

CEZALARDA CAYDIRICILIK İLKESİ

İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese

Şükrü Selim HAS

***Cezalarda Caydırıcılık İlkesi:
İslam Hukuku ve Modern Hukuk
Arasında Bir Mukayese***

*Cezalarda Caydırıcılık İlkesi:
İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese*

Şükrü Selim Has

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI 207
ISBN: 978-975-6478-87-5

İRTİBAT
Şükrü Selim Has
selhas@erciyes.edu.tr

***Cezalarda Caydırıcılık İlkesi:
İslam Hukuku ve Modern Hukuk
Arasında Bir Mukayese***

Şükrü Selim Has

Kayseri - 2016

İçindekiler

ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	IX
BİRİNCİ BÖLÜM: SUÇ	1
I- SUÇ KAVRAMI, LÜGAT VE İSTILAH ANLAMLARI	1
II- SUÇLARIN TASNİFİ.....	4
A- HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR	6
1. Zina suçu	6
2. Hırsızlık suçu	7
3. Yol kesme (Hirâbe) suçu	7
4. Zina iftirası suçu (kazf).....	9
5. İçki içme suçu.....	9
6. İrtidat (Dinden dönme) suçu	11
7- Devlete isyan (bagy) suçu	12
B- ADAM ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARI	14
C- TAZİR SUÇLARI	16
İKİNCİ BÖLÜM: CEZA	19
I- CEZA: LÜGAT VE İSTILAH ANLAMLARI.....	19
II- CEZALARIN TASNİFİ	20
III- SUÇUN BÜYÜKLÜĞÜNE VEYA NASLARLA
BELİRLENMESİNE GÖRE CEZALAR.....	24
A. HAD CEZALARI.....	24
1- Zina haddi (cezası).....	25
2- Hırsızlık haddi (cezası).....	27
3- Yol kesme (hirâbe) haddi (Cezası)	30
4- Zina iftirası (kazf) cezası.....	32
5- İçki içme (haddi) cezası.....	32
6- İrtidat (dinden dönme) cezası.....	34
7- Devlete isyan (bagy) cezası.....	37

B- KISAS VE DİYET CEZALARI.....	38
C- TAZİR CEZALARI.....	42
IV- CEZALARIN ÖZELLİKLERİ.....	45
1. Cezaların gerekliliği ve toplum için rahmet oluşu	45
2. Cezalandırmada suç-ceza dengesi.....	47
3. Cezalandırmada toplum-fert dengesi.....	50
4. Cezaların genel ve mücerret olması	52
5. Cezaların Kanuniliği.....	54
6. Cezaların şahsî oluşu	58
7. Cezaların yargı organı tarafından verilmesi.....	59
8. Cezaların şüphelerle düşürülmeleri	59
V- CEZALARIN İŞLEV VE GAYELERİ.....	60
1. Toplum ve yararlarının korunması	63
2. Cezalarda uhrevî engelleme	68
3- Cezaların suça mani olması (Men').....	69
4. Cezaların suçluyu engellemesi (Zecr)	70
5. Cezaların İntikam duygusunu azaltması.....	71
6. Suçlunun ıslahı.....	73
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CAYDIRICILIK.....	75
I- İSLÂM HUKUKUNDA CEZALARDA CAYDIRICILIK İLKESİ.....	75
1. Genel caydırıcılık.....	81
2. Özel caydırıcılık	82
II- HAD CEZALARINDA CAYDIRICILIK.....	82
1. Zina cezalarında genel caydırıcılık.....	82
2. Zina cezalarında özel caydırıcılık.....	90
3. Hırsızlık cezasında genel caydırıcılık.....	92
4. Hırsızlık cezasında özel caydırıcılık.....	96
5. Yol kesme (hirabe) cezasında genel caydırıcılık	97
6. Yol kesme (hirabe) cezasında özel caydırıcılık	100
7. Zina iftirası (kazif) cezasında genel caydırıcılık	101
8. Zina iftirası (kazif) cezasında özel caydırıcılık	106
9. İçki içme cezasında genel caydırıcılık	107

10. İçki içme cezasında özel caydırıcılık.....	108
11. İrtidat (dinden dönme) cezasında genel caydırıcılık	110
12. İrtidat (dinden dönme) cezasında özel caydırıcılık	112
13. Devlete isyan (bagy) cezasında genel caydırıcılık	114
14. Devlete isyan (bagy) cezasında özel caydırıcılık.....	115
III- KISAS CEZALARINDA CAYDIRICILIK	116
1. Kisas cezalarında genel caydırıcılık.....	116
2. Kisas cezalarında özel caydırıcılık.....	122
IV- TAZİR CEZALARINDA CAYDIRICILIK	123
1. Tazir cezalarında genel caydırıcılık	123
2. Tazir cezalarında özel caydırıcılık	125
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: MODERN HUKUKTA CAYDIRICILIK.....	127
GİRİŞ.....	127
I- GÜNÜMÜZDE CEZALAR VE CAYDIRICILIK.....	129
1. Caydırıcılık ilkesini savunanlar.....	131
2. Caydırıcılık ilkesine karşı çıkanlar	146
II- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	149
BİBLİYOGRAFYA	153

ÖNSÖZ

Genel olarak cezalara ve cezalandırmaya, özel olarak da İslam ceza hukukundaki cezalara karşı yöneltilen, çoğu kez de ilmi ahlak sınırlarını aşan, tamamen önyargılı ve aşırı tepki ve yorumlara sık sık rast gelmekteyiz. Yurtdışında bulunduğumuz uzun süre içerisinde de hem Müslümanların hem de Müslüman olmayan şahısların konu ile ilgili soru, yorum ve tenkitleri ceza hukukuna ilgimizi biraz daha artırmıştı. Türkçe yazılmış eserlerde İslam ceza hukukundaki cezaların işlevlerinden çok öz olarak bahsedilmiş olunması ve caydırıcılık ilkesinin müstakil olarak ele alınmamış olması araştırmamı bu yönde yoğunlaştırmamın temel sebeplerinden birisi olmuştur. Caydırıcılık konusuna modern batı hukukunda nasıl bakıldığını, taraftarları ve karşıtlarının konuya nasıl yaklaştıklarını da özetleyerek okuyucuya bir mukayese yapma fırsatı verme düşüncesiyle çalışmamızın son bölümünü buna hasrettik.

Çalışmada transkripsiyon sistemi olarak T.D.V. İslam Ansiklopedisi'ndeki sistemi takip etmemize rağmen, Türkçeleşmiş veya çok sık kullanılan bazı kelimelerin transkripsiyonu konusunda çok fazla titiz davranmadık. İngilizce kaynaklardaki müellif isimlerini -Arapça da olsa- olduğu gibi muhafaza ettik. Hz. Peygamber'in her zikredilişinden sonra (sav.) veya Sahabilerin zikrinden sonra (ra.) ibarelerini koymayıp bir saygısızlık eseri olarak değil de metni biraz daha sade tutmak içindir. Okuyucuların bu eksikliği, okurken gidereceklerinden eminiz. Ayet meallerinde genel olarak Prof. Dr. Ali Özek ve arkadaşlarının hazırladığı, *Kur'ân-ı Kerim ve Açıklamalı Türkçe Meâli'* ni baz aldık.

Bu çalışma süresince tavsiye ve önerileriyle yardımlarını esirgemeyen hocalarıma ve meslektaşlarıma burada şükranlarımı arz etmek isterim. Özellikle de her türlü çalışma imkânını esirgemeyen E.Ü. İlahiyat Fakültesi'nin mevcut ve geçmiş idarecilerine, yine önerilerini, tavsiyelerini ve kaynak temininde yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. H. Yunus Apaydın, Doç. Dr. Habil Nazlıgül, Doç. Dr. İbrahim Görener, Doç. Dr. Kenan Has, Yard. Doç. Dr. Menderes Gürkan, Dr. Salim Özer, Dr. Davut İltaş, Dr. Ahmet Uyar, Dr. Abdullah Benli ve Dr. Yavuz Fırat beylere teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca kaynak temininde katkılarından dolayı E.Ü. İlahiyat Fakültesi Hatice Bayraktar Kütüphanesi ile İstanbul'daki T.D.V. İslamî Araştırmalar Merkezi (İSAM) Kütüphanesi çalışanlarına da şükran duygularımı ifade etmek isterim. Gayret bizden, başarı ise daima Yüce Allah'tandır.

Kayseri, Şubat 2007
Şükrü Selim Has

ÖNSÖZ

Cezalarda Caydırıcılık İlkesi: İslam hukuku ve Modern Hukuk Arasında bir Mukayese adlı eserimizin birinci baskısı 2007 yılında, sınırlı bir sayıda yapılmıştı. Gerek Lisans, gerekse gerekse Yüksek Lisans ve Doktora seviyesinde okuttuğumuz “İslam Ceza Hukuku” derslerinde kaynak/yardımcı kaynak olarak faydalı olabileceğini düşündüğümüz eserimizin Hukuk Fakültesi öğrencilerine ve ilgi duyan diğer araştırmacılara ve genel okuyucuya da katkı sağlayacağını düşünerek ikinci baskısını yapmaya karar verdik.

Birinci baskıda dikkatimizden kaçan birtakım eksikleri bu baskıda gidermeye çalıştık. Buna rağmen eserimizde yine de eksik ve yanlışlar olmayacağı iddiasında değiliz. Bunların tarafımıza bir şekilde iletilmesinden memnun olacağımızı da belirtmek etmek isteriz.

İlk baskıda ifade ettiğim teşekkürlerime bir ilave olarak, eserin birinci baskısını lütfedip okuyarak düzeltmesi gerekli birçok noktayı dikkatime getiren değerli hocam Prof. Dr. Ali Şafak beyefendiye de şükranlarımı arz ederim.

Son olarak da ikinci baskının yapılmasını üstlenen Erciyes Üniversitesinin değerli idarecilerine, matbaa çalışanlarına, eseri yeniden baskıya hazırlayan Müge Yeğen'e teşekkürlerimi sunarım.

Şükrü Selim Has

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.mlf.	: Aynı müellif
A.Ü.İ.F	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
a.y.	: Aynı yer
agm.	: Adı geçen makale/madde
b.	: Bin, ibn
bk.	: Bakınız
bl.	: Bölüm
c.	: Cilt
çev.	: Çeviren
E.Ü.S.B.E.	: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ed.	: Editör
h.	: Hicrî
haz.	: Hazırlayan
H.z.	: Hazreti
K.Ü.S.B.E.	: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
M.Ü.S.B.E.	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ö.	: Ölümü
ra.	: Radiyallahu anhü
s.	: Sayfa
sav.	: Sallallahu aleyhi ve sellem
sy.	: Sayı
tah.	: Tahkik
TDV.	: Türkiye Diyanet Vakfı
trc.	: Tercüme, tercüme eden
ts.	: Tarihsiz
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
yy.	: Yer yok

GİRİŞ

Gerek Türkiye’de gerekse diğer devletlerde, özellikle de batı dünyası diye bilinen Amerika, İngiltere, Almanya, Fransa gibi ülkelerde son yılların üzerinde en çok durulan, araştırma yapılan, münakaşa edilen hukuk dallarından birisi şüphesiz ki ceza hukukudur. Türkiye’de son yıllarda hem Medenî Kanun’da hem de Ceza Kanununda bir takım ciddi tadilatlar yapılmış olup, “iyileştirme” ve “Avrupa Birliğine uyum sağlama” çabaları her iki sahada da halen devam etmektedir.

Medenî hukuk alanında yapılan tadilat ve yenilikler halkın ve hukukçuların dikkatlerini belli ölçüde çekse de asıl ilgi ve tepki ceza hukuku ve ceza infaz hukuku alanlarında ortaya çıkmaktadır. Özellikle de “şartla salıverme” yasasının yürürlüğe girmesi ile yaklaşık otuz beş bin kişinin bundan faydalanarak hürriyetlerine kavuşması hem olumlu hem de olumsuz tepkilere yol açmıştır. Olumsuz tepkilerin bir kısmı şartla salıverme yasasından faydalanarak hapisten çıkan insanların doğrudan veya dolaylı olarak mağdur ettiği kişilerin tepkilerinden, bir kısmı da bu kişilerin tekrar suç işleyerek mağdur ettiği kişilerin tepkilerinden oluşmaktadır. Özellikle de bu ikinci durum hem hukukçular hem de bu yasayı hayata geçiren siyasi iktidar açısından sıkıntı yaratmış ve neredeyse yasayı hayata geçiren herkes onu sahiplenmez olmuştur.

Yine ölüm cezasının kaldırılmasının suç oranını yükselttiği yolundaki iddialar, cezaların yeteri derecede ağır ve caydırıcı olmadığı yönündeki şikayetler gözleri tekrar ceza hukukuna çevirmiş hatta bazı siyasiler ölüm cezasını geri getirmeyi seçim beyannamelerine koyarak halkın bu rahatsızlığını gündemlerine almışlardır. Hem hukukçuların, hem polis ve emniyet teşkilatının, hem de hiçbir hukuk eğitimi görmemiş halk tabakasının, üzerinde ittifak ettikleri nokta mevcut tatbikatıyla cezalardan beklenen gayelerin tahakkuk etmediği, başka bir ifade ile cezanın, ceza olarak fonksiyonunu yitirdiğidir.

Ceza ve cezalandırmadan beklenen faydaların tahakkuk etmemesi halinde hem adalete, hem de adalet mekanizmasını yürütmekle sorumlu olan hükümete ve neticede de devlete güven kalmayacak ve toplum içinde hoşnutsuzluklar meydana gelecek, bu da şahsî öç alma, intikam, kan davaları gibi bir takım olumsuz fiillere yol açacaktır. Cezalardan beklenen yararların başında gelen "caydırıcı etki yapmak" ve "selamete götürücü misal teşkil etmek" konuları günümüz şartlarında daha da fazla önem arzeder hale gelmiştir.

Amerika, İngiltere gibi ülkelerde özellikle de son elli, altmış sene zarfında genel olarak caydırıcılık, özel olarak da ölüm cezasının caydırıcılığı konusunda müstakil çalışmalar yapılmış olmasına rağmen Türkiye'de bu konu üzerinde fazla durulmamış, ölüm cezası ile ilgili olarak da bir iki tercüme kitap ile, subjektif olarak yazılmış birkaç te'lif eser, birkaç lisans üstü tez ve çok az sayıda makale bulunmaktadır.

İslam ceza hukuku üzerine bilhassa son yüzyılda kaleme alınmış Arapça ve İngilizce çok sayıda kitap ve makaleye ulaşma imkânı bulduğumuzu, fakat bunların arasında da caydırıcılık konusunu müstakil olarak ele alan pek fazla eser bulunmadığını burada ifade edelim.

İslam hukukundaki temel suç ve cezaların ve bu cezalardaki caydırıcılık ilkesinin ne olduğunu, cezaî müeyyidelerde nasıl yer aldığını, alimlerin bu konudaki görüşlerini belirlemek ve bu ilkenin modern batı hukukundaki yerini, üzerinde yapılan münakaşaların mahiyetini tespit ederek bu ilkenin suçun azaltılmasında rolünün ne olduğunu anlamak için elinizdeki araştırma kaleme alındı. Ölüm cezası halen devam eden müstakil bir çalışmamızda ayrıca ele alınmaktadır.

Bu mütevazı çalışmanın, İslam ceza hukukunun, üzerinde detaylı olarak durulmamış bir yönünü ortaya çıkarması, bunun modern batı hukukundaki anlayışla karşılaştırılması, İslam ceza hukukunun esprisinin, gayelerinin biraz daha net anlaşılması, mevcut birtakım önyargıların giderilmesi istikametinde -az da olsa- bir katkı sağlaması temennimizdir. Sunulan bilgilerin mutlaka eksik, tamamlanmaya veya düzeltilmeye muhtaç yönleri olacaktır. Bunların dikkatimize getirilmesi bizi memnun edecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM: SUÇ

I- SUÇ KAVRAMI, LÜGAT VE İSTILAH ANLAMLARI

İslam hukuku literatüründe hukukî anlamda suçu ifade etmek için cerîme ve cinâyet kelimeleri kullanılmaktadır. *Cerîme* daha çok çağdaş literatürde kullanılan bir kelime olmakla birlikte klasik literatürde nadiren de olsa kullanımına rastlanmaktadır.¹ Suçu karşılamak için klasik literatürde yaygın olarak kullanılan kelime cinâyettir.

Sözlükte ağaçtan meyveyi toplamak, devşirmek anlamına gelen cinâyet kelimesi, daha sonra özellikle kötülük yapmak ve kötülük anlamında kullanılmıştır.² Terim anlamı da bu ikinci anlamına dayanmaktadır. İslam hukukçuları tarafından unsurları dikkate alınarak cinayetin farklı tanımları yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şöyledir:

*"Cinâyet, zarar içeren yasaklanmış her türlü fiildir."*³

*"Cinâyet, failinin hadd, katl, kesme ve sürgün ile cezalandırılmasını gerektirecek şekilde olan fiildir."*⁴

*"Cinâyet, cana ve mala karşı işlenen her türlü haksız fiildir."*⁵

¹ Örnek olarak bk. Ebu'l-Hasan Ali b. Habib el- Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Dâru'l-ku-tubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1985, s. 273. "Cerâim Yüce Allah'ın had ve tazir koyarak men etmiş olduğu şer'î mahzurlardır."

² Mecduddîn Muhammed b. Yakûb Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-muhît*, Mısır, 1306. "cny" mad-desi; Eyyûb b. Mûsâ el-Hüseynî Ebû'l-Bekâ, *el-Külliyât*, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1993, s. 356; Muhammed b. Ali Tehânevî, *Keşşâf-u İstilahât'î'l-fünûn*, İstanbul (Ofset) 1984, I, 270; E. W. Lane, *Arabic-English Lexicon*, (Ed.S. L. Poole) Londra 1863, I, 2. Bölüm, 472, 473.

³ Abdullah b. Mahmûd el Mevsilî, *el-Ihtiyâr li-ta'îlî'l-Muhtâr*, İstanbul 1980, V, 22. الجنایة كل فعل محظور يتضمن ضررا

⁴ Ebû Abdillâh Muhammed el-Ensârî er-Rassâ', *Şerhu Hudûd-ilbn Arafê*, Dâru'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut 1993, II, 632. الجنایة فعل هو بحيث یوجب عقوبة فاعله یحد أو قتل أو قطع أو نفي

⁵ Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd, İbn Kudâme, *el-Muğnî*, (Tah. Abdullah A. et-Türkî ve Abdulfettah M. El-Huluv) Hicr, Kahire 1990, XI, 443. الجنایة كل فعل عدوان علی نفس أو مال

*"Mala veya cana karşı işlenen şer'an haram kılınmış bir fiildir."*⁶

Genel anlamda şer'an (hukuken) yasaklanan her türlü fiil, cinayet olarak isimlendirilmekle birlikte klasik literatürde suçun nitelik ve türüne göre değişik isimler kullanılmıştır. Mesela başkasına yönelik cinayet kişinin canına, uzuvlarına, ırzına ve malına yönelik olmak üzere kısımlara ayrılmaktadır. Cana yönelik cinayet, genel olarak "öldürme", uzva yönelik cinayet "koparma" ve "yaralama", ırza yönelik cinayet "iftira", mala yönelik cinayet "hırsızlık" ve "gasb" gibi değişik isimler almaktadır.

Ö. N. Bilmen ise şöyle tarif eder: "cinayet esasen muahezeyi istilzam eden herhangi bir cürümden, herhangi memnu bir fiili irtikabtan ibarettir. İnsanların gerek nefislerine ve gerek uzuvlarına, kuvvetlerine, ırzlarına, mallarına tealluk eden herhangi haram, memnu bir fiil bir cinayettir."⁷

Cinayet, fakihler tarafından daha dar anlamda cana ve uzuvlara yönelik hak-sız fiiller için kullanılan bir terimdir.⁸ Klasik literatürde cana ve uzuvlara yönelik fiillerin "*Kitâbu'l-cinâyât*" başlığı altında ele alınması bunun göstergesidir.⁹ Bu ikisinin dışında cezayı gerektiren hırsızlık, zina ve kazf gibi diğer suçlar ise genel olarak "*Kitâbu'l-hudûd*" başlığı altında ayrı bir bölümde incelenmiştir.

Günümüzde İslam ceza hukuku ile ilgili olarak yazılan eserlerde suç kavramını Arapça'da "cerîme", İngilizce'de "crime" kelimeleriyle ifade edilmiştir. Cerîme'ye cinayet kavramından daha geniş bir anlam yükleyen bir tanım ise "*cerime, emredilmiş olanı yapmamakla veya yasaklanmış olanı yapmakla Allah'a*

⁶ Ahmed Fethî Behnesî, *el-Mevsû'atü'l-cinâyiye fi'l-fıkh'l-İslâmî*, Beyrut, 1991, II, 25.

⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul ts., III, 27.

⁸ Şemsuddîn Ahmed Kadızâde, *Netâicu'l-efkâr (Tekmilet-u Fethi'l-Kadir)*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut, 1997, X, 220; Muhammed b. Hüseyin b. Ali el-Kâdirî, *Tekmilet-u Bahri'r-Râik*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut, 1997, IX, 4; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 443. Türkçede cinayet kelimesi, adam öldürme fiili için kullanılan bir kelimedir. TDK, *Türkçe Sözlük*, "cinayet" md. Aynı şekilde günümüzde Mısır ceza hukukunda cinayet teriminin manası İslam hukukundan farklı olarak kabul edilir. Buna göre bir fiilin cinayet sayılabilmesi için onu işleyenin idamla yahut ağır ceza ile müebbet olarak cezalandırılması, yahut muvakkaten hapsolunması kastolunmaktadır. Bk. A. Üdeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, (Çev. Akif Nuri) İstanbul 1976, I, 107.

⁹ Uzuvlara karşı işlenen suçları içermesinden ve yaralamanın da çoğunlukla öldürmeye sebep teşkil etmesinden dolayı cana ve uzuvlara karşı işlenen suçlar için *Kitâbu'l-cinâyât* başlığı yerine bazı Maliki, Şâfiî ve Hanbeli fakihler tarafından *Kitâbu'l-cirâh* başlığı kullanılmaktadır. Malikilere örnek olarak bk. Celâuddîn Abdullah b. Necm İbn Şâs, *'İkdü'l-cevâhiri's-semîne*, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 2003, III, 1090; Şâfiîlere örnek olarak bk. Nevevî, *el-Minhâc (Muğni'l-muhtâc şerhi ile)*, IV, 2; Hanbelilere örnek olarak bk. İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 443.

itaatin dışına çıkmaktır. Hukuk geleneğinde bu, masiyet, zenb, ism ve cinayet kavramlarının karşılığıdır.”¹⁰ şeklindedir.

Ebû Zehra da genel olarak değerlendirildiği zaman, *masiyet*'in *cerîme*'nin tarifine uyduğunu, masiyet kelimesi ile yüce Allah'ın emir ve yasaklarına aykırı davranmanın anlaşıldığını, *ism* ve *hatîe*'nin de aynı anlamda olduğunu belirtip geniş olarak değerlendirildiğinde bunların hepsinin suç (cerîme) anlamına geldiklerini ileri sürer¹¹ ve şöyle açıklar: “*Cerîme, masiyet, hatîe, ism* kelimeleri beyanî işaretlerinde farklılık olsa da mana itibarıyla aynıdırlar. Kelimelerin beyanî işaretlerine gelince, suçlunun yaptığı hareketle kötü bir kazanç elde etmesi ve aklen kötü ve çirkin bir hareket yapması göz önüne alınmış ve yapılan harekete *cerîme* denilmiştir. *İsm*'e gelince, suçlunun suç işlemekle insani değerlere ulaşmakta yavaş davranmış olması göz önüne alınmış ve yapılan harekete *ism* denilmiştir. Çünkü Arapça'da *ism* diye yavaş yapılan hareketlere denilmektedir. İşlenen suçta *hatîe* denilirken, kötülüğün ruhu kuşattığı ve ona baskın geldiği ve artık suçun insanın elinden iradesi dışında işlenmesi göz önüne alınmıştır. Bu nedenle *hatîe* deyimi ancak, kötülük insanın kalbine kök saldıği zaman kullanılır.”¹² Modern hukukta suç kavramı için yapılan en yaygın tariflerinden birisi şudur: suç, “*sorumlu bir kimse tarafından, müsbet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ve ceza tehdidi taşıyan bir kanunda yer alan tarife uygun bulunan, hukuka aykırı fiil*” veya Teknik hukuk okuluna bağlı yazarlara göre “*kanunun cezalandırdığı fiil*”dir.¹³ Başka bir tanıma göre ise “*suç bir ceza normunun çiğnenmesinden başka bir şey değildir.*”¹⁴

Batı hukukunda kullanılan kısa ve öz bir tanım da şöyledir: “*Kanunu ihlal eden icrai veya ihmali fiillerdir.*”¹⁵

¹⁰ Abdüssemiş İmâm, *Eser-u tatbiki'l-hudûd fi'l- müctema'*, Riyad 1984, s. 265.

¹¹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, (Çev. İ. Tüfekçi) İstanbul 1994, I, 25.

¹² A.g.e. I, 26. Hatîe kelimesinin Kur'ân'da bu manada kullanımı için “*Hayır, her kim kötülük eder de kötülüğü (خطيئة) kendisini çepeçevre kuşatırsa işte o kimseler cehennemliktirler. Onlar orada devamlı kalırlar.*” (Bakara 2/81) ayeti örnek olarak verilebilir.

¹³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1997, I, 311. (Bundan sonra Dönmezer diye anılacak.)

¹⁴ Filippo Gramatica, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (Çev. Sami Selçuk) Ankara 1988, s. 65. Bu tanımın devamında yazar “*Öyleyse suçluyu yaratan da ceza normundan başka nedir ki!*” diyerek yeni bir yaklaşım sergiler.

¹⁵ “*Crime.*” *West's Encyclopedia of American Law*. The Gale Group, Inc, 1998. *Answers.com* 13 May. 2007. <http://www.answers.com/topic/crime>

Cinayet teriminin fıkıh literatüründe bundan başka özel bir anlamda kullanımı da mevcuttur. Bu anlamda cinayet koku sürünmek, dikişli elbise giymek, haremde avlanmak gibi ihramlı kimsenin yapması yasak olan fiilleri ve haccın vaciplerinden birini terk etmeyi *cinâyâtül-ihrâm* ifade eder. Bu tür fiiller esasında suç olmamakla birlikte ihram ile yasaklı hale gelen fiil ihlal edildiği için cinayet olarak isimlendirilmiştir.¹⁶

II- SUÇLARIN TASNİFİ

Ceza, suç üzerine bina edildiği için konumuzla direkt olarak bağlantılı olduğundan, çok kısa da olsa suçların tasnifinden bahsederek bir temel oluşturmayı uygun gördük. İslam hukukçuları suçu hak ettiği cezanın ağırlığına, katılığına, şiddetine göre sınıflara ayırdıkları gibi, suçu tarafından işleniş şekline, suçu işlerken kasıt unsurunun bulunup bulunmamasına, suçun icraî bir fiilden veya ihmali bir fiilden kaynaklanmasına göre de değişik kategorilere ayırmışlardır. Çoğu, muasır hukukçular tarafından yapılan tasniflerin önemli olanlarını şöyle sıralamak mümkündür.

I – Hak ettiği cezanın şiddetine göre suçlar

A- Had cezası gerektiren suçlar

- 1- Zina suçu
- 2- Hırsızlık suçu
- 3- Yol kesme suçu (*hirâbe*)
- 4- Zina iftirası suçu (*kazf*)
- 5- İçki içme suçu
- 6- İrtidat suçu (dinden dönme)
- 7- Devlete isyan suçu (*bagy*)

B- Adam öldürme ve yaralama suçları (kisas veya diyet gerektiren suçlar)

- 1- Adam öldürme suçu
 - a- Kasten adam öldürme
 - b- Kasta benzer öldürme
 - c- Hataen öldürme
- 2- Adam yaralama suçu
 - a- Candan başka uzva kasten tecavüz
 - b- Candan başka uzva hataen tecavüz

C- Tazir suçları

¹⁶ Örnek olarak bk. Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 22; Zeynü'l-Âbidin b. İbrahim İbn Nüceym, *el-Bahrur-râik*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut, 1997, III, 3.

II – Suçlunun maksadına göre suçlar

- A- Kasıtlı suçlar (teammüden işlenen suçlar)
- B- Kasıtsız suçlar (hata eseri olan suçlar)

III- İşlenmesi veya işlenilmemesinin cezalandırılması yönünden suçlar

- A- İcraî suçlar (müspet hareketli suçlar)
- B- İhmalî suçlar (menfi hareketli suçlar)

IV- Meşhûden işlenilip işlenilmemesine göre suçlar

- A- Meşhût suçlar (suçüstü suçları)
- B- Gayr-ı meşhût suçlar (suçüstü olamayan suçlar)

V- İşleniş şekline göre suçlar

- A- Basit suçlar
- B- İtiyadî suçlar

VI- Özel mahiyetlerine göre suçlar

- A- Topluma karşı işlenen suçlar
- B- Fertlere karşı işlenen suçlar

VII- Özel tabiatlarına göre suçlar

- A- Adî suçlar
- B- Siyasî suçlar

VIII-Kendisini belirleyen kaynağa/otoriteye göre suçlar

- A- Kur'ân'la belirlenen suçlar
 - 1- İslam'ın meşru düzenine karşı gelmek
 - 2- Yol kesmek
 - 3- Hırsızlık etmek
 - 4- Zina etmek
 - 5- İffetli kadınlara zina iftirasında bulunmak
 - 6- Kısas cezalarını gerektiren suçlar
- B- Sünnet'le belirlenen suçlar
 - 1- İçki içme
 - 2- İrtidat etme
- C- Cezası yöneticilere bırakılan suçlar (tazîr suçları)

Bu tasniflerin en çok kabul gören ve kullanılanı birinci tasniftir ki klasik kaynaklarımızda yapılan tasniflere de en yakın olanı budur. Bu tasnif suça takdir edilmiş, belirlenmiş, mukarrer olan cezaların katılığına, şiddetine göre yapılmıştır. Burada suç ne kadar vahim ve ciddi ise verilen ceza da o derecede ağır bir cezadır. Bu bölümdeki suçları kısaca tarif edip, özelliklerine değinmenin ileride gelecek ceza ve cezaların caydırıcılığı konularının anlaşılmasında kolaylık sağlayacağını umuyoruz.

A- HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR

Bu bölümdeki cezalar genellikle işlenen suçun adıyla anılmıştır, başka bir ifade ile ceza tarif edilirken suçun da çeşidine işaret edilmektedir. Hırsızlık haddi dediğimiz zaman hırsızlık suçuna verilen cezayı, zina haddi dediğimiz zaman zina suçuna verilen cezayı kastettiğimiz gibi aynı zamanda suça da işaret etmiş olmaktadır. Bir fiilin had cezasını gerektiren bir suç olabilmesi için onda iki unsurun bulunması lazımdır. Birincisi, İşlenen suç Allah hakkına karşı işlenmiş olmalıdır. Allah hakkı olan şeyler toplumla ilgilidir ve topluma karşı işlenmiştir.¹⁷ Yani bir anlamda "Allah hakkı" kavramı "kamu hakkı" kavramıyla aynı anlamı taşımaktadır.

Biraz derinlemesine bakıldığı zaman had cezası gerektiren tüm suçlarda kamu hakkı unsuru kolayca görülebilir. Mesela, en mahrem ve özel bir ilişki olan zina suçu ilk bakışta sadece iki şahsı ilgilendiriyor gibi görünse de bu fiilin cemiyet içindeki sosyal kanunları ihlal ettiğini, ahlaki kuralları çiğnediğini, aile kurumuna zarar verdiğini, nesli bozduğunu müşahade etmekte zorluk çekmeyiz. Dolayısıyla burada bir Allah hakkı (kamu hakkı) mevcuttur.¹⁸ İkincisi ise, bu suçlara verilecek cezanın Kanunkoyucu tarafından belirlenmiş olması, cezanın tesbitinin idarecilere tevdi edilmiş olmamasıdır. Şimdi bu suçlara kısaca temas edelim.

1. Zina suçu

Zina sadece iki kişi arasında kendi rızalarıyla meydana gelen basit bir fiil değil toplum hayatını zedeleyen, aile kurumuna karşı yapılmış bir saldırdır. Kur'ân'da "Zinaya yaklaşmayın, zira o bir hayasızlıktır ve çok kötü bir yoldur. Haklı bir sebep olmadıkça Allahın Muhterem kıldığı cana kıymayın"¹⁹ ve "Onlar ki Allah ile beraber (tuttukları) başka bir tanrıya yalvarmazlar, Allah'ın haram kıldığı cana haksız yere kıymazlar ve zina etmezler."²⁰ ayetlerinde adam öldürmeyle beraber zikredilmiş ağır bir suçtur. Bundan dolayı buna verilecek cezanın da ağır ve şiddetli olması suç-ceza dengesinin bir gereğidir. Zina, "haddi icap eden gayri meşru mukarenettir ki bu, dâri islâmda mükellef, yani: İslâm ahlâkını mültezim bir şahsın halen veya sabıkan müştehat bulu-

¹⁷ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 49.

¹⁸ Buradan bu suçlarda kul hakkı yoktur diye anlaşılmamalıdır. Mesela, hırsızlık ve zina iftirası suçlarında Allah hakkı yanında kul hakkı da mevcuttur. Bk. Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 59.

¹⁹ İsrâ 17/32,33.

²⁰ Furkân 25/68.

nan berhayat bir kadınla mülkten, nikahtan ve mülk ile nikah şüphelerinden hali olarak bil'ihthiyar irtikab ettiği mücameatdir."²¹ şeklinde tarif edilir.

2. Hırsızlık suçu

Hırsızlık fiili, aç gözlü, asalak, her şeyi mübah gören, insanlardan utanmayan, Allah'tan korkmayan insanların, fertlere ve topluma bir saldırısıdır. Bu fiilin, günümüzde de olduğu gibi, yayılması toplumun düzenini, rahatını ve huzurunu bozacaktır. Toplum içinde çeteleşmiş, onlarca sabıkası olan, hırsızlığı meslek olarak icra eden kişiler maalesef toplumda terör estirmektedirler. Hırsızlık fiili topluma saldırdığı korkudan, endişeden ve güvensizlik duygularından dolayı kamu hakkıyla ilgili bir suç olarak değerlendirilmiş ve ağır bir ceza ile de karşılık görmüştür. Hırsızlık suçu için yapılan tanımlardan en yaygın olanı şudur: "Mükellef (akıllı ve ergenlik çağına gelmiş) birisinin kendisinin mülkü olmadığı gibi mülk şüphesi de olmayan en az on dirhem (resmî olarak darbedilmiş) gümüş veya bunun değerinde bir malı korunmuş olduğu yerden gizlice almasıdır."²²

Bu suçun sabit olması içki suçundaki gibidir, yani adaletine güvenilir iki erkeğin şahitlikleri ile suç ispat edilmiş olur. Çalınan şeyin İslam'ın kabul ettiği "mal" cinsinden olması lazımdır. Bundan dolayı köpek çalanın, davul, tanbur, zurna gibi müzik aletlerini çalanın, içki ve içki kaplarını çalanın, altın veya gümüş haç çalanın eli kesilmez. Yine ot, av hayvanı, balık, taze meyve ve sebze çalan kişilere el kesme cezası verilmez. Çalınan malda mülkiyet şüphesi varsa yine had cezası uygulanmaz, hatta hırsızında onda hakkı olduğu için hazine ve âmme malını çalanlara had cezası uygulanmayacağı belirtilmiştir. Diğer had cezalarında olduğu gibi, hırsızlık haddinde de cezanın en ufak bir şüphe halinde düşürülmesi emredilmiştir.

3. Yol kesme (Hirâbe) suçu

Bu suç, normal hırsızlık suçundan daha ağır, toplum ve fertler için daha fazla tedirginlik yaratan, devletin otoritesini sarsan, ona olan güveni ortadan kaldıran bir suçtur. Normal hırsızlıkta toplumda bir tedirginlik ve endişe meydana gelmektedir. Ancak yol kesmede bu tedirginlik duygusu kat kat fazlalaşmakta, insanların silah zoruyla, korku ve baskıya hatta işkenceye maruz bırakılarak mallarının ellerinden alınmaları, hatta öldürülmeleri toplum

²¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, 197. Klasik kaynaklarımızda verilen tarif daha öz ve kısadır. "الزنا : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك و الشبهة" Abdulah b. Mahmûd b. Mevdûd el- Mevsilî, *el-Ihtiyâr li-ta'îlî'l-Muhtâr*, cüz. III, s. 79.

²² İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, (tah. Vehbî Süleymân Gâvecî el-Elbânî) Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1989, I, 344

düzenini olumsuz olarak etkilemekte, fertlerin devlete olan güvenini zedelemektedir. "Yol kesme suçu Müslümanların güvenliklerine ve topluluklarına karşı açılmış bir savaş olarak algılanmıştır ve bu yüzden bu fiil, Allah ve Rasûlüne savaş açmak olarak nitelendirilmiştir."²³ Mecazî olarak kullanılan bu ifade (Allah ve Rasûlüne savaş açma) aslında yol kesen kişinin, İslam'ın korumayı, himaye etmeyi hedeflediği İslam toplumuyla savaştığını belirtmektedir ki bu toplumun korunması için İslam hukuku çok önemli tedbirler almış ve çok ciddi müeyyideler koymuştur. Buradaki mecazî Ebû Zehra şöyle izah eder: "Yol kesen kimse bizzat devletin kendisine savaş açmamıştır. Fakat devletin güvenliğine savaş açmıştır. Dolayısıyla devletin güvenliğine açılan savaş İslam devletine karşı açılmış savaş yerine konmuştur. Yüce Allah ile savaşılmaz fakat onun koymuş olduğu ahkam ile savaş bizzat kendisine karşı savaşılmaya gibi kabul edilmiştir. '*Allah ve resulüne karşı savaşanları...*' (Mâide, 5/33) ayeti hakkında Ebubekr er-Râzî şöyle söyler: 'Burada Allah ve resulüne karşı savaş açmak mecazidir. Zira yüce Allah'la savaşmak imkânsızdır.'²⁴ Hanefiler yol kesme suçunu şöyle tarif ederler: Yoldan geçenlerin mallarını, güç ve kuvvet kullanarak ellerinden almak için onların önüne çıkmaktır. Bu öyle yapılmaktadır ki yoldan geçenlerin geçmelerine engel olunmakta ve yolları kesilmektedir. Bu fiil ister bir grup tarafından gerçekleştirilmiş olsun isterse bir fert tarafından yapılmış olsun fark etmez.

Yol kesme fiilinin sadece şehrin dışındaki yollarda yapıldığı zaman hirâbe suçu teşkil edeceğini ileri sürenler olduğu gibi, İmam Malik ve Zahiriler gibi bazıları ise, yol kesme fiili nerede işlenirse işlensin, şehir içi veya şehir dışı farkı gözetilmeksizin suç meydana gelir derler, hatta Malik daha ileri giderek bir hırsız silahlı olarak ve yanında güç bulundurarak bir eve girip hırsızlık yapsa bunun bile hirâbe suçuna dahil edileceğini savunur.²⁵ Yol kesme suçunun vahameti bir bakıma suç işleyen kişinin devlet otoritesini hiçe saymasından, bu otoritenin mevcut olmadığı yerlerde vatandaşları korkutarak mallarını ellerinden silah zoruyla almalarından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan da bu suça verilen ceza da ağır bir ceza olmaktadır. Yol kesme suçunu sadece erkeklerin mi işleyebileceği yoksa kadınların da bu suçu irtikap edip cezalandırılacakları konusunda iki değişik görüş olmasına rağmen, Ebû Hanîfe'den rivayet edilen bir görüşte, kadınların yol kesme fiilinde erkeklere eşit oldukları, yani bu suçu işlediklerinde aynı cezaya çarptırılacakları ifade edilmiştir. Tahâvî de kadın ve erkeğin diğer had cezalarında olduğu gibi hirâbe cezasında da eşit olduğunu savunurken, Kerhî, hirâbe suçunun kadı-

²³ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 138.

²⁴ A.g.e. , s. 138.

²⁵ A.g.e. , s. 139.

nın yapısına ve tabiatına uygun olmadığını, bu konuda kadının sabî çocuk gibi olduğunu söyleyip, kadına hirâbe haddi uygulanmasına karşı çıkar.²⁶

4. Zina iftirası suçu (kazf)

İslam dini ve onun koyduğu hukuk sistemi, insanların mallarına , canlarına yapılan herhangi bir saldırıyı mübah görmediği gibi bu saldırıyı gerçekleştirenleri ağır cezalarla cezalandırmıştır. Benzer şekilde insanların iffetlerine, namuslarına ve şereflerine karşı yapılan herhangi bir saldırı da suç kabul edilip belli cezalarla karşılık görmüştür. Özellikle de iffetli kadınlara atılan zina iftirası çok ciddi bir suç olarak kabul edilmiş ve bu da Kur'ân'da zikredilmiştir: *"Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener değnek vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkardırlar."*²⁷ Bu ayette zina isnadı suç olarak belirlenmiş, suçun cezası da ayetin devamında beyan edilmiştir.

Zina iftirası insanı derinden yaralayan, onun toplum içindeki saygılığını yok eden bir yalandır. Bu tip yalan ve iftiralar yüzünden intihara sürüklenen insanları, yıkılan yuvaları, kendisine zina yapmış gözüyle bakıldığı için kötü yola düşen kadınları düşündüğümüzde bu suçun ne derece çirkin ve vahim bir şey olduğunu anlarız. Yine Kur'ân'da zikredilen ve zina iftirası suçunu işleyenleri uyaran ayet bu vahameti şöyle sergiler: *"Namuslu, kötülüklerden habersiz mümin kadınlara zina isnadında bulunanlar dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir. Yapmış olduklarına dilleri, elleri, ve ayaklarının şahitlik edecekleri gün onlar için çok büyük bir azap vardır."*²⁸ Bu ayet hem suçu beyan etmekte hem de buna verilen cezayı dünyevî ve uhrevî olmak üzere iki kat olarak tarif edip ahiretteki büyük azabı da hatırlatmaktadır.

5. İçki içme suçu

İçki diye isimlendirdiğimiz alkollü içecekler tedrici olarak yasaklanmışlar²⁹ ve sonunda da kesin olarak haram sayılıp bunların içilmesi cezayı gerekli

²⁶ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed Ebû Sehl es- Serahsî, *el-Mebsût*, Matbaatu's- saâde, Mısır 1924, IX, 197.

²⁷ Nur 24/4.

²⁸ Nur 24/23,24.

²⁹ Nahl 16/67, *"Hurma ve üzüm gibi meyvelerden hem içki hem de güzel gıdalar edinirsiniz. İşte bunlarda da aklını kullanan kimseler için büyük bir ibret vardır."* Bu ayette içki güzel rızıktan sayılmamaktadır. Bakara 2/219, *"Sana şarap ve kumar hakkında sorarlar. De ki: her ikisinde de büyük günah ve insanlar için bir takım faydalar vardır. Ancak her ikisinin de günahı faydasından büyüktür."* Nisa 4/43, *"Ey iman edenler! Si z sarhoş iken ne söylediğinizi bilinceye kadar namaza yaklaşmayın."* Maide 5/90, *"Ey iman edenler! Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar) fal ve şans okları birer şeytan işi pisliktir. Bunlardan uzak durun ki kurtuluşa eresiniz."*

kılmıştır. İçkiyi tamamen yasaklayan ayetlerin sonuncusunda geçen *hamr* (خمر) kelimesi her ne kadar sadece kendi kendine pişirilmeksizin kaynayıp kabaran, şiddetlenip sarhoş verici hale gelen, köpüğünü atmış yaş üzüm şirasına denirse de Hz. Peygamber'in "Her sarhoşluk verici nesne haramdır"³⁰ hadîsi mucibince sarhoşluk verici diğer maddeler de *hamr* hükmünü almışlardır. *Hamr* kelimesinin asıl anlamı örtmek, örtü demektir. İçki de aklı örtmekte, normal fonksiyonunu zayıflatmakta, refleksleri azaltmakta, makul düşünmeyi ortadan kaldırmakta ve insanı gerçeklerden uzaklaştırmaktadır. İçki içmekten dolayı meydana gelen trafik kazaları, cinayetler, intiharlar, kavgalar, boşanmalar gibi toplumu yakından etkileyen olayların istatistiklerine baktığımız zaman içki içme suçunun vahametini ve buna verilen cezanın hikmetini daha iyi kavrayabiliriz.

İçki, şeytan işi bir pislik olarak nitelendirildiği için zaten bunun ne kadar kötü bir suç olduğu da ayet-i kerîmede ortaya konulmuştur. Böylesine kötü olarak tavsif edilmiş bir suça "Hz. Peygamber'in ceza uyguladığı rivayet olunmaktadır, ve sahabe de içki içen kimseye ceza verileceği konusunda icma etmişlerdir."³¹ Hz. Peygamber'den nakledilen, "Yüce Allah, içkiyi içene, sunana, satana, satın alana, onu sıkana, taşıyana ve kendisine taşınan kimseye lanet etsin."³² sözü hem bu suçun vahametini hem de suçu ortadan kaldırmak için alınan tedbirleri ortaya koymaktadır. Diğer suçları ortadan kaldırmakta olduğu gibi, içki içme suçunu da ortadan kaldırmak için köklü tedbirler alınmış, suç işlenmeden önce suça itici, davet edici saikler bertaraf edilmeye çalışılmış, suç üretecek şartların ve hazırlayıcı nedenlerin ortadan kaldırılması gayret edilmiştir. İçki içme suçunda nihai ceza içen kişiye verilmesine rağmen, buna aracı olan ve ortam hazırlayan kişiler de en azından lanetlenmek riskini üslenmektedirler. Buna ilaveten içki, İslamiyet'in kabul ettiği "mal" sayılmamış, Müslüman bir kişinin uhdesindeki içkileri kırıp dökenlere ceza öngörülmemiştir. Alimlerin birçoğu zaruret halinde haram şeylerle tedaviye cevaz verirlerken, şarapla tedaviyi haram olarak nitelemişler ve delil olarak da Hz. Peygamber'in "Yüce Allah haram kıldığı şeylerde şifa yaratmamıştır."³³ hadîsini kullanmışlardır. Bütün bunlar içki içme suçunun değişik boyutlarını

³⁰ *كُلُّ مَسْكِرٍ حَرَامٌ*, Ebû Dâvut, Eşribe, 3679, 3684, 3685.

³¹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 158.

³² Müslim, *Büyükü* 59; Ebû Dâvud, Eşribe (2) 3674; İbn Mâce bu kişileri on grup olarak sıralar. Bkz. Eşribe (6) 3380, 3381.

³³ Başka bir hadîs-i şerîfte de sahabeden Tarık b. Süveyd'in Hz. Peygamber'e 'ben bu şarabı ilaç olsun diye yapıyorum' dediğinde Hz. Peygamber'in 'o ilaç değildir, fakat hastalıktır.' dediği nakledilir. Müslim, Eşribe 12; Tirmizî, Tıb 8. Bu hadîs de şarabın tedavide kullanılmayacağına delil olarak zikredilir.

teşkil etmekte, aynı zamanda da suçun ciddiyetini göstermekte ve içkinin bizatihi ne kadar kötü bir şey olduğunu sergilemektedir.

6. İrtidat (Dinden dönme) suçu

İslam dininden dönmek anlamına kullanılan ridde ve irtidat, kelime olarak geldiği yoldan geri dönmek manasını taşımakla birlikte ridde hususi olarak küfre geri dönme anlamında kullanılmıştır. İstilahta ise ridde, erkek olsun, kadın olsun, akıllı, buluş çağına erişmiş bir müslümanın hiçbir zorlamaya uğramadan İslam'ı terk edip, küfrü seçmesidir.³⁴ Bundan dolayı mükellef olma şartlarından birisi eksik olan çocuk, mecnun, mükreh gibi kişilerin irtidat suçunu işlemeleri bir anlam ifade etmez. İslam'ı kabul konusunda insanlara hiçbir baskı yapılmazken ve bu "Dinde zorlama yoktur"³⁵ ayetiyle garanti altına alınmış iken İslam dininden dönen birisinin bu fiilinin suç sayılmasının inanç hürriyeti ile çatışıp çatışmayacağı akla gelebilir. Bunun sıradan bir inanç meselesi olmaktan öte giderek İslam dini esaslarına tabi olan cemiyetin ictimaî nizamını şiddetle sarsacağı ileri sürülerek bu nizamı korumak için bunun ağır bir suç sayılıp karşılığında ağır bir ceza ile cezalandırılması uygun ve gerekli görülmüştür.³⁶

Ebü Zehra da mürted hakkında verilen hükmün, inancı / dini oyuncak haline getirmekten ve bozulmaktan himaye etmeye ve korumaya yönelik bir hüküm olduğunu vurgular.³⁷ Özellikle de İslam tarihinin ilk dönemlerinde, İslam devletini kuruluş safhasında İslam'ı din ve hayat değeri olarak kabul edip sonra bu değeri yok etmek için düşman saflarına geçenlerin³⁸ Müslümanlara vereceği zarar hesaba katıldığı zaman irtidat suçunun niçin ağır bir suç olarak algılandığı daha iyi anlaşılır.

İrtidat'ın suç olarak algılanmasının toplumların ve zamanın özelliklerine göre değişiklik arz edebileceğini ileri süren N. Dalgın şöyle der: " Belki, İs-

³⁴ Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe fi's-şer'i'at'l-İslâmiyye ve'l-kânûn*, Riyad 1982, s. 143.

³⁵ Bakara 2/256. " لا إكراه في الدين "

³⁶ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri'u'l-cindâ'i'l-İslâmî*, (Ter. Ali Şafak, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, Ankara 1990) II, 236

³⁷ Muhammed Ebü Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 168.

³⁸ Türk Ceza Kanununun 302 ve 303. maddelerinde geçen "Devletin birliğini bozmak", "Devletin bağımsızlığını zayıflatmak", "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul etmek", "düşman Devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye girmek" gibi fiillerin suç sayılıp ağır şekilde cezalandırılmalarıyla, irtidat edip düşman safına geçmek arasındaki paralellik kolayca görülebilir.

lâm'ın yeni devlet olma ve güçlenme çabasında olduğu ve sarsılmaz bir topluluk olma sürecinde bulunduğu ilk yıllarda, birilerinin İslâm'ı kabul edip, birkaç gün veya ay sonra 'bu dinden çıkıyorum' diye karşı safaya geçmesine müsaade edilmezdi. Takdir edilmelidir ki, her sosyal grup, cemiyet, toplum ve devletin, kurulma aşamasında olağanüstü durum ve hükümler câridir. Toplum güçlenip, sistem her tür kurum ve müesseseleriyle sarsılmaz bir hal aldığı dönemlerde, kendi isteğiyle İslâm dinine giren bir şahıs, yine kendi isteğiyle, inanç hürriyetini kullanarak, bazı ahkâmını sevmediği veya ağır geldiği düşüncesiyle, İslamdan çıkıp başka bir dini tercih edemez mi?"³⁹

İrtidatla devlet güvenliği arasında bir bağ kuran Behnesî (Bahnassi), irtidat ile modern hukuktaki devlet ve topluma karşı işlenen suçlar arasında bir paralellik kurar ve şöyle der: "İrtidat suçu bir anlamda batı hukukundaki anarşi veya diğer yıkıcı ideolojiler gibi sosyal sistemi yıkmaya yönelik suçlar gibidir, çünkü her ikisi de toplumu etkilemektedir. Bunun suç olabilmesi için hususi bir suç niyetinin mevcut olması gereklidir. Mürted kâfir olma niyetini taşımalıdır. Bu suçta niyet ise irtidat'ın uygulamaya konulmasıdır."⁴⁰ Muhammad Salim el-Awwa ise Kur'ân'da irtidat suçu için dünyevî bir ceza bulunmadığını ve bunun cezasının tazir cezası olarak devlet başkanına veya idarecilere bırakıldığını, İslam'ın irtidat suçu için ölüm cezası verdiği konusunda şüpheleri olduğunu ifade etmektedir.⁴¹ Ebû Zehra suçları tasnifinde İrtidat suçunu sünnetle sabit olmuş suçlar bölümüne dahil etmiştir. Günümüzde de çok az uygulanmasına rağmen irtidatın suç sayılması ve cezalandırılması batı dünyasından ve İslam dünyasındaki batıcılardan şiddetli tepkiler çekmektedir.⁴²

7- Devlete isyan (bagy) suçu

Bagy (بغى) kelimesi lügatte, bir şeyi istemek, talep etmek anlamına gelmesine rağmen daha sonraları Arap örfünde helal olmayan bir şeyi zulüm ve eziyetle istemek, talep etmek anlamında kullanılmaya başlanmıştır.⁴³ Fakihlerin

³⁹ Nihat Dalgın, "Temel Kaynaklar Çerçevesinde Dinden Dönme ve İnanç Özgürlüğü", *Makâlât*, Yıl 1999, sy. 1, s.51.

⁴⁰ Ahmad Fathi Bahnassi, "Criminal Responsibility in Islamic Law", *The Islamic Criminal System*, (Ed. M. Cherif Bassiouni) Oceana Publications, Londra 1982, s. 178.

⁴¹ <http://www.islamonline.net/English/contemporary/2006/04/article01d.shtm>

⁴² Şarkıyatçıların ve misyonerlerin İslam aleyhine kullandıkları kozlardan birisi de irtidat suçuna verilen cezadır. Bu Müslümanların dinlerini zor ve tehdit kullanarak korudukları, inanç hürriyetine önem vermedikleri şeklinde yorumlanmaktadır. Bk. Samuel M. Zwemer, *The Law of Apostasy in Islam*, Londra 1924.

⁴³ Bk. E. W. Lane, *Arabic - English Lexicon*, I, 231, 232.

kullanımında ise, "Hak⁴⁴ olan imam'a taatin dışına çıkmak." olarak anlaşılmıştır.⁴⁵ Bazıları da isyan eden kişiyi, ister âdil olsun isterse âdil olmasın devlet başkanına güç kullanarak isyan eden kişi olarak tanımlamışlardır.

Bagy suçu ile ilgili olarak zikredilen ayette "Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse artık aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, âdil davrananları sever."⁴⁶ buyurulmakta ve ayette sunulan verilerden, devlete isyan suçu sanki biraz zorlanarak çıkarılmaktadır. Ayetin başında Müslümanlardan iki grubun savaştığını veya dövüştüğünü görüyoruz. Bu aşamada diğer Müslümanlar bunların aralarını düzeltmek istiyorlar ancak taraflardan birisi bunu kabul etmeyip saldırganlığını sürdürürse bu devlete karşı başkaldırı ve isyan olarak nitelendiriliyor, ayrıca bu fiil Allah'ın buyruğundan çıkmak olarak algılanıyor neticede de Müslümanların bunlara karşı savaşmaları ve bu savaşın isyan eden grup Allah'ın emrine dönene kadar devam etmesi isteniliyor. Bagy'in tarifi konusunda fakihler arasında farklı görüşler olsa da ortak noktaları kurulu düzene, devlet reisine karşı gelmek bunu yaparken de güç kullanmaktır. Devletin dur dediği zaman durmayan, karşı tarafa olan saldırganlığını devam ettiren kişi bu fiilinden dolayı isyankar sayılmakta, bunun temelinde de devlet otoritesinin sarsılması gelmektedir.

Üdeh, idareciye karşı yapılan fiille, sosyal düzene karşı yapılanı birbirinden ayırarak şöyle der: "İsyan idareciye karşı yönelmiş bir suçtur. Sosyal düzene yönelmiş olamaz. Suçtan maksat sosyal düzene karşı ise, o zaman isyan değil, yeryüzünde fesat çıkarmadır."⁴⁷ Toplumun üzerinde kurulduğu ve idare edildiği nizamın İslamî olması gerektiği varsayımından hareketle, buna karşı çıkanların güç kuvvet sahibi olmaları halinde ayaklanmaya başlarsa ayaklanan kişilerin kanı heder olur ve öldürülürler. İsyan hali sona erene kadar isyankarların dokunulmazlıkları kalkar ve öldürülürler.⁴⁸ Devlete ve kurulu düzene karşı isyanlarından dolayı isyankarlar adi suçlu olmaktan çıkıp, siyasi suçlu niteliğini kazanırlar. Bütün bunlardan anlaşılan herhangi bir şekilde

⁴⁴ Buradaki "Hak" kelimesi âdil, dürüst, tevhid üzere olan gibi anlamları ihtiva eder. Hak kavramı hakkında detaylı bilgi için bk. Ali Bakkal, "İslâm Hukukuna Göre Hakkın Menşei", *Köprü*, Güz 2006, sy. 96.

⁴⁵ İbn'ül-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 93.

⁴⁶ Hucurât 49/9. "وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَبِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ مَا قَاتَلْتُمَا بِالْعَدْلِ وَالْأَسْطُورَا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"

⁴⁷ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri'u'l-cinâ'i'l-İslâmî*, (Ter. Ali Şafak,) II, 140.

⁴⁸ Üdeh, a.g.e. II, 141.

devlet iradesine ve devlet başkanının otoritesine karşı gelip isyan ederek savaşmak ağır bir suç teşkil etmekte ve ileride göreceğimiz gibi çok ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır.

B- ADAM ÖLDÜRME VE ADAM YARALAMA SUÇLARI

Kıyas veya diyet cezasını gerektiren suçlar diye de bilinen adam öldürme ve yaralama suçları, dîni hukuk da dahil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinde suç olarak telakkî edilen fiillerdir. Semavî dinlerin gerçekleştirmeye çalıştıkları maslahatlardan birisi de can'ın yani insan hayatının korunmasıdır. "İslam hukuku ister öldürme, ister darp etme, ister yaralama veya herhangi bir uzvu kesme yoluyla olsun insan hayatına karşı yapılan her türlü saldırıyı engellemek için büyük ihtimam göstermiştir."⁴⁹ Başka bir ifadeyle İslam dini insan hayatını kutsal saymış ve buna karşı haksız olarak yöneltilen her saldırı ve tecavüze ağır cezalarla karşılık vermiştir. Allah herkese bir tek hayat vermiştir ve belli durumlar hariç bu hayatın insanlar tarafından sona erdirilmesine izin vermemiş hatta "Kim bir cana veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın bir cana kıyarsa bütün insanları öldürmüş gibi olur"⁵⁰ ifadesiyle adam öldürme fiilinin kötülüğünü ve ne kadar vahim bir suç olduğunu ortaya koymuştur.

Bir insanın evi yıkıldığı, arabası yandığı, malları telef olduğu zaman bunları telafi etmek mümkündür, en kötüsü insan, hayatını bunlar olmadan da devam ettirebilir. Ancak canına kastedilen birisi için her şey bitmiştir, onun canını geri getirmek mümkün değildir. Bu hem canına kastedilen kişi açısından hem de yakınları açısından böyledir. Bundan dolayı haksız yere adam öldürmek, katletmek İslam hukukunda neredeyse bir insanlık suçu olarak kabul edilmiş ve en ağır ceza ile cezalandırılmıştır.

Katl, lügatte birisini darp ederek, taş veya benzeri şeyle vurarak, zehirleyerek öldürme anlamına geldiği gibi Kur'ân-ı Kerîmde de kullanıldığı üzere lanetleme anlamında da kullanılır.⁵¹ İstilahta ise *katl*, "insanların hayatı ortadan kaldıran fiilleridir" diye tarif edilmiştir.⁵²

⁴⁹ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, Dâru'l-Cil, Beyrut 1993, III, 50.

⁵⁰ Mâide 5/32.

⁵¹ Tevbe 9/30. "وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرُ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ يُضَاهَوْنَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلِ قَاتِلِهِمْ اللَّهُ أَنَّى يُؤْتِكُونَ" *"Yahudiler, Uzeyr Allah'ın oğludur dediler. Hıristiyanlar da Mesih (İsa) Allah'ın oğludur dediler. Bu onların ağızlarıyla geveledikleri sözlerdir. (sözlerini) daha önce kâfir olmuş kimselerin sözlerine benzetiyorlar. Allah onları kahretsin! Nasıl da (haktan bâtıla) döndürülüyorlar!"* Abese 80/17. "فَقِيلَ الْإِنْسَانُ مَا كَفَرَهُ" *"Kahrolası insan! Ne inkarcıdır."*

⁵² Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, III, 55.

Haksız yere adam öldürme, katletme suçunun haram olması Kitap, sünnet ve icma ile sabittir. Kitap'tan delil, "Haklı bir sebep olmadıkça Allah'ın muhterem kıldığı cana kıymayın."⁵³, "Yanlışlık olması dışında bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı yoktur."⁵⁴ ve "Kim bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde ebediyen kalacağı cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, onu lanetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır."⁵⁵ ayetleridir. Sünnetten delil ise, Abdullâh b. Mes'ûd'un Hz. Peygamberden rivayet ettiği ve müttefekun aleyh olan "Allah'tan başka ilah olmadığına ve benim O'nun resûlü olduğuma şehadet eden bir müslümanın kanı şu üç sebep olmadıkça helal değildir; Evli olan zinakâr, cana can ve İslam toplumundan ayrılarak dinini terk eden kimse."⁵⁶ hadîsidir. İcma konusunda ise, "Haksız yere adam öldürmenin haram olduğu konusunda Müslümanlar arasında hiçbir ihtilaf yoktur, bu fiili kasten işleyen fasıktır, onun işi Allah'a kalmıştır, Allah isterse affeder, isterse azap eder."⁵⁷ denilerek adam öldürmenin ağır bir suç olduğu konusunda Müslümanların fikir birliği içinde oldukları belirtilip, icmanın tahakkuk ettiği ifade edilmiştir.

Kasten ve haksız yere adam öldüren kâtilin tevbesinin kabulü konusunda ise farklı görüşler ortaya konulmuştur. Mesela İbn Abbas bu tevbenin kabul olmayacağını ileri sürerken, İbn Kudâme kabul olabileceğini, zira küfürden sonra tevbe kabul oluyorsa, katil'den sonra bunun kabulünün daha evla olması gerekir der.⁵⁸ Burada tevbe ile cezanın düşeceği anlaşılmamalıdır. Kısas'ta Allah hakkı mevcut olmasına rağmen kul hakkı ağırlıktadır ve ceza ancak kısas hakkına sahip olanın affı veya sulhü ile düşer.⁵⁹

Dikkatlerden kaçmaması gereken bir nokta da, adam öldürmek gibi kul hakkının ağırlıklı olduğu cezaların devlet/hükümet eliyle affedilemeyeceğidir. Devlet bu suçlara kısas'tan hafif bir ceza olan hapis cezası verse bile "Allah'a ve ahiret gününe inanan bir şahsın bu günahı kurtulması için devletin verdiği hapis cezasını çekmesi yeterli değildir, zira cinayet kul hakkıdır. Suçlu hapis cezası ile, cinayetlerdeki devletin hakkı olan tazir cezasını

⁵³ İsrâ 17/33. "لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"

⁵⁴ Nisâ 4/92. "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً"

⁵⁵ Nisâ 4/93. "وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا جَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"

⁵⁶ التارك لامل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله و ابن رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزان والنفس بالنفس والثارك لامل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله و ابن رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزان والنفس بالنفس Buhârî, Diyât 6; Müslim, Kasâme 25; Ebû Dâvud, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 15.

⁵⁷ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, III, 56.

⁵⁸ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, III, 56.

⁵⁹ Nihat Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, s. 157.

ödemiş olacaktır. Kısas hakkı olanların hakkı baki kalmaktadır.⁶⁰ Netice olarak, haksız yere adam öldürmenin İslam nazarındaki en büyük günahlardan ve suçlardan birisi olduğunu, bu suçun aynı zamanda toplumun emniyetini ortadan kaldırdığını, istikrarını bozduğunu söyleyebiliriz.

İnsana yapılan saldırının ikinci derecede olanı yaralamadır. Burada da yine insana verilen değer ve insanın saygınlığı gündeme gelmekte, insanın herhangi bir uzvuna verilen zarar ya misliyle karşılık görmekte ya da tazmin ettirilmektedir. Yaralama suçunu ve buna verilen cezayı Kur'ân'da "Tevrat'ta onlara şöyle yazdık: Cana can, göze göz, dişe diş (karşılık ve cezadır). Yaralar da kısastır (Her yaralama misli ile cezalandırılır). Kim bunu (kısası) bağışlarsa kendisi için o kefarettir."⁶¹ ayetinde bulmaktayız. İnsanın maddi ve manevi olarak bütün varlığı mükerremdir. Bu yüzden onun vücuduna veya herhangi bir uzvuna karşı yapılan bir saldırı bu mükerremliğe tecavüz ve insanın saygınlığını ihlal demektir. İslam böylesine tecavüz ve ihlallere ağır cezalar koyarak insana verdiği değeri göstermiştir.

C- TAZİR SUÇLARI

Genel olarak had gerektiren suçlarla, kısas ve diyet gerektiren suçların dışında kalan suçlara tazir suçları denilmektedir. "Hangi şartta olursa olsun toplumsal nizamda ferde veya topluma yönelik zarar verici fiillerin tazir suçu sayılacağı kabul edilmiştir. Sosyal huzuru bozan, toplum nizamına ters düşen ve toplum yararı için konulmuş kuralları ihlal edenlere gerekli cezayı vermek için hukukî düzenlemeleri yapmak idarecilerin bir görevidir."⁶² Tazir suçlarının tespitinde ve gerekli cezanın verilmesinde yetkili ve sorumlu olan devlet başkanı veya onun tayin ettiği kadı, hâkim gibi kişilerdir. İslam ceza hukukunda her tazir suçu için ayrı bir ceza tespit edilmemiş, ancak bu ceza-

⁶⁰ Nihat Dalgın, a.g.m., s. 158.

⁶¹ Mâide 5/45. "وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ . . . قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ." Bu ve benzeri ayetler, müsteşrikler tarafından İslam hukukunun Musevî hukuku üzerine bina edildiği, hatta Musevî hukukunun bir kopyası olduğu şeklindeki yorumlarla istisna edilmiş ve bunu Hz. Peygamber'in yaptığı da ilave edilerek Kur'ân-ı Kerim'in vahiy mahsulü olmadığı ileri sürülmektedir. Bk. C. C. Torrey, *The Jewish Foundation of Islam*, New York 1976, s. 144. Halbuki Müslümanlara göre aynı kanun ve prensiplerin "İlahî dinler" diye nitelendirilen üç dinde de olması gayet normaldir ve bu her üçünün de ilahî kökenli olmasının bir neticesidir. Zaten Kur'ân-ı Kerim de bir sonra gelen dinin bir öncekini teyit ve tasdik ettiğini kabul ve ifade eder. Bu bağlamda Kur'ân hem Tevrat'ı hem de İncil'i tasdik eder.

⁶² Ghaouti Benmelha, "Ta'azir crimes", *The Islamic Criminal System*, (Ed. M. Cherif Bassiouni) Oceana Publications, Londra 1982. s. 213.

ların alt ve üst sınırları belirlenerek herhangi bir tazir suçuna verilen cezanın tespiti bu sınırlar arasında olmak şartıyla devlet başkanı veya temsilcilerine bırakılmıştır. "Bazı tazir suçlarının mahiyeti ve topluma verdikleri zarar her dönemde aynıdır ve sövme, rüşvet, riba gibi bazı fiillerin suç olduğu nass ile belirlenmesine rağmen cezasının takdiri veliyyu'l-emr'e bırakılmıştır."⁶³

Tazir gerektiren suçlar şöyle tasnif edilebilir:⁶⁴

- 1- Haram fiil işleme suçundan dolayı tazir, bu fiiller had ve kısas cezası gerektiren fiillerin dışında kalan haram fiillerdir. Yabancı kadını öpmek, zina dışındaki suçla iftira atmak, rüşvet almak, yalan yere şahitlik yapmak gibi.
- 2- Görevi terketme suçundan tazir, namazı terk etmek, gücü yettiği halde borcunu ödememek gibi durumlar tazir gerektiren suçlardır.
- 3- Amme menfaatini zedeleyen fiiller, fitne, fesat ve kamu mallarına zarar vermek gibi suçlar.
- 4- Herhangi bir sebepten dolayı had cezası verilemeyen ancak yerine tazir uygulanan suçlar. Nisap miktarından az miktarda mal çalana verilen ceza gibi.

⁶³ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbikiş-şer'ati'l-İslâmiyye fi men'i'l-cerime*, Dâr-u'l-Menâr, Kahire 1991, s. 24.

⁶⁴ Nihat Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, s. 175.

İKİNCİ BÖLÜM: CEZA

I- CEZA: LÜGAT VE İSTILAH ANLAMLARI

Arapça'da genel olarak 'ukûbe kelimesiyle ifade edilen ceza, İslam hukukçularının istilâhında "Kanunkoyucu'nun emrine karşı gelme durumunda toplumun yararı gözetilerek konulmuş hükümlerdir."⁶⁵ Başka bir tarife göre ise ceza, "Kanunkoyucu tarafından yasakladıklarının yapılmasını, emrettiklerinin terkinin engellemek ve toplumun yararlarını korumak için konulan hükümlerdir."⁶⁶ şeklinde tarif edilir. Vazî hukukta ise ceza için yapılan tanım şöyledir: "Kanun tarafından toplum adına, toplumun yararı için konulmuş, nass ile belirlenmiş suçlardan birisini işleyen kişiye karşı uygulanan müeyyidelerdir."⁶⁷ Dönmezer ise "Ceza, çağdaş görüşte, suç işleyen kişiye, çeşitli yapıcı amaçları gerçekleştirmesi için uygulanan ve esasında kişiyi bir takım yoksunluklara tâbi kılan bir müeyyidedir; yoksunluklara tâbi kılıcı olması nedeni ile ızdırıp, meşakkat çektirici niteliği vardır."⁶⁸ diye tarif etmektedir. İlk iki tarifte suç unsuru teşkil eden fiiller Kanunkoyucu (Şâri') tarafından belirlenirken, Vazî hukuktaki tarifte bu fiiller kanun tarafından, yani kanunu yapan insanlar tarafından belirlenmektedir. Bu tarifteki nass kelimesi Kur'ân ve Hadis değil de tevile ihtimali olmayan metin olarak anlaşılmalıdır.⁶⁹

Bazı tanımlar biraz daha geniş olarak verilmiş ve cezaların bazı özellikleri de hemen ilave edilmiştir. Mesela, Behnesî, "ukûbe, Kanunkoyucu tarafından yasakladıklarının yapılmasını, emrettiklerinin terkinin engellemek ve toplumun yararlarını korumak için konulan cezalardır" diye tarifte bulunduktan sonra "bunlar peşinen farz olan, maddî olan, mükellefi suç işlemekten çe-

⁶⁵ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri'u'l-cindâ'ül-İslâmî*, I, 609; Ahmed el-Husari, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, III, 255.

⁶⁶ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbikiş-şer'i'atü'l-İslâmiyye fi men'i'l-cerime*, s. 94; Ahmed Fethî Behnesî, *el-'Ukûbe fi'l-fikh'l-İslâmî*, Dâru's-şurûk, Beyrut 1983, s.13.

⁶⁷ Ahmed el-Husari, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, III, 255.

⁶⁸ Dönmezer, *Nazarî ve tatbiki ceza hukuku*, I, 5.

⁶⁹ Muhammed Kal'acî, Hâmid Kunaybî, *Mu'cemu lügati'l-fukahâ*, Dâru'n-nefâis, Beyrut 1988, s. 480.

kindiren, işlediği zaman ona tekrar dönmekten alıkoyan, ve diğerlerine ibret teşkil eden cezalar"dır" diyerek cezaların en önemli vasıflarını tarife bitişik olarak vermiştir.⁷⁰

II- CEZALARIN TASNİFİ

Klasik İslam hukuku kaynaklarında cezalar, çoğu zaman cezayı gerektiren suç ile aynı bölümlerde biraz da dağınık olarak ele alınmışlardır. Mesela, *Mebûsût*'da, *Kitâbu'l-Hudûd* başlığı altında zina suçu ve cezası, zina ikrarı, şahitlikten dönme ve kazf suçunda şahitlik konuları ele alınmış, hırsızlık cezası *Kitâbu'l-Hudûd* içine dahil edilmeyip müstakil bir bölüm olarak *Kitâbu's-Serika* adı altında incelenmiş, yol kesme suçu ve cezası burada bir alt bölüm olarak ele alınmıştır.⁷¹ İrtidat ve devlete isyan (Serahsî *bâbu'l-havâric* diye ele alır) bahisleri alt bölüm olarak *Kitâbu's-Siyer* içinde yer alırlar. Zeylaî de benzer bir metot takip eder *Kitâbu'l-Hudûd* içinde zina suçu ve cezasını, kazf suçu ve cezasını, hırsızlık suçu ve cezasını, yol kesme suçu ve cezasını ele alır, İrtidat suçu ve cezası ile devlete isyan suçu ve cezasını *Kitâbu's-Siyer* içinde inceler.⁷²

Son dönemde yazılmış ve sadece ceza hukukunu konu edinen eserlerde ise cezaların tasnifi ve incelenmesi daha metodolojik olarak yapılmıştır. Bu eserlerde⁷³ cezalar çok çeşitli yönlerden tasnif edilmiştir. Biz bu tasniflerden bazılarını burada tanıtip en yaygın tasnif üzerinde biraz daha detaylı olarak duracağız.

A- Aslî olup olmamalarına göre cezalar: Bu taksime göre cezalar dört gruba ayrılırlar.

1- Asli cezalar: Bu cezalar adam öldürme suçunda kısas, zina suçunda recm veya celde, hırsızlık suçunda el kesme, zina iftirasında celde, devlete isyan suçunda ölüm gibi aslî ceza olarak önceden belirlenmiş, konulmuş cezalar"dır.

⁷⁰ Ahmed Fethî Behnesî, *el-'Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 13.

⁷¹ Serahsî, *el-Mebûsût*, IX, 36, 91, 103, 105, 133, 195.

⁷² Fahrüddîn Osman Ali b.ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenzi'd-dekâik*, Mısır 1313 H., III, 123, 199, 235, 284, 293.

⁷³ Mesela, Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbîkîş-şerî'ati'l-İslâmiyye fi men'i'l-cerime*, s. 108 vd; Ahmed Fethî Behnesî, *el-'Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 123 vd. Türkçe eserlerden, Nihat Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, Etüt Yayınları, Samsun 1999, s.16 vd.

2- Bedelî cezalar: Şerî bir sebepten dolayı aslî cezanın uygulanamadığı yerde onun yerini alan cezalardır. Mesela, kısas cezasının düştüğü yerde verilen diyet cezası, had cezalarının düşmesi halinde verilen tazir cezaları gibi.

3- Tâbî (tebeî) cezalar: Bu cezalar ilave bir karara ihtiyaç duyulmaksızın otomatik olarak aslî cezaya tâbî olan cezalardır. Mesela, murisini öldüren kâtilin mirastan, iffetli birisine zina iftirasında bulunanın şahitlikten mahrum edilmesi cezaları gibi.

4- Tamamlayıcı (tekmilî) cezalar: Aslî cezalar üzerine hâkim kararı ile ilave edilen cezalardır. Yol kesme veya zina suçuna ilaveten hâkim kararıyla verilen sürgün cezası buna örnek olarak verilebilir.

B- Hâkimin takdir yetkisine göre cezalar: Bu cezalar da iki kısma ayrılır.

1- Belirlenmiş cezalar: Maktû cezalar da diyebileceğimiz bu cezalar önceden belirlenmiş, takdir edilmiş cezalardır, hâkimin bunları artırmaya veya eksiltmeye yetkisi yoktur. Zina haddindeki celde sayısı gibi.

2- İki limit arasındaki cezalar: Nisbî diye de isimlendirebileceğimiz bu cezalar için bir alt, bir de üst sınır vardır. Hâkim bu iki sınır arasında istediği cezayı verme hakkına sahiptir. Tazir suçlarında hapis veya celde cezası verilmesi gibi.

C- Mahalline / Maddiliğine (Uygulama durumuna) göre cezalar: Bunlar da bazılarına göre üç gruba ayrılır.

1- Bedenî cezalar: Bu cezalar mahkûmun bedenine, vücuduna maddî olarak isabet eden cezalardır. Recm cezası, idam cezası, el kesme cezası, celde cezası, darp etme cezası bu cezalardandır.

2- Psikolojik cezalar: İnsanı manevî olarak, psikolojik olarak inciten, üzen cezalardır. Tehdit, azarlama, teşhir, nasihat bu cezaların örneklerindedir. Bunu manevî ceza olarak isimlendirenlerden N. Dalgın, "Namuslu bir kişiye zina iftirasında bulunana seksen sopa vurulması yanında, ölünceye kadar şahitliğinin kabul edilmemesi"ni manevi cezaya örnek vererek bu cezanın, şahsa vurulan sopadan belki daha şiddetli ve ağır geleceğini belirtmiştir.⁷⁴

3- Mâlî cezalar: Bunlar şahsın mâlî olarak yerine getirdiği cezalardır. Diyet cezaları, tazminat cezaları, diğer para cezaları bu kabil cezalardandır.

⁷⁴Nihat Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, s. 21.

D- Hürriyetten mahrum edici cezalar:

- 1- İhtiyatî hapis: Suçu henüz ispatlanmamış, zanlı durumundaki kimsele-
rin kaçmalarını engellemek gibi durumlarda uygulanan, tutukluluk duru-
mundaki hapisliktir.
- 2- Cezaî hapis: Suç ispatlandıktan sonra verilen süreli, veya süresiz hapis
cezasıdır.

E- Dünyevî – uhrevî oluşuna göre cezalar⁷⁵:

- 1- Dünyevî cezalar: Dünyevî ceza olarak farz kılınanlar beş tanedir.
 - a- Kisas
 - b- Zina haddi
 - c- Kazif haddi
 - d- Hırsızlık haddi
 - e- Yol kesme haddi⁷⁶
- 2- Uhrevî cezalar: Suçlulara verileceği vaat edilen cezaların çoğunluğu uh-
revî cezalardır. Bunlar suçlunun ahirette rezil ve rüsva olması, ebedî olarak
cehennemde kalması, çeşitli azaplara düşürülmesi gibi cezalardır.

F- Suçların hedefleri açısından cezalar⁷⁷

1. İnsanın canına yönelik suçlara verilen cezalar:
 - a- Katl suçları, kasıtlı veya hataen insan canına, nefesine karşı işlenen suçlar-
dır. Kisas veya diyetle cezalandırılırlar.
 - b- Şahıslara karşı işlenen müessir fiillere karşılık olarak verilen cezalar ki bun-
lar öldürmenin dışında kalan yaralamalar veya çeşitli yollarla uzuvlara veri-
len zararlara karşılık olarak tespit edilmiş cezalardır.

⁷⁵ Muhammed el-Hudari Beg'in tasnifidir. Bk. *Târih-u teşrî'i'l-İslâmî*, Dârul-kalem, Beyrut 1983, s. 71 vd.

⁷⁶ Husari, "Kur'ân ve sünnetteki dünyevî cezalar" başlığı altındaki bölüme içki ve uyuşturu-
cu kullanma cezasını da ilave eder. Bk. *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, I, 120.

⁷⁷ N. Dalgın'ın da kullandığı bu tasnif bir bakıma suçların da tasnifi mahiyetindedir. Bu da Forte'nin "İslam hukuku modern hukuk sistemlerindekiyle mukayese edilebilecek bir ceza kanunları kavramına sahip değildir. Bunun yerine suçları, yol açtıkları cezalara göre sınıflan-
dırmıştır." ifadesinde olduğu gibi suç ve ceza arasındaki sıkı ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bk. Nihat Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, s. 22; David F. Forte, *Studies in Islamic Law*, Oxford 1999, s. 79.

2. İnsan nesline yönelik suçlara verilen cezalar: Zina cezası gibi neslin bozulmasına yol açan aynı zamanda da ahlakî ve ailevî çöküntüyü de beraberinde getiren suçlara verilen cezalardır. Muhsan ve muhsan olmayan kişilerin zinasına verilen cezalar olmak üzere ikiye ayrılır.

3. Mala yönelik suçlara verilen cezalar: Hırsızlık, gasb, soygun, yol kesme, ve benzeri suçlara verilen cezalar ki bunlara ileride temas edeceğiz.

4. Akla yönelik olarak işlenen suçlara verilen cezalar: Alkollü içki içerek, uyuşturucu ve benzeri maddeleri kullanarak aklın normal fonksiyonuna zarar veren fiillere verilen cezalardır.

5. Dine ve kurulu düzene yönelik suçlara verilen cezalar: Başta irtidat olmak üzere Müslüman toplum içinde fitne ve karışıklık çıkarmak, İslam ve devlet karşıtı faaliyetlerde bulunmak suçlarına karşılık olarak belirlenmiş, takdir edilmiş cezalardır.

G- Suçun ağırlığına veya naslarla belirlenmesine göre cezalar:

İslam hukukçuları tarafından en çok kullanılan ve bizim de takip edeceğimiz tasnif budur.

1- Had cezaları:

- a- Zina haddi
- b- Hırsızlık haddi
- c- Yol kesme (hirâbe) haddi
- d- Zina iftirası (kazf) haddi
- e- İçki içme haddi
- f- İrtidat (dinden dönme) haddi
- g- Devlete isyan (bagy) haddi

2- Kısas ve diyet cezaları:

- a- Kasıtlı olarak adam öldürmede verilen ceza.
- b- Kasta benzer şekilde öldürmede verilen ceza.
- c- Hataen adam öldürmede verilen ceza.
- d- Kasten işlenen müessir fiillerin cezası.
- e- Hataen işlenen müessir fiillerin cezası.⁷⁸

3- Tazir cezaları: Had, kısas ve diyet cezalarının dışında kalan cezalardır.

⁷⁸ Bu suçların ve cezalarının detaylı bir çalışması için bk. Şamil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, D.İ.B. Yayınları, Ankara, 1999; Bekr b. Abdillâh Ebû Zeyd, *Ahkâ-mu'l-cinâyeti ale'n-nefsi ve mâ dühnehâ*, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1996.

III- SUÇUN AĞIRLIĞINA VEYA NASLARLA BELİRLENMESİNE GÖRE CEZALAR

A. HAD CEZALARI

Had lügatte men etmek demektir. Bundan dolayı, insanları içeriye girmekten men ettiği için kapıcıya haddâd (حداد) denilmektedir. Yine had birbirine karışmaması için iki şeyin arasını ayırma anlamına gelmektedir. Bu anlamda şer'î hudutlar, sanki haramla helalin arasını ayırmaktadır.⁷⁹

Haddin şer'î istilah manası ise, Allah hakkı olarak vacip kılınmış, belirli, takdir edilmiş cezalardır.⁸⁰ Bunun aksine, ileride temas edeceğimiz gibi, tazir cezalarında takdir edilmişlik yani belirlenmişlik yoktur. Bu bazen sopa (celde) cezası, bazen hapis cezası, bazen de başka bir ceza olur. Yine kısas cezasında takdir edilmişlik olsa da kul hakkı daha baskın olduğu için bunda af ve sulh geçerlidir.

Ebû Zehra had gerektiren suçlar hakkında şöyle der: "Had kavramına giren suçlarda saldırı Allah hakkına yönelik olarak işlenmiş olacaktır. Çünkü bu gibi suçlarda işlenen suç yüce Allah'ın çizdiği belirlediği ve fazileti koruma altına almak ve toplumu düzene koymak amacıyla insanların işlemesini yasak etmiş olduğu hadlerden birisini zedelemektedir. Yüce Allah'ın hadleri yani sınırları demek, onun sınırlarını yasaklarla belirlemiş olduğu haram alan demektir ki bu da onun çiğnenmesini yasaklamış olduğu koruluğu demektir."⁸¹

Aslında Allah hakkı diye bahsedilen şey toplumla ilgili olan haklardır, başka bir deyişle kamu haklarıdır. Hırsızlık, zina, yol kesme gibi had cezası gerektiren bütün suçlar zahiren kul hakkıyla ilgili olarak görünse de biraz derinden incelendiklerinde hepsinde de topluma yönelik ciddi zararlar, tehditler ve tehlikeler mevcut olduğu için bunlar Allah hakkı yani kamu hakkının baskın olduğu suç ve cezalara dahil edilmişlerdir. Had cezalarının Allah hakkı olarak, toplumun kendisinin ve maslahatlarının korunması için konulması, bu cezaların hiçbir zaman düşürülmemesini gerektirir. Suç devlet başkanına, hâkime intikal ettiği müddetçe onun cezasını düşürmeye ne devlet reisinin, ne toplumun ne de herhangi bir ferdin yetkisi ve salahiyeti yoktur.⁸²

Had cezaları toplumdan fesadı ve kötülükleri def etmek, fertleri huzur ve güven içinde yaşatmak, toplumda adaleti tesis etmek için konuldukların-

⁷⁹ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe fi'ş-şer'i'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûn*, s. 67.

⁸⁰ Alauddîn Ebî Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'i'us-sanâ'i' fi tertibi'ş-şerâ'i'*, Beyrut 1974, VII, 33.

⁸¹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 61.

⁸² Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 68.

dan ve Allah hakkı özelliği taşıdıklarından her ne şekilde olursa olsun göz ardı edilmeleri, azaltılıp çoğaltılmaları veya başka bir cezaya tebdil edilmeleri caiz değildir.⁸³ Bu cezalar gelişigüzel bir şekilde konulmamış, aksine suçta iten ve suçtan men eden psikolojik unsurlar göz önünde bulundurularak takdir edilmişlerdir. Bu cezaların yerine getirilmesi devlet başkanı açısından bir görev olduğu gibi, vatandaşlar açısından da bu konuda devlete yardımcı olunması hem toplumun hem de fertlerin yararına olan bir vazifedir.

Cezalarla korunmaya çalışılan can, mal, din, ırz, namus, nesep, akıl gibi unsurlar herkes için hayati olduğu gibi aynı zamanda toplumu da ayakta tutmaktadır. Bu unsurların tehdit, tehlike ve saldırıya açık olduğu toplumlarda fertlerin huzur ve güveninden bahsetmek mümkün olamayacağı gibi, toplumun istikrarından ve geleceğinden de söz etmek kolay değildir. Tarih boyunca çeşitli toplumları çökertmek, ortadan kaldırmak için ilk önce hücum edilen unsurların bu saydığımız unsurlar olduğunu düşünmek bile İslam ceza hukukunun bu cezaları uygulamadaki kararlılığı ve titizliğinin haklılığını ortaya koyacaktır. Bugün birçok toplumlarda görülen terör, anarşi, gasp, soygun, hırsızlık gibi suçların yaygınlaşması, ahlaki ilkelerin gözardı edilip, ahlaksızlığın yaygınlaşması ve alenileşmesi, zikredilen yararların gerçekleşmemesi açısından söz konusu toplumların pek de iç açıcı bir durumda olmadığını gösterir.

1- Zina haddi (cezası)

Zinanın tarifini daha önceki bölümde vermiştik. Bu suça verilen cezalar Kur'ân ve sünnetle belirlenmiştir. Kur'ân'da "*Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüz sopa vurun; Allah'a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah'ın dininde (hükümlerini uygularken) onlara acıyacağınız tutmasın. Mü'minlerden bir grup da onlara uygulanan cezaya şahit olsun.*"⁸⁴ ayetiyle muhsan olmayan kişilere verilecek cezanın yüz değnek olduğu belirtilmiştir. Ebû Hüreyre ve Zeyd b. Hâlid'ten gelen rivayetlerde Hz. Peygamber'in zina yapan ve muhsan olmayan kişilere yüz değnek vurdurup ayrıca bir yıl da sürgün cezası verdiği ifade edilir.⁸⁵

Sünnette ise, Hz. Peygamber'in muhsan olan, zina yapmış kişilere recm cezası uyguladığı sabittir. Ancak uygulanan recm cezalarının, celde cezasının

⁸³ Selçuklu ve Osmanlı'nın, yönettikleri toplumun yapısını dikkate alarak fıkhıta yer alan had cezalarına alternatif cezalar getirdikleri yönündeki görüşün delil ve detayları için bk. Yunus Vehbi Yavuz, "Maksadı Yorum", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sy. 8, s. 41-78.

⁸⁴ Nûr 24/2.

⁸⁵ Buhârî, Hudûd, Bâb 32, Bekâra celde vurulması ve sürgün edilmesi bölümü.

belirlendiği Nur suresinden önce mi olduğu, yoksa daha sonra mı vuku bulunduğu konusunda değişik görüşler vardır. Yani Hz. Peygamber'in recm uygulamasının celde ayetiyle nesh edilme durumu söz konusu mudur? Muasir alimler arasında celde ayetinin recm uygulamalarından sonra olduğunu, dolayısıyla recm cezasının nesh edildiğini iddia edenler olduğu gibi⁸⁶, recm'i Yahudiler'e özgü bir ceza olarak görenler, bu cezayı İslam'ın merhamet anlayışı ile bağdaştıramayanlar da vardır.⁸⁷ Ancak hadis bilginleri derler ki "recm uygulamalarını ifade eden hadis-i şerifler Nur suresinden sonra varid olmuştur, ki böylece surenin recm uygulamalarını neshettiği şeklinde hiç kimse vehme kapılmasın. Hadis bilginleri bu görüşlerini şuna dayandırıyorlar. Hz. Ömer (ra) recm uygulamalarının devam etmesini kararlaştırmıştır. Nur suresi hicretin dördüncü yılında nazil olmuştur. Bazılarına göre beşinci ya da altıncı senesinde inmiştir. Recm hadisini rivayet edenler arasında Ebû Hureyre ve İbn Abbas da vardır. Ebû Hureyre Medine'ye hicretin yedinci yılında İbn Abbas da annesiyle beraber hicretin dokuzuncu senesinde gelmişlerdir."⁸⁸ Buradan anlaşılan şudur, Hz. Ömer gibi, Hz. Peygamber'e yakın birisinin recm gibi önemli bir cezanın nesh edilip edilmediğini bilmesi gerekirdi, kendisi bilmiyorsa diğer sahabilerin kendisini ikaz etmesi beklenirdi. Onun gibi adalet sahibi birisinin kesin bir delile dayanmadan böyle bir ağır cezayı devam ettireceğini düşünemeyiz. Kaldı ki Hz. Ömer'den rivayet olunan, nesh edildiği, ancak hükmünün baki kaldığı iddia edilen "Gerek erkek, gerek kadın, yaşlı kimseler zina ettikleri zaman onları Allah'tan bir ibret olmak üzere mutlaka recmediniz. Allah azizdir hakîmdir." mealindeki bir ayetten de bahsedilmektedir. Her halükarda klasik İslam hukuku kaynaklarında bu

⁸⁶ Bunlardan birisi de Muhammed İzzet Derveze'dir. Ona göre Hz. Peygamber'in recm cezasını uyguladığını bildiren hadisler Nûr 24/3 ayetinin nüzulünden öncedir. Bk. *et-Tefsîru'l-hadis*, (Çev. Mustafa Altınkaya) Ekin Yayınları, İstanbul 1997, VI, 310-311. Derveze, bu görüşlerine rağmen yine de ihtiyatı elden bırakmaz, halifelerin evlilerden zina edenleri recm ettirdiği, Hz. Ömer'in "Resûlüllah recmetti biz de ondan sonra recmettik" buyurduğu şeklindeki rivayetlerini, hadis ve fıkıh imamlarının evlilerin zina cezasının recm olduğunda ittifak etmelerini dikkate alarak konunun daha da araştırılması gerektiğini ifade eder. Bk. a.g.e. , s. 311.

⁸⁷ Yaşar Nuri Öztürk benzer görüşleri ileri sürmektedir. Bk. *Kur'ândaki İslam*, Yeni Boyut, İstanbul 1997, s. 608, 609. Recm cezasının bir zulüm manzarası arzettiğini, bunun ne Kur'an'ın ruhuna ne de Allah ve insan anlayışına uymadığını ileri süren Öztürk'e, "Ravi sayısı bakımından tevatür derecesine yakın bir topluluk tarafından rivayet edilen recmle ilgili rivayetlerin tamamını yalan kabul etmek, kanaatimizce kolaylıktır. Recm cezası Tevrat'ın bir hükmü, Tevrat ise Allah'ın kitabı olduğuna ve bir dönem bu ceza uygulandığına göre, bunu da mı zulüm olarak değerlendireceğiz?" şeklinde cevap verilmiştir. Bk. Yusuf Ziya Keskin, *Recm Cezası*, Beyan Yayınları, İstanbul 2001, s. 66.

⁸⁸ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 94.

cezanın meşruiyeti konusunda hiçbir şüphe göremiyoruz ve muhsan zani veya zaniyenin cezası recm olarak belirlenmiştir.⁸⁹

Gerek celde cezası, gerekse recm cezası uygulanabilmesi için suçun en az dört şahit tarafından tespit edilmesi ve cinsel ilişkinin tam olarak görülmesi lazımdır.⁹⁰ Bu şahitlerin hâkime zinanın nasıl olduğunu, kiminle, nerede, ne zaman olduğunu anlatmaları gerekir.⁹¹ İlişkinin bu şekilde tam olarak tespit edilemediği durumlarda daha hafif olan tazir cezası verilir. İkinci bir yol ise suçlunun bizzat ikrarıdır ki bu ikrarın da en az dört defa olmak üzere, dört ayrı mecliste yapılıp, ceza verilinceye kadar da sürmesi gerekir. İkrarda bulunan kimsenin akıllı, ergenlik çağına gelmiş, mükellef bir kimse olması ve hâkim huzurunda zinanın mahiyetini, nasıl olduğunu, kiminle olduğunu, nerede olduğunu açıklaması lazımdır. Şayet zanlı ceza verilmeden önce ikrarından dönerse ceza da düşmüş olur.

Recm cezasında cezalandırmaya ilk önce şahitler başlar. Onların imtina etmesi veya ortadan kaybolmaları ile ceza düşer. Celde cezasında ise değnek orta halde ve budaksız olmalı, suçlunun başı, yüzü, karnı ve tenasül uzuvları hariç, bedeninin diğer yerlerine orta derecede vurulmalıdır. Celdeden asıl maksat hem bu suçu işleyene acı vererek onun bir daha aynı suça dönmesini engellemek, hem de bu cezanın buna şahit olan kişilere bir ders, bir ibret olup onların da benzer suçları işlemesinin önüne geçmektir.

2- Hırsızlık haddi (cezası)

Hırsızlık suçunun yaygın tariflerinden birisinin "Mükellef (akıllı ve ergenlik çağına gelmiş) birisinin kendisinin mülkü olmadığı gibi mülk şüphesi de olmayan en az on dirhem (resmî olarak darbedilmiş) gümüş veya bunun

⁸⁹ Örnek olarak bk. Abdullah b. Mahmûd Mevdûd, *el-İhtiyâr li ta'lîl'l-Muhtâr*, IV, 84; Fahrud-dîn Osman Ali b.ez-Zeylâ'i, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenz'id-dekâik*, III,167; Alaüddîn Ebî Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'us-sanâi' fi tertibi'ş-şerâi'*, II, 39.

⁹⁰ Zina suçunun dört şahitle ispatlanması şartı konusunda Cabirî, "bu şartlar daha çok, yerleşik olmayan, çoğunlukla açık bir alanda, duvarların, surların ve odaların olmadığı çadır hayatına ve onun sosyolojik yapısına özgüdür. Dolayısıyla tanığın olayın tüm detaylarını anlatması mümkündür. Peki, çağdaş kent yaşam tarzında bu tip koşulları ileri sürmek makul müdür? Doğrusu, böyle bir iddia, suçun ispatının imkansız olması anlamına gelir." diyerek konuyla ilgili yeni fikirler üretilmesine kapı açmaktadır. Bk. Muhammed Âbid el-Câbirî, *Çağdaş Arap Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, (Çev. Ali İhsan Pala ve Mehmet Şirin Çıkar) Kitabiyat, Ankara 2001, s. 59.

⁹¹ Nasıl'dan kasıt zinada ikrah olup olmadığının, kiminle'den kasıt kadınlara erkek arasında nikah veya nikah şüphesinin olup olmadığının, nerede'den kasıt zinanın dar-ı harpte olup olmadığının tespiti içindir. Zira dar-ı harpteki zina haddi gerektirmez.

değerinde bir malı korunmuş olduğu yerden gizlice almasıdır.”⁹² şeklinde olduğunu daha önce belirtmiştik. Hırsızlık suçunun cezasına gelince, bu ceza Kitap (Kur’ân), sünnet ve icmâ ile belirlenmiştir. Kitapta, “*Hırsızlık yapan erkek ve kadının işlediklerine karşılık bir ceza ve Allah’tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.*”⁹³ ayetiyle belirlenmiştir. Sünnette ise Hz. Aişe’den bir rivayette “Resûlullah (sav.) çeyrek dinar veya daha fazla (değerinde bir şey) çalanın elini keserdi” buyurularak bu cezanın uygulandığı belirtilmiştir.⁹⁴ Hırsızlık haddi konusunda icmâ olduğu da kaydedilir, çünkü bu cezanın tatbiki Hz. Peygamber (sav.) zamanında başlamış, reşid halifeler zamanında devam etmiş ve onlardan sonraki dönemlerde de çeşitli İslam ülkelerinde uygulanmış gelmiştir.⁹⁵

Hırsızlık fiilinin suç oluşu ve belli şartlarda had cezasını gerektirmesi konusunda fikir ayrılığı olmamasına rağmen, çalınan malın niteliğinde, malın bulunduğu yerin korunmuş olması (hırz) konusunda, haddi gerektirecek miktarın (nisabın) ne olduğu konusunda ihtilaf edilmiştir. Bundan dolayı da hırsızlık suçlarının büyük bir kısmının had değil de tazir cezasını gerektireceği ileri sürülerek Ebû Zehra’nın “Eğer hırsızlık cezası konusunda İslam hukukunda söz sahibi olan alimlerin bütün ihtilaflarını dikkate alacak olsaydık ancak yirmi bin hırsızlık suçundan birisine el kesme cezası verebilirdik.” dediği nakledilmektedir.⁹⁶

Şüphesiz bu ihtilafların başında çalınan malın hangi miktarda olması durumunda had cezası uygulanacağı gelmektedir. Çeyrek dinar, bir dinar, üç dirhem, on dirhem gibi muhtelif görüşler ileri sürülmesine rağmen Hanefiler had cezası için en az on dirhem değerindeki bir malın çalınmasını şart koşmuşlardır. Bu konuda Ebubekir er-Râzî’nin şu görüşü nakledilir: “Selefi fıkıh bilginlerinin ve kendilerinden sonra gelen alimlerin ittifakıyla sabit olduğuna göre el kesme cezası ancak belli bir malın çalınması durumunda

⁹² İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka’-ebhur*, (tah. Vehbî Süleymân Gâvecî el-Elbânî) I. 344

⁹³ Mâide 5/38.

⁹⁴ Bu hadîsi Buhârî, Müslim, Tirmizî, Ebû Dâvud gibi muteber hadisçiler rivayet etmişlerdir. (Müslim, Hudûd 1) Hadîsin başka bir versiyonunda Hz. Aişe’nin Resûlullah’tan “Hırsızın eli ancak çeyrek dinar ve fazlasında kesilir” rivayeti yer alır. Bu da yine muteber kaynaklarda yer alır. (Müslim, Hudûd 2) Yine Hz. Peygamber’in bir micen (kalkan) değerindeki bir malı çalanlara hırsızlık haddi uyguladığı kaydedilir.

⁹⁵ Hasan Ali eş-Şâzîlî, *Eser-u tatbîkî’l-hudûd fi’l-müctema’*, s. 45.

⁹⁶ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü’l-ukûbe*, s. 120; Hırsızda, çalınan malda, çalma fiilinde aranan şartlar ve bu konulardaki ihtilaflar için bk. Hasan Ali eş-Şâzîlî, *Eser-u tatbîkî’l-hudûd fi’l-müctema’*, Riyad 1984, s. 46 vd. ; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, III, 263 vd.

gereklidir. Bu miktar daha aşağıya düşerse el kesme vacip olmaz. Söz konusu miktarın hangi miktar olduğu da ancak Resulullah (sav.) in beyanı ya da sahabenin ittifakıyla mümkündür. Oysa on dirhemden daha aşağı olan değerlerde el kesme cezasının uygulanacağı yolunda herhangi bir peygamber buyruğu ya da ittifak vaki değildir. İttifak on dirhem miktarı bir malın çalınmasındadır. İşte bu nedenle biz on dirhemi esas aldık ve bundan daha aşağısını peygamber emri olmadığı ve ittifak da bulunmadığı için kabul etmedik.⁹⁷ Yani hırsızlık haddi gerektirecek bir suçta, çalınan malın değerinin en az on dirhem olması gereklidir. Hz. Peygamber zamanındaki on dirhem bugünkü karşılığının ne olacağı da önemli bir konudur. Bu çok özel ve detaylı çalışma isteyen bir konu olmasına rağmen kabaca bir fikir vermesi bakımından iki misal verebiliriz. Birincisi, Hz. Peygamberin zamanında iki yüz dirhem ile kırk koyun alınabiliyordu. Bu da on dirhem ile iki koyun alınabileceği anlamına gelir.⁹⁸ Yani, "iki koyun değerinden aşağı olan çalmalarda had uygulanmaz ancak tazir cezası verilir" diye bir fikir jimnastiği yapmamız mümkündür. İkincisi ise elbise çalan bir hırsıza, çaldığı elbiseye sekiz dirhem değer biçildiği için had cezası verilmemişti, bu da on dirhem normal bir elbisenin değerinden fazla olduğunu gösterir.

İslam hukukuna aşına olmayan pek çok kişi "elma çalanın eli mi kesilecek?", "baklava çalan çocuğun eli mi kesilecek?" gibi endişeler beyan ederek had cezasına karşı kendilerine göre argümanlar üretmektedirler. Asıl konumuzun dışına çıkmamak için çalınan malın vasıfları ile ilgili birkaç fikir verelim. İlk önce çalınan malın, İslam'ın edinilmesini mübah saydığı mal cinsinden olması gerekir. Bu yüzden şarap, domuz, vb. şeyleri çalanlara had uygulanmaz. Uzun süre saklanması mümkün olmayan yaş meyve, sebze, et, süt, balık, ekme ve benzeri şeylerden dolayı had uygulanmaz.⁹⁹ Çocuklar ise mükellef olmadıkları için had ile cezalandırılmaları söz konusu değildir.

Hırsızlık cezası ile ilgili olarak yapılan dikkat çekici yorumlardan birisi de şudur: Mâide 5/38 de geçen "hırsız erkek" ve "hırsız kadın" ifadelerindeki hırsız kelimesi vasıftır. Vasıf ise bir insanda ancak fiilin tekrarı ile meydana gelir. Mesela bir defa cömertlik yapana cömertlik vasfı, bir defa yalan söyleyene yalancılık vasfı verilemediği gibi, bir defa hırsızlık yapana da hırsızlık vasfı verilemez. Bundan dolayı el kesmeyi hak eden hırsızın hırsızlık vasfını

⁹⁷ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 131. (*Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 416 dan naklen)

⁹⁸ Talat İlbar, "İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri", E.Ü.S.B.E. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Kayseri 2007, s. 106, 108.

⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 139, 153, 154.

kazanmış olması, yani tekrar tekrar suç işlemiş olması lazımdır. Bu görüşü savunanların getirdiği delillerden birisi de Mahzumoğulları kabilesinden hırsızlığı neticesinde cezaya çarptırılan kadının hırsızlık cürmünü âdet haline getirdiğinin bilinmesi ve cezanın da bundan dolayı uygulanması olduğu görüşüdür.¹⁰⁰

3- Yol kesme (hirâbe) haddi (Cezası)

Mecazi olarak Allah ve resulüne karşı savaş açma anlamında da kullanılan yol kesme suçu "Büyük hırsızlık" olarak da nitelendirilmiştir. Çünkü yol kesmenin zararı hem malı elinden alınan kişiye hem de toplumun tamamına karşı olmaktadır. Halbuki "Küçük hırsızlık" olarak nitelendirilen adi hırsızlıkta ise zarar sadece malı çalınan kimseye olmaktadır. Bundan dolayı yol kesme cezası adi hırsızlık cezasından daha ağırdır.¹⁰¹ "Hırsızlığın tarihçesi bakımından tarihin en tehlikeli sayılan hırsızlık şekli yol kesme sayılmıştır. Yol kesme ifadesini tatbikatta bazan tesadüf edildiği üzere şahısların, geçen yolcu ve vasıtaları durdurarak cebir şiddet veya tehdit ile yağma fiilini icra etmeleri manasında da anlamak lazımdır."¹⁰² Adi hırsızlık suçunda sadece malın çalınmasından dolayı, malın korunmasıyla ilgili maslahat gündeme gelirken, yol kesme suçunda ise hem malın hem de canın hatta ırz ve namusun korunmasıyla ilgili maslahatlar söz konusu olmaktadır.

Yol kesme suçuna verilen ceza temel olarak : "Allah ve Resûlüne karşı savaşanların¹⁰³ ve yeryüzünde (hak) düzeni bozmaya çalışanların cezası ancak ya (acımadan) öldürülmeleri, ya asılmaları, yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu onların dünyadaki rüsvâlığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır."¹⁰⁴ ayetinde verilmekte-

¹⁰⁰ Bu argümanların detayı için bk. Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 131, 132.

¹⁰¹ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 129.

¹⁰² Ali Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1997, s. 169.

¹⁰³ Allah ve Resulüne karşı savaşanların kimler olduğu, zikredilen cezalardan hangilerinin verileceği ve ayetin nüzul sebebiyle ilgili farklı görüşler için bk. Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebîbekr el-Kurtubî, *El-Câmi' li-Ahkâmî'l-Kur'ân*, tah. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 2006, VII, 430 vd.

¹⁰⁴ Mâide 5/33. *إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُجَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ*

dir. Ayeti analiz ettiğimiz zaman yol kesme cezasının dört merhalesinin veya dört ayrı şeklinin olduğunu görürüz.¹⁰⁵

1- Yol kesmek ve insanların mallarını zor kullanarak almak niyetiyle yola çıkmış birisi insanların yoluna dikilir onları korkutur fakat mal al(a)madan ve adam öldürmeden yakalanırsa bu kişiye sürgün cezası verilir. Bu ayetin “*ya-hut da buldukları yerden sürülmeleridir.*” ifadesiyle belirlenmiştir.

2- Yol keserek ve insanların mallarını zor kullanarak almak niyetiyle yola çıkan birisi sadece mal alır fakat adam öldürmezse ona el ve ayağının çaprazlama kesilme cezası verilir. Bu da ayetteki “*yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi*” ifadesiyle tespit edilmiştir.

3- Yol kesen, mal almaksızın adam öldüren kişiye ise ölüm cezası verilir. Bu ceza ise ayetteki “*ya (acımadan) öldürülmeleri*” ibaresine dayanmaktadır.

4- Yol kesen ve bu esnada da hem insanların malını alan hem de adam öldüren birisine ise öldürme ve asılma cezalarından birisi, -bazı görüşlere¹⁰⁶ göre ise her ikisi birden- verilir. Bu ceza ise yine ayette geçen “*ya (acımadan) öldürülmeleri, ya asılmaları*” hükmü üzerine bina edilmektedir.

Bu cezaların infaz edilebilmeleri için yol kesicilerde, yolu kesilenlerde, alınan mallarda ve suç mahallinde aranılan bir takım şartlar vardır. Çoğunluğun üzerinde ittifak ettikleri bu şartları kısaca şöyle sıralayabiliriz:

1-Yol kesicilerin akıllı, ergenlik çağına erişmiş ve konuşabilir (nâtik) kişiler olması lazımdır.

2-Yol kesicilerin Müslüman veya zimmî olması gereklidir.

3-Yol kesicilerin erkek olmaları lazımdır. (Bu konuda muhalefet edenler vardır.)

4-Yolları kesilen kimselerin Müslüman veya zimmî olmaları gereklidir.

5- Suçlu ile mağdurlar arasında akrabalık bağı olmamalı.

6- Suç İslam beldesinde ve şehrin dışında işlenilmelidir.

¹⁰⁵ Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-ukûbe*, s. 130; Sâlih b. Nâsır el-Huzeyyim, *Eser-u tatbîkî-ş-şer'atî'l-İslâmiyye fi men'i vukû'î'l-cerime*, Dâr-u İbni'l-Cevzi, Riyad 1422 h. , s. 116.

¹⁰⁶ Buradaki görüş farklılıkları ayette geçen (,) “veya” harfine, tahyîr, ibâha, vav harfi (ve), tenvî', tevzî' gibi değişik anlamların yüklenmesinden kaynaklanmaktadır. (Yani tahyîr manası alınır ise öldürme ve asılma cezalarından birisi tercih edilecek, “ve” manası alınır ise her iki ceza birden verilecek) Bk. Fatih Orhan, “Hurûfu'l-Meânî ve Fihî İhtilâflara Etkisi”, E.Ü.S.B.E. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Kayseri 2002, s. 55 vd. Ebû Hanife, sürgün hariç kalan üç cezayı müteselsilen vermekte devlet başkanının muhayyer olduğunu söylerken, İmam Muhammed ve Ebû Yusuf suçlunun öldürülüp asılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İmam Mâlik'e göre ise devlet başkanı ayette değinilen cezalardan sonuç almaya ve amaca en uygunu hangisi ise onu uygulamakta muhayyerdur. Bk. Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 148; Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-ukûbe*, s. 132, 133.

7- Alınan malın en az nisap miktarında olması lazımdır.

8- Alınan malların mütekavvim mal olması ve yol kesenlerin mülkiyeti veya mülkiyet şüphesi söz konusu olmamalıdır.

Toplumun huzur ve güvenini temin için konulan bu ağır cezalar aynı zamanda devlet otoritesinin sağlanması ve ona olan itimadın sarsılmaması açısından da büyük önem taşımaktadır.

4- Zina iftirası (kazf) cezası

İffetli insanların şereflerine, namuslarına ve kişilik haklarına bir saldırı olan bu suçun cezası Kur'ân-ı Kerim'de şöyle belirlenmiştir: *"Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkarlardır."*¹⁰⁷ Ayetin ilk bölümünde belirlenen seksen celde (değnek) cezası bedenî ceza olup suçlunun maddî olarak elem ve acı çekmesi neticesini doğurur. İkinci bölümde belirlenen, suçluların şahitliklerinin kabul edilmemesi ise bir yönden manevî ceza, diğer bir yönden ise terbiyevî ceza olarak değerlendirilebilir. Zina iftirası cezasının verilebilmesi için gerekli olan şartlardan önemlileri şunlardır:¹⁰⁸

- 1- İftira atılanın hür, müslim, akıllı, buluğ çağına ermiş, iffetli birisi olması gerekir.
- 2- İftira atanın mükellef (akıllı ve buluğ çağına ermiş) olması gereklidir.
- 3- İftira atanın bunu dört şahitle ispat edememesi gerekir.
- 4- Zina isnadının sarîh ifadelerle yapılması gerekir. Kinaye yoluyla yapılan iftiralarda had cezası verilip verilmeyeceği ihtilafıdır.
- 5- İftiranın İslam beldesinde olması şarttır çünkü cezayı ikame edecek olan devlet başkanıdır.

5- İçki içme (haddi) cezası

Yüce Allah'ın insanlara en büyük nimetlerinden birisi olan aklın korunması, korunamadığı durumlarda ortaya çıkacak kötülüklerin önlenmesi için konulan bu cezanın vacip olduğu, cezanın cinsinin celde cezası olduğu konusunda İslam hukuk alimleri arasında görüş birliği olmasına rağmen, cezanın miktarı yani celde sayısında ihtilaf edilmiştir. İçkinin tedrici olarak yasaklan-

¹⁰⁷ Nûr 24/4.

¹⁰⁸ Fazla detay için bk. Sâlih b. Nâsır el-Huzeyyim, *Eser-u tatbiki's-şer'i'at'l-İslâmiyye fi men'i vukû'l'l-cerime*, s. 86; Hasan Ali eş-Şâzili, *Eser-u tatbiki'l-hudûd fi'l-müctema'*, s. 31, 32; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, 229 vd.

ması ve haram sayılması şu ayetlerdeki hükümlerle gerçekleşmiştir: "Hurma ve üzüm gibi meyvelerden hem içki hem de güzel gıdalar edirsiniz. İşte bunlarda aklını kullananlar kimseler için büyük bir ibret vardır."¹⁰⁹, "Sana, şarap ve kumar hakkında soru sorarlar. De ki: her ikisinde de büyük günah ve insanlar için bir takım faydalar vardır. Ancak her ikisinin de günahı faydasından daha büyüktür."¹¹⁰, "Ey iman edenler! Siz sarhoş iken -ne söylediğinizi bilinceye kadar- ..namaza yaklaşmayın."¹¹¹ ve "Ey iman edenler! Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar), fal ve şans okları birer şeytan işi pisliktir; bunlardan uzak durun ki kurtuluşa eresiniz. Şeytan içki ve kumar yoluyla ancak aranızda düşmanlık ve kin sokmak; sizi, Allah'ı anmaktan ve namaz kılmaktan alıkoymak ister. Artık (bunlardan) vazgeçtiniz değil mi?"¹¹²

İçki içene verilecek ceza konusundaki farklı görüşler Hz. Peygamber'den nakledilen rivayetlerin farklı şekilde değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Hanefiler, İmam Malik, Sevrî ve bir rivayete göre İmam Ahmed bu cezayı seksen değnek olarak kabul ederlerken, İmam Şâfiî, Ebû Sevr, ve Davud kırk değnek olarak anlamışlardır.¹¹³ Hz. Peygamber'in içki içenlere celde cezası uyguladığı herkesçe kabul edilmesine rağmen, değnek sayısının kesin olarak tespit edilmediği yönündeki iddialardan olsa gerek eski ve yeni bazı araştırmacılar bu cezanın had cezası mı yoksa tazir cezası mı olduğunu tartışmışlardır.¹¹⁴

İçki haddinin uygulanabilmesi için İslam hukukçularının olması gerektiğini ileri sürdükleri bir takım şartlar vardır. Bunların önemlilerini şöyle sıralayabiliriz:¹¹⁵

- 1- İçki içenin akıllı ve buluğ çağına ermiş olması gereklidir.
- 2- İçkiyi kendi rıza ve iradesiyle içmiş olması gereklidir. (İkrah, zorlama olmayacak.)
- 3- İçki içmeyi gerektirecek zarurî bir durum olmayacak. (susuzluktan ölme tehlikesi vs.)

¹⁰⁹ Nahl 16/67.

¹¹⁰ Bakara 2/219.

¹¹¹ Nisâ 4/43.

¹¹² Mâide 5/90, 91.

¹¹³ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 104.

¹¹⁴ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 106 vd. Burada, muasır alimlerden Muhammed Mustafa Şelebî'nin "Ta'lîlu'l-ahkâm" isimli Doktora tezinde bu cezanın tazir cezası olduğunu savunduğu nakledilir.

¹¹⁵ Hasan Ali eş-Şâzîlî, *Eser-u tatbîkî'l-hudûd fi'l-müctema'*, s. 67 vd.

4- İçki içen kişi bunun haramlığını biliyor olacak.

5- İster şarap, isterse başka bir sarhoşluk verici maddenin içilmiş olması gereklidir, sarhoş etmesi şart değildir. (Hanefiler şarabın dışındakilerde sarhoşluğu¹¹⁶ şart koşarlar.)

6- Cezanın uygulanabilmesi için içki içme suçunun vuku bulunduğu dair ya iki erkeğin şahitliği ya da içenin ikrarı gereklidir.

7- Hanefiler, içki içtiğini ikrar veya bu fiile şahitlik anında içen kişinin ağzının içki kokuyor olmasını da şart koşmuşlardır.

6- İrtidat (dinden dönme) cezası

İrtidat fiilinin kötülüğü ve özellikle de uhrevî müeyyidelerinden bazıları "Ey iman edenler' Sizden kim dininden dönerse (bilsin ki) Allah, sevdiği ve kendisini seven müminlere karşı alçak gönüllü (şefkatli), kâfirlere karşı onurlu ve zorlu bir toplum getirecektir."¹¹⁷ ve "Sizden kim, dininden döner ve kâfir olarak ölürse, onların yaptıkları işler dünyada da ahirette de boşa gider. Onlar cehennemlikler ve orada devamlı kalırlar."¹¹⁸ gibi Kur'ân ayetleriyle bildirilmesine rağmen bu suça verilen ceza hadîs-i şeriflerle belirlenmiştir. Bu hadîslerden birincisi, "Dinini değiştireni öldürünüz"¹¹⁹ hadîsi, ikincisi ise "Bir müslümanın kanı şu üç sebep olmadıkça helal değildir; Evli olan zinakâr, cana can ve İslâm toplumundan ayrılarak dinini terk eden kimse."¹²⁰ hadîs-i şerifleridir. Bardakoğlu, "Hadiste geçen irtidat, ilk dönemde sırf fikri bir tercih şeklinde değil de, daha çok bozgunculuk ve devlete başkaldırma ile birlikte tezahür etmiş ve yeni kurulan İslâm devleti için ciddi bir tehlike oluşturmuştur." diyerek bu suçun daha çok devletin varlığına tehlike teşkil etmesiyle ilgili olan siyasi boyutuna dikkat çekmiştir.¹²¹

Bir kişinin mürted sayılabilmesi için irtidatının tespit edilmesi veya ortaya çıkması çeşitli yollarla olabilir:

¹¹⁶ Ebû Hanife'ye göre sarhoşluk, kişinin ne söylediğini bilemez hale gelmesi, karşısındakinin erkek veya kadın olduğunu tefrik edemez halde olmasıdır. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise, kişinin sözlerinde hezeyan etmesi ve rastgele sözler söylemesi diye tarif etmişlerdir. Bk. Ali Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, s. 157.

¹¹⁷ Mâide 5/54.

¹¹⁸ Bakara 2/217.

¹¹⁹ "من بدل دينه فاقتلوه" Buhârî, Cihad 149; Ebû Dâvud, 1; Tirmizî, Hudûd 25.

¹²⁰ لا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَخْذِ ثَلَاثٍ: الثَّيِّبُ الرَّزَّانِيُّ، وَالثَّقُفِيُّ بِالنَّفْسِ، وَالثَّارِكُ لِيَدِينِهِ الْمُقَارِقُ Buhârî, Diyât 6; Müslim, Kasâme (25) 1676; Ebû Dâvud, Hudûd (1) 4372.

¹²¹ Ali Bardakoğlu, "Ceza", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, (Ed. İbrahim Kâfi Dönmez) M.Ü.İ.F. Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, s. 326.

İrtidat itikadî olarak vuku bulabilir. Allah'ın varlığını inkar etmek, onun isimlerinden veya emirlerinden birisini küçümsemek, Allah'a eş, çocuk, acizlik vb. şeyler izafe etmek gibi.

İrtidat fiilî olarak vuku bulabilir, Putlara, yıldızlara tapmak veya haram şeyleri işleyip onların haramlığını kabul etmemek gibi. Mesela içki içen birisi bunun mübahlığını iddia ederek içerse dinden çıkmış sayılır.

İrtidat sözlü olarak meydana gelebilir, bu da sözlü olarak "Allah'ın mevcudiyetini inkar etmek, layık olmayan şeyle Allah'ı sıfatlandırmak, Allah'ın ismi veya emirlerinden birisi ile alay etmek, Allah ile kişi arasında, yardıma koşan kendisine tevekkül edilen birinin olduğunu iddia etmek,"¹²² Allah'ın vahdaniyetini kabul etmemek, onun eşi, ortağı olduğunu iddia etmek gibi sözlerle ortaya çıkar.

İrtidat cezasının ikame edilebilmesi için, mürted'in akıl sahibi ve buluğ çağına ermiş olması gerekir. Bu yüzden akli dengesi bozuk olanlara ve sabî çocuklara bu ceza uygulanamaz. Yine, irtidat suçunu işleyen kişinin bunu kendi ihtiyarı ile yapmış olması gereklidir. Baskı altındaki kişilerin işledikleri suçlara had cezası uygulanmaz. Ayrıca ceza verilmeden önce mürted'e en az üç kere, tevbe edip İslam'a dönmesinin teklif edilmesi şarttır.¹²³

İrtidat eden erkeğin yukarıdaki şartlar yerine gelmek kaydıyla ölümle cezalandırılması konusunda alimler arasında ihtilaf edilmezken, irtidat eden kadına verilecek cezada fikir ayrılığı görülmektedir. Alimlerin çoğunluğu, kadının da erkek gibi aynı cezaya çarptırılacağını söylerken, Hanefiler ve İmamiyye mürted kadının öldürülmeyeceğini sadece hapisle cezalandırılacağını ileri sürmüşlerdir.

Hanefilerin bu görüşünden hareketle, erkeğin irtidat ettiğinde düşman safalarına katılıp Müslümanlara karşı bilfiil savaşaacağı, Müslümanların askeri ve ekonomik sırlarını düşmana götüreceği, kadının ise bunları yapamayacağı, cezanın hikmeti olarak anlaşılmiş ve bazı muasır araştırmacılar bunu devlet başkanının verdiği bir *tazir* cezası olarak nitelemişlerdir.

Hz. Peygamber'in zamanında da İslam'ı kabul edip daha sonra terk edenlerin olduğuna, fakat Hz. Peygamber zamanında bunların hiçbirisine ölüm

¹²² Nihat Dalgın, "Temel Kaynaklar Çerçevesinde Dinden Dönme ve İnanç Özgürlüğü", *Makâlât*, Yıl 1999, sy. 1, s. 42.

¹²³ Sâlih b. Nâsır el-Huzeyyim, *Eser-u tatbiki's-şer'i'ati'l-İslâmiyye fi men'i vukû'i'l-cerime*, s. 126, 127. ; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XII, 266. Ebû Hanife mürtede yapılması gerekli görülen tevbe teklifini vâcip olarak değil de müstehab olarak değerlendirir.

cezası verilmediğine işaret eden bu araştırmacılar irtidat'ın normal şartlar altında sadece tazir cezasıyla karşılık görmesi gerektiğini ancak nadiren de olsa devlete bir tehlike söz konusu olacaksa bunun günümüzdeki "vatana hıyanet" suçuna paralel olarak ele alınabileceğini ileri sürmüşlerdir.¹²⁴

S. A. Rahman, "*İman edip sonra inkar edenleri, sonra iman edip tekrar inkar edenleri, sonra da inkarlarını artıranları Allah ne bağışlayacak, ne de onları doğru yola iletacaktır.*" (Nisâ 4/137) ayetini delil göstererek mürtede hemen ölüm cezası verilemeyeceğini, ayette mükerrer olan irtidat fiiline bile dünyevî bir ceza öngörülmediğini, şayet ilk irtidat fiilinde öldürölme olsaydı ayette zikredilen mükerrer irtidatların olamayacağını ileri sürerek klasik irtidat cezasına sıcak bakmadığını ifade edip irtidat'ın dünyevî ceza gerektiren bir suç olmaktan ziyade bir günah olarak ele alınmasını savunur.¹²⁵ Bir başka muasır yazar da, modern alimlerin, irtidatı, cezası ahirete bırakılmış bir ceza olarak görme eğiliminde olduklarını, Kur'an ve sünnet'te bu fiile uygulanacak bir cezanın zikredilmediğini ifade ederek, irtidat suçunun sadece inanamamak ve devlete isyan etmek üzere ikiye ayrılmasının daha uygun olacağını belirtmektedir.¹²⁶

Yine bu konuda araştırma yapan N. Dalgın da, "Toplumda isyan çıkarma, düşmanla birlikte harbe iştirak etme, toplumun dini inançlarına saldırarak onları ifsad etmeye çalışma... gibi unsurları (suçları) beraberinde taşıyan mürted erkek veya kadının" cezalandırılmasının daha uygun olacağını ancak, "fikren ve fiilen, toplumda huzursuzluk çıkarma eğiliminde olmayan mürted erkek veya kadının, yalnız irtidat sebebiyle, kanının helal olmayacağını ve ölüm cezası ile cezalandırılmayacağı" kanatinde olduğunu be-

¹²⁴ Bk. Mohamed S. El-Awa, *Punishment in Islamic Law*, American Trust Publications, Indianapolis 1982, s. 49 vd. ; Muhammed Ali, İslam'da irtidat için ölüm cezası olmadığını, ancak mürted'in düşman saflarına katılıp Müslümanlara karşı savaşması durumunda öldüröllebileceğini, bunun da irtidatından dolayı değil de, tabii olarak Müslümanlara karşı savaştığı için olduğunu ileri sürer. Bk. *The Religion of Islam*, s. 596. (Nakleden El-Awa) Tanınmış müsteşriklerden Samuel M. Zwemer, *The Law of Apostasy in Islam* (Londra 1924) isimli kitabında İslam hukukundaki irtidat cezasını çok detaylı fakat subjectif bir biçimde ele almış, bu cezadan dolayı Müslümanların Hıristiyanlığa geçemediklerini, İslamiyette inanç hürriyeti olmadığını ve benzeri görüşleri ileri sürmüştür. İrtidat üzerine son dönemde yapılan araştırmalardan Nihat Dalgın'ın, "*Temel Kaynaklar Çerçevesinde Dinden Dönme ve İnanç Özgürlüğü*", *Makâlât*, Yıl 1999, sy. 1, s. 41-57. isimli makalesini de bu konuda bir katkı olarak burada zikretmeliyiz.

¹²⁵ S. A. Rahman, *Punishment of Apostasy in Islam*, Lahore 1972, s. 39.

¹²⁶ Mohammad Muslehuddin, *Crime and the Islamic Doctrine of Preventive Measures*, Islamabad 1985, s. 33, 34.

lirterek irtidatın devlete tehdit oluşturan nev'i ile sadece vicdanî bir inanç boyutunda kalan nev'ini birbirinden ayırmıştır.¹²⁷

Diğer *had* cezalarında erkekle kadın arasında bir fark gözetilmediğinden, Hanefilere göre kadına irtidat cezasında ayrıcalık tanınması bize göre de bu cezanın *siyasî* bir ceza olabileceği ve "vatana hıyanet" suçu perspektifinden değerlendirilmesinin uygun olabileceği, bunun "Dinde zorlama yoktur."¹²⁸ prensibiyle de çatışmayacağı görüşü cazip gelmektedir. Ancak bu görüşler muvacehesinde konunun müstakil ve kapsamlı bir çalışma olarak ele alınması da yararlı olacaktır.

7- Devlete isyan (*bagy*) cezası

İslam hukukuna göre veliyyu'l-emr'e yani devlet başkanına itaat vacip kılınmıştır. Bu hüküm "*Ey iman edenler! Allah'a itaat edin. Peygamber' ve sizden olan uli'l-emr'e (idarecilere) de itaat edin.*"¹²⁹ ayetinden çıkarılmaktadır. Buna bağlı olarak "*Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse artık aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, âdil davrananları sever.*"¹³⁰ ayetinde belirtilen durum ortaya çıkar, müminlerden iki grup savaşır, vuruşur ve devlet otoritesini hiçe sayıp "Allah'ın buyruğuna" dönmezse işte o zaman bu grup isyancı statüsü kazanmakta, hem devletin hem de Müslüman halkın kendilerine karşı savaşmaları kaçınılmaz olmaktadır. Burada suçu ağırlaştırılan unsur Müslüman kardeşleriyle sulha yanaşmayan grubun hem devleti hem de Müslüman toplumu dinlemeyip, onları karşılarına almış konumuna düşmeleridir. Halbuki bir hadîs-i şerifte "Ümmetim toplu halde bulunurlarken kim onların aleyhine isyan ederse hepiniz kılıçla isyan eden kim, nerede olursa olsun boynunu vurunuz."¹³¹ buyurulmakta ve toplumdan ayrılana, topluma karşı çıkanlara, onlara tehdit ve tehlike teşkil edenlere nasıl ceza verileceği açıklanmaktadır.

Devlete isyan cezasının verilebilmesi, veya suçlulara savaş açılabilmesi için,

¹²⁷ Detaylar için bk. Nihat Dalgın, "Temel Kaynaklar Çerçevesinde Dinden Dönme ve İnanç Özgürlüğü", *Makûlât*, Yıl 1999, sy.1, s. 55vd.

¹²⁸ Bakara 2/256.

¹²⁹ Nisâ 4/59. "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"

¹³⁰ Hucurât 49/9. "وَأِنْ طَافَتَا مِنْ الْمُؤْمِنِينَ ائْتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبَغَتْ حَتَّى تَقِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَءَاثَ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"

¹³¹ Müslim, İmâre 59; Ebû Dâvud, Sünnet 27.

suçluların suça fiilen başlamaları lazımdır. Ayrıca kendilerine karşı kolayca zafer elde edilemeyecek derecede kuvvetli olmaları, devlet başkanına karşı isyanlarının kendilerince meşru olan bir te'vile dayanması gereklidir. Yine bu kişilerin başında sözüne itaat edilen bir şahsın bulunması da şarttır, yoksa kuvvetleri ortaya çıkamaz.¹³²

Netice olarak toplumu ve devleti karşısına alan kişilerin bu fiilleri, devletin varlığına bir tehdit olarak algılanmakta, devlet otoritesinin sarsılması anlamına gelmekte ve sert bir tepkiyle karşılık görmektedir.

B- KISAS VE DİYET CEZALARI

Sözlükte eşitlik, müsavat, birinin izini sürmek, fiile aynı şekilde karşılık vermek anlamlarına gelen kısas¹³³, istilahta suçlunun işlediği suçun misli (aynısı) ile cezalandırılması anlamına gelir, öldürdü ise öldürülür, yaraladı ise yaralanır.¹³⁴ Kısas kasten öldürmelerde ve yaralamalarda verilen aslî cezadır. Bu cezanın dayandığı temelleri Kur'ân-ı Kerîm'de, ayrıntılarını da Hz. Peygamber (sav.) in sünnetinde bulmaktayız.

Kur'ân'da: *"Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın (öldürülür). Ancak her kimin cezası, kardeşi (öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık (taraf) ona (gereken diyeti) güzellikle ödemelidir. Bu söylenenler, Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Herkim bundan sonra haddi aşarsa muhakkak onun için elem verici bir azap vardır. Ey akıl sahipleri! Kısasta sizin için hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız."*¹³⁵ ve *"Tevrat'ta onlara şöyle yazdık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş (karşılık ve cezadır). Yaralar da kısastır (her yaralama misli ile cezalandırılır). Kim bunu (kısası) bağışlarsa kendisi için o keffaret olur. Kim Allah'ın indirdiği hükümlerle hükmetmezse işte onlar zalimlerdir."*¹³⁶ ayetleriyle kısas cezasıyla ilgili temel prensipler belirlenmiştir.

Sünnette ise Hz. Peygamber şöyle buyurur: "Herhangi bir kimsenin yakın akrabası öldürülecek olursa, böyle bir kimse iki alternatiften birisini seçmek-

¹³² Bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, 410 vd. ; Sâlih b. Nâsir el-Huzeyyim, *Eser-u tatbikîş-şer'ati'l-İslâmiyye fi men'i vukû'i'l-cerîme*, s. 139.

¹³³ E. W. Lane, *Arabic- English Lexicon*, II, 2528.

¹³⁴ Ebû Bekr Ahmed b. Ali Râzî el-Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Dâru'l-Kutubi'l-Arabî, Beyrut 1986, I, 133; Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbikîş-şer'ati'l-İslâmiyye fi men'i'l-cerîme*, s. 137; Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri'u'l-cinâ'i'l-İslâmî*, I, 663.

¹³⁵ Bakara 2/178,179.

¹³⁶ Mâide 5/45.

te serbesttir. Ya fidiye alacaktır, ya da o caniyi kısasen ölüm cezasına çarptıracaktır.”¹³⁷ Bir başka hadîste ise “Herhangi bir kimsenin bir yakını öldürülecek ya da yaralanıp bir organı kesilecek olursa böyle bir kimse üç seçenekten birini tercih etmekte serbesttir. Ya caniyi kısas ettirecektir, veya ondan diyet alacaktır, ya da kendisini bağışlayacaktır. Bu seçenekleri bırakır bir dördüncüye başvuracak olursa böyle bir kimsenin elini tutarak yapacağına engel olunuz.”¹³⁸ Hadîs-i şeriflerden gayet açık olarak anlaşıldığı üzere mağdur veya yakınlarının tercih edebilecekleri alternatifler sınırlıdır ve tercihlerine de saygı gösterilecektir. Ancak bunların dışında hareket etmek, bu kuralların dışında şahsî cezalandırma yoluna gitmek kabul edilmemiştir.

Kıyas cezasının ortaya çıkaracağı yararların toplumun bütününe şamil olduğu ayetteki “sizin için” (لكم) ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu ceza intikam duygularıyla hareket edilerek verilmiş, sadece mağdurların kinlerini söndürmek, acılarını hafifletmek gayesiyle tatbik edilen basit bir ceza olmaktan öte, her şeyden önce adaleti tam olarak gerçekleştiren, işlenen suçla orantısız infialleri ortadan kaldıran, hem fertlerin hem de kamunun vicdanını rahatlatan bir cezadır. Kıyas cezasında işlenen suç ile verilen ceza arasında tam bir eşitlik mevcuttur ve bu da adaletin temelidir. Adalet ise -bilindiği üzere- mülkün, yani devletin temelidir. Bu açıdan baktığımızda kıyasın hem fert, hem toplum hem de devlet açısından önemi daha kolay anlaşılır.

Kasten öldürme olaylarında, maktulün velisinin kısastan vazgeçmesi hariç kıyas cezası öldürme olarak uygulanır. “Kasten öldürme, insan canının kasıtlı ve haksız yere başka bir insanın fiiliyle yok edilmesidir. Burada caninin niyetinin sadece saldırı değil de öldürmeye yönelik olması gereklidir.”¹³⁹ Bundan dolayı öldürme suçunun meydana gelebilmesi için şu unsurlar gereklidir; Birincisi, hayat üzere olan birisinin canının yok edilmesi, ikincisi, caniden kasten vaki olan fiilin ölüme yol açması, üçüncüsü ise caninin bu ölüm neticesini kast etmiş olmasıdır.¹⁴⁰

Her kasten öldürme suç değildir, mesela, Müslümanlara karşı savaştan *ehl-i harbin*, yol kesicilerin, devlete karşı silahlanıp isyan edenlerin, sihir yapanların ve kendilerine şerî olarak ölüm cezası verilenlerin, masum insanlara öldürmek gayesi ile saldırıların öldürülmeleri suç olmaktan ziyade gerekli-

¹³⁷ Ebû Dâvut, Diyât (4) 4505.

¹³⁸ Tirmizî, Diyât 13; Ebû Dâvut, Diyât (3) 4496.

¹³⁹ Ahmed Fethî Behnesî, *el-Kisâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 66.

¹⁴⁰ Ahmed Fethî Behnesî, a.g.e., s. 66.

dir.¹⁴¹ Ateşte yakarak öldürmek, suda boğarak öldürmek, zehirleyerek öldürmek, boğarak öldürmek, kesici bir aletle öldürmek, hapsederek öldürmek ve benzeri fiillerin cezalarının ne olacağı İslam hukuku eserlerinde detaylı olarak incelenmiştir.

Kıyasın uygulanacağı ikinci durum ise öldürmenin dışında bedene/uzuvlara karşı kasten işlenen müessir fiillerdir. Bunlar kulak kesen şahsın kulağının kesilmesi gibi cezalardır ki uygulanmaları için mutlaka suç neticesi zarar gören organ / mahal ile ceza uygulanacak organ / mahal arasında eşitlik aranır. Ayrıca eşitliği temin etmenin mümkün olması ve daha fazla veya eksik bir uygulama ile zulmedilmemesi de aranan şartlardandır. Organlara verilen zarar ve yaralamalar yine fıkıh kitaplarında sıralanmış ve bunların hangilerine kısas uygulanabileceği belirlenmiştir.¹⁴²

Kasıt unsuru bulunmayan, kasıt benzeri ve hata eseri olan fiillerin neticesindeki öldürme ve yaralamalarda aslı ceza olarak diyet cezası kabul edilmiştir. Bu cezanın dayanağı Kur'ân ve sünnettir. Kur'ân'da şöyle buyrulur: "*Yanlışlık olması dışında bir müminin bir mümini öldürme hakkı olamaz. Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Meğer ki ölünün ailesi o diyeti bağışlamış ola. (Bu takdirde diyet vermez). Eğer öldürülen mümin olduğu halde, size düşman bir toplumdansa ise mümin bir köle azat etmek lazımdır. Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir toplumdansa ise ailesine teslim edilecek bir diyet ve bir mümin köleyi azat etmek gerekir. Bunları bulamayan kimsenin, Allah tarafından tevbesinin kabulü için iki ay peş peşe oruç tutması lazımdır. Allah her şeyi bilendir, hikmet sahibidir.*"¹⁴³

Hz. Peygamber (sav.) ise şöyle buyurmuştur: "Kasıt benzeri ile -sopa, değnek ve taş gibi şeylerle- öldürmede yüz deve diyet cezası vardır."¹⁴⁴ Diyet ceza gibi görülse de mağdurun veya yakınlarının malına eklenen bir maldır, bunda devletin hakkı yoktur. "Diyet cezasının bir tek miktarı olup, hâkim o miktardan az veya fazlaya hükmedemez. Diyet her ne kadar kasıt benzerinde, hatada ve yaralamalarda yaranın nevi ve büyüklüğüne göre değişirse de her bir durumda ve yarada diyet miktarı sabittir. Küçüğün diyeti de büyüğünki,

¹⁴¹ Ahmed Fethî Behnesî, a.g.e., s. 68, 69.

¹⁴² Bk. Alauddîn Ebî Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'us-sanâi' fi tertibi'ş-şerâi'*, VII, 296; Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 345. Ahmed Fethî Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 133 vd; Şâmil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, s. 190 vd.

¹⁴³ Nisâ 4/92.

¹⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 445.

zayıfın diyeti kuvvetlinin diyeti, sıradan bir kişinin diyeti asil kişinin, memurun diyeti âmirin diyeti gibidir.”¹⁴⁵

Kasıt ve kasıt benzerinde diyet ağırlaştırılmış, hatada ise hafifleştirilmiştir. Kasten işlenen suçlarda ve suçun ikrarla sabit olduğu durumlarda diyet tamamen suçlunun malından alınır ancak bunun dışındaki bazı özel durumlarda suçlunun yakın akrabaları (âkilesi)¹⁴⁶ diyetin bir kısmını veya tamamını ödemekle yükümlü tutulabilirler. Suçlunun yakın akrabalarına ilaveten *Divân*'ının da diyet ödemekle yükümlü olduğu belirtilir.¹⁴⁷ Bunu suçsuz insanların cezalandırılması olarak değil de ailevî veya toplumsal bir dayanışma ve bunun neticesinde mağdur tarafın en azından ekonomik olarak rahatlamasının bir yolu olarak görmek daha isabetli olacaktır. Âkile'nin bulunmadığı bazı durumlarda diyetin devlet hazinesinden ödenmesi de söz konusu olabilmektedir.¹⁴⁸

Hz. Peygamber zamanında diyet yüz deve veya on iki bin dirhem gümüş, (Ebû Dâvud, Sünen, Diyât 18, Hadis 4541,4546) başka bir rivayette yüz deve veya iki yüz sığır veya iki bin koyun ya da iki yüz kat elbise (a.g.e. Hadis 4543) olarak tespit edilmiştir. Kaynaklarda diyet miktarının altın cinsinden sekiz yüz dinar, gümüşten ise sekiz bin dirhem olarak ta verildiğini görmekteyiz. (a.g.e. Hadis 4542). Ancak Hz. Ömer zamanında deve fiyatlarının artmasından dolayı, altından bin dinar, gümüşten on iki bin dirhem, sığırdan iki yüz sığır, koyundan iki bin koyun, elbiseden iki yüz kat elbise olarak belirlendiği rivayet edilmiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'ül-cinâ'î'l-İslâmî*, (Ali Şafak çevirisi) II, 243.

¹⁴⁶ Âkile, kasdın aşılması suretiyle ve taksirle işlenen fiillerde diyeti üslenen ve faile baba tarafından kan bağı ile bağlı olan akrabalarıdır. (...) Engel olma ve himaye etme mefhumu âkile kavramında da söz konusudur. Çünkü aralarında kan veya meslek bir bağ bulunan insanlar, birbirlerinin suç işlemesine engel oldukları gibi, işledikleri suçlardan doğan zararların tazmininde de birbirlerine destek olmaktadır. Bk. Şâmil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, s. 186.

¹⁴⁷ Molla Hüsrev, *Dürer'ül-Hükkâm fi Şerhi Gurur'ül-Ahkâm*, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1976, I, 126. Burada zikredilen *Divân* kelimesinden, asker olan kişinin kayıtlı olduğu, bağlı bulunduğu birliğin kastedildiğini düşünüyoruz. Lonca'lar, günümüzdeki sendikalar, dernekler ve meslek kuruluşları da aynı şekilde ele alınabilir.

¹⁴⁸ Molla Hüsrev, A.g.e. I, 126 ; Kâsânî, *Bedâ'us-sanâ'i'*, VII, 256.

¹⁴⁹ Ebû Dâvud, *Sünen*, Diyât 16, (4542,4543); Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 525 (Ebû Zehra *el-Ukübe* s.500 de - sehven olsa gerek- sığırdan diyet miktarını yüz sığır olarak vermiştir. Tercümede de bu verilmiş ayrıca koyunla ödenen diyetle sayı iki bin yerine bin olarak tercüme edilmiştir.); Ayrıca bk. Talat İlbahar, "İslam hukukunda nisap kavramı ve tespit ölçüleri", s. 110, 111; Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd el-Kurtubî, *Bidâyet'ül-Müctehid ve Nihâyet'ül-Muktesid*, Dâru'l-Marife, Beyrut 1997, IV, 243, 244.

Diğer mezhep imamları bu meblağları aynen kabul ederken Ebû Hanîfe, bir dinarı on dirhem saydığından, on bin dirhemi ölçü olarak alır. İmam Şafîî daha sonraki görüşlerinde diyetin sadece deve cinsinden olması gerektiğini savunurken cumhurun görüşü Hz. Ömer'in tatbikatını desteklemek yönünde olmuştur. Bu, ictihâdi meselelere dayalı icma'ya örnek olarak verilmiştir.¹⁵⁰ Ebû Zehra, günümüzde altın değerinin deveye bağlanarak diyetin altın üzerinden tespitine sıcak bakmaktadır. Yazar, "Resulullah (sav.)'in çağından günümüze kadar nakdî değerini muhafaza edip koruyup gelen altındır ve madem ki eşyanın maliyetini tespitte düzgün olan kriter sadece odur, şu halde günümüzde de altını kriter alabiliriz"¹⁵¹ diyerek devenin bulunmadığı ülkelerde de pratik olarak kullanılabilir bir çözüm ileri sürmektedir.

Hataen adam öldürmelerde ödenecek olan diyeti bazı alimler hata benzeri öldürmelere uygulanan diyetten farklı görmüşler ve bazı kaynaklarda da bu ceza "keffaret cezası" başlığı altında oruç keffareti, zıhar keffareti, yemin bozmanın keffareti ve ihramlı iken traş olmanın keffareti gibi konularla beraber ele alınmıştır.¹⁵² Hataen öldürmelerde maktulün yakınlarına verilecek olan diyet yanında, köle azad etmek veya iki ay aralıksız oruç tutmak kefaretlere birisinin de yerine getirilmesi lazımdır.¹⁵³

Haksız yere adam öldürmenin dünyevî cezalarından olmak üzere, murisini öldüren kişinin mirastan mahrum edildiğini de burada zikredebiliriz.

C- TAZİR CEZALARI

Tazir'in lügat anlamı men etmek, yardım etmek, reddetmek, kınamak, mecbur etmek ve te'dib etmektir. Cezadaki caydırıcı, men edici özellikle cezanın ismi arasında bir bağlantı vardır. Ayrıca kişiye ceza verip onu tekrar suç işlemekten engellemek de ona yardım sayılacağı için de tazir cezası ile kelimenin lügat anlamı arasında başka bağ daha vardır.¹⁵⁴İstilahta ise tazir,

¹⁵⁰ "Diyette (10.000) dirhem ile (1000) dinar para cezasının ayn olarak mı yoksa develerin kıymeti olarak mı ortaya konduğu konusunda ihtilaf vardır. Hanefî Mezhebine göre (10.000) dirhem ile (1000) dinar develerin kıymeti olmayıp kendileridir ve ödemede esastır. (...) Hz. Ömer'in bu hükmü vermesi Sahâbe'den bir topluluğun huzurunda olmuştur. Bu uygulamaya hiç kimse itirazda bulunmamıştı. Dolayısıyla Hz. Ömer'in bu sözü icma' yerine geçmiştir." Bk. Y. Vehbi Yavuz, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1993, s. 302.

¹⁵¹ Muhammed Ebû Zehra, a.g.e. s. 529.

¹⁵² Bk. M. C. Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, yy., ts., s. 55, Nihat Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, Etüt Yayınları, Samsun 1999, s. 20, 162.

¹⁵³ Nihat Dalgın, a.g.e., s. 170.

¹⁵⁴ Abdussemi' el-İmâm, *Eser-u tatbiki'l-hudûd fi'l-müctema'*, (dördüncü bölüm), s. 268.

"Hakkında had ve keffâret bulunmayan suç ve günahlarda, Allah veya kul hakkı olarak icrası gerekli bulunan fakat miktar ve keyfiyeti naslarla tesbit edilmemiş olan cezadır."¹⁵⁵

Had cezalarının aksine, tazir cezalarının miktarı ve türü devlet başkanının / hâkimin takdirine bırakılmıştır, İ. Çalışkan bu konuda şöyle der: "Ta'zir cezasını gerektiren suçların sayısı, hadd, kısâs ve diyet cezasını gerektiren suçlarda olduğu gibi sınırlı değildir. Bu suçları sınırlamak da mümkün değildir. Çünkü bugün topluma zarar vermeyen davranışlar, ileride toplum için büyük problemler doğurabilirler. Bu sebeple İsmâ hukukunda ta'zir cezasını gerektiren suçların bir kısmı belirtilirken (faiz, emanete hıyanet, sövme ve rüşvet gibi) büyük bir kısmının tespit ve takdiri ise devlet başkanına bırakılmıştır. Devlet başkanının bu suçları tespit ve bunlara uygulanacak cezayı tayin ederken, İslâmın genel prensip ve hükümlerine aykırı bir tavır takınmaması şarttır."¹⁵⁶

Ayrıca bu cezalar şahıslara ve şartlara göre değişir. Aynı şekilde bu cezalar azaltılabilir, çoğaltılabilir, hatta önemli bir maslahata binaen tamamen düşürülebilir. "Suçu ilk defa işleyenle, bunu alışkanlık haline getiren kimseye aynı ceza uygulanmamaktadır. Hz. Peygamber: 'İyi huylu, şahsiyet sahibi kimselerin, hadd cezaları hariç, ufak kusurlarını affediniz' buyurmuştur."¹⁵⁷ Diğer cezalardan farklı olarak tazir cezasında suçlunun buluş çağına ermiş olma şartı aranmaz, mümeyyiz olan sabilere de uygulanabilir. Yine tazir cezalarında şahitlerde özel şartlar aranmaz, kadınların şahitliği ve tek kişinin şahitliği ile de ceza verilebilir. Tazir cezaları, dine ve topluma saldırı niteliğinde olup ancak had suçlarına girmeyen, Allah hakkının ağırlıklı olduğu suçlar olabileceği gibi, kul hakkının baskın olduğu suçlar da olabilir.

Cezaî sorumluluk taşımayan yani mükellef olmayan kişilere had ve kısas cezaları uygulanmaz, ancak daha hafif olan ta'zir cezalarından uygun bulunan birisi verilebilir.¹⁵⁸

Tazir cezaları, içinde yaşanan toplumun durumuna, suç işleme oranına, devletin imkânlarına göre çok çeşitli olabilirler. Belli başlı tazir cezalarını şöyle sıralayabiliriz.

¹⁵⁵ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil yayınları, İstanbul 1991, I, 141.

¹⁵⁶ İbrahim Çalışkan, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", A.Ü.İ.F. Dergisi, 1989, XXXI, s. 375.

¹⁵⁷ İbrahim Çalışkan, a.g.m. s. 389; أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود، Ebû Dâvut, Hudûd, 4375.

¹⁵⁸ Ali Muhammed Ca'fer, *el-İcrâm ve siyâsetu mükâfêhatihi*, Dâru'n-nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1993. s. 120.

1- Ölüm cezası: Tazir cezaları genelde had cezalarından daha hafif olan cezalar olmalarına rağmen gereken durumlarda tazir cezası olarak ölüm cezası bile verilebilir. Şayet toplumun yararı onu gerektiriyorsa, suçlunun şerrinden, fesadından korunmanın başka yolu yoksa ölüm cezası verilebilir. "Kimi Şafîî ve Hanbelî hukukçular ve başkaları, Kitap ve Sünnet'e aykırı düşen bid'atlerin propagandasını yapan kişinin öldürülmesini caiz görmüşlerdir. (...) Ebû Hanîfe'ye göre öldürülmeyi gerektiren cinsten suçları halinde ta'zir cezası öldürmek suretiyle uygulanır. Nitekim lûtîlik yapma veya mallarını almak için insanları pusuya düşürme suçlarını yeniden işleyenler, bu suçları yüzünden öldürülürler."¹⁵⁹ Osmanlı Kanunnamelerinde dükkan açma (soymak gayesiyle kırarak girme), tekrarlanan hırsızlık suçu ve livata gibi suçların idam cezası ile cezalandırıldığını görüyoruz. Bu cezalar ya kılıçla başı vurularak ya da asarak yerine getirilmekteydi.¹⁶⁰

2- Celde cezası: Tazir suçları için başvuru cezalarındandır. Miktarı her suçluya göre ayarlanabilir olmakla birlikte en azı üç, en çoğu otuz dokuz olarak kabul edilmiştir. Caydırıcı özelliği öne çıkan cezalarındandır.

3- Hapis cezası: Sahabenin ve daha sonra gelenlerin fikir birliği ile tazir cezası olarak kabul edilmiştir. Şer'î olarak hapis, suçluyu dar bir yerde tutmak değil, ev gibi, mescit gibi bir yerde tutup tasarruflarını engellemedir. Hz. Ömer zamanına kadar icraat böyle idi, onun zamanında ilk hapishane kurulmuştur. Hapis cezaları sınırlı bir süre için olabildiği gibi, süresi tahdit edilmemiş de olabilir.

4- Sürgün cezası: Zina cezasına ek olarak verilmesinde olduğu gibi suçluyu bir bölgeden başka bir bölgeye ikamet etmesi için göndermektir. Genellikle süresi bir yıldır, fakat gerekli durumlarda fazla da olabilir. Osmanlı uygulamasında bazen bu ceza hapisle birleştirilerek "kal'a bendlik" cezası adı altında bazı kalelerde çektirilirdi.

5- Azarlamak (tevbîh) : Şayet hâkim suçlunun bununla ıslah olacağına kanaat getirirse bu ceza ile yetinilebilir.

6- Teşhîr: Bazı durumlarda suçlu topluma teşhir edilerek cezalandırılır. Mesela yalancı şahitlik yapanların avret yerleri kapalı kalmak şartıyla soyulup, çıplak halde yanında bir tellal ile gezdirilip teşhir edildiği kaynaklarda yer almaktadır. Bu ceza aynı zamanda başkalarını benzer suçları işlemekten de alıkoyar.

¹⁵⁹ Takiyüddin İbn Teymiye, *Siyaset (es-Siyâsetü's-şer'iyye)* (Çev. Vecdi Akyüz) Dergah Yayınları, İstanbul 1985, s. 142, 143.

¹⁶⁰ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, I, 125.

Bunlara ilaveten vaaz ve nasihatı ve para cezasını da tazir cezaları arasında sayanlar olmuştur. Osmanlı döneminde para cezasının bazen diğer tazir cezalarına ek olarak, bazen de müstakil olarak verildiğini görmekteyiz.

Bütün ceza çeşitleri arasında en çok kullanılanı, en esnek olanı, hâkime en fazla inisiyatif tanıyanı tazir cezalarıdır. Özellikle de küçük toplumlarda hâkimler insanları daha iyi tanıyabildikleri için, suçlulara da en münasip olan tazir cezasını takdir etme imkânına sahiptirler.

IV- CEZALARIN ÖZELLİKLERİ

1. Cezaların gerekliliği ve toplum için rahmet oluşu

İnsanlık tarihinde, peygamberlerin bizzat yaşadığı dönemler de dahil olmak üzere hiçbir dönemin suç unsurundan ve bunu işleyen suçlulardan soyutlanmış olduğunu iddia edemeyiz. Her dönemde toplumun yararına görülen kurallar konulmuş insanlardan da bunlara uymaları istenilmiştir. Benzer şekilde İslam dini de maslahat denilen bir takım yararlar koyup bunların korunmasını istemiştir. Bunun için insanların akıl ve vicdanlarına hitap ederek onları Allah'ın cezasından ve gazabından sakınmaya, Onun rızasını ve rahmetini celbetmeye çağırmıştır. Bu arada da nelerin bu ceza ve gazaba sebep olacağı, nelerin de rıza ve rahmeti kazandıracığı açıkça belirtilmiştir.

Ancak bazı insanlar bunları görmezden gelip iyi ve kötüyü kendi görüşlerine göre tespit ederler ve neticede iyi olmayanı iyi görmeye başlarlar. Bu kişilere artık nasihat ve güzel söz de fayda vermez olur.¹⁶¹ İşte toplumda fesat çıkartan, insanların temel haklarına saldıran, neticede cemiyete zarar veren bu unsurları düzeltmek, bunların zararlarına engel olmak için bir takım cezalar konulmuştur. "*Biz seni alemlere ancak rahmet için gönderdik*"¹⁶² ayetinin mucibince bu cezaları toplum için bir rahmet olarak görmek lazımdır. Daha da ilerisi bunlar aynı zamanda cezaya çarptırılan fert için de bir rahmettir. Ebû Zehra, buradaki rahmet kavramını *tesamuh* (hoşgörü), *şefkat* (acıyarak sevme) ve *rıfk* (yumuşak davranma) kavramlarından ayırır, zira bazen hoşgörünün, acıyarak sevmenin ve yumuşak davranmanın katılığın ve şiddetin en kötülerine sebep olabileceğini düşünür. Bundan dolayı insanlara kötülük eden, onların canına ve malına saldıranlara karşı gösterilecek yumuşaklığın, bu suçun kurbanlarına ve mağdurlarına merhametsiz davranmaktan başka bir şey olmayacağını vurgulayan Ebû Zehra şöyle der: "Bunun için Hz. Muhammed (sav.) rahmete kural olacak bir prensip getirmiştir; buna göre

¹⁶¹ Ahmed el-Husari, *es-Siyasetü'l-cezâiyye*, I, 131.

¹⁶² Enbiyâ, 21/107

insanlara karşı merhametli olmayana, suçlara engel olan, suçlara karşı ceza veren kanun da merhamet etmez. Resulullah (sav.) söz konusu prensibi ay-nen şöyle vecizeleştirmiştir: 'Merhamet etmeyene merhamet edilmez.'¹⁶³ Daha sonra bu kuralın, toplum düzeninin üzerine oturduğu, değişmez ve yerli yerine yerleşmiş bir kural olduğunu belirten Ebû Zehra, toplum içindeki suçluları güzel bir bina duvarındaki kötü çıkıntılara veya bir meyve ağacı üzerindeki asalaklara benzetip bunlardan kurtulmanın gerekliliğini ve bu-nun da cezalandırma yoluyla olabileceğini ileri sürer.¹⁶⁴ Cezaların hem suçlu hem de toplum için bir rahmet olduğu birçok alim tarafından belirtilmiştir. Bu görüşe temel teşkil eden hadislerden birisi şudur:

Nesaî'nin Ebû Hureyre'den naklettiğine göre Hz. Peygamber (sav.) şöyle bu-yurmuştur. "Yeryüzünde uygulanan her had cezası o bölge halkı için yeryü-züne kırk gece yağmur yağmasından daha hayırlıdır."¹⁶⁵

M. Muslehuddin de cezaları "rahmet" diye adlandırmanın ilk bakışta bir pa-radoks gibi görülebileceğini fakat gerçekte ondan da öte bir şey olduğunu ileri sürerek, ceza sadece suçluyu suç işlemekten ve kötülükten men etmek için değil aynı zamanda da toplumun diğer fertlerini de benzer suç ve kötü-lüklerden uzaklaştırmak içindir, bu yüzden ceza topluma hayat verir diyerek Ebû Zehra'nın görüşlerine paralel bir yaklaşım sergiler.¹⁶⁶

Toplum, İslam dininde çok büyük bir öneme sahiptir ve toplumun huzuru, düzeni, güven ve istikrarı her şeyden önce gelir. Bunları sağlamak için koy-duğu prensipleri, emir ve yasakları muhtelif vesilelerle ve yollarla insanlara hatırlatan İslam dini devamlı olarak insanları uyarmıştır. İnsanların bir kısmı bu uyarılara kulak verip emir ve yasaklara titizlikle uymuşlar, bunun neti-cesinde hem kendilerine hem de içinde buldukları topluma huzur, gü-ven, istikrar ve mutluluk sağlamışlardır. Tabii olarak mesele sadece dünyevi mutluluğun elde edilmesiyle kalmayıp, bunun uhrevi, ebedi hayata ait olan yansımaları ve neticeleri de olacaktır.

İdeal olarak insanların yukarıda tarif edildiği gibi İslam'ın emir ve yasakları karşısında duyarlı davranması, hayat çizgisini bu prensiplere göre ayarla-

¹⁶³ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 9. Bu hadis için bk. Buhârî, Edeb 18, 28; Müslim, Fezâ'il, 65.

¹⁶⁴ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 9.

¹⁶⁵ Ahmed Fethî, Behnesî, *el-'Ukûbe fi'l-fikh'l-İslâmî*, s. 125. (إقامة حد بارض خير لأهلها من مطر أربعين) . 125. (إقامة حد من حدود الله خير من مطر أربعين ليلة في بلاد الله عز وجل ; Nesaî, Kat'us-sârik, 4905; İbn Mâce, Hudûd, 2537.)

¹⁶⁶ Mohammad Muslehuddin, *Crime and the Islamic Doctrine of Preventive Measures*, s. 39.

ması beklenmesine rağmen ideal olanla gerçek olan arasında her zaman az veya çok bir açıklık bulunmakta, insanlar duygularına, nefislerine, etraflarında cereyan eden, meşru olmayan bir takım cazibelere yenik düşerek doğru/yanlış, güzel/çirkin, iyi/kötü, sevap/günah, hayır/şer gibi kavramları kendi şahsi perspektiflerinden tarif ve tespit etmeye başlamışlar ve bu konudaki ilahi ölçüleri göz ardı etmişlerdir. Bunun neticesinde fert artık sadece kendisine zarar vermenin sınırlarını aşıp içinde yaşadığı topluma zarar vermeye, onun huzur ve güvenliğini tehdit etmeye başlayacaktır. Böyle bir durumda, artık kendisine güzel söz, nasihat kâr etmeyen şahsa dünyevi ve uhrevi bir takım cezai müeyyideler uygulanacaktır. İslam ceza hukukunda genel olarak *ukûbât* denilen bu müeyyidelerle ferdin ıslah edilmesi, toplumun da onun zarar ve tehditlerinden korunması hedeflenmiştir.¹⁶⁷

Toplumun bekası, huzuru ve emniyeti için elzem olan bu cezaların Kanunkoyucu tarafından takdir edilmesinin, miktar ve niteliğinin belirlenmesinin ve bunun insanların kendilerine bırakılmamış olmasının da birçok hikmetleri vardır. Bunların başında, hangi suça hangi cezanın en uygun olduğunun, insanların hangi cezalardan etkilenip ıslah olacağıının veya hangi cezalarla suç işlemekten engellenebileceklerinin bilinmesi lazımdır ki bunu da şüphesiz en iyi bilen Allah'tır. O, yarattığı insanın aklını, fikrini, biyolojisini, fizyolojisini, psikolojisini en iyi bilendir. " *Hiç yaratan bilmez mi? O, en ince işleri görüp bilmektedir ve her şeyden haberdardır.*"¹⁶⁸ ayetinde işaret edildiği üzere yarattıklarını en iyi bilen onlar için koyduğu kurallar da mutlaka en uygun olacaktır. Şayet bu cezaların miktarı, cins ve vasıf olarak takdiri insanlara bırakılmış olsaydı, herkes ayrı bir yol takip edip, sayısız cezalar ortaya çıkacak ve herkes ne yaptığını bilmez duruma gelip problemler çoğalacaktı. Halbuki Allah bunu kendisi üstlenerek bu yükü ve mesuliyeti insanlardan kaldırmıştır. Cins ve miktar olarak bunları belirleyip, her suça en uygun cezayı vererek bunlardan ibret alınmasını da sağlamıştır.¹⁶⁹

2. Cezalandırmada suç-ceza dengesi

Toplum içerisinde insanların birbirlerinin canlarına, mallarına, namuslarına kastetmeleri neticesinde ortaya çıkan adam öldürme, hırsızlık, gasp, zina ve iftira gibi suçlara Kanunkoyucu tarafından bir takım cezalar takdir edilmiştir. Bu cezalar Allah'ın ilminin ve hikmetinin tezahürü olarak tamamen eksiksiz

¹⁶⁷ Bu paragraf kısmen Ukâz, *es-Siyâsetü'l- cezâiyye* I, 133'ten özetlenmiştir.

¹⁶⁸ Mülk 67/14.

¹⁶⁹ Abdüsselâm Muhammed Şerif, *el-Mebâdiu's-şer'iyye fi ahkâmî'l-'ukûbât fi'l-fıkhî'l-İslâmî, Dâru'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut 1986, s. 67.*

olarak en mükemmel bir şekilde, suçlunun hak ettiğinden fazla olmamak şartıyla daha sonraki suçlara mani olacak ve potansiyel suçluları engelleyecek özellikte konulmuşlardır.¹⁷⁰ Bütün bu cezalarda suçta mani olma, suçlunun ve potansiyel suçluların engellenmesi gayeleri (الردع والزجر) gözetilirken bir nokta üzerinde hassasiyetle durulmuştur, o da suç-ceza dengesi diyebileceğimiz bir ilkedir.

Gerek cezaların takdir edilmesi aşamasında gerekse cezanın infaz edilme aşamasında suçlunun ve işlediği suçun hak ettiğinden fazla bir ceza verilmesi söz konusu olmamaktadır. Zaten *mukarrer* cezalar diye bilinen belirlenmiş cezalarda bu gözetildiği ve bu cezalarda da cezayı artırma veya eksiltme söz konusu olamayacağı için bu dengenin Kanunkoyucu tarafından konulup cezayı infaz edenler tarafından da uygulandığını görmekteyiz. Mesela, hırsızlık yapana idam cezasının verilmemesi, zina yapanın hadım edilmemesi veya tenasül uzvunun kesilmemesi, yalan söyleyenin dilinin kesilmemesi gibi örnekler bize suç-ceza dengesinin gözetildiğini, suç ve verilen ceza arasında bir tenasüp olduğunu göstermektedir.¹⁷¹

Suç ve ceza arasındaki bu uygunluğun sadece İslam dinine has bir ilke olmadığını ve geçmiş semavi dinlerde de yer aldığını ileri süren Ebû Zehra bu hususta şöyle der: "İslam'ın öngördüğü cezaların temeli işlenen suç ile buna verilecek engelleyici cezanın birbirine denk olmasıdır. Bu yüzden Kur'ân cezaları *mesulât* deyimini ile ifade etmektedir. Yüce Allah, Rabbinin emrinden çıkan ümmetlere verdiği cezalar ve bunlardan sonra gelip de başlarına gelen cezalardan ibret almayan kimseler hakkında şöyle buyurmaktadır: '*Senden iyilikten önce çarçabuk kötülük isterler. Halbuki onlardan önce nice mesulât gelip geçmiştir.*'¹⁷² Ayet metninde geçen *mesulât*, daha önce geçen ümmetlere günahlarına denk olarak verilmiş cezalar demektir."¹⁷³

İslam dininde suç ve ceza arasındaki dengeyle ilgili olarak zikredilen referanslardan birisi "*Eğer ceza verecekseniz, size yapılan işkencenin misliyle ceza verin. Ama sabrederseniz, elbette o sizin için daha hayırlıdır.*"¹⁷⁴ ayetidir. Özel

¹⁷⁰ Abdüsselâm Muhammed Şerif, *el-Mebâdiu's-şer'iyye*, s. 67.

¹⁷¹ Abdüsselâm Muhammed Şerif, a.g.e. , s. 67.

¹⁷² Rad 13/6

¹⁷³ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 12.

¹⁷⁴ Nahl 16/126

bir olay¹⁷⁵ üzerine nazil olmasına rağmen genel bir hüküm ifade eden ayette suç ile cezanın *misl* olması yani eşit oranda olması, dengeli olması emredilmiştir. Benzer bir ayette de¹⁷⁶ bu denge konusunda şöyle buyrulur ; *"İşte böyle, her kim kendisine verilen eziyetin dengi ile karşılık verir de, bundan sonra kendisine yine bir tecavüz ve zulüm vaki olursa emin olmalıdır ki Allah ona mutlaka yardım edecektir."* Şûrâ suresinde de bu hususun tekrar vurgulandığını görmekteyiz; *"Bir kötülüğün cezası ona denk bir kötülüktür. Kim bağışlar ve barışı sağlarsa, onun mükâfatı Allah'a aittir. Doğrusu O, zalimleri sevmez."*¹⁷⁷ Bu ve benzer ayetlerde dikkat çeken önemli bir özellik de cezanın suça denk olması emrinin yanı sıra, ceza verilmemesi yani suçun affedilmesinin de tavsiye edilmesidir. Bu da İslam hukukundaki cezalandırma ilkelerinin ne kadar ılımlı ve insancıl olduğunu göstermesi yönünden önem taşımaktadır.

Suç-ceza dengesiyle ilgili başka bir örneği de kısas cezalarında görmekteyiz: *"İslâm ile resmî, meşrû ve hukukî bir devlet müessesesi haline getirilen kısas ile mağdura, suç failine aynı şekilde mukabelede bulunma imkânı tanındığı için, suç-ceza dengesi, adalet prensibine dayandırılmıştır. Böylece kolektif öç ve kolektif cezaî sorumluluk (başka bir ifade ile suçlu suçsuz ayırımı yapılmaksızın keyfî cezalandırma) yerini kanun önünde güçlü güçsüz ayırımı yapılmaksızın cezayı suçlu ile sınırlayan cezaların şahsiliğine bırakmıştır."*¹⁷⁸

İslam ceza hukukunun kabaca incelenmesinden bile suçlara karşılık olarak verilen cezaların toplum içinde işlenen kötülükleri, insanlar arasındaki haksızlığı ve zulmü ortadan kaldıracabilecek ölçüde ve miktarda oldukları ve gereğinden fazla ceza verilmediği görülecektir. Bu cezaların varlığından haberdar olan birisi –büyük bir ihtimalle- Allah'ın kendisine verdikleri ile yetinmesini bilecek ve başkalarının malına tamah etmeyecektir. İşlenen suçun vahametine, topluma ve ferde verdiği zarara, arz ettiği tehlikeye göre ceza takdir edilmiştir. Bundan dolayı da cezalarda çeşitlilik ve cezanın şiddetinde de farklılıklar görülmektedir.

¹⁷⁵ Müşrikler Uhud savaşında Hz. Hamza'yı şehit ettiklerinde karnını yarmışlar, burun ve kulaklarını koparmışlar, Hind bt. Utbe Hz. Hamza'nın ciğerini ağzına alıp çiğnemişti. Buna çok üzülen Müslümanlar, şayet Allah mümkün kılarsa müşriklerin ölenlerine ilave olarak kalanlarına da misillemede bulunacağız diye söz vermişlerdi. Bazı müfessirlere göre ayet bu olay üzerine nazil olmuştur. Bk. Ebû Alî el-Fadl b. el-Hasan et-Tabersî, *Mecma'ü'l-beyân fi tefsiri'l-Kur'ân*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1994, VI, 199.

¹⁷⁶ Hac 22/60

¹⁷⁷ Şûrâ 42/40

¹⁷⁸ Şâmil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 1999, s. 89.

Suç-ceza dengesinin gözetilmemesi, suçluya hak ettiğinden daha çok veya daha az ceza verilmesi, hem suçlu hem de toplum açısından olumsuz neticeler doğurur. Mesela, çok ağır olmayan, basit bir suçta ağır bir ceza verilirse bu durumda suçlunun ıslahının tehlikeye girmesi söz konusu olur, suçlu adaletin yerine getirilmediği duygusuyla daha da asileşebilir. Suçluya, ağır bir suçta mukabil olarak hafif bir ceza verilirse bu durumda da hem suçlunun kendisi tekrar suç işlemeye teşvik edilmiş olacaktır hem de başkaları bundan cesaret alıp benzer suçları işleyecektir.

Modern ceza hukukumuzda da benzer mülâhazalar yer almaktadır. Örnek olarak, bir hırsızlık olayında sanıklara verilen cezanın temyizinde şöyle denilir: "Gereğinden daha ağır bir ceza sanığı ıslah etmez. Aksine isyankar ve anti sosyal yapar, gereğinden daha düşük ceza ise sanığı tekrar suç işlemeye teşvik eder. Dolayısıyla gereğinden fazla veya az olmayan uygun cezayı tespit etmek için gayret göstermek gerekir."¹⁷⁹ Bu ifadeyle hem suç-ceza dengesi gözetilmeye çalışılmış hem de suçlunun ıslahına yönelik bir tespitte bulunulmuştur.

3. Cezalandırmada toplum-fert dengesi

İslam ceza hukukunda cezalandırmada toplumun yararının ve ihtiyaçlarının birinci derecede öne çıktığını biliyoruz. Bununla birlikte toplumun yararları ile ferdin yararları arasında bir dengenin de mümkün olan yerlerde sağlandığını da müşahede etmekteyiz. Toplumun korunması gayesiyle suçluyu tedip etmek, işlediği suçta bir daha dönmemesini sağlamak için yeterli ve gerekli ceza ne ise verilir, aynı zamanda verilen bu ceza başkalarını da benzer suçları işlemeye yeltenmekten alıkoyar. Şayet işlenen suç gerçekten de toplumun var oluşuna bir tehdit oluşturacak mahiyette ise, böyle durumlarda suçlunun şahsiyeti ikinci planda kalır, öncelik toplum ve toplum yararlarına verilir. İşlenen suçun çok ciddi olmadığı, toplumun varlığına bir tehlike oluşturmadığı durumlarda suçlunun içinde bulunduğu durum ve şartlar, kişiliği, ahlakı ve davranışları dikkate alınır verilecek ceza ona göre takdir edilir.¹⁸⁰ Tabii olarak bu durum ancak tazir cezalarında geçerli olabilir, had cezalarında bu söz konusu değildir.

Ahmed el-Husarî de topluma verilen değeri ve önemi öne çıkartarak, toplumun korunmasının ferdin korunmasından daha önemli ve öncelikli olduğunu, çünkü toplumun çökmesi ve yıkılmasının çok büyük bir saldırı ve zarar olarak telakki edilmesi gerektiğini ileri sürer. Ancak, İslam'ın cezalarda, özellikle de had cezalarında suçun derecesine ve ciddiyetine göre cezalan-

¹⁷⁹ Bk.Yargıtay kararı, Ceza 62/96 – 63/96 (Dava No: 1023/ 96 ; Güzelyurt.)

¹⁸⁰ Ali Muhammed Ca'fer, *Felsefetül-'Ukûbât fi'l-kânûn veş-şer'i'l-İslâmî*, Beyrut 1997, s. 42.

dırılmasında titizlik gösterdiğine, suç ne kadar zararlı, yıkıcı ve toplum için tehlikeli ise cezanın da o derece ağır olduğuna temas eden el-Husarî şöyle devam eder: "Bu cezaların tayin edilmesinde (belirlenmesinde), uygulanması için gerekli gayretin gösterilmesinde ve bu cezalarda suçlu lehine af ve şefaatin geçersiz olmasında bütün fertler için bir koruma ve yarar vardır. Biraz daha kapsamlı düşünecek olursak suçlular da bu toplumun birer fertleri oldukları için zimnen onlar da bu koruma ve yarardan paylarını alma durumunda olacaklardır.¹⁸¹

Cezalandırma neticesinde ortaya çıkması umulan gayelerin gerçekleşmesi için cezaların toplumun ihtiyaçlarına göre ve toplumun korunmasını sağlayacak şekilde ağırlaştırılabilir veya hafifleştirilebilir bir özelliğe de sahip olması gerektiğini savunan el-Husarî toplumun yararı cezaların ağırlaştırılmasını icap ettiriyorsa cezalar ağırlaştırılmalı, yine kamu menfaati cezaların hafifleştirilmesini gerektiriyorsa bu da yapılmalıdır görüşünü ileri sürüp toplumun menfaati korunurken ferdin de göz ardı edilmemesi konusunda şöyle bir uyarıda bulunur: "Şu noktaya çok dikkat etmelidir, cezalardan beklenen netice toplumun yararlarının korunmasıdır. Benzer şekilde verilen cezalar vasıtasıyla ferdin korunması ve durumunun düzeltilmesi de istenilmektedir.

Normal şartlarda insanın canı, kanı, uzuvları, hürriyeti korunmuş, bunlara yönelik herhangi bir zarar yasaklanmış iken, birakalım bir başkasını, insanın kendisinin bile kendine herhangi bir zarar vermesi haram sayılmışken, işlediği bir suçtan dolayı insanın canına, uzvuna, hürriyetine veya saygınlığına ceza vasıtasıyla verilen bir zararın mübah addedilmesi hatta emredilmesi topluma verilen değerden, toplum yararının korunmasındaki titizlikten ve diğer insanların malının, canının korunması yönünde gösterilen hassasiyetten kaynaklanmaktadır. Allah katında mükerrer olan, Allah'ın yeryüzündeki halifesi olan, yaratılmışların en şerefli¹⁸² olan insan belli kuralları ihlal ettiğinde, belli sınırları aştığında, içinde yaşadığı topluma tehlike teşkil ettiğinde yukarıda sayılan bütün sıfatlarına rağmen "suçlu" konumuna düşmekte ve işlediği suç nispetinde cezalandırılmaktadır. Buradan şu neticeyi çıkartmamız mümkündür, fert ne kadar kıymetli, ne kadar saygın olursa olsun toplum ondan daha önemlidir. Bundan dolayı da "şayet toplumun yararları ferdin yararları ile çatışiyorsa ve bu durumda toplumun yararı ve istikrarı ferdin menfaatinin hatta kendisinin feda edilmesini gerektiriyorsa bu yerine getirilir. Bundan dolayı diğer cezaları bir yana bırakıp tek bir ceza

¹⁸¹ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, I, 140.

¹⁸² "Hatırla ki Rabbin meleklere: Ben yeryüzünde bir halife yaratacağım, dedi" Bakara 2/30; "Biz hakikaten insanoğlunu şan ve şeref sahibi kıldık" İsrâ 17/70.

ile yetinmek (sınırlanmak) gerekmez, topluma yönelik bir zararın bertaraf edilmesi vaciptir” denilmiştir.¹⁸³

Cezalarda, özellikle de had cezalarında insanın yapısı, tabiatı ve temel içgüdüleri dikkate alınmış, insan hiçbir zaman mekanik bir alet gibi görülmemiş, yapması veya yapmaması emredilen şeylere gücünün yetip yetmeyeceği hesaba katılmıştır. Cezalandırmada asıl olarak toplum yararı gözetildiği için şahsı cezalandırmakla toplum yararı çatıştığı zaman ikincisi tercih edilmiştir. Bütün bunlara rağmen bazı durumlarda şahsın içinde bulunduğu şartlar ve psikolojik durum da dikkate alınmıştır. İbn Hacer el-Heytemî'nin bu konuda şöyle söylediği nakledilir: “Suçlar birçok faktöre bağlı olarak birbirlerinden farklılık arz eder. Bu faktörlere örnek olarak suçun önceden planlanmış olup olmamasını, suçun hata eseri veya kasten olmasını, suçun suçlunun kendi iradesiyle mi yoksa ikrah yoluyla mı işlendiğini örnek verebiliriz. Bu yüzden tüm suçlular eşit seviyede ve aynı ölçülerle suçlanamazlar.”¹⁸⁴

4. Cezaların genel ve mücerret olması

İslam ceza hukukunda muayyen veya mukarrer denilen, Kanunkoyucu tarafından belirlenmiş olan had ve kıyas cezaları çeşit ve miktar yönünden değişmezler. Devlet reisi veya onun otoritesini temsil eden hâkim ve kadı gibi şahıslar, genel olarak ta toplum bu cezaları uygulamakla mükelleftir. Bu cezaların miktar veya nitelik olarak değiştirilmesi, azaltılması, çoğaltılması, hafifletilmesi, ağırlaştırılması, affedilmesi söz konusu değildir. Bu cezalar cezaî ehliyet taşıyan herkese aynı şekilde tatbik edilir, suçlunun ırkı, rengi, sosyal statüsü ve ekonomik durumu dikkate alınmaz. Bu konuyla ilgili olarak *es-Siyâsetuş-şer'iyye*'de şöyle denilir: “Kamu hadlerinin itibarlılar (soylu)-halk, güçlü- zayıf ayırımı söz konusu olmaksızın tüm suçlulara uygulanması gerekir. Bunların aracılık -şefaah-, hediye vb. ile uygulanmaması olmaz. Kamu hadleri konusunda şefaahçılık de helal değildir. Böyle bir durum dolayısıyla -yerine getirme kudreti varken- bu hadleri uygulamayanlar, Allah'ın, meleklerin ve bütün insanların lanetine uğrar, Allah onların bedellerini de kabul etmez, böyleleri Allah'ın ayetlerini az bir ücret karşılığında satanlardan olur. İbn Ömer'in nakline göre, Hz. Peygamber (s.a.) “Allah'ın hadlerinden biri için aracılık yaparak uygulanmasını engelleyen kişi, O'nun emrine aykırı davranmış olur.”¹⁸⁵ buyurmuştur.

¹⁸³ Ahmed el-Husari, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, III, 256.

¹⁸⁴ Muhammed Selam Medkûr, “Defining Crime Responsibility According to Islamic Legislation”, *The Effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia*, Roma 1980, s. 115.

¹⁸⁵ Takiyyuddin İbn Teymiyye, *es-Siyâsetuş-şer'iyye*, (Çev. Vecdi Akyüz, Dergâh Yayınları, İstanbul 1985, s. 94.)

Had cezalarında affın geçerli olmadığı ve bu cezaların insanların sosyal statülerine bakılmaksızın herkese eşit şekilde uygulandığına ve uygulanması gerektiğine örnek olarak verilen ilk dönem hadiselerinden birisi şudur; Hz. Aişe (r.a) den nakledildiğine göre Kureyş'in saygın kabilelerinden birisi olan Mahzûm kabilesine mensup Fatıma bt. Esved isimli bir kadının hırsızlık yaptığı tespit edilmiş ve bu durum da onları tabii olarak üzüntüye sevk etmişti. Uzun uzun düşünüldükten sonra bu kadının affı için şefaathçi olarak Üsâme b.Zeyd'in gönderilmesine karar verilir ve Üsâme durumu Hz. Peygamber'e arz eder. Bunun üzerine Allah Resûlü şöyle buyurur: " Allah'ın tayin ettiği cezalardan biri hakkında şefaath mı ediyorsun? Ey insanlar! Sizden önceki İsrailoğulları, içlerinden mevki sahibi çalınca ona ceza uygulamayıp, zayıf biri yapınca onu cezalandırmalarından dolayı helak oldu. Allah'a yemin ederim ki, Muhammed'in kızı Fatıma bile çalmış olsaydı, muhakkak onun da elini keserdim."¹⁸⁶

Bu olayda cezaya çarptırılan kadın Kureyş'in en güçlü ve itibarlı ailelerinden birisi olan Mahzumoğullarına mensuptu ve aracı olan da Hz. Peygamberin çok sevdiği bir sahâbi olan Üsâme b. Zeyd idi, ancak bunlara rağmen mesele Allah'ın koyduğu bir ceza ile ilgili olduğu için Hz. Peygamber böyle bir şefaati hoş karşılamamış aynı zamanda da adaleti sağlama konusunda da ne kadar ilkeli olduğunu göstermiştir.

Mevki ve itibar sahibi olan kişilerin kendilerine bir ayrıcalık gösterilmediği gibi, bu kişilerin başkalarını koruyarak had cezalarının uygulanmasına engel olmalarının da Allah'ın ve Peygamberinin lanetini mucip olacağı belirtilmiş, suçluyu korumanın Allah ve Resûlüne karşı olmak anlamına geldiği vurgulanmıştır. Hz. Peygamber'den rivayet edilen "Aracılığı, Allah'ın hadlerinden birine engel olan, O'nun emrine karşı gelmiş olur"¹⁸⁷ hadis-i şerifi bu konudaki ciddiyeti, hassasiyeti ve insanlar arasında fark gözetmeden adaletle hüküm vermenin önemini yansıtmaktadır.

Bu bağlamda Ebû Zehra, İslam dininde suç işleyen veya zulüm yapan hükümdar bile olsa onu himaye edecek bir iktidarın olmadığını, tam aksine herkesin adaletin gereği olarak yüce Allah'ın katında eşit olduğunu, bir kötülük işlenmesi durumunda üstün ile üstün olmayan ayırımına yer olmadığını belirterek İslam ceza hukukunun bu ilkesinin altını çizmiştir.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Buhârî, Hudûd, 12; Müslim, Hudûd, Bâb 2, Hadis 8,9 ; Ebû Dâvud, Hudûd, (4) 4373.

¹⁸⁷ Buhârî, İ'tisam, 6.

¹⁸⁸ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 13.

5. Cezaların Kanuniliği

Suçların ve cezaların kanuniliği (şer'îliği) İslâm ceza hukukunun koyduğu temel ilkelerden birisidir. Yukarıda suçla ilgili olarak yapılan tariflerin bir çoğunda "yapıldığı takdirde ceza öngörülen haram kılınmış bir fiili yapmak ya da yapılmaması durumunda ceza öngörülen bir fiili yapmamaktır" veya "Şâ-rî'in had veya tazir cezası koyarak men etmiş olduğu şer'î mahzurlardır" gibi ifadeler geçmekteydi. Bu tariflerden ilk olarak anlaşılan yasaklanmış, haram kılınmış bir fiilin yapılmasıdır. Demek ki her şeyden önce suç sayılacağı ortaya konulmuş, tespit edilmiş, belirlenmiş bir takım fiiller olacak ve ancak bu fiillerin yapılmasından sonra suç teşekkül etmiş olacaktır. İkincisi ise yapılması istenilmiş, emredilmiş belli fiiller olacak, şayet bunlar yapılmazsa suç teşekkül etmiş olacaktır. Üçüncüsü ise şer'î mahzurlar ibaresiyle bir fiilin veya ihmalin suç sayılabilmesi için onun suç olduğunun şer'î yani kanunî olarak ortaya konulması ve bilinmesi lazımdır. Yani bir fiilin suç sayılabilmesi "ancak kanunun o fiili suç sayması ile ya da genel olarak kanunun ruhunda suç sayıldığını gösteren bir emare ve delilin olması ile mümkündür"¹⁸⁹

Kanunun suç saymadığı bir fiili suç sayıp cezalandırmak adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu konuda Ali Muhammed Cafer şöyle der: "Bundan dolayı hâkimler kanunda belirtilen suçların dışında suç icat edemezler ve yine şer'î olarak konulan ceza miktarlarını da aşamazlar. Fiillerde asıl olan mübahlık olduğu için bunlar hakkındaki hükümler ferdin veya toplumun menfaatini sağlamak için bir nas'la veya içtihatla değiştirilmedikçe mübah olarak kalır. Böylece İslam hukukunun temel hedeflerinden birisi olan hak, adalet ve eşitliğin sağlanması gerçekleşmiş olur."¹⁹⁰

Suçların neler olduğunun bilinmesi, peygamberlik ve onların getirdiği tebliğ ve uyarılarla da yakından ilgilidir. İnsanlara ne yapacakları söylenmeden, sorumlulukları bildirilmeden onların mükellef olduklarını iddia etmek mümkün değildir. Bu konuyla ilgili olarak Kur'ân-ı Kerim'de şöyle buyrulur: "Biz bir resul göndermedikçe (hiç bir kimseye ve kavme) azap ediciler değiliz."¹⁹¹, "Her ümmet için mutlaka bir uyarıcı (peygamber) bulunmuştur."¹⁹² Bu ayetlerden açıkça anlaşılan şudur; bir insanın veya topluluğun işlediği veya terk ettiği bir fiilden dolayı cezalandırılmasının ön şartı, işlemek veya terk etmek yoluyla suç işlendiğinin ve bunun neticesinde de bir ceza tatbik edileceği-

¹⁸⁹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 159.

¹⁹⁰ Ali Muhammed Ca'fer, *Felsefetü'l-'ukûbât fi'l-kânûn ve's-şer'î'l-İslâmî*, Beyrut 1997. s. 45.

¹⁹¹ İsrâ 17/15.

¹⁹² Fâtır 35/24.

nin bilinmesidir. Bu husus başka ayetlerde de ele alınmıştır. Mesela, "Rabbin, kendilerine ayetlerimizi okuyan bir peygamberi memleketlerinin ana merkezine göndermedikçe, o memleketleri helak edici değildir."¹⁹³ve "(yerine göre) müjdeleyici ve sakındırıcı olarak peygamberler gönderdik ki insanların peygamberlerden sonra Allah'a karşı bir bahaneleri olmasın."¹⁹⁴

Bu ayetlerde de Allah'ın insanları helak etmesinden, onlara azap etmesinden önce onları uyardığı ve onların suç sayılan fiillerinin neticelerini bilmeleri gibi bir mazereti ortadan kaldırdığı beyan edilmektedir. Benzer şekilde de İslam ceza hukukundaki cezalandırmada bu esas korunarak suçlar ve bunlara verilecek cezalar önceden belirtilerek hem potansiyel suçlular ikaz edilmiş hem de bunun neticesinde suçların ve cezaların şer'îliği / kanuniliği sağlanmış. Bu konu aynı zamanda cezaların, kanunun konuluş tarihinden önceye teşmil edilmemesi prensibi ile de yakından ilgilidir.

İslam hukukunda daha Hz.Peygamber döneminde mevcut olduğunu gördüğümüz suçun ve cezanın kanuniliği ilkesi hakkında "modern Avrupa hukukunda ancak Fransız ihtilalinden sonra ortaya çıkmıştır. Maksat, yöneticilerin tahakkümüne son vermek ve herkesin hakkını ve sorumluluğunu bilmesini sağlamaktır."¹⁹⁵ diyerek bunun tarihini Fransız ihtilalinden sonrası olarak verenler olduğu gibi, bu ilkenin uzun bir tarihi gelişmenin sonunda ortaya çıktığını, Hammurabi Kanununda ve Roma hukukunda cezaların kanuniliği esasının belirlendiğini ileri sürenler de vardır.¹⁹⁶ Ünlü İtalyan hukukçu Beccaria 1764 yılında ilk defa basılan *Suçlar ve Cezalar* isimli eserinde:

"Suçların cezasını ancak kanunlar tayin edebilir. Ceza kanunlarını yapmak hakkı ise, içtimai mukavele ile birleşmiş olan cemiyeti temsil edebilen vâzı-ı kanuna aittir. Bu esaslardan da şu hakikatler meydana çıkıyor:

- a) Cemiyetlerin birer cüz'ü olan hâkimler, o cemiyetin diğer cüzleri olan vatandaşlara kanunun tayin etmediği bir cezayı hükmedemez.
- b) Hâkimler vatandaşları, kanunun daha önceden derpiş ve tavsif eylediği cezadan gayri bir cezaya çarptıramazlar.
- c) Hiçbir hâkim, hatta âmmenin hayır ve selameti mülahazasıyla dahi olsa, suç için kanunun biçtiği cezayı ağırlaştıramayacaktır."¹⁹⁷ diyerek suçların ve

¹⁹³ Kasas 28/59.

¹⁹⁴ Nisâ 5/165.

¹⁹⁵ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 159.

¹⁹⁶ Dönmezer, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, I, 20.

¹⁹⁷ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, (ter. Muhiddin Göklü) İstanbul 1964, s. 121.

cezaların kanuniliği konusunda Avrupa'da ilk yazılı metinlerden birisini ortaya koymuştur. Kısa bir süre sonra 1789 yılında, İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesinde bu ilke "kanun ancak açık olarak zorunlu olan cezaları, bu zorunluluk çerçevesi içinde koyabilir ve hiç kimse kanuni esaslara göre uygulanmayan ve evvelce yayınlanmış bir kanuna göre suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaz." şeklinde ifade edilmiş daha sonraları da Amerika Birleşik Devletleri anayasasında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisinde ve Avrupa devletlerinin hemen hemen hepsinin kanunlarında yer almıştır.¹⁹⁸

Latince olarak veciz bir şekilde *nullum crimen sine lege* yani "kanunsuz suç olmaz" ve *nulla poena sine lege* yani "kanunsuz ceza olmaz" prensipleri Avrupa hukukunda aynı zamanda "kanunilik prensipleri" olarak da bilinmektedir.¹⁹⁹ Bu Latince ifadelerin Roma hukukunda mevcut olmadığını, 19. Yüzyılda Feuerbach tarafından ortaya konulduğunu Dönmezer, Rassat ve Pradel'den nakletmektedir.²⁰⁰

Türk hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşamalarına gelince, her şeyden önce bu ilkenin uygulanmasının özellikle de 18. yüzyıla kadar olan batı hukukundaki uygulamadan daha iyi olduğunu, en azından daha az keyfi olduğunu söyleyebiliriz. Ceza hukukunun temel kaynağı olarak klasik fıkıh kaynaklarının kullanıldığı dönemlerde en ciddi suçların cezaları had cezaları olarak belirlendiği için bu suç ve cezalar yönünden kanunilik ilkesinin büyük ölçüde gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Zira suçların ne olduğu ve bunlara verilecek cezaların da neler olduğunun naslarla belirlenmesinden dolayı bunun dışına çıkıp ta farklı bir ceza vermek mümkün değildi. Hâkimlerin yapacağı iş suçun sabit olup olmadığını, cezayı düşürebilecek herhangi bir şüphenin mevcut olup olmadığınıın tespitinden ibaretti. Bu yapıldıktan sonra verilecek ceza zaten elindeki fıkıh kitaplarında yazılı olarak hazır bulunduğu için hüküm de buna göre verilecekti. Ancak, had ve kısas cezalarının dışında kalan cezalarda yani tazir cezalarında hem suçun tarif ve tespitinde hem de verilecek cezanın nitelik ve miktarının belirlenmesinde hâkime fazla tasarruf hakkı verildiği için zaman zaman kanunilik ilkesinden sapmaların olduğu söylenebilir.

¹⁹⁸ Dönmezer, *Nazarî ve tatbiki ceza hukuku*, I, 20 vd.

¹⁹⁹ Bk. Elizabeth A. Martin (Ed.), *A Concise Dictionary of Law*, ("nulla poena sine lege" ve "nullum crimen sine lege" maddeleri) Oxford University Press, Oxford 1990, s. 277.

²⁰⁰ Dönmezer, *Nazarî ve tatbiki ceza hukuku*, I, 16.

Bununla birlikte tazir cezaları verilirken miktarı belirlenmemiş cezaların, miktarı belirlenmiş olanlara kıyasla verildiğini ve tazir cezalarının o suç cinsinin en üst tavanı olan cezayı aşamayacağını göz önünde bulundurmak lazımdır. Mesela, iffete iftiranın had cezası seksen değnektir. Hiçbir sövme suçu bu sınıra vardırıılarak cezalandırılmaz.²⁰¹ Buradan şu neticeyi çıkartmak mümkündür, hâkimin en fazla tasarruf hakkının bulunduğu tazir cezalarında bile onu yönlendiren ve sınırlayan birtakım kurallar mevcuttur.

Osmanlı devletindeki çeşitli kanunnamelerle birtakım tazir suçları ve cezaları belirlenmiş ve ülke çapında bu cezaların uygulanmasında bir yeknesaklık sağlanmak istenmişse de bütün suç çeşitlerini kanunnamelerde saymak mümkün olmadığı için iş yine hâkimlerin takdirine kalmakta ve bunun neticesinde istisnai de olsa keyfilikler olabilmekte idi.

Kanunilik ilkesi ile ilgili benzer problemler aynı sebepten dolayı İngiliz hukukunda da yaşanmıştır. Her ne kadar "İngiltere'de *Common Law* sistemi içinde mahkeme kararları geçen yüzyıllar boyunca hâkimlerin geniş takdiri ile meydana getirilmiş ve suç teşkil eden fiil ve hareketleri tespit etmiştir: fakat kararların yarattığı bu suçlar çok uzun zamanlardan beri unsurları itibariyle belli olup, artık hâkimlerin bunlar üzerinde takdiri söz konusu değildir."²⁰² denilerek hâkimlerin takdir haklarının neredeyse ortadan kalktığı ileri sürülse de kanunilik ilkesinin, özellikle ahlaken zararlı davranışları cezalandırmak için hâkimlere yeni suçlar icat etme yönünde tanınan yetkilerle ihlal edildiği de vurgulanmaktadır.²⁰³

Tanzimat'tan 1924 yılına kadar yapılan çeşitli hukuki düzenlemelerde kanunilik ilkesini açıkça ortaya koyan bir metin göremiyoruz. İlk sayabileceğimiz bir metin 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 68. maddesinin 3. fıkrasında "hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hudud-u hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir." ibaresidir ki Dönmezer bunun kanunilik prensibini de kapsadığını ifade etmektedir.²⁰⁴

Suçta ve cezada kanunilik ilkesini çok net bir şekilde ortaya koyan 1961 Anayasasının 33. maddesi olmuştur. Bu maddede "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. -Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.- Kimseye suçu işle-

²⁰¹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 167.

²⁰² Dönmezer, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, I, 28.

²⁰³ Bk. Elizabeth A. Martin (Ed.), *A Concise Dictionary of Law*, s. 277.

²⁰⁴ Dönmezer, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, I, 31.

diği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” denilerek kanunilik ilkesi açıkça Anayasa hükmü halinde ortaya konulmuştur. 1982 Anayasası 38. maddede aynı görüş yer almış ve şu anda yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanununun 1.maddesinin 1.fıkrasında “Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz” denilerek suç ve cezada kanunilik ilkesi modern hukukumuzun temel prensiplerinden birisi haline getirilmiştir.

6. Cezaların şahsi oluşu

Modern ceza hukukuna egemen olan temel ve vazgeçilmez kurallarından birisinin cezaların şahsiliği olduğu bu konuyla ilgilenen herkesin malumudur. Kısaca, cezanın sadece suçu işleyene verileceğini, suç işlememiş bir başkasına verilemeyeceğini kayıt altına alan şahsilik prensibi günümüze gelinceye kadar, eski Çin, Yunan, Roma ve İslam öncesi Arap medeniyetlerinde bulunmamakta bunun yerine “toplumsal sorumluluk” ilkesi tatbik edilmekteydi. Yani işlenen herhangi bir suçtan dolayı suç işleyen şahısla birlikte ailesinden, kabilesinden başka kimseler de sorumlu tutulmakta idiler. “Şahsilik prensibi ve nass yahut içtihatlarla dayanarak konulmaları itibariyle İslam hukukundaki cezaların modern hukuktaki cezalardan farkı yoktur.”²⁰⁵ Bu prensip Kur’ân’da, herkesin yaptığının kendisine tesir edeceği ve hiçbir mükellefin başkasının işlediği suçun sorumluluğunu taşıyamayacağı şeklinde değişik vesilelerle tekrar edilmiş hem dünya hem de âhiret hayatında geçerli genel bir ilke olarak ortaya konmuştur.²⁰⁶ Hukukun temel kaynağı olan Kitap’ta konuyla ilgili olarak “Herkesin kazanacağı yalnız kendisine aittir. Hiçbir suçlu başkasının günahını yüklenemez.”²⁰⁷ buyurularak daha hukukun oluşum döneminde cezaların şahsiliği kuralı nass olarak hukuk sistemine girmiştir.

Konuyla ilgili başka bir referansı Fâtır suresinde bulmaktayız: “Hiçbir günahkar başkasının günahını yüklenmez. Yüğü (günahı) ağır gelen kimse onu taşımak için (başkasını) çağırırsa, bu çağırıldığı akrabası da olsa, onun yükünden başka bir şey yüklenmez.”²⁰⁸ ayeti ile de sorumluluğun sadece günahı/suçu işleyen kişiye ait olduğu, akraba da olsa bir başkasının bu sorumluluğu yüklenemeyeceği belirtilmiştir. Benzer başka bir ayette ise “Gerçekten hiçbir günahkar,

²⁰⁵ Ali Muhammed Ca’fer, *el-Icrâm ve siyâsetu mükâfêhatihi*, s. 121.

²⁰⁶ Ali Bardakoğlu, “Ceza”, *T.D.V. İslâm Ansiklopedisi*, VII, 475.

²⁰⁷ En’âm 6/164

²⁰⁸ Fâtır 35/18.

başkasının günah yükünü yüklenemez. Bilsin ki insan için kendi çalışmasından başka bir şey yoktur."²⁰⁹ ifadesiyle hem günahın/suçun bir başkası tarafından paylaşılamayacağı vurgulanmış hem de insana ancak kendi kazanımlarının fayda vereceğine, bir başkasından istifade edemeyeceğine işaret edilmiştir.

7. Cezaların yargı organı tarafından verilmesi

Kazâilik özelliği de denilen bu özellik İslâm ceza hukukunda cezalarda aranan şartlardan birisidir. Bu özellik cezanın geçerli olabilmesi için mutlaka kazâî bir heyet tarafından verilmesini gerektirmektedir.²¹⁰ Bu mahkeme, divan gibi kurumlar olabildiği gibi hâkim, kâdî, kazasker gibi resmîyeti olan ve otorite olarak tanınan kişiler veya bunların oluşturduğu heyetler de olabilir. Bu şahıs veya heyetlerin kazâî bağımsızlıklarının olması, siyasi iktidarların veya nüfuzlu kişilerin tesirinde kalmamaları, âdil, tarafsız, ve hakkaniyet üzere karar vermeleri lazımdır.

Cezaların bir yargı organı tarafından verilmiş olması hem soruşturma ve mahkeme sürecinde, hem de cezanın infaz sürecinde çok önemlidir. Şayet insanlar toplumda gelişigüzel yargılanıp cezaları da bu şekilde infaz edilsen, adaletsizliğin, zulmün, yanlışların önüne geçmek mümkün olmazdı. Böyle bir uygulamayı ancak hukuk ilkelerinin işlemediği, kaos ve kargaşanın hüküm sürdüğü dönemlerde, iç savaş ve isyan durumlarında görmek mümkündür. Asıl olan sanığa âdil bir savunma hakkı tanınması, delillerin toplanması, şahitlerin dinlenmesi, suçlu hafifletecek veya tamamen düşürecek durumların dikkate alınması, bütün bunlardan sonra karar verilmesidir. Bunlar da ancak kazâî bir otoritenin, bir heyetin varlığı ile mümkün olabilir. Bundan dolayı, ceza verme ve infaz etme hakkı sadece bu otoriteye verilmiş olup, şahısların veya kendilerine böyle bir otorite verilmemiş grupların böyle bir hakları yoktur.

8. Cezaların şüphelerle düşürülmeleri

Özellikle had cezaları için genel bir kural olan, şüpheli durumlarda cezanın verilmemesi Hz. Peygamber (sav.)'in "Hadleri şüphelerle düşürünüz, eğer mücrimin bir çıkış yolu varsa saliveriniz zira devlet başkanının bağışlamada yapacağı hata, hata edip de ceza vermesinde yapacak olduğu hatadan daha hayırlıdır."²¹¹ hadisine dayanmaktadır.

²⁰⁹ Necm 53/38,39.

²¹⁰ Ali Muhammed Ca'fer, *el-Icrâm ve siyâsetu mükâfêhatihi*, s. 130.

²¹¹ Tirmizi, Hudûd 112; Beyhakî, Hudûd 238.

Had cezaları genelde ağır ve bazen de telafisi mümkün olmayan neticeler doğurduğu için suçun ispatlanmasında ortaya çıkacak herhangi bir tereddüt cezayı düşürmektedir. Had cezasının düşmesi, suççu suç yapan temel unsurun gerçekleşip gerçekleşmemesi yönündeki bir şüpheden, delildeki şüpheden, mülkiyetteki şüpheden, haktaki şüpheden, biçimdeki şüpheden, ve bilmeme sebebi ile doğan şüpheden dolayı meydana gelebilir.²¹²

Batıda idam cezasına karşı çıkanların ellerinde koz olarak kullandıkları "suçsuz kişilerin hataen idam edilebilecekleri" görüşü İslâm hukuku açısından geçersiz kalmaktadır. İngiltere dahil birçok ülke, idam cezasını, idam edilip de suçsuzluğu sonra anlaşılan birkaç kişiden dolayı ilga etmişlerdir. İslam ceza hukukunda alınan bu tedbir asırlar öncesinden bu hukuk sisteminin ne derece sağlam temellere oturduğunu ve ne derece mantıklı delillere dayandığını göstermektedir.

V- CEZALARIN İŞLEV VE GAYELERİ

Cezaların, kanunlara saygı göstermeyi sağlayan en temel unsurlardan birisi olduğunda şüphe yoktur. Ceza olmaksızın bu kanunlar birer edebi metin veya nezaket kuralı olmaktan ileriye gidemez. Bu da fertlerin kendilerine acı ve ıstırap verecek, hürriyetlerini kısıtlayacak veya kendilerine maddi /manevi bir zarar getirecek bir müeyyide korkusu olmaksızın bu kurallara karşı gelmesini kolaylaştırır. İşte bundan dolayı, tarih boyunca yapılan bütün kanun koyma faaliyetlerinde ve cezaî müeyyide içeren örfi kurallarda öngörülen cezalarla, ferdi korumak ve toplumun yararları ile istikrarını sağlamak ön plana çıkmıştır.²¹³

İslam ceza hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran özelliklerden birisi onun dine dayalı bir sistem olmasıdır ki bu din yüksek ideallere ve ahlak kaidelerine dayanan örnek bir toplum meydana getirmeyi, bu çerçevede insanların saadetini gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Şayet bu esaslar korunmasa ve göz ardı edilse fertler kendilerini dertlerden, kötülüklerden muhafaza edemeyeceklerdi.²¹⁴

İslam ceza hukukunda cezalandırmanın gayelerinden bahsedilirken hemen hemen yapılan her tarifte, her açıklamada toplum kavramının karşımıza çıktığını, toplumun yararlarının gözetildiğini ve toplumun korunmasının hedeflendiğini görürüz. Huzur ve güvenliği olmayan, adaletin hüküm sürme-

²¹² Muhammed Ebû Zehra, *İslâm Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 193 vd.

²¹³ Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 41.

²¹⁴ Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 41.

diği, fertlerin can, namus ve mal emniyetlerinin bulunmadığı bir toplumda İslam'ın gerçekleştirmeye çalıştığı birçok ideal kaybolmuş demektir. İşte bu huzur, güven, emniyet ve istikrarın tesisi yönünde toplumun ihtiyaçları ve yararları ölçüsünde cezalar konulmuştur.

Özellikle de had cezalarının dışındaki cezalarda, toplumun şartları ağır cezaları gerektiriyorsa bu durumda cezalar ağırlaştırılır. Bazı durumlarda bunun aksi de olabilir, yani toplumun durumu ve menfaati hafif cezaların verilmesini icap ettiriyorsa o zaman da cezalar hafifleştirilebilir. Ancak her iki durumda da cezaların toplumun ihtiyacından az veya çok verilmesi de söz konusu değildir.²¹⁵ Buradan takdir ve tayini devlet başkanına veya onu temsil eden diğer şahıslara bırakılan cezalarda keyfiliğin, ifrat ve tefritin yerinin olmadığı, cezanın zevk için gelişigüzel verilmediği, cezalar verilirken toplumun şart ve ihtiyaçlarının mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini anlıyoruz.

Davranış ve fiilleri tehlike arz eden suçlunun bu fiillerinin kökünün kazınması ve toplumun kendi işlerini düzeltmesi ve fertler arasında adaletin egemen olabilmesi için suçlunun sebep olduğu kötülüklerin toplumdaki uzaklaştırılması gerekir. Mesele sadece tehlikesi az olan, fazla ciddi boyutu olmayan fiillerle, suçlarla sınırlı kalıyorsa ve bunlar da suçu işleyen kişide kötülüğün kök salmadığını, yerleşmediğini gösteriyorsa suçluya verilecek cezanın hafifleştirilmesi lazımdır. Ancak bu ceza suçluyu islah edebilecek ölçüde ve aynı zamanda da mağdurun zararını giderebilecek bir nitelikte olmalıdır. Bu yolla topluma dayanışma ve yardımlaşma ruhunun da dönmesi sağlanmış olacaktır.²¹⁶

Bazı yazarlara göre cezalandırmanın iki gayesi vardır. Bunlar:

1- Yakın gayeler veya âcil gayeler denilen gayelerdir ki bunlar temelde suçluya uygulanacak elem ve acı yoluyla onu tekrar suç işlemekten alıkoymak ve aynı şekilde de başkalarını da benzer suçları işlemekten alıkoymaktır.

2- Uzak gaye denilen gayelerdir ki bunlar da uzun vadede toplumun yararlarını yani maslahatlarını korumaktır.²¹⁷

Başka bir İslam hukukçusu cezalandırma teorisinde iki temel esas olduğunu belirterek bunları şöyle izah eder:

²¹⁵ Kemâluddîn İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, IV,112.; Ali Muhammed Ca'fer, *Felsefetü'l-'Ukûbât fi'l-kânûn veş-şer'i'l-İslâmî*, s. 42.

²¹⁶ Ali Muhammed Ca'fer, a.g.e., s. 42.

²¹⁷ Ahmed Fethî Behneşi, *el-'Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 18.

“Birincisi toplumun varlığını, huzur ve güvenini tehdit eden suçların kökünü kazınması, cemiyetin bunlardan temizlenmesi cezalandırmanın gayelerinden birisidir. Bu cezaların takdirinde Kanunkoyucu suçlunun durumunu ve kişiliğini göz ardı etmiştir. Had cezalarında çok açık ve net olarak görüldüğü üzere bu cezalar verilirken suçlunun toplum içindeki yeri, konumu, sosyal statüsü, nesebi vs. dikkate alınmaksızın ceza uygulanır.”²¹⁸ Bu konuyla ilgili olarak en çarpıcı örneklerden birisi olan, Hz. Peygamberin Mahzumoğulları kabilesine mensup, hırsızlık yapan bir kadına uyguladığı had cezasını zikredebiliriz. Çok saygın ve nüfuzlu bir kabileden gelen bir kadına had cezasının tavizsiz olarak uygulanması, Hz. Peygamber’in bu konudaki kararlılığı ve titizliği İslam adaletinin örneklerinden birisi olarak kaynaklarda verilmektedir.²¹⁹

Ahmed el-Husari’nin ileri sürdüğü ikinci esas ise şöyledir:

“Bazı suçların cezalandırılmasında ise suçlunun kişiliği, durumu, nasıl ıslah olacağı ve gelecekte tekrar suç işlemesinin nasıl engelleneceği gibi hususlar dikkate alınabilir ve bu, suçla mücadeleden taviz verilmeden dengeli bir şekilde yapılabilir. Bu durum sadece tazir cezaları için söz konusudur. Bu cezaların takdiri ve uygulanması topluma ve idarecilere bırakıldığı için bunlar da hem suçlu yararını hem de toplumun yararını dikkate alarak, suçla mücadele fikrinden taviz vermeyerek karar verirler. Belli cezalardaki bu esneklik İslam ceza hukukunun koyduğu kuralların her yerde ve her dönemde geçerli olmasını da sağlayacaktır.”²²⁰

Had, kısas ve benzeri cezaların birçok gayeleri olduğunu ileri süren Muhammed b. A. ez-Zâhim, bunların en önemlilerini şöyle sıralar:

1. Maslahatların korunması
2. Topluma olan şefkat duygusu
3. Adaletin tesisi
4. Suçlunun ıslahı²²¹

Cezaların gayelerini, toplum düzeninin korunması, toplumun yararlarının korunması, suç işleyen kişinin ıslahı olarak üç grupta ele alanlar da olmuştur.²²² Buradaki farklılık toplumla ilgili olan kısmın alt başlıklar halinde çoğal-

²¹⁸ Ahmed el-Husari, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, I, 139.

²¹⁹ Buhâri, *Hudûd*, 12; Müslim, *Hudûd* 8, 9.

²²⁰ Ahmed el-Husari, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, I, 139.

²²¹ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbikiş-şerî'at'il-İslâmiyye fi men'i'l-cerâim*, Kahire 1991, s. 96.

²²² Ahmed el-Husari, *a.g.e.*, I, 132.

tilmasından kaynaklanmaktadır. Temel olarak ele alınan iki unsur ise toplum ve fert olmaktadır.

Had ve tazir cezalarının uygulanması neticesinde toplumun daha mutlu ve huzurlu olacağı, Allah'ın koyduğu kuralların ve sınırların ihlal edildiğinde ise bunun karşılığının dünyada rezil ve rüsva olmak, ahirette ise elem verici bir azap olduğu ayetlere dayanılarak verilmiştir.²²³

Zeylaî de had cezalarında asıl olarak iki işlev bulunduğunu ifade etmektedir. Bunlardan birincisi insanlara zarar veren şeylerin engellenmesi, ikincisi ise İslam yurdunun kötülüklerden korunmasıdır. Çok genel bir ifadeyle, bu işlevler temelde insanlara zarar verebilecek her şeye mani olunmasını, bunların zararının insanlardan def edilmesini ve Müslümanların yaşadığı yurtlarının, vatanlarının suç ve kötülüklerden arındırılmış hale getirilmesini, neticede insanların huzur ve güven içinde hayat sürmelerinin teminini sağlayacaktır.

İşte cezaların icra edeceği bu hayati işlevden dolayı Zeylaî had cezalarını Allah hakkı olarak mülahaza etmekte, bu cezaların uygulanmasından ortaya çıkacak yararları toplum içindeki herkesin istifade edeceğinin altını çizmektedir. Bununla birlikte Zeylaî insanların günahlarından temizlenmelerinin had cezalarının temel işlevlerinden birisi olmadığını söyleyip bunun ancak tövbe ile mümkün olabileceğini vurgular. Bu görüşüne delil olarak ta "Allah ve Resûlüne karşı savaşanların, yeryüzündeki (hak) düzeni bozmaya çalışanların cezası ancak ya (acımadan) öldürülmeleri, ya asılmaları, yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu onların dünyadaki rüsvalığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır. Ancak, siz kendilerini yenip ele geçirmeden önce tövbe edenler müstesna; biliniz ki Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir." (Mâide, 5/33-34) ayetlerini vermektedir.²²⁴

1. Toplum ve yararlarının korunması

İslam ceza hukukunun önemli özelliklerinden birisi koyduğu bütün kuralarda genel olarak toplumun maslahatının (faydasının, menfaatinin, yararı-

²²³ Ahmed el-Husari, es-Siyâsetü'l-cezâiyye, I, 139. Referans olarak verilen ayetlerden bazıları şunlardır. "Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın onları aşmayın. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerdir." (Bakara 2/229); "Kim Allah'a ve Peygamberine karşı isyan eder ve sınırlarını aşarsa Allah onu, devamlı kalacağı bir ateşe sokar ve onun için alçaltıcı bir ateş vardır." (Nisâ 4/14); "(Bu alışverişi yapanlar) tevbe edenler, ibadet edenler, hamdedenler, oruç tutanlar, rükû edenler, secde edenler, iyiliği emredip kötülükten alıkoyanlar ve Allah'ın sınırlarını koruyanlardır. O müminleri müjdele." (Tevbe 9/112)

²²⁴ Fahrüddin Osman Ali b.ez-Zeylaî, *Tebyinu'l-hakâik şerh-u Kenzi'd-dekâik*, III, 163.

nın) gözetilmesinin, elde edilmeye çalışılmasının ve buna mukabil olarak da mazarratın (zararın) önlenmesinin, ortadan kaldırılmaya çalışılmasının gaye edinilmiş olmasıdır. Konulan hükümler isterse emir, isterse nehiy (yasak) olarak konulsun Kur’ân veya Sünnet’ten kaynaklandıklarından dolayı inanan kişiler tarafından tartışmasız olarak kabul edilip, bunların fert ve toplum için faydaları her dönemde hiçbir şüpheye mahal kalmaksızın ikrar edilmiştir.

Bu bağlamda son dönem İslam hukuku eserlerinden birisinde şöyle denilir: “İster herkes tarafından, isterse bu işin üzerinde çalışanlar tarafından bilinsin araştırma ve incelemelerin neticesinde İslam hukukunun koyduğu bütün hükümlerde toplumun yararının gözetildiği muhakkaktır. Salim bir akılla ve uyanık bir şuurla düşünen bir kimse her emredilmiş hükmün neticesinde yıldız gibi parlayan çok açık bir yarar görür. Aynı şekilde hevadan ve körü körüne taklitten soyutlanmış salim bir akıl, şer’an yasaklanmış şeylerdeki kötülükleri de apaçık müşahede eder.”²²⁵

İslam ceza hukukunda cezaların bütün çeşitleriyle, toplumdan fesadın yani kötülüklerin giderilmesi, Din’in öngördüğü maslahatların korunması için konulduğu bilinmektedir. Kötülüklerin ne olduğu Kanunkoyucu tarafından belirlenmiş, O’nun nazarında kötü sayılan her şeyin izale edilmesi, ortadan kaldırılması emredilmiştir.²²⁶ Böylece fertlerin güven, huzur, adalet ve istikrar içinde yaşayabilecekleri bir toplum oluşturulması hedeflenmiştir. Bu aslında herkesi ilgilendiren, herkesin yararına olan bir hedef olmasına rağmen aynı toplum içinden bu gayenin tahakkuk etmesini engelleyecek, konulan kural ve kaideleri ihlal edecek, toplumun güven ve huzurunu bozacak, sosyal hayattaki istikrarı dinamitleyecek bir kısım bireylerin çıkması da kaçınılmazdır. İnsanlığın başlangıcından beri bu böyle olagelmıştır ve böyle de devam edecektir.²²⁷

Bu bir vakia olarak kabul edilmesine rağmen topluma ve neticede kendisine zarar veren bu şahısların verdiği zararların giderilmesi, bunların kötülüklerinden toplumun korunması için bir takım tedbirler alınmıştır ki bunların başında ceza dediğimiz kuvvet ve şiddet gelmektedir. Verilecek cezaların ağır veya hafif olması ise işlenen suçun ve bunun neticesinde ortaya çıkan kötülüğün kendisiyle doğru orantılıdır. Bu yüzden “Kötülüğün kendisi ne ka-

²²⁵ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbikîş-şer’atî’l-İslâmiyye fi men’î’l-cerime*, s. 96.

²²⁶ Muhammed Hâtir, *Eser-u tatbikî’l-hudûd fi’l-müctema’*, (Üçüncü bölüm) Riyad, 1984, s. 210.

²²⁷ Mâide 5/27-33. Bu ayetlerde Hz. Âdem’in oğullarından Kâbil’in kardeşi Hâbil’i kıskançlık yüzünden öldürmesi ve böylece yeryüzünde ilk cinayetin işlenilmesi anlatılır.

dar ciddi ve tehlikeli ise ona verilecek ceza da o kadar ağırdır.²²⁸ prensibi bir ölçü olarak kabul edilmiştir.

Toplumu, toplum yararını ve fert ile ferdin yararını korumak İslam ceza hukukunun önceliklerinden birisidir. Bu yararların korunmasında da herhangi bir tenakuz veya çatışma yoktur.²²⁹ Bundan dolayı cezalar hangi suçtan dolayı verilirse verilsin, hangi türden olursa olsun hepsinde toplumun güvenliğini ve istikrarını koruma özelliği mevcuttur. Çünkü toplumda fesat çıkartanlara, insanların malına, canına, namusuna kastedenlere karşı alınacak her tedbir, verilecek her uygun ceza mutlaka toplumdaki huzurun, güvenin ve istikrarın korunmasına katkıda bulunacaktır.

Toplumda her işlenen suçun kötülüğünün, olumsuz yönünün her halükarda toplumu etkilediği kabul edildiği gibi, bu suçlara verilen her cezanın da faydasının bütün topluma yansyacağı kabul edilmektedir. Bundan dolayı fertlere karşı işlenen suçlar aynı zamanda toplumu da ilgilendirmektedir. Mesela, bir mahallede işlenen bir cinayet veya yapılan bir hırsızlık sadece direkt mağdurlarını değil aynı zamanda diğer mahalle sakinlerini de tehdit ve tedirgin etmektedir.

Herhalde Allah'ın insana ve dolayısıyla topluma verdiği değer bir neticesi olsa gerek, İslam ceza hukukunda had cezalarının hepsi Allah hakkı olarak görülmesine rağmen²³⁰ tüm cezaları Allah hakkı olarak telakki edenler de vardır.²³¹ Bu bağlamda had cezaları kapsamına kisas ve diyet cezalarını da dahil edenler vardır.²³² Ancak bu cezaların sayesinde kötülükler def edilebilmekte, toplumda huzur ve barış sağlanabilmektedir.

İslam ceza hukukunda verilen cezalar her ne kadar suçluya elem ve ıstırap veriyor ise de cezalandırmadan asıl gaye bu değildir, bu, cezalandırmanın çoğu zaman suçluya fiziki olarak yansyan belki de vasita diyebileceğimiz bir yönüdür. Asıl elde edilmek istenen suçlunun ve diğer insanların ruh hallerinde, zihniyet ve psikolojilerinde ortaya çıkacak sonuçlar ve toplumun yararlarının korunmasıdır.²³³

²²⁸ Muhammed Hâtîr, *Eser-u tatbîkî'l-hudûd fi'l-müctema'*, s. 212.

²²⁹ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, I, 131.

²³⁰ Fahrüddîn Osman Âli b. ez-Zeylî, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenz'id-dekâik*, III, 133.

²³¹ Muhammed Hâtîr, *Eser-u tatbîkî'l-hudûd fi'l-müctema'*, s. 212;

²³² Mesela, Seyfu'l-İslâm el-Pezdevî *Mebûsûr*'unda fakihlerin çoğunluğundan ayrılarak Kisas'ı da Had cezası olarak tanımlamıştır. *el-Hudûd ve'l-ahkâm* isimli yazma eserden nakleden A. F. Behnesî, *el-Ukûbe*, s. 28. Ayrıca bk. *El-Mebûsûr*, XXVI, 59.; Muhammed Emîn İbn Âbidîn, *Hâşiyet-u reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr şerh-u Tenviri'l-Ebsâr*, Kahraman Yayınları (Ofset) İstanbul 1994. V, 541.

²³³ Âli Muhammed Ca'fer, *el-İcrâm ve siyâsetu mükâfematihî*, s. 120.

Kanunkoyucu tarafından tespit edilmiş cezalar, her ne kadar hoşlarına gitmese bile, insanları toplumun yararını sağlayacak şeylere sevk eder. Aynı şekilde bu cezalar insanları, hoşlarına gidebilecek de olsa, toplumda kötülüğe sebep olacak şeylerden uzaklaştırır. Bu durum Hz.Peygamber'in "Cennet hoş gitmeyen şeylerle, Cehennem de hoş gidecek şeylerle kuşatılmıştır" ifadesinde veciz bir şekilde anlatılmıştır.²³⁴ Bunu birer misalle izah etmeye çalışalım; zekat/vergi vermek veya kırmızı ışıktaki beklemek insanlara hoş gelmeyebilir, fakat bunların yapılmasında toplumun menfaati varsa -ki öyledir- insanlar bunları yapmaya teşvik edilirler, zorlanırlar, gerekirse de cezaya çarptırılırlar. Yani iyi olan ve kanunla emredilmiş bir şeyin yapılmasını temin için ihtiyaç görüldüğünde cezalandırma yoluna gidilebilir. Benzer şekilde içki içmek, aşırı hızla araba kullanmak, rüşvet almak bazı kişilere cazip gelip hoş görünebilir. Şayet bunların yapılmamasında toplumun yararı varsa o zaman bu fiillerin yapılması yasaklanabilir ve buna riayet etmeyenler de cezalandırma yoluyla bu fiillerinden vazgeçmeye zorlanırlar.

Yukarıda zikrettiğimiz, korunması öngörülen maslahatlar konusunda Gazâli şöyle der: "Maslahat yoluyla bizim kastettiğimiz anlam ise, Şer'in amacını korumaktır. Şer'in insanlara ilişkin amacı, onların 'din', 'can', 'akıl', 'nesil', ve 'mal' larını korumak üzere beş noktada toplanabilir. İşte bu beş temelin korunmasını içeren her şey maslahat, bu beş temeli ortadan kaldıran her şey mefsedet olup, bu mefsedetın giderilmesi maslahattır."²³⁵

Gazâli, "bu beş temelin ortadan kaldırılmasının yasaklanması ve bu yönde önleyici cezaların konulması her din ve şeriatte vardır. İnsanların iyiliğini amaçlayan din ve şeriatlerde bunların yokluğu düşünülemez. Bunun içindir ki küfrün, adam öldürmenin, zinanın, hırsızlığın ve sarhoş edici madde kullanmanın haramlığı konusunda şeriatler değişme göstermemiştir."²³⁶ diyerek temel suçları özetleyip, bunları cezalandırmanın sadece İslâm dinine has olmadığını da vurgulamıştır. Bu maddeleri kısaca şöyle ele alabiliriz:

1- Dinin korunması

"Dinin korunması İslam hukukunun gözettiği gayelerin en önemlisini hatta özünü teşkil eder. Bunun dışındaki gayeler, dinin korunmasının teferruatıdır ve bunların varlığı dinin varlığına bağlıdır. Dinin varlığının söz konusu olma-

²³⁴ Ahmed el-Husari, *es-Siyasetü'l-cezâiyye*, I, 133.

²³⁵ Ebû Hamid Muhammed el-Gazâli, el-Mustasfâ, (Çev. H. Yunus Apaydın, *İslâm Hukukunda deliller ve Yorum Metodolojisi*, Rey Yayıncılık, Kayseri 1994, I, 333.

²³⁶ Gazâli, a.g.e., I, 333.

diği bir toplumda zayıf güçlüye, fakiri zengine karşı koruyacak mutlak bir otorite yoktur.”²³⁷

Din, özellikle de İslâm dini insan hayatının bütün safhalarında, her yerde ve her zaman takip edecekleri kurallar koyduğu için din olmadan sürececek bir hayatın düzenli, başarılı ve mutlu olmasından ve en önemlisi, gelecek olan ahiret hayatını kazanılmasından bahsedemeyiz. Bundan dolayı dine karşı işlenen her suç vahimlik derecesine göre cezalandırılmıştır. Mürted'e verilen ceza, sapıklığa ve itikat bozukluğuna yönlendiren inkarcılara verilen cezalar bunun örneklerindedir.

2- Canın korunması

Cezalandırmanın temel gayelerinden birisinin insanın canını, hayatını korumak olduğu sık sık ifade edilmektedir. Çünkü insan hayatı Allah katında değerli olduğu gibi insanların indinde de en kıymetli olan bir şeydir. Yüce Allah bunun korunmasını emredip buna tecavüzde, saldırıda bulunanları ağır müeyyidelerle cezalandırmıştır. Bunların başında kısas cezası gelmektedir. Bunu bildiren ayette şöyle buyrulur: “*Kısasta sizin için hayat vardır, ey akıl sahipleri!*” Bunu yorumlayanlardan Reşid Rıza şöyle der: “ Bu hikmetli ayet bizzat insan hayatının korunmasını talep etmektedir. Kısas bunun vesilelerinden birisidir. Çünkü birisini öldürünce kendisinin de öldürüleceğini bilen birisi bundan vazgeçer, öldürmeye niyetlendiği kişinin de hayatı kurtulur kendisinin de.

Bu konuda sadece diyet cezası ile yetinilseydi, bu gücü yeten bir kimsenin düşmanının kanını dökmesine engel olamazdı. Düşmanına saldırıp onu yok etmek için büyük servetler harcayan nice kişiler vardır. Ayet-i kerîmede çok belîğ bir ifadeyle cezada canı yok etmenin çirkin sayılması giderilmiş, ceza bir katil veya idam olarak adlandırılmadan insanların zihinleri onu eşitlik içeren bir hüküm olarak kabul etmeye hazırlanmıştır.”²³⁸

İnsanın uzuvlarına, bedenine yönelik olarak yapılmış, ölümle neticelenmeyen yaralama, darp fiilleri de münasip cezalarla karşılık görür. İnsan hayatının korunması amacıyla, intihar etmek yasaklanmış, insanın kendi hayatı üzerinde böyle bir hakkı olmadığı ortaya konulmuş, aynı şekilde kan davaları yasaklanmış, hastalıklardan korunmak ve tedavi olmak emredilmiş, cenin'in öldürülmesi durumunda *gurre* ödenmesi kuralı konulmuştur.”²³⁹

²³⁷ Ahmet Ünsal, *İslâm Hukukunda Fayda İlkesi*, Nüans, İstanbul 2006, s. 80.

²³⁸ Muhammed Reşid Rıza, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Hakîm (Menâr Tefsiri)*, Kahire 1373, II, 133.

²³⁹ Bk. Ali Pekcan, *İslâm Hukukunda Gâye Problemi*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2003, s. 174-176.

3- Aklın korunması

Akil insana bahşedilmiş "hayat" hediyesini tamamlayan, onu sair canlılardan ayıran, insanı insan yapan, hatta onsuz dinin ve mükellefiyetin bile olmadığı bir nimettir. Aklın normal işleyişine engel olacak, onu yavaşlatacak veya işlemesine tamamen engel olacak her fiil suç olarak görülmüş, alkollü içecekleri içmek ve uyuşturucu kullanmak gibi fiiller cezalandırılmış, bu cezaların ıslah edici ve caydırıcı etkileriyle "akıl" korunmaya çalışılmıştır.

4- Malın korunması

İnsanların canları gibi malları da korunmuş, bunlara yönelik her türlü tecavüz, gasp, hırsızlık, eşkıyalık, yankesicilik ve benzeri fiiller hak ettikleri şekilde cezalandırılmışlardır.

5- Neslin korunması

Bütün canlılarda içgüdüsel olarak mevcut olan nesillerini devam ettirme duygusu insanda daha kuvvetli bir şekilde mevcuttur. Her insan kendi neslinin devamını sağlamakla aynı zamanda da insan türünün devamına katkıda bulunmaktadır. İnsanın kendi neslinin devamı evlilik kurumu içinde olmakta, evlilik dışı ilişkiler nesli bozmakta, aileyi ortadan kaldırmakta ve aile bireyleri arasındaki bağı kopartmaktadır. Hem neslin devamı ve korunması hem de toplumun bozulmaması için zina fiili en büyük suçlardan sayılmış ve ağır müeyyidelerle karşılık görmüştür.

2. Cezalarda uhrevî engelleme

Üzerinde durulması gereken bir başka nokta da İslam ceza hukukunda cezaların hem dünyevi cezalar hem de uhrevî cezalar olmak üzere iki türden olmasıdır. Bunun, doğruluktan sapan veya sapmayı tasarlayan kişiler üzerinde yapacağı engelleme etkisi çok daha kuvvetlidir. Bu yolla insanlar "suçlar dünyası" denilen karanlık dipsiz çukurlara düşmekten sakındırılırlar.²⁴⁰ Bundan dolayı da ceza kurallarına temel olan birçok metinde buna işaret edilip ilk önce dünyevi cezanın türü ve miktarı belirtildikten sonra uhrevî cezanın da ne olduğu açıklanmıştır. Mesela, Allah ve Resulüne karşı savaşanların ve yeryüzünde düzeni bozmaya çalışanların dünyevi cezaları çok ağır bir şekilde belirtildikten sonra "*bu onların dünyadaki rüsvaîğidir, onlar için ahirette de büyük azap vardır.*"²⁴¹ denilerek işlenen suçun vahametinden dolayı sadece dünyevi cezanın yetmeyeceği, buna ilaveten suçlunun uhrevî bir cezaya da

²⁴⁰ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 41

²⁴¹ Mâide 5/33.

maruz kalacağı ikazı yapıp iki dereceli bir engelleme tarzı getirilmiştir.²⁴² Bu uhrevî azaptan korunmak, işlediği suç başkaları tarafından bilinmediği halde Allah'ın huzuruna suç ve günahlardan arınmış olarak çıkmak gayesiy-le suçlarını itiraf ve cezanın tatbikinde ısrar eden sahabileri bilmekteyiz. Bu onlardaki uhrevî sorumluluk duygusundan kaynaklanmaktadır.²⁴³

İslam ceza hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran özelliklerden birisi onun dine dayalı bir sistem olmasıdır ki bu din yüksek ideallere ve ahlak kaidelerine dayanan örnek bir toplum meydana getirmeyi, bu çerçevede insanların saadetini gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Şayet bu esaslar korunmasa ve göz ardı edilse fertler kendilerini dertlerden, kötülüklerden muhafaza edemeyeceklerdi.²⁴⁴ Burada kastedilen hem dünyevî hem de uhrevî saadettir. Uhrevî olanın ebedî olduğunu düşünenecek olursak, buna ulaşmak için insanların suç işlemekten kendilerini alıkoyacaklarını var sayabiliriz.

3- Cezaların suça mani olması (Men')

Cezalardan beklenen işlevlerden birisi de suç işlenmeden önce, suçu işlemeye niyetlenen kişinin bu niyetinden vazgeçmesini sağlamaktır. Mesela, hırsızlık yapmaya niyetlenen birisi en azından nereden, nasıl, ne zaman hırsızlık yapacağını tasarlayıp bir hesap yapmıştır. Bu kişi aynı zamanda yakalandığı zaman başına ne geleceğini, hangi şartlarda tutuklanacağını, hangi cezaya çarptırılacağını düşünmüştür. Günümüzde bunun en açık delillerinden birisi, on sekiz, yirmi yaşındaki potansiyel hırsızların yaşlarını küçülterek, yakalandıkları zaman reşit olmadıklarından dolayı az ceza ile kurtulmak yoluna başvurmalarıdır.

Hırsızlık çetelerinde çocukların, yani reşit olmamış kişilerin kullanılmaları da aynı gaye içindir. Yani hırsızlar veya potansiyel hırsızlar yakalandıkları zaman ne ile karşılaşacakları konusunu hesap ederek işe başlamaktadırlar. %1 ihtimalle de olsa yakalanacağını düşünen birisinin şayet ağır bir cezaya çarptırılması söz konusu ise hırsızlık fiilinden vazgeçmesi çok muhtemeldir. İşte İslam ceza hukukundaki cezaların böyle bir mani olucu vasfının bulunduğu kabul edilmektedir. Bundan dolayı da veciz bir ifade ile "cezalar suç işleme-

²⁴² Dünyevi cezalara veya dünyadaki rüsvalığa ilave olarak gelen uhrevî ceza veya rüsvalık için bk. Bakara, 2/114; Mâide, 5/33, 41; Hacc, 22/9.

²⁴³ Hüseyin Esen, "İslâm Hukuku ve Uhrevî Sorumluluk", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sy. 8, s.109.

²⁴⁴ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 41.

ye cesaret etmekten alıkoyar"²⁴⁵ yani suç işlenmeden önce işleyecek kişiye mani olur denilmiştir.

Cezalar insanlara, suçluya işlediği suçtan dolayı verilen bedeni, psikolojik, mali yaptırımlar veya azarlama ve kınama olarak uygulanan birtakım engellemelerin kötü neticelerini gösterir ve bunları gören kişilerin de tabii olarak suç işlemekten kaçınmaları beklenir. Cezalar toplum içinde tekrar tekrar, yüksek sesle çalan zil gibi potansiyel suçluları, suça alışmış kişileri, vicdanları körleşmiş bireyleri uyarırlar. Bu uyarıda suç işlemenin bu dünyada kesin bir cezası olduğu açıkça belirtilmektedir.²⁴⁶ Bu suretle cezalar suçun işlenmesine daha baştan mani olmaktadır.

İslam ceza hukukunda verilen her cezanın, suçlunun işlediği suça bir daha dönmemesini sağlayacak derecede/miktarda/ölçüde olmasına özen gösterilmiş ayrıca bu cezanın diğer kimseleri de aynı veya benzer suçları işlemekten caydırması, alıkoyması hedeflenmiştir.²⁴⁷

İslam hukukundaki cezalar temel olarak Kanunkoyucunun emirlerine riayet etmemekten, yasaklarından kaçınmaktan yani konulmuş kurallara uymamaktan, onları çiğnemekten kaynaklanmaktadır. Konulan ve tatbik edilen bu cezalardan beklenen faydalardan birisi insanların durumlarını ve davranışlarını ıslah etmektir.²⁴⁸ Gerek bedeni olarak, gerek mali olarak, gerekse psikolojik olarak fertlere verilen cezaların onlarda mutlaka bir tesir göstereceği, onların ıslahına vesile olacağı, en azından buna katkıda bulunacağı kabul edilmektedir.²⁴⁹

4. Cezaların suçluyu engellemesi (Zecr)

İslam ceza hukukunda verilen ve uygulanan cezaların özelliklerinden birisi de suçlunun dışındaki başkalarının da suçluya verilen cezayı görek ken-

²⁴⁵ Ahmed el-Husari, *es-Siyasetü'l-cezâiyye*, I, 132..

²⁴⁶ Ahmed el-Husari, a.g.e., I, 133.

²⁴⁷ Ahmed el-Husari, a.g.e. I, 140.

²⁴⁸ Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 41.

²⁴⁹ Mevcut Modern hukukumuzda da bu durum göz önünde bulundurulmuş ve "Yargıtay/ Ceza 8.9/75 ve diğer içtihatlarda cezalandırma prensipleri üzerinde durulmuştur. Bu kararlarda görüleceği gibi ceza verirken dikkate alınacak ilkeler vardır. Bu ilkelerin en önemlilerinden biri sanığı ıslah etmek ve topluma kazandırmaktır. Diğer önemli ilke ise kamu menfaatini korumaktır. Bazı suçlarda bu ilkelerden birinin, diğer bazı suçlarda ise diğerinin ön plâna çıktığını görürüz" denilerek cezanın suçluyu ıslah etmedeki rolüne işaret edilmiştir. Bk.Yargıtay kararı, Ceza 62/96 – 63/96 (Dava No: 1023/ 96 ;Güzelyurt)

dilerini aynı/benzer bir suç işlemekten alıkoymaları veya başka bir deyişle verilen cezanın bu kişileri suç işlemekten men etmesi, engellemesidir.²⁵⁰ *Zecr* denilen bu alıkoyma, şer'î haklara ya ihmal, ya terk ya da inkar yoluyla yapılabilecek bir saldırıyı, tecavüzü ilk baştan engelleyip meydana gelmesine mahal bırakmamaktadır. Suçu engelleyici özellik taşıyan cezaların (*zevâcir*) hem suçluyu işlediği suçtan caydıran hem de onu örnek alarak suç işleyecekleri frenleyen hususiyetleri olduğu da belirtilmiştir.²⁵¹ Bu anlamıyla *zevâcir* diye tanımlanan cezaların iki yönü ortaya çıkmaktadır ki, birisi özel caydırıcılık denilen ve sadece suçlu ile ilgili olan yönüdür, ikincisi ise genel caydırıcılık denilen diğer kişileri ilgilendiren yönüdür. Her iki kavram da hem İslâm hukuku hem de batı hukuku tarafından kullanılmaktadır. İslâm hukuku bunları sağlamak için ya belirlenmiş, Kanunkoyucu tarafından takdir edilmiş cezaları veya takdiri devlet başkanına bırakılmış cezaları kullanmaktadır. Batı hukukunda ise bunlar tamamen devlet veya devlet adına kanun koyan merciler tarafından vaz edilmektedir.

Bazı kaynaklarda özellikle had cezalarının *zevâcir* mi yoksa *cevâbir* mi oldukları tartışılmıştır. Hanefilerin had cezalarını *zevâcir* diye niteledikleri, bunu yaparken de hükümlerindeki illet veya hikmetleri bitişik olarak zikredilmiş bazı ayetleri (Bakara 2/179; Mâide 5/33; Nisâ 4/93) delil olarak verdikleri belirtilir. Hanefilere göre suçlunun tövbesi olmaksızın, sadece cezanın verilmesi ahiretteki azabı ortadan kaldırmaz. Hanefilerin dışındakiler ise had cezalarının *zecr* özelliğine ilaveten, Müslümanlar için aynı zamanda *cevâbir* olduklarını bundan dolayıda dünyada had cezası uygulanmış birisinin ahirette azaptan kurtulacağını ileri sürerler..²⁵²

Suçluyu veya potansiyel suçluyu caydırmayı ifade etmek için bazı kaynaklarda *red'* kelimesi kullanılmaktadır. Biz "Caydırıcılık" bölümünde hem *zecr* hem de *red'* kavramlarını bir bütün olarak birlikte ele alacağız.

5. Cezaların İntikam duygusunu azaltması

İslam öncesi birçok toplumlarda ceza vermede ferdi intikam veya toplumsal intikam kuralları geçerli idi. Câhiliye dönemi Arap toplumunda da bunu çok yaygın şekilde görmekteyiz.²⁵³ Bu toplumda kan akrabalığına dayanan

²⁵⁰ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, I, 139.

²⁵¹ Ahmed Fethî Behnesî, *el-Mevsû'atü'l-cinâ'iyye fi'l-fikih'l-İslâmî*, Dâru'n-nehdati'l-'Arabiyye, Beyrut 1991, II, 52.

²⁵² Sâlih b. Nâsır el-Huzeyyim, *Eser-u tatbikî's-şer'î'at'l-İslâmîyye fi men'i vukû'î'l-cerime*, s. 40; Ahmed Fethî Behnesî, *el-Mevsû'atü'l-cinâ'iyye fi'l-fikih'l-İslâmî*, II, 50.

²⁵³ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-ukûbe*, s. 44.

güçlü bir asabiyet duygusu hâkim olduğu, ceza vermeye ve verilen cezayı infaz etmeye yetkili adli merci ve kurumlar bulunmadığı için cari olan geleceğe göre hareket edilirdi. Bu da bir kimsenin öldürülmesi durumunda eğer bir diyet anlaşmasına varılmamışsa –ki bunu çoğunlukla acizler, kimsesizler veya zayıf karakterliler kabul ederdi- maktulün en yakınlarından birinin, katili ya da onun bir akrabasını öldürerek öç almasını gerektirirdi. Eğer ölen, öldürenen daha soylu ve değerli kabul ediliyorsa ya katilin yakınlarından en az onun kadar soylu birinin yahut bir ölüye karşılık birden fazla kişinin öldürülmesi icap ederdi. Bu şekilde intikam alınması, karşı tarafın da yeni bir intikam peşinde koşmasını doğururdu. Asabiyet ruhunun bir neticesi olarak bu tür kan davaları Cahiliye döneminde bazen yıllarca süren kabileler arası savaşlara sebep olmuştur.²⁵⁴ Ancak İslam ve onun getirdiği hukuk sisteminde bütün müminlerin kardeş olduğu ve anlaşmazlıkların objektif hukuk ve adalet ölçülerine göre çözümlenmesi gerektiğine dikkat çekilip bunun ahlaki ve hukuki teorik alt yapısı oluşturulmuştur.²⁵⁵ Mesele teorik alt yapıyla da kalmamış daha Hz. Peygamber'in zamanında pratiğe dökülmüş ve bunun da ilk uygulayıcısı ve kendi nefsinde tatbik edicisi bizzat kendisi olmuştur. Uhud savaşı esnasında, amcası Hz. Hamza'nın ciğerini parçalayıp ağzında çiğneyen Hind bt. Utbe isimli kadını ve diğer düşmanlarını affetmesi, Mekke'den Medine'ye gelirken kızı Zeynebe saldırarak deveden düşmesine, bunun neticesinde de bir süre sonra ölmesine sebep olan Hebbâr b. Esved'i affetmesi, Veda hutbesinde bütün kan davalarının kaldırıldığını açıklayıp intikam almayı resmen ortadan kaldırması bu uygulamanın örneklerindedir.²⁵⁶

İşlenen herhangi bir suçun mağdurlarının intikam ateşiyle yanmaları ve bu ateşi söndürmek için çoğu zaman ölçüyü aşarak, bazen de suçla ilgisi olmayan kişilerden de öç almaları insanın tabiatında mevcut gibi görünse de İslam suçluyu devlet eliyle cezalandırmak yoluyla, hem sadece suçlunun bizzat kendisini cezalandırmış hem de insanların intikam ateşlerini söndürüp onları teskin etmiştir. Bundan dolayı İslam hukukundaki "cezalar intikam veya öç almak için konulmayı sadece suçluyu ıslah ve tedip etmek ve (ahlakını) güzelleştirmek için konulmuştur. Bu da hem ferdin, hem de toplumun korunmasını ve insanların sapıklıklardan geri durmasını sağlayacaktır."²⁵⁷

²⁵⁴ Mustafa Çağırıcı, "İntikam", *T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, XXII, 356.

²⁵⁵ Mustafa Çağırıcı, "İntikam", s. 356.

²⁵⁶ Muhammed Hamîdullah, *Mecmû'atü'l-vesâiki's-siyâsiyye*, Dâru'n-nefâis, Beyrut 1985, s. 361; İbrahim Sarıçam, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 2004, s. 291, 390.

²⁵⁷ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, I, 133.

Cezaların bir kibir ve büyüklenmenin eseri olarak veya intikam için değil de toplumu ve ferdi kötülüklerden, cehaletten ve sapıklıklardan korumak için konulduğu sık sık ifade edilmekte²⁵⁸ ve bu görüşü desteklemek için de “*Sen onların üzerinde bir zorlayıcı değilsin. Tehdidimden korkanlara Kur’ân’la öğüt ver.*”²⁵⁹ ve “*(Resulüm) Biz seni ancak âlemlere rahmet olarak gönderdik*”²⁶⁰ ayet-i kerîmeleri verilmektedir.

İlk bakışta cezalarda suçluyu teşhir etme veya intikam alma gibi bir intiba edinilse de, “cezalandırmada asıl olan intikam veya teşhirden ziyade suçlunun ıslahı ve fiilinden doğan zararların bertaraf edilmesidir.”²⁶¹

6. Suçlunun ıslahı

Ceza hukuku üzerine yazılmış müstakil eserlerde, makalelerde veya İslam hukuku ile ilgili eserlerin cezalarla ilgili bölümlerinde cezalandırmanın gayelerinden bahsedilirken ilk olarak öne çıkan unsurun suçlunun ıslahı olduğunu görmekteyiz. Cezalandırmanın bir intikam olmadığını ve ceza vermede bu duyguyla hareket edilmediğini, verilen cezanın suçluya acı ve ıstırap çektirmek için değil de onu ıslah etmek için ve işlediği suçta tekrar dönmesini engellemek için olduğunu tekrar etmekte fayda vardır.

İslam hukukundaki cezalarla ilgili detaylı çalışma yapıp, eser bırakan araştırmacılardan Ahmed el-Husarî şöyle der: “Cezalandırmanın maksadı fertleri ıslah etmek ve toplumu suçlardan korumaktır. Bunun için de cezaların herkesi suç işlenmeden önce bundan men edici, alıkoyucu nitelikte olması gereklidir. Aynı şekilde cezaların suçluya engel olması ve onu tekrar zararlı olan suç fiiline dönmekten alıkoyması lazımdır”²⁶²

Suçlunun cezalandırılmasının taşıdığı anlam ondan intikam almak değil, bilakis onun ıslah edilmesidir. Cezalar işlenen suçta bağlı olarak bir tedip, ıslah ve (suçta) mani olma özelliği taşımaktadır.²⁶³ Bunu belki biraz daha basit bir misalle açıklayacak olursak, nasıl ki bir babanın veya annenin suç işleyen, kabahati olan çocuğunu herhangi bir şekilde cezalandırması ona elem ve acı vermek, ondan intikam almak için olmayıp, onu terbiye etmek, ıslah et-

²⁵⁸ Ahmed el-Husarî, a.g.e., s. 133.

²⁵⁹ Kaf 50/45

²⁶⁰ Enbiyâ 21/108

²⁶¹ Ali Muhammed Ca’fer, *Felsefetü'l-'Ukûbât fi'l-kânûn ve's-şer'i'l-İslâmî*, s. 42.

²⁶² Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâ'iyye*, III, 256.

²⁶³ A.g.e., III, 256.

mek içinse, İslam ceza hukukundaki cezaların verilmesi de fertleri tedip ve islah etmek içindir.

İslam hukukunda konulan cezalar tek tip cezalar değildir. Bunlar suçun eşi-dine ve niteliğine göre farklılık arz eder. Kanunkoyucu tarafından belirlenen had cezalarında bu farklılığı gördüğümüz gibi, miktarı ve niteliği devlet başkanı ve onun görevlendirdiği şahıslara bırakılan tazir cezalarında bu çeşitli-liği daha açık bir şekilde müşahede etmekteyiz. Bu farklılık suça göre ceza anlayışının neticesi ve adalet anlayışının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Topluma ve fertlere ciddi tehlike ve zarar veren suçlara daha ağır ceza verilmesi, bunun aksine tehlikesi ve zararı az olan suçlara daha az ceza verilmesi adalet ilkesinin gereğidir.

Tazir cezalarında suçlunun durumunun, kişiiliğinin, sosyal statüsünün dikka-te alınması da cezalarda farklılıklara ve çeşitliliklere yol açmaktadır. Mesela, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş birisine verilecek ceza ile çok temiz bir geçmişi olan, ancak her ne sebeptense ilk defa suç işleyen birisine verilecek ceza mutlaka birbirinden farklı olacaktır. İkinciye verilecek ceza büyük bir ihtimalle, batı ülkelerinin bir çoğunda da uygulanan "şartla / şartlı salıverme" (*suspended sentence*) veya tekdir, azarlama ya da topluma hizmet (*community service*) gibi suçluyu tekrar suç ortamına itmeyecek, onu topluma kazandıracak cinsten olacaktır. "Verilen cezaların işlenen suça göre değişimesi, cezalandırmanın İslam hukuku ile uyuşmasının, örtüşmesinin bir gereğidir. Bu yolla suçtan ve sapkınlıklardan uzak bir toplum oluşturmak ve insanın psikolojisini, düşüncesini düzeltip onu doğru yola iletmek hedeflenmiştir."²⁶⁴

Yukarıda maddeler halinde verilen bu gayelere, adaletin temin ve tesis edilmesini, mağdurun veya yakınlarının acılarının azaltılmasını, şahsı intikam hislerinin köreltilmesini yani onların bir bakıma psikolojik olarak rahatlatılmasını da ekleyebiliriz. Suçlu kişiye gereken ceza verilmediği müddetçe, mağdur veya yakınları adaletin temini ve suçluya hak ettiği cezanın verilmesi konusunda kendilerini "mes'ul" hissedecekler ve toplumsal baskının da etkisiyle suçluyu kendileri cezalandırmaya çalışacaklardır. Bu hem yukarıda zikredilen cezanın kazâ olması ilkesine aykırıdır, hem de toplumda kaos ve kargaşaya davetiyedir.

²⁶⁴ Ali Muhammed Ca'fer, a.g.e., s. 42.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CAYDIRICILIK

I- İSLÂM HUKUKUNDA CEZALARDA CAYDIRICILIK İLKESİ

İslâm ceza hukukundaki cezaların özellikleri bahsinde bu cezaların suç işlenmeden önce buna mani olma (موانع) özelliğini ve suç işlenilmesine teşebbüs edildikten veya işlendikten sonra da tekrarını engelleyici (زواجر) olduklarını görmüştük. Bunlarla direkt olarak ilgili olan bir başka özellik de cezalardaki caydırıcılık özelliği veya ilkesidir. Aslında mani olma ve engelleme özelliklerinin caydırıcılık ilkesiyle iç içe olduklarını söylemek de mümkündür. Çünkü bir bakıma caydırıcılık mani olmanın ve engellemenin neticesinde meydana gelmektedir.

Kanunkoyucunun ilminin, hikmetinin ve merhametinin bir gereği olarak, insanlar arasında vuku bulan, nefse, mala, namusa, dine karşı işlenen çeşitli suçlara verilen cezalardaki bu caydırıcılık ve engelleme özellikleri, suçun toplum içinde yaygın hale gelmesinin, salgın bir hastalık gibi toplumu sarmasının önüne geçmiştir.

Cezalar insanlara, suçlulara işledikleri kötülüğün neticesine verilen bedeni, psikolojik, mali cezaların veya azarlama kınama gibi cezaların kötü netice ve tesirlerini gösterir.²⁶⁵ Bunları gören kişilerin aynı akıbete düşmemek için suç işlemekten uzaklaşacakları özellikle de insan hayatına kasdetmek gibi telafisi mümkün olmayan suçları işleme konusunda daha dikkatli olacakları varsayılmıştır. Adam öldürmek İslam dinince o kadar kötü görülmüştür ki bazı alimler, adam öldüren kişinin kendisi kısas cezası neticesinde öldürüldüğü zaman bile işlediği suçun karşılığını bulmadığını ileri sürerler. Çünkü kendisine verilen bu cezanın maktule/mağdura hiçbir faydası yoktur. Bu ceza hayatta kalan diğer şahıslara benzer suçları işlemekten kaçınmaları hususunda bir derstir.²⁶⁶ Bundan dolayı kâtile verilen cezanın diğer şahıslara ibret olup, onları benzer suçları işlemekten alıkoymasıyla toplum korunmuş ve suç oranı da azaltılmış olmaktadır.

²⁶⁵ Ahmed el-Husari, *es-Siyasetü'l-cezâ'iyye*, I, 132.

²⁶⁶ Muhammad Ibn Ibrahim al-Hewesh, "Retaliation penalty 'Kisas', Blood money 'Diya', Expiation 'Kaffara' ", *The effect of Islamic legislation on crime prevention in Saudi Arabia*, Roma 1980. s. 366.

Adam öldürmenin birinci dereceden suç olduğu, Allah'ın emirlerine karşı işlenmiş affedilmez bir günah olduğu, özelde öldürülen kişiye, genelde ise topluma ve insanlığa karşı bir saldırı olduğu ve Kur'ân'ın da bu konuda "Kim bir mü'mini kasten öldürürse cezası, içinde ebediyen kalacağı cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, onu lanetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır."²⁶⁷ buyurduğu mülahazasıyla bazı alimler şu görüşü ileri sürerler; Kâtilin tövbesi –şayet tövbe ederse- kabul edilmeyecektir. Çünkü o İslam düşüncesine göre, Allah'a meleklerden daha yakın olan insanı öldürmüştür.²⁶⁸ Burada ayet-i kerîmede geçen "عذاباً عظيماً" "ibâresinin "عذاباً أليماً" den farkını, birincide daha fazla caydırıcı etki olduğu şeklinde açıklayanlar da çıkmıştır.²⁶⁹

İslam ceza hukukunda cezaların dünyevi ve uhrevi olmak üzere iki çeşit olduğunu tekrar vurgulamakta fayda vardır. Bu cezalar hem Kur'ân hem de Hz.Peygamber'in hadisleriyle çok açık bir şekilde açıklanmış ve herkesin anlayacağı ifadelerle insanlar işleyecekleri suçların cezası konusunda önceden ikaz edilmişlerdir. Mesela bu bağlamda Kur'ân'da zikredilen ayetlerden bazıları şunlardır:

*"Kim Allah'a ve Peygamberine karşı isyan eder ve sınırlarını aşarsa Allah onu, devamlı kalacağı bir ateşe sokar ve onun için alçaltıcı bir azap vardır."*²⁷⁰ *"Kim bir mü'mini kasten öldürürse cezası, içinde ebediyen kalacağı cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, onu lanetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır."*²⁷¹

*"Yine onlar ki Allah'la beraber (tuttukları) başka bir tanrıya yalvarmazlar, Allah'ın haram kıldığı cana haksız yere kıymazlar ve zina etmezler. Bunları yapan, günahı(nın cezasın) bulur. Kıyamet günü azabı kat kat artırılır ve onda (azapta) alçaltılmış olarak devamlı kalır."*²⁷² İşte yukarıda bazıları örnek olarak zikredilen ayetlerdeki uhrevi cezalara ilave olarak, belirlenmiş suçlar için caydırıcı olarak bir fonksiyon icra etmek üzere dünyevi cezalar konulmuştur. Dünyevi cezaların bir kısmı Kur'ân'da zikredilmişlerdir, diğer bir kısmının takdiri ve uygulaması devlet idarecilerine veya onların temsilcilerine bırakılmıştır. Ahiretteki cezalardan korkan kişiler bu konudaki uyarıları yeterli bir caydırıcı olarak telakki edecekler ve kendilerini suç işlemekten alıkoyacaklardır. Dünyevi zevklerini ön planda tutan insanlar da yine İslam ceza hukukunda konulan dünyevi cezalardan çekinecekler ve bu cezalar onlar için caydırıcı olacaktır.

²⁶⁷ Nisâ 4/93.

²⁶⁸ Muhammad İbn İbrahim al-Hewesh, a.g.m., s. 367

²⁶⁹ A.g.m., s. 393.

²⁷⁰ Nisâ 4/14.

²⁷¹ Nisâ 4/93.

²⁷² Furkân 25/68, 69.

İslam ceza hukukundaki cezaların suçun özelliğine bağlı olarak değiştiğini, ciddi ve toplum için gerçekten de tehlike teşkil eden suçlar için ağır cezalar verildiğini biliyoruz. Ancak burada şu noktayı da dikkatten kaçırmamak lazımdır; suç ve suçlularla baş edebilmek, suçu ortadan kaldırmak, güvenli ve huzurlu bir toplum yaratmak için İslam hukuku sadece cezalandırmayla yetinmez, sadece cezaya dayalı bir siyaset takip etmez aynı zamanda da suç henüz işlenmeden önce onun işlenmesini önleyici ve engelleyici bir takım tedbirler alır. "Önlemek tedavi etmekten daha iyidir" prensibine uygun olarak öncelik suçun işlenmesini engellemeye verilmiştir.

Suç ortaya çıktıktan sonra onun verdiği zararları def etmek, mağdurun acısını dindirmek, suçun işlenmesini engellemekle mukayese edildiğinde daha zor ve meşakkatli bir süreçtir. İşte bunu temin etmek için ilk önce insanları suç işlemeye karşı kuvvetlendirmek, onları suça itecek ortamlardan uzaklaştırmak, kısacası onları terbiye etmek konuları gündeme gelmektedir. Bu bağlamda ilk yapılacak şeylerden birisi fertleri güzel ahlak ve ideallerle donatmaktır. Bu yolla insanları iyi ve yararlı şeyleri yapmaya, onları kötü fiillerden uzaklaşmaya yönlendirmiş oluruz.

Gerçek bir inanca, samimi bir imana sahip olan birisinin kolay kolay suç işleyeceğini, yasak ve haram olan şeyleri yapacağını düşünemeyiz. Bu konuyu belki biraz daha şöyle açabiliriz, samimi olarak Allah'a ve ahiret gününe inanan birisi, işleyeceği bir suçu ve günahı insanlardan gizleyerek dünyevi cezalardan kurtulacağını düşünse bile, kendisinin Allah tarafından görüldüğünü ve ahiretteki ilahi adaletten kaçamayacağını bilmektedir. Bundan dolayı gerçekten inanmış, samimi birisinin suç işlemesini mümkün görmeyenler bu konuda Hz. Peygamber'in şu hadisini naklederler, "Zanî, Müslüman olduğu halde zina etmez, hırsız Müslüman olduğu halde hırsızlık yapmaz, içki içen Müslüman olduğu halde içki içmez."²⁷³ İslam dini her şeyden önce insanların suç işlemelerinin önüne geçmek ister. İlk etapta insanlara nelerin iyi nelerin kötü olduğunu bildirir ve yasaklanmış, suç teşkil edecek fiillerin tanımını yapar. Daha sonraki merhalede suç işlememe konusunda insanları uyarır ve suç işledikleri takdirde kendilerini hangi cezaların beklediğini beyan eder. Bu cezalar öylesine açık, yalın, direkt ve korkutucu bir şekilde anlatılmıştır ki potansiyel suçluların, tabir caizse suçlu adaylarının bundan etkilenmemesi, bunu hesaba katmaması mümkün değildir.

Her hangi bir şekilde toplum içinde suç işlemeye meyilli kişiler varsa, onların da toplumsal yardımlaşma, karşılıklı olarak iyi şeyleri tavsiye etmek ve kötü-

²⁷³ Müslim, İman 100, 104; Buhârî, Mezâlim 30, Eşribe 1, Hudûd 1.

lüğe, günah işlemeye, suç işlemeye karşı dayanışma içinde olmak yoluyla kontrol edilmesi İslam toplumunun şiarındandır. Bu konuda Kur'ân'da şöyle buyrulur: *"Asra yemin ederim ki insan gerçekten zıyan içindedir. Bundan ancak iman edip iyi ameller işleyenler, birbirlerine hakkı tavsiye edenler ve sabrı tavsiye edenler müstesnadır."*²⁷⁴ Bütün bunlara rağmen mutlaka konulmuş kanun ve kuralları ihlal edecek, toplumun yararlarını hiçe sayacak, kendi hırs ve tutkularının esiri olacak kişiler çıkması da tabiidir. İşte bu kişiler de hak ettikleri cezalara çarptırılacak, fiillerinin karşılığını hem bu dünyada hem de ahirette göreceklerdir.

Suçta, işlenilmesinden önce engel olmanın yolarından birisi, yukarıda da zikrettiğimiz gibi toplumsal yardımlaşma ve toplumsal kontroldür. İslam toplumunda fert ihmal edilmemiş, yalnız bırakılmamış hatta namaz gibi direkt olarak Allah'la kul arasında cereyan eden bir ibadette bile cemaatle kılınan namazın, fert olarak kılınan namazdan sevap ve fazilet yönünden daha fazla olduğu bildirilerek cemaatle namaz şiddetle tavsiye edilmiştir. Yine cemaatle kılınan namazlarda tek kişilik saf olmaması, namaz kılınan tek/yalnız kalmaması için ön saftaki birinin arkaya çekilmesi de bizce ferdin yalnız bırakılmadığının bir göstergesidir.

Asr suresinde verilen "hakkı ve sabrı tavsiye etmek" bir bakıma fiili bir yardımlaşmadan ziyade sanki sözlü bir yardımlaşma gibi anlaşılrsa da başka ayetlerde bu yardımlaşma kavramı daha açık şekilde verilmiştir. Mesela Maide suresinde: *"İyilik ve (Allah'ın yasakladıklarından) sakınma konusunda yardımlaşın, günah ve düşmanlık üzerine yardımlaşmayın. Allah'tan korkun; çünkü Allah'ın cezası çetindir."*²⁷⁵ buyrulurken inananlardan iyi ve güzel şeylerde birbirlerine destek vermeleri, kötü ve yasaklanmış şeylerde birbirlerini ikaz etmeleri, engellemeleri istenmiştir. Toplum içinde işlenen bir kötülük karşısında, toplumdaki fertlerin kayıtsız kalmamaları, güçleri ve imkânları nispetinde bir tepki ortaya koymaları dini bir vecibe olarak kabul edilmiş, bu da hem Kur'ân'dan hem de sünnet'ten açık delillere dayandırılmıştır.²⁷⁶

²⁷⁴ Asr 103/1, 2 ,3.

²⁷⁵ Mâide 5/2.

²⁷⁶ Mesela, Âl-i İmrân 3/104 *"Sizden, hayra çağıran, iyiliği emredip kötülüğü meneden bir topluluk bulunsun. İşte onlar kurtuluşa erenlerdir."*; Âl-i İmrân 3/110 *"Siz, insanların iyiliği için ortaya çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz, iyiliği emreder, kötülükten meneder ve Allah'a inanırsınız"; "Sizden biriniz bir kötülük gördüğünde eliyle değiştirsin (düzeltsin), buna gücü yetmezse diliyle (karşı çıksın), buna da gücü yetmezse kalbiyle (buğzetsin) bu da iman'ın en zayıfıdır."* Müslim, İmân 78.

İslam dininin ve onun koyduğu hukuk sisteminin bütün insanlığa bir rahmet olarak geldiğini, konulan bütün kuralların, emir ve yasakların insanların mutluluğunu temin etmek, onların doğru yolu bulmalarına vesile olmak için konulduğunu sık sık değişik kaynaklarda görmekteyiz. Bunu destekleyen ayetlerden birisinin “*Ey insanlar, size Rabbinizden bir öğüt, gönüllerdekine bir şifa, mü’minler için bir hidayet ve rahmet gelmiştir.*”²⁷⁷ olduğu ileri sürülür. Her ne kadar bazıları görmezden gelse de veya neticelerinin tesiri konusunda farklı görüşlere sahip olanlar da olsa, emredilen yahut yasaklanan şeylerde insanlar için sayısız yararlar olduğunu bilmekteyiz.

Bugün dünyanın en önemli ticaret mallarından birisi olmasına, birçok devletin bunun üzerinden büyük meblağda paralar kazanmasına, bunlar için yapılan reklamlara verilen paraların neredeyse küçük bir ülkenin bütçesine denk olmasına rağmen alkollü içkilerin yasaklanmasındaki hikmetleri her akıl sahibi görebilmekte ve bu şer’î yasak da modern tıbbın verileri ile desteklenmektedir.²⁷⁸

Alkol müptelası birçok insanın bu husustaki nedametlerini, bunun ne kadar yıkıcı bir şey olduğunu ikrar ve itiraf ettiklerini bilmekteyiz. Benzer şekilde alkollü içki ikram edilen cahiliye döneminden bazı insanların “beni saptıracak şeyi elime almam” diyerek reddettiklerini de kaynaklarda görmekteyiz. Bütün bunlara rağmen içkinin yasaklanmasındaki yararları kabul etmeyen, hatta daha ileri gidip bunda insanlar için faydalar olduğunu iddia eden, içki kullanmayı modern hayatın gereklerinden, ilerici (!) olmanın vasıtalarından birisi sayan insanlar da vardır.

Sadece içkinin yasaklanmasında değil, İslam hukukunun koyduğu bütün emir ve yasaklarda mutlaka fertler ve toplum için yararların olduğunu, bunların hayati bir önem taşıdığını kabul ettikten sonra bu emir ve yasakların ihlalinin, korunması hedeflenen yararların saldırıya uğramasının da suç teşkil edeceği gayet tabiidir.

Aslında bütün temel suçları İslam’ın korumayı esas aldığı beş ana maslahatın saldırıya uğraması kapsamında ele almak mümkündür. Mesela, hırsızlık suçu mala karşı bir saldırının; alkollü içki içme suçu akla karşı bir saldırının; adam öldürme suçu cana karşı bir saldırının neticesinde ortaya çıkan suçlardır. Diğer suçları da aynı bakış açısından değerlendirmek mümkündür. Buradan varmak istediğimiz sonuç şudur; “şayet suç, İslam’ın korumayı gaye edindiği yararları yapılan saldırı ise, bu suçu işleyen suç teşkil eden fiiline

²⁷⁷ Yunus 10/57.

²⁷⁸ Bu konuda bk. Alpaslan Özyazıcı, *Alkollü içkiler, sigara ve diğerleri*, D.İ.B. yayınları, Ankara 2001.

devam etmekten alıkoyan, caydırıcı bir cezanın verilmesi şarttır.”²⁷⁹ Bu öyle bir ceza olmalı ki hem suçu işleyeni fiilinden caydırmalı hem de benzer suçları işlemeyi zihninden geçirenlere bir uyarı taşıyarak onları suç işleme yönündeki düşüncelerinden caydırmalıdır.

İşte İslam ceza hukukundaki cezalarda bu caydırıcı özelliği görmekteyiz. Bu cezalar verilirken dikkate alınan toplumun yararlarıdır. Bunu sağlamak için ferden acı çekmesi, bedeni, psikolojik veya mali cezalarla cezalandırılması gayet tabii karşılanmıştır. Bu konuda şöyle denilir; İslam hukukundaki cezalar toplumun yararlarını sağlamak ve toplumu korumak için olduğundan, bu yararların toplumdaki her fert veya her kesim için sağlanması şart değildir.

Bazı şahıslar için kesinlikle yarar olan şeyler başka birisi veya birileri için zarar olabilir. Mesela, bir kişinin iki ayağının olması (bulunması) onun kesinlikle yararlıdır. Ancak ayaklardan birisinin kangren olması durumunda, kangren olan ayağın durması zarara dönüşür, bütün bedeninin selameti için o ayağın bir şekilde kesilmesi, bedenle bağının kesilmesi lazımdır. İşte bir ayağın veya kolun bedene nispetle durumu ne ise, fertlerin de topluma göre konumu odur. Yani esas olan, toplumun yararına olan, ferden toplumda yerini alması, varlığını devam ettirmesidir. Fakat fert bozulmuş ise, topluma zarar vermeye başlamış ise, kangren olan uzuv gibi, onun da toplumdan atılması, toplumla bağının kesilmesi gerekir.²⁸⁰

Yukarıda verilen örnekte, başka bir açıdan baktığımızda zarar ile yararın çatışmasını görmekteyiz. Yani ferde verilen ceza ferden zararına olmasına karşın toplumun yararlıdır. Böyle durumlarda kabul edilmiş genel kural “zarar-ı âmîmi def’ için zarar-ı hâs ihtiyar olunur” Mecelle maddesidir. (madde 26) Bu kuralın açıklanmasında şöyle denilir: “Hukukta asıl olan çoğunluğun yararının gözetilmesidir. Bir zarar söz konusu olduğunda da, çoğunluğun zarar görmemesi esas alınır. Mesela, bir mahallede yangın çıktığı zaman, yangının yayılmasını önlemek için yetkililerin izniyle sahibinin rızası olmadan bazı evlerin yıkılmasına izin verilir ve bunların tazmin edilmesine de lüzum görülmez.”²⁸¹ İslam ceza hukuku açısından bu kuraldan şöyle bir yorum çıkartabiliriz, çoğunluğun zarardan korunması söz konusu olduğunda, bu zararın meydana gelmesinde hiçbir katkısı olmayan kişiler bile zarara uğratılabiliyorsa, aynı mantıkla, çoğunluğun zarara uğramasına sebep olan kişilerin bizzat kendilerinin zarara uğratılmaları yani cezalandırılmaları çok tabiidir.

²⁷⁹ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbikiş-şerî’ati’l-İslâmiyye fi men’i’l-cerime*, s. 169.

²⁸⁰ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, a.g.e., s, 170.

²⁸¹ Bk. Mustafa Yıldırım, *Mecelle’nin Külli Kâideleri*, İzmir 2001, s. 84.

Burada başka bir Mecelle maddesini de zikredebiliriz, o da "zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izale olunur" (madde 27) kuralıdır. Toplumun/çoğunluğun uğrayacağı zarar eşedd zarar olarak kabul edersek, bunun şahsın zararıyla yani ehaff zararlar giderilmesi uygun olanıdır. Kaldı ki cezalandırmada söz konusu olan şahıs, konulan kaideleri ihlal etmiş ve insanların malına, canına, namusuna veya dinine saldırıda bulunmuştur. Bu şahsa verilecek cezanın "zarar" olarak nitelendirilmesi bile münakaşa edilebilir. Netice olarak İslam ceza hukukundaki cezaların, suçun failini ve diğer potansiyel suçluları suç işlemekten caydıracak nitelikte olduğunu, ilk bakışta çok ağır görünen bu cezaların aslında tamamen toplumu korumaya yönelik olduğunu, toplumun yararı söz konusu olduğunda ferdin dikkate alınmadığını söyleyebiliriz. Şöyle bir düz mantık ta yürütmek mümkündür; ceza ne kadar şiddetli olursa o kadar caydırıcı olacaktır, ne kadar caydırıcı olursa o kadar az suç işlenecektir, ne kadar az suç işlenirse o kadar az ceza verilecektir.

1. Genel caydırıcılık

İslam hukukundaki cezalandırmanın esaslarından birisinin her ne şart altında olursa olsun toplumu suçlardan temizlemek, suçlulardan korumak olduğunu biliyoruz. Böyle olmakla birlikte bazı durumlarda suçlunun da dikkate alındığını görmekteyiz. Bunun genellikle tazir cezalarında vuku bulduğunu, çünkü had cezalarında hâkim veya idarecilere bu konuda esneklik gösterebilecekleri bir yetki tanınmadığını da bilmekteyiz.

Cezalandırma konusunda İslam hukukunun temel kural olarak mutlaka toplumun korunmasını hedeflediğini, bunu başarmak için de her suç için belirli bir ceza koyduğunu ve bu cezaların suçluyu işlediği suça tekrar döndürmeyecek kadar tesirli olduğunu söyleyebiliriz. Cezanın fonksiyonu bununla sınırlı kalmıyor, aynı zamanda başkalarını da aynı suçu işlemeyi düşünmekten men ediyor. İşte verilen bir cezanın hem suçun failini, hem de henüz suç işlememiş ama potansiyel olarak işleyebilecek kişileri, benzer suçu veya suçları işlemeyi düşünenleri bu fikirlerinden vazgeçirmesine genel caydırıcılık denilmektedir. (الردع العام)²⁸²

Son dönem bazı İslam hukuku eserlerinde cezalandırmanın temel gayelerinden birisinin caydırıcılığı (الردع) ve engellemeyi (الزجر) gerçekleştirmesi olduğu ve İslam hukukçularının neredeyse tamamının cezayı tariflerinde bu unsurları zikrettikleri görülür.²⁸³ Bu caydırıcılık ve engellemenin tahakkuku

²⁸² Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 51.

²⁸³ Bk. Mutî'ullah b.Dahîl b. Süleyman b. Sarhîd el-Lüheybî el-Harbî, *el-'Ukûbât et-tefvîziyye ve ehdâfuhâ*, s. 178.

için her şeyden önce suçlunun işlediği suça tekrar dönmesinin engellenmesi bu yolla toplumun suçlunun ve suçun kötülüğünden korunması gerekli durumlarda suçluya ceza verilerek başkalarının tatmasına sebep olduğu acıları kendisinin de tatması hedeflenir. Kanunkoyucu bu cezaları koyarak suçludan başkalarının da benzer suçları işlemekten engellenmelerini murat etmiştir.²⁸⁴

2. Özel caydırıcılık

Genel olarak kabul edilen kural, genel caydırıcılık özelliği taşıyan cezaların aynı zamanda da özel caydırıcılık etkilerinin olacağıdır. Kaynaklarımızda (الردع الخاص) ibaresiyle geçen özel caydırıcılık, suçlunun, kendisine verilen cezadan ders alarak, ıslah olarak işlediği suça tekrar dönmemesidir. Kendisine zina haddi olarak halkın önünde yüz değnek cezası verilen bir şahsın tekrar aynı suça dönmesi beklenmemektedir. Aynı şekilde hırsızlık suçundan dolayı eli kesilen birisinin de tekrar hırsızlık yapması kolay kolay düşünülemez.

Genel caydırıcılık özelliği bulunup da özel caydırıcılık özelliğinden bahsetmemiz mümkün olmayan bir ceza vardır ki o da ölüm cezasıdır. Çünkü şahıs öldükten sonra kendisinin bu cezadan ders alması için artık çok geçtir. Bu ceza ancak başkalarına ders niteliği taşır. Yalnız her insanın kendisine veya başkalarına verilen cezadan, hayatta kendi başına veya başkalarının başına gelen işlerden ders alma kabiliyeti farklı farklıdır. Bazıları bunlar üzerinde teemmül ederek ibret alır, bazıları ise bunu yapmaz. Bundan dolayı her iki caydırıcılık türünde de insanların cezadan etkilenmeleri ve cezaya tepkileri değişik değişik olacaktır. İleriki bölümlerde İslam hukukundaki cezaların hem genel caydırıcılık hem de özel caydırıcılık özelliklerine biraz daha geniş olarak temas edeceğiz.

II- HAD CEZALARINDA CAYDIRICILIK

1. Zina cezalarında genel caydırıcılık

İslam dini topluma, aileye ve fertlere zarar veren, insanın saygınlığını ortadan kaldıran fiillerden birisi olarak gördüğü zina fiilini suçun vahametini ve kötülüğüne denk şiddetli cezalarla cezalandırmıştır. İslam hukukunda kadın-erkek ilişkisi çok ince ve detaylı kurullarla belirlenmiş, bu ilişki insan şeref ve haysiyetine uygun bir şekilde düzenlenmiştir.

Toplumun temelini sağlam esaslara oturtmak, insanları fesat ve kötülüklerden sakındırmak, insanların yapısında fitri olarak bulunan cinsel ihtiyacın meşru yoldan karşılanması için nikah akdi ve bunun devamı olan evlilik

²⁸⁴ A.g.e. s, 178.

kurumu konulmuştur. Bu akit olmaksızın, evlilik dışı meydana gelen cinsel ilişkiler zina diye adlandırılmış ve bu fiil toplum içinde bir fesat, ahlaksızlık, günah, ağır bir suç ve toplumun varlığına bir tehlike olarak kabul edilmiştir.

Toplum yapısını, aileyi ve genel ahlakı korumak için bu suça çok katı ve caydırıcı cezalar takdir edilmiştir. Bu cezanın katılığı suçun kötülüğü nispetindedir. Hem cezanın kendisi, hem uygulanışı hem de ceza sonrasında getirilen bir takım müeyyideler cezanın tesirini ve caydırıcılığını kat kat artırmaktadır. İlk önce bu cezalara kısaca bir göz atalım. İslam ceza hukukundaki tedricilik prensibindeki hikmetlere binaen zina suçuna verilen cezaların da tedrici olarak konulduğu ifade edilmektedir. Birinci merhalede “Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse, o kadınları ölüm alıp götürünceye yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde hapsedin.”²⁸⁵ ayetiyle bildirilen hapis cezası verilmektedir. İslamiyet’in ilk yıllarında konulan bu hükmün ikinci merhalede gelen “İçinizden fuhuş yapan her iki tarafa ceza verin; eğer tevbe eder uslanırlarsa artık onlara ceza verip eziyet etmekten vazgeçin; çünkü Allah tevbeleri çok kabul eden ve çok esirgeyendir.”²⁸⁶ ayetiyle neshedildiği ve her iki ayetin de daha sonra Nûr suresindeki ayetlerle neshedildiği ifade edilmektedir.²⁸⁷ Zikredilen birinci ayetin evli kadınlarla, ikinci ayetin ise bekâr erkek ve kadınlar hakkında olduğu çoğunlukla kabul edilir.²⁸⁸

²⁸⁵ Nisâ 4/15.

²⁸⁶ Nisâ 4/16.

²⁸⁷ Abdüsselâm Muhammed eş-Şerif, *el-Mebâdiu’ş-şer’iyye fi ahkâmî’l-ukûbât fi’l-fikih’l-İslâmî*, s. 93.

²⁸⁸ İkinci ayette geçen “فَأَوْهَامَا” dul - bekâr ayırımı yapmaksızın hem erkek hem de kadınlara şamil olduğunu , “وَاللَّيِّ يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ” , “ayetin muhsan olan ve olmayan kadınlara işaret ettiğini iddia edenler olmuştur. Bk. Abdüsselâm Muhammed eş-Şerif, *el-Mebâdiu’ş-şer’iyye fi ahkâmî’l-ukûbât fi’l-fikih’l-İslâmî*, Beyrut 1986, s. 95. Bazı müfessirler ise “وَالْبَانِ” ayetinde kast olunan fiilin kadınlar arasındaki sevicilik suçu, “وَالْبَانِ” ayetinde kast olunan fiilin erkekler arasındaki livâta suçu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu görüşün sahipleri erkek ile kadın arasındaki zina suçunun cezasının Nûr suresindeki ayetlerde belirtildiğini söylerler. Çağdaş müfessirlerden M. Zeki Duman ilk ayeti “kadınlarınızdan sevicilik/lezbiyenlik yapanlara...” ikincisini “sizden iki erkek eşcinsel ilişkiye girerse...” diye tercüme etmiştir. Bk. M. Zeki Duman, *Beyânü’l-Hak*, Fecr Yayınları, Ankara 2006, III, 224. Süleyman Ateş de aynı kanaati benimsemiştir. Bk. *Yüce Kur’an’ın çağdaş tefsiri*, Yeni Ufuklar neşriyat, İstanbul 1990, II, 224-228. Bize de yukarıdaki ayetlerin tedricilikle ilgili olduğu ve daha sonra gelen ayetlerle nesh edildiği fikrinden ziyade ikinci yaklaşım daha sağlıklı gelmektedir. Zira ilk ayette erkeklere verilen hiçbir cezadan bahsedilmemekte ve ceza sadece kadınlara hasredilmektedir. Halbuki ayette geçen الْفَاحِشَةَ kelimesini sevicilik diye anladığımızda bu tek taraflı cezalandırma ortadan kalkmaktadır. Ebû Zehrâ da burada neshi gerektirecek bir durum olmadığını, Nisâ 4/16 daki mücmel cezanın Nûr 24/2 ayetiyle açıklandığını ileri sürer. Bk. *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 90.

Zina suçunun asıl cezası diye kabul edilen ceza üçüncü merteye olarak kabul edilen ayetle belirlenmiştir. *"Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüz sopa vurun; Allah'a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah'ın dininde (hükümlerini uygularken) onlara acıyacağınız tutmasın. Mü'minlerden bir grup da onlara uygulanan cezaya şahit olsun."*²⁸⁹ Muhsan olmayan suçlulara uygulanacak bu "celde" cezası "suçtan caydırıcı unsurlarla, suça meylettirici unsurlara karşı yapılan mücadele esasına bağlı olarak konulmuştur."²⁹⁰ Burada suçtan caydırıcı unsurların başında insana fiziki olarak uygulanan sopa/ değnek cezasını ve buna ilaveten de psikolojik bir ceza olarak değerlendirebileceğimiz bu cezanın bir grup insanın önünde uygulanmasını sayabiliriz.

Şüphesiz toplumda bir kişiye uygulanan böyle bir cezanın, izzeti nefis sahibi olan her kişiye uyarıcı mahiyette bir ders, bir ibret olacağı, bu kişileri benzer suçları işleyerek aynı akibete düşmekten kurtaracağı bir gerçektir. Diğer cezalarda olduğu gibi celde cezası da intikam için veya gelişigüzel eziyet etmek, elem vermek için konulmamıştır. Kanunkoyucu bu cezada da insanın psikolojisini, aklını, bedeni acı ve elem çekme özelliğini hesaba katmıştır. Toplum huzurunda bedeni ve psikolojik bir eziyete katlanmayı, acıya, aşağılanmaya razı olmayı insanlar kolay kolay göze alamazlar. Bu sebeplerden dolayı zina suçundan dolayı muhsan olmayan kişilere verilen bu cezada genel caydırıcılık özelliğini müşahade etmekteyiz.

Zina suçuna verilen cezaların ikinci bir caydırıcılık yönünü de şu şekilde izah edebiliriz. Yukarıda zikredilen, Nûr suresindeki ayetin devamında şöyle buyrulur: *"Zina eden erkek, zina eden veya müşrik olan bir kadından başkası ile evlenmez; zina eden bir kadınla ancak zina eden veya müşrik olan erkek evlenir. Bu müminlere haram kılınmıştır."*²⁹¹ Her ne kadar bazı tefsirlerde, "zaten zina eden erkeklerin tabiatları ekseriya süfli kadınlara meyleder, zinaya düşkün olan kadınlar da afif ve salih kimseler ile evlenme eğiliminde olmazlar çünkü kendilerinin bu davranışlarına temiz ve iffetli erkeklerin müsamaha etmeyeceklerini bilirler"²⁹² denilse de yine de insanlar kendilerine zina yapmayan, kendisine sadık olan, kendisini aldatmayan eş ile evlenmek isterler. İster insanın tabiatından isterse toplumsal baskılardan kaynaklansın özellikle

²⁸⁹ Nûr 24/2.

²⁹⁰ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri'u'l-cinâ'ül-İslâmî*, I, 636.; (Ter. Ali Şafak) *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, II, 213.

²⁹¹ Nûr 24/3

²⁹² Bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Kur'ânı Kerim'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri*, İstanbul 1985, V, 2320.

erkeklerin bakire bayanlarla evlenmek istediklerini müşahade etmekteyiz.²⁹³ İşte ayette konulan hükümle zina yapan erkeğin ancak zina eden bir kadınla veya müşrik bir kadınla evlenebileceği, iffetli Müslüman kadınlarla evlenemeyeceği de sanırız bir caydırıcılık unsuru taşımaktadır. Her ne kadar ayette geçen الزانية لا ینکح الا... ibaresini yumuşatarak “zani ancak...meyleder, eğilim gösterir, arzular” manasında anlayanlar olduğu gibi mutlak anlamda yasak olarak anlayıp fakat sonradan bu hükmün nesh olduğunu iddia edenler de olmuştur. “Mesela, Zemaşerî, Kadî el-Beydâvî, Neseî, Alusî ve Ebu’s-Suûd gibi müfessirlerden bir kısmı şöyle demiştir: “Pis olanların tabiatı kendisi gibi pis olanlara meyletmeyi gerektirir. Çünkü işi, gücü zina olan pis bir kimse salih kadınlarla evlenmeyi istemez, o ancak kendisi gibi pis bir kadın veya müşrike bir kadın ile evlenmeyi arzular. Aynı şekilde salih mü’minler de zinakâr sefih kadınlarla evlenmeyi istemezler; ancak o kadınla kendisi gibi pis fasık erkekler veya müşrikler evlenmek ister. Bu ayet mü’minlerin sefih kimselerle evlenmekten titizlikle kaçınmalarını istemektedir. Çünkü çirkin ve pis olan kimselerin dengi ve layığı zinadır, imanın dengi ve layığı ise iffetli ve namuslu olmaktır. Bu sebeple İslam’ın ilk dönemlerinde zina edenlerle evlenmek iffetli mü’minlere haram kılınmıştı, sonra bu hüküm nesholundu.”²⁹⁴

Bursalı İsmail Hakkı da “ayetteki tenzihin tahrim ile ifade edilmesi, zinadan uzaklaştırma / zecr hususunda mübalağa içindir.”²⁹⁵ diyerek haramlık hükmünü yumuşatmıştır. Fakat durum ne olursa olsun bu hüküm ve yorumlarda zina fiilinden caydırıcı ifadeler görmektediriz. Zina yaptığından dolayı kendisine o kadar kötü sıfatlar yüklenen bir erkeğin bir de sadece zina yapan bir kadınla evlenmekle sınırlı bırakılması çok aşağılayıcı bir durumdur.²⁹⁶ Hiçbir toplumda normal bir erkeğin bunu kabulleneceği düşünülemez. Bunu göze alıp zina eden bir kadınla evlense bile devamlı olarak eşinin sadakati me-

²⁹³ Zeki Duman da benzer bir tespitte bulunur ve bu konuda şöyle der: “Çünkü ahlaksız ve karaktersiz kötü insanların, genelde kendileri gibi kötü insanlarla düşüp kalktıkları doğrudur. Ama bu gibi insanların, kendisi zina etmiş veya zinaya düşkün bir kimse de olsa evlenmek söz konusu olduğunda zina etmemiş, temiz kimselerle evlenmeyi tercih ettikleri de bilinmektedir. Bunlar gayet iyi bilirler ki, öylesi kadın ya da erkeklerle yuva kurulmaz.” *Beş Surenin Tefsiri*, Fecr Yayınları, Kayseri 1999, s. 175

²⁹⁴ Zeki Duman, *Beş Surenin Tefsiri*, s. 165 (Alusî tefsirinden naklen. XVIII, 84.)

²⁹⁵ Nakleden Zeki Duman, *Beş Surenin Tefsiri*, s. 165

²⁹⁶ İslam’ın ilk dönemlerinde bunun örneklerini görmektediriz. Mesela, Hz. Peygamber, fakir bir sahabinin Ümmü Mehzul adında zengin fakat zinakar bir kadınla evlenmesine izin vermemiştir. Hz. Ali de celde vurulmuş bir zaninin, zina etmemiş bir mü’min kadınla nikahlandığını işitince, derhal o akti feshedip evlenmelerine mani olmuştur. Bu ve benzeri rivayetler ve bunların değerlendirilmesi için bk. Zeki Duman, *Beş Surenin Tefsiri*, s. 161 vd.

selesi bir şüphe olarak kendisini rahatsız edecek hatta eşi, geçmişini bilen kişiler tarafından "kolay hedef" olarak görülüp rahatsız edilecektir.

Günümüzde zina yapan erkeklerle ilgili böyle bir evlenme sınırlaması mevcut olmadığı için bu cezanın caydırıcılık yönü pek açık olarak görülmeyebilir. Ancak böyle bir şeyi tahayyül ettiğimizde bu meselenin cidden önemli bir caydırıcılık unsuru taşıdığını anlamak zor olmayacaktır. Bu hükmün evlenmemiş, muhsan olmayan kişiler hakkında olduğu bellidir. Çünkü muhsan olan kişiler için recm cezası verileceği için, şayet ispatlanırsa, zina fiilinden sonra onların hayatta kalıp evlenmeleri söz konusu değildir. O halde bekârlara hitabeden bu ayetten şu sonucu çıkarabiliriz. Bir genç şayet zina yaparsa artık iffetli bir bayanla evlenemeyecek, ya zina eden bir kadınla ya da müşrik bir kadınla evlenecektir. Yani genç bir erkek zina yapmayıp iffetli bir kadınla evlenebilme ile, zina yapıp zina eden bir kadınla evlenme arasında seçim yapacak olsa, şayet tabiatında bir bozukluk yok ise herhalde birinci seçeneği tercih edecektir. Buradaki ilahi hükmün kesinlikle bir caydırıcılık vasfı taşıdığını söylemek mümkündür.

Meseleye kadın açısından bakıldığında da benzer bir mülahazada bulunabiliriz. Kadın her ne kadar zina etmiş olsa da kendisine sadık, ailesine bağlı, iffetli birisiyle evlenmek isteyecektir. Hiçbir kadının normal şartlarda eşinin evlilik dışı, haram ilişkilerine göz yumması, bu durumu kabullenmesi düşünlümez. Zaten erkek ve kadın zina fiillerine evlilikten sonra da devam edecek olurlarsa o zaman cezaları celde değil de recm olacağından böyle bir şeyi düşünmek bile abestir. Ancak zina cezasının uygulanmasındaki engellerden olan ispat ve şahitlikle ilgili zorluklardan dolayı bu suçun dünyevi cezası verilememektedir. Tarihte yerine getirilmiş zina suçu cezalarının neredeyse hepsi suçluların ikrarından dolayı uygulanabilmiştir. Mâiz olayında, Gâmid'li kadın olayında ve Bedevilerden bir şahsın oğluna uygulanan cezada hep ikrar faktörü öne çıkmakta, ispat bulunmamaktadır.²⁹⁷ Zina suçlularına uygulanan müeyyidelerden birisinin de zina eden erkek veya kadının cezalarının bir tezahürü olarak ancak zina yapan birisi veya bir müşrik ile evlenebilecekleri olduğu yukarıda zikredilen ayette verilmişti. Kur'ân-ı Kerîm'de "İman etmedikçe müşrik kadınlarla evlenmeyin. Beğenseniz bile, müşrik bir kadından, imanlı bir cariye kesinlikle daha iyidir. İman etmedikçe müşrik erkekleri de (kızlarınızla) evlendirmeyin. Beğenseniz bile, müşrik bir erkekten inanmış bir köle

²⁹⁷ Bu olayların detayı için bk. Müslim, Hudûd 16, 17, 20, 22, 23, 25; Zina ikrarında aranan şartlar, Mâiz ve Gâmid'li kadının ikrarlarının değerlendirmesi için bk. Ahmed el-Husari, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, II, 157 vd.

kesinlikle daha iyidir. Onlar (müşrikler) cehenneme çağırır.”²⁹⁸ ayetiyle müşriklerle evlenmeyi yasaklayan hükümler bulunmasına, müşriklerin Allah ve Resulünden uzak oldukları²⁹⁹, akraba olsalar bile müşrikler için af dilemenin yasaklığı³⁰⁰, müşrik erkek ve kadınlara azap edileceği³⁰¹ bildirilmesine rağmen, ancak müşrik birisiyle evlenebilmenin insanı ne duruma düşüreceği gayet açıktır. Böyle bir ceza, zina suçunun ne kadar vahim bir fiil olduğunu göstermekle kalmıyor, bunu irtikap edeni neredeyse İslam toplumundan çıkartıp müşriklerin safına itiyor.

Yukarıdaki ayette zikredilen müşrik kadınlarla ve erkeklerle evlenme yasağına rağmen zina yapanların bunlarla evlenebileceği konusunu Elmalılı şöyle izah eder: “zani birisi zaniye ve müşrikeden başkasını nikah etmez, zinakar bir herif evlenecek olursa alacağı karı ya bir zaniye ya da bir müşrikedir. Çünkü iman ve iffeti olan temiz salih kadınlar nefret eder, ona tenezzül etmez ve etmemelidirler, öyle heriflere olsa olsa ya kendisi gibi zinakar veya müşriğe bir karı rağbet eder ki müşrikelerin de iffeti meşhurdur. Ve işte zina şirke, şirk zinaya böyle yakındır.”³⁰² Açıklamalarının devamında Elmalılı, zinayı helal görenlerin ve onu hafife alanların küfre düştüklerini ve müşrik hükmünde olduklarını, bunların nikahlarının olmayacağını, bunlarla evlenmenin haram olacağını beyan edip, zinayı helal görmek veya küçümsemek gibi küfre götürücü bir durum olmadan zinası vazih olmuş daha önce de başından nikah geçmemiş bekârlarla evlenmenin iffetli mü’minler için tahrimen mekruh olduğunu ileri sürmüştür.³⁰³

Bütün bunlardan şöyle bir netice çıkartmak mümkündür, şayet zina eden kişi bunun haram oluşunu kabullenmiyor ise, bu fiilin vahametini küçümüyor ve hafife alıyorsa bu kişi zaten küfre düşmüş ve hükmen de müşrik olmuştur. Bundan dolayı bu kişi ancak müşrik olan birisiyle evlenir. Şayet zinanın helal olduğunu iddia etmeden bu fiili işlemiş ve cezasını çekmiş ise bunun iffetli mü’minlerle evlenmesi hoş karşılanmamıştır. Bu konuda İbn Teymiyye’nin şu görüşü nakledilir. “Zina etmişlerin nikahı mü’minlere haram kılındı ifadesi de, zinanın küfür ya da küfre denk bir suç olduğunu,

²⁹⁸ Bakara 2/221.

²⁹⁹ Tevbe 9/3.

³⁰⁰ Tevbe 9/113.

³⁰¹ Ahzâb 33/73.

³⁰² Bk.Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur’ân Dili*, V, 3473.

³⁰³ Bk.Muhammed Hamdi Yazır, a.g.e., V, 3478.

mü'minden iman vasfını götürmese bile, işlediği suç itibarıyla müşrike denk sayıldığını göstermektedir. Çünkü gerçek iman, bir mü'minin Allah'a karşı gelmesinden ve böyle bir yasağı çiğnemesinden alıkoymalıdır. Zayıf iman, müşrikin şirk koşmasını engelleyemediği gibi zaninin de zina etmesini engelleyememiştir.³⁰⁴ Belki de celde cezasından daha çok, mü'mini neredeyse müşrik seviyesine indiren böyle bir müeyyidenin caydırıcılık tesiri vardır.

Zina suçunu işleyen bekâr kişiye ayrıca bir yıl da sürgün cezası verilmektedir. Hz. Peygamber'in "Bekâr kişi bekârla zina ettiğinde yüz değnek ve bir yıl sürgün ile tecziye edilir."³⁰⁵ hadis-i şerifine dayanarak verilen bu cezayı Hanefiler had cezası olarak değil de, devlet reisi tarafından verilmiş tazir cezası olarak kabul ederler. Malikiler sürgün cezasını sadece erkeğe uygulanması gereken bir had olarak değerlendirirken, Şâfi'i ve Ahmed b. Hanbel hem kadın hem de erkeğe uygulanması gereken bir had cezası olarak nitelerler. Son dönem İslam ceza hukuku eserlerinde sürgün cezası, had cezası üzerine ilave olarak verilen *tekmîli* (tamamlayıcı) cezalar sınıfına dahil edilmiştir.³⁰⁶

Bu cezanın gayelerinden birincisi suçun kısa sürede unutulmasını sağlamaktır. Suçlunun toplum içinde özellikle de suçun işlenmesinden hemen sonra dolaşıp görülmesi hem suçun hatırlanıp gündemde kalmasına, hem de suçlunun hakaretlere ve psikolojik baskılara maruz kalmasına yol açacaktır. Bundan dolayı sürgün cezası bir yönden hem toplumun hem de suçlunun yararındır.³⁰⁷ Diğer yönden ise kişinin evini, işini, arkadaşlarını, bağı, tarlasını bırakıp bir sene başka bir bölgeye gitmeye zorlanması ve bunun bir ceza olarak cebren uygulanması şüphesiz şahsı olumsuz etkileyecektir. Bunu göze alamayacak kişiler ise bu fiili işlemekten kaçınacaklardır ki bu da sürgün cezasının caydırıcılık yönü olarak izah edilebilir.

Zina suçuna verilen cezaların en caydırıcı olanı, en az tatbik edileni ve buna rağmen üzerinde en çok konuşulana şüphesiz ki recm cezasıdır. Kur'ân'da bulunmadığı için Hariciler gibi İslamiyet'te recm cezasının olmadığını³⁰⁸, Hz.

³⁰⁴ Zeki Duman, *Beş Surenin Tefsiri*, s. 185.

³⁰⁵ Müslim, Hudûd 12, 13, 14; Ebû Dâvud, Hudûd 23; Tirmizî, Hudûd 8.

³⁰⁶ Ahmed Fethî Behnesi, *el-'Ukûbe fî'l-fikhî'l-İslâmî*, s. 174, 175.

³⁰⁷ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'î'l-İslâmî*, (Ter. Ali Şafak) *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, II, 216.

³⁰⁸ "Recm konusunda Kur'ân'da bir hüküm yoktur. Bu sebeple Hariciler taşlama cezasını inkar ederler. Onların mezhebinde zina eden evli ile zina eden bekâr arasında cezada eşitlik vardır, onlara da sopa cezası tatbik edilir." Bk. Abdülkâdir Üdeh, a.g.e. II, 216.

Peygamber'in bunu sadece Yahudilere kendi inançları icabı olarak uyguladığını, ilk dönemlerde bu cezanın var olup daha sonraları celde ayetiyle nesh edildiğini iddia edenler³⁰⁹ olduğu gibi bir Yahudi cezası olan bu cezanın sonraki zamanlarda İslam'a, Hz. Peygamber'e ve sahabilere yalan isnat edilerek sokulduğunu iddia edenler de olmuştur.³¹⁰

Haricilerin dışındaki cumhur recm cezasının varlığı konusunda icmada bulunmuşlardır. Çünkü Hz. Peygamber'in bu cezaı emrettiği, bunun uygulandığı ve daha sonra da sahabenin bunu tatbik ettiği bilinmektedir. Özellikle de Mâiz ve Gâmid'li kadına verilen ve uygulanan cezada hem kavli hem de fiilî sünnetin bir arada bulunduğu ileri sürülmektedir.³¹¹ Klasik fıkıh eserlerinde bu konuda hiçbir tereddüt yoktur ve muhsan kişinin zina cezası yukarıdaki örneklere dayanarak recm olarak verilmiştir.³¹²

Biz recm cezasının verilebilmesi için aranan şartlara ve bu cezaı düşürücü şüphelerle ilgili detaylara burada girmek istemiyoruz. Ancak bu cezanın

³⁰⁹ Bu görüşün savunucularından birisi de Muhammed İzzet Derveze'dir. Ona göre Hz. Peygamber'in recm cezasını uyguladığını bildiren hadisler Nûr 24/2 ayetinin nüzulünden öncedir. Yani bu ayet hem Nisâ 4/15-16 da bildirilen hapis cezası hükmünü, hem de Hz. Peygamber'in koyduğu recm cezasının hükmünü ortadan kaldırmıştır, yani neshetmiştir. Ayrıca bu son hüküm cezada evli-bekâr ayırımı da gözetmemiştir. Bk. *et-Tefsîru'l-hadis*, VI, 310-311. Derveze, bu görüşlerine rağmen, halifelerin evlilerden zina edenleri recm ettirdiği, Hz. Ömer'in "Resûlullah recmetti biz de ondan sonra recmettik" buyurduğu şeklindeki rivayetlerini, hadis ve fıkıh imamlarının evlilerin zina cezasının recm olduğunda ittifak etmelerini dikkate alarak konunun daha da araştırılması gerektiğini ifade eder. Bk. a.g.e. , s. 311.

³¹⁰ Bk. Yaşar Nuri Öztürk, *Kur'ân'daki İslam*, s. 608,609. "Bir zulüm manzarası arz den bu cezalandırma Kur'ân'ın ne ruhuna ne de Allah ve insan anlayışına uyar. Bu ceza Kur'ân'ın rahmet prensibini dejenere etmek ve başta Hz. Ömer olmak üzere birçok insana yalanlar isnadı suretiyle İslam fıkıhına sokulmuştur. (...) İşin esası şu ki, bu cezaı, Allah'ın, rahmetine uygun düzenlemeler yapan tavrını nefislerindeki katılığa uygun bulmayanlar bir takım oyunlarla dine sokmuşlardır. (...) Bu ceza İslam'a sokulan İsrailiyat (Yahudiliğe ait kabul ve gelenekler) tandır, Tevrat'ta bu ceza vardır. Ve Hz. Peygamber bir devlet reisi sıfatıyla, kendisine başvuran Yahudilere bunu uygulamış olabilir. Sonraki zamanlarda bu Yahudi cezası, rahmet dini olan İslâm'a, hem de Hz. Peygamber'e ve sahabilerine bir yığın yalan isnat edilerek sokulmuştur." Bu görüşlerin tenkidi ve değerlendirmesi için bk. Ebubekir Sifil, *Modern İslam Düşüncesinin Tenkidi I*, Kayihan yayınları, İstanbul 1997, s. 130-170.

³¹¹ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i'l-İslâmî*, (Ter. Ali Şafak) *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, II, 217.

³¹² Örnek olarak bk. Abdullah b. Mahmûd Mevdûd, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, IV, 84; Fahrüddin Osman Alî b.ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenz'id-dekâik*, Mısır 1313 H., III, 167; Alaüddin Ebî Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'us-sanâ'i' fi tertîbi'ş-şerâ'i'*, Beyrut 1974, VII, 39.

nasıl bir genel caydırıcılık özelliğine sahip olduğu konusuna değinmek istiyoruz. İslam ceza hukukunda belirlenmiş cezaların suçun vahametine, toplum ve fert için oluşturduğu tehlike derecesine göre ağır veya hafif cezalar olarak tespit edildiğini daha önce de zikretmiştik. Zina fiili Hz. Peygamber'in saydığı üç büyük günahtan, üç büyük suçtan birisidir.³¹³ Bu suç insanların ırz, namus ve nesillerine karşı yapılmış bir saldırı olduğu gibi aynı zamanda da toplum ahlakına ve kamu düzenine yöneltilmiş bir tehdittir.

İrz, namus ve neslin korunması İslam dininin hedeflediği esaslardandır. Bunu sağlamak için de ağır cezalar konulmuştur. Zina cezasına çarptırılmış ve celde cezası uygulanarak memleketinden sürülmüş, ancak müşrik veya zina yapan kişilerle evlenebilecek birisini görmek, onun ruh halini tasavvur etmek herhalde insanları zinadan uzaklaştıracaktır. Hele recm cezası verilerek, aşağılanmış ve zelil bir şekilde taşlanarak öldürülen birisini gören veya duyan birisinin zina yapmasını bırakalım, zinaya yaklaşmasını bile düşünmek zordur. Zaten esas olan da zinaya yaklaşmamaktır³¹⁴, çünkü insan bu yolda bir adım atıp da kendisini zina etmeye zorlayan ve cinsi arzularını kabartan bir ortamda bulursa bu durumda iradesi zayıflar ve zinadan korunması zorlaşır. İnsanın bu özelliğini bilen Yüce Allah zinaya yaklaşmayı bile yasaklamıştır.

2. Zina cezalarında özel caydırıcılık

Zina suçuna verilen celde cezası, sürgün cezası, müminlerle evlenememe cezası gibi cezalarla recm cezasının genel caydırıcılık özelliklerinden yukarıda bahsetmiştik. Son zikredilen ceza hariç diğerlerinin genel caydırıcılık özelliği yanında özel caydırıcılık niteliği de taşıdıklarını söyleyebiliriz. Bunları teker teker ele alacak olursak:

Zina suçundan dolayı kendisine sopa vurulan bekâr bir kimsenin tekrar aynı suçu işleyip, aynı bedeni acıları çekmesi, aynı aşağılanmışlık duygusunu tekrar yaşamayı göze alması için mutlaka aklından bir zoru olması lazımdır. İslâm tarihi ve fıkıh kaynaklarımızda biz bunun bir örneğine rastlayamadık. Zaten toplam olarak, uygulanmış celde ve recm cezalarının kaynaklarımızda zikre-

³¹³“Resûlullah (sav.) ‘size büyük günahların enbüyüğünü haber vereyim mi?’ dedi. Sahabiler: ‘buyur ya Resûlallah!’ dediler. Resûlullah (sav.): ‘Allah’a ortaklaşmak, ana-babanın haklarına saygısızlık etmek ve komşunun hanımı ile zina etmektir’ dedi.” Buhârî, Edeb 6; Eymân 16; Diyât 2.

³¹⁴ “Zinaya yaklaşmayın. Zira o, bir hayasızlıktır ve çok kötü bir yoldur.” İsrâ 17/32.

dilen sayısı istatistiki yönden çok azdır.³¹⁵ Bu sayının azlığı toplumda işlenen zina suçunun bu sayıda olmasından değil, zina suçunun ispat edilebilmesindeki güçlüklerden ve insanların bunu ikrar etmemelerinden kaynaklanmaktadır. Mâiz ve Gâmid’li kadın gibi, işlediği suçun günahından kurtulmak için ölüm cezasını göze alacak, duyduğu “pislik” hissinden dolayı temizlenmeyi isteyecek şahısların sayısı tarih boyunca üç beş kişiyi geçmemiştir. Özellikle zina suçunun sübutu için en az dört şahidin zina fiilini en ince detayına kadar görmeleri gibi bir şart bu cezanın uygulanma alanını çok daraltmıştır.

Tabii olarak burada caydırıcılıkla ilgili bir problem ortaya çıkmaktadır, şayet bu suçun ispatı neredeyse imkânsız ise, ikrar hariç bu suçta ceza verilmesi de o derece imkânsız olacaktır. Uygulanması mümkün olmayan bir cezanın caydırıcılığı nasıl olacaktır? Buna verilecek en kısa cevap herhalde “az olacaktır” cevabıdır. Yalnız burada şunu da göz önünde bulundurmamız lazımdır, adam öldürme, zina yapma gibi suçların hem dünyevi hem de uhrevi cezaları vardır.

Dünyevi müeyyideler kendisinden daha tesirli olan uhrevi müeyyidelerle bir bakıma desteklenmişlerdir. Bu yüzden dünyevi cezaların tatbik edilmediği ya da tatbik edilme imkânının kalmadığı yerlerde inanan kişiler için uhrevi cezalar devreye girmekte ve bu cezaların caydırıcılığı insanların suça meyletmelerini engellemektedir. Günümüzde zina suçu için recm veya celde cezasının uygulanmadığı, hatta artık zinanın suç sayılmadığı, Müslüman insanların yaşadığı ülkeler vardır. Bu Müslümanların büyük bir çoğunluğunun da zinadan uzak durduğunu zannediyoruz (en azından öyle olmasını temenni ediyoruz) o halde bu insanları zinaya yaklaşmaktan men eden kanunlar ve dünyevi müeyyideler olmadığına göre, bunun uhrevi cezalar tarafından gerçekleştirildiğine kanaat getiriyoruz.

Zeki Duman, “Zina eden erkek, zina eden veya müşrik olan bir kadından başkası ile evlenmez; zina eden bir kadınla ancak zina eden veya müşrik olan erkek

³¹⁵ Kaynaklarda zikredilen çok az sayıdaki recm cezası uygulamasının dört, beş tanesi Hz. Peygamber dönemine aittir. Süleyman Ateş bu rivayetleri şüpheyle karşılar ve şu görüşleri ileri sürer: “Ancak biz, Hz. Peygamber’in, kendi hayatlarında böyle bir cezayı uyguladığına asla ihtimal vermiyoruz. Çünkü bir insanı yarı beline kadar toprağa gömüp taşla vura vura öldürmek, âlemlere rahmet olarak gönderilmiş olan Peygamber (sav.)in herkesçe bilinen yüce şefkat ve merhamet duygularına aykırıdır. Eğer insanın işlediği suç öldürülmesini gerektiriyorsa o insan öldürülür ama böyle yürekler acısı işkence ile değil. Çünkü ceza acı çekirmek için değil, uslandırmak içindir. Kısasta ceza suça uygundur. Haksız yere adam öldüren kimse öldürülür. Ama zina suçu iki kişinin rızasıyla olmuşsa o iki kişinin nefislerine ait bir suçtur. Bunun cezası ölüm de olsa böyle dayanılmaz bir biçimde ızdırapla olmaz. Bu Allah’ın rahmetine de Peygamber’in merhametine de aykırıdır.” Süleyman Ateş, *Yüce Kur’ân’ın Çağdaş Tefsiri*, VI, 148.

evlenir. Bu müminlere haram kılınmıştır." ayetinin caydırıcılık gücünü açıklarken şöyle bir değerlendirmede bulunur: "Zina ettikten sonra Müslümanlar arasından bir nevi dışlanacağını, yani mahkemece suçu sabit görülüp kendisine celde uygulandığı için artık hayatı boyunca hiçbir müminin onunla evlenmeyeceğini; evlenmek istediği zaman ya bir zani, ya bir müşrik ile evlenmek zorunda kalacağını bilen; Allah nazarında pis bir müşrike denk hem de Müslümanlar nazarında pis bir insan olarak görüleceğini düşünen; bilhassa tevbesi kabul edilmez de Allah'ın lanetini ve gazabını hak etmiş birisi olarak öldüğü takdirde içinde ebedi olarak kalacağı cehenneme atılacağını tahayyül edebilen hangi gerçek mümin bütün bunları göze alarak zinaya yaklaşabilir?..."³¹⁶ Bu ifadelerde çoğunlukla genel caydırıcılık söz konusu olabileceği gibi özel caydırıcılıkla da izah edilebilecek hususlar mevcuttur.

İster bekâr kişiler, isterse evli kişiler tarafından işlensin zina suçuna recm cezası değil de celde cezası verileceğini, Nûr 24/2 ayetinin sonundaki "*Allah'ın dininde (hükümlerini uygularken) onlara acıyacağınız tutmasın. Mü'minlerden bir grup da onlara uygulanan cezaya şahit olsun*" ibaresinin, acımadan haddi uygulamak fakat bunu yaparken de suçluyu öldürmemek, değneği başına vurmamak, merhametsizce dövmemek anlamında olduğunu iddia eden Ateş, bu celde cezasının caydırıcılığı konusunda da şöyle der: "Zanilerin halk huzurunda dövülmelerinin hikmeti de insanlara ibret olmak ve bu işe eğilim duyanları korkutup bundan vazgeçirmek içindir. Çünkü dövülmek nefse ağır gelir. Halkın huzurunda dövülmek ise insanı son derece mahcup duruma düşüreceği için daha çok ağırdır."³¹⁷

Zina suçuyla ilgili cezalardan genel caydırıcılık yönünden en kuvvetlisi recm cezası olmasına rağmen, teknik olarak bu cezada özel caydırıcılıktan söz etmemiz mümkün değildir. Çünkü kendisine ceza verilen şahıs, ceza neticesinde öldüğü için bu şahsın verilen cezadan ders alması, kendisini ıslah etmesi mümkün değildir. Burada zina suçunu irtikap eden kişi cezalandırılmış ve aynı suçu bir daha işleyemeyecek şekilde bertaraf edilmiştir. Başka bir deyişle özel caydırıcılık hariç cezanın diğer fonksiyonları icra edilmiştir.

3. Hırsızlık cezasında genel caydırıcılık

İslam ceza hukukuna yöneltilen tenkitlerin odağındaki temel hedeflerden birisinin hırsızlık suçuna verilen cezanın olduğunu görmekteyiz. Batı dünyasındaki şarkiyatçılardan, yazarlardan, Müslüman ülkelerdeki birçok ilim

³¹⁶ Zeki Duman, *Beş Surenin Tefsiri*, s. 189.

³¹⁷ Süleyman Ateş, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, VI, 150.

adamı, konuyla ilgili en ufak bir araştırmada bulunmamış siyasetçi, iş adamı hatta sinema sanatçılarına kadar herkes hukuk ve adalet havarisi kesilerek kendilerince hükümler koymakta ve nass ile sabit olmuş bir ceza hakkında ölçüsüz beyanlar vermektedirler.³¹⁸ Biz bunlarda belki bir samimiyet payı olduğunu kabul etmekle beraber bu kişilerin konu hakkında yeterli bilgiye sahip olmamalarının, kulaktan dolma bir takım ilmi olmayan bilgilere dayanmalarının etkili olduğunu düşünmekteyiz.

Hırsızlık suçu hemen hemen bütün toplumlarda salgın bir hastalık gibi bütün fertlerin huzur ve emniyetini tehdit eder bir duruma gelmiştir. Bu konuda yapılan istatistikler hakikaten ürkütücü bir tablo arz etmektedir. Teknolojinin gelişmesiyle internet hırsızlığı, sanal hırsızlık, kredi kartı hırsızlığı gibi yeni hırsızlık metotları hırsızlık kavramının çerçevesini genişletmiş ve mağdur sayısını çoğaltırken hırsızlıktan geçinen geniş bir kitle meydana getirmiştir.

Büyük şehirler bir yana, küçük yerleşim birimlerinde bile hırsızlık vakaları çoğalmaya başlamış daha vahim olanı ise bu fiil artık günah olmaktan, yüz kızartıcı olmaktan çıkmış ve mağdurlar unutulmuş suçlulara himaye edilmeğe başlanmışlardır. Bu himayenin, suçlulara uyarı, kınama, erteleme, şartla salıverme, kısa süreli hapis cezaları gibi caydırıcı olmayan cezalar verilmesi şeklinde tezahür ettiğini söyleyebiliriz. Yakalanan hırsızlardan pek çoğunun sabıkalı olması, hatta bazılarının on, on beş, yirmi, elli, yüz sabıkasının olmasını nasıl izah edeceğiz. Bir kimseye on defa ceza verilmiş ve bu kişi hâlâ aynı suçları işlemeye devam ediyorsa bu, o hukuk sisteminin suçluyla baş edemediğinin yani başarısızlığının göstergesidir denilebilir. Halbuki cezaların özelliklerinden birisinin suçluyu işlediği suça tekrar dönmekten men edecek kapasitede olması aynı zamanda başkalarını da benzer suçları işlemekten caydırmasıdır.

318 Bu konuda Sâbüni şöyle tepki gösterir: "İnsanlık düşmanları kâtilin ölsürülmesini ve hırsızın elinin kesilmesini çok büyüterek bu suçluların psikolojik hasta olduklarını ve toplumun onları kazanması gerektiğini, bu cezaların medenî bir topluma yakışmadığını ileri sürerler. Onlar toplumun malına, canına kasteden, istikrarını bozan, insanların güven ve huzurlarını ortadan kaldıran cânilerden toplumu korumak yerine, cânileri toplumdan korumaya çalışıyorlar.(...) İslamdaki had cezalarının katiliğinden, ve bu asırdaki medeniyetle bağdaşmadığından dolayı bunların ilgasını isteyen batılîlar, barbar savaşılarıyla ve vahşetleriyle suçsuz insanları yaşlı, kadın, çocuk demeden katletmekte, evlerini yerle bir etmekte, fakat bu kendilerine göre vahşilik sayılmamaktadır." Bk. Muhammed Ali es-Sâbüni, *Rawâi'ul-beyân tefsîr-u âyât'il-Ahkâmi min el-Kur'ân*, Kuveyt 1972, I, 557. Sâbüni'nin 1972'den önce yaptığı bu tespitlerinde ne kadar haklı olduğu Bosna-Hersek'teki Müslümanlara yönelik katliamlarla, Irak, Afganistan ve Filistin'de devam eden vahşetle bir kez daha ortaya çıkmıştır. Her gün, en gelişmiş imha silahlarıyla yüzlerce Müslüman öldürülürken, işkenceye ve tecavüze uğrarken sesini çıkartmayan insanların, Nijerya'da bir hırsıza verilen cezaya karşı top yekün seferber olmaları nasıl izah edilebilir?

Hırsızlık suçunun cezasıyla ilgili nass şöyledir: *"Hırsızlık yapan erkek ve kadının işlediklerine karşılık bir ceza ve Allah'tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir."*³¹⁹ Bu ceza Hz. Peygamber tarafından teyit edilmiş, uygulamaya konulmuş³²⁰ ve kendisinden sonra gelen dönemlerde de tatbik edilmiştir. Başka bir ifadeyle bu ceza, Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir. Bu cezanın verilmesindeki sebeplerden birisi hırsızın başkasının malını haksız yere alması yani onun malına saldırıda bulunmasıdır. "Bu bir bakıma yeryüzünde emniyeti ihlal etmektir ve bir çeşit fesattır."³²¹

Halbuki böyle bir durum genel olarak adalet ve hakkaniyet prensiplerine aykırıdır ve Kur'ân-ı Kerîm'de *"Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, bâtil (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin."*³²² ve *"Mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin."*³²³ ayetleri ve "Rızası olmadığı müddetçe bir kişiye kardeşinin malı helal değildir."³²⁴ hadis-i şerifleriyle yasaklanmıştır. Bütün semavi dinlerde ve gerek geçmişte gerekse günümüzdeki hukuk sistemlerinde hırsızlık fiilinin suç olduğunu ve belli cezalarla karşılık gördüğünü biliyoruz.

Hırsıza verilen ceza ile ilgili olarak yukarıda zikredilen ayeti incelediğimizde, ayetin ilk bölümünde *"Hırsızlık yapan erkek ve kadının işlediklerine karşılık bir ceza..."* ibaresini görmekteyiz. Bu hem İslam ceza hukukunda hem de modern ceza hukukunda cezaların gayelerinden birisi olan "işlenen suç fiiline karşılık olması" maddesini çağrıştırmaktadır. Ortada işlenen bir suç ve bunu işleyen bir suçlu var ise, suçun ispatı şüpheye mahal bırakmayacak şekilde gerçekleşmiş ise bu suça bir ceza, bir karşılık verilmesi gerekir. İşte ayetin ilk bölümünde vurgulanan da budur.

Ayetin ikinci bölümünde verilen *"Allah'tan bir ibret olmak üzere..."* ifadesi ise yine hem İslam hukukundaki hem de diğer hukuk sistemlerindeki "cezanın başkalarına caydırıcı örnek olması" özelliği ile ilgilidir. Burada kullanılan

³¹⁹ Mâide 5/38.

³²⁰ Bu konudaki hadisler için bk. Buhârî, Hudûd 13; Muslim, Hudûd 2, 8, 9; Ebû Dâvud, Hudûd 12.

³²¹ Bk. Muhammed Ali es-Sâbüni, *Rawâi'u'l-beyân tefsîr-u âyât'i'l-Ahkâmi min el-Kur'ân*, Kuveyt 1972, I, 548.

³²² Nisâ 5/29.

³²³ Bakara 2/188.

³²⁴ Muhammed Hamîdullah, *Mecmû'atü'l-vesâiki's-siyâsiyye*, s. 362.

anahtar kelime كَلَامٌ³²⁵ kelimesidir. Bu kelimenin kökü olan كَلَّ insanın kendisini bir şeyden alkoyması, geri durması, çekinmesi, kaçınması anlamlarına gelir. Aynı kelime if'âl kalıbında ise (tenkîl) bir şeyi örnek, ibret yapmak, şiddetli şekilde cezalandırmak, birisine ders vermek anlamlarına gelir. كَلَّ ise ibret verici ceza, ikaz edici örnek, ikaz anlamlarında kullanılır.³²⁶ İbn Manzûr ise aynı kelimeyi "bir başkası için ibret yapılan, ders çıkarılan şey" şeklinde tarif eder.³²⁷ Bu kelimenin İslam hukukçuları tarafından kullanımına en uygun tarif belki de E.W. Lane tarafından yapılmıştır, ona göre كَلَّ: "suçludan başkasını ikaza yarayan ceza veya, suçluyu aynı suçu tekrar işlemekten alıkoyan cezadır."³²⁸

Buradan çok açık ve net bir şekilde anlaşılan, suçluya verilecek cezanın diğer insanlara, benzer suçu işleme niyet ve temayülünde olan kişilere bir ibret ve örnek teşkil edeceği, bu kişiler için caydırıcı bir etkisinin olacağıdır. Hayatta insanların sadece kendi tecrübelerinden öğrenmeleri, ders çıkarmaları kadar, belki de ondan daha önemli olarak başkalarının tecrübelerinden bir şeyler öğrenmeleri ve ders çıkarmaları esastır. Bu sadece fertler için geçerli bir kural olmakla kalmayıp aynı zamanda toplumlar ve devletler için de geçerlidir. Suç işleyen birisine verilen ağır bir cezayı görerek, aynı cezaya çarptırılma riskini göze alarak suç işlemek ya çok cesur olmaktır ya da aptallık derecesinde saf olmaktır. Ama her iki durumda da zarar görecektir kendisidir. Hırsızlık cezası ile ilgili ayetin son bölümünde ise "Allah izzet ve hikmet sahibidir" buyurularak verilen bu ceza insanlara her ne kadar ağır ve şiddetli bir ceza gibi görünse de bunda şüphesiz birçok hikmetler bulunduğu, ve bunun Allah'ın Hakîm³²⁹ sıfatının bir neticesi olduğu vurgulanarak insanların, insan düşün-

³²⁵ Bu kelime Kur'ân-ı Kerim'de geçtiği diğer iki yerde de aynı anlamda kullanılmaktadır: "Allah onu (herkese ibret olarak) dünya ve ahiret azabıyla cezalandırdı." (Nâziat 79/25), "Biz bunu hadiseyi bizzat görenlere ve sonradan gelenlere bir ibret dersi, müttekiler için de bir öğüt vesilesi kıldık." (Bakara 2/66)

³²⁶ Bk. Hans Wehr, كَلَّ, *Arabic-English Dictionary*, New York 1976, s. 999.

³²⁷ İbn Manzûr, *Lisânul-Arab*, III, 720.

³²⁸ E. W. Lane, *Arabic-English lexicon*, II, 3038.

³²⁹ Hakîm sıfatının bu ayette kullanılmasının Arap dili ve mantığı bakımından önemini gösteren bir anekdotu burada vermeyi uygun bulduk. "El-Asmaî diyor ki: Bu ayeti okuduğumda yanımda bir bedevi vardı. Ayeti yanlışlıkla وَاللَّهِ غَفُورٌ رَحِيمٌ şeklinde okudum ve bedevi bana 'bu kimin sözü?' diye sordu. Ben de 'Allah'ın' diye cevap verdim. 'tekrar et' dedi, ettim, 'وَاللَّهِ غَفُورٌ رَحِيمٌ'. Bedevi 'bu Allah'ın kelamı değildir' deyince hatamı anladım ve عَزِيزٌ حَكِيمٌ şeklinde düzelttim. Bedevi, 'doğru yaptın, işte bu Allah'ın kelamıdır' dedi. Ona sordum 'sen Kur'ân okur musun?'; 'hayır' dedi. Tekrar sordum 'o halde hata yaptığımı nasıl bildin?'. Dedi ki 'burada (Allah) kudret ve izzetiyle, hikmetiyle hükmetti ve kesti, şayet affetseydi, acısaydı kesmezdi!' Bu, bedevinin keskin zekasına ve ayetin başı ile sonu arasındaki uyumluluğa ve anlam bağlantısına delalet eder." Nakleden Muhammed Ali es-Sâbüni, *Rawâi'ul-beyân tefsîr-u âyât'il-Ahkâmî min el-Kur'ân*, I, 550.

cesi, insan kapasitesi ve insan mantığı ile yapabilecekleri bir itirazın önü ke-silmiş ve cevabı verilmiştir. Bu ayette konulan ceza, gerçekten çok ağır bir ceza olmakla birlikte ibret verici ve caydırıcı olmasından dolayı uygulandığı toplum ve dönemlerde suç işleme oranını büyük ölçüde düşürmüştür. Suç işleme oranı düştüğü için de cezanın uygulanması azalmıştır.

Sâbûnî, İslâm'ın hırsızlık suçu için verdiği cezanın tam anlamıyla caydırıcı ve engelleyici bir ceza olup, böyle ağır bir cezanın toplumdaki suçu kö-künden kazıdığını, kötülüğü daha beşiğinde iken yok ettiğini, bu sayede toplumun huzur, emniyet ve istikrar bulduğunu belirtmektedir.³³⁰

4. Hırsızlık cezasında özel caydırıcılık

Hırsızlık cezasının uygulanmasından önce gerek hırsızın kendisiyle ilgi-li, ceza ehliyeti, mükellefiyet, irade gibi, gerek çalınan malın vasıflarıyla ve kıymetiyle ilgili gerekse malın çalındığı yerle ilgili birtakım şartların tahak-kuk etmesi lazımdır. Bunlarda meydana gelebilecek en ufak bir şüphe veya eksiklik cezanın uygulanmasına engel olacaktır. Ancak bütün bu şartların bulunmasından sonra hırsıza verilecek cezanın da ağır fakat o derecede de caydırıcı bir ceza olduğu da açıktır.

Mükemmel bir şekilde yaratılmış insanın bütün uzuvları değerlidir ve her uzvun kendisine has bir fonksiyonu ve beden içinde bir yeri vardır. Ceza ola-rak kesilen bir elin yokluğu her gün defalarca hırsıza işlediği suçu hatırlata-cak ve gelecekte aynı suçu işlemesinde caydırıcı bir unsur olacaktır. Mâver-dî, kesilen el açıkta olup herkes gördüğü için bunun başkalarını caydırması yanında (genel caydırıcılık) aynı zamanda da şahsın kendisini yeni suçları işlemekten engelleyeceğini (özel caydırıcılık) iddia eder.³³¹

İslam'ın kendisine karşı savaş açanlara, toplumun huzur ve güvenini bozan-lara karşı çok etkili tedbirler aldığını ve çok ciddi müeyyideler ortaya koy-duğunu belirten Sâbûnî, bu cümleden olmak üzere hırsızlık suçu için de el kesme cezasının konulduğunu, bu cezaların hakkıyla caydırıcı ve engelleyi-ci olarak kabul edildiğini dolayısıyla suçu kökünden kesme özelliğine sahip bulunduğunu, suçu daha beşiğinde iken yok ederek toplumun güvene, hu-zura ve istikrara kavuşmasını sağlayacaklarını ileri sürer.³³²

³³⁰ Sâbûnî, *Rawâi' u'l-beyân*, I, 557.

³³¹ Bk. Ebu'l-Hasen Ali b. Habib el-Mâverdi (364-450H.), *en-Nuketü ve'l-uyûn (Tefsîru'l-Mâver-dî)*, Kuveyt 1982, I, 463.

³³² Bk. Muhammed Ali es-Sâbûnî, *Rawâi' u'l-beyân tefsîr-u âyâtî'l-Ahkâmi min el-Kur'ân*, I, 557.

Elmalılı ise hırsızlık için verilen cezanın sadece çalınan malın mukabili olarak değil aynı zamanda gizli bir hıyanet ve izzeti İlahiyeye bir tecavüz olan çalma fiilinin karşılığı olarak verildiğini söyleyerek bu cezanın hem suçluya hem de ona uyup azacak olanlara sabit bir kelepçe olduğunu, bu cezanın tatbik edildiği toplumlarda hırsızlığın kökünün kesileceğini ileri sürer.³³³ Burada da gerek suçlunun gerekse onu örnek alacakların suç işlemekten uzak kalmalarının ve toplumda suçtan eser kalmamasının sebebi cezadaki caydırıcılık unsuru olmaktadır.

Cezaların hepsinde genel ve özel caydırıcılık unsurlarının bulunmasına rağmen, özellikle de hırsızlık cezasında her iki caydırıcılık unsurunun da çok belirgin bir şekilde mevcut olduğunu görüyoruz. Belli bir dünya menfaati için bir kişinin ömür boyu en kıymetli bir uzuvdan yoksun olarak yaşama riskini üstlenmesi herhalde çok nadiren olacaktır. Mevcut suç istatistikleri de bu fikri desteklemekte, caydırıcı cezaî müeyyidelerin uygulandığı toplumlarda suç işleme oranının düşük olduğunu göstermektedir.

5. Yol kesme (hirabe) cezasında genel caydırıcılık

İslam ceza hukukundaki cezaların en ağır, belki de bütün cezaları bünyesinde toplayan ceza *hirâbe* cezası diye bilinen yol kesme ve eşkiyalık cezasıdır. Bu cezaya temel oluşturan ayette (Mâide 5/33) şöyle buyrulur: “Allah ve Resûlüne karşı savaşanların ve yeryüzünde (hak) düzeni bozmaya çalışanların cezası ancak ya (acımadan) öldürülmeleri, ya asılmaları, yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu onların dünyadaki rüşvalığıdır. Onları için ahirette de büyük azap vardır.”³³⁴ Her ne kadar *hirâbe* (حرابة) deyimini ayet içinde geçen يحاربون kelimesinden türetilmiş ise de ifade ettiği gerçek anlam bakımından ondan farklıdır. Hanefiler’e göre *hirâbe*, “yoldan geçenlerin mallarını, güç ve kuvvet kullanarak ellerinden almak için onların önüne çıkıp yollarını keserek, onları yollarına gitmekten men etmektir. İster bu yol kesme bir kişi tarafından, isterse bir topluluk tarafından yapılsın, ister silah kullanarak veya başka taş, odun gibi bir şey kullanılsın aynıdır.”³³⁵ diye tarif edilmekte ve bu olayın İslam devleti sınırları içinde düşmanları tarafından değil, kendi vatandaşları tarafından yapılmış olması

³³³ Bk. Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur’ân Dili*, III, 1676.

³³⁴ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ

³³⁵ Alaüddin Ebî Bekr b. Mes’ûd el-Kâsânî, *Bedâ’us-sanâi’ fi tertibi’ş-şerâi’*, VII, 90.

öngörülmektedir. Çünkü Müslümanların yolları gayri Müslimler tarafından kesilse idi bu savaş olarak isimlendirilecekti.³³⁶

Ayet-i kerîmede geçen “Allah ve Resûlüne karşı savaşılanlar” ibaresinin mecazî anlam taşıdığı açıktır, zira Yüce Allah ile savaşmak hiçbir kimsenin gücü ve kudretinde değildir. Buradan anlaşılması gereken “Allah’ın koyduğu kurallara karşı savaşılanlar” olmalıdır. Müslümanların canları, malları, ırzları Allah’ın koyduğu kurallarla ve müeyyidelerle korunmuş olduğu için bunlara yapılan her hangi bir saldırı Allah’ın kurallarına yapılmış bir saldırdır. Hem de bu saldırı düşman sayılmayan birisinden kalleşlikle ve hainlikle sadır olmakta üstelik silah kullanılarak insanlara verilen korku ve zarar daha da artırılmaktadır. Normal hırsızlık suçunda mal gizli olarak alınmaktadır, malı çalınan kişi bir tehdit ve korkuya maruz kalmamaktadır. Bu durumda hırsıza hırsızlık haddi uygulanmaktadır. Ancak bu suçun silah zoruyla işlenmesi hem fert açısından hem de toplumun genel emniyeti ve huzuru açısından meseleyi daha vahim bir suça dönüştürmektedir ki buna verilecek cezanın da haliyle daha ağır, daha katı ve daha caydırıcı olması gerekir. A. Şafak da bu konuda şöyle der: “Hırsızlığa nisbetle çok daha ağır ve tehlikeli olan bu cürüm, âme emniyetine ters düşen, onu ihlal eden ağır bir cinayettir. Onun için de konulan ceza o nispette ağırdır. Hatta ayet-i kerîmede muharebetullah (Allah’a karşı savaş açma) ibaresi kullanılmıştır. Yolcuların yolunu kesip mal ve canlarına kastedenler, Allah Taalâ’ya karşı harbi göze almış gibi olurlar. Böyle bir cür’etin cezasının ise elbette ağır olması gerekeceği göz önünde tutulmuştur.”³³⁷

Benzer şekilde zina suçunda, suç sayılan bir fiil erkek ve kadının rızalarıyla ve istekleriyle yapılmış ve burada muhsan olup olmadıkları da dikkate alınarak gerekli ceza takdir edilmiştir. Bu fiilin silah zoruyla, uyuşturucu ve benzeri şeyler kullanarak tecavüz diye bilinen şekilde yapılması suçu ağırlaştırmaktadır. Bu durumda suçu işleyen muhsan olup olmamasına bakılmaksızın ayette belirtilen ceza ile cezalandırılır. Normal zina fiilinin cemiyete olan zararı ile zorla, silah zoruyla veya benzer yollarla yapılan bir tecavüz suçunun zararı birbirinden farklıdır çünkü, ikincisi topluma daha ciddi bir tehdit oluşturmakta ve bütün fertleri tedirgin etmektedir. Bundan dolayı da suç ile cezanın orantılı olması gereğinden hareketle ikinci tip suçlara verilecek cezanın da ağır olması gerekmektedir. Adam öldürmenin cezası kısas cezasıdır. Bu suç en ağır suçlardan birisi olmasına rağmen maktulün yakınlarının affı da söz konusudur. Fakat silahla yolu kesilmiş birisinin malına, ırzına, canına kastedip öldürmek birincisinden daha ağır bir suç sayılmakta ve topluma

³³⁶ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 138.

³³⁷ Ali Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, s. 177.

olan tehlike ve tehdidi daha ciddi kabul edilmektedir. Buradaki öldürme kısas cezası verilecek öldürme boyutlarını aşmış, affın da söz konusu olmadığı had cezası ile cezalandırılacak bir suç haline gelmiştir.³³⁸ İşte *hirâbe* kapsamına giren bu suçlara verilecek cezalar en ağır ceza olan suçluyu öldürmek, öldürmek ve asmak ile en hafifi olan suçluyu başka bir yere sürmek veya hapsedmek arasında değişebilir.

Hirâbe suçunda bazen hırsızlık, bazen adam öldürme, bazen ırza tecavüz suçları ayrı ayrı veya bir arada işlenebilmektedir. Ayetteki cezalar bu suçlara göre belirlenmiş midir? Yoksa devlet başkanı veya hâkim bunlardan birisini mi seçecektir? Çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre, yol kesenler adam öldürüp mallarını alırlarsa ceza olarak öldürülür ve asılırlar. Mallarını almayıp öldürürlerse asılmazlar sadece ölüm cezasına çarptırılırlar. Yalnız mal alıp cana kıymamışlarsa elleri ve ayakları çaprazlama kesilir, hiçbir şey almayıp insanları korkutmuşlarsa sürgün cezası verilir.³³⁹

Burada önemli olan verilen cezanın suçluyu tekrar suç işlemekten alıkoyması, diğer insanları da benzer suçları işlemekten caydırması konusunda hâkimin mutmain olmasıdır. Ancak *hirâbe* suçunda adam öldürme veya namusa tecavüz gerçekleşmiş ise bu durumda verilebilecek asgarî ceza ölüm cezasıdır, çünkü bunun temelinde zaten adam öldürme için kısas, zina suçunda ise muhsan için recm cezası vardır. Fakat bu suçlar adi suç olmaktan çıkıp *hirâbe* kapsamına girdiği için af ve muhsanlık söz konusu olmamaktadır.³⁴⁰

Çoğunluğun görüşüne göre *Hirâbe* suçunun şehir dışında, devletin korumasından uzaktaki yerlerde işlenen suçlar olduğu kabul edilirken, Mâlikiler şehir içinde de silahlı olarak eve girip soygun yapanların da bu suçu işlediklerini ileri sürmüşlerdir. Zâhiriler de *hirâbe* konusuna detaylı olarak yer vermişler ve şöyle demişlerdir: "Hirabe suçlusu insanların mallarını ellerinden zorla alan, yoldan geçenleri korkutan, yeryüzünde yollarda bozgunculuk çıkaran kimselerdir. Bunlar ister silah kullanmış olsunlar, ister hiç silahsız olsunlar, gerek şehirde, gerek sahrada, gerek halifenin köşkünde, gerek camide, ister gece bu suçu işlemiş olsunlar, ister asker kullanmış ister başka araç kullanmış olsunlar fark etmez. Yol kesme cürümlerini gerek sahrada, gerek köylerde, insanların meskenlerinde, evlerinin içinde gerekse bir kalenin içinde gerekse büyük şehirlerde ya da büyük olmayan şehirlerde işlemiş olsunlar fark etmez. Sonra bu işi yapmaya kalkışan ister bir kişi ister daha çok kişi olsun yine bu kavrama dahildir.

³³⁸ Hasan Ali eş-Şâzîlî, *Eser-u tatbiki'l-hudûd fi'l-müctema'*, s.83.

³³⁹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 147.

³⁴⁰ A.g.e. s. 83, 84.

Yoldan gelip geçenlere savaş açmak, yoldan geçenleri öldürmek ya da mal almak ya da yaralamak, ya da insanların ırz ve namuslarını zedelemek suretiyle korkutan herkes hirâbe kavramına girer. İster bir kişiye yönelik olarak bu suçu işlesin ister bir topluluğa karşı işlesin, işleyenler ister çok olsunlar ister az olsunlar yine fark etmez.³⁴¹ Buradan da anlaşılan fertlerin malının, canının, namusunun zor kullanılarak ve tehditle tehlikeye girmesi durumunun bütün toplumu rahatsız etmesinden dolayı bu fiillerin daha ağır bir ceza gerektirecek, daha fazla caydırıcılığı olan hirâbe suçu olarak kabul edilmesi ve toplumun güveni, huzuru ve bekası için bunlara tehdit unsuru oluşturan fertlerin bir şekilde bertaraf edilmeleridir.

Genel caydırıcılık açısından baktığımızda mesele gayet açık olarak görünmektedir. Gerekli şartlar³⁴² oluştuğunda hirâbe suçunu işleyen kişiye ölüm cezasının, veya asılma cezasının verilmesi, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, bulunduğu yerden sürgün edilmesi herkes için caydırıcı olabilecek cezalardır. En hafif ceza olan sürgün cezası bile insanın işini, çevresini, dostlarını terk edeceği anlamına geleceği için potansiyel suçluları caydırmada bu bile etkili olacaktır. Zaten ölüm veya asılma yoluyla ölüm cezaları ile el ve ayakların çaprazlama kesilmelerinin, bir kişiye ceza olarak uygulanmasının diğer şahıslar için ne derece etkili olacağı gayet aşıkardır.

Ayetin sonunda gelen uyarının caydırıcılığı yukarıda zikredilen cezalarınkinden daha aşağı değildir. Çünkü *"Bu onların dünyadaki rüsvalığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır."* ifadesi kalplerinde az da olsa iman olan kişiler için çok ciddi bir uyarıdır ve herhangi bir şekilde bu dünyadaki cezadan kaçabileceğini düşünen kişilere, uhrevi azabın da geleceğini ve bundan da kaçış olmadığı mesajını vermektedir. Sadece müteakiben gelen ayetteki *"Ancak siz kendilerini yenip ele geçirmeden önce tevbe edenler müstesna; biliniz ki Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir."*³⁴³ ifadesi tevbenin bu derece ciddi suçlarda bile geçerli olabileceğini beyan etmektedir.

6. Yol kesme (hirabe) cezasında özel caydırıcılık

Genel caydırıcılık ilkesindeki unsurların bir çoğunun özel caydırıcılık için de geçerli olduğunu burada da söyleyebiliriz. Ancak suçlunun tamamen bertaraf edildiği ölüm ve asılma cezalarında özel caydırıcılıktan bahsetmemiz

³⁴¹ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 139. (İbn Hazm, *el-Muhallâ'dan* naklen)

³⁴² Bu şartların detayı için bk. Alauddîn Ebî Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi' fi tertîbiş-şerâi'*, VII, 90 vd; Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 139 vd.

³⁴³ Mâide 5/34.

mümkün olmaz. Diğer suçlardan dolayı verilen ölüm cezalarında olduğu gibi bunda da suçlunun ıslah olacak veya işlediği suça bir daha dönmeyecek şekilde kendisini suçtan men edecek hali kalmamıştır, çünkü ölmüştür. Burada sadece başkaları için bir ibret, bir ders ve caydırıcılıktan bahsedilebilir ki bu yukarıda zikredilen genel caydırıcılık kapsamına girer. Fakat hirâbe suçuna verilen diğer cezalarda yani el ve ayakların çaprazlama kesilmesinde veya sürgün cezasında özel caydırıcılık unsurundan söz edebiliriz. Bu cezalardan birisine düşen bir şahsın tekrar gidip aynı suçu işleyeceğini düşünmek çok zordur. Özellikle de el ve ayağı çaprazlama kesilmiş bir şahsın tekrar hirâbe suçunu tek başına işlemesi veya bu suça iştirak etmesi fiziki olarak zorlaşmış hatta imkânsız hale gelmiş demektir. Burada caydırıcılık unsuru ile suçlunun kısmen bertaraf edilmesi (*partial incapacitation*) unsuru bir arada bulunmaktadır. En hafif ceza olan sürgün cezasının da etkin bir caydırıcılık rolü olduğu söylenebilir.

7. Zina iftirası (kazif) cezasında genel caydırıcılık

İslam dini koyduğu müeyyidelerle insanların mallarına, akıllarına, canlarına, ırz ve namuslarına maddi olarak gelebilecek zararları önlemeyi temel ilkelereinden saydığı gibi, yine insanlara manevi olarak, psikolojik olarak verilebilecek zararlara da karşı çıkmış, bu tip zararların önlenmesi için tedbirler almış, bu zararların vuku bulması halinde de faillerine caydırıcı ve başkalarına da ders olucu cezalar vermiştir.

İslam ceza hukukundaki cezalandırmanın işlevlerinden birisi sadece suç işlendikten sonra ona mukabili olan cezayı vermek değil aynı zamanda da suça giden bütün yolları tıkamak, bütün vasıtaları ortadan kaldırmak ve tabir caizse suçu henüz tohumunda iken, dallanıp, budaklanıp, kök salmadan yok etmektir. Bu açıdan baktığımızda zinanın haram olduğunu, ancak bununla birlikte zinaya götüren, zinaya yolaçan, zinaya sebep olan şeylerin de haram kılındığını görmekteyiz. Bundan dolayı zina ve benzer kötülüklerin dedikodusunun yapılması, haberinin yayılması ve zina iftirasında bulunması da yasaklanmış bu yasağa uymayanlar cezalandırılmışlardır. Çünkü bu konuların toplumda sık sık gündeme gelmesi, konuşulması, bir bakıma zina ve benzer fiillere meşruiyet kazandıracak, bunların toplumca kanıksanmasına sebep olacak belki de bir takım zayıf karakterli kişilerin bu fiilleri işlemelerine yol açacaktır.

İkinci olarak da zina iftirasına maruz kalan kişi ruhen incinecek, elem ve acı duyacak, toplum içinde saygınlığını kaybedecek, belki de mesele sadece manevi kayıpla kalmayacak şahıs işini, geçim kaynağını, gelirini kaybede-

cektir. Tabii olarak bunun neticesinde fert ve ailesi zarar gördüğü gibi bunun topluma yansayan yönleri de olacaktır.

İzzet Derveze de benzer mülahazalarda bulunarak şöyle der: "Zina iftirasında bulunan kimsenin cezalandırılmasının hikmeti kolayca anlaşılmaktadır. Zina isnadında bulunanın dört şahit getirme zorunluluğu ve ancak dört şahit ile zinanın sabit olacağı da aynı hikmete dayanmaktadır. İnsanların ırz ve şerefleri sosyal yaşantılarının temel unsurlarındandır. İrz ve şerefe yönelik bir itham, şahsi, ailevi ve toplumsal yaşama yönelik tehlikeli sonuçlar doğurur. Zina ithamında bulunan kişinin bu ithamını delillendiremediği takdirde kazf cezasına çarptırılması ise, insanların ırzlarına yönelik aşağılayıcı saldırılara karşı bir kalkan niteliği taşır. Aynı şekilde töhmetin dört şahide bağlanması da, kargaşayı önlemesi, kötü haberlerin İslami çevrelerde yayılmasını engellemesi bakımından güçlü bir önlemdir. İddiada bulunan kişi dört şahit getirerek iddiasını delillendirirse o takdirde itham edilen kişinin çirkin bir iş işlediği sabitleşir ve ithamda bulunan şahıs haklı olarak, fuhşu irtikap edip bu denli çirkin bir lekeye bulaşan şahsın tanınmasına yardımcı olmuş olur."³⁴⁴

Elmalılı meseleye başka bir açıdan yaklaşarak, ikrar bulunmadıkça bir zinayı ispatlamak için en az dört şahit gerektiğine, halbuki kısas cezası için iki adil şahidin yeterli olduğuna dikkat çekerek namuslu bir kimseyi özellikle de ırz ehli bir kadını zina ile itham etmek canını almaktan ağırdır tespitinde bulunur.³⁴⁵

İşte bu sebeplerden dolayı Kanunkoyucu, belirlenmiş cezaların içine kazif cezası denilen zina iftirası cezasını da dahil etmiştir. Diğer had cezalarında olduğu gibi sayısı ve keyfiyeti bellidir, hâkimin bunu artırması, eksiltmesi veya başka bir cezaya tebdil etmesi mümkün değildir. Bu ceza Kur'ân'da şöyle tespit edilmiştir: "*Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkarlardır.*"³⁴⁶, "*Namuslu, kötülüklerden habersiz mümin kadınlara zina isnadında bulunanlar, dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir. Yapmış olduklarına dilleri, elleri ve ayaklarının, aleyhlerinde şahitlik edeceği gün onlar için çok büyük bir azap vardır.*"³⁴⁷

Ayrıca Hz. Peygamber'in bu konuda şöyle söylediği de rivayet edilir: "İnsanı helak edici yedi günahın kaçınılması: Derler ki; 'Ey Allah'ın resulü nedir onlar?' Allah resulü (sav.) şöyle buyurur. 'Allah'a şirk koşmak, sihir yapmak, Allah'ın

³⁴⁴ İzzet Derveze, *et-Tefsîru'l-hadîs*, VI, 318.

³⁴⁵ M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'ân Dili*, V, 3479.

³⁴⁶ Nûr 24/4.

³⁴⁷ Nûr 24/23-24.

haram kıldığı cana haksız yere kıymak, faiz yemek, yetimin malını yemek, savaştan kaçınmak ve hiçbir şeyden haberi olmayan mümin iffetli kadınların iffetine iftirada bulunmak³⁴⁸ Zikredilen bu ayetlerden ve hadis-i şeriften suçsuz mümin bir kadına zina isnadında bulunmanın ne kadar vahim bir suç olduğunu görüyoruz. Her ne kadar ayetin zahirinde kadınları zina ile itham edip dört şahit getiremeyenlere had cezası uygulanmasının gerekliliği belirtiliyor olsa da ulemanın büyük bir çoğunluğu, bu hükmün zina ile itham edilen erkekleri de kapsadığı görüşündedir. Nitekim Hz. Ömer'in bir kişiyi zina ile suçlayıp dört şahit getirmeyen bir grup insana bu cezayı uyguladığı rivayet edilmiştir. Yani zina töhmeti suçunda kadın ve erkek arasında bir fark yoktur.³⁴⁹ Normal olarak zina iddiasında bulunabilmek için en az dört şahidin gerekli olduğuna işaret edilmişti. Peki, bir kişi veya iki kişi bu fiile şahitlik etmişlerse ne olacak? Tabii olarak susacaklar ve bu olayı örteceklerdir. Çünkü böyle, yeteri kadar şahidin bulunmadığı durumlarda suçu örtmek hem kötü-lüğün yayılmasını önleme bakımından önemlidir hem de gerekli görülen en az dört sayısına ulaşmamış şahitleri seksen değnek cezasından kurtaracaktır.

Bunun bir tek istisnası vardır o da, zina iddiasında bulunan kişinin, zina yaptığı iddia edilen kadının kocası olması durumudur. Şayet karısının zina ettiğini tek başına gördüğünü ileri süren bir kocaya, üç şahit getiremediği için üstelik de seksen değnek cezası verilecek olsaydı, adam, zina fiiline bizzat şahit olduğu için hem ar ve namusundan taviz vermiş olacak hem de üstüne dayak yiyecekti. Bunun için kocanın böyle bir iddiası olursa kendisine ve eşine yemin ettirilir ve araları da tefrik edilir. Mülâne (lian) denilen bu uygulama neticesinde zina fiili ispatlanmadığı için zina yaparken görüldüğü iddia edilen kişilere zina haddi uygulanmaz.³⁵⁰

³⁴⁸ İmam Buhârî, ve Müslim Ebû Hureyre'den rivayet etmişlerdir. Buhârî, Kitâbu'l-vasâyâ 23, hudûd 44; Müslim, Kitâbu'l-imân 144;

³⁴⁹ İzzet Derveze, *et-Tefsîrû'l-hadis*, VI, 317; Özellikle de Haricilerden bazı fırkalar ayette sözü geçen iffete iftira cezasının erkeklerle değil de sadece kadınların iffetine iftira cezası olduğunu çünkü kadına yapılan zina iftirasının kadının hayatını daha çok etkileyeceğini ileri sürseler de işlenen suçun ortaya çıkardığı sonuç bakımından erkek ve kadının eşit olduğu, atılan iftiradan erkeğin de zarar görebileceği ifade edilmiştir. Bk. Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 100.

³⁵⁰ Mülâne'nin hükmü Nûr 24/6-7 de belirtilmiştir: "Eşlerine zina isnadında bulunup da kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ederek şahitlik etmesi, beşinci defada da, eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir." Ayetin nüzul sebebi ve açıklamaları için bk. M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, V, 3481; İzzet Derveze, *et-Tefsîrû'l-hadis*, VI, 321; Süleyman Ateş, *Yüce Kur'an'ın çağdaş tefsiri*, VI, 158-159; Ayrıca Lian'ın hukukî neticeleri için bk. M. Akif Aydın, "Liân", *T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, XXVII, 172.

Zina iftirası suçuna verilen cezaları caydırıcılık yönünden tahlil etmek için bu cezaları belli gruplara ayırabiliriz:

a- Suçluya tatbik edilen seksen değnek cezası (celde): İffetli bir kadına zina isnadında bulunup da bunu kendisi de dahil olmak üzere en az dört kişiyle ispatlayamayan kimseye, toplum içinde, alenen uygulanacak seksen değnek cezasının caydırıcı bir unsur olduğunda şüphe yoktur. Fiziki olarak değnek cezasının eti çürütmeyecek, tehlikeye sebep olmayacak nitelikte, hafife yakın, mutedil olması gerektiği söylenilmesine rağmen bunun tamamen de acısız olduğunu söyleyemeyiz. Aslında değnek cezasının fiziki boyutundan çok psikolojik boyutu önemlidir. Toplum önünde böyle bir muameleye tâbî tutulmanın vereceği manevî acı ve elem fiziki acıdan daha çok olacaktır.

Bundaki caydırıcılık unsuruna Elmalılı "Aynı zamanda meselenin fıkıhî teemmül olduğu zaman maksad, bir eğlence olmadığı gibi bir işkence veya itlâf da değil mahzâ zecr-ü te'dîb olduğu zâhirdir"³⁵¹ diyerek işaret etmiştir. İftira edenin iftira attığı kişiyi psikolojik olarak kötilediği için kendisine verilen ceza yoluyla da kendisi hem bedenen hem de psikolojik olarak acı çekmektedir. Yine iftira eden tamamen kendisinden kaynaklanan bir fiille iftira edileni küçük düşürmüştür, onun hakîr görülmesine sebep olmuştur, buna ceza olarak da kendisi toplum önünde aşağılanacak ve hakîr görülecektir. Suçlunun maruz kalacağı böyle bir muamele toplum açısından genel caydırıcılık özelliği taşımakta ve muhakkak insanları böyle bir fiilden uzaklaştırmaktadır.

b- Suçlunun şahitliğinin kabul edilmemesi: Yukarıda zikredilen seksen değnek aslî had cezasına ilaveten verilen (tebei)³⁵² bu cezanın da caydırıcılık yönünden büyük önemi vardır. Bir kişinin şahitliğine itibar edilmesi toplum içinde onun saygınlığının ve kabul edildiğinin bir göstergesidir. Bir bakıma bedeni olarak o şahsın varlığı toplumda kabul edilse bile manevî açıdan o şahıs eksik hatta yok sayılmakta, adam yerine konulmamakta ve sözüne itibar edilmemektedir. Yazılı kültürün gelişmediği bir toplumda şahitliğin fonksiyonunu düşündüğümüz zaman meseleyi biraz daha iyi kavrarız. Mesele, kamerî ayların başlangıcının tespitinde hilalin görünmesinde, evlilik akdinde, günlük hayatta meydana gelebilecek problemlerde şahitlere ihtiyaç vardır. Adaletin tesisi için şahitlikten kaçınmamak emrolunmuştur. İşte böyle sık başvuru bir şahitlik müessesesi içinde kişinin şahitliğinin kabul edilmemesi tehdidi birçok potansiyel suçluyu iftira fiilinden vazgeçirecektir. Başkalarının şahsiyetine, saygınlığına, namusuna iftira yoluyla zarar veren

³⁵¹ M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, V, 3469.

³⁵² Ahmed Fethî Behnesî, *el-'Ukûbe fî'l-fikihî'l-İslâmî*, s.172; Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'î'l-İslâmî*, I, 632.

kişi neticede kendi şahsiyetinin ve saygınlığının zarar göreceğini bilirse ve bunun toplumda örnekleri olursa mutlaka hal ve hareketlerine, söz ve davranışlarına dikkat edecektir.

Elmalılı, zina iftirasında bulunan birisinin şahitliğinin kabul edilmemesini "o kazif cürmünü fırlatan dilin ilel'ebed, yani ölünceye kadar bu surette hükmünü iskat etmek"³⁵³ şeklinde ilginç bir yaklaşımla izah eder ve celdin elemnin cismanî, şahitlikten men edilmenin elemnin ise ruhanî olduğunu ekler. Bedenî elem ve acıların zamanla unutulduğu fakat ruhanî acıların ömür boyu sürdüğü, kolay kolay unutulmadığı herkesin malûmudur. İşte bu ruhanî acı ve elemi tatmak istemeyen, kendilerini toplum içinde böylesine aşağılanmış konumda görmek istemeyen kişiler bu suçtan uzak duracaklardır.

Zina iftirasında bulunan birisinin tevbe etmesi halinde şahitliğinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştur. Tevbe ettikten sonra fâsiklik sıfatının ortadan kalktığını, dolayısıyla had öncesi ve sonrası şahitliğinin geçerli olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, çoğunluğun görüşü olarak kâzif'in şahitliğinin ebediyen kabul edilmeyeceği de belirtilmiştir.³⁵⁴

c- Suçlunun fâsik sayılması: Zina iftirası suçuna uygulanan cezanın bir yönü de, suçun failinin fâsik kabul edilmesidir. Bu kelimenin türediği fîsk kelimesi İslam döneminde " 'hak yoldan ayrılma, Allah'ın emirlerine itaatsizlik etme' şeklinde daha özel bir anlam kazanmış, hem müşrik, yahudî, hıristiyan ve münafıklar, hem de dinin emirlerine aykırı hareket eden Müslümanlar fîsk kelimesinin türevleriyle nitelendirilmeye başlanmıştır."³⁵⁵ İslam akidesi açısından bu derece sakıncalı durum olan fîsk'in faili fâsik, Müslüman toplum içinde saygınlığını, güvenilirliğini yitirmiş kişidir. Bundan dolayı fâsik'in imam olup olamayacağı, şahitlik yapıp yapamayacağı, devlet başkanlığı, hâkimliği konuları tartışılmıştır.

Ebû Zehra konuyla ilgili olarak, yargının mukaddes bir saygınlığı olduğunu, şahitliğin yargıyı bağlayıcı bir unsur kabul edildiğini belirtip iftira cezası ile cezalandırılmış, sırtında kamçılar inip çıkmış birisinin şahitliğinin yargı makamını nasıl bağlayacağını sorgular.³⁵⁶ Kısacası fâsiklik sıfatı bir müslüman için çok aşağılayıcı, incitici, dışlayıcı bir sıfattır. Böyle bir sıfatla anılmak, toplum içinde fâsik damgası yemek hiçbir müslümanın arzu edeceği bir du-

³⁵³ M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, V, 3479.

³⁵⁴ Fazla bilgi için bk. Behnesî, *el-'Ukûbe*, s.172

³⁵⁵ Ali Şafak, "Fîsk" *T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, XIII, 37.

³⁵⁶ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 106.

rum değildir. Durum böyle iken de her duyarlı ve samimi Müslüman fâsık konumuna düşmemek için kendisini zina iftirası atmak gibi bir suçtan geri tutacaktır.³⁵⁷

8. Zina iftirası (kazif) cezasında özel caydırıcılık

Yukarıda zikrettiğimiz, zina iftirası cezasının genel caydırıcılık unsurlarının büyük bir kısmı özel caydırıcılıkla da yakından alakalıdır. Özel caydırıcılığı, suçlunun işlediği bir suçta tekrar dönmemesini sağlayan unsurlar olarak anladığımızda varacağımız netice şu olur. Bir şahıs iffetli birisine zina iftirasında bulunacak, kendisine alenen seksen değnek vurulacak, şahitliğinin kabul edilmemesi gibi bir müeyyide uygulanıp kendisi de fâsiklardan sayılacak, iftira atan bu şahıs bütün bunlardan ders almayacak ve ikinci bir defa daha aynı suçu işleyecek. Biz böyle bir kayda rastlamadığımız gibi bunun kolay kolay vuku bulacağını da zannetmiyoruz.³⁵⁸ Zaten böyle bir şey meydana gelseydi, birinci uygulanan cezanın caydırıcı olmadığı ispatlanmış olacaktı. Zina iftirası cezasındaki hem bedeni elem ve acının hem de ruhanî ve psikolojik acının şahsı ikinci bir suç işlemekten alıkoyacağı varsayılmıştır. Burada işaret edilen noktaların çoğu meselenin dünyevi yönüyle ilgili idi. Bir de uhrevî yönüne baktığımız zaman caydırıcılık unsurunun daha da tesirli olacağını göreceğiz. Ahirete inanan, ilahi adaletin tecelli edeceğini düşünen bir şahsın, iffetli birisine zina isnadı gibi çok çirkin bir iftira atarak kul hakkına tecavüz etmesi, bunun neticesinde de zalimler ve kâfirlere yakın bir grup olan fâsiklar³⁵⁹ grubuna dahil edilme durumunu kabullenmesi herhalde akıllıca bir şey değildir.

³⁵⁷ Ayetin (Âl-i İmrân 3/89) sonunda gelen *أَبُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا* istisnası ile Hanefilere göre tevbe yoluyla sadece fîsk sıfatı düşmektedir. Şâfiilere göre ise tevbe ile had düşmekte, şahitlik kabul edilebilir hale gelmekte ve fîsk sıfatı da ortadan kalkmaktadır.

³⁵⁸ Kaynak eserlerde zina iftirası cezası uygulanırken ikinci bir defa iftira atan veya birden fazla kişiye zina isnadında bulunan kişiye ilave ceza verilip verilmemesi tartışılmış, Hanefiler şahsın bir defadan fazla defa suç işlemesi, yetmiş dokuz değnek vurulması halinde olsa bile cezası bitmeden tekrar suç işlemesi halinde birinci cezanın, yani tek cezanın kafi geleceğini ileri sürerken, Malikiler değnek cezasının yarısından fazlası yerine getirildikten sonra işlenecek suçun ayrı bir ceza ile karşılık göreceğini savunmuşlardır. Şâfiiler ise her işlenen suç için ayrı bir cezayı öngörmüşlerdir. Bk. İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, I. 341; Fahrüddin Osman Ali b.ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenzi'd-dekâik*, III, 207. Bize göre bu görüşler çoğu zaman teoride kalmış, ihtimale göre yapılmış bir zihin cimnastiğinden öteye gidememiş olmasına rağmen klasik hukukçularımızın meseleleri ne derece detaylı ele aldıklarının ve ne derece mükemmeliyetçi olduklarının bir göstergesidir.

³⁵⁹ Bk. Mâide 5/44,45,47.

9. İçki içme cezasında genel caydırıcılık

İslam ceza hukukunda verilen cezaların işlenen suçla orantılı olduğunu, suçun ferde ve topluma verdiği zarar nispetinde cezalandırıldığını biliyoruz. Kısacası içki içme diye ifade ettiğimiz alkollü içkilerin tüketiminin hem içen kişiye hem de yakın çevresinden başlayarak bütün topluma verdiği zararlar tıbben bilinmekte ve çeşitli istatistiklerle ortaya konulmaktadır. Alkollü içkilerin insanın bedenine, aklına, malına, canına verdiği zararlar konusunda müstakil eserler yazılmış,³⁶⁰ bu zararlar ilmî verilere dayanarak hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde sergilenmiş olmakla beraber, bundan on beş asır önce Hz. Peygamber (sav.) bütün bunları "içki kötülüklerin anasıdır"³⁶¹ buyurarak özetlemiştir.

Kur'an'da da çeşitli ayetlerde içkinin kötülüklerine temas edilmiş ve içkinin haramlığı Kur'an'dan kaynaklanmasına rağmen, içki içene verilen ceza Hz. Peygamber'in "Kim içki (şarap) içerse kamçılansın, tekrar içerse yine kamçılansın."³⁶² hadisine dayandırılmaktadır. İslam hukukunda, cumhurun kabul ettiği görüşe göre içki içmenin cezası seksen değnektir. Şâfiiler bunun kırkını had cezası, diğer kırkını ise tazir cezası olarak kabul ederler. Bazı alimler Hz. Peygamber'in içki cezasını bizzat uygulattığını kabul etmelerine rağmen bunun belli bir sayıda olmadığını, bu cezanın had cezasından ziyade bir tazir cezası olduğunu ileri sürüp, seksen değnek sayısının Hz. Ömer'in bir uygulaması olduğu gibi görüşler ileri sürmüşlerdir.³⁶³ Ancak bizi burada daha çok ilgilendiren şey, cezanın tazir veya had cezası oluşu değil, suçu önlemedeki etkisi ve caydırıcılığıdır. Bütün cezalarda temel gayenin, suçun işlenmesini engellemek ve insanları suç işlemekten caydırmak olduğunu çeşitli vesilelerle ifade etmiştik. Bu gaye adam öldürmede kısas cezasıyla, hırsızlıkta el kesme cezasıyla, zina iftirasında değnek (sopalama) cezasıyla tahakkuk ettirilmeye çalışıldığı gibi, içki içme halinde de yine değnek cezasıyla sağlanmaya çalışılmıştır. "Şayet içki içen birisine tüm insanların huzurunda celde cezası uygulanıyorsa, zina yapan birisine yine insanların önünde celde veya recm cezası tatbik ediliyorsa bu cezalar insanların benzer suçları işlemekten uzaklaşmasının garantisidir. Aksi takdirde ceza verilen suçlunun akıbetine uğrayacaklardır."³⁶⁴

³⁶⁰ Türkçe kaynak olarak burada Alparslan Özyazıcı'nın *Alkollü İçkiler, Sigara ve Diğerleri* eserini zikredebiliriz. D.I.B. Yayınları, Ankara 2001.

³⁶¹ "الحرام الحياث" - Celâleddin es-Süyûtî, *el-Câmi'u's-sagîr*, Mektebetu'l-Halbûrî, Dimişk, ts., Hadis no. 4144; I, 559.

³⁶² Ebû Dâvud, Hudûd 36; Tirmizî, Hudûd 15.

³⁶³ Bunların detayları için bk. Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 101-115.

³⁶⁴ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 111.

İçki içme suçuna ceza konulurken insanı içki içmeye iten halet-i ruhiye dik-kate alınmış içkiye götüren saiklere karşı etkili bir engelleyici olan celde cezası takdir edilmiştir. İçki içenin can sıkıntısından kurtulacağı varsayılırken, sopa cezasıyla o can sıkıntısı geri getirildiği gibi üstelik bir de bedenî acı gündeme gelmektedir. İçki içenler, sekr duygusunun verdiği yalancı, aldatıcı ve geçici bir rahatlıkla gerçeklerden kaçıp hayal aleminde teselli bulmayı arzulayıp bunun neticesinde suç olan fiili irtikap ederler. İşte bundan sonra devreye giren ceza onu gerçeklere geri döndürdüğü gibi üstelik de toplum içinde hem aşağılanan bir konuma getirecek hem de fiilen canı yanıp, ilk sıkıntısının üzerine bir de cezanın sıkıntısı eklenmiş olacaktır.

İçki içen kimsenin psikolojik durumunu tahlil ederek verilen cezanın da psikolojik tesirini tespiti için çalışan A. Üdeh şöyle der: "İçki içen kimseye değ- nek cezası verirken İslam hukuku bu cezayı çok sağlam psikolojik temellere oturtmuştur. Şahsı suça iten psikolojik saiklerle mücadelede yine psikolojik unsurları kullanmıştır ki; bu unsurlarda tabii olarak suçtan uzaklaştırma özelliği vardır ve bunların yerini başka unsurlar dolduramazlar. Acılarını, dertlerini unutmak için içki içmeyi düşünen kişi bununla birlikte kendisine fiziki ve ruhi acı verecek içki cezasını da hatırlayacaktır. Gerçekteki acılardan kaçmak için içki kullanmayı düşünen birisi kendisini hem bu acılara geri götürecektir hem de bedenî acıya yol açacak cezayı aklına getirecektir. Bu da büyük bir ihtimalle şahsı içki içme suçundan caydıracaktır. İlk defa verilen cezaya rağmen şahıs yine suç işlemeyi tasarladığında, ilk cezanın acıları kendisini suça iten cazibelere galip gelip suç işlemesi engellenecektir"³⁶⁵ Bu acılara bir de şahsın toplum içinde düştüğü durum eklenecek olursa cezanın, uygulandığı takdirde ne kadar etkili ve önleyici olacağı görülür.

İçkinin fert ve toplum için ne kadar zararlı ve yıkıcı bir şey olduğunu modern dünyanın ancak yeni keşfettiğini, halbuki İslam hukukunun bunu asırlar önce ortaya koyduğunu belirten Udeh, modern dünyada içkiye karşı alınan tedbirlerin, çıkartılan kanunların netice vermemesinin sebebinin "konulan cezaların caydırıcı cezalar olmadığını" da ileri sürerek caydırıcılık unsurunun önemini bir kez daha vurgulamıştır.³⁶⁶

10. İçki içme cezasında özel caydırıcılık

İster had cezaları, ister kısas cezaları, isterse tazir cezaları olsun bütün ceza çeşitlerinde mutlaka bir genel caydırıcılık unsuru bulunduğunu ifade etmiş-

³⁶⁵ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'î'l-İslâmî*, I, 649.

³⁶⁶ Abdülkâdir Üdeh, a.g.e., I, 651.

tik. Çoğu zaman özel caydırıcılık unsuru genel caydırıcılık içinde mündemiçtir. Yani genel caydırıcılığın, herhangi bir suçtan dolayı suçluya verilen cezanın tüm insanları benzer suçları irtikap etmekten men eden, caydıran bir unsur olduğunu kabul ettiğimizde, özel caydırıcılık unsurunun bunun içine dahil edilebileceğini söyleyebiliriz. Çünkü özel caydırıcılığın suç işleyen suçlunun bir daha aynı suça veya benzer suçlara dönmesini engellemektedir ve bu şahsın da toplumdaki fertlerden birisi olmasından dolayı özel caydırıcılık unsuru genel caydırıcılık içinde mevcut bulunmaktadır.

Toplumun bir üyesi olmasından dolayı, toplum neden çekinirse fert de ondan çekinecek, toplum neden korkarsa fert de ondan korkacaktır. Aynı şekilde toplumu suç işlemekten caydıran unsurlar ferdi de caydıracaktır. Bu caydırıcılığı temin için ceza uygulanacak şahsın ayık olması lazımdır ki verilen cezanın mahiyetini kavrayabilsin. Bu konuda A. Şafak: "Hadd-i şûrb ve sekri hiç kimse affedemez, veya miktarını azaltamaz, sarhoş, aklını başına toplayınca bu ceza uygulanır. Sebeb de cezadan gâyenin kişiyi terbiye ve ikazdan ibaret oluşudur."³⁶⁷ diyerek cezadan beklenen gayeye, caydırıcılık ve ıslah edicilik özelliklerine işaret etmiştir.

İçki içtiğinden dolayı toplum huzurunda bir şahsa verilen değnek cezası başkalarını aynı suçu işlemekten alıkoyacağı gibi şüphesiz kendisini de aynı suçu işlemekten men edecektir. Ancak bazen insanların tabiatları, karakterleri, mantaliterleri farklı farklı olduğu için, insanların çoğunu suç işlemekten alıkoyan bir ceza bazı kişilerde aynı tesiri göstermeyebilir. Bu kişiler için daha şiddetli cezalara ve müeyyidelere ihtiyaç duyulabilir. İşte genel caydırıcılık ile özel caydırıcılık arasındaki en önemli ayırımı burada görmekteyiz. Bu gibi şahıslara genel caydırıcılık unsurundan etkilenecek hale gelinceye kadar kendilerine özel caydırıcılık müeyyideleri tatbik edilir. Başka bir deyişle normal cezalara ilaveten ceza verilebilir ve bunlara uygulanan ağırlaştırılmış cezalara da cevaz verilmiştir.³⁶⁸

³⁶⁷ Ali Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, s. 159.

³⁶⁸ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-ukûbe*, s. 112; Cezaların ağırlaştırılmasına bir örnek Ebû Dâvud (Eşribe 5) ta zikredilen bir hadiste geçmektedir. "Deylem el-Humyerî rivayet ediyor: Resûlullah'a (sav.) 'Çok işi olan bir bölgede bulunuyorum. Burada işlerimize bölgenin soğuşuna karşı bize güç kazandıran buğdaydan bir içecek yapmaktayız. Bunun hükmü nedir?' diye sordum. 'Sarhoş eder mi?' deyince 'Evet, eder' dedim. Bunun üzerine 'Ondan kaçının' buyurdu. 'İnsanlar onu bırakmazlar' dediğimde, 'Bırakmazlarsa onları öldürün' cevabını verdi." Hz. Peygamber'den, şarap içenin dördüncü defa aynı suçu işlemesi halinde öldürülmesini emrettiğine dair rivayet üzerine bunu nakleden İbn Teymiyye "Zira bozgunculuk çıkararak, insanlara sataşan ve onlara zulmeden gibidir, böylesi ancak öldürmekle engellenebilirse, öldürmekten başka yolu yoktur." diyerek normal cezalarla ıslah olmayanlara ağırlaştırılmış cezalar verilebileceği görüşünü destekler. Bk. *Siyaset (es-Siyâsetü's-şer'iyye*, Çev. Vecdi Akyüz) s. 143.

Hız. Peygamber'den rivayet edilen "Şarap içeni kırbaçlayın, ikinci ve üçüncü içişinde de kırbaçlayın, dördüncü kez içerse artık onu öldürün"³⁶⁹ hadîs-i şerîfi gerçekten vuku bulmuş bir olay üzerine mi vârit olmuştur, yoksa muhtemel bir vaka için mi buyurulmuştur, bilmiyoruz ama, eğer kendisine toplum huzurunda üç kere celde cezası uygulanmış birisi dördüncü defa aynı suçtu işlemekte ısrar ediyorsa bu çok istisnâî bir durumdur ve bu şahıs normal celde haddi ile ıslah olmamıştır, kendisine sıra dışı bir cezanın uygulanması gerekmiştir diye düşünebiliriz.

Bu olayı belki de güncel bir misalle paralel olarak açıklayabiliriz. Günümüzde sigara kullandığından dolayı periferik damar hastalığına yakalanıp önce bacağı, daha sonra kolu kesilen kişilerin hâlâ sigara içmeye devam ettikleri nadiren de olsa vakidir. Nasıl ki bunun gibi, ilk musibetten ders almayıp hâlâ sigara içmeye devam edip önce bacağının sonra da kolunun kesilmesine sebep olan kişiler var ise, kendisine uygulanan celde cezalarından etkilenmeyip aynı suçta devam eden kişiler de olabilecektir. Ancak bunu caydırıcılık ilkesinin çalışmadığı, fonksiyonunu icra edemediği şeklinde yorumlamaktan ziyade, istisnâî bir durum olarak değerlendirmek daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır. Zaten cezalardan beklenen gayelerin yüzde yüz gerçekleşmesi diye de bir şey yoktur.

11. İrtidat (dinden dönme) cezasında genel caydırıcılık

İrtidat'ın had cezası gerektiren suçlara dahil edilip edilmeyeceği konusunda farklı görüşler olmasına rağmen her halükarda bunun bir suç olduğu kabul edilmektedir. Klasik kaynaklarımızın bazılarında irtidat had gerektiren suçlar bölümünde değil de, *kitâbu's-siyer* içerisinde *bâbu'l-mürteddîn* başlığı altında incelenmiştir.³⁷⁰ Mâverdî gibi bazı alimler irtidat'ı cezalar bölümünde ele almayıp *bâbun fi'l velâyeti 'alâ hurûbi'l-mesâlih* başlığı altında incelemişlerdir.

Bazı çağdaş İslam hukukçuları da irtidat konusunu cezalara dahil etmemişler,³⁷¹ bazıları da "ısyan" cezası ile birlikte had cezaları içinde ele almışlar ve had cezalarının çeşidini altı veya yediye çıkarmışlardır.³⁷² Ebû Zehra ise, irtidat suçuna verilen cezayı had cezalarına dahil etmekle birlikte bunu "sün-

³⁶⁹ Bk. Ebû Dâvud, Hudûd 36; Tirmizî, Hudûd 15.

³⁷⁰ Fahrüddîn Osman Alî b.ez-Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenzi'd-dekâik*, III,284; Serahsî, *el-Mebsût*, X, 98.

³⁷¹ Ahmed el-Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, I, 120vd.

³⁷² Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbîkîş-şer'i'atî'l-İslâmiyye fi men'î'l-cerîme*, s. 131; Ahmed Fethî Behnesî, *Tatbîku'l-hudûdi fi't-teşrî'atî'l-cinâiyyetî'l-hadîseti*, Kahire 1988, s. 259.

netle belirlenen cezalar” kısmında incelemiştir.³⁷³ Ceza ister Kur’ân’la isterse sünnetle belirlensin netice olarak cezadır ve diğer cezalar gibi elem verici, korkutucu ve caydırıcı özellikleri taşımaktadır.

İrtidat suçuna verilen cezanın, Hz. Peygamber’in iki hadis-i şerifine dayandığı kabul edilir. Bunlardan birincisi “Dinini değiştireni öldürünüz”³⁷⁴ hadisi, ikincisi ise “Bir müslümanın kanı şu üç sebep olmadıkça helal değildir; Evli olan zinakâr, cana can ve İslâm toplumundan ayrılarak dinini terk eden kimse.”³⁷⁵ hadisidir. Bu hadislerle dayanarak Muaz b. Cebel’in ve Ebû Musa’nın mürtede ölüm cezası uyguladıkları ve Hz. Ebubekir’in dininden dönenlere savaş açıp onlardan öldürebildiklerini öldürdüğü de rivayet edilmektedir.³⁷⁶ İslam hukukçularının, dinden dönen kişiye verilen ölüm cezası hususunda ittifak ettiklerini görmekteyiz ancak irtidat eden kadının öldürülmesi konusunda ve mürtede tevbe teklif edilip edilmemesi konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur.³⁷⁷

Mürtede verilen ölüm cezasının ağır bir ceza olduğunda şüphe yoktur fakat bu ceza da ağır ve ciddi bir suçta verilmektedir. Konu üzerinde yorum yapan bazı kaynaklarda İslam’ı kabul ettikten sonra tekrar ondan çıkmanın toplum nizamını bozacağı ileri sürülerek suçluyu toplumdan uzaklaştırmak ve halkın suça ilgi duymasını men etmek için böyle ağır bir ceza konulduğu görüşü savunulmakta, insanları suçtan vazgeçirmek için ölüm cezasının en kuvvetli ceza olduğu ileri sürülmektedir.³⁷⁸ Ölüm cezasının insan nefsinde ne derece caydırıcı tesir meydana getireceği tahmin edilebilir. İnsanı suç iş-

³⁷³ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 30; II, 86, 167.

³⁷⁴ “ من بدل دينه فاقتلوه ” Buhârî, Cihad 149; Ebû Dâvud, 1; Tirmizî, Hudûd 25.

³⁷⁵ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأني رسول الله ، إلا بأحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة ، Buhârî, Diyât 6; Müslim, Kasame 25; Ebû Dâvud, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 15.

³⁷⁶ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 167,168; Ahmed Fethî Behnesi, *Tatbiku'l-hudûdi fi't-teşri'ât-i'l-cinâiyeti'l-hadiseti*, s. 262.

³⁷⁷ İrtidat cezası üzerine ilk dönem tartışmaları ve özellikle de mürtede tevbe teklifi yapılması konusundaki değişik görüşler için bk. Frank Griffel, “Toleration and Exclusion: al-Shâfi’î and al-Ghazâlî on the Treatment of Apostates”, Tercüme, Şükrü Selim Has “Hoşgörü ve Dışlama: Şâfi’î ve Gazâlî’nin Mürted Konusundaki Görüşleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya, Nisan 2006, sayı 7, s. 277-296 ; İrtidatla ilgili hadislerin değerlendirilmesi ve ilk dönem uygulamalar konusunda bk. Fatih Orhan, “İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi”, basılmamış Doktora tezi, Çukurova Üniversitesi, S:B.E. Adana, 2014.

³⁷⁸ Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşri’u'l-cinâ’i'l-İslâmî*, (Ter. Ali Şafak) *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, II, 237.

lemeye iten faktörler ne olursa olsun, ölüm cezasını düşünmek büyük bir ihtimalle insanı o suçu işlemekten alıkoyacaktır. Çünkü hiç bir şey insan hayatı kadar önemli değildir.

İrtidat suçu genellikle basit, ferdi bir suç olmaktan öte toplum nizamını bozan, topluma tehdit teşkil eden bir suç olarak telakkî edildiği için buna verilen cezanın modern ceza hukukunda da var olduğunu ileri süren Udeh şöyle der: "Bugün birçok devletler sosyal nizamı, onu ihlal edenlere karşı en ağır cezalar koyarak korumuş, müesses nizama karşı çıkanlara, zayıflatmaya ve yıkmaya çalışanlara o cezanın verilmesini emretmiştir. Sosyal düzeni korumak için bugünkü kanunların koyduğu cezaların ilki idam cezası yani ölümdür. Modern hukuk sistemleri bugün sosyal nizamı ihlal suçunu İslam hukukunun İslamî sosyal nizamı korumak için koyduğu cezanın aynısı bir ceza ile cezalandırır."³⁷⁹ Burada ileri sürülen tez, ölüm cezasının etkili ve caydırıcı bir ceza olmasından dolayı topluma tehlike teşkil eden suçları bertaraf edebilmek için bunun sadece İslam hukuku tarafından değil dünyada birçok hukuk sistemi tarafından kullanıldığıdır.

İrtidat suçuna verilen bu ceza dünyevi bir ceza olup en az bunun kadar caydırıcı olan bir de uhrevî cezası vardır. Bu ceza ise Kur'ân'la belirlenmiştir: "... sizden kim dininden döner ve kâfir olarak ölürse, onların yaptıkları işler dünyada da ahirette de boşa gider. Onlar cehennemliklerdir ve orada devamlı kalırlar."³⁸⁰ Burada da birinci caydırıcı unsur olarak dininden dönenin kâfir olacağı tehdidini görüyoruz. Kâfir bir kişinin Müslüman toplum içindeki yerini, buna verilecek uhrevî cezanın ne derece ağır bir ceza olduğunu düşündüğümüz zaman caydırıcılık unsuru da anlaşılabilir olur. İkinci bir caydırıcılık unsuru mürtedin yaptığı iyi işlerin hem bu dünyada hem de ahirette hiçbir işe yaramayacağı ifadesi, üçüncü unsur ise ebedî olarak cehennemde kalacağı tehdididir. Tabii olarak bunlar inanan kişiler için bir şey ifade eder, zaten birisi Kur'ân'a inanmıyorsa onun bu ayetten etkilenmesi de söz konusu değildir.

12. İrtidat (dinden dönme) cezasında özel caydırıcılık

Diğer ölüm cezalarında olduğu gibi mürtede verilen ölüm cezasının özel caydırıcılık yönünden bahsetmemiz söz konusu değildir. Zira şahıs öldü(rül-

³⁷⁹ Üdeh, a.g.e., II, 237. Günümüzde idam cezasını kaldırmış ülkelerde bile ülkenin varlığına tehdit teşkil eden suçlar "vatan hainliği" (treason) adı altında ölümlü cezalandırılmaktadır. Bk. Roger Bird, *Osborn's Concise Dictionary Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, Londra, 1983, s. 327; Nigel Walker, *Crime and Punishment in Britain*, University press, Edinburgh 1965, s. 146.

³⁸⁰ "وَمَنْ زَيَّادٌ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ" Bakara 2/217.

düğü için artık bu cezadan ders alması, ıslah olması, gelecekteki suçlardan kaçınması beklenemez. Bundan dolayı İrtidat suçunu işlemiş birisine verilen cezanın toplum vicdanını rahatlattığı, toplumu kendisine ihanet ederek düşman saflarına geçmiş, belki de Müslümanların hayati önem taşıyan sırlarını beraberinde götürmüş, netice olarak neredeyse vatan hainliğine eşdeğer bir suç işlemiş birisinden kurtardığı söylene de özel caydırıcılık unsuru taşıdığı iddia edilemez. Ama yukarıda izah edildiği gibi bu cezanın genel caydırıcılık özelliği taşıdığı, bunun da hem dünyevî hem de uhrevî cezalarla sağlandığı aşıkardır.

İrtidat suçuna verilen tâbî (tebeî) ceza diye de isimlendirilen ikinci bir ceza daha vardır ki, o da mürtedin mallarının devlet tarafından müsaderesidir. Çoğunluk bu müsaderenin mürtedin bütün mallarına şamil olduğunu ileri sürerken, Hanefilerin de dahil olduğu bir grup bunun sadece dinden çıktıktan sonra edindiği mallara uygulanabileceğini, diğer mallarının, borçları ödendikten sonra mirasçıları arasında İslam hukukuna uygun olarak dağıtılacağını iddia etmişlerdir.³⁸¹ Bir yönden malî bir müeyyide olarak kabul edebileceğimiz bu cezanın yine caydırıcı özelliğe sahip olduğu söylenebilir de bu genel caydırıcılıkla ilgili olarak ele alınabilir.

Mürtedle ilgili olarak konulan müeyyidelerden birisi de onun evlilik akdi ile ilgilidir. Mürted olan kimse başka bir semavî dine de geçmiş olsa kendisine bu dine göre muamelede bulunulmaz bundan dolayı gerek malları gerekse yaptığı akitler konusunda özel hükümler uygulanır. İrtidat eden kişi evli olan erkek ise, üzerinde ittifak edilen görüşe göre karısından hemen ayrılması, karı koca ilişkilerinin sona ermesi gerekir. İrtidat eden şayet evli olan kadın ise, kocasıyla arası tefrik edilir, daha sonra kadın tevbe edecek olursa yeni bir akitle eski kocasına tekrar dönebilir. Mürted olan kadın veya erkek başka bir dine girseler ve bu dinin mensubu olan karşı cinsten birisiyle evlenmek isteseler İslam hukukuna göre bu geçerli sayılmaz çünkü mürted olan kişinin dini yoktur, kendisi ölümü hak etmiş birisidir, zimmî statüsünde bile sayılmayarak bütün yetki ve imtiyazları elinden alınmıştır. Bu kısıtlılık hali tevbe edinceye veya kendisine ceza verilinceye kadar devam eder.

Bu hükümleri özetlediğimiz zaman ortaya şöyle bir manzara çıkmaktadır. İrtidat eden kişi, dünyevi olarak toplum içindeki güvenilirliğini, saygınlığını kaybettiği gibi, aile hayatı alt üst olacak, malını mülkünü kaybedecek, bütün vatandaşlık haklarından soyutlanacak, bunlara ilaveten de ölüm cezası ile cezalandırılabilir. Uhrevî olarak ise kendisine kâfir muamelesi yapılır

³⁸¹ Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, X, 100; Fahrüddin Osman Ali b.ez-Zeylaî, *Tebyinu'l-hakâik şerh-u Kenzi'd-dekâik*, III, 285; Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 172.

ebedi olarak cehennem azabıyla cezalandırılacaktır. Değil bu cezaların ve müeyyidelerin hepsini, birkaçını bile göze almak kolay değildir. Bu sebeplerden dolayı bu cezaların, İrtidat ederek topluma ve toplum güvenliğine tehlike teşkil etmeyi tasarlayan kişiler üzerinde kesin olarak caydırıcı etkisinin olduğunu söylemek mümkündür.

13. Devlete isyan (bagy) cezasında genel caydırıcılık

Klasik kaynaklarımızda kullanılan *bagy* (بغى) kelimesinin lügat anlamı talep ve kesb olmasına rağmen daha sonraları cevr ve zulüm gibi icrası helal olmayan bir şeyi istemek anlamında kullanılmaya başlanmıştır³⁸² ve modern İslam hukuku eserlerinin bazılarında ise, isyan, devlete isyan, İslam'ın kurulu meşru düzenine başkaldırı anlamlarında yeni bir mana kazanmıştır. Mâverdi bu suç için had ve tazir cezaları içinde müstakil bir bölüm tahsis etmezken, Serahsi bu konuyu *Bâbu'l-havâric* adlı bir bölümde tetkik etmiş,³⁸³ muasır alimlerden ez-Zâhim ise had cezaları içinde müstakil bir bölümde incelemiştir.³⁸⁴ Ebû Zehra "İslam'ın meşru düzenine karşı gelmek"³⁸⁵ diye bir tarif yapmasına rağmen bunu detaylı olarak ele almamıştır. Bazen bu konunun *hirâbe* suçu ile birlikte ele alındığı da olmuştur.

İsyan (بغى) suçunun ve cezasının tespitinde delil ve dayanak olarak kullanılan ayet ve hadisler şunlardır: "Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse artık aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, âdil davrananları sever."³⁸⁶

Ayetin nüzul sebebi hakkında farklı rivayetler³⁸⁷ olmasına ve genelde de birbirleriyle kavga edip savaşanların şahıslar ve küçük gruplar olmasına rağmen ayetten devlete isyan anlamı nasıl çıkmıştır? Ortada savaşan, kavga eden iki Müslüman grup var, devlet buna müdahale ediyor ve meseleyi sulh yoluyla çözmeye çalışıyor. Ancak taraflardan birisi devlet otoritesini hiçe sayıp saldırısına devam ediyor hatta devletin güçlerine karşı savaşıyor. İşte

³⁸² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, 333.

³⁸³ Serahsi, *el-Mebsût*, X, 124.

³⁸⁴ Muhammed b. Abdillâh ez-Zâhim, *Âsâr-u tatbiki'ş - şeri'ati'l - İslâmiyye fi men'i'l-cerime*, s. 135.

³⁸⁵ Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, I, 30.

³⁸⁶ Hucurât 49/9. "وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوا فَأُضِلُّوا يَبْتَهِمَا فِإِنْ بَعَثَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَىٰ فَتَأْتُوا الْبُغْيَ" حَتَّىٰ تَبِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأُضِلُّوا يَبْتَهِمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْبَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

³⁸⁷ Bunlar için bk. Ahmed Fethî Behnesi, *el-Mevsû'atü'l-cindîyye fi'l-fıkhi'l-İslâmi*, Dâru'n-nehdati'l-'Arabiyye, Beyrut 1991, I, 249, 250.

bu noktada mesele devlet otoritesine isyana dönüşüyor. Bu hareket, haklı olarak devlete güveni zedeleyecek, toplum içinde kavga ve karışıklıkları körükleyecek, kaos yaratacak bir suçtur ki eski yeni hiçbir devletin buna müsa-maha göstermesi beklenemez. Toplumun huzur ve güvenini temin, fertlerin hayat haklarını müdafaa için isyan suçu ölüm cezası ile karşılık bulmuştur.

Behnesî, bu asilerin devlet başkanının kontrolünden çıktıklarını, topluma karşı geldiklerini ileri sürerek bunların bertaraf edilmesi için herkesin devlet başkanına yardım etmesi gerektiğini aksi takdirde yeryüzünde fesadın ve bozgunculuğun hüküm süreceğini söyler.³⁸⁸

İsyan suçuyla ilgili olarak en sık kullanılan hadîs-i şeriflerden birisi “Gelecekte zaman zaman fitneler çıkacaktır. Dikkatli olun! Ümmetim toplu halde bulunurlarken kim onların aleyhine isyan ederse hepiniz kılıçla isyan eden kim, nerede olursa olsun boynunu vurunuz”³⁸⁹ Bu ceza ağır bir ceza olmasına rağmen, devletin bekası ve toplumun huzuru için gereklidir.

Cezanın caydırıcılık yönü diğer ölüm cezalarında olduğu gibidir. Suç ne kadar ağır ise ceza da o derece katıdır, ceza ne kadar katı ise caydırıcılık özelliği de o derece kuvvetlidir. Caydırıcılık ne derce kuvvetli ise işlenen suç oranı da o derece düşük olacaktır. Devlete isyanı ve başkaldırığı göze alan kişi haliyle bunun neticesi olan cezayı da kabullenmiş demektir. İslam tarihinde zaman zaman bu tecrübeler yaşanmış olsa da ölüm cezasının bu tip suçları tamamen ortadan kaldırmamasına rağmen, büyük ölçüde azalttığı da inkar edilemez.

14. Devlete isyan (bagy) cezasında özel caydırıcılık

İsyan suçuna takdir edilen ve uygulanan cezanın suçluyu ortadan kaldırıp, onun tehlike ve tehdidinden toplumu koruduğu ortadadır. Ancak suçluyu ıslah etme, topluma geri kazandırma gibi bir fonksiyonu yoktur. Bu yüzden bu cezada özel caydırıcılıktan bahsetmemiz mümkün değildir. Ancak ayette resmedilen durumun ilk aşamasında yani, Müslümanlardan iki grup çatıştığı, savaştığı zaman araları ıslah edildiğinde hatalarını anlayıp savaşmaktan vazgeçen, İslam toplumundan göreceği tepkiyi ve cezayı hesaplayıp devlete karşı gelmekten sakınan kişiler için özel caydırıcılıktan bahsedebiliriz. Yani bunlar henüz devlete karşı isyan bayrağını açmadan, devletin güçleriyle çatışmaya girmeden önce sulh çağrısına uyup haksız fiillerinden vazgeçerlerse, bir bakımdan ıslah olmuş ve topluma kazandırılmış sayılırlar.

³⁸⁸ Behnesî, *el-Mevsû'atü'l-cinâiyye fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, I, 252.

³⁸⁹ Müslim, İmâre 59; Ebû Dâvud, Sünnet 27. انه ستكون هنات و هنات فن اراد ان يفرق امر هذه الامة و هي جميع فاضربوه بالسيف كلنا من كان

Bununla beraber suç işlemeye başladıktan sonra bile pişman olup bu fiillerinden vazgeçerek silahlarını bırakıp devlet güçlerine teslim olanların da öldürülmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Bilmen şöyle der: "Silahını elinden bırakmayan bir bagî katledilebilir. Fakat: 'Ben tâib oldum' diye elindeki silahını bırakan veya: 'Beni bırakınız işimi bir düşüneyim, belki tövbe ederim veya tâbi olurum' diye silahını atan bir bagîye artık tecavüz olunmaz, istimanda bulunmuş olur."³⁹⁰

C. Akşit de "isyancılar yaptıklarına pişmanlık duyarak hükümetin emrine girdikleri takdirde isyan halinde öldürdükleri insanlara mukabil kısas olunmazlar. Telef ettikleri mallar tazmin ettirilmez."³⁹¹ görüşünü nakletmiştir. Bu durumda ise ceza uygulanmadan suçlunun ıslah olduğunu kabul etmemiz gerekir ki bunu da cezanın özel caydırıcılığı diye yorumlamak mümkün olabilir.

III- KISAS CEZALARINDA CAYDIRICILIK

1. Kısas cezalarında genel caydırıcılık

İslam ceza hukukundaki cezaların felsefesini, hikmetini en veciz ve belîğ bir şekilde ortaya koyan Kur'ân ayetlerinden birisi şüphesiz "*Ey akil sahipleri! Kısasta sizin için hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız.*"³⁹² ayetidir. Kısasta en az iki ölüm vardır, birincisi kâtilin öldürdüğü kimse yani maktul, ikincisi de kâtilin kendisinin kısasen öldürülmesidir. Ayette bu ölümlerden hiç bahsedilmeden hayattan bahsedilmesi dikkat çekicidir.³⁹³ Elmalılı bu ayetin tefsirinde şöyle der: "Kısaşın kendisi, bir hayatı yok etmektir ama, aynı zamanda haksız yere bir hayatı yok etmeye karşı, hayatın zıddı olan kısasın meşru oluşu da hayatın ve yaşama hakkının bir müeyyidesidir. Şöyle ki:

³⁹⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, 416.

³⁹¹ M. Cevat Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, yy., ts., s. 115.

³⁹² Bakara 2/179. Arap literatüründe ve hukuk geleneğinde ölüm cezasının öldürmeleri azalttığı, toplumu dirilttiği hakkında birçok hikmetli söz bulunmasına rağmen hiç birisi bu ayet kadar çarpıcı, öz, anlamlı ve belîğ değildir. Bunlardan birkaçı şöyledir; "Bir kısım insanları öldürmek, toplumu diriltmektir.", "Öldürmeyi çok yapınız ki, öldürme azalsın" ve "Ölüm ölümü ortadan kaldırır." Rahmetullah el-Hindî, Kur'ân'ın Allah kelâmı olduğunu ispat sadedinde verdiği on iki örnek içinde bu ayeti de zikreder ve bu ayetin lafzının kolay fakat manasının geniş olduğunu, ölüm ve hayat gibi iki zıt kavramın çok belîğ bir şekilde bir arada kullanıldığını, böyle bir hikmetin ve güzelliğin ancak Allah kelâmı olabileceğini ileri sürer. Bk. Rahmatullah b. Halilirrahmân el-Hindî, *İzhârü'l-Hak*, (tah. Muhammed Ahmed el-Melkâvî) Riyad 1989, III, 781.

³⁹³ Burada Bedî' ilminde "tıbak" denilen tezat sanatı, "kısas" ve "hayat" kelimeleriyle en güzel ve makul bir tarzda tatbik edilmiştir. Bk. M. Hamdi Yazır (Elmalılı), *HakDini Kur'ân Dili*, I, 502.

1. Önce bu hem katil olmak isteyen kimse, hem de öldürülmesi istenen kimse hakkında kuvvetle hayatı korumaya sevketmektedir. Çünkü katil olmak isteyen kimse, öldürürse ve öldürdüğünde kendisinin de öldürülmeyi hak edeceğini bilirse akıl gereği olarak, öldürmekten vazgeçer. Böylece hem kendisi hayatta kalır hem de karşısındaki.

2. Bunda, ikisinden başka genel toplumun yaşama hakkını güvenceye alma vardır. Çünkü bu şekilde öldürmenin önüne geçilmesi, bu ikisinden başka, bunlarla uzaktan yakından ilgili olması düşünülen insanların da hayatlarının devamına ve güvenliğine bir garantidir. Zira öldürme olayı, öldürenle öldürülenin yakınları arasında düşmanlık ve fitneye, bu da büyük çarpışmalara (kan davalarına) sebep olabilir.³⁹⁴

Elmalı'nın bu ifadelerinde de kısas cezasının hem potansiyel katilin, hem olası kurbanının hem de bunların yakınlarında birçok kişinin hayatını kurtarabileceğini anlamaktayız. Potansiyel katilin öldürme fiilinden vazgeçerek kendi hayatını kurtarması özel caydırıcılık ilkesinin bir tezahürü olarak düşünülse de, kurtarılan diğer hayatlar genel caydırıcılık kuralının nasıl netice verdiği göstermektedir.

Yine daha önce işaret edildiği üzere, şayet adam öldürme fiili gerçekleşmiş ise, bu durumda katile verilecek ölüm cezasının maktule hiçbir faydası olmayacaktır. Bunun sadece diğer insanlara bir ders olup, onları suç işlemekten alıkoyacağını ileri sürenler vardır.³⁹⁵ İşte bu da kısas cezasındaki genel caydırıcılık özelliğinin ortaya çıkarttığı bir faydadır.

Yukarıda zikredilen ayet incelendiğinde ifadede (haşa!) sanki bir tezat varmış izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ayette bir taraftan kısastan, yok etmeden bahsedilirken, ortada en az iki ölüm varken bu cezadan hayatın çıkması ilk bakışta pek anlaşılabilir. Ancak meseleyi biraz derinlemesine ve özellikle de ayetin nazil olduğu zamanda hüküm süren sosyal şartları göz önünde bulundurarak incelediğimizde bu hükümdeki inceliği, icazı ve hikmeti kavrayabiliriz. Şöyle ki; İnsanı yaratan Allah, yarattığını en iyi bilendir.³⁹⁶ Bu sebeple konulan kurallarda ve hükümlerde insanın akli, fikri, zihni, duyguları, kabiliyeti ve içgüdüleri dikkate alınmıştır. İnsan tabiatına aykırı olan, insanın takat getiremeyeceği şeyler insandan istenmemiştir.³⁹⁷ Mesela, herhangi

³⁹⁴ M.Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'ân Dili*, I, 501.

³⁹⁵ Muhammad Ibn Ibrahim al-Hewesh, "Retaliation Penalty 'Kisas', Blood money 'Diya', Expiation 'Kaffara'", *The Effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia*, s.366.

³⁹⁶ Mülk 67/14. "Hiç yaratan bilmez mi? O, en ince işleri görüp bilmektedir ve her şeyden haberdardır."

³⁹⁷ Bakara 2/286. "Allah her şahsı, ancak gücünün yettiği ölçüde mükellef kılar."

bir yakını, özellikle de anne veya babasını, çocuğunu ya da kardeşini kaybeden birisinin üzülmemesi imkânsızdır, çünkü bu insan tabiatının bir gereğidir. Bundan dolayı haksız yere bir yakını öldürülen kişilerin üzülmeleri, kızmaları, intikam ateşiyle yanmaları en azından anlayışla karşılanmalıdır. Yakılan bir arabanın yenisi alınabilir veya arabasız da yaşanabilir, yıkılan bir evin yerine daha güzeli inşa edilebilir ya da çadırda, barakada yaşanabilir.

Telef edilen bir canın yerini alacak bir şey bulmamız veya onu geri getirmemiz mümkün değildir. Bu sebepten öldürme suçunu en ciddi, en caydırıcı ve en etkili bir ceza ile cezalandırmak en makul olan tutum olduğu gibi en adaletlisi de olacaktır. Aksi takdirde İslam öncesi Arap toplumunda hatta günümüzde bile birçok yerlerde vuku bulduğu üzere, intikam ateşiyle, kin ve hırsıla dolu olan maktulün yakınları katili ve/ya katilin yakınlarından birçok kişiyi öldürecekler, aynı fiili yeni maktullerin akrabaları da işleyecek böylece bir şiddet sarmalı, bir fasit daire asırlar boyu devam edecektir.

Bu kan davalarının neticesinde sayısız suçsuz insan hayatlarını kaybedecek, sayısız aile perişan olacak ve bu durum her kuşakta yenilenecek ve tabir caizse, her doğan çocuk ölen akrabalarının intikamını almakla mükellef olacaklardır. Halbuki kısas yoluyla devlet tarafından verilen ve infaz edilen bir ceza, maktulün yakınlarının intikam duygularını, kin ve hırslarını azalttığı hatta söndürdüğü gibi, ceza olarak öldürülen kişinin, yani katilin yakınları da maktulün yakınlarına karşı bir kin duymayacaklardır, çünkü cezayı devlet vermiştir. İşte bu yolla sayısız insanın hayatı kurtulduğu gibi, kısas cezasını düşünerek suç işlemeyen, bundan cayan kişilerin de hem kendi hayatları hem de öldürmeyi tasarladıkları kişilerin hayatları kurtulmuş olacaktır.

Kisas cezasının iki temel hedefinin olduğu ileri sürülerek bunlardan en önemli olanının genel caydırıcılık olduğu ve "*Eyakıl sahipleri! Kisasta sizin için hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız.*" ayetinden de kastedilenin bu genel caydırıcılık olduğu iddia edilmektedir.³⁹⁸ Bu iddiayı desteklemek için şöyle bir açıklama ortaya konulmuştur; Kısas cezasının uygulanmasından asıl gayenin genel caydırıcılık olmasından dolayı, bu gayenin gerçekleşmesi mümkün olmayan yerlerde kısas cezası uygulamaya konulmamıştır. Mesela, oğlunu öldüren bir baba bu fiilinden dolayı kısas cezasına çarptırılmaz. Burada suçun faili baba olduğu ve babaların da çocuklarını öldürmeleri çok nadir olduğu için, asıl gayesi genel caydırıcılık olan kısas cezasının uygulanmamasının cemiyet içinde bu suçun artmasına sebep olacağından korkulmaz. Çünkü, zaten içgüdüsel olarak baba çocuğunu öldürmekten

³⁹⁸ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-ukûbe*, Riyad, s. 157.

kaçındığı gibi, aksine onun için büyük fedakarlıklarda bulunur, onun saadet ve mutluluğu için çeşitli zorluklara katlanır. Bunun için bir babanın çok nadiren de olsa, çocuğunu öldürmesi vuku bulmuşsa bu onun yapısında ve karakterinde bir bozukluk olduğundandır. Çoğu zaman insanlar ömürleri boyunca böyle bir olay duymamışlardır. Bundan dolayı bunun için bir müeyyide konulmasına ihtiyaç yoktur.³⁹⁹ Ukâz bu görüşlerini desteklemek için "bir baba evladı yüzünden kısas olunmaz"⁴⁰⁰ hadisini de zikreder. Yazarın yukarıda zikredilen görüşlerinde, açıkça zikredilmese de kısas cezasının illeti genel caydırıcılık olarak algılanmış ve illet ortadan kalktığı için hükmün de ortadan kalkacağı satırlar arasında verilmiştir.

Kısas cezasında şüphesiz genel caydırıcılık unsuru ve özelliği şüpheye mahal bırakmayacak şekilde mevcut olmasına rağmen, kısasın gayesini veya illetini tamamen genel caydırıcılık olarak algılamak ve bunu da evlat katili olan babanın kısas cezasına çarptırılmayacağı kuralıyla açıklamak sorgulanabilir kanaatindeyiz, çünkü;

1. İçinde Hanefiler, Ahmed b.Hanbel, el-Evzaî ve Şafî'nin bulunduğu fakihlerin çoğunluğu "bir baba evladı yüzünden katledilemez"⁴⁰¹ hadisini delil alarak evlat katili olan babanın kısasen öldürülemeyeceğini kabul etmişlerdir. Ancak Malikiler, Osman el-Bettî, hatta İbn Munzir'in naklettiğine göre Mâlik, İbn Nâfî' ve İbn Abdilhakim kasten evladını öldüren babanın kısas yoluyla öldürülebileceğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁰² Daha ileri gidip yukarıda zikredilen hadisi "bâtıl" olarak niteleyenler olmuştur.⁴⁰³ En azından, üzerinde ihtilaf edilmiş bir hadise dayanan bir hükmü kısastaki genel caydırıcılık özelliği konusunda bu derece rahat kullanırken ihtiyatlı olmak uygun olurdu diye düşünebiliriz.

2. Evlat katili babanın kısasen öldürülmemesinin illetini Hz. Peygamber'in "Sen ve malın babana aitsiniz"⁴⁰⁴ hadisinden kaynaklanan mülkiyet şüphesine bağlayanlar olmuştur. Evladın, babanın mülkü olduğu kabul edilince baba evladını öldürmekle kendisine ait bir mülkü ortadan kaldırmış sayılacağı için kısastan muaf tutulmuştur. Bu yorum dikkate alınırsa kısas uygu-

³⁹⁹ Fikrî Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, s. 157.

⁴⁰⁰ Tirmizî, Diyât 9; İbn Mâce, Diyât 22; Ebû Dâvud, Diyât 6.

⁴⁰¹ " لا يقتل الوالد لولده " Ebû Davud, Diyat 65; İbn Mâce, Diyat 22.

⁴⁰² A. F. Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 60, 61.

⁴⁰³ İbn Arabî'nin Şeyhülislam eş-Şâşî'den nakli için bk. A. F. Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 61; Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 378, 379.

⁴⁰⁴ İbn Mâce, Ticaret 64; Ahmed b. Hanbel, II, 169, 204.

lanmamasının illeti genel caydırıcılık unsurunun olmaması değil, mülkiyet şüphesinin bulunması olacaktır.

3. Babanın kısas edilmemesinin illetinin, baba çocuğun hayat bulmasının (dünyaya gelmesinin) sebebi olduğu için, çocuk babasının yok olmasının (öldürülmesinin) sebebi olamaz fikri olduğunu ileri sürenler olmuştur.⁴⁰⁵ Bazı yönlerden itiraz edilmesine rağmen yine de dikkate değer bir görüş olarak kabul edersek, bu da kısas uygulanmaması ile genel caydırıcılığın yokluğu bağlantısını zayıflatacaktır.

Bu sebeplerden dolayı kısasta mevcut olan genel caydırıcılık unsurunu yanlış veya zayıf bir delille izah etme gayretinin savunulan tezi de zayıflatacağını göz önünde bulundurup daha değişik ve ikna edici görüşler ileri sürülebilir.

Mesela, bu konuda A. F. Behnesi de benzer fikirler ileri sürerek şöyle der: "Şâri' maktulün yakınlarının kalplerini teskin etmek ve cahiliye döneminden kalma, bir kişi için bütün kabileyi yok etmek âdetinden caydırmak için kısası gerekli kılmıştır. Kâtilin kendisi ve yakınları öldürülen kişi karşılığında büyük miktarda mal/para vermeye çalışsa bile, maktulün velileri buna razı olmuyorlardı, zira kasten öldürmenin karşılığı olarak mal vermek kısasın hikmetini ortadan kaldıracaktı, işte bundan dolayı kısas konulmuştur. Kısasta toplumun bütün fertleri için hayat vardır, öldürdüğü zaman öldürüleceğini bilen birisi öldürmekten çekinir. Bunun için Yüce Allah 'Kısasta sizin için hayat vardır' buyurmuştur."⁴⁰⁶

İlk dönem müfessir ve dilci alimlerden, lügavi tefsirin temsilcilerinden olan Zeccâc (ö.311/923) "*Kısasta sizin için hayat vardır*" ayetinin tefsirini yaparken der ki; "Şayet kişi öldürdüğünde öldürüleceğini bilirse kendisini öldürmekten geri tutar (men eder) böylece hem öldürmeye niyetlendiği kişinin hayatı hem de kendi hayatı kurtulmuş olur. Kişi kısastan dolayı kendisini öldürmekten alıkoymuş olur."⁴⁰⁷ Burada her ne kadar teknik bir deyim olarak genel caydırıcılık veya özel caydırıcılık kavramları zikredilmemiş ise de mana olarak her ikisini de görebilmekteyiz.

Başka bir müfessir yine benzer ifadeler kullanarak, adam öldürmeye niyetlenen birisinin öldürdüğünde öldürüleceğini bilmesi halinde kafasına koyduğu öldürme fiilinden vazgeçeceğini ve bunun neticesinde öldürmeye

⁴⁰⁵ Bk. A.F.Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhî'l-İslâmî*, s. 59; M. Ebû Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, II, 380.

⁴⁰⁶ A. F. Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhî'l-İslâmî*, s. 12.

⁴⁰⁷ Bk. Muhammed Ali es-Sâbüni, *Rawâi' u'l-beyân tefsîr-u âyâtî'l-Ahkâmi min el-Kur'ân*, I, 173.

niyetlendiği kişi ve kendisi de dahil olmak üzere en az iki kişinin hayatının kurtulacağını beyan ettikten sonra, öldürme fiili gerçekleşse bile kâtile kısasen ölüm cezası uygulanacağı için bu cezanın başkalarına caydırıcı örnek olmasından dolayı yine hayat verici fonksiyonu bulunduğunu ileri sürmüştür.⁴⁰⁸ Buradan şunu anlıyoruz, şayet birisi öldürülmeden, kâtil niyetinden vazgeçerse burada en azından özel caydırıcılık meydana geldiği gibi, -tatbik edilmemiş olsa da- aynı cezadan başkaları da çekinip suçtan uzak duracakları için genel caydırıcılık ta tahakkuk etmiş olacaktır. Şayet adam öldürme fiili gerçekleşmiş ise bu durumda kâtilin kendisi kısasen öldürüleceği için bu durumda özel caydırıcılıktan söz edemiyoruz ama, bu cezayı gören, duyan onlarca potansiyel katiller bundan ders alarak işlemeye azmettikleri cina yetten vazgeçeceklerdir, bu durumda da yine genel caydırıcılık gerçekleşmiş sayılacaktır. Yani kısas cezası ister tatbik edilsin, isterse edilmesin her halükarda genel caydırıcılık tahakkuk etmektedir.

Kadı Beyzavî de kısas cezasından çekinerek adam öldürmekten vazgeçen birisinin iki hayatı kurtardığını belirttikten sonra, kısas cezası uygulansa bile birçok kişinin hayatının kurtulacağını söyler. Çünkü kısas cezası verilmeseydi şahsi intikam duyguları karşılıklı öldürmeleri ve kan davalarını körükleyecek ve çok sayıda insan ölecekti. Dolayısıyla kısas bu şahısların hayatlarını kurtarmıştır. Müfessir görüşlerinin devamında, bazılarının ayette geçen "hayat" kelimesinden ahiret hayatını anladıklarını, kâtilin dünyada kısasen öldürülmesi durumunda ahirette aynı suçtan sorgulanmayacağı görüşünde olduklarını zikreder.⁴⁰⁹

Yine İslam ceza hukuku üzerine yazılan güncel eserlerin birisinde, kısas cezasının konulmasının temel gayelerinden birisinin insanoğlunun hayatını korumak olduğu, bunun da birisini öldürmeyi tasarlayan şahsın, öldürdüğünde öldürüleceğini bilmesi ve işleyeceği suça verilecek cezadan korkarak öldürme fiilinden cayması yoluyla gerçekleşeceği ifade edildikten sonra, "suçluya kısas cezasının uygulanması durumunda bunu müşahade eden ve adam öldürmeyi tasarlayan diğer şahısların, kendi sonlarının da cezaya çarptırılan suçlunun sonundan iyi olamayacağını düşünerek bu kötü niyetlerinden cayacakları" iddia edilmiştir.⁴¹⁰ Bu görüş de kısas cezasındaki genel

⁴⁰⁸ Bk. Alauddîn Ali b. Muhammed b. İbrâhîm el-Bağdâdî (el-Hâzin), *Lübâbu't-te'vîl fi me'â-nî't-tenzîl*, (Kitâbu mecmû'ati min et-tefâsîr içinde.) Beyrut ts. I, 253; Fahreddîn Muhammed b. Ömer er-Râzî, *Mefâtihu'l-gayb*, İstanbul 1308, II, 158.

⁴⁰⁹ Nâsiruddîn Ebî Saîd Abdullah b. Ömer el-Beyzâvî (Kadı Beyzâvî), *Envârut-tenzîl ve esrâr-ut-te'vîl*, (Kitâbu mecmû'ati min et-tefâsîr içinde.) Beyrut ts. I, 252, 253.

⁴¹⁰ Abdullah Ali er-Rukbân, *el-Kisâs fi'n-nefs*, Beyrut 1981, s. 18.

caydırcılık özelliğini yansıtmakta ve birazcık düşünen insanların başkalarının başına gelen musibetlerden ders çıkarması gerektiğini ve de çıkaracaklarını savunmaktadır.

Ömer Nasuhi Bilmen ise bu konuyu şöyle özetler: "Masum bir şahsın hayatına kastetmek, bir heyeti içtimaiyenin hayatına saldırmak kadar mezmumdur. Binaenaleyh böyle bir cinayetin en muvafık cezası kısastır. Bu sayede adalet temin edilmiş, cemiyet hayatının nizam ve intizamı korunulmuş olur. (...) Birçok kimselerin katil cinayetine cüret etmelerine mani olmuş bulunur. Bunun neticesinde de umumi hayat kurtulur."⁴¹¹ Yukarıda geçen açıklamalara paralel olarak bu cezanın verilmesinde de toplum ön plana çıkarılıp, ferde karşı yapılan bir saldırının topluma karşı yapıldığı kabul edilip böylesine ağır bir cezanın birçok kimseyi suç işlemekten caydırabileceği vurgulanmaktadır.

2. Kısas cezalarında özel caydırıcılık

Genel olarak, cezalandırmayla gerçekleştirilmesi umulan gayelerden birisinin suçlunun bizzat kendisinin işlediği suçtan vazgeçirilmesi, o suça bir daha dönmemesinin sağlanması olduğundan daha önce bahsedilmişti. Özel caydırıcılık diye ifade edilen bu özelliği ölüm cezasının dışında kalan cezalarda görmek mümkündür. Kısas cezası verilerek öldürülmüş birisinin bu cezadan ders çıkarması ve işlediği suça tekrar dönmekten caydırılması artık söz konusu değildir. İronik olarak her ne kadar artık kişi suç işleyemez hale getiriliyorsa da bu durumda bizim söz konusu ettiğimiz caydırıcılıktan çok, batı hukukunda *incapacitation* tabir edilen etkisiz, zararsız hale getirme meselesi ortaya çıkmaktadır ki buradaki durum ise devamlı, ebedi olarak etkisiz hale getirme (*permanent incapacitation*) kategorisine girmektedir. Ancak, ölüm cezasının dışında kalan kısas cezalarında özel caydırıcılık unsurunun varlığından söz edebiliriz. Ukâz, "ölüm cezası hariç, cezalardan genel caydırıcılığın beklenildiği her yerde özel caydırıcılık da vardır, ancak ceza ölüm cezası ise bunda sadece genel caydırıcılık gerçekleşir, ölüm cezasının dışındaki cezalarda ise hem genel hem de özel caydırıcılık tahakkuk eder"⁴¹² diyerek iki caydırıcılık arasındaki ilişkiye işaret etmiştir.

Mesela, Mâide (5/45) suresinde zikredilen "*Tevrat'ta onlara şöyle yazdık. Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş.(karşılık ve cezadır) Yaralar da kısastır.(Her yaralama misli ile cezalandırılır) Kim bunu bağışlarsa kendisi için o kefarettir,*" hükmünce bir kişinin herhangi bir organı kısasen

⁴¹¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Kur'ânı Kerim'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri*, İstanbul 1985, I, 171.

⁴¹² Fikri Ahmed Ukâz, *Felsefetü'l-ukûbe*, s. 157.

kesilse bunun o kişiye ders olması, işlediği suça karşılık kendisine verilen bu cezadan ibret alıp gelecekte suç işlemekten cayması beklenir. İşte bu, kısastaki özel caydırıcılık unsuruna verilebilecek örneklerden birisidir.

Bu konuya temas eden müfessir Hâzin, kısastaki caydırıcılığın ve neticesindeki hayat kurtarmanın sadece öldürmekle ilgili olmadığını, yaralamalarda da aynı hükmün geçerli olduğunu belirtip, başkasını yaralamaya niyet eden kimse kendisinin de yaralanacağını bilirse (*kıyas fi'l-uzuv*) bu fiilinden vazgeçer, bazen yaralamalar ölüme yol açabileceği için bu vazgeçme belki de ölümü önleyecektir der.⁴¹³ Yine burada da açık olarak zikredilmese de özel caydırıcılık kavramının ortaya çıktığını, uzuvlara karşı yapılabilecek bir kısasın uygulanmasından önce, yani sırf böyle bir cezanın varlığının bilinmesiyle, potansiyel suçlunun suçtan cayabileceğini, şayet suçu işlemişse cezanın tatbik edilmesiyle artık aynı suçu mühtemelen bir daha işlemeyeceğini anlıyoruz.

IV- TAZİR CEZALARINDA CAYDIRICILIK

1. Tazir cezalarında genel caydırıcılık

Had cezaları gibi tespit edilmiş, miktarı belirlenmiş cezalar olmadıklarından, tazir cezalarının cinsi, miktarı, uygulanması, gerektiği yerde hafifletilmeleri veya ağırlaştırılmaları devlet başkanına ve onun tayin ettiği kişilere bırakılmıştır. Had cezası gerektiren suçlarla, kısas ve diyet cezası gerektiren suçları hariç bırakırsak, diğer kalan suçların hepsini tazir suçu olarak nitelemek ve bunlara tazir cezası uygulamak durumundayız.

Klasik kaynaklarda yer alan tazir suçlarına bugün sayısız yeni suç ve bunların karşılığında da yeni cezalar ekleyebiliriz. Mesela internet üzerinden işlenen "sanal" suçlar, gizlice telefon dinlemek, görüntü ve ses kaydetmek, trafik kurallarını ihlal etmek gibi temel hak ve hürriyetlere yönelik suçlar yeni ceza anlayışı ve bunun neticesinde yeni cezalar gerektirmektedir. Bundan dolayı tazir cezalarının çerçevesi çok geniş ve sayıları da çok fazladır. İşte bu çok sayıda suçlara verilen cezaların caydırıcı olup olmaması bu suçların toplum içinde işlenme sayısını azaltacak veya yükseltecektir.

Tazir cezaları deyince aklımıza ilk gelen şey bu cezaların had cezalarına nispetle daha hafif cezalar olduğudur. Genelde bu doğru olmasına rağmen tazir cezası olarak, ölüm cezası da verilebileceğini bilmekteyiz. Hangi suça hangi tazir cezasının verileceği toplumun ve ülkenin o günkü şartlarına ve duru-

⁴¹³ Bk. Alaüddin Ali b. Muhammed b. İbrâhîm el-Bağdâdi (el-Hâzin), *Lübâbu't-te'vil fi me'âni't-tenzil*, I, 253.

muna bağı olarak devlet başkanına bırakılmıştır. Ancak devlet başkanının bu suçları ve verilecek cezaları tespit ederken İslam'ın genel hükümlerini göz önünde bulundurması, toplum çıkarlarını gözetmesi gerekmektedir.⁴¹⁴ Yalnız bazı durumlarda toplumun yararlarını korumak için şer'î sınırlar neredeyse zorlanmış ve caydırıcılığı fazla ve daha etkili cezalarla suçun işlenilmesine engel olunmaya çalışılmıştır. Mesela Osmanlı uygulamasında 'Birkaç kez hırsızlığı zahir olmuş' kişilerin asılması, kısas cezasının uygulanmadığı durumlarda bunun kürek cezasına çevrilmesi⁴¹⁵ tazir cezalarının ne derece ağır ve caydırıcı olabileceğinin göstergesidir. Yine devletin asayişini temin ve merkezî devlet anlayışını yerleştirmek için verilen "siyaseten katil" cezasını da tazir cezalarının Osmanlı uygulaması örneklerinden birisi olarak verebiliriz.⁴¹⁶

Bu noktadan baktığımızda Osmanlı Kanunnamelerinde yer alan cezaların, yani örfî hukuktaki cezaların çoğunun tazir cezaları olduğunu, şer'î hukukun bir bölümü olan tazir cezalarının örfî olarak belirlendiğini bunun da şer'î ve örfî hukuk arasında bir zıtlığı değil de bir harmoniyi gösterdiğini söylemek mümkündür. A. Akgündüz de, "Osmanlı hukukunda örfî hukuk deyince sadece âdet hukuku değil, şer'î hükümlerin kanun tarzında tedvini de dahil olmak üzere, ülü'l-emre tanınan sınırlı yasama hakkı çerçevesinde, mütehasıs İslâm hukukçularının içtihad ve fetvalarına da başvurularak ortaya konan hukukî hükümler akla gelmelidir."⁴¹⁷ diyerek, şer'î ve örfî hukukun birbirinden soyutlanmış iki hukuk sistemi değil de birbiriyle kaynaşmış, uyum içinde olan sistemler olduğuna ve aynı zamanda da örfî hukukun kapsamının genişliğine işaret etmiştir. Zaten bu alandaki ciddi çalışmalar da örfî hukukun hiçbir zaman şer'î hukuka müdahale etmediğini, bazılarının iddia ettiği gibi⁴¹⁸ ona aykırı hükümler koymadığını göstermektedir.⁴¹⁹

Tazir cezalarının ne derecede caydırıcı olabileceğine dair çarpıcı bir örnek de yine M. A. Aydın tarafından nakledilir: "Şeyhülislâm Abdürrahim Efendi tarafından, hırsızlık yapmak maksadıyla beytümâl demirlerini keserken ya-

⁴¹⁴ İbrahim Çalışkan, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", A.Ü.I.F. Dergisi, 1989, XXXI, s. 375 vd.

⁴¹⁵ M. Akif Aydın, "Ceza" (Osmanlı Ceza Hukuku), T.D.V. *İslâm Ansiklopedisi*, VII, 478 vd.

⁴¹⁶ M. Akif Aydın, a.g.m., s. 480; Akgündüz, "Osmanlı padişahlarının kardeşlerini veya bazı devlet adamlarını öldürmeleri, bu manada siyaseten katle değil, bir had suçu olan bağy'e girmektedir." diyerek değişik bir yorum getirmektedir. Bk. *Osmanlı Kanunnameleri*, I, 125.

⁴¹⁷ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, I, 51.

⁴¹⁸ Mesela bk. Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza hukukuna Aykırı Hükümler", A.Ü. *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, c. III, sy. 1, s. 127-144 ve c. III, sy. 2-4, s. 365-383.

⁴¹⁹ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, 85 vd.

kalanan hırsızla ilgili olarak verilen bir fetvada, 'gayre ibret için' hırsızın padişahın emriyle siyaseten katille cezalandırılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir."⁴²⁰ Bunun bir değerlendirmesini yapan Aydın, "Zannedildiğinin aksine, Osmanlı örfi ceza hukukunun İslâm hukukunun getirmiş olduğu cezaları hafifletmediği, hatta önemli ölçüde ağırlaştırdığı söylenilebilir."⁴²¹ demiştir. Bu bir anlamda, geniş çapta tazir cezalarının oluşturduğu örfi cezaların ciddiliğine, ağırlığına ve dolaylı olarak da caydırıcılığına bir referans olarak kabul edilebilir. Tazir cezası olarak ölüm cezası da verilebildiği için, had cezalarındaki ölüm cezasının caydırıcılığı aynen tazir cezası için de geçerlidir. Nadiren de olsa tazir cezası olarak uygulanan ölüm cezasının diğer insanları aynı suçu işlemekten caydıracağı bir gerçektir.

Hapis, celde, sürgün, kürek cezası, kal'a bendlik, teşhir gibi diğer tazir cezalarının da caydırıcı vasıfları bulunduğu muhakkaktır. Caydırıcılığı sağlamak ve bu yolla suç oranını azaltmak için devlet başkanı veya diğer idarecilerin cezanın yetersiz kaldığı durumlarda bunu artırmak veya ek cezalar vermek gibi bir imkânları olduğu için şartların gerektirdiği şekilde cezalar ayarlanabilir.

Tazir cezalarının da alenen icra edilmelerinden dolayı bu cezaya şahit olan kişilerin halkın önünde zelil bir duruma düşmemek için bu cezalardan ders çıkarmaları tabii bir durumdur. Özellikle de bir hayvana ters olarak bindirilip, yarı çıplak halde üzerine katran dökülüp, tavuk tüyleri yapıştırılarak tellal ve aşağılayıcı tezahürat yapan çocuklar eşliğinde çarşı pazar dolaştırmak suretiyle uygulanan teşhir cezalarının izzeti nefis ve gurur sahibi kişiler üzerinde ciddi bir tesiri olsa gerekir.

2. Tazir cezalarında özel caydırıcılık

Tazir cezalarının diğer cezalardan farklarından birisi her şahsa uygun bir ceza şekline getirilebilmesidir. Had cezalarında cezayı artırmak veya eksiltmek mümkün olmadığından suçlunun durumuna bakılmaksızın -tabir caizse- paket cezalardan birisi verilmektedir. Halbuki tazir cezalarında suçlunun durumunu, toplumdaki konumunu, sabıkalı olup olmadığını ve benzeri faktörleri dikkate alarak onu ıslah edecek, bir daha işlediği suça tekrar döndürmeyecek en uygun ceza verilebilmektedir.

Suç işlemekte ısrar eden kişilere ağır cezalar verilmesi de bu sebeptendir. Bunu günümüzle mukayese ettiğimiz zaman, suç işlemeyi alışkanlık haline

⁴²⁰ M. Akif Aydın, a.g.m., s. 480.

⁴²¹ M. Akif Aydın, a.g.m., s. 480.

getirmiş, verilen hafif cezalarla ıslah olamayan kişilere ağır cezalar verilmesinin esprisini daha kolay anlarız. Yakalanan gasp, hırsızlık, yankesicilik, sahtekarlık gibi suçların faillerinin büyük bir kısmının mesleklerinde(!) pişmiş, tecrübeli kişiler olduklarını, şayet kısa süre içinde olsa hapse gireceklerse bunu meslekî becerilerini artırma için bir eğitim fırsatı olarak gördüklerini müşahede etmekteyiz.

Tazir cezaları her tip suçluya uydurulabilecek yapıda olduğu için cezanın içine katılabilecek caydırıcılık unsuru tamamen hâkimin inisiyatifine, ferasetine ve duyarlılığına bırakılmıştır.

Tazir cezasının genel caydırıcılık özellikleri, özel caydırıcılık için de geçerlidir. Kendisine bir defa herhangi bir tazir cezası uygulanan şahsın tekrar benzer bir suç işlemeyeceği, işlese daha ağır bir ceza ile karşılık göreceğini bildiğinden bundan uzak duracağı düşünülmektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:

MODERN HUKUKTA CAYDIRICILIK

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin bütün dönemlerinde bazı fiiller suç kabul edilmiş ve bu fiili işleyenler fiilin cinsine ve suç olarak algılanmasının derecesine göre çeşitli cezalara çarptırılmışlardır. “Bu cezalar geçmişte şahsın veya bir grup insanın intikam hisleriyle suçluya uyguladığı müeyyideler olduğu gibi toplum tarafından konulmuş kuralları ihlal edenlere uygulanan yaptırımlar şeklinde de olmuştur.”⁴²² İlkel toplumlarda ceza, çoğu zaman toplumun kendisini korumak için uyguladığı intikam şeklinde algılanmış, bazen de ferdi intikam duyguları toplumdan intikam alma duygularına dönüşmüştür.

Bu toplumlarda basit şekliyle de olsa kısas (*lex talionis*) fikri mevcut olmasına rağmen, çoğu zaman suç ile orantılı olmayan cezalar verilmiştir. Mesela, suç işleyenler yakalanan hırsız hemen öldürülebilirdi, hırsızın gözleri kör edilebilir, eli, kolu kesilebilirdi. İftira atanın dili, zina yapanın tenasül uzvu kesilebilir, bazı durumlarda ensest, zina, hırsızlık, topluma hıyanet, büyücülük ve dine saygısızlık ölümle cezalandırılabilirdi.⁴²³ Cinayet için öç alma (kan davası) bir görev sayılır ve çoğu zaman da kanunen izin verilirdi. Kadın kocasının mülkü sayıldığı için zina çok ciddi bir suç kabul edilip zaniler öldürülebilirdi. Hırsızlar köle yapılabilir, sürgün edilebilir, dövülebilir, uzuvları kesilebilir veya öldürülebilirdi.⁴²⁴

Eski Çin’de suçun cinsine göre değişik ebatlardaki bambu kamışlarıyla dövmekten, boğarak, asarak, boynunu vurarak öldürmeye kadar çeşitli cezalar verilmekteydi. Cinayet, korsanlık, yol kesicilik, isyan, sahte para basmak, resmî mühürleri taklit etmek, tuz kaçakçılığı gibi suçlar bu ölüm cezalarından birisiyle karşılık görürdü. Ağır suçlar için suçluyu eziyet ve işkenceyle öldüren çeşitli metotlar kullanılmıştır. Daha hafif suçlar için teşhir, alınlarına işledikleri suçun yazılması gibi cezalarla cezalandırılmışlardır.⁴²⁵

⁴²² J. A. MacCulloch, “Crimes and Punishments, (Primitive and Savage)”, *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) Edinburgh 1981, IV, 248.

⁴²³ J. A. MacCulloch, a.g.m. s.253.

⁴²⁴ J. A. MacCulloch, a.g.m. s.255.

⁴²⁵ W. Gilbert Walshe, “Crimes and Punishments, (Chinese)”, *Encyclopaedia of Religion and Ethics* (Ed. James Hastings), IV, 269 vd.

Eski Yunanlılarda cinayet veya devlete karşı işlenmiş hıyanet, düşman safına geçme gibi suçlara ölüm cezası verilir bu da ya yüksek bir yerden atma veya hapiste boğma şeklinde infaz edilirdi. Hırsızlık, dolandırıcılık, rüşvet, dövme ve yaralama fiilleri çeşitli şekillerde cezalandırılmış, hapis cezası ve para cezası da gerekli hallerde uygulanmıştır.⁴²⁶

İbranilerde suçlar, dine karşı işlenen suçlar, devlete karşı işlenen suçlar, cinsel suçlar, mala karşı işlenen suçlar, şahıslara karşı işlenen suçlar ve aileye karşı işlenen suçlar olmak üzere altı gruba ayrılmıştır. Cinayet, çocuk kurban etme, ölümün söz konusu olduğu davalarda yalancı şahitlik, adam kaçırma, ebeveyn hakaret ve saldırı, ensest, zina, büyücülük, dine hakaret, peygamberlik iddiasında bulunmak (yalan yere) ölüm cezası gerektiren fiillerden bazıları idi. Bu cezalar taşıyarak, asarak, çarpmıha gererek, yakarak veya kılıçla boynunu vurarak yerine getirilirdi. Daha hafif suçlar için uzuvlarda kısasa benzer cezalar, kırbaçla dövme, teşhir, köle yapma, hapis ve para cezaları verilmiştir. Bu cezaların çoğu dini metinlere dayanan cezalar olup, az bir kısmı da seküler diyebileceğimiz cezalardır.⁴²⁷

Eski Romalılarda da, devlet görevlilerinin halktan haksız yere gelir sağlama, hırsızlık, cinayet, yol kesme, zehirlenme, yangın veya yıkma yoluyla zarar verme, rüşvet, devlete hıyanet, sahtecilik, adam kaçırma ve zina temel suçlardan sayılmakta idi. Şahsi cezalandırma yasaklanmış, suçlulara temyiz hakkı tanınmış ve suçlular ceza mahkemelerinde muhakeme edilmişlerdir. İmparatorluk döneminde cezalandırmada boyunlar balta ile vurulurken daha sonraları kılıç kullanılmıştır. Nadiren de olsa özellikle de askeri suçlar için yakarak öldürme, vahşi hayvanlara parçalatarak öldürme cezaları uygulanmıştır. Hapishanede idam etme ve yüksek bir kayadan aşağı atma da cezalandırma yöntemlerinden idi. Daha hafif suçlar için madende çalışma, zincire vurulmuş şekilde ağır işler görme, vatandaşlık haklarını kaybetme ve hapis gibi cezalar uygulanırdı.⁴²⁸

Yukarıda sayılan cezalandırma şekillerine, filler tarafından ezilme, köpeklere parçalattırma, yakma, kızartma, kazığa oturtma, hadım etme, ağzın, buru-

⁴²⁶ A. C. Pearson, "Crimes and punishments, (Greek)", *Encyclopaedia of religion and ethics* (Ed. James Hastings), IV, 272 vd.

⁴²⁷ W. H. Bennett, "Crimes and Punishments, (Hebrew)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics* (Ed. James Hastings), IV, 280 vd.; Clemens Thoma, "The Death Penalty and Torture in the Jewish Tradition", *The Death Penalty and Torture*, (Ed. Franz Böckle ve Jacques Pohier) New York 1979, s. 66 vd.

⁴²⁸ J.S.Reid, "Crimes and Punishments, (Roman)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) IV, 296 vd.

nun ve kulakların kesilmesi, el ve ayaklar bağlanıp suya atılma, kafatasının yüzülmesi, zehir içirme, kürek cezası, at veya katırlara bağlayıp parçalama, bacakları ağaç dallarına veya değişik hayvanlara bağlayıp ayırma gibi cezaları da eklemek mümkündür. Bu cezaların her ne kadar geçmişte vuku bulunduğunu söylüyor isek de yine de önemli bir kısmının gayri resmi olarak dünyanın çeşitli yerlerinde uygulandığını söylemek sanırız yanlış olmaz.

I- GÜNÜMÜZDE CEZALAR VE CAYDIRICILIK

Günümüzdeki cezaların en şiddetlileri ve üzerinde en çok konuşulanları bugün hâlâ bazı ülkelerde uygulanan ölüm cezası ile, bazı Müslüman ülkelerde uygulanan kısas cezası ve çok az sayıda da olsa zina haddi ve hırsızlık haddi gibi cezalardır. Batı dünyasındaki ceza hukuku ile ilgili ilmi münakaşalar genellikle ölüm cezası üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu münakaşaların neticesinde cezalandırmanın felsefesini özellikle de ölüm cezasını konu alan, leh ve aleyhinde fikirler ileri süren çok sayıda kitap, makale, tebliğ ve konferanslardan oluşan zengin bir literatür meydana gelmiştir. Bütün münakaşalarda üzerinde durulan temel konulardan birisi cezalandırmanın işlevi, fonksiyonu yani ne işe yaradığı, bu işlevlerin içinde caydırıcılık unsurunun bulunup bulunmadığıdır.

Modern hukuka göre cezaların işlevleri: İngiliz hukukçu Jeremy Bentham⁴²⁹ cezaların işlevlerini şu şekilde sıralar:⁴³⁰

- 1- Başkasının suç işlemesini önlemek.
- 2- Suçluyu ıslah etmek.
- 3- Suçluyu zararsız hale getirmek (menetmek suretiyle)
- 4- Şayet varsa mağdurun zararlarını tazmin etmek.

Bentham cezaların istenen vasıf ve faydaları ile de ilgili olarak şunları söyler:⁴³¹

- 1- Taksim edilme kabiliyeti olmalıdır.
- 2- Her şahsa seyyanen tatbik edilmelidir.
- 3- İntibah verici olmalıdır.
- 4- Suçun derecesiyle mütenasip bulunmalıdır.

⁴²⁹ Jeremy Bentham 1748 yılında Londra'da doğdu. Baba ve dede mesleği olan avukatlığı tercih etmeyip hukuk felsefesi ve cezalar üzerine çalışmalar yaptı. Çağdaşı İtalyan Cesare Beccaria (1738-1794) dan etkilenmiştir. 1832 de vefat etmiştir.

⁴³⁰ Jeremy Bentham, *Cürmî Cezalar Nazariyesi*, Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar* içinde (ter. Mu-hiddin Göklü) İstanbul 1964, s. 360. (Bentham'ın eserinin önemli kısımları özetle verilmiştir.)

⁴³¹ Jeremy Bentham, *Cürmî cezalar nazariyesi*, a.g.y. s. 360.

- 5- Halk efkarını tahrip ve vicdanlarını tâzip etmemelidir.
- 6- Suçluyu zarar verici kudretten mahrum edebilmelidir.
- 7- Suçluya intibah verici kabiliyette olmalıdır.

Bentham'ın bu görüşleri aynı zamanda kendisinin de mensubu bulunduğu faydacılık⁴³²(*utilitarianism*) ekolünün de görüşleri olarak kabul edilmiştir. Bu konuda araştırma yapanlar yukarıda zikrettiğimiz dört maddeye ilave olarak "mağduru/toplumunu tatmin etmek" maddesinin de faydacılar tarafından cezanın işlevi olarak sayıldığını ilave ederler.⁴³³ Bu ise verilen cezadan dolayı mağdur kişinin, yakınlarının ve genel olarak da toplumun vicdanının rahatladığı, suçluya karşı ayrıca bir cezalandırma isteğinin, intikam duygusunun aşırı derecede kalmadığı anlamına gelmektedir.

Cezanın gayeleri konusunda ileri sürülen değişik teorilerde de aşağı yukarı benzer görüşler yer almaktadır. Bunları Dönmezer şöyle özetler: "Sosyal dengeyi, sağlamak yanında, suçlunun manevi kusurunu karşılamak, bozulmuş kamuoyunu tatmin etmek, eğitici önleyici fonksiyon yapmak, suçlunun yeniden suç işlemesini engellemek, diğer kişiler için caydırıcı etki yapmak, selamete götürücü misal teşkil etmek, suçluyu toplum ile yeniden bütünleştirmek, bir tretman aracı olmak ve bütün bu çabaların sonuç vermeyeceği hallerde tasfiye yoluna gitmek..."⁴³⁴

Bentham'ın tanımındaki "Başkasının suç işlemesini önlemek" ve Dönmezer'in tanımındaki "suçlunun yeniden suç işlemesini engellemek, diğer kişiler için caydırıcı etki yapmak, selamete götürücü misal teşkil etmek" ibareleri genel ve özel caydırıcılıkla ilgili olarak teoride ve kâğıt üzerinde makul, olması gereken düşünceler olarak algılanırken günümüzde bunların ne kadar hayata geçirilebildiği sorgulanmakta, verilen cezaların bu neticeleri verip vermediği münakaşa edilmektedir. Modern hukuktaki caydırıcılık anlayışına geçmeden önce, günümüzde tatbik edilen ceza çeşitlerine sadece isim olarak bir göz atalım.

Ülkeden ülkeye farklılık arz etmesine rağmen mevcut cezaları üç gruba ayırabiliriz.

⁴³² Faydacılık, cezanın meşruluğunu sosyal yarara dayandıran Beccaria'nın benzer görüşlerini takip eden ekoldür. Bentham'ın da dahil olduğu bu düşünörlere göre cezayı meşru kılan, onun *faydalılığıdır* yahut, daha açık ifadesi gerekiyorsa *zorunluluğudur*. Ceza toplumun, savunmasını sağlamak için başvurduğu bir tedbirdir. Bk. Dönmezer, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, I, 56.

⁴³³ <http://www.csus.edu/indiv/g/gaskill/d/ethics/punishment.htm>

⁴³⁴ Dönmezer, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 564.

1- Sosyo-ekonomik cezalar: Para cezası, gelir kaybı, müsadere, tenzil-i rütbe, işten atma, meslekten men etme, medenî hakların sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması, topluma mecburî hizmet (*community service*) gibi cezalardır.

2- Psikolojik cezalar: İnsanda korku, utanç, suçluluk gibi hissi duygular uyandıran cezalardır. Halk içinde aşağılama ve teşhir de aynı gruba dahil edilebilir.

3- Bedenî cezalar: Kırbaç/değnek cezası, uzuv kesme, gözaltı ve hapis cezaları, sürgün, ağır işçilik gibi cezalarla; asarak, kurşuna dizerek (daha çok askeri suçlar için), kılıçla boynunu vurarak, zehirli iğne vurarak, elektrik şoku vererek, gazla zehirleyerek verilen ölüm cezaları bedenî cezalardandır.⁴³⁵

Ölüm cezası günümüzde birçok ülkede yürürlükten kaldırılmıştır. İngiltere, Almanya, Fransa, İtalya başta olmak üzere tüm Avrupa ülkeleri ile Amerika Birleşik Devletlerinin yaklaşık on beş eyaletinde ve Türkiye'de (17 Ekim 2001) ilga edilmesine rağmen 69 ülkede halen yürürlükte bulunmaktadır.⁴³⁶ Uygulanmakta olan en ağır ceza olması hasebiyle caydırıcılık konusunda yapılan münakaşalar da ölüm cezası üzerinden yapılmaktadır. Neticede ise ölüm cezasını savunanlar, yürürlükte kalmasını isteyenler (*retentionists*) ile, ölüm cezasının ilga edilmesini isteyenler (*abolitionists*) diye iki grup ortaya çıkmış bunların görüşleri hem ilim dünyasında hem de siyaset dünyasında yankı bulmuştur.

1. Caydırıcılık ilkesini savunanlar

Geçtiğimiz asır içinde, suçluların çarptırıldığı çeşitli cezaların tesirlerini mukayese ederek toplumda suçu asgariye indirmenin en uygun yolunu tespit etmek için gerek suçbilimciler (kriminolog) gerekse hukuk teorisyenleri tarafından istatistiklere, anketlere ve hapisanelerde alan çalışmalarına dayanan birçok araştırma yapılmıştır. Suç istatistikleri İnterpol gibi milletlerarası kuruluşlar tarafından ve başta Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, Fransa, Almanya olmak üzere çeşitli ülkelerin ilgili kurumlarınca düzenlenerek analiz edilmekte ve suçu azaltmaya yönelik çabalar sürdürülmektedir.

⁴³⁵ <http://en.wikipedia.org/wiki/Punishment>

⁴³⁶ Bunların detayları için bk. Münteha Maşalı, "Mukayeseli hukukta ölüm cezası ve İslam hukuku açısından değerlendirilmesi", M.Ü.S.B.E. yayınlanmamış doktora tezi, 2002, s. 21 vd.; Köksal Sarınca, "Ölüm cezası", K.Ü. S. B. E. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, 2002, s. 51 vd.; Son verilere göre dünyada 89 ülke tüm suçlar için, 10 ülke adî suçlar için ölüm cezasını kaldırmışlardır. 29 ülke ise kanunlarında var olduğu halde fiilen uygulamamaktadır. Yani toplam 128 ülkede ölüm cezası uygulanmıyor. Buna karşılık 69 ülkede ise ölüm cezası halen uygulanmaktadır. Bunların haritası ve isimleri için bk. <http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?scid=30&did=140>

Sınırlı ölçüde de olsa benzer çabaları bir takım Müslüman ülkelerde de müşahade etmekteyiz.

Batı dünyasında da cezaların caydırıcılık özellikleri çok erken dönemlerden beri fark edilmiş olmasına rağmen bununla ilgili, ilmî verilere, analiz ve istatistiklere dayanan çalışmalar yaklaşık kırk-elli seneden beri hız kazanmıştır.⁴³⁷ Caydırıcılık anlayışının eskiden beri var olduğu, ilk ve ortaçağ dönemlerindeki işkenceyle öldürmelerin, parçalamaların suçludan ibret/örnek yapılması gayesiyle icra edildiği, çarمیha germenin Romalılar tarafından yine bu gayeyle yapıldığı söylenir. Caydırıcılık ilkesinin tarih boyunca çok önemli olduğu görülmektedir. Ortaçağ İngiltere'sindeki suçlunun önce sokaklarda sürüklenmesi, sonra asılması, hâlâ sağ iken karnının yarılması, bağırsaklarının dışarı dökülmesi, kalbinin çıkarılması cezasının da potansiyel suçluları caydıran zekice (!) bir araç olduğu zikredilir. Yol kavşaklarında asıp teşhir etmenin de aynı caydırıcılık neticesini elde etmek için yapıldığı söylenilir.⁴³⁸

Çoğu zaman cezalandırılan bir kişi olmasına rağmen caydırılan veya caydırılması hedeflenen büyük bir kitle olmaktadır. Bundan dolayı cezaların ferdi/özel caydırıcılık etkisine ilaveten belki de ondan daha önemli olan genel/kolektif caydırıcılık (önleme) konusu üzerinde durulmuştur. Bu konuda Dönmezer şöyle der: "Bu deyimlerle (yani genel caydırıcılık/önleme) belirtilmek istenen husus şu olmaktadır ki ceza uygulanırken gösterdiği korkutucu niteliği ile bir başka kişinin de muhtemel suçunu önler ve böylece *genel önleyici tedbir* halini de almış olur.

Bu fikirlere eski Yunan filozoflarında da rastlanılmaktadır. Fakat ceza hukukunda genel önlemeyi bir doktrin olarak belirleyen yazarlar arasında *Romagnosi* ve *Feuerbach*'ı zikretmek gerekir. Her iki yazar da psikolojik bir nedensellik görüşünden hareket etmek suretiyle, ceza korkusunun suç

⁴³⁷ Bunlar arasında öncü çalışmalar olarak şunları örnek olarak zikredebiliriz: Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", *The American Economic Review*, c. 65. nu. 3, (1975) s. 397-417; Harold G. Grasmick ve George J. Bryjak, "The Deterrent Effect of Perceived Severity of Punishment", *Social Forces*, c. 59, nu. 2. (1980) s. 471-491; David A. Conway, "Capital Punishment and Deterrence", *Philosophy and Public Affairs*, c. 3, nu. 4. (1974) s. 431-443; John C. Ball, "The Deterrence Concept in Criminology and Law", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46. s. 347-354; Johannes Andenaes, "Does Punishment Deter Crime?", *The Criminal Law Quarterly*, 1968-69, c. 11, s. 76-93; Hashem Dezbakhsh ve Joanna M. Shepherd, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: Evidence from a 'Judicial Experiment'", *American Law and Economic Association, Araştırma tebliği* nu. 18 (2004), <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=alea> adresinden ulaşılabilir.

⁴³⁸ John C. Ball, "The Deterrence Concept in Criminology and Law", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46. s. 347.

iten zevk verici veya maddî ya da manevî çıkar sağlayıcı saikleri yani bu çeşit psikolojik etkenleri yok edeceğini ileri sürmektedir.⁴³⁹ Buna ilaveten bir de cezanın toplumsal yönünü ilave edebiliriz. Herhangi bir suç işleyerek az veya çok ceza alan kişilere toplumun bakışı değişecek ve bu kişiler toplum nazarında saygınlıklarını yitirecekler belki de sosyal bir boykota maruz kalacaklardır. Böylesine aşağılayıcı bir durumu gören toplumun diğer fertleri aynı şeye muhatap olmamak için daha dikkatli davranacaklardır. Bu da bize yine verilen cezaların diğer kişileri suç işlemekten nasıl alıkoyduğunu göstermektedir. Başkalarını suç işlemekten alıkoyan ceza tabii olarak cezalandırılan kimseyi de ikinci defa suç işlemekten alıkoyacaktır. Bunu cezaların caydırıcı ve uslandırıcı özelliği olarak da tasnif edenler bulunmaktadır..

Bentham'ın etkilendiği düşünürlerden olan Beccaria, ölüm cezasına karşı olmasına rağmen caydırıcılık ilkesinin önemini vurgulayarak "Cezanın gayesi, suçlunun topluma daha fazla zarar vermesini ve başkalarının da benzer suçları işlemesini engellemektir. Bundan dolayı cezalar ve cezaların ikame edilme şekli öyle seçilmelidir ki suçlunun bedenine en az acı verip, başkalarının zihinlerinde en kuvvetli ve kalıcı bir etki bıraksın."⁴⁴⁰ Buradan çıkarılan sonuç, cezanın önleyici ve engelleyici olduğudur. Bu da caydırıcılık ilkesi üzerine bina edilmelidir. Beccaria'nın görüşlerini açıklayanlar caydırıcılık ilkesini iki gruba ayırırlar:

a- Özel caydırıcılık (*specific deterrence*): Suç işleyen şahsı işlediği suçu tekrar etmeyecek şekilde cezalandırmadır.

b- Genel caydırıcılık (*general deterrence*): Suçluyu toplumun kalan kesimine ibret olacak şekilde cezalandırmaktır.

J. Andenaes bu ayırımı:

a- Bilfiil uygulanan cezanın etkisi,

b- Uygulanma tehdidi yapılan cezanın etkisi olmak şeklinde verir.

Ona göre suçlu birisi bilfiil cezalandırıldıktan sonra, müstakbel davranışlarında yine kanunun tehdidi altında olacaktır, ancak güdüleri öncekilerden daha karmaşık bir durum arz edecektir. Çünkü o mahkemeye çıkarılmanın, yargılanmanın ve cezaya çarptırılıp onu çekmenin ne olduğunu bilmektedir. Bu da kendisini çeşitli şekillerde etkileyecektir. Şayet geçmişte çektiği ceza sebebiyle yeni bir suç işlemekten cayıyorsa bu durumda özel caydırıcılıktan söz edebiliriz. Cinayet, ırza tecavüz, silahlı soygun gibi çok ciddi suçlardan yargılanıp ceza alanların sayısı toplum nüfusuna nispetle çok az olduğu için

⁴³⁹ Dönmezer, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, II, 561.

⁴⁴⁰ Cesare Beccaria, *On Crime and Punishments*, <http://www.crimetheory.com/Archive/Beccaria/>

bu suçlara verilen cezanın da özel caydırıcılık tesiri çok az sayıdaki insana mahsus olacaktır.⁴⁴¹

Kanunlarda belirtilen cezalar toplumda suç işlemeyi düşünen herkese yöneltilmiştir. Bunlar ceza hukukunda tespit edilip, polis, yargıçlar, mahkeme ve hapisaneler tarafından da hayata geçirilmektedir. Hukuk ve kanunlar devamlı olarak kendisini işlevsel hale getiren adalet mekanizması ile iç içedir. İşte kanunlarda mevcut olup da insanların suç teşkil edecek fiilleri üzerinde etkili olan, onları bu fiillerinden alıkoyan tesire de genel caydırıcılık deniliyor.⁴⁴²

Bentham'ın teorisine atıfta bulunan Andenaes, Bentham'a göre en rasyonel varlık olan insanın, maruz kalacağı acı veya zevk duyma ihtimallerini hesaplayarak belli davranış biçimleri arasında seçim yaptığını, şayet ceza riski, suç işleme neticesinde elde edeceği muhtemel kazançtan büyükse, rasyonel bir insan olarak, potansiyel suçluların kanunların dışına çıkmayacağını ileri sürer.⁴⁴³ Burada üzerinde durulan fikir, kanunlardaki mevcut cezaların akıllı olan insan tarafından göz önünde bulundurulacağı, bir suç işlemeyen önce onun neticesini düşüneneceği, fayda ve zararını hesaplayacağıdır. Yalnız suçların bir kısmının fevri / spontane olarak işlendiklerini, bunun dışındaki suçların da bir kısmının, bunun yarar veya zararını düşünmeyen cahil kimseler tarafından işlendiğini de dikkate almamız gerekmektedir.

Belli bir cezanın caydırıcılık etkisi gösterebilmesi otomatik olarak her yer ve zamanda aynı olmamakta ve birçok faktörün tesiriyle bunun derecesi değişebilmektedir. Mesela, Trobriand adalarında büyü yapma tehdidi suçu önlemede en büyük etken iken, İnka'lılar zina, hırsızlık, cinayet, kundakçılık, ensest gibi suçları ölümle cezalandırarak suç işleme oranını çok düşük tutabilmişlerdir. Ball bu faktörleri:

- a- Sosyal yapı ve mevcut olan değerler sistemi,
- b- Söz konusu olan toplum,
- c- Uygulanan kanunun tipi
- d- Verilen cezanın cinsi ve ağırlığı,
- e- Suçlunun yakalanmasının ve cezalandırılacağı kesinlik derecesi,
- f- Ferdin kanunu ve verilecek cezayı bilmesi olarak sıralar.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Johannes Andenaes, "Does Punishment Deter Crime?", *The Criminal Law Quarterly*, 1968-69, c. 11, s. 78.

⁴⁴² Johannes Andenaes, a.g.m., s. 78.

⁴⁴³ Johannes Andenaes, a.g.m., s. 79.

⁴⁴⁴ John C. Ball, "The Deterrence Concept in Criminology and Law", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46. s. 348.

Başka bir yaklaşımda ise, caydırıcılık ilkesinin iki şartı olduğu da belirtilmiştir. Bunlardan birincisi, verilen cezanın işlenen suçla mütenasip olması, ikincisi ise, toplumun verilen ceza hakkında açık ve net bilgisinin olması.⁴⁴⁵ İlk şart İslam hukukundaki cezaların özelliklerinde de gördüğümüz gibi, cezanın suçtan daha ağır olmamasıyla ilgilidir. Bunu kısaca, **suç :: ceza** formülü ile açıklamışlardır. Devletin, ihtiyaç duyulandan fazla cezalandırma hakkı olmadığı kabul edilmiştir. Ayrıca cezaların düzensiz olarak icrası beklenenin aksi netice doğuracaktır. Toplumla farklı şekilde zarar veren iki ayrı suçta aynı ceza uygulanırsa, insanlar, işlerine gelen yerde ağır suç işleme konusunda bir caydırıcılık göremeyecekler, nasıl olsa aynı cezayı alırım mantığı ile daha da ağır suçlara yönelebileceklerdir.

Çağdaş araştırmacılar tarafından ele alınan, cezaların insanlar tarafından bilinmesi konusu Beccaria tarafından da ele alınmıştır. O bu konuda, insanların zihninde devamlı olarak "suç" ve "ceza" kavramlarının birlikte bulunması gerektiğine vurgu yaparak cezaların insan zihninde devamlı mevcut bulunup, suçta iten bencil hırsılara karşı dengeleyici bir unsur olması gerektiğini ileri sürer.⁴⁴⁶

Beccaria cezalandırmanın intikam için olmayıp daha iyi bir toplum yaratmak için olduğunu savunur. Ceza başkalarını suç işlemekten caydırdığı gibi suçluyu da tekrar suç işlemekten alıkoyar. Beccaria, cezanın vakit geçirilmeden hızlı bir şekilde verilmesinin maksimum caydırıcılık sağlayacağı görüşündedir. Günümüzde hâlâ geçerliliğini koruyan bu görüş aslında David Hume ve David Hartley tarafından geliştirilen "fikirlerin ilişkilendirilmesi teorisi"nden güç almaktadır. Bu teoriye göre biz şayet zihnin iki farklı fikri birbirine nasıl bağladığının kurallarını bilirsek (suç-ceza kavramlarında olduğu gibi) onların ilişkilendirilmelerini kuvvetlendirebiliriz.

Beccaria'ya göre cezalandırmanın hemen suçun akabinde olması, insan zihninde de "suç" ve "ceza" kavramlarının birbirleriyle çabucak ilişkilendirilmesini sağlayacaktır. Aynı şekilde ceza ve suçla bir şekilde ilişkilendirilmiş ise suçla ceza arasındaki bağ da daha kuvvetli olacaktır. Beccaria hızla verilen cezanın başkaları üzerinde en fazla caydırıcı etkisi olduğu fikrinden hareketle, bundan dolayı çok ağır cezalara gerek kalmayacağı fikrini savunur ve insanların zamanla, şiddeti artırılmış cezalara alışacağını ve ceza ne kadar ağır olursa olsun caydırıcı etkisini kaybedeceğini savunur.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ <http://www.crimetheory.com/Archive/Beccaria/>

⁴⁴⁶ <http://www.crimetheory.com/Archive/Beccaria/>

⁴⁴⁷ "Cesare Beccaria", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/b/beccaria.htm>

Ölüm cezasına karşı çıkanların öncülerinden sayılan Beccaria, bu cezanın her halükarda caydırıcı olduğunu kabul etmez ve uzun süreli hapis cezasının ölüm cezasından daha kuvvetli bir caydırıcı olduğunu ileri sürer. Ona göre ölüm cezasının etkisi geçicidir. Beccaria'ya göre "süresiz kölelik" de ölüm cezasından daha fazla caydırıcı etkiye sahiptir. Kölelik, köle statüsüne getirilmiş suçludan çok, geriden bakanlara daha kötü ve caydırıcı görünecektir.

Ölüm cezaları, Beccaria'ya göre, çekilen acı ve eziyet karşısında insanların duyarlılığını azalttığı için toplum üzerinde de olumsuz tesirler bırakmaktadır.⁴⁴⁸ Beccaria'nın caydırıcılık ilkesi ile ilgili olarak söyledikleri önemli olmasına rağmen, ölüm cezasını tasvip etmemesinden dolayı ortada sanki bir paradoks varmış gibi görünmektedir. İnsanlar için en ağır en caydırıcı ceza olan ölüm cezası olmadan caydırıcılık nasıl elde edilecektir, suçları nasıl azaltabileceğiz, suçluların şerhlerinden toplumu nasıl koruyacağız? Beccaria, suçların "Kanunları sadeleştirip manalarını aydınlatmak ve kanunu millete sevdirmek, hürriyeti ilmin meş'alesi altında yürütmek, fazileti mükafatlandırmak, hâkimlere vazifelerini suistimal ettirmemek"⁴⁴⁹ gibi yollarla önlenilebileceğini ileri sürse de ceza -hem de caydırıcı ceza- olmadan bunun mümkün olmadığı görülmüştür.

Bentham, cezanın caydırıcı olması gerektiği özelliğine müteaddit yerlerde temas ederken, aynı zamanda da cezanın ekonomik olması gerektiğine işaret edip şöyle der: "Ceza tasarruf esaslarını ihlal etmemeli, yani iktisadî olmalı, büyük masrafları mucip olmamalıdır. Bundan maada, ibret verici olmalı, buna meyli olanları ürkütmeli, suç işlemekten alıkoymalıdır. Bu suretle cemiyet, harici görünüşü ile cezanın hem verdiği elemi müşahede eder, hem de misal olma nimetine kavuşur."⁴⁵⁰

Aydınlanma döneminin en önemli filozoflarından olan İmmanuel Kant (1724-1804) ölüm cezasını savunmakla birlikte Beccaria ve Bentham'dan farklı olarak cezada başkaları için caydırıcılık unsuru aranmasına karşı çıkmakta ve "faydacılık" prensibini reddetmektedir. Kant'a göre ceza sadece suça karşılık olarak verilmelidir. Cezalandırmada gaye başkalarını caydırmak, toplumu korumak veya ibret teşkil etmek olursa o zaman ceza verilen suçluya haksızlık etmiş, onun insanlığına saygı göstermemiş oluruz.

⁴⁴⁸ "Cesare Beccaria", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/b/beccaria.htm>

⁴⁴⁹ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar* (ter. Muhiddin Göklü) İstanbul 1964, s. 322.

⁴⁵⁰ Jeremy Bentham, *Cürmî cezalar nazariyesi*, a.g.y., s. 361.

Kant “göze göz” kuralından hareketle, suçluya mağdurun çektiği acının aynıısının çektirilmesini ve toplumun temeli olan adalet ve eşitlik ilkelerinin ikamesi için suçlunun cezalandırılması gerektiğini savunur.⁴⁵¹ Kant cezanın nasıl verilmesi gerektiği konusunda iki ilke ileri sürmektedir, bunlardan birincisi, insanlar başka bir sebepten dolayı değil de sadece işledikleri suç karşılığında cezalandırılmalıdır, ikincisi ise suç ve ceza birbiriyle orantılı olmalıdır.⁴⁵²

Kant cezanın sadece *jus talionis* (adil misilleme) olarak verilmesi gerektiğini, bundan başka bir gaye aramanın doğru olmayacağını beyan etse de verilen cezanın ortaya çıkaracağı neticelerde caydırıcılık unsuru tabii olarak mevcut olacaktır. Bir suçta belli bir cezanın verildiğini veya verileceğini bilen birisi tabii olarak suçu işlerken neticesini de hesaba katacaktır. Suçtan dolayı cezalandırılan kişi ise, şayet ceza caydırıcı ise bir daha aynı suçu tekrar etmeyecektir.

Caydırıcılık konusu hem hukuk uzmanları hem de suçbilimciler tarafından ele alınıp leh ve aleyhinde fikirler yürütülmektedir. Ball şöyle der: “Günümüzde gerek kriminoloji uzmanlarının gerekse hukukçuların caydırıcılık üzerine yaptıkları münakaşalar bilimsel düşüncenin hukuki prensipler üzerindeki etkisini yansıtır. Bazı hukukçular hukukî bir prensip olarak caydırıcılık’ın geçerliliğini açıkça sorgularken, diğerleri (muhtemelen çoğunluğu temsil edenler) bunun hâlâ hukuk sisteminin vazgeçilmez bir parçası olduğunu savunurlar. Aynı şekilde kriminoloji uzmanlarının aralarında da bu konuda ihtilaf bulunmaktadır. Modern hukukun ve ceza siyasetinin aşırıya kaçan tenkitçileri olan birtakım kriminoloji uzmanları caydırıcılık’ı modası geçmiş olarak görürler ve tüm cezalandırma şekillerini ilkel ve gayri ilmî olarak telakkî ederler. Diğer kriminoloji uzmanları ise bunun zıddı bir görüş ileri sürerler.”⁴⁵³

Çağdaş İngiliz hukukçularından Walker, caydırıcılık üzerine şöyle der: “Cezaî tedbirlerin birçok şekilleri ya suç işleyenin kendisini aynı suçu tekrar işlemekten alıkoymak içindir, ya da potansiyel taklitçilerini benzer suçları işlemekten caydırmak içindir. Çoğu zamanlar suçluya verilen ceza şayet başkalarını suç işlemekten alıkoyuyor ise, suçlunun kendisini de aynı suçu tekrar işlemekten alıkoyacaktır diye düşünülmüştür.”⁴⁵⁴ Walker, başka bir çalışmasında cezaların her halükarda suç işlemeyi azalttığını ileri sürerek bunun şu yollarla gerçekleşeceğini söyler:

⁴⁵¹ Allen Stairs, “Kant on Capital Punishment”, <http://brindedcow.umd.edu/140/kantcap.html>

⁴⁵² <http://www.csus.edu/indiv/g/gaskilld/ethics/Punishment.htm>

⁴⁵³ John C. Ball, “The Deterrence Concept in Criminology and Law”, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46, s. 347.

⁴⁵⁴ Nigel Walker, *Crime and Punishment in Britain*, Edinburgh 1965, s. 131.

- 1- Suç işleyeni caydırmasıyla, yani işledikleri bir suçtan dolayı cezaya çarptırılan kişiler aldıkları cezayı hatırlayıp bir daha suç işlemeyeceklerdir.
- 2- Potansiyel taktikçilerin caydırılmasıyla, yani suçluya verilen cezayı gören ve de aynı suçu işlemeyi düşünen kişiler bu düşüncelerinden vazgeçeceklerdir.
- 3- Suçlunun ıslah edilmesiyle, yani suçlunun karakteri ve tabiatı ıslah edilirse o artık ceza almayacağı durumlarda bile suç işlemeyecektir.
- 4- Toplumun eğitilmesiyle toplum suçlara daha ciddi bakacak ve suç işleme oranı da azalacak.
- 5- Uzun süreli hapis cezası gibi yöntemlerle suçluları artık suç işleyemeyecek hale getirip toplumu onların kötülüklerinden korumak yoluyla.⁴⁵⁵

Beccaria ve Bentham'dan günümüze kadar caydırıcılık ilkesini savunan düşünürler, suça karşı uygulanan hukukî müeyyidelerin/ cezaların etkin biçimde caydırıcı olabilmeleri için bunların:

- 1- Şiddetli (ağır) olması,
- 2- Uygulanmalarının kesin olması,
- 3- Cezanın hızla, vakit geçirilmeden uygulanması,
- 4- Aleni olarak uygulanması şartlarını koymuşlardır.

Cezanın vakit geçirilmeden, hızla uygulanması konusunda Beccaria'nın görüşlerini yukarıda özetlemiştik. C.R. Jeffery 1965 yılında yaptığı bir araştırmada, cezaların hızla infaz edilmeleri ve uygulanmalarının kesinliği konusunun önemini vurgulayıp, ölüm cezasının beklenen caydırıcılığı sağlayamaması konusunda şöyle der: "Ölüm cezasının verilip infaz edileceğinin kesin olmaması sistem içinde önemli bir faktördür. Diğer bir faktör ise *zaman* meselesidir. Tesirli olabilmesi için ölüm cezasının (karardan sonra) hemen infaz edilmesi gereklidir. Ölüm cezasından çıkarılması gereken ders onun caydırıcı olmadığı değil, fakat onun yanlış ve özensiz kullanımının caydırmayacağı ve ıslah etmeyeceği olmalıdır."⁴⁵⁶

Caydırıcılık konusunda araştırma yapan E. Bailyn'in görüşlerini de şu şekilde özetlemek mümkündür: "Caydırıcılık ceza hukukunun teorik unsurlarından birisi haline gelmiştir. Bunun arkasındaki fikir, bir suça verilen cezanın caydırıcı bir fonksiyon icra etmesidir. Böylece potansiyel suçlular suçu işlemekle elde edecekleri kazançlarla, yakalandıklarında verilecek cezaların kaybettireceklerini ölçüp tartacaklardır.

⁴⁵⁵ Nigel Walker, "Reductivism and Deterrence", *A Reader on Punishment*, (Ed. A. Duff ve D. Garland) Oxford 1997, s. 212.

⁴⁵⁶ William C. Bailey, "Deterrence and the Celerity of the Death Penalty," *Social Forces*, 1980, cilt 58, sayı 4, s.1309. (C. R. Jeffery, "Criminal Behavior and Learning Theory", *Journal of Law, Criminology and Police Science*, 1965, sayı 56, s. 294-300.)

Özel caydırıcılık teorisinde verilecek ceza sadece ferdi hedef almaktadır. Cezanın ürkütücü ve korkutucu yönleri kötü bir tecrübe olarak algılanmakta ve suçlunun aynı cezalara maruz kalmamak için benzer suçları işlemekten imtina etmesi düşünülmektedir. Genel caydırıcılık teorisinde ise suçlunun başkalarına ibret teşkil etmesi düşünülmüştür. Yani suçluya verilecek cezanın, gelecekte başkalarını benzer suçları işlemekten vazgeçirmesi, verilen ceza ile diğerlerinin korkutulması hedeflenmektedir.

Bir cezanın caydırıcı olarak etkili olabilmesi için cezanın sadece çok şiddetli/ağır olması yetmez, ayrıca suçun tespit edilmesindeki maharet, suçlunun yakalanması, mahkemeye çıkarılmasındaki hızlilik ve aynı şekilde mahkemenin vereceği kararın çabuk olması gibi bir takım etkenler de cezanın caydırıcı olmasında rol oynamaktadır. Bunu biraz açacak olursak, suç işlemeyi düşünen bir şahıs yani potansiyel suçlu eğer yakalanmayacağından emin olursa büyük bir ihtimalle suçu işleyecektir. Bundan dolayıdır ki, ortaçağ İngiltere'sinde yankesicilerin idamını seyretmek için gelen kalabalıktan birçok kimse yine yankesicilerin azizliğine uğramıştır! Çünkü yakalanma ihtimalinin olmadığı yerde caydırıcılıktan söz etmemiz mümkün değildir. Yakalanacağına ve neticesinde de yargılanıp ceza alacağına inanan bir potansiyel suçlunun suç işleme ihtimali azdır. Ancak verilecek cezanın göstermelik olacağını veya yakalandığında 'sistemin üstesinden gelebileceğini' varsayıyorsa o potansiyel suçlu söz konusu suçu işleyecektir. Verilecek cezanın ağır/katı bir ceza olacağı kesin ise ve de bu toplum tarafından biliniyorsa en azından bazı fertlerin suç işlemekten çekinecekleri muhakkaktır.⁴⁵⁷

Cezaların hemen uygulanmasının caydırıcılığı artırdığı konusunda bir destek de Geerken ve Gove'dan gelmiştir. Bunlar, cezalar ne kadar büyük hızla verilirse, caydırıcılık sisteminin o kadar etkili olacağını iddia etmişlerdir. Buna rağmen bu konuda şüpheci bir tutum sergileyenler de çıkmıştır.⁴⁵⁸ Bailey ise yaptığı araştırmaların neticesinde, cezaların hızlı verilmesiyle caydırıcılığın daha etkili olacağı hipotezinin aksine, idama mahkûm edilmiş suçluların mahkûmiyetleri ile idam edilmeleri arasında geçen sürenin cinayet suçlarıyla bağlantısının negatif olduğu yani bu süre ne kadar uzun olursa cinayet oranının da daha düşük olduğu neticesine varmıştır.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Evan Bailyn, "Deterrence", ChooseLaw, <http://articles.chooselaw.com/general/view/Deterrence.265.html>

⁴⁵⁸ William C. Bailey, a.g.m., s. 1310.

⁴⁵⁹ William C. Bailey, a.g.m., s. 1328.

Günümüzde birçok hukukçu, hukuk sisteminin devamı ve toplumun muhafazası için caydırıcılık'ın şart olduğunu savunurlar. Salmond caydırıcılık kavramını şöyle özetler: "Ceza her şeyden önce caydırıcıdır ve ceza hukukunun ana gayesi suçluyu kendisi gibi düşünenlere bir ibret , bir ikaz yapmaktır. Eğer şahıs insanlığın sevgisinden ve sosyal içgüdüsünden mahrum ise onun üzerinde sağduyunun yargısı, onun normal suçlulardan daha yumuşak ve toleranslı bir muameleye tabi tutulması olmalıdır, cemiyet onu iyi bir vandaş yapma ümidiyle korusun diye değil fakat cezaî disiplinin sıklığı ile onun hayatı, geleceği korku ile dolup kendisine ve diğerlerine ikaz olsun diye yapılmalıdır."⁴⁶⁰ Çağdaş batı dünyası, özellikle de Amerikan hukukçuları ceza'nın başka özelliklerine vurgu yapsalar da caydırıcılık hukukun en temel meselelerinden birisi olarak önemini devam ettirmektedir.

Ölüm cezası ve caydırıcılık :

Caydırıcılık teorisini savunanların -bir, iki istisna dışında- hemen hemen tamamı aynı zamanda ölüm cezasını da savunmaktadırlar. Ölüm cezasının leh ve aleyhinde yapılan münakaşalara hukukçular ve suçbilimcilerin yanında siyasetçilerin ve din adamlarının da katılması konuya daha değişik bir boyut kazandırmıştır. Ölüm cezasını savunan ve karşı çıkan her iki grup da konferanslar, kitaplar, makaleler hatta filmlerle görüşlerine taraftar kazandırmaya çalışmakta ve ölüm cezasının ilgası veya yeniden geri getirilmesi için lobi faaliyetleri yürütmektedirler.

Ölüm cezasının caydırıcı olduğunu ilmî olarak ispatlama çabalarının ilklerinden birisi Isaac Ehrlich'e aittir. Ehrlich 1975 ve 1977 yıllarında yazdığı iki makalesiyle caydırıcılık ve ölüm cezası arasında bir bağ olduğunu ispatlamıştır. Yazar, kendi buluşu olup, suç ve verilen cezanın mukayesesi ve analizi esasına dayanan ekonometrik model çalışması ile 1933-69 yılları arasında A.B. Devletlerindeki toplam suç istatistiklerini incelemiştir. Bu modele göre cinayet oranları, suçlunun yakalanma ihtimali, mahkûm edilme ve idam edilme oranları detaylı bir şekilde ele alınarak çok önemli ve çarpıcı bir neticeye ulaşılmıştır. Buna göre araştırmaya konu olan yıllarda uygulanan her idam cezası ortalama 7-8 cinayetin işlenmesinin önüne geçmiştir.⁴⁶¹ Başka bir deyişle

⁴⁶⁰ Salmond, *Jurisprudence*, Londra 1957, s. 115, 119 dan naklen E. M. Sandeela "İslamî Cezaların Ahlâkî Yönü" (Çev. Şükrü Selim Has) *E. Ü. S. B. E. Dergisi*, Yıl 2000, sy. 9, s. 567; John C. Ball, "The Deterrence Concept in Criminology and Law", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46, s. 348.

⁴⁶¹ Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", *The American Economic Review*, c. 65. nu. 3, (1975) s. 414.

her idam cezası 7-8 hayat kurtarmıştır. Ehrlich çok ses getiren bu çalışmasından iki yıl sonra daha geniş bir çalışma ile hem ilk çalışmasına yöneltilen tenkitlere cevap vermiş hem de ilave delillerle görüşlerini kuvvetlendirmiştir.⁴⁶²

Ehrlich'in görüşleri birçok yeni araştırmaya kapı açmış ve özellikle de idam cezasının devam etmesini, ilga edildiği yerlerde yeniden getirilmesini savunanlar tarafından referans olarak kullanılmıştır. Ancak, Ehrlich'in çalışmalarını masaya yatırarak, yazarın ulaştığı verilere şüpheyle yaklaşanlar da olmuştur. Bunlardan Passell ve Taylor makalelerinin sonunda, "Netice olarak, Ehrlich'in araştırmasına dayanarak, ölüm cezasının ne cinayet işlemekten caydırıcı olduğunu kabul edebiliriz, ne de bunu reddedebiliriz, ihtiyat bunu gerektirir."⁴⁶³ diyerek Ehrlich'in iddialarını zayıflatmaya yönelik ifadeler kullanmışlardır.

Caydırıcılık üzerine başka bir çalışmayı Ehrlich'ten hemen sonra Yunker yapmıştır. Yunker 1933'ten 1972 yılına kadarki dönemde her yıl için suç-ceza oranını incelemiş, ölüm cezasının kesinliği ölçüsünü de alternatif bir metotla belirlemiştir. Kontrol değişkeni olarak sadece işsizliği dikkate alan Yunker idamlarla cinayetler arasındaki süreyi de sıfır ve üç yıl olarak hesaba katar. Yunker'in ulaştığı netice de caydırıcılık hipotezini destekler mahiyettedir. Yunker'in üç yıl süre koyduğu modelde 1960'tan 1972'ye kadar olan dönem için ortaya çıkan netice, uygulanan her idam cezasının 156 cinayeti önleyeceği, yani bu sayıdaki potansiyel kâtili cinayet işlemekten caydıracağıdır. Ancak Ehrlich'e yöneltilen itiraz ve tenkitlerin benzerleri de Yunker'e yöneltilmiştir.⁴⁶⁴

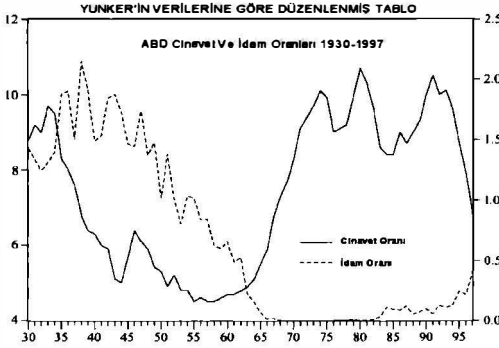
Ehrlich ve Yunker araştırmalarında farklı metotlar ve değişkenler kullanmışlar ve her ikisi de özellikle ölüm cezalarının caydırıcı olduğunu kendilerine göre ispatlamışlardır. Diğer bir araştırmacı, Paul Zimmerman suç ve ölüm cezası üzerine yaptığı araştırmada 1978-2000 yılları arasındaki resmî verileri kullanmış araştırmasının neticesinde uygulanan her ölüm cezasının 14 cina-

⁴⁶² Isaac Ehrlich, "Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence", *Journal of Political Economy*, c. 85, nu. 4. (Ağustos 1977) s. 741-788.

⁴⁶³ Peter Passell ve John B. Taylor, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another view", *The American Economic Review*, c. 67, nu. 3 (1977) s. 450. Ehrlich'e yöneltilen tenkitlerden birisi de, araştırmasında yıllık idam cezası ihtimallerini hesaplarken, ölüm cezasını ilga etmiş olan eyaletlerle, ölüm cezasını halen uygulayan eyaletler arasında bir ayırım yapmamış olmasıdır. Zira ölüm cezasının ilga edildiği eyaletlerde bu ihtimal sıfır olacağı için bunun dikkate alınmayışı yanlış neticelere yol açmıştır. Bk. William C. Bailey, "Deterrence and the Celerity of the Death Penalty", *Social Forces*, 1980, cilt 58, sayı 4, s.1311.

⁴⁶⁴ William C. Bailey, a.g.m., s. 1311.

yeti engellediği ve en tesirli ölüm cezasının da elektrik şokuyla icra edileni olduğu neticesine varmıştır.⁴⁶⁵



H. Naci Mocan ve R. Kaj Gittings 2003 yılında yayınladıkları bir çalışmada 1977-1997 yılları arasındaki devlet verilerini kullanarak yaptıkları istatistik ve ekonometriye dayanan hesaplamalarında her idam cezasının en az 5 cinayeti önlediğini ortaya koymuşlardır. Yine aynı çalışmada, hafifletilerek başka bir cezaya çevrilen her idam cezasının da fazladan 5 cinayete sebep olduğu iddia edilmiştir.

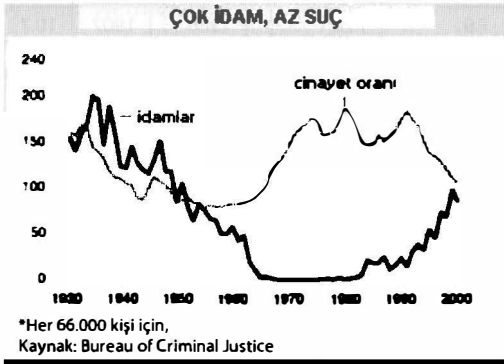
Yukarıda zikrettiğimiz araştırmaların en yenisi, belki de en önemlisi Hashem Dezbakhsh, Paul Rubin ve Joanna M. Shepherd tarafından yapılmış olanıdır.⁴⁶⁶ Bize göre bu çalışmanın önemi, daha önceki araştırmalara yapılan tenkitler bilindiği için o tenkitlerin yöneltildiği hatalardan büyük ölçüde kaçınılmış olmasından yani diğerlerinin tecrübelerinden istifade edilmesinden ve araştırmacının bu konuda söz sahibi üç bilim adamı tarafından yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bu araştırma A.B.Devletlerinin 3054 yerleşim merkezinden toplanan 1977-1997 yıllarına ait veriler kullanılarak ve cinayet oranına tesir eden demografik, ekonomik, yargısal farklılıklar dikkate alınarak yapılmıştır. Araştırma neticesinde icra edilen her idam cezasının en muhafazakar bir rakamla ortalama 18 cinayeti önlediğidir. Yazarların ulaştığı fikir birliği ise, ölüm cezasının kesinlikle caydırıcı bir ceza olduğu, insan hayatını kurtardığıdır.

⁴⁶⁵ Joanna M. Shepherd, "Capital Punishment and the Deterrence of Crime"; bu makale yazar tarafından 21.04.2004 tarihinde A.B.D. Parlamentosu 'Suç, terörizm ve ülke güvenliği' alt komitesine yazılı rapor olarak sunulmuştur.

⁴⁶⁶ Hashem Dezbakhsh, Paul Rubin, Joanna M. Shepherd, "Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data", *American Law and Economics Review*, 2003, 5 (2), 344-376.

Ehrlich, Yunker, Zimmerman, Mocan, Dezbakhsh ve benzer araştırmacıların kullandığı istatistikler cezaların, özellikle de ölüm cezasının caydırıcı özelliğini sergilemede başkaları tarafından da kullanılmıştır. Buna örnek olarak şu özet bilgiyi nakledebiliriz:

1960 yılında Amerika'da 56 idam cezası uygulanmıştır. İşlenen cinayet suçu ise 9140 idi. 1964 yılında sadece 15 idam cezası infaz edilmiş fakat işlenen cinayet sayısı 9250 ye ulaşmıştı. 1969 da hiç idam cezası uygulanmamıştı, işlenen cinayet sayısı 14950'ye yükselmişti. 1972-76 yılları arasında ölüm cezası askıya alınıp uygulanmadığı için 1975 yılında hiç idam cezası yok idi ama cinayet sayısı 20510 olmuştu. 1980 de ise bu sayı 23040'a ulaşmıştı. 1965 ile 1980 arasında yıllık ortalama 9960 olan cinayet sayısı 1980 de 23040'a yükseldiğinde bu %131 lik bir artış anlamına gelmekteydi. Nüfusa göre cinayet oranı ise her 100 000 kişide 5.1 den 10.2 ye yükselerek iki katı artış göstermiştir. Bu rakamlar açıkça idam sayısı azaldıkça cinayet sayısının yükseldiğini göstermektedir. Biraz daha güncel rakamlara baktığımızda, 1995-2000 arasında yıllık ortalama idam sayısı 71 idi ve nüfusa göre cinayet oranı 1999'da 5.7 olarak hesaplanmıştı. 1980 yılındaki 10.2 rakamıyla mukayese ettiğimizde bu, cinayetlerde %44'lük bir düşüş anlamına gelmektedir, bu düşüş de uygulanan idam cezalarından kaynaklanmaktadır. Aşağıdaki şema (Amerika için) infaz edilen idam sayısının işlenen cinayet sayısı ile ters orantılı olduğunu göstermektedir.



Yukarıdaki iddiaları destekleyecek başka bir çalışma Stephen K. Layson'un araştırmasıdır. Amerika Birleşik Devletleri, Adalet bakanlığının da onayladığı bu araştırmanın neticesine göre 1934-84 yılları arasında infaz edilen her idam cezası, 8.5 ile 28 arasında cinayeti önlemiştir.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ http://www.yesdeathpenalty.com/chapter_4.htm#7:7

Biraz daha dar bir bölgeden örnek olması bakımından New York'la ilgili ve cezaların caydırıcılık unsuru taşıyıp taşımadıklarını yansıtan istatistik bilgilerini de burada sunmakta yarar görüyoruz. New York'ta 1 Haziran 1965'te yürürlüğe giren bir yasa ile ölüm cezasının alanı çok daraltıldı ve neredeyse uygulanması imkânsız hale geldi. 1965'te rapor edilen 833 cinayet hadisesi –ki her 100 000 kişide 4.6'ya tekabül ediyordu- 1970 yılında 1493 rakamına ulaşmış, oran da 7.9 olmuştu. Cinayet sayısı 1990 yılında 2605'e yükseldi ve bu da %21'lik bir artış anlamına geliyordu. 1995 te ölüm cezasının geri gelmesiyle cinayet sayısı 1990 seviyesinin %40 altına düşmesine rağmen 1965 seviyesinden hâlâ %86 oranında daha fazla idi. Aşağıdaki tablo ve rakamlar incelendiğinde idam cezasının uygulandığı dönemlerde cinayet sayısının azaldığı müşahade edilecektir.⁴⁶⁸

New York'taki Cinayetlerin Sayı Ve Oranları İle A.b.devletlerindeki Oranlar 1965-1995*

		New York		A.B.D		New York		A.B.D	
Yıl	Sayı	Oran**	Oran**	Yıl	Sayı	Oran**	Oran**	Yıl	Sayı
1965	833	4.6	5.1	1981	2166	12.3	9.8		
1966	879	4.8	5.6	1982	2013	11.4	9.1		
1967	993	5.4	6.1	1983	1958	1.1	8.3		
1968	180	6.5	6.8	1984	1786	0.1	7.9		
1969	1320	7.2	7.2	1985	1683	9.5	7.9		
1970	1493	7.9	7.8	1986	1907	10.7	8.6		
1971	1817	9.9	8.5	1987	2016	11.3	8.3		
1972	2020	11.0	8.9	1988	2244	12.5	8.4		
1973	2034	11.1	9.3	1989	2246	12.5	8.7		
1974	1913	10.6	9.7	1989	2246	12.5	8.7		
1975	1996	11.0	9.6	1990	2605	14.5	9.4		
1976	1969	10.9	8.8	1991	2571	14.2	9.8		
1977	1919	10.7	8.8	1992	2397	13.2	9.3		
1978	1820	10.3	9.0	1993	2420	13.3	9.5		
1979	2092	11.9	9.7	1994	2016	11.1	9.0		
1980	2228	12.7	10.2	1995	1550	8.5	8.2		

*Kaynak: F.B.I. Suç raporları 1965-1995.

** Oran her 100,000 kişide

⁴⁶⁸ Kaynak J.M.Galliher ve J.F.Galliher, "A 'Commonsense' Theory of Deterrence and the 'Ideology' of Science: The New York State Death Penalty Debate", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, (2001/2002) c. 92, nu. 1,2, s. 307-333.

Caydırıcılık ilkesi hukukçular ve suçbilimciler tarafından daha çok akademik çevrelerde ve eserlerde ele alınmasına rağmen siyasetçiler tarafından da kullanılmış ve kullanılmaktadır. Bunun çok bariz örneklerini Amerika ve İngiltere gibi ülkelerdeki parlamento oturumlarındaki münakaşalarda görmekteyiz. 1995 ve 1997 yılları arasında sadece New York yasama meclisinde, ölüm cezası üzerine yapılan oturumlarda, ırkçılık 265, masumluk 204 defa gündeme gelirken, caydırıcılık konusu 590 defa gündeme gelmiştir.

Bunlardan birkaç örnek şöyledir: Senatör Bernstein "Caydırıcılık her zaman netice verir, her zaman geçerlidir. Özellikle de ölüm cezasında böyledir. Çünkü ölü adam en azından kendisi suç işleyemez." demiştir. Milletvekili Kauffman "Geçen sene, cinayetten mahkûm olup da serbest kalanlardan 850 kişinin tekrar cinayet işlediğini biliyor musunuz? Size şunu söylüyorum, eğer ölüm cezası uygulanıyor olsaydı bu 850 kişi tekrar öldürmek için dışarıda olmayacaktı." Milletvekili Tedisco ise "Ölüm cezası inkar edilemez bir şekilde caydırıcıdır...ölüm cezasına çarptırılan şahıslar artık hayatta değildir. Kalkıp bana onların tekrar cinayet işleyebileceklerini söyleyemezsiniz. Onlar asla tekrar cinayet işleyemeyecekler, arabanızı çalamayacaklar, asla hanımınıza veya kızınıza tecavüz edemeyeceklerdir." diyerek caydırıcılık olgusuna özellikle de ölüm cezasındaki caydırıcılığa biraz da duygusal bir üslupla atıfta bulunmuşlardır.⁴⁶⁹

Senatör Volker ise, idam cezasının uygulandığı ve uygulanmadığı dönemlerdeki cinayet rakamlarını vererek 1976 yılında New York sokaklarında öldürülenlerin sayısının Vietnam'da ölen Amerikan askerlerinin sayısından daha fazla olduğuna işaret ederek, sebebin de caydırıcı bir ceza olan ölüm cezasının uygulanmamasının olduğunu kaydetmiştir. Daha sonra New York belediye başkanı olacak olan G. Pataki de benzer bir yorum yaparak "Bana göre sebep ve etki gayet açıktır, idam cezasının yokluğu rasyonel cinayetlerin büyük ölçüde artmasına sebep olmuştur." diyerek suçun azaltılmasının çaresinin caydırıcı ceza olduğuna işaret etmiştir.⁴⁷⁰

New York yasama meclisinde aylarca süren münakaşalardan, ölüm cezasının leh ve aleyhindeki ilmi ve istatistikî verilerin değerlendirilmesinden sonra 1995 yılında ölüm cezasının tekrar geri getirilmesini kabul eden kanun onaylandı. Bu kanunun son maddesi caydırıcılık ilkesinin önemini şöyle ifade etmektedir: "Ölüm cezasının yeniden yürürlüğe konulması bu cezayı gerektirecek suç işlemeye meyledeceklere kuvvetli/tesirli bir mesaj gönderecektir."⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Bk. J. M. Galliher ve J. F. Galliher, a.g.m., s.316, 318.

⁴⁷⁰ J.M. Galliher ve J. F. Galliher, a.g.m., s. 319.

⁴⁷¹ J.M. Galliher ve J. F. Galliher, a.g.m., s. 332.

İngiltere için de benzer neticeler söz konusudur. Bu ülkede 1964'te her 100 000 kişide 0.68 olan cinayet oranı, 2004'te 1.42'ye yükselmiştir. Amerika'daki rakamlardan çok düşük olmasına rağmen bu, İngiltere için cinayet suçunun iki kattan fazla artması anlamına gelmektedir. 1965-69 yılları arasında ölüm cezasının askıya alındığı dönemde suçların %125 arttığı tespit edilmiştir. İngiltere ile ilgili olarak yapılan araştırmaların bir diğeri de Wolpin'e aittir. Wolpin de, verilen ve uygulanan idam cezalarının cinayet ve benzeri suçları azalttığını, birçok potansiyel suçluyu suçu işlemekten alıkoyduğunu savunmaktadır.⁴⁷²

2. Caydırıcılık ilkesine karşı çıkanlar

Hukukçuların büyük bir çoğunluğunun caydırıcılık ilkesini savunduğuna daha önce işaret etmiştik. Ancak kriminologlar için durum aynı değildir. Onların önceliği toplum içinde mümkün olduğu kadarıyla insicamlı bir kanun külliyatı sağlamak olmadığı için konuya biraz daha rahat bakmışlardır. Özellikle de Amerikalı kriminologlar caydırıcılık ilkesini haksız, gerekçelendirilemez bir ilke ve barbarlığın utanç verici bir alameti olarak tanımlamışlardır. Mesela, insanlara korku saldığınan ve etkisiz olduğundan dolayı caydırıcılık ilkesinin bir ceza siyaseti olarak ilga edilmesini teklif edenler olmuştur. Sayıları az da olsa, bazıları daha ileri giderek suçun ortadan kaldırılmasının yolunun eğitim ve rehberlik olduğunu ileri sürüp, şayet toplum hem polise hem de rehberliğe kaynak ayıramıyorsa, polissiz de yapılabileceğini, görünüşe göre polisin ve kanunların ikinci derecede önemli olduğunu iddia etmişlerdir. Bunlara göre caydırıcılık üzerinde hiç durulmaması gereken bir meseledir.⁴⁷³ Amerikada kriminojoji öğrencilerine verilen temel bilgilerden birisi "cezalar caydırıcı değildir" bilgisidir.⁴⁷⁴

Amerikalı kriminologların arasında reformist diye bilinen bir gruba göre ise, cezalandırmak haklı gösterilebilecek bir durum olmadığı gibi caydırıcılık da, geçersizliği anlaşılmış, gerici hukukçuların cahilliklerinden veya şahsi menfaatlerinden kaynaklanan bir anlayıştır. Bu düşüncenin epeyce yaygın olduğu ifade edilerek iki örnek zikredilmiştir:

Birincisi, J. Ellington'un "Cezaların, potansiyel suçluları caydırarak toplumu koruyacağı fikri insan davranışlarının yeni anlayışla değerlendirilmesi karşı-

⁴⁷² Kenneth I. Wolpin, "Capital Punishment and Homicide in England: A Summary of Results", *The American Economic Review*, (1978) Vol. 68, No. 2. s. 422-427.

⁴⁷³ Bk., "The Deterrence Concept in Criminology and Law", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46, s. 348.

⁴⁷⁴ Johannes Andenaes, "Does Punishment Deter Crime?", s. 77.

sında ayakta kalacak bir fikir değildir.” sözüdür ki caydırıcılık prensibini açıkça reddetmektedir.

İkincisi ise “Mahkûmlara uygulanan kırbaç cezasının caydırıcılığı” üzerine bir alan çalışması yapan R. Caldwell’in “Bu gözlemlere göre Amerikan cezaî sistemi tamamen ortadan kaldırılmalıdır.” ifadesi ki burada da yazar bu tip cezalandırmaların hiçbir yarar sağlamadığını ve mevcut sistemin savunduğu caydırıcılık ilkesinin işe yaramadığını ileri sürmektedir.⁴⁷⁵

Yukarıda zikredilen caydırıcılık karşıtı görüşler pek fazla taraftar bulmamış ve “Bu ve benzer örnekler destekleyici bir veri olmadan ileri sürülmüş, gerçek temellere dayanmayan ideolojik yaklaşımlar” olarak değerlendirilmiştir.⁴⁷⁶

Daha çok psikiyatristlerin oluşturduğu bir grup ilim adamı ise, insanların kanuna uymalarının ve suç işlememelerinin sebebini bu kişilerin ceza kanunundan korkmaları olarak değil de içselleştirdikleri ahlakî normlar olarak açıklarlar. Bu içsel engellenmenin olmadığı kimseye ceza tehdidinin fayda etmeyeceğini ileri süren bu grup suçluların rasyonel seçim yapmadan, ceza riskine karşı ne kazanacaklarını hesaba katmadan duygusal bir dengesizlik içinde hareket ettiklerini savunurlar. Caydırıcılık ilkesine karşı olanların aşırı ucunu teşkil eden bu ilim adamlarına göre genel caydırıcılık düşüncesi bir çeşit bâtil itikattir ve hukukçular tarafından, modası geçmiş ceza hukuku sistemini savunmak ve kısas lehindeki düşüncelerini gizlemek için bir araç olarak kullanılmaktadır.⁴⁷⁷ Bu görüşü değerlendiren Andenaes, caydırıcılık ilkesinin bazı yerlerde çok iyi netice verdiğini bazı yerlerde ise istenilen neticeyi vermediğini ifade edip suç işleyip işlememe yönünden insanları üçe ayırır:

- 1- Kanunlara itaat eden iyi vatandaşlar ki doğru yolda olmak için cezaî tehdide ihtiyaç duymazlar.
- 2- Suçlular grubu ki bunlar cezaî tehditlerden korkmalarına rağmen bu korkuları onları suç işlemekten engelleyecek derecede değildir.
- 3- Potansiyel suçlular ki şayet ceza korkusu olmasaydı kanunları ihlal edip suç işleyecek olan kişilerdir. Fakat ceza tehdidi bunları suç işlemekten caydırmıştır.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ John C. Ball, a.g.m., s. 351.

⁴⁷⁶ John C. Ball, a.g.m., s. 351.

⁴⁷⁷ Johannes Andenaes, “Does Punishment Deter Crime?”, s. 79.

⁴⁷⁸ Johannes Andenaes, a.g.m., s. 80.

Görüldüğü üzere Andenaes, caydırıcılık kavramına biraz daha ılımlı yaklaşır, bunun bazı durumlarda netice vermediğini ama çoğu durumlarda da işlevini yerine getirdiğini belirtmektedir.

Caydırıcılık konusuna şüpheyle yaklaşanlardan bir başkası, Hentig özetle şöyle bir yaklaşımda bulunur: Cehennem azabı tehdidi nasıl ki dindar insanların hepsini eşit derecede suç işlemekten alıkoymuyor ise, devletin koyduğu cezaların da suça meyilli insanları caydıracağı şüphelidir. Ciddi suçların faillerinin tespit edilme ve yakalanma oranlarının çok düşük olduğu bilinmektedir. İhtimaller teorisine göre, 'suç kazandırır'. Suç işleyenler bizim yakalama mekanizmamız hakkında kriminoloji profesörlerinden ve sosyal istatistik uzmanlarından daha fazla bilgiye sahiptirler.

Bir başka nokta da, bazen aşırı derecedeki caydırıcılık'ın yeni suçlar yaratabileceği konusudur. Mesela, tecavüz edilen bir bayanın boğulması, soyulan birisinin vurularak öldürülmesi gibi suç üstüne suç işlenmesi aşırı ölçüdeki caydırıcılık anlayışından kaynaklanabilir. Son nokta ise, caydırıcı kanunlar, caydırıcı polis metotları, caydırıcı mahkeme icraatları, insan hayatına kıymet vermeyen azılı suçlular üretirler. Bundan dolayı caydırıcılık çok dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. İnsan zihni canlı bir yapıya sahiptir, devamlı baskıya merhametsizce karşılık verir. İnsan kötü muameleye tabi tutulursa katır gibi binilemez ve kontrol edilemez olur, iyi ve yumuşak muamele ile de onu yumuşak huylu, kontrol edebileceğiniz bir at haline getirebilirsiniz.⁴⁷⁹ Bu mülhazalarıyla Hentig caydırıcılık prensibine tamamıyla karşı çıkmamakta ancak bu ilkenin her zaman beklenen neticeyi vermeyeceğini ve caydırıcı etki yapacak müeyyidelerin uygulanmasında ılımlı olunması gerektiğini aksi takdirde ters etkiye sebep olunabileceğini ifade etmektedir.

G. Gardiner ise "suçtan caydırıcılık cezanın vahşiliğinden ve korkutucu olmasından değil, mahkûm edilmenin kesin olmasından kaynaklanır" diyerek caydırıcılık ilkesinin geleneksel olarak anlaşılan rolünü azaltmaya çalışır. Suçların önlenmesi için gaddar ve şiddetli cezaların uygulanmasının yanlış olduğunu ileri süren Gardiner, gaddar cezaların insanları gaddarlığa sevk edeceğini savunarak "şiddet şiddeti doğurur" ilkesine de atıfta bulunur.⁴⁸⁰ İşlenen ağır bir suç karşılığında, ona mukabil ağır bir ceza verilmeden, sadece 'mahkûm edilme'nin nasıl caydırıcı olacağı Gardiner tarafından açıklanmadığı gibi, açıklanması da zordur. İşlenen suçun gaddarlığından bahset-

⁴⁷⁹ Hans von Hentig, "The Limits of Deterrence"; *Journal of the American Institute of Criminal Law*, 1938-39, c. 29, s. 560, 561.

⁴⁸⁰ Gerald Gardiner, *Capital Punishment as a Deterrent: And the Alternative*, Londra 1956, s. 31.

meden, mağdur olan kişi veya kişileri düşünmeden cezanın gaddarlığından bahsetmek suç-ceza dengesini dikkate almamak ve adalet prensibini göz ardı etmek demektir. Kanunun yasakladığı bir fiili işleyip diğer fertlere ve topluma zarar veren birisine verilecek cezayı "şiddet" olarak algılamak sanırız doğru bir yaklaşım değildir.

Caydırıcılık ilkesine karşı çıkanların büyük bir bölümünü aynı zamanda da ölüm cezasına karşı çıkan kişi ve gruplar oluşturmaktadır. Bunlar genellikle yanlış yere yönlendirilmiş, sözde insanî duygularla suçlulara verilen cezaların hafifletilmesini, gerekirse affedilmesini savunan bu meyanda da mağdur olan kişinin haklarını hesaba katmayan bir anlayışa sahiptirler. Ortaya koydukları ilmî deliller ikna edicilik yönünden, caydırıcılık ilkesini savunanlarınki kadar kuvvetli değildir.

II- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İslam hukukunda çeşitli suçlar için konulan cezalarda, özellikle de had cezalarında ve kısas cezasında caydırıcılık ilkesinin çok dikkat çekici bir şekilde yer aldığını ve bunun cezalandırmanın temel gayelerinden birisi olduğunu müşahade etmekteyiz. Yine İslam ceza hukukunda verilen cezaların suç ile orantılı olduğunu ve suçtan daha ağır ceza verilmediğini ve mümkün olan durumlarda af konusunun gündeme geldiğini, ancak had cezalarında bunun mümkün olmadığını da görmekteyiz.

İslam hukukunun, topluma zarar verme pahasına fertleri koruyup onlar için özel muameleler ortaya koymadığını, toplumun huzur ve yararı için fertleri cezalandırmaktan çekinmediğini, bu cezalandırma sürecinde de insanlar arasında mevkilerine, sosyal statülerine hatta devlet başkanına akrabalıklarına göre bir ayırım yapılmadığını, uygulanan her cezanın toplum için hayır getireceği düşüncesinin hâkim olduğunu belirtmiştik.

Uygulanan cezalarda intikam hissiyle hareket edilmediği, bunun aslında işlenen suça bir karşılık olduğu, aynı zamanda da devlet eliyle verilen ve uygulanan bu cezaların şahsi intikam duygularını körelttiği, kan davalarının önüne geçtiği, mağdurun ve yakınlarının büyük ölçüde tatmin olduğu ve kanunu kendi ellerine alıp şahsi olarak cezalandırma yoluna gitmelerine gerek kalmadığı da ortaya koymaya çalıştığımız neticeler arasındadır.

Caydırıcılık ilkesinin iki yönlü olarak, hem özel caydırıcılık, hem de genel caydırıcılık olarak İslam ceza hukukunda mevcut bulunduğunu, ilk hedefin suç işlenmeden önce ona mani olmak olduğunu, şayet işlenirse suçu işle-

yen kişinin tekrar aynı veya benzer suç işlemesine engel olmak olduğunu gösterip, ikinci hedefin de verilen ve uygulanan bu cezadan diğer insanların ders alıp, potansiyel suçluların kafalarında tasarladıkları suç işlemlerinden vazgeçmeleri olduğuna da işaret ettik.

İslâm hukukundaki caydırıcı cezalar, özellikle de had cezaları çok ağır ve katı cezalar olmakla birlikte, suçsuz insanların hataen cezalandırılmaması konusunda azami titizlik gösterildiğini, en ufak bir şüphe durumunda da cezanın düşürülmesinin gerekli olduğunu belirttik. Batı hukukunda bu kavram mevcut olmasına rağmen uygulama olarak çok daha geç başlamıştır. Ayrıca kapsamının da İslâm Hukukundaki kadar geniş olup olmadığı da şüphelidir.

Modern batı hukukunda son birkaç yüz yıldır uygulanan, "Sanık, suçluluğu ispatlanıncaya kadar suçsuzdur." prensibinin, İslâm ceza hukukunun başlangıcından beri "Beraat-i zimmet asıldır" kaidesiyle mevcut bulunduğunu ve titizlikle uygulandığını görmek çoğu batılı hukukçuları hayrete düşürmektedir.

Cezaların şahsiliği ve ceza kanunlarının geriye dönük olarak işlememesi gibi batı hukukunun evrenselleştirmeye çalıştığı prensipler de yine İslâm ceza hukukunda baştan beri var olan kurallardandır.

Ağır cezalardan kastın insanları yok etmek, onlara zulmetmek, onlara işken- ce etmek olmadığı, bu cezaların aslında bütün insanlık için bir merhamet olduğu, cezaların kesinlikle toplumu ve toplum yararlarını koruyucu özelliklere sahip oldukları konusunda ileri sürülen teorik görüşleri ve bunların pratik hayattaki bazı neticelerini de aktarmaya gayret ettik.

Cezalardan beklenen neticeler veya cezaların işlevleri konusunda Batı hukukunda da İslâm Hukukuna benzer düşünceler görmekteyiz. Onlar da cezalardan olmazsa olmaz iki şeyi sağlamasını, iki görevi yerine getirmesini beklemektedirler. Birincisi ahlaki görevlerdir ki bunun altında adaleti temin etme vesuğun kefaretinin ödetmek fikirleri yatmaktadır. İkincisi ise toplumsal vazifelerdir ki bununla da toplum yararlarının korunacağı düşünülmektedir. Batı hukukundaki bu görüşü İslâm ceza hukuku ile mukayese ettiğimizde modern hukukun bu konuda İslâm hukukunu takip ettiğini müşahede ederiz.⁴⁸¹ Zira İslâm ceza hukukundaki had cezalarıyla da iki temel gaye gerçekleştirilmektedir. Birincisi adalet ve kefarettir ikincisi ise toplumun yararlarıdır.⁴⁸²

Bu görüşün devamı olarak da Modern hukukta ortaya konulan cezaların gayelerinin İslâm ceza hukukunda ortaya konulan gayelerle büyük bir benzer-

⁴⁸¹ Ahmed Fethî Behnesî, *el-'Ukûbe fi'l-fikhri'l-İslâmî*, s. 23.

⁴⁸² Ahmed Fethî Behnesî, *el-'Ukûbe fi'l-fikhri'l-İslâmî*, s. 27.

lik gösterdiğini de rahatlıkla söyletebiliriz. Klasik İslam hukuku eserlerinde kısa da olsa bahsedilen daha sonra da muasır kaynaklarda ele alınan özel caydırıcılık (الردع الخاص) ve genel caydırıcılık (الردع العام) kavramlarının son bir iki asırdır modern batı hukuku kaynaklarında *special deterrence* ve *general deterrence* kavramları olarak karşılık bulduğunu görmekteyiz.

Caydırıcılık kavramına temel teşkil edebilecek referansların hem Kur'ân-ı Kerim'de hem de Hz. Peygamber (sav.)'in hadislerinde var olduğunu bilmekteyiz. Cezaların şahsiliği, suç-ceza dengesi, cezalandırmada adalet ilkesinin gözetilmesi, ceza kanununun geçmişe şamil olmaması, kişinin suçluluğu ispat edilinceye kadar masum sayılması, iddia sahibinin ispatla mükellef olması gibi modern batı hukukunun çok geç ilgilenmeye başladığı konuların neredeyse tamamının İslam hukukunun ilk dönemlerinden beri var olması, hatta bunların bir çoğunun Kur'ân ve hadis'e dayanması dikkat çekicidir.

Hem -sınırlı sayıda da olsa- bazı Müslüman ülkelerdeki suçbilimi istatistikleri, hem de batı ülkelerinde yapılan bu yöndeki araştırmalar, caydırıcılık ilkesinin suçu önlemedeki en önemli faktörlerden birisi olduğunu göstermektedirler.⁴⁸³ Aslında batıda caydırıcılık konusunda yapılan çalışmalar aynı zamanda İslam ceza hukukundaki bu prensibi -farkında olmaksızın- desteklemektedirler. Objektif olarak yaklaşıldığında caydırıcılık ilkesinin, günümüzde hızla artan ve bütün toplumları huzursuz eden, binlerce insanın canını, milyonlarca insanın malını kaybetmesine yol açan suç dalgasının hızını keseceğinde hiç şüphe yoktur. Ancak meseleye önyargı ile, ideolojik olarak, suçlular lehine duygusal olarak, mağdurlar açısından duygusuzca yaklaşarak bakıldığında, adalet -özellikle de ilahî adalet- ilkesi göz ardı edildiğinde, toplum yararları yerine toplumu çökerten canîlerin, asalakların hak etmedikleri hakları korunmaya çalışıldığında ülkelerden kaos, karışıklık, huzursuzluk ve mutsuzluk eksik olmayacaktır.

⁴⁸³ Örnekler için bk. Farouk Abdul Rahman Mourad, "Effect of the Implementation of the Islamic Legislation on Crime Prevention in the K.S.A. A Field Research", *The effect of Islamic legislation on crime prevention in Saudi Arabia*, Roma 1980, s. 500-504.

BİBLİYOGRAFYA

Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.

Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, yy., ty.

Andenaes, Johannes, "Does Punishment Deter Crime?", *The Criminal Law Quarterly*, 1968-69, c. 11, s. 76-93.

Ateş, Süleyman, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, Yeni Ufuklar neşriyat, İstanbul 1990.

Awa, Mohamed S. El-, *Punishment in Islamic Law*, American Trust Publications, Indianapolis 1982.

Aydın, M. Akif, "Ceza" (Osmanlı Ceza Hukuku), *T.D.V. İslâm Ansiklopedisi*, VII, 478-482.

Aydın, M. Akif, "Liân", *T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, XXVII, 172-173.

Bağdâdi, Alauddin Ali b. Muhammed b. İbrâhim el- (el-Hâzin), *Lübâbu't-te'vil fi me'âni't-tenzil*, (*Kitâbu mecmû'ati min et-tefâsîr* içinde.) Beyrut ts.

Bahnassi (Behnesî), Ahmad Fathi, "Criminal Responsibility in Islamic Law", *The Islamic Criminal System*, (Ed. M. Cherif Bassiouni) Oceana Publications, Londra 1982.

Bailey, William C., "Deterrence and the Celerity of the Death Penalty," *Social Forces*, 1980, cilt 58, sayı 4.

Bailyn, Evan, "Deterrence", ChooseLaw, <http://articles.chooselaw.com/general/view/Deterrence.265.html>.

Bakkal, Ali, "İslâm Hukukuna Göre Hakkın Menşei", *Köprü*, Güz 2006, sy. 96.

Ball, John C., "The Deterrence Concept in Criminology and Law", *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1955-56, c. 46. s. 347- 354.

Bardakoğlu, Ali "Ceza", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, (Ed. İbrahim Kâfi Dönmez) M.Ü.İ.F. Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, s. 324-328.

Bardakoğlu, Ali, "Ceza", *T.D.V. İslâm Ansiklopedisi*, VII, 475.

Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar* (ter. Muhiddin Göklü) İstanbul 1964.

Behnesî, Ahmed Fethî, *el-'Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâruş-şurûk, Beyrut 1983.

Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Kisâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1964.

Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Mevsû'atü'l-cinâiyye fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1991.

Behnesî, Ahmed Fethî, *Tatbîku'l-hudûdi fi't-teşri'âtî'l-cinâiyyeti'l-hadîseti*, Kahire 1988.

Benmelha, Ghaouti, "Ta'azir Crimes", *The Islamic Criminal System*, (Ed. M. Cherif Bassiouni) Oceana Publications, Londra 1982.

Bennett, W. H., "Crimes and Punishments, (Hebrew)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) Edinburgh 1981.

Bentham, Jeremy, *Cürmî Cezalar Nazariyesi*, Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar* içinde (ter. Muhiddin Göklü) İstanbul 1964.

Beyzâvî, Nâsiruddîn Ebî Saîd Abdullah b. Ömer el- (Kadı Beyzâvî), *Envârut-tenzil ve esrârû't-te'vil*, (*Kitâbu mecmû'ati min et-tefâsîr* içinde) Beyrut ts.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul ts.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kur'ânî Kerîm'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri*, İstanbul 1985.

Bird, Roger, *Osborn's Concise Dictionary Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, Londra, 1983.

Buhârî, Muhammed b. İsmail, *el-Câmius-Sahîh*, İstanbul 1981.

Ca'fer, Ali Muhammed, *el-İcrâm ve siyâsetu mükâfematihî*, Dâru'n-nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1993.

Ca'fer, Ali Muhammed, *Felsefetü'l-ukûbât fi'l-kânûn veş-şer'i'l-İslâmî*, Beyrut 1997.

Câbirî, Muhammed Âbid el-, *Çağdaş Arap Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, (Çev. Ali İhsan Pala ve Mehmet Şirin Çıkar) Kitabiyat, Ankara 2001.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali Râzî el-, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Dâru'l - kutubi'l-Arabî, Beyrut 1986.

Çağırıcı, Mustafa, "İntikam", *T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, XXII, 356.

Çalışkan, İbrahim "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *A.Ü.İ.F. Dergisi*, 1989, XXXI, s. 367-397.

Dağcı, Şâmil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 1999.

Dalgın, Nihat "Temel Kaynaklar Çerçevesinde Dinden Dönme ve İnanç Özgürlüğü", *Makâlât*, Yıl 1999, sy. 1, s. 41-57.

Dalgın, Nihat, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, Etüt Yayınları, Samsun 1999.

Derveze, Muhammed İzzet *et-Tefsîrü'l-hadis*, (çev. Mustafa Altınkaya) Ekin Yayınları, İstanbul 1997.

Dezbakhsh, Hashem, **Rubin** Paul, **Shepherd** Joanna M., "Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data", *American Law and Economics Review*, 2003, 5 (2), 344-376.

Dönmezer, Sulhi, **Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta yayınları, İstanbul 1997.

Duman, M. Zeki, *Beş Surenin Tefsiri*, Fecr Yayınları, Kayseri 1999.

Duman, M. Zeki, *Beyânu'l-Hak*, Fecr Yayınları, Ankara 2006.

Ebû Dâvut, Ebû Abdillâh Mahmûd b. Yezîd el-Kazvîni, *Sünen*, Çağrı yayınları, İstanbul, 1981.

Ebû Zehra, Muhammed, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, (Çev. İbrahim Tüfekçi) Kitabevi, İstanbul 1994.

Ebû Zeyd, Bekr b. Abdillâh, *Ahkâmü'l-cinâyeti ale'n-nefsi ve mâ dûnehâ*, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1996.

Ebu'l-Bekâ, Eyyûb b. Mûsâ el-Hüseynî, *el-Külliyât*, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1993.

Ehrlich, Isaac, "Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence", *Journal of Political Economy*, c. 85, nu. 4. (Ağustos 1977) s.741-788.

Ehrlich, Isaac, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", *The American Economic Review*, c. 65. nu. 3, (1975) s. 397-417.

Esen Hüseyin, "İslâm Hukuku ve Uhrevî Sorumluluk", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sy. 8, s.99-112.

Firûzâbâdi, Mecdüddîn Muhammed b. Yakûb, *el-Kâmûsu'l-muhît*, Mısır, 1306.

Forste, David F., *Studies in Islamic Law*, Austin & Winfield, Oxford 1999.

Galliher, J. M. ve **Galliher** J. F., "A 'Commonsense' Theory of Deterrence and the 'Ideology' of Science: The New York State Death Penalty Debate", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, (2001/2002) c. 92, nu. 1,2, s. 307-333.

Gardiner, Gerald, *Capital Punishment as a Deterrent: And the Alternative*, Londra 1956.

Gazâlî, Ebû Hamid Muhammed el- el-Mustasfâ, (Çev. H. Yunus Apaydın, *İslâm Hukukunda deliller ve Yorum Metodolojisi*), Rey Yayıncılık, Kayseri 1994.

Gramatica, Filippo, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (çev. Sami Selçuk) Ankara 1988.

Griffel, Frank, "Toleration and Exclusion: al-Shâfi'î and al-Ghazâlî on the Treatment of Apostates", Ter. Şükrü Selim Has "Hoşgörü ve Dışlama: Şâfi'î ve Gazâlî'nin Mürted Konusundaki Görüşleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya, Nisan 2006, sayı 7, s. 277-296.

Halebî, İbrâhîm b. Muhammed el-, *Mülteka'l-ebhur*, (tah. Vehbî Süleymân Gâvecî el-Elbânî) Müessetü'r-risâle, Beyrut 1989,

Hamîdullah, Muhammed, *Mecmû'atü'l- vesâik's-siyâsiyye*, Dâru'n-nefâis, Beyrut 1985.

Harbî, Mutî'ullah b.Dahîl b. Sarhîd el-Lüheybî el-, *el-'Ukûbât et-tefvîziyye ve ehdâfuhâ*, Cidde 1983.

Hâtır, Muhammed, *Eser-u tatbikî'l-hudûd fi'l-müctema'*, (Üçüncü bölüm) Riyad 1984.

Hentig, Hans von, "The Limits of Deterrence", *Journal of the American Institute of Criminal Law*, 1938-39, c. 29, s. 555-561.

Hewesh, Muhammed İbn İbrahim el-, "Sharia Penalties and Ways of Their Implementation in the Kingdom of Saudi Arabia", *The Effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia*, Roma 1980.

Hindî, Rahmatullah b. Halîlirrahmân el-, *İzhârü'l-Hak*, (tah. Muhammed Ahmed el-Melkâvî) Riyad 1989.

Hudari Beg, Muhammed el-, *Târih-u teşri'i'l-İslâmî*, Dâru'l-kalem, Beyrut 1983.

Husari, Ahmed el-, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, Dâru'l-cil, Beyrut 1993.

Huzeyyim, Sâlih b. Nâsır el-, *Eser-u tatbîkîş-şer'i'atî'l-İslâmiyye fi men'i vukû'i'l-cerîme*, Dâr-u İbni'l-Cevzi, Riyad 1422 H.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Hâşiyetu reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr şerh-u Tenviri'l-Ebsâr*, Kahraman Yayınları (Ofset) İstanbul 1994.

İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd, *el-Muğni*, (Tah. Abdullah A. et-Türkî ve Abdulfettah M. El-Huluv) Hicr, Kahire 1990.

İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *es-Sünen*, İstanbul 1981.

İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, 1975.

İbn Nuceym, Zeynü'l-Âbidîn b. İbrahim, *el-Bahru'r-râik*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut 1997.

İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru'l-Marife, Beyrut 1997.

İbn Şâs, Celâluddîn Abdullah b. Necm, *'Ikdü'l-cevâhiri's-semîne*, Dâru'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut 2003.

İbn Teymiye, Takiyyuddîn, *Siyaset (es-Siyâsetü's-şer'iyye*, çev. Vecdi Akyüz) Dergah Yayınları, İstanbul 1985.

İbnü'l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-kadîr ale'l-Hidâye*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmîyye, Beyrut, 2003.

İlbarhar, Talat, "İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri", E.Ü.S.B.E. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, 2007.

İmâm, Abdüssemiş, *Eser-u tatbîki'l-hudûd fi'l-müctema'*, Riyad 1984.

Kadızzâde, Şemsuddîn Ahmed, *Netâicu'l-efkâr (Tekmilet-u Fethi'l-Kadîr)*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut, 1997.

Kâdiri, Muhammed b. Hüseyin b. Alî, *Tekmilet-u Bahri'r-Râik*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut 1997.

Kal'acî, Muhammed, Kunaybî Hâmid, Mu'cemu Lügati'l-Fukahâ, Dâru'n-nefâis, Beyrut 1988.

Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil yayınları, İstanbul 1991.

Kâsânî, Alauddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd el-, *Bedâi'us-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, Beyrut 1974.

Keskin, Yusuf Ziya, Recm Cezası, Beyan Yayınları, İstanbul 2001.

Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed Ebîbekr el-, *El-Câmi' li - Ahkâmî'l - Kur'ân*, Tah. Abdullah b. Abdilmuhsin et-Türkî, Müessesetür- Risâle, Beyrut, 2006.

Lane, E. W. , *Arabic- English Lexicon*, (Ed. S. L. Poole), Londra 1863.

MacCulloch, J. A., "Crimes and Punishments, (Primitive and savage)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) Edinburgh 1981.

Martin, Elizabeth A. (Ed.), *A Concise Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford 1990.

Maşalı, Münteha, "Mukayeseli Hukukta Ölüm Cezası ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", M.Ü.S.B.E. Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002.

Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Habîb el-, *el-Ahkâmûs-Sultâniyye*. (Çev. Ali Şafak) Bedir Yayınevi, İstanbul 1994.

Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Habîb el-, *el-Ahkâmûs-Sultâniyye*, Dâru'l-kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1985.

Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Habîb el-, *en-Nuketü ve'l-uyûn (Tefsîrû'l-Mâverdi)*, Kuveyt 1982.

Medkûr, Muhammed Selam, "Defining Crime Responsibility According to Islamic Legislation", *The effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia*, Roma 1980.

Merginânî, Ebû Bekr b. Abdulcelîl, *el-Hidâye şerh-u Bidâyeti'l-mübtedî*, Kahire, 1965.

Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd el-, *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr*, İstanbul 1980.

Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz *Dürerü'l-Hükkâm fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm*, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1976,

Mourad, Farouk Abdul Rahman, "Effect of the Implementation of the Islamic Legislation on Crime Prevention in the K.S.A. A Field Research", *The Effect of Islamic Legislation on Crime Prevention in Saudi Arabia*, Roma 1980.

Muslehuiddin, Mohammad, *Crime and the Islamic Doctrine of Preventive Measures*, İslamabad 1985.

Müslim, Ebu'l-Huseyn Müslim b. el- Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisabûrî, *el-Câmiu's-Sahîh*, (Tah. M. F. Abdulbâkî) el-Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul ty.

Orhan, Fatih, "Hurûfu'l-Meânî ve Fikhî İhtilaflara Etkisi", E.Ü.S.B.E. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, 2002.

_____, " İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları bağlamında Değerlendirilmesi", Çukurova Üniversitesi, S.B.E. Basılmamış Doktora Tezi, 2014.

Öztürk, Yaşar Nuri, *Kur'an'daki İslam*, Yeni Boyut, İstanbul 1997.

Özyazıcı, Alpaslan, *Alkollü İçkiler, Sigara ve Diğerleri*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 2001.

Passell, Peter, **Taylor** John B., "The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another view", *The American Economic Review*, c. 67, nu. 3 (1977) s. 445-451.

Pearson, A. C., "Crimes and Punishments, (Greek)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) Edinburgh 1981.

Pekcan, Ali, *İslâm Hukukunda Gâye Problemi*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2003.

Poole, S. L., *Arabic-English Lexicon*, Londra 1863.

Rahman, S. A., *Punishment of Apostasy in Islam*, Lahore 1972.

Rassâ', Ebû Abdillâh Muhammed el-Ensârî er-, *Şerh-u Hudûdi İbn Arafe*, Dâru'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut 1993.

Râzî, Fahreddin Muhammed b. Ömer er-, *Mefâtihu'l-gayb*, İstanbul 1308.

Reid, J. S., "Crimes and Punishments, (Roman)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) Edinburgh 1981.

Reşîd Rıza, Muhammed, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Hakîm (Menâr Tefsiri)*, Kahire 1373 h.

Rukbân, Abdullah Ali er-, *el-Kisâs fi'n-nefs*, Beyrut 1981.

Sâbûnî, Muhammed Ali es-, *Rawâi'u'l-beyân tefsîr-u âyâtî'l-ahkâmi min el-Kur'ân*, Kuveyt 1972.

Sandeela, E. M. "İslâmî Cezaların Ahlâkî Yönü" (çev. Şükrü Selim Has) *E. Ü. S. B. E. Dergisi*, Yıl 2000, sy. 9, s. 563-574.

Sarıçam, İbrahim, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, D.İ.B. Yayınları, Ankara 2004.

Sarıncı, Köksal, "Ölüm cezası", K.Ü. S. B. E. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002.

Serahsî, (Şemsü'l-Eimme) Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed Ebû Sehl es-, *el-Mebsût*, Matbaatu's-saâde, Mısır 1924.

Shepherd, Joanna M. "Capital Punishment and the Deterrence of Crime", bu makale yazar tarafından 21.04.2004 tarihinde A.B.D. Parlamentosu 'Suç, terörizm ve ülke güvenliği' alt komitesine yazılı rapor olarak sunulmuştur.

Sifil, Ebubekir, *Modern İslam Düşüncesinin Tenkidi I*, Kayıhan yayınları, İstanbul 1997.

Stairs, Allen, "Kant on Capital Punishment", <http://brindedcow.umd.edu/140/kantcap.html>

Süyûtî, Celâluddîn Abdurrahman, es-, *el-Câmi'u's-sagîr*, Mektebetu'l-Hal-bûrî, Dimaşk, ts.

Şafak, Ali, "Fisk" *T.D.V. İslam Ansiklopedisi*, XIII, 37-38.

Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1997.

Şâzîlî, Hasan Ali eş-, *Eser-u tatbîkî'l-hudûd fi'l-müctema'*, Riyad, 1984.

Şerîf, Abdüsselâm Muhammed, *el-Mebâdiu's-şer'iyye fi ahkâmî'l-'ukûbât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1986.

Tabersî, Ebû Alî el-Fadl b. el-Hasan et-, *Mecma'u'l-beyân fi tefsîri'l-Kur'ân*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1994.

Tehânevî, Muhammed b. Ali *Keşşâf-u ıstılahâtî'l-fünûn*, İstanbul (Ofset) 1984.

Thoma, Clemens, "The Death Penalty and Torture in the Jewish Tradition", *The Death Penalty and Torture*, (Ed. Franz Böckle ve Jacques Pohier) New York 1979.

Torrey, C. C., *The Jewish Foundation of Islam*, New York 1976.

Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşrî'u'l-cinâ'î'l-İslâmî*, Dâru'l-kutubi'l-Arabî, Beyrut ty.

Üdeh _____ , Çev. Akif Nuri, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, İstanbul 1976.

Üdeh _____ , Çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak, *Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşerî Hukuk*, Rehber yayıncılık, Ankara 1990.

Ükâz, Fikrî Ahmed, *Felsefetü'l-'ukûbe fiş-şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûn*, Riyad 1982.

Üçok, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza hukukuna Aykırı Hükümler", *A.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, c. III, sy. 1, s. 127-144 ve c. III, sy. 2-4, s. 365-383.

Ünsal, Ahmet, *İslâm Hukukunda Fayda İlkesi*, Nüans, İstanbul 2006.

Walker, Nigel , *Crime and Punishment in Britain*, University Press, Edinburgh 1965.

Walker, Nigel, "Reductivism and Deterrence", *A reader on Punishment*, (Ed. A. Duff ve D. Garland) Oxford 1997,

Walshe, W. Gilbert, "Crimes and Punishments, (Chinese)", *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, (Ed. James Hastings) Edinburgh 1981.

Wehr, Hans , *Arabic- English Dictionary*, New York 1976.

West's Encyclopedia of American Law. The Gale Group, Inc, 1998.

Wolpin, Kenneth I. "Capital Punishment and Homicide in England: A Summary of results", *The American Economic Review*, (1978) Vol. 68, No. 2. s. 422-427.

Yavuz, Yunus Vehbi, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1993.

Yavuz, Yunus Vehbi "Maksadi Yorum", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sy. 8, s. 41-78.

Yazır, Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'ân Dili*, Eser neşriyat, İstanbul 1979.

Yıldırım, Mustafa, *Mecelle'nin Külli Kâideleri*, İzmir 2001.

Zâhim, Muhammed b. Abdillâh ez-, *Eser-u tatbikiş-şerî'ati'l-İslâmiyye fi men'î'l-cerîme*, Dâru'l-Menâr, Kahire 1991.

Zeylaî, Fahrüddin Osman Ali b.ez-, *Tebyînu'l-hakâik şerh-u Kenzî'd-dekâik*, Mısır 1313 H.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmi ve edilletuh*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1989.

Zwemer, Samuel M., *The Law of Apostasy in Islam* , Londra 1924.

Şükrü Selim HAS

1952 de Kayseri Mimarşinan'da doğdu. İlk öğrenimini Mimarşinan'da, Orta ve Lise öğrenimini Kayseri'de aldı. 1974 te Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden mezun oldu. 1975-76 da Londra'da dil öğrenimi gördü. 1976 İskoçya Edinburgh Üniversitesine Yüksek lisans ve Doktora eğitimi için kabul edildi. 1978 de altı ay süreyle Mısır'da Arapça kurslarına katılıp materyal topladı. 1981 de Edinburgh Üniversitesinde sunduğu "A Study of İbrâhîm Al-Halabî with special reference to the Multaqâ" isimli tezle doktoraşını tamamladı. 1982 de askerlik görevini yaptı. 1983-1994 İngiltere'de, "Dünya İslâm Birliği" nde üst düzey idareci olarak çalıştı. 1995'te Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesine İslam Hukuku Ana bilim dalında Öğretim Üyesi olarak intisap etti. 2008 yılı Ocak ayında Doçent ünvanını kazandı. Halen Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesindeki görevine devam etmektedir. İngilizce ve Arapça bilmektedir.

ISBN - 978-975-6478-87-5

