

İSLÂM CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİKİN CEZA İNDİRİMİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE ASSESMENT OF THE EFFECTS OF UNJUST PROVOCATION ON EXTRA GOOD TIME IN ISLAMIC CRIMINAL-LAW

Yrd. Doç. Dr: Hadi SAĞLAM*

Mehmet ÇOLAK **

Sema GÖKBAYIR***

ÖZET

Devletler, toplumsal barışı kurmak, insanların huzur ve güvenini sağlamak amacıyla hukuk kuralları tesis ederler. Bu hukuk kurullarının konulmasında, uygulanmasında ve devamlılığında ceza hukuku önemli bir yer tutar. Diğer hukuk branşları suçu esas alıp ona yoğunlaşmışken ceza hukuku suçluya odaklanmıştır. Hemen her hukuk sisteminde suçlunun psikolojisi ve onu suç işlemeye iten saikler önem arz etmektedir. İslâm ceza hukukunda da etkenlerde, suç kadar; suçlunun psikolojisi, suçun işlenme şekli de dikkate alınmaktadır.

*Modern ceza muhakeme hukuku sadece işlenen suç değil, suçun işlenmesine etki eden nedenleri, failin kişiliğini ve fiilin işleniş biçimini de göz önünde bulundurarak cezalandırma yoluna giderken; İslâm ceza muhakeme hukuku bu konuda modern hukuktan farklı mı düşünmektedir? İslâm ceza muhakeme hukuku suçlunun suçu işlerken ki psikolojisi ve onu suç işlemeye iten sebepler üzerinde durmakta ve buna göre suçluya cezaî müeyyide uygulandığı da bilinmektedir. İslâm ceza hukukunda özellikle had ve ta'zir cezalarında faile verilecek cezada haksız tahrikin etkisi araştırılmaya değerdir. Bu bağlamda İslâm ceza hukuku'nda haksız tahrikin yeri ve önemi konusunda müstakil bir çalışmanın olmaması bizi bu çalışmayı yapmaya sevk etmiştir. Bu çalışmamızda günümüz modern ceza hukukunda yerini almış olan **hak-***

* Erzincan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi hadisaglam1964@hotmail.com, Danışmanı olduğum Yüksek Lisans öğrencileri ile ekip halinde hazırlanmış bir makaledir.

** Erzincan Kız Meslek Lisesi Öğretmen fcolak_24@hotmail.com.

*** Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran Kursu Öğreticisi Sema Gökbayır sgokbayir34@hotmail.com.

sız tahrik kavramını ve İslâm ceza muhakeme hukuku açısından haksız tahrik olgusunun cezalara etkisini incelemeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Haksız Tahrik, Suç ve Ceza, Meşru Müdafaa, İhkak-ı Hak

ABSTRACT

States establish legislative laws in order to ensure social peace and to provide confidence and of safety people. The criminal laws takes an important place on stating, implementation and continuity of this rules. The criminal law focus on criminal while other law branches takes the crime as a base and focus on it. Almost in every law systems the psychology of the criminal on the items that push him into crime is very important. The psychology of the criminal and the style of committing crime is also considered by ‘Islamic Criminal Law’.

While Modern Criminal Law of Judgement follow the way of punishing on not only the crime but also the reasons beyond it, the personality of the criminal and the type of crime; does Islamic Penalty and Judgement Law think different from the modern law? It is known that Islamic Penalty and Judgement Law consider the psychological situation of the criminal while committing crime and thinks the reasons that push him into crime. It is worth to search the effects of unjust provocation over punishing the guilty especially in terms of theological and humanic penalties. Thus, the fact that there isn't a search on the effects of unjust provocation in Islamic law pushes us to do this study. We will try to examine the effects of unjust provocation on punishing in terms of ‘Islamic law.’

Key words: Unjustprovocation, crimeandpunishment, therights of legitimate Defense, İhkak-ı Hak

GİRİŞ

Cezayı sorumluluğu daraltan / düşüren ya da suçun niteliğini ortadan kaldıran etmenlerin cezalandırmaya etkisi hukuk sistemlerinde hep tartışılmıştır. Bu tartışmaların sebebi, hemen her hukuk sisteminde cezalarla hedeflenen gayeye ulaşmada genel ve özel normların belirleyici rol oynamasında ve bu normların yorumlanış biçimlerinde yatmaktadır. Bu durum, İslâm hukuk sisteminde de aynıdır. Bu bağlamda suç ve cezanın unsurları ve cezalandırma ilkeleriyle ilgili İslâm hukuku ile diğer hukuk sistemleri arasında ortak yönlerin bulunması da tabidir.¹ Bu konuda İslâm'ın modern ceza hukukuna

¹ Avcı, Mustafa, *İslâm'ın Ceza Hukuku'na Katkısı*, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sy,8, Konya 2006, s. 113–148.

birçok yönden katkı sağladığı inkâr edilemez bir gerçektir. Bununla birlikte İslâm ceza hukuku, gerek kaynak gerekse öngörülen ceza ve nitelikleri açısından diğer hukuk sistemlerinden ayrılır. Bu ayrılığın sebebi ise İslâm ceza hukukunda genel ve özel normların yapısı, ceza hukukundaki gelişmeler karşısında bu normların yorumlanmış biçimi pek çok tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

İslâm ceza hukukunda cezalar özelliklerine göre “*kısas, had ve ta’zir*” şeklinde bir tasnife tabi tutulmuştur. Bu bağlamda İslâm ceza hukukundaki kısas ve had cezalarında suç ve cezaların şekli ve sınırları kanunilik ilkesi gereği Şârî tarafından belirlenmiş olup hâkime takdir yetkisi bırakılmamıştır. Bu manada kısas ve had cezaları, beşeri ceza hukuk sistemlerinden tamamen farklıdır. Bu cezalar tek seçimlik cezalar olup suçun ispatı ve şüphe durumuna göre hâkim sadece cezayı uygulayacak ya da düşürecektir. Bu cezalarda herhangi bir ceza indirim söz konusu olmayacaktır. Ancak haksız tahrikle işlenen suçlara uygulanacak olan cezai müeyyidede meşru müdafaa ve/veya haksız tahrik kavramları acaba had cezalarını düşürmeye etki edecek midir? Bu bağlamda haksız tahrikin İslâm ceza hukukuna etkisinin araştırılması önem arz etmektedir. Keza ta’zir cezalarında failin durumu suç, çevre ve zamansal şartlar esas alınmış, bu cezaların takdiri dönemin siyasi otoritesine ve yargıya bırakılmıştır. Ta’zir cezalarının kapsamı –nitelik ve nicelik olarak- tamamen çağın gelişim ve değişim sürecine göre belirlendiğinden bu cezalar sınırlandırılmaz. Ancak tazir suçlarının cezalandırılmasında kanunilik ilkesi gereği hâkimin keyfine de bırakılmaz. Konumuza göre haksız tahrikin tazir cezalarında cezayı daraltan veya düşüren etmenlerin veya cezanın alt ve üst sınırlarının belirlenmesi hâkime geniş bir takdir yetkisi sağlamaktadır. Bu bağlamda haksız tahrik daha çok tazir suçlarında önem taşımaktadır.²

Türk ceza kanununda haksız tahrik şu şekilde yer almıştır: “*Haksız bir failin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne*

² Bilindiği üzere asıl unsur kasıt olmakla birlikte failin suçun sonuçlarını ne derece üstleneceği ve onun bu sonuçları ne derece kastettiği ve idrak ettiği açısından bakılması gerekecektir. Belki de suçlu ikrahi mülci ile zorlanan kişi örneğinde olduğu gibi bu sonuçları hiç istememiş olabilir. Bu suçu zorlayan kişi bu suçu asıl kasteden kişidir. Zira neticeleri ortaya çıkaran odur. Bkz. Ebu Zehra, Muhammed, **İslâm Hukukunda Suç ve Ceza** (Çev: İbrahim Tüfekçi), Kitapevi Yayınları, İstanbul 1994, s. 391.

kadarı indirilir”³ denmektedir. Aynı kanunun 61 maddesinde ise, ‘*Hâkim, somut olayda; Suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki; göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*’ denmektedir.⁴ Keza haksız tahrik kavramı eski ceza kanununda ise şu şekilde tanımlanmıştır: “*Mağdurdan faille yönelik gerçekleşen haksız tahrik sonucu mağdurda elem, öfke ve acı meydana gelmesi ve bu duyguların tesiriyle tepki suçu işlemesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda fail adı geçen bu fiili kendisine yönelen haksız tahrik sonucunda işlediğinden cezasında da bir miktar düşüş olması kabul edilmiştir.

İslâm ceza hukukunda haksız tahrikle işlenen suçlara ne tür cezai müeyyide uygulanacağı ve cezada indirimle gidilip gidilmeyeceği konusu önem arz etmektedir. Zira insan, toplum içinde yaşayan bir varlıktır. Toplu halde yaşayan insanların, *hak ve sorumluluklarını* bilmeleri ve bunun gereğini yerine getirmeleri gerekir. Bu bağlamda naslar; bireysel ve toplumsal sorumluluk bilincinin oluşturulmasını hedeflemiştir.⁵ İslâm, *sorumluluk* dinidir.⁶

³ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, md. 29.

⁴ TCK madde 61.

⁵ Ahzab, 33/72.

⁶ Bu sorumluk, ehliyet açısından kişinin mükellef olup olmamasına göre değişmektedir. Mükellef ve ehliyet sahibi olan kişiler, *kanunen* veya *irâdeten sorumluluk* taşıyabilirler. İslâm ceza hukukunda, *hukûkî ve maddî bir sebep* bulunmasından dolayı *ehliyetsiz veya eksik ehliyetli* muhtaç kişiler ile suç işlemeye yönelen hukuka uygunluk sebepleri pek çok açıdan değerlendirmeye tabi tutulması kaçınılmazdır. Klasik İslâm fıkıh usulü kitaplarında bireylerin sorumluluklarını daraltan veya ortadan kaldıran arızalar geniş bir şekilde ele alınmıştır. Klasik usul kitaplarında bu ehliyetin mahiyeti vücûb ve eda ehliyeti diye ikiye ayrılır. Vücûb ehliyeti, kişinin, haklara ve borçlara ehil kılınmasıdır. Günümüz hukukunda buna kanunî kişilik denilmektedir. Eda ehliyeti ise bu kişinin medeni hakları kullanması ehliyeti olup bu ehliyeti daraltan semavî ve müktesep kısıtlamalar da mevcuttur. Vücûh ve edâ ehliyeti ve bu ehliyeti daraltan arızalar Bu arızalar; *çocukluk, delilik (cünun/akıl hastalığı), bunaklık (ateh/akıl zayıflığı), uyku ve baygınlık, unutkanlık, kadınlık halleri (hayız-nifas), ölüm hastalığı, kölelik gibi semâvî arızalar ise cehâlet, sarhoşluk, şaka (hezl), ikrah, hata, sefeh ve yolculuk (sefer) gibi müktesep arızalar sayılmıştır. Vücûh ve edâ ehliyeti ve bu ehliyeti daraltan arızalar hkz. Bkz. Şa'bân, , Zekiyuddin, *Usulu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, el-Mettebetü'l-Hanefiyye, Bingâzi trs, s. 278-279; Zeydan, Abdülkerim, *el- Vecîz fi Usulu'l Fıkhi*, Dirâsâtü'l-İslâmiyye, Bağdat 1973, 77-118; Ebu Zehra, Muhâmmmed, *Usulu'l-Fıkhi*, Dâru't-Tebliğ, İstanbul 1957, s. 329-363. Bkz. Şa'bân, Zekiyuddin, *Usulu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, el-Mettebetü'l-Hanefiyye, Bingâzitr, s. 278-279; Zeydan, Abdülkerim, *el- Vecîz fi Usulu'l Fıkhi*, Dirâsâtü'l-İslâmiyye, Bağdat 1973; 77-*

Sorumluluğu daraltan veya kaldıran sebeplerin İslâm ceza hukukuna etkileri üzerinde durulması gerekmektedir. Öte yandan hemen bütün hukuk sistemlerinde cezayı sorumluluğu azaltan veya tamamen ortadan kaldıran etkenler bulunmaktadır. Meşru müdafaa ve haksız tahrik bunların en önemlilerindedir. Meşru müdafaa işlenen fiili suç olmaktan çıkarıp faile bir ceza vermemektedir. Ancak haksız tahrik ile failin işlediği suç (fiil) suç olmaktan çıkarılmayıp sadece faile uğradığı haksız tahrikten dolayı ceza indirimini getirilmiştir.

Bilindiği gibi diğer hukuk branşları suçu esas alıp ona yoğunlaşmışken ceza hukuku suçluya odaklanmıştır.⁷ Ceza hukukunda suç kadar suçlunun psikolojisi, suçun işlenme şekli vs. etkenlerde önem arz eder. Gerek modern hukukta gerekse İslâm Hukuku'nda suçlunun psikolojisi ve onu suç işlemeye iten amiller dikkatle incelenmesi gereken bir durum arz eder. Modern ceza hukuku sadece işlenen suçu değil, suçun işlenmesine etki eden nedenleri, failin kişiliğini ve fiilin işleniş biçimini de göz önünde bulundurarak cezalandırmak yoluna gitmektedir.⁸ Konu hakkında İslâm ceza hukukunun modern hukuktan farkı nedir? Keza İslâm ceza hukukunda da suçlunun suçu işlerken psikolojisi ve onu suç işlemeye iten sebepler üzerinde durmakta ve buna göre ceza vermekte olduğu da bilinmektedir. Biz bu çalışmamızda günümüz modern hukukunda ve Türk ceza kanununda⁹ yerini almış olan ‘**haksız tahrik**’ İslâm ceza hukuku açısından cezaya etkisini incelemeye çalışacağız.

I. HAKSIZ TAHİRİKİN TANIMI, ŞARTLARI ve MAHİYETİ

Haksız tahrik kavramının cezaya olan etkisini incelemeyi önce haksız tahrik kavramının ne olduğu, bununla neyin kastedilmek istendiği ve şartları üzerinde durmak gerekmektedir.

118; Ebu Zehra, Muhâmmed, **Usulu'l-Fıkh**, Dâru't-Tebliğ, İstanbul 1957, s.329-363. **Pezdevi**, Ali b. Muhâmmed b. Fahru'l-İslâm, **Usulu'l-Pezdevî**, (Keşfü'l-Pezdevi), IV, s. 393; **Serahsî**, Ebu BekrSemsu'l-EimmeMuhâmmed b. Ahmed b. Sehl, **Usulu's-Serahsî**, I, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, Lübnan 2005, II, s. 340; Bardakoğlu, Ali, “*Ehliyet Md*”, **DVİA**, İstanbul 1994, X, s. 534.

⁷ Devrim, Aydın, “**Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, s. 228.

⁸ Devrim, s. 228.

⁹ 5237 Sayılı TCK, Madde 29.

1. Haksız Tahrikin Tanımı

Köken itibariyle Arapça bir kelime olan tahrik; “*kımıldatma, kımıldama, oynatma, yola çıkartma, hareket ettirme, bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme, kışkırtma, etki yapma, körükleme*” anlamlarına gelir.¹⁰ Yargıtay **tahrik** yerine **kışkırtma** kelimesini de kullanmıştır.¹¹ Dolayısıyla haksız tahrik; failde “*acı, elem, keder*” meydana getiren ve onu suç işlemeye sevk eden (saiktir) fiildir. Tahrik kavramını açıklarken fail kadar mağdurun durumu da göz önünde bulundurulur. Mağdur suç işlenirken sarf ettiği sözler, mağdurun psikolojisi ve davranışları suçun anlaşılması için son derece önem arz etmektedir. Tahrikin söz konusu olabilmesi için mağdurdan kaynaklanan haksız hareketler nedeniyle failin öfke veya üzüntüye kapılması ve tepki olarak bir suç işlemiş olması gerekir.

Tahrik kavramı suçun ana unsurlarından olmayıp suçu ortadan kaldıran bir sebepte değildir. En yalın tabiriyle haksız tahrik mağdurdan faile yönelik gerçekleşen haksız tahrik sonucu mağdurda **elem, öfke ve acı** meydana gelmesi ve bu duyguların tesiriyle “**teпки suçu**” işlemesidir. Fail adı geçen bu fiili kendisine yönelen haksız tahrik sonucunda işlediğinden cezasında bir indirim olacaktır.¹² Haksız tahrik asla işlenmiş olan fiili suç olmaktan çıkarılan bir etken olmayıp sadece cezanın miktarını belirleyen bir etkidir.

İslâm hukukunda modern hukuk gibi failin psikolojisi üzerinde durmuş ve onu suç işlemeye götüren sebepleri göz önünde bulundurmuştur. İbn Kayyim¹³ ehliyet arızalarını sayarken **unutma, korku, hata, cinnet, hüzn, öfke** durumlarını zikretmiş ve bu durumlarda kişinin suç işleme ehliyetinin tam olmayacağını belirtmiştir. Aynı şekilde İbn Âbidin¹⁴ de “**öfke halinde so-**

¹⁰ Develioğlu, Ferit, **Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi, Ankara,1984 s.150.

¹¹ YCGK 16. 5. 1977 t. E. 156, K. 209 ve YCGK 20. 3. 1989 t. E. 1/155, K. 113; 4. CD 17. 4. 1996 t. E. 1985, K. 3547.

¹² 5237 Sayılı TCK Madde 29.

¹³ İbn Kayyim, **el-Cezviyye; İğasetü'l-Lefhan fi Hükmi Talaki'l-Gadban**, (çev. Mehmet Ali Danışman), İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı9, Yıl 2007. Bir risale şeklinde ele alınan eserin özgün adı “*İğâsetü'l-lehfân fî Talâkı'l-Gadbân*” olup orijinali 48 sayfadan oluşmaktadır. Bkz. Serkis, **Mu'cemu'l-Matbuâti'l-Arabiyye**, s. 223. Eser Muhamed Afifi tarafından tahkik edilmiş, hadisler tahric edilmiş yeri geldiğinde gerekli açıklamalar yapılmıştır. 1408/1988'de neşredilmiş olan eser tahkikli haliyle fihrist dışında 75 sayfadan oluşmaktadır (el-Mektebetü'l İslâmî-Mektebetü Ferkad el-Hani, Beyrut-Riyad).

¹⁴ İbn Abidin, Muhammed Emin; **Reddul Muhtar**, İstanbul 1984, I V, s. 95.

*rumluluk olmaz*¹⁵ diyerek öfkeyi sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir sebep olarak zikretmiştir. Hanefiler ve Hanbelîlerin büyük bir kısmı cinnet haline dönmüş öfke halinde gerçekleşen talakın geçersiz olacağını belirtmişlerdir.¹⁶

2. Haksız Tahrikin şartları ve Mahiyeti

Hukukta tahrik fiilinin haksız sayılması ve hukuka aykırı olan fiilden dolayı cezaya çarptırılırken bu haksız tahrik sebebiyle ceza indirimi alabilmesi için bir takım şartlar gereklidir. Bu şartları şöyle sıralayabiliriz.

2.1. Ortada Tahrik Edici Bir Fiilin Olması Gerekmemektedir

Haksız tahrikten söz edebilmek için ortada faile yöneltilmiş haksız bir hareketin varlığı şarttır. Fail işlemiş olduğu fiili bir elem, acı ve öfke neticesinde işlemelidir. Bu acı ve öfke failin kendi ihtiras ve duygularından kaynaklanmamalıdır. Burada adı geçen tahrik failin hayatına, saygınlığına, psikolojisine yönelik olabilir. Önemli olan husus ortada haksız bir tahrik fiilinin olmasıdır. Tahrik failin bizzat kendine yönelik olabileceği gibi sevdiklerine, malına, değer yargılarına, inançlarına yönelik olabilir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında failin bizzat kendisine veya yakınlarına yapılan hareketleri indirim sebebi saymıştır.¹⁷ Ayrıca tahrikin failin bizzat huzurunda işlenmesine de gerek yoktur. Failin bunu duyması ve öğrenmesi de yeterlidir.

Tahrik fiilinde aranan şartlardan biri de hukuka, ahlaka, toplumun değer yargılarına aykırı olmasıdır. Mağdurun tahrik gayesi güdüp gütmeyeğine ise itibar edilmez.¹⁸ Hayvanlardan kaynaklanan hareketler ise tahrik sebebi olmaz. Ancak bir insanın yönlendirmesi veya kışkırtması ile hayvanlardan meydana gelen hareketler tahrik sebebi sayılmıştır. Sonuçta haksız tahrikten söz edebilmek için tahrik edici bir fiilin olması gerekmekte olduğu anlaşılmaktadır.

2.2. Tahrik Edici Bu Fiilin Hukuka Aykırı Olması Gerekmemektedir

Tahrikin failde ceza indirimine neden olması için tahrik edici bu fiilin hukuka aykırı ve haksız olması şartı aranmaktadır. Bu durumda tahrikin yoğunluğuna bakılmaksızın sadece hukuka aykırılığıyla failde yarattığı acı ve elem

¹⁵ İbn Abidin, IV, s. 95.

¹⁶ Erturhan Sabri, "İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı", C. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1999, s. 212.

¹⁷ YCGK, 22. 5. 1989 t. E.133, K. 192.

¹⁸ Devrim, s. 25.

göz önünde bulundurulur. Burada bahsedilen tahrik fiilinin suç olması gerekmez. Hukuka aykırı olması yeterlidir.

TCK 29. Madenin gerekçesinde hiddet ve şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir, denmektedir. Maddeye bunun yazılmasıyla özellikle ülkemizde “*töre ve namus cinayetlerinde*” ceza indiriminin önüne geçmesi hedeflenmiştir.

Tahrik hukuka aykırı olabileceği gibi örf ve adetlere de aykırı olabilir. Ancak hukuka uygun olmayan veya hukukla çatışan örf ve adetler haksız tahrik kapsamına girmezler. Özetle; haksız tahrik fiilinin ceza indirimi sebebi sayılabilmesi için hukuka, toplumun değer yargılarına, örf ve adetlere aykırı olması gerekmektedir.

2.3. Tahrik Fiili, Failde Elem ve Acı Meydana Getirmelidir

Haksız tahrik indirimden bahsedebilmek için ortada sadece haksız bir fiilin olması yetmemektedir. Aynı zamanda bu haksız fiilin failde şiddetli elem ve acıya neden olması gerekmektedir. Fail kendisine yöneltilen bu haksız fiili karşısında şiddetli elem, acı ve öfkeye kapılmakta ve duygularını kontrol edememektedir. Failde ki duygular elem ve acı olmalıdır. Ancak failini kıskançlığı, kompleksleri, intikam duyguları haksız tahrik sebebi olamaz.

2.4. Fail Suçu Bu Tahrik Sonucunda İşlemiş Olmalıdır

Haksız bir tahrikten söz edebilmek için yani tahrik kurumunun işletilebilmesi için ortada haksız bir fiilin olması, bu fiilin mağdurdan faile yönelik olması ve bu haksız fiilin failde elem ve acıya neden olması yetmediğini yukarıda ifade etmiştik. Bütün bunların yanında suçun bu tahrik sonucunda işlenmiş olması gerekmektedir. Yani failin *tepki suçu* işlemiş olması şartı aranır. Şunu hemen belirtelim ki haksız tahrik ancak bir indirim sebebi sayılabilir. Yoksa haksız tahrik neticesi işlenmiş suç asla meşrulaştırılmaz.¹⁹

Haksız tahrikte tepki suçundan bahsedebilmek için suçun tahrik edilenden tahrik eden yönelik gerçekleşmiş olması şartı aranır. Yani fail kendisine tahrik edene karşı tepki suçu işlemektedir. Nedensellik bağından söz edebilmek için tepki suçunun tahrik edilenden tahrik edene yönelik olması şartı aranır.²⁰ Tepki suçu tahrik edene değil de üçüncü şahıslara yönelik olmuşsa burada nedensellik bağından söz edilemez. Bu durumda olayla alakası olma-

¹⁹ Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Yay. Ankara, 2005, s. 105.

²⁰ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler; Gözden Geçirilmiş 4. B., Beta Yay., İstanbul, 1994, s. 643.

yan bir kişinin zarar görmesi söz konusu olur ki bu da asla hukuka uygun düşmez.

Haksız tahrik fiilinde zaman şartı da aranmaz. Mesela meşru müdafaa ile yöneltilen saldırının o an defedilmesi şartı aranırken tahrikte bu şart aranmaz. Şayet haksız tahrikin etkisiyle failde oluşan elem ve acı devam ediyorsa haksız tahrik indiriminden faydalanılabilir. Tepki suçunun faildeki hiddet veya elem halinin etkisi devam ettiği müddetçe işlenmesi gerekir, tepkinin tahrik fiilinden hemen sonra gösterilmesi şart değildir.²¹ Failin kapıldığı öfke veya üzüntü belli bir zaman devam edebilir, gizli kalabilir hatta sakinleşen fail bir süre sonra yeniden aynı duygulara kapılabilir. Bu durum haksız tahriki meşru müdafaaadan ayırmaktadır. Fail haksız tahrik neticesinde işlenen bir suç olması gerekmektedir.

II. HAKSIZ TAHRİKİN CEZAYI ETKİLEYEN DİĞER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Gerek modern hukukta gerekse İslâm ceza hukukunda cezayı etkileyen bir takım kavramlar vardır. Bunlardan bir kısmı hukuka uygunluk sebebi sayılırken bir kısmı da haksız fiili suç olmaktan çıkarmamakta sadece ceza indirimini sağlamaktadır. Birbirine çok benzeyen ve çoğu zaman birbirine karıştırılan bu kavramları açıklamak ve aralarında ki benzerlikleri ve farklılıkları ortaya koymak yerinde olacaktır.

1. Haksız Tahrik ve Meşru Müdafaa İlişkisi ve Mahiyeti

Birbirine en çok karıştırılan kavramlar arasında tahrik ile meşru müdafaaı sayabiliriz. Her iki kavramda ceza hukukunun konusudur ve her iki kavramda cezayı etkilemektedir. Bu iki kavramın benzeyen yönleri olduğu gibi ayrı yönleri de vardır. Haksız tahrik kavramını doğru anlayabilmek için meşru müdafaa kavramını doğru tanımlayabilmemiz yerinde olacaktır. Özellikle kan davalarında insanlar işlemiş oldukları cürümü meşrulaştırmak ve ceza almamak için meşru müdafaa yaptıklarını iddia etmektedirler. Bu bölümde modern hukukta özellikle çalışmamızın konusu olan İslâm Ceza Hukuku'nda meşru müdafaa kavramını açıklamaya çalışacağız.

1.1. Modern Hukukta Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa, çok eski zamanlardan beri hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir. Roma Hukuku'nda,

²¹ Toroslu, s. 179.

Cermen Hukuku'nda, İslâm Hukuku'nda değişik düzenlemelerle meşru savunma hakkı düzenlenmiştir. Meşru müdafaa kanunda belirtilmiş bir suçun suç olmaktan çıkmasına sebep olur. Hukuk literatüründe "**hukuka uygunluk nedenleri**" ya da suçu ortadan kaldıran objektif nedenler olarak nitelenen durumlarda ceza hukuku açısından suç olarak tanımlanan bir hareket suç olmaktan çıkar.²²

5237 Sayılı TCK'nin meşru savunma hakkı ve zorunluluk halini düzenleyen 25. maddesi meşru müdafaayı şöyle özetlemektedir: "*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*".²³ Burada dikkat çeken hususlardan biriside Türk Ceza Hukuku'nun malı korumak için yapılan müdafaayı meşru müdafaa saymamasıdır. Bu da hukuk çevreleri tarafından tenkit edilmektedir.²⁴ Adı geçen kanunun 1. bendinde meşru savunma tanımlandıktan sonra 2. bendinde şartları zikredilmektedir. "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*".²⁵ Bu durum meşru müdafaanın hemen tüm hukuk sistemlerinde mevcudiyetinin bir göstergesi olsa gerektir.

Meşru müdafaa tanımına dikkat edildiği zaman görülecektir ki kişinin kendisinin veya bir başkasının bir hakkına yönelik devam eden bir saldırıyı defetmek maksadıyla müdafaa yapan kişiye ceza verilmeyecektir. Bu tanımda meşru müdafaanın şartları ile ilgili bazı durumlar ortaya çıkmaktadır. Meşru müdafaada *devam eden bir saldırının olması gerekmektedir. Saldırının fil hal (o anda) defedilmeye çalışılması gerekmektedir. Saldırıyı defetmek için başkaca bir yolun olmaması, saldırıyı defetme vasıtası ile saldırı arasında belli bir orantının olması da gerekmektedir. Meşru müdafaa sırasında sınırı aşmamak da önem arz etmektedir.*

²² Toroslu, s. 71–98; Gözler, Kemal, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayınları, Bursa 2012, s. 164.

²³ 5237 Sayılı TCK 25/1.

²⁴ Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İ.Akgün Matbaası, Ankara, 1965, II, s. 24–107.

²⁵ 5237 Sayılı TCK 25/2.

Burada dikkat edilecek bir diğer husus ise şudur: Meşru müdafaaada kişinin bir hakkına yönelik bir saldırı olmaktadır. Dikkat edilirse meşru müdafaa kurumunun içinde tahrik hali de bulunmaktadır. Meşru müdafaaanın içersinde yer alan **“saldırı fiili”** tahrikte de vardır. Ancak meşru müdafaaanın içinde tahrik fiili erimektedir. Çünkü meşru müdafaa ile ceza almayan kişi için artık tahrikten dolayı bir ceza indiriminden söz edilemez. Meşru müdafaa bir hak olarak görülürken; haksız tahrik sadece cezai indirime neden olmaktadır.

1.2. İslâm Hukuku’nda Meşru Müdafaa

Bütün hukuk sistemlerinde yerini bulmuş olan meşru müdafaa hakkına İslâm hukuku da kayıtsız kalmamıştır. İslâm Hukuku belli şartlar dâhilinde kişinin müdafaa yapabileceğini ve bu müdafaa sırasında yaptıklarından sorumlu tutulamayacağını karara bağlamıştır. İslâm Hukuku’na göre Müslüman’ın **ırzı, canı, malı** İslâm Hukuku’nun himayesi altındadır. Bu konuda zimmîde Müslüman gibidir. Hz. Ali’nin: *‘Onlar, malları bizim malımız gibi, canları da bizim canımız gibi olsun diye zimmet akdini yapmışlardır’* sözü bunu ifade etmektedir.²⁶

Bir kimsenin canını, malını veya namusunu kastederek tecavüze yeltenen kimseye karşı tecavüze uğrayanın müdafaa ve tecavüzü önleme hakkı vardır. Her çareye başvurarak ve başka çare yoksa mütecavizi öldürerek bu hakkını kullanabilir. Çünkü tecavüze uğrayan meşru müdafaa hakkını kullanmaktadır, bu hal zaruret halidir, amme otoritesiyle değil, kendi gücüyle tecavüzü önlemek mecburiyetindedir.²⁷ Ancak bu önleme bir zaruret hali olup asla cezalandırma değildir. Bu durum hukuki yaptırımın ve hukuk düzeninin varlığı ile ilgili olsa gerektir.

a) İslâm Hukuku’nda Meşru Müdafaaanın Şartları

Öldürme pahasına da olsa tecavüz ve saldırıyı önlemeyi mubah kılan ve meşru müdafaaanın oluşmasını sağlayan bazı şartlar vardır. Bu şartları şöyle sıralayabiliriz.

1. İslâm Hukuku’nun himayesine almış olduğu ve dokunulmaz addettiği **can, mal ve namusa** yönelik bir saldırı olması durumunda meşru müdafaaadan bahsedilir.

²⁶ İbn Kudame, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah, **el-Muğni**, IV, Beyrut, 1992, VIII, s. 445.

²⁷ <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0177b.htm>

2. Saldırıya uğrayanın devlete ve emniyet güçlerine sığınma imkânının bulunmaması gerekmektedir.

3. Bu tecavüzü önlemek için başkaca bir çaresinin bulunmaması yani meşru müdafaa'nın son çare olması halinde söz konusudur.²⁸

b) Meşru Müdafaa Hakkı'nın Hukuki Dayanağı

İslâm hukuku kişinin canına, malına ve namusuna dokunulmazlık tanımış ve bunlara saygı gösterilmesini istemiştir. Müslüman İslâm Hukuku'nun himayesi altındadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi İslâm ülkesinde yaşayan zımnide bu konuda Müslüman gibidir.²⁹

Hakkı korumak ve gerektiğinde yapılan bir saldırıyı önlemek devletin asli vazifesidir. Bu vazifeyi onun ifâ etmesi esastır; fakat zarûret halinde, tecavüze uğrayanın devlet kuvvetlerine sığınma imkânına mâlik olmadığı hallerde İslâm hukuku, tecavüze uğrayan kimseye, öldürme pahasına da olsa kendini koruma izni vermiştir. Şu Hadisi Şerif bu hükmün en güzel açıklayıcısıdır: "Ya'lâ b. Ümeyye bir adamla kavga etti, biri diğerinin elini ısırdı, ısırılan elini çekince ısırmanın ön dişi düştü, Resulüllah'a (sav) başvurarak dava açtılar, Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurdu: "Azgın hayvan gibi ısırtıyor musunuz? Buna tazminat yoktur."³⁰ Resulüllah (sav) başka bir hadisinde şöyle buyuruyor: "Hayatı uğrunda öldürülen şehittir, ailesi uğrunda öldürülen şehittir, malı uğrunda öldürülen şehittir."³¹ Klasik dönemde ve hemen her dinde de olduğu gibi can, mal, namus gibi ulvi kavramların korunmasında ne kadar titiz davranıldığı ve bu konulardaki meşru müdafaa hakkının mevcudiyeti her daim söz konusu olmuştur.

c) Başkalarının Hakkı İçin Meşru Müdafaa'nın Hukuki Dayanağı

İslâm Hukuku'na göre meşru müdafaa hakkı sadece kişinin kendi haklarına yönelik saldırıları korumaya mahsus olmayıp başkalarına yapılan tecavüzleri de korumak için meşru müdafaa yapmayı ve bu uğurda karşı tarafa gerektiğinde zarar vermeyi mubah saymıştır. Yani bir kimse başkalarının canına, malına ve namusuna yönelmiş bir tecavüzü önlemek için meşru müdafaa yapma hakkına sahiptir. El-Muğni'de şu ifadeler yer almıştır: "Bir kimsenin

²⁸ Muhammed b.Abdurrahim el-Mevlani, **Şerh'ül-Müğni**, Şifa Yay. İstanbul 1980, VIII, s. 330.

²⁹ El-Muğni, VIII, s.445.

³⁰ Müslim, **Sahih, Terceme**, (çev. Mehmet Sofuoğlu,) İrfan Yayınevi, 1988, c.1, s.312.

³¹ eş-Şeybani, El-İmam Muhammed b. Hasan, **Camii's-Sağir**, (çev. Dr. Mehmet Boynukalın), Ocak Yayıncılık, İstanbul 1981, II, s. 544.

mal veya canına yahut da bir kadının namusuna tecavüze yeltenen kimseyi defetme ve tecavüzünü önleme mevzuunda başkaları da mağdura yardım edebilir."³² Aynı doğrultuda Remli'nin '*Nihâyetü'l-Muhtaç*' isimli eserinde de şu ibare vardır: "*Kendisi için bir tehlike bahis mevzuu olmadığı zaman başkalarına vaki tecavüzü önlemenin caiz veya farz olması hükmünde kişi, tecavüz kendisine vaki olmuş gibidir.*"³³

Müslüman her hal ve durumda zulüm ve haksızlığa uğramış kardeşinin yardımına koşmalıdır. Hatta din kardeşine yapılmış olan tecavüzü kendi nefesine yapılmış saymalıdır. Resulullah (sav)'in şu hadisi bu söylediklerimizi en güzel şekilde özetlemektedir. '*Sizden biriniz bir münkeri gördüğü zaman onu eliyle düzeltsin, buna gücü yetmeyen diliyle ikaz etsin, buna da gücü yetmeyen kalbiyle o kötülüğe buğz etsin ki bu iman en alt seviyesidir.*' İslâm hukukunda bir kötülük görünce eliyle müdahale edilmesinin gerektiğini şayet eli ile müdahale yapma durumu söz konusu olamazsa dili ile müdahale ederek o kötülüğü engellemesi gerektiği bir hadisle rivayet edilmiştir. Şayet bunlarla da bu kötülüğün önüne geçilememesi durumunda en son çare olarak da kalbiyle buğz etmesi ve ona karşı sosyal bir siyaset izlemesi gerektiği önemle vurgulanmıştır.

1. 3. Haksız Tahrik Kavramının Değerlendirme

İslâm Hukuku'nda hukuka aykırı olarak icra edilen her türlü tecavülden korunmak ve onu gidermek için insanın kendisinin veya başkasının canını korumak görevi, kendisinin veya başkasının malını korumak ise hakkıdır. Meşru müdafaa bu tecavüzleri korumak üzere yerine getirildiğinde ceza terettüp etmez.³⁴ Kur'ân-ı Kerim '*Her kim size saldırırsa sizde ona yaptığı saldırının aynıyle saldırında ileri gitmeye Allah'tan korkun ...*'³⁵ buyurarak kişiye meşru müdafaa hakkı vermiştir. Aynı şekilde Resulullah (sav), '*Kim haksız yere elinden alınmış olan malını geri ister, bu uğurda kavga eder ve öldürülürse o şehittir.*'³⁶ buyurarak malın muhafazası uğrunda yapılan müdafaanın kutsiyetine dikkat çekmiştir.

Müslüman gerek kendisinin gerekse başkasının canına, malına ve namusuna yönelik yapılan saldırıyı defetmek için meşru savunma yapma hakkına sa-

³² El-Muğni, VIII, s. 332.

³³ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, Mısır, trs, VIII, s. 23.

³⁴ Udeh Abdulkadir, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Ankara, 1990, II, s. 85.

³⁵ Bakara, 2/194.

³⁶ Buhârî, Diyat, 15-23.

hiptir. Böyle bir durumda “hukuk düzeni kendisiyle çelişkiye düşmez” ilkesi gereğince fiil suç olmaktan çıkar.³⁷ Haksız tahrik ise işlenmiş olan fiili suç olmaktan çıkarmaz ve meşrulaştırmaz. Sadece fail bu suçu tahrik altında işlediğinden ceza indirimini istihkak sağlamaktadır.

2. Haksız Tahrik-İhkakı Hak (Haklıya Hakkını Vermek) İlişkisi

İslâm Hukuku'na göre kamu düzenini sağlamak, fertler arasında ki anlaşmazlıkları hukuk kuralları dâhilinde çözmek ve haksızlığa uğrayanların hakkını almak devletin asli görevidir. Bu sebeple herhangi bir haksızlığa uğrayan birisi devlet otoritesine başvurarak hakkını alma yoluna gitmelidir. Genel kural böyle olmakla birlikte, devlet otoritesinin yeterli olmadığı, idari ve adli mekanizmanın iyi çalışmadığı, delillerin failer tarafından karartılıp hakların ispat edilemeyeceği gibi gerekçelerle bir takım kişiler haklarını bizzat kendileri alma yoluna gidebilirler. Aslen hukuka aykırı olan bir eylemin hakkını almak gibi bir mazeretle hukuka uygun hale gelmesi İslâm Hukuku açısından mümkün müdür? İhkak-ı hakkın şartları ve sınırları nelerdir? Bu bölümde İslâm Hukuku açısından ihkak-ı hakkın caiz olup olmadığını ve esasen hukuka aykırı olan bir eylemin hukuka uygunluk sebebi olup olamayacağını tartışacağız.

Hukuk literatüründe ihkak-ı hak; ‘devlet güçlerinin zamanında işe el koymasının sağlanamadığı, hakkın yitirilmesi veya kullanılmasının pek çok güçleşmesine engel olmak için başka bir yolun kalmadığında, sahibi tarafından hakkın bizzat alınması’ olarak tanımlanmaktadır.³⁸ İslâm Hukuku'nda ‘*zufrubi'l-hak*’ veya sadece ‘*zufr*’ olarak ifade edilen³⁹ *ihkak-ı hak* terimi yerine ‘*kendiliğinden hak alma*’ veya ‘*hakkın istifası*’⁴⁰ gibi kavramlarda kullanılmaktadır. İhkak; mazlumun hakkını zalimden almak, hakkı yerine getirmek, hak ile hasmına galip olmak gibi manalara geldiği gibi ihkak-ı hak ise, haklıya hakkına vermek, hakkı usulü dairesinde yerine getirmek olarak tanımlanmaktadır.⁴¹

³⁷ Toroslu, s. 98.

³⁸ Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Ankara 1990, s.185, 345.

³⁹ Sanânî, *Sübülüs Selam*, Kahire, 1971, III, s. 900.

⁴⁰ Kaya Ali, ‘İslâm Hukuku'na Göre Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İhkak-ı Hak’, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Konya 2007, s. 15.

⁴¹ Heyet, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedi Büyük Lügat*, İstanbul 1990, s. 431.

İslâm Hukuku'nda kişilerin canları, malları ve namusları dokunulmaz kabul edilmiştir.⁴² Bunlara yönelik her türlü tecavüz yasaklanmış ve ihlallere karşı cezai müeyyideler getirilmiştir. Daha geniş bir ifade ile anlaşmazlıkların meşru yollardan, hukuka bağlı kalarak çözülmesi esastır. İhtilafların çözülmesinde şahısların kendi güçlerine başvurmasına asla izin verilmez. Çünkü bu tür davranışlar devlet otoritesini zayıflatır, toplumda kargaşa ve anarşinin yayılmasına sebep olur. Bu yüzden hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde anlaşmazlıkların giderilmesi ve hakların alınmasında hukuk yolunun seçilmesi temel ilke olarak kabul edilmiştir.⁴³

İslâm Hukuku başkasının zilyet ve zimmetine geçmiş olan bir malın veya hakkın alınmasında temel kural olarak, kamu otoritesine başvurmayı ve onu ancak devlet eliyle almayı esas almıştır. Bu temel hükmün temel dayanağı Kur'ân-ı Kerim'dir. Yüce Allah Kur'ân'da '*Rabbine andolsun ki, aralarında çekiştikleri hususta seni hakem tayin edip, sonrada senin verdiği hükme karşı içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın, tam bir teslimiyetle boyun eğmedikçe iman etmiş sayılmazlar*'⁴⁴ buyurarak anlaşmazlıkların çözümünde Allah Resulü'ne gitmeyi ve O'nun vereceği hükme razı olmayı vurgulamaktadır.

İslâm Hukuku'nun ikinci hüküm kaynağı olan sünnet ise '*İslâm'da zarara zararlar karşılık vermek yoktur*'⁴⁵ hadis şerifi gereğince bir zarara zararlar karşılık vermeyi yasaklamıştır. '*Zarara zararlar mukabele yoktur*'⁴⁶ şeklinde genel hüküm haline getirilmiş bu beyan gereğince başkasının zilyet ve zimmetine geçmiş ve üzerinde hak iddia edilen bir malı alırken çoğu kez haksızlığa düşüleceğinden kendi gücüyle hak almanın caiz olmayacağı belirtilmiştir.⁴⁷ Dolayısıyla başkasının zimmetine geçmiş bir malı veya hakkı olan kişi bunu ihkak-ı hak yoluyla alamayacaktır. Zira Kur'ân-ı Kerim '*Haksızlık etmezsiniz, haksızlığa da uğramazsınız*'⁴⁸ buyurarak bir haksızlığa da uğramış olsa kişinin haksızlık yapma hakkının olamayacağını belirtmektedir.

Binaenaleyh; bütün hukuk sistemleri gibi İslâm hukuku da herhangi bir hakkın alınması ya da haksızlıkların giderilmesinde genel kural olarak devlet

⁴² Buhârî, Hudud, 9.

⁴³ Kaya, s.12.

⁴⁴ Nisa, 4/65.

⁴⁵ İbn Mâce, **Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2011, Ahkâm, 17.

⁴⁶ Mecelle, Md 19.

⁴⁷ Mecelle, Md 921.

⁴⁸ Bakara, 2/279.

otoritesine başvurmayı esas almıştır. Kişilerin kendi güç ve imkânlarıyla haklarını almaya çalışmaları toplumda kargaşa ve karışıklığa neden olacak; hakkını almaya çalışan kişi çoğu kez sınırı aşarak suç işleyecektir. Yeri gelmişken şunu da söylemek gerekir ki; ihkak-ı hak Türk Ceza Kanunu'na göre suç sayılmaktadır.⁴⁹

3. Haklıya Hakkını Vermenin (İhkak-ı Hakkın) Meşru Sayılacağı Durumlar

Başkasının zilyet ve zimmetinde alacağı bulunan birinin borcunu ödemeyen kişiden hakkını alabilmek için devlet otoritesine başvurması gerektiğini ve bunun genel kural olduğunu belirtmiştik. Ancak bazı durumlarda kişiler adalet sisteminin yeterli düzeyde çalışmadığı ya da devlet otoritesinin devreye sokulmasının zorluğundan dolayı kendi haklarını bizzat almak zorunda kaldıklarını iddia edebilirler. İşte İslâm Hukuku bazı durumlarda genel kuralın bir istisnası olarak şahısların haklarını alabilmek için böyle bir yola başvurmalarının meşru saymış ve ihkak-ı hakkı hukuka uygunluk sebepleri arasında zikretmiştir.⁵⁰ İslâm Hukuku ‘*zaruretler memnuatları mubah kılar*’⁵¹ kaidesi çerçevesinde zorunluluk durumunda kendiliğinden hak alma yoluna başvurmayı mubah saymıştır.

Gerek Kur’ân-ı Kerim’de gerekse Resulüllah’ın sünnetinde ihkak-ı hakkın meşruluğuna delil getirilebilecek örnekler çoktur. Yüce Allah Kur’ân-ı Kerimde ‘*Bir kötülüğün karşılığı gene ona denk bir kötülüktür.*’⁵² ‘*Eğer ceza vermek isterseniz size yapılanın aynısıyla mukabele edin.*’⁵³ ‘*Zulüm gördükten sonra hakkını alan kimsenin bundan dolayı mesul tutulmasına gerekli bir yok yoktur.*’⁵⁴ ‘*Hürmetler karşılıklıdır, öyleyse sizde size tecavüz edene, size tecavüz ettikleri gibi tecavüz edin*’⁵⁵ gibi ayetlerde zulme uğrayanların haklarını alabilmek için meşru dairede haklarını alabileceğini, kendisine yapılan haksızlığa misliyle karşılık verilebileceği vurgulanmaktadır.

İslâm Hukuku’nun ikinci hüküm kaynağı olan sünnette de bu yönde deliller mevcuttur. Resulüllah’ın Ebu Süfyan’ın karısı Hind’in sorusuna verdiği ce-

⁴⁹ TCK Md.308,

⁵⁰ Karahasan, Mustafa Reşit, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Beta Yayınları, Ankara, 1981, c.1, s.151.

⁵¹ Suyûtî, s. 84.

⁵² Eş-Şurâ, 42/40.

⁵³ En-Nahl, 16/126.

⁵⁴ Eş-Şurâ, 42/41

⁵⁵ El-Bakara,2/194.

vap bu konu için en güzel örnektir. Hind ''Kocam cimri bir adamdır, verdikleri bana ve çocuğuma yetmemektedir, onun malından nafakamızı alabilir miyim?'' diye sorması üzerine Allah Resulü ''Örfe uygun olarak sana ve çocuğuna yetecek kadar al''⁵⁶ buyurmuştur. Aynı şekilde Buhârî'de geçen bir Hadis-i Şerif'te ''Bir kimsenin malında malının aynısının bulan kimse o mala daha çok hak sahibidir''⁵⁷ diye buyurmaktadır.

Yukarıda saydığımız deliller doğrultusunda İslâm Hukukçuları İhkak-ı hakkı bazı şartlarda bir hak alma yöntemi olarak görmüşler ve bu durumu hukuka uygunluk sebebi saymışlardır. Ancak İhkak-ı hak genel bir kural değil istisnai bir durumdur. Aşağıda sayacağımız durumlarda ihkak-ı hak caiz görülmüştür.

4. İhkak-ı Hakkın Şartları

Başkasının eline geçmiş olan bir malın ya da hakkın ihkak-ı hak yoluyla alınabilmesi ve bunun meşru sayılabilesinin bazı şartları vardır. Çünkü toplumda düzenin sağlanması, hakların alınması ve sahibine iadesi devletin asli görevidir. Ancak istisnai bir izin olarak ihkak-ı hak meşru sayılmıştır. İhkak-ı hakkın hukuka uygun bir eylem sayılabilesinin ilk şartı bu hakkın devlet eliyle alınmamış olmasıdır. İkinci olarak ise ihkak-ı hakkın yeni bir haksızlığa yol açmaması için başvurulmuş eylemde haddi aşmamaktır. Üçüncü ve son şart ise ihkak-ı hak olarak alınacak hakkın sabit ve belirli olması gerekmektedir. Şimdi ihkak-ı hakkın şartı olarak zikrettiğimiz bu üç maddeyi sırasıyla açıklayalım.

a) Hakkın Devlet Eliyle Alınmamış Olması Gerekmemektedir

Yukarıda defalarca zikrettiğimiz gibi hukuk sistemlerinde temel kural hakların alınmasında devlet organlarının devreye sokulmasıdır. İhkak-ı hakka istisnai bir izin verilebilmesi için kişinin hakkını alabilmek için mahkemeye başvuramamış olması ya da devlet unsurlarının yerinde zamanında olaya müdahale dememesi ya da hakkı alabilmek için yetersiz kalmasıyla mümkündür. Borcunu ödemekten kaçınan kişinin malına el koyabilmek için olayın mahkemeye taşınmasının mümkün olmaması⁵⁸ Ya da birinin evine düşen bir malını izinsiz olarak eve girip alabilmek için ev sahibinin delilleri yok etme ya da evine düşen malı inkâr etme endişesinin bulunması, gerekir.⁵⁹

⁵⁶ Buhârî, Buyu, 95.

⁵⁷ Buhârî, İstikraz, 14.

⁵⁸ İbn Abidin, IV, s. 95.

⁵⁹ İbn Nuceym, s. 88.

Ancak adliye teşkilatının olaya müdahale etmesinin mümkün olduğu durumlarda kendiliğinden hak alma hukuka uygunluk vasfını kaybeder ve suç olur. "Bir özür ile caiz olan, o özürün kalkmasıyla batıl olur"⁶⁰ genel kaidesi mucibince istisnai durumlarda ruhsat verilen hükümler şartların değişmesiyle ruhsatlık vasfını kaybeder. Bu durumda istisnai duruma göre değil genel kurala göre hüküm verilir.

b) İhkak-ı Hakta Haddi Aşmamak Gerekmemektedir

Her ne kadar ihkak-ı hak yoluyla alınacak malın kişinin kendi malı olsa da burada kişi ve mal dokunulmazlığı ihlal edilebilir ve yeni hukuksuzluklara sebep olunabilir. Bu yüzden haksızlığı ortadan kaldırmayı ve hakkını almayı amaçlayan eylem yeni haksızlıklara yol açabilir ve toplum düzenini bozabilir. Bu mahsurun ortadan kaldırılabilmesi için hak almak için başvuru yönteminin ve kullanılan kuvvetin amaçlanan hedefle sınırlı olması gerekir. Çünkü ihkak-ı hak genel bir hüküm olmayıp zaruret durumunda meşru sayılmıştır. Dolayısıyla zaruret durumuyla sınırlıdır.⁶¹ Kamu düzeninin bozulması, başvuru eyleminin suç vasfı kazanması ve failin ağır itham altında kalması gibi durumlarda İslâm Hukukçuları sınırın aşılmış sayılacağına hükmetmişlerdir. Bu durumlarda ihkak-ı hak sonuçları itibariyle yeni mağduriyetlere yol açacak ve hukuka uygunluk vasfını yitirecektir.

Yukarıda sayılan sakıncalardan toplumsal düzenin bozulması tehlikesi baş gösterdiğinde kendiliğinden hak alma eylemi, daha ağır sonuçlara yol açacağı için bu durum hukuka aykırı sayılmıştır. Hanefî hukukçular fitneye yol açma tehlikesi bulunan durumlarda mahkemeye başvurmayı zorunlu görmüşlerdir.⁶² Aynı şekilde hak alma yoluyla başvuru eyleminin suç vasfı kazanması ihtimali varsa gene ihkakı hak meşru sayılmaz. Örneğin ispatı mümkün olmayan durumlarda kendi malını aldığını iddia eden kişi hırsızlıkla suçlanabilir ve cezai müeyyideye uğrayabilir. Bu gibi bir durumda da gene mahkemeye başvurmak gerekli görülmüştür. Son olarak failin ağır bir ithamla karşı karşıya kalacağı bir durumda gene kendiliğinden hak alma eylemi meşru görülmemiştir. Mesela kendisine emanet olarak bırakılan bir malı o malda hakkı olduğu gerekçesiyle el koyan kişi emanete ihanetle suçlanabilir. Çünkü o kişi malını faile güvenerek bırakmıştır. Her ne kadar malda hakkı olsa da bu durumda emanete ihanet etmiş gibi görünecektir. İşte bu durumda

⁶⁰ Mecelle, Md. 25.

⁶¹ İbn Nuceym, s. 86.

⁶² Kârâfî, *el-Furuk*, IV, Beyrut, trs, s. 77.

da ihkak-ı hak meşru sayılmış devlet otoritesine başvurmak şartı getirilmiştir.

Kamu düzenini bozulacağı, daha büyük kayıpların yaşanacağı durumlarda kişi mahkemeye başvurmak zorundadır. İhkak-ı hak belli şartlar dâhilinde mala ilişkin haklarda meşru sayılıyorken *kişinin can ve bedenine yönelik haklarda asla ruhsat verilmemektedir*.⁶³ Çünkü burada toplumsal düzenin bozulması, kişilerin can kayıplarına neden olacağı aşikârdır. Bu yüzden bir yakını kasten öldürülen kişi failin kisasını isteyebilir ancak faili kendisi infaz etme hakkını isteyemez.⁶⁴ Çünkü bu gibi durumlarda toplum düzenini bozulması, topluma karışıklık ve anarşinin hâkim olması kaçınılmazdır.

Görüldüğü gibi ihkak-ı hakkın hukuka uygun bir eylem olarak görülebilmesi için hak almak için başvuru eylemin amaçla sınırlı tutulması gerekir. Sınır aşıldığı zaman hukuka uygunluk ortadan kalkar. Burada bir kere daha söylemek gerekir ki ihkak-ı hakka konu olan şey bir mal olmalıdır. Kişinin canı ve bedeni asla ihkak-ı hakkın konusu olamaz.⁶⁵

c. Hakkın Sabit ve Belirli Olması Gereklidir

İhkak-ı hakkın hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilebilmesi için hakkın belli şartları taşıması şartı aranır. Kendiliğinden hak almanın meşru sayılması için hakkın belirli, sabit ve aynı cinsten olması gerekir. Kendiliğinden hak almanın hukuka uygun olmasını sağlayan bu şartlar aynı zamanda yeni bir haksızlığın meydana gelmesine de engel olmaktadır.

i. Bir Hakkın Sabit Olması Gerekmetedir

Üzerinde hak iddia edilen bir mal veya hakkın kendiliğinden alınabilmesi için bahse konu olan malın öncelikle sabit olması gerekmektedir.⁶⁶ Ancak bu şartları taşıyan bir hak yetkili makamlara başvurmadan kendiliğinden alınabilir. İslâm hukukçuları bir hakkın sabit olmasını bazı şartlara bakarak belirlemeye çalışmışlardır. Örneğin Maliki hukukçularından Kârâfi'ye göre bir hakkın sabit olabilmesi için o hakkın bütün İslâm hukukçuları tarafından tanınan bir hak olmasını şart koşmuştur.⁶⁷ Örneğin hacr altına alınmadan önce iflas eden kişinin malından alacaklıların haklarını almaları İslâm hu-

⁶³ İbn Hacer, **Fethul Bari** XII, s. 190.

⁶⁴ Muhammed Ali, **Tehzibü'l-Furuk**, Beyrut, trs, IV, s. 123.

⁶⁵ Kaya, s. 22.

⁶⁶ Kaya, s. 23.

⁶⁷ Kârâfi, IV, s. 76.

kukçuları arasında ihtilaf konusu olmuştur. Örneğin İmam Şâfiî böyle bir hakkı kabul etmemektedir.⁶⁸ Böylece hakkın sabit olması şartı gerçekleşmediğinden ihkak-ı hak geçerli olmaz. Aynı şekilde kendisine yapılan hibeyi kabul etmeyen kişinin daha sonra bu hibeye dayanarak o malı kuvvet kullanarak almaya çalışması da böyledir.

Günümüz hukukçularından Zerka ise, hukuki sebebi güçlü olan hakların sabit sayılacağını belirtmektedir. Zerka bu şartları taşıyan hakların mahkeme kararı olmadan alınabileceğini savunmaktadır.⁶⁹ İslâm hukukçuları sabit olan bir hakkın ihkak-ı hak yoluyla alınabileceği konusunda fikir birliği etmişlerdir.

ii. Hakkın Belirli Olması Gerekmemektedir

İhkak-ı hakkın hukuka uygun bir eylem olarak görülebilmesi için aranan şartlardan biride üzerinde hak iddia edilen hakkın belirli olmasıdır. Ancak böyle bir hak mahkeme kararı olmadan bizatihi alınabilir. Belirli olmaktan kasıtsa hakkın araştırmaya ihtiyaç bırakmadan miktarının ve vasfının belli olmasıdır. Mesela kendisinin veya çocuklarının nafakası ödenmeyen bir kadının zengin olan kocasının malından hakkını alabilmesi için kocanın zengin olması yanında nafaka miktarının örfen belli olması şarttır. Nafaka miktarının belli olmaması veya kocanın fakir olması gibi bir durumda mahkeme kararı şart koşulmuş ve ihkak-ı hak meşru sayılmamıştır.⁷⁰

Hakkın belirli olmasının ihkak-ı hakka konu olan malın *misli* veya *kiyemi* olması ile yakından ilgilidir. Zira misli mallar ölçü veya tartı ile değiştirildiği için bunların belirlenmesi kolaydır ve hâkim kararı olmadan alınabilir. Oysaki kıyemi mallar böyle değildir. Bu malların değeri ölçü ve tartı ile belirlenmeyip değişkenlik arz etmektedir. O yüzden kıyemi malların ihkak-ı hak yoluyla alınması caiz görülmemiştir. Çünkü bu malların değerinin belirlenmesi için özel bir gayret gerekmektedir.

iii. Hakkın Aynı Cins Olması Gerekmemektedir

İslâm hukukçularının ihkak-ı hak tartışmasında en çok üzerinde durdukları konu, doğal yollardan alınamayan mal ile ona karşılık olarak ihkak-ı hak yoluyla alınacak olan malın aynı cinsten olup olmaması meselesidir. İslâm hukuku ile ilgili kaynaklara baktığımızda konunun daha çok bu noktada yoğunlaştığı görülmektedir. Ancak bu husus ihkak-ı hakka konu olan hakkın

⁶⁸ Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Umm*, III, Beyrut ty, s. 189.

⁶⁹ Zerka, *Şerhül Kavâid*, s. 466.

⁷⁰ Kârâfâ, IV, s. 76.

ayniyle mevcut olmadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Zira eğer ihkak-ı hakka konu olan mal mevcutsa artık onun yerine başka bir malın ya da hakkın alınması mümkün olmayacaktır. Buna göre başkasının zilyet ve zimmetinde bulunan hakkının aynısını bulan kimse hâkim kararı olmadan o hakkı alabilecek ve böyle bir durumda hukuka aykırılık iddiasında bulunulamayacaktır. Örneğin iflas eden müşterinin elinde bulunan bedeli ödenmemiş malını bulan satıcı o malı hâkim kararı olmadan alabilecektir.⁷¹

Yukarıda da belirtildiği gibi mal veya hakkın aynı ile mevcut olmadığı durumlarda cins birliği konusu önem kazanmaktadır. Şafiler ‘*Bir kötülüğün karşılığı gene ona denk bir kötülüktür*’⁷², ve ‘*Eğer ceza verecek iseniz size verilen cezanın misliyle cezalandırın*’⁷³ ayetlerini delil göstererek cins birliğini belirleyici yapmamakta, asıl hak yerine onun değerinde başka bir hakkın ya da malın alınabileceğine hükmetmektedirler.⁷⁴ Hanefilere göre ise yukarıda geçen Nahl suresi delil göstererek misli ile mukabeleyi şart koşmuşlardır. Hanefilere göre aynı cinsten olan bir hakkın aynı cinsten olması durumunda caiz görmekte, farklı cinsten bir hakkın alınmasını ise caiz görmemektedirler.⁷⁵

Maliki hukukçuları ise bu konuda birbirinden farklı görüşler sergilemektedir. Örneğin el-Huraşi Hanefilerle aynı görüşü paylaşırken Karafî aynı ya da farklı cinsten bir malın kendiliğinden alınmasını caiz görmemektedir.⁷⁶ Mâlikilerde yaygın olan görüşe göre mahkemeye başvurmadan herhangi bir hakkın bizzat alınması caiz görülmemektedir.

Hanbelîlere göre ise her hal ve durumda kendiliğinden hal alma caiz olmaz. Çünkü böyle bir durum insanlar arasında ihtilafa ve karışıklığa yol açacaktır. Hanbelîler, ‘*emaneti sana güven verene bırak, sana ihanet edene sen ihanet etme*’⁷⁷ hadisini delil göstererek ihkak-ı hakkı caiz görmemektedirler. Bütün bu bilgiler ışığında ihkak-ı hakkın hukuka aykırı bir fiil olduğu görülmektedir. Bugün yürürlükte olan Türk hukuk sistemi de bunu meşru görmemektedir. Ancak İslâm hukuku zaruret durumunda ve bazı şartların oluşması şartıyla ihkak-ı hakkı caiz görmektedir. Ancak kuvvet kullanmayı gerektirecek

⁷¹ Şâfiî, III, s. 199.

⁷² Eş-Şurâ, 42/40.

⁷³ En-Nahl, 16/126.

⁷⁴ Ensari, **Fethu'l-Vehhab**, II, s. 160.

⁷⁵ Serahsi, XI, s. 128.

⁷⁶ Kârâfî, **el-Füruk**, IV, s. 76-77.

⁷⁷ Ebu Davut, Büyü, 79.

hakkın bulunması, hükümet güçlerinden yardım alınamaması, bizzat alınmadığı takdirde hakkın tamamen yitirilecek olması gibi durumlarda İslâm hukuku ihkak-ı hakkı caiz görmektedir.

5. İhkak-ı Hakk Anlayışının Değerlendirmesi

İslâm hukukunun genel prensipleri itibariyle, başkasının zilyet ve zimmetinde bulunan ve geri verilmesi gereken bir hakkın iadesi devlet otoritesi eliyle sağlanmalıdır. Temel kural hak sahibinin öncelikle mahkemeye başvurması ve hakkını bu yolla almasıdır. Yargı yoluna başvurmadan hakkını bizzat almaya çalışmak toplumda ihtilaf ve kargaşaya neden olacak ve bir hak yerine getirilmeye çalışılırken daha büyük zararlara yol açacaktır. Dolayısıyla böyle bir eylem hukuka aykırı olarak kabul edilir ve İslâm hukuku kendiliğinden hak almayı meşru görmez. Böylece ihkak-ı hak genel prensip olarak hukuka aykırı fiillerden kabul edilmektedir.

Bununla birlikte hak kaybına uğrayan kişi, hakkını hukuk yoluyla alamadığı veya alamayacağı kesin olarak ortaya çıktığı zaman ihkak-ı hak yoluyla hakkını bizzat almaya kalkabilir. İslâm hukuku belli şartların oluşması şartıyla böyle bir teşebbüsü caiz görmüş ve ihkak-ı hakkı hukuka uygunluk sebeplerinden saymıştır. Hakkın devlet gücüyle alınamamış olması, eylemin amacı aşmaması, eylemin yeni bir haksızlığa yol açmaması ve hakkın aynı cinsten olması gibi şartların meydana gelmesiyle ihkak-ı hak hukuka uygunluk nedenlerinden sayılır. İhkak-ı hakkı meşrulaştıran şartlardan birinin ortadan kalkması eylemin eski hüviyetine dönmesine ve hukuka aykırı bir fiil haline almasına sebep olur.

Asıl itibariyle güç kullanmak yasaklanmışken ancak zaruret halinde ve zaruret miktarını aşmamak şartıyla caiz görülmüştür. Bu hak ise yalnızca hak sahibine tanınmış, onun yerine başka birinin bu hakkı kullanmasına müsaade edilmemiştir. Dolayısıyla ihkakı hak gelişigüzel bir güç kullanma asla değildir. Tam tersi caiz olması birçok şarta ve zaruret durumuna bağlanmış ve bu fiilin toplumda daha büyük zararlara ve kargaşaya yol açmasına engel olunmaya çalışılmıştır.

III- İSLÂM CEZA HUKUKU'NDA HAKSIZ TAHRİK

İslâm ceza hukukunda cezalar bedeni cezalar, nefsi (psikolojik cezalar, *mali cezalar*, *had cezaları*, *kıyas ve diyat cezaları*, *kefaret cezaları*, *ta'zir cezaları*, *hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu cezalar* ve *hâkimin takdir yetkisinin*

bulunmadığı cezalar şeklinde birçok değişik taksimat yapılmıştır.⁷⁸ Ancak genel olarak fıkıh bilginleri cezaları ikiye ayırırlar. Bunlardan birincisi kitapta ve sünnette herhangi bir nasla belirlenmiş olan cezalardır. İçki içme, zina etme, dinden dönme suçlarının cezaları ve kısas cezalarıdır ki bu cezalara **had** cezaları denir. İkincisi ise naslarla belirlenmemiş olan cezalardır ki bunlara da kısaca **ta'zir** cezaları diyoruz.⁷⁹ İslâm ceza hukukunda haksız tahrik kavramının cezaya etkisini incelerken konuyu had cezalarında haksız tahrikin cezaya etkisi ve ta'zir cezalarında tahrikin cezaya etkisi şeklinde incelemeye çalışacağız.

1. Had Cezalarında Haksız Tahrikin Durumu

Had kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup çoğulu hududdur. İnsanların içeriye girmesine engel olduğu için kapıcıya *haddad* denilmiştir. Sözlükte men etmek, engel olmak, sınır gibi manalara gelir. İslâm Hukuku'nda ise Allah haklarına tecavüzün söz konusu olduğu suçlarla ilgili olarak Kur'ân-ı Kerim'de ya da Hazreti Peygamber'in hadisiyle miktarları belli edilmiş olan cezalardır.⁸⁰

İslâm hukukunda bir kısım cezalara hudud ya da hududullah denmiştir. Bu cezalar zararlı ve fena şeylerden insanları menederler. Hiçbir insan ya da millet sınırlarının çiğnenmesine müsaade etmez. Hatta devletler sınırlarını korumak için çok sıkı tedbirler alırlar, gerekirse savaşa dahi girebilirler.⁸¹ Allah Teâlâ'da haramların, günahların, suçların hududlarını tayin etmiş ve çeşitli gayeleri gözeterek bu suçları işleyenlere verilecek cezaları belirlemiştir. Yüce Allah Kur'ân-ı Kerim'de '*Bu hükümler Allah'ın sınırlarıdır. Sakın onlara yaklaşmayın. İşte Allah ayetlerini böylece insanlara açıklar. Ta ki korunsunlar*'⁸² buyurarak koyduğu sınırlardan insanları uzak tutmaya ve o sınırların aşılmasına engel olmaya çalışmıştır. Aynı şekilde gene Bakara suresinde '*Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Onları çiğneyip geçmeyin. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerin ta kendileridir*'⁸³ buyurarak sınırlarını aşanları zalimlikle itham etmiştir. Şu ayette ise Yüce Allah hukukullahı koruyanları methetmekte ve cennetle müjdelemektedir.'*Tövbe*

⁷⁸ Udeh, Abdulkadir, **Mukâyeseli İslâm Hukuku Ve Beşeri Hukuk**, Rehber Yayınları, Ankara, 1985, II, s.209.

⁷⁹ Ebu Zehra Muhammed, **İslâm'da Suç ve Ceza**, Kitabevi Yayınevi, İstanbul 1994, II, s. 60.

⁸⁰ Ebu Zehra, .III, s.79.

⁸¹ Mevsilî, IV, .s. 17.

⁸² Bakara, 2/187.

⁸³ Bakara, 2/229.

edenler, ibadet edenler, hamd edenler, seyahat edenler, rükû edenler, secde edenler, insanlara iyiliği emredip kötülükten vazgeçirmeye çalışanlar ve Allah'ın hududu koruyanlar yok mu? İşte onlar cennet ehlidirler. (Habibim) Sen o müminleri cennetle müjdele.'⁸⁴ Hudutlara riayet ve onları aşmamak konusunda pek çok ayet vardır. Bunlar bize Allah'ın çizdiği sınırlardır ve bu sınırların aşılmasını yasaklamaktadır.

Birçok Hanefi fıkıh bilgini ve onlar dışında ki bilginlerin çoğunluğuna göre had kelimesi sadece içinde Allah hakkı olan ya da içinde Allah hakkının baskın olduğu suçlar için kullanılırlar.⁸⁵ Bu bilginlere göre terim olarak had kelimesi sırf Allah hakkı olarak belirlenmiş olan cezalardır. Buna göre mesele kısasa had denmemiştir. Çünkü kısasta kul hakkı mevcuttur. Aynı şekilde ta'zir cezalarına da had denmemiştir. Çünkü ta'zir cezalarının sınırını ve miktarını Şâriî belirlememiştir. Buna göre bir suçun had cezasıyla isimlendirilebilmesi için bazı şartlar gerekmektedir.

Bu temel niteliklerden ön önemlisi had kavramına giren suçlarda saldırı Allah hakkına yönelik işlenmiş olmalıdır. Çünkü bu gibi suçlarda işlenen suç Yüce Allah'ın çizdiği ve fazileti koruma altına almak ve toplumu korumak için inananların işlemlerini yasakladığı hadlerden birisini zikretmektedir.

Nelerin Allah hakkı nelerin kul hakkı olduğu konusunda çeşitli görüşler olmakla birlikte genelde toplumu ilgilendiren haklar Allah hakkı olarak belirlenmiş, kişiye yönelik olarak işlenmiş suçlar ise had kapsamına alınmamıştır.

İslâm hukukunda sınırları Şâriî (Allah-Peygamber) tarafından belirlenmiş sabit cezai müeyyidelere *hukukullah* ya da *hududullah*⁸⁶ da denir. Sınırları ve miktarı Allah ve Resulü tarafından belirlenmiş olan bu cezalar İslâm hukuku kaynaklarında ve hadis kitaplarının hudud bölümlerinde şöyle sıralanmaktadır: 1-Haddi Sirkat. (Hırsızlık) 2-Haddi Sekr. (Sarhoşluk) 3-Haddi Hamr. (Şarab) 4-Haddi Kazf. (İftira Atma) 5-Haddi zina. 6-Haddi Kat'u Tarik (Yol Kesicilik). Had suçlarına konulan cezalar üç vasıfla bilinir:⁸⁷

1- Her ne kadar cezalar üst ve alt sınır olarak belirlense de had cezalarının şekli, miktarı, sınırı Şâriî tarafından belirlenmiştir. Bu cezaların sınırı ve mik-

⁸⁴ Tevbe, 9/112.

⁸⁵ Ebu Zehra, II, s. 61.

⁸⁶ Erturhan Sabri, **İslâm Hukuku Etrafındaki Tartışmalar**, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2008, s. 80.

⁸⁷ Udeh, II, s. 210.

tarı bağlayıcıdır. Hâkim bu cezalar yerine başka bir ceza veremeyeceği gibi miktarını da artırıp azaltamaz.

2- Bu cezalar suçluyu cezalandırmak, onun ve başkalarının suç işlemesine engel olmak için konulmuştur. Had tatbik edilirken suçlunun şahsiyetini nazari dikkate almaya imkân yoktur.

3- Bütün bu cezalar suça teşvik eden sebeplerle ve saiklerle mücadele için konulmuştur. Amaç insan psikolojisi üzerinde etki yaratarak suç işlenmesini engellemektir. Yani temel gaye insanları cezalandırmak değil suç işlenmesini önlemektir.

Hanefi ulemasının çoğunluğu ve daha birçok fıkıh bilginine göre had kelimesi içinde sadece Allah hakkı olan ya da Allah hakkı baskın gelen suçlar için kullanılır.⁸⁸ Buna göre mesela kısas için had kelimesi kullanılmamıştır. Çünkü kısas içinde kul hakkının baskın olduğu bir cezadır. Yine bunun gibi tanzir cezalarına da had denmez. Çünkü ta'zir cezalarında cezaların şekli, miktarı Şârii tarafından belirlenmemiştir. Buna göre had cezalarının iki temel özelliği dikkat çekmektedir.

1-Had kavramına giren suçlarda saldırı Allah hakkına yönelik olarak işlenmiş olmalıdır. Çünkü bu gibi suçlarda işlenen suç Yüce Allah'ın çizdiği ve faziletini koruma altına aldığı hadlerden birisine zedelemiştir. Genel olarak Allah hakkı topluma yönelik işlenen suçları kapsamaktadır. Günümüz modern hukukunda kamu davası terimi ile de bu ifade edilmektedir.

2-Allah hakkı olarak isimlendirilen had cezalarının ikinci özelliği ise Yüce Allah'ın hadler için üst limit değeri takdir etmiş ve bu işi devlet başkanına ya da hâkime bırakmamıştır. Çünkü had cezaları asli itibariyle Şâri'nin takdirindedir.

Bu iki maddede de görüleceği gibi had cezaları kamuya taalluk eden cezaları kapsamaktadır ve kanun koyucu cezanın miktarını belirtmiş ve bu görevi zamanın yöneticilerine bırakmamıştır. Üstelik bu hadlerin uygulanmasını en büyük ibadet ve görev olarak nitelemiştir. Zira Allah Resülü(sav) *''Bir ülkede Allah'ın bir haddinin uygulanması, o yöre halkı için otuz sabah yağmur yağmasından daha hayırlıdır''*⁸⁹ buyurarak bu duruma işaret etmiştir.

Sonuç olarak şunu söylememiz yerinde olacaktır. Had cezalarının şekli, miktarı, şartları kanun koyucu (Allah-Peygamber) tarafından belirlenmiş ve bu konuda hâkime bir söz hakkı bırakılmamıştır. Örneğin İslâm hukukunda zina

⁸⁸ Udeh, II, s. 61.

⁸⁹ Erturhan, s. 81.

eden bekâr Müslüman 100 değnek (celd) cezasıyla cezalandırılır. Çünkü zina eden bekâr Müslüman'ın cezasını Yüce Allah Kur'ân-ı Kerim'de şu ayette belirlemiştir. ‘*Zina eden kadınla zina eden erkekten her birine yüzer değnek vurun. Eğer Allah'a ve ahiret gününe inanıyorsanız bunlara cezayı tatbik hususunda acımayın. Müminlerden bir zümre de bunların cezasına şahitlik etsin.*’⁹⁰ Ayette de görüleceği üzere Yüce Allah burada zinanın cezasını belirlemiştir. Artık hâkim zina eden Müslüman'a bunu altında ya da üstünde bir ceza veremez. Zira ‘**yüz**’ ile tehdit edilip neden daha eksik ya da daha fazla olamayacağı aklın idraki dışındadır. Bu tür hükümler, reyile içtihad; kıyas, istihsân ve ıstıslâh ile istidlale kapalıdır. Yani kıyasla kapsamalarının genişletilmesi, bu hükümlerin taabbudilik müdahale edilmesi, değiştirilmeleri mümkün değildir.⁹¹ Aynı şekilde kazf (iffete iftira) suçunun cezası Kur'ân-ı Kerim'de “**seksen**” değnek olarak belirlenmiştir.⁹² Hırsızlık suçu işleyenler için ise Yüce Allah tek ceza çeşidi emretmektedir ki o da hırsızlık eden erkek ve kadının ellerinin kesilmesidir.⁹³ Diğer bütün had suçlarına verilecek cezalar Allah tarafından ya da Resulullah tarafından belirlenmiştir.

Günümüz modern hukukunda kişi eğer işlemiş olduğu suçu kendisine yöneltilmiş olan haksız tahrik sonucu işlemişse cezasında bir miktar indirim yapılacaktır.⁹⁴ Buna göre haksız tahrik suçun ana unsurlarından olmayıp haksız olan fiili hukuka uygun haleden getirmemektedir.⁹⁵ Haksız tahrik sadece ceza indirimine sebep olmaktadır. Oysaki İslâm ceza hukukunda had cezaları için herhangi bir ceza indiriminin yapılması söz konusu olmamaktadır. Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi had cezalarının miktarı Şârii tarafından belirlenmiştir. Hâkim bu cezanın altını ya da üstünü verme hakkına sahip değildir. Ya bu cezayı verecek ya da vermeyecektir. Mesela hâkimin zina eden Müslüman'a 150 değnek ya da 50 değnek vurma yetkisine sahip değildir.

1.1. Kan Davalarında Haksız Tahrik Durumu

Günümüzde özellikle ülkemizin bazı bölgelerinde kan davaları adı verilen cinayetler devam etmekte, insanlar bu vahşeti töre savunmasıyla masumlaştırmaya çalışmaktadırlar. Diğer bir yanlış anlama ise sanki İslâm hukukunun

⁹⁰ Nur, 24/2.

⁹¹ Erturhan, s. 86.

⁹² Nur, 24/19.

⁹³ Mâide, 5/38–39

⁹⁴ 5237 Sayılı TCK, Madde 29.

⁹⁵ Devrim, s. 230.

bu tür cinayetlere izin verdiğidir. Dinimizce suçsuz bir insanın hayatına kasten ve haksız yere son vermek en büyük suç ve günah sayılmıştır. *Yüce Allah insanı en güzel şekilde yaratmış,⁹⁶ ona kendi ruhundan üflemiş⁹⁷ ve yeryüzünde kendisinin halifesi yapmıştır.⁹⁸* Bu denli değerli ve aziz bir varlığın hayat hakkı o denli kutsal ve dokunulmaz sayılmıştır ki ona yapılacak saldırılar suçların en büyüğü olarak görülmüştür.⁹⁹

İslâm hukuku insanın canını dokunulmaz ve kutsal olarak görmüş ve ona yapılacak saldırıları yasaklamıştır. İnsanın masumiyeti ve kanının dokunulmazlığı kutsaldır. Ancak belli şartlar altında bu masumiyet ve dokunulmazlık kalkar. Öldürülmesi serbest olanlar ya da **‘ihdar’** kelimesi ile ifade edilen bu masumiyeti kalkanlar sıralanırken haksız yere bir insanın canına kıyanlarda zikredilmekte ve bu kişilerin kanlarının akıtılmasının mubah olduğu vurgulanmaktadır.¹⁰⁰ İslâm hukukuna göre kasten ve haksız yere bir insanı öldüren kısasen öldürülür. Bu durum Kur’ân-ı Kerim’de şu şekilde geçmektedir: *“Ey iman edenler öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına karşı kadın (öldürülür).¹⁰¹* Kısas bütün peygamberlerin şeriatında var olan bir cezadır.¹⁰²

Çalışmamızın başında günümüz Türk Ceza Kanunları’nda kan davalarında ve namus cinayetlerinde haksız tahrikin uygulanmadığını belirtmiştik. Peki, İslâm hukukuna göre öldürülmesi mubah sayılan katilin maktulün yakınları tarafından öldürülmesi halinde ne olacaktır? Kısas olarak öldürülecek olan katili hükümden veya infaz zamanından önce kendi başına öldüren bu kişi hakkında nasıl bir hüküm verilecektir?

İslâm hukukuna göre kısasın yerine getirilebilmesi ancak devlet otoritesini temsil eden kişinin huzurunda olur. Bundan amaç suçlu kısas edilirken herhangi bir tecavüz olayına meydan vermemektir.¹⁰³ *‘Bir kimse zulmen öldürülürse velisine hakkını alma yetkisi verdik ancak o velide kısasta ileri gitmesin,¹⁰⁴* ayetinden de anlaşılacağı üzere velinin kısası isteme hakkı vardır.

⁹⁶ Tin, 95/4.

⁹⁷ Hicr, 15/29.

⁹⁸ Bakara,2/30.

⁹⁹ Erturhan, s. 225.

¹⁰⁰ Udeh, s. 128.

¹⁰¹ Bakara, 2/178–179.

¹⁰² Mâide, 5/32.

¹⁰³ Ebu Zehra, s. 393.

¹⁰⁴ İsrâ, 17/33.

Ancak bu hakkında aşırıya gitmemelidir. Maktulün yakınları kanun koyucunun kendilerine tanıdığı bu meşru haklarını infaz vaktinden önce uygulamalarında devlet otoritesini sarstıklarından cezalandırılırlar. Devlet otoritesi, bu itaatsizlik üzerine uygun bulacağı bir ceza ile (Ta'zir Cezası) kisası tatbik edeni ta'ziren cezalandırır.¹⁰⁵

İmam Şafî'ye göre devlet otoritesini temsil eden yetkili bulunmadıkça kisası yerine getirmek asla caiz olmaz. Çünkü kisasın uygulanması sırasında özel bir çaba gösterilmesi ve yeni bir haksızlığa fırsat verilmemesi gerekir. Ancak burada veliye kisas cezası verilmez. Çünkü öldürülen masum ve kanı dokunulmaz değildir. Ve velinin kanı heder etme hakkı vardır. Ancak veli devlet otoritesini sarstığı için ta'ziren cezalandırılır. Fıkıh bilginlerine göre katili bizzat kisas eden kişinin ta'ziren cezalandırmanın vacip olduğu konusunda fikir birliği etmişlerdir.¹⁰⁶

Sonuç olarak her ne kadar farklı görüşler varsa da cumhura göre herhangi bir kisasın sabit olması, şartların tahakkuk etmesi, kisası düşürecek herhangi bir sebebin olup olmadığının anlaşılması için mutlaka mahkemenin bu konuda hüküm vermesi gerekmektedir. Hükümden sonra da kisasın yerine getirilmesi "**veliyül emirin**" (devlet görevlisi) huzuru ve kontrolünde olması gerekmektedir.

1.2. Namus Cinayetlerinde Haksız Tahrik Durumu

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi hiç şüphesiz kanı heder edileceklerden birisi de evliyken zina eden kişidir. Ancak kişiler bu cezayı kendileri uygulayabilir mi? Eğer zina eden kişinin herhangi bir yakını namusunu temizlemek iddiasıyla zina edenlerden birini ya da her ikisini öldürürse onun hakkında nasıl bir hüküm verilir?

Kaynaklarımıza baktığımızda bu konuda tam bir görüş birliğinin olmadığını görmekteyiz. Resulullah döneminde kazf ayetleri¹⁰⁷ gelince birçok kimsenin aklında soru işaretleri oluşmuş bunu gelip Resulullah'a da açmışlardır. Bu cümleden olarak Sa'd b. Übade "*Ya Resülallah, karımla bir erkeği yakaladığımda dört şahit bulacağım diye onları bırakır mıyım? Vallahi sorgusuz sualsiz kafasını uçururum*" demiş ve şu cevabı almıştır; "*Sa'd'in kıskançlığı ve namusuna düşkünlüğü sizi şaşırtmasın. Ben ondan daha kıskancım, Al-*

¹⁰⁵ Udeh, II, s. 145.

¹⁰⁶ Ebu Zehra, s. 394.

¹⁰⁷ Nur, 24/4.

lah'sa benden de kıskançtır."¹⁰⁸ Bu konuyla ilgili başka bir örneğe şöyledir: Hilal b.Ümeyye Peygamber Efendimiz'e gelerek Şerik isimli birisiyle karısının zina ettiğini iddia etmiş, O' da dört şahit getirmese kendisine kazf cezası uygulayacağını söylemiştir. Hilal ' *'Ey Allah'ın Elçisi bir kimse karısını üzerinde bir erkek görürse şahit arar mı?'* ' diye kendisini savunmuşsa da Resulullah ya şahit ya da sopa diyerek ısrar etmiştir. Hilal doğru söylediğini ifade ederek işi Allah'a bırakmış ve durumun vahiyle düzeltileceğini umduğunu belirtmiştir. İşte bu olayın ardından "*müla'ane*" (lanetleşme) ayetleri gelmiştir.¹⁰⁹ Bu hadisin hükmü şudur: Hiç kimse kendini hâkim yerine koyarak hüküm veremez ve bu hükmü uygulayamaz. Karısını zina ederken yakalayan birisi ya dört şahitle bunu ispat edecek ya da kendisine iftirdan dolayı kazf cezası verilecektir.¹¹⁰ Zira ayetler çok açıktır. Yüce Allah Nur Suresi'nde *'Eşlerine zina isnat edipte kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği; kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah'a yemin ederek şahitlik etmesidir.*¹¹¹ *Beşinci defa ise eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lanetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir.(İşte bu)Kendisinden (kazf cezasını) cezayı kaldırır.* ' buyurarak konuyu açıklamıştır. Bu ayette de görüleceği üzere karısını zina ederken yakalayan kişi ya dört şahit getirecek ya da taraflar lanetleşerek boşanmış olacaklardır. Ayette kesinlikle bunlar haricinde bir şeye müsaade edilmemiştir.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi suç ne olursa olsun cezayı uygulamak devlet başkanının görevidir. Kişilerin kendi başlarına ceza uygulamaya çalışmaları toplumda karışıklığa neden olacaktır. Böyle bir şeye başvuran kişi ise devlet otoritesini sarstığı için ta'ziren cezalandırılacaktır.¹¹² Ancak burada zina eden yakını öldüren veliye kısas cezası verilmez. Öldürülen kişinin zina etmesi dolayısıyla masumiyetini ve dokunulmazlığını kaybetmesi dolayısıyla kısas düşer. Böylece katil haksız tahrik dolayısıyla kısas cezasından kurtulmuş ancak devlet otoritesini sarstığı içinde ta'ziren cezalandırılmış olur.

¹⁰⁸ Buhârî, Nikâh, 107.

¹⁰⁹ Ebu Davut, Talak / Lian, 37.

¹¹⁰ <http://www.hayrettinkaraman.net/makale/0055.htm>.

¹¹¹ Nur, 24/6-7.

¹¹² Ebu Zehra, s. 394.

2. Ta'zir Cezalarında Haksız Tahrikin Yeri

Ta'zir suçları, Şâri'nin hakkında Kur'ân ayeti ile ya da peygamberin hadisi ile muayyen bir ceza tayin etmediği, ancak yeryüzünde doğrudan fesat çıkardığı ya da fesada yol açtığı için Şâri tarafından hakkında yasaklama olan suçlardır. Şâri bu suçların cezalarını koyma görevini devlet başkanına ve hâkimlere bırakmıştır. Ta'zir suçları o kadar çoktur ki saymakla bitmez. İbn Teymiyye ta'zir suçlarını şöyle sıralamaktadır. *'Hakkında belirlenmiş bir ceza olmayan suçlar çoktur. Şehvetle bir çocuğu ya da yabancı bir kadını öpmek, kan ve ölü eti yemek, insanlara zina dışında iftira atmak, koruma altında olmayan malları çalmak, az bir malı çalmak, emanete ihanet etmek, insanları aldatma, rüşvet almak, yönettiği halka zulmetmek vs.'*¹¹³ Ta'zirler tespit ve takdir edilmemiş cezalardan müteşekkildir. Nasihatte bulunmak gibi cezaların en hafifi ile başlar, hapis ve dövme gibi ağır cezalarla devam eder. Suça, suçlunun durumuna, ruhi haline göre cezanın seçilmesinde hâkim serbesttir.¹¹⁴

Had, kısas ve diyet suçlarında cezalar mukadder ve belirlenmiştir. Bu cezalar bağlayıcı cezalar olup, hâkimin başka bir ceza verme ya da cezayı artırıp azaltma şansı yoktur. Ta'zir cezalarında ise cezanın miktarını belirleme hâkime bırakmıştır. Hâkim alt ve üst sınırı belirlenmiş olan cezadan uygun olanını seçer.

Menfi bir fiili maruz kalan kişinin öfke ve şiddetli bir elemin etkisi altında kalarak bir suç icra etmesi halinde haksız tahrik söz konusu olmaktadır. Burada haksız tahrik kavramıyla kişi psikolojisini ters yönde etkileyen ve dolayısıyla sağlıklı düşünülmesine mani olabilecek öfkeye, hiddete sebebiyet veren söz ve davranış anlaşılır. Elbette bir suçun böyle bir tahrik sonrasında işlenmesi ile herhangi bir tahrik bulunmaksızın işlenmesi aynı değildir.¹¹⁵ Hiddet ve heyecanla ortaya konulan davranışın ceza hukuku açısından farklı ele alınması zarurettir. Şiddetli öfke halinde kişi yapmayacağı şeyleri yapacak, söylemeyeceği şeyleri söyleyecektir.¹¹⁶ Zira öfke halinde insan akılının normal çalışmadığı dolayısıyla bu sırada yapılan davranışların, söylenen sözlerin kabul edilmeyeceği ilk dönemden beri kabul edilmiştir. Hanefi fa-

¹¹³ İbn Teymiyye, **es-siyasetü's-Şer'iyye**, (çev. Vecdi Akyüz), İstanbul 1985, s.120

¹¹⁴ Udeh, II, s. 255.

¹¹⁵ Doğan, Hasan, "İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası", **Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara 2008, s. 184.

¹¹⁶ Erturhan, Sabri, "İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı", **C. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sivas 1999, s. 209.

kihleri ile Hanbelîlerin önemli bir kısmı öfke halinde yapılan talakı geçersiz saymışlardır.¹¹⁷ Talakın geçersiz sayılmasına sebep olan öfkenin cezaya da etki etmesi kaçınılmazdır. Failde hiddet ve eleme neden olan fiilin haksızlığı, toplumun değer yargılarını göz ardı etmeyen yargıcın karar sürecinde dikkate alacağı kesindir.¹¹⁸

‘‘Allah bir haksızlığın ondan zarar gören tarafından söylenmesi dışında, açıkça zikredilmesini sevmez’’¹¹⁹ mealinde ki ayetin haksız tahrike işaret ettiği düşünülmektedir. Buna göre İslâm hukukçularının çoğu, kendisi hakaret gören şahsın yalan beyanda bulunmamak iftira ve kazf atmamak şartıyla kendisine yöneltilen hakaret nispetinde mukabelede bulunmasını cevaz vermişlerdir.¹²⁰ Aynı şekilde kavga ve benzeri bir durumda birinin karşısındakinin şeref ve haysiyetine yönelik saldırısına diğerinin saldırı nispetinde karşılık vermesi caiz görülmüştür.

Kaynaklarımızda her ne kadar ‘‘haksız tahrik’’ kavramı müstakil olarak geçmiyorsa da öfke ve elem verici davranışların sonucunda yapılan davranışların ve söylenen sözlerin normal zamanda yapılmış davranışlarla ve söylenmiş sözlerle bir tutulmayacağı aşikârdır. İbn Kayyım ‘‘İğasetü'l-Lehfân’’ adlı eserinde ehliyet arızalarını sayarken ‘‘Unutma, öfke, korku, cinnet, unutma, hüzn, gaflet, korku...’’ diye sıralamakta ve haksız tahrikin en büyük unsurlarından birisi olan hüzn ve öfkeyi de saymaktadır.

Klasik kaynaklarımızda ceza ehliyetlerini düşüren ya da azaltan sebepler sıralanırken müstakil bir başlık olarak ‘‘haksız tahrik’’ kavramın rastlamamaktayız. Zaten kavram olarak haksız tahrik XIX. yy. hukuk literatürüne girmiş ve 1926 tarihli 765 Türk Ceza Kanunu’nda ilk defa yerini almıştır. Ancak eskiden beri İslâm hukuku kaynaklarında hâkimin ceza verirken kişinin suç işlerken içinde bulunduğu ruh halini, suçlunun durumunu göz önünde bulundurduğunu görmekteyiz.¹²¹ İslâm hukuku ta’zir cezalarında hâkime ceza miktarını belirleme hakkı vermiştir. Hâkimde karar verirken işlemiş olduğu suçu tahrik altında işlemiş olan kişiye kendisine yöneltilmiş olan bu haksız tahrik sebebiyle ceza indirimi yapacaktır.

¹¹⁷ Erturhan, s. 211.

¹¹⁸ İbn Kayyım el-Cezviyye, İğasetü'l-Lehfân fi Hükmi Talaki’l-Gadban, (çev. Mehmet Ali Danışman,) **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı 9, Yıl Konya 2007, s. 25.

¹¹⁹ Nisa, 4/148.

¹²⁰ Doğan, s.186,

¹²¹ Udeh, .II, s. 255.

SONUÇ

Hukuk sistemleri, failin suç işlerken içinde bulunduğu ruh halini, onu suç işlemeye iten saikleri, suç işlemedeki kastını, mağdurdan faile yönelik herhangi bir hareketin olup olmadığını ceza verirken göz önünde bulundurmaz. Şöyle ki öfke, üzüntü, elem altında işlenmiş bir suçun normal şartlarda işlenmiş suçla bir olmayacağı kanaatine varılmıştır.

1926 yılında düzenlenen 765 sayılı TCK' da haksız tahrik kavramı da yerini almış; bu kanunda 2005 yılında yapılan değişikliklerde haksız tahrik kavramı 5237 sayılı yeni TCK' nın 29. madde de yeniden düzenlenmiştir. Adı geçen kanunda tahrik kavramı ele alınırken failin durumu kadar mağdurun hareketleri de incelenmiştir. Zira tahrik fiiline mağdurun söz ve hareketleri sebep olmuştur. Bu yüzden 5237 sayılı TCK' da *mağdurdan faile yönelik olarak gelişen hukuka aykırı bir fiilden dolayı failin elem, acı ve öfke duyması ve bu duygular sonucunda da mağdura yönelik bir suç işlemesi* haksız tahrik kapsamına alınmıştır. Ancak haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp failin işlediği suçu da suç olmaktan çıkarmamaktadır. Sadece fail, cezaya konu suçu bu tahrik sonucunda işlemiş olduğundan kendisine yöneltilen haksız tahrik oranında ceza indirimini almaktadır. Hâkimin bu yasa gereği tahrikin ağırlığı oranında ceza indirimini yapmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır.

İslâm ceza hukukunda haksız tahrikin ceza indirimine etkisini incelerken karşımıza cezayla ilgili iki durum çıkmaktadır. Birincisi Şâri'nin miktarını, şeklini belirlediği '*had cezaları*'dır. İkincisi ise Şâri'nin cezanın şeklini, miktarını belirlemeyip bunu belirleme yetkisini zamanın yetkililerine bıraktığı '*ta'zir cezaları*' olduğunu görmekteyiz.

Hadler Kur'ân ve Sünnetle belirlenmiş olan cezalardır. Hukukullah ya da hududullah denilen bu cezalar Şâri tarafından belirlenmiş olup hâkime herhangi bir takdir yetkisi bırakmamış olan cezalardır. Dolayısıyla hâkim önüne gelen had cezasında herhangi bir artırma ya da azaltma yoluna gidemez. Bu cezayı ya onaylayacak ya da reddedecektir. Mesela Allah(c.c) Kur'ân-ı Kerim'de namusa iftira (kazf) suçunun cezası olarak Nur Suresi'nin 4. ayetinde seksen sopa vurulmasını emretmiştir. Bu seksen lafzı haas (özel) bir lafz olduğundan katiyet ifade eder. Dolayısıyla hâkim kanunilik ilkesi gereği bu seksen sopayı artırma ya da azaltma yoluna gidemez. Ya bu cezayı verecek ya da reddedecektir.. Aynı şekilde hırsızlık cezası için Kur'ân'ın öngördüğü ceza el kesmedir. Bu cezanın artırılması ya da azaltılması söz konusu olamaz. O zaman had cezaları, miktarları kesin ve tek olan cezalar olup bunlarda herhangi bir indirim olamaz diyebiliriz. Binaenaleyh; haksız tahrikin had cezalarında ceza indirimine etkisi yoktur. Ancak failin suçu içinde bulundu-

ğu tahrik sonucunda işlediği belirlenirse bu şüphe sonucunda had cezası düşecek ve hâkim zanlıya başkaca bir ta'zir cezası verebilecektir. Örneğin hakkında kısasen öldürülme kararı verilmiş olan kişi cezanın infazından önce maktulün yakınları tarafından öldürülürse bu kişilere had cezası verilemez. Zira öldürülen kişi öldürülmesi mubah sayılan, dokunulmazlığı kalkmış birisidir. Bu şüphe ile had cezası düşecektir. Ancak hükmün ifasından önce acele edip kendi başlarına zanlıyı öldürenler devlet otoritesini sarstıkları için ta'ziren cezalandırılacaklardır. Çünkü İslâm Ceza Hukuku'na göre cezalar ancak devlet eliyle yerine getirilir.

Öte yandan ta'zir cezaları Şâri'nin suç saydığı ancak verilecek cezayı belirleme yetkisini devlet başkanına ya da onun temsilcisine bıraktığı cezalardır. Hâkim bu cezaları uygularken elbette şartları göz önünde bulunduracak ve faile en uygun cezayı verecektir. Ta'zir cezalarında hâkimin cezayı artırmak ya da azaltmak yetkisi vardır. Hâkim karar verirken failin durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Had cezalarının uygulanamadığı ya da düştüğü durumlar da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Her ne kadar klasik fıkıh kaynaklarımızda müstakil bir başlık olarak haksız tahrik kavramı geçmese de cezayı sorumluluğu azaltan sebepler arasında haksız tahrik kavramının ana unsurlarından olan *öfke, elem, acı* kavramları zikredilmektedir. İslâm Hukukçuları ehliyet arızalarını sayarken *öfkeyi* de ehliyet arızalarından saymış; öfkeli iken suç işleyen birinin ehliyetinin eksik olduğunu belirtmiştir. Özellikle Hanefî ve Hanbelî fakihleri öfkeli şahsın talakının geçersiz sayılacağı üzerinde fikir birliği etmişlerdir. Dolayısıyla hâkim karar verirken failin içinde bulunduğu ruh halini dikkate alacak; eğer işlemiş olduğu suçu kendisine yöneltilen hukuksuz bir saldırı sonucunda işlemişse kendisine ceza indirimi uygulayacaktır. Zira kaynaklarımızda kendisine küfür ve hakaret eden birine haddi aşmamak kaydıyla yapılan saldırıya misliyle karşılık verme durumu mazur sayılmış ve bu kişinin haksız tahrikten dolayı ceza almayacağı belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

- ADAL**, Erhan, **Hukukun Temel İlkeleri**, 2. baskı, İstanbul 1988.
- AKŞİT**, M. Cevat, **İslâm Ceza Hukuku**, yy. trs.
- ATAR**, Fahrettin, **İslâm Adliye Teşkilatı**, Ankara trs.
- AVCI**, Mustafa, *İslâm'ın Ceza Hukuku'na Katkısı*, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sy, 8, Konya 2006.
- AYDIN**, Devrim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", **Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi**, 2005.
- BAKTIR**, Mustafa, **İslâm Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara trs.
- BARDAKOĞLU**, Ali, "Ehliyet Md", **DVİA**, İstanbul 1994.
- BUHÂRİ**, **Sahih**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2004.
- DEVELLİOĞLU**, Ferit; **Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügat**; 12. B. Aydın Kitabevi, Ankara,1984.
- DOĞAN**, Hasan, **İslâm Hukuku'nda İftira Suçu ve Cezası**, Ankara Üniversitesi,2008.
- DÖNMEZER**, Sulhi; Erman, Sahir; **Tatbiki ve ceza hukuku**, 2, 24, İ.Akgün Matbaası, Ankara, 1965.
- EBU ZEHR**A, Muhammed, **İslâm Hukuku'nda Suç Ve Ceza**, Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994.
- EŞ-ŞEYBANİ**, El-İmam Muhammed, İbn Hasan **Cami'u'us-sağir**, (çev. Dr. Mehmet Boynukalın), Ocak Yayıncılık, İstanbul 1988.
- el-MAVSİLİ**, **El-İhtiyar**, IV, Pamuk Yayınları, İstanbul 1985.
- EREN**, Fikre, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**; Gözden Geçirilmiş 4. B., Beta Yay., İstanbul, 1994.
- ERTURHAN**, Sabri; **İslâm Hukuku açısından Öfkeli Şahsın Talakı**, C. Ü. **İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sivas,1999.
- _____, **İslâm Hukuku Etrafındaki Tartışmalar**, Rağbet Yayınları, İstanbul 2008.
- GÜNAY**, Erhan; **Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik**, 2009.
- GÖZLER**, Kemal, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayınları, Bursa 2012
- HEYET**, **Osmanlıca Türkçe Ansiklopedi Büyük Lügat**, İstanbul 1990.
<http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00176.htm>
- İBN ABİDİN**, Muhammed Emin, **Reddul Muhtâr**, IV, İstanbul 1984.

- İBN KAYYIM**, el-Cezviyye, iğasetü'l-Lefhan fi Hükmi Talaki'l Gadban, (çev. Mehmet Ali Danişman), **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı 9, Yıl 2007.
- İBN KUDÂME**, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah, **el-Muğni**, IV, Beyrut 1992.
- İBN MACE**, **Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2011.
- İBN TEYMİYYE**, **es-siyasetü's-Şeriyeye**, (çev. Vecdi Akyüz), İstanbul, 1985.
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku**; Beta Yay., Ankara, 1995.
- KAYA, Ali**, "İslâm Hukuku'na Göre Hukuka Uygunluk Nedeni olarak İhkak-ı Hak", **Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sivas 2007.
- KOPARAN**, Mehmet Reşat, **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler**, Kayseri, Ağır Ceza Hâkimi, Kayseri, 1998.
- MUHAMMED**, İbn Abdurrahim el-Mevlani, **Şerhü'l-Müğni**, Şifa Yay. İstanbul trs.
- MUHAMMED, ALİ**; **Tehzibul Furuk**, I-IV, Beyrut, trs.
- MÜSLİM**, **Sahih, Terceme**, (çev. Mehmet Sofuoğlu), İrfan Yayınevi, İstanbul 1988.
- ÖZCAN**, Hüseyin, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 6.Baskı, Ankara trs.
- REMLÎ**, **Nihâyet'l-muhtâc**, Mısır, trs.
- SANANİ**, **Sübülü's-Selam**, III, Kahire 1985.
- SERAHSÎ**, Ebu Bekr Semsu'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, **Usulu's-Serahsî**, I Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, Lübnan, 2005.
- ŞA'BÂN**, Zekiyuddin, **Usulu'İfiki'l-İslâmî**, **el-Mettebetü'l-Hanefiyye**, Bingâzi trs.
- ŞÂFİÎ**, Muhammed b.İdris, **el-Umm**, I-VIII, Beyrut trs.
- TOROSLU**, Nevzat, **Ceza Hukuku**; Savaş Yay., Ankara 2005.
- TUTUMLU**, Mehmet Âkif, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**; Adil Yay., Ankara, 1999.
- UDEH**, Abdulkadir, **Mukâyeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk**, Rehber Yayınları, Ankara 1990.
- ZEHRA**, Muhammed, **Usulu'l-Fıkh**, Dâru't-Tebliğ, İstanbul 1957.
- ZEYDAN**, Abdülkerim, **el- Vecîz fi Usulu'l Fıkhî**, Dirâsâtü'l-İslâmiyye, Bağdat 1973.
- ZİHNİ**, Mehmet, **Nimetü'l İslâm**, İstanbul 2008.

- BAYINDIR**, Abdülaziz, **İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**, İstanbul 1986.
- BİLGE**, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 1986.
- BİLMEN**, Ömer Nasûhi, **Hukûkî İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul 1985.
- DÖNMEZER**, Sulhi- Erman, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul 1973.
- KUNTER**, Nurullah, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Doçentlik tezi yy. trs.
- _____, Nurullah, **Ceza Muhakeme Hukuku**, İstanbul 1989.
- SAVÂ**, Paşa, **İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd**, Ankara 1955.
- ŞAFAK**, Ali, **Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku**, Erzurum 1977.

