



ATLAS INTERNATIONAL REFEREED JOURNAL ON SOCIAL SCIENCES

Open Access Refereed E-Journal & Refereed & Indexed
ISSN:2619-936X



Vol:5, Issue:22

2019

pp.680-689

Article Arrival Date: 17.07.2019

Published Date: 24.09.2019

İSLAM CEZA HUKUKUNDA SORUMSUZLUK (İBÂHA) SEBEPLERİ REASONS FOR DISCLAIMER (İBAHA) IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

Kanaan Mahdi YAQOUB

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri, Doktora Öğrencisi, Gaziantep/Türkiye

Doi Number : <http://dx.doi.org/10.31568/atlas.352>

Article Type : Research Article



ÖZET

Ceza hukuku hükümlerinde asıl olan, yasaklanan şeylerin herkes hakkında yasak olmasıdır. Bu asıldan istisna olarak, ceza kanunları, bazı yasaklanan eylemler hakkında, belirli durum ve şartlarda ortaya çıkması kaydıyla ceza verilmemesini öngörmüşlerdir. Bu gibi durumlarda yasa koyucu, belirli şartlardaki suç fiillerine ceza vermemekte daha önemli bir yarar bulunduğunu düşünmüştür. Zira yasaklanan fiillerden dolayı sorumsuz kabul edilen kişiler, yaptıkları bu fiilleri belirli amaçları gerçekleştirmek için yapmaktadırlar. Mesela öldürmek, bütün insanlar hakkında haram kılınan bir fiildir. Ama ceza kanunları, öldürmeyi, nefs-i müdafaa veya cezayı infaz sözkonusu olduğunda mübah kılmıştır. Keza yaralamak fiili bütün insanlar için yasaklanan bir şeydir. Ama ceza kanunları doktorların hastaları tedavi etmesi için mübah kılmıştır. Yine darp da herkes için yasaklanmış bir eylemdir. Ama tedip ve terbiye için mübah kabul edilmiştir. Şu halde ceza kanunları yasaklanan bazı fiilleri belirli maslahatlar için mübah kılmış olup, belirlenen maslahatların dışına çıkılması ise caiz değildir. Sözelimi bir doktor için hastayı tedavi amacıyla yaralama fiili mübah sayılmış; ama hastayı öldürmek kastıyla yaralarsa, bu fiili, kasdi suç teşkil eder ve cezaya müstehak olur. Çalışmamızda İslâm Hukukunun cezaî hükümlerinin istisnaları Hanefî mezhebinin görüşleri çerçevesinde incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Ceza Hukuku, Cezanın İstisnası, Hanefî Mezhebi

ABSTRACT

The original in criminal legislation that prohibited acts are prohibited to everyone. An exception to this origin, the criminal legislation makes it permissible to allow certain prohibited acts if they occur in certain circumstances and under certain circumstances. The legislator considered that he had a stronger interest that should be protected by decriminalizing the act in those circumstances and because those to whom the forbidden acts were permitted came to achieve legitimate purposes, these reasons which allow them to prohibit acts raise the status of the offense and make it permissible. Murder is forbidden to all people but criminal legislation makes it permissible; whether it is in self-defense or the execution of the penalty. The wound is haraam for all people, but criminal legislation permits it to doctors if it is intended for treatment. The criminal legislation allowed some forbidden acts to achieve certain interests may not be deviated from them to other interests. The doctor was allowed to injure the patient for the purpose of treatment, but if the patient was injured for the purpose of murder, it constitutes an intentional crime and deserves punishment. In our study, exceptions to criminal judgments were compared with Islamic law within Hanafi's views.

Keywords: Islamic law, criminal law, exemption from punishment, Hanafi school

1. GİRİŞ

İbâha kelimesine âlimler sözlükte birkaç anlam vermişlerdir. Burada fikhî yanıyla alakalı olanı zikredeceğiz. أبحتك الشيء demek ‘onu sana helal kıldım’ demektir. أباح الشيء ise ‘onu serbest yaptı’ anlamına gelir.¹

İslam hukuku âlimlerinin ıstılahında ise ibâha, bir şeyin yapılmasının ve terk edilmesinin muhayyer olmasıdır. Gazzâlî ibâha yerine aynı anlamı cevâz kelimesiyle ifade etmiştir ki, şöyle der: “Cevaz, bir fiilin yapılması veya terk edilmesinin, şer’i şerif tarafından eşit saymasıyla muhayyer kılınmasıdır. Veya bir şeyin yapılmasına, hukuken izin verilen çerçevede içinde kalarak, failin dilemesine göre izin verilmesidir.”²

Hukukçuların ıstılahında ise, ibâha, fiilin suç olmaktan çıkarılıp, asıl olan serbestliğe ircâ edilmesidir.³ Nitekim kanun koyucu, isitisaî nedenlerle, bir fiili mübahlar kategorisine koymanın, yasaklar arasına koymaktan daha uygun olduğu görüşündedir. Burada amaç haklarla maslahatlar arasındaki dengenin gözetilmesidir. İslam hukuku fakihlerinin, ‘suç olduğuna dair nas gelinceye kadar eşyada asıl olan ibâhadır’ şeklindeki sözleri bunu ifade eder.⁴

İbâha sebepleri ise, fiilin suç özelliğini ortadan kaldırılması ve suç sayıldığına dair illet bulunmaması sebebiyle serbest kılınmasıdır.⁵ Diğer bir tabirle ibâha, yasaklanan fiilin mübah kılınması ve failin cezasının kaldırılmasıdır. Bu nedenle ibâha kavramını Türkçede ‘sorumsuzluk’ veya ‘cezasızlık’ kelimeleriyle ifade edebiliriz.

2. HANEFÎ FAKİHLERİNE GÖRE SORUMSUZLUĞUN SEBEPLERİ

Hanefî fukahâsına göre cezanın kaldırılması veya sorumsuzluğun sebepleri şunlardır:

2.1. Meşru Savunma

İşlenmesi yasaklanan fiilleri meşru ve mübah kılan sorumsuzluk sebeplerinden biridir, şöyle ki: Yasaklanan fiili işleyen kişi, canını, malını ve ırzını, ya da başkasının canını, malını ve ırzını, tehlikeli bir duruma veya ancak yasal savunma ile bertaraf edilebilecek gayr-i meşru bir duruma karşı savunma halinde olmalıdır.⁶ Meşru savunmanın kişiyi sorumsuz yapması konusunda, fukahâ arasında ihtilaf yoktur.⁷ Delilleri ise, فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى “O halde kim size saldırırsa siz de aynıyla karşılık verin”⁸ ayeti ve Hz.Peygamber’den rivayet edilen لو أن رجلا اطاع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقات عينه ما كان عليك جناح “Eğer bir adam seni iznin olmadan gözetirse ve sen ona bir taş atıp gözünü çıkarmış olsan, bundan dolayı sana bir vebal yoktur”⁹ hadisidir. Bu naslar, meşru savunma hakkının meşruiyetine delildir. Ancak fukahâ arasındaki görüş ayrılığı, meşru savunma hakkının vacip mi, caiz mi olduğu konusundadır. İslam fukahâsı bu nedenle meşru müdafaa hallerinde şöyle bir ayırımı gitmişlerdir:

¹ İBN MANZÛR, Ebu’l- Fadl Cemâluddin Muhammed b. Mükrim, *Lisânu’l- arab*, Beyrut, Dâru Sadır, 3.basım, 1414H, II/416; FİRÛZÂBÂDÎ, Mecduddin Ebu Tahir Muhammed b. Yakub, *el-Kâmûsu’l- muhît*, Beyrut, Müessesetü’r- risâle, 8.basım, 1426H/2005M, I/214.

² GAZZÂLÎ, Ebû Hâmid, *el-Müstasfâ*, Thk: Muhammed Abdusselam Abdüşşâfi, Dâru’l- kütübi’l- ilmiyye, 1.basım, 1413/1993, s.59.

³ HALEF, Hasen Ali- ŞÂVÎ, Sultân Abdulkâdir, *el-Mebâdiu’l- âmme, fi kânûni’l- ukûbât*, Bağdat, el-Mektebetü’l- kânûniyye, s.40.

⁴ RAHMÂNÎ, Mansûr, *el-Vecîz fi’l- kânûni’l- cezâiyyi’l- âmm*, Cezaîr, Dâru’l- ulûm li’n- neşr, 2006, s.219.

⁵ RAMSÎS, Behnâm, *en-Nazariyyetü’l- âmme li’l- kânûni’l- cinâi*, 3.basım, İskenderiyye, Menşeeetü’l- maârif, 1997, s.319-320.

⁶ ŞEREFÎ, Alâuddin İbrahim Mahmud, *ed-Difâu’ş- şer’iyyu’l- âm fi’l- teşrî’l- cinâiyyi’l- islâmi (Dirâse fihkiyye mukârane)*, Risâletü mâcêstür mukaddeme ilâ külliyyeti’d- dirâsâti’l- ulyâ fi câmiati’n- necâh, Filistin, 2008M, s.177

⁷ ŞÂZİLÎ, Fütüh Abdullah, *Şerhu kânûni’l- ukûbât*, Dâru’l- matbûâtî’l- câmiâtî’l- İskenderiyye, 2001M, s.258.

⁸ Bakara, 2/194.

⁹ İBN-İ BATTÂL, Ebu’l- Hasen Ali b. Halef b. Abdulmelik, *Şerhu Sahîhi’l- Buhâri*, Thk: Ebû Temîm Yâsir b. İbrahim, Riyad, Mektebetü’r- rüsd, 2.basım, 1423H/2003M, VIII/546.

Birinci hal, ırzı savunma halidir. Fukahâ ırzı savunmanın vacip olduğunda müttefiktirler. Nitekim adamın biri, bir kadınla zina etmek istemiş, kadın ise bir taş atarak adamı öldürmüştü. Hz.Ömer bu olay üzerine ‘vallahi kadına kesinlikle kısas yapılmaz’ demişti.¹⁰

İkincisi, nefsi müdafaa halidir. Cumhur-u fukaha saldıranın öldürülmesine yol açılrsa dahi, nefsi müdafaa'nın vacip olduğu görüşündedir.¹¹ Delili ise, *فَإِنْ بَعَثَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ* “Buna rağmen biri öbürüne saldırırsa, bu saldıran tarafla, Allah’ın emrine dönüncüye kadar siz de vuruşun”¹² ayetidir. Allah bu ayette bâgî toplulukla savaşılmamasını emretmiştir. İnsanın haksız yere kasten öldürülmesinden daha büyük bir bağıy olamayacağına göre, ayetin hükmü, haksız yere birilerini öldürmeye kastedenlerin öldürülmesini gerektirmiştir.

Üçüncüsü, malını müdafaa etme halidir. Malın müdafaa'sı konusunda fukaha ihtilaf etmişlerdir. Sözelimi, Ebu Hanife'den nakledildiğine göre o, evlere delerek giren hırsızın öldürülebileceğini söylemiştir. Delil olarak da, “Her kim malı uğruna öldülürse, şehittir” hadisini zikretmiştir. Ancak ona göre öldürülen hane sahibinin şehit olabilmesi, gücü varsa savaşmasına bağlıdır. Şu halde bu ifadelerden, eğer gücü yetiyorsa, ev sahibinin hırsız öldürmesi gerektiği anlamı da çıkarılabilir.¹³

Dördüncüsü, başkasının ırzını malını ve canını müdafaa etme halidir. İçlerinde Maliki ve Hanefilerin de bulunduğu bir fukaha grubuna göre, insanın kendi malını, canını ve ırzını savunmasıyla, başkasının malını, canını ve ırzını savunması arasında bir fark yoktur. Şu halde Hanefî ve Malikiler zaruret halinde başkasına ait malı, canı ve ırzı savunmanın vacip olduğu görüşündedirler.¹⁴

Meşru müdafaa fiilinde gerekli olan şartlar şunlardır:

1-Saldırıyı bertaraf etmek için müdafaa fiili gerekli olmalıdır. Eğer savunan kişinin o anda yardım isteme, bağırma veya devlet güçlerine haber verme imkânı varsa, savunma hakkını kullanması caiz değildir.¹⁵

2-Savunma, saldırıyla mütenasip olmalıdır. Şayet müdafî, eliyle kendini savunma gücüne sahipse, kırbaçla savunma yapması haramdır. Eğer kendini karşı tarafı yaralamak suretiyle savunabilir durumda ise, karşıdakini öldürmek haramdır. Ancak karşı tarafın saldırı eylemi, müdafîin gücünü aşacak ölçüde şiddetliyse, o zaman müdafîin savunma-saldırı tenasübü ilkesine uyması gerekmez. Eğer saldırgan, müdafîye cinsel saldırı arzusu içindeyse, o takdirde müdafîin saldırganı öldürmeye hakkı vardır. Eğer savunabilirse, öldürmeksizin.”¹⁶ Saldırıyı defetmek için lazım gelen kuvvetin doğru kıstası, müdafîin düşüncesinin makul sebeplere bina edilmesidir.

2.2. Te'dîb

Hâkim (yargıç) dışındaki bir velinin, velayet sahibi olduğu kimseyi ıslah etmek amacıyla hafifçe cezalandırmasıdır.¹⁷ Te'dîbin gayesi ıslahtır. Islah ise te'dîb edilen ferde istikamet ve

¹⁰ BEGAVÎ, Ebu'l- Huseyn Muhammed b. el-Ferrâ, *Şerhu 's- sünne*, Thk: Şuayb el-Arnaut- Muhammed Züheyr eş-Şâviş, Dimeşk-Beyrut, el-Mektebu'l- İslâmî, 2.basım, 1403/1983, Hadis no: 2566, s.252.

¹¹ ŞÂZİLÎ, s.256

¹² Hucurât, 49/9.

¹³ CASSÂS, Ebu Bekr er-Râzî, *Ahkâmü 'l- Kur'ân*, Thk: Abdusselam Muhammed Ali Şahin, Beyrut, Dâru'l- kütübî'l- ilmiyye, 1.basım, 1415H/1994M, II/505.

¹⁴ ŞÂZİLÎ, s.268.

¹⁵ KÂSÂNÎ, Alâuddîn Ebû Bekr ibn Mesud ibn Ahmed, *Bedâi'u's- sanâi' fi tertibi's- sanâi'*, Dâru'l- kütübî'l- ilmiyye, 2.basım, 1406H/1986M, VII/93; İBN ÂBİDİN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz, *Reddu'l- muhtâr ale'd- dürri'l- muhtâr*, Beyrut, Dâru'l- fikr, 2.basım, 1412H/1992M, VI/546.

¹⁶ ZUHAYLÎ, Vehbe ibn Mustafa, *el-Fikhu 'l- İslâmî ve edilletuh*, Dimeşk, Dâru'l- fikr, 12.basım, VI/4837; TUWAIJRY, Muhammed İbrahim, *Mevsûatü 'l- fikhi 'l- islâmî*, Beytû'l- efkârî'd- düveliyye, 1.basım, 1430H/2009M, III/635.

¹⁷ KAL'ACÎ, Muhammed Ravvâs, *Mevsûatü fikhi Ömer b. el-Hattâb*, Beyrut, Dâru'n- nefâis, 2.basım, 1406H/1986M, s.188.

doğruluk kazandırır. Bazı fukaha te'dib denilince belirli insanları özellikle zikretmişlerdir: Zevce, öğrenci, çocuk ve köle. Bunların dışında tedip edilenleri de ta'zir adı altında toplamışlardır.¹⁸ Bununla birlikte fukahanın çoğu, ta'zir kelimesini her ikisi için de kullanmışlardır. Mesela bazıları imamın veya yardımcısının, had dışındaki cezalarda, tedib için vurmasını ta'zir tabiriyle ifade etmişlerdir. Muallimin çocuğa, babanın evladına vurmasına da ta'zir değil te'dib demişlerdir. En meşhuru ise her ikisine birden ta'zir adının verilmesidir.¹⁹ Hanefiler ve Malikiler ise, ta'zir kelimesinin, baba, koca, efendi, hatta imam ve benzerlerinden sadır olan te'dib için doğru olacağını söylemişlerdir. Efendinin, kocanın, hatta daha da genişleterek, suç işleyeni gören herkesin ta'zir yapabileceğini belirtmişlerdir.²⁰

2.3. Tıbbî Eylemler

Aslında bir doktor meşru biçimde yaptığı tıbbî eylemlerden dolayı cezâi sorumluluğa tabi değildir.²¹ Meselâ hacâmat yapan veya sünnet edene, işlem yaptığı yeri aşmadıkça tazminat cezası yüklenmez.²² İstisnâi olarak doktor, normal haddi aşarsa cezâi sorumludur.²³ Veya doktor yaptığı işlemde bir hata işlerse, ihmal ve tedbirsizlikten dolayı sorumludur.²⁴

2.4. Sportif Oyunlar Esnasında Yapılan Şiddet Davranışları

İslam hukuku fakihleri bu konuda, oyuncunun kastına göre değerlendirme yoluna gitmişlerdir. Eğer oyuncu kasten şiddet hareketi yaparsa, kasden suç işlemiş olması itibariyle sorumlu olur. Bu şiddet hareketleri, şayet ihmal ve dikkatsizlik sebebiyle veya kasıtsız olmuşsa, kasıtsız suç işlemiş olması itibariyle mesul olur.²⁵ Eğer iki kişi karşılıklı oyun veya talim şeklinde mübareze yapsalar, birisinin gözüne sopa isabet etse ve gözünü kaybetse, imkân varsa kısas yapılır.²⁶ Ama oyuncu, oyunun kurallarına dikkat etmesine rağmen, sopa karşıdaki oyuncuya isabet etse, oyun çizilen sınırların ve kuralların dışına taşmamışsa, ona ceza verilemez. Çünkü oyunlarda belirli sınırlar ve kurallar içinde kalmak şartıyla yaralanmalar olması tabiidir.²⁷

2.5. Görev Esnasında Meydana Gelen Suç Fiilleri

İslam dini, ulu'l-emre, toplum yararına yapılması gereken birtakım görevler yüklemiştir. Memurlar ise ulu'l-emre bu görevlerini yerine getirme konusunda yardım ederler. İslam hukukunda cari olan genel kural, memurun görev sınırları içinde ifa ettiği işlerden dolayı cezâi sorumluluğunun olmamasıdır. Yaptığı iş şer'an haram dahi olsa böyledir. Mesela, adam öldürmek, şer'an haramdır. Ama öldürmek bir suçun cezası olduğunda ve görev olduğu için yapılırsa mübahtır. Keza had cezalarını uygulamak vaciptir. Kısası yerine getirmek de vaciptir. Ta'zir de vacip olup, ta'ziri infaz edene bir mesuliyet yoktur. Bütün bunlar, İslam dininin ahkâmına aykırı olmamakla mukayyettir. Delili ise *أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة*"²⁸ hadisidir. Yöneticinin suç işlemeyi emretmesi, memurun İslamiyete aykırı olarak yaptığı işin sorumluluğunu iptal etmez. Mesela bir şahısa, haksız yere sopa cezası uygulansa, şahıs da vefat etse, memurla birlikte ululemr de

¹⁸ İBN KUDÂME, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed el-Hanbeli, *el-Muğni*, Beyrut, Dâru'l- fikr, 1.basım, 1405H, X/324.

¹⁹ BAĞDÂDÎ, Ebu Muhammed, Gânim, *Mecmeu'd- damânât*, Dâru'l- kitâbi'l- İslâmî, Tsz, I/167.

²⁰ İBN ÂBÎDÎN, VI/566.

²¹ ÜDEH, Abdulkâdir, *et-Teşrü'l- cinâiyyu'l- İslâmî mukâranen bi'l- kânûni'l- vad'i*, Beyrut, Dâru'l- kitabî'l- arabi, I/521.

²² ŞEYBÂNÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. el-Hasen, *el-Asl (el-ma'rûf bi'l- mebsût)*, Thk: Ebu'l- Vefâ el-Efgânî, Karaçi, İdaratü'l- Kur'an ve'l- ulûmi'l- İslâmiyye, IV/502; Ayrıca bkz. İBN ÂBÎDÎN, VI/68.

²³ HEYET, *El-Mevsûatü'l- fikhiyyetü'l- Kuveytiyye*, I/299.

²⁴ BEHNESÎ, Fethî Ahmed, *el-Mes'ûliyyetü'l- cinâiyye fi'l- fikhi'l- islâmî*, Dâru's- şurûk, 4.basım, 1409H/1988M s.179.

²⁵ ŞEREFÎ, s.182.

²⁶ İBN ÂBÎDÎN, VI/548.

²⁷ ÜDEH, *et-Teşrü'l- cinâi*, I/528.

²⁸ BUHARÎ, Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahîh el-Muhtasar*, Thk. Mustafâ Dîb el-Beğâ, Beyrut, Dâru İbn Kesîr-Yemâne, 3.Basım, 1407/1987, VI/2612.

yapılan fiilden cezâi olarak sorumlu olur.²⁹ Ama biri diğere ‘benim kölemi öldür’ dese, o da öldürse, Ebu Hanifeye göre öldürene bir sorumluluk yoktur. Çünkü o fiili emretmek onun hakkıdır.³⁰

2.6. Kanlarını Heder Edenler

Şahsın kendisini ve bir kısmını heder etmesidir. Heder etmenin illeti, şahıs üzerindeki koruma zırhının zevalidir. Korunmanın esası ise iman ve İslamiyettir. Ya da, eman, zimmet ve sulh akdi gibi akitlerdir. Bunlar ya sebebin ortadan kalkması veya kanı heder eden suçların işlenmesiyle olur.³¹

3. OSMANLI CEZA KANUNNAME-İ HUMAYUNUNA GÖRE SORUMSUZLUĞUN SEBEPLERİ

Osmanlı ceza kanunu koyucusu, ceza kanunnamesinin dördüncü faslında suç fiilinden sorumsuz olunan halleri beyan etmiştir, şöyle ki:

3.1. Nefsin ve İrzın Meşru Müdafası

Eğer suç fiili nefsi ve ırzı müdafaa etmek amacıyla vuku bulursa, bu durum sorumsuzluk sebeplerinden biri sayılır. Ayrıca savunka durumunda işlediği fiilinden dolayı cezalandırılmaz.³² Nitekim kanunnamenin 186.maddesinde şöyle denilmiştir: “Fâilin nefsinin ve ırzını savunma ve koruma halinde işlediği öldürme ve yaralama fiilerinden dolayı cezâi sorumluluğu yoktur.” Keza 187.madde meşru müdafaa hakkında şöyle der: “Nefsi müdafaa için gece meydana gelen öldürme ve yaralama fiilinden dolayı fail cezadan muafır.” Cezadan muaf tutulmanın illeti, nefsi ve ırzı savunmak mecburiyetidir. Kim gece bir eve girmeye çalışsa, sadece malın çalınmasından değil, giren hırsızdan sakınılır, hatta cana ve ırza saldırı tehlikesinden korkulur. Ama ev sahibi, hırsızın eşya çalmaktan başka bir maksadı bulunmadığını kesin olarak bilse, o takdirde, hırsızın öldürülmesi caiz olmadığı gibi, öldüren de cezadan muaf kılınmaz. Bunun sebebi şudur: Eğer can ve ırz gitse, malın aksine, bunların tazmin edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle Osmanlı ceza kanunname-i humayunu malı korumak için cana kıymayı mübah saymamıştır. Müdâfi, saldırıda bulunan kimseden onu öldürmeksizin kurtulma gücüne sahip olduğu halde, bu savunma sınırını aşar da saldıran kişiyi öldürürse, bu durumda müdâfi şahıs işlediği katl suçundan dolayı sorumlu olur.³³

3.2. Görev Esnasında Meydana Gelen Suç Fiilleri

Osmanlı ceza kanunu koyucusu, yapılması gereken bir vazifeyi yerine getirirken meydana gelen ve zatında suç olan darp veya katl gibi fiilleri işleyen memuru cezadan muaf saymıştır. 189.madde bu duruma şöyle işaret etmektedir: “Zabıta memurları, memurluk görevlerini ifa ederken işledikleri katl, yaralama ve darp fiillerinden dolayı sorumlu değildirler.” Kanunun hükmünü yerine getirirken meydana gelen fiil, vazife hükmünde olduğundan, suç sayılmaz. Mesela polis, kanuna uygun olarak suçluyu yakalamak istediği zaman, kanunun hükmünü infaz etmek için güç kullanması gerekirse, fail savunma hakkından yararlanamaz. Çünkü polisin yaptığına kanunen izin verilmiştir. Ancak polis herhangi bir gerekçe olmadan görevinin sınırlarını aşarsa, bu durumda polise karşı duranlar mazur olurlar.³⁴ Kanunnamenin 105.maddesi buna dairdir: “Eğer memur kanunca belirlenen usul ve şartları çiğnerse, üç aydan üç seneye kadar hapsolünür.”

²⁹ ÜDEH, *et-Teşriü'l- cinâi*, I/561.

³⁰ SEMERKANDÎ, Ebu Bekr Alâuddîn, *Tuhfetü'l- fukahâ*, Beyrut, Dâru'l- kütübi'l- ilmiyye, 2.basım, 1414H/1994M, III/102.

³¹ DAMAT EFENDÎ, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmeu'l- enhür fi şerhi mülteka'l- ebhur*, Dâru İhyâi't-türâsi'l- arabî, Tsz., II/624.

³² NİYAZÎ, Abdullah, *Telhîsu hukûki'l- ceza*, el-Matbaatü'l- hukûkiyye, 1327H, s.71.

³³ BÂZ, Selim b. Rüstem, *Kânûnu'l- cezâi'l- humayunî*, Beyrut, el-Matbaatü'l- edebiye, 1916, s.133.

³⁴ SİMON, Tangar, *Şerhu kânûni'l- cezâ*, İstanbul, Matbaatü mihran, 1297, s.65.

3.3. Kanunun Verdiği Hakkın Kullanılması

Anne-babanın evladını veya efendilerin hizmetkarlarını terbiye etmesi gibi hakların kullanımınıdır. Bu hak dinin ve örfün tanıdığı bir haktır. Çünkü şeriat ve örf bazen babalardan ve onlara benzer pozisyona sahip kişilerden te'dip gerekçesiyle cezanın kaldırılmasına müdahil olabilir. Bu ise ceza hükümlerinin iptali sayılmaz.³⁵

3.4. Zaruret Hali

Osmanlı ceza kanunu koyucusu karşı konulması mümkün olmayan zaruret halinde işlenen fiilleri sorumsuzluk sebeplerinden biri saymıştır. Bu husus 42.maddenin zeylinde şöyle ifade edilmiştir: “Gerek kendisinin, gerek başkasının nefesine veya ırzına karşı vuku bulan ve kaçınılması mümkün olmayan bir haksız saldırıyı, o anda defetmek zaruretiyle işlenen fiil suç addedilemez.” Suç sayılması için ikna edici delil gerekir. Vereceğimiz şu hırsızlık örneğinde olduğu gibi: Mesela, açlık veya soğuk sebebiyle hırsızlığa mecbur kalırsa, hırsızlık yapan kişi hırsızlık suçuyla cezalandırılır; ancak zaruret sebebiyle cezasında indirimine gidilir.³⁶

4. IRAK CEZA KANUNUNA GÖRE SORUMSUZLUĞUN SEBEPLERİ

Irak ceza kanunu, üçüncü babın dördüncü faslına ‘esbâbü’l- ibâha’ başlığını atmış olmasına rağmen, sorumsuzluğun sebeplerine ilişkin belirli bir tarif yapmamıştır. Asıl olan, Irak ceza kanununun, suç fiili işleyen herkes hakkında kanunda öngörülen cezayı takdir etmesi ve cezanın verilmesini zorunlu kılmasıdır. Bu asıldan istisna olarak, bazı suç fiillerini herhangi bir cezâi sorumluluk yüklemeksizin mübah (cezasız) yapmasıdır. Bu fiiller ve sebepler şunlardır:

4.1. Görev Esnasında Meydana Gelen Suç Fiilleri

Kanunun verdiği görevi yerine getirirken vuku bulan fiiller suç sayılmaz. Sözelimi, suçluya benzeyen biri kuvvet kullanarak yakalandığı zaman, zor kullanan memur sorumlu tutulmaz. Irak ceza kanununun 39.maddesi şöyledir: “Kanunun verdiği görevi yerine getirirken vuku bulan fiil suç değildir.” 40.madde ise bir memur veya kamu görevlisinin görev esnasında işlediği fiilin aşağıdaki hallerde suç sayılmayacağını şöyle ifade etmiştir:

- ✓ Kanunların emrettiği bir fiili iyi niyetle veya yaptığının kendi uzmanlık alanı olduğuna inanarak yaparsa,
- ✓ Eğer fiil kendisine müdür tarafından verilen ve itaati gereken bir emri yerine getirmek yolunda vuku bulursa ve müdüre itaat etmenin vacip olduğuna inanırsa, her iki durumda da, failin yaptığı işin meşruiyetine olan inancının makul sebeplere bina edilmesi ve o fiili münasip tedbirleri aldıktan sonra işlediğinin isbat edilmesi gerekir. Bununla birlikte ikinci durumda ceza söz konusu değildir.

4.2. Kanunun Verdiği Hakkın Kullanılması

Kanunda belirtilen bir hak gereğince işlenen bir fiil vuku bulduğunda, suç sayılmaz. Buna hakkın kullanılması denir. Muallimlerin, babaların ve onların konumunu haiz insanların, çocukları terbiye ve talim ederken te'dib etmeleri, keza kocanın zevcesini belirli ölçüde te'dibinin, kanun, şeriat ve örf çerçevesi dışına çıkarılmadan icra edilmesi önemlidir. Keza bir doktor, hastanın rıza muvafakatını almak şartıyla, ona uyguladığı tedavi ve cerrahi ameliyatlardan dolayı cezai olarak sorumsuzdur. Uzman doktorlarca belirlenen zaruri ve acil durumlarda, doktorun hastanın onayını alması gerekmez ve yine hastanın kötü akibetinden cezai olarak sorumlu olmaz. Keza oyuncu, oyun kurallarına uymak şartıyla icra ettiği sert hareketlerden sorumlu tutulmaz. Irak ceza kanununun 41.maddesinde, bir fiilin kanun gereği

³⁵ Bkz. Osmanlı ceza kanunname-i humayunu, madde: 42; HIDIR, s.62.

³⁶ RİF'AT, Halil, *Külliyâtü cezâi'l- kânûn*, Türkçeden Çev.: Nicholas Nakkâş, Açıklama ve notlar ekleyen: Simon- Reşâd, Beyrut, 1886, s.58; BÂZ, s.54.

olan bir hakkın kullanımını neticesinde olması durumunda suç olmayacağı ve aşağıdaki fiillerin hakkın kullanımını sayıldığı belirtilir:

- Kocanın karısını; babanın, muallimin ve buna benzer olanların çocukları, kanun, şeriat ve örfün dışına çıkmadan tedip etmesi.
- Tedavi ve cerrahi ameliyatların, ilmi usule uygun olarak ve normal hallerde hastanın ya da yasal mümessilinin rızasıyla, acil durumlarda ise hastanın veya yasal temsilcisinin rızası olmaksızın yapılması.
- c.Spor oyunları esnasında kurallara uyulmak şartıyla yapılan şiddetli ve sert hareketler.

4.3. Meşru Müdafaa

Kanunların koruması altındaki bir hakkı tehdit edici ve meşru olmayan bir saldırı tehlikesine karşı gerekli olan kuvveti kullanmaktır.³⁷ Fiil meşru müdafaa hakkını kullanmak için işlendiği zaman, faili mesul değildir. Kanunun 42.maddesi şöyle der: “Fiil meşru müdafaa hakkını kullanmak için vaki olduğunda, suç söz konusu olamaz. Meşru müdafaa hakkı aşağıdaki şartlar sağlandığı zaman doğar:

- Müdâfi, o anda karşısında can ve malına karşı tehlike görürse veya bu tehlikenin devam edeceğine inanırsa ve bu inancı makul sebeplere mebni ise,
- Tehlikeden korunmak için kamu güvenlik güçlerine sığınmanın imkânsız ise,
- Tehlikeyi uzaklaştırmak için önünde başka bir vesile bulunmazsa.

Bu hakkın kullanımında, tehdit tehlikesinin müdafinin nefesine veya malına ya da başka birinin nefesine veya malına yönelik olması birbirinden farksızdır. Bu nedenle Irak ceza kanunu koyucusu, konuyu meşru müdafaa halini provoke edebilecek suç türleriyle sınırlamamıştır. Genel olarak zikretmiştir ki, beden ve malı tehdit eden herhangi bir fiile karşı meşru müdafaa mümkün olabilsin. Bu da İslam dininin müsamahakâr ruhunun hayata yansıtılması olarak değerlendirilebilir.

Kanunun 43.maddesi nefisini savunurken kasten öldürmenin caiz olacağı hususlara dairdir, bu hususlar şunlardır:

- Ölüm veya ciddi yaralanma olmasından endişe edilen bir fiil olması ve bu endişeyi destekleyen makul sebepler bulunması,
- Bir kadına önden veya arkadan zorla tecavüz fiili olması,
- İnsan kaçırılması söz konusu olması.

Keza kanunun 44.maddesi de, malını müdafa ederken kasten adam öldürmenin caiz olduğu yerler hakkındadır:

- Kasten yangın çıkarılması,
- Hırsızlık suçları,
- Meskûn bir eve veya müstemilatına geceleyin girilmesi.

Fakat 45.madde, meşru müdafa hakkının kullanımını, müdafa fiilinin, gerektirdiğinden daha fazla zarar ortaya çıkarmaması kaydıyla sınırlamıştır. Mesela, müdafa halinde olan şahıs, bu hakkın sınırlarını kasten veya ihmalen aşarsa veya bu sınırı çiğnemesini meşru müdafa esnasında yapılan bir hata olarak kabul etse, işlediği suçtan sorumludur. Bu durumda mahkemenin, sanığı *cünha* veya *muhalefet* cezasına hükmetmesi caizdir.

Keza 46.madde, meşru müdafa hakkına bir kayıt daha eklemiştir. O da, meşru müdafa yapanın, devletin resmi yetkililerinden birine, eğer iyi niyetli ise, görevlerini yerine getirdiği esnada mukavemet etmemesidir. Ancak devlet görevlisinin fiilinden dolayı öldürme veya

³⁷ ŞEVÂRİBÎ, Abdulhamid, *ed-Difâu 'ş- şer'î fi dav'î'l- fıkhî ve'l- kadâ*, Mısır, Menşetü'l- meârif, 1998, s.25.

ciddi yaralanma endişesi duyulursa ve bu endişeye dair makul sebepler varsa, o takdirde mukavemet edilebilir.

Aslında bir suç teşkil etmeyen mübah bir fiile karşı meşru müdafaya kalkışmak caiz değildir. Keza, hakkında sorumsuzluk sebeplerinden birinin geçerli olduğu bir fiile karşı meşru müdafaya kalkışılması da caiz değildir. Örneğin, babanın çocuğunu tedibinde, çocuğun, babası karşısında kendini müdafa etmesi caiz değildir.

Anlaşıldığına göre Irak ceza kanunu koyucusuna göre, müdafaa hakkını savunanlarda iki şartın bulunması gerekir:

1. Hakkın, kanunda, şeriatta ve örfte belirtilmiş olması şarttır. Bazen hakkın kaynağı kanun olur. Mesela doktorun yapacağı tıbbi işlemler hakkında kanun bazı şartlar vazetmiştir. Hakkın kaynağı kocanın eşini tedip etmesi örneğinde olduğu gibi bazen İslam dini olur. Bazen de hakkın referansı insanların örfü olur. Sportif oyunlardaki sert hareketlerin mübah sayılması buna örnektir.
2. İyi niyet şarttır. Hakkı kullananların, bunu hüsn-i niyetle yerine getirmeleri, hakkı kullanırken başkalarına zarar vermemeleri şarttır.

Son olarak, sorumsuzluk sebepleri ve sorumluluğun engelleri arasındaki farka da kısaca temas etmemiz gerekir: Sorumsuzluk sebepleri suçu siler ve kaldırır; ama sorumluluğun engelleri ise, suçu değil sadece sorumluluğu ortadan kaldırır. Keza suçsuzluk sebepleri, fiilin bizzat kendisiyle alakalı, objektif ve somut sebeplerdir. Bunda fâilin şahsı önemli olmadığı için, tesiri, suça ortak olan veya suçta rolü olan herkese ulaşır. Buna karşılık sorumluluk engelleri ise, sübjektif bir yapıya sahiptir ve cereyan ettiği alan failin iradesinden ibarettir. Bu nedenle tesiri, ortak olan ve yardım edenlere değil, bizzat suç işleyenlere yöneliktir.

4. SONUÇ

Hanefi fukahasına ait görüşlerle ilgili yaptığımız araştırmada, hem Osmanlı ceza kanunnamesi hem de Irak ceza kanununda varit olan bütün cezasızlık/sorumsuzluk sebeplerinin, kanunlaştırma metoduyla Hanefilerin görüşlerinden nakledildiği anlaşılmıştır. Nitekim cezasızlık sebepleri konusunda Hanefi fukahasının görüşleriyle Osmanlı ceza kanunname-i humayunu ve Irak ceza kanununda yer alan kanun hükümlerini araştıranlar, birbirleriyle tamı tamına örtüştüğünü görecektir. Keza, Osmanlı ceza kanunnamesi ve Irak ceza kanunu koyucularının, İslam hukukunun on dört asır önce başladığı noktaya henüz ulaştıklarını anlayacaklardır. Örneğin, sebepleri sağlandığında cezasızlık ilkesini ilk olarak getiren İslam hukuku olmuştur. Keza hakların kullanımı ve görevlerin ifası esnasında işlenen fiillerden sorumlu olunmayacağı hükmü, Osmanlı ceza kanunnamesi ve Irak ceza kanununda bulunan kükmün aynısıdır. Görüş ayrılıkları olmuşsa da, bazı cüzi konulardadır. Mesela, meşru müdafa halinde, Osmanlı ceza kanunu koyucusu malın müdafasını sorumsuz veya cezasız addetmemiştir. Çünkü ırzın ve canın tazmini mümkün değildir; ama malın tazmini mümkündür. Keza Irak ceza kanunu koyucusunun, can, mal ve ırzı müdafa fiillerini sorumsuz kılma noktasında, malın savunmasını tıpkı can ve ırzın savunması gibi mübah (sorumsuz) gören Hanefilerle aynı çizgide olduklarını görürüz.

Osmanlı ceza kanunnamesi ve Irak ceza kanunu, sportif oyunların icrası esnasında meydana gelen yaralanmalar konusunda ayrıışmışlardır. Osmanlı ceza kanunnamesi ve Irak ceza kanunu koyucuları oyun içindeki sert hareketlerin, devlet tarafından oyuncuya verilen bir hak neticesinde vâki olduğunu, bu hakkı saldırmadan ve kuralları çiğnemenen kullananlara herhangi bir ceza terettüp etmeyeceğini kabul etmişlerdir. Buna mukabil İslam hukuku âlimleri de, oyun esnasındaki fiillerin şeriatın oyuncuya verdiği bir vazife olduğunu, dolayısıyla bu görevini haksızlık yapmadan ve kuralları çiğneneden yerine getirenlere ceza sözkonusu olmayacağını söylemişlerdir. Aynı değerlendirme te'dib hakkı ve görevi ifa etme

konuları için de geçerlidir. Yani te'dip eden veya görevini yerine getiren kişiler, haksızlık etmedikçe ve görevlerini yaparken kurallara aykırı davranmadıkça, bunlar hakkında Hanefilerde, Osmanlı ceza kanunnamesi ve Irak ceza kanununda herhangi bir ceza verilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

BAĞDÂDÎ, Ebu Muhammed, Ğânim, *Mecmeu'd- damânât*, Dâru'l- kitâbi'l- İslâmî, Tsz, I/167.

BÂZ, Selim b. Rüstem, *Kânûnu'l- cezâi'l- humayunî*, Beyrut, el-Matbaatü'l- edebiye, 1916, s.133.

BEGAVÎ, Ebu'l- Huseyn Muhammed b. el-Ferrâ, *Şerhu's- sünne*, Thk: Şuayb el-Arnaut- Muhammed Züheyr eş-Şâviş, Dımeşk-Beyrut, el-Mektebu'l- İslâmî, 2.basım, 1403/1983, Hadis no: 2566, s.252.

BEHNESÎ, Fethî Ahmed, *el-Mes'ûliyyetü'l- cinâiyye fi'l- fıkhi'l- islâmî*, Dâru's- şurûk, 4.basım, 1409H/1988M s.179.

BUHARÎ, Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahîh el-Muhtasar*, Thk. Mustafa Dîb el-Beğâ, Beyrut, Dâru İbn Kesîr- Yemâme, 3.Basım, 1407/1987, VI/2612.

CASSÂS, Ebu Bekr er-Râzî, *Ahkâmu'l- Kur'ân*, Thk: Abdusselam Muhammed Ali Şahin, Beyrut, Dâru'l- kütübi'l- ilmiyye, 1.basım, 1415H/1994M, II/505.

DAMAT EFENDÎ, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmeu'l- enhür fi şerhi mülteka'l- ebhur*, Dâru ihyâi't- türâsi'l- arabî, Tsz., II/624.

GAZZÂLÎ, Ebû Hâmid, *el-Müstasfâ*, Thk: Muhammed Abdusselam Abdüşşâfi, Dâru'l- kütübi'l- ilmiyye, 1.basım, 1413/1993, s.59.

HALEF, Hasen Ali- ŞÂVÎ, Sultân Abdulkâdir, *el-Mebâdiu'l- âmme, fi kânûni'l- ukûbât*, Bağdat, el-Mektebetü'l- kânûniyye, s.40.

HEYET, *El-Mevsûatü'l- fıkhiyyetü'l- Kuvaytiyye*, I/299.

İBN KUDÂME, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed el-Hanbeli, *el-Muğni*, Beyrut, Dâru'l- fikr, 1.basım, 1405H, X/324.

İBN MANZÛR, Ebu'l- Fadl Cemâlüddin Muhammed b. Mükrim, *Lisânu'l- arab*, Beyrut, Dâru Sadır, 3.basım, 1414H, II/416; FÎRÛZÂBÂDÎ, Mecduddin Ebu Tahir Muhammed b. Yakub, *el-Kâmûsu'l- muhît*, Beyrut, Müessesetü'r- risâle, 8.basım, 1426H/2005M, I/214.

İBN-İ BATTÂL, Ebu'l- Hasen Ali b. Halef b. Abdulmelik, *Şerhu Sahîhi'l- Buhârî*, Thk: Ebû Temîm Yâsir b. İbrahim, Riyad, Mektebetü'r- rüşd, 2.basım, 1423H/2003M, VIII/546

KAL'ACÎ, Muhammed Ravvâs, *Mevsûatü fıkhi Ömer b. el-Hattâb*, Beyrut, Dâru'n- nefâis, 2.basım, 1406H/1986M, s.188.

KÂSÂNÎ, Alâuddîn Ebû Bekr ibn Mesud ibn Ahmed, *Bedâiu's- sanâi' fi tertîbi's- sanâi'*, Dâru'l- kütübi'l- ilmiyye, 2.basım, 1406H/1986M, VII/93; İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz, *Reddu'l- muhtâr ale'd- dürri'l- muhtar*, Beyrut, Dâru'l- fikr, 2.basım, 1412H/1992M, VI/546.

NİYAZÎ, Abdullah, *Telhîsu hukûki'l- ceza*, el-Matbaatü'l- hukûkiyye, 1327H, s.71.

RAHMÂNÎ, Mansûr, *el-Vecîz fi'l- kânûni'l- cezâiyyi'l- âmm*, Cezaîr, Dâru'l- ulûm li'n- neşr, 2006, s.219.

RAMSÎS, Behnâm, *en-Nazariyyetü'l- âmme li'l- kânûni'l- cinâî*, 3.basım, İskenderiyye, Menşetü'l- maârif, 1997, s.319-320.

RÎF'AT, Halîl, *Külliyâtü cezâi'l- kânûn*, Türkçeden Çev.: Nicholas Nakkâş, Açıklama ve notlar ekleyen: Simon- Reşâd, Beyrut, 1886, s.58; BÂZ, s.54.

SEMERKANDÎ, Ebu Bekr Alâuddîn, *Tuhfetü'l- fukahâ*, Beyrut, Dâru'l- kütübi'l- ilmiyye, 2.basım, 1414H/1994M, III/102.

SÎMON, Tangar, *Şerhu kânûni'l- cezâ*, İstanbul, Matbaatü mihran, 1297, s.65.

ŞÂZİLÎ, Fütûh Abdullah, *Şerhu kânûni'l- ukûbât*, Dâru'l- matbûâtî'l- câmiâtî'l- İskenderiyye, 2001M, s.258.

ŞEREFÎ, Alâuddin İbrahim Mahmud, *ed-Difâu's- şer'iyyu'l- âm fi't- teşrî'l- cinâiyyi'l- islâmî (Dirâse fikhîyye mukârane)*, Risâletü mâcestîr mukaddeme ilâ külliyyeti'd- dirâsâtî'l- ulyâ fi câmiati'n- necâh, Filistin, 2008M,s.177

ŞEVÂRİBÎ, Abdulhamid, *ed-Difâu's- şer'î fi dav'i'l- fikhi ve'l- kadâ*, Mısır, Menşetü'l- meârif, 1998, s.25

ŞEYBÂNÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. el-Hasen, *el-Asl (el-ma'rûf bi'l- mebsût)*, Thk: Ebu'l- Vefâ el-Efgânî, Karaçi, İdâratü'l- Kur'an ve'l- ulûmi'l- İslâmiyye, IV/502; Ayrıca bkz. İBN ÂBİDÎN, VI/68.

ÛDEH, Abdulkâdir, *et-Teşrîu'l- cinâiyyu'l- İslâmî mukâranen bi'l- kânûni'l- vad'î*, Beyrut, Dâru'l- kitabi'l- arabi, I/521.

ZUHAYLÎ, Vehbe ibn Mustafa, *el-Fikhu'l- İslâmî ve edilletuh*, Dimeşk, Dâru'l- fikr, 12.basım, VI/4837; TUWAIJRY, Muhammed İbrahim, *Mevsûatü'l- fikhi'l- islâmî*, Beytû'l- efkârî'd- düveliyye, 1.basım, 1430H/2009M, III/635.