

CEZAİ SORUMLULUKTA KASIT

Yrd. Doç. Dr. Nihat DALGIN*

GİRİŞ

Ceza, suç sonrasında sözkonusu olan bir kavramdır. İnsanların işledikleri suçlardan şahsî olarak sorumlu tutulmaları¹ ve suç ile ceza arasında adaletin, dengenin gözetilmesi², günümüzde de, evrensel hukuk ilkeleri olarak kabul görmektedir³. Ferdin, işlediği suçun sonuçlarından mesul olması cezaî sorumluluğu oluşturmaktadır⁴.

Bu çalışmamızda, cezaî sorumluluğun temel kriteri olan suç kasdı inceleneyecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için giriş bölümünde, suçun unsurları, cezaî sorumluluğun tarihi süreci, kusurluluk kavramı ve irade hürriyetine özet olarak yer verilecektir.

Birinci bölümde, kasdın mahiyeti ve çeşitleri ele alınacaktır. Burada, değişik terimlerle kasdın mukayesesi de yapılacaktır.

İkinci bölümde, kasdın aşılması hali ve bu durumda şahsın sorumluluğu konusu tartışılacaktır.

A. SUÇ VE UNSURLARI

Suç; yapılması veya terk edilmesi hususunda yasak bulunan her fiil veya terk olarak tanımlanabilir⁵. Suçun dinî literatürdeki meşhur ismi gü-

* O.M.Ü. İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. En'am 6/164; İsra 17/15; Fâtır 35/18; Zümer 39/7; Ayrıca bkz. Karafi, Ahmed b. İdris, b. Abdurrahman, *el-Furuk*, Beyrut ts. II, 176.

² Bkz. Yunus 10/27; Şûra 42/40.

³ Garçon, E., *Muasır Ceza Hukuku*, Çev. Naci Şensoy, İst. 1947, s.6; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İst. 1966, I, 23; A. Fethi Behnesi, *Nazariyyât fi'l-fikhi'l-cinai'l-İslami*, Kahire, 1969, s.164.

⁴ Dönmezer, *Cezaî Mesuliyetin Esası*, İst. 1949, s.142, 143; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ank. 1987, s.147; Behnesi, *el-Mesuliyeye el-Cinaiyye fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1969, s.23 vd; Ebu Zehra, *İslâm Hukukunda Suç ve Ceza*, Çev. İbrahim Tüfekçi, İst. 1994, I, 363 vd., Udeh, Abdulkadir, *Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşerî Hukuk*, Çev. Ali Şafak, Ank. 1990; II, 13 vd; Karaman, Hayrettin, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, (Hususi Hukuk), İst., 1990, s.176.

⁵ Maverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Beyrut 1990, s.361; Ebu Ya'la, Muhammed b. Huseyn el-Ferra, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Bey-

nahtır⁶. Ancak günah⁷ ve suç kavramları, kapsam bakımından bir hayli farklılık arz etmektedir.

Her suçta şu üç unsur bulunmalıdır.

1. **Kanunî unsur:** Bir fiil veya terkin suç olduğu önceden kanunla belirtilmelidir. Bu unsur, evrensel metinlerde "kanunsuz suç ve ceza olmaz" şeklinde yer almaktadır⁸.

2. **Maddî unsur:** Suç düşüncede kalmayıp eylem haline dönüşmeli ve bu eylemin failine isnadı mümkün olmalıdır⁹. Eyleme dönüşmemiş suç düşünceleri, hukuka göre suç sayılmamaktadır¹⁰. Ayrıca, gerçekten suç eyleminin faile isnadı mümkün olmalı, yani fail, hukuken kişilik (ehliyet) sahibi olmalıdır¹¹. Şahsın ehliyeti ise, akıl ve idrakine bağlıdır. Buna göre,

rut 1983; s.26; Kurtubi, Muhammed b. Ahmed, *el-Cami li ahkâmî'l-Kur'an*, Beyrut 1985; II, 24; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 343; Abdülaziz Âmir, *et-Ta'zir fi's-şeriatî'l-İslamiyye*, Daru'l-fikri'l-Arabi 1969, s.73; Udeh, *a.g.e.*, II, 37; A. Kerim Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çev. Ali Şafak, İst. ts., s.586.

⁶ Kur'an'da günah "cünah" sözcüğü ile 25 yerde kullanılmaktadır. Yalnız bir harf değişikliği ile dilimize geçmiştir. Bkz. Bakara 2/158, 198, 229, 230; Nisa 4/23...

⁷ Günah kavramı ile ilgili değişik tanımlar için bkz. Tevrat, İşaya 59/2; *Müslim*, Birr 15; *Tirmizi*, Zühd 52; Fahreddin er-Razi, *Mefatî'hu'l-ğayb*, Beyrut, ts., II, 426, 27; Ebu'l-zz, Ali b. Muhammed, *Şerhu'l-akîde et-Tahaviyye*, Beyrut 1993, s.526; İbn Teymiyye, *Mecmuu Fetâvâ*, Beyrut 1988, XI, 658; Dihlevî, Şah Veliyyullah, *Huccetullahi'l-bâliğa*, Beyrut 1986, II, 231; Kılıç, Sadık, *Kur'an'da Günah Kavramı*, Konya 1984, s.322; Dalgın, Nihat, *İslâm'da Tövbe ve Cezalara Etkisi*, Trabzon, 1997, s.64 vd.

⁸ Bu ilke ilahî ve beşerî hukuklar tarafından kabul edilmiştir. Kur'an'daki kullanımı için bkz. En'am 6/119; Nisa 4/24; Hadisler için bkz. *Buharî*, Hudud 9; *Tirmizi*, Libas 6; *İbn Mâce*, Et'ime 60; Ayrıca bkz. Cassas, Ebu Bekir Ahmed b. Ali, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut 1992, III, 86; Kurtubi, *a.g.e.*, V, 129; Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İst. 1953, s.132; Akşit, Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, ts., s.68; Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Mütessir Fiiller*, Ank. 1996, s.13, 14.

⁹ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 327 vd., Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar*, İst. 1973, s.79; Udeh, *a.g.e.*, II, 23 vd., Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum 1977, s.58; Behnesi, *el-Mesuliyeye*, s.67.

¹⁰ *Buharî*, Itk 6; İman 15; *Müslim* İman 203; *Nesai*, Talak 22; *İbn Mâce*, Talak 16; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 255, III, 149; Şafî, *el-Ümm*, Beyrut 1973, VII, 268; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 328; Ergüney, *a.g.e.*, s.229.

¹¹ *Ehliyetin* unsurları, çeşitleri ve arızaları hakkında geniş bilgi için bkz. Taftazani, Saadettin, *et-Telviḥ*, Bosnalı Muharrem Efendi Matbaası 1304 h., II, 726; Nesefi, Ebu'l-berekat Abdullah b. Ahmed, *Şerhu'l-Menar* (Molla Cuyun, Nuru'l-Envar, Ala Şerhi'l-Menar, İst. 1986 ile birlikte), II, 255; Haskefi, Muhammed Alaaddin

her suç failine isnad edilmeyecek ve her fail suçlu görülemeyecektir.

3. Manevi unsur: Suç fiili, failin serbest iradesi ile¹² ve suç olduğu bilinerek¹³ gerçekleştirilmelidir. Buna suç kastı da denmekte olup¹⁴, asıl araştırmamız bu unsur etrafında sürdürülecektir.

B. CEZAI SORUMLULUKTA TARİHİ SÜREÇ

İlkel toplumlarda suçluyu cezalandırabilmek için, suç ile suçlu arasındaki maddî irtibat yeterli görülmüştür. Suç failinin akıllı veya akılsız, insan veya hayvan, canlı veya ölü olması arasında fark gözetilmiyordu¹⁵.

b. Ali, *İfzâtü'l envar Ala usul'il menar*, thk., Muhammed Said el-Burhani, Basım yeri yok, 1992, s.312. vd; İbn Melek, *Şerhu'l-Menar*, İst., Salah Bilici Kitabevi, s.331, vd; Şevkani, Ali b. Muhammed, *İrşadü'l-fühul*, Beyrut 1994, s.17; Muhammed Hadimi, *Menafu'd-dekaiik fî şerhi mecami'l-lakayik*, Bosna, 1303, s. 281; Abdulvehhab Hellaf, *İlm-i usuli'l-fikh*, Daru'l-Kuveyt 1968, s.137; Büyük Haydar Efendi, *Usul-i Fıkıh Dersleri*, İst., Meral Yayınları, ts., s.465, A. Kerim Zeydan, *el-Veciz*, Dâru'r-ravza ts., s.67; Zekiyüddin Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev. İ. Kafi Dönmez, Ank. 1990, s.247 vd., Abdülkerim Zeydan, *Fıkıh Usulü*, çev. Ruhi Özcan, İst. 1993, s.94 vd., Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İst. 1992, s.143 vd., Zuhayli, *en-Nazariyyetü'l-fıkhiyye*, Beyrut 1993, s.130 vd., Bardakoğlu, Ali, *Ehliyet*, DİA, X, 533-539; *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye*, XXX, 261.

¹² İradesinde hür olmayanların ve sahih iradesi bulunmayanların sorumluluğu ile ilgili bilgi için bkz. Ahzap 33/5; Nisa 4/92; En'am 6/119; Nahl 16/106; *İbn Mâce*, Talak 15; *Tirmizi*, Hudud 1; Neseфі, *a.g.e.*, II, 260, 307; Haskefi, *a.g.e.*, s.339; Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Sehl, *Temhidü'l-fusûl fi'l-usûl*, İst. 1990, s.121, Kâsânî, Alaüddin Ebu Bekr b. Mesud, *Bedaiu's-sanai fi tertibi's-şerai*, Beyrut 1974, VII, 39, 40; İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyaseti's-şeriyye*, Kahire ts., s.62; Abdulaziz Buhârî, *Kesfu'l-esrar, ala Usuli Pezdevi*, Beyrut, 1994, IV, 448, 633; Hadimi, *a.g.e.* s.298; Kasım b. Kutluboga, *el-Menar fi usul'il ilim* (Ahmed Ziyaeddin Kastamoni, Şerhu Muhtasari'l-menar ile birlikte), s. 12; Haydar Efendi, *a.g.e.*, s.508

¹³ Kanunen belirlenmiş suçun bilinmeden işlenmesinin cezaî sorumluluğa etkisi ile ilgili bilgi için bkz. İbn Kudame, Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni ve's-şerhu'l-kebir*, Beyrut 1984, IX, 343; Karafi, *a.g.e.*, II, 150; Âmidî, Seyfuddin Ebu Hasan Ali b. muhammed, *el-İkkâm fi usuli'l-ahkâm*, I, 215 vd., İbnü'l-Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s.64; Hâdimi, *a.g.e.*, s.283; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.207 vd., Akşit, *a.g.e.*, s.83; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 126; Dönmez, İ. Kafi, *Ce-halet*, DİA, VII, 219-222; Aydın, Hakkı, *Hukuku Bilmeme*, Cumhuriyet Üniv. İlahiyat Fak. Derg. I, 29 vd., Udeh, *a.g.e.*, II, 53.

¹⁴ Ergüney, *a.g.e.*, s.29.

¹⁵ Geniş bilgi için bkz. Arsal, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, İst. 1944, s.286; Rousselet, Marcel, *Adalet Tarihi*, çev. Adnan Cemgil, İst. 1963, s.10 vd.;

Fransız ihtilali sonrasında bu düşünce kırılarak, önce suç işleyenin yaşı ve aklî durumunun cezanın hafifletilmesinde etkisi kabul edildi. Sonraları, hür iradesi ile, suç olduğunu bilerek suç işleyenin cezalandırılması gerektiği, bu yetileri bulunmayanların cezalandırılma-larının doğru olmayacağı çizgisine gelindi. Bununla birlikte, toplumu bu tür insanların zararlarından korumak için, önleyici tedbirlerin alınması gerekiyordu. Bu amaçla, hukukun aradığı kişilik sahibi olmayan suçlulara tazminat cezalarının verileceği kabul edildi¹⁶.

İslâm toplumunda bu tür bir süreç yaşanmamıştır. Çünkü İslâm Ceza Hukuku, prensip olarak, temyiz gücü bulunmayan ve serbest iradesi ile suç işlememiş kimseleri sorumlu tutmamıştır¹⁷. Ancak toplumu bu insanların işleyebileceği suçların zararından korumak amacıyla, modern hukukta kabul edildiği gibi, bedenî olmamak şartıyla, suçluların cezalandırılabileceği kabul edilmiştir¹⁸. Çünkü İslâm ülkesinde canlar ve mallar dokunulmazdır. Şerî özürlü, dokunulmazlık konusu olan şeyi ortadan kaldıramaz¹⁹.

Suç dolayısı ile şahsın sorumlu tutulup cezalandırılması öncesinde, suçun failine isnadının mümkün olup olmadığı hususu çözümlenmiştir. Yani, akıllı olarak temyiz gücüne malik olmayan bireylere, herhangi bir tasarrufun isnad edilemeyeceği ilke olarak benimsenmiştir. Bir diğer deyişle, akıllı olarak zihni gelişimini tamamlamış, temyiz kabiliyetini haiz olan, cezaî yönden sorumlu tutulabilecektir²⁰.

Sonuç olarak, cezalandırmaya esas teşkil etmesi açısından, suçtaki manevî unsur yorumlamada, şerî ve beşerî hukukların aynı çizgide bu-

Udeh, *a.g.e.*, II, 13 vd., Akşit, *a.g.e.*, s.6 vd., Garçon, *a.g.e.*, s.18; Taner, *a.g.e.*, s.21; Şafak, *a.g.e.*, s.45 vd.

¹⁶ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 213-220; Akdemir, Salih, *İslâm Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Kasdın Aşılması Meselesi Üzerine Bir Tedkik*, İslami Araştırmalar Dergisi, Ank. 1986, II, s.25, 26; Tahir b. Aşur, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev. Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan, İst. 1988, s.325 vd.

¹⁷ *Buharî*, Hudud 22; *Tirmizî*, Hudud 1; İbn Rüşd el-Hafid, Muhammed b. Ahmed, *Bidayetü'l-müctehid*, Beyrut 1992, II, 510, 523, 569; Maverdi, *a.g.e.*, s.375; Ebu Ya'la, *a.g.e.*, s.268; İbn Abidin, *Hasiye*, Beyrut, 1987, III, 192.

¹⁸ İbni Teymiyye, *Mecmuu fetva*, XXVIII, 107; *es-Siyasetü's-şer'iyye*, beyrut ts., s.111; Âmir, *et-Ta'zir*, s.193 vd., en-Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-fikhi'l-âm*, Dınişk 1956, II, 656.

¹⁹ *Mecelle* md. 33, 91.

²⁰ İbn Hazm, Ahmed b. Sa'd, *el-Muhalla bi'l-âsâr*, Beyrut ts., X, 216; Abdülaziz el-Buharî, *a.g.e.*, IV, 409, 418 vd. Şevkani, *İrşadü'l-fuhul*, s.17; Hallaf, *a.g.e.*, s.137; Ebu Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi*, çev. A. Kadir Şener, Ank. 1990, s.288 vd., Uneybe, Muhammed Behced, *Müzekkirât fi mebadî'l-fikhi'l-cinâi'l-İslâmî*, Daru'l-ittihadi'l-Arabî, 1978, s.56.

luştukları söylenebilir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu mad. 85/2 de kimlere suçun isnad edilerek sorumlu tutulabileceği hakkında şu açıklama mevcuttur: "İsteme ve anlama kabiliyetini haiz olan kimse, isnad kaabiliyetine maliktir"²¹.

C. KUSURLULUK İLKESİ

Kusurluluk, suç olarak isimlendirilen somut olayda, suç işleyenin ruhsal durumunu yansıtan bir kavramdır²². Bu kavram, hem suç hem de suçlu ile ilgilidir.

Ceza hukukunda, yapılan eylemin kötülük ve zararının boyutu yanında, failinin kusurlu bir iradeye sahip olup olmadığı önem arz etmektedir²³. Bile- rek ve isteyerek suç sayılan hareketi yapan insanın iradesi, hukuk nizamı karşı- sında kusurlu bulunmakta, bu irâdi hareket (cürmî kast) sonucu ortaya çıkan fiil de kusurlu vasfını kazanmaktadır. Buna göre kusur; failin bir başkasına zarar vereceğini bilerek, isteği ile bir fiili işlemesi veya yapabileceği önleyici tedbirleri kullanması nedeniyle ihmali davranmasıdır. Bunlardan birincisi kasdî kusur, ikincisi ise, taksiri kusur (hata) ismini almaktadır²⁴.

Tanımda belirtildiği gibi, kusurlu iradeli bir şahsın suçu kasıtlı suç, iradesi kusurlu olmamakla birlikte, bir kısım ihmalleri dolayısı ile kusurlu görülen şahsın işlediği suça da taksirli suç ya da hata denmektedir.

Hata ile işlenen suçlarda suçlunun sorumlu tutulmasının hukuki esası, suçun engellenmesinde gösterdiği ihmâl, tedbirleri kullanmadaki yetersizliği- dir²⁵. Hukukçulara göre, bu şahıs suçu gerçekleşmesini istemedi ise de, ger- çekleşmemesi yönünde gerekeni yapmamıştır. Bu sebeple kusurludur.

İslâm ceza hukukunda, kusurlu sorumluluk esas olmakla birlikte, kusursuz olarak sorumlu tutulma örneklerine de rastlanmaktadır²⁶. Bu,

²¹ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 160.

²² Güriz, *a.g.e.*, s.154.

²³ Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.142; Kasanî, *Bedayi*, VII, 39.

²⁴ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Cassas, *a.g.e.*, II, 192, 193; İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 512; İbn Kudame, Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, Beyrut, 1984, IX, 321. Kasari, *Bedayi*, VII, 233 vd; Klasik fıkıh kaynaklarında kusur beşe kadar çıkarılmaktadır. Bunlar amd, şibh-i amd, hata, mecre'l-hata ve tesebbübdür. Bunların ilk ikisi kasdî kusur, diğerleri ise taksiri kusur çeşitleridir. İleride amd, kasıt baş- lığı altında, şibh-i amd ise, kasdın aşılması ismi ile ele alınacaktır. Ayrıca bkz. Belgensay, M. Reşit, *Kusur ve Hukuki Hata*, İst. 1956, s.3; Behnesi, *el-Mesuliyeye*, s.15; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kav- ramları*, Ank. 1973, s.124.

²⁵ Güriz, *a.g.e.*, s.150; Gözübüyük, *a.g.e.*, s.124.

²⁶ Geniş bilgi için bkz. Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, İst. 1958, s.129; İmre, Zahit, *Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet*

mağdurun daha fazla zarar görmesini önlemek, toplumun her kesimini birlikte düşünmek ve toplumu zarardan korumak.... gibi değişik gayelere matuf bir uygulamadır. Nitekim günümüz beşeri hukukçuları arasında da, kusursuz (objektif) sorumluluk ilkesi taraftar bulmaktadır²⁷.

Şerî hukukta, objektif sorumluluğun uygulandığı yerler, bedenle ilgili cezalar olmayıp, tazminat türü cezalardır²⁸. Yani, şahıslar objektif sorumluluk ilkesine göre cezalandırılırken, kısas, had gibi, bedene uygulanan cezalar, mâlî cezalar şekline dönüşmektedir. Buna göre, İslâm hukukunda mâlî ve cezaî sorumluluk bir arada değerlendirilmektedir²⁹.

Kusurluluk ilkesi, suçlunun arzusu, irade ve rızası ile ilgili olduğundan, subjektif bir unsurdur. Bunun üzerine kurulan sorumluluk ise, subjektif sorumluluk ismini almaktadır³⁰.

Muasır İslâm hukukçularından bazıları kusur yerine "isyan" terimini kullanmaktadır³¹. Ancak, kanaatimizce, isyan kasdî kusuru ifade etse de, hataen suç işleyen şahsın ruhî halini anlatmamaktadır. Çünkü o şahısta suç kastı mevcut değildir. Bir diğer ifadeyle, isyan suç kasdı ile eşit görülebilirse de, yukarıda anlatıldığı şekliyle kusuru kapsamayacaktır. Nitekim, yine muasır İslâm ceza hukuku araştırmacılarından Behnesi, benzeri gerçeklerle, kusur yerine isyan kavramı kullanma görüşünü tenkit etmiştir³².

D. İRADE HÜRRİYETİ

İnsanın hukuken sorumlu tutulması, iradesinin hür olmasına bağlıdır.

İrade; istemek, seçmek, tercih etmek anlamlarına gelmektedir³³. İstilahta değişik tanımları yapılmıştır. Bir tarife göre irade; "Kişinin yine

Halleri, İst. 1949, s.52; Tandoğan, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ank. 1981, s.13; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilaḥat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İst. 1964, III, 53; Aydın, M. Akif, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İst. 1996, s.109.

²⁷ Gözübüyük, *a.g.e.*, s.123; Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.162 vd.

²⁸ Udeh, *a.g.e.*, II, 17; Bardakoğlu, *Ehliyet*, DİA, X, 538.

²⁹ Güriz, *a.g.e.*, s.146; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İst. 1978, I, 238.

³⁰ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 228-231; Gözübüyük, *a.g.e.*, s.123.

³¹ Bkz. Udeh, *a.g.e.*, I, 409, II, 37.

³² Behnesi, *el-Mesuliyeye*, s.70.

³³ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arab*, rvd md., *el-Kamusu'l-Muhit*, rud md., Ergüney, *a.g.e.*, s.229; Bolay, S. Hayri, *Felsefî Doktrinler Sözlüğü*, İst. 1979, s.93.

kendisinin seçtiği gayelere göre, amellerini tayin etme gücüdür³⁴." Buna göre irade sahibi bir varlık, amellerini düşünüp, kendi seçtiği gayelere göre tayin etmektedir.

Ceza hukukunun asıl ilgi sahası iradî harekettir³⁵.

Tarih sürecinde, hem batı hem de İslâm toplumlarında, insanların iradelerinde hür olup olmadıkları, yani eylem ve hareketlerinin oluşumunda kendi etkilerinin bulunup bulunmadığı ve buna bağlı olarak, bireylerin işledikleri fiillerden dolayı sorumlu tutulup tutulmayacakları tartışılmıştır. Her iki toplumdaki irade hürriyeti ile ilgili tartışmaları burada özetlemek faydalı olacaktır.

1. İslâm toplumundaki irade hürriyeti ile ilgili tartışmalar üç ekol şeklindedir.

a. Cebriye Ekolü³⁶: Bunlara göre, insan iradesi hür olmayıp, Allah'ın kudret ve iradesi karşısında insanlar rüzgar önündeki tüy gibidir. Bu nedenle, Allah'ın takdir ettiği şeyin dışına çıkılması söz konusu olmayıp, insan yaptıklarından sorumlu değildir.

b. Mutezile Ekolü³⁷: Bu ekole göre, insan iradesinde hür olup, kendi fiillerini kendisi yaratmaktadır. Bu nedenle, insan yaptığı iyiliklere karşılık beklemekte, işlediği kötülüklerden ise sorumlu tutulmaktadır.

c. Ehl-i Sünnet Ekolü³⁸: Burada insan hürriyeti konusunda orta bir yol izlenmektedir. Ehl-i sünnetin görüşüne göre, insan iradesinde hür olmakla birlikte, fiillerinin yaratıcısı Allah'dır. İnsanı sorumlu kılan husus,

³⁴ Yeprem, M. Saim, *İrade Hürriyeti ve İmam Matüridi*, İst. 1980, s.28; Ayrıca bkz. el-Kindi, Ebu İshak Yakup, *Resâilü'l-felsefiyye*, Mısır 1950, s.168; Bolay, a.g.e., s.160.

³⁵ Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.69.

³⁶ Cebriyenin görüşleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. el-Eşari, Ebu'l-Hasan, *Makalâtü'l-İslamiyyin*, İst. 1929, I, 340; Şehristani, *el-Nilel ve'n-Nihal*, Mısır 1948, I, 87; Bağdadi, Abdulkadir, *el-Fark beyne'l-fırak*, Kahire 1910, s.188; Taftazani, Saadettin, *Şerhu'l-akaid*, İst. 1320, s.353; Topaloğlu, Bekir, *Kelam İlmi* (Giriş) İst. 1996, s.285, 86; Michael Cook, *Early Muslim dogma*, London, 1981, s.23 vd.

³⁷ Geniş bilgi için bkz. Bir önceki dipnottaki kaynaklar ve ayrıca, Gölcük, Şerafettin, *Kelam Açısından İnsan ve Fiilleri*, İst. 1979, s.179 vd., Seyyid Bey. *Usul-i Fıkıh Dersleri* (İrade, Kaza, Kader) İst. 1328, s.10-13; Topaloğlu, a.g.e., s.286, 87; Michael Cook, a.g.e. s.107, vd.

³⁸ 36 ve 37. dipnottaki kaynaklara ilave olarak bkz. Maturidi, *et-Tevhid*, İst. 1953, s.310 vd; Yazıcıoğlu, M. Sait, *Maturidi ve Nesefiye Göre İnsan Hürriyeti Kavramı*, İst. 1992, s.25, 26; Yeprem; s.30; Topaloğlu, a.g.e., s.287, 288.

Allah tarafından yaratılan fiilleri kesbetmesi, tercih etmesi ve kulun bu tercihinde serbest olmasıdır.

Bazı ehl-i sünnet kelimcileri, insanın fiilinde iki yön bulunduğunu kabul etmişlerdir. Bu görüşe göre, fiiller yaratılma yönü ile Allah'a aittir. Aynı fiiller tercih edilme, seçilme yönü ile kula ait olup, bu tercih sebebiyle iyi ve kötü fiillerden dolayı insan karşılık görecektir. Bu yorumları ile, insanın sorumluluğunu makul bir delile dayamak istemişlerdir. İslâm toplumundaki irade hürriyeti tartışmaları, görüldüğü gibi, insanın fiillerinin Allah tarafından önceden takdir edilmiş olup olmaması noktasında merkezleşmiştir.

2. Batı toplumlarında irade hürriyeti tartışmaları şöyle gelişmiştir.

a. Determinizm³⁹: Bu ekole göre, olaylar belirli nedenlerle doğmakta, her olay, olaylar zincirinde varolan neden-sonuç ilişkisine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Olaylar arasında nedensellik bağımlı bozabilecek herhangi bir güç bulunmamaktadır. İnsan iradesi de, genel nedensellik kanununa tabiidir. İnsanın kararları kendi hür iradesinin sonucu sayılmaz. Evrensel determinizm kanunları, tabiatı olduğu gibi, insan hayatını da etkilemektedir.

b. Endeterminizm⁴⁰: Batı toplumlarında insan hürriyeti bu ekol tarafından savunulmuştur. Quantum gizliği kanunlarının⁴¹ keşfedilmesi, endeterminizmin temellendirilip taraftar bulmasında yardımcı olmuştur⁴². Bu ekole göre, insan hürriyeti, sınırlı olsa da, suçların işlenmesinde tesiri mevcuttur. Bu yüzden insan sorumludur. Hatta irade ve anlayışı olmayan insanların yapacakları zararlardan toplumun korunması için gerekli tedbirler alınmalıdır.

Dini kaderiyecilik (cebriye) ile determinizm arasında sıkı bağlar bulunmakla birlikte, aralarında farklı noktalar mevcuttur. Determinizm anlayışında olaylar birbirlerini zincirleme olarak determine ederler ve bu bağlılıkta bir çatlaklık, bir kopukluk yoktur. Bu yüzden, determinizmin

³⁹ Eins Mach, *Bilgi ve Hata*, çev. S. Esat, Ender, İst. 1935, s.35; Güriz, *a.g.e.*, s.105 vd., Udeh, *a.g.e.*, II, 20-22; Yılmaz, Tahsin, *Determinizm ve Hürriyet Problemi*, ank. 1972, s.30; Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.144; Michael Cook, *a.g.e.*, s.151, 156.

⁴⁰ Udeh, *a.g.e.*, II, 20-22; Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.152, 162; Erbay, Celal, *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, Bakü, 1995, s.73 vd.; Michael Cook, *a.g.e.*, s.107, 111,132.

⁴¹ Bkz. *Meydan Larousse*, Kuvanta md.

⁴² Yeprem, *a.g.e.*, s.132.

hakimiyeti kördür. Kadercilikte ise, önceden takdir anlayışı mevcuttur. Bunda olayların takdir edilen noktaya ginceye kadar birbirlerini zarurî olarak determine ettikleri görülmeyebilir. Determinizm anlayışında, hiçbir şekilde, hürriyete yer verilmediği halde, kadercilikte, şeklî de olsa, iradî karar hürriyetinden söz edilmektedir⁴³.

Günümüz dünyasında, ilke olarak, insanların iradelerinde hür oldukları varsayımı kabul edilmekte ve hukuken insanların yaptıklarından sorumlu oldukları benimsenmektedir. Zaten hukuk normları bu kural üzerine bina edilmiştir.

Ancak, ceza hukuku ile ilgili araştırma yapan ve hukuku uygulama durumundakiler, ârizî olarak iradenin baskı altına alınması (ikrah), hürriyetin kısıtlanması gibi durumlardaki şahsın sorumluluğunu tartışmışlardır⁴⁴.

I. KASDIN MAHİYETİ ve ÇEŞİTLERİ

A. MAHİYETİ

1. Dilde kasıt: Yönelmek⁴⁵, azmetmek⁴⁶, uygun bir zaman gözetmek⁴⁷, ...-e doğrulmak, niyet etmek⁴⁸, bir işi bilerek düşünerek yapmak⁴⁹ anlamlarına gelmektedir.

Hukukta kullanılan "kasıt" terimi, Kur'an'da "teammüd"⁵⁰ ve müteammid⁵¹ şeklinde bulunmaktadır. Amd hatanın zıddı olup⁵², buralar-

⁴³ Yılmaz, *a.g.e.*, s.30.

⁴⁴ Konumuzla direk olarak ilgili bulunmaması sebebiyle, bu durumlarda şahsın sorumluluğu ile ilgili tartışmalara yer verilmedi. Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Dedüksiyon (fukahân) metodu ile ele alınmış fıkıh usulü kaynaklarında ehliyetin arızaları bölümünde ikrah başlığı altında yer almaktadır. Ayrıca bkz. Serahsi, *el-Mebsût*, XXIV, 38; Taftazani, *a.g.e.*, II, 789; A. Buhârî, *a.g.e.*, IV, 382; İbnü'l-Kayyım, *İ'lam*, III, 99, Ali Haydar, *Dureru'l-hukkam Serhi Mecelleti'l-ahkam*, Lüban 1991, III, 15; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 80; Ebu Safiyye, *el-İkrah*, Medine 1982; s.61-225; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 270; Ebu Zehre, *Suç ve Ceza*, I, 445-463; *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-akd*, Daru'l-fikri'l-Arabi, ts., s.411 vd.; Aydın, *a.g.m.*, s.299-325; Güleç, Hasan, *İslâm Hukukuna Göre İkrah (Cebir)*, Dokuz Eylül Üniv. İlahiyat Fak. Derg. 1987, IV, 129-141.

⁴⁵ Tehanevi, M. Ali, *Keşşafu ıstılahatü'l-fünun*, İst. 1984, II, 1339-40.

⁴⁶ *el-Misbehu'l-Münir*, gsd md.

⁴⁷ *Buhârî*, Fedail 7; *Müslim*, İman 160.

⁴⁸ Şatıbî, Ebu Ishak, *el-Muvafakat*, Beyrut, 1994, II, 608; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 17; A. Zeydan, *Akidlerde Kasdın Rolü*, s.353; Sa'di Ebu Ceyb, *el-Kamusu'l-fikhi lügaten ve ıstılahan*, Suriye 1988, s.363.

⁴⁹ Ergüney, *a.g.e.*, s.29.

⁵⁰ Ahzab 33/5.

⁵¹ Nisa 4/93, 95.

da da, kasdî hareket anlamında kullanılmışlardır⁵³.

Hadislerde ise, kasıt anlamında, daha çok, niyet⁵⁴ ve amd⁵⁵ terimleri kullanılmaktadır. Niyet, tüm amelleri kapsar⁵⁶ şekilde kullanılırken, amd kavramı, her defasında, bir suçun sıfatı olarak yer almaktadır⁵⁷.

2. Istilahî anlamı ile kast: Suç kastı anlamında kullanılmaktadır.

Suç kastı; yapılması yasaklanan fiili veya terki ve ona terettüp eden neticeyi arzulamaktır⁵⁸. Bir diğer tarife göre; "iradenin, kendisine ceza terettüp edecek bir fiille veya terk edecek bir fiile veya terke yönelmesidir"⁵⁹.

Batı hukukçuları kasdın unsurlarında hayli farklı görüşlere sahip olduklarından, birçok hukuk sisteminde kasıt tanımlanmamıştır. Ancak İtalyan Ceza Kanunu md.43'de kasıt şöyle tarif edilmektedir⁶⁰: "Kasıt, fail tarafından kendi icra ve ihmalinin neticesi olarak, oluşacak zararlı veya tehlikeli neticenin oluşmasını istemektir."

Türk ceza hukuku otoritelerinden Dönmezer ve Ermen'in tercih ettikleri kasıt tanımı şöyledir: "Kasıt, sonucu tasavvur edilen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelen iradedir."⁶¹

3. Unsurları:

a. Tahmin ve Tasavvur Unsuru⁶²:

Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, hukuken suç sayılan hareketi önceden tasavvur ve tahayyül etmiş, zihninde canlandırmış,

⁵² Zebidi, *Tacü'l-arus*, amd md.

⁵³ Kurtubi, *el-Cami*, V, 329; Cassas, *a.g.e.* III, 193; Ragıb el-İsfahani, *el-Müfredat*, s.346.

⁵⁴ *Buharî*, Savm 21; *Ebu Davud*, Tahara 48; *İbn Mâce*, Sadakat 10, 11.

⁵⁵ *Buharî*, İlm 37; *Müslim*, Zühd 72; *Ebu Davud*, İlm 4; *Ahmed b. Hanbel*, IV, 437.

⁵⁶ *Buharî*, Bedi'l-vahy 1; İman 41; *Müslim*, İmare 155; ayrıca hadisin uygulama alanları için bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Suriye, 1983, s.14-22; Suyuti, *el-Eşbah*, s.18 vd.

⁵⁷ Nisa 4/93, 95.

⁵⁸ *Müslim*, İman 160; Ebu Ya'la, *a.g.e.*, s.272; Maverdi, *a.g.e.*, s.380; Cassas, *a.g.e.*, III, 192, 193; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 3; Udeh, *a.g.e.*, III, 14, 77; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 126; Âmir, *a.g.e.*, s.39.

⁵⁹ Ergüney, *a.g.e.*, s.253; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.69; Bilmen, *a.g.e.*, III, 8, 9; Akşit, *a.g.e.*, s.88.

⁶⁰ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 235.

⁶¹ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 235.

⁶² Güriz, *a.g.e.*, s.150.

Kasdî suçta, mutlaka suçu arzulayan kusurlu bir irade bulunmalıdır. Ayrıca bu unsur, ileride görüleceği gibi, failin neleri isteyip neleri istemediği, neticenin isteğinden az veya çok olması ve bunların cezaya etkisi konularında önemli bir kriter olacaktır.

4. Meşruiyeti:

İslâm hukukunda belirlenmiş olan aslî cezalar⁶⁸ kasıtlı suçlar içindir. Suçun suç kasdı ile işlenmiş olması asıldır. Suçlunun suç kasdının olmadığı yönündeki iddiası, ancak delil sonucu kabul edilir. İşte bu kabul-ler nedeniyle, Kur'an ve sünnette, suçlar ve cezalarından bahsedilirken, her defasında, suç kasdı açıkça ifade edilmemiştir. Ancak bazı suçlarda, açıkça "kasit" terimi kullanılmıştır⁶⁹. Çünkü, İslâm hukukunda hayvanlara sorumluluk yüklenmediği için, suçluluk, insanın amellerine dayanmaktadır. Amel ise insana izafe edildiğinde, bilgi ve kasıtlı gerçekleşen fiil anlamında kullanılmaktadır⁷⁰.

Genel bir ifadeyle, naslarda kasdın aşıldığı ve kasit sayılmayan durumlara değinilmiş, bunun dışındaki suçlarda asıl prensibin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle, nasların ruhuna nüfuz eden İslâm hukukçuları, ittifakla, bütün suçlarda suç kasdını aramışlardır⁷¹.

İslamın ilk günlerinden bu tarafa, kasıtlı ve hataen, işlenen suçlar farklı görülmüş⁷², böylece suç ve ceza dengesi⁷³ gözetilmiştir⁷⁴: "Her eylem

⁶⁸ Ceza çeşitleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Dalgın, *a.g.e.*, s.9-20.

⁶⁹ Bkz. Nisa 4/93; *Buharî*, İlm 37, Cihad 155; *Müslim*, Tevbe 53, Tefsir 20; *Ebu Davud*, İman 13; *İbn Mâce*, İkame 93; Diyat 24; *Darimî*, Diyat 1.; Zeylei, *Nasbu'l-raye*, IV, 327.

⁷⁰ Fiil, amel kavramlarının anlamı için bkz. Ragıb el-İsfahani, *el-Müfredat fi ğaribi'l-Kur'an*, Matbaatü'l-fenniyye 1970, s.575 vd., Özbalıkcı, Reşit, *Arap Dilinde Zaman Açısından Fiiller*, İzmir 1996, s.3-4.

⁷¹ Örnek olarak bkz. Hirabe suçlusundaki suç kastı için; *a.g.e.*, VII, 91; Zina suçundaki kasit için; Aliş, Muhammed, *Menhu'l-celil ala Muhtasarı Halil*, Beyrut 1989, IX, 255; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, 141; Hırsızlık suç kastı için, Maverdi, *a.g.e.*, s.375; Ebu Yâla, *a.g.e.*, s.268; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 547; Şirbini *a.g.e.*, IV, 174; İçki suçundaki kasit için; Remlî, *a.g.e.*, VIII, 13; Aliş, *a.g.e.*, IX, 348; *Fetâvâyı Hindiyye*, IV, 53; Zina iftirası suç kastı için; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 155; Hureşi, *Muhtasar*, VIII, 86 İrtidat suçundaki kasit için; Serahsi, *el-Mebsût*, X, 123; İbn Kudame *el-Muğnî*, X, 73; Nevevi, Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmu' Şerhu'l-Muhezzeh*, Cidde ts., XXI, 59; Bilmen, *a.g.e.*, III, 66, 67.

⁷² Nisa 4/92, 93; Şafî, *a.g.e.*, VI, 176.

⁷³ Yunus 10/27; Şûra 42/40.

⁷⁴ Bu hadisin uygulama alanları ile ilgili bilgi için bkz. Suyuti, *el-Eşbah* s.18 vd., İbn Nüceym, *el-Eşbah*, s.14. vd., İbnü'l-Kayyım, *İ'lamü'l-muvakkîn*, III, 79; Şatibi, *el-Muvafakat*, II, 607 vd.

yani onun suç olduğunu bilmiş olması gerekmektedir⁶³. Kasıtle taksir (hata) in ayrıldığı önemli nokta burasıdır. Taksirli suçlarda failin zihninde, fiil öncesinde onunla alakalı bir ön hazırlık, ön sezgi bulunmamaktadır⁶⁴. Ancak, ez-Zerka kasıt için şahsın önceden işleyeceği suç tasavvur ve planlama yapmasının gerekli olmadığını savunmaktadır. Ona göre, kasıt mücerret olarak suç istemektir. Mahmasani de aynı görüştedir.^{64a} Ancak, bu görüşler tasavvurun kasdın unsurları arasında sayılmasına engel değildir. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi bizim kasdımız fail işleyeceği şeyin suç olduğunu bilmesidir. Suç öncesinde plan kurup kurmamanın cezaya etkisi ise ileride tartışılacaktır.

Bazı hukukçular, yalnız bu unsurun bulunması halinde bile, mevcut suçun kasdî olacağını savunmuşlardır. Ancak bu taktirde, özellikle günümüz dünyasında, her tür suçun tahmin edilme ve tasavvur edilebilme kapsamına dahil edilebileceği, bunun da suçun kapsamını gerekenden fazla genişlemesine sebep olacağı gerekçesi ile tenkit edilmiştir⁶⁵.

b. İrade Unsuru⁶⁶:

Tasavvur ve tahmin etme, kısaca bilme, istemek demek değildir.^{66a} Her ne kadar bir şeyi isteyen o şeyi bildiği kabul edilebilirse de, bunun aksi doğru değildir. Bu nedenle, bilmenin tespitinden sonra, isteğin buna eklenip eklenmediğini araştırmak, kasdın mevcudiyeti için gereklidir. Yani kasdî harekette fail fiili ve sonucunu hür iradesi ile istemiş olmalıdır⁶⁷.

⁶³ Ebu Ya'la, *a.g.e.*, s.269; Cassas, *a.g.e.*, II, 192; İbn Kudame, *eş-Serhu'l-kebir*, IX, 340; Gazzali, *el-Vasit*, II, 596; İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.53; İbnü'l-Kayyum, *İ'lamu'l-muvakkın en Rabbi'l-alemin*, Beyrut, 1991, III, 90; Remli, *a.g.e.*, VIII, 13; Şatibî, *a.g.e.*, II, 625, 627; Bilmen, *a.g.e.*, III, 204, 254; Yazır, Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşriyat ts., II, 1423; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 126; Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 238; Karadağı, Ali Muhyiddin Ali, *Mebdeu'r-rıza fi'l-ukûd*, Beyrut 1985, I, 260; Erbay, *a.g.e.*, s.77.

⁶⁴ Cassas, *a.g.e.*, III, 192; Güriz, *a.g.e.*, s.150; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 343.

^{64a} Bkz. Zerka, *el-Medhal*, II, 618; Mahmasani, *Nazariyet'ül-amme lil - mucebat ve'l-ukud*, I, 141.

⁶⁵ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 235.

⁶⁶ Serahsi, *el-Mebsût*, X, 123; İbn Kudame, *el-Muğnî*, X, 108; İbn Hazm, *a.g.e.*, X, 216; Şirbini, Muhammed el-Hatib, *Muğni'l-muhtac ila ma'rifeti meani elfaz'l-minhac*, Daru'l-fikr ts., IV, 174; *Fetâvâyı Hindiyeye*, çev. Mustafa Efe, Ank. Akçağ Yay. ts., IV, 53; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, 141; Bilmen, *a.g.e.*, III, 230, 255; Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 131.

^{66a} Gazzali, *İtikadda Orta Yol*, çev., Kemal Işık, Ankara, 1971, s.75.

⁶⁷ Şafî, *el-Ümm*, VI, 5; Kâsani, *Bedayi*, VII, 39; Hadimî, *Menafi'*, s.298, 299; Erbay, *a.g.e.*, s.77.

ancak failinin kasdı doğrultusunda karşılık görecektir:Ameller niyetlere göredir"⁷⁵.

5. Kasıtlı Yakın Anımlı Terimler:

Kasıt kavramının benzerlerinden ayırdedilebilmesi için, burada kısa bir mukayese yapılacaktır.

a. İrade:

Bir fiili veya terki mutlak olarak istemek anlamında bir kavramdır. İradede, iki şeyden biri, aralarında fark gözetilmeksizin istenmektedir⁷⁶. Ceza hukukunda irade, failin uç sayılan fiili veya terki istemesidir.

İrade, bütün suçlarda gerekli olan bir unsurdur. Çünkü, irade olmadan fiilin varlığı veya şahsa isnadı mümkün olmayacaktır. Bu halde ise, şahıstan sorumluluk kalkmaktadır⁷⁷.

b. İhtiyar:

Alimlerin çoğunluğuna göre, ihtiyar, birden fazla alternatifi olan şeyler arasından üstün olanı tercih etmektir⁷⁸. Buna göre, ihtiyar irade-den daha özel bir anlam içermekte⁷⁹ olup, düşünme ve ayırma gücünden sonra gelen irade olarak da tanımlanmaktadır⁸⁰.

Hanefiler ihtiyarı, bir şeyi kastetmek ve irade etmek olarak tanırlar⁸¹.

c. Rıza:

Rıza, bir şeyin vukûuna gönülden muvafakat etmektir⁸². İstilahta, bir şeyi yapıp yapmamak şıklarından birini tercih etmektir ki, ihtiyarın tam

⁷⁵ *Buharî*, Bedi'l-Vahy I; İman 41; *Müslim*, İmare 155; *Ebu Davud*, Talak 11; *Tirmizi*, Fedaili cihad 16; *İbn Mace*, Zühd 26.

⁷⁶ Gazzali, *İhya*, I, 278; Kindi, *a.g.e.*, s.61, Ergüney, *a.g.e.*, s.229; M. Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, İst. 1971, II, 75.

⁷⁷ Nesefi, *Şerhu'l-menar*, II, 308; Şirazi, *Şerhu'l-lüma*, s.277; İbn Nüceym, *el-Eşbah*, s.360 vd., A. Buharî, *a.g.e.*, IV, 634; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.69.

⁷⁸ İbn Hazm, *el-Muhalla*, IX, 258; Hureşi, *a.g.e.*, IX, 5.

⁷⁹ Karadağî, *a.g.e.*, I, 205, 206; Ergüney, *a.g.e.*, s.209.

⁸⁰ Kindi, *a.g.e.*, s.59.

⁸¹ Emir Padişah, *a.g.e.*, II, 290; İbn Abidin, *a.g.e.*, IV, 507; A. *Buharî*, *a.g.e.*, IV, 632 Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.*, s.509. Zeydan, *el-Veciz*, s.111; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s.200.

⁸² Bkz. Gazzali, *İhya*, IV, 624; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s.412, Zeyden, *el-Veciz*, s.111.

ve kâmil derecesidir⁸³. Buna göre, her rıza ihtiyarı gerektirirse de, her ihtiyar rızayı gerekli kılmaz. Rıza, fiilin sonunu kasdetmek açısından, ihtiyardan daha ileridedir⁸⁴.

Rıza'nın rüknü, ehliyet ve kasıttır⁸⁵. Hanefilere göre ihtiyar ve rıza ayrı olmakla birlikte^{85a} irade ve rıza ihtiyar anlamında kullanıldıklarında eşit görülmüştür.^{85b} Cumhur ise, ihtiyar ve rızayı irade manasında eşit görmektedir⁸⁶.

d. Azm:

Kesin karar vermek⁸⁷, sebat etmek anlamına gelen azm, bir fiilin yapılmasına veya terkine, o şey öncesinde kesin olarak karar vermek anlamında kullanılmaktadır⁸⁸. Mutezile ise, fiil öncesindeki iradeyi azm olarak isimlendirmiştir⁸⁹.

e. Kasıt:

Usulcüler ve hukukçulara göre kasıt niyet anlamındadır⁹⁰. Ceza hukuku, istilâhı olarak kasdı; bir fiil veya terkin sonuçlarının bilinip, kabullenilerek (razı olarak), onun gerçekleşmesi için, serbest irade ile harekete yönelmek, şeklinde tanımlamak mümkündür⁹¹.

⁸³ İbn Abidin, *a.g.e.*, IV, 507; Emir Padişah, *a.g.e.*, II, 290; A. buhari, *a.g.e.*, IV, 1502; Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, s.308; Ebu Safiyye, *el-İkrah*, Medine 1982, s.h., Kindi, *a.g.e.*, s.70; Ergüney, *a.g.e.*, s.387.

⁸⁴ Ebu Safiyye, *a.g.e.*, s.4; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s.200.

⁸⁵ Karadağ, *a.g.e.*, I, 258.

^{85a} Nesefi, *Şerhu'l-menar*, II, 307; Haskefi, *Usul*, s.340; A. Buharî, *a.g.e.*, IV, 631; Ebu Zehra *el-Milkiyye*, s.413.

^{85b} Taftazani, *a.g.e.*, II, 195; İbni Abidin, *a.g.e.*, IV, 507; Emir Padişah, *Teyisiru't-tahrir*, II, 290.

⁸⁶ Hureşi, *Şerh*, V, 9; Gazzali, *el-Vasit*, 221; Buhuti, *Kaşşafu'l-kıma*, II, 5; İbn Hazım, *el-Muhalla*, IX, 258; Karadağı, *a.g.e.*, I, 227; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s.413, 201.

⁸⁷ Ragıb el-İsfahani, *el-Müfredat*, s.334; Tehanevi, *a.g.e.*, II, 1340; Ahmed Ziyaeddi, *Hulasatü'l-eskar*, s.47.

⁸⁸ Bakara 2/227, 235; Buharî, Talak 21; Müslim, Hacc 41; Ebu Ceyb, *a.g.e.*, s.364; Ergüney, *a.g.e.*, s.50; Behnesi, *Nazariyyât*, s.40, 41.

⁸⁹ Karadağı, *a.g.e.*, I, 205; Şafilardan Şirbini'de aynı görüşü benimsemiştir. Bkz. Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 124.

⁹⁰ Gazzali, *el-Vasit*, Daru'l-İtisam 1983, II, 596; Nevevi, *el-Mecmu*, I, 309; İbn Nüceym, *el-Eşbah*, s.29; Karafi, *a.g.e.*, I, 178; İbnü'l-Kayyim, *İ'lam*, III, 111; Ayrıca niyet ile kasıt arasındaki nüanslar için bkz. Karadağ, *a.g.e.*, I, 199-201, 259 vd.

⁹¹ İbnü'l-Kayyim, *İ'lam*, III, 55; Ergüney, *a.g.e.*, s.253; Aydın, *a.g.e.*, s.111.

Aralarında nüans olmakla birlikte, azm ile kasıt eşit anlamli olarak da kullanılmaktadır. Ancak mütezile, fiil öncesindeki iradeye azm derken, fiille birlikte mevcut olan iradeyi kasıt olarak nitelendirmiştir⁹². Kasdı, azm esnasında varılan kalbî kararlılığı eyleme dönüştürme atılımı olarak tanımlarsak, Mutezile'nin dikkat çekmek istediği farkı belirtmiş oluruz.

Görüldüğü gibi, kasıt kavramı, irade, ihtiyar, rıza ve azmden oluşan bileşik bir kavram olup, psikoloji ile yakından ilgilidir. Buradan şu sonuca varılabilir. Kasıt, benzeri kavramlardan farklı ve daha özel olmakla birlikte, onlardan birisinin yokluğu halinde, kendisinden bahsedilemeyecektir.

6. Kasıt Öncesi Zihni Hareketler ve Kasıtle Alakası:

Kasıt kalple ilgili zihinsel işlemlerden fizikî aleme en yakın olanıdır. Hukuk sahasına giren kasdı eylem, fiziki hali ile bu alemin, fiilin gerçekleştirilmesi maksadı ile iç alemin sınırları içindedir. Kasıt, zihinsel işlemlerin en mükemmel olanlarındanır.

Bu madde altında, kasıt öncesinde kalbin fonksiyonlarından şahsın sorumlu tutulup tutulmayacağı hakkında, genel çizgiler dahilinde, bilgi verilecektir⁹³. Bu mukayesenin, şahsın sorumlu olduğu en alt sınırın belirlenmesinde ve kasttan doğan sorumluluk çizgisinin tanınmasında faydalı olacağı ümit edilmektedir.

İslâm alimlerine göre, kalbin fonksiyonları - en hafifinden yoğununa doğru olmak üzere- şöyle sıralanarak, şahsın dinî açıdan sorumluluğu incelenmiştir.

a. el-Hâcis⁹⁴: Akla gelen fikir, düşünce, hatıra gelen şey anlamındadır. Bu kavram, şahsın kalbine bir anda suç işleme veya iyilik yapma düşüncesinin doğup, hemen peşinden geçmesi halini anlatır. Bu, gelip geçici bir düşünce olduğundan, şahs ondan sorumlu değildir. Çünkü, kalbi bu tür düşüncelerden tamamen korumak imkansızdır. İnsan ise, gücü yetmediği durumlarda sorumlu olmaz⁹⁵.

b. el-Hâtır: Akla gelen, hatıra gelen ve sahibini bir müddet meşgul edip, geçen şey anlamındadır⁹⁶. Burada şahsın zihni bir zaman bu dü-

⁹² Şirbini ise buna niyet demektedir: *Muğni'l-muhtac*, IV, 124; Tehanevi, *a.g.e.*, II, 35.

⁹³ Buradaki sorumluluk, dünya ahkamı açısından değildir. Çünkü, yeryüzündeki hukuk sistemleri zahire göre hüküm verirler. Buna göre, eyleme dönüştürmedikçe, fert herhangi bir düşüncesinden dolayı yargılanamaz. Bkz. Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 17.

⁹⁴ Bkz. Suyuti, *el-Eşbah*, s.50, Karadağı, *a.g.e.*, I, 203.

⁹⁵ Bakara, 2/286.

⁹⁶ Hadislerdeki kullanımı için bkz. *Buhari* Tevhid 35; Bedi'l-halk, 8; *Müslim*, İman 313; *Tirmizi*, Cennet 15; Kindi, *a.g.e.*, s.69; Gazzali, *İhya*, III, 94.

şünce ile meşgul olur. Ancak fert bu tür düşüncenin kalbine gelmesine engel olamaz. Bu halde de, şahsa leh ve aleyhte bir sorumluluk yüklenmez. Çünkü, henüz düşüncesini meşgul eden şey; yapma yönünde niyetlenmemiş, bunun yapılması için irade belirtmemiştir⁹⁷. İnsan, kalbinin kesbettiği şeyden sorumlu ise de⁹⁸, burada kalbin kesbi henüz yoktur. Bu sebeple, şahsın sorumluluğu sözkonusu değildir⁹⁹.

c. **Hadîsû'n-nefs**: İnsanın, zihnini meşgul eden şeyi yapıp yapmamak hususunda tereddüt göstererek, iç çatışmaya girişmesi halidir. Buna vehm¹⁰⁰ ve vesvese¹⁰¹ de denir. Bu halde de şahıs, düşündüğünü yapma yönünde bir karara sahip olmadığından, sorumlu değildir¹⁰². Bu devrede şahsın sorumlu tutulamayacağı hadis nassı ile sabittir¹⁰³.

d. **el-Hemm**: Bir önceki durumda bulunan kalbî iç çatışma halinin sona erip, o şeyin yapılması yönüne meyledilerek, çok kesin olmamakla birlikte, karar verilmesi halidir¹⁰⁴. Ancak bu karardan dönülebilme ihtimali mevcuttur.

Bu haldeki karar, bir iyilik yapmak içinse, sahibine onun karşılığı sevap olarak yazılmaktadır. Kötülük yapmak için verilmiş bir karar ise, onun kesin karar şekline dönüşüp dönüşmeyeceği veya kendisinden dönülme ihtimalinin fert tarafından kullanılıp kullanılmayacağı için beklenilmektedir. Bu kötü karardan dönülmesi halinde sevap yazılırken, dönülme-yip kesin karara dönüşerek eylem şeklini aldığı anda ise, günah yazılmaktadır¹⁰⁵. Gazzali ise, bu halin eyleme dönüşmemesi Allah için olmadıkça şahsın günahkar olacağını belirtmektedir.^{105a} Ancak bu taktirde, şahsın hem kötü amelinden hem de hemminden dolayı sorumlu olacağı savunulmaktadır¹⁰⁶.

e. **el-Azm**: Kalbin kendi içinde düşünüp tartışıp, peşinden o şeyi yapmaya kesin kararını vermesi safhasıdır¹⁰⁷. Buradaki karara kasıt da

⁹⁷ Suyuti, *el-Eşbah*, s.50; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 156.

⁹⁸ En'am 6/164.

⁹⁹ Kurtubi, *a.g.e.*, III, 417.

¹⁰⁰ Kindi, *a.g.e.*, s.62.

¹⁰¹ Kaf, 50/16.

¹⁰² *Müslim*, İman 58; Kurtubi, *a.g.e.*, III, 426; Gazzali, *İhya*, III, 94, 95.

¹⁰³ *Buharî*, Eyman 15.

¹⁰⁴ Maide 5/11; Tevbe 9/13, 94; Yusuf 12/24; *Müslim*, Misafirin 204; *İbn Mâce*, İkamie 200; *Ebu Davud*, Salat 46.

¹⁰⁵ *Buharî*, Rikak 31; *Müslim*, İman 59, 60; *Darimi*, Rikak, 70; *İbn Mâce*, Zühd 1.

^{105a} Gazzali, *İhya*, III, 96.

¹⁰⁶ Bkz. Suyuti, *el-Eşbah*, s.51.

¹⁰⁷ Tehanevi, *a.g.e.*, II, 1339; Zerkeşi, *el-Kamusu'l-muhit*, IV, 151; *el-Mısbehu'l-münir*, II, 57; Ahmed Ziyaeddin, *Hulasatü'l-Efkar*, s.47.

denir. Bu kararı, kararın icraata geçirilmesi takip eder¹⁰⁸. Bu karar ile fiilin gerçekleşmesi, elin tetiğe dokunulması ile silahın ateşlemesi kadar yakın mesafelidir. Ancak, şahsın elinde olmayan nedenler dolayısı ile, kararı fiiliyata geçirememeye durumu ayrı olup, orada azmin uygulanmaması kendisini aşan bir durumdur.

Bu aşamadaki karar, iyilik için olduğunda, sahibine sevap yazılacağı kuşkusuzdur¹⁰⁹. Ancak kötülük için verilmiş bir karar olması halinde, yalnız bu kesin kararı sebebiyle, henüz ortada buna dayalı bir eylem mevcut değilken, dünyevi (hukukî) veya uhrevî (dinî) olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmıştır¹¹⁰.

Hukuken bu karar sebebiyle şahsın sorumlu tutulup tutulamayacağı ileride suça hazırlık ve suça teşebbüs anındaki kasıt başlıkları altında incelenecektir. Biz burada, uhrevî (dinî) olarak şahsın bu kararı sebebiyle, günahkar olup olmayacağı hakkında, özet bilgi vermekle yetineceğiz.

aa. Kötülük işlemek için verilen kesin kararın günah oluşturmağı görüşünde olanların delilleri:

1- "Gönlünüzde olanları açığa vursanız da, gizleseniz de (farketmez). Allah onunla sizi sorguya çeker. Sorgudan sonra dilediğini affeder, dilediğine azap eder..."¹¹¹ şeklindeki ayet. Her ne kadar bunun Bakara 2/286 ayeti ile neshedildiği görüşünde olanlar var ise de, neshedilmemiş, muhkem bir ayettir¹¹².

2- Şahsın yalan yere yemin etmek amacıyla yaptığı yeminlerden sorumlu tutulup, bu maksad olmaksızın söylediği yemin lafızlarından dolayı sorumlu olmadığı ile ilgili ayet¹¹³.

3- İddet bekleyen kadınlarla evlenme düşüncesinin bu müddet içinde yasaklanmamış olması yanında, azm derecesindeki kararın yasaklanmış olması ile ilgili ayet¹¹⁴.

4- Kılıçları ile çarpışan iki müslümandan ölenin ve öldürenin cehen-

¹⁰⁸ Kur'an'daki kullanımı için bkz. Bakara 2/227, 235; Al-i İmran 3/159; Muhammed 47/21; Cassas, *a.g.e.*, II, 274.

¹⁰⁹ Bkz. *Buhârî*, Rikak 31; *Müslim*, İman 206.

¹¹⁰ Cassas, *a.g.e.*, II, 275-277; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 156; Suyuti, *el-Eşbah*, s.51; Behnesi, *Nazarıyyat*, s.42.

¹¹¹ Bakara, 2/284. Ayrıca bkz. İsra 17/36; Bakara 2/283.

¹¹² Cassas, *a.g.e.*, II, 276; Kurtubi, *a.g.e.*, III, 418.

¹¹³ Bakara 2/225.

¹¹⁴ Bakara 2/235.

nemde oluşu ile ilgili hadis¹¹⁵. Bu hadiste, ölenin cehenneme gönderilme illeti olarak, onun da diğerini öldürme kararında bulunması gösterilmektedir¹¹⁶.

5- İlhad (masiyet),¹¹⁷ murad eden şahsın azapla yargılanacağı ile ilgili ayet¹¹⁸, şahsın düşüncesinden sorumlu tutulacağına delildir.

6- Tevbenin şartlarından birisi, hakkında bağışlanma talebinde bulunan günaha tekrar dönülmemesi hususundaki azim (kesin karar)dır¹¹⁹. Bu unsurun bulunduğu pişmanlık tevbe olarak nitelendirilmektedir. Aksi durum tevbe olmayıp, işlediği günahlardan şahıs ahirette hesaba çekilecektir.

7- Hased, kin, nefret, küfür, şirk... gibi durumların kalbin işleri olup, görünür bir tarafı olmadığı halde sahibinin sorumlu olduğu herkesin kabulüdür¹²⁰.

Kalben geçen şeyler yapılmadıkça şahsın sorumlu tutulmayacağı yönündeki hadis¹²¹ genel anlamli olup, insanlar arasındaki ilişkiler (dünyevi hükümler) için geçerlidir. Allah ile kul arasındaki şeyleri kapsamaz¹²². Yoksa, yukarıda sayılan bir kısım hükmün kalbî duruma dayandığı ve hasedin, küfrün, şirkin haram olduğunda hiçbir şüphe yoktur.

8- Münafıklar için elem verici azap öngörülürken, azabın illeti olarak kalblerindeki hastalıklara dikkat çekilmiştir¹²³.

bb. Kötülük işlemek için verilen kesin kararın günah oluşturmayaacağı görüşünde olanların delilleri:

1- "Yüce Allah kullarını, kalblerinden geçirdikleri sebebiyle, eyleme dönüşmedikçe, sorumlu tutmayacağı" ile ilgili sahih hadis¹²⁴. Hadiste kalbden geçenler hakkında tafsilat verilmediğinden, mutlak olarak bütün

¹¹⁵ *Nesâî*, Tahrîm 29; *İbn Mâce*; Fiten 11.

¹¹⁶ İbnü'l-Kayyim, *İ'lamu'l-muvakkiîn*, III, 91.

¹¹⁷ Suyuti, *el-Eşbah*, s.51.

¹¹⁸ Hacc 22/25.

¹¹⁹ Bkz. Kurtubi, *a.g.e.*, V, 91; Sıddîki, Muhammed Allan, *Delilü'l-falihin li turuki Riyazü's-salihin*, Kahire 1987, I, 79; Gazzali, *İhyau ulumi'd-din*, çev. Ahmed Serdaroğlu, İst. 1974, IV, 71; Dalgın, *a.g.e.* s.56, 57.

¹²⁰ Cassas, *a.g.e.*, II, 276; Nevevi, *Ravza*, VII, 285; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 124; Suyuti, *el-Eşbah*, s.51; Behnesi, *Nazariyyat*, s.32 vd., Bu tür günahın büyük günahlar sınıfında görüldüğü ile ilgili olarak bkz. İbn Hacer el-Heytemi, *İslâm'da Helallar ve Haramlar*, çev. A. Serdaroğlu-L. Şentürk, İst.1981; Gazzali, *İhya*, III, 98.

¹²¹ *Buharî*, Eyman 15.

¹²² Kurtubi, *a.g.e.*, III, 418.

¹²³ Bakara 2/10.

¹²⁴ *Buharî*, Eyman 15; *Müslim*, İman 58.

kalbî hareketler sözkonusu olmalıdır¹²⁵.

2- İslâm tarihi boyunca, kesin olarak bilinen şey, bir kısım münafıklara müslüman muameleleri yapılmış, kalblerindeki kötü düşünceleri sebebiyle, sorguya çekilerek yargılanmamışlardır¹²⁶.

Bu karşılıklı deliller sonrasında şöyle bir orta yol bulunabilecektir. Kalbden geçenlerden şahsın sorumlu tutulmayacağını genel bir kural olarak kabul etmek yerine, kalbdeki kararın eyleme ihtiyacı bulunup bulunmayışına göre tafsilat gözetmek uygun olacaktır. Eyleme ihtiyaç duyan bir kısım kalbi kararlar, kesin karar (azm-kasd) şeklinde belirilmiş de olsa, eyleme dönüşmediği müddetçe, sahibi sorumlu tutulmayacaktır. Ancak, sadece kalbde olup biten, sevmek, nefret etmek¹²⁷, kıskanma¹²⁸, inanmama¹²⁹ gibi kalbî hareketler, kalbde kesinleştiğinde, sahibi bunlardan sorumlu olacaktır¹³⁰.

Dışa yönelik eylemler hukuku ile ilgili olan "irtikabından önceki suçlar hakkında, kalbden geçenlere ceza verilmez" kuralını¹³¹ içe dönük eylemler sahasında da işletmek, her zaman doğru olmayacaktır.

B. ÇEŞİTLERİ

1. Geçerli Oluşuna Göre:

a. Sahih Kasıt:

Sahih kasıt, faili tam ehliyet sahibi olup, hukuken muteber olan zorlama (ikrah-ı mülki)¹³² olmaksızın gerçekleşen kasıttır¹³³.

Kasdın bu nevinde, kasıta bulunması gereken, rıza, ihtiyar, tasavvur ve bilme gibi unsurlar mevcuttur. Hukuken itibara alınmayan zorlama (ikrah-ı gayri mülci) altındaki şahsın kasdının da sahih olduğu kabul edil-

¹²⁵ Suyuti, *el-Eşbah*, s.50.

¹²⁶ Şafii, *el-Ümm*, VII, 268; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza* I, 328.

¹²⁷ Örneğin kalben Hz. Peygambere buğzedenin mürted olduğu ile ilgili olarak bkz. İbnü'l-Hûmam, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid, *Fethu'l-kadir*, Beyrut ts., V, 332.

¹²⁸ Kıskanmanın günah olduğu ile ilgili bkz. *Ebu Davud*, Edeb 44; Nesaî, Cihad 8; *İbn Mâce*, Zühd 22.

¹²⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbah*, s.53.

¹³⁰ Cassas, *a.g.e.*, II, 276, 277.

¹³¹ Behnesi, *Nazariyyat*, s.39, 40.

¹³² Taftazani, *a.g.e.*, II, 789.

¹³³ İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 322; Ayni, *Şerhu'l-menar* (İbn Melek, Şerhu'l-menar ile birlikte) İst, 1965, s.369; Haskefi, *a.g.e.*, s.340; A. Buhârî, *a.g.e.*, IV, 632; Haydar Efendi, *a.g.e.*, s.509; Karadağı, *a.g.e.*, I, 260; Karaman, *İslâm Hukuku*, I. 238.

mektedir¹³⁴.

Ceza hukukunda kendisine itibar edilen kasıt bu sahih kasıttır¹³⁵.

b. Batıl Kasıt:

Mecnun¹³⁶, sabi¹³⁷, temyiz çağına ulaşmamış kişi¹³⁸ gibi, ehliyet sahibi olmayan veya baskı (ikrah-ı mülci)¹³⁹ altındaki şahsın kastına batıl kasıt denir. Burada fail, hukuken kişilik sahibi olmadığı için, onun irade ve tercihi itibar edilmemektedir¹⁴⁰. Bunun sonucu olarak, bu şahsın kasdı yok hükmünde olup, cezaî sorumluluk kalkmaktadır¹⁴¹.

c. Fasit Kasıt:

Bu kavram hanefiler tarafından benimsenmiştir. Onlara göre, ihtiyarında müstakil olmayan, zorlama altında bulunan bir şahsın kastına fasit kasıt denir. Bu haldeki şahıs, iradesini serbestçe belirtebilme hürriyetine sahip olmadığı için, tercihinde rıza bulunmamakta ve böylece ihtiyarı (kasdı) fasit olmaktadır¹⁴².

Hanefiler dışındaki hukukçuların birçoğu, bu haldeki şahsın

¹³⁴ Taftani, *a.g.e.*, II, 790.

¹³⁵ İbn Kudame, *eş-Serhu'l-Kebir*, IX, 324, 335; *el-Muğni*, IX, 358; Şirazi, *Şerhu'l-Lûma*, tahk. Abdülmecid Türki, Beyrut 1988, s.270; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.69; Ergüney, *a.g.e.*, s.254.

¹³⁶ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 322; İbn Nüceym, *el-Eşbah*, s.52; Taftazani, *a.g.e.*, II, 736; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, 192.

¹³⁷ Mevsilî, *a.g.e.*, V, 41; Taftazani, *a.g.e.*, II, 738; Haydar Efendi, *a.g.e.*, s.487; Nesefî, *Şerhül-Mezar* (Nuru'l-envar ile birlikte) II, 261; 308, Leknevi, *Kameru'l-ekmar*, II, 261. Küçükün cezaî sorumluluğu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Erbay, *a.g.e.*, s.78-83; Aydın, M. akif, *Çocuk*, DİA VIII, 362.

¹³⁸ Erbay, *a.g.e.*, s.77.

¹³⁹ Hanefiler bu haldeki kasdı fasit olarak nitelendirir Bkz. 133 nolu dipnot. İbnü'l-Kayyim, *İ'lam*, III, 55.

¹⁴⁰ İslâm ceza hukukunda, suç failinde ehliyet için gerekli olan şartlardan (akıl ve baliğ) herhangi birinin yokluğu halinde cezaî sorumluluk kalkmakta ve bu şahsın kasdına itibar edilmeyip yok kabul edilmektedir. Bu, bütün suçlar için aranmaktadır. Ancak bu vasıftaki suçlulara, kul haklarına karşı işledikleri suçlar sonunda mâli ceza (tazminat) verilmektedir.

¹⁴¹ *Ehliyeti* noksan olan kimselerin hukukî durumu ile ilgili bilgi için bkz. İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 358; Nesefî, *a.g.e.*, Şafii, *el-Ümm*, VI, 5; A. *Buharî*, *a.g.e.*, IV, 435-670; İbn Melek, *Şerhu'l-Mezar*, s.338-373; Hallaf, *a.g.e.*, s.138; İzmîri, *Haşiye*, s.345; Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 191 vd., II, 255 vd., Erbay, *a.g.e.*, s.70-90.

¹⁴² Taftazani, *a.g.e.*, II, 789; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 80, 81; Hadimî, *a.g.e.*, s.298; Karadağı, *a.g.e.*, I, 206; Zeydan, *el-Veciz*, s.111; İbn Melek, *a.g.e.*, s.369; Haydar Efendi, *a.g.e.*, s.509; Haskefi, *a.g.e.* s.340.

kasdının yok kabul edileceğini belirterek, bu hali batıl kasda örnek vermişlerdir¹⁴³.

2. Kapsam ve Belirliliğine Göre:

a. Genel Kasıt¹⁴⁴:

Failin suç fiilini, özel bir maksadı olmaksızın, yalnız suç kastı ile gerçekleştirmesidir. Burada, kanunen suç sayılan fiilin fail tarafından, kasıtlı olarak irtikabı, suç için yeterli olup, şayet hata yok ise, ayrıca suçlunun kastına bakılmayacaktır.

Kanunlar birçok suç için, suçluda mevcut olan genel suç kastı üzerine hüküm bina etmişlerdir¹⁴⁵.

b. Özel Kasıt:¹⁴⁶

Failin, birden fazla maksatla yapılabilecek bir suç eylemini gerçekleştirirken gözettiği maksada özel kasıt denir. Bu türden suçlar işlenirken, faildeki mevcut olan özel kastın ne olduğunun tespiti sonuç için gerekmektedir. Bu kasıt, diğer unsurları itibarıyla, birbirinin aynı olan suçları, değişik surette vasıflandırma da etkilidir.

Örneğin, izinsiz olarak toplam yürüyüş yapanlar, devlete isyan maksadı ile bu suçu yaptıklarında isyan suçu ile¹⁴⁷, yolları kesip yağma yapmak için yaptıklarında, yol kesme suçu ile¹⁴⁸ yargılanacaklardır.

İslâm ceza hukukunda, rüşvet ile hediye ayırmak¹⁴⁹, irtidat suçlusunu tespit,¹⁵⁰ hırsızlık suçu,¹⁵¹ doktorun hastasını yaralamak¹⁵² gibi

¹⁴³ Bkz. Taftazani, *a.g.e.*, II, 791; Ebu Zehra, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l-akd*, s.415, s.223; Zeydan, *el-Veciz*, s.115; Nesefi, *Şerhu'l-Mezar* (Nuru'l-envar ile birlikte) II, 308.

¹⁴⁴ Udeh, *a.g.e.*, II, 40; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.73 vd; Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 253.

¹⁴⁵ Örnek olarak bkz. İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 411; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, 150 vd.

¹⁴⁶ Akşit, *a.g.e.*, s.75, 76; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.73 vd., Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 253-247, Udeh, *a.g.e.*, II, 40.

¹⁴⁷ Nevevi, *Ravzatü't-talibin*, Beyrut 1992, VII, 271; Ebu Şeria, *Nazariyyetü'l-harb fi's-şeriatü'l-İslamiyye*, Beyrut 1981, s.42; Udeh, *a.g.e.*, II, 238; Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 126.

¹⁴⁸ *Fetavayı Hindiyeye*, IV, 128; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 180; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 557; Kâsani, *a.g.e.*, VII, 90.

¹⁴⁹ Serahsi, *el-Mebsût*, IX, 152, 189; Ebu Ya'la, *a.g.e.*, s.56; Şirazi, *el-Mühezzeb*, II, 292; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 78; İbn Abidin, *a.g.e.*, IV, 316; Akşit, *a.g.e.*, s.75.

¹⁵⁰ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-raik Şerhu Kenzi'd-dekâik*, Kahire ts. V, 129; Ebu'l-Izz, *Şerhu'l-akide* s.435; Aliyyül-karî, *Şerhu'l-fikhi'l-Ekber*, çev. Yunus V. Yavuz, İst. 1979, s.126.

birçok suçta,¹⁵³ failin genel kasdı yanında özel kasdına da bakılmaktadır. Özel kasıtlar kanunda belirlendiği için, ancak suçta bu kasdın bulunması halinde, tipe uygun suçtan bahsedilecek ve sahibi bununla yargılanacaktır.

Cinayet suçu da, failde özel kasdın bulunması gerekli suçlardan-
dır. Buradaki özel kasıt, failin muhatabının canını almak (öldürmek) iste-
mesidir¹⁵⁴. Bu özel kasdı bulunmadığı halde, muhatabını öldüren şahıs,
cinayet suçunun aslî cezası olan kısasla cezalandırılmamaktadır. Kısas
cezası öldürmek kasdı ile muhatabını öldüren fail için uygulanmaktadır¹⁵⁵.

İslâm hukukçuları, cinayet suçlarındaki kasdın tespitinde geçerli
kriter olarak, suç aletini kabul etmişlerdir. İleride görüleceği gibi, bu pren-
sipten hareketle, failin özel kasdının öldürmek olup olmadığını, kendisine
sormak yerine, kullandığı alet yardımı ile tespit etme yolunu seçmişlerdir.

Cinayette kullanılan aletlerin, tabîi olarak öldürücü olup olmayışı,
öldürmede kullanılıp kullanılmayışı dikkate alındığından, İslâm hukukçula-
rının cinayet suçunda özel kasdı aradıklarını söyleyebiliriz. Nitekim hataen
öldürme, kasdın aşılması şeklindeki öldürme durumlarına da yer vermeleri,
onların özel kasda ne derece önem verdiklerinin bir diğer delilidir.

İmam Malik'in cinayetlerde özel kasdı aramadığı söyleniyor ise de,
gerçek bunun aksinedir. Çünkü ona göre¹⁵⁶, oğlunu öldürme kasdı bulun-
madan öldüren baba kısas edilmezken, öldürme kasdını taşıyan, boğazını
keserek çocuğunu öldüren baba¹⁵⁷ ve kasıtlı olarak süt vermediği için ço-
cuğunu öldüren anne¹⁵⁸ kısas olunacaktır. Oyun¹⁵⁹ ve te'dip amacıyla ya-
pılan hareketler sonucu gerçekleşen ölümlerden dolayı fail kısas edilmeye-
cektir. Bu örnekler bile, onun cinayetlerde, faildeki özel kasdı aradığını
açık olarak belirtmektedir.

¹⁵¹ Örneğin eve giren hırsız dışarıda kırmak için bir kısım eşyayı dışarı çıkarırken yakalansa (mülk edinmek amacıyla değilse) hırsızlık haddi uygulanmaz. Şirbini, *a.g.e.*, IV, 160; Benzer bir örnek için bkz. Nevevi, *Ravza*, VII, 330; Suyuti, *el-Eşbah*, s.21; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, 193.

¹⁵² Şafiî, *el-Ümm*, VI, 176.

¹⁵³ Nevevi, *Ravza*, V, 6; Kinai lafızlarla zina iftirasında bulunan şahısta aranan özel kasıt için bkz. İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 570.

¹⁵⁴ Kasani, *a.g.e.*, VII, 233, Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7, İbn Cüzey, *a.g.e.*, s.297; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 18; Yazır, *a.g.e.*, II, 1423.

¹⁵⁵ *Buharî*, Diyet 6; *Müslim*, Kasame, 25, 26; *Tirmizi*, Hudud 15; *Ebu Davud*, Fitne 6; *Nesai*, Kasame 47; *Darimi*, Diyet 1.

¹⁵⁶ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 514; İbn Cüzey, *a.g.e.*, s.297; Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7.

¹⁵⁷ Sehnun, *el-Müdevenetü'l-Kübra*, Beyrut ts. VI, 306.

¹⁵⁸ Desuki, Şerh, IV, 237; İbn Cüzey, *a.g.e.*, s.297.

¹⁵⁹ Sehnun, *a.g.e.*, VI, 308; Karafî, *Zehira*, VIII, 387; Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7.

Malik'in cinayetlerde özel kasdı tanımadığı görüşü, kasdın aşılmasını (şibh-i amd) kabul etmemesi durumu ile karıştırılmış gibi görünmektedir¹⁶⁰.

c. Belirli Kasıt:

Failin belirlediği bir obje veya objeler üzerinde maksadını gerçekleştirmeye yönelik kasdına belirli kasıt denir.¹⁶¹ Buna sınırlı kasıt da denmektedir. Belirli kasıt, hırsızlık ve cinayet suçlarında sözkonusudur.

Şahsın düşmanına silahlı saldırıda bulunması, planladığı bir eşyayı komşusunun evinden çalması, gözüne kestirdiği bir otomobili galeriden çalması anındaki kasdı bu türün örnekleridir.

Belirli kasda sahip failin, suçu hataen bir başkası üzerinde işlemesi halinde sorumluluğun ne olacağı hususu tartışılmıştır.

aa. Cinayet suçlusuna kısas cezası verilebilmesi için, failin öldürme eylemini, belirlediği hedef üzerinde gerçekleştirmesi gereklidir¹⁶². Buna göre, belirlediği hedefe saldırıp onu öldüren şahıs, muhatabın kendisini öldürmeyi düşünmediği birisi çıkması halinde de kısasla cezalandırılacaktır.

Belirli bir şahsı öldürmesi kasdı ile köpek edinen kimse de¹⁶³, köpeğin o şahsı öldürmesi halinde bu kasdı sebebiyle yargılacaktır¹⁶⁴.

Köpeği veya nisab miktarında olmayan elbiseyi çalmak amacıyla hareket eden hırsızın çaldığı köpeğin boynunda nisap miktarı altın kolye bulunsa veya elbisenin cebinde altın saat bulunsa, hırsıza bunlar sebebiyle had uygulanmaz. Çünkü onun belirli kasdı içine bunlar girmemektedir¹⁶⁵.

bb. Fail suç eylemini belirli kasdı dışında gerçekleştirdiğinde, ilk kasdının haram olması şartıyla, sorumlu olacaktır. Yani, bir şahsı öldürmek maksadı ile silahını ateşleyen, fakat ona isabet ettirmeyip bir başkasını öldüren şahıs, kasdı ile gerçekleştirdiği eylem farklı olmasına rağmen kısasla yargılacaktır¹⁶⁶. Çünkü ilk kasdı kendisinin kısas edilmesini sağlamıştır.

¹⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.74, 75, 135.

¹⁶¹ Zuhuyli, *İslâm Fıkhi Ansiklopesidi*, VIII, 48; Udeh, *a.g.e.*, II, 40 vd., Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 256.

¹⁶² Desuki, *Şerh*, IV, 216.

¹⁶³ İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 341.

¹⁶⁴ Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 8, Bu taktirde kastettiği şahıs öldüğünde köpek sahibi kısas edilecek, bir başkasını öldürdüğünde diyet ödeyecektir. Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.148.

¹⁶⁵ Mevsili, *a.g.e.*, IV, 107; Aliş, *a.g.e.*, IX, 324; İbn Kudame, *el-Muğnî*, X, 241; Kasani, *a.g.e.*, VII, 79.

¹⁶⁶ Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7; İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 340.

Mark zannı ile dolar çalan hırsız da kastından dolayı cezalandırılacak, bu hatası dikkate alınmayacaktır¹⁶⁷.

Failin belirli kasdı, bir şahısla sınırlı olduğu gibi, bir grupla da sınırlı olabilir. Bu taktirde, o topluluk içinden herhangi birine yapılan cinayet suçu kasıtlı işlenmiş bir suçtur¹⁶⁸.

d. Belirsiz Kasıt:

Failin belirli bir obje veya objeleri kastedmeksizin, belirli suç işlemesi halindeki kasdına "belirsiz kasıt" veya "sınırsız kasıt" denir¹⁶⁹.

aa. Cinayet dışı suçlarda belirsiz kasıt:

Hırsızlık, zina, hıabe gibi suçlarda, mağdurun önceden belirlenip belirlenmemesinin sonuca etkisi yoktur¹⁷⁰. Nisap miktarı herhangi bir malın çalınması, herhangi bir kadına tecavüz edilmesi gibi durumlarda, belirsiz suç kastı, suçlunun had cezası görmesine engel olamayacaktır.

bb. Cinayetlerde:

Belirsiz kasıtlı işlenen normal cinayet suçlarında iki görüş bulunmaktadır.

i. Fail cinayeti belirsiz kasıtlı işlediğinde, kendisine kasıtlı suç işleyen suçludan daha hafif ceza verilecektir. Çünkü, fail o şahsa zarar vermeyi, bizzat onu öldürmeyi kastedmemiştir¹⁷¹.

ii. Bu durumda, failde suç kastının bulunması yeterli olup, muhatabın belirlenmemiş olması sonucu etkilemeyecektir. Bu gibi hallerde netice kasdı tayin eder¹⁷².

Modern hukuk da bu ikinci görüş paralelinde hüküm serdetmiştir¹⁷³.

e. İhtimalî Kasıt:

Yukarıda belirtildiği gibi, kasdın unsurlarından birisi tasavvur ve tahmindir. Genel kural; failin işlediği suçtan oluşabilecek ve oluşması

¹⁶⁷ Benzer bir hüküm için bkz. Şirbini, *a.g.e.*, IV, 159.

¹⁶⁸ Şirbini, *a.g.e.*, IV, 4.

¹⁶⁹ Zuheyli, *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi*, VIII, 48; Udeh, *a.g.e.*, II, 40 vd. Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 256.

¹⁷⁰ Udeh, *a.g.e.*, II, 41.

¹⁷¹ Şirbini, *a.g.e.*, IV, 4; Udeh, *a.g.e.*, II, 41.

¹⁷² Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7; Desuki, *a.g.e.*, IV, 215, 216; Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.148; Udeh, *a.g.e.*, II, 41.

¹⁷³ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 256.

muhtemel tüm sonuçlardan sorumlu tutulmasıdır. Suç kasdı ile bu eylemi gerçekleştirmesi, doğabilecek bütün muhtemel sonuçlarının kastedilmesi anlamına gelmektedir. Görüldüğü gibi, burada şahsın kasdını eylemin neticesi belirlemektedir. Buna dolaylı kasıt da denir¹⁷⁴.

Örneğin, herkese açık bir yol kenarına izinsiz kuyu kazarak su biriktirmek isteyen, o kuyuya düşerek ölen komşusunun hayvanını tazmin edecektir¹⁷⁵. Şayet ölen bir insan ise, onun ölümüne sebep olma suçunun cezası olarak diyet ödeyecektir.^{175a} Çünkü, bu kuyuya bir canlının düşmesi ve ölmesi, ihtimal dâhilindedir. Kuyuyu kazan şahıs bunu kasdetmedi ise de, hayvanın düşmesi ihtimalini düşünerek önleyici tedbir almamıştır. Bu nedenle, kazı eyleminin sebep olduğu muhtemel sonuçtan sorumlu olacaktır¹⁷⁶.

Muhatabına kızgınlıkla vurarak, ölümüne sebep olan şahsın, ihtimali kasdından dolayı sorumlu olacağı herkes tarafından kabul edilmiştir. Ancak İmam Malik gibi bazı hukukçular¹⁷⁷, vurma esnasındaki kızgınlığı kısas için yeterli görürken, diğerleri bu haldeki sorumluluğun tam kasıt gibi neticelenmesini ağır bularak, suçluyu diyetle cezalandırmışlardır. Malik, maksut olan fiilin bütün neticelerinden -ihtimallerden- faili en üst düzeyde sorumlu tutarken, diğerleri bizzat neticenin istenmeme ihtimalini gözardı etmemişlerdir.

Bir topluluğun veya geminin bombalanması¹⁷⁸, kesilen el sebebiyle mağdurun ölmesi¹⁷⁹, şahsın eline ateş edilirken kalbinin isabet alarak ölmesi¹⁸⁰, içinde bulunduğu grubun yaptığı düşmanlık neticesi ortaya çıkan muhtemel sonuçlardan şahsın sorumlu tutulması¹⁸¹,... ihtimali kasdın İslâm hukukçuları nezdindeki uygulama sahalarıdır.

3. Fiile Birleşip Ayrılması Zamanına Göre:

Kasdî suçtan bahsedilmesi için, prensip olarak, suç kasdının fille

¹⁷⁴ Udeh, *a.g.e.*, II, 43; Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 256.

¹⁷⁵ *Mecelle* md. 91; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 81.

^{175a} Kâsani, *Bedai*, VII, 276; Behnesi, *el-Mevsua*, III, 156.

¹⁷⁶ Geniş bilgi için bkz. Abdülaziz Âmir, *et-Tâ'zir fi's-şeriatil-İslamiyye*, s.111-114.

¹⁷⁷ Baci, *el-Münteka*, VII, 169, Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7.

¹⁷⁸ İbn Kudame, *el-Muğnî*, VIII, 345; Nevavi, Abdülhalim, *Ceraimül-erk ve'd-darb fi's-şeriatil-İslamiyye*, Beyrut, ts. s.43.

¹⁷⁹ Mevsuli, *a.g.e.*, V, 27; Ebu Abdullah Muhammed b. Abdurrahman, *Rahmetü'l-ümme fi ihtilafi'l-eimme* (Şa'rani, el-Mizan'ül-kübra ile birlikte) Daru'l-fikr ts. II, 99; Şafak, *a.g.e.*, s.90.

¹⁸⁰ İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 339.

¹⁸¹ İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 371; Derdir, *Şerh*, IV, 217, İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, V, 149; *el-Mevsuatu'l-fikhiyye*, XXX, 270

birleşmesi ve eylemin her aşamasında devam etmesi gerekmektedir.

Burada, suçun süreci içinde, suç kasdının seyrinin suça etkisi tespite çalışılacaktır.

a. Suç Öncesindeki Kasıt:

aa. Eyleme Dönüşmemiş Kasıt:

Ceza hukuku açısından, kalbdeki suç kasdı, iradî bir fiil şeklinde tezahür etmedikçe, suç teşekkül etmez. Kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz¹⁸². Nitekim şerî hükümler, zahirî fiiller üzerine bina edilmiştir¹⁸³.

Yukarıda değinildiği gibi, müctehitlerden bazılarına göre, kesin karar (azm-kasd) aşamasına gelmiş niyet dolayısı ile kişi dinen sorumlu olup¹⁸⁴, günahkar ise de, hukuken bunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, fevrî olarak işlenmiş cinayetle, önceden planlanarak işlenmiş cinayet suçlusuna aynı ceza verilmektedir. Fiil öncesinde, fiilden ayrı olarak şahısta bulunan suç kastından fail sorgulanmamaktadır¹⁸⁵. Bu husus şöyle kurullaştırılmıştır: "İrtikabından önce fail kastından dolayı yargılanamaz".

Muasır Ceza Hukukun araştırmacılarından el-Behnesi¹⁸⁶, eylem şeklinde suç teşekkül ettikten sonra, failde bulunan önceki kastın da yargılanmasını savunmaktadır. Ona göre, bir anda karar verip suç işleyenle, önceden planını, programını hazırlayarak suç işleyen cezası farklı olmalıdır.^{186a} Araştırmacı, görüşüne delil olarak, hile ile öldürülen şahsın failinin, mağdurun velisi tarafından affedilemeyeceği, çocuğunu yatırarak ke-

¹⁸² Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 217; Kâsanî, *a.g.e.*, VII, 42.

¹⁸³ Şafii, *el-Ümm*, VII, 268; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 17; Zeydan, *Kasdın Rolü*, s.357; Ergüney, *a.g.e.*, s.229.

¹⁸⁴ Örneğin, ileride küfre girmeyi azmedenin, o anda kafir olacağı ile ilgili olarak bkz. Nevevi, *Ravzatü't-talibin*, VII, 285.

¹⁸⁵ Suyuti, *el-Eşbah*, s.37.

¹⁸⁶ Behnesi, *el-Mesuliyye*, s.71, 72; *Nazariyyat*, s.41; Ayrıca bkz. Suyuti, *el-Eşbah*, s.38.

^{186a} Nitekim *Osmanlı Kanunu* md. 170, *Lübnan Kanunu*, md. 549 ve *Türk Ceza Kanunu*, md.... de önceden planlanmış cinayet ile ani bir kararla işlenmiş cinayet farklı görülmekte ve önceden planlamaya daha ağır ceza öngörülmektedir. Katilin idamı için suç öncesinde bir plan ve tasavvurun oluşmasını şart koşturmaktadırlar. Buna göre, planlı işlenmiş suç için amd, ani ve birdenbire işlenmiş suç için ise, kasıt terimi kullanılmıştır. Ancak, muasır araştırmacılar Zerka ve Subhi Mahmasani bu tür ayrımı tenkit ederek, zararlarına dikkat çekmişler ve Kur'anda kısas için böyle bir ayrıma gidilmemesinin toplum barışı için olan rahmetini belirtmişlerdir. Bkz. Zerka, *el-Medhal* Dimeşk, 1968, II, 618; Mahmasani, *Nazariyyat*, I, 141.

sen babanın kısas edilmesi gibi¹⁸⁷, fıkıh kaynaklarında zikredilen örnekler vermektedir. Bu örneklerin, görüşüne delaletinin kendisini haklı çıkarmak için yeterli olmadığını düşünmekteyiz.

bb. Suça Hazırlık Esnasındaki Kasıt:

Suçta hazırlık amacıyla yapılan ön çalışmaların hukuken suç sayılıp sayılamıyacağı tartışılmıştır¹⁸⁸.

Bir iş için hazırlık yapmak o işi yapmak anlamına gelmez. Ancak bu hareket, o fiili yapmaya bir vesile, bir araçtır. Hedeflediği bir suç için bazı araçlar hazırlayan hukuken suçlu sayılacak mıdır?

aaa. Bizatihi haram olan araçlar kullanıldığında, bunlar sebebiyle, fail suçlu olup cezalandırılır¹⁸⁹.

bbb. Normalde mübah olan şeylerin suça hazırlık maksadı ile edinilmesi durumunda, iki görüş bulunmaktadır.

i. Bu vasıtanın suça hazırlık amacıyla edinilmesi suçtur. Bu halde, suçlu hedeflediği suçun cezası ile değilse de, ta'zir nevinden cezalandırılır.

Bu maliki ve hanbeli hukukçularının görüşü olup¹⁹⁰, hanefilerden Mevsili¹⁹¹ de bu görüştedir. Hanbelilerden İbnü'l-Kayyım şu açıklamada bulunur¹⁹²: Harama götüren araçların edinilmesi haram olup, bu tür hazırlıkta bulunan cezalandırılmalıdır. Bir hedefe götüren araç o hedefe tabidir. Bunların her ikisi de hedef hükmündedir. Birisi amaç olarak, diğeri araç olarak hedefdir. Ebu Zehra'da¹⁹³ bu tür hazırlığın cezasız kalmaması görüşünü benimsemektedir.

ii. Suçun hazırlık çalışmaları mübah eylemlerden oluştuğunda, sahipleri kötü niyetlerinden dolayı sorumlu olmazlar¹⁹⁴.

Bu hanefi ve şafii hukukçularının benimsediği görüştür. Onlara göre, tasarruflarda şaikler (iç unsur) hukuk nazarında değerlendirmeye

¹⁸⁷ Örnekler için bkz. İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 514; İbn Kudame *el-Muğni*, IX, 336.

¹⁸⁸ Âmir, *et-Ta'zir*, s.155 vd.

¹⁸⁹ Nevavi, *Ravza*, VII, 380; İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, IV, 268; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 333.

¹⁹⁰ Hureşi, Şerh, VIII, 8, Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 333.

¹⁹¹ Mevsili, *a.g.e.*, IV, 114.

¹⁹² İbnü'l-Kayyım, *İ'lam*, III, 109 vd.

¹⁹³ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 333.

¹⁹⁴ Âmir, *a.g.e.*, s.155, 56.

alınmazlar¹⁹⁵

Nitekim günümüz beşeri hukuku, hanefi ve şafii icthadları ile uyum içindedir¹⁹⁶.

cc. Suça Teşebbüs Esnasındaki Kasıt:

Suçta teşebbüs; suç kastı ile bir eyleme geçilmesi, ancak bu eylemin etkisinin bizzat failin iradesi dışında bir sebeple durdurulması veya engellenmesidir¹⁹⁷.

Bir hareketin suça teşebbüs sayılabilmesi için şunlar önemlidir.

1- Fail suçu işlemeye başlamış olacak, sadece hazırlık yapmış olmakla yetinmelidir.

2- Suçun tamamlanması, failin iradesi dışında bir nedene bağlı olmalıdır.

3- İcra hareketlerini bitiremeyişi, onu tamamlamaktan kendi iradesi ile vazgeçme nedeni ile olmamalıdır¹⁹⁸.

İslâm hukukçuları suça teşebbüsü bir suç kabul etmekle birlikte, faile hedeflediği suçun cezasının uygulanıp uygulanmayacağına ihtilaf etmişlerdir.

i. Suçlu, teşebbüste bulunduğu suçu tam anlamıyla işlemiş gibi kabul edilecek ve teşebbüs ettiği suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Burada suç kastı fiille birleşmiş, icraata başlanmış, ancak suçlunun isteği dışındaki bir nedenle tamamlanamamıştır. Bu, fiilin dışında, yalnız suç kasdının cezalandırılması hali gibi değildir.¹⁹⁹

Hız. Aişe, Hasan el-Basrî ve Nehaî gibi alimler bu görüşü savunmuşlardır²⁰⁰.

ii. Her suç için belirlenmiş asgari şartlar mevcuttur. Fail suç kastı ile suça başlamış olup, hedeflediği suç tam teşekkül etmeden yakalandığında, kasdettiği suçtan değil, o esnaya kadar gerçekleştirdiği eylemlerden sorgulana-

¹⁹⁵ Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s.222; Benzer hüküm için bkz. Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 327.

¹⁹⁶ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 245-247.

¹⁹⁷ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 330-333; Nevavi, *Ceraimu'l-cerh*, s.44.

¹⁹⁸ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 333.

¹⁹⁹ Nevevi, *Ravza*, VII, 380; İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, V, 177; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 334; Âmir, *a.g.e.*, s.155.

²⁰⁰ Baberti, *el-İnaye*, V, 142; Behnesi, *Nazariyyat*, 142.

caktır²⁰¹. Bu halde, faile suça teşebbüs nedeniyle ta'zir nevinden ceza verilebilirse²⁰² de, o tamamen gerçekleştirmediği suçun cezası ile yargılanamaz.

Bu, İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından benimsenen bir görüştür²⁰³.

b. Eylem Halinde İken Oluşan Kasıt:

Ceza hukukundaki genel prensip, faildeki suç kasdının eylemin başından sonuna kadar mevcut olmasıdır. Buna göre, değişik amaçla eyleme başladıktan sonra oluşan suç kastı (inzimam kastı) sebebi ile fail kasdettiği suçu işlemiş olmayacaktır. Ancak suç kastının belirmesi öncesindeki zamanda eylem meşrû olarak gerçekleşirken, bundan sonraki zamanda yasak bir eylem haline dönüşmüştür. Bu sebeple, fail cezalandırılacak, fakat cezasında indirimle gidecektir. Örneğin, kendisine emanet verilen malı çalan veya bu emaneti inkar eden²⁰⁴, hırsızlık cezası ile yargılanmayacaktır²⁰⁵. Çünkü, emanet malının ele geçişi anında suç kastı mevcut değildir²⁰⁶.

Muhatabına bir başka amaçla vuran, bir müddet sonra onu öldürmek amacıyla kasıtlı olarak vurmaya devam edip, sonunda ölüm gerçekleşse, faile kısas gerekmeyecektir²⁰⁷. Çünkü, ilk meşrû vuruşlar, sonraki öldürme kasdı içeren vuruşlarla karışmıştır. Kısas için ise, eylemin başından itibaren, suçlunun öldürme kasdı ile vurması gerekmektedir.

c. Eylem Halinde İken Kasdın Kalkması:

Suçun icrasına başlamışken, suç fiilini tamamlamadan suçtan vazgeçilmesi ile ilgili olarak şu durumlar muhtemeldir:

1- Zorunlu olarak suçtan vazgeçme durumu: Bu, ya eylemi gerçekleştirmeden yakalanma ya da eylem esnasında değişik nedenlerle sonucu temin edememe halinde sözkonusudur. Bu hal, suça teşebbüs kapsamına girmekte olup²⁰⁸, yukarıda bununla ilgili bilgi verilmiştir.

²⁰¹ Şafiî, *el-Ümm*, VI, 149; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 159; Baberti, *el-İnaye*, V, 147; Kasani, *a.g.e.*, VII, 65.

²⁰² Âmir, *a.g.e.*, s.156.

²⁰³ Sehnun, *el-Müdevvene*, VI, 272; Kâsani, *a.g.e.*, VII, 64; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, 203; Akşit, *a.g.e.*, s.113.

²⁰⁴ Ebu Davud, Hudud 14, 16; Sehnun, *el-Müdevvene*, VI, 296.

²⁰⁵ Benzer hüküm için bkz. Sehnun, *a.g.e.*, VI, 272, 275; Mevsilî, *a.g.e.*, IV, 103; Şirbini, *a.g.e.*, IV, 174; Bâberti, *a.g.e.*, V, 147.

²⁰⁶ Benzer bir örnek için bkz. Şafiî, *el-Ümm*, VI, 151; İbn Cüzey, *a.g.e.*, s.309; Şa'rani, *el-Mizan*, II, 162.

²⁰⁷ İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 337; Suyuti, *el-Eşbah*, s.39.

²⁰⁸ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 237, Âmir, *a.g.e.*, s.156.

Nitekim bu durum, modern hukukta da, suça teşebbüs olarak değerlendirilmekte ve failine suça teşebbüs suçu verilmektedir²⁰⁹.

2- Suçlunun yalnız kendi isteği ile suçu tamamlamadan vazgeçmesi hali.

Bu şekilde suçtan vazgeçen suçluya, o ana kadarki eylemi bir suç oluşturuyorsa²¹⁰ -kul hakları açısından- onun cezası verilir. Yapılan fiillerin bizzat kendisi suç teşkil etmiyorsa, bu hal ceza verilecek bir durum sayılmaz²¹¹. Örneğin, hırsızlık amacıyla bir eve giren ve sonra da cezasından korkarak hırsızlıktan vazgeçene, yalnızca izinsiz eve girme suçu dolayısı ile ta'zir cezası verilir²¹².

d. Eylem Sonrasında Kasdın Kalkması:

Eylem sonrasında suç kasdının kalkması, bazı suçlarda hafifletici bir sebep olmaktadır. Bu halde kasdın kalkması ihtiyarî ve zoraki şeklinde gerçekleşebilir.

i. İhtiyarî Olarak Kasdın Kalkması:

Yol kesenlerin, eylemlerinden isteyerek vazgeçmeleri, hırsızın çaldığını, kendi ihtiyarı ile getirip sahibine teslim etmesi bu halin örnekleridir. Hanefilerin birçoğuna göre, bu haldeki pişmanlık sebebiyle hırsızın eli kesilmez²¹³.

İhtiyarî olarak kasdın kalkması hali İslamî literatürde tevbe olarak ele alınmıştır. Bu konudaki görüş, delil ve tartışmaları burada vermek makalenin amacını aşacağından, ilgili eserlere bakılmasını hatırlatmakla yetinmek istiyoruz²¹⁴.

ii. Zoraki Kasdın Kalkması:

Bazı suçlarda, suçludan zoraki olarak suç kasdının kalkması suçlu lehine sonuç vermektedir. Örneğin, mürted, zoraki bu halinden vazgeçip İslama girdiğinde, cezası düşmektedir. Yakalandıktan sonra, çaldığını getirip veren hırsızdan, mal sahibini razı ederek mahkemeye dava açtırma-

²⁰⁹ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 250.

²¹⁰ Örneğin insanı öldürmek için silahını çeken ve sonra vazgeçen, muhatabını korkutması sebebiyle ta'zir cezasına çarptırılır. Âmir, *et-Ta'zir*, s.158.

²¹¹ Mevsili, *a.g.e.*, IV, 116; İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, V, 177 vd.

²¹² Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 337.

²¹³ Mevsili, *a.g.e.*, IV, 116; İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, V, 162, Kasani, *a.g.e.*, VII, 88.

²¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Dalgın, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, s.113-260.

diğında, hanefilere göre hırsızlık haddi düşecektir²¹⁵. Malikiler ise, bir başkası tarafından bu suç ile ilgili mahkemede dava açılması halinde bile, suçluya had uygulanacağını düşünürler²¹⁶.

C. KASDIN TESPİTİ

Kasıt bir kalb işi olduğundan tespiti hayli zordur. Bu gibi yerlerde, delil medlûlü yerine geçirilecek²¹⁷, böylece sonuca varılabilecektir.

Kasdın tespiti şu yollarla mümkün olmaktadır:

1. Suçlunun İtirafı İle:

Şahsın kendi aleyhine itirafta bulunmayacağı varsayımından hareketle, suçlu kasdî olarak işlediğini itiraf ettiğinde, kasıt tespit edilmiş olacaktır. Nitekim bütün suç çeşitlerinde suçlunun itirafı, suçu tespit yollarının başında gelmektedir²¹⁸.

2. Suçlunun Açıklamada Bulunmaması İle:

Bazı suçlarda, suçlunun farklı bir kasdını açıklamaması ile, suç kasdının varlığı kabul edilir. Örneğin, bir lukatayı bulan, onu alırken, "bunu sahibine vermek için alıyorum, arayanı görürseniz haber veriniz" şeklinde bir şey söylemez veya bir müddet geçtiği halde, kayıp ilanı vermez ise, o malı gasbetmek (mülk edinmek) amacı ile aldığına hükmedilir. Bu halde mal elinde telef olsa tazmin eder²¹⁹.

3. Şahitlerle:

İslâm ceza hukukuna göre, bazı suçlarda failin özel kasdına bakılmaz. Bu gibi durumlarda, failin yasaklanmış eylemi yaptığının tespiti yeterlidir. Bu tür suçların tespiti zinada dört şahit²²⁰, diğer suçlarda ise iki şahidin²²¹ şahitliği

²¹⁵ İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, V, 162.

²¹⁶ Sehnun, *el-Müdevvene*, VI, 289.

²¹⁷ Kaide için bkz. Kâdızâde, *Tekmile*, VIII, 246; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 339; *Meccelle*, md.68.

²¹⁸ Örneğin bkz. Aynî, Bedreddin Mahmud b. Ahmed, *el-Binaye, fi şerhi'l-Hidaye*, Daru'l-fikrî 1990, VI, 191; Aliş, *a.g.e.*, IX, 255; İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 556; Meydani, Abdülğani, *el-Lübab fi şerhi'l-Kıtab*, İst. ts., III, 193; Kasani, *a.g.e.*, VII, 46; Behnesi, *el-Mevsua*, III, 159.

²¹⁹ Suyuti, *el-Eşbah*, s.21; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 18; Ergüney, *a.g.e.*, s.254.

²²⁰ Nisa 4/15; Nur 24/4; Serahsi, *el-Mebsût*, V, 62; İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 537; İbn Kudame, *el-Muğnî*, X, 192; Kurtubi, *a.g.e.*, V, 84; Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ank. ts., 196; Bayındır, Abdulaziz, *İslâm Muhakeme Hukuku*, İst. 1986, s.158.

ile mümkündür. Buralarda eylemi tespit, failin kasdını tespit anlamındadır. Yani eylem tespit edildikten sonra, failde suç kasdının olup olmadığına bakılmaksızın varlığı kabul edilir.

Birçok İslâm hukukçusuna göre, öldürme suçu, yiyecek ve içecek vermeme, soğuk gecede evin dışına atma veya soğuk bir ortamda kalmaya mecbur etme gibi nedenlere dayandığında, şahitlerin şahadeti ile fail kasten öldürme suçlusu olarak yargılanacaktır.^{221a}

Müessir fiil ve cinayetlerde, failin hatalı veya kasıtlı olduğunun ayırddedilebilmesi, kullanılan aletler yardımı ile mümkün olabilmektedir. İslâm hukuku kaynaklarında, yalnızca kullanılan aletler üzerine kritik yapılmış, adeten kendilerinin öldürmede, yaralamada kullanılıp kullanılmadığına bakılmıştır.²²²

Kanaatimizce, hangi tür alet olursa olsun, kendisi ile suç işlendiğinde, önce suçun hata ile işlenip işlenmediğinin tespiti gerekir. İşte bu aşamada, şahitlere baş vurulmalı ve eylemin hata ile olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin, failin, silah veya delici, kesici, ezici..... gibi aletleri ölen veya yaralanan şahsın üzerine düşürmesi ile mi, veya atması, vurması, yuvarlaması ile mi eylemin gerçekleştiği tespit edilmelidir. Çünkü aynı aletlerle hataen bir suç işlenmesi de mümkündür.

Kaynaklarda hata konusu değişik boyutta ele alınmıştır. Bunun sonucu olarak, kesici, delici olan aletle veya silahla yapılan her suç kasıtlı²²³, bu özellikte olmayan aletlerle yapılan suçlar da kasda benzer kabul edilmiştir.²²⁴

Suçun tespitinde, özellikle, hata ile gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında, olayın görgü şahitlerinden yararlanılması gerektiğini düşünmekteyiz. Suçun kasden, veya kasdın aşılması şeklinde olup olmadığını tespitinde de şahitlerden istifade edilmelidir.

Kasıt her ne kadar kalb işi ise de, dışa yansıyan yönlerini tespit etmek, çoğu kez mümkündür. Bunu tespit için şahitlerden yararlanılması

²²¹ Örneğin hırsızlık suçunun tespiti için bkz. İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 556; Kasani, *a.g.e.*, VII, 81; İçki suçu için bkz. Maverdi, *a.g.e.*, s.377; Ebu Ya'la, *a.g.e.*, s.269, Ali Haydar, *a.g.e.*, IV, 310.

^{221a} Desuki, *eş-Şerhu'l Kebir*, IV, 215; Şirazi, *el-Mühezzebe*, II, 176; İbni Kudame, *el-Mugni*, IX, 307; Kâsani, *Bedayi*, VII, 234; Behnesi, *el-Mevsua*, III, 134, vd.

²²² Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7; Kasani, *a.g.e.*, VII, 233.

²²³ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 322, 333; *eş-Şerhu'l-Kebir*, 321-331; Şafii, *el-Ümm*, VI, 5, 6; İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 512.

²²⁴ Kasdın aşılması ile ilgili bilgi bundan sonraki konuda verilecektir.

kaçınılmazdır. Yalnız aletlere göre hüküm verildiğinde, bazan hata ile gerçekleşmiş, suç kasdi, kasden gerçekleşmiş bir suç ise, öldürme aletlerinin kullanılmış olmaması sebebiyle, hata veya kasdın aşılması şeklinde değerlendirilecektir. Bu ise, kötü niyetli insanların suç işlemelerini artıracaktır.

4. Kullanılan Aletlerle:

Kasdın aletler aracılığı ile tespiti, daha çok, öldürme ve yaralama eylemlerinde sözkonusudur.

Failin, kasdını haricî bir fiil halinde dışarıya yansıtırken kullandığı suç aletleri, iradesinin, fiilin sonucuna tam olarak yönelip yönelmediğini gösteren bir karine durumuna gelmekte, yani sonucu aletler belirlemektedir.

Yukarıda hatırlatıldığı gibi, hata olarak işlenmemiş fiillerde, kullanılan suç aletlerinin şahsın kasdına delil olduğu şeklinde konu anlaşılmalıdır. Buna göre, suç işlenirken kullanılan vasıtanın öldürmede elverişli olma (demir, taş, odun vb.) veya genelde cinayet aleti olarak kullanılır olması durumunda ve suçun, failin fiili sonucu gerçekleştiği kesinleştiğinde, kasden işlendiğine hükmedilmektedir²²⁵.

İmam Malik, kasıtlı olarak başlanmış ve sonunda ölüm gerçekleşmiş her suçu kasdî olarak değerlendirmiştir. Ona göre, suçta kullanılan aletin, öldürücü, kesici, delici olması yanında, her türlü düşmanca vuruş, itiş, kakış bile suç aletidir²²⁶.

Türk Yargıtayının da, kasdî ve kasdın aşılması şeklinde işlenen cinayeti aletler yardımı ile tespite çalıştığı görülmektedir²²⁷.

Silah ve benzeri aletlerle gerçekleştirilen yaralamalarda, yukarıda belirtildiği gibi, önce olayın kaza ile olup olmadığı tespit edilmelidir. Hata olmadığı anlaşıldığında, suçlunun kullandığı alete bakılır. Kullanılan alet mevcut yaralamayı meydana getirecek cinsten ve buna elverişli ise, suçun kasden işlendiğine hükmedilir. Yani, sonucu gerçekleştirmeye uygun aletle işlenen kasdî suçta, alet ile kasdın tespiti mümkündür²²⁸.

²²⁵ Şeybanî, *el-Asl* IV, 439, 506; Şafii, *el-Ümm*, VI, 5, 6; İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 214; Nevevi, *el-Minhac*, IV 3; İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 322; Ebu Hanife cinayetin kasıtlı sayılması için suçun yalnız kılıç veya ateş ile olması gerektiğini savunur. Mevsuli, *a.g.e.*, V, 23; Kurtubi, *el-Cami*, V, 329; İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 512; Şârani, *el-Mizan*, II, 142; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 339; Behnesi, *el-Mevsuatü'l-cinaiyye*, III, 122, Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 190; Dağcı, *a.g.e.*, s.68, 69; *a.g.e.*, s.295; Bilmen, *a.g.e.*, III, 28.

²²⁶ Sehnun, *el-Müdevvene*, VI, 308; İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 512.

²²⁷ Bkz. Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 266.

²²⁸ Şafii, *el-Ümm*, VI, 7, 8; Şafak, *İslâm Ceza hukuku*, Bilmen, s.90; Ergüney, *a.g.e.*, s.29; *a.g.e.*, III, 8.

Bu durumda, olayın görgü şahitlerinden ve tıbbî bulgular (otopsi gibi)dan da faydalanılmalıdır.

II. KASDIN AŞILMASI

Cinayet ve yaralama (müessir fiil) dışında kalan suçlar, yas kasdî ya da hata ile işlenmektedir. Yani bu suçlarda failin suç kasdı bulunur veya bulunmaz. Ancak, cinayet ve yaralama suçlarında, şahsın kasdını aşan bir sonuçla karşılaşması mümkündür. Bu tür fillerde, fail kasıtlı olduğu için, hatadan söz edilmeyecektir. Bununla birlikte, failin fiili kasdedip gerçekleşen sonucu kadetmemesi nedeniyle, bu eyleme tam kasıtlı bir fiil denemeyecektir.

Kaynaklarda kasıt benzeri (şibh-i amd) diye bilinen bu durumu, biz kasdın aşılması ifadesiyle burada ele alacağız.

A. TANIMI:

Kasdın aşılması ile ilgili olarak yapılan tanımlardan birkaçı şunlardır²²⁹: "Şibh-i amd, failin bilerek işlediği eylem sonucu, kasdetmediği daha ağır bir neticenin meydana gelmesi halidir"; "failin kasdetmediği daha ağır bir zarara sebep olmasıdır"; "Failin fiili kasdedip, sonucunu kasdetmemesidir."

Kasdın aşılması konusu cinayet ve yaralamalarla ilgili olduğundan, İslâm hukuku kaynaklarının verdiği tanımlar, öldürme ve yaralama fiillerine endekslenmiş durumdadır. Örneğin kaynaklardaki kasdın aşılması tanımları şöyledir²³⁰: "Failin vurmayı kasdedip, öldürmeyi kadetmemesidir"; "şahsın darbda kasıtlı, öldürmede ise hatalı olmasıdır"; "Genelde öldürücü olmayan aletlerle darbetmektir".

B. MEŞRUIYETİ:

Kasdın aşılması (şibh-i amd) şeklinde işlenen fiil hukukunun kaynağı sünnettir²³¹. Kur'an'da cinayet suçlarının kasden²³² veya hata²³³ ile işlenebileceğinden bahsedilmekte olup, kasdın aşılması şeklindeki suça

²²⁹ Tanımlar için bkz. İbn Cüzey, *a.g.e.*, s.295; Şa'rani, *a.g.e.*, II, 142; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 341.

²³⁰ Bkz. İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 411; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IX, 326-332; Şafii, *el-Ümm*, VI, 8; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 4; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 341; İbn Cüzey, *a.g.e.*, s.295, Şa'rani, *a.g.e.*, II, 142; Kurtubi, *a.g.e.*, V, 330; Udeh, Kasani, *a.g.e.*, VII, 233, III, 35-36; Bilmen, *a.g.e.*, III, 23; Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinai*, III, 151.

²³¹ *Ebu Davud*, Diyat 17, "Şibh-i amd; kamçı ve sopa ile olan öldürme olup esası, 40 yüklü (hamile) olmak şartı ile 100 deve dir"; Nesâî, Kasame 40; *İbn Mâce*, Diyat 5; Kasame 33, 40, 41.

²³² Nisa 4/93

²³³ Nisa 4/92

değinilmemiştir.

İlk devir İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından kasdın aşılması hukuku kabul edilmiş ve suç failine, sünnet öngörüldüğü biçimde²³⁴, kasıtlı failden daha hafif ceza uygulanmıştır²³⁵.

İmam Malik²³⁶ ve zahirilerden İbn Hazm²³⁷ gibi bazı müctehidler, Kur'an'da bu hal ile ilgili bilgi bulunmayışı ve sünnetten delil olarak kullanılan hadislerin ihticaca elverişli olmadığı gerekçesi²³⁸ ile, kasdın aşılmasını kabul etmemişlerdir.

Malik, düşmanlık kastı ile yapılan her eylemin bütün sonuçlarının kasıtlı olduğu görüşündedir.²³⁹ Başlangıçta oyun ve terbiye gibi meşrû bir maksatla yapılan ve beklenmedik sonuç veren eylemleri ise hata olarak değerlendirmiştir²⁴⁰.

İslâm hukukçularının çoğunluğu, babanın evladına terbiye amacıyla vururken öldürmesi halinde, babanın suçunu kasdın aşılması olarak görmüş ve ağır diyet ödemesi gerektiğini kabul etmişlerdir. Bu konuda Malik de cumhurun görüşünü kabul ederek, yalnız bir hususta kasdın aşılmasını tasvip ettiği görülmüştür²⁴¹.

Malik, kasıtlı olarak başlanan eylemin bütün sonuçları ile faili sorumlu tutarken, hukukçuların çoğunluğu, cinayet ve darb suçlarının sonucunun oluşmasında, failin kasdının yanında bir başka etkenin de bulunduğunu gözardı etmemiştir. Bu konuda Malik, eyleme başlayanın suç kastına sahip olup olmadığına bakmışken, çoğunluk, eylem failinin kullandığı aletlerin sonuca elverişli olup olmadığına bakmıştır.

Her kasıtlı başlanan eylemin sonuçlarını kasıtlı görmek doğru olmayacağı gibi, belirli alet ve silahların kullanılmaması nedeniyle, kasdı olarak işlenmiş eylemi, kasdın aşılması görmek de doğru olmayacaktır. Sonucun oluşma-

²³⁴ Sünnete göre şibh-i amdin cezası ağırlaştırılmış diyetdir. O da, 40 yüklü olmak üzere 100 devedir. Bkz. *Ebu Davud*, Diyat 17; Nasaî, Kasame, 40; *İbn Mâce*, Diyat 5.

²³⁵ İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 525; Kurtubi, *a.g.e.*, V, 330; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 95; İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 339, 340, 441; Kasani, *a.g.e.*, VII, 255.

²³⁶ Sehnun, *el-Müdevvene*, VI, 306.

²³⁷ İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 214.

²³⁸ Konu ile ilgili hadisler hakkındaki tartışmalar için bkz. İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 268 vd; Zeybi, Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbu'r-râye li'l-hidaye*, Matba-ı Daru'l-me'mun, 1938, IV, 356 vd.

²³⁹ İbn Rüşt, *a.g.e.*, II, 514.

²⁴⁰ Hureşi, *a.g.e.*, VIII, 7.

²⁴¹ İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 512.

sında, suç eyleminin yanında, diğer etkenleri değerlendirmek ne kadar yerinde ise, sonucun oluşmasında bir başka etkenin bulunması halinde, hangi tür alet veya hareketle gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, bütün kasdî başlayan eylemlerin sonucunun kasdî olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

C. KAPSAMI:

Kasdın aşılmasını kabul edenler, hangi suçlarda bu halin görülebileceğinde ihtilâf etmişlerdir.

a. Kasdın aşılması cinayetlere has bir durumdur. Yaralama fiillerinde kasdın aşılması sözkonusu olamaz.

Bu, hanefilerin benimsediği bir görüştür²⁴². Onlara göre, yaralamalarda kullanılan alet türü çok farklı olabileceği için, onlardan hareketle kasdın aşılmasının tespiti mümkün olamayacaktır. Bu nedenle, ancak cinayetlerde kasdın aşılması sözkonusudur. Öldürme eylemlerinde kasdın aşılması olarak bilinen durumlar, yaralamalarda tam kasıtlı fiiller durumundadır²⁴³. Muasır İslâm hukukçularından Behnesi de aynı görüşü benimsemektedir.^{243a}

Nitekim modern hukukta, müessir fiil failinin eylemin bütün neticelerinden mesul tutulması²⁴⁴, hanefi görüşü ile paralellik arz etmektedir.

b. Kasdın aşılması hali, hem cinayetler hem de yaralamalarda söz konusudur.

Bu, şafiî ve hanbelilerin benimsediği bir görüştür²⁴⁵.

D. TESPİTİ:

1. Cinayetlerde:

Yukarıda belirtildiği gibi, kasıt tamamen psikolojik bir durum olup, şahsın kendisinden başkasının onu kesin olarak tespit edebilmesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, failin ikrarı yanında, kasdına işaret ve delil olabilecek şeylerle hüküm vermek gerekecektir. İşte bu sebeple, hukukçular kasdın tespitinde olduğu gibi, kasdın aşılmasını tespit de, suçlunun kullandığı aletlerden faydalanmışlardır. Kasdın aşılması, yalnız, öldürme ve yaralamalarda sözkonusu olduğundan, tespit de aletlere yer verilmiştir.

²⁴² İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, Şafiî, 429; el-Üm, VI, 8; İbn Rüşd, *Bidaye*, II, Kasani, *a.g.e.*, VII, 233, 525; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 341; Âmir, *a.g.e.*, s.123.

²⁴³ Kasani, *a.g.e.*, VII, 233, Bilmen, *a.g.e.*, III, 31.

^{243a} Behnesi, *el-Mevsua*, IV, 322.

²⁴⁴ Dönmezer, *Ceza Hukuku Umumî Kısım*, s.40-65.

²⁴⁵ İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 321; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 8; İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 525; Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s.90.

aa. Kesici, delici olmayan aletlerle ve yakma dışında gerçekleştirilen öldürme kasdın aşılmasıdır.

Bu, Ebu Hanife'nin benimsediği görüştür²⁴⁶.

bb. Genelde öldürücü olmayan ve öldürme aleti olarak kullanılmayan şeylerle gerçekleştirilen öldürmeler kasdın aşılmasıdır.

Bu, Ebu Hanife dışındaki hanefilerin de iştirak ettiği cumhurun benimsediği görüştür²⁴⁷.

Cumhurun konuya bakışını şu şekilde netleştirebiliriz. Fail bu tür aletleri -genelde- öldürme dışında bir amaç için kullanmıştır. Ancak maksadını aşarak muhatap ölmüştür. Ölüm bu vuruş sonunda gerçekleşse de, ölüme asıl sebep olan bir başka etken olabilir. Çünkü kullanılan alet, direk olarak şahsı öldürebilecek bir alet değildir. İşte bu tür ihtimallere açık bir fiil sonucu gerçekleşen öldürmeden dolayı faili tam kasıtlı görmek uygun değildir²⁴⁸. Ancak, bu tür aletlerle de olsa tekrarlanarak vurulma sonucu gerçekleşen ölümler kasdî olarak nitelendirilir.^{248a}

Kanaatımızca, yalnız failin kullandığı aletin öldürmede kullanılmaması, öldürme aleti olarak tanınmaması gibi hususlara bakmak yeterli olmayacaktır. Bu taktirde, bazı kötü niyetli şahısların, maksadını bir sopa ile gerçekleştirme yolu açılmış olacaktır.

Kullanılan aletle birlikte, şahsın onu kullanma biçimi, kullandığı zamanki psikolojik hali, vurduğu bölgeler gibi etkenlere de bakılmalıdır. Silah kavramı dışında kalan aletlerle de kasdî olarak cinayet suçu işlenebileceği prensip olarak kabul edilmelidir.

2. Müessir Fiillerde:

Müessir fiil kavramı şöyle tanımlanabilir: İnsanın bünyesinde bedenî zararlara yol açmakla beraber, ölümle sonuçlanmayan eylemlerdir. Bu tanım, şahıslara karşı işlenen ve ölümle sonuçlanmayan yaralama, dövme, bir organı kısmen veya tamamen koparma veya yok etme, organların fonksiyonlarını izale etme, itip kakma, saç yolma... vb. her türlü cismanî zararı kapsadığı gibi, aklî ve ruhî meleke ve fonksiyonlarda teşevvüşe sebep olma gibi vücut bütünlüğünü ve sağlığını bozan her türlü tecavüzü de

²⁴⁶ Şeybani, *el-Asl*, IV, 439, Mevsili, *a.g.e.*, V, 23; Kâsani, *a.g.e.*, VII, 233; Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 190; Behnesi, *el-Mevsua*, III, 151.

²⁴⁷ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 525; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-kebir*, IX, 326-332; Kâsani, *a.g.e.*, VII, 233, Karaman, *a.g.e.*, I, 190; Dağcı, *a.g.e.*, s.69.

²⁴⁸ Nevevi, *el-Minhac*, IV, 8; *Ravza*, IV, 8.

^{248a} Behnesi, *el-Mevsua*, III, 151.

kapsamaktadır. Buna göre müessir fiil, başkası tarafından insanın cismine karşı işlenen ve ölümle sonuçlanmayan her türlü haksız tecavüzdür²⁴⁹.

Müessir fiilde failin, gerçekleşen sonucu arzulayıp arzulamadığını tespit daha da güç olmaktadır. Bu nedenle, mümkün olduğu ölçüde, objektif kriterler aranmıştır.

İslâm hukukçuları müessir fiilde kasdın aşılmasını tespitte şu yolu izlemişlerdir. Suç failinin hareketi veya kullandığı alet, ortaya çıkan sonuca, genelde, yol açmayan cinsten olduğunda, kasdın aşılmasından söz edilmektedir. Görüldüğü gibi, yaralamalarda kasdın aşılmasını tespitte yine kullanılan aletlerden yararlanılmaktadır²⁵⁰. Şüphesiz müctehidlerin burada kullandıkları aletler kavramı, adam öldürme eyleminde aradıkları aletler, silahlar kavramından çok daha geniştir. Çünkü müessir fiil çok değişik aletle gerçekleştirilebildiği gibi, bizzat insanın değişik hareketleri ile de oluşabilmektedir. Ancak kasdın aşılması şeklinde işlendiğine hükmedebilmek için aranılan şey, kullanılan alet veya hareketle ortaya çıkan sonuç arasında-genelde kabul görmüş bir bağın bulunmamasıdır. Sonucun, failden sadır olan eylemler dışında, maddi veya manevî bir etken sebebiyle gerçekleşmiş olma ihtimalinin tespit edilmesidir. Bu ihtimali etken tespit edildiğinde, failin kasdı ile sonuç arasına başka bir illetin girmesi dolayısı ile, fail kasdını aşan bir suçtan sorumlu olacaktır. Çünkü bu halde, failin iradesinin ortaya çıkan bu ağır sonuca tam olarak yönelip yönelmediği, bir başka ifadeyle, failin kasdettiği sonuç ile ortaya çıkan sonucun aynı olup olmadığı konusunda şüphe olmuştur. Şüphe ise, diğer suçlarda olduğu gibi, şahıslara karşı işlenen suçlarda da, aslî cezayı düşüren hafifletici bir sebeptir.

E. KASDIN AŞILMASI DURUMUNDA FAILİN SORUMLULUĞU

Yukarıda belirtildiği gibi, failin fiilinden sorumlu tutulması için gerekli şartlardan birisi, kusurlu iradeye sahip olmasıdır. Kusur ise, kasdî ve hatalı diye ikiye ayrılmaktadır. Kasdî eylemlerde, fail bu suç kasdını taşıması nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Hatada ise, yapması gerekeni yapmadığı, ihmalkar davrandığı, suçun oluşmasını engellemede dikkatli olmadığı için kusurlu görülüyor. Ancak bu halde, şahsa birincisi kadar ağır ceza öngörülüyordu.

Kasdın aşılması şeklinde ortaya çıkan suçta, failin kusurlu kabul edilmesinin hukuki esasının ne olacağı konusu, beşerî ve şerî hukukçulara göre ele alınacaktır.

²⁴⁹ Dağcı, *a.g.e.*, s.41, 42.

²⁵⁰ İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 525, Dağcı, *a.g.e.*, s.74, 75.

1. Beşerî Hukukta:

Beşerî hukukçuların konu ile ilgili yaklaşımlarını şöyle özetlemek mümkündür²⁵¹.

a. Suç vazetme siyaseti nazariyesi: Buna göre, kasdı aşan suçlar, ne kasıt ne de taksir ile işlenen suçlardır. Bunlar sadece, kanun koyucu tarafından siyasî mülahaza ve faydalarla vaz'edilen suçlardan ibarettir.

b. Objektif mesûliyet nazariyesi: Bu görüş sahiplerine göre, kasdın aşılması şeklinde işlenen suçların faili objektif olarak sorumludur. Burada failin kusurluluğu aranmayıp, sonuca faili ile sebep olması yeterlidir.

Türkiye'de bu nazariyenin savunucularından Dönmezer ve Erman şu açıklamada bulunurlar: "Ancak bu objektif mesuliyetin mevcut olabilmesi için, aşırı neticeyi meydana getiren esasta, bu neticeyi tevlide salih ve uygun olması lazımdır. Binaenaleyh, aşırı neticeden dolayı fail objektif mesuliyet esaslarına göre mesul tutulacak, fakat bu mesuliyetin sınırını illiyet rabitası teşkil edecektir.

c. Kasıtle kaza ve tesadüfün bir arada bulunması nazariyesi.

d. Müstakil bir kusurluluk hali olarak kasdın aşılması nazariyesi: İtalyan ceza kanunu 43. maddesi, kasıt, ve kasdın aşılması ve taksir hallerinden müstakil olarak bahsetmektedir. Bunu gözönüne alan bazı İtalyan hukukçuları, kasdın aşılması halini, kasıt ve taksir gibi, ayrı bir kusurluluk çeşiti olarak kabul etmişlerdir.

e. Kasıtle hatanın karışımı nazariyesi: Buna göre, failin müessir fiil maksadı ile harekete geçmesi halinde kasıt vardır. Ancak bundan ölüm neticesinin çıkması veya tahmininden daha ağır bir yaralama eyleminin gerçekleşmesini tahmin etmemesi taksiri teşkil eder. İşte faili hukuken sorumlu kılan unsur, gerçekleşen sonucun doğmasını görememe kusurudur.

Bu nazariye, bir şahısta aynı anda, hem taksir hem de kasdın bulunmayacağı gerekçesi ile tenkit edilmiştir.

2. İslâm Hukukunda:

İslâm ceza hukukuna göre, kasdın aşılması halinde, failin aşırı neticeden sorumlu tutulmasının hukuki esası; "kasıtle taksirin bir arada bulunması" nazariyesidir²⁵².

²⁵¹ Bkz. Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, III, 266; Akdemir, *a.g.m.*, 25 vd.

²⁵² İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 513; İbn Kudame, *el-Muğnî*, IX, 338; Kurtubi, *el-Cami*, V, 330; Kasani, *a.g.e.*, VII, 233, İbn Cüzeyy, *el-Kuvânin*, s.295; Şarani, *el-Mizan*, II, 142; İbn Abidin, *a.g.e.*, V, 341; Behnesi, *el-Mevsua*, IV, 322.

İslâm hukukçuları tarafından ittifakla kabul edilen bu nazariyeye göre, failin sorumluluğu şöyle açıklanır: Kasdın aşılması halinde, fail fiili kasdetmekte ve sonucun bu derece ağır olarak gerçekleşmesini tahmin edemediği için, sonucun oluşmasında hata etmektedir. Buna göre, fail fiili gerçekleştirirken, kendisinde hem kasıt hem de hata mevcuttur. Fiil tamamen kasdî işlenmediği için, tam kasıtlı suç faili derecesinde sorumlu tutulmamaktadır. Diğer yandan, kasıtlı olarak fiile başladığı için, hataen bir suç işleyen derecesinde sorumluluğu hafifletilmemektedir. Her iki unsurun da mevcudiyeti dikkate alınarak orta bir sorumluluk ki buna ağırlaştırılmış diyet (diyet-i muğallaza) denir.

Kasdın aşılması halinin kaynaklarda; "şibh-i amd"; "amdü'l-hata", hataü'l-amd" şeklindeki kavramlarla tanıtılması da, bu hukuki esası yansıtmaktadır.

Görüldüğü gibi, İslâm ceza hukukunda kabul edilen kasdın aşılması halindeki sorumluluğun hukukî esası, beşerî hukukçular nezdinde tartışılan 5. madde ile paralellik arz etmektedir.

20. yüzyılın ceza hukuku mevzuatının hazırlanmasında batıda kabul görmüş bir nazariyenin, asırlar öncesinde İslâm hukukçuları tarafından ortaya atılmış olması dikkate değer bir husustur.

SONUÇ

Suçlunun, gerçekleştirdiği haksız fiiller sebebiyle cezalandırılabilmesi, kendisinin cezaya ehil olmasına bağlıdır. Ehliyet için ise, şahıs akıllı ve temyiz kabiliyeti yerinde olup, hiçbir baskı altında bulunmamalıdır. İnsan ancak bu taktirde, kasıtlı olarak işlediği suçlardan sorumludur.

Kasıt, psikolojik bir olgu olup, kalbte kaldığı sürece, hukuken sahibi sorumlu değildir. Suç kasdının suç eylemi ile birleşmesi ve bu kasdın eylem sonuna kadar failde bulunması prensip olarak benimsenmiştir.

Haksız eylem sahibi, kasdından sorumlu olmakla birlikte, eylem sonrasında oluşan muhtemel sonuçlardan da mesuldür. Ancak bu taktirde, kasdı aşan cürümlerin cezası hafifletilmektedir. Ayrıca, eylem sürecinde, failden suç kasdının kalkması, suçun cezası için hafifletici bir sebeptir.

Kasdın tespitinde, suçlunun itirafı yanında, bazı hallerde, eylemi tespit yeterli olmaktadır. Bunun için şahitler kullanılmaktadır. Cinayet ve yaralama suçlarında ise, daha çok, suç aletleri, tespit aracı olmaktadır. Kullanılan suç aletlerinin sonuca uygun olup olmayışlarından hareketle, failin kasdının tespitine çalışılmaktadır. Bu konuda kullanılan aletlerin vasfına, gereğinden fazla önem verildiği gözlemlenmektedir. Belki bu tavır, kaynakların vücut bulduğu zaman şartlarının bir zorlamasıdır. Ancak gü-

nümüzde, daha değişik yollardan istifade ile, eylemin kasıtlı olup olmadığı araştırılmalıdır. Özellikle kasdın aşılması ile ilgili durumlarda, günümüzdeki tıbbî gelişmelerin daha çok yardımcı olacağı muhakkaktır.

Kasdın aşılması halinin hem cinayet hem de yaralamalarda (müessir fiilde) tanınmasının, günümüz dünyası için faydalı olacağını düşünmekle birlikte, suçun tespiti için, buralarda kullanılan suç aletlerinden ziyade, sebep-sonuç ilişkisine ve uygun illiyet teorisine, daha fazla işlerlik kazandırılması gerekmektedir.

Hukuken kişiliği oluşmamış kimselere, işledikleri suçlar sebebiyle ceza verilmezken, bu eylemden mağdur edilen kişi veya ailelerin zararı suç faili veya velisine tazmin ettirilmiştir. Ağır tazminatın sözkonusu olduğu durumlarda, suçlunun âkilesi mecburi yardıma çağırılmıştır.

Asıl cezalar, ehliyetli şahısların kasıtlı olarak işledikleri suçlar için öngörülmüştür. Kasdın sahih olmadığı veya bulunmadığı durumlarda işlenen suçlarda, fiile ceza verilmemiş, ancak hakkı zarara uğrayan şahsın bu zararı tazmin ettirilmiştir.

İslâm hukuku, cezalandırmada, yerine göre subjektif (kusura dayalı) sorumluluk, yerine göre objektif (kusursuz) sorumluluk ilkesini kullanmıştır. Bu ceza siyaseti ile İslâm hukuku, hem suçluyu hem de mağduru düşünmüş, suçlardan fert ve toplumun en az zarar ile korunmasını sağlamıştır.