

KİTAP TAHLİL VE TENKİTLERİ

Doç. Dr. Servet ARMAĞAN

1 — *Et-Teşri'ül-Cinaî'l-İslâmi.*

Yazan: Abdülkadir UDEH

180x260 mm. 1. cilt, 781 sh; 2. cilt, 731 sh.

1. cilt, İkinci Baskı, Kahire, 1959; 2. cilt, Birinci Baskı, Kahire, 1960.

Ele aldığımız bu kitap, İslâm Ceza Hukuku üzerinde yazılmış iki ciltlik bir kitaptır. İhtiva ettiği konular ve bu konuların inceleniş tarzı ve istifade edilen kaynaklar sebebiyle, sahasında bir müracaat kitabı olarak kabul edilmektedir.

Kitabın 1. cildi «*Genel Esaslar*»a, 2. cildi, Özel kısma ayrılmıştır.

I — Şekil :

1 — *Baskı* :

Kitabın baskısı Mısır'da, Kahire'de yapılmıştır. Neşriyat evi olarak «Mektebetü Dâr-ıl Urube» ismi görülmektedir. Baskı tekniği olarak mükemmel bir özelliğe sahip bulunduğu söylenebilir. Kitapta tashih hataları görülmemektedir. Ancak bir şekil eksikliği olarak belirtelim ki, kitabın fihristlerinde, kitabın içindeki bazı alt başlıklar yer almamaktadır. Bu suretle, okuyucunun fihristten, güvenle bir konuyu araması mümkün olmamaktadır.

2 — *Endeksler :*

Kitapta herhangi bir endeks yer almamaktadır. Halbuki böylesine geniş bir inceleme mahsulü olan ve sahasında da bir müracaat kitabı olarak kabul edilen bir kitapta endekslerin yer alması gerekirdi. Hatta âyet ve hadis endeksleri bile bulunmamaktadır. Diğer taraftan metin içinde zikredilen âyetlerin isim ve numarası, hadislerin de kaynağı belirtilmemektedir. Bu, hem methodsuzluk, hem de kitabın bir kusurudur.

3 — *Dil :*

Eserin dili arapçadır. Müellif sağlam bir arapça kullanmıştır. Ancak zaman zaman edebî tarafı ağır basan ve uzun ifadeler halindeki cümlelere rastlanılmaktadır. Bu vasfın, onun bazan meziyetini, bazan da kusurunu teşkil ettiği söylenebilir.

Ancak belirtelim ki, müellif, teknik tâbir olarak isabetli seçmelerde bulunmuştur. Öyle anlaşılıyor ki, müellifin, senelerce savcılık yapmış bir kimse olması bu hususta rol oynamıştır.

4 — *Bibliyografya :*

Kitabın bibliyografyası, 1. cildin arkasına konulmuştur. Bu bibliyografyanın iki cilde de ait olduğu söylenebilirse de, şekil bakımından, ya 2. cildin sonuna, ya da her cilt yazılırken, istifade edilen eserler, o cildin sonuna ilâve edilmeliydi.

Müellifin istifade ettiği eserler çoğunlukla, İslâm Hukukunun aslî kaynaklarıdır. Bu kaynaklar şu sıra dahilinde verilmiştir:

- 1 — Tefsirler,
- 2 — Hadisler,
- 3 — Usul'ül Fıkha dair eserler,
- 4 — Mezheblere dair eserler (Maliki, Hanefi, Şafii, Hanbelli mezhepleri),
- 5 — Diğer kitaplar.

Görülüyor ki, yazar, eserini doğrudan doğruya ilk kaynakları kullanmak suretiyle kaleme almıştır. Bu kitaplardan istifade ederken de, zaman zaman, kendi modern hukuk kültüründen de istifade etmektedir.

5 — Bölümler :

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kitap 2 cilt halindedir. 1. Cilt: Genel Esaslar ismini taşımaktadır. Bu kısım da iki büyük bölüm halindedir: 1. Kitap: Suçlar, 2. Kitap: Cezalar.

Yazar bu kısımlarda, suçların ve cezaların genel esaslarını vermektedir. Yoksa İslâm Hukukunda hangi fiillerin suç teşkil ettiği ve bunlara ne gibi cezalar verildiği burada değil, 2. ciltte anlatılmaktadır.

Yazar «Suçlar» kısmında, suçların mahiyetini ele alıyor, daha sonra, suçların çeşitlerini belirtiyor Suçların çeşitleri de:

- 1 — Cezaların büyüklüğüne göre,
- 2 — Suç kastına göre, ve
- 3 — Suçun ortaya çıkış vaktine göre taksimler yapılmaktadır (sh. 78 vd.).

Daha sonra suçun unsurları verilmektedir. Burada da:

- 1 — Suçun hukukî unsurları,
- 2 — Suçun maddî unsurları, ve
- 3 — Edep unsuru ele alınıp incelenmektedir. (sh. 112 vd.).

«Cezalar» bölümünde ise, genel bazı esaslar verildikten sonra, cezaların çeşitleri üzerinde durulmaktadır. Burada dikkatimizi çeken ceza çeşitleri şu ayırımlara göre yapılmaktadır:

- 1 — Cezalar arasındaki irtibat bakımından ayırım,
- 2 — Hâkimin takdir yetkisi bakımından ayırımı,
- 3 — Hüküm mecburiyeti bakımından ayırım, ve
- 4 — Cezanın mevzuu bakımından ayırım (Bedenî, mânevî ve malî).
- 5 — Cezaların konulmasına göre ayırım.

Bu son ayırımda yer alan cezalar İslâm Ceza Hukukunun, genellikle bilinen şu 4 çeşit cezasını ortaya koymaktadır:

- a) Hudud cezaları,
- b) Kisas ve Diyet Cezaları,
- c) Kefaret Cezaları, ve
- d) Tâzir Cezaları.

1. Ciltte bu bahislerden sonra, Cezaların içtima'ı, infazı ve düşmesi yer almaktadır.

Kitabın 2. cildi ise, tamamen suçlara ayrılmış bulunmaktadır. Bu kitapta yer alan suçlar, ele alınış sırasına göre şöyledir:

- 1 — Adam öldürme,
- 2 — Müessir fiiller.

Bu iki suç çeşidi insanlara karşı işlenen ve fakat cezası bazan değişebilen suçlardır. Had suçları ise, cezası değişemeyen suçlardır. Kitapta bu iki suç ele alındıktan sonra, had suçları teker teker incelenmektedir. Bu suçlar ise 7 tane olup (bkz. sh. 345), şunlardır :

- 1 — Zina,
- 2 — Kazif,
- 3 — İçki içme,
- 4 — Hırsızlık,
- 5 — Yol kesicilik,
- 6 — İsyan, ve
- 7 — Dinden çıkma.

Görüldüğü gibi, yazar, kitabına sadece İslâm Hukukunun ana kaynaklarında belirtilen suçları ve yine bunlara verilmesi uygun görülen cezaları ele almaktadır. Bunun dışında kalmakla beraber, ta'ziren cezalandıran fiilleri ele almamaktadır. Böyle hareket etmesi de gayet normaldir. Çünkü, taziren cezalandırılan fiillerin sayısı devirden devire değişmekle beraber, sayıları da çoktur.

II — Muhteva :

Kitabın dış görüşünü hakkındaki bu kısa bilgiden sonra şimdi de muhtevasına ait tahlilimize geçebiliriz.

Herşeyden evvel şu hususu belirtelim ki, gerek cezaların konulmasına göre ayırımında ve gerekse, suçların sıralanışında, «had» ve «Tâzir» tâbirleri büyük bir rol oynamaktadır. Bu iki tabir İslâm Ceza Hukukunda devamlı olarak kullanılmak durumundadır. Bu sebeple bu tabirin muhtevasına ait şu kısa bilgiyi vermek gerekir:

T'AZİR: Tâziren cezalandırılan fiiller ile ilgili olarak kullanılan bir tabirdir. Bunlar, İslâm Hukuku kaynaklarında gerek suç, gerek karşılığında cezası gösterilmiş olmamakla beraber, şahıslara veya ammeye zarar verdikleri için Ulülemr tarafından cezalandırılan fiillerdir. Hâkimler dahi cezalarını takdiren tayin etmek suretiyle bu suçları tesbit ederler (1).

İslâm Hukuku kaynakları ancak pek mahdut sayıdaki fiil ve hareketleri cezalandırmış bulunduğundan ve toplum hayatında «binihaye cürümler, günahlar, masiyetler, memnu hareketler ve kusurlar vucuda gelebileceğinden» (2) «mevzubahis hareketleri tesbit ile uygun bir ceza vermek yetkisini ulülemre tanımak zorunlu görülmüştür. Hazreti Peygamber birisini tahkir eden bir kimseyi tâziren hapsedmiştir (3). Tâziren cezalandırılacak suçları, ulülemre niyabeten, hâkimler ve hatta yüksek devlet memurları tayin ederler; bunların fetva ile belli edilmesine de gayret edilmiştir (4).

Bir diğer tarif şöyledir :

«TÂZİR: Lûgatte men, red, icbar, tahkir, tedip, hak üzerine tevkif mânâlarını müfit olduğu gibi tasarruf, iane, takviye, tevkir ve tazim manaları da ifade eder.

İslâm Hukukunca ta'zir ise: hakkında muayyen bir ukubet, bir hadd-i şer'i mevcut olmayan cürümlerden dolayı tertip ve tatbik edilecek te'dip ve cezadan ibarettir (5). Bunun da çeşitli kısımları vardır.»

«HAD: Hakkullaha, yani Allahın haklarına taalluk eden suçların cezalarına İslâm Hukukunda had, hudud-u, şer'iyeye adı verilir» (6).

(1) DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumî Kısım, 1967, İstanbul, c. 1, sh. 180.

(2) BİLMEN, Ömer, Nasuhi, Hukukî İslamiye Ve İstılahatı Fıkhiyye, c. 3, sh. 326, İstanbul, 1905.

(3) İbid, sh. 326.

(4) DÖNMEZER/ERMAN, 180.

(5) BİLMEN, 25. Daha fazla tafsilât için bkz, 325 ve müt.

(6) DÖNMEZER/ERMAN, 183.

Diğer bir tarif de şöyledir :

«Lûgatte men manasınadır. ... İşte bu münasebetle bir kısım cezalara da hudud adı verilmiştir. Zira bu cezalar, mazarratı bütün beşeriyete dokunan bir takım fena hareketlerden insanları zecr ve men eder. Bunlar mücrimler hakkında birer ukubet olduğu gibi müşahitler hakkında da birer ibret ve intibah vesilesi teşkil eder ve ammenin menfaatlerini mutazammın bulunur» (7).

Adam öldürme, «kasden», «taksirle», «hataen» ve «birbirini görmeden adam öldürme» olmak üzere dört şekilde clabilir. 2. cilt bu konular ile başlamaktadır. Her üç çeşit adam öldürme târif edildikten sonra unsurları ele alınmaktadır. Kasden adam öldürmede şu unsurlar tesbit edilebilir: a) Canlı bir insanı öldürmek, b) Ölüme netice veren fiil, ve c) Kast. Bundan sonra cezalar uzun bir şekilde izah edilmektedir. Müellif bu kısmın sonunda talep üzerine adam öldürmeyi de ele almaktadır. Müellif, talep üzerine adam öldürme lehinde ve aleyhinde olanların kanaatlarını zikretmektedir. Yazarın kanaatine göre, İslâm Hukuku talep üzerine adam öldürmeye cevaz vermemektedir.

Modern Ceza Hukukunda da ilgi çekici bir konu olan, talep üzerine adam öldürme konusundaki İslâm Hukukçularının görüşü şöyle özetlenebilir (Bkz. c. 2. 33-86):

Bir defa ileri sürülen şu husus vardır: Rıza, suçun unsuru olmadığından, mağdurun rızası üzerine öldürmek, yine adam öldürme suçunu meydana getirir. Maktul veya yakınları suçluyu affedebilirler, Kisas veya Diyet'ten vazgeçebilirler. Ancak Sultan tâziren cezalandırabilir. Verilecek ceza konusunda ise, Mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır:

Ebu Hanifeye göre, rıza katli helâl kılmaz. Çünkü insan nefsi ancak İslâm Hukukunun koyduğu kaide ile mubah kılınabilir. Verilecek cezada ise, kisas'dan dönülebilir. Çünkü bir Hadis-i Şerif'de «şüphe halinde hadlerden vazgeçiniz» denilmektedir.

Maliki'lerin çoğunluk kanaatine göre, rıza ile öldürmek helâl değildir, suçlu affedilemez. Kisas lâzım gelir. Azınlıkta kalan-

(7) BİLMEN, 15, UDEH, c. 2, sh. 343. Ayrıca bkz. İslâm Ansiklopedisi, c. 5/1, sh. 41.

ial ise, «ne kısas ne de diyet lâzım gelir, sadece tâziren cezalandırılır» demişlerdir.

Şafiilerde iki görüş vardır: 1) Rıza cezayı düşürür, ne kısas vardır, ne de diyet. Ancak rıza fiili helâl kılmaz. 2) Tam aksi görüş ileri sürülmektedir. Ancak rızanın mevcut olması şüphe demektir, şüphe ise kısası düşürür. Bazılarına göre, ise, izin şüphe sayılamaz.

Hanbeli mezhebine göre, rıza af demektir. Maktule cezadan vazgeçilir. Bu kanaat Şafii mezhebinin 1. görüşünün aynıdır.

Yazar, İslâm Hukukunun genel temayülü ile Modern Hukukun bu konuda ittifak ettiğini (sh. 86) belirtmekte ve kendi kanaati olarak şunları söylemektedir: Rıza af sayılamaz. Çünkü, af, katl fiilinin vücudunu ister. Katlden evvel affetmek sahih değildir.

Yazarın «Birbirini görmeden adam öldürme» dediği husus ise, ana karnındaki ceninin öldürülmesidir.

Kasten adam öldürmenin cezası İslâm Hukukuna göre şunlardır: a) Kısas, b) Bedel, c) Tebeî Cezalar (1 — Mirasdan mahrumiyet, 2 — Vasiyet yapmaktan mahrumiyet) (sh. 185-188). Görülüyor ki, kasten adam öldürmenin cezası olarak bedel (diyet, tâzir, oruç) ve tebei cezalar bir özelliklerdir. Yazar Kısas hakkında ayrı bir fasıl açmış ve müessir fiiller anlatılırken, Kısas ile ilgili çeşitli problemlere temas etmiştir (Bkz. sh. 212 vd.) Aynı şekilde bedel hakkında da ayrıca durmaktadır (bkz. sh. 261 vd.).

Had suçları kısmında (sh. 345 vd.) ilk olarak Zina suçu ele alınmaktadır. Bu suç anlatılırken, suçun unsurlarından sonra, cezalarına temas edilmektedir. Ceza olarak a) Sopa ile vurma ve, b) Recm gösterilmektedir (sh. 384). Bilindiği gibi, recm, da İslâm Ceza Hukukunun bir hususiyeti olarak kabul edilmektedir.

Zinadan sonra Kazf suçu ele alınmaktadır. Bu suç Modern Ceza Hukununun ayrı bir suç olarak tanzim etmediği bir suçtur. Bu suç kısaca, namuslu bir kimseye, zina ve neseb-i gayr-ı sahihlik iddiasının yapılmasıdır (8). Kazif suçunun cezası Kur'anda belir-

(8) Bu hususta şu tecrübemize bkz. İslâm Hukukunda ve Mısır Hukukunda Kazif Suçu, İHFM, c. XXXIX, s. 1-4, 1974.

tildiği üzere hür kimselere 80 değnek vurmaktır (Bkz. Kur'an, Nûr Suresi, âyet, 4).

Üçüncü olarak ele alınan «İçki İçme Suçudur. Bu suç da Modern Ceza Hukukunun ayrı bir suç olarak kabul etmediği bir fiildir. Bu fiilin ayrı bir suç olarak kabul edilmesinin sebeplerini müellif şöyle izah etmektedir: İçki bütün kötülüklerin baş sebebidir, nefse, akla ve sıhhata ve mala zarar vermektedir. Her ne kadar içkide bazı faydalar olduğu söylenirse de, verdiği zarar faydaları ile kıyaslanamayacak kadar fazladır. Zaten bir âyet de bu hususa işaret etmektedir. (Bkz. sh. 496). Müellife göre, müslüman olmayan devletler de, bugün içkinin açık ve büyük zararlarını gördükleri ve kabul ettikleri için, onun yasaklanması için harekete geçmişlerdir (bkz. sh. 497). İçki içme suçunun cezası olarak da 80 değnek vurulmaktadır (Bkz, sh. 505).

Burada enteresan olan bir nokta olarak belirtelim ki, içki içme suçunda iki hususu birbirinden ayırmak lâzımdır. Mücerret içki içmek ve sarhoş olmak. Bunun ikisi de cezalandırılır. Bir diğer deyişle, müslümanlara her ikisi de haramdır. İçki içip de sarhoş olmazsa, secdede içki içmenin haddi tatbik edilir. Sarhoş olursa, cezalar tedahül eder (bkz. sh. 507-509). Ama içki içmenin mubah olduğu gayri müslimler için, içki içtiği için ceza tatbik edilmez, sadece sarhoş olursa ceza tatbik edilir. Bu konu islâm hukukçuları arasında enteresan görüş farklarına sebep olmuştur (bkz. 504-505).

Dördüncü suç olarak hırsızlık suçu ele alınmaktadır. Bu suçun unsurları olarak şunlar belirtilmektedir: 1 — Gizlice almak, 2 — Alınan şeyin mal olması, 3 — Bu malın başkasının malı olması, ve 4 — Suç kasti.

Hırsızlık suçunun cezası 1 — Tazminat ve 2 — El kesmedir. El kesme de İslâm Ceza Hukukunun bir özelliğini teşkil etmektedir. Bu ceza âyet ile tesbit edilmiştir. Suçlunun, mağdur, ya da Devlet Başkanı tarafından affedilmesi mümkün değildir (bkz. sh. 621). Yazara göre, burada, cezaların tedahülü sözkonusudur: Şayet eli kesilmeden ikinci bir hırsızlık yaparsa, her suç için ayrıca el kesme cezası uygulanır. (bkz. sh. 628).

5. Suç olarak, yol kesme suçu ele alınmaktadır. Yazar evvelâ bu suç ile hırsızlık fiilinin benzerlik ve farklarını belirtmekte-

dir (sh. 638). Bu suç modern ceza hukukunda da kabul edilmiş bir suçtur. Yazar suçun unsurlarını ve cezalarını kısaca izah etmekte bu mevzularda mezhepler arasındaki görüş farklarına temin etmektedir (sh. 647).

6. İsyân suçu anlatılmaktadır. İsyân suçunun unsurları olarak, 1 — İmama karşı huruç, 2 — Hurucun kuvvet kullanılarak yapılması, ve 3 — Suç kasdi belirtilmektedir.

7. Suç olarak da «*Dinden Çıkma*» suçu ele alınmaktadır (Ridde). Bu suç modern ceza hukukunda kabul edilmiş bir suç çeşidi değildir. Bu netice, İslâm Ceza Hukukunun «*dâik*» bünyesinin olmamasından ileri gelmektedir.

Dinden çıkma suçunun unsuru ikidir: 1 — İslâm Dininden Çıkma, 2 — Suç kasdi. Bu suç da âyet ile tesbit edilmiş ve cezası gösterilmiştir (bkz. 707).

Yazar İslâm Dininden çıkmayı uzun bir şekilde izah etmektedir (sh. 707-719).

Bu suça verilecek cezalar da üç grupta toplanmaktadır: 1 — Aslî cezalar. Burada sözkonusu olan, İslâm Dininden çıkan kimsenin tövbe etmesi ve İslâm Dinine dönmesidir. 2 — Bedel Cezaları. Burada sözkonusu olan, aslî cezalar düştüğü takdirde, hâkim İslâm Dininden çıkanı tâziren cezalandırır. Yani değnekle vurmak, hapis, garame ve tevbih cezaları verebilir (bkz. sh. 728). 3 — Tebei Cezalar. Bunlar da iki tanedir: a) Mürtedin mallarını müsadere etmek, ve b) Mürtedin ehliyetini kısıtlamak.

III — Netice :

Kısaca tahlil ettiğimiz İslâm Ceza Hukukunu içine alan UDEH'in kitabı hakkında netice olarak şunlar söylenebilir:

1 — Kitap İslâm Hukukunun aslı kaynakları ile bu hususta tanınmış temel eserlere başvurularak yazılmıştır.

2 — Kitap İslâm Ceza Hukukunun, Suçlar ve Cezalar hakkındaki temel almasıdır.

3 — İktapta konular açık bir dil ile yazılmıştır. Ayrıca kitap, İslâm Hukukuna ait diğer bazı eserlerde olduğu gibi, bir medhiye

kitabı değildir. Müesseseler ve gerekçeleri hissi olmaktan uzak bir şekilde anlatılmaktadır.

4 — Kitapta, Modern Hukuk ile mukayeseli olarak açıklamalar yapılmaktadır. Zaten kitabın ismi de «*Modern Hukuk ile Mukayeseli olarak İslâm Ceza Hukuku*» dur. Böylece, İslâm Hukuku hakkında az bilgisi olan veya yeteri bilgiye sahip olmayan hukukçu okuyuculara, ele alınan müesseseleri yakından tanıma ve inceliklerine nüfuz etme imkânını vermektedir.

Takdire değer olan böyle bir metod takip etmesinde, yazarın modern hukuk tahsili yapmış bir kimse olması ve yıllarca da savcılık mesleğini icra etmesinin de bir rolü vardır.

5 — Kitap, İslâm Ceza Hukuku dalında bir müracaat kitabı hüviyetindedir. Bu bakımdan sıhhatli bir tercümesi yapılmak suretiyle, Türk hukuk literatürüne kazandırılması faydalı olur.