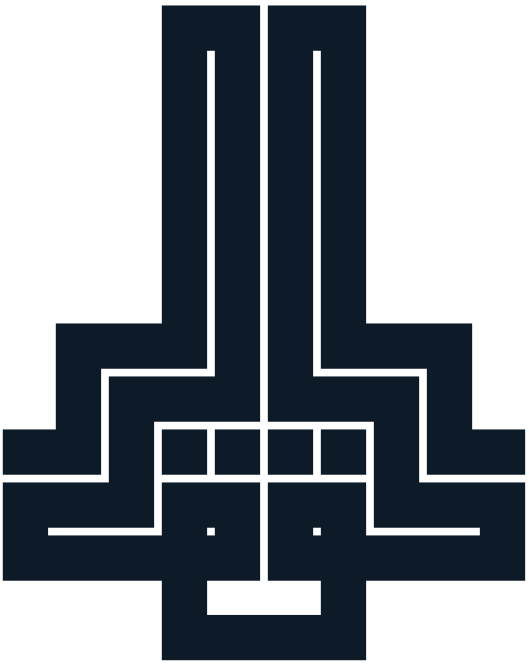
İSLAM CEZA HUKUKU



ISLAMIC CRIMINAL LAW

القانون الجنائي الإسلامي

Editörler
Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ

Yayına Hazırlayan
Av. Ahmet AKCAN

İSLAM CEZA HUKUKU | ISLAMIC CRIMINAL LAW | القانون الجنائي الإسلامي

TEBLİĞLER KİTABI I CİLT 1 I VOLUME 1 I كتاب ١

Yayına Hazırlayan I Publisher I مالك الامتياز
Av. / Att. Ahmet Akcan

Editörler I Editors I المحررين
Prof. Dr. Refik Korkusuz
Prof. Dr. Abdurrahman Eren

Editör Yardımcıları I Deputy Editors I مساعد المحرر
Doç. Dr. Mehmet Bilen
Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır
Yrd. Doç. Dr. Esra Alan Akcan
Arş. Gör. Ömer Temel
Arş. Gör. Mevlüt Göl
Arş. Gör. Volkan Aslan
Evren Soyuçok

Kitap ve Kapak Tasarımı I Book & Cover Design I التصميم
Utku Aydın

Kapak Hattı (El Hak) I Caligraphy I خط اليد
Ali Hüsrevoğlu

Tashih I Rectification I التصحيح
Dr. Mahmoud Naassan
Lakhdar Elguaizi
Evren Soyuçok

Yayın I Publisher I النشر

LALE YAYINCILIK

Baskı I Print I الطباعة
Gök Matbaacılık
Sertifika No: 33157

TAKIM ISBN **978-605-84443-7-9**
ISBN **978-605-84443-8-6**

Tarih ve Baskı Adedi I Date & Print Run I عدد الطبعة التاريخ
Nisan 2017 - 3000 Adet

BU KİTAP 30 NİSAN - 3 MAYIS 2015 TARİHLERİ ARASINDA ANTALYA'DA DÜZENLENEN İSLAM CEZA HUKUKU ULUSLARARASI SEMPOZYUMUNDA SUNULAN TEBLİĞLERDEN OLUŞMAKTADIR. KİTAPTAKİ METİN VE FOTOĞRAFARIN TAMAMININ VEYA BİR KISMININ ELEKTRONİK, MEKANİK, FOTOKOPİ VEYA HERHANGİ BİR KAYIT SİTEMİYLE ÇOĞALTILMASI YAYIMLANMASI VE DEPOLANMASI YAZILI İZNE TABİDİR.

Yrd. Doç. Dr. / Assist. Prof. Dr. Nazım Büyükbaş[1]

أ. م. د. نازم بويوكباش[١]

İSLAM CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN VE KAMU VİCDANININ TESKİNİ

TRANQUILISING THE VICTIM AND THE PUBLIC CONSCIOUS IN THE ISLAMIC CRIMINAL LAW

تسكين نفس الضحية والضمير الإجتماعي في القانون الجنائي الإسلامي

1 Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Gaziosmanpaşa University, Department of Basic Islamic Sciences, Section of Islamic Law.

١ جامعة غازي عثمان باشا، دائرة العلوم الإسلامية الأساسية، قسم الشريعة الإسلامية

Dünya yıkılsa da bırak adalet yerini bulsun. (Fiat justitia, pereatmundus)
Dünyanın yıkılmaması için bırak adalet yerini bulsun (Fiat justitia, ne pereatmundus)

Giriş

İnsan âdil bir dünyada yaşamak, hak ettiğini almak ister ve adaletsizlikten şikâyet eder. Adâlet düşüncesi, insanın çevresini dengeli bir biçimde algılamasına ve sağlıklı bir iletişim kurmasına olanak verir. "Ne ekersen onu biçersin, etme bulma dünyası, hak yerini bulur" gibi atasözleri ve deyimler "Âdil Dünya İnancı"nın sonucudur.[1] İnsan, adaletin olmadığı bir dünyada mutlu ve huzurlu olamaz. Adalet duygusunu etkin kılan da "adaletsizlik duygusu'dur. Doğrudan veya dolaylı olarak adaletsizce bir eylemin etkisini gördüğünde, işittiğinde veya okuduğunda insan adalete sarılmaktadır.[2]"suçlunun hak ettiği cezayı görmesi" düşüncesi, adalet ve adaletsizlik anlayışının sonucudur. Bu nedenle amaçları arasında adalet olmayan bir hukuk sistemi düşünülemeyeceği gibi, İslam Hukuku'nda da adâlet önemli yer tutar.

İnsan, sadece kendisine karşı haksız muameleye karşı adaletsizlik duygusuyla hareket etmez, aynı zamanda haksızlığa maruz kalan kişiyi savunduğu gibi, kendisini onun yerine de koyup tepkisini gösterir ki bu, kamu vicdanı denen adaletsizlik duygusunun toplumdaki sesidir. Bu nedenle, adalet sadece mağdurun uğradığı zararın telafisi değil, aynı zamanda toplumun da temel beklentisidir. Çünkü toplum vicdanı, suç doğrudan kendisine yönelik olmasa bile, işlenen suçu aynı zamanda ortak değerlere karşı saldırı olarak kabul eder. Her mağdurun, bir ailenin ve sosyal bir grubun ferdi olduğu düşünülürse, suçun etkisinin mağduru aşıp topluma da sirayeti kaçınılmazdır. Bunun neticesinde ise adaletsizlik duygusu kamu tepkisine dönüşür. Nitekim Kayseri'de, 21 Eylül 2009 Ramazan Bayramı'nda üç masum çocuğu öldürüp birine de tecavüz eden caninin linç edilmek istenmesi, Özgecan cinayeti sonrası yaşananlar ve benzeri durumlar, caydırıcı cezaların önemi kadar, belki ondan daha fazla, toplumun suça karşı nefret duygusunun doğal ve güçlü bir duygu olduğunu göstermektedir.[3] İdam düşüncesi, kamunun vicdanı iken "5-10 yıl yatar, bir af ile çıkar" ifadeleri ise, adalet sistemine olan güvensizliğin beyanıdır. O halde, kamu vicdanının/kamusal adaletsizlik duygusunun[4] ve mağdurun teskini için adalete uygun olmayan hükümlerden kaçınmaktan daha önemli olan şey, adalete uygun hükümleri tespit etmek ve uygulamaktır.

İffete iftira suçunun mağdurun kendisi kadar aile fertlerine de huzursuzluk vermesi, bir mahallede yaşanan soygundan tüm mahalle halkının korku yaşaması, öldürülme sonucu mağdur olan maktul kadar ailesinin de zarar görmesi kamunun adaletsizliğe tepkisini gösteren örneklerdir. Ancak bu tepki, tabandan tavana her kademede karşılığını bulursa, adaletli kararların alınması kaçınılmaz olacaktır.

1 Sibel Kılınç, Fuat Torun, Adil Dünya İnancı, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry* , 2011; 3(1):1-14. Tuba Dik, Atasözlerinde Adil Dünya İnancı, *Milli Folklor*, 2010, yıl 22, sayı 28, s. 28-29.

2 Mustafa Tören Yücel, Adaletsizlik Duygusu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem/Sayı: 1992/4, s. 546-547

3 İlgili yorumlar için bk. http://forum.memurlar.net/konu/1211322/

4 Yücel, s. 551

Aksi halde adaletsizliğe karşı tepkiler sadece anlık linç girişimleri ve öfke kusmaları olacaktır. Bu ise, Kuran'ın yasakladığı bir tutumdur.[5]

Günümüzde suçun mağdurunun devlet olduğu anlayışıyla beraber, asıl mağdurun durumu cezalandırmalarda göz ardı edilmektedir. Ceza hukuku toplumsal barışı korumak, mağduru ve uğradığı zararı göz önünde bulundurmak zorundadır.[6] Mağduru ve toplum vicdanını rahatlatmayan, "Adâlet yerini buldu." hissi uyandırmayan hiçbir ceza amacına ulaşmayacaktır. Halk arasındaki "Ateş düştüğü yeri yakar." sözü, suçtan zarar görenin mağduriyetini ifade ettiği gibi, ateşin düştüğü yerden söndürülmesi gerektiğini de ifade eder ki bu da, mağdurun teselli edilmesidir. Artık her suçun mağduru devlettir anlayışı yerine, mağdur ve uğradığı zararı esas alan anlayışlara ışık tutacak, İslam Ceza Hukuku çalışmaları arttırılmalıdır.

Mağdurun zararı karşısında cezaların oranına bakıldığında, suça uygun adaletli cezalar verilmediği, kamunun ortak düşüncesi halini almıştır. Mağdur ve toplum suçların karşılığının verilmediği ya da suça denk bir karşılık verilmediği duygusuna kapıldığında hukuka güven sarsılacak, insanlar kendi adaletlerini kendileri arama yoluna gidebilecektir ki bu da, daha büyük sorunlar doğuracaktır. Bu durumda ise kişi, mağdur iken suçlu olacak ya da mağduriyeti ikiye katlanacak, toplumun erdem sahibi fertleri ise, aynı suçlara maruz kalabilecekleri endişesi ile mağdur edileceklerdir.

Ceza, insanlar arasında adaleti tesis vasıtalarındandır. Menfi adalettir. Cezalandırma olmasa, yasaları ihlal eden ile etmeyen, suçlu ile mağdur bir kefeye konmuş olur. Yeryüzünde denge salih kulların aleyhine bozulmuş olur. "Yoksa, iman edipsalih (erdemli ve düzgün) işler yapanları, yeryüzünde bozgunculuk yapanlarla bir mi tutacaktık! Yahut günah işlemekten sakınanları günaha batanlar gibi mi sayacaktık!"[7] ayeti de suça uygun cezanın adalet olduğuna işaret eder.

Adâlet sınırları içinde mağdurun ve kamunun "adaletsizlik duygusu"nun teskin edilmesi, insan tabiatında bulunan intikam duygularının yatıştırılmasına yöneliktir. Bu sebeple çalışmamızın ilk kısmını, adalet ve mağdurun teskin edilmesi arasındaki ilişkiye ayırırken, ikinci bölümde, özel olarak cezalar ile mağdur ve kamu vicdanının teskin edilmesi konusuna ayıracağız.

1. Adâlet Kavramı

> Adâlet deyince akla hukuk gelmektedir. Adâlet hukukun ana kavramıdır. Ceza alanı ve yaptırımları ile ilgili adâlete "ceza adâleti"; ceza alanı dışında kalan hukuk alanı ve yaptırımları ile ilgili alana da "hukukî adâlet" denir. İlişkilerde denge sağlanması, karşılıklı bir düzenin oluşturulması hukuk adâletinin görevidir.[8]

Adâlet kavramı genel olarak, "Bir şeyi yerli yerine koymak" şeklinde tarif edilmektedir. Aynı zamanda adalet, "dosdoğruluğu zihinde kesinlikle yer etmiş, sabitleşmiş şey" ve "cevr" in (zulüm) zıddı" anlamındadır.[9] Adaletle yakın anlamlı diğer ifadeler; kıst, kasd, istikâme, vasat, nasib, hisse, mizân gibi

---

5 Mâide, 5/8.

6 Veli Özer Özbek, "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi,* S. 2, Sonbahar 2004, s. 116 dan naklen Olgun Değirmenci, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 34.

7 Sa'd,38/28.

8 Anıl Çeçen, *Adâlet Kavramı*, 2. baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s. 31-32; Şükran Balıkkaya, "Kuran'da Adâlet Kavramı", Uludağ Üniversitesi SBE, Bursa 2005 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 56.

9 Ebu'l-FadlCemâluddîn Muhammed b. Mükrim ibn Manzûr, *Lisânûl-Arab,* Dâru'l Lisanu'l-Arab, Beyrut 1956., XI, 430-43 ; Mecdüddin Muhammed b.Ya'kub el-Firuzâbâdî (817/1415),*el-Kâmûsu'l-Muhît, 7*. baskı, Daru'l-Fikr, Beyrut 1999, VI, s. 23.

kavramlardır.[10] Arapça 'da adâlet kavramının zıddı, cevr kavramıyla ifade edilir. Bu kelimenin de küçük farklılıklar olmakla birlikte, eş ve yakın anlamlıları; zulm, tuğyan (despotluk), meyl, inhirâf (sapma)'dır.[11]

Bir haksız fiile ceza tayin edilirken, ileride elde edilecek bir menfaate bakılmayacağını savunan adalet anlayışını esas alan Alman filozofu Kant'tan[12] asırlar önce, Zâhirî fıkıh ekolünün büyük ismi İbn Hazm bu ilkeyi ısrarla savunmuştur. Çoğu İslam fakihinin aksine, İbn Hazm'a göre maslahatların korunması veya zararların uzaklaştırılması esasına dayalı faydacı-caydırıcı adalet anlayışı, cezanın temel felsefesi olamaz.[13] Allah bir şey yaptığında, kullarının maslahatı için değil, dilediğinin ıslâhı, dilediğinin fesadı, dilediğinin faydası, dilediğinin kötülüğü için yapar ve yaptığından sual olunmaz.[14]

İbn Hazm, hadlerin red'/caydırıcılık için olduğunu söyleyenleri yalancılıkla itham eder ve "Eğer dedikleri gibi olsaydı ölüm cezasında af caiz olmazdı, halbuki hırsızlık ve zinâ suçlarında af yokken adam öldürene af vardır." diye itiraz eder.[15] Suç ve cezanın denkliğini çalışan Suat Erdoğan da af ve uzlaşmanın genel ve özel önlemeye hizmet etmediği gibi, korunması öngörülen maslahatların gerçekleşmesine de katkı sağlamadığını dolayısıyla; af ve uzlaşmanın öncelikli olduğu bir sistemde cezanın caydırıcılığından söz edilemeyeceğini tekrarlar.[16] İbn Hazm, "sıfatu'd-darb / vurmanın niteliği" bölümünde, hadlerin caydırma için konulduğunu söyleyenleri ayıplamaktadır. Ona göre "Allah, sadece ahiret konusunda caydırıcılıkta bulunmuştur, hadlerde ise dilediği gibi hüküm koymuştur. Hadlerin caydırıcılık için olduğunu bize haber vermemiştir. Eğer hadler caydırıcılık için olsaydı, bin kırbaç cezası yüz, seksen ve elli kırbaçtan daha caydırıcı olurdu. İki eli, iki ayağı kesmek de bir eli kesmekten daha caydırıcı olurdu. Din konusunda isimlendirme Allah'a aittir, kullara ait değildir."[17] O, "Allah yaptığından sorulmaz" ayetini delil getirerek Allah'ın bu işi şu nedenle yaptı diye bir nas mevcud olmadıkça da öne sürülen illetler ve sebepler geçersizdir[18] der. Bu anlayışa göre, cezanın asıl sebebi, ödev duygusuna aykırı davranmaktır. Asıl ceza, her türlü fayda mülahazasından uzak, adâletin gerektirmiş olduğu bir fiildir.[19]

1.1. Cezanın Özellikleri ve Mağdurun Teskin Edilmesiyle İlişkisi

1. 1. 1. Cezanın Kanûniliği

Kur'an hüküm verirken hakka uymayı emreder ve keyfi davranmayı yasaklar.[20] Had ve kısas cezâları nassla belirlenmiş olup, bu cezaların bağlı olduğu suçları işleyenler için hâkimin başka bir cezâ verme yetkisi yoktur. Kânûnilik ilkesi keyfiliği önlemekte ve hukukun üstünlüğünü sağlamaktadır.[21] Hiçbir hâkim, adalet adına toplumun bir diğer üyesini kanunda öngörülmeyen cezalara çarptıramayacaktır. Bunun gibi, hâkim, kanunlarla tespit edilmiş sınırı aşmak suretiyle daha ağır bir cezaya da hükmede-

10 Balıkkaya, s. 7-9.

11 Mâcid Haddurî, *İslam'da Adâlet Kavramı*, Çev. Selahattin Ayvaz, İst. 1991, s. 22.

12 Muhammed Ebû Zehra(1898-1974), *el-Ukûbefi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Darul-Fikr, Kahire., s. 39

13 Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî el-Kurtubî İbn Hazm (456/1064), *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm* (thk. Ahmed Muhammed Şakir), Matbaatul Asıme, Kahire trs, I-VIII, VIII, s.167.

14 ibnHazm, VIII, s. 149.

15 İbn Hazm, *İhkam*, VIII, s. 1141

16 Erdoğan, Suat, "Kur'an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu", (Yayınlanmış doktora tezi), *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul 2014, s. 33,57

17 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, s. 169

18 İbn Hazm, *İhkam*, VIII, s. 1130

19 Said Mustafa Said; *Ahkâmu'l Amme fi Kânûnu Ukûbat*, s. 14.'den naklen Ebu Zehra, s. 40

20 Sad, 38/26.

21 Serahsî, *Mebsut*, IX, 36; Behnesi,*es-Siyasetü'l-Cezâiyye*, s. 342-343.

meyecektir. Zira, bu durumda kanuni cezaya bir başka ceza eklenmiş olacaktır.[22] Cezaların kanunda belirtilmiş olması ve hakimin kanunda belirtilen cezaları infaz etmesi mağdur ve toplum için destek olma anlamındadır.

Toplumun yasak fiilleri önceden bilmelerini sağlamak ve bu sayede hareketlerini düzenlemelerini temin etmek, eylemlerinin sonuçlarını önceden bilmelerine hizmet eder.[23] Bu sayede toplum kanunla belirtilen suç fiillerini işleyeceklere karşı önceden korunmuş olur. Ta'zir cezaları ile hâkimlere takdir hakkı verilmesi ise, kanunilik ilkesinin işlevini yitirmiş olmasından değildir. Bazı durumlarda birey göz ardı edilip her olaya aynı cezalar uygulansa, bu durumda adaletin gerçek anlamda tesisinden söz edilemeyecektir.[24] Ayrıca ta'zir cezalarında da bir alt ve üst sınır daima vardır.

Adâletin tesisi ve kamu vicdanının teskini için cezaların kanûni olması tek başına yeterli değildir. Kânûnların hukukî olması da gerekir. Yani cezalar suça uygun olmalı ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamalıdır. Kânûnun herkese eşit olarak uygulandığının bilinmesi ve fertlerin kânûna saygılı olarak bilinçlendirilmesi de gerekmektedir.

Kanunla belirlenen cezaların, suçun varlığı kesinleşince yetkililer tarafından geciktirilmeden süratle uygulanması da önemlidir. Nitekim Peygamberimiz, ganimet taksimi esnasında kalabalıkta kendisini aşırı derece sıkıştıran bir adamı itekleyince adamın yüzü yaralanır ve hemen oracıkta peygamberimiz "gel ve hakkını al" der ancak adam "hayır, hakkımdan vazgeçtim" cevabını verir.[25] Çünkü geciken adalet, kamunun ve mağdurun vicdanında adaletsizlik duygusunu alevlendirecektir. Günümüzde ise on dört yıl, yirmi yıl süren ve sonuca bağlanamayan, uzun yıllar sonra mağdur lehine neticelenen ancak mağdurları tatmin etmeyen davaların varlığı bilinen bir gerçektir.

Toplumu ve fertleri mağdur eden fiillerin suç olarak tespit edilmesi, bu suçlara denk cezaların verilmesi, ayrım yapılmaksızın herkese cezanın geciktirilmeden infazı, suçtan zarar gören mağduru teselli etmektedir. Nitekim halk arasında yaygın olan, "şeriatin kestiği parmak acımaz" deyişi de kanun tarafından verilen hükümlere uymak ile kendi başına ceza vermeye kalkmanın bir olmadığını gösterir. Mağdur olanın hakkı adalete uygun olan hükümlerle alındığı zaman, suçlu yakınlarının mağdura saldırması da önlenmiş olur. Suçlu da hak ettiği şekilde yaptığının karşılığını gördüğü için uygun ceza karşısında şikayet edemez.

1.1.2. Cezanın Bireyselliği

Cezânın bireyselliğinde, suçtan ancak onu işleyen ve ona ortaklık edenler sorumludur. Bu ilke Kur'ân'da "Hiçbir günahkâr başkasının günahını çekmez."[26] "Herkes kazandığının (yaptığının) karşılığında rehindir."[27] gibi ayetlerle belirtilmiştir. Suç failinin dışındakiler, aynı suçtan sorumlu tutulamaz. Kuran'da bir topluluğa olan kin ve düşmanlığın adâletten sapmaya sebep olmaması emredilir.[28] Bir kişinin işlediği suç karşısında olayla hiç alakası olmayan kişilerin cezalandırılması, toplumda yeni mağduriyetler doğuracağından, cezanın bireyselliği kamu vicdanı açısından önem arz eder. Ceza faili

22 Nedim *Bekri*, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", *Adalet Dergisi*, Sayı 38, Eylül 2010, s. 72.

23 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Cezâ Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yay,, s. 41.

24 Bekri,s. 69.

25 Ebû Davud, Diyet 15.

26 el-Fâtır 18/6; el-En'am 6/ 164; el-İsrâ 17/15.

27 el-Müddesir 74/38, et-Tûr 52/21.

28 el-Mâide 5/8.

aşıp masumlara ulaştığında, kamu vicdanı bunu zulüm olarak kabul edecektir ki, Yusuf (a.s.)'ın" (Çalınan) eşyamızı yanında bulduğumuz kimseden başkasını alıkoymamızdan Allah'a sığınırız. Kuşkusuz o takdirde biz, elbette zalim oluruz"[29] sözü de başkasının suçundan dolayı bir başkasına eziyetin zulüm olduğunu ifade eder. Zulüm ise kamu vicdanını yaralar.

1.1.3. Cezanın Genelliği

Cezânın genelliği, yani kanun karşısında herkesin eşitliği ilkesi, hiçbir zümre ve şahsa dokunulmazlık veya ayrıcalık tanımamıştır. İslâm, bütün insanların eşit olduğu, üstünlüğün ancak takvâda bulunduğunu[30], takvanın da adâleti sağlamakla gerçekleştiğini[31] belirterek, adâlet ilkesinin tesisini ve dolayısı ile kamu vicdanının tatmin ve teskinini sağlamıştır.

Cezâlar karşısında, idare eden ile idare edilen, zengin ile fakir, bilgin ile cahil arasında bir fark gözetilmemelidir.[32] Peygamberimiz, hırsızlık yapan soylu bir kadının elinin kesilmemesi için ashaptan aracılığa gelenlere kızmış ve geçmiş milletlerin mahvolmalarının sebebinin bu ayrım olduğunu ve kızı Fatıma bile olsa, aynı cezâyı ona da tatbik edeceğini söylemiştir.[33] Bu tavır yargıya güven konusunda önemlidir ve kamu vicdanının beklediği şeydir.

Bir sefer esnasında, sebepsiz yere sırtına kırbaçla vurduğu gerekçesiyle kendisinden kısas talep eden sahabesine Peygamberimiz, hemen kırbaç getirilip kendisine aynı şekilde vurulmasını söyler. Ashabının araya girip davacıdan cezayı kendilerine uygulamasını istemelerine rağmen davacı vazgeçmez. Resulullah da ashabına kendi yerine cezayı üstlenmek istemelerine rağmen buna izin vermez ve ceza için sırtını açar. Sahabe, niyetinin ceza vermek olmadığını, Peygamberlik mührünü öpmek niyetinde olduğunu açıklar. Bu tavrıyla peygamberimiz, kendisinden sonra gelecek devlet yöneticilerine ve adalet sorumlularına, kimsenin yargı önünde ayrıcalığı olmadığını en etkili şekilde bizzat gösterir.[34] Bu ilke, suçlu kim olursa olsun bir fiilden mağdur olanların hakkını almasına destek vermektedir.

Hz. Ebubekir de devlet başkanı seçildiği gün şu ifadeyi kullanır: "Sizin içinizde güçlü olan kimseler, kendilerinden hakkını alıncaya kadar benim nazarımda zayıftır, içinizde zayıf olan kimseler de kendi lehlerine haklarını alıncaya kadar nazarımda güçlü kimselerdir."[35] Bu örnek davranış da kamu vicdanına seslenen ve suçluyu değil, suçtan zarar gören mağdurları önceleyen bir tutumdur.

Adil yargılanma hakkı da eşitliğin gereğidir. Kur'an, bir topluluğa olan düşmanlığın adaletten sapmaya sebep olmamasını,[36] emrederken, peygamberimiz de hâkim olan kişinin tarafların her ikisini de dinlemeden karar vermemesini[37], yargılamanın tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini[38] söyler. Bu sayede yeni mağduriyetlerin doğması önlenir ve mağdur korunmuş olur.

---

29 Yusuf 12/79.

30 el-Hucurât 49/13.

31 el-Mâide 5/8.

32 Udeh, I, s. 631.

33 Buhârî, Hudûd 11, 12, 14, Şehâdat 8, Enbiyâ 50, Fedâilu'l-Ashâb 18, Megâzî 52; Müslim, Hudûd 8.

34 Heysemî, Alametu'n-Nübüvve 59/2.

35 ez-Zeyleî, *Tahrîcu'l-Ahâdîsi'l-Keşşâf*, II, s. 406; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 14.

36 el-Mâide 5/8.

37 Ebu Davud, Akdiye 6; Tirmizi, Ahkam 5; İbniMace, Ahkam 1.

38 Ebu Dâvud, Akdiye 2.

1.1.4. Suç ve Ceza Arasındaki Denge

Suç ile cezâ arasında makul bir dengenin bulunması adâletin gereğidir. Suç nedeniyle, hukuk düzeninin oluşturduğu denge bozulmakta ve ceza vasıtasıyla bu dengenin yeniden tesis edilmesine çalışılmaktadır. Cezalandırıcı Adâletin temelinde, suçun cezayı hak ettiği görüşü vardır.[39]

Cezâ, işlenen suç nispetinde olmalıdır.[40] Kuran'ın ceza ilkesi, cezanın suç ile orantılı olmasıdır. Kur'ân'da "Bir kötülüğün karşılığının ancak ona denk bir kötülüktür"[41],"Eğer ceza verecekseniz, size yapılanın misliyle cezalandırın…"[42] "kim kendisine verilen eziyetin dengiyle karşılık verir de sonra yine kendisine zulmedilirse, elbette Allah ona yardım eder."[43] gibi ayetlerle bu durum bildirilir.[44] Râzî de, Şûrâ sûresi40. ayetin tefsirinde bu ayetin, fıkıh İlminde, büyük bir temel teşkil ettiğini, ayetin muktezâsının, her suça dengi ile mukabelede bulunmayı gerektirdiğini, aksi halde hakları zayi olacağını söyler. Bunun toplumda şer ve düşmanlık kapılarının açılmasına, herkesin tabiatında ve yapısında, zulmetme, taşkınlık yapma ve düşman olma duyguları olduğuna işaret eder ki bu, adil ceza ile kamusal adaletsizlik duygusu arasındaki ilişkinin ifadesidir.[45] Nitekim cinayet, tecavüz gibi suçların ardından verilen kararların ardından mahkeme çıkışlarında yaşanan cinayetler, saldırılar bu görüşün isabetini göstermektedir.

Cezâ suça nispetle hafif olursa suçlu için teşvik olacağı açıktır. Günümüz ceza adaleti sisteminde cinayet ve tecavüz gibi en ağır suçlar bile kolaylıkla işlenebilmektedir. Bunun sonucu, iğne atsan yere düşmez hapishanelerdir. Af ile serbest kalanlar aynı suçu işleyip tekrar cezaevine dönmektedir. Suçla mücadelenin başarısızlığı ve suçluların hak ettiği cezayı bulmadığı vicdanların sesidir. Devlet suçluyu ıslah etmekten önce koruyucu adalet ile kişilerin mağdur olmasını önlemeli ve suç işlendikten sonra da mağduru kollamalıdır. Bir kez mağdur olmak, ömür boyu tamir edilemez fiziksel ve manevi yaralar açmaktadır. Öldüresiye darp edilen yada tecavüze uğrayan bir kadın, ömür boyu psikolojik tedavi görebilmekte, yarası iyileşse de saldırı hayatının kararmasına sebep olmaktadır. Türkiye'de yirmi bir kişinin tecavüz ettiği on iki yaşındaki N.Ç.nin tecavüzcülerinin serbest bırakılmasına tepkiler, Özgecan'ın katilleri için A. B. Bakanının "benim kızımın başına gelseydi silahı alır cazasını kendim verirdim" demesi bunun neticesidir. Suçtan birinci derecede zarar gören mağdur, yaşadığı bedeni ve ruhi acıyı suçlunun da tatmasını ister ki ceza suçun karşılığı olsun. Mağdurun ve kamunun uğradığı hak kaybı karşısında, cezaların oranına bakıldığında adaletli cezalar verilmediği kamu vicdanının ortak tepkisidir.

Cezânın, suçun doğurduğu zarara karşı aşırı olması ise zulüm ve işkence olacaktır. İki durumda da adâlet sağlanmayacak ya mağdur ya da suçlu haksızlığa uğrayacaktır. Toplumun ve mağdurun vicdanını tatmin etmeyen cezalar, cezayı kendi elleriyle vermelerine yol açacaktır. Hatta, hapishanelerdeki mahkumlardan adalet bekler duruma gelinen günümüzde, bu durum kamu vicdanını yaralamakta, adalete güveni ciddi anlamda sarsmaktadır.

İslam Ceza Hukuku'nda, vicdanların rahatsız olmaması ve mağdurun hakkının tam olarak alınabilmesi için cezâlar, suçlara münasib bir şekilde konulmuştur. Şâri'in verdiği cezalar her suç işlenen

39 Çetintürk, s. 24.

40 İbnKayyim, II, s. 150; Udeh, II, s. 17; Bardakoğlu, "Cezâ", VII, s. 475.;Has, s. 60.

41 eş-Şûra,42/40.

42 en-Nahl, /126.

43 Hac, /60.

44 el-Bakara 2/194; Udeh, II, s. 17;Bardakoğlu, "Cezâ" VII, s. 475.

45 Fahruddin Er-Râzi (606/1210) Tefsir-i Kebir Mefâtihu'l-Gayb, 3. baskı, Dâru İhya-i Türasi'l-Arab, Beyrut1999, V, s. 229.هذه الآية أصل كبير في علم الفقه فإن مقتضاها أن تقابل كل جناية بمثلها

organın telef edilmesi şeklinde değildir. O zaman harama bakan gözlerin çıkarılması, haram konuşan dilin de kesilmesi gerekirdi. Maksat sırf acı vererek korkutmak olsaydı her suçluyu suçu ne olursa olsun işkence ile öldürmek gerekirdi.[46] Ancak cezadan maksad, genel yaklaşıma göre caydırmak ve ibret aldırmak[47], suça da âdil bir cezâ olmasıdır[48].Nitekim ayette "işlediklerine karşılık bir ceza"[49] beyanı verilen ceza ile suç arasında orantı ve uyumluluk ifâdesidir. Ceza haksız fiile karşılık hak edilen bir karşılıktır.[50] "Allah'tan ibret olmak üzere" beyanı cezanın genel önleyicilik niteliğini ifade eder.[51]

Cezâ ile suç arasındaki dengeden, mal çalanın malını çalmak, ırza geçenin ırzına geçmek, ev yakanın evini yakmak anlaşılmaz. Bu tür suçlar kendi misli ile izale edilmezler. Bazen mislin itlafı değil, mislin tazmini gerekir. Mesela mal konusunda, suçlunun malını yok etmek mağdurun zararını karşılamaz. Malı telef edilmiş olarak zararıyla kalmış olur. Bu durum ise mağduru teskin etmez. Zarara zararla karşılık vermenin her durum için uygun olmadığı ve bunun cezânın amacına uygun olmayan bir mefsedet olduğu açıktır.[52] Yine benzer şekilde iffete iftira edene iftira etmek genelde iftiracıya bir ceza değil, mükafat gibi gelecektir. Bunun yerine iftiracının attığı iftira ile elde etmek istediği amaç olan makzufun kırbaçlanması ve onurunun kırılıp saygınlığını yitirmesine denk olarak kırbaç cezası alınıp şahitliğinin kabul edilmemesi ve fasık sayılması uygun bir ceza olmaktadır[53].

Suç ve cezânın denkliği hikmetinden dolayı, suçun farklılaşmasıyla cezâ da farklı olur.[54] Bu nedenle farklı suçlara aynı cezânın verilmemesi de adâleti tesis eden ve böylece ma'şerî vicdanı teskin eden bir ilkedir.[55]Bir katil ile hırsızın fiilleri ve bundan doğan zarar ayrı olduğu halde, her ikisine de eşit zaman diliminde hapis cezası yada eşit para cezası vermek ne makuldür ne de adalet duygusuyla bağdaşır. Eşkiyalık suçunda farklı terör eylemleri içeren fiillere göre farklı cezalandırmalara gidilmesi gibi bir tek suç fiilinde bile farklılıklar olabileceği unutulmamalıdır. Suçun şiddeti ve topluma olan zararı arttıkça cezanın da artması bu nedenledir.

Aynı suçlara farklı cezaların verilmesi de adalet ve maslahata aykırıdır.[56] Ceza, insanlardaki adalet algısının bozulmaması, adaletin yerine getirilmesi için gereklidir. Bu nedenle, kişiye verilen cezanın ağırlığı ile işlediği suçun ağırlığı birbiriyle ilişkili olmalıdır. Ceza sadece hasarın ödetilmesiyle alakalı olmayıp toplumun adalet algısıyla ilişkili bir gerekliliktir.[57]

Kısacası cezaların suça uygun olmayışı, hakkaniyetten uzak olması kamunun ve mağdurun adaletsizlik duygusunu tatmin ve teskin etmemektedir. Suç ve ceza uygunluğu mağdur ve kamu vicdanını teskin yanında suçluya da itiraz yolu bırakmaz. Çünkü, cezayı suç belirlemekte ve suçlu kendi yaptığı ile cezalandırılmaktadır.[58] Suç ve ceza arasında uygunluk olursa, ancak o zaman mağdur ve kamu

---

46 İbnKayyim, *İlamu'l-Muvakkıiyn*, II, 80

47 Serahsî, *Mebsût*, XXVI,135.;İbnKayyim, *İ'lamulMuvakkıiyn* , II, s. 73.

48 İbnTeymiyye, *Dekaiku't-Tefsir*, 2.baskı, MüssesetuUlûmu'l-Kur'ân, Şam 1404 h., I-III, II, s. 45.

49 el-Mâide, 5/38.

50 Cessas, IV, s. 83.

51 Râzi, Tefsir, III, s. 104.

52 İbnKayyim, *İlamu'l-Muvakkıîn*, II, s. 80 مقابلة الإتلاف بمثله في كل الأحوال مفسدة

53 Suat Erdoğan, s. 149-153

54 Alâeddin Ebu Bekr b. MesûdKâsânî , *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi'ş-Şerâi'*, 2. baskı, Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, Beyrut 1986/1406, VII, s. 93

55 İbnKayyim, *İlamu'l-Muvakkıîn*, II, s. 73-77, 115-124.

56 İbn Kayyim, *İlamu'l-Muvakkıîn*, II, s. 79

57 Yasemin Abayhan, "Suçlunun Cezalandırılmasına İlişkin Adalet Algısında ve Suçluya Yönelik Duygularda Suçlunun, Mağdurun ve Suçun Niteliklerinin Etkisi", Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 3.

58 Suat Erdoğan, s. 67

vicdanı "hak yerini buldu" diyecektir. Bu sayede toplumun öfkesi dinecek ve teskin olmuş toplum ya da mağdur ve mağdur yakınları intikam duygusu ile haddi aşan saldırganlıklar yapmayacaktır.

1.1.5. Cezanın İnsan Haysiyetine Uygunluğu

İslâm zorbalığa rızâ göstermez.[59] Sünnette "Ganimette ihanet yapmayın, ahitleri bozmayın, insanları, kulak-burun kesme, yüz dağlama ve göz oyma şeklinde cezalandırmayın" buyrularak işkence yasaklanmıştır.[60] Hadîs kitapları Müslümana zulüm ve işkence yapılmaması bölümleri ayırarak bu durumu özellikle ele almışlardır.[61] Müslümana, gayr-i müslime[62], kuduz bir köpeğe bile işkence yapmak yasaklanmıştır.[63] İster cezâ olarak öldürme olsun, isterse bir kurbanı boğazlama olsun yapılan işin ihsan duygusuyla en güzel yolla yapılması emredilmiştir.[64] Suçluya duyulan öfke ne olursa olsun sağduyulu olmak emredilmiştir.[65] Tüm bunlar kamu vicdanında suçluların da mağdur kadar korunduğunu hissettirmek ve intikam duygusuyla adaleti çiğnememeye yöneliktir.

İnsanların kanları, malları, ırzları korunmuştur. Cezâda suçluya zulmetmek amacı yoktur.[66] Bu sebeple işkence ile suçu itirafa zorlamak yoktur.[67] İnfaz esnasında suçluyu aşağılayıcı hakaretler yapılamaz.[68] İşkence, sanığın özgür iradesine dayanmayan beyanı doğurduğundan hırsız olduğunu itiraf eden bir kişi kendisine had uygulanması için Hz. Ömer'e getirildiğinde, Hz. Ömer, suçu yakinen sabit olana kadar zanlıya cezânın uygulanmamasını emretmiştir.[69] Çünkü suçu ikrarda rıza şarttır. İkrah ile gerçekleşen ikrar delil olarak kabul edilemez.[70] Adâlet için bile olsa, insan onurunun rencide edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Yine O'nun idarecileri dayak ve haklara engel olmaktan sakındırıcı talimatları insanlık onurunu rencide ile adâletin gerçekleşemeyeceğini ve ceza veriyorum diye zulme varan uygulamalara gitmenin kamu vicdanını yaralayacağını gösterir.[71] Bununla beraber İslâm Cezâ Hukuku'ndaki bedenî cezâların insanlık onuruyla bağdaşmayacağı ve çağ dışı olduğu iddiaları sürekli gündeme gelmektedir. Bu engizisyon mahkemelerinin ve batıdaki işkencelerin karşısında hümanizm hareketini haklı gösterebilir. Belki İslam dünyası içinden de bu itirazları yapanlar, bedenî cezâlar yerine daha insani olarak görülen hapis cezâsını önererek İslâm'a yöneltilen ithamlardan onu korumaya çalıştıklarını düşünmektedirler. Oysa hapishanelerin gizli dayak ve işkence gibi kötü muamelelere zemin oluşturması, aileleri perişan etmesi bu cezalardan geri kalır değildir.[72]

Cezadan amaç, suçluya yaptığı kötülüğün karşılığını vermek ve kötülüğün yayılmasını önlemektir. İslâm'daki hadd cezaları, insanlık suçu gibi takdim edilirken, toplu bir kıyım ve işkence yapılıyor imajı çizilmektedir. Oysa sonuçları umursanmadan, en ağır suçların çok rahat bir şekilde işlendiği günümüzde, suçluların şiddet ve zulmünden ortaya çıkan vahşetin suçludan yana olarak görmezden

---

59 el-Gâşiye 88/22

60 Müslim Cihad 3; Müslim, Cihadve's-Siyer 33/2.

61 Müslim, Adab 10 / 46.

62 Ebû Davud, İmare 33. , Harâc 31-33 (3052);

63 Heysemi, MüsleyiNehy 1.

64 Müslim, Sayd 57, hadis no: 1955, 3/1548.

65 el-Mâide, 5/8

66 İbn Hazm, *Muhallâ*, XII, s. 39.

67 İbn Receb,*Câmiu'l-Ulûm* I, s. 383.

68 Ahmed b. Hanbel, hadis no: 4168; Buhari, Hudûd 4, 5; San'ânî, Subulu's-Selâm, IV, s. 9.;Dihlevî,ter. II, s. 522-523.

69 İbn Hazm, Muhallâ, XII, s. 40.

70 Mecelle, Mad. 1575.

71 Ebû Yusuf, I, s. 115.;Beyhakî, Eşribe 33, hadis no: 18364;

72 Erturhan, *İslam Cezâ Hukuku*, s. 249-255

gelinmesi doğru değildir.[73] Hakkında had, kısas ya da ta'zîr cezâsı bulunan her suç da mefsedet olup neticede bir maslahata zarar verir ve topluma tesir eder. Mesela bir mahallede işlenen bir cinâyet, sadece mağduru ve yakınlarını değil, tüm mahalleyi etkiler ve onları tedirgin eder.[74]"Suç Korkusu" artık ciddi boyutlardadır.

İslam Ceza Hukuku'ndaki bedeni cezaların insan onuruna aykırı ve adâletsiz olmakla suçlanması şu noktadan da eleştirilebilir: Şari'nin, mükellef kılmaktan maksadı maslahat olsa da, yükümlülüğün yerine getirilmesi esnasında doğacak olan mefsedetler amaçlanmamıştır.[75] Bu nedenle cezâlarla suçluya elem verilse de maksat işkence etmek değildir. Hekimin hastaya acı ilaçlar vermesi, kangren uzvu kesmesi, çürük dişi çekmesi, hastasının istediği yemekleri yedirmemesi ve benzer hallerde hastasına görünüşte sıkıntı verse de bunlar hastanın iyiliğini istemediği anlamına gelmez. Evladını sevmesine rağmen baba, evladını ona olan merhameti sebebiyle terbiye ve ıslâh eder.[76] Bunun gibi, amaç suç sebebiyle işkence etmek değildir.

Cezânın temel özelliklerinden biri de suçun büyüklüğüne göre orantılı bir sertlik içermesidir. Suçun meydana getirdiği fesadın büyüklüğü oranında cezaların şiddetide artmaktadır.[77] Nitekim Kur'ân cezâlardan bahsederken cezâ[78] ve azab[79] kelimelerini kullanır ve acıma duygusuyla cezâdan vazgeçilmemesini[80] söyler ki acıma duygusunun harekete geçmesi demek cezânın acı verici olduğunu kabul etmekdir. Suçluyu memnun edici olan ve mağdurura hatlatmayan bir hüküm elbette ceza olarak adlandırılmaya layık değildir. İslâm Cezâ Hukuku uygulanan hiç bir devlet kolsuz, bacaksız insanlarla dolup taşmamış, aksine bu caydırıcı ve suça münasip cezâların uygulanmadığı ülkelerde müeyyideler suçluları azaltmamış, hapishaneler dolup taşmıştır.[81]

Cezaların şüphelerle düşürülmesi ve hâkimin sanık lehine bir tutum izlemesi ilkesi yanında, cezânın alenî uygulanması [82], mahkemelerin bağımsız olması[83], sorgulama esnasında işkence veya tehditle ya da aç bırakılarak yapılan itirafın geçersiz olması[84], ölüm cezasında infazı en kolay ve acısız gerçekleştirme gerekliliği[85] de kamu vicdanında tatmini gerçekleştirme adına önemli hususlardır.

1.1.6. Cezanın Mağdur ve Kamu Vicdanını Tatmin Edici Olması [86]

Yukarıda geçtiği gibi suçun cezâsız kalması veya hafif bir cezâ ile geçiştirilmesi, suça teşvik ve ortaklık olup, yeni suçluların doğmasına sebep olacaktır. Suçlunun cezâsız kalması, mağdurun cezâlandırılmasıdır. Bu durum mağduru öç alma çabasına itecektir. Kul hakkının ağır bastığı suçlarda

---

73 Sabûnî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, s. 557.

74 Şükrü Selim Has, *Cezâlarda Caydırıcılık İlkesi- İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese*, Laçin Yayınları, Kayseri 2007, s. 78.

75 Şâtıbî, II, s. 52-351

76 İbnTeymiyye, *Dekâiku't-Tefsîr*, II, 45; a. mlf, *es-Sârimu'l-Meslûl*, I, s. 362

77 Cessas, V, s. 100; Karâfî, IX, s. 28; Şâtıbî, IV, s. 272; Ebû Zehra, *Ukûbe*, s. 87-95.

78 el-Nisâ, 4/16.

79 En-Nur 24/2

80 en-Nûr, 24/2.

81 EbûYûsuf, s.164; Udeh, I, s. 714.

82 İbnüıl-Arabî, III, s. 335; Kâsânî, VII, s. 60.

83 Aydın, 212

84 EbûYûsuf, s. 191.

85 Kâsânî, VII, s. 245; Behutî, V, s. 538.; Bilmen, III, s. 98.

86 Serahsî, Mebsût, XX, s. 120; Karâfî, *Zahîre*, XII, s. 351; Bâbertî, X, s. 208; İbnHümâm, X, s. 209.

İslâm öncelikli olarak mağdurun duyacak olduğu kini söndürmeyi ve mağdurun rızasını amaçlar.[87] Bu nedenle Kısas gibi hükümlerle suçlunun irtikap ettiği fiilin dengi bir cezâ verilerek aynı acıyı çekmesi sağlanmakta, tüm cezalarda suç ve cezâ arasında denklik, adâlet sağlanarak mağdur ve toplumun öfkesi giderilip kamu vicdanı rahatlatılmaktadır.[88]

Mağdurun tatmin edilmesi gâyesi, caninin uslandırılması, terbiye edilmesi gâyesinden daha önemlidir.[89] Kısas sırf zecr (engelleme) amacı için değildir.[90] Bir tercih yapılacaksa mağdurun razı edilmesi gâyesi tercih edilir. Bu durum, kısasta söz konusudur. Zira kısasta, caninin ıslâh edilmesi, uslandırılması manası, mağdurun razı edilmesi gâyesi (adâleti gerçekleştirerek kamu vicdanını rahatlatma amacı) karşısında dikkate alınmaz. Suçlunun menfaatinden ziyade mağdurun menfaati dikkate alınır.

Alimlerin geneli, kısastan maksadın sadra şifa ve öfkeyi giderme, gönlü sakinleştirme olduğunu söyler.[91] Kısasın öfkeyi giderme ve sadra şifa olması hikmetleri yanında düşmanlıktan sakındırma, suçlunun mağdura yaşattığını tattırma, insan nevinin hayatı ve bekası için meşru kılındığı belirtilir.[92] Nitekim İbn Kayyim de, kabaran intikam duygusunu ne mal ne de başka bir şeyin telafi edemeyeceğini, bedeli ödetilmediğinde sonraki nesillere bu duygunun tevârüs edeceğini söyler. Hatta ona göre,kan sahibine intikamını alıp gönüllerini soğutma ile diyet alma muhayyerliği tanındığı halde Araplar, diyet almayı, kültürel olarak bir zafiyet saymışlardır.[93]

Kazf cezâsı da kısas gibi mağduru rahatlatma ve razı etme amacıyla konulduğundan,[94] hak sahibi tarafından uygulanır[95] Hak sahibi rahatsızlık geçirirse, kendine gelinceye kadar kazf cezası ertelenir ve yakınlarına yetki verilmez. Çünkü mağdurun razı olması amacı esasdır.[96] Allah hakkı olan cezâlarda tenkil fonksiyonu esasken kul hakkı olan cezâlarda teşeffi/mağdurun tatmin ve teskini amacı galiptir.[97] Hatta kısas ve kazf cezasında mağdurun gönlünün soğutularak teskin edilmesi amacı, cezalarda gözetilen suçlunun ıslahı ve caydırıcılık gibi diğer amaçların önüne geçer.

Kamu vicdanını, suçtan mağdur olanların vicdanını rahatlatmak adaletle mümkündür. Suçtan zarar gören mağdur ve mağdurun mirasçıları, kendi başlarına gelene denk bir şekilde cezanın uygulandığını görmedikçe yürekleri soğumayacak ve öfkeleri dinmeyecektir. Kamunun ve mağdurun duygularını gözardı ederek, toplumun menfaatlerine, mağdurun kaybına uygun olmayan cezalarla onlar adına karar veren bir cezalandırma sistemi vicdanların sesi olmayacaktır. Özellikle de devletin mağdurun adına suçluyu bağışlaması mağdurda ikinci defa mağdur edildiği hissi doğuracak ve kendi adaletini temin etmek için intikam yolu arayacaktır. Mağdurun öldürüldüğü suçlarda ise, kan davaları başlayacak ve pek çok kişi mağdur durumuna düşecektir. Ağır suçlar işleyenlerin affı ile toplum da huzursuzluk yaşayacak ve kendini güvende hissetmeyecektir.

---

87 Râzî, *Mefâtihu'l-Gâyb*, V, s. 43; Zeyleî, *Tebyîn*, VI, S. 114; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 44.

88 Nesefî, *Tefsîr*, I, s. 101; Râzî, *Tefsîr*, I, s. 749; caydırıcı cezâların önemi kadar, belki ondan daha fazla toplumun suça karşı nefret duygusunun doğal ve güçlü bir duygu olduğuna dair ilgili yorumlar için bk. http://forum.memurlar.net/konu/1211322/

89 Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 44.

90 İbnKudâme, el-Muğnî, IX, s. 155.

91 Şirâzî, III,190. Nevevî, *Mecmu'*, XVIII, s. 437.;İbnKudâme, *el-Kâfi*, III, s. 270.

92 Salih el-Fevzan bin el-Fevzan, *Mulahhas el-Fıkh*, 1. baskı, Dârul Âsıme, Riyad 1423, II, s. 476.

93 İbn kayyim, ilam, II, s. 81

94 Mâverdî, *Hâvî*, XI, s. 55; Nevevî, *Mecmû'*, XX, s. 64; Karâfî, *Envâr*, III, s. 445, *Zahîre*, XII, s. 345; Ebû Yahya Zekeriya el-Ensârî, (926/) *el-Gureru'l-Behiyye fi Şerhi Manzumeti Behceti'l- Verdiyye*, Dâru'l-Kütübi'-İlmiyye, Beyrut 1997, IV, s.7.

95 İbn Kudâme, *Kâfî*, III, s. 178; Aynî, *Binâye Şerhi Hidâye*, VI, s. 367; Hükmü'l-Kazf, el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye, XXXIII, s. 24.

96 Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, s. 345.

97 Şîrâzî,*el-Mühezzeb*, III, s. 353.

Ayrıca suçluların genel ya da özel af ile cezasını çekmeden veya cezası azaltılarak serbest kalması, cezaların caydırıcı olma özelliğini de sarsmaktadır. Öte yandan, cezaları hafifletici sebepler dışında bir af ve ceza indirimi suçluların cesaretini arttıracak, kamu ve mağdur ise adalete güvenini kaybedecektir. Kamu vicdanı, bireye karşı işlenen yaralama, öldürme ya da hakaret ve iftira gibi suçların devlet tarafından affedilip devletin şahsına karşı işlenen suçları cezalandırmaya devam etmesini de tutarsız bulacaktır. Özellikle ceza evlerinin aşırı doluluğu ve devletin üzerindeki yükü azaltma gerekçesiyle, şahsa karşı işlenen suçlarda af mekanizmasını işletmek suçluları ıslah etmediği gibi kamu ve mağduru da memnun etmemektedir. Nitekim, her aftan sonra cinayet işleyen katil ve tecavüzcü, hapisten çıktığı gün soygun yapan hırsız haberleri unutulmamalıdır.

Ceza hukuku açısından, cezalarda birden fazla maksadın olması normaldir. Hadlerde yada kısasta maslahatların korunması, caydırıcılık, bedel ödetme, kefaret olma, ıslah ya da gönülleri teskin amaçları bir arada görülebilir. Ancak önleme ve caydırıcılığı kabul eden hukukçulara göre, hadlerde caydırıcılık özelliği hakim iken, kısas da caydırıcılık yanında teskin etme hakim olabilir. Hatta Maverdi'ye göre hadler caydırıcılık için, kısas da mağdurun gönlünü soğutmak ve teskin için konulmuştur.[98] Tazirlerde caydırıcılık özelliği varken, ıslah etme ağır basmaktadır. Ancak özellikle, kısas ve kazf cezaları klasik kaynaklarda mağdur ve kamunun teskini gayesini gerçekleştirme amacıyla zikredildiği için[99] bu iki ceza özelinde mağdur ve toplumun teskini konusunu işlemeyi uygun görüyorum.

2. Cezalarda Mağdur ve Kamu Vicdanının Teskini

2. 1. Kısas Cezâsında Mağdur ve Yakınlarının Tesellisi

İslâm'da insan hayatı muhteremdir ve bir insanı katletmek, insanlığı katletmek gibidir. Kasten cana kıymak bir insanlık suçudur. Bir kelimeyle hatta yarım kelimeyle dahi bir müminin öldürülmesine yardımcı olmak, buna imada bulunmak Allah'ın rahmetinden mahrum olma sebebi sayılmıştır.

Kısas cezâsı adil bir karşılık verme anlamındadır. İhlal edilen hakka denk ve telâfi eden, kamu vicdanını tatmin eden bir cezadır. Kısas cezâsıyla suçlunun irtikap ettiği fiilin dengi bir cezâ alarak aynı acıyı çekmesi sağlanmakta, suç ve cezâ arasında denklik, adâlet sağlanarak mağdur ve toplumun öfkesi giderilip rahatlatılmaktadır.[100]

"Kısasta sizin için hayat vardır, ey akıl sahipleri, umulur ki sakınırsınız"[101] ayeti, aklı kullanıp ölüm cezâsıyla nasıl hayat bulunacağını anlamamızı ister ve hükmün caydırıcı yönü vurgulanır.[102] "sizin için" ifâdesi kânûn koyucunun, insanların maslahatını gözettiğinin açık beyanı olduğu gibi "umulur ki sakınırsınız" ifâdesi de cinâyete niyet edenlerin öldürmekten caydırılacağının bir göstergesidir.[103] Kısasla, cezayı kendi hayatıyla ödeyeceğine inanan kimse, bu işi yapmaktan cayacak ve mutlaka vazgeçecektir.[104]

98 Mâverdi, *Hâvî*, XIII, s. 395 قَطْعَ السَّرِقَةِ مَوْضُوعٌ لِلزَّجْرِ ، وَهُوَ حَاصِلٌ إِذَا تَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ . وَقَطْعُ الْقِصَاصِ مَوْضُوعٌ لِلتَّشَفِّي

99 Şîrâzî,*el-Mühezzeb*, III, s. 353.,

100 Nesefî, *Tefsîr*, I, s. 101; Râzî, *Tefsîr*, I, s. 749; İbn kayyim, ilam, II, s. 81

101 el-Bakara 2/179

102 Kurtubî, II, s. 257; İbnÂşûr, *Tahrîr*, VIII, s. 18.; Bayraktar Bayraklı, *Yeni Bir Anlayışın Işığında Kur'ân Tefsiri*, Bayraklı Yayınları, İstanbul 2001, II, s. 403.

103 Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed *İbn Kayy*im el-Cevziyye, *Tefsîru'l-Kayyim*, 1. baskı, Mektebetu Hilal, Beyrut 1410 h. , I, s. 251.

104 Kurtubî, II, s. 256. Muhammed Ali es-Sabûnî, Ahkâm Tefsiri (çev: Mazhar Taşkesinlioğlu), Şâmil Yayınları , İstanbul 2000, I-II, I, s. 137.

Kısas, iki kişinin hükümde aynı derecede sayılması, birinin diğerine üstün tutulmamasıdır. İnsan hayatının dokunulmazlığını ihlal eden ve başkasına hayat hakkı tanımayan birinin bu haktan faydalanmasına son verilmesi ödetme ilkesiyle açıklanır. Bu ilkeye Tevrat ve Kur'ân tarafından dikkat çekilmiştir.[105] Ancak İslam, yaşamı korumak, mağdurun ve toplumun öfke ve düşmanlığını gidermek için alternatif çareler de arar. Kısas da af ve diyet bunun içindir.[106]

Kasten öldürme ve müessir fiilde bulunma gibi, şahıs haklarının ihlali söz konusu olan suçlarda kamu otoritesine af yetkisi verilmeyip mağdurun söz sahibi yapılması, adâlet duygusunun zedelenmemesi açısından önemlidir. Şahsa karşı işlenen suçlarda kamu otoritesinin mağdurun rızası hilafına af ilan etmesi çare olmaktan çok öfkelerin artmasına sebep olmaktadır. Çünkü suçun verdiği acıyı yaşayan, her şeyden önce mağdur ve mağdurun yakınlarıdır. Cezânın ikamesinde devlet başkanı mağdur ve yakınlarının naibidir. Meşru bir gerekçe olmadan, bu cezâyı erteleme ya da af yetkisine sahip değildir.[107] Suçlunun hak ettiği cezâyı çektiğini görmek ve devletten destek almak, mağdur ve kamunun hakkıdır. Kişisel öç hareketleri toplumda kargaşa doğuracağı için, bu duygunun hukuk yoluyla önüne geçilmesi gerekir ki, bu kısasdır.[108]

Kâtilin uzun süre hapse atılması öldürülenin yakınlarındaki öfkeyi dindirmeye yetmeyecektir. Kendi çocuklarını yanlarında göremezken, bir süre sonra kâtili toplum içinde gezerken görmek dertlere deva olmayacaktır.[109] Kısas cezasının uygulanmaması, maktulün velisine hiçbir söz hakkı verilmemesi, mağdur ve toplumun rahatsızlığını arttırmakta ve katilleri de cesaretlendirmektedir. Kısas cezâsı korkusu olmasa, pek çok insanın cinâyetlerden kaçınmayacağı kaynaklarda belirtilir.[110] Kısasın suça denk ve caydırıcı olması, kan davasına engel olacak, masumların yaşamını sürdürmesine katkı sağlayacaktır.[111]

Veliler, hâkimin gözetiminde, kâtilin elindeki bir iple onu kısas cezâsının uygulanacağı yere çekerler (ki buna "kaved" denilir ve kısas da bu nedenle fıkıh kitaplarında bu isimle anılmıştır.)[112]; böylece mağdur yakınlarının içlerini kemiren öç alma ve kin duyguları teskin edilmiş olacaktır.[113]

Kısas hakkının, öldürülenin yakınlarına verilmesi ve intikama güçleri yeterken, onlara affedici olmanın telkin edilmesi,[114] gönüllerdeki intikam ateşini söndürecek ve daha büyük ateşlerin insanlar arasında meydana gelmesini önleyecektir.[115]

İnfâz esnasında mağdur ve mağdurun yakınlarının hazır bulunması, kamu vicdanını rahatlatmada etkilidir. Kısas cezasında devletin af yetkisinin olmaması ve tüm yetkinin maktul yakınlarına verilmesi, uzlaşma yetkisinin de onlarda olması kamu vicdanını ve mağduru teskin eden bir uygulamadır.

---

105 el-Maide 5/45.

106 İbn Nuceym, *Bahru'r-Râik*,V, s. 64; Abdurrahman b. Muhammed el-Cezîrî, *el-Fıkhuale'l-Mezahibi'l- Erbaa,* 3. baskı, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye Beyrut 2003, V, s. 217

107 Kâsânî, VII, s. 245.

108 Fahruddin Er-Râzi (606/1210) *Tefsir-i Kebir Mefâtihu'l-Gayb*, 3. baskı,Dâru İhya-i Türasi'l-Arab, Beyrut1999, V, s. 229.

109 Şevkânî, *İrşâduıl-Fuhul*, II, s. 129; Ziyad Muhammed, *Mekâsıdu'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2004, s. 149.

110 *Suyûtî, ed-Dürrü'l-Mensûr*, Dâru'l- Fikr,Beyrut 1993, I-VIII, VIII, I, s. 418.

111 Fahruddin Râzî, *Tefsir*, V,48.; Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûdel- Mevsılî (683/1289), *El-İhtiyar Li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, Matbaatu Halebi, Kahire 1937, V, s. 22.

112 Karafî, *ez-Zahiyre*, XII, s. 351.

113 Serahsî, *Mebsût*, XX, s. 120;Bâbertî, X, s. 208; Zeyleî, *Tebyîn*, VI, s. 66; İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, VIII, s. 330; İbn Hümam, X, s. 209.

114 el-Bakara, 2/178

115 Muhammed Mutevella eş-Şa'ravî (1418/) *TefsiruŞa'ravi*, MetabiuAhbarilYevm, 1997, I-XX, XIII, 8162.

Hanefiler, kasten öldürme suçundan dolayı uygulanan ölüm cezâsında, kan sahiplerinin infazı gerçekleştirme hakkını kabul ederler. Müessir fiillerden dolayı uygulanacak infazın ise, bu kişilerin infâza ehil olmasına bağlamışlardır.[116]Şâfiîler ise, Şâfiî'den infâzı Müslüman velinin yapacağına dair nakli İmama hamlederlerken, Şirâzî mezhep âlimlerinin genelinin, kısastan maksadın sadra şifa ve öfkeyi giderme olduğunu, bunun için velinin uygulamasına gerek olmadığını söyler.[117]

İnfâzın devlet yetkilileri huzurunda olması gerekir, çünkü kısas cezâsı ihtisas gerektiren bir iştir ve adâletsizlik haram olduğu için, mağdurun gönlünün rahatlaması konusunda adâletsizliğe kaçılmasından emin olunamaz.[118] Mağdurun infâz esnasında öfkesine kapılıp aşırı gitmesinden emin olunamayacağı için, suçluyu korumak adına mağdurun yerine tayin edilen vekilin cezâyı infâzını uygun görmüşlerdir.[119] Bu şekilde hak sahiplerinin hakları korunmuş, onları devrede tutarak vicdanları rahatlatılmıştır.

Buluğa ermemiş maktul yakını, buluğa erene kadar Muaviye'nin kâtili hapsedip, infâzını bekletmesini ve sahabenin hayatta olanların buna itiraz etmemesini, Hanbeliler icma' kabul edip mağdurun rızasını ve yasal yolla intikamı sağlamada infâz hakkının kendisine verilmesine delil sayarlar.[120] "Kalpteki öfkeyi gidermek başkasının değil ancak onun fiiliyle olur" diyerek, ne baba ne vasi ne de hâkim çocuğun, delinin veya kayıp kişinin yerine kısası yerine getiremezler derler.[121]

Görüldüğü gibi, kul hakkının ağır bastığı suçlarda, İslâm öncelikli olarak mağdurun duyacak olduğu kini söndürmeyi ve mağdurun rızasını amaçlar.[122] Bu basit bir öç alma fiili olmayıp, adâletin gerçekleşmesini sağlamak kamu vicdanını rahatlatmak ve doğacak husumetlerin önüne geçmektir. Bu kinin söndürülmesinin de bireysel veya kitlesel intikamla asla bir ilişkisi yoktur. Adâletin gerçekleştiğine kanaat eden mağdur, intikam alma fikrine kapılıp haddi aşacak saldırı ve tecâvüzlere yeltenmez. Çünkü insan suçlunun cezâsız kaldığını veya işlediği suçun karşılığını görmediğini düşündüğünde, genellikle intikama ve daha aşırı saldırılara teşebbüs eder. Tefsirler de, "Kısasta sizin için hayat vardır."ifâdesinden maksadın "Kısas, birbirinizden intikam almanızı önler." demek olduğunu söyler.[123]

Kan sahiplerinin elini kana bulamaları engellenir, kâtili öldürmeleriyle durdurulamayacak öfkeleri frenlenir. "Haklı bir gerekçe yokken öldürülenin velisine yetki verdik. Ama o da öldürmede aşırı gitmesin. Çünkü kendisine (yasalarla) arka çıkmıştır"[124] ayeti bunun ifâdesidir. Ayetteki aşırılık, kâtille beraber yada onun haricinde suçsuz kişileri de katletmektir. İntikam, hiçbir zaman âdil olamaz. Bu durumda, devlet mağduru razı etmeyi üstlenir. Ve şahsi öç alma yollarını kapatır.

Kısasın alternatifsiz ve mecburi bir ceza olduğu da anlaşılmamalıdır. Bu yetkinin kendisine yasal yollarla verildiğini ve kânûn tarafından desteklendiğini bilmek ve cezâda söz sahibi olduklarını görmek kinin yatışmasına sebep olacağı gibi, diyetle veya karşılıksız af yolunu seçtiği takdirde âhirette mağdur yakınlarına keffâret olacağı bildirilmesi de kısastan vaz geçmeye vesile olabilecektir.[125] İslâm, kan sa-

116 Kâsânî, VII, s. 246.

117 Şirâzî, III,190. Nevevî,*Mecmu'*, XVIII, s. 437.

118 İbn Kudâme, el-Muğnî, VIII, s. 306.

119 Tûsî, *el-Mebsût*, IX, s. 70-73.

120 Fevzan, II, s. 476.

121 İbn Müflih, *el-Mübdi'*, VII, s. 224.

122 Râzî, *Mefâtihu'l-Gâyb*, V, s. 43; Zeyleî, *Tebyîn*, VI, S. 114; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 44.

123 Taberi, *Taberi Tefsiri*, I, s. 419-420. ; III, s. 122.

124 el-İsrâ, 17/33

125 Müslim, Kasâme 32, Nesâi, Kasâme 7; SeyyidKutub, IV, s. 2225.

hibini hoşgörülü olmaya çağırır, fakat buna mecbur hissettirmez, onu etkilemeye çalışır. Kan sahibinin suçlu karşısında kendini güçlü hissetmesi bağışlayıcı olmaya sevk edebilir. Ancak kendisinde bağışlamaya zorunlu olduğu hissi uyandırılırsa, muhtemelen öfke ve intikam duygusuyla hareket edebilir.[126]

Mağdur, tüm hakkını alabilecek durumda olduğunu anladıktan sonra af yolunu kendi rızasıyla seçtiği için kinlerinin devam etmesi söz konusu olamaz. Râzîde "evlâ olan, velînin, kısasın uygulanmasını istemeye yönelmesi değil, ya diyet almakla yetinmesi veyahut da affa temayül etmesidir" demektedir. O ayetin "O, öldürmeye yönelmesi sebebiyle, sakın müsrif olmasın!" şeklinde affetmeye ve diyetle yetinmeye bir teşvik olduğunu söyler. Kuran'da da, "sizin bağışlamanız takvaya daha yakındır"[127] buyurmuştur[128] diyerek öldürme yolunu değil, af yolunu seçmeyi tavsiye eder. Enes ibn Mâlik de "Resulullah'ı hiç görmedim ki, kendisine bir kısas hükmü getirilsin de onu affetmeyi emir buyurmamış olsun." der ve Ebu Davud bu hadîsi Diyet bölümünde "Devlet Başkanının Kan Talebine Karşı Affı Emretmesi"(tavsiyesi) başlığı altında ele alır.[129] Ayrıca, âhirette günahlara keffâret olacağı prensibinden hareketle, karşılıksız af tavsiye edilerek[130] yüksek ahlâkî duyguların hâkim olduğu bir toplumsal yapı amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra, kısas için zorunlu şart olan mağdurun kısas talebi yeterli görülmemiş, bu cezânın verilebilmesi için suçun failinde, mağdurunda ve suçu oluşturan fiilde birtakım şartlar aranmıştır. Uygulama açısından ise, kısas için yetkili mahkemenin kararı ve kamu görevlilerinin sorumluluğunda infâz zorunlu görülerek ferdî hak arama, yani şahsi öç alma yolu kapatılmış ve kan davalarının İslâmî ölçülere tamamen aykırı olduğu da vurgulanmıştır.[131]

Ödenecek diyete, failin kan akrabaları (asabe) veya mensup olduğu meslek grubu gibi yakın çevresi (âkile) ortak edilerek bir taraftan failin maddî yükünü hafifleten, diğer taraftan yaralanması veya bir organını kaybetmesi halinde mağduru, ölmesi durumunda destekten yoksun kalan ailesini koruyan kolektif bir tazmin sistemi oluşturulmuştur. Böylece, birbirine karşı sorumlu tutulan insanların meydana getireceği karşılıklı denetimle suçla mücadele edecek yardımcı müesseseler ihdas edilmiştir.[132] Eğer onların da diyet cezâsını vermeye güçleri yetmeyecekse, bu takdirde devlet hazinesi devreye sokularak yaralanan mağdurun veya destekten mahrum kalan maktulün ailesi malî yönden teminat altına alınmıştır.[133] Maktulün ölmesiyle, yakınlarını kaybeden ailenin bozulan sosyal durumu düzeltilirken, kasten olmasa da cinâyet işleyen kişinin de şahsi intikamlardan korunması sağlanır.[134]

Mağdurun yakınları caniyi affetseler bile devlet kâtili hemen bırakmaz. Ortada bir suç vardır ve suçlunun serbest bırakılmasının kamu güvenliğini tehdit ettiğine kanaat getirilirse, devlet iyi hali anlaşılana kadar caniyi gözetiminde tutabilir. Böylece, düşmanlığın büyümesi engellenir. Hâkim, mağdur yakınları tarafından affedilen kâtile tazir olarak yüz değnek vurup bir sene müddetle hapsedebilir.[135]

126 İbnüıl-Arabî, *Ahkâmu'l-Kuran*, III, s. 194-195;Seyid Kutub, IV, s. 225.;Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 45.

127 el-Bakara, 2/237.

128 Er-Râzi, *Tefsir-i Kebir*, XIV, s. 471.

129 EbûDâvud, Diyet 38 / 3.

130 el-Mâide 5/45; eş-Şûrâ 42/40

131 Cessas, I, s. 186, 198; Suyûtî, I, s. 421; Dağcı, "Kısas", DİA, XXV, s. 488.

132 İbn Mâce, Diyat 15; Nesâî, Kasâme 37; Dağcı, "Kısas", DİA, XXV, s. 488.

133 Kâsânî, VII, s. 256; İbnRüşd, II, 377, 378; Zeyleî, *Tebyin*, VI, s. 180; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 492, 504, 506; Şirbînî, IV, 80; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 45-46.; Hamza Aktan, "Akıle", Diyanet İslâm Ansiklopedisi, TDV. Yay, İstanbul 1989, II, s. 248-249.

134 Kaşif Hamdi Okur, "İslâm Hukukunda Âkile Kurumu ve Sosyal Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi" A.Ü.SBE, Ankara 2003 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 201'den naklen Erturhan, Suçla Mücadelenin Fıkhî Esasları, s. 70.

135 Kurtubî, *el-Kâfifi'l-Fıkhı Ehli'l-Medine*(tah. Muhammed b. Muhammed el-Muritani), 2. baskı, 1980/1400, Mektebetu'r Riyadi'l-Hadîs, Riyad, I-II, II, s. 1118. İbn GânimNefrevânî, II, s. 186.;Cezîrî, V, s. 234.

Kısas sistemine intikam ve öç duygusunu esas aldığı ve bugünkü medenilikte ıslâh ve düzeltme anlayışıyla uyumlu olmadığı şeklinde itiraz edenlere, mağdurun teskin edilmesi ile şahsi öç alma olan intikam arasında fark olduğunu söylemek gerekir. Şahsi öç alma suça denk olmayıp adâletsiz ve işkence boyutlarında olabileceği ilk akla gelecek sakıncasıdır. Cezânın suçluyu aşıp masumlara sirayet etmesi de şahsi öç almanın bir diğer sakıncasıdır. Kısas ise, işlenen suçla bu suça tayin edilecek cezâ arasında eşitliği öngörmektedir. Eşitlik mümkün olmayacak olursa, bu takdirde kısastan diyete geçilir.[136]

Suçlunun yakınları da cezâ suçluyu aşıp kendilerine de ulaşmadığı için cezâya razı olur ve mağdurun yakınlarına saldırıya geçmezler. Devlet otoritesinden habersiz kendisi kısas yapmaya kalkanların cezâlandırılması kan davalarını durdurmak içindir. [137]

İnsanın yaradılışında, kendi yaşadığı acıyı karşı tarafa da yaşatmaya ilişkin güçlü duyguları vardır. Kısas, mağdur olan tarafın kalbindeki kin ve garazı ortadan kaldırır. Câninin mağdura vermiş olduğu zarar ve eziyetin, caniye de verilecek olan eziyet ve zarara denk olması zulüm değildir. Çünkü asıl zulmü işleyen haksız yere hücum etmek suretiyle, ona zarar veren cani taraftır. Asıl, zulüm cani olan tarafı kısas etmeden cezâsız olarak bırakmaktır.

Kur'ân'da cezâların uygulanması esnasında suçluya acıma duygusuyla cezânın uygulanmaması yasaklanmıştır. Suçluya acıma duygusu ile cezânın uygulanmaması, mağdur yakınlarını ve toplumu güvensizliğe itecek ve intikam duyguları tekrar alevlenip büyük zararlara yol açacaktır. Ebû Zehrâ, canilere yumuşak davranmanın dış görünüşü itibari ile merhamet görünse de özü itibari ile merhametsizlik olduğunu bu nedenle "Merhamet etmeyene merhamet olunmaz." şeklindeki adâletin merhamet olduğunu söyler. Zalim mağdura teslim edilmiş olup daha sonra o af etmiş ise, bu gerçek merhamettir. Mağdur dilerse bağışlar, dilerse zulme kaçmamak kaydıyla karşı tarafı kısas ettirir, bunun dışında zalime yapılacak merhamet zayıfa zulmü kabullenmek, onun hakkını zayi etmek ve yeryüzünde fesadı yaymak anlamına gelir.[138]

2.2. Kazf/İffete İftira Cezâsında Mağdurun Tesellisi

İffete iftira suçunun kişi hakları açısından ihlaller oluşturduğunda fikir birliği bulunmakla beraber, kul hakkının mı kamu hakkının mı ağır bastığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar, suçlunun affının geçerliliği ve davanın mağdurun şikâyetine bağlı olup olmaması meselesini doğurur.

İftiranın suç olması mağdurun manevî şahsiyetini, sosyal itibarını korumaktadır. İffete iftira toplumlarda uğruna kavgalar edilen, hatta cinayete kadar varan bir suç olduğundan, toplum açısından da bu suçun cezalandırılması önemlidir. Bu suça verilen uygun ceza ile mağdurun iade-i itibarı ve toplum nezdinde aklanması yanında, kamu vicdanında da tüm onur ve haysiyetler güvence altına alınmış olur.

Kazf cezâsı da kısas gibi mağduru rahatlatma ve razı etme amacıyla konduğundan,[139] hak sahibi hazır bulunmadan uygulanmaz.[140] Hak sahibi rahatsızlık geçirirse, kendine gelinceye kadar kazf cezâsı ertelenir ve yakınlarına yetki verilmez. Çünkü mağdurun razı olması amacı esasdır.[141] Allah hakkı olan cezâlarda tenkil amacı, esasken kul hakkı olan cezâlarda teşeffi amacının galip olduğu yukarda geçmişti.[142]

---

136 Zeyleî, Tebyîn, III, s. 28.;Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 43.

137 İbn Kesir, V, s. 73; Suyûtî, *Dürrü'l-Mensûr*, I, s. 498; İbn Âşûr, *Mekasıd*, s. 277-295.

138 Ebu Bekir İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kurân*, I, s. 89; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 11.

139 Mâverdî, *Hâvî*, XI, s. 55; Nevevî, *Mecmû'*, XX, s. 64; Karâfî, *Envâr*, III, s. 445, *Zahîre*, XII, s. 345; Ebû Yahya Zekeriya el-Ensârî, (926/) *el-Gureru'l-Behiyye fi Şerhi ManzumetiBehceti'l- Verdiyye*, Dâru'l-Kütübi'-İlmiyye, Beyrut 1997, IV, s.7.

140 İbn Kudâme, *Kâfî*, III, s. 178; Aynî, *Binâye Şerhi Hidâye*, VI, s. 367; Hükmü'l-Kazf, el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye, XXXIII, s. 24.

141 Şîrâzî,*el-Mühezzeb*, III, s. 345.

142 Şîrâzî,*el-Mühezzeb*, III, s. 353.

Karâfî de, kazf cezâlarında mağdurun uğradığı zarardan ve utançtan kurtarılıp, yardım edilmesiyle verilen cezânın mağdur için rahatlatma olduğunu söyler.[143] Hatta, kazf cezasının yalnız bir tek maksat olduğunu, onun da mağdurun hoşnut edilmesi olduğunu ve celde cezâsıyla bunun sağlandığını ifâde eder.[144] Nevevî de, kazf cezâsı sayesinde mağdurun kendisine ve ailesine bulaşan utanç duygusunun giderildiği, hüzün ve sıkıntıları giderilerek hastalıktan şifa bulmuş gibi rahatlayacaklarını söyler.[145]

Sadece hayatta olanlara değil, vefat etmiş olanlara da iftira cezasız kalmaz. Bunun sebebi, mağdur yakınlarının onurunu koruyup suçluya karşı gönüllerindeki öfkenin soğumasıdır. İffetli bir insana, ölümünden sonra zinâ iftirâsı yapan kimsenin hükmü hakkında Mâlik şunları söyler: "Bir ölüye kazf yapan kimseye uygulanacak haddi taleb hakkı, ölünün, yukarıya doğru gidilirse usulüne, aşağıya doğru inilirse furuuna aittir. Daha yakın akraba dururken bile, bunlardan hangisi taleb etse bu haddi tatbik ettirir. Zira, onlar rencide olmuştur. Bunlardan biri dururken, kardeşlerin ve sair asabelerin bunu taleb etme hakkı yoktur. Bunlardan bir kimse mevcud değil ise, asabeler bunu ikame ettirebilirler."[146] İftirâya uğrayan kişi mürted bile olsa, vârisleri kamu vicdanının rahatlaması için cezâ talep edebilir.[147]

Sonuç

Kamu vicdanı yara alınca adalete olan güven kaybolur. Hukuka, kanunlara uymanın anlamı kalmaz. Devlete olan itimat sarsılır. Suçlunun yaşam hakkının korunup mağdurun kaybettiği yaşamı değersizleştirmek, kamuyu tatmin etmemektedir.

Klasik eserlerde "teşeffi" olarak geçen mağdurun tesellisi, çağdaş hukukta yeni yeni şekillenmeye başlayan onarıcı adâlet (Restorative Justice) fikrinin çok önceden sistemleşmiş şeklidir. Onarıcı adalet, mağdur ve suçtan zarar gören diğer kişilerin ceza adaletine direkt katılımı yoluyla haksızlığın giderilmesine çalışan, suça karşı mağdur merkezli hareket eden bir yaklaşım sunmaktadır.[148] Onarıcı Adalette suç mağduru devlet değil, haksızlığa uğrayan kişi kabul edilir.

Mağdur merkeze alınarak, kişiler arasındaki ilişkiler yeniden düzeltilmeye ve toplum rahatlatılmaya çalışılmaktadır. Dikkatler ihlal edilen kural veya ceza yerine mağdura çevrilir. Mağdur da bu şekilde desteklenir ve rahatlar. Suçluya diyet gibi alternatifler sunma yoluyla da mağdur ve yakınları ona bir şans daha verebilirler.

Adâlet duygusu, suçlunun suçu ile oranlı bir cezanın verilmesini gerektirir. Cezâ suça nisbetle hafif kaldığında mağdur taraf razı olmayacak, suçluların da suça cesaretini artıracaktır. Bunun aksine, cezâlar gereğinden fazla şiddetli olduğunda ise, suçlu ve yakınları rıza göstermeyecek, zulüm ve işkence olacaktır. İki halde de kamu vicdanı rahat etmeyecek ve toplum düzeni sarsılacaktır. Suçluların cezâlandırılması, yalnızca mağdurun uğradığı zararın bedelinin ödenmesi ile ilgili değildir, aynı zamanda, suç işleyen bireyin cezâlandırılması toplumsal bir gereksinimdir. Adâletten söz edebilmek için, öncelikle mağdurun kırılan onuru onarılmalıdır.

143 Karâfi, *ez-Zahire,* XII, s. 345.

144 Muhammed Ali b. Hüseyn el-Mekkî el-Mâlikî, *et-Tehzîbu'l-Furûk,* I-IV, IV, s. 346.

145 Nevevî, *el-Mecmu',*XX, s. 64.

146 Şenkıti, *Edvâu'l-Beyan*, V, s.387.

147 Ahmed Şihabüddin bin Ahmed bin Selâme *Kalyubî ve Umeyra, Hâşiyetâ el-Kalyubi ve Umeyra ala Kenzi`r-Ragibiyne Şerhi Minhaci't-Talibine li'n-Nevevî*, Dâru'l-fikrts.,IV, s. 112.

148 Çetintürk, s. 7.

Kul hakkının ağır bastığı ve ön planda olduğu suçlarda İslâm, öncelikli olarak mağdurun duyacak olduğu kini söndürmeyi ve mağdurun rızasını amaçlar. Mağdurun ve kamu vicdanının teskini amacı bulunan kısas cezâsı, ne sırf öldürme yoluyla çok sert ne de sadece af ve para cezâsı vermekle suçtan yanadır. Tamamen adil bir karşılık olarak mağduru teselli edici ve suçluları caydırıcı bir cezâdır.

Ceza sadece ileriye dönük amaçlar olan, suçtan caydırmak ve suçluyu ıslah etmek amacı için değil, aynı zamanda adâletin yerini bulması, öç duygularının tatmin edilmesi için verilir. Ancak, sadece geçmişe dönük olarak bir fiili cezalandırmakla devletin sorumluluğu bitmez. Devlet aynı zamanda suçun tekrar işlenmemesi için de önlem almalıdır. Suçlunun da, mağduru suçlamak, suçu için bahane üretmek yerine kendisini mağdurun yerine koyması ve yaptıklarıyla bizzat yüzleşmesi gerekir. Mağdurun da öfkesi yatıştırılarak ahlaki bozulmaya karşı korunması gerekir. İslam Ceza Hukuku'ndaki cezaları işkenceyle bir saymak; bir cerrahı ameliyat anında gören birinin doktoru hastayı öldürüyor zannetmesine benzemektedir.

Çözüm önerisi olarak ilk teklifim; Türkiye ve diğer ülkelerde İslami ilimler eğitiminde uzmanlaşmanın yolunun açılması, özellikle İslam Ceza Hukuku alanında uzmanlar yetiştirilip İslam Ceza Hukuku fakültesi gibi ihtisas fakülteleri oluşturulmasıdır. Bu fakültelerde yetişen öğrencilerin modern ceza adaleti sistemini de mukayeseli olarak görmesi ve uygulamaları yerinde takip etmesi yetiştirici olacaktır. İkinci teklifim ise, ülkemizin yetiştirdiği güzide Hukuk metodolojisi ve İslam Hukuku otoritesi H. Yunus Apaydın'ın önerisinin tekrarıdır: Neo klasik tarzda yani, ekol sistematiği içinde kalarak üretim yapmak, toplumda karşılaşılan mevcud sorunlara öneriler hazırlamak ve ilgili makamlara bu önerileri sunmak. Bu sayede tıkanan ceza adaleti sistemine katkı sağlamak, kamu otoritesine seçenekler sunmaktır. Bu sayede İslam Hukuku ekolleri içindeki aksayan yönleri görüp, revizyon şansı doğacak ve fıkıh işler ve dinamik bir duruma gelecektir.[149]

149 Bk. H. Yunus Apaydın, Fıkıh İlminde Yeni Eğilimler, https://www.youtube.com/watch?v=QN-ZYwsaZsA 01:09:49 - 01:14:39 arası.

Abstract

The main problem of mankind is desire of a just world or complaint of injustice, which is formulated as “let the justice be done, even if the world collapses” or “let the justice be done in order to world not to be collapsed”. The claim of “the offender should be punished as he deserves” is the consequence of understanding justice and injustice of the victim and the public conscious. Satisfying the victim in terms of criminal policy is more important than taming the offender. But the Islamic criminal law is discontent with punishing the offender only. As well as punishing the offender, the precautions should taken for preventing the victim and his/her relatives from a second victimization. In the Islamic criminal law system, there are serious regulations made in order to tranquilise the victim and the public conscious. Therefore, the balances in the Islamic law system are in favour of the victim and society.

Tranquilising the sense of injustice of the victim and society in the limits of justice, is for appeasing the sense of revenge of the human nature. In this paper, tranquilising the victim and the public conscious in the Islamic law is discussed. Therefore, in the first part of the study, we will demonstrate the relationship between the justice, the properties of the penalty and tranquilising the victim. In the second part, we are going to analyse specifically the qisas and qazf penalties where the individual rights are prioritised and the tranquilising the victim and the public conscious. In the sense of relief, the practices and concepts of Islamic criminal law would make a significant contribution to today’s criminal justice system and today’s lawyers should be informed about that.

Keywords: victim, public conscious, justice, qisas, qazf

■ ملخص

إن طلب الإنسان دنيا عادلة وشكايته من الظلم هو من أكبر مسائله وهذا الطلب صيغ في هاتين الجملتين: «دع العدالة تأخذ مجراها، حتى ولو هلكت الدنيا» و»دع العدالة تأخذ مجراها، حتى لا تهلك الدنيا.»

طلب المجني عليه العدالة يعنى أن يلقى الجاني ما يستحقه من العقاب، نتيجة لمفهوم العدالة عند المجني عليه والمجتمع. من ناحية السياسة الجنائية شفاء صدر المجني عليه أهم من تأديب الجاني. والقانون الجنائي الإسلامي لا يكتفي بمعاقبة الجاني فقط، فمع هذا اتخذ تدابير لرفع المغدورية حتى لا يظلم المجني عليه ثانية. لقد تمت تنظيمات مهمة لشفاء نفس المجني عليه والضمير الاجتماعي في العدالة الجنائية الإسلامية. لأجل هذا يقف النظام القانوني الإسلامي عند مصلحة المجني عليه والمجتمع.

شفاء نفس المجني عليه يهدف إلى تسكين شعور الثأر الموجود في فطرة الإنسان. في هذا البحث قمنا بتناول العدالة الجنائية الإسلامية من حيث تسكين الضمير الاجتماعي ونفس المجني عليه. تناولنا في القسم الأول للبحث العدالة وخصائص العقوبة والعلاقة بينها وبين تسكين نفس المجني عليه. وفي القسم الثاني للبحث تناولنا القصاص والقذف وتسكين الضمير الاجتماعي.

يمكن أن يستفيد نظام العدالة الجنائية من المفاهيم والتطبيقات في القانون الجنائي الإسلامي، ويجب أن يعرف الحقوقيون اليوم هذا.

الكلمات المفتاحية: المجني عليه، الضمير الاجتماعي، العدالة، القذف.