

63956

**İSLÂM CEZA HUKUKUNDA
ŞÜPHE KAVRAMI**

Sabri ERTURHAN

**CUMHURİYET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin
Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı**

İslâm Hukuku Bilim Dalı

İçin Öngördüğü

YÜKSEK LİSANS TEZİ

olarak hazırlanmıştır

T-63956

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

Tez Danışmanı : Yard. Doç. Dr. Ali AKPINAR

SİVAS-1997

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

İşbu çalışma, jürimiz tarafından Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan :

Üye :

Üye :

ONAY

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

...../...../.....

(İmza)

.....

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ VIII

KISALTMALAR XI

GİRİŞ

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA SUÇ VE CEZA [1-31]

I-İSLÂM CEZA HUKUKUNDA SUÇ VE GENEL UNSURLARI 1

A- Suçun Tarifi 1

B- Suçun Genel Unsurları 2

1- Kanunîlik 3

a) Kanunî Dayanağı 3

b) Cezaî Hükümlerin Zaman Bakımından Yürürlüğü 5

c) Cezaî Hükümlerin Mekan Bakımından Yürürlüğü 5

d) Cezaî Hükümlerin Şahıslar Bakımından Yürürlüğü 6

2- Suçun Maddî Unsuru 7

a) Suça Teşebbüs 8

b) Suça İştirak 8

c) İlliyet Bağıntısı 9

3- Suçun Manevî Unsuru 10

a) Cezaî Sorumluluk 10

b) Cezaî Sorumluluğun Kalkması 11

II- SUÇLAR VE CEZALAR 12

A- Haddi Gerektiren Suçlar 12

1- Hırsızlık (Sirkat) 13

a) Tarif 13

b) Kanunî Dayanağı 13

c) Ceza 13

- 2- Yol Kesicilik ve Haydutluk (Hirâbe) **14**
- a) Tarif **14**
 - b) Kanunî Dayanağı **14**
 - c) Ceza **15**
- 3- Zina **15**
- a) Tarif **15**
 - b) Kanunî Dayanağı **16**
 - c) Ceza **16**
- 4- İffet Üzerine İftira **17**
- a) Tarif **17**
 - b) Kanunî Dayanağı **17**
 - c) Ceza **17**
- 5- İçki İçme **18**
- a) Tarif **18**
 - b) Kanunî Dayanağı **18**
 - c) Ceza **18**
- 6- Dinden Dönme (İrtidat) **19**
- a) Tarif **19**
 - b) Kanunî Dayanağı **20**
 - c) Ceza **20**
- 7- İsyân ve İhtilal (Bağy) **21**
- a) Tarif **21**
 - b) Kanunî Dayanağı **21**
 - c) Ceza **21**
- B- Kısas Gerektiren Suçlar **22**
- 1- Kısas'ın Tarifi ve Kanunî Dayanağı **22**
- a) Tarif **22**
 - b) Kanunî Dayanağı **22**
- 2) Öldürme Çeşitleri ve Cezaları **23**
- a) Öldürme Çeşitleri **23**
 - b) Ceza **23**
- 3- Yaraların Kısası **24**
- C- Ta'zir Gerektiren Suçlar **25**
- 1) Tarif **25**
 - 2) Kanunî Dayanağı **25**
 - 3) Hak Sahibine Göre Ta'zir **26**
 - 4) Ceza **26**

III- CEZALARI DÜŞÜREN SEBEPLER 26

- A- Suçlunun Ölümü 27
- B- Suçlunun Tevbe Etmesi (Faal Nedâmet) 27
- C- Kısas Mahallinin Yok Olması 28
- D- Kısasa Vâris Olmak 28
- E- Zamanaşımı 29
- F- Sulh 30
- G- Af 30

IV- CEZALARIN DÜŞÜRÜLMESİNDEKİ AMAÇLAR 31

BİRİNCİ BÖLÜM [37-56]

ŞÜPHE KAVRAMI 38

I- İSLÂM CEZA HUKUKUNDA ŞÜPHE 38

- A- Tarif 38
- B- Kanunî Dayanağı 39
 - 1- Ayetler 39
 - 2- Hadisler 40
 - 3- Sahabe Sözlere 41
 - 4- İcma' 41
- C- Uygulama Örnekleri 41
- D- Mezheplere Göre Şüphe 43
 - 1- Hanefilere Göre 43
 - a) Fiilde Şüphe 43
 - b) Mahalde Şüphe 45
 - c) Akitte Şüphe 47
 - 2- Şafilere Göre 48
 - a) Mahalde Şüphe 48
 - b) Failde Şüphe 48
 - c) Cihette Şüphe 48
- E- Diğer Mezheplere Göre Şüphe 49

II- MODERN HUKUKTA ŞÜPHE 50

- A- Şüpheden Sanığın Faydalanması İlkesi (In Dubio Pro Reo) 51
- B- Masumluk İlkesi 52

2- İkrardan Dönme **91**

a) İkrardan Dönüşün Muteber Olduğu Yerler **91**

b) İkrardan Dönüşün Muteber Olmadığı Yerler **92**

D- Had ve Kısas Cezalarında Kadının Şahitliği **92**

IV- TA'ZİR CEZALARINDA ŞÜPHE **95**

V- ŞÜPHENİN KUVVET DERECELERİ VE HUKUKÎ SONUÇLARI **96**

A- Şüphenin Kuvvet Dereceleri **97**

1- Kuvvetli Şüphe **97**

a) Kapsamı **97**

2- Zayıf Şüphe **98**

a- Kapsamı **98**

B- Şüphenin Hukukî Sonuçları **101**

SONUÇ **103**

ABSTRACT **106**

BİBLİYOGRAFYA **107**

2- İkrardan Dönme 91

a) İkrardan Dönüşün Muteber Olduğu Yerler 91

b) İkrardan Dönüşün Muteber Olmadığı Yerler 92

D- Had ve Kısas Cezalarında Kadının Şahitliği 92

IV- TA'ZİR CEZALARINDA ŞÜPHE 95

V- ŞÜPHENİN KUVVET DERECELERİ VE HUKUKÎ SONUÇLARI 96

A- Şüphenin Kuvvet Dereceleri 97

1- Kuvvetli Şüphe 97

a) Kapsamı 97

2- Zayıf Şüphe 98

a- Kapsamı 98

B- Şüphenin Hukukî Sonuçları 101

SONUÇ 103

ABSTRACT 106

BİBLİYOGRAFYA 107

ÖNSÖZ

Ceza hukuku, İslâm Hukuku içerisinde önemli bir yer tutar. İslâm Ceza Hukukunun yanlış veya eksik bilgilenme gibi nedenlerle asıl mahiyetinden değişik bir şekilde algılandığı olmuştur. İslâm kültürünün fazla yaygın olmadığı yerlerde bu yanlış algılama daha da belirgindir. Bu itibarla İslâm Ceza Hukukunun aslı yönüyle tanıtılması bir zorunluluk arz etmektedir. Bu olgu dikkate alınarak İslâm Ceza Hukukunun insanî yönünün bir bölümünün tanıtılması amacıyla çalışmamızın adı “İslâm Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı” olarak tespit edilmiştir. Tarafımızdan yapılan araştırmaya göre şüphe konusunda Türkiye’de yapılan müstakil bir çalışmaya rastlanmamıştır. Yurt dışında bu konuda bazı müstakil çalışmalar yapıldığı tespit edilmiş olup bunların çoğu makale düzeyindedir. Kitap olarak yapılan tek çalışma Muhammed b. Abdullah el-Muhayzî tarafından *Der’u’l-Ukûbâti bi’ş-Şübühât* adıyla hazırlanan (Riyad, 1414 /1994) eserdir. Kitabın muhtevası genel olarak İslâm Ceza Hukukunun bir tanıtımından ve modern hukukla mukayesesinden oluşmaktadır. Bu kitapta şüphe konusu “cezaların şüphelerle düşürülmesi” ve “şüpheler” adıyla iki başlık altında ele alınmıştır. Bu konuda elimize ulaşan tek çalışma Abdulhalik b. Mufaddal Ahmedûn tarafından hazırlanan makaledir. Bu makale *Mecelletü’l-Buhûsi’l-Fıkhıyyeti’l-Muâsıra* dergisinde “Kaidetü Der’i’l-Hududi bi’ş-Şübühât ve Eseruhâ fi’l-Cinâi’l-İslâmî” başlığıyla yayınlanmıştır (S. XXVII, Riyad, 1995). Adı geçen makalede daha fazla prensibin kanunîliği ve önemi üzerinde durulmakta, detaya girilmemekte ve çalışma bir makale sınırlarını aşmayacak nitelik arz etmektedir. İncelememizde mümkün olduğu kadar klasik fıkıh kitaplarından istifadeye çalışıldığından, bu müstakil çalışmaların bizim araştırmamızda bir farklılığa neden olmayacağı kanaatindeyiz.

Araştırmamız bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Çalışma İslâm Ceza Hukuku bağlamında yapıldığından, giriş bölümünde İslâm’ın suç kabul ettiği fiiller ve bu fiillere öngörülen cezalar anahatlarıyla tanıtılmıştır. Suçun unsurlarında da şüpheler oluşabileceğinden, giriş bölümünde “suçun genel unsurları” da yine anahatlarıyla verilmiştir.

Birinci bölümde cezaların düşmesinde müessir olan “şüphe”nin kanunî dayanağı ve uygulama örnekleri ortaya konulmuş, ayrıca her mezhep tarafından değişik isimler altında ele alınan şüphe çeşitleri tanıtılmıştır. Bir mukayese imkanı vermesi amacıyla Modern Hukukta şüphe anlayışı da ayrıca tanıtılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde şüphenin oluşması ele alınmış, bu bölüm içerisinde suçun unsurlarında meydana gelen şüpheler, cehaletten kaynaklanan şüpheler ve ispatta meydana gelen şüpheler üzerinde durulmuştur. Daha sonra şüphenin kuvvet dereceleri ve hukukî sonuçları izah edilmeğe çalışılmıştır. Bu bölümdeki konu başlıklarının seçilmesinde Muhammed Ebû Zehra'nın *el-Ukûbe* adlı eseri bize büyük ölçüde ışık tutmuştur.

Çalışmamızda mümkün olduğu kadar tekrarlardan kaçınılmışsa da, fıkıh kitaplarında hemen hemen aynı örneklerin verilmiş olması ve bir örneğin birkaç çeşit şüphe kapsamı içerisinde yer alabilmiş olması, aynı örneklerin yer yer tekrarına neden olabilmıştır. Gerek dünya müslümanları arasında, gerekse Türkiye'de yaygın bir mezhep olması hasebiyle araştırmamızda Hanefi mezhebinin ağırlığı hissedilmekle birlikte, hemen her yerde diğer mezheplerin görüşleri de verilmeye çalışılmıştır.

Ayetlerin mealleri Ali Özek başkanlığındaki bir komisyon tarafından hazırlanan *Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Tercümesinden* alınmıştır (Ankara, 1993). Sure numaraları bilindiği için ayrıca yazılmamıştır. Bir kısım hadislerin dipnot kayıtları verilirken kitap numarası, kitap adı, bab numarası, hadis numarası, cilt ve sayfa numarası tertibinde verilmiştir. Bununla değişik baskılarda başka başka kısımlarda yer alan hadislerin kolay bulunması amaçlanmıştır. Tek tip yazılan hadis kitaplarındaki hadisler ise sadece cilt ve sayfa numaralarıyla verilmiştir. Kaynaklar dipnotlarda ilk geçtiği yerde detaylı olarak verilmiş, daha sonraki yerlerde sadece yazarın soyadı veya meşhur ismi zikredilmiş, sade bir dipnot görüntüsü vermek için “age” kullanılmamıştır. Aynı yazarın birden fazla eserinden yararlandığı durumlarda, yazar isminden sonra eser adları da kısaltılarak kaydedilmiştir. Dipnotlarda eserler müelliflerin ölüm tarihleri dikkate alınarak sıralanmıştır.

Bu çalışma Doç. Dr. Hakkı Aydın Bey'in gözetiminde başlamış olup çalışmanın son aşamasında Doç. Dr. Hakkı Aydın Bey'in bir yıl süreyle yurt dışına görevli izinli gitmesi üzerine Yard. Doç. Dr. Ali Akpınar Bey'in danışmanlığında bitirilmiştir. Bu konunun tespitinden bitimine kadar her türlü teşvik ve yardımlarını esirgemeyen her iki danışman hocama, bu incelemenin

ortaya çıkmasında maddî ve mânevî katkılarını esirgemeyen hocam Yard. Doç Dr. Hüseyin Akkaya'ya, yazım esnasında tecrübelerinden yararlandığım Yard. Doç. Dr. Ebûbekir Yücel'e, bu araştırmayı baştan sona kadar sabırla okuyan Arş. Gör. Abdullah Kahraman'a, her zaman yardımımıza koşan Uzman Kasım Demir'e, zaman zaman çeşitli desteklerini gördüğüm diğer hocalarıma ve arkadaşlarıma en kalbî şükranlarımı ve minnetlerimi sunarım.

Sabri ERTURHAN



KISALTMALAR

a.s.	:	aleyhisselam
AY	:	Anayasa
b.	:	ibn
bkz.	:	bakınız
c.c.	:	Celle Celâlühu
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu
CÜİFD	:	Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
Haz.	:	Hazırlayan
Hz.	:	Hazreti
md.	:	madde
ö.	:	ölümü
r.a.	:	Radiyallahu anh.
S.	:	Sayı
s.	:	sayfa
ty	:	tarih yok
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
vs.	:	vesaire
yy	:	yer yok

GİRİŞ

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA SUÇ VE CEZA

I- İSLÂM CEZA HUKUKUNDA SUÇ VE GENEL UNSURLARI

A- Suçun Tarifi

Arapça'da suç kelimesinin karşılığı olarak “cürm” veya “cerîme” lafızları kullanılmakta olup, “günah” anlamına gelmektedirler. “Cürm” kelimesinin çoğulu “أجرام - ecrâm” ve “جروم - cürûm” şeklindedir.¹

İslâm hukuk literatüründe “suç”un şu şekilde tarifleri yapılmıştır:

“Suç: Allah'ın had ve ta'zir cezalarıyla cezalandırdığı şer'î yasaklardır”², “Yapılması durumunda ceza öngörülen haram bir fiili yapmak veya yapılmaması durumunda, ceza öngörülmüş bir fiili yapmamaktır”³, “İslâm Hukukunun kanunla yasaklayıp, karşılığında ceza takdir ettiği, sorumlu bir şahsın hukuka aykırı bir fiili veya terkidir.”⁴

Modern hukukta da suçun şu gibi tarifleri yapılmıştır: “Sorumlu bir şahıs tarafından müsbet veya menfi bir hareketle meydana getirilen, ceza tehdidini taşıyan bir kanundaki tarife uygun ve hukuka aykırı olan bir fiildir”⁵, “İsnat

-
- 1 İbn-i Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemalüddin Muhammed, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, 1994, XII/91; *Mu'cemu'l Vasît*, Haz. Komisyon, Mısır, 1972, I/118.
 - 2 Mâverdüfî, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Beyrut, 1990, s. 361; Ebû Ya'lâ, Muhammed b. Hasen el-Ferrâ, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Beyrut, 1983, s. 257.
 - 3 Udeh, Abdulkâdir, *et-Teşrîu'l-Cinâi'l-İslamî*, Beyrut, 1994, I/66.
 - 4 Akşit, Mustafa Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, İstanbul, 1976, s. 41.
 - 5 Dönmezer, Salih-Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, İstanbul, 1973, I/328.

yeteneğine sahip bir kişinin, kusurlu iradesinin meydana getirdiği, yasadaki yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve müeyyide (yaptırım) olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren bir eylemdir.”⁶

Tariflerden çıkan sonuca göre bir fiilin suç sayılabilmesi için; bu fiilin suç teşkil ettiği konusunda bir nassın yani kanunun bulunması, suç sayılan fiil hakkında özel bir cezanın takdir edilmiş olması ve fiilin cezaî ehliyeti haiz bir şahıs tarafından işlenmiş olması gerekmektedir. Bu tariflere göre İslâm Hukukuyla modern hukukun suçun tarifinde bağdaştığı görülmektedir.

B- Suçun Genel Unsurları

Her suçta bulunması gerekli olan bir takım ortak faktörler vardır, bu ortak faktörlere “suçun genel unsurları” denmektedir. Bu unsurlar şunlardır:

1- Suçun kanunî unsuru : Suçu yasaklayan ve işlenmesi halinde ceza öngören bir hükmün bulunmasıdır.

2- Suçun maddî unsuru: İster icraî, isterse ihmalî olsun suç kabul edilen bir fiilin yapılmasıdır.

3- Suçun manevî unsuru : Suçlunun suçtan sorumlu olması halidir.⁷

Modern hukukta suçun genel unsurlarını da şu şekilde özetleyebiliriz :

1- Kanunîlik unsuru: Bir fiile suç denebilmesi için kanunda tasrih edilmiş olması ve karşılığında bir ceza bulunması gerekir. Bu esas “kanunsuz suç olmaz” prensibinin bir ifadesi olup, suçun çok önemli bir unsurunu oluşturur. Bu unsura “kanunî unsur” denir.

2- Maddî unsur: Suçun mevcut olması için bir fiil bulunmalıdır. Bu fiil kanunun yasak ettiği bir hareketi yapmak şeklinde (icraî) müsbet olabileceği gibi, kanunun yapılmasını emrettiği bir hareketi yapmamak şeklinde (ihmalî) menfî de olabilir.

3- Manevî unsur: Fiili yapan faile ceza verebilmek için, fiili faile isnat edebilme ve fiili onun hesabına bir “kusur” olarak kaydedebilme imkanı olmalı,

⁶ Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, 1970, s. 10.

⁷ Udeh, I/110-111.

yani failin manevî sorumluluğu bulunmalıdır. Bu esas da suçun “manevî unsuru”nu vücuda getirir.⁸

Kısaca bir suçta bulunması gereken genel unsurlar bunlardır. Şu kadar varki, bu genel unsurların bir suçta bulunması, o suçla ilgili özel unsurların bulunmasına engel değildir. Hırsızlıkta “gizlice alma” unsurunun, zinada vat (cinsel ilişki) unsurunun bulunması gibi.

Suçun genel unsurlarıyla özel unsurları arasındaki fark şudur: Genel unsurlar her suçta aynıdır. Ama özel unsurlar suçun sayısına ve çeşidine göre değişirler.⁹

“İslâm Ceza Hukukunun Kitabu'l-Hudud, Kitabu'l-Kıyas veya Kitabu'l-Cinâyât adı verilen bölümlerinde hangi fiillerin suç sayıldığı ve bunların cezalarının nelerden ibaret olduğu teker teker sayılmıştır.”¹⁰ Şimdi de suçun unsurlarını tafsilatıyla ele almaya çalışalım:

1- Kanunîlik

“Kanunîlik prensibi bir fiilin suç sayılabilmesi için onun kanunda tasrih edilmiş olması ve karşılığında bir cezanın gösterilmesi gerektiğini ifade eder. Bu, keyfiliği önleyen, şahsî hürriyet ve masuniyeti teminat altına alan bir ilkedir.”¹¹ Fiil ister icraî (yasağı yapma), isterse ihmalî (emri terk) olsun suç olduğuna dair mutlaka hakkında bir nass bulunması şarttır.¹² “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” diye ifade edilen kanunîlik ilkesi İslâm Ceza Hukukunda genel bir esastır.¹³ “Modern hukuklarda XVIII. asırdan sonra kabul edilen “kanunîlik prensibi”ni İslâm geldiği andan itibaren benimsemiştir. Allah ve Rasulünün suç saymadığı hiç bir fiilden dolayı bir kimsenin cezalandırılması ve mahkum edilmesi söz konusu olamaz.”¹⁴

a) Kanunî Dayanağı

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” prensibinin dayanağı, konuya ilişkin özel ve açık nasslardır. “Biz, bir peygamber göndermedikçe kimseye azap edecek

⁸ Taner, Tahir, *Ceza Hukuku (Umumî Kısım)*, İstanbul, 1953, s. 82; Alacakaptan, s. 8-10.

⁹ Udeh, I/110-111.

¹⁰ Aydın, Hakkı, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, Sivas, 1995, s. 115.

¹¹ Akşit, s. 68.

¹² el-Husarî, Ahmed, *es-Siyâsetü'l-Cezâiyye*, Beyrut, 1993, III/23.

¹³ Udeh, I/117; Akşit, s. 68.

¹⁴ Aydın, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, s. 115.

değiliz”¹⁵, “Rabbin, kendilerine ayetlerimizi okuyan bir peygamberi memleketlerin ana merkezlerine göndermedikçe o memleketleri helak edici değildir”¹⁶, “ (Yerine göre) müjdeleyici ve sakındırıcı olarak peygamberler gönderdik ki insanların, peygamberlerden sonra Allah'a karşı bir bahaneleri olmasın”¹⁷, “Kendisiyle sizi ve bundan sonra onu duyacak herkesi uyarmam için bu Kur'an bana vahyolundu”¹⁸, “Allah her şahsa ancak gücü yettiği kadar sorumluluk yükler”¹⁹, “İnkâr edenlere: Eğer (sana düşmanlıktan) vazgeçerlerse, geçmiş (günahlarının) bağışlanacağını söyle.”²⁰ Bu nasslar, bir fiilin ancak bir hükümle suç olarak belirtilmesinden sonra suç sayılabileceğini, cezanın da ancak bir hükümle dikkat çekildikten sonra verilebileceğini kesin olarak ifade etmektedir.²¹

Diğer şer'î hükümlerde olduğu gibi, İslâm Ceza Hukukunun kaynakları da Kur'an, Sünnet, İcma' ve Kıyas'tır.²² İslâm hukukçuları had ve kısas cezalarında kıyasın mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşlere sahiptirler. Kıyasa dayanan bazı cezaî uygulamalar vardır. Hz. Ali'nin içki cezasını iftira için öngörülen cezaya kıyaslaması buna örnek gösterilmektedir.²³ Had ve kısas cezalarında kıyasın mümkün olmadığı fikrinde olanlar “bu kabil cezaların nasslarla belirlendiğini, dolayısıyla miktarı şer'an takdir edilen hususlarda kıyasa başvurma imkansız olduğunu” söylerler.²⁴ Özellikle Hanefiler cezada kıyasın cari olduğunu kabul etmezler. Çünkü “seksen” veya “yüz” şeklinde tamamen nassla belirlenen bir konuya kimsenin müdahalesi düşünülemez. Diğer taraftan nassla belirlenen bu cezalar akılla algılanamaz, dolayısıyla içtihat yoluyla kıyasa başvurulması uygun değildir.²⁵ Gerçek şu ki, suç ve cezalarda kıyasa sınırlı olarak başvurulmuştur.²⁶ Ta'zir cezalarının ise kıyasla sabit olacağı konusunda İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir.²⁷

15 İsra, 15.

16 Kasas, 59.

17 Nisâ, 165.

18 En'am, 19.

19 Bakara, 286.

20 Enfal, 38.

21 Udeh, I/117-118.

22 Udeh, I/164 vd.

23 Amidî, Seyfüddîn, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut, ty, III/317-318; Udeh, I/183.

24 Amidî, III/318-319; Ebû Zehra, Muhammed, *Usûlu'l-Fıkh*, Kahire, ty, s. 242-243; Udeh, I/184.

25 Muhibbullah b. Abdışşekûr, *Şerhu Musellemi's-Sübût (Mustasfa ile birlikte)*, yy, ty, II/317.

26 Ebû Zehra, *Usûl*, s. 243; Udeh, I/185.

27 Ebû Zehra, *Usûl*, s. 242.

b) Cezaî Hükümlerin Zaman Bakımından Yürürlüğü

İslâm Hukukuna göre cezaî hükümler ancak ilân edildikten ve insanlar tarafından öğrenildikten sonra yürürlüğe girer. Bu genel bir kuraldır. Cezaî hükümler yayımlanmadan ve öğrenilmeden yürürlüğe girmez. Bu kuralın gereği olarak cezaî hükümlerin geriye yürütmesi, geçmişe şamil olması söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle suça ceza öngören hükmün suç işlendiği anda yürürlükte olması gereği vardır.²⁸ Cezaî hükümlerin geriye yürümemesinin iki istisnası vardır: 1- Kamu güvenliğini ve kamu düzenini bozan önemli suçlarda, 2- Suçlunun menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda.²⁹ Bu yerlerde cezaî hükümler geriye yürüyebilir.

Suçları yasaklayan hükümler İslâm'ın yayılmasından sonra gelmiştir. Bu hükümlerin nüzûlünden önce işlenen suçlar hakkında takibat yapılmamıştır. “ Biz, bir peygamber göndermedikçe kimseye azap edecek değiliz”³⁰, “Geçmişte olanlar bir yana, babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin”³¹, “...Kendi sulbünüzden olan oğullarınızın eşleri ve iki kız kardeşi birden almak da size haram kılındı; ancak geçen geçmiştir. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir”³², “Eğer tevbe edip faizcilikten vazgeçerseniz, sermayeniz sizindir. Böylece haksızlık etmezsiniz ve haksızlık ta edilmezsiniz”³³ gibi ayetlerde geçen “peygamber gönderilmeden önce kimsenin (geçmişteki suçlarından dolayı) cezalandılmamaları”, “(İslâm'dan) önce geçen geçmiştir” şeklindeki ifadelerden ve “İslâm'ın kendinden öncesini (suçları soruşturmayıp) yıktığını bilmiyormusun?”³⁴ hadisinin muhtevasından, İslâm Hukukunda cezaî hükümlerin, kanunun yürürlüğe girmesinden önceki suçlara şamil olmadığını yani kanunun geriye yürümediğini somut bir şekilde görmekteyiz.³⁵

c) Cezaî Hükümlerin Mekan Bakımından Yürürlüğü

İslâm, yöresel değil, evrensel karakteri haiz bir inanç ve hukuk sistemidir. Bu itibarla bütün zamanlara ve mekanlara hitabeder. Şu kadar var ki, bütün

28 Udeh, I/261.

29 Udeh, I/262; Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990, I/305.

30 İsra, 15.

31 Nisâ, 22.

32 Nisâ, 23.

33 Bakara, 279.

34 Müslim, *Sahîhu Müslim*, 1 İman, 54 (H. no: 192), Beyrut, 1986, I/154.

35 Udeh, I/262-266; Akşit, s. 66-67; Cin-Akgündüz, I/305-306.

insanların İslâm'a inanmaları mümkün olmadığından, İslâmî hükümlerin bu kimselere uygulanması mecbur kılınmamıştır. Şartlar, İslâmî hükümlerin ancak İslâm'ın hükümran olduğu ülkelerde tatbik edilebileceği imkanını vermiştir. Bu nedenle İslâm Hukukunun uygulanması, müslümanların egemenliklerine ve kuvvetlerine bağlıdır. İslâm'ın egemen olduğu topraklar genişledikçe, İslâm Hukukunun uygulanma alanı o derece genişler, nüfuz sahası daraldıkça, uygulama alanı da o derece daralır. Esasında İslâm Hukuku evrensel olmasına rağmen, şartlar ve zarûretler onu bölgesel bir hukuk olmaya sevketmiştir.³⁶

Öte yandan İslâm hukukçuları “ülke” kavramını iki kategoride değerlendirmişlerdir. İslâmî hükümlerin uygulandığı ve hakim olduğu ülkelere “Dâru'l- İslâm” denildiği³⁷ gibi, İslâmî hükümlerin yürürlükte olmadığı ve müslümanların hakimiyeti altında olmayan ülkelere de “ Dâru'l-Harb” denilmiştir.³⁸

İslâm ülkesinde yaşayan toplum, müslümanlar ve zimmîlerden oluşur. Bunların tamamının kanları ve malları masum olup, güvence altındadır. İslâm Hukukunda masumiyet iman veya eman şekliyle olabilir. Eman (güvence) ; zimmet akdi, anlaşma, sulh ve benzeri şekillerde olabilir. Eman geçici ve devamlı olabilir. Geçici eman sulh veya İslâm ülkesine belli bir süre için girmeye izinli olanlar için sözkonusudur. Devamlı eman ise, İslâm ülkesinde devamlı olarak ikamet eden ve devlete karşı bir takım yükümlülükleri bulunan zimmîleri kapsar.³⁹

d) Cezaî Hükümlerin Şahıslar Bakımından Yürürlüğü

İslâm Hukukunda cezaî hükümlerin bütün şahıslar hakkında uygulanması ve bu konuda herkese eşit muamelede bulunulması esastır. Yine “...Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez”⁴⁰, “Gerçekten hiçbir günahkar, başkasının yükünü yüklenemez. Bilinsin ki insan için kendi çalışmasından başka bir şey yoktur”⁴¹, “Hiçbir günahkar başkasının günahını çekmez”⁴² gibi ayetler, cezalarda şahsîliğin esas olduğunu ortaya koymaktadır. İslâm, geldiği ilk günden beri toplumun bütün

36 Udeh, I/275.

37 Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, Beyrut, ty, VII/130; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhıyye Kamusu*, İstanbul, 1967, VII/369.

38 Kâsânî, VII/131 vd.; Bilmen, III/369.

39 Kâsânî, VII/106-110.

40 En'am, 164.

41 Necm, 38-39.

42 Fatır, 18.

katmanları arasında tam bir eşitliği şart koşmuş, bu konuda hiç bir istisna kabul etmemiştir. Irk, renk, yöneten ve yönetilen arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu gerçek şu ayette ifadesini bulmuştur : “Ey insanlar! Doğrusu biz sizi bir erkekle bir dişiden yarattık. Ve birbirinizle tanışmanız için sizi milletlere ve kabilelere ayırdık. Muhakkak ki Allah yanında en değerli ve en üstün olanınız, O'ndan en çok korkanınızdır. Şüphesiz Allah bilendir, haberi olandır.”⁴³ Diğer taraftan İslâm, devlet başkanlarına da bir kutsiyet izafe etmemiş ve bir imtiyazlı sınıf da tanımamıştır. Hz. Peygamber zamanında hırsızlık yapan soylu bir kadın için aracı olmak isteyen Üsame'yi Hz. Peygamber şu şekilde uyarmıştır: “ Şüphesiz ki, İsrail oğulları arasında şerefli biri hırsızlık yaptığında onu cezasız bırakırlar, zayıf biri hırsızlık yaptığında ise, elini keserlerdi. (Şayet hırsızlık yapan kızım) Fatıma bile olsa, şüphesiz onun elini de keserdim.”⁴⁴ Hz. Peygamberin bu üslûbu dört halife zamanında da aynen devam ettirilmiş, halifelerin kendi halkından insanlarla eşit şartlarda yargılandıkları olmuştur. Ebû Hanife (ö. 150/767), devlet başkanının had cezalarının uygulayıcısı olması ve üzerinde başka bir halife bulunmaması nedeniyle, had cezalarının devlet başkanına uygulanamayacağını ama kısas ve şahsî haklarla ilgili cezaların uygulanacağı görüşündedir.⁴⁵ Diğer mezhep imamları ise suçlar arasında bir ayırımı kabul etmeyip, devlet başkanının da işlemiş olduğu her türlü suçla karşı cezalandırılacağını ifade ederler.⁴⁶

2- Suçun Maddî Unsuru

Suçun maddî unsuru, suç ister objektif (îcabî- icraî), ister subjektif (selbî-ihmalî) olsun, yasak bir fiilin yapılmasıyla ortaya çıkar. Sözle veya fiille ortaya çıkan bir hareket bulunmadıkça, suç doğmaz.⁴⁷ Suçun teşekkülü için, maddî unsurun bulunması zarurîdir. Şu hadis-i şerifte bu durum açıkça ifade edilmektedir: “Şüphesiz ki Allah, fiile dökmedikleri ve konuşmadıkları sürece ümmetimin kalplerinden geçen kötülüklerin günahlarını affetmiştir.”⁴⁸

43 Hucurat, 13.

44 Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail, *Sahîhu'l-Buhârî*, 62 Fedâilu Ashabi'n-Nebi, 18 (H. no: 3733), yy, 1991, IV/256; Müslim, 29 Hudud, 11 (H. no: 1689), III/523; Tirmizî, Muhammed b. İsa, *Sünen*, 15 Hudud, 6 (H. no: 1430), Beyrut, ty, IV/29.

45 Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebû Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut, 1989, IX/104-105; İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî ve's-Şerhu'l-Kebîr*, Beyrut, 1989, IX/360; Zeyleî, Fahrüddin Ebû Muhammed Osman b. Ali, *Tebyînu'l-Hakâik alâ Kenzi'd-Dekâik*, Bulak, 1313, III/187; İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdülvâhid, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, Mısır, 1970, VI/277.

46 Serahsî, IX/105; Mâverdî, s. 53; Udeh, I/317-319.

47 Udeh, I/347; Husarî, III/23; Akşit, s. 42; Cin-Akgündüz, I/308.

48 Buhârî, 68 Talak, 11 (H. no: 5269), IV/207; Tirmizî, 11 Talak, 8 (H. no: 1183), III/489.

Suçun tam olarak işlenmesi için, suçun bütün unsurlarının bulunması, başka bir ifadeyle suçun bütün unsurlarıyla işlenmiş olması gerekir. Bir şahsın, başka bir şahsın koruması altındaki malını çalması gibi. Aksi takdirde suç tam olarak işlenmiş sayılmaz. Suça teşebbüs (başlama) ve suça iştirak de suçun maddî unsuru kapsamında olan suç unsurlarıdır.

a) Suça Teşebbüs

Suçta teşebbüsün düşünme-planlama, hazırlık ve icra gibi safhaları vardır.

aa) Düşünme-Planlama: Bir suçun düşünülmesi ve planlanması İslâm Hukukunda cezalandırma nedeni değildir. Yukarıda geçen hadiste de ifade edildiği üzere, kişi suç işlemek için içinden geçirdiği düşünce ve planlarını pratiğe dönüştürmedikçe cezalandırılması söz konusu değildir.⁴⁹

ab) Hazırlık Safhası: Suça hazırlık teşkil eden hareketler de, suçun işlenmesi demek değildir. Mesela bir kısım insanlar ortaya şarap koyup etrafında toplansalar ama henüz içmeseler yani kimse onları içerken görmese, bu kimselere sırf içki masasında oturmaları sebebiyle içki cezası uygulanamaz.⁵⁰

ac) İcra Safhası: Fiilin suç kabul edildiği safha bu safhadır. Yapılan harekette, toplum ve fert haklarına yönelik bir tecavüz ve ma'siyet olduğu sürece, bu fiil suç sayılır. Bu hareketin, fiilin (suçun) maddî unsurunun başlangıcı olması şart değildir. Mesela hırsızlık suçunda evin yarılması, eve tırmanılması ve sahte anahtar kullanılması gibi fiillerle fiilin maddî unsuru tam olarak gerçekleşmese de, maddî unsur ancak bu gibi hareketlerle tamamlanabilir. Bu sebeple zikredilen hareketlerle tarife uygun hırsızlık tam gerçekleşmemiş olsa bile, bu hareketler ta'zir cezasını gerektirir. Çünkü yapılan bu hareketler suçun icra safhası kapsamına girer.⁵¹

b) Suça İştirak

Suç işlemeye iştirak ya mübaşeretten yani direkt olarak veya tessebbüben olabilir.

ba) Mübaşeretten İştirak: Suça mübaşeretten iştirakte aslolan, suçun maddî unsurunun gerçekleşmesine iştirak eden suçlu sayısının birden fazla olmasıdır.

⁴⁹ Udeh, I/348 vd.; Cin-Akgündüz, I/ 308.

⁵⁰ Serahsî, XXIV/37.

⁵¹ Udeh, I/348-349.

Suçlu suç işlemeye başladığı andan itibaren, “ mübaşir suç ortağı” kabul edilir. Aynı şekilde yaptığı hareketle suçun icrasını kastederek bir masiyet irtikap ettiğinde de, suça mübaşeretten iştirak etmiş sayılır. Herhangi bir suça mübaşeretten iştirak edenlere verilecek ceza, aynı suçu tek başına işleyen kimselere verilecek cezanın aynısıdır.⁵²

bb) Tesebbüben İştirak: Cezayı gerektiren bir fiili işlemek üzere başka bir şahısla anlaşan, bu fiili yapmaya teşvik eden veya yardımcı olan şahsa “ mütesebbib fail” denir. Suça iştirakin gerçekleşmesi için, failde kastın bulunması gereklidir.

bba) Anlaşma yoluyla suça iştirakin gerçekleşmesi için, suçun işlenmesi hususunda mübaşir fail ile mütesebbib fail arasında önceden bir anlaşma bulunması, iradelerinin bu suçu işleme doğrultusunda birleşmesi şarttır. Daha önceden bir anlaşma ve irade birleşmesi yoksa, iştirak gerçekleşmemiş olur.

bbb) Suça teşvikten maksat, bir şahsı suç işlemeye tahrik etmektir. Suça teşvik başlıbaşına bir suç olduğundan, böyle bir davranışta bulunan kimse İslâm Hukuku hükümlerine göre cezalandırılır.

bbc) Daha önceden bir anlaşma olmamasına rağmen, suçun işlenmesinde faile yardımcı olan şahıs da tesebbüben suça iştirak etmiş sayılır. Mesela katile veya hırsıza (güvenlik sağlamak için) yolda beklemek gibi.⁵³

c) İlliyet Bağıntısı

Fail fiilinin sonucundan ancak fiille sonuç arasında bir rabıta (bağ) bulunması halinde sorumlu tutulabilir. Suçlunun kendisine nispet edilen suçtan sorumlu tutulabilmesi için suçun kendi fiilinden kaynaklanması gerekmektedir. Fail fiili direkt olarak işlediğinde fiille sonuç arasında illiyet (sebebiyet) bağıntısının kurulması zor olmaz. Zira fiil ile sonuç doğrudan birbirleriyle bağlantılıdır. Ama fiil tesebbüben işlenmişse, fiil doğrudan doğruya sonuçla bağlantılı olmadığından, illiyet bağından söz etmek zor olur. Sonuca götüren sebepler çoğaldıkça illiyet bağıntısı kurmak ta o kadar zorlaşır.⁵⁴

52 Udeh, I/360-362.

53 Udeh, I/366-371.

54 Udeh, I/458.

3- Suçun Manevî Unsuru

Suçun, fiilinden sorumlu tutulan, cezaî ehliyete sahip bir kimseden kaynaklanmasına “Suçun manevî unsur” denir.⁵⁵ Ceza hukukunda sorumluluğun temeli, yapılan eylemin iradî olmasıdır. Yapılan eylemler hukuka aykırı olup da iradî olmasa, sorumluluk söz konusu olmaz. Bir fiilin iradî (kasdî) olup olmadığı maddî değil, manevî bir unsurdur.⁵⁶ Bir suçtan dolayı, ancak serbest irade ve temyiz kudretine sahip bulunan, kendilerine kusur isnadı mümkün olan insanlar sorumlu olabilir.⁵⁷ Suçun manevî unsur kapsamında “cezaî sorumluluk” ve “cezaî sorumluluğun kalkması” konuları yer alır.

a) Cezaî Sorumluluk

İslâm Hukukunda cezaî sorumluluğun üç esası vardır: Failin yasak bir fiili yapması, failin fiili serbest iradesiyle yapmış olması aynı şekilde failin idrak ve temyiz kudretine sahip bulunması.⁵⁸ Şu ayet ve hadisler cezaî sorumluluğun dayanaklarıdır: “Yanılarak yaptıklarınızda size vebal yok; fakat kalplerinizin bile bile yöneldiğinde günah vardır”⁵⁹, “Ameller niyetlere göre değerlendirilir. Her insanın niyeti ne ise, eline geçecek ancak odur”⁶⁰, “Şüphesiz ki Hz. Allah, ümmetimin hata, unutma ve ikrah altında kalarak yapmış oldukları (fiillerin) günahlarını affetmiştir.”⁶¹

Buna göre ava kurşun atan kimsenin kurşunu bir adama isabet etse ve bu isabet sonucu adam ölse, katile kısas değil, diyet gerekir.⁶² Kişinin ancak iradî olarak yaptığı hareketlerinden sorumlu tutulacağı *Mecelle*'de “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir”⁶³ şeklinde maddeleştirilmiştir.

55 Husarî, III/23.

56 Cin-Akgündüz, I/309.

57 Akşit, s. 87.

58 Udeh, I/392; Cin-Akgündüz, I/309.

59 Ahzab, 5.

60 Buhârî, 1 Bedu'l-Vahy, 1 (H. no: 1), I/3; Müslim, 33 İmâre, 155 (H. no: 1907), IV/164; Tirmizî, 23 Fedâilu'l-Cihad, 16 (H. no: 1646), IV/154.

61 İbn-i Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd, *Sünen*, 10 Talak, 16 (H. no: 2043); İstanbul, 1992, I/659.

62 Emîr Padişah, Muhammed Emîn, *Teysîru't-Tahrîr*, yy, ty, II/306; Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330, I/33.

63 *Mecelle*, md. 2.

b) Cezaî Sorumluluğun Kalkması

İşlenen fiil suç olmasına rağmen, bir takım nedenlerden dolayı faile ceza verilmesi hukuken mümkün değildir. Bu nedenler cezaî sorumluluğu etkileyen nedenlerdir. Cezaî sorumluluğu etkileyen nedenler; hukuka uygunluk nedenleri ve isnat yeteneğini ortadan kaldıran nedenler olarak iki kısımda ele alınabilir.

ba) Hukuka Uygunluk Nedenleri

baa) Meşru Müdafaa: Mütecâvizin can, mal ve ırza yönelik saldırılarına engel olmak için yapılan meşru müdafaa sonucu meydana gelebilecek öldürme, yaralama vs. gibi durumlarda faile ceza verilemez. “Kim size saldırırsa siz de ona mukabele bilmisil olacak kadar saldırın (ileri gitmeyin)”⁶⁴ ayet-i kerîmesi meşru müdafaaın dayanağıdır. Bir de genel anlamda meşru müdafaa vardır ki, o da emr-i bil ma'ruf ve nehy-i ani'l münker esnasında ortaya çıkar. Bu kabil müdafaalar da meşrudur.⁶⁵

bab) Terbiye: Terbiye yetkisi bulunan kimselerin terbiye sırasında (sınırları belirlenmiş) fiilleri suç teşkil etmez. “Baş kaldırmaktan endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bunlarla yola gelmezlerse) dövün. Eğer size itaat ederlerse onların aleyhine başka bir yol aramayın”⁶⁶ ayetinden terbiye için gerekli yöntemlerin hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır. Çocuğun terbiyesindeki durum da böyledir.⁶⁷

bac) Tıbbî Müdahaleler: Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için: Failin doktor olması, fiili tedavi amacıyla ve iyi niyetle yapmış olması, müdahalenin tıbbî esaslara uygun olması ve hastanın veya velisinin müdahaleye izin vermiş olması şarttır.⁶⁸

bad) Kanları masum olmayan veya cezalandırılmaları gerekli olan harbî, mürted, eşkiyâ, âsi ve kendisine kısas gereken şahıslarla, hırsızların öldürülmeleri veya yaralanmaları hukuka uygunluk arz eden fiillerdir.

bae) Bir Görevin İfası: Başta hakimler olmak üzere, şer'î cezaları ifa etmekle yükümlü şahıslar cezaî açıdan sorumlu değildirler. Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk kapsamındadır. Şu kadar var ki, bu şahıslar yetki sınırını aşmaları durumunda cezalandırılırlar.⁶⁹

64 Bakara, 194.

65 Udeh, I/473-490; Akşit, s. 45; Cin-Akgündüz, I/310.

66 Nisâ, 34.

67 Udeh, I/513 vd.

68 Udeh, I/523; Cin-Akgündüz, I/312.

69 Udeh, I/557-562; Akşit, s. 45; Cin-Akgündüz, I/313.

bb) İsnat Yeteneğini Kaldıran Durumlar: İsnat yeteneğini ve dolayısıyla failden cezayı kaldıran haller; ikrah, sarhoşluk, cinnet ve çocukluk gibi hallerdir. Şahıslarda bulunan bu sıfatlar onlardan cezanın kaldırılmasında rol oynar.⁷⁰

II- SUÇLAR VE CEZALAR

A- Haddi Gerektiren Suçlar

“Had” kelimesi lügatte mâni olmak anlamına gelir. İnsanların eve girmesine engel olması nedeniyle kapıcıya “haddâd” denilmiştir. Çoğulu “hudûd”dur.⁷¹

Hukuk dilinde had: Allah hakkı⁷² olarak yerine getirilmesi gereken, miktarı belirlenmiş cezadır.⁷³ Bu tarife göre, miktarı belirlenmiş olmasına rağmen, kendisinde af ve sulh geçerli olduğundan, kısas cezaları had kapsamına girmez. Bazı hukukçular “had” tabirini hem Allah hakkı, hem de kul haklarına şamil

⁷⁰ Udeh, I/562 vd.; Akşit, s. 82-93; Cin-Akgündüz, I/313. Geniş bilgi için ayrıca bkz. Abdülazîz Buhârî, *Keşfu'l-Esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî*, Beyrut, 1994, IV/435 vd.; Ebû Zehra, *Usûl*, s. 317-340.

⁷¹ İbn-i Manzûr, III/142.

⁷² İslam hukukçuları suçlar sebebiyle ihlal edilen hakları iki kısma ayırmışlardır: a) Allah hakkı, b) Kul hakkı. Hak, sadece Allah'a aitse veya Allah hakkı galipse bu hakkı, “Allah hakkı”, hak sadece şahsa aitse veya şahıs hakkı galipse, bu hakkı da “kul hakkı” olarak ifade etmişlerdir. Allah hakkı kamu düzeni ve menfaatine yönelik suçlardan, kul hakkı ise, fertlerin hayat ve hukukuna yönelik suçlardan kaynaklanmaktadır. İslam hukukçuları, hakkı Allah'a nispet ederlerken, bu gibi suçların ne fert ne de toplum tarafından düşürülmesinin söz konusu olamayacağını kastetmektedirler. Hakkı kullara nispet ederlerken de, bu suçların sadece fertler tarafından düşürülebileceğini kastetmektedirler. Gerçek şudur ki, kamu menfaatine zarar veren her suç, sonuçta fertlerin menfaatine de zarar vermektedir. Fertlerin menfaatine zarar veren her bir suç, sonuçta kamu menfaatine de zarar vermektedir. İslam Hukuku bazı suçları kamu menfaati açısından zararlı kabul ederken, bu yerlerde kamu menfaatinin, şahıs menfaatinden daha fazla bulunduğunu ifade etmektedir. Bazı suçları fertlerin menfaatlari açısından zararlı kabul ederken de, bu yerlerde fert menfaatinin kamu menfaatinden daha fazla olduğunu ifade etmektedir. Cezanın konulması ve infazının Allah'ın hakkı olması İslam'da temel bir kuraldır. Ama İslam Hukuku kısas ve diyet gibi bazı cezaların infazını fertlerin hakkı haline getirmiştir. Fertler bu haklarını istemedi veya feragat etmede serbesttirler. Şayet fertler bu haklardan feragat ederlerse, toplumun o suçluyu, suçun ve suçlunun şartlarına uygun bir şekilde cezalandırma hakkı vardır. Buna göre bazı hakların infazı kulların yetkisine verilirken, bu suçlara başka cezalar verilmesi konusunda toplumun hakkı da elinden alınmamıştır. Kısacası, Allah'a nispet edilen her hakda sırf kamu menfaati söz konusudur veya kamu menfaati galiptir. Hakkın Allah'a nispet edilmesi, Allah'a bir fayda sağlamaz, fakat toplum ve fertleri böyle bir hakkın düşürülmesinden men eder; çünkü hiçbir kimse Allah'ın hakkını düşürme yetkisine sahip değildir (Udeh, I/125).

⁷³ Kâsânî, VII/33; İbnü'l-Hümâm, V/212; İbn-i Nüceym, *Zeynü'l-Âbidîn b. İbrahim, el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, 1993, V/2; İbn-i Âbidîn, Muhammed b. Emin, *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr*, Beyrut, 1992, IV/3.

kılmışlar, böylece haddi, “şer'an miktarı belirlenmiş ceza”⁷⁴ olarak tarif etmişlerdir. Buna göre ta'zir dışındaki tüm cezalar had kapsamına girmektedir. Aynı şekilde “had” kelimesiyle haddi gerektiren suçlar da kastedilmiştir. Mesela “suçlu bir had işlemiş” denildiğinde had cezasını gerektiren bir suçun işlendiği kastedilmektedir. Suçun “had” olarak nitelenmesi mecazîdir.⁷⁵

Araştırmamız Ceza Hukuku kapsamında olduğundan, suç ve cezalar anahatlarıyla tanıtılacaktır. Böylece şüphe oluşabilecek durumlar daha yakından görülebilecektir.

1- Hırsızlık (Sirkat)

a) Tarif

Belirli bir nisap (on dirhem) miktarına ulaşan, değersiz olmayan ve çabuk bozulmayan kıymetli bir malın (mal-ı mütekavvim), muhafaza edildiği yerden, alan kimsenin bu malda bir hakkı ve mülk şüphesi bulunmaksızın, mükellef (akıl-baliğ) bir şahıs tarafından gizlice alınmasıdır.⁷⁶

Nisap miktarına ulaşmayan bir malın gizlice alınması da hırsızlık olarak kabul edilmekle birlikte, hırsızlık cezası uygulanamaz. Hırsızlığa konu olan malın nisabı bir dinar, on dirhem gümüş veya bu değerde olan mallardır.⁷⁷

b) Kanunî Dayanağı

Hırsızlık şu ayet-i kerime ile yasaklanmıştır: “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah'tan, başkalarına bir ibret olmak üzere ellerini kesin.”⁷⁸

c) Ceza

Ayetten de anlaşılacağı üzere, suçun unsurları tamam olduğunda hırsızlığın cezası, failin elinin kesilmesidir. Suç sabit olduğuna dair mahkeme kararından sonra hırsızın sağ eli bileğinden kesilir. Hz. Peygamberin sünnetinde ve

⁷⁴ İbnü'l-Hümâm, V/212; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/2; Bilmen, III/188.

⁷⁵ Udeh, I/343.

⁷⁶ İbnü'l-Hümâm, V/354; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/54; Bilmen, III/261; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1982, I/125.

⁷⁷ İbnü'l-Hümâm, V/354; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/54.

⁷⁸ Mâide, 38.

uygulamasında hırsızın cezası bu şekildedir. İslâm hukukçularının çoğunluğunun görüşü de böyledir.⁷⁹ Diğer taraftan İbn-i Mes'ud'un meşhur kıraatında “eydihümâ” lafzı, “eymânehümâ” şeklinde geçmektedir.⁸⁰ Haricîler hırsıza verilecek cezayı “omuz başından kesmek” şeklinde ta'yin ederken, Bazı İmâmiye Şîa'sı da sadece parmakların kesilmesini yeterli görmüşlerdir.⁸¹

2- Yol Kesicilik ve Haydutluk (Hirâbe)

a) Tarif

Dâru'l-İslâm'da müslümanların veya zimmîlerin mallarını ellerinden zorbalıkla ve alenî bir şekilde almak, onların canlarına kastetmek ve halkı korkuya düşürmek amacıyla bir takım kimselerin veya güç ve otorite sahibi bir şahsın yolları tutmalarına “yol kesicilik ve haydutluk”⁸² denir. Hukuk literatüründe bu fiile “kat'ı tarîk” veya “hirâbe” adı verilir. “Sirkat-i Kübrâ”⁸³ ismi de verilen bu suçun gerçekleşmesi için:

- aa) Fiilin, bu fiili işlemeye muktedir olan bir topluluk veya bir şahıs tarafından gerçekleştirilmiş olması,
- ab) Fiilin şehir dışında veya şehir hükmünde olmayan bir mekanda işlenmiş olması,
- ac) Yerleşim bölgesiyle, bu fiili gerçekleştiren kimseler arasında “sefer uzaklığı” kadar bir mesafenin bulunması şarttır.⁸⁴

b) Kanunî Dayanağı

“Allah ve Rasulüne 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 rüsvaylığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır.”⁸⁵

⁷⁹ Kâsânî, V/84; İbnü'l-Hümâm, V/393 vd.; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/66.

⁸⁰ İbnü'l-Hümâm, V/393.

⁸¹ İbnü'l-Hümâm, V/394; Bilmen, III/282-283; Karaman, I/126.

⁸² Kâsânî, VII/90; İbnü'l-Hümâm, V/422.

⁸³ İbnü'l-Hümâm, V/422; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/72.

⁸⁴ İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/72.

⁸⁵ Mâide, 33.

c) Ceza

İslâm hukukçuları ilgili ayetten hareketle bu fiili gerçekleştiren kimselerin fiillerine göre farklı hükümler tesbit etmişlerdir:

ca) Yol kesiciler sadece yolcuları korkutmayı amaçlamışlarsa, bu kimselere ta'zir cezası verilir ve hapsedilirler. Bunların hapislik halleri tevbe etmelerine kadar devam eder.

cb) Bir müslümanın veya zimmînin malını alır da başka bir şey yapmazlarsa, aldıkları mal grubun elemanlarında taksim edildiğinde, her birine düşen pay nisap miktarına ulaşırsa, herbirinin el ve ayakları çaprazvarf kesilir.

cc) Bir müslüman veya zimmîyi öldürüp de mallarını almazlarsa, devlet başkanı tarafından hadden öldürülürler. "Hadden öldürmek"ten maksat, maktul velileri katilleri affetseler dahi, bu aflarının geçerli olmamasıdır. Bu yerlerde af dikkate alınmaz.

cd) Câniler hem katletmiş, hem de mal almışlarsa devlet başkanı şu cezalardan birini vermede serbesttir:

caa) El ve ayaklarını keser, sonra öldürür, daha sonra asar,

cab) Asmaksızın ve kesmeksizin sadece öldürür,

cac) Canlı olarak asar, daha sonra öldürür. Ebû Hanife ve Züfer (ö. 158/775) bu görüştedirler. Ebû Yusuf (ö. 182/798), ayette geçmesi nedeniyle, suçlunun asılmasını gerekli görür. Şafii (ö. 204/804) ve Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) de bu görüştedir. İmam Muhammed (189/805) ise, bu kimselerin sadece öldürebileceğini veya sadece asılabileceklerini söyler, ayrıca kesmeyi kabul etmez. Ona göre, "hadlerde, canın altındaki cezalar öldürme cezasının içerisinde infaz edilmiş kabul edilir."⁸⁶

3- Zina

a) Tarif

Dâru'l-İslâm'da, İslâmî hükümlere bağlı olmakla yükümlü bir şahsın, halen veya geçmişte kendisine cinsî meyil duyulan hayattaki bir kadınla mülk, nikah ve bunların şüphesi bulunmaksızın, kendi irade ve rızası ile, ön taraftan kurduğu

⁸⁶ İbnü'l-Hümâm, V/423-426; Bilmen, III/290 vd.; Karaman, I/127.

cinsel ilişkidir.⁸⁷ Kadının zinası ise, yukarıda ifade edilen fiile kendi rızası ile herhangi bir şekilde imkan vermesidir.⁸⁸

b) Kanunî Dayanağı

“Zinaya yaklaşmayın. Zira o bir hayasızlıktır ve çok kötü bir yoldur”⁸⁹, “Zina eden kadın ve erkekten herbirine yüz sopa vurun”⁹⁰ ayetleri ve “Allah'tan başka ilah olmadığına ve benim Allah'ın Rasulü olduğuma şahadet eden bir müslümanın kanının akıtılması ancak şu üç kişiden biriyse helal olur: Can karşılığında can, evli zinakar ve dinini terkedip cemaatten ayrılan”⁹¹ hadisi zinanın haramlığının ve suç olduğunun delilidir.

c) Ceza

Bekar olan hür kimselerin zina cezası, yüz sopa olarak takdir edilmiştir. Köleler için bu sayı elli kırbaştır.⁹² Bekarların cezaları yukarıda geçen ayetle sabittir. Evli erkek ve kadınlara öngörülen zina cezası ise, “recm”dir. Bazı Mu'tezile ve Haricîler dışında bütün İslâm hukukçuları bu cezada ittifak etmişlerdir.⁹³ Recm cezasının meşrûiyeti hadislerle dayandırılmıştır.⁹⁴ Hz. Peygamber Mâiz, Ğamidiyye ve yahudilerden iki kişi hakkında recm cezası uygulamıştır.⁹⁵

⁸⁷ Kâsânî, VII/33; İbnü'l-Hümâm; V/247; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/4; Bilmen, III/197; Karaman, I/127.

⁸⁸ İbnü'l-Hümâm, V/248; Bilmen, III/197.

⁸⁹ İsra, 32.

⁹⁰ Nur, 2.

⁹¹ Buhârî, 88 Kitabu'd-Diyât, 6 (H. no: 6878), VIII/48; Müslim, 28 Kasâme, 25 (H. no: 1676), III/506; İbn-i Mâce, 20 Hudud, 1 (H. no: 2534), II/847.

⁹² İbnü'l-Hümâm, V/229; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/11; Bilmen, III/199; Karaman, I/128.

⁹³ İbnü'l-Hümâm, V/224 vd.; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/11; Bilmen, III/199; Karaman, I/128.

⁹⁴ Bkz. Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylû'l-Evtâr*, Kahire, 1993, VII/104-113.

⁹⁵ Kâsânî, VII/37-39; Merġinanî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedâ*, Beyrut, 1990, II/96; İbnü'l-Hümâm, V/224, 238-239; Cezîrî, Abdurrahman, *el-Fıkh alâ Mezâhibi'l-Erbaa*, Beyrut, 1969, V/59-60; Udeh, I/641.

4- İffet Üzerine İftira

a) Tarif

Cezaî sorumluluğu haiz bir kimsenin, ihsan⁹⁶ vasfına sahip bir erkek veya kadına zina iftirasında bulunmasıdır.⁹⁷ Kişi bu kabil bir iftiraya tevessül etmekle, iftira ettiği kimseyi toplum içerisinde utanılacak bir konuma düşürmeyi, ırz ve namusunu rencîde etmeyi amaçlamıştır.⁹⁸

b) Kanunî Dayanağı

“Namuslu, kötülüklerden habersiz mü'min kadınlara zina isnadında bulunanlar, dünya ve ahirette lânetlenmişlerdir. Ve onlar için çok büyük bir azap vardır.”⁹⁹ Bu ayet iffetli kimselere zina isnadında bulunmanın tehlike boyutlarını haber vermektedir.¹⁰⁰

c) Ceza

Zina iftirasının cezası şu ayetle sabittir: “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 günahkardırlar.”¹⁰¹

Bu ayetten hareketle müctehidler, kazfin asli cezasını hürler hakkında seksen, köleler hakkında kırk kırbaç olarak kabul etmişlerdir.¹⁰² Bu cezaya ek bir ceza olarak, ayrıca iftira eden kimsenin şahitliğinin ebedî olarak kabul edilmeyeceğini söyleyen âlimler vardır. Aynı şekilde İslâm hukukçuları zina iftirasında bulunan bir şahsın tevbe etmesi halinde şahitliğinin kabul edilip

⁹⁶ İhsan: Zina yapan bir şahsın recmedilebilmesi için zina yapan şahısta veya zina iftirasında bulunan bir şahsın cezalandırılabilmesi için kendisine iftira edilen (makzûfün fih) şahısta bulunması gerekli olan şartlardır (Kal'acî, Muhammed Ravvâs-Kuneybî Hamid Sadık, *Mu'cemu Lüğati'l-Fukahâ*, Beyrut, 1988, s. 47). İhsan, recm ihsanı ve kazif ihsanı diye iki kısımdır. Recm İhsanının şu gibi şartları vardır: a) Akıl, b) Büluğ, c) Hürriyet, d) İslam, e) Sahih bir nikahla evli olma, f) Bu nikah sonucu dühûlün gerçekleşmesi (Kâsânî, VII/37). Recm ihsanı için gerekli şartlar şunlardır: a) Akıl, b) Büluğ, c) Hürriyet, d) İslam, e) İffetli olmak yani zina işlememiş olmak (Kâsânî, VII/78).

⁹⁷ İbnü'l-Hümâm, V/229; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/31; İbn-i Âbidîn, IV/43.

⁹⁸ Bilmen, III/229.

⁹⁹ Nur, 23.

¹⁰⁰ İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, IV/31.

¹⁰¹ Nur, 4.

¹⁰² İbnü'l-Hümâm, V/317; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/32; Bilmen, III/229; Karaman, I/129.

edilmeyeceği hususunda da ihtilaf etmişlerdir.¹⁰³ Diğer taraftan zina dışında yapılan bir iftiranın cezası ta'zir olarak takdir edilmiştir.¹⁰⁴

5- İçki İçme

a) Tarif

İçki kapsamına giren ve hakkında ceza takdir edilmiş olan maddelerin bir kısmının sadece içilmesi, bir kısmının sarhoş oluncaya kadar içilmesidir.

Mahiyetleri itibariyle sarhoş edici maddeler katı ve sıvı gibi kısımlara ayrılır. Katı sarhoş ediciler afyon ve esrar gibi bitkilerden elde edilen maddelerdir. Sıvı sarhoş edici maddeler ise; üzüm, hurma ve diğer meyvelerle, buğday, arpa gibi hububat veya süttten elde edilen içkilerdir.¹⁰⁵

b) Kanunî Dayanağı

İçki şu ayet ve hadislerle haram kılınmıştır: "...Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar), fal ve şans okları birer Şeytan işi pisliktir; bunlardan uzak durun ki kurtuluşa eresiniz"¹⁰⁶, "Her sarhoşluk veren şey haramdır"¹⁰⁷, "Çoğu sarhoşluk verenin azı da haramdır."¹⁰⁸

c) Ceza

Ayette kendisine ceza öngörülen içkinin adı "hamr"dır. Hamr, üzüm ve hurma suyundan yapılan alkollü içki anlamında kullanılmaktadır. Bunun azını da çoğunu da içmek haramdır ve cezayı gerektirir. Hamr dışında kalan içkilerin az veya çok içilmesi de müctehidlerin çoğuna göre haram kabul edilmiş ve had gerekli görülmüştür. Ebû Hanife ve bir kısım hukukçular hamr dışındaki içkileri içenlere

¹⁰³ Bkz. Cezîrî, V/240-242; Udeh, II/491-492.

¹⁰⁴ İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/32.

¹⁰⁵ Bilmen, III/250.

¹⁰⁶ Mâide, 90.

¹⁰⁷ Buhârî, 78 Edeb, 80 (H. no: 6124), VII/131-132; Müslim, 36 Eşribe, 73 (H. no: 2003), IV/247; Tirmizî, 27 Eşribe, 2 (H. no: 1864), IV/258; İbn-i Mâce, 30 Eşribe, 10 (H. no: 3391-92), II/1124.

¹⁰⁸ Tirmizî, 27 Eşribe, 3 (H. no: 1865), IV/258; Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as, *Sünen*, 20 Eşribe, 5 (H. no: 3681), Beyrut, 1988, II/352; İbn-i Mâce, 30 Eşribe, 10 (H. no: 3392), II/1124.

ceza verilebilmesi için, bu maddeleri sarhoşluk derecesinde içmelerini gerekli görmüşlerdir. Sarhoş olacak derecede içilmemişse, ta'zir cezasını öngörürler.¹⁰⁹

Sarhoşluk ve içki içmenin cezası kırbaçlamaktır. Hz. Peygamberin tatbikatında bu suçu işleyenlere sopa, hurma dalı, papuç, el, elbise vb. şeylerle vurulduğu anlaşılmaktadır. Sopa sayısının kırk civarında olduğu anlaşılmaktadır. Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer döneminde kırk olan bu sayı, sahabenin icmaıyla seksene çıkarılmıştır. Ceza belirlenirken, kazf cezasına kıyas edilmiş, haddin asgarî miktarının seksen değnek olduğu, aynı şekilde sarhoşun diliyle namusa sataşacağı göz önünde bulundurulmuştur. Hanefi, Şafii ve Hanbeli'lerin görüşü böyledir.¹¹⁰ İmam-ı Şafii ve İmam-ı Ahmed'den gelen diğer bir görüşte bu ceza hürler için kırk kırbaç, köleler için yirmi kırbaç olarak kabul edilmiştir.¹¹¹

Nebîz (kuru üzüm, kuru ve yaş hurma üzerine su dökülüp bekletilerek elde edilen şerbet) içenlere haddin uygulanabilmesi için Hanefiler bu maddenin sarhoş edinceye kadar içilmesini şart koşarlar. Hanefilere göre sarhoş etmediği sürece nebîzin içilmesi mubahtır. Diğer üç mezhebe göre sarhoş etsin etmesin nebîzin içilmesi haddin uygulanması için kafidir.¹¹²

İslâm hukuk bilginleri çoğu katı içecekler olan haşhaş afyon, eroin ve esrar gibi maddeleri kullananların cezasını ta'zir olarak takdir etmişlerdir.¹¹³ İbn-i Teymiye (ö. 728/1327), haşhaş ve benzeri uyuşturucu maddelerin yerine göre şaraptan daha da habîs olduğunu, akli ve karakteri bozduğunu ifade ederek, bu maddeleri kullanan kimselere aynen içki haddinin uygulanacağını söyler.¹¹⁴

6- Dinden Dönme (İrtidat)

a) Tarif

Aslen müslüman olan veya sonradan müslüman olan bir şahsın başka bir dine dönmesi veya hiçbir dine bağlı kalmayarak sırf inkara sapma durumudur.¹¹⁵ İslâm dininden dönen bu kimselere fıkıh literatüründe “mürted” denir.¹¹⁶

¹⁰⁹ Kâsânî, V/112; Cezîrî, V/15; Bilmen, III/251; Karaman, I/130-131.

¹¹⁰ Kâsânî, V/113; İbnü'l-Hümâm, V/310 vd.; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/31; Bilmen, III/253.

¹¹¹ İbnü'l-Hümâm, V/310; Bilmen, III/253; Karaman, I/131-132.

¹¹² İbnü'l-Hümâm, V/305; Cezîrî, V/15-22; Karaman, I/131.

¹¹³ İbn-i Âbidîn, IV/42; Bilmen, III/251; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletühu*, Şam, 1989, VI/166. Geniş bilgi için bkz. Cezîrî, V/35-39.

¹¹⁴ İbn-i Teymiyye, Takiyyüddîn Ahmed b. Abdülhalîm, *Mecmûu Fetâvâ*, yy, ty, XXVIII/339-340.

¹¹⁵ Bilmen, IV/5; Karaman, I/132.

¹¹⁶ İbnü'l-Hümâm, VI/68; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/129.

b) Kanunî Dayanağı

İrtidatı konu alan ayet ve hadislerden bazıları şöyledir:

“Kim, İslâm'dan başka bir din ararsa, bilsin ki kendisinden (böyle bir din) asla kabul edilmeyecek...”¹¹⁷, “...Sizden kim, dininden döner de kafir olarak ölürse, onların yaptıkları işler dünyada da ahirette de geçersiz sayılmıştır.”¹¹⁸ Hz. Peygamber mürted hakkında şöyle buyurmuştur: “Her kim dinini değiştirirse, onu öldürünüz”¹¹⁹, “Allah'tan başka ilah olmadığına ve benim Allah'ın Rasülü olduğuma şahadet eden bir müslümanın kanını akıtmak ancak şu üç kimseden biriye helal olur: Can karşılığında can, zinakar evli ve dinini terkedip cemaattan ayrılan.”¹²⁰

c) Ceza

İrtidatın cezası hadislerde ölüm olarak belirlenmiştir. Hadislerden hareketle müctehidler, dinden dönen kimseye tekrar İslâm'a dönmesi için makul bir süre verilmesini uygun görürler. Bu süre genellikle üç gündür. Bu süre içerisinde mürted hapsedilir ve dinî konularda meydana gelen bütün şüphelerine cevap verilir. Şahıs delillerle ikna edilmeye çalışılır. Buna rağmen inkarında devam eder ve tevbe etmeye de yanaşmazsa o takdirde öldürülür.¹²¹ Mühlet verilmesi Hanefilere göre müstehap, diğer mezhep imamlarına göre ise şarttır.¹²² Hanefî hukukçuları, Hz. Peygamberin “Kadın ve çocukları öldürmeyin”¹²³ hadisini gerekçe göstererek, dinden dönen kadının öldürülmesini caiz görmezler. Buna rağmen böyle bir kadının ölünceye veya tevbe edinceye kadar hapsedilmesini uygun görürler. Diğer üç mezhep ise yukarıda geçen “Her kim dinini değiştirirse onu öldürünüz” hadisinin umumuyla amel ederek, dinden dönen kadınların da öldürüleceğini söylerler.¹²⁴

¹¹⁷ Al-i İmran, 85.

¹¹⁸ Bakara, 217.

¹¹⁹ İbn-i Mâce, 20 Hudud, 2 (H. no: 2535), II/848; Ebû Davud, 32 Hudud, 1 (H. no: 4351), II/530.

¹²⁰ Buhârî, 88 Kitabu'd-Diyât, 6 (H. no: 6878), VIII/48; Müslim, 28 Kasame, 25 (H. no: 1676), III/506; İbn-i Mâce, 20 Hudud, 1 (H. no: 2534), II/847.

¹²¹ İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/135.

¹²² İbnü'l-Hümâm, VI/68-69.

¹²³ İbn-i Mâce, 24 Cihad, 14 (H. no: 2857), II/953; Tirmizî, 14 Diyât, 14 (H. no: 1408), IV/15.

¹²⁴ İbnü'l-Hümâm, VI/71-72; Cezîrî, V/425-426.

7- İsyân ve İhtilâl (Bağy)

a) Tarif

“Meşru devlet başkanına itaatsizlik”¹²⁵ veya “meşru devlet başkanına karşı ayaklanmak”¹²⁶ demek olan bağy, daha geniş şekilde şöylece şekilde tarif edilebilir: Müslümanlardan bir grubun, kendi kanaat ve içtihatlarına göre yanlış yolda olan halifeye baş kaldırmalarına, onu devirmek, düzeni değiştirmek veya ayrı bir devlet kurmak istemelerine bağy, bunu yapan kimselere de “bâğf” denir.¹²⁷ Başka bir tarife göre de; İster küçük, isterse büyük olsun her günahı küfür sebebi sayıp, bu te'ville âdil bir yönetime karşı ayaklanarak, öldürmeyi, kan akıtmayı ve mallara el koymayı helal sayan yaptırım gücü olan (haricî zihniyete sahip) kimselerden oluşan bir topluluktur.¹²⁸

b) Kanunî Dayanağı

Bu suçla ilgili nasslar şöyledir: “Eğer mü'minlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa, aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönüncüye kadar saldıran tarafla savaşın”¹²⁹, “Yakın bir gelecekte değişik değişik gruplar ortaya çıkacak. Dirlik ve düzenlik içerisinde yaşarken, her kim bu ümmetin düzenini bozmak isterse, kim olursa olsun onun boynunu kılıçla vurun.”¹³⁰

c) Ceza

Öncelikle isyan eden gruptan meşru devlet başkanına itaat etmeleri istenir, kafalarındaki istifhamlar giderilir. İsyancılar çarpışmaya başlamadan onlarla çarpışmaya girilmez. Nitekim ayaklanan “Hârûra” halkına karşı Hz. Ali bu yolu izlemiştir.¹³¹ İsyân cezası suçun şiddetine göre değişiklik arz eder:

ca) İtaatsizlik içerisinde olanlar ehl-i sünnet akidesine bağlı olmaz ve bir grup ta oluşturmazlarsa, kendilerine dokunulmaz.

125 İbnü'l-Hümâm, VI/99.

126 İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/151.

127 Bilmen, III/410; Karaman, I/133.

128 Kâsânî, VII/140.

129 Hucurat, 9.

130 Müslim, 33 İmâre, 59 (H. no: 1852), IV/127; Ebû Davud, 34 Sünnet, 27 (H. no: 4762), II/656.

131 İbnü'l-Hümâm, VI/102 vd.

cb) Müslümanlar arasında kendi bozuk akidelerinin propogandasını yaparlarsa uyarılırlar ve kendilerine gerçek İslâm anlatılır. Buna rağmen bu bozuk akidelerinde ısrar ederlerse ta'zir olunurlar.

cc) Grup oluşturur ama devlete isyan etmezlerse yine kendileriyle savaşılmaz.

cd) Devlete itaat etmezler ve devlet içinde devlet haline gelirlerse, önce itaata davet edilir, kabul etmezlerse savaşla yola getirilirler.

ce) Fakihlerin çoğuna göre savaş halinde kaçan isyancılar takip edilmez, yaralı ve esirler öldürülmez, mallarına el konmaz ve çocukları esir edilmez. Savaş zarureti bulunmadıkça evleri, meyve ve ürünleri tahrip edilmez.¹³²

B- Kısas Gerektiren Suçlar

1- Kısas'ın Tarifi ve Kanunî Dayanağı

a) Tarif

Kısas; failin yaptığı fiile denk bir fiille mukabele edilmesidir.¹³³ Denklik ve eşitlik anlamına gelen kısasda¹³⁴ suçlu yaptığı suça denk (mümasil) bir ceza ile cezalandırılır. Buna göre kasten adam öldüren öldürülür, kasten yaralayan bu yaraya denk bir yarayla yaralanır.¹³⁵

b) Kanunî Dayanağı

Kısas cezasının dayanağı şu ayetlerdir: “Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas yazıldı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın öldürülür. Ancak kim kardeşi tarafından affedilirse kısas düşer. Bundan sonra iyiye uymak, öldürülenin velisine (gereken diyeti) güzel bir şekilde ve tam olarak ödemek gelir”¹³⁶, “Tevratta onlara şöyle yazdık: Cana can, göze göz, kulağa kulak, diş diş (karşılık ve cezadır). Yaralar da kısastır (Her yaralama misli ile cezalandırılır).”¹³⁷

¹³² Kâsânî, VII/140-143; Bilmen, III/413-414; Karaman, I/134.

¹³³ el-Kermî, Hasan Saîd, *el-Hâdî ilâ Lüğati'l-Arab*, Beyrut, 1992, III/257.

¹³⁴ Udeh, I/114.

¹³⁵ İbn-i Manzûr, VII/76; Udeh, I/663.

¹³⁶ Bakara, 178.

¹³⁷ Mâide, 45.

2) Öldürme Çeşitleri ve Cezaları

a) Öldürme Çeşitleri

İslâm hukukçuları hukukî sonuçlarına göre öldürme hadisesini değişik kategoriler altında ele almışlardır:

aa) Kasten öldürme: Öldürülmesi haram olan bir şahsı kılıç, kurşun, bıçak ve bu özelliğe sahip delici ve kesici aletlerle öldürmektir.

ab) Kasta benzer öldürme (şibhü'l-amd) : Öldürülmesi caiz olmayan bir kimseyi öldürmeye has olmayan bir aletle öldürmektir.

ac) Hataen öldürme: Kasıt bulunmaksızın bir kimseyi yanlışlıkla öldürmektir. Av zannı ile bir şahsın öldürülmesi gibi.

ad) Hata yerine geçen öldürme: Gayr-i ihtiyarî bir fiille meydana gelen katil olayıdır. Uyuyan bir kimsenin başka birinin üzerine düşmesiyle onu öldürmesi gibi.

ae) Tesebbüben öldürme: Bir insanın ölümüne sebep olmaktır. Kamuya ait bir yol üzerinde izinsiz kazdığı kuyuya başka bir şahsın düşerek ölmesi gibi.¹³⁸

b) Ceza

Kasten adam öldürmenin cezası kısastır. Kısasın diyete dönüşebilmesi için, yakınları (evliya'u'l-kısas) nın kısası affetmesi gerekir. Maktul yakınlarının kısastan vazgeçmeleri halinde, ayrıca bir anlaşmaya gerek kalmaksızın katilin diyeti borçlanıp borçlanamayacağı veya aftan önce tarafların diyet için anlaşma yapıp yapamayacakları hususunda farklı görüşler vardır. Ebû Hanife ve Malik (ö. 179/795) 'e göre, ölü yakınları kısası affetmiş ve bir diyet üzerine anlaşma da yapmamışlarsa kısas düşer ve diyet de gerekmez. Şafii ve Ahmed b. Hanbel gibi âlimler ise, kısası affetmenin karşılığının diyet olduğunu bu itibarla maktul yakınlarının katili affetmeleri halinde katilin otomatik olarak maktulün velileri (evliya'u'l-kısas) ne diyet vermesini gerekli görürler.¹³⁹

Can veya organlara bedel olarak tazmin edilen mallar “diyet”¹⁴⁰ olarak isimlendirilse de genellikle diyet; (öldürülen) bir cana karşılık ödenmesi gerekli

¹³⁸ Kâsânî, VII/233 vd.; İbnü'l-Hümâm, X/205 vd.; Bilmen, III/29-31.

¹³⁹ Kâsânî, VII/241; İbnü'l-Hümâm, X/206 vd.; Bilmen, III/633-36; Karaman, I/136-137.

¹⁴⁰ İbnü'l-Hümâm, X/271.

olan mala verilen isimdir.¹⁴¹ Öldürülen bir erkeğin tam diyeti şu maddelerden biri olarak belirlenmiştir: ba) Bin dinar, bb) On bin dirhem, bc) Yüz deve, bd) İkiyüz sığır, be) İki bin koyun, bf) Her biri iki parçadan oluşan ikiyüz elbise. Kadının diyeti bu miktarların yarısı olarak takdir edilmiştir.¹⁴²

Diğer öldürme cezalarının diyetleri de şöyledir:

baa) Kasta benzer (şibhu'l-amd) katilde, ağırlaştırılmış diyet (diyet-i muğallaza) ile birlikte keffarettir, ayrıca katil miras ve vasiyetten mahrum olur.

bab) Hataen öldürmede, tam diyet, keffaret ile birlikte miras ve vasiyetten mahrumiyet.

bac) Hata yerine geçen öldürmede tam diyet ile keffaret, miras ve vasiyetten mahrumiyettir.

bad) Tesebbüben öldürmede ise sadece tam diyet gerekir.¹⁴³

3- Yaraların Kısası

Ayet ve hadisler yaralar karşılığı da kısası öngörmektedir. Yaralarda kısasın uygulanabilmesi için, yaraların miktar, mahal ve menfaat bakımlarından kısas yapılacak organla tam bir denklik arz etmesi gerekmektedir. Eğer denklik bulunmazsa suçluya hak ettiğiinden daha fazla veya daha az bir cezanın uygulanması sonucu doğacağından, kısas uygulanmaz.¹⁴⁴ Kısasın mümkün olmadığı bu gibi durumlarda bedel olarak “erş”¹⁴⁵ adı altında bir diyet ödenir. Uzuvar için belirlenmiş diyete “erş-i mukadder”, miktarı şer'an belirlenmeyip takdir ve tayini ehl-i vukûfa bırakılan diyete de “erş-i gayr-i mukadder” adı verilir.¹⁴⁶ Ayrıca bir cenînin düşmesine neden olan bir şahıs için “ğurre” adıyla beşyüz dirhemlik bir diyet öngörülmüştür.¹⁴⁷

Diyet dışında bazı katillerden dolayı verilmesi gerekli olan keffarete katil keffareti (keffaretü'l-katl) denir ki, bunun miktarı ayette¹⁴⁸ bir mü'min kölenin

¹⁴¹ İbnü'l-Hümâm, X/271; Kal'acî-Kuneybî, s. 212.

¹⁴² Kâsânî, VII/253-254; İbnü'l-Hümâm, X/270 vd.; Bilmen, III/47, Karaman, I/137.

¹⁴³ Cezîrî, V/366-368; Bilmen, III/58.

¹⁴⁴ Bilmen, III/81; Karaman, I/137.

¹⁴⁵ Erş: Canın altında (mâdînü'n-nefs) işlenen bir cinayet nedeniyle tazmin edilmesi gerekli olan maldır (Kal'acî-Kuneybî, s. 54).

¹⁴⁶ Bilmen, III/36; Karaman, I/137.

¹⁴⁷ Bilmen, III/38. Geniş bilgi bkz. Udeh, II/261-302.

¹⁴⁸ Bkz. Nisâ, 92.

azad edilmesi, bu bulunmadığı takdirde kesintisiz peş peşe iki ay oruç tutulması olarak tayin edilmiştir.¹⁴⁹

C- Ta'zir Gerektiren Suçlar

Toplum hayatında sayısız suçlar, günahlar ve kamu düzenine aykırı bir takım hareketler meydana gelebilir. Bu suçların bir kısmı hakkında belirlenmiş şer'î bir ceza yoktur. Bir kısım cezalar da bazı şartların bulunmaması nedeniyle düşebilir. Oysaki herhangi bir suç ve zararlı hareketin karşılığında bir cezanın bulunmaması toplum düzenine aykırıdır. Bu itibarla İslâm Hukukunda ta'zir adı altında geniş cezaî hükümleri ihtiva eden had ve kısas dışında bir ceza şekli bulunmaktadır. Bu cezanın miktarı ve uygulanması da siyasî otoriteye bırakılmıştır.¹⁵⁰

1) Tarif

Hakkında had ve keffaret bulunmayan suç ve günahlarda, Allah ve kul hakkı olarak icrası gerekli olan fakat miktarı ve keyfiyeti nasslarla tespit edilmemiş olan cezalardır.¹⁵¹ İslâm hukukçuları ta'ziri bir ceza olarak değil, bir terbiye tarzı olarak görmüşlerdir.¹⁵²

2) Kanunî Dayanağı

Fakihler ta'zirin meşruluğunu ayet ve hadislere dayandırmışlardır.¹⁵³ Delillerden bazıları şunlardır: "...Baş kaldırmamasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bunlarla yola gelmezlerse hafifçe) dövün. Eğer size itaat ederlerse, artık onların aleyhine başka bir yol aramayın."¹⁵⁴ "Çocuklarınız yedi yaşına geldiklerinde onlara namaz kılmalarını emredin, on yaşına geldiklerinde kılmazlarsa onları dövün."¹⁵⁵ Bu hadisi değerlendiren Kâsânî (ö. 587/1191), şu görüşlere yer verir: Namaz emrinin yerine getirilmesi çocukların cezalandırılması yoluyla değil, onların terbiye edilmesi ve onlara güzel ahlak verilmesi yoluyla mümkün olur. Çünkü cezanın verilmesi için suçun mevcut

149 Cezârî, V/394; Bilmen, III/19.

150 Bilmen, III/306.

151 Bilmen, III/305; Karaman, I/141.

152 Kâsânî, VII/64; İbnü'l-Hümâm, V/345.

153 Bkz. Udeh, I/145-148.

154 Nisâ, 34.

155 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Beyrut, 1993, II/239.

olması lazımdır. Oysaki çocuğun fiili (mükellef olmaması hasebiyle) suç olarak değerlendirilemez.¹⁵⁶

3) Hak Sahibine Göre Ta'zir

Ta'ziri gerektiren suçların bir kısmı Allah hakkı, bir kısmı kul hakkı, bir kısmı da karma hak olarak kabul edilmiştir. Namaz kılmamak, özürsüz alenen oruç yemek, uyuşturucu madde kullanmak gibi hususlar Allah hakkı olan ta'zirlik suçlardır. Evli olmadığı kadınla zinaya götürecek davranışlar içerisinde bulunan ve onunla başbaşa kalan kimselere verilecek cezada kul hakkı bulunmakla birlikte, Allah hakkı galiptir. Bir kimsenin namus, şeref ve vücuduna el ve dil ile yapılan sataşmalarda ise kul hakkı galiptir.¹⁵⁷

4) Ceza

Ta'zir cezasının kırbaç, hapis, sözlü ihtar, kınama ve benzeri şekilleri bulunmaktadır. Kırbaç miktarı Ebû Hanife (r.a.) tarafından üç ilâ otuz dokuz arasında takdir edilmiştir.¹⁵⁸ Ebû Yusuf'a göre bu sayı üç ilâ yetmiş beş arasındadır.¹⁵⁹ Bu miktarın tespitinde İmam-ı Azam köleler, İmam Yusuf ise hürler hakkında öngörülen haddi esas almışlardır. İmam-ı Azam'ın görüşü tercih edilen görüştür. İmam Malik (179/795) bu sayının miktarını devlet başkanının yetkisine bırakırken¹⁶⁰, Şafii (r.a.), ta'zir cezasının hürler hakkında kırktan az, köleler hakkında ise yirmiden az olması görüşündedir.¹⁶¹ Ahmed b. Hanbel (241/855), ta'zirdeki kırbaç sayısının on kırbaçı aşmaması fikrindedir.¹⁶²

III- CEZALARI DÜŞÜREN SEBEPLER

Cezalar bir takım sebeplerden dolayı düşer. Fakat bu sebepler her cezanın düşmesinde müessir olan genel bir niteliğe sahip değildir. Bu sebepler suçlara göre değişiklik arz eder. Bu sebepleri şu başlıklar altında inceleyebiliriz:

156 Kâsânî, VII/64.

157 Karaman, I/141, 142.

158 İbnü'l-Hümâm, V/348

159 İbnü'l-Hümâm, V/348.

160 Karâfî, Ebu'l-Abbas es-Sunhâcî, *Furûk*, Beyrut, ty, IV/177-178.

161 er-Remlî, Şemsüddîn b. Şihâbüddîn Ahmed, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrut, 1989, VIII/22.

162 İbn Kudâme, X/342; Cezîrî, V/397; Bilmen, III/306-309.

A- Suçlunun Ölümü

Suçlunun bir hastalık veya felaket neticesi tabîî yoldan ölmesi halinde veya ister haklı isterse haksız bir şekilde öldürülmesi halinde suçludan kısas düşer. Çünkü kısasa mahal (konu) olan suçlu bulunmayınca cezanın infazı mümkün olamaz. Ölüm nedeniyle kısas düşünce diyet de gerekmez. Hanefi ve Şafiiler bu görüştedir. Çünkü kısas aynî bir cezadır.¹⁶³

B- Suçlunun Tevbe Etmesi (Faal Nedâmet)

Hirabe suçunu işleyen bir kimse, henüz yakalanmadan önce pişman olur ve tevbe ederse, bütün fakihlerin ittifakıyla bu kimseden had düşer. İslâm hukuk bilginlerinin bu konudaki dayanakları, “Ancak siz, kendilerini yenip ele geçirmeden önce tevbe edenler müstesna; biliniz ki Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir”¹⁶⁴ ayetidir. Şunu ifade etmeliyiz ki yol kesme ve soygunculuk suçunda tevbe, Allah hakkı tabir edilen kamu hukukuna ilişkin fiillerde müessirdir. Şahsî haklara ilişkin fiillerde tevbe geçerli değildir. Şöyleki; yol kesen kişi insanların malını almış ve sonra tevbe etmişse, bu tevbe hırsızlık cezası olan el kesmeyi düşürür ama malın sahibine iadesi gerekir. Yani malın iade edilmemesi hususunda tevbe etki etmez. Aynı şekilde kısas, maktulün velilerinin affetmesi sonucu düşer, aksi halde düşmez.¹⁶⁵

Bazı fakihler hirabe dışındaki suçlarda da tevbenin haddi düşüreceği görüşündedirler.¹⁶⁶ Bu görüşün temsilcileri şu ayetleri gerekçe gösterirler: “Eğer (o fuhuş yapanlar) tevbe eder, uslanırlarsa artık onlara ceza verip eziyet etmekten vazgeçin”¹⁶⁷, “Kim bu haksız davranışından sonra tevbe eder ve durumunu düzeltirse şüphesiz Allah onun tevbesini kabul eder.”¹⁶⁸ Yine bu görüşün temsilcileri, hirabenin suçların en büyüğü olduğunu, böyle bir suç tevbeyle affedilince diğer suçların öncelikle (evleviyetle) affedileceği fikrindedirler. Bu görüşün temsilcileri olan bazı Şafii ve Hanbeli müctehidleri Mâiz'in recm esnasında kaçmasını ve Hz. Peygamberin “keşke onu serbest bıraksaydınız”¹⁶⁹ şeklindeki arzusunu da örnek verirler. Hirabe dışında tevbenin geçerliliğini kabul

¹⁶³ Kâsânî, VII/246; Udeh, I/770; Bilmen, III/99; Karaman, I/155.

¹⁶⁴ Mâide, 34.

¹⁶⁵ Kâsânî, VII/66; Udeh, I/353, 773; Bilmen, III/303-304.

¹⁶⁶ Bkz. İbn Kudâme, X/311.

¹⁶⁷ Nisâ, 16.

¹⁶⁸ Mâide, 39.

¹⁶⁹ İbn-i Mâce, 20 Hudud, 9 (H. no: 2554), II/854; Şevkânî, VII/121.

eden bilginler bu şahısların ıslah-ı nefis etmelerini de şart koşarlar. Bazı bilginler af için tevbe yeterli bulurken, bir kısım Şafii bilginleri bunun için bir yıllık bir süre tayin ederler.¹⁷⁰

Ebû Hanife ve Malik ile bir kısım Şafii ve Hanbeli fakihleri hirabe dışındaki suçlarda tevbe cezayı düşüren bir faktör olarak görmezler. Bu âlimlerin görüşlerinin hulâsası şudur: Tevbenin sadece yol kesme cezasının düşmesinde müessir olmasının nedeni bu kimseleri tevbeye teşvik etmek, bu kimselerin yeryüzünde çıkaracakları bozgun ve fesada engel olmaktır. Adî bir suçlunun her zaman yakalanabilmesi mümkün olduğundan, ayrıca tevbeyle cezasının düşürülmesi için bir neden yoktur. Her cezanın tevbeyle düşürülmesine kalkışılacak olduğunda, temelden bütün cezaların ortadan kalkması gibi bir durum ortaya çıkar. Çünkü hiçbir suçlunun, işlediği fiilden dolayı pişman olduğunu ifadeden âciz olduğu düşünülemez. Diğer taraftan suçluya uygulanan hadler, işlenen suçlara karşı bir keffaret niteliği taşıdığından dolayı, bu gibi keffaretler tevbe ile değil ancak ceza ile düşebilir.¹⁷¹

C- Kısas Mahallinin Yok Olması

Tabî bir felaket, hastalık veya haksız yere kesilen bir uzuvdan kısas düşer, diyet de gerekmez. Çünkü cezanın uygulanacağı organ (mahal) ortadan kalkmıştır. Haklı bir gerekçeden dolayı kesilen uzuvdan da kısas düşer. Şöyleki; başkasının elini kesen kimsenin kısasen eli kesildiğinde veya hırsızlık nedeniyle eli kesildiğinde, ikinci defa bu şahsa kısas gerektiğinde uzuv yokluğu nedeniyle kısas düşer. Ama diyet düşmez.¹⁷²

D- Kısasa Vâris Olmak

Kısas hakkına sahip olan şahıs öldüğünde, katil bu ölen şahıstan dolayı kısas hakkına vâris olursa, bu şahıs açısından kısasın hem lehine hem de aleyhine vacip olması mümkün olmadığından, zorunlu olarak kısas düşer. Şöyleki; Öldürülen bir şahsın vârisi olan baba bir kardeş öldüğünde, bu ölen (baba bir kardeşe), ana bir kardeş olan katil vâris olsa, artık bu kimse yani katil hakkında kısas yapılamaz. Çünkü bu şahıs bu haliyle hem kısas hakkına sahip, hem de kısas kendisine uygulanacak bir suçlu konumuna gelmiştir. Bir kısasın bir şahsın hem lehine, hem

¹⁷⁰ İbn Kudâme, X/311; er-Remlî, VIII/6.

¹⁷¹ Bkz. İbn Kudâme, X/311-312; Udeh, I/354-355; Karaman, I/156.

¹⁷² Kâsânî, VII/246; Udeh, I/772; Bilmen, III/99; Karaman, I/156.

aleyhine cereyanı mümkün olmaz. Aynı şekilde henüz kısas yapılmadan ölen, kısasa veli olan bir kimseye suçlunun çocuklarından birinin vâris olması halinde de aynı durum söz konusudur. Mesela bir kimse oğlunun kayın pederini kasten öldürdüğünde, bu maktule vâris olan oğlunun hanımı da kısas infazından önce ölse, katil hakkında kısas uygulanamaz. Çünkü bu durumda veliyyü'l- katl (kısas hakkına sahip) olma sıfatı, veraset yoluyla katilin oğluna intikal etmiştir. Oğul babasının kısasını isteyemez. Diğer vârisler böyle bir talepte bulunsalar bile, kısas bölünemiyeceğinden dolayı, ceza düşer.¹⁷³

E- Zamaşımı

Maliki, Şafii ve Hanbeliler, sadece ta'ziri gerektiren suçlarda zamaşımını kabul eder, diğer suçlarda kabul etmezler. Hanefiler ta'zir cezalarında olduğu gibi, had cezalarında da zamaşımını cezanın düşmesinde müessir kabul ederler. Fakat kul hakkı taalluk eden kısas, diyet ve kazf gibi suçlarda zamaşımını kabul etmezler.¹⁷⁴ Bu yerlerde zamaşımını kabul edenler şu görüşlere yer vermektedirler: Suç şahitlikle ispat edilmişse zamaşımı cezayı düşürür. Çünkü bu kabil suçlarda şahitlik yapacak şahsa suçu gizlemekle şahitlik yapmak arasında bir serbestiyet verilmiştir. Bu şahsın uzun bir süre şahitlik yapmaması, suçu gizlediğine delildir. Böyle bir süreden sonra tekrar şahitlik etmeye kalkışması, maznuna karşı bir kin amiline dayanabilir.¹⁷⁵ Eğer suç ikrarla ispat edilmişse, zamaşımı içki dışındaki suçlarda müessir olmaz ve hadler uygulanır. Çünkü insanın kendi aleyhinde ikrarda bulunarak kendine düşmanlık etmesi söz konusu olamaz. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf bu görüştedir. İmam Muhammed diğer mezhep imamlarıyla aynı görüşü paylaşarak ikrarda bulunan kimseye diğer hadler gibi içki haddinin de uygulanacağını söyler.¹⁷⁶ İmam-ı Azam zamaşımı hakkında belli bir süre öngörmemiş, bu süreyi şartlara göre hakimin takdirine bırakmıştır. İmam-ı Muhammed bu süreyi altı ay olarak takdir etmiştir. Hanefilerde zamaşımı konusunda tercih edilen süre bir aydır.¹⁷⁷

¹⁷³ Kâsânî, VII/251; Udeh, I/777; Bilmen, III/99; Karaman, I/156.

¹⁷⁴ Merğînanî, II/105; İbnü'l-Hümâm, V/281.

¹⁷⁵ İbnü'l-Hümâm, V/280.

¹⁷⁶ Merğînanî, II/105; İbnü'l-Hümâm, V/280.

¹⁷⁷ Merğînanî, II/106; İbnü'l-Hümâm, V/282; Udeh, I/778-781; Karaman, I/158.

F- Sulh

Davalı tarafların kendi aralarında sulh yapmaları kısas ve diyet cezalarını düşüren bir faktördür. Kısas mahalli ıskata uygun ve kısasa veli olan kimse de cezayı düşürme ehliyetini haiz bulunursa, iki taraf arasında sulh gerçekleşebilir. Kısasın infazından maksat bir hayatın kazanılmasıdır. Sulh yapmak suretiyle de bir hayat kazanılabilir. Şöyleki; karşılıklı rıza ve sulh yoluyla kan bedeli alındığında, fitne ve düşmanlık söner, veli katili, katil de veliyi öldürmekten vazgeçer. Böylece kısas yapılmadan da arzulanan sonuç elde edilmiş olur.¹⁷⁸ Sulh konusuna fukaha şu ayeti delil getirir: “Ancak kim kardeşi tarafından affedilirse kısas düşer. Bundan sonra iyiye uymak, öldürülenin velisine (gereken diyeti) güzel bir şekilde ve tam olarak ödemek gelir.”¹⁷⁹ Kâsânî (587/1191), bu ayetin kasten öldürme sonucu sulh yapılması hakkında nazil olduğunu söylediğini nakleder.¹⁸⁰ Sulh yapılması halinde maktulün velileri, katil ile diyetin tamamı, azı ya da fazlası üzerine bir anlaşmaya varabilirler.¹⁸¹

G- Af

Hadlerde af geçerli değildir. Kısas ve diyet cezaları ise, sadece mağdur ve velileri tarafından affedilebilir. Ta'zir cezalarında ise gerek mağdurun gerekse devlet ve hakim geniş af salâhiyeti vardır. “Ancak kim kardeşi tarafından affedilirse kısas düşer. Bundan sonra iyiye uymak, öldürülenin velisine (gereken diyeti) güzel bir şekilde ve tam olarak ödemek gelir”¹⁸², “Kim bunu (kısası) bağışlarsa kendisi için o keffaret olur”¹⁸³ ayetleri affa temel teşkil eden nasslardır.¹⁸⁴ Af bir hakkın düşürülmesi demek olduğundan, affın affetme yetkisini haiz kimseler tarafından yapılmış olması şarttır. Bu kimseler âkil- baliğ ve kısas hakkına sahip kimselerdir. Affın icrası; “affettim”, “iskat ettim (suçu düşürdüm)”, “ibra ettim” ve “bağışladım” şeklindeki ifadelerle yapılabilir.¹⁸⁵

178 Kâsânî, VII/250.

179 Bakara, 178.

180 Kâsânî, VII/250.

181 Kâsânî, VII/250; Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmud, *el-İnâye ale'l-Hidâye (Feihu'l-Kadîr* le birlikte), Mısır, 1970, X/239-240; Udeh, I/774; Bilmen, III/99; Karaman, I/157.

182 Bakara, 178.

183 Mâide, 45.

184 Kâsânî, VII/246.

185 Kâsânî, VII/246; Udeh, I/776; Bilmen, III/100; Karaman, I/157.

Bu maddelere ilaveten, kısas edilmesi gereken bir suçlunun hüküm verildikten sonra ve cezanın infazından önce cinnet getirmesi de bu faktörler içerisinde yer alabilir.¹⁸⁶

Buraya kadar bahsetmiş olduğumuz durumlar, müstakil olarak bir suçun düşmesinde etkili olan faktörlerdir. Cezanın düşmesinde müessir olan şüphelerin kapsamı oldukça geniştir. Bu şüphelerin sınırlandırılması mümkün değildir. Çünkü zamana, şartlara, şahsın özelliklerine, suçun karakterine, bazı suçların şekil değiştirmesine, bölgesel farklılıklara göre işlenen suçlarda birçok şekillerde şüpheler oluşabilir.

IV- CEZALARIN DÜŞÜRÜLMESİNDEKİ AMAÇLAR

Dinin asıl amaçlarından biri, kulların maslahatlarını gerçekleştirmek, o maslahatları korumak ve kullardan her türlü zararı uzaklaştırmaktır. Bu ilke, “Şer’î hükümler kulların maslahatları üzerine kurulmuştur”¹⁸⁷ şeklinde ifade edilmiştir. Bu maslahatların başında “zarurî maslahatlar” tabir edilen din, can, akıl, nesil ve mal gibi hayatî maslahatlar gelmektedir. Toplumların hayatta kalmaları ve istikrarlarının temini bu zarurî maslahatların korunmasıyla doğru orantılıdır. Zira bu maslahatların bulunmaması halinde hayat düzeni temelinden sarsılır, insanlığa huzursuzluk, anarşi ve kaos egemen olur. Dünyadaki bu sıkıntıların yanında bu maslahatların korunmaması nedeniyle insanlar, ahirette de azaba maruz kalırlar.¹⁸⁸ Diğer maslahatların korunması hayatın korunmasına bağlıdır. Zira hayat olmadan bir şeyin ikame edilmesi eşyanın tabiatına aykırıdır. Bu itibarla İslâm, yaşama hakkını en temel hak kabul eder¹⁸⁹ ve hayatın korunması için gösterilebilecek en azamî özenin gösterilmesini emreder. Bu bağlamda “haksız yere bir insanın öldürülmesini, tüm insanları öldürmek kadar”¹⁹⁰ boyutları tehlikeli olan en büyük bir suç ve günah kabul eder. Aynı şekilde “sulhün hayırlı olması”¹⁹¹ ve kısasın vacip kılınması¹⁹² hayatın korunmasına matuf prensiplerdir. Çünkü ancak kısas yoluyla toplumun hayatiyeti devam ettirilebilir ve fitnenin önü kesilebilir. İşte yine

186 Bilmen, III/99.

187 Şâtübî, Ebû İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvâfakât*, Beyrut, ty, II/4, 42; Ebû Zehra, *Usûl*, s. 348; Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 1992, s. 288.

188 Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkıh*, Bağdat, 1987, s. 379; Atar, s. 295.

189 Aydın, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, s. 23.

190 Mâide, 32.

191 Nisâ, 128.

192 Bkz. Bakara, 178-179, 194; Mâide, 45.

fert ve toplumda barış, güven ve adaletin egemen olması içindir ki bir hadis-i şerifte “Bir ülkede Allah'ın bir haddinin tatbik edilmesi, o yöre halkı için kırk gece yağmur yağmasından daha hayırlıdır”¹⁹³ buyurulmuştur. İslâm'ın adalet ve merhamet anlayışının temelinde yine büyük ölçüde canın, insanların ve topyekün kâinatın korunması gerçeği yatmaktadır. Bu gerçeği ortaya koyan bazı ayet ve hadisler şöyledir: “ (Onlara) “göklerde ve yerde olanlar kimindir?” diye sor ve “Allah'ındır” de. (Öyle ise “neden münkirleri hemen cezalandırmaz” derlerse, de ki:) Çünkü O, kendi üzerine rahmet yazdı. Sizi elbette varlığında şüphe olmayan kıyamet gününde toplayacaktır. Ancak (küfrü tercih edip) kendilerini ziyana sokanlar inanmazlar”¹⁹⁴, “Ayetlerimize inananlar sana geldiğinde de ki: “Size selam olsun, çünkü Rabbiniz rahmet etmeyi (yaratıklarına acıyıp esirgemeyi) kendi üzerine yazdı...”¹⁹⁵, “Senin bağış bol olan Rabbin merhamet sahibidir; şayet yaptıkları yüzünden onları (hemen) muâheze edecek olsaydı, onlara azabı çarçabuk verirdi. Fakat kendilerine tanınmış belli bir süre vardır ki, artık bundan kaçıp kurtulacakları bir sığınak bulamayacaklardır.”¹⁹⁶ Hz. Peygamber de bir hadis-i şeriflerinde şöyle buyurur: “Allah rahmetini yüz parçaya böldü de, doksan dokuz parçasını kendi yanında tuttu ve bir parçasını yer yüzüne indirdi. İşte bu bir parça rahmetten düşen pay sebebiyle bütün yaratıklar birbirlerine merhamet edip acır ve birbirlerini severler. Hatta kısırak, (yavrusunu emzirirken) dokunur korkusuyla bir ayağını yukarı kaldırır.”¹⁹⁷

Adaletle ilgili bazı ayetler de şöyledir: “Muhakkak ki Allah, adaleti, iyiliği, akrabaya yardım etmeyi emreder, çirkin işleri, fenalık ve azgınlığı da yasaklar. O düşünüp tutasınız diye size öğüt veriyor.”¹⁹⁸ Gerçekten Allah size emanetleri ehil olanlara vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder...”¹⁹⁹

İslâm'ın bu engin merhamet ve adalet anlayışı cezaların düşürülmesi hususuna da en geniş bir şekilde yansımıştır. Bu cümleden olarak had gerektiren suçlarda şahitlik yapıp yapmama noktasında şahitler serbest bırakılmış, daha da

193 Neseî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali, *Sünen*, 46 Sarık, 5 (H. No: 4904), Beyrut, 1994, VIII/76.

194 Enam, 12.

195 Enam, 54.

196 Kehf, 58.

197 Buhârî, 78 Edeb, 19 (H. no: 6000), VII/99-100. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Hakkı Aydın, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, s. 50-58.

198 Nahl, 90.

199 Nisâ, 58. Ayrıca bkz. Nisâ, 135; Mâide, 8; Araf, 29, 159, 181; Ahzab, 5; Şura, 15; Hadid, 25; Mümtetine, 8; Hucurat, 10.

ileri bir adım atılarak bu suçların gizlenmesi teşvik edilmiştir. Bu bağlamda Hz. Peygamber, “Aranızdaki hadleri karşılıklı olarak affediniz. (Çünkü) had konusunda bana bir başvuru olduğunda (artık) haddin uygulanması vacip olur”²⁰⁰ buyurarak, mümkün olduğu kadar bu kabil suçların gizlenmesini ve yargıdan önce engin bir fedakarlıkla tarafların kendi aralarında karşılıklı af yoluyla konuyu çözüme bağlamalarını istemiştir. Aynı şekilde Mâiz’i suçunu itiraf etmeye zorlayan Hezzâl’e Hz. Peygamber, “Şayet (Mâiz’in suçunu) ridâ’n ile örtseydin (gizleseydin), şüphesiz senin hakkında daha hayırlı olurdu”²⁰¹ şeklinde uyarıda bulunmuştur. Başka bir hadislerinde de “Kim bir müslümanın (kusurunu) gizlerse, Allah da ahirette onun (kusurunu) gizler”²⁰² buyurmuşlardır. Hz. Peygamber gizlemeyi teşvik etmekle kalmamış, pratik hayatta da bunun uygulamasını bizzat yapmıştır. Bir defasında had gerektiren bir suç işlediğini ifade eden kimseye, hangi suç işlediğini sormamış, aynı şahısla birlikte namaz kılmış, namazdan sonra şahsın ısrarı üzerine Hz. Peygamber, “Bizimle birlikte namaz kılmadın mı?” buyurmuş, adam da “evet” diye cevap verince Hz. Peygamber, “Haydi git. Allah günahını affetti.”²⁰³ buyurmuş, adamın suçunu deşifre etmemiştir. “Kim bir kusuru görür de onu gizlerse, sanki (suçsuz yere) diri diri gömülen bir kızı gömüldüğü kabrinden yeniden diriltmiş gibi olur”²⁰⁴ hadisi de, bir suç gizlemek suretiyle bir şahsın telafisi mümkün olmayan ağır bir cezadan kurtarılmasının bir ölüyü diriltmek kadar büyük bir erdem olduğunu vurgulayarak, cezaları düşürmeden maksadın bir canın yok edilmesi değil bilakis yaşatılması olduğunu çarpıcı bir şekilde gözler önüne sermektedir.

Bir suç alenen işlenmedikçe, bu suçun gizlenmesi esastır. Gizlenerek işlenen bir suça ceza vermek amacıyla, kapıların zorlanması, suçü ispat etmek için çeşitli yollar aranması ve suçun deşifre edilerek herkese duyurulması şekliyle doğabilecek bir zarar, haddin tatbiki sonucu doğabilecek zarardan çok daha fazla olacaktır. Çünkü gizlenerek işlenen bir suçun meydana çıkarılması için bir takım gayret ve araştırmalar içerisine girmek birecessüstür. Tecessüs ise İslâm’da şiddetle yasaklanmış²⁰⁵ bir davranıştır.²⁰⁶ Böyle birecessüs nedeniyle, gizlenen bir suçun şüyyu belki cezadan doğacak zarardan daha fazla bir tahribata yol açacaktır.

200 Neseî, 46 Sarık, 5 (H. no: 4886), VIII/70.

201 Malik b. Enes, *Muvatta’*, 41 Hudud, 1 (H. no: 3), Kahire, 1993, II/626.

202 Buhârî, 46 Mezalim, 3 (H. no: 2442), III/134; Müslim, 45 Birr, 58 (H. no: 2580), V/157.

203 Müslim, 49 Tevbe, 44 (H. no: 2764), V/296-297; Şevkânî, VII/120.

204 Ahmed b. Hanbel, IV/203, 216.

205 Bkz. Hucurat, 12.

206 Ebû Zehra, Muhammed, *el-Ukûbe fi’l-Fıkhi’l-İslamî*, Kahire, ty, s. 199.

“Suçun gizlenmesindeki amaç şüphesiz ceza sahasının daraltılmasıdır. İnfaz edilen bir cezayı (gözlemleyen) hemen herkes müteessir olur, buna mukabil suçun gizlenmesi, suçların işlenmesine engel olan bir sembol haline gelir. (Yani işlediği suçun örtüldüğünü gören kimse, böyle bir tolerans karşısında bu kötü hareketten kendiliğinden vaz geçer.) Her yıl (gerçekleştirilen infaz neticesinde) kesik bir elin bulunması, müslümanların ders ve ibret almaları bakımından kafidir. Başkasının başına gelen (bu ibretli) hali gören bir hırsız için bu olay caydırıcı bir faktör olacaktır. Şehvetlerine tutkun olan kimselerin (zinaya tevessül etmemeleri için) yanlarında bir zina cezasının infaz edilmesini görmeleri kafidir. Böyle bir cezanın infazına bir grup insan tanık olacak ki, (zina işlemeye eğilimi olanlar) cezanın kendilerine vereceği utançtan kaçıp, evliliğin oluşturduğu, suçsuzluk güvenine ve isitikamet yoluna yönelsinler.”²⁰⁷

Diğer taraftan “Hadlerin uygulanabilmesi için, bu hadlere konu olan fiillerin (suçların) hem ismen, hem şeklen, hem de manen tam manasıyla gerçekleşmiş olması şarttır.”²⁰⁸ “Şüphesiz ki had cezaları mütekâmil (tam, ağır ve sert) cezalardır. Bu kabil mütekâmil cezaların infaz edilebilmesi için, bu cezaları gerektiren suçların da mütekâmil (eksiksiz) bir şekilde işlenmesi zorunludur. Suçun oluşmasında bir şüphenin bulunması halinde, suç gerçek manada gerçekleşmemiş olur.”²⁰⁹ “En küçük bir şüphenin bulunması halinde, suç tam teşekkül etmez ve bu kadar küçük bir şüphede dahi had düşer”²¹⁰, “Cezanın uygulanma şartı, suçun tam olarak işlenmesi durumuna bağlıdır. Yani cezayı gerektiren şartlar tam olarak oluşmalıdır ki ceza verilebilsin”²¹¹, “ (Suçta) bir şüphenin bulunması, suçun eksik işlendiğini gösterir. Suçun eksik işlenmesi doğal olarak cezanın da eksik olarak tatbik edilmesi zorunluluğunu doğurur. Had cezalarının tecezzî (bölünme) kabul etmemesi nedeniyle de, haddin uygulanması batıl olur.”²¹² Bu gerçeğe işaretle Kur'an'da “Bir kötülüğün cezası ona denk bir kötülüktür. Kim bağışlar ve barışı sağlarsa, onun mükafaatı Allah'a aittir. Elbette

207 Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 199.

208 Serahsî, XXIV/13.

209 Kâsânî, VII/34; Zuhaylî, Muhammed, *en-Nazariyyâtü'l-Fıkhiyye*, Şam, 1993, s. 41.

210 Merğînanî, II/118.

211 İbnü'l-Hümâm, V/358.

212 Zuhaylî, Muhammed, s. 41.

O, zalimleri sevmez”²¹³ buyurularak bir suça denk bir cezanın verilmemesi açıkça zulüm olarak nitelenmiştir.

Yine İslâm Hukuku şüphenin sanık lehine olduğunu kabul ederek, kesin delilleri olmayan, ispatı hemen hemen imkansız ve şüpheli bulunan davaların görülmesinde sanığa zorla itiraf yoluna gidilmesini tasvip etmemiştir.²¹⁴ “Şüphelerle cezaların düşürülmesi prensibinin amacı, adaleti tesis etmek ve sanığın maslahatlarını garanti altına almaktır.”²¹⁵ Aynı şekilde şüpheyile cezanın düşürülmesi prensibi, yine İslâm Hukukunda yerleşik bir kural olan “yanılarak affetmenin, yanılarak cezalandırmaya tercih edilmesi” ilkesinin pratiğe yansımış şeklidir.²¹⁶ Uygulanmış cezanın haksız verildiği anlaşılınca, çoğu kere telafisi zor ve imkansız bir durum ortaya çıkar. Geriye dönüşü olmayan bir işte son derece ihtiyatlı davranmak, insanların yok yere acı çekmelerine sebep olmamak gerekir. Onun için İslâm'da suç veya suçluluk kesinlikle ortaya çıkmadıkça ceza vermemek esastır.²¹⁷ Bu nedenle İslâm Hukukunda bir suçun cezalandırılması için öngörülen şartlar son derece ağırlaştırılmıştır. Zaten “bir konuda aranan şart ve kayıtlar ne kadar fazla olursa o konunun gerçekleşme imkanı da o derece az ve zor olur.”²¹⁸ Had cezalarının elem verici ve ağır cezalar olması nedeniyle bu suçların ispatında kolaylık sağlamak, dikkatsiz ve gevşek davranmak belki de cezayı hak etmeyen bir kimsenin cezalandırılmasına, dolayısıyla mağduriyetine neden olabilecektir. Müslümanı temize çıkarmada titiz davranan İslâm, hakimden çok sıkı bir araştırma ve inceleme yapmadan karar vermemesini istemiştir. Aynı şekilde suçunu itiraf eden kimselerde de öncelikle akıl esas alınmış; sarhoşluk, cinnet ve aldatılma yoluyla yapılan itiraflar geçersiz sayılarak ihtiyat asla terk edilmemiştir. Zira bu konuda gösterilebilecek bir ihmâl ve dikkatsizlik namus ve haysiyet sahibi kimselerin lekelenmelerine, iftiraya uğramalarına ve nihayet haksız yere cezalandırılmalarına yol açabilir.²¹⁹

İslâm'da kamu düzeninin korunmasına son derece önem verilmiş, bu bağlamda insanların mallarına sataşılmasına asla hoşgörü gösterilmemiştir. Bununla birlikte hırsızlık yapan bir şahsın yaşadığı işsizlik, açlık, pahalılık ve

213 Şura, 40.

214 Aydın, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, s. 117.

215 Udeh, I/216.

216 Ahmedûn, Abdulhalik b. Mufaddal, “Kâidetü Der'î'l-Hudûdi biş-Şübühât”, *Mecelletü'l-Buhûsi'l-Fıkhyeti'l-Muâsıra*, S. 27, Riyad, 1995, s. 62.

217 Akşit, s. 99.

218 İbnü'l-Hümâm, VI/214; VII/370.

219 Fudaylât, Cebr Mahmûd, *Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, Amman, 1987, I/66-67.

zarurî ihtiyaçlarının karşılanamaması gibi toplum şartları dikkate alınmadan hemen cezalandırma cihetine de gidilmemiştir. Çünkü açlıkla boğuşan bir kimseye had uygulanamaz. Hz. Ömer'in "kıtlık yılı"nda hırsızlık yapan bir kimsenin elini kesmemesi haddin iptali değil, İslâm'ın rahmet yönünü sergileyen bir tatbikattır.²²⁰ "Şu düşüncemizi ifade ederken haddi aşmış olmadığımız kanaatindeyiz: Fıkıh kitaplarını, özellikle de şüpheyile cezaların düşürülme sahasını genişleterek son derece kolaylık gösterilen fıkıh kitaplarını inceleyen bir kimse, (gerekli şartların sağlanmasının çok zor olması sebebiyle) hadlerin tatbikinin neredeyse imkansız olduğunu veya son derece az tatbik edilebildiğini görecektir. Tatbik imkanı bu kadar zor olmasına rağmen bu sistemin, suçları ve ahlak dışı fiilleri sınırladığına tarih şahittir."²²¹

Görüldüğü üzere İslâm her şeyden önce canın korunmasını amaç edinmiş, bu cümleden olarak insanların cezalandırılmamaları için vesileler aramıştır. Şunu da dikkatten kaçırmamak gerekir ki İslâm kişilerin cezaya maruz kalmamaları için sadece suçları yasaklamakla kalmamış, daha işin başlangıcında suçu önleyici her türlü gerekli tedbiri de almıştır. Kısacası İslâm'ın özünde bulunan insanîlik, merhamet, adalet, barış ve af gibi ilkeler cezaların düşürülmesinde etkin olan faktörlerdir.

220 Fudaylât, I/70-71.

221 Zuhaylî, Muhammed, s. 21.

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞÜPHE KAVRAMI

ŞÜPHE KAVRAMI

I- İSLÂM CEZA HUKUKUNDA ŞÜPHE

A- Tarif

Şüphe lügat bakımından iltibas, bir şeyi diğer bir şeyle karıştırmak²²², benzer ve denk olmak²²³ anlamlarına gelir. Çoğulu “شبه -şübeh” ve “شبهات - şübühât”tır. Hukuk literatüründe şüphenin şu şekilde tarifleri yapılmıştır: “Sabit olmadığı halde sabite benzeyen (şey) dir”²²⁴, “Esasen hakikat olmadığı halde hakikate benzeyen durumdur”²²⁵, “Helal veya haram olduğu tam olarak kestirilmesi mümkün (müteyakkan) olmayan haldir”²²⁶, “Helal ile haram, hata ile isabet arasında bir durumdur.”²²⁷

Şüphe kavramıyla irtibatlı bulunan bir diğer kelime de “şekk” kelimesidir. Hukuk dilinde şekk; bir fiilin meydana gelip gelmemesinde aklın tereddüt göstermesi yani iki taraftan birini diğerine tercih etme imkanı olmayışı demektir. İki taraftan birini diğerine tercih etmekle beraber, tercih edemediği tarafı da atamazsa bu duruma “zan”, zayıf tarafa da “vehm” denir. Zayıf tarafı kalp atarsa, tercih edilen taraf “zann-ı galip” olur. Galip zan da yakîn (kesin bilgi) manasındadır.²²⁸

²²² İbn-i Manzûr, XIII/504; *Mu'cemu'l-Vasît*, I/474.

²²³ Fiyruzabâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, Beyrut, 1986, s. 1610.

²²⁴ Kâsânî, VII/36; İbnü'l-Hümâm, V/249; Şeyhzâde, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman (Dâmad), *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, yy, 1302, I/549; Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Çamzu Uyûni'l-Basâir*, Beyrut, 1985, I/379.

²²⁵ *Zeyleî, Tebyîn*, III/180; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/20.

²²⁶ Cürcânî, Seyyid Şerif, *Kitabu't-Ta'rifât*, Kahire, ty, s. 141.

²²⁷ Şeyhzâde, I/549.

²²⁸ Hamevî, I/193; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I/39.

Cürcânî'nin (ö. 816/1413) tarifiyle Şeyhzâde'nin (ö. 1078/1667) yapmış olduğu ikinci şüphe tarifi, şekkin tarifiyle benzerlik göstermektedir. Şekkte iki şey arasında tercih yapamama söz konusu iken, şüphede sabit ve gerçek olmayan durumun, sabit ve gerçek olduğuna dair bir inanç ve kanaatin bulunması söz konusudur. Şüphede şahsın haram bir fiilin haramlığını bilmemesi aksine yaptığı fiilin helal olduğunu zannetmesi ve helal olduğunda tereddüt etmemesi söz konusudur.

Şekk kapsamında bir hususta tereddüt edildiğinde o hususun başlangıcı esas alınarak meseleye çözüm getirilir. Mesela bir kimse, “falan şahsa zannımca şu kadar borcum vardır” dese sırf bu zannına istinaden borç tahakkuk etmiş olmaz. Çünkü aslolan kişinin borcunun olmamasıdır.²²⁹ Bu husus *Mecelle*'de “Şek ile yakîn zail olmaz”²³⁰ şeklinde kurallaştırılmıştır.

B- Kanunî Dayanağı

Kur'an ayetleri, hadisler, Hz. Peygamber ve ashabının uygulamaları ve müctehidlerin bu konudaki ittifakları, cezaların şüphelerle düşürülmesinin kanunî dayanağını teşkil eder.

1- Ayetler

“... يا ايها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم . . .” Ey iman edenler, zandan çokça kaçının. Çünkü zannın bir kısmı günahdır”²³¹, “... إن الظن لا يغنى من الحق شيئا . . .” Zan ise hiç şüphesiz hakikat bakımından bir şey ifade etmez.”²³² Ayetler bazı zanların haram olduğunu bildirmektedir. Bu nedenle zanlarda son derece ihtiyatlı davranılması zorunluluğu vardır.²³³ Zanla hükmetmek ancak bir gerekçe ile desteklenebildiğinde, bazı cinayetler için gereken erşlerin takdirinde ve telef edilen malların tazmini gibi konularda caiz olabilir. Aksi takdirde bir delile dayanmaksızın, sırf kalpte oluşan bir zan şüphe demektir. Böyle bir zanla hüküm vermek ise caiz olmayıp haramdır.²³⁴

²²⁹ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, I/41; Bilmen, I/256.

²³⁰ *Mecelle*, md. 4.

²³¹ Hucurat, 12.

²³² Necm, 28.

²³³ Râzî, Fahrüddîn b. Ömer, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, Beyrut, 1990, XXVII/115.

²³⁴ Kurtubî, Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, Beyrut, 1985, VI/331-332.

2- Hadisler

“ ادءوا الحدود بالشبهات Hadleri şüphelerle düşürünüz”²³⁵,
 ادءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطوع في العفو خير
 من ان يخطوع في العقوبة Gücünüz yettiği kadarıyla müslümanlardan hadleri
 düşürünüz. Onun (affedilmesi için) bir çıkış yolu olursa serbest bırakınız.
 Şüphesiz ki devlet başkanının (hakimin) afa hata etmesi, cezalandırmada hata
 etmesinden daha hayırlıdır.”²³⁶ İbn-i Abbas'tan gelen hadiste Hz. Peygamber
 (herkes tarafından zina yaptığı bilinen ama suçu kesin delillerle ispat edilemeyen
 bir kadın hakkında) şöyle buyurmuştur:
 “ لو كنت راجما احدا بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها
 Eğer delilsiz bir kimseyi recmetmiş olsaydım, falan kadını recmederdim. Çünkü
 kadının konuşması, tavrı ve yanına girip çıkan erkeklerin bulunması, (suç işlediği
 konusunda) şüphe uyandırmaktadır.”²³⁷ Ebû Hureyre'nin rivayet etmiş olduğu
 hadiste de Hz. Peygamber: “ ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا “ Düşürmek için bir sebep
 (emare) bulduğunuz sürece, hadleri düşürünüz.”²³⁸ buyurmuştur.

Zahirilerin bu konudaki görüşlerini açıklayan İbn-i Hazm (ö. 456/1063),
 şüphe ile cezaların düşürülmesine ilişkin hadislerin aslı olmadığını ileri sürerek,
 şüphe ile cezaların düşürülmesi diye bir olayı kabul etmez.²³⁹ İbn-i Hazm'ın bu
 konudaki hadislerin aslı olmadığı iddiasını sert bir dille eleştiren Tehânevî (ö.
 1394/1974), bu konudaki hadislerin “hasen” derecesinde olduğunu ispat eder ve
 bu konuda icma' olduğunu da hatırlatır. Yine Tehanevî bizzat İbn-i Hazm'ın,
 “Hadleri şüphelerle düşürünüz” hadisini sahih bir senetle rivayet ettiğini ve

²³⁵ Ali el-Muttakî, *Kenzü'l-Ummâl*, Halep, 1971, V/309. İbn-i Adiy'den rivayet edilen ve yukarıdaki şekliyle meşhur olan bu hadis, muteber kaynaklarda böyle geçmemektedir. Zeyleî (ö.762/1360, hadisin bu haliyle “garip” olduğunu ifade etmektedir. Fakat değişik rivayetlerle hadisin “hasen” derecesinde olduğu ispatlanmıştır. Geniş bilgi için bkz. Zeyleî, Cemalüddin Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbu'r-Râye li ehâdisi'l-Hidâye*, Kahire, ty, III/333; Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman, *el-Câmiü's-Sağîr*, Beyrut, ty, I/52; Şevkânî, VII/124-125; Aclûnî, İsmail b. Muhammed, *Keşfu'l-Hafâ*, Beyrut, 1985, I/73; Tehânevî, Zafer Ahmed el-Osmanî, *İ'lâü's-Sünen*, Karaçi, 1415, XI/488.

²³⁶ Tirmizî, 15 Hudud, 2 (H. no: 1424), IV/25; Beyhakî, *Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrut, 1994, VIII/413; Suyûtî, *el-Câmiü's-Sağîr*, I/52; Şevkânî, VII/124.

²³⁷ İbn-i Mâce, 20 Hudud, 11 (H. no: 2559), II/855; Şevkânî, VII/123.

²³⁸ İbn-i Mâce, 20 Hudud, 5 (H. no: 2545), II/850; Şevkânî, VII/124.

²³⁹ Bkz. İbn-i Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd, *el-Muhallâ*, Beyrut, ty, XII/59; İbnü'l-Hümâm, V/248.

kendisinin de bu rivayeti bizzat İbn-i Hazm'ın “*Kitabu'l-İysâl*” adlı eserinde gördüğünü ifade eder.²⁴⁰

3- Sahabe Sözlere

Bu konuda Hz. Ömer'den şu rivayetler gelmiştir: “ لأن اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات ” Muhakkak ki şüphelerle hadleri düşürmem, onları şüphelerle uygulamamdan daha da uygundur.”²⁴¹, “ فاني ان اخطى في العفو احب الي من ان اخطى في العقوبة . ” Şüphesiz ki benim afta yanılmam, cezada yanılmamdan daha uygundur. (Yani yanılarak affetmem, yanılarak ceza vermemden daha uygundur).”²⁴²

Muaz, Abdullah b. Mesud ve Ukbe b. Amir (r. a.) de “ اذا اشتبه الحد فادراه . ” Had iştibah ettiğinde (tatbik edilebilirliğinde şüphe uyandığında) o haddi düşür (ünüz).”²⁴³ demişlerdir.

4- İcma'

Hadlerin şüphelerle düşürülmesi konusu müctehidlerin icma'ıyla de sabittir. İbn-i Münzir'in (ö. 318/930), *Kitabu'l-İcma* adlı eserinde konuyla ilgili olarak şu ibare geçmektedir: “Alimler şüphelerle hadlerin düşürülmesi konusunda ittifak ettiler.”²⁴⁴

Görüldüğü üzere cezaların şüphelerle kaldırılması prensibinin dayanağı kitap, sünnet, sahabe kavli ve İslâm hukukçularının bu konu üzerindeki icma'ıdır. Bu prensip İslâm hukukçuları arasında büyük bir kabul görmüş ve “Kavâid-i Külliye” tabir edilen, İslâm Fıkhnın genel prensipleri arasında yerini almıştır.²⁴⁵

C- Uygulama Örnekleri

Hz. Peygamber şüphelerle cezaların düşürülmesini emretmekle kalmamış, kendisine getirilen olaylara bu kuralı bizzat uygulamıştır. Hz. Peygamberin uygulamalarıyla ilgili şu örnekleri verebiliriz:

²⁴⁰ Tehânevî, XI/490 vd.

²⁴¹ İbn-i Ebî Şeybe, *Musannef*, Beyrut, 1994, VIII/514; İbnü'l-Hümâm, V/248.

²⁴² Beyhakî, VIII/414.

²⁴³ İbn-i Ebî Şeybe, VIII/514; Beyhakî, VIII/414; İbnü'l-Hümâm, V/248.

²⁴⁴ İbnü'l-Münzir, Muhammed b. İbrahim, *el-İcma'* (Tahkik: Abdullah Ömer el-Barudî), Beyrut, 1986, s. 132; Ayrıca bkz. İbn Kudâme, X/151; İbnü'l-Hümâm, V/249.

²⁴⁵ Bkz. Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut, ty, s. 84; İbn-i Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut, 1993, s. 124; Hamevî, I/379; en-Nedvî, Ali Ahmed, *el-Kavâidü'l-Fıkhıyye*, Dimaşk, 1994, s. 223, 278.

1- Mâiz (suçunu itiraf için) geldiğinde, Hz. Peygamber ona “Belki sadece öpmüştürsün, belki dokunmuşursun veya bakmıştırsın” buyurdu. Mâiz'in “Hayır Ya Rasulallah” demesi üzerine kinayesiz bir şekilde cinsi teması kastederek “vat' mı ettin?” buyurdu. Mâiz'in “evet” demesi üzerine de Hz. Peygamber onun recmedilmesini emretti.²⁴⁶

2- Ebû Hureyre Mâiz olayını şöyle anlatmaktadır: Mâiz el-Eslemî Hz. Peygamber'e gelerek bir kadınla zina ettiğini dört defa itiraf etti. Her defasında Hz. Peygamber ondan yönünü çeviriyordu. Beşinci itirafında Hz. peygamber ona yönelerek şöyle dedi: “Vat' ettin mi?”, Mâiz: “Evet”. Hz. Peygamber: “Sürmedanlığın sürme içerisine, kovanın kuyu içerisine girmesi gibi mi”, Mâiz: “evet”. Hz. Peygamber: “Zinanın ne olduğunu biliyor musun? Mâiz: “ (Evlü bir erkeğin) hanımına helal olarak yaptığı fiili ben haram olarak yaptım.” Hz. Peygamber: “Bununla neyi kastediyorsun?” Mâiz: “Beni temizlemeni istiyorum” dedi. Bu sözünün üzerine Hz. Peygamber onun recmedilmesini emretti ve böylece Mâiz recmedildi.²⁴⁷

3- Cezanın infazına şahit olan ashab, Mâiz'in taşların (verdiği acıyı) hissedince ve öleceğini anlayınca kaçtığını haber vermişler, bu haber üzerine de Hz. Peygamber, “Keşke onu bıraksaydınız.”²⁴⁸ buyurmuştur.

4- Ebû Hureyre şöyle bir olay anlatmaktadır: Bir adam mescidde Hz. Peygamberin yanına gelerek “Ya Rasulallah ben zina yaptım” dedi. Peygamber (a.s.) ondan yüzünü çevirdi. Adamın dört defa kendi aleyhine itirafta bulunması üzerine Hz. Peygamber ona “Sende delilik var mı?” diye sordu. Adamın “hayır” diye cevap vermesi üzerine, “götürün onu recmedin” buyurdu.²⁴⁹

5- Zina yaptığını itiraf eden Ğamidiyye adlı kadına da Hz. Peygamber aynı telkinleri yapmıştır.²⁵⁰

6- Bir defasında Hz. peygamber'e hırsızlık yapan birisi getirildi. Adam da suçunu itiraf etti. Fakat adamın yanında (çalınan) mal yoktu. Bunun üzerine Peygamber (a.s.) : “Zannetmiyorum ki sen çalasan” buyurdu.²⁵¹

²⁴⁶ Ahmed b. Hanbel, I/335; Buhârî, 87 Muharibin, 14 (H. no: 6824), VIII/30; Ebû Davud, 32 Hudud, 23 (H. no: 4427), II/552.

²⁴⁷ Darekutnî, Ali b. Ömer, *Sünen*, Medine, 1966, III/196; Şevkânî, VII/119.

²⁴⁸ İbn-i Mâce, 20 Hudud, 9 (H. no: 2554), II/854; Şevkânî, VII/121.

²⁴⁹ Buhârî, 94 Ahkam, 19 (H. no: 7167), VIII/143; Müslim, 29 Hudud, 5 (H. no: 16), III/525, 526.

²⁵⁰ Darekutnî, III/92; Şevkânî, VII/133.

²⁵¹ İbn-i Mâce, 20 Hudud, 29 (H. no: 2597), II/866; Şevkânî, VII/159.

Benzeri uygulamalar sahabe tarafından da yapılmıştır. Bir defasında kendisine zina yaptığını itirafa gelen Şurâha adlı bir kadına Hz. Ali, “Belki o adam sen uyurken senin üzerine düşmüştür, belki sana zorla sahip olmak istemiştir veya belki efendin seni evlendirdi de sen onu gizliyorsun”²⁵² şeklinde kadını iddiasından vazgeçirmek için telkinlerde bulunmuştur. Bütün bu örneklerden anlıyoruz ki Hz. Peygamber insanları cezalandırmak için hemen onların mücerret itiraflarıyla veya bir takım emarelerle hareket etmemiş bilakis son derece temkinli hareket etmiş ve en küçük bir ihtimalle dahi cezanın düşürülme yollarını aramıştır. Şayet herhangi bir şüphe ile cezaların düşürülmesi caiz olmasaydı, Hz. Peygamber ve ashabı böyle yollara başvurmazlardı. Bu nedenle hakimin sanık makamındaki bir şahsa suçun mahiyeti, yeri ve zamanı hakkında sorular sorması, aklî dengesinin yerinde olup olmadığını araştırması şarttır. Bütün bu delillerden sonra çıkan sonuç şudur: “Hadlerin şüphelerle düşürülmesi kesinlik arz eden şer’î (hukukî) bir kuraldır. Bunun kesinliğinde şüphe eden, şer’î delilin kesinliğinde şüphe etmiş demektir. Böyle bir kimseye de itibar edilmez.”²⁵³

D- Mezheplere Göre Şüphe

Zahiriler dışındaki mezhepler şüpheyi cezanın düşürülmesinde müessir bir faktör olarak kabul etmişler ve konuyla ilgili mezhep görüşlerini “hudud bölümü”nün “zina başlığı” altında ele almışlardır. Mezheplerin cezayı düşürmede müessir şüphe konusundaki görüşleri şu şekildedir:

1- Hanefilere Göre

Hanefiler şüpheyi üç kısımda ele almışlar, her birini ayrı başlık altında değerlendirmişlerdir.

a) Fiilde Şüphe

“İştibah şüphesi” veya “müşâbehe şüphesi” adı da verilen fiilde şüphe; failin yaptığı fiilin helal veya haram oluşunu karıştırmasıdır.²⁵⁴ Başka bir ifadeyle, “Fiilin helal olması hakkında delil olmayan bir şeyi (fiilin helallığıne) delil

²⁵² İbnü'l-Hümâm, V/249.

²⁵³ İbnü'l-Hümâm, V/249.

²⁵⁴ Serahsî, IX/53; İbnü'l-Hümâm, V/250; Hamevî, I/379.

zannetmesidir.”²⁵⁵ Fiilde şüphe şu şekilde de tanımlanmıştır: “Bazı hakların ve hükümlerin cereyanından neş'et eden şüphe demektir ki, bazen “şüphe-i akit” ile ictima eder.”²⁵⁶ Mesela bir mal karşılığında veya bir bain talakla veya üç talakla boşadığı karısına iddeti içerisinde vat'eden kimseye had gerekmez. Aslında talak sebebiyle mahallin yani kadının kocasına helal olması ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla kadına yaklaşmak haram hale gelmiştir. Ancak aralarında önceden var olan bir akdin bulunması nedeniyle bir akit şüphesi meydana gelmiştir. Diğer taraftan nikah, yatak hakkı (firaş), kadının nafakasını temin, kadının diğer erkeklerle evlenememesi ve bunların birbirleri lehine şهادetlerinin makbul olmaması gibi durumlar devam etmektedir. Aralarında daha başka hukuk da vardır. Kadının iddet döneminde eski kocasının onunla cinsel ilişkiye girmesi zinadır. Fakat yukarıda sayılan nedenlerden dolayı failin, kadının kendisine helal olduğunu zannederek ona vat'etmesi, bir nevi delil teşkil etmekte ve şüphe oluşturmaktadır. Bu zan her ne kadar gerçek bir delil değilse de, failin helallik hakkının var olduğunu zannetmesinden kaynaklanan şüphe haddin düşmesi için yeterli bir neden olmaktadır.²⁵⁷ Fiilde şüphenin muteber sayılması için failin işlediği fiilin helal veya haram olduğunu karıştırmaması şarttır. Fiilin helal veya haram olduğunu karıştırmaz ve hatta haram olduğunu bilirse o takdirde fail asla mâzur görülemez ve şüphe de söz konusu olamaz. Mesela bir masa etrafında toplanan bir gruba verilen içkinin şarap (hamr) olduğunu bile bile içen kimselere had gerekir. Ama o içkinin hamr olduğunu bilmeyerek içenlere ise had gerekmez.²⁵⁸ İştibah şüphesinde fiilin helal olduğuna dair bir nass bulunmamaktadır aksine fail delil olmayan bir şeyi (emareyi) delil zannetmektedir.²⁵⁹ Fiilde şüphenin muteber olması için esas itibariyle fiili haram kılan bir delilin bulunmaması ve failin işlediği fiilin helal olduğuna inanması şarttır. Şayet fiilin haram olduğuna dair bir delil bulunur ve fail de fiilin helal olmadığını bilirse asla şüphe oluşmaz ve cezanın tatbik edilmesi de vacip olur.²⁶⁰

Serahsî (483/1090), iştibah (fiil) şüphesinin dayanağı olarak Said b. Müseyyeb'den gelen şu haberi delil gösterir: “Bir adam Yemen'de bir hane halkına misafir olur. Sabah olduğunda da insanlara evin hanımıyla zina ettiğini haber verir.

²⁵⁵ Zeyleî, *Tebyîn*, III/176; Aynî, Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed, *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye*, Beyrut, 1990, VI/239; Şeyhzâde, I/549.

²⁵⁶ Bilmen, III/198.

²⁵⁷ Bilmen, III/198.

²⁵⁸ Serahsî, IX/53.

²⁵⁹ Kâsânî, VII/36; İbnü'l-Hümâm, V/250.

²⁶⁰ Kâsânî, VII/36; İbn-i Âbidîn, IV/21; Udeh, II/361.

Durum Hz. Ömer'e bildirildiğinde Hz. Ömer bu konuda şöyle cevap yazar: Şayet o şahıs Allah'ın (c.c.) zinayı haram kıldığını biliyorsa ona haddi uygulayınız, bilmiyorsa öğretiniz. Bundan sonra da aynı fiili yaparsa ona haddi uygulayınız.”²⁶¹ Bu dönemde İslâmî hükümler her tarafa yayılmadığından iştibah kapsamında böyle bir zan, şüphe oluşturmuştur.²⁶² Hanefiler şu kimselerle yapılan cinsel temasları fiilde şüphe oluşan durumlar olarak kabul ederler: 1- Baba ve annesinin cariyesi, 2- Dede ve ninesinin cariyesi, 3- Karısının cariyesi, 4-- Bir mal karşılığı bain talakla veya üç talakla boşadığı karısı, 5- Hulû' sebebiyle boşanan karısı ile cinsel temasta bulunması. (Bir mal karşılığı olmaksızın, bain talakla boş olan kadına vat' etmede fiilde şüphe değil, hükmî şüphe söz konusudur.) 6- Efendinin azad ettiği “ümm-ü veled”ine iddeti içerisinde vat'etmesi, 7- Kölenin, efendisinin cariyesine vat' etmesi, 8- Mürtehinin (rehin alan kimsenin), merhune (elinde rehin bulundurduğu kadına) vat' etmesi. Bu sayılan yerlerde fail, yaptığı fiilin kendisine helal olduğunu zannettiğini ifade etmesi durumunda had uygulanmaz. haram olduğunu ifade etmesi halinde ise, kesinlikle had uygulanır.²⁶³ Çünkü buralarda zikredilen fiiller zinadır. Ancak failin helal zannı bir şüphe oluşturmuş ve cezayı düşürmüştür. Mesela cariyenin istihdam amaçlı olduğu fikrinden hareketle, vat'ın da bir nevi istihdam olduğu kanaatiyle karısının cariyesine vat' eden bir kimsenin bu zannı fiilde şüphe oluşturmuştur.²⁶⁴ Fıkıh kitaplarında bu örneklerin verilmesi o zamanın şartlarında bu kabil olayların meydana geldiği hakkında bir fikir vermektedir. Zaman içerisinde şartların değişmesi ve köleliğin İslâm'ın sıkı teşvikiyle ortadan kalkması sonucu bu gibi suç örnekleri de kendiliğinden kalkmıştır.

b) Mahalde Şüphe

Mahalde şüpheye geçmeden önce, mahallin tanıtılmasını uygun görüyoruz. Mahall (ma'kudün aleyh) : Akdin hükmü ve eseri kendisinde sabit olan şeydir. Mahal; bey' akdinde mebî, hibe akdinde hibe edilen şey, rehin akdinde rehin verilen nesne, kefalet akdinde (mekfulün bih olan) deyn ve nikah akdinde karı kocanın birbirlerinden müşterek faydalanmalarıdır.²⁶⁵

261 Serahsî, IX/53-54.

262 Serahsî, IX/54.

263 Kâsânî, VII/36; Zeyleî, *Tebyîn*, III/177; Aynî, VI/239; İbnü'l-Hümâm, V/251-252; Hamevî, I/379-380.

264 İbnü'l-Hümâm, V/250.

265 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-Fıkhıyyu'l-Âmm*, Şam, 1967, I/314.

“Mülk şüphesi” ve “Hükmî şüphe” olarak da tabir edilen Mahalde şüphe: Failin zannından değil bilakis mahalde tasarrufun helal olduğunu ifade eden şer’î bir delilden kaynaklanan şüphedir. Bu itibarla fail yaptığı suç sayılan bir fiili ister helal olduğuna isterse haram olduğuna inanarak yapsın, şüphe delile istinaden oluştuğu için, ceza düşer.²⁶⁶ Mesela hırsızlık suçu “Hırsızlık eden erkekle, hırsızlık eden kadının ellerini kesin”²⁶⁷ ayetiyle yasaklanmıştır. Babanın kendi çocuğunun malını çalmasıyla da hırsızlık gerçekleştirilmiş olur. Fakat “انت ومالك لأبيك” Sen ve malın babana aitsiniz”²⁶⁸ hadisi, babaya hırsızlık cezasının tatbikine engel olan bir delil olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶⁹ Hadis çocuğu ve onun malını babanın kendi malı olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla çocuğunun malını çalan bir baba bir bakıma kendi malını çalmış olmaktadır. Çocuğun malı tam olarak babasının malı sayılmasa da şüphesi bulunmaktadır. Bu da cezanın düşmesi için yeterli bir nedendir.

Görüldüğü üzere mahalde veya hükümde oluşan şüphe, fiilin haramlığını kaldıran şer’î bir delilden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla failin yaptığı fiilin helal veya haram oluşunu kabul etmesi dikkate alınmadan şüphe kendiliğinden oluşur. Fiili helal kılan ikinci bir delilin varlığı, fiilin haramlığını şüpheli hale getirmiştir.²⁷⁰ Hanefiler şu yerleri mahalde şüphenin oluştuğu yerler olarak kabul ederler : 1-Babanın, oğlunun ve torunun cariyesine vat' etmesi, 2- Kocanın kinaî lafızlarla boşaması sonucu bain talakla boş olan karısına vat' etmesi; böyle bir kadına vat' etmenin mahalde şüphe kabul edilmesi, müctehidlerin, böyle bir talakın bain veya ric'î oluşunda ihtilaf etmiş olmaları nedeniyledir. 3- Müşteriye teslim etmeden önce bayiin sattığı cariyeye vat' etmesi, 4- Tesmiye edilen mehrin, henüz zevceye teslim edilmeden önce kocanın karısına vat' etmesi, 5- Başka bir şahısla ortak olduğu cariyeye vat' etmesi, 6- Tercih edilmeyen görüşe göre, rehin alan kimsenin elinde rehin tuttuğu kadına (merhuneye) vat' etmesi.²⁷¹ Bu ve bunun gibi mülk şüphesi bulunan yerlerde Hanefilere göre had düşer. Çünkü şüphe delilden kaynaklanmıştır. Ancak mahalde şüphe oluşturan durumlar bunlarla sınırlı değildir. Kanaatimize göre bu sayılan hususlar o dönemlerde sıkça rastlanılan olaylardır. Fıkıh kitaplarında şüphe bağlamında köle ve cariyelerle ilgili oldukça

²⁶⁶ Zeyleî, *Tebyîn*, III/176; Aynî, VI/239; İbnü'l-Hümâm, V/252; Şeyhzâde, I/551; Hamevî, I/381.

²⁶⁷ Mâide, 38.

²⁶⁸ Ahmed b. Hanbel, II/269; İbn-i Mâce, 12 Ticarat, 64 (H. no: 2291), II/769.

²⁶⁹ İbnü'l-Hümâm, V/381.

²⁷⁰ Aynî, VI/239 vd.; Udeh, II/361-362.

²⁷¹ Zeyleî, *Tebyîn*, III/176; Aynî, VI/242; İbnü'l-Hümâm, V/250; Hamevî, I/381.

bol örnek verilmiştir. Fakat Ebû Zehra'nın (ö. 1394/1974) da ifade ettiği gibi²⁷², zamanın hükmüyle ve insanları hürriyetlerine kavuşturmaya yönelik İslâmî ilkelerin yerleşmesiyle kölelik kendiliğinden ortadan kalkmıştır. Mahalde şüphe diğer adıyla hükmî şüphe, ileride suçun unsurlarında oluşan şüpheler kısmında daha detaylı ele alınacaktır.

c) Akitte Şüphe

Sadece Ebû Hanife tarafından kabul edilen akit şüphesi şu şekilde özetlenebilir: Kendileriyle evlenilmeleri ebedî olarak haram olan (anne, kız kardeş gibi) akraba kadınlarla, haramlığını bile bile nikah yapması ve bu nikaha istinaden vat' etmesi sonucu meydana gelen şüphedir.²⁷³ Ebû Hanife (r.a.) böyle bir durumda haddin düşeceği görüşündedir. Çünkü bu olayda şeklî bir nikah mevcuttur. Bu nedenle akitte bir şüphe meydana gelmiştir. Bu şüpheye “şüphe-i nikah” da denir. Ebû Hanife akit şüphesini şöyle izah eder: Nikah akdi, bir kadının bir erkeğe mubah olmasının nedenidir. Nikahtan sonra o kadının o erkeğe mubah olmadığı ortaya çıkınca, şeklen bu nikahın var olması haddin düşürülmesini gerekli kılan bir şüphe oluşturmaktadır. Allah Teala genel manada kadını nikaha mahal kılmıştır. Dolayısıyla Hz. Adem'in soyundan gelen tüm kadınlar da nikaha mahaldirler. Bu şekilde akte edilen bir nikahta mubahlık tamamıyla sabit olmayınca, onun şüphesi sabit olmaktadır. Bu şüphe de cezanın düşürülmesi için yeterli bir nedendir.

Ebû Yusuf ve İmam-ı Muhammed'in de içerisinde bulunduğu fakihlerin çoğunluğu böyle bir şüphenin asla kabul edilemeyeceğini, çünkü böyle bir akdin mahalline musâdif olmadığını, vat'ın mülk ve mülk şüphesi bulunmayan bir mahalde cereyan ettiğini ifade ederler. Failin, böyle bir fiili haramlığını bilerek irtikap ettiğini, bu sebeple bu kimsenin mazeretinin kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla haddin mutlaka uygulanmasının şart olduğunu savunurlar. Çünkü böyle bir akit hiç olmamış hükmünde geçersiz ve batıl bir akittir.²⁷⁴

Akit şüphesi diğer batıl ve fasit akitleri de kapsamaktadır. Şekilde şüphe bölümünde bu konu daha geniş ele alınacaktır.

²⁷² Ebû Zehra, Ukûbe, s. 204.

²⁷³ Zeyleî, *Tebyîn*, III/179; Aynî, VI/252; İbnü'l-Hümâm, V/259; Bilmen, III/198.

²⁷⁴ Zeyleî, *Tebyîn*, III/179-180; İbnü'l-Hümâm, V/259 vd.; Şeyhzâde, I/552 vd.; Hamevî, I/381-382; İbn-i Âbidîn, IV/23 vd.; Udeh, II/362-363.

2- Şafiilere Göre

Şafiiler şüpheyi mahalde, failde ve cihette olmak üzere başlıca üç kategori altında ele alırlar.

a) Mahalde Şüphe

Delilden kaynaklanan şüphedir. Fail yaptığı fiilin ister helal, isterse haram olduğuna inansın şüphe yine oluşur. Çünkü bu şüphenin esası, failin malik olduğu bir mahalde işlediği fiilden kaynaklanmış olmasıdır. Fail bu mahalde şer'an tasarruf hakkına sahiptir. Mesela hayız halindeki, ihrama girmiş haldeki veya oruçlu haldeki karısına vat' eden kimsenin fiili mahalde şüphe doğuran bir davranıştır. Bu hareketleriyle koca haram bir fiil işlemiştir. Fakat bu haram fiili kanunen malik olduğu bir mahalde, yani karısında gerçekleştirmiştir. İşte kocanın mahalle malik olması ve mahalde hakkının bulunması cezanın düşmesinde müessir olmaktadır.²⁷⁵ Şafiilerin “mahalde şüphe” anlayışları, Hanefilerin “mahalde şüphe” anlayışlarıyla yakınlık arz etmektedir.²⁷⁶

b) Failde Şüphe

Failin zannından ve inancından kaynaklanan bir şüphedir. Mesela yatağında bulunan yabancı bir kadını kendi karısı zannederek veya önceden görmeyerek evlendiği karısının yerine “senin karın budur” denilerek gönderilen başka bir kadına vat' eden kimsenin fiilinde böyle bir şüphe söz konusudur. Başka bir kadını kendi cariyesi zannederek vat' eden kimsenin durumu da böyledir.²⁷⁷ Şafiilerin “failde şüphe” anlayışları ile Hanefilerin “fiilde şüphe (iştibah şüphesi)” anlayışları aynı şeyi ihtiva etmektedir.²⁷⁸

c) Cihette Şüphe

Alimlerin bir konunun helal veya haram olması hususunda ihtilaf etmeleri sonucu oluşan şüphedir. Geçerliliği konusunda ihtilaf edilen nikahları bu konuda örnek olarak gösterebiliriz. Şöyleki; İmam-ı Azam velisiz evlenmeye, İmam-ı

²⁷⁵ İbnü'l-Hümâm, V/250; Suyûtî, *Eşbâh*, s. 84; Şirvânî, Ahmed Hamid-Abadî, Ahmed b. Kasım, *Havâşî alâ Tuhfeti'l-Muhtâc*, yy, ty, IX/103; Udeh, I/212; II/360.

²⁷⁶ *el-Mevsûatu'l-Fıkhıyye*, Haz. Vezâratü'l-Evkaf ve's-Şuûni'l-İslamiyye, Kuveyt, 1992, XXV/340.

²⁷⁷ İbnü'l-Hümâm, V/250; Suyûtî, *Eşbâh*, s. 84; Şirvanî-Abadî, IX/103; Udeh, I/213; II/360.

²⁷⁸ *el-Mevsûatu'l-Fıkhıyye*, XXV/341.

Malik şahitsiz evlenmeye, İbn-i Abbas da mut'a nikahına cevaz vermişlerdir. Bu gibi nikahların sıhhati konusunda müctehidler arasında bir ittifakın meydana gelememesi şüphe nedeni olduğundan, böyle bir nikah sonucu vat' etmekle zina haddi uygulanamaz.²⁷⁹ Galip olan görüşe göre tedavi maksadıyla içki içilmesi haram kabul edilmesine rağmen, bu konuda cevaz veren âlimlerin de bulunması nedeniyle meydana gelen ihtilaf şüphe oluşturmakta ve cezanın düşmesinde müessir olmaktadır.²⁸⁰ Şafiilerin "cihette şüphe" anlayışları, Hanefilerin mahalde şüphe kavramı kapsamında ele alınmaktadır.²⁸¹ Bu çeşit şüpheler ileride suçun unsurlarında oluşan şüpheler kapsamında daha geniş olarak mütalaa edilecektir.

E- Diğer Mezheplere Göre Şüphe

Udeh (ö. 1373/1954), Maliki ve Hanbeli hukukçularının şüpheyi bir vasıf olarak zikrettiklerini, ayrıca özel isim altında mütalaa etmediklerini söylüyorsa da²⁸², Malikiler şüpheleri ayrı isimler altında ele almışlardır.

Buna göre Malikilerin şüphe taksimi şöyledir:

1- Şüphetü'l-Vat' (vat'da şüphe) : Failin yabancı bir kadını kendi karısı veya cariyesi olduğuna inanarak vat' etmesidir.

2- Şüphetü'l-Mevtûe (vat' edilen kadında şüphe) : Ortak oldukları bir cariyeye otaklardan birinin vat' etmesi durumunda haddin uygulanamayacağı şüphedir.

3- Şüphetü't-Tarîk : Vat' edilen kadının mubahlığı konusunda âlimlerin ihtilaf ettiği şüphedir. Mut'a ve benzeri nikahlar gibi. Böyle yerlerde fakihlerin bir kısmının bu nikahları haram kabul etmeleri haddin uygulanmasını, bir kısmının mubah kabul etmeleri de had uygulanmamasını gerektirir. Bu durum da şüphe oluşturur. Bu üç çeşit şüphe hadlerin ve keffaretlerin düşürülmesinde müessir olan şüphelerdir.²⁸³

Cezaların düşürülmesinde şüphenin rolü konusunda dört mezhebin ittifak etmiş olmalarına rağmen, Zahiriler cezalarda şüphenin rolünü kesinlikle kabul

279 İbnü'l-Hümâm, V/250; Suyûtî, *Eşbâh*, s. 84; Şirvanî-Abadî, IX/103.

280 Suyûtî, *Eşbâh*, s. 84; Behnesî, Ahmet Fethi, *Nazariyyât fi'l-Fıkhî'l-Cinâi'l-İslamî*, Kahire, 1969, s. 112.

281 *el-Mevsâtu'l-Fıkhıyye*, XXV/341.

282 Udeh, I/212.

283 Karâfî, IV/172.

etmezler. İbn-i Hazm, bir şüpheye istinaden herhangi bir cezanın infazının veya düşürülmesinin kabul edilemeyeceğini iddia ederek, bu iddialarını şöyle temellendirir: Şayet haddi gerektiren bir suç açıkça sabit olmamışsa, böyle bir haddin şüpheye istinaden infaz edilmesi helal olmaz. Çünkü Hz. Peygamber, “Şüphesiz ki canlarınız, mallarınız ve kanlarınız birbirinize haramdır”²⁸⁴ buyurmaktadır. Aynı şekilde şayet haddin uygulanma şartları oluşmuşsa böyle bir cezanın bir şüpheye istinaden düşürülmesi de helal olmaz. Çünkü Kur'an'da “...Bu söylenenler Allah'ın sınırlarıdır, sakın onları aşmayın”²⁸⁵ buyurulmaktadır.²⁸⁶ Ayrıca İbn-i Hazm, şüpheyle hadlerin düşürülmesi hususunda delil getirilen hadislerin asıllarının olmadığı iddiasında da bulunur.²⁸⁷ İbn-i Hazm'ın bu iddialarını Tehânevî şöyle cevaplandırır: “Şüphelerle cezaların düşürülmesi hususunu iyice araştıran ve düşünen bir kimse sahabe, tabiin ve müctehidlerin sadece Şâri'in muteber kabul ettiği bir şüphe nedeniyle hadleri düşürdüklerinde, yoksa onların soyut bir şüphe anlayışıyla hareket etmediklerinde tereddüt etmez.”²⁸⁸ Hangi şeylerin şüphe oluşturup oluşturmayacağı kişilerin inisiyatifine bırakılmamış, bilakis şer'an muteber kabul edilen bir delile dayandırılmasının zorunluluğu ifade edilmiştir.²⁸⁹ Daha önce de belirttiğimiz gibi İbn-i Hazm, cezaların şüphelerle düşürülmesi hususundaki hadislerin aslı olmadığını ve bu hadislerle amel etmenin hadlerin topyekün ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağını iddia etmektedir.²⁹⁰ Oysaki sübut bulan bir suçun cezasını düşürmeye kimsenin yetkisi yoktur.²⁹¹ Çünkü Allahu Teala böyle bir yetkiyi hiç kimseye vermediği gibi, kesin olarak sabit olan bir suçun mutlaka cezasının verilmesini emretmiş, “...Allah'ın din (ini tatbik) hususunda sizi sakın acıma duygusu kaplamasın! Mü'minlerden bir grup ta onlara uygulanan cezaya şahit olsun.”²⁹² buyurarak bu hususa dikkat çekmiştir.

II- MODERN HUKUKTA ŞÜPHE

Şüpheden sanığın yararlanarak cezaların düşürülmesi ilkesi modern hukukun da benimsediği insanî bir ilkedir. Bu ilke en açık şekliyle ilk defa 1789 yılında

284 Buhârî, 93 Fiten, 8 (H. no: 7078), VIII/117.

285 Bakara, 229.

286 İbn-i Hazm, XII/57-58.

287 İbn-i Hazm, XII/57.

288 Tehânevî, XI/492.

289 Tehânevî, XI/492 vd.

290 İbn-i Hazm, XII/59.

291 Tehânevî, XI/491.

292 Nur, 2.

yayınlanan İnsan Hakları Demeci'nin IX. maddesinde açıklanmıştır. Ceza Muhakemesi Hukuku'nda şüphe şu şekilde tarif edilmiştir: “Hazırlık soruşturmasının başında, yetkililerin delile dayanan bir tahminden ibaret iken, hazırlık soruşturmasının daha sonraki devrelerinde ve soruşturmada iddiayı destekleyen delillerle, savunmayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve bu yetkililerin bu yüzden savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde net bir kanaata varamamalarından ibarettir.”²⁹³ Türk Hukuk Kurumu'na hazırlanan lügatte şüphe tarif edilirken, “Haram veya helal mi olduğu müteyakkan bulunmayan, yani hakkında kat'i bir hüküm verilemeyen haldir”²⁹⁴ ifadesi kullanılarak İslâm hukukçularının yaptıkları tarif benimsenmiştir. Modern Hukukta şüphe kavramını ele alırken sanığın şüpheden faydalanması, masumluk ilkesi, şüphenin çeşitleri üzerinde durulacaktır.

A- Şüpheden Sanığın Faydalanması İlkesi (In Dubio Pro Reo)

Mahkumiyete yeter delil olmaması sebebiyle beraata karar verilmesi prensibi, şüpheden sanığın faydalanması şeklinde ifade edilmektedir.²⁹⁵ Bu ilke, ceza yargılamasında ispat konusunda bir husus şüpheli kaldığında sanık lehine sonuç çıkarma ve karar vermeyi gerekli kılan bir ilkedir.²⁹⁶ Hakim, suçun sübutu bakımından bir karara varamazsa o hususu sabit olmamış sayacak ve sabit olmamanın sonuçlarına karar verecektir.²⁹⁷ Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, “bir suçlunun cezasız kalmasının, bir masumun mahkum edilmesine tercih edilmesidir.”²⁹⁸ Başka bir ifadeyle bu durum masumluk karinesinin bir sonucu olarak öngörülmektedir.²⁹⁹ Bu ilke yasada açıkça ifade edilmiş değildir. Ancak bu gün için gerek öğreti ve gerek uygulamada tartışmasız kabul edilmiş bir ilkedir. Sanığın mahkum edilmesi için, suçluluğu konusunda yüzde yüz kanaat gelmesi şarttır. Bu nedenle bu ilke “suçluluk ispatlanmazsa mahkumiyet olmaz” kuralının bir sonucu sayılabilir. Bu sonuç Anayasada (AY, 38/4) “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz” ifadesiyle açıklanmıştır.³⁰⁰

293 Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara, 1995, s. 270.

294 *Türk Hukuk Lügati*, Haz. Türk Hukuk Kurumu, Ankara, 1991, s. 313.

295 Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1978, s. 423.

296 Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 44.

297 Kunter, s. 423; Erem, Faruk, *Ceza Usûlü Hukuku*, Ankara, 1973, s. 339; Öztürk, s. 84.

298 Kunter, s. 423.

299 Öztürk, s. 84; Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 113.

300 Yurtcan, s. 45.

Kuşkunun bulunması halinde mahkumiyet kararı verilmesi, ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Kuşkudan sanığın yararlanacağı evrensel bir ceza hukuku ilkesidir ve varsayımlara dayanılarak mahkumiyet hükmü uygulanamaz.³⁰¹ “CMUK'a getirilen yeniliklerden birisi de sorgulama sırasında sanığın veya ifade veren kimsenin şüpheden kurtulabilmesi için, kesin delillerini getirebileceğinin kendisine hatırlatılmasıdır. Bu esasa göre de nispeten işkence önlenmiş olur. Çünkü delil getirme imkanı sanığa verilirse ve o da bu delilleri getirirse, işkenceye maruz kalmaktan kurtulabilir. Kendisine bu imkan verildiği halde delil getiremez ve suç işlediği de sabit olursa bu sefer de cezasını çeker. Yasanın 135/5. fıkrası şöyledir: Sanığa şüpheden kurtulması için somut delillerinin toplanmasını talep edeceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan hususları ileri sürmek imkanı verilir. İşkence, diğer zalimane ve insanlık dışı kötü muamelelerin önlenmesini hedef alan CMUK'un iyi uygulayıcılar elinde daha da güzelleşeceğine ve insanlara adalet, iyilik ve mutluluk getireceğine inanıyor ve diyoruz ki, 3842 sayılı yasa ile hedeflenen gaye, işkenceyi önlemek, insan haklarını garanti altına almak ve hukuk devletinin dayandığı temelleri sağlamlaştırmak, insanlara âdilane muamele etmek, her türlü haklarını vermektir. Yapılan eskiye nispetle tamamen insan haklarına uygundur ve bir hukuk reformu niteliğindedir.”³⁰² Erem, delil yetersizliği nedeniyle beraat eden kimselerin, durumları izah edilemeyen bir grup teşkil ettiklerini ifade ederek şu görüşlere yer verir: “Bunlar mahkum değildirler. Fakat suçsuz oldukları da kesin surette anlaşılamamıştır. Bu durumu hukuk yönünden izah pek güçtür.”³⁰³

Şüpheden sanığın faydalanması ilkesi, en açık bir şekilde 1789 yılında, İnsan Hakları demecinin 9. maddesinde açıklanmıştır.³⁰⁴ Diktatörlük hukuku, suçluya bir çeşit dokunulmazlık tanıdığını ileri sürerek böyle bir ilkeyi kabul etmez.³⁰⁵ Bu ilkenin masumluk karinesiyle sıkı ilişkisi bulunduğundan ³⁰⁶ “masumluk ilkesi”nin izahında fayda görmekteyiz.

B- Masumluk İlkesi

Usul hukukunda hakkında mahkumiyet kararı verilinceye kadar bir sanığın masum sayılması ilkesine “masumluk karinesi” denir.³⁰⁷ Masumluk karinesi sanık

301 Öztürk, s. 84.

302 Aydın, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, s. 108.

303 Erem, s. 340.

304 Erem, s. 151, 340.

305 Erem, s. 340.

306 Donay, s. 113; Öztürk, s. 84.

307 Kunter, s. 18; Erem, s. 151; Öztürk, s. 97.

için bir haktır. Bu karine ancak sanığın suçlu olduğunu ortaya koyan bir delille bertaraf edilebilir. Bu karinenin anlamını kavramak için aksini düşünmek kafidir. “Bir kimse masum olduğu ispat edilmedikçe suçludur” yolunda bir karine bulunsaydı, her insan sürekli bir tehdit altında bulunmuş olurdu. İnsan ve Vatandaşlık Hakları beyannamesinde (md. 9) ifadesini bulan masumluk karinesine göre bir fert hüküm giyinceye kadar masum sayılacaktır.³⁰⁸ Bu, insanlık tarihinin kaydettiği büyük adlî hatalardan sonra bulunmuş bir kaidedir. Hürriyet rejimlerinde uygulanan bütün usul kanunları bu kaideye yer vermiştir. Masumluk karinesinin esasını şöylece açıklamak mümkündür: Kamu davasının gayesi sanığın suçlu olduğunu ispat etmektir, onun aynı zamanda masum olduğunu ispat gayesi yoktur. Fakat bunun doğal sonucu şudur: Bir kimsenin beraat edebilmesi için, masum olduğunun anlaşılması şart değildir. O kimsenin suçlu olduğunun anlaşılmasını şart değildir. Bu suretle ihtimalî düşüncelerin vatandaş aleyhine sonuç vermesi önlenmiştir. Bu, usul hukukunun ferde tanıdığı bir teminattır. Bu teminatı en iyi ifade eden de “masumluk karinesi” fikridir.³⁰⁹ “İşkence ve kötü muamele altında alınan ifadeler daima şüphelidir. Bir kimsenin suç işlediğine dair kesin delil yoksa, gerçekte o kimsenin suç işleyip işlemediği daima şüpheli kalır. Şüphe ile bir insanı mahkum etmek ise, hiçbir insanî veya cezaî esasa uymaz.³¹⁰ Bu ilkedен hareketle, sanıkla ilk temasa geçen yetkili, yakaladığı bir kimsenin suçsuz olabileceğini düşünerek ona göre hareket edecektir. Koğuşturma makamlarının önyargı ile hareket etmesi veya suçluluk karinelerine dayanması, bu hakkın ihlali anlamına gelir.³¹¹ Bir masumun cezalandırılması durumunda gerçek suçlu cezasız kaldığı için, diğer bazı hakları da ihlal etme yoluna girecektir. Diğer taraftan herkeste adlî hataya kurban gitme korkusu doğacak, herkes kendini daha az güven içerisinde hissedecek, böylece de adalet halk nazarındaki güvenilirliğini kaybedebilecektir.³¹²

Masumluk karinesi İslâm Hukukunun gelişinden itibaren benimsediği insanî bir esastır. “Berâet-i zimmet asıldır”³¹³ kaidesinde ifadesini bulan bu insanî ilkeyle insanın suçsuzluğu esas alınmış, suçluluğu tam olarak sabit olmayan kimse cezalandırılmamıştır. Buna göre bir kimse başkasının aleyhine her ne sebeple olursa olsun, tazminat gerektiren borç ve telef gibi bir iddiada bulunsa hasım

308 Erem, s. 151.

309 Erem, s. 151; Öztürk, s. 97.

310 Aydın, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, s. 138.

311 Öztürk, s. 97.

312 Erem, s. 339.

313 *Mecelle*, md. 8.

(davalı) reddettiği müddetçe iddia sahibi üzerine davasını ispat etmesi şarttır. Çünkü hasmı aslî olan durum bağlar, o da aslî beraattır. Yani aksi ispatlanmadıkça kişinin suçtan beri olmasıdır.³¹⁴

“Aslî beraat” ilkesi medenî, cezaî ve taabbudî (ibadet-amel) sahaları kapsayan tatbikat alanı oldukça geniş bir ilkedir. Sanığın suçluluğu kesin bir delille ispat edilinceye kadar adalet önünde suçsuzdur. Delil zannî olursa böyle bir zannî delil kesinliği yani şahsın suçsuzluğunu ortadan kaldıramaz, dolayısıyla ihtimalî bir delille şahıs mahkum edilemez.³¹⁵

C- Şüphenin Çeşitleri

Şüphenin çeşitleri delillerin takdiri, yorumda şüphe ve infazda şüphe başlıkları altında ele alınacaktır.

1- Delillerin Takdiri Bakımından

a) Basit veya Başlangıç Şüphesi

Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz veya sayıca az olan şüphe dir. Hazırlık soruşturmasına başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların, en azından “belirti” şeklinde ortada bulunan delillerin, belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması şarttır. Muayyen ve belirti şeklindeki delillere dayanmayan ve sadece tahminden ibaret bulunan şüphe hazırlık soruşturmasına başlanabilmesi için yeterli değildir. Yeterli sayılırsa keyfiliğin önlenmesi mümkün olmaz.³¹⁶

b) Yoğun Şüphe

Eldeki deliller sayıca az değil veya delil yeterli ve kuvvetli ise yoğun şüpheden bahsedilebilir. Yoğun şüphenin şu gibi kısımları vardır:

ba) Yeterli şüphe: Eldeki delillere göre yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması ihtimali, beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise, “yeterli şüphe” var demektir.

³¹⁴ Suyûtî, *Eşbâh*, s. 39; İbn-i Nüceym, *Eşbâh*, s. 59; Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm*, I/48; vd.; Zeydan, *el-Vecîz*, s. 271; Zerkâ, II/970; en-Nedvî, s. 120, 245, 356.

³¹⁵ Ahmedûn, s. 62.

³¹⁶ Öztürk, s. 435.

bb) Kuvvetli şüphe: Eldeki delillere nazaran yapılacak duruşmada sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise, ‘kuvvetli şüphe’ var demektir. Kuvvetli şüpheyne örnek olarak meşhut suç³¹⁷ gösterilebilir.³¹⁸

2- Yorumda Şüphe

Uygulanacak olan hukuk kuralı üzerinde şüphe olup olmayacağı tartışmalıdır. Genellikle uygulanacak hukuk kuralı üzerinde şüphe olamayacağı ileri sürülmektedir. ‘‘Hukuk kuralının biri lehte biri aleyhte olanı değil, fakat somut olaya en uygunu uygulanır’’ denmektedir. Yargılama organının somut olayı en iyi kapsayanı seçmesi gerektiği fikri yerindedir. Özellikle tek hakimli mahkemelerde durum bu olacaktır. Buna karşılık, toplu hakimli mahkemelerde hakimlerin bir kısmı bir yasayı, diğer bir kısmı da öteki yasayı uygulamak isteyebilir. Eğer mahkemedeki üye sayısı çift ise, bu konudaki karşıt oylar eşit olabilir ve bu durumda iş şüpheli kalabilir.³¹⁹

Yorum metotları kullanıldığı halde bir yorum yapılamaması ‘‘yorumda şüphe’’yi doğurur. Böyle bir şüphe durumunda, yorumlamak mecburiyetinde bulunan kişi, bunlardan birini seçmek zorundadır. Bu seçim de akıl ve mantık terazisinden birinin ağır basmasına göre yapılacaktır. Sadece ihtimallerin aynı ağırlıkta olması takdirindedir ki, yorum şüphesinden bahsedilebilecek ve aslında delil bakımından söz konusu olan ‘‘şüpheden sanık faydalanır’’ kaidesine norm bakımından da başvurulacaktır.³²⁰

Hukuk normları üzerinde yorum yapmaktan kaynaklanan şüpheyi kabul etmeyenler şu görüşlere yer vermektedirler: ‘‘Kanaatimizce şüphe sanığı müstefid eder (İn dubio pre reo) kaidesi, daha ziyade mahkeme usulüne ait bir kaidedir ve elde edilen deliller, sanığın mesuliyetinde şüphe ettirecek bir durum vücuda getiriyorsa, sanığın beraatına karar verilmek, bunun gibi bir hadiseyi tespit için hiç bir delil yoksa, sanığın lehine hareket etmeyi ifade eder. Halbuki kazaî yorumda,

³¹⁷ Meşhut suç: İşlenmekte olan suç, meşhut suçtur. Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya ve izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç ta meşhut suç sayılır (CMUK, md. 127).

³¹⁸ Öztürk, s. 435-436.

³¹⁹ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuk Dersleri (Genel Kısım)*, İstanbul, 1984, I/380.

³²⁰ Kunter, s. 413.

hakim yorumlanacak maddeyi objektif bir surette hadiseden tamamiyle tecerrüd ederek tetkik eder ve neticeye varır.”³²¹

Hukuka ilişkin hususlarda şüphe edildiğinde, “şüpheden sanık faydalanır” kuralının geçerli olmayacağı görüşünde olanlar, mahkemenin yorum kurallarına göre karar vermesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu bağlamda mahkemede sanığın yargılanması sırasında, ilgili konuda biri sanığın lehine biri aleyhine olan bir çözümün bulunması durumunda, sanığın lehine olan sonucun benimsenmesini kabul etmezler.³²²

3- İnfazda Şüphe

Bir fiil hakkında her nasılsa birden fazla son karar verilmiş ise, İtalyan yasa koyucu sanığın daha fazla lehine olan son kararın uygulanmasını kabul etmiştir. Böyle bir çözüm şeklinde, iki mahkeme arasında hukuk kuralının anlamında bir çatışma olduğu kabul edilen durumlarda sanık lehine olan kurala göre uygulama yapılacaktır.³²³ Görüldüğü gibi doktrinde çoğunlukta olan mütalaaya göre şüpheden sanığın faydalanması prensibi, ancak delillerin takdiri makamındadır. Ama yorumda şüphe halinin ve infazda şüphe halinin de bu kapsama alındığı görülmektedir.³²⁴

Bu bölümün sonunda çıkan sonuca göre, mezheplerin şüphe için belirledikleri terimlerde suçun unsurlarıyla ilgili şüphelere yer verdikleri, modern hukukta ise daha çok suçun ispatı esnasında gerekli olan delillerin takdiri üzerindeki şüpheler üzerinde durdukları görülmektedir. İspat konusunda oluşabilecek şüpheler fıkıh kitaplarında oldukça geniş yer kaplamaktadır. Şu kadar var ki bu kabil şüpheleri tek başlık altında ele alacak şekilde bir isim verilmemiştir. Fakat zaman zaman meydana gelen her özel şüphe için de bir isim verdikleri olmuştur. Zaten şüphenin hangi nedenden kaynaklandığı duruşma anında hakimin inceleme ve araştırmasıyla ortaya çıkabilecek bir husustur. Modern Hukukta sanığın şüpheden faydalanması genel prensip olmakla birlikte, İlke yasada açıkça ifade edilmemiştir. Modern Hukukta şüphe daha çok delillerin takdiri bakımından söz konusu olmakta, yorumda şüphe genellikle kabul edilmemekte, infazda şüphe konusunda ise sadece İtalyan yasasında bir sarahat bulunmaktadır.

³²¹ Taner, s. 166.

³²² Yurtcan, s. 46.

³²³ Tosun, I/380; Kunter, s. 424.

³²⁴ Kunter, s. 423, 424.



İKİNCİ BÖLÜM
ŞÜPHENİN OLUŞMASI

ŞÜPHENİN OLUŞMASI

I- SUÇUN UNSURLARINDA

Suçun genel unsurları yanında, her bir suçun oluşması için öngörülen bir takım özel unsurlar da bulunmaktadır. Mesela hırsızlık suçunun unsurlarından biri, çalınan malın kıymet ifade eden bir mal olmasıdır. Bu itibarla kıymet ifade etmeyen toprak, çamur ve çabuk bozulabilen yaş sebze gibi bir malın alınmasıyla haddi gerektiren hırsızlık suçu gerçekleşmiş olmaz. Bu kimse ta'zirle cezalandırılır.³²⁵ Suçun unsurları bağlamında oluşacak şüpheleri şu şekilde ele almak mümkündür:

A- Delilde Şüphe

Genellikle bir konu hakkında iki farklı delilin bulunmasından kaynaklanan bir şüphe vardır. Bu delillerden biri fiilin haramlığını ifade eder ve tercih edilen kuvvetli delildir. İkinci delil fiilin mubahlığını ifade eder ve birinci delile nazaran tercih edilmeyen zayıf delildir. Fiil kuvvetli delille haram kılınmasına rağmen, fiili helal kılan ikinci bir delilin bulunması cezanın tatbikini önleyen bir şüphe oluşturmaktadır.³²⁶ İslâm hukukçularının bir konu üzerindeki ihtilafları da “delilde şüphe” kapsamındadır. İslâm müctehidlerinin bir meselenin helal veya haram olduğu üzerindeki muteber ihtilaflarının³²⁷ şüphe oluşturduğu kabul edilmiştir.³²⁸ Bu husus İslâm hukukçuları nazarında yerleşmiş bir kuraldır. Konuyla ilgili olarak şu örnekleri verebiliriz:

³²⁵ Kâsânî, VII/67-68

³²⁶ Merğînânî, II/100; Aynî, VI/239; İbnü'l-Hümâm, V/252; Ebû Zehra, Ukûbe, s. 201.

³²⁷ Müctehidlerin bir konu üzerindeki ihtilaf sebepleri esas itibariyle iki nedene dayanmaktadır: 1- Bizzat delilin kendisinden kaynaklanan ihtilaflar, 2- Usûlden kaynaklanan ihtilaflar. Şâtübî (ö. 790/1388), ihtilaf nedenlerini şu şekilde sıralamaktadır: a) Lafızlardaki müstereklik, b) Lafzın hakikat ve mecaza muhtemel olması, c) Delilin bir hükme özel olup olmaması, d) Delilin âmm veya hass olması, e) Hadis rivayetlerinde ihtilaf, f) İctihad ve kıyas konularında ihtilaf, g) Delilde nesh olup olmaması, h) Delilin mubahlığa delalet edip etmemesi (Şâtübî, IV/153-155). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mustafa Said el-Hinn, *İslam Hukukun'da Yöntem Tartışmaları* (Trc. Halit Ünal), Kayseri, 1993.

³²⁸ Serahsî, XXIV/14; Kâsânî, VII/35; Aynî, VI/400; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 201.

Örnek 1. Hırsızlık suçunun bütün unsurlarının gerçekleşmesi durumunda suç sabit olur ve suçlu cezalandırılır. İlgili ayet³²⁹ hırsızın elinin kesilmesini âmirdir ve kuvvetlidir. Bir baba oğlunun malını çaldığında da aynı suçu işlemiş, dolayısıyla cezaya müstehak olmuştur. Fakat “ انت ومالك لأبيك ”³³⁰ Sen ve malın babana aitsin”³³⁰ hadisi, hırsızlıkla ilgili cezanın babaya tatbiki konusunda şüphe doğurmuş ve bu şüphe nedeniyle had düşmüştür.³³¹ Aslında İslâm Hukukunda özel mülkiyet müessesesi bulunması hasebiyle zimmetler ayrıdır. Bu nedenle bu ikinci delil zayıf (mercu) tır. Ama bu delilin mevcudiyeti ve oğlunun malını babasına mubah kılması şüphe oluşturmakta, dolayısıyla had düşmektedir.³³²

Örnek 2. Nebbaş, defnedildikten sonra ölülerin kefenlerini kabirlerinden çalması nedeniyle aslında hırsızlık suçunu işlemiştir. Fakat İslâm hukukçuları nebbaşa hırsızlık cezasının uygulanabilirliği konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Ebû Hanife ve öğrencisi İmam-ı Muhammed, bu konuda İbn-i Abbas'ın görüşünü tercih ederek, nebbaş had uygulanamayacağına dair içtihatla bulunmuşlardır. Görüşlerine esas olarak da “Muhteff”³³³ye el kesme yoktur”³³⁴ hadisini delil almışlardır. Bu görüş sahipleri şu ifadelerle yer verirler: Nebbaş hırsız kapsamında mütalaa edilemez. Zira kabir hırs (içinde eşya ve mal saklanan yer) olmaya uygun değildir. Çünkü hırs malın muhafaza edildiği yerdir. Kefen kabirde saklanması için konulmaz. Hırs bulunmaması sebebiyle ölüne kefenle malik olması da düşünülemez. Kefen ölüne malı olmadığı gibi mirasçılarının da malı değildir. Çünkü tekfin ve teşhiz gibi işlemler, mirasçının hakkından da öncedir. Diğer taraftan İmam-ı Azam kefenin muhrez olmaması sebebiyle, kefenle birlikte gömülen koku, altın ve başka bir malın da muhrez sayılamayacağını dolayısıyla bu durumdaki kıymetli eşyanın çalınmasıyla da elin kesilemeyeceğini, zira böyle bir davranışın akıllı bir davranış olmadığını ve malın boşa ziyan edilmesi demek olduğunu söyler.³³⁵ Diğer taraftan kefenin ölüyü sarmak amacıyla kullanıldığının

329 Bkz. Mâide, 38.

330 Ahmed b. Hanbel, II/269; İbn-i Mâce, 12 Ticarat, 64 (H. no: 2291), II/769.

331 İbnü'l-Hümâm, V/381.

332 Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 201.

333 “Muhteff” Medine lehçesinde nebbaş (kefen soyucu) anlamına gelmektedir (İbnü'l-Hümâm, V/375).

334 Hadise sahih kaynaklarda rastlanılamamıştır. İbn-i Ebi Şeybe (ö. 235/849), buna benzer İbn-i Abbas'a ait bir sözü nakleder. Bkz. İbn-i Ebi Şeybe, *Musannef*, VI/531. Ayrıca hadis hakkında bkz. Zeylefi, *Nasbu'r-Râye*, III/367- 368; Askalanî, Ahmed b. Ali b. Muhammed b. Hacer, *ed-Dirâye fi tahrîc-i ehadîsi'l- Hidâye*, Beyrut, ty, II/110.

335 Kâsânî, VII/69; İbn Kudâme, X/263; İbnü'l-Hümâm, V/374.

idrakinde olan bir kimse, kefen soyuculuğu yapmaz. Haddin meşru olmasının bir nedeni de çok işlenen bir suçun önüne geçmektir. Kefen soyuculuğu gibi olaylarsa nadir meydana gelen olaylardır. Çünkü çok az kimselerin dışında, kefene ölünün sarıldığı düşünün kimseler, böyle bir fiili yapmaktan nefret ederler.³³⁶ Bu görüşlere mukabil, Ebû Yusuf, Şafii, Malik ve Ahmed b. Hanbel “Kim kefen soyarsa onun elini keseriz”³³⁷ hadisini delil getirerek nebbaşın hırsız olduğunu iddia ederler. Bu hukukçuların diğer görüşleri şöyledir: Kabir ölünün evi mesabesindedir. Çünkü kefenin kabirden başka bir yere konulması düşünülemez. Bu nedenle kabir kefenin muhafazası için uygun ve yeterli bir mekandır. Aynı zamanda ölü sağ iken kefene malik bulunduğundan, kefen öldükten sonra da onun malı sayılmaktadır. İşte İslâm hukuk bilginlerinin nebbaşın hırsız olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı içerisinde olmaları şüphe oluşturmuş ve haddin tatbikini düşürmüştür.

Örnek 3. Bir bain talakla boşadığı karısına haramlığını bile bile vat' eden kocaya had gerekmez. Zira “ibane” ve diğer kinaf lafızlarla meydana gelen lafızlarla boşamalarda mülkiyetin zevali konusunda müctehidler ihtilaf etmişlerdir.³³⁸ Kinâf lafızlarla verilen talak Hz. Ömer ve İbn-i Mesud (r.a.) ric'î kabul ederler. Bu ihtilaf ise şüphe doğurur. Bu nedenle kinâf lafızla boşadığı karısına bile bile iddeti içerisinde vat' eden kocaya had uygulanamaz. Çünkü sahabe kinâf lafızlarla vakf olan talak konusunda ihtilaf etmişlerdir.³³⁹ Bu ihtilaf haddi düşüren muteber bir şüphedir. Hudud ve keffaretler gibi cezalar şüphelerle sabit olmaz. Aynı şekilde haddin uygulanmasını gerektirecek bir tarzda sarih bir lafızla ikrarda bulunmayan kimseye de had uygulanamaz. Mesela bir kimse “çaldım” değil de “aldım” dese had uygulanamaz. Yine bir kimsenin “ben zâni değilim” şeklinde imalı bir söz sarfetmesiyle, diğer kimsenin zina yaptığına hükmedilemez.³⁴⁰

³³⁶ İbnü'l-Hümâm, V/374-376.

³³⁷ Bu hadise sahih hadis kaynaklarında rastlanılmamıştır. Aynı zamanda bir hadisçi olan İbnü'l-Hümâm (İbnü'l-Hümâm'ın hadisçiliği için bkz. Hakkı Aydın, *Sivas'lı Kemaleddin İbn-i Hümâm*, Sivas, 1993, s. 91-102) *Hidâye* (II/121) ve diğer fıkıh kitaplarında geçen bu hadisin münker olduğunu söyler (*Fethu'l-Kadîr*, V/374). Hadis için ayrıca bkz. Zeyleî, *Nasbu'r-Râye*, III/366-367.

³³⁸ Kâsânî, VII/36.

³³⁹ Kâsânî, VII/36; İbnü'l-Hümâm, V/254

³⁴⁰ Şakiru'l-Hanbelî, *Usûlu'l-Fıkhü'l-İslamî*, Suriye, 1948, s. 178-179; Zeydan, s. 337.

Alimlerin çoğunluğuna göre sahihliği konusunda ihtilaf edilen, mut'a³⁴¹, şigar³⁴², velisiz evlenme, tahlil³⁴³, şahitsiz yapılan evlilikler ile, henüz iddeti bitmeyen boşadığı karısının kız kardeşiyle evlenmek, bain talakla iddet bekleyen dördüncü karısı varken beşinci bir evlilik yapmak, mecusu bir kadınla evlenmek ve benzeri nikahlar sonucu vaki olan vat' nedeniyle de faile zina haddi uygulanamaz. Çünkü müctehidlerden bir kısmı bu kabil nikahları sahih sayarken, bir kısmı sahih saymamış, dolayısıyla bu ihtilafın neden olduğu şüphe sonucu haddin uygulanabilirliği ortadan kalkmıştır.³⁴⁴

Örnek 4. Şarap içme, cezayı gerektiren bir fiildir. Fakat tedavi amaçlı olarak içkinin içilmesi durumunda cezanın uygulanması hususu ihtilaflıdır. Ebû Hanife, tedavi amacıyla içki içilmesine cevaz verir.³⁴⁵ Yine Hanefi Belh uleması, uzman bir doktorun, hastanın içki içmesiyle kesin olarak iyileşeceğini ifade etmesi durumunda içki içmenin caiz olacağını söylemişlerdir.³⁴⁶ Hanefi kaynaklarının çok büyük bir kısmında yasaklanmış her türlü içkinin tedavi amacıyla içilmesinin haram olduğu ifade edilmektedir. Buna göre başka bir madde katmaksızın bir içkinin “aynı”yla tedavi helal değildir.³⁴⁷ Diğer taraftan bir şahsın içkiyle kendi yarasını ve hayvanını tedavi etmesi de mekruhtur.³⁴⁸ Aynı şekilde iğneyle enjekte etmek veya ihlîle (idrar yoluna) içkinin damlatılması tarzında bir tedavi de mekruhtur. Şu kadar var ki bu kabil bir tedavi dolayısıyla had gerekmez. İmam-ı Şafii'nin bir görüşüne göre tedavi amacıyla içkinin (hamr) içilmesi caizdir.³⁴⁹ Yine Şafiilerden gelen başka bir görüşe göre, İki âdil şahsın (tabibin), hastanın şifasının içkide olduğunu söylemeleri üzerine hamr (şarap) la tedavi olması caizdir³⁵⁰ Malikilerin bir görüşü de böyledir.³⁵¹ Fakat Şafiilerde tercih edilen görüşe göre, tedavi amacıyla içki içilmesi haramdır. Ancak şarabın (hamr) içilmesi diğer içkilerle

341 Mut'a nikahı: Bir erkeğin bir kadına “Senden şu kadar süre faydalanacağım” demesiyle yapılan bir nikahtır (Zuhaylî, VII/117).

342 Şigar: “Bir erkeğin velayeti altında bulunan kızını ya da kız kardeşini bir başkasına onun da velayeti altında bulunan kadına karşılık, aralarında hiç bir mehir bulunmaksızın trampa şeklinde nikahlamasıdır.” (Zuhaylî, VII/116).

343 Tahlîl: “Üç talakla boşadığı karısını, kocasına tekrar helal kılmak gayesiyle yapılan nikahtır.” (Zuhaylî, VII/117).

344 Kâsânî, VII/35; İbn Kudâme, X/155; İbnü'l-Hümâm, V/253; Suyûtî, *Eşbâh*, s. 84

345 İbn Kudâme, X/325; San'anî, Muhammed b. İsmail, *Subulü's-Selâm*, Kahire, 1960, IV/36.

346 Alemgîr, Bahadır, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Bulak, 1310, V/355.

347 Serahsî, XXIV/9, 25; İbnü'l-Hümâm, X/96; İbn-i Hümâm, VI/449.

348 Serahsî, XXIV/21.

349 İbn Kudâme, X/325.

350 Serahsî, XXIV/25.

351 Cezîrî, V/33.

karıştırılması halinde caiz olmaktadır. Nitekim diğer necis maddelerde de durum böyledir.³⁵² Hanbeliler tedavi amaçlı da olsa içkiyle tedaviyi caiz görmeyerek, hamrı da domuz eti gibi “liaynihî necis” olarak kabul ederler.³⁵³ İçkiyle tedaviyi caiz görmeyenler, “O (hamr) deva değil bilakis derttir”³⁵⁴, “Şüphesizki Allah Teala size haram kıldığı bir şeyde şifa yaratmamıştır”³⁵⁵ gibi hadisleri delil getirmişlerdir. Görüldüğü gibi içkiyle tedavinin haram olduğunu söyleyen bilginlerin çoğunlukta olmalarına rağmen, aralarında bir ittifakın olmayışı, şüphe doğurduğundan, böyle bir şüphe cezayı kaldırmıştır.³⁵⁶

Örnek 5. Bir katil olayında kısasın uygulanabilmesi için, bu katlin öldürmeye özgü silah ve araçlarla yapılması lazımdır. Öldürmeye özgü kesici ve delici aletler dışında kalan bir takım nesnelere gerçekleştirilen “şibhu'l-amd”³⁵⁷ katillerde de haddin uygulanıp uygulanamayacağı ihtilafa neden olmuştur. Konuyla ilgili görüşler şöyledir:

Hanefiler silah olmayan veya silah kapsamına da girmeyen bir nesneyle öldürme kastıyla vurma sonucu gerçekleştirilen katilleri şibhu'l-amd olarak kabul ederler. Bu nesnelere çoğu kez öldürme niteliğini haiz büyük taş, büyük sopa veya uçları sivriltilmiş sopalar şeklinde olabileceği gibi, kırbaç veya küçük sopa gibi öldürmeyen cinsten de olabilir.³⁵⁸ Bu görüşün sahipleri görüşlerini “Kılıç hariç her şey için bir hata vardır”³⁵⁹, “Dikkat edin amden öldürmenin hatası, sopa ve kırbaçla gerçekleştirilen öldürmedir”³⁶⁰ gibi hadislerle dayandırırılar. İkinci hadiste sopa kelimesinin mutlak bir lafızla zikredildiği, sopanın büyüklüğü ve küçüklüğü hakkında bir açıklama bulunmadığı, bu nedenle sopanın öldürmeye özgü bir alet olmadığı şeklindeki iddialar da bu görüş sahiplerinin gerekçeleri arasında yer alır.³⁶¹ Serahsî (ö. 483/1090), bu konudaki düşüncelerini ifade ederken şöyle der: “Bir fiil o fiile uygun bir aletle tamamlanır. Alette herhangi bir kusurun bulunması, fiilde de bir noksanlık şüphesi oluşturur. Böyle bir şüphenin oluşması da kısasın vücubuna mani olur.”³⁶² Kasıt unsuru psikolojik bir unsur olup,

352 er-Remlî, VIII/14.

353 İbn Kudâme, X/325.

354 Ebû Davud, 22 Tıbb, 11 (H. no: 3873), II/400.

355 Buhârî, 74 Eşribe, 15 (H. no: 5615), VI/310.

356 Serahsî, XXIV/25; İbn-i Nüceym, *Eşbâh*, s. 128.

357 Şibhu'l-amd'e “şühhetü'l-amd” de denir (Kâsânî, VII/233; Cürçânî, s. 141).

358 Kâsânî, VII/231.

359 Ahmed b. Hanbel, IV/370.

360 Ahmed b. Hanbel, II/511.

361 Cezârî, V/275.

362 Serahsî, XXVI/123; Ayrıca bkz. Kâsânî, VII/234.

suçlunun iç dünyasıyla ilgili bir durumdur. Bu nedenle İslâm hukukçuları kastın ispatı için bazı kıstaslar belirlemişlerdir. Bu kıstaslarla suçlunun niyeti ispatlanır. Bu kıstaslar suç aletleri ve suça yardım eden diğer vesilelerdir. Fail cürmünü işlerken genellikle kendisini kısa bir sürede gayesine ulaştırarak aletleri kullanır. Şayet kastı öldürmekse, öldürmeyi silah veya silah görevi gören, uzuvları parçalayıcı bir aletle yapar. Kesici ve delici aletlerin kullanılması, failde kastın bulunduğu açığa çıkarır. Akıllı kişi her işi o işin aletiyle yapar. Silah, kesici ve parçalayıcı aletler, öldürme aletleridir. Fail bu aletleri kullanmadığına göre öldürme kastı şüphelidir. Şüphe ve ihtimalli durumlarda ise kısas uygulanmaz.³⁶³

Şafii ve Hanbelilerle, Hanefilerden İmam-ı Muhammed ve Ebû Yusuf, şibhü'l-amd'i çoğu kez ölüme yol açmayan, küçük sopa ve aletlerle vurmak şeklinde anlamışlardır. Darbeler peşpeşe olmazsa bu bir şibhü'l-amdd'ir. Şayet darbeler kesilmeksizin peşpeşe gelirse, o takdirde bu bir kasten öldürmedir. Yine bu âlimler, büyük taş, büyük kalas, küçük ve sivriltilmiş sopaların aynen kılıç ve demir gibi kasten öldürmede kullanılan aletler mesabesinde olduklarını, dolayısıyla bu kabil aletlerle gerçekleştirilen katil olaylarının da amden katil kapsamında olduğunu söylerler.³⁶⁴ Malikiler şibhü'l-amd'i kabul etmezler.³⁶⁵ Bu ihtilafların bulunması kasta benzer katilin kasten öldürme sınıfına ilhakını şüpheli kıldığından, bu şüphe ile cezanın verilmesi mümkün olmamaktadır.

Örnek 6- Haksız yere ve kasten adam öldürmenin cezası kısastır. Nasslar bunu amirdir.³⁶⁶ Dolayısıyla çocuğunu kasten öldüren kimseler de kısasen öldürülürler. Ancak Hz. Peygamberden gelen “ لا يقاد الوالد بولده ” Baba oğluna karşılık kısasen öldürülemez³⁶⁷ hadisi çocuğunu öldüren babanın oğluna karşılık kısas edilmesine imkan vermemektedir. Bu hadisin varlığı kısasın çocuğunu öldüren babaya uygulanması hususunda şüphe oluşturmaktadır. Ayrıca İslâm hukukçuları bu konuda şu görüşlere de yer vermişlerdir: Baba oğlundan dolayı cezalandırılmaz. Çünkü baba oğlunun hayat sebebidir. Bu nedenle çocuğun kendi varlığının sebebi olan bir şahsın yok edilme sebebi olması muhaldir. Diğer taraftan bir baba çocuğuna karşı beslemiş olduğu aşırı şefkat nedeniyle kolay kolay çocuğunu öldürmez. Bu nedenler kısasa engel şüphe oluşturur.³⁶⁸

363 Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Hukuku*, Erzurum, 1977, s. 72.

364 Cezîrî, V/275.

365 Cezîrî, V/275.

366 Bkz. Bakara, 178; Maide, 45.

367 Tirmizî, 14 Diyât, 9 (1400), IV/12; Ahmed b. Hanbel, I/28.

368 Zeyleî, *Tebyîn*, VI/105; Bâbertî, X/220-221; İbnü'l-Hümâm, X/220-221; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, VIII/338; Cezîrî, V/274-275.

Delilde şüphe kapsamında mütalaa edilebilecek bir husus da, nassın yorumlanmasında düşülen ihtilafın neden olduğu şüphedir. Başka bir ifadeyle, bir suç hakkında ceza öngören bir nassın, o suça yakınlık veya paralellik arz eden başka bir suça uygulanabilirliği hususunda delilin kendisinde bulunan kapalılığın yol açtığı şüphedir. Zira âlimlerin temel ihtilaf nedenlerinden biri delilde bulunan kapalılıktır.³⁶⁹ Usul âlimleri lafız ve ibarelerin açıklık ve kapalılık yönlerini derinlemesine incelemişlerdir. Çünkü bu ibare ve lafızların bir kısmı açık (sarih) olmakla birlikte, bir kısmı kapalı lafızlardır. Bir kısım lafızlar birden fazla anlama muhtemel müşterek lafızlarken, bir kısmı umum ifade bütün müsemmeatını yani fertlerini kapsayan âmm lafızlardır. Bazı lafızlar hususiyet ifade eden hâss lafızlardır. Bu lafızların bazı fertlerine uygulanabilip, diğer bazı fertlerine uygulanamayacağı hep usul âlimleri tarafından ele alınan hususlardır.³⁷⁰ Demek ki delilin kendi yapısında bulunan kapalılık nedeniyle, doğal olarak müctehidler gerçek maksadı anlamada içtihadî ihtilafa düşmüşler, bu ihtilafların cezaî konulara yansması da, cezaların düşmesinde müessir olmuştur. Mesela zina ayetle yasaklanan bir fiildir.³⁷¹ Zina için takdir edilen cezanın livâta suçunu da kapsayıp kapsamıyacağı hususunda nasstaki kapalılıktan kaynaklanan bir ihtilaf meydana gelmiştir. Her iki cürmün tarifi ve delalet ettiği anlam farklılığı sebebiyle Ebû Hanife (r.a.), livâtayı zina kapsamında mütalaa etmemekte, dolayısıyla zina cezasının lûtî'ye verilemeyeceğini iddia etmektedir. Ebû Hanife şöyle demektedir: Kelimelerin farklı oluşu manaların da farklı olmasını gerektirir. Çünkü livâta zinanın aynı olsaydı, Hz. Peygamberin ashâbı bu konuda ihtilaf etmezlerdi. Bu itibarla Ebû Hanife bu kimselerin ta'zirle cezalandırılacaklarını söyler.³⁷² Bir kısım fakihler livâtayı zinadan daha iğrenç bir fiil kabul ederler ve bu cürmü işleyenlerin öldürülmelerini gerekli görürler.³⁷³ Hanefiler de livatanın alışkanlık haline getirilmesi halinde bu kimselerin ta'zîren katledilmesi görüşündedirler.³⁷⁴ Kazf konusunda da durum böyledir. Şöyleki; başkasına zina iftirasında bulunan bir kimsenin, isnadını sarih lafızlarla yapması şarttır. Çünkü ayette iftira³⁷⁵ "zina iftirası" olarak geçmektedir. Dolayısıyla ayetin hükmünün, ta'riz şeklinde veya kinaî lafızlarla yapılan lafızları kapsayıp kapsamıyacağı hususunda şüphe

369 Şâubî, IV/155.

370 Udeh, I/186.

371 Nisâ, 2.

372 Kâsânî, 34; Zeyleî, *Tebyîn*, III/180-181; İbnü'l-Hümâm, V/329; Udeh, II/353; Bilmen, III/208.

373 Zeyleî, *Tebyîn*, III/181.

374 İbn-i Âbidîn, IV/27.

375 Nur, 4.

oluşmaktadır.³⁷⁶ Aynı şekilde sahih olup olmadığı fakihler arasında ihtilafli olan mut'a, şahitsiz veya velisinden izinsiz olarak yapılan nikahlar sonucu meydana gelen birleşmelerin zina kapsamına girip girmemesi de şüphe oluşturmaktadır. Çünkü bu yerlerde ihtilafli da olsa bir nikah mevcuttur. Hem müctehidlerin ihtilafları, hem de şeklî bir nikahın mevcudiyeti, nasslarda belirlenen zina³⁷⁷ kavramının bu yerlere uygulanabilirliğinde şüphe uyandırmaktadır.³⁷⁸ Hırsıza verilecek cezanın nebbaşa uygulanabilirliği hakkındaki ihtilaf da bu şekilde mütalaa edilebilir. Ayette geçen "sarik"³⁷⁹ lafzı "nebbaş" konusunda ne kadar geçerli olabilir. Çünkü "nebbaş" lafzı "sarik" lafzını karşılamada yeterli değildir. Zira nebbaş yani kabir soyan kimse korunması amaçlanan bir malı çalmamaktadır. Bu nedenle sirket ayeti nebbaş şümülüne almaz.³⁸⁰ Kefen soyma fiilinde hırsızlığa oranla bir noksanlık ve kapalılık bulunduğundan Ebû Hanife ve bir takım hukukçulara göre had düşer. Hadde bedel olarak ta'zir öngörülür.³⁸¹ Sonuç olarak delilde şüphe oluşturan durumları şu şekilde özetleyebiliriz: a) Bir konuda biri yasaklayan, diğeri mubah kılan iki ayrı delilin bulunması, b) İslâm hukuk bilginlerinin bir delile dayanan veya müctehidlik vasfını haiz olmaları nedeniyle re'yelerinden kaynaklanan ihtilaflar, c) Nassın kendi yapısında bulunan kapalılığın neden olduğu yorum (tefsir) farklılıkları. Bu yerlerde delilde şüphe oluşur, dolayısıyla had ve kısas cezalarının tatbiki mümkün olmaz.

B- Mülk Şüphesi

Mülk şüphesini delilden kaynaklanan şüphenin bir kolu olarak ele almak mümkündür. Çünkü mülk şüphesinin dayanağı da delildir. Fakat şüphe kendisine malik olunan bir mahalde meydana geldiği için, mülk şüphesi olarak adlandırılmıştır. Mülk şüphesine geçmeden önce mülkiyet kavramına açıklık getirilmesinde fayda görüyoruz. Mülk kavramının hukuk literatüründe şu şekilde tarifleri yapılmıştır:

"İnsanla nesne arasında var olan ve malik olan şahsa o nesnede tasarruf hakkı sağlayıp başkalarının o nesne üzerindeki tasarruflarına engel olan şer'î (hukukî) bir bağdır"³⁸², İbnü'l-Hümâm, hadd-i zatında mülkün (şu anda) şer'î bir

³⁷⁶ Kâsânî, VII/43 vd.; İbnü'l-Hümâm, V/316, 329; İbn-i Âbidîn, IV/46-47.

³⁷⁷ Nur, 2

³⁷⁸ Zeyleî, *Tebyîn*, III/180; İbnü'l-Hümâm, V/253; Suyûtî, *Eşbâh*, s. 84; Udeh, I/215.

³⁷⁹ Mâide, 38.

³⁸⁰ Zeyleî, *Tebyîn*, III/217-218.

³⁸¹ Hallâf, Abdulvehhab, *İlmü Usûli'l-Fıkh*, Kuveyt, 1986, s. 171; Zeydan, s. 248-249.

³⁸² Cürçânî, s. 259; Zerka, I/241; Ebû Ceyb, Sa'dî, *el-Kâmûsü'l-Fıkhî*, Şam, 1993, s. 340.

olgu olmasına rağmen, bu dinin gelmesinden önce de mülkiyet kavramının tabii ve zorunlu olarak bulunduğunu, çünkü Hz. Adem'in peygamber gönderilmesinden bu yana insanların hiçbir zaman diliminde başıboş bırakılmadıklarını söyler.³⁸³ *Mecelle*'de mülk, "Gerek menfaat, gerek zat olsun, insanın malik olduğu şeydir"³⁸⁴ şeklinde tarif edilmiştir. Görüldüğü üzere mülkiyet ayn (rakabe-zat) da olabileceği gibi, menfaatte de olabilir. Bir nesnenin hem zatına, hem de menfaatına malik olmak tam mülkiyeti, sadece menfaatına malik olmak ise, nakıs mülkiyeti ifade eder.³⁸⁵

Mülk şüphesi ise; kişinin bir şeyin mahalline³⁸⁶, veya cüz'üne malikiyeti ile, mülke benzerliği olan bir şeye malikiyeti nedeniyle meydana gelen şüphedir.³⁸⁷ Mülk şüphesinin şu şekilde de tarifi yapılmıştır: "Mahalde sabit olan şüphedir ki, bir şeyin helal olmasına mani bir delil bulunduğu halde, bundan kat'ı nazar edilerek, mücerred haram olmasına münafi görülen bir delilin mevcut bulunmasından neş'et eder. Buna "şüphe-i mahal" de denir. Mahallin helal olduğuna dair bir hükm-ü şer'î şüphesi sabit olduğu cihetle buna "şüphe-i hükmiyye" de denir."³⁸⁸ Mülk şüphesinin olduğu yerlere şu örnekleri verebiliriz:

Örnek 1. Savaşa katılan bir gazi, ganimet malından bir miktarını gizlice alması halinde şeklen hırsızlık yapmış sayılır. Fakat bu gazinin bu ganimetin bir parçasına zımnen malik olması şüphe oluşturur.³⁸⁹ Şöyleki; ganimet olduğu herkesçe bilinen bir maldan bu gazi almıştır. Kendisi savaşa katılıp ganimeti ele geçirenler arasında yer alması hasebiyle mülkiyet sebepleri³⁹⁰ vardır ve buradaki mülkiyet geçerli bir mülkiyettir. Şu kadar var ki ganimet henüz sahipleri arasında taksim edilmediğinden mülkiyet kesinlik kazanmamıştır. Genel anlamda ele geçirilen ganimette mülkiyet sebepleri tahakkuk etmiştir. Çünkü bu ganimet kendisinin de iştirak ettiği bir savaş sonucu ele geçirilmiştir. Fakat bu ganimet malı, İslâm ülkesine götürülüp taksim edilmeden önce, özel anlamda mülkiyeti tahakkuk etmez. Ganimet malları henüz daru'l-harp topraklarındaiken, şahsın taksimden önce ölmesi durumunda bu mal vârislerine intikal etmez. Veya taksim

383 İbnü'l-Hümâm, V/247.

384 *Mecelle*, md. 125.

385 *Zerkâ*, I/257-258.

386 *Ebü Ceyb*, s. 190.

387 *Kal'acî-Kuneybî*, s. 257.

388 *Bilmen*, III/198.

389 İbn Kudâme, X/551; Aynî, VI/329; İbnü'l-Hümâm, V/383; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/63; İbn-i Âbidîn, IV/141-142; *Ebü Zehra*, *Ukûbe*, s. 203.

390 Mülkiyet sebepleri şunlardır: a) Mubah olan şeylerin elde edilmesi şekliyle elde edilen mülkiyet ki ganimet malları da bu kapsama girer. Çünkü düşman tarafın malının dokunulmazlığı savaş sebebiyle ortadan kalkmıştır. b) Akitler yoluyla, c) Veraset yoluyla, d) Mülkiyetinde bulunan mallarının çoğalması yoluyla (*Zerkâ*, I/242).

edilmeden önce ganimet herhangi bir nedenle zayi olsa veya helak edilse, bu takdirde de kendine düşen payı isteyemez.³⁹¹ İşte böyle bir mülkiyet tam kesinleşmemiş bir mülkiyet sayılır veya ganimetin yok olması durumunda mülkiyet ortadan kalkmış olabilir. Fakat bu mülkiyetin şüphesi kalır. Bu şüphe de cezanın düşmesi için yeterli bir gerekçedir.³⁹²

Örnek 2. Oruçlu olan veya hayız ve nifas halindeki karısına vat' eden bir kimseye had uygulanamayacağı gibi; mecûsi, mürted, süt ve sıhriyyet yoluyla evlenilmeleri kendisine haram olan nikahlısına vat' eden kimseye fail yaptığı fiilin haramlığını bilse dahi had uygulanmaz. Çünkü bu yerlerde hakiki bir mülkiyet olmasa da mülk şüphesi mevcuttur.³⁹³

Örnek 3. “Sen ve malın babana aitsiniz”³⁹⁴, “Şüphesiz ki çocuklarınız sizin kazancınızın en güzelidir. Öyleyse onların mallarından yiyiniz”³⁹⁵ gibi hadislerde çocuk babanın mülkü olarak nitelenmiş ve baba çocuğunun malından yemeye teşvik edilmiştir. Bir babanın çocuğunun malı üzerinde büyük bir alakası vardır. Hadiste geçen “lam” harf-i cerr'i mülkün hakikî olmasını gerektirir. Hadiste çocuğun malı babaya izafe edilmiş, ona ait kılınmıştır. Bu nedenle çocuğunun malını çalan bir babaya, çocuğuna ve onun malına malikiyetinden dolayı ceza verilemez. Böyle bir mülkiyet hakikî bir mülkiyet ifade etmese bile, mülkün şüphesi sabit olur, böyle bir şüphe de cezanın düşmesi için kafidir.³⁹⁶ Aynı gerekçelerle çocuğunu öldüren bir baba ve anne de oğluna kısasen öldürülemez.³⁹⁷ Çünkü çocuğun malikiyeti ana-babaya verilmiştir. Mülkiyetin hakikati sabit olmayınca, kısası düşürmede müessir olan şüphesi kalmıştır.³⁹⁸

C- Hak Şüphesi

Hak şüphesi bir takım hakların yürürlükte olmasına istinaden, failin mahaldeki helallik halinin devam ettiğini zannederek bu mahalde bir takım tasarruflarda bulunmasıyla ortaya çıkan şüphedir.³⁹⁹ Böyle durumlarda

391 Kâsânî, VII/121 vd.; İbnü'l-Hümâm, V/487 vd.

392 Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 203.

393 Kâsânî, VII/35.

394 Ahmed b. Hanbel, II/269; İbn-i Mâce, 12 Ticarat, 64 (H. no: 2291), II/769.

395 İbn-i Mâce, 12 Ticarat, 64 (H. no: 2290), II/769.

396 İbn Kudâme, X/152; Kâsânî, VII/35; Bilmen, III/198.

397 Kâsânî, VII/235; İbn Kudâme, IX/360; İbnü'l-Hümâm, X/220-221; Cezîrî, V/274-275; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 370-371.

398 İbn Kudâme, IX/360

399 Bilmen, III/198.

“istishab”⁴⁰⁰ deliliyle de olsa bir hak söz konusu olmakta, bu hakkın doğurduğu şüphe nedeniyle ceza düşmektedir.⁴⁰¹ Şüphenin sanık lehine yorumlanmasında istishab delilinden yararlanılır.⁴⁰² Hak şüphesi ıstibahtan kaynaklanabildiği gibi, delile dayanan bir mülk şüphesinden de kaynaklanabilir. Şöyleki; bir şahsın mülkiyet sebebiyle bir mahalle sahip olması o mahalde tasarruf hakkına sahip olmasını da gerektirir. Bu nedenle bazı mülk ve hak şüpheleri ictima edebilir. Mesela ortak olduğu şirket malından çalan kimsenin durumunda hem mülk, hem de hak şüphesi bulunmaktadır. Şöyleki; ortaklığı sebebiyle kişi mala malik olmuştur. Fakat bu kimse ortaklardan biri olması hasebiyle malın tamamına malik değildir. Tamamına malik olmasa da bir mülk şüphesi sabittir. Aynı şekilde, ortaklığı sebebiyle maldan istifade hakkı vardır. Tamamen istifade hakkı olmasa da şüphesi sabittir. Bu şüpheler de cezayı düşürmektedir.⁴⁰³ Hak şüphesi bağlamında şu örnekleri verebiliriz:

Örnek 1. Bir kimsenin üç talakla boşadığı karısına iddeti içerisinde vat' etmesi haramdır ve zinadır. Çünkü kadından yararlanma hakkını helal kılan nikah, bu talaklarla ortadan kalkmış, dolayısıyla kocanın boşadığı bu karısına yaklaşma hakkı kalmamıştır. Fakat kadının firaş hakkı, kocasının evinde barınması, iddet içerisinde başka erkeklerle evlenememesi gibi nedenleri kadını kendine helal kılan haklar zannederek ve böyle bir hakkı olduğuna inanarak kocanın, bu haldeki boşadığı karısına vat' etmesi haddi düşüren bir şüphe meydana getirmiştir.⁴⁰⁴

Örnek 2. Ric'î, bain veya üç talakla boşanan bir kadın veya karısını bu şekillerde boşayan bir erkek, kadının iddet süresi içerisinde birbirlerinin malını çalsalar, had uygulanamaz. Çünkü bu kimseler arasında bir yönüyle nikah veya nikah eseri, yani bir takım hukuk devam etmektedir. Her yönüyle nikahın bulunduğu halde böyle bir suç, karı kocanın birbirleri üzerinde hakları bulunması

⁴⁰⁰ İstishab: Önceden sabit olan bir durumun değiştiğine dair bir durum bulunmadıkça, halihazırda bu durumun varlığını devam ettirdiğine hükmetmektir (Hallâf, s. 91; Zeydan, s. 226). İstishab deliliye, önceden var olan bir durumun devam edip etmediği hususunda tereddüde düşüldüğünde, onun önceki mevcudiyetine dayanarak bu durumun varlığını koruduğuna, önceden var olmayan bir durumun daha sonra meydana gelip gelmediği hususunda tereddüde düşüldüğünde ise, önceki yokluğundan hareketle mevcut olmama durumunun hala devam ettiğine hükmedilir. Hanefiler istishabı ispatta değil defi'de muteber kabul ederler (Şevkanî, Muhammed b. Ali, *İrşâdu'l-Fuhul*, Mısır, 1937, s. 237).

⁴⁰¹ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 204.

⁴⁰² Zeydan, s. 269.

⁴⁰³ Zeyleî, *Tebyîn*, III/218; İbnü'l-Hümâm, V/377.

⁴⁰⁴ Kâsânî, VII/36.

nedeniyle hadde engeldir. Nikah veya eserinin bir yönüyle bulunması da böyle bir hak şüphesi doğurur, dolayısıyla bu hak da cezaya engel olur.⁴⁰⁵

Örnek 3. Çocukların anne babalarının mallarını çalmalarıyla hırsızlık cezası verilemez. Hanefi, Şafii ve Hanbeliler bu görüştedirler. Aynı şekilde yakın akraba kapsamındaki amca, dayı, hala ve teyze gibi kimselerin malından hırsızlık yapanlara da Hanefilere göre hırsızlık cezası verilemez. Bu görüşün sahipleri bu kimseler arasında hırziyette noksanlık bulunduğunu ifade ederler ve görüşlerine şu ayet-i kerimeyi esas alırlar: “Sizin için de gerek kendi evlerinizden, gerekse babalarınızın evlerinden, annelerinizin evlerinden, erkek kardeşlerinizin evlerinden, kız kardeşlerinizin evlerinden, amcalarınızın evlerinden, halalarınızın, dayılarınızın evlerinden, teyzelerinizin evlerinden veya anahtarlarını uhdenizde bulundurduğunuz yerlerden, yahut dostlarınızın evlerinden yemenizde bir sakınca yoktur...”⁴⁰⁶ Bu görüş sahipleri şu görüşlere de yer verirler: Ebeveynle çocukları arasında birbirlerinin mallarından yararlanma konusunda fitraten ve âdeten bir serbestiyet ve genişlik vardır. Yine tabî olarak bu kimseler hırsız kabul edilen gizli yerlere girebilme serbestisine sahiptirler. Son derece iç içe olmaları hasebiyle bu akrabalar arasında bir hırziyetin olması mümkün değildir. Çünkü usulle fūrū' arasında kesintisiz devam edegelen bir irtibat ve ülfet mevcuttur. Öyleki birinin malı ötekinin malı sayılmaktadır. Diğer taraftan anne ve babalar çocuklarına son derece düşkün ve şefkatlidirler. Bu nedenle bu iki tarafın birbirleri lehine şahitlikleri de geçersizdir. Bütün bu nedenlerden dolayı usul veya fūrū'dan herhangi biri diğerinin malını çalması halinde had uygulanamaz. Çünkü bu kimseler arasında bir istihkak şüphesi mevcuttur.⁴⁰⁷ Malikiler çocukların ana-babalarının malından çalmaları halinde haddin uygulanacağını söylerler. Bu konudaki gerekçeleri şöyledir: Çocukların ana-babalarının malları üzerinde hakları yoktur. Çünkü çocuklar ana-babalarından birini öldürmeleri halinde kısas edilirler. Yine ana-babalarından birinin cariyesiyle zina yaptıklarında had uygulanır. Dolayısıyla ana-babalarından birinin malını çalmaları da haddi gerektirir.⁴⁰⁸

Hanefiler, Nur suresi 61. ayetinde ana-baba dışında isimleri zikredilen yakın akrabasının malını çalan kimseye de had uygulanamayacağı görüşündedirler. Çünkü ayet bu akrabaların evlerine girebilme ve yiyebilme izni vermiştir. Bu delilden

405 Kâsânî, VII/76; Zeyleî, *Tebyîn*, III/221.

406 Nur, 61.

407 Serahsî, IX/152; Zeyleî, *Tebyîn*, III/220; İbnü'l-Hümâm, V/380-381; Suyûtî, *Eşbâh*, s. 85; Cezîrî, V/188-189.

408 Cezîrî, V/189.

dolayı böyle bir hak şüphesi doğmuştur. Aynı şekilde kardeş, amca, hala, teyze, dayı...gibi akrabayla evlenmek haram kılınmış ve bunların birbirleriyle sıla-i rahimde bulunmaları emredilmiştir. Bu yakınlık derecesindeki kadınların ziynet yerlerine bakılmasına da cevaz verilmiştir. İşte bu gerekçelerle yakın akraba arasında hırsızlık vukuunda had düşer.⁴⁰⁹ Maliki ve Hanbeliler yakın akrabaların diğer insanlardan farkı bulunmadığını, Şafiiler de usul ve fūrū' dışındaki akrabaların uzak akraba kapsamına girdiğini dolayısıyla bu kimselerin hırsızlığı halinde haddin kesinlikle uygulanacağını söyleyerek şüpheyi kabul etmezler.⁴¹⁰

Örnek 4. Hazine (beytü'l-mal) den çalan kimseye de had tatbik edilmez. İslâm hukukçuları hazinedeki malın bütün müslümanların ortak malı olduğunu, dolayısıyla çalan kimsenin de beytü'l-malde hakkı bulunduğunu, kişinin ihtiyacı olduğunda hakkının sabit olacağını ifade etmektedirler.⁴¹¹ Çalan kimsenin beytü'l-malde hem malikiyeti, hem de hakkı vardır.⁴¹² Tam bir malikiyeti ve hakkı bulunmayınca şüphesi sabit olmaktadır. Fakihler bu görüşlerine Hz. Peygamber'e beytü'l-malden hırsızlık yapan birinin getirilmesi üzerine "O Allah'ın malıdır. (O'nun kullarından) bazısı bazısını çalmıştır"⁴¹³ hadisini delil olarak getirirler. Hz. Ömer'in de buna benzer bir uygulaması vardır.⁴¹⁴ Hanefi ve Hanbeliler kamuya ait olması hasebiyle hazine malından çalan kimseye had uygulanamayacağını savunurlarken, Şafiiler, hazine veya ganimet malında bir şahsın kendisi veya ana-babasından birinin malı bulunması halinde haddin uygulanmayacağını, aksi takdirde uygulanacağını söylemektedirler. Malikiler ise, hazineden çalınan malın nisap miktarına ulaşması durumunda cezanın tatbik edileceğini ifade ederler.⁴¹⁵

Şu örnekler de hak şüphesi bağlamında verilebilecek örneklerdir: Başkasından alacaklı olan bir kimse, borçlusunun malından çalması halinde haddin uygulanma imkanı olmaz. Hatta alacağından fazla bile çalsa, bu şüphe hadde mani olur.⁴¹⁶ Aynı şekilde mürtehin elinde rehin tuttuğu malı bir hak karşılığında tuttuğundan burada da had uygulanamaz.⁴¹⁷ Çünkü her iki durumda da bir hak şüphesi mevcuttur.

409 Serahsî, IX/152; İbnü'l-Hümâm, V/381; Cezîrî, V/189.

410 İbnü'l-Hümâm, V/381; Cezîrî, V/190.

411 Serahsî, IX/188; Kâsânî, VII/70; Zeyleî, *Tebyîn*, III/218.

412 Kâsânî, VII/70.

413 İbn-i Mâce, 20 Hudud, 25 (H. no: 2589), II/864.

414 İbn Kudâme, X/274.

415 Cezîrî, V/185.

416 Kâsânî, VII/71-72; Zeyleî, *Tebyîn*, III/218; İbnü'l-Hümâm, V/383.

417 Kâsânî, VII/70.

D- Şekilde Şüphe

Hanefilerin “şübhettü'l-akd” diye tabir ettikleri ve İmam-ı Azam tarafından muteber kabul edilen şüphe nasslarla ve âlimlerin icma'ıyla bir erkeğin evlenilmesi haram olan bir kadınla gerçekleştirdiği nikahın şeklen mevcut olmasından kaynaklanmaktadır.⁴¹⁸ Nikahlanan erkekle kadın arasındaki haramlık müebbed haramlık⁴¹⁹ şeklinde de olsa görünüşte bir akdin bulunması hadde engel olan bir şüphe meydana getirmektedir. Ebû Hanife kendileriyle evlenilmesi ebedî olarak haram kılınmış kadınlarla nikah akdi yaptıktan sonra vat' eden kimseye zina haddinin tatbik edilemeyeceğini söyler. Ebû Hanife böyle bir nikahın batıl olmakla birlikte sureten de olsa bir nikahın bulunmasını şüphe kabul eder. Ebû Hanife, “Hoşunuza giden kadınları nikahlayın”⁴²⁰, “ (Allah'ın) kaynaşmanız için size kendi (cinsi) nizden eşler yaratıp da aranızda sevgi ve merhamet peyda etmesi de O'nun (varlığının) delillerindendir”⁴²¹, “O, erkek ve dişiden ibaret iki çifti yarattı”⁴²² ayetlerini kendine esas alarak görüşlerini şu şekilde açıklar: Allah (c.c.), genel anlamda kadını nikaha ehil ve mahal olarak yaratmıştır. Bu itibarla mantıken kadınlık sıfatını haiz, Hz. Adem'in bütün kızları nikaha ehil ve mahaldirler. Bu şekilde yapılan bir akit çocuk ve neslin devamı gibi evliliğin amaçlarını karşılayan bir akittir. Böyle bir akit nikahın amacına uygun olunca, akdin hükmüne de uygun olur. Çünkü hüküm amaç için bir vesiledir. Şu kadar var ki böyle bir akit hakikî anlamda helallik ifade etmemektedir. Çünkü bu kadınlarla evlenmenin haramlığı nassla sabittir. Fakat yukarıda sayılan nedenlerden dolayı şeklî bir nikahın

418 Kâsânî, VII/35; Zeylât, *Tebyîn*, III/179 vd.

419 Şeklî şüphe oluşturduğu kabul edilen haram nikahlar şunlardır: A-Evlenilmeleri Ebedî Haram Olan Kadınlar 1-Kan Hısımlığı (Nesep yoluyla) haram olanlar: a)Usûl: Bunlar anne, nine, anneanne ve babaannedir. b) Fürû': Bunlar erkeğin kızları, kızlarının ve oğullarının ilânihaye kız torunlarıdır. c) Ana-babanın fûrûu: Bunlar anne veya babanın öz kardeşleri, ana-baba bir veya ana veya baba bir kız kardeşlerinin ve erkek kardeşlerinin kızları ve torunları. d) Ana ve baba yönünden (birinci tabakadan) dede ve ninelerin fûrûu: Bunlar kişinin gerek ana-baba, gerekse ana bir teyze ve halalardır. İkinci tabakadan sayılan hala, amca ve teyze kızları haram değildir. 2-Evlilik (musahere) yoluyla nikahı haram olanlar: a) Usûlün eşleri: Baba ve dedelerin eşleri, bunlar üvey ana ve üvey ninelerdir. b)Fûrûun karıları: Bunlar çocuk ve torunlarının karılarıdır. c) Karısının usûlti: Bunlar kayınvalideler ve yukarıya doğru karısının ana ve baba tarafından nineleri. d) Karısının fûrûu: Yani erkeğin zifafa girdiği kadının başka kocasından olan kızları. Yani kocanın üvey kızları. 3- Sütten doğan akrabalık da ebedi evlenme manileri arasındadır. B- Evlenilmeleri Geçici Olarak Haram Olan Kadınlar 1- Üç talakla boşanmış kadınlar. 2- Başkasının nikahlısı olan kadınlar. 3-Semavî bir dine bağlı olmayan kadınlar. 4- İki hısımlıkla birden evlenmek; kadını, kız kardeşi, halası veya mahrem kadınlardan biriyle cemetmek. 5-Beşinci kadınla evlenmek (Bilmen, II/77-100; Zuhaylî, VII/130-168; Karaman, I/258-259).

420 Nisâ, 3.

421 Rum, 21.

422 Necm, 45.

bulunması istimta'da mubahlık doğurmuştur. Mubahlık tamamıyla sabit olmayınca şüphesi sabit olmuştur. Bu da haddin düşmesi için yeterli nedendir.⁴²³ Süfyan-ı Sevrî ve İmam Züfer de İmam-ı Azam'la aynı görüştedir.⁴²⁴ Ebû Hanife, haramlığını bilerek böyle bir nikah yapan kimseye mehri vacip görmekte ve siyaseten normal ta'zir cezalarından çok daha şiddetli bir ta'zir cezası öngörmektedir.⁴²⁵ Haram olması nedeniyle böyle bir nikah hakiki anlamda helallik ifade etmese de bir şüphe doğurmaktadır. Çünkü şüphe hakikat olmadığı halde hakikate benzeyendir.⁴²⁶ Ebû Hanife yukarıda zikredilen müebbeden haram olan nikahlar yanında, bir kimsenin şahitsiz veya velisinin izni olmaksızın yaptığı nikah, hür bir kadın üzerine bir cariyeye yaptığı nikah, dört kadın aynı anda nikahında iken, beşinci bir kadınla yaptığı nikah, mecusi veya müşrik bir kadınla yaptığı nikah ile, iki kız kardeşi birlikte nikahlanması ve benzeri nikahlar sonucu vat' etmesi halinde aynı akit şüphesi nedeniyle haddin düşeceği görüşündedir.⁴²⁷ İmameyn'den gelen bir görüşe göre bu kabil nikahların haramlığını bilerek vat' eden kimselere haddin uygulanacağı, bilmeyerek bu fiili yapanlara ise haddin uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁴²⁸

İçlerinde Ebû Hanife'nin talebelerinden Ebû Yusuf ve Muhammed'in de bulunduğu cumhur, nikahları ebedî olarak haram olan kadınlarla evlenmenin kesinlikle şüphe oluşturmayacağını söyleyerek haddi mutlaka gerekli bulurlar. Fakat İmameyn failin böyle bir nikahın haram olduğunu bilmediğini iddia etmesi halinde haddin düşebileceğini kabul ederler. Yine İmameyn nikahları geçici olarak haram olan kadınlarla yapılan evliliklerde haddin gerekmediği fikrindedirler⁴²⁹ Kâsânî (ö. 587/1090), İmameyn'in akit şüphesi hakkındaki görüşlerini "eğer yapılan nikah haramlığı ebedî olan veya haramlığı üzerinde icma' bulunan bir nikahsa haddin gerekeceği, haramlığı geçici veya ihtilafli bir nikahsa haddin düşeceği"⁴³⁰ şeklinde kaydeder. İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457), Hafızuddin Nesefî (710/1310) ve İbn-i Münzir (ö. 318/850) ' den yaptığı nakillerde, İmameyn'den gelen bir görüşe göre geçici olarak nikahları haram olan kadınlarla evlenip de vat' eden kimselere zina haddinin uygulanmayacağını kaydederek, kendisinin de zann-ı

423 Kâsânî, VII/35-36; İbn Kudâme, X/180-181; Zeyleî, *Tebyîn*, III/180; İbnü'l-Hümâm, V/259; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/16.

424 Serahsî, IX/85-86; İbnü'l-Hümâm, V/259.

425 Zeyleî, *Tebyîn*, III/180; İbnü'l-Hümâm, V/260.

426 Zeyleî, *Tebyîn*, III/180.

427 Kâsânî, VII/35; Zeyleî, *Tebyîn*, III/180; İbnü'l-Hümâm, V/260.

428 İbnü'l-Hümâm, V/260.

429 Kâsânî, VII/35.

430 Kâsânî, VII/35;

galibinin bu yönde olduğunu söyler.⁴³¹ Buna göre nikahları geçici olarak haram olan kadınlarla yapılan nikahlarla ilgili farklı iki görüş ortaya çıkmış olmaktadır.

Akit şüphesini kabul etmeyenlerin konuya ilişkin delilleri şunlardır: “Geçmişte olanlar hariç, babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin”⁴³², “Analarınız, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, kardeş kızları, kız kardeş kızları, sizi emziren analarınız, süt bacılarınız, eşlerinizin anaları, kendileriyle birleştiğiniz eşlerinizden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı. Eğer onlarla (nikahlanıp da) henüz birleşmemişseniz, kızlarınızı almanızda size bir mahzur yoktur. Kendi sulbünüzden olan oğullarınızın eşleri ve iki kız kardeşi almak da size haram kılındı; ancak geçen geçmiştir. Allah (c.c.) çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir”⁴³³, “Bunlardan başkasını, namuslu ve zina etmemek üzere mallarınızla (mehirlerini vererek) istemeniz size helal kılındı.”⁴³⁴

Berâ b. Âzib şöyle bir olay anlatmaktadır: Beraberinde bir sancakla dayıma rastgeldim ve ona “Nereye gidiyorsun” diye sordum. O da “Rasulullah (a.s.), babasının karısını nikahlayan bir adamın boynunu vurmam ve malını almam için beni gönderdi” diye cevap verdi.⁴³⁵ Şekilde şüpheyi kabul etmeyen fakihler iddialarına şu şekilde açıklık getirirler: Mahalsiz bir akdin gerçekleşmesi mümkün değildir. Zira söz konusu bu kadınlar nikaha mahal değildirler. Mahalde tasarrufun mümkün olabilmesi için, mahallin, hükmüne uygun bir mahal olması şarttır. O da mahallin helal olmasıdır. Yani bir kadınla nikahın geçerli olabilmesi için nikaha konu olan kadınla evlenmenin şer'an (hukûken) helal olması şarttır. Oysaki burada söz konusu olan kadınlar nikahları ebedi haram olan kadınlar olduğundan böyle bir nikah, mahalline musadif değildir. Yani akit nikahı helal bir kadınla yapılmadığından, hükmüne ve şartlarına uygun ve yerinde bir akit olmamıştır. Bu kabil bir nikah sanki erkeğin erkekle yaptığı bir nikah gibidir. Yani bir erkekle nikah ne kadar fitrat dışı ve hiçbir şekilde düşünülemez batıl bir nikahsa, bu kadınlarla yapılan nikahlar da aynen böyledir. Bu kabil nikahlarda herhangi bir mülk ve hak iddiası söz konusu da olmadığından, böyle bir fiil sırf zinadan ibaret kalmaktadır.⁴³⁶ Mahallinde gerçekleşmeyen soyut bir akit bir anlam ifade etmez.

431 İbnü'l-Hümâm, V/260. Ayrıca bkz. İbn Kudâme, X/150; İbn-i Âbidîn, IV/24.

432 Nisâ, 22.

433 Nisâ, 23.

434 Nisâ, 24.

435 Ahmed b. Hanbel, IV/398; Ebû Davut, 32 Hudud, 26 (H. no: 4457), II/562; Neseî, 26 Nikah, 58 (H. no: 3331), VI/109; Serahsî, IX/86; İbnü'l-Hümâm, V/260.

436 Serahsî, IX/85-86; Kâsânî, VII/35; İbn Kudâme, X/180-181; Zeyleî, *Tebyîn*, III/180; İbnü'l-Hümâm, V/261-262.

Ölü ve kan üzerine yapılan bir alışveriş, bu nesnelere mal sayılmadığından, bey' akdinin hükümlerine göre nasıl batılsa ve bir geçerlilik (nefaz) ifade etmiyorsa, bu nikahlar da aynı şekilde batıldır.⁴³⁷ İmameyn bu kabil nikahlarda iştibahı kabul ederler.⁴³⁸ Şekilde şüphe kapsamında verilebilecek bir örnek de zina için kiralanan kadının durumudur: Bir kimsenin sırf zina amacıyla karşılıklı rıza ve bir ücret karşılığında kiraladığı kadına vat' etmesi İmam- Azam'a göre haddi gerektirmez. İmam-ı Azam sadece hizmet amacıyla kiralanan kadına vat' edilmesinin haddi gerektireceği görüşündedir. Çünkü böyle bir kadın yalnızca ev hizmetleri için tutulmuştur. İmam-ı Azam vat' amacıyla kadının kiralınmasının şüphe oluşturmasına şu şekilde açıklık getirir: “Onlardan faydalanmanıza karşılık kararlaştırılmış olan mehirlerini verin”⁴³⁹ ayet-i kerimesinde mehir, “ecir” kelimesiyle ifade edilmiştir. Buradaki ücret “şu kadar miktar ücreti sana mehir olarak veriyorum” anlamı ifade etmektedir. Böyle bir akit fasit (batıl) olmakla birlikte ücretin mehre benzemesi ve rızanın bulunması şüphe oluşturmaktadır.⁴⁴⁰ Başta İmameyn olmak üzere Maliki, Şafii ve Hanbelilerin tamamı böyle bir şüpheyi kesinlikle kabul etmeyerek haddin tatbikinin vacip olduğunu söylerler. Gerekçelerinde şu görüşlere yer verirler: Vat' mahallinin helal olması için kiralamak şer'î bir yol değildir. Dolayısıyla böyle bir tasarrufta bulunmak batıldır. Diğer taraftan icarenin mahalli menfaattir, yoksa kiralanan şeyin kendisi (ayn'ı) değildir. Oysaki vat' ile elde edilen şey ayn hükmündedir.⁴⁴¹

“Akit şüphesi” konusunda bizim tercihimiz cumhurun görüşüdür. Çünkü zikredilen yerlerde şüphenin kabul edilip böyle bir suçu işleyen kimsenin cezasız bırakılması nikah maskesi altında birçok zina suçunun işlenmesini yaygınlaştırabilir. Belki böyle bir şüphe nikahları geçici olarak haram kılınan kadınlar hakkında ve ancak mutlak bir cehil bulunması halinde söz konusu olabilir.

F- Diğer

Suçun unsurlarında meydana gelebilecek şüpheleri bu maddelerle sınırlamak mümkün değildir. Önceden de ifade edildiği gibi her suçun oluşması için belirlenmiş özel şartlar bulunmaktadır. Yukarıda zikredilen örnekler şüphenin en fazla meydana geldiği yerler olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte kişi, zaman ve

⁴³⁷ Zeylefi, *Tebyîn*, III/180.

⁴³⁸ Kâsânî, VII/35; Zeylefi, *Tebyîn*, III/180; İbnü'l-Hümâm, V/259.

⁴³⁹ Nisâ, 24.

⁴⁴⁰ Zeylefi, *Tebyîn*, III/184; İbnü'l-Hümâm, V/262; Cezîrî, V/96-97; Bilmen, III/205.

⁴⁴¹ Zeylefi, *Tebyîn*, III/184; İbnü'l-Hümâm, V/262; Cezîrî, V/97; Bilmen, III/205.

zemin şartlarına göre bazı suçların fazlalaşması, bazı suçların azalması ve bazı suçların şekil değiştirmesiyle, suçun karakterine göre değişik bir takım şüphelerin oluşması mümkündür. Yukarıdaki maddeler dışında suçun unsurları kapsamında meydana gelen şüphelere şu örnekler de verilebilir:

Örnek 1.

Bir kimsenin başka bir kimseden kendini öldürmesini istemesi halinde, o adam da öldürse, öldüren kimse kısas edilemez. Her ne kadar öldüren kimse bu fiilinden dolayı mâzur değilse de, öldürülen şahıs kendisinin öldürülmesini talep etmesi nedeniyle kendi kanının masumluğunda bir şüphe oluşturmuştur. Bu şüphe nedeniyle kısas düşer ve diyete dönüşür.⁴⁴²

Örnek 2.

Bir şahsı öldürme olayına çocuk ile ergin, kasıtlı ile hatalı, baba ile yabancı veya efendi ile yabancı iştirak etseler, Hanefilere göre bu kimselerin hiçbirisine kısas uygulanamaz. Şafiiler kasıtlı ile hatalı kimsenin iştirak ettiği bir katilde kısasın düşeceğini fakat ergin ve yabancından kısasın düşmeyeceğini söylerler. Hanefiler, katlin cezaî sorumluluğu haiz olmayan şahsın darbesiyle gerçekleşebilme şüphesi nedeniyle kısasın diğerlerinden de düşeceğini ifade ederler.⁴⁴³

Örnek 3.

Misafir olduğu bir evde hırsızlık yapan kimseye had tatbik edilemez. Çünkü ev sahibi bu kişiyi misafir etmekle ona evini ve malını açmıştır. Misafir eve girmeye izinli olduğundan, sanki ev halkından biri haline gelmiştir. Bu itibarla misafirin kaldığı ev kendisine hürz olmaktan çıkmıştır. Yani hırsızlığın şartlarından biri olan “gizlilik” unsurunda bir şüphe meydana gelmiştir. Böyle bir şüphe de haddin düşmesinde müessirdir. Ahmed b. Hanbel böyle bir şüpheyi kabul etmez.⁴⁴⁴

Diğer taraftan hırsızlığın unsurları arasında failin görmesi ve konuşur olması şartı da getirilmiştir. Çünkü dilsiz bir kimse konuşmadığından o malı ne maksatla aldığı bilinmemektedir. Aynı şekilde âmâ olan bir şahıs kendi malıyla başkasının

⁴⁴² Kâsânî, VII/236.

⁴⁴³ Kâsânî, VII/235.

⁴⁴⁴ İbn Kudâme, X/254; Zeyleî, *Tebyîn*, III/222; İbnü'l-Hümâm, V/387.

malını ayırdedememiş olabilir. Faillerin bu halleri şüpheden hali olmadığından, bu şüphelere dayanarak cezanın verilmesi de mümkün değildir.⁴⁴⁵

II- CEHALET SEBEBİYLE ŞÜPHE

Şimdiye kadar bahsedilen şüpheler, suçun unsurlarında oluşan şüphelerdi. Cehl nedeniyle oluşan şüpheler de önemli bir yer kapsamaktadır. Hanefilerin fiilde şüphe olarak ifade ettikleri iştibah şüphesi büyük ölçüde cehaletten kaynaklanan şüphe dir. Şu kadar var ki cehaletten kaynaklanan şüphenin kapsamı çok daha geniştir. Cehalet kavramının şu gibi tarifleri yapılmıştır:

Bir şeyin aslının (hakikatinin) tam aksine inanmaktır.⁴⁴⁶ Bilinmesi gerekli olan bir şeyi (konuyu) bilmemektir.⁴⁴⁷ Bilebilecek kabiliyette olan bir kimsenin bilgisizliğidir.⁴⁴⁸ İdrak sahibi bir kimsenin öğrenebilmek kabiliyetini haiz bulunduğu bir hususu bilmek mecburiyetinde olduğu halde bilmemesidir.⁴⁴⁹ Bu tarifleri şu şekilde hulâsa etmek mümkündür: Cehalet; akıl ve idrak sahibi bir kimsenin bilmesi gereken dini esasları bilmemesidir. Daha kısa bir ifade ile, bir kimsenin dini esasları bilmemesi veya bu esaslardan haberdar olmamasıdır.⁴⁵⁰

A- Cehaletin Kısımları (Mahiyeti itibariyle)

1- Mürekkep Cehalet

Kişide bir konu hakkında oluşan kesin inancın, hakikatin zıddına bir inanç olmasıdır.⁴⁵¹ Kişi gerçeği bilmediği halde, kendi bildiğinin gerçek olduğunu iddia eder. Kendi bildiğinin yanlış ve hatalı olduğuna da ihtimal vermez. Bu haliyle içerisinde bulunduğu cehaletten bir türlü kendini kurtaramaz.⁴⁵²

445 İbn-i Âbidîn, IV/83.

446 Cürcanî, s. 91.

447 Molla Hüsrev, *Mir'âtu'l-Usûl fî Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, İstanbul, 1312, s. 632; İbn-i Nüceym, *Eşbâh*, s. 303.

448 Ali Haydar, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul, ty, s. 496; Şakiru'l-Hanbelî, s. 374.

449 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, İstanbul, ty, II/332.

450 Aydın, Hakkı, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", *CÜİFD*, S.1, Sivas, 1996, s. 29.

451 Cürcanî, s. 91; Molla Hüsrev, s. 632.

452 İbn-i Nüceym, *Eşbâh*, s. 304; Ali Haydar, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, s. 496; Şakiru'l-Hanbelî, s. 374; Sava Paşa, II/332; Aydın, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", s. 30.

2- Basit Cehalet

Bir kimsenin bilgisizliği bilmediği Şeyin aksini iddia edecek dereceye ulaŐmıyorsa, bu durumda basit cehaletten söz edilir.⁴⁵³ Olaylara muhalif bir Şekilde bilgi sahibi bulunan kişilerin cehaleti bu kategoriye girer. Yer yüzünün kainatın merkezi olduğuna inanmak gibi. Kendisinde basit cehalet bulunan kimse bilmediğinin bilincinde olur ve bildiğini de iddia etmez.⁴⁵⁴

Diğer taraftan İmam-ı Şafii ilmi iki kısımda mütalaa ederek, havassın ilmi olarak tabir edilen ilmin kapsamına giren konuları bilmemenin halk (avam) açısından mazeret oluŐturacađını ifade eder.⁴⁵⁵ İmam-ı Şafii'nin bu konudaki mütalaası Şöyledir: İlim iki kısımdır. Birincisi âmmenin (halkın) ilmidir. Cahilliği aklına hakim olmamış her akıllı kimsenin sahip olduğu ilimdir. Beş vakit namaz, Ramazan orucu, hac ve zekat gibi emirlerle, adam öldürme, zina, hırsızlık ve içki gibi haramları bilmek bu kapsamdadır. Aynı Şekilde kulların bilme, amel etme ve haramlardan sakınmakla yükümlü oldukları konuları ihtiva eden bilgiler de bu sınıfa girer. İlimin bu kısmı, Allah'ın kitabında nass ile sabit olmuş ve Hz. Peygamber tarafından tebliğ edilen bu ilim nesilden nesile nakledilegelmiŐtir. Ümmet bu bilgilerin vücub ifade ettiğine dair bir tereddüde düŐmemiŐtir. Amme ilmi kabul edilen bu ilmin rivayetinde bir ihtilaf ve te'vil söz konusu değildir.⁴⁵⁶ İkinci kısma giren ilmi havassın yani Őeđkin bilginler olan fakihlerin ilmi olarak ifade eder. Bu ilim; hakkında Kur'an, sünnet ve icma'a dayanan sarıh bir delil bulunmayan ilimdir. Bu ilim kulların mükellef oldukları vecibelerin frunu teşkil eder. Bu kabil bilgiler havassa özgü bilgilerdir. Avam böyle bir bilgiye ulaŐamaz. Havasstan bu ilim derecesine ykselenlerin bu ilme ilişkin meseleleri ihmal etmeleri caiz değildir.⁴⁵⁷ İçtihat ve kıyas yoluyla elde edilebilecek bu gibi tafsil hükümleri avam bilemez, ancak bu konuda mütehassis olan uzman âlimler bilebilir.⁴⁵⁸ Nitekim Hz. Peygamber bu gerçeği "Helal ve haram bellidir. Bu ikisinin arasında bir takım Şüpheli durumlar vardır ki insanların çoğu onları bilemez"⁴⁵⁹ buyurarak ifade etmiştir. Buna göre, girift konuları insanlardan az

⁴⁵³ Molla Hüsrev, s. 632.

⁴⁵⁴ Cürcânî, s. 91; İbn-i Nüceym, *EŞbâh*, s. 304; Ali Haydar, *Usûl-i Fıkıh Derstleri*, s. 496; Şakiru'l-Hanbeli, s. 374; Sava Paşa, II/332; Aydın, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", s. 30.

⁴⁵⁵ Şafii, Muhammed b. İdris, *er-Risâle* (Tahkik: Ahmed Muhammed Şakir), yy, ty, s. 357.

⁴⁵⁶ Şafii, s. 357-359.

⁴⁵⁷ Şafii, s. 359-360; Aydın, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", s. 31.

⁴⁵⁸ Eb Zehra, *Usûl*, s. 326.

⁴⁵⁹ Buhri, 2 İman, 40 (H. no: 52), I/22.

kimseler bilebilir ki onlar da içtihat ehliyetini haiz din bilginleridir. Bu noktadan hareketle olsa gerek Şatıbî, “Avama göre müçtehidlerin fetvaları, müçtehidlere göre şer’î deliller mesabesinde”⁴⁶⁰ demiştir.

Cehalet hukukî sonuçları bakımından da birkaç kısma ayrılmıştır.⁴⁶¹ Biz daha çok konumuzla ilgili olan ve cezaların düşmesinde müessir olan cehalet üzerinde duracağız.

B- Hukukî Sonuçları Bakımından

1- İslâm Ülkesinde Cehalet

Müslüman olan bir ülkede yaşayan bir kimsenin bir takım şer’î hükümleri bilmediğini iddia etmesi mâzur görülemez. Çünkü bu ülke her yönüyle İslâmî hükümlerin yayıldığı, bilindiği ve öğrenildiği bir ülkedir. Kişinin İslâmî hükümlerden haberdar olması için gerekli her türlü ortam mevcuttur. Aslında müslüman olan bir ülkede yaşayan bir kimsenin bu kabil bilmesi zorunlu olan hükümleri bilmemesi de ayrıca bir suç teşkil etmektedir. Fakat öyle durumlar da vardır ki, bu yerlerde şahıs gerçekten mâzurdur ve bu cehaleti sebebiyle de cezalandırılması doğru değildir.

a) Hitabın Ulaşmaması veya Mükellefiyeti Bilememe

Mutlak cehil de diyebileceğimiz bu kabil bilememe durumlarında şahıs mâzurdur. Çünkü böyle bir cehlin oluşmasında kendisinin bir rolü yoktur. Konumuzla ilgili olarak şu örnekleri verebiliriz:

Örnek 1. İçki yasağı ahabın bir kısmı seferde iken gelmişti. Seferde bulunan ashaba içki yasağı ulaşmadığından, bunlar hala içkiye devam etmişlerdi. Sefer dönüşü cephedeki bu ahabın durumu Hz. Peygambere sorulduğunda haklarında “İman edip de güzel amel işleyenlerin (önceki) tattıklarında üzerlerine bir günah yoktur”⁴⁶² ayet-i kerimesi nazil olmuş ve bu kimselerin durumlarına açıklık getirilmiştir. Seferdeki ahabın teşri' merkezinden uzak oluşları, bu süre içinde ne ile mükellef olduklarına dair yeni gelen hükümleri bilmelerini imkansız kılmıştır.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Şatıbî, IV/215.

⁴⁶¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Hakkı Aydın, “İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilememe (Cehalet)”, *CÜİFD*, s. 29-61.

⁴⁶² Mâide, 93.

⁴⁶³ Abdülazîz Buhârî, IV/561-562; Emîr Padişah, IV/225.

Örnek 2. Kible'nin tahvili ile ilgili ayet Kuba halkına ulaştırıldığında, onlar namazda iken hemen yönlerini Kâbe'ye çevirdiler. Bu durumu Hz. Peygamber güzel karşıladı. Daha sonra Kuba halkı henüz kendilerine kible'nin tahviline dair bilgi ulaşmadığı süre içerisinde Mescid-i Aksa'ya yönelerek kıldıkları namazların durumunu sordular. Bunun üzerine, “Allah sizin imanınızı asla zayi edecek değildir”⁴⁶⁴ ayeti nazil olmuş ve bu süre içerisinde Mescid-i Aksa'ya yönelerek kıldıkları namazlarının makbul olduğu bildirilmiştir. Bu örnekte de hüküm henüz İslâm ülkesinin her tarafında yayılmamış olduğundan, böyle bir cehalet mazur görülmüştür.⁴⁶⁵

b) Bilme Vasıtalarının Olmayışı veya Yetersiz Oluşu

Bu gruptaki cehil olaylarında fail hükmün aslını bilmektedir. Tebliğ kendisine ulaşmıştır. Fakat mahal hakkında bir bilmemezlik veya yanıltma söz konusu olması sebebiyle böyle bir suç işlenmiş olabilir. Bu konuda şu örnekleri verebiliriz:

Örnek 1. Önceden hiçbir kimse tarafından kendisine haber verilmeksizin evlenip zifafa girdiği kadının, kendi süt kardeşi olduğu açığa çıkan bir kimseye zina cezası verilemez. Çünkü süt emme dönemlerini çocukların kendiliklerinden bilmeleri mümkün değildir. Diğer şahıslar tarafından bunların süt kardeş oldukları da söylenmemiş. İşte böyle bir durum kuvvetli bir şüphe oluşturur ve suç vasfı da ortadan kalkar. Dolayısıyla bu konumdaki bir kimseye ne had ve ne de ta'zir cezaları uygulanamaz.⁴⁶⁶ Bu örneğimizde şahıs süt kardeşe evlenmenin haram olduğunu bilmekte fakat evlendiği kadının süt kardeşi olduğunu bilme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü kadının süt kardeşi olduğunu haber verecek vasıtalar mahrumdur. Bu vasıtalar, ya tamamen kaybolmuş veya kasten haber vermemişlerdir. Bu nedenle şahıs evlendiği kadının kendisine helal olduğu konusunda bir tereddüde sahip değildir.

Örnek 2. Bir masada oturan topluluğa getirilen meşrubatın içki (hamr) olduğunun farkına vardığı halde, kasten içen kimseye had uygulanır. Ama bu nesnenin içki olduğunu bilmeyen kimseye ise bu cehlindeki mâzuriyetine istinaden had uygulanmaz.⁴⁶⁷ Bu örneğimizde de fail içkinin haram olduğunu bilmekte,

464 Bakara, 143.

465 Molla Hüsrev, s. 639; Emîr Padişah, IV/213.

466 Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 214-217; Ebû Zehra, *Usûl*, s. 44-45; Zeydan, s. 113.

467 Serahsî, IX/53, 54.

fakat önceden görmemesi, içmemesi ve içkinin özelliklerinden haberdar olmaması nedeniyle, kendisine sunulan meşrubatı mubah bir içecek zannetmekte ve kendisinde içtiği meşrubatın hellallığı hususunda bir kuşku da meydana gelmemektedir. Önceden gül suyu⁴⁶⁸ veya üzüm suyu olup da şaraba dönüşen bir meşrubatı hala gül suyu veya üzüm suyu zannederek içen bir kimsenin durumu da böyledir.⁴⁶⁹ Bu olayda da gül suyu veya üzüm suyunun şaraba dönüştüğünden şahsın haberi yoktur. O hiç tereddüt göstermeden onun gül suyu veya üzüm suyu olduğu inancıyla içmektedir.

Örnek 3. Önceden görmediği bir kadınla nikahlanan bir kimseye kadınların “işte senin karın budur” şeklinde haber vermeleri üzerine, nikahladığı kadından başka bir kadınla gerdeğe giren şahıstan had düşer.⁴⁷⁰ Aslında bu fiil bir zinadır. Çünkü zifaf nikah akdi yapmadığı, tamamen haram bir mahalde vaki olmuştur. Fakat olayın bu şekilde seyretmesinde failin herhangi bir kastı ve kusuru söz konusu değildir. Çünkü böyle bir durumda şahıs nikahladığı kadını bilme imkanına sahip değildir. Çünkü onu daha önce görmemiştir ve itibar ettiği kaynaklar (kadınlar) bu şekilde yanlış haber vererek onu yanıltmışlardır. Böyle bir olay bazı fıkıh âlimleri tarafından iştibah şüphesi kabul edilmesine rağmen, bütün İslâm hukuk bilginleri bu fiilden dolayı haddin düşeceği konusunda ittifak etmişlerdir. İştibah şüphesinde nesep sabit olmazken, âlimler burada nesepin sabit olması ve mehrin verilmesi hususunda hemfikirdirler. Buradaki şüphe kendisinde mülk ve şüphesi bulunmayan bir şüphe olduğundan aslında iştibah şüphesidir. Fakat bazı fakihler kadınların bu kimseye haber vermelerini delil kabul etmekte, dolayısıyla buradaki şüpheyi delide şüphe kabul etmektedirler. İbnü'l-Hümâm bu görüşlere karşı çıkarak burada delilden kaynaklanan bir şüpheyi kabul etmez ve şu görüşleri ileri sürer: Şer'î delil “sen ve malın babana aitsiniz”⁴⁷¹ hadisinde olduğu gibi mülkiyeti gerektiren bir delil olmalıdır. Oysaki burada böyle bir durum söz konusu değildir.”⁴⁷²

c) Şüphe Oluşturan Cehalet

Kur'an, meşhur hadis ve icma'a aykırı olmayan ve hakkında kesin delil bulunmayan konulara ilişkin cehalettir. Failin delil olmayan bir şeyi delil kabul

468 Karâfî, II/150.

469 Zeydan, s. 113.

470 Merğînânî, II/101; Zeyleî, *Tebyîn*, III/179; Aynî, VI/254; İbnü'l-Hümâm, V/258.

471 Ahmed b. Hanbel, II/269; İbn-i Mâce, 12 Ticarat, 64 (H. no: 2291), II/769.

472 İbnü'l-Hümâm, V/258.

etmesiyle ortaya çıkan iştibah şüpheleri bu grup içerisinde mütalaa edilebilecek şüphelerdir.⁴⁷³ Bu başlık altında şu örnekleri verebiliriz:

Örnek 1. Adam öldüren bir kimseyi, maktulün yakınlarından kısas hakkına sahip olan iki kişiden birisi affettiğinde, maktulün ikinci akrabası bu affa rağmen katili öldürse, bu ikinci katile de ayrıca kısas gerekmez. Birinci katili öldüren şahıs kısas hakkına sahip diğer kişinin katili affettiğini bise de bilmese de kısas yine gerekmez. Çünkü bu ikinci katil kısas hakkına sahip kimselerden birinin affetmesiyle kısasın düşeceğini bilmemektedir. Bu ikinci katil, diğer velinin affetmesinin kendisini bağlayamayacağı, kendisinin ayrı bir tasarruf hakkının bulunduğu kanaatini taşıyarak böyle bir yola tevessül etmiş olabilir. İmam-ı Azam'ın ve İmameyn'in görüşleri böyledir. İkinci katil, kendisine ait bir hak olan kısas infazının, başka akrabalarının affetmesiyle düşeceğini bilmemekte ve bir takım te'villerle katili öldürmektedir. Oysaki kısas hakkına sahip bir akrabanın affetmesiyle kısas düşer, çünkü kısas tecezzi kabul etmez. İmam-ı Züfer ikinci katile kısası gerekli görür ve gerekçesini şöyle açıklar: Kısas hakkına sahip kimselerden birinin katili affettiğini diğer veli bilmese veya affetmenin cezayı düşürmeyeceğini zannederek katili öldürse bu kimse de kısasen öldürülür. Çünkü mücerret bir zan kısasa engel olamaz.⁴⁷⁴ Görüldüğü üzere maktulün yakınlarından birinin katili affetmesiyle diğer velilerden kısas hakkının düşüp düşmeyeceği konusunda fakihler ittifak edememişler, sonuçta bir icma' gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla âlimlerin bu ihtilafı şüphe doğurmuş ve haddin uygulanmasını da kaldıran bir neden olmuştur.⁴⁷⁵ Bu verilen örnekler detaya taalluk eden meselelerdir. Kesin bir nass ve icma' bulunmadığından kişi böyle bir detayı bilmemede mâzurdur. Bu bağlamda Hz. Ömer, iddet bekleyen bir kadınla evlenmenin haram olduğunu bilmediğini ifade eden şahsın cehalet iddiasını kabul etmiş ve mâzur görmüştür. Çünkü bu gibi meseleleri uzman âlimlerden başkası bilemeyebilir.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Neseffî, Ebû'l-Berakât, *Keşfu'l-Esrâr ala'l-Menâr*, Beyrut, 1986, II/531; Abdülazîz Buhârî, IV/556; Zeyleî, *Tebyîn*, III/178; Aydın, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", s. 41-42.

⁴⁷⁴ Serahsî, XXVI/162-163; Neseffî, II/530; Abdülazîz Buhârî, IV/556-557; İbn-i Melek, İzzeddîn Abdullatif b. Abdülazîz, *Şerhu'l-Menâr*, İstanbul, 1965, s. 357; Emîr Padişah, IV/223; Şakiru'l-Hanbelî, s. 374-376; Aydın, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", s. 42.

⁴⁷⁵ Abdülazîz Buhârî, IV/557; Molla Hüsrev, s. 638; Aydın, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", s. 42.

⁴⁷⁶ İbn Kudâme, X/152.

Örnek 2. Failin zannından kaynaklanan şüpheler de bu konuda örnek verilebilecek şüphelerdir. Şöyleki; Bir şahsın üç talakla boşadığı karısına iddeti içerisinde yaklaşması kesinlikle haramdır. Çünkü “Eğer erkek kadını üçüncü defa boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helal olmaz”⁴⁷⁷ ayeti bu haramlığı açıkça bildirmektedir. Böyle bir talakla kadının haram oluşuna dair icma' da vardır. Fakat şahsın, iddet beklerken kadının başka erkeklerle evlenemeyişini, kadının firaş hakkının bulunmasını, talaktan önceki vat' sebebiyle nesebin sabit olmasını, kadının nafakasından sorumlu olmasını, kadını kendisine helal kılan sebepler zannedip de ona vat' etmesi şüphe oluşturmaktadır. Şahsın bu hukuka dayanarak, kadının kendisine helal olduğunu iddia etmesi bir nevi delil anlamına gelmektedir. Bu zan da makul bir zandır. Çünkü bu sayılan hukuk nedeniyle mülk eseri devam etmektedir. Şahsın bu hukuka istinat ederek mahalli helal zannetmesi hadde engel bir şüphe doğurmuştur.⁴⁷⁸

Örnek 3. Mülk şüphesi nedeniyle bir babanın oğlunun cariyesine yaklaşması haddi gerektirmemektedir. Bu kimsenin oğlu da cariyenen istihdam amaçlı olmasını veya babayla çocuk arasında mülk birliği olmasını dikkate alıp, birinin diğerinin malından yararlanabilme serbestiyeti bulunduğunu düşünerek babasının cariyesine yaklaşırsa bu durumda da had gerekmez. Böyle bir fiil zina olmasına rağmen şahısta böyle bir zannın uyanması ve bazı te'villere göre bu fiili işlemesi şüphe meydana getirmektedir.⁴⁷⁹

d) Yeni Müslüman Olanların Durumu

Yeni müslüman olanların cehalet iddiaları konumlarına göre değişiklik arz eder. İslâm ülkesine yeni girmiş yeni müslüman olan bir kimsenin cehalet iddiası genellikle mazeret kabul edilmiştir. Bu bağlamda İslâm ülkesine yeni giren bir şahıs, haram olduğunu bilmeyerek, bu ülkede şarap içse ona had tatbik edilemez.⁴⁸⁰ Çünkü bu kimse İslâm ülkesinde içkinin haram olduğunu bilmeyebilir. Zira bu kimsenin içkinin haramlığını bilebilmesi için, şer'î hitabın kendisine ulaşması lazımdır. Oysaki daha önce yaşadığı “darul-harb” böyle bir hitabın yayılmasına uygun bir ülke değildir.⁴⁸¹ Fakat böyle bir kimsenin zinanın

⁴⁷⁷ Bakara, 230.

⁴⁷⁸ Kâsânî, VII/36; Aynî, VI/244-245.

⁴⁷⁹ Neseffî, II/531; İbn-i Melek, s. 357; Molla Hüsrev, s. 638; Şakiru'l-Hanbelî, s. 375.

⁴⁸⁰ Serahsî, XXIV/32.

⁴⁸¹ Neseffî, II/531; Abdülazîz Buhârî, IV/560; Aydın, “İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)”, s. 43.

haram olduğunu bilmediğini iddia etmesi kabul edilmez. Çünkü zina bütün dinlerde haramdır.⁴⁸² Bazı bilginler yeni müslüman olan veya yerleşim merkezlerinden uzak, gayr-i meskûn bölgelerde yaşayan kimselerin zinanın haram olduğunu bilmedikleri iddialarını, bu kimselerin iddialarında doğru olabilecekleri ihtimalini göz önünde bulundurarak kabul ederler ve bu konudaki cehaletlerini mâzur görürler.⁴⁸³ Kişi zinanın haram olduğunu bilmediğini gerçekten ispat edebilirse, bu durum şüphe oluşturur. Çünkü İslâm'da hükümler ancak öğrenildikten ve öğretildikten sonra uygulanır. Bilmeyenler her zaman mâzur olurlar⁴⁸⁴ Suyûtî (ö. 911/1505) de, yeni müslüman olan, yerleşim bölgelerinden ve âlimlerden uzak yaşayan kimselerin zina, içki, hırsızlık, adam öldürme ve oruç yeme... gibi fiillerin haram olduğunu bilmemesinin özür teşkil edeceğini kaydetmektedir.⁴⁸⁵ Fakat devamlı olarak müslümanların içinde ve yerleşim bölgelerinde yaşayan kimselerin, zinanın haramlığını bilmedikleri iddiası dikkate alınmaz. Zira İslâmî hükümler bütün ülke sathına yayılması nedeniyle gizli kalması mümkün olamayacağından, böyle bir konumda olan kimsenin, bu denli yaygın hale gelen ve şöhret bulan İslâmî hükümleri bilmemesi mümkün değildir.⁴⁸⁶ Yeni müslüman olan bir zimmînin şer'î yasakları bilmediği iddiasına da itibar edilmez. Çünkü bu kimse daha önce de İslâmî hükümlerin duyurulduğu, yayıldığı ve öğrenilme zorunluluğu olduğu bu ülkenin bir ferdi ve vatandaşıydı.⁴⁸⁷ Bu konuda son olarak şunları söyleyebiliriz: Daru'l-İslâm'da yaşayanlar, bilinmemesi konusunda hiçbir kimseye ruhsat verilmeyen açık ve genel hükümleri bilmek zorundadırlar. Bu hükümler “zarûrât-ı diniyye” tabir edilen Kur'an ve mütevatir sünnetlerle üzerinde icma' edilen konulardır. Bu itibarla namaz ve orucun farz oluşu, zina, içki, hırsızlık ve adam öldürme gibi fiillerin haram oluşunun bu konumdaki kimselerce bilinmesi zorunluluk arz eder.⁴⁸⁸

C- Müslüman Olmayan Ülkede Cehalet

Müslüman olmayan bir ülkede yaşayan bir müslümanın durumu, müslüman ülkede yaşayan bir müslümanın durumundan farklı bir durum arz eder. Çünkü daru'l-harp'te mutlak bir cehil söz konusudur. Yani böyle bir ülkede yaşayan bir

482 Abdülazîz Buhârî, IV/560.

483 İbn Kudâme, X/152; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/4; Zuhaylî, VI/36.

484 Aydın, “İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)”, s. 45.

485 Suyûtî, *Eşbâh*, s. 132.

486 İbn Kudâme, X/152.

487 Neseffî, II/531; Abdülazîz Buhârî, IV/560; Zeydan, s. 112.

488 Zeydan, s. 112.

müslüman ne kendisinin mükellefliğini, ne de ne ile mükellef olduğunu bilmemektedir. Bu ülkede böyle bir imkandan mahrumdur. Çünkü bu ülke İslâmî hükümlerin yayılması ve öğrenilmesi için uygun bir ülke değildir. Dolayısıyla burada yaşayan müslümanlara şer'î hitabın ulaşamaması ve zina, içki...gibi yasakların tebliğ edilememesi sebebiyle, bu müslümanların yasakları bilmeme iddiaları mazeret teşkil eder. Şu haber daru'l-harp'te yaşayan bir müslümanın durumuna açıklık getiren bir delildir: Yemen'de bir eve misafir olan bir adam, ev sahibesiyle zina ettiğini insanlara haber verir. Durum Hz. Ömer'e ulaştırıldığında Hz. Ömer cevabî mektubunda, haramlığını bilerek zina yaptıysa o kimseye haddin uygulanmasını, şayet zinanın haram olduğunu bilmiyorsa öğretilmesini, buna rağmen yine aynı fiili işlemesi halinde haddin infaz edilmesini emretmiştir.⁴⁸⁹ Yaşadığı zaman ve zemin şartlarında İslâmî hükümlerin yayılmaması nedeniyle, haddin uygulanması konusunda böyle kimselerin durumu şüphe uyandırmaktadır.⁴⁹⁰ Çünkü İslâmî hükümler, ancak bu hükümlerin öğrenilmesinden itibaren sabit olur.⁴⁹¹ Hz. Ömer'le birlikte, Hz. Osman ve Hz. Ali de zinanın haram olduğunu bilmeyenlere haddin tatbik edilmeyeceğini söylemişlerdir.⁴⁹² Daru'l-Harp tabiatı gereği İslâmî emir ve yasakların intişarına elverişli bir ülke olmadığından, burada müslüman olan bir kimsenin hangi ibadetlerle yükümlü olduğunu bilmemesi bir mazeret olduğu gibi, öğrendikten sonra bunları kaza etmesi de gerekmemektedir. Aynı şekilde böyle bir ortamda işlemiş olduğu suçlar nedeniyle bir günah ve ceza da terettüp etmez. Fakat İmam-ı Züfer şu gerekçeleri ileri sürerek bu görüşlere karşı çıkar: Bu kişi İslâm'ı kabul etmekle, İslâmî hükümlere bağlı kalmayı da kabul etmiş demektir. Şu kadar var ki, yükümlülüklerini yerine getirmesine ilişkin tebliğin ulaşmasındaki kusur nedeniyle yükümlülüklerini bilememektedir. Böyle bir durum da onun eda edemediği ibadetlerin kaza edilmesini düşürmez. Çünkü ibadet ve diğer yükümlülükleri vacip kılan sebep yani kişinin İslâm'a girmesi, bunu gerekli kılmaktadır. Namaz vakti çıktıktan sonra uykusundan uyanan kimse nasıl geçirdiği namazı kaza etmekle yükümlü ise, daru'l-harp'teki müslümanın durumu da böyledir.⁴⁹³ Abdülazîz Buhârî (ö. 750/1330), bu farklı görüşlerden sonra kendi düşüncelerini şöyle açıklar: Hitap, daru'l-harp'te bulunan bir müslümana -ne bizzat duyma şekliyle hakikî anlamda, ne de bu ülkede yayılması şekliyle takdirî anlamda ulaşmaması

489 Serahsî, IX/53-54; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/4.

490 İbn Kudâme, X/152.

491 İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, IV/4.

492 İbn Kudâme, X/152.

493 Abdülazîz Buhârî, IV/560-561; Hamevî, III/300.

nedeniyle- gizli kalmıştır. Zira daru'l-harp İslâmî hükümlerin intişar edeceği bir ortam değildir. Bu nedenle buradaki müslümanın cehli mazeret teşkil eder. Çünkü buradaki müslümanın kendisi delili isteme konusunda kusurlu değildir. Bilakis buradaki cehil, delilin daru'l-harp'te yayılmaması ve bir tebliğ otoritesinin (velayet) bulunmayışı nedeniyle (tebliğe müsaade edilmediğinden) bizzat delilin gizli kalmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁹⁴ “İslâm Hukuku, prensip olarak kanunu bilmemeyi mazeret olarak kabul etmektedir. Bu hususta mensuplarına kanunu öğrenme mükellefiyeti yüklemekten ziyade (ödev nazariyesi) önce hükümleri onlara duyurma, öğretme ve tebliğ etme yükümlülüğünü kendi üzerine alır. Özellikle yeni müslüman olanlara veya müslüman olacıklara hükümlerini ulaştırmadan sorumlu tutmaz. Zaten kanunu bilmemek kazandırıcı bir hak değil, sadece savunmada ileri sürülebilecek olan bir sebeptir. Yani cehalet ispatta değil defide ileri sürülebilir.”⁴⁹⁵

Cehil konusunu noktalarken günümüz şartlarını da dikkatten kaçırmamak gerekecektir. Şöyleki; artık günümüzde kitle iletişim araçları oldukça gelişmiştir. Toplumların kültür düzeyleri yükselmiştir. Dünyada devamlı küreselleşmeye doğru bir yöneliş bulunduğundan, hemen her toplum diğerinin sosyal, ekonomik, kültürel ve dinî hayatından haberdar hale gelmiştir. Diğer taraftan bazı müslüman olmayan ülkelerde müslümanlar bir takım fikri merkezler oluşturmuşlar, bu bağlamda dini öğretim ve eğitimlerini kazanmak için gerekli tedbirleri almışlardır. Hatta bazı müslüman olmayan ülkelerde yönetimler tarafından kendi dinlerini öğrenme serbestliği de verilmiştir. Durum böyle olunca bu gibi ülkelerde en azından İslâm'ın temel esaslarını bilmemenin mazeret olmayacağı kanaatindeyiz.

III- İSPATTA ŞÜPHE

İspattaki şüphe suçun unsurlarında oluşan veya cehaletten kaynaklanan şüpheler dışında ispat konumunda olan kimselerin durumlarından kaynaklanan şüphelerdir. Buradaki şüphe suçun mahkemede ispat edilmesiyle ilgilidir. Önceden de ifade edildiği gibi, kısas ve had cezaları ağır cezalardır. Bu itibarla sanık konumundaki kimselerin mağduriyetine sebebiyet vermemek için, bu suçların ispatında delillerin sağlamlığına olağanüstü dikkat ve titizlik gösterilmiştir. Suçun tahkikinde ve ispat edilmesinde mutlaka açıklık ve kesinlik aranmıştır. Mezkur suçların mütekamil bir şekilde işlendiğinin kesin ve net bir şekilde ispat

⁴⁹⁴ Abdülazîz Buhârî, IV/561.

⁴⁹⁵ Aydın, İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)”, s. 45.

edilememesi, durumu şüpheli hale getirecektir. Şüphelere rağmen verilebilecek her türlü karar ise hakkaniyete aykırı bir tutum olacaktır. Bu nedenle suçun hakim önünde ispatı safhasında şahitlik yapacak veya ikrarda bulunacak kimselerde cezanın infazına kadar şu hallerinin devam etmesi şarttır: Lafızların manaya delaletinin kat'iyyeti, ispatın hemen suçun işlenmesinin akabinde yapılması veya olayla yapılacak şahitlik arasında uzun bir sürenin geçmemiş olması, şahitlik yapan veya ikrarda bulunan şahısların cezanın infazına kadar herhangi bir değişiklik göstermeden sözlerinde devamlılık göstermeleri yani ifadelerinde herhangi bir değişiklik yapmamaları.⁴⁹⁶

Eda eden kimseler açısından ispatın önemini “Çağırıldıkları vakit şahitler gelmemelik etmesinler”⁴⁹⁷, “Ey iman edenler! Adaleti titizlikle ayakta tutan, kendiniz, ana babanız ve akrabanız aleyhine de olsa Allah için şahitlik eden kimseler olun”⁴⁹⁸, “Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutan, adaletle şahitlik eden kimseler olun. Bir topluluğa duyduğunuz kin, sizi âdil davranmamaya itmesin. Adaletli olun; bu, Allah korkusuna daha çok yakışan (bir davranış) tır”⁴⁹⁹, “Yalan sözden sakının”⁵⁰⁰ gibi ayetler açık bir şekilde ifade etmektedir. Hakim açısından konunun önemini de, “Ey iman edenler! Eğer fasıkın biri size bir haber getirirse onun doğruluğunu araştırın. Yoksa bilmeden bir topluluğa sataşsınız da sonra yaptığınıza pişman olursunuz”⁵⁰¹ ayeti ve Hz. Peygamberin, fıskı herkes tarafından bilinen, fakat ispat için elde maddî delillerin bulunmadığı bir kadın hakkında söylemiş olduğu “Şayet delilsiz bir kimseyi recmetmiş olsaydım, falan kadını recmederdim”⁵⁰² hadis-i şerifi ortaya koymaktadır. Bu sıkı tedbirlerle hem keyfî ve kasdî davranışta bulunan şahit konumundaki şahsın zarar vermesi, hem de sanık konumundaki şahsın zarara uğramasının ve mağduriyetinin önüne geçilmiştir. İslâm Hukukunda hem haksızlık yapmak, hem de haksızlığa uğramak bu sıkı tedbirlerle önlenmiştir.

A- Şahitlerin İfadelerinden Kaynaklanan Şüphe

Şahitlerin hakim huzurunda şahitliklerini eda esnasında tutarsız ifadelerde bulunmaları, bütün şahitlerin ifadelerinde birbirleriyle ittifak edememeleri, imalı veya kinayeli ifadelerde bulunmaları şüphe oluşturur. Diğer taraftan eda edilen

⁴⁹⁶ Ebû Zehra, Ukûbe, s. 219.

⁴⁹⁷ Bakara, 282.

⁴⁹⁸ Nisâ, 135.

⁴⁹⁹ Mâide, 8.

⁵⁰⁰ Hac, 30.

⁵⁰¹ Hucurat, 6.

⁵⁰² İbn-i Mâce, 20 Hudud, 11 (H. no: 2559), II/855; Şevkânî, VII/123.

şahitliğin davaya uygunluk arz etmesi de gereklidir. Şöyleki şahitlerin ifade verirken, hem lafzen, hem de mahiyet itibariyle birbirleriyle ittifak içerisinde bulunmaları gerekmektedir. Çünkü şahitliğin geçerli kabul edilebilmesi için böyle bir ittifak şarttır.⁵⁰³ Şahitlerin suçun mahiyeti, yeri, zamanı, cins ve miktarı gibi konularda ittifak edememeleri ifadelerde bir çelişki ve tutarsızlık meydana getireceğinden, bu çelişki ve tutarsızlıklar da doğal olarak bir şüphe oluşturacaktır. İspatın şüpheli bir durum arz etmesi halinde de, had uygulanamayacaktır.⁵⁰⁴ Diğer taraftan şahitlerin fiili anlatmalarında ihtilafa düşmeleri en kuvvetli bir şüphe kabul edilmiştir.⁵⁰⁵

Zinaya şahitlik yapan kimselerin suçun zaman ve mekanında ihtilaf etmeleri haddi düşürür. Mesela şahitlerin bir kısmının, suçun falan şehirde, diğer şahitlerin de başka bir şehirde işlendiğini söylemeleri sanki iki ayrı olaya şahitlik yapıyorlarmış gibi bir kanaatin oluşmasına yol açar.⁵⁰⁶ Şahitler zinanın yapıldığı konusunda ittifak etseler de, zaman ve mekanda ihtilaf etseler yine had uygulanamaz. Çünkü bu takdirde de zina için gerekli şahit sayısına (nisaba) ulaşılmamış olur.⁵⁰⁷ Zinaya şahitlik edenlerden ikisi, zinanın kadına ikrah yoluyla yapıldığı, diğer ikisi de kadının rızasıyla yapıldığı şeklinde ifadelerde bulunsalar bu ifade çelişkileri şüphe doğurur.⁵⁰⁸ Zina fiiline kinaî lafızlarla yapılan şahitlikler de şüphe doğurur. Çünkü kinaî lafızlardaki maksat kapalı olduğundan ancak söyleyenin niyetine göre bir sonuç doğurur. Mesela şahitler “Şu adam şu kadına dühül etti” şeklinde bir ifadeye bulunsalar, sırf bu ifadeye istinaden had tatbik edilemez. Çünkü “dühül” lafzı; vat', ziyaret, zıfâf ve halvet arasında müştereklik ifade eden bir kelimedir. İfadede bulunan şahsın maksadı da kapalı olduğundan bu şüpheye istinaden zina cezası verilemez.⁵⁰⁹ Şahitlerin çalınan bir malın aynında -koyun veya koç gibi- veya niceliğinde -siyah, beyaz veya kırmızı gibi- ihtilafa düşmeleri de haddi düşüren bir şüphedir.⁵¹⁰

Aynı gerekçeler kısas cezalarının düşmesinde de muteberdir. Bu nedenle katlin gerçekleştirildiği yer, zaman ve öldürme aletleri üzerine yapılan şahitliklerde

503 İbnü'l-Hümâm, X/266.

504 Merğînanî, III/126; Babertî, VII/432-437; İbnü'l-Hümâm, VII/432-437; Zuhaylî, VI/573-574.

505 İbnü'l-Hümâm, V/285.

506 Kâsânî, VII/48-49; İbn Kudâme, XII/130 vd.; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/23.

507 Zeyleî, *Tebyîn*, III/189-190; İbn-i Nüceym, V/23.

508 Merğînanî, II/106; Bâbertî, V/284; İbnü'l-Hümâm, V/284; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/23.

509 İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/27.

510 Merğînanî, III/127; Bâbertî, VII/444-445; İbnü'l-Hümâm, VII/444-445.

meydana gelen ihtilaflar bu şahitlikleri batıl kılar. Çünkü katil olayı değişik yer ve zamanlarda tekrar gerçekleştirilmesi kabil olmayan bir hadisedir.⁵¹¹ Katlin gerçekleştirilmesinde kullanılan alet hakkında ihtilaf oluşup, şahitlerden biri katlin mesela kılıçla, diğeri el ile gerçekleştirildiği doğrultusunda ifade verseler, her ikisinin şahitliği de kabul edilmez. Çünkü böyle çelişkili ifade vermeleriyle şahitler birbirlerini tekzip etmiş bir hale gelmişler, delili tam olarak ortaya koyamamışlardır.⁵¹²

B- İspatın Geciktirilmesinden Kaynaklanan Şüphe (Zamanaşımı)

İspatın süresi içerisinde ifa edilmeyip geciktirilmesi doğal olarak ispat etme konumundaki bu kimselerin güvenilirliği konusunda bir takım sorular doğuracaktır. Bu nedenle İslâm hukukçuları ispatın geciktirilmesini doğru bulmamışlardır. Şahitlerin, hastalık, korku, uzaklık gibi meşru mazeretler dışında, hiçbir özürleri olmaksızın bir süre bekleyip, şahitliklerini ifa etmemeleri onların suçu gizlemeyi amaçladıkları sonucunu doğurur. Aynı şekilde suçun ispat edilme zamanı geçtikten sonra şahitlik yapmaları ise, bu kimselerin sanık aleyhine bir düşmanlıklarının olduğu kanaatini doğurur. Zira bu kimselerin normal süresi içerisinde herhangi bir makul mazeret ve engel bulunmaksızın bekleyip, daha sonra şahitliğe kalkışmaları, bu kimselerin suçlu konumundaki kimseye karşı taşıdıkları bir kin ve düşmanlığa hamledilir. Böyle bir gecikme suçu gizleme amacıyla yapılmadığında ise, bu kimseler fasık durumuna düşerler. Bütün bu gecikmeler haddin icrasına engel olan şüpheli bir durum meydana getirir.⁵¹³

Zamanaşımı hukukullah tabir edilen hırsızlık, içki ve zina gibi suçlarda geçerlidir. Yani bu suçların ispatı için gerekli şahitliğin zamanaşımına uğraması hadlerin infazını önler. Hanefiler bu konuda Hz. Ömer'in görüşünü esas alırlar. Hz. Ömer, zamanında yapılmayıp da zaman geçtikten sonra yapılan şahitliği kin amiline dayandırarak kabul etmemişlerdir.⁵¹⁴

İkrarda zamanaşımı konusundaki görüşler şöyledir:

İçki hariç diğer suçlarda zamanaşımından sonra ikrar müessirdir. Yani suçun işlenmesinin üzerinden uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen, bir itiraf söz

⁵¹¹ Merğînânî, IV/174; Babertî, X/264; Aynî, XII/192; İbnü'l-Hümâm, X/264.

⁵¹² İbnü'l-Hümâm, VII/443; Bilmen, III/138, 145.

⁵¹³ İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/21; İbn-i Âbidîn, IV/31; Bilmen, III/213-214.

⁵¹⁴ Merğînânî, II/105; Zeyleî, *Tebyîn*, III/188; Aynî, VI/277; İbnü'l-Hümâm, V/279-280; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/22; İbn-i Âbidîn, IV/31; Zuhaylî, VI/49.

konusu olursa had tatbik edilir.⁵¹⁵ Fakat içkide yapılacak ikrarın muteber olabilmesi için, kokunun geçmemiş olması gerekmektedir. İmam-ı Azam ve İmam Ebû Yusuf, kokunun geçmesi halinde ve zamanaşımından sonra içki hakkındaki ikrarı kabul etmezler.⁵¹⁶ İbn Ebî Leylâ zamanaşımına uğrayan şahitlik ve ikrarın had cezalarının ispatında geçerliğini kabul etmez. İmam Züfer de belli bir zamanaşımından sonra yapılan ikrarı hudud suçlarında geçersiz sayar. Yani vaktinde eda edilmeyip de zamanaşımına uğrayan bir ikrarla had cezaları verilemez.⁵¹⁷ Hakim sanığın durumunu dikkate alarak İbn Ebî Leylâ ve Züfer'in görüşlerini de tercih edebilir. Şafii, Malik ve Hanbeliler olay üzerinden uzun süre geçse bile zina, hırsızlık, kazf ve içkide şahitliğin ve ikrarın kabul edileceği görüşündedirler.⁵¹⁸

Kul hakkı kabul edilen katil ve kazf suçlarının ispatında -şahitlik ve ikrarda-gecikme yani zamanaşımı müessir değildir. Dolayısıyla had uygulanır. Çünkü bu suçlara kul hakkı taaalluk etmektedir.⁵¹⁹ Şayet şahitler uzun bir süre bekleseler de sonra kazf hususunda şahitlik yapsalar, bu şahitlikleri geçerli olur. Kazfle diğer hudud suçları arasında bir ayırım yapılmasının nedeni şudur: Kazf hususundaki bir gecikme kin ve töhmete delalet etmez. Zira kazfte, önce davanın açılmış olması şartı vardır. Şahitliği yerine getirmedeki gecikme, davacının dava açmadaki gecikmesinden de kaynaklanabilir.⁵²⁰

Zamanaşımının süresi konusunda fakihler değişik görüşlere sahiptirler. Ebû Hanife bu süreyi her dönemin yetkili hakiminin takdirine bırakırken, İmam-ı Muhammed bu sürenin bir ay olacağı görüşündedir. İmam-ı Muhammed, bir aydan az bir sürenin geç bir süre olmadığını, dolayısıyla bir aydan az bir sürenin zamanaşımı sayılamayacağı düşüncesindedir. Zamanaşımı süresinin bir ay olması hususunda Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'un benzer görüşlere sahip olduğuna dair rivayetler de mevcuttur. Tercih edilen görüş de budur.⁵²¹ İspata engel meşru mazeretlerin dışında ispatın geciktirilmesinin suçun sübutunda ve cezanın infazında müessir olmaması, sanığın mağdur edilmemesi ve şahitlik yapacak kişilere keyfî bir istismar kapısının açılmaması bakımından çok yerinde bir prensiptir. Bu

⁵¹⁵ Aynî, VI/277; İbnü'l-Hümâm, V/279-280.

⁵¹⁶ İbnü'l-Hümâm, V/302; Zuhaylî, VI/619.

⁵¹⁷ Aynî, VI/277.

⁵¹⁸ Zeyleî, *Tebyîn*, III/188; Aynî, VI/277; Cezîrî, V/73; Zuhaylî, VI/51.

⁵¹⁹ Merğînanî, II/105; Aynî, VI/278; İbnü'l-Hümâm, V/280; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/22; İbni Âbidîn, IV/31; Zuhaylî, VI/263.

⁵²⁰ Kâsânî, VII/46; Zuhaylî, VI/87.

⁵²¹ Merğînanî, II/106; Bâbertî, V/282; İbnü'l-Hümâm, V/282. İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/21-22.

kapının kapatılmaması halinde sanığa herhangi bir düşmanlığı bulunan kimse bu yola başvurabilecek, insanlar haksız yere mağdur olabilecek ve zamanla önü alınmaz fitne ve felaketler baş gösterebilecektir.

C- Şahitlikten ve İkrardan Dönme

1- Şahitlikten Dönme

a) Hudud Suçlarında

İslâm hukukçularının tamamı henüz hüküm verilmeden önce, şahitlerin önceki ifadelerinden dönmeleri halinde haddin düşeceği konusunda ittifak etmişlerdir. Şahitlerin bu şekilde ifadelerinden rücuları; onların hem doğru, hem de yanlış ifade vermiş olabilecekleri ihtimalini doğurmaktadır. Şahitlerin daha hüküm verilmeden önce “yanılmışız, vehmetmişiz” diyerek önceki ifadelerinden dönmeleri dikkate alınarak, bunların şahitlikleri düşer. İfadelerindeki ihtimal nedeniyle de suç tam anlamıyla ispat edilememiş olacağından, şüphe oluşur ve had düşer.⁵²² Hüküm verilip de henüz ceza infaz edilmeden önce şahitlerin ifadelerinden dönmeleri halinde Hanefi, Şafii ve Hanbeli fakihlerine göre had düşer. Çünkü şahitlerin ifadelerinin doğruluğu konusunda şüphe meydana gelmiştir. Bu kabil bir dönüş kuvvetli bir şüphedir.⁵²³ Böyle bir ihtimalle de ceza verilemez. Çünkü hükmün sebebi ortadan kalkmıştır. Aynı şekilde şahitlerin haddin tatbiki esnasında dönmeleri durumunda da haddin infazı durdurulur.⁵²⁴ Malikilerin meşhur görüşlerine göre, hükümden sonra ve infazdan önce şahitlerin rücu' etmeleri ister can isterse mala ilişkin olsun, verilen hüküm bozulamaz ve böyle bir dönüş haddin infazını durdurmada müessir olmaz.⁵²⁵

b) Kısas Gerektiren Suçlarda

Kısas gerektiren suçlara şahitlik yapan kimselerin hakim karar vermeden önce şahitliklerinden dönmeleri halinde hüküm infaz edilemez. Böyle bir dönüşten

⁵²² İbn Kudâme, XII/137; Bâbertî, VII/478; İbnü'l-Hümâm, VII/478; V/294; er-Remlî, VII/327.

⁵²³ İbn Kudâme, XII/138; Zeyleî, *Tebyîn*, III/193.

⁵²⁴ Kâsânî, VII/62; Merğînânî, II/108; İbn-i Müflih, Abdullah b. Muhammed, *el-Mubdî fi Şerhi'l-Muknî*, Beyrut, ty, X/273-274; Bilmen, VIII/164, 165.

⁵²⁵ Alîş, Muhammed, *Şerhu Minehi'l-Celîl alâ Muhtasar-ı Halîl*, Beyrut, 1989, VIII/504; Bilmen, III/144.

dolayı önceki şahitliğe binaen hüküm verilemez. Zira şahitlik hükmün verilmesi için şarttır. Şahitlerin ifadelerinden dönmeleriyle böyle bir hükmün verilmesi de mümkün olmayacaktır. Bütün müctehidler bu konuda ittifak halindedirler.⁵²⁶ Dava karara bağlanıp da henüz ceza infaz edilmezden önce şahitlerin ifadelerinden dönmeleri konusunda Hanefilerde iki farklı görüş bulunmaktadır: Ebû Hanife ilk görüşünde kisasın kul hakkı olması nedeniyle, böyle bir durumda kıyasen cezanın düşmeyeceği görüşündeydi. Daha sonraki görüşünde kisasın da şüphelerle düşürülen cezalardan olmasını dikkate alarak istihsanla amel etmiş, böylece davanın karara bağlanıp da henüz infaz edilmeden önce şahitlerin ifadelerinden dönmelerini kisasın düşürülmesinde müessir kabul etmiştir.⁵²⁷ Şahitlerin önceki ifadelerinden dönmeleri şüphelerin en kuvvetlileri (büyükleri) arasında kabul edildiğinden, Şafii ve Hanbeliler de kararın verilmesinden sonra şahitlerin ifadelerinden dönmelerini kisasın düşmesinde müessir kabul etmişlerdir.⁵²⁸ Maliki müctehidleri, had cezalarında olduğu gibi, kisas cezalarında da şahitlerin şahitliklerinden dönmeleri durumunda hükmün iptalini kabul etmezler ve kisası gerekli görürler.⁵²⁹

2- İkrardan Dönme

a) İkrardan Dönüşün Muteber Olduğu Yerler

Zina, hırsızlık, içki içme gibi kamu davası kabul edilen suçları ikrar eden şahısların, daha sonra kendi ağızlarıyla bu suçları işlemediklerini ifade ederek önceki itiraflarından vazgeçmeleri kabul edilir ve bu dönüşleri cezanın düşmesinde müessir olur. İtirafçı şahıs suçunu inkar ettiği önceki ikrarından dönüşünde gerçekten doğru ise, önceki ikrarında yalan söylemiş demektir. Şayet ikrarından dönüp suçunu inkar etme hususunda yalan söylemişse o takdirde de ilk itirafında doğru söylemiş demektir. Böyle bir ihtimal ise şüphe doğurur. Şüpheli durumlarda da hadler infaz edilemez. İster hüküm verilmeden önce, ister hüküm verilip henüz infaz edilmeden önce, isterse infaza başlanıp cezanın bir kısmının infazından sonra olsun sanıkların ikrarlarından dönmeleri dikkate alınır ve had düşer.⁵³⁰ İkrardan dönmenin muteber olmasının dayanağı Hz. peygamberin Mâiz'e ve suçlarını itiraf

⁵²⁶ İbn Kudâme, XII/137; Bilmen, III/142-144.

⁵²⁷ Serahsî, XXVI/184.

⁵²⁸ İbn Kudâme, XII/138; er-Remlî, VII/328.

⁵²⁹ Cezîrî, V/328; Bilmen, III/144.

⁵³⁰ Kâsânî, VII/61.

eden diğerkimselere yaptığı telkinlerdir. Diğertaraftan ikrar sözle olabileceği gibi, infaz esnasında kaçmak şeklinde fiilî de olabilir. Şayet ikrardan dönüş caiz olmasaydı, Hz. Peygamber bu telkinleri yapmazdı.⁵³¹ Bu nedenle hakim in had gerektiren bir suç u itiraf eden kişiye bu itirafından dönmesi için telkinlerde bulunması sünnettir.⁵³² Hukukullah sayılan irtidat, zina, içki, hırsızlık, yol kesme gibi suçları ikrar eden şahısların haddin düşürülmesi için, ikrarlarından dönmelerinin caiz olduğu konusunda, bütün mezhep müctehidleri ittifak etmişlerdir.⁵³³ Aynı şekilde Hanefi, Maliki ve Hanbeliler gerek haddin infazından önce, gerekse infaz esnasında olsun mahkumun kaçmasını ikrardan bir dönüş kabul edip haddin uygulanamayacağını söylerlerken, Şafiilerin meşhur görüşlerine göre, şahsın kaçmasıyla, onun ikrarından döndüğü açığa çıkmış sayılamaz. Bu nedenle de firar, ikrardan dönüş olarak kabul edilemez.⁵³⁴ Kendinin muhsan olduğunu önce ikrar edip, sonra bu ikrardan dönen bir zânînin bu dönüşü kabul edilir, ve bu şahsın cezası recmden kırbaça dönüşür.⁵³⁵

b) İkrardan Dönüşün Muteber Olmadığı Yerler

Kazf (iffete iftira) suçunda ikrardan dönme muteber değildir, dolayısıyla böyle bir dönüş haddin düşürülmesinde müessir değildir. Çünkü kazf cezasının konulmasının sebebi, iftiraya uğrayan şahsın şerefini korumak, onu zina töhmetinden ve ayıbından temizlemektir. Aynı zamanda kendisine iftira edilen şahsın mağdur olması nedeniyle iftira eden üzerinde hakkı da bulunmaktadır.⁵³⁶ Kısas gerektiren cezalarda da kul hakkı bulunduğundan, kısasta da ikrardan dönme geçerli sayılmamış ve kısasın tatbiki gerekli görülmüştür.⁵³⁷

D- Had ve Kısas Cezalarında Kadının Şahitliği

İspatta şüphe kapsamında üzerinde durulması gerekli olan bir husus da bu gibi suçlarda kadınların şahitliği meselesidir.⁵³⁸ Aralarında re'y taraftarları ile, Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçularından oluşan cumhur, had ve kısas suçlarının

⁵³¹ Kâsânî, VII/61; Merğînânî, II/105, 111; İbnü'l-Hümâm, V/280, 311.

⁵³² Kâsânî, VII/61.

⁵³³ Aynî, VI/278; Cezîrî, V/ 87; Zuhaylî, VI/387.

⁵³⁴ Bilmen, III/216, 220.

⁵³⁵ Kâsânî, VII/61.

⁵³⁶ Kâsânî, VII/61, 233; Merğînânî, II/105; Aynî, VI/278, 341; İbnü'l-Hümâm, V/280, 328.

⁵³⁷ Kâsânî, VII/233; İbnü'l-Hümâm, V/223; Zuhaylî, VI/388.

⁵³⁸ Geniş bilgi için bkz. *İslamî Araştırmalar Dergisi [Kadın Özel Sayısı]*, Cilt: V, S. IV, Ankara, Ekim, 1991.

ispatında kadınların şahitliklerini yeterli bulmazlar ve geçersiz kabul ederler. Bu hukukçular gerekçelerini konuyla ilgili kabul ettikleri ayet, hadis ve icma' gibi delillere dayandırır. Konuyla ilgili ayetler şunlardır: “Bu şekilde yapılan muamelede erkeklerinizden iki şahit gösterin”⁵³⁹, “İçinizden adalet sahibi iki kişiyi şahit tutun”⁵⁴⁰, “Namuslu kadınlara iftirada bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun”⁵⁴¹, “Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı dört şahit getirin.”⁵⁴² Bu gibi suçların ispatında kadınların şahitliğini kabul etmeyen bilginler bu ayetleri delil getirirken, şahitlikleri istenen kimselerin müzekker (erkek) sıygasıyla ifade edilmesine dikkat çekmişlerdir. İbnü'l-Hümâm, Nisa/15. ayetinde geçen “اربعة منكم” sızden dört kişi” lafzını Arapça dilbilgisi kuralları açısından ele alarak, madûdun (sayılan) müzekker olması halinde adedin müennes olacağı kuralını hatırlatır ve buradan hareketle had ve kısas gerektiren suçlarda şahitliği istenen kimselerin erkek olması sonucuna varır.⁵⁴³ Aynı şekilde “Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden olmak şartıyla bir erkek iki kadın gösterin ki, onlardan biri yanılırsa diğeri onu düzeltsin ve doğru söylesin”⁵⁴⁴ ayetinde öncelikle erkeğin şahitliğinin zikredilmesi, ancak erkek bulunamaması halinde kadının şahitliğine başvurulması ve bir erkeğe mukabil iki kadının şahitlikte bulunması, erkeğin şahitliğinin esas olduğunu göstermektedir.⁵⁴⁵ Nitekim “...Su bulamamışsanız o zaman temiz bir toprakla teyemmüm edin”⁵⁴⁶ ayetinde teyemmümün yapılabilmesi suyun bulunmaması şartına bağlanmış ve su asıl kabul edilmiştir. Ancak su bulunmadığı takdirde toprakla teyemmüme müsaade edilmiştir.⁵⁴⁷ Ayette erkeğin önce zikredilmesi ve iki kadının şahitliğinin bir erkeğin şahitliğine denk tutulması, kadının şahitliğinde bir “bedeliyet şüphesi” oluşturmaktadır.⁵⁴⁸ Yani bu ayetler kadının şahitliğinin erkeğin şahitliğine denk olabilirdiğinde şüphe doğurmuş, böyle bir şüphe nedeniyle de bu suçlarda kadının şahitliği ihtiyatla karşılanmış ve geçerli kabul edilmemiştir. Diğer taraftan “Onlardan biri yanılırsa, diğeri onu düzeltsin ve doğru söylesin”⁵⁴⁹ ayetinden hareketle de kadının şahitliğinde bir “kusur şüphesi”nin varlığı da kabul

539 Bakara, 282.

540 Talak, 2

541 Nur, 4.

542 Nisâ, 15.

543 İbnü'l-Hümâm, VII/370.

544 Bakara, 282.

545 İbnü'l-Hümâm, VII/370.

546 Nisâ, 43.

547 Tehânevî, XV/168-169.

548 Aynî, VIII/126; İbnü'l-Hümâm, VII/370

549 Bakara, 282.

edilmiştir.⁵⁵⁰ Şunu da vurgulamak gerekir ki “kadınların hudud ve kısasın ispatında şahit olamamalarını onların akıllarının noksanlığına bağlamak yanlıştır. Çünkü kadınlar da aynı hitabın muhatabıdır.”⁵⁵¹ Zührî'den (ö. 124/742), “Hz. Peygamber ve O'ndan sonraki iki halifesi -Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer- dönemindeki uygulama, hudud ve kısasta kadınların şahitliklerinin caiz olmaması doğrultusunda devam etmiştir”⁵⁵² şeklinde gelen rivayet de bu konuya ilişkin dayanak kabul edilmiştir. Abdurrezzak'ın (ö. 318/850) *Musannef*'inde de konuya ilişkin Hz. Ali ve diğer bazı sahabeden gelen benzeri eser ve haberler bulunmaktadır.⁵⁵³ İbn-i Münzir de İslâm hukuk bilginleri arasında hudud suçlarında kadınların şahitliğinin caiz olmadığı konusunda icma' bulunduğunu nakleder.⁵⁵⁴

Kadınların diğer konularda olduğu gibi hudud ve kısasta da şahitliklerinin geçerli olduğunu söyleyen âlimler de vardır. Ata (ö. 115/729) ve Hammad (ö. 120/737), konuyu mal ile ilgili şahitliklere kıyas ederek, bir erkeğe mukabil olmak kaydıyla kadınların hudud ve kısasa da şahitlik yapmalarının caiz olduğu görüşündedirler.⁵⁵⁵ Zahiriler de Bakara/282. ayetinin zahirini esas alarak, bir erkekle birlikte iki kadının şahitliklerinin hudud ve kısas da dahil her sahada geçerli olacağını kabul ederler.⁵⁵⁶ Had ve kısas cezalarında kadınların şahitliğini caiz görmeyenler, bu gibi yerlerde kadınların şahitlik yapmaları durumunda cezanın uygulanamayacağını ancak cezanın diyete dönüştürüleceği fikrindedirler.⁵⁵⁷

Bu noktada merhum Yazır'ın (ö. 1942) görüşlerini özet halinde vermenin uygun olacağını düşünüyoruz. Yazır, kadının şahitliği ile ilgili olarak şu görüşlere yer verir: Genel anlamda kadınlarda zabt kuvveti noksan ve unutmaya ihtimali hakimdir. Böyle olmayan kadınlar bulunsa da bu konuda cinse ve çoğunluğa itibar edilir. Şöyleki; kadınlık fitratında hassasiyet hakimdir ve bu hassasiyetin baskın oluşu, aşırı derecede etkilenmeyi de beraberinde getirir. Bir şeyden fazla derecede etkilenmek unutmaya nedenleri arasındadır. Bir konunun zaptedilmesi ve akılda tutulması sadece zeka ile sağlanabilecek bir mesele değildir. Çünkü birçok zeki insanlar vardır ki aşırı hassasiyet ve etkilenmeleri sonucu, bu kişilerin hafızalarına

⁵⁵⁰ İbn Kudâme, X/170-171; XII/6-7; Tehânevî, XV/169.

⁵⁵¹ Aynî, VIII/129.

⁵⁵² İbn-i Ebî Şeybe, VI/544; Zeyleî, Nasbu'r-Râye, IV/79; Cessas, Ebû Bekir Râzî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrut, 1985, II/232; Merğînanî, III/116; İbnü'l-Hümâm, VII/369.

⁵⁵³ Bkz. Abdurrezzâk, Ebû Bekr es-San'ânî, *Musannef* (Tahkik: Habîburrahman el-A'zamî), Kahire, 1989, VIII/330.

⁵⁵⁴ İbn-i Münzir, s. 66.

⁵⁵⁵ İbn Kudâme, X/67; Aynî, VIII/125.

⁵⁵⁶ İbn-i Hazm, VIII/476; Udeh, II/411; Bilmen, VIII/126.

⁵⁵⁷ Bilmen, VIII/123.

güvenilmez. Diğer taraftan kadında subjektiflik hakimdir. Bu nedenle afakî (dış) olaylarla kadının meşgul edilmesi, kadınlık için arzu edilecek bir kemal değildir. Aynı zamanda kadında haya ve ar duyguları hakimdir ve hakim de olmalıdır. Yaratılışı itibariyle kadın erkeğin mukabilidir. Bu nedenle kadının erkekleşmesi, fitratını inkar etmek demektir ve kadın için bir zillettir. Bu gerekçeden dolayı kadınlaşan erkeklerin şahadetleri muteber olamayacağı gibi, erkekleşmiş kadınların şahadetleri de muteber değildir. Böyle bir durumda her iki taraf da aslî fitratlarından uzaklaşmış ve kendilerini bayağılaştırmışlardır. Yaratıcı kudret kadınla erkeğin kemalini birçok yönlerden ayırmış bulunduğundan, kadının dış olaylara ilişkin zaptında noksan ihtimalinin fazla olması, kadın cinsinin bir özelliğidir. O halde bir taraftan kadın fitratının ve hukukunun, bir taraftan da insanların hukukunun korunması ve desteklenmesi noktasından hareketle, erkeklerin vakıf olabilecekleri işlerde kadına şahitlik görevi yüklenmemelidir. Ama zorunlu durumlarda kadınların haberleriyle de tatbikat caiz olur. Mesela kadınlar hamamında meydana gelen bir cinayetin şahidi ancak kadın olabilir.⁵⁵⁸

Cumhura göre hudud ve kısas cezalarının verilmesi hususunda kadınların şahitliğinin yeterli bulunmaması, kanaatimize göre kadının dışlanması anlamı taşımaz. Çünkü kadınların diğer konularda şahitlik yapmalarında herhangi bir engel yoktur. Erkeklerin şahitliğinin mümkün olmadığı ve sadece kadınların şahitlik yapabilecekleri, hatta tek bir kadının şahitliğinin dahi yeterli kabul edilebileceği durumlar vardır.⁵⁵⁹ Sosyal hayatın hemen her sahasında aktif rol oynayan, hatta savaş gibi hayatî tehlike arz eden bir faaliyetin içerisinde bulunmasına izin verilen ve cephede yerini alan kadının dışlandığı görüşü tutarlı değildir. Gerçek şu ki; kadının bu gibi konularda şahitlik yapması fert ve kamu menfaatları açısından zorunluluk arz ediyorsa, burada da fikhî bir zorluk olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim zayıf da olsa hudud ve kısasta kadınların şahitliğini benimseyen görüşler bulunmaktadır. Bu kabil ağır cezalarda kadının şahitliğini şüpheli kabul etmekle kanaatimizce hem olabildiğince ceza sahasını daraltmak; böylece ölen veya organı yok olan kimseyi ikiye çıkarmak değil bire düşürmek amaçlanmış, hem de kadına ikramda bulunularak yükü hafifletilmiştir.

IV- TA'ZİR CEZALARINDA ŞÜPHE

Şüphelerle cezaların düşürülmesi prensibi had ve kısas gerektiren suçlarda söz konusudur. Hudud ve kısasın aksine ta'zir cezaları, kanun koyucu (Şari')

⁵⁵⁸ Yazır, Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, ty, II/982-984.

⁵⁵⁹ Bkz. Aynî, VIII/130; İbnü'l-Hümâm, VII/370.

tarafından belirlenmemiş, bu cezaların takdiri müctehid âlimlere bırakılmıştır. Bu nedenle İslâm hukukçuları arasında hakim olan görüşe göre ta'zir cezalarının düşürülmesinde şüphe müessir değildir.⁵⁶⁰ Fakat Şafiiler şüphenin ta'zir cezalarını düşürmesinde müessir olmaması ile birlikte, bazı keffaretleri düşüreceği görüşündedirler. Yani şüphe bulunması nedeniyle bir takım keffaretlerin gerekmeceği fikrindedirler.⁵⁶¹ Udeh, bir had veya kısas cezası bir şüphe nedeniyle ta'zire dönüşmüşse, artık böyle bir cezada tekrar şüphenin etkili olamayacağını fakat direkt ta'ziri gerektiren bir suç işleyen kimse hakkında da şüphenin rolü olacağını kabul eder.⁵⁶²

Ta'zir cezalarının kaldırılmasında şüphenin rolü olmadığı gibi, aksine bir takım şüpheler ve karinelere istinaden faile ta'zir de verilebilir.⁵⁶³ Çünkü ta'zir cezalarının kapsamı oldukça geniş ve çeşitleri oldukça fazladır. Mesela hırsızlık yaptığı iddia edilen bir şahsın, henüz suçu ispat edilmeden önce böyle bir itham ve şüpheye istinaden gözaltında tutulabileceği⁵⁶⁴ gibi, direkt olarak fısk (bozgunculuk, fitne vs.) hareketlerine iştirak etmese de, fasıkların meclisinde bulunmayı adet edinen kimse de ta'zire cezalandırılabilir.⁵⁶⁵ Ta'zir cezalarının kapsamı çok geniş olduğundan ve suça göre değişiklik arz edeceğinden, ta'zir cezalarının düşürülmesinde şüphenin müessir olmasını gerekli görmüyoruz. Diğer taraftan bazı şüpheli durumlarda kamu ve fert güvenliği için, bir takım emarelere istinaden ta'zire başvurulması da uygun olabilir.

V- ŞÜPHENİN KUVVET DERECELERİ VE HUKUKÎ SONUÇLARI

Bütün şüpheler kuvvet bakımından aynı derecede değildir. Kuvvet dereceleri aynı olmayan şüphelerden doğan hukukî sonuçlar da doğal olarak farklı olacaktır. Şüpheleri kuvvet dereceleri bakımından iki kısımda ele almak mümkündür.

⁵⁶⁰ Suyûtî, *Eşbâh*, s. 85; İbn-i Âbidîn, IV/60; Hamevî, I/388; Bilmen, III/326.

⁵⁶¹ Bkz. Suyûtî, *Eşbâh*, s. 85.

⁵⁶² Udeh, I/216.

⁵⁶³ İbn-i Âbidîn, IV/60; Bilmen, III/326; el-Halîfî, Nâsır Ali Nâsır, *ez-Zurûfu'l-Müşeddede ve'l-Muhaffefe fi Ukûbâti't-Ta'zir*, Kahire, 1992, s. 97.

⁵⁶⁴ Aynî, VI/385 ; İbn-i Âbidîn, IV/67.

⁵⁶⁵ Bilmen, III/320-321.

A- Şüphenin Kuvvet Dereceleri

1- Kuvvetli Şüphe

Fiildeki suç olma vasfını tamamiyle ortadan kaldıran şüphelere “kuvvetli şüphe” denir.⁵⁶⁶ Böyle bir şüphenin söz konusu olması durumunda fail fiili işlememiş sayılır. Haramlık sadece şeklî olmaktan ibaret kalır ve gerçekte o fiil af kapsamına giren bir fiil olmuş olur.⁵⁶⁷

a) Kapsamı

aa) Delilden kaynaklanan bütün şüpheler kuvvetli şüphelerdir.⁵⁶⁸ Çünkü bazı bilgilere göre delildeki şüphenin esası, haramlığın ortadan kalkmasıdır.⁵⁶⁹

ab) Mülk şüphesi de kuvvetli şüpheler arasındadır.⁵⁷⁰ Babanın kendi çocuğunun malını çalması halinde oluşan şüphe kuvvetli şüphedir.⁵⁷¹ Bazı bilginler mülk şüphesini kuvvetli kabul etmezler, dolayısıyla had düşse bile ta'ziri gerekli görürler.⁵⁷²

ac) Hak şüphesinde, şüphenin durumu hakkın kuvvetine göre değişir. Mesela taksim edilmeden önce ganimetten hakkını alan kimsenin durumu kuvvetli şüphe oluşturur ve suç vasfını ortadan kaldırır.⁵⁷³

ad) Suçun ana unsurlarından birinde meydana gelen şüphe de kuvvetlidir. Başkasının malı olduğuna inanarak kendi malını çalan kimseye had ve ta'zir cezası verilemez. Zira hırsızlık suçunun bir unsuru malın başkasına ait olmasıdır. Bu unsur gerçekleşmemiştir.⁵⁷⁴

ae) Cehaletten kaynaklanan şüpheler de cehlin derecesine göre değişiklik arz eder. Daru'l-harpteki bir müslümanın bilmeme ihtimali kuvvetli olduğundan, şüphe de kuvvetli olur. Aynı şekilde İslâm ülkesine yeni giren veya yerleşim bölgelerinden uzak yerde yaşayan bir müslümanın cehil iddiası da kuvvetlidir.⁵⁷⁵

⁵⁶⁶ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 237-238.

⁵⁶⁷ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 240.

⁵⁶⁸ Hamevî, III/300; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 238.

⁵⁶⁹ Bkz. İbnü'l-Hümâm, V/253; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 238.

⁵⁷⁰ Aynî, VI/407; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 240.

⁵⁷¹ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 238.

⁵⁷² Bkz.Udeh, I/215; Bilmen, III/204.

⁵⁷³ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 238.

⁵⁷⁴ Udeh, I/214.

⁵⁷⁵ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 238.

af) Fer'î ve ictihadî konulara ilişkin meselelerin bilinmesi herkes için mümkün değildir. İctihadî ve fer'î konuların bilinmesi genelde bir uzmanlığı gerektirmektedir. Bu nedenle bu konulardaki bilgisizlik kuvvetli şüphe oluşturur.⁵⁷⁶

ag) Suçun sübutunda şüphenin bulunması da kuvvetli şüpheler arasındadır.⁵⁷⁷ Mesela iki kişi bir kimsenin içki içtiğine şahitlik eder, daha sonra bu şahitliklerinden dönerlerse ve bu konuya dair başka bir delil de bulunmazsa, şahitlerin bu dönüşlerinde doğru oldukları kabul edilir ve suçlu beraat eder.⁵⁷⁸ Ebû Zehra ispatta şüpheyi zayıf şüphe kabul eder.⁵⁷⁹

2- Zayıf Şüphe

Had ve kısas cezalarının düşmesinde müessir olmakla birlikte fiildeki suç vasfını ortadan kaldırmayan şüphelere “zayıf şüphe” denir.⁵⁸⁰

a- Kapsamı

aa) Ebû Hanife nikahları müebbeden haram olan kadınlarla haramlığını bile bile nikahlanan kimselerden şeklen nikah akdinin mevcudiyeti nedeniyle haddi düşürürken, bu kimselere şiddetli ta'zir cezası verileceği görüşündedir. İmameyn bu kimselerin ancak iştibah iddiaları halinde haddin ta'zire dönüşeceğini kabul ederler.⁵⁸¹

ab) Zina şüphesi nedeniyle had cezalarının ta'zire dönüştüğü yerler şunlardır:

aba) Gayr-i müslim bir erkekle evlenen bir kadının evliliği feshedilir ve kendileri şiddetli bir şekilde ta'zir edilirler.⁵⁸²

abb) Hayvan ve ölüyle ilişki kuran, birbirleriyle müsahaka (lezbiyenlik) yapan kadınlar, ta'zir edilecekleri gibi, livâta (homoseksüellik) suçunu işleyenler de şiddetli bir şekilde ta'zir olunurlar.⁵⁸³ Şüpheli vat'larda had ta'zire çevrilir.⁵⁸⁴ Hırsızlık şüphesi bulunan şu yerlerde de ta'zir cezası verilir:

⁵⁷⁶ Şafii, s. 357 vd.; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 239.

⁵⁷⁷ İbn Kudâme, XII/138; İbnü'l-Hümâm, V/285.

⁵⁷⁸ Udeh, I/215.

⁵⁷⁹ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 239.

⁵⁸⁰ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 240.

⁵⁸¹ Şeyhzâde, I/552; Alemgiriyye, II/147; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 240.

⁵⁸² Şeyhzâde, I/552; Bilmen, III/320.

⁵⁸³ Şeyhzâde, I/552; İbn-i Âbidîn, IV/26-27; Bilmen, III/320.

⁵⁸⁴ Alemgiriyye, II/169.

abc) Misafir olduğu evde hırsızlık yapan kimseden had düşer. Çünkü hırsızlığın bir unsuru olan hırziyet (gizlilik) noksan durumdadır. Fakat suç vasfı ortadan kalkmadığından, bu şahsın cezası ta'zire dönüşür.⁵⁸⁵

abd) Beytü'l-mal'den mal çalan kimseye, bu mal kamunun malı olması ve kendisinin de o maldaki hakkı olması nedeniyle had düşer. Fakat malın kamuya ait olması böyle bir fiildeki suç vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle ceza ta'zire dönüşmektedir.⁵⁸⁶

abe) Nebbaştan had düşmesine rağmen, yaptığı fiil suç olma vasfını taşıdığından bu kimse ta'zirle cezalandırılır.⁵⁸⁷

Bu örneklerimizde olduğu gibi şüphe oluşabilen konular hakkında yeri geldikçe her mezhep kendi görüşünü açıklamış, hangi durumlarda haddin tamamen düşeceği, hangi durumlarda ta'zire dönüşeceğini kendi mezhep esaslarına göre ortaya koymuşlardır. Bu meyanda Suyûtî (ö. 911/1505), konuya ilişkin görüşlerini, “Şüphenin (hadleri düşürmede müessir olması için) kuvvetli olması şarttır. Şüphe kuvvetli olmadığı takdirde haddin düşmesine etki edemez... Mesela nebiz içene had uygulanır, bu konuda Ebû Hanife'nin muhalefeti dikkate alınmaz”⁵⁸⁸ şeklinde ifade eder. İbn-i Nüceym (ö. 1005/1596), Suyûtî'nin bu görüşünü hayretle karşıladığını ifade eder.⁵⁸⁹ Karâfî (ö. 684/1285), şüphenin haddi düşürmede müessir olmasında failin içinde bulunduğu zamanda yaptığı fiilin helal olduğuna tam kanaat getirmesini şart koşar. Buna göre kesinlikle sirke olduğuna inanarak içtiği şarabın içki olduğunun ortaya çıkması veya kesinlikle karısı olduğuna inandığı bir kadına vat' etmesi halinde şüphe oluşur ve had düşer. Ama bu içkinin ileride sirke olacağı inancıyla şarabı içmesi veya bu kadının ileride kendi zevcesi olacağı inancıyla vat' etmesi kesinlikle haddin düşürülmesinde müessir olamaz.⁵⁹⁰ Diğer taraftan Hanefiler Hz. Peygamberin uygulamaları ve ilgili hadisler doğrultusunda en küçük bir şüphenin dahi dikkate alınarak haddin düşürüleceği kanaatindedirler.⁵⁹¹ Çünkü tam manasıyla gerçekleşmeyen bir suçta tam cezanın verilmesi İslâm'ın temel ve evrensel prensipleriyle bağdaşmaz. Biz de şüphe ne kadar da zayıf olsa dikkate alınması dolayısıyla haddin kaldırılması

585 Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 240.

586 Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 240.

587 Bilmen, III/319.

588 Suyûtî, *Eşbâh*, s. 85.

589 İbn-i Nüceym, *Eşbâh*, s. 130.

590 Karâfî, IV/174.

591 Bkz. Kâsânî, VII/34; Merğînânî, II/118.

görüŖündeyiz. Çünkü herhangi bir Ŗüphenin bulunması suçun unsurlarının tam manasıyla oluşmasına engeldir. Haddin kalkması o kimsenin tamamen masum olmasını gerektirmez. Bu itibarla durumu Ŗüpheli kalan kimselere hakimin takdirine göre ta'zir cezaları verilebilir. Zaten Ŗüphenin kuvvet derecesi de farklı algılanmıştır. İslâm hukuk bilginlerinin bir kısmı bir Ŗüpheyi kuvvetli kabul ederken, diğeri onu zayıf kabul edebilmiştir. Mesela Hamevî'nin (ö. 1096/1678), “delil Ŗüphesi iŖtibah Ŗüphaneden daha kuvvetlidir”⁵⁹² ifadesinden iŖtibah Ŗüpheleri içerisinde de kuvvetli Ŗüphelerin bulunabileceği anlaşılmaktadır. Bazı bilginler delil ve mülk Ŗüphesi nedeniyle suç vasfının ortadan kalkacağını kabul ederken, diğeri bazıları bu yerlerde suç vasfının kalkmayacağı fikrindedirler. İspata dair Ŗüphelerde de durum böyledir.⁵⁹³

Kanaatimize göre suç vasfının ortadan kalkması, konu ve hüküm hakkında tam bir cehlin olduğu yerlerde söz konusudur. Müslüman olmayan bir ülkede yaşıyan, örneğini verdiğimiz müslümanların konumunda olan kimseler ve İslâm ülkesine giriŖi henüz yeni olan kimselerin cehilleri bu kategoriye girer. Aynı Ŗekilde ispat durumundaki Ŗahitlerin olayı vafsetmedeki ihtilafları, murur-u zamandan sonra Ŗahitlik yapmaları veya Ŗahitliklerinden dönmeleri de suç vasfını kaldırır ve sanığı tamamen beraat ettirir. Fakat ikrarından dönen kimseden had düşmekle birlikte, ta'zir verilebileceği düşüncesindeyiz. Çünkü korku amiliyle dönmesi de mümkündür. Bu gibi durumları hakimin yetkisine bırakmak daha uygundur. Bir konu hakkında farklı iki delil bulunup da zayıf olan delille amel eden kimseden suç vasfının kalkmasının ancak kuvvetli delil kendisine ulaşmaması halinde veya kuvvetli delili bilmemesi halinde mümkün olacağı kanaatindeyiz. Çünkü bir kimsenin her türlü delili bilmesi mümkün değildir. Ama kuvvetli delili bilen kimse buna rağmen zayıf delile dayanırsa ta'zir cezasının verilmesi kanaatindeyiz. Aksi takdirde keyfî suç işlemler yaygınlaşabilir. Zaten böyle ikinci bir delilin bulunması fail fiilin ister helal isterse haram olduğuna inansın direkt olarak had veya kısas cezalarını düşürmektedir. Kısaca el-Halîfî'nin de dediği gibi, “haddi düşüren Ŗüphe zayıfsa ta'zirin Ŗiddetli olması, Ŗüphe kuvvetli ise ta'zirin hafif olması”⁵⁹⁴ kanaatindeyiz. Bu noktada Ŗu hususu da belirtelim ki içtihadî konularda hakimin hükmü bu konulardaki ihtilafa son verir ve muhalif görüşlü kimsenin de hakimin verdiği karara uymasını sağlar. Çünkü böyle bir bağlayıcılık olmazsa husumetler çözüme bağlanamadan sürer gider. Devamlı bir çekişme ve

⁵⁹² Hamevî, III/300.

⁵⁹³ Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 237 vd.; Udeh, I/216.

⁵⁹⁴ el-Halîfî, s. 245.

mücadele devam eder, böyle bir durum da toplumda fitnenin yayılmasına neden olur.⁵⁹⁵

B- Şüphenin Hukukî Sonuçları

Şüphenin haddi düşürmesi ve iştibah (helalle haramın karıştırılması) halinde cezanın ta'zire dönüşmesi yanında, bir takım şüpheli fiiller sonucu bir takım fikhî hükümler de ortaya çıkmaktadır. Şüphenin delile dayanıp dayanmamasına göre hukukî sonuçları da farklılık arz eder. Çeşitli şüpheler nedeniyle ortaya çıkan hukukî sonuçlar şu şekilde tespit edilmiştir:

1- Şüphenin nedeni nikah ise ve bu şüphe delile dayanıyorsa nesep sabit olur. Bu itibarla mahalde şüphe kabul edilen yerlerin tamamında nesep sabit olur.⁵⁹⁶ Akit şüphesi İmam-ı Azam'a göre mahal şüphesine denk kabul edilirken, İmameyn bu şüpheyi iştibah şüphesi şumulünde değerlendirir.⁵⁹⁷ Buna göre bazı Hanefî âlimleri akit şüphanesinde iddetin ve nesebin sabit olacağını ve mehrin gerekeceğini kabul ederken⁵⁹⁸, bazıları kabul etmezler.⁵⁹⁹

2- Şüphe failin haramı helal zannetmesinden kaynaklanan bir iştibah şüphesi ise, nesep iddiasında bulunulsa bile nesep sabit olmaz. Çünkü nesep mahalle malikiyet veya mahalde bir hak bulunması durumunda tahakkuk eder. Oysaki iştibah şüphesiyle yapılan birleşmeler aslında bir zinadır⁶⁰⁰ ve iddet de sabit olmaz.⁶⁰¹ Fakat yanıltılarak kendi karısı olduğu inancıyla zifafa giren kimseden iddet ve nesep sabit olur. Mehrin verilmesi vacip olur. Bu konuda bütün fakihler ittifak etmişlerdir.⁶⁰² Çünkü konunun aslını bilmesine imkan bulunmadığından böyle bir fiilin gerçekleşmesinde şahsın bir kusuru yoktur. Ayrıca bazı hukukun devam etmesine istinaden üç talakla boşadığı karısına iştibahla yaklaşan kimseden de nesep sabit olur.⁶⁰³ Diğer taraftan iştibah şüphaninin hükmü diğer taraf için de geçerlidir. Şöyleki; şüpheli bir birleşmede taraflardan biri fiilin helal olduğunu

⁵⁹⁵ Karâfi, II/103-104.

⁵⁹⁶ Zeyleî, *Tebyîn*, III/175; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/15; Şeyhzâde, I/551; Alemgiriyye, II/147.

⁵⁹⁷ İbn-i Âbidîn, IV/25.

⁵⁹⁸ Aynî, VI/254; İbnü'l-Hümâm, V/259; Şeyhzâde, I/549; İbn-i Âbidîn, IV/24.

⁵⁹⁹ Aynî, VI/254; İbn-i Âbidîn, IV/24.

⁶⁰⁰ Zeyleî, *Tebyîn*, III/175; İbn-i Hümâm, V/251; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/15; Şeyhzâde, I/551; Alemgiriyye, II/147.

⁶⁰¹ İbnü'l-Hümâm, V/251.

⁶⁰² Merğînânî, II/101; Bâbertî, V/258; İbnü'l-Hümâm, V/258; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/15.

⁶⁰³ İbnü'l-Hümâm, V/254; İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/15.

zannetse, doğal olarak bu kimseden had düşer. Karşı taraf, fiilin haram olduğunu bilerek bu fiile iştirak etse bile bu kimseden de had düşer. Çünkü iştirah şüphesinin sirayet özelliği olduğu kabul edilmiştir.⁶⁰⁴

3- Haddin düştüğu her bir zina şüphesinde mehr-i misil vermek gerekir.⁶⁰⁵

4- Şüphe haddin düşmesinde müessir olsa da mal da müessir değildir. Çünkü mal şahsî haktır. Şahsî haklar ise şüphe ile düşmez.⁶⁰⁶ Bu itibarla ne kadar kuvvetli olursa olsun, şüphe nedeniyle ceza düşse de malın geri tazmini gerekmektedir.⁶⁰⁷ Bu bağlamda kısasın şüpheyile düşmesi halinde de ceza diyete dönüşür.⁶⁰⁸

604 İbnü'l-Hümâm, V/252.

605 İbn-i Nüceym, *el-Bahr*, V/16.

606 Kâsânî, VII/71, 81.

607 Kâsânî, VII/81; Aynî, VI/439; Baberî, V/399; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 239.

608 Emîr Padişah, IV/223.

SONUÇ

Bir suçla karşılık ceza verilebilmesi için suç kabul edilen fillerin hem ismen, hem şeklen hem de mahiyet itibariyle tam olarak gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Suçun bu vasıflarında bir eksikliğin bulunması durumunda suç tam anlamıyla gerçekleşmiş sayılamayacak, dolayısıyla bu kabil durumlarda cezanın uygulanabilirliği şüpheli bir durum arz edecektir. Diğer taraftan had ve kısas cezaları ağır cezalar olduğundan sanığın masumluğuna dair en zayıf bir şüphe ve ihtimalin bulunması bu cezaların tatbikini mümkün kılmayacaktır. Bu itibarla şüphelerle had ve kısas cezalarının kaldırılması, İslâm Hukukunda yerleşik bir kural haline gelmiştir. Bu kuralın dayanağı nasslar, Hz. Peygamber ve ahabının uygulamaları ile müctehidlerin bu konudaki icma'larıdır. Bu ilke İslâm'ın evrensel adalet ve merhamet yönlerini yansıtan ve nihayet hayatın korunmasını amaçlayan çok insanî bir ilkedir.

İslâm mezheplerinin çoğu şüphelerin had ve kısas cezalarının düşmesinde müessir olduğunu kabul etmişler, bu şüpheleri bir takım kısımlara ayırmışlardır. Fakat şüpheleri bunlarla sınırlandırmak mümkün değildir. Bu şüpheler daha değişik başlıklar altında da ele alınabilir. Şüphe konusunun fıkıh kitaplarında zina konusu içerisinde ele alınması ve örneklerin ağırlıklı olarak zina üzerinde yoğunlaşması, sanki şüphenin sadece zinaya özgü olduğu imajını verebilir. Oysaki durum böyle değildir. Had ve kısas kapsamına giren her bir suçta şüpheler oluşabilir. Nitekim fıkıh kitaplarında yeri geldikçe bu şüpheler belirtilmiştir.

Hanefiler mahalde, fiilde ve akitte olmak üzere üç çeşit şüphe kabul ederler. Akit şüphesi sadece Ebû Hanife tarafından kabul edilir. Cumhurla birlikte İmameyn de akit şüphesini kabul etmezler.

Şafiiler mahalde, failde ve cihette olmak üzere üç ayrı çeşit şüphe kabul ederler. Hanefilerin mahalde şüphe anlayışlarıyla, Şafiilerin mahalde şüphe anlayışları ve Hanefilerin fiilde şüphe anlayışlarıyla, Şafiilerin failde şüphe anlayışları birbirlerine büyük ölçüde paralellik arz eder.

Malikilerin kabul ettikleri şüpheler ise; vat'ta, mevtûe'de ve cihette şüphedir. Hanbeliler şüpheleri özel başlıklar altında ele almamışlar ama şüphe oluşan durumları yeri geldikçe belirtmişlerdir.

Zahiriler bu konudaki hadislerin asılsız olduğu ve şüphelerle cezaları düşürmenin topyekün cezanın kaldırılması anlamı taşıyacağı iddiasıyla şüphe faktörünü kabul etmemişlerdir.

Modern Hukukta da sanığın şüpheden faydalanması ilkesi kabul edilmiştir. Bu kural ilk defa 1789 yılında İnsan Hakları Demecinde yer almıştır. Bu ilke modern hukukta tartışmasız kabul edilmekle birlikte, yasada açık bir şekilde ifade edilmiş değildir. Modern Hukukta şüphe daha çok delillerin takdiri bakımından ele alınmıştır.

Şüphenin oluşabileceği yerler sistematik bir biçimde şu şekilde sıralanmıştır:

1- Delil, mülk, hak ve şeklî şüpheler suçun unsurlarında oluşabilecek şüphelerdir.

2- Cehaletten kaynaklanan şüphelerin sonuçları failin daru'l-harp'te veya daru'l-İslâm'da olup olmasına göre farklılık arz edeceği gibi, şahsın yanılması veya yanıtılması, bilme vasıtalarının olmayışı veya yetersiz oluşuna göre de farklılık arz eder.

3- İspatta şüpheler ise ispat konumundaki şahıslarda bulunan bir takım nedenlerden kaynaklanan şüphelerdir. Bu nedenler; ifadelerdeki tutarsızlıklar, şahitlik ve ikrardan dönme ile ispat konumundaki kimselerde bulunan dilsizlik ve körlük gibi bir takım özürlerdir. Kadınların had ve kısas cezalarındaki şahitlikleri de şüpheli kabul edilmiştir.

4- Ta'zir cezalarında galip olan görüş; bu cezaların şüphelerle düşürülmemesidir. Ta'zir cezalarının kapsamı oldukça geniş olduğundan, bu cezaların belirlenmesinde hakime büyük yetki verilmiştir. Bu bağlamda hakimin sanığa soğuk davranması ve iltifat etmemesi de ta'zir kapsamındadır. Bu nedenle biz de ta'zirden şüphenin müessir olmayacağı görüşündeyiz.

Şüphelerin zayıflık ve kuvvetlilik dereceleri vardır. Şüphenin zayıf veya kuvvetli oluşu kabul edilmekle birlikte, bu konuda İslâm hukuk bilginleri arasında bir birlik bulunmamaktadır. Binaenaleyh birinin kuvvetli kabul ettiği bir şüpheyi diğeri zayıf kabul edebilmekte veya aksi de olmaktadır. Biz şüphe delilden de kaynaklansa suç vasfının tamamen ortadan kalkmayacağı düşüncesindeyiz. Bu itibarla şüphe kuvvetli de olsa cezanın ta'zire dönmesi fikrindeyiz. Kanaatimize

göre suç vasfı ancak mutlak cehlin bulunması, yanıltılma ve bilgi vasıtalarının kesik bulunması gibi haller ile şahitlerin ifadelerinde tutarsızlık olması ve şahitliklerinden dönmeleri halinde söz konusudur. Bu gibi yerlerde sanık masum konumuna düşeceğinden onun tamamen beraat etmesi görüşündeyiz.

Şüphelerden doğan bir takım hukûkî sonuçlar vardır. Bu sonuçlar her mezhebin kendi esaslarına göre farklılık arz etmektedir. Yönetim, kamunun yararını dikkate alarak bu görüşlerden birini tercih edebilir ve kanunlaştırabilir.

Şüphe malî hakların düşürülmesinde müessir değildir. Bu itibarla şüpheyile had veya kısas cezaları düşse bile malî hakların tazmin edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz ki; İslâm Ceza Hukukunda suçun ispat edilmesine ilişkin kurallar sanığın suç işlediğini ispat etmekten çok, onun beraat etmesini amaçlamaktadır. Şu bir gerçektir ki, bazı yanlış kanaatlerin aksine İslâm'da bir şahsın cezalandırılması son derecede zor bir olaydır.



ÖZET

Ceza hukuku, İslâm Hukuku içerisinde önemli bir yer işgal eder. İslâm Ceza Hukukunun yanlış veya eksik bilgilenme gibi nedenlerle asıl mahiyetinden değişik bir şekilde algılandığı olmuştur. İslâm kültürünün fazla yaygın olmadığı çevrelerde bu yanlış algılama daha da belirgindir. Bu itibarla İslâm Ceza Hukukunun aslî yönüyle tanıtılması bir zorunluluk arz etmektedir. Bu olgu dikkate alınarak İslâm Ceza Hukukunun insanî yönünün bir bölümünün tanıtılması amacıyla çalışmamızın adı " **İslâm Ceza Hukukunda Şüphe Kavramı** " olarak tesbit edilmiştir.

" Şüpheden sanığın faydalanması" ilkesi İslâm Hukuku'nda yerleşik olan, aynı zamanda İslâm'ın adalet, merhamet ve af yönlerini yansıtan insanî bir ilkedir.

Araştırmamız bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Çalışma İslâm Ceza Hukuku bağlamında yapıldığından giriş bölümünde İslâm'ın suç kabul ettiği fiiller, suçun genel unsurları ve bu suçlara öngörülen cezalar ana hatlarıyla anlatılmıştır.

Birinci bölümde, cezaların düşmesinde müessir olan şüphenin kanunî dayanağı ve uygulama örnekleri ortaya konulmuş buna bağlı olarak her mezhep tarafından değişik isimler altında ele alınan şüphe çeşitleri tanıtılmıştır. Bir mukayese imkânı vermesi amacıyla Modern Hukukta şüphe anlayışı da ayrıca verilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, şüphenin oluşması incelenmiştir. Bu bölüm içerisinde suçun unsurlarında meydana gelen şüpheler, cehaletten kaynaklanan şüpheler ve ispatta meydana gelen şüpheler üzerinde durulmuştur. Daha sonra şüphenin kuvvet dereceleri ve hukukî sonuçları izah edilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

Penal code takes an important place in the Islamic law. Sometimes the Islamic penal code has been perceived more different than its real nature because of wrong or short information. This wrong perception is more certain in the places where the Islamic culture is not widely known. For this reason to introduce the Islamic penal code with its real aspect is an obligation. Taking this fact into consideration, the title of our study is determined as "The Concept of Suspicion in the Islamic Penal Code" to make one part of the human aspect of the Islamic penal code known. The principle that the accused benefit from a suspicion is a settled rule that reflects the aspects of justice, kindness and forgiveness in Islam.

Our study consist of an introduction and two chapters. In the introduction the acts Islam considers crimes, the general elements of the crime and the penalties for the crimes are told in detail because our study is about the Islamic penal law.

In the first chapter the legal support and application examples of the suspicion that has an effect on dropping punishments are brought up, and in addition the kinds of the suspicion taken up by the law schools under different names are introduced. To make a comparison possible the mentality for the suspicion in the modern law is tried to be introduced.

In the second section, the formation of the suspicion is examined. In this section We focused on the suspicions taking place in the elements of the crime or taking place because of the ignorance or in proving the crime. Then We tried to explain the degrees and legal consequences of the suspicion.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdurrezzâk, Ebû Bekr es-San'ânî, *Musannef* (Tahkik: Habîburrahman el-A'zamî), Kahire, 1989.
- Abdülazîz Buhârî, *Keşfu'l-Esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî*, Beyrut, 1994.
- Aclûnî, İsmail b. Muhammed, *Keşfu'l-Hafâ*, Beyrut, 1985.
- Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Beyrut, 1993.
- Ahmedûn, Abdulhalik b. Mufaddal, "Kâidetü Der'i'l-Hudûdi biş-Şübühât", *Mecelletü'l-Buhûsi'l-Fıkhıyyeti'l-Muâsıra*, S. 27, Riyad, 1995.
- Akşit, Mustafa Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, İstanbul, 1976.
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, 1970.
- Alemgîr, Bahadır, *el-Fetâva'l-Hindıyye*, Bulak, 1310.
- Alîş, Muhammed, *Şerhu Minehi'l-Celîl alâ Muhtasar-ı Halîl*, Beyrut, 1989.
- Ali el-Muttakî, *Kenzü'l-Ummâl*, Halep, 1971.
- Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330.
- Ali Haydar, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul, ty.
- Amîdî, Seyfüddîn, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut, ty.
- Askalanî, Ahmed b. Ali b. Muhammed b. Hacer, *ed-Dirâye fî tahrîc-i ehâdisi'l-Hidâye*, Beyrut, ty.
- Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 1992.
- Aydın, Hakkı, "İslâm ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)", *CÜİFD*, S.1, Sivas, 1996.
- _____, *Mukayeseli Hukukta İşkence*, Sivas, 1995.
- _____, *Sivas'lı Kemaleddin İbn-i Hümâm*, Sivas, 1993.
- Aynî, Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed, *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*, Beyrut, 1990.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmud, *el-İnâye ale'l-Hidâye (Fethu'l-Kadîr'le birlikte)*, Mısır, 1970.
- Behnesî, Ahmet Fethi, *Nazariyyât fî'l-Fıkhî'l-Cinâi'l-İslâmî*, s. Kahire, 1969.
- Beyhakî, *Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrut, 1994.

- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve Istilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, 1967.
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail, *Sahîhu'l-Buhârî*, yy, 1991.
- Cessas, Ebû Bekir Râzî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrut, 1985.
- Cezîrî, Abdurrahman, *el-Fıkh alâ Mezâhibi'l-Erbaa*, Beyrut, 1969.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990.
- Cürcânî, Seyyid Şerif, *Kitabu't-Ta'rifât*, Kahire, ty.
- Darekutnî, Ali b. Ömer, *Sünen*, Medine, 1966.
- Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, 1982.
- Dönmezer, Salih-Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, İstanbul, 1973.
- Ebû Ceyb, Sa'dî, *el-Kâmûsü'l-Fıkhî*, Şam, 1993.
- Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as, *Sünen*, Beyrut, 1988.
- Ebû Ya'lâ, Muhammed b. Hasen el-Ferrâ, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Beyrut, 1983.
- Ebû Zehra, Muhammed, *el-Ukûbe fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire, ty.
- _____, *Usûlü'l-Fıkh*, Kahire, ty.
- Emîr Padişah, Muhammed Emîn, *Teysîru't-Tahrîr*, yy, ty.
- Erem, Faruk, *Ceza Usûlü Hukuku*, Ankara, 1973.
- Fiyruzabâdî, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, Beyrut, 1986.
- Fudaylât, Cebr Mahmûd, *Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Amman, 1987.
- el-Halîfî, Nâsır Ali Nâsır, *ez-Zurûfu'l-Müşeddede ve'l-Muhaffefe fi Ukûbâti't-Ta'zîr*, Kahire, 1992.
- Hallâf, Abdulvehhab, *İlmü Usûli'l-Fıkh*, Kuveyt, 1986.
- Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Ğamzu Uyûni'l-Basâir*, Beyrut, 1985.
- el-Husarî, Ahmed, *es-Siyâsetü'l-Cezâiyye*, Beyrut, 1993.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî ve's-Şerhu'l-Kebîr*, Beyrut, 1989.
- İbn-i Abidîn, Muhammed b. Emin, *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr*, Beyrut, 1992.
- İbn-i Ebî Şeybe, *Musannef*, Beyrut, 1994.
- İbn-i Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd, *el-Muhallâ*, Beyrut, ty.
- İbn-i Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd, *Sünen*, İstanbul, 1992.
- İbn-i Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemalüddin Muhammed, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut, 1994.
- İbn-i Melek, İzzuddîn Abdullatif b. Abdülazîz, *Şerhu'l-Menâr*, İstanbul, 1965.

- İbn-i Müflih, Abdullah b. Muhammed, *el-Mübdî fî Şerhi'l-Muknî*, Beyrut, ty.
- İbn-i Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut, 1993.
- _____, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, 1993.
- İbn-i Teymiyye, Takiyyüddîn Ahmed b. Abdülhalîm, *Mecmûu Fetâvâ*, yy, ty.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdülvâhid, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, Mısır, 1970.
- İbnü'l-Münzir, Muhammed b. İbrahim, *el-İcma'* (Tahkik: Abdullah Ömer el-Barudî), Beyrut, 1986.
- İslâmî Araştırmalar Dergisi [Kadın Özel Sayısı]*, Cilt: V, S. IV, Ankara, Ekim, 1991.
- Kal'acî, Muhammed Ravvâs-Kuneybî Hamid Sadık, *Mu'cemu Lüğati'l-Fukahâ*, Beyrut, 1988.
- Karâfî, Ebu'l-Abbas es-Sunhâcî, *Furûk*, Beyrut, ty.
- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1982.
- Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fî Terfîbi's-Şerâi'*, Beyrut, ty.
- el-Kermî, Hasan Saîd, *el-Hâdî ilâ Lüğati'l-Arab*, Beyrut, 1992.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1978.
- Kurtubî, Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, Beyrut, 1985.
- Malik b. Enes, *Muvatta'*, Kahire, 1993.
- Mâverdî, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Beyrut, 1990.
- Mergînanî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Beyrut, 1990.
- el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*, Haz. Vezâratü'l-Evkaf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1992.
- Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-Usûl fî Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, İstanbul, 1312.
- Mu'cemu'l Vasît*, Haz. Komisyon, Mısır, 1972.
- Muhibullah b. Abdışşekûr, *Şerhu Müsellemi's-Sübût (Mustasfa ile birlikte)*, yy, ty.
- Mustafa Said el-Hinn, *İslâm Hukukun'da Yöntem Tartışmaları* (Trc. Halit Ünal), Kayseri, 1993.
- Müslim, *Sahîhu Müslim*, Beyrut, 1986.
- en-Nedvî, Ali Ahmed, *el-Kavâidü'l-Fıkhıyye*, Dimaşk, 1994.
- Nesefî, Ebû'l-Berakât, *Keşfu'l-Esrâr ala'l-Menâr*, Beyrut, 1986.
- Neseî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali, *Sünen*, Beyrut, 1994.
- Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara, 1995.

- Râzî, Fahrüddîn b. Ömer, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, Beyrut, 1990.
- er-Remlî, Şemsüddîn b. Şihâbüddîn Ahmed, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrut, 1989.
- San'anî, Muhammed b. İsmail, *Sübülü's-Selâm*, Kahire, 1960.
- Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, İstanbul, ty.
- Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebû Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut, 1989.
- Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman, *el-Câmiü's-Sağîr*, Beyrut, ty.
- _____, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut, ty.
- Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Hukuku*, Erzurum, 1977.
- Şafîi, Muhammed b. İdris, *er-Risâle* (Tahkik: Ahmed Muhammed Şakir), yy, ty.
- Şakiru'l-Hanbelî, *Usûlü'l-Fıkhü'l-İslâmî*, Suriye, 1948.
- Şâtübî, Ebû İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvâfakât*, Beyrut, ty.
- Şevkanî, Muhammed b. Ali, *İrşâdü'l-Fuhul*, Mısır, 1937.
- _____, *Neylü'l-Evtâr*, Kahire, 1993.
- Şeyhzâde, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman (Dâmad), *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, yy, 1302.
- Şirvânî, Ahmed Hamid-Abadî, Ahmed b. Kasım, *Havâşî alâ Tuhfeti'l-Muhtâc*, yy, ty.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku (Umumî Kısım)*, İstanbul, 1953.
- Tehânevî, Zafer Ahmed el-Osmanî, *İ'lâü's-Sünen*, Karaçi, 1415.
- Tirmizî, Muhammed b. İsa, *Sünen*, Beyrut, ty.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuk Dersleri (Genel Kısım)*, İstanbul, 1984.
- Türk Hukuk Lügati*, Haz. Türk Hukuk Kurumu, Ankara, 1991.
- Udeh, Abdulkâdir, *et-Teşrîu'l-Cinâi'l-İslâmî*, Beyrut, 1994.
- Yazır, Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, ty.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 1991.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-Fıkhıyyu'l-Âmm*, Şam, 1967.
- Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Bağdat, 1987.
- Zeyleî, Cemalüddin Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbu'r-Râye li ehâdisi'l-Hidâye*, Kahire, ty.
- Zeyleî, Fahrüddin Ebû Muhammed Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik alâ Kenzi'd-Dekâik*, Bulak, 1313.
- Zuhaylî, Muhammed, *en-Nazariyyâtü'l-Fıkhıyye*, Şam, 1993.
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühu*, Şam, 1989.