

İSLAM HUKUKU VE POZİTİF HUKUK AÇISINDAN SUÇ GENEL TEORİSİ BAĞLAMINDA HAREKET

Yasin KURBAN (*)

Öz

Suç genel teorisi tüm suç tipleri açısından geçerli, genel ve ortak kuralları ifade eder. Bu nedenle “suç genel teorisinin konusunu” herhangi bir hukuka aykırı fiilin suç teşkil edip etmediğinin incelenmesi oluşturur. Ceza hukukunda failin hukuksal sorumluluğunun dayanağı kendi iradî davranışdır. Bu nedenle ceza hukuku faille değil, fiille ilgilenir. Kanun koyucunun ihdas ettiği her suç tipinde hareket unsuru olan insan fiiline yer verilir; zira fiil (hareket) olmaksızın bir suçun varlığından bahsedilemez (nullum crimen sine actione) Bu çalışmada pozitif hukuk ve İslam hukuku açısından cezaya konu olan fiil ve niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Ceza Hukuku, Suç Genel Teorisi, Hareket/Fiil, Batı Hukuku, Pozitif Hukuk.

Act in Terms of Islamic and Positive Law and in the Context of General Crime Theory

Abstract

The general theory of crime refers to general and common rules applicable to all types of crime. Therefore, “the subject of general crime theory” is to examine whether an unlawful act constitutes a crime. The basis of the criminal responsibility of the offender in criminal law is its own voluntary behaviour. Therefore, the criminal law deals with the act, not the offender. The legislator gives place to the human act, which is a movement element in every type of crime it creates. Because there can be no mention of a crime without an act (nullum crimen sine actione). In this study, it will be tried to reveal the act and its nature which are subject to punishment in terms of positive law and Islamic law.

Keywords: Islamic Criminal Law, General Crime Theory, Act, Western Law, Positive Law.

*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı Başkanı
(e-posta: yasin.kurban@atauni.edu.tr). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0765-2178>

Giriş

Gerek hem İslam hukukunda gerekse hem de pozitif hukukta, suç genel teorisinin merkezinde hareket/fiil bulunmaktadır. Bu yönüyle her iki ceza hukuk sistemi için fiil ceza hukuku belirlemesi geçerlidir. Bu yönüyle kaynakları doğdukları ve beslendikleri kültürel yapı farklı olan ve tamamen başka, coğrafya ve medeniyetin ürünleri olan bu iki hukuk sisteminin cezaya konu olan hareket/fiil konusundaki temel yaklaşımları ele alınacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, “*batı hukukunun ve mer’i pozitif hukukun hareket noktasını ve değer yargılarını temel ve değişmez esaslar kabul edip, İslâm hukukunu bu zeminde değerlendirme ve beğendirme çabalarını doğru bulmadığımız, gibi İslâm hukukunun vahyi ve nebevi esaslarının çağın ve batı toplumunun yaygın ve geleneksel değerleriyle ölçülüp aşındırılmaya kalkışılmasını da yanlış bulmaktayız*” (Bardakoğlu 1989, s. 479).

1. Modern Suç Genel Teorisinde Hareket Kavramı

Suç genel teorisi tüm suç tipleri açısından geçerli, genel ve ortak kuralları konu edinir (Demirbaş, 2018, s. 201; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015, s. 202). Bu nedenle suç genel teorisinin konusu hukuka aykırı bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin incelenmesidir (Üzülmez ve Koca, 2018, s. 85; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 147; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 211; Zafer, 2016, s. 166). Hukukun konusu, genel olarak insan ve insanların neden olduğu hayvanların davranışlarıdır. İnsan davranışlarıysa hukuk penceresinden bakıldığında hukuki işlemler ve hukuki fiillerden oluşur Burada dikkat edilmesi gereken nokta ceza hukukunun fiiller ile ilgilenmesinden dolayı **hukuki işlemlerin** ceza hukukunun kapsamının dışında kalmasıdır.

Suç genel teorisi “fiil” üzerine kuruludur. Diğer bir ifadeyle, suç genel teorisinin temelini fiil kavramı oluşturur (Akbulut, 2018, s. 246; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 90-92; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 232; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 152). Kanun koyucunun ihdas ettiği her suç tipinde hareket unsuru olan insan fiiline yer verilir; zira fiil (hareket) olmaksızın bir suçun varlığından bahsedilemez (*nullum crimen sine actione*) (Akbulut, 2018, s. 246; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 85-86; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 231; Demirbaş, 2018, s. 224-225; Özgenç, 2017, s. 166-167).

Dış dünyada meydana gelen ve icrai veya ihmali bir insan davranışına dayanmayan değişiklikler (örneğin, tabiat olayları veya hayvan hareketleri) ceza hukukunun ilgi alanına girmezler (Üzülmez ve Koca, 2018, s. 93; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 231; Özgenç, 2017, s. 166 vd.; Demirbaş, 2018, s. 225; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 176-177). Hayvan hareketleri ceza konusu olmasa da sorumluluk ve tazminat konusu olabilmektedir. Bazen insan hareketiyle birleşik olduğunda hayvan hareketlerinin de (para, diyet şeklinde) ceza etkisi söz konusu olsa da ceza hukuku kurallarının muhatabı insandır ve norma uygun davranış sadece insandan beklenebilir (Akbulut, 2018, s. 28 vd.; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 85; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 231; Özgenç, 2017, s. 27).

Ceza hukuku anlamında fiil; icrai ve ihmali olmak üzere iki farklı davranış türü olarak ortaya çıkabilir. Ceza hukuku açısından yasaklanan şeyi yapmak şeklinde dış dünyada tezahür eden icrai davranış tamamen doğal bir olgu olarak fen bilimlerinden istifa etmek suretiyle belirlenebilirken; emredilene yapmamak şeklinde tanımlanan ihmali hareketin temeli normatif değerlendirmeye dayanmaktadır (Akbulut, 2018, s. 257; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 232; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 99; Özgenç, 2017, s. 158-159).

Suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar maddi unsur ve manevi unsurdur. Suçun maddi unsurları fail, mağdur, suçun konusu, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır. Klasik suç teorisinde fiil; hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır ve her suçta mutlaka bir netice bulunmaktadır. Günümüz ceza hukuku düşüncesinde ise netice artık fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak suçun bağımsız maddi unsurlarından birisidir. Ancak netice sadece suçun kanuni tanımında var ise bir unsur olarak değerlendirilecektir. Nedensellik bağı da kanuni tanımında neticeye yer verildiği hallerde gerekli olan bir unsurdur. Suçun manevi unsurları olan kast ve taksir de doğrudan fiil ile bağlantılı olup fail ile işlediği fiil arasındaki manevi bağıdır. Kişi işe gerçekleştirdiği davranış arasında mutlaka manevi bu bağ olmalıdır, aksi takdirde ilgili davranış fiil niteliği taşımayacak ve suç oluşturmayacaktır. Dolayısıyla, hareket olmaksızın maddi veya manevi bakımdan tipik bir eylemin varlığını tartışmak da mümkün değildir (Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 86 vd.; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 233).

İnsan davranışı olan fiil, hukuk düzeni ile olan ilişkisi bakımından ikili görünüm arz eder. Bu durum o fiilin hukuka uygun ya da aykırı olmasıdır. Fiil hukuka aykırı değilse, o fiil ceza hukukunun ilgi alanına girmez. Bir fiilin suç teşkil etmesi ve bu surette ceza hukuku alanına girebilmesi için, tipik olmasının yanı sıra hukuka aykırı da olması gerekir. Suçun hukuka aykırılık unsuru ele alınırken, gerçekleştirilen fiilin hukuk düzenine aykırılığı hususunda bir değerlendirme yapılır. Bu hukuka aykırılık değerlendirmesinde esas alınan kanuni tanıma uygun olan fiildir (Akbulut, 2018, s. 453 vd.; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 264 vd.; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 405; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 209 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 290).

Bu nedenle suç genel teorisi bir suç/suç olan fiili iki aşamada inceler. İlk aşama, davranışın tipe uygun olup olmamasıdır. Bununla kastedilen suçun maddi ve manevi unsurlarıdır. İkinci aşama, davranışın hukuka aykırılığıdır. Bununla kastedilen ise söz konusu davranışın tüm hukuk düzeni ile çelişki içinde olması, diğer bir ifadeyle tüm hukuk düzenine aykırılık teşkil etmesidir.

Diğer taraftan, failin şahsen kınanabilirliğine ilişkin yapılan kusur değerlendirmesinde de haksızlık teşkil eden fiil esas alınmaktadır. Başka bir deyişle, kusur yargısının temelinde failin kast veya taksire dayalı olarak gerçekleştirdiği fiili bulunmaktadır (Akbulut, 2018, s. 524; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 86; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 493 vd.; Özgenç, 2017, s. 383 vd.).

Hakeza, suç genel teorisi bağlamında suçun özel görünüş şekilleri olarak tarif edilen teşebbüs, iştirak ve içtima müesseselerinde de fiil kavramı asli unsur olarak bir işleve sa-

hiptir. Teşebbüs sorumluluğunda elverişli icra hareketlerinin tespiti, iştirak sorumluluğunda failin suça katkısının nitelendirilmesi ve içtima bahsinde doğal ya da hukuki anlamda birden fazla failin bulunup bulunmadığı hususları failin failinden yola çıkılmaktadır.

2- Harekete ve Suça İlişkin Teoriler

Suç oluşturan hareket (fail) ile netice arasında illiyet bağı bulunması gerektiği fikri hemen tüm hukuk sistemlerinin suçu tanımlamada belirledikleri ana kıstasların başında gelmektedir. Suç teşkil eden eylemlerin en önemli ortak özelliği, iradî bir insan failinin sonucu olmalarıdır. Bu durum ceza hukuku literatüründe “*ceza hukuku fail değil fail ceza hukukudur*” şeklinde formüle edilmiştir (Üzülmez ve Koca, 2018, s. 54; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 232; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015, s. 202). Suç genel teorisinin temelinde hareket kavramı bulunur. Bu nedenle 19. yüzyıldan bu yana suç genel teorisine ilişkin olarak ortaya çıkan görüşler, suç kavramını *hareketi* esas alarak açıklamaya çalışmıştır.

Suç olgusunun hareket kavramı üzerine kurulmuş olması nedeniyle suçu açıklamaya yönelik teoriler tüm suç tipleri açısından geçerli olacak bir *hareket teorisi* oluşturmaya çalışmışlardır (Üzülmez ve Koca, 2018, s. 90 vd.; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 233; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 246 vd.). Bu teoriler ontolojik (varlığa dayanan) ve normativist teoriler olmak üzere ikiye ayrılır. Hareketi, doğal ve toplumsal gerçeklik içinde tezahür eden biçimi ile ele alan teoriler ontolojik, sadece ceza hukukunun gereksinmelerini göz önünde bulunduran teori de normativist teoridir. Normativist teori, ontolojik teorilere tepki olarak doğmuştur. Bu teoride, hareket kavramını normlar dünyasından çıkartmak esastır (Akbulut, 2018, s. 248; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 92 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 239 vd.; Keyman, 1988, s. 149).

Ontolojik hareket kavramı, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi normatif değerlendirmelerin kendisine bağlanabileceği ontolojik gerçekliğin ne olduğunu gösterir. Bu itibarla ontolojik teorilerin hedefi, hukuk öncesi ve hukuk dışı bir hareket kavramı inşa etmektir (Üzülmez ve Koca, 2018, s. 92; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 239; Keyman, 1988, s. 143). Bu bakımdan, insan hareketi/fiili, doğal ve toplumsal sonuçları ile etkileri açısından ele alıp incelenmelidir. Dolayısıyla, hareketi açıklamak için olması gereken (norm) değil, olanın kanunlarını dikkate almak gerekir (Akbulut, 2018, s. 248; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 92 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 239). Zira normatif değerlendirme, yani ceza kanunlarına göre olması gereken, bizatihi hareket kavramını değil; bunun kusurluluk ve hukuka aykırılığını ilgilendirir.

2.1. Doğal Hareket ve Klasik Suç Teorisi

19. yy. da hâkim olan ve pozitivist felsefeden esinlenen doğal/nedensel hareket teorisi, hareket kavramını tamamen doğal bir olgu olarak kabul etmekte ve ayrıca amacı ya da sosyal değerine yönelik bir değerlendirme yargısına tabi tutmamaktadır (Akbulut, 2018,

s. 248-249; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 92 vd.; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 178; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 240 vd.; Özgenc, 2017, s. 145 vd.; Demirbaş, 2018, s. 225 vd.; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015, s. 202 vd.)¹. Hareket kavramını değerden yoksun bir şekilde ele alan bu teori, insanın davranışından (*hareket*) ziyade, onun dış dünyada meydana getirdiği *değişiklik* yani neticesi ile ilgilenmektedir. Bu nedenle de suç denen haksızlığı *neticenin* temsil ettiğini kabul etmektedir (Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 93 vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 241; Özgenc, 2017, s. 145 vd.). Doğal hareket teorisine göre fiil kavramı hareket, netice ve nedensellik bağından oluşur. 19. yy Kara Avrupa'sına hâkim olan *Klasik Suç Teorisi*, suç kavramını doğal/nedensel hareket teorisinin *file* ilişkin izahlarından hareketle açıklamaya çalışmıştır. Bunlar: suçun maddi unsurları -ki bu fiilin netice unsurudur-, kusurluluk yani sübjektif kusur anlayışı ve hukuka aykırılıktır.

Doğal hareket teorisine göre, bir davranışın hareket olarak nitelendirilebilmesi için taşınması gereken özellikler şu şekilde ifade edilebilir:

İlk olarak, yalnızca bir insan davranışı hareket vasfını taşıyabilir. Bu nedenle insan dışındaki varlıkların örneğin, bir hayvan tarafından yapılan davranışlar ile depresyon, tsunami gibi doğa olayları ceza hukukunun hareket kavramına dâhil değildir.

İkinci olarak, bir insan davranışının hareket değerine sahip olabilmesi için söz konusu davranışın dış dünyaya aktarılması gerekmektedir. Dış âleme yansımayan fakat insanın sadece iç dünyasında varlık bulan hadiseler, fikirler, salt düşünsel faaliyetler hareket kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, bir kimsenin en yakın arkadaşının aptal olduğunu düşünmesi ancak bunu dile getirmemesi hâlinde, bir hareketin varlığından bahsedilemez. Yine insanın dış dünyada vücut bulan davranışı, bir şey yapmak şeklinde aktif bir davranış olabileceği gibi (icrai) hareketsiz kalmak (ihmalî) suretiyle gerçekleştirdiği pasif bir davranış da olabilir.

Üçüncü olarak, yalnızca iradî olarak gerçekleştirilen insan davranışları hareket olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla insanın bilinçli iradesinin ürünü olmayan davranışlar, (örneğin refleks) ceza hukuku bağlamında hareket vasfını taşımazlar (Akbulut, 2018, s. 248-249; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 93; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 241; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 240-241; Demirbaş, 2018, s. 225-226; Keyman, 1988, s. 144).

Hemen ifade edelim ki klasik suç teorisini açısından kusurluluk tamamen sübjektif bir mahiyet arz *etmekte olup çoğunlukla suçun manevî unsuru ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır*. Bu nedenle teori taraftarları suçun manevî unsurunu oluşturan kast ve taksiri kusurluluğun bir türü olarak kabul etmektedir². Kusurluluğun temelini oluşturan isnat

1) *Zafer* ise hareketin doğal bir olgu olduğu görüşüne karşı çıkmakta ve hareket kavramının normatif olarak yani hukuk kuralları dikkate alınarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir (Zafer, 2016, s. 193).

2) Buna karşılık gai hareket teorisine göre, "...kast kusurluluğun değil de hareketin unsurudur. Buna karşı kusurluluk, failin iradesinin kınanabilirliğidir. Binaenaleyh hareketin sübjektif unsuru iradilikten ibaret değildir; iradenin içeriğini oluşturan kast da buraya girer..." (Keyman, 1988, s. 144).

yeteneği ise irade ile birlikte, algılama yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak değerlendirilmektedir (Özgenç, 2017, s. 143 vd.). Ayrıca, teorinin taraftarlarına göre hukuka aykırılık unsuru tipikliğin ihlali anlamına gelmektedir (Özgenç, 2017, s. 143 vd.).

Doğal hareket teorisine bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Öncelikle, teori, dar anlamda hareket, bunun dış dünyada meydana getirdiği değişiklik (netice) ve bunlar arasındaki nedensellik bağı, hareketin varlığı için yeterli görmesi ve hareketin neyi amaçladığını göz ardı etmesi nedenleriyle eleştirilmektedir. Teoriye göre, failin hareketinin yöneldiği amaç, kusurluluk bahsinde incelenmelidir (Akbulut, 2018, s. 249; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 93-94; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 242; Demirbaş, 2018, s. 226; Özgenç, 2017, s. 145; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 241). Bu kabule karşılık Gai hareket teorisi “...*hareketin psikolojik unsuru iradilikten ibaret değildir. İnsan hareketi saf ve kör illi bir güç sayılamaz. İnsan hareketi amaca yöneliktir; insan, davranışının illi serilerde yaratacağı değişiklikleri öngörür ve buna uygun olarak hareket eder. Bu nedenle insan hareketi, ulaşılacak istenen amaç, bu amaca ulaşmak için elverişli araçların kullanılması ve söz konusu araçlara tasarruf edilmesinden doğan ikinci derecede sonuçlardan oluşur* (Keyman, 1988, s. 144)” görüşünü ortaya atmıştır.

Öte yandan, doğal hareket teorisi, hareketin değerden yoksun olduğu görüşü dolayısıyla da eleştirilmektedir. Zira bu görüş benimsenirse, ihmali hareketlerin ceza hukuku anlamında hareket kavramına dâhil edilmesi mümkün görünmektedir. İhmal hareketler normatif bir özellik gösterdiğinden, ihmali hareketten bahsedebilmek için bir norma (değerlendirmeye) ihtiyaç bulunmaktadır (Akbulut, 2018, s. 249; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 94; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 243; Özgenç, 2017, s. 147; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 242). Örneğin, anne, evde çıkan bir yangında alevlerin ortasında kalan çocuğuna yardım etmez ve çocuk yanarak ölür. Annenin bu ölümden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, anneye ihmali göstermemesi ve harekete geçmesi konusunda bir normdan kaynaklanan yükümlülük yüklenmiş olmalıdır (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 243). Dolayısıyla hareketin değerden yoksun olduğunun kabul edilmesi, ihmali hareketlerin hareket sayılmaması sonucunu doğurmaktadır ki bu durumun günümüz modern ceza hukukunda geçerli olduğunu söylemek güçtür.

2.2. Sosyal Hareket Teorisi ve Teleolojik/Neo Klasik Suç Teorisi

Bu teori hareketin *sosyal değeri* olarak özetlenebilir. Değer felsefesi kavramının ceza hukukuna uyarlanması neticesinde, ceza hukukunda toplumsal değerlerin ön planda olduğu bir sistem kurulması amaçlanmıştır. Bu nedenle bu teori, doğal hareket teorisinin aksine fiil kavramını *değerden yoksun doğal bir olgu olarak değil, sosyal açıdan bir değer taşıyan iradî insan davranışı* (Akbulut, 2018, s. 252; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 96; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 248 vd.; Demirbaş, 2018, s. 227; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 244; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015, s. 205 vd.; Hakeri, 2007, s. 71) olarak tanımlamışlardır. Bu nedenle sosyal bir değeri ihlal etmeyen insan davranışlarının, hukuka uygun olduğu gerekçesiyle, suç olmadığını kabul ederler. Sosyal hareket teorisine göre

suçun temelini oluşturan fiil, sosyal açıdan bir değer taşıyan iradî insan davranışıdır. İcrai ya da ihmali bütün hareketlerin ortak noktasını sosyal açıdan taşıdığı önem belirlemektedir (Akbulut, 2018, s. 252; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 96-97; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 248 vd.; Demirbaş, 2018, s. 227; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 244; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015, s. 202 vd.). Teori benimsemiş olduğu bu görüş nedeniyle doğal hareket teorisinden ayrılmaktadır. Şöyle ki, sosyal hareket kavramı, “...*insan davranışının sosyal bakımından önem arz edip etmediği şeklinde bir değerlendirmeyi zorunlu kılmakta ve böylece sosyal hareket, hem ontolojik hem de normatif bir hareket niteliği kazanmaktadır. Hareketin normatif bir mahiyet kazanması, onun izahında hukuka aykırılık kavramına başvurmaya zorunlu kılmuştur. Zira hareketi toplumsal bir olgu olarak açıklayabilmek için onun sosyal bakımdan zararlı olup olmadığı değerlendirmesinin yapılması gerekmiştir... bu teori taraftarlarına göre, yapılan değerlendirmeyle sosyal uygunluğa sahip bulunduğu belirlenen bir hareketin aynı zamanda hukuka da uygun olduğu sonucuna ulaşılabilecektir* (Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 96-97)”.

Teleolojik teorisinin temelinde ceza normunun konuluş amacını sosyal bir değer korunması olarak görmesi yatmaktadır. Bu nedenle teorisinin taraftarları haksızlığı sadece şeklen ele almamış, korumayı amaçladığı hukuki değer ağırlığına göre nesnel bir derecelendirmeye tabi tutmuştur. Bu nedenle hukuka aykırılık bir normun şeklen ihlali değil, bir hukuksal değer ihlali olarak kabul edilmiştir. Bir hukuki değer ihlali söz konusu değilse sadece tipik normun ihlalinin hukuka aykırılıktan söz etmek için yeterli olmayacağı kabul edilmiştir (Özgenç, 2017, s. 149 vd.). Bu durum literatürde **nesnel hukuka aykırılık öğretisi** olarak ifade edilmektedir.

Teleolojik suç teorisi kusur kavramı konusunda klasik suç teorisinin psikolojik kusur yaklaşımını terk edip, değerlendirmeye dayalı normatif kusur anlayışını kabul etmiştir. Bu kabulünün bir sonucu olarak da suç ile suç sebebiyle meydana gelen sorumluluğu ayırmıştır. Buna göre tipik bir haksızlık ancak fail bu haksızlığa neden olan davranışından dolayı kınanabilirse yani kusur yeteneği diğer bir ifadeyle iradeyle beraber yaptığının sonuçlarını idrak yeteneği varsa suç ilgili kişiye isnat edilebilecektir. Teleolojik suç teorisi kusur kavramına yaklaşım açısından klasik suç teorisinden ayrılrsa da klasik suç teorisinin kast ve taksiri kusurluluğun gerçekleştiriliş türü olarak gören anlayışını devam ettirmiştir.

2.3. Gai Hareket ve Gai Suç Teorisi

Gaî hareket teorisi, tıpkı sosyal hareket teorisi gibi doğal hareket teorisinin aksine fiili değerden yoksun/soyut iradî bir insan davranışı olarak değil belirli bir amaca matuf bir insan davranışı olarak kabul etmektedir (Akbulut, 2018, s. 249 vd.; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 94 vd.; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 201; Özgenç, 2017, s. 154 vd.; Demirbaş, 2018, s. 226-227; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 179; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 242 vd.). Ancak bu teoriye göre hareketin değerlendirme ölçütü olan **sosyal değeri** değil; kişinin/failin hareketinin **gailiği** yani hareketin yapılmasının arkasındaki ana düşünceyi esas

almıştır. Bu bağlamda gai hareket teorisi, hareketi kör ve değerden yoksun değil, belli bir amaca yönelik insan davranışı olarak kabul eder. Teorinin hareket kavramını bu şekilde farklı bir anlam vermesi nedeniyle suçun unsurları ve özellikle fiil ve kusurluluk konularında klasik suç teorisinden farklı sonuçlara ulaşmıştır (Alacakaptan, 1975, s. 39; Akbulut, 2018, s. 250; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 95; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 201-202).

Suç, fiili hareket (icrai), netice ve nedensellik bağı şeklinde üçlü kombinasyon kabul eden doğal hareket teorisinin aksine, gai hareket teorisi fiilin haksızlık içeriğini neticenin değil, hareketin temsil ettiği kanaatindedir. Teoriye göre harekete bu vasfını kazandıran ise arkasındaki amaç ya da faili o neticeye sevke eden yönlendirici iradedir. Bu nedenle fiil kavramının hareket ile eş değer olduğunu, suçun incelenmesinde neticenin değil, hareketin esas alınması gerektiğini savunmuştur.

Kasten işlenen suçlarda hareketten bahsedebilmek için nedensellik bağının yanı sıra failde ayrıca suç tipini ihlâl etme amacının da bulunması gerekir. Yani fail, tipikliği gerçekleştirmeyi hedeflemelidir. Böylece teori, tipikliği ihlâl eden hareketin amacı ile kastın aynı anlama geldiğini kabul etmektedir. Bu kabulün sonucu olarak da kastın, kusurluluğun bir şekli olmadığı fakat tipe uygun fiilin ve tipikliğin subjektif (manevi) unsurunu oluşturduğu ileri sürülmektedir (Akbulut, 2018, s. 250; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 94-95; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 243-245; Özgenç, 2017, s. 154-155; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 155; Keyman, 1988, s. 148).

Gai hareket teorisine göre kasıtlı suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da hareket, belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş iradî insan davranışıdır. Çünkü taksirli davranışlar da gai (amaçsal) bir nitelik taşımaktadır (Akbulut, 2018, s. 250; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 95; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 245; Özgenç, 2017, s. 155). Oysa kasıtlı hareketler ile taksirli hareketlerin yapısal olarak birbirinden farklı özellikler taşıdığı kuşkusuzdur. TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasına göre "*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*". Buna karşın Kanunun 22. maddesinin 2. fıkrası (basit, bilinçsiz) taksiri şu şekilde tanımlamıştır: "*taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*."

Gerçekten de (basit) taksirde netice öngörülmeyerek gerçekleştirildiğinden, failin, taksirli suçlarda da belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik bir davranış icra ettiğini diğer bir ifadeyle, hareketinin yönlendirici iradenin sonucu olduğunu söylemek, izahı güç bir durum yaratmaktadır. İşte bu nedenledir ki gai hareket teorisinin taksirli suçlarda hareket kavramına ilişkin ortaya koyduğu bu tanım doktrinde eleştirilmektedir³. Bu eleştirilerin etkisiyle teori, kasıtlı hareketler ile taksirli hareketler arasında bir ayırım yaparak şu sonuca ulaşmıştır: Kasıtlı suçlarda failde suç tipini gerçekleştirme amacı bulunmakta iken, taksirli suçlarda ise fail, davranışını tipte yer alan neticeye değil fakat hukuken

3) Söz konusu eleştiriler için bkz. (Akbulut, 2018, s. 251; Üzülmöz & Koca, 2018, s. 95-96; Artuk & Gökçen, 2017, s. 246-247; Özgenç, 2017, s. 156-157; Demirbaş, 2018, s. 227; Centel, Zafer, & Çakmut, 2017; Centel/Zafer/Çakmut, s.243, 244).

önem arz etmeyen bir amacı gerçekleştirmeye yönlendirmiştir (Akbulut, 2018, s. 250; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 95; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 245; Özgenc, 2017, s. 155; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 243; Keyman, 1988, s. 148).

Konu ile ilgili bir örnek vermek gerekirse, doktor A, bir ilkokulda öğretmen olarak çalışan B'yi arar ve “*kızınız C, geçirdiği bir trafik kazası neticesinde hastanemize getirildi. Ancak endişe etmeyin şu anda durumu iyi*” der. Bunun üzerine aracına atlayan B bir kavşağa yaklaşır, kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen durmaz ve o sırada karşıdan karşıya geçmekte olan D'ye çarpar ve D yaralanır. Burada B'nin amacı tipik neticeyi gerçekleştirmek değil kızı C'ye ulaşmaktır. Ancak davranışını hukuken önemli olmayan bir amaca yönlendirmesine rağmen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek, tipik neticeye sebebiyet vermiştir. Sonuç olarak B, taksirli davranışından dolayı sorumludur.

Gai hareket teorisinin zayıf yönünü teşkil eden diğer bir hareket türü de ihmali hareketlerdir. Zira ihmali hareketlerde tipik neticeye yönelen bir irade bulunmadığı, hareket ve meydana gelen netice arasında nedensellik bağı olmadığı gerekçeleriyle, teorisinin ihmali hareketler konusunda ileri sürdüğü görüşler eleştiriye maruz kalmıştır (Akbulut, 2018, s. 250-251; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 95-96; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 247; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 244; Demirbaş, 2018, s. 227).

3. Modern Ceza Hukukunda Hareketin (Fiilin) Fonksiyonları

3.1. Hareketin Tasnif Edici Fonksiyonu

Ceza hukuku bakımından hareket kavramı, tüm hareket şekillerini (kasıtlı veya taksirli, icrai ya da ihmali) kapsayacak nitelikte olmalıdır. Bu nedenle hareketin “*tasnif edici fonksiyonu*” bulunduğu kabul edilmektedir (Akbulut, 2018, s. 247; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 91; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 233; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177). Çünkü hareket teorilerinin asıl gayesi ceza hukuku anlamında hareket olarak vasıflandırılan tüm davranışları ihtiva edebilecek nitelikte bir hareket tanımına ulaşmaktır (Akbulut, 2018, s. 247 vd.; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 90 vd.; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 233). Ancak hareket teorilerine getirilen eleştiriler dikkate alındığında, bu amacı gerçekleştirmenin hiç de kolay olmadığı görülmektedir. Zira kasıtlı hareketler, taksirli hareketler veya icrai ya da ihmali hareketler yapıları gereği birbirinden farklılık göstermektedir. İşte bu nedenle bazı yazarlar, bütün davranış şekillerini içerisine alan genel bir hareket tanımının ortaya konulamayacağı fikrini savunmaktadır. Bu yazarlara göre her davranış şekli için ayrı ayrı hareket tanımı oluşturulmalıdır (Akbulut, 2018, s. 247; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 98 vd.).

3.2. Hareketin Tarif Edici Fonksiyonu

Bir suçun varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle hareket vasfını taşıyan bir davranışın icra edilmiş olması gerekir. Keza tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk incele-

meleri, gerçekleştirilen bir harekete bağlı olarak yapılabilir. Nitekim hareket suçun diğer unsurları ya da cezalandırılabilirliğin koşulları bakımından yapılan değerlendirmelerin bağlantı noktasını oluşturmakta ve böylece çok önemli bir fonksiyon icra ettiği etmektedir. Bu durum “*hareket olmaksızın suç olmaz*” şeklinde formüle edilebilir (Akbulut, 2018, s. 246; Üzülmmez ve Koca, 2018, s. 90; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 231; Demirbaş, 2018, s. 225; Özgenç, 2017, s. 166 vd.; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177).

Ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmelerde başlangıç noktası teşkil etmesi nedeniyle hareket kavramına, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk değerlendirmelerinin kendisine bağlanabilmesi için maddi bir içerik kazandırılması gerektiği ileri sürülmektedir (Üzülmmez ve Koca, 2018, s. 91; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 233; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177). Hareketin böyle bir içeriğe sahip olabilmesi ise “*hareketin tarif edici fonksiyonu*” sayesinde mümkün olmaktadır.

3.3. Hareketin Sınırları Fonksiyonu

Ceza hukukunda sadece insan tarafından gerçekleştirilen ve hareket olarak nitelendirilebilen davranışlar suç teşkil edebilir. Ancak insanlar tarafından yapılan bütün davranışlar hareket vasfını taşımaz. O hâlde insanların davranışları arasında bir ayırım yapılması ve ceza hukuku açısından önemli olmayan ya da karşılığında cezai yaptırım uygulanmasını gerektirmeyen davranışların hareket kavramının kapsamı dışında bırakılması gerekmektedir. İşte hareket kavramının üstlendiği bu role, “*hareketin sınırları fonksiyonu*” denilmektedir (Akbulut, 2018, s. 247; Üzülmmez ve Koca, 2018, s. 102; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 233; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177-178; Özgenç, 2017, s. 167; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 239).

Bir suçun işlendiğinden söz edebilmek için ilk olarak hareket niteliğini taşıyan bir insan davranışının olması gerektiğini ve tipiklik, hukuka aykırılık veya kusurluluk açısından yapılacak değerlendirmelerde hareketin esas alınacağını belirtmiştik. Dolayısıyla hangi insan davranışlarının hareket sayıldığının tespit edilmesi önem arz etmektedir.

3.3.1. Kusur Yeteneği Olmayanların Gerçekleştirdikleri Hareketler

Ceza hukukunda birçok yazar, hareket yeteneğini ile kusur yeteneğinin birbirinden farklı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Bunun sonucu olarak da kusur yeteneği olsun ya da olmasın insanın iradî hareket yeteneğine sahip olduğu görüşü kabul edilmektedir (Üzülmmez ve Koca, 2018, s. 105; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 234; Özgenç, 2017, s. 169; Demirbaş, 2018, s. 241; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 181; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 248). Dolayısıyla yapılan davranışın ceza hukuku anlamında hareket olup olmadığı tespit edilirken, söz konusu davranış gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığından bağımsız olarak bir değerlendirme yapılmalıdır (Üzülmmez ve Koca, 2018, s. 105). Bu bakımdan, akıl hastası B'nin elindeki sopayla C'yi öldürmesi, beş yaşındaki D'nin ziyarete gittiği evdeki şekerleri gizlice alması örneklerinde akıl hastası B'nin ve beş yaşındaki D'nin gerçekleştirdiği davranışların hareket vasfını taşıdığı kuşkusuzdur.

Kusur yeteneğinin bulunmaması, hareket yeteneğinin olmadığı anlamına gelmez. Kusur yeteneğinin olmaması sadece failin işlediği suçtan dolayı ceza almaması sonucunu doğurabilir. Zira ceza hukukunun temel ilkelerinden biri de “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesidir. Bu ilkeye göre sadece yaptığı davranışlardan dolayı kendisine kusur atfedilebilen kimseler cezalandırılabilir (Akbulut, 2018, s. 524; Üzülmüş ve Koca, 2018, s. 53; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 493; Özgenç, 2017, s. 383-384).

3.3.2. Tüzel Kişilerin Hareket Yeteneği

Tüzel kişilerin ceza hukuku bağlamında hareket yeteneğine sahip olup olmadıklarına ilişkin bir değerlendirmede bulunabilmek için bunların hukuki niteliğinin ortaya konulması faydalı olacaktır. Zira tüzel kişilerin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmakta ve bu kapsamda çeşitli teoriler ileri sürülmektedir. Bu teoriler farazilik teorisi, gerçeklik teorisi ve karma teori olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.

3.3.2.1. Farazilik Teorisi

Farazilik teorisine göre, yalnızca gerçek kişiler bir hakkın süjesi konumunda olabilir. Tüzel kişiler ise sosyal hayatın getirmiş olduğu çeşitli ihtiyaçları karşılamak amacıyla hukuk düzeni tarafından öngörölmüş yapıları ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, tüzel kişiler bir gerçeklik değil, kurgusal nitelikte bir oluşumdur. Ancak buna rağmen hukuk düzeni tüzel kişiliklere bazı haklar tanımaktadır. Örneğin, bir tüzel kişi sözleşme akdetmek suretiyle hukuki işlem tesis edebilir. Fakat tüzel kişiler, gerçek kişiler gibi iradeye sahip değildir. Tüzel kişiye hak kazandıran veya onu borçla yükümlü kılan bu işlemleri tüzel kişi bizzat kendisi değil fakat tüzel kişinin yetkili temsilcileri yapmaktadır. Tüzel kişiler temsilcileri vasıtasıyla irade ortaya koyduklarından, tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip değildir (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 295-296; Demirbaş, 2018, s. 242; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 248; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 181).

3.3.2.2. Gerçeklik Teorisi

Bu teori, tüzel kişilerin gerçek olmadığı, hukuk düzeni tarafından kendisine kişilik tanıyan farazi bir oluşum olduğu fikrini reddeder. Buna göre, tüzel kişilikler, kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir varlığa ve onlardan bağımsız bir iradeye sahiptir. Dolayısıyla ceza hukuku anlamında hareket yeteneğinin sadece gerçek kişilere ait olduğu şeklinde görüş doğru olmayıp, tüzel kişilerin de hareket yeteneği bulunmaktadır (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 296; Demirbaş, 2018, s. 242; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 249; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 181).

3.3.2.3. Karma Teori

Farazilik ve gerçeklik teorisinin bir araya gelmesiyle oluşan karma teori ise tüzel kişilerin farazi olmasa dahi doğal bir nitelik taşımayan hukukun yarattığı soyut kişilikler

olduğu görüşüne dayanmaktadır (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 297; Demirbaş, 2018, s. 242; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 249).

3.3.2.4. Teorilerin Değerlendirilmesi

Farazilik teorisi, sadece gerçek kişilerin hak süjesi ve irade sahibi olabileceği görüşünü benimsediğinden, tüzel kişilerin hareket yeteneği olmadığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla bu teori kabul edilirse, hareket yeteneği bulunmayan tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olduğundan da bahsedilemez.

Gerçeklik teorisi, kendisini meydana getiren gerçek kişilerden ayrı bir iradesi bulunan tüzel kişilerin aynı zamanda hareket yeteneğinin de bulunduğunu fikrini savunmaktadır. Buna göre, tüzel kişilerin de tıpkı gerçek kişiler gibi cezai sorumlulukları vardır.

Karma teori ise tüzel kişilerin hareket yeteneğine sahip olduğunu ve bazı hâllerde suç faili sayılıp cezalandırılabilceğini öngörmektedir (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 297; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 249).

Doktrinde bazı yazarlar ise yukarıda yer verilen teorik tartışmalara değinmeksizin ceza hukukunda sadece gerçek kişilerin hareket (fil) olarak nitelendirilen davranışları gerçekleştireceğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre tüzel kişilerin hareket yeteneği yoktur. Dolayısıyla suç faili olamayan tüzel kişilerin cezai sorumlulukları da bulunmamaktadır (Akbulut, 2018, s. 371; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 114; Özgenç, 2017, s. 196-197). Zira TCK'nın 20.maddesinin 1.fikrasında ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, herkesin kendi fiilinden dolayı sorumlu olacağı belirtildikten sonra 2.fıkra da “*tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz...*” denilmektedir. Nihayet, yazarların büyük çoğunluğunun, hareket yeteneği bulunmadığından dolayı tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının da olmadığı hususunda hemfikir oldukları da belirtilmektedir (Öztürk ve Erdem, 2016, s. 181).

3.3.3. Mutlak Kuvvetin Etkisi Altında Gerçekleştirilen Davranışlar

Sadece irade ürünü olan bir davranışın hareket olarak kabul edileceği, hareketin niteliğini açıklamaya çalışan tüm teorilerin üzerinde uzlaşa sağladığı bir konuyu oluşturmaktadır (Üzülmez ve Koca, 2018, s. 103). Dolayısıyla bir davranışın hareket olarak nitelendirilebilmesi için ön şart söz konusu davranışın iradî olarak gerçekleştirilmesidir.

Vis absoluta (mutlak kuvvet) yani insanın iradesini tamamen ortadan kaldıran, karşı konulamayacak mutlak bir kuvvetin etkisi altında icra edilen davranışlar esasen ceza hukuku anlamında hareket olarak kabul edilmemektedir. Çünkü bu hâllerde kişi, mekanik bir araçmışçasına hareket etmektedir. Öte yandan kişiyi bu şekilde hareket etmeye iten nedenin doğal veya insan kaynaklı olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira önemli olan kişinin iradesini tamamen kaybetmesine sebep olacak şekilde bir kuvvetin etkisi altında bulunmasıdır (Akbulut, 2018, s. 259; Üzülmez ve Koca, 2018, s. 103; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 234-235; Özgenç, 2017, s. 167). Örneğin, A, arkadaşı B'nin arkasından

yaklaşır ve onun elini kaldırarak oradan geçmekte olan C'nin yüzüne bir tokat atar. Bu olayda B mutlak kuvvete maruz kaldığından, gerçekleştirdiği davranış (C'nin yüzüne tokat atması) kendi iradesinden kaynaklanmamaktadır. O hâlde bu davranış *iradi olmadığı için* hareket olarak değerlendirilemez. Mutlak kuvveti uygulayan A'nın davranışı ise iradi olduğu için bir harekettir ve B'nin aksine A meydana gelen neticeden dolayı doğrudan fail olarak sorumlu olur.

3.3.4. Zorlayıcı Kuvvetin Etkisi Altında Gerçekleştirilen Davranışlar

TCK m.108'in gerekçesinde ifade edildiği üzere, "...*Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır...*"

Hem vis absoluta hem de vis compulsiva nitelikteki hareketler, irade üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirir. Ancak *vis absoluta* durumunda kişinin iradesi tamamen ortadan kalktığı için davranışı hareket sayılmazken, *vis compulsiva*'ya maruz kalan kişi zorlanmış da olsa bir iradeye sahip olduğundan ceza hukuku bu kimsenin davranışını hareket olarak değerlendirmektedir (Akbulut, 2018, s. 236; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 103-104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 236; Özgenç, 2017, s. 167-168; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 248).

Zorlayıcı bir kuvvetin (cebir veya tehdidin) etkisiyle bir davranış icra eden kimse irade sahibi olmakla birlikte söz konusu iradeyi oluştururken serbest ve hür bir şekilde karar veremediğinden, kendisine kusur zafere edilemez ve cezalandırılmaz fakat meydana gelen neticeden dolayı zorlayıcı kuvveti kullanan kişi (dolaylı fail olarak) sorumlu olur (Akbulut, 2018, s. 259; Üzülmöz ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 236). Bu husus TCK m.28'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, "*karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kişiye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*" Örneğin, D, daha önce belgede sahtecilikten sabıkası bulunan E'yi arayarak, "*bana hemen sahte bir pasaport ayarla*" der. Ancak E, artık bu işi yapmadığını bildirir. Ardından D, "*dediğimi yapmazsan tüm aileni öldürürüm*" şeklinde cevap verir. Bunun üzerinde E, sahte bir pasaport düzenleyerek D'ye teslim eder. Olayda D, zorlayıcı bir kuvvete maruz kalsa dahi (ölüm tehdidi) gerçekleştirdiği davranış iradeli olup hareket vasfına sahiptir. Ancak TCK m.28 gereği meydana gelen suçtan dolayı (TCK m.204/1 resmi belgede sahtecilik) E dolaylı fail olarak cezalandırılır.

3.3.5. Refleks Hareketler

Refleks, "*alınan uyarı sonucunda meydana gelen impulsa, beyne iletilmeksizin verilen cevap*" veya "*almaçların duysal uyarılmasıyla kas ve bez gibi effektorlarda oluşan*

istek dışı bir cevap (TDK)” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla refleks hareketlerde, dışarıdan gelen bir etki nedeniyle uyarılan vücudun iradî olmayan bir şekilde reaksiyon göstermesi söz konusudur (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 237; Özgenç, 2017, s. 168). Örneğin, uzun zamandan beri karanlık bir ortamda bekletilen bir kimsenin gözlerine ışık tutulması ve bu kişinin gözlerini istem dışı kapaması durumunda, refleks hareketin varlığından bahsedilebilir (Akbulut, 2018, s. 259). Refleks hâlinde irade tamamıyla ortadan kalktığı için, refleks hareketler, ceza hukuku anlamında hareket kavramına dâhil değildir (Akbulut, 2018, s. 259-260; Üzülmüş ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 237; Özgenç, 2017, s. 168; Demirbaş, 2018, s. 241; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177; Hakeri, 2007, s. 71-72). Zira sadece iradî olarak gerçekleştirilen davranışlar hareket vasfını taşıyabilir.

Alman doktrininde ise refleks hareketler konusunda bir ayırım yapılarak, gerçekleştirilen davranış tamamen fiziksel bir olaysa yani irade ile ruhsal ya da psikolojik bağlantı söz konusu değilse refleks hareket sayılmaktadır. Aksi durumda, sinirlerin ruhsal bir etki altında olduğu ve kişinin davranışını belirli bir amaca yönlendirdiği hâllerde ise artık refleks hareketten bahsedilemez (Akbulut, 2018, s. 259-260).

Konu ile ilgili olarak Alman ilk derece mahkemesi (olay mahkemesi) ile temyiz mahkemesi arasında görüş ayrılığına neden olan bir olayda, aracı ile seyir hâlindeyken bir kavşağa giren sürücünün gözüne ansızın bir sinek konar. Ardından kendisini korumak için bir eliyle gözüne müdahale eden sürücü, bu sırada direksiyon hâkimiyetini kaybeder ve bir kaza meydana gelir. Bu olayda ilk derece mahkemesi sürücünün davranışının refleks hareket olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Çünkü bilinçli bir düşünme süreci yaşamasa dahi sürücü, amaca yönelen bir savunma hareketi yapmıştır. Fakat temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin değerlendirmesini doğru bulmamış ve olayda refleks hareket bulunduğuna hükmetmiştir (Akbulut, 2018, s. 257-258).

3.3.6. Affekt Hareketler

Affekt hareket herhangi bir plana dayanmayan, şiddetli korku ya da heyecan veya anlık kararlar sonucu meydana gelen davranışlardır (Akbulut, 2018, s. 260; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 237; Özgenç, 2017, s. 168). Örneğin, E, trafikte seyir hâlindeyken yolcu koltuğunda oturan arkadaşı F ile tartışmaya başlar. Daha sonra E'nin kendisine bağırmasına sınırlanan F, cebindeki silahı çıkararak E'nin kafasına doğrultur. Silahı gören E ise yaşadığı heyecanın ve korkunun etkisiyle aniden direksiyonu kırar ve o sırada yaya kaldırımında yürümekte olan P'ye çarparak onun yaralanmasına neden olur. Olayda E'nin direksiyonu kırması önceden planlanmayan, duyulan korku ve heyecana bağlı olarak aniden gelişen bir davranış niteliğinde olduğundan, affekt hareket olarak nitelendirilebilir.

Affekt davranışlar, refleksten farklı olarak hareket vasfını taşır. Zira affekt hareketler iradî olarak gerçekleştirilir. Ancak bu irade, ani ve hızlı bir şekilde ortaya çıktığı için iradenin bu oluşum şekli nedeniyle kişinin davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneği azalmış veya ortadan kalkmış olabilir. Dolayısıyla ani bir karar sonu-

cunda gerçekleştirilen davranışlar hareket olarak kabul edilmekle birlikte, irade üzerinde meydana getirdiği etki, failin kusurluluğunun ve cezai sorumluluğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır (Akbulut, 2018, s. 261; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 237; Özgenç, 2017, s. 168). Zira TCK'nın 34.maddesinin 1.fıkrasında, “geçici bir nedenle... işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez” hükmü yer almaktadır.

3.3.7. Yarı Otomatik Davranışlar

Bir irade sonucunda gerçekleştirildiği için yarı otomatik davranışlar da ceza hukuku bağlamında hareket kavramına dâhildir (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 237; Özgenç, 2017, s. 168). Daha çok trafikte araç kullanan kişilerin yaptıkları davranışlar, yarı otomatik davranışlara örnek olarak gösterilmektedir. Söz gelimi, trafikte seyir hâlindeki E'nin aracına bir sinek girer ve önünde uçmaya başlar. Bu durumdan rahatsız olan E ise eliyle sineği kovalamaya başlar. Ancak bu esnada kavşağa yaklaştığını fark etmez ve kırmızı ışıkta duran araca arkasından çarparak araçta bulunan iki kişinin yaralanmasına sebep olur. Burada E'nin eliyle sineği kovalaması yarı otomatik davranış teşkil eder ve hareket vasfını taşır⁴.

3.3.8. Hayvanlardan Kaynaklanan Davranışlar

Ceza hukukunun hareket olarak nitelendirdiği bir davranış yalnızca insan tarafından gerçekleştirilebilir. Bu nedenle hayvanlardan kaynaklanan davranışlar, hareket olarak nitelendirilemez. (Akbulut, 2018, s. 264; Üzülmüş ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 238; Özgenç, 2017, s. 169; Centel, Zafer ve Çakmut, 2017, s. 247; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177; Demirbaş, 2018, s. 241). Ancak bir kimsenin, hayvanın yol açtığı zararlardan dolayı sorumluluğunun doğabilmesi mümkündür (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 238-239; Özgenç, 2017, s. 169). Örneğin, köpeği ile bahçede oynayan A, bir süre sonra evden ayrılır. Fakat köpeği bağlamadığı gibi bahçe kapısını da açık bırakır. Daha sonra köpek kapıdan çıkarak mahalledeki küçük bir çocuğu ısırır ve onun yaralanmasına neden olur. İşte bu gibi durumlarda hayvanın bakımı ve gözetimi ile yükümlü olan kişiler, bu yükümlülüklerine aykırı hareket ettikleri için (ihmalî hareket) sorumlu tutulabilir (Artuk ve Gökçen, 2017, s. 239; Özgenç, 2017, s. 169). Burada hayvanın başkasına verdiği zarardan dolayı bir kimsenin sorumlu tutulması, hayvanın davranışının hareket olarak değerlendirildiği anlamına gelmez. Sorumluluğun temeli, hukuk düzeninin kişiye yüklediği bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihmal edilmesine dayanmaktadır (Özgenç, 2017, s. 169).

4) Artuk/Gökçen, yarı otomatik davranışların bilinçli bir iradenin ürünü olduğu için gerekçesi ile ceza hukukunun bu tür davranışları hareket olarak kabul ettiğini savunmaktadır (Artuk & Gökçen, 2017, s. 238). Buna karşın Özgenç'e göre, yarı otomatik davranışlarda esasen aktüel bilinç bulunmaz. Fakat yarı otomatik davranışlar, üzerinde hâkimiyet sağlanabilir bir özellik gösterdikleri için hareket sayılırlar (Özgenç, 2017, s. 169).

Hayvanların suçun kullanılmasında adeta bir araç gibi kullanılmaları söz konusu olabilir. Örneğin, R, başkasına ait çanta, cüzdan gibi kişisel eşyaları kendisine getirmesi için maymununu eğitir ve maymunu hırsızlık suçunun işlenmesinde kullanırsa, hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılır. Yine belirtmek gerekir ki bu olayda hareket teşkil eden davranış, maymunun başkalarına ait eşyaları çalması değil, R'nin maymuna "çalma komutunu" vermesidir (Akbulut, 2018, s. 264; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 239; Özgenç, 2017, s. 169; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177).

3.3.9. Şuurun Tamamen Kaybolduğu Sırada Gerçekleştirilen Davranışlar

Sadece irade tarafından hâkim olunan veya hâkim olunabilir nitelikteki davranışlar ceza hukuku anlamında hareket olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla şuurun tamamen kaybolduğu bir sırada gerçekleştirilen davranışın hareket vasfını taşımaz. Zira şuurunu tamamen kaybetmiş bir kimsenin davranışları üzerinde iradesi olduğunu söylemek mümkün değildir (Akbulut, 2018, s. 258; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 238; Özgenç, 2017, s. 169; Öztürk ve Erdem, 2016, s. 177). Uyuma, narkoz veya hipnoz etkisi altında olma, sara nöbeti geçirme gibi hâller şuurun tamamen kaybolduğu durumlara örnek olarak gösterilebilir (Akbulut, 2018, s. 258; Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 238; Özgenç, 2017, s. 169).

Uyku hâlinde gerçekleştirilen davranışlar hareket sayılmamakla beraber, bazı durumlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ya da sebebinde serbest hareketler kuramı devreye girerek failin sorumlu tutulması sonucunu doğurabilir. Örneğin, anne bebeği ile birlikte uyurken, bu sırada bebeğinin üzerine yatar ve onun ezilerek ölmesine neden olursa, her ne kadar uyku esnasında gerçekleştirdiği davranış hareket niteliği taşımasa da annenin uyku öncesinde gerekli tedbirleri almaması yani bu konuda ihmal göstermesi hareket vasfını taşır ve anne, ihmalinden dolayı sorumlu tutulabilir (Üzülmaz ve Koca, 2018, s. 104; Artuk ve Gökçen, 2017, s. 238).

4. Fiil Ceza Hukuku Anlamında Hareket-Suç ilişkisi

Pozitif hukuk suç genel teorisinde ceza hukukunun en belirgin vasfı fiildir. Bundan dolayı pozitif hukuk literatüründe ceza hukuku, fiil ceza hukuku olarak nitelendirilir. Fiil ise icrai ve ihmalf insan davranışı yani harekettir. Bu bakımdan pozitif hukuk literatüründe suçlar hareketin sayısı göre de tasnife tabi tutulmuştur. Buna göre

-Tek Hareketle İşlenen Suçlar: bu suç tipinde suçun oluşması tek harekete bağlıdır. Adam öldürme ve hırsızlık suçunda olduğu gibi.

-Birden Fazla Hareketle İşlenen Suçlar: suçun tipiklik unsuru ile ilgilidir. Burada kanunda yer alan tipe uygun birden fazla hareketin icrası yoluyla suçun işlenmesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle kanunda sayılan hareketlerin tamamının yapılması ile gerçekleştiği var sayılmaktadır. Yağma suçu buna örnek gösterilebilir.

-*Seçimlik Hareketlerle İşlenen Suçlar*: kanunda niteliği belirtilip tanımlanan suç bir veya bir kaçının gerçekleştirilmesiyle işlenebildiği suçlardır. Resmi belgede sahtecilik buna örnek gösterilebilir.

4. İslam Ceza Hukukunda Suç Genel Teorisi

Klasik İslam hukuku literatüründe derli toplu bir suç genel teorisinden söz etmek mümkün değildir. Ancak bu tespit İslam hukukunda suç genel teorisi olmadığı anlamına da gelmemektedir. Zira derli toplu sistematik olmasa da çeşitli konulara dağılmış, değişik bap ve başlıklar altında işlenmiş oldukça zengin bir malzemenin varlığı aşikârdır. Genelde İslam hukukunun tarihi seyrine, özelde ise İslam ceza hukukuna baktığımızda hukuk faaliyetlerinin ve kodifikasyonun üç aşamada tekâmül etmiş bir teknik sistem bütünlüğü olduğu görülür. Bunlar kazuistik/meseleci teknik (klasik dönem), kazuistik-soyut (mecelle vb. kodifikasyonlar) ve soyut/mücerret teknik (Tanzimat sonrası başlayıp; Osmanlı sonrası günümüze uzanan çağdaş dönem) . İşte bu metodik tarihi seyirden dolayı Klasik fıkıh literatüründe suç genel teorisi bir başlık altında olmayıp çeşitli bap ve başlıklar altında yer alır. Bu durumun başlangıçta İslam hukukunun yapısı itibarıyla meseleci/kazuistik⁵ bir metot benimsemiş olmasından kaynaklandığı ile izah edilebilir. Özellikle İslam ceza hukukunun tarihi seyri incelendiğinde, İslam medeniyetinin hâkim medeniyet vasfını kaybetmeye yüz tuttuğu ve Batı medeniyetiyle çeşitli siyasi, askeri ve iktisadi alanlarda karşılaşma yaşadığında Batı hukukundan yararlandığı da göz ardı edilmemelidir. Bu durumu medeniyetlerin çizgisel değil döngüsel oluşuyla da anlamlandırmak mümkündür. İslam ceza hukukunun dağınık bap ve başlıklar altında işlenmiş konuları özellikle Tanzimat sonrası kurulan nizamiye mahkemeleri ve yaşanan sürecin de etkisiyle Fransız⁶ ve İtalyan⁷ ceza hukuk sistemlerinden beslendiği; klasik İslam ceza hukukunun bu etkiyle özellikle suçları tasnife tabi tutulduğu söylenebilir. Bu benzerlik ve etki suçun maddi ve manevi unsurlarının belirlenmesi konusunda daha derindir.

Klasik dönem İslam hukukçuları, suç genel teorisinde meseleci metodun etkisiyle suçun genel unsurlarını sistematik olarak ele almamışlar bunun yerine her suçun özel unsurlarını, o suçu incelerken ayrı ayrı ifade etmişlerdir. *Cüziyyatı cüziyyat içinde ele almak* olarak ifade edilebilecek olan bu durum, sistematik bir suç genel teorisinin oluşturulmasına kısmen engel olmuştur. Bununla birlikte dağınık da olsa İslam ceza hukukunda ciddi bir alt yapının olduğu ifade edilmelidir. Zira suç ve cezanın felsefi arka planı özellikle suçta aranması gereken unsurlar ya da suç olan fiil/hareket bağlamında incelendi-

5) Her meseleye ayrı bir hüküm koyma şeklinde gerçekleşen metottur.

6) 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan (Code Pénal de 1810) tercüme edilerek bazı değişikliklerle birlikte uyarlanmıştır.

7) 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nu tercüme ederek, meclise sunulmuş fakat yürürlüğe girmemiştir. Daha sonra 1911 ve 1914 tarihlerinde İtalyan Ceza Kanunu'ndan bazı değişiklikler yapılmak suretiyle ceza kanunu oluşturulmuştur.

ğinde Batı hukukundan çok ileri unsurlar taşıdığı rahatlıkla söylenebilir. Suç olan fiilin tespitinde İslam hukukçuları ileride inceleneceği üzere zamanının çok ilerisinde kriterler belirlemişlerdir.

İslam ceza hukuku suç genel teorisiyle pozitif hukuk suç genel teorisi karşılaştırmasını aşağıda yer alan dört unsurla yapmak mümkündür. Bunlar:

-Tipiklik; suç genel teorisinin temelini oluşturan fiilin tipe uygun olup olmaması diğer bir ifadeyle suçun maddi ve manevi unsurlarıdır.

-Hukuka aykırılık; fiilin hukuk düzenine aykırı oluşu ve bunun temel hukuk naslarında yer alıyor oluşudur.

-Kınanabilirlik; (kusur değerlendirmesi) fiil hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olmakla failinin kınanabilmesi için kusur araştırılmasının yapılmasıdır. Diğer bir ifadeyle kınanabilirlik bir nevi kusur yargısıdır ve failin kastının sınırları belirler.

-Suçun özel görünüş şekilleri, fiil kavramı yine merkezde olup; elverişli icra hareketlerinin tespiti (teşebbüs), failin suça katkısı (iştirak) ve doğal ya da hukuki anlamda birden fazla fiilin bulunup bulunmadığı (içtima) hususları incelenmektedir.

4. İslam Hukuk Düşüncesinde Fiil/hareket

İslam hukuk düşüncesinde fiil/hareket ile alakalı üç terimden söz edilebilir. Bunlar fiil, amel ve hükümdür. Bu üç kavramın içeriği bize fiil ya da hareketle ilgili zengin malzeme sunabilecek mahiyettedir.

4.1. Fiil:

Fiil dış âlemde değişiklik meydana getiren hareket olarak, hissî yani duyularla algılanabilen bir tarafı olmakla birlikte, bazı fiillerin hukuken varlık sahasına girebilmesi için şeriatın vazettiği şartlara uygun olma (şer'î fiil) boyutu da bulunmaktadır. Başka bir anlatımla bir insan davranışının yani hareketin/fiilin suç olabilmesi için onun temel hukuk metinlerinde ifade edilmesi ve fiilin bu metinlerde yer alan tipe uygun olması gerekir. Klasik literatürdeki fiil ile günümüz beşeri hukuk doktrininde yer alan fiil kavramları arasındaki benzerliğin en önemli izdüşümü Debusi (ö. 432) ile başlayıp Sadruşşeria (ö.747) ile sistematize edilen hissi fiil – şer'î fiil ayrımıdır (Kurban, 2012, s. 209). Bu ayrıma göre fiiller hissî ve şer'î olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Herhangi bir fiilin hukuken bir sonuç doğurabilmesi için o fiilin eylem, söz ya da davranış bakımından vücuda getirilmiş olması gerekir. Diğer ifadeyle dış âlemde değişiklik meydana getirmesi gerekir. Zira hukuk düzeni, hukukî olan (vucüd) bir fiil için hüküm koyar. İnsan fiilleri incelendiğinde, her fiilin hissî yani hevassı hamse dediğimiz beş duyu organıyla algılanabilen boyutu olduğu görülür. Ancak bir fiilin tahakkuk etmiş yani gerçekleşmiş ve vücuda gelmiş sayılabilmesi için, onun hukuk düzeninin belirlediği tarzda ya da koymuş olduğu şartlar dâhilinde gerçekleşmiş olması şarttır. Başka bir ifadeyle insana ait olan her fiil hissidir. Fakat hu-

kukun ilgi alanına girip; hukuk düzeni o fiil için hüküm koymuş ise bu takdirde şeri /hukuki fiil olmaktadır. İslam hukukunun anahtar kavramlarından olan fiil gerek İslam kelam düşüncesinde, gerekse İslam hukuk düşüncesinde hemen her yönüyle ele alınmıştır. Bu bakımdan *adi fülle hukuki fiil*in Müslüman hukukçular tarafında ta Debusi'den başlayıp temellendirilmiş olması oldukça ileri bir aşamadır. Zira temelini Roma hukukundan alan Batı hukuku, özellikle kara kıtası Avrupa hukuk düzeni hukuki fiil-adi fiil ayırımına İslam hukukundan çok daha sonra ulaşabilmiştir (Kurban, 2012, s. 209).

Klasik fıkıh literatüründe fiil/hareket maddi ve manevi anlamda bir iz ve eser bırakan davranışlar fiil ya da amel olarak adlandırılmışlardır. Ancak bu iki kelime literatürde zaman zaman birbirine karıştırılmaya müsait bir kullanımla biri diğerinin yerine sıklıkla kullanılmaktadır. Lügatte, eylem, iş, oluş olarak ifade edilen fiil ile amel arasındaki ayırım, amelin (Dönmez, 1991, s. 16-20) bir niyet neticesinde iradî olması; fiillin ise, iz ve eser bırakan tüm davranışları (el-İsfahânî, 1412, s. 587) -iradî olsun veya olmasın- ifade etmesidir. Bu konuda klasik İslam hukuku literatüründeki en önemli müellif olan Sadruş-şerfa, hissî fiil şerfî fiil konusunda dörtlü bir taksim yapmıştır.

- a. Mahza hissî varlığı olan ve hükme taalluk eden fiiller, bu tip fiillerde mesela zina vb. bütünüyle bir insan fiili ve ona bağlanan hukuki sonuç söz konusudur.
- b. Mahza hissî varlığı olup şer'î bir hükme taalluk etmekle beraber, sebep olmayan fiil, mesela yemek yemek gibi bütünüyle insan fiili olup; hukukun sonuç bağlamadığı adi fiillerdir.
- c. Şer'î varlığa sahip olup şer'î bir hükme taalluk eden ama aynı zamanda başka bir hükmün sebebi olan fiil, mesela alışveriş vb. bütünüyle insan fiili olup, üçüncü şahıslarla ilintili olan ve hukukun sonuç bağladığı fiillerdir.
- d. Şer'î bir varlığı olup; şer'î bir hükme taalluk etmekle birlikte başka bir şer'î hükmün sebebi olmayan fiildir. Mesela namaz kılmak (el-İsfahânî, 1412, s. 587) vb fiillerdir. Bunlar bütünüyle insan fiili olup, üçüncü şahıslarla ilintili olmayan ve hukukun genellikle dini müeyyide ile sonuç bağladığı fiillerdir.

Hissî-şer'î fiil ayırımının hüsün-kubuh meselesiyle yakın ilişkisi söz konusudur. Konunun sınırlarını aşacağı gerekçesiyle ayrıntısını mecrasına havale ediyoruz (Kurban, 2012, s. 209).

Pozitif hukuk doktrininde bu durum ana hatlarıyla hukukî fiil başlığı altında incelenmektedir. Doktrinde hukukun kendisine sonuç bağladığı fiiller *hukukî*, sonuç bağlamadığı fiiller ise *adi* olarak isimlendirilmektedir. Fiil konusunda pozitif hukuk doktrininde ikili bir taksim vardır. Buna göre:

- a. Hukukî fiil üçüncü şahısları ilgilendiren her olayı kapsar
- b. Adi fiil üçüncü şahısları ilgilendirmeyen sıradan rutin olan fiilleri ifade eder. Meydana gelen her fiil hukuk düzeninin içinde kalıyorsa meşru; hukuk dışı ise gayri meşru olarak nitelendirilir. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve fasit sözleşmeler pozitif hukuk doktrininde hukuk düzeninin korumadığı ve koymuş olduğu şartlar

muvacehesinde gerçekleşmediği gerekçesiyle yokluk, butlan ve fesat gibi hukukî sonuçlarla müeyyidelendirdiği fiillerdir.

4.2. Amel

Fiil ve amel İslam düşüncesinde insana dair tüm fiilleri kapsayacak şekilde ve zaman zaman da birbirinin müradifi olarak kullanılmıştır. Fiilden farklı olarak amel insanın sonucunu kastederek iradî olarak yaptığı her fiildir. Fiil ise dış âlemde değişiklik meydana getiren ister insan, hayvan ya da deprem vb. tabii olaylar sonucu meydana gelsin tüm hareketleri ifade eder. Hukukta fiil ile amelin ayrıldığı nokta failinin bir amaca matuf iradî bir hareketle onu varlık âlemine getirmesidir. Kaldı ki Fıkıhta merkezi bir yere sahip olan fiille ilgili en önemli belirleme bizatihi fıkıhın tanımında yer almıştır. Şöyle ki, Fıkıh Ebu Hanife'ye nispet edilen fıkıh tanımında kişinin haklarını ve sorumluluklarını bilmesidir⁸ şeklinde ifade edilmiştir. Daha sonra bir kısım âlimler bu tanıma “amelen/amel cihe-tinden” ifadesi ilave etmişler böylece itikada ve vicdana dair konuları hukukun dışında tutmuşlardır. Bunun sonucu olarak kelam ve tasavvuf da hukukun muhtevasından çıkarılmıştır. Diğer bir ifadeyle fıkıh ilminin konusu olan amel, kişinin dış dünyada varlığı hissen bilinen ve dış âlemde değişiklik meydana getiren hareketleri yani amelleri olmaktadır. Buradan hareketle geniş anlamıyla fıkıhın dar anlamıyla İslam hukukunun konusu bugün genellikle hukuk denilebilecek⁹ alana dair hareketleri kapsadığı söylenebilir.

4.3. Hüküm

Hukuka konu olan fiili, fıkıh usulünün merkezine koyup, sistematik hale getiren Gazalidir. O hükümden hareketle fiili, hükme muhatap olanı ve hükmün bizatihi konusunu belirlemek suretiyle farklı bir tasnif yapmıştır. Klasik fıkıh usulü literatüründe Gazali sonrası hüküm bahsi; hüküm, hâkim, mahkûm bih ve mahkûm aleyh şeklinde ele alınmış ve daha sonra bu belirleme vazgeçilmez bir tasnif haline gelmiştir (Köksal, 2010, s. 4). Genel itibariyle hüküm lafzi farklılıklar bir kenara bırakılacak olursa, Şari'nin (kanun koyucunun) iktiza, tahyir ya da vad yoluyla mükelleflerin fiillerine yönelik, hitabının eseri olarak tanımlanır. Diğer bir ifadeyle mükelleflerin fiillerine yap, yapma ve yapıp yapmamakta muhayyersin şeklinde taalluk eden Şari'nin hitabıdır. Hüküm hakkındaki bu yaklaşım yani hitabın eseri olarak tanımlanması hukukî hükümlerin oluşturulmasında oldukça elverişli ve bugünün hukuk tekniğine uygun olması yönüyle de oldukça dikkat çekicidir.

5.1. İslam Ceza Hukuku Suç Genel Teorisinde Hareket/Fiil

İslam ceza hukukçuları suç genel teorisini suç olan fiil veya hareket üzerine kurduklarını söylemek mümkündür. Zira suç klasik İslam hukuku kaynaklarında suç; “malın ve

8) Yararlı ve zararlı olanı bilmesidir şeklinde de tanımlanabilir.

9) Benzer değerlendirmeler için krş. (Köksal, 2010, s. 3 vd.).

canın dokunulmazlığını ihlal eden ve hukuk düzeni (şeriat) tarafından haram kılınmış bir fiildir.” (Serahsî, 1324, s. 84) ya da “Yüce Allah’ın hadd ve ta’zirle cezalandırdığı şer’î yasaklar” (Mâverdî, 1989, s. 285) olarak tarif edilmiştir. Tarif tetkik edildiğinde merkezi kavramın fiil veya hareket olduğu görülür. Diğer bir ifadeyle fiil olmadan suç olmaz prensibi İslam ceza hukukunun merkezini oluşturur. Günümüz İslam hukukçuları da bu geleneksel yaklaşımdan kopmayarak suçu yine fiil/hareketin merkezde olduğu bir biçimde tanımlamışlardır; “yasak bir fiili yapmak veya yapılması emredilen bir fiili terk etmek” (Udeh, et-Teşrîu’l-Cinâi’l-İslâmî Mukaranen bi’l-Kanûni’l-Vad’î, 2005, s. 66). Bu tarifte yapmak ve terk etmek suretiyle yine fiil/hareket merkezdedir.

Literatürde bir birlik olmasa bile genellikle suç olan fiil klasik literatürde *cürüm*, *cerime* ya da *ukûbe* olarak ifade edilmiştir. Cerime sözcüğü Arapça c-r-m kökünden türemiş olup; elde etmek ve kazanmaktır (İbn Manzûr, 1956, s. 90). Bununla birlikte İslam hukuk müeyyideler teorisi dini ve medeni olmak üzere ikili bir yapıya sahip olmasından dolayı İslam hukukçuları suç olan fiilin dini müeyyidesini ceza hukukunun kapsamı dışında tutmuş ve cezayı, suç sayılan fiillere öngörülen hukuki müeyyideler ile sınırlandırmışlardır. “*Bu nedenle ceza kavramının ifade ettiği anlamı karşılamak üzere İslam ceza hukuku literatüründe teknik bir terim olarak ukube, kavramı kullanılmış buna karşılık genellikle müeyyidesi dini olan fiiller ise, bu kavramın kapsamı dışında tutulmuştur*” (Dağcı, İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi, 2003, s. 72).

Tanımlardan anlaşılmaktadır ki, suçun tanımında fiil/hareket kavramı anahtar konumdadır. İslam ceza hukuku açısından fiil/hareket, dış âlemde değişiklik meydana getiren insanın dışta beliren bir emir ve yasakları ihlal eden (Dağcı, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, 1996, s. 10) insan davranışdır. Dolayısıyla dış âlemde vücut bulmayan sadece düşünce aşamasında kalan daha genel anlamıyla fiile dönüşmeyen düşünceler ceza hukukunun ilgi alanı dışındadır. Netice itibarıyla suç ceza ehliyetine sahip mükellef/sorumlu bir kimse tarafından, müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ve Şari’nin hukuka aykırı olarak nitelendirdiği fiil veya terk (Akşit, t.y., s. 41) olarak karşımıza çıkan fiildir.

Suç teşkil eden fiiller İslam hukukçuları tarafından çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. Bazen suçun isminden hareketle; bazen de suça öngörülen cezadan hareketle belirlemeler yapılmıştır. Klasik İslam hukuk literatüründe, suça öngörülen cezaların merkeze alınarak yapılan tasnif, yerleşik ve en fazla kullanılan tasniftir. Bununla birlikte bazı çağdaş İslam hukukçularının da katkılarıyla yeni bazı tasniflere de rastlamaktayız. (Zeydan, 1988, s. 26; El-Zuhili, 2017, s. 403 vd.)

5.1.1. Klasik Tasnif

Bu tasnif suçun büyük ve tehlikeli oluşu, topluma ve ferde verdiği zararın niteliği dikkate alınarak yapılan klasik ve en meşhur tasniftir (El-Zuhili, 2017, s. 403 vd.). Burada merkezde suça öngörülen cezalar diğer bir ifadeyle cezanın ağırlığı esas alınmıştır.

-Hadler (el-Merğınani, t.y., s. 98): Zina, hırsızlık, kazif, içki içmek, yol kesmek, devlete isyan ve riddedir.

-Kıyas, diyet ve keffaretler: Cana ve vücut tamlığına yönelik saldırılar için konmuş cezaları ifade eder. Katl ve yaralama bu sınıfta yer alır.

-Tazir: Kanun koyucunun ya da meşru otoritenin had, kıyas, diyet veya keffaret gerektirmeyen bir suçta, düzeni sağlamak, otoriteyi tesis etmek ve toplumun huzurunu temin için bir kısım fiillere koyduğu cezaları ifade eder.

5.1.2. Failin Kastına Göre Yapılan Tasnif

Bu tasnifte suç sorumluluğu ve cezanın bu sorumluluğa göre tespiti esastır.

-Kasıtlı suçlar: Bu kısımda yer alan suç, faili bilerek, isteyerek ve sonucunu kast ederek yapmış olması esastır (Akşit, t.y., s. 46).

-Taksirli suçlar: Suç failden neşet etmiştir; ancak fail sonucu kastetmemiştir. Bu durum fiilde hata şeklinde olabileceği gibi kasıttaki hata şeklinde de meydana gelebilir. Bunlara ek olarak fiil ihmal ya da ihtiyata riayet etmemek, ikrah ve tehdit altında işlemiş olmak şeklinde de vuku bulabilir. Bu tasnifin neticesi kasıt, kasta benzer, hata, hataya benzer ve tesebbüb şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İleride bu tasnifte yer alan maddelerin hareketle ilişkisi açıklanacaktır. (Udeh, 2005, s. 54 vd.).

5.1.3. Vuku Vaktine Göre Yapılan Tasnif

Suçun işlenmesi esnasında veya hemen akabinde suçlunun fiili işlediğinin tespit edilip edilmemesine göre yapılan tasniftir. Bu kısım ispat hukuku ve dolayısıyla cezanın niteliği açısından önem arz etmektedir (El-Zuhili, 2017, s. 403 vd.).

- Suçüstü (meşhud)¹⁰

- Suçüstü olmayan (gayri meşhud) olmak üzere ikili taksim söz konusudur. (Avcı, 2005, Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi, s. 19)

5.1.4. İcabî- Selbî Suçlar

Bu tasnifte esas olan aslında iki kriterdir. Birincisi suç olan fiilin dünyevi cezasının yanında uhrevi cezasının da tespit edilip edilmediği; diğeri ise suç olan neticeye sebep olan **yasak** fiilin/hareketin netice ile doğrudan ilişkisinin olup olmadığıdır. Netice ile doğrudan ilişkili hareket yasak ise icabî; yoksa selbî olarak nitelendirilmektedir. Bazı yazarlar bu tasnifi olumlu suç ve olumsuz suç diye ifade etseler de bu tercüme daha ziyade pozitif Türk ceza hukuku doktrininde yer alan olumlu suç - olumsuz suç nitelemesinin etkisiyle olduğu söylenebilir. Bu tasnifin İslam hukuku suç genel teorisiyle örtüşen bir niteliği

10) Suçüstü ile ilgili Hz. Peygamberin yaklaşımı için bkz. (İbn Mâce, s. 11; Şevkânî, s. 123); krş. (Erturhan, İslâm Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pro Reo), 2002).

olmadığı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce bu tasnifi eksik ve tam suç olarak tanımlamak daha uygundur. Zira eksiksiz suçta (olumsuz) fail, irade, hareket ve netice arasındaki ilişkide eksiklik söz konusu değildir. Mesela adam öldürme fiilinde, katil bilerek isteyerek ve sonucunu kastederek ölüme neden olan hareketi gerçekleştirmiş ve ölüm bu hareket nedeniyle cereyan etmiştir. Oysa eksik suçta (olumlu) suçun maddi ve manevi unsurlarında hem şüphe hem de eksiklik söz konusudur. Klasik fıkıh literatüründe de ihtilaflı olan bu tasnifi tercüme etmeden icabi ve selbi olarak ifade edeceğiz.

-İcabi suç: Hırsızlık, zina vb. suçlardır. Bu suçların hem dini hem de medeni müeyyidesi bulunur. Fail ile netice arasında doğrudan yasak fiilin işlenmesi söz konusudur. İslam ceza hukuku teorisine göre bunlar eksiksiz yani tam suçlardır.

-Selbi suç: Bu kategoride yer alan suçlarda failine izafe konusunda neticeye sebep olan fiilde eksiklik söz konusudur. Bunları eksik suçlar olarak nitelendirmek mümkündür. Literatürde bu konuya ilişkin şöyle bir ihtilaftan söz edilir. Hapsedilen kişinin açlık ve susuzluktan ölümüne sebep olan kişi hakkında Ebu Hanife katil sayılmaz derken; İmameyn, Maliki, Şafii ve Hanbeliler faili kasten adam öldürmüş olarak görmektedirler (Udeh, et-Teşrû'l-Cinâi'l-İslamî Mukaranen bi'l-Kanûni'l-Vad'î, 2005, s. 56 vd.). Failin fiili, irade ve netice arasındaki illiyet bağı Ebu Hanife'ye göre eksiksiz gerçekleşmezken; diğerleri öngörülebilir sonucu ihmal edip, basiretli davranmadığı gerekçesiyle faili katil olarak görmektedirler.

5.1.5. Hareketin Şeklini Esas Alan Tasnif

Bu tasnifte modern hukukta yer alan suçun maddi unsurun bir bölümü olan hareketin şekli temel teşkil eder. Buna göre suçlar; icra suçları, ihmal ve ihmal yoluyla icra suçları olarak kategorize edilmektedir. İcra suçları ayrıca kasıtlı ve kasta benzer şekilde işlenmiş suçlar olarak ayrıca ikili tasnife tabi tutulmaktadır. İleride bu kavramlar hareket kavramı bağlamında izah edilecektir.

5.1.6. Suç Olan Fiilin Yöneldiği Hedefi Esas Alan Tasnif

Suç olan fiilin yöneldiği hedef ve dolayısıyla ihlal ettiği hukuki değerın konusu dikkate alınarak yapılan tasniftir. Buna göre suçlar; şahıslara karşı, mala karşı, aile düzenine karşı, din ve devlete karşı ve topluma karşı işlenen suçlar olarak beş kısımda ele alınmıştır. (Zeydan, 1988) Bu tasnif daha ziyade modern batı hukuku ceza felsefesinin etkisiyle yapılan tasniftir.

5.1.7. Zamana Göre Suçlar

-Muvakkat Süreli Suçlar (Kısa Süreli): suç olan fiilin kısa sürede tamamlanıp sona ermesidir. Hırsızlıkta malın çalınması ile sona erer.

-Zamana Yayılan Suçlar (Yenilenen Suçlar): bu kategoride suç olan fiil ya da terk yenilenip devam eder. Klasik literatürde bu tip suç tasnifine rastlanmaz ancak çağdaş

âlimler batı hukukunun da etkisiyle fiilin zamana yayılma süresini dikkate alarak böyle bir tasnife gitmişlerdir. Birini haksız yere hapsedmek veya nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemek buna örnek sayılabilir (El-Zuhili, 2017, s. 403 vd.).

5.1.8. Hareketin Faille İlintisini Esas Alan Tasnif

Bu kategoride fiilin fail tarafından doğrudan ya da dolaylı işlenişi esas alınmıştır. Buna göre:

-Doğrudan işlenen suçlar: bu kısımda yer alan fiil ve neticesi arasındaki sonuç failin hareketine doğrudan bağlıdır (mübâşeret).¹¹ Diğer bir ifadeyle yasaklanan hukuki sonuca götüren hareket bizzat failin fiiliyle gerçekleşmektedir. Burada kasıt unsurunun varlığı ya da yokluğu dikkate alınmaz.

-Tesebbüben işlenen suçlar: suç olan fiil ya da terk failin fiiliyle doğrudan ilintili değildir. Fakat onun fiilinin hukuken suç olan harekete yol açtığı düşünülür (tesebbüp). Yalancı şahitlikle birinin idamına yol açmak ya da kendi mülkünde açtığı kuyuya birinin düşüp ölmesi sebebiyle meydana gelen suçlar buna örnek gösterilebilir. Klasik literatürde tesebbüp ile mübâşeret arasındaki farktan dolayı ihtilaf vardır. Buna göre Hanefiler tesebbüp ile mübâşereti birbirinden ayırırken; Hanefiler dışındaki çoğunluk böyle bir ayrıma gitmezler.¹²

6. İslam hukuku Suç Genel Teorisi Bağlamında Harekete İlişkin Temel Kavramlar

Bu başlık altında İslam ceza hukukunda fiil ya da hareket kavramına ilişkin temel kavramlardan söz edeceğiz. Yaptığımız tespitler İslam hukuku suç genel teorisi bağlamında fiilin görünümünden ibaret olacaktır.

6.1. Fiil

İslam ceza hukukunda yer alan fiille alakalı genel malumat daha önce verildiği için burada sadece suç olan fiilin özelliklerini belirteceğiz. Bir fiilin suç olması için fiile ilgili birtakım kriterler belirlenmiştir. Bunlar ana hatlarıyla suçun maddi ve manevi unsurlarıdır. Bu bakımdan suç olan fiile ilişkin çok çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımların ortak noktası şöyle ifade edilebilir.

-İnsan fiili;

- a. Hukuk düzeni tarafından yasaklanmış,
- b. İster dini ister medeni¹³ olsun müeyyidesi olan,

11) Mübâşeret-Tesebbüb için bkz. (Aydın A. , 2013). Ayrıca tesebbüben ölüme sebebiyetin hükmü konusunda bkz. (İbn Kudame, t.y., s. 213).

12) Mesela bkz. (Kâsânî, 1982, s. 67).

13) Dini müeyyide medeni müeyyide ayrımı için bkz. (Yaylalı, 2003, s. 29-36).

- c. Fiil ya da hareket, hukuk düzeninin korumak istediği hukuki yararı hareket ya da terk yoluyla ihlal eden,
- d. Finanabilirlik özelliğine sahip yani ceza ehliyetini haiz bir kişi tarafından, icra, ihmal vb. bir yolla mübâşeret (doğrudan) ya da tessebbüb (sebebiyet) yoluyla yapılmış olması gibi temel özellikleri bulunan, haksız fiil olmalıdır.

Bu özelliklerden hareketle suç olan fiile ilişkin bazı tanımlar şöyledir.

6.1. Terk

İslam hukukunda hüküm ve fiille sıkı ilişkisi bulunan bir kavramdır. Hüküm Şari'in (kanun koyucunun) talep, tahyir ve vad yoluyla kulların fiillerine ilişkin hitabı ya da bu hitabın eseri olarak ifade edilmektedir. Talep olumlu bir emir olabileceği gibi (yap); olumsuz bir emir de olabilir (yapma). İşte terk, olumlu ya da olumsuz emirlerde; emredileni yapmama şeklinde gerçekleşmektedir. Kısaca bir yapılması/yapılmaması istenen bir fiilin, yerine getirilmeyip **terk** (Amir, 1987, s. 233) edilmesini ifade eder.

6.2. Haksız Fiil

Haksız fiil, hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahıs varlığına veya mal varlığına zarar veren fiil/hareketlerdir. Pozitif Türk hukuk sisteminde ve Batı hukukunda haksız fiiller sayılmış ve sistematik bir bütünlük sağlanmıştır. Son dönemde kaleme alınan bazı tez ve eserler dikkate alınmazsa kazuistik metodu takip eden İslam hukukunda ise mesele sistematik olmayıp dağınık şekilde çeşitli bap ve başlıklar altında incelenmiştir. Bilhassa borçlar ve ceza hukukunu ilgilendiren haksız fiiller muamelat ve ukubat bölümlerinin çeşitli kısımlarında ele almıştır. Bu nedenle klasik İslâm hukuku literatüründe bütün haksız fiilleri içeren genel nitelikli bir terim yoktur. Kaynaklarda daha ziyade haksız fiilleri ifade etmek üzere "cinayet, cürüm, cerîme" kelimeleri kullanılmıştır (Aydın M. A., 1997, s. 210-211).

İslâm hukukuna göre haksız fiil sorumluluğu üç sebepten doğar.

- Mübâşere: failin doğrudan hareketi ile şahıs ve mal varlığına zarar vermesidir (Bilmen, 1970, Hukukî İslamiye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, s. 272).
- Tessebbüb: failin taksirle şahıs ve mal varlığına zarar vermesidir. Davranışıyla bir zararın meydana gelmesine sebep olma.
- Haksız zilyetlik: failin hukuka uygun olmayan haksız bir yolla mala sahip olmasıdır.

Haksız fiillerin suç genel teorisindeki yeri şahsa yönelik ve mala yönelmiş olmasıyla izah edilir. Bundan dolayı Zira şahsa yönelik olanlar ceza hukuku bölümünde; mala yönelik olanlar ise muamelat bölümlerinde incelenmiştir.

6.3. İcra

Arapça dilinde hareket halinde olmak, bir işi yerine getirmek anlamındaki (cera) kökünden türetilen icra kavramı, teknik bir terim olarak ceza hukukunda bir yasak hükmünü somut bir iradî hareketle ihlal etmeyi ifade etmektedir. İcraen işlenmiş bir fiilde temel iki unsur bulunur. Bunlar ihmal ve ihlaldir. İhmalde hareketsizlik söz konusu iken ihlalde somut bir hareket vardır (Dağcı, İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi, 2003, s. 73 vd.). Suçun aslında maddi unsuru denildiğinde ya icra ya ihmal ya da ihlalden söz ediyoruz demektir (Dağcı, İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi, 2003, s. 73 vd.).

İcra bir insan hareketi olup; iradenin sınırlar kanalı ile kaslara verdiği emirlerin dış dünyadaki görüntüsüdür. El, kol, bacak, baş hareketleri belli başlı icra hareketi tipleridir. Bununla birlikte, konuşmayı, yani, herhangi bir sözü, hatta belli bir biçimde bakışı da icra hareketi saymak gerekir. Çünkü bunlar iradî fiillerdir.

Pozitif hukuk literatüründe birçok hallerde yasanın suç saydığı eylemler bir tek davranışla değil, hepsi bir bütünde oluşan çeşitli davranışların birleşmesi, birbirini izleme- siyle işlenir. İşte, her biri birer parça teşkil eden bu davranışlardır ki, hareketi meydana getirirler. Hareketin, çoğu zaman birden ziyade davranışlarının birleşmesinden meydana gelmesi, ne zaman tek bir hareket, ne zaman birden fazla hareketin mevcut olacağına saptanması zorunluluğunu ortaya koyar (Alacakaptan, 1975, s. 41-43). Hareketin sayısına göre doktrinde suçlar ayrıca tasnife tutulmuştur. Buna göre:

Hukukta tanımlanmış ve neticesine hukuki sonuç bağlanmış hareketi ifade eder. İcrai suç, somut bir fiilin gerçekleştirilmesi ile meydana gelir. Mesela adam öldürme, hırsızlık ve gasp vb. suçlar hukukta sınırları çizilmiş dış âlemde değişiklik meydana getirecek ve belli bir amaca yönelmiş bir takım fiillerle meydana gelir. Bu hareketlerle netice meydana geldiğinde hukuk bu suçların icrai bir hareketle işlenmiş olduğuna hükmeder. Bu durumda failin alacağı ceza ve mağdurun tazminat ve diğer hakları icrai yolla meydana gelmiş suçlarda değişiklik arz eder.

6.4. İhmal

Arapça h-m-l kökünden türetilen ihmal kelimesi, kök olarak; başıboşluk, terk edilmiş- lik anlamındadır. Arapçada develerin çöle salıverilmesi, çobansız kalması, bu kelime ile ifade edilmektedir (Asım Efendi, 1272, s. 386). Bir ceza hukuku terimi olarak ise ihmal yapılması istenen bir emir normuna kayıtsız kalmak ve emrin gereğini yerine getirme- mek, kısaca yapmakla yükümlü olunan görevi yapmamak anlamındadır. Buna göre kişi- nin hukuken yapmakla yükümlü olduğu görevleri yerine getirmemesi ya da kayıtsızlığı (ihmali) suç oluşturmaktadır.¹⁴

İhmal hareketi, bir insanın, yapması gereken, yani, kendisinden beklenen şeyi yap-

14) Krş., (Dağcı, 2003, İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi.)

maması diye anlaşılabilir gibi; yapması gerekenin yerine başka bir şeyi yapmak olarak da anlaşılabilir. Bunun sonucu ihmal ya hareketsizlik ya da bizatihi hareketle de ortaya çıkabilir (Alacakaptan, 1975, s. 43).

Hareket, icra yoluyla ihmal ile meydana gelmişse bu durum ceza hukukunda daha ziyade icrai bir hareket olmadan hareket olmadan işlenmiş kasten suçlarda cezanın ve hukuki sorumluluğun niteliğini belirlemede etkilidir. Bebeğine göstermesi gereken bakım ve özeni ihmal ederek mesela onu yeterince beslemeyerek bebeğin açlıktan ölmesine neden olan annenin hareketi böyledir.

İhmal kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi şeklinde de karşımıza çıkar. Bu bir fiili yapmak yükümlülüğü olabildiği gibi gereken özeni göstermemek ya da basiretli hareket etmemek şeklinde de karşımıza çıkabilir. Böylesi bir ihmal durumunda ceza olabilmesi için, neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa denkliği esastır. Başka bir anlatımla ihmali davranışlar ile suç neticesi arasında uygun bir illiyet bağının bulunması icab eder. Şayet uygun illiyet bağı ispat edilemiyorsa cezanın niteliği değişmektedir.

6.5. Kast

İslam ceza hukukuna göre bir hareketin; bilme ve isteme unsurudur. Diğer bir ifadeyle hareketin fail tarafından bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olmasını ifade eder. Sözlükte yönelmek, azmetmek, niyet etmek ve bir fiili/hareketi sonuçlarını gerçekleştirmek üzere bilerek planlayarak yapmak (Ebu Ceyb, 1988, s. 363) anlamlarına gelmektedir. İslam hukukunun temel kaynakları olan Kuran ve Sünnette herhangi bir hukuk alanına dâhil olmaksızın kasıt kavramı tüm amelleri kapsayacak şekilde daha ziyade niyet etmek ve azmetmek (el-İsfahânî, 1412, s. 346)¹⁵ anlamlarında kullanılmıştır. Ancak hukuki istilah olarak kasıt kelimesi literatürde daha ziyade amd/taammüd kelimesi ile karşılanmıştır.

Klasik İslam hukuku literatüründe suç olan fiilin bilme isteme unsuru olarak kasıt ya da amd kanunda açıkça yasaklanan fiili veya terki neticesini isteyerek yapmaktır (Ebu Zehra, s. 126; Udeh, et-Teşrû'l-Cinâi'l-İslamî Mukaranen bi'l-Kanûni'l-Vad'î, 2005, s. 77). Diğer bir ifadeyle kınanabilirlik vasfını haiz mükellefin iradesinin kanunen yasak olan fiile bilerek ve isteyerek yönelmesidir (Bilmen, Hukukî İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 1970, s. 8-9). Klasik İslam ceza hukuku doktrininde kasıtlı ilgili irade, ihtiyar, azm, niyet, ve rıza gibi bir kısım kavramlar da kullanılmıştır.¹⁶

6.6. Kasta Benzer

İslam hukukunda bazı çağdaş âlimler kastın aşılması ile ilgili bir kısım mülahalalarda bulunsalar da bu durum batı hukukunun etkisiyle İslam ceza hukukunun sistemleştirilme çabasının bir ürünüdür. Ancak İslam hukukunda sistematik olmasa da mefhum ve içerik

15) Hadis için bkz. (Müslim, 1992, İmare 155.)

16) Bu kavramlar hakkında bkz. (Dalğın, 1998, s. 219-220.)

olarak bu kavram bulunmaktadır. Klasik İslam ceza hukuku literatüründe bu konuya esas teşkil eden deliller Kuran'da hataen adam öldürme ve yaralamadan bahseden naslarla bir kısım hadislerdir.

Kastın aşılmasına dair mevzuatın esas kaynağı Sünnet'tir. Bir hadis-i şerif'te peygamber şöyle buyurmuştur: "*Şibhul'amd (yani kastı aşan müessir fiil) neticesi husule gelen adam öldürmeler, kamçı, sopa ve taş ile olan öldürmelerdir. Bu cürümlerin cezası, ağır diyet olup o da kırkı gebe olan yüz deve ödenmesinden ibarettir.*"¹⁷ Hanefi, Şafii ve malikiler kastın aşılmasına bağlanana sonucu kasten işlenen fiillerden ayırırken; Malikiler, kastın aşılması halini hiç bir suç için kabul etmemişlerdir.

Literatürde kastın aşılması olarak da ifade edilen kasta benzer/şibhi amd konusunda en zengin malzeme İslam hukukunda bulunmaktadır. Zira adam öldürme suçunun cezasında kastın aşılması önemli bir rol oynar. Kuran'da adam öldürme yaralamalarda cezanın niteliğini belirlemek üzere iki temel kavram kullanılmıştır. Bunlar kasit ve hatadır. İşte hata ile adam öldürme ve yaralama suç olan fiili yapanın neticesini arzulamamasını ifade eder. Sadece sonuç odaklı meseleye bakıldığında hata ya da şibhi amd devre dışı kalırken; neticeyle beraber irade ve ona bağlı olarak neticeyi bilme ve isteme unsurları dikkate alındığında şibhi amd ortaya çıkmaktadır. Klasik İslam ceza hukukunda Malikiler ve Zahirilerin (İbn Hazm, s. 268) dışındaki çoğunluk âlimler, bu kavramı kabul ederler.

Hareketin failinin bilme unsurunu taşımasına karşın sonucu arzulamaması şibhi amd'nin temel ayrım noktasıdır. Zira şibhi amd literatürde failin fiili kastedip, neticesini arzulaması olarak tanımlanmaktadır (Udeh, , 2005, s. 233; Kasani, 1982, s. 35-36). Başka bir anlatımla "*fail, bir fiili bilerek, isteyerek işler; ancak, ortaya çıkan sonuç kastettiğinden daha ağır olabilir. Bu durumlarda fa ilin suç işleme kastı (cürmü kast) bulunmakla birlikte, irade ile sonuç arasında tam bir mutabakattan, uyumdan bahsetmek imkânsızdır*" (Dağcı, , 2003, s. 76).

"*İslam Ceza Hukuku da kastın aşılması halinde, failin aşırı neticeden mesul tutulmasının hukuki esasını asırlarca evvel, incelediğimiz bu son nazariyeye dayandırmaktadır. Bu hususta üç mezhebin hukukçuları hem fikirdirler: Gerçekten Hanbeli mezhebinin büyük hukukçularından İbn Kudame kastı aşan müessir fiil neticesi adam öldürme cürmünden bahsederken şöyle der: Bu durumda fail, mağduru öldürmek değil, sadece yaralamak istemiştir: Bu cürme, şibh amd'dan başka ayrıca amdul-hata veyahutta hatau'l-amd da denilmektedir. Çünkü bu cürümde kastla taksir bir arada bulunmaktadır. Gerçekten fail müessir fiili kastan ika eylemiş, ancak bundan ölüme neticesi taksirle vuku bulmuştur.*" (Akdemir, 1986, s. 27).

6.7. Taksir

Taksir; iradenin belli bir fiile yönelmekle beraber, fiilin doğuracağı sonuca yönelmesine denir. Diğer bir ifadeyle kınanabilirlik vasfını haiz insanın iradî olarak bir hareketi

17) (İbn Mace,t.y., diyat, 5.)

ortaya koyması; ancak ortaya çıkan neticeyi arzulamamasıdır. Bir suçun taksirle işlenmiş olduğuna hükmetmek için ortaya konulan hareketin ancak taksirle gerçekleştirilecek bir suç olması, basiretsiz davranışla gösterilmesi gereken özen ve dikkatin gösterilmemiş olması, insandan neşet eden hareketin iradî olması ve son olarak hareket neticesinde vuku bulan sonucun fail tarafından arzulanmamış olması gerekir.

Yukarıda yer alan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki taksirle meydana gelebilecek suçun tedbirsizlik, dikkatsizlik, icra ettiği meslek ve faaliyet alanında acemilik ve son olarak icra alanına dair var olan kurallara (emir ve talimatlara) riayetsizlik neticesinde ortaya konulmuş olması gerekir. Kastın aşılmasına benzeyen taksir, kusur olarak ta ifade edilir. Taksirle, kastın aşılması arasındaki temel fark ortaya çıkan neticenin ağırlığıdır. Taksirle alakalı bir diğer hususta taksirli hareket neticesinde meydana neticenin istenenenden daha ağır olmasıdır. Bu durumda kişinin iradî olarak ortaya koyduğu fiil, ortaya çıkan netice ve irade arasında tam bir illiyet bağı kurulamamasıdır. Başka bir anlatımla irade ile netice arasında tam illiyet bağının yokluğudur. Bu hukukta başka bir duruma yol açar; o da taksir hareketini icra eden failin suçlu olduğunda şüphenin olmaması; buna mukabil failin bu hareketinde kasıtlı olup olmadığında net bir şüphenin bulunmasıdır.

Netice itibarıyla failin iradesiyle netice arasında fiil fail netice üçlemesinde tam bir uyum varsa kasit, uyum olmakla birlikte şüphe var doğrudan bir illiyet bağı kurulamıyorsa kastın aşılması, illiyet bağı zayıf ve netice fail tarafından hiçbir şekilde istenmiyorsa taksirden söz edilmektedir. Netice ile failin faili arasındaki illiyet bağının derecesi suçun niteliğinin belirlenmesinde doğrudan etkilidir.

6.8. Teşebbüs

Suç olan fiile karşılık verilecek cezanın niteliğini belirleyen hususlardan biri de suçta teşebbüstür. İslam hukuku suç genel teorisinde teşebbüse ilişkin sistemli bir yaklaşım olmasa da literatürde suçta başlayıp bitiremeden yakalanan suçlunun cezasının ne olacağı konusunda yapılan tartışmalar teşebbüs kavramının mefhum ve içerik olarak İslam hukukunda mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Mesela hırsızlık amacıyla girilen bir evden eşyayı çıkarmadan yakalanan kişiye uygulanacak olan ceza konusundaki tartışmaların nirengi noktası suçta icra hareketlerinin başlaması fakat bir kısım nedenlerle suçun oluşmadan engellenmiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle icra hareketi var fakat netice yani suç tam olarak oluşmamış; girişim aşamasında kalmıştır.

Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında teşebbüsün oluşabilmesi için temelde dört kısım söz konusudur. Bunlar:

- İcra hareketlerine iradî başlanmış olmak
- İradî icra hareketlerin suçu işlemeye elverişli vasıtalarla yapılmış olması
- İcra hareketlerinin failin elinde olmadan tamamlanmamış olması yani eksik kalması

d. İcra hareketleri tamamlanmış olsa dahi yine failin iradesi dışındaki sebeplerle neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır.

Bu ölçüler konusunda şunlar söylenebilir:

İslam hukukçuları salt niyeti ve hazırlığı suç olarak kabul etmemektedirler. Muhakkak icra hareketi teşebbüs için aranmaktadır. Zira dış âlemde değişiklik meydana getiren fiil olarak ortaya konulmayan düşünce veya hazırlıkları cezalandırmaz.

İcra hareketine muhakkak başlanmalıdır. Bunun delili olarak literatürde Hz. Peygamberin; “İki Müslüman kılıçlarını çekip, karşı karşıya geldiklerinde ölenin ve öldürenin Cehennem’de olduğunu”¹⁸ bildiren hadisidir. Hadisin devamında “...ey Allahın Resulü öldüreni anladık da ölenin suçu ne diye soran sahabeye Peygamberimiz, o da arkadaşını öldürmeye haris (kararlı) idi.” Denilmektedir. Bu hadis her ne kadar teşebbüs suçuna delil olarak getirilse de kanaatimiz hadiste ifade edilen ölenin de cehennemde oluşu meselenin dini müeyyidesi ile ilgilidir. Zira İslam hukukunun hem dini hem de müeyyidesi oluşu onu diğer hukuk sistemlerinden ayıran orijinal bir hususiyettir. Niyet İslam ceza hukuku suç genel teorisi bağlamında ele alındığında hâkim tarafından netlikle bilinebilecek bir husus değildir. Zannımızca hadiste ifade edilen durum eğer gerçekten bir kişi sabit bir niyetle birini öldürme kastıyla kılıcını/silahını çekerse bilsin ki yeri cehennemdir şeklinde hem bir uyarı, hem tehdit hem de dini müeyyide olarak bir belirlemedir. Kaldı ki İslam hukukçuları teşebbüs suçuna suça öngörülen cezayı değil, kadının/hâkimin uygun göreceği cezayı (tazir) belirlemişlerdir. Yani kadının, teşebbüsün niteliğine ve suç tamamlansa idi ihlal edeceği hukuki yarara göre bir ceza takdir etmesini öngörmüşlerdir (Udeh, et-Teşrû’l-Cinâi’l-İslamî Mukaranen bi’l-Kanûni’l-Vad’î, 2005, s. 350-351).

Pozitif hukuk doktrininde icraya başlamanın ölçüsü konusunda dış âlemde vücut bulmasına sonuç bağlayan objektif nazariye ve fâilin kastına itibar edip teşebbüs suçuna sonuç bağlayan sübjektif nazariye vardır. Objektif nazariye, niteliğine bakmaksızın icraya başlamayı yeterli görürken; sübjektif nazariye icra fiiline şüpheye yer vermeyecek şekilde meydana gelen hareketi icraya başlamak olarak değerlendirmektedir. Yine pozitif hukukta teşebbüs bahsinde karşımıza düşünce, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanmasından oluşan suç yolu (*iter criminis*) çıkmaktadır. Bu aşamalardan düşünce ve hazırlık hareketleri aşamaları failin tasarruf alanındadır, ceza hukuku bu alanlara kural olarak müdahale etmez. Düşünce aşaması cezalandırılmaz, hazırlık hareketleri aşaması ise kanunlarda aksi belirtilmemişse kural olarak cezalandırılmaz. İcrasına başlanan ancak elde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlar ise teşebbüs halinde kalan suçları oluşturmaktadır ve tamamlanmış suçlara göre daha az cezayla cezalandırılmaktadır.

İslam Hukukunda ise failin yakalandığı anda yani icra hareketlerinin son bulunduğu andaki fiilin niteliğine göre ceza takdir edilir. Diğer bir ifadeyle suç hareketi failin iradesi dışında herhangi bir sebeple eksik kalmışsa fâilin o ana kadar yaptıklarının suç olup olmasına bakılır. Yani teşebbüs olup olmadığı değil fiilin suç kategorisinde yer alıp almadığı

18) (İbn Mâce, “Fiten”, 11.)

esastır. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi İslam hukukundaki tartışma icra hareketlerinin niteliği değil suça başlayıp eksik kalan teşebbüse verilecek olan cezanın niteliğidir.

6.9. İştirak

Genel olarak, suçlar bir kişi tarafından işlenebilir. Bu suçların işlenmesine, ikinci bir kişinin katkı sağlaması, ikinci kişi açısından iştiraki oluşturur. Öyle ki, suç olan hareket tek kişi tarafından vücuda getirildiği gibi; birden fazla kişinin hareketiyle de vücuda gelebilir. İşte birden fazla kişinin suç hareketlerini icrasıyla meydana getirdiği suçlarda iştiraktan söz edilir. Bu duruma çok failli suçlar da denilir. Çok failli suçlarda, suçun oluşabilmesi için suçu işleyene yardım eden diğer kişilerin uçun işlenişine katkı sağlamaları, iştirak kurallarının uygulanması için gereklidir. Suça katılma kastı olan iştirak, suç olan neticenin vukuuna yönelmiş iradeyi gerektirir. İştirak sadece fiili icraya ortaklık olabilirdiği gibi suça tahrik, teşvik ve yardım yoluyla da olabilir. O halde İslam hukukunda suça iştirak denildiğinde aslında şunlardan söz ediyoruz demektir:

1. Suçun maddi unsurunda iştirak,
2. Suçun icrasında iştirak,
3. Suça tahrik ve teşvik yoluyla iştirak,
4. Suçun icrasına dolaylı yardımda iştiraktır.

İslam Hukukçuları göre yukarıda saydığımız maddelerden suçun maddi unsuruna doğrudan katılımı asli iştirak kabul ederlerken diğerlerini ise ferî iştirak kabul edip bir kısım şartlar öngörmüşlerdir. Buna asli iştirakte kişi sayısına bakılmaksızın suç olan fiili kesbedenler, fiili tek başına işlemiş gibi ayrı ayrı cezalandırılırlarken, ferî iştiraktan dolayı ceza için dört şartın bir arada bulunmasını şart koşmuşlardır. Bunlar:

- a. Cezayı gerektiren kasıtlı bir fiilin varlığı,
- b. Cezayı gerektiren bu fiilin işlenmesi hususu üzerinde ittifak edilmesi,
- c. Başkasını tahrik veya teşvik etmek ya da başkasına bu fiil için yardımda bulunmak şeklindeki hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi,
- c. Şerikin bu vesilelerle cezayı gerektiren fiilin işlenmesini istemiş olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Netice itibarıyla İslam Hukuku'nda iştirak, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.

6.10. İçtima

Lügatte toplama, bir araya getirme birleştirme anlamlarına gelen içtima kavramı, ıstılahtı olarak suç ceza dengesini korumak amacıyla aynı tip birden çok suça defaten tek cezanın verilmesini ifade eder. Diğer bir ifadeyle birden çok aynı tip suçta tek suçtan cezai sorumluluğun benimsenmesidir. Suçların içtimayı diğer bir ifadeyle müteselsil suç

ya da zincirleme suç tipine İslam hukuku yabancı değildir.

Roma ve Germen Hukukunda müteselsil suçlar bilinmiyordu. Ancak kadim İtalyan Hukukunda, müteselsil suçta dair bir kısım belirlemeler yapılmıştır (Önder, 1992, s. 465 vd.). Batı hukukunda müteselsil suç, suçlara verilen ceza ile suç olan fiilin arasındaki dengeyi korumak amacıyla getirilmişti. Zira aynı fiili bir den çok kereler işleyen suçluya verilen cezaların çok ağır olması sebebiyle müteselsil suç kavramı ortaya atılmıştır. Mesela üç ve daha fazla kere hırsızlık suçunu irtikâp edene ölüm cezasının verilmesi durumu böyledir.¹⁹ Netice itibariyle suçlara verilen cezaların toplanıp faile tek bir cezanın verilmesi ve bu durumda çok ağır cezalara yol açmasının önüne geçmek üzere oluşturulmuş bir kurumdur. Batı hukukunun daha geç dönemlerinde rastladığımız bu kavram İslam hukukunda ta başından beri vardır. İslam Hukukunun ise zincirleme suç kavramına pek de yabancı olmadığı söylenebilir. Örneğin, İslam Ceza Hukukunda bir kimsenin malını çalan hırsıza had uygulandıktan sonra tekrar aynı eşyayı çalması halinde haddin düşmesi bu duruma örnek gösterilebilir (Öztekin, 1957, s. 4).

Aynı anda veya değişik zamanlarda birden fazla kişiyi öldüren katile (Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku, 2014, s. 77) tek kısasin uygulanması (Kasani, 1982, s. 239) ve daha evvel cezalandırılmamış birden çok suç, tek suç saymak ve tek ceza ile yetinmek ilkesi İslam hukukunun suçların içtimai konusunda oldukça ileri bir aşama olduğu fikrini ilham etmektedir.²⁰

8. Genel Değerlendirme Ve Sonuç

Bir kavram ve kurumun farklı hukuk sistemlerinde nasıl yer aldığını mukayese etmek onu birebir yekdiğerinde aramak suretiyle olmaz. Kaldı ki bu karşılaştırma yanlış anakronik bir okumaya da yol açacaktır. Bundan dolayı biz kavramları mefhum ve içerik yönünden mukayese etmeye çalıştık.

İslam ve pozitif hukuk açısından suç genel teorisi bağlamında yapılan bu mukayeseli çalışma bağlamında ulaştığımız sonuçlar şunlardır:

1. Pozitif hukuk doktrininde yer alan hareketle ilgili tartışmaların daha sistematik ve derli toplu olduğu; buna mukabil İslam hukukunun kazuistik/meseleci metodu benimsemesi dolayısıyla çeşitli bap ve başlıklar altında dağınık şekilde meselenin tartışıldığı söylenebilir.

2. Tanzimat sonrası kadı mahkemelerinin çeşitli siyasi ve hukuki gerekçelerle nizamiye mahkemeleri karşısında güç kaybetmesi, İslam hukukçularını batı hukuku çalışmalarını incelemeye yöneltmiş; bunun sonucu olarak İslam hukukunda tıpkı batı hukukunda var olduğu gibi dağınık malzemenin toplanarak sistematik suç genel teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır.

19) Krş. (Bayar, 2011, s. 48 vd.).

20) Bu konuda geniş bilgi için bkz. (Erturhan, 2003,İslâm Ceza Hukukunda İçtima).

3. Birbirinden etkilenme hususu her ne kadar İslam medeniyetinin hâkim medeniyet vasfını yitirip batı medeniyetiyle çeşitli alanlarda karşılaşma dönemine rastlasa da bunu medeniyetlerin çizgisel değil döngüsel oluşuyla izah etmek daha anlamlıdır.

4. Her iki hukuk sistemi de fiili merkeze almıştır. Bununla birlikte harekete ve harekete bağlanan sonuç ve ikisi arasındaki bağı ifade eden illiyet konusunda İslam hukukçularının çok daha ileri safhada olduğunu söylenebilir.

5. Birçok meselede batı hukukunun sonradan kat ettiği mesafeyi yapılan hukuk çalışması tartışmalarına baktığımızda İslam hukukçularının çok önceden fark edip tartıştıkları bu manada daha ileri bir safhayı temsil ettikleri söylenebilir. Özellikle içtima, iştirak ve teşebbüs konularında İslam hukukçularının ortaya koydukları hükümlerin ve felsefi arka planın batı hukukundan çok daha erken dönemlere rast gelmesi oldukça manidardır.

6. Son iki asırdan beri tartışmalı olmakla beraber İslam medeniyetinin hâkim medeniyet vasfını yitirmesi batının görece bir üstünlük kazandığına işaret etse de batı hukukunun uzun bir zamandır hâkim ve yürürlükte olması onu görece bir adım öne çıkarmış gözükmektedir. Ancak İslam hukukunda yer alan zengin tartışmalar ve fıkıh malzemesinin bugünün hukuk tekniği ve kodifikasyon diliyle güncellenmesi gösterecektir ki İslam hukuku aslında ceza hukuku bağlamında oldukça ileri bir ilmi seviyeyi temsil etmektedir. Bu durum suçun maddi ve manevi unsurlarında daha belirgin bir mahiyet arz etmektedir.

7. Doğal hareket ve klasik suç teorisi açısından bakıldığında ceza hukukunun fail değil fiil ceza hukuku oluşu pozitif hukuk doktrini açısından 19 yüzyıla tekabül ederken; bu durumun İslam hukuk açısından Debusi (ö. 432) ile başladığı düşünülürse arada yaklaşık 7-8 asırlık bir farkın olduğu görülür. Zira *hissi fiil-şeri fiil* ayrımı hukuki fiil, adi fiil ve hukuka konu olan fiilin ceza ve sorumluluğa dâhil olduğunu gösteren oldukça ileri bir safhadır denilebilir.

8. Dış âlemde vücut bulan fiillerin cezaya konu olması, içte var olan düşüncenin cezaya konu olmaması 14 asır evvel Hz. Peygamberin “*Allah Teâla, ümmetimin söylemedikleri veya yapmadıkları müddetçe içlerinden geçirdikleri kötülükleri bağışlamıştır*” (Müslim, İman, 201) hadisiyle ilan edilmiş bir husustur.

9. Doğal hareket teorisinin hareketi yeterli görüp; amacı ötelemesi, diğer bir ifadeyle insan hareketini saf ve kör illî bir güç olarak tasavvur edip, hareketi değerden yoksun olarak değerlendirilmesi pozitif hukuk doktrininde eleştirilmiş bir husustur. İslam hukukçuları dış âlemde eser meydana getiren hareketin muhakkak bir amaca matuf olduğunu ifade etmişler ve klasik literatürde değeri hesaba katarak ihmal ve kusurluluğun türlerini tartışmışlardır.

10. Sosyal hareket ve teleolojik/neo klasik suç teorisi açısından bakıldığında suç olan insan davranışının ihlal ettiği normun sosyal değeri, bu teorisinin odak noktasıdır. Teoride suç, *sosyal bir değeri ihlal ettiği için, cezada sosyal değer için korunması için konular* fikri hâkimdir. Sosyal değer konusunda İslam ceza hukukunda var temel ilkelerle bir örtüşmenin olduğu söylenebilir. Zira mekasıd-ı şeria (hukukun gözettiği ve korumak istediği

amaçlar) sosyal değerlerin korunmasına matuftur. Pozitif hukuk doktrinde yer alan bazı görüşler İslam ceza hukukunda “*normun genel geçerliliğini ihlal*” fikrinin olmadığını ileri sürseler de İslam ceza hukuku klasik suç tasnifinde yer alan hadler, aslında Allah hakkını yani kamu hakkını ihlal gerekçesiyle cezalandırılan suçlardır. Dolayısıyla gerçek iddianın tam tersidir.

11. Gaî suç teorisi açısından değerlendirildiğinde, bu düşünceye sahip olanlar suç olan hareketi amaca matuf insan davranışı olarak değerlendirmektedirler. Diğer ifadeyle hareketin altında yatan ana düşünce odak noktasıdır. Dolayısıyla fiil ve kusurluluk konularında suç teorisinden ayrılmışlardır. Bu teori İcra, nedensellik ve netice kombinasyonunu en iyi anlatan teoridir. Zira fiilin haksız içeriğini neticenin değil; hareketin temsil ettiğini söylemektedirler.

Gaî suç teorisi özellikle teşebbüs suçlarında İslam hukukuyla benzerlik arz eder. Hadlerin uygulanmasında izlenen muhakeme usul kuralları ve ispat vasıtaları bu teoriyle kısmen örtüşmektedir. Zira bu teoriye göre kasıtlı ve taksirli suçlarda hareket, belli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik iradi davranıştır. Taksirde ise neticenin arzulanmamış olmasını ön plana çıkarması yönüyle büyük oranda İslam hukukuyla benzerlik arz etmektedir.

12. Hareketin fonksiyonları pozitif hukuk suç genel teorisinde tarif, tasnif ve sınırlandırıcı fonksiyonları üzerinde durulur.

- a. Tasnif açısından modern ceza hukuku hareket kavramının tüm hareket şekillerini (kasıt, taksir, icrai ve ihmali) kapsamı gerektiğini söyler. Oysa durum her zaman böyle değildir. İslam hukuku daha ziyade kazuistik yöntemi benimsemesi sebebiyle klasik dönemde her hareketi kendi bütünlüğü içinde ele almak suretiyle daha esnek ve pratik bir yapı ortaya koyabilmiştir. Bu durum tazir suçlarının takdirinde kadıya tanınan yetkinin sınırlarında daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.
- b. Tarif edici fonksiyon açısından tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk inceleme-sinde ciddi bir örtüşmenin olduğu söylenebilir.
- c. Sınırlandırıcı fonksiyon açısından sadece insan tarafından gerçekleştirilen davranışların suç olabileceği kabul edilir. Bu bakımdan bir benzerlik söz konusu olmakla birlikte, tüm insan davranışlarının iradî olmayacağından her iki hukuk literatüründe de benzer istisnalar söz konusudur. Bunlar, kusur yeteneği ve tüzel kişilik kavramları etrafında geliştirilmiş düşüncelerdir.

13. Kusur yeteneği konusunda birçok müellif hareket yeteneği ile kusur yeteneğini birbirinden ayırmaktadırlar. İslam hukukunun genelde ehliyet, özelde ise cezaî ehliyete değinen bahislerinde ortaya koydukları düşünceler zamanın çok ilerisinde düşüncelerdir. Kusursuz ceza olmaz ilkesinin tekâmül ettiği sistem tarihsel süreç açısından İslam hukukudur denilebilir.

Tüzel kişiler açısından bakıldığında İslam hukukunda beytülmal, vakıf ve devletin tazmin sorumluluğu vb. konularda adına tüzel kişilik denilmese de tüzel kişilik kavramı-

nın en azından mefhum olarak varlığı kabul edilir. Bununla birlikte İslam vakıflar hukukunda değinilen hususlar istisna tutulduğunda İslam hukukunda gelişmiş bir tüzel kişilik kavramı yoktur. Ana yaklaşım tüzel kişiliğe hareket kabiliyeti kazandıran gerçek kişilerin, kusurları oranında sorumlu tutulmalarıdır. Bu bakımdan pozitif hukuk doktrininde yer alan farazilik, gerçeklik ve karma teorilerle mukayese imkânı olabilir. Bu teorilerin ayrılık noktası tüzel kişilerin hareket yeteneği olup olmadığıdır. Buna göre:

Farazilik teorisinde tüzel kişiliğin hareket yeteneği ve dolayısıyla kusur sorumluluğu yoktur derken, gerçeklik teorisi ise aksini söylemektedir. Karma teori ise bazı tüzel kişiliklerin suç faili olabileceğini dolayısıyla kusur sorumluluğunun olduğunu iddia etmektedir. Bu durum İslam hukukuyla karşılaştırıldığında, İslam hukukunun özellikle vakıf mütevellisinin vakıfla ilgili haksız tasarrufu neticesinde meydana gelen zararı tazmin ve faili cezalandırma konusunda vakfı değil; mütevelliyi sorumlu tutması dikkate alındığında farazilik teorsu gibi, idarenin bazı eylemlerine karşı hem devleti hem de idareciyi sorumlu tutması gibi konularda da karma teoriye yakın durduğu söylenebilir.

14. Mutlak kuvvetin etkisi altında gerçekleştirilen hareketlere gelince, pozitif hukuk doktrininde var olan *vis absoluta* (mutlak kuvvet) insan iradesinin devre dışı aldığı durumlarda hareketten insanın mesul olmayacağı fikri, İslam hukukçuları tarafından daha erken dönemlerde ifade edilmiş bir ilkedir. İslam hukukunda güç yetirilemeyecek şeylerden kişinin mesul olmayacağı ve dolayısıyla cezaî sorumluluğunun olmayacağı, kendi iradesi dışında sarhoş olanın yaptıklarından dini ve medeni müeyyide açısından masumiyeti ve akıl hastalığı vb. hususlarda ortaya konulan hukuki tartışmalar İslam hukukunun çok ileri bir aşama olduğunu göstermektedir.

15. Zorlayıcı kuvvet *vis compulsiva* altında gerçekleştirilen hareketler konusunda TCK m 28 de açıkça failin cezalandırılmayacağı belirlenmiştir. Bu konuda İslam hukukunda ta başından beri var ikrah altında işlenen suçlar ve özellikle mülcî ikrah konusuyla tam bir örtüşme olduğu söylenebilir.

16. Refleks hareketler hem İslam hukukunda hem de pozitif hukuk doktrininde hareket kavramına dâhil değildir. Affekt hareketler konusunda ise harekete dâhil olup; cezai yaptırıma konu olmaktadır. Affekt hareketlerin irade dışı olmadığı konusunda her iki hukuk sistemi benzer yaklaşımlar sergilemektedir.

17. Yarı otomatik davranışlar konusunda benzerlik gözlenir. Mesela trafikte seyir halindeyken terini silme, içeri giren sineği ya da arıyı kovarken yapığı yarı otomatik davranışlarla meydana gelecek kazadan sürücünün sorumlu olacağı meyanındaki düşünceler bu fikri destekler mahiyettedir.

18. Hayvanlardan kaynaklanan hareket ve zarar konusunda İslam hukukunun çok erken dönemlerde ortaya koyduğu hükümler, pozitif hukuk doktrininde daha sonra benzer yaklaşımlarla ifade edilmiştir.

Sonuç olarak denilebilir ki, her iki hukuk sisteminde benzer yaklaşımlar olduğu gibi, ayrışan noktalar da söz konusudur. Ana hatlarıyla birçok konuda İslam hukukunun batı

hukukunun sonradan kat ettiği mesafeyi İslam hukukunun çok daha erken dönemlerde ortaya koyduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak İslam ceza hukukunun hukuki hükümleri ve bu hükümlerin İslam ceza felsefi açısından arka planı bugünün hukuk diliyle ifade edilmesi ve bu yönüyle sistemleştirilmesi hukuk sosyolojisi bağlamında elzem görünmektedir.

Belirtmek gerekir ki, iki hukuk sistemi mukayese edilirken birinde var olan bir tasnif ya da kavramın diğesinde aynen aranması doğru değildir. Her ne kadar İslâm Hukuku ve pozitif hukuk netice itibariyle tarihte uygulama alanı bulmuş, sonuçları müşahade edilmiş, birer hukuk sistemi iseler de kaynakları, doğdukları ortam ve beslendikleri kültürel yapı birbirinden farklıdır. Tamamen farklı kültür, coğrafya ve medeniyetin ürünleri olan bu iki hukuk sisteminin mukayesesinde yapılacak şey kavram ve kurumları birebir diğesinde aramak yerine birinde var olan kavram ve kurumun mantığını anlayıp; diğesinde onu, mantık olarak, felsefe olarak aramaktır. Her ikisinin de hukuk sistemi olmasından hareketle birini yekdiğeriyle mukayese etmek hem bilimsel etik açısından uygun değil hem de böylesi bir mukayesenin ortaya çıkaracağı sonuçların bilimsel doğrular olması açısından “ *kabul edilebilir* ” vasfını haiz olmayacağı aşîkârdır.

Kaynakça

- Akbulut, B. (2018). *Ceza hukuku genel hükümler* (5.Baskı b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akdemir, S. (1986). İslam hukuku ve mukayeseli hukukta kastın aşılması meselesi üzerine bir tedkik. *İslami Araştırmalar*, (2).
- Akşit, C. (t.y.). *İslam ceza hukuku ve insani esasları*. İstanbul: Kültür Basın Yayın Birliği.
- Alacakaptan, U. (1975). *Suçun unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Amir, A. (1987). *Şerhu'l-ahkâmi'l-amme li'l-cerime*. Bingazi.
- Artuk, M., ve Gökçen, A. (2017). *Ceza hukuku genel hükümler*, (11.Baskı b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Asım Efendi, M. (1272). *el-Okyanusu'l-basit fi tercümeti'l-kamusi'l-muhit* (Cilt III). İstanbul.
- Avcı, M. (2005). Töre cinayetleri açısından sosyal-hukuki düzenlemelerin evrimi. *EKEV Akademi Dergisi*(22).
- Avcı, M. (2014). *Osmanlı Ceza Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Aydın, A. (2013). *Hanefî fıkıh literatüründe öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarıyla ilgili kavramların gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar) (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE)*. İstanbul.
- Aydın, M. A. (1997). “*Haksız fiil* “ md.(Cilt XV). İstanbul: DİA.
- Bardakoğlu, A. (1993) “Ceza” Md. *DİA*, İstanbul.

- Bardakoğlu, A. (1989). “İslâm hukuk araştırmalarında gelenekçilik”, *Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu*, Samsun.
- Bayar, A. H. (2011). *Türk ceza hukukunda zincirleme suç (Dumlupınar Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi)*. Kütahya.
- Bilmen, Ö. N. (1970). *Hukukî islamiye ve İstilahat-ı fıkhiyye kamusu* (Cilt III). İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi.
- Centel, N., Zafer, H., ve Çakmut, Ö. (2017). *Türk ceza hukukuna giriş* (10.Baskı b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Dağcı, Ş. (1996). *İslam ceza hukukunda şahıslara karşı müessir filler*. Ankara: Diyanet Yayınları.
- Dağcı, Ş. (2003). İslam ceza hukukunda irade-suç ilişkisinin cezaya Etkisi. *Marife*.
- Dalgın, N. (1998). Cezai sorumlulukta kasıt. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 10(10).
- Demirbaş, T. (2018). *Ceza hukuku genel hükümler* (13.Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dönmez, İ. K. (1991). *Amel* (Cilt III). İstanbul: DİA.
- Ebu Ceyb, S. (1988). *el-Kamusu'l fıkhi lugaten ve istilâhen*. Suriye.
- Ebu Zehra. (t.y.). *Suç ve ceza* (Cilt I).
- el-İsfahânî, R. (1412). *el-Müfredât fî garîbi'l kuran*. Beyrut.
- el-Merınani, E.-H. (t.y.). *el-Hidaye şerhu bidayeti'l-mübtedi*. İstanbul.
- El-Zuhili, M. (2017). İslam ceza hukukunda suçların tasnifi. *İslam Ceza Hukuku Konferansı Tebliğler Kitabı* (Cilt I). içinde Lale Yayınları.
- Erturhan, S. (2002). İslâm hukukunda şüpheden sanığın yararlanması ilkesi (ın dubio pre reo). *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 6(2), 179–206.
- Erturhan, S. (2003). *İslâm ceza hukukunda içtima*. İstanbul.
- Hakeri, H. (2007). Ceza hukukunda önemsiz hareketler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(69).
- İbn Hazm. (t.y.). *el-Muhalla* (Cilt X).
- İbn Kudame, E. M. (t.y.). *el-Mugnî* (Cilt VIII). Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî.
- İbn Mâce, M.K. (t.y.). *Sunen*.Beyrut.
- İbn Manzûr, E.-F. C. (1956). *Lisanu'l-arab* (Cilt XII). Beyrut: Daru's-Sâdır.
- Kasani, E. B. (1982). *Bedâi'us-sanâi' fî tertîbi's-şerâi* (Cilt III). Beyrût: Dâru'l-Kitâbi'l-'Arabî.
- Kâsânî, E. B. (1982). *Bedâi'us-sanâi' fî tertîbi's-şerâi* (Cilt VII). Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-'Arabî.

- Keyman, S. (1988). Cürmi fiilin yapısal unsuru olarak hareket. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 40(1). 01 01, 2019 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/302/2836.pdf> adresinden alındı
- Köksal, C. (2010). Fıkıh düşüncesinde fiil kavramı ve hissî-şer'î fiil ayrımı. *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*(21).
- Kurban, Y. (2012). *Gelenek ve gelecek sürecinde sadruşşeria*. Erzurum.
- Mâverdî, E.-H. A. (1989). *el-Ahkâmü's-sultaniye*. Kuveyt.
- Müslim, E.H. (1992). *el-Camiu's-sahih*, İstanbul.
- Önder, A. (1992). *Ceza hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbek, V., Kanbur, N., Doğan, K., Bacaksız, P., ve Tepe, İ. (2015). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2017). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (13.Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztekin, T. (1957). *Müselssel suçlar*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Öztürk, B., ve Erdem, M. (2016). *Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku* (16.Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Serahsî, E. B. (1324). *el-Mebsût* (Cilt XXVII). Mısır: Matbaatü's -Saade.
- Şevkânî. (t.y.). *Neylü'l-evtâr* (Cilt VII).
- TDK. (t.y.). Bilim ve sanat terimleri ana sözlüğü. 01 03, 2019 tarihinde http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanatvearama=kelimeveguid=TDK.GTS.5c2db319ab48f2.42876039 adresinden alındı
- Udeh, A. (2005). *et-Teşrîu'l-cinâi'l-islamî mukarinen bi'l-kanûni'l-vad'î*. Beyrut: Dâru'l-Kütubi'l-Azelî.
- Üzülmez, İ., ve Koca, M. (2018). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (11.Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yaylalı, D. (2003). İslam hukukunda kazai-diyani hüküm ayrımı. *Dini Araştırmalar Dergisi*, 5, 29-36.
- Zafer, H. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler* (6.Bası b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Zeydan, A. (1988). *el-Ukûbe fi'-şer'îati'l-islamiyye*. Beyrut.