsız görmelidir. Kişinin, lian yoluyla nesebini nefyettiği çocuğun nesebini tekrar ilhak edebilme imkanı vardır. Bu gibi içtihadi meseleler, nesebin ispatı hususunda İslam hukukunca mütesahil ve koruyucu davranıldığı, işaretleri olarak görülebilir.

İslam hukukunun doğasında bulunan kolaylaştırma özelliği,¹⁹⁸ tikanıklara çözüm olması adına önem arz etmektedir. Nesep babındaki ihtiyatın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini söylenebilir. İslam hukuku açısından nesebin ispatı ya da nefyi hususunda ileri sürülen delillerin arka planında en zayıf halka olan çocuk başta olmak üzere nesli, ebeveyni ve toplumu koruma gerçeği bulunduğu, nesep bağının kurulmasında mütesahil, nefyinde ise katı kurallar vaz edilmiştir. İbn. Kayyim bu konuda şöyle söylemiştir. Nesebin bağlanmasında hukuki bir delil- firaş vd.- varsa, orada işin üzerine gidilmeden nesep bağlanmalıdır. Böyle bir durumdaki yafe ve benzeme gibi delillerin önemi yoktur.¹⁹⁹ İbn Kayyim’in ifadesinin güncellenmesi şöyledir; bu gün DNA incelemesi modern ve bilimsel bir delil olması hasebiyle kamuda kendini ispatlamış, üst düzey bir değere sahip bir delil olsabı, nesebin ispatını gerektiren şer’i bir delilin önüne geçirilmemelidir. İslam hukukunun nesep konusundaki himayeci tutumu, aile bağlarının korunmasındaki teşviki bunu gerektirmektedir.²⁰⁰ Bir hukukun ortaya koymayı hedeflediği gayenin inşasının yollarını, yine o hukukun kendi köklerinde aramak gerekmektedir. Aşağıda meseleleri bu çerçevede ele alarak bir

¹⁹⁶ İbn Abidîn, a.g.e., c, VII, sh; 64; Mecelle, md.1687- 1688.

¹⁹⁷ Serahsi, mebsut, c, XVII s: 49-50.

¹⁹⁸ Mecelle, Madde, 17. Meşakkat Teysiri Celbeder; Madde, 18. Bir İş Zik Oldukta, Müttesî olur.

¹⁹⁹ İbn. Kayyim, Zadul mead, 4/118.

²⁰⁰ Ayni, Binaye, Şerhul hidaye, 5/393-394, İbn. Kudame, Muğni, 6/47, 8/58, Turukul hükmiyye, 1/323.

sonuca gitmeye çalışacağız. Bundan dolayı İslam hukukçularının soybağını kurmada takip ettiği yöntemler ve bu yöntemlerle nelerin amaçlandığına göz atmak istiyoruz. Bunları izah ettikten sonra da DNA incelemesinin, İslam aile hukukundanesebin sübutiyeti ve nefyine olan etkisinin nasıl olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkacağını düşünmekteyim.

3.4.1.1.Nesebin Sübutiyetinde İttifak Edilen Deliller

Nesebin sübutu konusunda fakihlerimizin, ittifak ve ihtilaf ettikleri yerler vardır. Özellikle nesebin sübutiyetinde ittifak edilen deliller bulunmadığında, bazı müçtehitler kıyafe vasıtasıyla, nesebin sabit olacağını söylemişlerdir. Bazı görüşlerde buna,kura çekerek (çok muteber olmasa bile) nesebinbağlanması delilini de eklenmiştir. İşte buralar, DNA incelemesinin, nesebin sübutunda delil olarak kullanılması muhtemel olan yerler olduğu söylenebilir. Aşağıda DNA incelemesi bu ihtilaflı delillerden biriyle tearuz ettiğinde bunlara karşı konumunu değerlendireceğiz. Şimdi nesebin sübutunda ittifak edilen yerlere göz atalım.

3.4.1.1.1.Firâş (Evlilik, Babalık Karanesi)

İslam hukukunda “Çocuk, sahib-i firâşındır, zina edene mahrumiyet vardır.”²⁰¹ hadisinde deifade edildiği gibi firâş babalık karanesi olarak kabul edilmektedir. Nesep hususunda DNA testinin ispat değerini sağlıklı bir şekilde değerlendirmenin yolunun, bu hadisi derinlemesine anlamaktan geçtiğini düşünmekteyiz. Özellikle hadis metninde geçen firâş (فراش) ve âhir(عاهر) kelimelerinin ifade ettikleri anlam önemlidir. Hadisin içinde geçen "firâş ve ahir" kelimelerinden başlayarak buhadisi açıklamaya çalışacağız.

Firâş (الفراش): Nesep babında firâş ile; sahih veya fâsit bir nikahsonucu kadının gebe kalabilme aidiyetininbelirli bir kimsede olması kastedilmiştir.²⁰² Şüpheyeye istinaden vaki olan cinsel birleşme de firâşa hamledilmiştir. Çocuk bu şartlar altında ve hukukî süresi içerisinde doğduğunda ki, bu süre birleşmeden veya nikahtan sonra altı aydır, nesep babaya ilhak edilir. Yani kadının “firâş” olabilmesi için, çocuğuna hamile kaldığı anda hakîkî veya hükmî olarak zevce olması gerekmektedir. Nikah akdinin muktezası, zevcenin kocaya münhasır olmasıdır. Erkeğin kadından istimtâı ancak bu ihtisas ile

²⁰¹ Buhârî Ahkâm, 29; Müslim, Rada; 36, 38.

²⁰² Zeylaî,(ö. 743/1342) Tebyînü'l- Hakâik, Matbaatu'l-Kübrâ, el-Emiriyye, Bulak, 1317, 3/43.

helal olur. Bu ihtisasın bir muktezası da kadının kocasından hamile kalması ve çocuğunun nesebinin bu kocasından sabit olmasıdır. Firâşın anlamı budur. Hz. Peygamber (s.a.v) bu nedenle “ el-veledü lil-firaş (الولد للفراش) buyurmuştur. Yani çocuk firâşın semeresidir; evliliğin neticesidir. Zâni hakkında ise evli olmadığından böyle bir semereden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla çocuk ona nispet edilemez. Özetle firâş, yani nikah, çocuğun babaya nisbet edilmesinin, ona aidiyetinin illetidir. Âhir (العاهر)zâni anlamına gelmektedir. Araplar, bir şahıs zina yapmak için geldiğinde عمر المرأة الرجل الى المرأة derlerdi. Hacer/Hacr (الحجر): Mahrumiyet, zaniyi mahrum kılma anlamına gelmektedir. Hadiste geçen hacr lafzı kinâî anlamda kullanılmıştır. Kaybedip mahrum kalan kimseye elinde toprak kaldı veya "(الحجر)tabiri kullanılır. Bu şekliyle zâninin çocuktan yana her hangi bir hakkının olmadığı, onun babası olmaktan mahrum kalacağı ifade edilmektedir.²⁰³

Bazı alimler, “hacr veya hacr” lafzını recmetme olarak anlamışlardır ama bu yaklaşım isabetli değildir. Çünkü daha önce evli yani muhsan olmayan bir zâninin recmedilmesi söz konusu değildir. Çünkü recm cezası sadece muhsanlara hastır. Diğer taraftan bir failin recmi veya recme mahkum edilmiş olması, çocuğun nesebinin nefyini de gerektirmez. Oysaki hadis sevk-i kelâm itibariyle çocuğun nefyi yani biyolojik babaya ait olamayacağı bağlamındadır.

Bu hadis, fikhî açıdan bazı temel ilkeler ihtiva etmektedir. Bu ilkeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) Hadis, firâş dışında bir çocuğun nesebinin iddia edilmesi asla mümkün değildir, demektedir. Bu itibarla bu konuda çocukla çocuğun kendisine ait olduğunu iddia eden biyolojik babanın benzerlikleri ve sperm aidiyetinin hiç önemi yoktur. Çünkü çocuğun annesiyle bu kişi arasında bir nikah bağı bulunmamaktadır.

b) Çocuğun başkasına ait olduğunu evli bir kişi yani, o çocuğu doğuran kadının kocası dahi iddia etse, öncelikle bu söze itibar edilmez. Ama ileride de izah edileceği gibi, bu durumda liâna başvuru olarak mesele çözüme bağlanmaya çalışılır.

c) Hadis aynı zamanda bize cahiliye döneminde zina mahsulü çocukların zanilere (Biyolojik babalarına) ilhak edildiğini de bildirmektedir.

²⁰³ Nevevi, Minhac, 10/37.

Sahibi firaş olan bir kadından evlilik dışı doğan çocuğun nesebinin, biyolojik babayailhak edilemeyeceği konusunda fakihler arasındaittifak olduğu söylenmiştir.²⁰⁴ Sahibi firaş olmayan bir kadının evlilik dışı doğan çocuğunun ilhaki hususunda da, mutlak manada, aynı durum söz konusudur.²⁰⁵ Bazı fakihler, zani nesep iddiasında bulunduğu takdirdenesebin sabit olacağını söylemişlerse de, bu görüşün şazz olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁶

Zina sonucu meydana gelen çocuğun zânîye ilhak edilemeyeceğinin aklı gerekçeleri bağlamında ise şu görüşlere yer verilmiştir. Zina aklın ve dinin çirkin gördüğü bir eylemdir, müeyyideli bir suçtur. Suç, özü itibarıyla bir nimete esas teşkil edemez. Çünkü suçta bir isyan ve bir hukuk normunun ihlali söz konusudur. Dolayısıyla zina gibi suç sayılan bir fiil, nesep gibi bir nimetin sübutuna temel teşkil etmemelidir.²⁰⁷

Bütün bu açıklamalar ışığında şunu söylemek istiyoruz; çocuğun nesebinin sıhhatinde mürakat edilecek yegane objektif kıstas firaştır. Firaş olduğu müddetçe nesebi reddetmek fıkhen kabul edilemez. Bunun istisnası liândır. Şayet koca çocuğun kendinden olmadığını iddia ederse liana gidilmek kaydıyla nesebin nefyi mümkündür. Baba tarafından nesebin sübutu için objektif kıstas olan firaşın tahakkuku için şu şartların bulunması gerekir: Sahihnikâh; İslâm hukukçuları, sahih nikâhla evli olan kadının doğan çocuğunun, kocasına nisbet edileceği konusunda görüş birliği içindedirler. "Çocuk yatak sahibine aittir." hadisi bunun delilidir. Fasit nikâh; nesebin sabit olması konusunda sahîh nikâh gibidir. Şüpheye dayalı cinsel birleşme; zina sayılmayan ve şüpheye dayalı olan cinsel birleşmede iyi niyet bulunduğu için taraflar korunduğu gibi, doğacak çocuk da nesep bakımından korunmuştur.²⁰⁸ Erkeğin daha önce görmeyip vekil aracılığı ile evlendiği bir kadın yerine, yanlışlıkla başka bir kadınla; yine yatağında bulunan kadınla, eşi sanarak veya üç defa boşadığı eşiyle, iddet

²⁰⁴ İbn. Abdil-berr, v,463, Temhid,8/183, Serahsi, Mabsut, 17/154, İbn Rüşt, Bidayetü-l müctehid, el-faslussani fil-musaherti,2/35, İbn. Kudame, Muğni, 8/519,Maverdi, Havil-kebir,9/218. Yy, Daru alemul-kütüb, Yt,1406/1986, Riyad c.9, sh. 123.

²⁰⁵ Mâverdi, el-Hâvi'l-Kebîr, 8/455.

²⁰⁶ İbn Rüşt, Bidayetü-l müctehid, el-faslussani fil-musahereti,2/35.

²⁰⁷ Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim El-Cevziyye, Camiu-l-fikh, Yy,Daru-l-vefa ,Yt, 2000/1421, 5/133.

²⁰⁸ Hanefî hukukçular, evlilik dışı fakat şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebi nin hukukten geçerli olacağı hükmünü, "şüphe, ihtiyata mebni konularda hakikat gibi etki eder. Neseb de ihtiyata mebni konulardandır" genel kuralından elde etmektedir. es-Serahsî, Mabsut, 17 /99-100, Kâsânî, a.g.e, VII/36.

içinde ve helal olduğunu sanarak, cinsel birleşmede bulunması, şüpheye dayalı birleşmelere örnektir.²⁰⁹

Sahih ve fasit nikâhla yapılan evlilik ve şüpheye dayalı cinsel birleşmede nesebin sabit olması için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: a) Kocanın gebe bırakacak durumda olması. Şâfiî ve Mâlikîlere göre bu, erginlik çağı ile gerçekleşir. Hanefî ve Hanbelîler "murâhık"ı da buna dahil ederler.²¹⁰ Murâhık; ergin olmamakla birlikte kendisine cinsel istek duyulan fizik olgunluğunu ifade eder. b) Doğumun evlilikten altı ay sonra olması. En kısa gebelik süresi altı aydır. Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulur, "Çocuğun ana karnında taşınması ile sütten kesilmesinin süresi otuz aydır."²¹¹ "Çocuğun sütten ayrılması da iki yıl sürmüştür."²¹² Birinci ayet gebelik ve sütten ayrılma toplam süresini otuz ay, ikinci ayet ise sütten ayrılmayı iki yıl olarak belirleyince, bu iki süre arasındaki altı ay gebeliğin en kısa süresi olarak ortaya çıkar. Nitekim evlilikten altı ay sonra doğum yapan bir kadının durumu Halife Hz. Osman'a (r.a) götürülmüş, recm'i düşündüğü sırada İbn. Abbas (r.a) yukarıdaki iki ayeti okuyarak, bunun İslâm'a göre normal bir doğum sayılması gerektiğini söylemiştir. Bunun üzerine Hz. Osman haddi uygulamaktan vazgeçmiştir.²¹³ Bir adam eşine zina isnadında bulunmuş ve bunun üzerinden daha altı ay geçmeden bir çocuk doğmuşsa neseb sabit olmaz. Fakat adam hadiseyi zinaya yormaz da "Bu benim çocuğumdur." derse, bu ifade bunların arasında nesebin sıhhatini gerektiren bir hususun varlığına ve çocuğu kabullenmekle de bunu dolaylı bir şekilde ifade etmek istemelerine yorumlanır. Böylece nesep kendisinden sabit olur, doğan çocuk nesebin hükümlerine tâbi olur.²¹⁴ Bu da nesebin ilhâkında mütesahil davranıldığına ayrı bir örnektir. Altı aylık gebelik süresi, sahih ve fasit nikahta Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre nikâhın akdinden başlar. Fasit nikâhta İmam Muhammed'e göre cinsel ilişkiye girildiği an itibariyle değerlendirilir.²¹⁵ İddet bekleyen bir kadının doğurduğu çocuğun nesebi hususunda Mezhepler arasında hamlin asgarisinin altı ay olmasında ittifak varken, haml süresinin nihayi süresi hususunda ittifak yoktur. Hanefiler, değerlendirmede Hz. Aişe'nin (r.a) "Çocuk annesinin

²⁰⁹ Nihayetü'l-Muhtac, er-Remlî' (ö. 1004/1596), 7/120, İbn. Kudame, Muğni, 10/359, İbn. Abidin, 3/150,

²¹⁰ Vehbe ez-Zühayli, (v, 2015) el-Fikhü'l-İslami ve Edilletühü, Yy, Daru-l-fikr, yt., 1405, m, 1985, Dimeşk, 7/687.

²¹¹ Ahkâf, 46/15.

²¹² Lokmân, 31/14.

²¹³ Kâsânî, Bedâiyu's-Sanâyi', III, 211, 212.

²¹⁴ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, c, 2, md, 54, sh, 407.

²¹⁵ Bilmen, Hukuku İslâmiyye, c2, md, 20, sh, 399.

rahminde iki yıldan fazla kalmaz.” sözünü meselenin açıklığa kavuşmasında önemli bir ölçüt kabul etmişlerdir. Şöyle ki; hamile kalmış bir kadında, talak ya da ölüm iddetinin sonlandığını itiraf etmeksizin, iki yıl içerisinde doğum vuku bulmuşsa bu çocuğun nesebi talak ya da ölüm nedeniyle ayrı düştüğü kocadan sabit olur demişler. Şâfiî, Hanbelî ve Maliki'lere göre bu süre dört yıldır.²¹⁶Bunlara göre bu konuda herhangi bir nass yoktur. Bu sebeple tecrübeye göre hareket edilir.²¹⁷ Nitekim Beni Aclân'ın kadınlarının, dört yıla kadar gebelikleri sürdüğünden bahsedilmiştir.²¹⁸Buna göre, bir kadın kocasının ölümü veya boşadığı günden itibaren yeniden evlenmediği, herhangi bir erkekle cinsel temasta bulunmadığı, doğum yapmadığı ve iddetinde de hayız görmediği takdirde dört yıl içinde doğum yaparsa çocuğun nesebi ölen veya boşayan kocaya bağlanır, iddeti de bu doğumla sona erer.

Son dönem fakihlerinden bir kısmı; hamlin nihayi süresinin, bu günkü tıbbi verilerle uyumlu olması gerektiğini savunarak, önceki içtihatlarda bahsedileniki ve dört sene gibisürelerin yalancı hamlden kaynaklı bir yanılgı olduğunu beyan etmişken; diğer bazı fakihler isegeçmişçitihatlardabahsedilen bu sürelerin gerçek olduğunu, o günkü alimler bu süreleri bire bir takip ederek elde ettiklerini söyleyerek, milyarda bir de olsa bu tür vakıaların olabileceğini, bunun normal olduğunu söylemişlerdir.²¹⁹DNA incelemesinin, bu gibi vuku'u nadir olan yerlerde, yardımcı bir delil olarak değerlendirilmesinin önemli olacağı düşünülebilir. Mesela eşi ölmüş bir kadın,süre olarak bu günkü tıbbi verilerinin dışında bir doğum gerçekleştirecek olursa, şayetbu doğumsüre bakımındaniçtihadı farklılıkların birine demutabıksa, İslam hukukunun nesli koruma ve nesepte himayeci bir tutum içinde olduğu da dikkate alındığında, bu gibi yerlerde DNA testi doğrultusunda bir karar verilerek, DNA testi zaman bakımından uyumlu olan içtihadı, tercihe sebep olabilir.Çünkü bu gibi yerler, tecrübelerin dikkate alınarak ictihadda bulunulduğu yerlerdir.c) Nikâh akdinde eşlerin biraraya gelme imkânının bulunması: Hanefiler bu konuda fiilibirleşme yanında aklen ve tasavvur olarak birleşme imkânını da dikkate almışlardır.²²⁰ Burada; "Çocuk yatak sahibinindir." hadisinin genel anlamı ile amel ederler. Bir kadın düşünün ki; biriyle gıyaben nikâh

²¹⁶ Bilmen, Ömer Nasuhi,a.g.e, Md, 18, c,2, s, 398.

²¹⁷ Hayrettin Karaman, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, s. 354.

²¹⁸ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, Md, 18, c,2, s, 398.

²¹⁹ <https://www.google.com/search?q=isch&source=iu> أطول مدة تمكثها المرأة وهي حامل

²²⁰ Serahsi, el Mebsut, XVII, s.99,İbn Abidin Reddül-muhtar, c, 3, sh,574.Bilmen, Ömer Nasuhi a.g.e, md,24, c,2, sh, 400.

kıymış olsun, işte böyle bir kadının doğurduğu çocuğun nesebi gıyaben nikah kıydığı o erkekten Hanefilerce sabit olur. Zira kocasının uzak diyarlarda olması ilişki kuramayacağı anlamına gelmez. Ortada nikâh kıyılmışlık söz konusu olduğu müddetçe çiftlerin her an bir şekilde bir araya gelmeleri ihtimal dâhilindedir.

Hanefiler bu noktada "Çocuk yatak sahibinindir." hadis-i şerifini temel ölçü almakla birlikte kerâmeti de göz ardı etmezler. Böylece onlar "Evliyanın kerâmeti haktır." düsturunu hem çocuğun nesebini belirlemek, hem de kadının namusunu korumak açısından bir fırsat ve çıkış yolu olarak görmüşlerdir.²²¹ Hanefilerin, nesebin sıhhatinin illetini, üçüncü şahıslarca tespiti mümkün olamayan cinsel birlikteliğe değilde nikaha (fıraş) bağlamaları "illet mazbut bir vasıf olmalı" şeklinde ifade edilen usul kaidesine de uygun düşmektedir.²²² Üç imam, eşlerin fiilen ya da âdetce bir araya gelme imkanını şart koşarlar.²²³

3.4.1.1.2. İkrar (İtiraf/İstilhâk)

Neseple ilgili ikrar, doğrudan veya dolaylı soybağı iddiası içermesi hasebiyle iki kısma ayrılmaktadır. Bir şahsın, birini kendisinin oğlu veya babası olduğunu belirtmesi, birinci kısma örnektir.²²⁴ Burada iddida sahibinin mücerred ikrarı yeterlidir. Dolaylı soybağı iddiası içeren ikrarda ise nesep hamlinde bulunulan kişinin bunu kabul etmesi nesebin sübûtu için yeterli olmayıp önce nesebin yüklendiği şahıs tarafından tasdik edilmesi gerekir. Meselâ bir kimsenin, "Oğlumun oğludur, kardeşimdir, amcamdır ..." dediği şahsın bunu kabul etmesiyle aralarında nesep ilişkisi sabit olmaz; bu tür ikrarla nesebin sabit olabilmesi için ya beyyine getirilmesi ya da aleyhine ikrarda bulunulan (dolaylı olarak baba olduğu iddia edilen) şahsın veya ölmüşse en az iki vârisinin bunu tasdik etmesi gerekir. Bir kimse, bir şahıs hakkında "Bu, benim kardeşimdir, amcamdır." diye tasdiğe mukarin ikrâr ettiği hâlde ikrâr edenin babası veya kardeşleri bunu kabul etmez iseler bu ikrâr, yalnız mukir ile mukarrun leh hakkında muteberdir.²²⁵ Bu iki kısmın kendine has şartlarını izah ettikten sonra, şimdiki

²²¹ İbn Abidin Reddül-muhtar, c, 3, sh,579.

²²² Serahsi, el Mebsut, XVII, s.159.

²²³ Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e, c,2, sh, 407.

²²⁴ Serahsi, Mebsut, 8/119, Zeylâi (ö. 743/1342) Tebynül-**hakâik**5/3, İbn.kayyim,Turuku- l hükmiyye, sh, 194.

²²⁵ İbn. Kudame,Muğni, 6/600;Kâsânî, a.g.e, 10/211; Ravdatuttalibin 4/3,:Halife Ali kabi,a.g.e, sh,329.

zikredeceğim şartlar her iki kısım ile alakalıdır. Hanefiler'e göre ikrarla nesebin sabit olabilmesi için çocuğun nesebinin meçhul olması, babayla çocuk arasında uygun bir yaş farkının bulunması, çocuğun zina mahsulü olduğunun söylenmemesi, mümeyyiz ise çocuğun veya baba olduğu iddia edilen kişinin bu beyanı kabul etmesi gerekir. Ayrıntılarda bazı görüş farklılıkları bulunmakla birlikte bu şartları genellikle diğer mezhepler de arar. Bu kısa bilgilerden sonrakonumuza dönecek olursak, şunu söylemek isteriz, DNA parmak izi ve ikrar arasında bir değerlendirme yapılacak olursa, ikrar, şeri' (kanuni) bir delil olması hasebiyle, DNA testi üzerinetakdim edilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Bununla ilgili delil ve değerlendirilmesi ileride, özel bir başlık altında geleceğinden bu kadarla iktifa ediyoruz. Bu konuda uzuntartışmalar ve cevaplar için, Halife Ali Kabinin“el-Basamatü'l-verâsiyye ve eseruhâ alel-Ahkami'l-Fıkhiyye” isimle çalışmanın önemli olduğunu düşünmekteyim. Bu çalışmada, şeri delillerin (Firaş, İkrar, Beyyine) diğerlerine takdim edileceği hususu uzun uzun anlatılmış, hepsi üzerinde ayrı ayrı tartışma ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.²²⁶Bu ifadeler aynıyle Beyyine delili içinde geçerlidir.

3.4.1.1.3. Beyyine

Nesebin beyyine ile sübutu, “şahitlik/şahitler” aracılığı ile bir kişinin nesebininkime ait olduğunun ispat edilmesi demektir. Genel anlamda şehadetin muteber olması için şahitlerin şehadet ettikleri hususu bizzat görmüş olmaları gerekirken, nesep ve ölüm gibi hususlarda “Falan kişi, falan kişinin çocuğudur.” şeklinde şöhret ve kamuoyunca kabule dayalı “dolaylı şahitlik” anlamında “şehâdetü't-tesâmü” veya “istifâda” yoluyla yapılan şehadet kabul edilir.²²⁷

İttifakla kabul edilen bu üç delil vasıtasıyla nesep sabit olduğunda, DNA incelemesi ve benzeri modern ispat vasıtalarının, bu üç delilden her hangi birini nakzetmeyeceği, cumhurun görüşüdür. Dolayısıyla firaş, ikrar ve beyyine delilleri ile nesep sabit olduğu yerde, DNA incelemesinin delil değeri yoktur.²²⁸Bir kısım fakihlerse,

²²⁶ Halife Ali kabi, el-basamatul verasiyye ve eseruhe alel-ahkamil-fikhiyye, sh,338-340.

²²⁷ Fetava-i hindiyye; 3/458,Ravdatuttalibin 11/266; İbn Abidin, 7 /64; Mecelle, md.1687- 1688.

²²⁸ Ali karadağı, Elbesametü-lverasiyye min menzurul-fikfii, sh, 18Vehbe Züheyli, Elbesametü-lverasiyye ve Mecalatül-istifadeti minhe,14-15, Halife Ali kabi, Elbesametü-l verasiyye, ve eseruhe alel –ahkamil fikhiyye, sh.217.

DNA incelemesinin mutlak manada delil olduğusavunmuşlardır.²²⁹ Onlara göre firaş, ikrar, beyyine gibi delillerle nesep sabit olsa bile, DNA incelemesi bunlarınakzedecektir.

DNA incelemesinin mutlak manada delil ola bileceğini söyleyen fakihler, nesebin sebebini (illetini) spermin aidiyetine bağlamışlardır. Oysa ileride de izah edileceği gibi, fakihlerin cumhurunun içtihatları, firaş, ikrar ve beyyinenin nesebin sübutunda yegane sebep olduğu istikametindedir. İslam hukukunun, mümkün mertebe nesep aidiyetinin teminini özendiren ve en zayıf halka olan çocuğun himayesine yönelik prensipler vaz' ettiğidikkate alındığında, spermin aidiyetinin dışındadaha kuşatıcı bir isbat yöntemi, makasid ve maslahata daha uygun düşmektedir. Bundan dolayı nesebin bağlanmasında, DNA incelemesinin birinci derecede müstakil bir etkisinin olmamasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.²³⁰ Bununla ilgilifarklı gerekçeler ve izahat lianla ilgili bahiste gelecektir.

3.4.1.2.Nesebin Sübutunda İhtilaflı Deliller

Yukarıda saydığımız üç delille nesebin sabit olmasında fakihler ittifak etmişken, bundan sonraki iki yöntemle nesebin ispatında ise mezhepler arasında ihtilaf söz konusudur. DNA testinin, cumhurun nezdinde, bazı meselelerde, nesebin sübutu hususunda delil olmasının referansı, bu ihtilaflı delillerden kıyafe delilidir. Burada kıyafe delili ile, DNA testi tearuz ve tenakuz ettiğinde hangisi öncelenmeli? sorusunun cevabı tartışma konusu olabilir. Dolayısıyla burada kıyafe konusuna daha fazla yer ayırarak, bu doğrultuda Hanefilerin dışındaki mezheplerde kıyafenin delil olarak kabul edildiği yerlerde, DNA testinin, kıyafe deliline karşı önceliğini ve nesep hususunda delil olma ihtimalini değerlendireceğiz.

3.4.1.2.1. Kıyafe (Benzerlik)

İlmu'l-kıyâfe, kıyâfetu'l-beşer (nesep tespiti), ve kıyâfetu'l-eser (iz tespiti) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kıyâfetu'l-beşer, insanın yüz hatları ve dış hatlarına

²²⁹ Halife Ali kabi, a.g.e, sh, 299-300; Baz, Asım, Baz, mansur, İsbatu-n nesebi bi-lbasamati-l verasiyyeti ba'de nefyihi bi-llian, sh,15.

²³⁰ Bkz, Muhammed Abdullah Alsuwat, İsbat-u nnesebi bi-lkaraini-ttibbiyye el-muasıra (dirase fikhiyye) sh, 28.

bakarak nesebinin bilinmesi olarak tarif edilmektedir.²³¹Bu işte uzman olan kişiyede kaif denmektedir. İslam hukuku kaynaklarında, gerek Hz. Peygamber (s.a.v.) gerekse Hülafaî Raşidin döneminde bir bilirkişi olarak kâiflerin sözlerine güvenildiği yönünde bazı rivayetler bulunmaktadır. Rivayete göre, “Hz. Peygamber (s.a.v.) zamanında, Usume b. Zeyd ile babası Zeyd b. Harise konusunda insanlar arasında Zeyd’in beyaz tenli, Usume’nin de siyah tenli olması sebebiyle dedikodu bulunmaktaydı ve birçok insan, Usume’nin Zeyd’in çocuğu olmadığı kanaatinde idi. Bir gün her ikisi de mescitte bir örtünün altında ayakları dışarıda olduğu halde yatarken, o günün meşhur kâifi Mücezzizu’l-Mudlicî ikisini bu halde görür ve ayaklarına bakarak “Bu ayaklar, bu ayaklardandır.” der. Hz Aişe’nin (r.a.) belirttiğine göre kâifin bu ifadesini duyan Resulullah (s.a.v.), yüzü güleç bir halde yanına gelir ve ona şöyle der: “Ey Aişe duydun mu? Mücezzizu’l-Mudlicî, Usume ile Zeyd’i bir örtünün altında ayakları dışarıda olduğu halde gördü ve “Bu ayaklar birbirindendir.” dedi.”²³² Bir başka rivayette anlatıldığına göre, her biri; bir çocuğun kendisinin olduğunu iddia eden iki kadın durumu Hz. Ömer’in (r.a.) kadısı Ka’b b. Sevr’e götürülür. Ka’b da “Ben Hz. Süleyman mıyım ki davayı onun gibi halledeyim.” der ve bir miktar toprak getirterek yere serptirir. Önce kadınların, sonra da çocuğun toprağa basmasını ister. Ardından bir kâif çağırır, ona bu izleri gösterir ve çocuğun hangi kadına ait olduğunu sorar. İzleri dikkatlice inceleyen kâif, iddiacı kadınların hangisinin çocuğun annesi olduğunu bulur.²³³Hz. Ömer’in (r.a.) de benzer olaylarda kâiflerin verdiği ifadeye göre hüküm verdiği ve bunu sahabeler huzurunda yapmasına rağmen kimsenin itiraz etmediği zikredilir.²³⁴

İslam hukuku kaynaklarında kâiflerin verdiği bilgiler ile amel edilip edilmeyeceği yönündeki tartışmalar, çoğunlukla kâiflerin nesep tespiti hususunda verdikleri bilgilerle nesep ilhakının yapıp yapılmayacağı hususunda yoğunlaşmış, bu konuda fukaha arasında uzun tartışmalar olmuştur. Şafîî, Malikî ve Hanbelî âlimleri, Mücezzizu’l-Mudlicî adlı kâifin sözüne Peygamber’in (s.a.v.) büyük sevinç göstermesini, Hulefâ-î Râşidin ve bazı sahabelerin kâiflerin sözüyle nesep konusunda

²³¹ Tayşi, Mehmet Serhan, DİA, md, Kıyâfe, XXV/508. Turan Fatih, İslam Muhakeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) Ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:33, Erzurum 2010, sh, 152.

²³² Buhârî, Fedâilu’l-Ashâb, 17; Ebu Dâvud, Talâk, 30.

²³³ İbn kayyim, Turukul hükmiyye, 235.

²³⁴ Vekî’, a.g.e., I, 280; İbn Kayyim, Turukul hükmiyye, 235.

hüküm verdiklerini öne sürerek, kâiflerin sözleriyle neseb tespitinde amel edileceğini zikrederler.²³⁵ Hanefi âlimler ise, Zeyd ve Uame (r.a) arasındaki nesebin, firaş karinesi ile sabit olduğunu, Peygamber'in (s.a.v.) kâifin bunu destekler sözüne sadece sevindiğini, yoksa onun sözüne binaen neseb tespiti yapmadığını ve kâifin zaten bilinen bir şeyi söylediğini belirterek, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) neseple ilgili başka örneklerde kâife başvurmadığını savunurlar. İbn Abdilberr "Çocuk firaşındır." hadisinden hareketle, evlilik akdi bulunduğu sürece fikhen (hukuken) çocuğun nikahlı babaya hamledileceği, benzerliklerin nesebin ilhakında hukuki bir anlam ifade etmediğini söyler. Nesebin ilhakında firaşın (nikah akdi) etkili olduğunu, benzetmenin/benzemenin bir değerinin olmadığını, firaş hadisini bu şekilde anlamamanın gerekliliğini Peygamber'in (s.a.v) şu sözüne bağlamıştır: "...Bu kadını (doğumunu) gözleyiniz! Eğer gözleri sürmeli, iri kalçalı ve iri baldırlı bir çocuk doğursa, o çocuk Şerîk bin Sehmâ'ya aittir." Kadın bu tarife uyan bir çocuk doğurdu. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v); «Eğer Allah'ın kitabında lian hükmü bildirilmemiş olsaydı; benimle, o kadın arasında elbette bir hüküm olurdu²³⁶ (o kadına zina cezasını uygulardım)». Yani Peygamber (s.a.v), benzeşmeye, onunda ötesinde belkide kendi bilgisini bu tür yerlerde işin içine katmayarak, davacı ve davalının ifadeleri doğrultusunda hüküm vermiştir. Bu da şu anlama gelmektedir; hukuki babalıkta, sonucu belirleyici unsur tarafların ifade ve iddialarıdır. Biyolojik baba kavramının hiçbir hukuki değeri yoktur. Çünkü İslam hukuku, babalık kavramını nikah akdiyle özdeşleştirmiştir.

Hanefiler kaifle neseb tespitini hiç bir şekilde kabul etmezler. Diğer üç mezhepte, bazı meselelerde kaife müracat etmek suretiyle neseb tespit edilebileceği kabul edilmiştir. Mesela iki kadından biri oğlan, diğeri de kız doğurmuş olduğu hâlde her biri kızı değil, oğlanı doğurmuş olduğunı iddia etse; bu iki kadın ile iki çocuk kaiflere gösterilir, çocuklardan her birinin nesebi, kaiflerin ilhak edeceği kadına âit olur veya bu kadınların sütleri, tıp ehli ve uzmanlar tarafından muayene edilir. Çünkü "Erkek çocuğa âit süt ağır, diğerrinin sütü ise hafiftir." denilmektedir.²³⁷ Ahmet bin. Hanbele (r.a) göre, nesebi meçhul bir laktin (sokağa terkedilmiş çocuk) nesebini iki kimse bilâ beyyine iddia edecek olsalar, çocuk kaiflere gösterilir. Kaifler birisine hak

²³⁵ İbn. Kayyim, Turukul hükmiyye, sh, 235; Turan Fatih, a.g.m, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı, 33, Erzurum 2010, sh, 157.

²³⁶ Buhari, Talak 28, Şehadat 21; Ebu Davud, Talak 27; İbn kayyim, Turukul hükmiyye, sh, 235.

²³⁷ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/472.

tanıyabildikleri gibi, ikisine de ilhak edebilirler.²³⁸ Şafi, (r.a) burada nesep tayininin, çocuğun ergenlik dönemine kadar ertelenmesini, çocuk ergenlik dönemine ulaştığında, iddiada bulunanlar içinde kendini daha yakın hissettiği birisine nesebini hamledeceğini söylemiştir.²³⁹ Bu aktarımlardan da anlaşıldığı gibi Hanefilerin dışındaki mezhepler, nesebin sübutuyla ilgili olarak, nesebin meçhul olduğu yerlerde kâife müracatı çözüm olarak kabul etmişlerdir. Ama firaş, ikrar, beyyine delilleri sabit olduğu yerlerde bunlar aşılıp kaifin görüşüne müracat ittifakla kabul görmemiştir. Nesebin sübutiyetinde kaifi kabul eden fakihlerin, kaife müracatı uygun gördüğü yerlerde, DNA testinin, daha isabetli bir ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Çünkü DNA testi kıyafeye nisbetendaha güçlü bir ispat vasıtasıdır. Konuyu daha da ileri götürerek, hanefilerin de mezkûr meselelerde DNA testini ispat vasıtası olarak kabul edecekleri söylenebilir. Çünkü hanefilerin, kaiflerin görüşlerini redd gerekçeleri, kaifin verdiği bilginin mücerret bir tahminden ibaret olmasından kaynaklıdır. Oysa DNA incelemesi tahminden öte, tam manada bir bilimsel faaliyettir. Hanefilerin, 'Nesebi üzerinde münazada bulunulan çocuğun, teni üzerindeki bir işareti delil olarak suna bilene nesep ilhak edilir.'²⁴⁰ yönündeki görüşü de bu düşünceyi desteklediğini söyleyebiliriz.

3.4.1.2.2. Kura

Bazı fakihler, Hz Ali'nin (r.a) Yemen'deki uygulamasına istinaden, Kur'a ile nesebin sübutunun, caiz olduğunu söylemişlerdir.²⁴¹ Hz. Ali'den nakledilen bu uygulamayı cumhuru ulema çeşitli gerekçelerle dikkate almamışlardır.²⁴² Bilakis Hz. Ali'nin, (k.v) Hz. Ömer (r.a.) zamanında, Yemen'de farklı bir davada, çocuğun nesebi hakkında çekişmeye düşen iki kişi arasında verdiği hükümde, çocuğu her ikisine mirasçı ve her ikisinin de çocuğa mirasçı kılarak nesebi bunların ikisine verdiği söylenmiştir. Buna göre Hz. Ali'nin (r.a.) elinde, birinci hükmü nesheden bir delil olmasaydı daha sonra, kur'aya başvurmaksızın, hüküm vermezdi. Kur'a ile nesep tespiti ispat yollarının en zayıfıdır, neredeyse kabul görmemiştir. Konuya DNA incelemesi açısından

²³⁸ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/73.

²³⁹ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/73

²⁴⁰ Bilmen, Ömer nasuhi, a.g.e, 2/73

²⁴¹ İbn. Kudame, Muğni, 6/344

²⁴² İbn kayyim, Turukul hükmiyye 235. Bu konudaki varid olan hadis hakkındaki değerlendirmeler için bkz, İbn. Kayyim, Cami'ul-Fıkhi, kitabu'l- büyu' vel-cihad, c, 4, sh,5 85-587

baktığımızda, DNA testi gibi bir delil varken, kuraya hiç itibar edilmeyeceği söylenebilir. Kura üzerindeki değerlendirmenin uzatılması, maksad açısından gereksiz olduğunu düşündüğümünden, bu kadarla iktifa ediyorum. Bu konudaki rivayetlerin fıkhi değerlendirmesi için, İbn Kayyım el-Cevziyye'nin İ'lâmü'l-muvakki'în isimli eserinde geniş bilgi vardır.²⁴³ İslam hukuku, nesebin nefyi hususunda engelleyici kriterler vaz ederek mümkün derece nesebin nefyini zorlaştırmıştır. Bu engelleyici kriterlerin odak noktasında ise nesebin nefyi hususunda öncelikle işletilmesi şart koşulan, lian prosedürü vardır. DNA testinin nesebin nefyine olan etkisinin anlaşılması ve değerlendirilmesi, lian prosedürüyle yakından alakalıdır. İçtihatlara baktığımızda lian prosedürünün uygulanabilirliğinin şartları oluşmadığından, bu prosedürün işletilemediği ve bu yüzden de nesebin reddinin mümkün olmadığı yerler vardır. Dolayısıyla DNA incelemesinin nesebin nefyindeki etkisinin tam anlamıyla değerlendirilmesi, lian prosedürünün işletilebilmesine dair malumatın, zabt ve yorumlanmasıyla birebir alakalıdır. Bu yüzden DNA incelemesiyle nesebin nefyini, lian prosedürü bağlamında ele alacağız.

3.4.2. Nesebin Nefyi

Nesebin sübutiyetine dair yollar oldukça geniş tutulurken, nesebin nefyine giden yollar ise, sadece lian prosedürüne bağlanarak, oldukça daraltılmıştır. Liân yaparak nesebi reddeden baba ile çocuk arasında, mirasçılık, nafaka yükümlülüğü gibi ilişkiler son bulmaktaysa da, aile hukuku açısından bazı ilişkiler devam etmektedir.²⁴⁴ Meselâ liân yaparak nesebini reddettiği çocukla babası ve onun yakınları arasındaki kan, sıhrî hısımlık ve süt hısımlığından doğan nikah engeli geçerliliğini korur. Bunun, bir gün kocanın nesebi itiraf etmesi sonucu tekrar nesep ilişkisinin kurulması ihtimaline, ya da çocuğun her ne kadar lian yoluyla nesebi reddedilse de ihtimal dâhilinde olan mahremeyitin gereğine riayet olarak alınmış, ihtiyatî bir tedbir olması mümkündür. Nesebin ikrarından rucû sahih değilken, lian yoluyla gerçekleşen nesebin reddinden, nesebin kabulüne dönüşün mümkün olması, İslam hukukunun, mümkün derece soy bağının korunmasını verdiği öneme işaretir. Bu ifadelerle şunu kasdediyoruz; nesebin nefyinde kullanılabilecek delil bizzat şari'tarafından belirlendiğinden (kanuni delil sistemi) burada DNA incelemesi asli delil olarak kabul edilmemektedir. Lianın; tatbiki,

²⁴³ İbn kayyim, Turukul hükmiyye 235.

²⁴⁴ İbn. Hümmam, Fethul kadir, c, IV, sh, 147.

yada geri çekilmesi bağlamında, taraflara fikir vermesi açısından DNA incelemesi önemli olmasına rağmen, nesebin nefyinde öncelikli olarak yapılması gereken şey lian prosedürünün işletilmesidir. Bu da, ileride de ifade edeceğimiz gibi, nesebin nefyindeki delilde taabbudilik düşüncesini desteklemektedir.

3.4.3. Nesebin Nefyinde Lianın Dna Testine Takdimi

Liân, kocanın karısını zina ile suçlaması ve bunu dört şahitle ispat edememesi halinde, hâkim önünde özel şekilde ve karşılıklı olarak yeminleşme anlamında bir İslâm hukuku terimidir.²⁴⁵ Hanefî ve hanbelilerin ortak tarifine göre, liân; koca tarafından yalan söylüyorsa Allah'ın lâneti kendi üzerine çekilerek, yeminlerle güçlendirilmiş şahadetlerdir. Kadın da, eğer yalan söylüyorsa, Allah'ın gazabını üzerine çeker. Bazı yerler istisna, lian prosedürü işletilmeden nesebin reddi mümkün olamamaktadır.²⁴⁶ Lian prosedürünün işletilebilmesi için de, lianın uygulanabilirliğine dair bazı şartlar ileri sürülerek, lianın uygulama alanının daraltıldığını görmekteyiz. Bu alanın daraltılması ise nesebin nefyi ile ilgili alanın daraltılması ve nesbin nefyinin zorlaştırılması anlamına gelmektedir. Lian işletilemediğinde ise nesep aslı üzere devam etmektedir.

Hanefilere göre liân kazf filinin yerine ikame edilen bir işlem ve bir tür şahitliktir.²⁴⁷ Yani kimlere karşı kazf suçu işlenebiliyorsa ancak o kimselere karşı liân söz konusu olur ve liânın tarafları olan karı ve kocada şahitlikte aranan şartlar aranır. Karı ve kocanın; lian yapmaya ehil olabilmeleri için; şahitliklerinin kabul edilebilir olması ve kazf haddinin geçerlilik şartlarını taşımaları şarttır. Kadı, yaptığı tahkikat sonucu karı ve kocayı şahitliğe ve haddi kazfe ehil bulmazsa "lian" yaptıramaz. Konunun aydınlatılması açısından lianın uygulanabilmesinin sıhhatine dair önemli bulduğumuz bazı şartları, beyan edelim. Eşler arasında evliliğin devam etmekte olması gerekir, evli olmayan taraflar arasında veya yabancı bir kadına zina isnadında bulunulması halinde mulâane yoluna gidilemez. Nikâh akdinin sahih olması gerekir. Meselâ, şahitler bulunmadan nikah kıyan ve bu sebeple nikâhı fasit olan eşler

²⁴⁵ İbn. kayyim, Turukul hükmiyye, sh, 235.

²⁴⁶ İstisna edilen haller, Hamileliğin En Alt Sınırına ulaşmama, Hamileliğin En üst Sınırını geçme, Kocanın biyolojik yetersizliği, Kocanın fizyolojik kusuru gibi yerlerdir. Buralarda nesep söz konusu olamayacağından reddi de söz konusu değildir. bkz. Serahsi, Mebsut, 17/99, Ka'bi, el-Basmatü'l-verâsiyye, sh, 389-391, Yılmaz İbrahim, İslâm Aile Hukukunda Nesebin Reddi, Marife, Bahar 2014, ss. 35-44.

²⁴⁷ Kâsânî, Bedaiü's-Sanai', 3/241,

arasındamulâane yapılamaz. Kocanın şahitlik yapma ehliyetine sahip olması durumunda ise; eşlerin akıl bâliğ ve Müslüman olması ve kazif suçundan dolayı hadd cezasına çarptırılmamış olması gerekir.²⁴⁸

Hanefilere göre daha önce zina ettiği sabit olan kadına, -bu kadın muhsan sayılmayacağı için- kocası tarafından yöneltilen böyle bir ithamdan dolayı, liân işlemi başlatılamaz. Kadının memluke veya gayri müslim olması durumunda da liân söz konusu değildir. Kocanın kazf suçundan daha önce mahkûm olması halinde de şahitlik ehliyetini kaybettiği için liâna başvurulamaz. Daha önceden çocuk ve baba arasında neseb ilişkisinin varlığına hükmedilmemiş olmalı. Mesela üçüncü bir şahıs, dünyaya getirdiği çocuk sebebiyle anneye karşı kazf suçu işlese ve hâkim de üçüncü şahıs aleyhine kazf suçuna öngörülen hadd cezasına hükmetse, bu hükümle annenin kazfe konu olan suçu işlememiş olmasıyla birlikte, çocuğun da evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Burada lian yoluyla nesebin nefyi söz konusu olamaz. Kâsânî “Bedâi'u's-Sanâi” isimli meşhur kitabında bu konuyu Ebi Yusuftan naklen şu şekilde tasvir etmiştir; Koca eşinin doğurduğu çocuğu rededetse, bu arada yabancı birisi de bu çocuğun nikah dışı olduğunu iddia etse ve bunuda ispatlayamadığından haddi kazif cezasına çarptırılsa, böylece çocuğun nesebi sabitleşmiş olacağından, lian prosedürü işletilemeyecek böylece neseb kendiliğinden bağlanmış olacaktır.

Ebû Hanîfe'ye göre, çocuğun nesebini reddetmek için liân başvurusu, hemen doğumun arkasından veya normal olarak en geç bir hafta içinde olmalıdır. Bu süre aşıldıktan sonra çocuğun nesebi kendiliğinden sabit olur. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, bu müddeti lohusalık süresi sonuna kadar uzatmak mümkündür²⁴⁹. Hanefilerin dışındaki diğer mezhepler liânı, kazf ve şahitlikten bağımsız, bir tür yemin olarak kabul ettiklerinden dolayı, lian uygulamasında kazf suçunun oluşması için gerekli olan şartlar aranmamakta, şahitlikle ilgili hükümler söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla onlara göre kadının Müslüman veya hür olması şart değildir. Kocanın daha önce kazf suçundan mahkûm olması da sonucu etkilemez, liân işlemine başvurulur.²⁵⁰

²⁴⁸ Kâsânî, Bedâiü's-Sanai',3/241;İbn. Abidin, Reddû-lmuhtar, 2/585.

²⁴⁹ Kâsânî, Bedâiü's-Sanai',3/246.

²⁵⁰ Mezheplerin görüşleri için bkz, el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, Mad. Lian, XXXV/249-251.

DNA incelemesi vasıtasıyla biyolojik babayı tespit etmek neredeyse kesindir, ama biyolojik babanın tespiti soyun ondan devam edeceği anlamına gelmemektedir. Çünkü nesep bağının sübutunun ön şartı nikah akdidir. Eşler arasında nikah söz konusu ise doğan çocuğun nesebi sahihtir. Evlilik (Nikah) dışı bir çocuğun dünyaya geldiğinde spermin aidiyetinin tespiti (biyolojik baba) cihetiylenesebi tayin etmek mümkün olmaz. Çünkü bu nikah akdine bağlı bir aidiyet değildir. Böyle bir durumda, liana bile müracat etmeden, direkt olarak nesebin nefyi söz konusudur.

3.4.4. Nesepte Taabbudilik ve DNA İncelemesi

Taabbudî hüküm: Aslında ma'kul olmakla birlikte, doğrudan aklın alanına girmeyen, vaz edilmiş gerekçeleri (illetleri) akılla tam olarak anlaşılamayan, Şâri'in (kanun koyucunun) kendileriyle neyi amaçladığı gizli kalmış hükümlerdir. Bu tür hükümlerde aslanan, istenilen şeye olduğu şekliyle uymaktır. Burada, herhangi bir yoruma gitmek ve hükmü esnetmek de mümkün değildir.²⁵¹ Buhârî, (r.a) Ebu'z-Zinad'ın şöyle dediğini nakleder: "Sünnetler ve hakkın çeşitli şekilleri (şer'i hükümler), çoğu kez insan aklının kavrayamayacağı şekilde gelir. Müslümanların ona uymaktan başka çaresi yoktur. Meselâ hayızlı kadın orucu kaza eder de, namazı kaza etmez."²⁵² Muâze adında bir hanım Hz. Aişe'ye (r.a) gelerek: "Neden âdet gören bir kadın temizlendikten sonra âdet günlerinde kılamadığı namazları kaza etmiyor da tutamadığı oruçları kaza ediyor?" diye sordu Hz. Aişe: "Sen Harûriye'den misin?" dedi. Kadın: "Hayır, Harûriye'den değilim ama öğrenmek için soruyorum" dedi. Bunun üzerine Hz. Aişe: "Vaktiyle bu iş bizim başımıza geldiğinde orucu kaza etmekle emrolunduk, namazın kazası ile emrolunmadık." dedi.²⁵³ Taabbudî hükümlerin tanımından hareketle, bu hükümlerin özelliklerini, kesin nasslara dayanıp, dinin aslına dahil olmak, kıyasa konu olmamak, asılları itibariyle değişime açık olmamak, şeklinde sıralamak mümkündür. Usulcülerimiz taabbudî hükümlerin varlığında ittifak etmelerine rağmen, bunların kapsamında ihtilaf etmişlerdir. Bazıları alanı geniş tutarken, bazıları orta yolu takip etmişler, bazıları ise her hüküm için açık bir illet tespitinde, imkanları zorlamışlardır. Bunlar tezimizi doğrudan ilgilendirmediklerinden dolayı, bu konuda fazla

²⁵¹ İbn Abdisselam, Kavâ'id, I, 19; Şâtıbî, el-Muvâfakât, II, 308-309, 318-319

²⁵² Buhârî, "Savm", 41.

²⁵³ Buhârî, "Hayz", 20.

detaya girmeden, asıl söylenmesi gerekene dönmek istiyorum. Durum ne olursa olsun, bazı hükümlere ait illetlerin, açık olmadığı, ya da anlaşılamadığı bir gerçektir. Usulcülerimiz bu tür hükümlere Taabbudi hükümler demişlerdir. Hükümde taabbudilik, hukuku sınırlandırma değil, bilakis, şari tarafından doğrudan konulmuş çözüm ve çıkış yoludur.

Taabbudi hükümlere verilmiş bazı örnekleri zikrederek, bunlar ve nesebin ispatına dair hükümler arasındaki benzerliklere dikkat çekmek istiyorum. Kerahet vakitlerinde namaz kılma yasağı, hac menasiki kapsamında atılan taşlar ve tavafın şavtlarının sayısı, zekattaki miktar ve adetler, hadd cezalarındaki sayılar ve benzeri hususlar, çoğu fakihlerce taabbüdi hükümler olarak kabul edilmiştir. Süyutî abdesti bozan ve guslü gerektiren hükümlerin gerekçesinin, (illeti) taabbudî olduğunu söyledikten sonra, şu yorumda bulunmuştur, “Bunlar taabbudî olmasalardı, âlimlerin çoğuna göre temiz sayılan meninin çıkması sebebiyle bedeninin tamamının yıkanması gerekmeyecekti.”²⁵⁴

Neseple ilgili içtihatları, hukuk felsefesi (makasîd) açısından ele alacak olursak, bunların odak noktasında, çocuğun toplum içindeki itibarının korunması, bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi gibi, çocuğun lehine olan amillerin etkisini görürüz. Sanki Şari’ neseb babında mümkün derece tarafların yararına olacak şekilde bilinçli bir hukuk boşluğu bırakmak suretiyle, tarafları psikolojik ve sosyolojik açıdan korumaya alarak, bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü tehdit edenaile ve ruh sağlığının bozulmasına neden olabilecekhususlarıhafifletmiştir. Tam da şuhadisın ifade ettiği gibi,“Allah (sizin için) bir takım hududlar belirlemiştir, onları aşmayın; bir takım farzlar ortaya koymuştur, onları (terk ederek) zayi etmeyin; bazışeyleri haram kılmıştır, onları çiğnemeyin. Bazı konularda, unuttuğundan değil, sadece size olan rahmetinden dolayı sükut etmiştir onları da araştırmayın.”²⁵⁵ Taabbudî olarak kabul edilen hükümlerin taşıdığı maslahat, belirlenen hükümlerin vaz edildiği şekliyle ifa edilmesinde gizlidir. Bu sebeple mesela, orucun insanlara sağlamak istediği maksat ve maslahatın sıhhati korumak olduğu söylenerek, perhiz ve diyet yöntemleri orucun yerine ikame edilerek mevcut oruç hükmü değiştirilemez.

²⁵⁴ İbn. Abdüşşekür, Muhibbullâh b. Abdüşşekür el-Bihârî (ö.1119/1707) Müsellemu’s-sübût, Darul-Kutubi’l-İlmiyye, 2002, II /310 .

²⁵⁵ Dârekutni, Ali b. Ömer Ebû’l-Hasen, es-Sünen, IV, 184, IV, 298; Hâkim, Muhammed b. Abdillâh, el-Müstedrek, IV, 129; Beyhakî, es-Sünenü’l-kübrâ, X, 12;

Çocuğun nesebini reddedebilmek için şart koşulan liân başvurusunun, hemen doğumun arkasından veya en geç bir hafta içinde yapılmasının gerekliliği, bu süre aşıldığında, çocuğun nesebinin, kendiliğinden sabit olması, fasit nikâh ve şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu doğan çocuğun nesebinin sahih olması, mülaenenin geçersiz olduğu yerlerde reddi nesep davasının kabul edilememesi gibi örnekler, nesep babında da taabbudiliğin geçerli olduğuna delalet ettiği düşünülebilir. Neseple ilgili konulara göz atıldığında, taabbüdiliği andıran benzeri hükümleri bulmak mümkündür. Biz bunların örneklerinden önemlibir kısmını bu bölüm içerisinde farklı başlıklar altında dile getirdik. Burada söylemek istediğimiz şudur; İslam hukuku neseple alakalı yerlerde konunun üzerine fazla gidilmeden soy bağının kurulabilmesini kolaylaştırmak suretiyle, imkan dairesinden neslin korunmasını hedeflemiştir. Bu yüzden nesebin ilhakında, delil olarak nikah akdinin varlığı yeterli görülerek, nesebin sübutu kolaylaştırılırken, nefyinde ise, lian şartı koşularak, zorlaştırılmıştır.

Erkek spermi ile kadının yumurtasının karışması gibi tespiti gayri zahir ve gayri münzabit unsurların hükme gerekçe olamayacağı usuli bir kaidedir.²⁵⁶ Yasak/gayri meşru şekilde gerçekleşen beraberlik sonucu nesepten değil de mutlak anlamda bir halk'tan (yaratılma) bahsedilebilir. Neseple ilgili meselelerin büyük çoğunluğunda elbette spermin ve yumurtanın aidiyeti önemlidir, asıl vegalip olanda budur. Fakat cüzi meselelerdeki istisnalar vemüsamahalar, hukukun kusuru değil, belkide hukuk felsefesi açısından bir gerekliliktir. Burada şunu da yeri gelmişken ifade edeyim, taraflardan birisinin, nesep bağı olmayan her hangi birisinin kasten aileye katması, ilgili kişiyi konuyla ilgili hadisin muhatabı kılacaktır. Meri hukukta evlilik dışı doğan çocuğun, biyolojik babaya hamlinin hukuken kabul edilmesi, kamu oyununda babalığınsadece genetik bir hadise gibi algılanmasına sebep olabilir; oysa aynı meri hukukta, evlat edinme (tebenni) kapısı açık tutularak anne vebabanın ortak genlerini taşımayan birisini neseplerine dahil etme imkanı verilerek ilgili kişiye neseple alakalı bütün haklardan yararlanma imkanı sunulmuştur. Demek ki her hukukun kurmak istediği sosyal yapı farklı sonuçlara sebep olabilmektedir.

Bütün bu açıklamalardan sonra özetle şunu söylemek isteriz; DNA testi nesep hukuku açısından müstakil bir delil değildir. İslam hukukçularının ittifakıyla nesebin

²⁵⁶ Vehbe Zuhayli, el- Vecîz fi usulî'l-fikh, yt.1999, sh,77.

nefyinin, sadece lianla gerçekleşmesi, bu konuda kanuni (kati) delil sisteminin, geçerliliğine delalet etmektedir. Nesep babında kanuni delil sisteminin geçerliliği, bilimsel birispat vasıtası olan DNA incelemesinin delil değerinin tamamen yok sayıldığı anlamına gelmez. Zira DNA incelemesi nesep ve hadd cezalarının dışında kalan dava konularının ispatında İslam hukuku prensip ve ilkeleri çerçevesinde tam ve müstakil bir delil olduğu gibi, nesebin nefyi ya da sübutunda yardımcı bir delil olarak değerlendirilmesi mümkündür. Mesela liana müracat edecek tarafları engellemeye yönelik uygun bir sonuç çıktığı takdirde, davayı geri çekmeye yarayan, caydırıcı birdelil olarak değerlendirilmesi gibi. Ama sadece DNA incelemesine bağlı olarak mülaane yapılmaksızın, nesebin nefyi ve tefrik gerçekleşmez. Geçmiş dönem fakihlerimiz ittifakla ve son dönem fakihlerinin büyük çoğunluğu, bu görüştedir.²⁵⁷ Bilim ve teknoloji kendi mecrasında; İslam hukuku kendi prensipleri doğrultusunda ilerlemektedir. Bu ayrımın özümsemesi neseple ilgili içtihadı yorumları anlamayı kolaylaştıracaktır. Örnek olarak Alman yasalarında kabul edilen sıkı kanuni delil sisteminin bazı teknolojik delillerden yararlanmayı engellemesi de bu kabildendir. İslam hukukunun amacı ve ilkelerini dışlayarak, bu hukukun nesep hakkındaki sağladığı vüsatten habersiz ve usulsüz bir şekilde, DNA incelemesinin nesebe etkisini ele alacak olursak, DNA incelemesinin, bilimsel bir delil oluşunun oluşturduğu baskıyla, neseple ilgili her şeyi çözeceği gibi bir algı oluşa bilir. Ama bu konu fıkıh kaide ve usulleri çerçevesinde ele alındığında bu düşüncenin tamamen değişeceği söylenebilir.

3.4.5. Dna Testinin Nesebe Etkisinde Günümüz İslam Hukukçularının Görüşleri

Son dönem İslam hukukçuları, DNA incelemesinin nesebe olan etkisinde, iki farklı görüş üzere olmuşlardır. Bunlardan çoğunluğu oluşturanlar, DNA incelemesini, kıyafe delili düzeyinde düşündüklerinden, bunun etkisinin firaş, ikrar ve beyyine delilinden sonra geleceğini kabul ederken, diğer bir kısım islam hukukçuları ise, bunumüstakik bir delil olarak kabul etmişlerdir. Şimdi bu iki görüşe kısaca göz atalım.

²⁵⁷ Bununla ilgili kaynak ve tafsilat bir sonraki başlıkta gelecek.

3.4.5.1.Kıyâfe Konumunda Olduğu Görüşü

Muhammed Süleyman el-Aşkar, Ali Muhyiddin el-Karadâgî, Mustafa Vehbe ez-Zühaylî, Muhammed Rafet Osman, Hasan Ali eş-Şâzelî, Nasr Ferîd Vâsıl, Nâsır el-Meymen, Ömer es-Sebîl, Muhammed es-Selâmî, Eymen Muhammed Ömer el-Amr, Halife Ali el-Ka'bî gibi günümüz İslam hukukçuları, DNA parmak izinin “firâş, ikrar ve beyyine” gibi ittifak edilen deliller karşısındaki konumunu kıyâfeye benzetmişlerdir. Dolayısıyla kıyâfenin delil değeri firâş, ikrar ve beyyine den sonra geldiği gibi, DNA testinin de konumu bunlardan sonradır, şu kadar farkla ki, DNA parmak izi testi, kuvvet açısından kıyâfeden daha kuvvetli bir delil olduğundan, kıyafeyle tearuz ederse DNA testinin kıyafenin önüne geçirilmesi gerektiğini söylemişlerdir.²⁵⁸ Şunu da ilave etmekte fayda mülâhaza ediyorum, günümüzde kıyafe müessesesi, gerek uzmanlarının olmaması, gerekse DNA testi gibi bilimsel verinin toplumsal kabulü bulunması hasebiyle, yerini tamamen DNA testine bırakması gerektiği söylenebilir.

Dolayısıyla DNA parmak izi testi, firâş, ikrar ve beyine gibi deliller ile taâruz etmesi halinde bu delillere takdim edilemez. Çünkü şer'î (kanuni) deliller, şer'î bir hükmün takdirinde önceliklidir.²⁵⁹ Nass (Ayet) şahitliğin yerine getirilmesini istemektedir. Şayet DNA parmak izi, şahitliğe takdim edilirse bu ayetler iptal edilmek suretiyle ilahi bir emir ihmal edilmiş olacaktır. Aynı durum ikrar ve firâş delili içinde geçerlidir. Hz. Aîşeden (ra)'rivayette, "...Problemin halli için Resulullah'a (sav) koştular. Sa'd (ra): "Ey Allah'ın Resülü! Bu kardeşimin oğludur. Kardeşim onun hakkında bana vasiyette bulundu. Hele onun benzerliğine de bakın!" dedi. Abd b. Zem'a: "O benim kardeşimdir ve babamın cariyesinin oğludur. Babamın yatağında doğdu" dedi. Resulullah (sav), ondaki benzerliğe baktı Utbe'ye açık bir benzerlik gördü. Sonra: "Bu sana aittir ey Abd İbni Zem'a. Çocuk, kadınla evli olan kocaya (sahib-i firâşa) aittir. Zina eden için ise mahrumiyet vardır" buyurdu. Sonra da, çocuğun Utbe'ye olan benzerliğinden dolayı Sevde Bintu Zem'a'ya: " (Bunu kardeşin bilme, ihtiyat et,

²⁵⁸ Karadâgî , el-Basmatü'l-verâsiyye, 55-57; Sebîl,el-Basmatü'l-verâsiyye, 59-62;Vâsıl el-Basmatü'l-verâsiyye, 77- 79; Ğanem, Devru'l-basmetü'l-verâsiyye fi'l-isbât, 475; Nezir Hamedu, Eseru'l-basmati'l-verâsiyye,7; Salabi, Mecalatü'l-basmati'l-verâsiyye, 14. Yılmaz İbrahim, İslâm (Aile) Hukukunda DNA Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu,İslam Hukuku Araştırmaları dergisi s. 28. Ekim 2016, sh, 97.

²⁵⁹ Ibn kayyim,Turukul hükmiyye 235.

ona karşı) tesettür et!” diye emretti. O (çocuk), kadını (Sevdebintü Zem’a’yı) Allah’a kavuşuncaya kadar göremedi. (Sevde, Resulullah (sav)’ın zevcesi idi.),”buyruldu. Bu hadis, çocuğun sahib-i firaştan başkasına benzemesine rağmen, mantuku ile çocuğun sahib-i firaşa ait olduğuna delalet etmektedir. Çocuğun, nikahlı kocadan başkasına “benzerliği” asli delil olan “firaş” delili karşısında ona takdim edilmemiştir.

3.4.5.2. Müstakil Bir Delil Olduğu Görüşü

İbrahim Osman, Abdurreşid Kasım, Abbas Ahmed el-Baz, Saduddin Hilali ve Bender Fuad es-Suveylim gibi son dönem İslam hukukçularına göre, gerekli şartlar bulunduğu, DNA parmak izi testi nesebin ispat ve nefyinde firâş, şehadet, ikrar ve lian gibi müstakil ve doğrudan bir delil olarak kabul edilmiştir.²⁶⁰ Bu görüş sahiplerine karşı cevaplar, tezimizin içerisinde farklı yerlerde dile getirildi. Bunları şu şekilde hulasa etmek mümkündür; DNA testini müstakil bir delil olarak kabul etmek, tatmin edici şeri bir mesned olmaksızın, şahit, ikrar ve lian gibi müttefekun aleyh olan şeri’ delilleri yok saymaktır. Ayrıca, eğer DNA testine böyle biritibar sağlanacak olursa Vşu soru akla gelecektir, böyle bir imkan, şahit (beyyine) ve ikrarın yerine ikame edilebilecek olan güçlü görüntü ve ses kayıtları yapan cihazlara ve benzerlerine de neden verilmesin ki? Hukuk icab ettiğinde bilimden yararlanan bir disiplindir, ama her ikisinin kendine has disiplin ve yöntemleri vardır. İslam yargılama hukukunda aslolan, zahiri ispatın batına (gerçeğe) mutabık olmasıdır. Eğer batın zahire muhalifse hakimın verdiği hüküm genelde haramı helal, helalıda haram kılma cihetiyle hükümsüzdür. Mesela bir insan profesyonel bir şekilde cinayet işleyip, başka birisinin üstüne suçu atacak şekilde plan yapsa ve zahirideliller masum birisini gösterse, zahiri sebepler açısından suçlu masum insan iken, hakikat noktasında suçlu, gerçek katil olan adamdır. Katil adamı affedip, masum adamı cezalandırmak zahiri deliller açısından normal iken, hakikat noktasında zahiri deliller ile masum bir insanı cezalandırmak, katili serbest bırakmak da zulümdür. Yalnız hakim hakiki illete muttali olamadığı için, ona bir günah

²⁶⁰ Abdürreşid Muhammed Emin b. Kâsım, “el-Basmatü’l-verâsiyye ve huciiyyetühâ”, Mecelletü’l-adl, Vizâratü’ladli’s-Suudiyye, el-Aded: 23, Receb 1425, es-Senetü’s-sâdisetü; Yılmaz İbrahim, İslâm (Aile) Hukukunda Dna Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu, İslam Hukuku Araştırmaları dergisi s. 28. Ekim 2016, sh, 93.

yazılmaz. Şu da var ki, hakim, olması gereken tetkik ve tahkiki yapmak zorundadır; aksi taktirde mesul olur. Teslim edilmeyen hakk açısından sorumluluk ve gerçekhüküm uhrevi muhasebeye bırakılmıştır.“ Ben sadece bir beşerim. Sizler bana yargılanmak üzere geliyorsunuz. Belki sizin biriniz, delilini getirmekte diğerinizden daha becerikli ve daha üstün anlatımlı olabilir. Ben de dinlediğime göre o kimsenin lehinde hüküm veririm. Kimin lehine kardeşinin hakkını alıp hüküm vermişsem, ona cehennemden bir parça ayırmış olurum.”²⁶¹ Hadisi şerifi buna delalet etmektedir.

Yukarıda dile getirdiğimiz,“zahiri yargı kararının, batınla (hakikatle) ters düşmesi halinde, verilen hüküm hakikatte geçersizdir.” İlkesi firaş, ikrar, şahit ve lian gibi müttetekun aleyh olan delillerle nesebin hamli ya da nefyi sabit olduğunda, DNA testi sperm aidiyetini nikahdışındaki birisi olarak gösterirse, buradakizahir batın uyuşmazlığı zannı zihinleri kurcalamaktadır. Bunun temelinde, sperm aidiyeti nikahdışından olan birine ait olan çocuğun nesebinin, nikah akdine sahip olan babaya hamledilmesinin kabul edilemez bulunması önyargısının, hukukun söylemek istediğinin önüne geçirilmesi sorununun yattığı düşünülebilir.

Bu ön yargı, bazen öyle bir düzeye ulaşmaktadır ki, İslam hukukunun nakışlığı ve yetersizliği sorununa dönüştürülmektedir. Bu kargaşanın giderilmesi, yargının amacı olan, hakkı teslim etmedeki inceliğin, farklı boyut ve derinliklerini idrak etmekle, mümkün olacağı kanaatindeyim. Şöyle ki, yargı kararlarından amaçlanan, hiç kuşkusuz hakkın sahibine teslim edilmesidir. İşte bu hakkın sahibine teslim edilmesini, ilişkili olduğu dava konusunun, artçıları bağlamında ele aldığımızda iki farklı hakk olgusu karşımıza çıkacaktır. Şöyleki Mali davalara taalluk eden hakk kavramı konusu aile hukuku olan hakk kavramı. Bu ikisinin telakkisi aynı ağırlıkta ve eşitdeğildir. Mali haklara dayalı sorunlar, bireysel ve doğrudan şahsi menfatlarla alakalı olduğundan, burada hakimin vereceği zahiri kararın gerçeğe örtüşmemesi, yani zahir-batın uyuşmazlığı olduğu durumda, hakiki sorumluluk zimmette mahfuz iken, konusu nikah, nesep veboşanma gibi aile hukukunu ilgilendiren davakonularında, hakk olgusu, hem çok yönlü, hemdetek kişiyi değil, onlarca yüzlerce, belki de daha fazla kişileri ilgilendirdiğinden, fitnenin her türüne kapı aralayacak tehlikeleri, uhdesinde barındırmaktadır. Bu tür davalar, mali hakka taalluk eden davalardan farklı olarak, yeni

²⁶¹ Buhârî, Şehâdât 27, Hiyel 10, Ahkâm 20; Müslim, Akdiye 4.

akidlere başlangıç teşkil etmektedir. Mesela bir kadın, eşinin kendisini boşadığına dair davada bulunması durumunda, -bu doğrudan olmaya bilir- hakim zahiren tekemmül eden mahkeme usul ve esaslarına bağlı olarak boşanmayı gerçekleştirirse, bu dava sonucuna bağlı olarak, kadın başka birisiyle evlendiğinde, yeni nikah hem zahiren hemde batınen geçerlidir. (İmamı Azam ve bazı talebelerine göre)²⁶²Yani yeni nikah akdi, önceki kararın batından (zahire muhalif olan) etkilenmemektedir. Evet, eğer burada kadın, usulsüzlük yaparak, mahkemeyi yanıltmışsa, mutlaka bunun sorumluluğunu taşımaktadır. Amamahkeme kararına bağlı olarak, yeni bir evlilik akdi söz konusu olunca burada yeni bir sahife açılmış demektir. Eski dava ve taallukatı, farklı bir dosya olarak rafa kaldırılmış, yeni dosyada yeni bir taraf olduğundan eski dosyadaki hakk, hiç bir yönüyle buraya karıştırılmamıştır. Benzeri durum, kadının kabul etmemesine rağmen, erkeğin, şahitler sunarak, bir kadınla nikahlı olduğunu (kadın başka biriyle evli olmaması durumunda) dava etmesi ve hakiminde bunu onaylaması meselesinde de geçerlidir.

Konuya nesep davası cihetiyle baktığımızda, DNA incelemesi vasıtasıyla elde edilen spermin aidiyeti hususunda; sperm çocuğun annesinin nikahlı olduğu babaya, ya da üçüncü bir kişiye ait olma ihtimali vardır. Bu ihtimaller çerçevesinde nesebin aidiyetini değerlendirdiğimizde, baba birinci ihtimale binaen, olumsuz düşüncesinden vazgeçerek, dava ihtimalini bertaraf ederse zaten nesep nikahlı babanıdır. Baba ikinci şıkka binaen nesebi reddediyorsa, yapılması gereken şey şudur; eğer dava açabilme şartları uygunsa dava açar, lian prosedürü işletilerek hakim tarafından, eşlerin arası tefrik edilir vebaba açısından çocuğun nesebi sonlandırılır. Eğer dava açabilme şartları tutmuyorsa DNA parmak izi sperm aidiyetinin üçüncü bir kişi olduğuna işaret etse bile, konuya hukuk esas ve usulünce yaklaştığımızdan dolayı babanın hiç bir şekilde nesebi reddetme imkanı yoktur. Çünkü tez içerisinde de tafsilatlı bir şekilde de izah edildiği gibi, nesebin reddinde tek yol olan lianın uygulanabilmesi, bazı şartlara bağlanmıştır, şartlar bulunmadığında lian uygulanamayacağından, nesep aslı üzere nikah sahibi babadan devam edecektir. Hatta lianın uygulanabilirliğine ait engelleyici şartları dikkate

²⁶² Abdilazîz el-Buhârî, Burhânüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö. 616 /1219)*el-Muhîtü'l-Burhânî fi'l-fıkhi'n-Nu'mânî*, Yy, Darul Kütütubil İlmiyye. ty c, 8, sh, 53;İbn Abidin, Reddül-muhtar,8/94(Kitabul-Kada)

aldığımızda, lianın uygulanabilirliği alanının çok kısıtlı ve dar olduğu sonucuna varmak durumunda kalacağız. Dolayısıyla burada çoğu meselelerde sperm aidiyetinde uyum olmamasına rağmen nesep, firaş delili çerçevesinde nikah sahibi babaya verilmektedir. Bu konuda neredeyse ilk dönem fakihlerinin ittifakı vardır. İşte burada hakkın sahibine verilmesi anlam olarak mali davalardan tamamen farklıdır. Bu gibi yerlerde hakkı belirlemede Şari'in müdahalesi (taabbüdilik) önceliklidir.

Özetle ifade edecek olursak genelnesep davalarının yekünü içerisinde, çok cüzi meselelerde, sperm aidiyetinde uyum olmasa bile, usul ve esas itibariyle nesebin nefyi gerçekleştirilemediğinden nesebin firaş gereğinin nikah sahibi baba ya bağlandığı yerler vardır. Yakın dönem islam hukukçularından bazıları-ekalliyat-burada nesebin illetini, sperm aidiyeti olarak algıladıklarından olsa gerek, burada DNA incelemesini müstakil, bir delil kabul ederek, böyle bir çocuğun babadan nesebinin devam etmeyeceğini söylemişlerdir. Cumhur, böyle bir konuda taabbudilik ve şeri'delil sisteminin kabulü ilkesi doğrultusunda, şeri' ispat vasıtalarının geçerliliğini kabul ettiklerinden, nesebin nefyinin alanını daraltarak, çocuğa nesep sağlamak suretiyle, mümkün derece çocuğu korumuşlardır. Bu ise, İslam hukuku makasıdı açısından daha anlamlıdır. Çünkü bu sonuçla, daha hayatının başında olan, çocuk, himaye edilmiş olmaktadır. Aksi bir uygulamanın, başta çocuk olmak üzere, çocuklaalakası olan büyük bir kesime, negatif etkisi olacaktır. Bu ise hakkı teslim etmek bir tarafa, sonuç itibariyle farklı sıkıntılara yol açacaktır. Bu ve benzerinoktaları dikkate aldığımızda yukarıda ifade edilen, zahiri yargı kararının, gerçeği yansıtmaması, halinde verilen hüküm hakikatte geçersizdir, kaidesinden, nikah akdi, feshi, nesebin devamı ve lian yoluyla nesebin nefyi gibi meseleler, istisna edilmektedir.

İmamı Azam ve bazı talebeleri bunu, fıkıh diliyle şu şekilde formüle etmişlerdir. Mal ve mülk davalarında hâkim, mahkemeye sunulan delillerin zahiriyle hüküm verdiğinde, eğer verdiği karar, batına (hakikata) ters düşüyorsa (mesela borç davalarında, gerçekte borçlu olanın borçsuzluğuna hükmetse) zahiri hüküm batını sorumluluğukaldırmaz. Yani kişinin borcunu eda yükümlülüğü zimmetinden düşmez. Nikah akdive feshi gibi aile hukukuna talluk eden, yeni bir akde başlangıç teşkil edebilecek haklarda, hakimin zahire bakarak verdiği hüküm, sonradan kurulacak olan akdin batınına zarar vermeyecektir. Bu içtihadının usuli mesnedi aşağıda zikredeceğim hadislerdir.

Hilâl b.Ümeyye, Peygamber(s.a.)'in huzurunda karısını, Şerik b. Sehmâ'yla zînâdabulunmakla suçladığında, liandan sonra Peygamber (s.a.v.);"Bu kadına dikkat ediniz! Eğergözleri sürmeli iri kalçalı, kalın baldırlı, bir çocuk dünyaya getirirse, çocuk Şerik b. Sehmâ'ya aittir," buyurdu. Kadın da gerçekten böyle bir çocuk dünyaya getirdi. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.) "Eğer Allah'ın kitabının liân hakkındaki hükmü infaz edilmemiş olsaydı, benim ile bu kadın için (başka) bir durum vardı. Yani ben o kadına zînâ haddi uygulardım" buyurdu.²⁶³Burada Hz. Peygamber (s.a.v.)'in kadının doğumunun sonucunu beklemeden, belki de nebevi bilgiyi işin içine katmadan, tarafların sözünün zahirine bakarak meseleyi sonuca bağlaması mahkeme usulü açısından bir esası belirlediğini söyleyebiliriz. Ayrıca bu hadis aynı zamanda nesebin nefyinde asıl delilin lian olduğuna işaret etmektedir²⁶⁴.

Yukarıdaki rivayetin fıkhu-l-hadisi aynıyle şu rivayet içinde geçerlidir. (Benû Aclân'dan) Uveymir, Benû Aclân'ın reisi Âsım bin Adiyy'e gelerek sorar: "Ne dersiniz? Bir adam karısıyla beraber birisini bulsa, koca adamı öldürür, sizler de kocayı mı öldürürsünüz? Veya adam başka ne yapsın? Bunu benim için Rasûlullah'a sorunuz." der. Âsım da Hz. Peygamberden beklenen cevabı alamayınca, bunun üzerine Uveymir "vallahi çekinmem, bunu kendim Rasûlullah'a sorarım" dedi. Gelip "yâ Rasûlullah! Bir adam karısıyla beraber birisini bulsa, koca adamı öldürür sizler de kocayı mı öldürürsünüz? Veya adam başka ne yapsın?" diye sordu. Hz. Peygamber ona "senin ve arkadaşın (eşin) hakkında Allah Kur'ân (ayet) indirdi." Sonra bu karı kocaya Allah'ın Kur'ân'da beyan ettiği vechile mulâane etmelerini emretti. Bunun ardından Uveymir "yâ Rasûlullah! Bunu yanımda tutarsam ona zulmetmiş olurum" dedi ve karısını boşadı. Artık onlardan sonra mulâane edenlerin boşanmaları adet oldu. Daha sonra Hz. Peygamber orada bulunanlara "bir bakın. Eğer kadın siyah vücutlu, koyu siyah gözlü, kalçaları büyük, baldırları geniş bir çocuk doğurursa Uveymir'in kadına zina isnadında doğru olduğunu, keler gibi kızıl bir çocuk doğurursa, Uveymir'in kadına iftira ettiğini düşüneceğim" buyurdu. Çocuk daha sonra Hz. Peygamberin Uveymir'i tasdik edercesine zikrettiği şekilde doğdu. Çocuk sonraları annesine nisbet ediliyordu²⁶⁵ birinci rivayette olduğu gibi ikinci rivayette de hükümde, kaife müracat ve

²⁶³ Buhari, Talak, bab ,29,S. Ebî Dâvûd Talak, Bab, 27.İbn. Kayyim,Turukul hükmiyye 235.

²⁶⁴ Baz, Asım, Baz, mansur, İsbatu-n nesebi bilbasamatu-l verasiyyti ba'de nefyihi bi-llian .sh, 66.

²⁶⁵ Buhârî, et-Tefsîr 65, Süretu'n-Nûr (24), bâbu kavlihi azze ve celle ve'llezîne yermûne. Hd. no, 4745.

benzerliliklerden yararlanmadan hiç söz edilmemiştir. Çocuğun nesebi hususunda zahirin gereği yapılarak nesep anneye verilmiştir. Hakim hukukun belirlediği mahakeme usullerine riayet ederek elindeki deliller doğrultusunda hükmü vermek mecburiyetindedir. Şartlar tekemmül etmesine rağmen hükmü onaylamazsa hükmü durdurmakla günah işlemiş olacaktır. Çünkü hakim olayların zahiri doğrultusunda hüküm vermekle sorumludur. İşin gerçek yüzünü (batın) bilme zorunluluğu yoktur.²⁶⁶

Yukarıda zikrettiğimiz iki hadiste bahsedilen çocuklar haber verildiği şekliyle doğmasına rağmen, Peygamber (s.a.v) lianı iptal etmemiş, bu hükme uyulmasının gerekliliğine vurgu yaparak "Eğer Allah'ın kitabının liân hakkındaki hükmü infaz edilmemiş olsaydı, benim ile bu kadın için (başka) bir durum vardı. Yani beno kadına zînâhaddi uygulardım" buyurmuş ve hadd cezasını tatbik etmemiştir. Bu gibi aile hukukuna talluk eden davalarda, tarafların sözlü beyanları doğrultusunda nikah fesh edilerek hakim işin batınına inmek yerine zahiri ispatla davayı sonuçlandırmalıdır." Hz. Peygamber sahih bir nikâhın şartlarını taşımayan, dolayısıyla ahlâkî temeli bulunmayan bütün evlilik şekillerinin geçersiz olduğunu ilân etmiş ve bu tür birlikteliklerden doğan çocukların soyunu ve kimliğini tespit noktasında çok önemli bir hukukî hüküm koymuştur. Buna göre Resûlullah (sav), çocuğun, nasıl ve ne şekilde meydana gelirse gelsin, yatağında doğduğu kişiye yani annesiyle meşru nikâhı olan babaya ait olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, bir çocuğun kimliği hakkında Sa'd b. Ebû Vakkâs ile müminlerin annesi Sevde bnt. Zem'a'nın kardeşi Abd b. Zem'a arasında yaşanmış olan tartışma meşhurdur. Hz. Âişe'nin aktardığına göre, Utbe b. Ebi Vakkâs ölmeden önce kardeşi Sa'd b. Ebi Vakkâs'a, Zem'a'nın cariyesinin oğlu Abdurrahman'ın kendisine ait olduğunu ve onu yanına almasını söylemişti. Abd b. Zem'a'nın İslâm'ı kabul ettiği Mekke'nin fethi esnasında Sa'd b. Ebû Vakkâs bu çocuğu tutup, "Bu, kardeşim Utbe'nin oğludur. Onu kendi nesebine dâhil etmem konusunda kardeşim bana vasiyette bulunmuştur." deyince Abd b. Zem'a, "Bu, benim kardeşimdir, babamın cariyesinin oğludur, babamın döşeği üstünde doğmuştur." karşılığını verdi. Her iki taraf bu anlaşmazlığı Hz. Peygamber'e iletiler ve birbirlerine karşı ileri sürdükleri iddialarını Allah Resûlü'nün huzurunda tekrarladılar. Bunun üzerine Resûlullah (sav), "Ey Abd!

²⁶⁶ Cassas, Ahkamul kuran, 1/315, Serahsi, Mebsut, 6/227, Şerhu muhtasarı Halil, hıraşı, 7/164, Mecelletul Ca'mieti'l İslamiyye, Asım b. Mansur, isbatu-nnesebi bilbasametul-verasiyye bade nefyihi billian, sh,473.

Bu (Abdurrahman), senin kardeşindir.” buyurdu ve ekledi: “Çocuk yatak sahibinindir. Zina eden erkeğe gelince; o, çocuk üzerindeki her türlü haktan mahrumdur.” Ardından tartışmaya neden olan çocuğun sima olarak Utbe'ye benzediğini fark eden Hz. Peygamber, eşi Sevde bnt. Zem'a'ya hitaben, “Sevde! Bundan sonra sen de bu Abdurrahman ile görüşürken Kur'an'ın hicap hükmüne göre hareket et.” buyurdu. Bu olaydan sonra Abdurrahman, bir daha Sevde'yi görmemiştir. Böylece Resûlullah biyolojik babası kim olursa olsun, zina ettiği için bu kişiye çocuk üzerinde hak tanımamıştır²⁶⁷. Bu konuyla ilgili akla gelebilecek bütün soru ve cevaplar için. Asım, Baz, mansur, İsbatü'n-Neseb bi'l- basamatu-l verasiyyeti ba'de nefyihî bi'l-lian, isimli çalışmanın faydalı olacağını düşünmekteyim.

3.5. DNA Testi Yoluyla Kimliklendirme

Yaşayan ya da ölü bir kimsenin tanımlanması ve diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayacak özelliklerin ortaya konulmasına ‘kimlik belirtimi’ (kimlik tespiti, kimliklendirme, ‘identifikasyon’) denir. Doğal ve beşeri (insan kaynaklı) afetler bir çok can kaybına neden olabilmektedir. Bu ve benzeri hadiselerde ceset parçalandığı ya da postmortem (ölüm sonrası) değişikliklerin tanınmayı imkansız hale getirdiği için, kimlik tespiti çok büyük önem taşır. Kuşkulu olmayan ölümlerde bile dekompozisyon (kokuşma) kimlik tespitini güçleştirebilir.

Ölen kişinin kim olduğunun bilinmesi, gömülebilmesi yasal hak ve yükümlülüklerin sonlandırılabilmesi, düzenlenebilmesi; mülkiyet, alacak, borç, resmi işlemler, miras gibi parasal sorunlar, intihar ve cinayetler, ölüde kimlik tespitini gerektiren hallere verilecek örneklerdir. Görüldüğü gibi kimliklendirmeler hak sahibine hakkın teslimi açısından önemlidir. Koma, amnezi, yaşın küçük oluşu, akıl hastalıkları vb. nedenler kişinin kendisi hakkında bilgi vermesini engelleyebileceğini dikkate aldığımızda, ölüde olduğu gibi canlıda da kimliklendirmenin gerekliliğini söyleyebiliriz. Kimliklendirme adli kimliklendirme ve tıbbi kimliklendirme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

²⁶⁷ Hadislerle İslam, Nesep / Kimlik Ve Aidiet, 2. Baskı, 2013, c, V, sh, 384.

3.5.1. Adli Kimliklendirme

Adli kimliklendirmede kimlik, canlının ya da ölünün üstünden çıkan çeşitli belgelerin değerlendirilmesi ile saptanır. Adli kimlik belirlemesi, yakınlarına ve tanıyan kişilere gösterilerek (cesedin teşhiri), onlar tarafından tanınması ve bunun onaylanarak tutanağa geçirilip imzalanması ile tamamlanır. Cesedin teşhiri yapılmaksızın sadece üzerinden çıkan belgelere göre kimlik tespiti yapılması, kişinin kimlik saklama, başka birine ait kimlik kullanarak haksız kazanç elde etme gibi değişik amaçlarla farklı bir kişiye ait olabileceği ya da değiştirilmiş kimlik taşıyabileceği ihtimalinden hareketle, yanlış uygulama olarak değerlendirilmektedir. Adli kimliklendirmeyi tashih ve te'yid etmek için, DNA incelemesine müracat edilebilir.

3.5.2. Tıbbi Kimliklendirme

Tıbbi kimliklendirme, yaşayan ya da ölü bir kişinin fiziksel, radyolojik ve genetik olarak tanımlanması ve diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayacak özelliklerin ortaya konulmasıdır. Kurban yakınlarının cesetleri teşhisine dayalı veya kişisel eşya ve malzemelerden ya da birtakım ipuçlarından yola çıkarak yapılan kimliklendirmede yüksek oranda hata payı bulunduğu bilinmesi gereken bir gerçektir. Bu duruma ipucu oluşturacak eşyaların yer değiştirmesi veya kurban yakınlarının psikolojik durumlarına bağlı olarak yaptıkları yanlış teşhisler örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi olumsuzluklardan dolayı görsel teşhis veya kişisel eşyalar yardımıyla kimliklendirme yerini, kesine yakın sonuçlar veren tıbbi kimliklendirmeye bırakmıştır. Kimliklendirmenin bilimsel anlamda ele alınmasını zorunlu kılan diğer bir husus ise meydana gelen felaketin türüne ve zamana bağlı olarak, cesetlerin fiziksel teşhisle kimliklendirilemeyecek ölçüde bozulması ve kurbanların tanınmaz hale gelmesi veya fiziksel etkilere bağlı olarak büyük oranda zarar görmesi veya parçalanmasıdır.

3.5.2.1. Doğal ve Yapay Afetlerde Tıbbi Kimliklendirme

Deprem, tsunami, sel, çığ düşmesi heyelan, büyük sel baskını, volkanik patlamalar, donma, hortum faciası gibi büyük oranda veya tamamen insanların kontrolü dışında gerçekleşen, doğal afetlerde, Nükleer Savaş, Konvansiyonel savaş, kitlesel nüfus hareketleri ve büyük sabotajlar gibi İnsan eylemleri ve ihmalleri sonunda gelişen

İstemli yapay afetlerde, nükleer kaza, toksik emisyon, baraj çökmesi, maden ve diğer büyük iş kazaları ve ulaşım kazaları gibi İstemsiz (kaza ve ihmale bağlı) yapay afetlerde DNA'parmak izinin, kimliklendirme materyali olarak kullanılması büyük önem arz etmektedir. Bu gibi Afetlerde yüzlerce binlerce ölüm hadisesi vuku bulduğunu düşündüğümüzde bazı cesetlerin normal yollarla teşhisi mümkün olmamaktadır. İşte tamda burada DNA incelemesi kimliklendirmede neredeyse tek yöntem ve tam anlamıyla bir ispat vasıtasıdır.

3.5.2.2. Parçalanmış Cesetlerde Tıbbi Kimliklendirme

DNA'nın kullanımı, beden bütünlüğünü koruyan fakat ileri derecede bozulmuş ya da zarar görmüş felaket kurbanlarının kimliklendirilmesi yanında, felaket bölgesindeki dağınık ceset parçalarının sahiplerinin belirlenebilmesinde de en geçerli yöntemdir. Bu sayede, aileye yanlış cenazenin teslimi veya birden fazla kişinin aynı mezara gömülmesi gibi çeşitli yanlışlıkların önüne geçilebilir. Ölülerde, özellikle birçok cinayet olgusunda cesedin parçalandığı, yakıldığı veya postmortem değişikliklerin tanınmayı imkansız hale getirdiği durumlarda kriminal veya kuşkulu ölümlerin araştırılmasında kimlik tespiti son derece büyük önem taşır.

3.5.2.3. Kitleli Ölülerde Tıbbi Kimliklendirme

Kimlik tespitinin hayati önem taşıdığı diğer durumlar ise uçak, deniz, tren kazaları, depremler, kalabalık binalardaki yangınlar, tsunami faciasında olduğu gibi onlarca, yüzlerce, binlerce, on binlerce kitleli ölümün gerçekleştiği olaylardır. Kimliklendirmede zorluk yaşanan başka bir durum ise, savaşlar sonrası ortaya çıkan toplu mezarlar olup, bu mezarlarda yapılan çalışmalarda, kimliklendirmenin yanı sıra kişilerin ölüm nedenlerine ve öldürme eyleminin kimler tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenmesine yönelik verilere ulaşmaya çalışılacaktır. Burada da DNA incelemesi büyük önem taşır.

3.5.2.4. Delil Tespit İsteminde Tıbbi Kimliklendirme

Tıbbi kimliklendirmeden yararlanılarak nikahın sona ermesi, verasette hak sahiplerine hakkın teslimi, hatta ölüm zamanı saptanması için kullanılan fiziksel ve kimyasal yöntemler sayesinde aynı felaketin kurbanları arasında bile veraset önceliğinin

tespiti mümkün olduğu düşünöldüğünde, DNA incelemesini de içine alan tıbbi kimliklendirmenin önemi ortaya çıkmaktadır. Özetle ifade edecek olursak DNA incelemesinin hadd ve kısas cezaları ve nesep tayini dışında kalan hukuk mahkemeleri davalarında kuvvetli karine olarak değeriendirilmek suretiyle, hâkimin takdiri doğrultusunda hak sahiplerine hakkın ircaında etkili olacağını düşünmekteyim.



SONUÇ

Tezimiz içerisindeki aktarımlar ve tespitlere dayanarak, mantığa ve bilime aykırı olmayan her türlü delilin, İslam muhakeme hukukunca ispat vasıtası olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna vardık. Klasik fıkıh kitaplarının, dava ile ilgili bölümlerine göz atıldığında, kitâbet, firaset, zilyedlik, örf veuzman görüşü (hıbre) gibid eliller, zatı itibariyle, delil değerlerini zayıflatıcı herhangi bir şeyle mukterin olmadıkları müddetçe, karine-i kâti'a kapsamında değerlendirilmek suretiyle, muhakeme hukukunca ispat vasıtalarıolarak kabul edildiklerini görmekteyiz. Bilimsel ve teknolojik bir ispat vasıtası olarak kabul edilen DNA incelemesi, ispat değeri açısından sıralamaya tabi tutulacak olursa karine örnekleri arasındaön sıralardayer alması belkide müstakil bir ispat vasıtası olarak değerlendirilmesigerektiği de düşünülebilir. Çünkü klasik karineörneklerinin, dava konusuyla sadece yakınlığı ve fiziki münasebeti söz konusu iken DNA incelemesinde, bunların yanı sıra, bilimsel ve teknolojik verilerden yararlanma ve bir ilim dalı olmaözellliği de söz konusudur.

Şu da var ki, DNA parmak izinin, zatı itibariyle tam manada bir ispat vasıtası olarak kabul edilmesi, bunun İslam muhakeme hukukuyla ilgili bütün dava konularında eşit etkiye sahip olacağı anlamına gelmemelidir. Zira İslam muhakeme hukuku usulünde, tezimizin içerisinde de ifade ettiğimiz gibi, ispat vasıtalarının, etkisini hafifletici, ya da, ileri sürülen bazı delilleri devre dışı bırakan, (ispat vasıtasının bizzat şari'tarafından belirlendiği dava konularında) fıkhi kaide ve prensipler vardır. Bu gibi yerlerde bazı delillerin etkisi hafifletilmekte veya tamamen ötelenmektedir. İşte bu kaide veprensipleri dikkate aldığımızda, tezimizin içerisinde DNA incelemesiyle ilişkilendirilen dava konularını; nesebin nefyi veya sübütu ile ilgili olanlar, hadd ve kısas gerektiren suçlarla ilgili olanlar, tazirgerektiren suçlar ve normal adli (nizasız) davalarla ilgili olanlar olmak üzere dörde ayırdık. Bunlardan tazir gerektiren suçlar ve normal adli davalarla ilgili olanlarınispatında DNA incelemesinin müstakil bir delil olması gerektiği sonucuna vardık.

Fakihler arasında, en ufak bir şüphenin bile hadd cezalarının uygulanabilirliği önünde engelleyici/öteleyici bir etken olarak kabul edilmesinde, neredeyse ittifak vardır. DNA testi sonucunun şüphe ihtimalinden arındırılmış olamayacağından dolayı, DNA incelemesinin hadd cezaları gerektiren suçların ispatında yetersiz olduğu, kısas cezasının ispatında delildeki şüphe ihtimalinin engelleyiciliği ve öteleyiciliği üzerindeki

değerlendirmeler hadd cezalarına göre daha düşük düzeyde olsada, kısas cezasıyla hadd cezasının hüküm açısından aynı paket içerisinde olması gerektiği kanaatine vardık. DNA incelemesinin hadd ve kısası gerektiren suçların ispatına yönelik dava konusunu ispatta yetersiz olması, hukukun işlevsizleştirilmesi anlamına gelmemektedir. Çünkü DNA incelemesi hadd ve kısas uygulaması açısından yeterli bir delil olarak kabul edilmesede, alternatif (tazir) cezaları gerektirmede, tam delil olarak kabul edilmesi kaçınılmazdır.

Aynı şekilde DNA incelemesinin nesep hususunda (sübutu-nefyi) müstakil ve tam etkili bir delil olamayacağını düşünmekteyim. Çünkü İslam hukuku nesep babında, şeri' (kanuni) delilleri önceleyerek, sıkı delil sistemi uygulamıştır. Bundan maksad ise zayıf halka olan çocuğun himayesi ve travmatik bir yaşama kapı aralama ihtimali yüksek olan olumsuzluklardan tarafları ve aileleri korumak olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla İslam hukukunun nesep hususunda ortaya koyduğu ilkeler, salt bir aidiyet meselesinden öte bireyin himayesi ve toplumun sinir uçlarının zedelenmesini önlemeye yönelik alınması gereken tedbirlerdir. Burada dava konusu olan hakk hem bireyi hem kamuyu ilgilendirdiğinden hakkul ibad ve hakkullah karışımı bir durum söz konusudur. Bütün bu genel ifadelerden sonra tezimizin içerisindeki aktarımlardan da anlaşılan ve önemli bulduğum bazı hususlara maddeler halinde işaret ederek, tezimi sonlandırmak istiyorum.

Nesep hususunda, DNA incelemesini bağımsız bir delil ve ispat vasıtası olarak kabul etmek, mülaane ayeti ve fıraş hadisini mühmel bırakmak anlamına gelmektedir. Oysa -bir usul kaidesi olarak -kelamını'mali (manada kullanımı), ihmalinden (manasız bırakılmasından) daha evladır. Akıl ve din, sözün karşılıksız olmasına cevaz vermez.

Şeri'delillerin önceliğini dikkate almamak islam hukukunun amacı ve aslını yok etmeye kapı aralamaktır, modernite ve popüleritenin baskısı altında fıkıh yapmak istikrarsızlığa sebep olacaktır.

Kocasının sülalesinden olmayan birisini kasden sülalaleye katan birisi zahiren kendini aklasa bile diyaneten (ahiret yönüyle) mesuliyetten kurtulamaz.

Şartlarını haiz ikrar ve şahitliğin hakimce gereği yerine getirilmesi gerekir²⁶⁸. Dolayısıyla bu delillerin bulunduğu yerlerde, hakimin delilleri denetleme yetkisi olsa

²⁶⁸ Kâsânî, Bedâi'u's-Sanâi, 6/282; Ibn kayyim, Turukul hükmiyye, 235.

bilebu delillerin önünebaşkalarını takdim etme yetkisi yoktur. Yani burada DNA incelemesininöncelikli etkisi yoktur.

Erkek spermi ile kadının yumurtasının, karışması gibi anlaşılması zahir ve münzabit olmayan bir şeyin yerine zahir ve münzabit olan nikah akdinin (firaş) mevcudiyetinesepile alakalı hükme gerekçe olarak kabul edilmesi fıkıh metodolojisi açısındanilletin geçerlilik şartlarına uygun düşmektedir. “Nikâh varsa neseb vardır, nikâh yoksa nesep yoktur ” deriz.

Neseb söz konusu olan yerde ilk sorgulanması gereken şey hakiki veya hükmi nikahın mevcudiyetidir. Çünkü zina, hukuki nesep bağının kurulmasını engelleyici bir unsurdur; nikahsız birliktelikten doğan çocuğun, DNA incelemesi sonucu biyolojikaidiyetinin tespiti hukuki nesep açısından hiç bir anlam ifade etmez.

Nesebin nefyinde tek müracaat edilecek yol mülaanedir. DNA incelemesinin ise liana müracaat edecek olan taraflar açısından caydırıcı veyardımcı birdelil olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Nesebin nefyinde, DNA incelemesi lian prosedürünün ne önüne ne de yerine geçer.

Hanefilerce karı ve kocanın, lian yapmaya ehil olabilmeleri için şahitliklerinin kabul edilebilir olması ve kazf haddinin geçerlilik şartlarını taşımaları şarttır. Hakim, yaptığı tahkikat sonucu karı ve kocayı şahitliğe ve haddi kazfe ehil bulmazsa lian yaptıramaz. Şartların tekemmül edememesinden dolayı lian yapılamayan yerlerde neseb kendiliğinden sabit olmaktadır.

Buluntu çocuğun (Lakit) nesebini, bulan kimse (mültekit) ikrar ederse bu ikrar istihsanen kabul edilir. Birden fazla kişi (Lakit) üzerinde nesep iddiasında bulunsa çocuğun nesebi hepsinei ilhak edilir. Bu ve benzeri meseleler neseple ilgili hükümlerde taabbüdilik söz konusu olduğunu göstermektedir.

Şari’ içtihada bırakılan her alanda olduğu gibi nesep hukukunda da mükellefin yararına olacak şekilde bilinçli hukuk boşluğu bırakarak, nesebin mümkün derece korunması yönünde temel hukuki ilkeler vaz’ettiği düşünülebilir.

Asli delillerin olmadığı bazı yerlerde nesebin hamlindeki münazayı bitirmek için, hanefiler dışındaki diğer üç mezhep müçtehitlerinin kaife müracaatı gerekli gördüklerimeselelerde, DNA incelemesinin kaifin görüşünden daha öncelikli birdelil olması gerektiğini düşünmekteyim. Hatta bu yerlerde hanefilerin de aynı görüşte olmaları gerektiği çıkarsamasında bulunabiliriz. Çünkü hanefiler, kaifin kararının

tecrübe ve tahmine dayalı bir şey olduğunu düşündüklerinden dolayı, kaife müracatı kabul etmezler. DNA’da ise böyle bir durum söz konusu değildir.

Doğum evi, hastane, çocuk bakım merkezleri, tüp bebek ünitelerindeki karışıklıkların çözülmesinde, DNA incelemesi kâifliğin de önüne geçirilerek, müstakil bir delil olarak kullanılmalıdır.

İslam hukukunun doğasında güçleştirme değil kolaylaştırma vardır. Bu özellik, bazı yerlerde gerginliğe sebebiyet vermeden ve olayların üzerine fazla gidilmeden, çözüm üretilmesini önermektedir. Nesep babının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Her hukukun, kendine ait yaklaşımları, meselelerin şekillenmesine etki etmesi kaçınılmazdır.

DNA incelemesi hadd, kısas ve nesep davaları dışında kalan ve tazir cezası gerektiren suçların isbatında; uçak, deniz, tren kazaları, depremler, kalabalık binalardaki yangınlar, tsunami faciasında olduğu gibi kitlesel ölüm sonucu kimliklendirmede, parçalanmış cesetlerin aidiyetinde, uçak kazaları ve benzeri yerlerde cesetlerin teşhisinde, ölüm karinesi sebebiyle (ilgili yerin mülkî amirinin emriyle) nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespitinde, gaiplik kararı vegaiplik nedeniyle evliliğin feshi gibi yerlerde kuvvetli karine olarak hâkimin takdirine sunulmak suretiyle hak sahiplerine hakkın ırcında etkili olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abdürrezzâk es-San'ânî (v. h.211/826-27) el-Musannef, Yy, el- Mektebül-İslami, Beyrut, 2. Baskı, h.1403.
- Akseki, A.Hamdi, (1951)Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İslam Dini,
- Akşit, Mustafa Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Yy, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976.
- Alâüddîn Haskefî, (v. h.1088 m.1676)Dürrü'l Muhtar, Yy, Mustafa el- BabiMatbası, Mısır, 1984, 1404.
- Ali el-Kârî (v.h.1014 m.1605) Mirkatul Mefatih Şerhu Mişkatal Mesabih, Yy,Darul-kütübül ilmiyye, Beyrut, 2001/ 1422.
- Ali Haydar (küçük) (v,1935) Dürerü'l- Hükkam şerhu Mecelleti'l-ahkam, Yy, Mısır,1332.
- Ali Muhammed el-Hafif (m.1891-1978) Ahkâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye, Yy, Daru-l Fikrîl Arabî, Kahire, m. 2008, h.1429.
- Ansai, sabrî şakır, Hukuk Bilimine Başlangıç, Yy, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.
- Ansiklopedi, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, T.D.V.Y
- Ansiklopedi, Yeni Türk Ansiklopedisi, Yy, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1985.
- Asım b. Mansur b. Muhammed, İsbatunnesebi bilbasmatilverasiyye, ba'de nefyihi bilian,
- Atar, Fahreddin İslam Adliye Teşkilati, DİBY, İlmi eserler-28.
- Atasoy S.Adli Olayların Aydınlatılmasında Dna Parmak İzinden Yararlanılması. Adli Tıp Dergisi,1989, 5.
- Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yy, Mimoza Yayınevi Konya, Yt, Nisan 2014 / 2. Baskı / 568 Syf
- Baberti Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el- Mısırî (ö.786/1384), el-İnaye, Hidaye Şerhi, (Fethul kadir haşiyesinin kenarınd) İhyaüttürasül-Arabî, Beyrut, ty.
- Bâcî Ebü'l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa'd et -Tücibi (v.h. 474/ m.1081), el-MüntekâŞerhu Muvatta-i Malik, Yy, Daru-l Kütübül İlmiyye, Beyrut, h.1420, 1999.
- Bahru'r-râik, şerhü Kenzi-ddekaik, Yy, Darul-ma'rife, Beyrut, Yt, 1999-1413.
- Buhârî Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî (v. 256/870) El-Cami'üs-Sahîhu'l-Müsnedu'l-Muhtasar min Umûri Rasûlillah (s.a.v) ve Eyyâmihî, Daru İbni Kesir, Dimeşk, h.1414, m. 1993.
- Başaran, Nurettin, 2003, Tıbbi Genetik, Ankara.
- Bâverdî, Suûd b. Abdî'l-Âlî, el-Mevsuâtü'-Cinaıyyetu'l- İslamî, Yy, Riyâd,yt, 1427.

- Berojei, Sahip. (2007). Ceza Muhâkemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku, Ankara, Fecr.
- Beyhaki Ahmed B. Hüseyin Beyhakî (ö. 458/ 1066) es- Sünenü'l- Beyhaki, Daru-l Kütübül İlmiyye, Beyrut, h. 1424m.2003.
- Bilmen Ömer Nasuhi (m.1883-m.1971) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Basım ve yayınevi, İstanbul, ty.
- Biltaci, muhammed, Menhecü Ömer bin Hattab fitteşri', Yy, Darul Fikril Arabi,
- Birincioğlu, İsmail - Erdem, Özkara "Adli belge incelemelerinde bilinmeyenler, örneklerle yazı ve imza analizi ile ıslak imza kavramı", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/yt>, 2010, sn, 87, 10.3, 2014.
- Cevherî, İsmail b. Hammâd, (v.h;393) es-Sihâh, Yy, Darul ilm Beyrut, yt, 1987.
- Cürcani, Seyyid Şerif, Ebû'l-Hasen b.Muhammed b.Ali es -Seyyid eş Şerif el- Cürcanî el-Hanefi (v. m.816/h.1413) et- Ta 'rifat, Daru-l Fazilet, Kahire, ty.
- Çağatay, Neşet, İslam Dönemindeki Arap Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi/ Ankara, 1989
- Çalışkan, İbrahim, İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları, A.Ü.İ.F.D, Ankara,1989.
- Dağdeviren, Atila, Embriyolojide Genetik Kontrol, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995, C.28.
- Damad, Şeyhîzâde Abdurrahman, Muhammed, Süleyman,(v.1078/m.1667) Mecme-ul Enhur fî şerhî Mülteka'l-ebhur, Daru İhyautturasu-l-Arabi, ty.
- Dârimî, Ebû Muhammed Abdullâh b. Abdurrahmân b. el-Fazl (v. 255/869) es- Sünen, Daru-l Kitabî-l Arabiyye, Beyrut, h. 1407/ m.1987.
- Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Yy, Beta, İstanbul, Yt,1997. I, 311.
- Ebû Abdillâh, Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el Mervezî,(v. 241/855) el-Müsned, Müessesetü rrisale, Kahire, yt, h. 1421/m. 2001.
- Ebû Abdillâh b. es-San'ânî el-Yemenî Muhammed eş-Şevkânî Muhammed b. Alî (ö. 1250/1834) , Neylû'l-Evtâr Şerh Münteka'l-Ahbâr, Kahire, Mektebetü Mustafa el-Babî, ty.
- Ebû Abdurrahmân Ahmed b. İbuayb b. Alî en-Nesâî (ö. 303/915) Yy, mektebu metbuatulislamiyye, Haleb, Yt 1406/1986.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/889) es Sünen Müessetü reyyan, Beyrut, h. 1419/m. 1998.
- Ebû'l-Fadl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, (V, h, 683) El-Mevsiliel-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar Yy, Şirket-i Dar-ı Erkam b.Erkam, Beyrut, ty.
- Ebû'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b.Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî(v.799/1397), Tebsiratü 'hükkam fi usuli'l-Akdiye ve menahici 'lAhkam, Yy, Daru Alemü'l-Kütüb, Riyad, yt, 1423-2003.

- Ebü Nuaym, Ebû Nuaym, Ahmed b. Abdillâh b. İshâk el-İsfahânî (ö. 430/1038) Hilyetü'l Evliyâ, Daru'l fikr, Beyrut, h. 1416/m. 1996.
- Ebü Yusuf,(v.182), Kitâbul- Harac, Yy, Matbaatüsselefiyye, Kahire, 1396.
- Ebü Zehra, Muhammed, (v.1974), el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî (el-Ukûbe), Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kâhire1946.
- Ebü Zehra, Muhammed, Yıldız matbaası, Ankara, 1968, Hyara Hizmet vakfı Kütüphanesi, tasnif no,2892, Konya.
- Erdoğan, Mehmet Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ensar Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2010.
- Erem, Faruk, Ceza Hukuk Usulü,Sevinç Matbaası, Ankara.
- Erkol, Zerrin vd, Modern çağın suç işleme yöntemi, Adli Tıp Dergisi / TurkishJournal of Forensic Medicine, C, 24, Sayı,3. ss, 48-51.
- Erten, RıfatAcır, Birsen Taşveren, Sema, Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996 Sayı: 1 Cilt, 45, Yayın Niteleme Bilgileri: 1301-1308.
- Eyyüp Said Kaya, Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhi İstidlal (Doktora Tezi, 2001, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Feyzioğlu, Metin, Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, Usa Yayıncılık, 1988, Ankara
- Gazzalî Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b Muhammed b. Muhammed b. Ahmed et-Tûsî (v. h.505/m.1111) el Müstesfa, Matbaatü Emiriyye,Bolak,Mısır 1334.
- Gökalp, Z. (2006). Felsefe Dersleri (A. Utku, & E. Erbay, Sad.). Konya
- Gönenç Gürkaynak vd. Türk Hukuku Kapsamında Çalışanın Beyaz Yaka Suçları Ve Şirket Yönetim Kuralları <http://www.elig.com/docs/>, 12.10.2014.
- Haccâvî, Ebü'n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî (v. 968/1560), el-İknâ li tâlibi'l-intifâ, Yy, Daretü'l-Melik Abdul Aziz Riyad. yt, h. 1423, m, 2002.
- Halife Ali Kabi. el-basamatul-verasiyye ve eseruhe alel ahkamil fıkhiyye, Yy, Darunnefais, Yt, 1426-2006.
- Hallaf, Abdul-vehhâb Hallâf, (v. 1956)İlmü Usul-ül fıkhi, Dar-ül Kalem, 1986.
- Harre, Rom (Çev. Sinan Kılıç): Büyük Bilimsel Deneyler, B.8, Ankara 1996, s.141, Ali Nihat Bozcuk, Genetik, Ankara 2011, s. 5, 312-315; Campbell-Reece, Biyoloji, 290-292; Keeton-Gould, Genel Biyoloji, I,20-21.
- Huraşi Muhammed, el- Huraşi el-Maliki, (v.?)Huraşi, ala Muhtasarı seyyidi? (seydi) Halil, Yy, Darı sadr, Beyrut -Lübnan, ty,HHVK, ts. no, 17615.
- İbn. Abdisselam, (v,h.660), Kavaidul-ahkam fi Mesalihil-enam, Yy, Mektebetül-Ezheriyye,
- İbn Abidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (v. h.1252/m.1836) Reddû'l-muhtar ale'd Dürri'l-muhtar, Matbaatü'l Babi, Mısır, 3. Baskı,m.1984/h.1404.

- İbn. Abidin Zade Alaüddin Muhammed b. Muhammed Emin b. Ömer el-Hüseyni ed-Dımaşki (v. 1306/1889) Kurretü uyuni'l-ahbar litekmileti Reddi'l - muhtar (Tekmile), Yy, Matbaatü-l Babi, Mısır, 3. Baskı, Yt, m.1984/h.1404.
- İbn Ferhun, Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (v. 799/1397, Tebsıratü 'l-Hükkam fi usulî'l-akziye ve menahi ci 'l-ahkam, Yy, Darul kütüb-ül İlmiyye, Beyrut, Yt, 1995.
- İbniNüceym Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî, İbniNüceym(v.h.970/m.1563) el-Eşbah ve-Nnezair, Yy, Darül Fikir, Dımeşk, Yt, 1986.
- İbn Receb Ebü'l-Ferec Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdırrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dımaşkî (v.h. 795/m.1393) el-Kavaid (Takrirü'l- kava'id ve tahrirü'l-feva'id), Yy, Daru İbni Affan. ty.
- İbni HacerEbu'l- Fadl Ahmed b. Ali İbni Hacer el-Askalani (v.852) el-İsâbe fi temyizi's-Sahâbe, Yy, el-Mektebeü-l Asriyye, Beyrut, Yt, m. 2012, h.1433.
- İbni Kayyim, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ebu Bekir b. Eyyüb ez-Zürai ed-Dımaşki el-Hanbeli, (v.751/1350) İ'lâmü'l-Muvakkîin, Yy, Darul-kütübül ilmiyye, Beyrut, Yt, h.1411/m.1991.
- ibni KesîrEbü'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâîl b. Şihâbiddîn Ömer b. Kesîr b. Dav' ibn. Kesîr el-Kaysî el-Kureşî el-Busrâvî ed-Dımaşkî eş-Şâfiî (v. h.774/m.1373) el-Bidaye ve'n-nihaye, Yy, Mektebetül Mearif, Beyrut Yt, m.1966.
- İbni Kudâme Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. el-Cemmâilî el-Makdisî (v. h. 620/m. 1223) el-Muğni, Yy, Mektebet-ü-lkahire, Yt, h.1388/1968.
- İbni Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. YezîdMâce el-Kazvînî (ö.273/887) es-Sünen, Yy, Darül Fikir, Yt, h. 1415 m.1995.
- İbni Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî (v. h. 273/m.887) Yy, Daru-l-Ceyl, Beyrut, Yt, h, 1418, m,1998.
- İbni Rüşdel-KurtubîEbu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. el-Hafîd el-Kurtubî, (v. m.595/m.1198)Bidayetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Yy, Kahraman Yayınları, İstanbul, Yt, 1985.
- İbni Sa'd Ebû Abdullah Muhammed ibn. Sa'd b. Menî' el-Katib el-Haşimi el-Basri el-Bağdadi (v.h.230/m.845) Kitâbü't-Tabakati'l-kebir, Yy, Mektebet-ül Hanci, Kahire, Yt, 1421/2001.
- İbni Teymiye, Ebu'l-Abbas Takıyyuddîn Ahmed b. Abdülhalîm b. Mecdiddîn b. Abdüsselâm b. Teymiye, (v,728) es-Siyasetu's-Şer'iyye fî İslâhi'r-Râi ve'r-Ra'iyye, Yy, Daru aleml-l-Fevaid, Yy, Cidde, ty.
- İbnü'l-Hümmam Kemâleddin, (v. 861/1457) Fethu'l-Kadir, Yy, İhyaüttürasül-Arabî, Beyrut, ty
- İbnü'l-Münzir, Ebü bekr, muhammed, b. Münzir en-nisaburi (v.318) Kitâbu'l-İcmâ, Yy, Mektebetül-Fürkan, Acman, Birleşik arap Emirlikleri, Yt, h.1420/ m.1999.
- İbnü's-Salah, eş-Şehrezfiri (ö. 643/1245) Marifetü enva'i'ilmî'l hadis (Uumülhadis) Yy, Daru-l Fikir, ty, HHVK, ts, no,1654.

- İbrahim b. Muhammed, el-İsbatu bi-l-Karain, Yy, Mektebetü Üsâme, Riyad, Yt, 1983.
- İbrahim Yılmaz, İslâm (Aile) Hukukunda Dna Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 22, 2013, s. 63-112.
- İmam Mâlik(v.h. 179 m.795),el-Muvatta, Yy, Müessesetü rRisale, Beyrut, Yt, h.1412 m.1992.
- İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sahibi, Mustafa Özdemir, Musalla Bağları Sarnıç sokak No, 2, Selçuklu Konya
- İstanbul Barosu Dergisi Eylül- Ekim 2013, C, 8, Sayı: 2013/5 ISSN 1304-737.
- Kadızzade Ahmed, Şemseddin, (v.h.988 m.1580) Neta'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumuz ve'lesrar, (Tekmile, Hidaye şerhi), Yy, Daru ihyaüttütrasil Arabî, Beyrut, ty.
- Kadri Efendi, Abdulkadir, b. Yusuf (Osmanlı âlimi, kazasker), (1674/1084) Vakiatul Müftiin, Yy, Matbaat-ul Miriye, Mısır, Bolak Yt, h, 1300.
- Kahn R. An Introduction to DNA Structure and Genome Organization. In "Forensic DNATechnology" Ed. Farley MA and Harrington JJ. Lewis Publishers. 1991.
- Kahraman Abdullah, İslam Hukuk Düşncesinde Taabbudî HükümlerVe Taabbudiyatın Sahası, İslam Hukuk araştırmaları dergisi sayı, 2, sh,25-57.
- Karafii, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrahmân el-Mısırî el-Karâfî, Envaril-Burûk Fi Envil-Faruk, (İdraru-şşuruk, ala envai-l fûruk),haşiyesiyle beraber, Yy, Daru-l kütübül- İlmiyye, Beyrut Yt, 1998/1418.
- Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî (v.h 587 m.1191),Bedâi'u's-Senâi' fî fi Tertîbi's-şerâi' Yy, Darul kütübül ilmiyye, Beyrut, Yt, h. 1418 m. 1997.
- Kurtubi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensari el-Kurtubi (v h..621),el-Cami' li Ahkami'l-Kur'an.Yy, Darul fikir, Beyrut, Yt ,h.1414, m. 1993.
- Komisyon, el- Mevsuat-ül Fıkhiyye, Yy, Darussaffe, Kuveyt Evkaf Bakanlığı, Kuveyt 4. baskı Yt, h.1414/m.1993.
- Komisyon, İlmihal, Yy, Divantaş, İstanbul, ty.
- Komisyon, Mu'cemul-Vasit, Yy, Mektebetüşşuruk eddevliyye, Kahire 4. Baskı Yt, h.1425 / m.2004.
- Komisyon, Nihal Açıkgoz, Hamit Hancı, A. Hadi Çakır Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, sted, 2002 cilt 11.
- Komisyon, Türkçe sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. baskı.
- Komisyon, Yeni Türk Ansiklopedisi, Yy, Ötüken Neşriyat, İstanbul, Yt, 1985.
- Koşum, Adnan, İslam Hukukunda Siyaseti Şeri'yye Kavramı, İslami Araştırmalar Dergisi c, 16,sayı 3, 2003, ss, 350-358.

- Köse Saffet, Hz.Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış, İslam Hukuku Araştırmaları dergisi sy, 7, Nisan, 2006, ss, 13-50.
- Kuduri, Ebu'l Hasan, Ahmed bin Muhammed el-Bağdâdî (v. h. 428 m. 1037), Muhtasar-ı Kuduri. Yy. Salah Bilici Kitab Evi, İstanbul, ty.
- Küçükkalay, Hüseyin, (v.1999) Kuran Dili Arapça, Yy. Deniz Kuşu matbası, Konya Yt,1969.
- M. Muhyiddin Abdülhamîd, el-Ahvâluş-Şahsiyye, El Me ktebet-ülHanifiyye, İstanbul. ty.
- Marife, Dergisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Meram Yeni Yol Cd. 42090 Meram / Konya / Türkiye.
- Makdisî Haccâvî, Ebü'n-Necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed b. Mûsâ el-Haccâvî el-Makdisî(v. h.968/m.1560), el-İknâ li Tâlibi'l-intifâ, Yy, Kahire, Yt, h.1351.
- Mâverîdî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverîdî (v. 450/1058) el-Ahkam-is-Sultaniye, Yy, Daru İbni Kuteybe, Kuveyt, Yt, h. 1409/ m. 1989.
- Mecelle-iAhkamı- Adliyye, Osmanlı Devleti'nde 1868-1876 yılları arasında hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını içeren kanun. Matbaatu Osmaniye, ty.
- Merginani Burhaneddin el-Merginani(v.h. 593/m. 1197) el-Hidaye Şerhû Bidayetü'l Mübtedî, Yy, Dar-ul Erkam, Beyrut, ty.
- Meselson M, Stahl F (1958). "The replication of DNA in Escherichia coli". Proc Natl Acad Sci USA. 44 (7), s. 671–82.
- Mevsiliel-İmam, Ebi'l-Fadl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsili el-Hanefi (v.683 h.)el-Muhtâr li'l-fetvâ Muhtar, Yy, Şirket-i Dar-ı Erkam bin Erkam, ty.
- Mevsuatül Fıkhi l- İslami, Yy, Daru-l Mektebi, Dimeşk, Yt, h.1427m.2007.
- MeydânîAbdülğanî b.Tâlib b.Hammâde el-Meydânî el-Guneymî ed-Dımaşkî (ö.1298/1881) el-Lübab fi şerfhi'l-Kitab
- Minhacü'tTalibin veUmdetü-l müttakin Yy. Daru-l Minhac, Cidde, Yt,h.1426, m. 2005.
- Molla Hüsrev Muhammed bin Feramuz bin Ali Rumi (H.885/1480), Dürer ül-Hükkam fi Şerhi Gurer-il-Ahkam, Fazilet neşriyat İstanbul, ty.
- Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) es Siyerül Kebir, İslâm devletler hukukuna dair, Darul kütübül ilmiyye, Birinci baskı 1997-1417.
- Müslimb. Haccâc b. Müslimel-Kuşeyrien-Nişaburi, Ebul-Hüseyin.(v.261/ m.875), el-Müsnedü's- sahihu-l muhtasar mines-sünneni binakli-ladli ani ladli ila Rasülillahi (s.a.v), Yy, Darul marife, Beyrut, h.1419 m.1998.
- Nazariyyatül-fıkhiyye, Darü'l-Kalem, Dimeşk, Yt, 1993.
- Nevevi, Ebu Zekerıyya Yahya b. Şeref b. Müri en-Nevevi (v. 676/1277), Ravzatü't-Talibin veUmdetü'l- müttakin, Yy, Darul fikir, Beyrut, Yt, h. 1415m.1995.

- Nuhoğlu Ayşe, Yenisey Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, yy Beta.
- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2010.
- Oğur, Gönül, Embriyodan İlk İzlenimler Prenatal Tanı, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995.
- Okumuş, Nagehan Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri, 2010, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Yayınevi, İstanbul Ekim 2010.
- Özçelik, Tayfun, Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C21, S.7.S.50. 12.
- Pekcan Ali, İslam Hukuk Teorisine Usuli Yaklaşımlar, Yedi veren Kitap, 1. baskı, Konya, 2009.
- Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. Medeni Usul Hukuku, 14. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.
- Safvan Davudi, Usulü-l Fıkhi kable asri-ttedvin, Yy, Darul Endülüs, Hadra, Cidde, Yt, 1423-2003.
- Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. es-Serahsî (v. 483/1090) el Mabsut, Yy, Darul Marife, Beyrut, Yt, 1993.
- Sted (Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi) 2002.
- Suûd b. Abdî'l-Âlî, el-Mevsuâtü'-Cinaîyyetu'l-İslamî, Yy, Riyâd, Yt, 1427.
- Suyûtî, Ebu'l-Fadl Cemalüddin, el-Eşbâh ve'n-nezâir, Beyrut 1987.
- Suyûtî, Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî eş-Şâfiî (v. 911/1505), el-Eşbah ve'n-nezair fi kava'id ve fûru'i fıkhi'ş-Şafi'iyye, Yy, Mektebetü Nezzar, Mustafa Baz, Riyad, 1418/1997.
- Şaban Zekiyüddin, Usulü-l Fıkh el- İslami, trc. Prof.Dr. İbrahim Kâfi Dönmez, TDV, 2009.
- Şafak, Ali(1990). Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara.(Abdülkadir Ude'ninet-Teşri- u'l-Cinai'l-slami isimli eserinin ter.
- Şafii Muhammed bin İdris bin Abbas (v. 204/820) Yy, er-Risale, Darul Kitabül Arabi, 2. baskı, Beyrut, Yt, 2001/1421.
- Şatıbil İbrahim b. Musa (ö.790/1388) el-Muvafakat, Yy, Dar-ul Marife, Beyrut Yt, 1994/1415.
- Şerhi Maanil Asar. Alemul'kütüb, Yt, 1414.
- Şevkânî Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-Şevkânî es-San'ânî el-Yemenî (v.h. 1250/m.1834) Neylû'l-evtâr şerhuu Münteka'l- ahbâr.
- Şifâü'l-ğalîl fi beyânî's-şebah ve'l-muhîl ve mesâliki't-ta'lîl, matbaatu'l irşad, Bağdat, 1971. s.161.
- Şirbini, Hatib, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî el-Kâhirî Şirbînî (v.977 1570) Muğnil-muhtac, Darul Marife, 1997

- Tahâvî Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933) Şerhu müşkili'l-âşâr Yy, er-Risale, Yt, 1415/1994, Beyrut.
- Tahir b. Aşur, İslam Hukuk Felsefesi, trc. Vecdi Akyüz. İstanbul 1988.
- Tayşi, Kutay-Say, Burhan, 1975, Tıbbi Genetik, Ankara.
- Teshil-ül Feraiz, Tekin Kitap evi Konya, ty, (Sadeleştirme ve notlar Orhan Çeker).
- Tirmizî Ebu İsa Muhammed b.İsa b. Sevre, (v. h.279/m. 892) el-Cami'u's Sahih (Sünenu't- Tirmizi) Yy, Daru-l Ğarbil-İslami, Beyrut, Yt, 1996.
- Turuku'l- hükmiyye, fi Siyaseti's-Şer'iyye, Yy, Daru-lkütüb-ül-Arabiyye, Mısır, Yt, m. 1317.
- UdehAbdülkadir (v.954) et-Teşri'u'l-cina iyyü'l İslami, Yy, Darul katib-elArabi, Beyrut, 1984,
- Vekî Ebu Bekir Muhammed b. Halef b. Hayyan Veki ed-Dabbi, (v.h.306/m. 918)Ahbaru-l Kudat, Yy, Alemü-lkütüb, Kahire, ty.
- Witkowski JA. Milestones in The Development of DNA Technology. In “Forensic DNA Technology” Ed. Farley MA and Harrington JJ. Lewis Publishers.
- Yahudilik Ansiklopedisi, Cilt I, Yusuf Besalel, Gözlem Yayıncılık,2001,s.457-458 - Aynı Eser, Cilt II, S.126.
- Zehebî Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Osmân ez-Zehebî et-Türkmânî el-Fârikî ed-Dımaşkî (v. 748/1348,) siyeru A'lamî'n-nübela Yy, Mektebetül Risale, Beyrut Yt, 1415/1994.
- ZerkaŞeyh Mustafa Ahmed ez-Zerka (v.h.1420/ m.1999) El-Medhal-ül Fıkhi e-la'm, Yy, Daru-l Kalem, Dimeşk, Yt, h. 1418, m. 1998.
- ZuhayliVehbe, (v. 1975), el-Fıkhul-İslâmî ve Edilletuhu, Yy, Daru-lfıkr, Dimeşk, Yt, h.1405, m. 1998.
- Zuhaylî, Muhammed Mustafa, Vesâilü'l-isbât, Yy, Mektebetü Darul Beyan, Dimeşk Yt, h.1414,
- ZeydanAbdülkerim, (v. 2014), El Medhal li dirasetiş şeriatil İslamiyyeYy, Mektebetü-l Beşair, ty.
- Zeylaî(ö. 743/1342) Tebyînü'l-Hakâik, Matbaatu'l-Kübrâ, el-Emiriyye, Bulak, 1317.
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-615>, 10.6.2019.
- <http://www.felsefedersligi.com/FileUpload/op30412/File/man.i.unite.pdf>. 10.6. 2019.
- <http://www.kriminoloji.net/kriminoloji.php>. 10.6. 2019.
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori=10.6. 2019.
- <http://www.ttb.org.tr/index.php/Etik-Kurul/etik-1369.html>.10.6. 2019.
- www.dilekbalik.com/seminer/doktora_ylisans/batmis. 10.6. 2019.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı ve Soyadı : Ali Gün
Doğum Yeri ve Yılı : Konya/1966
Medeni Hali : Evli

Eğitim Durumu:

Lisans Öğrenimi: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

Yabancı Dil(ler) ve Düzeyi :

1. Arapça iyi
2. Almanca orta
3. Farsça orta

İş Deneyimi:

Diyanet İşleri Başkanlığında İmam Hatip.

Konya/Cihanbeyli/Kelhasan Kasbası Erdoğanlar Mah. Cami, 1997-2001.

Konya/Altınekin /Oğuzeli-Soyhan Mah. Camii, 2001-2005.

Konya/Altınekin /Akköy Mah.Camii, 2005-2007.

Konya Altınekin Fatih C. İmam-Hatip 2007 -2009.

Selçuk Eğitim Merkezi Müdürlüğü İmam-Hatip 20.10.2009- 27.08.2012.

Konya Cezaevi Vaizi 27.08.2012- 01.08.2016.

(Yurtdışı Görevlendirme - ALMANYA Karlsruhe Din Hizmetleri Ataşeliği - Diyanet İşleri Türk İslam Kültür Derneği Jahnplatz 2/2 69412 Eberbach - Din Görevlisi) 31.08.2016-31.8.2021.

Hac Ve Umre Görev Bilgisi.

2006 Hac Din Görevlisi.

20013 Umre Kafile Başkanı.

2016 Umre (Yurt Dışı) Kafile Başkanı.

Konya/Cihanbeyli/Kelhasan Kasbası.

2013 Umre Kafile Başkanı 2013.

2013 Umre Kafile Başkanı Başkanı.

2014 Hac Kafile Başkanı.

2016 Umre (Yurt Dışı) Kafile Başkanı