



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
İSLAMİ ARAŞTIRMALAR ENSTİTÜSÜ**

İSLAM CEZA HUKUKUNDA CAYDIRICILIK

Doktora Tezi

Meryem Yılmaz

İslam Hukuku Doktora Programı

Temmuz 2025



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
İSLAMİ ARAŞTIRMALAR ENSTİTÜSÜ**

İSLAM CEZA HUKUKUNDA CAYDIRICILIK

Doktora Tezi

Meryem Yılmaz

İslam Hukuku Doktora Programı

Prof. Dr. Şahban Yıldırım

Temmuz 2025



T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
İSLAMİ ARAŞTIRMALAR ENSTİTÜSÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüzün İslam Hukuku Doktora Programı 195351006 numaralı öğrencisi Meryem Yılmaz'ın hazırladığı “İslam Ceza Hukukunda Caydırıcılık” başlıklı tezi ile ilgili tez savunma sınavı, Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri gereğince / / günü saat 'da yapılmış, tezin onayına oy birliği / oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Başkan : (Ünvanı - Adı Soyadı - İmza)

Jüri Üyesi (Danışman) : (Ünvanı - Adı Soyadı - İmza)

Jüri Üyesi : (Ünvanı - Adı Soyadı - İmza)

Jüri Üyesi : (Ünvanı - Adı Soyadı - İmza)

Jüri Üyesi : (Ünvanı - Adı Soyadı - İmza)

ONAY:

Bu tezin kabulü, Enstitü Yönetim Kurulu'nun / / tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... / /

Prof. Dr. Asım YAPICI

Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

Ceza hukuku tarihinde en fazla tartışılan meselelerden biri caydırıcılıktır. Bütün ceza okulları, düşünce sistemlerinde caydırıcılığa yer vermiş, bazıları onu savunurken bazıları eleştirel bir yaklaşım benimsemiştir. Caydırıcılık, her ne kadar cezanın son derece ağır olması gerektiği fikrini çağırırsa da gerçekte işlevini ancak adil, orantılı ve her türlü işkenceden uzak olması hâlinde yerine getirmektedir.

İslam ceza hukuku, kendine özgü birçok niteliği bulunan, farklı hukuk sistemlerine ilke ve yöntem bakımından katkı sunmuş, vahiy kaynaklı bir hukuk sistemidir. İslam ceza hukukunda caydırıcılık, fakihler tarafından incelenmiş, unsurları, işlevleri ve sınırları kazuistik metoda uygun olarak çeşitli konular çerçevesinde ele alınmıştır. İslam ceza hukukunda caydırıcılık, yalnızca hukuki normlarla değil, ahlaki ve dinî normlarla birlikte şekillenen bir üst ilke konumundadır. Bu niteliğine bağlı olarak cezadan önce suçun ortaya çıkmasını engelleyen idari, adli, sosyal ve psikolojik nitelikte önleyici mekanizmalar öngörülmüştür. Bunlar, suçun önlenmesine yönelik tedbirler arasında birincil derecede önem arz eden uygulamalardır.

Caydırıcılık, tezimizde benimsediğimiz yaklaşıma göre en önemli cezalandırma amacıdır. Gerek klasik fıkıh kaynakları gerek çağdaş İslam hukukçularının görüşleri bu yaklaşımı desteklemektedir. Nitekim birçok cezada kefarete ve eşitlik ilkelerinin askıya alınarak caydırıcılıktan yana hüküm verildiği görülmektedir. Caydırıcılık, had ve kısas cezalarında bizzat Şâri‘ tarafından ölçülü hâle getirilmiş, ta‘zîr cezalarında ise adalete ve şer‘î ilkelere riayet etme şartıyla sınırlandırılmıştır.

Had ve kısas cezaları, caydırıcılığın kesinlik, hızlılık ve şiddet unsurlarının tamamını içermektedir. İslam hukukçuları, cezaların caydırıcılığı konusunda şiddet unsurunu vurgulama eğilimindedir. Ancak İslam ceza hukukunda cezaların kesinliği, en az şiddeti kadar güçlü ve belirleyici bir unsurdur. Nitekim caydırıcılık teorisinde en önemli unsur olarak kabul edilmektedir.

İslam ceza hukukunda suçun ispat şartları son derece sıkı tutulmuş, mahremiyetin korunmasına büyük özen gösterilmiş ve aynı zamanda tövbe kapısı açık bırakılmıştır. Ancak bu durum, caydırıcılığın kesinlik unsurunu zayıflatmamıştır. Zira suç ve cezalar açık bir biçimde tanımlanmış ve ayrıntılı hükümler düzenlenmiştir. Aynı zamanda cezaların adil bir sistemin parçası olduğuna duyulan inancın ve olası ceza bilgisinin Müslüman toplumlarda yüksek olması kesinlik unsurunu desteklemiştir.

Çalışma konumu öneren ve tezime önemli katkılar sunan saygıdeğer danışmanım Prof. Dr. Şahban Yıldırım'er'e, tezimi titizlikle okuyan değerli hocam Prof. Dr. Abdurrahman Yazıcı'ya, araştırmamın her aşamasında ilmini ve yardımını esirgemeyen, çok kıymetli hocam Doç. Dr. Mahmut Samar'a, tezime önemli katkılar sunan değerli hocam Doç. Dr. Cihan Kılıç'a, farklı üniversitelerden jüri üyesi olarak tezime katkı sunan hocalarım Prof. Dr. Murat Şimşek'e ve Prof. Dr. Suat Erdem'e en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Başta Arş. Gör. Rabia Kocataş, Arş. Gör. Rabia Gülşah Birinci ve Arş. Gör. Muhammed Abdullah Haksever olmak üzere akademik hayatımı kolaylaştıran bütün çalışma arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim. Son olarak maddi ve manevi desteklerini her daim hissettiğim anne ve babama, yoğun çalışma dönemlerinde sabırla yanımda olan, sevgileriyle beni güçlü kılan canım kardeşlerime sonsuz teşekkür ediyorum.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	iii
ÖZET.....	vii
ABSTRACT.....	viii
SİMGELER ve KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1
1. KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
2. KONUNUN SUNULMASI.....	3
3. YÖNTEM VE KAYNAKLAR	4
4. LİTERATÜR DEĞERLENDİRMESİ	6
BİRİNCİ BÖLÜM.....	13
CEZALANDIRMANIN TEMELİ VE CAYDIRICILIK İLKESİ.....	13
1.1. CEZA DÜŞÜNCESİNİN UĞRADIĞI DÖNÜŞÜM	13
1.1.1. Klasik Okul	14
1.1.1.1. Mutlak Adalet Teorisi.....	14
1.1.1.2. Sosyal Fayda Teorisi	16
1.1.2. Karma Teori	19
1.1.3. Biyolojik Okul/Pozitivist Okul	21
1.1.4. Diğer Teoriler.....	23
1.1.5. Çağdaş Ceza Hukuku.....	25
1.1.6. Ceza Teorilerinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	27
1.2. CAYDIRICILIK TEORİSİ.....	31
1.2.1. Caydırıcılığın Unsurları	33
1.2.1.1. Kesinlik	33
1.2.1.2. Hızlılık.....	34
1.2.1.3. Şiddet.....	36
1.2.2. Caydırıcılığın İşlevleri	38
1.2.3. Caydırıcılığın Suçluluk Üzerindeki Etkisi	40
1.2.3.1. Suç Korkusu ve Caydırıcılık İlişkisi	42
1.2.4. Caydırıcılığı Etkileyen Faktörler	44
İKİNCİ BÖLÜM	47
İSLAM CEZA HUKUKUNDA CAYDIRICILIK İLKESİ.....	47
2.1. CAYDIRICILIK İLKESİNİN HUKUKİ KAYNAĞI.....	54

2.1.1. Şer'î Naslarda Caydırıcılık	54
2.1.2. Caydırıcılıkla İlişkili Külli Kaideler	56
2.2. CAYDIRICILIK ANLAMI TAŞIYAN KAVRAMLAR.....	59
2.2.1. Zevâcir ve Cevâbir Ayrımı	63
2.2.2. Caydırıcılık Hikmeti	66
2.2.2.1. Hikmetle Ta'lil	66
2.2.2.2. Cezalarda Kıyas.....	73
2.2.2.3 Değerlendirme	75
2.2.3. Caydırıcılığın Unsurları	76
2.2.4. Caydırıcılığın İşlevleri	79
2.2.4.1. Genel Caydırıcılık	79
2.2.4.2. Özel Caydırıcılık	83
2.2.5. Caydırıcılığın Suçluluk Üzerindeki Etkisi	87
2.2.5.1. Suçlunun Sosyal Konumu	87
2.2.5.2. Ekonomik Caydırıcılık	91
2.2.6. Caydırıcılığı Etkileyen Faktörler	94
2.2.6.1. Suçun Yaygınlık Arz Etmesi.....	94
2.2.6.2. Ceza İnfazında Vekâlet	96
2.3. MANEVİ CAYDIRICILIK.....	98
2.3.1. İnanç ve Ahlak	98
2.3.2. Allah Hakkı-Kul Hakkı.....	102
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	105
İSLAM CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN CAYDIRICILIĞI.....	105
3.1. HAD CEZALARINDA CAYDIRICILIK.....	105
3.1.1. Zina	107
3.1.1.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	107
3.1.1.2. Zina Cezasında Caydırıcılık	108
3.1.2. Zina İftirası (Kazf)	115
3.1.2.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	115
3.1.2.2. Kazf Cezasında Caydırıcılık.....	117
3.1.3. Hırsızlık (Sirkat)	122
3.1.3.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	122
3.1.3.2. Hırsızlık Cezasında Caydırıcılık	123
3.1.4. Yol kesme (Hırâbe).....	128
3.1.4.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	128

3.1.4.2. Yol Kesme Cezasında Caydırıcılık.....	130
3.1.5. İçki İçme	134
3.1.5.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	134
3.1.5.2. İçki İçme Cezasında Caydırıcılık	135
3.1.6. İrtidat.....	137
3.1.6.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	137
3.1.6.2. İrtidat Cezasında Caydırıcılık.....	138
3.1.7. Bağy	140
3.1.7.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	140
3.1.7.2. Bağy Cezasında Caydırıcılık.....	142
3.2. KISAS CEZALARINDA CAYDIRICILIK.....	143
3.2.1. Kisas.....	143
3.2.1.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	143
3.2.1.2. Kisas Cezasında Caydırıcılık	144
3.2.2. Diyet.....	157
3.2.2.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	157
3.2.2.2. Diyetle Caydırıcılık.....	158
3.2.3. Hata ile İşlenen Cinayetlerde Caydırıcılık.....	160
3.2.3.1. Kefaret.....	160
3.2.3.2. Âkile.....	161
3.3. TA'ZİR CEZALARI	163
3.3.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı	163
3.3.2. Ta'zîr Cezalarında Caydırıcılık.....	167
3.3.2.1. Ta'zîr Cezasında Şiddet.....	167
3.3.2.2. Ta'zîr Cezası Çeşitleri ve Caydırıcılık	169
3.3.3. Ta'zîr Cezasında Takdir ve İnfaz Yetkisi	188
3.3.3.1. Takdir Yetkisi.....	188
3.3.3.2. İnfaz Yetkisi.....	190
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	192
CAYDIRICILIKLA İLİŞKİLİ ÇEŞİTLİ MESELELER.....	192
4.1. CEZALARIN ŞÜPHEYLE DÜŞMESİ.....	192
4.1.1. Gizlilik	204
4.1.2. Tövbe ve Pişmanlık.....	207
4.1.3. Şüphe İlkesi ve Had Cezalarının Sembolik Olduğu İddiası.....	213
4.2. CEZA İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER VE CAYDIRICILIK İLİŞKİSİ.....	220

4.2.1. Zaman Aşımı.....	220
4.3. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN SEBEPLER VE CAYDIRICILIK.....	224
4.3.1. Fiziksel Sağlık/Bedenin Sağlıklı Olması	224
4.3.2. Akıl ve Ruh Sağlığı.....	225
4.5. CEZA NORMLARININ UYGULAMA ALANI VE CAYDIRICILIK İLİŞKİSİ.....	231
4.5.1. Kişi Bakımından: Devlet Başkanının Had Suçu İşlemesi.....	231
4.5.2. Yer Bakımından: Dârül-İslam -Dârül-Harp.....	232
4.6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE CAYDIRICILIK İLİŞKİSİ	233
4.6.1. Tedahül/İçtima	233
4.6.2. İştirak	236
4.6.3. Suça Teşebbüs.....	246
4.7. CEZA MUHAKEMESİYLE İLGİLİ HUSUSLAR VE CAYDIRICILIK	249
4.7.1. İşkence ve Tehdit	249
4.7.2. Kanuni İspat Sistemi ve Caydırıcılık İlişkisi	252
4.8. İNFAZ VE CAYDIRICILIK.....	255
4.8.1. İnfaz Usulü.....	255
4.8.2. İnfaz Şiddeti	259
SONUÇ	261
KAYNAKÇA	270
ÖZGEÇMİŞ	287

ÖZET

İslam hukukunda zarûrât-ı hamse olarak adlandırılan din, can, akıl, nesil ve malın korunması temel amaçlardır. Bu maslahatları dünyada koruyan eyleme dönük araçlar ise caydırıcı cezalardır. İslam hukukunda cezalar, faydacı ve geleceğe dönük bir yapı sergiler. Bütün ceza türlerinde birincil amaç caydırıcılıktır. Bununla birlikte caydırıcılık yalnızca hukuki normlara dayanmaz. Kökleşmiş ahlaki normlar ve vahiy kaynaklı hükümlerin sağladığı güçlü bir içsel denetimle desteklenir. Dolayısıyla İslam ceza hukukunda caydırıcılık, ceza tehdidinin yanı sıra dinî ve ahlaki bilinç ile şekillenir. Had ve kısas cezaları, caydırıcılığın kesinlik, hızlılık ve şiddet unsurlarının tamamını bünyesinde barındırır. Ta'zîr cezaları ise hâkimin takdir yetkisinde olduğu için kesinlik ilkesine yeterince uyum sağlamaz ve had cezasının miktarını geçmesi caiz görülmediği için sınırlı bir caydırıcı etkiye sahiptir. Had ve kısas cezalarında genel caydırıcılık işlevi, ta'zîr cezalarında ise özel caydırıcılık işlevi ön plana çıkmaktadır. İslam hukukçuları, ceza hukuku konularının neredeyse tamamında caydırıcılığın hangi koşullar altında etkili olabileceğini, kapsam ve sınırlarını tartışmışlardır.

Anahtar Kelimeler: Caydırıcılık, Hikmet, Had, Kısas, Ta'zîr, Tövbe, Şüphe.

ABSTRACT

In Islamic law, the protection of religion, life, mind, progeny, and property, referred to as the essential requirements (zaturat-i hamsa), are the primary objectives. The action-oriented tools that protect these interests in the world are deterrent punishments. In Islamic law, punishments exhibit a utilitarian and future-oriented structure. The primary purpose of all punishments is deterrence. However, deterrence is not solely based on legal norms. It is supported by a strong internal control provided by deeply rooted moral norms and divinely inspired rulings. Therefore, deterrence in Islamic criminal law is shaped by religious and moral awareness, as well as the threat of punishment. Hadd and retaliation punishments embody all the elements of deterrence: certainty, swiftness, and severity. Ta'zir punishments, on the other hand, fall short of the judge's discretion, thus failing to fully comply with the principle of finality and, because exceeding the hadd penalty is not permissible, have a limited deterrent effect. The general deterrent function of hadd and retaliation punishments is prominent, while the specific deterrent function of tazir punishments is prominent. Islamic jurists have discussed the conditions under which deterrence can be effective, its scope and limits in almost all criminal law matters.

Key Words: Deterrence, The Divine Wisdom, Had, Qisas, Tazir, Repentance, Doubt.

SİMGELER ve KISALTMALAR LİSTESİ

ABD :Amerika Birleşik Devletleri

Bk. :Bakınız

c. :Cilt

Hız. :Hazreti

nşr. :Neşreden

ö. :Ölümü

s. :Sayfa

TDV :Türkiye Diyanet Vakfı

thk. :Tahkik eden

trc. :Tercüme eden

ts. :Tarihsiz

vb. :Ve benzeri

vd. :Ve diğerleri

GİRİŞ

1. KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Bu tezin amacı, İslam ceza hukukunda caydırıcılık ilkesini, hukuki ve felsefi yönleriyle ele almaktır. Batı ceza hukuku doktrinde caydırıcılık, ceza tehdidi yoluyla suç işleme eğilimindeki bireylerin bu davranıştan vazgeçirilmesi ve suç işleme olasılıklarının azaltılmasını hedefleyen bir teoridir. Genel ve özel caydırıcılık olmak üzere caydırıcılığın iki görünümü bulunmaktadır. Genel caydırıcılık, suçluya uygulanan cezanın toplumun geri kalanı üzerinde benzer suçlardan uzak durma yönünde etki etmesidir. Özel caydırıcılık ise suça karışmış bireyin, uygulanan ceza sonucunda yeniden suç işlemekten alıkonulmasıdır. Özel caydırıcılık, ıslah ve rehabilitasyona amaç bakımından benzese de ıslah düşüncesinden farklı olarak suçluyu te'dib etme veya topluma yeniden kazandırma anlamı taşımaz. Ancak İslam ceza hukukunda ıslah ve rehabilitasyon, ceza tehdidiyle sağlanan özel caydırıcılık düşüncesinden ayrı bir yere konumlandırılmaz. Genel caydırıcılık, kriminoloji alanındaki gelişmelerle birlikte, bireye uygulanan cezanın toplumun geri kalanında korku uyandırarak suç işlemeyi önlemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Bu yaklaşım, caydırıcılığın toplum üzerinde beklenen etkiyi yaratmadığını ve bu yöntemin etkisiz olduğunu öne sürmektedir.

Caydırıcılık, literatürde zaman zaman “önleme” (prevention) terimiyle de ifade edilmektedir. Ancak önleme, yalnızca hukuki değil, aynı zamanda sosyolojik bir kavram olup; suçun işlenmesini engellemeye yönelik her türlü idari, adli, sosyal ve psikolojik tedbiri içermektedir. Bu nedenle, suçu önlemeye ilişkin çalışmalar oldukça geniş kapsamlıdır. Bu çalışmalarda ele alınan pek çok suç önleme yaklaşımından biri de cezalandırma yoluyla suçun önlenmesidir. Bu yaklaşımda, caydırıcılık teorisi ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte, İslam hukukunda suçu önleme yolları bu tezin kapsamı dışında bırakılmıştır.

İslam hukukçularının, genel caydırıcılık düşüncesinin varlığına delil olarak öne sürdükleri ayetlerin başında Nisa, 4/2'deki “*Mü'minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.*” ayeti gelmektedir. Birçok müfessir ve fakih, toplum için caydırıcı ve ibret verici olması maksadıyla bir grubun izlemesinin emredildiğini, ayrıca infazın kurallarına uygun

yapılıp yapılmadığının da bu sayede denetleneceğini ifade etmiştir. Ancak buradaki asıl maksadın caydırıcılık olduğu ve bu hükmün şahitlikten farklılık arz ettiği düşüncesi ön plana çıkmaktadır.

Bu çalışmada, cezanın ağırlaştırılması, işkence, adaletin gecikmesi, infazın kesinliği ve uygulanma şekliyle ilgili tezin farklı bölümlerinde incelenmiştir. Cezaların ağır oluşu, İslam ceza hukukunun maksatlarını ele alan çalışmalarda en önemli caydırıcılık unsuru olarak gösterilmiştir. Ancak günümüzde yapılan araştırmalar, caydırıcılıkta cezaların kesinliği unsurunun, ağırlığından daha önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

İslam ceza hukukunda şüphe ilkesinin, caydırıcılığın temel unsurlardan biri olan kesinliğe etkisini anlamak son derece önemlidir. Bu bağlamda had cezalarının nasıl bir caydırıcılığa hizmet ettiği veya bu caydırıcılığın sembolik bir boyut taşıyıp taşımadığı meselesi, yeniden tartışılmaya ihtiyaç duymaktadır. İnfazın uygulanma biçimi hem ceza adaleti hem de caydırıcılık açısından önem arz eden başka bir meseledir. Özellikle cezanın aleniliği konusu, yukarıda değinilen ayet-i kerime bağlamında ele alınarak İslam hukukunda suçlunun alenen cezalandırılmasının ne anlama geldiği açıklanmıştır.

Çalışmamızda, İslam hukukunda yer alan üç temel ceza türü olan had, kısas ve ta'zîr cezaları incelenmiştir. Cezai niteliği tartışmalı olan kefaret hükümlerine ise yalnızca hataen adam öldürme bağlamında değinilmiştir. Tarih boyunca Müslüman devletler tarafından uygulanan ta'zîr cezası örnekleri kapsam dışı bırakılmış; bu cezalar yalnızca teorik düzeyde ele alınarak caydırıcılık yönüyle değerlendirilmiştir. Bu tercihimizin temel nedeni, ta'zîr cezalarının yapısı gereği hâkimin takdirine bırakılmış olması ve tarihsel uygulamalarda zaman zaman maksat dışı kullanımlara rastlanılmasıdır. Bu durum, İslami ilkelere uygun cezaları uygun olmayanlardan ayırmayı oldukça güçleştirmekte; dolayısıyla teorik bir sınırlandırmayı gerekli kılmaktadır.

Tezimizde, günümüzde bazı Müslüman ülkelerde uygulandığı ileri sürülen İslam ceza hukuku pratiklerine, istisnai durumlar dışında yer verilmemiştir. Zira bu uygulamaları esas alarak teori üretmeye çalışmak, hem metodolojik açıdan sağlıklı sonuçlara yol açacak hem de verilerin güvenilirliğini tartışmalı hâle getirecektir. Bu bağlamda, ilgili ülkelerde ceza hukukuna ilişkin uygulamaların büyük ölçüde siyasi iradenin yönlendirmesiyle şekillendiği ve İslami olduğu iddiasının sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz.

İslam ceza hukukunda caydırıcılık konusuna dair çeşitli çalışmalar yapılmış olmakla birlikte, bu tezde amaçladığımız kapsam ve ayrıntı düzeyinde bir çalışmaya rastlanmamıştır. Zira ceza hukukunda caydırıcılık, çoğunlukla cezalandırmanın amacını açıklayan teorilerden biri olarak

ele alınmakta; bu nedenle konuya dair müstakil incelemeler sınırlı kalmaktadır. Mevcut çalışmaların önemli bir kısmı saha araştırmalarına dayanmaktadır. Bu tez, İslam ceza hukukunda caydırıcılık konusunu çağdaş bir bakış açısıyla ele alarak literatüre katkı sağlamayı ve bu alanda araştırma yapmak isteyenler için kaynak teşkil etmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada, İslam ceza hukukunda caydırıcılığın cezalandırma amaçları arasındaki yeri ve önemi tespit edilmeye çalışılmış; ayrıca farklı ceza türlerinin bu amacı nasıl ve ne ölçüde gerçekleştirdiği ortaya konmuştur. Caydırıcılık ilkesi, teorik ve uygulamaya ilişkin tartışmalı yönleri sebebiyle, İslam ceza hukuku bağlamında ayrıntılı ve disiplinler arası bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Zira İslam ceza hukukunun adalet anlayışını bütün yönleriyle kavrayabilmek için caydırıcılığın sınırlarını doğru tespit etmek şarttır.

2. KONUNUN SUNULMASI

Tezimiz dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Batı’da ceza hukuku felsefesinin yaşadığı dönüşümü ele aldık. Bu bağlamda ortaya çıkan ceza hukuku okullarına ve onların temel iddialarına yer verdik. Ardından bu okulların fikirlerini İslam ceza hukuku açısından değerlendirdik. Klasik okuldan neşet eden, 1960’lı yıllarda etkinliği ve sınırları yeniden kurgulanmış, Caydırıcılık teorisine ve bu teorinin suç sosyologları ve psikologları tarafından eleştiriye tabi tutulan ayrıntılı olarak yer verdik.

İkinci bölümde İslam ceza hukukunda caydırıcılık hakkındaki temel fikirleri aktardık. Caydırıcılık ilkesinin Kur’an ve sünnetteki yerine, caydırıcılık anlamı taşıyan kavramlara (red‘, zecr, men ve nekâl) yer verdik. Furûk ve kavâid literatüründe ele alınan caydırıcı hükümler (zevâcir) ve telafi edici hükümler (cevâbir) ayrımını ele aldık. Fıkıh usulünde ele alınan hikmetle ta’lil problemine yer verdik. Bu konuya yer vermemizin iki temel nedeni bulunmaktadır. Birincisi, bu bağlamda verilen örneklerin caydırıcılığın fıkıh usulü literatüründe bir hikmet olarak kabul edildiğini göstermesi ve bu hikmetin kapsamı ile sınırlarına dair önemli ipuçları sunmasıdır. İkincisi ise caydırıcılık ilkesinin bir hikmet olarak kabul edilmesi durumunda, bu ilke ile ta’lil yapmanın imkânı ve sınırları hakkında fikir edinilmesini sağlamasıdır.

Batı ceza hukukunda caydırıcılık teorisi bağlamında ele alınan caydırıcılığın işlevleri, temel unsurları, suçluluk üzerindeki etkisi ve caydırıcılığı etkileyen faktörler, İslam ceza hukuku perspektifinden değerlendirilmiştir. Bu bağlamda İslam ceza hukukunun yalnızca hukuki değil, aynı zamanda ahlaki ve dini temellere dayanan manevi caydırıcılık yönü, farklı boyutlarıyla incelenmiştir.

Üçüncü bölümde İslam ceza hukukundaki had cezaları, adam öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin kısas, diyet ve ta'zîr cezalarının mahiyeti ve hukuki dayanakları ele alınmış; ardından bu cezaların caydırıcılık yönü incelenmiştir. Had cezası niteliği tartışmalı olan bağy ve irtidat cezaları da cumhurun görüşüne uygun olarak had cezaları kapsamında ele alınmıştır. Ayrıca hataen işlenen cinayetlerde uygulanan kefarete ve âkile sistemi tanıtılmış ve bu sistemin caydırıcılık bakımından taşıdığı değer ortaya konmuştur. Ta'zîr cezaları bağlamında ise cezanın şiddeti, ceza türlerinin caydırıcılıktaki yeri, takdir ve infaz yetkisi gibi başlıklar ayrıntılı biçimde değerlendirilmiştir.

Dördüncü bölümde İslam ceza hukukunda caydırıcılıkla alakalı yoğun tartışmaların yaşandığı konular ele alınmıştır. Bu kapsamda; cezaların şüpheyle düşmesi, ceza ilişkisini sona erdiren sebeplerden zaman aşımı, yer ve kişi bakımından ceza normlarının uygulama alanı, kusurluluğu etkileyen sebeplerden akıl ve beden sağlığı, suçun özel görünüş şekilleri olan tedahül, içtima ve suça teşebbüs, ceza muhakemesiyle ilgili hususlar ve infazda caydırıcılıkla ilgili önemli meseleler değerlendirilmiştir.

3. YÖNTEM VE KAYNAKLAR

Bu tezde, nitel araştırma yöntemi benimsenmiştir. Bu bağlamda metin merkezli analiz yapılmış ve mukayeseli hukuk yaklaşımı esas alınmıştır. Öncelikle klasik fıkıh literatüründeki temel kaynaklardan faydalanılmıştır. Hanefî mezhebi bağlamında Serahsî'nin *el-Mebsût*'u, Merğînânî'nin *el-Hidâye fî şerh Bidâyeti'l-mübtedî* eseri, İbn Âbidîn'in *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*'ı; Şafîî mezhebinden Gazzâlî'nin *el-Vasit*'i, Nevevî'nin *Ravdatu't-Tâlibîn*'i ve *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzebe*'i, Cüveynî'nin *Nihâyetü'l-Matlab fî Dirâyeti'l-Mezheb*'i; Mâlikî mezhebinden İbn Rüşd el-Hafîd'in *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*'i; Muhammed İlîş'in *Mevâhibu'l-celîl fî şerhi Muhtasari'l-Halîl* adlı eseri, Hanbelî mezhebinden ise İbn

Kudâme'nin *el-Muğnî*'si ile Behûtî'nin *Keşşâfû'l-Kınâ* adlı eserleri temel başvuru kaynakları arasında yer almıştır.

Muhakeme usulü alanında İbn Ferhûn'un *Tebşiratü'l-hükkâm'ından* ve Alâeddin et-Trablusî'nin *Muînu'l-hükkâm* adlı eserinden; ahkâmu's-sultâniyye türünde yazılmış Mâverdî'nin *el-Ahkâmu's-sultâniyye* eserinden, İbn Kayyim el-Cevziyye'nin *et-Turuku'l-hükmiyye* eserinden, Cüveynî'nin *el-Giyâsî* adlı eserinden, İbn Teymiyye'nin *es-Siyâsetü's-şer'iyye* adlı eserinden, Ebû Yusuf'ın *Kitâbu'l-Harâc*'ından istifade edildi.

Bunun yanı sıra çağdaş dönemde kaleme alınmış bazı önemli çalışmalardan da istifade edilmiştir. Özellikle Abdulkadir Üdeh'in *et-Teşrîu'l-Cinâiyyu'l-İslâmî*, Ebû Zehrâ'nın *el-Ukûbe ve el-Cerîme* isimli eserleri ile Behnesî'nin *el-Ukûbe fî fîkhi'l-İslâmî* ve *et-Ta'zîr fî'l-fîkhi'l-İslâmî* adlı çalışmaları bu bağlamda dikkate alınmıştır.

İkincil kaynaklar açısından ise çalışmada en fazla müracaat edilen eserler, İslam ceza hukuku felsefesine dair kaleme alınan çağdaş incelemeler olmuştur. Mohammad Hashim Kamâlî'nin *Crime and Punishment in Islamic Criminal Law: A Fresh Interpretation*, Muhammed Selim Avvâ'nın *The Theory Of Punishment in Islamic Law: A Comparative Study*, Abdulmecid Kara'nın *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*, Luqman Zakariyah'nın *Legal Maxims in Islamic Criminal Law: Theory and Applications* adlı eserleri bu kapsamda öne çıkan kaynaklar arasındadır.

İslam ceza hukukunda şüphe kavramına ilişkin olarak Intisar Rabb'in *Doubt in Islamic Law: A History of Legal Maxims, Interpretation, and Islamic Criminal Law* adlı eseri ile Mansur el-Hafnâvî'nin *eş-Şübehât ve eseruhâ fî'l-fîkhi'l-İslâmî* ve Sabri Erturhan'ın *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı* başlıklı çalışmasından faydalanılmıştır.

İspat meselesine dair Sahip Beroje'nin *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar* adlı eserinden ve Behnesî'nin *Nazariyyetü'l-isbât fî fîkhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî* adlı çalışmasından; suça iştirak ve içtima konularında Sabri Erturhan'ın *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak* ve *İslam Ceza Hukukunda İçtima* adlı çalışmalarından; suça teşebbüs konusuna ilişkin olarak ise Adem Çiftçi'nin *İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* adlı eserinden istifade edilmiştir.

İslam hukuk usulü alanında Gazzâlî'nin *el-Mustasfâ ve Şifâ'ü'l-ğalîl* eserlerinden, Âmidî'nin *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Abdülazîz el-Buhârî'nin *Keşfü'l-Esrâr fî Şerhi Usûli'l-Pezdevî* ve Fahreddîn er-Râzî'nin *el-Mahsûl* adlı eserlerinden istifade edilmiştir. Konumuzla ilgili olarak

ele aldığımız ayetlerin yorumlanmasında *ahkâmu'l-kur'ân* türü tefsir eserlerine; hadislerin değerlendirilmesinde ise güvenilir hadis külliyyatına başvurulmuştur.

Batı ceza hukukunda cezalandırmanın temeli hakkındaki görüşleri ve caydırıcılık teorisini ele alırken, Sahir Erman ve Sulhi Dönmezer'in *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Osman Dolu'nun *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji*, Dilara Yıldırım'ın *Cezalandırmanın Amacının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi* adlı eserlerinden; Cesare Beccaria'nın *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinden, Jeremy Bentham'ın, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, Cesare Lombroso'nun *Suçlu İnsan*, Raffaele Garofalo'nun *Kriminoloji Suç, Suçlu ve Ceza* adlı eserlerinden yararlandık.

Caydırıcılık teorisinin işlevselliğine eleştirel bir bakış sunan eserler arasında, suç psikolojisi alanında Russil Durrant'ın *An Introduction to Criminal Psychology*, suç sosyolojisi alanında ise Zahir Kızmaz'ın *Suç Önleme: Çağdaş Yaklaşımlar* adlı çalışmalarından sıkça faydalanılmıştır.

4. LİTERATÜR DEĞERLENDİRMESİ

*Cezalarda Caydırıcılık İlkesi: İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese*¹ adlı Şükrü Selim Has'a (ö. 2018) ait çalışma, İslam ceza hukukunda caydırıcılık konulu tek Türkçe kitap çalışmasıdır. Eser dört bölüme ayrılmaktadır. Birinci bölümde öncelikle suç kavramı, lügat ve ıstılah anlamıyla ele alınmış ardından suçların tasnifi başlığında had cezasını gerektiren suçlar, adam öldürme ve yaralama suçları ile ta'zîr suçlarına yer verilmiştir. İkinci bölüm cezayı ele almıştır. Bu bölümde cezanın lügat ve ıstılah manaları, cezaların tasnifi, suçun büyüklüğüne veya naslarla belirlenmesi durumuna göre cezalar, cezaların özellikleri, işlev ve gayeleri aktarılmıştır. Konuya giriş mesabesinde görülebilecek ilk iki bölümden sonra üçüncü bölümde caydırıcılık konusu ele alınmıştır. İslam hukukunda cezalarda caydırıcılık ilkesinden ana hatlarıyla bahsedilmiş, ardından had ve kısas cezalarında caydırıcılık konusu genel ve özel caydırıcılık kısımlarına ayrılarak incelenmiştir. Dördüncü bölüm, modern hukukta caydırıcılık konusunu ele almıştır. Bu bölümde caydırıcılık ilkesini savunanların ve karşı çıkanların

¹ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi: İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese* (Kayseri: Erciyes Üniversitesi Yayınları, 2016).

görüşlerine yer verilmiş, ardından sonuç ve değerlendirme kısmında caydırıcılığın cezalandırmanın temel gayelerinden biri olduğu, bu konuda Batı hukukunun İslam hukukuna paralel düşüncelere sahip olduğu savunulmuştur. Bu eserde İslam ceza hukukunda caydırıcılık konusu ilk defa mukayeseli bir şekilde ele alınmış ve caydırıcılığın iki ana işlevi olan genel ve özel caydırıcılık, ceza türleri kapsamında incelenmiştir. Bununla birlikte tezimizde ele aldığımız gibi farklı meselelerin caydırıcılıkla ilişkisi kurulmamış ve Batı ceza hukuku düşüncesinde caydırıcılıkla ilgili yer verilen caydırıcılığın suçluluk üzerindeki etkisi, caydırıcılığı etkileyen faktörler gibi konulara değinilmemiştir.

Nazım Büyükbaş'a ait "İslam Ceza Hukukunda Haddlerin Caydırıcılığı"² adlı makale, İslam ceza hukukunda caydırıcılıkla alakalı tek Türkçe makaledir. Bu makalede caydırıcılık ilkesiyle ilgili genel bir bakış ortaya konulduktan sonra caydırıcılık açısından cezaların aleniliği meselesi alt başlık olarak verilmiş ve kısaca ele alınmıştır. Burada İslam ceza hukukunda caydırıcılığa etki eden, cezanın genelliği ve adaletin hızlıca yerine getirilmesi gibi bazı faktörlere değinilmiş ancak bunlardan biri olan cezanın aleniliği meselesi ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir. Ardından had cezalarında caydırıcılık başlığında zina, recm, celde, sürgün, hırsızlık, yol kesme, zina iftirası, içki içme, irtidat ve bağı cezalarında genel ve özel önleme gayeleri ele alınmıştır. Değerlendirme kısmında caydırıcılığın genel ve özel önleme işlevlerinden bahsedilmiştir. Makalede ağırlıklı olarak klasik İslam hukuku kaynaklarına başvurulmuştur. Bu çalışma, İslam ceza hukukunda caydırıcılığı doğrudan ele alan tek Türkçe makale olması nedeniyle son derece önemlidir. Ancak caydırıcılık ilkesi bağlamında İslam hukukçuları arasındaki derin tartışmalara yer verilmemiştir. Bizim çalışmamızda ise fıkıh kaynaklarındaki caydırıcılık tartışmalarına hem ceza türleri hem de cezaya ilişkin farklı meseleler ekseninde yer verilmiş; buna ek olarak modern ceza hukuku kaynaklarından istifade edilmiştir.

İslam ceza hukukunda caydırıcılık konusunu doğrudan ele alan yabancı dilde çalışmalar oldukça sınırlıdır. Ayrıca mevcut çalışmaların çoğu, konuyu teorik bir çerçevede ele almak yerine, uygulamaya yönelik incelemeler yapmıştır. Tezimizde günümüz İslam ülkelerindeki uygulamaları referans almasak da, bu çalışmalarda ortaya konan teorik çerçeveden yararlandık. Bu çalışmalar, aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

² Nazım Büyükbaş, "İslam Ceza Hukukunda Haddlerin Caydırıcılığı", *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/2 (01 Aralık 2013), 97-126.

“A critical study on the role of Islamic Criminal Law and Deterrence of Crimes in Malaysia”³ isimli yüksek lisans tezinin ilk bölümünde, araştırma konusu tanıtılmış. İkinci bölümünde ise “İslam Ceza Hukukuna Göre Hırsızlık Cezasının Caydırıcı Etkileri Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme” başlığıyla İngiltere ve Malezya ceza kanunları karşılaştırılarak caydırma etkileri mercek altına alınmıştır. Üçüncü bölümde “Adam Öldürme Suçunun Cezasının Caydırıcı Etkileri Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme” başlığıyla Malezya’daki kanunlarda ve İslam ceza hukukunda adam öldürme suçu, idam cezası hakkında yapılan literatür değerlendirmesi, cinayetin kriminolojik açıklaması, genel ve özel caydırıcılık açısından elde edilen bulgular ve bunların tartışılması meselelerine yer verilmiştir. “Tecavüz ve Cinsel Saldırıları Konusunda İslam Ceza Hukukunun Caydırıcı Etkileri Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme” başlığını taşıyan dördüncü bölümde Malezya ceza kanunlarında ve İslam ceza hukukunda cinsel saldırı suçu ele alınmıştır. Tezin sonuç kısmında, suçların toplumsal düzensizliklerin etkisiyle arttığı, modern ceza yasalarının suçları caydırma noktasında etkisiz kaldığını, İslam ceza hukukunun mal varlığına yönelik suçları caydırma konusunda daha başarılı olduğu vurgulanmıştır. Cinayet ve tecavüz suçlarının ise anlık öfke ve psikolojik sebeplerle işlenmesinin bu suçlar için ağır cezaların caydırıcı etki yaratmasını engellediği ifade edilmiştir. Ayrıca cezaların yanı sıra özellikle psikolojik problemi olan suçlular için ıslah ve rehabilitasyonun önemine dikkat çekilir.

Kanaatimize göre bu yüksek lisans tezinde incelemeyi amaçlanan konuların kapsamı gereksiz şekilde geniş tutulmuş ve bu durum, derinlemesine analiz yapılmasını zorlaştırmıştır. Kitabın ikinci bölümünde hırsızlık suçu, Malezya kanunları, İslam ceza hukuku ve İngiltere kanunları ile karşılaştırılmıştır. Bunun yanı sıra anket yoluyla İslam ceza hukukunun genel ve özel caydırıcılık etkisi incelenmiştir. Birçok mesele üzerine vaka analizleri yapılmış ancak bu durum, tezin derli toplu bir görünümünden uzak olmasına sebebiyet vermiştir. Ele alınan konuların üzerinde yeterince durulmadığı ve derin tartışmalara girilmediği görülmektedir. Ayrıca kitabın bölümlerinde ele alınan konular arasında tutarsızlıklar tespit edilmiştir. İkinci bölümde İngiltere, karşılaştırmaya dahil edilmiş, bunun sebebi açıklanmamıştır. Cinayet suçunu ele alan üçüncü bölümde literatür değerlendirmesi yapılmış, diğer suçlar için aynı yaklaşım benimsenmemiştir. Ayrıca cinsel saldırı suçu, ta‘zîr cezasının konusu olması ve hâkimin takdir yetkisine bırakılması ya da cezasının kanun yoluyla tayin edilmesi bakımından İslam ceza hukukunun caydırıcılık etkisini açık bir şekilde ortaya koymaya uygun bir örnek değildir. Bizim

³ Ravindhran Kutty Krishnan, *A Critical Study on the Role of Islamic Criminal Law and Deterrence of Crimes in Malaysia* 2009.

tezimiz pozitif kanunlarla karşılaştırma içermemektir. Batı ceza hukukundaki caydırıcılık teorisiyle yapılan mukayese sınırlı tutulmuştur. İslam ceza hukukundaki caydırıcılık düşüncesi bütün ceza türleri açısından ayrıntılı ve teorik olarak incelenmiştir.

İslam ceza hukukunda caydırıcılığa dair kaleme alınan dikkat çekici çalışmalardan biri, Moemen Gouda'ya ait "Stealing More is Better? Marginal Deterrence in Islamic Criminal Law of Theft"⁴ başlıklı makaledir. Yazar bu çalışmada, marjinal caydırıcılık teorisi çerçevesinde, İslam ceza hukukunda toplumsal zararı görece düşük olan suçların (örneğin hırsızlık) daha ağır; buna karşın zimmete para geçirme, dolandırıcılık veya rüşvet gibi daha büyük zarara yol açan suçların ise daha hafif şekilde cezalandırıldığını ileri sürmektedir. Bu nedenle suçluların, daha ağır sonuçlar doğuran ancak daha hafif cezalandırılan ikinci tür suçlara yönelme eğiliminde olacağını ve böylece suçun ekonomik maliyetinin artacağını savunur. Yazar, bu ceza sistemini verimsiz bulmakta ve bunu, İslam fihhının hırsızlık suçuna ilişkin hükümlerinin, henüz bazı önemli ekonomik ve hukuki kavramların tam olarak gelişmediği toplumsal koşullarda şekillenmiş olmasıyla açıklamaktadır. Bu nedenle, özellikle ağır suçlar karşısında mevcut sistemin yeterince caydırıcı olmadığını iddia etmektedir.

Gouda, İslam ceza hukukunun bu haliyle çağdaş İslam ülkelerinde uygulanmasının, toplum için daha zararlı suçların artmasına yol açabileceğini belirtmektedir. Bu gerekçeyle, İslam'da hırsızlık suçuna ilişkin ceza hükümlerinin modern bir yaklaşımla yeniden yorumlanması ve yeniden kodlanması gerektiğini savunur. Ayrıca, İslam hukukunu ele alan çalışmalarda genellikle yalnızca genel ve özel caydırıcılık kavramlarına yer verildiğini; ancak marjinal caydırıcılık gibi iki suç arasında bireyin daha az zararlıyı tercih etmesini teşvik etmeye yönelik teorik çerçevelerin yeterince işlenmediğini belirtir. Ona göre, marjinal caydırıcılık, daha yüksek zarara yol açan fiilin daha yüksek yaptırımlarla cezalandırılması gerektiği ilkesine dayanır; bu farkın belirgin olmaması hâlinde birey daha ağır suça yönelmeye meyledebilir.

Yazar, teorik düzeyde hırsızlık suçunun İslam ceza hukukundaki caydırıcılığına yönelik eleştiriler getirmekte; ancak bu değerlendirmelerin sahaya yansıyan etkilerinin yeterince araştırılmadığını da belirtmektedir. Nitekim makalede, İslam hukukunun on beş asırlık süreçte farklı coğrafyalarda ve toplumsal yapılarda çeşitli düzeylerde uygulandığı; ancak bu uygulamaların suç oranları ve caydırıcılık üzerindeki etkilerini sağlıklı biçimde değerlendirebilmek için daha fazla saha araştırmasına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir.

⁴ Moamen Gouda, "Stealing more is better? An economic analysis of Islamic law of theft", *European Journal of Law and Economics* 42 (01 Ağustos 2016), 103-128.

Yazarın İslam ceza hukuku çalışmalarında ekonomik caydırıcılık teorisine yer verilmediğine yönelik tespiti doğrudur. Ancak İslam ceza hukukunda ekonomik caydırıcılığa önem verilmediği eleştirisi, oldukça tartışmalıdır. Çalışmamızda ekonomik caydırıcılık başlığında bu makaledeki temel iddiayı değerlendirdik ve konuya ilişkin kanaatimizi gerekçeleriyle birlikte ortaya koyduk.

Caydırıcılık konusunda bir başka çalışma, Ahmed Ali Al-Lozi'ye ait “Special Deterrence in the Ta’zir Crimes (Misdemeanors and Infractions), and its Impact on the Offender Rehabilitation between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain”⁵ adlı makaledir. Bu çalışmada öncelikle cezanın amaçları genel caydırıcılık, özel caydırıcılık ve adalet olarak ele alınmış, ardından ta’zîrin sözlük ve terim anlamları, ta’zîr cezası türleri üzerinde durulmuş ve ta’zîr cezalarının özel caydırıcılık etkisi incelenmiştir. Yazar, kapsamı sınırlı olan bu konuyu kısa ve öz bir şekilde aktarmış ve önemli görüşlere yer vermiştir. Bu bakımdan tezimizde başvurduğumuz çalışmalar arasında yer almıştır.

Ammâr Abbâs Hüseyînî'nin *er-Red'ul-hâs el-ikâbî ve nazmu'l-muâmeleti'l-İslâmiyye: dirâse mukârane fî felsefeti'l-islâh el-ikâbî ve nazmu'l-vikâye mine'l-cerîme*⁶ adlı eseri iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm özel caydırıcılık konusuna ayrılmıştır. Özel caydırıcılık, öncelikle Batı ceza hukuku doktrini bağlamında aktarılmış, ardından İslam ceza hukukunda özel caydırıcılık konusuna yer verilmiştir. Kitabın ikinci bölümünde ise ceza infaz kurumlarında veya bu kurumların dışında suçlunun ıslahına yönelik mekanizmalar ele alınmıştır. Çalışmada özel caydırıcılık fikrine ağırlık verilmiş ve pozitif hukuktaki ıslah yolları incelenmiştir. Eser, tezimizden farklı olarak pozitif ceza hukukunu esas almış, İslam ceza hukukunda özel caydırıcılığa sınırlı ölçüde yer vermiştir.

Özden Özbay'a ait, “Does Islam deter crime in a secular Islamic country? The case of Turkey”⁷ adlı sosyoloji makalesi, bir saha araştırmasıdır. İslam ceza hukuku kurallarının Türkiye gibi seküler bir ülkede caydırıcılığı sağlayıp sağlayamayacağı üzerine yapılmıştır. Niğde'de yapılan bu saha çalışmasında öncelikle din ve suç ilişkisini açıklayan teorilerden bahsedilir. Bu teorilerden ilki olan ahlaki topluluk teorisine göre, dinin suç oranlarının azaltılması üzerindeki etkisi dindar toplumlarda daha güçlüdür. İkinci teori olan seküler sosyal düzensizlik teorisi ise

⁵ Ahmed Ali Al-Lozi, “Special Deterrence in the ‘Ta’zir’ Crimes (misdemeanors and Infractions), and Its Impact on the Offender Rehabilitation Between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, (2013).

⁶ Ammâr Abbâs Hüseyînî, *er-Red'ul-hâs el-ikâbî ve nazmu'l-muâmeleti'l-İslâmiyye: dirâse mukârane fî felsefeti'l-islâh el-ikâbî ve nazmu'l-vikâye mine'l-cerîme* (Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukûkiyye, 2013).

⁷ Ozden Ozbay, “Does Islam deter crime in a secular Islamic country? The case of Turkey”, *Contemporary Social Science* 11/4 (01 Ekim 2016), 315-333.

bu etkinin seküler toplumlarda veya sosyal kontrol seviyesinin az olduğu ya da hiç olmadığı durumlarda yüksek olduğunu ileri sürer. Yazar bu çalışmada İslam'ın suçu önleme üzerindeki etkisinin zayıf olduğu kanaatine varmıştır. Ancak bu zayıf etkinin Türk toplumunun inanç ve eylem arasındaki çelişkili durumundan kaynaklandığının düşünülebileceğini söyler. İslam'ın genel olarak alkol kullanımı üzerinde daha caydırıcı bir etkiye sahip gibi görüldüğünü fakat gençlerin veya yetişkinlerin şiddet eylemleri üzerinde neredeyse hiçbir etkisinin olmadığını belirtir. Bu araştırma, İslam ceza hukuku alanında kaleme alınmasa da cezaların caydırıcılık etkisini farklı ceza türleri üzerinden anlamaya çalışması bakımından kayda değerdir. Bununla birlikte kapsamı dar bir saha araştırmasıdır ve İslam ceza hukukunun caydırıcılık değerini suç oranları üzerinden değerlendirmek birçok zorluk ve sakınca içermektedir.

Sultan Merzûk Fayez el-Harbî, 2018 yılında yayımlanan “Eseru istihdâmi't-teknîyyât el-hadîsiyye fî mecâlî tenfîzi'l-ukûbâtî'l-cinâiyye fî tahkiki'z-zecr ve'r-red”⁸ başlıklı makalesinde modern infaz yöntemlerinin cezai yaptırımlar üzerindeki caydırıcılık etkisini ele almıştır. Çalışmanın ilk bölümünde, ceza infazı ile modern yöntemlerin ne anlama geldiği açıklanmış; ardından red‘ ve zecr kavramlarının fikhî ve hukuki çerçevedeki tanımları yapılmıştır. İkinci bölümde ise, modern infaz tekniklerinin cezai yaptırımlarda kullanılmasının meşruiyeti incelenmiş; özellikle infazın gerçekleştirilmesi, cezanın ilan edilmesi ve infaz mekânının belirlenmesi gibi alanlardaki uygulamalara yer verilmiştir. Makalede modern infaz tekniklerinin kullanılmasının daha hızlı ve daha az acı verici olmaları koşuluyla bir sakınca barındırmadığı, İslâm ceza hukukuna aykırı olmadığı, hatta “ihsan” ilkesine uygun olduğu görüşü savunulmuştur. Cezanın kamuya açık şekilde ilan edilmesinin caydırıcılık açısından taşıdığı öneme değinilmiş; ancak suçluları küçük düşürücü ya da damgalayıcı nitelikteki bazı geleneksel uygulamaların günümüz şartlarında uygulanabilir olmadığına dikkat çekilmiştir. Bu makale, tezimizde caydırıcılık bağlamında ele aldığımız infaz şekli ve caydırıcılık ilişkisini ele almıştır. Bizim çalışmamızda infaz yöntemleriyle ilgili hususlar bu çalışmadan farklı olarak, fıkıh kaynakları üzerinden değerlendirilmiş, modern dönemde kullanılan yöntemler incelenmemiştir.

Aiyad Aswed Eid Alshammari tarafından kaleme alınan ve 2021 yılında yayımlanan “Tatbîku avâmîlî'r-red'î'l-‘âm alâ mürtekibî cerâ'îmî'l-katl el-‘amd fî'l-Memleketi'l-‘Arabiyyeti's-Su'ûdiyye”⁹ başlıklı makalede Suudi Arabistan'da kasten işlenen adam öldürme suçunda genel

⁸ Sultan Merzûk Fayez el-Harbî, “8” أثر استخدام التقنيات الحديثة في مجال تنفيذ العقوبات الجنائية في تحقيق الزجر والردع

⁹ Aiyad Alshammari, “تطبيق عوامل الردع العام على مرتكبي جرائم القتل العمد في المملكة العربية السعودية”, *Arab Journal of Forensic Sciences & Forensic Medicine* 37/1 (01 Haziran 2021), 01-15.

caydırıcılık ilkesinin etkisi bir saha araştırmasıyla ortaya konulmuştur. Bu çalışmada caydırıcılık teorisi hakkında 18. yüzyıldaki Batılı düşünörlere referansla bir literatür değeriendirmesi sunulmuş, ardından Suudi Arabistan'da kasten öldürme suçunda görölen uygulamalar hakkında bilgi verilmiştir. Son olarak genel caydırıcılık şartlarını ele alan, bunları test eden ve bazı suçlara uygulanıp uygulanmadığını inceleyen çalışmalardan bahsedilmiştir. Yazar bu makalede genel caydırıcılık ilkesinin üç unsurunu cezanın açık olması, hızlı olması ve adil olduğuna yönelik inanç olarak belirlemiş ve bunlar üzerinden genel caydırıcılık etkisini ölçmüştür. Biz de tezimizde yazarın zikrettiğı şartları ele aldık ve bu çalışmadan farklı olarak teorik bir zeminde genişçe değeriendirmeye tabi tuttuk.



BİRİNCİ BÖLÜM

CEZALANDIRMANIN TEMELİ VE CAYDIRICILIK İLKESİ

1.1. CEZA DÜŞÜNCESİNİN UĞRADIĞI DÖNÜŞÜM

Ceza hukuku, 18. yüzyılın sonundan itibaren önemli bir dönüşüm geçirmiş; ceza verme yetkisinin esası ve cezanın amaçları hakkında çeşitli felsefi görüşler ortaya konulmuştur.¹⁰ Bu dönemde, toplumu oluşturan bireylerin, huzur içinde yaşaması için toplumsal bir sözleşmeye (social contract) ihtiyaç duyulduğu düşüncesi, Hugo Grotius (ö. 1645), Thomas Hobbes (ö. 1679), Jean-Jacques Rousseau (ö. 1778), Cesare Beccaria (ö. 1794) ve Johann Gottlieb Fichte (ö. 1814) gibi önemli fikir adamları tarafından savunulmuştur. Bu yaklaşıma göre eğer insanlar toplumsal güven ve huzur talep ediyorsa devlet tarafından birtakım özgürlüklerinin kısıtlanmasına rıza göstermek durumundadır. Toplumsal sözleşme teorisi, klasik okulun şekillenmesinde etkili olmuştur.¹¹

Aydınlanma döneminde ortaya çıkan ceza hukuku düşüncesinin bazı ortak özellikleri bulunmaktadır. Bunları şu şekilde ifade etmek mümkündür:

1. Cezalandırma bireyin hukuka uymasını sağlayan bir araçtır.
2. Suçsuz insanlar cezalandırılmamalıdır. Çünkü bu, ortak iyiye (common wealth) fayda vermez ve cezalandırmanın asıl amacı olan caydırıcılığı yok eder. Ayrıca toplumsal sözleşmeye aykırıdır.
3. Cezanın suçun ağırlığına birebir eşit olması yani kısas gerekli değildir.

¹⁰ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 1/63.

¹¹ Osman Dolu, *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 91.

4. Cezalar mümkün mertebe görünüşte ağır fakat gerçekte az acı verici olmalıdır. Bu nedenle Beccaria tarafından işkence reddedilmiştir.

5. Cezalandırma dağıtıcı veya düzeltici adalet gibi klasik adalet türlerinden değildir. İhtiyat ve kamu yararı ilkelerine dayanır ve ceza miktarında kıstas yalnızca caydırıcılıktır.¹²

Suç ve suçlu hakkındaki politikalar muhafazakâr ve liberal olmak üzere ikiye ayrılır. Muhafazakâr politikalar bireysel sorumluluk, güçlü cezalandırma, normatif üstünlük ve caydırıcılık unsurlarının ön plana çıktığı klasisizm akımının temsil ettiği görüştür. Liberal politika, suçun toplumsal eşitsizliklerden kaynaklandığına vurgu yapan ve ceza yerine tedavi ve önlem almayı önceleyen pozitivizm akımının temsil ettiği görüştür.¹³ Bu iki teori uzun yıllar ceza adaletinde önemli bir yere sahip olmuştur.

1.1.1. Klasik Okul

1.1.1.1. Mutlak Adalet Teorisi

Adaletçi doktrinin temsilcisi Immanuel Kant (ö. 1804) ve Georg Wilhelm Friedrich Hegel'dir (ö. 1831). Kant, cezanın ahlaki bir ödev olduğunu ve kendisinden bir fayda beklenilemeyeceğini ifade eder. Devletin görevi hukuku korumak ve insanların özgürlüğünü teminat altına almaktır. Bu görevin yerine getirilmesi ahlaki bir ödev ve aklın emri olduğu için suçlu cezalandırılmalıdır. Dolayısıyla Kant'a göre ceza verme hakkı, ahlaki ödetme (kefare) fikriyle bağdaşmaktadır. Bu nedenle onun görüşünü ilahi öç alma fikrine benzeten müellifler olmuştur.¹⁴ Bu nedenle idamın bazı durumlarda zorunlu olduğuna hükmetmiş, hatta toplum ve devlet ortadan kalkacak dahi olsa hayatta kalan ve henüz cezasını çekmemiş son katilin asılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁵

¹² Dilara Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023), 22; Jean-Christophe Merle, *German Idealism and the Concept of Punishment (Modern European Philosophy)* (Cambridge University Press, 2009), 17-21.

¹³ Yasemin Işıktaç, "Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71/1 (16 Ağustos 2013), 627-628.

¹⁴ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/68; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku -Genel Hükümler-* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 38-39.

¹⁵ Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", *Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001), 338.

Neticede Kant'ın ceza teorisinin ödetmeci ve deontolojik¹⁶ temelli olduğu hâkim kanaattir.¹⁷ Fakat onun görüşleri ortaya konulurken tek bir metinden hareket edildiğini ve yanlış anlatıldığını söyleyen bazı yazarlar, bu kanaate itiraz eder ve onun ceza felsefesinin caydırıcılık ve sonuççuluk unsurlarını ihtiva ettiğini belirtirler. Örneğin B. Sharon Byrd (ö. 1947), Kant'ın ceza kuramının ceza tehdidi manasında caydırıcı ve sonuççu bir niteliğe sahip olduğunu, ceza infazı açısından ise ödetmeci nitelik taşıdığını belirtmiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre devlet cezaya dair hükmü vazederken suçun önlenmesi amacı taşır. Fakat suçluya uygulanacak cezanın ne şekilde belirleneceği ödetme prensibine bağlı olmalıdır.¹⁸ Kant'ın teorisinin yalnızca deontolojik olduğuna itiraz edenlere göre caydırma kapasitesi bulunmayan hukuki bir cezalandırma gerekçelendirilemez. Bununla birlikte onun teorisinin ödetmeci olduğu kabul edilir; çünkü bireylerin sadece suç teşkil eden fiilleri nedeniyle cezalandırılabilmesini ifade eden negatif ödetme ilkesine bağlıdır.¹⁹

Hegel mutlak ceza teorisi çatısı altında yer alan görüşünü öç alma düşüncesinden ayırmış ve kısas düşüncesini eleştirmiştir.²⁰ Cezanın, hukuku inkâr eden suçlunun davranışını reddetmek anlamına geldiğini ve suçlunun ihlal edilen hakkı yeniden tesis eden cezayı çekerek kefarete ödeyeceğini belirtir. Suç, kötülük olduğu için değil, adaleti temsil eden hukuk ihlal edildiği ve zarar gördüğü için ortadan kaldırılmalıdır.²¹ Dolayısıyla bu teoriye göre cezada geleceğe yönelik bir amaç bulunmaz, cezanın bizzat kendisi bir amaçtır.²² Fesih teorisi de denilen Hegel'in teorisi, caydırma veya suça katı bir karşılık verme amaçları taşımaz. Suçun ortadan kaldırılması veya feshini cezalandırmanın temeli olarak kabul eder ve cezayı kendinde adil olarak değerlendirir.²³ Fakat bununla birlikte onun teorisi geleceğe dönük sayılmaktadır. Çünkü ceza ile suçların geçerlilik kazandığı ve haksızlık olarak görülmediği bir gelecekte kaçınmaya

¹⁶ Ödetmecilik deontolojik bir teoridir. Deontolojik teori “bir eylemin doğru ya da yanlış olduğunu belirlerken söz konusu eylemden doğacak sonuçları hesaba katmayı değil, eylemin evrensel bir ahlak ilkesine uygun olup olmadığına bakılmasını ön planda tutan, eylemin ahlaki değerini sonuçlarından bağımsız bir biçimde ele alan ahlak teorisidir. “Deontoloji”, *KLU Felsefe Ansiklopedisi* (Erişim 28 Nisan 2025).

¹⁷ “Cezalandırma hususunda dağıtıcı adalet caydırıcılıkla; düzeltici adalet ise ödetmecilikle ilgilidir. Ödetmecilik kapsamlı bir ahlak doktrini olan deontolojiden hareket ederken, başka bir ahlak doktrini olan sonuçsalcılık ise teleolojiyi temel alır. 18. y.y’da sistemli halini Kant’ta gördüğümüz ödetmecilik düşüncesi hali hazırda var olan hak etme prensibini aydınlatma düşüncesinin verileriyle karşılayarak açıklarken, caydırıcılık cezayı sonuçlarından hareketle gerekçelendirir” Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 3.

¹⁸ Fatih Güneş, *Kant’da Cezanın Amacı – Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Bir Soruşturma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024), 98; Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 25-26.

¹⁹ Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 25-26.

²⁰ Birden Güngören, “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı” 9/1 (2010), 989.

²¹ Melike Belkis Aydın, “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1 (30 Haziran 2020), 134.

²² Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, 338; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), 46-47.

²³ Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 53.

çalışır. Hegel, her ne kadar caydırıcılık ve ıslahı cezanın amacı olarak benimsemese de bunları ceza biçimi olarak kabul etmiş ve bu şekilde kendine özgü bir ödetmeci teori ortaya koymuştur. Hatta bu nedenle onun teorisi bazı yazarlara göre caydırıcı ve rehabilite edici gerekçeleri de barındıran “birleşik teori”dir.²⁴

1.1.1.2. Sosyal Fayda Teorisi

Hukuki Pragmatizm ya da nisbî teori olarak da adlandırılan bu teorinin fikir atası Beccaria’dır. Onun 1764 yılında kaleme aldığı *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eseri hem içinde bulunduğu asrın ceza mevzuatını etkilemiş hem de daha sonraki yüzyılların ceza hukuku felsefesini etkileyecek önemli bir devrim niteliğinde olmuştur.²⁵

Beccaria’ya göre cezalandırmanın nihai gayesi toplum yararıdır. Ceza verme yetkisinin meşruiyet kaynağı ise toplumun korunması ihtiyacıdır. İçsel ve ahlaki düzenin değil, dışsal düzenin korunması gayesini önemser. Bu kanaati, Ludwig Feuerbach (ö. 1872), Jeremy Bentham (ö. 1832) ve Kant sonrası yazarları etkilemiştir.²⁶

Beccaria, suçları meydana gelmeden önce önlemenin²⁷ sonradan cezalandırmaktan daha iyi bir seçenek olduğunu ve iyi bir yazılı hukukun temel gayesinin de bu olduğunu söyler. Ona göre iyi bir yazılı hukuk, yaşamla ilgili iyi ve kötü bütün durumları dikkate alarak, insanları mümkün olduğunca mutlu edecek şekilde yönetmektir.²⁸

Beccaria, cezanın hangi şartlar altında uygulandığı takdirde etkili olabileceğini açıklamıştır. Buna göre bir ceza herkes için anlaşılır olmalı, hızlı bir şekilde tatbik edilmeli, kaçınılmaz olmalı, yani ondan kurtulmak mümkün olmamalı ve belli koşullarda uygulanabilecek yaptırımların şiddet bakımından en hafifi olmalıdır. Ayrıca suçların ağırlığıyla orantılı ve yasalarla koruma altına alınmış bulunmalıdır.²⁹

Beccaria yarar ilkesini savunmakla birlikte yasa koyucuların bu ilkeyi yanlış değerlendirdiğini ifade eder. Bu bağlamda, bireysel silahlanma meselesini örnek gösterir. Silah taşımayı yasaklayan yasaların kişisel özgürlükleri ortadan kaldıracığını, saldırganları cesaretlendireceğini, masum insanları savunmasız bırakacağını söyler. Ayrıca bu tarz yasaların

²⁴ Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 69-72.

²⁵ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/59-63.

²⁶ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Selçuk Sami (İstanbul: İmge Kitabevi, 2022), 20.

²⁷ Suç işlendikten sonra ceza vermek ve suç işlenmeden önce ona engel olmak kamusal düzeni korumak amacıyla benimsenen iki farklı yoldur. Bu nedenle caydırıcılık çok defa önleme (prevention) terimi ile de ifade edilmiştir. Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 75.

²⁸ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 201.

²⁹ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 222.

suçları önlemediğini, yalnızca korku unsuru taşıdığını ve bu durumun evrensel bir hukuk anlayışı ürünü olmadığını, bazı istisnai durumların oluşturduğu olumsuz kanaatlere dayandığını ileri sürer.³⁰

Beccaria, yararlılık anlayışının bireysel hakları göz ardı ettiğini, ahlaki ve meşru olmadığını ve bu şekilde kamusal fayda sağlanamayacağını iddia eder.³¹ Bu anlayış, somut faydaya değil, hayali ve belirsiz fayda beklentilerine dayanmaktadır. İnsanların doğal farklılıklarını dikkate almadan, onu mekanik bir nesne gibi değerlendirmek ve herkesi tek tip bir normatif düzene tâbi tutmak, Beccaria'ya göre hatalı bir yaklaşımdır.³² Neticede Beccaria kamu yararı elde etme beklentisiyle bireyin hak ve özgürlüklerin feda edilmesine kesin bir dille karşı çıkar ve bu yaklaşımın topluma gerçek bir fayda getirmeyeceğini savunur.

Faydacıların en önemli temsilcisi ve doktrinin çerçevesini çizen düşünür Jeremy Bentham'dır. Ona göre ceza aslında bir acı ve kötülüktür. Onun meşruiyeti, faydalı olmasına dayanır. Cezanın suçla orantılı olması gerektiğini savunur, belirsiz ve uzak bir gelecekte infaz edilmesine karşı çıkar.³³ Bentham da cezanın amacını suçun önlenmesi olarak görmektedir. Ona göre insanların davranışlarını belirleyen iki temel güç, acı ve hazdır. Ona göre, kişinin suçtan cayması, ceza sonucu çekeceği acının, suçtan elde edeceği hazdan daha fazla olmasına bağlıdır. Suçlunun kâr-zarar hesabı yaparak suça teşebbüs etme veya suça yönelme yönünde rasyonel bir karar aldığını söyler.³⁴

Fayda ilkesi³⁵ en çok sayıda insan için en büyük miktarda mutluluk olarak ifade edilmiştir.³⁶ Bentham cezaların tamamının bir mutsuzluk kaynağı olduğunu söyler. Cezalandırma bizatihi

³⁰ Cesare Beccaria, *Beccaria: 'On Crimes and Punishments' and Other Writings* (Cambridge University Press, 1995), 101; Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 198.

³¹ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 199.

³² Beccaria, *Crimes and Punishments*, 101-102.

³³ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/66-67; Sururi Aktaş, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIII/1-2 (01 Haziran 2009), 9-10.

³⁴ Jeremy Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, çev. Ömer Saruhanlıoğlu - Uğur Kaşif Boyacı (İstanbul: Litera Yayıncılık, 2021), 17-18.

³⁵ Faydacılık ilkesi daha sonraki yıllarda İngiliz filozoflar James Mill (ö. 1836) ve oğlu John Stuart Mill (ö. 1873) tarafından savunulmuş ve geliştirilmiştir. John Stuart Mill, idam cezasının caydırıcılığını savunmuş ve ömür boyu hapis cezasının daha ağır ve acımasız bir ceza olduğunu ifade etmiştir. İdam cezasındaki hatalı mahkumiyet tehlikesini kabul etmekle birlikte İngiliz adalet sisteminin sanık lehine karar verme noktasında oldukça titiz olduğunu bu nedenle nadiren hata olabileceğini iddia etmiştir. Ayrıca cezalarda hafifletmeye gitmenin doğru olmadığını ve suça karşı caydırıcı bir ceza sisteminin etkili ve ahlaki olduğunu belirtmiştir. John Stuart Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches Part I*, ed. John M. Robson - Bruce L. Kinzer (Toronto: University of Toronto Press, 1988), 305-310.

³⁶ Dolu, *Suç Teorileri*, 95.

kötüdür ve faydalılık ilkesine göre yalnızca daha büyük bir kötülüğü defetmeyi vadettiği ölçüde kabul edilebilir.³⁷

Beccaria, hapis cezasının idam cezasından daha korkutucu ve bu bakımdan daha üstün olduğunu söyler. Çünkü ömür boyu hapis cezasının yol açtığı mutsuz anlar, hükümlünün yaşamı boyunca devam eder. Ölüm cezası ise bir anda gerçekleştiği için, gücünü ve etkisini hızlı bir şekilde kullanıp tüketir.³⁸ Beccaria ve Bentham tarafından geliştirilen sosyal fayda teorisi, cezanın toplumun geneli üzerindeki caydırıcı etkisini amaç olarak belirlemiştir, dolayısıyla genel önleme ilkesine dayanır. Ancak literatürde genel önleme teorisinin detaylı bir teorik temellendirmesi Feuerbach tarafından yapıldığı için, bu teoriye ayrı bir başlık ayırmayı uygun gördük.

1.1.1.2.1. Genel Önleme Teorisi

Samuel von Pufendorf (ö. 1694) ve Feuerbach gibi düşünürlerin savunduğu bu teoriye göre ceza tehdidinin sağladığı psikolojik veya manevi cebir olarak adlandırılan bu teorinin pozitif ve negatif önleme olarak iki farklı yönü vardır. İlki toplumda hukuki bir bilinç oluşturmak, ikincisi ise bireyleri korkutma yoluyla hukuka uygun davranmaya sevk etmektir.³⁹

Genel önleme teorisine göre cezaların infaz edileceğini bilmek potansiyel suçlulara korku salmakta ve suç işlemelerinin önüne geçmektedir. Cezanın infaz edilmesi insanların bundan ibret almasını sağlayacağı gibi toplumsal ahlakı da yenilemiş olacaktır. Bunun için cezanın aleni bir şekilde infaz edilmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰ Feuerbach’a göre devletin görevi yurttaşlığa aykırı eğilimleri korkutma suretiyle engel olmaktır. Bu sebeple cezaların korkutma ve suçtan vazgeçirmeyi gerçekleştirebilecek vasfa sahip olması gerekir.⁴¹

Genel önlemenin “cezanın tek haklı nedeni” olduğu iddia edilse de bu teorinin insan onuruyla bağdaşmadığı, cezaların süresini tayin etme noktasında kıstas getirmediği gibi farklı eleştiriler yöneltmiştir. Bu sakıncaların cezaların şiddetinin artması ve devletin cezalandırmayı bireyler üzerinde baskı unsuru olarak kullanması gibi neticeler verdiği ifade edilmiştir.⁴²

1.1.1.2.2. Özel Önleme Teorisi

³⁷ Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, 159.

³⁸ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 140.

³⁹ Havva Begüm Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22/1 (22 Mayıs 2020), 446.

⁴⁰ Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı”, 446.

⁴¹ İçel, *Genel Hükümler*, 39.

⁴² İçel, *Genel Hükümler*, 41; Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı”, 446-447.

Bu teori, suçlunun cezalandırıldıktan sonra bir daha suç işlemekten kaçınacağını ve bu durumun onun için caydırıcı bir rol oynayacağını öngörmektedir.⁴³ Özel önleme teorisinin üç fonksiyonu bulunmaktadır. Suç işleyen kişinin korkutularak bir daha suç işlemesinin önüne geçmek (deterrence), suçlunun yeniden sosyal hayata kazandırılmasını sağlamak (resocialization) ve suçlunun cezalandırıldığı süreçte toplumun dışına atılarak etkisizleştirilmesi (incapacitation) yoluyla yeniden işlenecek suçlara karşı toplumu korumaktır.⁴⁴

Bu teorinin temsilcisi Franz v. Lizst'e (ö. 1919) göre cezanın amacı, tesadüfi suçluyu yeniden suç işlemekten alıkoymak, iyileşme potansiyeli taşıyan suçluların infaz süreci içerisinde eğitilerek topluma kazandırılmasını sağlamak ve iyileşmesi mümkün görünmeyen suçluları ise belirsiz bir süreyle toplumsal açıdan etkisiz hâle getirmektir. Liszt, özellikle kısa süreli hapis cezalarına karşı çıkmış; ceza infaz sistemini iyileştirmek için büyük bir çaba sarfetmiştir.⁴⁵

Bu teorinin merkezi bir yere koyduğu ıslah düşüncesi, potansiyel suçluları yardıma muhtaç bireyler olarak kabul eder. Caydırıcılık teorisinde ise bireyler, rasyonel tercihler yapabilen, manevi sorumluluk sahibi kişiler olarak varsayılmaktadır. Caydırıcılık ve ıslah düşünceleri arasındaki en büyük fark budur.⁴⁶

Özel önleme teorisi, suçlunun yeniden topluma kazandırılması amacını taşıdığı için cezanın yerini tedavi tedbirlerine bırakacağı ve böylece suç ile hastalık arasında fark kalmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca suçu işledikten sonra topluma uyum sağlama konusunda bir problem yaşamayan tesadüfi suçlular için özel önleme yoluna gitmenin bir anlamı yoktur. Bu durumda suçun cezasız kalma tehlikesi bulunmaktadır.⁴⁷

1.1.2. Karma Teori

Uzlaştırıcı teori veya yeni klasik teori olarak da zikredilen karma teori; mutlak adalet ve sosyal fayda doktrinlerini uzlaştırma yoluna gitmiştir. Bu teorinin en önemli temsilcileri Joseph-Louis-Elzéar Ortolan (ö. 1873) ve Pellegrino Rossi'dir (ö. 1848). Ortolan'a göre cezanın ölçüsünde

⁴³ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 41.

⁴⁴ Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", 36; Cansu Saç, *Çağdaş Ceza Hukukunun Amacı Bağlamında Hapis Cezasına Seçenek Kurumlar* (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 23.

⁴⁵ İçel, *Genel Hükümler*, 39.

⁴⁶ Tokgöz, "Cezalandırmanın Amacı", 448.

⁴⁷ İçel, *Genel Hükümler*, 41.

adalet ve fayda olmak üzere iki sınır bulunur. Bu iki sınır aşıldığı takdirde toplumun ceza verme yetkisi sona erer. Rossi'ye göre suç, toplum ve bireylere karşı olan ahlaki bir görevin ihlalidir.⁴⁸

Karma teori, cezanın amacı olarak kefarete ile genel ve özel önlemeyi benimser. Ceza hem geçmişe hem de geleceğe yöneliktir. Kefaret düşüncesinin gereği olarak cezanın kusurla orantılı olması gerekir. Failin ıslahı, onu tekrar suç işlemekten alıkoyar, cezanın ibret olması ise genel önleme işlevini gerçekleştirir.⁴⁹ Bu teori kendi içinde eşitlikçi, önleyici ve ödetici olmak üzere üç sınıfa ayrılmaktadır. Eşitlikçi karma teori, kefarete ve önleme düşüncelerine eşit biçimde yer verir. Önleyici/yararlı karma teori ise önleme yaklaşımını benimser. Ödetici karma teori ise kefarete düşüncesini ön plana çıkarır. Karma görüş, mutlak ve nisbî teorilerin eleştirilen yönlerini gidermek suretiyle cezanın hem adaleti yerine getirmek hem de toplumu korumak amacıyla verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁵⁰

Karma teoriye, onları eleştiren pozitivistler tarafından klasik okul adı verilmiş ve bu şekilde meşhur olmuştur. Klasik okulun ön plana çıkan en önemli özelliklerinden biri ceza sorumluluğun esasını kusura, kusuru ise irade ve temyize bağlamış olmalarıdır. Bir diğer ayırt edici özelliği ise birey özgürlüğü ve dokunulmazlığını toplum savunmasından üstün tutmasıdır.⁵¹

Bu akımın etkisiyle 18. yüzyılda çeşitli kanunlar yapılmıştır. Bu kanunlarda şiddeti ortadan kaldırmışlar, işkenceyi hatta zaman zaman ölüm cezasını yasaklamışlardır. Fakat bu yüzyılın sonundaki savaşlarda yeni kanunlarla cezalar ağırlaştırılmış ve şiddet usulü tekrar baş göstermiştir. Bu kanunlar arasında 1810 Fransız Kanunu ile 1813 Bavyera Kanunu suçta ve cezada kanunilik ilkesini net bir şekilde ortaya koymuş ve cezalarda şiddet yoluyla ibret verme esasını hâkim kılmışlardır. 19. Yüzyılın ikinci yarısında ise cezalar hafifletilmiş, hümanizm ve liberalizm hakimiyet kazanmıştır.⁵²

⁴⁸ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/70-71.

⁴⁹ Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", 347.

⁵⁰ Tokgöz, "Cezalandırmanın Amacı", 451.

⁵¹ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/72-73.

⁵² Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/76-78.

1.1.3. Biyolojik Okul/Pozitivist Okul

19. yüzyılın sonlarına doğru materyalist felsefe hareketlerinin doğması ve Avrupa'nın neredeyse tamamında suçluluk oranlarının son derece artması neticesinde pozitivist akım ortaya çıkmıştır. Pozitivist akımın temel iddiası, klasik okulun savunduğu yaklaşımın aksine, insanın irade serbestliğinin ve özgürlüğünün bulunmadığı yönündedir. Onlara göre pozitif bilim de bu düşünceyi desteklemektedir. Faildeki kusuru ve kusurun derecesini belirlemek neredeyse imkansızdır. Bu nedenle cezalandırmanın asıl gerekçesi, toplumu savunmak olmalıdır.⁵³

Pozitivist akımın ilk temsilcileri Cesare Lombroso (ö. 1909), Enrico Ferri (ö. 1929) ve Raffaele Garofalo'dur (ö.1934).⁵⁴ Kriminolog Cesare Lombroso, suçluların kafatası ölçümleriyle yüz ve vücut tipolojilerini incelemiş ve *Suçlu İnsan* adlı eserinde suçluluğun biyolojik temelli olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre suçluların büyük bir kısmı doğuştan suçludur. Evrimsel olarak geri kalmışlardır ve çeşitli fizyolojik anomaliler taşırlar. Örneğin, küçük ve deforme olmuş kafatası yapıları ile acıya karşı duyarsızlıkları bu grubu ayırt eden başlıca özelliklerdendir. Lombroso ayrıca “ahlaki deli” kavramıyla zihinsel olarak normal görünen fakat vicdan, merhamet gibi temel ahlaki duygulardan yoksun bireyleri tanımlar. Bu kişiler, ahlaki normları umursamaz ve iyi ile kötüyü ayırt edemezler. Zamanla kendisine yöneltilen eleştiriler doğrultusunda, suçun etiyolojisine yalnızca biyolojik değil, çevresel faktörleri ve çocukluk döneminde geçirilen hastalıkları da dahil etmiştir. Ayrıca doğuştan suçlulara kıyasla daha hafif fizyolojik ve psikolojik sapmalar gösteren bireyleri kapsayan “rastlantısal suçlu” kategorisini sınıflandırmasına eklemiştir.⁵⁵ O, hapis cezasının en insani ceza olarak kabul edilmesine rağmen, en mantıksız ceza biçimi olduğunu söyler. Ona göre doğuştan suçlu için hapis cezası ne ıslah edici ne de rehabilite edici özelliklere sahiptir. Aksine, suç ortaklarıyla tanışma ve yeni suç tekniklerini öğrenme bakımından adeta bir suç okuluna benzer.⁵⁶

Lombroso, baskıcı sistemin itaatsizliği dizginlese de iyiliğe teşvik etmeyeceğini söyler.⁵⁷ Eğitimin ve rehabilitasyonun önemine vurgu yapar. Bununla birlikte toplumun korunması için tedavisi mümkün olmayan suçluların tecrit edilmesi gerektiğini kabul eder. Suçlu tiplerine uygun; para cezası, şartlı tahliye ve esnek süreli hapis cezası gibi farklı cezaların uygulanmasını önerir. İslahevleri ve hapishanelerin suçluya nasıl yaklaşması gerektiğiyle ilgili

⁵³ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/79-81.

⁵⁴ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/83-84.

⁵⁵ Cesare Lombroso, *Criminal Man*, çev. Mary Gibson - Nicole Hahn Rafter (Durham, NC: Duke University Press, 2006), 1-36 Editör notu.

⁵⁶ Cesare Lombroso, *Suçlu İnsan*, çev. İsmail Hakkı Yılmaz (İstanbul: Albaraka Yayınları, 2022), 115; Lombroso, *Criminal Man*, 90.

⁵⁷ Lombroso, *Suçlu İnsan*, 118.

değerlendirmelerde bulunur. Kriminal akıl hastalarına (doğuştan suçlular ve ahlaki deliler) yönelik özel akıl hastaneleri açılması gerektiğini düşünür. Lombroso, toplum için tehlike arz eden, ıslah edilmesi mümkün olmayan, sürekli başkalarının canına kasteden doğuştan kötü denilebilecek insanlar için idam cezasının da mümkün olduğunu savunur.⁵⁸

Lombroso, esasen doğuştan suçlu özellikleri taşıyan insanların fark edilip onların zekâ ve yeteneklerini kullanabilecekleri doğru kanallara yönlendirilmesi gerektiğini ve birlikte yaşamının bu şekilde mümkün olabileceğini ifade eder. Bu konuda eğitimcilere, aileye, yakın çevreye ve toplumsal kurumlara büyük bir görev düştüğünü söyler.⁵⁹

Raffaele Garofalo'ya göre suç, merhamet, adalet ve doğruluk duygularını inciten bir eylemdir. Suçlu ise bu duyguları taşımayan ya da bu alanlarda zayıflık gösteren, topluma uyum sağlayamayan anormal kişidir. Ona göre bu anormalliğin kalıcı olup olmadığı ve iyileşme ihtimali araştırılmalıdır. Lombroso'ya benzer şekilde, suçla mücadelede fiilin değil, failin esas alınması gerektiğini savunur.⁶⁰ Toplum hayatına uyum sağlayamayan bireylerin toplumdan tasfiye edilmesi gerektiğini, bu yüzden ıslahı mümkün olmayan azıllı suçlular için tek çözümün idam olduğunu belirtir. Ancak kleptomanlar veya yangın çıkaran epilepsi hastaları gibi aklen malul suçluların özel alanlarda tutulması gerektiğini ifade eder.⁶¹

Lombroso'nun öğrencisi Enrico Ferri de irade özgürlüğünü ve manevi sorumluluğu reddeder. Ona göre bu konuda herhangi bir tartışma yapılabilir olsa dahi ceza hukukunu bunun üzerine bina etmek mümkün değildir.⁶² Ferri, cezanın dayandığı temeli toplumsal sorumluluk olarak açıklar. Buna akıl sağlığı olmayan suçluların da dahil olduğunu ifade eder.⁶³

Pozitivist okul, kusur ve kefarete düşüncelerini çağrıştırdığını düşündükleri ceza terimini kullanmayı tercih etmez. Daha ziyade geleceğe yönelik bir anlam ihtiva eden yaptırım sözcüğünü kullanır.⁶⁴

Neticede pozitivist doktrin, klasik doktrinden farklı olarak manevi sorumluluk yerine toplumsal sorumluluk düşüncesini esas alır. Yöntem olarak mantıksal yorum veya hukuk tekniği yerine deney ve gözlemi tercih eder. Cezayı failin kusuruna değil onun tehlikelilik hâline dayandıran,

⁵⁸ Lombroso, *Suçlu İnsan*, 127-147.

⁵⁹ Lombroso, *Suçlu İnsan*, 151.

⁶⁰ Raffaele Garofalo, *Kriminoloji Suç, Suçlu ve Ceza*, çev. Tuğçe Uzel (İstanbul: Albaraka Yayınları, 2022), 16-17.

⁶¹ Garofalo, *Kriminoloji Suç, Suçlu ve Ceza*, 405-420.

⁶² Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/88-93.

⁶³ Enrico Ferri, *Criminal Sociology*, 1996, 19.

⁶⁴ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/99.

cezaları bireyselleştiren ve bunların ağır ve şiddetli olması gerektiğini savunan bir doktrindir.⁶⁵ Pozitivist teori, insanı aşkın ve rasyonel anlamından uzaklaştırdığı, onun özgür iradesini yok sayarak biyolojik bir canlı mesabesine indirdiği ve “ehlileştirilebilir” bir varlık olarak nitelendirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁶ Ancak Lombroso’nun başlattığı suçlu incelemeleri kriminoloji bilimine ilham vermiş ve pozitivist teorinin etkisi 20. yüzyılda da devam etmiştir.⁶⁷

1.1.4. Diğer Teoriler

Pozitivizm sonrası İtalyan üçüncü okulu, milletlerarası ceza Hukuku birliği ve toplumsal savunma doktrini, hukuk tekniği veya pragmatik okul denilen üç hukuk okulu göze çarpmaktadır.⁶⁸

İtalyan üçüncü okulu, hukukun klasik işlevi ve karakteriyle pozitivist okulun determinizmini (belirlenimciliğini)⁶⁹ bağdaştırmayı amaçlar. En önemli temsilcileri Carnevale, Alimena ve Impallomeni’dir. Bu okul, suçun bir nedensellik sürecinin sonucunda oluştuğunu kabul eder. Fakat bu sürece etki etmek ve suçu önlemek imkân dahilindedir. Bu nedenle pozitivist doktrin gibi belirlenimci olsa da kaderci (fatalist) değildir; dolayısıyla doğuştan suçlu teorisini kabul etmez. Bu düşünce sistemine göre suçlulukla mücadelede devletin toplumsal kalkınmayı sağlaması son derece önem arz etmektedir. Ayrıca bu okulun düşünürlerine göre, ibret ve korkutma, cezayı güvenlik tedbirlerinden ayıran ve korunması gereken önemli işlevlerdir.⁷⁰

Milletlerarası ceza hukuku birliği, Franz Von Litz, Adolphe Prins ve Van Hammel tarafından kurulmuştur. Birlik, tehlike halini ceza siyasetinin temeli olarak görür. Cezanın bir tür önleme aracı olduğunu kabul eder ve bu açıdan klasik okula yaklaşır. Fakat cezanın yanında güvenlik tedbirlerini gerekli görerek pozitivist ekolün bulgularını benimsemiştir. Toplumsal savunma doktrinini savunanlara göre ise kendilerine suç izafe edilebilen irade sahibi suçlular için korkutucu cezalar, akıl hastaları ve mükerrir suçlular içinse bireyselleştirilmiş güvenlik tedbirleri gerekmektedir.⁷¹

⁶⁵ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/101-104.

⁶⁶ Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 4.

⁶⁷ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/105.

⁶⁸ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/109-110.

⁶⁹ “Her olayın bir nedeni bulunduğunu, bundan dolayı özgürlük ya da irade özgürlüğü diye bir şeyin olamayacağını savunan anlayış.” Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü* (Paradigma, 2005), 465.

⁷⁰ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/109-110.

⁷¹ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/112-114.

Toplumsal savunma doktrininin sonra farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki radikal ve etkileşimci kriminoloji görüşüdür. Bu görüşün temsilcisi Hulsman’a göre baskılama (tenkil) işkenceye eşittir ve suç, ceza harici yöntemlerle engellenmelidir. İkicisi neopragmatizm denilen deneyimin esas alınması ve doktrin tartışmalarının bir kenara bırakılmasını savunan görüştür. Çağdaş neoklasikçilik veya yeni neoklasikçilik olarak adlandırılan üçüncü görüş sahipleri cezayı sorumluluk derecesine değil hüküm giyen şahsın cezayı çekme istidadına göre değerlendirmeyi öngörür. 1990’larda neoklasik akımın içinde ödetme düşüncesinin tekrar ağırlık kazandığı, önleme, ıslah ve benzeri düşüncelerin ise arka plana itildiği ödetici-korkutucu denilen yeni bir akım ortaya çıkmıştır. Hukuk tekniği doktrini ise pozitif hukukun yorumuna dayanmaktadır.⁷²

Bu teorilerin yanı sıra hümanist ceza hukuku ve düşman ceza hukuku teorileri, güç ve sınıf eksenli bazı teoriler ve onarıcı adalet teorisi cezanın gayesini açıklayan teoriler olmuştur. 19. yüzyılda Alman araştırmacılar tarafından kullanılan fakat temeli daha önce bahsettiğimiz başta Beccaria olmak üzere klasisizm akımının öncülerinde fikri temellerini bulan hümanist doktrin, ceza konusunda dikkat çeken bir yaklaşıma sahiptir. Bu doktrine göre ceza tehdidi bir maksat değildir, yalnızca suçtan önce gelen kanunların bir sonucudur. Suç işlemeyi düşünenleri bu işten vazgeçirmeyi amaçlamaz.⁷³ Amerikalı kriminolog Sheldon Glueck’a (ö. 1980) göre ceza tehdidi en kötü tedavi etme şeklidir. Özellikle çocuklarda ceza tehdidinin savunma mekanizmalarını geliştirip güvensizlik meydana getirdiğini ve yeni sapkın davranışlara yol açtığını ifade eder.⁷⁴ Burada genel önleme/caydırıcılığın inkâr edildiği görülmektedir. Bu düşünceye göre genel önleme korku varsayımına dayanır fakat bu, üzerine bir teori bina etmeye elverişli değildir. İnsanları suçtan döndüren şeyin ceza korkusu olduğunu belirtmek ümitsizliktir. Sosyal ve insani çok çeşitli duygular, vazife bilinci, dinî ve ahlaki inançlar suçtan döndürme noktasında çok daha önce gelir. Ceza korkusu ise bütün bu durumlardan sonra hesaba katılabilir.⁷⁵

Bazı ceza teorisyenleri, suçluların damgalanması (stigmatizasyon) ve toplumdan dışlanmasına dayalı geleneksel ceza politikalarını, bireyleri marjinalleştirerek yeniden suça yönelmelerine neden olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu bağlamda John Braithwaite, “utanç” kavramını ikiye ayırır. İlki, bireyi etikleyip toplumdan dışlanmasına ve istihdam gibi temel haklara erişiminin kısıtlanmasına neden olan ayrıştırıcı utançtır. Diğeri ise bireyin işlediği suçtan dolayı

⁷² Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/112-114.

⁷³ Faruk Erem, *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin* (Ankara: Sevinç Matbaası, ts.), 88.

⁷⁴ Zahir Kızmaz, *Suç Önleme - Çağdaş Yaklaşımlar* (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2020), 288.

⁷⁵ Erem, *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin*, 89.

hatalı olduğunu kabul etmesini, fakat cezasını çektikten sonra toplumla bağıni koparmadan saygın bir yaşam sürdürebilmesini esas alan “yeniden bütünleştirici utanç”tır (reintegrative shaming). Braithwaite’e göre insanlar, çoğunlukla sosyal onaydan mahrum kalma korkusu ve vicdan gibi gayri resmî kontrol biçimleri aracılığıyla suçtan uzak dururlar. Damgalama ise bu süreci yıkıcı bir utanca dönüştürerek suçu artırabilir.⁷⁶

Yeniden bütünleştirici utanç yaklaşımından beslenen onarıcı (restoratif) adalet teorisi, suçlunun cezalandırılmasından ziyade, suçun doğurduğu zararın giderilmesini ve bu süreçte hem mağdurun hem de toplumun aktif katılımını esas alır. Suçlulara yönelik dışlayıcı ve damgalayıcı tutumların terk edilmesi gerektiğini savunur, fail ile mağduru karşı karşıya getirerek failin pişmanlığını ifade etmesine, mağdurun ise affetme yoluyla sürece katkı sunmasına imkân tanır. Böylece cezaların bireyselleştirilmesi ve suçlunun topluma yeniden kazandırılması hedeflenir. Birçok ceza hukukçusu ve sosyolog, onarıcı adaletin, klasik caydırıcılık odaklı ceza sistemlerine kıyasla daha işlevsel bir suç önleme aracı olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁷

1.1.5. Çağdaş Ceza Hukuku

Çağdaş ceza hukuku uzlaştırıcı (telifçi) bir akımın ürünüdür. Hem manevi sorumluluk kabul edilmiş hem de güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Geleneksel baskılamanın (tenkil) yanında toplumsal savunma ve suçun önlenmesi düşüncelerine de itibar edilmiş ve suçlunun kişiliği artık hukuki değerlendirme sürecinde dikkate alınan müstakil bir kavram hüviyetini kazanmıştır.⁷⁸

Çağdaş ceza hukukunun iki amacı olduğu varsayılmaktadır. İlki, objektif bir ceza hukuku ortaya koymak, ikincisi ise tedbir ve yaptırımlarla toplumsal huzuru temin etmektir. Ancak özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hâkimin takdir yetkisi önemli ölçüde genişlemiş, bu kapsamda alt ve üst sınırları belirlenmiş yahut seçimlik nitelikte cezalar öngörülmeğe başlanmıştır. Ayrıca hafifletici nedenler, tekerrür, erteleme, adli af gibi çeşitli uygulamalar yoluyla ceza hukukunun giderek daha sübjektif bir nitelik kazandığı yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır.⁷⁹

⁷⁶ John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 55, 98-101; Hilal Soysal Bulgurcu, “Damgalama Yaklaşımı ve Onarıcı Adalet Bağlamında Denetimli Serbestlik”, *Olgu Sosyoloji Dergisi* 2/1 (30 Haziran 2023), 10-11.

⁷⁷ Aylin Kul Yenigül, “Onarıcı Adalet ve Cezalandırıcı Adalet” 5/9 (ts.), 11.

⁷⁸ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/121-122.

⁷⁹ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/128-129.

Hukukçular, ceza ve güvenlik tedbirlerinin suçları önlemekte yeterli olmadığını, hatta çoğu zaman etkisiz kaldığını ifade etmektedir. Bu nedenle, kriminolojik araştırmalarla suçu doğuran faktörler tespit edilmeli ve bunları ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemler geliştirilmelidir. Bu bağlamda devletin, suçla etkin mücadele edebilmek için hangi tedbirleri alması gerektiğinin ve hangi araçları kullanabileceğinin ortaya konulmasında suç siyasetine ihtiyaç duyulmaktadır.⁸⁰ Suç siyaseti çağdaş ceza hukukuna özellikle 1990'lı yıllardan sonra belirleyici yönde etki etmiştir. Suç siyaseti kavramı, “genel ve özel önleme dahil, suça karşı direnç ve mücadelede hedefleri belirlemek, araçları saptamak ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek, bunu yaparken insan haklarına saygıyı daima göz önünde bulundurmak üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları sanatı” olarak tanımlanmıştır.⁸¹

Önleyici ceza hukuku anlayışı, özellikle 21. yüzyılın başından itibaren giderek daha fazla önem kazanmaya başlamıştır. Bu süreçte suç alanı genişletilmiş ve devlet bireyleri potansiyel suç failleri olarak görme eğiliminde olmuştur. Bunun sonucunda günümüz toplumunun bir “risk toplumu” niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür. Burada karşımıza postmodernist düşüncelere yön veren Fransız filozof ve sosyolog Michel Foucault (ö. 1984) çıkmaktadır. Foucault, suçlulara eskiden acı verici ve fiziksel cezaların uygulandığını, modern dönemde ise daha az acı verici fakat gizli ve müdahaleci bir yönleme geçiş yapıldığını ifade eder. Günümüzde toplum olarak bir hapisanede yaşadığımızı ifade eden Foucault, suçtan arınmış bir toplum yaratmak adına herkesin gözetlendiği, kontrol edildiği ve potansiyel suçlu muamelesi gördüğü bir sistem yaratıldığını ifade eder. O, önceden iktidarın gücünün görünür olduğunu, şimdi ise gücün kontrol ettiği nesnelerin (deliler, suçlular) görünür konumda olduğunu ifade eder. Bu durumun pek çok izdüşümü bulunmaktadır. Eskiden mimari yapılar ya saraylarda olduğu gibi iktidarın gösteriş ve statü ifadesi olarak ya da kalelerde olduğu gibi halkı ve düşmanları gözetleyerek üstünlük kurmak amacıyla inşa edilirdi. Modern mimari ise insanların ne yaptığının kolayca gözlemlenebilmesi ve bunun sonucunda davranışlarının kontrol edilerek istenilen kalıba sokulması amacına yönelik yapılar inşa etmektedir. Örneğin, öğretmenin öğrencilerini rahat görmesini sağlayan geniş ve aydınlık amfiler, bu amaca yönelik inşa edilmiştir. Aynı yöntem, hastaneler, fabrikalar ve askeri kışlalar için de geçerlidir. Foucault, modern dönemin ideal mimari biçimini yansıtan şeylerden birinin, Bentham'ın hapisane modeli (Panaptikon) olduğunu söyler. Bu sistemde mahkumların her biri ayrı bir hücrede tutulur. Hücreler,

⁸⁰ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/123.

⁸¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi TBMM, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)* (Türkiye Büyük Millet Meclisi, 12 Mayıs 2003), 3.

merkezdeki bir gözetleme kulesinin etrafına dairesel olarak yerleştirilmiştir. Mahkumlar, kuledeki görevli tarafından her an gözlemlenebilecek konumdadırlar ve bunun ne zaman gerçekleşeceğini bilemezler. Bu nedenle her zaman izlendikleri düşüncesine uygun hareket etmek zorunda kalırlar ve bu durum gücün/iktidarın otomatik işleyişini sağlar.⁸²

Bu dönemde cezalandırılan şey suçun kendisi değil, suçludur. Çeşitli sebeplerle suçlunun yaptığı şey hukukun endişe alanına girmemektedir. Bunun bir neticesi olarak kefarete ve caydırma gibi amaçların yerini suçlunun ıslah ve rehabilitasyonu almıştır.⁸³

1.1.6. Ceza Teorilerinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

İslam ceza hukuku modern ceza hukukunun hem amaç hem de pratik bakımdan uğradığı dönüşümlere uğramamıştır. Bu durumun en önemli sebebi ilahi kaynaklı oluşu ve bu dönüşümün temeli olan fikrî akımlardan etkilenmeyiştir.

İslam ceza hukukunda hem caydırıcılık/önleme hem de kefarete amaçları bulunmaktadır. Ancak caydırıcılık cezanın en önemli ve birincil amacıken; kefarete ise ikincil amaçlardandır.⁸⁴ Bu özellikleriyle, karma teoriye ve bu teorinin içinde yer alan ve faydacı düşünceye ağırlık veren önleyici/yararcı karma teoriye benzemektedir.

İslam ceza hukuku cezaların adil ve insancıl olmasına önem verir; şiddete ve işkenceye karşı çıkar. Birçok İslam hukukçusu cezayı bir mefset olarak değerlendirir ve ta'zir cezaları bağlamında bir faydadan yoksun olması hâlinde düşmesinin mümkün olduğunu savunur. Benzer şekilde klasik okulun önemli temsilcilerinden Bentham, cezayı zorunlu bir kötülük olarak değerlendirmiş, yalnızca bir faydaya binaen verilebileceğini ifade etmiştir. Ancak İslam ceza hukukunda had ve kısas cezaları vahiy kökenli olduğu için manevi bir arınmanın da vesilesi olarak kabul edilir. Bununla birlikte manevi arınmanın geçerli olmadığı birçok durum bulunmaktadır.

Klasik okulun ardından gelişen pozitivist okul ise, suçun nedenlerine ilişkin farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Pozitivist okul, manevi sorumluluğu reddeder ve suçluluğun biyolojik kökenli olduğunu savunur. Düşünce sisteminde işlenen fiile değil, failin tehlikelilik hâline odaklanır. Suçlunun mümkünse ıslah edilmesi gerektiğini, bu mümkün olmadığı takdirde

⁸² Gary Gutting, *Foucault: A Very Short Introduction* (Oxford University Press, USA, 2005), 81-84.

⁸³ Gutting, *Foucault*, 84.

⁸⁴ Bu değerlendirme, tezin genel yaklaşımını yansıttığı gibi, özellikle ikinci bölümde ayrıntılı argümanlarla desteklenmiş ve teorik çerçevesi ortaya konulmuştur.

toplumdan tecrit edilmesini savunur. Klasik okuldan farklı olarak idam cezasını savunmaktadır. İslam ceza hukuku, manevi sorumluluğu esas alması ve suçlunun akıl ve ihtiyarıyla hareket eden bir varlık olduğunu kabul etmesi yönüyle pozitivist okulun düşünce sisteminden oldukça uzaktır. Bununla birlikte ta‘zir cezalarında failin kişiliğini ve topluma karşı oluşturduğu riski dikkate almakta, sınırlı durumlarda güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını da kabul etmektedir. Ayrıca failin ıslahına ve topluma yeniden kazandırılmasına önem vermektedir.⁸⁵

İdari politika kapsamında uygulanan güvenlik tedbirlerinde suçlunun tehlikelilik hâlinin dikkate alınması mümkündür. Buna göre herhangi bir suçu olmayan bireye de topluma vereceği zarar hesaba katılarak güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Ancak bu, ceza olarak telakki edilmemektedir. Bazı durumlarda da asli cezanın infazının beklenenden daha tehlikeli bir sonuç doğurmaması adına bireye asli ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.⁸⁶

İslam hukukçuları; kelamcılar, Mutezile ve Cebriyye arasında sürüp giden insan iradesiyle ilgili tartışmalara dikkatini vermemiş ve İslam ceza hukuku hükümlerini irade ve ihtiyar temeli üzerine kurmuşlardır. Ancak bu, İslam hukukunun klasik teoride olduğu gibi bütün insanları ceza konusunda eşit tuttuğu anlamına gelmez. Bu durumun yalnızca had cezalarında geçerli olduğu söylenebilir. Had cezaları da bireyin ihtiyarındaki her türlü bozukluktan dolayı düşer ve yerine hâkimin geniş takdir yetkisinin olduğu ta‘zîr cezası uygulanır.⁸⁷

Klasik ekol ile pozitivist ekol arasındaki en temel fark manevi mesuliyet ve irade konusyla ilgilidir. Klasik teori, insanın hür irade sahibi olduğunu kabul etmiş ve iradeyi sakatlayan bir durum olmadıkça suçluya özel bir muamele yapmayı reddetmiştir. Pozitivist ekol ise manevi sorumluluğu saf dışı bırakarak insanın suç işlerken iradesinin bulunmadığını neredeyse işlemeye mecbur olduğunu ifade etmiştir.⁸⁸

Ali Şafak, İslam ceza hukukunu insanın cebir ve ihtiyar arasında değişen bir yapıda olduğunu ikrar eden yeni-klasik ekole (karma teori) benzetir ve aslında bu ekolden daha fazla insaf sahibi olduğunu zira hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanıdığını ifade eder.⁸⁹ Yeni klasik teori, cebir ve ihtiyar arasında dengeli bir bakış açısına sahip olduğu için kefarete ve caydırıcılık

⁸⁵ Bu konu için bk. Fatma Bettayeb - Soner Duman, “İslam Ceza Hukukunda ve Beşerî Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, *Güvenlik Tedbirleri II* (2017), 554-593.

⁸⁶ Ali Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1977), 61.

⁸⁷ Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 58-59.

⁸⁸ İslam hukukçusu Ali Şafak, bu bakış açısını ortaya çıkardığı sonuç bakımından kelam ekolü olan Cebriyye’nin görüşüne benzetir. Cebriyye’ye göre alemde meydana gelen her şeyi Allah’ın takdir ve iradesiyledir. Pozitivistler ise insanın iradesinin olmayışını onun yaptığı her şeyin doğal ve sosyal birtakım hadiseler sonucu olduğuna dayandırarak açıklarlar. Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 59.

⁸⁹ Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 59.

düşüncelerini birlikte içerir. Bu durum had ve kısas cezalarında daha belirgindir. Ta'zîr cezalarında suçlunun kişilik özellikleri, içinde bulunduğu çevreyle birlikte iradesini etkileyen her türlü kusur cezayı etkiler. Bu nedenle yeni-klasik teorinin alt ve üst sınır olmak üzere tanıdıkları hâkim yetkisinden çok daha geniş bir hâkim yetkisinin varlığından söz etmek mümkündür.

Hashim Kamali, ceza teorilerinin birbiriyle çok ortak yönleri olduğunu ve net çizgilerle ayırmanın zor olduğunu belirtir.⁹⁰ Bu yaklaşıma göre İslam ceza hukukunda bütün ceza türlerinde öncelikli amaç caydırıcılık olsa da ıslah, misilleme gibi ikincil amaçları taşımakta, ölüm cezasını ve bedeni cezaları sınırlı hâllerde de olsa kabul etmekte onarıcı adalet teorisi kapsamında birçok uygulamayı benimsemektedir.

Pozitivist okul sonrası ortaya çıkan doktrinlerden hümanist doktrin, klasik ceza teorilerini suçlunun onurunu zedelediği, toplumdaki damgalanmasına yol açtığı ve ceza korkusuna dayandığı için eleştirmiştir. İslam ceza hukukunda genel caydırıcılık amacı bulunmakla birlikte aslında suçu önleme noktasında hümanist doktrinin eleştirdiği gibi yalnızca ceza korkusuna dayanmaz. Dinî ve ahlaki değerlere daha fazla ihtimam gösterir. Bu nedenle her günah, suç olarak nitelendirilmez ve bu dünyada bir karşılığı bulunmaz. Bununla birlikte ceza korkusunun insanı te'dip etme noktasında etkisiz olduğu söylenemez.⁹¹

Hümanist doktrinin “suçluyu kazıyınız altından insan çıkar”⁹² anlayışı İslam ceza hukuku için herhangi bir anlam ifade etmez. Zira İslam ceza hukuku, bir suç işlendiğinde suçlunun insaniyetini paranteze almaz. Suçlunun ceza infaz edilirken de infaz edildikten sonra da haysiyeti korunur ve İslam toplumunun bir parçası olmaya devam eder. Bunun aksini çağrıştıracak kötü muameleler hiçbir zaman meşrulaştırılmamıştır. Modern dönemde bedeni cezaların ve idam cezasının insan onuruyla bağdaşmadığına dair genel bir kanı hasıl olmuşsa da bu fikre ulaşılrken Batı’da sistematik bir şekilde işkencenin uygulanması ve haksız idam kararlarının verilmesi etkili olmuştur. Nitekim Beccaria, işkence ve insanlık dışı her türlü

⁹⁰ Mohammad Hashim Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law: A Fresh Interpretation* (Oxford University Press, 2019), 178.

⁹¹ İngiliz kriminolog Howard Jones (ö. 2007) cezadaki caydırıcı hedefin “bireyin yasayı ihlal etmesi durumunda karşılaştacağı ceza korkusuyla hukuka saygı duymasını temin etmek” olduğunu belirtir. Ayrıca yalnızca ceza korkusuyla hukuka uygun davranış göstermenin, gerçekten arzu edilir olup olmadığı sorusunu sorar. O, böyle bir sorunun “oldukça saf bir yaklaşım” olduğunu belirtir ve korku unsurunun zaten herkesin toplumsal eğitiminde önemli ölçüde yer aldığını söyler. İngiliz Başpiskopos William Temple (ö. 1944) ceza korkusu için şunu söylemiştir: “Bu korku, daha sonra bu temeller üzerine inşa edebileceğimiz duyguların değerini hiçbir şekilde azaltmaz.” Mohamed 'Abdalla Selim El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law: A Comparative Study* (SOAS University of London, Doktora Tezi, 1972), 82.

⁹² Erem, *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin* Kapağında yer alan ifade.

muameleye karşı çıkmış ve teorisini bu itiraz üzerine temellendirmiştir. İslam ceza hukukunda ise suçlu-mağdur adalet terazisinin şaşmaması için suçun olduğu andan itibaren sıkı kurallar konulmuş ve bunun denetimine özen gösterilmiştir. İslam ceza hukukunda suçluyu ne pahasına olursa olsun caydırmak muteber değildir. Ölüm cezası yalnızca belirli suçlar için ve ağır şartlar sabit olduktan sonra infaz edilir. İnsanları yargılama hususunda şüpheye düşürecek hata ihtimali neredeyse bulunmaz. Bu yüzden Batı medeniyetinde bedenî cezalara ve idam cezasına tümüyle karşı çıkmış olması, mevcut duruma tepki olarak gelişmiştir. Dolayısıyla bu cezaların insani olmadığına dair bir hükme varmak isabetli olmayacaktır. Ömür boyu hapis cezasının ve toplumun tamamını adeta denetimli bir serbestlik altında tutan önleyici ceza hukuku anlayışının insan hak ve özgürlüklerine daha yüksek bir değer atfettiği söylenemez.

Çağdaş ceza hukukunda ortaya çıkan önleyici ceza hukuku anlayışının İslam ceza hukukunda oldukça problematik olduğu görülecektir. Bu anlayışa göre toplumun bütün üyeleri daima gözetim altında bir suçlu gibi izlenmeye devam eder ve suç işlemesine engel olmak için kurallarla, tedbirlerle kuşatılmış vaziyettedir. Bu durum İslam'ın insana olan hürmetiyle bağdaşmamaktadır. İslam ceza hukukunun; kısas cezalarında af müessesine önem vermesi, had cezalarında ise suçları oldukça sıkı tespit şartlarına bağlı kılması, mahkemeye intikal etmeyen suçlarda tövbe kapısını açık bırakması, itirafların gerçekleştiği davalarda vazgeçme imkânı tanınması, İslam ceza hukukunun insani duruşunu ve ne pahasına olursa olsun kişiyi cezalandırma amacı güden bir felsefesi olmadığını göstermektedir.

İslam ceza hukukunda kişinin suç işleme ihtimaline binaen hürriyetini ve onurunu tehdit edecek tedbirler kabul edilemez. Bu nedenle güvenlik tedbirleri oldukça sınırlı durumlarda geçerlidir. Yine benzer şekilde hapis cezası İslam ceza hukukunda asli bir ceza olarak değil genellikle bir koruma tedbiri olarak vardır. Hapis cezasının olumlu birtakım etkilerinin olduğu söylene de bugün asli bir yaptırım olarak uygulanan hapis cezasının suçlu ve suçlu yakınlarına suçun karşılığı olmayan maddi manevi zararlar verdiği, ayrıca devlete bir yük olduğu görülmektedir.

Modern devletlerde görülen suçlunun toplumdan izole edilmesi ya da ilk defa suç işleyen biriyle mükerrir suçluların aynı ceza muhakemesi koşullarına tabi tutulması İslam ceza hukuku felsefesiyle bağdaşmaz. Bu bakımdan, failin etiketlenmesi ve toplum dışına itilmesini reddeden yeniden bütünleştirici utanç yaklaşımı, İslam ceza hukukuyla uyum arz etmektedir. Failin, kendisine uygulanan cezadan sonra tövbe etmesi ve cezayı kendisi için manevi bir arınma olarak görmesi beklenir. Ceza infaz edildikten sonra suçlunun arkasından kötü konuşulmasına

dahi müsaade edilmez. Normal bir yaşam sürmesine ve mâîşetini temin etmesine yardım edilir. Bu mümkün olmadığı takdirde beytûlmâlden maaş bağlanır.

İskandinav ülkeleri gibi refah düzeyi yüksek toplumlardaki ceza hukuku anlayışında suçluların ıslahı ve rehabilitasyonu öncelenir ve cezaların şiddeti diğer hukuk sistemlerine göre çok daha hafiftir. Bu ülkelerde hapis cezası süreleri genellikle düşüktür ve cezaevinde insani yaşam koşulları hakimdir. ABD başta olmak üzere birçok Batı ülkesinin ceza adaleti sisteminde cezalar daha ağır, cezaevi koşulları daha zorludur. Bu iki hukuk sistemini karşılaştıran çalışmalar suçta tekerrür oranının İskandinav ülkelerinde diğer ülkelere nazaran çok daha düşük olduğunu gözlemler. Norveç başta olmak üzere bu ülkelerde eğitim, sağlık, barınma açısından oldukça iyi yaşam şartları bulunmaktadır.⁹³

İslam ceza hukukunda hapis cezasının benzer şekilde uzun süreli olmaması esastır. Toplumsal refah düzeyiyle ilgili olan adil bölüşüm sisteminin uygulanması, kıtlık ve benzeri olağanüstü hallerin bulunmayışı, hayatın her alanına dair ahlaki bir toplum düzeni oluşturacak hukuk normları, ağır had ve kısas cezalarının uygulanmasında bir ön koşuldur. Böyle bir sistemde suç işleyen kişi ağır bir şekilde cezalandırıldığı takdirde hem onun için hem de diğer insanlar için caydırıcılığın sağlanacağı öngörülür. Birçok Batı ülkesinde ceza muhakemesi ile infaz sistemlerinde gözlemlenen aksaklıklar ve adaletsizlikler nasıl kamu vicdanını yaralıyorsa, İskandinav ülkelerinin ağır suçlara karşı dahi son derece hafif hapis cezaları öngörmesi ve mahkumlara oldukça konforlu yaşam alanları sunması da benzer şekilde toplumun adalet duygusunu zedelemekte ve vicdanen tatmin olmasını engellemektedir.

1.2. CAYDIRICILIK TEORİSİ

Beccaria ve Bentham'ın öncülüğünü yaptığı Klasik Ekol, caydırıcılığın ceza hukuku felsefesi olarak ön plana çıkarıldığı, ana hatlarıyla unsurlarının ortaya konulduğu, neticede bugün caydırıcılık teorisi olarak bilinen teorinin ilk yapıtaşlarını oluşturduğu ekoldür. Geleceğe dönük,

⁹³ Bk. Peter Scharff Smith, *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice: Embraced by the Welfare State?*, ed. Thomas Ugelvik (London: Palgrave Macmillan UK, 2017); "Nordic Penal Exceptionalism: A Comparative, Empirical Analysis | The British Journal of Criminology | Oxford Academic" (Erişim 25 Nisan 2025); Paulo Rocha vd., "How to Change Practice and Policy to Address the Unique Needs of Senior Inmates: Insights From the Norwegian Correctional System*", *The Prison Journal* 104/6 (01 Aralık 2024), 761-786.

teleolojik bir teori olan caydırıcılık teorisi, “değere ilişkin belirlemesini” Bentham’ın klasik faydacılık ilkesi üzerinden yapar.⁹⁴

Pozitivist ceza ekolü sonrası ortaya çıkan teorilerden biri olan ve daha önce kısaca değindiğimiz çağdaş neoklasikçilik veya yeni neoklasikçilik hukuk düşüncesi, Klasik okul fikirlerinin, özellikle caydırıcılık teorisinin yeniden ortaya çıkışını temsil eder. 1968 yılında ekonomist ve sosyal bilimci çok sayıda düşünür çalışmalarında caydırıcılık teorisini ele almıştır. Bu durum modern dünyanın ceza adalet sistemini oldukça etkilemiştir.⁹⁵

Çağdaş neoklasikçilik teorisine göre pozitivist düşüncenin benimsediği ıslah ve rehabiliteyi merkeze alan ceza anlayışı etkisizdir. Onun yerine hem daha kısa sürede sonuç alınabilecek hem de daha az maliyetli bir sisteme geçiş yapılmalıdır. Bu da cezaların artırılması ve suçlunun mümkün olan en büyük cezayı almasının sağlanmasıdır. Bu şekilde suçların önüne geçmek mümkün olacaktır.⁹⁶

1970’li yıllarda yeniden popüler hale gelen caydırıcılık teorisini ceza adalet sisteminde en fazla benimseyen ülkelerin başında Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. Bu teorinin etkisiyle Amerika Birleşik Devletleri’nde 1970’li yıllardan 2000’li yılların başına kadar mahkûm sayısı dört katına çıkmıştır.⁹⁷ Caydırıcılık teorisi birçok açıdan eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu eleştirilere göre ekonomik bir bakış açısıyla ortaya konulan klasik caydırıcılığın gerçek bir caydırıcı etkisi yoktur, dolayısıyla suç tekrarını azaltmaz. Örneğin, New South Wales Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emeritus Profesörü David Brown, bu düşünceyi şöyle ifade etmiştir: “Bunu ceza sisteminin kirli sırrı olarak adlandırıyorum; zira caydırıcılığın bulunduğu varsayılıyor. Ancak araştırmalar gösteriyor ki sistemin caydırıcı bir etkisi ya çok az ya da hiç yok.” Brown, özellikle daha uzun süreli hapis cezalarının suç önlemediğini hatta tam tersi bir etkiye yol açtığını belirtir. İnsanların ceza hakkında bilgisiz olabileceğini ve suç işleyenlerin yakalanma, yargılanma ve mahkûm edilme ihtimallerini rasyonel olarak hesapladığı

⁹⁴ Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 75.

⁹⁵ Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği üzerine hazırladıkları raporda Sulhi Dönmezer ve FeridunYenisey Ceza hukukunun birincil işlevinin telafi edici olmak olduğunu suçlunun ıslahının ancak ikincil derecede öneme sahip olabileceğini ifade eder. Onlara göre 1960’lardan beri Ceza hukuku ve ceza adalet sistemi sosyal adaleti ve toplumsal barış ve sükunu sağlayabilecek ve ceza yerine alternatif olarak tercih edilebilecek yöntemleri bulamamıştır. Bu nedenle 1990’lardan sonra cezayı reddeden görüşler etkinliğini yitirmiştir. Sulhi Dönmezer - Feridun Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998* (İstanbul: TESEV Yayınları, 2000), 55.

⁹⁶ Dolu, *Suç Teorileri*, 98.

⁹⁷ Dolu, *Suç Teorileri*, 101-102.

varsayımının hatalı olduğunu; ayrıca suça iten ekonomik, sosyal ve kültürel faktörlerin hesaba katılmadığını söyler.⁹⁸

1.2.1. Caydırıcılığın Unsurları

Beccaria'ya göre cezaların caydırıcı olması için *kesinlik* (certainty), *hızlılık* (celerity/swiftness) ve *şiddet* (severity) olmak üzere üç temel unsur gereklidir.⁹⁹ Bu unsurlar, aynı anda bir arada bulunmalıdır. İçlerinden birinin eksikliği, diğer unsurların da anlamını kaybetmesine sebep olur. Bu bağlamda cezanın ağırlığı önemli ölçüde artmış dahi olsa eğer kesinlik veya hızlılık unsuru yoksa cezanın caydırıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak bütün unsurların tam olduğu bir cezada unsurlardan biri artış gösterirse, örneğin cezanın ağırlaştırılması yönünde karar alınırsa caydırıcılık da bu durumdan pozitif anlamda etkilenecektir.¹⁰⁰

1.2.1.1. Kesinlik

Kesinlik en önemli caydırıcılık faktörü olarak görülür. Bu düşünceye göre insanlar er geç ve ne pahasına olursa olsun cezanın gerçekleşeceğini bildiği takdirde suç işlemekten önce daha çok düşünür.¹⁰¹ Cezalandırılmasının kaçınılmaz olduğu yönünde kuvvetli bir algı seviyesine bağlı olarak caydırıcılığın aynı ölçüde yüksek olacağı ümit edilir. Cezanın kesinliği kişinin yakalanma ve ceza alma olasılığını birlikte içerir. Dolayısıyla suçluların yakalanma, tutuklanma, yargılanma ve mahkûm olma olasılıklarının artması yönündeki algının yükselmesiyle birlikte suç işleme oranlarında da bir azalma yaşanacağı varsayılmaktadır.¹⁰²

Beccaria, cezaların kaçınılmaz olmasının suçları önleyen en önemli frenlerden biri olduğunu ve cezaların tatbik edilmesi hususunda savcı ve hakimlerin ciddi bir duruşa sahip olması gerektiğini söyler. Ayrıca ona göre, cezaların kaçınılmazlığı, ılımlı bir yazılı hukukla birlikte seyretmelidir. Beccaria, suçlunun ondan kurtulma umudu bulunmadığı takdirde hafif bir cezanın dahi, daha ağır başka bir cezaya kıyasla çok daha fazla korku unsuru barındırdığını belirtir.¹⁰³

⁹⁸ Raymond Paternoster, "How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence", *Journal of Criminal Law and Criminology* 100/3 (01 Ocak 2010), 804-805; UNSW Sydney UNSW, "Do Harsher Punishments Deter Crime?" (Erişim 30 Nisan 2025).

⁹⁹ Dolu, *Suç Teorileri*, 94; Kızmaz, *Suç Önleme*, 282.

¹⁰⁰ Dolu, *Suç Teorileri*, 105-106.

¹⁰¹ Dolu, *Suç Teorileri*, 94; Kızmaz, *Suç Önleme*, 282.

¹⁰² Kızmaz, *Suç Önleme*, 282; Ahmet Polat, *Suç Önleme* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), 75.

¹⁰³ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 129.

Beccaria, ceza kanunlarının içeriğinin genel, açık, kesin ve orantılı olması gerektiğini söyler.¹⁰⁴ Buna göre yalnızca suç işlediği zaman onu neyin beklediğinden emin olan kişi suç işlemekten vazgeçebilir. Beccaria uygulama gücünü yitiren kanunların (kanûn-u metrûke) kamu esenliğini ve faydasını amaçlasa da insanlar için bir anlam ifade etmediğini ve onların bu tarz yasaları küçümseyeceğini ve aşılması gereken engeller olarak göreceğini söyler.¹⁰⁵

Cezanın kesinliği ve kaçınılmazlığında etkili olan önemli bir faktör de potansiyel suçlunun ceza hakkında hukuki bilgi sahibi olmasıdır. Bu bağlamda, ceza kanunları tarafından suç sayılan veya yerine getirilmesi gereken eylemleri ve suç için mazeret teşkil eden koşulları bilip bilmediği önemli bir meseledir. Caydırıcılık teorisi üzerine yapılan birçok araştırma, insanların genellikle ceza hakkında bilgisiz olduğunu ve bunun bir neticesi olarak da cezayı küçümseydiğini göstermektedir.¹⁰⁶

Birçok ülkede uzun yıllar yapılan kriminolojik araştırmalar, cezanın kesinliğini artırmanın şiddetini artırmaktan daha güçlü bir caydırıcı etki meydana getirdiği sonucuna ulaşmıştır. Caydırıcılık konusunda uzman, Daniel Nagin ve Greg Pogarsky, “cezanın kesinliğinin, cezanın şiddetinden çok daha tutarlı bir şekilde suçtan caydırıcı olduğunu ve suçun hukuk dışı sonuçlarının, (itibar kaybı, toplumsal damgalama, psikolojik, mali ve ailevi sorunlar gibi) en az hukuki sonuçlar kadar caydırıcı olduğunu” dile getirmiştir.¹⁰⁷

1.2.1.2. Hızlılık

Suçlunun en kısa sürede yakalanması, adalete teslim edilmesi ve hakkında hızlı bir yargılama süreci gerçekleştirilmesi, dolayısıyla hızlı bir şekilde cezaya çarptırılması cezanın hızlılık unsurudur. Bu cezanın adil ve caydırıcı olması son derece önem arz eder. Çünkü suçla ceza

¹⁰⁴ Hukuk felsefecisi Lon Fuller (ö. 1978) de adaleti yerine getirmek için hukukun içeriği ile biçiminin uyum içinde olması gerektiğini düşünür. Beccaria’nın yasalara ilişkin ortaya koyduğu bu ilkeleri tekrar ele almıştır. Fuller, kanun yapmanın iç ahlakı olarak sekiz ilke göstermektedir. Bunlar şöyledir: Kurallar genel, açık, yayımlanmış olmalıdır. Zaman içinde tutarlı olmalıdır. Geçmişe yürür olmamalıdır. Birbiriyle çelişmemelidir. İmkansız talep etmemelidir. Yetkililerin eylemi ve yayımlanmış kurallar arasında uyum olmalıdır. Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 96; E. İrem Akı, “Hukukun iç ahlakı: Lon L. Fuller’in görüşleri çerçevesinde bir inceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64/1 (01 Mart 2015), 5.

¹⁰⁵ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 166-167.

¹⁰⁶ Valerie Wright, *Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment* (Washington, DC: Sentencing Project, 2010), 3; Russil Durrant, *An Introduction to Criminal Psychology* (Routledge, 2018), 373.

¹⁰⁷ Wright, *Deterrence in Criminal Justice*, 4; Paternoster, “How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence”, 818; Durrant, *An Introduction to Criminal Psychology*, 375.

arasındaki bağlantının kopmaması gerekmektedir. Suç işleme, yakalanma ve yargılama arasında geçen zaman arttıkça cezanın caydırıcılık seviyesi de paralel olarak azalacaktır.¹⁰⁸

Bir kişi suç işleyip yakalanmadığında, suç riskine dair algısı düşerken, yakalandığında bu algı yükselmektedir. Bu nedenle klasik okulun iki önemli düşünürü de cezanın suçun algılanan faydalarını dengeleyebilmesi için suçtan hemen sonra uygulanması gerektiğini savunmuştur.¹⁰⁹ Beccaria, suçla cezanın birbirine yakın olmasının çok önemli olduğunu vurgulamış ve geciken cezanın bir gösteriye dönüştüğünü ve infaza şahit olan insanların hissettiği dehşeti zayıflattığını ifade etmiştir.¹¹⁰

Caydırıcılığa eleştirel yaklaşan birçok ceza teorisyeni, suç işleyerek elde edilecek anlık kazançların cazibesine kapılan potansiyel suçlunun zihninde cezanın uzak mesafeli bir tehlike olarak algılandığını ifade eder. Ayrıca insanlar genellikle zamanı küçümseme eğilimindedir ve daha önce bu cezayı tecrübe etmiş olsa dahi on yıl hapis cezası alan biri, bunu beş senelik bir cezanın iki katı daha ağır olarak değerlendirmez. Bu durum bütün yaptırımlar için geçerlidir. Dolayısıyla cezanın suç işleme kararına olan zamansal uzaklığı nedeniyle potansiyel bir suçlu bu cezaların kesinliğini ve şiddetini büyük ölçüde göz ardı edebilir ve cezanın caydırıcı etkisi ortadan kalkar.¹¹¹

Modern ceza adaleti sisteminde hızlı yargılama oldukça önemlidir. Adaletin gecikmesi hâlinde hem dava masrafları artar hem de birtakım toplumsal neticeler meydana gelir. Ancak ceza adaletinde gecikmenin sorun oluşturmadığına, aksine yargılamanın adil olması için daha fazla düşünme imkânı sağladığına, böylece kararların daha isabetli ve sanık açısından daha faydalı olacağına dair görüşler de mevcuttur.¹¹²

Modern ceza hukukunda suçun faili, mağduru veya halk, suçun bir an önce karara bağlanmasını talep etme hakkına sahiptir. Sanığın hızlı ve adil bir şekilde yargılanma hakkı bulunur. Bu ilke korunmadığı takdirde cezanın genel ve özel caydırıcı etkisinin ortadan kalkması mümkündür. Buna *geciken adalet* (justice delayed) veya *reddedilen adalet* (justice denied) denilmektedir. Gecikme, ceza adalet sisteminin güvenilirliğini azaltmaktadır. Suçun kovuşturulması başarısızlığa uğramakta, tanık ve mağdurlar usanmakta, doğru olmayan adalet arayışlarına girmelerine ve tehlikeli suçluların serbest kalarak toplumu tehdit etmeye devam etmesine, sanık

¹⁰⁸ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 103; Dolu, *Suç Teorileri*, 94; Kızmaz, *Suç Önleme*, 282-283; Polat, *Suç Önleme*, 75.

¹⁰⁹ Paternoster, “How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence”, 820.

¹¹⁰ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 103.

¹¹¹ Paternoster, “How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence”, 822-823.

¹¹² Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, 21-22.

durumunda olan masum insanların ise haklarının ihlal edilmesine yol açmaktadır.¹¹³ Ancak bu ilkenin sanığın savunma hakkına zarar vermemesi gerekmektedir. Dolayısıyla davaların hızlı olması konusunda makul bir süreyi gözetmek önem taşır.¹¹⁴ Çünkü davayı çok kısa sürede sonuca ulaştırmaya çalışmak adaletten feragat etmeyi gerektirebilir. Bu nedenle hız ceza adalet sisteminin düzenli işleyişinde tek amaç olarak görülemez.¹¹⁵

1.2.1.3. Şiddet

Cezanın ağır olması cezaların caydırıcılığı için gerekli olan bir diğer faktördür. Cezanın şiddetli olması suçla orantısız biçimde ağır olması anlamına gelmez. Beccaria'ya göre cezalar suçun ağırlığına uygun olmalıdır. Cezanın suça nispeten hafif olması, suçun maliyetini (olumsuz sonuçlarını) azaltır ve onun rasyonel bir seçenek hâline gelmesine sebebiyet verir. Suçtan çok daha ağır bir ceza verildiği takdirde ise, toplum bu durumu haksızlık olarak nitelendirir ve cezayı kabullenmez. Dolayısıyla her iki durumda da ceza, caydırıcılık vasfını koruyamaz.¹¹⁶ Ona göre cezanın kendisinden beklenen etkiyi gerçekleştirmesi için, yol açtığı acının, suçun sağladığı yarardan daha fazla olması yeterlidir.¹¹⁷

Klasik okulun fikirlerinden etkilendiği siyaset felsefecisi Montesquieu (ö. 1755), ceza kanunlarının açık ve net olması gerektiğini, suç ve ceza orantılılığını savunur; işkenceye ve aşırı şiddete karşı çıkar. Ona göre cezaların şiddetli olması adalet ve toplumsal sözleşmenin ruhuna aykırıdır. Ayrıca cezaların ağır ve şiddetli olmasının caydırıcı olduğu anlamına gelmediğini ifade eder.¹¹⁸ Ayrıca cezaların şiddetiyle ilgili şunları söyler: “İnsanları yönetirken aşırı uçlara gitmek gerekmez. Onları yönetmek için doğanın bize verdiği imkânları makul bir şekilde kullanmalıyız. Her türlü ahlaksızlığın sebebi araştırılmalıdır. Görülecektir ki bunun nedeni, cezaların hafifliği değil, suçların cezasız kalmasıdır.”¹¹⁹

Beccaria ceza infaz edilirken canavarca işkencelerin yapıldığı dönemlerin aynı zamanda en kanlı ve insanlık dışı suçların işlendiği dönemler olduğunu söyler. O, işkencenin insanda uyandırdığı etkiyi ve caydırıcılığa verdiği zararı şöyle ifade eder: “Tekrar edilen işkenceler ne kadar acımasızsa insanların ruhları o oranda katılaşır. Onlara alışırlar ve daha az korku duymaya

¹¹³ Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, 22.

¹¹⁴ Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, 255.

¹¹⁵ Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, 27.

¹¹⁶ Dolu, *Suç Teorileri*, 95.

¹¹⁷ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 131.

¹¹⁸ Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı”, 437.

¹¹⁹ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Berna Günen (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2023), 197.

başlarlar.¹²⁰ Cezanın verdiği acının suçla elde edilecek yarardan daha fazla olmasının cezadan beklenen etkiyi yerine getirmesi için yeterli olduğunu söyler ve suçlunun cezanın kaçınılmazlığını ve suçtan elde edilen yararı kaybedeceğini bilmesi gerektiğini belirtir. Beccaria'ya göre “Bu sınırı aşan tüm cezalar faydasızdır ve zorbalık içerir.”¹²¹ Onun bu ifadesinden, suçla orantısız şekilde uygulanan ağır cezaların caydırıcı bir etki doğurmadığı; aksine, suçun yaygınlaşmasına ve bireylerin suça karşı daha cüretkâr davranmasına yol açtığı, bu durumun da yasaya duyulan güveni zayıflattığı anlaşılmaktadır.

Beccaria'ya göre cezaların gereksiz yere acımasız ve şiddet dolu olması suçun önlenmesi amacına aykırı iki olumsuz sonuç doğurur. İlki, suçla ceza arasında kurulması gereken bir denge bulunmaktadır ve bu dengeyi kurmak kolay değildir. Zorbalık ve işkencenin birçok türünü ceza olarak uygulamak mümkün olsa da insan, her zaman bunlardan daha fazlasını suç olarak işleme potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla çok ağır suçları önlemeye yetecek denklkte ağır bir ceza bulmak imkân dışıdır. İkincisi ise canavarca ceza ya da işkencelerin cezasızlığa yol açmasıdır. Beccaria, insanın doğası gereği haz ya da acı bakımından bir sınırı olduğunu ifade eder. Canavarca gösterilerin sistematik yasalar hâline gelemeyeceğini; bu durumda ya yasaların değişmesi gerektiğini ya da cezasızlığa yol açacağını söyler.¹²²

Jeremy Bentham'ın öğrencisi olan ve faydacılık ilkesini benimseyen John Stuart Mill (ö. 1873), klasik akımdan farklı olarak cezaların şiddeti ve idam cezası hakkında farklı bir görüşe sahiptir. İdam cezasını savunduğu konuşmasında, onu suçtan caydırmak için yeterince etkili ve diğer cezalarla karşılaştırılamayacak ölçüde daha az zalim ve insani bir yöntem olarak nitelendirir ve şöyle der: “Eğer ölüm cezası vermekten korktuğumuz için, yaşayan suçlulara, insan zihninde ölümle kıyaslanabilir caydırıcı etkiye sahip bir ceza tasarlamaya çalışırsak, görünüşte daha hafif, bu yüzden de daha az etkili ama gerçekte çok daha zalim cezalar uygulamak zorunda kalırız.”¹²³

Mill, görünüşte daha az şiddetli ve merhametli olan ve gerçekte daha zalim olan ömür boyu hapis cezasıyla idam cezasını şiddet yönünden karşılaştırır. Ömür boyu hapis cezasının bütün umutların kesildiği ve bir hayatın tükendiği, oldukça ağır bir ceza olduğunu ancak bu cezanın acı yönleri tek bir ana yoğunlaşmadığı için insanların onu hafife alma eğiliminde olduğunu söyler. Buna ek olarak ölüm cezasının, ölüm sonrası belirsizlik unsuru taşıdığını, bu nedenle

¹²⁰ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 130.

¹²¹ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 131.

¹²² Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 132.

¹²³ Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches Part I*, 306.

evrensel olarak hapis cezasının ölüm cezasından daha hafif kabul edildiğini belirtir. Bütün uzun süreli cezaların, insanlar tarafından gerçekte olduklarından çok daha hafif zannedildiğini söyler. Buna karşın, ölüm cezasının gerçekte olduğundan çok daha ağır bir ceza olarak görüldüğünü ve bu açıdan diğer cezalardan üstün olduğunu; zira bir cezanın pratik gücünün ne olduğundan ziyade nasıl görüldüğüne bağlı olduğunu ifade eder.¹²⁴

Günümüzde yapılan birçok araştırmada cezaların şiddetini artırmanın caydırıcılık düşüncesiyle uyum sağlamayacak ölçüde çok az bir etkisi olduğu veya tamamen etkisiz olduğu sonucuna varılmıştır.¹²⁵ Özellikle cinayet suçuna verilen idam cezasının suçu caydırdığını ortaya koyan araştırmalar eleştirilmiş ve idam cezasının cinayeti caydırmakta başarısız olduğu, hapis cezasının ise daha çok caydırıcı olduğu tespit edilmiştir.¹²⁶ Ancak idam cezasının caydırıcılığıyla ilgili araştırmaların çoğu ABD’de yapılmıştır. Buradaki en önemli sorun, cezanın uygulandığı eyaletlerde infaz edilen suçlu sayısının çok az olması ve keyfi idam kararları alınmasıdır. Bu durumda suçluların rasyonel oldukları ve caydırılmalarının mümkün olduğu varsayılrsa dahi ceza caydırıcı bir işlev görmeyecektir. Çünkü potansiyel katiller bu durumda, cinayet işledikleri zaman makul bir şekilde idam edilmeyi bekleyemez.¹²⁷ Bu demektir ki hangi koşullar altında idam cezası alacağını bilmeyen potansiyel katil, bu cezanın caydırıcılığından etkilenmez. Dolayısıyla idam cezalarının caydırıcı olmadığına dair yapılan araştırmalar kanaatimize göre şüpheyi karşılanmalıdır.

1.2.2. Caydırıcılığın İşlevleri

Ceza hukukunda caydırıcılık teorisinin genel ve özel olmak üzere iki ana işlevi olduğu ifade edilir. Özel caydırıcılık suçlunun, verilen cezanın etkisiyle suçu bir daha işlememe yönünde karar alması, genel caydırıcılık ise toplumun geri kalanının suçluya verilen cezadan etkilenip suç düşüncesi mevcutsa bundan vazgeçmesidir.¹²⁸

Caydırıcılık teorisini ele alan birçok çalışmada daha çok genel caydırıcılığın üstünde durulur ve caydırıcılıktan asıl kastın toplumun caydırılması olduğuna işaret edilir. Bunun önemli bir

¹²⁴ Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches Part I*, 306.

¹²⁵ Durrant, *An Introduction to Criminal Psychology*, 370.

¹²⁶ Kızmaz, *Suç Önleme*, 284-285.

¹²⁷ Durrant, *An Introduction to Criminal Psychology*, 371.

¹²⁸ Dolu, *Suç Teorileri*, 102; Yıldırım, *Cezalandırmanın Amacı*, 76.

sebebi de bu teorinin asıl kurucuları olarak gösterilen Beccaria, Bentham ve Feuerbach gibi düşünürlerin genel önlemeye daha fazla vurgu yapmaları ve cezanın merkezine bireyi değil toplumu koymalarıdır. Caydırıcılığın bu iki işlevi kaynaklarda, genel ve özel önleme olarak da ele alınır.

Caydırıcılık özel ve genel caydırıcılık olarak ele alınıp incelense de esasen bu iki caydırıcılık türünün farklı toplum kesimlerine hitap ettiğine dair bir düşünce mevcuttur. 1993 yılında Amerikalı kriminologlar, Mark C. Stafford ve Mark Warr, bu düşünceye karşı çıkmış ve insanın her iki caydırıcılık türünün etkisinde kalabileceğini ifade etmişlerdir. Ayrıca kişinin önceki ceza tecrübesinin, caydırıcı bir etkisi olacağının eksik bir varsayım olduğuna kanaat getirmişlerdir. Zira suçlular, “ceza tecrübesi kadar cezadan kaçınma tecrübesi de elde ederler. Bu nedenle suçluların cezadan kaçınma ile tekrar suç işleme noktasında kazandıkları cesaretin ceza ihtimali nedeniyle oluşması beklenen caydırıcı etkiden çok daha fazla olduğunu” ifade ederler. Dolayısıyla Stafford ve Warr, cezadan kaçınma davranışını da özel caydırıcılık ve genel caydırıcılık düşüncesine ekleyerek caydırıcılık teorisini yeniden formüle etmişlerdir.¹²⁹

Caydırıcılığın gerçekleşmesi için suçluların yakalanıp adalete teslim edilmesi ve ceza görmeleri gerekir. Fakat bu gerçekleşmez ve suçlu bir şekilde cezadan kaçınmanın yolunu bulursa daha sonraki suç işleme düşüncesinde cesaret kazanır. Başkalarına verilen cezalar bu anlamda onun için caydırıcılık sağlamaz. Kendi tecrübesi daha önemli hâle gelir ve yeniden cezadan kaçabileceğini düşünür. Bununla birlikte insanın sadece cezadan kaçınma veya ceza alma tecrübesi bulunmaz. Bu konuda doğrudan veya dolaylı tecrübeleri de bulunur. Kişinin bir suça yönelik aldığı cezanın o suçun tekrarında caydırıcı bir rol oynaması veya işlediği diğer suçlardan ceza almaması doğrudan tecrübesidir. Başka bir suçlunun işlediği bir suça binaen ceza aldığını veya suç işleyen birinin cezadan kaçabildiğini görmesi ise dolaylı bir caydırıcılık tecrübesidir. Bu bağlamda davranışlarımız, hem kendi fiillerimizin neticelerinden (özel caydırıcılık), hem de başkalarının fiillerine verilen tepkilerden (genel caydırıcılık) etkilenmektedir.¹³⁰

Genel caydırıcılık düşüncesinde cezanın belirli davranışların belirli sonuçlara yol açacağına dair bir mesaj verme suretiyle bütün toplumu etkilediği düşünülür. İnsanlar eylemlerinin cezayla karşılık bulmasını istemez ve bu nedenle suç işlemekten kaçınır. Örneğin, bir suçlu hapishaneye gönderilerek cezalandırıldığında, bu durum, toplumun geri kalanına, bu tür

¹²⁹ Dolu, *Suç Teorileri*, 102.

¹³⁰ Dolu, *Suç Teorileri*, 103-104.

davranışların ceza adalet sistemi tarafından kabul edilmediği yönünde açık bir uyarı niteliğindedir.¹³¹

Bireylerin, aynı acının kendilerine de uygulanmasını önlemek için aynı suçu işlemekten kaçınmaları beklenir. Kanunlarda yer alan cezaların çoğunun insanı suç işlemekten vazgeçireceği öngörülür. Kanun vatandaşları adeta tehdit eder ve bu haklı bir tehdittir. Buna rağmen bir suç işlenirse bu tehdidin boyutu artar. Çünkü bu ceza diğer insanlar için ibret niteliği taşır.¹³²

Caydırıcılık teorisinin önemli isimlerinden kabul edilen Bentham'a göre cezalandırmanın temel hedefi genel caydırıcılığı temin etmektir. Bu düşünceye göre failin suçunu tekrerrütmesi ya da aynı suçun diğer insanlar tarafından işlenme tehlikesi yoksa ceza vermek faydasız bir eylem olur.¹³³

Özel caydırıcılık, cezanın suçu işleyen kişi üzerindeki etkisine ilişkindir. Suç işleyen bireye olumsuz yaptırımlar uygulandığında, onun yeniden suç işleme olasılığının azalacağı düşünülür. Bu nedenle suçlular eylemlerinin kendilerine yönelik zararlı sonuçlarını fark etmeli ve davranışlarını buna göre değiştirmelidir.¹³⁴

1.2.3. Caydırıcılığın Suçluluk Üzerindeki Etkisi

Caydırıcılığın suçluluk üzerindeki etkisi *mutlak* (absolute) *sınırlı* (restrictive) veya *marjinal* (marginal) olabilir. *Mutlak caydırıcılık* (absolute deterrence), algılanan ceza tehdidinin kişinin suç teşkil eden bir davranışını tamamen engellemesidir. Cezalandırmanın bireyin suç işleme davranışı üzerindeki etkisi çoğu zaman mutlak değildir. Sınırlı caydırıcılık cezalandırma tehdidinin suçluları tamamen caydıramadığı, onların sınırlı düzeyde de olsa yasa ihlali yapmaya devam ettikleri durumdur.¹³⁵ Fakat herhangi bir suçun işlenmemesi hâlinde bunun sebebini, ceza tehdidi ile sağlanan mutlak caydırıcılıkla açıklamak mümkün değildir. Birey farklı sebeplere binaen suç düşüncesinden vazgeçebilir. Bu nedenle çoğu zaman mutlak değil *kısmi caydırıcılık* (restrictive deterrence) gerçekleşir.”¹³⁶

¹³¹ Durrant, *An Introduction to Criminal Psychology*, 364.

¹³² Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku -I- Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 302.

¹³³ Saç, *Hapis Cezasına Seçenek Kurumlar*, 21.

¹³⁴ Durrant, *An Introduction to Criminal Psychology*, 364-365.

¹³⁵ Zahir Kızmaz, “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, (2005), 222-223.

¹³⁶ Dolu, *Suç Teorileri*, 104-105.

Marjinal caydırıcılık ekonomik caydırıcılık olarak da ifade edilmiştir.¹³⁷ Suç işlemeye niyetlenen bir birey, suçun maliyetinin (alacağı cezanın) suçtan elde edeceği kazançtan daha fazla olduğunu düşünür ve suç işlemekten vazgeçerse burada marjinal/ekonomik caydırıcılıktan bahsetmek mümkündür. Ancak verilen cezanın kişiyi suç işlemekten ne ölçüde caydırdığını ekonomik açıdan keşfetmek oldukça zordur. Cezalar çok yüksek olsa dahi yakalanma ihtimali düşükse genellikle suçluların cezanın ciddiyetini önemsemediği görülmektedir.¹³⁸ Klasisizm akımının öncüsü Beccaria, cezaların, suçun kamu esenliğine verdiği zararlar ve insanları suça iten saiklerle orantılı ve bu suretle çok daha etkili olması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁹

Ceza verme hakkının esasını fayda olduğunu söyleyen Jeremy Bentham, bu görüşünü matematiksel olarak açıklamıştır. Buna göre insan davranışlarının iki önemli kaynağı, haz ve acıdır. Bir eylemin sonucunda çekeceği acının, elde edeceği hazdan daha fazla olduğuna inanan insan, o eylemden kaçınmayı tercih edecektir. Esasen suçtan alınacak yarar veya haz daha yakın ve kesindir. Cezanın ise belirsiz ve uzak bir gelecekte olması mümkündür. Bu da cezanın etkinliğini azaltan bir durumdur. Örneğin bir suçtan on liralık yarar elde edilecek olsun. Eğer cezanın gerçekleşme ihtimali yarı yarıyaysa, bu ceza insan zihninde beş liralık bir kayıp olarak canlanır. Bu cezanın on lira yarar sağlayan suçu caydırabilmesi için yirmi lira değerinde olması gerekmektedir. Dolayısıyla Bentham, suçlunun bir iktisatçı gibi hareket eden, hür, akıllı, soğukkanlı ve objektif hesap yapan bir insan olduğunu kabul eder.¹⁴⁰

Ekonomik caydırıcılığın genel olarak cezaların önleyiciliğinde etkili olduğu açık olsa da suçluların her zaman objektif davrandığını ve suç işlemekten önce matematiksel hesap yaptığını söylemek zordur. Suçluların cezayı veya yakalanıp adalete teslim edilme olasılıklarını mantıksızca göz ardı etmesi mümkündür. Bazı araştırmacılar, deneyimli suçlular için suç maliyetinin daha da düştüğünü, çünkü hapiste zaman geçirmiş insanların, hapse geri dönme tehdidiyle caydırılmadığını iddia etmektedir. Bu nedenle ekonomik olarak cezanın, kişiyi ne ölçüde caydırdığını keşfetmek oldukça zordur.¹⁴¹

Faydacılık ilkesinin savunucularından John Stuart Mill, Bentham'ın bu konudaki görüşlerini benimser. Fakat Mill, faydacılara yöneltilen bazı eleştirileri ele alır. Bu eleştirilere göre, insanlar

¹³⁷ Fransız filozof ve sosyolog Michel Foucault (ö. 1984) ekonomik caydırıcılığı “en az miktar kuralı” şeklinde yeni ceza siyasetinin kurallarından biri olarak zikretmiştir. Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (İmge Kitabevi Yayınları, 1992), 116.

¹³⁸ *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan* (Stanford, CA: Afghanistan Legal Education Project (ALEP), 2012), 7-8.

¹³⁹ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 45.

¹⁴⁰ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/67.

¹⁴¹ *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 8.

haz ve acının yok olması kadar (mutluluk), erdemleri ve kötülüğün yok olmasını da arzu ederler. Mutluluk kadar evrensel olmasa da erdem arzusu, en az onun kadar gerçek bir olgudur. Dolayısıyla insan eylemlerinin başka amaçları da bulunur. Mutluluk tasvip edilme veya kınanma ölçütü olamaz. Mill, bu eleştirilere şöyle cevap verir:

Haz elde etmek ve acıdan uzak olmak hem kendi başına arzu edilir hem de arzu edilmeye değerdir. Dolayısıyla yalnızca araç olmakla kalmaz, aynı zamanda amacın bir parçasıdır. Faydacı öğretiyeye göre erdem ise, tabiatı gereği ve başlangıçta amacın bir parçası değildir; ancak o hâle gelebilir. Erdemi çıkar gözetmeksizin seven kişilerde, gerçekten böyle olur. Bu demektir ki erdem, mutluluğun bir aracı olarak değil, bu insanların mutluluğunun bir parçası olarak arzu edilmekte ve değer görmektedir.¹⁴²

Mill'in ekonomik caydırıcılığın klasik bakış açısından sıyrılıp manevi değerlerin de mutluluğun bir parçası olabileceğini benimsediğini görülmektedir.

1.2.3.1. Suç Korkusu ve Caydırıcılık İlişkisi

Suç korkusu “insanların kendileri veya diğer insanların herhangi bir suçun veya tehdidin mağduru olmalarından endişe duymaları ve bu konuda hissettikleri güvensizlik kaygısı” olarak tanımlanmıştır.¹⁴³ Zarar görme korkusu doğuştan gelmekle birlikte suç korkusunun toplum içinde öğrenilen bir boyutu da bulunmaktadır. Birey, yalnızlıktan kaçınır ve toplum içinde huzur ve güven dolu bir yaşam sürmeyi arzu eder. Ancak suç korkusu, topluma karşı güvensizlik hissetmesine sebebiyet verir. Kişisel güvenliğini tehdit altında görür. Halbuki kişinin toplumdan ilk beklentisi güvenliktir.¹⁴⁴ Bu toplumsal güvenlik herhangi bir güvenlik değildir. Mutlaka adalet ve özgürlüğü beraberinde getirmelidir. Aksi takdirde anlamlı olmayacaktır.¹⁴⁵

Suç korkusunu besleyen önemli etkenlerden biri cezaların caydırıcı olmamasıdır. Yalnızca geçmişte değil günümüzde de ceza adaletinin vazgeçilmez bir parçası olarak görülen caydırıcılık, suç korkusunun giderilmesinde faal rol oynar. Fakat yapılan araştırmalar, cezaların caydırıcılığının ıslah, iyileştirme ve uygun adli yöntemlerle desteklenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Buna göre “cezaların suçların yenilenmesi, doğruymuş gibi benimsenmesi, geliştirilmesi ve sürdürülmesi noktalarını kırabilecek orijinallikte ve işlevsel olarak da ıslaha yol

¹⁴² John Stuart Mill, *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, ed. Mark Philp - Frederick Rosen (OUP Oxford, 2015), 149-150.

¹⁴³ Şener Uludağ - Osman Dolu, *Suç Korkusu Yaygınlığı, Sebepleri ve Sonuçları* (Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2012), 16.

¹⁴⁴ Ömer Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/4 (01 Ekim 2012), 332.

¹⁴⁵ Mustafa Tören Yücel, “Suç korkusu ve etkisinin nötrleştirilmesi” 83 (2009), 280.

açacak nitelikte olması gerekmektedir.” Yalnızca cezanın caydırıcılığı üzerine kurulan hukuk sistemleri “gücün yasallaştırılması, hukuk kurallarının büyük bir gözaltı ve bireylerin bu güce göre yapılandırma araçları haline gelmesi” ve “hukukun şiddeti meşrulaştırması ile eş değer” neticeler meydana getirir.¹⁴⁶

Toplumun mevcut cezalar hakkındaki düşünceleri suç korkusu üzerinde oldukça etkilidir. Bu nedenle cezalar gerçekte caydırıcı dahi olsa toplum buna kâni olmadığı sürece suç korkusunun olumsuz etkileri sona erdirilemez.¹⁴⁷ Ayrıca toplum üyeleri kolluk kuvvetlerinden memnun değilse ve suçlulukla mücadelenin etkin bir şekilde yürütüldüğüne dair bir inanç taşımıyorsa suç korkusu toplumda yayılacak, bu durum hem ferdî hem de sosyal hayatı son derece olumsuz etkileyecektir.¹⁴⁸

Toplumun cezalar hakkında her zaman doğru bilgilere sahip olduğu veya cezalandırma hakkındaki düşüncelerinin gerçeklere dayandığı söylenemez. Bu sebeple cezanın kesinliği ve kaçınılmazlığı hakkında toplumda güven inşa etmenin oldukça önemli olduğu gözlemlenmiştir.¹⁴⁹

Cezaların caydırıcılığını temin eden unsurlardan biri olan hızlılığın gerek suçun tespiti gerek ceza muhakemesi ve cezai infaz aşamalarında gerçekleşmemesi ve beklenen adaletin gecikmesi de toplum nezdinde suç korkusunu artıran önemli bir etmendir. Fakat adalet mekanizmasının suçun işlenişinde olduğu gibi hızlı işletilmesi beklenmez.¹⁵⁰ Bu durum, geri dönülmez hatalara sebebiyet verebilir. Dolayısıyla toplum vicdanını rahatlatacak ölçüde bir hızlılık yeterli olacaktır.¹⁵¹

Suç ceza orantısı cezaların caydırıcılığında önemli unsurlardan bir diğeridir. Cezanın suçla oranla çok hafif ya da çok ağır olması cezanın caydırıcı niteliğini baltalayan ve suç korkusunun artmasına sebebiyet veren bir durumdur.¹⁵² Dolayısıyla suç ceza orantısının sağlanması ve cezaların yeterli ölçüde caydırıcı olması, toplumdaki emniyet hissini güçlendirmektedir.

¹⁴⁶ Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı”, 347.

¹⁴⁷ Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı”, 347-348.

¹⁴⁸ Osman Dolu vd., “Suç Korkusu: Nedenleri, Sonuçları ve Güvenlik Politikaları İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65/01 (01 Ocak 2010), 69.

¹⁴⁹ Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı”, 349.

¹⁵⁰ Modern ceza adaleti sisteminde hızlı yargılama oldukça önemlidir. Adaletin gecikmesi hâlinde hem dava masrafları artar hem de toplumsal birtakım etkileri ortaya çıkar. Fakat ceza adaletinde gecikmenin sorun oluşturmadığını, aksine yargılamanın adil olması için daha fazla düşünme imkânı sağladığı, böylece kararların daha isabetli ve sanık açısından da daha faydalı olacağına dair görüşler de mevcuttur. Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, 21-22.

¹⁵¹ Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı”, 349-350.

¹⁵² Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı”, 350.

1.2.4. Caydırıcılığı Etkileyen Faktörler

Suçun kime yöneldiği, bir araç olarak mı amaç olarak mı işlendiği, suçun işlendiği yer ve zaman, suça karşı toplumun bakış açısı, suçluya ait kişisel özellikler cezanın caydırıcılığında rol oynayan faktörlerdir.

Suçun şahıs aleyhine mi mal aleyhine mi işlendiği meselesi caydırıcılıkta önem arz eder. Mal aleyhine işlenen suçlar, araç niteliğinde olan ve kâr-zarar hesabı yapılan suçlardır. Şahıs aleyhine işlenenler ise suçun bir amaç olduğu ve ihtirasla işlenen suçlardır. İlkinde caydırıcılık daha etkiliyken, ikincisinde yeterince etkili ve verimli olmaz. Suç, eğer bir araçsa bireyin amacı belli bir kazanç elde etmektir. Dolayısıyla risk hesabı yapması ve kazançlı çıkacağını düşünmezse suçtan cayması muhtemeldir. Suçun kendisi, sonucunda elde edilecek haz veya tatmin bakımından bir amaç mesabesinde ise bireyin bu suçtan caydırılması daha düşük bir ihtimaldir. Çünkü bunlar ihtirasla işlenen suçlardır ve bireyin davranışının getiri ve götürülerini hesaplaması yani meseleye ekonomik bir mercekten bakması beklenemez.¹⁵³

Şahsa yönelik ve suçun daha çok bir amaç olduğu, ihtiras ve benzeri saiklerle işlenen suçlara verilebilecek örneklerin başında cinsi sapıklık ve cinayet gelmektedir. Mala yönelik gerçekleşen ve suçun bir araç niteliği taşıdığı suçlar ise hırsızlık başta olmak üzere yolsuzluk, rüşvet ve benzeri ekonomik caydırıcılığın daha yüksek olduğu suçlardır.

Suç, bir toplum tarafından ayıp ya da günah olarak görülmeyen bir davranış içeriyorsa fakat devlet tarafından yasaklanmışsa ceza bu tip suçlarda daha fazla caydırıcıdır. Bu eylemlere Latince *mala prohibita* denilmektedir. Bir başka Latince tabir *mala in se*, hem toplum tarafından suç ya da günah olarak görülen hem de devletin yasakladığı eylemlerdir. Bu eylemlerde cezanın caydırıcılığı çok yüksek değildir. Çünkü herhangi bir yasak söz konusu olmasa da çoğunlukla bireyler, kendi arzularıyla toplumun kınamasına sebebiyet verecek bu eylemlerden uzak durmayı tercih ederler.¹⁵⁴

Suçun halkın görebileceği bir alanda işlenmesi de yakalanma riskini artıran bir faktördür. Dolayısıyla böyle yerlerde işlenen suçlar için cezanın caydırıcılık düzeyi daha yüksek olacaktır. Mahrem yerlerde işlenen suçlarda ise caydırıcılık oranı yakalanma riski azaldığı için daha düşüktür.¹⁵⁵

¹⁵³ Dolu, *Suç Teorileri*, 110.

¹⁵⁴ Dolu, *Suç Teorileri*, 110-111.

¹⁵⁵ Dolu, *Suç Teorileri*, 110-111.

Kişinin suça eğiliminin caydırıcılık üzerinde etkili olup olmadığı meselesinde üç farklı yaklaşım mevcuttur. Birincisi geleneksel caydırıcılık bakış açısıdır. Buna göre kişilik özellikleri ve suça eğilimlilik fark etmeksizin cezanın caydırıcılık düzeyi herkes için eşittir. İkinci yaklaşıma göre bazı suçlular “şimdi yönelimli”dir ve içgüdüsel hareket eder; ceza yaptırımlarının bu kişiler üzerindeki caydırıcı etkisi de zayıf olur. Dolayısıyla yüksek suç motivasyonu, düşük caydırıcılık düzeyine sebebiyet vermektedir. Üçüncü yaklaşım, ceza tehdidinin en çok suç eğilimi yüksek insanlarda işe yaradığını, suç motivasyonu düşük ve ahlaki kaygıları yüksek insanlar üzerinde ise ceza yaptırımının caydırıcılık etkisinin düşük olduğunu belirtir.¹⁵⁶

Yüksek suç motivasyonunun düşük caydırıcılık düzeyine sebebiyet verdiğini söyleyen ikinci görüş, daha fazla taraftar bulan ve araştırmacıların üzerinde durduğu görüştür. Bu yaklaşıma göre, suçta profesyonellik kazanan mükerrir suçlular daha az korku duymaya başlar ve caydırıcılık da azalmaya uğrar.¹⁵⁷

Ataerkil toplumlarda erkeklerin daha atılgan yetiştirildiği ve risk almaya teşvik edildiği görülür. Bu nedenle erkekler üzerinde cezanın caydırıcı etkisinin kadınlara nispeten daha az olduğu söylenebilir. Bunun dışında suçluya ait yaş, sosyoekonomik durum, mizaç gibi özellikler farklı caydırıcılık düzeylerine sebebiyet verir. Buna göre yaşlılarda caydırıcılık yüksekken gençler daha fazla risk alabildiği için caydırıcılık etkisi düşüktür. Sosyoekonomik düzeyi yüksek insanlar risk alıp ceza görmekten kaçındıkları için onlar üzerinde cezaların caydırıcı etkisi yüksekken, alt sosyoekonomik sınıf üzerinde ise düşüktür. Gelecek odaklı mizaca sahip bireylerde caydırıcılık etkisi yüksekken, şimdiye odaklanan bireylerde ise düşük olur. Risk almaktan hoşlanan ve hazlarını öteleyemeyen insanlar üzerinde caydırıcılık etkisi düşüktür, böyle olmayan sabırlı ve nefesine hâkim insanlar üzerinde ise yüksektir.¹⁵⁸

Cezai caydırıcılığın daha etkili olması için bireylerin hukuki tehdidin bilincinde olmaları ve hukuku tatbik edenlerin de suçluları cezalandırma arzusuna sahip olması gerekmektedir. Ayrıca suç işleyen bireylerin cezaya bakış açısı da değişkenlik göstermektedir. Eğer hukuk sisteminin temelde adaletsiz olduğu inancını taşıyorlarsa cezalandırılmaları ıslah edici olmaktan ziyade suça eğilimli/kriminal olmalarına yol açabilir. Bununla birlikte daha şiddetli bir cezalandırma yöntemi genel caydırıcılık vazifesini görebilir. Fakat toplumun diğer bireylerini suç

¹⁵⁶ Kızmaz, *Suç Önleme*, 287-288.

¹⁵⁷ Dolu, *Suç Teorileri*, 112-114.

¹⁵⁸ Dolu, *Suç Teorileri*, 112-114.

düşüncesinden alıkoymak için suç işleyenlerin acımasızca cezalandırılması anlamına gelen bu uygulama, adaletsiz olduğu gerekçesiyle eleştiriye tabi tutulmuştur.¹⁵⁹

Bazı araştırmacılar suçun ekonomik perspektiften açıklanmasını eleştirmiş ve bu şekilde suçun caydırılmayacağını yalnızca suçun bazı açılardan değişikliğe uğrayacağını söylemiştir. Bu durum suçtan kayma veya suçun yer değiştirmesi olarak adlandırılmıştır. Bu düşünceye göre suçun bir yönden azalıp farklı yönlerden artış göstermesi mümkündür. Suçun yer değiştirmesi zaman, mekân veya suçun yöneldiği hedef yönüyle olabileceği gibi suçlunun yerini başka suçluların alması, suçlunun suç işleme yöntemini değiştirmesi ve suçlunun bir suç türünden diğerine kayması şeklinde gerçekleşebilir.¹⁶⁰

Hukukçu Mustafa T. Yücel, cezaların önleyici etkisinde bir hakikat payı olduğunu, ancak hareketlerimizin neticelerini, menfaat yönünden matematik bir formül ile hesaplayarak doğru yolda hareket ettiğimizi söylemenin isabetli olmayacağını söyler. Buna göre; yakalanma ihtimalinin düşük olduğu ve kâr-zarar hesaplaması yapıldığında suç işlemenin daha fazla fayda sağlayacağı her durumda çoğu insanın suç işlemeyi tercih etmesi beklenir. Halbuki, insanların çoğunun doğru yolda hareket etmesinin sebebi ceza korkusu değildir. Suçun önlenmesinde etkili olan faktörler arasında, ceza korkusundan ziyade, bireylerin doğru yolda hareket etme alışkanlığını benimsemesi bulunmaktadır.¹⁶¹ Yücel, bu ifadelerle, caydırıcılığın klasik ekonomik bakış açısına eleştiri getirmiştir. Dolayısıyla kişinin ahlaki bir tutum benimseyerek suç işlememe yönünde bir karar alması ve buna uygun davranmaya devam etmesi, çoğu insan için cezanın caydırıcılığından çok daha etkili bir faktördür. Bu düşünce daha sonra ele alacağımız üzere İslam ceza hukukunun dini ve ahlaki normları cezai caydırıcılıkla birlikte hatta cezalardan daha öncelikli bir yere konumlandıran yapısıyla benzerlik arz etmektedir.

¹⁵⁹ Kızmaz, “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, 225; Polat, *Suç Önleme*, 78.

¹⁶⁰ Dolu, *Suç Teorileri*, 106.

¹⁶¹ Mustafa Tören Yücel, *Suç ve Ceza Anatomisi* (Ankara: Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1973), 113.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM CEZA HUKUKUNDA CAYDIRICILIK İLKESİ

İslam hukukunda suçların önlenmesinde cezalandırma son çare olarak değerlendirilir. Bu bağlamda Muhammed Ebu Zehra (ö. 1974), suçları önlemenin ilk yolunun nefis terbiyesi olduğunu ifade eder. Ona göre, bireyin vicdanî açıdan eğitilmesi, suç işlemeyi engelleyen temel unsurlardan biridir. İslam'da ibadetlerin önemli bir fonksiyonu da bireyin vicdanını güçlendirmek ve iç denetimini artırmaktır. Böylece toplumla bağ kurarak sorumluluk hisseder ve suç teşkil eden eylemlerden uzak durur. İkinci olarak, fazilet temelli bir toplum yapısının inşa edilmesi amaçlanır. Bu doğrultuda İslam hukuku, iyiliği emretme ve kötülükten sakındırma ilkesiyle toplumun ahlaki denetim mekanizmalarını harekete geçirir. Bununla birlikte, bireylerin hatalarının ve suçlarının teşhir edilmeden örtülmesi de sosyal düzenin korunması bakımından önemsenmiştir. Son aşamada ise cezalandırma devreye girer. Ceza, hem failin tekrar suç işlemesini engelleme hem de diğer bireyleri caydırma amacı taşır. Ancak bu caydırıcılığın etkili olabilmesi, suçun sonuçlarının somut ve toplumsal düzeyde görünür kılınmasına bağlıdır; soyut tehditlerle veya varsayımsal korkularla sınırlı kalması hâlinde beklenen etkiyi yaratması zordur.¹⁶² Neticede ibadetle sağlanan psikolojik te'dip, emr bi'l-marû'f müessesesiyle meydana gelen erdemli bir kamuoyu cezalardan önce gelir. Sevgi ve murakabe odaklı özelliklere sahiptir ve korku unsuru taşıyan cezalarla birlikte suçların hiç işlenmemesine katkı sağlar.¹⁶³

Had cezalarında öncelikli amacın caydırıcılık olduğu yönünde genel bir kanaat mevcuttur. Caydırıcılığın, suçlunun aynı suçu tekrar işlemesinin önüne geçmeyi amaçlayan özel caydırıcılık ve cezanın infazının kamuya ilan edilmesiyle elde edilen genel caydırıcılık olmak üzere iki işlevi bulunmaktadır. Bu caydırıcılıkların aynı zamanda ahlaki bir anlam taşıması

¹⁶² Muhammed Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhî'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, ty.), 24-26.

¹⁶³ Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016), 63.

mümkündür. Bu durumda suçlu, gönüllü bir şekilde ahlaki gerekçelere dayanarak suçtan vazgeçer. Fakat cezai caydırıcılık, yalnızca korku unsuruna dayanmaktadır.¹⁶⁴

İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1456), had cezalarının genel caydırıcılık amacıyla öngörüldüğünü, biri suç işledikten sonra ise özel caydırıcılığın devreye girdiğini net bir şekilde ifade etmiştir.¹⁶⁵ Tezimizde farklı ceza türleriyle ilgili olarak görüşlerine yer verdiğimiz birçok müfessir de benzer şekilde İslam ceza hukukunda cezanın caydırıcılık amacına binaen vazedildiğini ifade etmiştir. Caydırıcılığın toplumsal ve bireysel yönüne vurgu yapmıştır.

Had cezalarıyla hedeflenen hususlardan biri de kefaret veya günahlardan arınmadır. Fakat bunlar, ikincil amaçlardır ve bütün had cezaları için geçerli değildir. Çünkü bu cezaların çoğu; tövbe, kefaret ve arınmanın geçerli olmadığı gayrimüslimlere de tatbik edilmektedir.¹⁶⁶

Fakihler genellikle had cezalarının caydırıcı etkisini diğer cezalardan daha fazla vurgulamışlardır. Had cezalarının temel amacı, aynı suçu tekrarlamaması için suçluya acı çekertmek, cezanın başkalarına ibret olmasını sağlamak ve toplumu suçlunun tehlikesine karşı korumaktır.¹⁶⁷ Mâverî (ö. 450/1058), had cezalarının caydırıcı yönünü şöyle ifade etmiştir:

Had cezaları, Allah Teâlâ'nın yasakladığı şeyleri çiğnemekten ve emredilene terk etmekten caydırmak (red') amacıyla konulan caydırıcılardır (zevâcir). Çünkü aç gözlülükte ahiret tehdidini unutturan anlık hazlarla meşgul eden şehvetlere karşı bir mücadele bulunur. Bu nedenle Allah Teâlâ, cahil kimseyi cezanın acısından sakındırmak ve rezil olma korkusuyla caydırmak için, had cezalarını caydırıcı olarak kılmıştır. Böylece Allah'ın haram kıldıklarından sakınılır, farz kıldıklarına ise tabi olunur. Bu da maslahatın daha genel, yükümlülüğün ise daha eksiksiz olmasını sağlar. Allah Teâlâ şöyle buyurmuştur: "Seni ancak âlemlere rahmet olarak gönderdik." (Enbiyâ, 21/107) Yani onları cehaletten kurtarmak, doğru yola iletmek, günahlardan alıkoymak ve itaate sevk etmek için.¹⁶⁸

Ceza ve caydırıcılık, toplum düzeninin korunması ve bireylerin temel haklarının güvence altına alınması açısından vazgeçilmez bir işleve sahiptir. Zira, caydırıcı bir yaptırım gücünün olmaması, suçların yaygınlaşmasına ve bireylerin can, mal ve namus güvenliğine dair inançlarını yitirmelerine sebebiyet verir. Bu durum, insanı diğer varlıklardan ayıran akıl ve sorumluluk yeteneğini işlevsiz hâle getirerek toplumsal çöküşe zemin hazırlar. Dolayısıyla suç

¹⁶⁴ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 178.

¹⁶⁵ Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethu'l-Kadir ale'l-Hidâye* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1970), 5/212.

¹⁶⁶ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 178.

¹⁶⁷ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 178.

¹⁶⁸ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye* (Kahire: Daru'l-Hadis, 2010), 325.

işleyenleri ıslah edecek ve suçun toplumda yayılmasını önleyecek caydırıcı bir ceza şarttır.¹⁶⁹ Hayreddin Karaman, kâinatta ve sosyal hayatta geçerliliğini koruyan âdetleri gözetmenin önemli olduğundan bahseder. Bunlardan biri de psikolojik ve sosyal bir gerçek olan cezanın caydırıcı etkisidir. Dolayısıyla kanun koyucu cezanın caydırıcı etkisini görmezlikten gelemmez. Çünkü bu, insanın mükellefiyetini ve hukuk düzenini ortadan kaldırır.¹⁷⁰

İslam ceza hukukunda zarûrât-ı hamse olarak bilinen can, mal, din, akıl ve neslin korunması ve ona yönelik ihlallerin engellenmesi asıl ve nihai amaçtır. Bu maslahatları dünyada temin edecek eyleme dönük yöntem ise caydırıcı cezalardır. Gazzâlî (ö. 505/1111) şöyle der: “Bu beş aslın zayi edilmesinin haram kılınması ve bu yönde caydırıcı hükümler konulması insanların ıslahı için gönderilmiş her din ve şeriatte mutlaka bulunur. İşte bu sebeple, şeriatlar küfrün, öldürmenin, zinanın, hırsızlığın ve içkinin haramlığı hususunda değişim göstermemiştir.”¹⁷¹ Gazzâlî’nin bu ifadeleri, zarûrât-ı hamsenin korunmasına yönelik caydırıcı hükümlerin zaman ve mekânla kayıtlı olmadığını ve bazı yasakların bu nedenle değişikliğe uğramadığını göstermektedir.

Veliyyullah ed-Dihlevî (ö. 1176/1762), insanların sıklıkla işlediği bazı günahların olduğunu ve bunlara yönelik uhrevî tehdidin yeterli olmayacağını ve caydırıcı cezalarla desteklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dihlevî’ye göre, hayvani arzulara dalmış olan nefis yalnızca acı ile; şeref ve itibara değer veren nefis ise haya duygusuyla caydırılır, hatta bu caydırıcılık fiziksel acıdan çok daha güçlüdür. Dolayısıyla had cezalarında bu iki etki biçiminin de bir arada bulunması zorunludur.¹⁷²

Bazı çağdaş İslam hukukçuları İslam ceza hukukunda kapsamlı bir caydırıcılık teorisi bulunduğunu belirtmiştir. Selim Avvâ, batı kökenli caydırıcılık teorisine yer verdikten sonra İslam ceza sisteminde caydırıcılık teorisinin benzer şekilde hatta daha geniş ve güçlü bir biçimde kabul edildiğini söyler. Ona göre Mâverdî’nin had cezalarının caydırıcı olduğunu ifade eden tanımı, İslam hukukunda cezanın meşruiyetinin büyük ölçüde geleceğe dönük ve koruyucu bir amaçla temellendirildiğini ortaya koymaktadır.¹⁷³

¹⁶⁹ Mansûr Muhammed Mansûr el-Hafnâvî, *eş-Şübehât ve eseruh’a fi’l-ukûbeti’l-cinâiyye fi’l-fikhi’l-İslâmî mukâranen bi’l-kânûn* (Halep: Matbaatü’l-Emâne, 1986), 204.

¹⁷⁰ Hayreddin Karaman, “Âdet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/371.

¹⁷¹ Ebû Hâmid el-Gazzâlî, *el-Müstasfâ min ilmi’l-usûl*, thk. Muhammed Abdusselam Abdüşşafi (Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1993), 174.

¹⁷² Şâh Veliyyullah Dihlevî, *Huccetü’llahi’l-bâliğa*, thk. Seyyid Sâbık (Beyrut: Dâru’l-Cile, 2005), 2/244.

¹⁷³ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 83-84.

Avvâ, caydırıcılığın klasik düşüncede ileri sürüldüğü üzere ağır cezalarla sağlanacağı söylenecek olursa İslam ceza hukukunun zaten bu şartı sağladığını; bununla birlikte caydırıcılık teorisine göre cezanın hem failin hem de toplumun diğer bireylerinin gelecekte suç işlemesini engellediği için meşru olduğunu ifade eder. Bu anlamda genel ve özel caydırıcılık kavramlarının fakihler tarafından bilindiğini ve had cezalarının arkasındaki temel saiklerden biri olarak desteklendiğini belirtir. Ayrıca ona göre fıkıh mezheplerinin tamamı, caydırıcılık teorisi üzerinde durmuştur.¹⁷⁴

Abdulmecid Kara, İslam ceza sisteminin ister intikam ister günahın bu dünyada arındırılması amacıyla olsun, göz ardı edilemeyecek bir kefaret anlamı taşıdığını söyler. Ancak ona göre, Kur'an normları ve özellikle cezaların ağırlığı dikkate alındığında, İslam hukukunda cezanın birincil amacının caydırıcılık, daha özel olarak toplumsal caydırıcılık olduğu sonucuna güvenle ulaşılabilir. Kara, bu görüşünü, İslam ceza hukukunda bireysel haklardan ziyade toplumsal düzenin öncelendiği tespitine dayandırır.¹⁷⁵

Intisar Rabb, İslam ceza hukukunun temel olarak intikam veya tövbeye dayanmadığını, Tanrı'nın ahlaki açıdan sakıncalı olarak belirlediği davranışların caydırılması ilkesine bağlı olarak meşruiyet kazandığını ifade eder. Ona göre erken dönem Müslüman fakihleri, özellikle ahlak ve caydırma gerekçelerine açıkça işaret etmişlerdir.¹⁷⁶ Rabb, gerek ayet ve hadislerin zahir yorumlarını esas alan gerek rey ve maslahata hukuk düşüncesinde yer veren İslam hukukçularının bu konuda hemfikir olduğunu belirtir. Nitekim Ebu Yusuf ve İmam Şâfiî "Hadler caydırıcılık için vaz olunmuştur" diye açıkça ifade etmiştir. Zâhirî mezhebinin kurucusu Dâvud ez-Zâhirî (ö. 270/884), zinanın, hırsızlığın ve kazfın yasaklanmasının sırasıyla nesillerin karışmasını, özel mülkiyetin alınmasını ve onurun zedelenmesinin caydırmak için yasalaştırdığını açıklamıştır.¹⁷⁷

İslam ceza hukukunda caydırıcılığın cezanın amaçlarından biri olduğunu kabul etmekle birlikte farklı amaçlara daha fazla vurgu yapan İslam hukukçuları vardır. Örneğin Hashim Kamali, hadlerle ilgili olarak ceza ve caydırıcılık üzerine yapılan özel vurgunun aksine, Kur'an'ın cezalandırma konusunda af, itidal, ıslah ve topluma yeniden kazandırma gibi çeşitli unsurlara açık olan karma bir yaklaşım benimsediğini ve bunların kapsamlı bir ceza politikasının

¹⁷⁴ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 84-86.

¹⁷⁵ Mustafa Abdulmegid Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law* (Ann Arbor, United States: The Claremont Graduate University, Doktora Tezi, 1977), 213-214.

¹⁷⁶ Intisar A. Rabb, *Doubt in Islamic Law: A History of Legal Maxims, Interpretation, and Islamic Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 71.

¹⁷⁷ Yazarın kaynak olarak zikrettiği eserlerde bu ifaderi tespit edemedik. Rabb, *Doubt in Islamic Law*, 71.

oluşturulması için gerekli olabileceğini söyler. Kamâlî'ye göre bu, tartışmalı yönleri evrilen fıkıh doktrinlerinden ziyade çağdaş hakikatlerle daha anlamlı bir şekilde ilişki kurabilecek dinamik bir felsefe ve bakış açısıdır.¹⁷⁸ Ancak kanaatimize göre klasik fıkıh literatüründe bu kapsamlı yapı ortaya konulmuş ve temellendirilmiştir. Ayrıca Kur'an'ın ıslah ve affı ön plana çıkarttığını ve ceza tehdidinin ikincil planda kaldığını söylemek doğru olmaz. Niekim Allah Teâlâ şöyle buyurmuştur: “*Eğer seni yalanlarsa de ki: “Rabbimiz geniş rahmet sahibidir; bununla birlikte O'nun suçlu topluluğa vereceği ceza da geri çevrilemez.”*” (En'âm, 6/147) Bu bağlamda Kamâlî'nin tövbeyle ilgili yaklaşımı ve buna dair değerlendirmemiz dördüncü bölümde tövbe ve pişmanlık başlığında yer almıştır.

Caydırıcılığın ceza hukukunun amacı olduğunu kabul etmeyen az sayıda İslam hukukçusu bulunmaktadır. Zâhirî mezhebinin en önemli temsilcisi İbn Hazm (ö. 456/1064), had cezalarının caydırıcılık amacıyla vazedildiği görüşünü kabul etmez. Ona göre, Allah Teâlâ'nın had suçlarına ilişkin caydırıcılığı yalnızca haram kılma ve uhrevî tehdit yoluyla gerçekleştirdiği söylenebilir. Bu görüşünü, tespit edebildiğimiz kadarıyla dört temel gerekçeye dayandırır: Birincisi, had cezalarının Allah tarafından dilediği şekilde belirlenmiş ve bu cezaların hikmetine dair herhangi bir açıklama ise tarafımıza bildirilmemiştir. İkincisi, had cezalarının caydırıcılık amacı taşıdığı iddia edilirse, iki elin kesilmesinin bir elin kesilmesinden ya da bin kamçının yüz kamçıdan daha caydırıcı olduğunu da kabul etmek gerekir. Bu sonuca varmak nasıl yanlışsa hadlerin caydırıcılık gerekçesiyle vazedildiğini söylemek de aynı şekilde yanlış olacaktır.¹⁷⁹ Üçüncüsü, kısas cezalarında affın mümkün olması, cezaların temel amacının caydırıcılık olmadığını gösterir. Zira caydırıcılık esas alınsaydı, cezanın infazı mutlak surette zorunlu olurdu. Dördüncüsü ise bazı suçlar toplumda daha fazla infial ve zarara yol açmasına rağmen had cezası ile karşılık bulmamıştır. Örneğin, cinayet suçu toplumda hırsızlıktan çok daha büyük bir öfkeye sebebiyet verirken; kısasta af geçerli iken hırsızlıkta geçerli değildir. Benzer şekilde, domuz eti yemek veya faiz açıkça haram kılındığı hâlde, bu fiiller için had cezası öngörülmemiş ve onlardan daha büyük bir zarara yol açmayan içki içme suçu için had cezası tayin edilmiştir. Yine, zina had cezasıyla cezalandırılırken küfür isnadı ya da namazı terk etmek gibi daha ağır kabul edilebilecek bazı fiillere had cezası ya yoktur veya cezası daha azdır.¹⁸⁰

İbn Hazm'ın caydırıcılığı reddetmesinin ilk gerekçesi, onun usûl anlayışıyla doğrudan ilişkilidir. Ona göre Allah'ın hükümleri ta'lil edilemez; yalnızca Şâri'in emrine tabi olunmalı,

¹⁷⁸ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 57.

¹⁷⁹ el-Endelûsî İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-âsâr fî şerhi'l-Mucellâ bi'l-ihisâr* (Beyrut: Daru'l-Fikr, t.y.), 12/83.

¹⁸⁰ el-Endelûsî İbn Hazm, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir (Beyrut: Dâru'l-Âfâki'l-Cedide, ts.), 8/116.

hikmet arayışına gidilmemelidir. Bu yaklaşım, fukahanın çoğunluğunun benimsediği “maslahatın celbi ve mefsedetini defî” esasına dayanan faydacı-caydırıcı ceza felsefesini reddeder.¹⁸¹

İbn Hazm’a göre, eğer cezaların amacı caydırıcılık olsaydı, daha ağır cezaların daha caydırıcı olduğu kabulünden hareketle ceza miktarının artırılması da meşru olmalıdır. Halbuki bu düşünce, cezanın ölçülülük ve insan onuruyla uyumlu sınırlar içinde caydırıcı etki göstermesiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim had ve kısas cezalarında caydırıcılık, Şâri‘ tarafından miktarı tayin edilmiş ve sınırları belirlenmiştir. Ceza miktarını arttırarak daha fazla caydırıcılık sağlanacağı düşüncesi ise adalet ilkesinin zedelenmesine ve cezanın meşruiyetine olan inancın sarsılmasına neden olabilir. İbn Hazm’ın üçüncü gerekçesi, kısas cezasında affın mümkün olmasının cezadan beklenen caydırıcılık etkisini yok edeceği yönündedir. Ona göre infaz fiilen uygulanmadığında caydırıcılık da gerçekleşmeyecek ve ceza hükümsüz kalacaktır. Ancak caydırıcılık, infazın her hadisede bizzat gerçekleşmesine indirgenemez. Cezanın şiddeti ve ceza tehdidine dair toplum bilinci gibi unsurlar caydırıcılığın devamını sağlar. Dolayısıyla af ve sulh gibi hukuki müesseseler, cezanın caydırıcılık hedefini tamamen hükümsüz kılmaz. Son olarak İbn Hazm, bazı suçların toplumsal etkisi daha ağır olduğu hâlde had cezası öngörülmemesini, bu cezalarda caydırıcılığın hedeflenmediğine delil olarak sunar. Ancak bu değerlendirmeler, çoğu zaman sübjektif kıyaslara dayanır. Örneğin domuz eti yemenin veya faizin, içki içmekten daha büyük zarar doğurduğu iddiası, kişisel varsayımlara dayanmaktadır. Cinayette af imkânı bulunurken, hırsızlık suçunda yargıya taşındıktan sonra böyle bir imkânın olmaması ise kul hakkı ve Allah hakkı ayırımına ilişkin bir meseledir. Ayrıca hırsızlık suçunun, toplumsal emniyeti tehdit etme yönüyle, çoğunlukla şahsi çatışmalardan neşet eden cinayet suçundan daha büyük zarar doğurması mümkündür.

Suat Erdoğan da İbn Hazm’ın yaklaşımına benzer şekilde, suç-ceza uygunluğu ilkesinde caydırıcılığın cezanın asıl ve ilk amacı olarak değerlendirilemeyeceğini savunur. Ona göre bu anlayış kabul edildiğinde, kısas cezalarında mağdurun af veya uzlaşmayı tercih etmesi durumunda, cezadan beklenen amaç hükümsüz hâle gelecektir. Fakat yazara göre cezanın caydırıcılığı suça uygun olan cezanın tabii bir sonucu olarak gerçekleşecektir.¹⁸² Erdoğan, ihramlı iken avlanma yasağına ilişkin ayette suça uygun cezanın detaylı olarak açıklanmasının

¹⁸¹ Nazım Büyükbâş, “İslam Ceza Hukukunda Mağdurun ve Kamu Vicdanının Teskini [Teskinu Nefsi’s-Sıhhiyye ve’z-Zamiri’l-İctimai fi’l-Kanuni’l-Cinai’l-İslami]”, *İslam Ceza Hukuku = Islamic Criminal Law = El-Kânûnû’l-Cinâiyyû’l-İslâmî*, ed. Abdurrahman Eren - M. Refik Korkusuz (İstanbul: Lale Yayıncılık, 2017), 1/459.

¹⁸² Suat Erdoğan, *Kur’an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu* (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014), 57.

ardından amaçtan söz edilmesinin amacın ilk ve asıl değil, suça uygun cezanın bir sonucu olduğunu gösterdiğini belirtir. Benzer şekilde hırsızlık suçunun cezasının belirlendiği ayetteki نَكَالًا مِنَ اللَّهِ “Allah'tan caydırıcı bir ceza olarak” ifadesinin suça uygun cezadan sonra yer almasının aynı fikri desteklediğini ifade eder.¹⁸³ Ayrıca ona göre cezalandırmada asıl amacın caydırıcılık olduğunu söylemek, bazı sakıncalar ihtiva eder. Şöyle ki ta‘zîr cezalarında olduğu gibi, had cezalarında da farklı zaman ve mekanlarda daha caydırıcı olduğu düşünülen bir cezanın belirlenmesi mümkün olabilir. Erdoğan, cezanın tek amacının caydırıcılık olduğunu söylemenin yanlış olacağını, adaleti gerçekleştirme, mağdur ve kamu vicdanını teskin ve tedavi etme gibi ceza işlevlerinin de olduğunu belirtir.¹⁸⁴

Erdoğan’ın bu düşüncesi, tezimizde hikmetle ta’lil meselesini aktardığımız bölümde caydırıcılığın hikmet değil semere olduğunu ifade eden fıkıh usulcülerinin yaklaşımıyla benzerlik taşımaktadır. Detaylarına ilgili bölümde yer verdiğimiz bu düşünce, Gazzâlî ve Râzî gibi hikmetle ta’lilî müdafaa eden alimler tarafından bir hükmün sonucunun aynı zamanda hükümden önce amaç olarak belirlenebileceği şeklinde cevaplanmıştır. Kanaatimize göre suç ve ceza uygunluğu adil bir hukuk sisteminin bir parçasıdır. Ancak bu durum, cezanın asıl amacının caydırıcılık olduğu düşüncesiyle çelişmez.

Günümüzde caydırıcılığın başka yollarla sağlanabileceğini iddia eden ve Kur’ânî hükümlerin iptaline götüren yaklaşım ise İslam ceza hukukundaki caydırıcılık felsefesine uygun değildir. Caydırıcılığın en önemli amaç olması onun nassa aykırı da olsa muhafaza edilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir.

Had ve kısas cezalarında caydırıcılığın esas amaç olduğunu, dolayısıyla bu maksadı daha çok gerçekleştirdiği düşünülen, zaman ve mekânın ruhuna uygun farklı cezaların uygulanabileceğini iddia eden bu yaklaşıma göre, bu cezalar taabbüdi nitelikte değildir. Bu bağlamda Yunus Vehbi Yavuz, hırsızlık için Osmanlı döneminde küreğe mahkûm etme, hatta idam gibi farklı cezalar verildiğini ve bunun Allah’ın maksadını gerçekleştirmede başarılı olduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁵ Benzer şekilde Hüseyin Atay, Kur’an’ın amacının hırsızlığı önlemek olduğunu ve el kesme cezasının suçluyu yardıma muhtaç biri hâline getireceğini, hâkimin kişiye, zamana ve mekâna göre değişecek caydırıcı bir ceza bulması gerektiğini söyler. Aksi takdirde fakihlerin bu sert hükmü uygulamayı istemeyip ta‘zîr cezası vermeyi tercih ettiğini

¹⁸³ Erdoğan, *Kur’an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 33-34.

¹⁸⁴ Erdoğan, *Kur’an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 169.

¹⁸⁵ Yunus Vehbi Yavuz, “Maksadi Yorum”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 8 (2006), 69.

söyler. Bu nedenle Kur'an'ın felsefe ve amacına uygun olanın caydırıcılığı sağlayacak değişken bir ceza vermek olduğunu belirtir.¹⁸⁶

Erdoğan, İslâm bilginleri tarafından batılı hukukçu ve filozofların ortaya koyduğu düzeyde nasıl ve neden cezalandırılmalı şeklinde sorular içeren bir caydırıcılık felsefesinin ortaya konulmadığından bahseder. Bu durumu İslâm ceza hukukunun ilahi kaynaklı olması ve had ve ta'zir cezalarına yüklenen anlamla ilişkilendirir.¹⁸⁷

Kanaatimize göre bu yaklaşım, İslam ceza hukukunda batılı anlamda sistematik bir caydırıcılık teorisinin ortaya konulmadığı düşünülecek olursa doğrudur. Örneğin, İslam hukukunda akit teorisi, yaygın bir şekilde kabul edilir. Zira rızanın esas olması, tarafların akde salahiyeti gibi genel ilkeler belirlenmiş, akit türleri tasnif edilmiştir. İslam hukukunda caydırıcılık ise böyle bir teori bütünlüğü çerçevesinde sunulmamıştır. Bununla birlikte cezalardaki caydırıcılık niteliği, fakihler tarafından ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. Bazen caydırıcı cezaya ihtiyaç olmadığı ifade edilerek asli ceza düşürülmüş, bazen caydırıcılığı yeterince gerçekleştirmediği belirtilerek ceza artırımına gidilmiştir. Had cezalarının caydırıcılık için olduğu bütün mezhep âlimleri tarafından defaetle vurgulanmış, ayrıca bunun sınırlarına temas edilmiş; örneğin cezaların caydırıcı olduğu, itlaf edici olmadığı ifade edilmiştir. İslam ceza hukukunda manevi caydırıcılık faktörü bulunurken, neden caydırıcı cezalara ihtiyaç duyulduğu birçok âlim tarafından net bir şekilde ortaya konmuştur.

2.1. CAYDIRICILIK İLKESİNİN HUKUKİ KAYNAĞI

2.1.1. Şer'î Naslarda Caydırıcılık

İslam ceza hukukunda caydırıcılık ilkesinin Kur'an ve sünnette dayanakları olduğu görülmektedir. Kur'an-ı Kerim'de bazı ayetler, cezaların caydırıcılığı amaçladığına işaret eder. Örneğin, “Biz bunu, hem çağdaşlarına hem de sonradan gelenlere ibret veren bir ceza (تَكَالٍ), müttakiler için de bir öğüt kıldık.”¹⁸⁸ (el-Bakara 2/66) ayeti bunlardan biridir. Bir başka ayette, İsrailoğulları sebt gününe riayet etmedikleri için “Aşağılık maymunlar olun” (A'raf, 7/166) ifadesindeki cezanın muhatabı olmuştur. Bu ayetteki cezanın maddi veya manevi olduğu meselesi itilafli olsa da her iki durumda da Allah'a isyan edenlerin nasıl bir duruma düşeceğine

¹⁸⁶ Hüseyin Atay, “Dinde Reformun Yöntemi ve Bir Örnek: Hırsızlık”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XLIII/2 (2002), 17.

¹⁸⁷ Erdoğan, *Kur'an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 55-56.

¹⁸⁸ “فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِّمَا بُيِّنَ بِدِينِهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ”

dair dehşet verici bir örnek ve ibret vesilesi olarak gösterilmiştir. Bu ayette geçen “nekâl” kelimesi, İslam ceza hukukunda caydırıcılık anlamında kullanılan kelimelerden biridir ve daha çok toplumsal/genel caydırıcılık anlamına işaret eder. Bu konuda delil olarak getirilen bir başka ayet ise şöyledir: “*Hırsızlık eden erkek ve hırsızlık eden kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah’tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir.*”¹⁸⁹ (Mâide, 5/38) İslam hukukçuları cezanın alenen uygulanmasının caydırıcılık özelliği taşıdığını söyler ve şu ayeti delil olarak getirirler: “*Zina eden kadın ile zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurun. Allah’a ve âhiret gününe inanıyorsanız, Allah’ın dinini uygulama hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın. Mü’minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.*”¹⁹⁰ (en-Nûr 24/2).

Hem Kur’an-ı Kerim’de hem de sünnette suçtan vazgeçirmeye yönelik tehdit ve caydırıcılık üslubu kullanılmıştır. “*Kim de bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde devamlı kalmak üzere cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, onu lânetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır.*” (en-Nisâ 4/93) Mâverdî, bu ayette insanların tövbeye güvenerek kasten öldürmeye yönelmemeleri için, caydırıcılığı artırma maksadıyla yoğun bir tehdit üslubu kullanıldığını ifade etmiştir.¹⁹¹

Hz. Peygamber’in suçlarla ilgili oldukça sert ifadeler kullandığı bilinmektedir. Örneğin namaz ibadetini terk edenin kafir olacağı¹⁹² veya içki içerek yaşanan cennetin kokusunu bile duymayacağı, zina edenin zina ederken mümin olmadığı gibi ifadeler müfessirler ve fakihler tarafından caydırıcılık (zeccr) amacı taşıyan ifadeler olarak yorumlanmıştır. İbn Hacer el-Askalânî, *el-Kavlü’l-Müsedded* adlı eserinde “Fiyatları artırmak için Müslümanların fiyatlarına (piyasalarına) müdahale eden kişiyi Allah Teâlâ’nın kıyamet gününde büyük bir ateşe oturtması haktır.” hadisinin uyarma ve caydırma manası taşıdığını belirtir.¹⁹³

Hz. Peygamber’den gelen içki içme suçunu tekerrüren işleyen kişinin idam cezasına çarptırılacağına dair bir rivayet, yine caydırıcılık bağlamında değerlendirilmiştir. Bu rivayetlerden en meşhuru şudur: “Şayet içki içerlerse onları kırbaçlayın. Sonra yine içerlerse

¹⁸⁹ “وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ”

¹⁹⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-Şevkânî, *Fethu’l-kadîr el-Câmi’ beyne fenneyi’r-rivâye ve’l-dirâye min ilmi’t-tefsîr* (Dimeşk: Dâru İbn Kesîr, 1414), 4/7.

¹⁹¹ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999), 12/5.

¹⁹² Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999), 2/527.

¹⁹³ Askalânî el-İbn Hacer, *el-Kavlü’l-müsedded fi’z-zebî ‘an Müsnedi Ahmed* (Kahire: Mektebetü İbn Teymiyye, 1401), 20-22; Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, nşr. Ebû Hâcîr Muhammed Saîd Besyûnî (Beyrut: y.y., 1405/1985), 33/425 (No. 20313).

onları kırbaçlayın. Yine içerlerse onları kırbaçlayın. Eğer tekrar içerlerse öldürün.”¹⁹⁴ Hattâbî şöyle der: “Bir emir, tehdit ve korkutma amacıyla verilmiş olabilir ve fiilin gerçekten uygulanması kastedilmeyebilir. Burada da asıl amaç, caydırma ve sakındırmadır.”¹⁹⁵

Hz. Peygamber’den cezanın teşhir ve ibret anlamına yönelik bazı uygulamalar rivayet edilmiştir. Bunlardan biri “Ebû Nâb” adlı bir dağda bir suçluyu asılı tutmasıdır. Bu vakıa, bir ta’zîr cezası çeşidi olan “teşhir”e fakihler tarafından örnek gösterilmiştir.¹⁹⁶

Neticede Hz. Peygamber’in caydırıcılık üslubunu kullandığını ve cezayla tehdit ettiği anlaşılmaktadır. Sünnette vazolunan ta’zîr cezalarında da sahabe ve tabiin döneminde caydırıcılık gerekçesiyle zaman zaman artırımı gidilmiş veya ek cezalar eklenmiştir. Bu konudaki değerlendirmeleri had, kısas ve ta’zîr cezalarında caydırıcılığı ele aldığımız bölümlerde ayrıntılı olarak açıkladık.

2.1.2. Caydırıcılıkla İlişkili Külli Kaideler

*Zarar Vermek ve Zarara Zararla Karşılık Vermek Yoktur*¹⁹⁷

İslam hukukunun bu külli kaidesi doğrudan Hz. Peygamber’in bir hadisinden alınmıştır.¹⁹⁸ İslam hukukunun birçok konusunu kapsar ve yükümlülükler bağlamında zararların meydana gelmesi, önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin her konuya geniş ölçüde uygulanabilir. İslam hukukunun kuralları, fayda sağlamak ve zorlukları ortadan kaldırmak amacıyla düzenlenmiştir. Bu; din, nefis (hayat), nesil, mal ve akıl olarak belirlenen zarûrât-ı hamseyi korumak için yapılmıştır. Bu ilke makâsîd-i ş-şer’îyâ ve bu amaçların gerçekleştirilmesini vurgular. Caydırıcı önlemler (zecz) veya önleyici tedbirler (seddi’z-zerîa) yoluyla ya da zararların meydana gelme ihtimalini en aza indirme yöntemleriyle sağlanır. İslam hukukunun

¹⁹⁴ Muhammed b. İsa et-Tirmizî, *Sünen*, thk. Beşşâr Avvâd Maruf (Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1996), “Hudûd”, 15; Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvîni İbn Mâce, *es-Sünen*, thk. Şuayb Arnaût (Beyrut: Dâru’r-Risâleti’l-‘âlemiyye, 2009), “Hudûd”, 17; Nesâî, *es-Sünen*, thk. Hasan Abdümunim Şelebî (Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 2001), “Eşribe”, 42.

¹⁹⁵ Ebû Süleymân Hamd (Ahmed) b. Muhammed b. İbrâhîm b. Hattâb Hattâbî, *Meâlimu’s-sünen*, nşr. Muhammed Râgıb et-Tabbâh (Halep: el-Matbaatü’l-İlmiyye, 1351), 3/339.

¹⁹⁶ Mâverdî, *el-Ahkâmü’s-sultaniyye ve’l-vilayati’l-diniyye*, 347-348; Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri’u’l-cinâ’iyyü’l-İslâmî Mukâranen bi’l-kânûni’l-vaz’î* (Beyrut: Dâru’l-Kâtibi’l-Arabî, 1977), 1/701.

¹⁹⁷ Mecelle, md.19.

¹⁹⁸ “Zarar vermek de zarara zararlarla karşılık vermek de yoktur.” İbn Mâce, “Ahkâm”, 17.

temel felsefesi, insan yaşamının bu zaruri unsurlarını korumak, zararları önlemek ve toplumda düzeni sağlamaktır.¹⁹⁹

Had cezalarında olduğu gibi zararlı eylemlerin işlenme nedenleri hukuki açıdan haklı olduğunda dahi hukuk diğer kötü niyetli suçları caydırmak için önlemler alır. Yani had cezaları yalnızca cezalandırma amacı taşımaz, aynı zamanda suçu önleme yollarından biridir. Had cezalarının uygulanması da zarar verebilir ve ölümle sonuçlanmasa dahi ağır yaralanmaya yol açabilir. Fakat belli bir ölçü çerçevesinde meydana gelen bu yaralanma, cezaların ortadan kaldırılması için bir gerekçe olarak gösterilemez. Çünkü İslam hukuku tarafından vatandaşları zararlı kötü eylemlerden koruması için gerekli kılınan önleyici tedbirlerdir (sedd-i zerîa).²⁰⁰

İslam hukukçusu Luqman Zakariyah, ceza hukuku bağlamında ele alınınca “ve lâ dırâr” ifadesini “ve karşılığında zarar vermek yoktur” şeklinde anlamının yanıltıcı olabileceğini söyler. Çünkü bir suçlunun suçundan dolayı cezalandırılması -tartışmalı olarak- mümasaletin yasaklanması kapsamına girebilir. Ancak failleri, zararlı olayları azaltmak veya önlemek amacıyla caydırıcı olarak cezalandırmak suçluları cezasız bırakmaktan daha büyük faydalar sağlar. Bir suçu görmezden gelmek veya suça karşı hoşgörülü bir tutum sergilemek, suçlunun cezalandırılmasından daha zararlı olacaktır.²⁰¹ Nitekim Şâtîbî (ö. 790/1398) her ne kadar İslam hukukunda mükellefler için birtakım zorluklar ortaya çıksa da Şâ’ri’nin maksadının zorluk olmadığını, maslahatı celbedip mefsedeti defetmek olduğunu söyler. İslam’da cezaların da bu açıdan fail için caydırıcı diğer insanlar için ise öğüt niteliğinde olduğunu dile getirir. “Cezanın verdiği acıyı enfekte olmuş bir elin kesilmesi veya tadı kötü olan bir ilacın içilmesine” benzetir. Onun ifadesiyle “Şâ’ri’ en büyük doktordur.”²⁰²

Zarar Mümkün Olduğunca Önlenmelidir

İslam hukukunun temel ilkelerinden biri olan “Zarar Mümkün Olduğunca Önlenmelidir” (الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ) ilkesi, zararın gerçekleşmesini engellemek üzere her türlü yonteme başvurulması gerektiğini ifade eder. Çünkü zararı önlemek, ortaya çıktıktan sonra onu hafifletmekten daha iyidir. Hukuki açıdan zarar ortadan kaldırılırken başka bir soruna yol açmamak esastır. Fakat bu imkân dahilinde olmazsa, daha sonra ortaya çıkan zarar ilk zararlarla orantılı olmalıdır. Dolayısıyla bir kişi zararın başlangıçta meydana gelmesini önlemeye

¹⁹⁹ Luqman Zakariyah, *Legal Maxims in Islamic Criminal Law: Theory and Applications* (Brill - Nijhoff, 2015), 158.

²⁰⁰ Zakariyah, *Legal Maxims*, 160.

²⁰¹ Zakariyah, *Legal Maxims*, 160-161.

²⁰² İbrahim b. Müsâ eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât* (Dâru İbn Affân, 1997), 2/256.

çalışabilir ya da daha sonraki zararları engellemek için tedbirler alabilir. Zararın meydana gelmesini önlemek için alınan tedbirler hem İslam'ın ruhuna hem de kamu yararına (mesâlihu'l âmme) uygun düşmelidir.²⁰³

Meşru müdafaa hakkı da bu ilkenin tabii neticelerindendir. Kişi, kendisine saldırıda bulunan birine, onun verdiği zararla orantılı bir zarar uyguladığı takdirde bu eylemi suç olarak telakki edilmeyecektir. Örneğin evine giren bir saldırganı kovan biri herhangi bir ceza ya da tazminatla mükellef değildir. Benzer şekilde bir kadın, kendisine tecavüze teşebbüs eden saldırganı öldürerek bu eylemi engellerse zararın giderilmesi kaidesi çerçevesinde suç işlemiş sayılmaz. Cinayetin tecavüzden daha ağır bir suç olduğunun iddia edilmesi mümkündür. Fakat tecavüz hem zina ve olası bir bağı tehlikesi hem de kişi haklarının zorla ihlal edilmesi olmak üzere farklı hukuki ve ahlaki tehlikeler içerir. Bu durumda İslam Hukuku, böyle bir eylemi kasten işleyen kişiye yönelik koruma sağlamayacaktır.²⁰⁴ Şamil Dağcı, İslam hukukunun temel karakteristiğinin himayeci olmak olduğunu ifade eder. Çünkü Allah'ın yeryüzünde seçtiği halife olan insanı merkeze alan ve ona büyük bir yetki alanı tanıyan İslam dini, bütün emir ve yasaklarında insanı ve toplumun menfaatlerini himaye etmeyi hedeflemektedir.²⁰⁵

İslamî kaynaklar şüpheye dayalı hüküm vermekten sakındırır. Bununla birlikte bir şüphelinin serbest bırakılması, topluma önemli zararlar verebilecek tehlikelere sebebiyet verebilir. Bu nedenle halkın güvenliğini tehdit eden yüksek bir risk bulunduğu takdirde maslahat gereği küçük haklar ihlal edilmek zorunda kalsa bile uygun önlemlerin alınması gerekli olacaktır. Günümüz kanunlarında bu ilkeyi yansıtan birçok örnek bulunmaktadır. Örneğin suçla itham edilen kişilerin gözaltına alınmasını bu ilke kapsamında meşru görmek mümkündür. Bu önlemler bir yandan adaleti temin etmeye çalışırken öte yandan kişisel hakları belli bir düzeye kadar ihlal edebilir.²⁰⁶ İhtiyatî hapis olarak benimsenen bu yöntem, İslam hukuk tarihinin erken dönemlerinden itibaren uygulanmıştır. Caydırıcılık ve adaleti temin etme açısından bir anlamda mecburi görülmüş fakat mümkün merteye “berâet-i zimmetin asıl olması”²⁰⁷, “şek ile yakînin zail olmaması”²⁰⁸ gibi ceza muhakemesine dair diğer önemli prensipleri boşa çıkaracak ölçüde genişletilmemiştir.

Genel Zararı Önlemek İçin Kişisel Zarar Göze Alınmalıdır

²⁰³ Zakariyah, *Legal Maxims*, 162-163.

²⁰⁴ Zakariyah, *Legal Maxims*, 163.

²⁰⁵ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 50-51.

²⁰⁶ Zakariyah, *Legal Maxims*, 163-164.

²⁰⁷ “Berâet-i zimmet asıldır” (Mecelle, md. 8).

²⁰⁸ “Şek ile yakîn zâil olmaz” (Mecelle, md. 4).

İslam Hukuku, kamu yararını bireysel yararlar tercihi eden bir yapıya sahiptir. Bir zararın genel ya da özel olması, zararın ortadan kaldırılması ya da bir suçun işlenmesi durumunda etkilenen kişi sayısına bağlıdır. İslam hukukunun amacı olarak, veciz bir şekilde ifade edilen zarûrât-ı hamseyi korumaktır. Zarûrât-ı hamsenin birbiriyle çatışması hâlinde hangisinin daha öncelikli olacağı meselesinde nicelik esasına göre hareket edilmiştir. Örneğin, devletin bireye ait bir mülke kamu yararı için el koyması mümkündür.²⁰⁹

Bu kural kamu güvenliğini tehlikeye atan bütün had ve kısas cezalarının hukukiliğini destekleyici niteliktedir. Zina suçuna terettüp eden ağır ceza, asıl gerekçelerinin yanı sıra fuhşun ve bu yolla bulaşabilecek çeşitli hastalıkların toplumda yayılmasına engel olmak amacı taşır. Luqman Zakariyah, bu nedenle suç ispatlandığı takdirde böyle bir suçu işleyen bireye ceza vermenin halk sağlığını tehlikeye atmaktan daha tercih edilir bir seçenek olduğunu dile getirir. Aynı kural, kısas cezasının hukukiliğini de destekleyici niteliktedir. Kısas cezası insanlar arasında düşmanlığın yayılmasını önlemek amacı da taşımaktadır.²¹⁰ Ancak burada genel zararı önlemek için tercih edilen özel zararda şüphe ilkesine rağmen hareket edilmemelidir. Şöyle ki zina suçunun sabit olması için gerekli şartlar oldukça ağır hatta zaman zaman imkânsız görülebilecek niteliktedir. Fakat halk yararına olduğu gerekçesiyle bu şartların hafifletilmesi ve sanığın şüpheden yararlanma ilkesine ters düşecek şekilde hareket edilmesi İslam ceza hukukunun maksadına aykırıdır. Kısas cezasında da toplumda düşmanlığın yayılmasını önleme saikiyle hareket edilemez. Mağdurun veya mağdur yakınları, kısas hakkının sahibidir. Bununla birlikte af genellikle tavsiye edilen bir durum olmuştur.

2.2. CAYDIRICILIK ANLAMINI TAŞIYAN KAVRAMLAR

Red‘

Re-de-a (ردع) kelimesi sözlükte bir şeyi önlemek/alıkoymak olarak tarif edilmiştir. Bu kökten türeyen “ارتدع” fiili ise geri durmak, sakınmak ve caymak anlamında failin eylemin “Şayet

²⁰⁹ Zakariyah, *Legal Maxims*, 167-168.

²¹⁰ Zakariyah, *Legal Maxims*, 168.

emanet ehli meylerde ve düşmanın vesvesesi onlara ilâşirse isimleri anıldığında geri dururlar.”²¹¹

Red‘ kelimesinin tanımı *Mu‘cemu lügati’l-fukahâ*’da şöyle verilmektedir: “Red‘ bir kimseyi kötülükten veya başka bir şeyden caydırmaktır. Yani onu geri döndürmek, vazgeçirmek ve engellemek demektir.” Bu tanımın ardından şu cümlelere yer verilmiştir: “Hadlerin caydırıcı olduğu söylenir. Failini fiiline geri dönmekten vazgeçirir ve diğerlerini de o fiili işlemekten alıkoyar.”²¹²

Red‘ kavramının geçtiği yerlerden *el-Înâye ale’l Hidâye*’de hirâbe suçunun cezası olarak salb (çarmıha germe) cezasının suçlu öldükten sonra mı yaşarken mi yapılacağına dair tartışma ele alınmış ve Kerhî’den nakledilen görüş tercih edilerek diri iken yapılacağı zira bunun red‘ (caydırıcılık) açısından daha etkili olduğunu ifade edilmiştir.²¹³ İbn Rüşd (ö. 595/1198), orucu yiyip içerek bozan kişiye kefarete gerekip gerekmeyeceği tartışmasını ele alır ve kefaretin hürmetsizliğe karşı bir ceza olarak değerlendirilse bile bu durumun cimâda diğerinden daha fazla olduğunu ifade eder. Bunun nedenini cezanın caydırıcı (red‘) olmasıyla açıklar.²¹⁴

Haddâdî, *Cevheratü’n-neyyire*’de ta‘zîr cezasından bahseder ve bu cezanın yöneticinin görüşüne bağlı olduğunu ve ondan kastedilenin red‘ ve zecr olduğunu bu nedenle mesela şetmeden (söven) kişinin darp ile caymaması (الردع) durumunda hapsedileceğini, darp ile cayanın ise hapsedilmemesi gerektiğini ifade eder.²¹⁵

Mevâhibu’l-celîl fî şerhi Muhtasari’l-Halîl’de İmam Mâlik’in yaralanmalarda kısas uygulanması durumunda ilave bir ta‘zîr cezası verilip verilmeyeceğine dair soruya olumlu cevap verdiği aktarılır. İbn Rüşd, “*Yaralanmalarda da kısas vardır*” (el-Mâide 5/45) ayeti gereğince kısasla birlikte bir ceza olmayacağını söyler. İmam Mâlik’in ise insanları bu tür eylemlerden caydırmak için (red‘ ve zecr) ta‘zîri vacip gördüğünü belirtir.²¹⁶

Zecr

²¹¹ Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “cebe’e”, 1/42; Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “red”, 8/121; Ebü’t-Tâhir Meeddüddîn Muhammed b. Ya’kûb b. Muhammed Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü’l-muhît*, ed. Muhammed Nuaym el-Araksûsî (Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 2005 1326), “cebe’e”, 35.

²¹² Muhammed Revvas Kal’acı, *Mu‘cemu lügati’l-fukaha*, thk. Hâmid Sâdık Kuneybî (Dâru’n-Nefâis, 1408), 222.

²¹³ Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî, *el-Înâye şerhu’l-Hidâye* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1389), 5/426.

²¹⁴ Ebü’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-muktesid* (Kahire: Dâru’l-Hadîs, 2004), 2/65.

²¹⁵ Ebü Bekir Haddâd, *el-Cevheretü’n-neyyire* (Kahire: el-Matbaatü’l-Hayriyye, 1322), 2/162.

²¹⁶ Şemsüddîn Ebü Abdullah et-Trablusi el-Hattab, *Mevâhibu’l-celîl* (Beyrut: Dâru’l-fikr, 1992), 6/247.

Sözlükte zecr kelimesinin men‘, yasaklama ve azarlama²¹⁷ anlamlarına geldiği ifade edilmiştir.²¹⁸ Ayrıca bazen korkutma anlamında da kullanılmaktadır. Mergînânî’nin *Hidâye* adlı eserinde şöyle geçmektedir: “Eğer bir Mecûsî, av hayvanını salar, Müslüman bir kişi onu zecr ederse (korkutursa) ve hayvan bu korkutma sayesinde yakalanırsa, o hayvan yenmez.”²¹⁹

Zecr kelimesi, aynı zamanda sözle yapılan bir yasaklama ve engelleme anlamına gelir. “Onu sert bir şekilde uyardım, o da zecr oldu (çekindi)”. Benzer şekilde “av köpeğini zecr etti” demek, köpeğe bağırarak avı takip etmekten menetmek, köpeğin de çekinip vazgeçmesi anlamına gelir. Bu durumda zecr, tahrik edip kıskırtma manasındaki “işlâ” kelimesinin zıddı olur.”²²⁰

Ze-ce-ra kökünden gelen izdecera (ازدجر) fiili yasaklamak, kovulmak, men olunmak anlamlarındadır. “*Bunlardan önce Nûh’un kavmi de (peygamberlerini) yalancılıkla itham etmişti. O kulumuzu yalancı saydılar, ‘Delinin biri!’ dediler ve o görevinden alıkondu.*” (Kamer, 54/9)²²¹

İbnü’l-Hümâm, cezaların suç öncesi engelleyici (mevâni), suç sonrası caydırıcı (zevâcir) olduğunu söyler. O mevâni’i, cezanın suç olarak ifade edilen davranışı gerçekleştirme eğiliminde olanları suçu işlemekten önce bu fikirden vazgeçirecek etkide olması şeklinde, zevâciri ise cezanın daha önce suç işleyenleri, aynı suçu tekrar işlemekten alıkoyması şeklinde tanımlar.²²² Mergînânî (ö. 593/1197) de hadlerden maksadın zecr olduğunu ifade etmiştir.²²³

²¹⁷ Hûb kelimesi, Arapça’da ondan sakınılması gerektiğini anlatır. Kelimenin kökeni zecr yani azarlama ve kınama anlamıyla açıklanmıştır. Nitekim deveyi uzaklaştırmak için “hûb hûb” (حوب حوب) denilir. Bu yüzden azarlamayla ilişkilendirilmiş ve bazı develer bu şekilde isimlendirilmiştir. Aynı şekilde “hâbe’r-raculu” (adam azarladı/kınadı) ve nefse de “hûbâ” (حوباء) denilmiştir. Fakat İslam ceza hukuku metinlerinde caydırma anlamında bu terimin kullanımı olduğu söylenemez. Ebû Hilâl el-Askerî, *el-Furûku’l-luğaviyye*, thk. Muhammed İbrahim Selim (Kahire: Dâru’l-İlm ve’s-Sekâfe li’n-Neşr ve’t-Tevzî’, ts.), 233.

²¹⁸ Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “zecr”, 4/318.

²¹⁹ Burhaneddîn el-Mergînânî, *el-Hidâye fî şerh Bidâyeti’l-mübtedî*, thk. Yusuf Tallâl (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Arabî, ts.), 4/406; Abdurrahman b. Muhammed Cezîrî, *Fıkh ale’l-mezahibi’l-erbaa* (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 2003), 2/27.

²²⁰ “İşlâ”, *el-Mevsuatü’l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizaretü’l-Evkaf ve’s-Şuuni’l-İslâmiyye, 1984), 5/31.

²²¹ Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “zecr”, 4/318.

²²² İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 1970, 5/212.

²²³ Burhaneddîn el-Mergînânî, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti’l-mübtedî*, thk. Yusuf Tallâl (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Arabî, ts.), 2/343.

Men‘

Men‘ kelimesi sözlükte şöyle tarif edilmektedir: “Kişinin istediği şeyle arasına engel konulmasıdır, vermenin tam tersidir.”²²⁴ Mevâni kelimesi *Bahru’r-râik*’te şöyle geçmektedir: “Allah hakkı olan hadlerin böyle isimlendirilmesinin nedeni tekerrür sebeplerini işlemeye engel (mevâni’) olmasıdır.”²²⁵ İbn Âbidîn de hadlerden bahsederken haddin manasının men’ oluşuna vurgu yapar ve cezaların mevânî ve zevâcir oluşuna dair yukarıda İbnü’l-Hümâm’dan aktardığımız ifadeye yer verir.²²⁶

Nekâl

Ne-ke-le (ن ك ل) fiilinin anlamı, sözlükte “korkaklık etti” anlamındaki ce-bu-ne fiiliyle açıklanmış; düşmandan veya yeminden sakınmak/korkmak anlamında ne-ke-le ‘anhu ifadesinin kullanıldığı belirtilmiştir. Aynı kökten türeyen ne-k-ke-le anhu ifadesi, bir şeyden vazgeçirmek manasına gelirken; ne-k-ke-le bihi ise bir kişiye başkalarına ibret olacak şekilde muamele etmek, tenkil etmek ve cezalandırmak anlamında kullanılır. Bir kişinin, işlediği bir suç sebebiyle, bir başkasını benzer bir suç işlemekten caydıracak şekilde cezalandırması hâlinde “falancayı caydırdım/sakındırdım” (نَكَلْتُ بفلان) ifadesi kullanılır.²²⁷

Ragıb el-İsfahanî’nin *Müfredat* adlı eserinde “nekâl” kelimesinin anlamı şu şekilde açıklanır: Nekele (نكل) denir ki: ‘Nekele ani’ş-şey’ (نكل عن الشيء): Bir şeyden zayıf düştü, aciz kaldı. ‘Nekeltuhû’ (نكَلْتُهُ): Onu bağladım. Nikl (النَّكْل): Bineğin bağlandığı zincirdir; gemin demiridir, çünkü her ikisi de engelleyicidir. Çoğulu: enkâldır. (الانكال). Allah Teâlâ şöyle buyurmuştur: ‘Kuşkusuz katımızda (onlar için) prangalar (enkâl) yakıcı bir ateş, boğazdan geçmez bir yiyecek, elem verici bir azap vardır.’ (el-Müzzemmil 73/12-13) ‘Nekkeltu bihi’ (نَكَلْتُ بِهِ): Başkasının ibret alacağı bir şey yaptım demektir. Bu fiilin ismi: ‘nekâl’ (نكال)’dır.²²⁸

Nekâl ve tenkil ifadeleri de red‘ ve men‘ manalarında kullanılmakta ve caydırıcı cezayı ifade etmektedir. Kâdî İyaz “nekâl”i şöyle tanımlamıştır: “İnsanların görüp ibret almaları ve benzeri

²²⁴ Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “mene’a”, 8/343.

²²⁵ Zeynulâbidîn b. İbrahim İbn Nuceym b. Muhammed, *el-Bahru’r-râik şerhu Kenzu’d-dekâik*, thk. Zekeriye ‘Umeyrât (Beyrut: Dâru’l-Kitâbi’l-İslâmî, ts.), 5/2.

²²⁶ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dımaşkî İbn Âbidîn, *Hâşiyetü Reddû’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr şerhu Tenviri’l-ebâr* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1966), 4/3.

²²⁷ Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “nekele”, 11/677.

²²⁸ Râgıb el-İsfahânî, *nekele*, thk. Safvân Adnan ed-Dâvudî (Beyrut: Dâru’l-kalem, 1991), “el-Müfredât fî ğarîbi’l-Kur’ân”, 824-825; Ebu Zehra, *El-Ukûbe fî’l-Fıkhi’l-İslâmî*, 172.

bir fiili gerçekleştirmemeleri için tatbik edilen cezanın adıdır.”²²⁹ Mâlikî mezhebi kaynaklarında nekâl kelimesinin daha çok ta‘zîr cezası için kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Mâlikî fakihî Kâbisî’ye (ö. 403/1012) bir adamın başka bir adama Nekir gibi çirkin veya Mâlik’ul-ğadbân gibi asık suratlı olduğunu söylemesinin hükmü sorulmuştur. Kâbisî, buradaki hakaretin melekeler değil, muhataba yönelik olduğunu ifade etmiş ve sefih kimseler için nekâlen kırbaç ve hapis cezası verileceğini ifade etmiştir.²³⁰ İbn Rüşd’e (ö. 520/1126) ait *el-Beyan ve’t-tahsîl* adlı eserde de İslam’ın ilk yıllarında zekât vermeyene tatbik edilen ceza anlatılırken öncelikle malının zekâtının alınacağı, daha sonra geri kalan malının yarısının alınacağı ve nekâl olarak celde vurulacağı rivayetine yer verilmiştir.²³¹ *Müdevvenetü’l-kübrâ*’da İmam Mâlik’in hayvanla cinsî münasebete giren kişiye had değil nekâl uygulanması gerektiğine hükmettiğine dair ifadeler yer almıştır.²³²

Men‘ ile red‘ ve zecr kelimeleri arasında farklı ayrımlara giden müellifler de olmuştur. Buna göre men‘ kelimesi suçlunun suçu tekrar işlemekten kaçınmasını ifade eder. Fakat bu, nefsinin ıslah ettiğini ve davranışlarını düzelttiğini göstermez. Yalnızca suçu tekrar işlemekten korkar. Yani bir anlamda ettiği tövbe zahiridir, yalnızca görünüş itibariyledir. Zecr ve red‘ ise suçlunun davranışlarını düzeltmesi, zihnini arındırması ve doğru yolu tercih ederek suçtan uzak durması anlamına gelir. Bu da mecazen batını tövbe olarak ifade edilebilir. Men‘de suçlu ceza verilmeyeceğinden emin olduğu durumda suç işlemekten korkmaz. Bu emniyet, delil bırakmaksızın suçu işleme ve cezadan kurtulma imkânı durumunda veya kanunen mübah olan hallerde ceza almayacağından emin olmak şeklinde gerçekleşebilir.²³³ Bugün İslam ceza hukukunda caydırıcılık konusunu ele alan çalışmalarda çoğunlukla red‘ kavramının tercih edilmektedir.

2.2.1. Zevâcir ve Cevâbir Ayrımı

Caydırıcılık anlamında kullanılan kelimelerden zecrin ismi faili zâcir ve çoğulu zevâcirin bu kapsamda belli bir cezai müeyyide vazedilen caydırıcı hükümler anlamında bir kullanımı

²²⁹ Ebü’l-Fazl İyâz b. Mûsa b. İyâz Yahsûbî Kâdî İyâz, *nekele* (Tunus: el-Mektebetü’l-atîka, 1914), “Meşâriku’l-envâr alâ sıhahî’l-âsâr”, 2/12.

²³⁰ Muhammed İliş, *Minahu’l-celîl şerhu Muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1404), 9/236.

²³¹ Ebü’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî İbn Rüşd, *el-Beyân ve’t-tahsîl*, thk. Muhammed Haccî (Beyrut: Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, 1408), 9/320.

²³² Abdüsselâm b. Saîd Tenûhî Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ* (Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, 1994), 4/486.

²³³ Hüseyinî, *er-Red’ul-hâs el-ikâbî ve nazmu’l-muâmeleti’l-İslâmiyye: dirâse mukârane fî felsefeti’l-ıslâh el-ikâbî ve nazmu’l-vikâye mine’l-cerîme*, 98.

vardır. Furûk²³⁴ ilminde zevâcir (cezai caydırıcı hükümler) ve cevâbir (telafi edici hükümler) kavramları arasındaki farklar ele alınmıştır.

Karâfi, zevâcir ile cevâbir arasında dört temel fark olduğunu söyler. İlki meşru kılınma sebebidir. Cezai caydırıcı hükümler olan zevâcir, beklenen zararların önlenmesi için meşru kılınmıştır. Telafi edici hükümler olan cevâbir ise kaçırılan faydaların telafi edilmesi için meşru kılınmıştır. İkincisi zevâcir hükümleri, çoğunlukla günah işleyenlere yönelik bir uyarı ve onları günah işlemeye yöneltenele caydırıcı niteliğindedir. Ancak bir günahın söz konusu olmadığı durumlarda da uygulanabilir. Örneğin, çocuklar ve akıl hastalarına yönelik disiplin ve uyarılar, onların günahlarından dolayı değil, ıslah edilmeleri ve zarar vermelerine engel olmak içindir. Aynı şekilde hayvanlara yönelik uygulanan disiplin veya isyancılarla yapılan savaş da bir cezalandırma değil, birlik ve düzenin bozulmasını engelleme amacı taşır. Cevâbir hükümler ise çoğunlukla günah işlememiş kimseler için geçerlidir. Failin kasıtlı ya da bilinçli olup olmadığı fark etmeksizin cevâbir hükümleri uygulanır. Üçüncüsü, zevâcir, çoğunlukla cezası Şâri‘ tarafından takdir edilmiş had cezaları ya da bu şekilde olmayan ta‘zîr cezalarıdır. Bu cezaları suç işleyen kişi değil, yöneticiler uygular. Ancak cevâbir, kefaretlerde olduğu gibi suçu işleyen bireyler tarafından bizzat yerine getirilen fiillerdir. Dördüncüsü cevâbir hükümleri, can, organlar, organların faydaları, yaralar, ibadetler, mallar ve menfaatler üzerinde uygulanır. Zevâcir ise yalnızca suç ve ihlallerde uygulanır.²³⁵

Karâfi, bazı kefaretlerin zevâcir mi cevâbir mi olduğu konusunda ihtilaf olduğunu belirtir. Çünkü kefaretlerde mali yükümlülükler gibi zorluklar vardır ve bu, kefaretin zevâcir yönünü oluşturur. Fakat aynı zamanda, niyet edilmeksizin geçerli olmayan ibadetlerdir ve bu da cevâbir yönüne tekabül eder. Bu nedenle Allah’a yakınlık sağlama niyeti bir caydırıcı olarak görülmez, halbuki had ve ta‘zîr cezaları ibadet değil caydırıcıdır.²³⁶ Tâceddin es-Sübkî (ö. 771/1370), *el-Eşbah ve’n-nezâir*’de câbir ile zâcir arasındaki farkı şöyle açıklar:

Câbirden kasıt, kaçırılmış bir maslahatı telâfi edip onu geri kazandırandır. Bu, maslahatların celbi kapsamına girer. Zâcirden kasıt ise bir mefsedetın işlenmesini engelleyen şeydir. Bu; haram veya mekruh olabileceği gibi, harama benzediği için kısıtlanmış da olabilir. Çünkü kimi zaman bir mefsedette, cehalet gibi sebeplerle yükümlülük ortadan kalkar. Fakat teklifin kalkması onun mefsedet olma niteliğini yok etmez. Bu, kanı helal olmayan birini öldürmenin,

²³⁴ Şekil bakımından birbirine benzeyen, hüküm açısından birbirinden ayrılan fıkhi mesele ve kavramları inceleyen ilim dalı. Necmettin Kızılkaya, *İslam Hukukunda Farklar: Furuk Literatürü Üzerine Bir İnceleme* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 27.

²³⁵ Şehâbeddin el-Karâfi, *el-Furûk* (Kahire: Âlemü’l-Kütüb, ts.), 1/212.

²³⁶ Karâfi, *el-Furûk*, ts., 1/212; Muhammed b. İbrâhim el-Bekkûrî, *Tertibül-Furuk ve İhtisaruha*, thk. Ömer b. Abbad (Vizâratü’l-EEvkÂf ve’s-Şuûni’l-İslâmiyye, 1414), 1/418.

hataen yapılsa bile bir mefsedet olmasına benzer. Bu durumda, zâcirler mefsedetlerin def'iyle ilgilidir ve bu yönüyle câbirden daha kapsamlıdır. Çünkü mefsedetlerin giderilmesi, maslahatların celbinden daha geneldir.²³⁷

Sübkî, kefaretlerin zâcir ya da câbir oluşunun ihtilaflı bir mesele olduğunu söyler. Buna göre kefaretlerin câbir olduğunu söyleyenler kefaretlerin Allah hakkından kaçırılan şeyi telafi eden câbirlerdir. Niyetle geçerli olurlar ve ibadet hükmündedirler bu nedenle sırf zâcir olan had ve ta'zîr cezalarına benzemezler. Zâcir olduğuna hükmedenler ise kefaretlerin kendilerine karşılık gelen fiillerden dolayı kişiyi veya başkasını benzer bir fiili yapmaktan alıkoymak için konulmuş zâcirler olduğu iddiasında bulunur. Sübkî kefaretin zâcir ya da câbir olduğunu kabul etsek dahi kasten adam öldürme ve yalan yere yemine kefaretin vacip olmasının, hataen adam öldürme ve yalan olmayan yemine kıyasla daha evlâ olduğunu ve zâcirlik ve câbirlik özelliklerinin daha fazla olduğunu söyler.²³⁸ Böylece iki ihtimale de kapı aralar fakat hatayla adam öldürme ve yemin-i gamûsta kefaretin daha önemli olduğunu; zira caydırıcı ve telafi edici yönlerinin daha güçlü olduğunu belirtir.

İzzüddîn b. Abdisselâm'a (ö. 660/1262) göre telafi edici hükümlerde kişinin günah şartı aranmamaktadır. Caydırıcı hükümler ise çoğunlukla günahın önüne geçme amacı taşımaktadır.²³⁹ O, caydırıcı hükümleri ikiye ayırır. İlki hâli hazırda mevcut bir mefsedeti ortadan kaldırmaya yönelik caydırıcılardır. Bunlar günah olan bir fiil olabileceği gibi, failini günaha sokmayan bir kötülük de olabilir. Günahın söz konusu olmadığı bir mefsedetten caydırma örneklerinden biri, devlet başkanına isyandan caydırmadır. İsyan etmeyi bırakmaları hâlinde onlarla savaşmaktan ve öldürmekten de vazgeçilir. Günah olan ve devam eden mefsedetlerden caydırmaya ise zekât ödemeyi reddedenlerle savaşılması, can ve namusa saldıran kişilerin saldırıya devam ettikleri müddetçe öldürülmeleri, borcunu ödemeyen kişilerin ödeyinceye kadar hapsedilmesi gibi örnekler vermiştir.²⁴⁰

İkincisi ise geçmişte işlenen bir günah ya da geçmişte var olan bir mefsedetın benzeri için caydırıcılardır. İzz b. Abdüsselam bu caydırıcı türünü de ikiye ayırır. Bunlardan ilki, caydırıcı nitelikteki cezanın infaz edilmesi ya da affedilmesi yönünde karar vermesi için suçlunun hak sahibine haber vermesinin gerekli olduğu caydırıcılardır. Buna kısas suçu ile kazf suçunu örnek

²³⁷ Ebû Nasr Tâcüddîn es-Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, thk. Adil Ahmed Abdu'l-mevcûd - Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1411), 1/424.

²³⁸ Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, 1/425.

²³⁹ İzzeddîn İbn Abdüsselâm, *İslami Hükümlerin Esas ve Hikmetleri*, çev. Süleyman Kaya - Soner Duman (İz Yayıncılık, 2010), 235.

²⁴⁰ İbn Abdüsselâm, *İslami Hükümlerin Esas ve Hikmetleri*, 251-253.

olarak verir. Diğerisi ise suç işleyen kişinin gizlemesinin evla olduğu zina, içki, hırsızlık gibi caydırıcı had cezalarıdır.²⁴¹

İzzüddîn b. Abdisselâm, hakkında caydırıcı ceza öngörülen fiilleri, cezayı tatbik eden açısından iki temel kategoriye ayırmaktadır. Birinci grup, caydırıcı niteliği bulunan ve bizzat failin yerine getirmesi gereken cezalardır. Buna örnek olarak orucun, haccın, itikafın bozulması noktasında caydırıcı olan kefaretlar ile zihar kefaretinin gösterir. İkincisi ise suç için caydırıcı olmakla birlikte suç işleyen insanın yerine getirmesi gerekli olmayan suçlardır. Bunlar da ona göre üç çeşittir. Devlet başkanı tarafından yerine getirilmesi gereken içki, hırsızlık, hırâbe ve zina suçlarına ait had cezalarıdır. İkinci grup ise caydırıcı niteliğe sahip olmakla birlikte, uygulanması failin kendisine değil, başka mercilere ait olan cezalardır. Kısas cezası ile İmam Şafii'ye göre kazf suçunun cezası böyledir. Üçüncüsü ise devlet başkanı ve hâkimin infaz etmesi icap eden ta'zîr cezalarıdır. Ta'zîr cezasında suç, kul hakkı ise devletin ve hâkimin cezayı infaz etmeme yetkisi bulunmaz. Ancak Allah hakkı söz konusu olduğunda, cezanın uygulanıp uygulanmayacağı kamu yararı ve maslahat ölçütleri dikkate alınarak belirlenir.²⁴²

2.2.2. Caydırıcılık Hikmeti

2.2.2.1. Hikmetle Ta'lîl

İslam hukukunda “hikmet ‘hükümün konuluş amacı’ (makâsîd-ı şâri‘) veya ‘bu hükümle sağlanmak istenen maslahat’ (mesâlih-i ibâd)” anlamına gelmektedir. Hikmetin bir yönü zarurat-ı hamse olarak ifade edilen Şâri‘in genel maksatlarını ifade eder. Başka bir yönüyle insanların maslahatlarına işaret eder.²⁴³

Hikmetle hükümlerin ta'lîli meselesi İslam hukuk usulünde tartışmalıdır. Bu tartışma mezhep imamları tarafından yapılmamış, daha sonraki dönemlerde usul uleması tarafından gündeme getirilmiştir. Usulcülerin çoğuna atfedilen görüşe göre zahir veya munzabıt olması fark etmeksizin hikmetle ta'lîl geçerli değildir. İkinci bir görüş, hikmetin zahir (açık) ve munzabıt (istikrarlı) olmasıyla hafî (gizli) ve muztarib (istikrarsız) olması arasında ayırım yapmış ve ilkini caiz kabul etmiştir. Seyfeddin el-Âmidî (ö. 631/1233) başta olmak üzere, Safiyyüddin el-Hindî, İbnü'l-Hâcib ve Adudüddin el-Îcî gibi alimler bu görüşü savunmuşlardır. Bu usulcüler hikmet

²⁴¹ İbn Abdüsselâm, *İslami Hükümlerin Esas ve Hikmetleri*, 253-254.

²⁴² İbn Abdüsselâm, *İslami Hükümlerin Esas ve Hikmetleri*, 251-252.

²⁴³ Ferhat Koca, “Hikmet (Fıkıh)”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 17/514.

ile illet arasındaki tartışmayı en aza indirmek ve iki yöntemi en azından şekil olarak birbirine yaklaştırmak istemişlerdir. Üçüncü görüş hikmetle ta'lilin bazı durumlarda caiz olduğunu savunmuştur. Gazzali ve Fahreddin Razi'nin görüşleri ana hatlarıyla bu sınıfa tekabül etmektedir.²⁴⁴

Gazzali, sahabe döneminde ittifak edilen iştirak hâlinde işlenen cinayette bir kişiye karşılık bir topluluğun kısas edilebileceğine dair hükmü ele alır ve bunun hikmetle ta'lilin delili olduğunu ifade eder ve şöyle der:

Halbuki Şer, sadece öldürenin (katil) öldürülmesini vacip kılmıştır. Öldürmeye katılanlar ise tam olarak (ale'l- kemal) kâtil değildir. Fakat sahabe bunu yaparken zecr amacıyla ve kanların dokunulmazlığı yüzünden katile kısas uygulamıştır. Bu anlam, iştirakçilerin de tek başına öldürene ilhak edilmesini gerektirir' demişlerdir. Biz (sahabenin yaptığı) bu kıyasa şu ilaveyi yaparak diyoruz ki: Aynı hikmetin, uzuvlarda (etrâf) cereyan etmesi tıpkı canlarda cereyan etmesi gibidir. Öyleyse, uzuvlar da, kısas hususunda, tıpkı tek başına yapandan korunduğu gibi, iştirakle yapandan da korunur. Yine deriz ki: Kısas, zecr (önleme) ve kanları koruma hikmeti yüzünden, yaralayıcı alet (cârih) sebebiyle vacip olmuştur. Bu illete nisbetle müsakkal de yaralayıcı alet anlamındadır. İşte bunlar, bu sebeplere ilişkin anlaşılabilir ta'liller olup bu ta'lillerle, şarabın tahrimini şiddet ile ta'lil etmek, küçüklük velayetini acz ile ta'lil etmek ve hüküm vermenin yasaklanmasını kızgınlık ile ta'lil etmek arasında bir fark yoktur.²⁴⁵

Gazzâlî, sahabenin zecr hikmetine dayalı yaptığı ta'lili genişletmiş ve iştirak hâlinde uzva yönelik işlenen cinayetlerde de aynı hikmetin bulunması sebebiyle kısasa hükmetmiştir. Benzer şekilde yaralayıcı aletin yanı sıra taş ve benzeri ağır cisimlerle yapılan cinayetin de zecr hikmetine binaen kısas hükmü alması gerektiğini söylemiştir. Gazzâlî, hikmetle ta'lili reddeden usulcüler tarafından sıklıkla dile getirilen hikmetin, bir semere veya sonuç olduğu görüşüne ise şu şekilde cevap vermiştir:

'Zecrin hikmet oluşu buna manidir. Hikmet semeredir ve ancak kısastan sonra hasıl olur ve kısastan sonraya kalır. Böyle olunca, nasıl olur da bu hikmet kısasın vacip kılınmasının illeti olabilir. Demek ki kısasın vacipliğinin illeti öldürmedir.' denilirse şöyle cevap veririz: Elbette ki biz kısasın illetinin öldürme olduğunu kabul ediyoruz. Fakat, öldürmenin kısasın illeti olmasının illeti de zecr ihtiyacıdır. Zecrin kendisi değil zecre duyulan ihtiyaç iletir. Zecr ihtiyacı önce, zecrin husule gelmesi ise sonradır. Nitekim Emir, Zeydi karşılamak için belde-

²⁴⁴ Muhammed Mustafa Şelebî, *Ta'lîlu'l-ahkâm* (Kahire: Matbaatü'l-Ezher, 1947), 150; Ali b. Abbas Hakemî, "Hakikatü'l-hilâf fi't-ta'lîl bi'l-hikme ve eseruhu fi'l-fikhi'l-İslâmî" 7/9 (1414 1994), 61; Koca, "Hikmet", 17/517; Salim Ögüt, *Dinî Hükümlerin Temellendirilmesinde Hikmet* (Ankara: Hititkitap Yayınevi, 2009), 54-55.

²⁴⁵ Ebû Hâmid el-Gazzâlî, *Mustasfa : İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, thk. tercüme: Yunus Apaydın (Kayseri: Rey Yayıncılık, 1994), 2/291.

dışarı çıktı denilir. Zeydi karşılama işi beldeden çıkıştan sonradır. Fakat karşılama ihtiyacı, beldeden çıkmaya sevk eden bir illet olup karşılamadan önce mevcuttur. Sonraya kalan ise, karşılamanın kendisidir. Aynı şekilde, Şer'i, öldürmeyi kısas için sebep kılmaya iten şey, kanları koruma ihtiyacıdır. İştirakçi de bu anlamda tek başına yapana, musakkal de yaralayıcı alete eşit olmakta ve kıyasen ona ilhak edilmektedir.²⁴⁶

Gazzâlî, hükmün illetinin öldürmek olduğunu kabul ettiğini fakat caydırıcılık ihtiyacının illetin illeti yani hükmün konuluş gerekçesi olduğunu ifade eder. Neticede caydırıcılık sonradan ortaya çıksa da caydırıcılığa duyulan ihtiyaç hükümden önce bulunur ve bu hükmün vazedilmesindeki esas ve derin sebep budur. Fahreddin Râzî hikmetle ta'lil konusunda Gazzâlî'yi takip etmiş fakat ondan daha net bir açıklama yapmıştır. Usulcülerin bu itirazını şöyle dile getirmiştir: “Hikmet hükme tabidir. Çünkü caydırıcılık (zacr) kısasın meydana gelmesine tabidir. Hâlbuki bir şeyin/hükmün illetinin tehiri yani o hükümden sonraya kalması, imkânsızdır. Bu durum da göstermektedir ki hikmet, hükmün illeti olamaz.”²⁴⁷ Râzî, hikmetin hükmün illeti olamayacağı düşüncesine şöyle cevap verir: “Hikmetin hükmün semeresi olduğu iddiasına karşı deriz ki, “Bu dediğiniz durum zihinde değil, dış dünyada böyledir. Bu yüzden “düşüncenin başı amelin/eylemin sonudur.” denilmiştir.”²⁴⁸

Onun bu ifadelerinden anlaşılmaktadır ki bir hikmet olan caydırıcılığın hükmün semeresi veya sonucu oluşu zihinsel düzeyde geçerli değildir. Buna göre kısas hükmünün hikmeti olan caydırıcılık hükmün vazedildiği sırada vardır ve onun sonuçtan sonra ortaya çıkması hükmün hikmetle ta'liline engel değildir. Çünkü maksat/gaye hükümden önce olmalıdır. Bu hem insanı hem de Şâri'i düşündüğümüzde bu şekildedir. Hikmeti bizim daha sonra hükmün infazıyla görebiliyor oluşumuz bu gerçeğe zarar vermez.

Âmidî'ye göre hikmet gizli ve istikrarsız ise onunla ta'lil mümkün değildir. Bu durumda seferdeki meşakkat vasfını örnek verir. Meşakkat insandan insana durumdan duruma ve zamanda zamana değişiklik gösterir. Fakat zahir (açık) munzabıt (istikarlı) ve hikmet içirme ihtimali olan vasıfla ta'lilde bulunmak caizdir. Âmidî buna çeşitli örnekler getirir. Caydırma ve telafi etme hikmeti içerdiği için “kasten ve düşmanca adam öldürmek” ve şarap içmenin haram kılınması ve içene de had uygulanması hükmünün “mefsedeti giderme” hikmeti içerdiği için “şarapla/alkollü içeceklerle” ta'lil etmek bu örneklerdendir. Ona göre hikmetin gizli ve değişken yapıda olması durumunda mücerret bir hikmetle ta'lilde bulunmak mükellefi büyük bir külfete

²⁴⁶ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, 330; Gazzâlî, *Mustasfâ : İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, 2/291-292.

²⁴⁷ Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl*, thk. Taha Cabir Feyyaz Ulvânî (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1997), 5/290.

²⁴⁸ Râzî, *el-Mahsûl*, 5/292; Ögüt, *Hikmet*, 61-62.

sokar. Açık ve istikrarlı vasıflarda da bir zorluk bulunur fakat bu diğerine nispeten daha azdır.²⁴⁹ Âmidî burada verdiği ceza hukukuna dair hüküm örneklerinde caydırıcılık ve telafi etme hikmetlerinin gizli ve değişken vasıflar olduğunu, bu nedenle açık ve istikrarlı olan illetlere ihtiyaç duyulduğunu belirtir.

Hikmetle ta'lilin muteber bir yöntem olduğu temellendirilirken sahabe döneminden çeşitli örnekler getirilmiştir. Ayrıca dört mezhep imamının da hüküm verirken zaman zaman hikmetle ta'lil yaptığı bilinen bir gerçektir. Hikmetle ta'lilden kaçınılan durumlar ise hikmetin zuhur (açıklık) ve inzıbat (istikrar) şartlarını taşınamaması sebebiyledir. Hüküm hikmetle ta'lil edilirken son derece hassas davranılmış, en ufak bir şüpheye mahal bırakmayacak ölçüde şartların gerçekleşmiş olmasına önem verilmiştir.²⁵⁰ Hikmetle ta'lilde bulunurken gösterilmesi gereken bu özenin sebebi vasıfla ta'lilde bulunmaktan daha fazla zorluk içermesidir. Dolayısıyla hikmetle ta'lilde müçtehidin üstlenmesi gereken sorumluluk daha fazladır.²⁵¹

Çağdaş İslam hukukçusu Muhammed Mustafa Şelebî, müçtehit imamların vasıfla talilin yanı sıra hikmetle talil yaptığını ifade eder ve hikmetle talile yapılabilecek itirazları sıralar. Bunlardan biri vasfın hikmet gibi gayr-ı munzabıt olması durumudur. Bu tür vasıflar maksat ve maslahattan kaynaklanan sâiklerdir. Ya bir faydanın kendisi ya da onun aracıdır. Mesela sıkıntının ortadan kaldırılmasında bir fayda vardır. Benzer şekilde zecr (caydırıcılık) dünyevî ve uhrevî faydaya vesile olan bir şeydir. Ancak bunlar, farklı durumlara göre değişkenlik arz eder ve hakiki maksat tam olarak belirlenemez. Müellif, zarar ve meşakkatin belirsiz görünmesinin hüküm verilemeyeceği anlamına gelmediğini söyler. Buna göre “sefer” gibi örfe insanların zorluk olarak nitelendireceği durumlar vardır. Bazen belirsiz görünen zarar veya meşakkatin kendinden ölçülü olduğunu söyler ve bu duruma, had cezalarında gerekli olan caydırıcılık miktarının şer’î açıdan belirlenmesini örnek verir.²⁵²

Şelebî, gayrı munzabıt vasıflara belli bir ölçü getirilerek bu problemin ortadan kaldırılabileceğini savunur. Bu da örfe öncelikle meşakkat ve zararın ne olduğunu tespit etmekle maslahatı belirlemek mümkündür veya o vasıf zaten munzabıttır. Mesela içindeki meşakkat sebebiyle yolculuk böyle munzabıt bir vasıftır ve maslahat bu şekilde belirlenir. Yahut had cezalarında olduğu gibi caydırıcılığın gerçekleşeceği sınır, şeriat tarafından bizzat verilmiştir. Müellifin bu ifadesi, caydırıcılığın bir hikmet olarak doğası gereği değişken ve gayr-

²⁴⁹ Seyfeddin el-Âmidî, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, thk. Abdürrezzak Afîfî (Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1402), 3/203-205; Ögüt, *Hikmet*, 63-64.

²⁵⁰ Şelebî, *Ta'lîlu'l-ahkâm*, 151; Ögüt, *Hikmet*, 42-44.

²⁵¹ Ögüt, *Hikmet*, 46.

²⁵² Şelebî, *Ta'lîlu'l-ahkâm*, 149.

i munzabıt bir özellik taşıyabileceğini; ancak şeriatın bu değişkenliği, belirli sınırlar ve sabit ceza miktarları ile dengeleyerek onu munzabıt hâle getirdiğini ortaya koymaktadır.

Hikmetle ta'lil konusunu *Âyâtü'l-Beyyinât* risalesinde ele alan Şâfiî fakihi Abbâdî (ö. 994/1586), illetin hikmet içermesi gerektiğini, zira delil ile medlul arasındaki uyumu gösterdiğini ve bunun da istidlalin daha sağlam olmasını sağladığını söyler. Ancak hikmetle ta'lil yapmak için her zaman açık ve istikrarlı bir vasfa ihtiyaç olmadığını, zahiren var olmasının yeteceğini belirtir.²⁵³

Bazı İslam hukukçuları, usulcülerin teorik ve farazi meseleler üzerine yoğunlaşmalarının, illetlendirmede vasıflara yönelmelerine ve bu durumun hikmet ve maslahatı ihmal etmelerine yol açtığını ifade etmiştir. Bu düşünceye göre vasıf teorik ve farazi meselelerde kullanılmaya daha elverişlidir, çünkü somut, belirli ve gözlemlenebilir kurallara bağlanabilir. Hikmet ve maslahat ise yalnızca gerçekten meydana gelen olaylar üzerinden değerlendirilebilir. Farazi meseleleri ele alan mezhepler kıyas kapısını genişletmişler ve münasip olmayan hatta zaman zaman tardî vasıflarla illetlendirme yapmışlardır.²⁵⁴

Hanefî ve Şafîi mezhebinin bu yaklaşımının bağlayıcı kuralların ağırlığını hafifletmek için hiyel²⁵⁵ kullanımını ortaya çıkardığı söylenmiştir.²⁵⁶ Esasen alimlerin bu konudaki yaklaşımı içtihat ve istinbattaki hata payını en aza indirmek ve hükümlerin daha sistematik ve ölçülebilir bir çerçevede şekillenmesini sağlamak; ayrıca sübjektif ve yoruma açık unsurların etkisini hafifleterek objektif ve istikrarlı neticelere ulaşmayı sağlamaktır. Başka bir deyişle hukuki emniyeti temin etmektedir. Fakat bu durumun fıkıhın özgürce gelişmesini kısıtladığı ve donuklaşmasına sebebiyet verdiği gibi eleştiriler ortaya çıkmıştır.²⁵⁷

Salim Ögüt, sahabe, tabiin, tebe-i tabiin ve müçtehit imamların da dahil olduğu dönemlerde hikmetle ta'lil konusunda herhangi bir problem olmadığını, daha sonraki dönemlerde ise bu durumun değiştiğini söyler. Ona göre bu durumun yaşanmasının nedeni hukukun güvenliği probleminin maslahatın temini amacının önüne geçmesidir. Fakat sanayi devrimiyle birlikte maslahatın temini düşüncesinin ön plana çıktığını belirtir.²⁵⁸

²⁵³ İbn Kâsım Abbâdî, *el-Âyâtü'l-beyyinât alâ şerhi cem'il-cevâmi'*, thk. Zekeriyya Umeyrât (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1433), 4/56-58.

²⁵⁴ Hakemî, "Hakikatü'l-hilâf", 63.

²⁵⁵ Hiyel terimi "Şekil bakımından hukuka uygun bir işlem vasıta kılınarak yasaklanmış bir neticeyi elde etme kastıyla yapılan muamele" anlamına gelmektedir. Saffet Köse, "Hiyel", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 18/171.

²⁵⁶ Hanbeli ve Maliki mezheplerinde hiyel genel manada caiz görülmemiştir. Köse, "Hiyel", 18/172.

²⁵⁷ Hakemî, "Hakikatü'l-hilâf", 65-67.

²⁵⁸ Ögüt, *Hikmet*, 102.

Öğüt'e göre hikmete göre hüküm vermek, İslam hukukunun problem çözme kabiliyetini teyid edecek bir faktördür. Fakat illete göre hüküm vermekten daha zor bir işlemdir. Çünkü açık ve istikrarlı alandan gizli ve istikrarsız alana bir geçiş söz konusudur. Dolayısıyla hukuk emniyeti/istikrar burada eksiktir. Bu durum fetva ve içtihat sorumluluğunu artırmaktadır. Fakat hukuk emniyeti/istikrar kadar önemli bir diğer hukuki fonksiyon adalettir. Hüküm, illete değil, hikmete göre verilmek istenildiği zaman adalet fonksiyonu ağır basmış olacaktır. Müçtehit veya müftü de buna göre hikmetle talilde özenli ve hassas davranmalıdır. Öğüt'ün ifadesiyle: "...müçtehid, meselenin hassasiyetine layık bir özenle davranmalı ve söz konusu dengenin halkın İslam hukukuna duyduğu güveni sarsacak ölçülere varacak şekilde bozulmamasına müsaade etmemesi gerekir. Bu güvenin sarsılması ortaya konan hükmün sosyal mer'iyetinin zayıflamasına, belki de tamamen ortadan kalkmasına sebep olacaktır."²⁵⁹

Öğüt'ün de bu konuda alıntı yaptığı hukukçu, Orhan Münir Çağıl'ın şu ifadeleri hukuki emniyetin yanında adaletin de önemli bir değer olduğunu hatta adalet olmaksızın hukuki emniyetin anlam ifade etmeyeceğini gösterir:

Hukukî emniyet, hukukta yegâne kıymet değildir, daha kıymetlerin yanında bir kıymettir. Müsbet hukukça sağlanmış olan hukuki emniyetin ziyade diğer kıymetini gayrı adil kanunlar bir hayli zayıflatır. Tahammül edilmez adaletsizlikleri ihtiva eden kanunlar bir hayli zayıflatır. Tahammül edilmez adaletsizlikleri ihtiva eden kanunlar muvacehesinde hukuki emniyet artık bir mana ifade etmez. Bu mülahazalar bizi "hukukun sosyolojik meriyyeti" görüşünden hukukun felsefî meriyyeti görüşüne götürür. Denilebilir ki sosyolojik meriyyet felsefei meriyyetle kuvvetlendirilmezse ve tamamlanmazsa kanunlar da zamanla hakiki meşruiyetlerini kaybederler.²⁶⁰

Hiyele karşı çıkan ve adalet ve maslahat düşüncesine vurgu yapan İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) hikmetle talil konusunda düşüncelerine yer verilen bir alimdir. Onun hukukta makâsıd-ı şeriaya daha uygun olduğu gerekçesiyle serbest delil sistemini benimsediği araştırmacılar tarafından ifade edilmiştir.²⁶¹ İbn Kayyim, yolların ve vesilelerin zatları itibarıyla murad olunamayacağını, asıl murad olunanın maksatlar olduğunu; Şâri'nin meşru kıldığı yollarda onların sebeplerine ve benzerlerine dikkat çektiğini söyler.²⁶²

²⁵⁹ Öğüt, *Hikmet*, 134.

²⁶⁰ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri* (İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası, 1961), 46; Öğüt, *Hikmet*, 135.

²⁶¹ Öğüt, *Dinî Hükümlerin Temellendirilmesinde Hikmet*, 87-88.

²⁶² Bu konunun detaylarını, Kanuni İspat Sistemi ve Caydırıcılık başlığında ele aldık. Cevziyye el-İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkîn 'an Rabbi'l- 'âlemîn*, thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991), 4/283-284.

Âmidî'ye Göre Hikmet ve Şer'î Maksatlar

Hikmetle ta'lîlin açık ve munzabıt vasıfla caiz olduğunu söyleyen Âmidî, hükmün şeri maksada dört farklı derecede ulaşabileceğini söyler. Buna göre şeri maksat hükmün konulmasıyla yakinen ya da zanni bir şekilde elde edilir veya varlığıyla yokluğunun eşit olması ya da yokluğunun varlığına ağır basması mümkündür. Yakinen şeri maksadın elde edildiği hükme, sahih bey akdiyle mülkiyetin ispatının elde edilmesi örneğini verir. Şeri maksadın hükümde elde edildiğinin zan ile bilindiği hükme ise kasten ve düşmanlık saikiyle yapılan bir katl hâlinde masum bir canın yok olmasını önlemek amacıyla kısasın teşri' edilmesi örneğini verir. Buna göre bu amacın elde edilmesi zannidir ve çoğunlukla gerçekleşmesi muhtemeldir. Çünkü akıllı bir insanın, birini öldürdüğü takdirde kendisinin de öldürüleceğini bilmesi durumunda genellikle bu eylemden sakınması beklenir. Bu nedenle öldürülen kişinin canı benzer caydırıcı hükümlerle birlikte korunmuş olur. Fakat bu durum kesin değildir. Çünkü kısas hükmü vazedildiği hâlde çok sayıda adam öldürme eylemi yaşanmaktadır.²⁶³

Şeri maksadın elde edildiği veya edilmediği durumların birbirine eşit olduğu duruma örnek bulmak zor olsa da içki içme cezasına dair hükmün buna yakın olduğunu belirtir. Akli muhafaza etmek maksadıyla koyulan bu hükmün maksada ulaştırma noktasında tereddüt oluşturur. Çünkü içki içmekten sakınanlar ile içki içmeye yönelenler arasında sayı bakımından bir denge bulunur ve bu iki grup arasında genellikle belirgin bir üstünlük ya da baskınlık yoktur. Dördüncü kısma örnek olarak yaşlılık nedeniyle hayızdan kesilmiş bir kadınla nikah yapmanın sıhhatine dair hükmün çocuk doğurma ve neslin devamı maksadına bağlı kılınmasıdır. Çünkü bu durum aklın mümkün olsa da âdeten uzak bir olasılıktır ve gerçekleşmesi son derece nadirdir. Bu nedenle bu hükmün belirtilen maksada ulaştırması zayıf (mercu) kabul edilmektedir.²⁶⁴

Amidi, üçüncü ve dördüncü kısımda maksadın açık olmamasından dolayı hükmün hedeflenen maksada ulaşma ihtimali zayıf görünse de bazı durumlarda başka maksatlara daha güçlü bir şekilde ulaşabileceğini ifade eder. Maksatların önem derecelerinin de birbirinden farklı olduğunu zaruri, hâci, tahsini maksatlar olarak sıralandığını aktarır.²⁶⁵

Âmidî, hükümlerin şeri olarak vazedilmesinin hikmet ve maslahat içerdiğini kabul etmeyenlerin öne sürebileceği sebeplere değinir ve bunlara cevap verir. Bunlardan biri şudur:

²⁶³ Âmidî, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, 3/272.

²⁶⁴ Âmidî, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, 3/272.

²⁶⁵ Âmidî, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, 3/274.

Eğer hükümlerin vazedilmesi, yalnızca hikmetlerin elde edilmesi için olsaydı, bu hikmetlerin kesinlikle gerçekleşmesi gerekirdi. Çünkü Allah Teâlâ, bu hikmetleri kesin bir şekilde gerçekleştirmeye muktedir. Dolayısıyla bir fiili bu hikmetleri gerçekleştirme maksadıyla yapmış olsaydı, bu hikmetlerin o fiille kesinlikle gerçekleşmesi gerekirdi. Fakat birçok hüküm, bilhassa caydırıcı cezalar, zannedilen hikmetleri kesinlikle sağlamamaktadır.²⁶⁶

Âmidî, buna şöyle cevap vermiştir: “Şer‘î hükmün maksadı olan hikmetin, kesin olarak değil sadece zahiren sağlanması imkânsız değildir.”²⁶⁷

Görüldüğü üzere caydırıcılık, fıkıh usulü metinlerinde bir hikmet olarak ön plana çıkmaktadır. Had ve kısas cezalarındaki caydırıcılık Şâri‘ tarafından munzabıt hâle getirilen bir hikmettir ve fakihler bu hikmete binaen -iştirak halinde öldürme suçunda olduğu gibi- hüküm vermişlerdir. Bununla birlikte ceza hukuku alanının taabbüdi bir niteliğe sahip olması bizi bu alanda kıyasın imkânını anlamaya sevk etmektedir.

2.2.2.2. Cezalarda Kıyas

İslam ceza hukukunun taabbüdî bir alan olarak kabul edilmesi, bu alanda kıyasla hüküm vermenin imkânını tartışmalı hâle getirmiştir. Hanefî mezhebi, bu alanda kıyası mümkün görmez. Onlara göre ceza hukukuna ilişkin birçok hüküm, yalnızca Allah’ın bildiği ve akıl yoluyla tamamen kavranması mümkün olmayan ilahî maksatlara dayanır. Bu nedenle nassın işareti, nassın delaleti ve nassın muktezası dışında bu nassların ta’lil edilebilme olasılığı yoktur. Ayrıca kıyasın zan içermesi ve bu alanda zanla hüküm vermenin yasaklanmış olması, ceza konularında aslın hükmünün değişikliğe uğramadan fer’e uygulanmasının zorluğu ve hüküm ile hükme konu olan vasıf arasında benzerliğin bulunmaması bu alanda ta’lili imkânsız kılan hususlardır.²⁶⁸ Örneğin, nassta yer alan hırsızlık suçundan çok daha ağır olduğu düşünülen İslam ve Müslümanlar aleyhine kafirlerle haberleşmeye el kesme cezası uygulanmaz. Bu durum bu konularda kıyas yapılamayacağını gösterir. Ayrıca zanla hüküm vermenin cezadaki şiddet unsurunu zalim idarecilerin kötüye kullanmasına sebebiyet verebileceğini düşünürler.²⁶⁹

Şafii mezhebi başta olmak üzere usulcülerin çoğu, ceza hukuku alanında da kıyası mümkün görmüştür. Bu görüşlerine farklı deliller ileri sürmüşlerdir. Buna göre, kıyasın meşruiyeti umumidir ve ta’lilin mümkün olduğu her hükümde kıyas yapmak mümkündür. En önemli delil

²⁶⁶ Âmidî, *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, 3/289.

²⁶⁷ Âmidî, *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, 3/293.

²⁶⁸ Mehmet Dirik, “Kıyasın İslâm Ceza Hukukunda Kullanım İmkânı”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 27 (2016), 125-130.

²⁶⁹ Fazlı Arslan, *İslam Ceza Hukukunda Suç ve Cezalarda Kıyas* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1998), 50.

kaynaklarından biri ise sahabe döneminde içki içme cezasının kazf haddine kıyas edilerek 80 celde olarak tespit edilmesidir. (Hanefî mezhebi bu hükmü icmâ olarak kabul eder.) Ayrıca haber-i vahidin hadler dahil her konuda bağlayıcı olduğunu, bu nedenle zan ifade etse de kıyasın bu alanda geçerli olacağını söylemişlerdir.²⁷⁰

Hanefî mezhebine göre nasslarda yer alan hüküm ta'lil edilerek yeni müstakil had ve kefarete cezaları tespit edilemez. Fakat onlar bu cezaların ispatında kıyas ve istihsanın kullanımını reddetmezler. Bu konudaki yaklaşımları esasen yeni ibadet ve ceza tespit etme yasağıdır. Bu da cezada kanunilik, hukuki istikrar ve emniyeti temin etme ve keyfiliklerin önüne geçme gibi amaçlara matuftur.²⁷¹ Bununla birlikte, nassla tayin edilmemiş ancak mahiyet itibarıyla had suçlarına benzeyen fiiller için had cezaları örnek teşkil edebilir. Bu durumda, had cezasının miktarına ulaşmamak kaydıyla benzer nitelikte ta'zîr cezalarının uygulanması mümkündür. Çünkü bu tür suçlar için Şâri' tarafından koyulan sınır, insanlar için teorik bir referans noktası teşkil edebilir. Fakat bu şekilde uygulanan cezanın, usul ilmindeki kıyas yöntemiyle doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır.²⁷²

Bu yaklaşım farklılığı mezheplerin görüşlerine belirgin şekilde yansımamış; ceza hukuku bağlamında kıyası kabul edenler ile etmeyenler çoğu zaman benzer sonuçlara ulaşmıştır. Hanefî mezhebi hükme kıyas yapmaksızın nassın dilsel anlam alanına dayalı yorum yöntemini benimsemiş; diğer mezhepler kıyas yöntemini tercih etmiştir. Had ve kefaretlerin miktarının ta'lille açıklanamayacağı görüşünde olan cumhur da imkânı bulunmadığı için kıyası kabul etmez ve bu açıdan Hanefî mezhebiyle aynı yerde durur. Hanefî mezhebinin kıyası reddetme yaklaşımı, yalnızca yeni ceza türlerinin ihdâsına ilişkindir. Ceza hukuku alanındaki hükümleri açıklama, cezaların kaldırılması veya infazıyla alakalı birçok meselede kıyas yöntemine başvurulabileceği kabul edilmektedir.²⁷³ İleride “Caydırıcılığı Etkileyen Faktörler” başlığının “Suçun Yaygınlık Arz Etmesi” alt başlığında ele alındığı üzere, Hanefî mezhebi, kıyasa dayanarak yeni bir ceza öngörmeyi reddettiği pek çok durumda, aynı sonuca caydırıcılık temelli gerekçelerle ulaşmaktadır. Örneğin; nekrofil, sübyancılık ve benzeri suçları, had tanımına girmedikleri için ta'zîr kapsamına alan Hanefî fakihleri, bu suçların toplumda yaygın olmaması ve sağlıklı bir insan doğasının bu tür fiillere yönelmemesi sebebiyle, had gibi caydırıcı bir ceza verilmesini gerekli görmemiştir.

²⁷⁰ Dirik, “Kıyasın İslâm Ceza Hukukunda”, 125-130.

²⁷¹ Dirik, “Kıyasın İslâm Ceza Hukukunda”, 131-133.

²⁷² Arslan, *Suç ve Cezalarda Kıyas*, 50-51.

²⁷³ Dirik, “Kıyasın İslâm Ceza Hukukunda”, 143-145.

2.2.2.3 Değerlendirme

İslam hukuk usulünde hikmetle ta'lil tartışmalı bir meseledir. Bu tartışmalarda çok sayıda İslam ceza hukukundan örnek yer almıştır. Bu örneklerde caydırıcılığın hikmet olarak ele alındığını görmekteyiz. Fakat bu hikmet Şelebi'nin de ifadesiyle aslen munzabıt olmayan ve Şâri' tarafından munzabıt hâle getirilen bir hikmettir. Bu demektir ki had ve kısas cezalarındaki caydırıcılık hikmeti miktar ve uygulama yönünden bizzat Şâri' tarafından sınırlandırmıştır.

Caydırıcılık bir hikmet olarak zarûrât-ı hamse denilen din, can, mal, nesil ve aklın muhafazası amaçlarına yöneliktir. Fakat bu amaçları ne ölçüde gerçekleştirdiği değişkendir. Âmidî bir hükmün yöneldiği şeri maksadın derecelerinin farklı olduğundan bahseder. Bu konuda ele aldığı örnekleri ceza hukukundan seçer. Buna göre farklı ceza türleri cezanın caydırıcılık amacını farklı ölçülerde gerçekleştirmektedir. Örneğin kısas cezası, insan aklının işleyiş tarzı göz önünde bulundurulduğunda zann-ı gâliple caydırıcılığın sağlanması beklenir. Fakat içki içme cezası için bir tarafın ağır bastığını söylemek zordur. Yani bu cezanın suça engel olup olmadığı meselesi farklı zaman ve şartlara göre değişiklik gösterir. Âmidî, özellikle caydırıcı cezaların iddia edilen hikmet ve maslahatını neredeyse hiçbir zaman tam olarak gerçekleştirmemesinden hareketle, her şeyi gerçekleştirmeye muktedir olan Allah'ın hükümlerde hikmeti gerçekleştirmeyi amaçladığını reddedenlere cevap verir. Ona göre, hikmetin yalnızca zahiren gerçekleşip kati olarak gerçekleşmemesi imkân dahilindedir. Dolayısıyla caydırıcılık fiilen gerçekleşmek zorunda değildir. Allah böyle bir şeyi murad etmemiştir, zahiren caydırıcılık hikmetinin varlığı yeterlidir.

Kanaatimize göre cezanın amacının caydırıcılık olduğunu ifade ettikten sonra bu amacı bugün gerçekleştirmede veya daha iyi gerçekleştirdiği varsayılan bir ceza yöntemi hikmetle talil ve makâsıd düşüncesine binaen verilemez. Hikmetle ta'lil yalnızca sınırlı hallerde geçerlidir. Örneğin, Gazzâlî'nin de vurguladığı gibi iştirak halinde adam öldürmede bir kişiye karşılık birden fazla insanın kısas edilmesi caydırıcılık hikmetiyle ta'lil edilmiştir. Benzer şekilde Şafii mezhebinde uzuvlara karşı işlenen iştirak halindeki cinayette caydırıcılık gerekçesiyle kısasa hükmedilmiştir.

Hikmetle ta'lil meselesinde düşüncelerine en çok vurgu yapılan İslam hukukçularının başında İbn Kayyim gelmektedir. İbn Kayyim vasıflara sıkı sıkıya tutunup hikmet ve maslahatı göz ardı etmenin tehlikesini vurgulamış ve mezheplerin hilelere başvurmak zorunda kaldığını ve bunun makâsıd-ı şeriaya aykırı olduğunu söylemiştir.

Hikmetle ta'lil meselesi, İslam ceza hukukunda da son derece önem arz eder. İbn Kayyim, hikmet ve adalet yaklaşımını ceza hukuku ve ceza muhakemesi alanlarına da teşmil etmiştir. O, cumhurun kabul ettiği bazı şüpheleri hile olarak adlandırmış ve cezaların basit gerekçelerle düşmesine, caydırıcılığa aykırı olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Tezimizde, İbn Kayyim'in öncülüğünü yaptığı serbest delil sistemi ile buna karşılık, cumhurun hukuki istikrarı temin etmeye yönelik benimsediği kanuni delil sistemi ayrı bir bölümde ele alınmış ve her iki görüş, caydırıcılık açısından değerlendirilmiştir.

2.2.3. Caydırıcılığın Unsurları

Had cezaları kesinlik, hızlılık ve şiddet olarak belirlenen caydırıcılığın bütün unsurlarını içerir. Fakat bu caydırıcılığın her suç türünde aynı derecede etkili olduğunu göstermez. Sınırlı rasyonellik teorisine göre caydırıcılık, farklı suç ve mizaç türlerinde değişken bir etkiye sahiptir. Bu bakış açısına göre örneğin, zina cezasındaki caydırıcılık veya adam öldürmedeki caydırıcılık ihtirasla işlenen ve rasyonel bir süzgeçten nispeten daha az geçen suçlar olduğu için hırsızlık suçunun cezası kadar caydırıcılık içermeyebilir. Ancak İslam ceza hukukunda yalnızca dünyevî değil, uhrevî ve ahlaki sorumluluk bilinciyle güçlendirilen çok boyutlu bir caydırıcılık anlayışı bulunmaktadır. Bu yönüyle İslam ceza hukukunun caydırıcılık yaklaşımı, klasik anlamda faydacı ve akılcı modellerle izah edilemeyecek kadar özgündür.

İslam ceza hukukunda bedeni cezalara ağırlık verilmesi, kişinin kısa sürede kendi hayatına devam edebilmesi için etkili bir yol olarak görülmüştür. Bununla birlikte had cezalarında cezanın hızlılık unsurunun bazı istisnaları vardır. Örneğin çok sıcak veya soğukta hastalık hâlinde had cezası uygulanmaz. Yine aynı şekilde zina suçu işleyen kadın, eğer hamile kalmışsa çocuğunu doğurup onu emzirmesine, çocuk ek gıdalarla beslenecek hâle gelene kadar izin verilmiştir.²⁷⁴ Bu hükümler, cezalarda adalet ve hakkaniyete uygun davranmanın o suçu caydırmaktan çok daha önemli olduğunu ve caydırıcılığı gerçekleştirmek adına bunda feragat edilemeyeceğini gösterir.

Modern dönemde yapılan araştırmalar caydırıcılık bakımından cezaların kesinliğinin, cezaların sertliği/katılığından çok daha etkili olduğu görülmektedir.²⁷⁵ Had ve kısas cezaları incelendiği zaman kesinlik şartının en az cezaların ağırlığı kadar ön plana çıktığı görülür. Bu yüzden had

²⁷⁴ Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 9/100-101; Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdu'l-muhsin et-Türki, Abdulfettah Muhammed el-Hulûv (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1417), 12/442.

²⁷⁵ Dolu, *Suç Teorileri*, 94; Kızmaz, *Suç Önleme*, 282.

ve kısas cezalarında şahitlik müessesesi son derece önem arz eder. Hadlerin şüpheyile düşürülmesi suçun ispatıyla ilgili bir problemdir, cezanın kesinliğine hanel getirdiği söylenemez. Bilakis tespit şartlarının gerçekleşmesi durumunda cezanın gerçekleşeceği kesindir ve zihinlerde bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmaz.

Modern ceza hukukunda olası cezanın kesinliğinde ve kaçınılmazlığında önemli rolü olan ceza bilgisinin çok daha düşük oranlarda kaldığı görülmektedir. İslam ceza hukukunda ise suçlar ve cezaları daha net kategorize edilmiştir. Had ve kısas cezaları öylesine net hatlarla çizilmiştir ki İslam devletinde yaşayan ve işlediği suçun cezasını bilmediğini iddia eden akıl balığı bir insanın yaşadığı pek tasavvur edilemez. Bu kesinliğin caydırıcılık açısından son derece etkili olduğunu söylemek mümkündür. Bu cezaların ne takdirde düştüğü meselesinin ise insanların zihinlerini çok fazla meşgul edeceği söylenmez.

İslam hukukunda failin eylemlerinin şeri açıdan suç sayıldığını bilmesi şarttır. Fail ancak bu bilgi doğrultusunda had cezası gibi sınırları çizilmiş bir cezaya tabi tutulabilmektedir. Eğer failin bilgisiyle kastedilen, onun fiilen ve gerçekten bu bilgiye sahip olmasıysa, bu durumda suç işleyen bir kişiye ceza uygulanmadan önce, o kişinin işlediği fiilin şer'î yasak kapsamına girdiğini önceden bildiğini kanıtlamak gerekecektir. Fakat failin bu bilgiye sahip olduğunu ispat etmek, pratikte oldukça zor bir durumdur. Bu, suçluların işledikleri suçlar nedeniyle hak ettikleri cezadan kurtulmalarına veya cezaların, Şâri'nin caydırıcılık hedefiyle bağdaşmayacak ölçüde hafifletilmesine yol açabilir.²⁷⁶

İslam hukukçuları geçmişten günümüze İslamî cezaların ağır oluşuna dair yapılan batı kaynaklı eleştirilere veya bu cezaların tarihsel bir bağlamda değerlendirilmesi gerektiğini söyleyen akademik söylemlere karşı cevap üretmeye çalışır. Verilen teorik cevapların yanı sıra bu cezaların uygulandığı ülkelerde suç oranlarının diğer ülkelere nazaran bariz bir şekilde daha düşük oluşu da ön plana çıkarılır. Bu durum, genel olarak İslam'da cezaların etkili bir caydırıcılık sağladığı gerçeğiyle açıklanmıştır.²⁷⁷

Selim Avvâ, İslam hukukçularının had cezalarının caydırıcılığına dair verdiği en yaygın örneğin Suudi Arabistan'daki suç oranlarının İslam ceza hukukunun uygulanmasıyla beraber düşmesi olduğunu belirtir. Ayrıca bu bağlamda ilginç bir başka örneği aktarır. Kur'an'da hırsızlık için

²⁷⁶ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 349.

²⁷⁷ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 1/711-712; Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 79; Vehbe Zuhayli, *Tefsîrû'l-Münir fi'l-Akîde ve 'ş-Şeria ve'l-Menhec* (Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1411), 6/184-185; Sam S. Souryal, "The Role of Shariah Law in Deterring Criminality in Saudi-Arabia", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 12/1-2 (01 Ocak 1988), 22-23.

belirlenen cezaya benzer bir ceza İrlanda'nın Ardoyne şehrinde her türlü hırsızlığı tamamen durdurmuştur. Bu ceza, İrlanda Cumhuriyet Ordusu (I.R.A) tarafından uygulanmış ve *The Times Gazetesi*'nde "sert adalet" şeklinde haber yapılmıştır.²⁷⁸

Avvâ, Amerikalı bir filozof olan C. J. Ducasse'den şu alıntıyı aktarır:

Sıcak bir sobaya dokunup bir kez acı verici biçimde yanmak, kişinin otomatik olarak bir daha sobaya dokunmaktan kaçınmasına neden olur. Öyleyse yankesiciler de ellerini uzattıkları çanta tarafından benzer şekilde acı verici biçimde yakılsalar ya da kesilseler, aynı şekilde yankesiciliği bırakırlardı.²⁷⁹

Hapis cezası ile idam cezasını karşılaştırdığı konuşmasına ilk bölümde yer verdiğimiz John Stuart Mill, ölüm cezasının insanlar için korkutucu ve belirsiz oluşunun, bu cezanın etkisini artırdığını savunur. Ona göre, uzun süreli hapis cezaları fiilen daha ağır olsa da birey üzerinde daha az caydırıcıdır. Sonuç olarak, idam cezasının hem daha insani hem de daha caydırıcı olduğunu ileri sürer.²⁸⁰

İslam ceza hukuku bedeni cezaların ön planda olduğu ve kısas cezasının merkezi bir yere sahip olduğu bir ceza sistemidir. Hapis cezası asli bir ceza olarak görülmez ve caydırıcı etkiden yoksun olduğuna yönelik birçok eleştiriye tabi tutulur. Kanaatimize kısas cezası, algılanan gerçekliği dolayısıyla -ki cezanın caydırıcılığında bu çok önemli bir faktördür- çok daha yüksek bir caydırıcılık potansiyeline sahiptir. Son derece ağır, ani bir şekilde infaz edilen ve ölüm sonrası belirsizliği de içeren bir ceza ile karşı karşıya kalan birey, doğal olarak yoğun bir korku duyar. Hapis cezası gerçekte daha ağır olsa bile, uzun süreli oluşu nedeniyle birey bu ağırlığı aynı düzeyde hissedemez.

ABD'de idam cezasının caydırıcılığına ilişkin yapılan araştırmalar, istatistiksel açıdan kesin ve güvenilir sonuçlar ortaya koymaktan uzaktır. Araştırma bulgularının metodolojik tutarlılığı bir yana, idam cezalarının nadiren, keyfi kararlar alınarak uygulanması ve cezanın sınırlarının yeterince açık ve öngörülebilir olmaması, cezanın hukuki belirlilik ve kesinlik ilkesi ile bağdaşmamasına yol açmaktadır. Bu durum, potansiyel faillere yönelik caydırıcılık etkisinin zayıflamasına hatta bütünüyle ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle daha sonra tezimizde değineceğimiz üzere had ve kısas cezalarında kanuni delil sistemi takip edilmiştir.

²⁷⁸ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 85.

²⁷⁹ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 85.

²⁸⁰ Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches Part I*, 306.

Her ne kadar ta‘zîr cezaları genellikle caydırıcılıkla ilişkilendirilse de, modern ceza hukukunda caydırıcılığın en temel unsurlarından biri olarak kabul edilen kesinlik ilkesi, ta‘zîr cezalarında sınırlı düzeyde (daha çok yapılan kanunlar yoluyla) gerçekleşmektedir. Bu nedenle, ta‘zîr cezalarının toplum üzerindeki genel caydırıcılık etkisinin yüksek olduğu ileri sürülemez. İslam ceza hukukunda caydırıcılık en üst düzeyde had ve kısas cezalarıyla sağlanmıştır. Çünkü had ve kısas cezaları kesinlik ilkesine en çok uygun düşen cezalardır. Bu çerçevede İslam ceza hukukunda cezalara hâkim olan asıl ilkenin caydırıcılık olduğunu ifade edebiliriz.

2.2.4. Caydırıcılığın İşlevleri

2.2.4.1. Genel Caydırıcılık

Genel caydırıcılık, suç işleyenlerin cezalandırılacağını ilan etmek suretiyle diğer insanları suçtan caydırmaktır.²⁸¹ Genel caydırıcılık düşüncesine eşlik eden önemli kavramlar ibret, aleniyet ve teşhirdir. Teşhir her ne kadar aleniyetle aynı bağlamda kullanılsa da esasen genel caydırıcılığı içermek bakımından ön plana çıkan bir ta‘zîr cezası türüdür. Biz de bu cezayı ta‘zîr cezası türlerinde ayrıntılı olarak ele alacağız.

Zina cezasının hükmünü içeren ayette yer alan “*Mü’minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun*” (Nûr, 24/2). ifadesindeki şahitlik emri, bütün had cezaları için geçerli kabul edilmiştir. Bunun nedeni bütün had cezalarının aynı amaç olan caydırıcılığa yönelik olmasıdır. Bu amaç, cezanın halkın huzurunda infaz edilmesiyle gerçekleşir. Cezaya şahit olanlar gördükleriyle, orada bulunmayan insanlar şahitlerin anlatımıyla caydırılır ve bu sayede toplumsal caydırıcılığın sağlanması mümkün olur.²⁸² Şevkânî (ö. 1250/1834), bu emrin, cezanın caydırıcılık etkisinin artması, suçluların utancının yayılması ve ayıplarının teşhir edilmesi amaçlarını taşıdığını ifade etmiştir.²⁸³

Bu hükmün suçu işleyenler üzerinde daha fazla caydırıcılık sağladığı gibi cezayı infaz edenler üzerinde oluşabilecek şüpheleri ortadan kaldırdığı ve onların adil bir şekilde bu cezayı uyguladığını gözler önüne serme hikmeti taşıdığı ifade edilmiştir.²⁸⁴ Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır (ö. 1942), zina suçunun cezasına dair hükmün yer aldığı ayette geçen “taife”yi ele

²⁸¹ Mustafa Abdulmegid Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law* (Ann Arbor, United States: The Claremont Graduate University, Doktora Tezi, 1977), 213.

²⁸² Ebi Bekr Alâuddîn b. Mes‘ud el-Kâsânî, *Beda’iu’s-sanâi’ fî tertibi’s- şerâi’* (Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-ilmiyye, 1986), 7/60-61.

²⁸³ Şevkânî, *Fethu’l-kadîr*, 1414, 4/7.

²⁸⁴ Fahreddîn er-Râzî, *Tefsîrû’l-kebîr/Mefâtîhu’l-ğayb* (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Arabî, 1420), 23/317.

almış, ardından teşhir hükmüyle ilgili şunları söylemiştir: “Ma’mafih idraki olanların vicdanında en cüz’î bir teşhirin bile bir azâb-ı rûhânî husûle getireceğinde şüphe yoktur. Bu cihetle bu işhad sırf cismani olan celd cezasının rûhî bir mütemmimi olmuş olur. Bu cümlede “عَذَابُهُمَا” buyurulması da buna işarettir.”²⁸⁵ Âlûsî “taife” ile kastedilenin teşhir ve caydırıcılığı temin edecek olan bir topluluk olduğunu ifade eder. Ona göre bu amaç, suçlunun durumuna göre değişiklik gösterir. Ona göre bir kişinin teşhiri ve caydırılması üç kişiyle yerine getirilebilirken, başka birinin caydırılması on kişiyle dahi sağlanamaz.²⁸⁶ Cessâs da bir taifenin bulunması gerekliliğine dair hükmün, insanları sakındırmak anlamına geldiğini ve had cezalarının caydırmak maksadıyla vazedildiğini ifade etmiştir.²⁸⁷

Bazı İslam hukukçuları, klasik kaynaklarda cezaların infazıyla ilgili benimsenen aleniyet prensibinin kendi sosyo-kültürel şartları içinde doğru olduğunu fakat ağır cezaların infazında izleyici olarak bulunan kişilerin psikolojilerinin bozulabileceğini ifade eder. Bu nedenle fukahânın aleniyet prensibiyle ilgili ortaya koyduğu ilkelerin günümüz şartları gözetilerek tekrar değerlendirilmesi gerektiğini iddia eder.²⁸⁸

Aleniyet ilkesine karşı öne sürülen görüşe göre, had cezasının alenî infazını emreden ayette, infazın kamuoyunun gözü önünde gerçekleşmesi değil, cezanın eksiksiz olarak uygulandığına dair bilginin toplumda yerleşmesi kastedilmektedir. Bu çerçevede günümüz şartlarında bu ilkenin, cezanın basın ve yayın organları aracılığıyla ilan edilmesiyle yerine getirilebileceği vurgulanır.²⁸⁹ Ceza infazını izlemenin bazı bireylerde psikolojik problemlere yol açabileceği iddiası, günümüzde yeni bir gerekçeymiş gibi öne sürülmektedir. Halbuki böyle bir ihtimal, her zaman mevcut olup modern döneme özgü bir durum değildir. Bununla birlikte, alenî infaz, bireysel bir vecibe değildir ve yalnızca müminlerden bir gruba yöneltilmiştir. Bu infazdan psikolojik olarak etkilenme ihtimali bulunan insanların şahit olma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla bu tür bireysel hassasiyetlere dayanarak aleniyet prensibinin günümüz sosyo kültürel şartlarında gözden geçirilmesi gerektiğini söylemek isabetli bir yaklaşım değildir. Ayrıca bu yorum ayetin lafzıyla bağdaşmamaktadır. Zira Allah Teala birçok suçun tespitinde sınırlı sayıda şahidi yeterli saymıştır. Zina suçunun tespitinde dört şahit, hırsızlıkta iki şahit ile

²⁸⁵ Muhammed Hamdi Yazır Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili* (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2021), 4/212-213.

²⁸⁶ Şehâbeddin Mahmûd el-Âlûsî, *Rûhu'l-Meânî*, thk. Ali Abdu'l-bârî Atıyye (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415), 9/282.

²⁸⁷ Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Abdu's-selâm Muhammed Ali Şahin (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415), 3/344.

²⁸⁸ Nuri Kahveci, “Hukuk Açısından Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu” 2 (2003), 26.

²⁸⁹ Kahveci, “Hukuk Açısından Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu”, 26.

yetinilmiştir. Fakat had cezasının infazı söz konusu olduğunda müminlerden bir grubun şahitlik etmesi buyrulmaktadır. Dolayısıyla ayette, infazın kamusal bir nitelik taşıması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Görsel tanıklığın, suça meyyal olan bireyler üzerinde daha etkileyici olacağı inkâr edilemez. Bu nedenle suça denk ve adil bir ceza ne denli ağır olursa olsun infaz edildiği sırada izlemek isteyen insanlar her zaman var olmuştur.

Modern dönemde infazın aleniliği meselesini ele alan birçok araştırmacı alenilikte amacın toplumun suçun cezasız kalmadığından haberdar edilmesi olduğunu, cezanın herkese açık meydanlarda seyirlik bir malzemeye dönüştürülmesi anlamına gelmediğini dile getirir. Cezanın caydırıcılığı için infazda görevli yetkililerin, şahitlerin ve davanın taraflarının yer almasının yeterli olduğundan bahsedilir.²⁹⁰

Aleni infazın İslam hukukundaki tarihi gelişimini ele alan Betül Acar, aleni infazın Emeviler'den itibaren devlet teşkilatının güçlenmesiyle birlikte cezalarda ibret özelliğinin ön plana çıkarıldığını ve infazda aleniliğin yüksek seviyede olduğu ve suçluyu fiziki acı vermekten ziyade onu rencide etme amacının ağır bastığını söyler.²⁹¹ Aleni infazın, kamu vicdanını teskin etme ve caydırıcılığı artırma gibi olumlu işlevleri bulunduğunu belirtir. Bununla birlikte, suç ile ceza arasındaki orantının gözetilmediği ve fail ile yakınlarının onurunun zedelendiği bazı aleni infaz örneklerinin varlığına dikkat çeker. Ona göre, bu tür durumlarda kamuoyu nezdinde telafisi imkânsız mağduriyetler ve önemli itibar kayıpları yaşanmakta; ayrıca, uygulanan manevi cezanın maddi cezadan çok daha ağır bir etki doğurması ihtimali söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, aleni infazın bu tür olumsuz sonuçlarının da dikkate alınması gerektiğini savunur.²⁹²

Sam S. Souryal (ö. 2024), Suudi Arabistan'daki idam cezalarını ele aldığı çalışmasında, infazların Batılı okuyucuların zannettiğinden çok daha nadiren gerçekleştiğini söyler. Souryal'a göre bu tür olaylar genellikle ağırbaşlı ve arındırıcı bir deneyim olarak algılanır. Onun ifadesiyle:

İngiliz tarih kitaplarında tasvir edilen karnaval benzeri sahnelerin aksine, din, hükümet ve toplum güçlerinin İslam adaletinin, sosyal caydırıcılığın ve toplumsal rahatlatanın canlı bir deneyiminde doruğa ulaştığı bir teselli anı olarak görülür. Bu sahne ve bu tür bir uygulamanın

²⁹⁰ Mustafa Özgür, *İslam Ceza Hukukunda İnfaz* (Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 200-201.

²⁹¹ Betül Acar, *Fikih Teori Ve Uygulamasında Yargılama Ve İnfazın Aleniliği (erken Dönem Ve Osmanlı Örneği)* (İstanbul: İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020), 221-222.

²⁹² Acar, *Fikih Teori Ve Uygulamasında Yargılama Ve İnfazın Aleniliği (erken Dönem Ve Osmanlı Örneği)*, 222.

hafızadaki yeri, inananların vicdanında uyumun açık değerini ve suç dolu bir yaşamın korkunç bedelini pekiştirmeye hizmet eder.²⁹³

Souryal'ın ifade ettiği gibi İngiltere'de 18. yüzyılda infazlar insanların rağbet gösterdiği bir aktivite görünümündeydi ve karnaval havasında gerçekleşmekteydi.²⁹⁴ Fakat İslam ceza hukukunda infazın aleniliğinin bu şekilde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla İslam ceza hukukunda infazın aleniliğinin zaman zaman olumsuz tecrübelerle sahne olmasından hareketle fonksiyonunu yitirdiğini söylemek veya yalnızca birkaç şahitle sınırlandırmayı mümkün görmek kanaatimizce doğru değildir.

İslam ceza hukukunda infazın insani yönünü pekiştiren, celde cezasında vuruşların nasıl olacağı, infaz görevlisinin vazifeleri, infazın aleniliği vb. hususlara ilişkin bütün kurallar, Beccaria'nın işkence ve caydırıcılık ilişkisi hakkındaki görüşlerinin de desteklediği üzere caydırıcılığa hizmet etmektedir. Zira cezanın suçla orantılı olduğuna inanan halk, cezanın meşruiyetine ikna olur ve bu da caydırıcılığı artırır.

Suudi Arabistanlı fikir adamı Ahmed Muhammed Cemal (1924-1993)²⁹⁵ günümüzde ruh sağlığı uzmanlarının suçlunun kamu önünde cezalandırılmadıkça eski suçlarını tekrar ettiğini ortaya koyduğunu söyler. Ona göre suçlunun alenen cezalandırılmasının hedefi, bazı İslam eleştirmenlerinin iddia ettiği gibi ayıplamak ya da teşhir etmek niteliğinde değil, toplum ve aynı zamanda suçlunun kendisi için caydırıcı olmasıdır.²⁹⁶

İslam Hukukçusu Rudolph F. Peters (1943-2022), had müessesesinin temel amacının insanlığa zarar veren eylemlerden caydırmak olduğunu, bu amaç doğrultusunda, had cezalarının diğer insanların aynı suçu işlemesine engel olmak için kamuya açık olarak uygulanması gerektiğini ifade eder. Ona göre günahattan arınma veya kefarete yalnızca ikincil öneme sahiptir ve had cezalarının uygulandığı bütün durumları kapsamaz. Zira bu cezalar, günahlarından arınamayan gayrimüslimler için de geçerlidir.²⁹⁷

²⁹³ Souryal, "The Role of Shariah Law in Deterring Criminality in Saudi-Arabia", 20.

²⁹⁴ Lewis Lyons, *Cezalandırmanın Tarihi*, çev. Silya Zengilli (İstanbul: Paris Yayınları, 2018), 128.

²⁹⁵ Tefsir ve fıkıh alanında çalışmaları bulunmaktadır. Bk. Sevinç Bildik, "Ahmed Muhammed Cemâl", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020).

²⁹⁶ *The Effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia: Proceedings of the Symposium Held in Riyadh, 16-21 Shawal, 1396 A.H. (9-13 October, 1976)* (Rome: Ministry of Interior, Kingdom of Saudi Arabia, Crime Prevention Research Centre & UNSDRI, 1980), 83.

²⁹⁷ Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 53-54.

2.2.4.2. Özel Caydırıcılık

İslam ceza hukukunda özel caydırıcılık, failin tehlikeli yönelimlerini ortadan kaldırarak onu ıslah etmeyi ve yeniden topluma kazandırmayı amaçlayan bir yaklaşımdır. Bu anlayış, suçlunun içsel dönüşümünü esas alır ve cezayı bir tür ahlaki ve psikolojik tedavi aracı olarak görür. Burada suçlunun tekrar suç işlemekten veya suçta ısrar etmekten caydırılması, dolayısıyla işlenen suçtan ve topluma verilen zarardan dolayı bir acı duygusu hissetmesi amaçlanmaktadır.²⁹⁸

İslam ceza hukukundaki özel caydırıcılık düşüncesi ıslah, te'dip gibi kavramlarla birlikte şekillenmiştir. Te'dip daha çok ta'zîr cezaları bağlamında ele alınan hatta zaman zaman ta'zîr cezalarının yerine kullanılan bir kavram olmuştur. İslah da yine ta'zîr cezalarında sıklıkla kullanılan ancak bütün ceza türlerinde cezanın amacı olarak yer verilen bir kavramdır. Daha önce ele aldığımız gibi özel caydırıcılık teorisi, esasen kişinin iç dünyasında olan değişikliklerle, onun bir daha suç işlememe noktasında vicdani bir kanaat geliştirmesiyle ilgilenmez. Ancak İslam ceza hukuku gerek ceza yoluyla gerek ceza öncesi iman ve ahlak esasına dayanan bir toplum inşa etmesiyle çok boyutlu bir özel caydırıcılık teorisi ortaya koymaktadır.

İslam hukukçuları çoğunlukla özel caydırıcılığın ta'zîr cezalarının birincil gerekçesi olduğunu ifade etmiştir. Bu düşünceye göre ta'zîr cezalarında ne Allah hakkı ne de temel ahlak söz konusu olduğu için cezanın temel gerekçesi bu nedenle özel caydırıcılıktır.²⁹⁹

Genel caydırıcılık özelliği taşıyan cezaların özel caydırıcılık etkilerinin de olacağı genel bir kanaattir. Bunun istisnası ise sonu ölümle sonuçlanan kısas cezasıdır. Bu cezada suçlunun cezadan ders alması hayatını kaybettiği için artık mümkün değildir. Bu nedenle bu ceza yalnızca genel caydırıcılık ifade edebilir.³⁰⁰

Ceza için bir hedef olarak özel caydırıcılık, suçluyu iyileştirmeyi ve ahlaki sistemin bileşimini etkilemeyi amaçlar. Suçluyu yeni ve pozitif bir karaktere dönüştürmek, ona toplumun üretken bir üyesi olma becerisi kazandırmak ve kendisi, ailesi ve toplum önünde bir sorumluluk duygusu yaratmak da bu hedefe dahildir.³⁰¹

²⁹⁸ Al-Lozi, "Special Deterrence in the 'Ta'zir' Crimes (misdemeanors and Infractions), and Its Impact on the Offender Rehabilitation Between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain", 30.

²⁹⁹ Kara, *The Philosophy of Punishment* 219.

³⁰⁰ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 82.

³⁰¹ Al-Lozi, "Special Deterrence in the 'Ta'zir' Crimes (misdemeanors and Infractions), and Its Impact on the Offender Rehabilitation Between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain", 32.

Ceza hukuku literatüründe, özel caydırıcılık düşüncesinin çoğunlukla ıslah ve topluma yeniden kazandırma ile aynı bağlamda ele alındığı hatta aynı teori olarak değerlendirildiği görülmektedir. Selim Avvâ, özel caydırıcılığı reform/ıslah düşüncesinden ayırmanın zorluğuyla alakalı şunları söyler:

Özel caydırıcılık esasen bir suçlu ceza aldığı devreye girer ve suçlunun tekrar suç işleme konusunda isteksiz olması düşüncesini içerir. Dolayısıyla onu, aynı amaca ulaşması beklenen ıslahtan ayırmak zordur. Bazı teorilerde, suçlunun suçu ahlaki gerekçelerle reddetmesini sağlayan ahlaki iyileştirme veya ıslah ile onu korkutan önleme arasında ayırım yapılmaktadır. Fakat çoğu araştırmacı, bu korkutma sürecini caydırıcılık başlığı altında değerlendirmektedir.³⁰²

Caydırıcılık teorisi ceza tehdidi üzerine kurgulansa da bireyin hangi gerekçeye binaen suçu tekrar etmekten vazgeçtiğini tespit etmek zordur. Klasik teoriye karşı çıkan pozitivist teori ve daha sonra ortaya çıkan ve günümüzde kısmen de olsa etkisi devam eden hümanist teori korku odaklı bir ceza anlayışını reddeder, bireyin ıslah ve rehabilitasyonunu savunur. İslam ceza hukuku alanında yapılan çalışmalarda özel caydırıcılık teorisi ıslah ve rehabilitasyon düşünceleriyle birlikte harmanlanmıştır. Bunun sebebi İslam ceza hukukunda suçlunun ıslah edilerek caydırılmasının asıl gaye oluşudur. Ancak bunun mümkün olmadığı takdirde uygulanan ceza ile korkutma ve sindirme yoluyla tekrar suç işlememesi amaçlanır.³⁰³

Önleyici ve Tedavi Edici Caydırıcılık

İslam hukukçusu Mansûr el-Hafnâvî, caydırıcılığı önleyici (er-red‘ul-vikâî) ve tedavi edici olarak (er-red‘ul -ilâcî) ikiye ayırır. Hafnâvî’ye göre, nefs-i emmârenin etkisinden yalnızca az sayıda seçkin insan korunmuştur; diğer insanlar ise şehvet ve arzulara karşı mücadele edebilmek için Allah Teâlâ’nın lütfettiği çeşitli vasıtalarla muhtaçtır. Bu vasıtaların bir parçası da Allah Teâlâ’nın kendi eliyle koyduğu cezalarla sağlanan caydırıcılık ve tehdit mekanizmasıdır. Bu cezalar, kişide utanç duyma ve toplum karşısında küçük düşme endişesini artırarak, aynı zamanda acı ve sertlikleriyle caydırıcılık etkisini fiilen hissettirir. Suça meyletmeye sebep olan dürtü ne kadar fazlaysa ceza o denli ağır olur. Suçla orantılı bir şekilde cezanın arttığı bu sistemde cezalar ağır hâle geldikçe caydırıcılık da o nispette etkili hâle gelir.³⁰⁴

³⁰² El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 81-82.

³⁰³ Suat Erdem, *İslam Hukukunda Cezalarda Gözetilen Amaçlar* (Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1997), 46.

³⁰⁴ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 210.

Hafnâvî, İslam hukukundaki cezaların hakların korunması için yeterli caydırıcılığı sağladığını söyler ve bu cezaların hiçbir durumda keyfi olarak değiştirilemeyeceğini veya başka bir ceza ile tebdil edilemeyeceğini ve İslam hukukunun bu iki özelliğiyle diğer ceza kanunlarından ayrıldığını ifade eder.³⁰⁵ İslam hukukunun önleyici caydırıcılık amacını bu şekilde açıklayan müellif, tedavi edici caydırıcılık konu başlığında cezaların ıslah edici özelliğine vurgu yapar. Fakat ıslahın suçlunun ahlaki durumuna göre değişebileceğini ifade eder ve bu duruma Kur'an-ı Kerim'den şu ayeti delil gösterir: “*Bundan sonra kalpleriniz yine katılaştı; artık kalpleriniz taş gibi, hatta daha da katıdır. Taşın öylesi var ki ondan ırmaklar kaynar; öylesi de var ki çatlayıp bağrından su fışkırır; bazı taşlar da var ki Allah korkusuyla yuvarlanıp düşer. Allah, yapmakta olduklarınızdan habersiz değildir*” (Bakara, 2/74). Hafnâvî'ye göre insan tabiatı da böyledir. Eğer önleyici caydırıcılık, bu tabiatta etkili olmazsa, onu iyileştirmek için tedavi edici caydırıcılık kaçınılmaz hâle gelir. Bu caydırıcılık, şer'î yasaların koruduğu kutsalları çiğneyen bedbaht kişiye yöneliktir. Bu bedbaht kişinin cezalandırılması, onu caydırır ve suçunu tekrar işlemesini engeller. Çünkü verilen ceza, suçlunun bozulmuş doğasını düzeltmeye yetecek niteliktedir; bedeninde ve malında bıraktığı acı ve ibret izleriyle doğrudan etkili olur. Aynı zamanda bu cezanın kendisi, mağdurların kalplerini ferahlatmak için yeterlidir. Ancak bu, cezanın işlenen suçun niteliği ve koşullarıyla orantılı olması durumunda gerçekleşir.³⁰⁶

Suç işleyen kişinin durumu göz önüne alındığında, ceza tedavi gerektiren bir durumda yok edici bir sertlikte olmamalı; ancak, şiddet ve katılığın gerektiği bir durumda da hafif ve etkisiz olmamalıdır. Allah Teâlâ'nın şu buyruğu bu ilkeyi teyit eder: “*Oysa kendilerine gösterdiğimiz her mucize bir diğerinden daha büyüktü. Belki yanlış yoldan dönerler diye kendilerini felâketlerle sarstık.*” (ez-Zuhruf, 43/48)

Müellif, tedavi edici caydırıcılık anlayışının, modern ceza hukukundaki özel caydırıcılık yaklaşımıyla yüzeysel benzerlikler taşıdığını; ancak aralarında dikkatle değerlendirilmesi gereken yapısal farklar bulunduğunu belirtmektedir. Bu farklardan ilki, İslam ceza hukukunda suç işleme niyetinin failin zihninden tamamen silinmesini amaçlayan bir tedavi edicilik anlayışının benimsenmesidir. İslam ceza hukukunda, özellikle kısas cezalarında mağdurun fail karşısında güçlü bir duruş sergileyebildiği bir yapı kabul edilmiştir. Suç esnasında mağdura karşı güçlü konumda olan fail, ceza sürecinde güçsüz hâle gelir ve mağdurdan af ve merhamet talep eder. Bu durum, mağdurun içindeki öfke ve intikam gibi duyguları dindirmekte ve adalet duygusunu tatmin etmekte etkili olacaktır. Modern ceza hukuku sistemlerinde ise fail

³⁰⁵ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 211.

³⁰⁶ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 212.

üzerindeki bu türden şahsi ve psikolojik etkiler büyük ölçüde göz ardı edildiği için, mağdur ya intikam hissi taşımaya devam eder ya da fail karşısında zayıf ve çaresiz bir konumda kalır.³⁰⁷

Tedavi edici caydırıcılığın özel caydırıcılık fikrinden ayrıldığı diğer bir yön, fiziksel yaptırımlara dayalı caydırıcılık anlayışıdır. İslam ceza hukukunda bu tür bir caydırıcılıkla iki temel amaç gözetilmektedir. İlk olarak, suçlunun bedensel olarak acı çekmesi, mağdurun maruz kaldığı acının bir tür karşılığı olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda bu, benzer bir suçu işlemeyi düşünen bireylerin aynı acıyı yaşamamak için suçtan vazgeçmesini sağlayacaktır. Bu bağlamda Hafnâvî, suçun aleni bir şekilde infaz edilmesinin kırbaç darbelerinden daha etkili olabileceğini ekler. İkinci olarak, fiziksel cezalar son derece hızlıdır ve suçlunun maişetini temin etmek için hayatına devam edebilmesine imkân sağlar. Hafnâvî bu durumun beşerî hukukun cezalarından farklı olduğunu beşerî hukukun suçluyu hapse mahkûm ederek hem onu hem de ailesini perişan ettiğini ayrıca suçlunun çoğu kez hapisten suç konusunda daha da uzmanlaşmış olarak çıktığını ve bu durumun suçun tekerrürüne sebebiyet verdiğini ifade eder.³⁰⁸

Hafnâvî, koruyucu caydırıcılık olarak tanımladığı caydırıcılık işlevini genel caydırıcılıkla büyük anlamda özdeşleştirmektedir. Ancak ona göre bu caydırıcılık, İslam ceza hukukunun değişmez ve tebdil edilemez yapısıyla sağlam hâle gelmektedir. Kanaatimizce müellifin işaret ettiği bu durum, caydırıcılık unsurlarından biri hatta en önemlisi olarak görülen cezanın kesinliğine uygun düşmektedir. Suçun ve cezanın belirli ve sabit oluşu, hâkimin af yetkisinin olmaması ve ispat şartlarının katılığı gibi unsurlar, cezaların kesinliğini ve buna bağlı olarak caydırıcılık etkisini artırmaktadır. Benzer şekilde özel caydırıcılığın İslam ceza hukukuna tamamen uyum sağlamadığını; bunun yerine tedavi edici caydırıcılığın daha kapsamlı olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, İslam ceza hukuku metinlerini incelediğimizde ceza tehdidinde dayalı caydırıcılığın ıslah düşüncesinden daha fazla vurgulandığını görmekteyiz.

³⁰⁷ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 213-214.

³⁰⁸ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 214.

2.2.5. Caydırıcılığın Suçluluk Üzerindeki Etkisi

2.2.5.1. Suçlunun Sosyal Konumu

İslam ceza hukukunda hadlerin bütün insanlar için eşit olduğu, bulundukları sosyal konumun³⁰⁹ daha önceki suç durumunun ve suçun oluşumuyla ilgili şartların hükme herhangi bir etkisinin olmadığı bilinen bir gerçektir. Nitekim Hz. Peygamber'den rivayet edilen şu hadis had cezalarının eşit olarak uygulanması gerektiğini vurgular: “Sizden önceki milletlerin yok olmasının sebebi, içlerinden soylu biri hırsızlık yapınca ona dokunmayıp, zayıf ve kimsesiz biri hırsızlık yapınca ona cezasını vermeleriydi. Allah’a yemin ederim ki, Muhammed’in kızı Fâtıma hırsızlık yapsaydı, onun da elini keserdim.”³¹⁰ Yine bir başka hadis de bu hükme delil olarak gösterilir: “Kimin şefaati, Allah'ın emri olan hadlerden birinin yerine gelmesine engel olursa, Allah'ın emrine zıt hareket etmiş olur ve kim haksız olduğunu bile bile bir şeyde mücadele ederse, bu mücadeleden vazgeçinceye kadar Allah'ın gazabındadır...”³¹¹

Kıyas cezasında aslolan mağdurun kıyas talebidir.³¹² Ta‘zîr cezaları ise kişilere göre değişkenlik gösteren bir yapıya sahiptir. Bu hükme Hz. Peygamber'in şu hadisi delil gösterilir: “İyi haslet sahiplerinin haddi gerektirenler dışındaki hatalarını bağışlayın”³¹³ Bu nedenle hâkim günahkâr bir davranışı cezalandırırken onların sosyal statüsünü dikkate almak zorundadır. İbn Hacer el-Heytemî (ö.964/1567) Müslüman alimlerin şunu söylediğini aktarmıştır: “Birçok ağır suç ve suçun niteliği, birtakım faktörlere göre farklılık gösterir. Failin suçu önceden tasarlayıp tasarlamadığı, hatayla mı, kasıtlı mı, zorla mı yoksa isteyerek mi işlediği gibi. Bütün suçlular aynı düzeyde ve aynı kriterlerle yargılanamaz.”³¹⁴

Hanefî fakihler ta‘zîr cezalarının kişilere göre dört mertebeye ayrıldığını ifade eder. Bunlar; eşrafü'l-eşraf (ilmiye sınıfı ile şerifler, eşraf (ümera, yüksek tüccar, köy ayanı), evsat-ı nâs

³⁰⁹ Kölelere had cezaların yarısının uygulanması hükmü bulunur. Bu hükme şu ayet-i kerime delil gösterilir: “İçinizden mümin ve hür kadınlarla evlenmeye gücü yetmeyen kimse, ellerinizin altında bulunan mümin câriye kızlarınızdan alabilir. Allah sizin imanınızı daha iyi bilmektedir. Birbirinizden türeyip gelmektesiniz. Öyleyse iffetli yaşamaları, zina etmemeleri, gizli dost tutmamaları şartıyla ve ailelerinin de izniyle onları nikâhlayın, mehirlerini de âdete uygun olarak verin. Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa onlara, hür kadınların cezasının yarısı gerekir. Bu (câriye ile evlenmek), içinizden günaha düşmekten korkanlar içindir; sabretmeniz ise sizin için daha hayırlıdır. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir.” (en-Nisa 4/25).

³¹⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmi'u's-sahih* 2, nşr. Muhammed Zühayr b. Nasr, 1422/2001, “Enbiyâ”, 54; Ebu'l-Hüseyn b. Haccac el-Kuşeyrî Müslim, *el-Câmiu's-Sahih*, ts., “Hudûd”, 2.

³¹¹ Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî Ebû Dâvûd, *Sünen*, thk. Şuayb Arnâut, Muhammed Kamil (Beyrut: Dâru'r-Risaleti'l-âlemiyye, 2009), “Akdiye”, 14.

³¹² Bununla birlikte failin kişilik özelliklerinin de hükme etki ettiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin Osmanlı döneminde failin iyi ve dindar bir insan olması hâlinde kıyas isteme hakkından vazgeçilmesi, kötü biri olması durumunda ise kıyas istemeleri tavsiye edilmiştir. Avcı, *Genel Hükümler*, 62.

³¹³ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübra*, ts., 8/334.

³¹⁴ naklen: Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 203; *Crime Prevention in Saudi Arabia*, 115.

(sosyal konumları orta halli olanlar) ve ehıssa (sosyal konumları düşük, sefiller) olmak üzere dörttür. Eşrafü'l-eşrafın ta'zîri mücerret ilâm (yaptığı işin kötü olduğu kendisine bildirilmek) iken, eşraf için ise ilâmla birlikte mahkemeye getirilerek yüzüne karşı ihtar edilmesi, evsât-ı nâs için mahkemeye ihtar için getirilmek ve hapis cezası, ehıssa için ise diğerlerine eklenen dayak cezasıdır.³¹⁵ Buradaki temel neden, suçluları o suçu tekrar etmekten caydırmak için cezai tedbirlerin statülerine uyması gerektiği düşüncesidir. Yüksek rütbeli suçlular ve ulema için sadece amellerini ifşa etmek ya da onları mahkeme kapısına götürmek yeterli olurken, alt sınıfların hapis ve dayak da dahil olmak üzere bütün yollarla ifşa edilmesi gerekmektedir.³¹⁶

İslam ceza hukuku felsefesine dair doktora tezi kaleme alan Mustafa Abdulmecid Kara, İslam hukukçularının had cezalarının yarısının köleye uygulanması yönündeki Kur'an hükmünü savunurken diğer suçlar için soylu olanın daha az cezalandırılması gerektiğini savunmalarının bir çelişki olduğunu iddia eder. Ona göre böyle bir çelişkiyi savunmaları iki hatalı varsayımın sonucudur. İlki ta'zîr cezalarının yalnızca özel caydırıcılık içerdiği, ikincisi ise o suçu sadece düşük mertebedeki insanların işleyebileceği, yüksek mertebedeki insanların ise kasıtlı olarak yanlış yapmayacakları, muhakemede hata yapabilecekleri varsayımdır.³¹⁷

Kara'nın bu değerlendirmesini bazı açılardan hatalı olduğu görülmektedir. İslam hukukçuları ta'zîr cezalarının daha çok özel caydırıcılık amacı taşımakla birlikte genel caydırıcılık da içerdiğini ifade etmeyi ihmal etmemişlerdir. Yüksek mertebedeki insanların yalnızca muhakeme hatası yapabileceği ve kasıtlı olarak suç işlemeyecekleri yönündeki İslam hukukçularına atfedilen bu varsayım doğru değildir. Burada İslam hukukçularının yaptığı bir varsayımdan söz edilecekse, bu; toplumda itibarı olan bir kişiye verilen ilam veya ihtar gibi hafif bir cezanın dahi, onun açısından utanç kaynağı olacağı ve caydırıcı etki uyandıracığı yönündeki varsayımdır. Ayrıca ta'zîr cezası ile cezalandırılan bütün suç türlerinde bu ayrım olduğu gibi uygulanıyor değildir. Nitekim eşrafü'l-eşraftan dahi olsa bir insanı döven ya da yaralayan bireyler için ilam ile yetinilmeyeceği dayak cezasının gerektiği ifade edilmiştir.³¹⁸

³¹⁵ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/64; Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînül-hakâik fi Şerhi Kenzi'd-dekâik ve Hâşiyetü's-Şilbî* (Bulak: Matbaatü'l-kübrâ el-Emîriyye, ts.), 3/208; Mehmed Efendi Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm* (Kahire: Dâr İhyâü'l-kütübi'l-Arabiyye, ts.), 2/75; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Abderî el-Gırnâtî el-Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl 'alâ (bi-şerhi) Muhtaşarı Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1416), 8/437; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/44.

³¹⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/346; Rudolph Peters, *Sharia, Justice and Legal Order Egyptian and Islamic Law: Selected Essays* (Leiden ; Boston: BRILL, 2020), 73.

³¹⁷ Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*, 1977, 230.

³¹⁸ Avcı, *Genel Hükümler*, 61.

İslam hukukunda kölelerin ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli veya tam ehliyetli olduğu farklı durumlar vardır. Bu nedenle kendine özgü bir hukuki statüye sahip oldukları söylenebilir.³¹⁹ Had cezalarının yarısının uygulanması onların bu konuda tam mesuliyet sahibi olmamalarıyla ilgilidir. Had cezaları yapı itibarıyla Allah hakkı içerdiği kabul edilir. Allah hakkı içeren bu ceza türünde köleye sınırlı mesuliyetine göre ceza vermek, onun için adaletli olandır ve caydırıcılığı gerçekleştirebilecek özelliktedir.

Kara'ya göre, adaletin eşit dağıtılması ilkesi, hâkimin ceza indirimi veya denetimli serbestliğin failin mizacı ve geleceği için (sosyal statüsü için değil) daha uygun olduğu hususunda herhangi bir şüpheyi yer bırakmayacak şekilde kesin olduğu az sayıdaki dava dışında her zaman takip edilmelidir. Bu ilke caydırıcılık için oldukça gereklidir çünkü kesinlik ilkesine de uygundur.³²⁰

Kara'nın bu yorumu genel anlamda isabetli olsa da İslam ceza hukukunda cezaların sosyal statüye göre değişkenlik göstermesi yalnızca bazı hafif suçlara özgü ta'zîr cezalarıyla sınırlıdır. Bu suçlar çoğunlukla Allah hakkına ilişkin konulardır ve caydırıcılığın sağlanacağına inanıldığı için bu yol seçilmiştir. Bu durum, cezaların kesinliği prensibine zarar verecek düzeyde bir istisna oluşturmamaktadır.

Failin kişiliği ve sosyal statüsüne göre farklı ceza verilmesi başka bir açıdan daha değerlendirilmiştir. Şöyle ki örnek bir şahsiyetin suç işlemesi sıradan bir insana göre suçun aleniyet kazanması, yaygınlaşması hatta zamanla meşru addedilmesi gibi olumsuzluklara sebebiyet verebilir. Bu nedenle caydırıcılığı gerçekleştirmek üzere ceza artırımına gitmek ihtimal dahilindedir. Ayrıca kamu görevini kötüye kullanmak, genel ahlaka aykırı suçları yakın akraba veya velayetini üstlendiği kişilere karşı işlemek gibi suçlar için de cezalar ağırlaştırılmalıdır.³²¹ Kişinin gerek toplumdaki konumu gerek üstlendiği hak ve sorumlulukları bakımından bilinçli bir şekilde hareket etmesi gerekir.

“İslam hukukunda suçlunun şahsiyeti ve konumunun cezayı artırıcı bir etkiye sahip olduğu görülür. Klasik literatürde failin sıfatıyla ilgili bu durum “nimet” ve “şeref” gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Bu bağlamda muhsanlık ve hürriyet, cezaları artıran nedenlerdir. Bir günah/suç işlemleri hâlinde Hz. Peygamberin eşlerine ahirette iki kat ceza olacağını bildiren âyet, toplumsal statünün cezaya etkisini göstermektedir”³²²

³¹⁹ Mehmet Âkif Aydın - Muhammed Hamîdullah, “Köle”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 26/239.

³²⁰ Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*, 1977, 232.

³²¹ Mehmet Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024), 2,40.

³²² Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*, 39; Ayrıca bk. Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/110.

İbn Kayyim suçların farklılık arz ettiğini, böyle bir durumda cezaların eşit olmasının hoş karşılanamayacağını, çünkü hikmet ve maslahata aykırı olacağını söyler. Ona göre cezalar en hafif düzeyde eşitlenirse caydırıcılık sağlanamaz. En ağır düzeyde eşitlendiği takdirde ise merhamet ve hikmetle çelişir.³²³ Ebu Zehra, İslam ceza hukukunda cezanın şiddetinin maslahatın derecesi ve tecavüzün ağırlığına göre değişeceğini ifade eder. Buna göre zaruret derecesinde olan maslahatlar için daha ağır cezalar öngörülürken tali maslahatlar içinse daha hafif cezalar verilmektedir.³²⁴

İslam ceza hukukunda cezaların eşitliği önemli bir prensiptir. Bu prensip, failin kimliğine bakılmaksızın herkesin kanun önünde eşit sayılmasını; toplumsal statü, mevki veya mesleki konumun cezai sorumlulukta herhangi bir ayrıcalığa neden olmamasını ifade etmektedir.³²⁵ Had ve kısas cezaları bu kuralın istisnasının bulunmadığı ceza türleridir. Bununla birlikte Şâri'nin birtakım suçlu özelliklerine binaen o cezaları tayin ettiğini ifade etmek mümkündür. Örneğin, zina suçunda muhsan olma nimeti açısından bekarlarla evli olanlar farklı cezalara muhatap olmuştur. Benzer şekilde köleler de hürriyet nimetinden yoksun olduğu için hür insanlara uygulanan cezanın yarısı had cezası olarak belirlenmiştir.

Ta'zîr cezaları yapı olarak takdir yetkisinin hâkime bırakıldığı ceza türleridir. Bu cezalarda esas olan suç ve suçlunun durumuna göre farklı cezalar verilmesidir. Çünkü bu suçlarda esas amaç, mümkün olan en az cezayla caydırıcılığı sağlamaktır. Bunun da kişilik özellikleri, suçun olduğu koşullar ve verdiği zarara göre şekillenmesi oldukça doğaldır. Had ve kısas cezalarında yine caydırıcılık esas amaç olmakla birlikte Şâri' cezaları sabit tutarak caydırıcılığı değişken kılmamıştır. Bu durumun en önemli sebebi had ve kısas cezalarında genel caydırıcılığın, ta'zîr cezalarında ise özel caydırıcılığın ve ıslah düşüncesinin ön plana çıkmasıdır. Dolayısıyla ta'zîr cezalarında zikredilen unsurlar gözetilmediği takdirde adil olmayan ve caydırıcılık düşüncesine aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Çok daha az cezayla caydırılabilecek biri, daha ağır bir cezaya çarptırılırsa yaşadığı utanç, onun hukuk sisteminin adaletine şüpheyi yaklaşmasına sebebiyet verecektir. Yahut mizaç ve ahlaki özellikler bakımından iyi vasıflara sahip olmayan, suç geçmişi bulunan bir kişiye caydırıcılık açısından yeterli olmayacak bir ceza vermek adalete aykırı düşecektir. Bu nedenle kanaatimizce, özellikle hafif suçlarda böyle bir ayrıma gidilmesi

³²³ Cevziyye el-İbn Kayyim, *I'lâmü'l-muvakkûn 'an Rabbi'l-'âlemîn*, thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1991), 2/79.

³²⁴ Muhammed Ebu Zehra, *el-Cerîme fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, ts.), 52.

³²⁵ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: Nesil Yayınları, 1991), 1/154.

adaletsizlik gibi görünse de dağıtıcı değil, denkleştirici adaletin bir sonucudur ve cezanın genelliği ilkesine zarar vermez.

2.2.5.2. Ekonomik Caydırıcılık

Caydırıcılığın suçluluk üzerindeki etkisi daha önce belirttiğimiz üzere mutlak, sınırlı veya marjinal (ekonomik) şekilde gerçekleşebilir. Cezalar çoğunlukla suçluluk üzerinde sınırlı bir etkiye sahiptir. Ekonomik caydırıcılık ise hem modern ceza hukukunda hem de İslam ceza hukukunda etkisi ve verimliliği tartışma konusu edilmiş bir caydırıcılık türüdür. Mısırlı ekonomist Moamen Gouda'ya ait "Stealing more is better? Marginal Deterrence in Islamic Criminal Law of Theft" adlı makalede İslam ceza hukukunda ekonomik caydırıcılık teorisine önem verilmediği eleştirisi yapılmıştır. Gouda, İslam ceza hukukunda toplumsal zararı düşük olan suçların daha ağır, toplumsal zararı yüksek suçların ise-zimmete para geçirme, dolandırıcılık veya rüşvet gibi- daha hafif bir şekilde cezalandırıldığını ifade eder. Bu nedenle suçluların ikinci tür suçları işlemeye yöneleceğini ve suçun ekonomik maliyetinin önemli ölçüde artacağını iddia eder. Böyle bir ceza düzeninin verimsiz olduğunu söyler ve bunun nedenini hırsızlık cezasına ilişkin İslam fikhının, sekizinci ve dokuzuncu yüzyıllarda Müslüman alimler tarafından bazı önemli ekonomik ve hukuki kavramların tam olarak geliştirilmediği veya dikkate alınmadığı arkaik toplumlarda geliştirilmiş olması olarak açıklar. Dolayısıyla suçları, özellikle ağır suçları caydırma noktasında etkisiz oluşundan bahseder. İslam ceza hukukunun, mevcut haliyle İslam ülkelerinde tanıtılması durumunda, sosyal açıdan çok zararlı olan suç türlerinin daha sık hâle geleceğini iddia eder. İslam hukukunu uygulamaya yönelik herhangi bir girişim için, hırsızlık suçuna ilişkin ceza hukukunun modern bir yeniden yorumu ve yeniden kanunlaştırılması çağrısının esas olduğunu savunur. Ayrıca yazar, İslam hukukunu ele alan çalışmalarda yalnızca genel ve özel caydırıcılıktan bahsedildiğini fakat iki suçun rekabet hâlinde olduğu yerde bireyi daha hafifini tercih etmeye ikna etme olarak özetlenebilecek ekonomik caydırıcılığa değinilmediğini anlatır.³²⁶

Gouda'nın İslam ceza hukuku çalışmalarında mali caydırıcılığa yer verilmediği eleştirisi haklı olsa da bu caydırıcılık türünün İslam ceza hukukunda zayıf olduğuna dair tespiti hatalıdır. Hırsızlık had cezasına konu olan bir suçtur ve Allah hakkı içerir. Ağır bir ceza yalnızca caydırıcılık amaçlı değildir aynı zamanda Allah'a karşı işlenen bu suçun kefareti demektir. Son devir din âlimlerinden Elmalılı Hamdi Yazır (1878-1942) bu durumu şöyle ifade eder:

³²⁶ Gouda, "Stealing more is better?", 17-18.

...Başkasının hakkına gizlice el uzatmak; kendisinin hakkı olmadığı gibi, hak şüphesi dahi taalluk etmeyen bir mala, Allah görmüyormuş gibi hırsızlık etmeye cüret etmek, elbette Allah'ın izzetine bir tecavüz ve gizliden gizliye bir harp demektir. Ve böyle bir elin cezası da kesilmektir. Buna binaen, suç ile ceza arasında bir denklik yok zannedilmesin. Zira bu ceza yalnız malın karşılığı değil, gizli bir hıyanet ve ilahî izzete bir tecavüz olan hırsızlık fiilinin cezasıdır.³²⁷

Bu nedenle hırsızlıkla yolsuzluk, rüşvet gibi ta'zîr cezası gerektiren durumların karşılaştırılması sağlıklı olmaz. Mal varlığına yönelik suçların en büyüğü hırsızlıktır. Bir fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi için özel şartlar gereklidir. Bunlar çalınan malın bir kişinin mülkiyetinde ve koruma (hırz) altında olması, hukukî ve mali bir değer taşıması ve bu malın gizlice alınmasıdır. Bu şartların tam olarak gerçekleştiği bir hırsızlık suçu öncelikle malı çalınan kişi için son derece yıkıcı bir deneyimdir. Başkalarının izinsiz girmeyeceğini umduğu mahrem alanına girilmiş ve malına tecavüz edilerek bundan daha fazlasının da olabileceğini hissetmesine sebebiyet verilmiştir. Bu eylemle birlikte aynı zamanda o bölgede emniyet içinde yaşayan herkesin huzuruna kastedilmiştir³²⁸

Benzer şekilde Muhammed Abdulmecid Kara, İslam ceza hukukunda ekonomik caydırıcılığın olmadığını ima eder. Ona göre suç ceza uygunluğu bakımından tutarsız veya orantısız uygulamalar vardır. Örneğin, zina suçunda taşlanarak idam cezası verilirken cinayet suçunda diyet ödenerek veya kısa bir hapis cezasıyla kurtulma imkânı vardır. Hirâbe suçunu gerçekleştirenler cinayet dahi işlemiş olsalar tövbe edip siyasi otoriteye teslim olmaları durumunda derhal affedilir -kan bedeli ödemekle birlikte- buna karşın tamamen zararsız sayılabilecek birini karalama anlamı taşıyabilen bir dil sürçmesi (kazf suçu) vatandaşlık haklarının kaybedilmesiyle sonuçlanır ve 80 celde gerektiren bir had suçu teşkil eder. Klasik hukuk teorisine göre pelerin/üst örtüsü hırsızlığı failin elinin kesilmesini gerektiren ağır hırsızlık suçunu teşkil eder, buna karşın devlet hazinesinden para veya değerli eşya çalmak, tarladan sebze çalmak ya da otoparkta park edilmiş bir arabayı çalmak suç oluşturmaz.³²⁹

Kara'nın bu değerlendirmelerinde farklı noktalarda hataya düştüğü kanaatindeyiz. Öncelikle İslam ceza hukukunda diğer ceza sistemlerinden farklı olarak orijinal bir ayırım olan kul hakkı ve Allah hakkı ayırımı bulunur. Bu ayırım göz önünde bulundurulmadan cezaları değerlendirmek sağlıklı sonuçlar vermeyecektir. İslam ceza hukukunda insan mümkün mertebe yaşatılmaya değer bir varlıktır. Bu nedenle kısas cezalarında af teşvik edilmiş, diyet ve benzeri müesseseler

³²⁷ Muhammed Hamdi Yazır Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili* (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2021), 2/631.

³²⁸ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 78.

³²⁹ Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*, 1977, 257.

ayrıntılı hükümlerle ortaya konulmuştur. Burada, bir ailenin daha -bu aile katilin ailesi de olsa- mağdur olmaması için verilen bir çaba görülmektedir. Allah hakkı içeren suçlar ise farklı toplumsal sorunlar ihtiva eden bu yüzden şahitlik şartları ağır olan hatta çoğunlukla gûnahtan arınma arzusuyla itiraf yoluyla tespit edilen suçlardır. Bu öyle nadir gerçekleşen bir durumdur ki bu cezaların sembolik ve caydırıcı bir anlam taşıdığını pratikte yer bulmadığını söyleyen hukukçular dahi olmuştur.

Kara'nın verdiği örneklerden hırâbe suçundaki af meselesi ise kanaatimizce isabetli değildir. İslam hukukçularının çoğu, ayette geçen tövbe ifadesinin şahıs hakkı içeren suçları affetmeye yetmeyeceği noktasında uzlaşmıştır. Tövbenin bu bağlamda suçlunun aktif pişmanlığı veya imkânı olduğu hâlde hirâbe suçunu henüz gerçekleştirmeden bundan vazgeçmesi olarak yorumlandığı görülür.³³⁰ Dolayısıyla Kara'nın ifade ettiği gibi bir çelişki söz konusu değildir.

İslam ceza hukuku caydırıcılığın hızlılık, suç-ceza orantılılığı ve kesinlik olarak ifade edilen bütün unsurlarını içerdiği gibi bunları adalet ve merhamet çizgisinden taviz vermeden ortaya koymuştur. Ayrıca suçla mücadele için cezadan önce uyulması gereken ahlak ve inanca müteallık birçok ilke benimsenmiştir. Örneğin, Allah'ın insanı gözettiği inancı, Kur'an ve sünnete aidiyet duygusu, beşerî ilişkilerde iyiliğin hakimiyeti, toplumu oluşturan fertlerin kanun önünde eşit olması, Şâri'nin maksatlarına binaen korunan değerlere (can, din, mal, akıl ve nesil) saygı duyulması, mağdurla empati yapabilme yetisi bu ilkelere veya onların izdüşümlerindendir.³³¹

İslam hukuku hem emniyet içinde yaşayan bir toplum inşa etmek ister hem de bu emniyeti yeryüzüne yaymayı amaç edinir. Bunun için öncelikle bireylerin inanç ve ibadet özgürlüklerinin olduğu, siyasi ve iktisadi açıdan güven duyulan insani bir yaşam ortamı temin edilmelidir. Aynı zamanda sedd-i zerîa, mesâlih-i mürsele gibi ilkelerin hâkim olduğu çeşitli sosyal ve hukuki düzenlemelerle suçla mücadele eder.³³²

İslam hukukunda ceza, suçla mücadele yöntemlerinin arasında son tercihtir. Fakat bireylerin suç korkusunun olumsuz etkilerinden mümkün mertebe uzak, emniyet hissi içinde yaşamlarını sürdürmeleri için vazgeçilmez bir etkiye sahiptir. Bu noktada toplumun cezaların ilahi kökenli olduğuna inanması, caydırıcı ve adil olduğunu benimsemesi son derece önem arz etmektedir.

³³⁰ Ali Bardakoğlu, "Eşkîya", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/466.

³³¹ Bk. Talip Atmaca, "İslâm'da Suç ve Suç ile Mücadele Yöntemleri", *Dinî Araştırmalar* VII/20 (2004), 333-353.

³³² Bk. Mehmet Gökalp, *İslam Hukukunda Toplumsal Güven* (Malatya: İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022).

2.2.6. Caydırıcılığı Etkileyen Faktörler

2.2.6.1. Suçun Yaygınlık Arz Etmesi

Bir suçun toplumda yaygın bir şekilde işlenip işlenmemesi, caydırıcılıkta önemli bir faktördür. Suç, eğer nadiren işleniyorsa ve toplum bireylerinin çokça teşebbüs ettiği bir eylem değilse, cezayla caydırıcılığı artırmaya çalışmak anlamsız olacaktır. Hanefî mezhebine göre öldürme ve yaralama suçlarında “yaralama” ve “ezme eylemi” arasında eşitlik bulunmaz. Bu hem ortaya çıkardığı tahribat bakımından böyledir. Hem de caydırıcılık açısından aralarında bir eşitlikten bahsedilemez. Çünkü silahla öldürmek (yaralama) yaygın bir eylemken ağır bir cisimle öldürmek (ezmek) ise nadiren gerçekleşmektedir.³³³ Dolayısıyla nadiren gerçekleşen bir suç üzerine caydırıcı bir hüküm bina etmeye gerek görülmemiştir.

Hanefî mezhebine göre suçun, sağlıklı bir insan tabiatı tarafından arzu edilen bir şeye yönelik olması, toplumda yaygın olarak işlenmesi caydırıcı bir ceza için gerekli görülmüş, had ve kısas cezasına dahil olup olmadığı ihtilafli olan birçok mesele buna göre değerlendirilmiştir. Diğer mezhepler ise meseleleri farklı açılardan değerlendirmeye tabi tutmuştur. Bazen suç teşkil eden eylemin tam olarak gerçekleşmediği gerekçesiyle ta'zîre hükmedilmiştir. Fakat çoğunlukla sapkın ve bozuk karakterli insanların yapabileceği tarzda suçlar olması hasebiyle -cinsel ilişkiye elverişli olmayan çocukla ilişki, hayvanla ilişki vb.- caydırıcı olması için suçun asli cezasıyla cezalandırmak gerektiğine hükmedilmiş hatta ek cezalar vermek mümkün görülmüştür. Görüldüğü üzere her iki bakış açısı da farklı neticelere ulaşsa da caydırıcılık gerekçesiyle şekillenmiştir.

İslam hukukunda bir suçun konusu insan tabiatının sıklıkla meylettiği bir şey değilse o suçun asli cezanın (had veya kısas) konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. Ölüyle ilişki bu kapsamda değerlendirilmiştir. İbn Kudâme'nin aktardığına göre ölüsevicilik konusunda iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre bu eylem, had cezasıyla cezalandırılmalıdır; çünkü bir insanın cinsel organında gerçekleşmiştir ve bu yönüyle yaşayan bir kadınla ilişkiye benzetilmektedir. Ayrıca zinadan daha büyük bir günah ve daha ağır bir suçtur. Çünkü yapılan fuhuş fiiline ek olarak, ölünün hürmetinin çiğnenmesi de söz konusudur. Diğer görüşe göre ise had cezası gerekmez. Çünkü ölüyle cinsel ilişki diğer cinsel ilişkilere benzemez. Ölü beden artık işlevini kaybetmiştir ve insanda cinsel arzu uyandırmaz. Hatta insan tabiatı bu eylemi tiksinti verici addeder. Bu nedenle fiili yasaklayan bir cezalandırma hükmüne ihtiyaç bulunmaz. Bu durum had cezalarının maksadının caydırıcılık olmasıyla ilişkilidir. Hanefî, Şafii ve Hanbeli

³³³ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 4/447.

mezhepleri ilk görüşü kabul edip bu suça karşılık ta'zîr cezası verilmesi gerektiğine kanaat getirmişlerdir. Mâlikî mezhebi ise bu eyleme had cezası vermek gerektiği hükmüne varmıştır.³³⁴ Hafnâvî, ölümlerin dokunulmazlığını ihlal eden bu tür sapkın ve bozuk karakter sahibi bir insana had cezasının gerekli olduğunu hatta had cezası üzerine ahlaki bozukluğunu tedavi etmeye yönelik ek bir ceza verilmesi gerektiğini; tekrar etmesi halinde ise siyaseten recmedilmesi gerektiğini söyler.³³⁵

Benzer şekilde cinsel ilişkiye elverişli bir yaşta olmayan küçük kız çocuğuyla ilişki konusunda da ölüyle ilişki gibi iki görüş bulunmaktadır.³³⁶ Mâlikî ve Hanefî mezheplerine göre bu kişiye had değil ta'zîr cezası verilir. Hanefî mezhebi had cezasının tatbikini cinsel ilişkiye girilen kızın ilişkiye müsait olup olmamasına bağladığı için bu hükme varmıştır. Mâlikî mezhebi ise cezanın tatbikini fiilin bizzat gerçekleşmiş olup olmamasına bağlamıştır.³³⁷ Cumhurun görüşünün isabetli olduğunu savunan bazı araştırmacılar, cinsel ilişkinin fiilen mümkün olmadığı çocuklara yönelik cinsel istismar fiillerine had cezası uygulanmasının, cezaların caydırıcılık niteliğine daha uygun düşeceğini ifade eder.³³⁸

İbnü'l-Hümâm, zina fiiliyle had cezasını gerektiren zinanın ayrıldığını söyler. Buna göre İslam hukuku zina kelimesini yalnızca had gerektiren fiillerle sınırlandırmamış, bilakis bu kelime daha genel bir anlam taşımıştır. O, had cezası gerektiren zinanın tanımının şu olabileceğini belirtir: “Mükellef bir erkeğin, kendi iradesiyle, şehvet duyulan bir kadına (şu an veya geçmişte), İslam hukuku çerçevesinde milk şüphesi bulunmaksızın, ön taraftan cinsel temasta bulunmasıdır.” Müellif bu tanımla birlikte şu durumların zina kapsamı dışında olduğunu ifade eder: Küçük bir erkek çocuğun (bâliğ olmayan erkek) cinsel ilişkisi, akıl hastasının cinsel ilişkisi, mükrehin cinsel ilişkisi, şehvet duyulan küçük bir kız çocuğuyla cinsel ilişki, ölüyle cinsel ilişki, hayvanla cinsel ilişki.³³⁹ Benzer şekilde hayvanla ilişkiye girme Hanefî mezhebinde fitrata aykırı olduğu gerekçesiyle had değil ta'zîr cezasıyla cezalandırılmıştır. Çünkü bu tür bir eylemde had cezası olmadan da caydırıcılık vardır. Buna tevessül edilmesinin

³³⁴ Ebû İshak eş-Şîrâzî, *El-Mühezzeb* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.), 3/341; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/340-341; Ebû Abdullah Muhammed el-Haraşî, *eş-Şerhu'l-Haraşî alâ Muhtasarı Halîl* (Bulak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1317), 8/76.

³³⁵ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 491.

³³⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/341.

³³⁷ el-Haraşî, *eş-Şerhu'l-Haraşî alâ Muhtasarı Halîl*, 8/76; Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'ıyyü'l-İslâmî Mukâranen bi'l-kânûni'l-vaz'î* (Beyrut: Dâru'l-Kâtibî'l-Arabî, 1977), 2/358; Üzeyir Köse, *İslam Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur Olarak Çocuğun Durumu* (Kahramanmaraş: Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017), 68.

³³⁸ Köse, *İslam Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur Olarak Çocuğun Durumu*, 70.

³³⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/247 Ayrıca bk. ; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/352.

sebebi ise akılsızlık ve şehvetin galip gelmesidir. Şafii mezhebi ise bu meselede had cezasına hükmetmiştir.³⁴⁰

Merğînânî, hırsızlık cezasındaki nisap konusunu ele alırken suçun yaygınlık arz etmesi şartını şöyle dile getirmiştir:

Hırsızlıkta çalınan malın belli bir nisap miktarına ulaşması gerekir. Bu yüzden kıymetli bir mal esas alınmalıdır. Mal kıymetsiz olduğu takdirde insanlar ona rağbet etmez. Çalındığı zaman saklanmaz. Bu şekilde suçun unsurları ve caydırıcılık hikmeti gerçekleşmiş olmayacaktır. Çünkü caydırıcılık hikmeti insanların rağbet ettiği şeylerde olur.³⁴¹

Serahsî (ö. 483/1090) de şöyle der: “Had caydırıcılık (zacr) için meşrudur. Caydırıcılık insan tabiatının meylettği şeylerde söz konusudur.”³⁴²

Bir kişi şarap tortusundan içip sarhoş olmazsa Hanefî mezhebine göre had uygulanmaz. İmam Şafii ise şarap tortusunda az miktarda da olsa şarap damlaları bulunduğu ve tek bir damla dahi şarap içmek haddi gerektirdiği için had cezasına hükmeder. Serahsî, fitratı sağlıklı olan bir kimsenin şarap tortusuna temayül göstermeyeceğini, hatta şarap içme alışkanlığı bulunanların dahi bundan tiksineceğini belirtir. Benzer şekilde ağzını doldurup daha sonra tükürerek şarap tadan kişiye had cezası uygulanmayacağını söyler. Çünkü bu, insan tabiatının meylettği bir şey değildir ve bunda caydırıcılığa hükmedilmez. Bu durum az miktarda içmekten farklıdır. Çünkü az miktarda şarap içmek de içmenin bir türüdür ve insan tabiatının arzu ettiği bir eylemdir.³⁴³

2.2.6.2. Ceza İnfazında Vekâlet

İslam hukukunda cezanın, asıl suçlu yerine bir başkasına uygulanmasının, suçlu üzerinde gerçekleşmesi beklenen caydırıcılık etkisini yok edeceği ve cezanın faydasız hâle geleceği öngörülmüştür.³⁴⁴ Nitekim hiçbir asli yaptırımında vekalet geçerli sayılmamış veya bir başkasına devri mümkün görülmemiştir. Bunun şer’î açıdan mümkün olmamasının yanı sıra İslam hukuku metinlerinde çoğunlukla bunun cezanın caydırıcılık amacına aykırı olduğu ifade edilmiştir.

³⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/102; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/181.

³⁴¹ Merğînânî, *Hidâye*, ts., 2/362.

³⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/75.

³⁴³ Şemsü’l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.), 24/19-21.

³⁴⁴ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, 1997, 2/380-381; Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînül-hakâik fi Şerhi Kenzi’d-dekâik ve Hâşiyetü’ş-Şilbî* (Bulak: Matbaatü’l-kübrâ el-Emîriyye, ts.), 4/158.

Bu duruma Bâbertî (ö. 786/1384), *el-Înâye* adlı *Hidâye* şerhinde alimlerin bu konudaki düşüncesini açıklamış, ardından kendi ifadesiyle bir tereddüdü ve onun nasıl yorumlanması gerektiğini şu sözlerle dile getirmiştir:

Burada bir tereddüt vardır: Caydırıcılıktan kasıt, ya failin ya da başkalarının suç işlememesi yönünde caydırılmasıdır. Eğer maksat birincisiyse bu hedef gerçekleşmeyebilir. Nitekim bazı pervasız insanların cezalandırıldıktan sonra yeniden suç işlediklerini görürsünüz. Eğer maksat ikincisiyse (başkalarının suç işlememesi) bu hedef, cezanın vekil üzerinde icra edilmesiyle de gerçekleşebilir. Bu, had cezaları hakkında böyledir. Fakat kısas söz konusu olduğunda, birincisi kesin olarak geçerli değildir. Çünkü ölümden sonra bunu tasavvur etmek asla mümkün değildir. İkincisi ise had cezalarında olduğu gibidir. Ancak bu konuda delil olarak icmâya dayanmak daha uygundur. Zira bu konuda ilim ehlinde herhangi bir muhalefet rivayet edilmemiştir. Dolayısıyla bu durumda şüphe ortaya atmak ve üzerinde uzlaşılmış sabit ilkelerde şüphe uyandırmak anlamına gelir ki bu da dikkate alınmaz.³⁴⁵

Bâbertî, bu sözlerinde cezalarda vekaletin geçerli olmamasının cezaların amacının caydırıcılık olması ve bu amacın suçu bizzat işleyene uygulanmadan gerçekleşmeyeceği gerekçesiyle açıklanmasına bir itiraz getiriyor. Buna göre cezaların caydırıcılık amacı hem suçlunun bizzat kendisine (özel caydırıcılık) hem de diğer insanlara (genel caydırıcılık) yöneliktir. Özel caydırıcılık herkes için geçerli bir durum değildir ve cezayla düzelmeyen bireyler de bulunur. Ayrıca kısasen kişinin öldürüldüğü durumlarda böyle bir hikmet bulunmaz. Fakat cezanın vekaleten bir başkasına uygulanması genel caydırıcılık hikmetini gerçekleştirebilir. Bâbertî bu nedenle cezalarda vekaletin caiz olmayışı konusunda caydırıcılık gerekçesine değil, icmâ olduğu gerekçesine dayanmanın daha doğru olduğunu söyler.

Mâlikî âlim Şatıbî vekalet konusu bağlamında açıklama yaparken caydırıcılık meselesine değinir. Ona göre, mükellefe özgü hikmetlerin söz konusu olduğu durumlarda vekâlet geçerli değildir. Bu kapsamda cezalar ve caydırıcılık örnek olarak zikredilir. Şatıbî'ye göre, caydırıcılığın hikmeti mal ile ilgili olmadığı sürece yalnızca fiilin failine yöneliktir ve bu nedenle başkasına devredilemez. Ancak malî boyutu bulunan durumlarda vekâlet mümkündür. Hac ve kefarete gibi bazı ibadetlerde ise hükmün mahiyeti tartışmalıdır. Eğer hacda olduğu gibi taabbüdîlik yönü baskınsa vekâlet geçersiz sayılır; malî yön ağır basıyorsa vekâlet geçerli olur. Kefaretlerde de benzer bir ayırım yapılır: Eğer kefarete zecr (caydırma) niteliği taşıyorsa kişiye özgü kabul edilir ve vekâlet geçerli sayılmaz. Aksi hâlde, yani telafi (cebr) amacı taşıyorsa

³⁴⁵ Ekmelüddin Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî, *el-Înâye şerhu'l-Hidâye* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1389), 7/197-198.

vekâletle yerine getirilmesi mümkündür. Kurban da bu çerçevede değerlendirilmekte olup haccın üzerine bina edildiği prensiplere göre hüküm alır. Dolayısıyla, bir kefaretin ceza niteliğinde ve caydırıcı olduğu söylenebilmesi için niyabeti kabul etmemesi ve yalnızca şahsa özgü olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu fiil, caydırıcılık değil telafi maksadı taşır.³⁴⁶

İslam ceza hukukunda cezaların caydırıcılığı hiçbir zaman insanlık değerleriyle çatışan bir yapıda olmamıştır. Dolayısıyla genel caydırıcılığı gerçekleştirme gayesiyle cezaların şahsiliği ilkesinden ödün verilemez. Bu ilkeye göre hiç kimse işlemediği bir günahın cezasını çekemez. Bu nedenle kanaatimize göre cezalarda vekaletin geçerli olmamasının asıl sebebi cezanın şahsiliği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Cezanın şahsiliği ilkesine gelecek bir zarar aynı zamanda cezadaki özel caydırıcılık hikmetine de aykırı olacaktır. Bu nedenle fakihlerin bunu özel caydırıcılıkla açıklaması doğru fakat eksik bir bakış açısıdır. Ayrıca Bâbertî'nin değindiği cezalarda vekaletin genel caydırıcılığı gerçekleştirebileceği yönündeki değerlendirmesi tartışmalıdır. Modern ceza hukukunda yapılan birçok araştırma cezaların adil ve insanlık değerleriyle uyum içinde olduğu zaman genel caydırıcılığı sağlayabileceği, aksi takdirde insanların cezaya inancının zedelenebileceği ve bu hikmetin gerçekleşmeyeceği yönündedir. Bu bakımdan cezanın suçu asıl işleyen kişiye değil de vekile uygulanması insanların gözünde cezanın değerini düşürecek ve genel caydırıcılık amacını belki de yok edecektir.

2.3. MANEVİ CAYDIRICILIK

2.3.1. İnanç ve Ahlak

Modern hukuk anlayışı, hukuk normlarını, diğer tüm düzenleyici ve yönlendirici normlara üstün kılmış, toplumsal nizamın yalnızca hukuki kurallar aracılığıyla temin edilebileceği varsayımını kabul etmiştir. Halbuki, toplum düzeni hukuki kurallarla birlikte, dinî ve ahlaki kurallarla da şekillenmektedir. İslam ceza hukukunda bu çok katmanlı yapı, açıkça görülmektedir. Zira İslam ceza hukukunda caydırıcılık, yalnızca ceza tehdidine dayanmaz. Aynı zamanda bireyin vicdanında yer edinmiş ahlaki değerler ve dini bilinç üzerinden de inşa edilir. Ancak insanlık tecrübesi göstermiştir ki, yalnızca içsel normlara dayanarak ideal bir toplumsal düzen kurmak her zaman mümkün olmamıştır. Bu nedenle İslam ceza hukuku,

³⁴⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, 1997, 2/380-381.

hukuki yaptırımlar ile dinî ahlaki normlar arasında denge oluşturarak caydırıcılığı iç ve dış mekanizmalarla desteklemeyi hedeflemiştir.

Wael B. Hallaq’a göre, had cezalarının sertliği caydırıcılık değerinin yalnızca bir unsurunu oluşturur. Bu cezaların asıl yasaklayıcı gücü ise hukuki açıdan uygulanabilir olmalarından değil, bir ahlaki sistemin parçası olmalarından kaynaklanmaktadır. Had cezalarının oldukça nadir tatbik edildiğini ve bu durumun suçların ispatı için şart koşulan sıkı delil prosedürlerinden anlaşıldığını belirtir. Fakat bu dünyada cezalandırılmasa bile failin “ebedi cehennem azabına” çarptırılacağını ve bu uhrevi tehdidin bireylerde derin psikolojik düzeyde ahlaki itaati teşvik ettiğini söyler.³⁴⁷ Hallaq, had cezalarının ahlaki bir sistem içinde yer almasının ve uhrevi ceza tehdidiyle pekiştirilmesinin, güçlü bir psikolojik caydırma sebebi olduğunu ve bu özelliğinin nadiren uygulanan cezaların fiziksel caydırma kapasitesinden daha güçlü olduğunu ifade etmektedir.

Şâri’nin kendisine ve vazettiği hükümlere duyulan saygı, suçun önlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Abdülkâdir Üdeh (ö. 1954), şer’î kurallara duyulan saygının, bu kuralların Allah’tan geldiğine inanan hem yöneten hem de yönetilenler açısından eşit derecede bağlayıcı ve etkili olduğunu belirtmektedir. Şeriatın Allah’a nispet edilmesi, bireylerin bu kurallara karşı duyduğu saygı ve itaatini güçlendirmektedir. Üdeh, dünyadaki hukuk sistemlerinin, bireylerin onlara duyduğu saygı ve itaate göre değerlendirileceğini; bu açıdan bakıldığında İslam şeriatının diğer hukuk sistemlerinden daha üstün olduğunu ileri sürer. Ayrıca kanunlara saygı ve itaati, toplumsal nizamın tesisi açısından temel bir unsur olarak görür.³⁴⁸ Nitekim caydırıcılık teorisini ele alan müellifler, eğer suçlular hukuk sisteminin temelde adaletsiz olduğuna inanıyorlarsa, cezanın işlevini yitireceğini, hatta bu durumun suça yönelimi artırabileceğini belirtmişlerdir.³⁴⁹ İslam ceza hukukunda ise toplumun, sistemin adil işlediğine ve kuralların ilahî kaynağa dayandığına inanmaları hâlinde, bu bireylerin daha az suç işleyeceği veya tekrür oranının düşeceği öngörülebilir.

Sam S. Souryal’a göre Batı ceza felsefesi, ahlaki alanın da dahil olduğu yasaklar listesi içeren, katı ve detaylı bir normatif sistem geliştirmiştir. İslam ceza hukuku ise, toplumsal düzenin sağlıklı işleyişi için zorunlu olan kurallar ve yasakların özet bir çerçevesini sunmaktadır.

³⁴⁷ Wael B. Hallaq, *Shari’a: Theory, Practice, Transformations* (Cambridge University Press, 2009), 311.

³⁴⁸ Üdeh, *et-Teşrî’u l-cinâ’i*, 1977, 1/73-74.

³⁴⁹ Kızmaz, “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, 225.

Souryal, İslam ceza hukukunda suç algısı ve suça yönelimde belirleyici faktörün maşeri vicdan olduğunu şöyle ifade eder:

Teorik düzlemde, İslam ceza hukukunun kuralları inana bireylerin zihinlerinde içselleştirildiğinde, toplumun doğru ile yanlış ayırt etmesini, suç davranışına karşı caydırıcı bir tavır geliştirmesini ve (suç içeren eylemlere) uygun tepkiler (kınama vb.) vermesini sağlayan kolektif bir ahlaki vicdan oluşur. Dolayısıyla bir eylem, suç olarak kabul edildiği için vicdanı sarsmaz. Bilakis vicdanı sarstığı için suç olarak telakki edilir. Bu nedenle, algılanan zorunlu görevler nadiren göz ardı edilir ve bunların açık bir şekilde uygulanmasına gerek kalmaz.³⁵⁰

Souryal, İslam Hukuku, Batı hukuk sistemlerinde olduğu gibi bütün suçların ayrıntılı bir listesini sunmamaktadır. Bunun yerine, had cezaları olarak bilinen sınırlı bir yasaklar sistemine dayanır. Bu yasaklar ve onlara eşlik eden zorunlu ve ağır cezalar, inananların vicdanında derin bir bilinç uyandırır. Böylelikle suç işlemenin minimize edildiği ve bireylerin suçsuz bir yaşam sürme eğilimlerinin güçlendiği erdemli bir toplumsal yapı teşvik edilir.³⁵¹

İslam dini, öncelikle bireylerin iyi ahlak sahibi olmasını hedefler. İmanı güçlü kimseler kolayca suça meyletmezler. Kimsenin olmadığı yerde işlenen suçun Allah tarafından görüleceğini ve mutlaka bir gün bunun hesabını vereceğini bilen birinin, suçtan korkması gayet doğaldır. Suçların cezaları, sonuçları açık şekilde anlatılır, buna meyilli kimseler özellikle eğitilir ve kötülükten menedilir. Devlet eliyle, kişisel ve toplumsal yardımlaşmayla bu sağlanır.³⁵²

İslam ceza hukukunun iman ve ahlak temelli caydırıcı yönü, uhrevî tehditle pekiştirilmiştir. Bu durum, doğruluktan sapma noktasına gelmiş bireylerin üzerindeki caydırıcı etkinin artmasını sağlamaktadır.³⁵³ Bu sayede Allah'tan başka kimsenin şahitlik etmediği bazı günahlarını itiraf edip arınmak isteyen kişiler var olmuştur. Zaten iman/ahlak ve uhrevî tehditten olumlu anlamda etkilenme, birbiriyle bağlantılıdır ve farklı kişilik özelliklerine yönelik değildir. Ancak İslam'ın ortaya koyduğu manevi caydırıcılık yönü, herkes için aynı ölçüde bir etki meydana getirmez. Bu durumu, Serahsî şöyle ifade eder:

Böyle bir kötülük/bozgunculuk (cinayet) en büyük suçlardan biridir ve malumdur ki suçlu, işlediği suçtan sorumlu tutulur. Fakat caydırıcılık, yalnızca uhrevî tehditle sınırlandırılıysaydı, çok az insan dışında kimse suçtan caymazdı. İnsanların çoğu, cezanın yakın gelecekte (bu dünyada) gerçekleşmesinden korktukları için suç işlemekten vazgeçer. Böyle bir korku duymaları da

³⁵⁰ Souryal, "The Role of Shariah Law in Deterring Criminality in Saudi-Arabia", 4.

³⁵¹ Souryal, "The Role of Shariah Law in Deterring Criminality in Saudi-Arabia", 23.

³⁵² Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 77-78.

³⁵³ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 69.

suçlunun malını telef eden veya ona acı veren bir cezayla mümkün olur. Bu nedenle Allah, caydırıcılık manasını gerçekleştirmek için kısas ve diyete hükmetmiştir.³⁵⁴

Serahsî, uhrevî tehdidin yalnızca az sayıda insan için caydırıcı nitelik taşıyacağını, insanların çoğunlukla bu dünyada karşılığı olan ve acısını hızlıca yaşayabilecekleri ceza korkusu sebebiyle suçtan geri durduğunu ifade etmektedir. Onun bu ifadelerinden dünya hayatında neden caydırıcılığa ihtiyaç duyduğumuz anlaşılmaktadır. İslam, bu dünyada bir hukuk nizamı öngörmektedir ve bu nedenle maslahatı celbedip mefsedeti defetmeye yönelik fiili yaptırımlar vazetmektedir.

Şatıbî, ilmi talep edenlerin ilmiyle amel etmeye başlamasıyla imanının tasdik yönünden kuvvetleneceğini ve buna bağlı olarak dinî yükümlülüklerin ağırlığını daha az hissedeceklerini; fakat bunun insan için yeterli olmayacağını ve cezanın caydırıcılığına ihtiyaç duyduğunu belirtir. Bunun ispat edilmeye gerek olmadığını ve insanlık tecrübesinin aksini iddia etmeyi imkânsız kılacak kadar kesin bir delil ortaya koyduğunu ifade eder.³⁵⁵

Şâtıbî ve Serahsî, dünyevi cezanın caydırıcılık açısından mutlaka gerekli olduğunu ve bu görüşün insanlık tecrübesiyle de doğrulandığını ifade etmektedirler. Serahsî, uhrevî cezanın etkisini vurgularken, Şâtıbî ise imanın caydırıcılığının dinî yükümlülükleri hafifletse de insan için caydırıcılığın hâlâ gerekli olduğuna dikkat çekmektedir.

Şamil Dağcı, uhrevî tehdidin hem genel önlemeyi sağladığını hem de faili meçhul cinayetlerde failin ortaya çıkmasında önemli bir psikolojik faktör olduğunu söyler. Ona göre bu inanç, polis takibi olmaksızın ikrara vesile olan etkili bir faktördür.³⁵⁶

İslam ceza hukukunda insan, rasyonel tercihleri olan bir varlık olarak kabul edilir. Fakat her türlü cezai yaptırımda ıslah vurgusu da önemli ölçüde yapılır. İslam hukuku zekât, sadakanın verildiği, evlilik ve boşanmanın zorlaştırılmadığı, bireylerin sosyal anlamda güvencesiz bırakılmadığı, mümkün olduğunca adil bir toplum düzeninin tesis edildiği bir nizamı öngörür. Bu unsurlar, bireyin suça yönelmesini ceza tehdidinden önce engelleyen önemli faktörler olduğu gibi, suç işleyen ve cezasını çeken kimselerin ıslahı, yeniden topluma kazandırılmasında ve dışlanmaması açısından da belirleyici parametrelerdir.

³⁵⁴ Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 26/59.

³⁵⁵ İbrahim b. Mûsâ eş-Şâtıbî, *el-Muvâfakât* (Dâru İbn Affân, 1997), 1/89.

³⁵⁶ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 63.

İslam hukukunda bir insanın suçtan/günahtan kaçınma yönünde verdiği kararının maddi ceza korkusuna değil, inanç ve ahlaki değerlere dayalı olması, öncelikli olarak arzu edilen bir hedeftir. Bu bağlamda, İslam ceza hukuku, topluma açıkça ilan edilmeyen, bir başkasının hakkını ihlal etmeyen, suçu meşrulaştırmayan bireysel günahların açığa çıkarılıp cezalandırılmasını onaylamaz.

2.3.2. Allah Hakkı-Kul Hakkı

İslam ceza hukukunda haklar; Allah hakkı, kul hakkı ve her ikisini ortak içeren haklar olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Allah hakkı içeren suçlar toplum yararını ihlal eden suçlardır. Kul hakkını içeren suçlar ise öncelikli olarak özel hukuk alanını ihlal eden fakat kamusal açıdan da birçok zarar ve ihlale yol açan suçlardır. Allah hakları kamuyu ilgilendiren vasfı dolayısıyla caydırıcılık ve daha çok genel caydırıcılık amacının söz konusu olduğu haklardır. Bununla birlikte bütün haklar, Allah'a karşı sorumluluk içeren bir yöne sahiptir. Bu nedenle, kısas suçlarında hak sahibinin affetmesi durumunda, toplum adına katile ta'zîr cezasının verilmesi mümkün görülmüştür. Dolayısıyla kul hakkı içeren suçlar tazmin niteliği taşısa da esasen had cezalarında olduğu gibi yine en çok caydırıcılık amacına hizmet eder. Çünkü ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere -iştirak halinde adam öldürme suçunda olduğu gibi- bu ceza türlerinde eşitlik ve tazmin/telafi özelliğinin askıya alındığı ve caydırıcılık hikmetine binaen hükümler vazedildiği görülmektedir.

Allah hakları, belirli bir kişiye has olmayan, genel ve kamusal faydayı ilgilendiren ve öneminin büyüklüğü ve faydasının kapsamlı oluşu sebebiyle Allah'a nispet edilen haklardır. Bu haklar yaratılış itibarıyla herkes için eşittir. Allah her türlü yarar veya zararın ötesindedir. Kul hakları ise belirli bir şahsın özel menfaatini ilgilendiren haklardır.³⁵⁷

Dünyada kul hakkı Allah hakkından önce gelmektedir. Bu nedenle kısasla diğer Allah hakkı içeren had cezaları bir araya geldiği takdirde, kısas cezasına öncelik verilir. Fakat hırsızlıkta malın tazmini ile had cezası olan el kesme cezasının uygulanması arasında kısas cezasında olduğu gibi kul hakkına öncelik tanınması gerektiği hususunda bir ittifak bulunmamaktadır. Mâverdî, bu konuda üç görüş olduğunu söyler. Birincisi, kısas suçlarında olduğu gibi kul hakkı Allah hakkından önce gelir. İkincisi, kısas suçlarının aksine, Allah hakkı kul hakkına tercih edilir. Üçüncüsü ise iki hak da birlikte ortaklaşa uygulanır. Bu ihtilafın sebebi şudur: Kısasta

³⁵⁷ Sa'düddîn Teftezânî, *Şerhu't-Telvîh ale't-Tavdîh* (Mısır: Mektebet Subeyh, ts.), 2/300.

Allah hakkının maksadı olan caydırıcılık ve suçtan alıkoyma, kul hakkının yerine getirilmesiyle zaten gerçekleşmiş olur. Fakat mal konusunda Allah hakkından maksat, malın fakirlere ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmasıdır. Malın tazmini bu amacı doğrudan sağlayamaz. Dolayısıyla iki durum birbirinden farklıdır.³⁵⁸

Kıyas cezası, kul hakkının daha baskın olduğu fakat Allah hakkını da içeren bir yapıya sahiptir. Allah Teâlâ'nın, kul üzerinde hakku'l-istib'âd denilen bir kulluk yapılmasını isteme hakkı vardır. Bu, insanın Allah'ın mülkü olduğu gerçeğini ifade eder. Kulun da bu hayattan yararlanma hakkı vardır. Kıyasın meşru kılınmasında hem bu iki hakkın birlikte muhafaza edilmesi hem de toplumun bozulmasının önüne geçilmesi amacı rol oynamaktadır.³⁵⁹ Esasen bütün kul hakları bireyin vazgeçme imkânına sahip olduğu haklardandır. Fakat bu, içinde Allah hakkının bulunmadığını göstermez. Çünkü Mâlikî fakihi ez-Zürkânî'nin (ö. 1122/1710) ifadesiyle "Hiçbir kul hakkı yoktur ki Allah'ın onda bir hakkı bulunmasın. Çünkü Allah'ın her mükelleften hakkı, başkalarına zarar vermemeleridir."³⁶⁰

Bununla birlikte İzz b. Abdisselâm'ın ifade ettiği gibi "Bütün yükümlülükler, kulların dünya ve ahiret maslahatlarına geri döner. Allah, herkesin ibadetinden münezzehtir ve kulların ibadetine ihtiyaç duymaz. İtaat edenlerin itaatinden fayda görmez, isyan edenlerin isyanı da O'na zarar vermez."³⁶¹ Dolayısıyla bütün cezai hükümler, Allah hakkı da olsa kulların dünya ve ahiret maslahatına yöneliktir.

Kâsânî, had cezalarının toplumun genel maslahatını koruma ve caydırıcılığı sağlamayı hedeflediğini belirtir. Zina cezasının insanların namus ve iffetini koruduğunu, hırsızlık cezasının malların güvenliğini sağladığını, şarap içme cezasının aklın korunmasını hedeflediğini kazf cezasının da benzer şekilde toplumun ahlaki düzenini koruma amacı taşıdığını ve bu nedenle Allah hakkı olduğunu söyler. Ayrıca kazf cezasında davanın şart koşulduğunu çünkü iftira edilen kişinin kendisine yöneltilen iftiranın getirdiği utancı gidermek için genellikle iftiracıdan bunu talep ettiğini ifade eder. Böylece had cezasının amacı olan toplumsal caydırıcılık sağlanmış olur.³⁶²

³⁵⁸ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverî, *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1999), 13/367.

³⁵⁹ Teftezânî, *Şerhu't-Telvîh ale't-Tavdîh*, 2/309; Şemseddin Muhammed b. Hamza Molla Fenârî, *Fuṣûlu'l-bedâ'iyi*, thk. Muhammed Hüseyin Muhammed Hasan İsmail (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1427), 1/307.

³⁶⁰ Abdilbâkî b. Yûsuf ez-Zürkânî, *eş-Şerhu'z-Zurkânî alâ Muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1422), 8/200.

³⁶¹ İzzüddîn Abdülazîz b. Abdisselâm b. Ebî'l-Kâsım es-Sülemî İbn Abdisselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*, ed. Taha Abdu'r-raûf Sa'd (Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1991), 2/73.

³⁶² Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/56.

Serahsî, had cezalarının Allah hakkı olduğunu ve Allah hakkı olan cezaların da caydırıcılık amacına matuf olduğunu şöyle aktarır:

Hadler caydırıcı cezalardır ve caydırıcı cezalar (zevâcir), Allah hakkı olarak meşru kılınmıştır. Kul hakkı olan cezalar ise (mağdurun affetme hakkına binaen) aslen caizdir. Cezalardan kul hakkı olarak caiz olanlar -telafi/tazmin manasına işaret etmesi için eşitlikten (müsavat) doğan kısas ismiyle vacip olmuştur. Had ismiyle vacip olan cezalar ise Allah hakkıdır ve had nitelemesinde caydırıcılık manasına işaret vardır.³⁶³

Mevsîlî (ö. 683/1284), benzer şekilde caydırıcılıktan kastedilenin dünyayı fesattan arındırmak olduğunu ve bunun da Allah hakkının bir göstergesi olduğunu belirtir.³⁶⁴

³⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/109.

³⁶⁴ Abdullah b. Mahmûd el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr li ta'lîl-i-Muhtâr*, thk. Muhammed Adnan Dervîş (Kahire: Daru'l-Halebî, 1937), 4/96.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN CAYDIRICILIĞI

3.1. HAD CEZALARINDA CAYDIRICILIK

Had kelimesi sözlükte “engelleme” anlamına gelir. Bekçiye “haddâd” denir çünkü insanların içeri girmesini engeller. İnsanların dışarı çıkmasını engellediği için benzer şekilde gardiyana da “haddâd” denilmiştir. Bir yerleşimin sınırlarına da “had” denilir. Çünkü bu sınırlar başka bir mülke girilmesini veya bir kısmının dışarı çıkmasını engeller. Dolayısıyla had, bir şeyi kapsayan ve başkalarının ona dahil olmasını engelleyen genel bir tanımdır. Bu nedenle, şer‘î cezalar da “hudûd” olarak adlandırılır. Allah’ın hadleri onun haram kıldığı şeylerdir.³⁶⁵ Fıkhi bir terim olarak “Allah hakkı olarak yerine “getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti nassla belirlenmiş cezaî müeyyideleri ifade eder.”³⁶⁶ Bu cezai müeyyideyi gerektiren suçlara had suçları (cerâimu’l-hudûd) veya mecazen had/hadler denilir.³⁶⁷ Cezalara neden had denildiği, fiilden önce suça mevâni’ daha sonra zevâcir olduğu şeklinde açıklanmıştır.³⁶⁸

İslam’da suç teşkil eden fiiller, aynı zamanda ahlaki açıdan kötüdür ve dinen haram kabul edilmiştir. Kısas, diyet ve had cezaları; İslam’ın korumayı amaçladığı temel değerler olan can, akıl, nesil, din ve malın muhafazası açısından büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda; sarhoşluk akla, hırsızlık mala, iftira bireyin iffet ve onuruna, eşkıyalık ise toplumsal güvenliğe zarar veren eylemlerdir.³⁶⁹

³⁶⁵ Şu ayet buna delil gösterilmiştir: “Bunlar Allah’ın koyduğu sınırlardır; sakın bu sınırlara yaklaşmayın.” (Bakara 2/187) Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînül-hakâik fî Şerhi Kenzi’-d-dekâik ve Hâşiyetü’ş-Şilbî* (Bulak: Matbaatü’l-kübrâ el-Emîriyye, ts.), 3/163.

³⁶⁶ Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “had”, 3/140-141; Ali Bardakoğlu, “Had”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 14/547.

³⁶⁷ Bardakoğlu, “Had”, 14/548.

³⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/36; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/163; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, ts., 5/2.

³⁶⁹ Bardakoğlu, “Had”, 14/550.

Had cezalarının iki önemli özelliği bulunmaktadır. İlki, nass tarafından açıkça belirlenmiş olmalarıdır. İkincisi ise had cezaları Allah'a ait bir hak olarak kabul edildiği için konu yargıya intikal ettikten sonra düşürülemez. Bu nedenle af veya şefa'at geçerli değildir. Bunun delillerinden biri Hz. Peygamber'den rivayet edilen "Allah'ın hadlerinden biri hakkında şefa'at mi ediyorsun?" ifadesidir.³⁷⁰ Fakat suç mahkemeye intikal etmeden önce arabuluculuk (şefa'at) yapmak henüz cezanın sabit olmaması nedeniyle imkân dahilindedir.³⁷¹

Had cezalarının suç işlenmeden önce önleyici bir tedbir (موانع) suç işlendiğinde tekrar edilmesini engelleyen bir caydırıcı (زواجر) olduğu ifade edilmiştir. Bu cezalar Allah'a ait haklardan kabul edilir, çünkü toplumun genel faydasını gözeterek, zarar verici eylemleri engellemek ve İslam toplumunu fesattan korumak amacıyla meşru kılınmıştır. Örneğin zina haddinde nesil, hırsızlık haddinde mal, içki içme haddinde akıl, kazf haddinde ise iffet korunmaktadır. Bu yüzden had cezalarının gayrimüslimlere de uygulanacağı düşüncesi kabul edilmiştir. Fakat onlar için bir arınma (طهارة) olmadığı ifade edilmiştir.³⁷²

Kur'ân-ı Kerim'de yer alan had cezaları dört tanedir. Bunlar zina edene 100 celde vurulması³⁷³, iffetli bir kadına zina iftirasında bulunana 80 celde vurulması ve şahitliğinin kabul edilmemesi³⁷⁴, hırsızlık suçunu işleyeninin elinin kesilmesi³⁷⁵, eşkıyalık (hırâbe) suçunda suçluların öldürülmesi, asılması, el ve ayaklarının çapraz kesilmesi veya sürgün edilmeleridir.³⁷⁶ İçki içme (şü'rb) suçu, irtidat ve bağy ise had veya ta'zîr cezası oldukları hususunda ihtilaf edilmiştir. Bununla birlikte Hanefî mezhep ulemasının tercih ettiği ve çağdaş müelliflerin de desteklediği kanaat, had suçlarının zina, kazf, hırsızlık, sarhoşluk ve eşkıyalık olmak üzere beş temel suç olduğu, had cezalarının da nasslarda bu suçlar için takdir edilen cezalarla sınırlandırılması gerektiği şeklindedir.³⁷⁷

³⁷⁰ Müslim, "Hudûd", 9.

³⁷¹ Bardakoğlu, "Had", 14/547-548.

³⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/109; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/163; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/212.

³⁷³ *Kur'an Yolu Meali (Erişim 02.072024)*, ts., "Nûr", 24/2.

³⁷⁴ "Nûr", 24/4.

³⁷⁵ 5/38.

³⁷⁶ "Mâide", 5/33-34; Bardakoğlu, "Had", 14/548.

³⁷⁷ Bardakoğlu, "Had", 14/549.

3.1.1. Zina

3.1.1.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Zina, mezheplere göre farklı tanımları olmakla birlikte bir erkeğin aralarında nikah bağı veya şüphesi bulunmayan bir kadınla gayri meşru cinsel ilişkisi anlamına gelmektedir. İslam hukukçuları arasında zina suçunun cezasının bekarlar için 100 celde, evliler için ise recm cezası olduğu kanaati hakimdir.³⁷⁸ Klasik dönemde recm cezasının had sınıfına girdiği yönünde bir fikir birliği mevcuttur. Modern dönemde ise bu cezanın neshedildiğini söyleyen veya tarihsel gerçekliğini reddeden araştırmacılar mevcut olmakla birlikte İslam hukukçularının çoğu, recmi ta'zîr cezası olarak kabul etmektedir.³⁷⁹

Zina suçunun ispatı için dört erkek şahidin, aynı mecliste zina fiilini ayrıntılı bir şekilde birbirleriyle çelişmeden anlatması şart koşulmuştur. Bazı âlimler, şahitlerin had cezasını uygulamak için şahitliklerini ortaya koymaları ve bu sayede caydırıcılığın sağlanması amacıyla, zina eden kişinin erkeklik organını kadının organında görmelerinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir. Eğer şahitler, erkeklik organının kadının organında kaybolduğunu gördüklerine dair şahitlik ederlerse bu yeterlidir ve bu durum mecaz ve benzetme yoluyla vurgulanır. Zina eden kadının veya erkeğin kimliklerinin belirtilmesi, zina yapılan mekânın söylenmesi gerekmektedir. Ayrıca şahitlik edilen yerin belirtilmesi gereklidir; çünkü şahitlerden her birinin farklı bir fiile şahitlik etmiş olma olasılığı bulunmaktadır.³⁸⁰

Bekarlar için zina suçunun cezası Kur'ân-ı Kerim'de aşamalı olarak belirlenmiştir. Bu konuda nazil olan ilk ayet-i kerime şudur: “*Kadınlarınızdan çirkin fiilde bulunanlara karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse, o kadınları ölüm alıp götürünceye yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde tutun.*” (Nisâ, 4/15) Burada zina suçunun cezasının ev hapsi olduğu görülmektedir. Burada zinanın cezası olarak ev hapsi ve belirsiz bir eza ile ta'zîr cezasına hükmedildiği görülmektedir. Belirlenmiş bir had söz konusu değildir.³⁸¹ Fakat bu ceza, daha sonra gelen ayet-i kerime ile neshedilmiştir: “*İçinizden bu çirkin fiili işleyen ikilinin canlarını yakın. Eğer tövbe eder, durumlarını düzeltirlerse artık onlara eziyet etmekten vazgeçin; çünkü Allah tövbeleri çok kabul eden, çok esirgeyendir.*” (Nisâ, 4/16)

³⁷⁸ Mahremlerle olan ilişkinin cezasının farklı bir kategori olarak değerlendirildiği bir sınıflandırma için bk. Sabri Erturhan, *İslam Ceza Hukuku* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020), 126-127.

³⁷⁹ Recm cezasına dair görüşler için bk. Sabri Erturhan, *Fikhi Açıdan Zina ve Cezası* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2021), 146-193.

³⁸⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/364-365.

³⁸¹ Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, 2021, 4/211.

Bu iki ayetin daha sonra Nur Suresi'nde yer alan “*Zina eden kadın ile zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurun. Allah'a ve âhiret gününe inanıyorsanız, Allah'ın dinini uygulama hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın. Mü'minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.*” (Nûr, 24/2) ayetiyle neshedildiği ve zina suçunun cezasının son şeklini aldığı kabul edilmektedir.

Zina suçu ve cezasıyla ilgili sünnete baktığımızda Hz. Peygamber'in verdiği cezaların çoğunun itiraf yoluyla gerçekleştiği ve onun itiraftan vazgeçirme yolunu benimsediği görülmektedir. Ancak olayın doğruluğunu araştırmakla birlikte bu suçu kiminle işlediklerine dair tahkikat yapmamıştır. Zina suçunu işleyenlere karşı kırıncı sözler söylememiş, hatta suçlu aleyhine konuşanları kınamıştır. Ceza infaz edildikten sonra, Allah tarafından affedildiklerine dair sözler söylemiştir. Halk arasında yaygınlık kazanmış vakalarda ise cezayı tatbik etme niyeti olmaksızın şüpheyi ortadan kaldırmak niyetiyle araştırma yaptırmıştır.³⁸²

Zina suçunu önlemeye yönelik birçok tedbir bulunur. Bunlardan ilki dinî ve ahlaki temele dayanmaktadır; bu da güçlü bir Allah ve ahiret inancıyla birlikte ibadetlere devam etmeyi içerir. Daha sonra evlenmenin teşvik edilmesi, erdemli bir çevre, aile içi ve toplumsal düzeyde verilen eğitim, veli veya devlet otoritesi tarafından yapılabilecek olan denetimler ön plana çıkmaktadır. Bu önlemlerin sonuncusu ise cezai müeyyidedir.³⁸³

İslam ceza hukuku zinayı yasakladığı gibi zinaya götüren her türlü fiil ve davranıştan da sakındırmıştır. Şu ayet-i kerime buna delil gösterilir: “*Zinaya yaklaşmayın! Çünkü o hayâsızlıktır, çok kötü bir yoldur.*” (el-İsrâ, 17/32) Zinanın yasak olduğunu bildiren ayet-i kerime “Zina yapmayın” değil de “Zinaya yaklaşmayın” şeklinde nazil olmuştur. Müfessirler bu ifadenin insanlar nezdinde daha tesirli olduğu yorumunda bulunmuştur.³⁸⁴

3.1.1.2. Zina Cezasında Caydırıcılık

İslam ceza hukukunda zina suçunun cezasının meşru kılınmasındaki asıl amaç, genel ve özel yönleriyle caydırıcılıktır. İnsan, zina ile elde edeceği haz ile bu haz sonrası karşılaşacağı ağır cezalar, rezillik, utanç, topluma karşı düşeceği durum ve ölümünden sonra dahi kalacak olan kötü şöhret arasında bir kıyas yapınca, akıyla zinadan uzak durmayı ve bu fiilden kaçınmayı

³⁸² Mehmet Dilek, *Hz. Peygamber'in Sünnetinde Ceza Uygulamaları: Sünnette Ceza Anlayışı* (Ankara: İlâhiyat Yayınları, 2020), 123-124.

³⁸³ Erturhan, *Fıkhi Açıdan Zina ve Cezası*, 33-48.

³⁸⁴ Bk. Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-Şevkânî, *Fethu'l-kadir el-Câmi' beyne fenneyi'r-rivâye ve'd-dirâye min ilmi't-tefsîr* (Dimeşk: Dâru İbn Kesîr, 1414), 2/85.

tercih eder. Bu şekilde hem kendini hem de onurunu muhafaza etmiş olur.³⁸⁵ Aynı zamanda toplum için önemli ve etkili bir ibret niteliğinde olması için suça karşılık ağır bir cezanın gerekliliği ortaya çıkmaktadır.³⁸⁶

Zina suçuna ilişkin tatbik edilen celde cezasının İslam hukukçuları tarafından nasıl değerlendirildiğine baktığımızda karşımıza bu cezanın caydırıcı olması amacıyla konulduğu ve bu amacı çeşitli yönlerden gerçekleştirdiği yorumu çıkmaktadır. Ayet-i kerimede 100 celde olarak belirlenen zina haddi, Elmalılı'nın ifadesine göre hem her iki taraf için de zinanın zevkinin karşılığı olacak ve eşit seviyede yeterli bir caydırıcılık ifade edecek adil bir etkiye sahiptir. Ayrıca kalıcı bir zarar vermemesi ve devlete maddi yük getirmemesi gibi farklı yönleriyle iyi bir yöntemdir.³⁸⁷

Zina cezasının hükmüne ilişkin ayette yer alan “azap” isimlendirmesi bunun bir ceza olduğunu göstermektedir. Suçu tekrar işlemeyi engellediği için azap ve nekâl olarak isimlendirilmiştir. Ayrıca şahit olacak tâifenin “mümin” sıfatıyla kayıt altına alınmasının suçlular üzerinde daha fazla caydırıcı bir etkiye yol açacağı ifade edilmiştir. Bu da müminlerin sözüne güvenilir olma bakımından daha fazla itibar sahibi olmaları, dolayısıyla onların vereceği habere daha çok güvenilecek olmasıyla açıklanır. Böylelikle celde cezasına uğrayan suçlu, onların hazır bulunmasıyla günahının şöhret bulma korkusu taşır. Bu da onun tekrar bu suça yönelmesinin önünde caydırıcı bir faktör olur.³⁸⁸

Şevkanî, *Fethu'l-kadîr*'de zina suçuna verilen celde cezasının zâninin insanların önünde mahcup olup tekrar aynı suçu işlemesinin önüne geçeceğini ifade eder. Bu durumda cezanın alenen uygulanmasının etkili olduğunu ve yalnızca bedeni olarak görünen celde cezasının aleni oluşunun manevi bir tamamlayıcı niteliğinde olduğunu belirtir.³⁸⁹

Celde/kırbaç cezası; insan onuru ile bağdaşmadığı ve günümüz hukuk anlayışına uygun olmadığı için çağdaş bir yaptırım türü olamayacağı yönünde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere genellikle, bu cezanın bazı suçların önlenmesi için zorunlu olduğu şeklinde cevap verilmektedir. Bu bakımdan celde cezasının modern zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek

³⁸⁵ Abdurrahman b. Muhammed Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003), 5/51.

³⁸⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), 3/202.

³⁸⁷ Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, 2021, 4/211.

³⁸⁸ Râzî, *Mefâtihu'l-gayb*, 1420, 23/318.

³⁸⁹ Şevkânî, *Fethu'l-kadîr*, 1414, 4/5.

önemli bir yaptırım olacağı, İngiltere ve Amerika gibi batılı ülkelerin ceza yasalarında bu cezanın bulunduğu ifade edilmektedir.³⁹⁰

Celde aynı zamanda ta'zir cezalarında kullanılan başlıca ceza türüdür. Çünkü bu ceza, öncelikle suçları alışkanlık hâline getirmiş tehlikeli suçlular için en caydırıcı cezadır. Ayrıca her suçluya, işlediği suç ve kişilik özelliklerine uygun bir ceza verme seçeneği sunar. Diğer bir önemli sebep ise kırbaçlama, cezanın amacını gerçekleştirmede başlı başına çok etkilidir. Suçluyu suç işlemekten caydırır, devlet için zorluk çıkarmaz ve suçlunun ailesinin haklarını elinden almaz. En önemlisi, suçlu, hapis cezası alanların karşılaştığı kötü ahlak, sağlık sorunları ve üretime katılmama gibi olumsuz durumlarla karşılaşmaz.³⁹¹

Hırsızlık cezasının el kesme olarak verilmesindeki hikmeti yorumlayan İslam hukukçuları bunu suçu işleyen organ olmasıyla açıklamıştır. Zina cezasında suçu işleyen cinsel organ için neden kesilme cezası verilmediği şeklinde farazi bir soruya verilen cevaplardan biri, bunun caydırıcılık hikmetine matuf olduğu şeklindedir. Zira böyle bir cezayı kimse görmez ve bu nedenle toplum üzerinde caydırıcı bir etkisi olmaz.³⁹² Bu durum, fakihlerin farazi olarak ele aldığı bir soruda dahi cezanın caydırma ve ibret olma vasfını vurguladıklarını ve cezanın asli bir unsuru olarak değerlendirdiklerini göstermektedir.

“Taşlayarak öldürme” anlamına gelen recm cezası, Müslüman, hür ve evlilik yapmış (muhsan) kişilere uygulanan zina cezasıdır.³⁹³ Bu cezanın esasen Kur'an-ı Kerim'de yer aldığı fakat tilavetinin nesholunup hükmünün baki kaldığına dair rivayetler kaynaklarda yer almıştır.³⁹⁴ “Yaşlı erkek ve kadın, eğer zina etmişlerse, Allah'tan bir caydırıcı olarak (نكالا) onları tamamen temizleyin. Allah, her şeye gücü yetendir, hüküm ve hikmet sahibidir.” Fakat bu rivayetler içerik yönüyle tutarsız olduğu gibi senet yönüyle de problemler içerir. Dolayısıyla bu ceza, filî sünnetle sabit olmuştur.³⁹⁵

³⁹⁰ Erdoğan, *Kur'an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 216.

³⁹¹ Al-Lozi, “Special Deterrence in the ‘Ta’zir’ Crimes (misdemeanors and Infractions), and Its Impact on the Offender Rehabilitation Between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain”, 31.

³⁹² Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 13/266; Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezaḥibi'l-erbaa*, 2003, 5/183; Mâverdi'nin fikhî görüşlerini ele aldığı çalışmasında Sabri Erturhan, bu görüşün tenkidinin mümkün olduğunu, zira yalnızca zina eden erkeğin esas alınarak genelleme yapıldığını ifade eder. Bk: Sabri Erturhan, “Mâverdi ve ‘El-Hâvi'l-Kebîr’ Adlı Eseri”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3 (15 Aralık 1999), 484.

³⁹³ Hüseyin Esen, “Zina”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/443.

³⁹⁴ Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Fethu'l-kadîr el-Câmi' beyne fenneyi'r-rivâye ve'd-dirâye min ilmi't-tefsîr* (Dimeşk: Dâru İbn Kesîr, 1414), 4/6; Râzî, Fahrreddîn, *Tefsîrû'l-kebîr/Mefâtîhu'l-ğayb* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, 1420), 23/6.

³⁹⁵ Muhsin Demirci, “Nesih Bağlamında Recim Ayeti Sorunu”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18 (17 Ocak 2014), 117-119.

Bu cezanın Kur'an-ı Kerim'de yer almaması ve sünnetle sabit olması bu cezanın had olarak mı verildiği yoksa ta'zîr niteliği mi taşıdığı tartışmaları ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra çağdaş dönemde bu cezanın Yahudî şeriatında yer aldığı ve İslam hukukunda neshedildiği yönünde fikirler ileri sürülmüştür. Klasik dönem mütekaddim ve müteahhir fukaha ise recmin varlığı ve vucubiyeti konusunda ihtilaf etmemiştir. Biz bu konulardaki tartışmaları bir kenara bırakarak asr-ı saadette ve onu izleyen dönemlerde gerçekleşen bu ceza hakkında kısa bir bilgi verip caydırıcılık ilkesiyle ilişki kurulabilecek yönlerini ele alacağız.

Recmin en önemli şartı olan ihsân kişinin zina fiili sırasında evlilik bağı içinde bulunmasını ifade eder. Şafiî ve Hanbelî mezhepleriyle Hanefîlerden Ebû Yûsuf, Müslüman olmayı ihsan için şart koştur. Hanefîlerin çoğu ve Mâlikîler ise bir kimsenin muhsan sayılabilmesi için Müslüman olmasını şart koşarlar. İlk grup, Hz. Peygamber'in zina eden Yahudi bir kadına recm cezası uygulamasını, ikinci grup ise Hz. Peygamber'in ehl-i kitap bir kadınla evlenmek isteyen bir sahâbîye "O seni muhsan kılmaz" şeklinde bir ifadesini delil olarak göstermiştir.³⁹⁶

Hanefî mezhebinde ihsan şartı, bir nimet olarak telakki edilir ve zinadan caydırıcı olarak görülür. Çünkü zina ve suç, nimet bolluğu ve engelleyici unsurların bulunması durumunda daha ağır ve daha çirkin kabul edilir. Bu yüzden, bu tür durumlarda en ağır cezalar tespit edilmiştir. Yine onlara verilen nimetlerin fazla olması gerekçesiyle Allah Teâlâ tarafından peygamber eşleri, diğer kadınlara kıyasla daha fazla tehdit edilmiştir. Peygamberler de diğer insanların sorumlu tutulmayacağı hatalardan dolayı Allah tarafından uyarılmıştır. İhsan hâli aynı zamanda eşin delilik veya iktidarsızlık gibi sağlık problemlerinden dolayı kaybolabilir. Bu da nimetin külfet getirmesi prensibiyle açıklanabilir.³⁹⁷

Hz. Peygamber'in "Allah'ın koyduğu cezalardan bir cezanın infazı yeryüzüne otuz sabah yağmur yağmasından daha hayırlı olacaktır" dediği rivayet edilmiştir.³⁹⁸ Burada sabit olan bir had cezasını uygulamanın önemine dikkat çekilmiştir. Hz. Peygamber, hırsızlık suçuna ilişkin af ve şefaate taleplerini reddetmiş, ona intikal eden sabit bir suçun cezasını uygulama noktasında tereddüt göstermemiştir. Sabri Erturhan, bu durumun recm cezasının had değil ta'zîr olduğunu gösterdiğini belirtir.³⁹⁹

³⁹⁶ Şamil Dağcı, "İhsan", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 21/547; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/364-365.

³⁹⁷ Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/173.

³⁹⁸ İbn Mâce, *es-Sünen*, "Hudûd", 3 (No. 2539).

³⁹⁹ Erturhan, *Fıkîhî Açısından Zina ve Cezası*, 189.

Bekarlar için uygulanan zina cezasında celdenin yanı sıra sürgün cezasının da verildiği görülmektedir.⁴⁰⁰ Bu cezanın, suçun kısa süre içinde unutulmasını ve suçlunun psikolojik baskılara maruz kalmasını engelleme maksadı taşıdığı ifade edilmiştir.⁴⁰¹ Ayrıca kişiyi suç ortamından uzaklaştıracağı (teb'îd) ve yeni bir başlangıç yapmasını sağlayacağı, bununla birlikte suçluyu çevresinden ve sevdiklerinden istemediği hâlde ayırmak suretiyle elem duymasına sebebiyet vereceği, bu şekilde cezanın caydırıcı bir işlev göreceğinden bahsedilmiştir.⁴⁰²

Bu ceza, Şafîî, Mâlikî, Hanbelî ve Zahirî mezheplerine göre had cezası, Hanefî mezhebine göre ise ta'zir mahiyetindedir. Mâlikî ve Şafîî mezhepleri, Hz. Peygamber'in bu konudaki bir uygulamasına dayanarak zina suçunda celde cezasıyla birlikte sürgün cezasının verilmesinin haddin bir parçası olduğunu savunur. Hanefî mezhebine göre ise sürgün hadde dahil değildir ve ta'zîren verilebilir.⁴⁰³ Hanefî mezhebinde sürgünün haddin bir parçası olmamasının başlıca sebebi ayette sürgün yer almadığı için nassa ilave niteliğinde görmeleridir. Nassa ilave nesihtir ve Hanefî mezhebine göre haber-i vâhidle Kur'an hükmünü neshetmek mümkün değildir.⁴⁰⁴ Ebu Hanîfe, sürgünün aslî bir ceza olamayacağını, şayet öyle olsaydı Kur'an'da celdeyle birlikte zikredileceğini ifade eder. Ona göre maslahatın sürgünü gerektirmesi farklı durumlara göre değişiklik arz eder.⁴⁰⁵

Zina suçu işleyen kadınların sürgün edilip edilmeyeceği meselesi mezhepler arasında ihtilafıdır.⁴⁰⁶ Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre kadınlar sürgün edilmez. Hanefî mezhebi âlimi Serahsî, kadının gurbette himayesiz kaldığı için fitneye maruz kalma ihtimali bulunduğunu ve bu durumun onu zina fiilini tekrar irtikab etmeye teşvik anlamına geleceğini söyler.⁴⁰⁷ Mâlikî mezhebinin gerekçeleri arasında; kadınların korunmaya muhtaç oluşu, tek başına sürgün edilmeleri durumunda aynı suça sürüklenme riskinin artması, mahremleriyle birlikte yolculuk etmeleri hâlinde masraflarının başkası tarafından üstlenilmesinin adil olmayacağı ve bu şekilde suçsuz bir insanın cezaya ortak edilmesi sayılmaktadır.⁴⁰⁸ Mâlikî

⁴⁰⁰ Buhari, "Şehadat", 8; Buhârî, "Hudud", 32; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/453.

⁴⁰¹ Abdülkâdir Üdeh, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, çev. Ali Şafak - Ruhi Özcan (Ankara: Rehber Yayıncılık, 1990), 2/216.

⁴⁰² Üdeh, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1990, 2/216; Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 88.

⁴⁰³ Ebü'l-Velîd Bâcî, *el-Müntekâ* (Kahire: Matbaatü's-saâde, 1332), 7/137; Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/45; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/243; Rifat Uslu, "İslam Hukukunda Sürgün Cezası", *Yeni Fikir Dergisi* 7/14 (01 Temmuz 2015), 127.

⁴⁰⁴ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/39.

⁴⁰⁵ Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1985), 38.

⁴⁰⁶ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/61.

⁴⁰⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/45; Şemsü'l-eimme Serahsî, *Mebsût 1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler*, thk. M. Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev, 2008), 9/77.

⁴⁰⁸ Bâcî, *Müntekâ*, 7/137.

fakihi Kâdî Abdülvehhab (ö.422/1031) sürgün cezasının kadının mahremiyetini ihlal edeceğini ve suçun tekerrürüne yol açacağını, dolayısıyla cezanın caydırıcılık ifade etmeyeceğini belirtir.⁴⁰⁹

Zarurât-ı hamseden neslin muhafaza altına alınması ve sağlıklı bir toplum inşası için zina yasaklanmıştır. Bu amaca matuf olarak cahiliye döneminde var olan çocuğun nesebinin zâni erkeğe bağlanması uygulaması kaldırılmış ve nesebin sübutu için nikah akdi şart koşulmuştur. Biyolojik babalık sabit olsa dahi nikah dışı birliktelik nesep ilişkisi meydana getirmemektedir. Zina sonucu meydana gelen çocuğun nesebi bu konudaki bir hadis dayanak gösterilerek anneye bağlanmaktadır. “Çocuk, annesiyle evli olan kocaya (sahib-i firâşa) aittir. Zina eden için ise mahrumiyet vardır.”⁴¹⁰ Bu nedenle günümüzde DNA testiyle babanın kim olduğu tespit edilse dahi zinaya meşruiyet kazandırmamak ve zina eden erkeğin neslini bu yolla artırması ve şeref kazanmasına engel olmak amacıyla böyle bir ceza öngörülmüştür.⁴¹¹ Ancak bunun günümüz koşullarında geçerli olmadığını, aksine nesebin babaya tabi kılınmasının nafaka gibi sorumlulukları getireceği için daha etkili bir cezalandırma yolu olduğunu söyleyen yazarlar mevcuttur. Ayrıca çocuğun nesebinin DNA testi yoluyla tespit edilebileceği, bunun İslam’ın ruhuna aykırı düşmeyeceği ve bu şekilde çocuğun mağdur olmasının önüne geçilebileceği de ifade edilmiştir.⁴¹²

İslam âlimleri, zina suçunun cezasının belirlendiği ayetten hemen sonra yer alan “Zina eden erkek ancak zinakâr veya müşrik bir kadınla evlenir, zina eden kadınla da ancak zinakâr veya müşrik bir erkek evlenir. Bu müminlere haram kılınmıştır.” (Nûr, 24/3) ayetini, burada yer alan ifadenin yasaklayıcı bir hüküm içerip içermediği veya nesh edilme ihtimali açısından tartışmışlardır. Müfessirler bu ayetteki haramlık ifadesiyle ilgili farklı içtihatlarında bulunmuşlardır. Bir görüşe göre bu ayet haramlık anlamı taşımaz. Yalnızca iffetli bir Müslüman’ın, öyle olmayan biriyle evlenmeyi zaten arzulamayacağına dair yaygın bir kanaat bulunduğu varsayımına dayanır. Yahut müminlerin iffetli eş adaylarından yüz çevirip böyle olmayanlarına yönelmesinin haramlık vasfı taşıdığını fakat bu evliliğin haram olduğu anlamına gelmediğini gösterir. Başka bir görüşe göre bu ayet haramlık ifade etmektedir. Bu görüşü

⁴⁰⁹ Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Alî b. Nasr et-Tağlibî Bağdâdî, *el-Ma’ûne ‘alâ mezhebi ‘âlimi’l-Medîne*, thk. Hamîş Abdu’l-hak (Mekke: el-Mektebetü’t-Ticâriyye, ts.), 3/1381.

⁴¹⁰ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999), 8/162; Şemsü’l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.), 17/154; Esra Özer, *Hanefî ve Şafî Mezhepleri Çerçevesinde İslâm Hukukunda Nesep* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023), 78.

⁴¹¹ Özer, *İslâm Hukukunda Nesep*, 80.

⁴¹² Salih Kumaş - Meryem Manav, “İslâm ve Türk Ceza Hukuku’nda Suçlu Yakınlarının Mağduriyetini Giderici Bazı Hükümler”, *Usul İslam Araştırmaları* 34/34 (31 Ekim 2020), 121-126.

savunanlardan Said b. Müseyyeb’e göre başka bir ayet yoluyla, Cübbâi’ye göre ise icmâ yoluyla evlenme yasağı neshedilmiştir. Ayette geçen “ez-zânî” ve “el-müminûn” kelimelerindeki “el” takılarının görünüş itibarıyla umûmiyet içerse de esasen ayetin indiği belirli bir grupla sınırlı olduğunu düşünenler de bulunmaktadır. Mücâhid, Atâ b. Ebî Rebah ve Katâde bu görüştedir. Sahabeden Hz. Ebu Bekir, Hz. Ömer, Hz. Ali, Hz. Aişe, İbn Mesud’un ise evlenmenin haram olduğu görüşünü benimsediği rivayet edilmiştir.⁴¹³

Bursalı İsmail Hakkı (ö. 1137/1725) “Ayetteki tenzihin tahrir ile ifade edilmesi, zinadan uzaklaştırma/zecr hususunda mübalağa içindir.” demiştir. Şükrü Selim Has, durum ne olursa olsun, bu hüküm ve yapılan yorumlarda zina fiilinden caydırıcı ifadeler görüldüğünü, tabiatı bozuk olmayan kadın veya erkeğin zina etmemiş olan kişiyi eş olarak seçmek isteyeceğini ve bu ilahi hükmün kesinlikle caydırıcılık vasfı taşıdığını belirtmiştir. Has, zina suçunun, kişiyi neredeyse İslam toplumundan çıkartıp müşriklerin safına ittiğini söylemiş ve bu düşüncesini Elmalılı’nın şu açıklamalarıyla desteklemiştir:⁴¹⁴

...Üçünü olarak haramı helal saymak ve hafife almak gibi küfre delalet eden bir durum olmaksızın kişinin zina fiili açıkça sabit olmuşsa ve daha önce başından nikah geçmemişse, böyle kişilerle iffetli mü’minlerin evlenmesi tahrimen mekruhtur. Bununla birlikte nikah akitleri geçerlidir. Ayetteki yasaklamanın bu durumu içine alıp almadığı hakkında şüphe bulunmaktadır. Bu nedenle bu konu içtihadı açık bir meseledir. Zikredilen görüş ayrılığı yalnızca bu kısım ile ilgilidir.⁴¹⁵

İbn Teymiyye “Zina suçu işlemiş olanların nikahı müminlere haram kılındı” ifadesiyle ilgili yorum yaparken zinanın küfür ya da küfre denk bir suç olduğunu, gerçek imanın, bir mümini Allah’a karşı gelmekten ve böyle bir yasağı çiğnemekten alıkoyacağını; zayıf imanın ise müşrikin şirk koşmasını engelleyemediği gibi zaninin de zina etmesini engelleyemediğini söyler. Has, İbn Teymiyye’nin bu ifadelerini de mümini müşrik seviyesine indiren bu müeyyidenin caydırıcılık tesirinin daha fazla olduğu yorumunu desteklemek amaçlı yer verir.⁴¹⁶

Zeki Duman da bu ayetin neshedildiğine veya bağlamı farklı olduğuna dair yapılan yorumlarda müfessirlerin tefsir metodolojisine aykırı bir tutum gösterdiğini söylemiş, kendi görüşlerini şöyle açıklamıştır: Tövbe, bir suçun yalnızca ahiretteki günahını kaldırır, dünyevi cezasını iptal edemez. Dolayısıyla caydırıcılık ilkesi gereği ve fuhşun önlenmesi için tövbe zâninin

⁴¹³ Râzî, *Mefâtihu’l-gayb*, 1420, 23/318-319; Âlûsî, *Rûhu’l-Meânî*, 9/282-286.

⁴¹⁴ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 85-87.

⁴¹⁵ Elmalılı, *Hak Dini Kur’an Dili*, 2021, 4/217-218.

⁴¹⁶ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 87.

müminlerle evlenme yasağını iptal etmemelidir. Tövbe, zina işlemiş birini toplumun nezdinde hiç zina etmemiş birine döndüremez. Hırsızın çaldığı malın bedelini sahibine geri ödeyip onunla helalleşme imkânı bulunurken, aynı imkân zina suçu için bulunmaz.⁴¹⁷

İslam ceza hukukunda kişinin zorunlu olarak cezalandırılması, asli bir amaç olarak görülmemektedir. Bu ceza, tebeî bir yaptırım (ek ceza) olarak dahi tartışmalı bir nitelik arz etmektedir. İslam ceza hukuku, caydırıcılığı sınırsız ve ölçüsüz bir ilke olarak benimsememektedir. Celde cezası almış ve bu ceza aleni şekilde uygulanmış bir kişinin, tövbe etmesine rağmen hayatı boyunca toplumdan dışlanması ve damgılanması, İslam ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Hırsızın mal sahibiyle helalleşebilmesine karşın, zina eden kişinin benzer bir imkâna sahip olmadığı yönündeki yorum, geçerli bir kıyas olarak değerlendirilemez. Bilakis Allah hakkına ilişkin suçlarda tövbe kapısı sonuna kadar açık tutulmuş; itiraf teşvik edilmemiş ve bireye itiraftan geri dönme hakkı tanınmıştır. Bu çerçevede bakıldığında, hızlı ve etkili bir yaptırım olan celde cezasına ek olarak bireyin hayatı boyunca toplumsal etiketlemeye maruz bırakılması; özellikle zina suçunun yaygın olmadığı bölgelerde evlilik imkânının ortadan kalkması ya da suçun tekrarlanmasına yol açabilecek sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla daha önce belirtildiği üzere, nesh hükmüne ulaşan veya ilgili ayeti farklı bir bağlamda değerlendiren müfessirlerin isabetli bir görüşe sahip olma ihtimali bize göre oldukça yüksektir.

3.1.2. Zina İftirası (Kazf)

3.1.2.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Kazf kelimesi, herhangi bir şeyi atmak anlamına gelir. Fıkıh ıstılahında ise; “Muhsan olan bir kişiye zina iftirasında bulunmak veya nesebini reddetmektir.”⁴¹⁸ Zina iftirasında bulunan kişiye “kâzif”, iftiraya uğrayan kişiye de “makzûf” denir.⁴¹⁹ Kazf, meşru olmayan, insanı rencide edip üzen, zararı açık ve telafisi son derece güç olan bir suçtur.⁴²⁰

Kur’ân-ı Kerim’de yer alan “İffetli kadınlara iftira atan, sonra da dört şahit getiremeyen kimselere seksen sopa vurun ve artık onların şahitliklerini asla kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkanların (fâsıkların) ta kendileridir.” (en-Nûr, 24/4) ayeti zina iftirasının cezasına dair hükmü

⁴¹⁷ Zeki Duman, *Beş Surenin Tefsiri* (Kayseri: Fecr Yayınevi, 1999), 177.

⁴¹⁸ Hamza Aktan, “Kazf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25/148.

⁴¹⁹ Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 147.

⁴²⁰ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/230.

belirlenmiştir. Buna göre, zina iftirası (kazf) cezasının celde, şahitliklerinin reddi ve fasıklıkla nitelendirme olarak üç hükmü olduğu ifade edilmiştir.⁴²¹

Kâzife had cezasının uygulanabilmesi için; akıl bâliğ olması, iftirayı kendi iradesiyle yapmış olması ve iddiasını dört şahitle ispat edememesi gerekir. Ancak kâzifin hür, Müslüman, zimmi, zânî veya sarhoş olması gibi nitelikleri kazf haddinin uygulanmasını etkilemez. Ayrıca Hanbelî mezhebine göre, kâzifin makzûfun babası veya dedesi olmaması şartı koşulmaktadır.⁴²²

Kazf suçuna ilişkin davayı, makzûf (iftiraya uğrayan kişi) bizzat açmak zorundadır. Makzûfun yerine velisinin dava açması mümkün değildir. Ebû Hanîfe'ye göre kazf, şahsî bir hak niteliği taşır ve kişinin vefatıyla birlikte bu hak düşer. Diğer üç mezhebe göre ise, makzûfun mirasçıları halefiyet yoluyla davaya taraf olabilir ve dava sonuçlandırılır. Eğer iftira, vefat etmiş bir kişiye yöneltilmişse; ittifakla onun halefleri dava açma hakkına sahiptir.⁴²³ Bu görüş farkının nedeni, ölüye atılan iftiranın dolaylı değil, doğrudan onun mirasçılarının şeref ve itibarıyla ilgili olmasıdır. Dolayısıyla bu durumda hak, doğrudan mirasçılara aittir. Makzûf hayatta olduğu halde dava açmamışsa, bu durum onun şahsî bir hak olan kazf davasını kullanmayı bilinçli olarak reddettiği şeklinde yorumlanır. Hanefî mezhebi, kazf suçunu Allah hakkı kapsamında değerlendirmekle birlikte; soruşturma ve kovuşturmanın başlatılabilmesi için makzûfun dava açmasını şart koşmuştur. Bu yaklaşım, suçun alenileştirilmesini önlemek ve bireyin daha büyük bir mağduriyet yaşamamasını engellemek amacına yöneliktir.⁴²⁴

Kazif suçunda Allah hakkı ve iftiraya uğrayan kişinin hakkı olmak üzere iki hak ihlali vardır. Mezhep imamları, hangi hakkın önde olduğu konusunda ihtilafa düşmüştür. Ebu Hanife, Allah hakkının ağır bastığını düşünürken yine Hanefî alimlerden bazıları kul hakkının üstün olduğunu ve cezanın kul hakkı ihlalinin verildiğini düşünmektedir. İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel kul hakkını üstün tutarken İmam Mâlik, makzûfun şikâyetinden önce kul hakkı, şikâyetten sonra ise Allah hakkının öne geçtiğini düşünür. Bu ayrımın önemi şöyle izah edilir; kul hakkı üstün sayıldığında şikâyet hakkı haleflere geçerken Allah hakkı üstün tutulduğunda veraset söz konusu olmamaktadır. Yine Allah hakkının üstün kabul edilmesi durumunda af söz konusu iken kul hakkının üstünlüğünde kimsenin affa yetkisi yoktur sadece makzûfun af hakkı bulunur.⁴²⁵

⁴²¹ Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 3/345.

⁴²² Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Islâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/230-231.

⁴²³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2004, 2/370; Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 153.

⁴²⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/322-323; Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 2/481-483.

⁴²⁵ Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 153.

3.1.2.2. Kazf Cezasında Caydırıcılık

Kazf cezasında ayetle belirlenen hükümlerin bir arada bulunmasının, suçun ne denli büyük olduğunu göstermekle birlikte caydırma etkisini artırdığı ifade edilmiştir. Klasik dönem fakihleri de kazf cezasının iftiraya maruz kalan kişinin utancını yok etmek için caydırıcı maksatla konulmuş bir ceza olduğunu vurgulamıştır.⁴²⁶

Kasânî, kişisel çıkarları da etkileyen ancak hukuktaki caydırıcı etkisinden dolayı cezanın zorunlu olduğu bir Allah hakkı suçu olarak değerlendirilen kazfı hırsızlığa benzetmektedir.⁴²⁷

Bu yaklaşımlardan hareketle kazf suçunun amacının saygın kişilerin dürüstlüğü ve iyi itibarını korumak ve pervasızca asılsız suçlamaların yöneltilmesinin önüne geçmek olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu ceza, geleneksel aile kavramını korumak gibi geniş kapsamlı hedeflere sahiptir.⁴²⁸

Bu ceza hem Allah hakkını hem de kul hakkını birlikte içerir. Allah hakkı olması toplumun fesattan arındırılması ve kötülüklerden temizlenmesi hikmetine matuf olarak teşri kılınması yönüyledir. Kazif haddinin aynı zamanda iftiraya uğrayan kişinin üzerindeki utancı gidermek için meşru kılındığı belirtilmiştir. Bu da iftiraya uğrayan kişinin özel olarak bundan yararlandığını gösterir ve kul hakkı içermektedir.⁴²⁹ Hanefî mezhebine göre içinde kul hakkı da bulunmakla birlikte esasen Allah hakkıdır. Şafii mezhebine göre ise kul hakkının ağır bastığı suçlardandır. Şafii mezhebinin bu konudaki delili iftiranın kişinin şeref ve itibarına bir saldırı olmasıdır. Bu da kişinin özel hakkıdır. Hz. Peygamber'den rivayet edilen şu hadis buna delil gösterilmiştir: “Sizden biri, Ebu Damdam gibi olmaktan aciz mi? O, her sabah şöyle derdi: Allah'ım! Ben, onurumu senin kullarına sadaka olarak bağışladım.”⁴³⁰ Bu hadis, insanın onurunun kendine ait bir hak olduğunu ve helal edebileceğini göstermesi yönüyle delil gösterilmiştir. Hanefî mezhebinin bu konudaki başlıca delili ise kazf haddinde recm cezasında olduğu gibi ihsanın (evlilik) şart olmasıdır. Bu da kazf haddinin zina cezasında olduğu gibi Allah hakkı olduğuna delalet etmektedir. Hanefî mezhebinin diğer bir delili ise şudur: Had cezası, zinanın etkilerini ortadan kaldırmak için meşru kılınmıştır. Fuhşiyatın yayılmasını önlemek ise Allah hakkıdır. Dolayısıyla kazf haddinin infaz edilmesi, zina eden kişiye verilen

⁴²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/112.

⁴²⁷ Intisar Rabb, “The Islamic Rule of Lenity: Judicial Discretion and Legal Canons”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 44/5 (01 Ocak 2011), 1335.

⁴²⁸ *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan* (Stanford, CA: Afghanistan Legal Education Project (ALEP), 2012), 94.

⁴²⁹ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/205.

⁴³⁰ Ebû Dâvûd, “Edeb”, 36.

had cezası ile aynı amaca yöneliktir. Her ikisi de mahremiyetin korunmasını ve zinanın etkisinin ortadan kaldırılmasını amaçlar.⁴³¹

Hanefî mezhebine göre İslam ülkesine emanla giren yabancı gayrimüslim kişi olan müste'mene de kazf haddi uygulanır. Çünkü kul haklarıyla ilgili cezai yaptırımların muhatabıdır. Ancak kul hakkı içeren kısas cezalarında olduğu gibi kazf haddinde, iftiraya uğrayan kişi cezanın infazını kendi başına gerçekleştiremez. Çünkü uygulayana göre celde cezasının verdiği acı değişkendir. Dolayısıyla cezanın infazı iftiraya uğrayan kişiye bırakıldığı takdirde, duyduğu öfke nedeniyle sınırı aşması mümkündür. Bu yüzden, haddin infazı devlet yöneticisinin yetkisine tevdi edilmiştir. Bu uygulama hem mağdurun hem de suçlunun hakkını korumak içindir. Bu durum kısas cezasında farklıdır. Çünkü kısasın uygulanacağı miktar belirli ve ölçülüdür. Eğer mağdur veya varisleri sınırı aşarsa, fark edilir ve engellenir.⁴³²

Hanbelî ve Şafî mezheplerine göre kazif cezası kul hakkının öncelikli olduğu bir cezadır. Çünkü bu cezadan mağdur kısasta olduğu gibi özel olarak fayda sağlar. Bu nedenle ancak mağdurun talebiyle uygulanabilir. Mağdur, bu cezayı kâziften düşürebilir, onu affedebilir ya da bu haktan feragat edebilir. Ayrıca bu hak, mağdurdan miras olarak kalabilir. Mâlikî mezhebinde de af, hâkime başvurulmadan önce geçerlidir. Eğer mesele hâkime iletilmişse ancak mağdurun kendi itibarına zarar gelmesinden endişe etmesi durumunda af geçerli olur. Bu ithamdan etkilenmeyecek kadar güçlü bir itibara sahipse böyle bir affın geçerliliği olmaz. Hanefî mezhebinde ise mağdurun (makzûf), af yoluyla had cezasını düşürme yetkisi yoktur. Bu durum bu suçun ağırlıklı olarak Allah hakkı içermesi sebebiyledir.⁴³³ Bu ceza mağdurun onurunu koruma amacını taşısa da aynı zamanda caydırıcılık içerir ve bu nedenle had cezası olarak teşri kılınmıştır. Caydırıcılığın amacı ise toplumu fesat ve kötülükten arındırmaktır. Bu da şer'î bir hak olduğunu gösterir. Ayrıca kulun hakkı Allah'a ait olması durumunda, şer'î bir hak haline gelir. Fakat bunun tersi geçerli değildir. Çünkü kulun hakkı doğrudan değil, vekaleten (niyabeten) uygulanır. Bu, farklı meselelerin çözümlerine dayanak teşkil eden genel bir kuraldır. Örneğin, miras şer'î haklarda değil, yalnızca kul haklarında geçerlidir. Kul ancak mal niteliği taşıyan bir hakkı miras yoluyla devralabilir. Kazf haddi ise mal sınıfına girmez ve ölümle birlikte sona erer.⁴³⁴ Bu cezada Hanefî mezhebinin kul hakkını değil Allah hakkının daha baskın olduğunu düşünerek genel caydırıcılığı/toplumun kötülükten korunmasını

⁴³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/109-110.

⁴³² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/109.

⁴³³ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/111.

⁴³⁴ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/205.

önemsediğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla onların düşünce sistemine göre mağdurun af yetkisi olmaması caydırıcılığın bu cezada daha ağır olmasıyla ilişkilidir.

Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, kazf cezasında celdenin uygulanmasıyla ilgili yorum yaparken maksadın caydırıcılık olduğunu, bir eğlence veya itlaf olmadığını; bu vücutta kalıcı doku hasarına izin vermeyecek şekilde, orta halli bir celde uygulamak gerektiğini ifade etmiştir.⁴³⁵

Zina iftirasında tebeî ceza olan şahitliğin kabul edilmemesi, bir Müslüman için önemli bir itibar kaybıdır. Şükrü Selim Has, bu meseleyi yorumlarken o dönemde şahitlik müessesesinin sözlü kültür dolayısıyla çok önemli olduğuna bu nedenle şahitliğin kabul edilmemesinin kazf suçundan kaçınmak için önemli bir gerekçe olduğuna dikkat çekmiştir.⁴³⁶

Kazf suçunu işleyen kişinin tövbesinin kabul edilip edilmeyeceği, şahitlik bağlamında tartışılmıştır. İmam Mâlik, İmam Şafiî ve Ahmed b. Hanbel bu suçu işleyen şahitliğinin tövbe ettikten sonra kabul edileceğini düşünür. Ebu Hanife ise ebedi olarak şahitliğinin kabul olmayacağı kanaatine sahiptir. Burada tartışmanın kaynağı bir sonraki ayette yer alan istisna edatının nereye döndüğüyle ilgilidir. Bu ayet şöyledir: “*Bundan sonra tövbe edip hallerini düzeltenler müstesna. Allah çok bağışlayıcıdır, çok esirgeyicidir*”⁴³⁷ (Nûr, 24/5). Buna göre Ebu Hanîfe istisnanın sadece fasıklığı ortadan kaldırdığını, şahitlikle ilgili durumun değişmeyeceğini düşünürken, İmam Şafiî ise istisnanın her ikisini de kapsadığına kanaat getirmiştir.⁴³⁸ Behnesî, fasıklığın kalkmasıyla birlikte şahitliğin reddinin devam etmesinin İslam hukukuna uygun olmayan, usule aykırı bir tutum olduğunu söyler.⁴³⁹

Bazı muasır İslam hukukçuları, mahkemeden önce veya sonra kazf suçu işleyen şahsın pişmanlık duyması, iftira attığı kişiden helallik alması hâlinde suça ilişkin aslî ve fer'î bütün ceza türlerinin düşeceği kanaatine sahiptir.⁴⁴⁰

Elmalılı, zina isnadı için en az dört şahidin gerekli olduğunu, kısasta ise iki adil şahidin yeteceğini söyleyerek bunun sebebini namuslu bir kadına yapılan iftiranın adam öldürmekten daha ağır olması şeklinde açıklar.⁴⁴¹ Filistinli müfessir Muhammed İzzet Derveze (ö. 1984),

⁴³⁵ Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, 4/208-209.

⁴³⁶ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 104.

⁴³⁷ “إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ”

⁴³⁸ Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî İbn Rüşt, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid* (Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2004), 4/226; Ahmed Fethî Behnesî, *el-Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâru's-Şurûk, 1403), 172-173.

⁴³⁹ Behnesî, *el-Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 172-173.

⁴⁴⁰ Nihat Dalgın, *İslam'da Teybe ve Cezalara Etkisi* (Samsun: Etüt Yayınları, 1999), 140.

⁴⁴¹ Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, 4/219.

insan onurunun toplumsal yaşamın en önemli meselelerinden biri olduğunu, zina ithamının ferdi, ailevi ve toplumsal zararlar meydana getireceğini söyler. Bu nedenle kazf suçuna had cezasının farz kılınması insanların namuslarına saldırıyı ve bu konudaki duyarsızlığı önlemek adına caydırıcı bir unsurdur. Zina ithamında dört şahit gerekli görülmesi de, toplumda dedikodunun ve kötü fiillerin yayılmasını engelleme hususunda güçlü bir araçtır.⁴⁴²

Şahitliğin reddedilmesinin Kur'an veya Sünnet'te kazf suçu dışında zikredilmemektedir. Ancak diğer had suçları için İslam hukukçuları, suçlunun ahlaki bütünlüğünü veya adalet vasfını yitirdiği gerekçesiyle bu kuralı uygulamışlardır. Muhammed Selim Avvâ, bu durumun insanları söz konusu suçlardan caydırmak için bir araç olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Zira adalet vasfı olmayan biri saygın bir kişi olarak düşünülemez. Bunu kimse riske atmak istemeyecektir. Kazf suçu için getirilen şahitlik reddi kuralının diğer had suçlarına da genişletilmesinin tek açıklaması Selim Avvâ'ya göre bu olabilir.⁴⁴³ Şükrü Selim Has da bu meseleyi değerlendirirken o dönemde şahitlik müessesesinin sözlü kültür dolayısıyla çok önemli olduğuna bu nedenle şahitliğin kabul edilmemesinin kazf suçundan kaçınmak için önemli bir gerekçe olduğuna dikkat çekmiştir.⁴⁴⁴

Mezhep imamları had cezası uygulandıktan sonra iftiracının (kazif) şahitliğinin kabul edilmeyeceği hususunda ittifak sağlamıştır. Bu hüküm şu ayet-i kerimeyle delillendirilmiştir: *“İffetli kadınlara iftira atan, sonra da dört şahit getiremeyen kimselere seksen sopa vurun ve artık onların şahitliklerini asla kabul etmeyin.”* (Nur, 24/4) Sopa cezası caydırıcılık içindir ve eziyete karşılık eziyet verilmesi anlamını taşır. Şahitliğin reddi de dilin işlediği bu büyük günaha karşılık bir ceza olup, hırsızın elinin kesilmesine benzetilmiştir. İslam hukuku, dili işlediği büyük günah sebebiyle etkisiz hâle getirmiş, adeta onu yok saymış ve söylediklerine güvenilmemesini hükme bağlamıştır. Böylece toplum içinde bu insanın söyledikleri itibarsız hâle gelecektir. Fasıklık hükmü ise caydırıcılığı daha da güçlendirmek içindir. Çünkü had cezası ile şahitliğin reddedilmesi cezaları, bu kişinin Allah'ın emirlerine aykırı davrandığı gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte İslam Devleti'nde yaşayan bir gayri müslim zina iftirası sebebiyle had cezası almış olabilir. Böyle bir durumda onun şahitliği diğer zimmîlere karşı da kabul edilmez. Bu da had cezasını tamamlayan tebeî bir ceza olarak uygulanır.⁴⁴⁵

⁴⁴² Muhammed İzzet Derveze, *et-Tefsîrû 'l-hadîs* (Kahire: Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, 1383), 8/371.

⁴⁴³ Muḥammad Salīm 'Awwā, *Punishment in Islamic Law: A Comparative Study* (American Trust Publications, 1982), 92.

⁴⁴⁴ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 104.

⁴⁴⁵ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/192.

Kazif suçuna uygulanan şer'î had çağdaş dönemde tartışmalara sebep olmuştur. Bu cezayı ağır olduğu veya modern zamana uygun olmadığı gibi gerekçelerle eleştirenlere karşı İslam hukukçuları, bu suçun topluma verdiği zararı anlamak ve ardından verilen cezayla karşılaştırmak gerektiğini, dolayısıyla cezanın suçla orantılı olduğunu vurgulayarak müdafaa etmiştir.⁴⁴⁶

Günümüzde kitle iletişim araçları son derece gelişmiş ve bu araçlardan biri olan sosyal medya kullanımı yaygınlık kazanmıştır. Önceki dönemlerde kısa süre içinde unutulmaya mahkûm olan olaylar veya sözler, erişim kolaylığı sayesinde hafızalarda yer etmeye başlamıştır. Dolayısıyla günümüzde atılan bir iftiranın, geniş çaplı olumsuz etkiler doğurması muhtemeldir. Nitekim iftiraya maruz kalan bireylerin maddi ve manevi birtakım zorluklar yaşadığı hatta intihara sürüklendiği görülmektedir.

3.1.2.2.1. Liânda Caydırıcılık

Liân, sözlükte “kovmak, Allah’ın rahmetinden uzaklaşmak” anlamına gelen la’n kökünden türeyen liân ve eş anlamlısı olan mülâane sözcüğü “karşılıklı lânetleşme” anlamına gelmektedir. Fıkıh terimi olarak “karısının zina ettiğini veya doğan/doğacak çocuğun zina ürünü olduğunu iddia eden kocanın hâkim huzurunda bunu yeminle teyit etmesi, kadının da kocasının yalan söylediğine ve kendisinin masum olduğuna aynı tarzda yemin etmesidir.”⁴⁴⁷ Zina iftirasının bir istisnası durumundadır.⁴⁴⁸

Liânın Müslümanlardan bir topluluğun (zina ithamına benzetilerek en az dört kişi) huzurunda yapılması müstehap olarak görülmüştür. Genç yaşta olmalarına rağmen İbn Abbas, İbn Ömer ve Sehl b. Sa’d gibi sahabilerin lian uygulamasında hazır bulunmaları, bu uygulamanın topluluk huzurunda gerçekleştirilmesinin önemine delil olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla liânın çok sayıda insanın huzurunda gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu işlemin topluluk içinde yapılmasının caydırıcılık ve yaptırım gücünü artırmak için olduğu vurgulanmıştır. Aynı zamanda lian sırasında eşlerin ayakta bulunması da müstehaptır. Önce koca ayağa kalkar ve lanetleşme beyanlarını yapar. Daha sonra kadın ayağa kalkar ve kendi beyanlarını yapar. Bu durum, Hz. Peygamber’in Hilal bin Ümeyye’ye söylediği şu ifadeye dayanır: “Kalk ve dört kez şahitlik et. Bir insanın ayakta durarak lanetleşmesi, insanların onu görmesini ve bunun toplum

⁴⁴⁶ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/203-204.

⁴⁴⁷ Mehmet Âkif Aydın, “Liân”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/172.

⁴⁴⁸ Hanefî mezhebine göre liân kazf fiilinin yerine geçen bir işlemdir ve bir tür şahitlik anlamı taşır. Dolayısıyla kazf suçu işlenebilen kişilere karşı liân yapılabilir. Diğer mezhepler ise liânın kazften bağımsız bir işlem olduğunu ve şahitlik değil yemin sayıldığını iddia etmiştir. Aydın, “Liân”, 27/272.

içinde daha fazla duyulmasını sağlayacağı ve bunun da caydırıcılığın artmasına vesile olacağı aktarılmıştır. Caydırıcılığı artırmak maksatlı kalabalık bir grup huzurunda ve karı kocanın ayakta bu işlemi gerçekleştirmesinin müstehap olduğu hususunda mezhep imamaları arasında bir ihtilaf vuku bulmamıştır.⁴⁴⁹ Ayrıca caydırıcılığı artıran ve insanlar üzerinde daha fazla etki bırakan bir unsur olarak “lanet” kelimesinin kullanılması gerektiği ve “uzaklaştırma” anlamına gelen başka bir kelimeyle değiştirilemeyeceği de ifade edilmiştir.⁴⁵⁰

Ebu Hanife, liân uygulamasından sonra karı ve kocaya ta‘zîr cezası verileceği kanaatine sahiptir. Mâverdî bu görüşün hatalı olduğunu açıklarken çelişkili ifadelerle yapılan şahitlik veya içlerinden birinin yalan söylediğinin açık olduğu yemin durumlarında her iki tarafa da ta‘zîr cezası uygulanmayacağına dair hükümleri delil gösterir. Ayrıca ona göre ta‘zîr cezasında amaç caydırıcılıktır ve bu amaç liânda fazlasıyla gerçekleşmektedir.⁴⁵¹ Ayrıca kocanın liân yapmasının ve kadının yemin etmekten kaçınmasının tek başına had cezasının sabit olması için yeterli değildir.⁴⁵² Beccaria, sanığın sorulara cevap vermeyip sesiz kalması hâlinde cezalandırılması gerektiğini ve bunun düşünülen daha ağır bir ceza olmasının insanların bu şekilde bu kamusal görevinden kaçınmalarının önüne geçmek için gerekli olduğunu savunur.⁴⁵³ Bu İslam ceza hukukuyla bağdaşmayan bir düşüncedir.

3.1.3. Hırsızlık (Sirkat)

3.1.3.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Farklı tanımları ve özel şartları olmakla birlikte genel anlamda hırsızlık (sirkat) “başkasına ait bir malın mülk edinme kastıyla muhafaza edildiği yerden gizlice alınması” olarak tanımlanmıştır.⁴⁵⁴ Hırsızlık suçunu işleyene verilecek ceza Kur’ân’da şu ayet-i kerimeyle belirlenmiştir: “*Hırsızlık eden erkek ve hırsızlık eden kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah’tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir.*” (el-Mâide, 5/38) Bu ayet genel bir ifade taşımaktadır ve çalınan malın miktarı, tür ve benzeri açısından bir açıklama

⁴⁴⁹ Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Kahire: Mektebetü’l-Kâhire, 1968), 11/174-175.

⁴⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/178.

⁴⁵¹ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999), 11/65.

⁴⁵² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/188-189; Sahip Beroje, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Kûlfeti ve İspata Hakim Esaslar* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1999), 63.

⁴⁵³ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 193.

⁴⁵⁴ Ali Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 17/385.

getirmemektedir. Hırsızlık için herhangi bir nisap miktarı tayin etmeyen Zahirî mezhebi görüşlerini Hz. Peygamber'in yumurta ve ip gibi basit şeyler çalmaktan dolayı had cezası görenlere lanet ettiği hadisiyle delillendirmiştir.⁴⁵⁵ Fakat buradaki ifadeler bunları çalan kişinin elinin kesileceği anlamına gelmemektedir. Böyle küçük ve değersiz şeyleri çalmaya başlarsa, bu onun karakterine sirayet eder ve alışkanlık kazanır. Zamanla daha büyük şeyleri çalmaya başlar.⁴⁵⁶ Dolayısıyla bu hadis, hırsızlık suçunun her türlüünden caydırmak için bir tehdit içermektedir.

3.1.3.2. Hırsızlık Cezasında Caydırıcılık

Hırsızlık için belirlenen had cezası, zarûrât-ı hamseden malın korunması amacına yöneliktir. Mallar, esasen bütün insanlığın faydasına sunulmak için yaratılmıştır. Fakat hikmet gereği özel mülkiyet hakkına izin verilmiştir. Şer'î kurallar çerçevesinde malın korunması ve saklanması mümkün olan en üst seviyede güvenliği sağlar. Eğer bu koruma ihlal edilirse suç yaygınlaşır ve bu da cezaların ağır olmasını gerektirir. Bu da manevî caydırıcılıktan korkmadan haddi aşan insanlar için caydırıcı olma hikmetine yöneliktir. Ayette erkek hırsızının kadından daha önce zikredilmesi erkeğin mala daha fazla düşkün olması ile açıklanmıştır.⁴⁵⁷

Abdulkâdir Üdeh, hırsızlık eylemini psikolojik sebeplerle açıklamış ve onun karşılığında yine psikolojik bir yönü olan caydırıcı bir cezanın gerekliliğini şöyle temellendirmiştir:

Hırsız hırsızlıkta ancak başkasının kazancı ile kendi kazancını artırmayı düşünür, helal yoldan kazandığını az bulur, haram yoldan çoğaltmayı ister. Kendi emeğinin geliri ile yetinmez, başkalarının emeğinin gelirine göz diker. Yiyecek içecek kudretini, gelirini artırmak veya çalışıp kazanmaktan uzak kalmak geleceğinden emin olmak için hırsızlık eder. Hırsızlığa teşvik eden ve bu düşüncelere yönelten şey; fazla kazanç veya servet duygusudur. İslam hukuku insan ruhundaki bu sâiklere karşı, kesme cezasını koymakla mücadele etmiştir. El ve ayağını kesmek kazancın azalmasına sebep olur. Çünkü her ikisi de nasıl iş olursa olsun bir iş vasıtasıdır. Gelirin noksanlaşması malın azalmasına yol açar. Bu durum yiyecek, içecek ve giyeceklerinin noksanlaşmasına sebep olur, çok gayret ve çalışmayı gerektirir, gelecek hakkında ağır korkulara yol açar. İslam hukuku, kesme cezasını öngörmek suretiyle; suça yönelten psikolojik saiklere karşı, aynı düzlemde etkili fakat zıt yönde işleyen caydırıcı psikolojik unsurlar geliştirmeyi

⁴⁵⁵ Buhârî, Hudûd 13, 7; Müslim, Hudûd 7.

⁴⁵⁶ Emîr es-San'ânî, *Sübülü's-selâm fî şerhi Bulûği'l-merâm*, thk. İsmâüddîn es-Sebâbitî (Kahire: Dâru'l-Hadîs, 1418), 2/427.

⁴⁵⁷ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/183.

hedeflemiştir. Suç sâikleri üstün gelir, insan bir kere cürmü işlerse tatbik edilen ceza sonucu suçtan önleyici nefsi âmiller galebe çalar da ikinci bir defa hırsızlığa yeltenmez.⁴⁵⁸

Üdeh, hırsızlık suçunun cezasız kalmasının başkasının mülkiyetine karşı haksız saldırıları artıracığını, kargaşa ortamının oluşacağını, neticede kuvvetlinin hâkim olduğu bir toplumsal yapı ortaya çıkacağını, bu nedenle fiilin bizzat kendisi ya da çalınan malın değerinin dikkate alınmayıp hırsızlık olaylarının yayılmasının toplumda meydana getireceği tehlikeli sonuçların öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁵⁹

İslam hukukçularına göre hırsızlığın cezası Şâri‘ tarafından malı alan organ o olduğu için el kesme cezası olarak belirlenmiştir. Fakat zina haddi olarak bu minvalde bir ceza verilmemiştir. Bu durum, üç farklı şekilde açıklanmıştır. İlki hırsızın eli kesildiği takdirde başka bir eli daha bulunur, zâninin ise başka bir cinsel uzvu bulunmaz. İkincisi hadler aynı zamanda başkalarını caydırmak içindir. Kesilen el diğer insanlar tarafından görülebilir ama kesilen cinsel organ görülemez. Üçüncüsü cinsel organın kesilmesi neslin iptali anlamına gelir. Elin kesilmesinde ise böyle bir durum bulunmaz.⁴⁶⁰

İbn Kayyim, ilk defa hırsızlık yapan hırsızın elinin kesilerek cezalandırılacağını ve bunun onun kanadını kırmak gibi olduğunu, ikinci defa ayağının kesileceğini ve bunun onu daha da güçsüz düşüreceğini ve takip eden kişiden kaçmasını engelleyeceğini, üçüncü defa diğer elinin dördüncü defa ise diğer ayağının kesileceğini söyler. Bu şekilde işlevsiz bir et parçası gibi kalacağını, ne hareket edebileceğini ne de başka bir suç işleyeceğini ifade eder. Bu durumun hem onun için bir rahatlama hem de toplum için huzur getireceğini ifade eder.⁴⁶¹

Hırsızlık suçunda dikkat edilmesi ve göz önüne alınması gereken şey çalınan malın değeri değildir. Hırsızlığın toplum içerisinde yayılmasının doğuracağı sonuçlar ve bunun tehlikeleridir. Çünkü bir mahallede ya da köyde meydana gelen tek bir hırsızlık olayı emniyet duygusu içinde yaşayan herkesi tedirgin etmeye yeter. Bu sebeple bekçi tutma sağlam kilit yaptırma gibi çeşitli tedbirleri alsalar dahi korku içinde yaşamaya devam ederler. Hırsızlar ise kendilerini caydıracak bir şey olmadığı takdirde toplumun malını gasp etmeye devam eder. Onu yasadışı bir şekilde talep eder ve yeni hileler bulmaya çalışırlar.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/652.

⁴⁵⁹ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/618.

⁴⁶⁰ Mâverdi, *el-Hâvi’l-kebîr*, 1999, 13/266.

⁴⁶¹ İbn Kayyim, *İ‘lâmü’l-muvakkûn*, 1991, 2/82.

⁴⁶² Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi’l-Fikhi’l-İslâmî*, 78.

Ebu Zehrâ, hırsızların, kadınları özel odalarına kadar girip onları zayıf anlarında hedef aldığını, ziynet eşyalarını ve mallarını çaldıklarını ve bu uğurda onları öldürdüklerini ifade eder. Büyük şehirlerde neredeyse her gün, hırsızlık nedeniyle işlenen bir cinayet vakasının arttığını söyler. Çünkü bu suç, beraberinde en ağır ve doğrudan işlenen suçları getirir.⁴⁶³ Hırsızlar, genellikle can alarak mal elde etmek için silahlanır. Hırsızın doğası, doyumsuz, açgözlü ve sınır tanımaz bir yapıya sahiptir.⁴⁶⁴ Ebû Zehrâ, bu cezayı çok sert bulup İslam'ı bu nedenle eleştirenlerin dar bir bakış açısına sahip olduğunu ifade eder. Ona göre bu ceza serttir ancak hırsızlığın yayılmasının doğuracağı sonuçlar ve hırsızların işlediği vahşet de dikkate alınmalıdır. Hırsızlık uğruna çok sayıda insanın öldürüldüğüne dair veriler olduğundan bahseder ve bir kıyaslama yapılacak olursa kesilen ellerin sayısının öldürülen insanların sayısına oranla çok az olduğunun görüleceğini ifade eder. Çünkü bir hırsızın elinin kesilmesi, diğer hırsızları caydırır ve onları hırsızlık yapmaya kalkışmadan önce tereddüt etmesine sebebiyet verir. Ebu Zehrâ burada suçluları ya da masum insanları korkutma olmak üzere iki seçenek bulunduğunu söyler. İslam'ın suçluyu korkutmayı tercih ettiğini ve bu sayede suçun ortadan kalkmasını, genel güvenliğin ve hakların himaye edilmesini amaçladığını söylemiştir.⁴⁶⁵ Vehbe Zuhaylî (ö. 2015) de bazı insanlar itici bulsa da hırsızlığı etkili bir şekilde engelleyen, insanların mal ve can güvenliğini sağlayan en uygun cezanın el kesme cezası olduğunu söyler. Ona göre hırsızlığın psikolojik zararlarını, kalplerde oluşturduğu endişe ve korkuyu ancak hırsızlığa maruz kalanlar anlayabilir. Zuhaylî, hırsızlığı cinayetle karşılaştırır ve cinayetin bireysel bir olay olduğunu ve etkisinin maktul ve ailesi dışındakiler için kısa sürede sona erdiğini, hırsızlığın ise etkisinin toplumsal ve sürekli olduğunu dile getirir.⁴⁶⁶

Vehbe b. Mustafa ez-Zuhaylî (ö. 2015), hırsızlık cezasının, sıkı ispat şartları dolayısıyla İslam ceza hukukunun ülkelerde nadiren uygulandığını ve caydırıcılık için bunun yeterli olduğunu ifade eder.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Ebu Zehra'nın hırsızlık suçunun işleniş şekli ve tehlikelerine dair yaptığı açıklama hırsızlık amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali (burglary) suçunu da akıllara getirmektedir. Bir kişi, suç işlemek amacıyla hukuka aykırı bir şekilde bir binaya veya meskûn bir yapıya girerse, bu suçu işlemiş olur. Hırsızlıkla ilgili yasalar kısmen, mahremiyetin ve konut ile iş yerinin kutsallığının önemi ve değerine ilişkin anlayışlardan gelişmiştir. İzinsiz içeri giren kişinin planladığı suçu işlerken veya kaçarken bina sakinlerine zarar verme tehlikesi ile bina sakinlerinin bu izinsiz girişe karşı şiddet kullanarak karşılık verme tehlikesi vardır. Bu eylemi suç hâline getiren ceza kanunları izinsiz girişi ve meskende işlenmesi amaçlanan diğer suçları caydırmayı amaçlar. *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 129.

⁴⁶⁴ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, 79.

⁴⁶⁵ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, 79.

⁴⁶⁶ Zuhayli, *Tefsirü'l-Münir fi'l-Akîde ve's-Şerîa ve'l-Menhec*, 6/182-183.

⁴⁶⁷ Zuhayli, *Tefsirü'l-Münir fi'l-Akîde ve's-Şerîa ve'l-Menhec*, 6/184-185.

Muhammed Ali es-Sâbûnî de hırsızlık suçu için verilen cezanın sert olduğunun kabul edilebileceğini fakat insanların mallarını ve canlarını emniyette tuttuğunu ifade eder. O bu konuda şöyle der:

Kesilen o hain el, aslında hastalık ve bozukluk kök salmış bir organdır. Onu bütün bedene yayılmasına izin vermek yerine, diğer organların selameti için kesmek gerekir. Asıl merhamet, bu eli keserek bedenin geri kalanını korumaktır. Tek bir elin kesilmesi bile suçluları caydırmaya, onların saldırganlıklarını durdurmaya ve topluma güvenlik ve istikrar sağlamaya yeterlidir.⁴⁶⁸

Karâfî, had cezalarında suçun niteliğine göre cezasının değişmesi kuralına aykırı hareket edildiğini söyler. Buna göre çeyrek dinar çalmakla bin dinar çalmak veya bir damla şarap içmekle bir küp şarap içmek yol açtığı zarar bakımından oldukça farklıdır. Gırnâtî, Mearrî'den nakledilen bir problemi dile getirir: 'Beş yüz altın değerinde bir elin diyeti ödenir. Peki nasıl olur da bu el çeyrek dinar için kesilir?' O, bu soruya şöyle cevap verildiğini ifade eder: 'Emanetin izzeti onu yüceltmiş ve ucuzlatmıştır. Hıyanetin zilleti ise onu alçaltmıştır. Bu nedenle Allah'ın hikmetini anla.' Gırnâtî, bu görüşe destek olması için hırsızlık cezasının hikmetine yönelik şunları söyler: "Hırsızlık haddinin amacı, özellikle geceleyin gerçekleşen hırsızlıklarla lekelenen ırzların muhafaza edilmesidir."⁴⁶⁹

Hırsızlık cezasıyla ilgili farklı yorumları ele alan Adnan Koşum, bu cezanın İslam'ın tespit ettiği sosyal güvenlik programının bir icabı olduğunu söyler. Herkes için tam emniyet ve sosyal adalet temin ediliyorsa bir insanın diğer insanların aleyhine olacak şekilde kolay ve haksız bir kazanca yönelmesi toplumun bütününe yapılmış bir saldırı olarak telakki edilmeli ve buna göre cezalandırılmalıdır. Fakat bu durumun geçerli olmadığı bir toplumda aynı cezayı uygulamak adaletli bir yaklaşım olmayacaktır. Dolayısıyla böyle toplumlarda işlenen suçlara ağır had cezalarıyla değil Hz. Ömer zamanında olduğu gibi daha az şiddetli olan idari cezalarla karşılık verilmelidir.⁴⁷⁰

Koşum, İslam dininin ahlaki bir toplum inşa etmeyi amaçladığını, bu nedenle hırsızlık suçunun önlenmesinde etkili olabilecek zekât ibadetinin farz kılındığını, sadaka ve yardımlaşmanın ise teşvik edildiğini ifade etmiştir. Ona göre böyle bir toplumdan bahsedemezken hırsıza el kesme cezasını uygulamak onun tabiriyle "işe sondan başlamak" demektir. Bu nedenle öncelikle

⁴⁶⁸ Muhammed Ali es-Sâbûnî, *Ravâ'iu'l-beyân fî tefsîri âyâtî'l-ahkâm mine'l-Kur'ân* (Dımeşk: Mektebetü'l-Ğazâlî, 1400), 1/557-558.

⁴⁶⁹ Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Esbahî el-Mâlekî el-Gırnâtî, *Bedâ'i'u's-silk fî tabâ'i'i'l-mülk*, thk. Ali Sâmî en-Neşşâr (Bağdat: Vizâratü'l-İ'lâm, ts.), 2/160-161.

⁴⁷⁰ Adnan Koşum, "İslâm Hukukunda Hırsızlık Konusunda Yeni Yaklaşımlar", *Diyanet İlmi Dergi* XXXVII/3 (2001), 102-103.

toplumda var olan sosyal adaletsizlikler üzerinde çalışılması gerekmektedir.⁴⁷¹ Benzer görüşleri dile getiren yazarlar olmuştur. Buna göre sosyal adaleti temin etmeden ceza sistemini uygulamaya başlamak Kur'an'ın ruhuna aykırıdır ve fakirlerin daha fazla zarar görmesine sebebiyet verir. Ayrıca hırsızlık suçunu işleyenlerin topluma yeniden kazandırılmasının imkânı ortadan kalkar.⁴⁷² Kanaatimize göre bu düşünce ana hatlarıyla doğrudur. Bununla birlikte Hz. Ömer dönemindeki uygulama, olağanüstü koşullarda hırsızlık suçunun sabit olmamasıyla alakalı bir meseledir. Sosyal adalet sağlanamadığı için had cezasının yerine ta'zir cezası verildiğini söylemek doğru bir yaklaşım olmaz. Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır ki o da cezaları, ancak mükemmele yakın bir devlet düzeninde mümkün görme yanılışına kapılmamak gerektiğidir. Nitekim Müslüman fakihlerin bu hassasiyeti, aslında cezaların uygulanmak istenmediği şeklindeki art niyetli bir eleştiriye sebep olmuştur. Bu meseleye tezimizde “Şüphe İlkesi ve Had Cezalarının Sembolik Olduğu İddiası” başlığında yer verdik.

Afganistan ceza hukukuna giriş niteliğindeki bir çalışmada, İslam ceza hukukunun sert olduğuna dair yapılan eleştirilere hırsızlık suçuna verilen ceza örneği üzerinden şöyle cevap verilir:

Öte yandan İslâmî hukuk sistemi, diğer yasa sistemlerinden farklı bir zarar alanı tanımlar. Hırsızlık suçları buna örnektir. Yasa koyucunun, verilen zararın büyüklüğüne göre artan bir ölçek kullandığı açıktır. En büyük toplumsal zarar, failerin hırsızlık esnasında adam öldürdüğü durumlarda ortaya çıkar. Bu durumda tehdit yalnızca mağdurlara değil, toplumun tamamının güvenliğine yöneliktir. Zarar yalnızca fail ile mağdurlarla sınırlı kaldığında ise, ağır ceza uygun olmaz ve hırsızlık için öngörülen bedenî ceza daha hafif bir cezaya çevrilir. Bu analiz, İslâm hukukuna yönelik eleştirilerde göz ardı edilen fikhî yaklaşımın bir örneğidir.⁴⁷³

Bu ifadelerden İslam hukukunun zarar verici eylemleri sadece bireysel değil toplumsal açıdan da değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Hırsızlık suçu bu konuya önemli bir örnek teşkil eder. Topluma verdiği korku ve zarar büyük olduğu takdirde asli cezayla cezalandırılır. Eğer suç hak sahibiyle suçlu arasında cereyan etmiş ve herhangi bir etkisi olmamışsa ta'zir türünden cezalar verilir denilmiştir. Kanaatimize göre çalışmada hırsızlık cezasının uygulanması için ortaya konulan koşul oldukça belirsizdir. Topluma verdiği korku ve zararın büyük olup olmadığına bakılarak bir had suçuna hükmedilemez. Hırsızlık suçunun sabit olma şartları Şâri' tarafından belirlenmiştir. Bu şartların gerçekleştiği bir hırsızlık suçunda başka bir koşul aranmaz. Ancak

⁴⁷¹ Koşum, “İslâm Hukukunda Hırsızlık Konusunda Yeni Yaklaşımlar”, 88.

⁴⁷² Dilek, *Sünnette Ceza Anlayışı*, 164-165.

⁴⁷³ *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 88.

mal sahibi henüz dava açmamışsa hırsız affetmesi mümkündür. Eğer suçlu, hırsızlığıyla meşhur değilse ve hâlini düzeltereği umut ediliyorsa affetmesi güzel bir davranış olacaktır.

Hırsızlık için el kesme cezası tatbik edildikten sonra, suçun ikinci defa tekerrür etmesi durumunda suçlunun sol ayağı kesilmektedir. Üçüncü defa tekerrür etmesi durumunda ne yapılacağı mezhepler arasında ihtilafıdır. Şafii mezhebine göre üçüncü defa hırsızlık yaparsa sol eli, dördüncü defa yaparsa sağ ayağı kesilir. Hanefî mezhebine göre ise tekerrür durumunda verilen ceza kişinin hayatını idame ettirmesine zarar vermemelidir. Hz. Ali'den şöyle rivayet edilmiştir: “Hırsız, hırsızlık yaptığında sağ elini keserim. Tekrar hırsızlık yaparsa sol ayağını keserim. Eğer tekrar yaparsa, tövbe edene kadar hapse koyarım. Ben onu, yiyeceği ve temizliğini yapacağı bir elden ve yürüyeceği bir ayaktan yoksun bir halde bırakmaktan Allah'tan hayâ ederim.” Serahsî bu konuda sahabe arasındaki ihtilaf olduğunu Hz. Ebu Bekir ve Ömer'in uzuvların kesilmeye devam etmesi gerektiği kanaatinde olduklarını, Hz. Ali ve Abdullah b. Mes'ud'un ise sol ayak kesildikten sonra kişinin hapsedilmesi gerektiğini aktarmıştır.⁴⁷⁴ Serahsî, Hanefî mezhebinde ikinci görüşün makbul olan görüş olduğunu çünkü cezaların yok edici değil caydırıcı olduğunu söyler. Bütün uzuvların kesilmesi insanın hayatının mahvedilmesi ve Hz. Ali'nin işaret ettiği gibi hükmen bir yok oluş anlamına gelmektedir.⁴⁷⁵

Hırsızlık haddinde kişinin el ve ayağının kesilmesi (tekrar aynı suçu işlemesi durumunda) suçlunun hırsızlık fiilini elleriyle tutma ve ayaklarıyla yürüme yoluyla gerçekleştirir. Bu nedenle bu fonksiyonlarını yerine getirdiği uzuvlar bu fiilin önüne geçmek için (mâni) kesilir.⁴⁷⁶ Burada suçun tekerrürünü önlemek için cezanın suç aleti olan organın da caydırıcılık açısından hesaba katıldığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Fakat bu her suç için geçerli olamayacağı gibi kul hakkı içeren ve insanların görüp ibret alabileceği en ağır suçlardan olan hırsızlık suçunun cezasında Şâri'nin böyle bir maksat gütmüş olması kanaatimize göre imkân dahilindedir.

3.1.4. Yol kesme (Hırâbe)

3.1.4.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Fıkıh literatüründe “büyük hırsızlık” şeklinde isimlendirilen hırâbe suçu mezheplere göre farklılık arz etmekle birlikte genellikle “silahla yahut başka bir şekilde zor kullanarak yol kesip

⁴⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/140.

⁴⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/141.

⁴⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/44.

veya baskın yapıp mala ve cana tecavüz, kamu düzenini ve asayişini ihlal” şeklinde anlaşılmıştır.⁴⁷⁷

İslam ceza hukukundaki en ağır ceza yol kesme ve eşkıyalık anlamına gelen hirâbe cezasıdır. Kur’ân-ı Kerim’de yer alan ayet şöyledir: “Allah’a ve peygamberine karşı savaşanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da bulundukları yerden sürgün edilmeleridir. Bu, onların dünyada uğradıkları aşağılayıcı cezadır. Ahirette ise onlar için büyük bir azap vardır.”(el-Mâide, 5/33).

Yol kesicilik, İslam ülkesinde yaşayan Müslümanların ve güvence altında olan zimmilerin mallarını zorla ellerinden almak, canlarına kastetmek ve halkı korkuya düşürmek amacıyla bir veya daha fazla kişinin yolları tutması, böylece insanların o yerlerden geçişine mâni olmaktır.⁴⁷⁸ Eşkıyalık suçunun açıkça ve şiddet kullanarak gerçekleşmiş olması şartı hırsızlıkla eşkıyalığı birbirinden ayıran temel farktır. Eşkıyalığın, İslam ülkesinde, belirli sayıda kişinin iş birliği ile meydana gelmesi, silahlı olması, şehir sınırları dışında olması şartları da mevcuttur.⁴⁷⁹ Yol kesme suçunda cebir unsuru gerekir. Suça maruz kalan kişinin, suçun örgüt adına işlendiğini bilmesi ispat için yeterlidir. Bu durum aynı zamanda aleniyetin de olduğunu gösterir. Suç tamamlanmamış olsa yani mal ve cana zarar verilmemiş sadece yol güvenliği ihlal edilmiş olsa dahi suç mevcuttur, cezayı gerektirir.⁴⁸⁰ Yol kesme suçuna diğer benzer suçlara göre daha fazla ceza verilmesinin sebebi, insanların can, mal, ırzlarını korumayı amaçlayan kamu düzenini ihlal edip bozmasıdır. Mâlikîler ve Zâhirîler, kız kaçırma suçunu da eşkıyalık suçuyla eş değer görmüşlerdir.⁴⁸¹

Eşkıyalık kullara karşı işlenen büyük bir tecavüz olduğu için Allah ve Rasulüne karşı savaş açılmış, hadsizlik yapılmış kabul edilmektedir. Yol kesicilere o nispette ağır ceza verilmeli ki diğer insanlara ibret mahiyetinde olmalıdır. Zira mağdurları kurtaracak güvenlik görevlilerinin ve imdada koşacak insanların olmadığı ücra yollarda, kırlarda yahut sahralarda başlarına böyle bir şey gelmiştir.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Bardakoğlu, “Eşkîya”, 11/463.

⁴⁷⁸ Abdülkâdir Üdeh, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, çev. Ali Şafak - Ruhi Özcan (Ankara: Rehber Yayıncılık, 1990), 4/289; Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 170.

⁴⁷⁹ Bardakoğlu, “Eşkîya”, 11/464.

⁴⁸⁰ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku -II- Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 435-436.

⁴⁸¹ Avcı, *Özel Hükümler*, 429.

⁴⁸² Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/294.

3.1.4.2. Yol Kesme Cezasında Caydırıcılık

Hırâbe suçu insanların mallarını zorla almak, öldürmek veya korkutmak amacıyla güç kullanarak işlenir. Bu suç, insanların yol güvenliğinden mahrum kalmasına neden olduğu için yol kesme veya eşkıyalık olarak adlandırılır. Bu durum, yardım çağrısının mümkün olmadığı yerlerde güç kullanılarak işlenir.⁴⁸³

Hanefî, Şafîi ve Hanbelî mezheplerine göre eşkıyalar yalnızca nisap miktarı mala⁴⁸⁴ el koyduysa her birinin sağ elleri ve sol ayakları çaprazlama kesilir. Maliki mezhebine göre ise nisap şartı olmaksızın devlet başkanı sürgün hariç nassta yer alan diğer cezalardan birini uygulamakta muhayyerdir.⁴⁸⁵ Cumhura göre eşkıyalar, yalnızca adam öldürmeleri hâlinde, maktul yakınlarının affı geçerli olmaksızın had cezası olarak öldürülür. Mâlikî mezhebine göre devlet başkanı, suçluyu öldürme ve asma cezaları arasında muhayyerdir. Adam öldürme ve mal alma suçlarının her ikisini de işleyen eşkıyalar, Hanbelî ve Şâfiî mezheplerine göre hem idam hem de asma cezasına⁴⁸⁶ çarptırılır. Mâlikî mezhebine göre devlet başkanı, idam veya idamla birlikte asma cezası uygulama konusunda seçim hakkına sahiptir. Hanefî mezhebine göre, bu durumda ölüm cezası alacağı kesindir fakat asma ve uzuv kesmenin olup olmayacağı veya ceza infazında hangi sıranın takip edileceği ihtilaflıdır.⁴⁸⁷

Hırâbe suçunu işleyen kişinin kadın olması durumunda cezada asma veya sürgün etme uygulanmaz. Onların cezası ya öldürülmek ya da ellerinin ve ayaklarının çapraz kesilmesidir. Hanefîler kadınların yaratılışı itibarıyla böyle bir suçu ancak yanındakilerin baskısıyla işleyebilecekleri, asli fail olamayacakları, bundan dolayı da eşkıyalık suçu isnat etmenin doğru olmadığını söylerken diğer fakihler kadın erkek ayrımı yapmamışlardır.⁴⁸⁸

Hırâbe suçunu işleyenler bu suçu işledikleri yerde cezaya çarptırılırlar. Zira onları izleyen suçla meyyal bireylerin caydırılması hedeflenmiştir. Eğer hırâbe suçunu çölde işlemişlerse fesat

⁴⁸³ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/361; Bardakoğlu, “Eşkîya”, 11/463.

⁴⁸⁴ Nisap miktarı hakkında farklı görüşler vardır. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/200.

⁴⁸⁵ Abdulmegid Kara, Ahmed b. Hanbel ve Ebu Hanîfe'nin cezayı muhâribin elleri ve ayaklarının çapraz bir şekilde kesilmesiyle sınırlandırdıklarını ve bunun caydırıcılık felsefesine, misillemenden daha fazla önem verdiklerini gösterdiğini belirtir. Mustafa A. (Mustafa Abdulmegid) Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law* (University Microfilms International, 1977), 125.

⁴⁸⁶ “Türkçe’ye asma cezası olarak çevrilen fiilin aslı salb kelimesidir. Çarmıha germek anlamındaki salb, suçlunun bedeninin insanların görebileceği şekilde kazık, ağaç dalı vb. araçlar üzerinde sabitlenmesidir.” Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab*, nşr. Abdullah Ali el-Kebîr (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), “salb”; Acar, *Fikih Teori Ve Uygulamasında Yargılama Ve İnfazın Aleniliği (erken Dönem Ve Osmanlı Örneği)*, 127.

⁴⁸⁷ Erturhan, *İslam Ceza Hukuku*, 242-243; Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 175-176.

⁴⁸⁸ Bardakoğlu, “Eşkîya”, 11/464.

ehlinin yoğun olduğu en yakın beldeye getirilirler. Bu suçu işleyenlerin öldürülmesi yalnızca durumlarının tespiti için gerekli olan süre kadar tehir edilebilir.⁴⁸⁹

İnfazda alenilik, genel caydırıcılığı sağlamak için önemli bir faktördür. Bu bağlamda infazın suç mahallinde gerçekleşmesi, caydırıcılığı artıran bir yol olarak değerlendirilmiştir. Zira, suçun işlendiği yerde cezanın infaz edildiğine tanık olan insanlar, suçun vahametini zihinlerinde daha iyi canlandırabilecek ve suç ve ceza arasındaki ilişkiyi daha iyi kavrayabilecektir.

Ebû Hanîfe, öldürme ve yaralama fiillerinin aynı anda işlendiği hirâbe suçlarında, yaralama için ayrı bir ceza verilmeyeceğini, öldürme cezasının yeteceğini söyler. Bunun gerekçeleri; hirâbe suçunun sırf Allah hakkı içermesi, mağdurun velisinin seçme hakkı olmaması ve küçük olan suçun büyüğünün bünyesinde erimesidir (tedahül). Çünkü hirâbe suçunu işleyen kişiye bu cezanın infaz edilmesindeki maksat zecr ve red'dir Öldürmeyle birlikte bu maksat hasıl olur, diğer cezalar da düşer.⁴⁹⁰

Bu cezada asma eyleminin suçlu canlı iken mi öldükten sonra mı yapılacağı tartışma konusu olmuştur. Hanefî mezhebinde bu konuda iki ayrı görüş bulunur. İlk görüşe göre suçlu canlı olarak asılır ve mızrakla ölünceye kadar karnı deşilir. Kerhî ve Tahâvî'nin de görüşü olan ikinci görüşe göre ise suçlunun bedeninin bozulmasından endişe edildiği için kişi öldükten sonra asılır. Merğînânî, ilk yöntemin caydırıcılık açısından daha doğru olduğu ve asıl amacın da bu olduğu ifade etmiştir.⁴⁹¹ Bu görüş, aynı zamanda Mâlikî mezhebinin görüşüdür.⁴⁹² Tahâvî (ö. 321/933) canlı olarak asmanın müsleye gireceğini söyleyerek bunu kabul etmez. Ona göre suçluların öldürülmeleriyle caydırıcılık anlamı tamamlanır. Daha sonra diğer insanların ibret almaları için suçlu asılır.⁴⁹³

Üçüncü görüş, diğerlerine caydırıcı olması için suçlunun önce olağan şekilde öldürülmesi ve ardından üç gün boyunca asılması gerektiğidir. Bu görüş Şafiî ve Hanbelî mezhepleri ve bazı Malikî hukukçuları tarafından savunulmaktadır.⁴⁹⁴ Mâverdî, Hanefî mezhebinin haddin ölüye uygulanmayacağı, bu nedenle canlı iken asılması ve mızrakla öldürülmesi gerektiği düşüncesine cevap verir. Ona göre, bu bir had cezası olsa da asıl maksat, başkalarını caydırmaktır. Çünkü ölü olan kişinin caydırılması mümkün değildir; cezayla ancak yaşayanlar

⁴⁸⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 12/362.

⁴⁹⁰ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 13/365-366.

⁴⁹¹ Merğînânî, *Hidâye*, ts., 2/376.

⁴⁹² El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 37; Zeylai, *Kenzü'd-dekâik*, Kahire, 1313, 3/237; Müdevvene el-Kübra, , Kahire: 1323, 15/99.

⁴⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/196.

⁴⁹⁴ Nevevî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, 5; İbn Rüşt, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 2/494. El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 37.

caydırılır. Suçlunun asılmasıyla meydana gelen genel caydırıcılık, insanlar üzerinde etkilidir. Şafii mezhebine göre bu süre üç gündür. Fakat ceset bu süreden önce bozulmaya başlarsa indirilmesi gerekir.⁴⁹⁵

Teşhir her ne kadar bir ta‘zîr cezası türü olarak kaynaklarda yer alsada hırâbe cezası bağlamında da sıklıkla ele alınmıştır. Hanefî mezhebinde zâhiru’r rivâyeye göre asma cezası devlet başkanının tercihiyle bırakılmıştır. Fakat Ebu Yusuf böyle düşünmez. Ona göre devlet başkanının asma cezasını terk etme yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü burada amaç, insanların teşhirden ibret almalarını sağlamaktır. Bu şekilde caydırılacakları için devlet başkanı bu uygulamadan vazgeçemez. Bu meselede zahiru’r-rivâyenin delili caydırıcılık anlamının öldürme fiiliyle gerçekleşiyor olmasıdır. Bununla birlikte Hz. Peygamber, çok ağır cezalar tatbik etmiş dahi olsa, asma cezasını uygulamamıştır.⁴⁹⁶

Görüldüğü üzere bu cezada asmanın gerekliliğine dair hükmü her iki görüş de caydırıcılık maksadına dayandırmıştır. Zâhiru’r-rivâyeye göre “salb” gerekli değildir çünkü öldürmek caydırıcılık maksadını tam olarak yerine getirmiştir. Ebu Yusuf’a göre ise salbde fazladan ibret ve caydırıcılık anlamı bulunur. Bu yüzden devlet başkanının uygulaması zorunluluk ifade eder.

İbn Hazm’a göre asmak ayrı bir cezadır ve ne öncesinde ne de sonrasında başka bir ceza ile birlikte verilmemelidir. Yani eğer hâkim asma cezasını uygulamayı tercih ederse, suçlu canlı olarak asılıp ölene kadar bırakılmalı, daha sonra indirilip gömülmelidir.⁴⁹⁷ Selim Avvâ bu konuda şöyle der:

Asmanın emredilmesinin temel sebebi, olağandışı bir ceza tehdidiyle bu ağır suçun işlenmesini önlemektir. Buna ek olarak Kur’an ayeti, İbn Hazm’ın belirttiği gibi çarmıha gerilmenin ölüm cezasından sonra veya ölüm cezasıyla birlikte uygulanması gerektiğinden bahsetmemiştir. Üçüncüsü, caydırıcı veya önleyici unsur, bence temel unsurda, bu temel amaca ulaşmak için yeterliyken çarmıha gerilmeye ölüm cezasını eklemenin bir anlamı yoktur. Bu üç noktayı dikkate alarak bu cezanın tamamen ayrı bir ceza olduğunu söylemeliyim. Üstelik İmam Mâlik’e bu konu hakkında sorulduğunda doğrudan cevap vermemesi, yalnızca ‘Abdü’l-Melik b. Mervan döneminde peygamberlik iddiasında bulunan ve bu nedenle çarmıha gerilen el-Hâris adlı bir adam dışında kimsenin çarmıha gerildiğini duymadığı’ belirtmesi kayda değerdir. Malik’in bu cevabı bende bu cezanın sadece suçluyu tehdit etmek için verildiği izlenimini uyandırıyor. Bu

⁴⁹⁵ Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, 1999, 13/358.

⁴⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/196; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/237.

⁴⁹⁷ İbn Hazm, *Muhalla*, 11/317-318; El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 38.

azabın en ağır olmasına rağmen Peygamber Efendimiz'in Ukl ve Ureyne kavmine dahi bu cezayı vermemesinden bu izlenimi alıyorum.⁴⁹⁸

Malikî ve Zâhirî mezhepleri, hâkimin her olayda hangi cezanın uygun olacağını seçip karar verme hakkına sahip olduğu görüşündedir.⁴⁹⁹ Bu seçim özgürlüğünü açıklamak için Karâfi, hâkimin topluma en faydalı olanı bulmak için elinden geleni yapması ve bunu uygulaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu suçların (topluca soygun olarak adlandırılır) cezasının genel caydırıcılık olduğu kanaatine sahiptir. Hatta bu şekilde cezalandırılan kişinin başkalarına canlı bir örnek olarak kalması için “el ve ayakların dönüşümlü olarak kesilmesini” ölüm cezasına tercih edecek kadar ileri gider.⁵⁰⁰

Hırâbe, failin işlediği fiilden dolayı yakalanmadan önce tövbe etmesi hâlinde, had cezasının düşmesini öngören tek had suçudur. Ayete göre, tutuklanmadan önce tövbe edenler, suçlamadan ve cezadan muaf tutulacaktır. Bununla birlikte, sanık ister cana ister mala yönelik olsun, neden olabileceği zararlardan sorumlu tutulmaya devam eder. Abdülmecid Kara, bu durumu caydırıcılıkla şöyle ilişkilendirmiştir:

Bu hükümden çıkarılabilecek tek sonuç, bunun esasen önleyici ve caydırıcı olduğudur. Çünkü inancın gücünü azaltabilecek herhangi bir tehdide karşı güvenliği sağlamak amacıyla öngörülmüştür. Bireysel bir suçlu (örneğin bir hırsız ya da zina eden kişi), siyasi veya toplumsal otorite ne kadar zayıf ya da dağınık olursa olsun, asla toplum ya da topluluk tarafından etkisiz hâle getirilemeyecek kadar güçlü olmamalı, yani mutlaka cezalandırılabilir olmalıdır. Ancak karada ya da açık denizlerde çeteler veya organize gruplar tarafından işlenen soygunlarda, bu tür soyguncuları etkisiz hâle getirmek zor olabilir. Bu nedenle, İslam topluluğunun barış ve huzuruna daha iyi hizmet etmesi ve daha faydalı olması bakımından, bu tür kanun kaçaklarıyla uzlaşmaya gidilmesi ve onlara af teklif edilmesi genel olarak daha uygun görülmüştür. Bu yaklaşım, aynı zamanda devletin ve askerlerinin enerjisini, o dönemde daha acil ve öncelikli olabilecek başka görevlere saklamak düşüncesiyle de ilişkili olabilir.⁵⁰¹

Dolayısıyla hirâbe suçu, gruplar tarafından işlenen ve önüne geçilmesi bir hayli zor olan suçlardandır ve devlet, suça bulaşan kişileri yakalamakla uzun süre mücadele etmek zorunda kalır. Bu, istenmeyen bir durum olduğu için tövbe fırsatı önemli bir yere sahiptir. Bu suçta ısrar

⁴⁹⁸ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 39.

⁴⁹⁹ el-Endelüsi İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-âsâr fi şerhi'l-Mücellâ bi'l-ihisâr* (Beyrut: Daru'l-Fikr, t.y.), 11/317.

⁵⁰⁰ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 39; İbn Teymiyye, *Siyaset-i Şer'iyye*, 71.

⁵⁰¹ Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*, 1977, 167.

etmenin önüne geçer ve topluma ve devlete daha büyük zararlar verme noktasında caydırıcı bir anlam ifade eder.

3.1.5. İçki İçme

3.1.5.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Nasslarda şarap içme ve sarhoşluk net bir şekilde yasaklanmıştır. Fakat Hz. Peygamber döneminde bu suça terettüp eden celde cezasının farklı şekillerde ve miktarlarda gerçekleşmesi ve zaman zaman ilave cezalar uygulanması, ayrıca Hz. Ebû Bekir döneminde bu cezanın 40 celde, Hz. Ömer döneminde ise istişare sonucu 80 celde olarak infaz edilmesi, bu cezanın had cezası olup olmadığı meselesiyle ilgili bir ihtilaf meydana getirmiştir. Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre şarap içene uygulanacak 80 celdenin tamamı had sınıfına girmektedir. Şafilere, Zahirîlere ve Zeydîlere göre ise bu cezanın 40 celdesi had cezası, diğer 40 celdesi ise ta'zîr cezasıdır.⁵⁰²

Hanefî mezhebi alimlerinden İbn Âbidîn ve Kâsânî gibi bazı âlimler, hadd-i hamr/şürib ile sarhoşluk haddi (hadd-i sekr) arasında ayrım yapmıştır.⁵⁰³ Şarap içme haddi (hadd-i hamr), “sarhoş edip etmediğine bakmaksızın az veya çok miktarda ihtiyar dahilinde şarap içilmesinden dolayı tatbiki gereken ceza” olarak tanımlanmıştır. Sarhoşluk haddi (hadd-i sekr) ise “miktarı hamr haddiyle aynı olan, şarap dışındaki sarhoş edici içeceklerden birinin ihtiyar dahilinde içilmesiyle meydana gelen sarhoşluktan dolayı tatbiki gereken cezadır.”⁵⁰⁴ Bu ayrımın sebebi, şarapla diğer sarhoş edici içeceklerin haramlık illetinin farklı kabul edilmesi ve şarap dışında diğer içkileri tüketene had cezasının uygulanması için sarhoşluk şartının gerekli görülmesidir.⁵⁰⁵ İbn Nüceym ise sarhoşluğun ayrıca zikredilmesine gerek olmadığını, sarhoşluk cezasının şarap içme (hadd-i şürib) cezasıyla miktar ve nitelik açısından eşit olduğunu söylemiştir.⁵⁰⁶

Serahsî'nin aktardığına göre, üçte bir oranında fermente edilmiş içeceğin (müselles) helal olduğuna hatta Hz. Ömer'in bu içeceği hazırlatıp insanlara da içirdiğine dair birçok rivayet

⁵⁰² Bardakoğlu, “Had”, 14/548.

⁵⁰³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/3; Ebi Bekr Alâuddîn b. Mes'ud el-Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1986), 5/113; Çağdaş müelliflerden de bu fikri destekleyenler olmuştur. Bk. Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/253-260.

⁵⁰⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/253.

⁵⁰⁵ Bardakoğlu, “Had”, 14/548.

⁵⁰⁶ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/3.

bulunmaktadır. Bu nedenle bu içeceğin helal olduğuna dair görüşler ortaya çıkmıştır. Ebu Hanife ehl-i sünnet mezhebine has özellikler arasında toprak testide (cer) yapılan nebîzin haram kılınmayacağını ifade eder. Bazı selef alimlerinden şu söz aktarılmıştır: “Gökten düşüp ikiye bölünmem, toprak testide hazırlanan nebîzin haram olduğunu söylemekten benim için daha iyidir.” Zira toprak testide yapılan nebizi haram kılmak, meşhur rivayetleri reddetmek, dolayısıyla bu içeceği içtikleri malum olan önde gelen sahabiler hakkında ileri geri konuşmak anlamına gelir ki bu da isabetli olmaz. Fakat bir şeyin helal olması, her zaman kişinin onu sevmesi veya hoş görmesi anlamına gelmez. Bir kişi, bazen ihtiyat gereği, bazen de tabiatına uymadığı için mubah olan bazı şeyleri tercih etmeyebilir. Ayrıca bu ruhsat, tahrimden sonra sabit olmuştur. Çünkü başlangıçta caydırıcılığı yerine getirmek için her şey yasaklanmıştır.⁵⁰⁷ Gazzâl’ye göre az miktardaki şarap, çoğuna teşvik ettiği için haram kılınmıştır. Nebîz de buna kıyas edilir. Fakat bu, şaraba kıyasla (haramlık bakımından) daha alt seviyededir. Bu nedenle dinlerin bu konuda ihtilafa düştüğünü fakat sarhoşluğun her birinde mükellefiyet ve kulluk kapısını kapatması gerekçesiyle haram kılındığını ifade eder.⁵⁰⁸

Serahsî, benzer şekilde şarabın sirkeye döndürülme yasağının içki yasağının başlangıç döneminde insanların bu konudaki alışkanlıkların vazgeçmesi için tedbir olarak konulduğunu belirtmiştir. Zira insanların bu alışkanlıklarını terk etmeleri oldukça zordu. Hz. Peygamber de caydırıcı olması için sirkeye dönüştürmeyi yasakladı. Fakat daha sonra caydırıcılık için konan bu yasak kalkmıştır ve bu konuda izin verilmiştir.⁵⁰⁹

İçki yasağı bütün dinlerde var olan önemli bir yasaktır. Fakat bu yasağa yönelik Hz. Peygamber döneminde verilen ceza, klasik anlamda miktarı belirlenmiş bir had cezası değildir. Hz. Ebubekir döneminde 40 celde olarak daha sonra 80 celde olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bu nedenle bu miktarın ne ölçüde had veya ta‘zîr olduğuna dair caydırıcılık ekseninde tartışmalar yapılmıştır.

3.1.5.2. İçki İçme Cezasında Caydırıcılık

Hz. Peygamber döneminde içki içme suçunu işleyen bir adama verilen ceza, infaz mahallinde bulunan sahâbîlerin, bazen elleriyle, bazen elbiselerinin sarkan kısmını ellerine dolayarak veya nalın gibi nesnelerle vurmaları suretiyle infaz edilmiştir. Ebu Hureyre’den nakledilen bir rivayete göre bu ceza uygulandıktan sonra adam oradan ayrılırken bazıları şöyle dedi: “Allah

⁵⁰⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 24/12.

⁵⁰⁸ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, 174.

⁵⁰⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 24/24.

seni rezil etsin.” Bunun üzerine Hz. Peygamber, “Böyle söylemeyin, ona karşı şeytana yardım etmeyin.” diyerek cevap vermiştir.⁵¹⁰

Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre sünnet elbiselerle, sandaletlerle ve hurma dallarıyla vurmayı öngörmüşse de kamçı ile vurmak daha faziletlidir. Çünkü sahabeler böyle yapmıştır ve onlara karşı bu konuda bir itiraz olmamıştır. Zira kamçı had cezasıyla amaçlanan caydırıcılığı sağlayacaktır. Fakat bunun suçlunun durumuna göre değişeceği de söylenmiştir. Asi veya inatçıysa kırbaça vurmanın zorunlu olacağı, güçsüz ve zayıf insanlar içinse elbise uçları veya ayakkabılarla vurmanın mümkün olacağı ifade edilmiştir.⁵¹¹

İçki içme cezasında miktarın tamamının had olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Şafii mezhebine göre bu ceza esasen 40 celdedir. Hz. Peygamber bu şekilde uygulamış, Hz. Ebu Bekir de aynı uygulamayı devam ettirmiştir. Hz. Ömer’in bu cezayı 80’e çıkarmasının ise had değil ta‘zîr kabilinden olduğunu ifade ederler.⁵¹² Buna bağlı olarak, İmam Şafii’ye göre bir kişiye içki içme cezası olarak, nalın, kumaşın ucu, el veya benzeri bir şeyle vurulmuşsa ve bu vurma şeklinin 40 darbeyi aşmadığı kesin olarak biliniyorsa, kişi bu cezadan dolayı öldüğü takdirde diyet, kısas veya kefarete gerektirmez. Fakat 40 veya daha az sayıda darbeyi bir değnek ile alırsa ya da 40’tan fazla darbeyi nalın ya da başka bir şeyle alır ve ölürse, diyeti beytûlmâlden ödenmez, imamın âkilesi öder.⁵¹³ Hz. Ali’nin bu meselede şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Had uygulanan ve ölen birine karşı kalbimde bir şey (*acıma*) hissetmem. Hamr haddi bunun dışındadır. Çünkü bu had bizim görüşlerimizle belirlendi.”⁵¹⁴

Mâverdî şöyle der: “Hz. Ali bunu, 40 celdenin üzerine çıkan ve devlet başkanının maslahat için tercih ettiği ta‘zîr cezası olarak verilen fazlalığı kastederek söylemiştir. Çünkü bu geçmişteki bir fiile yönelik sınırı belirlenmemiş bir dayaktır.”⁵¹⁵ Müzenî ise “40’ı aşan darbeler nedeniyle ölürse diyet imamın üzerinedir” sözünün hatalı olduğu söyler. Çünkü kişi sadece fazla darbeden dolayı değil hem mubah olan 40 celdeden hem de fazlasından birlikte ölmüştür. O hâlde diyetin tamamı sadece imamın sorumluluğunda olamaz.⁵¹⁶ İbn Kudâme, içki içme cezasında Hz. Ali’nin görüşünün bütün sahabiler tarafından kabul görmediğini ve bu cezanın caydırma ve

⁵¹⁰ Buhârî, “Hudud”, 4.

⁵¹¹ Cezîrî, *Fıkh ale’l-mezahibi’l-erbaa*, 2003, 5/32.

⁵¹² Cezîrî, *Fıkh ale’l-mezahibi’l-erbaa*, 2003, 5/33.

⁵¹³ Muhammed b. İdris eş-Şâfiî, *el-Ümm* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1410), 6/93.

⁵¹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 24/11.

⁵¹⁵ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999), 7/435.

⁵¹⁶ Ebû İbrâhîm İsmâîl b. Yahyâ b. İsmâîl el-Müzenî, *Muhtaşarü’l-Müzenî* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1403), 8/373; Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, 1999, 13/416.

engelleme amaçlı vazedildiğini, bu nedenle had cezalarında olduğu gibi sonucunda oluşan bir telef dolayısıyla tazmin gerektirmediğini ve hiçbir mezhebin bu görüşü kabul etmediğini söyler.⁵¹⁷

Selim Has'a göre insanı içki içmeye götüren sebeplerden en fazla göze batanı ruhsal bunalım yani can sıkıntısıdır. Cezası toplum içinde uygulanacak celde cezası iken can sıkıntısı bahanesiyle içkiye koşan kişinin bunu göz ardı etmesi beklenmez. Bu geçici rahatlık için toplum karşısında itibar kaybına uğramak, sıkıntıları çoğalarak arttırmak, daha ziyade ruhsal çöküntüye düşmek anlamına gelir ki, bu zarardan başka bir şey değildir.⁵¹⁸

3.1.6. İrtidat

3.1.6.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

İrtidat kelimesi, men etmek, kovmak, bir şeyden kaçınmak, dönmek, bir kimsenin üzerindeki hakkın edasından kaçınması anlamına gelir. Terim olarak ise bir kimsenin İslam dinini kabullen sonra ondan dönmesi irtidat olarak nitelendirilir. Böyle bir fiili yapana “mürted”, fiiline de “irtidat hali” denilmektedir.”⁵¹⁹

İrtidat suçu sözlü olarak, kişinin dinden çıktığını bizzat itiraf etmesi ya da iman şartlarından birisini inkâr etmesiyle gerçekleşir. Fiil ile gerçekleşmesi ise puta tapmak, güneşe secde etmek, Allah'ın kelamını temiz olmayan yere kaldırıp atmak, alay etmek, zina ve faiz gibi yasak olduğu kesin olan fiilleri helal görmek, zarurât-ı diniyyeden olan herhangi bir şey hakkında şüpheye düşmek gibi farklı yollarla gerçekleşir.⁵²⁰

İslam hukukunda mürtede verilen ölüm cezası, dinden döndüğü için değildir. Özellikle Hanefiler, İslam toplumuna karşı oluşturabilecekleri düşmanlığın cezası olarak görürler. Dolayısıyla ceza din özgürlüğü ile alakalı değildir. Çağdaş yaklaşımlar arasında, bu suçu ta'zîr kapsamında görme yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Mürtedin fiili dini yıkma amaçlı değilse, ferdî bir hareket olarak görülür ve hesabı Allah'a havale edilir. Devlet içinde toplu bir isyan

⁵¹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/528.

⁵¹⁸ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 108.

⁵¹⁹ Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 186.

⁵²⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), 4/7-8.

meydana geldiğinde ve Müslümanlara karşı bir cephe oluştuğunda ferdî bir hareket olarak görmek mümkün olmayacaktır.⁵²¹

İrtidat suçunda asli ceza, ölümdür. Tövbe edilmesi durumunda, hâkim asli ceza yerine ta'zîr cezasına hükmeder. Aynı şekilde, cezanın uygulanmasının önüne geçen bir şüphe ortaya çıktığında da ta'zîr cezası tercih edilir. Malların müsadere ve tasarruf ehliyetinin tahdidi ise fer'i cezalar arasında yer alır. Mürted olarak ölen kimsenin malı Müslümanların ortak malı olur. İmam Mâlik, İmam Şafii, Ahmed b. Hanbel'e göre, İslam'a geri döndüğü takdirde malı kendisine iade edilir. Bu mezheplerdeki tercih edilen görüşe göre, borç altına sokan tasarrufları ister irtidattan önce ister sonra yapılmış olsun batıldır. Yalnızca tövbe edip İslam'a geri döndüğü takdirde hüküm ifade eder. Dolayısıyla tasarruf ehliyeti sınırlandırılmıştır.

Fakihler mürtedin tövbesinin mahkeme tarafından talep edilmesinin gerekliliği veya gerekmesi hâlinde ona ne kadar süre tanınacağı ile ilgili farklı görüşleri savunmuşlardır. Ebu Hanîfe'ye göre tebliğ mürtede ulaştığı için tekrar tövbe çağrısı gerekli değildir fakat dilerse üç gün mühlet tanımak mümkündür. Mâlikî, Şafii ve Hanbelilerden oluşan cumhurun görüşüne göre ise bilinç düzeyi yüksek olmayan halktan birinin irtidat etmesi hâlinde ise bu kişi tövbeye çağrılmalıdır. İmam Mâlik'e göre bu süre üç günken, Şafii mezhebinde bir veya iki ay olması gerektiği şeklinde iki farklı görüş vardır. İbrahim en-Nehaî'ye göre kişi ölünceye kadar hapsedilmek suretiyle tövbeye davet edilir.⁵²²

Hanefî âlimlerine göre mürted kadın ise hapis ile ıslah etme yöntemi tercih edilirken erkeklerin katl edilmesi muharip olmalarından dolayıdır. Ömer Nasuhi Bilmen'e göre bu ceza, toplumun selameti için gereklidir. İslam dini toplumun saadetini düşündüğü gibi tek tek fertlerin de saadetini düşünmektedir. İslam'ın sağladığı bu huzurun farkına varamayan veya kıymet bilemeyen insanları ağır cezayla karşılık verilmesi, buna benzer davranışların önüne geçilmesi açısından önemlidir. İrtidat olaylarının toplumu sarsacağı, nikah ve miras engeli oluşturduğu için aileyi içten ve dıştan yıkacağı muhakkaktır. Cezalar buna mâni olacak toplumun gerçek menfaatini koruyacaktır.⁵²³

3.1.6.2. İrtidat Cezasında Caydırıcılık

Ölüm cezası son derece tesirli ve en ağır ceza şekli olduğu şüphesizdir. İslam'ı kabul ettikten sonra ondan çıkmanın toplumun düzenini bozan, insanları üzen ve bazı kimselerin suça olan

⁵²¹ Avcı, *Özel Hükümler*, 508.

⁵²² Dalgın, *İslam'da Tövbe ve Cezalara Etkisi*, 151-152.

⁵²³ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 4/14.

ilgisini artıran bir durum olduğu için bu ceza konulmuştur. Kişiyi suça iten her ne sebep olursa sonuçta başına gelecek cezayı bilmesi onu korkutacak ve suçtan uzaklaştıracaktır. İnsanın nefsi her şeyden daha kıymetlidir ve kendini korumaya almak istemesi doğaldır. İrtidat suçu şahsi bir suç gibi görünse de toplumu etkileyen ve tehdit eden bir sonuç doğurduğu için önemlidir. Ölüm cezası dünyevi bir cezadır. Ayrıca uhrevi cezası da vardır ki bu çok daha ağırdır ve caydırıcıdır.⁵²⁴

İrtidat vatana ihanet suçuyla eş değer görülmüştür. Mürtedin malları hakkında devletin yaklaşımı da önemlidir. Hanefilerin içinde olduğu bir gruba göre dinden çıktıktan sonraki zamanda elde ettiği mallara el konulması savunulurken, çoğu alime göre mürtedin bütün mallarına el konulması gerekmektedir. Bu durum caydırıcılık açısından son derece önemlidir. Zira kişi nefsini düşündüğü kadar neslini de ihmal etmez. Yine mürtedle ilgili olarak nikah akdinin sona ermesi meselesidir ki bu da ayrı yönden caydırıcı bir sebeptir.⁵²⁵

İrtidat cezası, o zamanki tarihi şartlar içinde din-devlet düzeniyle kurulan kamu güvenliğini ve devlet otoritesini yok etmeye yönelik ihlalleri önlemeye çalışmıştır. Buna göre, dinden çıkmanın uydurma din ihdâsı tehlikesine karşı önlenmesi gerekmektedir. Nitekim Hz. Peygamber'in vefatının hemen ardından yalancı peygamberlerin ortaya çıkması bu endişeyi desteklemiştir. Ayrıca zekât vermek istemeyen ve toplumda etkili bazı şahıslar dinden çıkmak suretiyle isyan çıkarmışlar ve devleti gereksiz yere meşgul ederek zarar vermişlerdir.⁵²⁶

Saffet Köse, irtidat cezasının din ve vicdan hürriyetine aykırı olarak görülebileceğini fakat o dönemde bunun siyasi bir anlam taşıdığını, şüpheleri sebebiyle dinden çıkmış kendi hâlinde bir mürted değil, savaş açan bir muharip olduğunu söyler. Nitekim Hanefî mezhebinin kadın mürtedin öldürülemeyeceğine hükmetmesinin de aynı gerekçeye binaen olduğunu ifade eder. Ayrıca şüphe sebebiyle dinden çıkan bir mürtedin öldürülmesinin, bu şüphelerini bertaraf ederek tövbe etmesi ve tekrar iman etmesi ihtimaline ket vurduğunu belirtir.⁵²⁷ Buna göre, irtidat cezası ile İslam toplumunu zaafa uğratacak teşebbüslerin önüne geçilmesi ve bu yolla İslam devlet ve toplum düzeninin korunması amaçlanmaktadır.⁵²⁸

Kanaatimize göre irtidat cezası, Köse'nin belirttiği gibi savaş açan kişiye, siyaseten verilen bir cezadır. Şüpheleri sebebiyle dinden çıkan insan eğer bunun propagandasını yapmıyor ve

⁵²⁴ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 111-112.

⁵²⁵ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 113.

⁵²⁶ M. Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları* (İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1976), 38.

⁵²⁷ Saffet Köse, *İslam Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 116-118.

⁵²⁸ Erdem, *İslam Hukukunda Cezalarda Gözetilen Amaçlar*, 70.

İslam’a karşı herhangi bir düşmanlık içeren faaliyete teşebbüs etmiyorsa onun had cezası olarak infaz edilmesi kanaatimize göre doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu cezanın caydırıcı yönü, bu şekilde düşmanlık yapan ve İslam aleyhine fikirlerini yayan ve topluma zarar veren cüretkarları engellemeye yönelik olmasıdır.

3.1.7. Bağy

3.1.7.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Bağy sözlükte; haktan ayrılmak, zulmetmek, haddi aşmak anlamına gelir. Fıkî terim olarak, Allah’a karşı gelmek, dinin çizdiği sınırları aşmak demektir. Böyle kimselere bâgi ya da asi denir. İsyancıların hâkim olduğu, devletin ayaklanma karşısında başarılı olamadığı bölge dârü’l-bağy adıyla anılır.⁵²⁹

Bağy suçunda, devlet başkanını görevden uzaklaştırma arzusu ve onun meşru emirlerine itaatsizlik gibi unsurlar bulunmaktadır. Bağîlerin çoğunlukla devlet başkanının meşru yollardan iktidara gelmediğini ileri sürerek isyanlarını meşrulaştırma amacı güderler. Böyle bir sebepleri olmadığı takdirde işledikleri fiil, yol kesme kapsamında değerlendirilir ve buna göre cezalandırılırlar. İsyancılarla savaşmak, savaş sırasında öldürmek helal kabul edilmiştir. Bu durum oldukça hassastır zira onlar müslümandır, siyasi suç işlemektedirler. Yaralıları öldürülmez, malları alınmadığı gibi zarar da verilmez. Ebu Hanîfe’ye göre kaçmaları durumunda isyanın artması ihtimali varsa takip edilmeleri değilse takipten vazgeçilmesi gerekir. İsyancıların isyan esnasında verdikleri zararlar tazmin ettirilmez. İsyanlarından dolayı ta‘zîr cezasıyla cezalandırılırlar. Ebu Hanîfe’ye göre bu ceza ölüm cezası da olabilmektedir.⁵³⁰

Bağy suçunu Hanefî mezhebi dışındaki üç sünî mezhep, had cezası olarak kabul eder. Bu durum, Allah hakkı olarak infaz edilen ve kısas-diyet dışında kalan bütün suçları had cezası olarak değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte genellikle bu suçla birlikte diğer had suçlarının da işlenmesi ve devlet başkanına ta‘zîr kapsamında çok geniş yetki vermenin yol açabileceği problemlerin önüne geçme ihtiyacı da had cezası olarak görülmesinde etkindir. Hanefî mezhebi, bağy suçunun Kur’an ve sünnette doğrudan bir hükmünün bulunmayışı başta olmak üzere çeşitli sebeplerden bu suç türünü had kapsamında görmez. Ayrıca Hanefî kaynaklarında bu suç adi suç kapsamında değil, savaş hukuku kapsamında

⁵²⁹ Ali Şafak, “Bağy”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 4/451.

⁵³⁰ Şafak, “Bağy”, 4/452.

değerlendirilmiştir. Suçun mahiyeti ve cezanın içeriği konusundaki belirsizlik ve tartışmalar da dikkate alındığında birçok çağdaş İslam hukukçusu bu suçun ta‘zîr cezası kapsamında değerlendirilmesini daha doğru bulmuştur.⁵³¹

Devlet başkanının kendisine veya görevlendirdiği memurlarına karşı bir sebebe bağlı olarak yapılan isyan hareketi olan bağı, Müslümanların canına ve malına kasteden bir ayaklanmadır. Kanun tarafından emredileni yerine getirmemek veya yasaklara uymamak isyandır. Mâlikîlere göre meşru devlet başkanına itaat etmeyi reddetmek, Hanefîlere göre haksız ayaklanma bağı cezası sebebidir. Şafilere göre, bağı sayılması için bir teville dayanarak ayaklanan gurubun güç ve kuvvet sahibi olması gerekirken, Hanbelîlere göre ise meşru bir sebeple dahi olsa devlet başkanına karşı çıkış isyandır ve cezası bulunmaktadır.⁵³²

İlke olarak devlet başkanının adil olması gerekmektedir. Bu nedenle hukukçuların çoğuna göre bu vasfı taşımayan devlet başkanı azledilmelidir. Ancak bu değişimin silah yoluyla olup olmayacağı konusunda tereddüt etmişlerdir. Zira bu durumun, daha fazla kan dökülmesine, fitnenin artarak dağılmasına sebep olacağı düşünülmüştür. Bağyin başka bir unsuru güç kullanmaktır. Hz. Ali Hariciler, silahlı isyan başlatana kadar savaşmamıştır. Mâlikîler ve Zâhiriler hariç, Sünnî mezhep alimleri bağı suçu oluşması için isyancıların silah veya kuvvet kullanmış olmalarını şart koşturmaktadır.⁵³³

Mezhep alimlerinin çoğuna göre bağı suçu işleyenlere isyan sebepleri sorulur. Haksızlık tespit edilirse durum düzeltilir ve akabinde isyancılar devlete itaate çağrılır. İtaat etmez, isyana devam ederlerse isyanı bastırmak için harekete geçilir.⁵³⁴

Bir fiilin siyasi suç, özellikle bağı (silahlı isyan) kapsamında değerlendirilebilmesi için örgütlü bir yapı tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bireysel olarak devlete karşı girişilen fiiller, örgütlü bir yapıdan yoksun oldukları sürece bağı suçu kapsamına girmez. Benzer şekilde, devlet başkanının bireysel bir fail tarafından öldürülmesi de bağı suçu kapsamında değerlendirilmez. Nitekim Hz. Ali’ye suikast düzenleyen İbn Mülcem’in fiili, örgütsel bir yapıdan kaynaklanmadığı için, bağı değil, adi bir suç olarak değerlendirilmiştir.⁵³⁵

Fakihler, bağîleri dört kısma ayırır. İlki isyanlarını haklı çıkaracak bir sebepleri ve kuvvetleri olmadan devlet başkanına veya onun görevlendirdiği kişilere karşı çıkanlardır. Mal ve yol

⁵³¹ Bardakoğlu, “Had”, 14/549.

⁵³² Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 178.

⁵³³ Şafak, “Bağı”, 4/451.

⁵³⁴ Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 181.

⁵³⁵ Avcı, *Özel Hükümler*, 487.

güvenliğini ihlal ettikleri için bunlar yol kesicilerdir. İkincisi yeteri kadar güçleri olmadan fakat bir teville dayanan gruptur ki onlar da yol kesiciler sınıfından sayılırlar. Üçüncüsü yeteri kadar güçleri olan bir teville dayalı olarak isyan çıkaran, devlet başkanına itaatsizliğin yanında insanların can ve mal güvenliğini ihlal eden, kan akıtan bir gruptur. Dördüncüsü adil devlet başkanına isyan eden fakat Müslümanların kanını akıtmayan, esir almayan gruptur.⁵³⁶

Bağilere karşı izlenecek yol şu şekildedir. İsyancıların güçleri ve maksatlarından haberdar olduğunda, vazgeçirmek amacıyla hapsedilebilir. İsyan edecekleri söylentileri dolaşsa da harekete geçmemiş kimselere müdahale edilmediği gibi ayaklanma başlamadan silahlı bir karşılık verilmez. İsyancı oldukları öğrenilen gruba karşı yapılacak ilk iş onları itaate davet etmek ve çıkacak olan fesadı önlemektir. Davete icabet olmadığında muhtemel zararı önlemek, fesadın önüne geçmek için gerekli mücadele başlatılır.⁵³⁷

İsyan bastırıldıktan sonra ayaklanmaya katılanlara verilecek cezalar konusunda alimler arasında görüş birliği yoktur. Ebu Hanife, isyancıların tekrar harekete geçme durumları söz konusuysa ölüm cezasını uygun görürken, çoğunluk ta'zîr cezasıyla yetinilmesi görüşündedir.⁵³⁸

3.1.7.2. Bağy Cezasında Caydırıcılık

Toplumda kargaşaya yol açan ve devlete olan güveni zedeleyen bağy suçu için öngörülen ceza hem caydırıcı hem de ibret verici nitelikler taşımaktadır. Devletin, kamu düzenini tehdit eden bu tür fiillere karşı yaptırımsız kalması mümkün değildir. Bağilerin sulh çağrılarına olumlu yanıt vermesi, cezanın caydırıcı etkisinin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. İsyanlarını sona erdirip pişmanlık gösteren ve devlete bağlılıklarını sürdüren bağilerle ilgili olarak cezai takibat gereksiz hâle gelir; böylece toplumsal barış yeniden tesis edilmiş olur.⁵³⁹

Toplumda ortaya çıkan isyan hareketlerini barışçıl yollarla ve kan dökülmeden bastırılması, öncelikli ve ideal yöntem olarak kabul edilmiştir. Ancak bu yöntemin yetersiz kalması hâlinde, devlet başkanının isyanı bastırmak amacıyla güç kullanması zorunlu hâle gelir. Gerekli görüldüğünde halkın desteği de sağlanabilir. İslam hukukçuları, devlet başkanına itaatin toplum nizamının korunması açısından bireylerin temel yükümlülüklerinden biri olduğu konusunda görüş birliği içindedir. İsyanla mücadelede amaç, isyancıların ortadan kaldırılması değil,

⁵³⁶ Muhammed Ebu Zehra, *İslam'da Suç ve Ceza*, çev. İbrahim Tüfekçi (İstanbul: Kitabevi, ts.), 1/150.

⁵³⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/413.

⁵³⁸ Avcı, *Özel Hükümler*, 504.

⁵³⁹ Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi*, 115.

otoriteyi yeniden sağlamaktır. Hanefî ve Mâlikî mezhepleri kamu düzeninin hızlı bir şekilde sağlanması için, tavsiye edilememekle birlikte ağır silahların kullanımına cevaz vermiştir.⁵⁴⁰

3.2. KISAS CEZALARINDA CAYDIRICILIK

3.2.1. Kisas

3.2.1.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Kisas cezaları, Kur'an, sünnet ve icmayla sabit olan cezalardandır. Kur'an-ı Kerim'de yer alan şu ayet bu konudaki başlıca delildir: *“Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kisas size gerekli kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kime, kardeşi tarafından bir şey bağışlanırsa artık ona hakkaniyetle uymalı ve diyeti ona güzellikle ödemelidir. Bu, rabbinizden bir hafifletme, bir rahmettir. Bundan sonra kim haddi aşarsa ona elem verici bir azap vardır.”* (el-Bakara, 2/178) Bu ayetin ardından gelen *“Kısasta sizin için hayat vardır, ey akıl sahipleri, umulur ki sakınırsınız.”* (Nahl, 16/126) ayetiyle farz kılınan kisas cezası hayatla özdeşleştirilmiştir.

Kisas cezası adam öldürme (cinâye ale'n-nefs) ve yaralama (cinâye al âmâ düne'n-nefs) suçlarında asli ceza olarak öngörülmüştür. Müessir fiillerle ilgili başlıca delil şu ayettir: *“Tevrat'ta İsrailoğulları'na, “Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş... Yaralamalarda da kisas vardır. Kim kisası bağışlarsa bu kendisi için bir kefarettir. Ve her kim Allah'ın indirdiği ile hükmetmezse işte onlar zalimlerin ta kendileridir” diye yazdık.”* (Mâide, 5/45).

İki tür suç için de kisas cezasına delalet eden diğer ayetler ise şunlardır: *“Cezalandırmak isterseniz size yapıldığı kadarıyla cezalandırın, fakat sabır gösterirseniz bilin ki sabırlı davrananlar için bu muhakkak daha hayırlıdır.”* (en-Nahl, 16/126) *“Bir kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülüktür; ama kim bağışlar, düzeltme yolunu tutarsa onun mükâfatını Allah verir. Hiç şüphe yok ki O haksızlık edenleri sevmez.”* (Şûrâ, 42/40) *“Kim iyilikle gelirse ona getirdiğinin on katı vardır; kim de kötülükle gelirse o sadece getirdiğinin dengiyle cezalandırılır. Onlar haksızlığa uğratılmazlar.”* (el-En'âm, 6/160) *“Haram ayın karşılığı haram aydır; saldırmazlık kurallarına riayet karşılıklıdır. Şu hâlde kim size saldırırsa, onun*

⁵⁴⁰ Adnan Akalın, *İslam Hukukunda Devlete İsyan Suçu* (Ankara, 2016), 254-260.

saldırısının dengiyle siz de ona saldırın. Allah'ın hükmüne saygılı olun ve bilin ki Allah kendisine saygılı olanların yanındadır.” (el-Bakara, 2/194)

Kıyas cezasının sünnetteki dayanağı adam öldürme suçlarıyla ilgili olarak Hz. Peygamber'in birini öldürenin cezasının kıyas olduğunu bildiren ve maktul yakınlarının katili kıyas ettirmek, diyet talebinde bulunmak konusunda tercih hakkına sahip olduğunu gösteren hadisleri ve bu konudaki uygulamalarıdır. Müessir fiillerdeki kıyas hükmünün sünnetten dayanağı ise dışı kırılan bir cariyeye için Hz. Peygamber'in kısasa hükmetmesidir.⁵⁴¹

3.2.1.2. Kıyas Cezasında Caydırıcılık

Adam Öldürme Suçunda

En büyük günahlardan biri olan adam öldürmenin hem dünyevi hem de uhrevi olarak ağır yaptırımları bulunmaktadır. Hür bir Müslüman'ın, kendisini öldüren kişi için kıyas yoluyla öldürüleceği nassla sabit olmuştur. Bu durum, katil ile maktul arasındaki ilim, asalet, sağlık, güç, yaş ve benzeri sıfatların farklılaşmasıyla değişiklik göstermez. Bu konuda ihtilaf söz konusu değildir. Hz. Peygamber'in şu sözüyle bu eşitlik temellendirilmiştir: “Müslümanların kanları birbirine denktir.”⁵⁴² Sıfatlar ve erdemlerin bu eşitlik ilkesinde göz önünde bulundurulması ise kıyasın ortadan kalkmasına ve caydırıcılık hikmetinin ortadan kaybolmasına yol açar.⁵⁴³ Kasten işlenmiş bir cinayetin karşılığı kıyas cezasıdır. Çünkü böyle olduğu zaman cinayet ve caydırıcılık hikmeti kâmil manada gerçekleşmiş olur.⁵⁴⁴

Serahsî, kıyas ayetinde kıyasın hayat olması iki şeyle açıklanabileceğini söyler. İlki kıyasın caydırıcılık yoluyla hayat olmasıdır. Çünkü düşmanını öldürmeye kasteden kişi, işin sonunda kendisinin de öldürüleceğini anlarsa bu düşünce onu cinayet işlemekten alıkoyar. Bu da hem onun hem de karşısındakinin hayatta kalmasına vesile olur. İkincisi ise bu, helâk sebebini ortadan kaldırmak yoluyla bir hayattır. Çünkü haksız yere birini öldüren kişi, maktulün velilerine karşı kendini savaş hâlinde hisseder. Onlara karşı duyduğu korku sebebiyle hepsini yok etmeye kaster. İslam hukuku maktulün velilerine, kıyas yoluyla katili öldürme hakkı vererek, onun kötülüğünü kendilerinden uzaklaştırmalarına imkân tanımıştır. Hayatta olan

⁵⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 26/135.

⁵⁴² İbn Mâce, “Diyât”, 31; Ebû Dâvûd, “Cihad”, 147.

⁵⁴³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/459-460.

⁵⁴⁴ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 4/442.

birinin yaşamaya devam etmesinin sağlanması da bu helâk sebebinin/ölüm tehlikesinin ondan uzaklaştırılması yoluyla gerçekleşir.⁵⁴⁵

Müfessirler de kısasın hayat olması ayetiyle ilgili caydırıcılık hikmetine vurgu yapmıştır. Râzî'ye göre “İçinde kısas bulunmayan yaralar ve şiddet de bu ayetin kapsamına girer. Çünkü cinayete teşebbüs eden kişi ne zaman bir yaranın ölümle sonuçlanıp kısas gerektireceğinden emin olamaz.”⁵⁴⁶ O, beyan alimlerinin bu ayetin en üst düzeyde icaz örneği olduğunda ittifak ettiklerini aktarır. Araplardan nakledilen “Öldürmek öldürmeyi önler”⁵⁴⁷ sözünden daha fesih ve belîğ olduğunu, ayrıca Kur'an ayetinin yalnızca öldürmeden değil yaralama ve diğer zarar verici eylemlerden caydırma anlamını da içerdiğini ifade eder.⁵⁴⁸

Cessas, Kur'an-ı Kerim'de yer alan fitneyle savaşılmaması gerektiği ayetine atıfta bulunarak haksız yere insan öldürmenin de bir fitne olduğunu ifade eder. Bu yaklaşımını, meşru müdafaa yaparken ölen kişinin şehit mertebesinde olacağı, kötülüğü öncelikle el ile düzeltmek gerektiği hakkındaki çeşitli rivayetleri vererek delillendirir. Kur'an-ı Kerim'den “İşte bundan dolayı İsrâiloğulları'na şöyle yazmıştık: ‘Bir cana kıymaya veya yeryüzünde fesat çıkarmaya karşılık olması dışında, kim bir kimseyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir can kurtarırsa bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur.’ Şüphesiz peygamberlerimiz onlara açık deliller getirdiler. Ama bundan sonra da onların çoğu yeryüzünde taşkınlık göstermektedirler.” (el-Mâide, 5/32) ayetini de zikreder ve haksız yere cana kıymanın en büyük bozgunculuklardan olduğu için katilin kanının heder olarak kabul edildiğini belirtir.⁵⁴⁹ Nitekim Hz. Peygamber şöyle der: “Mü'minin öldürülmesi, Allah nezdinde dünyanın zeval bulmasından daha büyük bir şeydir.”⁵⁵⁰

İbn Kayyim kısas cezasına karşı, “maktulün yok edilmesine karşılık dahi olsa şerefli bir beden in ortadan kaldırılması ve canın acı çekerek yok edilmesi katlin mefsedetini artırmak değil midir?” şeklinde yöneltilebilecek farazi bir sorunun cevabının “Kısasta sizin için hayat vardır”

⁵⁴⁵ Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 26/60; Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Abdu's-selâm Muhammed Ali Şahin (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-ilmîyye, 1415), 2/502; Muhammed Tâhir İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr* (Tunus: Dâru't-Tûnusiyye li'n-neşr, 1984), 2/136.

⁵⁴⁶ Fahrreddîn er-Râzî, *Tefsîrû'l-kebir/Mefâtihu'l-gayb* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, 1420), 5/229.

⁵⁴⁷ Serahsî de bu deyim kısas cezasının hayat olmasının hikmetini açıklarken yer vermiştir. Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 10/219.

⁵⁴⁸ Râzî, *Mefâtihu'l-gayb*, 1420, 5/229-230.

⁵⁴⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 1415, 2/502-505.

⁵⁵⁰ Nesâî, *es-Sünen*, 416.

ifadesinde cevap bulunduğunu söyler.⁵⁵¹ Kısas cezasının hikmetine yönelik şu değerlendirmelerde bulunur:

Cahiliye dönemi Arapları şöyle der: ‘Öldürmek öldürmeyi engeller ve kan dökerek kanın akması engellenir’ Bu şekilde necaset necasetle temizlenmiş olmaz. Aksine cinayet bir necasettir, kısas ise temizliktir. Eğer katilin ve öldürülmeyi hak edenin ölmesi kaçınılmazsa onun kılıçla ölmesi hem dünyası hem de ahireti için daha faydalıdır. Kılıçla ölüm, ölümlerin en hızlısı, en kolay olanı ve en az acı vereni olduğu için onun bu şekilde ölmesi hem kendisi hem öldürülenin yakınları hem de genel insanlık için bir maslahat teşkil eder. Bu durum, insanın menfaati için hayvanın boğazlanması gibi bir uygulamaya benzer. Hayvanın boğazlanması hayvan için bir zarar teşkil etse de onun kesilmesinden elde edilen faydalar, ölümünden kaynaklanan zararın kat kat üstündedir.

Ayrıca İbn Kayyim, kısas cezası neticesinde gerçekleşen ölüm hakkında şu sözleri ekler:

Allah’ın kullarına takdir ettiği ve herkes için eşit kıldığı ölüm olmasaydı, yaşam ne huzurlu olurdu ne de rızık yeterli gelirdi. Yerleşim alanları, şehirler, çarşılar ve yolla daralırdı. Sevmediğin biriyle vedalaşmanın verdiği haz ve rahatlık, sevdiğin biriyle birlikte olmanın verdiği mutluluk gibidir. Ölüm, hayatta kalanı kurtarır, her ikisinin de (ölenin ve kalanın) birbirleri konusunda rahata ermelerini sağlar. Bununla birlikte ölüm, bu imtihan ve deneme yurdundan çıkaran bir yol ve gerçek hayat yurduna girişin kapısıdır.⁵⁵²

İbn Kayyim’in bu sözlerinin büyük ölçüde farazi olarak kısas cezasının hikmetine binaen ortaya atılmış itirazlara cevap verme niteliği taşıdığı söylenebilir. Ceza, birçok İslam hukukçusunun da kabul ettiği gibi aslen kötü bir şeydir. Bu kötülük bir hikmete binaen meşru kılınmıştır. Ölüm cezasının haddizatında katilin ya da had suçlusunun ailesini de mağdur eden bir yönü bulunur. Bu nedenle kısas cezalarında af teşvik edilmiş ve diyet, sulh gibi imkânların kapısı açılmıştır. Had cezalarında ise sıkı ispat şartları aranmış ve aleni hâle gelmemiş suçların araştırılması yasaklanmış ve mutlak surette cezalandırılması cihetine gidilmemiştir.

Kanaatimize göre hayvanların öldürülmesindeki menfaatle insanın kısas yoluyla öldürülmesindeki hikmet kıyas edilebilir değildir. İnsan yaradılış itibarıyla diğer varlıklardan üstün kılınmıştır. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de: “*onları yarattıklarımızın çoğundan üstün kıldık.*” (el-İsrâ 17/70) denilmiş, bir başka ayette de bir insanı öldürmenin bütün insanlığı öldürmek gibi yaşatmanın ise bütün insanların hayatını kurtarmak gibi olduğu belirtilmiştir. (el-Mâide 5/32)

⁵⁵¹ Cevziyye el-İbn Kayyim, *et-Tefsîrû'l-kayyim li'l-İmâm İbni'l-Kayyim*, thk. İbrahim Ramazan (Dârun ve Mektebetü'l-Hilâl, 1410), 145.

⁵⁵² İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, 1991, 2/79.

Kıyas olarak kâtilin öldürülmesi mefset, çok daha büyük bir mefsetten korumak üzere meşru kılınmıştır. Bu da toplumda huzur ve emniyetin yok olması ve insanların adalet ve eşitlik duygusuna verilen zarardır. Nitekim İzz b. Abdisselâm şöyle demiştir: “Suçlunun öldürülmesi, onun hayatını ortadan kaldırmak suretiyle bir mefsettir. Fakat bu, genel anlamda insanların hayatını koruma yönü bulunduğu için caiz kılınmıştır.”⁵⁵³

Had cezalarında da Allah hakkı içeren bu suçları alenen, hiçbir bahanesi olmadığı halde işlemenin toplumu önemli ölçüde ifsad edeceği gerçeğidir. Hanefî düşüncesine göre bu cezalar bizzat kefarete olma niteliği taşımaz. Ancak tövbeyle birlikte anlam taşır. Bu nedenle bir kişinin had veya kıyas cezası alması onu güzel bir ölümün beklediğini göstermeyecektir.

Kıyas cezasının kan davalarını yatıştırdığı kabul edilir. Zira katilin yakınlarını, öldürülen kişinin ailesi veya kabilesinin saldırılarına karşı korur. Kıyasın uygulanması sayesinde Müslüman toplumunun üyeleri adalet ve hakkaniyet duygusunu hissederler.⁵⁵⁴ Mevsilî de caydırıcı cezaların kabilecilik gibi kötü anlayışlara nasıl engel olduğunu şöyle anlatır:

Haksızlık ve zulümden caydırıcı cezalar teşri kılınmasaydı, cinayetlerin ne eksigi ve ne de fazlası; tam karşılığı olan kıyas meşru kılınmasaydı, cahiller, kabilecilik yapanlar ve dik başlı ruhlar başkalarına saldırmaya ve öldürmeye; kendilerine yapılan haksızlığa karşılık verirken kat kat fazlasıyla intikam almaya cüret ederlerdi. Bu da karşılıklı helaka/tam bir yok oluşa yol açardı.⁵⁵⁵

Gazzâlî, kıyasın caydırıcılık ve intikam hislerini tatmin için meşru kılındığını ve bunun da ancak denklik/mümaselet ile gerçekleştiğini ifade eder.⁵⁵⁶ Gazzâlî’nin bu ifadesinden kıyasın öncelikle caydırıcılık daha sonra mağduru tatmin ve teskin amaçlarına yönelik olduğunu ve bunun da denklik ile sağlanacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kıyasta denklik amaç değil, cezanın uygulanması için bir gereklilik ve amacın gerçekleşmesine yönelik bir araç mesabesinde. Had cezalarında olduğu gibi asıl ve en önemli hedef caydırıcılıktır.

Abdülmeccid Kara, İslam hukukunun kan davasını, kıyas hükmüyle değiştirmesi hakkında şöyle bir yorumda bulunmuştur:

Bir cinayet meydana geldiğinde bu, bütün kabileye karşı yapılmış onursuz bir saldırı sayıldığından, mağdurun kabilesindeki her birey, saldırının doğrudan kendisine yönelmiş

⁵⁵³ İzzüddîn Abdülazîz b. Abdisselâm b. Ebî'l-Kâsım es-Sülemî İbn Abdisselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*, ed. Taha Abdu'r-raûf Sa'd (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991), 1/117.

⁵⁵⁴ *Crime Prevention in Saudi Arabia*, 371.

⁵⁵⁵ el-Mevsilî (683/1289), *el-İhtiyar Li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, Matbaatu Halebi, Kahire 1937, V, s. 22.

⁵⁵⁶ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, 174.

olduğunu hissederdi ve bu duyguyla, sözde bu onursuzluk karşısında savaşmak üzere kendiliğinden harekete geçerdi. İslam öncesi dönemde ve hatta İslam geldikten sonra da -yeni hukukî düzenlemeler bu uygulamaları dizginleyene kadar- bu anlayış çok sayıda kan davasının sebebi olmuştur. Bu durum, eski gelenekler yavaş yavaş değişmeye başlayana kadar devam etmiş ve sonunda, bu savaş enerjisi, artık birbirlerine karşı değil, İslam'ın düşmanlarına karşı yönlendirilebilir hâle gelmiştir. Bu düşünce tarzı, İslam hukukunda üçüncü kategoriye giren suçlara⁵⁵⁷ (her ne kadar sivil suçlar sayılsalar da) kısas ya da diyet gibi cezaların verilmesi, özel caydırıcılık içindir.⁵⁵⁸

Kara, kabileci anlayışın, cinayetleri kan davasına sürüklediğini, İslam hukukunun ise mümâselet esasına dayanan kısasla bu durumu düzelttiğini, toplumsal kargaşanın önüne geçtiğini ve savaş enerjisini İslam düşmanlarına karşı kullanmasını sağladığını ifade etmektedir. Dolayısıyla ona göre kısas ve diyet suçları her ne kadar şahsi hakları ilgilendiren ve modern dünyada sivil suç olarak kabul edilen suçlar olsa da İslam ceza hukukunda kısas cezası daha çok caydırıcılık amacına yöneliktir. Dolayısıyla toplumsal düzeni sağlamayı ve korumayı amaçlar.

Serahsî şöyle der: “Kisasın kendisi maksat değildir, onun uygulanması maksattır. Çünkü onunla caydırıcılık sağlanır. Benzer şekilde iki taraf anlaşılırsa kısasın uygulanması gerekli olmaz. Çünkü fiilin aslı kısas hakkını alacak kişi belli olmadığı için kısası gerektirmez. Bu nedenle razı olmaları hâlinde daha sonra kısas gerekmez.”⁵⁵⁹

İbn Âşur, yüzeysel bir bakış açısıyla bakanların kısasın tedavi edilmesi gereken bir suçun aynısıyla karşılık vermek olarak görebileceğini, bu tür bir yanlış anlamadan dolayı bazı milletlerin kısas hükmünü “Biz suçluyu başka bir suçla cezalandırmayız” bahanesiyle suçla cezalandırılmadığı bahanesiyle iptal etmeye yöneldiğini söyler. “Fakat bu, yalnızca cezanın ölümle karşılık bulmasının öldürmekten caydırıcı etkisini kavramaktan uzak bir gaflettir. Çünkü insan nefsi, yaşamı sevmeye ve öfke gücünü tatmin etmeye eğilimli yaratılmıştır. Dolayısıyla bir kişi öfke anında öldürdüğü takdirde cezasının ölüm olacağını bilirse bundan vazgeçer. Cezanın ölümden daha hafif olabileceğini düşünürse öfkesini tatmin etmek için cinayet işlemeye teşebbüs eder ve kısas dışındaki cezaya katlanabileceği veya ondan kurtulabileceğini gerekçelendirir.”⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Her ne kadar bu nitelendirme, ta'zîr suçlarını akla getirse de yazar, burada farklı bir tasnifi tercih ederek cinâyât ve yaralama suçlarını üçüncü kategori olarak kabul etmiştir.

⁵⁵⁸ Kara, *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*, 1977, 224.

⁵⁵⁹ Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 7/220.

⁵⁶⁰ Muhammed Tâhir İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr* (Tunus: Dâru't-Tûnusiyye li'n-neşr, 1984), 6/177-178.

“Kıyas cezasının varlığı İslam ceza hukukunun kamu hukuku olma niteliğini kaldırmaz. Çünkü kıyasın ibret vericiliği, cezanın genel önleme amacına yaraması bakımından kamuyu çok yakından ilgilendiren bir husustur.” Bu düşünce klasik dönemde İslam hukukçuları tarafından bütün kul haklarının aynı zamanda Allah hakkı olduğu şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁶¹

Kanaatimize göre, kıyas cezaları her ne kadar mümâselet (benzerlikle karşılık) esasına dayanıyor gibi görünse de, diğer ceza türlerinde olduğu gibi burada da caydırıcılık ilk ve öncelikli amaçtır. Nitekim kıyasla ilgili fikhî tartışmalarda eşitlik ilkesinin zayıfladığı ya da esnetildiği birçok örnek bulunmaktadır. Bunlardan en dikkat çeken, iştirak hâlinde işlenen cinayetlerde tek maktule karşılık birden fazla failin kıyas edilmesinin caiz görülmesidir. Hz. Ömer’in “Eğer bütün San’a halkı suça iştirak etmiş olsaydı hepsini kıyas ederdim.”⁵⁶² şeklindeki meşhur ifadesi, bu yaklaşımda caydırıcılığın ön planda tutulduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, şahıslara yönelik işlenen cinayetlerde affa izin verilmiş hatta tavsiye edilmiştir. Çünkü ne kadar kötü bir suç işlemiş olsa da toplumun Müslüman bir ferdinin yok olması ve geride kalan ailesinin mağduriyet yaşaması arzu edilen bir durum değildir. Bu nedenle, diyet ve sulh gibi alternatif çözüm yolları geliştirilmiş; ancak bu yolların kullanımı tamamen mağdur ve velilerine bırakılmıştır. Fail açısından düşünüldüğünde ise, cezadan kurtulmak için bu ihtimallere güvenerek cinayet işlemeye cüret etmesi akılcı bir seçenek olarak değerlendirilemez. Zira kıyasın asıl ve belirleyici ceza olduğu, diğer seçeneklerin ise belirsiz ve muhtemel olduğu dikkate alındığında, caydırıcılık açısından etkisinin zayıf olduğu söylenemez. Kıyas cezalarının bu yönüyle caydırıcılığın hem psikolojik hem hukuki boyutunu içerdiği görülmektedir.⁵⁶³

Müessir Fiillerde

Müessir fiil, başkası tarafından insanın cismine yönelik işlenen ve ölümle sona ermeyen her türlü haksız tecavüze denilmektedir.⁵⁶⁴ Müessir fiiller için şahıslara karşı işlenen suçlar (الجنایة على الأشخاص), ölüme yol açmayan beden bütünlüğüne yönelik suçlar (الجنایة على ما دون النفس) veya organlara karşı suçlar (الجنایة على الأطراف) gibi kavramlar da kullanılmaktadır.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, 34.

⁵⁶² Buhârî, “Diyât”, 21.

⁵⁶³ Bk. Sahip Beroje, *Günümüz ve İslâm Ceza Hukukunda Af* (Ankara: Fecr Yayınları, 2013), 211.

⁵⁶⁴ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 68.

⁵⁶⁵ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 67-71.

Hanefî mezhebine göre bir uzuv, eklem yerinden kesildiği takdirde kısas uygulanır. Eklem yerinin dışından kesilmişse veya bir kemik kırılmışsa kısas uygulanmaz. Bu konuda “Kemiklerde kısas yoktur”⁵⁶⁶ hadisini delil gösterirler. Ayrıca onlara göre böyle bir kısasta eşitlik sağlanması mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası dişlerdir.⁵⁶⁷ Şafii mezhebine göre ise kısasın amacının caydırıcılık olması ve haksız yere yapılan saldırıların çoğunda bu şekilde bir kesme veya kırma görülmesine binaen kısas gereklidir. Uygulanmadığı takdirde uzuvlara yönelik kısas cezası neredeyse hiç uygulanamamış olacak, dolayısıyla cezanın caydırıcılık etkisi ortadan kalacaktır. Mâverdî, böyle bir kısasta eşitlik olmayacağı mağdurun kesilen uzvuna karşılık olarak saldırganın farklı bir noktasından kesim yapmak mecburiyetinde kalınacağı itirazına, en yakın ve mümkün olan yerden kesme (ampütasyon) işleminin yapılabileceği cevabını verir.⁵⁶⁸

İmam Mâlik, uzuvlarda kısasla birlikte ta‘zîr cezasının verilebileceğine hükmetmiştir. İbn Rüşd, onun bu hükmüyle, caydırıcılığı temin etmeyi hedeflediğini söyler. Fakat İbn Rüşd, kısas ile birlikte başka bir ceza verilmeyeceğini söyleyen alimlerin (görüşünün daha açık ve güçlü görüldüğünü ifade etmiştir. ⁵⁶⁹ Hattâb er-Ruaynî (ö. ö. 954/1547) ve Muhammed İliş (ö. 1299/1882), bu farklı görüşün Atâ b. Ebi Rebah’a ait olduğunu söyler. Muhammed İliş, kısasla birlikte verilen edeb (ta‘zîr) cezasının İmam Mâlik’in mezhebine uygun olduğunu, İbn Rüşd’ün naklettiği ve tercih ettiği görüş için Mâlikî mezhebinde delil bulunmadığını belirtir. ⁵⁷⁰

Şamil Dağcı, kasıtlı müessir fiillerde kısasın asli ve maddi bir ceza olduğunu, diyetin ise maddi veya cismani olmayıp mali bir tazminden ibaret olduğunu ifade eder. Bunun için müessir fiillerde öngörülen genel şartları taşıması durumunda kısasa hükmedilmesinin daha doğru olduğunu ifade eder. Ona göre cezanın caydırıcı niteliği, mümâselet şartı taşımadığı gerekçesiyle kısasa değil diyete hükmetme neticesinde zarar görür. Bu durum ceza siyaseti açısından son derece sakıncalıdır. Bu nedenle yalnızca organların eklem yerlerinden kopmuş olması veya kemik sınırına ulaşan yaralarda kısasa hükmedilmesi bu cezanın çok nadir uygulanabilmesi anlamına gelir. Oysa bu suç genellikle nizami bir usulle değil öfke anında aniden gelişir. Ayrıca becerikli bir suçlunun eklem yerleri dışında kısas olmadığını bilme ve hileyle bundan kaçınma imkânı vardır. Dağcı, bu şekilde suçlunun mağdura yaşattığı maddi

⁵⁶⁶ Abdullah b. Yûsuf ez-Zeylâî, *Nasbü’r-râye li-tahrîci ehâdîsi’l-Hidâye*, thk. Muhammed Avvâme (Beyrut: Müessesetü’r-Reyyan li’t-Tıbaa ve’n-Neşr, 1418), 4/350.

⁵⁶⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 26/135; Mergînânî, *Hidâye*, ts., 4/449.

⁵⁶⁸ Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, 1999, 12/158.

⁵⁶⁹ Ebî Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdîrrahmân elMağribî Hattâb Ruaynî, *Mevâhibü’l-Celîl li Şerhi Muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1412), 6/247.

⁵⁷⁰ Muhammed İliş, *Minahu’l-celîl şerhu Muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1404), 9/47.

acıyı tamamen aynı şekilde kendisinin de yaşayacağı korkusuna kapılıp suçun hiç meydana gelmemesi olan kısasın amacının bertaraf edileceğini belirtir. O, ta'zîr ve diyet gibi tebeî cezaların yalnızca mağdurun talebi veya adli tıp ile iş birliği içinde olan mahkemenin o olay özelinde suça kısas uygulamanın imkânsız olduğuna karar vermesi hâlinde göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatini taşır.⁵⁷¹

Miras ve Vasiyetten Mahrumiyet

Kasten adam öldürme durumlarında, kısas ya da diyet dışında, eğer katil, maktulün mirasçısı veya maktulün kendisini vasiyetçi olarak atadığı kişi ise mirasçı ya da vasiyetçi olma hakkından mahrum bırakılır. Bu yoksun bırakma kuralı (el-hirmân mine'l-mîras ve'l-vasiyye), Hz. Peygamber'in katilin mirasçı olamayacağına dair hadisine dayanmaktadır. Fıkıh mezhepleri bu kuralın uygulanması konusunda hemfikirdir. Ancak bu kuralın nasıl yorumlanacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.⁵⁷²

Hanefî⁵⁷³, Şafiî ve Hanbelî mezhepleri, bu kuralı hem kasıtlı hem de hatâen adam öldürme durumlarına tatbik etmiştir. Bu görüş, bir yandan hadisteki ifadelerin genelliğine (umum), diğer yandan sedd-i zerâî' olarak bilinen fıkıh usulü kuralına dayanır. Çünkü hatâen adam öldürme durumunda katile miras hakkı verilirse bu durum her katilin hatâen öldürme iddiasında bulunmasını teşvik eder. Bu yüzden, yoksun bırakma kuralının bütün adam öldürme durumlarına uygulanmasının daha iyi olacağı düşünülmüştür.⁵⁷⁴

Mâlikî hukukçular ise yalnızca kasıtlı ve hukuka aykırı cinayetin mirasa engel oluşturması gerektiğini savunur.⁵⁷⁵ Kazara gerçekleşen, cezaî infaz gereği veya nefsi müdafaa gibi durumlarda gerçekleştirilen kasıtlı, ancak hukuka uygun cinayetlerin miras üzerinde bir etkisi yoktur. Bu görüş, mirastan yoksun bırakmanın yalnızca bir suç ya da haksızlık nedeniyle uygulanabilecek bir ceza olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Ayrıca, katilin miras hakkını zamanından önce elde etmeye çalışması ya da bunun varsayımı nedeniyle bu kuralın uygulandığını söylerler. Ancak bu durum ne kazara ne de hukuka uygun cinayetlerde geçerlidir.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 228-229.

⁵⁷² Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Kahire: Mektebetü'l-Kâhire, 1968), 9/150; El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 87.

⁵⁷³ Hanefî mezhebi, bu kuralın uygulanabilmesi için mübaşeret ve haksız yere öldürme şartını arar. Ali Bardakoğlu, "Katil", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25/48.

⁵⁷⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 9/150-151; El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 88.

⁵⁷⁵ Fakat kasten öldürme hâlinde mübaşeret ve tessebbüb ayrımı yapmazlar. Bardakoğlu, "Katil", 2002, 25/48.

⁵⁷⁶ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 88-89; Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/39; Bardakoğlu, "Katil", 25/48.

Hataen öldürme hâlinde mirastan pay alabileceğini fakat diyet hakkının olmayacağını söyleyen alimler de vardır. Çünkü miras alma hakkı Kur'an ve sünnetle sabit olan bir haktır. Hz. Ali'nin bu konuda benzer bir görüşü desteklediği; Said b. Müseyyeb, Amr b. Şuayb, Atâ, Hasan el-Basrî, Mücahid, Zührî, Mekhûl, Evzâî, İbn Ebî Zî'b, Ebû Sevr, İbnü'l-Münzir ve Dâvûd ez-Zâhirî'nin de bu görüşü savunduğu bilinmektedir. Ancak İbn Kudâme bu görüşün hatalı olduğunu ve bu konudaki genel hükümlerin her türlü öldürme durumunda mirasçı olunamayacağına işaret ettiğini ve diyetten miras alamayan kişinin diğer mallardan da miras alamayacağını belirtir.⁵⁷⁷

Vasiyetten yoksun bırakma konusunda ise benzer şekilde üç farklı görüş bulunur. Hanefî mezhebine göre bu vasiyet mevkuttur ve mirasçılar kabul ettiği takdirde geçerli olur. Mâlikîlere, bazı Hanbelilere ve Şafî mezhebinde kuvvetli görüşe göre vasiyet sahihtir. Ebu Yusuf ve diğer fakihlere göre ise bu katile yapılan vasiyet bâtıldır.⁵⁷⁸

Kâsânî, haksız yere adam öldürmenin büyük bir suç olduğunu ve en güçlü şekilde caydırıcı tedbirleri gerektirdiğini söyler. Bu nedenle katilin mirastan mahrum bırakılması nasıl caydırıcı bir ceza ise vasiyetten mahrum bırakılması da aynı şekilde caydırıcı bir önlem olarak kabul edilir ve uygulanır. Ayrıca öldürmenin kasten veya hataen olmasına bakılmaksızın geçerli olduğunu, çünkü hataen öldürmenin de bir öldürme fiili olduğunu ve aklen hesaba çekilmeyi gerektirir.⁵⁷⁹

Selim Avvâ, öldürmenin miras ve vasiyete engel teşkil etmesi kuralının İslam ceza hukukunun caydırıcılık felsefesiyle ilişkisini şöyle aktarır:

Öldürmenin miras ve vasiyete engel teşkil etmesi kuralı, İslam ceza sisteminin genel olarak caydırıcılık felsefesine dayandığı gerçeği ışığında yorumlanmalıdır. [...] İslam hukukunda adam öldürme, göreceğimiz üzere, kamuya karşı işlenmiş bir suçtan ziyade, özel bir hukuk ihlali veya haksız fiil olarak kabul edilir. Katil, ölüm cezası ile cezalandırılabilir ya da diyet ödemekle sorumlu tutulabilir. Bu seçim, ölen kişinin yakınlarına aittir. Hatta onlar, suçluyu tamamen affetme hakkına da sahiptir. İslam hukukunun, adam öldürmeyi bu şekilde ele alması, fakihlerin yukarıda zikredilen Hz. Peygamber'in "Kâtil mirasçı olmaz"⁵⁸⁰ sözünden azami derecede faydalanmalarını sağlamıştır. Daha önce belirtildiği gibi, bazıları bu kuralı, herhangi bir suç

⁵⁷⁷ Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdu'l-muhsin et-Türkî, Abdulfettah Muhammed el-Hulûv (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1417), 9/151-152.

⁵⁷⁸ Abdüsselam Arı, "Vasiyet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42/554.

⁵⁷⁹ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/339.

⁵⁸⁰ Ebû Dâvûd, "Diyât", 19.

kastının kesinlikle bulunmadığı hataen öldürme durumlarına dahi uygular. Bu, ancak fakihlerin insanları bu suçu işlemekten caydırma amacına bağlandığında anlaşılabilir.⁵⁸¹

Avvâ'ya göre İslam hukukunda cana yönelik işlenen cinayet, had suçu olmasa da kamuyu ilgilendiren bir yöne sahiptir. Bu nedenle İslam ceza hukukunun caydırıcılık felsefesi kamuyu ilgilendiren bu suçta büyük bir öneme sahiptir. Fakihler Hz. Peygamberden nakledilen bu hadisi geniş bir kural olarak işletmişler, hatta bazı fakihlere göre hatayla işlenen cinayetlere bile teşmil etmişlerdir. Bunu yaparken caydırıcılık gerekçesine dayanmışlardır.

Adam Öldürmede Usul-Fürû İlişkisi ve Caydırıcılık

İslam hukukçularının genel kabulüne göre müessir fiil veya katl suçunda usul-fürû ilişkisi mevcutsa ve usul katil veya câni, fürû maktul veya mağdur ise aslî ceza olan kısas cezası uygulanmaz. Yani baba veya dedeye çocuk veya torununu öldürmekten ya da müessir fiil işlemekten dolayı kısas uygulanmayacağına hükmedilmiştir.⁵⁸² Anne ve ninelerin hükmü de bu konuda baba gibidir.⁵⁸³ Bu hükme şu hadis delil gösterilmiştir: “Baba oğlu dolayısıyla kısas olunmaz.”⁵⁸⁴

Hanefî, Şafiî ve Hanbelî fakihleri bu hükmü kabul ederken Mâlikî mezhebine farklı bir görüş hâkim olmuştur. İmam Mâlik eğer ortada boğazlama, karnını deşme, bacağına ayırma gibi yollarla şüphe götürmez bir katl söz konusu ise babaya da kısas cezasının uygulanacağı görüşünü benimser.⁵⁸⁵ Benzer şekilde İmam Mâlik'in talebesi Abdullah b. Nâfi (ö. 206/822) Mâlikî mezhebindeki meşhur fakih ve muhaddis İbn Abdülhakem (ö. 268/882) ve Şafiî usulüne yakın olduğu için Şafiî hukukçular arasında zikredilen ve görüşleri etrafında Münziriyye adlı bir mezhep oluşan müçtehit alim İbnü'l-Münzir en-Nisâbü'rî (ö.318/930) de bu durumda babaya da ayetin zahiri ve bu konuda vârid olan hadisler gereği kısas uygulanacağını söyler.⁵⁸⁶ Çağdaş İslam hukukçularından Ebû Zehrâ da Mâlikî mezhebinin görüşünü isabetli bulmuştur.⁵⁸⁷

İslam hukukçuları bu hükmün hikmetine yönelik farklı açıklamalar getirir. Bunlardan ilki böyle bir hükme ihtiyaç duyulmasının sebebi babayı koruma ihtiyacıdır. Zira çocuk, babasının

⁵⁸¹ El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 90-91.

⁵⁸² Şamil Dağcı, “Kısas”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25/492; Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Kahire: Mektebetü'l-Kâhire, 1968), 8/285-286.

⁵⁸³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/483.

⁵⁸⁴ İbn Mâce, *es-Sünen*, 673; Tirmizî, *Sünen*, 1996, 70.

⁵⁸⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2004, 4/183; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 8/285; Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/242; Abdülkâdir Üdeh, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, çev. Ali Şafak - Ruhi Özcan (Ankara: Rehber Yayıncılık, 1990), 3/116.

⁵⁸⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 8/285.

⁵⁸⁷ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, 375.

ölümüyle miras elde etmek isteyebilir. Babanın ise tek amacı çocuğunu korumaktır ve sevgisinde çocuğun aksine şahsi bir menfaati bulunmaz. Başka bir açıklamaya göre baba çocuğun hayat bulmasına sebep olan kişidir (illetü'l-vücûd). Bu nedenle çocuk, varlık sebebi olan babasının, ölümüne sebep olamaz. Fakat bu görüş, hukuki olmadığı gerekçesiyle tenkit edilmiştir.⁵⁸⁸

Bu hükmün hikmetine dair ortaya konulan açıklamaların, hükmü temellendirmek için yeterli olmadığı görülmektedir. Kısas cezasına dair hüküm Kur'ân-ı Kerim ve sünnetle sabit olmuştur. Çocuğu babası aleyhine suç işlemekten caydırmak/menetmek gibi belirsiz bir hikmet üzerine ve babanın çocuğuna karşı şahsi bir menfaati olamayacağı varsayımıyla kısas cezasının iptali isabetli değildir. Yine babanın hayat sebebi olduğu evladın onun ölümüne yol açamayacağı ise başlı başına sorunlu bir açıklamadır. Kanaatimize göre bu hükme delil olan hadis eğer doğru kabul edilirse bu, sağlıklı ve normal bir anne babanın kendi evlâdına karşı sonsuz şefkat ve sevgi duygusuyla hareket edeceği, bunun aksini gösteren bir şey olduysa suçun sübutunda kayda değer bir şüphe oluşturacağı anlamına gelir. Dolayısıyla burada suçluya ait birtakım özelliklerin şüphe olarak değerlendirildiği istisnai bir hükmün varlığından bahsedebiliriz. Bu nedenle İmam Mâlik'in kasten yapıldığı konusunda şüphe bulunmayan cinayet vakalarında babaya da kısas cezasının uygulanacağına dair görüşü daha isabetlidir.

Zimmi ve Müste'men Karşılığında Kısas ve Caydırıcılık

Hanefî mezhebine göre zimmiyi öldürmek kısas cezası gerektirmektedir. Kısasa delil teşkil eden ayetlerin maktul ve katil arasında herhangi bir ayrım yapmamış olması ve Hz. Peygamber'in bu yönde bir uygulaması delil gösterilmiştir. Zimminin masumiyetinde şüphe olduğu iddiasının doğru olmadığını çünkü İslam'ın ona sağladığı zimmet hükmünde olduğu ve bunun Müslümanın masumiyeti gibi olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu durum caydırıcılık hikmetiyle ilişkilendirilmiştir:

Allah Teâlâ buyurmuştur: “Kısasta sizin için hayat vardır.”⁵⁸⁹ Bu hayat ilkesinin en güçlü şekilde gerçekleştiği yer, bir Müslümanın zimmi için öldürülmesidir. Çünkü dini düşmanlık, özellikle öfke anında, birini öldürmeye sevk edebilir. Bu durumda, kısas hükmünün uygulanması, bu tür cinayetleri önlemek açısından daha büyük bir caydırıcılık sağlar.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ Üdeh, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1990, 3/114-115; *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 102.

⁵⁸⁹ "el-Bakara", 2/179.

⁵⁹⁰ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/237.

İbn Ebi Leyla, Şa'bî ve Osman el-Bettî de Hanefî mezhebinde olduğu gibi doğrudan kısasa hükmetmiştir. Mâlikî mezhebi ve Leys b. Sa'd ise pusu kurarak ve veya hile yaparak öldürmüşse (katlu'l-ğile)⁵⁹¹ kısas cezasına hükmetmiş, diğer durumlarda müçtehitlerin çoğu gibi yalnızca diyet cezasına hükmetmiştir. İbn Hazm ise zımmiyi hatayla öldüren Müslümana herhangi bir ceza verilmeyeceği, kasten öldürmesi hâlinde ise ta'zîr cezasına hükmedileceği kanaatine sahiptir.⁵⁹² Bazı araştırmacılar burada Mâlikî mezhebinin görüşünden hareketle Hz. Peygamber'in zımmi karşılığında Müslüman için kısasa hükmetmesinin hunharca işlenen suç nedeniyle olduğunu, Müslüman ve gayri müslim vatandaş arasındaki eşitlikten kaynaklanmadığını söyler. Burada kısasın gayesi zımmi bir vatandaşla yapılan emanın bozulması ve öldürme suçunun önüne geçmek amacıyla caydırıcılığın elde edilmesidir. Fakat Hz. Peygamber'in kısas hükmü verdiği olayda hırâbe suçu kapsamında değerlendirilen katlu'l-ğile söz konusudur. Dolayısıyla faile verilen ölüm cezası, toplum içinde korku ve bozulmaya sebebiyet verdiği için Allah hakkı içeren bir had cezasıdır.⁵⁹³

Fakihlerin çoğunluğu müstemenin karşılığında bir Müslüman'ın öldürülemeyeceği görüşündedir. Bir müstemeni öldüren Müslüman, Mâlikî ve Hanbeli mezheplerine göre diyetin yarısını ödemekle sorumlu tutulur. Şafii mezhebinde üçte bir, Hanefî mezhebinde ise bir müstemeni öldüren Müslüman veya zımminin Müslümaninkine denk diyet ödemesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bununla birlikte Mâlikî mezhebi zımmiye karşılık Müslümanın kısas edilmesi meselesinde olduğu gibi bu öldürmenin hırabe suçu kapsamında değerlendirilerek ölüm cezasına çarptırılabilceği görüşünü savunur.⁵⁹⁴ Çünkü gîle yoluyla öldürmede maksat kısas değil, toplumda bozgunculuğun önüne geçmektir.⁵⁹⁵ Hanefî mezhebinin bu meseledeki yaklaşımı eşitlik temelinde açıklanmıştır. Buna göre müstemen kalıcı bir dokunulmazlığa sahip biri değildir. Ebu Yusuf ise buna muhalefet ederek müstemen sebebiyle kısas uygulanacağına hükmetmiştir. Ona göre ahit sebebiyle zımmi gibi kabul edilmelidir.⁵⁹⁶ Abdülkerim Zeydan Ebu Yusuf'un görüşünün son derece güçlü olduğunu ve Hanefî mezhebinin usulüne daha uygun olduğunu söyler. Çünkü Hanefî mezhebi kısasın vucubiyeti için eşitlik değil ismeti şart koşar.

⁵⁹¹ Gîle (غيلة), gizlice yapılan bir öldürme çeşididir. Birini kandırmak suretiyle bir yere götürüp orada öldürmek anlamına gelir ve genellikle maktulün malını almak amacıyla yapılır. Maliki mezhebine göre bu tür bir cinayette eşitlik şartı aranmaz. Hür biri köleyi, Müslüman biri kafiri öldürse dahi kısas uygulanır. ez-Zürkânî, *eş-Şerhu'z-Zurkânî alâ Muhtasari Halîl*, 1422, 8/5.

⁵⁹² Ahmet Yaman, "Zimmî (Fıkıh)", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/436.

⁵⁹³ Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*, 193.

⁵⁹⁴ Ahmet Özel, "Müste'men", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32/142.

⁵⁹⁵ el-Haraşî, *eş-Şerhu'l-Haraşî alâ Muhtasari Halîl*, 8/3.

⁵⁹⁶ Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, thk. Muhammed Adnan Derviş (Kahire: Daru'l-Halebî, 1937), 5/27; Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*, 201.

Müstemen öldürüldüğü esnada bu ismete sahiptir. Onun gelecekteki durumu dikkate alınmaz. Zımmî olan bir kişi de ahdini bozabilir veya bir Müslüman irtidat edebilir ve böylece dokunulmazlıklarını kaybetmeleri mümkündür. Fakat bu ihtimal dikkate alınmamıştır.⁵⁹⁷ Zeydan, müstemeni öldürene kısasa hükmetmenin caydırıcı olduğunu, aksi takdirde İslam Devleti'nin verdiği güvence ve korumanın eksik kalacağını ve bu durumun eman ilkesiyle bağdaşmayacağını ifade eder. Ayrıca günümüzde maslahat ve siyâset-i şer'iyenin bunu gerektirdiğini; çünkü bu yaklaşımın istikrarı sağlamaya, suçları önlemeye ve İslam devletine olan güveni pekiştirmeye daha elverişli olduğunu belirtir.⁵⁹⁸

İslam ceza hukukunda eşitlik konulu doktora tezi kaleme alan Mehmet Ceyhan, Müslümanın müste'men karşılığında kısas ediliş edilmeyeceği meselesinde İslam ülkesinin uluslararası itibarının dikkate alınması gerektiği, kısasın en fazla caydırıcılık sağlayacak ceza olduğu ve İslam'ı tanıma fırsatı bulacak kişiler için bu imkânın yok edildiği gibi gerekçelerle Ebu Yusuf'un içtihadının isabetli olduğu kanaatine varmıştır.⁵⁹⁹

Kisas cezasının hikmetine yönelik açıklamalarda mezhepler arası bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Şafii mezhebi kısasın telafi edici oluşunu ön plana çıkarırken, Hanefî mezhebi en az onun kadar -hatta kanaatimize göre daha fazla- kısasın toplumsal caydırıcılık amacını vurgular. Nitekim Şafii fakih Şehâbeddin Zencânî (ö. 656/1258) de bu gerçeği aktarır:

İmam Şafii'nin (r.a) kanaati şudur ki kısasın anlamı, suçun işlendiği uzvun, suç sebebiyle zayı olan uzva telafi maksadıyla mukabil olmasıdır. Yani suç sebebiyle mağdurun eksilen uzvu suçludan alınır. Bu görüşünü, Yüce Allah'ın şu ayetiyle delillendirmiştir: '*Ve Tevrat'ta onlara şu hükmü yazdık: Cana can...*' Yani burada, 'can karşılığında can' ilkesi ifade edilmiştir. Ayrıca kısas hakkının öldürülen kişinin velisine ait sabit bir hak olduğu ve bu hakkın ona özel bir fayda sağladığını da söylemiştir. Böylece bu hakta istihkak anlamı açıkça ortaya çıkar. Hanefiler ise şöyle demiştir: Kisasın anlamı, hem bir parça itibarıyla (yani bire bir karşılık) hem de caydırıcılık gerekçesiyle fiilin fiille mukabelesidir. Bu görüşlerini şu ayetle desteklemişlerdir: "Kısasta sizin için hayat vardır." Bunun anlamı, kısas yoluyla caydırıcılığın sağlanması, böylece hem suçlu hem de mağdurun hayatta kalmasıdır.⁶⁰⁰

Mâliki mezhebinde de benzer şekilde adam öldürme suçlarında toplumsal caydırıcılık amacı daha fazla vurgulanmıştır. Bu nedenle anne ya da babanın evladını udvânla/düşmanlıkla ve

⁵⁹⁷ Abdülkerîm Behîc (Bîc) el-Ânî el-Kehlî el-Muhammedî Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'mîn'in fî dâri'l-İslâm* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1402), 269-270.

⁵⁹⁸ Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'mîn'in fî dâri'l-İslâm*, 271-272.

⁵⁹⁹ Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*, 203.

⁶⁰⁰ Şehâbeddin ez-Zencânî, *Tahrîcü'l-fürû' 'ale'l-usûl*, thk. Muhammed Edîb Salih (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1398), 316.

vahşice öldürdüğü durumda kısas cezasına hükmetmiştir. Ayrıca gizlice ve tuzağa düşürülerek yapılan öldürmeleri (katlu'l-ğile) hırâbe kategorisine almış, bu şekilde öldürülen zimmiye karşılık Müslümanın had cezası olarak öldürüleceğine hükmetmiştir.⁶⁰¹

Kanaatimize göre zimmi ve müste'men karşılığında kısasa hükmeden görüşler daha isabetlidir. Zira hem kısas cezasının üzerine bina edildiği eşitlik prensine daha fazla uyum sağlar hem de caydırıcılık amacını daha güçlü bir şekilde gerçekleştirir.

3.2.2. Diyet

3.2.2.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Bir kişinin haksız yere öldürülmesi, sakatlanması veya yaralanması sonucu ceza olarak ödenen mal veya paraya diyet denir. Uzun geçmişi olan diyetin farklı uygulamaları, bulundukları toplumların şartlarına göre değişimi doğaldır. Diyet tarih boyunca, toplumsal şartlara bağlı olarak zirai alet, aile bireylerinden bir veya birkaç kişi, ehlî hayvan ya da para gibi farklı yöntemlerle ödenmiştir. Şahsi intikamdan, ihtiyari diyete, oradan da cebri kısas ve diyete geçiş uzun zaman almıştır. Arap yarımadası kısas ve diyetin en fazla uygulandığı bölge olarak bilinmektedir. Bölgede siyasi otorite olmadığından üniter yapı, örf ve kabile büyüklerinin rolü önemlidir.⁶⁰²

Kasten adam öldürmede asli ceza olan kısastan hak sahibinin vazgeçmesi veya kısasın herhangi bir nedenden dolayı infaz edilememesi hâlinde bedeli bir ceza olarak diyet gündeme gelir. Hanefî ve Mâlikî mezheplerinde kasten adam öldürmede katilin rıza göstermesi durumunda diyet ödenir. Şafîî ve Hanbelilere göre diyet kasten adam öldürmede de asli ceza niteliği taşır. Bu nedenle maktul yakınları, kısas veya diyet hakkından birini tercih etmekte serbesttir. Diyet miktarı birçok hadiste 100 deve olarak geçmektedir. Bazı hadislerde 1000 dinar altın, 12.000 dirhem gümüş, 200 sığır, 2000 koyun veya 200 elbise olarak da vârid olmuştur. İmam Şafîî, İbn Hazm ve Hanbeli fakihlerin çoğunluğuna göre diyetle deve asıldır. Ebu Hanife, İmam Mâlik ve bazı Hanbelilere göre ise de deve, altın ve gümüş diyetle asıl olarak ödeme aracıdır. Öldürmenin kasten veya hataen gerçekleşmesi diyet olarak verilen develerin sayısını etkilemez fakat cinsi ve yaşı, dişi veya erkek oluşu farklılık gösterir. Buna göre kasten veya kasta benzer öldürmede

⁶⁰¹ Malikî mezhebinin bu ve benzeri uygulamaları araştırmacılar tarafından daha caydırıcı olarak ifade edilmiştir. Sait Ramazan Tiyek, *İslâm Ceza Hukukunda Suçta Manevî Unsur* (Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024), 104; Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*, 193.

⁶⁰² Ali Bardakoğlu, "Diyet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 9/473.

tür ve özellikler bakımından devenin daha iyi olması gerekir. Dolayısıyla cezada ağırlaştırmaya gidilmiştir.⁶⁰³

Kasıtlı müessir fiillerde asli ceza kısas cezasıdır. Fakat kısası uygulamak her zaman mümkün olmamaktadır. Failin yaş olarak küçük olması, akıl hastalığı bulunması ve ikrah sonucu işlenen bir müessir fiil olması veya kısas mahallinin yok olması ya da mağdurun affetmesi gibi hallerde faile kısas yerine diyet cezasına hükmedilmektedir. Vücut bütünlüğüne karşı işlenen bu suçlar; organ veya organ hükmündeki bir bölgenin yok edilmesi, organların fonksiyonlarını kaybetmesi, baş ve yüzde meydana gelen yaralar ve vücudun diğer bölgelerinde meydana gelen bedeni zararlar olmak üzere dört sınıfa ayrılmıştır. Eğer müessir fiillerde ödenecek miktar şer'î kaynaklar tarafından belirlenmişse buna sadece erş veya erş-i mukadder denilir. Belirlenmediyse ve hâkim veya kanun koyucunun takdirine bırakıldıysa erş-i mukadder ya da hükümet-i adl denilir. Müessir fiil sonucunda bir organın veya fonksiyonun tamamen yok edilmesi ya da doğuştan gelen bir özelliğin ve şeklin büyük ölçüde zarara uğraması hâlinde kural, tam diyet bedelinin ödenmesidir. Bunun dışında kalan durumlar için önce şer'î naslarda organın bütünü için öngörülen tazminata kıyas edilir. Bu konudaki ikinci yöntem ise tam diyete kıyasla suçun nasıl işlendiği, organın hayati fonksiyonu, tek ya da çift olması, nasıl bir kayba yol açtığı değerlendirilip tam diyete kıyasla bir oran belirlenmektedir.⁶⁰⁴

Erşin ödenmesi için kişinin cezai ehliyete sahip olması şart görülmemiştir. Bu nedenle ceza değil de bedeni zararın tazmini yani cebr/cevâbir hükmünde olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla erşin ödenmesinde failin kusuru ya da kastı değil, mağdurun suçsuzluğu rol oynar. Gerekli illiyet bağı kurulduğu takdirde sağlık personeli, akıl hastası, küçük çocuk, hayvan ve eşyanın yol açtığı zararlar yetkili ve sorumlu kişi veya kurumlar tarafından ödenmelidir.⁶⁰⁵

3.2.2.2. Diyetle Caydırıcılık

Diyet cezalarında da kısas cezalarında olduğu gibi öncelikli amaç adalet ardından genel caydırıcılık olarak kurgulanmıştır. Diyetin büyük miktarlarda olması diğer insanların kısas gerektiren suçları işlemesine engel olacaktır. Yine aynı şekilde çoğu insanın para sıkıntısı

⁶⁰³ Bardakoğlu, “Diyet”, 9/474.

⁶⁰⁴ Şamil Dağcı, “Hükümet-i Adl”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 18/463-464; Ali Şafak, “Erş”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/307-308.

⁶⁰⁵ Şafak, “Erş”, 11/308.

çektığı bilinen bir gerçektir. Bu nedenle o kişiler için para cezasının bedeni acıya denk düşebileceği, böylece suçu yeniden işlemesine engel olacağı öngörülmüştür.⁶⁰⁶

Bilmen, diyetin hikmetinin açık olduğunu ve bazı gayelere yönelik olduğunu ifade eder ve diyetin önlem/caydırma kapasitesine ilişkin şu sözleri sarf eder: “Böyle bir ceza, birçok insanı ihtiyatlı surette harekete sevk eder, birtakım cinayetlere atılmak cüretinden menedebilecek bir yaptırım gücü mesabesinde bulunur.”⁶⁰⁷

İslam hukukçularının çoğu kadının diyetinin erkeğin yarısı olduğuna kanaat getirmiştir.⁶⁰⁸ Bununla birlikte bazı çağdaş İslam hukukçuları kadının diyetinin erkeğin diyetiyle eşit olması gerektiği kanaatine sahiptir. Ebu Zehrâ, kadının diyetinin erkeğin yarısı olması gerektiğini söyleyen yaklaşıma karşı çıkar ve şöyle der:

Biz bu yaklaşımın, maddi bir bakış açısı olduğunu ve insanlık ve suçluyu caydırma yönünü dikkate almadığını görmekteyiz. Halbuki hakikatte cezaya bakışta esas alınması gereken, suçlunun nefsindeki suç iradesinin şiddeti ve insan nefsine yönelik saldırının manasıdır. Bu mana, herkes için müşterek bir değer olup, cinsiyetle değişmez. Diyet, bizzat kendisiyle, suçlu için bir ceza, mağdurun velileri için -yara veya uzuv söz konusuysa bizzat mağdurun kendisi için- bir tazminattır. Buna göre kadının diyeti ile erkeğin diyeti eşit olmalıdır. Çünkü bu bir kan cezasıdır. Çünkü bir kadını öldüren kimseyle bir erkeği öldüren kimse aynı türden bir saldırıda bulunmuştur.

Kâşif Hamdi Okur, diyetlerin zevâcir değil cevâbir hükmünde olduğunu İslam hukuk metinlerinden delil getirerek aktarmıştır. Ona göre bu metinlerden diyetin cezai bir müeyyide değil özel hukuka ait bir tazminat olduğu anlaşılmaktadır. Diyetin cezai müeyyide olmadığına delalet eden birçok özelliği bulunmaktadır. Bunlar, ceza davalarının aksine kefaletin geçerli olması, kadınların şahitliğinin kabul edilmesi, isnat kabiliyeti olmayan akıl hastası ve çocukların fiilleri neticesinde cezai sorumlulukları olmasa dahi diyet ödemekle yükümlü olmaları gibi özelliklerdir.⁶⁰⁹

Diyetin ölüm ve cismani zarar durumları için ödenmesi gereken özel bir tazminat şekli olduğunu söyleyen Okur, İslam hukukçularının zararın müeyyidesiz kalmaması için organ veya organ fonksiyonu kaybının bedeli olarak bu tazminat sayesinde mağdur ve mağdur yakınlarının

⁶⁰⁶ Hüseyinî, *er-Red’ul-hâs el-ikâbi ve nazmu’l-muâmeleti’l-İslâmiyye: dirâse mukârane fî felsefeti’l-islâh el-ikâbi ve nazmu’l-vikâye mine’l-cerîme*, 114-117.

⁶⁰⁷ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/37.

⁶⁰⁸ Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-Şevkânî, *Neylû’l-evtâr*, thk. İsmâüddîn es-Sebâbitî (Kahire: Dâru’l-Hadîs, 1993), 7/81-84; Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/47.

⁶⁰⁹ Kaşif Hamdi Okur, *İslam hukukunda sosyal sorumluluk : Âkile örneği* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2017), 90-92.

ihtiyaçlarını giderebileceğine dikkat çektiğini aktarmıştır. Fakat İslam hukukçularının diyetin giderdiği zararın niteliği hakkında görüş beyan etmediğini söylemiştir. Dolayısıyla klasik doktrinde maddi ve manevi tazminat ayrımının bulunmayışı sebebiyle İslam hukukçuları bu konuda farklı görüşlere sahip olmuştur. Okur, diyet cezasıyla ilgili tarihi bağlamı dikkate aldığımız takdirde mağdur ve mağdur yakınlarının manevi açıdan teskin ve tatmin edilmesi amacı taşıdığını ifade etmiştir.⁶¹⁰

3.2.3. Hata ile İşlenen Cinayetlerde Caydırıcılık

Kıyas ayeti zahiri itibarıyla kasten veya hatalı öldürme arasında bir ayrım yapmaz. Ancak bu durum, meşhur bir hadisle, kasıtlılık (amden) vasfıyla sınırlandırılmıştır. “Kasıtlı öldürme, kıyası gerektirir.”⁶¹¹ Bu ifade, kıyasın yalnızca kasten öldürme için geçerli olduğunu anlatır. Hadis, ayeti bu şekilde sınırlamamış olsaydı, kıyasın yalnızca kasıtlı öldürmeye yönelik olması gerekmezdi. Çünkü kasıtlı bir cinayette suç tam anlamıyla/kâmilan gerçekleşir ve bu suçun caydırıcı hikmeti de tam olarak sağlanır. Ancak aşırı bir ceza, yalnızca bu tür durumlar için meşru kılınmıştır. Bu, şeriatın cezaları belirleme hikmetiyle uyumludur.⁶¹²

3.2.3.1. Kefaret

Kefaret, dinde yasak bir fiili ihlal eden kimsenin hem ceza hem de Allah’tan mağfiret dilemek amacıyla sorumlu olduğu köle azat etme, oruç tutma, fakiri doyurma ve fakiri giydirme gibi mali veya bedeni özellikli ibadetlere denir. Allah tarafından aflu muamele görebilmek için verilen imkân olması hasebiyle dinin ibadet alanına giren, nakli delillerle bilinen hükümlerdir. Kur’an-ı Kerim’de kefare kelimesi kullanılmadan bu özelliği taşıyan başka bazı sorumluluklar vardır ki bunlar; hacda tıraş olmak, hataen adam öldürmek ve zihar yemini gibi kurallardır. Allah hakkına taalluk eden günahların, tövbe, pişmanlık ve iyi amellerle silineceğini, Allah’a yönelik dua edilmesi gerektiğini Kur’an haber vermektedir.⁶¹³

Aynı zamanda kefare konusu farklı yönleriyle birçok hadiste geçmekte ve Kur’an’da geçen kefarelerin ayrıntıları verilmektedir. Kefare kelimesi hadislerde daha geniş anlamları kapsar. Kefare günahları örter ve Allah’ın affına vesile olur. Uygulanan cezaların kefare olmasının yanında, kılınan namazların, tutulan oruçların, başa gelen herhangi bir belanın, hastalığın da

⁶¹⁰ Okur, *Âkile Örneği*, 108-110.

⁶¹¹ Nesâî, “Tahrim”, 14.

⁶¹² Cezîrî, *Fıkıh ale’l-mezahibi’l-erbaa*, 2003, 5/220.

⁶¹³ Rahmi Yaran, “Kefâret (Fıkıh)”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25/179.

kefarete olacağı vurgulanmaktadır. Kefaret affa ve telafiye sebep olduğu için Allah'ın günaha girmiş kullarına bir lütfudur. Kefaret ödeyen kişinin öncelikle Allah'tan af dilemesi gerekir ki bu, tövbe ile kefaretin yakın ilişkisini ortaya çıkarır. Kefaretin hem ferdi hem sosyal faydaları vardır. Oruç tutmak ferdi yarar, köle azadı ve fakir doyurma sosyal yarardır. Bilerek yemini bozmak, hatayla adam öldürmek, zıhar yemini, ihramlının avlanması veya tıraş olması Kur'an'da zikredilen kefarete sebepleridir. Buna ek olarak sünnette, ramazan orucunun bilerek ve mazeretsiz bozmak, hayızlı kadınla cinsi münasebette bulunmak gibi kefarete sebepleri mevcuttur.⁶¹⁴

Kur'an-ı Kerim'de hataen bir müminin öldürülmesi durumunda maktulün yakınlarına ödeyeceği diyetin yanında mümin bir köle azat etmesi, gücü yetmezse iki ay peş peşe oruç tutması gerektiği bildirilmiştir. Şafii ve Hanbeli mezheplerinde bir rivayete göre oruç tutmaya gücü yetmeyenin altmış fakiri doyurması gerekir. Fakat bu mezheplerin çoğu tarafından caiz görülmez. Hanefî mezhebi dışındaki mezhepler, ölüme sebebiyet vermeyi hataen öldürme gibi değerlendirmiş ve kefarete sebebi saymıştır. Kasten öldürmede ise çoğunluğa göre kefarete geçerli değildir. Çünkü kasten adam öldüren kişinin, affedilebilir suçlar için öngörülen af ve merhametten faydalanamayacağına hükmedilmiştir.⁶¹⁵

İbn Nüceym, kefaretlerin ceza veya ibadet yönlerinin baskın olabileceğini söyler. Örneğin ramazan orucunu bozma kefaretinde ceza yönü baskındır ve böyle olduğu için had cezalarında olduğu gibi şüphayle düşer. Yemin kefareti ve hataen öldürme kefareti ise hata durumunda dahi vacip olur. İbn Nüceym kefaretlerdeki bu iki yönlülük hakkında şöyle bir açıklamada bulunur: “Belirli bir yöntemde günahın, onu telafi eden ve kötü amelleri silen bir ibadetin sebebi yapılması imkânsız değildir; özellikle caydırıcılık amacı bu kefaretlerde hedeflenmişse. Ancak günahın, insanı cennete ulaştıracak bir ibadetin sebebi olarak kabul edilmesi imkansızdır.”⁶¹⁶

3.2.3.2. Âkile

Bir öldürme ya da yaralama eyleminde kasıt unsuru yoksa suçlu adına diyet ödeme yükümlülüğünü üstlenen topluluğa âkile denilmektedir. İslam hukukçularının çoğunluğu akileyi suçlunun baba tarafından erkek akrabası olan asabenin meydana getirdiğine hükmetmiştir. Hanefî mezhebine göre ise erkek akrabalar yardımcı bir unsur olarak hesaba

⁶¹⁴ Yaran, “Kefâret”, 25/180.

⁶¹⁵ Yaran, “Kefâret”, 25/181.

⁶¹⁶ Zeynulâbidîn b. İbrahim İbn Nüceym b. Muhammed, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzu'd-dekâik*, thk. Zekeriye 'Umeyrât (Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.), 4/109.

katılmakla birlikte, âkile öncelikle suçlunun mensubu olduğu divan ehlidir. Bu da suçlunun aynı ücret siciline kayıtlı olduğu askeri birlik anlamına gelir.⁶¹⁷

Bilmen, âkilenin toplumsal önemini açıklarken bunun sosyal dayanışma ve yardımlaşma yönüne vurgu yapar. Bununla birlikte âkilenin başka bir fonksiyonu olduğunu şöyle ifade eder: “Fakat bir cihetten bunlar, caninin cinayet men’ine medar olabilecek mürakabede bulunmayıp alakasızlık göstermiş, belki de o cinayetin yapılması hususunda caniyeye kuvvetzahr bulunmuş olacakları cihetle bu vecibe, kendilerine bir nevi mücazâtı intibahiyye olmak üzere tahmil edilmiş sayılır.”⁶¹⁸ Burada Bilmen, âkilenin hataen işlenen cinayetlerde faili yeterince gözetememiş ve ilgilenmemiş hatta bu duruma yol açabilecek maddi manevi destek sağlamış olma ihtimalinden bahseder. Dolayısıyla âkile müessesinin aynı zamanda bir çeşit “uyarıcı ceza” (mücâzât-ı intibahiyye) olduğunu ifade eder.

İslam hukukunda sosyal sorumluluk örneği olarak âkileyi ele aldığı çalışmasında Kâşif Hamdi Okur, âkilenin ödeme sorumluluğunu faile gereken ihtimamın gösterilmemesine bağlamanın doğru bir düşünce olmadığını çünkü neden bu ödemenin cismani zararlar ve taksirli eylemlerle sınırlı olduğunu açıklayamadığını, ayrıca karşılıklı dayanışma yaklaşımıyla da uyum sağlamadığını ifade eder. Günümüz yazarlarının bir kısmının âkilenin ödeme yükümlülüğünü suç ve cezaların şahsiliği prensibinin istisnası olarak gördüğünü fakat bu düşünceye diyetin bir tazminat olduğu ve cezai bir nitelik taşımadığı gerekçesiyle katılmadığını söyler.⁶¹⁹ Âkilenin cürmî kasıt taşımayan faile destek sağlamak ve mağdurun zararını telâfi etmek amaçları taşıdığını bu amaçları günümüzde gerçekleştirmeyi ilke edinen etkili araçların kullanılmasının İslam hukukunun gayelerine daha uygun olduğunu belirtir.⁶²⁰

Kanaatimize göre klasik İslam hukuku düşüncesinde yer alan âkilenin faile yeterince ihtimam gösterilmemesiyle ilgili olabileceği ve bu nedenle bu müessesenin ceza niteliği de taşıdığına dair fikir doğru bir yaklaşımdır. Özellikle sorumluluk duygusu verilmeden yetiştirilen genç yetişkinler trafik kazaları, kavga sonucu işlenen cinayetlerle gündeme gelmektedir. Bu suçluların hata yapmasının önüne geçmeyen hatta onu destekleyen akrabaları için âkile sisteminin caydırıcı bir ceza niteliği taşıması mümkündür.

⁶¹⁷ Hamza Aktan, “Âkile”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/248.

⁶¹⁸ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Islâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/57.

⁶¹⁹ Okur, *Âkile Örneği*, 342.

⁶²⁰ Okur, *Âkile Örneği*, 344.

3.3. TA'ZİR CEZALARI

3.3.1. Mahiyeti ve Hukuki Dayanağı

Hadler belirlenmiş caydırıcı cezalar (الرَّوَّاجِرُ الْمُقَدَّرَةُ) olarak, ta'zîr cezaları ise belirlenmemiş caydırıcı cezalar (الرَّوَّاجِرُ غَيْرُ الْمُقَدَّرَةِ) olarak tanımlanmıştır. Ta'zîr cezaları da had cezalarında olduğu gibi esasen toplumda kötülüğün yayılmasına engel olmak üzere konulmuş cezalardır. Ta'zîr had cezası seviyesine ulaşmayan bir cezadır ve aslı “azr” (الْعَزْرُ) kelimesinden gelir. Bu kelime reddetmek ve caydırmak (الرَّدُّ وَالرَّدْعُ) anlamındadır. Aynı zamanda yüceltme/tazim ve büyütme anlamına da gelir. Bu anlam “Onu destekleyin ve onu yüceltin” ayetinde de görülür. Dolayısıyla zıt anlamlı kelimeler arasındadır.⁶²¹

Hukuki açıdan ta'zîr, had, kısas veya kefarete suçlarına dahil olmayan yanlış davranışlar için belirli olmayan/takdir edilmeyen cezayı ifade eder. Allah hakkının, kul hakkının veya her ikisinin birleşiminin ihlali için uygulanır.⁶²²

Ta'zir cezasının Kur'an ve sünnet ve icmayla meşru olduğu ifade edilmiştir.⁶²³ Ta'zîr cezası, söz veya fiille uygulanabilir. “Allah'ın hadlerinden biri olmadığı sürece on celdeden fazla vurmayın”⁶²⁴ hadisi ta'zîr cezasının fiili bir yöntemle uygulanmasına delil teşkil eder. Bu konuda benzer birçok hadis rivayet edilmiştir. Ta'zîr cezasının sözle de uygulanabileceğine sünnetten getirilen delil şu hadistir: “Hz. Peygamber'e sarhoş bir adam getirildi. Hz. Peygamber “Onu dövün” buyurdu. Ebu Hureyre dedi ki: ‘Kimi eliyle, kimi ayakkabısıyla, kimi de elbisesiyle vurdu.’ Daha sonra Rasûlullah sahabelerine, ‘Onu azarlayın’ buyurdu. Bunun üzerine sahabeler, ‘Allah'tan korkmadın mı? Allah'tan utanmadın mı? Rasûlullah'tan utanmadın mı?’ diyerek onu azarladılar.”⁶²⁵ Hakaret yoluyla ta'zîr uygulansa da bunu yapan kişinin kazif suçundan hüküm giymiş biri olmaması gerekir.⁶²⁶

⁶²¹ Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî, *el-‘Înâye şerhu'l-Hidâye* (Lübnan: Dârü'l-Fikr, 1970), 5/344; Şehâbeddin el-Karâfî, *Zehîra*, thk. Muhammed Haccî vd. (Beyrut: Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1994), 12/122; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/207; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/59; Ahmed Fethi Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm* (Kahire: Müessesetü'l-Halici'l-Arabi, 1988), 9.

⁶²² Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 186.

⁶²³ Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/207; Bâbertî, *el-‘Înâye*, 1389, 5/344.

⁶²⁴ Buhârî, “Hudûd”, 42.

⁶²⁵ Ebü'l-Hasen Alâüddîn Ali b. Halîl et-Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm fî mâ yetereddü beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm* (Dârü'l-Fikr, ts.), 194-195; Ebü'l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed İbn Ferhun, *Tebsiratü'l-hükkâm fî usuli'l-akziye ve menahici'l-ahkâm* (Mektebetü'l-Külliyat el-Ezheriyye, 1986), 2/288.

⁶²⁶ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/44.

Ta'zîr cezaları haram bir fiilin işlenmesi, bir farzın veya sünnetin terk edilmesi ya da mekruh bir davranışın yapılması durumunda uygulanabilir. Ebû Yusuf'tan nakledilen görüşe göre, bu cezaların miktarları, türleri ve nitelikleri suçların büyüklüğüne, küçüklüğüne, suçlunun durumuna, söz konusu suçla ilgili olan kişilere ve suçun niteliğine göre değişiklik arz eder. İbn Kayyim el-Cevziyye şöyle demektedir: “Alimler, had cezası gerektirmeyen her bir günah için ta'zîrin meşru olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Bu cezanın büyüklüğü, suçun büyüklüğüne veya küçüklüğüne; failin kötülük derecesine veya iyilik durumuna göre değişir.”⁶²⁷

Şafîî ve Hanbelîlere göre bir suçtan dolayı eğer kefarete gerekmiyorsa ayrıca ta'zîr uygulanamaz. Dolayısıyla ta'zîrin uygulanması için şart kefarete hükmünün olmayışına bağlıdır.⁶²⁸ İmam Mâlik'e göre ise had veya kısas cezası verilmiş olsa da ta'zîr cezası verilebilir.⁶²⁹

Bâbertî ta'zîri haddin dışında kalan te'diptir şeklinde tanımlarken⁶³⁰, İbn Ferhûn ta'zîrin “hakkında had veya kefarete takdir edilmemiş günahlara karşı yapılan ıslah amaçlı bir tedip (disiplin) ve caydırma (zehr) ceza” olduğunu belirtmiştir.⁶³¹ Mâverdî, “had konulmamış günahların te'dibi” olarak,⁶³² İbn Nuceym el-Mısırî ise “had cezalarının altında kalan bir te'dib yöntemi şeklinde tanımlamıştır.”⁶³³

İbn Âbidîn *Dürrü'l-Muhtâr*'daki sistematigi anlatırken takdir edilmiş/belirlenmiş cezalardan sonra ta'zîr cezalarının zikredilmesinin sebebini bu cezaların zayıf olmasıyla ilişkilendirmiştir. Bununla birlikte, ta'zîr cezalarının bir kısmı tamamen kul hakkı içerdiği halde neticede ceza sınıfına girdiği için had cezalarının içinde değerlendirilmiştir.⁶³⁴

Ta'zîr cezaları, sırf kul hakkı olabileceği gibi sırf Allah hakkı ya da her iki hakkın bir arada olduğu suçlara ilişkin verilebilir. Ta'zîr cezasının kul hakkı olması hâlinde ulu'l-emrin affetme yetkisi yoktur. Affettiği takdirde ise ıslah amacıyla ta'zîr cezası uygulamak veya affetmek arasında muhayyerdir.⁶³⁵

İbn Âbidîn ta'zîrin bazı durumlarda ortada bir günah olmaksızın da uygulanabileceğini söyler ve buna namaz kılmayan çocuğun dövülmesi iznini ve Hz. Ömer'in fitne yaratmasından

⁶²⁷ Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 194-195; İbn Ferhun, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, 2/289.

⁶²⁸ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/312.

⁶²⁹ İlîş, *Minahu'l-celîl*, 1404, 9/47.

⁶³⁰ Bâbertî, *el-Înâye*, 1970, 5/344.

⁶³¹ İbn Ferhun, *Tebîrâtü'l-hükkâm*, 2/288.

⁶³² Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayâtü'd-diniyye* (Kahire: Daru'l-Hadis, 2010), 344.

⁶³³ İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/44.

⁶³⁴ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/59.

⁶³⁵ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 346.

korktuğu için çok yakışıklı bir delikanlı olan Nasr b. el-Haccac'ı sürgün etmesini örnek olarak gösterir. Burada herhangi bir masiyet söz konusu olmasa da ta'zîr cezası verilmiştir.⁶³⁶

Allah hakkı olması hâlinde esasen cumhura göre imamın caydırıcılık gerekçesi için vazolunan ta'zîr cezasını uygulaması gerektiridir. Fakat kişinin mürüvvet sahibi (güzel ahlaklı ve dindar) bir kişi olarak bilinmesi, ilk suçu olması⁶³⁷ ve başka türlü de (örneğin nasihat) caydırılabileceğinin bilinmesi hâlinde cezayı uygulamamak mümkündür.⁶³⁸ Suçlunun iyi hasletlere sahip biri olması onun suçu unutkanlık ya da gaflet sonucu işlemiş olabileceğini düşündürür. Bu nedenle suçu tekrar etmediği müddetçe ta'zîr cezası verilmez. Ta'zîr cezası verilmemesinden kasıt aslında celde cezasının uygulanmayışıdır.⁶³⁹

İslam hukukçuları had ile ta'zîrin belli başlı farkları olduğunu belirtmiş ve bunları eserlerinde aktarmıştır. Ta'zîr, had cezasından farklı olarak şüpheyle düşer.⁶⁴⁰ Hırâbe suç hariç genel kanaat had cezalarında tövbenin cezanın düşmesine sebebiyet vermeyeceğidir. Fakat tövbe ta'zîr cezalarını düşürür. (Kul hakkı hariç) Had zimmiye uygulanabilir, fakat zimmiye ta'zîr "ukûbe" (ceza) adı altında uygulanır. Çünkü ta'zîr kelime olarak tathîr ve yüceltme anlamı içerir.⁶⁴¹ Ta'zîr cezasının devlet yöneticisinin yanı sıra koca, efendi veya bir günaha şahit olan herkes tarafından uygulanabileceği ifade edilmiştir. Fakat bunun ta'zîre girmediği ve edeb/te'dîb olarak değerlendirilebileceğini söyleyenler de olmuştur. Ta'zîr cezalarında şahitlik üzerine şahitliğin ve kadının şahitliği had cezalarının aksine geçerlidir. Ta'zîrde şahitlikten dönüşün had cezalarında olduğu gibi kabul edilmemesi, had cezasında müttehemnin durumu ortaya çıkana dek hapsedilmesi mümkünken hapis başlı başına bir ta'zîr cezası olduğu için kişi hapsedilmez. Had için şefaet kabul edilme ve devlet yöneticinin cezayı infaz etmeme seçeneği yoktur.

⁶³⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/66 Ali Şafak İbn Âbidîn'in bu yaklaşımını onun bulunduğu asrda emniyet tedbirlerinin ayrı bir başlık altında işlenmeyip ta'zîr cezalarının içinde düşünülüp incelenmiş olmasıyla açıklar. Bu iki örneğin de ta'zîr kapsamında değerlendirilmesinin farklı açılardan doğru olmadığını söyler. Ona göre namaz kılmayan çocuğun dövülmesi ta'zîr değil tediptir ve ceza anlamı içermez. Sürgün örneğinde Hz. Ömer'in tedip veya ta'zîr değil siyaseten bir karar verdiğini bunun delilinin ise suçu olmadığı hâlde neden sürgün edildiğini soran Nasr b. El-Haccâc'a Hz. Ömer'in "Eğer bunda bir günah varsa o, benimdir. Ben sana o muameleyi uygun buldum." cevabını vermesi olarak gösterir; Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, 62.

⁶³⁷ Türk Ceza Hukukunda benzer şekilde eğer birey suçu ilk defa işlemişse hafif ve orta dereceli suçlarda savcının kamu davası açmaması veya kamu davası açmış olsa bile son duruşma açılmasının ertelenmesi yetkisinin verilmesi önerilmiştir. Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, 236.

⁶³⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/75.

⁶³⁹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/75.

⁶⁴⁰ Bu konudaki görüş farklılıkları için bk. s.

⁶⁴¹ Edep dışı davranış sergilemesi, Müslümanları küçümsemesi ve kendisine yasak olan fiili irtikâp etmesi nedeniyle terbiye edici bir ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 5/45.

Ta'zîrde ise şefaât ve af geçerlidir. Had cezaları zaman aşımı ile düşerken ta'zîr cezalarında böyle bir durum yoktur. Ta'zir, kısas gibi miras yoluyla intikal eder.⁶⁴²

Had cezasında sebep olunan zarar tazmin edilmez. Fakat ta'zîr cezası zararın tazminini gerektirir. Örneğin, Hz. Ömer bir kadını korkutmuş, bunun sonucunda kadın düşük yaparak ölü bir cenin dünyaya getirmiştir. Bunun üzerine Hz. Ali'ye danışmış ve ceninin diyetini ödetmiştir. Ta'zîr cezasında diyetin kimin tarafından ödeneceği konusunda ihtilaf edilmiştir. Bazıları, bu diyeti devlet başkanının akrabalarının (âkile) ödeyeceğini söylerken, bazıları ise Beytü'l-mal'dan (devlet hazinesinden) ödeneceğini söylemiştir. Kefaretin ise kimin malından ödeneceği şu şekilde değerlendirilmiştir: Eğer diyet âkileye aitse kefareti kişinin kendi malından ödenir. Eğer diyet Beytü'l-mal'dan ödeniyorsa kefareti konusunda iki görüş vardır: Birinci görüş: Kefaret kişinin kendi malından ödenir. İkinci görüş: Kefaret Beytü'l-mal'dan ödenir. Benzer şekilde, bir öğretmen çocuğu geleneksel olarak kabul edilen bir ölçüde terbiye amacıyla döver ve bu dövme sonucu çocuk ölürse, çocuğun diyeti öğretmenin akrabaları (âkile) tarafından ödenir ve kefareti öğretmenin kendi malından karşılanır.⁶⁴³ İmam Mâlik ve Ebu Hanife ise devlet başkanının caydırıcılık amaçlı verdiği cezalar had cezalarında olduğu gibi tazminat ödemesini gerektirmemektedir.⁶⁴⁴

Ta'zîr cezalarını infaz etmenin hükmü mezheplerde tartışmalıdır. Mâlikî, Hanbelî ve Hanefî mezheplerine göre ta'zîrin meşru görüldüğü durumlarda hâkimin takdirine bağlı olarak vucup ifade eder. Şafii mezhebine göre ise ta'zîr cezası mubah kategorisine girer. İmam Şafii bu konuya sünnetten şu delili getirir: “Bir kadınla zina dışında bir şeyler yaptığını söyleyen kişiye Hz. Peygamber, “Bizimle namaz kıldın mı?” sorusunu yöneltir. Adam “evet” cevabı verince de “Şüphesiz iyilikler, kötülükleri giderir” ayetini okur. Yine Hz. Peygamber'in ensar hakkında “Onların iyilik yapanını kabul edin, kötülük yapanını ise affedin” dediği rivayet edilmiştir.⁶⁴⁵ Cüveynî, hem affetme hem de uygulamada imamın geniş yetkisi olduğunu ve en üstün ve uygun olanını seçeceğini söyler. Çok defa affetmeyi tercih etmenin onurlu bir insan için ta'zîrden çok daha etkili olduğunu belirtir.⁶⁴⁶

Cumhura göre ise ta'zîr cezası hakkında açık bir nass varsa -örneğin, kişinin eşinin cariyesiyle veya ortak bir cariyeyle cima yapması gibi- onu uygulamak zaten vaciptir. Diğer durumlarda

⁶⁴² Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/64-65; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 346; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl 'alâ (bi-şerhi) Muhtaşarı Halîl*, 8/436; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/60; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 96-113.

⁶⁴³ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye*, 347.

⁶⁴⁴ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 7/435-436.

⁶⁴⁵ Şafii, *el-Ümm*, 1410, 6/187.

⁶⁴⁶ İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî, *el-Gıyasi - İslâm'da Başkanlık Sistemi-*, çev. Abdullah Ünal (İstanbul: Mevsimler Kitap, 2016), 161.

ise devlet yöneticisi bir maslahat gördüğü ve kişinin ancak bu şekilde caydırılabileceğine kanaat getirdiği takdirde ta‘zîr cezası uygulaması benzer şekilde vacip olur.⁶⁴⁷ İbnü’l-Hümâm’a göre kişinin başka şekilde caydırılmasının mümkün olduğu durumlarda ise ta‘zîr cezası gerekmez. İmam Muhammed’den rivayet edilen şu sözü aktarmıştır: “Bir adam insanlara hakaret ederse, eğer mürüvvet sahibi biriye ona öğüt verilir. Eğer bu özelliğe sahip değilse hapsedilir. Eğer sürekli hakaret eden (sebbâb) biriye, dövülür ve hapsedilir.”⁶⁴⁸ İbn Nüceym, benzer ifadelerle yer verir ve bunun caydırıcılıkla ilişkili olduğunu, kul hakkı olan hakaret hâlinde geçerli olduğuna göre Allah hakkı söz konusu olduğunda daha ziyade geçerli olacağını belirtir.⁶⁴⁹

İbn Âbidîn, İbnü’l-Hümâm’ın bu ifadelerinden ta‘zîr konusunda affın devlet başkanının elinde olduğunun anlaşıldığını, bu nedenle bir maslahat olmadığını tespit ettiği takdirde ta‘zîr cezası uygulamaktan vazgeçebileceğini söyler.⁶⁵⁰ Karâfî de, ta‘zîr cezasının infazında dikkate alınacak olan hususun İslam ahlakı, ilim ve Kur’an öğretileri olduğunu ve bu değerler doğrultusunda ceza verileceğini cahil kimselerde ise bu anlayışın eksik olabileceğini aktarır.⁶⁵¹

3.3.2. Ta‘zîr Cezalarında Caydırıcılık

3.3.2.1. Ta‘zîr Cezasında Şiddet

Ta‘zîr cezasının en şiddetli ceza türü olduğu klasik kaynaklarda yer almıştır. Bu şiddet, cezanın icrasında kullanılan fiziksel güçle (vuruş şiddeti) alakalı bir durumdur. Dolayısıyla had ve kısas cezalarından daha ağır olduğu anlamına gelmez. Bu konuda başta gelen delillerden biri Hz. Ömer’in, bir adamı ta‘zîr cezası olarak 30 sopa ile cezalandırdığı ve bu cezadaki vuruşların adamın derisini yaracak ve şişmesine yol açacak kadar şiddetli olduğuna dair bir rivayettir.⁶⁵² Bunun iki sebebi olabileceği ifade edilmiştir. Ta‘zîr yalnızca caydırıcılık için meşru kılınmıştır ve had cezalarında olduğu gibi günaha kefarete olma anlamı bulunmaz. Dolayısıyla daha şiddetli bir cezalandırma ta‘zîr cezasının meşruiyet amacı olan ıslah ve caydırıcılığı daha iyi yerine getirir.⁶⁵³ Bir diğer sebep ise ta‘zîr cezasında vuruşların sayısı had cezalarından azdır. Cezanın kendisinde de hafifletme yapıldığı takdirde caydırıcılığın kaybolacağı düşünülmüştür. Ta‘zîr

⁶⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/526-527; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, ts., 5/49.

⁶⁴⁸ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 1970, 5/346.

⁶⁴⁹ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, ts., 5/49; Şemseddin er-Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc ilâ şerhi’l-Minhâc* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1404), 8/22.

⁶⁵⁰ İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 1966, 4/74.

⁶⁵¹ Karâfî, *Zehîra*, 1994, 12/119.

⁶⁵² Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî, *el-‘Înâye şerhu’l-Hidâye* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1389), 5/351.

⁶⁵³ Kâsânî, *Beda’iu’s-sanâi’*, 1986, 7/64.

cezasındaki bu hafifletme, daha şiddetli bir tatbik yoluyla dengelenmiş ve caydırıcılığın temini hedeflenmiştir.⁶⁵⁴

Ta'zîr cezaları için gerekli görülen bu şiddetin ne şekilde olacağı ihtilaflıdır. Bir görüşe göre kırbacın şiddeti vücudun belli bir noktasında toplanmalıdır.⁶⁵⁵ Hanefî mezhebinde bu konuda iki farklı rivayet bulunmaktadır. Konunun detayları, ta'zîr cezasının en üst sınırına ulaştığı durumlarla ilgilidir. Örneğin, bir kişinin yabancı bir kadınla zina dışındaki her türlü haram fiili işlemesi veya hırsızın malı dışarı çıkarmadan önce bir araya toplaması gibi hallerde ta'zîr cezası en üst sınırına ulaşır. Böyle bir durumda vuruşlar bedene dağıtılır. Çünkü yoğun ve şiddetli darbelerin aynı uzuv üzerinde devam etmesi, o uzvun zarar görmesine sebebiyet verebilir.⁶⁵⁶

Şafii mezhebi alimlerinin çoğuna göre ise had cezalarında olduğu gibi vuruşlar vücuda dağıtılır fakat oldukça şiddetlidir. Onlar tek bir noktada şiddetin toplanmasının caiz olmadığı kanaatine sahiptir.⁶⁵⁷ İmam Şafî'nin öğrencilerinden Zübeyr b. Ahmed b. Süleyman ez-Zübeyrî (ö. 317/929) ise onlara muhalefet ederek vurmanın bedenin tek bir noktasında toplanmasının caiz olduğunu söylemiştir. Çünkü cezanın bütün bedenden düşürülmesi mümkündür. Dolayısıyla bedenin bir kısmından da düşmesi caizdir.⁶⁵⁸

Zübeyri'ye göre ta'zîr cezası eğer bir kul hakkını ilgilendiriyorsa mağdur affettiği zaman bu hak düşer ve devlet başkanı ta'zîr cezasını uygulayamaz. O, bu durumu kazf cezasına kıyas etmiştir. Buna göre kazif cezası mağdurun affıyla düşüyorsa ta'zîr cezası bittabi düşebilir. Şafii mezhebindeki baskın olan görüş göre ise mahkemeye başvurmadan önce mağdur affetmiş olsa dahi devlet başkanı ıslah ve terbiye gerekçesiyle ta'zîr cezası uygulayabilir. Bu durumun kazf haddinden farklı olduğu çünkü ıslah ve terbiyenin kamu yararını ilgilendirdiği belirtilmiştir.⁶⁵⁹

Ta'zîr cezasının türü ve miktarı caydırıcılık amacıyla belirlenmektedir. Ancak bu caydırıcılığın meşru ve ölçülü biçimde sağlanması gerekir. Bu bağlamda gözetilmesi gereken temel ilke, mümkün olan en hafif cezayla temin edilmesidir. Sözlü bir azarlama gibi daha hafif bir yaptırımla caydırıcılık sağlanabiliyorsa, daha etkili olacağı düşüncesiyle daha ağır bir cezaya hükmedilemez. Çünkü bu durumda maksat hasıl olduğu halde fazladan uygulanan ceza herhangi bir menfaat sağlamayan bir fesat hükmündedir. Bunun yanı sıra Cüveynî hafif bir suç

⁶⁵⁴ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 2/361; Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/64-65; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 347; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 56.

⁶⁵⁵ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, ts., 5/52; Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/64.

⁶⁵⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/351; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 45.

⁶⁵⁷ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/64.

⁶⁵⁸ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye*, 347.

⁶⁵⁹ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye*, 346.

için uygun olan ceza caydırıcı etki etmeyecekse çok daha ağır bir cezaya örneğin ölüm cezasına ihtiyaç varsa cezanın tamamen düşeceğini söyler. Karâfi bu görüşe katılır ve uygun olan ta'zîrin fayda vermeyeceği için düşeceğini ifade eder. Çünkü acı vermek ancak bir maslahat için meşru kılınabilir. Daha şiddetli bir yöntem ise onu meşru kılacak bir gerekçe olmaksızın yasak hükmündedir. Dolayısıyla kişi uygun bir şekilde ıslah edilmesi mümkün olana dek ceza kapısı kapalıdır.⁶⁶⁰ İbnü's-Şât (ö. 723/1323), *el-Furûk*'a *İdrârü's-şurûk 'alâ en-vâ'i'l-furûk* adlı yazdığı şerhte Cüveynî'nin hafif bir suçun cezasının düşeceğine dair görüşünün zayıf olduğunu, Karâfi'nin buna dikkat çekmemesinin eksiklik olduğunu söyler ve bu durumu şöyle açıklar: “Çünkü onun ‘bu suça uygun ceza, suçu işleyeni caydırmaz’ sözü kendi içinde çelişkilidir. Bir cezanın, suça uygun olması, örfen o suça karşı caydırıcı etki göstermesi anlamına gelir. Bu caydırıcılık bulunmadığı takdirde zaten suça uygun bir ceza değildir.”⁶⁶¹

Bekkûrî, Karâfi'nin bu görüşüne şöyle karşı çıkar: “Buna rağmen, bu tür suçlu ve asilere karşı mutlaka bir tür te'dîb gerekir. Bu cezanın türü ve miktarını, insanların emniyet ve maslahatını muhafaza etmekle görevli olan devlet başkanı veya onun adına yetkili olan valiler ve kadılar takdir eder.”⁶⁶²

Ta'zîr cezaları belirli bir yöntemle sınırlandırılmamıştır. Failin ve mağdurun durumuna ve suçun niteliğine göre ceza ağırlaştırılabilir ya da hafifletilebilir. Örneğin suçlu kötülüğüyle şöhret bulmuş biriye cezası artırılır ya da mağdur içki içme gibi kötü alışkanlıkları olan biriye failin cezasının hafifletilmesi mümkündür.⁶⁶³

Behnesî, ta'zirin en şiddetli ceza olduğunu söylemenin ulu'l-emrin caydırma ve engelleme amacıyla acı vermek için vuruş şiddetini artırmasının caiz olduğu anlamına geldiğini, ancak mutlaka en şiddetli ceza olduğunu göstermediğini, çünkü ulu'l-emrin görüşüne ve içtihadına bırakıldığını söyler.⁶⁶⁴

3.3.2.2. Ta'zîr Cezası Çeşitleri ve Caydırıcılık

Ta'zîr sınıfında değerlendirilen cezalar şunlardır: Mücerret ilâm, celple birlikte ilam, vaaz ve nasihat, sert yüz göstermek ve meclisten ayrılmak, kınamak ve azarlamak, muvakkat, müebbet

⁶⁶⁰ Şehâbeddin el-Karâfi, *Şerhu Tenkîhi'l-füsûl*, thk. Taha Abdurrauf Sa'd (Kahire: Şeriketü't-tibâe el-Fenniyye, 1973), 459; Karâfi, *Zehîra*, 1994, 12/119; Şehâbeddin el-Karâfi, *el-Furûk* (Kahire: Âlemü'l-Kütüb, ts.), 4/181; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 47.

⁶⁶¹ Karâfi, *el-Furûk*, ts., 4/178; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 108.

⁶⁶² el-Bekkûrî, *Tertibül-Furuk ve İhtisaruha*, 1/421.

⁶⁶³ Karâfi, *Zehîra*, 1994, 12/118.

⁶⁶⁴ Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 57.

ve süresi belirsiz olmak üzere hapis, sürgün, (nefy ve taprib), teşhir, ceza tehdidi, memuriyetten azletmek, kulağını çekmek, darbetmek (dayak), katl, evini yıkmak (hedmi beyt), para cezası.⁶⁶⁵

a. Maddi Ta'zîr Cezaları

Mal/para ile ta'zîr cezası oldukça tartışmalıdır. Mal ile ta'zîr, malı itlaf etme ve mal alma (nakdi ceza veya müsadere) şeklinde gerçekleştirilebilir. Hz. Peygamber'den ve hulefay-ı raşidinden itlafın caiz oluşuna delalet eden bazı uygulamalar gelmiştir. Hz. Peygamber, Mescid-i Dırrar'ı yıktırması, yasak ayeti geldiği zaman şarap küplerinin kırılmasını emretmiştir. Hz. Ömer içki satılan bir dükkânı yıktırması, hile karıştırılan sütü döktürmüştür. Hz. Ali de karaborsacılık yapan bir kişinin mallarını yıktırıştır. İçinde günah işlenen ve fesadın yayılmasına sebebiyet veren evlerin yıkılması buna örnektir.⁶⁶⁶

Hanbeli hukukçulardan İbn Teymiyye ve İbn Kayyim itlafla ta'zîrin caiz olduğunu ifade ederken, Hanbeli fakih Buhûti ta'zîr cezasının bir te'dip olduğu ve bunun suçlunun malını itlaf etmek suretiyle gerçekleşmeyeceğini, dolayısıyla caiz olmadığını ifade eder.⁶⁶⁷ İbn Kayyim mali ta'zîr cezalarının çoğunun Hanbeli mezhebinde kabul edildiğini, Mâlikî mezhebinde de bazılarının geçerli olduğunu söyler. Ona göre Hz. Peygamber'den ve hulefây-ı râşidinden rivayet edilen uygulamalar, bu konuda nesih iddiasında bulunmayı imkânsız hâle getirmektedir.⁶⁶⁸

Hanefî mezhebinde Ebu Yusuf'a göre mal ile ta'zîr cezası caizken, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre (Şeyhayn) ve diğer müçtehit imamlara göre caiz değildir. Mezhep literatüründe Ebu Yusuf'un görüşünün zayıf bir rivayet olduğu ve onunla fetva verilemeyeceği zalimlere halkın malını alma ve yeme yetkisi tanıyacağı gibi ifadeler yer almıştır. Ayrıca *Fetâva'l-Bezzâziyye*'de mal ile ta'zîrin caiz olduğu yönündeki beyanın yalnızca belli bir müddet için kişinin malının bir kısmına el konulması olduğu ifade edilir. Bu şekilde suçlunun işlediği fiilden vazgeçmesi beklenir. Daha sonra hâkim malı sahibine iade eder. O malı hâkim, kendisi için kullanamadığı gibi beytülmal için de kullanamaz. Çünkü hiçbir Müslümanın şeri bir sebep olmaksızın

⁶⁶⁵ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/306-309.

⁶⁶⁶ İbn Ferhun, *Tebîratü'l-hükkam*, 2/166, 292-293; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/64-65; Abdullah Çolak, *İslam Ceza Hukukunda Hafifletici Sebepler* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1999), 96.

⁶⁶⁷ Çolak, *İslam Ceza Hukukunda Hafifletici Sebepler*, 96.

⁶⁶⁸ İbn Ferhun, *Tebîratü'l-hükkam*, 2/293; Cevziyye el-İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyâseti's-şer'iyye* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, ts.), 2/704-720.

başkasının malını alması caiz değildir. İbn Âbidin, mal ile ta'zîrin Hanefî mezhebinde caiz olmadığını ifade etmiştir.⁶⁶⁹

Mal ile ta'zîr cezasının kişiyi ıslah edici bir yönü olabileceği gerek klasik gerek çağdaş İslam hukukçuları tarafından ifade edilmiştir. Bu cezanın temellendirilmesinde İslam hukukunda kefarete olarak köle azadı ve diyet hükümlerinin var oluşu örnek gösterilmiştir. İnsanların alın teriyle elde ettiği şeyleri elinden çıkarmaya zorlamanın ıslah etme/özel caydırıcılık hikmetine matuf olduğu söylenebilir.⁶⁷⁰

Hapis cezasında olduğu gibi suçluyu ailesinden ve toplumdan uzaklaştırma, devlete yük olma gibi olumsuz etkileri yoktur. Aksine devlete gelir sağlar ve suçlunun ekonomik durumuna uygun cezayı seçme imkânı vardır. Bununla birlikte özellikle bir kazanç elde etme umuduyla işlenen suçlarda hapis cezasından daha fazla caydırıcı etki sağlar. Ramazan el-Bûtî'ye göre bu cezanın para ve haksız kazanç saikiyle ilgisi bulunmayan konularda uygulanması cevaz hükmüne tabi değildir.⁶⁷¹ Zeki Uyanık, ta'zîr cezalarında kişinin maddi durumuna uygun bir para cezasına çarptırılabilmesini savunur. Bu paranın, suçtan mağdur olan tarafa verilebileceğini, maddi durumu yetersiz insanların da kamuda çalışma cezası alabileceğini işin ücretinin yine mağdura verilebileceğini ve bu yöntemin caydırıcı olabileceğini söyler.⁶⁷²

Mali ta'zîr cezasının olumsuz etkilerine de dikkat çekilmiştir. Suçla mücadele etmek için uygun olmayan ve cezada bulunması icap eden ahlaki niteliklerden yoksun bir ceza türü olduğu için mükerrerliğe yol açacağı dolayısıyla ıslah ve caydırıcılık ifade etmeyeceği söylenmiştir. Zira hapis cezası alan zengin insanlar bunu para cezasına tebdil edebilecekken fakirler için böyle bir ihtimal bulunmaz. Dolayısıyla hukukî açıdan bir eşitsizlik söz konusu olur. Ayrıca zalim yöneticilerin bu cezayı istismar etmesine olanak tanınmış olur.⁶⁷³ Bu cezanın her durumda geçerli olamayacağı, suç ve suçlunun durumuna göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷⁴

⁶⁶⁹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/61-62; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 39.

⁶⁷⁰ Kahveci, "Hukuk Açısından Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu", 31.

⁶⁷¹ Avcı, *Genel Hükümler*, 362-364.

⁶⁷² Memet Zeki Uyanık, *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2017), 351.

⁶⁷³ Avcı, *Genel Hükümler*, 363.

⁶⁷⁴ Uyanık, *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*, 136-137.

b. Bedenî Ta'zîr Cezaları

b.1. Celde

Celde cezası ta'zîr cezalarında kullanılan başlıca ceza türüdür. Tehlikeli addedilen ve suçluluğu bir davranış biçimine dönüşmüş suçlulara karşı uygulanabilecek en etkili ceza olduğu ifade edilir. Ayrıca bu ceza türünün her suçlunun suçuna ve karakterine uygun ölçüde uygulanması imkân dahilindedir. Suçlunun ailesinin haklarını ellerinden almaz ve hapisane koşullarının sebep olduğu kötü ahlak ve sağlık tehlikesi veya tembellik gibi olumsuz durumlarla onu yüzleşmekten korur.⁶⁷⁵

Ta'zîr cezalarında alt ve üst sınır tartışmaları celde cezası üzerinden yapılmıştır. Cumhura göre ta'zîr cezasının had cezalarını aşması caiz değildir. Hz. Peygamber'den rivayet edilen iki hadisi, delil olarak kullanılmıştır. Bunlardan biri daha önce zikretmiş olduğumuz "Allah'ın hadlerinden biri olmadığı sürece on celleden fazla vurmayın" hadisidir. Bu hadisin neshedildiğini söyleyenler olduğu gibi bu miktarın Hz. Peygamber'in zamanı için geçerli olduğunu, daha sonraki dönemlerde caydırıcılık için yeterli olmayacağını söyleyen alimler olmuştur.⁶⁷⁶ Bu konuda delil gösterilen diğer hadis ise "Had cezaları dışında haddin üstüne çıkan haddi aşanlardır."⁶⁷⁷ hadisidir. Bu hadis, mezhep âlimlerinin ta'zîr cezasının üst sınırına dair tartışmalarında en büyük dayanak noktası olmuştur.

Ebu Hanife'ye göre ta'zîr cezası kölelerin had cezası olan 40 celdeyi geçemez. Bu nedenle üst sınır 39 celde olarak belirlenmiştir. Ebu Yusuf ise hürler için olan had cezalarının en azını esas alarak, beş eksik olan 75 celde olarak belirlemiştir. O dönem cezayı infaz edenlerin beşer beşer vurma alışkanlığı olduğu için bu miktarı tercih ettiği ve Hz. Ali'den de bu yönde bir rivayet geldiği aktarılmıştır. Ebu Yusuf ta'zîr cezasını belirlerken işlenen suç türündeki had cezasına kıyasla belirlemiştir. Buna göre örneğin zina dışındaki iftiralar için ta'zîr cezası, kazf haddine yaklaştırılarak belirlenir. Bazı nadir rivayetlere göre 79 celde olarak belirlemiştir. Bu aynı zamanda İmam Züfer'in de görüşüdür.⁶⁷⁸ Ebu Hanife'nin görüşünün daha ihtiyatlı olduğu ve cezalandırmanın hadde yaklaşma uyarısından korunmuş olacağı ifade edilmiştir.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Al-Lozi, "Special Deterrence in the 'Ta'zir' Crimes (misdemeanors and Infractions), and Its Impact on the Offender Rehabilitation Between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain", 31.

⁶⁷⁶ Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 194.

⁶⁷⁷ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübra*, thk. Abdullah b. Abdu'l-Muhsin et-Türkî (Merkezü'l-Hicr li'l-Buhûsi ve'd-Dirâsâti'l-Arabîyyeti'l-İslamiyye, 2011), 518.

⁶⁷⁸ Damad Abdurrahman Gelibolulu Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, ts.), 1/612.

⁶⁷⁹ Ebü'l-Hasen (Hüseyn) Rükünlislâm Alî b. el-Hüseyn b. Muhammed es-Suğdî, *en-Nütef fî'l-fetâvâ*, thk. Slâhuddîn en-Nâhî (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1404), 2/646; Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/71; Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/64; Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/210; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 1966, 4/60.

İmam Muhammed'in görüşü kaynaklarda çoğunlukla Ebu Hanife'nin görüşüyle aynı olarak zikredilse de Ebu Yusuf'un görüşüyle uyumlu olduğunu belirten rivayetler de mevcuttur. Ebu Yusuf'tan rivayet edilen bir başka görüşe göre kadı ta'zîr cezasının 100 celde olmasını uygun görürse, bunu rivayete dayanarak yapmış olur. Daha fazla celde tatbik ederse bu kendi tercihinine bağlıdır. Bu hükme yer veren Osmanlı alimi Şeyhîzâde (ö. 1078/1667) bu durumun kişinin birçok suçu olması hâlinde geçerli olacağını, ta'zîr cezasının zina ve benzi suçlar için farz kılınandan daha fazlasına ulaşmasının caiz olamayacağını ifade eder. Bu şartı bilmeyen kişinin yüz veya daha fazla celde/darbe vurup da Allah'ın sınırlarını aşmış olabileceğine dair endişesini aktarır.⁶⁸⁰

Hanefî mezhebinde ta'zîrde cezanın en az üç kırbaç olacağı ifade edilmiştir. Bunun caydırıcılığı sağlama noktasında asgari miktar olduğu ifade edilmiştir. Kudûrî'nin *el-Muhtasar* ve *et-Tecrid* adlı eserlerinde geçen bu görüşün⁶⁸¹ aynı zamanda çağdaşı olan fakih Kerhî'ye de ait olduğu söylenmiştir. Ayrıca Kudûrî'nin *et-Tecrid* eserinde ta'zîrin üst sınırının belli olduğu alt sınırının ise belli olmadığı⁶⁸² şeklinde bir ifadenin daha yer aldığı görülmektedir.⁶⁸³ Molla Hüsrev de benzer şekilde bedeni cezalarda ta'zîrin en az üç celde olacağını söylemiştir.⁶⁸⁴ Zeylaî, ta'zîrin en az üç celde olacağı ifadesiyle daha azıyla caydırıcılığın sağlanmayacağını düşünüldüğünü, fakat bunun doğru olmadığını ve bu durumun kişilere göre değişiklik göstereceğini ifade eder. Bu nedenle sabit bir sayı tayin etmenin anlamlı olmadığını ve daha azıyla da caydırıcılık amacının yerine getirilebileceğini ve bu konuda takdirin hâkime ait olduğunu ifade eder.⁶⁸⁵

Şafîî mezhebinde ta'zîr cezalarıyla ilgili genel kural ta'zîr cezasının hadde hiçbir surette ulaşamayacağı şeklindedir. Bu durum ganimetlerde radhın⁶⁸⁶ sehme/paya ulaşamaması ve hükümet-i adlin diyet miktarına ulaşamaması ile kıyaslanmıştır. Bununla birlikte ta'zîr cezalarının üst sınırı ile ilgili beş temel kanaat bulunmaktadır. İlki her ta'zîr cezasının hükmünün kendi türündeki had cezasını gerektiren sebebe kıyaslanır. Örneğin bir kişi zina girişiminde bulunmuşsa bu fiilin ta'zîr cezası zina haddinin altında olmalıdır. İkinci görüşe göre tüm suçlar eşit kabul edilir ve hiçbir durumda ta'zîr cezası, on celdeyi geçemez. Bu konuda Hz.

⁶⁸⁰ Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 1/612.

⁶⁸¹ Ahmed el-Kudûrî, *Muhtasarü'l-Kudûrî*, çev. Soner Duman - Osman Güman (İstanbul: Beka Yayıncılık, 2015), 488.

⁶⁸² Ahmed el-Kudûrî, *et-Tecrid*, thk. Muhammed Ahmed Sirâc (Kahire: Dâru's-Selâm, 1427), 9/4626.

⁶⁸³ Abdulmuid Aykul, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zîr* (Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021), 301.

⁶⁸⁴ Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/75.

⁶⁸⁵ Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/210; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/52; Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, 196; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/60; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 46.

⁶⁸⁶ "Radh; fakihlerden bir kısmına göre ise ganimetten payları bulunmayan köle, kadın, çocuk ve ehl-i zimmet gibi yardımcı güçlere gazilerin paylarını geçmeyecek miktarda hizmet bedelidir." (H. Yunus Apaydın, "Humus", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 18/366.)

Peygamber’den rivayet edilen hadis, temel dayanak noktası kabul edilmiştir. Ancak bu hadisin mensuh olduğu söylenmiş ve sahabenin uygulamalarının aksi yönde olduğu ve buna itiraz edilmediği ifade edilmiştir. Üçüncü görüş, doğru olarak kabul edilen cumhurun görüşüdür. Buna göre ta‘zîr, on celdeyi aşabilir ancak had cezasını aşamaz. Dördüncü görüş ta‘zîr cezasının genel olarak en hafif had cezasına göre belirleneceği görüşüdür. Buna göre köleler için en düşük had cezası içki haddinin yarısı olan yirmidir. Dolayısıyla ta‘zîr cezası da hür veya köle fark etmeksizin herkes için on dokuz celdeyi geçemez. Beşinci görüş ise Beğavî’den (ö.516/1122) aktarılmıştır. Buna göre kıstas özgür kişilere uygulanan had cezasıdır. Hem özgür kişilere hem de kölelerin ta‘zîr cezası en fazla 39 celde olabilir.⁶⁸⁷

Cüveynî bu görüşleri iki başlık altında toplamış ve en ağır ta‘zîrin en hafif haddenden daha düşük olması gerektiğini görüşüyle, ta‘zîr cezalarının hadlere kıyas edildiği görüşleri ve bunların gerekçelerini zikretmiştir. En hafif had cezasını gerektiren fiilin en ağır ta‘zîr cezasını gerektiren fiilden daha ağır olduğunu iddiasını eleştirmiş ve bazı ta‘zîr suçlarının haddenden daha büyük günah olduğunu ifade etmiş ve yetim malı yemek ya da bir kişiyi öldürmek niyetiyle peşinden koştuğu bir kişiyi tutup onu yakalanmasına ve öldürülmesine sebep olması gibi durumları örnek vermiştir. Ona göre bu aklı başında olan herkesin kabule edeceği gibi çirkin bir alışkanlıkla bağımlı olduğu içkiden bir damla içmesinden daha ağır bir suçtur.⁶⁸⁸

Nevevi’nin zikrettiği üçüncü görüş, mezhepte müftâ bih kabul edilir. Mezhep metinlerinde çeşitli suçlara yönelik uygulanan ta‘zîr cezalarının had cezasının alt sınırı olan 40 celdenin altında olması gerektiği birçok defa zikredilmiştir.⁶⁸⁹

Cüveynî, eğer her ta‘zîr cezasının ona uygun olan had cezasına göre değerlendirilmesi gerektiği görüşünden yola çıkarsak, özgür bir bireyin ta‘zîr cezasının özgür bireyler için olana, kölelerin ta‘zîr cezalarının ise yine onlar için belirlenmiş olan had cezasına kıyas edileceğini söyler. Ona göre sebepler arasındaki benzerliği dikkate aldığımız takdirde ta‘zîr uygulanacak kişilerin durumunu göz önünde bulundurmamak daha öncelikli olur. Hırsızlıkta had cezası el kesmek olduğu için ta‘zîr cezasında kıyasın nasıl yapılacağı ise problem teşkil etmektedir. Cüveynî hırsızlık sebeplerine karışan bir kimseye uygulanacak ta‘zîr cezasının celde olarak uygulanan

⁶⁸⁷ Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî, *Ravzatü’t-tâlibîn ve ‘umdetü’l-müttakîn* (Beyrut: el-Mektebû’l-İslâmî, ts.), 10/174-175.

⁶⁸⁸ İmâmü’l-Haremeyn Ebû’l-Meâlî Cüveynî, *Nihâyetü’l-matlab fî dirâyeti’l-mezheb* (Cidde: Dâru’l-Minhâc, 1428), 17/361-362.

⁶⁸⁹ Muhammed b. İdris eş-Şâfiî, *el-Ümm* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1410), 7/134; Heytemî el-İbn Hacer, *Tuhfetü’l-muhtâc bi-şerhi’l-Minhâc* (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Arabî, 1357), 9/180; Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 1404, 8/21-22.

en ağır had cezasına göre kıyas edilmesi gerektiğini düşünür. Buna göre ağır celde haddi zina olduğu için hırsızlık için uygulanacak ta'zîr cezası da bu haddin altında kalmalıdır.⁶⁹⁰

Şafii mezhebine göre ta'zîrde devlet başkanının bir aşamayı gözetmesi gerekir, doğrudan celde cezası uygulayamaz. En düşük seviyedeki cezadan başlamalı ve yalnızca gerekli olduğu kadarını uygulamalıdır. Bu saldırı önlemeye çalışan bir kişinin yalnızca savunma için gerekli olanı yapmayı dikkate alması gibidir. Bu nedenle sözlü azarlamanın (tevbih/kınama/ayıplama) etkili olacağını bildiği takdirde bununla yetinmelidir. Bunun etkili olmadığını görürse daha sert bir uyarıya geçer. Bu da sonuç vermezse hapis veya göğse hafif bir darbeye ya da bu minvalde başka yollara başvurur.⁶⁹¹ Devlet başkanının bu konuda gözetmesi gereken davranışlar, öfkesine kontrol etmesi, sabırlı bir şekilde hareket ederek cezayı şefkatle ve ıslah niyetiyle uygulamasıdır.⁶⁹²

Hanbeli mezhebinde ta'zîrin bir alt sınırı olmayacağı görüşünde ittifak varken, üst sınırının ne olması gerektiği hususu ihtilaflıdır. Bu konudaki iki ana görüşten mezhepte daha yaygın olan ilki, ta'zîr cezasının.- on celdeyi geçemeyeceği görüşüdür. Fakat cinsel ilişki suçunda ihsan ve benzeri şartların gerçekleşmemesi veya bir şüphe nedeniyle cezanın düşmesi gibi durumlarda celde sayısının yüze ulaşabileceği belirtilmiştir. İkinci görüş ise ta'zîr cezasının had cezasına ulaşamayacağı görüşüdür. Fakat hangi açıdan hadde ulaşamayacağı meselesi iki ihtimali barındırır. İlki ta'zîr cezasının celdedeki sayı bakımından had cezalarının en düşük olanından, ikincisi ise kendi cinsinden olan had cezasından daha az olacağı ihtimalidir.⁶⁹³

Mâlikî mezhebine göre ta'zîr cezası celde cezası, hapis veya benzeri bir cezayla sınırlandırılmaz. Bu devlet başkanının içtihadına bağlıdır. Karâfî bu duruma dört halife devrinden şöyle delil getirmiştir: “İlk dönem halifeleri suçun ve suçlunun durumuna göre ceza verirdi. Bazen döver, bazen hapseder. Kimi zaman topluluk önünde ayakta bekletir, kimi zaman sarığını çıkartır, kimi zaman da kuşağını çözerek cezalandırırdı.”⁶⁹⁴

Hiz. Peygamber'den rivayet edilen ta'zîrin on celdeden az olması gerektiğiyle ilgili hadisi ise farklı cevaplara tabi tutmuşlardır. Bunlardan biri, bu uygulamanın Hiz. Peygamber devrine has olduğu daha sonra ise bu sınırın suçluları caydırma noktasında yetersiz kalacağı yönündeki cevaptır. Nitekim Karâfî, bu hadisin Şafii mezhebinin düşüncesine de aykırı olduğunu belirtir.

⁶⁹⁰ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*, 17/362.

⁶⁹¹ Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, 10/174.

⁶⁹² Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*, 17/362.

⁶⁹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/524-526; Aykul, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zîr*, 307-308.

⁶⁹⁴ Karâfî, *Zehîra*, 1994, 12/118.

Ayrıca bu konuda Hasan el- Basrî'nin şöyle dediğini aktarır: “Siz bugün gözünüzde bir arpa tanesi kadar küçük gördüğünüz şeyleri biz helak edici büyük günahlardan sayardık.” Dolayısıyla selef-i salihin için on celde caydırıcı bir değer ifade etse de daha sonraki dönemler için geçerliliğini kaybetmiştir.⁶⁹⁵ Cüveynî, Mâlikî mezhebindeki bu görüşün Hz. Peygamber'in risalet amacın ters düştüğünü ifade eder ve şöyle der: “Şayet bu doğru olsa, bu iddia sahibinin iddiasına göre, zamanımızda zina eden bekarın da recmedilmesi gerekirdi. Tehlike söz konusu olan durumlarda, bazı hayal, endişe ve belirtilerle İslam'a zarar verebileceğinden endişe edilenin öldürülmesi caiz olurdu. Dolayısıyla ihtiyaç doğduğunda zekât miktarlarını artırmak da caiz olurdu.”⁶⁹⁶

Mâlikî mezhebinde öne çıkan bir diğer cevap had kelimesinin yalnızca zina ve benzeri büyük suçlarla sınırlı olmadığı, bütün emir ve yasakları kapsadığı şeklindedir. Bu yoruma göre ta'zîr cezaları da hadlerin bir parçasıdır. Daha doğru kabul edilen son cevap Mâlikî fakihî İbnü's-Şât'a aittir. Buna göre hadis yalnızca çocuk deli hayvanlar gibi mükellef olmayanlara uygulanan cezaları kasteder.⁶⁹⁷ Bununla birlikte Mâlikî mezhebinde ta'zîre üst sınır belirlenemeyeceği görüşü bütün Mâlikî fakihler tarafından kabul görmüş değildir. Zina cezasıyla kıyaslayarak 100 celdeyi geçemeyeceğini söyleyen olduğu gibi yetmiş beş, on gibi farklı rakamları uygun bulan Mâlikî fakihler de mevcuttur.⁶⁹⁸

İbn Kudâme, İmam Mâlik'in ta'zîr cezasının hadden fazla olabileceği görüşünde olduğunu ifade etmiştir. Bu duruma delil olarak ise Ma'n b. Zâide olayı gösterilir.⁶⁹⁹ Bu kişi beytûlmal yüzüğündeki mührü kendi yüzüğün nakşedip beytûlmal sorumlusuna getirmiş ve bunun karşılığında ondan mal almıştır. Hz. Ömer'e bu haber gidince ona 100 sopa cezası verip hapsedmiştir. Bu suçu tekrar işleyince 100 sopa cezasını yineledi, tekrar aynı suçu işlediğinde ise 100 sopa cezasının ardından adamı sürdü.⁷⁰⁰ İbn Kudâme buna cevap verirken öncelikle ta'zîr cezasının had sınırını aşamayacağıyla ilgili hadisi dile getirir daha sonra şöyle der:

⁶⁹⁵ Karâfi, *Zehîra*, 1994, 12/121.

⁶⁹⁶ Cüveynî, *el-Gıyasi - İslam'da Başkanlık Sistemi-*, 161-162.

⁶⁹⁷ Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Esbahî el-Mâlekî el-Gırnâtî, *Bedâ'i'u's-silk fi tabâ'i'i'l-mülk*, thk. Ali Sâmî en-Neşşâr (Bağdat: Vizâratü'l-İlâm, ts.), 1/157; Aykul, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zîr*, 301.

⁶⁹⁸ Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, thk. Muhammed Haccî (Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1408), 16/279; Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Arafê el-Vergammî et-Tûnisî İbn Arafê, *el-Muhtasar fi'l-fikh*, thk. Hâfız Abdurrahman Muhammed Hayr (Dubai: Müessesetü Halef Ahmed el-Habtûr li'l-Âmâlî'l-Hayriyye, 1435), 10/290; Aykul, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zîr*, 302.

⁶⁹⁹ Karâfi, *Zehîra*, 1994, 12/122.

⁷⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/177 Araştırmacı Fatma Bettayeb bu uygulamanın güvenlik tedbiri olduğunu ve Müslüman toplumu suç tehlikesinden korumayı amaçladığını belirtmiştir. Bettayeb, buradan hareketle İslam

Ayrıca cezalar suçun büyüklüğüne ve ağırlığına göre belirlenir. Hakkında had tayin edilen suçlar, diğerlerinden daha büyük kabul edilir. Bu nedenle, daha hafif bir konuda, daha ağır bir suçun cezasına mukabil bir ceza tatbik edilemez. Onların görüşü, haram bir kadınla öpüşen birine, zina haddinden daha fazla ceza verilmesini gerektirir ki bu kabul edilemez. Çünkü zina gibi büyük ve çirkin bir suçun cezası aşılmadığına göre, bundan daha hafif olan bir fiilin cezası elbette aşılmamalıdır. Ma'n hadisi ise şu şekilde yorumlanabilir: Onun birçok günahı vardı ve bu günahların toplamı nedeniyle cezalandırılmış olabilir veya defalarca aynı suçu işlemiş olabilir. Ayrıca bu suçu, birden fazla cürüm içeriyor olabilir: İlki sahte mühür yapması, ikincisi Beytülmal'den haksız yere mal alması, üçüncüsü bu yöntemi başkalarına göstererek kötü bir örnek oluşturması gibi. Bunun dışında başka sebepler de olabilir.

Ayrıca İbn Kudâme Mâliki mezhebinde delil olarak gösterilen Neccâşî hadisini⁷⁰¹ şöyle açıklar:

Hz. Ali ona içki içtiği için had cezasını uygulamış, ardından Ramazan ayında oruç bozduğu için yirmi değnekle ta'zîr cezası vermiştir. Böylelikle ta'zîr, had sınırını aşmamıştır. Ahmed b. Hanbel de bu görüşü benimsemiş ve Ramazan'da içki içen birine önce had cezası, ardından iki yönden işlediği suç nedeniyle ta'zîr cezası verilmesi gerektiğini savunmuştur. Bunun doğruluğunu kanıtlayan başka bir rivayet ise Hz. Ömer'in, Ebu Musa'ya yazdığı mektuptaki şu ifadedir: “Birine verilen ceza, yirmi değnekten fazla olmasın.”⁷⁰²

Behnesî, ta'zîrin hadde ulaşamayacağına dair mezheplerin ortaya koyduğu yaklaşımın, hâkimin suçluyu dayak yoluyla cezalandırmaya karar vermesi hâlinde geçerli olduğunu söyler. Buna göre ta'zîrin belirli bir miktarla sınırlandırılmadığı ve tamamen hâkimin takdirine bırakıldığı anlayışıyla çelişmez. Çünkü aslolan hâkimin maslahatı ve uygunluğu gözeterek karar vermesidir.⁷⁰³

b.2. Ölüm Cezası

Hanefî mezhebinde genel kanaat, ta'zîren ölüm cezasının sınırlı hallerde siyaset-i şer'iyye kapsamında mümkün olduğu şeklindedir. Bazı mükerrir suçlular ve sâî bi'l-fesad olanlar (fitne ve fesat çıkaranlar) ta'zîren idam edilebilir. Siyaset, genel anlamıyla Allah Teâlâ'nın kulları için koyduğu tüm şeri hükümler için geçerlidir. Fakat özel anlamda caydırıcılık (zecz) ve terbiye

hukukunda ceza ile ıslah ve terbiye edici tedbirlerinin birlikte verildiğini ifade etmektedir. Bettayeb - Duman, “İslam Ceza Hukukunda ve Beşerî Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, 574.

⁷⁰¹ Abdurrezzâk, es-Süfyânî'nin, Atâ b. Ebî Merwân'dan, onun da babasından rivayetine göre: “Ali (r.a), Neccâşî el-Hârisî adlı şairi Ramazan ayında içki içtiği için dövdü. Ona 80 değnek vurdu, daha sonra onu hapsedti. Ertesi gün hapisten çıkardı ve yirmi değnek daha vurdu ve ona şöyle dedi: “Sana bu yirmi sopayı, Allah'a karşı cüretkâr davrandığın ve Ramazan'da orucunu bozduğun için vurdum.” Abdürrezzâk b. Hemmâm, *el-Musannef*, thk. Habîburrahman el-Azamî (Kahire: Dâru't-te'sil, 1437), “Talâk”, 346.

⁷⁰² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/526.

⁷⁰³ Behnesî, *et-Ta'zîr fi'l-İslâm*, 47.

içeren, hatta gerektiği takdirde öldürmenin de dahil olduğu hükümlerdir. Örneğin livata, hırsızlık veya kundakçılık gibi eylemleri tekrar eden insanların siyaseten öldürülmeleri helaldir. Siyaset aynı zamanda bir suçlu ağırlaştırarak fesadın kökünü kazımak için konulmuş şer'î bir hüküm olarak tanımlanmıştır. İbn Âbidîn şöyle der: “Şeriatın amacı, imanin esaslarından sonra fesadın kaynaklarını keserek dünyanın devamını sağlamaktır. Bu yüzden *Bahru'r-râik*'te şöyle denmiştir: ‘Siyasetin, hâkimin kendi gördüğü bir maslahat için yaptığı bir şey olduğu ve bu fiilin belirli bir delile dayanmasa bile geçerli olduğu anlaşılmaktadır.’”⁷⁰⁴ O, bu konuda İbn Teymiyye'nin *es-Sârimü'l-Meslûl* adlı eserinde şöyle dendiğini aktarır: “Hanefî mezhebinin esaslarından biri, kendilerinde doğrudan ölüm cezasını gerektirmeyen suçlar, örneğin ağır bir cisimle yapılan öldürme veya livâtâ gibi suçların tekrar edilmesi durumunda, ulu'l-emre ölüm cezası verme yetkisinin tanınmasıdır. Aynı şekilde kendisine helal olmayan bir kadınla zina eden biri eğer kadını buna zorlamışsa, kadının faili öldürme hakkı vardır. Böyle bir durumda failin kanı heder sayılır.” Benzer şekilde, bir erkek çocukla veya başka yasak bir ilişkiyle ilgili durumlarda da bu hüküm geçerlidir. Fakat failin bağırarak ya da silah kullanımına gerek bırakmayan bir dayak ile caydırılabileceği biliniyorsa, bu durumda ölüm cezası uygulanmaz. Kadının rıza gösterdiği bir durum varsa ikisinin de öldürüleceği ifade edilmiştir.⁷⁰⁵

Kişinin bizzat zorla ve baskıyla aleni bir şekilde mal gasp edenleri ve yol kesicileri veya bütün büyük günah işleyenleri ve muhbirleri bizzat engelleme ve gerektiğinde öldürme hakkı bulunmaktadır. Burada, zararı bütün insanlara ulaşan suçluların kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu insanların büyücü, yol kesici, hırsız, livâta yapan (eşcinsel ilişkiye giren), boğucu (insanları boğarak öldüren) gibi, zararları topluma yayılmış ve öldürülmeden caydırılamayacak kişiler olduğu ifade edilmiştir.⁷⁰⁶

Mâlikî mezhebi, ta'zîr cezası olarak ölüm cezasının en çok gündeme geldiği mezheptir. Çünkü cumhurun ta'zîr cezalarıyla ilgili benimsediği had cezasını aşmama ölçütünü kabul etmez. İmam Mâlik'in sübyancılık suçuna 400 celde ceza öngördüğü ve bu uygulandıktan sonra şişip ölen suçlu için herhangi bir tepki göstermediği ve büyük bir mesele olarak görmediği rivayet edilmiştir. Onun bu görüşü esas alınarak mezhepte ta'zîren ölüm cezasının verilebileceği fikri desteklenmiştir. Bununla birlikte ölüm cezasını kabul etmeyen ve ta'zîrin had cezasını ölümle neticelenmemek üzere caiz gören Mâlikî fakihler vardır.⁷⁰⁷ Örneğin, Karâfî ta'zîr için alt ve üst

⁷⁰⁴ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/15.

⁷⁰⁵ Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/208; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/45; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/62-63; Behnesî, *et-Ta'zîr fi'l-İslâm*, 42.

⁷⁰⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/64.

⁷⁰⁷ Gırnâtî, *Bedâ'i'u's-silk fi'tabâ'i'l-mülk*, ts., 2/158.

sınır belirlenmediğini ve suçun niteliğine göre ulu'l-emrin takdirine bırakıldığını söyler. Fakat ta'zîrin ölüm cezasına kadar varamayacağını ifade eder.⁷⁰⁸

Cüveynî, İmam Mâlik'in halkın üçte birini, geri kalan üçte ikiyi ıslah etmek için öldürmeyi caiz gördüğünü nakletmiştir. Karâfî bu görüşün Mâlikîler tarafından şiddetle reddedildiğini ve eserlerinde yer vermediklerini aktarır. Ayrıca Cüveynî'nin bu sözü İmam Mâlik'e atfetme konusunda kararsız kaldığını belirtir.⁷⁰⁹

Mâlikî fakihi Muhammed İliş, Ebu Abdullah el-Fâsî'den şu sözleri aktarır:

İmam Mâlik mezhebini çoğunlukla maslahata bina eder. Kendisinden nakledilen 'üçten birin öldürülmesi' olarak ifade edilen söze ya da bu sözü kafirlerin bazı Müslümanları siper edinmeleri durumuna hamletmesine bina etmez. "İmam Mâlik mezhebini çoğu zaman maslahatlara bina eder" sözü de tartışmalıdır. Çünkü Mâlikîler maslahatla hüküm vermeyi yalnızca usulde karara bağlanan özel bir yol üzere kabul ederler, Müslümanlar arasında çıkan fitneler ve benzeri durumlara şamil edilecek kadar mutlak ve genel bir anlamda kabul edilmesi sahih değildir.⁷¹⁰

Muhammed İliş, fesat çıkarıcıların/bozguncuların kalanını ıslah etme amacıyla üçte birinin öldürülmesi tek çıkar yol olduğu takdirde caiz olacağı şeklindeki Abdülbâki ez-Zürkânî'ye ait tevilin⁷¹¹ doğru olmadığını ve bunu söylemenin caiz olmayacağını ifade eder. Çünkü ona göre Şâri', fesat çıkarıcıların ıslahı için gerekli koşullar sabit olduğunda had cezalarını vazetmiştir. İliş, şöyle der:

Sünnet kişiyi ıslah etmiyorsa Allah da onu ıslah etmesin. Bu tür fasit teviller, zalim ve bozguncuların Müslüman kanını dökmesine sebebiyet verir. Bozgunculuğun şerrinden Allah'a sığınırız. Hadiste şöyle buyurulmuştur: "Bir kelimenin ucu (bir kelimenin yarısı) ile dahi olsa, bir Müslümanın öldürülmesine yardım edenin alnına ahirette 'Allah'ın rahmetinden ümitsizdir.' diye yazılacak."⁷¹² Lahmî, gemi insanlarla ağır hâle geldiğinde ve batmasından korkulduğunda, atılacak kimse için kura çekileceğini zikrettiğinde, bu kuraya erkeklerin, kadınların, kölelerin ve zimmilerin eşit şekilde dahil olacağını belirtmiştir. İbn Arefe, bu meselenin ardından şöyle dedi: Lahmî'nin, bir başkasının kurtulması için zimminin atılabileceği yönündeki nakline birçok kimse itiraz etti. Hatta bazıları bu görüşü icmâın ihlâli olarak niteledi. Şöyle dediler: "Geri

⁷⁰⁸ Karâfî, *Zehîra*, 1994, 12/118.

⁷⁰⁹ Muhammed İliş, *Minahu'l-celîl şerhu Muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1404), 7/513.

⁷¹⁰ İliş, *Minahu'l-celîl*, 1404, 7/514.

⁷¹¹ Bk. Abdülbâkî b. Yûsuf ez-Zürkânî, *eş-Şerhu'z-Zurkânî alâ Muhtasari Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1422), 7/55.

⁷¹² İbn Mâce, "Diyât", 1.

kalanların kurtulması için hiçbir insan (âdemî), isterse zimmî olsun, atılamaz.” Bu bilgiyi Bennânî nakletmiştir.⁷¹³

İbn Teymiyye ta‘zîr cezasının belirli bir had cezasının var olduğu bir meselede uygulanıyorsa o haddin seviyesine ulaşacak şekilde verilemeyeceğini ifade eder. Bununla birlikte bir kişinin yeryüzündeki fesadının yalnızca onu öldürmekle durdurulması hâlinde o kimsenin öldürüleceği kanaatini taşır. Örneğin, Müslümanların cemaatini bölen veya dinde bid‘atlere davet eden kişi bu hükme dahildir.⁷¹⁴ Aynı sebeple Mâlikî mezhebinin ve Hanbeli mezhebinden bazı alimlerin hem bidate davet edenlerin hem de casusun öldürülmesine cevaz verdiklerini aktarır.⁷¹⁵

Birçok İslam hukukçusu ta‘ziren idam cezasının verilebileceği fikrine şiddetle karşı çıkar. Örneğin, Gazzalî *Şifâu’l-ğalîl* isimli eserinde şöyle der:

Eğer biri şöyle derse: “Nice suçlu vardır ki, haddin altına düşen ta‘zîrle uslanmaz; bu durumda maslahat, cezayı artırmayı gerektirir. Nitekim Mâlik, ta‘zîr cezalarının haddin üzerine çıkarılabileceği görüşündedir. Mesele, ancak bu türden siyaset yollarıyla düzene sokulabilir.” Yine, daha önce örnek verdiğimiz bid‘atçı da belki ta‘zîrle uslanmaz; onun taşkınlığını bastırmanın yolu, yeryüzünü ondan temizlemektir. Ona şöyle denir: “Mesele senin zannettiğin gibi değildir. Had cezaları, şer‘î bakımdan belirlenmiş ölçülü sınırlardır; bu sınırlarda yapılacak bir artış, nassların tahrifidir. Maslahata dayanarak bu artışın caiz olduğu söylenemez. Eğer bu kapıyı açacak olsak, zinâ etmeyen bir kişiyi, yalnızca zinâyâ yönelen davranışları ve fuhuşa dair ilk belirtileri gösterdiği için celde uygularsak, o zaman bekâr olan bir zinâkârı da maslahat için recmederdik. Bunu bütün had cezalarına teşmil ederdik. Bu durumda biz, maslahat gözetme bahanesiyle, Sâsânîler’in ve geçmiş kralların yöntemlerini kendimize yol edinmiş olurduk. Bir tutam aklı ve düşünme tecrübesi olan aklını kendi yasası ve örneği yapar. Böylece şeriat tamamen tersine çevirmiş olur ve gözetilecek hiçbir kaide kalmazdı. Bu ise şeriatın vaz‘ı açısından kesinlikle bâtıldır. Selefler, tâbiîn ve onlardan sonra gelenler, miktarların tahrif edilmesinin terk edildiği ve bunun din dışı olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Cezaları belirlenmemiş olan cürümler, had cezalarının meşru kılındığı büyük günahlardan olup, bütününün bir parçası hükmündedir. Dolayısıyla bir parça, bütünle denk olmaz, onu aşması da mümkün değildir. Bu, takdir edilmiş diyetlere kıyasla hükûmet gibidir.”⁷¹⁶

⁷¹³ İliş, *Minahu’l-celîl*, 1404, 7/514.

⁷¹⁴ Ebû’l-Abbâs Takıyyüddîn İbn Teymiyye, *el-Hisbe fî’l-İslâm-Vazîfetü’l-hükûmeti’l-İslâmiyye* (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, ts.), 46.

⁷¹⁵ İbn Teymiyye, *el-Hisbe fî’l-İslâm-Vazîfetü’l-hükûmeti’l-İslâmiyye*, 47.

⁷¹⁶ Ebû Hâmid el-Gazzâlî, *Şifâ’ü’l-ğalîl fî beyâni’s-şebih ve’l-muḥîl ve mesâliki’t-ta’lîl*, thk. Hamd el-Kebîsî (Bağdat: Matbaatü’l-İrşâd, 1390), 225-226.

Gazzâli, bu esas üzerine öldürmenin ancak bir maslahat sebebiyle meşru olabileceğini, bunun da daha hafif yollarla caydırıcılık maksadının gerçekleşmediği bir ihtiyaç halinde söz konusu olabileceğini ifade eder. Caydırma amacının ta'zîr amaçlı verilen cezalarla gerçekleştirilebileceğini şöyle ifade eder:

Caydırma amacı, yöneticiler ta'zîrleri yerli yerinde uyguladığında, meşru ta'zîrlerle sağlanır. Bu da bid'atçının gizli hallerini gözetlemek üzere gözlemciler tayin etmekle, onu ibret verici birkaç dayakla uyarmakla ve ta'zîr kırbaçlarıyla onu cezalandırmakla olur. Eğer o kişi davetine ve bid'atine dönmeye devam ederse, imam da cezasını tekrar eder; bu şekilde devam eder: tekrarlarla verilen dayakların toplamı, had cezalarının miktarını geçer. Ancak bunda bir sakınca yoktur. Eğer bu da işe yaramazsa: hapis, ta'zîrin bir türüdür -bu konuda genişlik vardır ve bir sınırı yoktur. Aynı zamanda hapis, gelecekteki her türlü bozgunculuğu ve saldırıyı engeller, tâ ki, ıslah belirtileri ortaya çıkıncaya dek. Bu örnekle şu ortaya çıkmaktadır: Meşru olanlarda yeterlilik bulduğumuz sürece onlarla yetiniriz ve onlara bağlı kalırız; bunları hayali maslahatlarla aşmayız. Biliriz ki, şeriatın belirlediği hükümler kapsadığı alanlarda tüm maslahatları içerir ve amaçlarına ulaşır.⁷¹⁷

Çağdaş İslam hukukçularından dördüncü defa içki içme cezasına ta'zîr kapsamında ölüm cezasının verilebileceğini savunanlar vardır. Bu düşünceye göre toplumda cezaların küçümsendiğini, insanların bu cezalara aldırış etmediğini ve bu suç yoluyla arzularına yöneldiklerini görürse, devlet başkanı dördüncü defa içki içene öldürme cezasını uygulayabilir. Bu durumda, böyle bir cezayı genel bir kanuni düzenleme olarak ilan edebilir. Bununla birlikte cezayı belirli kişilere özgü kılmak da mümkündür. Dolayısıyla dördüncü defa içki içme nedeniyle öldürme cezası, yalnızca cezayı küçümsediği, toplum için tehlike arz ettiği ve başka bir yöntemle caydırılması mümkün olmayan kimselere uygulanır. Bu kişiler ancak ortadan kaldırılarak caydırılabilir.⁷¹⁸

c. Psikolojik Ta'zîr Cezaları

c.1. Teşhir

Teşhir, bütün İslami cezalara hâkim olan bir unsurdur. Kur'an-ı Kerim'de zina cezası için yer alsa da fukaha bütün cezaların caydırıcılık amacında birleşmesi nedeniyle diğer cezalara da teşmil etmiştir. İmam Mâlik'e, içki içen ya da iftira atan kimselerin içki şişeleriyle birlikte

⁷¹⁷ Gazzâli, *Şifâ 'ü'l-galîl*, 227-228.

⁷¹⁸ Muhammed Atıyye Feyturi, *Fıkhü'l-Ukubeti'l-Haddiyye fi't-Teşrîi'l-Cinâiyyi'l-İslâmi* (Bingâzî: Dâru'l-Kütübi'l-Vataniyye, 1998), 613; Ahmed Şehhâde Beşir - Mâzin Hüseyin Harîrî, "The Death Penalty is Discretionary In Islamic Jurisprudence and the UAE Penal Code" 2/3 (2021), 221.

dolaştırılıp dolaştırılmayacağı sorulduğunda “Eğer kişi fasık ve içkiye düşkünse, bu şekilde teşhir edilmesini uygun görürüm.” dediği aktarılmıştır.⁷¹⁹

Teşhir cezası Osmanlı döneminde binek üzerinde özel kıyafetler giydirilerek gezdirme veya yalnızca halkın karşısına çıkarma gibi farklı şekillerde uygulanmıştır. Bu döneme ait kaynaklarda bu ceza şöyle tanımlanmıştır: “bir cürüm ve cinayet sahibini ibreten li’s-sâirîn mecma’ı nâs olan bir yere çıkarıp gösterme”.⁷²⁰ Teşhir cezasında iki maksat olduğu ifade edilmiştir. Birincisi, hileyle başkalarına zarar verme potansiyeli taşıyan kimselere karşı bireyleri koruyarak mağduriyetlerin önüne geçmek; ikincisi ise, aynı suçu işlemeyi düşünen kişilerin cezai yaptırımlarla caydırılmasını sağlamaktır.⁷²¹

Osmanlı döneminde ulemâ, meşâyih, hatip ve imam gibi toplumda saygın bir yere sahip olan kişiler teşhirden muaf tutulmuştur. “Toplumda örnek teşkil etmesi beklenen böyle kimseler için bu tarz bir muafiyet tanınmasının, mensup oldukları din mensuplarını rencide etmemek ve dini inanç ve değerleri sarsmamak gibi gayelere matuf olduğu düşünülmüştür.”⁷²²

Teşhir cezası genellikle şu suçlulara verilmektedir: Mahkemede yalancı şahitlik yapan, hırsızlık yapan, yargı işlerine sıkıntı veren ve sağlığa zararlı gıda satışı yapan. Tarihsel süreçte çarşı gibi kalabalık mekanlarda suç ve suçlular, yüksek sesle ilan edilmek suretiyle teşhir edilirdi.⁷²³

Ta’zîr cezasında suçluyu canlı bir şekilde asmak genel manada caiz görülmüş ve Hz. Peygamber’in Ebû Nâb denilen bir dağda bir adamın asılmasına hükmetmesi delil olarak kabul edilmiştir. Bu ceza kapsamında asılan kişinin yeme içme ihtiyacı, abdest alması engellenmez. Namazı ima ile kılar ve serbest bırakıldığında bu namazları iade eder. Asılması üç günü geçmez. Bu cezanın caydırıcı olması için avret yerini örtecek kadar olanın dışında kişinin elbiseleri çıkarılır. Suçunu tekrar etmesi ve tövbe etmemesi hâlinde insanlar arasında teşhir edilir ve suçlu ilan edilir.⁷²⁴

Suçlunun saçının tıraş edilmesi caizken sakalının tıraş edilmesi ise caiz görülmemiştir. Yüzünün karartılması çoğunluk tarafından caiz görülmüş, bir kısım ulema ise bunu kabul etmemiştir. Maverdi bu konuda iki görüş olduğundan bahseder. Ona göre yüzü karartmanın caiz olduğu

⁷¹⁹ “Teşhîr”, *el-Mevsuatü'l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, 1984), 12/44.

⁷²⁰ Acar, *Fikih Teori Ve Uygulamasında Yargılama Ve İnfazın Aleniliği (erken Dönem Ve Osmanlı Örneği)*, 162-170.

⁷²¹ Osman Şekerci, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları* (İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1996), 115.

⁷²² Ceyhan, *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*, 54.

⁷²³ Şekerci, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, 115-116.

⁷²⁴ Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 347-348.

görüŖü doğru olandır.⁷²⁵ Ahmed b. Hanbel bu konuda tereddüt etmiştir. Yalancı Ŗahitlik yapan hakkında ona soru sorulduğu zaman dövölmesini caiz görmüş ve bunun haddin yarısı kadar mı olacağı sorulunca daha az olması gerektiğini ifade etmiştir. Yüzünün karartılması hakkında sorulunca Hz. Ömer'in yalancı Ŗahitlik yapanın yüzünü kararttığını söylemiş. Ona sen de uygun görüyor musun diye sorulduğunda ise bilmiyorum diyerek cevap vermiş ve bunu kerih gördüğu izlenimi uyandırmıştır.⁷²⁶ Mâverdî İbn Âkil'in Şafîi ulemasından Ŗunu naklettiğini aktarır: "Bir Ŗeye binmesine izin verilmez, baŖı tıraŖ edilmez ve iŖkence edilmez. Ancak tekrar aynı suçu iŖleyenler için caydırıcı olması amacıyla buna cevaz verilmiştir."⁷²⁷ Ebu Yusuf ve İmam Muhammed yalancı Ŗahidin cezasını dövme ve hapsedme olarak tayin etmiştir. İmam Şafii, Kadı Şureyh'in yalancı Ŗahitleri dövmediğini yalnızca teŖhir ettiğini aktarmıştır. Çünkü caydırma teŖhirle gerçekteŖir, bu yüzden onunla yetinilir. Darp/dövme ise caydırıcılığı artırsa da kiŖinin yalancı Ŗahitlikten dönmesini engeller. Serahsî de Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in teŖhir uygulamasını benimsediğini ifade eder. Ta'zir ve hapis cezası ise onlara göre hâkimin takdirine bağlıdır.⁷²⁸

d. Özgürlüđu Kısıtlayan Ta'zir Cezaları

d.1. Hapis

Hapis cezası özgürlüğu kısıtlayan cezaların baŖında gelmektedir. İslam hukukçuları bu cezayı, Kur'an, sünnet ve sahabe uygulamalarıyla temellendirilmiştir. Örneğin, Kur'an-ı Kerim'de aşamalı olarak belirlenen zina suçunun hükmüne iliŖkin ilk ayette geçen "yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde tutun." ifadesi ev hapsinin caiz olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Benzer şekilde hırâbe cezasının yer aldığı ayetteki "ya da bulundukları yerden sürgün edilmeleridir." şeklindeki "yunfev" ibaresini Hanefiler, Zeydiler ve bazı Şafii ve Hanbeliler sürgün olarak değil hapis cezası olarak anlamıştır.⁷²⁹ Bununla birlikte Kur'an-ı Kerim'de hapis cezasının meŖruiyetine doğrudan kaynaklık edecek bir ayet bulunmaz.⁷³⁰ Hz. Peygamber, savaŖ esirlerini, anlaŖmayı bozan ve Müslümanlara ihanet edenleri, hakkında hüküm verilene dek zanlıyı hapsedmiş; ayrıca bir suçla itham edilme, borcunu ödememe gibi sebeplerle de bu

⁷²⁵ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 348.

⁷²⁶ Hâlid er-Ribât - Seyyid İzzet, *el-Câmi' li-ulûmi'l-İmam Ahmed* (Kâhire: Dâru'l-felâh li'l-bahsi'l-ilmî ve tahkiki't-turâs, 2009), 13/156.

⁷²⁷ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 348; Remli, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 1404, 8/21.

⁷²⁸ Burhaneddin el-Merginânî, *el-Hidâye fî Ŗerh Bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Yusuf Tallâl (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, ts.), 3/131.

⁷²⁹ "Tazir", *el-Mevsuatü'l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve'Ŗ-Ŗuuni'l-İslâmiyye, 1984), 12/268; Uyanık, *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*, 74-77.

⁷³⁰ Ali Bardakođu, "Hapis", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 16/54-55.

yöntemi kullanmıştır.⁷³¹ Fakat sünnetteki hapis örneklerinin asli bir ceza olarak değil ihtiyati tedbir ve baskı aracı olarak kullanıldığı görülmektedir.

Hapis, ta'zîr cezası amaçlı ve teminat amaçlı olmak üzere iki farklı şekilde uygulanmaktadır. Teminat amaçlı hapis (ihtiyati tedbir), itham sebebiyle hapis, önleme amaçlı hapis ve cezaların infazı amaçlı hapis gibi farklı amaçlarda gerçekleştirilebilir.⁷³² “İhtiyati hapis prensip olarak yargılama hukukunu, hapis cezası ise ceza hukukunu ilgilendirmektedir.”⁷³³

Hapis cezasının meşru sebepleri Karâfi'ye göre sekiz kısma ayrılır:

1. Mağdur yokken kısas hakkını korumak üzere suçlu hapsedilir.
2. Kaçak köle (âbık) mali değerini korumak ve sahibinin bulunması umuduyla bir yıl boyunca hapsedilir.
3. Üzerindeki bir hakkı ödemekten imtina eden kişi, ödemeye mecbur etmek maksadıyla hapsedilir.
4. Darlık veya yoklukta olup olmadığı belirsiz olan biri, durumu incelenmek üzere hapsedilir. Durumu ortaya çıktığında buna göre hüküm verilir.
5. Suçlu, Allah'a isyan anlamı taşıyan suçlardan caydırma ve ta'zîr amaçlı hapsedilir.
6. Vekalet kabul etmeyen bir tasarruftan kaçınan kişi hapsedilir.
7. Belirsiz bir ayn veya zimmetteki borç ile ilgili ikrarda bulunmuş ve bunu belirlemekten kaçınan kişi belirleyene kadar hapsedilir.
8. Şâfiilere göre, oruç gibi vekâlet kabul etmeyen ve Allah Teâlâ'ya ait olan bir hakkı yerine getirmekte direnen kişi hapsedilir.

Karâfi, bu sekiz durum dışında hapis cezasının caiz olamayacağını söyler.⁷³⁴

İslam hukukçuları kısa süreli ve uzun süreli hapis cezası arasında ayırım yapmış ve bir yıldan az olan cezayı kısa, daha fazla olanı ise uzun olarak nitelendirmişlerdir. Örneğin komşuya hakaret etme, Ramazan'da oruç tutmama gibi nedenlerle kısa süreli hapis cezası verilirken, ağır bir yaralanmaya sebebiyet veren fakat kısasın uygulanmadığı suçluya diyetle birlikte uzun süreli hapis cezası verilmiştir. Hz. Osman'ın meşhur bir hırsız ve haydut olan Dabî' b. Hâris

⁷³¹ Bardakoğlu, “Hapis”, 16/55; Uyanık, *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*, 81-85.

⁷³² Hasan Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn ve mu'âmetü's-sücenâ fi'l-İslâm* (Kuveyt: Mektebetü'l-Menâr, 1407), 607.

⁷³³ Bardakoğlu, “Hapis”, 16/56.

⁷³⁴ Karâfi, *el-Furûk*, ts., 4/79-80.

el-Burcümî'yi⁷³⁵, ölümüne kadar hapiste tuttuğu rivayet edilmektedir.⁷³⁶ Sahabe döneminde buna benzer vakalar gerçekleşmiştir. Fakat bu durum yargıda böyle bir hükme varıldığını göstermez. Bu kişilerin hapiste ölümünün gerçekleştiği şeklinde anlaşılması gerekir.⁷³⁷ Nitekim Dabî' b. Hâris el-Burcümî, kaynaklarda yer alan bilgiye göre oldukça yaşlı bir insandı. Bu nedenle hapiste vefat etmiş olması olağan bir durum olarak görülmelidir.⁷³⁸

Hapis cezasının keyfiliğe tabi olmaması için hapis süresi, failin davranışını düzeltmesi için yeterli görülen bir süreyle sınırlı tutulmalı ve bundan fazlasına çıkılmamalıdır. Hapis cezası failin ıslahını ve caydırılmasını sağlamalıdır. Eğer failin bu cezadan ders almayacağı düşünülüyorsa, başka bir cezanın verilmesi gerekmektedir.⁷³⁹ “Esasen suçlunun ölünceye kadar hapsedileceği şeklindeki görüşlerin hemen hemen tamamı onun tövbe etmesi, iyi halinin görülmesi, buna yanaşmazsa ölünceye kadar hapiste tutulması şeklinde kayıtlı olarak ifade edilir.”⁷⁴⁰

Ebu Yusuf, hapis cezasının genişletilmesine karşı çıkmış ve hapsedilenlerin sayısının artmasını doğru bulmamıştır. Ona göre hapis cezası fık ve fuhuş, hırsızlık, bağı, kölenin kaçması (ibâk), hırsızlıkta el kesme cezasından sonra suçun tekrar etmesi, kısas için bekletme, mürtedin tövbesi için bekletme, kısasın uygulanamayacağı bazı yaralanmalar ve benzeri durumlar için sınırlandırılmalıdır.⁷⁴¹ O, bu konuyu şöyle aktarmıştır:

Hapisteki insanların sayısının artması, onların durumlarına yeterince dikkat edilmemesindendir. Aslında bu sadece bir hapsedilmedir, içinde herhangi bir değerlendirme bulunmaz. Öyleyse bütün valilerine, mahpusların vaziyetlerinin her gün gözden geçirilmesini emret. Kimin hakkında bir edeb/ta'zîr cezası varsa, te'dîb edilir ve serbest bırakılır. Kim bir davası olmadığı hâlde hapisteyse, serbest bırakılır. Onlara önceden şu tembihte bulunun: Tazîr uygulamasında aşırıya gitmesinler, helal olmayan veya şeriatın caiz görmediği bir noktaya varmasınlar. Çünkü bana ulaştı ki onlar, bir adamı töhmet veya işlediği bir suç sebebiyle iki yüz, üç yüz sopa ile dövmekte, bazen daha az kimi zaman daha fazla uygulamaktadırlar. Bu ise şer'an câiz değildir. Müminin

⁷³⁵ Dabî' b. Hâris el-Burcümî, ağır hakaret, taksirle adam öldürme, adam yaralama gibi farklı suçlardan hüküm giymiş bir suçludur. Son olarak Hz. Osman'ın hapisane ziyaretinde ona suikast teşebbüsünde bulunduğu için ömür boyu hapiste tutulmuştur. Askalânî el-İbn Hacer, *el-İsâbe fî temyîzi's-sahâbe*, thk. Âdil Ahmed Abdu'l-mevcûd - Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415), 3/403-404; Hayreddin ez-Ziriklî, *el-A'âm* (Beyrut: Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, 2002), 3/212.

⁷³⁶ Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn*, 80; “Tazîr”, 12/268.

⁷³⁷ Bardakoğlu, “Hapis”, 16/61.

⁷³⁸ İbn Hacer, *el-İsâbe fî temyîzi's-sahâbe*, 3/404.

⁷³⁹ Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn*, 80-81.

⁷⁴⁰ Bardakoğlu, “Hapis”, 16/61.

⁷⁴¹ Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn*, 117.

sırtı, bir hak olmadıkça dokunulmazdır. Bu hak; zina, iftira, sarhoşluk veya ta'zir gerektiren bir suç dışında uygulanamaz. Fakat valilerin yaptığı gibi, ibadet edenlere vurulması yasaktır.⁷⁴²

Hiz. Peygamber'in ibadet edenlere vurmayı yasakladığına dair rivayeti aktaran Ebu Yusuf, bu hadisin şeri bir ceza olmadan haksız yere birine vurmanın yasaklandığı anlamına geldiğini; bu nedenle bazı valilerin uygulamalarının şeri hükümlere ve sınırlara uygun olmadığını belirtir.⁷⁴³

İslam hukukçuları, ihtiyati tedbir olarak hapis uygulamasını meşru ve gerekli gördükleri halde kişi hürriyetini kısıtlayan hapis cezasına sıcak bakmamışlardır.⁷⁴⁴ Hapis cezaları daha ziyade kamu haklarının ihlali durumunda uygulanmıştır.

Hapis cezasına bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Bunlar; devlet hazinesine yük getirmesi, potansiyel iş gücünün zayi olmasına ve üretimin yavaşlamasına sebebiyet vermesi, mahkûmun ailesine maddi manevi zarara uğratması, suçun tekrarını önleme konusunda zayıf olması (caydırıcı güç taşınamaması), işsizlik dolayısıyla sorumluluk duygusunu yok etmesi, hapisneden çıkanların suçu korkutucu bir güç unsuru olarak kullanması ve bununla birlikte yaşadıkları psikolojik problemler hapisnede sağlık ve ahlaki koşulların düşük olmasıdır.⁷⁴⁵

Ebu Zehra'ya göre cezanın kendisinin bir fesat kaynağı olmaması gerekir. Fakat günümüzde hapis cezalarının suçluya görünüşte eziyet eder, ancak aynı zamanda suçun sebeplerinin onda kök salmasına yol açar. Ona göre bu ceza genel caydırıcılık açısından faydalı olsa dahi toplumun bir parçasını oluşturan potansiyel iş gücünü etkisiz hâle getirir. Toplumu meydana getiren unsurlardan birinin yapısı bozulur ve bu bozulma topluma yayılan bir hastalığa dönüşür.⁷⁴⁶

İslam ceza hukuku metinlerinde hapis cezası alan kişi için ıslah olana kadar, tövbe edene kadar şeklinde ifadeler geçtiğini görürüz. Buradaki tövbe kişinin iç dünyasındaki pişmanlıktan çok dışarıdan gözlemlenebilen söz ve eylemlerindeki düzelmeyi ifade eder. Ali Bardakoğlu tövbeyle şartlı salıverme arasındaki farkı ve bunun hapis cezası yaklaşımına etkisini şöyle açıklar:

Bu yönüyle tövbe, modern hukuktaki şartlı salıvermeyi kısmen andırıyorsa da bu tür hapis cezasını başlangıçta belirlenen süreli bir hapis olarak değil, âdeti suçlunun iyi halinin görülmesi

⁷⁴² Yakub b. İbrahim Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-harâc*, thk. Taha Abdurrahman Sa'd, Sa'd Hasan Muhammed (Beyrut: el-Mektebetü'l-Ezheriyye, ts.), 164-165.

⁷⁴³ Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-harâc*, 165.

⁷⁴⁴ Bardakoğlu, "Hapis", 16/56.

⁷⁴⁵ Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn*, 593-594.

⁷⁴⁶ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, 26.

kaydına bağılı olarak verilmiş şartlı bir şekilde nitelendirmek daha isabetli görünmektedir. Tövbesi sebebiyle mahkûmiyeti sona erdirilen mahpusun tövbesine sadık kalmayarak aynı suç tekrar işlemesi hâlinde önceki mahkûmiyet süresinden kalan kısmın yeni hapis süresine eklenmesi veya bu durumun cezayı ağırlaştırıcı bir sebep kabul edilmesi gibi yaklaşımlara pek rastlanmayışı da herhalde bu anlayışın sonucudur.⁷⁴⁷

Zeki Uyanık, cezaevlerinin bütün mahkumları caydırma gibi bir özelliğı olmasa dahi çoğı insanı suç işlemeye karşı caydırıcı bir fonksiyona sahip olabileceğinin inkâr edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle ona göre cezaevlerinin ıslah edici olmadığı veya kişilere daha fazla suça meyilli kıldığı gibi gerekçelerle hapis cezasının gereksiz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bu nedenle hapis cezasının özel caydırıcılık açısından başarılı olup olmadığı ihtilafli bir mevzu olsa da genel caydırıcılık açısından büyük bir öneme sahiptir.⁷⁴⁸

Ta'zîr cezası olan hapis süresinin belirlenip belirlenmeyeceğı farklı durumlara göre değışiklik gösterir. Örneğın, Mâlikî mezhebine göre kaçan köle bir yıl hapsedilir. Aynı şekilde kasten adam öldüren ve affedilen kişi yüz kırbaç cezasıyla birlikte bir yıl hapis cezası alır. Bu sürenin belirsiz bırakılması, mahkûma bildirilmemesi ve sona ermesinin ıslah ve tövbe şartına bağlanması da caizdir. Bu duruma çok çeşitli örnekler gösterilmiştir. Domuz eti satan, düşmana casusluk yapan ahlaksız davranışlarda bulunan faizcilik yapan, bağı olan ve işlediğı bir suç dolayısıyla had cezası uygulanan fakat caydırılamayan Müslümanların tövbe edinceye kadar hapsedilmeleri bunlardan bazılarıdır.⁷⁴⁹

Ebu Gudde hapis süresinin kanunlaştırılması önünde şeri bir engel olmadığını ve mubah alanına girdiğini söyler. Bu konuda sahabeden gelen hüküm ve fetvalar, hapis süresinin önceden belirlenmesinin caiz olduğunu, özellikle hâkimin, belirlenen sürenin caydırıcı ve ıslah edici olduğuna inandığı durumlarda bir süre belirleyebileceğini göstermektedir. Fakat Ebu Gudde, hapis cezasının süresinin belirsiz bırakılmasının daha faydalı ve etkili olabileceğini belirtir. Çünkü bu, hapisten çıkma umuduyla mahkûma tövbe etme ve davranışlarını düzeltme konusunda teşvik sağlar. Fukahanın çoğı zaman, mahkûmun tahliyesini tövbe ve ıslaha bağlamalarının nedeni de budur.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Bardakoğlu, "Hapis", 16/64.

⁷⁴⁸ Uyanık, *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*, 223.

⁷⁴⁹ Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn*, 81.

⁷⁵⁰ Ebû Ğudde, *Ahkâmü's-sicn*, 81-82.

d.2. Sürgün

Sürgün cezası, İslam ceza hukukunda farklı suç türlerine göre farklı statülerde tatbik edilmiştir. Buna göre; bekarlar için olan zina cezasında tebeî bir ceza olarak, hırâbe cezasında asli cezalardan biri olarak sürgün cezası verilmiştir. Bu nedenle sürgün cezasının mahiyet ve hikmetine yönelik açıklamalara o bölümde yer verdik. Bununla birlikte ayrı bir ta'zîr cezası türü olarak da İslam ceza hukukunda bazı tarihi hadiselerden yola çıkılarak tartışılmıştır. Örneğin, Hz. Ömer içki içme suçunda ceza olarak Rabî'a b. Umeyye'yi Hayber'e, sürmüştür. Fakat bu sürgün, onun Bizans İmparatoru Heraklius'a iltica ederek irtidat etmesine ve Hristiyan olmasına sebebiyet vermiştir. Hz. Ömer'in bu hadise üzerine "Bundan sonra hiçbir Müslüman'ı sürgün etmeyeceğim" dediği rivayet edilmiştir.⁷⁵¹ Masiyet olmaksızın verilen ta'zîr cezalarına örnek gösterilen Hz. Ömer'in bir diğer uygulaması, kadınların fitneye düşmesi sebebiyle Nasr bin Haccâc'ı Basra'ya göndermesidir.⁷⁵² Bu uygulama da şeri ilke ve amaçlar bakımında tartışmalıdır. Nitekim Hz. Ali'den şöyle bir söz rivayet edilmiştir: "Fitne olarak sürgün yeter."⁷⁵³

3.3.3. Ta'zîr Cezasında Takdir ve İnfaz Yetkisi

3.3.3.1. Takdir Yetkisi

Ta'zîr cezalarının belirlenmesi, kural olarak içtihat ehliyetine sahip devlet başkanının takdirine bırakılmıştır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız değildir; içtihat yeterliliğinin yanı sıra, gözetilmesi gereken birtakım şer'î ölçütler ve sünnete dayanan teamüller bulunmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu cezaların tayini keyfiliğe açık bırakılmamıştır. Örneğin, dönemin duygusal yönlendirmeleri, şahsi kanaate dayalı zanlar veya propaganda amaçlı heva ve hevese dayanan anlayışlar belirleyici unsur olarak kabul edilmemiştir.⁷⁵⁴ Bu anlayış, ilkesel olarak kabul edilmekle birlikte, pratikte devlet başkanları sıklıkla bu ölçüleri gözetme konusunda başarısız olmuşlardır. Ebu Zehra, İslam hukukunu öğrenmek isteyen birinin, bunu halifelerin uygulamalarından almasının doğru olmadığını; zira onların Kur'an ve sünnet ahkâmından saptıklarını, heva ve heveslerine ittiba ettiklerini söyler.⁷⁵⁵

⁷⁵¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/243.

⁷⁵² İbn Teymiyye, *el-Hisbe fî'l-İslâm-Vazîfetü'l-hükümeti'l-İslâmiyye*, 47.

⁷⁵³ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/44.

⁷⁵⁴ Tuncay Başoğlu, "Meâyîru't-ta'zîr" 24 (2010), 80.

⁷⁵⁵ Ebu Zehra, *İslam'da Suç ve Ceza*, 1/272.

Ceza hukuku bağlamında takdir yetkisinin kullanılabilmesi için içtihat ehliyetinin varlığı şart koşulmuştur. Ulu'l-emrin içtihat ehli olmaması hâlinde ilim ehline danışmaları ve onlarla istişare etmek suretiyle takdir yetkilerini kullanmaları gerekmektedir. Gerek tarihi uygulamalarda gerek fıkıh literatüründe ceza takdirinin çoğunlukla kadılara tevdi edildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede suçların ve cezaların önceden kanun aracılığıyla belirlenme imkânı olduğu gibi her bir vakânın özelliklerine göre ayrı değerlendirme yapılması da mümkündür. Bu iki yoldan hangisinin tercih edileceği, büyük ölçüde devletin örfi hukuk anlayışına bağlıdır. Orta Çağ Türk Devletlerinde istisnalar haricinde hangi cezanın verileceği belirlenmez ve kadıların geniş takdir yetkisi bulunurdu. Osmanlı Devleti'nde ise kanunnameler aracılığıyla suçlar ve cezalar belirlenir ve kadılara sınırlı hâller dışında yetki tanınmazdı.⁷⁵⁶

Günümüzde bu iki konuda iki görüş ortaya çıkmaktadır. İlk görüşe göre takdir yetkisi kadılara geniş bir şekilde tevdi edilir. Bu durumu ceza takdirinde içtihat ehliyeti şartı olduğu gerekçesiyle savunurlar. Diğer görüşe göre suçlar ve cezaların olaylar meydana gelmeden önce kanun haline getirilmesinin daha uygundur. Fakihlerin çoğu, her iki yöntemi birlikte mezcetmek gerektiği kanaatine sahiptir.⁷⁵⁷

Cüveynî, imamın müçtehit derecesine ulaşmasının şart olduğunu, bunda herhangi bir ihtilaf tespit edilemediğini söyler. Ona göre imam, bağımsız davranacak şekilde yeterli dini ilimlere sahip değilse, meselelerin detaylarında alimlere müracaat etme ihtiyacı duyar ki bu da onun aklının dağılmasına sebebiyet verir ve onu bağımsız olmaktan çıkarır. Cüveynî, bunun Hz. Peygamber'in ashabına danışmasıyla aynı şey olmadığını ve ilmin yüce mertebesine ulaşmakla karmaşık meselelerde istişare etmek arasında herhangi bir çelişki bulunmadığını ifade eder.⁷⁵⁸

Pozitif hukukla İslam hukukunun hâkim yetkisini karşılaştıran Üdeh, modern hukuk sistemlerinde hâkimin yetkisinin İslam hukukundaki hâkimin yetkisinden çok daha sınırlı olduğunu ifade eder. Bu durumun hâkimi çoğu zaman uygun bir ceza tayininden mahrum bıraktığını ve uygulamada zorlayıcı neticeler meydana getirdiğini belirtir. Bu nedenle bazı hukukçuların, her bir suç için önceden belirlenmiş ceza tayininden vazgeçilmesini, bunun yerine hâkime, suça ve suça ilişkin şartları gözeterek uygun düşen cezayı seçme yetkisinin tanınmasını önerdiğini aktarır. Udeh'e göre bu yaklaşım, esasen ta'zir cezalarında izlenen yönetime tekabül etmektedir.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Başoğlu, "Meâyîru't-ta'zir", 90.

⁷⁵⁷ Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 35; Başoğlu, "Meâyîru't-ta'zir", 90-91.

⁷⁵⁸ Cüveynî, *el-Gıyâsi - İslâm'da Başkanlık Sistemi-*, 89-90.

⁷⁵⁹ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 1/149.

Udeh'in bu değerlendirmelerinden, İslam ceza hukukunda hâkimin takdir yetkisinin modern hukuk sistemlerine kıyasla çok daha geniş olduğu neticesi ortaya çıkmaktadır. Bu yetki esasen devlet başkanına ve onun görevlendirdiği hâkimlere aittir. Devlet başkanı içtihat ehliyetini haiz olmalıdır. Fakat Müslüman coğrafyaların büyüyüp genişlemesi ve idari yapının karışık hâle gelmesi başta olmak üzere, çeşitli sebeplerle bu görev oldukça zor hale gelmiştir ve neticede bu yetki hâkimlere devredilmiştir.

3.3.3.2. İnfaz Yetkisi

Hanefî mezhebine göre had cezalarında infaz yalnızca devlet yöneticisine ait bir haktır. Diğer mezheplerde efendinin kölelerine had cezası uygulaması genel anlamda caiz görülmektedir.⁷⁶⁰ Ta'zîr cezasını uygulama yetkisi ise esasen ulu'l-emr ve onun yetkilendirdiği kadiya aittir. Bununla birlikte baba/koca ve efendinin de sınırlı hallerde ta'zîr veya te'dib yetkisinin olabileceği kaynaklarda yer almıştır.⁷⁶¹

Ulu'l-emrin kendi üzerindeki yetkiyi idari sorumlulara veya diğer yetkililere dava ve delil gerektirmeyen durumlarda ve cezaların haksız yere uygulanmaması koşuluyla devretmesi mümkündür. Ayrıca bazı Hanefî fakihleri sıradan insanların suç işlendiği sırada müdahale etmek suretiyle ta'zîr uygulayabileceğini söyler. Buna göre vacip olan ta'zîr Allah hakkıdır ve herkesin yerine getirmesi mümkündür. Fakat emr bi'l-maruf ve nehy-i ani'l-münker ile ta'zîr farklılık arz eder. Müslümanların münker meydana gelmeden onu engelleme ve münker ortaya çıktığı esnada onu ortadan kaldırma hakkı vardır. Ulu'l-emr ise münker fiil işlendikten sonra cezalandırma yetkisine sahiptir. Bu yetki sıradan insanlar için söz konusu değildir.⁷⁶²

İbn Âbidin günahın işlendiği esnada münkeri nehyetme kapsamında ta'zîr uygulamakla her Müslümanın mükellef olduğunu fakat sona erdikten sonra geçmişte yapılan bir şeyin nehyedilmesi mümkün olmadığı için devlet başkanı dışında ta'zîr yapılamayacağını, hatta günah sona erdikten sonra muhtesibin ta'zîr uygulayan kişiye ta'zîr uygulayabileceğini aktarır. Bununla birlikte bu tür öldürmeler eğer bir delil varsa mahkeme nezdinde geçerlidir. Bu bakımdan karısını veya bir başka mahremi biriyle zina ederken gören bir adam fiil esnasında öldürmesi diyaneten caiz olsa da kazaen böyle değildir. Şahit getiremediği takdirde kısasla cezalandırılabilir.⁷⁶³

⁷⁶⁰ Mâverî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 13/244-246.

⁷⁶¹ Ebû Hâmid el-Gazzâlî, *el-Vasît fi'l-mezheb*, thk. Ahmed Mahmud İbrahim, Muhammed Muhammed Tâmir (Kahire: Dâru's-Selâm, 1417), 6/513; Karâfî, *Zehîra*, 1994, 12/119.

⁷⁶² Başoğlu, "Meâyîru't-ta'zîr", 92.

⁷⁶³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/65; Behnesî, *et-Ta'zir fi'l-İslâm*, 85.

İslam hukukçularına göre miktarı nass tarafından belirlenmemiş olan cezalarda hâkim adalete uygun karar vermekle sorumludur. Aynı zamanda suç ve ceza uygunluğunu dikkate almalı, Kur'an ve sünnet ışığında, suça en yakın had cezasını hesaba katarak, ortaya çıkan her yeni suça yeni bir ceza tatbik etmelidir.⁷⁶⁴ Hanefî mezhebine göre kadı, had, kısas veya mal ile ilgili konuda karar verip infaz ettikten sonra “adaletsiz bir hüküm verdim ve yanlış olduğumu biliyordum” dediği takdirde zararı kendi malından karşılar, ta'zîr cezasına çarptırılır ve kadılık görevinden azledilir. Şafii mezhebine göre ise kadının adaletsiz hüküm verdiği anda kendiliğinden görevinden azledilmiş olur. Bu konuda Mutezile ile aynı görüşü paylaşır.⁷⁶⁵

Kısasta olduğu gibi ta'zîr cezalarında da konu eğer kul hakkını ilgilendiriyorsa infaz yetkisi doğrudan hak sahibine aittir. Ta'zîrin uygulanması esnasında tefâvüt yani aşırıya kaçma ihtimalinden dolayı ta'zîr engellenemez. Çünkü bu ihtimal yalnızca hak sahibi için değil cezayı infaz eden görevli için de geçerlidir. Her iki durumda da eğer bir aşırılık görülürse infaz durdurulur ve hak sahibi veya görevli engellenir.⁷⁶⁶

İslam ceza hukukunda infaz yetkisinin kime ait olduğu ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Bu tartışmalarda ortaya çıkan en önemli husus, cezanın adil bir şekilde yerine getirildiğinden emin olmak gerektiğidir. Dolayısıyla yetkili bir kimsenin uygulamadığı, münkeri nehyetme amaçlı yapılan eylemler, mahkeme nezdinde değerlendirmeye açıktır. Kişinin haklılığını ispat edecek bir delili olmadığı takdirde cezaya çarptırılması mümkündür. Burada aynı zamanda kazaî-diyânî ayrımı ortaya çıkmaktadır. Kişi, gerçekleştirdiği eylemde diyânî açıdan haklı dahi olsa hukuken sorumluluk sahibi kabul edilir. Ayrıca cezalarda caydırıcılık asli bir amaç olmakla birlikte bu amaç, ancak adil ve hakkaniyetli sınırlar içinde gerçekleştiğinde kabul edilebilir. Dolayısıyla sıradan bir kişi, geçmişte işlenmiş bir suçun cezasını -örneğin hızlı ve etkili olacağı gerekçesiyle- kendi inisiyatifine dayanarak veremez; aksi hâlde cezayı hak etmiş olur.

⁷⁶⁴ Dilek, *Sünnette Ceza Anlayışı*, 217.

⁷⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/80.

⁷⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/110.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CAYDIRICILIKLA İLİŞKİLİ ÇEŞİTLİ MESELELER

4.1. CEZALARIN ŞÜPHEYLE DÜŞMESİ

Dinî literatürde şüphe “Şer’î bir hüküm, konu veya durumla ilgili kesin bilgi ve kanaate varamamaktan doğan tereddüt ve kararsızlık” anlamındadır.⁷⁶⁷ İslam ceza hukukunun en yaygın şekilde kullanılan ve belki de en önemli küllî kaidesi cezaların şüpheyile düşürülmesi ilkesidir. Kökleri yedinci ve sekizinci yüzyıla uzanan en erken fıkıh metinlerinde yer almaktadır. Hatta bu ilkenin bütün İslam hukukçularının üzerinde fikir birliğine vardığı birkaç ilkedен biri olduğu iddia edilmiştir.⁷⁶⁸

Bu ilkeye kaynaklık eden Kur’an ayetleri şunlardır: “*Ey iman edenler! Zannın çoğundan sakının; çünkü bazı zanlar günahtır.*” (el-Hucûrât, 49/12) “*Oysa onların bu konuda bir bildikleri yok; sadece zanna uyuyorlar. Zan ise asla gerçek bilginin yerini tutamaz.*” (en-Necm, 53/28) Bu ayetler bir delille dayanmaksızın zanla yani şüpheyile hüküm vermenin caiz olmadığına işaret etmektedir.⁷⁶⁹ “Gücünüz yettiği müddetçe müslümanlardan hadleri düşürünüz. Onun için (affedilmesi) bir çıkış yolu varsa serbest bırakınız. Şüphesiz ki hâkimin afta hata etmesi, cezalandırmada hata etmesinden daha hayırlıdır.” hadisidir.⁷⁷⁰ Aynı minvaldeki bir başka hadis şöyledir: “Düşürmek için bir sebep bulduğunuz takdirde hadleri düşürünüz.”⁷⁷¹ Birçok sahabi kavli de haddin şüpheyile düşeceğini, afta yanılmanın cezada yanılmaktan daha iyi olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle hadlerin şüpheyile düşmesi konusunda müçtehitler

⁷⁶⁷ Hacı Mehmet Günay, “Şüphe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 39/263.

⁷⁶⁸ Intisar A Rabb, “‘Reasonable Doubt’ in Islamic Law”, *40 Yale J. Int’l L.* 41 (2015), 45-46.

⁷⁶⁹ Sabri Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı* (Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1997), 39.

⁷⁷⁰ Tirmizî, *Hudûd* 112; Beyhakî 238.

⁷⁷¹ İbn Mâce, “*Hudûd*”, 5.

arasında icmâ oluşmuştur.⁷⁷² Hz. Ömer'in şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Şüpheli durumlarda cezaları ertelemek, onları uygulamaktan daha hayırlıdır.”⁷⁷³

İslam ceza hukukunda şüphenin farklı dereceleri bulunmaktadır. Kuvvetli şüphe, fiilin suç olma niteliğini tamamen ortadan kaldırır. Delilden kaynaklanan bütün şüpheler, mülkiyet şüpheleri, suçun ana unsurlarının birinde meydana gelen şüpheler, hukuki bilgisizlikten (cehalet) kaynaklanan bazı şüpheler ve suçun ispatına ilişkin şüpheler kuvvetli şüphe olarak görülmektedir. Had ve kısas cezalarının düşmesinde etkili olan fakat fiildeki suç vasfını ortadan kaldırmayan şüpheler ise zayıf şüphedir. Hangi şüphelerin had ve kısas cezalarını düşüreceği mezhepler arasında ihtilafıdır.⁷⁷⁴

Suyûtî *el-Eşbâh*'ta şüphenin geçerli olması için kuvvetli olması gerektiğini söyler ve şüphe olarak addedilmeyen meselelere yer verir. Örneğin bir Müslüman'ın zimmi öldürmesi ve maktul zimminin velisi tarafından misilleme olarak öldürülmesi hâlinde o velinin kısas olarak öldürüleceğini, benzer şekilde nebîz içene had cezası verileceğini belirtir. Bu konularda Ebu Hanîfe'nin görüşüne itibar edilmeyeceğini söyler.⁷⁷⁵ İbn Nüceym ise Şafii mezhebine mensup alimlerin şüphenin geçerli olabilmesi için güçlü olmasını şart koştuğunu belirtir ve bunun hayret verici bir durum olduğunu belirtir.⁷⁷⁶ Karâfi'ye göre şüpheyile bir cezanın düşmesi için failin yaptığı fiilin helal olduğunu düşündüğü bir gerekçesi bulunmalıdır. Aksi durumda şüphe geçerli olmaz ve had cezası uygulanır.⁷⁷⁷ Bu konudaki en geniş bakış açısı ise en küçük şüphelerin dahi had ve kısas cezalarının düşmesinde müessir olduğu kanaatini taşıyan Hanefî mezhebine aittir. Bu hükmü Hz. Peygamber'in sünnetine dayandırmaktadırlar. Kâsânî, had cezalarının şüpheyile düşmesi ilkesini anlatırken şöyle der: “Çünkü had cezası, kusursuz bir ceza olduğu için, ancak kusursuz bir suç karşılığında uygulanmalıdır.”⁷⁷⁸ Buna göre suçun unsurları tam olarak gerçekleşmemişse had veya kısas cezaları verilmesine engel teşkil etmektedir. Bununla birlikte suçun asli cezasının düşmesi sanığı tamamen beraat ettirmez. Hâkimin takdirine ve şüphenin derecesine bağlı olarak ta'zîr cezası kapısı açıktır.⁷⁷⁹

⁷⁷² Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı*, 40-41.

⁷⁷³ Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-harâc*, 166.

⁷⁷⁴ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı*, 97-99.

⁷⁷⁵ Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi kavâ'id ve fîrû'î fikhi's-Şâfi'îye* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1403), 124.

⁷⁷⁶ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk. Zekeriyya Umeyrât (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1419), 111.

⁷⁷⁷ Karâfi, *el-Furûk*, ts., 4/172.

⁷⁷⁸ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/34.

⁷⁷⁹ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı*, 100.

Sabri Erturhan, bir konuda zayıf delile dayanarak amel eden kişiden suç vasfının kalkması için kuvvetli delilin kendisine ulaşmamasını veya onu bilmemesini şart koşar. Bu nedenle kuvvetli ve zayıf iki türlü şüpheyi de bilmesi hâlinde, kasıtlı olarak zayıf şüpheden yararlanan kişinin masum olmayacağını ve ta'zîr cezası verilmesi gerektiğini savunur. Aksi takdirde keyfi işlenen suçların artacağını belirtir.⁷⁸⁰

Nâsır Ali Halîfî, had ve kısas suçlarının ağırlığı sebebiyle sıkı bir uygulamaya tâbi tutulduğunu belirtir. Buna göre, kişiye sorumluluk isnat edilebildiği ve suç teşkil eden fiil kesin olarak sabit olduğu sürece, failin şahsî durumu (örneğin sosyal statüsü, kişisel özellikleri ya da kast derecesi) cezanın infazında ne hafifletici ne de ağırlaştırıcı bir gerekçe olarak dikkate alınır. Bununla birlikte Halîfî, İslam hukukunun fiilin maddî yönüyle ilgilendiğini ve bu yön kesin olarak ispat edilemediği takdirde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince cezanın düşeceğini belirtir.⁷⁸¹

Halîfî, hadlerin şüpheyile düşürülmesi ilkesinin bir kolaylık olduğunu fakat bu kolaylığın hâkimden değil, İslam hukukunun kendisinden geldiğini ifade eder. Hâkimin bu konudaki görevinin şüphenin güçlü mü kuvvetli mi olduğunu anlamak için içtihat etmek olduğunu belirtir.⁷⁸² Halîfî had ve kısas cezasının şüpheyile düşüp ta'zîre dönüşmesi durumunda şüphenin zayıf olması hâlinde ta'zîr cezasının şiddetinin artırılacağını söyler. Buna göre örneğin, Ebu Hanife'ye göre evlenmesi kendisine haram olan biriyle nikah kıyan biri şüphe nedeniyle had cezasına çarptırılmaz fakat ağır bir ta'zîr cezasıyla cezalandırılır.⁷⁸³

Şüpheyile düşme ilkesinin bariz örnekleri çoğunlukla zina suçuyla ilgilidir. Her türlü akit şüphesinin olduğu cinsel birleşmeler Hanefî mezhebine göre had cezasını düşürmektedir. Örneğin gayri müslim bir erkekle evlenen kadının evliliği feshedilir fakat şüphe nedeniyle had değil şiddetli bir ta'zîr cezası verilir. Benzer şekilde hayvanla cinsi münasebet kuranlara, livâtâ ve sihâk suçunu işleyenlere de ta'zîr cezası verilir.⁷⁸⁴ Benzer şekilde mut'a nikahında işlenen fiilin zina olup olmadığı konusundaki ihtilaf şüphe oluşturur, dolayısıyla had cezası uygulanmaz.⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı*, 100.

⁷⁸¹ Nâsır Ali Nâsır Halîfî, *ez-Zurûfû'l-müşeddede ve'l-muhaffefe fî ukûbeti't-ta'zîr fî'l-fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Medenî, 1412), 7-8.

⁷⁸² Halîfî, *ez-Zurûfû'l-müşeddede*, 226.

⁷⁸³ Halîfî, *ez-Zurûfû'l-müşeddede*, 245.

⁷⁸⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/320.

⁷⁸⁵ Zakariyah, *Legal Maxims*, 9.

Serahsî, hırsızlığın şüphe olmaksızın ortaya çıkması hâlinde imamın Allah hakkı olarak el kesme cezasını uygulayacağını belirtir. Bu da çalınan mal üzerinde hak iddia eden kişilerin (yalnızca mülk sahibi değil tasarruf hakkını elinde bulunduran rehin alacaklısı, emanetçi ve dâmin gibi) açtığı dava ile gerçekleşir. Mağdur bu davayı başkasının mülkiyet hakkı adına değil, kendi hakkı adına açar. Bu şekilde sabit olan suçun infazı mal sahibinin daha sonradan gelip farklı bir itiraf yapabileceği varsayımıyla ertelenemez. Serahsî şöyle der: “Burada etkili olan şey, mevcut durumda var olduğu düşünülen bir şüphedir. Ancak ileride ortaya çıkabileceği düşünülen bir şüphe dikkate alınmaz. İkrar sahibinin daha sonra ikrarından dönmesi konusunda bir vehim oluştursa da ikrarla el kesme cezası uygulanır.”⁷⁸⁶

Serahsî, tasarruf hakkına sahip kişinin dava açmasının amacının mal sahibinin hakkını yok etmek değil ihya etmek olduğunu söyler. Ayrıca bu hükmün caydırıcılığı sağladığını ifade eder. Çünkü hırsız, emanetçinin açmış olduğu dava sonucu elinin kesilmeyeceğini bilirse emaneti çalmaya daha kolay teşebbüs edecektir. Bu nedenle caydırıcılığı temin etmek için emanetçinin davasıyla el kesme cezası uygulanır.⁷⁸⁷ Serahsî’nin hırsızlık davası konusundaki bu yaklaşımından vehim derecesindeki geleceğe yönelik şüphenin dikkate alınmadığı ve caydırıcılık hikmetinin de bunu gerektirdiğin anlaşılmaktadır.

Mezhepler arasındaki dini muamelelerin rükünleriyle ilgili ihtilaflar had cezalarına etkisi bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, Hanefî mezhebinde velisiz nikah geçerli addedilir. Şafîî mezhebinde ise bu şekilde akdedilmiş bir nikah geçersizdir. Eğer velisiz bir akdi gerçekleştiyse ve bu konuda Hanefî mezhebinden bir hâkim onların evliliğini geçerli saydıysa Şafîî mezhebi hakiminin bu hükmü iptal edip etmeyeceği tartışmalıdır.⁷⁸⁸ Hiç hâkime başvurmamaları durumunda eğer Ebu Hanife’nin görüşünü doğru bulmuş ve helal olduğuna kanaat getirmişlerse bu kişilere had uygulanmaz. Mâverdî, Ebu Hanîfe’nin görüşüne dayanarak nebîzin helal olduğuna inanan birine had cezası uygulanmasının, buna karşılık velisiz nikah konusunda onun görüşünü benimseyene ceza tatbik edilmemesinin nedenini şöyle açıklar:

Birincisi: Velisiz nikahtaki şüphe zina yasağı ile nikahın mubahlığı arasında tereddüt oluşturduğu için daha büyüktür ve bu nedenle had uygulanmaz. Nebîzdeki ibâha şüphesi ise yalnızca tek bir asla rücu eder ki o da haram olan şaraptır. İkincisi velisiz nikaha veli tarafından helal hâle getirilebilecek (velinin onayı) bir yol kılınmıştır. Bu nedenle ona yönelik sakındırma için yalnızca nehyetmekle yetinilmiştir. Nebîzi ise onu mubah hâle getirecek bir yol yoktur ve

⁷⁸⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/144-145.

⁷⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/145.

⁷⁸⁸ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999), 9/47-48.

caydırıcılık için yalnızca yasak koymakla iktifa edilmemiş ve insanların ona yaklaşmasını engellemek amacıyla bu bakımdan daha üstün olan bir hüküm daha eklenmiştir.⁷⁸⁹

Burada Şâfiî mezhebine göre caydırıcılığı daha çok gerektiren suçun nebîz içmek olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Hanefî mezhebine uyarak nebîz içen kişi hakkında içki haddi tatbik edileceği hükmüne ulaşılmıştır. Velisiz nikah ise daha büyük bir şüphe barındırır ve velinin onayıyla helal hâle getirmek mümkündür. Böyle bir durumda caydırıcı olması için had cezası vermek anlamlı değildir. Dolayısıyla bu hüküm caydırıcılık ekseninde açıklanmıştır.

Bu konuda genel kanaat, kısas cezalarının da bu kapsama dâhil edilmesi yönündedir. Ancak Merginânî, işaret dilinin dilsiz kimseler açısından delil olarak kabul edilmesine rağmen, kazf haddinde bu şekilde değerlendirilmemesini, söz konusu haddin Allah hakkı olması ve şüpheyile düşmesi ilkesiyle ilişkilendirerek açıklar. İşaret dilinin kul hakkıyla ilgili meselelerde geçerli olabileceğini söyler. Bu konuda şöyle bir açıklama yapmıştır:

Had ile kısas arasındaki fark şudur: Had, içinde şüphe bulunan bir beyan ile sabit olmaz. Şahitler, haram bir cinsel ilişkiye şahitlik etseler ya da bir kişi haram bir cinsel ilişkiyi itiraf etse had cezası gerekmez. Ancak mutlak öldürmeye şahitlik etseler veya biri mutlak öldürmeyi itiraf etse, taammüd lafzı bulunmasa bile kısas gerekir. Bunun sebebi, kısasta bedel (karşılık) manasının mevcut olmasıdır. Çünkü telafi/tazmin olarak va'z olunmuştur ve kul hakkı olan diğer ıvazlı işlemler gibi şüpheyile birlikte sabit olması caizdir. Allah Teala'ya has olan hadler ise caydırıcılık maksadıyla teşri edilmiştir ve içinde ıvaz (bedel) anlamı taşımaz. Dolayısıyla ihtiyaç olmadığı için bu cezalar şüpheyile tespit edilemez.⁷⁹⁰

İbnü'l-Hümâm, Merginânî'nin bu görüşünün tartışmalı olduğunu söyler. Ona göre *Hidâye*'nin pek çok yerinde kısas cezalarının da şüpheyile düştüğünü ifade eden kısımlar vardır. İbnü'l-Hümâm, bu duruma çok sayıda delil gösterir. Örneğin Kefalet bölümünde Merginânî şöyle der: “Ebû Hanîfe'ye göre, had ve kısasta nefse kefalet caiz değildir; çünkü bunların tümü şüphe ile düşürülmeye dayalıdır, dolayısıyla bunlarda teminat gerekmez.” Benzer şekilde Şehadet Kitabı'nda “Bizim nazarımızda, şüpheyile düşmeyen her hakta şahitlik üzerine şahitlik caizdir; ancak hadler ve kısas gibi şüphe ile düşen konularda kabul edilmez.” Yine Cinayetler Kitabı'nda birçok yerde şüphe ile kısasın sabit olmayacağını açıkça belirtmiş; hatta şüpheyi, kısasın düşmesini gerektiren asli bir sebep olarak kabul etmiştir. Kısasın düşmesini gerektiren birçok meseleyi, farklı şekillerde ortaya çıkan şüphe unsurlarına dayandırmıştır. İbnü'l-Hümâm'a göre “bu durum, o kitabın tamamını inceleyen kimse için apaçık ortadadır.” O,

⁷⁸⁹ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 9/48.

⁷⁹⁰ Merginânî, *Hidâye*, ts., 4/549.

Merğînânî'nin Allah Teâlâ'ya ait olan saf hadler ise caydırıcı olarak meşru kılınmıştır" ifadesini şöyle değerlendirmiştir:

Saf" (hâlis) kaydı burada eleştiriye açıktır, hatta bu bağlamda eksiklik içermektedir. Çünkü kazf (zina isnadı) haddi yalnızca Allah Teâlâ'ya ait değildir. Bilakis içinde hem Allah hakkı hem de kul hakkı barındırmaktadır. Bu, fakihlerinin açıkça belirttiği bir husustur. Buna rağmen kazf haddi de caydırıcı bir ceza olup şüphe ile sabit olmaz ve daha önce açıkça belirtildiği gibi, dilsizin işareti de bu konuda delil kabul edilmez. Dolayısıyla, söz konusu sınırlama göz önüne alındığında buradaki kıyas tam olarak tutarlı değildir.⁷⁹¹

Her ne kadar kısasta şüphe etkili olsa da had cezasıyla kısas cezaları arasında bazı temel farklar vardır. Bu da şüphe üzerinde etkili olabilir. İbn Nüceym, aralarında Merğînânî'nin zikrettiği hususun da yer aldığı bu farkları sıralamıştır.⁷⁹² Zeylâi bu farkların yanı sıra borç davalarında olduğu gibi müessir fiillerde yeminden kaçınma (nükûl) ile kısasın sabit olabileceğini söyler. Had cezaları ve liân ise bunun aksinedir.⁷⁹³

Ta'zîr cezalarının şüpheyile düşmesi meselesinde iki farklı görüş olduğu ifade edilmiştir. İlk görüşe göre ta'zîr cezası şüpheyile düşmez. Bu Hanefî, Şafîi ve bazı muasır fakihlerin görüşüdür. Serahsî bu meselede şöyle der: "Ta'zîr, mala benzer; şüpheyile de sabit olur."⁷⁹⁴ Ta'zîr, şüphe mevcut olsa dahi sabit olur; bu yüzden onda yeminden kaçınma ile hüküm verilebilir. Bu durum, tıpkı mal davalarında olduğu gibidir.⁷⁹⁵

Suyûtî şöyle der: "Şüphe, ta'zîr cezasını düşürmez; ancak kefareti düşürür." Şafîi fakihi Kaffâl'den (ö. 365/976) şunu aktarır: "Fidye, şüphe sebebiyle düşmez. Çünkü fidye bir tazminat, kefareti ise bir ceza niteliğindedir. Kefaret bu yüzden had cezasında olduğu gibi şüphe sebebiyle düşer. Ancak şüphe, fiilin gerçekleştiği yer (mahal) ile ilgili değil de failin kendisi ile

⁷⁹¹ Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethu'l-Kadîr ale'l-Hidâye* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1970), 10/526.

⁷⁹² "Kısas, had cezaları gibidir; ancak yedi meselede onlardan ayrılır: 1. Kısas, hâkimin kendi bilgisiyle hükmetmesine elverişlidir, ancak had cezalarında bu geçerli değildir. (Bkz. "el-Hulâsa") 2. Had cezaları miras olarak intikal etmez, ancak kısas miras yoluyla geçer. 3. Had cezalarında affetme geçerli değildir, iftira (kazf) had cezası hariç. Buna karşılık, kısas cezasında af geçerlidir. 4. Zaman aşımı (olayın üzerinden uzun süre geçmesi), kısas şahitliğini engellemez. Ancak, iftira (kazf) cezası hariç, diğer had cezalarında zaman aşımı şahitliği geçersiz kılar. 5. Dilsiz bir kimsenin işaretle veya yazıyla beyanı kısasın ispatında kabul edilir, ancak had cezalarında kabul edilmez. (Bkz. "el-Hidâye" çeşitli meselelerde bunu belirtmiştir.) 6. Had cezalarında şefaati (araya girerek affettirme) caiz değildir, ancak kısasta caizdir. Had cezaları (iftira cezası hariç) dava açılmasına bağlı değildir, ancak kısas mutlaka davaya bağlıdır. " İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, 110.

⁷⁹³ Osman b. Ali ez-Zeylâi, *Tebyînül-hakâik fi Şerhi Kenzi'd-dekâik ve Hâşiyetü's-Şilbî* (Bulak: Matbaatü'l-kübrâ el-Emîriyye, ts.), 4/298.

⁷⁹⁴ Şemsü'l-eimme Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts.), 20/108.

⁷⁹⁵ Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî Sadruşşehîd, *Şerhu Edebi'l-Kâdi lil-Hassâf*, thk. Hilâl es-Serhân Muhyî (Bağdat: Matbaatü'l-İrşâd-ed-Dâru'l-Arabiyye li't-Tıbbâ, ts.), 2/180.

ilgiliyse, o zaman günahı ve haramlığı ortadan kaldırır.”⁷⁹⁶ Suyûtî, şüphenin geçerli olması için güçlü olmasının şart olduğunu, aksi takdirde bir etkisinin olmayacağını ve had cezasının uygulanacağını söyler. Ayrıca bu konuda mezhepler arası farklılıklara itibar edilmeyeceğine dair şu örnekleri verir: “Eğer bir Müslüman bir zimmîyi öldürür, zimmînin velisi de onu kısas olarak öldürürse -bu uygulama Ebû Hanîfe’nin görüşüne uygun olsa da- veli kısas edilir. Nebîz içen kişi had cezası ile cezalandırılır ve Ebû Hanîfe’nin aksi yöndeki görüşü dikkate alınmaz.”⁷⁹⁷ İbn Nüceym de ta‘zîrle birlikte kefaretlarin de şüpheyile sabit olacağını söyler. Fakat Ramazan orucunu bozma kefareti istisna eder. Fidyenin şüpheyi düşürüp düşürmediği konusunun ise ihtilaflı olduğunu söylemiştir. Şâfiî mezhebin şüphenin güçlü olmasını şart koymasını “ne ilginçtir ki” diyerek örneklerle birlikte aktarır.⁷⁹⁸

Mâverdî şöyle demektedir: “Şüphe, had cezasını engellese de ta‘zîr engellemez, çünkü şüpheli durumlara girmek yasaktır.”⁷⁹⁹ Ömer Nasuhi Bilmen de ta‘zîr cezasının şüpheyile sakıt olmayacağını, bazı karine ve alametlere binaen icra edilebileceğini söyleyen muasır fakihlerdendir.⁸⁰⁰

İkinci görüşe göre ta‘zîr cezaları da had ve kısas cezalarında olduğu gibi şüpheyile düşer. Bu görüşü, Hanbeli mezhebinin benimsediği ifade edilir. İbn Kudâme, *el-Muğnî*’de liân meselesinde kocanın liân yapmasının ve kadının yemin etmekten kaçınmasının tek başına had cezasının sabit olması için yeterli olmadığını söyler. Ayrıca nükûl ile hiçbir cezada hüküm vermenin mümkün olmadığını belirtir.⁸⁰¹ İbn Kudâme’nin burada nükûlü bütün cezaları düşüren bir şüphe olarak değerlendirdiğini görüyoruz. Dolayısıyla buna ta‘zîr cezası da dahildir.

İbn Kayyim, ta‘zîr cezasının hakkı kesin olarak gerektiren bir sebep tahakkuk ettiğinde uygulanabileceğini ifade eder ve borçlunun ta‘zîr cezası olarak hapsedilmesi meselesinde şöyle söyler: “Şüphe durumunda böyle bir ceza uygulanamaz. Bilakis şüphe sebebiyle hapis cezasının düşmesi, şer‘î prensiplere onun şüpheyile sabit olmasından daha uygun düşer.”⁸⁰²

Birçok muasır İslam hukukçusu şüphenin ta‘zîr cezasını da düşürebileceği kanaatine sahip olmuştur. Üdeh, bu konuda şöyle der:

⁷⁹⁶ Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 123.

⁷⁹⁷ Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 124.

⁷⁹⁸ İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve’n-nezâir*, 111.

⁷⁹⁹ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999), 14/235.

⁸⁰⁰ Bilmen, *Hukûk-ı İslamiyye ve Islâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1985, 3/326.

⁸⁰¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/188-189.

⁸⁰² Cevziyye el-İbn Kayyim, *et-Turuku’l-hükmiyye fi’s-siyâseti’s-şer’iyye* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, ts.), 1/165.

Bu kural, aslen had suçlarına yönelik konulmuştur. Fakat ta'zîr suçları için uygulanmasını engelleyen herhangi bir şey yoktur. Çünkü amacı, adaleti sağlamak ve sanıkların lehine güvence oluşturmaktır. Her sanık, ister had isterse ta'zîr suçlarından biriyle itham edilmiş olsun bu iki hususun kendisi için sağlanmasına ihtiyaç duyar.⁸⁰³

Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*'de karı kocanın boşandıktan sonra ric'at hakkı kalmadığı hâlde helal olduğunu zannedip cinsel birliktelik yaşamaları hâlinde ta'zîr cezası verilip verilmeyeceği meselesiyle alakalı şöyle der:

Ta'zîr cezasına gelince; eğer taraflar bu ilişkinin helal olduğuna inanmışlarsa veya haram olduğunu bilmiyorlarsa, onlara ta'zîr cezası uygulanmaz. Çünkü şüphe had cezasını düşürdüğüne göre, ta'zîr cezasını düşürmesi evleviyetle gereklidir. Eğer her ikisi de bu ilişkinin haram olduğunu biliyor ve ona inanıyorlarsa, ta'zîr cezasına çarptırılırlar. Eğer taraflardan biri haram olduğuna inanırken, diğeri bunu bilmiyorsa, bilen kişi ta'zîr edilir, bilmeyen ise cezalandırılmaz.⁸⁰⁴

Mâverdi'nin, had cezasını düşüren şüphenin ta'zîr cezasını da öncelikli olarak düşürmesi gerektiğini ifade ettiği görülmektedir. Bununla birlikte, daha önce de belirtildiği üzere, Mâverdi ta'zîr cezasının bazı şüphe durumlarında sabit olacağını açıkça ifade etmiştir. Bu durum, Mâverdi'nin aynı şüphe türünü kastetmediğini göstermektedir. Dolayısıyla ta'zîr cezası bazı şüphelerle sabit olurken, bazı şüpheli durumların varlığında ise düşmesi gereklidir.

Hafnâvî, had cezalarının şüpheyle düşmesi kaidesinin, adaletin sağlanması, sanık haklarının korunması ve beraet-i zimmet ilkesi gereği kişinin had cezası gerektirecek şekilde kesin olarak ispat edilmemiş bir suçtan ötürü hüküm giymesinin önüne geçilmesi gibi amaçları olduğunu söyler. Ona göre had cezalarının şüphe sebebiyle düşmesi bu amaçlara hizmet ettiğine göre bu ilkenin ta'zîr cezalarına da uygulanmasını engelleyen bir durum yoktur. Hafnâvî, bununla birlikte ta'zîrin şüpheyle sabit olacağını söyleyen fakihlerin haksız olmadığını söyler. Zira ta'zîr suçunun sabit olması için özel şartlar bulunmaz. Hâkim kanaati, suç teşkil eden eyleme dair koşullar, hadisenin bağlamı ve eşlik eden deliller yeterlidir. Dolayısıyla cezada hafifletme ilkesi, tüm ceza türlerine yayılmalıdır ve bunun yalnızca belirli bir cezayla sınırlı olacağına dair bir delil de bulunmamaktadır. Eğer suç içeren eylem kesin olarak ispat edilirse fail cezalandırılır. Fakat ister had ister ta'zîr cezası olsun şüphenin etkisi her ki durumda da geçerlidir. Şüphenin etkisi had cezalarında daha açıkken ta'zîr cezalarında daha belirsizdir.

⁸⁰³ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 1/216.

⁸⁰⁴ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, thk. Ali Muhammed Muavviz (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1999), 10/314.

Fakat bu, şüphenin ta'zîre etkisi olmadığını göstermez. Bunun sebebi, ta'zir cezasının yapısı gereği baştan belirlenmiş olmaması ve takdir yetkisinin doğrudan yöneticilere bırakılmış olmasıdır. Buna göre, yazarın ifadesiyle: “Bir olayın incelenmesi sırasında, onu çevreleyen koşullar, olayın içinde bulunduğu bağlam, failin niyeti, ona eşlik eden şüpheler ve benzeri hususlar göz önünde bulundurularak hükmedilen ceza, zaten tüm bu unsurlar dikkate alınarak belirlenmiş bir cezadır. Dolayısıyla, bundan sonra ‘Ta’zir cezasına konu olan bir olayda mevcut şüphelerin ceza üzerinde herhangi bir etkisi olmamıştır.’ denilemez.”⁸⁰⁵

Hafnâvî, şüphenin ta'zîr cezasına olan etkisinin şu durumda açık bir şekilde ortaya çıkacağını söyler: Sanık, muhakeme esansında işlediği ta'zîr suçuna ilişkin şüpheli unsurları mahkemeye delil olarak sunamaz ve hâkim de bu şüpheleri fark edemezse ceza buna göre belirlenir. Fakat daha sonra sanık, bu şüpheli durumları mahkemeye sunduğu takdirde hâkimin bu şüpheleri dikkate alması, suçluyu cezadan muaf tutması veya ceza indirimi yapması kaçınılmaz bir durumdur. Dolayısıyla hâkimin daha önce hükmettiği ta'zîr cezası üzerinde şüphenin açık ve belirgin bir etkisi meydana gelmiştir.⁸⁰⁶

Kanaatimize göre burada hakiki bir ihtilaf bulunmamaktadır. Şüphe, bütün cezalar için cezai indirim ve cezanın düşmesine yol açabilecek önemli bir etkidir. Fukahanın bu konuda, zahiren farklı görünen ifadeleri ele alınacak olursa şüphenin düzeyini göz önünde bulundurdıkları görülmektedir. Buna göre eğer ta'zîr cezasının gerekliliğine dair zann-ı galip hasıl olmuşsa bu durumda ta'zîr şüphe nedeniyle düşmeyecektir. Eğer bu durumda şüphe göz ardı edilerek cezayı gerektiren zann-ı galibe göre hüküm verilir. Fakat şüphe şek mertebesindeyse ise “berâet-i zimmet asıldır” ilkesi gereğince ta'zîr cezası düşecektir. İzz b. Abdisselam şöyle der: “Eğer ‘Nasıl oldu da davalıyı esas alarak onun sözünü kabul ettiniz, hâlbuki her ikisinin de yalan söylemesi mümkündür?’ denilirse şöyle cevap veririz: Onun sözünü esas aldık, çünkü doğru söylediği açıktır. Çünkü aslanan, onun zimmetinin haklardan ve bedeninin kısas, had ve ta'zîr cezalarından beri olmasıdır.”⁸⁰⁷

Bu görüş aynı zamanda kesin bilginin şüpheyle yok olamayacağı kaidesine de uyum sağlar. İslam hukuku bir kişinin cezalandırılmasını ancak kesin delil bulunduğu veya zann-ı galip hasıl olduğunda uygun görür. Zayıf karinelerle hüküm vermek ise İslami bir bakış açısı değildir. Bu ihtilafın kaynağı hakkında şöyle bir değerlendirme yapılmıştır: “Hadleri şüpheyle düşürün” hadisinin zahir anlamına bağlı kalanların ta'zîr cezalarının şüpheyle sabit olacağı kanaatine

⁸⁰⁵ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 674-676.

⁸⁰⁶ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 677.

⁸⁰⁷ İbn Abdisselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*, 1991, 2/32.

ulaşırken, hadisi fikhî bir ilke olarak görenler ise lafzına değil anlamına odaklanmış ve ta‘zîr cezalarının da şüpheyle düşeceği görüşünü benimsemiştir. Bu hususlarla birlikte ta‘zîr cezasının veliyyü’l-emre tevdi edilen bir hak olduğu göz önünde bulundurulduğu takdirde, şüpheyi değerlendiren yetkili makamın suçluyu ta‘zîr cezasından muaf tutma veya bu cezayı uygulama arasında bir karar vermesi mümkündür.⁸⁰⁸

Kanaatimize göre ta‘zîr cezasının şüpheyle sabit olacağının söylenmesinin başlıca sebebi, had cezalarında fiilin işlendiğine dair kesin delil varken ispat vasıtalarındaki bir zayıflık veya olayla ilgili herhangi bir şüphe ortaya çıkarsa had cezasının düşüp yerine ta‘zîr cezasının sabit olmasıyla ilgilidir.

Ta‘zîr cezasının hangi tür şüphenin etkisiz olduğuna baktığımızda had cezalarının düştüğü durumlar başta olmak üzere, özel hakka ilişkin ispat vasıtalarında, ta‘zîr cezası gerektiren fiilin işlendiğine dair güçlü karineler olması hâlinde şüpheye itibar edilmediği görülmektedir. Ta‘zîr cezasının şüpheye düştüğü durumlarda ise failin eylemin cezai mesuliyetine dair bilgisinin olmadığı ve eylemin gerçekleşmediğine dair güçlü karineler veya zann-ı galibin mevcut olduğu durumlar ön plana çıkmaktadır.⁸⁰⁹

Zahiri hukukçular bu konudaki hadislerin zayıf olduğu ve neyin şüphe sayılacağı hususunda objektif bir ölçüt geliştirilemeyeceği gerekçesiyle cezanın şüpheyle düşmesi ilkesini benimsememiştir.⁸¹⁰ İbn Hazm şöyle der: “Bizim mezhep imamlarımız, had cezalarının şüphe sebebiyle düşürülmesinin veya şüpheyle uygulanmasının caiz olmadığını söylemişlerdir. Had cezaları yalnızca Allah’a ait bir haktır ve bundan fazlası olamaz. Eğer had cezası kesin olarak sabit olmamışsa, şüpheyle uygulanması helal olmaz. Ancak had kesin olarak sabit olmuşsa, onu şüpheyle düşürmek de caiz değildir.”⁸¹¹

İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyim ise cumhurdan farklı bir yol izleyerek şüphe meselesini makâsıd-ı şer‘îa ekseninde değerlendirir. İbn Teymiyye hırsızlık gibi şikâyeteye bağlı davalarda had cezasının infaz edilebilmesi için şahitliğin yeterli olduğunu düşünür ve dava açılmasını şart koşmaz. Bu yorumunu had cezalarının herkese eşit ve adil olarak uygulanması gerektiğiyle ilişkilendirir.⁸¹² Hamileliğin zina suçunun cezası için delil değeri taşıyıp taşımadığı hususunda iki farklı görüş olduğundan bahseder. İlk görüş sahipleri, had cezasının uygulanmayacağı

⁸⁰⁸ Emânî bt. Mubârak er-Ruşûd, “Eseru’ş-şubehât fi’l-ukûbâtî’t-ta’zîriyye”, *Mecelletü Kadâ* 27 (2022), 256-258.

⁸⁰⁹ Ruşûd, “Eseru’ş-şubehât fi’l-ukûbâtî’t-ta’zîriyye”, 273.

⁸¹⁰ Günay, “Şüphe”, 39/264.

⁸¹¹ el-Endelûsî İbn Hazm, *el-Muhallâ bi’l-âsâr fi şerhi’l-Mücellâ bi’l-ihisâr* (Beyrut: Daru’l-Fikr, t.y.), 12/57-58.

⁸¹² Ebü’l-Abbâs Takıyyüddîn İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü’ş-şer‘iyye fi’l-islâhi’r-râ‘î ve’r-ra‘iyye*, thk. Ali b. Muhammed el-İmrân (Riyad-Beyrut: Dâru Atââtî’l-İlm-Dâru İbn Hazm, 2019), 85.

kanaatine sahiptir. Çünkü zor kullanılarak yahut meni taşınması yoluyla veya şüpheli bir ilişkiyle gebe kalmış olabilir. İkinci görüşe göre ise hamilelik had cezasının uygulanması için yeterli bir delildir. İbn Teymiyye, hulefâ-yi râşidînden rivayet edilenin ve makâsıd-ı şerîaya da en uygun olanın bu görüş olduğunu ifade eder. Ayrıca kadının veya şahitlerin yalan söylemesi gibi nadir ihtimallerin dikkate alınmayacağını ifade etmiştir.⁸¹³

İbn Kayyim de şüphe konusundaki geniş bakış açısını hatalı bulur ve sıkı sıkıya belli başlı delillere bağlı kalmanın suçun yaygınlaşmasına ve cezanın caydırıcılığının yok olmasına sebebiyet vereceğine kanaat getirmiştir.⁸¹⁴ İbn Kayyim, bu bakımından cumhur ulemaya göre şüphe olarak değerlendirilen birçok durumu hile olarak değerlendirmiştir. O, hilenin makasıd-ı şer'î'ye aykırı olduğunu ve cezanın caydırıcılığını olumsuz yönde etkileyeceğini söyler. Bu tür hilelerin arttığı yerlerde vali veya emirin yönetimine (siyaset) ihtiyaç duyulduğunu belirtir. Hz. Peygamber döneminde ise farklı bir durum olduğunu şu sözlerle açıklar:

Onlar, içki kokusu, kusma gibi karinelerle şübh haddini, gebelik karinesiyle zina haddini ve çalınan malın hırsızın yanında ortaya çıkmasıyla hırsızlık haddini uygulamış, kasâme yeminiyle öldürme cezasını vermiştir. Töhmeth ehlini cezalandırmış, örf ve âdetin yalanladığı davaları kabul etmemişlerdir. Ayrıca din hususunda hiçbir şekilde hileleri kabul etmemiş, yapanları cezalandırmışlardır. Yine töhmet altındaki kişiyi durumu açıklığa kavuşana dek hapsedmişler, suçsuzluğu ortaya çıktığı takdirde serbest bırakmışlardır. Suçlu olduğu ortaya çıkarsa, onu cezalandırmışlar ve hapsedme ve cezalandırma konusunda Hz. Peygamber'in sünnetini örnek almışlardır.⁸¹⁵

İbn Kayyim, sözlerinin devamında hilenin şeriatın maksatlarına uymayan yapısını anlatır ve çeşitli örnekler verir. Had cezalarının Şâri' tarafından hile yoluyla düşürülmesine izin vermenin dünyevi ve uhrevi fesatlara yol açacağını, hiçbir devlet yönetiminin bu cezalar olmadan tamamen ayakta durmasının veya varlığını sürdürmesinin mümkün olmadığını, aksi halde bir tutumun suçluyu ve suçu teşvik etmek manasına geleceğini ifade eder. Zina cezası özelinde hilenin sakıncalarını şöyle aktarır:

Nasıl olur da şeriatla zinanın haram kılınmış, ondan sakındırma konusunda mübalağa edilmişken ve zina eden en şiddetli, en kötü ve en açık şekilde öldürülürken, bir kadını zina için veya başka bir maksatla kiralayıp, ondan arzusunu yerine getirmek suretiyle hileye başvurandan

⁸¹³ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü 'ş-şer'îyye*, 83-84.

⁸¹⁴ Bu konu aynı zamanda kanuni ispat sistemi ile vicdani ispat sistemi arasındaki farkla ilgilidir. Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bk. s. 267-270.

⁸¹⁵ Cevziyye el-İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkîn 'an Rabbi'l-'âlemîn*, thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmiyye, 1991), 3/146.

bu ceza düşebilir? Zina eden kişi bunu yapmaktan âciz kalır mı? Yöneticilerin tabiatlarında, zina eden birinin şöyle demesini kabul etmek var mıdır: “Ben onu zina için kiraladım” veya “elbiselerimi katlasın diye kiraladım, sonra da ondan arzusun gereğini yerine getirdim; bu yüzden bana had cezasını uygulaman sana helal değildir.” Böyle bir şey kabul edilebilir mi? Allah, insanların fitratına; yatakları ve soyları en fazla ifsad eden bu büyük suçun cezasının, böyle basit bir gerekçeyle düşmesini yerleştirmiş olabilir mi?⁸¹⁶

İbn Kayyim, hilelerle bu şekilde cezaların düşebileceğini savunanların zahire bağıllık konusunda Zahirîlerin düştüğü hatadan daha büyük bir hataya düştüğünü, kıyas, müessir illet ve Zahirîlere yapılan itirazları boşa çıkardıklarını ifade etmektedir. Müellif, hırsızlık haddini düşüren hileyi ele alır ve bu konuyu şöyle anlatır:

İnsanların mallarını çalmayı alışkanlık hâline getiren birinden, her defasında çaldığı malla yakalandığında şöyle dediği takdirde nasıl olur da el kesme cezası düşebilir: “Bu benim malımdır”, “Girdiğim ev benim evimdir”, “Evine girdiğim kişi benim kölemdir.” Hile taraftarları şöyle demişlerdir: “Bu iddiadan dolayı ondan had cezası düşer.” Adaletli ya da zalim herhangi bir yönetim, böyle bir hüküm ortaya koyabilir mi ki bir peygamberin şeriatında bulunsun? Kaldı ki dünyada gelmiş geçmiş en mükemmel şeriatında (İslam) yer alsın?⁸¹⁷

Burada müellifin cezaları düşüren “şüphe”yi hile olarak değerlendirdiği ve bunu da Şâri’nin maksadına ve cezalarda caydırıcılığa aykırı bir tutum olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Fakat kanaatimize göre İslam ceza hukuku felsefesine daha geniş bir perspektiften bakıldığı zaman bu yaklaşımın doğru olmadığı görülecektir. İslam ceza hukukunda cezaların şüpheyile düşmesi ilkesi daha önce aktardığımız gibi İslam hukukunun kendisinden kaynaklanmaktadır. Hz. Peygamber dönemi uygulamaları ve hadisler bu duruma açıkça delalet edilmektedir. İbn Kayyim’in hamilelik, kusma ve benzeri ile had cezalarının uygulandığını söylediği sözleri oldukça ihtilaflı meselelerdir ve tam tersi yönde hüküm verildiğini gösteren çok sayıda sahabe uygulaması mevcuttur. Bilhassa hamileliğin bir zina delili olarak sayılması oldukça problematik görünmektedir. Bu bağlamda Hz. Ömer’in herhangi bir delili olmadığı halde tecavüz iddiasında bulunan hamile bir kadını cezalandırmadığı bir vaka mevcuttur. *Kitâbu’l-harac*’da bu rivayet şöyle aktarılır:

Biz Mina’da Ömer (r.a) ile birlikteyken, kalabalık içerisinde neredeyse insanlar tarafından öldürülecek gibi olan, bir hayvanın üzerinde ağlayan iri yapılı bir kadın gördük. İnsanlar ona “Zinâ ettin, zinâ ettin!” diye bağırıyorlardı. Kadın Ömer’in (r.a) yanına ulaştınca, Ömer ona, “Ne

⁸¹⁶ İbn Kayyim, *İ’lâmü’l-muvakkûn*, 1991, 3/147.

⁸¹⁷ İbn Kayyim, *İ’lâmü’l-muvakkûn*, 1991, 3/147.

oldu? Kadınlar bazen ikrah altında kalabilir.” dedi. Kadın şöyle cevap verdi: “Ben ağırbaşlı bir kadındım ve Allah beni gece namazıyla rızıklandırıyordu/gece namazı nimeti veriyordu. Bir gece namazımı kıldım ve uykuya daldım. Allah’a yemin olsun ki, beni bir adamın üzerine binmiş olması dışında hiçbir şey uyandırmadı. Allah’ın yarattıklarından kim olduğunu bile bilmiyordum. Ona baktım, çömelmiş bir hâlde idi. Allah’ın mahlûkatından kim olduğunu bilmiyorum.” Bunun üzerine Ömer şöyle dedi: “Eğer bu kadın öldürülseydi, el-Ahşabeyn’in (Mekke’deki Ebûkubeyn ile Kuaykân dağları) hakkında ateşten (azaptan) korkardım. Sonra eyalet valilerine şöyle yazdı: ‘Benden başka kimse bir canın ölümüne karar vermesin.’⁸¹⁸

4.1.1. Gizlilik

İslam hukukunda affa teşvikin yanı sıra günahların gizli tutulması teşvik edilen, övülen bir durum olmuştur. Özellikle had cezalarında günahları açığa çıkarmamak ve mümkün mertebe gizlemek bir günaha had uygulanması için şahitlik etmekten ve bunun için ecir ummaktan daha faziletli bir yol olarak görülmüştür.⁸¹⁹ Hz. Peygamber’in şu hadisi günahları açığa çıkarmanın mekruh olduğunu gösteren önemli delillerdendir: “İşlediği günahı açığa vuranlar hariç ümmetim affedilecektir. Geceleyin günah işleyip sabahleyin şöyle şöyle yaptım diye anlatan kimse işlediği günahı açığa vuran kimsedir. Bu kimse Rabbi ayıbını örttüğü halde onu ifşa etmiştir.” Ayrıca bu konuda şahitlik yapmanın kerahetine işaret eden birçok hadis bulunmaktadır. “Onu elbisenle örtseydin ey Hezzal!” rivayeti ile “İyi kimselerin hatalarını görmezden gelin” ve “Kim bir Müslümanın ayıbını örterse Allah da onun ayıbını örter” hadisleri bunlardan bazılarıdır.

Hz. Peygamber had cezalarını mümkün mertebe düşürmeye çalışmış ve itirafı teşvik edici sözlerde bulunmamıştır. Bu durum zina suçunda daha açıktır, ancak hırsızlık suçunda da geçerlidir. Hırsızlık suçundan ötürü kendisine getirilen fakat yanında çalıntı eşya olmayan birine “Seni hırsızlık yapmış biri olarak görmüyorum” demiş Adam evet, çaldım diye cevap verince Hz. Peygamber ona bu soruyu iki veya üç defa tekrarlamıştır. Daha sonra adam hakkında elinin kesilmesine hükmetmiştir.⁸²⁰

İbn Mes’ud’un ona hırsızlık yaptığı gerekçesiyle getirilen Arapça bilmeyen bir kadına şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Çaldın mı? Hayır de!” Bu söz üzerine oradakiler “Ona bunu mu

⁸¹⁸ Ebû Yusuf, *Kitâbü’l-harâc*, 167.

⁸¹⁹ Vehbe ez Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletüh* (Dimeşk: Dâru’l-Fikr, ts.), 7/5319.

⁸²⁰ Süleymân b. el-Eş’as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî Ebû Dâvûd, *Sünen*, thk. Şuayb Arnâut, Muhammed Kamil (Beyrut: Dâru’r-Risaleti’l-âlemiyye, 2009), “Hudûd”, 8 (No. 4380).

telkin ediyorsun?” diye sorunca bu durumu şöyle açıklar: “Bana yabancı bir kadını getirdiniz, kendisine açıklama yapılınca dahi ne kastedildiğini bilmeyen birini nasıl keseyim?” Bu hadisi aktaran Serahsî, bunda itirafın geri çekilebileceğini ve bu şekilde had cezasının düşeceğine delalet olduğunu belirtir.⁸²¹

Hatta kişinin kendi suç veya günahına yönelik bile olsa itiraf/ikrar hoş görülen ve tasvip edilen bir durum değildir. Özellikle kamuyu ilgilendirmeyen had cezası teşkil eden bir suç işleyen kişinin bunu gizli tutması esastır. Örneğin kadının zina yapması hâlinde bu filden tövbe etmesi ve kocasından bunu gizlemesi gerektiğine dair ifadeler İslam hukuku metinlerinde yer almıştır. Bu meselede Ahmed b. Hanbel’in görüşü de bu yöndedir.⁸²² İzz b. Abdisselâm’a göre suçu işleyen de kendisine karşı suç işlenenin de saklaması -her ne kadar cezanın infaz edilmesi amacıyla yetkili makamlara bildirmesi veya dini şiarların uygulanmasını temin etmek ve kötü insanları bu gibi fiillerden caydırmak için günahını açıklaması caiz olsa da- daha üstün bir davranıştır.⁸²³ Bu fukahânın çoğunluğunun genel kanaatidir.⁸²⁴

Günahı gizleme noktasında şahitlik meselesini ele alan fakihler burada kul hakkı ve Allah hakkı ayırımına gitmiş ve kul hakkını ilgilendiren durumlarda şahitlik yapılması gerektiği, Allah hakkı olan suçlarda ise sık sık tekrar edildiği yani alışkanlık hâline getirildiği takdirde yeryüzünü günahlardan ve çirkinliklerden arındırma gayesiyle şahitlik yapmanın evlâ olduğu ifade edilmiştir.⁸²⁵ Fakat maslahat suçun gizli kalmasını gerektiriyorsa suçu örtmek daha doğrudur. Örneğin İzz b. Abdisselâm’ın aktardığı gibi kişi iyi haslet sahibi bir insan olarak biliniyorsa ve bir istisna olarak işlediği suçundan vazgeçip tövbe etmişse böyle bir durumda şahitlik yapılmaz ve gizli tutulur. Zina yapan kişilerin tövbe ettiği ve iyi hal üzere oldukları sabit olduktan sonra zina haddi için şahitlik yapmanın caiz olup olmayacağına ise had cezasının tövbe ile düşeceği söylendiği takdirde caiz olmayacağı cevabının verileceğini, tövbe ile düşmediği söylenecek olursa caiz olacağını fakat şahitlik yapmamanın daha doğru olduğunu ifade eder.⁸²⁶

⁸²¹ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/141.

⁸²² Ebul Ferec İbnu’l Cevzî, *Ahkâmü’n-nisâ*, thk. Amr Abdu’l-mun’im Selim (Kahire: Mektebetü İbn Teymiye, 1417), 174; Örneğin hırsızlık suçuyla ilgili şunu söyler: Eğer bir kişi, el kesmeyi gerektiren bir hırsızlık yaparsa, hırsız olduğunu açıklaması gerekmez. Bunun yerine, mağdura, kendisinde ona ait bir malın bulunduğunu ve eğer çalınan mal telef olmuşsa, onun değerini ödemesi gerektiğini bildirir. Böylece mağdur, hakkını alabilir veya onu affedebilir. Ancak hırsızlık yaptığını özellikle belirtmemelidir, çünkü hırsızlık suçu, Allah’ın belirlediği had cezasıyla engellenir ve bu suçu işleyen kişinin, kendisini açığa çıkarmaktansa gizlemesi daha uygundur. Bk. İbn Abdisselâm, *Kavâ’idü’l-ahkâm fî mesâlihi’l-enâm*, 1991, 1/189.

⁸²³ İbn Abdisselâm, *Kavâ’idü’l-ahkâm fî mesâlihi’l-enâm*, 1991, 1/189.

⁸²⁴ Emine Gümüş Böke, “Tövbe (Fıkıh)”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 41/283.

⁸²⁵ İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, 1966, 4/8; Ebu Zehra, *El-Ukûbe fî’l-Fıkhi’l-İslâmî*, 204.

⁸²⁶ İbn Abdisselâm, *Kavâ’idü’l-ahkâm fî mesâlihi’l-enâm*, 1991, 1/189-190.

İzz b. Abdisselâm suçun karşılığı olarak cezanın vacip olmasıyla cezanın uygulanmasına imkân tanımalarının vacip olduğunu kastettiğini ve mecaz ifade ettiğini söyler. Bu konuda şöyle bir kıyas yapar: Fukaha suçu işleyen kişinin kendine ceza tatbik etmesinin caiz olmadığına fikir birliğine varmıştır. Allah (c.c) emanetleri ehline vermenin vücup ifade ettiği açıkça belirtir. Emanetlerin ehline verilmesi ise ehil olan kişinin emaneti almasına imkân tanınması şeklinde gerçekleşir. Cezaların infazının vacip olması da bu anlama gelir.⁸²⁷

İslam ceza hukukunda muhtesibin faaliyetleri konusunda da gizliliğin esas olduğu görülmektedir. Mâverdî muhtesibin yalnızca kesin bilgiye dayanarak müdahalede bulunabileceğini söyler. Onun görevi insanları şüpheli durumlardan ve kötü niyet meydana getirebilecek yerlerden uzak tutmaktır. Hz. Peygamber'in şu hadisini buna delil gösterir: "Seni şüpheye düşüren uzaklaşıp şüpheye düşürmeyene bak"⁸²⁸ Bir davranışın şüpheli veya yasak olması durumunda hisbe görevlisi, önce davranışı yasaklar ve kişiyi uyarır. Ancak cezai işlem uygulamadan önce durumu netleştirir ve bu konuda acele etmez.⁸²⁹ Örneğin, kadın ve erkeğin birlikte durması hâlinde nasıl bir yerde olduklarına bakılır. Eğer kalabalık bir yerde duruyorlarsa ve şüpheli bir hal üzere değillerse hisbe görevlisi buna müdahale etmez. Ancak تنها bir yerde duruyorlarsa bu durum şüpheli kabul edilir ve hisbe görevlisi onları nezaket içerisinde uyarır. Ancak kadının erkeğin mahrem bir yakını olabileceğini göz önünde bulundurarak cezai işlem uygulayamaz. Mâverdî, bu meseleye gerek sahabe döneminden gerek daha sonraki dönemlerde alimlerin uygulamalarından örnek getirmiştir. Örneğin İbn Âişe'den şöyle bir olayın anlatıldığını rivayet eder: "İbn Aişe bir adamın yolda bir kadınla konuştuğunu görür ve ona uyarıda bulunur. Bu adam daha sonra içinde İbn Aişe'ye o kadının güzelliğini ve ona karşı duyduğu aşkı anlatan dizelerin olduğu ve onu ayıplamaması gerektiğini anlatan bir not bırakır. Kâğıdı okuduktan sonra İbn Aişe "Ebû Nuvâs'ın işleriyle ilgilenmek bana düşmez." der. Bu tepkinin toplumun normal bireyleri için yeterli olduğunu ancak muhtesip için böyle olmadığını toplumsal düzeni ve ahlaki kuralları korumak için daha etkin bir müdahalede bulunmak gerektiğini ifade eder.⁸³⁰

Ebu Zehra, İslam'ın haya ahlakını teşvik ettiğini söylemiş ve özellikle suç işleyen bireylere haya duygusu aşılamanın onları topluma kazandırma ve suç oranlarının azalmasında etkili olabileceğini ifade etmiştir. Hayanın önemine bağlı olarak İslam'da suçların alenen işlenmesini

⁸²⁷ İbn Abdisselâm, *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihî'l-enâm*, 1991, 1/190.

⁸²⁸ Muhammed b. İsa et-Tirmizî, *Sünen*, thk. Beşşâr Avvâd Maruf (Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1996), "Kıyamet", 60.

⁸²⁹ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye*, 362.

⁸³⁰ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye*, 363.

daha ağır görmüştür. Buna göre alenen işlenen bir suç iki yönden suç teşkil eder. Fillin kendisi bir suçtur. Bunu ifşa etmek başka bir suçtur.⁸³¹

Suçların örtülmesi, günahın gizli kalmasına sebep olur ve bu durum kişinin vicdanını eğitip nefsinin terbiye etmesi için bir yol olabilir. Suçunun ifşa edilmesinden duyduğu korku, kötülük eğilimlerinin sesini yavaş yavaş zayıflatabilir ve belki de bu süreç, tövbe ederek Allah'a dönmesine vesile olur. Buna karşın, suçların ifşa edilmesi vicdanın kalıntılarını da yavaş yavaş çökertir ve nihayetinde sınırsız bir şekilde kötülüğe yönelme ve erdem bağlarını tamamen koparma noktasına getirebilir. Suçlarını alenen işleyenler, bu eylemleriyle başkalarını suça davet eder ve teşvik ederler. Allah, böylelerini ahlaksızlıkları yayan kimseler olarak nitelendirmiştir. Nitekim Yüce Allah şöyle buyurmuştur: “Şüphesiz, inananlar arasında çirkin davranışların yayılmasını isteyenler için dünyada ve ahirette elem verici bir azap vardır.”⁸³²

4.1.2. Tövbe ve Pişmanlık

Fıkıh literatüründe tövbe ameli bir faaliyet olarak ele alınmaktadır. Özellikle ceza bağlamında farklı hukuki neticeleri mevcuttur. Fukaha tövbeye dair bazı şartlar öne sürmüşlerdir. Bunlar; günahın hemen terk edilmesi, işlenen fiilden dolayı pişmanlık duyulması, aynı günahı gelecekte işlememeye azmetmek ve eğer günah, kul hakkını ihlal ediyorsa, hakkın iade edilmesi ve ondan helallik talep etmek şeklindedir.⁸³³ Tövbenin gūnahtan arındırıcı etkisine işaret eden pek çok hadis bulunmaktadır. Örneğin, “İslam, kendisinden önceki günahları siler.”⁸³⁴, “Günahlarından samimi olarak tövbe eden kimse hiç günah işlememiş gibidir.”⁸³⁵

Tövbenin ceza üzerindeki etkisine ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Fakihler, tövbenin yakalanmadan önce gerçekleşmesi hâlinde hirâbe suçuna dair cezayı düşüreceğini ittifakla kabul etmişlerdir. Zira hirâbe suçunun cezasına ilişkin ayette, tövbe ile cezanın düştüğü açıkça bildirilmiştir. Ancak bunun hirâbe suçu dışındaki suçlar üzerindeki etkisi ihtilaf konusu olmuştur.⁸³⁶ Bu konuda klasik fıkıh kitaplarında üç temel yaklaşım yer alır. Şafiî ve Hanbeli mezheplerindeki bazı fakihler tarafından benimsenen ilk yaklaşıma göre tövbe bütün ceza türlerini düşürmektedir. Bu görüşe göre, eğer tövbe, en ağır suçlardan biri olan hirâbe suçunun

⁸³¹ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 25-26.

⁸³² Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 26.

⁸³³ Gümüş Böke, “Tövbe”, 41/283.

⁸³⁴ Müslim, “İman”, 54.

⁸³⁵ İbn Mâce, *es-Sünen*, “Zühd”, 30.

⁸³⁶ Gümüş Böke, “Tövbe”, 41/283.

cezasını kaldırıyorsa, ondan daha hafif olan suçların cezasını evleviyetle kaldırmalıdır. Ayrıca Kur'an, zinanın cezasını belirledikten sonra tövbenin zina cezasını engelleyeceğini şöyle belirtmiştir: “Sizden zina edenlerin ikisini de eziyetle cezalandırın; eğer tövbe eder ve kendilerini düzeltirlerse, artık onlardan vazgeçin.”⁸³⁷ Benzer şekilde hırsızlık cezası zikredildikten sonra tövbenin kabul edileceği haber verilmiştir: “Kim haksızlığından sonra tövbe eder ve kendini düzeltirse, şüphesiz Allah onun tövbesini kabul eder.”⁸³⁸

Bu fakihler, cezanın düşmesi için bazı şartlar ileri sürmektedirler. Öncelikle suç, Allah hakkına taalluk eden yani zina ve içki içme gibi toplum haklarını ihlal eden bir suç olmalıdır. Kul haklarını ihlal eden suçlar, örneğin adam öldürme veya yaralama gibi suçlar, bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Bazı fakihler, tövbenin kişinin amelini düzeltmesi gerektiğini şart koşarlar. Bu şart tövbenin samimiyetinin anlaşılabilmesi için belli bir sürenin geçmesini gerektirir. Bu yaklaşımın benimsenmesi durumunda, eğer suç toplum haklarını ihlal eden bir suçsa, suçunu tamamlamaktan vazgeçip tövbe eden kişinin cezası düşer. Ancak bireylerin haklarını ihlal eden suçlar söz konusu olduğunda, suç olan fiili işlemekten vazgeçmek -sebebi tövbe olsa bile- cezayı hiçbir şekilde düşürmez.⁸³⁹

İbn Kudâme, hırâbe suçunda yakalanmadan önce tövbe edenlerden zorunlu öldürme, asma, el kesme ve sürgün cezalarının “Ancak siz onları ele geçirmeden önce tövbe edenler hariç” ayeti gereğince düşeceğini söyler. Ancak kısas cezası- adam öldürme ve yaralama hususunda- ve kısasa tabi olmayan durumlarda mal tazminatı ile diyet ödeme yükümlülüğünün devam edeceğini belirtir.⁸⁴⁰ İbn Kudâme, yakalanmadan önceki tövbenin samimiyete daha sonra yapılanın ise takıyyeye işaret etmiş olabileceğine dikkat çeker. Bununla birlikte iki tövbe arasında suçtan cayma yönünde şöyle bir fark olduğuna değinir:

Yakalanmadan önce yapılan tövbenin kabul edilmesi ve had cezasının düşmesi, kişinin tövbe etmeye teşvik edilmesi, düşmanlık ve bozgunculuktan vazgeçmesi açısından uygun görülmüştür. Bu yüzden yakalanmadan önce tövbe edenlerin had cezalarının düşmesi, onların samimi dönüşlerini teşvik eden bir hüküm olarak değerlendirilmiştir. Ancak kişi yakalandıktan sonra artık bozgunculuk yapma veya savaşma gücünü kaybetmiş olduğundan, tövbeye teşvik

⁸³⁷ “Nisâ”, 4/16.

⁸³⁸ “Mâide”, 5/39.

⁸³⁹ Üdeh, *et-Teşrî‘u ‘l-cinâ‘i*, 1977, 1/353-354.

⁸⁴⁰ Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Kahire: Mektebetü'l-Kâhire, 1968), 12/483.

edilmesine gerek kalmaz. Bu durumda, tövbenin had cezasını düşürmemesi daha uygun görülmüştür.⁸⁴¹

İmam Şâfiî, hırsızlık suçunu hirâbeye kıyas ederek, hirâbede yakalanmadan önce nasıl her türlü hak düşüyorsa -kul haklarının da düşüp düşmeyeceği Şafii mezhebinde ihtilaflı- hırsızlıkta da el kesme cezasının düşeceği, ancak çaldığı malın bedelinin hırsızdan tahsil edileceği kanaatini taşır. Eğer çaldığı mal yok olmuşsa, yine de bedelini ödemek zorundadır.⁸⁴²

İkinci yaklaşım, İmam Mâlik, Ebu Hanîfe ve bazı Şafii ve Hanbeli fakihler tarafından benimsenmiştir. Hirâbe suçu dışında tövbenin ceza üzerinde etkisi olmadığını düşünürler. Hirâbe suçunda ise açık bir nass bulunmaktadır. Asıl kural, tövbenin cezayı düşürmemesidir. Çünkü Allah, zina eden erkek ve kadının cezalandırılmasını emrederek şöyle buyurmuştur: *“Zina eden kadın ve zina eden erkekte her birine yüz değnek vurun.”* (Nûr, 24/2). Bu ayette, ceza hem tövbe edenler hem de etmeyenler için genelleştirilmiştir. Yine Allah, hırsız hakkında şöyle buyurmuştur: *“Erkek hırsız ve kadın hırsızın ellerini kesin.”* (Mâide, 5/38). Burada da el kesme cezası, tövbe eden veya etmeyen herkes için belirlenmiştir. Hz. Peygamber, zina suçunu işlediklerini itiraf eden ve günahlarından arınmak için had cezasının uygulanmasını bizzat talep eden Mâiz ile Gâmidiyeli kadının recmedilmesini; benzer şekilde hırsızlığı itiraf eden kişinin de elinin kesilmesini emretmiştir. Nitekim zina eden kadın hakkında şöyle buyurmuştur: *“Öyle bir tövbe etti ki eğer bu tövbe Medine halkından yetmiş kişiye paylaştırılırdı, hepsine yeterdi.”*⁸⁴³ Hz. Peygamber’in Gâmidiyeli kadının tövbesinin kabul edildiğini bildirmesi, onun için suçun uhrevî cezasının düştüğünü göstermektedir. Ancak bu durum, dünyevi cezanın uygulanmasına engel teşkil etmemiştir. Dolayısıyla tövbe, cezanın uygulanmaması için tek başına bir gerekçe değildir.

Tövbenin cezayı düşürmeyeceğini savunan fakihlere göre ceza, günah için bir kefarettir. Ayrıca hirâbe suçunu işleyenle diğer suçlular arasında bir benzerlik görmezler ve aralarında kıyas yapılamayacağını düşünürler. Hirâbe suçunu işleyen eşkıyanın yakalanması zordur. Bu nedenle kötülüğü terk edip tövbe etmesini teşvik etmek amacıyla, yakalanmadan önce tövbe ederse cezası düşürülmüştür. Fakat sıradan suçlu her zaman yakalanabilir durumdadır. Bu yüzden tövbe etti diye onun cezasının düşmesi için bir gerekçe yoktur. Bilakis, ceza onun suçtan caymasını sağlar.⁸⁴⁴

⁸⁴¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/484.

⁸⁴² Şâfiî, *el-Ümm*, 1410, 6/166.

⁸⁴³ Müslim, “Hudûd”, 24; Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 24.

⁸⁴⁴ Üdeh, *et-Teşrî‘u l-cinâ‘i*, 1977, 1/354.

Serahsî, had cezası ile arınmanın gerçekleşmeyeceğini, çünkü had cezasının bir zillet ve nekâl olduğunu ifade eder. Günahlardan arınmanın ise yalnızca tövbeyle gerçekleşebileceğini söyler. Nitekim Hz. Peygamber, hırsızlık cezası alan kişiye tövbe etmesini buyurmuş, daha sonra “Allah’ım onun tövbesini kabul et!” diye dua etmiştir. Dolayısıyla söz olarak ifade etmek de tövbe için yeterli değildir. Serahsî, tövbenin tamamlanması için kişinin yaptığı fiilden pişmanlık duyması, tekrar işlememeye kesin karar vermesi ve bu süreçte ilahi azaptan derin endişe duyması gerektiğini söyler.⁸⁴⁵

Karâfî, sahih olan görüşe göre hırâbe cezası dışındaki had cezalarının tövbe ile düşmeyeceğini ifade eder ve bu konuda farazi bir soru sorar:

Küfür, en büyük fesattır. Hırâbe ise zinadan daha büyük bir fesattır. Bu iki büyük fesat, tövbe ile düşmektedir. O hâlde, en büyük fesadın düşmesini sağlayan etkenin, daha düşük düzeydeki bir suçun cezasını düşürmesi evleviyetle gerekmektedir. Bu, hadlerin tövbe ile düşeceğini söyleyenlerin görüşünü kuvvetlendiren güçlü bir sorudur. Çünkü bu durumda mücmel bir kıyasla hadlerin de tövbe ile düşeceği ileri sürülebilir.⁸⁴⁶

Karâfî, bu soruya şöyle cevap verir:

(Birincisi) Küfür sebebiyle verilen ölüm cezasının düşmesi, İslam’a teşvik içindir. Eğer denilirse ki: ‘Bu durum irtidada yol açar.’ deriz ki: İrtidad vakaları azdır; bu nedenle küfrün türü ve çoğunlukla meydana gelen türü dikkate alınmıştır. (İkincisi) Küfür, genellikle şüphelerden kaynaklanır ve bu nedenle sıradan bir özür durumu söz konusudur. Hiç kimse hevası için küfre düşmeyi tercih etmez. Ancak zina, tamamen heva için işlenir; bu yüzden cezanın ağırlaştırılması uygun düşmüştür. (Üçüncüsü) Küfür, genellikle tekrarlanmaz. Fakat had kapsamında olan suçlar, genellikle tekrar eder. Eğer bu suçları tövbe ile düşürürsek, bunlar tekrarlandıkça karşılıksız kalır ve insanlar hevalarına uyararak bu suçları daha çok işlemeye cüret ederler. Ancak hırâbe konusunda hüküm farklıdır, çünkü biz onun cezasını yalnızca suçun kesinleşmediği durumlarda düşürürüz.⁸⁴⁷

Abdulkâdir Udeh’in aktardığına göre, üçüncü yaklaşım, Hanbelî mezhebine mensup İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyim’e aittir. Onlara göre, ceza ve tövbe suçluyu gûnahtan arındırır ve Allah hakkına ilişkin suçlarda cezayı düşürür. Ancak suçlu, günahından arınmak için ceza almayı bizzat talep ederse, tövbe ettiği hâlde cezalandırılması mümkündür. Suç kul hakkını ihlal ediyorsa, tövbe cezayı düşürmemektedir.⁸⁴⁸ Ancak İbn Teymiyye, Allah hakkına

⁸⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/142.

⁸⁴⁶ Karâfî, *el-Furûk*, ts., 4/181.

⁸⁴⁷ Karâfî, *el-Furûk*, ts., 4/181.

⁸⁴⁸ Udeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/355.

ilişkin had cezalarının ceza (karşılık/mukabele) ve nekâl (caydırıcılık) olmak üzere iki fonksiyonu olduğunu söyler. Bu nedenle o, tövbenin cezayı düşürdüğünü kabul etmiş olsa da cezanın caydırıcılık fonksiyonu için uygulanması gerektiğini ifade eder.⁸⁴⁹ Dolayısıyla Udeh'in ifadesi doğru olsa da eksiktir. İbn Teymiyye, tövbenin varlığına rağmen, cezanın genel caydırıcılık fonksiyonu için uygulanmaya devam etmesi gerektiğini savunur. Onun cezanın düşmesi ifadesiyle kastettiği şey, suçun karşılığı olan cezanın uhrevi boyutunun düşmüş olmasıdır. Bu da esasen, tövbenin cezayı düşürmeyeceğini savunan fakihlerin görüşüyle benzerlik arz etmektedir.

Abdurrahman el-Cezîrî'ye (ö. 1941) göre kişinin suçu mahkemeye intikal etmemişse hırsızın affedilmesi veya onun için şefaet edilmesi mümkündür. Bu durumda el kesme cezası uygulanmaz. Ancak bu, onun yaygın şekilde bozgunculuk yapmaması şartına bağlıdır. Eğer kişi kötülüğüyle tanınmış biriye, caydırıcılık maksadı gözetilerek ona şefaet edilmez ve ceza uygulanır. Ona göre tövbenin geçerli olabilmesi için açık ve dürüst olması, doğru bir niyetle yapılması ve dünyevi hiçbir menfaat taşınamaması gerekir. Böylece, suçluların yakalandıklarında şefaate güvenerek hırsızlık yapmalarının önüne geçilmiş olur.⁸⁵⁰ Cezîrî'nin kötülüğüyle şöhret bulmuş hırsızların suç mahkemeye intikal etmeden önce affedilmeyeceğine dair kanaati, bu konudaki genel fikhî eğilimle bağdaşmamaktadır.⁸⁵¹ Hırsızlık suçunda mahkemeye intikal etmeden arabuluculuk ve şefaatin geçerli olduğu sünnetle sabittir. Had cezalarında suçlunun kişisel özellikleri cezaya etki etmez ve bütün suçlular kanun önünde eşittir. Aynı şekilde yargıya taşınmayan bir suçun affedilme imkânı da herkes için eşit olmalıdır. Ayrıca yazarın, had suçlarının ispatıyla ilgili bir durumda şerî siyaset düşüncesiyle (sa'y bi'l-fesad gerekçesine dayanarak) hüküm verdiği ve caydırıcılığı artırmak istediği görülmektedir ki bu da isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

Vehbe Zuhaylî, fakihlerin çoğunun el kesme cezasının tövbeyle düşmeyeceği görüşünü benimsediğini fakat Hanbelî mezhebinin görüşünün aksi yönde olduğunu ifade eder. Ona göre bu görüş, daha uygun kabul edilir çünkü "bağışlayan ve merhamet eden" ifadeleri, cezaların (el kesmenin) düşmesine işaret etmektedir.⁸⁵² Hashim Kamali, Hz. Peygamber'in esas olarak hukukun üstünlüğünü tesis etmeye çalıştığını ve cezaları kesinlikle uygulamak gibi bir gayesi olmadığını söyler ve tövbenin caydırıcılıkla ilişkisine dair şunları ifade eder:

⁸⁴⁹ Ebû'l-Abbâs Takıyyüddîn İbn Teymiyye, *eş-Şârimü'l-meslûl 'alâ şâtîmî'r-Resûl*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdu'l-Hamîd (el-Harsu'l-Vatanî es-Suûdî, ts.), 363.

⁸⁵⁰ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/184.

⁸⁵¹ Bk. Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-harâc*, 164-166; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/61.

⁸⁵² Zuhaylî, *Tefsîrü'l-Münir fî'l-Akîde ve's-Şerîa ve'l-Menhec*, 6/183.

Hız. Peygamber, güçlü bir kabileci çevrede hukukun üstünlüğünü tesis etmeye çalışıyordu ve her durumda cezaların uygulanmasını sağlama amacı taşııyordu. Tövbeye kapı aralamak, had ceza politikasının kararlılığından ya da caydırıcılığından taviz vermek anlamına gelmez. Çünkü caydırıcılık unsurlarının tamamı, had cezalarında tövbe imkânını ortadan kaldıran ve mutlak surette uygulanması gereken mekanik bir sürece indirgemekte ısrar edilmediğı takdirde, belirleyici bir rol oynamaya devam eder.⁸⁵³

Kamâlî'nin ifadesine göre tövbenin had cezasını düşürmesi, caydırıcılığa zarar vermemektedir. Şefaât ve tövbe konularında Hız. Peygamber dönemindeki tavrın kabileci hukuku ortadan kaldırma ve yeni bir düzen kurma maksadıyla ilişkili olduğunu ifade etmiştir.⁸⁵⁴ Ona göre Kur'an'da sıkça geçen bir tema olan tövbe, ne fıkıh literatüründe ne de bir ceza teorisinin açıklamasında orantılı bir yer bulamamıştır. Had cezalarının otomatik ve zorunlu bir şekilde uygulanmasında ısrar eden fıkıh alimleri, Kur'an'daki tövbeye yapılan referanslardan yeterince faydalanamamışlardır. Zira tövbe, yalnızca intikam ve caydırıcılık vurgusu ile beklenmesi mümkün olmayan bir zihin durumudur ve bu nedenle uygun görülen diğere düzeltici ve eğitici çabalara yönelik bir tutum değışikliğı gerektirir. Bu değışim, suçla karşı mücadelede kararlılığı azaltmadan veya dikkati gevşetmeden gerçekleşmelidir. Aksine, bu, çağdaş bir Müslüman toplumun değışen koşullarına uyum sağlayabilecek, kaynak yönünden donanımlı ve kapsamlı bir yaklaşımın parçası olarak yapılmalıdır.⁸⁵⁵

Kamâlî'nin, tövbenin fakihler tarafından yeterince değeriendirilmeyen bir kavram olduğu yönündeki iddiası, kanaatimizce isabetli değildir. Zira fakihler, özellikle hırâbe suçuna ilişkin olarak Kur'an'da açıkça zikredilen tövbenin diğere suç tipleri için geçerli olup olamayacağını ayrıntılı şekilde ele almışlardır. Had cezaları kamu hakkı kapsamında değeriendirilmekte olup, bu tür cezalarda nihai amaç toplumun güvenliğini ve kamu düzenini korumaktır. Bu bağlamda, tövbeye hukuki bir nitelik atfetmek, had cezalarının caydırıcılığını zayıflatma riskini taşımaktadır. Kastedilen tövbe, kısas cezasında mağdurun affıyla benzerlik arz etmemektedir. Çünkü adam öldürme veya yaralama gibi suçlarda esas olan kısas cezasıdır; af ise yalnızca mağdurun veya yakınlarının takdirine bağlı ve sınırlı bir olasılıktır. Öte yandan tövbe, son derece öznel nitelikte olup kişinin iç dünyasına ait vicdani bir yöneliştir. Bu sebeple, suçlular tarafından tövbe beyanı, cezai yaptırımı hafifletmek amacıyla araçsallaştırılabilir. Kur'an-ı Kerim'de affa dair öğretilerin yanı sıra, ceza tehdidine yönelik ifadeler de dikkat çekici şekilde yer almakta; bu da hukuki sistemde denge unsuruna işaret etmektedir. Dolayısıyla, affa ilişkin

⁸⁵³ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 39.

⁸⁵⁴ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 39.

⁸⁵⁵ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 185.

ayetlerin hukuki yaptırımını düşüren normlar olarak yorumlanması isabetli değildir. Nitekim hadis kaynaklarında, Hz. Peygamber'in samimiyetine kanaat getirdiği tövbelere rağmen had cezası uyguladığı örnekler de yer almaktadır.

4.1.3. Şüphe İlkesi ve Had Cezalarının Sembolik Olduğu İddiası

Çağdaş İslam hukukçuları, İslam ceza hukukunda geniş bir şekilde uygulanan şüphe ilkesinin kökenleri hakkında farklı yorumlarda bulunmuşlardır. Intisar A. Rabb'in⁸⁵⁶ ifade ettiğine göre Müslüman fakihler Abbasi döneminde 11. yüzyılda artan keyfi ve gayri resmi infazlar karşısındaki rahatsızlıklarını dile getirmek ve siyasi otoriteyi denetlemek maksadıyla şüphe ilkesini genelleştirmiştir. Suçun sabit olup olmadığını gösteren ceza usulüne dair gerekçelerin (şahit, ikrar vb.) yanı sıra mezhepler arası yorum farklılıklarından kaynaklanan suçun maddi tanımındaki şüpheyi de cezadan kaçınmayı savunmak için şüphe doktrinine dahil etmiş ve geniş bir biçimde uygulamışlardır. Buna göre Şâri'nin suçları kesin bir dille yasakladığı kabul edilmekle birlikte vakıya dair kesinlik şart koşulmaktaydı. Ancak suçun maddi tanımında belirsizlikler vardı, çünkü bir mezhepte suç addedilen fiil başka bir mezhepte suç sayılmıyordu. Geçerli evlilik türlerine dair yorum farklılıkları bu meselenin önemli örneklerindendir. Buna göre mut'a nikahı gibi tartışmalı bir statüye sahip bir evlilik türünde, bu durumu yok saymak ceza hukuku açısından önemli sonuçlar doğması mümkündür.⁸⁵⁷ O, bu durumu şu şekilde açıklar:

Bu derece ağır sonuçlar göz önüne alındığında, fakihler şüphe kuralını, bir mezhepte geçersiz sayılan bir hukukun, başka bir mezhepte geçerli olması hâlinde, o hükmü ihlal eden kişinin cezaî sorumluluktan muaf tutulmasını sağlayacak karineyi destekleyecek şekilde yorumlamışlardır. Onlara göre, her ne kadar mut'a nikâhı haram addedilse de bu evlilik sebebiyle tarafların zina suçu ile cezalandırılmaları mümkün değildir. Aksi bir tutum, faile hukuk düzeni tarafından açık bir uyarı yapılmaksızın, cezaî sorumluluk yüklenmesi anlamına gelir ki, böyle bir alanda fakihlerin dahi hükmün mahiyeti üzerinde mutabık olamadığı ortadadır.⁸⁵⁸

Neticede Rabb'a göre İslami şüphe ilkesinin metinselleşmesi ve genelleştirilmesinin altında yatan neden şudur: Fakihler, yönetici sınıfın keyfi kararlarının ve yaygın şekilde gerçekleştirilen infazların önüne geçmek istemişlerdir. Bu amaçla nebevi kökene sahip şüphe

⁸⁵⁶ Intisar A. Rabb, Harvard Hukuk Fakültesi'nde İslam Hukuku Programı'nın fakülte direktörü, hukuk ve tarih profesörüdür.

⁸⁵⁷ Rabb, "Reasonable Doubt", 90-91.

⁸⁵⁸ Rabb, "Reasonable Doubt", 93.

ilkesini -zaten mahkemelerde uygulanıyor olsa da- kanonik hâle getirmişlerdir. Her ne kadar fukahenin aşırı cezalandırmaları engelleyebildiği söylenemese de o dönemlerde halk nezdinde meşruiyetlerini sağlamak için fukaha desteğine ihtiyaç duyan yönetici sınıfı, bu cezaları İslam ceza hukuku içinde meşrulaştırmaya girişiminde bulunamamıştır.⁸⁵⁹

Intisar Rabb, Müslüman fakihlerin, şüphe doktrini idam cezalarının keyfiligi karşısındaki rahatsızlıklarını ifade etmek için kullandıklarını, ancak cezai yaptırımları tamamen geçersiz kılma amacıyla olmadıklarını özenle belirttiklerini söyler. Ona göre fakihler, cezai yasakların -Bentham tarzında- suçları caydırmayı amaçlayan kurallar olarak haklı olduğunu kabul etmişlerdir.⁸⁶⁰ Onun “Bentham tarzı” olarak ifade ettiği caydırıcılık felsefesi daha önce açıkladığımız üzere faydayı temel alan ve cezanın ancak fayda veriyorsa meşru olabileceğini benimseyen bir felsefedir.

İslam Hukukçusu Intisar Rabb’a göre, İslam hukukçuları, İslam ceza hukuku sisteminin temel itici gücünün, had cezası tehdidini kullanarak ispatlanmış suçları caydırmak ve cezalandırmak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Fakat bu had cezası kuralı, kamuya açık bir tehdit bulunmadığı takdirde bireysel özel menfaatlere öncelik tanıyan hukukî temel değerleri korumak amacıyla adil bir biçimde uygulanmalıydı.⁸⁶¹

Bazı hukukçular, İslam hukukunda cezanın caydırıcı etkisinin, bu cezaların teorik olarak öngörüldüğü, ancak fiilen uygulanmadığı gerçeğiyle gösterildiği görüşünü dile getirmiştir. Bu durum zina için olduğu gibi diğer had cezaları için de geçerlidir.⁸⁶² Nitekim Alman hukukçu ve İslam araştırmacısı Mathias Rohe de bunu klasik hukukçuların karşılaştığı bir ikilem olarak yorumlamıştır. Ona göre hukukçular bir yandan etkili bir caydırıcılık sunmaya çalışırken, diğer yandan mümkün olduğu ölçüde had cezasının infazından kaçınmıştır.⁸⁶³

M. Cherif Bassiouni (ö. 2017), İslam ceza adaletinin, çağdaş terimlerle politika/siyaset odaklı olduğunu, çünkü büyük oranda şer’î siyaset ile biçimlendirilmeye müsait olduğunu gözlemlemiştir. Bassiouni, İslam hukukunun bazen temsil edildiği veya bazı devletler tarafından uygulandığı şekilde katı ve baskıcı bir sistem olmadığını, bunun tam tersi olduğunu ifade etmiştir. Ona göre bu duruma en iyi örnek yanlış anlaşılan ve yanlış uygulanan cezalardır. Oysa had cezaları “ihtiyaçların ortadan kaldırıldığı adil bir toplumda” hırsızlık yapan kişiyi

⁸⁵⁹ Rabb, “Reasonable Doubt”, 93.

⁸⁶⁰ Rabb, “Reasonable Doubt”, 85.

⁸⁶¹ Rabb, “The Islamic Rule of Lenity”, 1339.

⁸⁶² El-Awa, *The Theory of Punishment in Islamic Law*, 255.

⁸⁶³ Mathias Rohe, *Islamic Law in Past and Present*, çev. Gwendolin Goldbloom (Boston: Brill, 2014), 339.

merkeze alır. Böylelikle cezanın uygun bir yolla caydırıcı olması mümkün hâle gelir. Bu nedenle ceza “adalet vasfına sahip olmayan bir toplumda zorunlu olarak tatbik edilemez.” Bassioni, bu görüşünü desteklemek için Hz. Ömer’den şu hadiseyi örnek verir:⁸⁶⁴ “Hâtıb b. Ebî Belta’a’nın hizmetindeki iki çocuk bir adamın devesini çalar ve keser. Mesele Hz. Ömer’e intikal edince el kesme cezası verir; ancak Hâtıb’ın onları aç bıraktığını öğrenince cezayı kaldırır ve Hâtıb’ı devenin iki katı bedelini ödemekle cezalandırır.”⁸⁶⁵

Luqman Zakariyah, şüpheye kaynaklık eden hadis ve Hz. Peygamber’in ve sahabenin uygulamalarının cezaların kitlelere zarar vermektan ziyade sembolik caydırıcı olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle pek çok ceza, kısas durumunda suç mağdurunun veya varislerinin takdirine, ta’zir durumunda ise suçun ağırlığına bağılı olarak değişkendir. İslam ceza hukuku belirli suçlar için öngörülen cezaların yalnızca bir listesi olmanın ötesinde hem önleyici hem de iyileştirici işleve sahiptir. Müslüman toplumlarda daha fazla saldırganlığı frenlemeyi ve ihlalcilerin ruhlarını arındırmayı amaçlamaktadır. Her ne kadar zalimlerin adalet nedeniyle cezalandırılması gerekse de ona göre İslami nasların kapsamlı bir incelemesi şunu gösterir: “Cezalar mağdurların temel değerlerini korurken bu cezaların uygulanması sanıkları korumaya yöneliktir.”⁸⁶⁶

Modern dönemde birçok İslam hukukçusu, had cezalarının sıkı ispat şartları nedeniyle nadiren uygulandığını, hatta bazen fiilen imkânsız gibi görüldüğünü; bu nedenle cezaların varlığının yalnızca sembolik bir değeri olduğunu ifade etmektedir.

Wael Hallaq, birçok standart hukuk normunun had cezaları için geçerli olmadığını aktarır. İtirafın geri çekilmesi fıkıhın diğer alanlarında kabul görmezken had suçlarında (kazf hariç) itirafla sabit olsa da geri alınabilir niteliktedir. Benzer şekilde had cezalarında şahitlik üzerine şahitlik ve bir kadının başka bir kadıya yazdığı resmi yazı/kadı mektubu fıkıhın diğer alanlarının aksine geçersizdir.⁸⁶⁷

Hallaq, had cezalarının kendine özgü delil kurallarıyla sınırlandırıldığını ve bu kuralların son derece sıkı, dışlayıcı ve yüksek düzeyde ispat yükümlülüğü gerektiren nitelikte olduğunu söyler. Hatta zina ve hırsızlık davalarının itiraf dışında ispat edilmesinin neredeyse imkânsız

⁸⁶⁴ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 233.

⁸⁶⁵ Kamali, *Crime And Punishment In Islamic Law*, 234; Ebü’l-Velîd Bâcî, *el-Müntekâ* (Kahire: Matbaatü’s-saâde, 1332), 5/17.

⁸⁶⁶ Zakariyah, *Legal Maxims*, 9.

⁸⁶⁷ Hallaq, *Shari’a*, 311.

olduğunu söylemenin abartı sayılamayacağını belirtir.⁸⁶⁸ Had olarak öngörülen sert cezaların çoğu zaman uygulanmadığını ve örnek teşkil etmesi amacıyla düşünüldüğünü ifade eder. Ona göre bu cezalar, toplumsal uyumsuzluk ve siyasal otoriteye başkaldırı anlamına gelen fesat unsurlarına karşı caydırıcı olmak amacıyla belirlenmiştir. Fakat İslam hukuku hiçbir zaman zorlayıcı bir adalet mekanizmasının bir parçası olmamıştır ve bu cezalar hukukun varabileceği en ileri sınırı temsil etmiştir. Onun ifadesiyle “bu sınır, toplumsal baskıların cezaların sıkı şekilde uygulanmasını talep ettiği zamanlarda taşkınlıklara karşı başvurulabilecek bir son çare olarak tasarlanmıştır.” Hallaq, ayrıca bu durumun İngiliz sömürgecilerin ve diğer bazı ülkelerin İslam ceza hukukunu “aşırı hoşgörölü, cezalardan yoksun, etkisiz, disiplinin ve hukuk düzeninin tesisi için elverişsiz” olarak nitelemesine sebebiyet verdiğini ifade eder.⁸⁶⁹

Hallaq’ın dile getirdiği İslam hukukuna yöneltilen aşırı hoşgörölü, etkisiz ve hukuk düzeni için elverişsiz olduğu gibi eleştiriler, bir sonraki bölümde genişçe ele alınmıştır. Bu eleştirileri yöneltenler arasında Warren Hastings (1732-1818) ve Charles Cornwallis (1738–1805) başta gelmektedir. Bu isimler İslam hukukunun adam öldürmeye ilişkin bütün sistematüğını İslam hukukunun akrabalara, cezayı uygulama ya da uygulamama yönünde verdiği yetki nedeniyle (kısas, diyet, af) reddetmiştir. “Onlara göre böyle bir hak yalnızca devlete ait olmalıdır. Çünkü meşru şiddet kullanma yetkisi, tanım gereğı modern devletin tekelinde bulunmaktaydı.” Britanya İmparatorluğu’nun sömürge idaresinde Hindistan valisi olarak görev yapan Cornwallis, İslam hukukunun uygulandığı sistemde suçluların çoğu zaman cezasız kaldığını öne sürmekteydi. O, böyle bir durumun, daha disiplinli ve etkili olduğunu düşündüğü bir devlet düzeninde asla kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Britanya İmparatorluğu’nun Hindistan’daki ilk genel valisi olan Hastings de benzer şekilde İslam hukukunu “düzensiz, etkisiz, “son derece müsamahakâr ilkelere ve kan dökücölükten duyulan nefret duygusuna dayalı” olarak tanımlamıştır. Hallaq, bunları aktardıktan sonra şöyle der: “İronik olarak, son otuz kırk yıl içinde bu sömürgeci algılar tam anlamıyla tersine dönmüş; İslam hukuku bu kez aşırı sertlik, katılık ve şiddetle özdeşleştirilmiştir.”⁸⁷⁰

Wael Hallaq’ın had cezalarıyla ilgili “bu sınır, toplumsal baskıların cezaların sıkı şekilde uygulanmasını talep ettiği zamanlarda taşkınlıklara karşı başvurulabilecek bir son çare olarak tasarlandı” ifadesi kanaatimize göre doğru bir bakış açısı değildir. Toplumsal baskılarla had cezalarının uygulandığı dönemler olsa da had cezalarının ilkten böyle bir amaçla tasarlandığını

⁸⁶⁸ Hallaq, *Shari’a*, 312.

⁸⁶⁹ Hallaq, *Shari’a*, 366.

⁸⁷⁰ Hallaq, *Shari’a*, 378.

söylemek İslam hukuk düşüncesine aykırıdır. İslam ceza hukuku vahye dayanır ve beşerî bir çabayla cezalar ortaya konulmamıştır. Fıkıh usulünde hikmetle ta'lil meselesi ele alınırken verilen hüküm örnekleri cezaların Şâri' tarafından caydırıcılık hikmetine binaen vazedildiğini net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Hallaq'ın belirtmiş olduğu gibi had cezaları nadiren uygulanır fakat bu, İslam ceza hukuku sisteminin iyi işlemediği anlamına gelmez. İslam ceza hukuku caydırıcılığın kesinlik, hızlilik ve şiddet şeklinde formüle edilen bütün unsurlarını taşımaktadır. Cezaların şüpheyle düşmesi cezaların kesinlik prensibine zarar vermemektedir. Çünkü daha önceden değindiğimiz üzere cezaların kesinliğinde suç ve ceza bilgisi ve algısal caydırıcılık (perceptual deterrence) önemli rol oynamaktadır. İslam ceza hukukunda had suçları ve cezalarının net bir tarifi yapılmıştır. Cezalar oldukça ağırdır ve sabit olduktan sonra geri dönüşü yoktur. Hâkimin veya devlet başkanının af veya ceza indirimi yetkisi bulunmaz. Bu durum insanların zihinlerinde algılanan caydırıcılığı artırmaktadır.

Hallaq'ın İslam ceza hukukunun hiçbir zaman zorlayıcı bir adalet mekanizmasının bir parçası olmadığına dair ifadesi, kanaatimize göre bir anlamda gerçeği yansıtmaktadır. Çünkü modern devletlerde görülen merkeze bağlı infaz ve denetim unsurları bulunmaz. Hukuk daha ziyade yerel otoriteyle iç denetime dayalı ve ahlaki normların ön planda olduğu bir çerçevede uygulanır.

Mathias Rohe, had cezalarının uygulanabilirliğine karşı çıkan bazı yazarlar olduğunu ifade eder.⁸⁷¹ Onun ifadesine göre bu yazarlar, “cezanın mağdurun ve özellikle failin iş birliğine bağlı olduğunu öne süren geleneksel doktrine atıfta bulunurlar.” Rohe, geleneksel doktrinde şu özellikleri ön plana çıkarır: “Aktif tövbe seçeneği, genellikle sunulan tek delilin itiraf olması, cezadan muafiyete yol açabilecek fakat manipülasyona açık makul şüpheler.” Ayrıca onların tövbe ve ardından gelen ceza muafiyetinin, Allah’a ve ahirete odaklanmanın, içsel arınma ve ruhsal dönüşüm amacının bir göstergesi olduğunu belirttiğini söyler.

Rohe, Adel Baradie'nin⁸⁷² had cezalarının caydırıcılığıyla ilgili yorumunu şöyle aktarır:

Allah haklarının bu dünyada toplumun korunması olarak yorumlanmasını, yalnızca aşkın (transcendent) olmaları amaçlanmış hükümlerin yanlış yorumu olarak görmektedir. Caydırıcılık etkisi iddiası ise ikna edici değildir. Çünkü mülkiyete ve mala karşı işlenen diğer suçlar had

⁸⁷¹ Rohe'nin atıf yaptığı isim, Filistinli düşünür İsmail Râcî Fârûkî'dir. Fakat bu düşüncelerini aktardığı kaynağa ulaşamadık. Mathias Rohe, *Islamic Law in Past and Present*, çev. Gwendolin Goldbloom (Boston: Brill, 2014).

⁸⁷² Yazar doktora tezini İslam ceza hukuku alanında, Münih Üniversitesi'nde yapmış ve *Gottes-Recht und Menschen-Recht: Grundlagenprobleme der islamischen Strafrechtslehre* (İlâhî Hukuk ve Beşerî Hukuk: İslam Ceza Hukuku Öğretisinin Temel Problemleri) adıyla 1983 yılında kitaplaştırmıştır.

cezasını gerektirmemektedir. Failin rızası olmaksızın cezanın infaz edilmesinin neredeyse imkânsız olduğu yönündeki yaygın kabul gören geleneksel doktrinin de caydırıcılık kavramıyla pek örtüşmediği doğrudur.⁸⁷³

Rohe, diğer bazı müelliflerin de İslam ceza hukukunun geçerlilik iddiasına bağlı kalmaya çalıştığını fakat bu hükümlerin adil ve İslami olmayan bir düzende uygun olmadığını açıkladıklarını söyler. “Bu tutumun hoş karşılanmayan normların uygulanmasının süresiz olarak ertelenmesi stratejisinin bir ifadesi olarak değerlendirilebileceğini” belirtir. Rohe şöyle der:

Öte yandan şu sorun varlığını sürdürmektedir: Bu hükümlerin, kimi durumlarda ciddi şekilde, insan haklarına aykırı olmasına rağmen, bunlar hâlâ insanların kurmaya çalışması gereken ideal bir düzenin parçası olarak görülmektedir. Aç bir hırsızın elinin kesilmeyeceği yönündeki sıkça yapılan atıf, refah içinde olan bir hırsıza nasıl muamele edilmesi gerektiği sorusuna yanıt vermez. Gerçekten de “erteleme” kavramı bazen o denli geniş bir şekilde yorumlanmaktadır ki had cezalarının infazı, ancak halkın yeterli geçim kaynağına sahip olduğu ve adil bir toplumsal düzenin her yerde tesis edildiği bir zamana ertelenmektedir.⁸⁷⁴

Mathias Rohe, had cezalarının uygulanabilirliğine karşı çıkan ve bu cezaların caydırıcı olduğunu reddeden iki Müslüman yazardan örnek verir. Adel el-Baradie, Allah hakkının toplumla ilgili görülmesinin bir yanılgı olduğunu söyler ve had cezalarının caydırıcı olmadığını, zira mülkiyete kaşı işlenen bütün suçların had ile cezalandırılmadığını belirtir. Daha önce hırsızlık cezasının caydırıcılık değerini anlatırken ele aldığımız üzere mülkiyete karşı işlenen diğer suçların -yolsuzluk ve benzeri- aynı cezayı alması gerektiğini söylemek bir yanılsamadır. İslam hukuku yapılan haksızlığın maddi değerine değil ihlal ettiği değerlere ve toplumda yaydığı emniyetsizliğe önem vermiştir. Bu nedenle hırsızlığa el kesme cezası öngörürken maddi anlamda daha büyük gibi görünen diğer suçların takdirini hâkime bırakmıştır.

Rohe’nin adil olmayan bir hukuk düzeninde cezaların uygulanamayacağını söyleyen yazarlar için yaptığı “Bu tutumun hoş karşılanmayan normların uygulanmasının süresiz olarak ertelenmesi stratejisinin bir ifadesi olarak değerlendirilebileceği” yorumunun bir niyet okuma olduğunu ve Müslüman düşünürlerinin söylemlerinin hakikatini kavramadığını düşünmekteyiz. Zira, bu modern çağda ortaya çıkan ve bu cezaları uygulamaya dönük bir isteksizlikten

⁸⁷³ Rohe, *Islamic Law in Past and Present*, 335-336.

⁸⁷⁴ Rohe, *Islamic Law in Past and Present*, 336.

kaynaklanan bir durum değildir. Hz. Ömer, hırsızlık suçunun ispatı için gerekli şartlar oluşmadığı gerekçesiyle kıtlık zamanı el kesme cezasını uygulamamıştır.

İslam hukukçularının çoğunluğu had cezalarının ispat şartlarını oldukça dar tutmuş, İslam hukukunda gizliliğin esas olduğunu, itirafın teşvik edilmediğini ve kişinin tövbe etmesine fırsat tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle kamuya izhar edilmeyen ve kul hakkı içermeyen günahların araştırılmasını günah addetmiştir.

Bu suçların başında zina ve içki içme gelmektedir. Nitekim gerek Hz. Peygamber döneminde gerek hulefâ-yi râşidîn döneminde bu konudaki tavır oldukça nettir. Tecessüsle elde edilen bilgiler had cezalarının ispatında delil değeri taşımamaktadır. Bu minvalde şu hadise kaynaklarda yer almıştır: Hz. Ömer, bir gece devriye gezerken eğlence yapıldığına dair sesler duyduğu bir evde içki içildiğini gördüğü fakat tecessüs etmenin yasak olması sebebiyle bir ceza vermediği ve onları kendi haline bıraktığı rivayet edilmiştir.⁸⁷⁵ Benzer şekilde Abdullah b. Mesud da sakalından içki damladığı söylenen biri ona haber verildiğinde “Biz tecessüs etmekten menedildik. Eğer bize açıkça görünürse o zaman cezayı uygulayız.” cevabını vermiştir.⁸⁷⁶ Zina suçunda da aynı kural geçerliliğini korumuştur.

Bu iki had cezasında ispat için nassla ortaya konulan şahitlik ve ikrar dışında, ki onlar da kendi içlerinde çeşitli şartlara tabidir, içki içmede koku, kusma, zinada liandan kaçınma, hamilelik gibi birçok ispat yöntemi ihtilaflıdır. Bu durum, İslam’da esas olanın ceza vermek olmadığını göstermektedir. Burada diyani-kazaî ayrımı oldukça önem taşımaktadır. Günah olan bir eylem bu dünyada her zaman, hatta mahiyeti çoğunlukla daha fazla gizlilik içerenler çoğunlukla cezayla sonuçlanmaz. Fakat mükellef bir Müslüman işlediği günahı samimi bir tövbe etmediği müddetçe uhrevî açıdan sorumlu tutulacaktır.

Kul hakkı içeren fakat Allah hakkı olmaya devam eden had suçlarında ise benzer şekilde kişiye ceza vermek akla gelen ilk çözüm yolu değildir. Suç mahkemeye intikal etmeden önce hak sahibiyle anlaşmak tavsiye edilmiş hatta daha önce değindiğimiz üzere İzz b. Abdisselâm’ın da ifade ettiği gibi hırsız ya da muharip de olsa suçunu yargıya intikal ettirmeden, yalnızca mağdurun zararını üstlenerek tövbe etmeyi tercih etmesi üstün olan görüştür.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ Abdürrezzâk b. Hemâm, 9/418-419 (No. 20150).

⁸⁷⁶ Abdürrezzâk b. Hemâm, 9/419 (No. 20152).

⁸⁷⁷ İbn Abdüsselâm, *İslami Hükümlerin Esas ve Hikmetleri*, 254.

4.2. CEZA İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER VE CAYDIRICILIK İLİŞKİSİ

4.2.1. Zaman Aşımı

Zaman aşımının ceza hukukundaki etkisi iki şekilde söz konusu olabilir. İlki belli bir süre geçmesine rağmen davanın açılmaması nedeniyle dava hakkının düşmesi durumudur. Diğer ise suçlunun hüküm giymesinin ardından geçen sürenin cezanın infazının önüne geçmesidir. Fıkıh mezheplerinin tamamına göre kul hakkının baskın olduğu adam öldürme ve yaralama suçlarında kısas ve diyet cezalarında zaman aşımı bulunmaz. Ta'zîr cezalarında ise takdir yetkisi kanun koyucunun elindedir. Had cezalarında zaman aşımın etkisi ise tartışmalıdır.⁸⁷⁸

Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine mensup fakihlere göre, had suçlarında dava ve ceza zaman aşımı kabul edilmez. Eğer şahitlik tam olarak gerçekleşmişse daha sonra bu kişilerin ortadan kaybolması veya ulaşılamaz hâle gelmesi cezanın infazına engel teşkil etmez. Bu görüş, özellikle zina cezasına ilişkin ayetin genel manasına, şahitlikte meydana gelen gecikmenin makul bir mazeretle açıklanabileceğine ve had cezalarının ihtimale dayalı gerekçelerle düşmeyeceğine dair fıkhi prensiplerle temellendirilmektedir.⁸⁷⁹ Bununla birlikte bu düşünceye göre adil bir şahidin şahitliğini delil olmaksızın gecikmeye dayanarak reddetmek doğru değildir.⁸⁸⁰ Ayrıca zaman aşımını kabul etmenin suçtan kaçışa sebebiyet vereceği, zalim yöneticilerin had cezalarını düşürmelerine yol açabileceği ve bu tür uygulamaların had cezalarının caydırıcılığını ortadan kaldıracak gibi hususlar da bu görüşü savunanların gerekçeleri arasındadır.⁸⁸¹ İmam Mâlik de suçlu tövbe etmiş, ıslah olmuş ve çok uzun zaman geçmiş dahi olsa dahi had cezasında, suçlu aleyhine ortaya çıkan şahitliğin geçerli olduğunu ve zaman aşımının ortaya çıkmayacağını söyler.⁸⁸²

Hanefî fakihlere göre ise (Züfer cumhurla aynı görüştedir) kazif dışındaki had suçlarında suç şahitle sabit olmuşsa dava ve ceza⁸⁸³ zaman aşımına uğrar. Kazifte ise kul hakkı baskın olduğu

⁸⁷⁸ Osman Kaşıkçı, “Zaman Aşımı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/115.

⁸⁷⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/373.

⁸⁸⁰ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 203.

⁸⁸¹ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 206.

⁸⁸² Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî Sahnûn, *El-Müdevvenetü'l-Kübrâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415), 4/542.

⁸⁸³ İbnü'l-Hümâm davada olduğu gibi cezada da zaman aşımı olabileceğini şöyle açıklar: “**Ve** zaman aşımı, nasıl ki başlangıçta şahitliğin kabul edilmesini engelliyorsa, aynı şekilde hüküm verildikten sonra had cezasının infaz edilmesini de engeller. Bu, bizim (Hanefî mezhebinin) görüşümüzdür ve Züfer'e aykırıdır. Hatta eğer bir kişi, had cezasının bir kısmı uygulandıktan sonra kaçarsa ve uzun bir süre sonra yakalanırsa, ona had cezası uygulanmaz. Çünkü bu meselede hükmün infazı artık geçerli değildir.” İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/281.

için suç zaman aşımına uğramaz. Bununla birlikte hırsız, ceza davası düşse de çaldığı malı tazmin etmek zorundadır, çünkü malın ödenmesi zaman aşımı ile düşmez.⁸⁸⁴

İbnü'l-Hümâm geçmiş had cezalarında şahitlik ve ikrarın kabul edilmesi meselesinde dört görüş olduğundan bahseder.

1. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre şahitlik reddedilir ancak içki dışındaki suçlar için ikrar kabul edilir.⁸⁸⁵
2. İmam Muhammed'e göre şahitlik reddedilir. Ancak zina, hırsızlık ve eski içki içme suçları da dahil olmak üzere ikrar kabul edilir.
3. İmam Şafiî, İmam Mâlik ve Ahmed bin Hanbel'e göre hem şahitlik hem de ikrar kabul edilir.
4. İbn Ebî Leyla'ya göre ise hem şahitlik hem de ikrar reddedilir. Dolayısıyla her iki durumda da zaman aşımını kabul eder.⁸⁸⁶

Hanefî fakihlerinin bu konuda, şahitliği geciktirmenin adaleti sağlamanın önüne geçebileceği için şüphe oluşturma, özellikle kişi iyi hasletler taşıyorsa günahları görmezden gelmenin İslam'da tavsiye dilen bir durum olması, şahitliğin geciktirilmesinin akla kin ve düşmanlık olabileceği ihtimalini getirmesi ve şahidin kendisinin günahkarlıkla itham edilmesine sebebiyet vermesi gibi deliller öne sürmüşlerdir. Bununla birlikte Hanefî mezhebinin bu konuda temel aldığı asıl, sanığın şüpheden yararlanması ilkesidir. Buna göre şahitler adil olsa da onları zan altında bırakabilecek en ufak bir şüphe dahi şahitliğin geçersiz kılınması ve haddin zaman aşımı sebebiyle düşmesi için yeterlidir.⁸⁸⁷

Hanefî mezhebindeki bu yaklaşım şahitlerin gecikmesine sebep olan bir durum varsa geçerli değildir. Yani mesafe, hastalık veya diğer türlü fiziksel ya da manevi durumlardan dolayı meydana gelen zaman aşımı dikkate alınmaz. Dolayısıyla şahitlik sebebiyle olan zaman aşımı yalnızca fık veya töhmet sebebiyle olabilir.⁸⁸⁸ Zaman aşımı süresinin ne kadar olacağı

⁸⁸⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/279-281; Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 205; Kaşıkçı, "Zaman Aşımı", 44/115.

⁸⁸⁵ Ebu Hanife ve Ebu Yusuf, içki içme suçuna ilişkin itirafın gecikmeli olarak yapılması durumunda, bunun suçun kanıtı olarak kabul edilemeyeceğini ve bu tür bir itirafa dayanarak had cezası uygulanamayacağını belirtmişlerdir. Onlara göre bu tür bir itiraf, içki içme suçunun kesin bir delili değildir ve buna dayanarak ceza tatbik edilemez. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, ts., 5/22.

⁸⁸⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/279.

⁸⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/97; İbnü'l-Hümâm şöyle der: "Zaman aşımı sonrası yapılan şahitlik, itham altında olan bir şahidin şahitliğidir ve itham altındaki şahidin şahitliği ise reddedilir." bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/279; Ebu Zehra, *El-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 203-205.

⁸⁸⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 1970, 5/283.

mezhepte ihtilaflıdır. Ebu Hanife bu konuda bir süre tayin etmez ve şöyle der: “Bu, her dönemin kadısının (hâkiminin) takdirine bırakılmıştır. Eğer bir kadı, kişisel arzu ve eğilimlerden uzak durarak bir gecikmeyi şüpheli olarak görüyorsa, bu durumda zaman aşımı oluşur. Eğer böyle bir şüphe oluşmuyorsa, gecikme zaman aşımı sayılmaz.” İmam Muhammed’e nispet edilen görüşe göre bu süre altı aydır, Ebu Yusuf’un görüşü ise bir ay olduğu yönündedir.⁸⁸⁹

Cezanın zaman aşımına uğramasının/gecikmesinin cezanın caydırıcılık etkisini zayıflatması beklenen bir durumdur. Bu açıdan Hanefî mezhebinin geçmiş had cezalarında şahitliği reddederek zamanaşımını benimsemiş olması, zaten zayıf olan caydırıcılık etkisinin ceza düşürülerek yok edilmesi olarak görülebilir. Bununla birlikte Hanefî mezhebinin görüşünü kabul eden ve bunun caydırıcılığı etkilemeyeceğini söyleyen çağdaş dönem İslam hukukçuları da vardır. Örneğin Muhammed Ebu Zehra şöyle der:

İnfazın geciktirilmesi, suç işleyenin tövbe etmesine bir imkân oluşturur. Aslında hükmün (cezanın) kendisi zaten bir zecr (caydırma) unsurudur ve insanlar bu cezanın uygulanacağını görmekle caydırılırlar. Allah Teâlâ kullarına azap etmeyi murat etmez, bilakis onların kalplerini ıslah etmeyi ve toplumlarını temizlemeyi murat eder. Muhtemelen onlar, infazın gecikmesi sebebiyle suçlunun kaçıp uzun bir zaman sonra geri dönmesini, hüküm verildikten sonra infaz gerçekleşmeden ikrar sahibinin ikrarından dönme durumuna kıyas etmişlerdir.⁸⁹⁰

Hafnâvî, Ebu Zehra’nın, Ebû Hanîfe ve iki öğrencisinin görüşünü tercih etmeyi, kaçmanın zamanaşımı süresi kadar devam etmesi durumunda kişinin kalbinin ıslah olmuş olduğu esasına dayandığını söyler. Bunun tartışmalı olduğunu ve cezadan kaçmanın ıslah delili sayılmasının kabul edilemeyeceğini söyler. Bununla birlikte kalbin ıslah olup olmadığını ancak Allah’ın bilebileceğini ve Hz. Peygamber’in tövbe ettikleri halde sahabeden had suçu işleyenleri cezalandırdığını ifade etmiştir.⁸⁹¹

İbn Ebî Leylâ’dan nakledilen görüşe göre suçla ikrar arasında zamanaşımı cezanın uygulanmasına engel olan bir durumdur. Onun delili had cezalarının caydırıcılık ve insanları suçtan uzaklaştırma amacı için konulmuş olmasıdır. Eğer kişi zaman geçtikten sonra suçunu itiraf ediyorsa bunu yalnızca nefsinin arındırmak ve Allah’a yönelmek gayesiyle yapar, yani bu tövbe ettiğine bir delalet olabilir. Dolayısıyla artık ceza, tövbe etmiş ve günahından arınmış bir insana uygulanacağı anlamına gelir.⁸⁹² Buna göre İbn Ebî Leylâ’nın geçmiş had cezalarıyla

⁸⁸⁹ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 208-209.

⁸⁹⁰ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 254.

⁸⁹¹ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 65-66.

⁸⁹² Ebu Zehra, *El-Ukûbe fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 205; Abdüsselam Arı, “İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı”, *Journal of Istanbul University Faculty of Theology* 11 (18 Nisan 2012), 83.

ilgili ikrarı reddetmesinin sebebi, cezanın özel caydırıcılık gayesinin tövbe ihtimaliyle zaten gerçekleşmesidir.

Hafnâvî, İbn Ebî Leylâ'nın bu görüşünün doğru kabul edilemeyeceğini söyler ve caydırıcılığın suçun eski veya yeni olmasından etkilenmeyeceğini söyler. Ona göre suçun üzerinden zaman geçmiş olsa da bireysel ve toplumsal caydırıcılık infazla birlikte sağlanmış olur. Caydırıcılığın gerçekleşmeyeceği varsayımı ise suçtan kaçışa sebebiyet verecektir. Müellif, bununla birlikte caydırıcılığın cezalandırmanın tek amacı olmadığını ve Zahiri mezhebine mensup fakihlerin suçun işlendiği zamanı ve caydırıcılık faktörünü infaz açısından dikkate almadığını, zira cezanın hikmet ve amaçlarını araştırmadıklarını söyler.⁸⁹³

Öncelikle müellifin burada cezanın caydırıcılığını kabul etmeyen Zahiri mezhebinin yaklaşımını delil olarak sunması sağlıklı bir tercih olmamıştır. Zahiri mezhebinin fıkıh usulü anlayışının bir neticesi olarak illet ve hikmetlere itibar etmemeleri bilinen bir durumdur. Cezanın caydırıcılığı dört mezhep fukahası tarafından en önemli cezalandırma hikmeti/gayesi olarak klasik metinlerde yer bulmuştur. Bu açıdan cezanın caydırıcılık hikmetine vurgu yapılarak içtihatla bulunmak gayet tabiidir.

Hafnâvî, İbn Ebî Leylâ'nın görüşüne cevap verirken Hanefî mezhebinin bakış açısına da karşı çıkarak caydırıcılığın suçun gerçekleşir gerçekleşmez ya da belli bir süre geçtikten sonra cezasının infaz edilmesinin caydırıcılığı gerçekleştireceğini söylemektedir. Ancak kanaatimize göre, İbn Ebî Leylâ had cezasının amacının caydırıcılık olmasından hareketle zamanaşımının caydırıcılığı ortadan kaldırdığı sonucuna vararak eski hadlerle ilgili ikrar ve şahitliği reddetse de Hanefî mezhebini buradaki yaklaşımını caydırıcılık ilkesiyle açıklayamayız. Hanefî mezhebi hem setrin (günahları gizlemenin) fazileti hem de şahitler üzerinde oluşabilecek töhmetten dolayı eski hadlerle ilgili şahitlikte zaman aşımını kabul etmiştir. Ancak kişinin suçunu ikrar etmesi durumunda cezayı uygulamayı tercih etmeleri burada temel hareket noktasının caydırıcılık olmadığını göstermektedir. Çünkü azalan caydırıcılığa rağmen cezanın faydasız olduğu düşünülüp infazdan vazgeçilmemiştir.

Hanefî mezhebinde zaman aşımı düşüncesinin odak noktasının caydırıcılık olmayışı, şahitlikte zaman aşımının caydırıcılığı tamamen yok ettiği ve cezayı anlamsız hâle getirdiğini göstermez. Nitekim Muhammed Ebu Zehrâ'nın ifade ettiği gibi caydırıcılık zaten hükmün varlığıyla belli ölçüde sağlanmış olur ve cezayı mutlak surette uygulamak amaç hâline getirilemez. Bununla birlikte Hz. Peygamber döneminde tövbe ettikleri sabit olduğu halde suçunu itiraf eden

⁸⁹³ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 399.

sahabilere had cezası uygulanmıştır. Dolayısıyla İbn Ebî Leylâ'nın zaman aşımıyla birlikte ikrarın da geçersiz sayılacağına dair görüşü tartışmalı hâle gelmektedir.

Cumhur, ikrar ya da şahitlik yoluyla sabit olan cezanın, ihtimal ve şüpheyeye dayanılarak infazının düşürülmesini had cezalarının hukuki yapısına aykırı görmektedir. Bu görüşe göre, zaman aşımı sebebiyle cezanın caydırıcılık etkisi azalsa da infaz gerçekleştiği için asgari düzeyde de olsa ceza caydırıcı olmaya devam eder. Buna karşılık, Hanefî mezhebinin şüphe ilkesini esas alan, ancak bu ilkeyi cezanın infazını tamamen ortadan kaldıracak şekilde yorumlamaktan kaçınan, ikrarı kabul ederek cezanın tatbikini imkânsız hale getirmeyen yaklaşımı daha isabetlidir. Bu çerçevede ikrarla birlikte gerçekleşen ceza, toplumsal caydırıcılığın yanı sıra kefarete amacına da hizmet etmektedir.

4.3. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN SEBEPLER VE CAYDIRICILIK

4.3.1. Fiziksel Sağlık/Bedenin Sağlıklı Olması

Fakihler sıklıkla uzuv kesme gerektiren had cezalarıyla ilgili olarak cezanın caydırıcılığı hedeflediğini, öldürmeye yönelik olmadığını sıkça dile getirmektedirler. Bu nedenle suçlunun fiziksel sağlığının mümkün mertebe yerinde olması gerekmektedir. Örneğin, hırsızlık cezasında aşırı sıcak veya soğuk dönemlerde el kesilmez. Hamile veya lohusa bir kadının eli yine kesilmez. Hasta iyileşene kadar eli kesilmez. Bütün bunların kişinin ölümüne yol açma tehlikesi bulunmaktadır.⁸⁹⁴

Serahsî, hamile olan kadının recmedilemeyeceğiyle ilgili hadisleri aktarır ve kadının karnındaki çocuğun koruması gereken bir can olduğunu ifade eder. Ancak kadının kaçma ihtimaline binaen tamamen serbest bırakılamayacağını hapsedilmesi gerektiğini belirtir. Kadının doğum yapmasının ardından çocuğunun hakkı dolayısıyla geciktirilen ölüm cezası, artık hak edilmiş olduğu için recmedileceğini ifade eder. Cezasının celde olması hâlinde ise lohusalık bitene kadar bekleneyeceğini çünkü lohusalığın hastalık hükmünde olduğunu ve hastalık hâlinde celde uygulamanın kişinin ölümüne sebebiyet verebileceğini söyler. Çünkü ölüm cezası dışındaki

⁸⁹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/442.

cezaların hastalık hâlinde uygulanamayacağını belirtir.⁸⁹⁵ Kadın için hayız hâli hastalık olarak görülmez ve ceza infazı açısından sağlıklı biri gibi kabul edilir.⁸⁹⁶

Ceza uygulanacak kişi, sıcak veya soğuk havanın geçmediği bölgelerde bulunuyorsa, ceza ertelenmez ve kişi ılımlı bir bölgeye taşınmaz. Çünkü bu durumun cezanın gecikmesine ve fazladan zorluklara yol açacağı düşünülmüştür. Benzer şekilde kişinin sürekli hasta olduğu durum da infazın ertelenmesi için gerekçe olamaz.⁸⁹⁷ Ancak ölüm riskinden kaçınmak için cezanın şiddetinin hafifletilmesi gerekmektedir.⁸⁹⁸ Bu bakımdan İslam hukukçuları, suçluya vurulacak sopa adedince dal bir araya getirilip tek bir kere bu demetle vurmak şeklinde bir yol geliştirmişlerdir.⁸⁹⁹

Kıyas cezası içinse aynı durum söz konusu değildir. Çünkü kıyasta mağdurun hakkı/kul hakkı vardır. Bazen iki veya daha fazla uzuvda aynı anda kıyas cezasını uygulamak gerekebilir. Had cezalarında ise haddin belirlenmiş sabit bir cezası bulunur ve peş peşe uygulanması haddin üstüne ekleme gibi olur ve bu da caiz olmayacaktır.⁹⁰⁰

4.3.2. Akıl ve Ruh Sağlığı

Akıl baliğ olmak cezai ehliyete sahip olmak için ön koşuldur. Bununla birlikte delilik, bunama, sarhoşluk gibi cezai arızalar farklı durumlar gözetilerek incelenmiştir. Akıl hastasının cezai ehliyetinin bulunmadığı dolayısıyla had, kıyas ve ta'zîr cezasına muhatap olmayacağı İslam hukukçularının fikir birliği içindedir. Ancak suç işledikten sonra ârız olan akıl hastalığının cezanın infazına engel olup olmayacağı konusunda ihtilaf edilmiştir.⁹⁰¹ Burada iki ayrı durum söz konusudur. İlki suç işlendikten sonra ve mahkeme kararı verilmeden önce meydana gelen delilik halidir. Hanefî ve Mâlikî mezhebine göre bu durum ceza muhakemesini durdurur. Şafii ve Hanbelilere göre ise suç sabit olduktan sonra ârız olan delilik hâli muhakemeyi durdurmaz yalnızca delilik hâli kişinin kendisini savunmasına engel olur.⁹⁰²

⁸⁹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/73.

⁸⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/100-101.

⁸⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/100-101.

⁸⁹⁸ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 13/214.

⁸⁹⁹ Erdem, *İslam Hukukunda Cezalarda Gözetilen Amaçlar*, 49.

⁹⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/442-443.

⁹⁰¹ İbrahim Kâfi Dönmez, "Cünûn", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8/128-129.

⁹⁰² Hüseyin Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâ Sorumluluk* (İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006), 126-127.

İkincisi mahkeme kararından sonra ortaya çıkan delilik halidir. Şafii, Hanbeli ve Zahirî mezheplerine göre had cezası gerektiren suç, ikrar dışında bir delille sabit olduğu takdirde cezanın infazına engel değildir. Ancak Şafî mezhebine göre kazf suçu bunun istisnasıdır. Suç ikrarla sabit olduktan sonra, itiraftan dönme cezanın düşmesine sebep olmaz. Mâlikî mezhebine göre ise suçlu iyileşene kadar had cezalarının infazı durdurulur. Hanefî mezhebine göre ise mahkeme hükmünden önce veya sonra meydana gelen delilik hâli had eczasının infazına engeldir. Ancak infaz işlemlerine başlanmışsa artık ceza durdurulmayacaktır.⁹⁰³

Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre genel eğilim, cana veya uzuvlara yönelik cinayetlerde kısas cezasını diyete çevirmek yönündedir. Diyete dönüştükten sonra ise suçlunun âkilesi ödemeyi yapar. Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre ise ikrar ya da diğer delillerle sabit olması fark etmeksizin suç sonrası aklını yitiren kişiye kısas cezasının uygulanması gerekmektedir.⁹⁰⁴

Mahkeme hükmü verildikten sonra ârız olan delilik durumunda Şafii ve Hanbelîlerin görüşü şöyle temellendirilmiştir: Cezaların hem suçluyu terbiye edici hem de başkalarını caydırıcı niteliği bulunmaktadır. Suçlunun delilik hâli sebebiyle kendisi için terbiye ve te'dip imkânı olmadığı açıktır. Ancak bu durum başkaları için caydırıcı olma niteliğine zarar vermez, cezanın infazı topluma faydası vardır.⁹⁰⁵ Buradan Şafii ve Hanbeli mezheplerinin genel caydırıcılığı dikkate alan bir yaklaşım benimsediği anlaşılmaktadır.

Hanefî mezhebi ilahi emre muhatap olma şartını suçun işlendiği andan cezanın infazına kadar aradıkları için suç işlendikten sonra var olan delilik halini cezayı düşüren bir sebep olarak değerlendirmiştir. Kısas davasında ise infaz işlemleri başlamadan meydana gelen delilik hâli, kıyasa göre infazı gerektirse de istihsan ilkesine göre kısas cezasını düşürür ve diyete dönüştürür. İnfaz işlemleri başladıktan sonra -katili maktulün velilerine teslim edilmesi- infaz durdurulmayacaktır. Bu hükümler kesintili delilik hâli için değil, iyileşmesi beklenmeyen tam delilik hâli için geçerlidir.⁹⁰⁶

Ta'zîr suçlarında ise mahkeme kararından sonra ârız olan delilik cezai infaza engeldir. Ta'zîr cezası tedip ve ıslah amaçlıdır akli melekesi yerinde olmayan birinin tedaviye ihtiyacı vardır.

⁹⁰³ Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 128.

⁹⁰⁴ Dönmez, "Cünûn", 8/129; Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 129.

⁹⁰⁵ Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 128.

⁹⁰⁶ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dımaşkî İbn Âbidîn, *Hâşiyetü Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenviri'l-ebâr* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1966), 6/532; "Cünûn", *el-Mevsuatü'l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuunî'l-İslâmiyye, 1984), 16/115; *Fetava'l-Alemgiriyye = el-Fetava'l-Hindiyye*, thk. Şeyh Vecihüddin Burhanpurlu Şeyh Nizam Şeyh Celaleddin Muhammed, Kadı Muhammed Hüseyin, Molla Hamid (Bolak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emiriyye, ts.), 6/4; Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 129.

Bu durumdaki birine cezayı infaz etmek eziyet ve intikam amacı taşıyabilir. Dolayısıyla temel insani değerlerle bağdaşmamaktadır.⁹⁰⁷

Kanaatimize göre Hanefî ve Mâlikî mezheplerinin yaklaşımı genel caydırıcılığa hizmet etmiyor gibi görünse de hükmün kendisi esasen yeterli ölçüde caydırıcıdır. Bu nedenle had ya da kısas suçu delillerle de sabit olmuş olsa infaz öncesi cünûn-ı mutbik dediğimiz şekilde aklını yitiren bir kişiye cezayı infaz etmemek, kanaatimizce cezaların şüpheyile düşmesi ilkesine daha uygundur. Cezanın şüpheyile düşmesi yalnızca delil sabit olana kadar değil ceza infaz edilene kadar korunması gereken önemli bir ilkedir. Bununla birlikte Hanefî mezhebi cezanın infaz edilme işlemleri başladıktan sonraki delilik halini geçerli görmezler. Çünkü burada kişinin cezaya muhatap olurkenki akıl sağlığı esas alınmıştır. İnfaz edilmek üzere teslim edilene kadar akıl sağlığı bir şüphe doğurur. Diğer türlü ise tıpkı korku anında imanın kabul edilmiyor oluşu gibi infaz anındaki delilik de cezanın uygulanması için engel teşkil etmeyecektir.

İntikam, nefret, aşırı öfke gibi duygu yoğunluğu yaşayan kişilerin hareketleri üzerindeki hakimiyetlerinin azaldığı bilinen bir gerçektir. Ancak bu durum, idrak kaybı veya zayıflığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle duygu yoğunluğu yaşayan kişiler deli veya matuh olarak görülmemiştir. Cezai sorumluluğa yol açan fiillerden uzak durmak için kendilerini durdurmak ve gayret göstermek zorundadırlar. Bu yaklaşımın cezaların caydırıcılık özelliğine daha uygun olduğu ifade edilmiştir.⁹⁰⁸

Bir başka ehliyet arızası olan “sarhoşluk, kişinin içki veya uyuşturucu madde alması neticesinde ayıldıktan sonra o esnadaki söz ve fiillerini bilemeyecek derecede akli melekelerinin zaafa uğraması” hâlidir.⁹⁰⁹ Sarhoşluk, eğer ârizî bir şekilde gerçekleşiyse faile herhangi bir kusur atfedilememektedir. Ancak bunun dışındaki durumlar ihtiyarî sarhoşluktur. Basit ihtiyarî (kasdî ve taksirli), tasarlanmış (suç işleme kararını pekiştirmek için) ve itiyâdî (alışkanlık haline gelen) olarak üçe ayrılır. Failin anlama ve isteme kabiliyetine etki ettiği için şiddetine göre tam ve tam olmayan şeklinde bir ayırım da yapılmıştır.⁹¹⁰

Hanefî mezhebi başta olmak üzere İslam hukukçularının çoğu sarhoşun suç teşkil eden fiillerinden sorumlu olduğu kanısındadır. Çünkü kişi kendi ihtiyarıyla bir günah işlemektedir. Günah olan bir eylem, kişiye özel müsamaha gösterilmesine yol açamaz. Dolayısıyla burada

⁹⁰⁷ Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 129.

⁹⁰⁸ Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 122.

⁹⁰⁹ İbrahim Kâfi Dönmez, “Sarhoşluk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 36/141.

⁹¹⁰ Dönmez, “Sarhoşluk”, 36/142.

akli melekelerin yerinde olması şartının hakikaten olup olmadığı önemsenmemiş ve takdiren var olduğu kabul edilmiştir.⁹¹¹

Hanefî mezhebinde sarhoşluğun dinî hitabı geçersiz kılmayacağı “*Ey iman edenler! Siz sarhoş iken ne söylediğinizi bilinceye kadar namaza yaklaşmayın.*” ayetiyle temellendirilir.⁹¹² Buna göre kişinin sarhoşken dini hitaba ehil olması şer’î yükümlülüklerinin ortadan kalkmadığını göstermektedir. Abdulaziz Buhârî, sarhoşluğun, uyku ve baygınlıkta olduğu gibi kişinin aklını kullanmasına ve dini hitabı anlamasına engel olduğu söylenecek olursa; kulun hitabı anlama gücünün semâvî bir arıza sonucu kaybolmasıyla kendi fiili olan bir masiyet sonucu kaybolması arasında ayırım yapılması gerektiğini söyleyerek cevap verir. Buna göre; ilki yükümlülüğün düşmesi için mazeret kabul edilir; ikincisinde ise caydırıcılık amacıyla yükümlülük ona yönelmeye devam eder. Çünkü içkiden uzak durarak sarhoşluğu önlemek onun gücü dahilindedir ve bu gücü, kendi iradesiyle içki içmeye kalkışarak zayi etmiştir.⁹¹³

Hanefî mezhebine göre sarhoşun sözlü ve fiili tüm tasarrufları geçerlidir.⁹¹⁴ Ancak sarhoşluk, dini hitaba engel olmasa da kişinin niyetini/kasdını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle kişinin sarhoşken söylediği küfür sözü irtidat olarak değerlendirilmez ve buna kıyas terk edilerek istihsan deliliyle ulaşılmıştır. Çünkü irtidat kasıt ve inanca dayanır. Genellikle bu duruma düşmekten kurtulamayan sarhoş, söylediklerine gerçek manada inanmış değildir. Dolayısıyla irtidatın burada diğer had cezalarının aksine farklı hüküm almasının sebebi, temel rüknün (kalben inkâr) eksik olmasıdır. Yoksa sarhoşluk bir mazeret veya şüphe olarak görüldüğü için değildir.⁹¹⁵

Hanefî mezhebine göre geri alınması mümkün olan (rücû edilebilir) itiraflar da sarhoşlukta geçerli sayılmamıştır. Çünkü sarhoşluğun tabiatı gereği kişinin sözlerinde karışıklığa sebep olacağı, dolayısıyla sözlerinin gerçekliği üzerinde bir şüphe meydana geleceği öngörülmüştür.

⁹¹¹ Dönmez, “Sarhoşluk”, 36/144.

⁹¹² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 10/123; Buhârî Abdulaziz, *Keşfu’l-esrar şerh usûli’l-Pezdevî* (Kahire: Dâru’l-Kitâbi’l-İslâmî, ts.), 4/353.

⁹¹³ Abdulaziz, *Keşfu’l-esrar*, 4/354.

⁹¹⁴ İbn Nüceym, son üçünü kendi eklediğini belirttiği yedi mesele dışında sarhoşun ayık insan gibi mesul tutulacağını söyler. Bu meseleleri şöyle sıralar: İrtidat, had cezalarıyla ilgili itiraf, kendi aleyhine şahitlik etme, küçük çocuğun emsal mehirden az bir mehirle evlendirilmesi, boşama vekaleti bulunan birinin sarhoşken boşaması, satış vekaleti olanın sarhoşken satış yapması ve ayıkken gasbedilen malın sarhoşken sahibine iade edilmesi. İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve’n-nezâir*, 267.

⁹¹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 10/123; Abdulaziz, *Keşfu’l-esrar*, 4/354-356; Dönmez, “Sarhoşluk”, 36/144.

Ancak geri alınabilir nitelikte olmayan kazf iftirasıyla ilgili ve kısas gerektiren suçlarla ilgili ikrarlarda -kul hakkına ilişkin meselelerde- sarhoşluk bir mazeret olarak kabul edilmemiştir.⁹¹⁶

Ebu Zehrâ, fakihlerin ilahi hitabın sarhoş için de geçerli olduğu konusunda fikir birliği içinde olduğunu söyler. Ona göre bunu üç şeye dayandırmış olabilirler. İlki, sarhoşun akli tamamen yok olmamaktadır. Yalnızca gaflet hâli (dalgınlık) gelir ve bu durum onu mükellef yapmaktan çıkarmaz. İkincisi ise akli başından gitmiştir fakat bunun sebebi kendisidir ve bu durumda kişi, öncelikle içki içerek içine düştüğü sapkınlığın daha sonra bu sarhoşluğun doğurduğu sonuçlardan -bazı yükümlülüklerin ihmali gibi- sorumlu tutulur. Son olarak, sarhoşa sorumluluk yüklenmesinin sebebi caydırma amacı taşıyabilir. Zira sarhoştan dini yükümlülükleri kaldırılmış olsaydı bu insanların içki içmeye yönelmesine sebebiyet verir.⁹¹⁷

Modern dönemde İslam hukukçuları Ebu Zehrâ'nın bahsettiği bu ihtimallerden daha çok caydırıcılık gerekçesi üzerinde durmuştur. Buna göre sarhoşun işlediği suçlardan sorumlu tutulması caydırıcılık maksadına yöneliktir. Ayrıca suç teşkil eden bir eylemin suç işleme aracı olarak kullanılmasının ve suç işlemeye eğilimli insanların suça yönelmesinin önüne geçer. Dolayısıyla sarhoşun cezai eylemlerinin karşılıksız bırakılmaması toplumsal huzuru sağlamak için güvenli bir yol olarak görülmüş ve İslam hukukunun gayeleriyle bağdaştığı ifade edilmiştir.⁹¹⁸

Bu konudaki ikinci görüşü temsil eden İslam hukukçularından bazılarına göre -İmam Şafii'nin iki görüşünden biri, Ahmed b. Hanbel'e ve Mâliki mezhebinde var olan bir görüş- sarhoşun yaptığı sözlü ve fiili tasarruflar geçersizdir. Buna göre, sarhoşun akitleri sahih olamaz ve rıza göstermiş olduğu söylenemez. Ayrıca sarhoş olan birinin işlediği suçlarda taammüd/kasıt eksikliği bulunur. Bu nedenle şüphayle düşen had ve kısas cezası infaz edilemez, onun yerine caydırıcılığı sağlaması için ta'zîr cezası verilir.⁹¹⁹ Şafîî mezhebi fakihlerinin çoğunluğu, sarhoş bir kimsenin aleyhine yaptığı itiraflarının işlediği suçun Allah hakkına veya kul hakkına müteallik olması fark etmeksizin geçerli olduğunu ve bu itiraflardan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini söyler. Çünkü aklını kaybedeceğini bilmesine rağmen sarhoş olmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla bunun sonuçlarına katlanması gerekir. Bu hüküm ona bir yaptırım ve caydırıcı bir önlem olarak uygulanır. Ayrıca bu tür davranışların başkaları tarafından da terk edilmesi

⁹¹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 24/32; Abdülaziz, *Keşfu'l-esrar*, 4/356; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/41; Dönmez, "Sarhoşluk", 36/144.

⁹¹⁷ Ebu Zehra, *el-Cerîme fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 366.

⁹¹⁸ Âdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 1/583; Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*, 138; Dönmez, "Sarhoşluk", 36/145.

⁹¹⁹ Ebu Zehra, *el-Cerîme fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 368.

amacıyla bir örnek teşkil eder. Şafîî fakihlerinin çoğunluğunun caydırıcılığı ve cezayı esas aldığı görülmektedir. Ancak sarhoşun yaptığı ikrar konusunda farklı görüşler mevcuttur. Buna göre sarhoş olan kişi yalnızca içki içme suçundan dolayı cezalandırılması gerekir. Sarhoşken yaptığı itiraflardan dolayı başka bir had cezasına çarptırılmasının ise doğru olmayacağı kanaatindedirler. Çünkü bu tür bir itiraf, sarhoşluk nedeniyle akıl zafiyeti şüphesi doğurur. Bu nedenle hukuki olarak kesin delil kategorisinde değildir. Dolayısıyla bu ikrarın doğru olma ihtimali kadar yanlış olma ihtimali de bulunur. Bu durum kazf suçunu işlediğini itiraf etmesi durumunda da geçerliliğini korur. Zira içki içme suçuna verilen ceza bu tür itiraflar göz önünde bulundurularak belirlenmiştir. Bu durum Hz. Ali'nin bu konudaki içtihadında da açıktır.⁹²⁰

Bu görüşü ele alan İbn Teymiyye, ayık bir kişiyle sarhoşun adam öldürmesinin eşit derecede günah olamayacağını söyler. Bununla birlikte o, kişinin adam öldürmeyi önceden planlayıp cesaret bulmak maksadıyla içki içip sarhoş olabileceği ihtimalini de göz önünde bulundurur ve bu durumda sarhoşun ayık olan kadar hatta ondan çok daha fazla günah kazanacağını söyler. Ancak bu ihtimali uygulanması icap eden bir görüş olarak aktarmamıştır.⁹²¹

Hanefî mezhebinin ve çoğunluk fakihlerin bu konudaki yaklaşımı sarhoşun belli istisnalarla birlikte sözlü ve fiili tasarruflarını geçerli saymak ve bunun bir sonucu olarak işlediği suçları cezalandırmak yönünde olmuştur. Bu anlayışa göre masiyet olan bir eylem başka masiyetlere mazeret teşkil edemez. Böylelikle sarhoşken işlenen suçların artmasının ve caydırıcılığın azalmasının önüne geçilir. Bu konudaki diğer bir görüş ise sarhoşluğu cezayı düşüren bir şüphe olarak değerlendirir ve caydırıcılığın ta'zîr cezasıyla gerçekleşeceğini savunur.

Hanefî mezhebi had cezalarının şüpheyile düşüp düşmeyeceği konusundaki tartışmalı meselelerde genellikle sanığın şüpheden yararlanma ilkesini benimsediği görülmektedir. Kanaatimize göre burada sarhoşlukla ilgili benimsenen bir başka ilke -masiyetin bir başka masiyete gerekçe olarak kullanılamaması- şüpheyi bertaraf etmiştir. Bu konuda verilebilecek farklı yönde bir hükmün insanlar tarafından suistimal edilebileceği öngörülmüş ve caydırıcılığı büyük ölçüde sekteye uğratacağı tespit edilmiştir. Ancak şunu söylemek gerekir ki söylediğini kastetmediği muhtemel olduğu için irtidadı geçerli sayılmayan sarhoşun işlediği tüm had suçlarına, taammüd eksikliği şüphesine rağmen suçun asli cezasını vermek, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Bugün modern hukukun benimsediği bakış açısı İbn Teymiyye'nin de savunduğu ikinci görüşe yakındır. Kanaatimize göre günümüzde sarhoşluğun

⁹²⁰ Hafnâvî, *eş-Şübehât ve Eseruhâ*, 381.

⁹²¹ Ebu Zehra, *el-Cerîme fî'l-fikhi'l-İslâmî*, 368-369.

kişinin kasdı üzerindeki etkisi üzerine yorum yapmak, kanındaki alkol düzeyinin tespit edilmesiyle birlikte daha kolaydır. Bu nedenle ikinci görüşün insan hakları bakımından daha ihtiyatlı bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

Şübh haddinin kişiye ayıldığı zaman uygulanması gerekmektedir. Bu durum, fakihler tarafından caydırıcılık gerekçesiyle açıklanmıştır. Buna göre cezadan beklenen caydırıcılık amacı yalnızca kişinin işlediği suçun karşılığı olan cezayı doğru algılayıp onun verdiği acı ve utancı hissedebilmesiyle, yani ayık ve kendinde olması hâlinde gerçekleşir.⁹²² Aynı şekilde akıl hastalığı sebebiyle ceza gerektiren bir fiil işlendiğinde, kişi sağlıklı olduğu bir dönemde işlemiş olsa dahi caydırıcılığı sağlamayacağı için cezalandırılmaz.⁹²³

4.5. CEZA NÖRLARININ UYGULAMA ALANI VE CAYDIRICILIK İLİŞKİSİ

4.5.1. Kişi Bakımından: Devlet Başkanının Had Suçu İşlemesi

Klasik fıkıh anlayışında, devlet başkanının kul hakkı kapsamında değerlendirilen suçlarda sorumluluk sahibi olduğu; buna karşılık Allah hakkına ilişkin had suçlarından mesul olmadığı görüşü kabul görmüştür. Bu mesele, had cezalarını infaz etme yetkisinin devlet başkanının elinde olmasıyla ilgilidir. *Tebyinu'l-hakâik*'te bu durum şöyle anlatılır:

Halife, had cezalarını kendi üzerine uygulayamaz; çünkü hadlerin infazı, kişiyi utandırma ve ibret verici bir ceza yoluyla caydırma amacı taşımaktadır. Hiç kimse, kendine bunu yapmaz ve kendisine ceza uygulayarak caydırılmaz. Çünkü insan, kendi nefsinden korkmaz ve bu cezaya ehemmiyet vermez. Dolayısıyla bu cezalandırma fayda vermez. Ayrıca halife vekilinin uyguladığı had cezaları, onun emriyle gerçekleştiği için halifenin eylemi/fili gibidir. Ancak bu da caydırıcılık sağlamayacağı için şer'î olarak meşru kabul edilmez. Çünkü şer'î hükümler, fayda sağlamak amacıyla va'z edilmiştir; bir hüküm amacına ulaşmadığı takdirde meşru olmayacaktır.⁹²⁴

Sahabe, “seferde el kesilmeyeceğine” dair duymuş oldukları hadisin⁹²⁵ içerdiği hikmete uygun düşecek uygulamalarda bulunmuşlardır. Örneğin *Alkame en-Nehaî*'den rivayet edildiğine göre

⁹²² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 24/11; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/505-506.

⁹²³ Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyinül-hakâik fi Şerhi Kenzi'd-dekâik ve Hâşiyetü's-Şilbî* (Bulak: Matbaatü'l-kübrâ el-Emîriyye, ts.), 2/109.

⁹²⁴ Zeylaî, *Tebyinül-hakâik*, ts., 3/187.

⁹²⁵ Ebû Dâvûd, “Hudud”, 18.

bir sefer esnasında içki içen komutan Velid b. Ukbe'ye celde cezası uygulanmamıştır. Bu konuda benzer anlamlar taşıyan iki rivayetten birine göre had cezasını infaz etmek istemeyen İbn Mesud ve Ebu Huzeyfe şöyle demiştir: “Düşmanın bu durumdan haberdar olmasını bu yüzden de bize karşı cüret kazanmalarını ve karşılarında zayıf düşmeyi istemeyiz.” Ayrıca Hz. Ömer, komutan ve valilere gönderdiği bir mektupta şu talimatı vermiştir: “Gazaya çıkmış bir ordu komutanını veya bölük komutanını ya da bir neferi, dönüp vatanına gelinceye kadar celde ile cezalandırmayınız. Çünkü bunu şeytani bir gurur konusu yapar da küffara sığınmaya kalkışabilir.”⁹²⁶

4.5.2. Yer Bakımından: Dârül-İslam -Dârül-Harp

Hanefî mezhebine göre darü'l-harb'de veya dârü'l-bağyde had suçu işleyen bir kişiye İslam topraklarına döndükten sonra had cezası uygulanmaz. Bu konudaki delilleri öncelikle “Dârü'l-harpte had cezaları uygulanmaz” hadisidir. Bununla birlikte cezanın amacı caydırıcılıktır. Ancak devlet başkanının otoritesi bu bölgelerde geçerli olmadığı için had cezasının infaz edilmesi faydasız hâle gelir. Dolayısıyla o ortamda işlenen suç için had cezasını gerektirecek bir yükümlülük meydana gelmemiştir, döndükten sonra da bu yükümlülük oluşmayacaktır.⁹²⁷ Zira Hanefî mezhebine göre suçun infaz edilebilirliği ile cezai yükümlülüğün oluşması arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Cezanın amacı olarak caydırıcılık ise bu bağ anlamı noktasında mihenk taşıdır.

Neticede dârü'l-harp veya dârü'l-bağyde suç işleyen kişinin dârü'l-İslam'a döndükten sonra cezalandırılmaması meselesi, caydırıcılıkla şöyle ilişkilendirilmiştir: Cezanın belli bir amacı vardır o da caydırıcılıktır. İslam diyarında işlenmeyen bir suç olduğu sırada suçun otorite tarafından cezalandırılma olasılığı yoksa bu cezanın faydasız olduğu ve caydırıcılık amacının gerçekleşmeyeceği bir durum demektir. Cezanın faydasız olduğu durumda cezai yükümlülük oluşmayacaktır. Cezai yükümlülük ilkten oluşmadıysa İslam devletine dönmekle tekrar oluşmaz.

⁹²⁶ İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, 1991, 3/13-15.

⁹²⁷ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 2/347; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/182.

4.6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE CAYDIRICILIK İLİŞKİSİ

4.6.1. Tedahül/İçtima

Ceza hukuku terimi olarak içtima, “Bir kimsenin işlediği bir suçtan dolayı henüz kat’î bir mahkumiyete uğramadan veya böyle bir mahkumiyete uğramışsa da cezasını tamamen çekmeden ikinci bir suç işlemesidir. İslam hukukunda içtima müessesesi daha çok tedahül kavramıyla ifade edilmektedir.”⁹²⁸ Sözlük anlamı iki şeyden birinin diğerinin içine girmesi olan tedahül⁹²⁹, İslam hukukçularına göre “Suçların çok olması hâlinde cezaların iç içe geçmesi ve bütün suçlar için faile tek bir suç işlemişçesine tek bir ceza uygulanmasıdır.”⁹³⁰

Tedahül teorisine göre aynı türden suçlar birbirine tedahül eder ve her biri için tek bir ceza yeterli olur. Ancak ceza uygulandıktan sonra aynı suçu işleyen failin tekrar cezalandırılması gerekir. Aynı türden suçlarda esas alınan, konu (mahal) birliğidir. Unsur ve cezaların aynı olması gerekmez. Buna göre örneğin adi hırsızlıkla hirâbe suçu da hırsızlık türündendir ve suçlar tedahül ederek ağır olan ceza uygulanır.⁹³¹

İslam ceza hukukunda fayda bulunmadığı zaman hüküm konulamayacağı genel bir kanaattir. Bu nedenle bir kişinin had cezasını gerektiren bir fiili tekrar etmesi durumunda -diğer tekrarlarında bir fayda olmayacağı için- bir tek had cezası ile yetinilmektedir. Çünkü asıl amaç olan suçlunun ve diğer insanların caydırılması (özel ve genel caydırıcılık) ilk ceza ile gerçekleşir.⁹³² Bu ilkenin gerekçesi cezanın ıslah ve caydırıcılık amacına hizmet etmesiyle açıklanmıştır. Tek bir cezanın bu amacı gerçekleştirmek için yeterli olacağı varsayılır. Suçlunun tekrar suça dönme ihtimali mümkün olsa da bu ihtimal tek başına yeterli değildir. Yalnızca failin aynı suçu tekrar işlemesi hâlinde ceza yinelenecektir. Çünkü bu şekilde ilk cezanın caydırıcı olmadığı ortaya çıkmış olur.⁹³³

Aynı türden had cezalarının tedahül ettiği görüşü cumhur tarafından kabul edilmiştir. Bu suçların içerisinde ölüm cezasını gerektiren bir had suçu varsa Hanefî, Mâlikî ve Şâfiî

⁹²⁸ Sabri Erturhan, “İslam Ceza Hukukunda İçtima” adlı çalışmasında tedahül sisteminin modern hukuktakinden farklılık arz ettiğini söyler. Çünkü modern hukukta en benzer olarak kabul edilebilecek müteselsil suçlarda aynı türden farklı suçlar tek bir suç olarak kabul edilse de cezai artırımı gidilmektedir. Sabri Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima* (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2003), 134-135. Sabri Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima* (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2003), 134-135.

⁹²⁹ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, 27-28.

⁹³⁰ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/747.

⁹³¹ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/747.

⁹³² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/102, 177; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/173, 237.

⁹³³ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/747-748.

mezheplerinde tercih edilen görüşe göre yalnızca ölüm cezası uygulanır. Çünkü bu ceza, yeterince ağır ve genel caydırıcılığı sağlayan bir cezadır. Dolayısıyla ona ek olarak daha hafif cezaların uygulanması faydadan yoksundur. Böylelikle cezalar tedahül eder ve yalnızca ölüm cezası uygulanır. Fakihler aynı türden had cezalarının tedahülü konusunu özellikle recm cezasıyla celde cezasının ve celdeyle birlikte sürgün cezasının uygulanıp uygulanmayacağı bağlamında sıklıkla ele almışlardır.⁹³⁴ Nitekim Serahsî şöyle der: “Maksat, suçun işlenmesine sebep olan şeyden caydırmaktır ve en etkili caydırıcılık insan ruhuna en ağır gelen cezayla olur. Bu yüzden recmle birlikte celde cezası gerekmez. Bununla iştilgal etmek faydasız bir iştir ve içinde fayda olmayan şey şeriatta had olarak vazedilemez.”⁹³⁵

İmam Muhammed ve Ebu Yusuf bu düşünceyi hırâbe cezasına da tatbik etmişlerdir. Buna göre hırâbe suçunu işleyen kişi, eğer salb cezasını gerektirecek bir suç işlediyse bu ceza infaz edilir ve diğer suç türleri için ceza uygulanmaz, dolayısıyla tedahül bu cezada da geçerlidir. Ebu Hanife ise böyle düşünmemektedir. Ona göre bu had cezasında suçun ağırlığına bağlı olarak ceza da ağırlaştırılmıştır. Dolayısıyla önce el ayak kesme cezaları, daha sonra öldürme cezası ağırlaştırmaya daha yakındır. Devlet başkanı bunu haddin teşri amacına daha uygun bulduğu için bu şekilde uygulayabilir. El ve ayak kesme cezasını gerektiren sebep mal çalmak, öldürme için mucip sebep de birini öldürmektir. Burada her iki suç da tespit edilmiştir. Ayrıca bu tek bir had türüdür. Tedahül ise yalnızca farklı had türleri arasında gerçekleşebilir. Bu zina cezasındaki celdelere benzer. Orada nasıl tedahül olmazsa burada da aynı şekilde tedahül olmayacaktır.⁹³⁶

Zina, içki, hırsızlık ve hırâbe gibi suçlarda tedahül hükümlerinin cereyan etmesi, bu suçların toplum maslahatına yönelik olması, dolayısıyla Allah hakkı içermesiyle açıklanmıştır. Kazf suçunda hangi hakkın daha baskın olduğu ihtilaflı olduğu için bu suçta tedahülün geçerli olup olmadığı da benzer şekilde ihtilaflıdır. Hanefî mezhebinin yaklaşımına göre bu suçta ağır basan Allah hakkı olduğu için tedahül hükümleri cereyan eder.⁹³⁷

Farklı cinsten had cezalarının içtimasını fakihler tarafından kabul görmemiştir. Çünkü her had suçu farklı bir değeri ihlal eder ve cezası başka bir amaca yöneliktir. Bununla birlikte bir kişinin tek bir tür suçu için ceza almasının diğer suçlar için had cezası olmadığı gibi yanlış bir inanca

⁹³⁴ Mâverîdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 13/366; Mergînânî, *Hidâye*, ts., 2/343; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2004, 4/218; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/381, 488; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, ts., 5/11; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/52; Abdurrahman b Muhammed b İyaz Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003), 5/60.

⁹³⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/37.

⁹³⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/195-196; Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 3/237.

⁹³⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/71; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 1937, 4/96; Ayrıntılı hükümler için bk. Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, 105-115.

kapılmasına ve o cezalardan caydırılmamasına yol açacağı düşünülmüştür. Bu şekilde farklı had suçları işleyen kişiye cezaların hangi sırayla uygulanacağı mezhepler arasında ihtilaflıdır. Burada Allah hakkı ve kul hakkı ayrımı ön plana çıkmaktadır. Hanefî mezhebine göre kul hakkı içeren had cezaları daha önce uygulanır. Buna göre örneğin kazf, hırsızlık, zina ve içki içme suçlarını işleyen faile önce kazf haddi, daha sonra hâkimin takdirine göre zina veya hırsızlık, son olarak sünnetle sabit olan bir ceza olduğu için içki içme cezası tatbik edilir.⁹³⁸ Merğînânî, hem aynı hem de farklı ceza türleri arasındaki içtimayı şöyle açıklar:

Her kim birden fazla defa kazf, zina, içki içme, suçunu işlerse hepsi için tek bir had uygulanır. Had ve kazfde haddin ikame edilmesindeki maksat Allah hakkı için olması ve caydırıcılıktır. Bu caydırıcılığın ilk cezayla birlikte hasıl olması ihtimali/olasılığı bulunur. İkinci cezayla bu maksadın yok olması şüphesi vardır. Ancak kişi zina eder, kazf yapar, hırsızlık yapar ve içki içerse maksat her birinde farklı olduğu için burada cezalarda tedahül olmaz. Kazifte ağır basan bize göre Allah hakkıdır. İmam Şâfiî ise iftira atılan ile iftira konusu (zina) değişirse burada suçların içtima etmeyeceğini tedahülün geçerli olmadığını söylemiştir. Çünkü galip olan kul hakkıdır.”⁹³⁹

Şafii mezhebine göre bütün cezalar peş peşe uygulanmamak koşuluyla ayrı ayrı infaz edilir. Hanefî mezhebinde olduğu gibi kul hakkı olduğu için aralarında bulunması durumunda kazf haddine öncelik tanınır. Ayrıca cezaların içtiması hâlinde kesme cezasının ölüme sebebiyet verebileceği düşüncesinden hareketle celde cezası kesme cezalarına öncelenir. Mâlikî fakihleri ise affin geçerli olmamasını gerekçe göstererek Allah hakkı içeren had cezalarının kul hakkı içerenlerden daha önce uygulanacağı fikrini benimsemiştir. Failin canına bir zarar gelmesinden endişe duyulmadığı takdirde ağır olan had cezasından başlanır. Hanbelî mezhebine göre ise infazda daha hafif olan cezadan başlanır, en son en ağır ceza uygulanır.⁹⁴⁰

Aralarında idam cezasının da bulunduğu farklı tür had suçu işleyen faile hangi cezaların nasıl bir sıralamayla tatbik edileceği de ihtilaflı bir diğer meseledir. Hanefî mezhebine göre idam cezasından önce kul hakkına ilişkin cezalar uygulanır. Adam öldürme suçunun salt Allah hakkı olan had suçlarıyla içtiması durumunda yalnızca kısas infaz edilir ve diğer had cezaları uygulanmaz. Bu durum aynı suçların içtimasında olduğu gibi yine caydırıcılık gerekçesiyle açıklanmıştır. Zira idam cezası başkaları için yeterli caydırıcılığı sağlar. Diğer cezaların da uygulanması bu durumda herhangi bir anlam veya fayda içermeyecektir.⁹⁴¹ Mâlikî ve Hanbelî

⁹³⁸ Cezîrî, *Fıkıh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/210; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, 137-138.

⁹³⁹ Merğînânî, *Hidâye*, ts., 2/361.

⁹⁴⁰ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, 138.

⁹⁴¹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 1966, 4/52.

mezhepleri de bu konuda benzer bir yaklaşım içindedir.⁹⁴² Şafii mezhebi ise idam cezasının diğer had cezalarının tatbikini engellemeyeceği görüşüne sahiptir. Buna göre cezalar, celde, kesme ve idam cezası sırasına göre infaz edilir.⁹⁴³

Suçların tedahülü konusunda fakihlerin büyük ölçüde caydırıcılık ilkesinden hareket ettikleri görülmektedir. Faydasız ceza verilemeyeceği ve bu faydanın da caydırıcılık olduğu sık sık bu konu bağlamında vurgulanmıştır. Bu aynı zamanda modern hukuktaki suçların içtimasında çoğunlukla ağırlaştırmaya hükmeden yaklaşımla kıyaslananınca insani değerlerle daha uyumludur. İslam ceza hukukuna göre ceza mutlaka bir fayda sağlamalıdır. Aynı suçu işleyen bir kişiye verilecek tek bir ceza -ta'zîr hakkı farklı koşullar altında saklı kalmak üzere- büyük ölçüde hem o hem de diğer insanlar için caydırıcılık amacını yerine getirecektir. Dolayısıyla sebepsiz bir şekilde cezada ağırlaştırmaya gitmek hem faydadan yoksundur hem de suçlu onurunu daha fazla zedeler ve ıslahını zorlaştırır. Ancak böyle bir karşılaştırma yaparken unutulmaması gereken durum, had cezalarının bedene yönelik olmasıdır. Örneğin 100 celde olan zina cezasını suçun taaddüdüyle birlikte artırmak her ne kadar araya zaman koyarak infaz etmek mümkün görünse de kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığını tehdit edecektir.

4.6.2. İştirak

İştirak, sözlükte bir işe ortak olmak ve katılmak anlamlarına gelir. Ceza hukukunda ise bir suçun işlenmesine birden fazla kişinin katılmasını ifade eder. İştirak, suçların yapısı gereği, kazf, zina, içki içme, irtidat gibi suçlarından ziyade, cinayet, hırsızlık (ve hırâbe) suçlarında söz konusudur.⁹⁴⁴ İştirak hâlinde yapılan hırsızlıkta çalınan mal paylaştırıldığı takdirde her bir suç ortağına düşen mal/pay nisap miktarını aşıyorsa ve diğer şartlar da sağlanmışsa faillerin elleri kesilecektir. Bu konuda mezhepler arasında ittifak bulunmaktadır.⁹⁴⁵

Hanefî mezhebine göre hırs mahalline birlikte giren failler, içlerinden birine çalınan malı yükler ve bu kişi de malı hırs mahallinden çıkarırsa bütün ortaklar had cezası alırlar. Suç ortaklarının farklı zamanlarda hırs mahallini terk etmeleri arasında bir fark yoktur. İmam Züfer, kıyasa uygun olan hükmü tercih etmiş ve yalnızca malı hırs altındaki yerden dışarı çıkaran mübaşire

⁹⁴² Sahnûn, *El-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, 4/485; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/381.

⁹⁴³ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 13/373; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, 141-143.

⁹⁴⁴ Sabri Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 442.

⁹⁴⁵ Üzeyir Köse, "İslam Ceza Hukukunda Ortaklaşa Yapılan Hırsızlık", *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18/18 (31 Aralık 2020), 268.

aslı cezanın uygulanması gerektiğini düşünmüştür. Ebu Hanife ve İmameyn ise burada kıyası terk edip istihsana başvurarak bütün faillerin had cezası alması gerektiğine hükmetmiştir. Onlara göre gözcülük yapma veya harici engellere karşı koyma gibi iş bölümü yapan failler suçun manevi ortağıdır. Hanbeliler de yardım eden ortakların asli cezası alması konusunda Hanefi mezhebiyle aynı görüşü benimsemektedir. Mâlikî mezhebi ortak faillerin malı dışarı çıkarma konusunda da yardımlaşmalarını şart koşmuş, Şafii mezhebi ise her failin kendi eyleminin teşkil ettiği suça göre ceza alacağına hükmetmiştir.⁹⁴⁶ Wael B. Hallaq, bu meselede Hanefi istihsanı tercih eden yaklaşımı aktarır ve bunun İslam ceza hukukunda cezanın gerekçesi olan caydırıcılığın suça katılan bütün hırsızların sorumlu tutulmaları yönünde olduğunu ifade etmiştir.⁹⁴⁷

Her bir suç ortağına düşen pay nisap miktarına ulaşmıyorsa suçun asli cezasının verilip verilmeyeceği ise bir başka ihtilaf konusudur. Suçun asli cezasının verileceğini söyleyen fakihler nisap miktarı bir mal çalınmış olmasını esas alır ve fail sayısına ve her birine düşen paya itibar etmezler. Had cezasını gerekli görmeyen fakihler ise failleri ve onların fiilleri sonucu ortaya çıkan duruma itibar eder ve nisap miktarına ulaşan tek bir mal karışlığı her binin ellerinin kesilmesini gerekli görmez.⁹⁴⁸

Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri ana hatlarıyla ilk görüşü savunurken Hanefî ve Şafîî mezhepleri ise bu durumda haddin düşeceğini söyleyen ikinci görüşten yana olmuştur. Mâlikî mezhebine göre tek bir hırzdan nisap miktarı malı çıkarmada yardımlaşmışlarsa ve bu yardımlaşmaya ihtiyaç varsa her birinin elinin kesilmesi vacip olur. Eğer bu yardımlaşma olmadan her bir ortak ayrı ayrı suç bölgesinden malı çıkartırsa hiçbirinin eli kesilmez. Bu durum, bir kişinin elini kesenlerden her birinin sadece bir parça kesmesi durumunda kısas cezasının gerekmemesine benzetilmiştir. Hanbelî mezhebinde ise suç ortaklarının birlikte korunmuş alanı ihlal etmiş ve nisabı birlikte çıkarmış olması had cezası almaları için yeterlidir. İbn Kudâme'nin açıkladığına göre bu meseledeki hüküm kısasla farklılık arz eder.⁹⁴⁹ O, bu durumu şöyle açıklar:

...Kisas, birebir karşılık esasına dayanır ve bu karşılıklılık ancak fiillerinin elin tüm parçalarında bulunmasıyla gerçekleşir. Bizim meselemizde ise amaç, herhangi bir benzerliğe itibar etmeksizin yalnızca caydırıcıdır. Caydırmaya duyulan ihtiyaç da malın çıkarılmasını önlemek

⁹⁴⁶ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak*, 153-159; Köse, "İslam Ceza Hukukunda Ortaklaşa Yapılan Hırsızlık", 271-272.

⁹⁴⁷ Hallaq, *Shari'a*, 50.

⁹⁴⁸ Köse, "İslam Ceza Hukukunda Ortaklaşa Yapılan Hırsızlık", 269.

⁹⁴⁹ İbn Kudâme'nin kendi düşüncesi had cezasının en küçük şüpheyle düşmesi ilkesinden hareketle Hanefî ve Şafîî mezhepleriyle aynı doğrultuda olmuştur. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/468.

içindir. Bu durumda korunaklı yere birlikte girmiş olmaları ya da birinin girip nisabın bir kısmını çıkardıktan sonra diğerinin girip kalanını çıkarması arasında bir fark yoktur. Çünkü her iki durumda da hırsızın ihlali ve nisabın çıkarılmasında ortak hareket etmişlerdir. Dolayısıyla sanki malı birlikte taşımışlar gibi, her ikisinin de eli kesilmesi gerekir.⁹⁵⁰

Burada Hanbeli mezhebinin görüşü delillendirilirken had cezalarının caydırıcılık amacına yönelik olması öne sürülmüştür. Dolayısıyla eşitlik olmasa da iştirak hâlinde çalınan tek bir nisap miktarı mal söz konusuysa caydırıcılık gerekçesiyle bütün ortaklara suçun asli cezasının verilmesine hükmedilmiştir. Bu konuda diğer mezhepler ise daha güvenli yolu tercih etmiş ve had cezalarının şüpheyle düşeceği ilkesinden hareketle suçun ta‘zîr cezasıyla cezalandırılması gerektiğine kanaat getirmiştir.

Hirâbe suçunda eğer eşkıyalar bir araya gelir ve bazıları doğrudan cinayet işler veya mal çalarken diğer bir kısmı da gözcülük yapmak ve benzeri gibi destekleyici roller üstlenirse, bu kişilerin nasıl değerlendirileceği meselesi ihtilaf konusu olmuştur. Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre destekleyenlere de aynı ceza uygulanır. Çünkü yol kesme suçu gruptaki herkesin birbirine yardım etmesiyle tamamlanır. Şafîî mezhebine göre ise bu kişiler bizzat cinayet işlemez veya mal çalmazsa hâkim tarafından ta‘zîr cezasıyla cezalandırılır. Bu cezanın niteliği ve niceliği hâkimin takdirine bırakılmıştır.⁹⁵¹

İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu müştereken işlenen adam öldürme suçunun kısasla cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Sahabe ve tâbiinden bir grup âlim suça iştirak edenlerden yalnızca birinin kısas edilmesi, diğerlerinin ortaklaşa diyet ödemeleri gerektiğine hükmetmiştir. Bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel, herhangi birine kısas uygulanmayacağı ve ortaklaşa diyet ödeyecekleri kanaatindedir.⁹⁵²

Bir grup cinayetiyle ilgili olarak Hz. Ömer’in “Bütün San’a halkı öldürmeye iştirak etseydi hepsine kısas uygulardım” ifadesi, Hz. Ali’nin bir adamı öldüren üç kişiyi kısas etmesi ve İbn Abbas’tan aynı minvalde gelen rivayet çoğunluğun görüşünün en önemli delilleridir. Neticede sahabe arasında bu konuda icmâ olduğu kabul edilmiştir.⁹⁵³

Çoğunluğun vardığı bu hüküm, caydırıcılık hikmetiyle gerekçelendirilmiştir. Şöyle ki eğer kısas, suçun müşterek işlenmesi sebebiyle düşecek olursa, bu durum insanların öldürme

⁹⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/468.

⁹⁵¹ Cezîrî, *Fıkh ale’l-mezahibî’l-erbaa*, 2003, 5/362.

⁹⁵² Ahmet Akgündüz, “İştirak”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/443.

⁹⁵³ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 4/452; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/491; Akgündüz, “İştirak”, 23/443.

konusunda cesaret bulmasına yol açar ve bu da kısasın caydırıcılık hikmetini ortadan kaldırır. Bir kişinin gruba ait olmadığını söylemek mümkün olsa da burada fiil açısından eşitlik bulunması önemsenmiştir. Çünkü öldürme fiili ortaktır ve bu suç, caydırıcılık ve telafi gerektirir. Eğer bu tür bir öldürmede kısas uygulanmazsa, kısas kurumu devre dışı kalır. Çünkü birini öldürmek isteyen herkes, başka insanları kendisine ortak ederek kısastan kurtulabilir. Böyle bir sonuç, kısasın temel amacı olan hayatın muhafazasını geçersiz kılar.⁹⁵⁴ Zeylaî, bu hükmü şu şekilde açıklamıştır:

Öldürme, genellikle topluca baskınlık kurma yoluyla gerçekleşir ve kısas, caydırıcılık hikmeti için meşru kılınmıştır. Bu nedenle her biri o cinayeti tek başına işlemiş gibi kabul edilir ve hepsi hakkında kısas uygulanır. Böylece ayetteki hayat ifadesinin anlamı tam olarak gerçekleşmiş olur. Eğer böyle olmasaydı, kısas kapısının kapanması ve yok oluş kapısının açılması gerekirdi. Çünkü öldürme çoğunlukla bir kişi diğerine karşı koyduğu ve bu nedenle ona güç yetiremediği için tek bir kişiden meydana gelmez. Dolayısıyla bu şekilde bir öldürme nadiren meydana gelir. Halbuki caydırıcı hüküm, sıklıkla meydana gelen şeylerde meşru kılınır, nadiren gerçekleşenlerde değil. Ayrıca ruhun yok oluşu bölünmez bir şeydir ve bölünmeyen bir şeyde bir grubun ortaklığı, her birinin hakkında tam bir sorumluluk gerektirir. Bu yüzden ölüm, sanki başka hiç kimse yokmuş gibi bütünüyle her birine nispet edilir. Bu, nikahta velayet hakkının paylaşımı gibidir.⁹⁵⁵

Kisas cezası eşitlik (müsavat) esaslı olduğu halde adam öldürme suçunun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda caydırıcılık maksadı ön plana çıkmaktadır. Serahsî iştirak hâlinde işlenen cinayeti bir kişinin birden fazla kişiyi öldürmesi durumuyla kıyas eder. Buna göre eğer bir kişi birden fazla insanı aynı anda öldürürse kura çekilir. Öldürülenlerden biri için katil kısas edilir, diğerleri için ise mirasından diyet ödemesi yapılır. Esasen katil öldürdüğü her bir can için can borçludur. Ancak tek bir canı olduğu için hepsi için kısas uygulanamaz. Aynı zamanda bu hüküm, mirasında azalmaya sebebiyet vereceği için caydırıcı nitelik taşır. Bununla birlikte iştirak hâlinde işlenen cinayetlerde bütün katillerin kısas edilmesine hükmedilmektedir. Bu konuda Hz. Ömer'in uygulaması dayanak olmuştur. Bir canın ancak bir can karşılığında alınacak olması kıyasa uygun olandır. Kur'an'daki "*Tevrat'ta onlara yazdık ki: Cana can...*"

⁹⁵⁴ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 12/29; Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/238-239; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/491; Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînül-hakâik fi Şerhi Kenzi'd-dekâik ve Hâşiyetü's-Şilbî* (Bulak: Matbaatü'l-kübâ el-Emîriyye, ts.), 6/114; Zeynülâbidîn b. İbrahim İbn Nüceym b. Muhammed, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzu'd-dekâik*, thk. Zekerîye 'Umeyrât (Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.), 8/354; Türkiye'de Ceza Adaleti Sistemine dair yazılan bir raporda iştirak hâlinde işlenen suçların oranının yüksek olduğu belirtilir. Suçun iştirak hâlinde işlenmesinin faillerdeki ahlaki kötülüğe işaret ettiği ve suçun daha kolay işlenmesini sağladığını ve yargılama ve kovuşturmada güçlüğü yol açtığını bu nedenle cürmün daha vahim sayılması gerektiği ifade edilir. Bu nedenle bazı batı kanunlarında olduğu gibi bu durumun ağırlaştırıcı bir sebep olarak tespit edilmesi caydırıcı etki yapması açısından fayda sağlayacağı önerisi getirilir. Bk. Dönmezer - Yenisey, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*.

⁹⁵⁵ Zeylaî, *Tebyînül-hakâik*, ts., 6/115-116.

ayeti de bu anlamı taşımaktadır. İştirak hâlinde işlenen cinayetlerde bütün katillerin ölüm cezası alması eşitliğe uygun değildir. Serahsî şöyle der:

Çünkü kısas hükmünün konulması, hayatın korunması hikmetine dayanmaktadır ve bu da caydırıcılık yoluyla gerçekleşir. Bunu daha önce açıkladık. Bilinmektedir ki haksız yere işlenen bir cinayet genellikle ancak üstünlük kurma (teğâlüb) ve bir araya gelme suretiyle meydana gelir. Çünkü bir kişi, bir kişiye karşı koyabilir. Eğer bir topluluğa, tek bir kişiyi öldürmeleri hâlinde kısas hükmünü uygulamayı zorunlu kılmasaydık, bu durum kısas kapısının kapanmasına ve ayette işaret edilen hikmetin geçersiz kılınmasına yol açardı. Bunu açıklayan husus ise, öldürmede esas amacın yalnızca intikam almak olmasıdır.⁹⁵⁶

Uzuvlara yönelik işlenen müşterek müessir fiillerde ise kısas hükmünün verilir verilmeyeceği tartışmalıdır. Şâfiî mezhebi, fiillerin iç içe geçmiş olması ve hangi müessir fiilin hangi fail tarafından gerçekleştirildiğinin bilinmemesi durumunda bütün faillerin kısas cezası alacağı görüşüne sahiptir. Fiillerin birbirinden ayırt edilebilmesi durumunda ise her faile kendi fiilinin cezası verilir.⁹⁵⁷ Hanbelî mezhebi de ihtilaflı olmakla birlikte benzer bir görüşe sahiptir.⁹⁵⁸ Mâlikî mezhebi suç ortaklarının daha önce suç üzerinde ittifak etmeleri hâlinde (cürmî kasıt birliği) mağdurun uzuvlarına mukabil her birinin aynı uzuvlardan kısas edileceğine hükmetmiştir. Buna göre cürmî kasıt birliğinin olmadığı tesadüfi cinayetlerde faillerin filleri ayırt edilebilir durumda ise ceza buna göre verilir. Bu şekilde değilse her biri failin mağdurun uzuvları karşılığında kısas edilip edilmeyeceği ihtilaflıdır.⁹⁵⁹

Cumhur, tek bir organ karşılığında birden fazla uzvun kısas edilebileceği yönündeki kanaatini, Hz. Ali'den gelen bir rivayetle desteklemiştir. Bu rivayete göre, Hz. Ali, şahitlikte hata sonucu eli kesilen kişi için şahitlerin diyet ödemesi gerektiğine hükmetmiş ve “Kasten yalancı şahitlikte bulunduğunuzu yakinen bilmiş olsaydım, mutlaka ikinizin de elini keserdim” şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. Ayrıca bu düşünceye göre cana yönelik müşterek cinayetlerde uygulanan kısasın uzuvlara da uygulanmaması için bir sebep bulunmaz. Hatta canın dokunulmazlığı uzuvlardan üstün olduğu hâlde tek bir kişiye karşılık çok sayıda kişinin canı alınabiliyorsa aynı şey uzuvlar için öncelikli olarak geçerli olması gerekir.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 26/127.

⁹⁵⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, 1410, 6/24; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 12/32; Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzebe* (Kâhire: İdâretü't-Tibâati'l-Müniriyye, 1347), 18/400.

⁹⁵⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/495-496.

⁹⁵⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2004, 4/183; İliş, *Minahu'l-celîl*, 1404, 9/39; Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/264-265; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak*, 147-151.

⁹⁶⁰ Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1999, 12/32; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/495.

Bu konuda Hanefî mezhebinin yaklaşımı diğer mezheplerden farklılık arz eder. Buna göre tek bir uzva yönelik cinayete karşılık birden fazla uzva kısas cezası uygulamak mümkün değildir. Kasani, tek bir kişinin uzuvlarına yönelik cinayetle birden fazla suç ortağının uzuvları arasında ne bizzat organlar ne menfaat ne de fiil açısından bir denklik olmadığını ifade eder. Müellif, bu konuda Hz. Ali'den gelen rivayete de yer verir ve onun sözünün bu konuda delil teşkil etmeyeceğini, çünkü siyaset amaçlı söylediğini belirtir. Buna delil olarak da Hz. Ali'nin kesme fiilini kendine nispet etmesini gösterir.⁹⁶¹

Mergînânî, bir kişinin elinin iki kişi tarafından kesilmesi örneği üzerinden uzuvlara yönelik işlenen müşterek cinayet meselesini ele alır ve cana yönelik cinayetle neden farklı hüküm verildiğini şöyle açıklar:

Bize göre ise her biri elin bir kısmını kesmiştir. Çünkü kopma, ikisinin ortak katkısıyla meydana gelmiştir. Kesilen uzuv bölünebilir olduğundan, her birine bir kısmı nispet edilir. Bu nedenle tam bir mümâselet yoktur. Bu, cana yönelik cinayetten farklıdır. Çünkü canın çıkması/yok olması/ölüm bölünemez. Ayrıca adam öldürme, maktulün yardımına gelinmesinden korkulduğu için çoğunlukla iştirak hâlinde gerçekleştirilir. Ancak elin eklem yerinden kesilmesi nadir gerçekleşen bir durumdur. Zira yavaş ilerleyen birtakım hazırlıklara ihtiyaç duyar ve böylece yardımın yetişmesi mümkün olur.⁹⁶²

İbn Kudâme bu meselede kısasa hükmetmeyen tarafın görüşünü şöyle açıklamıştır:

Uzuvlarda eşitlik gözetilir. Buna delil olarak; sağlam uzvu felçli olanla, parmakları tam olanı eksik parmaklıyla, asıl olan uzvu sonradan çıkmış fazlalıkla, fazlalığı asıl olanla, sağ solla, solu sağla eşit tutmayız/görmeyiz. Benzer şekilde bir uzuvla birden fazla uzvu eşitlemeyiz. Bu nedenle aralarında kısas uygulamaktan imtina etmek gerekmektedir. Can konusunda (cana yönelik cinayetlerde) eşitlik dikkate alınmaz. Çünkü sağlıklı olanı hasta olanla, sağlam uzuvlu kesik ya da felçli uzuvluyla kısas ederiz. Uzuvlarda kısas uygulanırken, kesmenin mahiyetinde eşitlik gözetilir. Öyle ki her biri uzvun bir tarafından kesmiş olsa kısas gerekmez. Bu, can meselesinden farklılık arz eder. Çünkü cana yönelik kısası gerektiren iştirak çok sık meydana gelir. Bu nedenle kısas, ondan caydırmak ve böylece öldürme eyleminin iştirak yoluyla artmasına vesile yapılmaması için vacip kılınmıştır. Üzerinde ihtilaf bulunan iştirak ise, son derece nadir olarak meydana gelir ve bu sebeple ondan caydırmaya ihtiyaç yoktur.⁹⁶³

⁹⁶¹ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi*, 1986, 7/299.

⁹⁶² Burhaneddin el-Mergînânî, *el-Hidâye fî şerh Bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Yusuf Tallâl (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, ts.), 4/452.

⁹⁶³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/494.

İbn Kudâme, bu görüşü açıklarken son olarak bir kişiye karşı topluluğun kısas edilmesinin aslî kurala/kıyasa aykırı olduğu ve mümâselet ilkesini ihlal ettiği hâlde bir istisna olarak caiz kılındığını, bunun da çok sık meydana gelmesinden dolayı caydırıcılık amacına matuf olduğunu belirtir. Buna göre diğer bütün meselelerde haramlık esasına bağlı kalmak gerekir. Ayrıca canın uzuvdan daha şerefli olduğunu ve bir kişinin canını korumak için topluluğun tamamının bir kişiyle cezalandırılması gerekmiş olsa dahi bu durumun daha aşağı derecede olan uzvu korumayı gerektirmeyeceğini de sözlerine ekler.⁹⁶⁴

Ebû Zehra, Hanefî mezhebinin görüşünü tercih etmiş ve tek bir kişiye karşılık bir grubun kısas edilmesinin maslahat ve suçu önleme vasıflarının zorunlu kıldığı istihsan deliliyle sabit olduğunu, uzuvlarla ilgili böyle bir hüküm vermeyi gerektirecek bir durum olmadığını ifade etmiştir. Ona göre Hz. Ali'nin delil olarak gösterilen sözü, hırsızlıkla ilgili şahitlikte verilen kesme cezasına dairedir. Çünkü bahsedilen şahitliğin yalan olması hâlinde el kesme cezası tessebbüb yoluyla meydana gelmiş olacaktır. Dolayısıyla kesme fiili her iki şahide nispet edilebilir niteliktedir ve sebep olmada tam bir ortaklık bulunur. Bu ise fiilen kesme durumundan farklılık arz eder. Çünkü kesme fiilinin her iki ortağa da nispet edilebilmesinin tek yolu zaman ve mekân bakımından birleşen iki darbe ve neticesinde kesmenin nedeninin ayırt edilemiyor durumda olmasıdır.⁹⁶⁵

Kanaatimize göre Hanefî mezhebinin bu konudaki yaklaşımı nadir gerçekleşen durumlara fiilin aslî cezasını uygulamama prensibiyle uyum sağlamaktadır. Bu anlayışa göre bütün faillerin aslî iştirak yoluyla katıldığı uzva yönelik bir cinayet oldukça ender görülen bir durumdur ve böyle bir durumda caydırıcılık olması için fiilin aslî cezası verilemez. İştirak yoluyla adam öldürme ise çok sık gerçekleşmesi yönüyle diğerinden ayrılır. Bu durumda failleri kısas cezasıyla cezalandırmamak kısasın teşri kılınma hikmetine aykırı olacaktır. Bu nedenle mümâselet ihlal edilerek istihsânen tecviz edilmiştir. Uzuvlara yönelik işlenen müsterek cinayetler ise kıyas üzere kalır.

Mergînânî, Şafîi mezhebinin bu konuda kısasa hükmeden yaklaşımının caydırıcılık hikmetine binaen olabileceğini söyler.⁹⁶⁶ Burada caydırıcılık amaçlı kısasa hükmetmek mümkün görünse de Hanefî mezhebin bakış açısına göre caydırıcılık hikmeti nadiren gerçekleşebilecek hadiseler için söz konusu edilemez.

⁹⁶⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/494-495.

⁹⁶⁵ Ebu Zehra, *El-Ukûbe fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 337-338.

⁹⁶⁶ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 4/452.

Cana yönelik uygulanan kısas cezasında müminlerin birbirine eşit olduğu kabul edilir ve öldürülenle katil arasında bilgi, itibar, zenginlik, fakirlik, sağlık, hastalık, güç, zayıflık, yaşlılık, gençlik, yönetici ya da halktan biri olma gibi sıfatlarda bir farklılık olması, kısasın uygulanmasına engel teşkil etmez. “Müminlerin kanları birbirine denktir.” hadisi bu konuda delil gösterilmiştir. Ayrıca nitelik ve erdemlerde eşitlik aramanın kısasın tamamen ortadan kalkmasına ve caydırıcılık ile suça mâni olma hikmetinin ortadan kalkmasına yol açacağı düşünülmüştür.⁹⁶⁷

Had cezaları şahitlik veya ikrar üzerine tespit edilir ve davaya intikal ettikten ve mevzubahis suçun kesin olarak işlendiği belirlendikten sonra geri dönüşü yoktur. Bu yüzden suçun kesinliğine halel getirecek en ufak bir durum meydana gelmişse dava karara bağlanırken göz önünde bulundurulur. Zira oldukça ağır olan bu cezaların telafisi bulunmaz ve Allah hakkı olan suçlarda genel caydırıcılık ilkesini zedeleyecek bir durum söz konusu değilse tövbe kapısının açık olduğu daima hatırlatılır. Kul hakkı içeren kısas cezaları ise mağdurun talep hakkı doğrultusunda verilir. Cinayet işleyenin ceza alıp almayacağının kararı tamamen mağdurun ellerindedir. Onun verebileceğinin dışında bir af veya kolaylaştırma söz konusu değildir.

Mecelle’nin külli kaideleri arasında yer alan “Mübâşir yani bizzat fail ile mütesebbib müçtemi oldukta hükm fâile muzaf kılınır” kaidesinin İslam ceza hukukunda önemli neticeleri vardır. Bir suç eylemi, bireysel veya toplu olarak işlenebilir. Tek bir fail tarafından işlenen suçlar oldukça tipiktir. Ancak toplu suç eylemleri, suça katılım derecelerine bağlı olarak birincil veya ikincil fail olarak bilinen, bir veya daha fazla kişi tarafından işlenir. İkincil fail olmakla suçlanan biri, yalnızca yardım ve teşvik sağlamış ya da suçu organize etmeye kısmen dahil olmuş olabilir. Suçu fiziksel olarak işleyen birincil kişi, her ne sebeple olursa olsun, mübaşir olarak adlandırılır. Dolaylı olarak dahil olan kişi ise mütesebbib olarak bilinir. İslam hukukçuları doğrudan suç ortaklığının hükümlerini detaylı bir şekilde ele alırken, sebep yoluyla suç ortaklığının hükümlerini büyük ölçüde ihmal etmişlerdir.⁹⁶⁸

Abdülkâdir Üdeh, bu durumun iki farklı sebebi olduğunu söylemiştir. İlki, fukahanın değişime ve yoruma açık olmayan, artırılıp azaltılmayan, cezası önceden belirlenmiş had ve kısas suçlarına dikkatlerini vermeleridir. Ta‘zîr suçlarıyla ise pek fazla ilgilenmemiş ve özel hükümler koymamışlardır. Çünkü ta‘zîr cezaları, diğer cezaların aksine hem fukahanın bakış açısına hem de zamana ve mekâna göre değişen, artırılıp azaltılmaya müsait esnek bir yapıdadır.

⁹⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 11/459-460.

⁹⁶⁸ Zakariyah, *Legal Maxims*, 88-89.

İkinci neden ise İslam hukukunda genel kuralın önceden belirlenmiş had ve kısas cezalarının yalnızca suçu bizzat işleyen fail üzerine uygulanmasıdır. Suça sebep olan dolaylı ortak ise bu cezaya tabi tutulmaz. Bu kural, Ebu Hanife tarafından sıkı bir şekilde uygulanmıştır. Ancak diğer fakihler, bu kurala can ve beden bütünlüğüne yönelik suçlar (cinâyât) açısından bir istisna getirmişlerdir. Bunun gerekçesi bu tür suçların doğrudan işlenebildiği gibi sebep yoluyla da işlenebilir oluşudur. Nitekim çoğu zaman sebep yoluyla gerçekleşir. Eğer cezanın yalnızca doğrudan faili kapsadığı yönündeki genel kural uygulanırsa, suça sebep olan kişi cezalandırılmaz. Oysa bu kişi de suça katkıda bulunmuş, hatta bazen doğrudan fail gibi suçun maddi unsurunu gerçekleştirmiş olabilir. Bu nedenle diğer fakihler doğrudan fail ile suça sebep olanı ayırarak bir istisna getirmişlerdir. Doğrudan suç ortakları (suçun maddi unsurunu bizzat gerçekleştirenler) için kısas ve had cezaları uygulanabilir. Sebep olan suç ortakları ise yine genel kurala tabi tutulur ve önceden belirlenmiş cezalar doğrudan kendilerine uygulanmaz. Yani sebep yoluyla suç ortaklığı ta'zîr kapsamındadır. Had ve kısas cezaları yalnızca doğrudan faili kapsar, dolayısıyla sebep yoluyla katılan kişi bu tür cezalara çarptırılmaz.⁹⁶⁹

Luqman Zakariyah, bir cinayet eyleminde iki veya daha fazla kişi yer aldığında, yalnızca bir kişinin sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda fikir birliği sağlanamamasının nedeninin dolaylı faile şüpheden yana bir yaklaşım gösterilip gösterilmemesi gerektiği sorusundan kaynaklandığını belirtir. Ona göre dolaylı failleri sorumluluktan muaf tutmayı savunan hukukçular, bu adımın benzer kötü eylemleri önleyeceğini (caydıracağını) öne sürerken; hem doğrudan (mübâşir) hem de dolaylı (mütesebbib) faile sorumluluk yüklenmesi gerektiğini savunanlar, suçlanan taraflar arasında adil bir denge sağlanacağını düşünmektedir. Son olarak, sorumluluk derecelerini ayırt etmek isteyenler, doğrudan ve dolaylı failer için adil bir sonuç arayışındadır.⁹⁷⁰ Luqman Zakariyah, Ebu Hanife'nin görüşünün karmaşık ceza davaları için daha kullanışlı olduğunu söyler.⁹⁷¹

Suç ortaklığı yalnızca doğrudan ve dolaylı failer arasında değil doğrudan failer arasında da gerçekleşebilir. Birden fazla fail, suçun maddi unsurunu bizzat işlediği takdirde doğrudan su ortaklığından bahsedebiliriz. Günümüzde bu durumu birden fazla asli failin suça iştirak etmesi veya birden fazla failin doğrudan suça katılması olarak adlandırılmaktadır. Doğrudan suç ortağı (mübâşir); tevafuk (anlaşma) veya iş birliği (tema'lu) olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar. Tevafuk (anlaşma) suç ortaklarının suçu işleme yönünde iradelerinin birleşmesi fakat önceden

⁹⁶⁹ Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 1/358.

⁹⁷⁰ Zakariyah, *Legal Maxims*, 89.

⁹⁷¹ Zakariyah, *Legal Maxims*, 91.

kendi aralarında bir anlaşma yapmamış olmaları durumudur. Her biri şahsi dürtülerin ve ani gelişen bir fikrin etkisiyle harekete eder. Bu durumda her fail kendi yaptığından sorumlu tutulur ve başkalarının fiillerinin sonucunu üstlenmez. Örneğin iki kişi bir başkasına saldırır ve biri elini keserken diğeri boğazını keserse ilk kişi el kesme fiilinden diğeri adam öldürme suçundan sorumlu olur. İş birliği (tema'lu) durumunda ise failer önceden suçu işleme yönünde tam bir anlaşma içinde olup birlikte hareket ederler. Suçu işlemeden önce, ortak bir amaca ulaşmak konusunda bilinçli bir şekilde anlaşmış ve suçun işlenmesi sırasında bu hedef doğrultusunda iş birliği yapmış olmaları gerekir. Bu nedenle her biri suçun tamamından sorumlu tutulur. Örneğin zikredilen örnekte iki fail önceden mağduru öldürme konusunda plan yapmışsa her ikisi de cinayet suçunun faili olur. Ebu Hanife ise tevafuk ve iş birliği durumları arasında herhangi bir fark gözetmez ve her failin kendi eyleminden sorumlu tutulacağı kanaatindedir.⁹⁷²

Luqman Zakariyah, doğrudan suça iştirak konusuna şu örneği verir: Eğer bir grup üyelerinin her biri kasıtlı olarak bir evi ateş verirse ve bunun sonucunda mülk zarar görür ve içerideki sakinler ölürse, her bir kundakçı, o evin değerini geri ödemekle yükümlü tutulacak ve bununla birlikte kısas cezasına çarptırılacaktır. Tek istisna, failerin evde insanların bulunduğunu bilmediklerini iddia ettikleri bir durum olacaktır.⁹⁷³ Bu durumda, diyet ödemesi aralarında orantılı olarak paylaştırılacaktır. Bu, Mâlikîler tarafından benimsenen bir görüştür ve Hz. Ömer'in şu sözüne dayanmaktadır: “Şayet bütün San'a halkı kasten hep birlikte onu öldürmeye iştirak etselerdi, şüphesiz hepsini de kısas ederdim.” Bununla birlikte, bazı âlimler, bir kişinin ölümü karşılığında bir grup insanın öldürülmesinde adalet bulunmadığı gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmaktadır. Kısas hukuku, adalet ilkesine dayanır ve birden fazla ölümü tek bir ölümle eşitlemek, adalet ilkesine aykırıdır. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken bir husus, kısas hukukunda adaletin savunulmasına rağmen, bu hukukun aynı zamanda misilleme ve caydırıcılık (zacr) gibi başka amaçlarla da yürürlüğe konulduğudur. Bazı İslam hukukçuları, uygulanacak ceza türlerinin değişkenlik gösterebileceğini düşünmektedir. Ancak daha önce tartışılan durumda, kısasın diyet ödemesiyle değiştirilmesinin mümkün olduğu göz önüne alındığında, burada şüphe ilkesinin cezayı hafifleteceği varsayılabilir. Dolayısıyla son görüş, söz konusu kaideyi ilkesel olarak kabul etmekle birlikte, pratikte aynı şekilde uygulamamaktadır.⁹⁷⁴

⁹⁷² Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 1977, 1/360-361.

⁹⁷³ Zakariyah, *Legal Maxims*, 89-90.

⁹⁷⁴ Zakariyah, *Legal Maxims*, 90.

Suçta iştirak konusunda suçu işleyenlerin arasında çocuk, akıl hastası veya matuh bulunması hâlinde had cezasının düşüp düşmeyeceği ihtilaflıdır. Bu mesele İslam hukuku metinlerinde genellikle hırsızlık ve hırâbe suçu için ele alınmıştır. Ebu Hanife ve İmam Züfer, Hanefî mezhebinin hadler konusundaki genel bakış açısının bir neticesi olarak herhangi bir failin cezai ehliyeteye sahip olmamasını fiilde şüphe olarak görür ve hırsızlık haddinin düşeceğine hükmeder. Ebu Yusuf ise hırs altındaki malı dışarıya mükellefin çıkarması durumunda elinin kesileceği, aksi halde haddin düşeceği kanaatine sahiptir. Benzer şekilde hırâbe suçunda da suç ortakları arasında cezai ehliyeti olmayan birinin bulunması Hanefî mezhebine göre suçun asli cezasını düşürür.⁹⁷⁵ Ancak Mâliki, Şafii, Hanbeli mezhebinde bir görüşe göre⁹⁷⁶ çocukların iştirak ettiği hırsızlık suçlarında mükellef olanlara diğer şartların da gerçekleşmesiyle birlikte (nisap miktarı mal, hırs altından birlikte çıkarma) mükelleflerin elleri kesilir.⁹⁷⁷

Cumhurun bakış açısını caydırıcılık ve suçu önleme açısından daha etkili bulan araştırmacılar mevcuttur. Buna göre çocuklar, suçun anlamını ve sonuçlarını öngörecektir anlayıştan yoksun olacağı için işleyenlerin elinde bir alet konumunda olurlar. Bu durumu haddi düşüren bir sebep olarak değerlendirip çocukların dahil olduğu suçlarda had veya kısas cezası vermemek, suç niyeti olan insanların cesaret bulmasına dolayısıyla cezanın caydırıcılık özelliğinin ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir.⁹⁷⁸

4.6.3. Suça Teşebbüs

Suçta teşebbüs ana hatlarıyla “suç işlemek maksadıyla çaba sarf edip, icrayı tamamlamaya güç yetirememektir. Klasik fıkıh literatüründe tamamlanmamış suç olarak nitelendirilir. “Teşebbüsün varlığından bahsetmek için dört şartın varlığı gereklidir. Kasıt⁹⁷⁹, hareketin tipikliği gerçekleştirmeye elverişli olması, icra hareketlerine başlanmış olması ve fâilin elinde olmayan sebeplerden dolayı tipik neticenin gerçekleşmemesidir.”⁹⁸⁰

⁹⁷⁵ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak*, 248.

⁹⁷⁶ Mezhepte tercih edilen görüşe göre hırsızlık suçunda cezai sorumluluğu olmayan suç ortaklarının varlığı, suç oluşturur illette şüphe oluşturur ve bu şüpheli durum diğer ortaklara da sirâyet ederek had cezasını düşürür. Hırâbe suçunda ise şüphe, bütün ortaklara sirâyet etmez. Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak*, 254.

⁹⁷⁷ Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak*, 251-254.

⁹⁷⁸ Köse, *İslam Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur Olarak Çocuğun Durumu*, 100.

⁹⁷⁹ “Teşebbüs hukukunda, bir cürüm veya kabahat işleme kastı bulunmalıdır. Suç işlemeye yönelik hatalı bir teşebbüs söz konusu olamaz. Genel olarak toplum, kötü bir fiili gerçekleştirmeye kastıyla hareket eden kişilere cezai sorumluluk yüklemek ister. Hata nedeniyle sorumluluk yüklenmesi nadirdir ve özellikle de ortada bir suç sonucu yoksa bu durum geçerli değildir.” *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 36.

⁹⁸⁰ Adem Çiftci, *İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019), 70-71.

Niyet aşamasında olup herhangi bir söz veya fiille zahire yansımayan suç işleme düşüncesi cezayı hak etmez. Ancak potansiyel tehlike arz eden, kişiler, harici göstergelerin varlığı hâlinde önleyici bir tedbir olarak henüz eyleme dökülmeyle kötü niyet ve düşünceleri sebebiyle müeyyide uygulanması mümkündür.⁹⁸¹ Bu istisnai durumun bazı tehlikeleri mevcuttur. Şöyle ki yeterince özenli bir yaklaşımda bulunulmadığı takdirde suçsuz bir insan cezalandırılabilir ve bu durum siyasi otoriteye karşı olan güvenin kaybedilmesine yol açar.⁹⁸²

Suç işlemeye azmeden bir kişi, bir sonraki adımda işleyeceği suça uygun bazı vesileler hazırlar. Bu vesileler bizatihi yasak olması durumunda müstakıl bir suç telakki edilir⁹⁸³ ve buna göre kanun koyucu tarafından münasip görülen bir ta‘zîr cezasıyla cezalandırılır. Vesilelerin hukuka uygun olması hâlinde bunun nasıl değerlendirileceği mezhepler arasında ihtilaftır. Mâlikî ve Hanbelî fakihlere göre vesileler meşru olsa da amaç ve neden olacağı olumsuz sonuç hukuka aykırı olduğu için uygun bir ta‘zîr cezasıyla cezalandırılmalıdır.⁹⁸⁴ Suça teşebbüste meşru olan icrai hareketlerin cezai müeyyide alacağını ifade eden bu görüş sedd-i zerâi ilkesiyle temellendirilmiştir. İbn Kayyim bunu şöyle açıklar:

Allah Teâlâ bir şeyi haram kıldığında ve o şeye ulaştıran yollar ve vasıtalar mevcut olduğunda, bu yolları da haram kılar ve onlardan da meneder. Bu, o haramı gerçekten haram kılmak, o yasağı pekiştirmek ve o yasağın sınırına yaklaşılmasını engellemek içindir. Eğer bu vesile ve sebepleri -ki o harama ulaştırmaktadırlar- mubah kılsaydı, bu durum, haram kılınan şeyin hükmünü geçersiz kılmak ve nefisleri ona teşvik etmek olurdu. Ancak Allah Teâlâ'nın hikmeti ve ilmi, bunu tamamen reddeder. Hatta dünya krallarının siyaseti bile bunu reddeder. Zira onlardan biri, askerlerine, halkına veya ailesine bir şeyi yasaklayıp ardından onları o şeye ulaştıran yolları, sebepleri ve vasıtaları serbest bıraksa, çelişkili biri sayılır ve halkı ile askerleri onun muradına aykırı davranmış olurlar. Aynı şekilde, doktorlar bir hastalığı tamamen ortadan kaldırmak istediklerinde, hastayı o hastalığa götüren yollar ve vesilelerden uzak tutarlar. Aksi takdirde, düzeltmeye çalıştıkları şeyi bizzat kendileri ifsat etmiş olurlar. O hâlde, en yüce hikmet, maslahat ve kemal derecelerine sahip olan bu kâmil şariat hakkında ne düşünülmelidir? Onun kaynaklarını ve prensiplerini dikkatle inceleyen herkes, bilir ki Allah Teâlâ ve Rasûlü, haram olan şeylere götüren vasıtaları da yasaklamış ve onlardan da nehyetmiştir. Zira “zerîa”, bir şeye götüren vasıta ve yol demektir.⁹⁸⁵

⁹⁸¹ Bk. Güvenlik tedbirleri konusu s.

⁹⁸² Çiftci, *Suça Teşebbüs*, 130.

⁹⁸³ “Bazı hazırlık hareketleri bizzat kendileri de suç teşkil eder. Bunlar arasında ruhsatsız silah veya mühimmat bulundurmak ve sahte para basımında kullanılabilecek araçların imal edilmesi yer alır.” *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 36.

⁹⁸⁴ Ebu Zehra, *el-Cerîme fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 276; Çiftci, *Suça Teşebbüs*, 132-133.

⁹⁸⁵ İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkûn*, 1991, 3/109.

Hanefî ve Şafîi mezhepleri ise meşru vesileleri yasak kapsamında görmemektedir. Çünkü onlara göre bu vesileler esasen hukuka uygundur ve failin hangi niyetle yaptığını bilmek imkân dahilinde değildir. “Bu yaklaşımın, failin suç işleme neticesinde karşılaşacağı cezayı idrak ederek, düşüncesinden vazgeçmesine yönelik bir teşvik ve cesaretlendirme ihtimali vardır.” Çağdaş İslam hukukçularının çoğu, Hanefî ve Şafîi fakihlerinin subjektif olan niyete hüküm bina edilemeyeceğine dair görüşüne katılır.⁹⁸⁶ Üdeh, hazırlık hareketlerinin suç sayılmayacağını şu sözlerle ifade eder:

Failden sadır olan fiillerin cezalandırılabilmesi için, bu fiillerin masiyet niteliği taşıması gerekir. Bir fiilin masiyet sayılması ise, ancak onun Allah hakkına veya kul haklarına yönelik bir saldırı olması hâlinde mümkündür. Oysa suç araçlarının hazırlanmasında, çoğu zaman ne Allah hakkına ne de kul haklarına yönelik açık bir saldırı bulunur. Eğer bu fiillerin bazıları saldırı olarak değerlendirilebilirse, bu da ancak te’vile açık ve şüpheli bir saldırı olur. Oysa İslam hukuku, suçlarda insanlara sadece kesinlik bulunan durumlarda ceza uygular, şüphe ile ceza vermez.⁹⁸⁷

Ebu Zehra ise bu konuda Mâlikî ve Hanbelî fakihlerle aynı görüşü benimsemiştir.⁹⁸⁸

Suçta teşebbüste gönüllü olarak bir vazgeçme/pişmanlık durumu aynı zamanda tövbenin cezayı düşürüp düşürmeyeceği konusuyla da bağlantılıdır. Bu konudaki düşünceleri ana hatlarıyla daha önce zikrettik. İbn Teymiyye ve İbn Kayyim’in tövbeye dair görüşü, tövbenin günahı temizleyeceği ve suçunu tamamlamaktan vazgeçen kişinin eğer suç, Allah hakkına müteallık ise yalnızca kendi isteği olduğu takdirde cezalandırılacağı yönündedir.⁹⁸⁹ Ebu Zehra, bu görüşün cezayı daha çok bireysel bir boyuta indirgediğini ve toplumsal caydırıcılık yönünü ihmal ettiğini söyler. Ona göre, cezanın bireyi ıslah etmenin ötesinde, kötülüğe karşı caydırıcı bir mesaj taşıması gerekmektedir. Bu denge sağlanamadığı takdirde cezaların toplumsal etkisi zayıflayacak ve suçların yayılmasını önlemek zorlaşacaktır.⁹⁹⁰

Neticede Hanbelî ve Mâlikî mezhebinde suça teşebbüsün hazırlık aşamasında aslen mubah olan vesileler, harama götüren yollar olduğu için suç kabul edilir ve karşılığında ta‘zîr cezası verilir. Hanefî ve Şafîi mezhebinde ise kişinin eylemi eğer mubah kategorisine dahilse niyetine binaen

⁹⁸⁶ İslam ceza hukuku alanında yapılan kanunlaştırmalarda da bu görüş tercih edilmiştir. Örneğin Afganistan Ceza Kanunu 29. Maddesi şöyledir: “Yalnızca bir suçu işlemeye karar verme veya hazırlık işlemlerinin gerçekleştirilmesi, suçun başlangıcı olarak kabul edilmez.” *An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan*, 2012, 36.

⁹⁸⁷ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/347-348.

⁹⁸⁸ Ebu Zehra, *el-Cerîme fi’l-fikhi’l-İslâmî*, 277; Çiftci, *Suçta Teşebbüs*, 133.

⁹⁸⁹ Üdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘i*, 1977, 1/355.

⁹⁹⁰ Ebu Zehra, *el-Cerîme fi’l-fikhi’l-İslâmî*, 284.

sorumlu kabul edilemez. Dolayısıyla bu konuda Hanbeli ve Mâlikî mezhebinin yaklaşımı daha fazla genel caydırıcılık odaklı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte fail suçun icrai hareketlerine başladıktan sonra/suçta teşebbüs aşamasında Allah hakkını ilgilendiren bir suça ilişkin etkin pişmanlık/tövbenin nasıl etki edeceği tartışmalıdır. Bu konuda özgün bir yaklaşıma sahip olan İbn Teymiyye ve İbn Kayyim yalnızca failin talep etmesi halinde cezai müeyyide uygulanabileceğini söyler. Ebu Zehra ise bunun bireyin ıslahı odaklı bir yaklaşım olduğunu ve genel caydırıcılık amacını hesaba katmadığını ifade etmektedir. Kanaatimize göre Ebu Zehrâ'nın yaklaşımının daha caydırıcı olduğunu söylemek mümkün olsa da tövbe ederek suçu tamamlamaktan vazgeçen kişinin ta'zîr cezası alıp almayacağı hâkimin takdirinde olmalıdır. Buna göre suçun ve suçlunun durumuna göre genel caydırıcılık amacıyla ta'zîr cezası verilebileceği gibi, failin ilk suça teşebbüsü olması ve tövbesinin samimi olduğuna dair belirtiler taşıması halinde tamamlanmamış Allah hakkına müteallik suç için ceza almaması da mümkündür.

4.7. CEZA MUHAKEMESİYLE İLGİLİ HUSUSLAR VE CAYDIRICILIK

4.7.1. İşkence ve Tehdit

“Hukuk dilinde işkence bir şahsın maddi ve manevi varlığına yöneltilmiş maksatlı ve haksız eziyeti, acı ve utanç verici tutum ve davranışı, dar ve teknik anlamıyla ise itirafta bulunması için sanığa veya cezalandırma amacıyla suçluya yapılan aynı nitelikteki haksız davranışları ifade eder.”⁹⁹¹ İşkence, cezanın infazı sırasında cezanın ağırlaştırılması amacıyla veya muhakeme sürecinde sanığı itirafa zorlamak için uygulanır. İslam ceza hukukunda genel çerçevede her iki işkence yolu da caiz görülmemektedir. Ancak itiraf elde etmeye yönelik uygulamalara sınırlı da olsa cevaz verildiğine işaret eden bazı görüşler literatürde yer almıştır.

Beccaria da suçunu itiraf etmesi için sanığa telkin veya işkence yapılmasının doğru olmadığını söyler. Bunun zayıf ve güçlü kişiler için farklı sonuç vereceği için bir çelişki meydana getirdiğini veya işkencenin doğurduğu acıların, itiraf etmeye zorlayıp doğal hukukla çatışmaya sebebiyet vereceğini savunmuştur.⁹⁹²

⁹⁹¹ Şamil Dağcı, “İşkence”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/429.

⁹⁹² Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 191-192.

İslam hukukunda aksi ispat edilmediği müddetçe sanığın suçsuz ve borçsuz olması esastır. Bu nedenle sorgulama esnasında işkence yapılması caiz görülmemiştir.⁹⁹³ İbn Hazm başta olmak üzere bazı fakihler suçluluğu kesinleşinceye kadar sanığın hapsedilmesini dahi uygun görmemişlerdir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in de bu görüşe yakın oldukları bilinmektedir.⁹⁹⁴ Bununla birlikte ihtiyati hapis, Hz. Peygamber'in ve ilk halifelerin uygulamaları göz önünde bulundurularak cumhur tarafından suçun irtikap edildiğine dair güçlü karinelerin bulunması ve serbest kalması hâlinde tekrara mahkemeye getirilme zorluğu gibi sebeplerle caiz ve gerekli addedilmiştir.⁹⁹⁵

Sanığın suçunu itiraf etmesi yönünde baskı ve işkenceye maruz kalamayacağı genel kural olmakla birlikte daha önce had veya kısas suçundan hüküm giymiş biri için de bu kuralın geçerli olup olmadığı ihtilaflıdır. Hz. Ömer başta olmak üzere sahabe döneminde baskı ve işkence ile alınan ikrarın caiz olmadığını ve buna binaen ceza verilemeyeceğini gösteren çeşitli uygulamalar mevcuttur. Fakihlerin çoğu, bu şekilde alınan ikrarın bağlayıcı olmadığını hükmetmiştir. Ancak bu ikrarın bağlayıcılığını savunan alimler de mevcuttur.⁹⁹⁶

Hz. Ömer'in şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Bir kişiyi aç bıraktığında, dövdüğünde veya bağladığında o kişi artık kendi aleyhine güvenilir değildir.”⁹⁹⁷ Benzer şekilde İbn Şihâb ez-Zühri de dövüldükten sonra suçunu itiraf eden bir adam hakkında, “Ona had cezası gerekmez” sözlerini sarf etmiştir. İbn Kudâme bunun gerekçesi olarak şunları söyler:

İkrar, yalnızca kişinin doğruyu söylemeye yönelik bir gerekçesi olması ve hakkında bir töhmet/şüphe bulunmaması hâlinde sabit olur. Çünkü akıllı bir insan, kendisine zarar verme kastıyla itham edilemez. Oysa ikrah altında olan kişinin, itirafı yaparken bu sözü yalnızca ikrahın verdiği zarardan kurtulmak için söylemesi kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla bu durumda doğruyu söylemiş olduğuna yönelik zan ortadan kalkar ve ikrah altındaki ikrar kabul edilmez.⁹⁹⁸

İbn Kayyim, hırsızlıkla itham edilen sanıklar için eğer kötü şöhrete sahipseler dayak atılması fikrini desteklemiştir. Böyle bir durumda iki adil şahitle cezalandırma şartına bağlı kalmanın

⁹⁹³ Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, 107-108.

⁹⁹⁴ Dağcı, “İşkence”, 23/429.

⁹⁹⁵ Dağcı, “İşkence”, 23/429; Üzeyir Köse, “İslâm Ceza Muhakemesinde Baskı ve Şiddet Yoluyla Elde Edilen İtirafın İspat Değeri”, *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 26 (15 Haziran 2021), 391.

⁹⁹⁶ Dağcı, “İşkence”, 23/429; Köse, “İslâm Ceza Muhakemesinde Baskı ve Şiddet Yoluyla Elde Edilen İtirafın İspat Değeri”, 393.

⁹⁹⁷ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübra*, thk. Abdullah b. Abdu'l-Muhsin et-Türkî (Merkezü'l-Hicr li'l-Buhûsi ve'd-Dirâsâti'l-Arabiyyeti'l-İslamiyye, 2011), 320.

⁹⁹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1968, 12/360.

şer’î siyasete aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁹⁹⁹ İbn Kayyim, Hz. Peygamber’den tehdit ve zor kullanarak itiraf alınabileceğini gösteren şöyle bir uygulamaya yer verir: Hz. Peygamber, bir cariye’nin başıyla işaret ederek kendisini suçladığı Yahudinin yakalanmasını emretti. Yahudi yakalandığında suçunu itiraf etti; bunun üzerine başı iki taş arasında ezilerek cezalandırıldı. İbn Kayyim bu konuda şöyle der: “suçlama belirtilerinin bulunduğu durumlarda zanlının yakalanmasının caiz olduğunu gösterir. Görünüşe göre, bu kişi aleyhinde açık bir delil bulunmamış ve kendi isteğiyle suçunu itiraf etmemiştir. Aksine, tehdit edilmiş veya dövülerek itirafa zorlanmıştır.” Aynı şekilde, İbn Kayyim’e göre Ureyne’liler olayında da onlara yapılan muamele, mevcut durumun delillerine dayanarak gerçekleştirilmiş; yapılanlar için açık bir delil (şahitlik) talep edilmemiş ve mesele onların itiraflarına bağlanmamıştır.¹⁰⁰⁰

Ebu Hanife’nin öğrencilerinden Hasan b. Ziyad’ın (ö.204/819) kaynaklarda müttehem bir hırsızdan baskıyla alınan itirafların geçerli olduğunu söyler. Onun bu meselede şöyle dediği rivayet edilmiştir: “Et açılıp kemik ortaya çıkmadıkça, kişi ikrar edinceye kadar dövülmesi helaldir.” Bu görüş daha sonraki dönemde bazı Hanefî hukukçular tarafından da benimsenmiştir.¹⁰⁰¹ Ancak Serahsî, Hasan b. Ziyâd’ın bu görüşünden pişman olduğu ve çaldığı şeyi itiraf edip yerini söyleyene kadar bir şüpheliyi döven ve bu şekilde sonuç alan bir yönetici hakkında “Sübhane’llah! Adaletsizliğin bu derece adalet gibi görüldüğü başka bir davaya daha rastlamadım.” dediği kaynaklarda yer almıştır.¹⁰⁰² İbn Âbidîn, hırsızdan ikrahla alınan ikrarın bağlayıcılığını kabul edenlerin, el kesme cezasının verilebileceğini kastetmediklerini, bunun tazmin yükümlülüğü açısından geçerli olduğunu savunduklarını ifade eder.¹⁰⁰³ Karâfî, *ez-Zehîra* adlı eserinde ceza valisinin yetkilerini açıklarken şöyle der:

Suçlamanın güçlü olması durumunda dövmesi caizdir. Ancak bu dövme, had cezası niteliğinde değil, ta’zîr cezası niteliğindedir. Kişi dövülmüşken itiraf ettiği takdirde onun durumu değerlendirilir. Eğer itiraf etmesi amacıyla dövülmüşse, bu durumda dövme altındaki ikrarı geçerli sayılmaz. Ancak eğer sanığın durumu gereği doğruyu söylediği anlaşılırsa dövme durdurulur. Ardından itirafı yeniden alınır. Eğer kişi, ikinci defada ilk itirafının aksine bir itirafta

⁹⁹⁹ İbn Kayyim, *et-Turuku’l-hükmiyye*, ts., 1/275-279; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 1966, 4/76.

¹⁰⁰⁰ İbn Kayyim, *et-Turuku’l-hükmiyye*, ts., 1/37.

¹⁰⁰¹ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 1966, 4/88; Köse, “İslâm Ceza Muhakemesinde Baskı ve Şiddet Yoluyla Elde Edilen İtirafın İspat Değeri”, 394.

¹⁰⁰² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/184-185; Serahsî’nin Hasan b. Ziyâd’a nispet ettiği bu sözün Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed’in öğrencilerinden ‘İsâm b. Yûsuf’a (ö. 210) ait olması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim İbn Âbidîn de hadiseyi ‘İsâm b. Yûsuf’a nispet etmiştir. Bk. İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 1966, 4/87.

¹⁰⁰³ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 1966, 4/87.

bulunursa, ikinci itiraf esas alınır. Bununla birlikte mekruh olsa da birinci itiraf da amel edilmesi caizdir. Bu yetki kadınlara ait değildir.¹⁰⁰⁴

İbn Ferhûn'un naklettiğine göre başka bir Mâlikî fakih Lahmî de takrir (itiraf ettirme) için dövmenin caiz olmadığını fakat te'dîb ve zecr (caydırıcılık) için caiz olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁰⁵

Burada Karâfî'nin cerâim/ceza valisiyle kadının yetkilerini ayırdığını görmekteyiz. Buna göre valinin hakkında kuvvetli şüphe bulunan sanığı/zanlıyı dövmesi, dövülürken suçunu itiraf ettiği takdirde de bunu geçerli addetmesi mümkündür. Aynı şekilde bir uygulama kadı içinse uygun değildir. Karâfî benzer şekilde ceza valisinin yapabileceği beşinci madde olarak had cezalarıyla caydıramayan mükerrir suçluların topluma zarar vermesi hâlinde, ölünceye kadar hapiste tutulmalarının caiz olduğunu söyler. Bu durumda geçimi temin edilir, yiyeceği ve giyeceği beytûlmâlden karşılanır. Ancak bu yetki de kadılar için geçerli değildir.¹⁰⁰⁶

Karâfî'nin ceza valisinin yetkileri arasında mükerrir suçlular için ömür boyu hapis cezası yetkisini mümkün görmesi onun maslahat üzerine bina ettiği siyaset anlayışıyla ilgilidir. Ayrıca bu yetkinin kadılar için geçerli olmadığı düşüncesine bazı metinlerde itiraz edilmiş ve bunun hâkimin yapabileceği bir şey olduğu söylenmiştir.¹⁰⁰⁷

Gazzâlî, İmam Mâlik'in benimsemiş olduğu hırsızlıkla itham edilen kişinin suçunu itiraf etmesi maksadıyla dövülmesiyle elde edilecek maslahat türünü tamamen karşı olmadığını fakat bu maslahata ters düşen dövülen kişinin maslahatının daha önemli olduğu görüşünü savunmuştur. Çünkü müttehemin gerçekte masum olma ihtimali bulunur. Ona göre suçsuz birinin dövülmesi gerçekten suçlu birinin dövülmesinden daha kötü bir şeydir. Bu nedenle her ne kadar dövmeyi terk etmek insanların mallarını geri almasını zorlaştıracak olsa da masum insanlara işkence edilmesine yol açabilecek böyle bir maslahatı reddetmiştir.¹⁰⁰⁸

4.7.2. Kanuni İspat Sistemi ve Caydırıcılık İlişkisi

Ceza muhakemesi tarihinin en tartışmalı konularından biri, hâkimin hangi delilleri nazar-ı itibara alacağı ve bir olayı ne zaman ispat edilmiş olarak göreceği konusudur. Bu tartışma

¹⁰⁰⁴ Şehâbeddin el-Karâfî, *Zehîra*, thk. Muhammed Haccî vd. (Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1994), 10/41.

¹⁰⁰⁵ İbn Ferhun, *Tebsiratü'l-hükkam*, 2/151.

¹⁰⁰⁶ Karâfî, *Zehîra*, 1994, 10/41-42.

¹⁰⁰⁷ Bk. Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, 176; İbn Ferhun, *Tebsiratü'l-hükkam*, 2/152.

¹⁰⁰⁸ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, 176.

kapsamında geliştirilen kanuni ve vicdani olmak üzere iki tür delil/ispat sistemi bulunmaktadır. Kanuni ispat sistemi hâkimin hükmünü emredilmiş kurallara göre oluşturduğu, vicdani kanaati ne olursa olsun belirtilen koşulların sağlanması hâlinde ispatın da gerçekleştiğini, aksi takdirde ispatın gerçekleşmediğini kabul etmek zorunda olduğu delil sistemidir.¹⁰⁰⁹ Bu sistemde birbirini doğrulayan iki tanığın beyanı veya hâkim önünde ikrar, tam delil kabul edilir. Hâkimin tanıkları güvenilirliklerini denetleme yetkisi olsa da zamanla yazılı delillerin ağırlık kazanmasıyla bu sınırlı takdir yetkisi de etkisiz hâle gelmiştir.¹⁰¹⁰

Ehliyetli iki tanığın birbirine muvafık beyanı bulunmadığı takdirde yan delillerle desteklenen ikrar aranmaktadır. Delillerin şahı olarak nitelendirilen ikrarı elde etmek için sorgulamada işkenceye sık sık başvurulmuş hatta çeşitli düzenlemelerle birlikte sistematik bir hale getirilmiştir. Orta çağ ve sonrasında Avrupa’da varlığını sürdüren işkence yöntemine rağmen mutlak olarak kabul edilen ispat derecesine ulaşmak zor olduğu için kanuni delil sisteminde daha zayıf deliller kabul edilmeye başlanmıştır. Neticede Fransız Devrimi’nin gerçekleşmesiyle işkence bir sorgulama yöntemi olmaktan çıkarılmış ve kanuni delil sistemi yerini vicdani delil sistemine bırakmıştır.¹⁰¹¹

Vicdani delil sistemi¹⁰¹² (takdiri delil sistemi) işkence yöntemine karşı çıkan, delil araçlarının serbestçe takdir edilmesine imkân tanıyan ve mahkûmiyet kararı için tatmin edilmesi gereken ölçütün, maddi sorunu çözmeye yetkili makamın vicdani kanaati olarak belirleyen ispat sistemidir.¹⁰¹³

Bu sistemin ön koşulu hakimlerin bağımsızlığı yani maddi gerçeğe ulaşmaları için üzerlerinde fiili bir baskının olmamasıdır.¹⁰¹⁴ 19. Yüzyılda pozitivizmin etkisiyle vicdani ispat sistemi yerine bilimsel ispat sisteminin geçmesi önerilmiştir. Bu düşünceye bağlı olarak hâkim ve jürinin ihtiyaç duyması hâlinde alan uzmanlarına/bilirkişilere başvurmaya başlanmıştır. Ancak aynı meselede bilirkişilerin/uzmanların farklı görüşler ortaya koyması bunların neticede yanılma payı içeren birer mütalaa olduğunu göstermiştir. Bu nedenle vicdani kanaat ölçütünün

¹⁰⁰⁹ Ali Kemal Yıldız, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2002), 125.

¹⁰¹⁰ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat* (İstanbul: Isık Yayınları, 2015), 58-59.

¹⁰¹¹ Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, 60-64.

¹⁰¹² Behnesî bu delil sisteminden iknâî delil sistemi olarak bahsetmiştir. Ahmed Fethî Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât fi fihhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâru's-Şurûk, 1409), 11.

¹⁰¹³ Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, 67-68.

¹⁰¹⁴ Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, 69.

maddi olayı çözme hususunda en geçerli ölçüt olarak varlığını devam ettirdiği ifade edilmektedir.¹⁰¹⁵

İslam ceza muhakemesinde ispata elverişli deliller tespit edilirken hâkimin yetkilerinin sınırlandırılacağı mı yoksa geniş bir takdir yetkisi mi verileceği fakihler arasında tartışılmıştır. Klasik dönem fukahânın çoğu, ispat araçlarını belli delillerle sınırlandırmış ve hâkimin takdir yetkisini oldukça dar tutmuştur. Cumhurun bakış açısına göre her şeyin delil olarak kabul edilmesi adaletsiz hakimlerin zulmüne ve insanların mal ve can kaybına sebebiyet verebilir. Dolayısıyla hukuki emniyet ve istikrarı sağlama ve zan ve tahmine dayanarak verilen yanlış kararların önüne geçmek için delillerin genişletilmesi değil, sınırlı tutulması gerekmektedir. Hatta bu nedenle “bir hakkın ya da kendisine hukukî sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan kesin delil” anlamına gelen beyyine terimi çoğunlukla fukaha tarafından şahitlik anlamında kullanılmıştır. Hâkimin takdir yetkisinin oldukça sınırlı olduğu bu sistem, kanuni delil sistemiyle uyum arz etmektedir.¹⁰¹⁶

İbn Teymiyye, İbn Kayyim ve İbn Ferhûn’un aralarında bulunduğu delil nazariyesine göre beyyine “mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan her nevi kesin delil” anlamına gelir.¹⁰¹⁷ İbn Kayyim, bu görüşünün siyaset-i şer’iyyeye muvafık olduğunu ve Hz. Peygamber’in de bu şekilde hüküm verdiğini belirtir.¹⁰¹⁸

Delil serbestisini savunan fakihlerin bakış açısı, vicdani delil sistemiyle tamamen uyum sağlamamaktadır. Çünkü özellikle had cezalarında, şahit sayısı ve ikrar gibi delil şartları hem nassla hem de icmayla sabit olmuştur ve hâkimin kanaatiyle geçersiz kılınması mümkün değildir. Dolayısıyla bu yönde bir açıklamaları olmamıştır. Ayrıca vicdani delil sisteminde önceden belirlenmiş deliller bulunmaz ve delilleri seçme ve takdir etme hususunda tam bir serbestiyet içindedir.¹⁰¹⁹

İslam ceza muhakemesi açısından incelendiğinde cumhurun bakış açısının hadlerin şüpheyile düşmesi ilkesine dolayısıyla sanığın haklarının muhafaza edilmesi amacına odaklandığı görülmektedir. Had cezaları ağır cezalar olduğu için sübutu kesin olmalıdır. Yapılacak en küçük

¹⁰¹⁵ Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, 70-73.

¹⁰¹⁶ Beroje, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti*, 99-100; Ali Bardakoğlu, “İsbât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/492.

¹⁰¹⁷ Ebü’l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed İbn Ferhun, *Tebsiratü’l-hükkam fî usuli’l-akziye ve menahici’l-ahkâm* (Mektebetü’l-Külliyat el-Ezheriyye, 1986), 1/240; Bardakoğlu, “İsbât”, 22/492.

¹⁰¹⁸ İbn Kayyim, *et-Turuku’l-hükmiyye*, ts., 1/31-32, 64, 101-102.

¹⁰¹⁹ Beroje, *Günümüz ve İslâm Ceza Hukukunda Af*, 106-107; Behnesî, İbn Kayyim’in görüşünün batı hukukunda benimsenen delil sisteminden farkı olmadığını ifade etmektedir. Bk. Behnesî, *Nazariyyetü’l-isbât fî fihhi’l-cinâiyyi’l-İslâmî*, 12.

bir hata telafisi mümkün olmayan zararlar meydana getirebilir. Ayrıca bu cezaların amacı maddi gerçeğe bir şekilde ulaşip suçlunun adalete teslim edilmesini sağlamak değil yalnızca suç keskinleşmiş olan suçluyu ağır bir şekilde cezalandırmak suretiyle cezanın caydırıcılığını temin etmektir. Allah hakkı içeren suç, ondan zarar gören belli kişiler olmadığı için kişisel bir düşmanlığı tetiklemez. Aynı zamanda bu tür had suçlarını ihbar etmek yerine gizlenmesi tavsiye edilmiştir.¹⁰²⁰

Sahip Beroje zikredilen nedenlerden dolayı, had cezalarında kanuni delillere itimat etmenin daha uygun olduğunu fakat toplum maslahatının gerektirmesi hâlinde takdiri delillere de başvurulabileceğini ifade eder. Kul hakkıyla ilgili meselelerde ise suç, belli şahısları doğrudan, toplumun tamamını dolaylı yoldan mağdur etmektedir. Bu nedenle suçluyu bulup hak ettiği cezayı vermek yani maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla takdiri/vicdani delil sisteminden yararlanmak İslam suç siyasetinin tabii bir gereğidir. Beroje, kul haklarıyla ilgili meselelerde nasslarda kabul edilen bazı kuvvetli delillerin de kanuni delil kapsamına alınmasının ve hâkimin bu delillerle ilgili takdir hakkını sınırlandırmanın veya somut nedenlere bağlamanın hukuki emniyet ve muhakeme işlemlerinin uzamaması açısından daha adil olacağını ifade etmiştir. İbn Kayyim’in savunduğu delil serbestisi fikrinde olduğu gibi, bu tür kanuni delillerin bulunmaması hâlinde hâkimin maddi gerçeğe ulaşmasını kolaylaştırmak için her türlü bilgiyi delil olarak dikkate alabileceğini belirtir.¹⁰²¹

4.8. İNFAZ VE CAYDIRICILIK

4.8.1. İnfaz Usulü

Had ve ta‘zîr cezalarında celde cezasının nasıl uygulanacağına dair ayrıntılı fıkhi hükümler kaynaklarda yer almıştır. Bu cezanın uygulanacağı kişi ileri gelenlerden ise, onun utanç yaşamaması için ceza özel bir yerde uygulanır. Ancak sıradan ve halktan biri ise, ceza alenen uygulanır. Ceza kişiyi korkutacak, caydıracak ve ibret verecek şekilde olmalıdır. Vurulan darbeler tek bir noktaya toplanmamalıdır. Zira Hz. Ali’nin şöyle dediği rivayet edilir: “Her uzvun hakkını ver, ancak yüz ve edep yerlerinden sakın.” Ayrıca Serahsî’nin ifadesine göre darbelerin dağıtılmasının iki ayrı sebebi vardır. İlki, suçlu, işlediği fiilden aldığı zevki tüm

¹⁰²⁰ Beroje, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti*, 106-107.

¹⁰²¹ Beroje, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti*, 106-109.

bedeninde hissetmiştir. İkincisi ise eğer bütün darbeler tek bir bölgeye vurulursa, bu bölgenin ölümcül zarar görmesine sebep olması ihtimal dahilindedir.¹⁰²²

Şafii mezhebine göre sopayı vuruş yerlerine dağıtmak vaciptir. Çünkü tek bir noktaya sürekli vurmak acıyı artırır ve eğer vuruşlar art arda gelirse, bu ölümle sonuçlanabilir. Vuruş, kalp, boğaz çukuru ve edep yerlerinden sakınılarak yapılır. Bu konuda Hz. Peygamber'den gelen bir hadise binaen yüze vurmaktan kaçınmak gerekir. Çünkü yüzün insanın güzelliğinin merkezi olduğu ve zarar gördüğünde etkisinin büyük olacağı ifade edilmiştir. Ceza uygulanırken baş da yüzde olduğu gibi korunur. Ancak bazı âlimler, başa vurmanın caiz olduğunu söylemişlerdir. Hz. Ebu Bekir'in şöyle dediği rivayet edilir: "Başa vur, çünkü şeytan baştadır." Vuruş aşırı sert olmamalıdır.¹⁰²³ Kişi serbest bırakılır ve darbelerden korunmasına izin verilir. Kişi bağlı veya gerilmiş bir vaziyette olmadan ceza uygulanır. Erkek ayakta dururken cezalandırılır. Kadının ise giysileri sıkıca bağlanır, kürk ve dolgu kumaşları dışında kıyafeti çıkarılmaz. Cezası oturur vaziyette, örtüsünü koruyacak şekilde uygulanır.¹⁰²⁴ Bu, mahremiyetin korunması içindir. Cezayı infaz eden görevlinin kolunu koltuk altından ayırması ve sopayı başının üstüne kaldırarak vurması ayrıca kişinin bedenine kamçı vurulduğunda kamçının daha fazla hasar vermesi amacıyla çekip uzatılması uygun görülmemiştir. Çünkü bu şekilde aşırı vuruşlar, kişinin hak etmediği bir ceza alması anlamına gelir; ayrıca ölüme sebebiyet verme ihtimalinden sakınılmıştır.¹⁰²⁵ Nitekim Hz. Peygamber, hırsızın eli kesildikten sonra kan kaybından ölmesinin önüne geçmek için kesilen yerin dağlanması emretmiştir.¹⁰²⁶

Şeyhîzâde, Hanefî mezhebine göre şeri sınırlar içinde kalındığı takdirde had veya ta'zîr cezalarında güvenlik şartı bulmadığını ifade eder. Yani infaz esnasında bir zarar meydana gelmemesi şartı yoktur. Şafii mezhebinde ise bu durum farklıdır.¹⁰²⁷ İbn Teymiyye hırsızlık kesin olarak tespit edildikten sonra beklenilmesinin veya başka tür bir cezayla değiştirilmesinin

¹⁰²² Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/72; Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/33.

¹⁰²³ Had cezalarında Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre başa vurulmaz. Ebu Yusuf'un da daha önce bu görüşte olduğu fakat daha sonra görüş değiştirerek bir defa vurulabileceğini söylediği aktarılmıştır. Bu aynı zamanda İbn Ebî Leylâ'nın görüşüdür. Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/72.

¹⁰²⁴ İbn Ebî Leylâ'nın kadına da tıpkı erkeğe uygulandığı gibi ayakta had cezası uyguladığı rivayet edilmiştir. Fakat Hanefî mezhebinde kadına oturur vaziyette ceza uygulanacağı belirten Hz. Ömer'in yaklaşımı benimsenmiştir. Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/73.

¹⁰²⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/72-73; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 9/167; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 1937, 4/110; Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/33.

¹⁰²⁶ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübra*, 2011, 39,51; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, 7/160; Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed Hâkim en-Nisâbüri, *el-Müstedrek ale's-Sahihayn*, thk. Mustafa Abdu'l-kâdir Atâ (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990), 4/422; Ebû Bekr Ahmed b. Amr b. Abdilhâlik Bezzâr, *el-Müsned*, thk. Zeynullah Mahfûzu'r-rahman (Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 2009), 46.

¹⁰²⁷ Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 1/613.

caiz olmadığını vurgulamış caydırıcılık özelliğinin artması için önemli vakitlerde haddin uygulanabileceğini belirtmiştir.¹⁰²⁸

Hız. Peygamber'in "Öldürdüğünüz vakit güzel öldürün" hadisi bir şiar olarak alınmış ve hızlı infaz, müslenin yasaklanması bu kapsamda değerlendirilmiştir. Hanefî ve Hanbeli hukukçuların kanaati kısas aletinin kılıç olması gerektiği yönündedir. Kılıç, katile hızlı bir son vermesi, caydırıcı olması ve maktul yakınlarının duygularını teskin etmesi nedeniyle en uygun araç olarak görülmüştür.¹⁰²⁹ Bu hüküm, Hız. Peygamber'den rivayet edilen "Kılıç dışında kısas olmaz"¹⁰³⁰ hadisiyle delillendirilir. Ayrıca kılıç dışındaki infaz metotlarında öldürmeye ek olarak işkence söz konusudur. Nitekim Hız. Peygamber, "Kim dinini değiştirirse onu öldürün, fakat Allah'ın azabıyla (ateşle) azap etmeyin." buyurmuştur.¹⁰³¹

Şafii ve Mâlikî mezheplerine göre ise eğer öldürme şekli meşru bir fiil ise nasıl öldürdüyse öyle öldürülür. Ancak veli öldürme yönteminden vazgeçip katilin kısasla öldürülmesini tercih edebilir. Bu meselede fakihler, kısas hükmünü içeren ayet ve hadislerdeki lafzın umumiliğiyle delillendirme yapar ve suça denk bir ceza olan kısasın ancak aynı yöntemle gerçekleştirildiği zaman tam olarak infaz edilmiş olacağı ifade eder.¹⁰³² İmam Şafî, şöyle bir örnek verir:

Katil maktulün başını bir taşla parçalamışsa, maktulün velisiyle aynı türden bir taş arasında serbest bırakılır ve katil onun tasarrufuna teslim edilir. Maktulü kaç defa taşladıysa bu sayı kadar ona vurma hakkı vardır. Eğer bir defa vurmuşsa, bir defa; iki defaysa, iki defa; aynı şekilde daha fazlaysa o kadar vurur. Eğer maktulün velisi, katilin maktule vurduğu sayı kadar taşı katile indirir ve (katil) ölmezse, bu durumda velînin, katilin boynunu kılıçla vurmasına izin verilir. Ancak eğer (velînin) kılıcı yoksa, onun katile aynı sayıda taşla vurmasına müsaade edilir ve bu durumda (ölüm meydana gelmezse) öldürme kılıçla gerçekleştirilir. Eğer maktulün velisi, katilin maktule vurduğu sayı kadar taşı katile indirir ve (katil) ölmezse, bu durumda velînin, katilin boynunu kılıçla vurmasına izin verilir. Ancak eğer (velînin) kılıcı yoksa, onun katile aynı sayıda taşla vurmasına müsaade edilir ve bu durumda (ölüm meydana gelmezse) öldürme kılıçla gerçekleştirilir.¹⁰³³

¹⁰²⁸ İbn Teymiyye, *es-Sârimu'l-meslûl* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1996), 1/362.

¹⁰²⁹ *Crime Prevention in Saudi Arabia*, 374.

¹⁰³⁰ İbn Mâce, "Diyet", 25.

¹⁰³¹ Kâsânî, *Beda'iu's-sanâi'*, 1986, 7/245; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 9/6.

¹⁰³² Şemseddin er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1404), 7/304; Mehmet Köroğlu, "İslam Ceza Hukukunda Kisasın İnfazı", *EKEV Akademi Dergisi* XV/48 (2011), 235.

¹⁰³³ Şafî, *el-Ümm*, 1410, 6/66.

Mergînânî, İmam Şafîî'nin bu görüşünün aşırılığa sebebiyet verebileceğini zira ölüm maksadının hemen gerçekleşmeyip boynun kesilmesine ihtiyaç olabileceğini ve bu durumdan kemik kırmakta olduğu gibi sakınılması gerektiğini söyler.¹⁰³⁴

Bu konuda farklı infaz yöntemlerini de kabul eden görüşün dayandığı hadislerden biri şudur: “Kim birini boğarak öldürürse, onu boğarak öldürürüz. Kim birini yakarak öldürürse, onu yakarak öldürürüz. Kim bir köleyi öldürürse, biz de onu öldürürüz”¹⁰³⁵

Cezeri'nin aktardığına göre bu hadisin merfu olduğu kesin değildir. Ayrıca bu hadis, yakarak öldürmenin cevazına delalet eder ki bu da İslam'da yasaklanmıştır.¹⁰³⁶ Nitekim Hz. Peygamber şöyle demiştir: “Allah'ın azabıyla kimseye azap etmeyin”¹⁰³⁷ Başka bir ihtimal bu hadisin siyaset anlamı içermesidir.¹⁰³⁸ Bu demektir ki Hz. Peygamber bu uygulamayı kendisine atfederek “Biz boğduk” der. Ama “Onu yakın veya boğun” dememiştir. Ayrıca kılıç dışında kısasın olmayacağını ifade eden hadis, alimler tarafından daha sağlam olarak görülmüş ve Şafii mezhebinin delil olarak kullandığı hadisten daha sonra vurûd etmiş, dolayısıyla onu neshetmiştir.¹⁰³⁹

Hz. Peygamber'in bir uygulaması da delil gösterilmiştir: “Bir Yahudi, bir câriyenin başını iki taş arasında ezdi. Ona (câriyeye) ‘Bunu sana kim yaptı? Falan mı, yoksa filan mı?’ diye soruldu. Nihayet o Yahudinin ismi anılınca başıyla işaret etti. Bunun üzerine (Yahudi) getirildi. O, itirafta bulununcaya kadar (sorgulamaya) devam etti. Nihayet itiraf etti. Hz. Peygamber, onun başının taşlarla ezilmesini emretti.”¹⁰⁴⁰ İbn Hazm bu ve benzeri hadisleri delil gösterir ve öldürmede ihsan hadisini delil olarak getirenlere red mahiyetinde şunları söyler:

Bu hadis sahihtir. Öldürmede ihsanın en ileri noktası, katilin öldürdüğü şekilde öldürülmesidir. İşte bu, adaletin ve hakkaniyetin ta kendisidir. {وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ} “Saldırmazlık kurallarına riayet karşılıklıdır.” Kim birini boğarak, suda boğarak ya da başını taşla ezerek öldürmüştü; bu kimse kılıçla boynu vurularak öldürülürse, o zaman o güzel bir şekilde öldürülmemiş olur. Aksine, bu, en ağır şekilde bir kötülüktür. Çünkü bu, Allah'ın emrine aykırı düşmüş, O'nun sınırlarını

¹⁰³⁴ Mergînânî, *Hidâye*, ts., 4/445.

¹⁰³⁵ Beyhakî, 2011, 8/79 (No. 15993).

¹⁰³⁶ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/270.

¹⁰³⁷ Ebû Dâvûd, “Cihad”, 122.

¹⁰³⁸ Dede Efendi de bu hadisin siyaseten uygulanabileceğini ifade etmiştir. İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü's-şer'îyye*, 39.

¹⁰³⁹ Cezîrî, *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, 2003, 5/271.

¹⁰⁴⁰ Buhârî, “el-Vesâyâ”, 4.

çığnemiş ve öldürüleninin velisinin uğradığı zararın dışında bir şekilde cezalandırmış olur. Ayrıca neticede hepsi öldürmedir.¹⁰⁴¹

İşkence, İslam hukukunda yasaklanmış ve infaz esnasında bunun meydana gelmemesi için çeşitli tedbirler ortaya konulmuştur. Zina suçuna yönelik hükmün yer aldığı ayette geçen “Müminlerden bir grup izlesin” ifadesini tefsir eden Elmalılı, bu emrin iki hikmeti olduğunu belirtir. Birincisi intikam şeklinde bir suistimale fırsat verilmemek için bir güvence olmasıdır. İşkencelerin tarih boyunca gizli bir şekilde yapıldığını ve Avrupa ceza hukukçularının da darp gibi bedeni cezaları hoş görmemelerinin bu açıdan nedensiz olmadığını ifade eder. Bununla birlikte hapis gibi cezaların çoğu, bedeni olmaktan kurtulamaz ve gizli darp kadar suistimale imkân tanır. Halkın gözü önündeki bir darp ise etkilidir fakat haddi aşmaya müsait değildir. Darp bu müşahede ve gözetim altında meşru kılınmıştır.¹⁰⁴²

4.8.2. İnfaz Şiddeti

Hanefî mezhebine göre ta‘zîr celdedeki darbelerin şiddeti bakımından en şiddetli cezadır. Ta‘zîrden sonra zina, içki içme ve kazf cezaları gelmektedir. Zina cezasının had cezaları arasında en şiddetli olmasının sebebi Kur’an-ı Kerim’de açıkça zikredilmesi, müminlerden bir grubun şahit olmasının ve suçlulara karşı merhamet duygusunun oluşmamasının emredilmesi gibi sebepler yer alır. İçki içme ise Kur’an-ı Kerim’de büyük bir günah olarak kabul edilmekle birlikte cezasına dair bir buyruk yer almaz. Ayrıca insanların zinaya olan meyli genel olarak içki içmekten daha fazladır. Caydırıcılığın gerçekleşmesi için zina cezasının daha şiddetli olması gerektiği öngörülmüştür. Sıralamada içki içme cezasından sonra kazf cezasının yer almasının sebebi ise kazfın doğru olma ihtimali de taşıyan bir haber niteliğinde olmasıdır. Çünkü kişi zina iddiasında doğruyu söylemekle birlikte dört şahit getirememiş olabilir. Aynı sebeple iftira cezasında diğer celde cezalarından farklı olarak kişinin iç kısmı dolduran astar veya kalın kürk gibi şeyler haricinde elbiseleri çıkarılmaz. Diğer had cezaları ise erkeğe yalnızca bir izar ile uygulanır. İmam Muhammed’den rivayet edilen bir görüşe göre içki içme cezasında da kişinin elbiseleri üzerinde bırakılır. Bunun sebebi kazf cezasının içkiye kıyas edilerek belirlenmiş bir ceza olmasıdır. Ancak zâhiru’r-rivâyeye göre, suçun kesinliği nedeniyle, zina cezasında olduğu gibi suçluya elbisesi olmadan ceza infaz edilir.¹⁰⁴³

¹⁰⁴¹ el-Endelüsi İbn Hazm, *el-Muhallâ bi’l-âsâr fi şerhi’l-Mücellâ bi’l-ihisâr* (Beyrut: Daru’l-Fikr, t.y.), 10/262.

¹⁰⁴² Elmalılı, *Hak Dini Kur’an Dili*, 2021, 4/212.

¹⁰⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, ts., 9/71-72; Bâbertî, *el-İnâye*, 1970, 5/351; Şeyhizâde, *Mecma’u’l-enhur*, 1/612; Cezîrî, *Fıkh ale’l-mezahibi’l-erbaa*, 2003, 5/356-364.

Hanbeli mezhebine göre ise en şiddetli kırbaç/celde zina cezası, kazif cezası, içki cezası ve en son ta'zîr cezası olarak sıralanır. Bunun sebebi Allah Teâlâ'nın, zina cezasını daha fazla vurgulamasıdır. Bu vurgunun sayı bakımından yapılması mümkün olmadığı için şiddet bakımından yapılmalıdır. Ayrıca diğer cezalar, sayı bakımından zinadan daha hafiftir. Bu yüzden, acı verme açısından zina cezasını aşmaları caiz olmayacaktır. Bu durum, cezalar arasında eşitlik ya da hafif bir suçun ağır bir suça kıyasla daha fazla acıya yol açması gibi sonuçlara yol açar. Mâlikî mezhebine göre ise bu cezaların şiddeti arasında fark bulunmaz. Çünkü ona göre Allah, zina edenle ve kazif suçunu işleyen arasında bir fark gözetmemiş ve aynı şekilde cezalandırılmalarını emretmiştir. Bu cezaların hepsi caydırıcılık amacıyla birleşir, dolayısıyla ceza şiddetinin de eşit olması gerekir.¹⁰⁴⁴

Ta'zîr cezası had cezasında olduğu gibi sopa veya kırılmış ucu olan kırbaçla olabilir denilmiştir. Ucu kırılmamış bir kırbaçla ta'zîr cezası uygulamanın hükmü konusunda farklı görüşler mevcuttur. Zübeyrî, ucu kırılmamış kırbaçla ta'zîr uygulamanın caiz olduğunu had cezalarındaki gibi daha sert bir darbeye vurulabileceğini ve kanama olana kadar devam edilebileceğini söyler. Ancak Şafîî'nin öğrencilerinin çoğu ucu kırılmamış bir kırbaçla dövmenin had cezalarında dahi yasak olduğunu dolayısıyla ta'zîr cezalarında da yasak olması gerektiğini ayrıca ta'zîr cezalarında kanama olmaması gerektiğini ifade ederler.¹⁰⁴⁵

İslam ceza hukukunda infaz usulü ve şiddeti hakkında detaylı hükümler bulunmaktadır. Fakihler, bir yandan caydırıcılığın nasıl gerçekleşebileceği sorusunu dikkate alırken öte yandan adil ve merhametli bir çizgi takip etmeye gayret etmişlerdir. Bu nedenle hızlı infaz yöntemleri tercih edilmiş ve cezanın gereğinden büyük bir acıya yol açmaması için tedbirler alınmıştır. Bununla birlikte hem suçlu hem de toplum için caydırıcılığın gerçekleştirmiş olması üzerinde hassasiyetle durulmuştur.

¹⁰⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 1417, 12/511.

¹⁰⁴⁵ Mâverîdî, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, 347.

SONUÇ

Ceza hukukunda caydırıcılık teorisinin, fikri temelleri on yedinci yüzyılda Cesare Beccaria başta olmak üzere klasik okulun önde gelen temsilcileri tarafından atılmıştır. Klasik okul, Kant ve Hegel'in temsil ettiği mutlak adalet teorisi ile Beccaria ve Bentham'ın savunduğu sosyal fayda teorisi temelinde yükselmiştir. Mutlak adalet teorisi, cezanın amaçlarında kefarete düşüncesini ön plana çıkarır ve cezanın geleceğe değil, geçmişe yönelik bir kefarete olduğunu iddia eder. Sosyal Fayda Teorisi ise cezanın amacının suçları önleme olduğunu ve cezayla geleceğe yönelik bir yarar elde etmek gerektiğini savunur. Bu teori, daha sonra genel ve özel önleme olarak bağımsız iki teori şeklinde ortaya konmuştur. Genel önleme teorisi; pozitif genel önleme (hukuki bilinç oluşturma) ve negatif genel önleme (ceza tehdidi) olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel önlemenin ceza tehdidi, suçluyu etkisizleştirme (incapacitation) ve yeniden topluma kazandırma (resocialization) olmak üzere üç temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bu iki teorinin birleştirildiği karma teori; kefarete, adalet ve önleme düşüncelerine birlikte yer vermektedir. Bu teori, kefarete ve önleme arasında ağırlık verdiği düşünceye göre eşitlikçi, ödetcici veya önleyici teori olarak sınıflandırılmıştır.

İslam ceza hukukunda cezalar, belirli bir faydaya binaen verilmektedir. Bu nedenle birçok fakih, cezayı bir mefsedet olarak değerlendirmiş; hatta herhangi bir toplumsal veya bireysel maslahat sağlamadığı takdirde cezanın düşeceğini ifade etmiştir. Bu yaklaşım, İslam ceza hukukunun faydacı ve geleceğe dönük bir yönelime sahip olduğunu göstermektedir. Geçmişe yönelik anlam taşıyan kefarete ise cezanın ikincil bir amacı olarak yer almakta; ancak kapsamı oldukça sınırlı kalmaktadır. Bu bağlamda, İslam ceza hukukunun, bazı araştırmacıların da belirttiği gibi, karma teoriyle daha fazla örtüştüğü söylenebilir. Zira hem kefarete hem de önleme/caydırıcılık hedeflerini birlikte içermektedir. Kanaatimize göre, İslam ceza hukukunun, karma teori içerisinde yer alan ve kefarete yerine önleme düşüncesine ağırlık veren yararçı/önleyici teoriye daha yakın durduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte bu fayda, keyfi ya da sınırsız bir toplumsal çıkar anlayışına dayanmaz ve meşruiyetini adalet ilkesinden alır.

Genel ve özel caydırıcılık olmak üzere caydırıcılığın iki temel işlevi bulunmaktadır. Genel caydırıcılık, bir cezanın toplumdaki bireyler üzerinde oluşturduğu tehdit etkisiyle, benzer suçların işlenmesini engelleme işlevini ifade eder. Özel caydırıcılık ise, suç işlemiş bireyin cezalandırılmasının onu yeniden suç işlemekten alıkoyacağını öngörür.

Özel caydırıcılık İslam ceza hukukunda çoğunlukla ıslah kavramıyla birlikte ele alınmaktadır. Islah, kişinin davranışlarının içsel bir motivasyonla değiştiği ve tekrar aynı suçu işlememeye azmettiği durumdur. Bu bakımdan asıl amaç, suçlunun ıslah edilerek o suçu tekrar işlememesidir. Ancak bu her zaman mümkün olmaz. Ceza korkusuyla da olsa kişinin aynı suçu işlemekten geri durması gerekmektedir.

Ceza korkusu, hümanizmin etkisiyle eleştirilse de birçok düşünürün de ifade ettiği gibi, insanlık tarihi var olduğundan beri insanın doğru yola iletilmesinde etkili bir unsurdur. Ayrıca başlangıçta korkuyla yerleşen bir kural, daha sonra kişinin onu iç dünyasında kabul etmesine ve ıslah olmasına vesile olabilir. Ayrıca Kur'an-ı Kerim ve sünnette tehditle caydırma üslubu yer almış ve bu şekilde insanların suçlardan uzak durması beklenmiştir.

İslam ceza hukukunda ceza, aynı zamanda bireyin ıslahı için bir vesile olarak görülmektedir. İdeal durumda, cezanın ilahî kökenine inanan ve adil bir sistemin parçası olduğuna kanaat getiren bir mümin, işlediği suçun karşılığında verilen cezayı, kendisi için manevî bir arınma ve tövbe imkânı olarak değerlendirir. Cezaların çoğunlukla kısa sürede infaz edilmesi ve son derece etkili olması da, bireyin ıslah sürecine katkı sağlayan önemli bir etkidir. Bu yönüyle, modern teorilerde öne çıkan yapıcı utanç düşüncesi, İslam ceza hukukunda özellikle had ve kısas cezaları bağlamında karşılık bulmaktadır. Suçlunun toplum tarafından damgalanması, aşağılanması veya kötü muameleye maruz bırakılması ise nebevî hadislerle açıkça yasaklanmıştır. Kişiye karşı işlenen suçlarda fail ve mağdurun doğrudan iletişim kurabilmesi; devlet müdahalesi olmaksızın failin af talebinde bulunması ve taraflar arasında uzlaşma imkânının tanınması, İslam ceza hukukunun onarıcı adaleti önceleyen önemli yönlerinden biridir.

İslam ceza hukukunda caydırıcılık yalnızca hukuki normlara dayalı bir yapıdan ibaret değildir; aynı zamanda toplumda kökleşmiş ahlakî normlar ve vahiy kaynaklı sabit hükümlerin sağladığı güçlü bir içsel denetimle desteklenmektedir. Had ve kısas cezaları, dinî inanç sistemiyle doğrudan bağlantılı oldukları için sadece birer hukuki yaptırım değil, aynı zamanda bireyin ahlakî sorumluluğunu yansıtan normatif düzenlemeler olarak kabul edilir. Buna karşılık ta'zîr cezaları büyük ölçüde idarî otorite, uygulama sürekliliği ve hisbe teşkilatı gibi toplumsal

denetim mekanizmalar aracılığıyla caydırıcılık sağlamaktadır. Bu bağlamda İslam ceza hukukundaki caydırıcılık anlayışı, hem ceza tehdidi ve idari otorite gibi dışsal unsurlar, hem de ahlaki ve dinî bilinç gibi içsel motivasyonlarla şekillenmektedir.

İslam ceza hukukunun önemli bir bölümü doğrudan Kur'an ve sünnet gibi ilahi kaynaklara dayanmaktadır. Had ve kısas cezalarını içeren bu bölüm, taabbüdi niteliktedir. Ancak bu durum, söz konusu cezaların arkasındaki hikmetin ilmi yöntemlerle araştırılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, cezaların hikmetini anlama yönündeki çabalar, ilahi hükümlere duyulan teslimiyetin önüne geçmemelidir. Bu nedenle had ve kısas cezalarının tarihsel koşullara bağlı olarak iptal edilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir.

Kur'an-ı Kerim'de caydırıcılığa dair en açık delillerden biri, zina cezasına ilişkin *“Mü'minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.”* (Nûr, 24/2) ayetidir. Fakihler, ayette emredilen aleni infazın öncelikle genel caydırıcılığı sağlama amacına hizmet ettiğini, ayrıca infazın adil şekilde uygulanmasını denetleyen bir işlev üstlendiğini belirtmişlerdir. Ayetin “bir topluluk” ifadesi, klasik şahitlik müessesesinden farklı bir emir içerdiğini ortaya koymaktadır. Zira ceza hukukunda şahitlik, kişi sayısı, cinsiyet vb. unsurlar bakımından açıkça belirlenmiştir. Buradaki amaç ise, cezanın uygulanışına şahit olan topluluğun bundan ibret almasını sağlamaktır. Fakihler, aleni infazın bütün had cezaları için geçerli olduğuna hükmetmiştir.

Aleni infaz, hırâbe cezasının temel unsurlarından biridir. Suçlunun ölü veya diri mi asılacağı, kaç gün süreyle asılı tutulacağı, ölümünün ne şekilde olacağı ve benzeri hükümler, fakihler tarafından hangi durum ve koşullarda toplum üzerinde daha fazla caydırıcılık etkisi yaratacağı yönüyle tartışılmıştır. Teşhir cezası aynı zamanda başlı başına bir ta'zîr cezası türü olup hem suçlunun hem de toplumun caydırılması amacını taşımaktadır.

Modern dönemde bazı araştırmacılar, aleni infazın yalnızca şahitlik müessesesi çerçevesinde sınırlı kalması gerektiğini savunmakta; klasik anlamdaki infaz uygulamasının İslam algısına zarar verebileceğini veya bireyler üzerinde psikolojik olumsuzluklara yol açabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, tüm bu endişelerin bertaraf edilmesi ve aleni infazın, suçun önlenmesi amacına uygun olarak, insanlar üzerinde olumlu yönde değişime vesile olması mümkündür. Ayrıca cezanın aleni olarak infaz edilmesi ve dileyen bireylerin bu sürece tanıklık etmesi; işlenen suçun toplumda oluşturduğu ahlaki ve duygusal tahribatın onarılmasına ve adalet duygusunun yeniden tesis edilmesine anlamlı bir katkı sağlayacaktır.

İslam ceza hukukunda cezalandırmanın en önemli amacı caydırıcılıktır. Bu yaklaşım, yalnızca nasslarda değil; klasik ve çağdaş fıkıh literatürünün tamamında da açık biçimde ortaya konmuştur. Caydırıcılık, ukubât konularının neredeyse tamamında tartışılmış; fakihler vardıkları farklı hüküm sonuçlarını bu ilke çerçevesinde gerekçelendirmiştir. Bu kapsamda caydırıcılığın hangi koşullarda etkili olabileceği, kapsam ve sınırları ile tartışılmış; genel ve özel caydırıcılık işlevlerine vurgu yapılmıştır.

Bazı çağdaş hukukçular, cezanın caydırıcılığının amaç değil, suç-ceza uygunluğunun doğal bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım kanaatimizce, hikmeti hükmün sonucu (semeresi) olarak kabul eden fıkıh usulü anlayışıyla da paralellik göstermektedir. Ancak bu düşünce Gazzâlî, Fahreddin er-Râzî gibi fakihler tarafından eleştiriye tabi tutulmuştur. Buna göre caydırıcılığın sonuç itibarıyla ortaya çıkması, ona yönelik ihtiyacın hükümden önce bulunduğu gerçeğini değiştirmez. Hükümün semeresi olarak tanımlanan hikmet (caydırıcılık), dış dünyada hükmün uygulanmasının ardından ortaya çıkan bir sonuç gibi algılansa da; zihinsel düzeyde, yani Şârî'nin hüküm koyma sürecinde hükümden önceden mevcuttur. Dolayısıyla hikmetin hükümden sonra ortaya çıkması, onun hüküm öncesinde var olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Kanaatimize göre kısas cezalarında af ve sulh müesseselerinin varlığı, caydırıcılık hikmetine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira adam öldürme suçunda asıl olan kısas cezasının uygulanmasıdır. Failin tamamen maktul yakınlarının kararına bırakılmış olan bir ihtimali hesaba katarak, bu suçu işlemeye yönelmesi, akılcı bir tercih olmayacaktır. Dolayısıyla af ya da sulhün mevcudiyetini, caydırıcılığın geçerliliğini ortadan kaldıran bir argüman olarak sunmak isabetli değildir. Tezimizde benimsediğimiz yaklaşım, caydırıcılığın bir hikmet olduğu ve bu hikmetin had ve kısas cezalarında Şârî tarafından miktarı belirlenerek ölçülü ve istikrarlı munzabıt hâle getirilerek yapılandırıldığı yönündedir.

İslam hukukunda zarûrât-ı hamse olarak adlandırılan din, can, akıl, nesil ve malın korunması tümel amaçlardır. Bu maslahatların dünyevi düzlemde korunmasını sağlayan uygulamalı araç ise caydırıcı cezalar sistemidir. İslam ceza hukukunda cezanın ağırlığı, ihlal ettiği maslahatın önem ve derecesine göre belirlenmektedir. Bu nedenle zaruret derecesindeki maslahatların ihlali durumunda daha ağır cezalar öngörülmüş; tali maslahatlar için ise daha hafif yaptırımlar uygulanmıştır.

Cezaların şüphe durumunda düşmesi, ispat şartlarının son derece sıkı tutulması, suçun gizli kalmasının ve suçu alenileştirmeden tövbe etmenin teşvik edilmesi ile itiraftan dönme hakkının

tanınması gibi çeşitli özellikler; İslam ceza hukukunda had ve kısas cezalarının sembolik nitelikte olduğu yönündeki eleştirilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak tezimizde temellendirdiğimiz gibi, had ve kısas cezalarının nadiren uygulanmasının cezaların caydırıcılık niteliğinin zayıf olduğu anlamına gelmez. İslam ceza hukuku, caydırıcılığın hızlılık, şiddet ve kesinlik şeklinde tanımlanan temel unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca suç ve cezaların açık bir şekilde tanımlanması ile bu cezalara dair bilgilerin toplum içinde yaygın biçimde bilinmesi, caydırıcılığı pekiştiren unsurlar arasında yer almaktadır.

Hanefî mezhebi, cezalarda şüphe ilkesini en geniş biçimde tatbik eden ekoldür. Bu yaklaşıma bağlı olarak, birçok durumda suç ağır görüldüğü hâlde, asli cezanın düşmesine hükmetmiştir. Bununla birlikte yaygın olarak işlenmeyen ve sağlıklı bir insan tabiatının meyletmediği suçlara caydırıcı bir ceza vermenin faydasız olduğuna kanaat getirmişlerdir. Bu meselelerde Hanefî mezhebi, suçun yaygınlık arz etmeyişi veya sağlıklı bir insan tabiatının bu tür eylemleri doğal olarak arzu etmemesi gibi gerekçeleri, bu fiiller için caydırıcı nitelikte had cezası öngörmenin isabetli olmayacağı şeklinde değerlendirmiştir. Zina suçuna ilişkin livata, ölüsevicilik, sübyancılık gibi fiiller; öldürme ve yaralama suçlarındaki yöntem farklılıkları (yaralayıcı silah veya ağır cisimle ezme gibi), içki içme suçuyla ilgili olan şarap tortusunun tüketilmesi ve benzeri meselelerdeki görüş farklılıkları, bu konuya örnektir.

İslam ceza hukukunda ekonomik caydırıcılık teorisinin yeterince incelenmediği ve çoğu çalışmada dikkate alınmadığı yönünde eleştiriler yöneltmiştir. Bu eleştiriye göre ekonomik açıdan daha sınırlı zarara yol açan hırsızlık had cezasıyla cezalandırılmakta; buna karşılık daha büyük ekonomik kayıplara neden olan yolsuzluklar yalnızca ta'zîr cezasıyla karşılık bulmaktadır. Bu durum, suçluların rasyonel varlıklar olduğunu ve fayda-maliyet hesabı yaparak suç işleyip işlememeye karar verdiklerini savunan Bentham'ın fayda ilkesiyle çelişmektedir. Çünkü suçlu, daha yüksek ekonomik kazanç sağlayacağı bir mali suça yönelip, nispeten hafif bir yaptırımla karşılaşabileceğini öngörebilecektir. Oysa İslam ceza hukuku, suçun ekonomik değerinden ziyade toplumsal yapıya verdiği zarar üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Bu bağlamda hırsızlık, sadece ekonomik bir suç olmaktan öte; özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi, bireyin can güvenliğini tehdit etmesi ve kimi zaman daha ağır suçlara zemin hazırlaması nedeniyle daha ağır bir yaptırımı gerektirmektedir.

Had cezaları Şâri tarafından nassla tayin edilmiştir. Bu cezalarda, hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu yönüyle had cezaları, kesinlik, ağırlık ve hızlılık unsurları bakımından caydırıcılığın en üst düzeyde tezahür ettiği ceza türüdür. Nitekim bu cezalarda ceza tehdidi

oldukça yüksektir. Caydırıcılık teorisinin kurucu isimleri olan Beccaria ve Bentham başta olmak üzere birçok teorisyen, cezanın caydırıcı olabilmesi için en önemli unsurun kesinlik olduğunu vurgulamıştır. Buna karşın, ceza şiddetinin zannedildiği kadar etkili olmadığını, hatta fazla şiddetin caydırıcılığı zayıflatabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle idam cezasına karşı çıkmış ve onun yerine hapis cezasının daha etkili bir caydırıcılık aracı olduğunu savunmuşlardır.

Kanaatimize göre, aradan uzun yıllar geçmiş olmasına rağmen idam cezasına yönelik bu karşı çıkışın temelinde, keyfi ve haksız idam kararlarının oluşturduğu güvensizlik ortamı bulunmaktadır. Bireylerin, hangi suç karşılığında idam cezasına çarptırılacaklarını öngörememeleri, cezayı etkisiz ve korkutuculuktan uzak hale getirmiştir. Ancak bu durumun had ve kısas cezaları açısından geçerli olmadığı kanaatindeyiz. Zira İslam ceza hukukunda hangi suçların idam cezasını gerektirdiği (örneğin hırâbe, zina) ve hangi durumlarda kısas uygulanacağı açık bir şekilde belirlenmiştir. Suç ve ceza tanımlarının oldukça net olması sebebiyle, toplum nezdindeki hukuki farkındalığının daha yüksek olacağını öngörmek mümkündür. Bu cezalar nadiren uygulanıyor olsa da, kamuoyundaki algı düzeyi yüksek olduğu için caydırıcılık etkisi tahmin edilenden fazladır. Nitekim caydırıcılık kuramında algısal caydırıcılık (perceptual deterrence) olarak tanımlanan yaklaşım, cezaların fiilen ne sıklıkta uygulandığından ziyade, toplumdaki bireylerin zihinlerinde o cezanın uygulanabilir olduğuna dair inancını esas alır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, İslam ceza hukukunda algılanan caydırıcılığın oldukça yüksek olduğu söylenebilir.

Kısas cezaları, kul hakkının ön planda olduğu ve eşitlik ilkesine dayanan cezalardır. Bununla birlikte Allah hakkı da içermesi ve kamu düzenini tehdit etmesi sebebiyle genel caydırıcılığın çok yüksek olduğu cezalardır. Zira bir kişiyi öldürdüğünde ölüm cezası alacağını bilmek, bireyin bu suçu işlemeye teşebbüs etmesini engelleyici bir etki doğurur. Kur'an-ı Kerim'de geçen '*kısasta sizin için hayat vardır*' (Bakara, 2/179) ayeti, fakihler tarafından caydırıcılık bağlamında yorumlanmıştır. Onlara göre kısasın "hayat" olarak ifade edilmesi, hem potansiyel mağdurun hayatını koruma amacına işaret etmekte; hem de suç işlendikten ve kısas cezası uygulandıktan sonra, toplumun diğer bireylerinin benzer suçlardan vazgeçmesini sağlayarak genel bir koruyuculuk işlevi gördüğünü ortaya koymaktadır.

Kısas cezaları, esasen eşitlik ilkesine dayanmakla birlikte, İslam ceza hukukunda caydırıcılık tüm cezalarda gözetilen kurucu bir ilke olduğu için bazı durumlarda eşitlik şartı sağlanmasa da caydırıcılık amacıyla kısas hükmüne gidildiği görülmektedir. Bu yaklaşıma en bilinen örnek,

iştirak hâlinde işlenen bir cinayette tek bir maktule karşılık birden fazla kişinin kısas edilmesinin caiz görülmesidir. Hanefî mezhebi bu görüşü, cinayetlerin çoğunlukla güç ve üstünlük kurma yoluyla işlendiği, dolayısıyla münferit cinayetlere kıyasla çok daha güçlü bir caydırıcılık ihtiyacının bulunduğu gerekçesiyle savunmuştur. Benzer şekilde, zimmî bir şahsın öldürülmesi durumunda, Müslüman faile kısas cezasının uygulanabileceği hükmü, Hanefiler tarafından caydırıcılık gerekçesiyle benimsenmiştir. Bu görüş, özellikle din farklılığından kaynaklanan öfke anlarında zimmîye yönelik saldırıları önlemeye yönelik bir caydırıcılık politikası olarak açıklanmıştır. Ebu Yusuf, bu içtihadı genişletmiş ve İslam ülkesine emânla gelen müte'menin öldürülmesi durumunda da Müslüman failin kısas edilebileceği hükmüne varmıştır. Abdülkerim Zeydan, Ebu Yusuf'un bu yaklaşımının hem kısasta eşitliği değil, dokunulmazlığı esas alan Hanefî usulüne daha uygun olduğunu, hem de maslahat ve caydırıcılık açısından daha güçlü ve anlamlı bir temele dayandığını ifade etmektedir. Öte yandan Mâlikî mezhebine göre, zimmî veya müste'menin pusu kurarak öldürülmesi (katl-i ğîle) hâlinde bu fiil hırâbe suçu kapsamında değerlendirilir; dolayısıyla fail hakkında kısas değil, devlet tarafından had cezası uygulanır.

Mâlikî mezhebi cinâyât suçlarında, diğer mezheplerle karşılaştırıldığında, daha caydırıcı sonuç doğuracağı düşünülen cezai hükümleri tercih etme eğilimindedir. Örneğin, bir kimsenin çocuğunu boğazlama, karnını deşme veya taşla ezme gibi kasıt unsurunu açıkça ortaya koyan yöntemlerle öldürmesi hâlinde, diğer mezhepler ebeveynin kısas edilmesini caiz görmezken, Mâlikî mezhebi bu durumda kısas uygulanabileceği kanaatindedir. Benzer şekilde, uzuvların kısasıyla ilgili olarak cumhur, kısas cezasının yanında ayrıca ta'zîr cezası uygulanamayacağı görüşündedir. Buna karşılık İmam Mâlik, uzuv kısasına ek olarak ta'zîr cezasının da verilebileceğini ifade etmiştir. Mâlikî fakihleri bu görüşleri, caydırıcılık ilkesine dayandırmaktadır.

Ta'zîr cezalarında, failin kişiliği, suça ilişkin koşullar ve suçun toplum üzerindeki etkisi dikkate alınarak en uygun ceza türü ve miktarı belirlenir. Had ve kısas cezalarının aksine, kanunlaştırılmadığı sürece önceden herkes tarafından bilinir nitelikte değildir. Bu belirsizlik, ta'zîr cezalarının caydırıcılığını had ve kısas cezalarına kıyasla daha zayıf kılmaktadır. Prensip olarak, ta'zîr cezalarının, miktar bakımından en düşük had cezasının sınırını aşmaması esastır. Çoğunlukla celde şeklinde uygulanan ta'zîr cezaları, miktar bakımından had cezasının altında kalmakla birlikte fakihlerin çoğuna göre, her bir darbenin şiddeti bakımından had cezalarından daha serttir. Bunun sebebi, zaten sayı bakımından az olan ta'zîr cezalarının şiddet bakımından da hafifletilirse caydırıcılık amacını gerçekleştirmeyeceğinden endişe edilmesidir.

Ta'zîr cezalarının temel amacı, genel caydırıcılıktan ziyade özel caydırıcılıktır. Bu nedenle verilen ceza, failin işlediği suçtan caymasını sağlayacak düzeyde olmalı; bu sınırı aşmamalıdır. Fakihler, caydırıcılığın mümkün olan en hafif ceza ile sağlanması gerektiğini sıklıkla vurgulamışlardır. Nitekim İslam hukukunda ta'zîr cezaları, failin toplumdaki konumuna göre farklılık gösterebilmektedir. 'Eşrâfû'l-eşrâf', 'eşrâf', 'evsâtü'n-nâs' ve 'ehıssa' gibi kategorilere göre kişilere sadece ilam ve ihtar verilebildiği gibi, bazı durumlarda dövme cezası da uygulanabilmektedir. Bazı hukukçular, bu uygulamayı toplumda itibarlı kişilerin kasten suç işlemeyeceği varsayımına dayandığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirir de, kanaatimizce burada esas gaye; suçu işleyen kişinin hangi ceza ile etkili biçimde caydırılabileceğinin tespiti. Zira aynı suçtan dolayı ceza alan iki kişiden biri mükerrir suçlu, diğeri ise ilk kez suç işlemiş ve iyi ahlak sahibi biri olabilir. Bu durumda, aynı ceza her iki kişi üzerinde aynı etkiyi doğurmayacaktır. Dolayısıyla caydırıcılık yönünden adalet sağlanamayacaktır. İslam ceza hukukunun bu noktada 'eşitlik' değil, her bir kişi açısından adil sonuç doğurmayı amaçlayan 'denkleştirici adalet' ilkesini esas aldığı görülmektedir.

Ta'zîr cezalarının, had cezalarının sınırını aşmaması kural olmakla birlikte, Hanefi mezhebinde sa'y bi'l-fesad ve benzeri gerekçelerle siyaset-i şer'iyye kapsamında ölüm cezasına hükmedilmiştir. Klasik dönemdeki fakihlerin görüşlerini incelediğimizde bu cezanın tekrarlanan bazı suçlar için öngörüldüğünü söylemek mümkündür. Bu suçlar genellikle kısas cezasına hükmedilmeyen boğarak öldürme gibi cinayetlerdir. Bazı had suçlarının tekrarlanmasıyla siyaseten katl verilebileceğine dair fetvalar ise, müteahhirin dönemi Hanefi fukahasına aittir. Nitekim sahabe döneminde tekrarlanan had suçlarında hapis cezası verildiğine dair açık örnekler bize ulaşmıştır. Hatta bu şekilde olan hapis cezalarında dahi suçlular önceden ömür boyu hapse mahkûm edilmemiş, suçluda ıslah emareleri görülmemesi sebebiyle hapis süresi devam etmiştir. Bu bakımdan sedd-i zerâi ilkesi gereğince veya bir maslahat tevehhümüne itibar edilerek siyaseten katlin ta'zîr kapsamında meşru görülmesi hatalıdır. Gazzâlî gibi birçok âlim, bu konuda maslahata binaen ölüm cezasını tecviz etmemiş ve bunun sakıncalarını dile getirmiştir.

İslam ceza hukukunda had ve kısas cezaları, büyük ölçüde kanunî ispat sistemine dayanmaktadır. Bu sistemde hukuki emniyet ve istikrar esas alınmakta, hâkime takdir yetkisi tanınmamaktadır. Cezaların caydırıcılığı gerekçesiyle ispat şartlarında esnetmeye gidilmez. Özellikle had suçlarında maddî gerçeğe ulaşmak gibi bir hedef benimsenmemekte; bu nedenle, bir kişinin gerçekten söz konusu suçu işleyip işlemediğini tespit etmeye yönelik soruşturma veya araştırma yapılmamaktadır. Kısas cezalarında sınırlı da olsa vicdanî delil sisteminden

yararlanma imkânı bulunmakla birlikte; vicdanî delil sisteminin esas uygulama alanı ta'zir cezalarıdır. Bu cezalarda hâkim, her türlü delili serbestçe değerlendirme yetkisine sahiptir ve vicdanî kanaatine dayanarak hüküm verir. Ancak burada da cezanın miktarı, had cezalarının sınırını aşmamalı; ayrıca caydırıcılık amacıyla gerekli olan ölçülülük ilkesi gözetilmelidir.



KAYNAKÇA

Abbbâdî, İbn Kâsım. *el-Âyâtü 'l-beyyinât alâ şerhi cem 'il-cevâmi'*. thk. Zekeriyya Umeyrât. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 1433.

Abdülaziz, Buhârî. *Keşfu'l-esrar şerh usûli'l-Pezdevî*. 4 Cilt. Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.

Abdürrezzâk b. Hemmâm. *el-Musannef*. thk. Habîburrahman el-Azamî. Kahire: Dâru't-te'sîl, 2. Basım, 1437.

Acar, Betül. *Fıkıh Teori ve Uygulamasında Yargılama Ve İnfazın Aleniliği (erken Dönem Ve Osmanlı Örneği)*. İstanbul: İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>

Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî. *el-Müsned*. nşr. Ebû Hâcir Muhammed Saîd Besyûnî. Beyrut: y.y., 1405/1985.

Akalın, Adnan. *İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu*. Ankara, 2016.

Akgündüz, Ahmet. “İştirak”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 23/442-444. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.

Akı, E. İrem. “Hukukun iç ahlâkı: Lon L. Fuller’in görüşleri çerçevesinde bir inceleme”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64/1 (01 Mart 2015), 1-36. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001772

Akşit, M. Cevat. *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*. İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1976.

Aktan, Hamza. “Âkile”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/248-249. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.

Aktan, Hamza. “Kazf”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25/148-149. Ankara: TDV Yayınları, 2002.

Aktaş, Sururi. “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIII/1-2 (01 Haziran 2009), 1-25.

Al-Lozi, Ahmed Ali. “Special Deterrence in the ‘Ta’zir’ Crimes (misdemeanors and Infractions), and Its Impact on the Offender Rehabilitation Between Shariah and Law in Egypt, Jordan and Bahrain”. *Journal of Law, Policy and Globalization*. <https://www.semanticscholar.org/paper/Special-deterrence-in-the-%22Ta%27zir%22-crimes-and-and-Al-Lozi/874cf57768bf511fc6783e02a2c9f8fdd2e89001>

- Alshammari, Aiyad. “تطبيق عوامل الردع العام على مرتكبي جرائم القتل العمد في المملكة العربية السعودية”. *Arab Journal of Forensic Sciences & Forensic Medicine* 37/1 (01 Haziran 2021), 01-15. <https://doi.org/10.26735/VVJB7157>
- Âlûsî, Şehâbeddin Mahmûd el-. *Rûhu'l-Meânî*. thk. Ali Abdu'l-bârî Atıyye. 16 Cilt. Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415.
- Âmidî, Seyfeddin el-. *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*. thk. Abdürrezzak Afîfî. 4 Cilt. Beyrut: el-Mektebû'l-İslâmî, 2. Basım, 1402.
- Apaydın, H. Yunus. “Humus”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 18/365-369. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Arı, Abdüsselam. “İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı”. *Journal of Istanbul University Faculty of Theology* 11 (18 Nisan 2012), 57-88.
- Arı, Abdüsselam. “Vasiyet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 42/552-555. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Arslan, Fazlı. *İslam Ceza Hukukunda Suç ve Cezalarda Kıyas*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1998. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Askerî, Ebû Hilâl el-. *el-Furûku'l-luğaviyye*. thk. Muhammed İbrahim Selim. Kahire: Dâru'l-İlm ve's-Sekâfe li'n-Neşr ve't-Tevzî', ts.
- Atay, Hüseyin. “Dinde Reformun Yöntemi ve Bir Örnek: Hırsızlık”. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XLIII/2 (2002), 1-18.
- Atmaca, Talip. “İslâm'da Suç ve Suç ile Mücadele Yöntemleri”. *Dinî Araştırmalar* VII/20 (2004), 333-353.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku -I- Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Baskı., 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku -II- Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3.Baskı., 2018.
- Aydın, Mehmet Âkif. “Liân”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/172-173. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Âkif - Hamîdullah, Muhammed. “Köle”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 26/237-246. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Aydın, Melike Belkis. “Kant'ın ve Hegel'in Felsefesinde Cezanın Amacı”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1 (30 Haziran 2020), 126-138. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.684367>
- Aycul, Abdulmuid. *İslam Ceza Hukukunda Ta'zîr*. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-. *el- 'Înâye şerhu'l-Hidâye*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1389.

- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-. *el- 'Înâye şerhu 'l-Hidâye*. Lübnan: Dârü'l-Fikr, 1970.
- Bâcî, Ebü'l-Velîd. *el-Müntekâ*. 7 Cilt. Kahire: Matbaatü's-saâde, 1332.
- Bağdâdî, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Alî b. Nasr et-Tağlibî. *el-Ma 'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi 'l-Medîne*. thk. Hamîş Abdu'l-hak. 3 Cilt. Mekke: el-Mektebetü't-Ticâriyye, ts.
- Bardakoğlu, Ali. "Diyet". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 9/473-479. İstanbul: TDV Yayınları, 1994.
- Bardakoğlu, Ali. "Eşkîya". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 11/463-466. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Bardakoğlu, Ali. "Had". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 14/547-551. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Bardakoğlu, Ali. "Hapis". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 16/54-64. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Bardakoğlu, Ali. "Hırsızlık". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 17/384-396. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Bardakoğlu, Ali. "İsbat". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/492-495. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Bardakoğlu, Ali. "Katil". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25/45-48. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Başoğlu, Tuncay. "Meâyîru't-ta'zîr" 24 (2010), 79-127.
- Beccaria, Cesare. *Beccaria: 'On Crimes and Punishments' and Other Writings*. Cambridge University Press, 1995.
- Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. çev. Selçuk Sami. İstanbul: İmge Kitabevi, 10. Basım, 2022.
- Behnesî, Ahmed Fethî. *el-Ukûbe fî 'l-fikhi 'l-İslâmî*. Beyrut: Dâru's-Şurûk, 5. Basım, 1403.
- Behnesî, Ahmed Fethî. *et-Ta 'zir fî 'l-İslâm*. Kahire: Müessesetü'l-Halici'l-Arabi, 1988.
https://katalog.isam.org.tr/yordam/?p=1&alan=kunyeDemirbasKN_str&q=0136290
- Behnesî, Ahmed Fethî. *Nazariyyetü 'l-isbât fî fikhi 'l-cinâiyyi 'l-İslâmî*. Beyrut: Dâru's-Şurûk, 5. Basım, 1409.
- Bekkûrî, Muhammed b. İbrâhim el-. *Tertibül-Furuk ve İhtisaruha*. thk. Ömer b. Abbad. 2 Cilt. Vizâratü'l-EEvkÂf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1414.
- Bentham, Jeremy. *Ahlak ve Yasama İlkeleri*. çev. Ömer Saruhanlıoğlu - Uğur Kaşif Boyacı. İstanbul: Litera Yayıncılık, 2. Basım, 2021.
- Beroje, Sahip. *Günümüz ve İslâm Ceza Hukukunda Af*. Ankara: Fecr Yayınları, 2013.

Beroje, Sahip. *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hakim Esaslar*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1999.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>

Beşir, Ahmed Şehhâde - Harîrî, Mâzin Hüseyin. “The Death Penalty is Discretionary In Islamic Jurisprudence and the UAE Penal Code” 2/3 (2021).

Bettayeb, Fatma - Duman, Soner. “İslam Ceza Hukukunda ve Beşerî Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”. *Güvenlik Tedbirleri II* (2017), 554-593.

Beyhakî. *es-Sünenü 'l-kübra*. thk. Abdullah b. Abdu'l-Muhsin et-Türkî. Merkezü'l-Hicr li'l-Buhûsi ve'd-Dirâsâtî'l-Arabiyyeti'l-İslamiyye, 2011.

Beyhakî. *es-Sünenü 'l-kübra*. thk. Abdullah b. Abdu'l-Muhsin et-Türkî. Merkezü'l-Hicr li'l-Buhûsi ve'd-Dirâsâtî'l-Arabiyyeti'l-İslamiyye, 2011.

Beyhakî. *es-Sünenü 'l-kübra*, ts.

Bezzâr, Ebû Bekr Ahmed b. Amr b. Abdilhâlik. *el-Müsned*. thk. Zeynullah Mahfûzu'r-rahman. 18 Cilt. Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 2009.

Bildik, Sevinç. “Ahmed Muhammed Cemâl”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. EK-1/46-47. Ankara: TDV Yayınları, 2020.

Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslamiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.

Braithwaite, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 16. Basım, 2006.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-. *el-Câmi 'u's-sahîh* 2. nşr. Muhammed Zühayr b. Nasr, 1422/2001.

Bulgurcu, Hilal Soysal. “Damgalama Yaklaşımı ve Onarıcı Adalet Bağlamında Denetimli Serbestlik”. *Olgu Sosyoloji Dergisi* 2/1 (30 Haziran 2023), 9-19.
<https://doi.org/10.58632/olgusos.1241831>

Büyükbâş, Nazım. “İslam Ceza Hukukunda Haddlerin Caydırıcılığı”. *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/2 (01 Aralık 2013), 97-126.

Büyükbâş, Nazım. “İslam Ceza Hukukunda Mağdurun ve Kamu Vicdanının Teskini [Teskinu Nefsi's-Sıhhiyye ve'z-Zamiri'l-İctimai fi'l-Kanuni'l-Cinai'l-İslami]”. *İslam Ceza Hukuku = Islamic Criminal Law = El-Kânûnû 'l-Cinâiyyû 'l-İslâmî*. ed. Abdurrahman Eren - M. Refik Korkusuz. 1/456-475. İstanbul: Lale Yayıncılık, 2017.

Centel, Nur. “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”. *Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. 337-372. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1.Basım., 2001.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Ahkâmü 'l-Kur 'ân*. thk. Abdu's-selâm Muhammed Ali Şahin. 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, 1415.

Cevizci, Ahmet. *Felsefe Sözlüğü*. Paradigma, Gözden geçirilmiş ilaveli 6. baskı., 2005.

- Ceyhan, Mehmet. *İslam Ceza Hukukunda Eşitlik*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Cezîrî, Abdurrahman b. Muhammed. *Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*. 5 Cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2. Basım, 2003.
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî. *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*. 20 Cilt. Cidde: Dâru'l-Minhâc, 1428.
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn el-. *el-Gıyasi - İslam'da Başkanlık Sistemi*-. çev. Abdullah Ünalın. İstanbul: Mevsimler Kitap, 2016.
- Çağıl, Orhan Münir. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası, 1961.
- Çiftci, Adem. *İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019.
- Çolak, Abdullah. *İslam Ceza Hukukunda Hafifletici Sebepler*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1999. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Dağcı, Şamil. “Hükûmet-i Adl”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 18/463-464. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Dağcı, Şamil. “İhsan”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 21/546-548. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Dağcı, Şamil. “İşkence”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 23/429-433. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Dağcı, Şamil. “Kıyas”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25/488-495. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Dalgın, Nihat. *İslam'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*. Samsun: Etüt Yayınları, 3. Basım, 1999.
- Demirci, Muhsin. “Nesih Bağlamında Recim Ayeti Sorunu”. *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18 (17 Ocak 2014). <https://doi.org/10.15370/muifd.53975>
- Derveze, Muhammed İzzet. *et-Tefsîrû'l-hadîs*. 10 Cilt. Kahire: Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, 1383.
- Dihlevî, Şâh Velîyullah. *Huccetü'llahi'l-bâliğa*. thk. Seyyid Sâbık. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Cîle, 1. Basım, 2005.
- Dilek, Mehmet. *Hizmet Peygamber'in Sünnetinde Ceza Uygulamaları: Sünnette Ceza Anlayışı*. Ankara: İlâhiyat Yayınları, 1. Basım, 2020.
- Dirik, Mehmet. “Kıyasın İslâm Ceza Hukukunda Kullanım İmkânı”. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 27 (2016), 111-145.
- Dolu, Osman vd. “Suç Korkusu: Nedenleri, Sonuçları ve Güvenlik Politikaları İlişkisi”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65/01 (01 Ocak 2010), 57-81. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000002154

- Dolu, Osman. *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2012.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Cünûn”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/125-129. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Sarhoşluk”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 36/141-145. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 14. Basım, 2016.
- Dönmezer, Sulhi - Yenisey, Feridun. *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*. İstanbul: TESEV Yayınları, 2000.
- Duman, Zeki. *Beş Surenin Tefsiri*. Kayseri: Fecr Yayınevi, 1999.
- Durrant, Russil. *An Introduction to Criminal Psychology*. Routledge, 2. Basım, 2018.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş‘as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî. *Sünen*. thk. Şuayb Arnâut, Muhammed Kamil. Beyrut: Dâru’r-Risaleti’l-âlemiyye, 2009.
- Ebû Ğudde, Hasan. *Ahkâmü’s-sicn ve mu’âmeletü’s-sücenâ fi’l-İslâm*. Kuveyt: Mektebetü’l-Menâr, 1407.
- Ebû Yusuf, Yakub b. İbrahim. *Kitâbü’l-harâc*. thk. Taha Abdurrahman Sa’d, Sa’d Hasan Muhammed. Beyrut: el-Mektebetü’l-Ezheriyye, ts.
- Ebu Zehra, Muhammed. *el-Cerîme fi’l-fikhi’l-İslâmî*. Kahire: Dâru’l-Fikri’l-Arabî, ts.
- Ebu Zehra, Muhammed. *El-Ukûbe fi’l-Fikhi’l-İslâmî*. Kahire: Dâru’l-Fikri’l-Arabî, ty.
- Ebu Zehra, Muhammed. *İslam’da Suç ve Ceza*. çev. İbrahim Tüfekçi. 2 Cilt. İstanbul: Kitabevi, ts.
- El-Awa, Mohamed ‘Abdalla Selim. *The Theory of Punishment in Islamic Law: A Comparative Study*. SOAS University of London, Doktora Tezi, 1972. <https://doi.org/10.25501/SOAS.00033822>
- Elmalılı, Muhammed Hamdî Yazır. *Hak Dini Kur’an Dili*. 6 Cilt. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 1. Basım, 2021.
- Erdem, Suat. *İslam Hukukunda Cezalarda Gözetilen Amaçlar*. Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1997. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Erdoğan, Suat. *Kur’an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Erem, Faruk. *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin*. Ankara: Sevinç Matbaası, ts.
- Erturhan, Sabri. *Fikhî Açından Zina ve Cezası*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2021.
- Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020.
- Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukukunda İçtima*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2003.

- Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı*. Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1997. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Erturhan, Sabri. “Mâverdî ve ‘El-Hâvî’l-Kebîr’ Adlı Eseri”. *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3 (15 Aralık 1999), 471-490.
- Esen, Hüseyin. *İslâm’da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezâî Sorumluluk*. İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006.
- Esen, Hüseyin. “Zina”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 44/440-444. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Ferri, Enrico. *Criminal Sociology*, 1996. <https://www.gutenberg.org/ebooks/477>
- Feyturi, Muhammed Atıyye. *Fıkhu’l-Ukubeti’l-Haddiyye fî t-Teşrîi’l-Cinâiyyi’l-İslâmi*. Bingâzî: Dâru’l-Kütübi’l-Vataniyye, 1998.
- Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*. İstanbul: Isık Yayınları, 2015.
- Fîrûzâbâdî, Ebû t-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya‘kûb b. Muhammed. *el-Kāmûsü’l-muhît*. ed. Muhammed Nuaym el-Araksûsî. Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 8. Basım, 2005 1326.
- Foucault, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*. İmge Kitabevi Yayınları, 1. Basım, 1992.
- Garofalo, Raffaele. *Kriminoloji Suç, Suçlu ve Ceza*. çev. Tuğçe Uzel. İstanbul: Albaraka Yayınları, 2022.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid el-. *el-Müstasfâ min ilmi’l-usûl*. thk. Muhammed Abdusselam Abdüşşafi. Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1993.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid el-. *el-Vasît fi’l-mezheb*. thk. Ahmed Mahmud İbrahim, Muhammed Muhammed Tâmir. 7 Cilt. Kahire: Dâru’s-Selâm, 1417.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid el-. *Mustasfâ : İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*. thk. tercüme: Yunus Apaydın. 2 Cilt. Kayseri: Rey Yayıncılık, 1994.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid el-. *Şifâ’ü’l-ğalîl fî beyâni’ş-şebah ve’l-muhîl ve mesâliki’t-ta’lîl*. thk. Hamd el-Kebîsî. Bağdat: Matbaatü’l-İrşâd, 1390.
- Gırnâtî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Esbahî el-Mâlekî el-. *Bedâ’i’u’s-silk fî tabâ’i’l-mülk*. thk. Alî Sâmi en-Neşşâr. 2 Cilt. Bağdat: Vizâratü’l-İlâm, ts.
- Gouda, Moamen. “Stealing more is better? An economic analysis of Islamic law of theft”. *European Journal of Law and Economics* 42 (01 Ağustos 2016), 103-128. <https://doi.org/10.1007/s10657-015-9499-7>
- Gökalp, Mehmet. *İslam Hukukunda Toplumsal Güven*. Malatya: İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Gutting, Gary. *Foucault: A Very Short Introduction*. Oxford University Press, USA, 2005.

Gümüş Böke, Emine. “Tövbe (Fıkıh)”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 41/283-284. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.

Günay, Hacı Mehmet. “Şüphe”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 39/263-265. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.

Güneş, Fatih. *Kant’da Cezanın Amacı – Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Bir Soruşturma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.

Güngören, Birden. “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı” 9/1 (2010), 989-1001.

Haddâd, Ebû Bekir. *el-Cevheretü’n-neyyire*. 2 Cilt. Kahire: el-Matbaatü’l-Hayriyye, 1322.

Hafnâvî, Mansûr Muhammed Mansûr el-. *eş-Şübehât ve eseruh’a fi’l-ukûbeti’l-cinâiyye fi’l-fikhi’l-İslâmî mukâranen bi’l-kânûn*. Halep: Matbaatü’l-Emâne, 1986.

Hakemî, Ali b. Abbas. “Hakikatü’l-hilâf fi’t-ta’lîl bi’l-hikme ve eseruhu fi’l-fikhi’l-İslâmî” 7/9 (1414 1994), 11-85.

Hâkim en-Nîsâbü’rî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed. *el-Müstedrek ale’s-Sahîhayn*. thk. Mustafa Abdu’l-kâdir Atâ. 4 Cilt. Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1990.

Halîfî, Nâsır Ali Nâsır. *ez-Zurûfü’l-müşeddede ve’l-muhaffefe fi’l-ukûbeti’t-ta’zîr fi’l-fikhi’l-İslâmî*. Kahire: Dâru’l-Medenî, 1412.

Hallaq, Wael B. *Shari’a: Theory, Practice, Transformations*. Cambridge University Press, Paperback., 2009.

Haraşî, Ebû Abdullah Muhammed el-. *eş-Şerhu’l-Haraşî alâ Muhtasari Halîl*. 8 Cilt. Bulak: el-Matbaatü’l-Kübrâ el-Emîriyye, 2. Basım, 1317.

Harbî, Sultan Merzûk Fayez el-. “أثر استخدام التقنيات الحديثة في مجال تنفيذ العقوبات الجنائية في تحقيق” 8 (2018). الزجر والردع

Hattâb Ruaynî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahmân elMağribî. *Mevâhibü’l-Celîl li Şerhi Muhtasari Halîl*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Fikr, 3. Basım, 1412.

Hattâbî, Ebû Süleymân Hamd (Ahmed) b. Muhammed b. İbrâhîm b. Hattâb. *Meâlimu’s-sünen*. nşr. Muhammed Râgıb et-Tabbâh. 4 Cilt. Halep: el-Matbaatü’l-İlmiyye, 1351.

Hüseynî, Ammâr Abbâs. *er-Red’ul-hâs el-ikâbî ve nazmu’l-muâmeleti’l-İslâmiyye: dirâse mukârane fi’l-felsefeti’l-islâh el-ikâbî ve nazmu’l-vikâye mine’l-cerîme*. Beyrut: Menşûrâtü’l-Halebî el-Hukûkiyye, 2013.

Işıқтаç, Yasemin. “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”. *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71/1 (16 Ağustos 2013), 625-638.

İbn Abdisselâm, İzzüddîn Abdülazîz b. Abdisselâm b. Ebi’l-Kâsım es-Sülemî. *Kavâ’idü’l-ahkâm fi’l-mesâlihi’l-enâm*. ed. Taha Abdu’r-raûf Sa’d. 2 Cilt. Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1991.

İbn Abdüsselâm, İzzeddin. *İslami Hükümlerin Esas ve Hikmetleri*. çev. Süleyman Kaya - Soner Duman. İz Yayıncılık, 2010.

- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dımaşkî. *Hâşiyetü Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenviri'l-ebsâr*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1966.
- İbn Arafe, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Arafe el-Vergammî et-Tûnisî. *el-Muhtasar fi'l-fikh*. thk. Hâfız Abdurrahman Muhammed Hayr. 10 Cilt. Dubai: Müessesetü Halef Ahmed el-Habtûr li'l-Âmâlî'l-Hayriyye, 1435.
- İbn Âşûr, Muhammed Tâhir. *et-Tahrîr ve't-tenvîr*. 30 Cilt. Tunus: Dâru't-Tûnusiyye li'n-neşr, 1984.
- İbn Ferhun, Ebû'l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed. *Tebsiratü'l-hükkam fi usuli'l-akziye ve menahici'l-ahkâm*. Mektebetü'l-Külliyat el-Ezheriyye, 1986.
- İbn Hacer, Askalânî el-. *el-İsâbe fi temyîzi's-sahâbe*. thk. Âdil Ahmed Abdu'l-mevcûd - Ali Muhammed Muavviz. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415.
- İbn Hacer, Askalânî el-. *el-Kavlü'l-müsedded fi'z-zebbi 'an Müsnedi Ahmed*. Kahire: Mektebetü İbn Teymiyye, 1401.
- İbn Hacer, Heytemi el-. *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâ't-Türâsi'l-'Arabî, 1357.
- İbn Hazm, el-Endelüsî. *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*. thk. Ahmed Muhammed Şâkir. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Âfâki'l-Cedîde, ts.
- İbn Hazm, el-Endelüsî. *el-Muhallâ bi'l-âsâr fi şerhi'l-Mücellâ bi'l-ihtisâr*. Beyrut: Daru'l-Fikr, t.y.
- İbn Kayyim, Cevziyye el-. *et-Tefsîrû'l-kayyim li'l-İmâm İbni'l-Kayyim*. thk. İbrahim Ramazan. Dârun ve Mektebetü'l-Hilâl, 1410.
- İbn Kayyim, Cevziyye el-. *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyâseti's-şer'iyye*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 4. Basım, ts.
- İbn Kayyim, Cevziyye el-. *İ'lâmü'l-muvakkîn 'an Rabbi'l-'âlemîn*. thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmiyye, 1991.
- İbn Kudâme, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed. *el-Muğnî*. thk. Abdullah b. Abdu'l-muhsin et-Türkî, Abdulfettah Muhammed el-Hulûv. 15 Cilt. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 3. Basım, 1417.
- İbn Kudâme, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed. *el-Muğnî*. 14 Cilt. Kahire: Mektebetü'l-Kâhire, 1968.
- İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvînî. *es-Sünen*. thk. Şuayb Arnaût. Beyrut: Dâru'r-Risâleti'l-'âlemiyye, 2009.
- İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem. *Lisânü'l-'Arab*. nşr. Abdullah Ali el-Kebîr. 15 Cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 3. Basım, 1414.
- İbn Nuceym, Zeynulâbidîn b. İbrahim, b. Muhammed. *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzu'd-dekâik*. thk. Zekeriye 'Umeyrât. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, 2. Basım, ts.

- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî. *El-Eşbâh ve 'n-nezâir*. thk. Zekerıyya Umeyrât. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1419.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî. *el-Beyân ve 't-tahsîl*. thk. Muhammed Haccî. 20 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 2. Basım, 1408.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî. *Bidâyetü 'l-müctehid ve nihâyetü 'l-muktesid*. 4 Cilt. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2004.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn. *el-Hisbe fî 'l-İslâm-Vazîfetü 'l-hükümeti 'l-İslâmiyye*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn. *es-Siyâsetü 'ş-şer'iyye fî ıslâhi 'r-râ'î ve 'r-ra'iyye*. thk. Ali b. Muhammed el-İmrân. Riyad-Beyrut: Dâru Atââtî'l-İlm-Dâru İbn Hazm, 4. Basım, 2019.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn. *eş-Şârimü 'l-meslûl 'alâ şâtimi 'r-Resûl*. thk. Muhammed Muhyiddin Abdu'l-Hamîd. el-Harsu'l-Vatanî es-Suûdî, ts.
- İbnu'l Cevzî, Ebul Ferec. *Ahkâmu 'n-nisâ*. thk. Amr Abdu'l-mun'im Selim. Kahire: Mektebetü İbn Teymiye, 1417.
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî. *Ahkâmü 'l-Kur'ân*. thk. Muhammed Abdülkadir Atâ. 4 Cilt. Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- İbnü'l-Hümâm, Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Şerhu Fethu 'l-Kadîr ale 'l-Hidâye*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1970.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku -Genel Hükümler-*. İstanbul: Beta Yayınevi, 6. Basım, 2014.
- İlîş, Muhammed. *Minahu 'l-celîl şerhu Muhtasari Halîl*. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1404.
- İsfahânî, Râgıb el-. *nekele*. thk. Safvân Adnan ed-Dâvudî. Beyrut: Dâru'l-kalem, 1991.
- Kâdî İyâz, Ebü'l-Fazl İyâz b. Mûsa b. İyâz Yahsûbî. *nekele*. 2 Cilt. Tunus: el-Mektebetü'l-atîka, 1914.
- Kahveci, Nuri. "Hukuk Açısından Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu" 2 (2003), 21-36.
- Kal'acı, Muhammed Revvas. *Mu'cemu lugati 'l-fukaha*. thk. Hâmid Sâdık Kuneybî. Dâru'n-Nefâis, 2. Basım, 1408.
- Kamali, Mohammad Hashim. *Crime And Punishment In Islamic Law: A Fresh Interpretation*. Oxford University Press, 2019.
- Kara, Mustafa Abdulmegid. *The Philosophy of Punishment in Islamic Law*. Ann Arbor, United States: The Claremont Graduate University, Doktora Tezi, 1977.
<https://www.proquest.com/docview/302829717/citation/30230483C25B46E7PQ/1?sourcetype=Dissertations%20&%20Theses>
- Karâfî, Şehâbeddin el-. *el-Furûk*. 4 Cilt. Kahire: Âlemü'l-Kütüb, ts.
- Karâfî, Şehâbeddin el-. *Şerhu Tenkîhi 'l-füsûl*. thk. Taha Abdurrauf Sa'd. Kahire: Şeriketü't-tibâe el-Fenniyye, 1973.

- Karâfi, Şehâbeddin el-. *Zehîra*. thk. Muhammed Haccî vd. 14 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1994.
- Karaman, Hayreddin. “Âdet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 1/369-373. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Karaman, Hayreddin. *İslam Hukukunda İctihad*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 3. Basım, 1985.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: Nesil Yayınları, 3. Basım, 1991.
- Kâsânî, Ebi Bekr Alâuddîn b. Mes'ud el-. *Beda'iu's-sanâi' fî tertibi's- şerâi'*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-ilmiyye, 2. Basım, 1986.
- Kaşıkçı, Osman. “Zaman Aşımı”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 44/114-116. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Kızılkaya, Necmettin. *İslam Hukukunda Farklar: Furûk Literatürü Üzerine Bir İnceleme*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kızmaz, Zahir. “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”. <https://acikerisim.aku.edu.tr/xmlui/handle/11630/3569>
- Kızmaz, Zahir. *Suç Önleme - Çağdaş Yaklaşımlar*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Basım, 2020.
- Koca, Ferhat. “Hikmet (Fıkıh)”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 17/514-518. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Koşum, Adnan. “İslâm Hukukunda Hırsızlık Konusunda Yeni Yaklaşımlar”. *Diyanet İlmi Dergi* XXXVII/3 (2001), 85-116.
- Köroğlu, Mehmet. “İslam Ceza Hukukunda Kısasın İnfazı”. *EKEV Akademi Dergisi* XV/48 (2011), 227-238.
- Köse, Saffet. “Hiyel”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 18/170-178. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Köse, Saffet. *İslam Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 3. Basım, 2018.
- Köse, Üzeyir. *İslam Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur Olarak Çocuğun Durumu*. Kahramanmaraş: Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Köse, Üzeyir. “İslam Ceza Hukukunda Ortaklaşa Yapılan Hırsızlık”. *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18/18 (31 Aralık 2020), 257-288.
- Köse, Üzeyir. “İslâm Ceza Muhakemesinde Baskı ve Şiddet Yoluyla Elde Edilen İtirafın İspat Değeri”. *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 26 (15 Haziran 2021), 381-404. <https://doi.org/10.35415/sirnakifd.904926>

- Krishnan, Ravindhran Kutty. *A Critical Study on the Role of Islamic Criminal Law and Deterrence of Crimes in Malaysia*, 2009.
<https://www.proquest.com/docview/2848772611/abstract/70BC693FADDF41E3PQ/3>
- Kudûrî, Ahmed el-. *et-Tecrîd*. thk. Muhammed Ahmed Sirâc. 12 Cilt. Kahire: Dâru's-Selâm, 2. Basım, 1427.
- Kudûrî, Ahmed el-. *Muhtasaru'l-Kudûrî*. çev. Soner Duman - Osman Güman. İstanbul: Beka Yayıncılık, 2015.
- Kumaş, Salih - Manav, Meryem. "İslâm ve Türk Ceza Hukuku'nda Suçlu Yakınlarının Mağduriyetini Giderici Bazı Hükümler". *Usul İslam Araştırmaları* 34/34 (31 Ekim 2020), 103-135. <https://doi.org/10.56361/usul.757488>
- Lombroso, Cesare. *Criminal Man*. çev. Mary Gibson - Nicole Hahn Rafter. Durham, NC: Duke University Press, 2006.
- Lombroso, Cesare. *Suçlu İnsan*. çev. İsmail Hakkı Yılmaz. İstanbul: Albaraka Yayınları, 2. Basım, 2022.
- Lyons, Lewis. *Cezalandırmanın Tarihi*. çev. Silya Zengilli. İstanbul: Paris Yayınları, 2018.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-. *el-Ahkâmü's-sultaniyye ve'l-vilayatü'd-diniyye*. Kahire: Daru'l-Hadis, 2010.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-. *el-Hâvi'l-kebîr*. thk. Ali Muhammed Muavviz. 19 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- Mergînânî, Burhaneddîn el-. *el-Hidâye fî şerh Bidâyeti'l-mübtedî*. thk. Yusuf Tallâl. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, ts.
- Merle, Jean-Christophe. *German Idealism and the Concept of Punishment (Modern European Philosophy)*. Cambridge University Press, 1. Basım, 2009.
- Mevsîlî, Abdullah b. Mahmûd el-. *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*. thk. Muhammed Adnan Derviş. 5 Cilt. Kahire: Daru'l-Halebî, 1937.
- Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Abderî el-Gırnâtî el-. *et-Tâc ve'l-iklîl 'alâ (bi-şerhi) Muhtaşarı Halîl*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1416.
- Mill, John Stuart. *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*. ed. Mark Philp - Frederick Rosen. OUP Oxford, 2. Basım, 2015.
- Mill, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches Part I*. ed. John M. Robson - Bruce L. Kinzer. Toronto: University of Toronto Press, 1988. <https://oll.libertyfund.org/titles/kinzer-the-collected-works-of-john-stuart-mill-volume-xxviii-public-and-parliamentary-speeches-part-i>
- Molla Fenârî, Şemseddin Muhammed b. Hamza. *Fuşûlü'l-bedâyi'*. thk. Muhammed Hüseyin Muhammed Hasan İsmail. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1427.
- Molla Hüsrev, Mehmed Efendi. *Dürerü'l-hükkâm*. Kahire: Dâr İhyâü'l-kütübi'l-Arabiyye, ts.

- Montesquieu. *Kanunların Ruhu Üzerine*. çev. Berna Günen. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 9. Basım, 2023.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn b. Haccac el-Kuşeyrî. *el-Câmiu's-Sahîh*, ts.
- Müzenî, Ebû İbrâhîm İsmâîl b. Yahyâ b. İsmâîl el-. *Muhtaşarü'l-Müzenî*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2. Basım, 1403.
- Nesâî. *es-Sünen*. thk. Hasan Abdümünim Şelebî. 12 Cilt. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2001.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-. *el-Mecmû 'şerhu'l-Mühezzeb*. 20 Cilt. Kâhire: İdâretü't-Tıbbâti'l-Münîriyye, 1347.
- Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-. *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakîn*. 12 Cilt. Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 3. Basım, ts.
- Okur, Kaşif Hamdi. *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk: Âkile Örneği*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2017.
- Ozday, Ozden. "Does Islam deter crime in a secular Islamic country? The case of Turkey". *Contemporary Social Science* 11/4 (01 Ekim 2016), 315-333.
<https://doi.org/10.1080/21582041.2015.1008562>
- Öğüt, Salim. *Dinî Hükümlerin Temellendirilmesinde Hikmet*. Ankara: Hititkitap Yayınevi, 2009.
- Ömeroğlu, Ömer. "Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/4 (01 Ekim 2012), 329-370.
- Özel, Ahmet. "Müste'men". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 32/140-143. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Özer, Esra. *Hanefî ve Şafî Mezhepleri Çerçevesinde İslâm Hukukunda Nesep*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Özgür, Mustafa. *İslam Ceza Hukukunda İnfaz*. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Paternoster, Raymond. "How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence". *Journal of Criminal Law and Criminology* 100/3 (01 Ocak 2010), 765.
- Peters, Rudolph. *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, First Edition., 2006.
- Peters, Rudolph. *Sharia, Justice and Legal Order Egyptian and Islamic Law: Selected Essays*. Leiden ; Boston: BRILL, Bilingual edition., 2020.
- Polat, Ahmet. *Suç Önleme*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014.
- Rabb, Intisar. "The Islamic Rule of Lenity: Judicial Discretion and Legal Canons". *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 44/5 (01 Ocak 2011), 1299-1351.

- Rabb, Intisar A. *Doubt in Islamic Law: A History of Legal Maxims, Interpretation, and Islamic Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139953054>
- Rabb, Intisar A. “‘Reasonable Doubt’ in Islamic Law”. *40 Yale J. Int’l L.* 41 (2015).
<https://dash.harvard.edu/entities/publication/73120378-ff4b-6bd4-e053-0100007fdf3b>
- Râzî, Fahreddîn er-. *el-Mahsûl*. thk. Taha Cabir Feyyaz Ulvânî. 6 Cilt. Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1997.
- Râzî, Fahreddîn er-. *Tefsîrû’l-kebîr/Mefâtîhu’l-ğayb*. 32 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Arabî, 3. Basım, 1420.
- Remlî, Şemseddin er-. *Nihâyetü’l-muhtâc ilâ şerhi’l-Minhâc*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1404.
- Ribât, Hâlid er- - İzzet, Seyyid. *el-Câmi’ li-ulûmi’l-İmam Ahmed*. 22 Cilt. Kâhire: Dâru’l-felâh li’l-bahsi’l-ilmî ve tahkîki’t-turâs, 2009.
- Rocha, Paulo vd. “How to Change Practice and Policy to Address the Unique Needs of Senior Inmates: Insights From the Norwegian Correctional System*”. *The Prison Journal* 104/6 (01 Aralık 2024), 761-786. <https://doi.org/10.1177/00328855241286513>
- Rohe, Mathias. *Islamic Law in Past and Present*. çev. Gwendolin Goldbloom. Boston: Brill, 2014.
- Ruşûd, Emânî bt. Mubârak er-. “Eseru’ş-şubehât fi’l-ukûbâtî’t-ta’zîriyye”. *Mecelletü Kadâ* 27 (2022).
- Sâbûnî, Muhammed Ali es-. *Ravâ’iu’l-beyân fî tefsîri âyâtî’l-ahkâm mine’l-Kur’ân*. 2 Cilt. Dîmeşk: Mektebetü’l-Ğazâlî, 3. Basım, 1400.
- Saç, Cansu. *Çağdaş Ceza Hukukunun Amacı Bağlamında Hapis Cezasına Seçenek Kurumlar*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Sadruşşehîd, Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî. *Şerhu Edebi’l-Kâdi lil-Hassâf*. thk. Hilâl es-Serhân Muhyî. 4 Cilt. Bağdat: Matbaatü’l-İrşâd-ed-Dâru’l-Arabiyye li’-t-Tibâa, ts.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî. *El-Müdevvenetü’l-Kübrâ*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1415.
- San’ânî, Emîr es-. *Sübülü’s-selâm fî şerhi Bulûği’l-merâm*. thk. İsmâüddîn es-Sebâbitî. 4 Cilt. Kahire: Dâru’l-Hadîs, 5. Basım, 1418.
- Serahsî, Şemsü’l-eimme. *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.
- Serahsî, Şemsü’l-eimme. *Mebsût 1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler*. thk. M. Cevat Akşit. 31 Cilt. İstanbul: Gümüşev, 2008.
- Smith, Peter Scharff. *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice: Embraced by the Welfare State?* ed. Thomas Ugelvik. London: Palgrave Macmillan UK, 1. Basım, 2017.

Souryal, Sam S. "The Role of Shariah Law in Deterring Criminality in Saudi-Arabia". *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 12/1-2 (01 Ocak 1988), 1-25. <https://doi.org/10.1080/01924036.1988.9688875>

Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.

Suğdî, Ebü'l-Hasen (Hüseyn) RükñüIslâm Alî b. el-Hüseyn b. Muhammed es-. *en-Nütef fî'l-fetâvâ*. thk. Slâhuddîn en-Nâhî. 2 Cilt. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2. Basım, 1404.

Sübkî, Ebû Nasr Tâcüddîn es-. *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*. thk. Adil Ahmed Abdu'l-mevcûd - Ali Muhammed Muavviz. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1411.

Süyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî kavâ'id ve fîrû'î fikhi's-Şâfi'iyye*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1403.

Şafak, Ali. "Bağy". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 4/451-452. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.

Şafak, Ali. "Erş". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 11/307-308. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.

Şafak, Ali. *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1977.

Şâfiî, Muhammed b. İdris eş-. *el-Ümm*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2. Basım, 1410.

Şâtıbî, İbrahim b. Mûsâ eş-. *el-Muvâfakât*. 7 Cilt. Dâru İbn Affân, 1997.

Şekerci, Osman. *İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*. İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1996.

Şelebî, Muhammed Mustafa. *Ta'lîlu'l-ahkâm*. Kahire: Matbaatü'l-Ezher, 1947.

Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-. *Fethu'l-kadîr el-Câmi' beyne fenneyi'r-rivâye ve'd-dirâye min ilmi't-tefsîr*. 6 Cilt. Dimeşk: Dâru İbn Kesîr, 1414.

Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-. *Neylû'l-evtâr*. thk. İsmâüddîn es-Sebâbitî. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 1993.

Şeyhîzâde, Damad Abdurrahman Gelibolulu. *Mecma'u'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, ts.

Şîrâzî, Ebû İshak eş-. *El-Mühezzebe*. 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.

Şükrü Selim Has. *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi: İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Yayınları, 2016.

TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi. *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 12 Mayıs 2003.

Teftezânî, Sa'düddîn. *Şerhu't-Telvîh ale't-Tavdîh*. Mısır: Mektebet Subeyh, ts.

Tirmizî, Muhammed b. İsa et-. *Sünen*. thk. Beşşâr Avvâd Maruf. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1996.

- Tiyek, Sait Ramazan. *İslâm Ceza Hukukunda Suçta Manevî Unsur*. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Tokgöz, Havva Begüm. “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22/1 (22 Mayıs 2020), 431-467. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704815>
- Trablusî, Ebü'l-Hasen Alâüddîn Alî b. Halîl et-. *Mu'inü'l-hükkâm fîmâ yetereddedü beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm*. Dâru'l-Fikr, ts.
- Üdeh, Abdülkâdir. *et-Teşrî'u'l-cinâ'iyü'l-İslâmî Mukâranen bi'l-kânûni'l-vaz'î*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kâtibi'l-Arabî, 1977.
- Üdeh, Abdülkâdir. *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*. çev. Ali Şafak - Ruhi Özcan. 4 Cilt. Ankara: Rehber Yayıncılık, 1. Basım, 1990.
- Uludağ, Şener - Dolu, Osman. *Suç Korkusu Yaygınlığı, Sebepleri ve Sonuçları*. Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2012.
- UNSW, UNSW Sydney. “Do Harsher Punishments Deter Crime?” Erişim 30 Nisan 2025.
<https://www.unsw.edu.au/newsroom/news/2020/07/do-harsher-punishments-deter-crime>
- Uslu, Rıfat. “İslam Hukukunda Sürgün Cezası”. *Yeni Fikir Dergisi* 7/14 (01 Temmuz 2015), 120-131.
- Uyanık, Memet Zeki. *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 1. Basım, 2017.
- Wright, Valerie. *Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment*. Washington, DC: Sentencing Project, 2010.
<http://www.sentencingproject.org/doc/Deterrence%20Briefing%20.pdf>
- Yaman, Ahmet. “Zimmî (Fıkıh)”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 44/434-438. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Yaran, Rahmi. “Kefâret (Fıkıh)”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25/179-182. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Yavuz, Yunus Vehbi. “Maksadi Yorum”. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 8 (2006), 41-78.
- Yenigül, Aylin Kul. “Onarıcı Adalet ve Cezalandırıcı Adalet” 5/9 (ts.).
- Yıldırım, Dilara. *Cezalandırmanın Amacının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2023.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Yıldız, Ali Kemal. *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2002.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>
- Yücel, Mustafa Tören. “Suç korkusu ve etkisinin nötrleştirilmesi” 83 (2009), 278-301.
- Yücel, Mustafa Tören. *Suç ve Ceza Anatomisi*. Ankara: Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1973.

Zakariyah, Luqman. *Legal Maxims in Islamic Criminal Law: Theory and Applications*. Brill - Nijhoff, Lam., 2015.

Zencânî, Şehâbeddin ez-. *Tahrîcû'l-fürû' 'ale'l-usûl*. thk. Muhammed Edîb Salih. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1398.

Zeydân, Abdülkerîm Behîc (Bîc) el-Ânî el-Kehlî el-Muhammedî. *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'mîn 'in fî dâri'l-İslâm*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2. Basım, 1402.

Zeylâî, Abdullah b. Yûsuf ez-. *Nasbü'r-râye li-tahrîci ehâdîsi'l-Hidâye*. thk. Muhammed Avvâme. 4 Cilt. Beyrut: Müessesetü'r-Reyyan li't-Tıbaa ve'n-Neşr, 1418.

Zeylâî, Osman b. Ali ez-. *Tebyînül-hakâik fî Şerhi Kenzi'd-dekâik ve Hâşiyetü's-Şilbî*. 6 Cilt. Bulak: Matbaatü'l-kübrâ el-Emîriyye, ts.

Ziriklî, Hayreddin ez-. *el-A'lâm*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-ilm li'l-melâyîn, 15. Basım, 2002.

Zuhayli, Vehbe. *Tefsirü'l-Münir fî'l-Akîde ve's-Şerîa ve'l-Menhec*. 32 Cilt. Dımeşk: Dâru'l-Fikr, 1411.

Zürkânî, Abdilbâkî b. Yûsuf ez-. *eş-Şerhu'z-Zurkânî alâ Muhtasari Halîl*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1422.

An Introduction to the Criminal Law of Afghanistan. Stanford, CA: Afghanistan Legal Education Project (ALEP), Second edition., 2012. https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2016/03/ALEP-Criminal-Law-2d-Ed_English.pdf

“Cünûn”. *el-Mevsuatü'l-fikhiyye*. C. 16. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, 1984.

“Deontoloji”. *KLU Felsefe Ansiklopedisi*. Erişim 28 Nisan 2025. <https://www.klufelsefe.com/kelime/deontoloji/>

Fetava'l-Alemgiriyye = el-Fetava'l-Hindiyye. thk. Şeyh Vecihüddin Burhanpurlu Şeyh Nizam Şeyh Celaledin Muhammed, Kadı Muhammed Hüseyin, Molla Hamid. 6 Cilt. Bolak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 2. Basım, ts.

“İşlâ”. *el-Mevsuatü'l-fikhiyye*. C. 5. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, 1984.

Kur'an Yolu Meali (Erişim 02.07.2024), ts.

“Nordic Penal Exceptionalism: A Comparative, Empirical Analysis | The British Journal of Criminology | Oxford Academic”. Erişim 25 Nisan 2025. <https://academic.oup.com/bjc/article/63/2/424/6555114>

“Tazir”. *el-Mevsuatü'l-fikhiyye*. C. 12. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, 1984.

“Teşhîr”. *el-Mevsuatü'l-fikhiyye*. C. 12. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, 1984.

The Effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia: Proceedings of the Symposium Held in Riyadh, 16-21 Shawal, 1396 A.H. (9-13 October, 1976). Rome: Ministry of Interior, Kingdom of Saudi Arabia, Crime Prevention Research Centre & UNSDRI, 1980.

ÖZGEÇMİŞ

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Uluslararası İslam ve Din Bilimleri Fakültesi, İslam ve Din Bilimleri bölümünden yüksek onur derecesiyle olarak mezun oldu (2016). Aynı üniversitede “Nişancızâde'nin Nûru'l-'Ayn adlı eserinin tahkik ve tahlili (7-11. fasıllar)” başlıklı teziyle yüksek lisansını tamamladı (2019). Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde 2017 yılından beri İslam Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. İslam hukuk tarihi, İslam ceza hukuku ve İslam hukuk felsefesi alanlarında çalışmalarını sürdürmektedir. İyi derecede Arapça ve İngilizce bilmektedir.

