

## İSLAM CEZA HUKUKUNDA İRRADE-SUÇ İLİŞKİSİNİN CEZAYA ETKİSİ

Şamil DAĞCI\*

### THE INFLUENCE OF THE RELATIONSHIP BETWEEN "FREE WILL" AND "CRIME" ON THE PUNISHMENT IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

Islamic jurists consider "reasoning" and "will" as a basis for the definition of the religion. This is essential that one, as an addressee of the Divine Message in general and of the Divine legal injunctions in particular, is required to have "sound mind" and "free will". Therefore mental disability, childhood compulsion and the like lifts any possible criminal responsibility.

By taking "free will" as the central element, the crimes committed against life and integrity of body are evaluated under three categories: intentional (amdan), quasi deliberate intent (shibh al amd), and by mistake and negligence (khatan).

The relationship between will power and subsequent result is the basic element for punishment in Islamic criminal law. The sanction for intentional homicide, intentional injury by physical assault is a kind of serious punishment in Islamic criminal law (qisâs), the same criminal acts which were committed by quasi deliberate intent (shibh al amd ) and by mistake, on the other hand, are punished with heavy compensation (diyya al mughallaza), and compensation proper (diyya) respectively.

İslam bilginleri, özellikle usulcüler ve fukaha, yaptıkları din tanımında akıl ve irade unsurunu ön plana çıkarmışlardır.<sup>1</sup> Bunun tabii bir sonucu olarak ilâhî hitaba, daha dar ve teknik anlamda ise hukukun özünü oluşturan emir ve yasak normlarına

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

<sup>1</sup> Abdülaziz el-Buhârî'nin, *Keşfu'l-Esrâr an Usûli'l-Pezdevî* isimli eserinde yer alan

(الدین وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات) şeklinde tanımda dinin unsurlarının *ilâhîlik*, *aklîlik*, *irâdîlik* ve *mutlak doğru ve iyi olanı emretme* olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. a.g.e., Beyrut 1994, 1/26; ayrıca Eyyûb b. Musa el-Hüseynî (Ebu'l-Bekâ), *el-Külliyyât fi'l-Mustalahât ve'l-Furûk el-Luġaviyye* (thk. Adnan Derviş-Muhammed el-Misrî) Beyrut 1993, s. 443.

(*teklif*) muhatap olabilmesi için kişinin, akıl ve irade yeteneklerine sahip olması dinen zorunlu görülmüş, buna karşılık akıl hastalığı (*cünûn*), yaş küçüklüğü (*sığaru's-sinn*) ve iradeye maddî baskı (*ikrâh*) gibi akıl ve iradeye doğrudan müessir olan ehliyet arızaları, dinî-hukukî yükümlülüğü de ortadan kaldıran birer sebep (*esbâbu ademi'l-mes'ûliyye*) olarak kabul edilmiştir. Esasen peygamberler vasıtasıyla insanlara ta'lim edilen emir ve yasakları kabul veya reddetme ve bunların gereğini yerine getirip getirmeme, akıllı insanların tercihlerine bırakılmıştır. Bu anlamda din, topluma bir yaşama modeli sunmakta; akıl ve irade yeteneğine sahip olan insanlar da bu modelin muhatabı kabul edilmektedir. Bu açıdan din, kaynak itibarıyla ilâhî, hitap alanı itibarıyla da akîf ve irâdîdir.

Bu çalışmamızda münhasıran hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar bağlamında kısaca iradenin önemi ve cezaya etkisi üzerinde durulacaktır.

İslam ceza hukuku açısından suçu en genel anlamıyla, *bir emrin ihmalî veya bir yasağın ihlali* şeklinde tanımlamak mümkündür.<sup>2</sup> Bu tanıma göre Şâri'in hem emirlerinin yerine getirilmemesi hem de yasakladığı fiillerin işlenmesi suç kabul edilmektedir. Ceza da en genel anlamıyla işlenen fiilin göreceği karşılıktır.<sup>3</sup> Dinen tasvip edilen fiil ve davranışların karşılığı mükâfat; yasaklanan fiillerin karşılığı ise bir takım dünyevî ya da uhrevî müeyyidelerdir.

İslam'ın bütün emir ve yasakları, çağdaş hukuk tekniği bakımından hukukî nitelikli birer norm değildir. Çünkü salt hukukî hükümlerin arka planında da evrensel ahlâkî ilkelerin bulunduğu görülmektedir. Bu özelliği dikkate alarak İslam hukuku, bir bakıma İslam ahlâkına giydirilen müeyyideler olarak kabul edilebilir. Bunun bir yansıması olmak üzere İslam'da suç ve ceza kavramları da geniş bir anlam muhtevasına sahiptir. Örneğin Hz. Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde "İsm (günah), içinde iz bırakan ve insanların muttali olmasından hoşlanmadığın şeydir"<sup>4</sup> buyurmuştur. Buna göre gayr-i ahlâkî ya da daha genel bir ifade ile anti sosyal bir fiili işlerken kişinin, hemen etrafına bakarak "yalnız mıyım, ne yaptığımı gören var mı?" ya da daha önce yaptığı bir işi hatırladığında "ah! keşke yapmasaydım" şeklinde bir iç kısıntısı hissetmesi bile onun, dinen tasvip görmeyen ve uhrevî sorumluluğu gerektiren bir hareket yaptığının göstergesidir. Ancak İslam hukukçuları, fiillerin göreceği uhrevî karşılığı ceza hukukunun kapsamı dışında tutmuş ve cezayı, suç sayılan fillere öngörülen hukukî (maddî) müeyyideler ile sınırlandırmışlardır. Bu nedenle ceza kavramının ifade ettiği anlamı karşılamak üzere İslam ceza hukuku literatüründe teknik bir terim olarak *ukûbe* kavramı kullanılmış, buna karşılık genellikle müeyyidesi uhrevî olan fiiller ise, bu kavramın kapsamı dışında tutulmuştur.

Bir fiilin suç sayılabilmesi için bir takım nitelikleri taşıması gerekir. Kur'an ve sünnetin iktizât-teklifî (emir ve nehiy) hükümlerinde, nelerin yapılabileceği teker teker sayılma yerine, sadece yasağın sınırları belirtilmekte, yasak kapsamının dışında kalanların yapılıp yapılmaması ise bireyin tercihine bırakılmaktadır. Örnekleri Kur'an ve Sünnet'te de yer alan ve klâsik fıkıh usûlünün sistematığına de müessir olan bu telâk-

<sup>2</sup> Muhammed Ebû Zehra, *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fıkhî'l-İslâmî* (el-Cerîme), Kahire 1976, s. 24.

<sup>3</sup> Arapça'da bir eylemin olumlu ya da olumsuzluğu ile mütenasip olarak göreceği "*karşılık*" anlamındaki "*ceza*" kelimesinin Kur'an-ı Kerim'de de bu iki farklı anlamıyla kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Yûnus, 26; İsrâ, 36; Kehf, 88; Tâ-Hâ, 76; Furkân, 15; Zümer, 34; Fussilet, 28; Şûrâ, 40; Rahmân, 60.

<sup>4</sup> Müslim b. Haccâc el-Kuşeyrî, *el-Câmiu's-Salîli* (Thk. Muhammed Fuad Abdübâkî) Çağrı Yayınları, İstanbul 1981, III/1980; Muhammed b. İsa b. Servet et-Tirmizî, *el-Câmiu's-Salîli* (Thk. Ahmed Muhammed Şâkir), İstanbul 1981, IV/597.

ki, insana geniş bir mubahlık alanı tanındığını, yasaklığın istisnâ ve arzî bir durum olduğunu ortaya koymaktadır. Ne var ki, yasak alanı çok sınırlı olmasına rağmen insanlar, zaman zaman geniş olan mubahlık (*ibâha*) sınırları içinde kalma yerine, yasak alana girmekte ve onu mubah hale getirmeye çalışmaktadırlar. Halbuki kulun, Şâri'in yasak kıldığı fiilleri mubahlaştırma, hak ve yetkisi bulunmamaktadır.

Eşya ve fiillerde aslanan *ibâha* iken birtakım fiillerin suç sayılması ile insan davranışlarına sınırlamalar getirilmektedir. Zahiren çelişki gibi görünen bu durum esasen toplum hayatı için bir zorunluluktur. Ancak insanın hürriyeti ile sorumluluğu arasındaki hassas dengeyi korumak ve keyfliğe engel olmak için hangi fiillerin, hangi merci tarafından suç sayılabileceği, Kur'an ve Sünnet tarafından belirlenmiş, ayrıca bir fiilin suç sayılabilmesi için taşıması gereken niteliklerin neler olduğu (*suçun unsurları*) da hukukçular tarafından detaylı olarak ortaya konulmuştur. İslam ceza hukuku açısından bir fiilin suç sayılıp sayılmamasında en önemli belirleyici Kur'an ve Sünnet'tir. Siyasî otoritenin (*ulû'l-emr*) kanun yapma (*legislation*) yetki ve faaliyetini de, Kur'an ve Sünnet'in açılımı olarak görmek mümkündür. Suçların sarîh olarak bir ceza kanununda veya ceza hükümlü özel bir kanunda belirlenmiş olmasına çağdaş ceza hukukunda *suçun kanûnîlik unsuru* denilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği gibi suç, bir emir normunun ihmali veya yasak normunun ihlâlidir. Yasak ihlâl edilerek işlenen suçlarda hareket, somut olarak tezahür ederken buna karşılık bir emir normunun ihmal edildiği suçlarda ise kasıtlı bir iradî hareketsizlik şeklinde tezahür eder. İşte bir emir veya yasak hükmünün bir *icra* veya *ihmal* hareketi ile çiğnenmesine, *suçun maddî unsuru* denilmektedir. Burada karşımıza *icra*, *ihmal* ve *ihlâl* olmak üzere üç anahtar kavram çıkmaktadır.

Arapça hml kökünden türetilen ihmal kelimesi, kök olarak; başıboşluk, terk edilmişlik anlamındadır. Arapça'da develerin çöle saliverilmesi, çobansız bırakılması, bu kelime ile ifade edilmektedir.<sup>5</sup> Bir ceza hukuku terimi olarak ise ihmal, yapılması istenen bir emir normuna kayıtsız kalmak ve emrin gereğini yerine getirmemek, kısaca yapmakla yükümlü olunan görevi yapmamak anlamındadır. Buna göre kişinin hukuken yapmakla yükümlü olduğu görevleri yerine getirmemesi ya da kayıtsızlığı (ihmali) suç oluşturmaktadır.

Konuyu somut bir örnek ile tahlil edelim. Bir hastanenin acil servisine getirilen ağır yaralıya görevli nöbetçi doktorun herhangi bir müdahalede bulunmaması ve yaralının da kan kaybından ölmesi; ya da yanmakta olan bir evi söndürmeye giden görevli itfaiye erinin yangına müdahale etmemesi durumunda, doktorun veya itfaiye erinin hiçbir suçu yok mudur? "Doktor, hastaneye getirilen yaralıya herhangi bir fiilî saldırıda bulunup onu yaralamamış veya öldürmemiştir, ya da itfaiye eri doğrudan evi yakmamıştır niçin sorumlu olsunlar ki?" diye düşünülemez. Öyleyse doktorun veya itfaiye erinin sorumlu tutulmasının veya başka bir ifade ile suçlu bulunmasının sebebi nedir? Bu sorunun hukukî cevabı, görevlilerin kanunen yapmakla yükümlü oldukları görevi yapmamalarıdır. Doktorun, hastaneye gelen yaralıya karşı doğrudan maddî (somut) bir saldırısı ya da itfaiye erinin yangın çıkarması söz konusu olmasa bile, hareketsizlikleri, yani (görev ve sorumluluk alanlarına giren olaylara müdahale etmemeleri) kanunun suç saydığı bir sonucun sebebinin oluşturmaktadır. İrade, kişinin bir şeyi yapma veya yapmama arasında seçim yapabilmesidir. Bu nedenle bireyin iradesi bir yasağın şuurlu olarak ihlâl-

<sup>5</sup> Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem ibn Manzûr, *Lisânü'l Arab*, Beyrut 1956, XI/710-711; Mütercim Asım Efendi, *el-Okyanûsu'l-Basît fî Tercümeti'l-Kâmûsi'l-Mufît*, İstanbul 1272, III/386.

linde ya da emrin ihmalinde tezahür eder. Hukuken suç kabul edilen sonuç, failin suçu işleme iradesi açısından ele alındığında yukarıdaki örneklerde failin iradesi, bir emrin gereğini yapmama şeklinde tezahür etmektedir. Maddî hareketin somut olarak görünmediği ancak sonucun somut olarak ortaya çıktığı ihmal suretiyle işlenen suçlarda failin hareketsiz kalması, suçun maddî unsurunu oluşturmaktadır. Bu tür suçlara doktrinde, *ihmal yoluyla icra suçları* denilmektedir.

Arapça'da hareket halinde olmak, bir işi yerine getirmek anlamındaki (cerâ) kökünden türetilen icra kavramı, teknik bir terim olarak ceza hukukunda bir yasak hükmünü somut bir iradî hareketle ihlâl etmeyi ifade etmektedir. Örneğin; silahla adam öldürme veya hırsızlık suçlarında failin bilerek tetiği çekmesi ya da malı gizlice alması icra hareketlerini oluşturur.

İhmalde bir talebin (emir) gereğinin yerine getirilmemesine karşılık, ihlâlde; yasağın dinî ifadesiyle haram kılınan bir fiilin, icra edilerek helâl sayılması söz konusudur. Örneğin; Şâri, adam öldürmeyi veya zina fiilini haram kılmasına rağmen mükellef olma şartlarını taşıyan ve yasak (*haram*) hükmünü bilen kişinin adam öldürmesi ya da gayr-i meşrû ilişkide bulunması, yasağı (*haramı*) helâl (*mubâh*) hâle getirmektedir. İşte ihlâl, haram bir fiilin helâl (*mubâh*) hâle getirilmesi, daha hukukî bir ifade ile bir yasak normunun çiğnenmesidir. Yasak normunu ihlâl eden hareket somut olarak görüldüğü için bu tür suçlara ise, doktrinde *icra suçları* denilmektedir.

Maddî unsur, hareket, sonuç ve illiyet bağı olmak üzere üçlü bir bütünü ifade etmektedir. Buna göre suçun maddî unsurunun teşekkül edebilmesi için, failin maddî bir hareketinin bulunması, bu hareketin, bir emir ve yasak hükmüne (hukuka) aykırı sonuç doğurması, ayrıca sonucun, failin maddî bir hareketine isnat edilmesi, (kısaca hareket ile sonuç arasında bir illiyet (nedensellik) bağının bulunması) gerekir. Bu durum, cezaların şahsiliğini sağlaması açısından büyük bir önemi haizdir.

Maddî unsur açısından, icra suçlarında (örneğin, silahla adam öldürme, müessir fiil, hırsızlık...) maddî hareketlerin somut olarak görülebilir nitelikte olması; ihmal suçlarında ise (örneğin, görevli doktorun yaralıya müdahale etmemesi; itfaiye erinin yangına müdahale etmemesi; nafaka yükümlüsünün bu yükümlülüğü yerine getirmemesi) maddî hareketin görülmemesi, ikincide maddî unsurun gerçekleşmediği şeklinde anlaşılamaz. Esasen bu tür suçlarda suçun maddî unsuru Şâri'in "yap", "yerine getir" emrine karşı failin şuurlu kayıtsızlığı ve iradî hareketsizliğidir. Çünkü bu hareketsizlik, hukuka aykırı kabul edilen sonucun (suçun) sebebini oluşturmaktadır. İcra suçlarında hareket "*niçin yaptın?*", ihmal suçlarında ise "*niçin yapmadın?*" sorularının cevabıdır. İcra ve ihmal suçlarında hareketlerin icra hareketi ve ihmal hareketi olmak üzere farklılık arz etmesi bir taraftan emir ve yasak normunun formel yapısı ile; diğer taraftan ise bu normlara mükellefin tepkisinin mutabakatsızlığı (uyumsuzluğu) ile ilgilidir. Adam öldürme, müessir fiil, zina ve hırsızlık gibi yapılması yasak (haram) kılınan icra suçlarında, bu fiillerin yapılması; zekât vermeme, nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeme, hastaneye gelen yaralıya müdahale etmeme gibi ihmal suçlarında ise, yapılması emredilen bir fiilin yapılmaması söz konusudur. Suç failinin, yasak normuna aykırı hareketin haram kılındığı icra suçlarına tepkisi hareket; bir fiilin işlenmesini ya da hareketi öngören emir normlarına karşı gösterdiği tepki (cevap) ise hareketsizliktir. Bu bakımdan hukukî bir sonucun, bu sonucun nedeni olan bir icra veya ihmal hareketine bağlanması durumunda; maddî unsurun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Hastaneye getirilen yaralıya doktorun müdahale etmemesi örneğinde, yaralının kan kaybından ölmesi ile doktorun hareketsizliği arasında doğrudan maddî-mekanik olmasa bile, hukukî

bir illiyet (nedensellik) ilişkisi kurulabildiği için, hareketsiz kalan doktorun da sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak burada, hukukî nedensellik ilişkisi ile, fizik-mekanik nedensellik arasındaki ince ayrıntıya dikkat etmek gerekir. Hukuk mantığı açısından herhangi bir sonucun, bir hareket ya da hareketsizliğin eseri olduğu rasyonel olarak ortaya konulabildiği durumlarda illiyet ilişkisi de gerçekleşmektedir.

Diğer taraftan hukukun dikkate aldığı insan hareketlerinin arka plânında akıl ve irade vardır. Yani maddî hareketler, aklî ve iradî bir faaliyetin sonucunda işlenmektedir. Çok ani ve fevri olarak işlenen suçlarda bile, süresi ne kadar kısa olursa olsun, maddî hareketlerden önce o hareketin işlenmesine karar veren bir aklî ve iradî bir süreç yaşanmaktadır. İşte akıl ve irade ile, fiil arasındaki bu ilişkiye ceza hukukunda manevî unsur denilmektedir. Manevî unsur açısından suç, kaynağını insanın akıl, irade, ruh gibi manevî (*psikolojik*) fonksiyonlarından alan bir olgudur. Çünkü eylemin sonucu, objektif olarak tezahür etse de kaynağında sübjektivite vardır. Belli bir sonucu amaçlayan sâikler, önce zihinde tasavvur edilir, tartışılır ve irdelenir, (*deliberation*); sonra irade, tereddütten kurtularak eylemin yapılıp yapılmamasına karar verir (*decision*), bu aşamadan sonra ise akıl ve iradenin kararı, insanın el, ayak ve diğer organları vasıtasıyla plân hâlinde eyleme dönüşürler (*execution*). İslam hukukunda kişinin bir suçtan sorumlu tutulup cezalandırılması, akıl ve irade (temyiz gücü)'ye sahip olması ön şartına bağlıdır. Bu yeteneğe sahip olma, İslam hukukunda "*ceza ehliyetini haiz olma*" kavramı ile ifade edilmektedir. Bu melekelerle sahip olma, kişiyi sorumluluğun muhatabı kılarken, bu melekeleri ortadan kaldıran ehliyet arızaları ise cezaî sorumluluğu düşürmektedir. Suç, emir ve yasak normu ile fiil arasındaki tezat (çelişki)'tir. Kısaca hukuka aykırılık olarak ifade edilen bu durum, failin iradesinde odaklanır. Maddî unsur bakımından bir emrin *niçin* ihmal edilerek gereğinin yerine getirilmediği, ya da bir yasağın *niçin* ihlâl edilerek çiğnendiği sorularına karşılık manevî unsurda; failin fiili *nasıl* veya *ne şekilde* işlediği ön plâna çıkar. Kısaca maddî unsurda *niçin*, manevî unsurda ise *nasıl* sorularına cevap aranır.

İslam hukukunda akıl ve irade sahibi kişiler, işledikleri fiiller ile iradeleri arasındaki ilişkiye göre sorumlu tutulmaktadırlar. İrade ile sonuç ilişkisi kast, kastın aşılması ve taksir olmak üzere üç şekilde tasavvur edilmektedir. İrade ile sonuç arasında tam bir mutabakatın bulunduğu durumlara İslam hukukunda *kast* veya *amd* denilmektedir. Kast veya amd, iradenin, hem bir fiile hem de fiilin doğuracağı sonuçlara (bilerek ve isteyerek) yönelmesidir. Bu bakımdan kast kavramı irade kavramında odaklaşmakla birlikte failin, işlediği eylemin hukuka aykırılığının bilincinde olması da önemli bir husustur. Taammüden işlenen suçlarda failin kastettiği sonuç ile ortaya çıkan sonuç tam bir mutabakat arz ettiği, başka bir ifade ile, fail, ortaya çıkan sonucu bilerek ve isteyerek işlediği için, bu tür suçlara en ağır müeyyideler konulmuştur. Yoğun bir kasıt olan taammüd, adam öldürme ve müessir fiillerde cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle taammüden adam öldürme ve müessir fiil gibi hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda suçun failine, aynıyla mukabele esasına dayanan kısas cezası öngörülmektedir.

Kasıtlı adam öldürme suçunda suçun mağduru; suçun maktulün veli ve vârisleri; müessir fiillerde ise, yaralının kısaca haksız tecavüze uğrayan şahsın kendisidir. Bunların sahip olduğu alternatif hakları: fiile aynı ile mukabele (kısas); bedenî-cismanî zararın mal ile tazmini, başka bir ifade ile diyet karşılığı kısas hakkından vazgeçme (sulh); mağdurun kısas ve diyet hakkından vazgeçip faili karşılıksız affetmesi (af) olmak üzere üç başlık altında toplamak mümkündür:

Devlet, bütün suçlarda bazen doğrudan, bazen de dolaylı olarak suçun mağduru kabul edilmektedir. Bu nedenle şahıslara karşı işlenen suçlarda, suçun doğrudan mağduru olan kişi veya kişilerin (mağdur) suç failini affetmesi durumunda, devletin dolaylı mağdur olarak ayrıca cezalandırma hakkına sahip olduğunu ilave etmek gerekir.

Diğer taraftan toplumun herhangi bir üyesine yapılan haksızlık, o toplumun bütün bireylerine karşı işlenmiş gibi tepki görür, en azından "bu haksızlık bana karşı da işlenmiş olabilirdi" endişesini uyandırır. Bu ise sosyal hayat için önemli bir risk oluşturur. İşte İslam hukuku bakımından suçun doğrudan mağduru olan kişi ya da kişilerin faili affetmesi durumunda da kamu adına devletin cezalandırma hakkının bulunması, meşruiyetini bu gerekçeden almakta ve ceza siyaseti açısından büyük bir fonksiyon icra etmektedir.

Ağır bir bedensel ceza olan kısas, hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda hem genel, hem de özel önleme fonksiyonlarını icra etmektedir. Yani *mukâbele bi'l-misl* esasına dayanan bu ceza, haksız olarak başkasını öldüren veya ona cismanî zarar veren failerin aynı şekilde cezalandırılacağı düşüncesini zihinlere yerleştirdiğinden, suç işleme temayülünde olan potansiyel suçlulara da caydırıcı bir (*ibret*) fonksiyonu icra etmektedir. Bu nedenle Kur'an-ı Kerim, kısas ile hayat arasında doğrudan ilişki kurmaktadır.<sup>661</sup>

Suçla aynıyla mukabelede bulunma anlayışı, farklı gerekçelerle Batı'da da pek çok hukukçu ve filozof tarafından da savunulmuştur. Örneğin Jeremy Bentham (ö. 1832), Emenual Kant (ö. 1804), Montesquieu (ö. 1755), Jean Jacques Rousseau (ö. 1778), Friedrich Hegel (ö. 1831); bakış açısı farklı olmakla beraber meşhur ceza hukukçusu Cesare Lambroso (ö. 1909), Raffaele Garofalo'nun (ö. 1934) idam cezasına taraftar olduğu bilinmektedir.<sup>771</sup>

## KASTIN AŞILMASI

Bazen fail, bir fiili bilerek, isteyerek işler; ancak, ortaya çıkan sonuç kastettiğinden daha ağır olabilir. Bu durumlarda failin suç işleme kastı (*cürmî kast*) bulunmakla birlikte, irade ile sonuç arasında tam bir mutabakattan, uyumdan bahsetmek imkansızdır.

Örneğin sadece yaralama kastıyla işlenen müessir fiil, mağdurda bulunan fakat fail tarafından bilinmeyen bir hastalık (örneğin hemofili -kanın pıhtılaşmaması-) ile birleştiğinde onun ölümüne sebebiyet verebilir. Bu durumda failin kastı adam öldürmek değil, müessir fiildir. Suçun, bu hastalığı bulunmayan bir kimseye işlenmiş olması, genelde bu tür bir ağır sonuca sebebiyet vermez. Ancak failin, öldürme kastı ile olmasa bile, müessir fiili bilerek ve isteyerek işlediği de bir gerçektir. Fakat öldürmeyi istemediği için ortaya çıkan sonuç failin kastını aşmıştır. Bu tür suçlarda failin iradesi ve hareketinin sonucu açısından kast ile taksir birleşmiştir. Çünkü fail, hareketini suç kastıyla işlemiş, ancak sonuç kast ettiğinden ağır olmuştur. Bir yönüyle kasta, diğer yönüyle taksire benzediğinden dolayı, bu tür suçlara, çağdaş ceza doktrininde "*kastın aşılması*"; İslam ceza hukukunda ise *şibhu'l-amd* (kast benzeri), *amdu'l-hata* (hata ile karışık kast) kavramları kullanılmaktadır. Bu tür suçlarda failin suçluluğunda, (cürmî kast)

<sup>661</sup> Bakara, 178, 179; Maide, 45; Nahl, 126; Yûnus, 26; Şûra, 40.

<sup>771</sup> *İdam Cezası, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası*. (Müessisi Muhammed Arif), İstanbul 1325, I/49 vd.; Sadri Maksudi Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, s. 253; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 242.

kuşku bulunmadığı gibi, irade ortaya çıkan sonuca tam olarak yönelmediği için kastedilen sonuç ile ortaya çıkan sonuç arasında tam bir mutabakat da bulunmamaktadır. Kısas cezası ise, irade-sonuç mutabakatı olan durumlarda söz konusudur. Bu nedenle öldürme kastının söz konusu olmadığı bu tür suçlarda failin, mağdur olan tarafa ağırlaştırılmış diyet (*diyet-i muğallaza*) ödemesi öngörülmektedir. İslam hukukçuları kasten (amden) ve kastın aşılması (*şibhu'l-amd*) suretiyle işlenen suçları birbirinden ayırmada, genellikle suç aletlerine ve bunların kullanılış şekline dayanmışlardır. Örneğin failin elindeki kesici aletin, keskin tarafı yerine sapını kullanması, kendisinde adam öldürme kastının olmadığına karinesi olarak kabul edilmektedir.

### TAKSİR (HATA)

Bazı durumlarda ise irade ile sonuç arasında tam bir mutabakattan bahsetmek imkânsızdır. Örneğin taksirli adam öldürme ve müessir fiil suçlarında failin, meydana gelmesini istediği sonuç ile ortaya çıkan sonuç birbirinden tamamen farklıdır.

Taksirli suçlarda failin iradesi bir sonuca yönelmekte, ancak ortaya çıkan sonuç tamamen farklıdır. Örneğin su arızasını gidermek için yolu kazan belediye işçilerinin gerekli tedbirleri almamaları dolayısıyla bir insanın oraya düşüp ölmesine ya da yaralanmasına sebebiyet verilmesi durumunda ölüm ile kazılan çukur arasında dolaylı bir illiyet bağı kurmak mümkündür. Yani ölümün sebebi oraya kazılan çukurdur ancak, çukuru kazanların tedbirsizlik ve dikkatsizliklerinden kaynaklanan kusurları bulunmakla beraber fiili işleme iradeleri ile ölüm arasında tam bir mutabakattan bahsetmek imkânsızdır.

Aynı durum, avlanmak amacıyla ağaçtaki kuşlara ateş eden ancak tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu bir insanın ölümüne sebebiyet veren avcı için de söz konusudur. Burada da avcının bir kastı bulunmakta (avlanma) ve bir sonuç (ölüm) da meydana gelmektedir. Ancak fail bu sonucu kast etmemekte, aksine sebep olduğu kötü sonuçtan dolayı vicdan azabı çekmektedir. Fail açısından böyle olsa bile işlenen fiil sonucu ölen ve onun ölümünden dolayı mağdur olan insanlar bulunmaktadır. Bu sebeple, failin iradesinin suça hiç yönelmediği ve cürmî kastın bulunmadığı taksirli suçlarda kısas cezası düşmekte, ancak mağdurların en azından maddî mağduriyetini gidermek için tazminat (*diyet*) ödemesi öngörülmektedir. Burada orijinal bir hususiyet arz eden akile müessesesine bir cümle ile de olsa temas etmek gerekir. Çünkü taksirli suçlarda tazminatın sadece fail tarafından değil, akilesi tarafından ödenmesi hem haksız tecavüze maruz kalan mağdur; hem de hiç istemediği halde, böylesine ağır bir cismanî zarara sebep olduğu için zaten vicdan azabı çeken fail korunmaktadır. Kan bağına dayalı olan akile sistemi Hz. Ömer tarafından yeniden gözden geçirilerek, aralarında meslekî bağları olan teşekküller de akile kapsamına alınmıştır.

Sonuç olarak, İslam hukukunda cezalandırmada manevî unsur esas alınmakta ve sorumluluk derecesi, failin iradesi ile sonuç arasındaki ilişkiye göre değişmektedir. Kusurluluğun en alt derecesini oluşturan taksirli suçlarda, suç sayılan sonuç çıkmakta, ancak failin suç kastı hiç bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile sonuç ile irade arasında bir mutabakattan söz edilememektedir. Kastın olmaması (ya da hata hâli) şer'î bir özür olarak kabul edilmekte ve failin cezaî sorumluluğunu düşürmektedir. Ancak mağdur tarafın uğradığı zarar, mal ile tazmin edilmektedir. Suç failinin maddî yükünün hafifletilmesi amacıyla bir sosyal dayanışma müessesesi görünümü arz eden akile kapsamında yer alan kişi veya kurumlar da, tazminatı ödemede suç failine ortak olmaktadır.

Sonucun istenenden daha ağır olduğu kastın aşılması durumunda ise, yine irade ile sonuç arasında tam bir mutabakattan söz edilemez ise de; failin suçluluğunda kuşku bulunmamakta, ancak ortaya çıkan ağır sonuçta failin kasıtlı olup olmadığı hususunda şüphe bulunmaktadır. Bu nedenle kısas cezası düşmekle beraber, taksire göre malî sorumluluk oranı artmakta ve fail taksirli suçlara göre daha ağır maddî tazminat ödemektedir.

Kusurluluğun en ağır derecesini oluşturan kasıtlı fiillerde ise, irade ile sonuç arasında tam bir mutabakat bulunmakta ve failin suçluluğunda, yani mücrim olduğunda hiç bir kuşku kalmamaktadır. Şahıslara karşı işlenen adam öldürme ve müessir fiiller bakımından kusurluluğun bu en ağır derecesini oluşturan kasta ise Kur'an ve Sünnet tarafından öngörülen aslî ceza, faili, işlediği fiilin aynısı ile cezalandırmaktan ibaret olan kısastır. ♦