

Günümüz Ceza Hukuku ile İslâm Ceza Hukukunun Af Anlayışının Karşılaştırılması

Sahip BEROJE*

Özet

Ceza hukukunda merhamet duygusuna yer vermenin, yani suç işleyenleri af etmenin ceza adaleti açısından doğru olup olmadığı tarih boyunca tartışıla gelmiştir. Affa karşı çıkanlar olsa da, ceza kadar, affın da gerekli bir müessese olduğu genellikle kabul görmüştür. Ancak, kanunlarda af yetkisine yer vermenin gerekli olup olmadığı, bu yetkinin kim veya hangi mercide olması gerektiği, affın hangi suçlar açısından ve nasıl kullanılmasının uygun olacağı hususundaki görüş ayrılıkları sona ermiş değildir. Günümüzde, önceki devirlere göre daha gelişmiş bir af hukuku ortaya konmuş olsa da, özellikle ülkemizde toplumun çıkarılan af kanunlarına gösterdiği tepkiden ve ortaya çıkan olumsuz sonuçlardan, bugünkü yaklaşımın da eksik ve kamu vicdanını tatminden uzak olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan daha adil bir af sistemine yönelik arayışların devam edeceği tabiidir. Bu çalışmada, farklı bir yaklaşıma sahip olan İslâm hukukunun af anlayışı günümüz hukuku ile mukayeseli bir şekilde verilerek, İslâm hukukundaki farklı af anlayışının affa ilgili problemlerin çözümüne ne tür katkılar sağlayabileceğinin anlaşılması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Af, Suç, Suçlu, Ceza, Allah Hakkı, Kul Hakkı, Suç Mağduru.

A Comparison of Amnesty in Contemporary Penal Law and Islamic Penal Law

Abstract

In penal law, it has been a subject of controversy whether it is fair to forgive gulties and cherish a sentiment of mercy towards them in terms of panel justic. Though it encountered opponents, the idea of amnesty was propounded due to the fact that amnesty is an institution as necessary as punishment. However, contentions as to whether an initiative for amnesty could be used or not in jurisdiction, who could use such initiative and which penal codes would be appropriate for amnesty still continue. Although a much more sophisticated amnesty law has been established in our times compared to the former times, it has become manifest that

*Doç.Dr. Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Van –Türkiye, E-posta: sbroje@yahoo.com

contemporary approach of amnesty is far from fulfilling the demands of public conscience and fall short of any justification when we observe the reaction of the public to the juridical amendments in the name of amnesty and when the negative implications of these laws affect the communities. Therefore, quest for a more justifiable amnesty system will continue. In this study, an adequate understanding of what contributions can be made to the solutions of problems concerning amnesty within the context of Islamic law has been postulated as well as a comparison made about contemporary panel law and Islamic law, which has a different approach towards such issue.

Keywords: Amnesty, crime, guilty, punishment, Allah's right, servant's right, the victim of crime.

Giriş

Ahlaki açıdan çoğu zaman erdemli bir davranışı ifade eden af sözcüğü, ceza hukuku açısından her zaman netameli bir konu olagelmıştır. Ceza adaletinin sağlanmasında merhamet duygusuna yer vermek gerekir mi? Topluma, bireylere ve insanî değerlere karşı acımasızca suç işleyenler affedilerek cezadan kurtulursa toplumsal barışı korumak mümkün olur mu? Bir kişiye karşı işlenen suç bir başkasının affetmesi, veya bireylere karşı işlenen suç devletın affetmesi, suç ve ceza siyaseti açısından isabetli midir? Her suç affedilebilir mi, affedilmeyecek suç var mıdır? Bu tür sorular af konusunun her zaman tartışılan temel problemleri olagelmıştır.²

Hukuk tarihine bakıldığında, hemen her milletin kanunlarında af müessesesine yer verdiği görülmektedir. Eski Hint hukuku, Hammurabi kanunları, Asur, Eti ve Roma hukukunda affa yer verildiği gibi; ilahî ve beşerî dinlerde de af bir müessese olarak kabul edilmiş, hatta teşvik ve telkin edilmiştir.³ Batı hukuk sistemlerinde de af müessesesi ta eski Yunan'dan beri her zaman var olagelmıştır. Bu açıdan batı dillerinde genel af anlamına gelen *amnestie/amnesty* kelimesinin kökeni, eski Yunanca'da unutmaya anlamına gelen *emnestos* sözcüğüdür.⁴ Roma hukuku af müessesesini eski Yunan'dan alarak günümüz batı hukukuna devrettiğinden, af kelimesi yukarıdaki formuyla batı dillerine de geçmiştir.⁵ Bugün affın kapsamı ve şekli üzerinde bir takım görüş ayrılıkları olsa da, hali hazırda batıda yürürlükte olan bütün hukuk sistemleri bünyelerinde affa bir şekilde yer vermişlerdir. Af konusunun bugün için tartışılan yönü, daha çok bu yetkinin devletin hangi organına tanınması

² Bkz., Avcı, Mustafa, "Kim Kimi Affedebilir", *Kamu Hukuku Arşivi*, II, (1999), sayı, 3, s. 226.

³ Özek, Çetin, "Umumi Af", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, CXXIV, (1959), sayı, 1-4, s. 122-24; Bilge, Suat, "Ceza Hukukunda Af", *Adliye Ceridesi*, (1943), sayı, 8-9, s. 688-689.

⁴ Gözler, K. "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001), s. 300.

⁵ Dönmezer, Sulhi-Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 1997, III, 208.

gerektiği üzerindedir.⁶ Bütün hukuk sistemlerinde affa yer verilmiş olması, en azından insanlığın affın gerekliliği noktasında asgari bir müşterekte fikir birliği içerisinde olduğunu göstermektedir. Fakat bu gerçeklik affın her boyutunda fikir birliği olduğu anlamına gelmez. Zira, günümüzde affın hangi suçlar açısından gerekli olduğu, hangilerinde olmadığı ve bu yetkinin devletin hangi organında olması gerektiği üzerindeki görüş ayrılıkları sona ermiş değildir. Bu görüş ayrılıkları kanunlara da yansımış, bu açıdan af müessesesi bir çok ülkenin kanunlarında farklı şekillerde yer almıştır.⁷ Buna, af yetkisini elinde tutan yasama ve yürütme organlarının af çıkarmada farklı eğilim ve görüşlere sahip olmaları da eklenince, uygulamada, ülkelere göre daha büyük farklılık ortaya çıkmıştır. Zira, doktrinde affın sadece belli amaçların gerçekleşmesi için kullanılması öngörülmüş olsa da, özellikle genel af yetkisinin siyasi ve ekonomik nedenlerle çoğu zaman amacı dışında kullanıldığı bir gerçektir. İşte affa ilgili problemler de esasen burada başlamaktadır.

Af konusunda teorinin kanunlara, kanunların da uygulamaya en kötü yansıtıldığı ülkelerden biriyiz. Bizi bu çalışmaya iten temel saik de ülkemizde çıkan af kanunlarının her seferinde toplumda sebep olduğu tepki ve tartışmalardır. Bilindiği gibi en son çıkan, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı şartla salıverilmeye, dava ve cezaların ertelenmesine dair, 21. 12. 2000 tarih ve 4616 sayılı af kanunu da toplumda büyük tepki ve tartışmalara yol açmıştır. Özellikle bu son af kanunu, hem gündeme getiriliş biçimi,⁸ hem de hukukî ve sosyal boyuttan yoksun

⁶ Bkz., Bilge, s. 692, Özek, s. 131-132. Eski hukuk sistemlerinde af yetkisi krallara, derebeylerine, kısmen de suç mağdurlarına tanınmıştı. Örneğin, Roma hukukunda af yetkisi senato ve prene aitti. Pren bu konuda geniş yetkilere sahipti. Pren bir mahkûmu re'sen af edebileceği gibi, mahkeme tarafından verilmiş bir hükmü iptal etmek veya değiştirmek yetkisine de sahipti. Bkz., Adam, Tahsin, "Af Selahiyeti", *Adliye Ceridesi*, (1941), sayı, 11, s. 849-850; Özek, s. 123. Roma hukukunda kralın yanında suç mağduruna da af yetkisi tanınmıştı. Hammurabi kanunlarında da benzer bir durum söz konusuydu. (Bilge, s. 688-89). Fransa'da derebeylik döneminde af yetkisi senyörlere aitti. Senyörlerin zamanla bu yetkiyi çok kötü kullanması sonucu aleyhte bir cereyan başladı. İhtilal döneminde af yetkisinin tanındığı makam bir kaç defa değiştikten sonra nihai olarak özel af yetkisi devlet başkanına, genel af yetkisi de parlamentoya verildi. (Özek, s. 124-25; Adam, s. 850). Kısacası bir gelişim süreci içerisinde günümüzde bu yetkinin devlete tanınması gerektiği noktasında karar kılınmıştır.

⁷ Devletler kanunlarında genel ve özel af yetkisini farklı şekillerde düzenlemişlerdir. Bazı batı ülkelerinin kanunlarında affı nasıl düzenledikleri hakkında bkz., Özek, s. 121-129; Avcı, s. 230-232.; Gözler, s. 306-328.

⁸ Bu af kanununun gündeme getiriliş tarzı bile tuhafılık taşımaktadır. Rahşan Ecevit'i etkileyen ve bu affı gündeme getirmesine sebep olan olay, iki yaşındaki küçük Aylanur'un yaşadığı dramdır. Aylanur, gündüzlerini kreşte, gecelerini ise, komşusu karı-kocayı kasten öldürdüğü için 27 yıl ağır hapis cezası almış olan annesinin yanında cezaevinde geçirmektedir. Bayan Ecevit'in bu münasebetle gündeme getirdiği affın diğer bazı partiler tarafından da sahiplenmesi mahkûm ve yakınları arasında büyük beklenti meydana getirmiş, kamu oyunun tepkisine rağmen aceleyle getirilerek çıkarılmıştır. Bkz., Demirbaş, Timur, "Af Tartışmaları ve 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001), s. 78.

olması, yani affi gerektiren haklı amacın (*justa causa*) bulunmaması yönleriyle ciddi eleştiriler aldı.⁹ Bununla beraber yapılan kamuoyu araştırmalarından ve basına yansıyan tepkilerden halkın da büyük çoğunlukla bu affa karşı olduğu ortaya çıktı.¹⁰ Esasen cumhuriyet tarihi boyunca çıkarılan hemen her af kanunu tepkiyle karşılanmış ve her defasında affın gerekli olup olmadığı hususunda toplumda büyük tartışmalar yaşanmıştır.¹¹ Ancak burada problemin sadece affın haklı gerekçeleri bulunmadan, yani yanlış uygulamadan kaynaklandığı şeklindeki yargı da isabetli değildir. Zira, Ülkemizde hangi kapsam, mahiyet ve hangi suçlar açısından olursa olsun, çıkarılmış olan hemen her af kanunu toplumda tepkiyle karşılanmıştır. Bu gerçeklik, problemin sadece uygulamadan kaynaklanmadığını, uygulama kadar, hem kanunlarımızı besleyen af doktrininin, hem affın kanunlarımızda düzenlenme biçiminin de toplum vicdanında kabul görmediğini göstermektedir. Bu problemin, kanunların hazırlanmasında toplumun hakim değerlerinin ve sosyo-kültürel farklılıklarının dikkate alınmamasından kaynaklandığı gerçeği hep görmezden gelinmiştir. Gerçek şu ki, toplumun suç ve suçluya bakışı ve af anlayışı hesaba katılmadan probleme köklü bir çözüm getirilebileceği de zor görünmektedir. Hukukta temel amaç hakkaniyeti ve adaleti temin edecek çözümler bulmak olduğuna göre, bu amaca ulaşmak için din ve ideoloji farkı gözetmeksizin bütün beşerî ve dinî hukuk sistemlerinden, her felsefi görüş ve düşünceden faydalanması gereği açıktır. İdeolojik saiklerle insanlığın ortak değerleri arasında fark gözetmek, insanlığı kendine ait kültür hazinelerinden mahrum bırakmakla eşdeğerdir.

Bu toplumun değer yargılarının başında İslâm gelmektedir. İslâm, toplumun sadece inanç, ahlak ve kültürel değerlerini değil, hukukî yargılarını da etkilemiştir. Af kanunlarının toplum vicdanında kabul görmemesinde bu değer yargılarının etkisi inkar edilemez. Bu açıdan İslâm ceza hukukunun af anlayışını ortaya koymak, esasen günümüz hukukunun afla ilgili çözüm arayışlarına imkan sunmak açısından da

⁹ Bkz., Kuzu, Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001), s. 255.

¹⁰ CEKİNHAD tarafından Kasım 1999 yılında yapılan bir kamuoyu araştırmasında, İzmir ilinde araştırmaya katılanların % 76'sı, Türkiye genelinde ise 5.454 kişinin % 71.46'sı affın koşullarının oluşmadığını ifade etmişlerdir. Dikkat çeken bir husus da, İzmir'den katılanların % 90'ının affın siyasetçiler tarafından istismar edildiğini ifade etmiş olmalarıdır. Bkz., Demirbaş, *agm*, s. 81, 82. Basına yansıyan kamuoyu tepkileri için şu internet sitelerine bakılabilir. www.hukuki.net/topick/34.asp. 06. 10. 2004; www.ankarabaru.org/2000/basin.06.10.2004; <http://www.ntv.com.tr/new.46394.asp>, 49549.asp., 46259.asp., 45720.asp., 06. 10. 2004; www.mazlumder.org/basin69.htm. 21. 06. 2004; www.turkiye.net/focus5.html. 21. 05. 2004.

¹¹ Ülkemizde 1923'ten beri tam 52 adet af kanunu çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanı'nun af ettiği kişiler (özel af) bu sayının dışındadır. En kapsamlı af Cumhuriyetin 10. yılı dolayısı ile çıkarılmıştır. 1950 ve 1960'da çıkarılan aflar bir dönemin siyasî mağdurlarını af amacıyla çıkarılmıştır. 1974'te çıkarılan kapsamlı genel af kanununda esasen ön görülmemiş olmakla beraber, Anayasanın verdiği iptal kararı üzerine anlamsız sağ-sol çatışmaları sonucu mahkum olan kişiler de aftan yararlanmışlardır. Bu da hükümetin siyasî yandaşlarını af ettiği şeklinde karşı propagandaya sebebiyet verdiğinden büyük tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Cumhuriyet tarihi boyunca çıkarılan af kanunları hakkında geniş bilgi için bkz., Kuzu, s. 254-295.

önem arz etmektedir. Zira İslâm ceza hukuku, bünyesinde affa geniş bir şekilde yer verdiği gibi, hem affa konu olan suçlar açısından, hem affetme hakkının tanındığı kişi ve makamlar açısından günümüz hukukundan farklı bir af anlayışına sahiptir. Bu önemli farklılıklardan dolayı iki hukuk sisteminin karşılaştırılmasında fayda vardır. Bununla beraber böylesine farklı bir af hukukunun bilinmesi hukuk ilmi açısından da bir gerekliliktir. Esasen İslâm hukukunun günümüz hukuk anlayışına ve problemlerine çözümler sunabilecek hukuki ilkelere ve potansiyele sahip olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bugün Roma hukuku ve Eski Asya hukukları gibi pek çok eski hukuk sistemi neredeyse tamamıyla hayat sahnesinden çekilmiş ve iddialarını yitirmiş oldukları halde, İslâm hukukunun, bazı ülkelerde tamamen, bazı ülkelerde ise kısmen yürürlükte olması, batı hukuku karşısında iddiasını sürdüren tek hukuk sistemi olarak kaldığının bir göstergesidir. Bu açıdan İslâm hukuku günümüz hukuk anlayışına ve problemlerine alternatif çözümler sunabilecek tek hukuk olarak görünmektedir.

Bu makaledeki temel amaç, af konusunda farklı bir yaklaşıma sahip olan İslâm hukukunun af anlayışını, günümüz hukukunun af anlayışı ile karşılaştırmalı vererek hem bir mukayese imkanı sağlamak, hem de İslâm hukukunun affa ilgili ne tür alternatif çözümler içerdiğini ortaya koymak ve böylece bunların günümüz hukukunun af konusundaki açmazlarına ne tür katkılar sağlayabileceğini göstermektir.

A) Günümüz Ceza Hukukunda Af

1- Af Yetkisi ile İlgili Tartışmalar

Kanunlarda af yetkisine yer vermenin ceza adaleti açısından isabetli olup olmayacağı hususu günümüz hukukçuları arasında önemli bir tartışma konusudur. Af yetkisine karşı olan hukukçular olduğu gibi, af yetkisini savunan hukukçular da vardır. Ceza kanunlarında affa yer verilmesine karşı çıkanlar şu gerekçeleri ileri sürmektedirler: Af yetkisinin tanınması, kanun önünde eşitlik ve kanunun etkinliği esaslarını yok eder. Çünkü af yetkisinin kullanılacağı hususunda beslenen ümitler kişileri suça teşvik eder ve toplumu büyük tehlike karşısında bırakır. Ayrıca yasama ve yürütme organlarına af yetkisi tanınması, yargının gücüne müdahale anlamına da gelir. Bu da Anayasa ve hukuka bağlı devletlerin esasını oluşturan kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır.¹²

Af konusundaki en etkili ifadeler Beccaria'ya aittir: "*Suçların işlenmesine mani olan cezaların şiddeti değil muhakkak (kesin) oluşlarıdır. Mutedil fakat muhakkak olan bir ceza, müthiş fakat kurtulma ümidi veren bir cezadan daha tesirlidir... Halbuki af, cezanın*

¹² Dönmezer-Erman, III, 212. Bentham, "İyi kanunlar yapın fakat onları iptal edecek güçte bir sihirbaz değneği yaratmayın" ifadesi ile affın tehlikesine dikkat çeker. *Age.*, ay.

muhakkak olma intbaı vermesine mani olmaktadır. Cezalar mutedilleştikçe af da daha az zaruri hale gelir."¹³

Görüldüğü gibi yazar af konusunda beslenecek ümitlerin cezaların kesin oluşu prensibini sarsacağını, bunun da cezalardaki korkutma-önleme etkisini zayıflatacağını vurgulamaktadır.

Özellikle Pozitivistler af yetkisinin tanınması durumunda, bunun baskı, kayırma ve oy kazanma gibi siyasî nedenlerle adalet fikrine tamamen yabancı amaçlarla da kullanılacağını vurgulamaktadırlar.¹⁴ Bu görüşü savunanlara göre, eğer bazı suçlar artık hukukun ihlali sayılmıyorsa, genel af ilan etmek yerine, bu fiiller hakkındaki cezalar kaldırılmalıdır. Bazı veya birçok kimsenin mahkumiyeti haksız görülüyorsa özel af ilan edilecek yerde yargılamanın iadesi veya elverişli diğer bir usûle baş vurulabilir.¹⁵ Şayet bazı cezaların ağır oluşundan veya toplumun menfaatlerini koruyamadığından dolayı suçluların affedilmesi isteniyorsa, yapılacak şey af değil, kanunları değiştirmektir.¹⁶ Bu akım af yetkisinin istisnaî olarak ancak siyasî suçlar için ve belli olayların meydana gelmesi halinde kullanılmasının haklı görülebileceği fikrindedir.¹⁷

Affin gerekli bir müessese olduğunu savunanlar ise şu gerekçeleri ileri sürmektedirler: Ceza kanunları belirli kişiler ve belli olaylar için yapılmazlar. Bu açıdan ceza kanunları genel olmak zorundadırlar. Kanunların genel olabilmesi için de mücerret olma zorunluluğu vardır. Böylesi genel ve mücerret kaideler, kanun koyucunun önceden öngörmediği veya öngördüğünden daha ağır sonuçlar doğurabilirler. Bu tür kanunlarda böyle istisnaî sonuçlar kaçınılması imkansız bir durumdur. İşte af, bu ağır sonuçların doğurduğu haksızlıkları bertaraf etmek için gereklidir.¹⁸ Adalet teşkilatı ne kadar mükemmel olursa olsun zaman zaman adli hataların da işlendiği bir gerçektir. Kanunun çizdiği yollarla çoğu zaman bu

¹³ Bkz., Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, Ankara 1958, I, 601, Özek, s. 137. Daha sonraki bir baskıyı esas aldığı için bu paragraf, S. Selçuk'un tercümesinde farklı yer almıştır. Bkz., Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (trc, Sami Selçuk), İmge Yay., Ankara 2004, s. 129 -vd. Yazarın afla ilgili diğer görüşleri için bkz., *age.*, s. 217-9.

¹⁴ Dönmezer-Erman, III, 213; Avcı, s. 226.

¹⁵ Erem, I, 602; Özek, s. 137. Yani bir hâkim tarafından verilmiş bir cezanın, yine bir hâkim tarafından kaldırılması, başka bir cezaya çevrilmesi veya hafifletilmesi yoluna baş vurulabilir. Avcı, s. 226.

¹⁶ Dönmezer-Erman, III, 213.

¹⁷ Erem, I, 602; Özek, s. 137. Affın neden siyasî suçlular için savunulduğu hakkında bkz., Özek, s. 144-45. Garofalo, aftaki tutarsızlığı şöyle ifade eder: "İşlenmiş olan suç dün suç sayılmıştı. Yarın da öyle sayılacaktır. Fakat aynı fiilin bugün suç sayılmaması haklı gösterilemez." Erem, *age.*, ay. Bu ifadede affın mahiyetine yönelik bir eleştiri vardır. Çünkü affa karşı çıkarlar, afla, suç fiilinin geçici bir süre için suç olmaktan çıkarıldığını savunmaktadırlar. Affın mahiyeti hakkındaki tartışmalar bundan sonraki başlık altında verilecektir.

¹⁸ Özek, s. 137; Erem, I, 600. Dönmezer-Erman, III, 213; Demirbaş, s. 79.

hataların düzeltilmesi mümkün olsa da, bazen buna imkan bulunmayabilir. İşte bu tür adli hataların telafisi için af yolunun açık tutulması bir çare olabilir.¹⁹

Bu görüş sahipleri, siyasî nedenlerin de af yetkisini gerekli kılabileceğine dikkat çekmektedirler. Bir toplumun geçirmiş olduğu ihtilaf ve huzursuzlukların artık unutulması, yeni ve sakin bir sosyal hayatın başlaması, kin ve nefret duygularının ortadan kalkması gibi sebeplerle de af yapılabilir.²⁰

Bununla beraber inkılaplardan ve rejim değişikliklerinden sonra devrime destek verdiği için önceki rejim tarafından mahkûm edilmiş kimseleri kurtarmak için genel af gerekebileceği gibi; vatandaşları devlete karşı ihmal ettikleri görevlerine teşvik etmek veya devlet nizamını yıkmak amacıyla faaliyette bulunan, bunlara yardım ve yataklık eden kişileri bu eylemlerinden vazgeçirmek ve tekrar topluma kazandırmak gayesi ile de affa baş vurulabilir.²¹

Esasen affı savunan hukukçular da, affın, ceza adaletine yabancı amaçlarla kullanılmaması; affı zorunlu kılan sebepler dışında bu yetkiye başvurulmaması; prensip olarak adli suçluların affından kaçınılması;²² hassasiyeti elden bırakmamak suretiyle affın sadece siyasî suçlular için kullanılması;²³ affa, suçlunun, toplumun ve devletin yararlarının gözetilmesi gerektiği noktalarına özellikle vurgu yapmaktadırlar.²⁴ Bu durum, onların da affa karşı çıkarılan endişelerini büyük ölçüde paylaştığını göstermektedir.

Affa ilgili asıl görüş ayrılığının siyasî olmayan suçlar konusunda olduğu açıktır. Pozitivistlerin bu tür suçların affı konusunda ileri sürdükleri gerekçelerinin ilk bakışta haklı ve tutarlı görünmesi, öze ilişkin bir haklılık olmaktan ziyade, aslında affın günümüz hukukunda yer alma biçiminden kaynaklanmaktadır. Şayet günümüz hukukunda af yetkisinin mutlaka devlette olması gerektiği şeklindeki görüşe alternatif olabilecek daha makul yaklaşımlar da ortaya konabilseydi, belki pozitivistler de affın adı suçlar için kullanılmasına bu kadar katı bir şekilde karşı çıkmayacaklardı. Oysaki bir hukuk sisteminde hukukî, insanî ve sosyal açıdan affa yer verilmesini gerektiren çok güçlü nedenler bulunmaktadır. Günümüz medeni ülkeleri başta olmak üzere, tarih boyunca tüm beşeri ve dinî hukuk sistemlerinin neredeyse tümünün kanunlarında affa yer vermiş olmaları bunun bir göstergesidir. Şu halde günümüz hukukunun af anlayışından kaynaklanan eksiklik ve yanlışlıkları

¹⁹ Özek, s. 137; Erem, I, 600.

²⁰ Özek, s. 137; Erem, I, 600; Dönmezer-Erman, III, 214. Affın birçok mahzurunun olduğu kabul edilmekle beraber bugün için gelinen noktada yukarıda gösterilen sebeplerden dolayı kanunlarda af yetkisine yer vermenin gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır. Bkz., Erem, I, 602-603; Özek, s. 175; Dönmezer-Erman, III, 214.

²¹ Bilge, s. 882. Terör örgütlerine fiilen katılmış ve yataklık etmiş kişilere yönelik çıkarılan pişmanlık yasaları buna örnek gösterilebilir.

²² Dönmezer-Erman, III, 214.

²³ Özek, s. 175.

²⁴ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 648; Avcı, s. 226.

gerekçe göstererek af gibi vazgeçilmez bir müesseseye karşı çıkmak çözüm değildir. Çözüm, doktrinadaki yanlış ve eksikleri, tarafsız ve mukayeseli çalışmalarla ortaya koyarak daha adil ve daha makul bir af sistemi geliştirmektir.

2- Affın Hukukî Niteliği Problemi

Modern hukukta genel affın hukukî niteliği fazlasıyla önemsenmiş ve tartışılmıştır. Acaba af, af edilen suçlarla ilgili ceza kanununun muvakkaten (geçici bir süre için) ilgası mıdır; yoksa sadece devletin dava açma ve ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir işlem midir?

Başta affa karşı olan pozitivistler olmak üzere bir kısım hukukçulara göre genel af, af edilen suçlar ve suçlular hakkında ceza kanununun geçici bir süre için ilgasıdır. Zira, genel af, bir fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldırdığından suçu kaynağından keser. Bu açıdan teknik bakımdan genel af ceza kanununun bir müddet için ortadan kalktığına farz edilmesidir. Genel af, suça tesir ettiğinden kesin hükme bağlanmış olsun olmasın sonuçta suçun doğurduğu bütün cezaî sonuçları ortadan kaldırır.²⁵ Bu fikrin savunucusu olan Roux, "af mazinin üstüne çekilmiş bir örtü değil, ceza kanunun üstüne muvakkaten çekilmiş bir örtüdür,"²⁶ ifadesini kullanmaktadır. Pozitivistlerin, bu görüşü savunmalarının altında aslında affa karşı olma düşüncesi yatmaktadır. Bir önceki başlık altında onlardan aktardıklarımızdan da anlaşılacağı üzere, bu noktadan hareketle affın adil bir işlem olmadığı tezini savunmak daha kolaylaşmaktadır. Bu açıdan hem affa karşı gerekçelerini kuvvetlendirmek, hem de tutarlılık ve taktik açıdan bu görüşü savunmaları doğaldır.

Günümüzde hakim olan ikinci görüşe göre af, fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldırmamakta, sadece yargının dava açma ve ceza verme hakkını düşürmektedir. Şöyle ki: Genel af, suç unsurlarının hiç birini eksiltmiş değildir. Genel af sadece failin cezalandırılmasına tesir eder, ama kanunda yazılı bulunan fiili suç olmaktan çıkarmaz. Çünkü affedilen cezaların fiilleri, af kanundan sonra da suç olarak devam ederler ve cezalandırılırlar. Bu bakımdan af kanunu, fiili suç saymayan kanun gibi düşünülemez. Ayrıca eski TCK'nın 97. maddesi (Yeni TCK 65 md.), genel affın suçu değil, kamu davasını ortadan kaldırdığını açıkça belirtmiştir.²⁷ Başka bir ifade ile, af

²⁵ Erem, II, 417; Bilge, s. 681; Gözler, *agm*, XVIII, 303. Bu üç yazarın aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır.

²⁶ Erem, II, 417.

²⁷ Bkz., Özek, s. 142. Yüksel Salman, doktora tezinde genel affın mahiyeti ile ilgili birbiri ile çelişen kanaatler serdetmiştir. Zira tezin sonuç kısmı dahil (s. 222) affı işlediği yerlerde (s. 68-9, 74-5, 87-9) genel affın fiilin suç olma vasfını kaldırmayıp, sadece dava açma ve ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir tasarruf olduğu yönündeki görüş ve tespitlere yaptığı vurgudan, onun bu görüşe katıldığı dahası, "İslâm hukukunda da cezanın affının suçu ve suç olan fiili ortadan kaldırmadığı gibi, fiilin suç vasfını da etkilemediğini, yalnızca ceza verme hakkını ortadan kaldırdığı söylenebilir" (s. 91) şeklindeki ifadesiyle bu görüşü İslâm hukuku açısından da savunduğu anlaşılmaktadır. Fakat tezinin sonuna doğru, çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğunun genel affı, fiilin suç vasfını ortadan kaldırarak, söz konusu fiili kanun koyucunun yasaklamadığı fiiller kategorisine koyan ve bu haliyle fiili suç olmaktan

kanunu suçları gerçekleşmemiş yapmaz, kusuru çözmez ve kararı kaldırmaz, sadece ceza hükümlerinin infazını ortadan kaldırır.²⁸

Affın bir özelliği de onun bir yargı işlemi değil, yasama organının bir tasarrufu olduğudur. Zira genel af kanunu çıkarma yetkisi bir yasama organı olan meclise aittir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine göre yapılanmış demokratik devletlerde yasama organı bir yargı işlemi yapmaya yetkili değildir. Zaten TBMM de affı çıkarırken bir mahkeme gibi suçun sübût bulup bulmadığı, suçun kanundaki cezasının ne olduğu şeklindeki özel sebeplere değil; ahlaki, siyasi, sosyal ve hukuki gerekçelere dayanır. İki organın affa ilgisinin farklılığı genel afı daha açık bir şekilde ortaya çıkarmaktadır: Bir yargılama faaliyetinde hakim görevi somut bir olay üzerinden yürüyerek suç teşkil eden fiilin işlenip işlenmediğini tespit etmek, böyle bir fiil varsa karşılığı olan cezayı vermektir. Halbuki genel afı yapılan işlem bu şekilde konulmuş olan cezaları ortadan kaldırmaktır. Yani yasama organı suç olayının mahiyetini incelemeyen, ceza vermekle yetkili organların bu hakkını belli bir müddet için elinden almaktadır. Bu açıdan genel afı suçlunun şahsına bakılmaksızın belli bir vafsa sahip bütün suçlar af kapsamına dahil edilir. Bu açıdan bir siyasi kurum olan Meclisin çıkardığı her af kanunu da siyasi bir tasarruftur, yargısal bir işlem değildir.²⁹ Zaten af kanunu TBMM'den çıktıktan sonra uygulanması ve gerektiğinde yorumlanması yetkisinin yargı organlarına bırakılması da affın bir yasama işlemi olduğunu açıkça göstermektedir.

Burada özel affın farklı bir durum arz ettiğini belirtmek gerekir. Çünkü özel af, failin ağır hastalığı, kocamışlığı, geçmişte ve hali hazırda yaptığı üstün hizmetleri ya da yapılmış olan adli bir hata gibi mahkûmun özel durumuna binaen başvuru olan bir işlemdir. Bu afı mahkûmun özel durumu inceleme konusu olsa da yapılan bir yargı işlemi değil, yargının verdiği bir kararın icra organı tarafından ortadan kaldırılmasıdır. Fakat icra organı bir yasama organı olmadığından bu işlem bir yasama işlemi de değildir.³⁰

3- Affın Çeşitleri

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere af, genel af ve özel af şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Genel af, belli bir şahsı değil, bazı durumlarda veya belli bir zamanda yapılmış olan kanuna karşı hareketlerin şu veya bu çeşitlerinin af edilmesini hedef

çıkararak... kamusal bir tasarruf şeklinde anladığını, kendisinin de bu görüşe katıldığını ifade etmesi, (s. 217) önemli bir çelişkidir. Oysaki bu yaklaşım onun da tezinde defalarca tekrar ettiği genel affa ilgili hâkim kanaate aykırıdır. Esasen çağdaş İslâm hukukçuları da genel affa ilgili bilgilerinde modern hukuk kitaplarına dayanmaktadırlar. Bu açıdan yazarın tercihinde teorinin kaynağı olan modern hukuku esas alması gerekirdi.

²⁸ Demirbaş, s. 81. Günümüz ceza hukukunda bu görüşün hakim olduğu belirtilmektedir. Bkz., Önder, s. 650.

²⁹ Bkz., Adam, s. 861; Özek, s. 133-134.

³⁰ Özek, s. 134.

alan genel bir tedbirdir.³¹ Bu açıdan genel af anonim, kolektif ve gayri şahsidir. Ferdi durumlarla ilgilenmez. Belirli durumda bulunan herkese tesir eden bir yasama tasarrufudur.³²

Özel af ise, belli bir şahsı esas alan ve suçun mahiyetini değil, suçlunun şahsiyetinin nazarı itibara alınarak yapılan bir aftır.³³ TCK. 98. maddesinde özel affın hukukî mahiyeti şöyle açıklanmıştır. "*Hususi af, havi olduğu sarahate göre cezayı ortadan kaldırır, azaltır veya değiştirir.*"

Mahiyetleri ve doğrudukları hukukî sonuçlar açısından genel af ile özel af şu açılardan farklılık gösterirler:

1- Genel afta suç işlenmemiş kabul edildiğinden ceza davasına tesir ederek zanlının takibatına ve hakkında ceza davası açılmasına engeldir. Yani, takibat hangi safhada olursa olsun durdurulur ve kamu davası düşer. Genel af, aynı şekilde suçta da tesir ederek suçu, sonuçlarıyla beraber ortadan kaldırır. Af, suçluluğu ortadan kaldırdığından af edilen suç fiili, yeni bir mahkûmiyette ağırlaştırıcı sebep sayılamaz ve tekerrüre esas tutulamaz. Af mahkûmiyetten önce de çıkarılsa, suçluların cezaları yine de infaz edilmez, hatta af, tutukluluk gibi umumî emniyet tedbirlerini de kaldırır.³⁴

Buna karşılık özel af, işlenmiş olan suçun vasfını kaldırmaz. Bu açıdan kamu davasının açılması, aftan önce açılmış bu davanın devamı ve kesin hükme bağlanması zorunludur. Yani özel af sadece cezayı kısmen veya tamamen düşüren bir mahiyete sahiptir.³⁵ Başka bir ifade ile özel aftan, cezası her türlü kanunî yollardan geçerek kesinleşmiş kişiler yararlanabilirler. Bu af, adli bir hatanın düzeltilmesi, mahkûmun hastalığı veya ihtiyarlığı ya da ceza çektirilmesinde bir yarar umulmaması gibi hallerde uygulanır.³⁶ Kısacası özel af, suçta değil cezaya tesir ettiğinden, cezayı kaldırır ama suçluluğu bırakır. Bu açıdan özel af çoğu zaman mahkûmun şahsına yönelik bir lütuf ve merhamet tedbiridir.

2- Genel af köklü ve genel sonuçlar doğurur. Halbuki özel affın sonuçları kısmi ve sınırlıdır. Zira genel afta sonuç ve tesirler de mahkûmiyetle beraber aynı zamanda ortadan kalkar. Mahkûmun adli sicili yine eski haline gelir. Yani genel af nasıl suç bakımından genel ise, verilen cezanın tamamen ortadan kalkması anlamında da geneldir.³⁷

Oysa ki özel afta ceza kısmen affedilebileceği gibi, af, cezanın başka bir cezaya çevrilmesi veya cezanın hafifletilmesinden de ibaret kalabilir. Çünkü af ancak

³¹ Adam, s. 851.

³² Özek, s. 143.

³³ Adam, s. 851.

³⁴ Bilge, s. 884, 85-6; Ayrıca bkz., Gözler, s. 302.

³⁵ Erem, II, 421; Bkz., Gözler, s. 302.

³⁶ Bilge, s. 760.

³⁷ Adam, s. 851. Ayrıca bkz., s. Bilge, 884.

cezanın infazına mani olur. Fakat mahkûmiyet bakidir ve hukukî sonuç ve tesirler de mahkûmiyete bağlı olarak kalırlar. Bu açıdan mahkûmun adli sicili ve diğer hukukî sonuçları devam eder.³⁸

4- Af Kanununun Kapsamı

Hangi suçların affın kapsamına gireceğinin tespitinde bizzat af kanununun metni esas alınır. Af kanunu affa tabi suçları tek tek (ismen) belirlemiş olabileceği gibi, bu suçları kategoriler itibarı ile de göstermiş olabilir. Fiilin tavsif şekline göre af düzenlenebileceği gibi, suçlar maddeleri ve cezaları belirtilmek suretiyle de af kapsamına alınabilir.³⁹ Bununla beraber af yetkisini kullanan organ bu tasarrufu bir takım şartlara da bağlayabilir. Örneğin af kanununa, aftan faydalanan kimsenin belirli bir süre içerisinde yeni bir suç işlememesi, mağdurun veya hazinenin zararlarını tazmin gibi şartları koyabilir.⁴⁰

Esasen genel af kanunları bir yasama işlemi olduğundan, bütün benzerleri kapsamına alabilmeleri için mahiyetleri gereği genel olmak zorundadırlar. Bu açıdan af kanunlarının nasıl yorumlanacağı ayrıca tartışılmıştır.⁴¹ Sonuçta af kanununu uygulayacak olan yargıdır. Bu açıdan nihai planda af kanunundaki kapalılıkları ve genellemeleri yorumlayacak, affın hangi suçları kapsayıp hangilerini kapsamayacağını belirleyecek olan da yargıdır.

Buraya kadar affın gerekli bir müessese olup olmadığı, affın çeşitleri, genel ve özel affın hukukî niteliği, farklılıkları ve affın kapsamı gibi konuları günümüz hukuku açısından vermeye çalıştık. Bundan sonra İslâm ceza hukukunun af konusuna yaklaşımını ele almaya çalışacağız.

B) İslâm Ceza Hukukunda Af

İslâm ceza hukukunda af konusunu işlerken öncelikle afta hangi kriterlerin esas alındığı, buna göre hangi suçların affa konu olabileceği hangilerinin olmayacağı, hadd gerektiren suçların hangi safhasında affın mümkün olduğu hususları üzerinde durulacaktır. Daha sonra bu ayırıma göre (Allah hakkı-kul hakkı ayırımı) suçlar tek tek ele alınarak hangi suçta af hakkının kimde olduğu ve bu af hakkının nasıl kullanılacağı ile ilgili görüşler genel esasları ile işlenecek ve gerekli değerlendirmeler yapılacaktır.

İslâm ceza hukukunun suç olgusuna bakışı, günümüz ceza hukukundan temelde bazı farklılıklar gösterdiğinden, bu bakış açısı tabii olarak af konusuna da

³⁸ Adam, s. 851.

³⁹ Önder, s. 650.

⁴⁰ Dönmezer-Erman, III, 218.

⁴¹ Bkz., Erem, II, 418. Genel affın disiplin cezalarına etkisi de tartışılmıştır. Bkz., Önder, s. 650, 765, 767.

yansımıştır. İslâm ceza hukukunun suç tasnifinden hareketle, genel olarak nasıl bir af sisteminin öngörüldüğü hakkında fikir edinmek mümkün olmakla beraber, bir suçun affa konu olup olamayacağı veya onu affetme hakkının kimde olduğunun tam olarak anlaşılabilmesi için, affa hangi kriterlerin belirleyici olduğu hususunu bilmek önem kazanmaktadır. Meselenin esasına inildiğinde, affa: 1) suçla ihlal edilen hak, 2) suça tayin edilen cezanın nassla belirlenip belirlenmediği kriterlerinin esas alındığı görülmektedir.⁴²

1- Suçla İhlal Edilen Hak Açısından Af

Bilindiği gibi Cenâb-ı Allah kullarına bazı fiilleri emretmiş, topluma ve fertlere zararı dokunacak olan fiilleri de yasaklamıştır. Mükellef bu emirleri yerine getirmediği veya yasaklanan fiilleri işlediği zaman dinî açıdan günah, hukukî açıdan suç işlemiş olmaktadır. Kişi suç işlediğinde, mutlaka bir hakka da tecavüz etmiş olmaktadır. Bir suçtan ya doğrudan fertler, ya da hem fertler hem toplum zarar görür. İslâm ceza hukukunda gerçek şahıslara karşı işlenen suçlar için, *haku'l-ibâd* (kul hakkı) tabiri kullanılırken, topluma karşı işlenen suçlar için *hukukullah* (Allah hakları) tabiri kullanılır. Bazı suçlar da var ki, hem Allah hakkını, hem kul hakkını beraberce ihlal etme özelliğine sahiptirler. Bunlar için *her iki hakkın birleştiği suçlar* anlamında, *ما اجتمع فيه حقان* tabiri kullanılır. Bu tür suçlar ayrıca kul hakkının galip olması, Allah hakkının galip olması yönüyle de ayırımı tabi tutulmaktadır.⁴³ İki hakkın birleştiği suçlarda suçun affedilebilir nitelikte olup olmadığının tespiti, onda hangi hakkın galip olduğu hususuna bağlı olarak değiştiğinden, bu ayırım da af hukuku açısından önem arz etmektedir.

Allah haklarının ihlal edildiği suçların özellikleri bellidir. Eğer Cenab-ı Allah, bir fiili emretmekle (namaz, oruç, zekat gibi) veya bir fiili yasaklamakla (zina ve içki yasağı gibi) temelde toplumun veya genel bir maslahatın korunmasını hedeflemiş ise, bunlara Allah hakkının taalluk ettiği suçlar denir.⁴⁴ Yani kısa veya uzun vadede bütün topluma zarar veren fiiller, İslâm ceza hukukunda Allah haklarının ihlal edildiği suçlar olarak değerlendirilmişlerdir. Bu suçlardan zarar gören aslında toplum olduğu halde bunlar için *Allah hakkı* tabiri kullanılması, aslında bu hakların ta'zim edilmesi ve İslâm'ın bu haklara atfettiği değeri vurgulamaya yönelik bir mesaj niteliğindedir.⁴⁵

⁴² Geniş bilgi için bkz., Udeh, Abdulkadir, *et-Teşri'u'l-Cinâi*, Beyrut ts., I, 612-15, 774-77.

⁴³ Karâfi, Şihâbuddin Ebu'l-Abbas Ahmet b. İdris, (öl.684/1285)), *el-Furûk*, Beyrut ts., I, 140; Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmet, (öl.490/1097), *Usûlu's-Serahsi*, Beyrut ts., II, 289; Bardakoğlu, Ali, "Hak", *DİA*, İstanbul 1997, XV, 143.

⁴⁴ Şatibi, Ebû İshak İbrahim b. Mûsa, (öl.790/1388), *el-Muvafakât fi Usûli's-Şerîa*, Beyrut ts., II, 242-43; el-Avva, M. Selim, *Fi Usûli Nizami'l-Cinâiyi'l-İslâmî*, Kahire 1983, s. 82; Bardakoğlu, *agm*, s. 142-143.

⁴⁵ Bu hakların, Allah hakkı olarak tabir edilmesiyle Şari', bize, bütün toplumu rahatsız eden suçların bizzat kendisine karşı işlenmiş gibi kabul ettiğini, kullarını rahatsız eden bu tür suçluların hasmu ve takipçisinin bizzat kendisi olduğu mesajını vermektedir. Çünkü bu tür suçlar, şahsî davaya konu olamayacağından fertlere af hakkı tanımak toplumun maslahatını

İslâm ceza hukukunun suç fiillerine olan bu farklı yaklaşımı, af konusunda da etkili olmuş, bu açıdan kendine özgü farklı bir af sistemi ortaya çıkmıştır.

a) Allah Haklarına (Kamu Hakları) Yönelik Suçlarda Af

Zina, sarhoşluk, kazf, hırsızlık, bağı, yol kesme ve irtidat gibi Allah haklarının ihlal edildiği suçların iki temel özelliği vardır: Birincisi, bu suçların bütün topluma zarar verme özelliğine sahip olmaları; ikincisi de, bu tür suçlarla ilgili şahsî dava açma imkânın bulunmamasıdır. Zira bütün toplumu ilgilendiren suçlarda fertlerin davacı olması, hem *hadd*⁴⁶ cezasını gerektiren suçların özelliği, hem de suçları ispat etmenin zorluğu açısından ceza hukukunun amacına hizmet etmemektedir; çünkü fertler bu suçlarda davacı olurlarsa, hem doğrudan şahsi haklarının ihlal edilmediği bir konuda kendilerini zor ve anlamsız bir külfetin altına sokmuş olacaklardır, hem

belli şahısların insafına terk etmek anlamına gelir. Bu da toplumu bu tür suçlar karşısında korumasız bırakma tehlikesiyle karşı karşıya bırakır. Burada şu önemli hususa da işaret etmekte yarar vardır. Aslında suçları Allah hakkı-kul hakkı şeklinde ayırmak ceza hukuku açısından önem arz eden bir ayırımdır. Ancak bu ayırım dini açıdan yanlıttır. Esasen hakların arasına kesin sınırlar koyarak mahza Allah hakkı, mahza kul hakkı şeklinde ayırmak mümkün değildir. Zira haklar birçok yönüyle iç içe girmiş (tedâhül etmiş) vaziyettedir. Hiç bir kul hakkı yoktur ki ona Allah hakkı taalluk etmiş olmasın ve hiç bir Allah hakkı yoktur ki onda kulun maslahatı gözetlenmiş olmasın. Ubudiyet, yani kulların Allah'a karşı olan vazifeleri açısından bakıldığında, Allah'ın tüm emir ve yasaklarına uymak Onun kulları üzerindeki hakları cümlesindedir. Bu açıdan kul, ilahî bir emri yerine getirmede veya bir haramı irtikap ettiğinde Allah'a karşı gelmiş olmakta ve Onun azabını mucip bir davranış sergilemektedir. İşte meseleye bu açıdan bakıldığında kulun bütün fiillerine Allah hakkı taalluk etmiş olmaktadır. Ama gerçek zarar gören açısından bakıldığında, gerçekte bütün şer'î hükümler insanların maslahatlarını korumak için konmuştur. Bu açıdan Allah hakkı olarak tabir edilen emir ve yasaklar da aslında toplumun ve fertlerin maslahatlarını koruma amacıyla konmuştur. Çünkü, bir hakkın çiğnenmesinden bahsedildiğinde, hak sahibinin zararı ve mağduriyeti akla gelir. Halbuki insanlar Allah'ın emir ve yasaklarını yerine getirmemekle O'na her hangi bir zarar vermiş olmazlar. Zaten kulların Allah'a zarar vermek gibi bir güçleri de yoktur. İnsanlar suç işlemekle esasen belli şahıslara veya topluma zarar vermektedirler. İşte bu yönüyle bakıldığında, bütün şer'î hükümlerin esasen insanların maslahatlarını korumak için va'z edildiği açıktır. Kısacası, Allah'ın koymuş olduğu emir ve yasakların gereğini yerine getirmemek, Allah'a karşı gelmek anlamında Allah hakkı olarak kabul edilmiş; kullara zulüm anlamı taşıdığı için de kul hakkı olarak vasıflandırılmışlardır. Benzer yorumlar için Bkz., Şâtibi, II, 241-243; Karâfi, I, 140-141; el-Bûtî, Said Ramazan, *Davâbitü'l-Maslahâ*, Beyrut 1982, s. 50-51; Bardakoğlu, *agm*, XV, 142.

⁴⁶ İslâm hukukunda, Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti nassla belirlenmiş cezalara *hadd* denir. Bkz., Mavsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, (ö.683/1284), *el-İhtiyar*, y.y. ts., IV, 79. Bu tanım Hanefiler'e göredir. Diğer üç mezhepteki bilgilerin çoğunluğuna göre *hadd*, şer'an miktarı belirlenmiş cezaların tümü için kullanılır. Bu görüşe göre kul hakkı kapsamına giren kısas cezaları da hadd kapsamına girmektedir. Bkz., Maverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed, (ö.450/1058), *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Kuveyt 1989, s. 288; Züheyli, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, Dimeşk 1989, VI, 12. Af hukukunda Allah hakkı-kul hakkı önem arz ettiğinden bu çalışmada Hanefiler'in ayırımı esas alınmıştır.

de suçları takip etme imkan ve yetkisine sahip olmadıklarından yapamayacakları bir işe girişmiş olacaklardır. Bu suçlarda ferde düşen görev; eğer suça bizzat şahit olunmuş ise, kamu davası açılmış olsun veya olmasın, yargı makamları nezdinde Allah için şahitlikte bulunarak suçun ispatına yardımcı olmaktır.⁴⁷ Fertler suçun işlendiği duyumunu aldığı anda, yargı makamına suç duyurusunda bulunmak suretiyle de suçun takibinde devlete yardımcı olabilirler. Fakat ilgili suçlarda dava açma ve kovuşturma görevinin toplum adına devletin uhdesinde olması kamu hukukunun bir gereğidir.

İslâm hukukunda zinâ, içki içme ve hırsızlık (malla ilgili kısmı kul hakkına girmektedir) suçlarının Allah hakları kapsamına girdiği hususunda görüş birliği vardır. Cezası *hadd* olarak adlandırılan bu tür suçlar mahkemede kat'î delillerle sübut bulduktan sonra, hiç bir şahıs veya makamın bunları Allah adına affetme yetkisi yoktur. Hadd gerektiren suçlarda, devletin cezada bir indirime gitmesi veya sulh yapması mümkün olmadığı gibi, cezayı ertelemesi de caiz görülmemiştir.⁴⁸

Allah hakları ile ilgili suçların tövbe ile düşüp düşmeyeceği hususu ise ihtilafıdır. Fakihlerin büyük çoğunluğuna göre eğer suçlu, suç mahkemeye intikal etmeden önce tövbe etmiş ise, bu tövbe ondan hadd cezasını düşürür.⁴⁹ Bunun dayanağı Hz. Peygamber (a.s.)'in müslümanlara, *kendi aralarında işlenen günahları setretmelerini, (ifşa etmeme) çünkü kendisine intikali durumunda hadd uygulamanın gerekli hale geleceğini*⁵⁰ bildiren hadislerdir. Yine fukahanın çoğunluğuna göre, yol kesme (hurabe) suçu hariç, Allah hakları ile ilgili suçlar (haddler) mahkemeye intikal edip sübut bulduktan (delilleriyle ispat edildikten) sonra tövbe dahil hiç bir şekilde

⁴⁷ Geniş bilgi için bkz, İbn Ebi'd-Dem, Ebû İshak İbrahim b. Abdillâh, (öl.642/1244), *Kitabu Edebi'l-Kadâ*, Dımeşk 1982, s. 432-34; A. İbrahim Beg, *Turuku'l-İsbâti'l-Şeriyeye*, Kahire 1985, s. 114; Zühayli, VI, 776.

⁴⁸ Bkz., Kâsânî, Alaüddin Ebî Bekr b. Mes'ud, (öl.587/1191), *Bedâiu's-Senâ'i*, Beyrut ts., VII, 50, 55; Ebû Hassan, Muhammed, *Alkâmu'l-Cerime ve'l-Ukûbe*, Amman 1987, s. 225.

⁴⁹ Bkz., İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, (öl.456/1064), *el-Muhalla*, Beyrut 1988, XI, 153; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 284; M. İbrahim, s. 397-98; *el-Mevsûatu'l-Fikhiyye*, (Kuveyt Evkaf Bakanlığınca çıkarılan İslâm Fıkhı Ansiklopedisi), Kuveyt 1984, XIV, 131. İbn Hazm'ın da ifade ettiği üzere, esasen hadd cezalarının mahkemeye intikal etmeden ve sübut bulmadan uygulanması vacip olmaz. Bu açıdan ceza talebinde bulunanın suçu mahkemeye intikal ettirmeden bundan vazgeçmesi mübahdır. Çünkü henüz sanığa had gerektiren bir durum olmadığı gibi, mahkemeye gitmesine mani bir durum da yoktur. Bkz., İbn Hazm, XI, 153.

⁵⁰ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, (öl.256/870), *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul ts., *Mezâlim*, 3; Ebû Davûd, Süleyman b. Eş'as es-sicistanî, (öl.275/888), *Sunenu Ebî Davud*, y.y. ts., *Hudûd*, 5, 6. Fukaha konu ile ilgili rivayetlerden şu sonuca varmışlardır: Eğer bu tür bir suçu işleyen kişi, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmemiş ve toplumda iyi halleri ile bilinen biri ise, suça şahit olanların onu ihbar etmek yerine setretmeleri daha iyidir. Şayet fisku fücür ve suç işlemekle tanınan biri ise, fesad ve tahribatın önüne geçmek için şahidin gördüğünü gizlemesi caiz değildir. Bkz., Merğînânî, Burhanuddin Ebû'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, (öl.592/1196), *el-Hidaye*, Beyrut 1990, III-IV, 129; İbn Hazm, XI, 153; Şirbîni, Muhammed el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc*, İstanbul 1958, IV, 176.

düşmezler.⁵¹ Diğer bir görüşe göre, sahih tövbe her halde hadd cezasını düşürür.⁵² Ancak, İbnu'l-Kayyim, (öl. 751/1350) Hz. Peygamber (a.s.)'in bazı uygulama ve sözlerini delil göstererek, mahkemede sübut bulmuş bir haddin tövbe ile düşüp düşmeyeceği hususunun ulu'l-emrin takdirine bırakılması gerektiği kanaatine varmıştır.⁵³ İbnu'l-Kayyim'in görüşü, şer'î siyaset (suç ve ceza politikası) açısından önemsenmeye değer görünmektedir. Samimi bir tövbenin günahların affına vesile olacağından şüphe olmamakla beraber, suçun toplumsal boyutunun da göz ardı edilmemesi gerekir. Kendisinden tövbe edilmiş bulunsa bile, bir suçun toplumdaki etkisinin ne şekilde devam ettiğine bakmaksızın, sırf suçlunun tövbesinden dolayı onu af etmek, esasen cezanın konuluş amacı açısından da isabetli bir yaklaşım değildir.

b) Kul Hakkının İhlal Edildiği Suçlarda Af

İslâm hukukunda şahıs aleyhine işlenen cürümler, kul hakkının ihlal edildiği t suçlar olarak tabir edilir. Bunlar, cana ve vücut bütünlüğüne yönelik suçlardır. Bu tür suçlarda doğrudan zarar gören mağdur ve yakınları olduğu için, İslâm ceza hukukunda bu tür suçlar prensip olarak şahsî davanın konusu olurlar.⁵⁴ Ancak şahsî davacıların olmayışı veya suçun toplumda infial uyandırması gibi durumlarda kamu davası da açılabilir. Fakat asıl zarar gören suçun mağdurları olduğu için İslâm hukukunda bu tür suçlarda af hakkının maktulün varisleri, ölmemiş ise mağdurun kendisinin olduğu hususunda görüş birliği vardır.⁵⁵ Bu görüşün dayanağı konu ile

⁵¹ Kâsânî, VII, 96; İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr b. Muhammed, (öl.543/1143), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1988, II, 115; Şirbînî, IV, 184; Fudeylat, Cibr Mahmud, *Sukûtu'l-Ukubât*, Amman 1987, II, 142; M. İbrahim Muhammed, *Muskitatu'l-Ukubeti'l-Haddiye*, Hartum 1989, s. 341. Bu görüşte olanlar, haddlerin uygulanmasını emreden ayetlerin umumiliği ile, Hz Peygamber (a.s.)'in, Maiz ve Çamidiye'nin tövbe ettiklerini haber vermesine rağmen, onları cezalandırmasını delil göstermektedirler. Bkz., Kâsânî, VII, 55-6; İbnü'l-Arabî, II, 115; Fudeylat, II, 143-144.

⁵² İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Kayyim el-Cevziyye, (öl.751/1350), *İ'lâmu'l-Muvakki'in*, Beyrut ts., III, 8; Behûtî, Mansur b. Yunus b. İdris, (öl.1051/1641), *Keşşafu'l-Kıma'*, Beyrut 1982, VI, 154; M. İbrahim, s. 341; *el-Mevsûatu'l-Fikhiyye*, XIV, 131. Bu görüşü savunanlar ise, hem kulun nasûh tövbesinin her halu karda kabul edileceğini bildiren genel anlamdaki ayet ve hadisleri delil göstermektedirler; hem de bu suçları eşkıyalık suçuna kıyas etmektedirler. Onlara göre, daha ağır bir suç olmasına rağmen Allah tövbe eden eşkıyanın affedilmesini emrettiğine göre diğerlerinin tövbe ile düşmesi evlâdır. Bkz., İbnu'l-Kayyim, *age.*, II, 8; Behûtî, IV, 154; Fudeylat, II, 145-147.

⁵³ İbnu'l-Kayyim, *İ'lam*, II, 98.

⁵⁴ Karâfî, I, 140-41; Udeh, I, 81; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, İstanbul 1993, VII, 473; Çalışkan, İbrahim, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *AÜİF Dergisi*, XXXI, (1989), Ankara, s. 374-5.

⁵⁵ İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed, (öl.595/1199), *Bidayetü'l-Müctehid*, İstanbul 1985, II, 336; Kâsânî, VII, 246; Şirbînî, IV, 49; Udeh, I, 81; el-Avva, s. 84; Yaylalı, Davut, *İslâm Hukukunda Sulh*, İstanbul 1993, s. 125.

ilgili nasslardır.⁵⁶ İlgili ayet ve hadislerle baktığımızda mağdur veya velilerine üç ayrı seçeneğin sunulduğunu görüyoruz.

1-Mağdur veya velisi suçluyu kısas ettirme, yani suçlunun maruz kaldığı fiilin aynısı ile cezalandırılmasını isteme hakkına sahiptir.

2-Uğradığı bedenî ve cismanî zarara karşılık kanunen takdir edilen diyet/erş veya *hukûmetu'l-adl* olarak tabir edilen bir bedel karşılığında suçluyu affedebilir.

3-Ahlakî olgunluk gösterip, hem kısas hem de malî bedel isteme haklarından feragat ederek faili karşılıksız affetme hakkını kullanabilir. Bu hakların birincisine kısas, ikincisine sulh, üçüncüsüne ise af hakkı denmektedir.⁵⁷

Adam öldürme ve müessir fiil⁵⁸ suçlarında, suç doğrudan şahıslara yönelik olduğu için, bu suçların takibi ve kovuşturulması mağdur veya velilerinin (*evliyâu'd-dem*, *evliyâu'l-kisas*)⁵⁹ şahsî davasına bağlıdır. Eğer onlar faili affetmiş veya malî tazmin mukabili faille sulh yapmış ise, devlet re'sen⁶⁰ kamu davası açmak zorunda olmadığı gibi; dava açılmış olsa bile devletin, asli cezalarda (kısas ve diyet) mağdur veya velilerinin affını dikkate alma zorunluluğu vardır.⁶¹

⁵⁶ Bkz., Bakara, 2/178; Maide, 5/45; Şura, 42/40; İbn Hanbel, Ahmet, (öl.241/885), el-Müsned, Mısır h.1313. II, 386; III, 258; Ebû Davûd, *Diyât*, 3.

⁵⁷ Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, DİB. Yay., Ankara 1996, s. 83.

⁵⁸ Hukukta müessir fiil terimi, ağır şekilde darbetme, yaralama veya bir organı kesme şeklinde insan cismine karşı işlenen fakat ölümle sonuçlanmayan her türlü haksız tecavüz için kullanılır. Geniş bilgi için bkz., Dağcı, s. 41-42.

⁵⁹ İslâm hukukunda kısas/diyet isteme ve af etme konusunda tam yetkiye sahip olanlar esasen matulün mirasçılardır. Bunlar için, *evliyâu'd-dem* ve *evliyâu'l-kisas* tabiri kullanılır. Ancak mağduru çocuk veya akıl hastası olması durumunda onun yerine işlem yapma yetkisine sahip olanlar velisi veya ona vasi tayin edilen kişilerdir. Ancak veli ve vasi (kanuni temsilciler) matulün mirasçuları gibi mutlak af hakkına sahip olmadıkları için, çalışmada yerine göre bu tabirlerden biri veya ikisi beraberce kullanılmıştır.

⁶⁰ Re'sen dava açmak, kamusal suçlarda suçun işlendiği duyumunu alır almaz savcının, şahsî dava açılmasını beklemeden kamu davası açmak için kendiliğinden harekete geçmesi demektir.

⁶¹ Udeh, I, 81; Zuhayli, VII, 776; Dağcı, s. 83; Yavuz, Cevdet, "Dava", *DİA*, İstanbul 1994, IX, 14. Burada şu farklı duruma işaret etmemiz gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi mağduru doğrudan fertler olsa da, esasen dolaylı da olsa her suçtan toplum da zarar görür. Örneğin adam öldürme ve yaralama suçlarından toplumun da rahatsızlık duymaması mümkün değildir. Bu açıdan bu suçlar günümüz hukukunda kamuya karşı işlenmiş olarak kabul edilmiş ve duyumu halinde cumhuriyet savcısının kendiliğinden harekete geçerek kamu davası açma mecburiyeti getirilmiştir. Bkz., Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İst. Üniv. Yayınları, İstanbul 1974, s. 127; Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1996, s. 32-33. İslâm hukukunda da söz konusu suçların bu özelliği göz ardı edilmemiştir. Hatta bazı İslâm hukukçuları bu suçlarla her iki hakkın ihlal edildiğini, fakat kul hakkının galip olduğu suçlar olarak nitelendirmişlerdir. Bkz., Ebû Hassan, s. 170; Fudeylat, I, 89; Salman, Yüksel, *İslâm Ceza Hukukunda Af*, (yayınlanmamış doktora tezi), Selçuk Üniv. Sos. Bil. Ens., Konya 2005, s. 9. Bu özelliklerine binaen bir çok araştırmacı, mağdur veya matulün velileri sulh veya afa haklarından vazgeçseler bile, devletin, genel maslahata binaen kamu davası açabileceğini ve

Şunu öncelikle belirtmek gerekir ki, bir çok ayet ve hadiste bu tür suçlarda Müslümanlar affa teşvik edilmiş, böylesi erdemli bir davranışın Allah'a yaklaşmak ve onun mükafatına nail olmak için daha güzel bir davranış (salih amel) olduğu belirtilmiştir.⁶²

Bilindiği gibi İslâm ceza hukuku, özellikle adam öldürme ve yaralama suçlarında, suçlunun işlediği fiilin aynısı ile cezalandırılması esasını benimsemiştir. Örneğin adam öldürmenin cezası, misliyle (benzer şekilde) öldürmedir. Kısas edilmeye müsait yaralamalarda da cezalandırma misliyledir. Örneğin göz çıkarmanın cezası suçlunun gözünün çıkarılması, kulak kesmenin cezası da suçlunun kulağının kesilmesidir. İşte bir suç fiilinin bu şekilde misliyle cezalandırılmasına *kısas* denir. Suçluyu kısas ettirme veya affetme hakkı da mağdur ve velilerine verilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere mağdur veya velileri kısıstan vazgeçip bunun yerine malî tazmin de isteyebilir. Bu tazminata da *diyât* denmektedir.

İslâm hukukunda adam öldürme suçunda af hakkı/yetkisi maktulün mirasçılarındır. Konunun ayrıntılarına girmeden⁶³ ifade etmek gerekirse, fukahânın, maktulün mirasçılarının affıyla ilgili görüşleri şöyledir: Çoğunluğa göre, varislerden biri dahi caniyi ister bedel karşılığı, ister karşılıksız olsun affederse, diğerlerinin de kısas isteme hakkı düşer ve bu hak diyete dönüşür. Cumhur bu konuda kadın erkek ayrımı yapmamıştır⁶⁴ Çünkü velayet hakkı hepsi için kâmil manada sabittir. Biri dahi kâmil velayet ile affettiği zaman kısasın tecezzi etmesi (bölünmesi) mümkün olmadığından diğerlerinin payına düşen kısım da zorunlu olarak düşer. Ayrıca kısasın bir kısmından af, cezanın düşüp düşmediği hususuna şüphe kattığından bununla da kısas cezası düşer.⁶⁵

Meselenin tafsilindeki farklı görüş Malikilerden gelmektedir. Onlara göre af yetkisi varislerden sadece asabenin (oğul ve oğul oğlu..., baba ve babanın babası..., ve erkek kardeşler) hakkıdır. Bu açıdan oğullar ve kardeşler varken, kız ve kız kardeşlerin kısası af etme hakları yoktur.⁶⁶ Yine Malikilere göre ancak bu derecedeki varislerden birinin affı kısas cezasını düşürür. Yani uzak varisin caniyi af etmesi, yakın varisin kısas isteme hakkını düşürmez. Çünkü af esasen yakın varislerin hakkıdır. Örneğin varisler kızlar ve kız kardeşlerden oluşuyorsa, sadece kızlar

suçluları ta'zir cezasına çarptırabileceğini vurgulamaktadırlar. Bkz., Udeh, I, 99-100; Ebû Zehra, *Suç ve Ceza*, (Trc. İbrahim Tüfekçi), İstanbul 1994, I, 91-93; Dağcı, s. 62.

⁶² Bkz., Şura, 42/40. Ayrıca bkz., Bakara, 2/187, Nahl, 16/126. Ebû Davûd, *Diyât*, 3; İbn Mâce, Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, *Sunenu İbn Mâce*, (thk. M. Fuad Abdalbaki), y.y. 1975, *Diyât*, 34.

⁶³ Mesele ile ilgili ayrıntı için bkz., Kâsânî, VII, 248-49; Şirbînî, IV, 49; Bilmen, III, 103.

⁶⁴ Şâfiî, VI, 12, 13; Şirbînî, IV, 48; İbn Rüşd, II, 337; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 475; Zeyd b. Abdulkerim, İbn Ali b Zeyd, *el-Af'vu anil'l-Kısas*, Riyad 1990, s. 204-5; Yaylalı, s. 126.

⁶⁵ Kâsânî, VII, 248; Ensârî, Zekerîyya el-Ensârî, (öl.925/1520), *Şerhu Ravdu't-Tâlib*, Mısır h.1313, IV, 42-3; Behûtî, V, 534; *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*, XXX, 176.

⁶⁶ İbn Rüşd, II, 337.

affedebilir, kız kardeşlerin böyle bir hakkı olmaz.⁶⁷ Yakın varislerin hem maddi hem manevi açıdan olaydan daha fazla etkilendikleri ve daha yoğun bir öç alma psikolojisi yaşayacakları gerçeği göz önüne alındığında, Malikiler'in bu görüşlerinin önemsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Cumhurun görüşünde, teknik bir izahla meselenin, haddlerin şüphe ile düşürülmesi boyutu aşırı önemsenirken, mağdur psikolojisi yönü ihmal edilmiş görünmektedir.

Müessir fiil (baş yarma, kol-bacak kırma, bir organı kesme gibi) suçlarında ise af esas itibarı ile mağdurun hakkıdır. Şayet mağdur (yaralı) akıl, baliğ ve rüşt sahibi ise, kısas veya diyet istemek ile affetmek arasında serbesttir.⁶⁸ Ancak eğer mağdur kendi başına karar verecek durumda değilse (akıl hastası ve çocuk gibi) onun haklarını koruma selahiyeti kanunî temsilcilerine (veli veya vasi) düşer.⁶⁹ Şu kadar var ki fukahanın büyük çoğunluğu kanunî temsilcilerin velayeti altında bulunanlar adına karşılıksız bir af yetkisinin bulunmadığı görüşündedir. Çünkü İslâm hukuku prensiplerine göre kanunî temsilciler velayeti altında bulunanların haklarını korumakla yükümlüdür. Hâlbuki karşılıksız af açıkça mağdurun aleyhine bir tasarruftur. Ancak kanunî temsilcilerin diyet mukabili suçluyu af etme yetkisinin olup olmadığı ihtilafıdır. Fukahanın bir kısmı kanunî temsilcilerin caniyi diyet karşılığı bile af yetkisinin bulunmadığını savunurken; diğer bir kısmı sadece baba ve dedenin mali bedel karşılığı caniyi af edebileceği görüşündedir. Bununla beraber diyet karşılığı afta velinin, velayeti altındaki mağdurun ekonomik durumuna göre hareket etmesi gerektiğini savunanlar da vardır.⁷⁰

Şunu özellikle vurgulamak gerekir ki, adam öldürme ve müessir fiil suçlarında devletin ve velayet hakkı bulunmayanların mağdur veya maktulün velilerine rağmen caniyi affetme yetkileri yoktur. Bu suçlarda kısas ve diyeti affetme hakkı, sadece cinayetten doğrudan zarar gören mağdur ve velilerine tanınmıştır.⁷¹ Ancak Hanefiler, Malikiler ile bazı Şafîî ve Hanbelî âlimlerine göre bu tür suçlardan bir şekilde toplum da zarar göreceğinden, Allah hakkı da ihlal edilmekte, bu açıdan mağdur veya velileri affetse de, devletin suçluyu ta'zir cinsinden bir cezaya

⁶⁷ Bu görüş ve delilleri için bkz., Zeyd b. Abdülkerim, s. 202-4; Yaylalı, s. 127. Af konusunda en katı davrananlar Zahirilerdir. Onlara göre varislerden bir kısmı caniyi af etse de kısas cezası düşmez. Zira onlara göre asıl ceza kısas olduğu için, kısas talep edenler diğerlerinden önceliklidir. Bkz., İbn Hazm, *el-Muhalla*, XI, 195-6.

⁶⁸ Udeh, II, 259; Dağcı, s. 124; *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*, XXX, 177. Doktrinde yaranın *sirayeti* de ayrıntılarıyla tartışılmıştır. *Sirayet*, yaranın tesir yoluyla diğer organları etkileyerek daha ağır bir neticeye veya ölüme sebebiyet vermesi demektir. Örneğin, yaralı caniyi af ettikten sonra öltürse yaradan affetmesi, öldürmeden affı gerektirir mi? Konunun tartışıldığı yerler için bkz., Kâsânî, VII, 248-49; Şirbinî, IV, 51; Ensârî, IV, 43; Behûtî, V, 546; Udeh, II, 259; Bilmen, III, 104-105; Salman, s. 82, 121-125

⁶⁹ Serahsî, XXV, 161; Udeh, II, 259; Dağcı, s. 124.

⁷⁰ Bu görüşler hakkında daha geniş bilgi için bkz., Yaylalı, s. 128; Salman, s. 138-140.

⁷¹ Udeh, I, 81.

çarpıtma yetkisi devam eder.⁷² İşte eğer devlet bu suçlarda bir ta'zir cezası ön görmüş ise bu cezayı affetme yetkisi de tabii olarak devletin uhdesinde olacaktır.

İslâm hukukunda insan kanununun heder olmasına müsaade edilmemiştir. Bunun temini için de velisi olmayan mağdur/maktulün velayeti devlete tevdi edilmiştir.⁷³ Ancak devletin bu velayeti af konusunda nasıl kullanacağı tartışılmıştır. Ulemanın çoğunluğu, devletin böyle bir durumda maktul/mağdur ve ümmetin maslahatına en uygun şekilde hareket etmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre devlet suçluya ya kısas uygular ya da diyet karşılığı af eder. Ancak devletin suçluyu karşılıksız (diyet almadan) af etme hakkı yoktur. Çünkü bu, suçtan zarar görenin maslahatına aykırıdır.⁷⁴

Mukayese ve Değerlendirme

Buraya kadar verdiğimiz bilgilerden iki hukuk sisteminin af müessesesine yaklaşımı ana hatlarıyla ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bunları şöylece sıralayabiliriz:

1- Günümüz ceza hukukundaki, ceza adaleti açısından affın gerekli olup olmadığı tartışması, İslâm hukukunda yoktur. İslâm hukukunda hangi suçların affa konu olabileceği, hangilerinin olamayacağı prensip olarak bellidir. Buradaki tartışma hangi suçların Allah hakkı, hangilerinin kul hakkı kapsamına girdiği ve Allah hakları ile ilgili suçların mahkemeye intikalinden sonra kendisinden tövbe edilmesi halinde af edilip edilemeyeceği üzerindedir.

2- İslâm hukukunun af sistemi Allah hakkı-kul hakkı ayırımı üzerine kuruludur. Temel prensip şudur: Bir suçtan mağdur olup dava açma hakkına sahip olanlar af etme hakkına/yetkisine de sahiptir. Bu açıdan adam öldürme ve yaralama suçlarında af etme yetkisi suçtan doğrudan zarar gören ve davacı olabilen mağdur, mirasçıları veya kanuni temsilcilerine tanınmıştır. Ancak zina, hırsızlık, yol kesme gibi kamuya karşı işlenen; veya namaz, oruç ve zekat gibi ilahi emirleri yerine getirmeme şeklinde işlenen suçlar şahsî davaya konu olamayacaklarından ispatı halinde bunlarda af mümkün değildir.

Günümüz hukukunun affa ilgili temel yaklaşımı ise şudur: Genel af yetkisi, bir fiili suç sayma ve cezalandırma hakkını elinde bulunduran erkin (yasama veya yürütme) elinde olmalıdır. Bu açıdan yürürlükteki kanunlarda bu yetki çoğunlukla yasama organuna tanınmıştır. Bu yaklaşımdan iki önemli farklılık doğmaktadır: Günümüz hukukunda suçtan doğrudan zarar gören mağdur ve yakınlarının (mirasçı

⁷² Zühaylî, VI, 291-2. Kamu yararına mahiyet ve miktarını ulu'l-emrin takdir ettiği cezalara ta'zir cezaları denir. Bkz., Maverdî, s. 310; Udeh, I, 143-45, 148-53.

⁷³ Hz. Peygamber (a.s.)'in, "Ben velisi olmayanın velisiyim" (İbn Hanbel, IV, 50, 133) sözü bu anlamda yorumlanmıştır. Bkz., Şirbinî, IV, 461; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmet, (öl.630/1233), *el-Muğnî*, Beyrut ts., IX, 478.

⁷⁴ Mavsîlî, V, 29; Fudeylat, I, 92-3. Malikiler ve bazı Hanbeliler'e göre devlet, bu durumda suçluyu ne karşılıksız ne de diyet mukabili affedebilir. Devletin yetkisi kısas uygulamaktan ibarettir. Fudeylat, I, 93; Salman, s. 149.

ve kanuni temsilcileri) af konusunda hiç bir söz hakkı yoktur. Yetkili organ, bir af kanunu yaparken mağdur ve yakınlarının hatta toplumun aflat ilgili taleplerine göre hareket etme yükümlülüğü altında değildir. Günümüzde, özellikle ülkemizde çıkarılan af kanunlarındaki problemlerin esas kaynağı olan bu yaklaşım, bazı modern hukukçular tarafından da eleştirilmektedir. Burhan Kuzu, yukarıdaki yaklaşımın yanlışlığını şöyle ifade eder. "*Şahıs aleyhine işlenen suçları Devletin tek başına af etmesini kabul edemiyoruz. Her ne kadar bu kişiye cezayı Devlet mağdur adına vermiş ise de, bunun nedeni mağdurun vereceği cezanın bir ölçü almaya dönüşmesini önlemektir. Aynı mantık af noktasında yürütülemez. Aksi halde ihkak-ı hak yolu tahrik edilmiş olur ve vatandaşın Devlete, onun adalet sistemine, hukukun üstünlüğü kavramına olan güveni kalmaz.*"⁷⁵ Cezalandırma hakkının devlette olmasının bir sebebi de, mağdur ve yakınlarının suçu kovuşturmak ve suçluyu cezalandırmak için gerekli olan güç ve imkândan mahrum bulunmasıdır. Halbuki suçtan zarar görenlere af hakkının tanınmasında bu sayılan tehlike ve gerekçeler söz konusu değildir.

Esasen şahıs aleyhine işlenen suçlarda kısas ve af hakkının mağdurun elinde olmasının suç ve ceza siyaseti açısından birçok faydası vardır. Her şeyden önce devlet bu sayede hukukî bir külfetten kurtulmuş olacaktır. Bu vesile ile adalet sistemi tartışma konusu yapılamayacak, mağdurun ölçü alma peşine düşmesinin yolu da kapatılmış olacaktır.

Mağdurun failin cezalandırılmasının da affının da kendi elinde olduğunu bilmesi ve fail karşısında kendini güçlü hissetmesi, kin ve öfkesinin dinmesine, psikolojik yönden tatmin olmasına ve bu sayede suçluyu karşılıksız affetmesine vesile olabilir.⁷⁶ Çünkü, kanunen güçlü ve haklı durumda olmak, toplum baskısını artıracak gibi, büyüklük ve iyi görünme hissi de mağdurun af duygularını daha çabuk harekete geçirecektir.⁷⁷ Bizzat mağdur tarafından başlanılan, suçlu üzerinde de daha derin bir etki bırakacak ve onu nefsi muhasebeye itecektir. Bu durum mağdur ile suçlunun yakınlaşmasını kolaylaştıracak ve aralarında barışın yeniden sağlanmasının yolunu da açacaktır. Bu yetkinin tümüyle devletin elinde olması bütün bu imkanları ortadan kaldırmaktadır.

3- İslâm ceza hukukunda en azından hadd ve kısas cezaları ile salt kul hakkını içeren ta'zir suçları açısından günümüz hukukundaki gibi bir genel af-özel af

⁷⁵ Kuzu, *agm*, s. 292-3.

⁷⁶ Dağcı, s. 84-5.

⁷⁷ Asr-ı saadette cereyan eden şu olay bu açıdan yeterince öğreticidir. Hz. Peygamber (a.s.)'in hizmetçisi Enes b. Malik'in halası Rubeyyi', bir cariye yumruk atıp onun dişini kırar. İnsanlar toplanıp cariye faili af etmesini isterlerse de, taraftarları bunu kabul etmezler. Bu defa diyet karşılığı faili affetmesi teklif edilir. Fakat onlar kısasta ısrar ederler. Dava Hz. Peygamber (a.s.)'e intikal edince bu defa suçluyu affetmesi için onun aracı olması istenir. Fakat Hz. Peygamber (a.s.) tam aksine Allah'ın kitabında kısas emredildiğini ifade ederek, mağdurun talebi istikametinde kısasta ısrar eder. Bunun üzerine cariye taraftarları merhamete gelip suçluyu affederler. (Buhârî, *Tefsîru'l-Kur'ân*, 22; İbn Mâce, *Diyyât*, 16.) Görüldüğü gibi Hz. Peygamber (a.s.)'in kısasta ısrar etmesi mağdurun merhamet duygularının kabarıp suçluyu affetmesine vesile olmuştur. Eğer affa ısrar edilseydi, faili affetse bile belki mağdurun kalbinde kin ve öfke devam edecek, belki de faili hiç affetmeyecekti.

olgusundan söz etmek mümkün değildir. Belki siyasi suçlar ile mahza kamu haklarına yönelik ta'zir suçlarında genel affa benzer şekilde geniş kapsamlı aflar söz konusu olabilir. Ancak bunun da günümüz hukukundaki genel affın niteliklerini tamamen taşıyabileceği söylenemez.⁷⁸ Günümüz hukukunda af yetkisi devletin uhdesinde olduğundan, yetkili organın affını uygun gördüğü suçlara toptan af uygulaması genel af; suçlunun özel durumunun göz önünde bulundurarak uygulaması da özel af olarak nitelendirilmektedir. Bu açıdan günümüzde genel af söz konusu olduğunda ilk düşünilen şey, hangi suçların af kapsamına alınmasının uygun olacağı faktörüdür. Bu sistemde, suçluya göre af değil suça göre af anlayışı benimsendiği için, hangi suçluların affı hak ettiği, hangilerinin hak etmediğine bakılmaksızın af kanunları çıkarılmaktadır.

Sayın Salman'ın, İslâm ceza hukukunda kısas gerektiren suçlarda af hakkının mağdur ve velilerinde olması durumunu, günümüz hukukundaki özel af gibi düşünmesi,⁷⁹ bizce hatalı bir değerlendirmedir. Af hakkının mağdur tarafta olması bir yönüyle özel af gibi görünse de esasen iki af çeşidi arasında tam bir mahiyet farkı vardır. Çünkü özel afta, mahkûmun hastalık, ihtiyarlık veya daha önceki üstün hizmetleri gibi özel halleri göz önünde bulundurulur. Oysa İslâm hukukundaki afta, mağdur veya mirasçuların suçlunun özel durumunu gözetlemek gibi bir mecburiyetleri yoktur. Af hakkını elinde bulunduranlar suçluyu bir bedel karşılığında veya tamamen karşılıksız olarak affetme konusunda mutlak bir yetkiye sahiptirler. Bunun Günümüz hukukundaki özel aftan farklı bir mahiyet arz ettiği açıktır. İslâm hukukundaki bu af türü, daha çok bazı modern hukukçuların da özlemi olan *şahsileştirilmiş affa*⁸⁰ benzemektedir. Uygulanma zorluğundan dolayı günümüz hukukunda benimsenmeyen bu af çeşidinde, affın suçluya uydurulması

⁷⁸ Sayın Salman, doktora çalışmasının birçok yerinde İslâm hukukunda hadd ve kısas gerektiren suçlar ile salt kul haklarının ihlal edildiği ta'zir suçlarında devlet başkanının affetme yetkisinin bulunmadığını işlemesine rağmen, (s. 75, 141-144, 151, 205, 206, 227) İslâm hukukunda da tıpkı Günümüz hukukundaki gibi bir genel af özel genel af olgusu varmış gibi hem de ayrıntılara girerek bir anlatıma girmesi, (bkz., s. 73-86.) üstelik sonucun da tam üç sayfasını buna ayırması (s. 221-4)) bizzat tezin içerdiği bilgiler ile büyük bir tezat oluşturmuştur. Çalışmadaki temel problem tezin Günümüz hukukundaki af anlayışının esas alınarak kurgulanması, İslâm hukukunun af anlayışının da buna göre belirlenmeye çalışılmasıdır. Yazar'ın, Hz. Peygamber (a.s.)'in, Mekke fethinde, daha önce İslâm'a karşı savaşmış, kendisine ve Müslümanlara büyük eziyetlerde bulunmuş kişileri af etmesi (s. 76) şeklindeki uygulamasını, İslâm hukukunda kısmi genel af olduğuna delil yapması da (s. 78) hatalı bir değerlendirmedir. Çünkü kendisinin de belirttiği gibi (s. 78) Hz. Peygamber o olayda bile on kadar kişiyi af etmemiştir. Halbuki Günümüz hukukunda bir kısım suçluların istisna edildiği kısmi bir genel af türü söz konusu değildir. Çünkü genel afta olduğu gibi, kısmi genel afta da tamamen suçlar esas alınmakta, af kanununda hiçbir şekilde şahıs ayırımı yapılmamaktadır. Hz. Peygamber (a.s.)'in uygulaması ise, esasen *şahsileştirilmiş genel affa* (bkz., 78. dipnot) benzemektedir. Bu af türü de uygulama zorluğundan dolayı meriyetteki kanunlarda yer almamaktadır.

⁷⁹ Salman, *Özel Af* başlığı altında sayfalarca kısas ve diyet cezalarının affını anlatmıştır. s. 80-6.

⁸⁰ *Affın şahsileştirilmesi*, aftan yararlanacak olan şahsın nazarı itibara alınması demektir. Bu durum bugün, özel aflar ve şahsileştirilmiş genel aflarla, suçluyu daha yakından tanıyan hakimler vasıtası ile yapılması düşüncesi var ise de, uygulama zorluğundan dolayı şimdilik sadece küçüklerle adli af şeklinde uygulanabilmektedir. Bkz., Bilge, s. 861.

amacı güdülmüştür. İslâm ceza hukukunda af hakkı mağdur tarafta olduğundan, onların da afta çoğu zaman suçlunun durumunu göz önünde bulunduracakları muhakkaktır. Bu ise affın daha çok şahsileştirilerek uygulanması sonucunu doğuracaktır. Buna, çoğu zaman toplumun da suçlunun affı için devreye gireceği faktörü eklendiğinde, sistemin ister istemez daha çok affın suçluya uydurularak uygulanması yönünde şekilleneceği açıktır. Bütün bunlar bizi, İslâm hukukunun af anlayışı içerisinde suça göre af değil, suçluya göre af yaklaşımının hakim olduğu sonucuna götürmektedir.

4- Günümüz hukukunda bir mahkûmun ağır hastalık veya aşırı ihtiyarlık gibi nedenden dolayı cezadan kurtulabilmesi, ancak yasama veya yürütmenin özel af işlemi ile mümkün olabilmektedir. Yani bu durumdaki bir mahkûmun cezasının affı, ertelenmesi, başka bir cezaya çevrilmesi, yargının değil, yasama veya yürütmenin yetki alanına girmektedir. Oysa İslâm ceza hukukunda böylesi haller zaten hukuken cezanın infazına engeldir. Hakim mahkumiyet kararı verse bile ağır hasta ve yaşlı bir mahkûmun cezası infaz edilemez. Zira bu durumda cezayı uygulamama nassların amir hükmü olduğundan, hakimin bu hükmü uygulamaktan başka seçeneği yoktur. Yani bu çeşit bir af İslâm ceza hukukunda yasama ve yürütmenin değil, bir yargı işlemi ile mümkündür.

c) Sulh Yoluyla Af

İslâm ceza hukukunda, şahıs aleyhindeki suçlarda karşılıksız af mümkün olduğu gibi, sulh yoluyla da af mümkündür. Mağdur veya maktûlün mirasçıları suça öngörülen diyet (malî bedel) mukabili veya ondan daha çok veya az bir bedel karşılığında kısastan vazgeçme hususunda suçlu ile karşılıklı anlaşabilirler. Buna *sulh* denir. Ancak kanunî temsilciler (veli veya vasi) diyet miktarından az bir bedelle sulh yapamazlar. Şayet daha az bir bedelle sulh yaparlarsa bu, kısas hakkını düşürme yönüyle geçerli bir sulh olur. Fakat bu durumda mağdurun, diyetin noksan kalan kısmı için canıye rücu hakkı doğar.⁸¹ Yani mağdur, suçludan diyetin eksik kalan kısmını da talep edebilir.

Mağdur ve velilerinin, failin rızası olmadan, mali bedel (diyet) karşılığı kısastan vazgeçme haklarının olup olmadığı ihtilafıdır. Hanefi ve Malikiler'e göre kasten öldürmenin cezası (*mûcebu'l-âmd*) kısastır. Buna göre mağdur veya velilerinin (*evliyâu'd-dem*) hakkı, kısas isteme ve af ile sınırlıdır. Eğer mağdurun velileri suçluyu mutlak olarak af etmişler ise artık diyet talep edemezler. Çünkü bu görüşe göre mâli bedel karşılığı kısastan vazgeçme af değil bir sulhtur işlemidir. Bu açıdan mağdur ve velilerinin malla tazmin talebi ancak mağdur ile suçlunun karşılıklı rıza ve anlaşmalarına bağlı olarak geçerlilik kazanabilir. Fakat suçlu, istenen diyeti kabul etmeyip kendisine kısas uygulanmasını isterse mağdur taraf cebren diyet alma hakkını kullanamaz.⁸²

⁸¹ Udeh, II, 259; Dağcı, s. 124-25.

⁸² İbn Rüşd, II, 336; Kâsânî, VII, 298; Udeh, II, 258; Ebû Zehra, *Suç ve Ceza*, I, 480-81; Dağcı, s. 123; Salman, s. 83.

Şafii ve Hanbeliler ile, Ebû Sevr (öl. 240/854), Davûd ez-Zahiri (öl. 270/883) ve bazı Malikiler'in de savunduğu ikinci bir görüşe göre kasten öldürmenin cezası kısas ve diyetten biridir. Mağdur ve velileri kısas isteyebilecekleri gibi, caniden kısas yerine diyet de talep edebilirler, bu konuda suçlunun isteğine bakılmaz.⁸³ Şâri'in iki alternatif ceza şekli sunması mağdur tarafın bu ikisinden birini seçme hakkı olduğunu göstermektedir.

Ancak bu görüşte olanlara göre de, iki tarafın sulhu kabul etmeleri durumunda suçlu teklif edilen bedeli kabul etmediği müddetçe sulh gerçekleşmez. Çünkü sulh, esasen iki tarafın karşılıklı olarak anlaşmalarıdır. Bu anlaşma diyetten az veya çok bir bedel üzerinde olabileceği gibi, diyetin bir kısmından vazgeçmek ve karşılıksız bağışlamak suretinde de gerçekleşebilir.⁸⁴ Bu açıdan bir sulh anlaşmasında canî teklif edilen bedeli kabul etmediği müddetçe sulh gerçekleşmez.⁸⁵

Yine kısa bir mukayese yapmak gerekirse, mağdurun alacağı mâli bedel karşılığında suçluyu af etmesi, yani diyet olgusu günümüz hukuk anlayışında kabul edilemez bulunmuştur. Çünkü şahıslara karşı işlenen suçların mal ile tazmin edilmesi, suçun haksız zenginleşmeye aracı olacağı gerekçesiyle hukukî ve insanî olmadığı ileri sürülmüştür. Günümüz hukukundaki bu yaklaşım kendi içinde tutarlı gözükmemektedir. Zira günümüz hukuku adam öldürme ve yaralama suçları ile hakaret suçlarında hem maddi hem manevi tazminatı kabul etmiştir. Bu tür davalarda bazen mağduru zenginleştirebilecek şekilde milyarlarca lira tazminatlara hükmedildiği bilinen bir gerçektir. Burada aynı mantığın yürütülmemesi bir çelişkidir. Her şeye rağmen bazı modern hukukçular da bu tür suçlarda tazminata başvurulmasının gereğine dikkat çekmektedirler. Örneğin Demirbaş, son af kanununu eleştirirken, adalete ve Devlete olan inancın korunabilmesi için, bu affın, mağdur ile yakınlarının maddi ve manevi zararlarının hükümlü tarafından karşılanması şartına bağlanması, bu mümkün değilse devlet tarafından karşılanmasının gerekliliğine dikkat çekmektedir.⁸⁶ Bunun diyetten çok farklı bir şey olmadığı ortadadır.

Görüldüğü gibi İslâm ceza hukuku, adam öldürme ve yaralama suçlarında mağdur ve velilerine af hakkı tanımakla kalmamış, affı, aynı zamanda teşvik ve telkin etmiştir. Nasslarda affın, Allah tarafından bir haffletme ve rahmet olarak tavsif edilmesi (Bakara, 2/187) suç ve ceza siyaseti ve cezalandırmanın amacı açısından önemli bir olgudur. Zira cezalandırmanın amaçlarına baktığımız zaman, en önemlisinin suçla bozulan toplumsal barışın yeniden te'sis edilmesi olduğunu görürüz.⁸⁷ İşte af, bu barışın sağlanmasında önemli bir işleve sahiptir. Cezanın zecri, caydırıcı ve ibret verici yüzünün, toplumsal barışın sürekliliği ve devam ettirilmesi

⁸³ Şafii, Muhammed b. İdris, (öl.204/819), *el-Umm*, Beyrut ts., VI, 11-12; İbn Rüşd, II, 336; Şirbîni, IV, 48; Udeh, II, 558.

⁸⁴ Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 482.

⁸⁵ Şirbîni, IV, 49.

⁸⁶ Demirbaş, *agm.*, s. 96.

⁸⁷ Dönmezer-Erman, I, 111; Önder, s. 3, 7; el-Avva, s. 75; Çalışkan, s. 369.

açısından daha etkili olduğu düşünülebilir. Affın suç işleme caydırıcılığını zayıflatma ve ortadan kaldırma gibi olumsuz yönlerinin olduğu da inkar edilemez. Bu açıdan kısasın meşru kılınması sebebinin caydırıcılık olduğu, affa bu faktörün zayıflatıldığı iddia edilebilir. Ancak kısastaki asıl caydırıcılık, kısas hakkının mutlak ve muhakkak oluşuyla temin edilmiştir. Yani kısas, mağdur, mirasçıları ve kanunî temsilcilerinin hakkı olup onlara rağmen başka bir şahıs veya merci tarafından kullanılamaz. İşte bu yönüyle mutlaktır. Onlar kısas isterlerse, suçlu kim olursa olsun kısastan kurtulma imkânı yoktur. Bu yönüyle de kesindir. Hâlbuki mağdurun caniyi affedip etmeyeceği sadece bir ihtimaldir. Akl-ı selim sahibi bir insanın hayatını bir ihtimale havale etmesi düşünülemez.⁸⁸ Bu açıdan bir insanın affa güvenip suç işlemesi, darağacında ipin kopması temennisi içerisinde suç işlemesinden farksız bir iyimserliktir.

Esasen mağdura hiç af hakkı tanımamak, bazı durumlarda onun açısından daha büyük bir zarar, hatta katlanılmaz bir acıya da dönüşebilir. Örneğin bir insan öz kardeşi tarafından öldürüldüğünde, kısas isteme hakkı babaya aittir. Eğer kısas uygulanması zorunlu bir ceza olsaydı, baba diğer oğlunu da kaybetmek gibi bir durumla karşılaşacaktı.⁸⁹ Bu durumda babanın maddi ve manevi kaybının daha da artacağı açıktır. Halbuki babaya af hakkı tanımak, ona kendi maslahatını gözetleme hakkını vermek demektir.

Suçlunun sebep olduğu kin ve intikam duygusunu yatıştırmak ve yeni bir fitneye imkan vermemek açısından kısas cezası, ayet-i kerimede⁹⁰ de işaret edildiği gibi gerçekten hayat bahşeden bir özelliğe sahiptir. Buna karşılık af, toplumda yüksek insanî-erdemleri yaymak ve atfet (karşılıksız sevgi, merhamet) duygusunu geliştirmek açısından eşsiz bir değer ve önemli bir fırsattır. Kısasın caydırıcı ve ibret verici özelliğine karşılık affın, suçluyu mağdura ve topluma hayat borcu olan biri haline getirme yönü bulunmaktadır.

d) İki Hakkın Birleştiği Suçlarda Af

Hem Allah hem kul hakkının birleştiği suçlar da vardır. Bu tür suçlarda bir taraftan kamuya ait genel maslahatlar çiğnenmekte, diğer taraftan doğrudan belli şahıslara zarar verilmektedir. Bunların bir kısmında Allah hakkı, bir kısmında kul hakkı galiptir. Kazif, yol kesicilik (hırabe/eşkıyalık) ve hırsızlık suçları bu nevidendir.⁹¹ Bu tür suçlarda, kul hakkının çiğnendiği kısmın kovuşturulması şahsî davanın açılmasına bağlıdır. Davacı, mahkemenin herhangi bir safhasında suçluyu affedebilir, ancak bu af, sadece kul hakkını düşürür. Eğer suçun Allah hakkı ile ilgili

⁸⁸ Burada devletin ta'zir hakkını da unutmamak gerekir. Çünkü mağdur, suçluyu afetse de devletin ta'zir hakkının devam etmesi, ikinci bir caydırıcı unsur olarak devam eder.

⁸⁹ Günümüz ceza hukukunda bu tür suçlar kamuya karşı işlenmiş kabul edildiğinden mağdurun tercihine bakılmadan suçlu cezalandırılmakta, bu açıdan bazen yukarıda işaret edilen ızdırap ve mağduriyetler ortaya çıkabilmektedir.

⁹⁰ "Ey akıl sahipleri, kısasta sizin için hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız". Bakara, 2/179.

⁹¹ Kâsânî, VII, 52; Şatıbi, II, 242-43; Ebû Hassan, s. 224, 225.

kısmı bir şekilde ispat edilirse hadd cezası yine düşmez.⁹² Şimdi bu suçları sırasıyla ele alalım

d-a) Kazif Suçunda Af

Kazif kelimesi, terim olarak *muhsan*⁹³ kişilere açık veya delalet yoluyla zina isnadında bulunmaktır.⁹⁴ Bilindiği gibi Kur'ân'da, mü'min kadınlara zina isnadında bulunup da bunu en az dört şahitle ispatlamayanlara celde cezası (seksen değnek) ön görülmüştür.⁹⁵ Kazif haddinde kul hakkının mı, Allah hakkının mı galip olduğu ihtilaflıdır. İlgili görüşler şöyledir:

Hanefiler göre, kazif suçu, Allah hakkının galip olduğu bir suçtur. Çünkü masum (suçsuz kabul edilen) insanlara yönelik iffetsizlik suçlaması fertlerle sınırlı kalmaz, toplumda da fitneye sebep olur. Bir suçtan toplum zarar görüyorsa, failinin cezalandırılması da toplumun maslahatı içindir. Bu açıdan kazif cezasının hem fayda ve caydırıcılığının kesinleştirilmesi, hem affının önlenmesi için Allah hakkı olarak vacip olması gerekir. Bu cezayı infaz yetkisi de devletindir. Eğer kul hakkı olsaydı infaz yetkisi makzufun (zina iftirasına uğrayan) olurdu. Ayrıca kul hakları ile ilgili cezalarda mümasalet (suçu benzeri ile cezalandırma) esastır. Hâlbuki kazif cezası olan seksen celde ile bu suç arasında bir benzerlik yoktur. Had cezalarının bir özelliği de kölelere yarım uygulanmasıdır. Kazif cezasının da kölelere yarım uygulanması onun Allah hakkının ihlal edildiği bir suç olduğunu göstermektedir.⁹⁶ Fakat bu isnad doğrudan belli bir kişinin iffet ve ırzına yönelik olduğundan, kazif suçuna kul hakkı da girmektedir. Bundan dolayı bu suçun takibi için şahsî dava gerekir. Çünkü bu tür haklar ancak şahsî dava ile elde edilebilirler.⁹⁷ Kazif haddi, mahkeme önünde sübut bulduktan sonra sulh, af ve ibra caiz değildir.⁹⁸ Böyle bir şey yapılırsa bile bir hüküm ifade etmez.⁹⁹

⁹² Atar, Fahrettin, "Af", *DİA*, İstanbul 1988, I, 395.

⁹³ İslâm ceza hukukunda *muhsan* iki anlamda kullanılır. Akıl, baliğ, hür ve müslüman bir şahıs sahih bir nikahla zifafa girmiş ise zina suçu açısından muhsan sayılır. Buna *recm ihsanı* denir. İlk dört sıfatı taşıyan şahıs zina iffetsizliği ile lekelenmemiş ise, kazif suçu açısından muhsan sayılır. Buna da *kazif ihsanı* denir. Mavsîlî, IV, 84, 93; Kâsânî, VII, 37, 40; Şîrbînî, IV, 146.

⁹⁴ İbn Abidin, Muhammed Emin, (öl.1252/1836), *Hâşiyetu Reddî'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, İstanbul 1984, IV, 43.

⁹⁵ Nur, 24/4-5. Başka ayet ve hadislerde mü'min kadınlara zina iftirasında bulunmanın Allah'ın azabını mücip büyük bir günah olduğu da haber verilmiştir. Bkz., Nur, 24/23; Buharî, *Hudûd*, 44.

⁹⁶ Kâsânî, VII, 56; M. İbrahim, s. 398-99. Başka gerekçeler için Bkz., Serahsî, XIX, 109; Mavsîlî, IV, 95-6; İbn Abidin, IV, 53; el-Avva, s. 83; el-Cezerî, Abdurrahman, *Kitabu'l-Fıkh alâ Mezâhibi'l-Erbaa*, Çağrı Yay., İstanbul 1987, V, 230-31.

⁹⁷ Kâsânî, VII, 52; Bilmen, IV, 95-96.

⁹⁸ Hanefi kitaplarının çoğunda, kazif suçunun dava edilmeden önce makzuf tarafından affedilebileceği, hatta hâkimin dava açmak isteyen makzufu bundan vazgeçirme yönünde telkinde bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Kâsânî, VII, 52; Bilmen, IV, 95-96. Ancak

Malikiler'e göre, kazif suçu mahkemeye intikal etmeden önce şahsî bir hakır ve mazkuf suçluyu affedebilir. Ancak dava herhangi bir şekilde mahkemeye intikal ettiğinde kamu davasına dönüşür ve Allah hakları kapsamına girer. Ceza, toplum adına uygulanacağından davacının davayla bir ilgisi kalmaz, bundan dolayı davacının suçluyu affetmesi söz konusu olamaz.¹⁰⁰ Şafiiler ve Hanbeliler'e göre ise, kazif suçu kul hakkının galip olduğu bir suçtur. Onlara göre mazkufun (zina iftirasına uğrayan) talebi olmadan kazif haddinin uygulanamayacağında ihtilafın olmaması da bu görüşün isabetliliğini göstermektedir. Hâlbuki diğer haddlerde şahsî talep itibara alınmaz.¹⁰¹ Ayrıca bu hadd mazkufun iffet ve ırzının korunması için konmuştur. Bu da onun kul hakkı olduğunun göstergesidir. Bu açıdan kazif suçu mazkufun affı ile düşer. Suç mahkemeye intikal edip sübut bulsa bile davacı suçluyu affettiği takdirde ceza yine de düşer. Çünkü bu, aynen kısas gibi mahza (salt) bir kul hakkıdır. Mazkufun izni olmadan da kazif haddi uygulanamaz.¹⁰²

Her iki tarafın da gerekçelerinde reddedilmesi mümkün olmayan haklı noktalar bulunduğunu gören bazı alimler, iki görüşün arasını te'lif cihetine gitmeyi daha makul bulmuşlardır. Hanefiler'den el-Merğınânî, (ö.592/1196) kazif cezasının, mazkufun ırz ve şerefini koruması açısından kul hakkını, toplumu fesattan (zina isnadından doğacak fitne) korumak üzere zecr (caydırma) için konmuş bir ceza olması açısından ise Allah hakkını içerdiğine dikkat çekerken,¹⁰³ Şâfiilerden Ensârî ise, bu suçta kul hakkının galip olduğunu fakat cezanın hadd özelliklerini de taşıdığını teslim etmiştir.¹⁰⁴ Kısacası sırf cezanın özelliklerinden hareketle kazif suçunda, iftiraya uğrayan mağdurun hakkının bulunmadığı görüşü eksik görüldüğü gibi; sadece mazkufun şahsına yönelik olmasından hareketle bu suçun toplumda sebep olacağı fitnenin göz ardı edilmesi de doğru bir yaklaşım değildir. Mazkuf, haktan vazgeçse bile eğer suç toplumda bir fitne ve huzursuzluğa sebep olmuş ise, bu durumda cezanın Allah hakkı yönünün öne çıkarılarak hadd olarak uygulanması bu suçun özellikleri açısından daha isabetli görünmektedir.¹⁰⁵

müteahhir Hanefî âlimlerinden İbn Abidin, buradaki çelişkiye işaret ederek, (çelişki, kazif suçunun Allah hakkının ihlal edildiği bir suç olduğu iddia edildiği halde, mağdurun bunu affedebileceğinin kabulüdür.) bu iddiaya itiraz eder, bunun yanlış bir anlamın ürünü olduğunu, mezhep kitaplarından, bu haddin davadan önce de sonrada af ve ibrayla düşmeyeceği yönünde nakillerde bulunur. Bkz., İbn Abidin, IV, 53.

⁹⁹ Kâsânî, VII, 246; İbn Abidin, IV, 53.

¹⁰⁰ İbn Abdilberr, Yusuf b. Abdillan en-Nemirî, (ö.463/1071), *Kitabu'l-Kâfi*, Riyad 1980, II, 1078; el-Cezerî, V, 231.

¹⁰¹ M. İbrahim, s. 399.

¹⁰² Maverdî, 300; Behûti, VI, 105; el-Cezerî, V, 230; İmamiye ve bazı Malikiler de bu görüştedir. Bkz., Fudeylat, II, 174.

¹⁰³ Merğınânî, I-II, 402.

¹⁰⁴ Ensârî, IV, 136.

¹⁰⁵ Salman, kazif cezasının mahza Allah hakkını içerdiği ve bu açıdan mağdurun affıyla düşmeyeceği şeklindeki görüşü isabetli bulmuştur. Bkz., *age.*, s. 161.

d-b) Yol Kesicilik (Eşkıyalık) Suçunda Af ya da Af Yerine Geçen Töbve

İslâm ceza hukukunda suçlar kendileriyle ihlal edilen hak açısından bir ayırımı tabi tutulmuş olsalar da, af ve tövbeye suçun kendine has özelliği de göz ardı edilmemiştir. Yol kesicilik suçu, hem iki hakkın (Allah hakkı/kul hakkı) ihlalini içerisinde barındırması, hem de suçtan vazgeçildiği takdirde meydana getirdiği korkunun sona ermesi yönleriyle diğer suçlardan ayrılmaktadır. Bu özelliğine binaen Şarî yol kesicilerin ele geçmeden önce töbve etmeleri halinde affedilmesini emretmiştir.¹⁰⁶

Yol kesiciliğin cezasını belirleyen ayet şöyledir: “Allah ve Resûlüne karşı savaşanların ve yer yüzünde fesat çıkaranların cezası, ya öldürülmeleri, ya asılmaları yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut da buldukları yerden sürgün edilmeleridir....Ancak siz kendilerini ele geçirmeden önce töbve edenler müstesna. Biliniz ki Allah çok bağışlayıcı ve çok esirgeyicidir.” (Maide, 5/33-4) Görüldüğü gibi ayette, bu suça karşılık öldürme, asılma, el ve ayakların çaprazlama kesilmesi ve sürgün edilme şeklinde beş ayrı cezadan bahsedilmektedir. Bu cezalar, “veya/yahut” anlamına gelen و edatı ile birbirine bağlandığından, suçun hangi tür ve kademesinde hangi cezanın gerekeceği; devletin bu cezalardan birini takdir ve seçme hakkına sahip olup olmadığı hususunda İslâm hukukçuları arasında ciddi görüş ayrılığı vardır. Bu ihtilafın sebebi, eşkıyalığın basit ve tek bir suç olmayıp, farklı ağırlıktaki cezaları gerektiren farklı yapıdaki birkaç suçun bir arada işlenebildiği karma yapıdaki bir suç olması, bunlar içerisinde Allah hakkı ihlali sayılan suçların yanı sıra, kul haklarını ihlal edenlerin de bulunması faktörüdür.¹⁰⁷

Ayetin sonunda yer alan “...ancak siz kendilerini ele geçirmeden töbve edenler müstesna” açık ifadesinden dolayı İslâm alimleri, ele geçmeden önce töbve eden yol kesicilerin/eşkıyanın tövbeseinin makbul olduğu ve kendilerinden cezayı düşürdüğü hususunda görüş birliği içerisindeyler.¹⁰⁸ Ancak, işlenen suçlara ayetteki hangi cezanın karşılık geldiği ve hangisinin Allah hakkı, hangisinin kul hakkı kapsamına girdiği ihtilafı olduğu için, haliyle bu suçlardan hangilerinin töbve ile hangilerinin mağdurun affıyla düşeceği hususunda da farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, (Hanefiler, Şafîiler, Hanbeliler) yukarıdaki ayette cezaların biri birine atfedilmesi, cezanın suçluya uydurulması için devlete bir takdir hakkı tanımaya yönelik olmayıp, işlenen suça uygun düşen cezanın tespitine yöneliktir. Yani ne tür bir suç işlenmiş ise, bu cezalar arasından sadece o suça uygun düşen ceza verilebilir. Onun dışında başka bir ceza verilemez.¹⁰⁹ Ancak Hanefiler’e göre ayette takdir edilen cezalar birer had cezasıdır. Yol kesenler sadece malları almışlarsa, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, adam

¹⁰⁶ Geniş bilgi için Bkz., Fudeylat, III, 185, 191, 218; Bardakoğlu, Ali, “Eşkıya”, DİA, İstanbul 1995, XI, 466.

¹⁰⁷ Bardakoğlu, agm, XI, 465.

¹⁰⁸ Kâsânî, VII, 96; Trablûsî, Alâuddin Ebi'l-Hasan Ali b. Halil, (ö.844/1440), Mu'nu'l-Hukkâm, y.y., 1973, s. 190; Mavsîlî, IV, 116.

¹⁰⁹ Bkz., Zuhaylî, VI, 136; Bardakoğlu, agm, XI, 465.

öldürmüşlerse, öldürülmeleri, yol emniyetini ihlal etmişlerse hapsedilmeleri, -zira Hanefiler'e göre ayetteki sürgün cezasından kasıt, hapistir- birer hadd cezası olarak uygulanır. Bu açıdan yol kesiciler tövbe etmeden ele geçirilirse, suçtan zarar görenlerin af hakkı söz konusu değildir.¹¹⁰

Malikiler'e göre de bu cezalar birer had cezasıdır. Ancak onlara göre ayette cezaların biri birine atfedilmesi, cezanın suçluya uydurulması amacına yöneliktir. Buna göre ulu'l-emr (devlet) yol kesiciler için ayette geçen cezalardan birini veya ikisini seçme yetkisine sahiptir. Devlet başkanı suçluların durumunu ve toplumun maslahatını göz önünde bulundurarak en caydırıcı ve en zecri olan cezayı vermekle yükümlüdür.¹¹¹ Malikiler'e göre ayette geçen cezalar sadece yol kesmenin ve emniyeti yok etmenin cezalarıdır. Dolayısı ile mağdur ve velilerinin eşkiyayı (yol kesiciler) affetme hakkı yoktur. Ancak eşkiya, ilaveten başka bir suç da işlemiş ise, devlet o suça karşılık gelen cezadan daha hafif olanı veremez. Örneğin adam öldürmüş ise, mutlaka ölümle cezalandırılır. Mağdurun velilerinin bu konuda af yetkisi yoktur.¹¹²

Şafiiler ve Hanbeliler'e göre yol kesmede, adam öldürme ve yaralama suçları hadd değil, kul hakkı içerdiğinden bunlar kısas cezası gerektiren suçlardır.¹¹³ Dolayısı ile bu suçlar her halükarda mağdur veya velilerinin affıyla düşer.

Yol kesiciler (eşkiya) ele geçmeden önce tövbe ederlerse kendilerine had cezaları uygulanmaz. Fakat tövbe ile kul hakları düşmez. Adam öldürmüş veya yaralamışlarsa mağdur veya maktûlün velilerinin kısas hakkı devam eder. İsterlerse af ederler, isterlerse kısas talep ederler. Yol kesiciler mal almışlarsa, mevcut olanları sahiplerine teslim ederler, harcadıklarından ve telef ettiklerinden dolayı ise tazminle yükümlü tutulurlar.¹¹⁴

Cezayı düşürücü tövbe, suçlunun suç ve günahlarından dolayı salt pişmanlık duyma şeklinde olmayıp, fiilen suçu işlemekten vazgeçtiğini gösteren maddi ve objektif veriler şeklinde tezahür etme şartına bağlanmıştır. Bunun için, suçlunun silah ve eşkiyalığı bırakması, kendi iradesi ile gelip devlete teslim olması veya itaatini bildirmesi, normal hayatına geri dönmesi, yağmaladığı malları sahiplerine

¹¹⁰ Kâsânî, VII, 96; Mavsîlî, IV, 114; Trablûsî, s. 190.

¹¹¹ İbn Abdilberr, II, 1087-88; Zühaylî, VII, 137. Sayın Salman'ın, Malikiler'in görüşünü, daha ağır bir cezadan vazgeçerek daha hafif bir ceza uygulanması anlamına geldiği ve bunun özel af tasarrufu niteliğinde olduğu (bkz., s. 199) şeklindeki değerlendirmesi isabetli değildir. Çünkü Malikiler daha başta suçlunun durumuna ve kamu maslahatına en uygun cezanın tayin edilmesini ve suçluya bu cezanın tatbik edilmesini ön görmektedirler. Bu görüşte ağır bir cezanın yerine daha hafif olanın öngörülmesi söz konusu değildir. Özel af ise, suçlunun gösterdiği iyi hal, hastalık veya ihtiyarlık gibi bir nedenden dolayı cezasının daha hafif bir cezaya çevrilmesi veya tamamen af edilmesi şeklinde olur.

¹¹² İbn Abdilberr, II, 1088.

¹¹³ Şîrbînî, IV, 181-82; Ahmet b. İbn Teymiyye, (öl.728/1328), *es-Siyasetü's-Şerîyye*, Beyrut 1988, s. 75, Zühaylî, VI, 137.

¹¹⁴ Kâsânî, VII, 96; Mavsîlî, IV, 116; Trablûsî, s. 190; İbn Abdilberr, II, 1088; İbn Rüşd, II, 382; el-Avva, s. 114.

iade etmesi, bir daha yol kesmeye azmetmemesi ve gerekiyorsa suç mahallini terk etmesi gibi şartlar aranmıştır.¹¹⁵

Buradan, İslâm ceza hukukundaki af sisteminin Allah hakkı-kul hakkı ayırımı üzerine kurulu olduğu bir daha anlaşılmalı olmalıdır. Oysa günümüz ceza hukuku böylesi bir ayırımı tamamen yabancıdır. Zira günümüz ceza hukuku anlayışında, af kanunu çıkarılmadığı müddetçe suçlunun yaptığı suçtan pişmanlık duyarak vazgeçmesi ve tövbe etmesi gibi iyi hallerin cezanın düşmesine bir tesiri kabul edilmemiştir. Suçlunun gösterdiği iyi halden dolayı cezasının hafifletilmesi veya indirilmesi infaz hukuku ile ilgili ayrı bir durum olup bunun afa bir ilgisi yoktur.

İslâm ceza hukukunda yol kesicilerin ele geçmeden önce tövbe etmesi halinde af edilmesi, suç ve ceza siyaseti açısından isabetli bir yaklaşımdır. İnsanlar kötü niyetlerine ve arkadaşlarına uyararak bazı suçlar işleyebilirler. Ancak birçok suçlu yakalanmadan önce, işlediği suçtan samimi bir şekilde pişmanlık duyabilir. Böyle birinin daha fazla tahribat yapmaması ve yeniden topluma kazandırılması için kendisine bir fırsat verilmesi, devlet ve toplumun yararına etkin sonuçlar doğuraktır. Eğer bu tür suçlulara böyle bir imkân tanınmazsa, cezadan kurtulma ümitleri kalmadığından, pişmanlık duysalar bile büyük ihtimalle suç işlemeye devam edeceklerdir.

Eşkiyanın devlet gücüyle yakalandıktan sonra tövbesinin (pişmanlık) kabul edilmemesinin de makul sebepleri vardır: Birincisi, yakalanmadan önce tövbe etmemesi, sonraki tövbesini şüpheli hale getirir. Çünkü bu aşamada tövbesinde samimi olup olmadığını anlamanın imkânı ortadan kalkmıştır. İkinci olarak, bu tür kişilerin pişmanlığı aktif nedamet olarak kabul edilirse, yakalanan her eşkiya bunu istismar edebilir. Yani bununla yol kesicilere, önceden tövbe etmemeleri halinde, ibret verici bir cezadan kurtulmalarının mümkün olmayacağı mesajı verilmektedir. Bu şekildeki bir ceza siyaseti, cezadan kurtulmak isteyen eşkiya üzerinde daha büyük bir etkiye sahip olacaktır.

Konuyla bağlantısı olması açısından bu başlığı bitirmeden hırsızlık cezasının da tövbe ile düşüp düşmeyeceğine değinmekte yarar vardır.¹¹⁶ Hanefiler'e göre hırsızlık suçunda kul hakkı ağırlıkta olduğundan takibi için şahsi davanın açılması şarttır. Ancak suç mahkemeye intikal ettikten sonra Allah hakkına dönüşür ve artık affı söz konusu olamaz. Şâfiilere göre hırsızlık, Allah hakkının ağırlıklı olduğu bir suçtur. Bu açıdan dava açma şartı yoktur. Suçun sübutu için *hisbe şahitliği* yeterlidir.¹¹⁷ Yani şahitler kendiliğinden mahkeme gidip bir şahsın hırsızlık yaptığına şahitlik

¹¹⁵ İbn Rüşd, II, 38; Kâsânî, VII, 96; Fudeylat, III, 218.

¹¹⁶ Eşkiyalıkta olduğu gibi hırsızlıkta da esas hedef insanların mallarını haksız yere ele geçirmektir. Şu kadar var ki, hırsızlıkta bu iş gizlice yapılırken, eşkiyalıkta organize bir çete ile aleni bir şekilde yapılmaktadır. Bu açıdan İslâm hukukçuları eşkiyalık için *es-Sirkatü'l-Kübra* (Büyük Hırsızlık) tabirini kullanırlar. Bkz., Kâsânî, VII, 96.

¹¹⁷ Fudeylat, III, 9. Hisbe şahitliği, haddlerde herhangi bir dava olmadan Allah için yapılan şahitliktir.

ederlerse, bu hadd gerektiren bir suç olduğu için, mal sahibi davacı olmasa da suçlu cezaya çarptırılır.

Hırsızlık suçu da aynen eşkıyalıkta olduğu gibi, dava edilip sübüt bulduktan sonra ne affı söz konusu olur, ne de tövbe ile düşer.¹¹⁸ Ancak fakihlerin çoğunluğuna göre, suç dava edilmeden hırsızın tövbe ettiği anlaşılır ve ona bir daha geri dönmeyeceğine dair güçlü emareler (deliller/karineler) bulunursa bu ondan haddi düşürür.¹¹⁹ Bu görüşün dayanağı hırsızlık cezasını belirleyen ayetin sonundaki; "...kim yaptığı bu zulümden (hırsızlıktan) sonra tövbe eder ve ıslah olursa, şüphesiz Allah onun tövbesini kabul eder..." ifadedir.¹²⁰ Bunun sebebi şudur: Hırsızlıkta suça konu olan şey, maldır. Mal da halis (katkısız) kul hakkına girer. Kul hakkı konusunda mahkeme ancak hak sahibinin dava etmesi ile harekete geçebilir. Şayet hırsız çaldığı malı hak sahibine teslim etmiş ise, burada dava edilecek bir şey kalmadığından ceza verme sebebi de ortadan kalkmış olmaktadır.¹²¹ Ayrıca bu tür şahsî haklarda özel durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin mal sahibinin malı hırsıza hibe veya temlik etmiş olması; hırsızın çaldığı malda hak iddia etmesi ve malın hurz (muhafaza) altında olmaması gibi faktörler söz konusu olabilir. Mal sahibinin davası olmadan bu tür özel durumlar bilinmeyeceğinden bu suçta hak sahibinin dava açması şart koşulmuştur.¹²²

d-c) Devlete Başkaldırı (Bağy) Suçunda Af

İslâm hukukunda yönetimi zorla değiştirmek üzere devlete baş kaldıranlara (bâğîler) nasıl muamele edileceği, kimlerin bu suçu işlemiş sayılacağı fıkıh kitaplarında ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Burada bizi ilgilendiren bâğîlerin, suçun herhangi bir aşamasında isyandan vazgeçmeleri veya yakalanmaları durumunda hangi şartlarla affedilebilecekleri hususudur.

İslâm hukukçuları *bağy* suçunu unsurları itibarı ile farklı tarif etmiş olsalar da bu farklılığın tövbe ve af konusunda fazla etkili olduğu söylenemez. Hanefiler'e göre *bağy* suçunun en önemli unsuru isyanda kuvvete başvurulması, yani fiilen silahlı kalkışmaya girişilmesidir.¹²³ Bu safha gerçekleşmeden suçun unsurları teşekkül etmiş olmaz.

¹¹⁸ el-Cezerî, V, 206.

¹¹⁹ Kâsânî, VII, 96. el-Cezerî, V, 206. Fudeylat, III, 12-13, 15-6. Tövbenin kabulü için belirlenen kriter, malın sahibine teslimidir. Kâsânî, VII, 96; Hırsızlık suçunun tövbe ile düşmeyeceği görüşünde olan Malikiler göre hırsız, malı sahibine teslim etse bile bu ondan cezayı düşürmez. M. İbrahim, s. 350.

¹²⁰ Maide, 5/39. Hırsızlık suçu af açısından eşkıyalık suçuna da kıyas edilmiştir. Bkz., Fudeylat, III, 159-60.

¹²¹ Kâsânî, VII, 96; Ebu Hassan, s. 274.

¹²² Mavsîlî, IV, 105; Ebu Hassan, s. 274-75.

¹²³ Mavsîlî, IV, 152; el-Avva, s. 131; Şafak, Ali, "Bağy", *DİA*, İstanbul 1992, IV, 451. Hanefiler'e göre yönetime isyan edenler haklı iseler bunlara bâğî denmez.

Şafîiler, suçun kapsamını daha geniş tutmuşlardır. Onlara göre *bağy*, gerekli güç ve kudrete sahip olan kişilerin bir gerekçeye (te'vil) dayanarak, fiilen baş kaldırmak, itaat etmemek veya zekat ve kısas gibi kendilerine terettüp etmiş bir hakka mani olmak suretiyle imama muhalefettir.¹²⁴

Eğer devlet bağlilerin isyan hazırlığı içerisinde olduğunu tespit ederse, onları yakalayıp hapsedme hakkına sahiptir. Ancak pişmanlık duyup isyandan vazgeçenleri serbest bırakmak zorundadır.¹²⁵ Hapsedmenin belli bir süresi yoktur. İsyân düşüncesinden vazgeçtiğine kanaat getirilen her bağî bu aftan yararlanabilir. İsyân fiilen başlamış ise, devlet hemen isyancılarla savaşa girişemez. Önce âkil adamlar (emanet ve fetanet sahibi kişiler) vasıtasıyla onları isyandan vazgeçirmeye, kendilerini buna iten sebepleri sorarak öğrenmeye yönelmesi, bir zulüm ve haksızlık iddiası varsa ve bunlar makul karşılanıyorsa devletin bunları yerine getirme taahhüdünde bulunması gerekir. Bunlara rağmen isyanlarından vazgeçmiyorlarsa ancak o zaman bağlilere savaş açılabilir. Fakat savaşın hangi safhasında olursa olsun savaştan vazgeçenler affedilirler. Kendilerini koruyacak bir güç merkezine sığınmak ya da toparlanmak için olmadığı müddetçe, kaçanlar takip edilmez. Zira asıl gaye onları öldürmek değil, isyan işinden vazgeçirmektir. Tekrar toparlanma ve saldırı ihtimali olanlar takip edilir, güçleri kırılıncaya veya teslim oluncaya kadar kendileriyle savaşırlar. Yaralılar ve esirler öldürülmez. Bunlara tövbe teklif edilir ve imama biate davet edilirler. Kabul edenler affedilirler, etmeyenler kabul edinceye kadar hapsedilirler.¹²⁶

Kısacası, ister savaştan önce, ister savaş esnasında, ister savaştan sonra olsun ele geçirilenler hapse atılarak, devlete itaat etmeye ve isyan fikrinden vazgeçmeye davet edilirler. Gerçekten isyancılara katılmayacaklarına kanaat getirilenler salı verilir.¹²⁷ Ancak tehlike bertaraf edilinceye kadar devlet pişmanlık duyanları bile hapiste tutabilir. Çünkü çıktıktan sonra isyancıların tesirinde kalıp fikir değiştirme ihtimalleri vardır.

Siyasî suçların affı hususunda İslâm hukukunun Günümüz hukukuna nisbetle oldukça müsamahakâr davrandığı açıktır. İslâm ceza hukukunda en büyük siyasî suç olarak kabul edilen *bağy* suçunun affı ile ilgili yukarıda verdiğimiz bilgi bunun göstergesidir. Makalenin başında da belirttiğimiz gibi, esasen hukukçuların da büyük çoğunluğu, devletin af yetkisini siyasî suçlar konusunda kullanması gerektiği kanaatinde olmalarına rağmen, genellikle demokrasinin tam olarak oturmadığı ülkelerde, yasama organı kanun yapmada ve uygulamada çoğunlukla bunun tersini benimsemektedir. Bunun sebebi, siyasî suçluların affının devlet aleyhtarlığını körükleyeceği, bunun da müesses nizama zarar vereceği endişesidir. Bundan dolayı

¹²⁴ Şirbîni, IV, 123. Şafîiler'e göre isyancılar haklı bir gerekçeye de dayansalar yine de bağî kabul edilirler. Çünkü fasık ve zalim de olsa imamla savaşmak Müslümanların icmasıyla haramdır.

¹²⁵ Trablûsî, s. 190; Mavsîlî, IV, 152.

¹²⁶ Şirbîni, IV, 124; Ensârî, IV, 127; el-Avva, s. 132; el-Hinn, Mustafa/el-Buğa, Mustafa/eş-Şerbeci, Ali, *el-Fikhu'l-Menhecî alâ Mezhebi's-Şâfiî*, Dimeşk 1992, VIII, 102, 103.

¹²⁷ Trablûsî, s. 190-91; El-Hinn/el-Buğa/eş-Şerbeci, VIII, 103.

Ülkemizde siyasî nedenlerle yaşanan sağ sol çatışmalarından sonra yapılan 1984 Anayasası'nda orman suçları hariç, âdi suçların affına bir sınırlandırma getirilmezken, siyasî suçluların affı adeta imkânsız hale getirilmiştir. Zira Anayasa'nın 87. maddesinde yasama organına verilen af yetkisinin, 14. maddede sayılan, devlet aleyhine işlenen suçlar için kullanılamayacağı hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın bu maddesi değiştirilmedikçe Meclis'in siyasî suçlular için bir af çıkarması mümkün değildir. İşte bu durumun aşılması için çıkartılan son af kanununun ismi, *şartla salı verme, dava ve cezaların ertelenmesi* olarak konmuştur. Oysa bazı hukukçuların da vurguladığı gibi, bir af kanunu kapsamına ilk ve en masumane olarak düşüncelerini açıkladıkları için ceza alanlar girmelidir. Çünkü esas olan devlet aleyhine işlenen cürümlerin af kapsamına alınmasıdır.¹²⁸ Uygulamadaki bu çarpık durum, sistemlerin kendine olan güvensizliğinden kaynaklanmaktadır. Böyle olunca devletler kendi aleyhlerine olan suçlarda mûsamahasız, vatandaş aleyhine işlenen suçlarda ise alabildiğine cömert davranmaktadırlar.

Siyasî suçlar konusunda iki hukuk sistemi arasındaki bir fark da şudur: İslâm hukukunda siyasî suçlular ele geçmeden önce suçtan vazgeçtikleri anda affedilirler. Ele geçtikten sonra da suçtan vazgeçtiklerine kanaat getirildiği andan itibaren serbest bırakılmaları nassların amir hükmüdür. İşte bağı suçunda failin bu eğiliminden ne zaman vazgeçeceği bilinemeyeceğinden, İslâm ceza hukukunda bu suça belli bir ceza takdir edilmemiştir. Bu açıdan nasıl suçtan vazgeçen hemen affı hak ediyorsa, vazgeçmeyen de bu durumu devam ettiği müddetçe cezasını çekmeye devam edecektir. Oysa günümüz hukukunda bu suçlar için ağır cezalar takdir edildiği gibi, failin ele geçmeden bu suçtan vazgeçmesi veya ceza evinde suçtan pişmanlık duyduğunun anlaşılmasının af açısından hiç bir faydası yoktur. Devlet aleyhine faaliyet gösteren bir örgüte giren biri, bu düşüncesinden vazgeçerek örgütten çıksa, eğer bu arada çıkan bir pişmanlık kanunundan istifade etmemişse, seneler sonra da yakalansa yine de kanunda belirtilen ceza çarptırılır. İşte ülkemizde bu durumda olan birçok kişi af ümidi olmadığı için ya suç örgütü içerisindeki konumunu muhafazaya devam etmekte ya da yurt dışına kaçmayı tercih etmektedir. Bu da hem devlet aleyhine çalışan örgütler için bir fırsat olmakta, hem de bu tür suçluların sayısının artmasına sebep olmaktadır.

e) Dinden Dönme (İrtidat) Suçunda Af

Klasik fıkah literatürümüzde irtidat suçunun affı, esasen fazla ihtilaflı bir konu değildir. Çünkü fukahânun ezici çoğunluğu Hz Peygamber (a.s.)'den rivayet edilen hadis ve uygulamalara dayanarak.¹²⁹ irtidat suçunun cezasının kesin ölüm olduğu hususunda görüş birliği içerisindeyler.¹³⁰ Yani klasik görüşe göre mürted (dinden

¹²⁸ Bkz., Kuzu, s. 292.

¹²⁹ Bu hadisler için Bkz., Buhârî, *İstiiâbe*, 2; Müslim, *Kasâme*, 25-26.

¹³⁰ Bkz., İbn Kudâme, X, 74; Şirbînî, IV, 140; İbnü'l Hümâm, Kemaluddin Muhammed b. Abdulvahid, (ö.861/1456), *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Beyrut ts., VI, 68; Remelî, Muhammed b. Ahmed b. Hamza, (ö.1004/1595), *Nihâyetü'l-Muhtâc*, Beyrut 1984, VII, 419. Bu konuda sadece Hanefiler,

dönen kişi) tövbe etmediği müddetçe ölüm cezasından kurtulamaz. Mürtedin affı, ancak tövbe ederek tekrar İslâm'a girmesiyle mümkündür. Tövbenin hangi şekilde teklif edileceği, kendisine kaç gün süre verileceği, tövbesini kaç defa bozması halinde artık kabul edilmeyeceği gibi teferruat sayılabilecek hususlarla ilgili ihtilaflar bir yana bırakılırsa, İslâm hukukçularının çoğunluğu mürtedin affının, onun tövbesine bağlı olduğu hususunda görüş birliği içerisindeyler.¹³¹ Fukahânın çoğunluğuna göre, ele geçirilmesi durumunda mürtedin şüphelerinin giderilmesi için kendisine ilmî ve dinî telkinde bulunulur, düşünme ve muhasebe için yeniden belli bir süre verilir. (Bu süre 3 gün ile 1 ay olarak öngörülmüştür) Buna rağmen irtidatından vazgeçmezse ölümle cezalandırılır.¹³² Mürtedin tövbesi, ister ele geçirilsin ister geçirilmesin hangi şartlar altında olursa olsun kendisinden cezayı düşürür. Bunun için hiç bir prosedüre gerek olmayıp, mürtedin herhangi bir söz veya davranışı ile tekrar İslâm'a döndüğünü beyan etmesi yeterlidir

Ancak günümüzde irtidat cezasının bir hadd cezası değil, meşru idareye ve kamu düzenine karşı işlenmiş siyasî bir suç olduğu, bu açıdan cezanın hadd değil, siyasî nitelikli bir ta'zir cezası olduğu görüşü de ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, Hz. Peygamber (a.s.)'in mürtedleri cezalandırmasının sebebi, Müslüman cemaatin zayıf, İslâm'ın henüz yayılmakta olduğu bir zamanda irtidatın, İslâm cemaatinin gücünü kırması ve İslâm hakkında insanlarda tereddütler meydana getirmesi tehlikesidir.¹³³ Bu açıdan Hz. Peygamber (a.s.)'in bazı mürtedleri öldürmemesi onun bu cezayı bir hadd cezası olarak değil, bir ta'zir cezası olarak tatbik ettiğini göstermektedir.¹³⁴ Bu görüş esas alındığı takdirde, mürted, İslâm'dan ayrılmakla ta'zir cezası gerektiren siyasî bir suç işlemiş olmaktadır. Bu açıdan onun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve ne tür bir cezanın verileceği hususu, tamamen devletin yetkisindedir.¹³⁵ Bu görüşe göre siyasî otorite, kamu maslahatını esas alarak irtidat eden hiç cezalandırmayabileceği gibi, cezası kesinleşmişse af da edebilir. Şayet verilen ceza ölüm değil de hapis gibi bir ceza ise, mürted, infazın herhangi bir aşamasında da affedilebilir.

kadın mürtedin öldürülmeyeceğini, dövme veya hapisle sıkıştırılmak suretiyle tekrar İslâm'a girmesinin sağlanması gerektiği görüşündeyler. Bkz., Serahsi, X, 108; İbnü'l-Hümâm, VI, 71.

¹³¹ Şirbînî, IV, 140; İbnü'l-Arabî, II, 193; İbn Kudâme, X, 76-77.

¹³² Serahsî, X, 98-99; İbnü'l-Hümâm, VI, 68-69; Remelî, VII, 418.

¹³³ el-Avva, s. 159; Reşid Rıza, "Din Hürriyeti ve Mürtedin Öldürülmesi Meselesi", (Trc., Hikmet Zeyveli), *Kelime Dergisi*, (1987), sayı, 15, s. 37-39; a.mlf., *Tefsiru'l-Menar*, Beyrut, ts., II, 208; III, 36, 332; V, 327-328. Samarraî, Nu'man, *Mürtede Ait Hükümler*, (Trc. O. Zeki Soyyiğit/Ahmet Tekin), İstanbul 1970, s. 125.

¹³⁴ Hz. Peygamber (a.s.)'in bazı mürtedleri öldürmediğine dair rivayetler için bkz., Malik b.Enes, (ö.179/795), *Muvatta'*, Beyrut 1990, s. 680-81, (h. no:1639); Buhârî, *Ahkâm*, 50; Müslim, *Hac*, 88.

¹³⁵ İrtidat suçu karakteri itibarı ile istismara müsait bir suçtur. İrtidat eden şahsın toplumdaki statüsü, irtidat ettiği anda devletin içerisinde bulunduğu durum irtidat olayına atfedilen önemi artırabilir veya azaltabilir. Önemli bir şahsiyetin (bir düşünce veya devlet adamı, bir cemaat lideri gibi) irtidatı ile sıradan bir insanın irtidatı aynı kategoride değerlendirilemeyeceği gibi, müslümanların düşmanların tehdidi altında olduğu zamanlardaki irtidat olayları da normal zamanlardaki gibi kabul edilemez.

2- Cezası Nassla Belirlenmeyen Suçlarda Af (Ta'zir Suçlarında Af)

Makalemizin başında bir suçun affa konu olup olmamasında, a) suçla ihlal edilen hak, b) suça öngörülen cezanın nassla belirlenip belirlenmediği kriterlerinin esas alındığını belirtmiştik. Buraya kadar cezası nassla sabit suçların Allah hakkı, kul hakkı ve her iki hakkın birleştiği suçlar şeklinde ayrıldığı, hangilerinde affın mümkün olduğu hangilerinde olmadığı üzerinde duruldu. Burada ise, cezası nassla belirlenmemiş ve ta'zir olarak tabir edilen suçlarda affın ne şekilde öngörüldüğü üzerinde durulacaktır.

Kur'an ve Sünnette haram kılınması ve kınanma tarzlarından kişilere veya topluma zarar verici niteliği açıkça belli olduğu halde, nasslarda kendileri için her hangi bir ceza takdir edilmemiş fiiller bulunduğu gibi;¹³⁶ zaman ve ortama göre değişebilir olmakla beraber, toplum vicdanında suç olarak telakki edilen fiiller de her zaman mevcuttur. Nasslarda kendileri için bir ceza takdir edilmemiş fiillerin suç kapsamına alınıp alınmayacakları, bu suçlara ne tür bir ceza takdir edilmesi gerektiği ile ilgili yetkinin tamamen ulu'l-emre (yetkili erk) ait olduğu hususunda fukahâ görüş birliği içerisinde.¹³⁷ İslâm hukukunda bu tür suçlar için yetkili erkin tayin ettiği cezalara, ta'zir cezaları denilmiştir. Ta'zir cezalarında af yetkisinin kimde olduğu ve nasıl uygulanacağı hususundaki görüşler farklıdır.

Başta Hanefi ve Şafiler olmak üzere, İslâm alimlerinin çoğunluğuna göre kul hakkına yönelik ta'zir suçlarında affetme yetkisi şahsî zarara uğrayan mağdura aittir. Devlet kamu maslahatına binaen koymuş olduğu cezayı affedebilir, ancak bu kul hakkını düşürmez. Zira İslâm ceza hukukunda prensip olarak bir hak kime ait ise, o hakka yönelik suçu affetme yetkisi de ona aittir.¹³⁸ Ancak, devlet hadd ve kısas gerektiren suçlarda, kamu düzenini korumak amacıyla her zaman ilave bir ta'zir cezası koyma yetkisine de sahiptir.¹³⁹ Bu açıdan kul hakkının ihlal edildiği ta'zir suçlarında mağdur suçluyu af etse de, bu durum devletin de suçluyu mutlaka af etmesini gerektirmez. Devlet kamu maslahatına binaen suçluyu ta'zir cezasına çarptırabilir.¹⁴⁰

Şafiler'e göre Allah haklarının ihlal edildiği (kamu aleyhine suçlar) suçlarda ilgili cezaları uygulayıp uygulamamak, bunları affedip etmemek tamamen devlet başkanının yetkisindedir. Devlet bu tür suçları işleyenleri affedebileceği gibi, cezalandıra da bilir.¹⁴¹

¹³⁶ Örneğin faiz yeme, yalan şahitlikte bulunma, gıbet etme, rüşvet alma ve sövme gibi fiiller Kur'an ve Sünnet nasslarında şiddetle yasaklandığı halde bunlar için belli bir ceza takdir edilmemiştir.

¹³⁷ Maverdî, 310; Şirbînî, IV, 191, 192; Ensârî, IV, 161; İbn Teymiyye, s. 101; Ebû Hassan, s. 541.

¹³⁸ Maverdî, 313; Kâsânî, VII, 64-65; Şirbînî, IV, 193; Ensârî, IV, 162-63; Udeh, I, 81, 777; el-Avva, s. 119.

¹³⁹ Ensârî, IV, 163; Udeh, I, 777; Ebû Zehra, *Suç ve Ceza*, II, 75.

¹⁴⁰ Bkz., Maverdî, s. 313; Udeh, I, 777.

¹⁴¹ Şirbînî, IV, 193; Ensârî, IV, 16. Maverdî, bu tür suçlarda İmam'ın maslahata en uygun olan durumu gözetmesi gerektiğini ifade etmektedir. *Age.*, s. 313.

Hanefi ve Malikiler'e göre devletin bu tür suçları cezalandırması vacip olup cezayı af etmesi caiz değildir. Çünkü bu cezalar da haddler gibi toplumu korumak amacıyla konulmuştur.¹⁴² İbnü'l-Hümâm, İmam'ın, hakkında nass olan ta'zir cezalarını uygulamasının vacip olduğunu; ancak hakkında nass olmayan suçlarda suçlunun durumuna göre hareket etmesi sorumluluğu altında olduğunu ifade etmektedir. Ona göre ilk defa suç işleyen mürüvvet sahibi kişi, ta'zir cezasına çarptırılmak yerine nasihat edilmelidir. Şayet suç işlemeye devam ederse ta'zir cezasına çarptırılmalıdır.¹⁴³

İmam Malik de ta'zir suçlarında suçlunun özel durumunun göz önünde bulundurulması gerektiği görüşündedir. Eğer suçlu, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmemiş mürüvvet (kişilik) sahibi biri ise cezalandırılmamalı, yani af edilmelidir. Ancak sık sık suç işleyen veya suça eğilimli biri ise cezalandırılmalıdır.¹⁴⁴

Esasen ta'zir gerektiren suçların tayini ve verilecek cezanın takdiri gibi, ta'zir suçlarının affı konuları da içtihadî meseleler olduğu için bu görüş farklılıkları kaçınılmazdır. Fukahanın, bu tür suçlar için bir af sistemi belirlemeye çalışırken, nasslarda had ve kısas suçlarının affı konusunda belirlenen ana çerçeveyi, affın İslâm ceza hukukunun suç ve ceza siyaseti içerisinde ifade ettiği anlamı ve günün ihtiyaç ve şartlarını göz önünde bulundurarak içtihat ettikleri açıktır. Değişen sosyal şartlar ve ihtiyaçlara binaen günümüzde de farklı görüşlerin ortaya çıkması tabiidir. Çağdaş İslâm hukukçularından el-Avva, kamu haklarının çiğnendiği suçlarda affın caiz olmadığını savunurken; Fudeylat, oruç yeme, namaz kılmama gibi mahza ibadet olan suçları devletin affetmesinin caiz olmadığını, ancak, zimmete geçirme, rüşvet yeme ve karaborsacılık yapma gibi suçlarda devletin ceza vermede maslahata göre hareket etmesinin uygun olacağını savunmaktadır.¹⁴⁵ Fudeylat'ın yaklaşımı daha doğru görünmektedir. Zira günümüz şartlarında bütün kamu haklarını mahza Allah hakları gibi düşünmek doğru bir değerlendirme değildir. Kanaatimizce ta'zir suçlarının affı konusunda da Allah hakkı kul hakkı esas alınmalı, ancak burada günümüzde önemli bir olgu haline gelen kamu hakkı ayrı bir kategori olarak düşünülmelidir. Mahza Allah hakkı ve kul hakkı kapsamına girmeyen ve devletin salt kamu maslahatına binaen koyduğu ta'zir cezalarını af yetkisinin de devlet olması günümüz şartları açısından daha makul görünmektedir. Örneğin trafik cezaları, ihale yasasının ihlali ile ilgili cezalar veya toplum sağlığının korunması için konmuş bulunan cezalar, dinî bir maslahatı koruma yönü bulunmayıp, salt kamu yararına binaen konmuş cezalardır. Zaman zaman bu tür ta'zir cezalarının affında da bir kamu yararı görülebilir. Bu açıdan bu tür cezalarda genel af dahil her türlü af yetkisinin devlette olması kamu hukukunun bir gereğidir.

¹⁴² İbnü'l-Hümâm, VI, 346; Zühaylî, VI, 208.

¹⁴³ İbnü'l-Hümâm, VI, 346.

¹⁴⁴ Fudeylat, IV, 160-61.

¹⁴⁵ Bkz., el-Avva, s. 119; Fudeylat, IV, 160.

Sonuç

Suçla mücadelede cezaî müeyyideler kadar, doğru kullanıldığı zaman insanî bir erdem olan af da gerekli ve etkin bir yöntemdir. Ceza hukukunun insanî boyutunu temsil eden müessesese, aftır. Çünkü af, topluma merhamet ve bağışlama duygusu aşlamak, suçluyu yeniden topluma kazandırmak, suç mağdurunu haklı ve güçlü konuma getirmek ve cezalandırmanın bir amacı olan barışı ve huzuru, tamamen insanî ve masrafsız bir yolla te'sis etmek gibi faydalar barındırmaktadır.

Bununla beraber, örneğin önceki rejim tarafından mahkûm edilmiş siyasi suçluların affı, kanunda yer alan cezanın anlamını yitirmesi veya suça münasip bir ceza olmadığına kanaatine varılması, devletin siyasi suçluları kazanma isteği, ağır hastalık ve ihtiyarlık gibi siyasi, hukuki ve kişisel nedenler de affı zorunlu hale getirebilir. Bütün bunlar ceza kanunlarında affa yer vermeyi gerekli kılan faktörlerdir. Şu kadar var ki af yetkisi, iki tarafı keskin bir bıçak gibidir. Yanlış kullanıldığı zaman daha büyük problemlere ve ıstıraplara da sebebiyet verebilir.

Af, yerinde ve doğru kullanıldığı zaman, toplumsal barışa, cezadan daha etkin ve daha kalıcı katkılar sağlayabilen bir müessesedir. Zira ceza, suçluya yaptığının karşılığı olarak acı çektirir, başkalarını korkutur, mağdur ve yakınlarını rahatlatarak öç alma duygularını yatıştırır. Ancak, mağdurla suçlu arasındaki husumeti sona erdirmez ve barışı sağlamaz. Oysa af hem husumeti sona erdirir, hem de barışı sağlar. Bu açıdan toplumsal barışı, tamamen insanî bir yolla te'sis eder. İslâm af hukuku, böyle bir misyonu en azami derecede gerçekleştirecek bir mahiyete sahiptir.

Affa karşı çıkanlar genellikle adi suçluların affının siyasi iradenin elinde istismar edilmesi gerekçesini ileri sürmektedirler. Günümüz hukukunda şahıs aleyhine işlenen suçlarda da af etme yetkisinin tümüyle devlete verilmesi açısından bakıldığında bu itiraz haklı gözükebilir. Oysa İslâm ceza hukukunda aslı cezayı af etme hakkı suçtan doğrudan zarar gören mağdur ve velilerine verildiği için bu böyle bir istismar da söz konusu olmaz. Esasen, günümüz hukuku dâhil tarih boyunca tüm beşeri ve dini hukuk sistemlerinin aftan vazgeçememeleri, ceza kanunlarında bir tedbir olarak affa yer vermenin ne kadar elzem olduğunu ortaya koymaktadır.

İslâm ceza hukuku kendine özgü af anlayışı ve tasnifi içerisinde bu problemi çözmüştür. Afta, Allah hakkı-kul hakkı ve suçun cezasının nassda belirlenip belirlenmemesi gibi kriterlerin esas alınması, İslâm'ın suç ve ceza siyasetinin gereği olan bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımda af hakkı/yetkisi, suçtan doğrudan zarar gören taraf ile suçu belirleme ve ona ceza tayin etme yetkisine sahip olan erke tanınmıştır. Kamu haklarının (*hukukullah*) ihlal edildiği, yani bütün toplumun zarar gördüğü hadd suçlarında, suçun sübut bulması halinde fertlere ve devlete af hakkının tanınmaması ise, topluma yönelmiş bir suçun affının şahısların inhisarına verilerek toplumun tehlike karşısında bırakılmaması amacına yöneliktir. Çünkü toplumun emniyeti açısından bu tür cezaların caydırıcılığını sürekli kılmanın yolu budur. Hadd suçlarının mahkemeye intikal etmeden önce suçlunun tövbe etmesi halinde cezasının af edilmesi, İslâm'ın bu suçlarla ilgili bakış açısının bir ürünü olup, henüz ceza olarak suçlu konumuna düşmemiş bu tür kişileri tövbeye teşvik edip topluma kazandırmaya yönelik bir siyasettir. Allah haklarının ihlal edildiği ta'zir suçlarında

af yetkisinin prensip olarak, suç ve cezayı belirleme yetkisine sahip olan devlette olması tabii olmakla beraber, bu suçların affında da esas olan, devletin kamu yararını ve toplumsal beklentileri göz önünde bulundurarak hareket etmesidir.

İslâm ceza hukukunda şahıs aleyhine işlenen suçlarda (kul hakları) af hakkının mağdur ve velilerine tanınması birçok açıdan isabetli bir yaklaşımdır. Çünkü mağdur tarafın, suçlunun hem cezalandırılması, hem affının kendi elinde olduğunu bilmesi, fail karşısında kendini güçlü hissetmesine, böylece kin ve öfkesinin dinmesine, psikolojik yönden tatminine ve bu sayede suçluyu karşılıksız affetmesine vesile olabilir. Esasen kanunen güçlü ve haklı durumda olmak toplum baskısını artıracığı gibi, büyüklük ve iyi görünme hissi mağdurun af ve merhamet duygusunu daha çabuk harekete geçirecektir. Doğrudan mağdur tarafından bağışlanmak, suçluda daha derin bir tesir ve nefsi muhasebeye vesile olabilir. Üstelik böylesi bir af, mağdur ile suçlu arasındaki barışın yeniden te'sisini de kolaylaştıracaktır. Öte yandan bu tür suçlarda mağdurun devre dışı bırakılması ve af yetkisinin tamamen devlete tanınması, suçlu ile mağdur arasında mümkün olan bir barış ve yakınlaşmanın zeminini ortadan kaldıracabileceği gibi, aralarındaki düşmanlığın sürmesine de sebebiyet verebilir. Ülkemizde çıkarılan her af kanunundan sonra cinayetlerin artması bunun en bariz göstergesidir. Aynı faktörlerden dolayı şahıs aleyhine işlenen ve ta'zir cezası gerektiren suçlarda da af hakkının suçtan doğrudan zarar gören mağdur ve mirasçılarında elinde olması gerektiği hakim görüştür.

Günümüz hukukundaki affın tamamen devletin inhisarında olması gerektiği şeklindeki görüş şu yanlış hukukî mülâhazaya dayandırılmaktadır: Günümüz hukuk anlayışında suç, şahıslara karşı dahi ika edilmiş olsa, sonuçta kamuya zarar verdiğinden devlete karşı işlenmiş kabul edilmektedir. Asayiş ve huzuru temin etmek devletin görevi olduğundan bir fiilin suç kapsamına alınması, ceza takdir edilmesi, kovuşturulması ve gereken cezanın verilmesi devletin görevidir. Buradan hareketle, adam öldürme ve yaralama gibi salt şahıslara karşı işlenen suçlar da dahil, affetme yetkisinin de devlette olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Yani cezalandırma yetkisi kimde ise af yetkisi de onda olmalıdır, denilmektedir. İşte af kanunlarında gerçek mağdurların hissiyatına ve görüşlerine hiçbir şekilde önem verilmemesi bu mülâhazaya dayandırılmaktadır.

Oysa bu, tamamen yanlış bir mantık yürütmedir. Zira devletin mağdur adına suçluyu cezalandırmasındaki temel amaç, mağdurun vereceği cezanın bir ölçü almaya dönüşmesini ve ihkak-ı hak yoluna sapılmasını önlemektir. Oysa af konusunda mağdurların devre dışı bırakılmasında buna benzer bir hukukî neden gözükmemektedir. Tam aksine Ülkemizde çıkarılan her af kanunundan sonra ölçü alma olaylarında meydana gelen bariz artış, bu af anlayışının ihkak-ı hak yolunu tahrik ettiğini ve mağdurların intikam hislerini harekete geçirdiğini göstermektedir.

Günümüz af hukukunda mağdurun ve maktulün velilerinin tamamen devre dışı bırakılması suç ve ceza siyaseti ve cezalandırmanın amacı açısından da isabetli olmamıştır. Özellikle doktrinde, affın daha çok siyasî suçlular için kullanılması görüşü ağırlıkta olduğu halde, uygulamada siyasî ve popülist nedenlerle tam tersine af daha çok adi suçlular için kullanılmaktadır. Bu ise sosyal açıdan büyük problemler

doğurmaktadır. Bu açıdan toplum vicdanının daha fazla yaralanmaması, adalete olan güvenin sarsılmaması ve suçtan zarar görenlerin intikam hislerine kapılarak ihkak-ı hak yoluna sapmaması için, özellikle adı suçların affında, suçtan doğrudan zarar görenlerin de af sistemine etkili bir şekilde dahil edilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

İslâm'ın siyasi suçların affı konusunda izlediği yöntem de günümüz hukukundan farklıdır. Gerçi siyasi suçlar ile yol kesme suçunda, suç esasen kamuya ve devlet nizamı aleyhine işlendiğinden bu suçlarda af yetkisi günümüz hukukundaki gibi devlettedir. Çünkü suç kime karşı işlenmiş ise prensip olarak af yetkisi de onda olmalıdır. Ancak İslâm ceza hukukunda hurâbe, bağı ve irtidat suçlarında, suçlular ele geçmeden önce tövbe ettiklerinde, haklarındaki her türlü ceza takibat sona erer ve ceza düşer. Bunun bir nedeni, bu tür suçlarda eylemden vazgeçildiği andan itibaren suçun tehlikesinin ortadan kalkmasıdır. Esasen pişmanlık duyarak tövbe etmiş ve suç işlemekten vazgeçmiş kişileri geçmiş suçlarından dolayı cezalandırmak, cezalandırmanın amacına hizmet etmeyecektir. Diğer bir nedeni ise, suçluları kazanma siyasetidir. Çünkü bu tür suçlular, pişmanlık duyduklarında önceki suçlarından dolayı da ceza almayacaklarını bilirlerse, bu, suç ve ceza siyaseti açısından onları yaptıklarından vazgeçirmede daha etkili bir yöntemdir. Ama kendilerine bu fırsat verilmediğinde pişmanlık duysalar bile muhtemelen aynı suçu işlemeye devam edeceklerdir.

Günümüz hukukunda bu tür suçlular salt pişmanlık duymak veya suçtan vazgeçmekle cezadan kurtulamazlar. Ancak işledikleri suçu kapsayacak bir pişmanlık veya af kanunu çıkarılırsa cezadan kurtulabilirler. İslâm hukukunun bu konudaki siyaseti, aften ziyade sürekli yürürlükte tutulan bir pişmanlık yasasına benzemektedir. Bağlı/yol kesici, suçun hangi safhasında isyandan vazgeçse veya pişmanlık duysa cezadan kurtulur. Günümüz hukukundaki gibi yeni bir pişmanlık yasası veya af kanunu çıkarmaya gerek yoktur.

Kısacası hangi açıdan bakılırsa bakılsın, İslâm hukukunda öngörülen af anlayışının toplumsal realiteye, suç ve ceza siyasetine, insanî gerçeğe, tabii hukuk anlayışına daha uygun olduğunu söylemek mümkündür. Bu yapısına binaen İslâm hukukunun, toplumsal barışı sağlamada güçlü yöntemleri olan, son derece etkili ve rahat uygulanabilen bir af hukukuna sahip olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

Kaynakça

- A. İbrahim Beg, *Turuku'l-İsbâti'l-Şeriyeye*, Matbaatu'l-Kahireti'l-Hadise, Kahire 1985.
 Adam, Tahsin, "Af Selahiyeti", *Adliye Ceridesi*, (1941), sayı, 11.
 Ahmet b. İbn Teymiyye, (öl.728/1328), *es-Siyaseti's-Şeriyeye*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1988.
 Atar, Fahrettin, "Af", *DİA*, İstanbul 1988, I, 395-396.
 Avcı, Mustafa, "Kim Kimi Affedebilir", *Kamu Hukuku Arşivi*, II, (1999), sayı, 3.

- el-Avva, M. Selim, *Fî Usûli Nizami'l-Cinâiyyi'l-İslâmî*, Daru'l-Meârif, Kahire 1983.
- Bardakoğlu, Ali, "Ceza", *DİA*, İstanbul 1993, VII, 470-478.
- , Ali, "Hak", *DİA*, İstanbul 1997, XV, 139-151.
- , Ali, "Eşkîya", *DİA*, İstanbul 1995, XI, 463-466.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (trc, Sami Selçuk), İmge Yay., Ankara 2004.
- Behûtî, Mansur b. Yunus b. İdris, (öl.1051/1641), *Keşşafu'l-Kına'*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1982.
- Bilge, Suat, "Ceza Hukukunda Af", *Adliye Ceridesi*, (1943), sayı, 8-9.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, (öl.256/870), *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul ts.
- el-Bûtî, Said Ramazan, *Davâbitu'l-Maslaha*, Beyrut 1982.
- el-Cezerî, Abdurrahman, *Kitabu'l-Fıkh alâ Mezâhibi'l-Erbaa*, Çağrı Yay., İstanbul 1987.
- Çalışkan, İbrahim, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *AÜİF Dergisi*, XXXI, (1989), Ankara.
- Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, DİB. Yay., Ankara 1996.
- Demirbaş, Timur, "Af Tartışmaları ve 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001).
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 1997.
- Ebû Davûd, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî, (öl.275/888), *Sunenu Ebî Davûd*, (Thk., M. Muhyiddin Abdulhamit), y.y., ts.
- Ebû Hassan, Muhammed, *Ahkâmu'l-Cerîme ve'l-Ukûbe*, Mektebetü'l-Menâr, Amman 1987.
- Ebû Zehra, Suç ve Ceza, (Trc. İbrahim Tüfekçi), İstanbul 1994.
- Ensârî, Zekerîyya el-Ensârî, (öl.925/1520), *Şerhu Ravdu't-Tâlib*, Matbatu'l-Meymuniyye, Mısır h.1313.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, Seçkin Kitapevi, Ankara 1958.
- Fudeylat, Cebr Mahmud, *Sukûtu'l-Ukubât*, Daru Ammare, Amman 1987.
- Gözler, Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001).
- el-Hinn, Mustafa/el-Buğa, Mustafa/eş-Şerbeci, Ali, *el-Fıkhü'l-Menhecî alâ Mezhebi's-Şâfiî*, Daru'l-Kalem, Dımeşk 1992.

- İbn Abdilberr, Yusuf b. Abdillâh en-Nemirî, (öl.463/1071), Kitabu'l-Kâfi, (thk. M. Uheyd Vildemadik el-Moritânî), Mektebetü'r-Riyad, Riyad 1980.
- İbn Abidin, Muhammed Emin, (öl.1252/1836), Hâşiyetu Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtar, Daru'l-Kahraman, İstanbul 1984.
- İbn Ebi'd-Dem, Ebû İshak İbrahim b. Abdillâh, (öl.642/1244), Kitabu Edebi'l-Kadâ, Daru'l-Fıkr, Dımeşk 1982.
- İbn Hanbel, Ahmet, (öl.241/885), el-Müsned, Mısır h.1313.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmet, (öl.456/1064), el-Muhalla, Beyrut 1988.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullâh b. Ahmet, (öl.630/1233), el-Muğni, Daru'l-Kutubi'l-Arabî, Beyrut ts.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b.Yezid el-Kazvinî, (öl.275/888), Sunenu İbn Mâce, (Thk., M. Fuad Abdalbaki), Daru İhyai't-Turasi'l-Arabî, y.y., 1975.
- İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, (öl.595/1199), Bidayetü'l-Müctehid, Kahraman Yay., İstanbul 1985.
- İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Kayyim el-Cevziyye, (öl.751/1350), İ'lâmu'l-Muvakk'în, Daru'l-Cil, Beyrut ts.
- İbnü'l Hümmâm, Kemaluddin Muhammed b. Abdulvahid, (öl.861/1456), Şerhu Fethi'l-Kadir, Daru'l-Fıkr, Beyrut ts.
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr b. Muhammed, (öl.543/1143), Ahkâmu'l-Kur'ân, Daru'l-Fıkr/Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1988.
- Karâfi, Şihâbuddin Ebu'l-Abbas Ahmet b. İdris, (öl.684/1285), el-Furûk, Alemu'l Kutub, Beyrut ts.
- Kâsânî, Alauddin Ebî Bekr b. Mes'ud, (öl.587/1191), Bedâiu's-Senâ'i', Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut ts.
- Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Üniv. Yay., İstanbul 1974.
- Kuzu, Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, XVIII, (2001).
- M. İbrahim Muhammed, Muskitatu'l-Ukubeti'l-Haddiye, Daru'l-İsâle, Hartum 1989.
- Malik b. Enes, (öl. 179/795), Muvatta', Daru İhyâi'l-Ulûm, Beyrut 1990.
- Maverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed, (öl.450/1058), el-Ahkâmu's-Sultâniyye, (thk. A. Mubarek Bağdâdî), Daru İbn Kuteybe, Kuveyt 1989.
- Mavsîlî, Abdullâh b. Mahmud b. Mevdud, (öl.683/1284), el-İhtiyar, y.y., ts.
- Merğînânî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, (öl.592/1196), el-Hidaye, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1990.
- Mevsûatu'l-Fıkhîyye, (Kuveyt Evkaf Bakanlığınca çıkarılan İslâm Fıkhı Ansiklopedisi), Kuveyt 1984.

- Müslim, Ebû'l-Hüseyin Müslim b. Haccac, (öl.216/831), el-Câmiu's-Sahîh, İstanbul 1973.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Özek, Çetin, "Umumi Af", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, CXXIV, (1959), sayı, 1-4.
- Remelî, Muhammed b. Ahmed b. Hamza, (öl.1004/1595), Nihâyetü'l-Muhtâc, Daru'l-Fıkr, Beyrut 1984.
- Reşid Rıza, "Din Hürriyeti ve Mürtedin Öldürülmesi Meselesi", (Trc., Hikmet Zeyveli), Kelime Dergisi, (1987), sayı, 15.
- , Tefsiru'l-Menâr, Beyrut ts.
- Salman, Yüksel, İslâm Ceza Hukukunda Af, (yayınlanmamış Doktora tezi), Selçuk Üniv. Sos. Bil. Ens., Konya 2005.
- Samarrâî, Nu'man, Mürtede Ait Hükümler, (Trc. O. Zeki Soyuyiğit/Ahmet Tekin), İstanbul 1970.
- Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmet, (öl.490/1097), Usûlu's-Serahsî, (thk. Ebû'l-Vefa el Efgânî), Daru'l-Marife, Beyrut ts.
- Şâfiî, Muhammed b. İdris, (öl.204/819), el-Umm, Daru'l-Ma'rife, Beyrut ts.
- Şafak, Ali, "Bağy", DİA, İstanbul 1992, IV, 451.
- Şâtıbî, Ebû İshak İbrahim b. Mûsa, (öl.790/1388), el-Muvafakât fi Usûli's-Şeria, (Şerh ve tahrir, Abdullah Dıraz), Daru Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut ts.
- Şirbinî, Muhammed el-Hatîb, (öl.977/1570), Muğni'l-Muhtâc, İstanbul 1958.
- Trablûsî, Alâuddin Ebi'l-Hasan Ali b. Halil, (öl.844/1440), Muînu'l-Hukkâm, Mustafa el-Halebî Matbaası, y.y. 1973.
- Udeh, Abdulkadir, et-Teşri'u'l-Cinâiyyi'i-İslâmî, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Beyrut ts.
- Yavuz, Cevdet, "Dava", DİA, İstanbul 1994, IX 14 -vd.
- Yaylalı, Davut, İslâm Hukukunda Sulh, Taştan Matbaacılık, İstanbul 1993.
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yay., İstanbul 1996.
- Zeyd b. Abdulkerim, İbn Ali b Zeyd, el-Afvu anil'l-Kıyas, Daru'l-Asıme, Riyad ts.
- Züheyli, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmî, Daru'l-Fıkr, Dımeşk 1989.