

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA MANKEME KARARI SONRASI CEZALARIN DÜŞMESİ

Yrd. Doç. Dr. Nihat DALGIN*

Toplumlardaki huzur ve istikrar için gerekli olan normlardan bir kısmını ahlaki kaideler, bir kısmını ise hukuk kuralları oluşturmaktadır. Ahlaki kaidelere aykırı hareket edenler, toplumun diğer fertleri tarafından ayıplanma, kınanma, grup dışına itilme... gibi manevi yollarla cezalandırılırlar. Hukuk kurallarına aykırılığın cezası ise, devletin yetkili kurumları tarafından verilmektedir.

İslâm hukukunda cezalar, klasik olarak, kısas, diyet, had ve ta'zir cezaları şeklinde bölümlenmektedir. Ta'zir dışındaki cezalarda hakimince cezayı azaltma, çoğaltma ve affetme yetkisi yoktur. Ta'zir suç ve cezaları ise, toplum maslahatı göz önünde tutularak, yetkili makama bırakılmıştır. Bu tür cezalar, devlet yetkililerinin en geniş şekilde düzenleme yapabildikleri bir sahadır.

İslâm, canlılar arasında merhamet, hoşgörü ve müsamahayı teşvik etmekle birlikte, suç ispatlandıktan sonra, suçluyu cezalandırma hususunda hiç kimseye müsamaha gösterilmemesini istemiş¹, şahısların sosyal statüsüne bakılarak, bazılarında cezanın infaz edilmemesi şeklinde adaletin çiğnenmesini doğru görmemiştir². Ancak, suçun tespitinde hayli titiz davranılması ve tüm şaibelerden uzak durulması, İslâm hukukunun kabul ettiği esaslardandır. Şüphelerin birçok şaibe oluşturması nedeniyle, "şüphe bulunduğu had cezalarının düşürülmesi" dini bir emir olarak ortaya konmuştur³. İşte bu emir, ceza hukukundaki temel ilkelerden biri haline gelmiş ve her türlü şüphe suçlu lehine değerlendirilmiştir. Hatta, haddi gerektiren bir suç işleyen, suçu hakkında soyut bir zan şüphesini iddia etmesi bile, ispatına gerek olmaksızın, had cezasını düşüreceği kabul

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

¹ Nur 24/2

² Bkz. *Buhârî*, Enbiya 4; Hudud 8; *Müslim*, Hudud 3; *Tirmizî*, Hudud 6; *Ebû Davud*, Hudud 4; *İbn Mâce*, Hudud 6.

³ *Tirmizî*, Hudud 2; *İbn Mâce*, Hudud 5.

edilmiştir. Hz. Peygamberin şu sözü ise, İslâm muhakeme usulünün ne kadar insancıl olduğunun açık bir delili olarak görülmelidir: "Hakimin suçlunun lehine hüküm vererek onu beraat ettirmedeki hatası, ona ceza vermede göstereceği hatadan daha hayırlıdır"⁴.

Kamu aleyhine işlenen suçları gören şahsın, onu gizlemesi ile, mahkemede suçlu aleyhine dava açması arasında muhayyerlik hakkı bulunmaktadır. Ancak bu tür suçların gizlenerek mahkemede dava açılmaması tavsiye edilmiştir⁵.

Şahıs hakları ile ilgili suçların ise, taraflar arasında anlaşma yolu ile halledilmeleri ve mahkemeye intikal ettirilmemesi uygun görülmektedir⁶. Ancak anlaşma imkansızlaştığı durumlarda ise, şahısların suçluyu cezalandırmaları, toplum istikrarını bozacağı için, uygun görülmeyle, mahkemede dava açılması öngörülmüştür. Devlet suçluyu cezalandırmakla mağdurun ve yakınlarının hissiyatına tercüman olmakta ve onlardan suçlu aleyhine oluşabilecek infial hareketinin bertaraf edilmesini sağlamaktadır. Ayrıca, özellikle şahsi davalarda, anlaşma kapısı açık tutularak, cezanın infazında aceleci davranılmamıştır.

Bu çalışmamızda, mahkeme kararı sonrasında, cezaların düşme nedenleri tespit edilmeye çalışılacaktır. Makalemize konu olan cezalar; kısas, diyet ile hırsızlık, bağy, zina, hırsızlık, içki ve zina iftirası şeklindeki hadlerden oluşmaktadır.

Araştırma konumuz, davanın unsurları olan suçlu (sanık), ile ilgili sebepler mağdur (davacı), la ilgili sebepler ve suçun ispat yollarından biri olan şahitlerle ilgili sebepler olmak üzere üç bölümde incelenecektir.

I. SUÇLU İLE İLGİLİ SEBEPLER

1. Suçlunun İtirafının Yeterli Olmaması

Suçlunun itirafının, mahkemede görülen had davasının düşme nedeni olması zina suçu ile ilgilidir.

Zina suçunun, şahitlerle bilinmesi yanında, suçlunun itirafı ile de ispatı mümkündür. Şahitlerle bu suçun ispatlanması için, şahitlerin en az dört erkek olması, Kur'an nassına dayanmaktadır⁷. Zina suçunun itiraf ile tespit edilebilmesi için, suçlunun kaç defa itirafta bulunacağı tartışılmıştır.

a. Suçlunun suçu bir defa itiraf etmesi yeterlidir. Zira itirafın

⁴ *Tirmizî*, Hudud 2.

⁵ *Tirmizî*, Hudud 3; *Ebü Davud*, Hudud 7.

⁶ *Ebü Davud*, Hudud 6; *Nesâî*, Kat'ı sârik 4.

⁷ Nur 24/2.

tekrarında bir fayda yoktur. Bu görüşü Malîk⁸ ve Şâfiî⁹ müçtehitler benimsemişlerdir.

b. Suçlu zina suçunu ayrı ayrı yerlerde dört defa itiraf etmelidir. Çünkü Hz. Peygamber döneminde uygulama böyle olmuştur¹⁰. Bu görüşü Ahmed b. Hanbel (ö.241/855)¹¹ ve Hanefiler benimsemiştir.

Bu görüşe göre, suçlunun itirafının dörtten az olması durumunda cezanın düşmesi söz konusu olacaktır.

Hatta Hanefî müçtehitlerden Ebu Yusuf (ö.182/798) a göre¹², bu durum, şahitlerle suçu tespit edilmiş zina suçlusu, için dahi geçerlidir. Ona göre, mahkeme kararından sonra bile, suçu kabullenerek itiraf eder ve itirafının sayısı da dörtten az ise, kendisinden had cezası düşer. Hanefî mezhebinde tercih edilen görüş de budur¹³.

Bu görüş sahipleri şöyle düşünmüşlerdir. Şahitlik, suçlunun suçu inkar ettiği zaman için geçerlidir. Buna göre, suçlu suçu kabul ettiğinde önceki şahitlik düşecektir. Zina suçunda suçlunun dört defa itirafta bulunması şart olduğuna göre, yukarıdaki durumda, itiraftaki eksiklik suçun tespitinde şüphe oluşturmakta ve şüphe halinde ise had cezası düşmektedir.

2. Suçlunun İtirafından Dönmesi

İslâm hukukçuları Allah hakkı olan davalardaki (kamu davası) suçların itiraf ile tespit edilmesi halinde, hangi aşamada olursa olsun, suçlunun itirafından dönmesinin cezayı düşüreceğinde hemen hemen fikir birliğindedirler. Çünkü bu tür davalarda suçlunun itirafının cezanın

⁸ İbn Rüşd el-Hafid, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidayetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid*, Beyrut 1992, II, 567; İbn Hazm, Ebu Muhammed b. Ali b. Ahmed, *el-Muhalla*, Beyrut ts., XII, 91; Aliş, Muhammed, *Şerhu Menhu'l-celil ala Muhtasari Sidi Halil*, Beyrut 1989, IX, 255.

⁹ Nevevi, Ebu Zekeriyye Muhyiddin Yahya b. Şeref, *Minhacü't-talibin* (Şirbini, Muğni'l-muhtac, Daru'l-Fikr ts. ile birlikte) IV, 150 (el-Minhac).

¹⁰ Bkz. *Tirmizî*, Hudud 5; *Ebü Davud*, Hudud 23.

¹¹ Ebu Yala, Muhammed b. Hüseyin el-Ferra, *el-Ahkamü's-sultaniyye*, Beyrut 1983, s. 264.

¹² Merğınani, Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekr, *el-Hidaye şerhu Bidayeti'l-mübtedi*, el-Mektebetü'l-İslamiyye ts., II, 95; Kadızade, Ahmed Şemseddin Edirnevi, *Netaicü'l-efkar fi keşfi'r-rumuz ve'l-esrar: Tekmiletü Şerhi Fethi'l-kadir* (İbnü'l-Hüman, *Şerhu Fethi'l-kadir*, Beyrut ts. ile birlikte), V, 8 (Tekmile).

¹³ *Fetavayi Hindiyeye*, Emirîyye 1310 h. baskıdan ofset, Diyarbakır 1973, II, 144; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1964, III, 223 (Kamus).

infazına kadar devam etmesi gerekmektedir¹⁴. Ancak hangi suçların sırf Allah hakkına yönelik, hangilerinin sırf kul hakkı olduğunda ve müşterek haklı davalarda hangi tarafın hakkının galip geldiğinde ihtilaf edilmiştir.

Davalardaki hak sahibinin kim olduğu ile ilgili bu ihtilafa paralel olarak , Allah hakkı görülen davalarda, suçlunun itirafından dönmesi ile cezanın düşeceği, kul hakları ile ilgili davalarda ise, itiraftan dönmenin bir etkisinin olmadığı genelde kabul edilmiştir.

Bu temel ilkeye göre, maddenin cezalarda uygulanması şöyle görülebilecektir.

a. Kisas Cezalarında:

Kisas cezaları kul haklarından olup, suçlunun itirafından dönmesi cezayı etkilemeyecektir¹⁵. Ancak İmam Malik (ö.179/795)¹⁶ kisas suçunda suçlunun itirafından dönmesi ile kisas cezasının düşüp diyete dönüşeceğini savunmuştur.

b. Had Cezalarında :

aa. Devlete karşı ayaklanma (bağy), yalnızca yol kesme (hırabe) , zina, hırsızlık ve içki haddi, suçlunun itirafından dönmesi ile düşmektedir¹⁷. Özellikle hırsızlık suçunda, had cezası düşmekle birlikte, mağdurun çalınan malı tazmin edilmelidir¹⁸.

bb. Zina iftirası (kazf) davasının kamu davası mı, şahsi dava mı olduğu tartışılmıştır.. İslâm hukukçularının çoğunluğu bu davayı şahsi dava görmüşlerdir. Hanefi ekolü hukukçuları ise, bu davada Allah hakkının galip olduğunu savunmakla birlikte, kul hakkının da olduğunu kabul etmişlerdir. İşte bu bakış açısı dolayısı ile, suçlunun itirafından dönmesinin kabul

¹⁴ Maverdi, Ebu'l-hasan Ali b. Muhammed, *el-Havi'l-Kebir şerhu Muhtasari'l-Müzeni*, Beyrut 1994, XIII, 211 (el-Havi); Ebu Yala, *el-Ahkam*, s.265; Kuduri, Ebu'l-Hüseyin Ahmed b. Muhammed, *el-Muhtasar* (Meydani, el-Lübab, İstanbul ts. ile birlikte) III, 185, 194; Serahsi, Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl, *el-Mebsut*, Beyrut 1989, IX, 191; İbn Rüşt, Bidaye, II, 567; İbn Kudame, Ebu'l-Ferec / İbrahim b. Ebu Ömer Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebir ala metni'l-kni'* (İbn Kudame, el-Muğni, Beyrut 1994 ile birlikte) IX, 136; Muharir İbrahim Muhammed, *Müskitü'l-ukubeti'l-haddiyye*, Sudan 1989, s. 217.

¹⁵ İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni ve's-Şerhu'l-Kebir*, Beyrut 1994, IX, 358.

¹⁶ Cebir M. Fudaylat, *Sukutu'l-ukubat fi'l-fikhi'l-İslami*, Amman 1987, I, 200.

¹⁷ Maverdi, *el-Ahkamu's-sultaniyye*, Beyrut 1990, s.369; Ebu Yala, *el-Ahkam*, s. 265; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 191; Merğınani, *el-Hidaye*, II, 105; Aliş, Menhül-celil, IX, 330.

¹⁸ Maverdi, *el-Havi*, XIII, 833; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 191.

edilmemesinde hanefiler, cumhurla aynı görüşü paylaşmışlardır¹⁹. Yeni zina iftirasını itiraf eden suçlu, bu itiraftan dönmesi ile ceza düşmez.

c. Müşterek İşlenen Suçlarda :

Suçun ortaklaşa işlenmesi halinde, suçlulardan birinin itirafından dönmesinin diğerlerinden cezayı düşürüp düşürmeyeceği tartışılmış olup, hanefiler bu durumda, bütün suçlulardan cezanın düşeceği görüşünü benimsemişlerdir²⁰. Ahmed b. Hanbel'den de böyle bir görüş rivayet edilmektedir²¹.

d. Suçun Şahitler ve İtiraf ile İspatlanması Halinde:

Bir suçun hem suçlunun itirafı ile hem de şahitler yolu ile ispatlanması durumunda, suçlunun itirafından dönmesinin sonuca etkisi tartışılmıştır^{21a}.

aa. Şahitlik daha üstün bir ispat yolu olduğundan, bu durumda suçlunun itirafına itibar edilmez. Yani aynı zamanda şahitler yolu ile ispatlanan bir suçu işleyen önce suçu itiraf edip sonra dönmesinin cezayı düşürmede etkisi yoktur.

bb. Şahitler ancak suçun inkar edilmesi halinde dinlenir. Suçlu suçu itiraf ettiğinde ise, şahitliğe itibar edilmez. Bu sebeple, ikisinin birleştiği davalar, itirafla bilinmiş sayılarak, suçlunun itirafından dönmesi suçla ilgili had cezasını düşürmelidir.

cc. Suçun ispatlanmasında hangi ispat yolu önce kullanılmışsa ona itibar edilir. Buna göre, suç önce suçlunun itirafı ile tespit edilmiş ise, bu itiraftan dönme had cezasını düşürecek, diğer halde ise cezayı düşürmeyecektir.

3. Suçlunun Yeni Delil Getirmesi

İslâm ceza hukukunda dava için kabul edilen süre, ön soruşturma yapılmasından başlayarak, cezanın infaz edilmesine kadar geçen zamanı içermektedir. Bu sürenin herhangi bir aşamasında ortaya konacak delile itibar edilir.

Suçlunun mahkeme kararı sonrasında, kendi lehine ortaya koyacağı yeni deliller cezanın düşme sebebi olabilecektir. Örneğin, zina iftirası suçu dolayısı ile hakkında dava açılmış ve cezası kararlaştırılmış

¹⁹ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 197; Merğınani, *el-Hidaye*, II, 105.

²⁰ *Fetavayi Hindiyeye*, II, 172.

²¹ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 304.

^{21a} Görüşler ve delilleri için bkz. Maverdi, *el-Havi*, XIII, 211.

suçlu, cezanın infazından önce, davacının suçu kabul ettiğine dair delil ortaya koymakla cezadan kurtulabilecektir. Ayrıca, şahitlerin bir başka belde, hakim önünde, şahitliklerinden vazgeçtikleri sebebiyle, kendilerine mahkemenin mal tazminatı cezası verdiği yönünde getirecekleri belgeler, bu dava ile ilgili cezanın düşme nedeni olacaktır²².

4. Suçlunun Davacının Aslı Olması

İslâm hukukunda prensip olarak, anne ve babanın çocukları sebebiyle cezalandırılmamaları bu konudaki bir hadis²³ sebebiyle, kabul edilmiştir.

Cinayet suçlusu olarak yargılanan suçlunun, daha sonra ölenin aslı (baba, dede, anne, nine) olduğunun tespit edilmesi, kısas cezasının düşme sebebi²⁴. Müsterek işlenen bir cinayet suçuna, öldürülenin asıllarından biri karıştığında, yine bu şahıstan kısas cezası düşmektedir. Ancak bu durumda, diğerlerinden de kısas cezasının düşüp düşmeyeceği tartışılmıştır²⁵. Ebu Hanife bu tartışmada, gerçekten öldürme eylemini kimin gerçekleştirdiğinde şüphe olduğu gerekçesi ile ve tessebbüben öldürmelerde kısasın gerekmediği şeklindeki ilkelerine dayanarak, bütün suçlulardan kısas cezasının düşeceği görüşünü savunmuştur²⁶.

6. Suçlunun Kısas Hakkına Mirasçı Olması

Öldürme şeklindeki kısas suçu işleyen bir suçludan, cezanın infazından önce, kısas hakkına mirasçı olması sebebiyle kısas cezası düşmektedir.

²² *Fetavayi Hindiyye*, II, 166; Bilmen, *Kamus*, III, 249; Zuhayli, Vehbe, *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi*, trc. Komisyon, İstanbul 1990, VIII, 320.

²³ Bkz. *Tirmizî*, Diyat 9; *Ebü Davud*, Diyat 6; *Ahmed b. Hanbel*, I, 16, 22.

²⁴ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 144; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 187; İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 516; Merğınani, *el-Hidaye*, IV, 161; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 18. Ancak İmam Malik, babanın, oğlunu kasıtlı olarak yatırıp kesmesi halinde babaya kısasın tatbik edileceğini belirtmektedir. Evladını öldüren babanın kısas edilmeyeceği ile ilgili hadis ve uygulamayı İmam Malik, sırf babanın kasıtlı olmadığına hamledeyerek, bu cinayeti kasta benzer (şibh-i amd) bir suç kabul etmiştir. Bu olay dışında da İmam Malik, cinayette kasıtlı ve hatalı olarak işlenme dışında bu üçünük kısmı kabul etmemektedir. Bkz., İbn Rüşt, *Bidaye*, Kahire 1975, II, 462; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 360; Hureşi, *Şerh*, VIII, 7; Behnesi, *Nazariyyat fi'l-fikhi'l-İslami*, Kahire 1969, s.192; *el-Mevsuatü'l-fikhiyye*, XXX, 267; M. Koçak, *H. Ömer ve Fıkhi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1987, s.190 (Basılmamış Doktora Tezi)

²⁵ Bkz. İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 374, 375; Cebir, *Sukutu'l-ukubat*, I, 244.

²⁶ Ebu Zehra, *İslâm Hukukunda Suç ve Ceza*, trc. İbrahim Tüfekçi, İstanbul 1994, I, 358; Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum 1977, s. 71 (İslâm Ceza Hukuku).

Bu durum şu örnekte daha iyi anlaşılacaktır. Bir şahıs oğlunun kayınpederini kasten öldürdüğünde, oğlunun hanımı (gelini) kayınpederini kısasa hak sahibi olmaktadır. Bu cezanın infazı öncesinde gelini ölürse, kendisine kocası, yani katilin oğlu varis olur ki, bu halde katil babanın kısas cezası düşer. Çünkü, bu durumda kısas infazı, hem kendi lehine hem de aleyhine bir şekil arz etmektedir²⁷.

7. Suçlunun Müslüman Olması

İslâm toplumunda yaşayan gayri müslim bir vatandaşın (zımminin) zina ettiği dört gayri müslimin şahitliği ile ispatlanıp, had cezası hükmü verildikten sonra, suçlunun müslüman olması ile bu ceza düşer. Çünkü, bu tür davalarda, gayri müslimin müslümanın aleyhine yapacağı şahitliği kabul edilmez²⁸.

8. Suçlunun Hasta Olması

İslâm hukukçuları, suçluya had ve kısas cezalarının uygulanabilmesi için, kendisinde cezai sorumluluğun²⁹ bulunmasını gerekli görmüşlerdir. Genelde bu halin, cezanın infazına kadar devamı kabul edilmiştir.

İşte burada, mahkeme sonrasında suçlunun aklî durumundaki değişiklik ve diğer organlarında oluşacak rahatsızlığın cezaya etkisi görülecektir.

a. Akıl Hastalığı:

Ölüm dışı had cezalarında, cinnet getiren suçlunun iyileşmesine kadar cezanın tehir edileceğinde görüş birliğine varmış olan müctehidler, ölümü gerektiren cezalarda ise görüş ayrılığına düşmüşlerdir.

Onların, Ölüm cezaları ile ilgili bakış açılarını şöylece özetlemek mümkündür.

aa. Suç delille ispatlandığında, hüküm sonrasındaki cinnet infazı

²⁷ Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali, *el-Mühezzebe*, Mısır ts., II, 174; Kasani, Alaeddin Ebu Bekr b. Mesud, *Bedaiu's-sanai fi tertibi's-şerai*, Beyrut ts., VII, 251; Meydani, Abdülğani el-Ğanımı, *el-Lübab fi şerhi'l-Kıtab*, İstanbul ts., III, 145; Bilmen, *Kamus*, III, 99; Akşit, M.Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, ts., s.60 (İslam Ceza Hukuku); Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 84.

²⁸ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 74.

²⁹ Kendisine had ve kısas cezası uygulanacak olan suçlunun akıllı, bîluğ çağında olması ve suçu kendi ihtiyarı ile yapmış bulunması gerekmektedir. Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Ebu Zehra, *İslâm'da Suç ve Ceza*, I, 363; Udeh, Abdulkadir, *et-Teşriu'l-cinaıyyi'l-İslâmi*, Dâru'l-Katibi'l-Arabi, Beyrut, ts. I, 380 vd.

durdurmaz. Ancak suç, suçlunun itirafı ile sabit olursa, bu durumda hüküm sonrasındaki cinnet ile infaz durur. Çünkü, had cezalarında infaz anına kadar itiraf devam etmelidir. Cinnet ise, bazan itiraftan dönmeye engel olur. Bu görüş, hanbelilerle şafilere aittir^{30a}.

bb. Suç hangi yolla sabit olursa olsun, hüküm sonrasındaki cinnet infazı durdurur. Bu, Malik'in görüşüdür. Ona göre, ceza kısas idiyse, bir görüşünde, kısasın düşüp, diyetin gerekeceği, diğer görüşünde, kan sahiplerinin insiyatifine bırakılacağını belirtir.

cc. Hüküm sonrasında arız olan cinnet sebebi ile hadler uygulanmaz. Zira cinnet şüphe oluşturur ve bu şüphe ile de hadler düşer. Bu Ebu Hanife'nin görüşü olup, mezhep içinde farklı görüşlerde bulunmaktadır^{30b}.

Ebu Hanife'ye göre, kısasen ölüm cezasına çarptırılmış suçlunun mahkeme sonrasındaki hali iki devrede incelenmiştir³⁰.

ii. Mahkeme sonrası, ancak infaz için görevlilere veya veliye teslim edilmeden önce cinnet getiren suçludan bu ceza düşecek ve bedel olarak diyet ödeyecektir.

iii. Mezkûr suçlu, kısas edilmesi için görevlilere teslim edildikten sonra cinnet getirdiğinde, bu durum infazı etkilemeyecektir.³¹

Modern hukuka göre de, hüküm sonrasında suçlu akıl hastalığına maruz kalmışsa, iyileşme ümidi varsa cezası tehir edilir, yoksa ceza düşer³².

b. İyileşme Ümidi Olmayan Diğer Hastalıklar:

İyileşme imidi olmayan hastalığa yakalanmış suçludan ölüm cezası bu rahatsızlığı sebebiyle düşmemektedir.

Ayrıca İslâm Hukukçuları, kendisine sopa vurulma şeklinde had cezasına çarptırılmış olan suçlunun, iyileşme ümidi bulunmayan bir rahatsızlığa yakalanması ile de cezasının düşmeyeceğini benimsemişlerdir. Ancak bu tür suçlunun cezasının hafifletilmesini prensip olarak kabul

^{30a} İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 358; Udeh, a.g.e., I, 596.

^{30b} Geniş bilgi için bkz. *Fetavayi Hindiyye*, II, 147; Behnesi, *el-Mesuliyetü'l-cinai fi'l-fıkhi'l-İslami*, Kahire 1969, s.212 vd.; Udeh, a.g.e., I, s.597.

³⁰ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 358; İbn Abidin, Muhammed Emin, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, Beyrut 1987, V, 342; Bilmen, *Kamus*, III, 99.

³¹ Udeh, a.g.e., I, 598; Cebir, *Sukutu'l-ukubat*, II, 229; Ebu Hanife'nin delili olan hadis için bkz. *Buhârî*, Hudud 22.

³² Bkz. Dönmezer, Sulhi-Erman, *Ş. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1971, III, 195.

etmişlerdir. Yani suçluya vurulacak sopa yerine, o kadar kamış çubuk bir araya getirilerek vurulacaktır³³. Aksi takdirde, normal had uygulanması şahsın ölümüne neden olabilir ki, bu sayede o kapı kapatılmış olmaktadır. Hırsızlık suçu sebebiyle sağ eline had uygulanacak suçlunun, sol elinden rahatsızlanması ve bu elin işlevini kaybetmesi halinde, iki görüş ortaya çıkmıştır.

i. Bu haldeki suçludan had cezası düşer. Bu, Hanefilerin görüşüdür.³⁴

ii. Bu halde, hastalıkla ilgili bir uzman görüşüne müracaat edilir. Bu, Şafii ve Hanbelilerin benimsediği görüştür³⁵. Çünkü bu durumdaki suçluya, haddin uygulanması halinde, suçlu olan şahıs her iki elini de kaybetmiş olacaktır ki, bu halde zaruri ihtiyaçlarını karşılayamayacaktır. Bu ise, İslam'ın merhamet ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

9. Suçlunun Mülkiyet İddiası

Bu madde, hırsızlık suçu ile ilgili davalarda söz konusudur. Hırsızlık suçu ile ilgili şartlardan birisi, çalınan malda hırsızın hakkının olmamasıdır³⁶. Bir diğer ifadeyle, çalınan mal üzerinde meşru yoldan bir hakkı veya hak şüphesi bulunduğu, bu durum davanın düşmesine sebep olacaktır³⁷. Bu İslâm hukukçularının kabul ettiği bir ilkedir. Ancak hırsız ile çaldığı mal arasında en son hangi vakitte oluşan mülkiyet hakkının davanın düşmesine neden olacağı tartışılmıştır³⁸.

a. İslâm hukukçularının ekseriyetine göre³⁹ bu hak, hırsızlık esnasında mevcut olmalıdır. Bu esnada mevcut olan mülkiyet hakkı veya şüphesi, bu eylemin hırsızlık kapsamı dışına çıkmasını sağlayacak ve suçluya hırsızlık cezası verilmeyecektir. Eylem sonrasında direk veya dolaylı olarak kazanılacak mülkiyet hakkı ise, cezanın düşmesini etkilemeyecektir.

b. Ebu Hanife ve muhammed ise, cezanın infazına kadar herhangi

³³ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 137; *Fetavayi Hindiyye*, II, 147; Bu hükmün uygulanması ile ilgili Kur'an'daki örneği için bkz. Sa'd 38/4.

³⁴ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 209; Merğınani, *el-Hidaye*, IV, 126.

³⁵ İbrahim Muhammed, s. 386, 387.

³⁶ Bkz. Ebu Yala, *el-Ahkam*, s. 266; Şirbini, Şemseddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtac ila ma'rifeti meani elfazi'l-Minhac*, Dimeşk ts., IV, 161 (Muğni'l-muhtac).

³⁷ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 210; Kadızade, *Tekmile*, IV, 165.

³⁸ Bu tartışmadaki tarafların delilleri hakkında geniş bilgi için bkz. Cebir, *Sukutu'l-ukubat*, III, 145 vd.

³⁹ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 190.

bir meşru yol ile mülkiyet hakkının oluşması, hırsızlık davasını hükümsüz kılar ve haddi düşürür demişlerdir⁴⁰. Örneğin hırsız, mahkeme sonrasında çaldığı malı satın alsa veya miras yolu ile hak kazansa, mala mülkiyet iddiası ile itiraz davası açabilecek ve dava düşecektir. Mezhep içerisinde bu görüşü benimseyen Hanefiler şöyle bir çarpıcı örnek daha verirler. Malını çaldığı kadınla sonradan evlenen hırsızın, kadının malına mülkiyet hakkı oluştuğu için, bu evlilik, hırsızlık davasının düşme nedeni olacaktır.

Bu görüşü benimseyenler şöyle düşünmüşlerdir: Davalar hükme bağlanıp cezalarının infaz edilmesi anına kadar geçen zaman, davanın icra sahasıdır. Bu zaman içindeki değişiklikler davayı etkilemektedir. Nitekim hırsızlık davasına bakılması için malı çalınan mağdurun mahkemede dava açması gereklidir. Yukarıda verilen örneklerde ise, taraflar arasındaki husumet kalkmış olup, bu takdirde dava ve cezası düşmelidir. Ancak yine hanefilerden Züfer ve Ebu Yusuf bu görüşe karşı çıkmışlardır⁴¹.

Hanbelilerden İbn Kudamenin (ö.620/1223) bu delile karşı itirazı ise şöyledir: Husumet, yani mahkemede bir şahıs tarafından hırsızlık davası açılması, hükmün şartı ise de, cezanın infazı için şart değildir. Tartışılan örneklerde ise, dava hükme bağlanmış olup yalnız cezanın infazı kalmıştır. Bu durumdaki mülkiyet kazanımı cezanın infazını engellememelidir⁴².

10. Suçlunun Davacı İle Evlenmesi

Bir kadınla zina eden şahsın, mahkeme kararından sonra evlenmesi halinde, zina haddinin düşüp düşmeyeceği tartışılmıştır.

a. Bu ortamdaki evlilik, kararlaştırılmış cezayı etkilemeyecektir. Bu, çoğunluğun görüşüdür⁴³.

b. Bu evlilik, mahkeme kararı öncesinde yapılmış gibi olup, bununla had cezası düşecektir. Bu görüş ise Hanefilere aittir⁴⁴.

Modern hukuka göre de kendisine tecavüz edilen kadınla erkeğin evlenmesi, cezanın durdurulmasını gerektirir. Türk ceza kanununun 434. maddesine göre, “ırza tecavüz, ırza tasaddi, kaçırma ve alikoyma suçlarını işleyen kimse ile mağdure evlenecek olursa, âmme davası düşmüş olup hüküm verilmiş ise, cezanın çektirilmesi tecil olunur. Bu evlenmenin,

⁴⁰ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 187, 193; Merğınani, *el-Hidaye*, II, 128, *Fetavayi Hindiyye*, IV, 121.

⁴¹ Merğınani, *el-Hidaye*, II, 128.

⁴² İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 269.

⁴³ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 187.

⁴⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 187; Merğınani, *el-Hidaye*, II, 128.

cezanın önünde ve sonunda olması eşittir⁴⁵. Görüldüğü gibi, bu görüş Hanefilerin görüşü ile paralellik arz etmektedir.

11. Ceza Mahallinin Yok Olması

İslâm hukukunda cezalar, uygulandıkları yer açısından üçe ayrılmaktadır⁴⁶. Bunlar, bedene uygulananlar, mala uygulananlar ve manevi cezalardır.

Manevi ceza için sabit bir mahal söz konusu değildir. Mala uygulanan cezalar için de sabit bir malın bulunması önemli değildir. Ceza şu mal ile karşılanacağı yerde bir diğeri ile karşılanabilir. Ancak bedene uygulanan cezalarda, misl ve benzer söz konusu olmayıp cezalandırılacak beden sabit ve bellidir ki, o da suçlu olan şahıstır.

İslâm ceza hukukunda bedene uygulanan cezalar belirli ölçüler dahilinde vücudun kaba etlerine sopa vurulması veya bir organın kesilmesi ya da suçlunun öldürülmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Ceza mahallinin yok olmasını işte bu kriterler içinde ele almak gerekmektedir:

a. Ceza Uygulanacak Organın Yok Olması :

Had veya kısas cezası uygulanacak organın yok olması halinde, bu organa uygulanacak cezalar düşmektedir. Ancak davada kul hakkı bulunuyorsa, bu hak düşmeyip sahibine verilmelidir. Ancak, hırsızlık sebebiyle sağ eline had uygulanacak suçlunun sağ elinin bulunmaması halinde, iki görüş vardır.

i. Bu halde sol ayağı kesilir. Bu görüş, Malikilere aittir⁴⁷.

ii. Had cezası düşer, ancak çaldığı malı aynen veya benzeri ile tazmin eder. Bu görüş Hanefilere aittir^{48a}.

Bir ele hem hırsızlık hem de kısas cezası uygulanacak olduğunda, kısas cezası uygulanır. Bu durumda hırsızlık haddi düşmüş olup, suçlu malın kıymetini ödemekle yükümlü kalır. Ayrıca bu halde, hakim gerek

⁴⁵ Dönmezer- Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, III, 195.

⁴⁶ Bkz. Udeh, a.g.e., I, s.632-634; Ebu Zehra, *İslam'da Suç ve Ceza*, II, 55 vd.; Cebir *Sukutu'l-ukubat*, I,29 vd.; Çalışkan, İbrahim, *İslâm Hukukunda Ceza Kavramı*, AÜİFD, XXXI, 372; Dalgın, Nihat, *İslam'da Tevbe ve Cezalara Et-kisi*, Trabzon 1996, s. 63, 64.

⁴⁷ Aliş, *Menhu'l-celil*, IX, 293.

^{48a} Kudusi, *el-Muhtasar*, III, 209.

görürse, suçluya ta'zir cezası verebilir⁴⁸.

Bir organın kısas yoluyla kesilecek olması ve diğer el ve ayağın bulunmaması halinde, ya da bulunup da normal işlevini yerine getirememesi durumunda, kısas cezası düşer⁴⁹ ve suçlu hak sahibine diyet öder⁵⁰. Görüldüğü gibi, suçlunun tamamen mağdur edilmemesi yönünde kurallar geliştirilmiştir.

Modern hukukta İslâm hukukuna paralel olarak, birden fazla işlenmiş suçların cezaları hususunda üç görüş mevcuttur.

i. Erime sistemi; Birden fazla suç işlemiş suçluya, suçlarından en ağırının cezası verilir, diğerlerinin cezasının bunun içinde eridiği kabul edilir.

ii. Hukuki içtima sistemi; Şahıs kaç suç işlemişse o kadar ceza verilir prensibinden hareket edilirse de, bazı cezalar bu sistemde birleştirilir.

iii. Toplama sistemi; Suçlu kaç suç işlemişse, o kadar ceza verilir. Bu prensip bu sistemde titizlikle uygulanır⁵¹.

b. Suçlunun Ölmesi :

Suçlunun bedenine uygulanacak cezaların suçlunun ölmesi ile düşeceği bilinen bir gerçektir. Hem modern hukuk hem de İslâm hukuku, ölünün bedenini cezalandırmamaktadır. Ancak, özellikle üzerinde birtakım hakların bulunması halinde durum farklılık arz etmektedir. Şimdi bunları görelim.

aa. Allah hakkı ile ilgili davalarda (kamu davaları), infaz öncesinde suçlunun ölmesi veya öldürülmesi cezayı düşürmekte olup bir başka işlem de gerektirmemektedir⁵².

bb. Kul haklarında ise, kendisinden bedel alınması doğru olmayan davalarda -kazf gibi- ceza düşmekte, kendisinden bedel alınabilen davalar ise, vereseğe intikal ettiğinden düşmemektedir⁵³.

Kisas cezası olarak öldürülmesine hükmedilen suçlunun infaz

⁴⁸ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 186; Derdir, *eş-Serhu's-Sağır*, IV, 410; Aliş, *Menhu'l-celil*, IX,330 vd.; *Fetavayi Hindiyye*, II, 186.

⁴⁹ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 209.

⁵⁰ Kasani, *Bedayi*, VII,246; Bilmen, *Kamus*, III,102.

⁵¹ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, III, 96-102.

⁵² Maverdi, *el-Havi*, XIII, 375; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1978, I, 143.

⁵³ Maverdi, *el-Havi*, XIII, 375; Cebir, *Sukutu'l-ukubat*, II, 212; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, s.60.

öncesinde ölmesi veya bir başka sebeple öldürülmesi halinde, kısas cezasının düşeceği kabul edilmekle birlikte, bu şahsın öldürdüğü insanın vereselerine diyet verilmesinin gereği tartışılmıştır⁵⁴.

i. Kısas cezasının kısas veya diyet şeklinde olduğunu benimseyen Şafii, Ahmed b. Hanbel, Ebu Sevr gibi müçtehitlere göre, bu durumda ceza diyete dönüşecektir. Maktulün veresi, katilin yakınları razı olmasa da diyeti talep edebileceklerdir⁵⁵.

ii. Kısas cezasının yalnız suçun misli şeklinde mukabele etmek olduğunu ve kısasın affedilmesi halinde suçlu taraf ile anlaşılması sonucu diyetin alınabileceği görüşünde olan Ebu Hanife, Malik, Evzai gibi müçtehitlere göre, kısas öncesinde ölen suçludan her iki tür ceza düşmüştür⁵⁶.

iii. Katilin kısas öncesinde kasıtlı olarak öldürülmesi halinde, İmam Malik farklı bir görüş belirtmiştir. Ona göre, bu halde kısas hakkı birinci maktul yakınlarına geçmektedir. Onlar ya kısas edilmesini ya da diyeti talep edebilirler⁵⁷.

Modern hukukta suç failinin ölmesi ile tabii olarak ceza ve infazı düşer⁵⁸.

12. Suçlunun Kaçması ve Zamanaşımı

a. Suçlunun Kaçması :

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, suçun kamu davası ile ilgili olup suçlunun itirafı ile tespit edildiği durumlarda, hangi aşamada olursa olsun, suçlunun cezadan kaçması haddin düşme sebebidir. Suçlunun kaçması, onun itirafından dönmesi olarak değerlendirilmekte olup, cezaların düşme nedeni sayılmıştır. Bu prensibe göre, mezkur suçlunun ceza infaz edilirken bile kaçması cezanın düşme sebebi olacaktır⁵⁹.

Şahitli suçlarda ise, suçlunun kaçması cezanın düşme nedeni

⁵⁴ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Maverdi, *el-Havi*, XII, 135; İbn Hazm, *el-Muhalla*, XII, 249; Kasani, *Bedayi*, VII, 246; Bilmen, *Kamus*, III, 102; Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 80; Zuhayli, *Ansiklopedi*, VIII, 71.

⁵⁵ İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 518.

⁵⁶ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 150 ; Havarezmi, Celaleddin, *el-Kifaye ale'l-Hidaye* (İbnü'l-Hümmam, Şerhu Fethi'l-kadir, Beyrut ts. ile birlikte) IX, 141; Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 80.

⁵⁷ İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 518; Derrid, *eş-Şerhu's-Sağir*, IV, 338; Aliş, *Menhu'l-celil*, IX, 13.

⁵⁸ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, III, 211.

⁵⁹ Maverdi, *el-Ahkam*, s. 370; Ebu Yala, *el-Ahkam*, s. 265.

değildir.

Kamu davaları ile ilgili suç işlemiş, ancak suçu şahitlerle ispatlanmış suçlu kaçtığında, takip edilerek, kısa zamanda yakalandığında kendisine ceza tatbik edilecektir.

b. Cezanın Zamanaşımına Uğraması :

İslâm ceza hukukunda, kul hakları ile ilgili davalarda, zamanaşımının hiçbir tesiri yoktur. Ancak kamu davaları ile ilgili suçlarda, mahkeme öncesi şahitlik yapmada, çoğu hukukçular zamanaşımını kabul eder ve bu sebeple davanın düşeceğini benimser ki, buna "dava zamanaşımı" denir. Ancak mahkeme öncesi dönem bizim araştırmamız dışında kaldığı için burada ayrıntıya girmiyoruz.

Mahkeme sonrasında, cezanın infaz edilmesindeki gecikme anlamında "ceza zamanaşımı", bazı hanefi müçtehitlerinin kabul ettiği bir durumdur. Onlara göre, şahitlerle ispatlanmış hadlerden zina, içki, hırsızlık gibi kamu davasını ilgilendiren suçların cezası infaz edilmeden suçlunun kaçması ile ceza düşmez ise de, yakalanmaları belli bir zaman sonra gerçekleştiğinde, bu suçların cezası zamanaşımına uğradığı için düşer⁶⁰.

Bu davalardaki zamanaşımı süresi tartışmalıdır. İmam Muhammed'den bu sürenin bir ay olacağı görüşü nakledilmiştir. Hanefilerde tercih edilen görüş de budur⁶¹.

Bu görüş muasır İslâm hukukçularından Ebu Zehra tarafından savunulmaktadır. Ona göre, bu sırada suçlunun tevbe ederek, kendisini ıslah etmesi mümkündür. Zaten cezalar da şahısları ıslah etmek içindir. Ancak bu görüş hakimlerden Muhammed İbrahim tarafından tenkide tabi tutulmuş ve cezanın zaman aşımına uğraması fikrinin zalim hakimlere had cezalarını ihlal etmeleri için verilmiş bir fırsat olarak değerlendirilmiştir⁶².

Ceza zaman aşımı modern hukukta da tartışılmış bir husustur. Bu prensibi kabul edenler görüşlerini şu şekilde savunmuşlardır. Hatırası kaybolan bir suçun cezasını çektirmekte bir fayda yoktur. Kamuoyu, böyle gecikmiş bir cezanın infazı halinde, mahkuma karşı acıma duyacaktır. Artık bu kadar geciken bir mahkumiyeti infaz ettirmekte toplum yararı bulunmamaktadır.

Modern hukuka göre, kanunla istisna edilmedikçe, bütün cezaların

⁶⁰ Serahsi, *el-Mebcut*, IX, 70; Merğınani, *el-Hidaye*, II, 105; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadir*, V, 59; Udeh, a.g.e., I, 778; Behnesi, *Nazariyyat*, s.212-217.

⁶¹ Merğınani, *el-Hidaye*, II, 106; *Fetavayi Hindiyye*, II, 158.

⁶² İ. Muhammed, *Müskitattü'l-ukubeti'l-haddiyye*, s. 409, 410.

zaman aşımına uğraması benimsemiştir⁶³.

13. Müsterek Suça Karışan Yeni Bir Suçlunun Tespit Edilmesi

Had suçları içinde, müstereken işlenebilecek suçlar hırsızlık, hırsızlık ve cinayettir. Hırsızlık kendisine has kuralları olan ve genelde bir topluluk tarafından işlendiği için burada söz konusu edilmeyecektir. Diğerlerine gelince:

a. Hırsızlıkta:

Müsterek yapılan hırsızlıkta, suçu işleyenlere had cezasının verilebilmesi için nisap miktarı malın çalınması gerekmektedir. Ancak her suçlunun payına düşen kısmın mı, yoksa çalışan malın tamamının mı nisap miktarına ulaşmasının gerekliliği konusu tartışmalıdır.

Hanefiler, her suçluya düşen miktarın nisaba baliğ olmasını şart koşarken⁶⁴, cumhur, toplamının nisap miktarına ulaşmasını yeterli görmüştür⁶⁵.

Hanefilerin görüşüne göre, bir mal müstereken çalınmış ve her bir hırsıza nisap miktarı mal düştüğü için had cezasına hükmedilmiş mahkeme kararı sonrasında, bu suça iştirak eden bir veya birkaç kişi daha tespit edilip, çalınan mal hepsine pay edildiğinde, her birine düşen miktarın nisabın altına düşmesi halinde, had cezası düşecektir. Bu durumda, çalınan mal sahibine verildikten sonra, hakimün uygun gördüğü ölçüde, bu hırsızlara ta'zir cezası verilebilecektir.

b. Kısasta :

Müsterek olarak cinayet suçu işleyen caniler , cumhurun kabulüne göre, kısasla yargılanırlar. Yani genel kanaata göre, bir kişi sebebiyle bir grup ölüme mahkum edilir.

Bu tür mahkeme kararı sonrasında, suça iştirak eden ve cezai ehliyeti bulunmayan bir suçlunun ortaya çıkması halinde, önceki kararın bundan etkilenip etkilenmeyeceği tartışılmıştır.

aa. Müsterek suça katıldığı halde cezai ehliyeti bulunmayan kişiye kısas uygulanmaz ise de, diğerlerine uygulanır. Müsterek suça iştirak eden yeni suçlunun, hataen suçlu görülmesi, meşrû müdafaa sebebiyle bu suçu

⁶³ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, III, 295, 296.

⁶⁴ Kasani, *Bedayi*, VII, 78.

⁶⁵ İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 579; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 160, Ayrıca bkz. Behnesi, *Nazariyyat*, s. 79 vd.

işlemiş olması gibi durumlar da aynı hükme tabidir.

Bu, çoğunluğun kabul ettiği bir görüştür⁶⁶.

bb. Müşterek suçlarda ortaklardan birinin gerek ceza ehliyeti olmaması nedeniyle, gerekse meşrû müdafaa, hata, babalık gibi nedenlerle kısıstan kurtulması, diğerlerinden de kısas cezasının düşmesini gerektirir.

Bu, Ebu Hanife'nin görüşüdür⁶⁷. Hanbelilerce meşhur kabul edilen görüş de böyledir⁶⁸. Bu görüş ayrıca Şafii' den de nakledilmiştir⁶⁹.

Muasır İslâm hukukçularından Ebu Zehra, bu görüşün fihhi kıyasa en uygun olduğunu belirterek şu açıklamada bulunur: Bir fiil tek başına kısasa neden teşkil etmiyorsa, o fiil sebebiyle kısas cezası uygulamanın bir manası yoktur⁷⁰.

14. Suçlunun Tövbesi

İslâm hukukçuları suçlunun tövbesinin göreceği cezanın düşmesindeki etkisini tartışmışlardır. Cezaların düşme nedenleri arasında en ciddi tartışma yapılan konunun tövbe olduğu söylenebilir.

Biz araştırmamızda takip ettiğimiz metot gereğince, yalnız mahkeme kararı sonrasında tövbenin cezayı düşürüp düşürmediğine değinecek ve konu ile ilgili görüşleri vermekle yetineceğiz. Görüşlerin delilleri ve tartışmalarını serdetmek bu çalışmanın sınırlarını aşacak mahiyette olduğundan, burada onlara girilmeyecektir⁷¹.

a. Tanımı :

Tövbe, dilde dönüş ve yöneliş anlamına gelmektedir⁷².

İstilahî anlamda tövbe iki açıdan değerlendirilir: Kul açısından tevbe, kulun yaptığıнын kabahat veya günah olduğunu bilip, onu bırakıp terk ederek Allah'a dönmek, O'ndan affetmesini, bağışlamasını dilemek, yaptıklarından pişman olduğunu da belirterek yalnız O'na yalvarmaktır. Tövbe Allah'a nisbet edildiğinde ise, yapılan kötülüğü, işlenen günahı

⁶⁶ İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 511; Nevevi, *el-Mecmu'*, Cidde ts., XVII, 249; Aliş, *Menhü'l-celil*, IX, 29.

⁶⁷ Serahsi, *el-Mebsut*, XXVI, 93.

⁶⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 376.

⁶⁹ Şirazi, *el-Mühezzeb*, II, 175; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 20.

⁷⁰ Ebu Zehra, *İslam'da Suç ve Ceza*, I, 358, *el-Mevsuatül-fikhiyye*, XXX, 269.

⁷¹ Tövbe ve cezaları düşürmedeki etkisi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Dalgın, *İslam'da Tövbe ve Cezalara Etkisi*, s. 68-145.

⁷² İbn Manzur, Cemaleddin, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisanü'l-Arab*, Beyrut 1990, I, 233; Firuzabadi, Muhammed b. Yakub, *el-Kamusu'l-muhit*, Beyrut 1991, I, 166.

affedip, bağışlamak anlamına gelir.⁷³

b. Cezalara Etkisi :

Tövbenin ahiretteki cezaları düşüreceği ve günahkarı günah kirlerinden temizleyeceği hadiste belirtilmektedir⁷⁴.

Hukuku ilgilendiren ve yargıya intikal eden bir suç işleyen suçlunun pişmanlığının cezasını düşürmedeki rolü ile ilgili görüşler ise şöyledir :

aa. Mahkeme sonrasında suçlunun tövbesinin had ve kısas cezalarında hiçbir etkisi yoktur. Suçlu dünyevi cezasını çeker. Ancak bu esnadaki pişmanlığının ahirette kendisine faydası olur.

Bu, fukahanın çoğunluğunun kabul ettiği görüştür⁷⁵.

bb. Mahkeme sonrasındaki tövbenin etkisi davanın kamu davası veya kul hakkı oluşuna göre farklılık arz eder. Allah hakkı olarak bilinen zina, hırsızlık, içki gibi kamu davalarında, suçlunun pişman olması karar sonrasında da olsa, cezanın düşme sebebidir.

Kısas ve diyet suçlarındaki pişmanlık ise suçluya bir fayda vermez. Çünkü bunları af yetkisi mağdura veya yakınlarına aittir.

Kazf gibi , hangi hakkın galip geldiği tartışılan hadde tövbenin etkisi şöyledir. Bu davada Allah hakkının galip olduğunu düşünenlere göre, tevbe bu cezayı düşürecek , kul hakkının galip olduğunu düşünenlere göre, tövbenin bu cezayı düşürmede etkisi olmayacaktır.

Bu görüşü bazı Hanbeli⁷⁶ ve Şafii müçtehitlerle⁷⁷ ve Ebu Zehra,

⁷³ Tövbe ile ilgili değişik tanımlar için bkz. İbn Hacer, Şihabüddin Ahmet b. Ali, Fethu'l-bari bi şerhi'l-Buharî, Kahire 1986, XI, 106; İbnü'l-Kayyım, Muhammed b. Ebu Bekr, Medaricü's-salikin, Kahire ts., I, 331; Kılıç, Sadık, Kur'an'da Günah Kavramı, Konya 1984, s. 376; Dalgın, İslam'da Tövbe, Diyanet İlmî Dergi, 32/3, s. 39, 40.

⁷⁴ İbn Mâce, Zühd 30.

⁷⁵ Bkz. Cassas, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er- Razi, Ahkamu'l-Kur'an, Beyrut 1985, I, 31; Serahsi, el-Mebsut, IX, 176; İbn Rüşt, Bidaye, II, 568; İbn Hazm, el-Muhalla, XII, 22, Kasani, Bedayi, VII, 96; Nevevi, el-Mecmu, XXII, 244; İ. Muhammed, Müskitatu'l-ukube, s. 341-351.

⁷⁶ Bkz. Ebu Yala, el-Ahkam, s. 266; İbnü'l - Kayyım, İ'lam, III, 15.

⁷⁷ Bkz. Şirazi, el-Mühezzeb, II, 285; Nevevi, el-Mecmu, XXII, 244; Şarani, el-Mizan, II, 169

Muhammed Caffal gibi bazı muasır müellifler⁷⁸ benimsemişlerdir. Bizce tercihe şayan olan görüş de budur⁷⁹.

II. MAĞDURLA İLGİLİ SEBEPLER

Bu bölümde cezanın düşme nedenlerinden davacı (mağdur) ile ilgili olanlar tespiti çalışılacaktır.

1. Mağdurun Affı veya Sulh Yapması :

İslâm dini affetmeyi insanlık erdemlerinden biri olarak görmüş ve hayatın her safhasına yayılmasını teşvik etmiştir. Bu konuda Allah ve Rasulünün tavsiyelerinden yalnız birkaçı şöyledir:

Yüce Allah; “Sen affı tut, iyiliği emret.”⁸⁰; “..affetmeniz takvaya daha yakındır”⁸¹; “Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin mümin bir köle azad etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Ancak ölünün ailesi o diyeti bağışlamış olursa bu durum hariçtir”⁸² buyurmaktadır.

Hız. Peygamber ise; “Had suçlarını aranızda affedin”⁸³ şeklinde tavsiyede bulunurken, insanlar arasında oluşan nizalarda anlaşmanın en uygun bir yol olduğunu söylemiş ve kendisine getirilen davalarda, önce tarafların anlaşmalarını emretmiştir⁸⁴.

Ayet ve hadis kaynaklarına dayanan af konusu, İslâm ceza hukukunda geniş bir yer tutmuş ve davaların hallinde, cezaların düşmesinde etkili olmuştur. İslâm hukukçularının tamamı affi cezaların düşme sebeplerinden biri olarak kabul etmişlerdir. Ancak af kavramına yüklenilen mana, affın geçerli olduğu davalar ve af sahipleri ile ilgili hususlarda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Yani İslâm hukukçularının af konusundaki ihtilaflarının asılla ilgili olmayıp, teferruatla ilgili olduğu söylenebilir.

⁷⁸ Ebu Zehra, *İslam'da Suç ve Ceza*, I, 338-342, II, 229-242; Caffal, Muhammed, *et-Tevbe ve eseruha fi iskatil-hudud fi'l-fikhi'l-İslami*, Beyrut 1989, s. 195 ; Zuhayli, *el-Fikhu'l-İslami ve Edilletüh* (el-Müstedrek), IX, 772-773.

Ayrıca bkz. Behnesi, *Nazariyyat, fi'l-fikhi'l-cinai'l-İslâmî*, Kahire 1969, s.55 -64

⁷⁹ Bu konu ile ilgili değerlendirmelerimiz için bkz. *İslam'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, s. 68-145.

⁸⁰ A'raf 7/199.

⁸¹ Bakara 2/237.

⁸² Nisa 4/92.

⁸³ *Ebü Davud*, Hudud 6.

⁸⁴ *Ebü Davud*, Diyat 3.

a. Affin Tanımı:

Dilde af, silmek, gizlemek, yok etmek düşürmek gibi anlamlara gelmektedir⁸⁵.

İslâm ceza hukuku ıstılahı olarak afla ilgili çok değişik tanımlar yapılmıştır⁸⁶. Burada affin tanımı ile ilgili detaylı bilgi vermek, makalemizin amacını aşacağından, şöyle bir af tanımı yapmakla yetineceğiz.

“Af, hakkı ihlal edilen şahsın veya velisinin suçlu hakkında terettüp eden cezanın bir kısmını veya tamamını meccanen veya bir bedel karşılığında bağışlamasıdır. Bir diğer tabirle af, sanık hakkındaki hukuki takibattan vazgeçme veya mahkumun cezasının bir kısmının yahut tamamının bağışlanmasıdır”⁸⁷.

İslâm hukukçularının bazıları affı, suçlunun meccanen bağışlanması anlamında kullanırken, maddi bir meblağ (bedel) karşılığında bağışlamayı sulh kavramı ile ifade etmektedirler⁸⁸. Bazı hukukçularımız ise, hem meccanen hem de bir bedel karşılığında bağışlama için af terimini kullanmışlardır⁸⁹.

Meccanen şahsın hakkını bağışlaması anlamındaki affın, tek taraflı bir akit olması, sulhun ise iki taraflı bir sözleşme olması yönüyle bu iki sözleşme birbirinden ayrılmaktadır. Ancak cinayette, katili mal karşılığında kisasdan affetme manasında ikisi aynı anlama gelmektedir⁹⁰.

Modern hukukta şahıslara suçluyu affetme yetkisi verilmemiştir. Genel ve özel şekliyle af, pozitif ceza hukukunda mevcut ise de, bunlardan

⁸⁵ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arab*, XV, 72; Kurtubi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed, *el-Cami li ahkâmî'l-Kur'an*, Kahire 1994, I, 403; Bilmen, *Kamus*, III, 8.

⁸⁶ Af tanımı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Mevsili, Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyar li ta'lîlî'l-muhtar*, İstanbul 1980, III, 5; Buhuti, Yusuf b. Idris, *Keşşafu'l kmaa'ala metni'l-ikna*, Beyrut 1982, III, 378; Kurtubi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed, *el-Cami li Ahkâmî'l-Kur'an*, I, 403 vd.; Abdulaziz, el-Amir, *et-Ta'zir fi's-şeriatî'l-İslamiyye*, Kahire 1968, s. 510; Ali b. Zeyd, *el-Af ani'lukube fi'l-fikhi'l-İslami*, Riyad 1410 h., s. 29, 30; Bilmen, *Kamus*, III, 103 vd.

⁸⁷ Atar, Fahrettin, “Af”, TDVİA, I, 395.

⁸⁸ Maverdi, *el-Havi*, XII, 106; Zekeriyya el-Ensari, *Esne'l-metalib şerhu Ravzi't-talib*, Mısır 1313 h., II, 214; Ali Haydar, *Düreru'l-hukam şerhu Mecelleti'l-ahkam*, Beyrut 1991, IV, 2 vd.; Nezih Hammad, *Akdü's-sulh fi's-şeriatî'l-islamiyye*, Beyrut 1996, s. 5; Bardakoğlu, Ali, “Sulh”, İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, IV, 147-149.

⁸⁹ Bkz. Şirazi, *el-Mühezzeb*, II, 188; Bilmen, *Kamus*, III, 8; Zuhayli, *Ansiklopedi*, VIII, 72, 73; Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 82.

⁹⁰ Nezih Hammad, *Akdü's-sulh*, s. 10.

genel af yetkisi millet meclisine, özel af yetkisi ise devlet başkanının kullanımındadır⁹¹.

Modern hukukta, şikayetten feragat etme ve şikayetten vazgeçme terimleri, İslâm hukukundaki affın yerine kullanılmaktadır. Feragat, dava öncesinde, şahsın dava açma hakkını kullanmamasıdır. Bu şekliyle suçlu aleyhine dava açılması engellenir. Dava açtıktan sonra davacının şikayetini geri alması ile de bir kısım davalar düşer⁹². Ancak bu iki taraflı bir akittir.

Cezaların düşmesindeki etkisi açısından bu iki kavram arasındaki nüansın pek önemi bulunmaması nedeniyle, biz burada af kavramını, hem bir bedel karşılığında hem de meccanen bağışlamayı içerecek anlamda kullanacağız.

b. Affın Geçerli Olduğu Davalar:

aa. Hadler:

Bir hak ancak onun sahibi tarafından affedilebilir. Birinin hakkını diğeri affedemez. Bu nedenle İslâm ceza hukukunda sırf Allah hakkı olarak görülen had davalarında affın mümkün olmadığı hemen herkes tarafından kabul edilmiştir⁹³.

Ancak hadlerden zina iftirası hakkında üç görüş bulunmaktadır.

i. Bu davada kul hakkı var ise de, Allah hakkı galip olduğundan, kendisine iftirada bulunulan şahıs hüküm sonrasında suçluyu affedemez⁹⁴. Bu, Ebu Hanife, Sevri, Evzai gibi alimlerin görüşüdür.

ii. Zina iftirasında kul hakkı galip olduğundan suçlunun mağduru affetme yetkisi vardır. Bu görüş Şafî ve Hanbelilere aittir. Bu görüş Ebu Yusuf'dan da nakledilmektedir⁹⁵.

iii. Kazf davasında mahkeme öncesi kul hakkı galip ise de mahkeme sonrasında Allah hakkı galiptir. Bu nedenle af mümkün

⁹¹ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, III, 234, 241, 248, 249.

⁹² Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, III, 313, 318-321.

⁹³ Abdurrezzak, Ebu Bekr Abdurrezzak b. Hemmam es-San'ani, *el-Musannef*, Beyrut 1970-1972, VII, 441; Kuduri, *Muhtasar*, III, 211; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 186; İbnü'l-kayyim, *İlamu'l-muvakiin*, s. 192; Konu ile ilgili hadisler için bkz. *Ebû Davud*, Hudud 4, 16; *Nesai*, Kat's-sarik 5, 14; *İbn Mâce*, Hudud 6; *Darimi*, Hudud 5; Malik, *Muvatta*, Hudud 28.

⁹⁴ Merğınani, *el-Hidaye*, II, 113; İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 572; İbn Hazm, *el-Muhalla*, XII, 266; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadir*, IV, 198; İbn Abidin, a.g.e., 111, 172; ez-Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-fikhil-am*, II, 610.

⁹⁵ Maverdi, *el-Havi*, XIII, 259; *el-Ahkam*, s.378; Ebu Yala, *el-Ahkam*, s.270 ; İbn Hazm, *el-Muhalla*, XII, 255; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 217.

olmamalıdır. Ancak kendisine iftirada bulunulan şahıs, bu olayın duyulmasından rahatsız olacağı için olayı örtmek isterse, suçluyu affedebilir. Bu İmam Malik'in görüşüdür⁹⁶.

bb. Kisas ve Diyet:

Öldürme ve yaralama gibi suçlara verilecek kisas cezasında⁹⁷, hataen insan öldürmeden dolayı ödenecek diyetlerde ve kisasın affi sonrasında gündeme gelecek olan diyet cezalarında⁹⁸ af mümkündür. Çünkü bunlar birer kul hakkıdır. Kulun kendi hakkını affetme yetkisi mevcuttur.

cc. Ta'zirler:

Ta'zir suçlusuna verilebilecek cezalar ise belirlenmeyip zaman ve mekanın gerekleri yanında, suçlunun durumuna uygun bir cezanın seçilmesi yetkili makama bırakılmıştır. Ancak bu bölümde de suçlar kul veya Allah hakkı ile ilgilidir.

Kul hakları ile ilgili ta'zir davalarında, hak sahibi olan insan suçluyu affedebilecektir.

Allah hakkı olan kamu davası ile ilgili ta'zir suçlusunu affetme yetkisi ise, devletin yetkili merciiine bırakılmıştır. Yani onun da affi mümkündür. Bu haliyle ta'zir davalarında, her iki yönüyle de affin geçerli olduğu görülmektedir⁹⁹.

Böylece affin geçerli olduğu davaları, zina iftirası (kazf) haddi, kisas diyet ve ta'zir şeklinde sınırlandırabiliriz.

c. Affetme Yetkisine Sahip Olanlar:

aa. Allah:

İslâm ceza hukukundaki kabul edilen anlayışa göre, kendisinde mal gasbı ve can telefı olmamış yol kesme (hırahe)¹⁰⁰, siyasi isyan (bağy),

⁹⁶ İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 572; İbn Hazm, *el-Muhalla*, XII, 255; ed-Derdir, Ebu'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu's-sagır ala Akrabi'l-mesalik*, Kahire ts., Dâru'l-mearif, IV, 368; Desuki, *Hâşiye*, IV, 332.

⁹⁷ Kuduri, *Muhtasar*, III, 141; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 20; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 20.

⁹⁸ *Buharî*, Sulh 7; *Nesai*, Kasame 15, 16; *İbn Mâce*, Diyat 16.

⁹⁹ Maverdi, *el-Ahkam*, s. 386 vd.; Ebu Ya'la, *el-Ahkam*, s. 279 vd.; İbn Abidin, a.g.e., III, 187; Bilmen, *Kamus*, III, 327; ez-Zerka, *el-Medhal*, II, 633; Atar, *"Aff"*, TDVİA, I, 395; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 130.

¹⁰⁰ Ancak Hz. Ömer, yol kesenlerin işlemiş oldukları cinayetlerde maktulün velilerinin onu affedemeyeceğini ve bu haldeki suçun kamu davası olduğunu söylemiştir.

zina, içki ve hırsızlık hadiselerinde, hak sahibi kamu adına Allah olduğu için, bu tür davalarda suçluyu affetme yetkisine sahip olan da Allah'dır. Sırf Allah hakkı alan, suçları Onun adına başkası affedemediğine göre, bu dünyada bu tür suçlular affedilemeyecektir.

Zina iftirası cezasında Allah hakkını ağır görenlerin nezdinde, affin sahibi Allah, bu cezanın kul hakkı ağırlık olduğunu iddia edenlere göre ise, af sahibi kendisine zina iftirasında bulunulan şahıs veya varisleridir¹⁰¹. Bizim de kanaatımız bu yöndedir.

bb. Mağdur veya Mirasçılar :

Hadlerden zina iftirasında, yukarıda verilen ihtilaf neticesindeki bir görüşe göre, hak sahibi mağdurdur. Mağdur hakkını alamadan ölmüş veya ölü şahsa zina iftirasında bulunulmuş ise, bu taktirde, hak mirasçılara geçtiğinden, affetme yetkisine de onlar sahip olmaktadırlar.

Kıyas ve diyet cezalarındaki af yetkisinin bizzat mağdurun veya mirasçıların elinde olduğu tartışmasız kabul edilmiştir¹⁰². Ancak Malk, hile yolu ile öldürmeyi bundan istisna etmiş ve hile ile öldürülen şahsın mirasçılarını bu caniyi affetmeye yetkili görmemiştir. O , bu cinayeti, hırsızlık suçuna benzetmekte ve suçu kamu davası görerek, caninin yakalanması sonrasında, hırsızlık suçlusuna öngörülen cezalardan biri, devlet başkanı tarafından verilebilecektir^{102a}, demektedir.

Cumhur, vereseyle geçen haktan bütün mirasçıların istifade edebileceklerini ve af yetkisine eşit şekilde sahip olduklarını kabul ederken, İmam Malik, cezai haklarda af yetkisinin yalnız asabeye ait olduğunu savunmaktadır¹⁰³. Katâde, Zühri, İbn Şübrüme ve Evzâî gibi bir kısım müçtehitler, kadınların af yetkisinin bulunmadığını söylemişlerse de, cumhurun görüşü yukarıda verilmiş olup, bu görüş İslâm toplumu tarafından tercih edilerek ve şöhret bulmuştur¹⁰⁴.

Ta'zir cezalarında suç kul hakkı ile ilgili ise, ceza da kulun hakkı olup affetmeye yetkili olanda kendisidir. Ancak ta'zir cezalarını belirlemede devlete geniş yetki verildiğinden, kulun affetmesi halinde bile,

Bkz., Abdurrezzak, *el-Musannef*, X, 111; İbn Hazm, *el-Muhalla*, XI, 312; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-kebir*, X, 301.

¹⁰¹ 85.86. ve 87 dipnotlarda gösterilen yerlere bakılabilir.

¹⁰² Kuduri, *Muhtasar*, III, 141; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 395.

^{102a} Baci, *el-Münteka*, VII,116,117; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 336. Ceziri, *Dört Mezhebin Fıkhi*, VII,449.

¹⁰³ İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 519; Derdir, *eş-Şerhu'r-sağir*, IV, 358.

¹⁰⁴ İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 121 ved.; İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 464; İbn Kuda-me, *el-Muğni*, IX, 464.

devletin suçluya ta'zir nevinden cezalandırma yetkisi mevcuttur¹⁰⁵.

cc. Veli:

Affetme ve sulh yapma bir sözleşme olduğundan, affetme yetkisini kullanacak şahıs sözleşme ehliyetini haiz olmalıdır. Buna göre, küçük veya mecnunun suçluyu affetme yetkisi yoktur. Ancak bu haklarını velileri aracılığı ile kullanabileceklerdir.

Görüldüğü gibi, burada veli, ehliyeti kısıtlı olanların velisi olması nedeniyle suçluyu affetme yetkisine velayeten haizdir. Ancak, velayet yolu ile bu yetkiyi elinde bulunduranın affetme yetkisi sınırlıdır. Yani veli, suçluyu diyet karşılığında veya ondan az olmamak şartıyla bir bedel karşılığında affedebilirse de, karşılıksız olarak affedemez¹⁰⁶.

dd. Devlet:

Had, kısas ve diyet cezaların vereseye intikali mümkündür; mirasçısı bulunmayan hak sahibinin velisi devlettir. Dolayısı ile devlet, velisi bulunduğu ferdin hakkı ile ilgili davayı affetmede, az önce görülen velinin yetkisine benzer bir yetkiye sahiptir. Yani, suçluyu, suç için öngörülen diyetten az olmamak şartıyla bir bedel karşılığında, sulh yaparak affetmeye yetkili iken, karşılıksız affetme yetkisine sahip değildir¹⁰⁷.

Kamu davası sayılan ta'zir suçlarında ise suçluyu affetme yetkisi tamamen devlete aittir¹⁰⁸.

d. Affın İcrası:

Yukarıda affın hem bir bedel karşılığında haktan vazgeçme hem de meccanen hakkı bağışlama anlamlarında kullanıldığına değinmiştik.

Bir bedel karşılığında affetme (sulh), iki taraflı bir sözleşme olup, geçerliliği karşılıklı icap kabul ile birlikte, sözleşme ilkelerinin bulunmasını gerektirir.

Karşılık beklemeksizin affetme ise, tek taraflı bir tasarruf olup, geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir.

¹⁰⁵ Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 143; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s. 189.

¹⁰⁶ Şirazi, *el-Mühezzebe*, II, 188. Şirbini, Muğni'l-muhtac, IV, 40; Bilmen, *Kamus* III, 89; Cebir, *Sukutu'l ukubat*, I, 194; Ali b. Zeyd, *el-Af'ani'l-ukube*, s. 215 vd.

¹⁰⁷ İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IX, 395; İbn Abidin, a.g.e., V, 346.

¹⁰⁸ Maverdi, *el-Ahkam*, s. 386; Ebu Yala, *el-Ahkam*, s. 279; Amir, *et-Ta'zir*, s. 79 vd.; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 60; Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 68; Şeker-ci Osman, *İslâm Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, İstanbul 1996, s. 21.

Biz burada, teferruattan kaçınarak, affetme sözleşmesi için gerekli olan siga (sözleşme sözcüğü) ile asıl, vekil veya mirasçıların bu haklarını nasıl kullanabileceklerine değinmek istiyoruz.

aa. Affetme Sözleşmesi için Gerekli Olan Siga:

Tek taraflı veya iki taraflı olarak affetme sözleşmesi gerçekleştirecek olanın, kullanması mutlaka gerekli olan bir sözcük bulunmamaktadır. Zaten İslâm hukukunun kabul ettiği akitlerin birçoğunda şekil şartı yoktur.

Hak sahibi; “affettim, ibra ettim, hakkımı helal ettim.”, gibi affetme iradesine delalet edecek herhangi bir ifade ile affetme işlemini gerçekleştirebilecektir¹⁰⁹.

Ancak, mutlak olarak bu ifadelerin kullanıldığında, sözleşmenin kısas ve diyet olmak üzere iki hakkı kapsayıp kapsamadığı hususu tartışılmıştır¹¹⁰.

i. Kisas cezası, suçun misli ile suçlunun cezalandırılmasıdır. Bu suç karşılığında suçludan diyet alınması ise anlaşmaya bağlıdır. Yani diyet, kısasın düşmesi sonrasında, suçlu ile anlaşarak belirlenecek olan bir cezadır. Buna göre, suçluyu kısas cezalarından mutlak ifadeler kullanarak affeden taraf, diyeti de affetmiş demektir. Zaten diyet affin değil sulhun bir ögesidir. Yani diyet veya bir meblağ karşılığında kısas hakkından vazgeçilmesi, af değil sulh olarak isimlendirilmelidir.

Bu, hanefilerin¹¹¹ ve malikilerin^{111a} benimsediği bir görüştür.

ii. Kisas cezası, suçun misli ile mukabele ve diyetten oluşmaktadır. Biri düşünce diğeri baki kalmaktadır. Mutlak ifadelerle affetme sözleşmesinde kısas hakkı düşerse de, sahiplerinin diyet hakları bakidir. Suçlu taraf rıza göstermese de hak sahiplerinin kısas veya diyet haklarından birini kullanmakta söz hakları saklıdır.

Bu, Şafîilerin benimsediği bir görüştür¹¹². Diyetin düşmesi için özellikle onun da affedildiğinin belirtilmesi gerekir. Şafîi alimlerinden Müzenî (ö. 264/877) ise, vucubundan önce affedildiği gerekçesi ile, “kisas ve diyeti affettim” sözü ile ne kısasın ne de diyetin düşmeyeceğini

¹⁰⁹ Bilmen, *Kamus*, III, 100; Ali b. Zeyd, *el-Af ani'l-ukube*, s. 73 vd.

¹¹⁰ Bkz., Bilmen, *Kamus*, III, 100; Ali b. Zeyd, *el-Af ani'l-ukube*, s. 73 vd.

¹¹¹ Merginani, *el-Hidaye*, IV, 158; Havarezmî, *el-Kifaye*, IX, 140.

^{111a} Hureşi, *Şerh*, VIII, 5

¹¹² Maverdi, *el-Havi*, XII, 140; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 140.

olmadığını savunmaktadır¹¹³.

Bir belde öldürülmüş fail-i meçhul şahsın velisi veya velilerinin o bölge ahalisini affetmesi de mümkündür. Buna kasameden ibra denilmektedir ki, iki yolla yapılabilir.

i. Açıkten ibradır ki öldürülenin velisinin, kendilerine kasame ve diyet gerekenlere karşı "sizi ibra ettim; sizden kasameyi, diyeti düşürdüm" gibi ifadeler kullanması ile olur.

ii. Delaleten ibradır. Bu, öldürülenin velisinin olay mahallini bırakıp başka bölgede bulunan şahıs aleyhine dava açması ile olur. Bu halde, o bölge ahalisi kasameden ve diyet ödemekten ibra edilmiş olurlar¹¹⁴.

bb. Asıl Hak Sahibinin veya Mirasçının Affı:

Hak sahibi asaleten kendi hakkını ilgilendiren bir hususta af yetkisini kullanıyorsa, gerek bir bedel karşılığında gerekse meccanen hakkını bağışlayarak suçluyu affedebilecektir.

Bu hakka tek başına konan veresenin de aynı şekilde hareket etmesi mümkündür.

Hak sahibi olan şahıs diyet almayı düşündüğünde, diyet üzerinde pazarlık yapmamalıdır. Bu, faiz korkusuyla doğru görülmemiştir¹¹⁵. Ancak diyet miktarı hiç söz konusu edilmeden, daha az veya çok bir meblağ karşılığında anlaşma yapılabilecektir.

cc. Birden Fazla Olan Veresenin Affı:

İslâm hukukçularının çoğunluğu, ceza hakkının mali haklar gibi, bütün mirasçılara geçtiği görüşündedirler.

Özellikle kısas hakkının talep edilmesi halinde bütün veresenin aynı talepte bulunması gerekmektedir. Yani veresenin bir kısmı bu talepte bulunmayınca kısas hakkı diğerlerinden düşmekte, ancak onların diyet isteme hakları saklı kalmaktadır¹¹⁶.

Hak sahiplerinden bazıları sulha yanaşıp diğerleri yanaşmadığında

¹¹³ Maverdi, *el-Havi*, XII, 200.

¹¹⁴ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 176; *Mecelle*, mad.1536, 1537, 1538; Bilmen, *Kamus*, III, 170; Sadi Ebu Ceyb, *el-Kamusu'l-fikhi*, s. 35; Nezih Hammad, *Akdü's-sulh*, s. 9.

¹¹⁵ Havarezmi, *el-Kifaye*, IX, 141; Bilmen, *Kamus*, III, 99.

¹¹⁶ Şirazi, *el-Mühezzeb*, II, 189; Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 150; Maverdi, *el-Havi*, XII, 101; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 395; Şevkani, *Neylü'l-evtar*, VII, 33.

ise, yine kısas hakkı hepsinden düşmektedir. Bu takdirde sulh yapanlar anlaştıkları meblağ ile yetinirken, diğerleri nasslarda belirtilmiş olan diyet miktarı üzerinden paylarına düşeni alabileceklerdir¹¹⁷.

İmam Malik ise, cumhura muhalefet ederek bu tür hakların bütün vereseye değil, ölünün asabesi durumunda bulunan mirasçılara intikal edeceğini, onların bu hakkı mirastaki sıraya göre kullanacaklarını söylemiştir.

Yani; Asabe arasından ölüye daha yakın olan birisi varken bir sonrakinin affi geçerli değildir¹¹⁸.

e. Affin zamanı:

Affin geçerli olduğu davalarda yargının her aşamasında af mümkündür. Ancak burada araştırmamızdaki gayeye uygun olarak, mahkeme sonrasındaki af söz konusu edilecektir.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında konuya bakılınca, mahkeme sonrasında da suçlunun affedilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Hak sahibinin suçluyu affetme yetkisi, cezanın infaz edilmesine ve hatta infaz sonrasına kadar devam etmektedir. Yani, ceza infaz edilirken bile, hak sahibi suçluyu affedebilecek ve böylece ceza düşecektir. Örneğin, suçluya sopa türü bir ceza verilirken, bir bölümü icra edildikten sonra affedilmesi halinde, kalan kısmı düşecektir.

İslâm hukukçularının affin zamanı ile ilgili olarak tartıştıkları nokta, mağdurun, suçluyu affetmesinin peşinden ölmesi ve yaralanmalarda mağdurun, suçluyu affetmesinden sonra, o yara sebebiyle şahsın ölmesi halidir. Bu durumlardaki affin geçerli olup olmadığı, kısas veya diyet cezalarının bununla düşüp düşmediğidir.

aa. Ölüm Anında Mağdurun Affi:

Fiili tecavüze maruz kalan şahsın ölürken suçluyu affetmesi durumunda, cezanın düşüp düşmeyeceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

i. Mağdurun ölürken kendisini öldüreni affetmesi muteber olup,

¹¹⁷ İbn Hazm, maktulün velilerinin tamamı affetmedikçe kısas hakkının düşmeyeceğini savunmaktadır. Bkz., İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 127.

¹¹⁸ İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 519; Derdir, *eş-Serhu's-Sağir*, IV, 364; Şafak, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 83.

kâtilden ceza düşer. Bu cumhurun görüşüdür¹¹⁹.

ii. Bu durumda mağdurun affına itibar edilmez. Bu zahirilerin görüşü olup, Malik'ten de böyle bir görüş nakledilmiştir¹²⁰.

iii. Öldürmenin hataen veya kasten oluşuna göre affetme farklı sonuç doğuracaktır. Hataen öldürmekte maktulün affı, katil olmayana vasiyet mesabesinde olduğundan caizdir. Bu, Şafii ve Malik'in kabul ettiği görüştür¹²¹. Kasti öldürmelerdeki affın cezası ile ilgili iki farklı görüş bulunmaktadır.

Hataen öldürmelerde maktulün katili diyet ödemekten affetmesinin diyetin üçte biri için geçerli olacağı cumhur tarafından kabul edilmiştir¹²².

bb. Yaralanmış Mağdurun affı:

Burada üç durum söz konusu olabilir.

Birincisi; yaralanmış, ancak bu yara hayati tehlike arz etmemektedir. Bu takdirde, mağdur suçluyu affetmiş ve bir müddet sonra da iyileşmiştir. Bu haldeki affın geçerli olduğu ve cezanın bu af ile düştüğünde bir ihtilaf bulunmamaktadır.

İkinci durum şudur: Yaralanmış mağdur, suçluyu affettikten bir müddet sonra bu yaranın tesiri ile ölmüştür. İşte bu durum öncesindeki affın geçerliliği tartışılmıştır. Görüşler şöyle özetlenebilir:

i. Bu halde, mağdurun önceki affı muteber olup, bununla kısas ve diyet cezası düşer.

Bu, Ebu Yusuf ve Muhammed'in görüşüdür¹²³.

ii. Bu durumda, suçlu yaralamadan dolayı affedilmiştir. Ancak daha sonra ölüme sebep olduğu için veresenin hakkı taalluk etmiş olup, önce yapılmış af bundan sonrası için geçerli olmamaktadır.

Yani verese canının kisasını istemekte veya diyet almakta serbesttirler. Hatta yaralama esnasında suçlu mağdur ile sulh yapsa ve sonra da bu yara sebebiyle ölse, yapılan sulh düşer. Bu takdirde, suçlu verdiği meblağı

¹¹⁹ Merğınani, *el-Hidaye*, IV, 170; İbn Hazm, *el-Muhalla*, XII, 255; İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 520; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 46.

¹²⁰ İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 489, 490; el-Mağzi, Ebu Abdullah Muhammed b. Abdurrahman, *Mevahibü'l-celil şerhu Muhtasarı Halil*, Dârü'l-bayda 1992, VI, 255; Aliş, *Menhu'l-celil*, IX, 82, 83.

¹²¹ Şafii, *el-Ümm*, VIII, 243; Maverdi, *el-Havi*, XII, 205; İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 520.

¹²² İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 520; el-Mağzi, *Mevahibü'l-celil*, VI, 255.

¹²³ İbn Rüşt, *Bidaye*, II, 521; Kasani, *Bedayi*, 111, 249.

vereseden geri alarak, yeniden onlarla anlaşma yapabilecektir.

Bu, Malikîlerin görüşü olup¹²⁴, Şafii'den gelen bir rivayet¹²⁵ de böyledir.

Ancak mağdur affederken, "yaralamadan ve bundan sonra oluşacak her şeyden seni affettim" şeklinde bir ifade kullanırsa, bütün cezalar düşer¹²⁶.

iii. Bu haldeki af, had ve kısas cezasının düşmesinde etkili ise de, gerekli olan diyeti düşürmez. Bu durumdaki şahıs, ölüm hastalığı anında bağışta bulunan gibidir. Yani, bu af diyetin üçte birini düşürür ve kalanını verese alabilir.

Bu, İmam Şafii'nin görüşüdür¹²⁷.

2. Mağdurun Hibesi

Hibe ile cezanın düşmesi ancak hırsızlık suçunda söz konusu edilebilir.

Hırsızlık davasında, mahkeme kararından sonra, malı çalınan şahsın bu malı hırsıza hibe etmesinin cezayı düşürme sebebi olup olmayacağı tartışılmıştır.

a. Karar sonrasında da olsa, çalınan malın hırsıza hibe edilmesi ve onun da bunu kabul etmesi ile hırsızlık haddi düşer.

Bu, Hanefilerin çoğunluğunun kabul ettiği bir görüş olup gerekçeleri şöyledir¹²⁸: Ceza davaları ön soruşturmadan başlayıp, cezanın infazına kadar süren zamanı kapsar. Buna göre, infaz öncesi, davanın herhangi bir aşamasında vuku bulan değişiklik ve arızalar mahkeme öncesinde olmuş etkisi gösterir. Yukarıda zikredilen durumda, hüküm sonrasında da olsa, çalınan mal hibe yolu ile hırsızın mülkiyetine geçmiş olmakta ve dava bu sebeple düşmektedir.

b. Mahkeme sonrasındaki hibe ile cezanın infazı engellenemez. Bu konumdaki hibe, malın hırsızın mülkiyetine geçtiği gerekçesi ile cezanın düşmesini sağlamaz.

¹²⁴ el-Mağzi, *Mevahibü'l-celil*, VI, 256; Bilmen, *Kamus*, II, 106.

¹²⁵ Nevevi, *el-Minhac*, IV, 48,49; Suyuti, Abdurrahman Celalettin, *el-Eşbah ve'n-nazair*, Beyrut 1994, s. 596; Cebir, *Sukutu'l-ukubat*, I, 140.

¹²⁶ İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 521.

¹²⁷ Maverdi, *el-Havi*, XII, 202.

¹²⁸ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 209; Meydani, *el-Lübab*, III, 209.; *Fetavayi Hindiyye*, IV, 122.

Bu Şafiilerin ve Hanefilerden imam Züfer'in görüşüdür¹²⁹

3. Mağdurun Suçluyu Doğrulaması

Bazı hallerde, mağdurun kendi aleyhine yapılan iddiayı doğrulaması, suçludan cezayı düşürme sebebi olmaktadır. Örneğin, kendisine zina iftirasında bulunulan şahıs, iftiracıların iddiasını, kazf davası hükme bağlandıktan sonra bile kabul etse, iftira haddi ile yargılananlardan had cezası düşer¹³⁰.

4. Mağdurun Hastalanması

Davanın herhangi bir aşamasında vuku bulacak en küçük şüpheleri bile değerlendiren İslâm hukukçuları, karar sonrasında, mağdurun bazı rahatsızlıkları sebebiyle cezanın düşeceğini kabul etmişlerdir¹³¹.

Burada hastalıktan maksat, mağdurun cinnet getirmesi ve dilsizleşmesi gibi konuşabilme ve iradesini kullanabilme kabiliyetinin yok olmasıdır. Bu takdirde, yargının seyri içinde şüphe olduğu iddia edilmekte ve "belki mağdur farklı şeyler söyleyecek affettiğini bildirecek..." gibi ihtimallerin bulunduğu dikkat çekilmektedir.

İşte bu sebeple, örneğin, zina iftirası davasında, haddin icra edilmesi öncesinde, mağdurun cinnet getirmesi veya dilsiz olması ile had düşecektir.

5. Mağdurun Muhsanlığının Gitmesi

Bu madde zina iftirası davalarında söz konusu olmaktadır.

Zina iftirası davası, iftiraya maruz kalanlar tarafından mahkemede dava açılmasını gerektirir. Bu dava için mahkemede dava açacak olan şahıs muhsan olmalıdır¹³². Yani, akıllı, bulug çağında, hür, zinadan korunmuş ve bir müslüman olmalıdır¹³³. Ancak, şahsın muhsan sayılması için müslüman olmasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır¹³⁴.

Dava süresince, zina iftirasına uğrayan şahısta bu özelliklerin devamının gerekliliği de ihtilaflıdır.

¹²⁹ Merğınani, *el-Hidaye*, II, 128; Bilmen, *Kamus*, III, 303.

¹³⁰ *Fetavayi Hindiyye*, IV, II, 166.

¹³¹ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 127; *Fetavayi Hindiyye*, II, 166; Bilmen *Kamus*, III, 249.

¹³² Maverdi, *el-Ahkam*, s. 378; Ebu Yala, *el-Ahkam*, s. 271; İbnü'l-Arabi, Ebu Bekir b. M. Abdillâh, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut ts., III, 1336; Kasani, *Bedayi*, VII, 52.

¹³³ Maverdi, *el-Havi*, XIII, 196; İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 569; İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 227; İbnü'l-Hüma7m, *Fethu'l-kadir*, V, 91; Aliş, *Menhü'l-celil*, IX, 260 vd.

¹³⁴ Bkz. Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 196; Maverdi, *el-Havi*, XIII, 196. Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 127;

i. İhsan şartı had icrasına kadar devam eder. Ondan önce, herhangi bir aşamada, bu özellik yok olursa, iftiracıya had vurulmaz. Bu Hanefi, Maliki ve Şafiilerin benimsediği görüştür¹³⁵.

ii. Mağdurun muhsan olması şartı yalnız suçun işlendiği an için geçerlidir. Sonrasındaki yok olma önemli değildir. Bu, Hanbeli ve Zahirilerin görüşü olup, Şafiilerden Müzenî de bu görüştedir¹³⁶.

Örneğin, birinci görüşe göre, iftiraya maruz kalan muhsan şahıs, mahkeme kararı sonrasında zina etse, muhsan olma özelliklerinden birini kaybettiği için, kendisine zina iftirasında bulunduğu için hüküm giymiş suçlunun had cezası düşer¹³⁷.

Yine cinnet getiren makzûfdan akli gitmesi nedeniyle, muhsanlık şartından biri eksik olması sebebiyle, kâzife uygulanacak had cezası düşecektir¹³⁸.

6. Mağdurun Cezanın İcrası Esnasında Hazır Bulunmaması

İslâm hukukçularının çoğunluğu, kul hakları ile ilgili davalar sebebiyle had icra edilirken, mağdurun o mecliste bulunmasını gerekli görmüşlerdir¹³⁹. Burada zina iftirası ve kısas cezaları ile hırsızlık haddinin infazı esnasındaki durum görülecektir.

a. Zina İftirası ve Kısas Cezalarında:

Zina iftirası ve kısas suçu nedeniyle cezanın icra edilmesi için, kendisine zina iftirası atılan ve kısas hakkı bulunan veresenin hazır bulunmaları zorunludur. Çünkü bu davalarda infaz icra edilene kadar mağdurun hak talebi devam etmelidir. Yukarıda, af maddesinde değinildiği gibi, mağdur infaz esnasında suçluyu affederek, cezanın düşmesini sağlayabilir. Hatta kısas hakkına sahip olan mirasçılardan bir tanesi bile, cezanın infaz edileceği yerde bulunmasa kısas gerçekleştirilemez. Şayet kısas hakkına sahip verese çocuk ise, bülüğ çağına gelinceye kadar, cinnet getirmiş ise, iyileşinceye kadar ceza tehir edilir. Bu müddet içinde canı hapsedilir¹⁴⁰.

¹³⁵ Şirazi, *el-Mühezzeb*, II, 272; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 127; Desuki, *Haşiye*, IV, 326.

¹³⁶ İbn Hazm, *el-Muhalla*, XI, 297; Şirazi, *el-Mühezzeb*, II, 272; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 227.

¹³⁷ el-Mağzi, *Mevahibü'l-celil*, VI, 300.

¹³⁸ Muhammed İbrahim, *Müskutâtü'l-ukube*, s. 118.

¹³⁹ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 114; *Fetavayi Hindiyye*, II, 165.

¹⁴⁰ İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 459; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 40.

b. Hırsızlık Haddinde:

Hırsızlık suçlusuna had cezası verilirken, davacının o mecliste bulunmasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır.

aa. Hırsızlık haddinin icrası esnasında mutlaka davacı mecliste bulunmalıdır. Aksi halde had cezası düşer. Bu, Hanefiler arasında tercih edilen görüştür¹⁴¹.

bb. Hırsızlık suçlusuna had icra edilirken davacının hazır bulunması şart değildir. Bu, İbn Ebi Leyla'nın görüşüdür¹⁴².

cc. Hırsızlık suçu, sanığın itirafı ile tespit edilmişse, had icra edilirken mağdurun bulunması gerekli değildir. Bu, Şafiilerin benimsediği görüştür¹⁴³.

7. Mağdurun Ölmesi

İslâm hukukçuları, muhakeme usulünde, cezanın icrası tamamlanuncaya kadar, hem dava talebinin devam etmesine dikkat etmiş hem de bu zaman içinde oluşabilecek en küçük şüpheleri sanığın lehine olarak değerlendirmişlerdir. Bu sebeple, bazı davalarda haddin icra edilmesi öncesinde veya haddin icrası esnasında mağdurun ölmesi ile kararlaştırılan cezanın düşeceği benimsenmiştir¹⁴⁴.

Örneğin, zina iftirası haddi, cezanın icrası öncesinde davacının ölmesi ile düşmektedir. Hatta bu görüş sahipleri had icra edilirken davacı ölse ve bir kırbaç bile kalsa, onun vurulmayacağını söylerler. Çünkü had cezaları parçalanma kabul etmez. Parçalanma kabul etmeyenlerin cüzü kül yerinde görülür.

Bu görüş, Hanefilere ait olup, zina iftirası davasında Allah hakkının galip olması ve vereseye mirası olarak intikalinin kabul edilmemesi ilkesine dayanmaktadır. Bu davayı kul hakkı gören ve bu hakkın vereseye intikalini kabul eden hukukçulara göre, ise yukarıdaki halde ceza düşmeyecektir.

III. ŞAHİTLERLE İLGİLİ SEBEPLER

Suçları ispat yollarından birisi¹⁴⁵ şahitliktir. Olayın görgü şahitleri

¹⁴¹ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 209; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 142; Kadızade, *Tekmile*, V, 158.

¹⁴² Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 142; Baberti, *el-İnaye*, V, 159.

¹⁴³ Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 176.

¹⁴⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 114; *Fetavayi Hindiyye*, II, 165; Bilmen *Kamus*, III, 249.

¹⁴⁵ Suçun diğer ispat yolları ise, yemin, yeminden kaçınmak ve suçlunun suçu itiraf etmesidir. Ceza davalında yemin ve yeminden kaçınmak ispat vasıtası olarak kullanılmamaktadır. İtiraf ise, suçlu ile ilgili olarak birinci bölümde verildiğinden, burada şahitlik ele alınacaktır. İspat yolları ile ilgili geniş bilgi için bkz. İbn

tarafsız bir şekilde mahkemede gördüklerini anlatmaları ile, haksız haklıdan, zalim mazlumdaki ayırt edilebilecektir. İşte bu öneminden dolayı, şahsi haklarla ilgili olaylara şahit olan kimselerin şahitlik görevini yerine getirmeleri, farz-ı kifaye derecesinde bir görev olarak kabul edilmiştir¹⁴⁶. Ayrıca şahitlik yapılırken taraflar arasında yanlış davranılmaması istenmiştir¹⁴⁷, yalancı şahitlik büyük günahlardan sayılmıştır¹⁴⁸.

Suçların vahameti ve olaylara tanık olan insanların durumuna göre, şahitlerde bir kısım şartlar aranmış ve bazı olaylarda aranan şahit sayısı ve cinsiyeti diğerlerinden farklı tutulmuştur. Şahitlikle alakalı bu ve benzeri konuları ilgili kaynaklara bırakarak, biz burada cezanın düşmesinde şahitleri ilgilendiren nedenlerin neler olabileceğini belirlemeye çalışacağız. Ancak burada şahitliğin tanımını ve şahitlerde aranan özellikleri belirtmek, bir sonraki anlatılacakları daha iyi anlamak için gereklilik arz etmektedir.

1. Şahitliğin Tanımı

İslâm ceza hukukunda suçların ispatlanması için başvuru yollarından biri olan şahitlik şöyle tanımlanabilir: Yargı meclisinde "şahitlik" sözcüğünü kullanarak, bir hakkın ispat edilmesi için doğru haber vermedir¹⁴⁹.

2. Şahitlerde Aranan Özellikler

Davalarda şahitlerin, şahitliklerinin kabul edilmesi için, bazılarında ihtilaf edilmiş de olsa, şu özellikler bulunmalıdır.

- a. İslâm
- b. Hürriyet
- c. Akıl

Rüşd, *Bidaye*, II, 597, 602, 603; İbnü'l-Kayyım, *et-Turuku'l-Hükmiyye fi's-siyaseti's-Şeriyye*, Kahire ts., 138, 203; Ali Haydar, *Dürru'l-hukkam*, IV, 69-106, 287 vd.; Abdülaziz Amir, *et-Ta'zir fi's-Seriati'l-İslamiyye*, Darü'l-fikri'l-Arabi, ts., s.44 vd.; Muhammed Ahmed, *Hucciyetü'l-karain fi isbati'l-cani*, Bingazi 1993; Muhammed İbrahim Bey, *Turuku'l-isbat eş-Şeriyye*, Darü'l-kütüb 1985; Bayındır, Abdülaziz, *İslâm Muhakeme Hukuku*, İstanbul 1986, 140-220.

¹⁴⁶ Nevevi, *el-Minhac*, IV, 450; Derrir, *eş-Şerhu's-Sağir*, IV, 284.

¹⁴⁷ Konu ile ilgili ayetler için bkz. Bakara 2/282, 283; Nisa 4/15; Maide 5/8; Nur 24/4; Hadisler için bkz. *Buhari*, Şehadet 10; *Tirmizî*, Şehadet 3, 4.

¹⁴⁸ *Tirmizî*, Şehadet 3; Ayrıca bkz. İbn Hacer el-Heytemi, *İslâm'da Helal ve Haramlar "Büyük Günahlar"*, trc. Ahmet Serdaroglu; Lütfi Şentürk, İstanbul 1981, 576-580.

¹⁴⁹ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadir*, VI, 2; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, IV, 426; Derrir, *eş-Şerhu's-Sağir*, IV, 238; Zuhayli, *Ansiklopedi*, VIII, 155; Bilmen, *Kamus*, VIII, 118; *Mecelle*, mad. 1684; Atar, *"Şahitlik"*, *Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV, 180.

d. Bülüğ

e. Adalet¹⁵⁰

f. Göz, dil, kulak duyularının sağlam olması¹⁵¹

3. Şahitlerin Şehadet Ehliyetini Kaybetmeleri

Şahitlerde bulunması gereken özelliklere bakıldığında, bir kısmının bizzat hakimın müşahedesi ile görülebileceği, bir kısmının ise, bir anlık müşahede ile anlaşılamayacağı açıktır. Örneğin, şahsın adalet şartını haiz olup olmadığının anlaşılması mutlaka bir başka şahsın şahidi tezkiye¹⁵² etmesine bağlıdır.

İslâm hukukçuları, şehadet ehliyetinin, davanın karara bağlanması sonrasında ve cezanın infaz edilmesi anında şahitlerde bulunmasının gereğini tartışmışlardır. Bu konudaki görüşler şöylece tasnif edilebilir:

a. Mahkeme sonrasında şahitlerde şehadet ehliyetinin mevcudiyeti şart değildir. Bu halde şahitlerin özelliklerinden adalet dışındakilerden birini kaybetmeleri cezanın infazına mani değildir.

Bu, Hanefiler dışındaki cumhurun kabul ettiği görüş olup, Hanefilerden Ebu Yusuf da buna katılmaktadır.¹⁵³

b. Cezanın infazına kadar şahitlerde bulunması gerekli özelliklerin devamı şarttır. Çünkü cezanın infazı davanın bir parçasıdır. İnfaz öncesi taraflarda veya delilde vuku bulacak herhangi bir arıza mahkeme kararını etkileyecektir.

Bu, Hanefilerin kabul ettiği bir görüştür¹⁵⁴. Onlara göre, örneğin, şahitlerden biri infaz öncesinde zina etse, fasık olsa, irtidat etse veya dilsizleşse, suçludan had cezası düşer.

Cumhurun görüşünün daha makul olduğu söylenebilir.

¹⁵⁰ Şahidin adil olması, iyiliğinin kötülüğünden çok olması demektir. Bu da, büyük günahlardan kaçınmak ve küçük günahları işlemeye ısrarlı olmamakla mümkündür. Adalet tanımı için bkz. İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 598; Bilmen, *Kamus*, VIII, 130; Bayındır, *İslâm Muhakeme Hukuku*, s. 152.

¹⁵¹ Şahidin özellikleri ile ilgili olarak bkz. *Tirmizî*, Şehadet 2; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 454; Kasani, *Bedayi*, VIII, 11; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-kadir*, VI, 2, 10; Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s. 193; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 130.

¹⁵² Şahitlerin tezkiyeleri ile ilgili olarak bkz. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, IV, 391.

¹⁵³ Sehnun, *el-Müdevvene*, IV, 399, 413; Kasani, *Bedayi*, VII, 59; Derdir, *eş-Şerhu's-Sağir*, IV, 253 (Yalnız içki ile şehadetin nakzolacağını söyler); Bilmen, *Kamus*, III, 225; Zuhayli, *Ansiklopedi*, VII, 358.

¹⁵⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 50, 114; *Fetavayi Hindiyye*, II, 146.

4. Şahitlikten Dönme

İslâm hukukunda, cumhurun kabul ettiği prensibe göre, şahitlerin şهادeti ile dava hakkında hüküm verildiğinde, şahitlerde oluşacak herhangi bir değişiklik bu kararı etkilemeyecektir. Buna göre, davanın hükme bağlanması sonrasında, şahitlerin önceki şهادetinden dönmelerinin hükme etkisi yoktur.

Mali hak davaları ile ilgili yerlerde, bu kural geçerli olmakla¹⁵⁵ birlikte, cezalarla alakalı davalarda yargıdaki şüpheyi tamamen gidermek amacıyla, bu ilke uygulanmamaktadır. Çünkü şüphelerle mali davalarda hüküm verilebilmekte ise de, ceza davalarının şüphelerle düşürülmesi benimsenmiş olup, bu husus nasslarla teşvik edilmiştir.

Buna göre durum şu şekil arz etmektedir.

a. Ceza davaları olan içki, zina, hırsızlık, zina iftirası gibi suçlarla ilgili davalarda şahitlik yapanlar, karar sonrasında, ceza infaz edilmeden şahitliklerinden dönseler, davaya şüphe karıştığı için, had cezası düşer. Hatta ceza infaz edilirken bile, şahitlerin dönmeleri ile kalan had cezası düşmelidir.

Bu, İslâm hukukçularının çoğunluğunun kabul ettiği bir görüştür¹⁵⁶.

b. Şahitlerin şهادetlerinden dönmeleri, verilen kararı etkilemeyip, bu halde hükmün infazına ve şahitlik yaparken verdikleri ifadeden dönenlerin cezalandırılmalarına hükmedilir.

Bu, malikîlerin kabul ettiği görüşlerden biridir¹⁵⁷. Ebu Hanîfe'den de böyle bir görüş nakledilmektedir¹⁵⁸.

c. Şahitleri tezkiye edenlerin, karar sonrasında bu ifadelerinden dönmeleri şahitlikten dönmenin bir başka yoludur. Bu halde, şahitlerin şهادet ehliyetleri kaybolmakta ve buna bağlı olarak, ehliyet noksanlığının cezanın düşmesini gerektirdiğini kabul edenlere göre, ceza düşmektedir.

5. Şahitlerin İnfaz Sırasında Hazır Bulunmamaları

İslâm hukukçuları, cezanın infazı esnasında şahitlerin o mecliste bulunmalarının gereğini tartışmışlardır.

¹⁵⁵ Bkz. Nevevi, *el-Minhac*, IV, 456; *Mecelle*, mad. 80, 1729; Ali Haydar, *Dürru'l-hükkam*, IV, 408.

¹⁵⁶ Maverdi, *el-Havi*, XIII, 235; Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 186; Serahsi, *el-Mebhut*, IX, 47, 63, 169; el-Mağzi, *Mevahibü'l-celil*, VI, 200; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 456; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 204.

¹⁵⁷ Derdir, *es-Serhu's-Sağir*, IV, 294, 297; Desuki, *Haşiye*, IV, 207.

¹⁵⁸ Cebir, *Sukutu'l-ukubat*, I, 207.

a. Bütün cezaların infazında şahitler hazır bulunmalıdır. Şahitlerden birinin cezanın infazı esnasında mecliste hazır bulunmaması ile had düşer.

Bu, Hanefilerin çoğunun benimsediği görüş olmakla birlikte, Ebu Yusuf görüşe iki yönden itiraz etmektedir¹⁵⁹. Birincisi, recm dışında şahitlerin infazda hazır bulunmalarının gerekmediğidir ki Muhammed'de bu görüşüne katılmaktadır. İkincisi ise, ölüm ve kayıp hali gibi sebeplerle şahitlerin recmin infazında hazır bulunmamaları cezayı düşürmeyecektir¹⁶⁰. Sonraki dönem alimlerinden oluşan Fetavayi Hindiyye'yi hazırlayan komisyon¹⁶¹ Ebu Yusuf'un görüşünü tercih etmiştir.

b. Cezaların infazında şahitlerin bulunması şart değildir.

Bu, Şafii¹⁶² ve Hanbelilerin¹⁶³ görüşüdür. Hanefilerden imameyn, recm dışı cezalarda bu görüşe katılmakta olup mezheplerinde fetva da bu görüş doğrultusundadır¹⁶⁴. Ancak recm cezasında İmam Muhammed, Ebu Hanife'nin görüşüne katılmaktadır. Yani, recm cezasında şahitler mutlaka bulunmalıdır. Çünkü ilk taşı atacak olan onlardır¹⁶⁵.

6. Şahitlerin Cezayı İnfaza İştirakten Kaçınmaları

Bu madde Hanefilerin çoğunluğunun görüşünü yansıtmaktadır.

İslâm hukukçuları arasında yalnız Hanefiler, şahitle ispatlanmış zina suçu için had icra edilirken, şahitlerin mutlaka bulunmalarını ve ilk taşı atmalarını gerekli görmüşlerdir. Bu işten kaçınmaları halinde, yargılamada bir şüphe oluşacağından ceza infaz edilmeyecektir¹⁶⁶.

Bu tavrı sergileyen şahitlere zina iftirası cezası da verilmeyecektir. Çünkü cezanın infazına iştirak etmemek şehadetten dönme anlamına gelmez. Belki şahıs, ruhen böyle bir eyleme katılmaktan etkilenmektedir. Bu halin bile cezanın düşürülmesi yönünde değerlendirilişi, İslâm hukukçularının şüphe kavramını, uygulamaya yansıtmada ne kadar hassas olduklarını göstermeye kafidir.

¹⁵⁹ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 169; Meydani, *el-Lübab*, III, 184.

¹⁶⁰ İbrahim Muhammed, *Müskitâtü'l-ukube*, s. 194.

¹⁶¹ *Fetavayi Hindiyye*, II, 146.

¹⁶² Maverdi, *el-Ahkâm*, s. 371; Nevevi, *el-Minhac*, IV, 152.

¹⁶³ Ebu Yala, *el-Ahkâm*, s. 265.

¹⁶⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 169.

¹⁶⁵ Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 51, 169.

¹⁶⁶ Kuduri, *el-Muhtasar*, III, 184; Serahsi, *el-Mebsut*, IX, 51; *Fetavayi Hindiyye*, II, 146.

SONUÇ

Bu araştırmamız ile, İslâm ceza hukukunda , mahkeme kararı sonrası cezaların düşme nedenlerinden yirmibeş kadarını tespit etmek mümkün olmuştur.

Cezaların düşme nedenlerinin büyük bir kısmını yargı kararı sonrasındaki şüpheler oluşturmaktadır. Bu şüpheler, hep suçlu lehine değerlendirilmiştir. Böylece, "hadleri şüpheli durumlarda düşürün" emri en geniş şekliyle uygulama alanında icra edilmiştir.

Birçok yerde, davacı ile davalının anlaşması cezaların düşme sebebi olmuştur. Özellikle şahsi haklarda, bir bedel karşılığında veya meccanen tarafların anlaşmalarını belirten her durumda, mahkemedeki davanın düştüğüne ve bunun sonucu olarak da cezaların infaz edilmediğine şahit olduk.

İslâm ceza hukukunda öngörülen cezaların, daha ziyade, suç işleme niyetinde olanlar için caydırıcı özellik taşıdığı, bu cezaların infazının ise hayli güç olduğu anlaşılmıştır. Bu husus, İslam'ın cezalandırmayı hedeflemediğini, ancak cezaları suçların engellenmesi ve şahısların terbiye edilmesi için bir araç olarak gördüğünü bir daha teyit etmiştir.

Mahkeme kararı sonrasında bile, bu kadar değişik yolla cezaların düşebileceğini kabul eden İslam'ı, sırf cezalandırma felsefesi üzerine kurulmuş bir din olarak göstermenin, en azından vakiya uymadığı görülmüştür.

Her yerde adaleti emreden İslâm, suç ile cezası arasındaki adaletin teminine dikkat çekmiş, toplum huzuru için, ıslahı mümkün olmayan bir kısım kural tanımaz insanların cezalandırılmalarını rahmet olarak değerlendirmiştir. Nitekim vücudun selameti için bazen, kanser olan organın kesilmesi en doğru yol olmaktadır.

Bu haliyle İslâm ceza hukuku, suçlunun cezadan kurtulması için hayli alternatifler içermekte, anlaşma kapısını infaz anına kadar açık tutmakta ve onda bir oldu bitti ile insanların cezalandırılmalarını engelleyen pek çok sebep bulunmaktadır.

İslâm ceza hukukunda, ceza vermede inisiyatif kullanma yetkisi hakimden çok hak sahiplerine verilmiştir.

Şüphelerle cezaların düşürüldüğü durumlarda bile, mağdur insanların hakları teminat altına alınmış, mutlaka hakların sahiplerine iade edilmeleri sağlanmıştır.

Ceza hukukunda bile, insanlar için anlaşarak cezadan kurtulma yollarını açık bırakan Yüce Allah, kulları için her zaman merhametli ve bağışlayıcı olduğunu göstermiştir.