MUKAYESELİ HUKUKTA

ÖLÜM CEZASI

VE İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

DR. MÜNTEHA MAŞALI

MUKAYESELİ HUKUKTA ÖLÜM CEZASI
ve İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
Dr. Münteha Maşalı

ISBN 978-605-4487-09-7
1. Baskı: Mayıs 2011
Sertifika No: 21217

Mizanpaj: Tavoos
Sayfa Düzeni: Tavoos
Kapak: TN İletişim
Baskı: Bayrak Matbaası,
Davutpaşa Cd. No:14 K:2 Topkapı / İstanbul

EMİN YAYINLARI
Fethiye Mah., Kırlangıç Sok. No:2 16140 Nilüfer / BURSA
Tel: (0224) 242 28 98, Fax: (0224) 241 25 69
www.eminyayinlari.com

MUKAYESELİ HUKUKTA

ÖLÜM CEZASI

VE İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ



DR. MÜNTEHA MAŞALI



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ 9
KISALTMALAR 11

BİRİNCİ BÖLÜM
ÖLÜM CEZASININ TARİHİ SEYRİ 13
I- XVIII. YÜZYILA KADAR ÖLÜM CEZASININ TARİHÇESİ 13
A- Batı Dünyasında Ölüm Cezası 17
a- Eski Yunan'da Ölüm Cezası 17
b- Germenlerde Ölüm Cezası 18
c- Eski Batı Avrupa'da Ölüm Cezası 19
d- Yahudilikte Ölüm Cezası 19
e- Romalılarda Ölüm Cezası 23
f- Hristiyanlıkta Ölüm Cezası 25
B- Doğu Dünyasında Ölüm Cezasının Tarihçesi 29
a- Hammurabi Kanununda Ölüm Cezası 29
b- Eski Mısır'da Ölüm Cezası 30
c- İran'da Ölüm Cezası 31
d- Çin ve Hint Hukukunda Ölüm Cezası 32
e- Türklerde Ölüm Cezası 33
II- XVIII. YÜZYILDAN SONRA ÖLÜM CEZASI 34
A- Avrupa Ülkelerinde Ölüm Cezası 38
a- İtalya 38
b- Avusturya 39
c- Fransa 39
d- İngiltere 43

e- Almanya 46
f- İsveç, İsviçre ve Monaco....47
g- Portekiz, Danimarka, İspanya ve Malta....48
h- Lüksemburg, Norveç, Hollanda 49
ı- Belçika, İrlanda ve Liechtenstein 49
i- Macaristan ve Sırbistan....50
j- Yunanistan 51
k- Romanya, Yugoslavya ve Polonya....51
B- Amerika Ülkelerinde Ölüm Cezası 51
a- Kanada ve ABD 51
Genel Değerlendirme 61
b- Orta Amerika Ülkeleri 64
c- Güney Amerika Ülkeleri 64
c- Afrika Ülkelerinde Ölüm Cezası....66
D- Asya, Uzakdoğu Ve Ortadoğu Ülkeleri....70
a- Sovyetler Birliği 70
b- Azerbeycan, Çin ve Kore 73
c- Hindistan ve Pakistan....74
d- Japonya 75
e- Filipinler....78
f- İran....78
g- Irak 79
h- Suudi Arabistan, Amman ve Lübnan 81
ı- Diğer Asya ve Ortadoğu Ülkeleri 83
E- Türkiye'de Ölüm Cezası....84
a- Osmanlı Döneminde Ölüm Cezası 84
aa- Teori....84
ab- Yargı 95
ac- Uygulama 97
b- Türkiye'de Ölüm Cezası 98
ba- Yasama 98
bb-Yargı ve Uygulama 101
bc- Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Yönelik Çalışmalar....103

İKİNCİ BÖLÜM
DOKTRİNDE ve ULUSLAR ARASI HUKUKTA ÖLÜM CEZASI 115
I- HUKUK DOKTRİNİNDE ÖLÜM CEZASI 115
A- Ölüm Cezasının Lehindeki Görüşler 119
a- Denkleştirme Teorisi....120
b- Toplumun Korunması Teorisi 125

ba- Zarurî Ceza Teorisi 125
bb- Meşru Müdafaa Teorisi....126
bc- Tabiat Kanunu Teorisi 128
bd- Genel Yarar Teorisi....129
be- Genel Önleme Teorisi 131
bf- Siyaset Açısından Toplumun Korunması Teorisi 138
c- Ölüm Cezasının Kaldırılmasının Tehlikeleri 140
B- Ölüm Cezasına Karşıt Düşünceler....143
a- Yaşam Hakkının Dokunulmazlığı....143
b- Ölüm Cezasının Hukuka Aykırılığı 145
c- Hümanist Doktrin 146
d- Adli Hata Gerekçesi....148
e- Islah Teorisi 149
II- ULUSLAR ARASI HUKUKTA ÖLÜM CEZASI....153
A- Batı Dünyasında Oluşturulan İnsan Hakları Belgeleri 154
B- Arap/İslam Dünyasında Oluşturulan İnsan Hakları Belgeleri....164
Değerlendirme....166

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE ÖLÜM CEZASI.... 169
I- KLASİK FIKIH DOKTRİNİNDE ÖLÜM CEZASI....169
A- Kavram....169
B- Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar 171
a- Yol Kesme 171
Zina 176
ba- Zina Suçu 176
bb-Zina Suçunun Cezası....179
c- Dinden Dönme 181
d- İsyan 184
e- Kasten Adam Öldürme 185
f- Ölüm Cezasını Gerektiren Ta'zîr Suçları....187
II- İSLÂM HUKUKÇULARININ ÖLÜM CEZASI ANLAYIŞI 191
A- Kanunîlik İlkesi 193
B- Ölüm Cezasının Haklar Açısından Temellendirilmesi....205
a- Hak Kavramı ve Ölüm Cezası 205
aa- Allah Hakkı Kavramı ve Ölüm Cezası 206
ab- Karma Nitelikli Haklar ve Ölüm Cezası 207
b- Hayat Hakkının Dokunulmazlığı 209
ba- Suç Türleri Açısından Hayat Hakkının Dokunulmazlığı 210
bb- Devletler Arası İlişkilerde Dokunulmazlık 213

C- Fakihlerin Ölüm Cezasını Sınırlandırma Çabaları 217
a- Yargı Alanındaki Sınırlamalar 219
aa- Suçun İspatının Zorlaştırılması 219
ab- Cezayı Düşürücü Sebepler 221
ac- Alternatif Cezalar Öngörülmesi 229
b- İnfaz Safhasındaki Sınırlamalar 231
D- Ölüm Cezası ile İlgili Nasların Ta'lîli 235
a- Ölüm Cezasının Maslahat ile Temellendirilmesi 238
b- Ölüm Cezasının Makâsıd ile Temellendirilmesi 243
c- Ölüm Cezası İle İlgili Düzenlemelerin Amaçları 246
ca- Denkleştirme Amacı 246
cb- Önleme Amacı 252
cc- Islah Amacı 267
III- ÇAĞDAŞ YAKLAŞIMLARIN ÖLÜM CEZASI ANLAYIŞI 272
A- Gelenekçi Yaklaşım 273
a- Hayat Hakkının Kaynağı 273
b- Hak-Ödev Bütünselliği 279
d- Toplum - Birey Dengesi 281
B- Yenilikçi Yaklaşım 287
a- Tarihsellik 289
aa- Tarihsel Arkaplan 290
ab- Ölüm Cezası ile İlgili Nasların Tarihsel Yönü 295
b- Evrensellik 299
ba- Ölüm Cezası ile İlgili Nasların Amaçsal Yorumu 305
bb- İnsan Hakları Belgelerinin Temellendirilmesi 311

SONUÇ 327

BİBLİYOGRAFYA 335

ÖNSÖZ

Cezalandırmada adaleti sağlama aracı olarak ölüm cezasına başvurulmasının tarihi insanlık kadar eskidir. Öteden beri toplumun ortak kabullerine ve değer yargılarına göre en ağır nitelikte olan suç için en ağır ceza yani 'ölüm' denk görülmüş, bu suretle muhtemel suçların da önüne geçileceği düşünülmüştür. Bu kabul, ölüm cezasının tatbikinin misilleme, caydırıcılık gibi gerekçelerle temellendirilmesinin de tarihi geçmişinin oldukça eski olduğunun göstergesidir. Nitekim ölüm cezası, tarihsel süreçte pratik yönünün yanı sıra kuramsal bir temele de sahip olmuş ve insanlık tarihinin büyük bir kesitinde yaygın bir şekilde uygulanmıştır. Ancak özellikle son iki yüzyılda insan hakları kapsamında hayat hakkının içeriği ile ilgili bakış açılarının farklılaşmasına bağlı olarak teorik alanda bu cezanın meşruiyetinin sorgulanmasına ve uygulamadan kaldırılmasına yönelik tezler gündeme getirilmiştir. Bu bağlamda genel olarak ölüm cezasının en kutsal hakkın yani hayat hakkının yine insan eliyle ve bilinçli olarak yok edilmesi anlamına geldiği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye dayanılmak suretiyle de ölüm cezasının aleyhinde güçlü bir akım ortaya çıkmış, bu akımın etkili olduğu ülkelerde ölüm cezasının infazı durdurulmuş ve nihaî olarak söz konusu akım ölüm cezasının ceza yasalarından çıkarılmasıyla resmiyet kazanmıştır.

Araştırmamız çerçevesinde de ölüm cezasının bugüne uzanan tarihi seyrine, lehinde ve aleyhinde ileri sürülen argümanlara değindikten sonra bunların İslâm hukuk düşüncesine yansımalarını ya da İslâm hukuk doktrini içinde bu tartışmaların karşılığını incelemeye çalıştık. Nitekim İslam dini hukuk alanında bir dizi ilke ve ayrıntılı hüküm getirdiği gibi ceza hukuku alanında da bazı temel tercih ve önerilerde bulunmuştur. Dinin iki kaynağı olan Kitap ve Sünnet'in bu konudaki hükümleri de İslâm hukukçularının yorumlarıyla ve tarihsel tecrübeyle hayli zenginleştirilmiş, neticede özgün bir kuramsal yapısı ve uygulama geçmişi bulunan İslâm ceza hukuku ortaya çıkmıştır. Klasik dönem fıkıh doktrininde had, kısas ve ta'zîr kategorilerinin her birinde ayrı ayrı

gündeme gelen ölüm cezası ise en ağır ceza şekli olarak İslâm hukukunda da belli bir dinî ve aklî temele sahiptir. Bu sebeple klasik literatürde yer alan bilgi ve tartışmalar, ölüm cezasının teorik temelini ve meşrûiyetini sorgulamaktan çok bu cezanın uygulanmasında adalet ve hukukîliği sağlamaya yöneliktir. Ölüm cezasının tatbikine yönelik meseleler, klasik dönem eserlerinde kazuistik metodla detaylı bir şekilde incelendiğinden biz de sadece bu cezanın öngörüldüğü suçları özetlemekle yetinerek daha ziyade fakihlerin ilgili nasları yorumlarken dikkate aldıkları esaslar ve amaçlar çerçevesinde genel perspektiflerini ortaya koymayı, böylelikle İslam hukukunun gerek oluşum döneminde gerekse daha sonraki dönemde ölüm cezasını kabul etmesinin temelini oluşturan ilkeleri ve düşünceleri tespit etmeyi hedefledik. Ayrıca incelememizi, eskiyi derleme ve anlama noktasında bırakmak yerine ölüm cezasının düşünsel, pratik ve yasal açıdan bugünün dünyasında geldiği konumu ile çağdaş İslâm bilginlerinin bu gelişmeler karşısındaki tavrını da ele aldık. Zira günümüzde evrensel insan hakları standartları arasında yer alan 'ölüm cezasının yasal olarak kaldırılması' idealinin dünya çapında yaygınlaştırılması çabası karşısında İslâm ülkelerinin uygulamalarını ve çağdaş dini söylemi tanımak İslam ceza hukukunun ölüm cezasının ilgası düşüncesine yönelik doktrinel politikasını ve geleceğini belirleme açısından önem taşımaktadır.

Ölüm cezasının doğrudan doğruya insanın en değerli hakkına yani hayatına yönelik olması açısından duygusal ve düşünsel boyutu, en ağır suçlara uygulanan müessir bir ceza olma yönüyle fiilî gerçekliği ve alternatifsizliği, tarihsel ve toplumsal olgular, çalışmamızda İslam hukukunun suçlunun hayatına son verme şeklindeki bir ceza ile ilgili politikasını ortaya koyarken ayrı ayrı dikkate aldığımız hususlar olmuştur. Konu bir yönüyle dini metinlerin ve öğretinin yorumlanması, insanlığın suçluları cezalandırma alanında geçmişteki ve günümüzdeki genel kabulleri ile dinin bu konudaki açık belirlemelerinin hangi eksende uzlaştırılacağı konusuyla da alakalı olduğundan zaman zaman metod tartışmalarına da değindik. İslâm hukukunda aslî kaynaklar kadar İslâm bilginlerinin yorumu ve müslüman toplumların hukuk alanındaki geçmiş ve halihazır tecrübesinin de önemli olması nedeniyle ölüm cezasının hukuk doktrini açısından değerlendirmesinde çoğu zaman kesin ve tek yönlü belirlemeler yapmak yerine durum tespiti ve tasvir yapmakla ve alternatif düşüncelere değinmekle yetindik.

Çağdaş İslâm hukuk düşüncesinin tanıtımında küçük ve mütevazı bir katkı olmasını umduğum bu çalışmanın şekillenmesinde emeği geçen tüm hocalarıma özellikle de tashih, tenkit ve teklifleriyle gerçekten büyük katkı sağlayan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Ali Bardakoğlu'na şükranlarımı sunarım.

Münteha Maşalı
Bursa 2011

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği.
a.g.e.	:	Adı geçen eser.
AHFM	:	Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası.
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.
a.mlf.	:	Aynı müellif.
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
BSOAS	:	Bulletin of the School of Oriental and African Studies.
b.	:	Bin, İbn.
bkz.	:	Bakınız.
bs.	:	Baskı.
çev.	:	Çeviren, tercüme eden.
DİA	:	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi.
ed.	:	Editör.
EAm.	:	The Encyclopedia Americana.
EJu.	:	Encyclopedia Judaica
ERe.	:	The Encyclopedia of Religion.
ERE	:	Encyclopaedia of Religion and Ethice.
GUE	:	Grolier Universal Encyclopedia.
Hz.	:	Hazreti.
İA	:	İslam Ansiklopedisi: İslam Alemi Tarih, Coğrafya, Etnografya ve Bibliyografya Lugati.
m.	:	Milâdî.
md.	:	Madde.
MMİIr.	:	Mecelletü Mecmai'l-ilmiyyi'l-Irakî.
m.ö.	:	Milattan önce.
NCE	:	New Catholic Encyclopedia.
nşr.	:	Tahkik eden.
ö.	:	Ölümü, ölüm tarihi.

TCK	:	Türk Ceza Kanunu.
t.y.	:	Tarihi yok.
vd.	:	Ve devamı.
y.y.	:	Yayın yeri yok.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖLÜM CEZASININ TARİHİ SEYRİ

I- XVIII. YÜZYILA KADAR ÖLÜM CEZASININ TARİHÇESİ

İnsanların topluluk halinde yaşamaya başlaması, ceza olgusunun doğuşunun temel nedenidir. Zira ne kadar ilkel olursa olsun toplumsal hayat, varlığını düzenli ve huzur içerisinde sürdürebilmesi için gerekli önlemleri alır ki bu önlemlerin başında da ceza yaptırımları gelir. Nitekim toplumun, belirlediği normları ihlal eden üyesine gösterdiği tepki ceza kavramının ilk pratik ifadesidir[1]. Hukuk tarihçileri ve sosyologlar toplumun kolektif olarak gösterdiği bu tepkinin, önceleri kutsal kabul edilen şeylere karşı işlenen suçlara yönelik olduğu görüşündedirler. Bu görüşler -ki dinsel öğretiyle tam uyuşmaz- suçun tanrıya karşı işlenen bir günah, cezanın ise günahkarın toplumdan dışarı çıkarılması şeklinde uygulanan bir tepki niteliğinde olduğu yönündedir. Buna göre suçlu, suçun derecesine göre tanrıya kurban ya da sürgün edilerek toplumdan çıkartılmakta, toplum da kendini suçludan arındırmak suretiyle tanrının öfkesinden ve dolayısıyla bela ve musibetlerden emin olduğuna inanmaktaydı. Aslında suçlunun kurban olgusuna dayanılarak ölümle cezalandırılması aslında daha önceki dönemlerde tanrının öfkesini dindirmek için seçilen herhangi bir masum insanın kurban edilişinin, suçluların suçun bedelini ödemek üzere kurban edilmesi şeklinde devamı niteliğindedir. Ölüm cezasının bu olgu ile tezahürüne antik dönemde bütün toplumlarda rastlamak mümkündür[2].

1 Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, Ankara 1984, II, 72.

2 bk. A. E. Crawley, "Human Sacrifice (İntroductory and Primitive)", *Encyclopaedia of Religion and Ethice,* ed. James Hastings - John A. Selbie - Louis H. Gray, Edinburgh 1979-80, VI, 841;

Toplumun bütününe değil de bireylerine ya da bir kısmına verilen zarar verilmesi durumunda ise suçlu kişisel öç sistemi ile cezalandırılmaktaydı. Ölüm cezasının bu aşamada kurban etme olgusundan soyutlanarak öç alma refleksinin kapsamına dahil edildiği görülmektedir. Nitekim öç alma hakkına dayanarak verilen ölüm cezası, intikam içgüdüsünün sevkettiği şekilde tatbik edilmekteydi. Bunun nedeni ise bu dönemde aile, klan ya da kabilelerin birbirinden bağımsız ve ayrı gruplar halinde olmaları ve suçları cezalandırma yetkisini elinde bulunduran ve herkesin de tabi olduğu bir otoritenin bulunmamasıdır. Bu otorite boşluğu nedeniyle haksızlığa ve zarara uğrayan tarafın intikam duygusu ile hareket ederek karşı tarafı da aynı zarara uğratma hakkına sahip olduğu düşünülüyordu. Bu anlayıştan hareket ederek mağdura ve mensup olduğu aile, klan veya kabileye sınırsız bir öç alma hakkı veriliyordu[3]. Ayrıca öç alma, bir hak olduğu kadar bir görev olarak da algılanmaktaydı. Çünkü suçlunun öldürülmesi, toplum düzeninin korunması ve devamının sağlanması için bir garantör işlevine sahipti. Buna göre adam öldürme suçunda intikamın mutlaka alınacağı bilindiği için potansiyel suçlular da suç işlemekten sakınacaklardı. Bu anlayış temel alındığında kurbanın ailesi tarafından tatbik edilen ölüm cezası, en ilkel şekliyle caydırıcılık ve toplumun korunması gayelerini de içermekteydi[4].

Ancak, öç alma hakkının intikam içgüdüsü gibi sübjektif bir kritere bağlanmasının suç teşkil eden fiil ile buna gösterilen tepki arasında eşitsizliğe neden olacağı açıktır. Zira öçün sınırının olmaması ve haksızlığa uğrayan bireyin göstereceği tepkinin içinde bulunduğu şartlara göre değişebilmesinden dolayı alınan her öç, karşı tarafa da aynı hakkı vermekteydi. Nitekim bir silsile halinde devam eden öç alma eylemleri aileler, kabileler veya klanlar arasında savaşların çıkmasına neden oluyordu. İnsan tabiatının bu şekilde daimi huzursuzluğa, hayatın tehlikede olmasına tahammül edememesi nedeniyle öç alma yerine sosyal düzeni daha uzun süreyle korumaya imkan verecek ve suç teşkil eden fiil ile buna gösterilen tepki arasında eşitlik kurulmasına yönelik başka çözümler üretilmeye başlandı[5]. Öç alma hakkını sınırlayan bu çözümler arasında kısas, kan bedeli üzerinde anlaşma, gönüllü sürgünlük, suç işleyenin mensup bulunduğu toplumdan kovulması ve mağdurun ait olduğu topluma teslim edilmesi

---

David Fanshel, "Capital Punishment", *Grolıer Universal Encyclopedia*, Newyork 1971, IV, 193; Hakkı Demirel, "*Ölüm Cezası*", *AÜHFD*, 1955, s. 162.

3 Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul 1994, I, 41.

4 Elmar Klinger, "Revenge and Retribition", *Encyclopedia of Religion,* ed. Mircea Eliade, New York 1907-1986, XII, 363; Jean İmbert, *Ölüm Cezası*, İstanbul 1992, s. 9; Sıtkı Tunçer, "*Ölüm Cezası*", *Adalet Dergisi*, Ankara (1953/3), s. 264; Osman Balcıgil, *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, İstanbul 1982, s. 77.

5 Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam: Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması*, İstanbul 1988, s. 21-23.

ilk sıralarda yer alır[6]. Suçluyu herhangi bir ölçü ve sınıra sahip olmayan keyfî cezalara karşı koruma fonksiyonunu üstlenen bu yöntemler, zamanla hukukî bir kurum haline gelerek belli kurallara bağlandı. Özellikle adam öldürme suçunda kısasın uygulanması için kasıt unsurunun aranması, objektif verilerle yargılama yolunda atılmış bir adım olarak telakki edilebilir[7].

Ailelerin dışa karşı organizasyonu şeklinde merkezî bir otoriteye bağlanmaları ile de ölüm cezasının öç alma şeklindeki tatbiki, getirilen bu çözümler sayesinde giderek azaldı. İçgüdüsel bir öç alma refleksinden, cezalandırma usûlünün akılcı ve bilimsel örgütlenmesine geçiş süreci ise asırlar boyu devam etti[8]. Bu geçiş döneminde ölüm cezasının hangi suç için verileceği ve bu cezanın ne şekilde infaz edileceği belli kurallara bağlı değildi. Ölüm cezasını gerektiren suçları, genellikle dönemin geleneksel, ahlâkî ve dînî değerleri belirlemekteydi. Bu değer yargılarına göre en ağır nitelikte olan suçların cezası ölümdü. Günümüzde daha hafif olarak cezalandırılabilen, hatta suç olarak algılanmayan davranışlar dahi ölüm cezasını gerektirici suçlar kategorisine dahil edilebilmekteydi[9]. Bu yüzden ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı oldukça fazlaydı. Genellikle ölümle cezalandırılan suçlar ise şunlardı: Adam öldürme, zina, büyücülük, hainlik, kutsal kabul edilen bir şeye saygısızlık, hırsızlık, ölüm cezası gerektirmeyen suçların birkaç kez işlenmesi[10].

Ölüm cezasının tatbik şekilleri de toplumdan topluma farklılık arzetmekte, genellikle infaz alenî olarak ve işkenceyle birlikte gerçekleştirilmekteydi[11]. Boynunu vurma, boğma, asma, bıçak ve mızrakla öldürme, sopa ile döverek öldürme, kırbaçlama, çarmıha germe, kazığa oturtma, suda boğma, yakma, diri diri derisini yüzme, canlı olarak gömme, yüksekten atma, taşlama, delik bir kayıkla denize bırakma, bedeni ortadan kesme, organlarını tek tek kesme, bağırsaklarını çıkarma öldürme metotlarının en yaygın olanlarıydı[12]. Ortaçağ'dan sonra ibret verme gayesiyle ölüm cezasının sürükleme, kerpetenle etleri koparma, vücudu parçalara ayırma, deri yüzme gibi işkencelerle zaman zaman ağırlaştırılarak uygulandığı da oldu. Bu dönemde de toplumlardaki dini duyguların yoğunluğundan dolayı mezhepçilik, puta tapma, büyücülük gibi dini suçlar, adam öldürme veya hırsızlıkla aynı şiddette cezalandırılmıştır[13].

---

6 Dönmezer - Erman, I, 42.

7 J. A. Macculloch, "Crimes and Punishment (Primitive and Savage)", *ERE*, IV, 251; D. R. Camp - on, "Capital Punishment", *New Catholic Encyclopedia*, Amsterdam 1967, III, 79; Klinger, XII, 365.

8 Elimizde bulunan en eski yasalardan Mezepotamya'ya ait olan Urnammu Yasası (İ.Ö. 2080'e doğru) ve Essunna Yasası (m.ö. 1900'e doğru), öç alma uygulamasından devlet adaletine geçişi göstermektedirler: Macculloch, IV, 251.

9 Robert G. Caldwell, "Capital Punishment", *The Encyclopedia Americana*, New York 1918, V, 596.

10 İmbert, s. 9; Demirel, s. 162; Tunçer, s. 264; Topçuoğlu, II, 77.

11 Caldwell, *EAm*., V, 596; Topçuoğlu, II, 75.

12 Macculloch, *ERE*, IV, 251-252.

13 Caldwell, *EAm*., V, 596.

XV. yy. ile XVIII. yy. arasındaki dönemde ise yargılama usullerindeki ve cezalardaki keyfîliğin, şiddetin, eşitlik ve adalet ilkesine aykırılığın önlenmesine yönelik adımlar atılmıştır. İtalya'daki hümanizm ve Rönesans hareketleri ile kişi özgürlüğü, cezanın yasallığı kavramları gündeme getirilmiştir. Ölüm cezasının uygulanmamasına yönelik olarak *hafifletici nedenler* kavramı henüz deyim olarak kullanılmasa da hukuk doktrini ve literatüründe düşünce olarak belirmeye başlamış; tesadüfen, zarar verme kastı taşımayan, meşru müdafaaya dayanan adam öldürme suçları için ölüm cezasının verilmemesi öngörülmüştür. Bu dönemde boynunu vurma şeklindeki infaz yöntemi, daha çok soylulara uygulanmış; suçlular genellikle asılarak öldürülmüştür. Toprağa gömme, suda boğma, kalpazanların haşlanması gibi infaz usulleri kaybolmakla birlikte adam öldürme, soygun gibi suçlara verilen ölüm cezası çarka vurma; mezhepçilik, büyücülük ve kundakçılık suçlarının cezası ise ateşte yakma şeklinde gerçekleştirilmiştir ki bu da bazı işkenceli infaz şekillerinin kullanımına devam edildiğini gösterir[14].

1530 yılında Ausburg ve 1532 yılında Ratisbonne meclisleri tarafından *Carolina* adı altında oluşturulan ceza hukuku külliyatında da kundakçılık, büyücülük, sihirbazlık, homoseksüellik, kilisede yapılan hırsızlık, adam öldürme, soygun, yaralama, ırza geçme, çocuk düşürme suçlarına ölüm cezası verilmiş; bu cezanın yakma, kılıçla kafa kesme, parçalama, tekerlekte kırma, asma, suda boğma, diri diri gömme şeklinde uygulanması öngörülmüştür. Carolina, XVI. ve XVII. yüzyılın ilk yarısına kadar yoğun bir şekilde yaşanan kanunlaşma hareketlerinde de etkili olmuştur[15].

Netice olarak ifade etmek gerekirse, ölüm cezası insanın topluluk halinde yaşamaya başlamasından itibaren en ağır ve en üstün cezalandırma yöntemi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle XVIII. yüzyıla kadar dünyanın her yerinde ölüm cezasının yaygın bir uygulama alanı bulduğu görülür[16]. Ne var ki ölüm cezasının bu şekilde yaygın kullanımına rağmen ilk yazılı kodlarda biçimlenmesi ve tatbiki hakkında çok sınırlı sayıda bilgi mevcuttur. Bu noktada daha çok kurban ve adak şeklindeki bazı toplumsal olgular, gelenekler, yasakların biçimlenme süreci sonunda oluşan tabular ve yazılı kaynak olarak dînî veriler incelenmek suretiyle birtakım neticelere varılmıştır[17]. Bu bilgileri

14 İmbert, s. 41-42.

15 Dönmezer - Erman, I, 48; Öztekin Tosun, "*Ölüm Cezası Sorunu*", *İstanbul Barosu Dergisi*, LII(1978), s. 191-192.

16 Sadece Çin'de antik dönemde ölüm cezasının hemen hemen hiç uygulanmadığı, eski Slav örf ve âdet kurallarında da bu cezanın bulunmadığını gösteren araştırmalar mevcuttur: Köksal Bayraktar, "*Karşılaştırmalı Hukukta Ölüm Cezası*", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1968, s. 54.

17 Ümit Hassan, "Ölüm Cezası Sorunu: Kritik Bir Yaklaşım", *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, XXVII (Ankara 1972/1), s. 102.

derleyen çalışmalardan ve ansiklopedilerden yardım alarak XVIII. yüzyıla kadar ölüm cezasının tarihi gelişimini, bu dönemde yaşayan toplumları dikkate almak suretiyle ortaya koymak mümkündür.

A- Batı Dünyasında Ölüm Cezası

a- Eski Yunan'da Ölüm Cezası

Yunan şehir devletlerinin yasalarındaki ölüm cezasıyla ilgili gelişmeler, bu devletlerdeki sosyo-politik evrimle paralellik arzetmiş; sitelerin bekası için sert kuralların yürürlükte olması gerekli görülmüştür[18]. Nitekim Site, kendisine ihanet eden suçluyu ölümle cezalandırmakla kalmaz, cesedini vatan topraklarının dışına atar, bir ihanet sütunu dikerek suçlunun ismini ilan eder, evini de yerle bir ederdi. Sitenin korunması ile hükümetin korunması arasında sadece bir basamak vardı. Hükümeti devirmek isteyen kimse de ölüm cezasına çarptırılır; malı mülkü müsadere edilirdi[19].

Site ile din arasındaki kuvvetli bağ ise rejimin görünmeyen muhafızıydı. Nitekim m.ö. 400 tarihinde Sokrates, site tanrılarına ibadet etmemesi, tek bir ilah kabul etmesi, gençlerin ahlakını bozması gerekçelerine dayanılarak Heliye mahkemesi[20] tarafından ölüme mahkûm edilmiş; cezası baldıran zehiri içirilerek infaz edilmiştir. Sokrates'in ögrencisi olan Platon (m.ö. 427-347), cezanın infazını "*Devlet*" isimli eserinde bütün ayrıntıları ile anlatırken sözlerini şu ifadeyle sona erdirmiştir: "*…dostumuzun, zamanımızda tanıdığımız insanların en iyisi, en bilgesi ve en doğrusunun ölümü böyle oldu*." Bu ifadeler, Sokrates'in düşüncelerinden dolayı ölüme mahkûm edildiğini ima etmektedir. Anytos'a göre de, "dinsizlik" davası, Atina'yı mevcut siyasal rejim için tehlike oluşturan Sokrates'ten kurtarma aracından başka bir şey değildir[21]. Görülmektedir ki insanı, felsefenin odağına ilk olarak yerleştiren Sokrates'e[22] verilen ceza, düşünce suçlularına siyasi nedenlerle verilen ölüm cezasının ilk örneklerindendir[23].

Yunanlılarda birçok adi suç için de ölüm cezası gerekli görülmüştür. Nitekim Dracon Kanunu'nda (m.ö. VII. yy.) da kısas prensibi yer almış, zina eden erkek ve kadın için de ölüm cezası öngörülmüştür. Ayrıca adam öldürme suçunun cezalandırılmasında kasıt unsuru aranmakta, zina suçunda ise kocaya

18 İmbert, s. 12.

19 La Gorce, *Çağlar Boyu Yunanlılar*, çev. Doğu Araştırma Merkezi, İstanbul, 1986, s. 35-37, 48; Topçuoğlu, II, 84.

20 En az 500 vatandaşın katılımı ile oluşan bu mahkeme, gerçek anlamda büyük bir ulusal jüri şeklinde olup siteye karşı işlenen suçların davası ile ilgilenmekteydi.

21 Macit Gökberk, *Felsefenin Evrimi*, İstanbul 1979, s. 124-134; İmbert, s. 13; Tunçer, s. 265.

22 M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 3. bs. İstanbul 2001, s. 3.

23 Güney Dinç, *Pençeli Adalet*, İstanbul 1988, s. 63.

karısını suçüstü yakalaması halinde öldürme yetkisi verilmekteydi. Aynı şekilde kadının suç ortağının cezası da ölümdü.[24]. Öte yandan Yunanlılar, daha fazla caydırıcı ve korkutucu olması amacıyla, ölüm cezasını işkenceyle birlikte tatbik etmişler; baldıran zehiri ile zehirleme, kılıçla baş koparma, boğazı sıkarak veya suda boğma, yakma, taşlama, bir direğe bağlanarak ölünceye kadar sopalarla vurma, pislikle dolu, etrafı sivri ve keskin demirlerle çevrili derin bir çukura atma şeklinde değişik infaz şekilleri kullanmışlardır[25]. Modern devlete geçişten sonra ölüm cezasının kanunlarda yer aldığı, bununla birlikte çok az uygulandığı bilinmektedir. Bu dönemde cezalar, bedenî cezalar ve para cezaları şeklinde ikiye ayrılmış, işkence veya sakat bırakma niteliğindeki zalimane cezalara karşı çıkılmış, hapis cezası dahi nadiren verilmiş, genel olarak para cezası kullanılmıştır[26].

b- Germenlerde Ölüm Cezası

Romalı tarihçi Tacitius'a göre Vizigotlar, Ostrogotlar, Franklar, Vandallar, Anglar, Saksonlar gibi Germen toplumları, ölüm cezasını milâdî yılların başlarında tanımışlardı. Bu toplumlarda ölüm cezasını gerektiren suçların sayısında derebeylik dönemine kadar bir artış süreci yaşanmıştı. Genel olarak Germenlerde ölüm cezasına karar verme yetkisi halk meclisine aitti. Hainler asılarak, kaçaklar ve fahişeler bir kafes içine konularak bataklıkta boğulmak suretiyle ölümle cezalandırılmaktaydı.[27].

Germen toplumlarından Franklarda hukuk, ölüm cezası bağlamında üç karakteristik özelliğe sahipti: Birincisi, hukukun ilâhî adalete başvurmasıydı. Mesela, kesin kanıtlar olmaması halinde tarafların ya da onların adına hareket eden şampiyonların düellosunda ilâhî adaletin masum olanı galib kılacağına inanılırdı. Bu uygulamada kişilerin, hukuki açıdan suçlu veya masum olmaları göz önünde bulundurulmamakta, güçlülerin yenmesi, zayıfların da yenilmesi sonucunu içeren bir yöntemle adaletin yerini bulduğu düşünülmekteydi. Din görevlilerinin silahları dualarla kutsaması da bu düellolarda hukuk ve dinin içiçe olduğunu ortaya koymaktadır. İkinci özellik ise devletin tüzel kişiliğinin gözardı edilerek hükümdar ve majestenin şahsının ön plana geçirilmesiydi. Halk, sadakat yemini yapmak suretiyle bizzat hükümdarlarına veya onun temsilcilerine karşı sorumluluk üstlenmekte, yemini ihlal edici nitelikte suç işleyen kimse ise ölüme mahkûm olmaktaydı. Üçüncüsü de uyuşma sis-

24 Sadri Maksudi Arsal, *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul 1948, s. 118, 119, 121, 132, 161; Recai G. Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul 1951, s. 277, 282, 292, 294.

25 Campion, *NCE*, III, 80; İmbert, s. 14; Kutbettin Akkan, "Avrupa Hukuk Sistemlerinde Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, LVI(1965/2), s. 145; Tosun, s. 192.

26 A. C. Pearson, "Crimes and Punishments (Greek)", *ERE*, IV, 279.

27 O. Schrader, "Crimes and Punishments (Teutonic and Slavic)", *ERE*, IV, 300-304.

teminin yasalarda önemli bir yere sahip olmasıydı. Cermen toplumlarındaki emirnamelerde failin, özellikle kasıtsız öldürmelerde mağdurun veya hısımlarının intikamından kurtulmak için belirli bir bedel vermek suretiyle uyuşma yoluna gidebileceği öngörüldü. Zamanla uyuşmayı mecburi kılıcı kurumlar ortaya çıkarak kurbanın ailesine faizi yasalar tarafından belirlenmiş tazminatı kabul etme, suçluya da ödeme yükümlülüğü getirildi[28].

Karolenjler döneminin ardından merkezi otoritenin zayıflaması üzerine şahsi öç uygulamasına bir dönüş yaşandı. Uyuşma sisteminin, katilin öldürülmesini engellemesine rağmen kurbanın ailesine ve yandaşlarına maktülün kanını yerde bırakmama hakkının tanınması, aileler arasında mücadelelere yol açtı. Nitekim vakanüvis Raoul Glaber, 11. yüzyılda iki Burgonya ailesi arasındaki kişisel savaşın 30 yıl sürdüğünü ifade etmektedir. Ölüm cezasını gerektiren suçlar ise bölgelere göre farklılık arzetmiş, bir kentte ölümü gerektiren suç bir başka yerde ölümle cezalandırılmamıştır. Nitekim Vizigotlarda kundakçı, bir mezara hakaret eden köle, birini zehirleyen kimse, Frizonlarda ise kutsal kabul edilen şeylere saldıran kimseler yakılmak suretiyle ölümle cezalandırılmıştır. Ren Franklarında kraliyet fermanına başkaldıran kişi de ölüme mahkûm edilmiştir. 1516 yılında II. Childebert, hırsızlık için ölüm cezasını öngörmüş, Karolenjler döneminde ise hırsız, üçüncü kez aynı suçu işlemesi durumunda ölümle cezalandırılmıştır[29]. Genel olarak Frank yasalarında ölüm cezasının sadece kamu düzenini bozma, majestenin şahsına karşı gelme, dine veya kutsal şeylere saldırı niteliğini taşıyan suçlar için öngörülmesinden hareketle bu yasaların ölüm cezası hususunda biraz çekince taşıdığını düşünmek mümkündür.

c- Eski Batı Avrupa'da Ölüm Cezası

İrlanda ve Gal hukuku, canlı cansız her nesneye hukukî bir değer atfetmiştir. Bu anlayış, her iki hukuk sisteminde hakaretten kana kadar her şeyin tazmin edilmesini gerektiren kurallarda varlığını hissettirmektedir. Bu yüzden İrlanda hukuk tarihinde ölüm cezasına hiç rastlanmazken Gal hukukunda ölüm cezasının asma şeklinde tatbik edildiğine ve Büyük Britanya'da hırsızlık suçu için ölüm cezası verildiğine dair sınırlı sayıda bilgiler mevcuttur. Adam öldürme suçu ise bütün kanunlarda para cezası ile cezalandırılmaktadır[30].

d- Yahudilikte Ölüm Cezası

Yahudi geleneğinde insanın onuru ve değeri kavramı onun Tanrı suretinde yaratılmış olması (Tekvin 1/6) doktrini ile birleştirilmiş, dolayısıyla da in-

28 Schrader, *ERE*, IV, 300; İmbert, s.f 23.
29 İmbert, s. 29.
30 E. Anwyl, "Crimes and Punishment (Celtic)", *ERE*, IV, 265-267.

san hayatı kutsallık kazanmıştır. Nitekim Tevrat'ta insan kanı dökmek, onun Tanrıyla olan ilişkisi ile bağlantılı kılınmıştır: "*Her kim adam kanı dökerse onun kanı adam eliyle dökülecektir; çünkü Allah kendi suretinde adamı yaptı*" (Tekvin 9/6). Böylece adam öldürme suçu için cezanın kısas şeklinde verilmesi, katilin, öldürdüğü kişinin bedeli olarak ölümle cezalandırılması gerekli görülmüştür (Çıkış 21/22-24; Levililer 24/17). Adam öldürme suçunda kasıt unsuru da göz önünde bulundurulmuş; suçun, kasıtsız olarak işlenmesi durumunda kurbanın ailesine, ödenecek tazminatı kabul etmeleri emredilmiş, kasıtlı olması halinde cezanın para şeklinde olması kabul edilmemiştir (Sayılar 35/30). Ayrıca şu suçlar da kasten adam öldürme suçunun kapsamına dahil edilerek ölüm cezasını gerektirmişlerdir: Çocuğunu kurban etme (Levililer 20/2), insan hayatı için tehlikeli olabilecek bir boğanın bir insanı öldürmesi durumunda boğanın sahibi olma (Çıkış 21/ 29), adam öldürme suçunun isnadı esnasında yalan yere şahitlik yapma (Tekvin 19/18-21), insan kaçırma (Çıkış 21/16), anababaya vurma ve lanet etme (Levililer 20/9; Çıkış 21/15, 17; Tesniye 21/ 21).

Yahudilikte ölüm cezasını gerektiren suçların Hammurabi Kanunu'ndaki suçlar ile benzerlik arzettiği de ileri sürülmektedir. Nitekim sürgün sırasında Hammurabi Kanunu'nun Babil ve Asur'da yürürlükte olmasından hareketle Yahudi hukuku ile Hammurabi Kanunu arasında benzer kurallar bulunduğunu düşünmek mümkündür[31]. Eski Ahit'te yer alan kısas prensibi, insan kaçırmanın ölümle cezalandırılması, bazı durumlarda para cezasının kullanılması her iki hukuk sistemi arasındaki paralelliği gösteren örneklerdir[32]. Ayrıca yahudilikte ölüm cezasının yanı sıra meşrû müdafaa nedeniyle adam öldürme (Çıkış 21/28-32), köleyi aşırı döverek ölümüne sebep olma (Çıkış 21/18-20,26) gibi çok sınırlı sayıda da olsa bazı suçlar için *kan parası* adı altında para cezası öngörülmüştür[33]. Hammurabi Kanunu'nda cezalar suçlunun statüsüne göre değişebilirken Mısır medeniyetinin ilk dönemlerinden itibaren adalet ve eşitlik ilkeleri dikkate alınmıştır[34]. Ancak Tevrat, Mısır ve Babil hukukunun tersine mülke yapılan saldırı niteliğindeki suçlara ölüm cezası öngörmemiştir. Kasden adam öldürme dışında puta tapma (Çıkış 22/20), dine küfretme (Levililer 24/10-16), büyücülük (Çıkış 22/18; Levililer 20/6, 27) gibi dine karşı işlenen suçlar (Çıkış 31/14, 15; Tesniye 17/2-7, 22/20) ile nişanlı (Tesniye 22/23-24) ya da evli bir kadınla zina etme (Levililer 20/10, 12; Tesniye 22/22-24), livata (Levililer 20/13), hayvanlarla cinsel ilişki (Levililer 20/15-16; Çıkış 22/19), evlenecek bir genç kızın bakire olmadığını gizlemesi (Tesniye

31 Geniş bilgi için bkz. W. H. Bennett, "Crimes and Punishments (Hebrew)", *ERE*, IV, 283; D. R. Campion, *NCE*, III, 79.
32 Klinger, *ERe,* XII, 366.
33 Bennett, *ERE*, IV, 283.
34 Abdülhâdî Abbâs, *Hukûku'l-insân*, Dımaşk 1995, I, 73-74.

22/13-21), mahremi ile zina etme (Levililer 20/11, 12, 14), ırza geçme (Tekvin 22/21, 24; Tesniye 22/25) gibi ailenin şerefinin korunmasına engel olan suçlar ölüm cezasını gerektirmiştir. Eski Ahit'te yer alan infaz şekilleri ise şunlardır: Kılıç, mızrak veya değnekle öldürme (Çıkış 21/20; Levililer, 26/25), taşlama (Çıkış 17/4; Tesniye 22/24; Sayılar 14/10; I. Krallar 12/18), asma (Ezra 6/11; Tekvin 40/22; II. Samuel 21/6-12), yüksek bir yerden atma, çarmıha germe. Çarmıha germe, aslında Romalılardan geçen bir infaz şeklidir[35]. Ateşte yakma ise sadece rahibenin fahişelik yapması ve bir erkeğin anne veya kızı ile evlenmesi durumunda uygulanmıştır (Levililer, 10/2, 20/14, 21/9).

Gerek Mişna ve Talmud'un[36] etkisiyle gerekse Romalıların müdahalesiyle Yahudi mahkemelerinin fonksiyonlarına getirilen sınırlamalar ile zamanla ceza verme yetkilerini kaybetmelerinin sonucu Eski Ahit'e olan bağlılık zayıflamıştır. Bu dönemde doktrinel anlamda daha objektif ceza türlerinin yasal olarak düzenlenmesine yönelik bir eğilim doğmuştur. Buna göre mahkemelerin ölüm cezasına karar verme yetkilerini kaybetmelerinden önce bu cezanın tatbik edilmemeye başlanması ihtimali bulunmaktadır. Nitekim Yeni Ahit ve Talmud'da eski Kudüs'te bulunan Yahudi tapınağının(*Temple*) çökmesinden yaklaşık 40 yıl önce (m.ö. 70'li yıllarda) mahkemelerin bu haklarından mahrum bırakıldıkları ifade edilmiş, bir insanı ölüme mahkûm etmeyi hoş karşılamayan cümlelere yer verilmiş, ölüm cezası kararını vermek için suçlunun uyarıldığına dair iki şahit bulunması şeklinde bir ön şart getirilmiştir. Ayrıca suçlunun itirafı, suçun isnadı için yeterli görülmemiş ve şahitlerle ilgili ölüm cezası kararının verilmesini zorlaştırıcı şartlar öngörülmüştür. Sorguya çekme ve şahitlerin şahitliklerini kabul esnasında gösterilen aşırı titizlik ise ölüm cezasının uygulanmasını adeta imkansızlaştırmıştır[37].

Suçlu lehine getirilen bu sınırlamalar aşılarak ölüm cezasına karar verilmesi durumunda ise mahkeme heyeti, mahkûmun suçsuzluğunu isbatlayacak bir delilin bulunabileceği ümidiyle 11 saat yerinde kalırdı. Bundan sonra suçlu olduğu kesinleşen kimsenin ölüm cezası, suçlunun aynı suçu tekrar işlemesine fırsat vermemek ve diğer insanların da aynı suçu işlemelerine engel olmak amacı ile infaz edilirdi. Ancak bazı reformistler, pratik olarak bu aşamaların sonuna kadar eksiksiz bir şekilde gerçekleştirilmesinin her zaman

35 Bennett, *ERE*, IV, 281, 289.

36 Mişna ve Talmud, Tevrat'ın tefsirlerinden olup yahudi literatürünün en geniş derlemesini oluşturur. m.s. 200'e doğru tamamlanan Mişna hukuki bir çalışmadır. Filistin Talmud'u V. yy.'ın başında, Babil Talmud'u ise 500'lü yıllarda tamamlanmıştır. Mişna ve Talmud'un içerikleri hakkında geniş bilgi için bkz. Mircea Eliade – Ioan P. Couliano, *Dinler Tarihi Sözlüğü*, çev. Ali Erbaş, İstanbul 1997, s. 289.

37 "Capital Punishment", *Encyclopaedia Judaica*, Jerusalem (t.y.), V, 145; David Novak, "Halakhah: Structure of Halakhah", *ERe.*, VI, 170.

mümkün olmaması nedeniyle ölüm cezası vermenin imkansız oluşundan hareketle Sanhedrin'de[38] teorik açıdan ölüm cezasının bulunmadığı sonucuna ulaşılabileceği şeklinde yorum yapmışlardır. Nitekim Sanhedrin'de taşlama, yakma, kılıçla ikiye ayırma ve boğma gibi ölüm cezasının infaz şekilleri öngörülmüş olsa da bu cezayı gerektiren suçlar yeterince açık bir şekilde düzenlenmemiştir[39]. Rabbinik geleneğe göre bir insanı kurtaran herkesi kurtarmış, birini öldüren herkesi öldürmüş kabul edilmiştir[40].

Sanhedrin üyelerinden biri olan R. Aqiva'nın ölüm cezasının fiili olarak tamamen kaldırılması meselesini gündeme getirmesi ise önemli bir adım olarak nitelendirilebilir. Nitekim Aqiva, hukuki yollarla ispat açısından ölüm cezası ile cezalandırılabilen bir suçtan dolayı bir kimsenin ölüme mahkûm edilmesinin ve cezasının infazının pratik olarak mümkün olmadığını ifade etmiştir. Aqiva'nın, insan kanı akıtan kimsenin kutsal imajını zedelediği yönündeki görüşü onun insan kanını akıtmanın her türüne teolojik bir temele dayanarak karşı çıktığı şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda teolojisinin, ölüm cezasının fiili olarak uygulanmasının imkansızlığını savunan halakhist[41] düşüncelerini de etkilediği sonucuna varmak mümkündür[42].

Öte yandan Talmud'un bir çok suç için ölüm cezası öngörmesi nedeniyle ölüm cezasının pratik olarak sınırlanmasına yönelik düşüncenin yasal bir temelinin bulunmadığını ileri sürenler olmuştur. Shim'on ben Gamaliel, Shelomoh ben Avraham Adret gibi birçok Yahudi din bilgini, ölüm cezasının toplumun korunması açısından gerekli olduğunu, bu ceza için getirilen sınırlamaların topluma yönelik bir tehdit niteliği taşıdığını ifade etmişlerdir[43]. Ölüm cezası taraftarları, savunmaları sırasında geleneksel temeli bulunan iki esaı kullanmaktadırlar: Birincisi, "*komşunu kendin gibi sev*" ifadesidir ki bu söz, komşuya mümkün olabildiğince en insancıl, en güzel ölümün verilmesi şeklinde yorumlanmış ve ölüm cezasının meşruiyeti için delil kabul edilmiştir. İkincisi ise hayatın, yargısal infaz yoluyla yok edilmesi ile Allah tarafından alınması arasında kurulan benzerliktir. Buna göre Allah'ın aldığı canların ait

38 Grekçe *meclis* anlamına gelen *synedrion'*dan İbranice ve Aramca'ya geçen bu kelime Roma işg - linden (m.ö. 63) m.s. VI. yy.'a kadar yahudiler nezdindeki idare ve adaletin en yüksek organını ifade etmek üzere kullanılmıştır: Eliade –Couliano, s. 355.

39 Bkz. Julian Obermann- Louis Ginzberg- Harry Wolfson, *The Code of Maimonides Book Fourteen: The Book of Judges,* çev. Abraham M. Hershman, Michigan 1977, s. 44 .

40 Talmud, Sanhedrin, IV/5.

41 İbranice'de *yasa* anlamına gelen *Halakha* yazılı, sözlü ve töresel kaynakların yorumu üzerine temellendirilmiş yahudi hukuk geleneğidir. Talmud, Tosefta, midraşların bir kısmı ve birçok teorik çalışmalar ile farklı çağların uygulamaları Halakha derlemeleridir: Eliade –Couliano, s.331.

42 Novak, *ERe*, VI, 168.

43 Novak, *ERe*, VI, 170.

olduğu bedenlerin tamamen değişmediği esasından hareketle hukuki infazlar sonucunda da bedenin bozulup yok olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır[44].

e- Romalılarda Ölüm Cezası

Roma hukukunda ölüm cezası, *summum supplicium* şeklinde ifade edilmiştir. Hukuk literatüründe ölüm cezasını ifade etmek üzere kullanılan *capital punishment* terimi ise Romalılar tarafından kullanılan *caput* kelimesinden türetilmiştir. *Caput*, aslında baş, hayat, ferdin özel hakları gibi çeşitli anlamlara gelir. Romalılar, ölüm cezasının yanı sıra aralıksız olarak çalışmak üzere ağır iş cezası ve sürgün cezalarını da kullanmaktaydılar. Sürgün cezasını ifade etmek için kullanılan *banishment* terimi de kişinin özel hakları ve statüsünde önemli bir kaybın söz konusu olduğunu ifade etmekteydi. Bu nedenle literatürde ölüm cezasının en önemli hak olan hayat hakkının kaybına neden olduğu göz önünde bulundurularak *caput* ve *banishment* kelimelerinden türetilen bir terkip tercih edilmiştir[45].

Roma'nın tarımcılar-savaşçılar sitesi şeklindeki ilk dönemlerinde ölüm cezası tamamen dînî bir olay, tatbiki de âyinsel bir eylem olarak nitelenmekteydi. Nitekim antik toplumların suçluyu tanrıya kurban etme inançlarına Roma'da da rastlamak mümkündür. Zira Romalılar, mısır ve buğday çalan hırsızı Bereket tanrıçasına kurban etmek için ölümle cezalandırmaktaydılar[46]. Aynı şekilde baltayla baş kesme kurban âyinleri ile yakınlık arzetmekteydi. Kırbaçlayarak öldürme ise suçlunun ruhu ile birlikte kişiliğinde gizlenen kötülükleri, pislikleri attığına inanılan, eski havarilik dönemine ait bir âyin şekliydi. Ağır ihanet gibi siyasî suçlar da ölüm cezasını gerektirmekteydi[47]. İmparatorluk dönemine kadar uygulanan çuvallı ölüm işkencesi ise suçlunun, cehennem tanrılarına havale edilmesi amacı ile bir hayvan derisine konularak Tiber nehrine atılması şeklinde uygulanmaktaydı[48].

Kısas, Roma toplumunda Oniki Levha Kanunu (m.ö. 450) ile gündeme gelmiştir. Yine bu dini yasada yer alan *kafanın adanması* veya *adanış* antik bir kurum niteliğindedir. *Homo sacer*, bağışlanması mümkün olmayan bir günahı işlediğinden dolayı kendisine karşı günah işlediği tanrıya adanmış kişidir. Toplumun her ferdi bu şahsı öldürme hakkına sahiptir. *Adanma* teriminin kapsamı ise zaman zaman genişletilmiştir. Oniki Levha Kanunu, borcunu ödemeyen kişiyi, bir tarlanın hudutlarını değiştireni, karısını esir olarak satan kocayı *adanmış* ola-

44 "Capital Punishment", *EJu*, V, 142; Herbert Loewe, "Crimes and Punishments (Jewish)", *ERE*, IV, 289; Novak, *ERe*, VI, 170.
45 Campion, *NCE*, III, 79.
46 Crawley, *ERE*, VI, 841.
47 Topçuoğlu, II, 84.
48 R. Wünsch, "Human Sacrifice (Roman)", *ERE*, VI, 859; Jean İmbert, s. 14-15.

rak zikretmiştir. Cumhuriyetin kurulmasından itibaren krallığı yeniden kurmaya yönelik her türlü girişim de adanış cezasını gerektirmiştir[49].

Antik Roma'da ölüm cezası ile ilgili kabul edilen suçun şahsîliği, halkın kararı ve kasıt unsuru şeklindeki üç esas sonraki devirlerde de varlığını sürdürmüş[50], ölüm cezası, suçlunun bizzat şahsına yönelik kabul edilerek ailesini bağlamamış, cezanın tesbitinde suçlunun niyeti göz önünde bulundurulmuş ve sefer halindeki bir orduya komuta eden konsül dışında ölüm cezasına karar verme tek kişinin takdirine bırakılmamış, suçlu ancak toplanan halkın kararıyla ölümle cezalandırılmıştır. Roma'da dinî nitelik taşısın veya taşımasın ölüm cezasını gerektiren suçlar imparator tarafından tespit edilmiştir. İmparatorun hoşgörüsü ise ölüm cezası kararının sonuçlarını hafifletebilme veya tamamen ortadan kaldırabilme yetkisini de içermiştir. Nitekim hükümdarların sahip olduğu af yetkisi, XII. yüzyıldaki Roma hukuku rönesansı ile yeniden ortaya çıkmıştır[51]. Ayrıca İmparatorluk döneminde ırza tecavüz, bir esire karşı bile olsa suç sayılmıştır. Constantinus (ö. 337) zamanında verilen bir emir ile ebeveyen veya akrabasının rızasının olmaması durumunda evlenme maksadıyla –kendi rızaları ile dahi olsa- kız veya kadın kaçırma suçu için ölüm cezası öngörülmüştür. Cumhuriyet ve imparatorluk dönemlerinde livata sadece aktif özne, Constance (ö. 350) döneminde ise her iki fail için ölüm cezasını gerektiren bir suç olarak kabul edilmiştir[52].

Cumhuriyet döneminin başlarında bir başkasına ait şarap kilerinin anahtarını gizlice alan kimse de ölümle cezalandırılmıştır[53]. Ancak Cumhuriyet döneminde zamanla ölüm cezası vermekten nisbeten kaçınılmaya başlanmış; cezayı gerektiren suçun sabit olmasına rağmen halkın karar esnasında sessiz kalması ile ceza verilmemiştir. Kamuoyundaki ölüm cezasına yönelik çekinceli eğilim yasaları da etkilemiştir ki Cornelia Yasası ve Yüzler Meclisi Mahkemesi'nin soygun, kasten adam öldürme suçlarına İtalya dışına sürgün, akraba katiline ateş ve sudan mahrum bırakma cezası vermesi bu etkinin göstergeleridir. Ayrıca bu dönemde tarihî kaynakların bolluğuna rağmen baba katili L. Hostius'un dışında cezası infaz edilen bir mahkûmun ismine de rastlanmamaktadır[54].

Ölüm cezasına karşı gelişen bu eğilime rağmen Hz. İsa'nın çarmıha gerilmesi, dönemin bir istisnası olarak telakki edilebilir. Hatta Hz. İsa'nın duruş-

49 Campion, *NCE*, III,79.
50 İmbert, s. 16.
51 İmbert, s. 19.
52 Okandan, s. 475-478.
53 Caldwell, *EAm*., V, 596.
54 Ü. S. Reid, "Crimes and Punishments (Roman)", IV, 299; Campion, *NCE*, III, 79; Hassan, s. 101; Topçuoğlu, II, 84.

ması sırasındaki yargılama usûllerinin yasal olmaması ve Yahudi geleneklerinin de ihlal edilmesi nedeniyle duruşma mahkeme olarak nitelenemeyebilir[55]. Nitekim bu olay, dönemin dini ve sosyal olgularının vali gibi bir resmî organın yetkilerinden daha kuvvetli olduğunu ortaya koymaktadır. Zira vali Pilatus Hz. İsa'nın ölüm cezasını gerektirecek bir suçu bulunmadığı düşüncesinde olmasına rağmen (Yuhanna, 18/28-31) Yahudilerin baskısı üzerine O'nu başkâhinler, din bilginleri ve ihtiyarlardan oluşan kurula teslim etmek zorunda kalmıştır. Yüksek Kurul da Hz. İsa'yı ölüme mahkûm ederek çarmıha gerilmesine karar vermiştir (Markos, 15/59-64; Matta, 27/2,15-26; Luka, 23/13-25; Yuhanna, 19/6-7).

Hz. İsa'nın çarmıha gerilmesinden sonra yeni bir din olan Hristiyanlığa karşı baskıcı tavır gittikçe artmış ve geleneksel ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle Hristiyanlığı kabul edenlerin birçoğu ölümle cezalandırılmışlardır[56]. Hatta üçüncü asra ait olan, Hristiyanların gömüldüğü dar geçitlerle sıra sıra hücrelere ayrılan yer altı mezarlarının çoğu hala mevcuttur. Bütün baskılara rağmen kilisenin kuvvetlenmesi nedeniyle 112 yılında Traianus tarafından Hristiyanlıkta ısrar edenlere gözdağı verildikten sonra ölümle cezalandırılmaları öngörülmüştür. Daha sonraki imparatorların bir çoğu da kilise mensuplarını ölümle cezalandırmıştır. Hatta 303 yılında Diocletianus, orduyu ve sivil halkı hristiyanlardan temizleme gayesi ile çok kanlı ve acımasız bir takibat başlatmıştır. Diocletianus'tan sonra imparator olan Konstantinus (285-337) ise Milano emirnamesi ile Hristiyanlar dahil olmak üzere bütün din mensuplarına hayat hakkı vermiş, din ve mezhep seçiminde mutlak bir serbesti tanımıştır. Bu suretle de Hristiyanlık, ölüm cezasını gerektiren bir suç olmaktan çıkmıştır[57].

f- Hristiyanlıkta Ölüm Cezası

Hristiyan öğretide ölüm cezası ile ilgili tavır, ya devletin suçluları cezalandırma şeklini belirleme yetkisinin sessiz bir onayının ya da Tanrı'nın kan dökülmesinden ve suçlunun öldürülmesinden hoşnut olmaması şeklindeki merhamete dayalı dini ilkeden sağduyulu hareketle varılan bir sonucun tezahürüdür. Nitekim Eski Ahit'te yer alan Tanrının bir günahkarın öldürülmesine razı olmayacağı (Ezra 33/11) şeklindeki ifade, kilise öğretisinde "*kilise kandan nefret eder*" şeklinde kuramlaştırılmıştır. Hristiyan öğretide de insan kanı akıtanın kanının akıtılmasına ve kısas ilkesiyle birlikte sağ yanağına tokat atana sol yanağın da çevrilmesi (Luka 6/29-30), düşmanı dahi sevme (Luka 6/27-28) şek-

55 Bennett, *ERE*, IV, 288.
56 İmbert, s. 17; Abdülhâdî Abbâs, I, 111.
57 Geniş bilgi için bkz. Oktay Akşit., *Roma İmparatorluk Tarihi* (193-395), İstanbul 1970, s. 204, 225, 294-296.

linde şiddet içermeyen ilkeler de öğütlenmiştir. Bu şekildeki insancıl tavsiyelere rağmen taşlama (Sayılar 15/36; Levililer 24/23; I. Krallar, 21/13), asma (Tesniye 21/22) ve yakma (Levililer 20/14, 21/9; Daniel 3/6) şeklindeki infaz usullerine de yer verilmesi, kilisenin siyasi gelişmelere paralel olarak ölüm cezasını kabul ve reddetme şeklinde iki farklı anlayışı benimsemesine imkan tanımıştır[58].

Roma İmparatorluğunun Hristiyanlara baskı uyguladığı ilk üç asır boyunca kilise bilginleri, ölüm cezasının meşrûiyeti meselesini gündeme getirmemişler; bir insanı öldürmenin yasak olduğunu, Hristiyanlığın affetmeyi, hoşgörüyü, karşılıklı anlaşmayı teşvik ettiğini belirtmekle yetinmişlerdir (Luka 6/29-30, 37). Hatta bazıları, "*Katletmeyeceksin*" ve "*Kim katlederse hükme müstehak olacaktır*" (Matta 5/21)şeklinde adam öldürmeyi yasaklayan dini kuralın sadece kişiler için değil devlet için de bağlayıcı olduğunu ileri sürmüştür[59]. İmparator Jüstinyen ise Hristiyanların yasalarının, ölüm cezasına çarptırılan suçlulara karşı kılıç kullanmayı engellediği gerekçesiyle onların bazı görevlere atanmasını yasaklamıştır[60].

313 yılının başlarında Konstantinus tarafından kilisenin resmî din olarak tanınmasından sonraki dönemde Hristiyanlık, devlet otoritesi karşısında vicdan özgürlüğünün savununusunu yapmayı bıraktı. Dinsel erk ile siyasal erkin birleşmesinin kaçınılmaz sonucu olarak bireyin özgürlüğünü yaşayabileceği, tinsel yaşamdan yana bir tercih kullanabileceği alan kalmamıştı[61]. Bu konjonktürde kan akıtanın kanının akıtılması şeklindeki keffaret esası da ölüm cezasının devlet tarafından uygulanmasının meşrû olduğu şeklinde yorumlanmış; Tanrının kurduğu düzene karşı işlenen suçun cezasının yine O'nun temsilcisi olan devlet tarafından verileceği kabul edilmiştir. Keffaret esasına göre günah işleyen kimse, günahını ancak ölmek suretiyle affettirebilmektedir. Celladın ilâhî adaletin temsilcisi olduğu şeklindeki düşüncenin temelinde de bu anlayış bulunmaktadır. Bir başka açıdan ise bu yorumla Hristiyanlığın, ilk çağların öç alma hakkı yerine keffaret ve suçluya yaptığı kötülüğü ödetme ilkelerini getirdiği söylenebilir[62].

Devlet ile kilisenin ittifakının tezahürü kabul edilen İznik Konsili (325) ve onun ardından gerçekleşen İstanbul Ekümenik Konsili (381), Ortodoks inancının temellerini atmıştır. Özellikle İznik Konsili'nde belirlenen dogmaların ve inanç formülünün savunucularından I. Thedosios (379-382), Ortodoks

58 "Capital Punishment", *EJu*, V, 142.
59 Bayraktar, s. 54-55; İmbert, s. 19.
60 Albert Camus – Arthur Koestler, *Ölüm Cezası Üstüne Düşünceler*, çev. Ali Sirmen, İstanbul 1986, s. 165
61 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 8.
62 David S. Schaft, "Discipline (Christian)", *ERE*, IV, 717; Campion, *NCE*, III, 80; Bayraktar, s. 55; İmbert, s. 19; Demirel, s. 153; Dönmezer - Erman, I, 601.

inancından farklı itikatta olan Hristiyan mezheplerine mensup olanları ve putperestleri amansız takibata uğratmıştır. Bunun nedeni ise Ortodoks Hristiyanlığın, devletin tek resmi dini olarak kabul edilmesidir. Bu yüzden de farklı din ve mezhep mensuplarının hayat hakkına sahip olmadıklarının düşünülmesidir[63]. İlk olarak 385 yılında Treves'de aralarında ünlü ve soylu kimselerin de bulunduğu altı kişi mezhep farklılığı yüzünden öldürülmüştür[64]. Nitekim Hippone Piskoposu St. Augustin(354-420), inatçı Donatistlere karşı güç kullanımını haklı görüyor, insanları İsa Mesih'in bildirdiği yegane kurtarıcı hakikatte (Luka 14/23) tutmak için bütün baskı araçlarını meşru kabul ediyordu. Bu düşünce ise sonraki Hristiyanlık tarihine olumsuz yansımaları olan "zorunlu hakikat" ideolojisinin doğmasına neden olmuştur. Bu bağlamda kilisenin durumu, hristiyan kralların menfaatiyle çakıştığı ölçüde "kilise dışında kurtuluş yoktur" savı milyonlarca insanın ölüm cezasına çarptırılmasını meşru gösterecek bir ideolojik destek hizmeti gördü[65].

Patristik döneme göre Ortaçağ'da daha müsamahasız bir tavır benimsenmiş, Yahudi ve müslümanlara belli ölçüde vicdan özgürlüğü tanınmakla birlikte heretik ve şizmatiklere karşı hiç telorans gösterilmemiştir. XI. Yüzyıldan itibaren ise ölüm cezası, vaftiz olduktan sonra dinden çıkanlar için cari uygulama olmuştur. XII. yüzyılda Papa IX. Gregoire, Kral II. Frederic'le anlaşarak yeni ortaya çıkan Hristiyan mezhepleri ile mücadele amacıyla engizisyon müessesesini kurmuştur[66]. Engizisyon mahkemeleri tarafından verilen ölüm cezalarının infazları ise genellikle suçluların ateşte yakılması ya da kemiklerinin kırılması şeklinde gerçekleştirilmiştir. Bu uygulamanın temeli, St. Augustin'in devletin dinden sapanları cezalandırma hakkı olduğu, ancak cezanın kan dökücü olmaması gerektiği şeklindeki düşüncesine dayanmaktadır[67]. Aynı şekilde Chrysostom, Lactantius, Origen, Cyprian gibi bilginler de cezalandırma sırasında kan akıtılmaması gerektiğini ifade etmişlerdir[68]. Öte yandan engizisyon mahkemeleri tarafından farklı mezheplere mensup insanların ölümle cezalandırılmasına karar verilmesinin temeli, teorik olarak Roma hukukuna dayandırılmıştır. Zira Roma hukukunda hırsızlık, büyücülük, kutsal bir şeye yapılan saygısızlık gibi suçlar toplumsal düzenin sağlanması gayesiyle ölümle cezalandırılmıştır. Aynı şekilde mezheplerin de toplum düzenini bozucu

63 Georg Ostrogorsky, *Bizans Devleti Tarihi*, Çev. Fikret Işıltan, 4. bs., Ankara 1995, s. 49; Abdülhâdî Abbâs, I, 114, 116.

64 Schaft, *ERE*, IV, 717.

65 Ö. Faruk Harman, "Evrensel Dinlerin İnsan Haklarına Bakışı", *Uluslar arası Demokrasi, Hukuk ve İnsan Konferansı* 26-28 Eylül 1997, Diyarbakır, s. 85.

66 Eliade – Couliano, s. 130.

67 Camus - Koestler, s. 165; Güriz, s. 182.

68 E. Vacandard, "Inquisition", *ERE*, VII, 334; Campion, *NCE*, III, 80; Demirel, s. 153; Camus - Koestler, s. 165.

karakterde olduğu düşünülmüş; bu nedenle de mezhep mensuplarının ölümle cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir[69].

Engizisyon mahkemeleri, kilise mahkemelerinden farklı yargılama usulleri kullanmışlardır. Nitekim engizisyon mahkemelerinde normal davalarda şahitliği kabul edilmeyenlerin dahi şahitliği kabul edilmiş, davanın kısa sürmesi amacıyla da avukat kullanılmamıştır. Yargıcın elindeki delillerin mahkûmiyet kararı için yeterli olmaması durumunda uygulanan *sorgu* yönteminde sanığın işkence vasıtasıyla yaptığı itiraf, ölüm cezası kararı için hukukî delil olarak kabul edilmiştir. Ayrıca engizisyon mahkemelerinin olağanüstü nitelik taşıması nedeniyle kapsamlı bir belge bulunmamakta; bundan dolayı da bu mahkemelerin verdiği ölüm cezası kararlarının sayısını kesin olarak tesbit etmek mümkün olmamaktadır. Daha ziyade mahkûmların sanık konumunda iken tamamen aleyhlerine işleyen yargı usulleri ile yargılandıklarına ve verilen cezaların da çok ağır işkencelerle birlikte tatbik edildiğine dair genel nitelikli bilgiler bulunmaktadır. Mesela, XIV. yüzyılda Bernard Gui, ölüm cezası verilen 930 mahkûmdan 42'sinin cezasının canlı canlı ateşe atılarak infaz edilmesini emretmiştir[70].

Ölüm cezasının devlet ve din adına şiddetle savunulup tatbik edildiği bu dönemde insanlık tarihinde ilk kez ölüm cezasının kaldırılmasının gerekliliği düşüncesi ortaya atıldı. XII. yüzyılın sonu ile XIII. yüzyılın başlarında yaşayan ve engizisyon mahkemelerince takibata uğratılan Valdo isimli bir şahsın müritleri(Vaudualar/Valdocular) tarafından ölüm cezası, bir insanı yasal biçimde öldürme şeklinde değerlendirilerek sorgulandı[71]. Papa III. İnnocentius 1208'de hazırladığı bir kararname ile Vaudualaların fikirlerini onaylamadığını bildirdi. Papa, kararnamesinde sadece kendisinin değil zamanının entelektüellerinin ortak düşüncesine de tercüman olmaktaydı. Bunların en ünlülerinden Alain de Lille'ye göre düşüncelerinde ısrar eden mezhepçilerin ikinci uyarıdan sonra ölümle cezalandırılmaları gerekliydi. Nasıl ki sahte para yapma laik otoriteler tarafından ölüm cezasını gerektiriyorsa, ruhun candamarı olan imanı bozma da ölümle cezalandırılmalıydı[72]. Bununla birlikte Vaudualaların düşünceleri, XII. yy.da ortaya çıkan ve kilisenin orjinalliğine yeniden dönmesini isteyen ilk organize reform hareketlerinin en önemlilerinden olup daha sonraki dönemlerde de etkisini hissettirdi[73]. Nitekim XVI. ve XVII. yüzyıllarda Anabaptist, Sosiniyen ve Quaker gibi bazı mezheplerin mensupları

69 R. C. Finucane, "Inquısıon, The", *ERe*, VII, 251.
70 Finucane, *ERe*, VII, 253.
71 Lord Lloyd of Hampsead, *Introduction to Jurisprudence*, London 1972, s. 78.
72 Campion, *NCE*, III, 80; Lord Lloyd, s. 82, 101; İmbert, s. 28; Dönmezer - Erman, II, 602.
73 Eliade – Couliano, s. 132.

Vaudualaların kuramlarını benimsediler[74]. Aynı şekilde XVI. asırda Thomas Morus "*Utopya veya En İyi Hükümet Şekli*" isimli kitabında ölüm cezasının suçluları suç işlemekten alıkoymadığını, dolayısıyla faydasız olduğunu ve esarete mahkûm olarak insanlara hizmet etmek zorunda bırakılan bir suçlunun cemiyete bir kadavradan daha faydalı olacağını ifade etmiştir[75].

Katolik Kilisesi ise endüstri devriminin neden olduğu sosyal değişmelerden sonra inanç ve düşünce sistemini modern anlayışlara göre yeniden ele alma zorunluluğu hissetmiş ve bu sırada Thomas Aquinas (1226-1274)'ın sistemine başvurmuştur. Aquinas, toplumun korunması açısından ölüm cezasının gerekli olduğu durumlarda kullanılmasını mümkün görmüş; ancak cezanın misilleme değil de iyileştirme niteliğini taşımasının daha ideal olduğunu, toplum için gerekli olsa dahi suçluyu öldürme yerine tabii hukuk gereği iyileştirici nitelik taşıyan bir ceza ile cezalandırılmasının tercih edilmesi gerektiğini savunmuştur. Nitekim Thomas'ın bu tezi kilise hukukunun gelişmiş şekli olan kanonik hukukta cezaların çeşitlendirilmesi düşüncesinde etkili olmuştur[76]. Bu hukuk sisteminde cezalar tedavi edici, intikam alıcı, iyileştirici, ödetici şeklinde göz önünde bulundurdukları amaca göre dörde ayrılmıştır. Bu noktada kanonistlerin kan dökülmemesi eğilimini ve "kilise kandan nefret eder" formülünü benimsedikleri görülmektedir. Clerk'in ölüm cezasının kötüye kullanılması ile savaşın, kilisenin görevi olduğuna inandığını ve uzun süre papazların ölüm cezası mahkûmuna dini öğütlerde bulunmak için vazife yapmaktan kaçındıklarını ifade etmesi de aynı sonucu düşündürmektedir[77].

B- Doğu Dünyasında Ölüm Cezasının Tarihçesi

a- Hammurabi Kanununda Ölüm Cezası

Babil ve Asur'da yürürlükte olan Hammurabi Kanunu (m.ö.1728-1686)'nda topluma, şahıslara ve mala karşı işlenen birçok suç için ölüm cezası öngörülmüş, cezanın tesbitinde genellikle "kısas" ilkesi göz önünde bulundurulmuştur. Mesela, bir mimarın sağlam yapmadığı bir evin çökerek sahibinin ölümüne sebep olması halinde kendisinin, evin sahibinin oğlunun ölümüne sebep olması durumunda ise mimarın oğlunun ölümle cezalandırılması öngörülmüştür (md. 229-230). Devlete karşı işlenen suçlar kapsamında ise suçluları yakalamada devlete yardım etme görevini üstlenen bira satan bir kadının, meyhanesinde toplanan haydutları saraya yollamayarak görevini ifada başarısız olması durumunda ölüm cezası gerektireceği kabul edilmiştir (md. 108-

74 İmbert, s. 45.
75 Demirel, s. 153.
76 Campion, *NCE*, III, 80; Güriz, s. 189.
77 Dönmezer - Erman, II, 601.

109). Adam öldürme gibi hayatın söz konusu olduğu bir suçla birini itham edip itham olunan kişinin masum olduğunun tesbit edilmesi suçu da ölüm cezasını gerektirmiştir (md. 1-3). Aynı şekilde birini büyücülükle suçlayıp iddiasını ispat edemeyen kimse, itham edilen şahsın nehre girmesi, nehrin de onu çekmeyip kıyıya atması durumunda ölümle cezalandırılmıştır (md. 2).

Hammurabi Kanunu'nda mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ilkesini ihlal suçlarının cezası genellikle ölümdür. Nitekim hırsızlık (md. 22), çalınan malı gizleme (md. 9), birini hırsızlık suçu ile itham ettikten sonra iddiayı şahit getiremeyerek ispat edememe (md. 11), mabede veya saraya ait bir eşyayı çalma (md. 6), söz konusu yerlerden çalınan malı alma(md. 8) suçları ölüm cezasını gerektirmekteydi. Başkasına ait bir evi delen kimsenin deliğin önünde asılarak öldürülmesi öngörülmüştür (mad 21). Köleler de kişinin mülkü olarak kabul edildiği için saraya ait olup kaybolmuş veya sahibinden kaçmış bir köleyi evinde saklayıp tellalın çağrısına rağmen salıvermeyen kişinin ölümle cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir (md. 16-19). Ayrıca Hammurabi Kanunu'nda ölüm cezası hainlik, adam öldürme, evli kadının zinası, tecavüz, yakın akraba ile cinsel ilişki (md. 130), hür doğan çocuğu kaçırmak (md. 14) gibi ammeye ve şahıslara karşı işlenen; büyücülük, rahibelerin yoldan çıkması gibi dine karşı işlenen karşı işlenen suçlara uygulanmış[78]; suda boğma, ateşe atma, kazığa oturtma gibi 34 şekilde infaz edilmiştir[79].

b- Eski Mısır'da Ölüm Cezası

Eski Mısır'da ölüm cezasını gerektiren suçları tespit etme yetkisi üç gruba aitti: Firavunlar, din adamları ve toplum. Bu nedenle genellikle iktisadî, dinî ve ahlâkî ihlaller ölümle cezalandırılmaktaydı. Firavunun şahsına karşı saygısızlık gösteren kişi mumyalanmak suretiyle ölüme mahkûm edilmekteydi[80]. Firavun tarafından öngörülen ekonomik düzene aykırı hareket etme de ölüm cezasını gerektirmekteydi. Mesela, yıllık gelirleri hakkında sahte beyanda bulunan bir kimse ölümle cezalandırılırdı. Firavunlar döneminde adam öldürme suçunun cezasını tespit sırasında kasıt unsuru aranmış; hataen öldürme sürgün, kasten öldürme ise ölüm cezası ile cezalandırılmış; ölüm cezasının tatbiki sırasında eşitlik ilkesi gözetilerek suçlu hür veya köle, yabancı ya da vatandaş, erkek ya da kadın olsun cezalandırılacağı kabul edilmiştir[81].

78 Geniş bilgi için bkz. Mebrure Tosun-Kadriye Yalvaç, *Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, Ankara 1989, s. 185-230; Caldwell, *EAm*., V, 596.

79 T. G. Pinches, "Crimes and Punishments (Assyro-Babylonian)", *ERE*, IV, 259; Campion, *NCE*, III, 79; İmbert, s. 11; Osman Nuri Uman, "*İdam Cezası*", *Adliye Cerîdesi*, 1942, s. 342.

80 Alan H. Gardiner, "Ethics and Morality (Egyption)", *ERE*, V, 480.

81 Ebû Hutve, Ahmed Şûmâ Ömer, *el-Cerâimü'l-vâkıa ale'l-eşhâs fî kânûni'l-ukûbâti'l-ittihâdî lidevleti'l-emârâti'l-arabiyyeti'l-müttehide: Dirâse mukârane*, (y.y.) 1410/1990, s. 23; Abdülhâdî Abbâs, I, 57.

Ptolemeaslar devrinden sonra meydana gelen malî krizler nedeniyle ölüm cezası verilen suçların sayısı da artırılmıştır. Kleopatra, Aşağı Mısır'dan gelen gıda maddelerini İskenderiye'de muhafaza etmeyen tüccarları, resmî ölçü birimlerine uymayarak sahte ölçüler kullananları ölümle cezalandırmıştır[82]. Rahiplerin hakim olduğu bu toplumda kutsal eşyalara el sürme, kutsal hayvanları öldürme, büyü, din adamlarının vatandaşların mallarından yararlanabilmesini düzenleyen kurallara uymama şeklindeki dînî değerlerin ihlali niteliği taşıyan suçları için ölüm cezası verilmiştir[83].

Toplumsal değerlere aykırı olan, aile ve toplum düzenine saldırı niteliği taşıyan fiiller de işkence ile birlikte ölümle cezalandırılmıştır. Nitekim ebeveynini katleden kimse, dikenler içine atılarak işkence edildikten sonra ateşte yakılmakta; çocuğunu öldüren ana-baba, kucağında ölü çocuğu ile birlikte üç gün üç gece teşhir edildikten sonra öldürülmekteydi. Zina yapan kadın ateşe atılarak, yalancı şahitler ise elleri kesildikten sonra cezaları infaz edilmekteydi. Kül işkencesinde ise suçlu, bir kül yığını içinde boğularak öldürülürdü[84]. Mısırlılar, hayvanların hayatını fazla önemseyip korudukları için kasten hayvan öldürenleri de idam etmekteydiler. Ayrıca söz ve yemini bozma, iftira ve katle teşebbüs etme de ölüm cezasını gerektirmekteydi[85]. Bu noktada Eski Mısır'da ölüm cezasının merkezî otorite, din adamları ve toplum tarafından tespit edilen suçlara işkence ile birlikte uygulandığı sonucuna varılmaktadır.

c- İran'da Ölüm Cezası

Eski İran'da suçlar Tanrıya, devlete, kişilere ve mülkiyete karşı olmak üzere gruplandırılmış, Tanrıya karşı işlenen suçlarda taşlayarak öldürme şekli kabul edilmiştir[86]. Kralın tahtına kaza ile oturma, devlete karşı işlenen bir suç olarak telakki edilmiş, cesedin tek kişi tarafından taşınması veya yenilmesi ise kutsallığının ihlal edilmesi şeklinde değerlendirilmiş ve ölümle cezalandırılmıştır[87]. Hırsızlık mutlak olarak değil, suçlunun dördüncü defa bu suçu işlemiş olması, çalınan paranın miktarının da en az 5000 dirhem olması veya suçlunun çalma esnasında mağdura şiddet uygulaması ya da kamu güvenliğinin gerekli kılması durumunda ölüm cezasını gerekmiştir[88].

---

82 P. L. Griffith, "Crimes and Punishments (Egyptian)", *ERE*, IV, 272.

83 İmbert, s. 10.

84 Uman, s. 341; Faruk Erem, "Ölüm Cezası Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi* (Ocak 1991/56), s. 26; Topçuoğlu, II, 75.

85 Uman, s. 342.

86 Okandan, s. 222; Sadri Arsal, s. 75.

87 Caldwell, *EAm*, V, 596.

88 Maneckji Nusservanji Dhalla, "Crimes and Punishments (Parsi)", *ERE*, IV, 295; Robert G. Cal - well, *EAm*., V, 596.

Adam öldürme suçu, ölümle değil de 90 kırbaç cezası ile cezalandırılmıştır. Nitekim Zerdüştlükte vurma veya kırbaçlama anlamına gelen *upâzana* yaygın olarak kullanılan bir cezalandırma şekliydi[89]. Ölüm cezasının bütün dünyada adam öldürme suçu için öncelikli ceza olarak kullanıldığı bir dönemde kırbaç cezasının uygulanması ise ilgi çekicidir. Ancak şu olaydan sonra bu suçu işleyenler ölümle cezalandırılmaya başlanmıştır: Kraliçe, Sasani Kralı Ardaşir'i zehirlemek üzere bir entrika hazırlamış, kral da durumu farkedince suçluya ne tür bir ceza verilmesi hususunda Başpapaz Dastur'a görüşünü sormuştur. Başpapaz ise bir başkasının hayatını sona erdirmeye teşebbüs eden kişinin ölüm cezasını hakettiği düşüncesinde olduğunu beyan etmiştir. Dastur'un görüşünü makul gören kral da suçluyu ölümle cezalandırmıştır. Bu olay, İran hukuk tarihinde adam öldürme suçunu işleyen kimseye ölüm cezası verilmesine dair elde edilen en eski bulgudur[90]. İran'da ölüm cezası asma, taşlama şeklinde infaz edilmiştir. Ayrıca antik dönemin en ağır tatbik şekillerinden biri de eski İran'da uygulanmıştır ki bu infaz şeklinde mahkûm bir kayık veya sandalın içine oturtulur, üzerine bir kayık daha konulur, ikisinin arasından başı, elleri ve ayakları dışarıya çıkartılır, bu şekilde haşerat tarafından yenilip bitirilmek üzere güneşli bir yere bırakılırdı[91].

d- Çin ve Hint Hukukunda Ölüm Cezası

Çin ceza hukukunun temelleri çok eski dönemlere dayanmaktadır. Ceza hukukuna ait ilk sistemin m.ö. 2255 yılında İmparator Shun tarafından kurulduğu ve alın dağlama, burun kesme, sakatlama, hadım etme ve ölüm cezalarının ilk olarak onun tarafından vazedildiği kabul edilmektedir. Ölüm cezası daha sonraki hanedanlarda da varlığını sürdürdü. Bu cezaya karar verme yetkisi genellikle imparatora aitti. Adam öldürme, korsanlık, eşkiyalık, isyan, sahte para basma, resmî mühürlerin sahtesini yapma, kundaklama, 12 yaşından küçük kızlara tecavüz etme, tuz kaçakçılığı suçlarında ise ölüm cezasını infaz yetkisi yerel yönetime verilmekteydi[92]. Çin hukukunda evlenecek çiftlerin aynı soyadı taşımaları esasını ihlal edici bir evlilik yapan kimse ölüm cezası ile cezalandırılırdı[93].

Çin'de dikkat çeken bir diğer husus da *linç* kuralıdır. Bu kurala göre halk, suçlu gördüğü kişiyi cezalandırma yetkisine sahip olmakta ve cezanın infazını, oldukça ağır işkencelerle yargısız olarak gerçekleştirmekteydi. Yerel mahkemenin suçluyu ölüme mahkûm etmesi durumunda ise işkence usul-

89 L. C. Casartelli, "Law (Iranian)", *ERE*, Edinburgh 1979-80, VII, 853.
90 Dhalla, *ERE*, IV, 294.
91 Caldwell, *EAm*, V, 596.
92 W. Gilbert Walshe, "Crimes and Punishments (Chinese)", *ERE*, IV, 269.
93 Okandan, s. 36-37.

leri daha da ağırlaştırılmaktaydı. Köy veya kasaba gibi küçük yerlerde yaygın olan linç kuralının yanı sıra "hayat için hayat" ilkesine dayandırılan kan davaları da meşrû kabul edilmekteydi. Çin hukukunda ölüm cezasının tatbik şekilleri şunlardı: Boğma, boynunu vurma ve organlarını tek tek kesmek suretiyle yavaş yavaş öldürme (*ling ch'i*). Suçluların kesilen başları ise ibret olması amacı ile şehrin kapısında halka gösterilirdi[94].

Eski Hint ceza hukukunda kısas ilkesi temel esas olarak kabul edilmiştir. Ölüm cezası hırsızlık, soyguncuları saklama, adam kaçırma, zina gibi bir çok suçu önlemesi gayesi ile Manu tarafından vazedilmiş, hile yapan kuyumcular ve Brahman'a hakaret edenler çok ağır işkencelerle öldürülmüştür. Genel olarak Hint hukukunda ölüm cezasını gerektiren suçlarda dini ve sosyal unsurların göz önünde bulundurulduğu görülmektedir[95].

e- Türklerde Ölüm Cezası

İslamın kabulünden önce Türk kavimlerinde uygulanan ceza hukuku hakkında kesin bilgiler bulunmamaktadır. Ancak Türk kavimlerinin ilk dönemlerinde ilkel topluluklarda görülen ceza hukuku esaslarının varolabileceğini söylemek mümkündür. Aynı zamanda Türklere yakınlıklarından dolayı Moğollara ait bilgilerden de bazı ipuçları çıkarılabilir. Nitekim Cengiz Han'ın emriyle Uygurca yazılan kanunname, müslüman olmayan Türk devletleri tarafından kanun olarak kabul edilmiştir; zira bu yasadaki kuralların çoğu eski Türk törelerine aittir. Yasada zina, livata, kasıtlı olarak yalan söyleme, sihirbazlık, kavga eden iki kişiden birine yardım etme, suya veya küle küçük abdestini yapma, üç defa başkalarından mal alıp üçünde de iflas etme suçları için ölüm cezası öngörülmüştür[96].

Göktürklerin VI. yüzyılda Ortaasya'da kurdukları Göktürk Devleti'nde devlet otoritesinin tabii sonucu olarak ceza hukuku da özel intikam sahasından çıkmış; cezayı suçtan zarar gören değil, devlet tatbik etmeye başlamıştır. Ölüm cezasının da bu kapsamda değerlendirilmesi sonucunda öç alma şeklinde değil de devlet otoritesi tarafından vazedilen kurallar çerçevesinde uygulandığını düşünmek mümkündür. Çin kaynaklarına göre Göktürklerde isyan, vatana ihanet, adam öldürme, evli bir kadınla zina, kayınpederin gelini ile zina etmesi ve evli kadına tecavüz, bağlı atı çalma ve ikinci kez hırsızlık yapma suçları ölüm cezasını gerektirmiştir[97].

---

94 Walshe, *ERE*, IV, 270-272.

95 J. Jolly, "Law (Hindu)", *ERE*, VII, 851.

96 Halil Cin - Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 1989, s. 64-65; Kayıhan İçel–Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, İstanbul 1987, s. 50.

97 Coşkun Üçok- Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, 6. bs. Ankara 1987, s. 23-24; Sadri Arsal, s. 169.

Çin kaynaklarında Hunların ceza kanunları hakkında da bilgilere rastlanmaktadır. Bu bilgilere göre Hunlarda cezalandırma yetkisi devlete aitti. Ölüm cezası verilen suçluların sorgulanması için hakan yılda bir kere divan kurar; suçlular ise hakanın huzuruna getirilirler ve onun her şeyi bildiğine inandıklarından dolayı suçlarını itiraf ederlerdi. İtiraftan sonra ölüm cezası verilenlerin başlarına kızıl bayraklar takılır; gruplar halinde boyunları vurulurdu. Cezası infaz edilenlerin isimleri ve ceza kararları bir sandığa konularak otuz yıl saklanırdı. Bunun nedeni ise öldürülenlerin yakınlarının itirazı halinde delillerin, onlara gösterilmesi amacıyla muhafaza edilmesiydi. Hunlarda savaştan kaçma, bir kimseye kılıç çekme yani adam öldürme, zina, at veya kıymetli bir şeyi çalma gibi belli ağırlıktaki suçlar ölümle cezalandırılırdı. Hırsızın, çaldığı malın dokuz katını vermesi halinde cezadan kurtulma şansı vardı; ancak ikinci defa hırsızlık suçunu işleyenin ölüm cezasından kurtulması imkansızdı[98].

İslâmın kabulünden sonra Türkler, genellikle İslâm ceza hukukunu uygulamışlardı. Bu nedenle dört şahit ile ispatlanan evlilerin zinası için recm yani taşlama suretiyle öldürme cezasını kabul etmişlerdi. Kazak Türklerinde Tekve Han (1710-1724) tarafından vazedilen kanunlarda da tecavüzün cezası ölüm veya "*kun*" ödemekti. Öte yandan suçlunun tecavüz ettiği kızla, kız tarafına servetine göre asgari 49, azamî 81 baş hayvan vererek evlenmesi durumunda cezadan kurtulması mümkündü. Gayrimeşru ilişkide bulunan karısını ve suç ortağını öldüren koca ise cezalandırılmazdı. Suçluları öldürmemesi durumunda da onların ölümle cezalandırılmasını talep etme hakkı vardı[99].

II- XVIII. YÜZYILDAN SONRA ÖLÜM CEZASI

XVIII. yüzyılda ölüm cezasının kavram olarak sorgulanmasına yönelik atılan adımlar, bu cezanın tarihi seyrini de etkilemiştir. İlk olarak Beccaria'nın ortaya attığı ölüm cezasının kaldırılması düşüncesi mutlak olarak hemen uygulama alanı bulamamamış; ancak bu cezanın kaldırılmasını nihaî gaye olarak kabul eden bir hareketin başlamasına neden olmuştur. Bu hedefe yönelik olarak atılan adımlar çerçevesinde öncelikle ölüm cezasının keyfî ve aşırı bir şekilde uygulanmasına karşı çıkılmıştır. Özellikle Ansiklopedistler tarafından cezaların şiddet içermesine ve keyfî olarak uygulanmasına karşı gösterilen tepki, Avrupa ülkelerinde XVIII. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerinde de etkisini hissettirmiştir. Nitekim bu dönemde yürürlüğe giren ceza kanunları genel olarak ölüm cezasını kaldırmak yerine bu cezayı gerektiren suçların sayısını sınırlandırma politikasını benimsemişlerdir. Bu durum ise kanunlaştırma hareketlerinde Beccaria'nın ölüm cezasının tamamen kaldırıl-

98 Üçok-Mumcu, s. 15; Cin-Akgündüz, s. 33-34.
99 Arsal, s. 161-163.

ması şeklindeki düşüncesinden ziyade, daha esnek nitelikteki düşüncelerden etkilenildiğini göstermektedir. Nitekim İspanya hariç bütün Batı ülkeleri, bu dönemde ceza kanunlarında ölüm cezasını gerektiren suçların sayısını azaltmışlardır. Ayrıca 1835'te New York'ta, 1868'de İngiltere'de ölüm cezasının alenî infazı yasaklanmış; hatta bununla da kalınmayıp infaz sırasında mahkûma daha az acı verecek yeni yöntem arayışlarına gidilmiştir[100].

XVIII. yüzyılın sonunda savaşlar nedeniyle cezalarda ağırlaştırma ve şiddet eğiliminin yeniden ortaya çıktığı görülmektedir. Nitekim İngiltere'de de XIX. asrın başlarında ölüm cezası verilen suçların sayısı ikiyüzden fazladır[101]. XIX. yüzyılın ortalarına kadar çıkartılan kanunlarda etkileri görülen 1810 Fransız Kanununda da ölüm cezasını gerektiren suçlar listesi bir hayli uzun tutulmuştur. Fransız ihtilalinin meydana getirdiği kaosun dinmesinin ardından ise hümanist düşüncenin de etkisiyle ölüm cezası ile ilgili münakaşalarda canlanma olmuş; Victor Hugo, George Sand, Eugene Sue, Livingston, Mittermaier, Pessina, Bedaridde, Haus, Bonnet, Olivecrona gibi birçok düşünür, ceza hukukçusu, politika yazarı bu konuda eserler ortaya koymuşlardır. Hatta 1826 yılında Fransa'da ölüm cezası üzerine yazılmış eserler arasında yarışma dahi düzenlenmiştir. Bu yarışmayı, *Ceza sistemi ve Özellikle Ölüm Cezası Üzerine* isimli araştırmasıyla Charles Lucas kazanmıştır. Ayrıca 1822'de hazırlanan Livingston Raporu ve Guizot'un *Siyasal Alanda Ölüm Cezası* isimli eseri, ölüm cezası meselesini ele alan önemli çalşmalardır[102].

XIX. yüzyılın ikinci yarısında Avrupa ülkelerinde yapılan ceza kanunlarında ölüm cezasının konumunu tespit etmek için öncelikle bu kanunların genel özelliklerini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Söz konusu özellikler ise şu şekilde özetlenebilir: Cezaların yumuşatılması, insan haysiyeti ile bağdaşan cezaların tercihi, hürriyeti bağlayıcı cezalarda hükümlünün insanî ölçülere uyularak ıslahının sağlanmasının gaye edinilmesi. Bu niteliklere sahip kanunların çıkartıldığı ülkelerin bir kısmında ölüm cezası resmen kaldırılmış, bir kısmında ise yasal olarak kabul edilmiş, ancak ya uygulamada kaldırılmış ya da infazda ciddi gerileme gösterilmiştir. Ayrıca bu dönemde Avrupa ülkelerinin yanı sıra Amerika ülkelerinde de ölüm cezasının yasal veya fiilî olarak kaldırılması yönünde ilerlemeler kaydedilmiştir.

Beccaria'nın eseri ile başlayan ölüm cezasını kaldırma hareketinin hızı savaşlar, totaliter rejimler, farklı bilim dallarının ve ekollerin ortaya çıkması nedeniyle XIX. yüzyılın ikinci yarısında aynı derecede devam etmemiştir. XIX. yüzyıldaki felsefî, edebî ve hukukî tartışmaların sonuçları, ancak XX. yüzyılın

100 Campion, *NCE*, III, 80; Fanshel, *GUE*, IV, 194.
101 Akkan, s. 146.
102 Demirel, s. 158.

ortalarında görülmeye başlanmıştır. Bu dönemde ölüm cezasının kaldırılması yönünde giderek güç kazanan eğilim ve söylemin din adamlarını dahi etkilediği görülür. Bu nedenle ölüm cezasının ülkelerin yasalarında geçirdiği değişimlere geçmeden önce Hristiyan öğretideki durumuna göz atmak mümkündür:

Fransız ihtilali ve 1789'da ilen edilen insan ve vatandaş hakları deklarasyonu, Katolik kilisesi ile insan hakları ilişkisi tarihinde yeni bir dönemi başlatmıştır. İnsanın kutsal, devredilemez tabii haklarını tanıyan bu ilk bildiriye karşı XVIII. ve XIX. yüzyıl papaları temel özgürlük hakkı gibi fikirleri aforoz etmişlerse de II. Vatikan konsilinde katolik kilisesi, insan haklarını resmen kabul etmiş, kilisenin İncil gereği bu hakları ve onlara yeni bir açılım kazandırılmasını onayladığını bildirmiştir. Böylece kilise, artık insan haklarını aforoz etmediği gibi modern dünyadaki temel görevlerinden birinin insan haklarını savunma ve geliştirme olduğunu beyan etmiştir[103]. Kilise yayınladığı *Centigesimus Annus* genelgesinde de temel hakları sıralarken yaşama hakkına birinci sırada yer vermiştir[104]. Bu bağlamda Hristiyan düşüncesinde yaşama hakkı, kişinin tabiatı gereği sahip olduğu, pozitif hukukun tesis etmediği ve ondan aşkın olan insan hakları içerisinde öncelikli olarak yer almaktadır.

Ölüm cezası ise katolik teologlardan gelenekçi otoriteler tarafından caydırıcılığı ve toplum açısından gerekliliği gerekçe gösterilerek savunulmaktadır[105]. Öte yandan reformcu anlayışa sahip dini liderler, bu cezanın insanlıkdışı olduğunu savunmakta, hatta yöneticileri bu yönde etkileme gayesiyle zaman zaman kampanya girişimlerinde dahi bulunmaktadırlar. Nitekim 18 Ekim 1997 tarihinde Teksas Katolik piskoposları, hayatın kutsal olduğu inancına dayanarak ölüm cezasına karşı olduklarını bildirmişlerdir. Gerekçe olarak katolik halkın genelde bu cezayı caydırıcı görmeleri nedeni ile desteklediklerini; ancak ölüm cezasını kullanan eyaletlerdeki suç işleme oranı ile kaldıran eyaletlerdeki oran arasında herhangi bir fark bulunmadığını, adlî hata nedeniyle masum insanların da cezalandırıldığını ileri sürmüşlerdir. Dini verilerden ziyade ölüm cezasının bizzat kendisini sorgulayarak bu cezaya karşı olduklarını açıklayan piskoposlar, ruhani lider sıfatıyla halkın düşüncesini de etkilemeyi ümit ettiklerini de belirtmişlerdir[106]. 1999 yılında gerçekleştirilen *National Conference of Catholic Bishops'*un başkanı Joseph A. Fiorenza da ağır suçlar için bile verilen ölüm cezasına karşı olduklarını açıklamıştır[107]. Papa II. John Paul de Ocak 1999'da ABD'ni ziyareti sırasında ölüm cezası mesele-

103 Harman, s. 87.
104 H. M. Vroom, "Religisus Ways of Life and Human Rights", *Human Rights and Religious Values,* Michigan 1995, s. 35.
105 Campion, *NCE*, III, 81; Reha Öz, *Ben Devletim Asarım*, İstanbul 1989, s. 61; İmbert, s. 86
106 18.10.1997, http://www.philosophy.niu.edu/~other/tex-bish.txt.
107 11.6.2003, http://www.religioustrolance.org/execute.html.

sini gündeme getirmiş; St. Louis'teki ayinde bir insanın hayatının ne yaparsa yapsın sona erdirilmesinin mümkün olmayacağını savunmuş, hatta bazı infazların affedilerek mahkûmların hayatlarının bağışlanması yolunda ilgili eyaletlerin başkanlarına özel ricalarda bulunmuştur[108]. Ayrıca İtalya'da 2000 yılı boyunca süren ölüm cezasına karşıt bir kampanyayı da destekleyerek bu cezanın kaldırılması ile ilgili bir proje sunmuştur[109]. Yahudi hukukunda da ölüm cezasının meşrûiyeti genel olarak kabul edilse de modern dünyadaki ölüm cezasının kaldırılması yönündeki eğilimden yahudi bilginler de etkilenmişlerdir. *AIUSA's Program to Abolish the Death Penalty*'nin 12-14 Ekim 2001'de düzenlediği *National Weekend of Faith in Acction on the Death Penalty*'de yahudi organizasyonların çoğunun, Protestan ve Katoliklerin ölüm cezasına karşı oldukları ifade edilmiştir[110].

Bu noktada ölüm cezasını kaldırma eğiliminin hristiyanlığa dayanan oldukça güçlü teolojik temellere sahip olduğunu düşünmek mümkündür. Zira Hristiyan öğretide yer alan insanın Tanrı suretinde yaratılmış olması sebebiyle herhangi bir insana zarar vermenin Tanrı'nın suretini zedelemesi anlamına gelmesi şeklindeki insanın saygınlığı düşüncesi, Tanrı'nın bütün insanlara yönelik olarak onların özgürce yaşayacaklarına dair sözü ve merhamete yönelik esaslar, suçlunun da bir insan olarak zalimane cezalardan korunması ve ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması şeklindeki söylemlerin[111] dile getirilmesine imkan tanımıştır. Nitekim ölüm cezasının kaldırılması eğiliminin etkisi en fazla Batı Avrupa'da görülür ki buradaki ülkelerin genelinde ölüm cezası yasal olarak kaldırılmıştır. Bu eğilimin giderek kuvvetlenmesi ise ölüm cezasının kaldırılmasının uluslar arası platformlarda da evrensel bir ölçüt olarak kabul edilmesine yol açmış; globalleşme sürecinde birçok ülkenin bu standartları kabulü çerçevesinde ölüm cezası da önce uygulamada daha sonra da yasalarda ilga edilmiştir. Eylül 2002 tarihine göre dünyada 76 ülke yasal olarak tamamen, 15 ülke savaş suçları gibi istisnai suçların dışındakiler için, 20 ülke ise fiilî olarak ölüm cezasını kaldırmıştır. 84 ülke ise ölüm cezasını kullanmaya devam etmektedir. Ölüm cezasını hukuki ve pratik alanda kaldıran ülke sayısı toplam 111dir. 1976'dan sonra ortalama yılda iki ülke ölüm cezasını kaldırmıştır. 1989'dan sonra ise bu sayı 20'ye çıkmıştır[112]. Bu noktada

108 01.1999, http://www.cacp.org/page585246.htm.

109 18. 12. 1999, *Pittsburgh Post Gazette*, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; 23. 12. 1999, APB News, *Washington Post*, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,.

110 12.10.2001, http://www. amnesty-usa.org/news/2001/usa10122001.html.; David Mendell, "R - ligious Leaders Call for an End to the Death penaltıy", 15.3.1999, http://www.philosophy.niu.edu/~critcrim/dp/reldir/rel.1.html.

111 Demirel, s. 160; Akkan, s. 149; Bayraktar, s. 58.

112 "Abolitionist and Retentionist Countries", 10.2002, http://www.amnestyusa.org/abolish/a - ret2html.

ülkelerin, XVIII. yüzyıldan bu yana ölüm cezası ile ilgili olarak benimsedikleri tavrı ortaya koymak amacıyla bu cezanın ceza kanunlarındaki konumunu tespit etmek gerekmektedir. Bu suretle ölüm cezasının, antik dönemden modern döneme kadar geçen süre içerisindeki tarihî serüvenini noktalamak mümkün olacaktır.

A- Avrupa Ülkelerinde Ölüm Cezası

a- İtalya

İtalya'da yasal olarak ölüm cezasını kaldırmayı ilk olarak gerçekleştiren eyalet Toscana'dır. 1786 yılında Toscana Kralı II. Leopold, Beccaria'yı başkan olarak atadığı bir komisyona yeni bir ceza kanunu hazırlatmıştır. Bu yasanın hazırlık aşamasında kral, ölüm cezasının kaldırılmasının suç işleme oranını artırıp artırmadığının araştırılmasını istemiştir. Toscana valisinin verdiği raporda son infazın gerçekleştirildiği 1774 tarihinden o güne kadar suç işleme oranında herhangi bir artış gözlenmediği bildirilmiş, bunun üzerine kanunda işkence, damgalama ve ölüm cezası kaldırılmıştır. Nitekim bu kanun Avrupa'da ortaya çıkan yeni felsefî akımların yasalar bazında etkisini gösterdiği ilk kanun olma niteliğini taşımaktadır[113]. Ne var ki siyasal nedenlerle ortaya çıkan toplumsal kargaşa, ölüm cezasını savunan düşüncelerin de harekete geçmesine neden olmuş; 1790'da kamu suçları, 1795'de de dine karşı işlenen suçlar, cinayet ve özellikle zehirleme fiillerinin ölüm cezasını gerektirmesi hükmü yeniden ceza yasasına konulmuştur. Bununla beraber ölüm cezası, Toscana'da gerek mahkemelerin bu cezayı vermek istememeleri yönünde bir eğilime sahip olmaları, gerekse suçluların sistematik biçimde affedilmeleri sebebiyle pek fazla uygulanmamıştır[114]. Kamuoyunda ölüm cezasına karşı oluşan bilincin artmasının etkisiyle 2 Ağustos 1838 tarihli kanunda yargıçların ancak oybirliği ile ölüm cezası kararı verebilecekleri esası kabul edilmiştir. 1838 yılından 1847 yılına kadar ölüm cezası verilen mahkûmların hepsi affedilmiş, 11 Ekim 1847 tarihli kanunla ölüm cezası yeniden kaldırılmış, 1852'de tekrar kabul edilmiş, 1860 Ceza Kanunu ile yine kaldırılmıştır[115].

Saint-Marina Cumhuriyeti de Toscana'ya benzer bir yol izleyerek 1859 Ceza Kanunu ile ölüm cezasını kaldırmıştır. Piemonte'da ise 1859 Ceza Kanununda 13 yasa dışı eylem için ölüm cezası öngörülmüştür. 1860 yılında bir milletvekilinin sunduğu cezanın kaldırılması teklifine, sorunun ancak tüm İtalya'da çıkarılacak ortak bir ceza kanunu ile çözüme kavuşturulabileceği şeklinde karşılık verilmiştir. Bunun üzerine İtalya Krallığı'nda 1889 tarihli

113 Campion, *NCE*, III, 80; Dönmezer-Erman, I, 65; Akkan, s. 146.
114 İmbert, s. 55.
115 Bayraktar, s. 59.

Ceza Kanunu (*Zanardelli Kanunu*) ile ölüm cezası resmen kaldırılmış, yerine bir hücrede tecrit edilmek (*carcere duro*) suretiyle gerçekleştirilen müebbet ağır hapis cezası (*ergastolo)* konulmuştur. Ancak 20. yüzyılın başlarında savaşlarla birlikte gelen totaliter cereyanların etkisi ile 25 Kasım 1925'te siyasal suçlar için ölüm cezası yeniden kabul edilmiştir. 19 Ekim 1930 tarihli 1339 sayılı *Rocco Kanunu*, 1 Temmuz 1931 tarihinde yürürlüğe girerek devlete karşı işlenen siyasi suçlarda ve toplu veya kasıtlı adam öldürme fiilleri gibi çeşitli adi suçlarda ölüm cezasını öngörmüştür[116]. 10 Ağustos 1944 tarihli yasa ve 224 sayılı kararnamede ise ölüm cezası yeniden kaldırılmıştır. 27 Aralık 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 27. maddesinde de şu hükme yer verilmiştir: "*Cezalar insanlık hislerine aykırı düşen muamelelere yer veremez. Cezalarda mahkûmun ıslah ve yeniden terbiyesinin göz önünde bulundurması gerekir. Askeri harp kanunlarında gösterilen haller dışında ölüm cezası verilemez*." [117]

b- Avusturya

Avusturya'da II. Joseph, 1783'te gizli tutulan yönetmeliklerle ölüm cezası kararlarının bizzat kendisine gönderilmesini istemiş ve mahkûmları sistematik olarak affetmiştir. Nitekim bu dönemde sadece 1786'da gerçekleştirilen bir infaza rastlanmaktadır. II. Joseph, 1787 yasasında ölüm cezasını kaldırmış; ancak II. François, 1803 yılında vatana ihanet suçu için bu cezayı yeniden yürürlüğe koymuştur. Gerekçe olarak ise bu cezanın, ilgasından sonra suç sayısında herhangi bir artış görülmemiş olsa da suçluları adam etmek için hiçbir umut kalmadığı zaman toplumun güvenliğini korumanın yegâne yolu olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca yeni bir ceza yasası ile ölüm cezasını gerektiren suçların sayısını artırmıştır[118]. Avusturya'da ölüm cezası, 3 Nisan 1919 tarihli kanunla yeniden kaldırılmış; ancak pozitivist ve totaliter cereyanların tesiriyle 1926 yılında siyasî, 1930 yılında da âdî suçlar için ölüm cezası tekrar kabul edilmiş, 1968'de ise tamamen kaldırılmıştır[119].

c- Fransa

Fransa, ölüm cezasının yararının ve etkisinin bulunmadığı yönündeki düşüncenin kanıtlanması amacı ile en ateşli tartışmaların gerçekleştirildiği, çok sayıda bilimsel çalışmaların meydana getirildiği bir ülkedir. Buna rağ-

116 Aldo Casalinuova, "Ölüm Cezasının Hukuka Aykırılığı", *İstanbul Barosu Dergisi*, LIV (1980), s. 61; Necdet Yalkut, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, Ankara 1964, s. 1010; Lord Lloyd, s. 241; Caldwell, *EAm*., V, 597; Bayraktar, s. 60.

117 Akkan, s. 152-154; Bayraktar, s. 61; Demirel, s. 164; Faruk Erem-Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs. (y.y.) Seçkin Yayınevi 1997, s. 722.

118 Campion, *NCE*, III, 80; Fanshel, *GUE*, IV, 194; Kutbettin, s. 146.

119 Dönmezer-Erman, II, 604; Akkan, s. 148; Bayraktar, s. 61.

men diğer Avrupa ülkelerine nazaran Fransa'da ölüm cezasının kaldırılması yolunda hem yasama hem de yargı alanında oldukça ağır bir ilerleme süreci yaşanmıştır. İhtilalin ilk dönemlerinde aydın çevrelerin bir kısmı ölüm cezasının tamamen kaldırılmasını, bir kısmı da sadece ağır suçların bastırılması için kullanılmasını istemiştir. Nitekim bu iki tavır, özellikle Kurucu Meclis'de yaşanan tartışmalarda bariz bir şekilde görülmektedir. Kurucu Meclis, Ekim 1789'dan itibaren ölüm cezasının, yetkili hakimler tarafından sadece beşte dört çoğunlukla verilebileceği esasını kabul etmiştir. 1791 yılında ise ihtilal havasının kaybolmaya başlamasının etkisiyle ceza yasası taslağı ile ilgili tartışmalar yeniden gündeme gelmiştir. Anayasa ve ceza yasası komite raporunda, ölüm cezasının etkisizliğinin ve yararsızlığının kanıtlanması nedeniyle tamamen kaldırılması ve hapis cezası ile değiştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bunun üzerine yapılan hararetli tartışmalar esnasında Robespierre, Petion, Duport ölüm cezasının kaldırılması gerektiğini savunmuş; Prugnon, Brillat-Savarin gibi isimler de bu cezanın en etkili ceza olması sebebiyle hiçbir cezanın onun yerini tutamayacağını ileri sürmüşlerdir. Sonuçta da ölüm cezası taraftarı olan üyelerin sayıca ve hitabet yönünden üstün olmaları nedeni ile Kurucu Meclis neredeyse oybirliği ile ölüm cezasının kaldırılmamasına karar vermiştir[120].

1791 Ceza Yasası'nın 2. maddesinde ölüm cezası şu şekilde tanımlanmıştır: "Ölüm cezası, mahkûmlara hiçbir zaman işkence uygulanmaksızın, sadece hayattan mahrum etmekten ibaret olacaktır." 3. maddede ise "tüm idam mahkûmlarının başı kesilecektir" kuralı konmuştur. Bu iki maddenin, ölüm cezasının işkence edilmeksizin başı kesme suretiyle infaz edilmesi esasını öngörmesi nedeniyle milletvekili Joseph İgnace Guillotine tarafından 1789 yılında meclise sunulan bir baş kesme makinesinin (Giyoten) kullanılması teklifi yeniden gündeme getirilmiştir. Cihaz, 20 Mart 1792'de yasa komitesi tarafından kabul görmüş[121], ilk kez 25 Nisan 1792'de hırsız ve adam öldürme suçlarından ölüme mahkûm olan Nicolas-Jacques Pelletier'nin idamı için Greve meydanında kurulmuştur. Giyotin, daha sonra ölüm cezasının infazında yaygın olarak kullanılan bir yöntem halini almış, kurşuna dizme ise sadece askeri suçlulara uygulanmıştır[122].

27 Temmuz 1794 yılında Robespierre'in düşüşüne kadar Paris devrim mahkemeleri ile eyalet özel mahkemeleri tarafından yaklaşık 17.000 suçlu ölüm cezasına mahkûm edilmiştir. İnfazların giyotinle gerçekleştirildiği göz önünde bulundurulduğunda bu metodun tarihte en fazla bu dönemde kullanıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Robespierre'in düşüşünden sonra

120 İmbert, s. 58-62; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 294.
121 Yalkut, s. 1008; Demirel, s. 157; Öz, s. 85.
122 Balcıgil, s. 98; Öz, s.12.

ise infazlar seyrelmiş ve Devrim Meclisi Konvansiyonu ölüm cezasını kaldırma meselesini yeniden gündeme getirmiştir. 26 Ekim 1795'te gerçekleştirilen son oturumda yapılan tartışmalarda devrimin ayakta kalması için en etkili silahı elden bırakmamak veya ölüm cezasını kaldırmak şeklinde iki düşünce öne sürülmüştür. Oylama sonucunda ise genel barışın tesis edileceği günden itibaren Fransa Cumhuriyeti'nde ölüm cezasının kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu karara göre ölüm cezasının kaldırılması geleceğe dönük bir şarta bağlanmıştır[123]. Ne var ki bu yasa, bir yandan savaşlar diğer yandan da kamuoyunun genel olarak ölüm cezası taraftarı olması nedeniyle 29 Aralık 1801'de yürürlükten kalkmış[124], 1810 Ceza Kanunu da ölüm cezasına yeniden yürürlük kazandırmıştır. Nitekim bu kanunu hazırlayanlar faydacı kuramdan hareket etmişler ve örneklilik, ibret olma, caydırıcılık yönleriyle ölüm cezasının en etkili ceza olduğunu ileri sürmüşlerdir[125].

1810 tarihli yasada devlete karşı işlenen suçlar kasıtlı olarak katletme, anababayı öldürme, çocuk öldürme, zehirleme, hırsızlık, kundaklama gibi devletin güvenliğinin, kişilerin ve malın korunması amacını içeren yaklaşık 36 suç türü için ölüm cezası öngörülmüştür[126]. Ayrıca bu yasada, daha önce işlenmiş olan bir suça yeniden teşebbüs ve asıl suçluya yardımcı olma durumlarında daha ağır cezalar verilmesi kabul edilmiştir. Buna göre işlediği bir suçtan dolayı daha önce ömür boyu küreğe mahkûm olan bir kimse, aynı suçu tekrar işlediğinde ölümle cezalandırılacaktır. 1810 tarihli yasada ölüm cezasını gerektiren suçlar listesinin uzun olması ise cezanın zaman zaman çok fazla kullanılmasına neden olmuştur. Nitekim bu ceza XVIII. Luis ve X. Charles dönemlerinde çok yaygın bir şekilde kullanılmış, 1825 yılından 1830'a kadar yılda ortalama olarak 111 idam kararı verilmiş, bunların 72'si infaz edilmiştir[127].

28 Nisan 1832 tarihli yasada jüriye hafifletici nedenleri göz önünde bulundurma yetkisinin verilmesinin yanı sıra kalpazanlık ve ağır hırsızlık gibi dokuz suç için ölüm cezası kaldırılmıştır[128]. Cumhuriyetin ilanından sonra çıkan 28 Şubat 1848 Yasası, ölüm cezasını siyasi suçlar için kaldırmış, ancak insan hayatı aleyhine işlenen belli ağırlıktaki suçlar için öngörmüştür[129]. Bu kural, 4 Kasım 1848 tarihli Anayasanın 5. maddesinde de kabul edilmiştir. Victor Hugo gibi ölüm cezasının fanatik aleyhtarları ise bu maddenin kamu hukuku suçlarını da kapsamasını önermişler, ancak önerileri 216 oya karşılık 498 oyla

123 Tosun, s. 195.
124 İmbert, s. 65-66.
125 Dönmezer-Erman, I, 66.
126 Akkan, s. 146.
127 İmbert, s. 70.
128 Yalkut, s. 1007.
129 Esat Adil Müstecaplıoğlu, "Ölüm Cezası", *Siyasal Bilgiler Dergisi*, VII (Ankara, 1937), s. 200.

reddedilmiştir[130]. Bununla birlikte 1932 tarihli yasada jürilere tanınan hafifletici durumları göz önünde bulundurma yetkisi ölüm cezası kararlarının, devlet başkanlarına verilen bağışlama hakkının kullanılması ise infazların sayısının azalmasına; 1848 tarihli yasanın bu cezayı gerektiren suçların sayısını sınırlandırması da karar ve infazlardaki bu azalma sürecinin devam etmesine neden olmuştur. Nitekim 1826-1830 yılları arasında 111 ölüm cezası kararı verilmiş ve 72 infaz gerçekleştirilmiş, 1831-1857 yılları arasında 51 ölüm cezası kararı verilmiş ve 32 infaz yapılmış; 1851'den 1860'a kadar 40 ölüm cezası kararı verilmiş ve 28 infaz, 1876-1880 yılları arasında ise 33 infaz gerçekleştirilmiştir[131]. Aynı şekilde 1888-1907 yılları arasında yer alan onar yıllık iki dönemle ilgili yapılan istatistiklerde ölüm cezasının uygulanmasında 1/8 oranında azalma olduğu, hatta son iki yılda tamamen durduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim adam öldürme suçunun sayısı da 3066'dan 1608'e inmiştir[132].

1906, 1908 ve 1927 yıllarında hükümetin sunduğu ölüm cezasının tamamen kaldırılmasına yönelik kanun tasarıları ise meclis tarafından reddedilmiştir. Bunun nedeni, kamuoyunun o sırada vahşice işlenen bir cinayetin etkisi altında kalmasıdır. Ardından gelen II. Dünya Savaşı'nın sonuçları sebebiyle de 10.000 den fazla infaz gerçekleştirilmiştir. Bu dönemde 1938 ve 1939'da ihanet ve casusluk, 1940 ve 1944 yılları arasında hırsızlık, gece baskını, kasten mahsul yakma, patlayıcı madde veya radyo üretme ya da elde bulundurma, 1950'de gündüz vakti yapılan silahlı soygun, ölüme ve ağır sakatlığa neden olan kasıtlı yangın, 1954'te 15 yaşından küçük bir çocuğun ölümüne neden olan hareketler ölüm cezasını gerektiren suçlar listesine eklenmiştir. 1965 tarihli kanunda da bu listeye yeni suçlar ilave edilmesine rağmen giderek infaz sayısında bir azalma seyri yaşanmış; hatta 1930 ve 1935 yılları arasında bu sayı, 10'a kadar düşmüştür[133]. 1946'da 78 mahkûmiyet, 33 infaz; 1959'da 5 mahkûmiyet, 1 infaz, 1969'dan 1978'e kadar 22 mahkûmiyet, 6 infaz gerçekleşmiştir. En son infaz öldürme, ırza geçme ve işkence suçlarından dolayı ölüm cezası verilen bir mahkûma ait olup 10 Eylül 1977'de yerine getirilmiştir; 1980'de ise 3 ölüm cezası kararı verilmiştir[134].

1960 yılında tanınmış işadamları, hukukçular ve tıpçılar tarafından ölüm cezasını kaldırmaya yönelik faaliyetlerde bulunmak üzere *Ölüm Cezasının İlgası için Fransız Derneği* kurulmuştur. Nihayet Cumhurbaşkanı Mitterand döneminde 9 Ekim 1981 tarihli 81-908 no.lu yasa, ölüm cezasını kaldırmış; onun

130 İmbert, s. 87; Demirel, s. 160.
131 Yalkut, s. 108; Akkan, s. 147.
132 R. F. Guinton, "Criminology", *ERE*, IV, 310; Jean İmbert, s. 88, 93.
133 Caldwell, *EAm*., IV, 310; Yalkut, s. 1008.
134 M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul 1993, s. 128; Bayraktar, s. 67; Akkan, s. 180.

yerine işlenilen suça göre ömür boyu ağır hücre hapsi ya da ömür boyu hapis cezası verilmesini öngörmüştür[135]. Fransa'da ölüm cezasının yasal ilga süreci, bir uluslar arası antlaşmanın onaylanarak yayınlanmasıyla birlikte nihai hedefe ulaşmıştır. Nitekim 6 No.lu İnsan Haklarının Korunması Avrupa Konvansiyonu 28 Nisan 1983'te imzalanmış, 85-1485 No.lu 31 Aralık 1985 tarihli yasa ile Meclis onayından geçmiştir. Antlaşmaların Fransız yasasının üzerinde olması ve 6. No.lu protokolden vazgeçmek için sadece beş yıllık bir süre tanınması ise ölüm cezasının kaldırılması kararını zorunlu bir şarta bağlamıştır[136].

d- İngiltere

İngiltere'de 18. yy. öncesinde ölüm cezasını sınırlandırıcı düzenlemeler[137] yapılmasına karşın ölüm cezasının kaldırılması hareketinin diğer Avrupa ülkelerindekinden daha farklı bir seyir izlediği görülmektedir. Bunun birinci nedeni, İngiltere'nin endüstriyel gelişmenin önderlerinden olması, dolayısıyla da köylerden kentlere akın eden insanların şehir proleteryasına nasıl davranılacağını bilmemesinden kaynaklanan kaos ve kargaşanın sukûna erdirilmesi için ölüm cezasının bir araç olarak kullanılmasıdır[138]. İkinci ve asıl neden ise yazılı yasalara değil, Common Law'ın uygulamasına dayanan İngiliz Hukuk sisteminin yapısıdır ki bu bağlamda geçmişe saygının temel ilke olarak kabul edildiği ve her türlü yeni düşünceye kapalı bir sınıfın bulunduğu görülmektedir[139].

Örf ve adetlerin geçerliliği ve uygulama alanının emsal oluşturma niteliğini taşıyan yargıçların kararları ile tespit edilmesi esasını öngören 1722 tarihli yasada ölüm cezası çok sayıda suç için öngörülmüştür. Söz konusu yasa, aslında özel bir durum için vazedilmiştir: Bu tarihte Hampshire'lilerin, maskeli bir çeteden rahatsız olmaları sonucu parlamento, teb'anın mallarına zarar veren ya da başkalarına karşı şiddet kullanan silahlı veya yüzü maskeli kişilerin ölüm cezasına çarptırılmalarını öngören bir yasa çıkarmıştır. Üç yıl yürürlükte kalmak üzere çıkarılan bu yasa, 1823'e kadar geçerliliğini korumuştur. Yasanın uzun süre yürürlükte kalmasının nedeni ise soyut ve belirsiz ifadeler taşımasıdır. Bu özellik nedeniyle yargıçlar, yasayı her duruma uyarlamak suretiyle daha sonraki kararlara dayanak teşkil edecek nitelikte emsal kararlar elde etmişlerdir[140].

---

135 Yalkut, s. 1008; Adolf Süstehenn, *Ölüm Cezası Lehinde Rasyonel Sebepler*, çev. Turhan Tufan Yüce, Erzurum 1968, s. 1.

136 Dönmezer, II, 604; İmbert, *s.* 105.

137 1215 tarihli *Magna Carta*'da keyfi ölüm cezasını önlemeye ve davalıya usule ilişkin güvenceler sağlamaya yönelik hüküm yer almaktaydı. 1628 tarihli *İngiliz haklar dilekçesi*'nde de yasaya aykırı şekilde ölüm cezası infaz edilmeyeceği hususunda Kralın söz vermesi istenmektedir: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 295.

138 Camus - Koestler, s. 92.

139 Camus - Koestler, s. 95.

140 Campion, *NCE*, III, 80; Öz, s. 21.

Yasada ölüm cezası, çok sayıda suç için gerekli görülse de bazı nedenlerle önceki dönemlere nazaran daha az uygulanmıştır[141]. Nitekim hakimlerin veya jürinin teknik ayrıntılar nedeniyle ölüm cezası davasını iptal etmesi, çalınan eşyanın ölüm cezasını gerektirmesi için gerekli görülen miktara ulaşması noktasındaki tespit yetkisinin suçlunun lehine kullanılması, kralın bağışlama yetkisini veya rahiplerin, ölüm cezası yerine büyük soygun ve kundakçılık dışındaki suçlarda kilise mahkemelerini cezaları hafifletmeye yönlendirme yetkilerini kullanması ölüm cezası yerine daha hafif cezaların verilmeye başlanmasına neden olmuştur. Nitekim 1775 ve 1778 yılları arasında sadece Londra ile Middlesex arasında 149 kişi asılarak ölümle cezalandırılmış; cezayı hafifletici etkenlerin göz önünde bulundurulduğu 1800'li yıllarda ise infaz rakamları yılda 70'in altına düşmüştür[142].

Ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik ilk adımlar, Romilly'nin reform projesini sunduğu 1808 ile Kraliçe Victoria'nın tahta çıkış tarihi olan 1837 yılları arasında atılmıştır. Nitekim 1811'de Avam Kamarasına 150 çamaşırhane ve pamuk basmahanesi sahibi tarafından gönderilen iki dilekçede, kendi zararlarına da olsa sahip oldukları mekanlarda yapılan hırsızlıkların ölüm cezasını gerektirmemesi, zaten ölüm cezasını bu suç için ağır bulan jüri üyelerinin sanıkları aklama yoluna gittikleri ifade edilmiştir. Bu iki dilekçeyi takiben aralarında Londra korperasyonu, kent ve kasaba bankerleri ile Londra jüri üyelerinin dilekçelerinin de bulunduğu bir çok dilekçe gönderilmiş, hepsinde de yasanın sertliği protesto edilerek daha yumuşak cezaların öngörülmesi talebi dile getirilmiştir[143].

1813 yılında dükkanlardaki tezgahlardan mal çalma suçu için ölüm cezasının kaldırılmasını öngören *Romilly Yasası* tasarısı, Lordlar Kamarasında reddedilmiş; Adalet Bakanı konumundaki Lord Wynford, yasaların değiştiğini görmek istemediklerini ifade etmiş; değiştirilmek istenen yasanın çıkartıldığı Cromwell zamanını tarihlerinin en şanlı dönemi olarak nitelemiş ve bu yasadan muzdarip olan bir kişinin dahi gösterilemeyeceğini ileri sürmüştür. Halbuki o dönemde yedi yaşındaki çocukların dahi idam edildiği nakledilmektedir. Bu bağlamda tasarı, yargıçların yasaların değiştirilmesi yönündeki çekinceleri nedeniyle ilk aşamasında başarılı olmasa da ölüm cezasının kaldırılması yolunda atılan önemli bir adım niteliğini taşımaktadır[144].

---

141 Halbuki 16.12.1689 tarihli Haklar Bildirisi (Declaration of Rights) başlıklı belgede "*zalimane ve olağan olmayan cezalar verilmeyecek ve uygulanmayacaktır*" hükmü yer almaktadır: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 57.

142 Caldwell, *EAm.*, V, 596.

143 Camus - Koestler, s. 98.

144 Camus - Koestler, s. 96-97.

Romilly'nin ölümünden bir yıl sonra, 1819'da ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı 220'ye inmiştir. Hala park ve bahçelerdeki ağaçları kesme, tavşan öldürme gibi basit suçların ölüm cezasını gerektirir olması, kamuoyunun, cezaların ağırlığını daha önce görülmemiş bir şekilde protesto etmesine neden olmuş, bunun üzerine de durumu değerlendirmek üzere bir komite kurulmuştur. Komite üyeleri, yargıçların kararlarının emsal niteliği taşımasından dolayı daha sonra uygulama zorunluluklarının bulunması nedeniyle objektif hareket edemeyecekleri düşüncesinden hareketle tanık olarak halkı dinlemeyi tercih etmişlerdir[145]. Bu itibarla komitenin raporu, İngiltere'de suç ve ceza sahasında yapılan ilk istatistik çalışmasıdır. Ayrıca son 300 yıl içerisinde ceza kanununda vuku bulan değişiklikleri de içermesi nedeniyle önemli bir belge niteliğindedir. Bunun yanı sıra ölüm cezası ile ilgili olarak değişiklik ve uygulanmayan kuralların kaldırılmasını öngören raporda bu cezanın mülkiyete karşı işlenen bazı suçlarda verilmeye devam edilmesi de kabul edilmiştir. 1820 yılında rapor yayınlandıktan sonra Romilly'nin dükkanlarda yapılan hırsızlık suçları için ölüm cezasının kaldırılmasını öngören tasarısı da 6. defa parlamentoya sunulmuş, yargıçları temsil eden lordların muhalefet edeceklerini bildirmeleri üzerine geri alınmıştır. Ölüm cezasının bazı suçlar için kaldırılmasını öngören tasarılara karşı direnme hareketi, Peel'in İçişleri Bakanlığı'na gelmesiyle zayıflamaya başlamıştır. Peel'in 1829'da ilk modern polisi kurmasından on yıl sonra ise ölümle cezalandırılan suçların sayısı 15'e inmiştir. 1861'e gelindiğinde sadece adam öldürme, ihanet, kasıtlı yangın ve korsanlık suçlarının ölüm cezasını gerektirdiği kabul edilmiştir[146]. 1861'den sonraki ölüm cezaları ise sadece adam öldürme suçu nedeniyle verilmiş; kralın bağışlama yetkisini geniş biçimde kullanması ile de infazların sayısı yarıya düşmüştür [147].

1864 yılında İngiliz İçişleri Bakanı tarafından kurulan *The Royal Comission on Capital Punishment*, 1866 raporunda İngiliz büyükelçilikleri ve sömürgelere ait resmi makamlar aracılığıyla elde edilen ölüm cezası infazları ile ilgili bilgileri analiz ederek Avrupa, Kuzey-Güney Amerika ve Avustralya'da ölüm cezası uygulamalarının ele alındığı 2000 küsur sayfalık bir rapor hazırlamış ve bu raporun sonucunda infazlara bir son verilmesi önerisinde bulunmuştur[148]. Raporda ölüm cezası, insanlık dışı bir ceza olarak kabul edilmiş; ancak İngiliz toplumunun ölüm cezasının gerekliliği yönündeki kanaati nedeniyle tamamen kaldırılmasının henüz uygun olmadığı belirtilmiş; bu nedenle ceza yasasın-

145 Camus - Koestler, s. 99.

146 Caldwell, *EAm*., V, 596; Bayraktar, s. 59; Demirel, s. 163; Akkan, s. 148.

147 I. Dünya Savaşında bir, II. Dünya Savaşında 17 ihanet suçu için verilen ölüm cezası ise bu durumun istisnasını teşkil etmektedir: Demirel, s. 166; İmbert, s. 85.

148 Joan Fitzpatrick–Alice Miller, " International Standards on the Death Penalty: Shifting Disc - urse", *Brooklyn Journal of Internakional Law*, XIX(1993), s. 276, 351.

da ölüm cezasının düzenlenme şekli eleştirilmiştir. Zira yasa, sorumluluğun önemli oranlarda değişebildiği adam öldürme gibi suçlarda ölüm cezası gibi tek cezayı öngörmektedir. Bu noktada komisyon üyeleri, cinayetle ilgili yasayı değiştirmeden yumuşatacak bir çok reform önerisinde bulunmuşlardır. 1931 yılında Avam Kamarasına ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik verilen kanun projesi de sonuçsuz kalmıştır. 1948 tarihli Ceza Kanununun görüşülmesi sırasında ise kilise ve polis teşkilatı ölüm cezası lehine oluşan eğilimi güçlendirici bir rol üstlenmiştir. Hatta Truro Piskoposu, ölüm cezasının uygulama alanının genişletilmesini dahi teklif etmiş, polisler de yasanın yumuşatılmasının mesleklerini icra etmelerine engel olacağını ileri sürmüşlerdir[149].

1900-1965 yılları arasında İngiltere'de birçok kuruluş, ölüm cezasının yasal olarak kaldırılmasına yönelik girişimde bulunmuştur. Bu dönemde önce ölüm cezasının fiilî olarak kaldırılması süreci yaşanmış; son infaz, devlete karşı ihanet suçu nedeniyle 1946, cinayet suçundan dolayı ise 1964 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Parlamento'da da 8 Kasım 1965 tarihli *Murder Act* (Cinayet Yasası) ile ölüm cezasının kaldırılması için beş yıllık bir deneme girişiminde bulunulmuştur. Parlamento, bu yasa ile cezanın kaldırılmasının neticelerini tahmin edebilmek amacı ile bu cezanın uygulanmasına ara vermek istemiş, bu dönemde işlenen bazı korkunç cinayetlerden kaynaklanan ölüm cezası lehindeki kamuoyu eğilimine rağmen 16 Aralık 1969'da ölüm cezasının kaldırılmasını onaylamıştır[150]. Ne var ki Parlamento'nun bu onayı yasalara aktarılmamış ve ölüm cezası 1998 yılına kadar yasalarda yazılı olarak yer almıştır. 1998 yılında ise 6. protokol imzalanmış ve *Human Rights Act* (İnsan hakları Yasası) ile ölüm cezası sadece askeri suçlar için öngörülmüştür[151].

e- Almanya

1848 yılında Frankfurt Ulusal Meclisi ölüm cezasını sadece savaş hukukunun öngördüğü suçlar ve deniz hukukunun gerekli gördüğü isyan halleri için kabul etmiştir. Bu yasa, Alman devletlerinin birçoğunda kabul edilmiş; ancak Prusya'da, Bavyera'da ve Hannover'de yasadaki yeniliğin tepkiyle karşılanması nedeniyle ölüm cezası kaldırılmamıştır[152]. 1848 ve 1849 yıllarındaki halk eylemlerinin yeni ayaklanmaları alevlendireceğinden korkulmuş ve ölüm cezası Oldenbourg, Nassau ve Anhalt dışındaki devletlerde yeniden kabul edilmiştir[153].

Kuzey Almanya Federasyonu Devletleri için ortak bir ceza yasası niteliğindeki 1 Mart 1870 tarihli yasa ise ölüm cezasını sadece ihanet ve adam öldürme

149 Camus-Koestler, s. 92-170; Yalkut, s. 1002; Hassan, s. 105; Öz, s. 21.
150 Guinton, *ERE*, IV, 310; Caldwell, *EAm*., V, 596.
151 23. 12. 1999, Associated Press, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.
152 Bayraktar, s. 59.
153 Akkan, s. 147.

şeklinde iki ağır suç için gerekli görmüştür. Bundan sonra da Almanya'da infazların sayısında düzenli bir azalma olmuş; savaş dönemine kadar ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik adımlar atılmıştır[154]. Ne var ki bu ceza, nasyonal-sosyalist kuramların etkili olduğu dönemlerde siyasal suçlar da dahil olmak üzere bütün suçlar için sıkça kullanılmıştır. Nitekim Alman Mahkemeleri, Nazi rejimi aleyhine yapılan casusluk, muhbirlik gibi suçları ölümle cezalandırmıştır. Hitler (1889-1945) dönemindeki idamların infazları da kurşuna dizme, çalışma tesislerinde açlık ve hastalıklardan ölüme terketme, sabit tesislerdeki gazlama koğuşlarında ya da gaz hücreleriyle mücehhez vagonlarda kütlesel bir şekilde gerçekleştirilmiştir[155]. Amerikan Hapis Birliği Araştırma ve Planlama Komitesi Başkanlığı sırasında Prof. Lejins, ölüm cezasının zafer kazanmasına özellikle Nazi Almanyası'nda tanık olunduğunu ve bu cezayı kaldırma teorisine en kuvvetli itirazların da bu dönemde ileri sürüldüğünü ifade etmiştir[156]. Nazi baskısının sona ermesiyle birlikte Federal Almanya'da, 24 Mayıs 1949 Anayasası ile ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır (md. 102)[157].

f- İsveç, İsviçre ve Monaco

İsveç'te hükümdar III. Gustav zamanında hükümet, Diyet Meclisi'ne ölüm cezasını gerektiren suçların birçoğunu kaldıran bir öneri sunmuştur. Meclisin gösterdiği sert muhalefete rağmen öneri 1779'da kabul edilmiştir[158]. Nitekim İsveç'te entelektüel çevreler, ölüm cezasının kaldırılmasından yana iken köylü örgütleri yasal cezaların ağırlaştırılması taraftarıdır. Hükümdarlar ise genel olarak bağışlama haklarını fazlasıyla kullanmışlardır. 1823, 1835, 1855, 1858 ve 1861 tarihli kanun değişiklikleri ile ölüm cezasının uygulandığı suç sayıları azaltılmıştır. 1864 Ceza Kanunu'nda ise ölüm cezası, ömür boyu küreğe mahkûm olma ile birlikte seçimlik bir ceza olarak öngörülmüştür[159]. 17 Haziran 1921 tarihli kanunla da sulh zamanında işlenen suçlar için kaldırılmıştır. İsveç'te yapılan istatistiklerde bu tarihten önceki ve sonraki beş yılda ölüm cezasının kaldırılmasının suç sayısında herhangi bir artışa neden olmadığı ortaya konulmuştur. Şöyle ki, 1916-1920 yılları arasında 38 kişi cinayetle suçlanıp 32'i suçlu bulunurken 1922-1926 yılları arasında 38 kişi cinayetle suçlanmış; 30'u suçlu bulunmuştur[160]. 30 Haziran 1949 tarihli kanunla sulh zamanında müebbet ağır hapsi gerektiren vatana ihanet, ağır nitelikteki casusluk, ayaklanma, askerî disipline karşı ağır davranışlar gibi suçları savaş

154 İmbert, s. 84; Demirel, s. 165-166.
155 Teoman Duralı, *Çağdaş Küresel Medeniyet Anlamı/Gelişimi/Konumu,* İstanbul 2000, s. 147
156 Hassan, s. 107; Erem-Danışman-Artuk, s. 201.
157 Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990, s. 20.
158 İmbert, s. 57.
159 Bayraktar, s. 59; Akkan, s. 148.
160 Camus – Koestler, s. 173.

zamanında işleyenlere ölüm cezası verileceği kabul edilmiş, 1973'te ise bu ceza tamamen kaldırılmıştır[161].

İsviçre'de ölüm cezasının yasal olarak kaldırılması önce kantonlarda gerçekleşmiş; 1849'da Fribourg, 1854'te Neuchâtel, 1864'te Zürih, 1871'de Tessin ve Cenevre, 1873'te Bâle, 1874'te Soleure kantonları ölüm cezasını kaldırmışlardır. Ölüm cezasının ülke çapında ilgası ise 20 Mayıs 1874 tarihli İsviçre Federal Esas Teşkilât Kanunu ile gerçekleşmiştir. Ne var ki geri kalmış kantonlarda suç işlemede beş yıl içinde %75 oranında yükselme görülmesi, kamuoyunu olumsuz yönde etkilemiş; 1879'da Federal Anayasa, her kantona ölüm cezasını yasalarına yeniden koyma yetkisi vermiştir. 15 kanton bu hakkı kullanmamış; 10 tanesi ise ölüm cezasına yasalarında yeniden yer vermişlerdir[162]. İsviçre'de son infaz 1910 yılında gerçekleşmiştir[163]. 1 Ocak 1942'de yürürlüğe giren 21 Aralık 1937 tarihli Ceza Kanunu ile ölüm cezası, askeri suçlar ile savaş zamanında işlenen suçlar istisna edilerek kaldırılmıştır. Şunu da belirtmek gerekir ki, II. Dünya Savaşı'nın akabinde ölüm cezasını kaldıran tek ülke İsviçre'dir. 1952'de ise ölüm cezasının yeniden kabulü için Millî Meclis'e yapılan öneri reddedilmiştir[164].

Monaco'da ölüm cezası, 1874 tarihli Ceza Yasasında bulunmakla birlikte uzun süre uygulanmamış ve 17 Aralık 1962 Anayasasının 20. maddesi ile de tamamen kaldırılmıştır[165].

g- Portekiz, Danimarka, İspanya ve Malta

Portekiz'de 1777'den sonra kadın suçlulara, 1846'dan sonra da erkeklere verilen ölüm cezaları infaz edilmemeye başlanmıştır. 31 Aralık 1866 tarihinde ölüm cezası sadece adi suçlar için, 1911 Anayasasında da tamamen kaldırılmış, ancak I. Dünya Savaşı sırasında işlenen suçlar için yeniden kabul edilmiş, 1976 Anayasası ile tekrar ilga edilmiştir[166].

Danimarka'da son infaz 1892 tarihinde gerçekleşmiş, ölüm cezası 1930 tarihli Ceza Kanunu ile sadece harp ve işgal dönemlerinde işlenen suçlar için kabul edilmiş[167], 1978'de ise tamamen kaldırılmıştır[168]. İspanya'da ölüm cezası 8 Eylül 1932'de kaldırılmış, ancak otoriter rejimin kuruluşunda 10 Ekim 1934 Yasası ile yeniden kabul edilmiştir.[169]. 8 Eylül 1978 tarihli yasada İspanya'da,

161 Caldwell, *EAm*., V, 597; Gemalmaz, s. 125.
162 Caldwell, *EAm*, IV, 310; Uman, s. 345; Bayraktar, s. 59; Akkan, s. 147.
163 T. Sn. "Capital Punishment", *Encyclopaedia Britannica*, ABD 1970, IV, 847.
164 Bayraktar, s. 61; Demirel, s. 164; Müstecaplıoğlu, s. 201; Erem - Danışman - Artuk, s. 723; Akkan, s. 149; Fitzpatrick – Miller, s. 279.
165 İmbert, s. 103; Bayraktar, s. 59-60; Demirel, s. 167.
166 İmbert, s. 83; Süsterhenn, s. 1; Uman, s. 345.
167 Akkan, s. 151.
168 Caldwell, *EAm*., V, 597; İmbert, s. 82; Demirel, s. 167; Bayraktar, s. 59.
169 Lord Lloyd, s. 242; İmbert, s. 92; Akkan, s. 149.

1971'de ise Malta'da savaş zamanında işlenen suçlar ve askeri suçlar istisna edilerek kaldırılmıştır[170].

h- Lüksemburg, Norveç, Hollanda

1879 tarihli Lüksemburg Ceza Kanununda ölüm cezası yer almakla birlikte 1948'de gerçekleşen bir infazın dışında 1821 yılından sonra ölüm cezaları uygulanmamış, Mayıs 1977'de de bu ceza tamamen kaldırılmıştır[171]. Norveç'te ise son infaz tarihi 1876'dır. 22 Mayıs 1905 tarihli Ceza Kanunu ile ölüm cezası kaldırılmış; 15 Aralık 1950 tarihli kanunda savaş, işgal ve kargaşa dönemlerinde işlenen vatana ihanet suçları için bu ceza kabul edilmiş; 1978'de ise tamamen kaldırılmıştır[172].

Hollanda'da ölüm cezası, âdî suçlar için 1870 yılında kaldırılmış, halen yürürlükte bulunan 1886 tarihli ceza kanununda da bu cezaya yer verilmemiştir. Ancak özel durumlarda askerî ve hususî mahkemeler tarafından ölüm cezasının verilebileceği kabul edilmiştir. Askerî mahkemeler, savaş zamanlarının dışında da mevcut olup firar ve itaatsizlik gibi askerî suçları, düşman işgalinden hemen sonra kurulan hususî mahkemeler ise devlet emniyetine ve kraliyete karşı işlenen, düşmanla ortak hareket etme şeklindeki ve bazı harp kanunlarının ihlâlinden doğan suçları ölümle cezalandırmıştır. 17 Şubat 1983'te de ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır[173].

ı- Belçika, İrlanda ve Liechtenstein

Belçika'da 1820 ve 1833 yılları arasında infaz sayısında periyodik olarak bir azalma süreci yaşanmıştır. Üç eyaletin ölüm cezasını kullanmama hususunda ısrar etmesi üzerine bu eyaletlerin durumu değerlendirilmiş; ölüm cezasını kullanmayan bu üç eyalette suç işleme oranında herhangi bir artışın meydana gelmediği tespit edilmiş, hatta infazların gerçekleştirildiği yerlerde adeta halkın daha fazla kana susadığı, infaz yapılmayan yerlerde ise suçların sayısında azalma görüldüğü ileri sürülmüştür. Ölüm cezasının caydırıcılık ve önleyicilik işlevi ile ilgili ortaya çıkan bu şüphenin de etkisi ile 1863'ten sonra hiç infaz gerçekleşmemiştir. 1867 tarihli Ceza Kanununda ölüm cezası kabul edilmiş; ancak ölüm cezası kararı ile birlikte af da otomatik olarak devreye girerek cezaların uygulanmaması geleneği sürdürülmüştür[174]. Yalnızca savaş sırasında devletin iç güvenliğine karşı suç işleyenler kurşuna dizilerek idam edilmiş, I. ve II. Dünya

170 Gemalmaz, s. 126; Yalkut, s. 1002.
171 Akkan, s. 158-159; Gemalmaz, s. 126.
172 Müstecaplıoğlu, s. 201; Fitzpatrick – Miller, s. 279; Akkan, s. 149.
173 Akkan, s. 155; Yalkut, s. 1002.
174 İmbert, s. 81; Demirel, s. 167; Müstecaplıoğlu, s. 200-201; Uman, s. 345.

Savaşı arasındaki süre içinde 242 kişiye ölüm cezası uygulanmıştır[175]. Son infaz ise 1950 yılında yapılmıştır. 1956-1974 yılları arasında 56 ölüm cezası kararı verilmiş ise de hiçbiri infaz edilmemiş, 1996'da da ölüm cezası kaldırılmıştır [176].

İrlanda'da 1964'ten bu yana polis memurları, gardiyanlar gibi belli şahısları öldürme, firar ve vatana ihanet suçları ölüm cezasını gerektirse de 1954 yılından sonra hiç infaz gerçekleşmemiştir. 1980'de 3 ölüm cezası kararı verilmiş, ancak cezaları uygulanmamıştır. Bunun nedeni ise bütün ölüm cezası kararlarına, katilin cezasını indirimsiz olarak 40 yıl çekmesini isteyen bir tavsiye kararının eşlik etmesidir. 1990'da da ölüm cezası kaldırılmıştır[177]. Liechtenstein'de ise son infaz 1785 yılında gerçekleşmiş, Mayıs 1987'de ceza yasasından ölüm cezası çıkarılmış, bu yasa 1 Ocak 1989'da yürürlüğe girmiştir[178].

i- Macaristan ve Sırbistan

Macaristan'da da I. Dünya Savaşı sonrasında sıkıyönetim mahkemelerinin, politik karakterdeki bazı davalara bakma yetkisine sahip olmaları nedeniyle ölüm cezası kararlarının sayısında da artış görüldü. II. Dünya Savaşı'ndan sonra ise kapitalizmin yıkılarak sosyalizmin temellerinin atılması şeklindeki politik ve ekonomik düzeydeki değişikliğin, hukuk vasıtasıyla korunmaya ve yerleştirilmeye çalışılması ölüm cezası lehine bir ortam yarattı. Bu bağlamda Demokratik Halk Cumhuriyeti'ne ve yeni ekonomi sistemine karşı işlenen belli ağırlıktaki suçlar için oldukça sert ve ağır cezalar öngörüldü. Sistemin zaman içerisinde oturması ile 1950 yılında ölüm cezası yerine, hafifletici sebepler göz önüne alınarak daha hafif cezaların uygulanması yasalaştırıldı. 1971 tarihli Ceza Kanunu ile de ekonomik suçların ölüm cezası gerektirmeyeceği kabul edildi. Bu tarihten sonra Macaristan'da ölüm cezasının, sadece devlete karşı işlenen askeri nitelikli veya insan hayatına yönelik belli ağırlıktaki suçlar için verilmesi, istisnai hallerde ve çok ağır suçlarda uygulanması, infaz rakamlarında da gittikçe azalan bir seyir gözlenmesi şeklinde ölüm cezasının yasal olarak kaldırılmasına yönelik bir süreç yaşandı. Nihayet 6 Kasım 1990'da Avrupa Konseyi'ne girişin akabinden ölüm cezası kaldırıldı. Böylece Macaristan, ölüm cezasını yasasından çıkaran ilk eski Doğu Bloku ülkesi oldu[179].

Sırp Parlamentosu da 27.02.2002 tarihinde ölüm cezasını kaldıran ve bu ceza yerine 40 yıl ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası uygulamasını öngören yeni bir ceza yasası kabul etti[180].

---

175 Fitzpatrick –Miller, s. 279; Akkan, s. 149.

176 D. R. Campion, *NCE*, III, 81; "Abolitionist and Retentionist Countries", 10.2002, http://www.amnestyusa.org/abolish/abret2html.

177 İmbert, s. 114.

178 Gemalmaz, s. 126; Bayraktar, s. 59, 62; Tosun, s. 194; Demirel, s. 167.

179 Gemalmaz, s. 128; Balcıgil, s. 81-86.

180 27.02.2002, http://haber.superonline.com/haber/arsiv_tara/0,1104,0,00.html.

j- Yunanistan

Yunanistan, fiilî ilga eylemini diğer Avrupa ülkelerinin gerisinden takip etmiş, bununla birlikte geleneksel yolu izlemekten geri kalmamıştır. Şöyle ki, 1950 tarihli Ceza Yasasında ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı bir hayli fazla iken 1978'de bu listeye terör eylemleri de eklenmiş, ancak infaz sayıları gittikçe azalan bir seyir göstermiştir. Nitekim 1954'de 13, 1955'de 3, 1956'da 3, 1958'de 1 infaz gerçekleşmiştir. Son infaz tarihi ise Ağustos 1972'dir. 1974-1978 yılları arasında 13 ölüm cezası kararı verilmiş, ancak bunların hiçbiri infaz edilmemiştir. Ceza Kanununa göre ölüm cezası, cezanın kesinleşmesinden itibaren 3 yıl içerisinde infazın gerçekleşmemesi halinde otomatik olarak ömür boyu hapis cezasına dönüşmektedir[181].

k- Romanya, Yugoslavya ve Polonya

Romanya 27 Şubat 1938 Anayasası hükümdara, kral ailesi üyelerine, yabancı devlet başkanlarına, devletin yüksek şahsiyetlerine karşı girişilecek suikast vakaları ve sonu ölümle biten haydutluk suçu için ölüm cezasının uygulanması kararını verme yetkisini Bakanlar Kurulu'na vermiştir[182].

1951 Yugoslav Ceza Kanunu'nda ölüm cezası kabul edilmekle birlikte 1961 yılında 5, 1962'de 4, 1963'de 6, 1964'de 1 ölüm cezası verilmiş ve her yıl cezalardan sadece biri affedilmiş, diğerleri infaz edilmiştir. 1964 yılında hiç ölüm cezası uygulanmamış, Af Örgütü'nün raporuna göre de 1985-1988 tarihleri arasında sadece 4 infaz gerçekleştirilmiştir. Bu durum ise Yugoslavya'da ölüm cezası karar ve uygulamalarında azalma gösteren bir sürecin yaşandığını göstermektedir[183]. Polonya'da hükümet, 1988 yılında ölüm cezasının kaldırılmasının *güvenlik, barış ve kamu düzenine yönelik bir tehdit* niteliği taşıdığını ileri sürerek bu hususta bir toplum komitesinin görevlendirilmesini dahi reddetmiştir. 1997'de ise ölüm cezası kaldırılmıştır[184].

B- Amerika Ülkelerinde Ölüm Cezası

a- Kanada ve ABD

Kanada'da ölüm cezasının kaldırılması sürecinde klasik merhaleler takip edilmiştir. Nitekim 1956 ile 1960 arasında verilen 56 ölüm cezası kararından 16'sı, 1961 ile 1965 arasındaki 55 mahkûmiyetten sadece 4'ü infaz edilmiştir. Temmuz 1976'da kasdî adam öldürme suçunun cezası olarak ölüm cezasının yerine şartlı tahliye ihtimali bulunmayan 25 yıllık zorunlu hapis cezası getiril-

181 Tanör, s. 20; Gemalmaz, s. 128; Akkan, s. 181.
182 İmbert, s. 92.
183 Bayraktar, s. 67.
184 Öz, s. 328; http://www.amnesty.it/~pdm/e-ab.html.

miş, 1998'de ise ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır[185]. Ölüm cezasının kaldırılmasının ardından yeniden vazedilmesi amacıyla çeşitli girişimlerde bulunulsa da bunlar reddedilerek yasada herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır[186].

XVIII. yüzyıldan sonra Amerika Birleşik Devletleri'nde de ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik bir süreç yaşanmaya başlanmıştır. İlk olarak Quakerler, 1794'te ölüm cezasının kaldırılması yönündeki düşüncelerinin dikkate alınmasında başarıya ulaşmışlar ve birinci derecede adam öldürme suçu dışındaki suçlar için bu cezayı kaldırmışlardır. Pennsylvanya'da da Benjamin Rush gibi ölüm cezası karşıtlarının öncülüğünde bu cezanın kaldırılmasına yönelik kampanya başlatılmıştır[187]. Zaten Amerika'da ölüm cezasının kaldırılması düşüncesinin ortaya çıkmasına neden olan ana etkenin, Avrupa'da cereyan eden tartışmalar değil, ölüm cezasının yararsız olmasından dolayı önce pratikte daha sonra da yasalarda kaldırılmasının gerekliliğini savunan pragmatik anlayış olduğu kabul edilir[188]. Bu anlayışa paralel olarak ölüm cezasını kaldıran eyaletlerde bu cezanın kaldırılmış olmasının, suç oranının artmasına neden olmadığının tespit edilmesi, daha sonraki ilga hareketlerini de kıvılcımlama misyonunu üstlenmiştir[189].

XIX. yüzyılda ise ABD, ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik karmaşık bir evrim yaşamıştır. Bu bağlamda ilk olarak 1845 yılında *American Society for the Abolition of Capital Punishment* (Ölüm Cezasının Kaldırılması için Amerikan Derneği) kurulmuştur. Ölüm cezasının kaldırılması düşüncesinin taraftarlarının çoğalması sonucunda bu cezanın kaldırılmasını içeren kanun tasarıları yasama kurullarına defalarca sunulmuş; nihayet 1847 yılında Michigan eyaleti, ihanet dışındaki tüm suçlar için verilen ölüm cezası yerine ömür boyu hapis cezasını koymuştur[190]. Birçok eyalet de ölüm cezasını gerektiren suçların sayısının azaltılması aşamasını katettikten sonra bu cezayı kaldırmıştır ki bu eyaletler şunlardır: Maine(1887), Massachusetts, West Virginia(1929), Michigan(1963), Winconsin(1853), Puerto Rico(1929). Bunlardan Maine, ölüm cezasını 1876 yılında kaldırmış, 1883'te tekrar kabul

185 Ursula Bentele, "Race and Capital Punishment in the United States and South Africa", *Br - oklyn Journal of Internakional Law*, XIX(1993), s. 240.

186 bk. *Tronto Star*, 16.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; 11.6.2003, http://www.religioustrolerance.org/execute.html.

187 Bağımsızlık bildirisi'ne imza koyanlardan biri olan Benjamin Rush, ölüm cezasının monarşi yönetimlerinin doğal ürünü olduğunu , dinin bağışlamayı, hatta düşmanlara bile iyilik yapmayı emrettiğini, ama adam öldürmenin cezasının ölüm olmasına asla yetki vermediğini savunur: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 295.

188 Caldwell, *EAm*, V, 597; Campion, *NCE*, III, 80; Bergen Record, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

189 Campion, *NCE*, III, 81.

190 Caldwell, *EAm*., V, 596; Balcıgil, s. 32.

etmiş, 1887'de ise yeniden kaldırmıştır[191]. Washington, South Dakota, Arizona, Missouri, Delaware'de ölüm cezası önce kaldırılmış, daha sonra yeniden kabul edilmiştir[192]. Rhode Island, North Dakota(1915), Vermont(1965), New York(1965), Alaska(1957), Hawaii(1957), Iowa(1965), Minnesota(1911), Oregon(1964) ise ihanet, polis ya da gardiyanı öldürme gibi bazı özel suçlar dışındaki fiiller için ölüm cezasını kaldırmışlardır[193].

Ölüm cezasını kaldırmayan eyaletlerde ise 1950'li yıllarda güçlenen ölüm cezasının kaldırılması eğilimi, ABD'nin en yüksek yargı mercii olan Yüksek Mahkeme'yi de kısmen etkilemiş ve mahkeme 1958'de tecavüz ve zina suçları için verilen ölüm cezasının zalimce ve olağandışı nitelik taşıdığını kabul etmiş, ancak cinayet suçları için ölüm cezasının kaldırılmasının, mağdur tarafı katili öldürmeye teşvik edeceğinden daha fazla şiddete neden olacağını ileri sürmüştür. 1960'lı yıllarda ise ölüm cezasının ilgası hareketi, daha çok yargılama usulleri ve münferit davalarla ilgilenmiştir. Nitekim 1968 yılındaki Witherspoon v. Illinois davasında mahkemenin çoğunluğu, ölüm cezasının haklılığı noktasında birtakım şüpheler bulunduğunu dile getirmiştir[194].

1970'li yıllara gelince ABD'nde ilga hareketinin seyrinde iki karşıt tavır sergilenmiş; ölüm cezası, bir çok eyalette kaldırılmış, bazı eyaletlerde de tekrar konulmuştur. Bu iki zıt tavrın şekillenmesinde Yüksek Mahkeme'nin 1972 yılında ölüm cezasının anayasaya aykırı olduğu, 1976'da ise bu ceza ile ilgili kanunların yeniden düzenlenerek cezanın alıkonulması şeklinde verdiği iki farklı karar önemli rol oynamıştır[195]. Nitekim 29 Haziran 1972 yılında Yüksek Mahkeme, *Furman vs. Georgia* davası sırasında ilgili kanunu yeniden düzenleme gereği duymuş ve 600 idam mahkûmunun infazını, ölüm cezasının ABD Anayasası'na uygun olup olmadığını inceleyip karar verene dek askıya almıştır. Ancak mahkemenin meseleyi incelemesi safhasında verilen dilekçeler, ölüm cezasının soyut olarak değerlendirilmesinden ziyade uygulamasıyla ilgili şu iki meselenin gündeme gelmesine neden olmuştur: Jüri ve savcıların benzer vakalarda birbirine denk nitelikte karar vermemeleri sorunu ve siyahlar için verilen ölüm cezasının ırk ayırımcı karakteri[196]. Söz konusu sorunları değerlendiren mahkeme, dörde karşı beş oyla ölüm cezasının, zalimane ve faydasız bir ceza olduğu gerekçesiyle Birleşik Devletler Anayasası'nın 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği kararına vardı. Bu karara varan beş hakimden ikisi

191 İmbert, s. 79; Fanshel, *GUE*, IV, 194.
192 Caldwell, *EAm*., V, 597.
193 Campion, *NCE*, III, 81.
194 Fitzpatrick –Miller, s. 373; Campion, *NCE*, III, 81.
195 Joel Samaha, *Criminal Justice*, 2. bs., ABD 1991, s. 570.
196 James P. Levine-Michael C. Musheno-Dennis J. Palumbo, *Criminal Justice in America*, ABD 1986, s. 573.

ölüm cezasının zalimce ve olağandışı bir ceza olması sebebiyle kaldırılması gerektiğini, üçü de ölüm cezasının ancak keyfî uygulamalara neden olan durumlarda zalimane nitelik taşıdığını, cezanın bu niteliğinin herhalükârda kabul edilmesinin imkansız olduğunu belirttiler. Diğer dört yargıç ise ölüm cezasının varlığının gerekliliğini savundular. Görüş ayrılığının temelinde ise anayasanın 8. ve 14. maddelerinde öngörülen cezaların "*cruel/zalimane*" ve "*unusual/mutad olmayan-olağandışı*" niteliklerine sahip olmaması şartı bulunmaktaydı. Nitekim ölüm cezasının ilgasını savunan hakimler, "*cruel and unusual punishment*" şeklindeki ifadenin ölüm cezasını da zımnen kapsamında bulundurduğu düşüncesinden hareket etmişlerdi[197].

Ölüm cezasının kullanılması taraftarı olanlara göre şayet ölüm cezasının da bizzat bu sıfatları haiz olduğu düşünülse idi açık ifadelerle yasaklanması gerekirdi. Nitekim 8. maddede işkencenin "*cruel*" niteliğini taşıdığı bizzat ifade edilmiştir. 5. maddede de kanun yapıcılar, ölüm cezasının varlığını kabul etmişler; ancak zorunlu bir ceza olduğunu ifade etmeyip kullanılmasının gerekliliğine karar yetkisini mahkemelere bırakmışlardır. İşte anayasada ölüm cezasını, tamamen yasaklama veya bağlayıcı bir şekilde mecburi tutma şeklinde bir ifadenin yer almaması nedeniyle bu cezanın bütün şartlar için kaldırılması gerektiğini savunmak imkansızdır. Bu anlayışı benimseyen hakimler, ölüm cezasının ancak kontrolsüzce ve eşitlik unsurunu gözetmeksizin kullanılması halinde 8. maddeyi ihlal edici nitelik kazanacağını belirtmişlerdir[198].

Furman vs. Georgia davasında verilen karar neticesinde ortaya çıkan görüş ayrılığı eyalet yasalarını üç seçenekten birini tercih etme durumu ile karşı karşıya bıraktı: Ölüm cezasının tamamen kaldırılması, mutlak olarak emredici ve bağlayıcı bir ifade ile zorunlu bir ceza haline getirilmesi, meşruluğunun kabul edilmesi, kullanılmasına izin verilmesiyle birlikte jürinin cezaya karar verme yetkisinin, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici durumların yasal olarak belirlenmesi suretiyle sınırlandırılması[199].

1972 ile 1976 yılları arasında üçüncü seçeneği kabul eden 38 eyalet ölüm cezası kararlarındaki keyfî tutuma engel olmak ve belli usullere göre verilmesini sağlamak amacıyla yeni bir ölüm cezası yasasına geçme noktasında adeta yarış yaptılar. North Carolina ve Locisiana gibi bazı eyaletler jüriyi kaldırıp ölüm cezasını polis memurunu öldürmek, para karşılığı cinayet gibi çok özel suçlar için kabul ettiler. Georgia, Florida ve Teksas başta olmak üzere bazı

197 Levine-Musheno-Palumbo, s. 573; Samaha, s. 621; Welsh S. White, *The Death Penalty in the Eighties: An Examination of the Modern System of Capital Punishment*, Michigan 1987, s. 129 ("Born Again Death", *Colombia Law Review*, 87(Ekim 1987/6), s. 1301'da yer alan kitap tanıtımından naklen) .

198 *USA Today,* 23. 12. 1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

199 Samaha, s. 621; Levine-Musheno-Palumbo, s. 574.

eyaletler ise yargıç ve jürilerin ölüme karar verme yetkisini muhafaza ederken bu yetkiyi objektif ölçülerle sınırlayıp sanığa da bazı haklar tanıdılar. Ölüm cezasının siyahlar aleyhine kullanılmasına karşı önlem olarak da savcılara, ölüm cezasına karşıt veya aynı deri rengine sahip olmaktan ötürü sanığın lehinde taraf olma riski taşıyan jüri üyelerini reddetme hakkı verildi[200].

Yüksek Mahkeme, 1976'da *Georgia vs. Gregg* davasında eyaletlerin yürürlüğe koyduğu yasaları revizyondan geçirerek onayladı. Öte yandan Mahkeme, ölüm cezasının belli sınırlar içerisinde kullanılmasının meşru olduğunu kabul eden yasaları onaylarken bu cezanın bağlayıcı bir ifade ile zorunlu olması halinde *cruel(zalimce)* ve *unusual(mutad olmayan/olağandışı)* niteliklerini taşıyacağı kararına da vardı. Ayrıca jürinin işkence ederek veya soygun ve kaçırma sırasında adam öldürme gibi ağırlaştırıcı, sanığın pişman, sabıkasının temiz veya kötü bir şekilde eğitilmiş olması gibi hafifletici nedenleri ölüm cezasına karar aşamasında göz önünde bulundurması gerektiğini, bu nedenlerin tespiti sırasında takip edilecek metodların da yasa tarafından belirlenmesini, mahkeme sonuçlandıktan sonra ise ölüm kararının temyiz mahkemelerinde gözden geçirilmesini öngördü[201].

Yüksek Mahkemenin bu kararıyla 1972 yılında başlatılan karar ve infazların askıya alınması süreci de sona erdi ve 5000'den fazla sanık ölüme mahkûm oldu. İnfaz sayısında ise en düşük rakamların yer aldığı bir dönem yaşandı. İnfazların durdurulması sürecinin nadiren gerçekleştirilen infazlarla sekteye uğradığı gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda 1953-1977 yılları arasında 121 mahkûmun infaz edildiği görülmektedir. Bu sayı ise yılda ortalama olarak 10'dan daha az infazın gerçekleştiğini gösterir[202]. 1977 yılında da Yüksek Mahkeme, ölüm cezasının anayasaya uygun, meşru bir ceza olduğunu bir çok davada onayladı. Ölüm cezasının sınırlandırılmasına yönelik olarak da iki suçu daha bu cezayı gerektiren suçlar listesinden çıkardı; Coker v. Georgia davasında kurbanın ölmemesi durumunda tecavüz, Eberheat v. Georgia davasında ise kaçırma suçu[203].

Görülmektedir ki ABD'nde ölüm cezasının yargı ve infaz sahasında geçirdiği evreler, Yüksek Mahkeme'nin kararları ile paralel bir seyir izlemiş-

200 Bentele, s. 238; Samaha, s. 622.

201 Samaha, s. 588; Richard Willing, "İmplementation of the death penalty", *USA Today*, 12.02.99, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Jeffrey Abramson, *The Jury System and the Ideal of Democracy,* ABD 1994, s. 220; Fitzpatrick–Miller, s. 373-375.

202 Önceki yıllara bakıldığında ise daha büyük rakamlarla karşılaşılmaktadır. Mesela, 1930-1965 yılları arasında 3856 infaz gerçekleşmiştir. Bunların 32'si(%1) kadın, 2065'i (%53.55) zenci, 1749'u (%45.35) beyaz, 42'si (%1.1) diğer ırklara mensup olanlardan oluşmuştur. Suç itibarıyla 33'ü (%1) federal suçlardan, 3332'si (%86.4) adam öldürme, 455'i (%11.8) ırza geçme suçlarından ölüme mahkûm olanlardır: White, s. 1301; Abramson, s. 222; Fitzpatrick-Miller, s. 377.

203 Samaha, s. 622; Levine-Musheno-Palumbo, s. 577.

tir. Bu dönemde gündeme getirilen iki sorunla birlikte ölüm cezasını kabul eden eyaletlerde göze çarpan diğer problemlerin incelenmesi de bu cezanın ABD'ndeki konumunu belirlemede yardımcı olacaktır. Söz konusu sorunları ve gerekçeleri şu şekilde maddeleştirmek mümkündür:

1- Jüri ve savcılara mutlak yetki verilmesi:

ABD'nde jüriler ve savcılar, ölüm cezasının karar aşamasında yaşanan problemlerin potansiyel kaynağı olarak görülmüştür. Jüriye bu yetki ilk olarak 1838'de Tenessee'de verilmiştir. 1841'de Alabama, 1846'da Louisiana, 1900'den sonra da 23 eyalet aynı yetkiyi tanımıştır. Georgia Yasası da 39 çeşit suç için ölüm cezasını öngörmekte, jüri ve yargıçlara bu suçları seçme ve onlara dayanarak karar verme konusunda mutlak yetki vermektedir.

Daha önce belirtildiği üzere 1972'deki davada da ölüm cezasının acımasızlığı ve olağandışı bir ceza olması hasebiyle kaldırılması fikrine paralel olarak bu geleneksel prosedür de bir problem olarak ortaya atılmış ve Yüksek Mahkeme bu problemi çözümleme ihtiyacı hissetmiştir. Yapılan gözlemler sonucunda ise cezayı seçme aşamasında kullanılacak objektif ölçü ve standartların bulunmaması nedeniyle kamuoyundan veya davalının sempatikliğinden, his ve düşüncelerinden etkilenmenin hukuki bir engeli olmadığı; bundan dolayı da karar verme yetkisinin özgürce kullanılması sebebiyle daha çok toplumdan dışlanmış, fakir veya beyaz olmayan kimselerin ölüm cezasına çarptırıldığı tespit edilmiştir. İstatistikler de Dr. John Webster'in[204] 1850'de ölüme mahkûm edilmesinden bu yana işadamları, profesörler, hukukçular ve doktorların ölüm cezasına mahkûm edilmediğini, daha çok fakir, eğitimsiz ve işsiz insanların ölümle cezalandırıldığını ortaya koymuştur[205].

Öte yandan ölüm cezasını takdir konusunda jüri ve savcılara verilen yetkinin izafi bir şekilde kullanılması, aynı eyaletin farklı vilayetlerinde aynı suç için ayrı cezalar verilmesi şeklinde bir eşitsizliğin yaşanmasına neden olmaktadır. Savcıların sertliği, ölüm cezasına taraftar olmaları, bulundukları bölgede ölüm cezasını gerektirici nitelikteki her suç için bu cezayı talep etmelerine, ölüm cezasına ilke olarak karşı olmaları ise suç ne kadar ağır şartlarda işlenmiş olursa olsun bu cezayı istememelerine yol açmaktadır. Binaenaleyh savcıların mizaçlarına ve ölüm cezası ile ilgili düşüncelerine göre birbirine bitişik bölgelerde benzer suçları işleyenlerden biri ölümle diğeri ise ölüm dışında bir ceza ile cezalandırılmaktadır[206].

204 Harward Hukuk Fakültesinde ünlü bir tıp profesörüdür.
205 Abramson, s. 219; Levine-Musheno-Palumbo, s. 582.
206 Richard Willing-Gary Fields, Geography of the Death Penalty, *USA Today*, 12.20.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

Söz konusu farklılığın bir diğer nedeni ise vilayet savcılarının, genellikle bulundukları bölge tarafından seçilmeleridir. Bu yüzden de savcılar, katilleri cezalandırma hususunda kamuoyunu tatmin gayesi ile jüriyi ölüm kararı verme yönünde iknaya çalışmakta ve ne kadar çok sayıda katil ölümle cezalandırılırsa o kadar çok kampanya malzemesi bulacaklarına, böylece politik hakimiyetlerini güçlendirerek yeniden seçilme şansı elde ettiklerine inanmaktadırlar[207]. Örneğin, Texas'in Harris vilayetinde ölüm sırası bekleyen yaklaşık 140 mahkûm bulunmaktadır. Zira Savcı John Holmes, ölüm cezasını gerektirici vakaları araştırmak üzere bir ekip yetiştirmiş, onlar sayesinde neredeyse her üç haftada bir, bu ceza ile ilgili bir davayı mahkemede ispat etmiştir. Buna karşılık Dallas'ta cinayet suçlarındaki oran daha yüksek olmasına rağmen 37 mahkûm ölüm sırasındadır. Aynı şekilde Oklahama'da 62 mahkûma karşılık, eyalet nüfusunun %80'ini oluşturan Tulsa'da cinayet oranının yüksekliğine rağmen sadece 19 mahkûm ölüm sırasındadır. Bunun sebebi ise Oklahama savcısı Robert Macy'in seçim kampanyasında katilleri cezalandırma başarısını kullanma gayesidir[208].

Savcıların ölüm cezasını talep noktasındaki yoğun isteklerine rağmen istatistikler, jürinin kararının aynı isteği yansıtmadığını ortaya koymuştur. Nitekim Baldus'un araştırmasına göre savcılar tarafından cinayetle suçlanan sanıklardan sadece %15,4'ü ölümle cezalandırılmaktadır. 1990'da 244 kişi, 1991'de 266 kişi ölüme mahkûm edilmiştir. Oysa 1990 yılında eyalet mahkemelerinde cinayetle yargılanan 7530 davalı bulunmakta idi. Ağır cinayetten tutuklananların sayısı ise 22 990'dı. Bu rakamlar savcılar tarafından ölüm cezası ile yargılanmak üzere suçlu bulunan birçok sanığın jüri veya ondan da önce mahkeme tarafından suçsuz bulunduğunu gösterir. Mesela Colorado'da 1980 ile 1984 yılları arasında savcıların ölüm cezası talebinde bulunduğu 104 suçlunun sadece 56'sı mahkemede suçsuz bulunmuştur. Savcıların mahkeme sırasında 32'sinin ölümle cezalandırılması talebinden vazgeçmeleri üzerine 11 sanık mahkeme tarafından ölüm cezasına müstehak görülmüş; jüri ise 4 tanesini ölüme mahkûm etmiştir ki, bu sayı suçluların %2'sini teşkil etmektedir[209].

2- Ölüm cezasının ırk ayrımcı karakteri:

Güney eyaletlerde ırza geçme vakalarında sadece siyahların ölüm cezasına mahkûm olması, mahkeme kararlarının ırk ayrımcı karakter taşıdığı yönünde bir sorunu gündeme getirmiştir. Birçok araştırmada da aynı suç yüzünden bir

207 Bernard Gray, "The Death Penalty in the American South: Power, Race and the Human Body", *The American Political Science Association*, Eylül 1983, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,.

208 Richard Willing-Gary Fields, 12.20.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,.

209 Abramson, s. 213-224; Levine-Musheno-Palumbo, s. 587.

eyaletteki siyah erkeğin, bir başka eyaletteki beyaz kadından 10 kez daha fazla ölüm cezasına mahkûm edilme tehlikesiyle yüz yüze bulunduğu tespit edilmiştir. Ayrıca ölüm sırasında iken siyah mahkûmların cezalarının infaz riski de beyazlara oranla 5 kat daha fazladır. Nitekim 1977'den bu yana beyazları öldürmekten mahkûm olan siyahların %82'sinin cezası infaz edilmiştir. Ölüm sırası bekleyen mahkûmların da %55'ten fazlası beyaz olmayan yani zenci, Meksikalı, Amerikalı Kızılderili vatandaşlardır. Öte yandan beyaz olmayan vatandaşlar, toplam nüfusun %15'ini oluşturmaktadır[210].

Irk ayrımcı politikanın temelinde siyahların insan olarak algılanması noktasında köklü bir eşitsizlik olgusunun bulunduğu düşünülebilir. Nitekim bu olgu, siyah erkeklerin beyaz kadınlara tecavüzünün hazmedilemeyip hayatlarının bağışlanmasının da kabullenilememesine yol açmaktadır. Mesela Tenessee, 1915'te cinayet ve hırsızlık suçları için ölüm cezasını kaldırırken ırza geçme suçu için kaldıramamıştır. 1930-1969 yılları arasında tecavüz suçundan ölümle cezalandırılan 455 kişinin 405'i ise siyahtır[211]. Tarihi kökleri bulunan bu sorunun, zaman zaman çözümüne yönelik girişimler gündeme getirilmiştir. Nitekim 1987 yılında *Warren Mc. Cleskey vs. Kemp* davasında bir silahlı soygun sırasında polis memurunu öldürmekten dolayı ölüm cezasına mahkûm edilen Mc. Cleskey, Georgia'daki ölüm cezası kararlarında ırk ayrımcılığı bulunduğu iddiasıyla temyize başvurdu. İddiasını da Prof. Baldus tarafından yapılan istatistik çalışması[212] ile destekleyerek beyazları öldüren siyahların, siyahları öldüren beyazlara göre 4.3 kez daha fazla ölüme mahkûm olduğunu ileri sürdü[213]. Ancak bizzat suçlunun şahsı ile ilgili gerçeklerin göz önüne alınması nedeniyle McCleskey, cinayet suçundan ölüme mahkûm edildi. McCleskey, aynı gerekçe ile yeniden temyize başvurdu; Yüksek Mahkeme ise ayrım gözetmeksizin adilane bir şekilde uygulanan ölüm cezasının zalimce ve olağandışı olmadığını belirterek *bağışlanamaz ihmal(inexcusable neglect)* gerekçesiyle kararı onayladı[214]. Bunun sebebi ise mahkemenin bu kararı onama

210 "Killing with Prejudice: Race and the Death Penalty in the USA", *Complete Text of the Report*, 05.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,; Balcıgil, s. 32.

211 Bentele, s. 246-270.

212 Bu çalışma, David C. Baldus Charles A. Pulaski, Jr. George Woodworth isimli profesörler tarafından Georgia'da 1970'li yıllarda cinayetten tutuklu olan 2484 sanık ve bunların davaları üzerinde yapılan bir incelemedir. Bu araştırma sonunda sunulan rapora göre ölüm cezası kararı ile sonuçlanan 981 davanın 108'i yani %11''i bir beyazı öldürmekten sanık olan siyah sanıklara, 1503 davanın 20'si yani %1'i ise bir siyahı öldürmekten sanık olan beyazlara aittir. Ancak Baldus'a göre bu sorunu hukukun bir anda çözebilmesi mümkün değildir. Tarihin derinliklerinden gelen bu problem Georgia'da hakim olan ikili ceza hukuku sistemine dayanmaktadır. Zira bu sistem siyahlar tarafından veya siyahlara karşı işlenen suçlar ile beyazlar tarafından veya beyazlara karşı işlenen suçları birbirinden ayrı olarak düzenlemektedir.

213 Levine-Musheno-Palumbo, s. 584.

214 Levine-Musheno-Palumbo, s. 587-588; Fitzpatrick – Miller, s. 403.

sırasında Baldus'un çalışmasından ziyade savcı ve jürilerin siyahlar aleyhine ırk ayrımı gözettiklerine dair herhangi bir delilin bulunmadığını ileri süren Richard Cohen ve David S. Baime isimli hakimler tarafından hazırlanan iki raporu dikkate almasıdır[215].

National Coalition to Abolish the Death Penalty'nin başkanı Steven W. Hawkins, 11.11/2001 tarihinde bir seminerde de aynı soruna temas etmiş; ölüm sıralarındaki mahkûm sayısı incelendiğinde adam öldürme suçu işleyen beyazların, siyahlara nazaran 4.3 kez ölümle cezalandırılmalarına rağmen siyahların beyazlara göre 20 kez ölüm cezasına mahkûm olma riski altında olduğunu belirtmiş; bu farkın ise halkın, siyahların ölümle cezalandırılması yönündeki eğiliminin yargı organlarına yaptığı baskının ürünü olduğu yorumunu yapmıştır[216]. Uluslar arası Af Örgütü de Nisan 2003'te yayınladığı "*ABD: Ölüm cezasında ırkçılık gölgesi –infazları durdurma zamanı*" başlıklı raporda siyahlarla beyazların cinayet kurbanı olma oranı neredeyse eşitken, idam cezası infaz edilenlerin % 80'inin beyaz kurbanları öldürmekle suçlanan kişilerden oluştuğunu açıkladı. Beyazları öldüren siyahların infazının siyahları öldüren beyazlardan 15 kat daha fazla olduğunu belirten Af Örgütü, Afrikalı Amarikalıların nüfusun % 12'sini oluşturmasına rağmen ölüm cezası infazı bekleyenlerin % 40'dan fazlasının ve her infaz edilen üç kişiden birinin Afrikalı Amerikalı olduğunu kaydetti[217].

3- Ölüm cezasının 18 yaşın altındakilere ve zeka özürlülere verilmesi:

ABD, *Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*'nde düzenlenen ölüm cezasının ancak belli ağırlıktaki suçlar için verilebilmesi ve 18 yaşın altındakiler için verilmemesi şeklindeki ilkeleri, 1992'de kabul etmiş, ancak bu onayı pratiğe aktaramamıştır[218]. Nitekim 1998 yılında üç çocuğa verilen ölüm cezası kararı üzerine Steven Hawskins, Amerika'da 25 eyalette 18 yaşın altındakilere ölüm cezası verildiğini açıklamıştır[219]. 1999 yılında ise 10 Ocak ile 24 Şubat tarihleri arasında 5 çocuğun cezası infaz edilmiştir. Bunların ikisi beyaz ve Virjinyalı, üçü siyah ve Teksaslıdır. *Death Penalty İnformation Center*'in verdiği bilgiye göre de halen 70 mahkûm 18 yaşından küçükken işledikleri suçtan dolayı ölüm sırası beklemekte, cinayetten mahkûm çocukların % 30'u ise Teksas hapishanesinde bulunmaktadır[220].

---

215 Bergen Record, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,.
216 St. Louis Post-Dispatch, 11.11.2001, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.
217 *Yeni Şafak* 26.4.2003, s. 9.
218 Bentele, s. 245.
219 *Sabah Gazetesi*, 26. 4. 1998, s. 38.
220 Le Monde, Paris, France, *Associated Press*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

ABD'nde insan haklarına aykırı nitelik taşıyan bir diğer gerçek de zeka özürlülere ölüm cezası verilmesidir. Mesela, 1979 yılında tecavüz ve cinayet suçlarından tutuklanan ve 1981'de ölüm cezasına mahkûm edilerek Teksas ölüm sırasına gönderilen *Johnny Paul Pennry*'nin, uzmanlar tarafından doğum sırasında gördüğü bir zarar nedeniyle zeka yaşının 6.5 olduğu tespit edilmiştir. 26 Haziran 1989 tarihinde Yüksek Mahkeme, Pennry'nin öldürücü iğne ile infazını onaylamış, 18 yaşından küçüklerin ve zihinsel özürlülerin ölümle cezalandırılmalarına ve cezalarının infaz edilmesine engel bir durumun olmadığına da karar vermiştir. Uluslar arası Af Örgütü tarafından verilen bilgiye göre Teksas jürisi, Pennry'nin infazının 13 Ocak 2000 tarihinde Teksas'ta gerçekleştirileceği kararına varmıştır[221]. Bu kararın ardından Avrupa Birliği'ndeki idam karşıtı gruplar ve ABD'nde özürlülerin haklarını korumayı üstlenen avukatlar Pennry'nin infaz kararının durdurulmasını talep etmişlerdir. Bunun üzerine eyalet valisi Bush, ölüm cezasının infazını erteleyen bir açıklama yapmış; Yüksek Mahkeme de 16.11.1999 tarihinde Pennry'nin akıl sağlığı ile ilgili daha fazla delil toplama ihtiyacı bulunduğu gerekçesiyle infazı belirli olmayan bir tarihe ertelediğini belirtmiştir[222].

Genel olarak bakıldığında ABD'inin 38 eyaletinde zeka özürlü suçluların infazına hala devam edildiği görülmektedir[223].1989'dan 1999 yılına kadar yaklaşık 30 zeka özürlü mahkûmun cezası infaz edilmiştir. Bununla birlikte bu noktada olumlu bir ilerleme de söz konusudur. Nitekim 1998'de Nebraska ile birlikte zeka özürlü suçluların ölümle cezalandırılmasını yasaklayan eyaletlerin sayısı 12'ye yükselmiştir[224].

4- Ölüm cezasının politik amaçlarla kullanılması:

Demokrasinin halkın düşüncelerini yansıtan bir yönetim şekli olduğu anlayışından hareketle, temsilciler de seçim kampanyalarında toplumun dikkatini cezbedecek nitelikteki infazları zaman zaman destekleme eğilimi göstermişlerdir. Bunun en yakın örneği, 2000 yılının Ocak ayında[225] infazı gerçekleştirilen Glen Alan McGinnis isimli mahkûmun cezasının müebbet hapse çevrilmesine yönelik taleplerin George Bush tarafından reddinde yaşanmıştır. McGinnis 17 yaşındayken(1990) işlediği adam öldürme suçu ne-

221 Caldwell, *EAm*., V, 597; Welsh S. White, s. 41-42; Levine-Musheno-Palumbo, s. 577; Amnesty International Secretariat, 13.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Texas Coalition to Abolish the Death Penalty, 23.12.1999http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

222 Reuters Huntsuille Associated Press, 17.11.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

223 "Juveniles and The Death Penalty", 30.01.2004, http://www.aclu.org/DeathPenalty/DeathP - nalty.cfm/10=14837&c066.

224 "On the Wrong Side of History: Children and tha Death Penalty in the USA", *Complete Text of the Report* October 1998, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,.

225 *Türkiye Gazetesi*, 27.1. 2000, s. 11.

deniyle ölümle cezalandırılmıştır. O sırada Teksas Valisi olan George Bush'a Papa II. Jean Paul tarafından şu şekilde bir rica mektubu gönderilmiştir: "*Her insanın yaşamının kutsiyetine ve değerine kendini adamış olan Mukaddes Peder, Bay McGinnis'in yaşamının bağışlanması için dua etmektedir.*" İdama karşıt gruplar da McGinnis'in uyuşturucu bağımlısı annesi ile birlikte kötü bir çocukluk dönemi geçirdiğinin göz önüne alınması ve 17 yaşındaki bir suçlunun çocuklar mahkemesinde yargılanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[226]. McGinnis'in cezasının müebbet hapse çevrilmesi için Avrupa Birliği, ABD Barolar Birliği de devreye girmiş; ancak Vali Bush ölüm cezasının masum insanların hayatlarının korunması ve gelecekteki şiddetin önlenmesi için gerekli olduğuna inandığını ifade ederek bu istekleri geri çevirmiştir. Bush'un bu talebi kabul etmemesinin sebebinin ise o sırada Cumhuriyetçi Parti'nin ABD başkan adaylarından olması nedeniyle çoğunlukla ölüm cezasına taraftar olan halkın desteğini kaybetme endişesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür[227]. Teksas'ta diğer eyaletlere göre infaz sayısının oldukça fazla olması da bu tezi doğrular niteliktedir. Nitekim Washington'daki *The Death Penalty İnformation Center*'in bildirdiğine göre Ocak 1977'den Aralık 1999'a kadar ölüm sırasındaki 598 mahkûmun cezası yerine getirilmiştir. Bunlardan 272'sinin infazı yani toplam sayının %45'i Teksas ve Virginia'da uygulanmış, Bush'un 5.5 yıllık valiliği sırasında ise 135 infaz gerçekleşmiştir[228].

Bu tür örneklerden hareket eden ölüm cezası karşıtları da ABD'nde ölüm cezasının vazgeçilmezliğinin, değerini koruduğunun en ateşli savunucularının aslında halk değil, siyasal düzenler olduğunu ileri sürmektedir[229]. 11 Eylül 2002 tarihinden sonra ise Bush'un terör nedeniyle bu cezayı koruma gerçeğiyle karşı karşıya bulunduklarını söylemesi üzerine ölüm cezası karşıtları bu tutumun bir çifte standart niteliği taşıdığını, öldürmenin ise yine öldürme (*killing is killing*) olduğunu, Bush'un durdurulması gerektiğini dile getirdiler[230].

Genel Değerlendirme

ABD'nde ölüm cezasının kaldırılması meselesi ile ilgili olarak teoride yoğun tartışma ve araştırmaların yapılmasına karşın Federe Devletlerin 38'i hala

226 *Associated Press*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

227 John Aloysius Farrell, "Cases to Highlight Bush's Death Penalty Role", *The Boston Globe*, 12.21.1999, 10:36 CST; David Atwood (President Texas Coalition to Abolish the Death Penalty), Politicians Silent as USA Continues to Execute in Record Numbers, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html,.

228 Richard Willing, "İmplementation of the Death Penalty", 12.20.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; *Sabah Gazetesi*, 24. 6. 2000, s. 27.

229 Samaha, s. 615.

230 05.2003, http://www.nodeathpenalty.org/currentna/07_DisarmBush.html..

ceza kanunlarında bu cezayı bulundurmaya devam etmektedirler. ABD'nde ölüm cezasının California, Ohio ve Missouri dışındaki kuzey eyaletlerinde kaldırılmış olması, bu cezanın, güney kültürünün ürünü olduğu yönünde düşünülmesine de yol açmaktadır. Zira 71 infazın 61'i güney eyaletlerde gerçekleşmektedir[231]. Ancak eyaletlerden bazıları yasal alanda olamasa da uygulamada ölüm cezasını kaldırmayı başarmıştır. Nitekim South Jersey'de 1961'den bu yana hiç infaz gerçekleşmemiştir[232]. New Meksika'da ise yasada adam öldürme, zina, homoseksüellik, tecavüz, çalınan malı satma, düşmanın kaçmasına izin verme, ihanet… gibi birçok suç için ölüm cezası öngörüldüğü halde 1960 yılı, son infaz tarihidir. Ancak bu eyalette 40 yıl sonra ilk kez, cinayetten mahkûm olan Terry Clark isimli bir suçlunun Mart 1996'da Silver Jürisi tarafından ölüm cezası yeniden onanarak infazına karar verilmiş[233], bunu 11. 12. 1997'de Michael Lee Treadway isimli mahkûm için Roosevelt Jürisi tarafından verilen öldürücü iğne ile infaz kararı izlemiştir. Delaware'de de 1992 yılında infazlara yeniden başlanmıştır[234]. Florida'da ise 150 yıldan sonra ilk kadın infazı 30. 3. 1998 tarihinde gerçekleşmiş; 1971'de eşini arsenikle, 1980'de de oğlunu boğarak öldürme suçundan ölüme mahkum edilen Judi Buenoano adlı 54 yaşındaki kadın, Sparke hapishanesinde 5 bin volt akım verilerek elektrikli sandalyede idam edilmiştir[235]. Oklahama'da 1963'ten sonra ilk infaz, 11/6/2001 tarihinde gerçekleştirilmiştir ki medyatik bir gösteriye dönüşen ve zehirli iğneyle yapılan bu infaz, federal bir binaya bombalı saldırı düzenleyerek 168 kişinin ölmesine yol açan Timothy McVeigh isimli mahkûma aittir[236].

ABD'nde ölüm cezasının infaz tarihçesi özetlenecek olursa *The U.S. Bureau of Justice Statistics*'in tespitine göre 1930- 1967 yılları arasında 3859, 1977-1998 yılları arasında 5709, 1997'de 74, 1998'de 68, 1999'da 96[237], 2001'de 66, 2002'de 71 mahkûmun infazı gerçekleştirilmiştir[238]. Bu yıllarda ölüm cezasının hiç uygulanmadığı ya da çok az infazın gerçekleştiği dönemler de olmuştur. Mesela 1978 yılında hiç infaz gerçekleşmemiştir. 1979'da iki infaz gerçekleşirken 1980'de infaza rastlanmamaktadır. 1981 yılında 1, 1982'de 2, 1983'te 5, 1984'te 21, 1985'te 18, 1986'da 18, 1988'de 2124 mahkûmun ölüm cezası infaz edilmiştir[239]. 2002'nin sonlarında ise ölüm cezasını kullanan 38 eyaletin 37'sinde 3697

231 11.6.2003, http://www. Religioustrolerance.org/execute.html.
232 Samaha, s. 626.
233 Amarillo Globe News, *Washington Post*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Louis H. Gray, "Law (American)", *ERE*, VII, 815.
234 *NTV MCNC*, Washington AA, 17.11.2000.
235 *Olay*, 31. 3. 1998, s. 10.
236 *Cumhuriyet*, 12.6.2001, s. 9.
237 *USA Today*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.
238 11.6.2003, http://www. Religioustrolerance.org/execute.html.
239 White, s. 1301; Abramson, s. 222.

mahkûm ölüm sırasında cezasının infazını beklemektedir. Ayrıca 1973'ten bu yana 102 mahkum DNA kanıtı ile masum oldukları ispatlanarak serbest bırakılmışlardır[240]. Ölüm sırasında bekleme süresi genel ortalama olarak on yıl olsa da 4 ve 25 yıl arasında ölüm sırası bekleyen mahkûm bulunmaktadır[241].

ABD'inde ölüm cezasının infazı sırasında kullanılan metodlar da eleştirilen hususlardandır. Nitekim *The American Medical Association (AMA),* 1997'de ölüm cezasının fiziki yöntemlerle infazını yasaklayan bir açıklamada bulunmuş; bu kuruluştaki doktorlar, kişisel olarak ölüm cezasından yana olmakla birlikte öldürücü iğneden daha az acı veren bir yöntemin kullanılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[242]. Ölüm cezasını uygulayan eyaletlerden Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Nebraska, Pennsylvania, Güney Carolina, Güney Dakota, Tenessee, Vermont, Virginia elektrikli sandalye ile infazı gerçekleştirirken Arizona, California, Colorado, Maryland, Missisippi, Missouri, Kuzey Carolina, Nevada, Oregon, Wyoming gaz odası ile; Delaware, Montana, New Hampshire, Washington asma ve zehirli iğneyle; Idaho, Oklahama, Texas öldürcü enjeksiyon ile; Utah ise kurşuna dizerek ölüm cezasını infaz etmektedirler[243]. 20.10.2001 tarihi itibarıyla 2001 yılında cezası infaz edilen mahkûmların 61'i öldürücü iğne, 147'si elektrikli sandalye, 2'si silah, 11'i gaz odası, 3'ü asma ile öldürülmüştür[244]. 1976'den bu yana ise toplam 744 infaz gerçekleştirilmiştir [245].

ABD'nde ölüm cezası eyaletlerin çoğunluğu tarafından uygulanmakla birlikte Death Penalty Information Center[246], National Coalition to Abolish the Death Penalty[247], Amnesty International USA's Program to Abolish the Death Penalty[248] gibi birçok kuruluşun da bu cezanın yasal olarak kaldırılması yönünde çalışma yaptıkları görülmektedir. Hatta bu yönde gösterilen çabalar, internet aracılığıyla uluslar arası bir paylaşım atmosferine de dahil edilmiştir[249]. Nitekim bu suretle, ölüm cezasının kaldırılması hakkındaki düşüncelerin belirtilmesi imkanına sahip olunduğu gibi bu konu ile ilgili merak edilen edilen bilgilere de ulaşma imkanı elde edilmektedir. Bu açıdan ölüm

240 11.6.2003, http://www. Religioustrolerance.org/execute.html.
241 *St. Petersburg Times*, 23. 12. 1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.
242 Reuters, 19.11.2001, http://www.smu.edu/yaydeathpen/updates.html.
243 Geniş bilgi için bkz. *St. Petersburg Times*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Levine-Musheno-Palumbo, s. 570-571; *Barter Ekonomi* (2000/1), s. 56.
244 11.11.2001, http://www.smu.edu/~deathpen/exe01.html.
245 17.11.2001, http://www.smu.edu/~deathpen/summary.html.
246 03.03.2004, http: //www. Deathpenaltyinfo.org/
247 "NCADP: National Coalition to Abolish the Death Penalty", 01.03.2004, http: www.ncadp.org/.
248 "Abolition News Flash", 03.03.2004, http://www.amnestyusa.org/abolish/
249 "Death Penalty News&Updates", 03.03.2004, http://www.smu.edu/~deathpen/

cezası karşısındaki düşüncelerin ölüm cezasının varlığını koruduğu ülkelerin gündemine taşınmasında artık uluslar arası iletişim vasıtalarının da rolünün büyük olduğu görülmektedir.

b- Orta Amerika Ülkeleri

Ölüm cezası, Orta Amerika ülkelerinde -Kosta Rika(1877) dışında- genel olarak II. Dünya Savaşı'ndan sonra kaldırılmıştır: Haiti (1987), Honduras (1956), Nikaragua (1979), Dominik Cumhuriyeti (1966)[250]. Meksika'yı oluşturan 32 eyaletin tamamının ceza yasalarında da olağanüstü haller dışında ölüm cezası öngörülmemiş, 1937'den bu yana da infaz gerçekleştirilmemiştir[251]. Ölüm cezasını hem yasal olarak kabul eden hem de uygulamaya devam eden Küba'da bu cezayı gerektiren suçların sayısı 19'dur. Uluslar arası Af Örgütü'ne verilen bilgilere göre 1959 ile 1987 yılları arasında 237 kişi ölüme mahkûm edilmiştir. 1989 yılında uyuşturucu ticareti nedeniyle ölüme mahkum edilen birçok kişinin cezası infaz edilmiştir[252]. Küba'da son olarak bir feribotu kaçıran üç deniz korsanına ölüm cezası verildiği açıklanmıştı[253]. Jamaika'da da infazların sayısı oldukça yüksektir. Halen zihinsel özürlülerin bile af talepleri reddedilerek idam mahkûmları asılmaktadırlar[254].

c- Güney Amerika Ülkeleri

Güney Amerika ülkelerinden Kolombiya'da 1886 Anayasası'nın 29. maddesinde '*kanun vazıı hiçbir şekilde ölüm cezası teklifi getiremez'* ifadesiyle ölüm cezası kaldırılmış; 1909'da gerçekleşen bir infaz nedeniyle 1910 yılında çıkarılan bir yasa ile ölüm cezasının kaldırılması tekid edilmiştir[255]. Uruguay'da ölüm cezasının ilgası yolunda tedricî adımlar atılmış, 1889'da cezanın dehşet verici ve vahşî nitelik taşıyan suçlara tedbirli bir şekilde verileceği öngörülmüş, 23 Eylül 1907 yasası ile de kaldırıldığı ilan edilmiştir. Ancak yasanın ölüm cezasını kayıtlı olarak kaldırmış olmasından dolayı siyasal suçlar nedeniyle bu cezanın uygulandığı dönemler de olmuştur[256]. Venezuela'da 1849 ve 1857 yıllarında siyasal suçlar, 1863'de ise bütün suçlar için ölüm cezası kaldırılmış

250 Caldwell, *EAm*., V, 597; Campion, *NCE*, III, 81; Gemalmaz, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerikada İnsan Hakları*, İstanbul 1991, s. 210-241.

251 Bentele, s. 240; Demirel, s. 163.

252 Caldwell, *EAm*., V, 596.

253 Katolik dünyasının ruhani lideri Papa II. Jean Paul da Küba devlet başkanı Fidel Castro'ya bir mektup göndererek, "ölüm cezasından dolayı derinden acı duyduğunu", bu sebeple "idam mahkumlarını affederek anlamlı bir davranışta bulunmasını" istediğini bildirir: *Yeni Şafak,* 27.4.2003, s.2.

254 İmbert, s. 109.

255 Hassan, s. 108.

256 İmbert, s. 106; Hassan, s. 107; Erol Anar, *İnsan Hakları Tarihi,* İstanbul 1956, s. 177, 197-202.

ve ilga 1961 Anayasası tarafından onaylanmıştır[257]. Ekvador'da ise ölüm cezasının kaldırılması yolundaki ilerlemeler zaman zaman duraklama göstermiştir. Nitekim bu ceza, 1851'de sadece politik suçlar için, 1897'de ise tamamen kaldırılmış, ancak komşularla yaşanan problemler, cezanın yeniden kabul edilmesine sebep olmuştur. Karşıt düşüncelerin çabası ile 1906 yılında siyasî suçlar, 1945 Anayasası ile de bütün suçlar için ölüm cezası tekrar kaldırılmış, 1979 Anayasası'nda da bu ilga tekid edilmiştir[258]. Dominik Cumhuriyeti'nde ise 1966'da kaldırılmıştır[259].

Brezilya'da bağımsızlığın ilan edildiği 1822'den önce yaklaşık 40 suç ölüm cezasını gerektirirken bu tarihten sonra sadece adam öldürme, ağır hırsızlık ve köle ayaklanması suçları için ölüm cezası gerekli görülmüştür. 1878'de son infaz gerçekleştirilmiş, 1892 Anayasası ile ölüm cezası kaldırılmış; 1937 tarihli Anayasada suikast gibi bazı özel durumlar için yeniden kabul edilse de 1942'de yürürlüğe giren Ceza Kanunu ile tamamen kaldırılmıştır. 1946'da da savaş zamanında askerî kanunlarla belirtilecek olan suçlar istisna edilerek ölüm cezasının kaldırılması onaylanmıştır[260]. Arjantin'de ölüm cezası, 1984'te adi suçlar için kaldırılırken Askerî Adalet Yasası'nda kabul edilmektedir[261].

Peru'da XIX. yüzyılda ortaya çıkan Latin Amerikan liberalizmi ve demokrasi geleneğinin etkisiyle 1856'da ölüm cezası kaldırılmış; ancak bu tarihten sonraki ilga hareketi, zikzaklı bir evrim izlemiştir. Nitekim peşpeşe gerçekleşen ağır cinayetler ve hıyanet suçu nedeniyle 1860 yılında yeniden kabul edilen ölüm cezası, 1924 yılında tekrar kaldırılmış; 1949'dan sonra askeri rejimler, terör suçları için tekrar kullanılmaya başlanmıştır. 1979 yılında ise savaş zamanında vatana ihanet suçunun dışındaki bütün suçlar için kaldırılmıştır. Peru'da ölüm cezasının yeniden tesisi, terörizm nedeniyle tekrar gündeme gelmiş; ancak bu cezanın kabulünün, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir üyesi olan Peru için ciddi problemler yaratacağı ihtimali göz önünde bulundurularak farklı çözümler öngörülmüştür. Bunun nedeni ise sözleşme gereğince Peru'nun ölüm cezasını yeniden koyma veya uygulama alanını genişletme açısından yasaklı olmasıdır. Nitekim Peru'nun bu yasağı delme amacı ile sözleşmeyi sona erdirme girişimi, uluslar arası tepkiye neden olmuş; bu tepkinin ardından, iç savaş gibi gerekçelerle ölüm cezasını uygulama şeklinde alternatifler aranmıştır. Ancak uluslar arası stratejinin korunması amacının ön plana çıkmasıyla bu tür gayretler de sonuçsuz kalmıştır[262].

257 T. Sn. IV, 847.
258 Campion, *NCE*, III, 81; Gemalmaz, *Latin Amerikada İnsan* Hakları, s. 213.
259 http://www.amnesty.it/~pdm/e-ab.html.
260 Campion, *NCE*, III, 81; Demirel, s. 163-164.
261 Hassan, s. 10; Anar, s. 178.
262 Bentele, s. 240; Fitzpatrick–Miller, s. 353-356.

El Salvador'da son infaz 1973'te gerçekleşmiş; 1983'te de ölüm cezası adi suçlar için kaldırılmıştır[263]. Şili'de ise Ceza, Askerî Adalet, Terör, Silah Kontrol ve Devlet Güvenliği yasalarında yer alan ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı oldukça fazladır. Ayrıca General Pinochet'in 10 yıldır yapılan tüm af başvurularını reddetmiş olması, ölüm cezasının tatbiki noktasındaki ısrarın göstergesidir. Bu ceza, sadece zihinsel özürlülere ve bilinçli davranmadığı tespit edilen 18 yaşından küçüklere verilmemektedir[264]. Ölüm cezasını fiilî olarak kaldıran Güney Amerika ülkelerinden Bolivya'da son infaz 1928'de, Guatemala'da 1983'te gerçekleşmiştir[265].

c- Afrika Ülkelerinde Ölüm Cezası

Afrika'da II. Dünya Savaşı'ndan sonra yarı veya tam bağımsızlığını kazanan devlet ya da ulusal bölgelerin bir kısmı ölüm cezasını yasal olarak ilga etmiş, çoğunluğu ise istisnai bazı suçlar için kabul ederek sınırlamış ve fiilî olarak da kaldırmıştır. Nitekim Cape Verde bağımsızlığının hemen ardından 1981'de, Namibya, Mozambik, Sao Tome ve Pirincipe Adaları ise 1990'da ölüm cezasını kaldırmıştır. Bu cezayı uygulamada kaldıran ülkelere bakıldığında ise son infaz tarihinin Madagaskar'da 1958, Senegal'de 1967 olduğu görülmektedir[266].

Nijerya'nın özellikle kuzey eyaletlerinde İslâm hukukunun uygulanması sebebiyle ölüm cezası had ve kısas cezaları çerçevesinde yasalaştırılmış; evli bir kimsenin işlediği zina suçunun 4 şahid ile ispatlanması durumunda suçlunun recmedilmesi yani taşlanarak öldürülmesi gerektiği kabul edilmiş[267]; yol kesme ve adam öldürme suçları için de ölüm cezası öngörülmüştür. Ayrı-

263 Anar, s. 178-179.

264 İmbert, s. 108; Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 236.

265 İmbert, s. 80-8; Anar, s. 178: 06.11.1826 tarihli Bolivya Anayasası'nın 127. maddesi *"...zalimce ya da yasal haklardan yoksun bırakmaya yol açan türde cezalar ilga edilmiştir ve Ceza Yasası, mümkün olan ölçüde ölüm cezasını kayıtlamalıdır"* şeklindedir: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 177.

266 Bentele, s. 246.

267 Ancak son bir yılda yaklaşık beş kişi bu cezaya çarptırılmakla birlikte cezaları uygulanm - mıştır: http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2002/10/25/dunya/dunya/7.html. 20.8.2002 tarihinde Emine Laval isminde bir kadının recm cezasına çarptırılması ise bütün dünyada tepkilere yol açtı. Laval'ın cezası, çocuğu sütten kesildiğinde infaz edilmek üzere ertelendi. Laval, Yüksek Temyiz Mahkemesi'nde de kaybettiği takdirde 2004 yılında recmedilecek: http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2002/08/20/dunya/dunya/7.html. Laval'ı kurtarmak için harekete geçen Türkiye Diyanet İşleri Başkanlığı, recm cezası hakkında ayet bulunmaması ve bu nedenle Peygamber (sav) zamanındaki sınırlı sayıdaki recm uygulamalarının Tevrat hükmüne göre verildiği gerekçesiyle recm uygulamasının kaldırılması için İslâm ülkelerine çağrıda bulundu: http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2002/09/23/guncel/guncel/1.html. Nijerya Devlet başkanı Olesagun Obasanjo da bundan böyle ülkelerinde recm kararlarının uygulanmayacağı garantisi verdiğini açıkladı: http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2002/10/02/guncel/guncel/6.html.

ca cezanın Yüksek Mahkeme kararı ile uygulanması şartı getirilmiştir[268]. Öte yandan Nijerya'da son infaz tarihinin 1976 olması, bu ülkede ölüm cezasının insan haklarına aykırı olduğu yönünde bir eğilimin oluşmaya başladığını göstermektedir. Nitekim 1999 yılının Kasım ayında bazı generallerin adam öldürme suçundan tutuklanmaları üzerine halkın gösterdiği tepki de bu düşünceyi doğrulamaktadır. Zira sanıkların suçlu bulunmaları halinde Nijerya hukukuna göre ölümle cezalandırılmaları gerekmektedir. Bunun üzerine insan hakları savunucularının gayretleri ile 10.000'den fazla Nijeryalı tarafından ilgili makamlara ölüm cezası ve işkencenin insan haklarına aykırı olduğunu ifade eden dilekçeler gönderilmiştir[269].

Mısır'da 1883'e kadar ölüm cezası verme yetkisi hem kadıya hem de devlete aitti. Kadı, İslâm ceza hukukunda had, kısas ve ta'zîr kategorilerinde öngörülen suçları gayrı resmî olarak cezalandırma yetkisine sahipti. Bu açıdan kadı, suçlunun dini normlara göre ölümle cezalandırılmasını uygun bulması itibarıyla dini hakim olarak hareket etmekte; ancak onun İslâm ceza hukukuna uygun olarak verdiği ölüm cezası kararları, devlet tarafından yeniden gözden geçirildikten sonra infaz edilmekteydi. Bununla birlikte kadı, sivil mahkeme olarak sopa, kırbaç ya da diyet cezalarını verme yetkisine sahipti. Öte yandan devletin çarmıha germe ve recm şeklindeki had cezalarına yönelik çekincesi nedeniyle kadılar genellikle bu tür kararlar vermemekteydi. Özellikle adam öldürme suçlarında kadı, iki tarafın sulhu noktasında aktif rol oynamaktaydı. Mesela, XIX. yüzyılda adam öldürme suçu ile ilgili davaların % 2'si ölüm, geri kalanının ise sulh ile sonuçlandığı tespit edilmiştir. Had cezalarını gerektiren suçların ispatı için dini normların öngördüğü zorlaştırıcı şartlar nedeniyle suçluluğun sabit olmaması da göz önünde bulundurulursa bu dönemde kadıların genellikle kısa süreli hapis ve sopa cezalarını kullandıkları sonucuna ulaşılmaktadır[270].

Halen yürürlükte bulunan Mısır Ceza Kanunu'nun 2. bölümünün 7. kısmında yer alan 189. ve 190. maddelerinde de kasten adam öldürme suçunun kısas yoluyla ölüm cezasını gerektirdiği, 194. maddede ise ölüm cezasının maktulün yakınlarının suçluyu affetmesi, belli bir mal üzerinde anlaşmaları, katilin kısas hakkına sahip olanın ölümü ile kısasa varis olması veya katilin ölmesi durumunda düşebileceği öngörülmüştür[271]. Şunu da belirtmek gerekir

268 J. N. D. Anderson, *Islamic Law in Africa*, 2. bs., London 1978, s. 173, 195-198, 201; *African Eye News Service*, 20.11.2001, http://www.smu.edu/yaydeathpen/updates.html, .

269 *The Guerdian*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

270 Rudolph Peters, "Islamic and Secular Criminal Law in Nineteenth Century Egypt: The Role and Function of Qadi", *Islamic Law and Society*, Leiden (1997/4, 1), s. 86-90.

271 Bkz. Ebû Hutve, s. 23, 25, 30; Muhammed el-Fâr, Abdulvahid, *Kânûnu hukûki'l-insân fi'l-fikri'l-vad'î ve'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1991, s. 290.

ki Mısır'da istatistikler sonucu adam öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarında artış bulunduğu tespit edilmiş[272]; bazı İslâm hukukçuları da bu artışın, ölüm cezasının uygulanması noktasında esnek davranılmasından kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir[273]. Ayrıca Mısır'da ırza tecavüz suçu, bazı ağırlaştırıcı unsurların bulunması durumunda ölümle cezalandırılmaktadır[274]. Hatta AIDS'i zina yoluyla bulaştıran kimseler için de ölüm cezası verilmesi önerisinde bulunulmuştur[275]. AİHS'nin 6 No.lu ek protokolünün tasarı safhasında ise Mısır adına, ceza yasasında İslâm ceza hukukunun esas alınması nedeniyle ölüm cezasının kısas ve had sahasında ilga edilmesinin imkansız olduğu, ancak ta'zîr davalarında daha hafif bir ceza ile değiştirebileceği belirtilmiştir[276].

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki Afrika'daki Müslüman ülkelerden Mısır ve Libya, İslâm ceza hukukunda ölümle cezalandırılan dinden dönme suçu için ölüm cezası öngörmemişlerdir[277]. Sudan'da da 1991 tarihli Ceza Kanunu, İslâm hukuku temel kabul edilerek hazırlanmış; bu nedenle cezalar hudûd, ta'zîr ve diyet kategorilerine ayrılmış; Kur'ân ve sünnet tarafından ölüm cezasını gerektirdiği belirtilen suçların cezaları ise had kategorisinde ele alınmıştır. İslâm ceza hukukunda dinden dönme suçunun da had niteliği taşıdığı ve ölüm cezası gerektirdiği kabul edildiğinden Sudan Ceza Kanununun 126. maddesinde dininden dönen ve mahkeme tarafından düşünmesi için belli bir süre verildikten sonra suçunda ısrar eden suçluya ölüm cezası verileceği, infazdan önce vazgeçmesi halinde ise cezasının düşeceği belirtilmiştir. Ayrıca kasten adam öldürme suçu için veya silahlı soygun suçunda suçlunun hem soygun hem de adam öldürme suçunu birlikte işlemesi durumunda ölüm cezası öngörülmüştür[278].

Afrika ülkelerinden Angola, Benin, Bostwana, Burundi, Etiyopya, Gabon, Gambiya, Gana, Gine, Gine-Bissau, Ekvator Ginesi, Kenya, Liberya, Malavi, Mali, Moritanya, Orta Afrika Cumhuriyeti, Somali, Çad, Zaire ve Zambiya'da çok sayıda suç için ölüm cezası öngörülmekte ve çeşitli infaz tipleri kullanılmaktadır. Nitekim Burundi, Kamerun, Uganda gibi bazı ülkelerde ağırlaştırıcı

272 Adalet Bakanlığı'nın istatistiklerine göre 1935-1936 yılında adam öldürme ve öldürmeye t - şebbüs suçu 2857 iken 1936-1937'de 3093'e, 1937-1938 yılında ise 3319'a çıkar.

273 Abdulkâdir Udeh, *et-Teşrîü'l-cinâiyyi'l-İslâmî mukâranen bi'l-kânûni'l-vad'î*, Beyrut 1413/1993, I, 731; Ahmed Şerbâsî, *Yes'elûneke fi'd-dîn ve'l-hayât*, 2. bs., Beyrut 1980, III, 217.

274 Aşmâvî, Muhammed Said, *Meâlimü'l-İslâm*, Kahire 1989, s. 281.

275 *Reuters*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.; Jean İmbert, s. 116.

276 Fitzpatrick–Miller, s. 322.

277 Ali Mansûr, *Nizâmü't-tecrîm ve'l-ikâb fi'l-İslâm: Mukarene bi'l-kavânîn,* Medine 1996/1397, I, 383.

278 Eugene Cotran– Chibli Mallat, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, London 1994, I, 252-253.

şartlarla birlikte işlenen hırsızlık suçları dahi ölümle cezalandırılmaktadır[279]. Kenya'da ise basit bir hırsızlık vakası dahi ölüm cezasını gerektirmektedir. Mesela Mr. Lukeye isimli kişinin bir turisti soyma suçundan ölüme mahkûm edilmesi, Kenya İnsan Hakları Komisyonu tarafından hukuka aykırı görülmüş ve bunun üzerine komisyon ölüm cezasının kaldırılması talebinde bulunmuştur. Ancak bu talep, ölüm cezasının Ceza Kanunu'nun 296(2). maddesi gereğince zorunlu olduğu ileri sürülerek reddedilmiştir. Bununla birlikte söz konusu olay, Kenya hükümetinde ölüm cezası ile ilgili ciddi bir hukuki kritisizmin başlamasına öncülük etmiştir[280].

Güney Afrika'da da bir çok suç için ölüm cezası zorunlu ceza olarak kabul edilmekte ve ırkayrımcılığının etkisiyle yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. *The Society for Abolition of the Death Penalty in South Africa*'nın kurulması, 1960-1970 yılları arasında infaz sayısında azalma süreci yaşanmasına neden olmuş; ancak bu gerileme, ırkçılık olgusunun bütün yasal ve toplumsal yapıda kurumsallaşması ve mahkemelerin de ırkçı tutum izlemekten geri kalmaması nedeniyle geçici olmuştur. Nitekim 1977'de Stockholm Konferansı'nda ırk ayrımcılığını ele alan çalışma grubunda bulunan Prof. Van Niekerk'in araştırmasında dünyada tespit edilen infazların yaklaşık %30'unun Güney Afrika'da gerçekleştiği tespit edilmiştir[281]. Ölüm cezasının bu denli yüksek oranda uygulanmasındaki ana faktörün ise ırk ayrımcı politika olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin, Haziran 1982 ile Haziran 1983 tarihleri arasında beyazları öldürmekten 81 siyah mahkûm olmuş; bunların 38'i asılmış, siyahları öldürmekten hüküm giyen 52 beyazdan ise sadece birinin cezası infaz edilmiştir. Bu ayrımcı uygulamanın nedeni siyah ırkın, soyut olarak insan olma özelliğinin eksikliği düşüncesi ve dolayısıyla siyasal açıdan güçsüz bir çoğunluğa sahip olmasıdır. Ölüm cezası ise en ağır ceza olarak telakki edildiğinden çoğunluğu baskı altında tutma gayesiyle uygulanmıştır[282].

Güney Afrika'da ölüm cezasının kaldırılması düşüncesi, halk bazında yapılan anketlerde çok az taraftar bulmuştur. İlga düşüncesinin organize eylemi de oldukça az sayıda beyaz liberaller veya ırkçılık sebebiyle mağdur olan insanlarla sınırlıdır[283]. Buna rağmen 1990'lı yıllarda hakimler, siyahların yaşadığı kasabalarda dahi, daha hafif cezalar verme eğilimi içerisine girmişlerdir. Bu eğilimin izdüşümü Güney Afrika Millet Meclisi'nde de görülmüş ve Meclis, 1990 yılında infazlarla ilgili etkili bir moratoryum başlatarak ölüm cezasının kaldırılması yönünde bir adım atmış, ancak suç oranındaki artış nedeniyle

279 İmbert, s. 118.
280 *The Nation*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.
281 Balcıgil, s. 32; Öz, s. 104.
282 Bentele, s. 246.
283 Bentele, s.237.

1993 yılında bu moratoryumu kaldırmak zorunda kalmıştır[284]. Bununla birlikte 1991'den sonra hiç infaz gerçekleşmemiş, 1997'de de ölüm cezası yasal olarak kaldırılmıştır[285].

D- Asya, Uzakdoğu Ve Ortadoğu Ülkeleri

a- Sovyetler Birliği

Sovyetler Birliği'nde ölüm cezasının kaldırılması meselesi XVIII. yüzyıldan itibaren zaman zaman gündeme gelmiş, mevzuatta bu cezaya yer verilmesi ile kaldırılması arasında gelgitli bir çizgi yaşanmıştır. Nitekim 1767 yılında Rusya Kraliçesi II. Katerina, ceza kanunu hazırlatmak üzere oluşturduğu komisyonda zamanının felsefî kuramlarına paralel olarak ölüm cezasının kaldırılmasından yana olduğunu belirtmiş; bununla birlikte nadir vakalar için de olsa kullanılmasının faydalı olduğunu düşünerek bu cezayı kaldırmamış ve uygulamaya devam etmiştir. Oysa kendisinden önceki Çariçe Elizaveta Petrovna, hiç infaz kararı vermemiştir[286]. Ölüm cezasının bu şekilde uygulanmadığı dönemlerin varlığı ise Rusya'nın bu ceza ile ilgili birbirine zıt fikirlerin benimsendiği eski bir geleneğe sahip olduğunun işaretidir. Ayrıca ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik girişimlerin neticesi, ihtilal ve reform hareketleri ile de paralellik arzetmiştir. Nitekim ölüm cezası, Şubat 1917'de Çar II. Nikolai'nin başkanlığındaki geçici hükümet tarafından kaldırılmış, 5 ay sonra ise askeri rejim tarafından yeniden vazedilmiştir. İhtilalden sonra 28 Ekim 1917'deki 2. kongrede ölüm cezası yasal olarak kaldırılmış, ancak Halk Komiserleri Konseyi, 06.08.1918 tarihli bir bildiri ile ellerindeki gereksinim fazlası gıdayı teslim etmeyen ve silehle direnenlere karşı ateş açılmasını karara bağlamıştı. 05.08.1918 tarihli kararname ile de karşı devrimci girişimleri bastırmak, Sovyet Cumhuriyeti'ni sınıf düşmanlarendan korumak üzere, devrime karşı kalkışanlara ateş açılacağı ve bu kişilerin infaz edileceği düzenlenmişti. Ölüm cezası 1920'de ilga edilse de 1 Haziran 1922 tarihli RSFSC Ceza Yasası mad. 33'te devrim mahkemelerince görülen davalarda, bu Yasa hükümleri uyarınca ölüm cezası öngörüldüğünde infazlar kurşuna dizme suretiyle yerine getirilir, hükmü düzenlenmişti. Bu yasa, ceza hukuku tarihinde teorik olarak hiçbir suçtan söz etmeyen, sadece hukukî-cezaî karakterde toplumsal savunma önlemleri içeren ilk yasa olma özelliğine sahiptir. Nitekim kurşuna dizerek öldürme bir ceza olarak değil, İşçi Devleti'ni savunmada istisnaî bir önlem olarak öngörülmüştür. 1926 tarihli Ceza Yasası'nda 06.06.1927 tarihli Devlet Aleyhine İşlenen Suçlara Dair Federal Statü ile mad. 58/1-14 ve 59/1'de

284 Fitzpatrick–Miller, s. 362.

285 "The Death Penalty: An International Perspective", 03.03.2004, http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?did=127&scid=30#ar.

286 Fitzpatrick–Miller, s. 526.

yapılan değişiklikler çerçevesinde bir dizi suç için ölüm cezası öngörülmekteydi. 1932 yılında da bu cezanın alanı genişletilerek mülkiyete karşı işlenen hırsızlık suçu, ölüm cezasını gerektiren suçlar listesine eklenmiştir. 08.06.1934 tarihli kararnameye göre ihanet, sabotaj, devlet ya da askeri sırların açıklanması, düşmana katılma, yurtdışına kaçma suçları ölüm cezası ile cezalandırılmaktaydı[287].

1935 yılında devletin mal varlığının korunması ve sosyalist mülkiyetin sağlamlaştırılması amacıyla baskılar daha da yoğunlaşmış; ölüm cezasının kapsamı genişletilerek 12 yaşından küçüklere dahi uygulanmaya başlanmıştır. 1947'de ölüm cezası yeniden kaldırılmış; 1950'de casusluk, vatan hainliği ve sabotaj suçları, 1951'de ise bazı adî suçlar için tekrar kabul edilmiştir. Öte yandan 1917-1950 yılları arasında ölüm cezasının kaldırıldığı dönemlerde dahi yargısız infazlar devam etmiştir. Nitekim ölüm cezasının ilgası teşebbüslerinin sıklığı ve başarısızlığı Marksist ve Leninist doktrinde bu cezanın kaldırılması düşüncesinin temellerinin zayıf olduğunu gösterir. Marks, bir yandan ütopik bir tavırla ölüm cezasına karşı iken diğer yandan ihtilalin güvenliği için terörizmi kabul etmiştir. Lenin de ölüm cezasının tamamen kaldırılmasından yana değildir. Bu nedenle devlete karşı işlenen suçların ölüm cezasını gerektirmesi Marksist-Leninist ideolojinin gereğidir. Aynı şekilde Stalin de sistemin oturması için karşı düşüncede olanların yok edilmesi düşüncesiyle ölüm cezasını gerektiren suçların sayısını artırmıştır.[288].

1960'lı yıllarda ise kominizmden ziyade sosyalizmden hareket eden bir ideolojik değişim yaşanmış, daha çok ekonomik suçlar için ölüm cezası öngörülmüştür[289]. İnsan hakları gruplarının baskıları ise hükümette ve ceza hukuku sisteminde reformu motive etmiş; Aralık 1991 Rusya Anayasası, zalimane ve olağandışı nitelik taşıyan cezalarla birlikte ölüm cezasının keyfî bir şekilde uygulanmasını da yasaklamış; buna rağmen 20'den fazla suç için ölüm cezası öngörülmüştür. Ocak 1991'de ölüm cezası ile ilgili yapılan ilk istatistiğin sonuçları ise şu şekildedir:

Yıl	Toplam ölüm cezası kararı	Feshedilen karar sayısı	Hafifletilen karar sayısı	İnfaz sayısı
1989	97	26	4	67
1990	206	28	2	176
1991	144	37	37	70

287 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 297-298.
288 Robert A. Kushen, "The Death Penalty and The Crisis of Criminal Justice in Russia", *Brooklyn Journal of International Law*, XIX(1993), s. 526-536.
289 İlgili yasal düzenlemeler için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 298-299.

1992 yılında Rusya İnsan Hak ve Özgürlükleri Bildirisi'nin 7. maddesinde herkesin hayat hakkı bulunduğu ve keyfî olarak hiç kimsenin hayatından mahrum bırakılamayacağı, hükümetin ölüm cezasının tamamen ilgası için çalışacağı, ilgadan önce de ölüm cezasının ancak belli ağırlıktaki suçlar için verilebileceği ifade edilmiştir. Gorbaçov'un kararı ile uzman mahkemelerin tartışmasına sunularak kabul edilen yeni ceza yasasında ise ölüm cezası gerektiren suçların sayısı azaltılmış; vatana ihanet, casusluk, terörcülük, yıkıcılık, ağırlaştırıcı hallerle işlenen kasıtlı cinayet, çocuklara tecavüz ve harp zamanında işlenen suçlar için ölüm cezası öngörülmüştür. 1992 yılında ölüm cezasının tatbik alanında da sınırlandırma yapılmış, ölüm mahkûmlarının sayısı 159 iken sadece 18'inin infazı gerçekleşmiş, birçoğunun cezası ise müebbet hapse çevrilmiştir[290].

SSCB'nin ardılı olan Rusya Federasyonu'nun 12.12.1993 tarihli Anayasası (mad. 20) hükmünde ölüm cezası bütünüyle kaldırılmamışsa da "*yaşama yönelik çok ciddi nitelikli suç için federal kanunlarda öngörülen en ağır cezadır*" kaydı ile sınırlandırılmıştır. Ancak Ceza Kanununda tam bir reform gerçekleştirilmediğinden farklı türden 14 suç için ölüm cezası yaptırımı yer almaktaydı. Rusya Federasyonu 28 Şubat 1996'da Avrupa Konseyi üyesi oldu. Bu süreçteki demokratikleşme sözverimlerinden birisi de ölüm cezasının kaldırılmasıdır. Ne var ki 1996-1997 kışında Rusya Parlamentosu içinde görevlendirilen bir grubun hazırladığı ölüm cezaların askıya alınmasına ilişkin bir moratoryum teklifi, Mart 1997'de yapılan bir oylama ile reddedilmişti. Bir veriye göre 1962-1990 arasındaki evrede toplam 21.000 infaz, 1995-1996 yıllarını kapsayan iki yıllık evrede ise 139 infaz gerçekleştirilmiştir. Af Örgütünün raporuna göre 1999 yılı itibarıyla 900 civarında ölüm cezası mahkumu bulunmaktaydı. Örgütün 1999'u kapsayan 2000 yılı raporunda ise ülkenin tamamında jürili yargılama sistemi yürürlüğe konulana dek bütün adli mahkemelerin ölüm cezasına hükmetmelerinin yasaklandığı belirtilmiştir. O tarihte Federasyon'daki 89 bölgenin sadece 9'unda jürili yargılama sistemi işlemekteydi. Bu kararın ölüm cezasının de facto olarak kaldırılması anlamına geldiği ileri sürülmüştür[291].

Rusya'da ölüm cezası halen yürürlükte olup AK üyesi olmasına karşın AİHS'nin 6 Numaralı Protokolü'nü henüz onaylamamıştır. Öte yandan halkın suç oranındaki artış nedeniyle ölüm cezasını savunmasından dolayı ilga meselesi, toplumsal arenada pek fazla gündeme getirilmese de parlamenterler ve hukukçular arasında hala gündemini korumaktadır. Nitekim ceza hukuku otorilerinden Aleksandr Iakovlev'in ölüm cezasının caydırıcılık özelliğinin azlığını ve devletin bir insanın hayatını alma hakkına sahip olmadığını be-

290 İmbert, s. 117.
291 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 300-301.

lirten makalesi, ceza hukuku reformistleri ve insan hakları grupları arasında ölüm cezasının tartışılması noktasında önemli bir konuma sahiptir[292].

b- Azerbeycan, Çin ve Kore

Azerbeycan'da ölüm cezasının kaldırılması, önce uygulama alanında gerçekleşmiş ve son infaz 1993'te yapılmıştır. 1995 Anayasası'nın 27. maddesinde yaşama hakkının mevcudiyeti ve dokunulmazlığının yanı sıra istisnaî olarak ölüm cezası da kabul edilmiştir. Bununla birlikte "*İstisnâî ceza uygulaması olan ölüm cezası, ortadan kaldırılıncaya kadar yalnız devlete, insan hayatına ve sağlığına karşı işlenen ağır suçlara göre kanunla teyid edilir*" ifadesine yer verilmesi, ölüm cezasının tamamen kaldırılması ümidini doğurmuş; nihayet 11. 2. 1998 tarihinde ilga gerçekleşmiş ve 128 ölüm cezası mahkûmunun cezaları müebbet hapse çevrilmiştir[293]. Özbekistan[294] ve Tacikistan'da[295] ise daha ziyade siyasi suçlar için ölüm cezası kullanılmaktadır.

Çin'de ise infazla ilgili olarak resmi ve gayri resmi kaynaklar tarafından verilen rakamlar, birbirinden farklı olsa da oldukça yüksektir. Nitekim bu kaynakların birinde 1983-1987 yılları arasında 30.000 infazdan söz edilmişken diğerinde binin biraz üzerinde olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca resmî bilgilere göre yasa, infazın ilanını emrederken mahkûmun halka teşhirini yasaklamaktadır[296]. Ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı oldukça fazladır; buna rağmen 1983'te bu suçlara insanın alınıp satılması, pezevenklik, gizli örgüt kurmak gibi birçok suç da ilave edilmiştir[297]. Çin'de resmi bir toplantıda insan haklarının onaylanmasını ve ölüm cezasının kaldırılmasını talep eden Avrupa Birliği'ne girme konusu gündeme gelmiş; toplantıdan sonra Başbakan Zhu Rongji insan haklarını kabul ettiklerini, ancak toplumsal istikrar ve sosyal dengeyi sağlamak için ölüm cezasını kullanmanın zarurî olduğunu ileri sürmüş; bu nedenle bu cezanın kaldırılması için zamana ihtiyaçları olduğunu belirtmiştir[298]. Uluslar arası Af Örgütü'nün 21.03.2001 tarihinde yayınladığı raporda ise Çinde 1999 yılında 2088 kişiye ölüm cezası verildiği, 1263 idam mahkûmunun ise cezasının infaz edildiği bildirilmiştir. Raporda ayrıca 1990dan 1999un sonuna kadar 27 599 kişinin idama mahkûm edildiği, bunlardan 18 194ünün cezasının infaz edildiği de belirtilmiştir[299].

---

292 Kushen, s. 550-575; Öz, s. 328.

293 Ferman Demirkol, *Azerbeycan Cumhuriyeti Anayasası (1995),* İstanbul 1998, s. 14-15.

294 "Human Rights in Uzbekistan", *Helsinki Watch A Division of Human Rights Watch*, USA Mayıs 1993, s.7.

295 "Human Rights in Tajikistan In the Wake of Civil War", *Human Rights Watch/Helsinki The Inter-Republic Memorial Society*, USA December 1993, s. 3.

296 *Sought China Morning Post*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

297 İmbert, s. 118-9.

298 *Canadian Press*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

299 nethaber@akşam.comtr., 21/03/2001 16:20.

İnsan Hakları Komitesi'nin bildirisine göre Kuzey Kore'de casusluk, ayaklanma, sabotaj, kasten adam öldürme, ırza geçme, zina yapma ve zimmetine para geçirme gibi suçlar ölüm cezasını gerektirmektedir. Güney Kore'de de son yıllarda özellikle adam öldürme ve siyasal suçlar nedeniyle verilen ölüm cezalarının 20'sinin yerine getirildiği tespit edilmiştir[300]. Öte yandan 5. 12. 1999 tarihinde Katolik Kilisesi tarafından ölüm cezasına karşı imza kampanyası başlatılmış; Kore Piskoposları, Hukuk ve Barış Komitesi tarafından da desteklenen imza toplama eylemi 9. 7. 2000 tarihine kadar devam etmiştir. Mahkûmlar için düzenlenen büyük şenlik gününe ait olan bu tarihte imzaların, etkisini artırma amacıyla Millet Meclisi'ne sunulması da öngörülmüştür[301].

c- Hindistan ve Pakistan

Hindistan'ın federal bir cumhuriyet olmasından dolayı bu ülkede devlet başkanları ve valilere bağışlama yetkisi verilmiş, ancak bu yetki pek fazla kullanılmamıştır. Diğer Asya ülkelerinde ölüm cezası verilen suçlara ilaveten bir çocuğu veya zihinsel özürlüyü kendini öldürmeye teşvik etme, bir cinayet davasında sahte delil kullanma, dul kadını kocasının cenazesinin yakıldığı odun yığınında kurban etmeye teşvik gibi suçlar için de ölüm cezası öngörülmüştür[302].

Pakistan ise 1947'de bağımsızlığını kazandığından bu yana ölüm cezasını kullanmaktadır. Ziyâü'l-Hak döneminde başlatılan yasaların İslâmîleştirilmesi hareketinin sonucu olarak 5 Eylül 1990'da İslâm Ceza Hukuku'nun had, kısas ve diyet kurumları Pakistan Ceza Kanunu'nda da kabul edilmiştir[303]. Nitekim bu kanunda ölüm cezası, zina, adam öldürme, tecavüz ve dinden dönme suçları için zorunlu olarak öngörülmüş; evli zina suçlusuna verilen ölüm cezasının infazının taşlama yoluyla gerçekleştirileceği belirtilmiştir[304]. Pakistan'da ölüm cezasının karar ve uygulama aşamasında benimsenen politika, sıkıyönetim ve seçimle gelen hükümetlere göre de değişiklik arzetmiştir. Nitekim Ziyâu'l-Hakk ve Zülfikar Ali Butto dönemlerini kapsayan 1974-1985 yılları arasındaki sıkıyönetim döneminde çok sayıda infazın gerçekleştiği tespit edilmektedir. Benazir Butto ise Aralık 1988'de seçilmesinin ardından ölüm cezasına geçici olarak ara verme ve 2000 ölüm mahkûmunun cezasını daha hafif cezalarla değiştirme kararı almıştır. Ancak Kasım 1990'da Benazir Butto

300 İmbert, s. 119.
301 *ZENIT News Agency*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.
302 İmbert, s. 119.
303 Daniela Bredi, "Considerations about the promulgation of the Pakistan ordinance on qısas and diya (No. VII of 1990)", *Annali di ca'Foscari*, Venezia 31/3/1992, s. 135; Cotran– Mallat, II, 282.
304 http://www.web.amnesty.org/ai.nsf/index/ASA330101996.

hükümetinin düşürülmesinden sonra 1992'de infazlar yeniden başlamıştır[305].

Pakistan'da halen bir yandan infazlara devam edilirken diğer yandan da insan hakları savunucuları, bu cezanın kaldırılması yönünde propaganda faaliyetini sürdürmektedirler. Özellikle de Navaz Şerif'in ölüm cezası ile yargılanması sırasında rejimin bir insanı asarak problemi çözemeyeceğini, ölüm cezasına karar verilmesi durumunda ülkenin dış dünyadaki imajının olumsuz yönde etkileneceğini ve bunun neticesinde daha fazla problemin ortaya çıkacağını ileri sürmüşlerdir. Aynı şekilde Amerika ve Batı dünyası da Şerif'in mahkemesi ile ilgili olarak Pakistan'ın ekonomik bağlantıları nedeni ile uluslar arası imajını zedelememek için evrensel insan hakları standartlarını göz önünde bulundurarak karar vermesinin gerektiğini dile getirmiştir. Pakistan'ın ölüm cezası ile ilgili benimseyeceği tavır ile ekonomik düzeyi arasında bir bağlantı kurulmasının nedeni ise ülkenin son zamanlarda ekonomik açıdan iyi durumda olmamasıdır. Nitekim ekonomik şartların daha iyi olduğu bir dönemde Ziyau'l-Hakk ve Butto için kolaylıkla ölüm cezası kararı alınabilmişti. Öte yandan Şerif'in yargılandığı dönemin ekonomi düzeyinin iyi olmaması, ölüm cezasının kaldırılmasını savunan ülkelerle iktisadî ilişki doğması ihtimalini gündeme getirmiş ve ölüm cezası kararı verilmekten çekinilmiştir. Bu bağlamda insan hakları savunucusu olan I. Abdurrahman, Şerif'in politikanın dışında kalmayı kabul etmesi halinde ölüm cezasından kurtulabileceği şeklinde bir çözüm önerisinde bulunmuştur[306]. Bu öneri ise iktisadi gerekliliklerin meseleyi esnek bir çözüme kavuşturmayı gündeme getirdiğini göstermektedir. Meselenin köklü bir çözüme kavuşturulması yani ölüm cezasının kaldırılması ise kamuoyunun böyle bir değişimi onaylamaya hazır olmaması nedeniyle henüz mümkün görülmemektedir[307].

d- Japonya

ABD gibi Japonya da gelişmiş ülkeler arasında yer aldığı halde ölüm cezasını kullanmaya devam etmektedir. Bu cezanın kaldırılmasına yönelik hareketlerin kökleri ise 1910'lu yıllardan II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar süren Meiji döneminin başlarına kadar uzanır. Bu hareket o dönemde sessiz bir şekilde yürütülmüş; savaş sonrasındaki demokrasi ve özgürlük hareketi ile daha da yaygın hale gelmiştir. Bunun neticesinde savaş sonrasında ölüm cezasının uygulanması da tamamen cinayet, cinayetle birlikte soygun ve cina-

305 Cotran–Mallat, III, 385.

306 The Times of India; Dawn Newspaper, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/u - dates.html; Daniel H. Foote, "The Door That Never Opens?: Capital Punishment and Post-Conviction Review of Death Sentences in the United States and Japan", *Brooklyn Journal of Internakional Law*, XIX(1993), s. 359-360.

307 Cotran–Mallat, III, 386.

yetle birlikte ırza geçme suçları ile sınırlandırılmıştır. 1955'ten sonra ise ölüm cezasının kaldırılması hareketi daha da güçlenmiştir. Nihayet 1967 yılında Yasama Kurulu'nda ölüm cezasının ilgası meselesi gündeme getirilmiş; ancak kurul, halkın % 70'inin ölüm cezasını desteklediğini ileri sürerek ilga talebini reddetmiştir. Ayrıca bu cezayı gerektiren suçların sayısını sınırlama önerisi de Millet Meclisi'nde kabul edilmemiştir[308].

Bunun üzerine ilga taraftarları, faaliyetlerini, daha ziyade ferdi düzeyde ölüm kararlarına yönelik itirazlar şeklinde sürdürmüşlerdir. Yerel mahkemenin verdiği ölüm kararını daha hafif bir ceza ile değiştirme amacı ile Yüksek Mahkeme'ye yapılan başvurular neticesinde genellikle karar, cezanın caydırıcılık özelliği nedeniyle korunması gerektiği ileri sürülerek yeniden onaylanmıştır. Öte yandan infaz ve karar arasında mahkûmların uzun bir süre geçirmeleri de Yüksek Mahkeme'yi ölüm cezası kararlarını yeniden gözden geçirme talepleri ile karşı karşıya bırakmıştır. Nitekim bu cezanın kaldırılması yönünde gelişen eğilimin bir sonucu olarak infazlar 8, 25 yıl gibi çok uzun aralıklarla gerçekleştirilmektedir. Hatta rekor olarak nitelenebilecek şekilde Sadamichi Hirasawa adındaki bir mahkûmun 1950 yılında ölümle cezalandırılmasına karar verilmiş; ancak karar 1987 yılında infaz edilmiştir[309]. Japonya'da ölüm cezası aleyhine söylemin gittikçe kuvvetlenmesi, bu cezanın karar aşamasında da zamanla çekinceli davranılmasına neden olmuş; 1946-1950 yılları arasında yılda ortalama 70'in üzerinde ölüm cezası kararı alınmışken 1971-1980 yılları arasında her yıla en fazla 6 karar düşmüştür. 1979-1984'de ise her yıl sadece 1, 1988'den sonra ise yılda 2 ya da 3 karar verilmiştir[310].

Japonya hükümeti, ölüm cezasını kullanma noktasında uluslar arası insan hakları kuruluşları tarafından şiddetli eleştiriye maruz kaldığından dolayı 1993'ten sonra tatbik konusunda gizlilik politikası benimsemiştir. Nitekim Uluslar arası Af Örgütü'nün Japonya Genel Sekreteri Julie Morizewa, infazdan önce neler olduğunu hiç kimsenin bilememesi sayesinde Japon hükümetinin ölüm cezasını kamuoyunun gündeminden uzak tutmada oldukça başarılı olduğunu belirtmiştir. Her ne kadar Japonya'da halkın gündeminde henüz yoğun bir şekilde yer almasa da insan haklarını savunan resmî makamlar ve sivil gruplar ölüm cezasını popüler bir mesele yapma çabası içerisindedirler[311]. Nitekim ölüm cezasının kaldırılması üzerine yazılan çeşitli kitap ve makaleler

308 Foote, s. 379.

309 Foote, s. 369.

310 Yomiuri Shimbun, *KOISHI Hikaru Pebble - The Center for Prisoners' Rights*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

311 *New York Times, Associated Press*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; *Amnesty International Secreteriat,* 16.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Foote, s. 384.

de aynı çabayı sergilerler. Mesela, Yargıç Dandó'nun "*Forum 90 Demanding the Ratification of the Teraty for Abolition of the Death Penalty*" isimli konuşması ve ölüm cezasının kaldırılması meselesini ele alan kitabı, ilga hareketinde önemli rol oynamıştır. Dandó, ölüm cezasının direkt olarak Yüksek Mahkeme tarafından hukuka aykırı bir ceza olduğunun ilanını ümit etmediğini belirterek ilga hedefi için daha realist bir yöntem önermiştir. Ona göre, bütün yargı sistemi içerisinde ölüm cezasının kaldırılmasının hedef olarak kabul edilmesi ve bu hedefe ulaşmak için de tedrici bir yöntemin takip edilmesi daha gerçekçi bir çözüm sunacaktır. Önerdiği sisteme göre, öncelikle mahkemeler ölüm cezası kararı vermeyecek, akabinden ölüm cezasına mahkûm olanların cezalarının fiilî infazı gerçekleştirilmeyecek, infazsız geçen bir dönemden sonra da ölüm cezası otomatikmen ilga edilmiş olacaktır.

Bu süreçte birinci adımın gerçekleşmesi imkansız gibi gözükse de 1988'den sonra ölüm cezası kararlarındaki azalma bunun mümkün olabileceğini göstermiştir. 2. adımla ilgili önemli bir potansiyel gelişme ise infaz emirlerinde gerçekleşmiştir. Zira adalet bakanlarının çoğu, infazı onaylama görevini nahoş bir vazife olarak algılamışlar; bunun sonucunda da infaz sayılarında azalma görülmüştür. Hatta 1991'de Adalet Bakanı Satò Megumu, kendisine gönderilen infaz emirnamesini, Budist Tapınağının başpapazı olması hasebiyle insan hayatına değer verilmesinin gerekliliğine inandığını ileri sürerek imzalamayı reddetmiştir. 1991'in sonunda Bakan olan Tawara Takashi de hiçbir infaz emirnamesini imzalamamıştır. Nitekim 1991'i takiben 3 yıl hiç infaz gerçekleşmemiştir. Bu süre ise Japonya'daki en uzun infazsız süredir. 1992'de ölüm cezası taraftarı olan Gotoda'nın atanmasının ardından 26 Mart 1993 yılında 3 infaz vuku bulmuştur. Gotoda, ilga taraftarlarına Japonya'nın ölüm cezasından vazgeçemeyeceğine dair bir mesaj yollamış, infazların gizliliği geleneğini yıkarak infazları medya aracılığıyla daha geniş bir kitlenin görmesini sağlamıştır. 17 Aralık ve 10 Eylül 1999 tarihlerinde ise toplam beş infaz gerçekleştirilmiştir[312].

Az sayıda da olsa gerçekleştirilen infazlara rağmen ölüm cezasının kaldırılması hareketi *Diet* adı altında bir kuruluş haline getirilmiştir. *Diet*'in üye sayısının 1993'te 182 iken son zamanlarda 764'e yükselmesi ise gittikçe güçlendiğini göstermektedir. Liberal Democratic Party (LDP) üyelerinin çoğunluğu da ölüm cezasının kaldırılmasından yanadır. Ancak hala ölüm cezası, seçim kampanyalarında popüler bir mesele olarak gündeme gelememektedir. LDP'nin 40 yıldır seçimi kaybetmesinin yanı sıra *Diet* hareketi de yakın gelecek için ölüm cezasını kaldırma yolunda hedefe ulaşma açısından pek şanslı gözükmemektedir[313].

312 *Yomiuri Shimbun, KOISHI Hikaru Pebble-The Center for Prisoners' Rights*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

313 Foote, s. 512-517.

e- Filipinler

Filipinler, ölüm cezasını öngören 1848 tarihli İspanya Ceza Kanunu'nu kabul etmiştir. 1970-1980 yılları arasındaki Ferdinand Markos'un başkanlığı sırasında da sıkıyönetim mahkemeleri tarafından birçok politik suçlu ölüme mahkûm edilmiş; ancak en son resmî infaz 1976'da gerçekleşmiştir. 1987'de Corazon Aquino'nun başkanlığı sırasında ise 500'den fazla mahkûmun ölüm cezası, daha hafif bir ceza ile değiştirilmiştir. 1987 Anayasası'nın 3. maddesinin 9. fıkrasında ölüm cezasının cezayı ağırlaştırıcı şartlar bulunmadıkça uygulanamayacağı, bu şartların bulunması halinde ise meclisin yeniden ölüm cezasını vazedeceği kabul edilmiştir[314].

Son infazın ardından uzun süre geçmesine rağmen Şubat 1999'da ilk kez bir infaz gerçekleştirilmiştir. Üvey kız kardeşine tecavüz suçundan ölüme mahkûm edilen Leo Echegaray'in cezası, Katolik Kilisesi, insan hakları grupları ve birçok uluslar arası kuruluşun karşı çıkmasına rağmen öldürücü enjeksiyonla infaz edilmiştir. *Manila Times*'ın verdiği bilgiye göre 2000 yılının ilk infazı ise 4 Ocak'ta gerçekleştirilmesi karara bağlanan Alex Bartolome isimli bir mahkûma aittir. Görülmektedir ki, Filipinler'de bir taraftan insan haklarının demokrasi sembolü olarak görülmesi nedeniyle ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik çalışmalar yapılmakta, diğer taraftan da yine demokrasi çerçevesinde düşünülerek halkın düşüncesi ile uyumluluğun göstergesi niteliğinde ölüm cezası kullanılmaya devam edilmektedir[315].

f- İran

İran'da 1906 tarihli Kanûn-i Esâsî'de fertlerin hayat haklarının dokunulmazlığı kabul edilmiştir (md. 8-25; 1906, md. 32)[316]. 1979 Iran devriminden sonra *Iranian Committee for the Defense of Freedom and Human Rights* tarafından hazırlanan Anayasa taslağında katl suçu için ölüm cezası verilerek yaşam hakkının güvence altına alınacağı belirtilmiştir (md. 1.a). 1983 tarihli İslâm Ceza Kanunu'nun 159 ve 218. maddelerinde soygun, ırza geçme, zina yapma, gayri tabii cinsel ilişki, tekrar tekrar alkol kullanma suçları için ölüm cezası öngörülmüştür[317]. Kasten adam öldürme suçunun cezalandırılmasında cezanın talep hakkı maktulün mirasçılarına verilmiş; cezanın uygulaması ise "veliyyü'l-emr"in yani yetkili makamın kararı şartına bağlanmıştır[318].

---

314 Fitzpatrick– Miller, s. 357.

315 Fitzpatrick–Miller, s. 358.

316 T. H., "Kanun-ı Esâsî", *İA*, VI, 176.

317 Cotran-Mallat, III, 342-344; Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights Tradition and Pol - tics*, 2. bs., London 1995, s. 74, 146.

318 Mer'aşî, Seyyid Muhammed Hasan, "Şerhu kânûn-i mücâzât İslâmî", *Rehnumuz*, İran (1371/1), s. 29-30.

Öte yandan Tahran bölge savcısının önerisiyle, Ocak 1989'da 30 gr. eroin ya da 5 kg. opiumdan fazlasını taşıyan kimsenin ölümle cezalandırılması kabul edilmiştir. 1991 tarihli İslâm Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde ise evli zina suçluları, 110. maddede de livata suçu için ölüm cezası öngörülmüştür. Ancak 98-107. maddelerde taşlama suretiyle gerçekleştirilecek olan infaz ile ilgili birtakım şartlar kabul edilerek zina suçunun ölümle cezalandırılması zorlaştırılmıştır. Nitekim zina suçundan dolayı taşlayarak öldürme şeklinde 1979'da 2, 1981'de 1, 1985'te 2, 1986'da 8, 1987'de 4, 1989'da 43, 1990'da 10, 1991'de 1, 1995'te 1 infaz gerçekleştirilmiştir[319].

Ölüm cezasının diğer suçlar için uygulanması ile ilgili olmak üzere bilgi veren Af Örgütü'nün Ocak 1989 raporuna göre İran'da İslâm Cumhuriyetinin 1979 yılında kurulmasından bu yana 200'den fazla Baha'i inancını benimseyen kişi de ölümle cezalandırılmıştır. Ayrıca bir istatistikte İran'da Mart 1983 ile Mart 1984 tarihleri arasında çoğunluğu politik nedenlerle en az 2600 kişinin idam edildiği belirtilmiştir[320]. Af Örgütü'nün raporunda da 1988'de politik nedenlerle ölüme mahkûm olan 1700'den fazla sayıda kişinin isimlerinin tespit edildiği, ancak isimleri elde edilemeyen binlerce mahkûmun da ölümle cezalandırıldığı belirtilmiştir. Elde edilen bilgilere göre İran'da 1979'da 558, 1980'de 955, 1981'de 2690, 1982'de 698, 1983'te 473, 1984'te 735, 1985'te 470, 1986'da 115, 1987'de 158, 1988'de 3200, 1989'da 1500, 1990'da 750, 1991'de 775, 1992'de 330, 1993'te 93, 1994'te 139, 1995'te 47 infaz gerçekleşmiştir. Bu bilgiler ışığında İran'da savaş ve siyasi karışıklıkların etkilerinin azalmasıyla birlikte, infazların da azaldığı görülmektedir. Hatta son zamanlarda ceza kanunun temeli olan İslam ceza hukukundaki cezaların insaniliğinin evrensel standartlara göre yeniden değerlendirilmesi önerileri de gündeme getirilmiştir. Nitekim İran Dışişleri bakanı Arazî, infazın alenîliği kapsamında medya kanalıyla yaygın bir şekilde görülmesinin, İslâm'ın da imajını zedelediğini belirtmiştir[321].

g- Irak

Irak, *Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne* bağlıdır ki bu sözleşmenin md. 6/1 ve 2'de ölüm cezasının ancak yetkili mahkeme tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hükümlerine uygun olarak sadece çok ağır ve ciddi suçlar için verilmesi... öngörülmüştür[322]. İnsan Hakları Komitesi'nin Nisan 1986 tarihli raporuna göre ise Irak Ceza Kanunu'nda adam öldürme, silahlı

319 Goudarz Eghtedari, "İslamic Republic of Iran and Execution for Adultery and Homosexuality", IHRWG's panel at CIRA's 15th annual conference, Atlanta, Georgia 1997, http://www.ihrw.org/CP/.

320 S. H. Amin, *Islamic Law & Its Implications for Modern World*, (y.y.) 1989, s. 55.

321 bkz. Goudarz Eghtedari, 1997, http://www.ihrw.org/CP/.

322 Fitzpatric –Miller, s. 273, 292.

soygun, kundakçılık, tecavüz, devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlar da dahil olmak üzere 24 suçun ölüm cezasını gerektirdiği kabul edilmiştir[323]. Öte yandan Irak'ta ekonomik ve sosyal durumla ya da hükümetle ilgili her bilgi bir devlet sırrı olarak nitelenmektedir. Bu bağlamda ölüm cezası infazları ile ilgili tam bilgi veren istatistiklere ulaşmak da oldukça zordur[324]. Bununla birlikte elde edilen verilere göre Irak'ta ölüm cezası ile ilgili benimsenen politikanın, hayat hakkının ihlali açısından ileri derecede olduğunu söylemek mümkündür. 1978 - 1981 yılları arasında politik nedenle 520, 1982'de ise 300'den fazla infazın gerçekleştiğini bildiren belgeler de bu düşünceyi doğrular niteliktedir[325].

BM'in özel Irak raportörü Max Van der Stoel, Irak'ta insan haklarının durumu ile ilgili hazırladığı 24. 9. 1998 tarihli raporunda Aralık 1997 ile Haziran 1998 tarihleri arasında arasında gerçekleşen 170'den fazla sayıdaki infaza ait isim listesini elde ettiğini bildirmiştir. Rapora göre 24 Mart 1998 tarihinde Başbakanlık Sekreteri tarafından açıklanan resmî bildiride de bazı isimler yer almış ve bunların idamlarının devletin ve ulusun güvenliği açısından gerekli olduğu belirtilmiştir[326]. Irak Kominist Partisi'nin Kasım 1999 tarihinde açıkladığı raporlarda da çeşitli hapishanelerde farklı politik düşüncelere, dinlere, etnik gruplara, eyaletlere mensup yaklaşık 150 kişinin idam edildiği isimleriyle birlikte bildirilmiştir[327].

Irak'ta ölüm cezasının siyasi nedenlerle uygulanması kapsamında ırkçılık faktörünün de önemli rol oynadığı ve ölüme mahkûm edilenler arasında Türkmenlerin geniş yer tuttuğu ileri sürülmektedir. Nitekim Türkmenlerin kimliklerini tanıma ve muhafaza etme gayesi ile yaptıkları edebî ve kültürel çalışmalar bile ırkçılığın esas alındığı bir örgütü kurma suçu olarak değerlendirilmiş ve bunların ölüm cezasını gerektirdiği kabul edilmiş; bu gerekçeyle 500'den fazla Türkmen ölüme mahkum edilerek cezaları infaz edilmiştir[328]. Hatta *The Islamic Union of Iraqi Turkomans* ölümle cezalandırılan Türkmenlerin fotoğraflarını, kimliklerini ve cezalandırılma sebepleri ile ilgili bilgileri derleyerek bir kitap haline getirmiştir. Ocak 1994 tarihindeki 2. toplantısında da ölüm cezasının ırk ayrımı gözetilerek uygulanmasına temas etmiş, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni dayanak kabul ederek öncelikle Türkmenler için hayat hakkının tanınmasını talep etmiştir[329].

---

323 Muavvid Abdüttevvâb, *Kanunu'l-ukûbât muallekan aleyh bi-ahkâmi mahkeme münzü inşâiha ve hattâ yûne*, (y.y.) Dâru'l-Vefâi'l-Akdi'l-Mansûre, 1988, s. 12.

324 Middle East Watch, *Human Rights in Iraq*, London 1990, s. 28-29.

325 S. H. Amin, s. 71.

326 Mustafa Muhammed Tahhan, *Günümüz İslâm Dünyası*, çev. İbrahim Tüfekçi, İstanbul 1995, s. 32; Amin, s. 67.

327 *Iraqı Issues*, s. 8-10.

328 *ed-Delil: Savtü'l-ittihâdi'l-İslâmî li Türkmâni'l-Irâk*, XLI(Ocak 2000/9), s. 1.

329 "Islamic Union of Iraqi Turkomans", *Turkoman Martyrs: Islamıc torkoman martyrs who had been*

20.10.2002 tarihinde ise Saddam, siyasi suçlar da dahil olmak üzere genel af ilan etmiş, sadece katl suçlarını istisna ederek bu suçları işleyenlerin de hak sahiplerinin izni ile serbest bırakılacağını söylemiştir.

h- Suudi Arabistan, Amman ve Lübnan

Suudi Arabistan ve Amman halen İslam ceza hukukunu uygulamaktadır. Bu ülkelerde adam öldürme, zina, din değiştirme, sabotaj, silahlı soygun, uyuşturucu ticareti gibi İslâm hukukunun had, kısas ve ta'zîr kategorisine ait olan suçlar ölüm cezasını gerektirmektedir[330]. Ayrıca kasten adam öldürme suçunda diyet ve sulh alternatifleri öngörülmüştür[331]. İslam hukuk doktrininde devlet başkanına had ve kısas niteliği taşımayan suçlar için toplumun yararı açısından gerekli olması halinde ölüm cezası verme yetkisi verilmiştir ki bu yetki ta'zîr kategorisinde yer almaktadır. Ayrıca bazı fakihler, hırâbe kavramının kapsamını, sadece hayata ve mala yönelik saldırıları ifade eden yol kesme suçunu değil "yeryüzünde fesat çıkarma" niteliği taşıyan toplumsal düzeni bozucu bütün suçları kapsayacak şekilde genişletmişler ve devlet başkanının hırâbe suçu için öngörülen cezalardan birini seçme hususunda muhayyer olduğunu ileri sürmüşlerdir[332].

Ta'zîr ve hırâbe kavramları ile ilgili yapılan yorumlara dayanılarak Arabistan'da da devlet başkanının "siyâseten" yani siyasi otoritesine dayanarak toplum için tehlike arz eden suçlara gerekli gördüğü cezaları verme yetkisinin bulunduğu bir gelenek olarak kabul edilmiş ve bu yetkiye kralın sahip olduğu düşünülmüştür. Ayrıca kral, herhangi bir yargı aşaması söz konusu olmaksızın ölüm cezası da dahil olmak üzere verdiği cezaların İslâm hukukuna uygunluğunu kontrol ettirmek üzere "ulemâ"nın onayını almaktadır. Nitekim Arabistan'da toplum için tehlike arz eden bazı suçların çok sık işlendiğinin tespit edilmesi üzerine Kral Halid, 1981'de daha sert cezaların kullanılması gerektiğini ileri sürmüş ve Ulemâ Kurulu'na kadın veya çocuk kaçırma ve uyuşturucu ticareti suçlarının cezası hususundaki fikirlerini sormuştur. Kurul, 9 Ekim 1981 tarihli 85 no.lu fetva ile birinci suçun hırâbe kapsamına girdiği ve kralın hırâbe için öngörülen ölüm, çarmıha germe, sürgün ya da el ve ayakları çarprazlama kesme şeklinde dört cezadan birini seçme hususunda muhayyer olduğu, sade-

assasinated by Saddam regime in Iraq, Eylül 1999.

330 Selîm el-Avvâ, Muhammed, *Punishment in Islamic Law: A Comparative Study*, Indianapolis 1982, s. 31; Bassiouni, M. Cherif, *Dıstortions about Islam in the West*, Lahore: Malik Sirâcüdden and Sons (t.y.), s. 201; Frank E. Vogel, "Islamic Law and Legal System: Studies of Suudia Arabia", *Studies in Islamic Law and Society*, ed. Ruud Peters and Bernard Weiss, VIII (Leiden-Boston-Köln 2000), s. 241.

331 Vogel, s. 128, 156, 224.

332 Örnek olarak bkz. Abdullah Ahmed ed-Dârî, "Cezâü'l-müfsidîn fi'l-ard", *Râbıta*, 296 (Ekim 1989), s. 4-7.

ce adam öldürme suçunun işlenmesi durumunda zorunlu olarak ölüm cezası vermesi gerektiği, ikinci suçun ise bağımlı olma halinde ta'zîr, ticaretini yapma durumunda ise "yeryüzünde fesat çıkarma" niteliğini taşıdığı, kadının suçun ağırlığına göre hapis, sopa, para hatta ölüm cezalarından birini verme yetkisine sahip bulunduğu yönünde görüş beyan etmiştir. Öte yandan bu fetvadan iki ay sonra Kral, uyuşturucu bağımlılarının ölümle cezalandırılmasının insan hakları savunucuları tarafından eleştirilmesi üzerine bu tür suçluların tedavi edilmesi gayesiyle bir rehabilitasyon kliniği açmıştır. Bununla birlikte bu fetva halen Arabistan'da terorizm, sabotaj gibi "yeryüzünde fesat çıkarma" niteliği taşıyan ya da ta'zîr kategorisinde bulunan suçların sert cezalarla cezalandırılmasının dayanağını teşkil etmektedir[333].

Frank E. Vogel, 16 Mayıs 1981 ile 18 Nisan 1992 tarihleri arasında yaptığı 11 yıllık araştırma sonucunda Arabistan'da toplam 177 infazın gerçekleştiğini tespit etmiştir. Bu infazların çoğu kılıçla baş koparıldıktan sonra çarmıha germe şeklinde, bir tanesi silahla vurarak, dördü el ve ayakları kesilerek, dört tanesi de recm suretiyle uygulanmıştır[334]. 1992'de 66, 1993'te 88, 1994'te 53, 1995'te 192, 1996'da 69, 1998'de 117, 2000 yılında 113 infaz gerçekleşmiştir[335]. Bu miktarlar had, ta'zîr ve siyaset kategorilerinde yer alan suçların hepsi için verilen ölüm cezalarının toplamını içermektedir. Bu suçlar tek tek incelendiğinde ise İslâm ceza hukukunun had suçlarının ispatı aşamasında öngördüğü zorlaştırıcı şartlar nedeniyle had cezalarının da nadiren uygulandığı, ölüm cezalarının daha çok ta'zîren ya da siyaseten verildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim 1982 yılında zina, tecavüz gibi gayrı meşrû cinsel ilişki nedeniyle 659 kişi suçlu bulunmuş, ancak hiç recm infazı gerçekleşmemiş, suçlular kırbaç ya da hapis şeklinde cezalandırılmıştır. Ayrıca Arabistan'da infazlar halen cuma namazını takiben kalabalık bir topluluğun önünde gerçekleştirilmektedir.[336].

Lübnan'da ise 1943 tarihli Ceza Kanunu'nda ölüm cezası kabul edilmiş; 1983 tarihli 112 sayılı kanunla da bu cezanın uygulama alanını genişletici düzenlemeler getirilmiş[337]; hıyanet (md. 273-276), kasten adam öldürme (md. 591), insanın ölümü ile sonuçlanan hırsızlık (md. 639, 640), geminin batması ya da yolcuların ölmesi ile sonuçlanan gemi işgali (md. 642) uçak kaçırma (md. 643) gibi suçlar için ölüm cezası öngörülmüştür.

---

333 Vogel, s. 250-257.

334 Vogel, s. 260.

335 Agence France Presse, 20.11.2001, http://www.smu.edu/yaydeathpen/updates.html.

336 Vogel, s. 244-247.

337 Ali Muhammed Cafer, *Felsefetü'l-ukûbât fi'l-kânûn ve'ş-şer'i'l-İslâmî*, Lübnan (t.y.), s. 73; Saîd Meczûb, Muhammed, *el-Hürriyyâtü'l-âmme ve hukûku'l-insân*, Trablus 1986, s. 159; Semir Âliye, *İlmü'l-kânûn ve'l-fıkhi'l-İslâmî: Nazariyyetü'l-kânûn ve'l-muâmelâti'ş-şer'iyye dirâse mukârane*, Beyrut 1991, s. 190.

1- Diğer Asya ve Ortadoğu Ülkeleri

Türkmenistan 1997'de son infazı gerçekleştirmiş, 1999'da ise ölüm cezasını kaldırmıştır[338]. Afganistan, Kamboçya, Laos, Malezya, Singapur, Tayvan, Tayland ve Vietnam ise ölüm cezasını uygulamaktadır[339]. Vietnam'da 1995 yılında yaklaşık 100 kişinin ölüm cezası infaz edilmiştir. İnfaz sayısı gibi ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı da oldukça fazla olup Ceza Kanunu'ndaki suçların 2/3'ü için ölüm cezası öngörülmektedir[340]. Nepal ve Sri Lanka'da ise cezaların daha hafif cezalarla değiştirilmesi politikası izlenmesi sebebiyle infazların sayısında azalma seyri yaşanmaktadır[341].

Ortadoğu ülkelerinden Ürdün, Kuveyt ve Yemen'de diğer İslâm ülkelerine nazaran daha yumuşak bir cezalandırma politikası benimsendiği yönünde genel bir kabul varsa da gerçekleştirilen infazların sayısının pek de az olmadığı görülmektedir. Mesela, uyuşturucu kaçakçılığı ve kullanımının da içerisinde bulunduğu bir çok suçun ölümle cezalandırıldığı Kuveyt'te 1964 yılından bu yana 35 infaz gerçekleşmiştir[342]. Dinden dönme suçu için ölüm cezası yerine evliliği bitirme şeklinde bir ceza öngörülmüştür[343]. *American Bar Association Juvenile Justice Center*'in verdiği bilgiye göre Yemen, 18 yaşından küçükleri ölüm cezasına çarptırıp cezalarını da infaz eden altı devletten biridir[344]. Birleşik Arap Emirlikleri Anayasası'nda ise hayat hakkı dokunulmaz kabul edilmekle birlikte bu kuralın istisnası olarak recm, kısas gibi bedenî cezaların uygulanmasına devam edilmektedir[345]. Ölüm cezası, Suriye Ceza Kanunu'nda da yer almakta ve özellikle siyasi nedenlerle yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Nitekim Uluslar arası Af Örgütü ve diğer insan hakları kuruluşları tarafından hazırlanan, Suriye'de ölüm cezalarının uygulanmasıyla ilgili insan hakları ihlallerini içeren birçok rapor bulunmaktadır[346]. Katar'da 1972 Anayasası'nda ölüm cezalarının bir başka cezaya dönüştürülmesinin ve bağışlanmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bunun sonucunda infazlar azalmış ve 1988 yılında gerçekleştirilen iki infazdan sonra ölüm cezası uygulanmamıştır[347].

---

338 "Abolitionist and Retentionist Countries", 10.2002, http://www.amnestyusa.org/abolish/a - ret2html.

339 *Dawn Newspapers*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; *Bangkok Post*, 10.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Osman Balcıgil, s. 10.

340 *Reuters*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

341 İmbert, s. 119.

342 Reuters, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

343 Mayer, s. 145.

344 *Richmond Times-Dispatch*, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

345 Abdülhâdî Abbâs, *Hukûku'l-insân*, Dımaşk 1995, III, 37.

346 S. H. Amin, s. 60-61; Muavvid Abdüttevvâb, s. 43.

347 "Abolitionist and Retentionist Countries", 10.2002, http://www.amnestyusa.org/abolish/a - ret2html.; Jean İmbert, s. 116.

İsrail'de 1962'den sonra hiç infaz gerçekleştirilmemiş, 1954 yılında da adi suçlar için ölüm cezası yasal olarak kaldırılmıştır. Ancak 1950'de katliam, 1957'de ise savaş sırasındaki hırsızlık suçları için kabul edilen ölüm cezası, halihazırda da geçerliliğini korumaktadır. Askerî Ceza Yasası'na göre ölüm cezasının infaz şekli siviller için asma, askerler için silahla vurmadır[348].

E- Türkiye'de Ölüm Cezası

a- Osmanlı Döneminde Ölüm Cezası

aa- Teori

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinden itibaren İslâm hukuku, resmî hukuk sistemi olarak kabul edilmiş ve "şer'î hukuk" olarak nitelendirilmiştir[349]. Şer'î ceza hukukunda suçlar ve cezalar had, kısas ve ta'zîr şeklinde üç kategoride düzenlenmiştir[350]. Had ve kısasta cezaların miktarları, Kur'ân ve sünnet tarafından tayin ve takdir edilmişken ta'zîr cezalarının miktarları belirlenmeyerek[351] devlet başkanına ya da yetkili resmî makamlara bırakılmıştır. İşte, şer'î hukukta ta'zîr suç ve cezalarının tespitinin yetkili merciin takdirine bırakılmasının doğal sonucu olarak Osmanlı padişahları da yaşadıkları zamanın şartları ve kendi görüşleri doğrultusunda çeşitli suçlar ve cezalar vazetmişlerdir. Bu bağlamda ta'zîr kategorisindeki suç ve cezaların, örfî hukuk kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği ortaya çıkmaktadır[352].

Bu bağlamda örfî hukuk, şer'î hukukun ayrıntılı olarak düzenlemediği sahalarda devlet başkanına verdiği yetkiye dayandırılmış, ta'zîr suç ve cezalarının tespit yetkisi de padişaha ve yetkili makamlara verilmiştir. Had ve kısas kategorisindeki suç ve cezalar ise zaten şer'î hukukta geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Ta'zîr suç ve cezalarını belirleme noktasında ise kadıya geniş takdir hakkı vermek yerine bu alanı kanunnamelerle düzenleme yolu tercih edilmiştir[353]. Kanunnâmelerde had ve kısas kategorilerinde yer alan suçlar için şer'î hukukta öngörülen cezaların esas olarak kabul edildiği, bu alanda ayrıntılı düzenlemelere gidilmediği, daha ziyade para cezalarının öngörüldüğü meselelerde veya suçun ispat edilememesi ya da cezanın uygulanamaması

348 "Capital Punishment", *EJu*, V, 145.

349 Cin–Akgündüz, s. 115-116; Ömer Lütfi Barkan, "Kanûn-nâme", *İA*, 2. bs., İstanbul 1967, VI, 190.

350 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi gurari'l-ahkâm,* çev. Arif Erkan, İstanbul 1980, III, 3-102; M. Akif Aydın, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, İstanbul 1994, I, 391; Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara 1963, s. 179; Mehmet Akman, "Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim Olan İlkeler", *Osmanlı*, Ankara 1999, VI, 472-473.

351 İbn Hümâm, Kemalüddin Muhammed b. Abdulvahid, *Fethü'l-kadîr*, Bulak 1315, IV, 211; Mo - la Hüsrev, III, 35.

352 Cin-Akgündüz, s. 116.

353 M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. bs., İstanbul 1996, s. 225.

durumlarında düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Şer'î ve örfî olmak üzere her iki hukukun uygulayıcısı konumundaki kadıların, şer'î hukuktaki cezaların yargılama usûlü ve tatbiki noktasında yeterince eğitim gördüğü[354] ve şer'î ceza hukuku kurallarının fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması gerçeği de göz önünde bulundurulunca kanunnamelerde ve ceza hukuku ile ilgili hüküm ve fermanlarda had ve kısas suçları için ayrıntılı düzenlemelere gidilmemesinin nedeni daha da belirginleşmektedir[355].

Kanunnamelerde suç ve cezaları bütünüyle düzenleme değil de ihtiyacın söz konusu olduğu alanlarda çözümler öngörme şeklinde bir yöntem takip edildiğinden mutlak olarak had, kısas ve ta'zîr şeklinde sistematik bir ayrım yapılmamış, daha ziyade esnek bir çerçeveye sahip olan ta'zîr sahasında birtakım sınırlamalar getirilmiştir[356]. Bu nedenle de suçların tespiti sırasında genel olarak belli ağırlıktaki suçların(*cürm-i galîz),* ölüm cezası ile ya da şiddetli bedeni cezalarla cezalandırılması öngörülmüş ve her iki şekildeki cezalandırma yöntemi "*siyaset"* terimi ile ifade edilmiştir[357]. Burada "s*iyaset"* terimi, teknik anlamda kullanılmıştır had cezalarının infaz yetkisi, kısasın ise infazını onay yetkisi devlet başkanına ait olduğundan bu cezalar da siyaset kavramı ile ifade edilmiştir. Bu suretle terim, bütün cezaları kapsayacak şekilde "ceza" kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Nitekim kanunnamelerde had ve kısas cezalarının verilmemesi durumunda ta'zîr cezalarının takdir edilebileceği öngörülürken uygulanmayan cezalar, "*siyâset olunmadığı takdirde*" şeklinde ifade edilmiştir[358]. Bu terim, hem şer'î hukuk hem de *sultanın iradesi* ile kanun tarafından vazedilen cezaları ifade ettiği[359] gibi şer'î hukuka uygunluğu tartışılan ve siyasî nitelik taşıyan yani idareyle, yönetimle ilgili suçlar için *siyâseten* verilen cezaları da içermiştir[360]. Ancak siyaseten katl cezasına meşruiyet kazandıracak sınırlamalar Tanzimat sonrası kanunlarının temel hedefleri arasında yer almıştır. Bu nedenle 1256 yasasında *siyaseten katl* ifadesi, teknik bir deyim olarak kullanılmış; bu nedenle de padişahın iradesine dayanılarak verilen ölüm cezalarını kapsama özelliğini yitirmiştir[361].

---

354 İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı,* Ankara 1994, s. 73.

355 Halil İnalcık, *Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi Üzerinde Arşiv Çalışmaları, İncelemeler*, 2. bs., İstanbul 1996, s. 319, 327-333; Ömer Lütfi Barkan, "Kanûn-nâme", VI, 185; M. Akif Aydın, "Osmanlıda Hukuk", I, 383; a.mlf., "Ceza: Osmanlı Ceza Hukuku", *DİA,* İstanbul 1993, VII, 478 Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul 1990-1992, I, 75, 129, 347-350.

356 İnalcık, s. 327-333; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 129, 347-350.

357 *3 Numaralı Mühimme Defteri,* no. 196; *6 Numaralı Mühimme Defteri,* no. 88

358 Cin-Akgündüz, s. 286.

359 *10 Numaralı Mühimme Defteri*, no. 76, 208; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 123.

360 Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law,* ed. V. L. Menage, Oxford 1973, s. 259-260.

361 Öz, s. 215-216.

Genel ilke olarak Osmanlı'da yasama alanında ölüm cezasını verme yetkisi sultana, sadrazama ve diğer vezirlere aittir[362]. Aslında bu yetki, temelinin şer'î hukuka dayanması itibarıyla mutlak nitelik taşımamaktadır. Bununla birlikte devlet otoritesinin zayıfladığı ya da yetkinin kötüye kullanıldığı durumlarda zaman zaman sınırlandırılmasına yönelik girişimlerde bulunulmuştur. Bu tür girişimlere, özellikle XIX. yüzyılda gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerinde rastlanmaktadır[363]. Bu bağlamda II. Mahmud döneminde yürürlüğe konulan 1254/1838 tarihli kanun ile devleti kurtarmak için can ve mal güvenliğinin sağlanmasının gerekliliği düşünülmüştür. Bunun nedeni ise devletin son dönemindeki zayıflamanın hukuki çözülmelerden kaynaklandığı yönündeki anlayıştır. Bu anlayıştan hareketle ilk olarak hayat hakkının güvence altına alınması için ölüm cezasının sadece yasada yazılı durumlarda ve sağlam bir soruşturma sonucu verilmesinin ve padişahın da kendi yetkisine dayanarak idam emri vermemesinin kabul edilmesi gerektiği düşünülmüş; ileri tarihlerde de ölüm cezası verme yetkisini, padişahın kendi iradesi ile sınırlamaya yönelik adımlar atılmıştır[364].

Rumi 26 Şaban 1255/1839 tarihinde ilan edilen *Gülhane Hattı Hümayunu'*nda devletin bütün vatandaşları için eşit bir şekilde mal ve namusla birlikte hayat hakkı da güvence altına alınmış; bu hakları koruma görevini tam olarak îfâ eden devlete karşı vatandaşın güven duyup isyan etmeyeceği belirtilmiştir[365]. 3 Rebiülevvel 1256/3 Mayıs 1840 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyûnu'nda bu hakların herkes için eşit olarak cezaî müeyyidelerle korunması ve ölüm cezasını gerektiren suçların sınırlandırılması öngörülmüş; cezaların, padişahın örfî yetkisine değil de kanuna dayanılarak verilmesi ve yargı organının cezayı artırma veya eksiltmesini engelleme amacıyla her suç için tek ve sabit bir ceza konulması, suçların ve cezalarının ise şer'î hukuk göz ardı edilmeksizin tespit edilmesi esası kabul edilmiştir[366].

1267/1851 tarihli '*Kanun-u Cedîd*'in mukaddimesinde de can, mal ve ırzın emniyeti esasının şer'i şerîfe dayandığı ve zamanın değişmesine bağlı olarak değişmesinin imkansız olduğu belirtilmiştir. Kanun bu üç ilke doğrultusunda üç fasıla ayrılmış; birinci faslın ilk maddesinde ise canın korunması bağlamında gerek toplumsal kargaşaya yönelik hareketlerin gerekse adam öldürme su-

362 Üçok-Mumcu, s. 203.
363 M. Akif Aydın, "Osmanlıda Hukuk", I, 94.
364 Uriel Heyd, s. 262.
365 Muhammed Ferid Bey, *Târîhü'd-devlet-i'l-aliyyeti'l-Osmâniyye*, thk. İhsan Hakkı, 6. bs., Beyrut 1988/1408, s. 482; Osman Nuri Uman, s. 343; Halil İnalcık, s. 357; Üçok- Mumcu, s. 312; Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1988, V, 250; a.mlf., VIII, 206-207.
366 Karal, V, 177; *age*., VI, 153; Üçok-Mumcu, s. 321-322.

çunun ölüm cezasını gerektirmesi düzenlenmiştir[367]. 28 Zilhicce 1274/9 Ağustos 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu'nda da şahsa karşı işlenen suçlarla ilgili olarak şer'i şerîf tarafından belirlenmiş cezaların yürürlükte olduğu kabul edilmiştir (md. 1)[368]. Bu noktada Osmanlı ceza hukukunun örfî kısmını temsil eden kanunnamelerde ölüm cezasının konumu genel olarak tespit edilmektedir. Bu cezanın verildiği suçlar açısından incelenmesi ise meseleye daha da açıklık kazandıracağından hem şer'î hem de örfî hukuk bağlamında ölüm cezasını gerektiren suçları maddeler halinde özetlemek mümkündür.

1- Kasten Adam Öldürme Suçu

Şer'î hukukta *kısas* terimi, kasten adam öldürme, yaralama ve organ kesme suçlarında failin, işlediği suçla aynı şekilde cezalandırılmasını ifade etmek üzere kullanılmış[369]; kısası gerektiren suçun, kasıtlı olarak bir insanın hayatına yönelik olması durumunda da ölüm cezası söz konusu olmuştur. Kastın ölçütü olarak ise suçun *âlet-i câriha* ya da *âlet-i harb* ile işlenmesi dikkate alınmıştır[370]. Kasıtlı olarak adam öldürme suçunun ölümle cezalandırılmasını tercih yetkisi ise maktulün mirasçılarına verilmiştir. '*Veliyyü'd-dem*' şeklinde de ifade edilen maktûlün yakını, kısas veya diyet talep etme ya da suçluyu affetme yetkisine sahiptir[371]. Osmanlı'da kanunlardan önceki dönemde bu esas benimsenmiş ve uygulanmış[372]; kanunlarda da kısas, diyet, af ve sulh kurumlarına aynı şekilde yer verilmiştir. Nitekim Fatih Kanunnamesi'nin ikinci faslı adam öldürme ve müessir fiillere aittir[373]. II. Bayezid ve Kanuni Sultan Süleyman döneminde hazırlanan kanunnamelerde adam öldüren kişiye şer'î hukukun bu konudaki emrinin uygulanması kabul edilmiştir[374].

3 Rebiülevvel 1256/3 Mayıs 1840) tarihinde yürülüğe giren Ceza Kanunnâme-i Hümâyûnu'nda 1. faslın ilk maddesinde *katl-i nefs* ölüm cezasını gerektiren bir suç olarak kabul edilmiştir[375]. 1267 tarihli Kanun-u Cedîd'in birinci faslının ilk maddesi de ölüm cezası ile ilgili olup şu şekildedir[376]: "*Bilâ*

367 Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı*, Diyarbakır 1986, s. 821-822.
368 Karal, VIII, 210; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 134.
369 Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd, *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi'ş-şerâi'*, 2. bs., Beyrut 1406/1987, VII, 233; Molla Hüsrev, III, 68.
370 *6 Numaralı Mühimme Defteri*, no. 625.
371 Molla Hüsrev, III, 83.
372 Bkz. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul 1983, s. 152-154; *Şer'iye Sicilleri Seçme Hükümler,* Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1989, II, 109-113, 116; *İstanbul Ahkâm Defterleri*: *İstanbul'da Sosyal Hayat 2 (1755-1765),* İstanbul Külliyatı, İstanbul 1998, I, 11, no. 1/53; 303, no. 2/1095; 333, no. 3/243; 334, no. 3/258; 335, no. 3/273; 340, no. 3/354; 351, 3/475; II, 223, no. 6/20.
373 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 129, 347-350.
374 Akgündüz, I, 129; Uriel Heyd, *Criminal Law,* s. 81.
375 Akgündüz, *Külliyyât*, s. 811.
376 Akgündüz, *Külliyyât*, s. 822.

istisna tebea-i Devlet-i Aliyyeden olanların metbû-ı şer'îsi olan Devlet-i Aliyye aleyhine îkâz-ı fitneye cesaret ve katl-i nefse cür'et misillû bir hareket vukû bulup da şer'an ve kanunen ve alenen ve tahkîkat-ı lâzıme ve tetkikat-ı muktazıye ile kirâren ve miraren davası görülerek bila-garaz cünhası badessübut hükm-i şer'î terettüp etmeksizin her türlü suver-i mümküne ile hiç kimsenin canına kasd olunmaya. Ve kasd vukuunda bizzat veya ettirsin her kim olur ise olsun hakkında kısas ve hükm-i şer'î icra oluna. Velev olmaktûlün veresesi diyet ahziyle razı olmak veya ol katili bütün bütün affetmek suretinde olsalar bile işbu idam maddei kabihasına cesaret eden memur beder hal siyaseten ve nizamen idam kılına. Velhasıl işbu katl-i nefs maddesinde büyük küçük müsavi tutula."

1274 tarihli kanunun 2. maddesinde suçlar cinayet, cünha ve kabahat şeklinde üçe ayrılmış, 3. maddede cinayetin "*mücâzât-ı terhîbiyyeyi istilzam eden ef'al*" olduğu belirtilmiş, cinayet sınıfına giren cezaların vazolunduğu ikinci babın 1. faslında da adam öldürme ve yaralama suçları düzenlenmiştir[377]. 170. maddede ise kasıtlı olarak adam öldürmenin cezası için ölüm cezası öngörülmüştür[378]. Kanunnâmede adam öldürme suçlarının İslâm hukukunda olduğu gibi şahıs haklarına yönelik olduğu göz önüne alınarak maktulün veresesi bulunması, onların da talep etmesi durumunda davanın, kısas veya diyet şeklinde bir karara bağlanmak üzere şer'iyye mahkemelerinde görülmesi, mirasçıların affetmesi durumunda da kanun gereği cezalandırılmaları esası kabul edilmiştir[379].

2- Yol Kesme Suçu

Yol kesme suçu, şer'î hukukta *hırâbe* ve *kat'ı tarîk*[380], Osmanlı hukuk tarihinde ise *harâmîlik*, suçlular da *kuttâü't-tarîk* terimleri ile ifade edilmiştir[381]. 1256 tarihli kanunun 11. faslının 3. maddesinde yol kesme suçu işlerken adam öldüren suçluların suçunun araştırma neticesinde sabit olması durumunda kısas ile ölüm cezası verilmesi gerektiği ifade edilmiştir[382]. Kanun-ı Cedîd'in 9. maddesinde de yol kesme suçu işleyenlerin adam öldürme suçu işlemelerinin sabit olması durumunda ölümle cezalandırılmaları gerektiği kabul edilmiştir. 10. madde, cezanın keyfî uygulamalarının önüne geçilmesine yönelik bir tedbir hükmü içermekte, silahlı isyancıların ve yol kesicilerin üzerlerine gidildiği sırada öldürülmeleri durumunda kısas gerekmediği, ancak sağ olarak ele geçirilen-

377 Akgündüz, *Külliyyât,* s. 837.
378 Akgündüz, *Külliyyât,* s. 861.
379 Aydın, "Ceza: Osmanlı Ceza Hukuku", VII, 482; Uman, s. 343.
380 Molla Hüsrev, III, 56; Ali Efendi, *Şeyhülislâm Fetvaları*, sadeleştiren, İbrahim Ural, (y.y.) Fey Vakfı Yay. 1995, s. 134-135.
381 Düzdağ, s. 151.
382 Akgündüz, *Külliyyât,* s. 818.

lerin yargılanmadan öldürülmeleri halinde kısas gerektiği belirtilmektedir[383]. 1274 tarihli kanunda da yol kesme suçunun faillerinin adam öldürme suçunu da işlemeleri halinde ölümle cezalandırılacakları kabul edilmiştir[384].

3- Zina Suçu

Şer'î hukukta zina suçlusunun muhsan olması durumunda recm yani taşlama suretiyle ölümle cezalandırılacağı kabul edilmiştir[385]. Kanunnâmelerde ise zina suçu için ölüm cezası değil de para ya da hapis cezası öngörülmektedir[386]. Nitekim zina suçu ile ilgili hükümlere 1256 ve 1267 tarihli kanunlarda rastlanmazken Kanuni döneminde çıkan 1274 tarihli kanunda yer verildiği görülmektedir. Bu kanunun '*Hetk-i Irz Edenlerin Mücâzâtı*' başlıklı üçüncü faslın 201. maddesinin zeylinde zina suçunun hapis cezası gerektirdiği kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme, kanunun 1. maddesinde de belirtildiği gibi şer'î hukukun zina ile ilgili hükümlerinin gözardı edilmesine değil, ulülemrin ta'zîren cezalandırma hakkına dayanılarak gerçekleştirilmiştir. Yine de ceza ile ilgili nihai sonuca varma yetkisi mahkemelere bırakılmıştır[387].

Kanuni Sultan Süleyman dönemi ceza kanunnamesinin bir nüshasında yer alan "*Eğer bir kimse zina etse, dahi üzerine sabit olsa, lâkin alâ vechi'ş-şer' recm kılmalı olmasa, zani evli ise ve ganî olsa bin akçeye ve dahi ziyadeye kadir olsa üç yüz akçe cürüm alına*"[388] ifadesinden anlaşılacağı üzere kanunnamede öngörülen para cezasının, şer'î cezanın herhangi bir engel nedeniyle uygulanmaması durumunda ta'zîren verilen bir ceza olduğu ortaya çıkmaktadır[389]. Bununla birlikte şer'î hukukta evli olup da bu suçu işleyen kimselere öngörülen recm cezasına karar vermenin suçun ispatını zorlaştırıcı şartlar nedeniyle adeta imkansız hale gelmesinden dolayı kadılar genellikle zinanın subût ettiği hükmüne varamamışlardır. Öyle ki mahalleli uygunsuz ilişki kuran kimselerin evine baskın yapıp onları mahkemeye getirdiklerinde verilen hüküm "zina isnadı" şeklinde olmuş, bu durumda da suçluya ya kürek ya da hapis cezası verilmiştir[390]. Buna göre yasama ve yargıda zina suçu için verilen para cezaları, daha ziyade bu

383 Akgündüz, *Külliyyât,* s. 823.

384 Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989, s. 70.

385 *Muhsan* terimi sahih bir evlilikle evlenmiş ve bu evlilik dolayısıyla zifaf gerçekleşmiş olan hür ve mükellef kimse şeklinde tanımlanmıştır: Molla Hüsrev, III, 3-24; Ali Efendi, s. 119; Düzdağ, s. 157.

386 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* II, 40.

387 Naci Şensoy, "Zina Cürmü", *İÜHFM,* VIII(1942/1-2), s. 74; Sulhi Dönmezer, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul 1942, s.74; Gökçen, s. 69.

388 Akgündüz, IV, 296. Aynı şekilde Alaüddevle Bey Kanunnamesi'nde "*had olmaz ise*" kaydı (Barkan, *Kanunlar*, s. 121, md. 10), Bozok Kanunnamesi'nde de "*recm olmaz ise*" ifadesi bulunmaktadır (*age*, s.125, md. 10).

389 Aydın, , "Ceza: Osmanlı Ceza Hukuku", *İA,* VII, 479.

390 Geniş bilgi için bkz. İlber Ortaylı, *Osmanlı Toplumunda Aile,* 2. bs., İstanbul 2001, s. 80-81.

suçla ilgili olarak İslâm hukukunda öngörülen ağır ispat şartlarıyla ilgili olup suçun dört şahitle ispat edilememesi ve suçluya had cezası verilememesi durumunda kanunnamelerde öngörülen para cezaları verilmektedir. Neticede had suçlarında suçun unsurları ve isbat şartları gerçekleşmişse şer'î ceza hukuku hükümlerinin uygulanması, bunlarda bir eksiklik varsa uygun bir ta'zîr cezasının verilmesi şeklinde düzenli bir uygulamanın söz konusu olduğu görülür[391].

4- Dinden Dönme Suçu

Şer'î hukukta din değiştiren kişinin ölümle cezalandırılması kabul edilmiş; ancak kanunlarda bu suçun cezası için herhangi bir düzenleme yapılmamıştır[392]. Bununla birlikte fetva kitaplarında din değiştiren, peygamberleri kabul etmeyen, sapık mezhepleri benimseyen kimselerin ölümle cezalandırılmasını öngören fetvalara yer verilmiştir[393].

5- Ölüm Cezasını Gerektiren Ta'zîr Suçları

Şer'î ceza hukukunda ta'zîr yoluyla verilen ölüm cezasına pek sıcak bakılmamakla birlikte Hanefî hukukçular *siyâseten katl* şeklinde ifade ettikleri ta'zîren ölümü kabul etmişlerdir[394]. Osmanlı devletinde kadılar daha ziyade Hanefî mezhebine mensub hukukçulardan seçilmesi sebebiyle[395] Osmanlıda da ta'zîren ölüm cezası verilmiş; ta'zîr kategorisinde bulunup sopa ve para cezasının dışındaki cezalara da *siyaset cezası* denilmiştir[396]. Mesela, livatanın Hanefî mezhebinde bir ta'zîr suçu olması esas alınmış, suçlunun bu suçu işlemeye devam etmesi durumunda ta'zîr yoluyla ölümle cezalandırılabileceği kabul edilmiştir[397].

Osmanlı'da ta'zîr suçlarının takdir ve tatbik yetkisine padişah, onun vekili sadrazam ve yüksek rütbeli görevliler sahipken suçluluğun tespiti kadıya aittir. Nitekim gerek kanunnamelerde gerekse adaletnamelerde suçlulara verilecek cezanın, mutlaka '*kadı marifetiyle*' olması esası yer almaktadır. Bu esasın temelinde ise halkı idarecilerin keyfî kararlarından koruma gayesinin bulunduğu düşünülebilir[398]. Nitekim kanunlar, had ve kısas cezalarının ispat edilememesi, af veya sulh sebebiyle düşmesi ya da şer'î hukukta bulunmayan farklı suçların cezalarının tespiti durumunda devreye girmiş ve keyfîliği önleme amacı ile ta'zîr niteliğinde birtakım cezalar tayin etmiş, hatta adam öldür-

391 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi,* s. 227.
392 Uriel Heyd, s. 262.
393 Ali Efendi, s. 153; Düzdağ, s. 109-117.
394 İbn Âbidîn, Muhammed b. Emîn (ö.1252/1836), *Hâşiyetü reddi'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr: Şerhu Tenvîri'l-ebsâr ve tekmiletü Reddi'l-muhtâr*, 3. bs., Mısır 1404/1983, IV, 68.
395 Aydın, "Osmanlıda Hukuk", I, 407.
396 Cin-Akgündüz, s. 277; Ahmet Akgündüz, , *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 123.
397 Ali Efendi, s. 121; İbn Âbidîn, IV, 68.
398 Aydın, "Ceza: Osmanlı Ceza Hukuku", *DİA,* VII, 479, 481.

me suçunda ödenecek diyet gibi para cezalarının da miktarını belirlemiştir[399]. Bu belirleme sırasında yine de şer'î hukukun ta'zîr cezalarının tespitini hakime bırakması esası ihlal edilmemiş ve insanların para cezalarında erkek, orta halli, fakir, çok fakir şeklinde ayrılmaları dikkate alınarak suçlunun konumunu, buna bağlı olarak cezanın miktarını tayin yetkisi hakime verilmiştir[400].

Ta'zîr niteliğinde verilen ölüm cezasını gerektiren suçların tespitinin yetkili mercilere bırakılması, farklı dönemlerde farklı suçların ölümle cezalandırılmasına neden olmuştur. Genel olarak değerlendirildiğinde ise ta'zîren ölüm cezasını gerektiren başlıca suçlar şunlardır: Livata, tütün içme, zimmete kamu parası geçirme, zındıklık, at çalma, evlat edinme ya da köleleştirme amacıyla esir çalma, köle ve cariyeyi kandırıp kaçırma, adet haline getirilen hırsızlık, halka öldürücü aletlerle zarar verme, yabancı ülkelere illegal olarak tahıl ürünleri ihracı[401]. Görevlerinde ihmali görülen devlet hizmetlileri de çoğu zaman ölümle cezalandırılmıştır[402]. Had ve kısas suçları dışında kanunnamelerde düzenlenen suçların başında ise kalpazanlık, sahte evrak, özellikle sahte berat ve ferman tanzimi, kız ve kadın kaçırma, ırza geçme, kadın satma, yankesicilik, meskene tecavüz, kundakçılık, görevi kötüye kullanma, vazifesini gerektiği gibi yapmama, bulunmuş malı sahiplenme suçları gelir[403].

Bu suçlar için verilen ölüm cezasının temelinde ise geniş bir coğrafyada egemen olan Osmanlı İmparatorluğu'nda sosyal ve iktisadi kargaşaların gündeme geldiği dönemlerde asayişi temin ederek merkeziyetçi devlet anlayışını yerleştirme çabasının bulunduğu düşünülebilir. Hatta bu amaç çerçevesinde zaman zaman şer'î hukukun esaslarının da zorlandığı söylenebilir. Mesela IV. Murad, zorbalığın kökünü kazımak ve isyankarları sindirmek için tütün yasağını bir koz olarak kullanmış, yasağı ihlal eden bir çok insanı ölümle cezalandırmış ve cesetleri herkesin görebilmesi için kalabalık meydan ve caddelere bıraktırmıştır. Tütün yasağı padişahın ta'zîr suçlarını tespit etme yetkisi çerçevesinde değerlendirilse de bu suçun ölüm cezasını gerektirmesinin ardındaki gaye, toplumsal düzeni ve asayişi temin etmektir. Ne var ki bu gaye ile cezanın uygulanması sırasında bir çok masum tiryakinin öldüğü de nakledilir[404].

Aynı şekilde Şeyhülislam Abdürrahim Efendi tarafından hırsızlık yapma maksadıyla beytülmâl demirlerini kesme esnasında yakalanan suçlunun '*gay-*

399 İnalcık, *Osmanlı İmparatorluğu*, s. 338.
400 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, 131-132.
401 Naimâ Mustafa Efendi, *Naima Tarihi*, çev. Zuhuri Danışman, İstanbul 1967, I, 338; III, 1393; a.mlf., V, 2363; *Şer'iye Sicilleri*, II, 115.
402 Tunçer, s. 265.
403 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 229.
404 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1988, III, 183; Yılmaz Öztuna, *Büyük Türkiye Tarihi: Türkiye'nin Siyasi, Medeni, Kültür, Teşkilat ve Sanat Tarihi*, İstanbul 1978, IX, 22.

re ibret için' ölümle cezalandırılması gerektiğine dair fetva verilmiştir. Oysa şer'î ceza hukukunda teşebbüs aşamasında kalıp henüz tamamlanmamış bir suç için ceza verilemediği gibi bu durumda ta'zîren ceza verilmesi gerekli görülse bile, işlenmemiş bir suça denk olmak üzere verilecek ceza, ölüm cezası olmamalıdır. Bu durumda ölüm cezasının öngörülmesinden hareketle örfî ceza hukukunun, zaman zaman şer'î hukukta mevcut olan cezaları hafifletmek bir yana ağırlaştırma rolünü oynadığı sonucuna varılabilir[405]. Ayrıca padişahın hırsızı, yeryüzünde fesad çıkarmaya (*sa'y bi'l-fesâd*) çalışmasından dolayı siyâseten öldürmesine de izin verilmiştir[406].

Ta'zîr cezalarına II. Bayezid döneminde düzenlenen kanunnamenin dördüncü faslında da yer verilmiştir. Yavuz Sultan Selim'in hazırlattığı umumi Osmanlı Kanunnamesi'nin ilk üç faslı ta'zîr cezalarına tahsis edilmiştir. İçerik itibarıyla öncekilerle aynı olsa da bu kanunnamede cezaların daha şiddetli ve ağır olduğu görülmektedir. Kanuni Sultan Süleyman döneminde hazırlanan kanunnamenin dördüncü faslı, hakkında had veya kısas cezası bulunmayan, rüşvet ve yankesicilik gibi tespiti tamamen ulü'l-emrin yetkisine bırakılan *mücerret siyaset cezaları* düzenlenmiştir[407]. Nitekim 37. ve 45. maddelerde bir kaç kez hırsızlık yapan kişilere ölüm cezasının uygulanması öngörülmüştür[408]. Sultan IV. Mehmet zamanında yapılarak 1091 yılında yayınlanan ceza kanununda da mükerrir hırsızlar için ölüm cezası verilmesine ilişkin hükümler yer almıştır[409].

Kanun-ı Cedîd'in birinci faslında kısası gerektiren durumlarda mirasçıların suçluyu affetmesinin devleti bağlamayacağı ilkesi benimsenmiştir. Bu hüküm ile ceza hukukunun kamusal niteliği kabul edilirken ölüm cezasının düşmesi durumunda dahi devletin cezayı ta'zîr yetkisine binaen öngörmesi sonucu doğmuştur[410]. 1274 tarihli kanunun 163. maddesinde ise meskun mahallerde bulunan veya insanın oturması için tahsis edilmiş bina, gemi gibi yerleri, kendi malı dahi olsa kasıtlı olarak ateşe verip yakan kimsenin ölümle cezalandırılması öngörülmüştür. 172. maddede kısastan affolunanın en az 15 yıllık kürek cezası ile cezalandırılacağı, 173. maddede ise cinayeti ve şetaveti adet haline getiren, başkalarına işkence ve eziyet eden kimsenin siyaseten katl cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir[411].

---

405 Aydın, "Ceza: Osmanlı Ceza Hukuku", *DİA*, VII, 480.

406 Molla Hüsrev, III, 48.

407 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, 129.

408 Üçok, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *AHFM* (1947/1-4), s. 66; Mumcu, *Siyaseten Katl*, s. 136.

409 Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", s. 60.

410 Üçok-Mumcu, s. 322; Feridun Yenisey, "Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler", *Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku*, (15-18 Aralık 1981), İstanbul 1983, s. 46; Mumcu, *Siyaseten Katl*, s. 45.

411 Akgündüz, *Külliyyât*, s. 860-861.

6- İsyan Suçu:

Osmanlı hukukçuları, genel olarak padişahın meşrû emirlerine karşı girişilen itaatsizlik şeklindeki toplumsal düzeni bozucu nitelikteki isyan hareketlerini, *bağy* suçu olarak değerlendirmişler; suçluları *bağî*, *buğât* ve *fiet-i bâğiye* terimleri ile ifade etmişler ve onların ölümle cezalandırılmaları gerektiğine dair fetva vermişlerdir[412]. Fatih Sultan Mehmet de bu tür fetvaları dayanak kabul ederek ilk kanunnamesinde '*Ve eğer kimesneye evladımdan saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem içün katletmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmiştir. Anında amil olalar*' maddesine yer vermiştir. Bu madde ile önceden isyan temeline dayandırılarak meşrûlaştırılan kardeş katlinde bu unsur kaldırılmış ve söz konusu madde isyan etmeyen hanedan üyelerinin öldürülmesinin hukuki dayanağını teşkil etmiştir[413]. Nitekim Fatih'ten önceki dönemde meydana gelen kardeş katli olaylarının, Yakub Bey istisna tutulursa, tamamı şehzadelerin isyanı sonucunda meydana gelmiştir[414]. Fatih Sultan Mehmed'in böyle bir kuralı benimsemesinin nedenleri sorgulandığında ortaya çıkan görüşler ise şu şekilde özetlenebilir: Bir görüşe göre Fatih, hakimiyetin bölünmezliğini gerçekleştirme amacı ve devleti muhtemel bir iktidar mücadelesinden muhafaza etme kaygısı ile bu kuralı vazetmiştir. Bir başka bakış açısına göre bu madde, bağy suçu ile ilgilidir ki din bilginleri isyan suçu işleyenlerin kardeş dahi olsa ölümle cezalandırılmasını kabul etmişlerdir. Bağy suçunun unsurları oluşmadan, ihtimale dayanılarak ölüm cezası verilmesi ise tarihi bir gerçektir[415]. Ancak bu yanlışlığın kanundan değil uygulamadaki suistimallerden kaynaklandığı düşünülebilir. Bir diğer yaklaşıma göre de bağy suçunun unsurlarını ve vasıflarını taşımayan kardeş katli olaylarını, ulü'l-emrin yetkisine bırakılan ta'zîr cezaları yani siyaseten katl kategorisinde değerlendirmek mümkündür[416].

Osmanlı Devletinde Kardeş Katli isimli eserinde Mehmet Akman ise kardeş katlinin suç ve ceza kavramlarının geçerli olmadığı bir düzlemde ele alınması gerektiğini, bu uygulamanın bir ceza hukuku müessesesi olmadığını ifade etmiştir. Zira herhangi bir suç işlemeksizin öldürülmenin, suçun maddi unsurunun bulunmaması hasebiyle ceza olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

412 bkz. Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, 114-116; Naima Efendi, I, 331.

413 İnalcık, "Mehmed II.", *İA*, VII, 513.

414 Osmanlı Devletindeki kardeş katli uygulamaları hakkında geniş bilgi için bkz. Mehmet Aman, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, İstanbul 1997, s. 43-109.

415 Öztuna, IX, 27-28, 30; a.mlf., VI, 218-219.

416 Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, 114-117; Uriel Heyd de isyan eylemi söz konusu olmaksızın kardeş katli uygulamalarının siyasal düzenin teyidi ve potansiyel isyan suçunun bertaraf edilmesi şeklinde siyaseten cezalandırma niteliği taşıdığı görüşündedir: Uriel Heyd, *Criminal Law,* s. 194; Ahmet Mumcu ise kardeş katlini eserinin bir yerinde siyaseten katl kategorisinde değerlendirirken bir başka yerinde İslam ceza hukuku ile alakası olmayan özel bir siyaseten katl türü olarak nitelendirmiştir: Ahmet Mumcu, *Siyaseten Katl*, s. 194, 204.

Kardeş katlinin bir ceza olarak meşru kabul edilmesi için öncelikle öldürülmeye mahkûm olan kardeşin isyana teşebbüs etme şeklinde bir suç işlemiş olması yani suçlu konumunda bulunması gerekir. Toplumsal kargaşanın önüne geçme amacı ile geleceğe yönelik bir tedbir niteliği taşıyan kardeş katli uygulamaları ise varsayıma dayanmaktadır. Halbuki ölüm cezası, bu cezayı hukuken gerektiren bir suçun işlenmesine yargı organları tarafından karar verilmesi durumunda söz konusu olur. Kardeş katli de ancak isyan suçunun bir yargı organı tarafından tespit edilmesi halinde meşru görülebilir[417].

İsyan suçu için verilen siyaseten katl cezası, kanunlaştırma hareketlerinden önceki dönemde de uygulanma süreci açısından oldukça eski bir tarihi geçmişe sahiptir. Merkeziyetçi otoritenin sarsılmasına neden olabilecek taraftar toplama, isyan ya da kargaşa çıkarma, ihtilale veya savaşa kalkışma, zorbalık ve siyasi ihtiraslarla dalavere yapma[418] gibi hareketler genellikle ölümle cezalandırılmıştır. Bu fiiller, ister saray içerisindeki şahıslara ister halk içinden herhangi bir şahsa ait olsun, Osmanlı'nın hemen her döneminde çoğunlukla ölümle cezalandırılmıştır. Devlet otoritesine karşı somut eylemlerin bulunmadığı, ancak potansiyel tehlike arzeden durumlarda dahi politik amaçlarla ölüm cezasının uygulanması söz konusu olmuştur. Nitekim vezir, paşa gibi devletin üst kademesinde bulunan birçok görevlinin bu nedenle hayatına son verilmiştir[419].

Bu bağlamda 1256 tarihli kanunun 2. faslının birinci ve ikinci maddelerinde de "*sâî-bilfesat*" olanların yani sözlü ve fiilî olarak karışıklık çıkarmaya çalışanların cezaları düzenlenmiş, ikinci maddede ise ölüm cezasını gerektiren şartlar belirtilmiştir: " *Fiilen olduğu halde bir kimseyi veya birtakım adamları bağy ve isyana davet etmek ve onlara esliha ve barut vermek gibi şeylere tasaddi edecek olduğu takdirde bu makûlelerin cünhası pek azim olacağından katl ve idam kılına...*" Maddenin devamında padişahın bu tip suçluların cezasını müebbet kürek cezasına çevirme yetkisine sahip olduğu hükmünün yer alması ise siyaseten katl cezasının mutlak bir ceza olmadığını ifade eder. Böylece bu yasa, siyaseten katl cezasını sadece isyan suçuna indirgemiş olur[420]. Kanun-ı Cedîd'in birinci faslının ilk maddesinde ise ölüm cezasını gerektiren iki suça yer verilmiştir. Bu suçlardan biri adam öldürme diğeri de "*Bilâ istisna tebea-i Devlet-i Aliyyeden olanların metbû-u şer'îsi olan Devlet-i Aliyye aleyhine îkâz-ı fitneye cesaret"* etmeleridir[421] Altıncı madde ise isyana davet etme ve devlete karşı silahlanma teşebbüslerinin siyaseten katl cezasını gerektirdiği, ancak mahkûmların ölümle cezalandırılacaklarına hükmolunduktan sonra katle

417 Geniş bilgi için bkz. Akman, s. 158-162.
418 bk. Naima Efendi, III, 1358, 1368, 1382; IV, 1586-1602; VI, 2658; Öztuna, IX, 19, 25.
419 bk. Uzunçarşılı, II, 10-11, 179; a.mlf., III, 183; Öztuna, VIII, 35-36.
420 Akgündüz, *Külliyyât*, s. 812.
421 Akgündüz, *Külliyyât*, s. 822.

bedel olarak müebbet kürek cezası ile değiştirilme ümidiyle padişaha arzedilmesi hükmünü içermektedir[422].

ab- Yargı

Osmanlı kadıları yargılamayı Hanefî mezhebini esas alarak yaparlardı. Ancak davacının davasının diğer üç mezhepten birinin hükümlerine ve ictihadlarına göre bakılmasını talep etmesi halinde buna uyulmak zorunda idi[423]. Osmanlı'da ölüm cezasının yargı ve infaz safhalarında benimsenen ilkeler de genel olarak şer'î hukukla paralellik arzetmekteydi. Nitekim şer'î hukukta adlî hatalara engel olma amacıyla ölüm cezasının ispatı için gösterilen titizlik[424] kanunnamelere de yansımıştır. Gülhane Hattı Hümayunu'nda yer alan *"Fîmâba'd, eshab-ı cünhanın davaları kavanin-i şer'iye iktizasınca alenen berveçh-i tetkik görülüp hükmolunmadıkça hiç kimse hakkında halî ve celî idam ve tesmim muamelesi icrası caiz olamaz."* ifadesi ise ölüm cezasının keyfî bir şekilde uygulanmasını önleme amacını içermektedir.

1256 tarihli kanunun 1. faslın ilk maddesinde de ölüm cezasını gerektiren suçun '*tahkikat-ı lâzime ve tetkikat-ı mukteziye*' yani gerekli araştırma ve inceleme safhalarından geçtikten, '*kirâren'* ve '*mirâren'* dava görüldükten sonra '*bilâgarez'* tespit edileceği belirtilmiştir. Yargı aşamasının bu esaslara göre gerçekleştirilmemesi durumunda padişahın dahi '*hafî ve celî ve tesmimen ve gerek her türlü suver-i mümküne ile hiç kimsenin canına kasd*' edemeyeceği kabul edilmiştir. Bu hükümle vezir-i azamdan başlayarak bütün yetkililerden ve nihai olarak da padişahtan idam emri verme hakkı alınmıştır. Maddenin sonunda verilen örnekle bu prensip daha da açığa kavuşturulmuştur: *"... Faraza vüzerâdan birisi tarafından bir çobanın bile canına kast vukuunda ol vezirin hakkında dahi kısas-ı şer'i icra oluna."*[425] Bu maddede hem herkesin hayat hakkının bulunduğu ve bu hakkın padişah tarafından güvence altına alındığı ifade edilmekte, hem de titizlikle uygulanması gereken bir yargı süreci öngörülerek zanlının da hayat hakkı göz önünde bulundurulmaktadır. 1. faslın üçüncü ve dördüncü maddelerinde ise gerek İstanbul'da gerekse taşrada verilen ölüm cezası kararlarının, padişah tarafından onaylanmadıkça infaz edilemeyeceği belirtilmiştir[426].

1274/1858 tarihli kanunun uygulaması noktasında 1284/1864 yılında kurulan Nizâmiye mahkemeleri nedeniyle yargı alanında ortaya çıkan iki

422 Akgündüz, *Külliyyât,* s. 823.
423 Ortaylı, *Osmanlı Devletinde Kadı,* s. 54.
424 Osmanlı yargılama usulü hakkında geniş bilgi için bkz. Ortaylı, *Osmanlı Devletinde Kadı,* s. 58-61.
425 Cin-Akgündüz, s. 287.
426 Üçok- Mumcu, s. 322; Akgündüz, *Külliyyât,* s. 805, 822; a.mlf., *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 132.

başlılığın etkisi söz konusudur. Zira bu mahkemeler, şer'î mahkemelerden farklı görevlere sahip olmasına rağmen zaman zaman aynı davaya her iki mahkemenin de baktığı durumlarda aynı davaya farklı kanunlar uygulanmıyordu. Mesela adam öldürme suçunun şer'î mahkemede sabit olması durumunda ya kısas cezası verilir, ya da maktulün mirasçıları tarafından suçlu affedilir veya diyet taleb edilirdi. Bu durumda mirasçılara diyet ödenmesi ya da affedilmesi kararını şer'iye mahkemesi verirdi. Ancak müessir fiillerin kamu düzenini de ilgilendiren bir yönü bulunması hasebiyle Nizamiye mahkemesinde kamu davası da açılabilmekte, mahkeme hiç yargılama olmamış gibi soruşturma ve yargılamayı gerçekleştirmekteydi. Bu sırada suçun kamusal yönü dikkate alınarak şer'î mahkeme tarafından af veya diyet ile ölüm cezasından kurtulan suçlunun kamu davası sebebiyle ta'zîr cezası olarak ölümle cezalandırılması şeklinde bir karara varılabilmekte, buna da "*nizamî yargılama*" denilmekteydi[427].

1274 tarihli kanunnamede ölüm cezasının cinayet suçunun karşılığı olarak korkutucu nitelik (*mücazat-ı terhibiye*) taşıdığı esasından hareketle 3. maddede idam emrinin "*âli meydanı siyasette alenen okunmadıkça caninin öldürülemeyeceği*", 16. maddede ise ölüm cezasına mahkûm olan kadının hamile olması halinde cezanın infazının doğumdan sonra gerçekleştirileceği öngörülmüştür. 12 Haziran 1295 tarihinde tedvin olunan Usûl-i Muhakemât-ı Cezâiyye Kanunu, ölüm cezası ile ilgili ilâmların, başmüdde-i umûmî tarafından Adliye Nezaretine takdim edildikten sonra '*alelusul arzı atebeiulya kılınarak iradenin sudurundan sonra infaz edilmesi*' esasını kabul etmiştir[428].

Kanunnamelerdeki düzenlemeler gereğince Osmanlı'da kısas ve diyet gerektiren suçlarla ilgili davalarda vali, yerel mahkemenin topladığı delilleri İstanbul'a Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye'ye göndermekte idi. Bu meclis, ayrıca görevlerini suistimal eden memurların ve devlete karşı işlenen suçların cezalarını da takdir etme yetkisine sahipti. Ayrıca cinayet mahkemelerinin selahiyeti dışında bırakılan ve ölüm cezasını gerektiren katl fiillerinin de mahkemesi burada yapılırdı. Meclis, ölüm cezasına karar verdiği takdirde kararın infaz edilmesi için padişah tarafından tasdik edilmesi şarttı. Onaylanan ölüm cezasının infaz yetkisi ise sadrazama aitti[429].

Padişah, sadrazam veya yüksek rütbeli ehl-i örf tarafından takdir edilen siyaset cezalarında ise suçluluğun tespiti kadı tarafından yapılmaktaydı. Ancak bu hususta zaman zaman ehl-i örf ile kadılar arasında anlaşmazlıklar da çıkmıştır. Örneğin Ebussuud Efendi'nin "*Eğer örfi kazaya ise ehl-i şer'in ana alakası olamaz*"

427 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 134; Cin-Akgündüz, s. 289.
428 Tunçer, "Ölüm Cezası", s. 266.
429 Karal, VI, 150-152; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri,* I, 119; Cin–Akgündüz, s. 282.

ve "*Ehl-i örf ile ittifak eden adil olmaz*" şeklindeki fetvaları, zaman zaman ehl-i örf ile kadılar arasında çatışmanın söz konusu olduğunu göstermektedir[430].

ac- Uygulama

Ölüm cezasının infazı, genellikle "*salb*" terimi ile ifade edilmiştir. Salb, literal anlamda çarmıha germe demektir. Çarmıha germe şeklindeki infaz usulü eşkıya ve casuslar için uygulanmıştır. Osmanlı kanunnamelerinde ise bu terim, *asma*k ile eşanlamlı olarak "*salb ü siyaset*" [431] veya bazen "*siyâset ü salb*" şeklinde kullanılmıştır[432]. Osmanlıda ölüm cezasının infazı için genellikle *recm, asmak, kazuğa urmak, boyun urmak, iki biçmek, dibekte döğilmek* şeklinde tabir edilen yöntemler kullanılmıştır. Adam öldürme suçunun kısas yoluyla ölümle cezalandırılmasında infaz, genellikle kılıçla gerçekleştirilmiştir[433]. Zina suçunun ispatlanmasına yönelik zorlaştırıcı şartlar nedeniyle recm yani taşlama suretiyle öldürme şeklinde cezalandırılmasının Osmanlı tarihinde bir kez gerçekleştiği bilinmektedir[434]. Adam öldürme ile yol kesme suçunu birlikte işleyen, halka zulüm yaparak korku veren eşkıya ve korsanların ölüm cezası ise genellikle çengele asılmak ve çarmıha germe şeklinde infaz edilmiştir[435]. Siyaseten katl cezasının infazı kelle koparma ve boğma şekillerinden biri ile gerçekleştirilmiştir. Cezaya mahkûm olan şahsın padişahın ailesinden olması durumunda ise eski Türk adetindeki hakimiyet duygusunun neticesinde hanedan üyelerinin kanlarının kutsal olduğu telakkisine dayanan kanın dökülmemesi inancının tesiriyle boğma yöntemi kullanılmıştır[436].

Ölüm cezaları genellikle halka açık olarak infaz edilirdi. Nitekim sabıkalı ya da gece suç işleyen hırsızların cezaları şehrin görülebilen yerlerinde, diğer suçlularınki ise suç işledikleri mekanda gerçekleştirilirdi. Ölüm cezasının alenen infaz edilmemesi durumunda ceza, özellikle suçluların bulundukları hapishanelerde yerine getirilir ve cesetler denize atılırdı. Her infaz, kaleden atılan bir topla ilan edilirdi. Ancak bu adet III. Selim tarafından kaldırıldı. Cezanın saray mensuplarından birine verilmesi durumunda infaz padişahın huzurunda gerçekleştirilirdi. Siyaseten katl cezasına mahkûm olanların in-

430 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi,* s. 229.

431 *"...yollarda adem katl idüp... cürmi galizi olup salbü siyasete ... müstenit olanları mahallinde şer' ile salbü siyaset idüp..."*: *3 Numaralı Mühimme Defteri*, no. 196.

432 Uriel Heyd, *Criminal Law,* s. 260.

433 Gökçen, s. 71; Cin–Akgündüz, s. 280.

434 1680 yılında İstanbul'un Aksaray semtinde bir kadının zimmî bir gençle yakalandığının iddia edilmesi üzerine mahkeme kadının recmedilmesine, erkeğin ise idamına karar vermiş, Rumeli Kazaskeri de hükmü tasdik edince recm cezası infaz edilmiştir: Olayla ilgili geniş bilgi için bkz. Öztuna, s. 200; Ragıp Akyavaş, *Resimli Tarih Mecmuası,* İstanbul 1950, s. 8.

435 *İstanbul Ahkâm Defterleri,* IX, 204, no. 5/699; Öztuna, X, 201.

436 M. Fuad Köprülü, "Türk ve Moğol Sülalelerinde Hanedan Azasının İdamında Kan Dökme Memnuiyeti" *Türk Hukuk Tarihi Dergisi,* Ankara (1944/1), s. 29.

fazdan sonra teşhir edilmeleri ise bir gelenekti. İnfazın boğma ya da asma şeklinde olması durumunda ölünün başı mutlaka kesilirdi[437].

b- Türkiye'de Ölüm Cezası

ba- Yasama

Türk Ceza Kanunu, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Ölüm cezası ise İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunmamakla birlikte 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda, 1928, 1961 ve 1982 tarihli Anayasalarda çeşitli suçlar için öngörülmüş ve infazına karar yetkisi TBMM'ne verilmiştir. Bununla birlikte 1926 tarihli Teşkilâtı Esâsiye Kanunu'nun 71. maddesinde "*Cana, mala, ırza ve konuta hiçbir türlü dokunulamaz*" ibaresi[438], 1961 Anayasası'nda da 14. maddenin son fıkrasında "*insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz*" hükmü yer almış, 11. maddenin ilk şeklinde ise "*kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*" ifadesine yer verilmiş, 64. maddede de ölüm cezası düzenlenmiştir.

Anayasada yaşam hakkının 10. maddede "*kişiliğe bağlı, dokunulamaz, devredilmez, vazgeçilmez*" sıfatları ile 11. maddede de sınırlanması mümkün, ancak hiçbir suretle "*özlerine dokunulamayacak*" olan hakların varlık koşulu şeklinde nitelendirilmesine karşın ölüm cezasının bu ilkelerin bir istisnası olarak düzenlenmesi, maddeler arasında bir çelişkinin söz konusu olduğu izlenimini uyandırmıştır. Nitekim "*öze dokunma*" şeklindeki soyut ifadenin irdelenmesi neticesinde ortaya çıkan muhtelif görüşlerde genel olarak bir hakkın özüne dokunulma ölçütlerinin şunlar olabileceği ileri sürülmüştür: Hakkın amacına uygun biçimde kullanılmasının zorlaştırılması, imkansızlaştırılması ya da yasaklanması, kullanılmaz duruma düşürülecek, etki ve yararının ortadan kaldırılacak şekilde veya esnek terimlerle ifade edilerek sınırlandırılması. Bu ölçütlere göre hakkın özüne yönelik her sınırlamanın, bu öze dokunma noktasına kadar uzanması mümkündür[439]. Nitekim hayatın özünü bozma niteliğini taşıyan ölüm cezasının kabulünün 11. maddedeki ilkenin ihlali anla-

437 Daha fazla bilgi için bk. Taner Akşam, *Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence,* İstanbul 1995, s. 50.

438 Hüseyin Kazım Kadri, *İnsan Hakları Beyannamesi'nin İslâm Hukukuna Göre İzahı,* yay. Osman Ergin, İstanbul 1949, s. 85.

439 Sami Selçuk, "Anayasa ve Ölüm Cezası", *Yargıtay Dergisi* (1978/4), s. 427-429; Dönmezer-Erman, II, 619; Hans Heinrich Jescheck, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş; Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar*, İstanbul 1989, s. 160; Bahri Savcı, Yaşam Hakkı ve Boyutları, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980, s. 73; Turhan Tufan Yüce, "Hürriyetin Özü Kavramı ve Bununla İlgili İçtihatlar", *Cumhuriyet*, 22. 12. 1964, s. 2; Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 40.

mına geldiği, bu nedenle de Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile 33. Anayasa Mahkemesi'ne bir dava açılmış[440]; mahkeme 1.7.1963 tarihli 207-175 sayılı kararı ile ölüm cezasının 1961 Anayasası'na aykırı bulunmadığına karar vermiştir. Mahkemenin gerekçeleri ise şunlardır[441]:

1- Toplumsal düzeni bozanların cezalandırılması mutlak bir gerçektir. Bu nedenle hem mantıki hem de hukuki olarak suç ve ceza noktasında Anayasanın 11. maddesine dayanmak imkansızdır.

2- Anayasa, cezalara ve yasaklara değinen 33. maddesinde ölüm cezasını yasaklamamış; 14. maddesinde de yaşam hakkının sınırlanabileceğini öngörerek eziyet ve işkenceyi insan onuruyla bağdaşmayan cezalar olarak nitelemiş; ancak ölüm cezasına değinmemiştir. Buna göre söz konusu iki maddede bu cezanın yasaklandığına dair bir işaret bulunmamaktadır.

3- Anayasanın 64. maddesi ise ölüm cezasının kabul edildiğinin kesin kanıtıdır.

4- Anayasanın hazırlanması sırasında göz önünde bulundurulan ve Türkiye'nin de 1954 yılında katıldığı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumağa Değin Sözleşme'nin ikinci maddesinde "*her bireyin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında hiç kimse kasten öldürülemez*" denilmesi de ölüm cezasının insan hak ve özgürlüklerine aykırı olmadığının bir göstergesidir.

5- Başvuru dilekçesinde Anayasanın 33. ve 64. maddeleri göz önünde bulundurulmamış; sadece 11. ve 14. maddelere dayanılmıştır. Bunun sonucunda da ömür boyu hapis ile sürgün cezasının da özgürlüğün özüne dokunması sebebiyle Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

Doktrin alanında bu gerekçeler, bazı hukukçular tarafından yerinde bulunurken bazıları tarafından tenkit edilmiştir. Eleştirmenler, birinci gerekçeye suç ve ceza ilişkisi ile ölüm cezasının niteliği arasında Anayasa açısından bir bağlantı bulunmadığı şeklinde itiraz etmişlerdir. İkincisini ise yaşam hakkının sınırlanması ile onun yok edilmesinin eşit kabul edilmesi açısından Anayasa'nın amacı ile çeliştiğini belirterek eleştirmişlerdir. Onlara göre mahkemenin, ölüm cezası ile ilgili düzenlemenin, 1924 Anayasası'nın temel ilkeleri göz önünde bulundurulmaksızın gelenekçi bir tutumla bazı kuralların olduğu gibi aktarılması mahiyetinde olduğunu ortaya koyması gerekirken

440 Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 1985, s. 113; Nevzat Gürelli, "Ceza Kanununda Ölüm Cezası ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)*, İstanbul 1977, s. 191.

441 Selçuk, s. 429-435; Dönmezer-Erman, II, 619; Savcı, s. 72-73.

bu hatadan yararlanması hayret vericidir. Ölüm cezasının, özgürlüğü sadece sınırlayan müebbet hapis ve sürgün cezalarına benzetilmesi de mümkün değildir. Zira bu cezaların özgürlüğün özüne dokunup dokunmadığı tartışmalıdır; ancak ölüm cezasının yaşam hakkını tamamen yok ettiği aşikardır. Kişi dokunulmazlığı ve cezaların niteliklerini belirten hükümlerde ölüm cezasının açıkça yasaklanmadığı sonucuna varmak ise varsayımı hükme dayanak kabul etme niteliğinde görülmüştür. Buna göre cezaların niteliklerini belirten bu maddelerin, mezkur nitelikleri taşımayan ölüm cezasını reddettiği sonucuna varmak gerekir. Ayrıca 64. madde ile 11. ve 14. maddeler arasındaki çelişki açık iken bu maddede ve metinde yer almayan bir sözleşmeye dayanılması mantıksızdır.

1961 Anayasası'ndaki çelişki iddiasının mahkeme tarafından reddinin ardından 1982 Anayasası'nda da ölüm cezasına açık bir ifade ile yer verilmesi, bu cezanın Anayasa'ya aykırılığı iddialarına bir set çekme eylemi niteliğindedir. Ne var ki bu Anayasa'da da ölüm cezası ile ilgili birbirine zıt, birbiri ile çelişen esaslar kabul edilmiştir. Nitekim 17. maddenin 1. fıkrasında "*herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" ilkesine, 3. fıkrasında "*...kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" esasına, 4. fıkrasında ise "*mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi halinde meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır*" ifadesine yer verilmiş, *Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı* başlığı altındaki 14. maddede ise "*...kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" denilmiştir. Ölüm cezası ile ilgili maddenin gerekçesinde ise şu hüküm yer almıştır: "*Maddenin üçüncü fıkrasıyla ölüm cezası saklı tutulmakta, yani bu cezanın uygulanması halinde, kişinin yaşama hakkı ihlal edilmiş olmamaktadır*." 87. maddede de ölüm cezasının yerine getirilmesine karar verme görev ve yetkisi yine TBMM'e verilmiştir[442].

Anayasa'da yer alan bu hükümleri hukukçular, genel olarak hem yaşam hakkını tanıma hem de yaşam hakkını ihlal eden ölüm cezasını kabul etme açısından birbiri ile çelişen maddeler olarak değerlendirmişlerdir. Onlara göre eziyet ve işkence özellikleri taşıması hasebiyle insan onuru ile bağdaşmadığı ileri sürülerek kaldırılan dayak cezasından çok daha ağır bir ceza olan ölüm cezasının bu ilke ile çelişmediğini düşünmek imkansızdır[443]. Zira TCK 11. maddesinde ölüm cezasına, *cürümlere mahsus cezalar* kısmında ilk sırada yer verirken 12. maddesinde bu cezayı, *mahkûm olan kimsenin asılmak suretiyle hayatının izalesidir*, şeklinde tarif etmektedir. Öte yandan 64. maddesinde

442 İlker Hasan Duman, *1982 Anayasasında İnsan haklarına Saygılı Devlet*, İstanbul 1997, s. 153.

443 Tunçer, s. 199; Müstecaplıoğlu, s. 201; Cengiz İlhan, " 'Ölüm Cezası' Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi* (Ocak 1991/56), s. 40; Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 41.

ölüm cezalarının yerine getirilmesinden de söz ederek bu cezayı zımnen kabul etmektedir. Ayrıca ölüm cezasını gerektiren suçlar da kanun tarafından düzenlenmiştir.

Ölüm cezası verilen suçların TCK'ndaki konumu incelendiğinde ise şu sonuçlara ulaşılmaktadır: Söz konusu suçlar 1926 tarihli yasada 14 madde halinde düzenlenmiştir. Bu sayı, 1936 yılında 3038 sayılı yasa ile 16'ya, 1951'de 5844 sayılı yasa ile 17'ye, 1953'de 6123 sayılı yasa ile 22'ye, Kasım 1990'da 51'e ulaşmıştır. Ölüm cezası öngörülen suçların sayısındaki artışa rağmen olağanüstü dönemler dışında ölüm cezası kararı ve infazı sayısında azalma süreci yaşanmıştır. Bu azalma ise yargı organlarının, dış dünyadaki ölüm cezasının kaldırılması yönündeki genel eğilime uyma zorunluluğu hissetmelerinin sonucudur. Suç sayısının 51'e kadar yükselmesi de azaltılan ve durdurulan infazların aksine yasama ve yürütmenin ölüm cezasını gerektiren suçların sayısını artırma şeklindeki genel siyasasından kaynaklanmıştır. 1990 yılına kadar ölüm cezasının öngörüldüğü toplam 51 adet suçun 28 tanesi Türk Ceza Yasası'nda, 20 tanesi Askeri Ceza Yasası'nda, 2 tanesi Vatana Hıyanet Yasası'nda, 1'i de Kaçakçılığın Önlenmesi Yasası'nda yer almıştır[444].

21 Kasım 1990 tarih ve 3679 sayılı Ceza Yasası'nda Değişiklik Yapan Yasa ile TCK'nun ölüm cezasının düzenlendiği 28 maddesinin 15'inde bu ceza kaldırılarak yerine ömür boyu hapis cezası öngörülmüş, böylece ölüm cezası gerektiren suçların sayısı 51'den 36'ya inmiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu cezanın kaldırıldığı suçlar zaten, ölüm cezası kararı verilirken nadiren kullanılan ceza normlarıdır. Bu kanunda ölüm cezasını gerektiren suçları düzenleyen 26 maddenin 16'sı devlet, 10'u ise kişi aleyhine işlenen suçları içermektedir. 70. maddede de birden fazla müebbet ağır hapse mahkûm olan kişinin ölümle cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Ayrıca Askeri Ceza Yasası'nın 23 maddesinde ölüm cezası ile ilgili hükümlere yer verilmektedir. En çok kullanılan maddeler ise adam öldürmeyi cezalandıran 450. madde ile anayasal düzeni zor kullanarak değiştirmeye kalkışma suçunu içeren 146. maddedir[445].

bb-Yargı ve Uygulama

Türkiye'de ölüm cezası karar ve uygulamalarının tarihi seyri genel olarak değerlendirildiğinde ölüm cezasının teröre ve toplumsal düzenin bozulma-

444 Yalkut, s. 1004-1012; Uman, s. 347; Nevzat Toroslu, " 'Ölüm Cezası' Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi*, (Ocak 1991/56), s. 30; Tunçer, s. 267.

445 Dönmezer-Erman, II, 615; Gemalmaz, Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslar arası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü ve Türkiyede Ölüm Cezası Sorunu", *İnsan Hakları Yıllığı*, XXII(Ankara 1990), s. 73; Öz, s. 219-247; Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, s. 148.

sına karşı caydırıcılık unsuru olarak kullanılmak üzere daha çok olağanüstü dönemlerde uygulandığı görülmektedir[446]. Nitekim sivil parlamenter yılların infaz ortalaması 1.7'de iken olağanüstü dönemlerin ortalaması 13.5'tir. Ayrıca toplam olarak 27 Mayıs, 12 Mart ve 12 Eylül tarihlerinin akabinde 30'u siyasal, 60'ı adi hükümlü olmak üzere 90 ölüm cezası kararı infaz edilmiştir[447]. Meclis'in sivil parlamenter sistem olarak çalıştığı dönemde onayladığı son ölüm cezası 1964 tarihlidir ki bu tarih Türkiye'de ölüm cezasının infaz açısından, sivil parlamenter düzen içerisinde uzun süredir fiilen kaldırıldığı bir döneme rastlar. Zira ölüm cezası 1965-1970 ile 1973-1979 yılları arasında toplam 13 yıl uygulanmamış, 1970-1973 arasında ise sadece üç infaz gerçekleştirilmiştir[448]. 12 Eylül 1980 tarihindeki ihtilalin doğal sonucu olarak infazlar yeniden gündeme gelmiş; bu tarihten sonra cezası infaz edilen 49 kişiden 28'i siyasi suçlardan ölüm cezasına mahkûm olmuştur[449].

6 Kasım 1983 seçimlerinden sonra 12 Eylül atmosferi yavaş yavaş kaybolmuş, son olarak 3 Ekim 1984 tarihinde 2 infaz gerçekleştirilmiştir. Bu tarihten sonra da ölüm cezası kararının onayı için gelen dosyalar, TBMM Adalet Komisyonu'nun raflarında beklemeye alınmıştır [450]. 1988 yılının sonlarında ise terör hareketlerindeki artış nedeniyle bazı idamların onaylanması düşüncesi yeniden gündeme gelmiş, ancak geniş bir kitle tarafından tepki ile karşılanırken Meclis içinde ve dışında yoğun tartışmalara konu olmuş ve nihayetinde sonuçsuz kalmıştır[451].

12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu ile de 8 Nisan 1991 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle verilen ölüm cezalarının yerine getirilmeyeceği ve hapis cezasına çevrileceği bildirildi. Nitekim 1991'de Adalet Komisyonu'nda ölüm cezası kararı içeren 315 dosya bulunmaktaydı. Bu kararla Türkiye gündeminden hiç düşmeyen ölüm cezası konusunda geçici bir rahatlama sağlanmış oldu. Bununla birlikte ölüm cezasının yasada varlığını devam ettirmesi nedeniyle her an yeni bir infazın gündeme gelmesi söz konusuydu. Bu durum, komisyonun 10 Kasım'da infazları yeniden görüşmeye açmasıyla daha da gerçeklik kazandı[452]. Yoğun tartışmaların yaşandığı görüşmeler neticesinde 17 Kasım'da yapılan toplantıda Seyfettin Uzundiz hakkında verilen ölüm cezasının yerine getirilmesi kararlaştırıldı. Prosedüre göre bu

446 Geniş bilgi için bkz. Gürelli, İstanbul 1977, s. 1; Akkan, s. 162; Tanör, s. 21-22; *1993 Türkiye İnsan Hakları Raporu*, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara 1994, s. 133.

447 Tanör, s. 24; Öz, s. 209-211, 332-369; Tosun, s. 205; Toroslu, s. 42; Bayraktar, s. 68.

448 Halit Çelenk, *İdam Gecesi Anıları*, İstanbul 1986, s. 241.

449 Osman Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, 3. bs., İstanbul 1986, s. 24, 58-70; Öz, s. 303-327; Camus-Koestler, s. 64; Dinç, s. 77; Bayraktar, s. 73; Hassan, s. 110.

450 Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 51-54;*1993 Türkiye İnsan Hakları Raporu*, s. 133.

451 Tanör, s. 24, *Cumhuriyet*, 17. 1. 1988; Öz, s. 505.

452 Tanör, s. 24; *1993 Türkiye İnsan Hakları Raporu*, s. 133.

kararın, yasa önerisi haline getirilerek Meclis Genel Kurulu'nun onayına sunulması, kabul edilmesi durumunda ise Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmesi gerekmekteydi. Karar, Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığında da infaz gerçekleştirilebilmekteydi. Ancak komisyonun kararı, ülke içinde ve dışında büyük tepkiyle karşılandı. Bu tepkiler, kararın Meclis Genel Kurulu'na iletilmeyip beklemeye alınmasına yol açtı. Bununla birlikte özellikle 1993 yılının sonlarına doğru terör eylemlerindeki artış, ölüm cezası istemiyle açılan davaların ve mahkemeler tarafından verilen kararların artmasına neden oldu[453]. Nitekim Türkiye'de İnsan Hakları Ocak-Mart 2001 Değerlendirme Raporu'na göre Meclis'te ölüm cezası ile ilgili 77 dosya onay beklemektedir[454].

bc- Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Yönelik Çalışmalar

i- Meclis Dışındaki Çalışmalar

Ölüm cezasının kaldırılması amacıyla Meclis dışında yapılan çalışmalar, genellikle imza kampanyaları gibi kamuoyu oluşturmaya yönelik çabalardan ibarettir. Bu çalışmaların en önemlilerini şu şekilde sıralamak mümkündür[455]:

1- 12 Mart 1971'den sonraki dönemde, ölüm cezasının kaldırılması istemiyle hazırlanan 2000 imzalı dilekçe.

2- 15 Mayıs 1984 tarihinde hukukçu ve düşünürlerden oluşan bir heyet tarafından Cumhurbaşkanlığı'na ve TBMM Başkanlığı'na sunulan, demokrasinin bütün kurum ve kurallarıyla işletilmesini öngören 1260 imzalı dilekçe. *"Aydınlar Dilekçesi"* olarak isimlendirilen bu dilekçeye sunulduğu gün yayın yasağı geldi. 26 Haziran 1984 tarihinde Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Savcılığı tarafından dilekçeyi imzalayanlardan 56'sı hakkında Sıkıyönetim Yasası'na muhalefetten 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası istemiyle, Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemesi'nde dava açıldı. Dava 8 Şubat 1986'da 56 aydının beraatıyla sonuçlandı.

3- Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi'nin, 28 Eylül 1985 tarihinde Cumhurbaşkanı Kenan Evren'e, Başbakan Turgut Özal'a ve TBMM Başkanı Necmettin Karaduman'a gönderdiği ölüm cezasına karşı bildiri. Bu bildiride ölüm cezasının ilkel bir intikam duygusunun tatmini niteliği taşımasından dolayı gelişmiş toplumlar tarafından yasalardan çıkartıldığı, hekimlik mesleğinin temel ahlak kurallarından ilkinin insanları yaşatmak olduğu, bu yüzden de hekimlerin insan hayatını sona erdirecek olan her eyleme karşı olması gerektiği ifade olundu. Türk Tabipler Birliğinin siyasetle uğraştığı gerekçesiyle

453 *1993 Türkiye İnsan Hakları Raporu*, s. 134-135.
454 01-03.2001, http://www.tihv.org.tr/rapor/2001_01_03/ocak_mart2001.html.
455 Öz, s. 291-293.

bu bildiri sahipleri hakkında Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açılan dava da beraatle sonuçlandı[456].

4- İnsan Hakları Derneği'nin ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik kampanya girişimleri. 19 Eylül 1987'de dernek tarafından yapılan kampanyada toplanan 150.000 imza TBMM Başkanlığı'na sunuldu. Ayrıca dernek Haziran 1999'da "*Ölüm Cezasının Kaldırılması*"na yönelik destek ve imza kampanyası başlattı. Bu kampanyada ölüm cezasının caydırıcılığını ispat eden bilimsel bir kanıtın bulunmadığı, cezanın bir "*öç alma*" aracı olmaması gerektiği belirtildi; aynı suçu işleyenlerden bir kısmına ölüm cezası verilirken bir kısmına da ömür boyu hapis cezası verilmesinin kabul edilebilir hiçbir ölçüsü bulunmadığı, Türk Ceza Yasası'nın "*yargıcın takdiri ile ceza indirmeyi*" öngören 59. ncu maddesinin uygulanmasının tümüyle "*sübjektif değerlendirmelere*" bağlı olduğu, ölüm cezası öngörülen bir çok suçun, dönemin siyasal degerlendirmeleri ile yakından ilgili olduğu ve ölüm cezasının insan hakları ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı ifade edildi[457].

5- 4 Aralık 1988'da Hürriyet Gazetesi'nin Kamuoyu Araştırma A.Ş. (KAMAR) ile yaptığı anket çalışması. 22 ilde 1902 kişi ile yapılan bu anketin sonucuna göre anket yapılan kişilerin %53.5'i ölüm cezasının kaldırılmasından yana iken %27.5'i cezanın ilgasına karşı olduğunu söylemiş, %18.8'i ise herhangi bir görüş belirtmemiştir[458].

6- İzmir Barosu tarafından *"Ölüm Cezasının Yasalarımızdan Çıkarılması"* kampanyası çerçevesinde 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlenen *Ölüm Cezası* konulu panel. Faruk Erem, Nevzat Toroslu, Erol Mavi, Server Tanilli ve H. Veldet Velidedoğlu gibi hukukçuların katıldığı panelde siyasal suçlarda ölüm cezasının keyfî ve adaletsizce uygulandığı vurgulandı, adi suçlarda af kapsamına dahil edilmemek şartıyla ömür boyu hapis cezası konularak ölüm cezasının kaldırılması meselesi çeşitli açılardan ele alındı[459].

Buraya kadar verilen meclis dışı çalışmalar sadece belli başlı örneklerdir. Konu etrafındaki tartışmalar artarak devam etmiş, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılması sürecinin hız kazandığı 2000'li yıllarda ise adeta ülkenin önemli gündem maddeleri haline gelmiştir. Bu çerçevede bilimsel toplantı ve yayınlar kadar medya programlarının da sık sık konusunu teşkil etmektedir. Genellikle bu programlarda internet aracılığıyla anketlerin de yapıldığı ve bu suretle halkın düşüncesinin ortaya konulduğu görülmektedir[460].

---

456 *1993 Türkiye İnsan Hakları Raporu*, s. 135.

457 "Ölüm Cezasının Kaldırılması Kampanyası-Haziren 1999", 06.1999, http://www.ihd.org.tr/kampanya/ockal9906.html.

458 Öz, s. 441-444.

459 'Ölüm Cezası' Konulu Panel, *İzmir Barosu Dergisi* (Ocak 1991/56), s. 18.

460 Örneğin, 12/03/2002 18:07 itibarıyla alınan bir anket sonuçlarına göre katılanların yüzde 41'i,

ii- Dış Dünyanın Girişimleri

1- Avrupa Konseyi'nin 29 Ocak 1981 tarihli kararında Türkiye'de ölüm cezalarının yerine getirilmesinin insan hakları açısından kaygı uyandırdığı, demokrasinin yeniden kurulması yönünde bir ilerleme olmayışının ise ülkenin Avrupa Konseyi'ndeki üyeliğini sürdürmesiyle bağdaşmayacağı ifade olundu. Konsey, 1 Ekim 1983 tarihindeki Danışma Meclisi toplantısında da Türkiye'ye, insan hakları ihlallerine bir son verilmesi amacıyla Ocak 1984'e kadar şartlı süre tanıdı. 8 Mayıs 1984 tarihinde toplanan Avrupa Konseyi Parlamenter toplantısında ise Türk heyetinin yetki belgeleri onaylanırken Türkiye'nin gerçek bir demokrasiye dönmesi ve insan haklarına tam anlamıyla saygı göstermesi şeklinde beklentiler dile getirildi[461].

2- Federal Almanya Parlamentosu'nun 30 Kasım 1988 tarihli oturumunda Türkiye'deki insan hakları ihlalleri konusu ele alınarak 1980'den bu yana demokrasi adına atılan adımların işkence ve ölüm cezası ile bağdaşamayacağı, bunların demokratik bir toplumun yöntemi olamayacağı ifade edildi. Burada Türkiye'deki insan hakları ihlallerinin gündeme getirilmesinin sebebi ise Türkiye'de 1988 yılının sonlarında terör hareketlerindeki artış nedeniyle bazı idamların onaylanması ihtimalinin ortaya çıkmasıdır. İnfazlara yeniden başlanılması olasılığı ise dış dünyada insan hakları ihlali şeklinde değerlendirilerek şiddetli eleştiriye maruz kaldı. Bu durum ise ölüm cezası sorununun sadece bir iç mesele olmayıp uluslar arası politik arenanın da ilgi odağında olduğu gerçeğini bir kez daha ortaya çıkardı[462].

3- İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 40. yıldönümünde 100 Federal Alman Milletvekili tarafından işkencenin önlenmesinin, ölüm cezasının TCK'nun 141-142. maddeleri ve diğer antidemokratik yasaların kaldırılmasının, siyasi tutuklular için af çıkarılmasının gerekliliğinin vurgulandığı bir mektup Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM Başkanı ve Adalet Bakanı'na gönderildi[463].

4- Uluslar arası Af Örgütü tarafından hazırlanan raporlar da konunun uluslar arası zeminde önemli bir boyutunu teşkil eder. Uluslar arası Af Örgütü'nün hazırladığı "*Türkiye: İnsan Haklarının Şiddetle ve Sistemli İhlal"i* başlıklı 73 sayfalık rapor, 3 Ocak 1989'da BBC Radyo ve Televizyonu'nun haber bülteninde yer aldı. Raporda, Türk Hükümeti'nden atması istenen adım-

---

idamın gerekli olduğunu ve kaldırılmaması gerektiğini düşünmektedir. Ankete gelen 3574 oyun dağılımı ise şöyle verilmiştir: İdam gerekli ve ceza olarak kalmalı 1473 oy / % 41, tamamen kaldırılmalı 1170 oy / % 32, sadece adi suçlarda kalkmalı, terör suçlarında kalmalı 887 oy / % 24: http://haber.superonline.com/haber/arsiv/arsiv_tara/0,1104,0,00.html.

461 Öz, s. 138-139.

462 Tanör, s. 24, *Cumhuriyet*, 17. 1. 1988; Öz, s. 505.

463 Gemalmaz, "BM İkinci Seçmeli Protokolü", s. 75; Tosun, s. 189.

lar içerisinde ölüm cezası ile ilgili şu talepler yer almaktaydı: "*Ölüm cezasının yasalardan kaldırılması, yasalardaki ilgili bölümlerin değişirilmesi, barış zamanında işlenen suçlara ölüm cezası verilmeyeceğini belirten İnsan Haklarının Korunması ve Temel Özgürlükler Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Protokolünün onaylanması...*"

Türk hükümeti tarafından bu raporun objektif olmadığı iddia edilmekle birlikte uluslar arası düzeydeki beyanatlarda ölüm cezasının kaldırılacağına dair vaatlerde bulunuldu. Nitekim Turgut Özal, 1987'de terör suçluları için Meclis'ten idam kararı çıkabileceğini ifade ederken 25 Nisan 1989 tarihinde Uluslar arası Af Örgütü Başkanı Mare de Montalambert'e, 17 Ekim 1989'da da ABD Kongresi İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Senatör Concini'ye ölüm cezasını kaldırma sözü verdi[464].

Uluslar arası İnsan Hakları İzleme Örgütü (*Human Rights Watch*) tarafından hazırlanan 2000 yılı insan hakları raporunda ise Türkiye'nin insan hakları alanında hiç ilerleme kaydetmediği belirtildi. Raporda Türkiye'nin ölüm cezasını kaldırmadığı ve mahkemelerin ölüm cezası davalarına bakmaya devam ettiği hatırlatıldı. Siyasîlerin şahsî olarak ölüm cezasına karşı olduklarını söyledikleri, ancak koalisyon hükümetinde bu konuda uzlaşmaya varılamadığı, bu durumun da AB'nin insan hakları ölçüleri ile çeliştiği ifade edildi[465].

iii- Meclis ve Hükümet Bünyesinde Yapılan Çalışmalar

Ölüm cezasının kaldırılması meselesi, özellikle dönemin Başbakanı Adnan Menderes ile bakanları Fatin Rüştü Zorlu ve Hasan Polatkan'ın 16-17 Eylül 1961 tarihinde idam edilmelerinden sonra genelde Türkiye'nin özelde ise Meclis'in gündeminden hiç çıkmamıştır. Son 40 yıldır yapılan tartışmaların tamamı, ölüm cezasına ilke olarak karşı çıkma niteliği taşımamış, daha ziyade siyasi suçlar için ölüm cezasının kaldırılması noktasında yoğunlaşmıştır. Bununla birlikte bu tartışmalar, ölüm cezasının sınırlı bir alanda dahi olsa kaldırılması meselesini Türkiye gündemine getirmesi açısından önem arzeder[466]. Bu bağlamda Meclis bünyesinde ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili yapılan çalışmaları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1- Ölüm cezasının kaldırılmasını içeren ilk yasa önerisi, Talat Aydemir ve arkadaşları hakkındaki idam dosyalarının TBMM'ne gelmesi üzerine 1964 yılında Seyfi Öztürk ve Fethi Tevetoğlu tarafından verildi. Öneride siyasi nedenle verilen ölüm cezalarının infazlarının sosyal bünyeyi tahrip ettiği, acıma hissinin cemiyetin huzurunu bozduğu, amme vicdanının bu durumda ölüm cezasına karşı tavır aldığı, modern ceza ilminin, cezanın amaçları arasında ıslah gayesine yer verdiği, halbuki ölüm cezasının ıslah yerine failin hayatını

464 Öz, s. 137-163, 300-302.
465 *Yeni Şafak*, 2/1/2001/ s. 11.
466 Altemur Kılıç, "İdam!", *Türkiye*, 9. 7. 2000, s. 12.

yok ederek tasfiyesini hedeflediği, siyasi suçlarda ise ölümle cezalandırılanın suçludan ziyade onun düşünce ve felsefesi olduğu, bunların da ceza yoluyla ıslahı mümkün olmadığı, hatta cezanın korkutucu ve önleyici özelliğinin dahi inandığı düşünceye hizmet etmeye kendini adayanlar için etkili olamayacağı, demokrasi ile şiddetin birarada bulunamayacağı ifade edilmiştir. Bu yasa önerisi üzerinde yoğun tartışmalar yapılmış ve nihayetinde reddedilmiştir[467].

2- 1970'te Selahattin Hakkı Esatoğlu ve arkadaşları, 9 Mart 1972'de ise Celal Kargılı ve arkadaşları tarafından ölüm cezasının kaldırılması teklifini içeren bir yasa önerisi Meclis Başkanlığı'na sunulmuş, ancak bu öneriler Adalet Komisyonu'nda reddedilerek Meclis'te görüşülememiştir[468].

3- Deniz Geçmiş, Hüseyin İnan ve Yusuf Aslan hakkındaki idam kararının 11. 3. 1972'de TBMM'nce, 17. 3. 1972'de de Cumhuriyet Senatosu tarafından 1576 sayılı yasayla onanmasının ardından, kararın biçim ve esas yönlerinden iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunuldu. Ancak başvuru olumlu sonuç vermedi[469].

4- Danışma Meclisi Genel Kurulu'nun 25 Şubat 1982 tarihindeki toplantısında Ertuğrul Alatlı tarafından hazırlanıp imzaya açılan ölüm cezasının kaldırılmasını içeren yasa önerisinde bulunuldu. Alatlı, hayatın izalesi şeklinde tanımlanan ölüm cezasının, affa konu olmamak kaydıyla ömür boyu hapis şeklinde kaldırılabileceğini, bunun da adli hatalar karşısında en iyi çözüm olacağını belirtti ise de Meclis'te yeterli desteği bulamadı[470].

5- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *Kişisel Başvuru* hakkına ilişkin 25. maddesinin kabul edilmesi ve Avrupa Konseyi çerçevesinde hazırlanan *İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Olağandışı Ceza ve Davranışların Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*'nin onaylanması. 1987-1988 yıllarında atılan bu adımlar, insan haklarını gerçek güvenceye kavuşturmaktan ziyade Avrupa Topluluğu'na tam üyelik başvurusuyla ilgili olarak üye devletleri yumuşatma amacına yönelik birer jest olarak nitelendirilebilir. Zira 1984 yılında gerçekleşen iki infazdan sonra bir taraftan ölüm cezası kararının onayı için gelen dosyaların Adalet Komisyonu'nun raflarında beklemeye alınmakta, diğer taraftan da 12 Eylül döneminin etkisiyle askeri ve sivil mahkemelerin verdikleri idam kararlarının sayısı artmaktadır. Avrupa Konseyi ile ilişkilerin giderek normalleşme sürecine girdiği ve Avrupa Topluluğu'na üyelik girişimlerinin sürdüğü bir dönemde ise bu idamları gündeme getirmenin imkansızlığı ciddi bir problemin varlığını ortaya koydu. Bu problemi çözme gayesi ile atılan adımların

467 Öz, s. 265-269.
468 Öz, s. 270.
469 Öz, s. 270-278.
470 Öz, s. 279-280.

hayata geçirilmesi için hukukçular, sözleşmelerin Anayasanın 90. maddesi uyarınca yasaların üstünde olduğunu ve öteki uluslar arası sözleşmelerden farklı olarak tavsiye ve telkinlerde bulunmakla kalmayıp ulusal hukukta yani ceza ve usul yasalarında değişiklik yapılmasını da zorunlu kıldığını, dosyaları Meclis'te bekleyen 235 ölüm cezası mahkûmunun ise yeniden yargılanmalarını gerektirdiğini ifade ettiler. Ancak bu tekliflerin uygulamaya aktarılmaması ve insan hakları ihlalleri konusunda basında yer alan haberler, Batı dünyasında geniş yankılar uyandırmaya devam etti[471].

7- Adalet Komisyonu Başkanı ve ANAP Ankara Milletvekili Alpaslan Pehlivanlı ile ANAP Genel Başkan Müşaviri Mustafa Taşar'ın 8 Şubat 1988'de Meclis'e sunduğu ölüm cezasının fiilen kaldırılmasını yasalaştırma önerisi. Bu tarihte 124 dosya komisyonda beklerken, Kasım 1989'da bekleyen dosyaların sayısı 252'ye çıktı. Öneri üzerinde de hiçbir işlem yapılmadan görüşülmesi beklendi[472].

8- Cumhurbaşkanı Kenan Evren 18 Ekim 1988 tarihinde Almanya seferinde basın mensuplarıyla konuşması sırasında Türkiye'de ölüm cezasının kaldırılmasından yana olduğunu açıkladı. Aslında Kenan Evren 1983 sonrasında ölüm cezasının gerekliliğini sürekli savunmuş olmakla birlikte Batı dünyasından gelen baskılara cevap vermek üzere ölüm cezası ile ilgili referanduma gidilmesi teklifinde bulunmuştu. 21 Ekim 1988'de seyahatten dönerken uçakta yaptığı basın açıklamasında ise uygulanmayan bir cezanın yerine 30 yıllık hapis cezası gibi bir cezanın belirlenmesi şartıyla kalkmasının mümkün olabileceğini, bunun da Avrupalı dostlarımıza, Avrupa Topluluğu'na hazırlandığımıza yönelik bir mesaj vereceğini ifade etti[473].

9- 10 Şubat 1989 tarihinde ölüm cezasının kaldırılmasından yana bir tavır sergileyen hükümet kanadı tarafından yapılan resmî beyanda Devlet Bakanı ve Hükümet sözcüsü Mehmet Yazar, ölüm cezası meselesinin ülke genelinde tartışılmasının yararlı olacağını, son infazın 24 Ekim 1984 tarihinde gerçekleşmiş olmasının cezanın kaldırılması sürecinde olumlu bir gelişme sayılabileceğini ve halihazırda Türkiye'de ölüm cezasının sınırlarının daraltılabileceği yönünde anlayışın bulunduğunu ifade etti[474].

10- 16 Ekim 1989 tarihinde Adalet Bakanı M. Oltan Sungurlu tarafından ölüm cezasına taraftar ve karşıt düşünceleri uzlaştıran bir tasarı paketi hazırlandı. Bu paket, komisyonda bekleyen dosyaların onay yetkisinin alınması için Meclis'e yapılan başvuruların iki yıl görüşülmemesi halinde cezanın

471 Tanör, s. 24.
472 Öz, s. 133-134.
473 Erbil Tuşalp, *Tarihle Yüzleşme*, Ankara 1992, s. 19.
474 Öz, s. 137-163, 300-302.

otomatikmen ömür boyu hapse dönüşmesi gibi ölüm cezası ile ilgili bir dizi düzenleme teklifi içermekle birlikte siyasetçiler tarafından kamuoyunu yanıltmayı amaçlayan bir girişim, hukukçular tarafından ise sorunları çözmekten uzak siyasi bir manevra olarak değerlendirildi. Bu yaklaşıma göre tasarı paketi, ölüm cezası ile ilgili en çok kullanım alanına sahip olan 450. ve 146. maddeleri ya da Askeri Ceza Yasası ve İhanet-i Vataniye Kanunu'daki ölüm cezaları ile ilgili değişiklik önerisini içermemekte sadece işlemeyen maddeleri kullanarak ölüm cezasının kaldırıldığı izlenimini uyandırmayı hedeflemekteydi[475].

11- 1990 yılının başlarında Meclis'te Anayasa değişikliğinin ve ölüm cezasının bazı suçlar için kaldırılmasının tartışılması esnasında ölüm cezasının kaldırılması meselesi de gündeme getirildi. Bu tartışmalarda dönemin milletvekilleri ve parti başkanları, bir yandan halkın hissiyatına tercüman olma gayesiyle ölüm cezasının caydırıcı güç olarak varlığının korumasının yararlı olacağı ve kaldırılmasının da zor olduğu düşüncesini[476] desteklerken diğer yandan da 1984 yılından bu yana uygulanmayan bu cezanın terör bahanesiyle yeniden infaz edilmeye başlanmasının iç ve dış siyasette ülkeyi sıkıntıya sokacağını ileri sürdüler[477].

Müzakereler sonucunda bir uzlaşmaya varılamasa da Mart 1990'da TCK'nun dokuz maddesinde düzenlenen bazı suçlar için verilen ölüm cezasının kaldırılması konusunda Meclis Adalet Komisyonu'nda görüş birliğine varıldı. 3679 sayılı ve 21 Kasım 1990 tarihli Ceza Yasası'nda değişiklik yapan yasa ile de ölüm cezası 15 suç için kaldırıldı. Bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra bir Başbakanlık tezkeresi ile 61 idam mahkûmuna ait 58 dosya geri çekildi. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu yasanın ölüm cezasının tamamen kaldırılması doğrultusunda atılan bir adım olarak görülebilmesinin yanı sıra zaten pratiği bulunmayan suçların ayıklanmasından ibaret olan kısmî bir iyileştirme çabası olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Hatta bu niteliğin, ulusal ve uluslar arası düzeyde yapılan ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik talepleri törpüleme işlevi gördüğü ileri sürülerek nihai çözümün yani cezanın tamamen ilgasının geciktirilmesi tehlikesini taşıdığı şeklinde yorumlar da yapılmıştır. Ayrıca ölüm cezası karşıtları tarafından Türkiye'nin temel sorununun, yasama ve yürütme organının bu cezanın tümden kaldırılması konusunda açık ve kesin bir tavır alamaması, ikili davranması, bu nedenle de çekingen, kararsız bir siyasa üretmesi olduğu belirtilmiştir. Bunun nedeni

475 Tanör, s. 24.

476 *Cumhuriyet*, 30. 6. 1987, s. 8; 14. 10. 1990, s.1; 17. 10. 1990, s. 1, 14; *Nokta*, 20. 5. 1990; *Hürriyet*, 14. 10. 1990, s. 1.

477 *Milliyet*, 16. 10. 1990, s. 10; Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 39.

ise her iki organın da ölüm cezasına kayıtsız-şartsız ve kesin bir biçimde karşı çıkma şeklinde demokratik olgunluğa ve bilinç düzeyine ulaşamamış olmaları şeklinde izah edilmiştir[478].

Bu noktada şu hususu hatırlatmak gerekir ki, daha önce 1973-1980 döneminde de infazın gerçekleştirilmediği bir dönem geçirilmiştir. Ancak 1984'ten sonra başlayan infazsız dönemin diğerinden farklı bir yönü mevcuttur: Bu fark, bekletilen dosyaların, ülke içinde şiddeti artan teröre karşı bir devlet önlemi mahiyetinde tehdit unsuru ve rehine, uluslar arası platformda ise gelişmiş ülke prestiji elde etme aracı olarak kullanılmasıdır[479]. Bu ikili ve kararsız tutum, uluslar arası düzeyde Türkiye'nin izlediği insan hakları siyasasında da etkili olmaktadır. Mesela, Türkiye, Kasım 1989'da BM'in 3. komisyonunda ölüm cezasının kaldırılması önerisinin Genel Kurul'da oylanması sırasında ve 15 Aralık 1989'da kabul edilen İkinci Seçmeli Protokol'de çekimserler grubunda yer almıştır. Aynı şekilde çekimserlik ve suskunluk siyasasını *BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*'nde de benimsemiş, 1976'dan bu yana yürürlükte olan sözleşmeyi onaylama noktasında suskun kalmış, 1954'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylarken bu sistemin esasını oluşturan bireysel başvuru mekanizmasının çalışmasını sağlayacak tanıma bildirimini, ancak 33 yıl sonra 1987'de yapmıştır[480].

12- TCK'ndaki 140, 141, 142 ve 163. maddeler yürürlükten kaldırılmış ve 12.01.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu çıkartılarak yeni düzenlemelerde bulunulmuştur. Bu yasanın geçici madde 1/a hükmünde 8/4/1991 tarihine kadar verilen ölüm cezası kararlarının yerine getirilmemesi, ölüm cezası mahkûmlarının tutuklu kaldıkları süre de dahil edilerek 10 yıl ceza çektikten sonra iyi hallerine bakılmaksızın şartla salıverilmeleri öngörülmüştür. Antiterör Yasası'nın geçici madde 4/d hükmüne göre ise Askeri Ceza Yasası'nın 55-59. maddelerinin kapsamına giren suçları işleyenler hakkında verilen ölüm cezalarının yerine getirilmeyeceği, mahkûmların ise 20 yıl cezalarını çekmeleri durumunda iyi halli olup olmadıkları ve talepleri göz önünde bulundurulmaksızın şartlı salıverilecekleri karara bağlanmıştır. Ayrıca TCK'nun ölüm cezasını içeren 125, 131, 146, 147, 149 ve 156. maddeleri otomatik olarak, 152. maddedeki suçlar ise terör amacı ile işlenmesi halinde *terör suçu* kapsamına dahil edilmiştir. Ancak ölüm cezası karşıtları, burada terörün tanımının müphem ve belirsiz ifadeler kullanılarak yapıldığını, bun-

478 Gemalmaz, "BM İkinci Seçmeli Protokolü", *İnsan Hakları Yıllığı*, XII(1990), s. 77-80; a.mlf. *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 41.
479 Tanör, s. 24.
480 Gemalmaz, "BM İkinci Seçmeli Protokolü", s. 81.

dan dolayı da terör suçunun kapsamının genişletilmesi tehlikesinin ortaya çıktığını ileri sürmüşlerdir[481].

Ölüm cezası taraftarları ise Türkiye'de yükselen terörün, bu cezanın uygulanmasa da yürürlükte kalmasının temel nedeni olduğu görüşündedirler. Onlara göre ölüm cezası, hem terör suçları için caydırıcılık açısından en etkili cezadır, hem de bireyin hayatını tehdit veya yok eden teröristin suçuna eşit oranda verilebilecek en uygun cezadır. Demokratik devlette hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde yapılan terörle mücadelenin, hukuka aykırı bir yönü yoktur; devletin güvenlik güçlerinin teröristi yakalaması, mahkemeler tarafından ölüm cezasının hükmedilmesi ve yetkili görevliler tarafından cezanın infaz edilmesi aşamaları terörün hukuki sınırlar içerisinde cezalandırıldığı anlamına gelir. Terörle mücadele amacını, ölüm cezasını yasalarda korumak için bir dayanak kabul eden eğilimin argümanlarının temelsiz ve yanlış olduğunu ortaya koyanlar ise ölüm cezasının terör suçu için caydırıcı olmadığı şeklindeki düşüncelerini, bu cezanın mevcudiyetine rağmen devam eden terörizm gerçeğini ileri sürmek suretiyle delillendirmişlerdir[482].

Öte yandan yaşam hakkını kurumsallaştırma ve ölüm cezasını tamamen kaldırma çalışmalarının etkisiyle 1990'lı yıllara ait teröristin yaşam hakkına sahip olmadığı anlayışı giderek gücünü kaybetmekte, yaşam hakkının ona saygı gösterenler kadar göstermeyenler için de bir hak olduğu anlayışından hareketle terör suçlularının da insan olma açısından diğer suçlular gibi yaşam hakkına sahip olduğu anlayışı, sağduyulu ve demokratik bir devlette benimsenmesi gereken bir ilke olarak gündemde tutulmaktaydı[483]. Yasama ve yürütme alanında olduğu gibi doktrinde de önceleri ölüm cezası karşısında bazen lehine[484] bazen aleyhine[485] olmak üzere tutarsız tavırlar sergilenirken bu bağlamda ölüm cezası aleyhine bir yaklaşım üretilmeye, hatta 2000 yılına yaklaşıldığında hem doktrin hem de yasama ve yürütme organlarında ölüm cezasının tamamen kaldırılmasına yönelik istekler net bir şekilde dile getirilmeye başlandı[486]. Nitekim gerek siyasi gerekse bilimsel açıdan Türkiye'nin,

481 Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 32-36.

482 Geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 42.

483 Örnek olarak bkz. Perihan Mağden, "Çözüm mü; idam mı?", *Radikal*, 30. 6. 1999, s. 4; Mine G. Kırıkkanat, "Galeyan", *Radikal*, 30. 6. 1999, s. 7; Zülfü Livaneli, "Ateşle İmtihan", *Sabah*, 26 Kasım 1999, s. 5.

484 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Ölüm Cezasının Lüzumuna Dair", *Cumhuriyet*, 26. 8. 1944, s. 2; a.mlf., "Ölenler, Öldürülenler", *Cumhuriyet*, 29. 5. 1977; Nurullah Kunter, "Ölüm Cezası İlga Edilmeli mi Edilmemeli mi?", *Cumhuriyet*, 22. 2. 1956, s. 2; Necdet Yalkut, s. 1001-1013; Tunçer, s. 264-272.

485 Erem-Danışman-Artuk, s. 173-204; Bayraktar, s. 53-75; Demirel, s. 152-171; Hassan, s. 75-116; Tosun, s. 187-206; Uman, s. 341-350; Mustafa T. Yücel, "Şüphecilik, Ahlaki Mesuliyet ve Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, LV(Ankara 1964/9-12), s. 1014-1017 ...

486 Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne,* 5. bs., Ankara 1999, s. 194-195.

hem üyesi olduğu Avrupa Konseyiìndeki gelişmelere hem de AB'deki genel tutuma kayıtsız kalamayacağı kabul edilmekteydi. Avrupa Konseyi, 41 üyesi olan uluslar arası bir yapılanma olup üye ülkeler içinde idam cezasını kaldırmayan tek ülke ise Türkiye idi. AB ülkelerinin hepsinde de bu ceza kaldırılmıştı. Nitekim AB'nin insan hakları çerçevesinde taviz vermediği ön koşullardan biri de ölüm cezasının kaldırılması idi[487]. Bu nedenle Türkiye'nin de bu sorunu, kesin bir çözüme bağlaması gerekmekteydi. Dolayısıyla Türk siyasilerinin ölüm cezası karşısındaki tavırları da AB'ne girme politikaları ile paralellik arzeder. Bu noktada terör suçuna karşı kamuoyunun hassasiyetini esas alanların sergilediği karşı ya da çekimser tavrın yanı sıra genel eğilim, AB'ne girmek için ölüm cezasının kaldırılması hususunda yasal düzenlemelerin bir an önce gerçekleşmesi gerektiği yönünde idi[488].

TCK Tasarısı Komisyonu'nun 17.1.2000 tarihinde açılış konuşmasında Hikmet Sami Türk, Ceza Kanunu'nun yenilenmesine yönelik gerekçeleri izah ederken tasarının dayanacağı politikanın temelinin, insan haklarına saygıyı tam olarak gerçekleştirme olduğunu belirtmiş ve bu çerçevede toplumu suç karşısında korumak ve mağdurların haklarını güvence altına almak için suçluların rehabilitasyonu ya da ıslahı gibi ceza veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin alınacağını, idam cezasının da suç ve ceza politikasının bütünlüğü içerisinde, evrensel ölçüler ve ülke gerçekleri göz önünde bulundurularak değerlendirileceğini ifade etmiştir[489]. 21.12.2000 tarihinde de Meclis tarafından kabul edilen 4616 sayılı "23.4.1999 tarihine kadar işlerden dolayı şartlı salıverilmeye, dava ve cezaların ertelenmesine dair Kanun"nun 1. maddesinde ölüm cezalarının yerine getirilmeyeceği, belirli suçlar dışındaki suçlar nedeniyle bu cezanın verilmeyeceği hükmü yer almıştır[490].

Avrupa Komisyonu'nun Türkiye için Katılım Ortaklığı Belgesi'nde ölüm cezasının kaldırılması kısa vadede öngörülmüş olmasına karşın 19. 3. 2001 tarihinde Türkiye tarafından hazırlanan ulusal program içerisinde ölüm cezasının kaldırılmasının TBMM'nin yetkisinde olduğu, bu meselenin şekil

487 22.06.1993'te yapılan Kopenhag Zirvesi'nde Avrupa Konseyi, AB'ne adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaması gereken kriterleri de belirtmiştir. Bu kriterler siyasi, ekonomik ve topluluk mevzuatının benimsenmesi olmak üzere üç grupta toplanmıştır. Demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıklara saygı gösterilmesini ve korunmasını garanti eden kurumların varlığı ise siyasi kriter olarak belirlenmiştir: 22.06.1993, http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html.

488 Dış dünyada da Türkiye'nin ölüm cezasını kaldırma sürecine girdiği kabul edilmekte, ilg - dan yana görüş beyan eden siyasilerin ifadeleri de delil olarak gösterilmektedir: Örnek olarak bkz. "Turkey sees End to Death Penalty", *Reuters*, 21.1.2002, www.iht.com/articles/45417.htm.

489 Konuşmanın tam metni için bkz. 27.01.2002, www.byegm.gov.tr/yayinlarimiz/TURKHABER/2002/27ocak/T3.htm.

490 Süheyl Batum, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri", *AB Kopenhag Siyasal Kriterleri –Görüşler ve Öncelikler-*, TÜSİAD, İstanbul Mayıs 2001, s. 20.

ve kapsam itibarıyla TBMM tarafından orta vadede ele alınacağı belirtilmiştir[491]. Anayasa değişikliği ile ilgili görüşmeler sırasında Partilerarası Uzlaşma Komisyonu'nun kabul ettiği, Anayasa'nın bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında sunulan kanun teklifi metninin 15. maddesi ise şu şekildedir: "*Genel müsadere cezası ile savaş, yakın savaş ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez*". Bu öneri yasama alanında nihaî hedefe ulaşmadan yargı aşamasında etkisini göstermeye başlamış, 28. 10. 2001 tarihinde Yargıtay, adam öldürme suçundan dolayı verilmiş olan bir ölüm cezası kararını onaylamamış ve ölüm cezasının bu tür suçları kapsamadığını, sadece terör ve savaş suçları için gerekli olduğunu belirtmiştir[492].

Ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili olarak koalisyon ortakları arasında yapılan görüş alışverişinin sonucunda da bu meselenin ağırlaştırılmış müebbet hapse ilişkin düzenleme yapıldıktan sonraya bırakılması konusunda görüş birliğine varıldığı bildirilmiştir. Buna göre hükümet, idam cezası kaldırmadan önce ağırlaştırılmış müebbet hapisle ilgili yasal düzenlemeyi yapacak; ağırlaştırılmış müebbet hapiste, idam cezası alanlar hiçbir şekilde infaz cezalarındaki düzenlemelerden ve aflardan yararlanamayacak ve ağırlaştırılmış müebbet ile ilgili yasal düzenleme yapıldıktan sonra idam cezası ile ilgili düzenleme gündeme gelecektir[493].

22.03.2002 tarihinde Başbakanlık, idam cezasının Anayasa değişikliği olmadan yasa ile kaldırılıp kaldırılamayacağı konusunda Danıştay'dan görüş istemiştir. Danıştay 1. Dairesi de 27.03.2002'de Anayasada değişiklik yapılmadan TCK ve ilgili diğer kanunlarda yapılacak değişiklikler ile ölüm cezasının mevzuattan çıkarılabileceği yönünde Başbakanlığa görüş bildirmiştir[494]. Bunun üzerine 14.4.2002 tarihinde TCK ile Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da yer alan İdam Cezalarının Yeniden Düzenlenmesine Dair Kanun Tasarısı TBMM'ye gönderilmiştir. Bu tasarı AB üyeliği çerçevesinde hazırlanan ulusal programdaki taahhütler doğrultusunda ve Anayasa değişikliği çerçevesinde 'uyum kanunu' niteliği taşıyacak şekilde hazırlanmıştır. Tasarıya göre savaş, çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar ile terör suçları için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, TCK ile Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülecek, TBMM tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümler saklı olacak, idam cezaları müebbet ağır

491 01-03.2001, http://www.tihv.org.tr/rapor/2001_01_03/ocak_mart2001.html.
492 28/10/2001, ATV, 20:00 Haberleri.
493 *Hürriyet*, 27.02.2002.
494 Verilen tarihleri dikkate alarak ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili gündem hakkında geniş bilgi için bkz. Anadolu Ajansı, http://haber.superonline.com/haber/arsiv/arsiv_tara/0,1104,0,00.html.

hapis cezasına dönüştürülenler hakkında TCK'nın 70, 73 ve 82. maddelerinde öngörülen süreler iki kat olarak uygulanacaktır.[495].

Bununla birlikte AİHM'nin Türk hakimi Rıza Türmen, Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı idamla ilgili yasa tasarısının AB mevzuatına uygun olmadığını açıklayarak Avrupa Konseyi'nin 6 No.lu Protokolü'nde sadece *savaş ve savaş ihtimali* için idam cezası verilebileceğinin öngörüldüğünü vurgulamış ve hazırlanan tasarıda buna 'terör' halinin de eklendiğini belirtmiştir. Ayrıca Türmen, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin şu anda 6 No'lu Protokolü de aştığını, savaş durumunda bile idam cezasının kabul edilmediğini, bu konuda Avrupa'da bir konsensüs oluştuğunu, Türkiye'nin ise idam cezasını kaldırmamakta direnerek bu konsensüsün dışında kalmasının AB ile ilişkilerimizi zora sokacağını belirtmiştir[496].

Bu noktada Türkiye'de ölüm cezasının 1984'ten bu yana geçirdiği sürecin nihai konumu açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu cezanın kaldırıldığı ülkelerdeki ilga süreci dikkate alındığında Türkiye'nin de aynı sonuca doğru mesafe katettiğini düşünmek mümkündür. Zira ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik adım atan hemen her devlet bilimsel çevrelerin ölüm cezası aleyhine ortaya koydukları argümanlara paralel olarak önce infazları durdurmak suretiyle fiilî ilgayı gerçekleştirmiş, daha sonra bu argümanları siyasi platforma taşıyarak yasal ilgayı başarmıştır. Evrensel standartların kabulü eğilimi de bu sonuca ulaşmayı hızlandırıcı işleve sahiptir. Türkiye'de de ölüm cezasının, yasal olarak kaldırılması amacıyla bu cezayı savunan argümanların temellerinin zayıflatılması ve cezaya karşıt görüşlerin kabulüne hazır siyasî ve sosyo-kültürel zeminin oluşturulması yönünde sergilenen çabalar sonucunda Meclis'te 03.08.2002 tarihinde AB uyum paketinin savaş ve savaş halleri dışında idam cezasını kaldıran 1. maddesi, 162'ye karşı 256 oyla kabul edilmiştir[497]. 10.01.2004 tarihinde ise Türkiye, ölüm cezasının "*savaş durumu, yakın savaş tehdidi ya da olağanüstü durumlar*" da dahil olmak üzere her türlü koşulda tamamen yürürlükten kaldırılmasını öngören *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 13. Protokolü*'nü imzalayarak meseleye son noktayı koymuştur[498].

495 14.4.2002, http://gazete.mynet.com/detail_news/?type=Politics&date=17Nisan2002&no=A00281CA.

496 *Zaman*, 29.4.2002.

497 http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2002/08/03/guncel/guncel/1.html.

498 "The Death Penalty: An International Perspective", 03.03.2004, http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?did=127&scid=30#ar.

İKİNCİ BÖLÜM

DOKTRİNDE ve ULUSLAR ARASI HUKUKTA ÖLÜM CEZASI

I- HUKUK DOKTRİNİNDE ÖLÜM CEZASI

İnsanlık tarihi kadar kadim bir geçmişe sahip olan ölüm cezasının, olgusal ve tarihsel evrelerinin yanı sıra düşünsel ve teorik altyapısı bulunmaktadır. Ölüm cezasının doğrudan insan hayatına yönelik olması ise özelde yaşam hakkı genelde ise insan hakları anlayışındaki evrilmenin izlenmesini gündeme getirir. Bu bağlamda yaşanan süreç, insanın devlet/yetkili otorite karşısındaki konumu ile de paralellik arzeder. Nitekim Eski Yunan döneminde Stoa okulu sitenin/devletin yüceltilmesini bırakarak onun üstünde akıl, yasa ve adaletin bulunduğunu savunmuş, insan olma niteliğini önplana çıkarmış, evrensel akla/logosa uygun davranmakla kişinin sitenin dar sınırlarından sıyrılarak dünya devletinin/kosmopolis bir vatandaşı olduğunu savunmuştur. Stoa öğretisinin haklar teorisi olarak ortaya çıkan evrensel hukuk anlayışı, İskender İmparatorluğunun ideolojisi işlevini üstlendikten sonra Roma imparatorluğunun da ideolojisi haline gelmişti. Nitekim Roma Stoasında evrensel ölçüt olarak doğal yasa kabul edilmişti[1]. Ortaçağ hukuk teorisinde de Devlet erki, doğal kuralların altında ve fakat pozitif hukukun üstünde yer almaktaydı. Böylelikle Ortaçağ düşüncesinde bireyin doğuştan gelen ve yok edilemez hakları bulunduğu anlayışının öncül izleri görülmüştü[2]. Ancak henüz ölüm cezası, itiraza konu olmamış, hatta yaygın uygulama alanı bulmuştur[3].

1 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 4-6.
2 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 12.
3 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 291.

16. ve 17. yüzyıllarda klasik Yunan ve Roma düşüncesinin yeniden canlandırılması/Rönesans ve Reform ile birey evrenin merkezine yerleştirilmiştir[4]. Bireyin yükselişi ise bir yanda doğal hukuk/doğal haklar, öte yanda toplum sözleşmesi kurumları ile kendi dayanaklarını biçimlendirmekteydi. Birey, artık, toplumsal ve siyasal yapıyı şekillendirebilecek bir güçtü. Bunun kaçınılmaz sonucu ise siyasal erki kullananın sadece Tanrı'ya değil, yönetilenlere karşı da sorumlu olacağı yaklaşımıdır. Nitekim 18. yüzyılda devletin ceza verme yetkisinin, cezanın maksat ve amaçlarının bu perspektifle değerlendirmeye tabi tutulduğu, insan hak ve hürriyetleri ile ceza hukuku arasında bağlantı kurulduğu, tabiî hukuk doktrinlerinin etkisiyle ölüm cezasının da sorgulanmaya başlandığı görülür. Ne var ki söz konusu gelişmelere karşın bu dönem, özellikle 17. yüzyıl, uygulama alanında insan hak ve özgürlüklerinin kurumsallaşmasının sağlama bağlandığı süreç olmak yerine monarşik yönetimlerin saltçılığının belirginleştiği evre olmuştur.[5] Rönesans ve Hümanizm akımlarının getirdiği bir anlayış olan, her bir insana kendisini onur ve haysiyetine uygun bir tarzda geliştirip varetme ideali ve dolayısıyla bu ideale başkaldırma düşüncesi ise bir sonraki aşamada Aydınlanma'nın ürünü siyasal kurumlarla birleşerek insan haklarının formüle edilmesine önemli bir katkı yapacaktır[6]. Ne var ki, bu dönemin pek çok düşünürü, aklı ve bireyi öne çıkartan görüşler ortaya atmalarına rağmen ölüm cezasının meşruiyeti konusunda olumlu tavır almaktan da kaçınmamışlar[7], bir kısmı ise bu cezanın özüne değil yalnızca kötüye kullanımına karşı çıkmışlardır[8].

---

4 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 24.

5 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 31.

6 Mesut Karaşahan, *Yeryüzü Cennetinin Sonbaharı İnsan Haklarının Serencâmı*, İstanbul 2000, s. 27.

7 Özgürlük, canın ve malın korunmasını her türlü dinsel gerekçeyi aşan doğal bir hak olarak kabul eden Francisco de Victoria (1480-1546), hiçbir hakimiyet türünün bu hakları çiğneyemeyeceğini, bütün insanların yalnızca insan oldukları için doğal haklara sahip olduklarını belirtmekle birlikte savaş hukuku ekseninde müslüman savaş tutsaklarının öldürülebileceğini kabul etmiş, ayrıca İspanyol Kutsal Engizisyonu uzmanı olarak Roterdam'lı Erasmus'u suçlu bulanlar arasında yer alarak yaşam hakkının da evrensel insan doğasından kaynaklandığını göz ardı etmiştir: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 39; Thomas Hobbes (1588-1679)'a göre bireyin yaşamının korunması Egemen'e de olsa devredilmesi olanaksız bir temel hak olduğu için, herkesin yaşamını korumak için direnme hakkı ya da itaatsizlik özgürlüğü vardır. Bu yönüyle Hobbes, vazgeçilmez hak kavramını ortaya atması açısından insan hakları tarihinde önemli bir yere sahip olmasına karşın ölüm cezasını açıkça benimser, hatta işkence ile birlikte infazını da olağan karşılar: agmlf, s. 43: Tabiî haklar üzerinde duran düşünürlerin hemen hepsinde etkisi hissedilen John Locke (1632-1704) da bir taraftan insanın hayat, hürriyet ve mülkiyet üç temel hakkının bulunduğunu kabul etmiş, diğer taraftan da devletin kuruluş nedeninin bu hakları korumak ve savunmak olduğunu, tabiî hukuk ilkelerini çiğneyen insanların ise suç işlediğini, suçluların cezalandırılmasını sağlayacak bir organizasyonun kurulması isteğinin de sosyal sözleşmeye neden olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre sözleşme ile toplumun güven içinde yaşaması noktasında gerçekleşen birleşmede devlete ölüm cezası ve diğer cezalar öngören kanunlar çıkarma gibi yetkiler verilmiştir. Ancak Locke, bu düşüncesinde doğuştan gelen tabii haklar ile çoğunluk iradesinin egemenliği ilkesi arasında istikrarlı bir denge kuramaması nedeniyle eleştirilmiştir: Güriz, s. 204, 208:

8 Zira bu sırada toplumun genel eğilimi, sadece infaz şekillerinin ağırlığını eleştirici niteliktedir.

Ölüm cezasının tarihi seyrinde yeni bir çığırın açılması ise Beccaria'nın 1764'te yayınlanan *Des Délits et des Peines (Suçlar ve Cezalar)* isimli eseri ile gerçekleşmiştir. Beccaria'nın bu eseri, aslında ceza hukukunda gerçekleşen büyük reformların teorik açıdan temelini oluşturmuştur[9]. Genel olarak cezanın vahşî değil insanî olması gerektiğini savunan Beccaria, eserinin 16. bölümünde ele aldığı ölüm cezasına da aynı perspektiften yaklaşmış; bu cezanın sorgulanması ve tamamen kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür[10]. Beccaria'nın tezi, gelenekçi düşünürler tarafından olumsuz, yenilikçiler tarafından ise olumlu bir tavırla karşılanmıştır[11]. Nitekim Muyart de Vauglans, Beccaria'nın fikirlerinin yayılmasını önleme amacıyla *Réfutation du Traité Déelits et des Peines* (*Suçlar ve Cezalar Adlı İncelemenin Çürütülmesi*) isimli bir eser yayınlamış, eserinde Beccaria tarafından ileri sürülen argümanları tek tek ele alarak çürütmeye çalışmıştır[12]. Öte yandan birçok hukukçu ve düşünür, Beccaria'nın düşüncelerini tamamen kabul etmemekle birlikte ondan etkilenmekten de geri kalmamışlardır. Voltaire, önce ölüm cezasının hukuka uygun bir şekilde uygulanması şartıyla meşruiyetini onaylamış, daha sonra da ölüm cezasının tamamen kaldırılması düşüncesini benimsemiştir[13]. Thomas Paine de "Louis Capet'nin Yaşamının Sürmesi için Gerekçeler" başlıklı denemesinde ölüm cezasına karşı çıkmış, bunun yerine ılımlı ve fakat daha etkili bir ceza bulunmasını dile getirmiştir[14].

Beccaria'nın eseri ile başlayan ölüm cezasının meşruiyetini tartışma ve bu cezayı kaldırma hareketinin hızı, XIX. yüzyılın ikinci yarısında yavaşlama göstermiş; XIX. yüzyıldaki felsefî, edebî ve hukukî tartışmaların sonuçları ancak XX. yüzyılın ortalarında görülmeye başlanmıştır. XIX. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında ölüm cezasının kaldırılması yönündeki gelişmelerde yaşanan bu duraksamanın nedenleri ise şu şekilde özetlenebilir[15]:

1- Farklı bilim dallarının ortaya çıkması: Yeni kurulan tecrübî ilimler, antropoloji, etnoğrafya, sosyoloji ve istatistik gibi bilim dallarının kullanılmasıyla ceza hukuku alanında da birtakım sonuçlara ulaşılmıştır. Mesela, yeni doğmak-

---

Halk, ölüm cezasının doğruluğunu sorgulama düşüncesinden de oldukça uzaktır. Bu bağlamda Montesquieu, Jean Jacques Rousseau gibi düşünürler önce bu cezanın gereğinden fazla tatbik edilmesini eleştirmişler; ancak belli ağırlıktaki çok sınırlı sayıda suç için uygulanması gerektiğini ileri sürerek ölüm cezasının meşruiyetini onaylamaya devam etmişlerdir: Lord Lloyd, s. 79-80; İmbert, s. 58.

9 Caldwell, *EAm*., V, 596; Campion, *NCE*, III, 80.

10 Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, çev. Muhittin Göklü, İstanbul, 1964, s. 236.

11 Caldwell, *EAm*., V, 596.

12 Dönmezer-Erman, I, 53; İmbert, s. 53.

13 Dönmezer-Erman, I, 51; Demirel, s. 155.

14 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku,* s. 294.

15 Demirel, s. 160; Akkan, s. 149.

ta olan cinâî istatistik bilimi aracılığıyla suçlarda artışın tespit edilmesi, kullanılan cezaların yetersizliği düşüncesinin doğmasına neden olmuş; bu düşünceden hareketle ölüm cezasının lehine sonuç çıkarılmıştır. Aynı şekilde Darwin'in tabiî ayıklanma teorisi ve cemiyete intibak etmeyenlere karşı cemiyetin korunması düşüncesi ile ölüm cezası arasında benzerlik kurulmuştur[16].

2- Pozitivist doktrin: Ölüm cezasını savunan pozitivist doktrin, ölüm cezasının insanlıkdışı, zalimane bir ceza olduğu yönündeki eğilimden vazgeçilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda mesele, toplumun korunması açısından bu cezanın gerekliliğinin araştırılması şeklinde pratik ve reel yönleriyle ele alınmaya başlanmıştır.

3- Savaşlar: I. ve II. Dünya Savaşı da dahil olmak üzere savaşların katliamlara yol açtığı görülür. Sivil savaşlarda ölüm cezalarının toplu olarak infaz edilmesinde de aynı olgunun tezahürüne rastlanmaktadır. Mesela, Çin'de Çan Kay Şek hükümeti, 1927 yılında Kanton ve Şanghay eyaletlerinde binlerce koministi idam ettirmiştir. Öte yandan savaş sırasında kurulan divan-ı harb, özel mahkemeler, adalet mahkemeleri gibi özel yargı kurumlarının sayıca artış göstermesi ise ölüm cezasını gerektirici suçların sayısının da artmasına neden olmuştur[17].

4- Totaliter Rejimler: I. ve II. Dünya Savaşı arasındaki dönemde ortaya çıkan totaliter rejimler ceza hukuku alanında da etkili olmuştur. Bu nedenle ölüm cezasını kaldıran ülkelerin birçoğunda bu ceza yeniden yasalaştırılmış[18], hatta totaliter rejimle yönetilen ülkelerde ölüm cezasına karşı kampanyalara girişmek bile imkansız hale gelmiştir. Bu dönemde totaliter olmayan devletlerde dahi ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik eylemler müsbet bir neticeye ulaşamamıştır[19].

Savaşı demokrasi cephesinin kazanmasından sonra ceza hukukunda liberal eğilimlerin arttığı ve totaliter anlayışların giderek güç kaybettiği görülür. Liberallik eğilimi, ceza hukukunda insan hak ve hürriyetlerinin ve toplumsal düzenin dengeli bir şekilde korunması esasının yanı sıra suçta ve cezada kanunîlik ilkesinin benimsenmesi üzerinde de ısrarla durmuştur. Bu bağlamda liberal ceza hukuku anlayışında ölüm cezasına karşı bir tavır sergilenmiş

16 Lord Lloyd, s. 81: 1933'te Adolf Hitler'in Almanya'da başbakanlığa seçilmesinin ardından A - man Yahudilerine karşı uyguladığı ayrım siyasetinin temelinde de bu teorinin bulunduğu ileri sürülmektedir. Zira bu siyasetin gerekçesi Yahudi'nin aşağı ırkları temsil etmesidir. Darvin'in toplumsal ayıkla/n/ma ilkesi gereğince aşağı olanın aleyhine olarak üstünün var olma hakkı saklıdır. İşte bu hak, üstün olana aşağılığı idam etme yetkisi tanımaktadır: Duralı, s. 47.

17 Geniş bilgi için bkz. İmbert, s. 90-91; Fitzpatrick–Miller, s. 279.

18 Sam Jordan, AIUSA Program to Abolish the Death Penalty, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html, .

19 Devletler hakkında geniş bilgi için bkz. İmbert, s. 91-93.

ve yasal olarak kaldırılması düşüncesi kabul edilmiştir[20]. Otoriter ceza hukuku anlayışında ise ceza yasalarında sadece sosyal savunma amacının göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmiş, insan hak ve hürriyetleri ile sosyal savunma esasının karşı karşıya gelmesi halinde sosyal savunma tercih edilmiştir. Bu yüzden, totaliter yaklaşıma göre ceza hukuku, sahip olduğu müeyyideler nedeniyle en önemli sosyal savunma araçları arasında yer alır; zira ceza, sosyal hayatın her aşamasına müdahale edebilir. Bu nedenle cezaların ağır ve şiddetli olması, siyasal suçların da en şiddetli cezalarla cezalandırılmaları gerekir[21].

1990 yılından sonraki dönemde ceza hukukunda pozitivist ve klasik doktrinlerin sonradan ortaya çıkan ekolleri uzlaştırılmaya çalışılmış, suçlunun kişiliğinin ıslah edilerek tekrar topluma intibak etmesini sağlama gayesi ön plana çıkarılmıştır[22]. Ölüm cezası ise kişinin geliştirilmesi, düzeltilmesi, topluma uyan birey durumuna getirilmesi amacıyla çelişmektedir. Bunun nedeni ölüm cezasının bireyin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu içermesidir. Bu bağlamda eğitim ve klinik tedavi aracılığı ile kişiyi toplumla, toplumu da kişi ile uyumlu hale getiren bir sistemin kabul edilmesi gerekir. Nitekim çağımızda da suçlunun yok edilmesi değil ıslahı suretiyle topluma yeniden kazandırılması gayesine öncelik tanınmıştır. Bundan dolayı ölüm cezası teorik değerini kaybetme sürecine girmiş, XVIII. yüzyılda başlayan bu cezanın yasal olarak kaldırılması eğilimi ise evrensel bir nitelik kazanarak bütün dünyanın gündemine taşınmıştır[23]. Ölüm cezasının evrensel standartlardaki konumu, konu bütünlüğünü bozmama amacıyla daha sonra müstakil bir başlık altında incelenecektir. Burada ise ölüm cezasının doktrin sahasında geçirdiği evrelere paralel olarak ortaya çıkan argümanlar, tek tek ele alınacaktır ki bu ceza ile ilgili tarihî, ahlakî ve felsefî tartışmaların hukuk doktrinine yansımalarının gözden geçirilmesi, ölüm cezasının kaldırılma yönündeki tarihi sürecin bilimsel temellerini de ortaya koyacaktır.

A- Ölüm Cezasının Lehindeki Görüşler

Ölüm cezasını savunan yaklaşımlar, bu cezanın meşrûiyetini çeşitli açılardan delillendirmeye çalışmışlardır. Ölüm cezasının meşrû bir ceza olmasını din ile temellendiren görüşe göre bu cezanın mistik karakteri nedeniyle sahip olduğu gizemli yön, ilahi adaletin bir tecellisidir. Bu argüman, birçok Hristiyan teolog tarafından Hz. İsa'nın merhamet eğilimine sahip olduğu ve suçluların topluma kazandırılmasının gerekliliği öne sürülerek reddedilmiş-

20 Dönmezer-Erman, I, 102.
21 Dönmezer-Erman, I, 103.
22 Güriz, s. 428.
23 Bayraktar, s. 58.

tir. Nitekim Hıristiyanlıkta kısas ilkesi ölüm cezasının lehinde, merhametlilik ilkesi ise aleyhinde ileri sürülen argümanları haklı çıkarttığından bu cezanın hukuka hem uygun hem de aykırı olduğunu ileri sürmek mümkündür[24].

Ölüm cezasının meşrûiyetini onaylayan düşünce, zamanla bu cezanın hukukî temelini değil de pratik yönünü sorgulamaya başlamıştır. Nitekim Montesquieu (1689-1755), ölüm cezasını temelde gerekli ve haklı bulurken[25] yasanın bu cezayı çok fazla sayıda suç için öngörmesine karşı çıkarak cezanın kullanım alanının daraltılmasını istemiştir[26]. Aynı şekilde Jean Jacques Rousseau, katilin veya kamu hukukuna saldırıda bulunan kişinin toplumdan ölümle koparılması gerektiğini ileri sürmüş; ancak ölüm cezasını en son başvurulabilecek bir çözüm olması halinde meşrû kabul etmiştir[27]. Hegel'e göre de ölüm cezası meşrudur; yine de bu cezaya pek sık başvurmamak gerekir[28].

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, ölüm cezasının meşruluğu düşüncesi, aslında ölüm cezasına taraftar olan bütün anlayışların ortak tezidir. Bu cezayı savunan bütün teoriler, ölüm cezasının hukuka aykırı olmadığını ortaya koyma amacında birleşmişler, ancak bu amaca ulaşmak için farklı argümanlar kullanmışlardır. Bu nedenle ölüm cezasının meşruiyetini savunan her bir teorinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

a- Denkleştirme Teorisi

Denkleştirme teorisi, genel olarak suçun ağırlığıyla, bir başka deyişle ortaya çıkan zararın büyüklüğüyle orantılı olan cezanın meşrû olduğu tezinden yola çıkar. Aynı şekilde ödetme, keffaret, misilleme ve kısas gibi kavramlar da büyük zararlara neden olan suçların neticelerinin ancak suçlunun ölümü ile telafi edilebileceği düşüncesine ve toplumun suçluya hesap sorma hakkına sahip olduğu varsayımına dayanarak en ağır suçun bedelinin en katı ceza ile ödetilmesi anlamını içermektedir. Özellikle de kısas kavramı, cezanın işlenen suç ile aynı olması ilkesini içermesi nedeniyle adam öldürme suçunda suçlunun, bir insanın hayatına son vermesi nedeniyle hayattan yoksun bırakılmasını gerektirmektedir ki bu anlayışın tarihi temeli ilkel toplumlara kadar uzanmaktadır. Bu nedenle Herbert Spencer, Westermarck, Kelsen, Dautremer tarafından "cana karşı can" talebine insanoğlunun doğuştan sahip olduğu, cezalandırma sırasında da misillemede bulunma içgüdüsü şeklinde tezahür ettiği ve bu hissin günümüzde tasvip edilmese de kökü kazınamayan, doğal ve evrensel bir olgu olduğu

24 Levine-Musheno-Palumbo, s. 573 .
25 Montesquie, *Rûhu'l-kavânîn,* çev. Hüseyin Nazım, (y.y.) Sancakyân Matbaası 1331, s. 70.
26 Caldwell, *EAm*., V, 596; Hassan, s. 103; Demirel, s. 154.
27 Lord Lloyd, s. 182-183; Müstecaplıoğlu, s. 202.
28 Ernst Cassier, *Devlet Efsanesi*, Çev. Necla Arat, İstanbul 1984, s. 254; Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları,* Çev. Harun Rızatepe, İstanbul 1989, s. 69.

ileri sürülmüştür. Percy, intikam içgüdüsü ile ödetme kuramının birbirinden farklı kavramlar olduğunu, öç almanın kişisel tatmini hedeflediğini, ödetmenin ise şahsî değil tarafsız bir hareket içerdiğini, öte yandan ödetme kuralının genellikle sert bedeni cezalar lehine işletildiğini belirtmiştir. Sidgwick ise 1907'de ileri toplumlarda eğitilmiş insanların ulaştığı etik bilinç sayesinde bu kurala karşı tedrici olarak bir antipatinin oluşmaya başladığını ileri sürmüştür[29].

Bazı Batılı filozof ve teologların suçun misli ile karşılanması yerine bağışlanması şeklindeki düşünceleri ise dünyanın birçok yerinde kabul görmemiştir. Zira hukuk doktrininde suçların cezasız kalmaması köklü bir prensip olarak kabul edilir[30]. Cezaların suçlarla orantılı ve dengeli bir şekilde tespiti esası noktasında da toplumsal olgulara göre farklı ölçütler kullanılmakla birlikte denkleştirme kuralı, geleneksel olarak kısas ile ifade edilmiştir. Nitekim adam öldürme suçunda hayatın yine bir hayat ile ödenebileceği düşüncesinin bütün dünyada yaygın olması dikkate şayandır[31]. Bunun nedeni suçun misli ile ödenmesi anlayışının bütün toplumların karakteristik olguları arasında yer almasıdır. Zamanla hukukun da temel esasları arasında yer alan suç ve ceza dengesi ilkesi, ya suça aynı ile ya da ona denk bir değer ile karşılık verilmesini gerektirmiş, adam öldürme suçunun aynı ile cezalandırılmasında kısas, denk bir değer ile karşılanmasında ise parasal tazminat sistemleri kurulmuştur[32].

Bu noktada denilebilir ki suç ve ceza arasındaki oranı ifade eden denkleştirme teorisi, cezalarda şiddeti sınırlama ve keyfîliği önleme amacının bir tezahürü olarak hukuk doktrininde yerini almış ve ölüm cezasını temellendirmede kullanılmıştır. Nitekim *adaletçi* ekole göre ceza verme hakkının temeli, sadece suç teşkil eden hareketin bir ceza ile karşılanmasını gerektiren adalet düşüncesine dayandırılmalıdır. Zira suç işleyen kişinin suçunun kefaretini ödemesi adaletin gereğidir. Nitekim mutlak adalet kuramının kurucusu olan Kant, caydırıcılığın ya da toplum yararını korumanın cezalandırmanın asıl amacı olmadığını, cezalandırma hakkının kişinin cezalandırılabilecek bir fiili işlemesinden doğduğunu, bu nedenle de nitelik ve nicelik açısından adalete uygun cezanın, kişiye yaptığını ödeten ceza olduğunu ileri sürmüştür[33].

Kant'a göre ölüm cezası da adaletin gereğidir; zira kana karşı işlenen suçun ancak kanla önlenebilmesi mümkündür. Nitekim onun *denkleştirici adalet* teorisinin temelinde bulunan aritmetik eşitlik düşüncesi, kasıtlı olarak bir başkasını hayattan yoksun bırakan kimsenin de hayattan yoksun bırakılmasını

29 David Louis Cingranelli, *Human Rights: Theory and Measurement*, London 1988, s. 13-15.
30 Cingranelli, s. 14.
31 Kısasın mevcut bulunduğu toplumlar ve dinler hakkında geniş bilgi için bkz. Cingranelli, s. 17-21.
32 Cingranelli, 29.
33 Güriz, s. 223.

doğru kabul etmektedir[34]. Bu teoriye göre ölüm cezasının meşruiyetini sorgulamak anlamsızdır; zira ceza ile suç teşkil eden fiil arasında tam bir orantı söz konusudur. O halde ölüm cezasına mahkum olan kimsenin haksızlığa uğradığı ve hayatının dokunulmazlığı ileri sürülemez. Bu dokunulmazlığı zaten bizzat suçlu ihlal etmiştir. İhlal ettiği hakkın, kendisi söz konusu olduğunda korunmasını istemesi ise haksızlık ve adaletsizliktir[35].

Kant tarafından ileri sürülen denkleştirme teorisi, Almanya'da Zachariae, Henke, Hegel, Fransa'da Josephe de Maistre tarafından biraz değişik şekillerde ortaya konulmuştur[36]. Nitekim Hegel denkleştirme teorisini, hak ve irade kavramlarına dayandırmıştır. Ona göre suç, ferdin hak ve iradesinin toplumun hak ve iradesi ile çatışması durumunda meydana gelir. Ferdin topluma ait bir hakkı tanımaması ise ceza kavramını gündeme getirir. İhlal edilen hakkın eski haline iade edilmesi, bu hakkı ihlal edene karşı aynı şekilde davranılması suretiyle, yani suç teşkil eden eylemin sonucunun izole edilmesi, suça denk bir ceza ile mümkün olur. Diğer bir ifade ile inkarın inkarı hakkın teyididir, cezanın amacı da suç işleyen insanın iradesini evrensel iradeye uygun hale getirmek suretiyle onu doğru yola yöneltmektir. Ölüm cezası da ihlal edilen hakkı doğrulamak için kullanılabilir ki devlet kişiden daha üstün olduğundan ölüm cezasını uygulayabilir[37]. Hegel'e göre ölüm cezasına yapılan itirazlar, bu cezayı içeren kanunun uygulanmasına yönelik tek taraflı bir düşüncenin ürünüdür. Oysa hak, kanuna ve onun yerine getirilmesine ait bir unsur olup kanunun uygulanması amacıyla ilgilenmez. Ayrıca genel irade ile özel irade arasında gizli ve gerçek bir karşıtlık bulunur. Bu karşıtlığın kaybolması için adalet, genel iradenin ferdin iradesine belli prensiplere göre şekil vermesini sağlar. Bu yüzden hayat hakkını ihlal eden suçluyu ölümle cezalandırmak, onu düzeltmek için güzel bir çözüm yolu değildir; ancak cezanın asıl amacı, ferdi düzeltmek değil ihlal edilen bir hakkın yeniden onaylanmasıdır[38].

Sosyal savunma doktrinine karşı eleştirel tavır sergileyen akımlardan *Neoklasik* cereyan içerisinde ortaya çıkan ve *ödetici-korkutucu* şeklinde isimlendirilen yeni bir yaklaşım, 1990'lı yıllarda suç işleme oranının artması nedeniyle keffaret kavramını yeniden gündeme getirmiştir. Bu yaklaşıma göre insanın özgürlüğünün ve sorumluluğunun kabulü, ona verilen cezanın ödetici nitelik taşımasını gerektirmektedir. Ölüm cezası da adaletin tamamen ödetme ilkesi ile gerçekleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda meşrûiyet kazanır[39].

34 Karl Popper, s. 48; Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, 2. bs., Ankara 1997, s. 175.
35 Samaha, s. 639.
36 Dönmezer-Erman, I, 58; İmbert, s. 73.
37 Lord Lloyd, s.654; Bayraktar, 56; Güriz, s. 242.
38 Cassier, s. 254; Karl Popper, s. 69.
39 Bayraktar, 58; Dönmezer-Erman, I, 98.

Ölüm cezası karşıtları ise denkleştirme teorisinin temelinde bulunan suç ve ceza dengesi esasından ziyade bu teorinin misilleme, karşılıkta bulunma, keffaret gibi yönlerini eleştirmişlerdir. Onlara göre teorinin içeriğinde bulunan keffaret, ceza hukukunda ittifakla kabul edilen bir kavram olmayıp toplumun suçluya hesap sorma hakkına sahip olduğu varsayımına dayanılarak en ağır suçun bedelinin en katı ceza ile ödetilmesi demektir; oysa insana yeryüzünde bağışlanan en öncelikli hak olan hayat, bir değişim aracı olarak kabul edilemez[40]. Kısas kavramı ise ölüm cezası karşıtları tarafından denkleştirici adalete göre cinayetin yine bir cinayetle aritmetik olarak eşdeğer kılınmasıdır, şeklinde tanımlanmıştır. Nitekim Arthur Koestler'e göre kısas ile misillemede bulunan devlet, soğukkanlı olarak planlanan bir cinayet işlemektedir. Bu suretle toplum, kendi temel yasasına karşı gelene "beni öldüren öldürülmelidir" şeklinde aritmetik bir cevap vermektedir. Aslında bu sözün içerdiği ilke yasaya değil, doğaya ve duyulara aittir. Oysa yasa, doğa ile tamamen aynı kuralları benimsemez. Nitekim, insan öldürmek yine insan yapısının bir parçası ise yasa, bu doğayı taklit etmek veya aynen benimsemek için değil onu belirli bir düzene koymak için yapılır. Kısas ise salt doğal bir itinin onaylanıp yasal güce eriştirilmesidir. Bu nedenle adaletin bir matematik kuralı ile tanımlanması ve ölüm cezasının intikamın yönlendirdiği bir adalete dayanarak korunması kabul edilemez[41].

Koestler'in yanı sıra diğer ölüm cezası karşıtları da suç ve ceza ilişkisi açısından daima bir orantısızlığın bulunacağını ileri sürerek kısasın denkleştirme teorisi ile savunulmasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir. Bu düşünceye göre en ağır suçlarda bile suçun meydana getirdiği zarar ile suçlunun hayat hakkı arasında bir denklik bulunmamaktadır. Nitekim ilk anda kurbanın ölümünün katilin ölümü ile karşılanması, doğru ve haklı bir eylem olarak görülse de detaylara inildiğinde iki ölüm arasında çok büyük farklılıkların bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Zira ölüm cezası, yalın bir ölüm veya öldürülme hadisesi değildir. Bir insanı ölümle cezalandırırken ölüm olayına müstakbel ölünün bilgisi dahilinde olan önceden tasarlama ve örgütlenme aşamaları eklenmektedir. Oysa yasalar, genellikle önceden tasarlanan suçlar için salt öfke ve ihtiras nedeni ile işlenen suçlardan daha ağır cezalar öngörürler. Ölüm cezasının öncesinde ise en korkunç cinayeti işleyen suçlunun dahi yapamadığı ölçüde tasarı ve plan aşamaları bulunmaktadır. Nitekim mahkum, ölüm cezasına karar verildikten sonra cezanın infazını bekleme süreci içerisinde ruhen, infaz anında da bedenen olmak üzere iki kez cezalandırılmaktadır. Zira ölüm sırası bekleyen mahkum, aylar hatta yıllar boyunca bütün varlığını kaplayan

40 Caldwell, *EAm*., V, 598; İmbert, s. 95; Hassan, s. 110; Öz, s. 31.
41 Tanör, s. 20; Levine-Musheno-Palumbo, s. 36.

bir korku yaşamaktadır ki katilin kurbanına bu kadar uzun süreli ve dehşet verici bir korku yaşatması genellikle olanaksızdır. Bu nedenle ceza ile suç arasında bir eşitlik olması için ölüm cezasının, kurbanını korkunç bir şekilde öldüreceğini önceden bildiren ve haber verme anından itibaren de onu hapsedip her an ölümünü bekleyen canlı bir cenazeye dönüştürmek suretiyle ölüm işkencesine tabi tutan bir suçluya verilmesi gerekir ki bu denli azılı bir caniye rastlamak olağan dışıdır[42].

1864 yılında İngiliz İçişleri Bakanı tarafından kurulan *The Royal Comission on Capital Punishment*'ın 1948-1953 yılları arasında yaptığı çalışmalar neticesinde hazırladığı raporda da ölüm cezasının denkleştirme kuralına aykırılığı gündeme getirilmiş; *sorumluluğun önemli oranlarda değişebildiği adam öldürme gibi suçlarda ölüm cezası şeklinde tek cezayı öngörmesi* nedeniyle ceza yasası eleştirilmiştir. Komisyon bu eleştirisinde aslında *cezaî sorumluluk* kavramının izafîliğinden yararlanmıştır. Zira s*orumluluk* ve *sorumsuzluk* arasındaki sınırın oldukça kaygan ve metafizik düşüncelerle tanımlanması nedeniyle hukuki deyimlerle kesin olarak belirlenmesi de imkansızdır. Bu noktadan hareketle komisyon, bir insanın hangi anda sorumlu olarak hareket ettiğini, dolayısıyla ölmesi gerektiğini, hangi anda baskı altında olduğunu, dolayısıyla yaşaması gerektiğini kesin olarak söylemenin imkansızlığını belirtmiş; ölüm cezasının, her türlü derecelendirmeyi engellemesi ve hep ile hiç arasında bir seçim zorunluluğu doğurmasından dolayı tamamen kaldırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır[43].

Öte yandan ölüm cezası karşıtları, bu cezanın infaz açısından da denkleştirme teorisi ile çeliştiğini, bir cezanın adil olabilmesi için eşit olarak uygulama imkanına sahip olması gerektiğini, ölüm cezasının ise tatbikinde birtakım eşitsizliklerin söz konusu olduğunu, asillere ölüm cezası verilmemesinin de bu gerçeğin en eski örneklerinden birini teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Aynı şekilde yargı organlarının hafifletici nedenlerle farklı cezalar takdir etme yetkilerini kullanmaları sırasında ortaya çıkan birtakım eşitsizlikler de bu tezi doğrulamak üzere kullanılmıştır[44]. Nitekim ABD'nde ölüm cezasını takdir konusunda jüri ve savcılara verilen yetkinin izafî bir şekilde kullanılması, aynı eyaletin farklı vilayetlerinde aynı suç için ayrı cezalar verilmesi şeklinde bir eşitsizliğin yaşanmasına neden olmuştur. Savcıların sert mizaca sahip ol-

42 Geniş bilgi için bkz. Camus-Koestler, s. 37-38, 43-44, 75, 171; Osman Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 97; a.mlf., *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 97; Dinç, s. 92; Erem-Danışman-Artuk, s. 716; Samaha, s. 641; "Ölüm Cezası Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi* (Ocak 1991/ 56), s. 43.

43 Fitzpatrick–Miller, s. 276, 351; Camus-Koestler, s. 92-170; Yalkut, s. 1002; Hassan, s. 105; Öz, s. 21.

44 Faruk Erem, " 'Ölüm Cezası' Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi*, LVI(Ocak 1991), s. 25.

maları ya da ölüm cezasını savunmaları, bulundukları bölgede ölüm cezasını gerektirici nitelikteki her suç için bu cezayı talep etmelerine yol açarken ölüm cezasına ilke olarak karşı olan savcıların ise suç ne kadar ağır şartlarda işlenmiş olsa da bu cezayı istememelerine neden olmaktadır. Binaenaleyh savcıların mizaçlarına ve ölüm cezası ile ilgili düşüncelerine göre birbirine bitişik bölgelerde benzer suçları işleyenlerin bir kısmı ölümle, bir kısmı da ölüm dışında bir ceza ile cezalandırılmaktadır[45].

Görülmektedir ki gerek ölüm cezasını savunanlar gerekse ona karşı olanlar, suç ve ceza arasında bir denge kurulması esasını ifade eden denkleştirme teorisini, kendi bakış açılarına göre kullanmışlardır. Ayrıca her iki taraf, aynı noktadan yani suçun mutlaka cezasız bırakılmaması ve adilane bir şekilde cezalandırılması ilkelerinden yola çıkmışlarsa da farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Nitekim ölüm cezası taraftarlarına göre suç, kendisinin aynı ya da benzer bir şekilde cezalandırılmalıdır; yani adam öldürme suçunun cezası da ölüm olmalıdır. Ölüm cezası karşıtlarına göre ise insan hayatı hiçbir şeyin karşılığı olarak verilemez; en ağır suçların dahi hayattan yoksun bırakılma şeklinde değil, ömür boyu hapis gibi kişinin özgürlüğünü tamamen elinden alan, ama onu hayatta bırakan bir ceza ile cezalandırılması suretiyle de denkleştirme ilkesine uygun hareket edilmiş olur.

b- Toplumun Korunması Teorisi

Toplumun korunması teorisine göre insanın toplum içinde yaşama zorunluluğunun bulunması sebebiyle toplum da varlığını ve düzenini koruyabilmesi için gerekli olan her türlü tedbiri alma hakkına sahiptir. Bu nedenle toplumun insana hayat hakkını vermediği gerekçesiyle hayatını alma hakkına da sahip olmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Nitekim hürriyet de kişilere toplum tarafından bahşedilmemiştir. Nasıl ki, hürriyeti bağlayıcı cezaların kaldırılması meselesi gündeme getirilmemektedir, aynı şekilde ölüm cezası da meşru görülmelidir. Bu noktada ölüm cezası taraftarları bu cezanın toplumsal düzenin muhafaza edilmesi için gerekliliğini değişik teorilerle izah etmişlerdir. Bu teorilerin ölüm cezasını savunma noktasındaki temel yaklaşımları şu şekilde özetlenebilir:

ba- Zarurî Ceza Teorisi

Zarurî ceza teorisinde ölüm cezası, *zaruret* kavramı ile temellendirilir ki buna göre hürriyeti bağlayıcı cezaların toplumu korumada yetersiz kaldığı durumlarda ölüm cezasının kanunda yer alması zarurîdir. Öte yandan bu teo-

45 Richard Willing, Geography of the Death Penalty, *USA Today*, 12.20.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

riden hareketle, ölüm cezasının toplumun korunması için zarurî olmadığı durumlarda meşruiyetini yitireceği sonucuna da ulaşılmıştır[46]. Nitekim Ferri, ölüm cezasının meşruiyetini, bu cezanın kat'î olarak zarurî olup olmamasına bağlamıştır. Ona göre başkasının ölümü, gerçekten bireysel veya toplumsal açıdan zarurî ise meşrû kabul edilebilir. Ancak Ferri, normal zamanlarda toplumun kendisini ölüm cezasından başka vasıtalarla da korumasının mümkün olduğunu, bundan dolayı da bu cezanın ancak olağanüstü durumlarda son çare olarak kullanılması gerektiğini ileri sürmüştür[47].

Ölüm cezası karşıtları ise toplumun ölüm cezasını tatbik etmesi için mutlak bir zaruret halini düşünmenin mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir. Zira zaten modern ceza yasalarında hemcinsleri arasında yaşama açısından en fazla tehlike arzeden suçlular için ömür boyu hapis cezası öngörülmüştür. Öte yandan ölüm cezasını, zaruret gibi izafî bir teoriye dayandırmak, devletin öldürmekten başka şekilde suçu önlemekten aciz kaldığı durumlarda kuvvet gösterisi yapmasını onaylamak demektir ki böylelikle devlet her infazda zayıflığını itiraf etmiş olacaktır[48]. Sonuç olarak ifade etmek gerekirse başta Beccaria olmak üzere ölüm cezasına karşı olan bütün kriminalistler ve uluslar arası belgeler, bu cezanın ancak iki durumda istisnaî ve zarurî olarak hukuka aykırı olamayacağını kabul etmişlerdir. Birinci durum çok sayıda insan hayatının yitirilmesi tehlikesini içeren iç ayaklanma, ikincisi ise ferdin hayatının ulusun ve vatanın güvenliğinden daha az değer taşıdığı savaş halidir. Bu iki durum dışındaki olağan dönemlerde devletin vatandaşının hayatına son vermek için hiçbir zarurî neden bulunmamaktadır[49].

bb- Meşru Müdafaa Teorisi

Meşru müdafaa teorisine göre ölüm cezası ile suçluya karşı toplumun meşru müdafaası gerçekleştirilmektedir. Bu teoride toplumun güvenliğini tehlikeye sokan kişinin cezalandırılması devletin cezalandırma hakkına değil, savaş hukukunun gereklerine dayandırılmıştır. Buna göre nasıl ki bir savaşta haricî düşmanın öldürülmesi meşrû ise toplumun korunması için bir savaş varsayımında da dahilî düşmanın öldürülmesi meşrû kabul edilmelidir. Zira suçluların öldürülmesi, kamu düzenini sağlamada en etkili ceza olup suçluların mutlak olarak yok olmaları da bir daha suç işlemeyeceklerine dair en garantili yoldur[50].

46 Erem-Danışman-Artuk, s. 706-707; Orhan Hançerlioğlu, *Düşünce Tarihi*, 5. bs., İstanbul 1997, s. 252.

47 Demirel, s. 171.

48 Beccaria, s. 226, 236; Erem-Danışman-Artuk, s. 707-708.

49 Beccaria, s. 228; İmbert, *Ölüm Cezası*, s.101; Gemalmaz, "BM İkinci Seçmeli Protokolü", s. 70-72.

50 Demirel, s. 168; Erem-Danışman-Artuk, s. 705.

Nitekim Hugo Grotius (1583-1645) ölüm cezasını savaşın yasallığı çerçevesinde haklı görmekteydi. *On the Law of War and Peace* isimli eserinde düşmana zarar verme hakkı ekseninde kadınların, yaşlıların, çocukların dahi öldürülmelerinin savaş hukukuna dahil edildiğini, ayrıca ölümü hak eden kimseye savunma fırsatı tanıma yükümlülüğünün bulunmadığını belirtir[51].

Jean-Jacques Rousseau, ölüm cezasının meşrûiyetini, *toplum sözleşmesi* açısından ele almış ve savaş halindeki müdafaanın meşruluğuna benzetmiştir. Rousseau'ya göre bu sözleşme ile insan kendi hayatı üzerinde tasarruf etmeyi değil, hayatını güvence altına almayı hedeflemektedir. Nitekim sözleşmenin gayesi, bu sözleşmeyi yapanların korunmasıdır. Bu amacın gerçekleşmesini isteyenler de bu yoldaki vasıtaları kabul ederler. Hedefin gerçekleşmesine yönelik araçlar ise bazen tehlikeli durumları ve ağır kayıpları gerektirir ki kendi hayatının korunması için başkalarının zarara uğramasına göz yuman kişi, gerektiğinde toplumun diğer üyelerinin korunması için kendi hayatını da feda etmeye razı olmalıdır. Bir başka deyişle, bir katilin kurbanı olmamak için katil olunca ölmeğe peşinen razı olmak gerekir. Diğer yandan sosyal hukuka saldırıda bulunan her suçlu, işlediği fiiller sebebiyle vatan haini sıfatını kazanmakta, kanunları ihlal etmek suretiyle toplumun bir mensubu olmaktan çıkmakta, hatta topluma karşı savaş ilan etmektedir. Bu durumda suçlu, bir vatandaş gibi değil, bir düşman gibi öldürülerek toplumdan çıkarılmalıdır[52].

Beccaria ise Rousseau'nun ortaya koyduğu toplumsal sözleşme kuramından hareket ederek tamamen farklı bir sonuca ulaşmıştır. Ona göre bu sözleşmeden çıkan yasalar, hakikatte özel iradelerin toplamından başka bir şey olmayan genel iradeyi temsil etmektedir. Ölüm cezası ile yasaların dayandığı temel ise özdeşleşmemektedir. Zira bu yasalarda insanın kendi kendini öldürmesi dahi suç olarak telakki edildiğine göre kendi hayatına son verme hakkını diğer bir ferde, bunun da ötesinde topluma devretmiş olabileceği nasıl kabul edilebilir? Bu yüzden bir fert tarafından diğer bir ferdin hayatına son verilmesini, bir hak olarak kabul etmek mümkün değildir[53].

Ölüm cezası karşıtları, ayrıca meşrû müdafaa teorisinin, ölüm cezasına hukukî nitelik kazandırma amacıyla üretilen zorlama bir düşünce olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira suçlu karşısında toplum, saldırıya uğrayan kimse gibi aciz ve ölüm tehlikesi ile yüzyüze değildir. Aksine işlediği suç ne kadar ağır olursa olsun, suçlu toplum karşısında zayıf konumdadır. Bu nedenle cezaevinde kalması da toplum için bir tehlike oluşturmayacak, hapisle cezalandırıl-

51 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 41, 291.

52 Erem-Danışman-Artuk, s. 704; Cassier, s. 172, 286; Lord Lloyd, s. 82, 103; Bayraktar, s. 57; Dönmezer-Erman, I, 54.

53 Beccaria, s. 225-227.

ması toplum düzenini yeniden sağlayacaktır. Öte yandan meşru müdafaada bulunan saldırı ve müdafaa arasındaki *filhal unsuru* da toplumun, suçluyu ölümle cezalandırmasında mevcut değildir[54].

Fransa'da 1791'de Robespierr, ölüm cezasının meşru müdafaa ile izah edilemeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir: "*Medeni cemiyet dışında bir düşman beni öldürmek isterse veya elimle yetiştirdiğim tarlayı yok etmeğe gelirse, ya ben yok olacağım veya onu öldüreceğim; zira tabii müdafaa kuralı benim hareketimi meşru kılar. Fakat herkesin kuvvetinin bir tek ferde karşı birleştiği cemiyette hangi adalet prensibi, benim o kişiyi öldürmeme müsaade eder, hangi zaruret bunu haklı gösterir?*"[55] Arthur Koestler ise meşru müdafaanın aslında toplum tarafından devlete karşı kullanılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre fertlerin, asırlardır şiddeti adet haline getiren devlete karşı bu teoriyi kullanarak ölüm cezasının kaldırılmasını istemeleri ve kendi hayatlarını müdafaa etmeleri gerekir[56].

bc- Tabiat Kanunu Teorisi

Temelleri Darwin'e dayanan *tabii ayıklanma/ıstıfâ* teorisi, tabiatın, hayat kavgasındaki rekabetin neticesine göre seçtiği canlıların neslini koruması, mahkum ettiklerini ise yok etmesi şeklinde özetlenebilir[57]. Nitekim bünyenin kendine uygun olmayanı atması şeklindeki tabiat kanununa dayanılarak toplumun, bekası için zararlı olanı yok edeceği kabul edilmiş, ölüm cezasının da ıslahı imkansız bir suçlunun, kat'î bir şekilde toplumdan atılması niteliğini taşıdığı ileri sürülmüştür.

Franz Gall, beynin işlevleri üzerine yaptığı araştırma sırasında özellikle idam edilen suçluların kafatasları ile ilgilenmiş ve şöyle bir sonuca ulaşmıştır: Kabiliyetlerin, içgüdülerin, eğilimlerin ve ahlâkî vasıfların oluşumunda düşüncenin, iradenin yani insanın hiçbir katkısı bulunmamaktadır. Bunların doğuştan oluşu, beynin fizyolojisinin kökü ve esasıdır[58]. Pozitivizmin öncülerinden Lombroso da aynı yöntemi kullanarak 1871'de Calabria'lı haydut Viella'nın kafatasını incelemiş ve başın arka tepesinde antropoid (insana benzeyen) maymunlardaki gibi bir çukurcuğun yer aldığını tespit etmiştir. Bundan hareketle yaptığı araştırmalar sonucunda bir insanın suçlu olmasının

54 Dönmezer - Erman, II, s. 609.

55 Erem-Danışman-Artuk, s. 708-709.

56 Camus-Koestler, s. 65.

57 1800'lü yılların sonlarında biyolojinin sınırlarını aşan evrim teorisinin öngördüğü 'varolma mücadelesi'nden en az zararla çıkan bireyler ve bunlardan oluşan topluluklar, 'en güçlülerin yaşamaya devam etmesi' ilkesine vurularak değerlendirilmiştir. Bu en güçlüler, millî toplumculuğun nazarında en üstün medeniyetleri kurabilmiş kavimlerdir. Üstün ırk yahut kavim, doğal ayıklanma sınanışından kayırılmış, dolayısıyla da başarıyla çıkmış olandır: Duralı, s. 126.

58 Dönmezer- Erman, I, 71; İmbert, s. 75.

nedeninin, anatomik yapısının oluşumundaki geri kalmadan kaynaklandığını ileri sürmüştür. Ona göre doğuştan suçlu insan bir istisnadır ve tedavisi olmadığı gibi sorumluluğu da bulunmamaktadır. Bu yüzden işlenen suçun bir önemi yoktur. Önemli olan ve yapılması gereken, toplum için tehlike arzeden suçluyu toplumdan çıkarmaktır. Lombroso, bu safhada ölüm cezasını doğuştan suçluların köklü bir tasfiye aracı olarak görmektedir. Ferri, bu düşüncelere ilaveten, suçluyu tasfiye etmek için işlenen fiilin saiklerinin tamamen anti-sosyal ve hukuka aykırı nitelik taşıması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre öç alma, hırs gibi anti-sosyal saiklerle adam öldüren kimse antropolojik olarak doğuştan suçlu kategorisine giriyorsa, artık onunla ilgili kusurluluk vb. hususları araştırarak vakit kaybetmek yararsızdır. Bu durumda gerekli olan, tasfiye edici araçtır. Ancak bu noktada Ferri, tasfiye edici yani toplum dışı bırakıcı yaptırımın ölüm cezası olmasına karşı çıkarak doğuştan suçlulara, müebbet olarak hürriyeti bağlayıcı bir müeyyidenin uygulanmasını öngörmüştür[59].

Baron Garofalo ise akıl hastası suçlular hakkında bile ölüm cezasının gerekliliğini savunurken esas olarak Darwin'in tabiî ayıklanma düşüncesini benimsemiştir. Ona göre toplumun bir üyesi, o toplumun şartlarına intibak edemediği takdirde toplumdan çıkarılır ve kendisine ölüm cezası da dahil olmak üzere herhangi bir müeyyide uygulanır. Garofalo bu açıdan ölüm cezasının yararlı olduğunu, 16. ve 17. yüzyıllarda çok sayıda gerçekleştirilen infazlar sayesinde ırkların arındığını ileri sürmüştür[60]. Ayrıca Garofalo, suç, insanın yaşama hakkı olmadığını değil toplum halinde yaşamaya ehil olmadığını gösterir, şeklinde ölüm cezası karşıtlarının ileri sürdüğü tezin[61], ancak insanların toplumdan önce ve toplumdan ayrı bir yaşantı sürdükleri dönemi kabul eden Rousseau için doğru olabileceğini, oysa bugün gelişmişlik derecesi ne olursa olsun sosyal hayat dışında tabii bir yaşama şeklinin hiçbir zaman mevcut olmadığının kabul edildiğini belirtmiştir. Bu nedenle de bir insanı öldürmekten başka bir şekilde toplumdan ayırmaya imkan yoktur. Ölüm cezası karşıtlarına göre ise toplum ve sosyal hayat gibi terimler, pratikte çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Bu yüzden bütün hal ve şekilleri tek kelimede ve tek manada toplamak mümkün değildir[62].

bd- Genel Yarar Teorisi

Hukuk doktrinindeki faydacı yaklaşım, cezanın genel önleme amacından hareket ederek ceza tehdidinin sağladığı psikolojik zorlama neticesinde

59 Dönmezer-Erman, I, 86.
60 Dönmezer-Erman, I, 73; Caldwell, *EAm.*, IV, 310; İmbert, 75.
61 Camus-Koestler, s. 64.
62 Erem-Danışman-Artuk, s. 710.

hukukî değerlere saygı duyulması şeklinde bir yarar ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Bu yaklaşıma göre madem ki cezanın sağladığı fayda, suçun sağlayacağı avantajlardan daha üst düzeyde bir felaketin korkusuyla suç işleme isteğini frenlemedir, ölüm cezası da en ağır suçların engellenmesi sonucunu doğuracağından meşrûluğunun kabul edilmesi gereklidir[63]. Nitekim nasıl ki kangren olan bir organı, hastalığın diğer organlara da geçmemesi için kesmekte zarardan çok fayda bulunmaktadır; ölüm cezası da toplumun diğer fertlerinin güvenliğinin sağlanmasına yönelik bir fayda içermektedir[64].

Öte yandan meseleyi pratik yönüyle değerlendirerek ölüm cezasının faydasını sorgulayan yaklaşımlar da bulunmaktadır. Doğal hukukçu olan Thomas More, 1516'da yayınladığı *Utopia* isimli eserinde hümanist öğreti ile toplumcu öz taşıyan yaklaşımları birleştirmiş, ağır suç iyleyenleri çarçabuk öldürüp ortadan kaldırmaktansa, köleleştirme yolunun seçilmesinin hem suçlulara uygun bir ceza hem de toplum açısından daha yararlı olduğunu, çünkü onların çalışmalarının ölmelerinden daha yararlı olduğunu, başkalarının aynı suçu işlememesi için de örnek teşkil edeceğini savunur. "*Ama böyle cezalandırılanlar başkaldırıp dikine giderlerse, hapsin de zincirlerin de tutamadığı hayvanlar sayılıp öldürülürler*".[65] Ölüm cezasının toplum açısından bir yarar içermesi durumunda meşrû olabileceğini, aksi takdirde kaldırılması gerektiğini kabul edenlerden Paolo Vergani, 1782'de yayınladığı *Traité de la Peine de Mort (Ölüm Cezası Üstüne İnceleme)* isimli eserinde toplum menfaatinin, ölüm cezasının tamamen kaldırılmasını gerektirmiyorsa bu denli yaygın olmamasını da gerektirdiğini ifade etmiştir. Ona göre yasaların kullandığı en kuvvetli freni ancak en önemli suçlara tahsis etmek gerekir[66].

Ölüm cezası karşıtlarının çoğunluğu ise şiddeti şiddetle yenmenin kural olduğu yerde toplumsal uzlaşmanın oluşmasının mümkün olamayacağı düşüncesinden hareketle ölüm cezasının varlığının da toplumsal düzenin korunmasında herhangi bir yarar sağlayamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Buna göre toplumun düzenini sağlamayı amaçlayan bir devletin, insanların hayatına son vermenin kamu için bir fayda sağlamayacağı inancını taşıyarak şiddeti kurumsallaştırmaması gerekir[67]. Bu noktada Beccaria, ölüm cezasının, yok edilmesi toplumun korunması açısından faydalı ve zarurî görülen bir ferde karşı bir milletin topyekûn savaş açmasından ibaret olduğunu ileri sürmüş-

63 Lord Lloyd, s. 153-155, 184-187; Dönmezer-Erman, I, 56; İmbert, 74; Güriz, s. 271.

64 Demirel, s. 168.

65 Ne var ki More, 1 Temmuz 1535 tarihinde Kral Henry VIII tarafından ölüm cezasına çar - tırılmış, cezası başı kesilerek infaz edilmiştir: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 37, 293.

66 Campion, *NCE*, III, 80.

67 Dinç, s. 77.

tür [68]. Jeremy Bentham ise Beccaria'nın ilkelerinden esinlenerek kanuni yoldan bile olsa, insan kanının akmasının, toplum için yarardan da öte, verdiği dehşet hissi ile zarara neden olduğunu ifade etmiştir[69]. Voltaire de suçluları öldürmek yerine amme menfaati için çalıştırmanın daha yerinde olduğunu, bu suretle de toplum için zarar ve tehlike arzeden birçok kimsenin cemiyete faydasının dokunacağını ileri sürmüştür[70]. Francart'ın ölüm cezasını tanımlama şekli ise bu cezaya karşı olanların faydacı teori ile ilgili düşüncelerinin özünü yansıtmaktadır: "*Ölüm cezası, öldürmenin yararlı olduğunun düşünülmeye başlandığı andan başlayarak insan hayatının kutsallığını yitirmesidir.*"[71]

be- Genel Önleme Teorisi

Genel önleme teorisine göre toplumda en ağır suçların önlenmesi için insanoğlunun en büyük korkusu olan ölüm korkusunun kullanılması gerekmektedir. Nitekim bu korku fanatik, ölüme gözü kapalı gidenler istisna edilirse, insanların genelini en ağır suçları işlemekten alıkoyacak kadar etkilidir. Ömür boyu hapis cezası ise ileride affedilme, cezaevinden kaçma gibi ceza korkusunu azaltan ümitlerin doğuşuna neden olabileceğinden ölüm cezası kadar etkili olamaz. Halk bazında da ölüm cezasının gerekliliği noktasında en fazla bu düşünce dile getirilmiştir[72].

Öte yandan XVIII. yüzyıl Fransız ceza hukukçularının çoğu ömür boyu hapis cezasını şiddetle eleştirmişler, bu cezanın maktûlün yakınlarını tatmin etmeyeceğini ve devlete malî yönden ağır bir yük getireceğini ileri sürmüşlerdir[73]. Aynı şekilde Bentham fayda teorisinde, Feuerbach psikolojik caydırıcılık kuramında cezanın asıl hedefinin, suç işleme isteğini frenlemek olduğunu, en büyük suçlar için önleyici karaktere sahip olması nedeniyle de ölüm cezasının meşrûiyetinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir[74]. Nitekim genel önleme teorisine göre ölüm cezasının varlığı, toplumdan silinme ve hayatın yok olması endişesi içermesi nedeniyle suç işleme eğiliminde olanlar için frenleme işlevine sahiptir. Söz konusu endişe, ölüm cezasının suç işlemeyenler için de caydırıcılık ve önleme özelliğine sahip olduğunun göstergesidir[75]. Ayrıca bu cezanın, askerî ceza kanunlarında yer alması ve sert

68 Beccaria, s. 225-227.
69 Bayraktar, s. 57; İmbert, s. 72.
70 Dönmezer-Erman, I, 51; Demirel, s. 155.
71 Camus - Koestler, *s.* 66.
72 Caldwell, *EAm*., V, 598; Levine-Musheno-Palumbo, s. 572; Demirel, s. 169; Tuğrul Tuna, "Talat'ın Kahvesi", *Sabah Gazetesi*, 26. 4. 1998, s. 13.
73 Dönmezer-Erman, 5I, 3; İmbert, s. 53.
74 Imbert, s. 74; Bedia Akarsu, *Çağdaş Felsefe: Kant'tan Günümüze Felsefe Akımları*, 4. bs., İstanbul 1994, s. 114.
75 Hançerlioğlu, s. 268

bir siyasetin gerekli olduğu dönemlerde birçok ülkenin yasalarında yeniden kabul edilmesi de önleme niteliğine sahip olmasının delili olarak kabul edilmiştir[76].

Otfried Höffe, meseleyi bir insan hakkı olan yaşam hakkının antropolojik temellendirilmesi çerçevesinde ele alır. Genel olarak insan haklarını insanı ilkin insan olması bakımından olanaklı kılan başlangıç koşulları olarak tanımlar. Ona göre bu başlangıç koşulları vazgeçilemez öğeler olarak insanda doğuştan bulunurlar ve devredilemezler; onlar antropolojik bir statüye sahiptir. Ancak insan haklarının antropolojisi salt tespit içindir, bakışı genişletir ve karmaşıklıkları giderir. Buna göre örneğin, kendi benzerine karşı şiddet kullanmanın insanın aslî bir özelliği olduğu söylenemez; ama bu gerçekleşmeyecek bir tehlike de değildir. Ayrıca bunun için kültüre bağımlı bir insan imgesi aramaya da gerek yoktur. Zira şiddet kullanabilme, sadece insanın yetkinleşme koşullarını tehdit etmediği, aynı zamanda hakiki başlangıç koşullarını da tehdit ettiği anlayışı, hiçbir kültüre bağımlı olmaksızın geçerlidir. Kültürlerarası geçerliliğin en açık kanıtı şudur: Her hukuk düzeni, beden ve yaşama karşı işlenmiş suçları hesaba katar[77]. Nitekim antropoloji, şiddet kullanabilme olgusunun evrensel gerçekliğine işaret eder, ama bunun üzerinde her türlü yargıdan kaçınır. Pozitif ya da negatif bir değerlendirmeye girişmeksizin, yalnızca antropolojik bir olguyu saptar[78].

Ona göre doğuştan ilgilerin tehdidiyle ilgili antropolojik hareket noktası ile hukuksal-ahlaksal bir görev arasında kavramsal bir ayrım olduğu noktası çoğunlukla gözden kaçırılır. Böyle bir durumda haklar ile ödevlerin karşılıklı bağlantısı yol gösterir ki trassendental öğenin sosyal bir öğeye bağlandığı yerde kişi seçiminde artık özgür değildir. İnsan hakları bir istemi dile getirdiğinden salt bir armağan değildir. Burada bir karşı-armağan koşulları altında sunulan bir armağan söz konusudur. İnsan hakları bir karşılıklılıktan, *pars pro toto* şeklinde bir değiş-tokuştan dolayı meşrulaşır. İlgilerin vazgeçilemez olduğu ve bunun da ötesinde karşılılıklılığa bağlı olduğu yerde vazgeçilmezlik karşılılıklılığa çevrilir. Ancak karşılıklılığın negatif biçiminde bedene ve yaşama, dinsel özgürlük vb. haklara, her insanın birkaç kişiyle değil de tüm insanlarla yapacağı bir değiş-tokuş anlam verebilir. Kişinin şiddet kullanma yeteneği, başkasının şiddetinin kurbanı olmama isteğiyle değiş tokuş edebilir. Bu isteğin ancak başkalarının birşeyi yapmamasıyla gerçekleşebilmesi, bu değiş-tokuş için karakteristiktir. Negatif olmasına karşın bu değiş-tokuş bizatihi pozitif bir anlam içermektedir. Buna göre hakların karşılığı olan ödevler

76 Erem-Danışman-Artuk, s. 711; İmbert, s. 76.
77 Höffe, s. 146-150.
78 Höffe, s. 151.

tanındığında ve herkes kendi benzerine karşı şiddet uygulamaktan vazgeçtiğinde, ödevlerin karşılığı haklar sağlanabilir. Örneğin, beden ve yaşamayla ilgili istek, öldürmekten karşılıklı olarak vazgeçmenin bir sonucudur. Bilincinde olsun ya da olmasın, insan, canlı varlık olarak, bedene ve yaşama gereksinim duyar. Zira bu eylemde bulunmanın zorunlu koşuludur. Burada transsendental bir ilginin ve ona karşılık gelen insan hakkının biricik anlamı ortaya çıkar, her ne durumda olursa olsun, insanın somut bir arzusunu gerçekleştirme girişimi için bedene gereksinimi vardır. Yeni transsendental yorumun yardımıyla, şehitlik ve yaşam bıkkınlığı gibi fenomenler, irrasyonel olamayan seçimler olarak anlaşılabilir. Biri yaşamdan bıkıp bıkmadığını kendisi ifade ederken daha yüksek bir iyinin varlığına ilişkin karar vererek yaşama ilgisini kanıtlamakta, diğeri de dinine ya da siyasal inancına bağlılık nedeniyle kendi yaşamını feda etmeye karar vermektedir. İnsan hakları içinse mesele, yalın olarak eylem yeteneği değil, yalnızca bunun karşılıklılığa bağlanan kısmına, kendi sosyal perspektifi içindeki eylem yeteneğine bağlıdır. Bu noktada her hangi bir ırk ya da dine ait olup olmamadan bağımsız bir biçimde bir türe ait olmanın(*transsendental*) hiçbir hakkı temellendirmediğini, insan haklarını antropolojik ve etik kanıtların birlikte temellendirdiği, meşrulaştırmanın da ahlaksal öğesi nedeniyle antropoloji artı etik şeklinde bir yapıya sahip olduğu ortaya çıkar[79].

Ölüm cezası karşıtlarının genel önleme teorisini kabul etmeme gerekçeleri ise maddeler halinde şu şekilde özetlemek mümkündür:

1- Ölüm korkusunun izafî bir duygu oluşu

Ölüm cezası karşıtları, ölüm korkusu duygusunun soyut ve müphem bir niteliğe sahip olmasından hareket ederek bu duygunun izafî bir şekilde kullanıldığını ileri sürmüşlerdir. Nitekim devletin, bir yandan vatan müdafaası durumunda insanı bu korkudan uzaklaştırmaya çalışırken diğer taraftan da aynı korkuyu suçları önleme amacı ile gündemde tutarak vatandaşın aleyhine kullanması çelişki arzetmektedir. Bu korkunun izafîliği nedeniyle önleyici bir etkiye sahip olmayacağının bir diğer göstergesi olarak madencilik veya tedricî zehirleme özelliğine sahip meslekler için ölüm tehlikesi bulunmasına rağmen işçi bulunmasında güçlük çekilmemesine de dikkat çekilmiştir. Ayrıca intihar eden kimse de kendini ölüm cezasına mahkum etmiş demektir, ancak ömür boyu kendini hapseden kimseye rastlamak zordur. Nitekim genellikle intiharların sayısı, infaz edilen ölüm cezalarının sayısından fazla olmaktadır[80].

79 Höffe, s. 152-155.

80 Caldwell, *EAm*., V, 598; Faruk Erem, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, Ankara 1978, s. 8; Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 13.

2- Ölüm cezasının önleme açısından yetersizliği

Ölüm cezası karşıtları, önleme kavramını, bu cezayı savunanların argümanlarını çürütecek şekilde kullanmış ve ölüm cezasının, hapis cezası kadar suçları önleme niteliğine sahip olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu anlayışa göre insanoğlu, tabiat itibarıyla cezanın şiddetinden ziyade müddetinin uzunluğunu göz önünde bulundurur. Zira insan, ruhun zaten birgün ölüm anını yaşayacağına inandığı için ölümün bir anlık şiddetine ve korkusuna tahammül etme düşüncesine de alışık olmasına rağmen bütün ömrünü hürriyetten yoksun bir şekilde geçirmeyi kabullenemez. Ayrıca uzun süre hapiste kalan mahkum, zamanla bulunduğu ortama alıştığı halde hapishane dışındakiler, o ortamın daima korkunç ve dehşet verici olduğunu düşüneceklerdir[81].

Beccaria'ya göre de yasal ölümün seyredilmesinden doğan izlenim kalıcı olmadığından ömür boyu hapis cezası, tüm katılığını bir an içinde yitiren ölüm cezasına tercih edilmelidir. Suçlarının yüz kızartıcılığı içinde her gün tevbe edenlerin ibretliliği, düzeltmekten ziyade şiddete sevkeden ani bir ölüm cezasından daha belirgindir. Zira insan üzerinde en büyük etkiyi cezanın şiddeti değil sürekliliği yapar[82]. Bu noktadan hareketle ölüm cezasının şiddetinin ve verdiği acının kısa sürmesinden dolayı uyandırdığı intibanın da ani ve kuvvetli olduğu; ancak etkisinin sürekli olmadığı, oysa bir insanın hürriyetten mahrum olarak geçirdiği hayatın, diğer insanlar için daima bir ibret teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir

3- Ölüm cezasının tehdinin uzaklığı

Ölüm cezasının önleyici niteliğine sahip olmadığını savunan yaklaşıma göre suçlular, genellikle yakalanmayacakları inancı veya beraat ve bağışlanma umudu ile suç işlemeye teşebbüs etmekte ve cezalandırılacaklarını düşünmemektedirler. Yakalanacaklarını düşünerek suç işleyenler ise zaten ölümü göze alan ve intikam, kıskançlık, kin gibi duygularla hareket eden ihtiraslı tiplerdir. İhtiras saiki ile suç işleyen kimseyi ise hiçbir korku durduramaz. Bu nedenle mutlaka ölüm cezasına çarptırılacağından korkarak suç işlemeye teşebbüs etmeyen kimseyi ömür boyu hapis gibi daha az korku veren cezalar da suçtan alıkoyabilir[83].

4- Ölüm cezasının ibret niteliğinin sorgulanması

Doktrinde ölüm cezasının ibret niteliği taşıyıp taşımadığı da tartışmalı bir meseledir. Bu noktada başkalarının ölümünün insanları gerçekten dehşete düşürüp düşürmediğini sorgulamanın gerekliliği ileri sürülmüş, bazı spor

81 Camus-Koestler, s. 69; Beccaria, s. 233; Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, 6. bs., Ankara 1971, s. 316-318

82 Beccaria, s. 227-242.

83 Camus–Koestler, s. 35; Erem-Danışman-Artuk, s. 713; Demirel, s. 170; İmbert, s. 77.

türlerinde seyircilerin, öldürerek hayatta kalanları alkışladıklarına dikkat çekilmiştir. Alenî infazın eleştirisi sırasında da ölüm cezasını infaz edecek kimsenin zor bulunması gerçeği dile getirilmiştir. Bu noktada celladın neticede toplumun iradesini yerine getirmesine rağmen halkın ona karşı korku, hatta nefret dolu duygular beslediği, bu duygunun asıl hedefinin ise ölüm cezası olduğu, her insanın ruhunun derin bir köşesinde muhafaza edilen tabii hukuk prensipleri tarafından "*hiçbir insan, bir başka insanın hayatı üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir*" ilkesinin telkin edildiği belirtilmiştir. Nitekim kişilerin, karşılarındaki bireyleri insan olarak değerlendirmesi konusunda eğitildiği toplumlarda suçlularla kendilerini özdeşleştirerek onların ölümlerini istememeleri anlayışı hakim olur. Ölüm cezasının yasalarda varlığının devamının istendiği toplumlarda ise bu isteğin, gerçekçi bir düşünceden değil, alışkanlıkları değiştirme noktasındaki çekinceden kaynaklandığı görülür[84].

Ölüm cezasının ibret niteliğinin sorgulanması sırasında infazın görülmesinin, insanların vahşeti ve şiddeti olağan görmelerine, katılık ve şiddet duygularının artmasına neden olduğu, bunun ise suç oranını artırdığı şeklinde bir argüman da ileri sürülmüştür. Nitekim Thomas Paine (1737-1809), devrimler sırasında görülen katliamların nedeninin, halkın bunu başlarındaki yönetimlerden öğrenmiş, bu tür cezaları seyretmeye alıştırılmış olmaları olduğunu savunurken İngiltere'deki ölüm cezası infaz şekillerini örnek verir[85]. Beccaria'ya göre de ölüm cezasını ibret aracı olarak kullanmak, insanlara canavarlığın örneğini vermek suretiyle toplumdaki kötülüklere bir tanesini daha ilave etmekten başka bir şey değildir[86]. Nitekim ölüm cezası, cinayetin yine cinayetle cevaplandırılması niteliğini taşır ki bu nedenle en büyük ceza, en aşağı cinayet kadar isyan uyandırır ve ölüm cezasının infaz edilmesiyle topluma karşı girişilen saldırıyı onarmak bir yana, önceki lekeye bir yenisi daha ilave edilir[87].

Ölüm cezasının şiddeti artırdığı yönündeki düşüncenin pratik göstergeleri de bulunmaktadır. Nitekim İngiliz Parlamentosu'na verilen bir rapora göre, ölüm cezasına mahkum olmuş 167 kişiden 121'i, son dakikalarında cezaevi rahibine daha önce bir başkasını infaz sırasında gördüklerini söylemiştir[88]. Philadelphia ve California'da da halka ilan edilen infazların ardından seri cinayetlerin işlendiği tespit edilmiş, Northeastern Üniversitesi'nden William

84 Beccaria, s. 236-237; Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 29, 63; a.mlf., *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 98-102; Camus – Koestler, s. 13.

85 Thomas Paine, *İnsan Hakları*, çev. Mehmet Osman Dostel, İstanbul 1964, s. 38-39.

86 Beccaria, s. 227-242.

87 Erem-Danışman-Artuk, s.713; Beccaria, s. 235; Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 94-97, 103; Camus-Koestler, s. 14, 64; Dinç, s. 78.

88 Demirel, s. 170; İmbert, s. 78.

Bowers ve Glenn Pierr ise New York'ta 1907 ile 1963 yılları arasında işlenen cinayetler üzerinde yaptıkları araştırmada bir infazdan sonra ortalama ayda en az iki adam öldürme suçunun işlendiği sonucuna ulaşmışlardır[89]. Bu örneklerden hareketle birçok kriminalist ve sosyolog ölüm cezasının, insan hayatına gösterilmesi gereken saygıyı azaltarak bazen uyarıcı etkide bulunduğunu, bu nedenle de suça itici etmenler arasında yer aldığını ileri sürmüştür[90].

5- Önleme Teorisi ile İlgili İstatistikler

Ölüm cezasının önleme özelliğine sahip olmadığını benimseyen yaklaşım, suçu tamamen önleyici bir sistemin henüz ceza hukukunda mevcut olmadığı gerçeğinden hareket etmiş; ceza hukuku tarihinde de suç işleme oranlarının verilen cezalara göre değil sosyal sebeplere bağlı olarak değiştiğini ileri sürmüştür. Bu anlayış, ölüm cezasının her zaman en ağır suçları engelleyecek nitelikte en etkili ceza olduğunu ispat eden bilimsel istatistiklerin bulunmamasını, aksine bu cezanın kaldırılmasının, bu cezayı gerektiren suçların oranında herhangi bir değişiklik meydana getirmediğini ortaya koyan çalışmaların mevcut olmasını da delil olarak kullanmıştır[91].

Ölüm cezası ile suç işleme oranı arasında herhangi bir ilişki bulunmadığını tespit eden istatistikleri, *De la Prétendue Necessité de la Peine de Mort*(*Ölüm Cezasının Sözde Gerekliliği Hakkında*, Louvain 1873) isimli eserinde geniş olarak ele alan J.J. Thonissen de tek başlarına cezaların, suçların sayısının ölçütü olmayacağını ifade etmiştir. Thonissen'e göre suç işlemeye karar veren bir kişi, yakalanmamak için tüm önlemleri alır, yakalandığı takdirde de adli soruşturmaların suçluluğunu ispat edemeyeceği ümidiyle hareket eder. Ancak yakalanma ya da suçun ispat edilmesi ihtimali bulunduğunda suç işlemekten ya vazgeçer ya da eylemini gerçekleştirmeyi daha uygun bir zamana erteler. Bu noktada Thonissen suçun, ister ölüm ister ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılsın her zaman aynen bu şekilde işlendiğini ileri sürmüştür[92].

1929-1930 ile 1948-1953 yılları arasındaki İngiliz Kraliyet Komisyonu'na Belçika, Danimarka, Hollanda ve Norveç hükümetleri tarafından verilen bilgilerde de ölüm cezasının kaldırılmasının, suç işleme oranında herhangi bir artışa neden olmadığı ifade edilmiştir. Cenevre Ceza Hukuku Profesörü M. J. Graven'in İsviçre'nin raporuna ekli olan yazısında ise bu husus tarihi evreleriyle birlikte değerlendirilmiştir: İsviçre'de 1874 yılında ölüm cezasının kaldırılmasının ardından bir çok kantonda suç işleme oranının artması kamuoyunu rahatsız etmiş; bu nedenle de 1879'da her kantona ölüm cezasını

89 Samaha, s. 633.
90 İmbert, s. 97; Bayraktar, s. 74.
91 Beccaria, s. 228; Samaha, s. 639.
92 İmbert, s. 77.

yeniden kabul etme yetkisi verilmiştir. Buna rağmen ölüm cezasını kullanmamaya devam eden kantonlarda suç işleme oranında herhangi bir artışın gözlenmemesi, 1942 yılında İsviçre'de ölüm cezasının tamamen kaldırılmasına neden olmuştur. Ayrıca bu tarihten önceki ve sonraki 6 yılın suç oranları ile ilgili rakamları içeren istatistikler, savaşa rağmen suç oranının sabit kaldığını, 1947'den sonra da azalma sürecine girdiğini ortaya koymuştur[93].

Komisyona verilen Alman istatistikleri ise ölüm cezasının kaldırıldığı 1949 yılından iki-üç yıl öncesine ve iki yıl sonrasına ait adam öldürme suçları ile ilgili rakamları içermektedir[94]:

	İlgadan önceki aylık cinayet ortalaması	İlgadan sonraki aylık cinayet ortalaması
Kuzey Ren ve Westfalen	9.08	5.83
Bavyera	16.4	9.41
Aşağı Saksonya	17.1	8.16
Hessen	4.12	1.79
Baden	5.83	2.95
Ren-Pfalz	3.33	3
Schlezwing-Holstein	3.83	2.12
Hamburg	2.37	1.41
Baden	1.13	0.58
Würtemberg	1.88	3.95
Bremen	0.63	0.29
Batı Berlin	2.25	2.05

Ölüm cezasının suçların işlenme oranına etkisi olmadığını gösteren istatistiklerden biri de Thorsten Sellin'e aittir. Sellin, sosyal yapı itibarıyla birbirine çok benzeyen komşu devletler arasında bir karşılaştırma yapmış, ölüm cezasını kaldıran ve kaldırmayan dört çift devletin 100.000 kişilik nüfusuna düşen adam öldürme sayısını beşer yıllık aralarla mukayese etmiş ve ilganın, bu cezayı gerektiren suçları işleme açısından herhangi bir etkiye sahip olmadığı sonucuna ulaşmıştır[95]:

Komşu ülkeler	Ö.c.nın varlığı	1931-1935	1936-1940	1941-1946
Rhode Island	Yok	1.8	1.5	1

93 Tanör, s. 20; Camus-Koestler, s. 172-177.
94 Camus–Koestler, s.178; Tosun, s. 203.
95 Tosun, s. 202.

Connecticut	Var	2.4	2	1.9
Michigan	Yok	5	3.6	3.4
Indiana	Var	6.2	4.3	3.2
Winconsin	Yok	2.4	1.7	1.5
Illinois	Var	9.6	5.7	4.4
Minnesota	Yok	3.1	1.7	1.6
Iowa	Var	2.6	1.7	1.3

Aynı düşünceyi ortaya koyma amacı ile yapılan bir ankette de ölüm cezasını kaldıran ve kaldırmayan komşu eyaletlerde 1920-1963 yılları arasında adam öldürme suçunun işlenme oranları mukayese edilmiştir[96]:

1.Grup	2. Grup	3. Grup	4. Grup	5. Grup
Michigan	Minnesota	North Dakota	Maine	Rhode Island
3.5	1.4	1.0	1.5	1.3
Indiana (C)	Winconsin	South	New	Masachusetts
3.5	1.2	Dakota(C)	Hampshire(C)	(C)
		1.5	9	1.2
Ohio(C)	Iowa(C)	Nebraska(C)	Vermont (C)	Connecticut(C)
3.5	1.4	1.8	1.0	1.7

Aynı şekilde BM tarafından 1988'de yürütülen ve ölüm cezası ile cinayet oranları arasındaki ilişkiyi konu alan uluslar arası araştırmada da bu cezanın ömür boyu hapis cezasına oranla daha caydırıcı bir etkiye sahip olduğunu gösteren bilimsel kanıtların ortaya konulamadığı sonucuna ulaşılmıştır[97].

bf- Siyaset Açısından Toplumun Korunması Teorisi

Ölüm cezasının siyasal nedenlerle uygulanması tarihin her döneminde var olan bir olgudur. Tommaso Campanella, *Güneş Ülkesi*'nde adi suçlarda ölüm kararının ancak suçluya ölmesinin gerekli olduğu anlatıldıktan ve ölümü ister duruma getirildikten sonra uygulanacağını ifade etmekle birlikte suçun devletin özgürlüğüne, Tanrı'ya ya da yüksek yöneticilere karşı işlenmesi halinde suçlunun hiç acınmadan hemen öldürüleceğini belirtir[98]. Nitekim ölüm cezasının adi suçlar için verildiğinde yaşam hakkını ihlal ettiğini, ancak toplumu ve devleti tehdit eden suçlar için öngörülmesi halinde böyle bir ihlalin söz konusu olmadığını ileri süren görüşe göre bu durumda toplumun ve devletin

96 Ölüm cezasını kullanan eyaletler (C) şeklinde işaretlenmiştir: Samaha, s. 632 (Franklin Zi - ming – Gordon Hawkins, Chicago, 1973, s. 265'den naklen) .

97 http://www.ihd.org.tr/kampanya/ockal9906.html.

98 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 293.

bütünlüğünü koruma amacı ön plana çıkmaktadır. Ölüm cezasının tamamen kaldırılmasını savunanlar ise bu cezanın siyasi suçlar için kullanılmasını da mümkün görmezler. Onlara göre bu cezanın, toplum ve devlete karşı eylemler için kullanılması, siyasal bir olay niteliğini taşır. Siyasal olay ise devlet sistemini değiştirmeden veya değiştirerek kendine özgü hedefleri gerçekleştirme amacı ile iktidarı elde etme hareketidir. Siyasal olay, bu nedenle düşüncede birleşme ve eylemde bütünleşme olgularında tezahür eder. Bunlar ise siyasal toplumun var oluşunun nedenidir. Bu noktada insan gruplarına siyasal toplum vasfını kazandıran bir işlevi yani, siyasal devinim hakkını tanıdıktan sonra bu işlevin boyutları, biçimleri, üslupları veya içeriklerinin soyut ve izafî gerekçelerle değerlendirilmesi sonucu ölüm cezası gibi ağır bir cezayı gerektirdiğinin kabul edilmesi mantıksızdır. Halbuki toplum ve devlet birbirinden ayrıştıralamayan olgulardır ve devletin, sahibi olan toplumdan üstün bir varlığının kabul edilmesi anlayışı aşılmıştır. Nitekim demokrasi, bu ayrımlaşma ve üstünleşmeyi kaldırmayı gaye edinir. Ölüm cezasının ise bunların koruyucusu olarak kullanılması mümkün değildir[99].

Öte yandan siyasi suçun, hukuki anlamda yaptırım gerektirme durumu açık ve kesin unsurlarla belirlenen adi suçlardan farklı olarak izafî ve soyut bir temele dayanması nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılması oldukça büyük haksızlıklara neden olmuştur. Nitekim klasik-eklektik görüşte siyasi suçlarda bulunan ahlaka aykırılığın şüphe ile karşılanması gerektiği, bu suçlara ölüm cezası veren iktidarın adaleti değil kendi emniyetini aradığı ifade edilmiştir[100]. Pozitivistler de siyasi suçlunun adi suçlular ile mukayese edilemeyeceğini, aslında suç olarak kabul edilebilecek bir olgunun ve dolayısıyla suçlunun söz konusu olmadığını, suçlu kabul edilen kişinin siyasi mücadelede mağlup olma şeklindeki şanssızlığının bedelini ödediğini ileri sürmüşlerdir. Zira mevcut düzene baş kaldıran kişi galip geldiğinde kahraman bir lider, kaybettiğinde ise asi bir suçlu konumunu kazanmaktadır. İşte bu noktada, haklı veya haksız şeklinde bir sonuca varmanın mümkün olmadığı bir eylemin failini ölümle cezalandırmak imkansızdır. Hatta Lombroso daha iyi niyetle siyasi suçun, siyasi-sosyal hayatın ileriye dönük olarak gelişimini çabuklaştırma amacını güden ilerici bir suçluluk niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Ona göre siyasi-sosyal hayatın normal ritmini hızlandırma gayesini güden bu davranışlar, tutucu duyguları zedelemesinden dolayı suç olarak telakki edilir. Garofalo ise siyasi suçluların sadece mevcut devlet düzenine karşı bir intibaksızlık yaşadıklarını belirtmiştir[101]. Ayrıca suçluda bulunan saiklerden

99 Savcı, s. 72.
100 Erem-Danışman-Artuk, s. 199.
101 Dönmezer- Erman, III, 508-509.

biri olan "tutku"nun en gelişmiş şekillerinden siyasi tutkuda önleme teorisi tamamen fonksiyonunu kaybeder. Hukuk tekniği yönünden de siyasi tutkunun cezanın takdirinde tayin edilmesi pek mümkün değildir[102].

Siyasi suçun adi suçlardan farklı kabul edilerek onur kırıcı olmayan cezalarla cezalandırılması ile ilgili bu eğilim, uluslar arası antlaşmalarda da etkisini göstermiş, siyasi suçlarda ölüm cezasının kaldırılması birçoğunda kabul edilmiş, ayrıca siyasi suçlardan dolayı iade edilmeme ilkesi kurallaştırılmıştır. Hıyanet ve casusluk suçlarından ise bunların devletin dış güvenliğini zedeleyici vasıf taşımalarından dolayı siyasilik vasfı kaldırılmıştır[103].

c- Ölüm Cezasının Kaldırılmasının Tehlikeleri

Ölüm cezası taraftarları, bu cezanın kaldırılmasının toplumda bazı tehlikeler meydana getireceğini ileri sürmüşlerdir. Nitekim Thomas Aquinas suçluya hayatını bahşederek meydana getirilen toplumsal tehlikenin, onun ıslahından beklenen yarardan daha büyük olacağını ifade etmiştir. Ona göre suçlu için hissedilen merhamet duygusu, masum insanların hayatlarının tehlikeye atılmasına yol açmaktadır. Montesquieu ise yasalara uygun bir şekilde ölüm cezasının uygulanmasının, topluma daha özgür ve güvenli bir ortam sunacağını savunmuştur[104]. Thomas More da *Utopia*'sında kölelikle cezalandırılan ağır suçluların "*başkaldırıp dikine giderlerse, hapsin de zincirlerin de tutamadığı hayvanlar sayılıp"* ölümle cezalandırılacaklarını savunur".[105] 1958'de ABD Yüksek Mahkemesi de, tecavüz ve zina suçları için verilen ölüm cezasının zalimce ve olağandışı nitelik taşıdığını kabul ederken adam öldürme suçu için ölüm cezasının verilmemesinin, mağdur tarafı katili öldürmeye teşvik edeceğini, bunun ise daha fazla şiddete neden olacağını ileri sürmüştür[106].

Ölüm cezasının kaldırılması durumunda toplumun karşı karşıya kalacağı iddia edilen tehlikeler ise şu şekilde özetlenebilir: Farklı suçların aynı ceza ile cezalandırılmasının suç-ceza dengesinin ihlaline neden olması, en fazla caydırıcılık özelliğine sahip olan ölüm cezasının kalkmasının suç işlemeye meyilli olan kimselere fırsat vermesi nedeniyle toplumun suç artışı tehlikesi ile karşı karşıya kalması, ölüm cezasını uygulayan devletlerin suçlularının bu cezayı kaldıran devletlere giderek tekrar suç işlemeleri riski. Ölüm cezası taraftarları tarafından tespit edilen bu tehlikeler, genel olarak hapis cezasının yetersizliği

102 Hassan, s. 113; Faruk Erem, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, s. 17.
103 Hassan, s. 112.
104 Hançerlioğlu, s. 278.
105 Ne var ki More, 1 Temmuz 1535 tarihinde Kral Henry VIII tarafından ölüm cezasına çar - tırılmış, cezası başı kesilerek infaz edilmiştir: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 37, 293.
106 Fitzpatrick- Miller, s. 373.

düşüncesine dayanmaktadır. Bu anlayışa göre ölüm cezası, hapis cezasından daha ağır bir ceza olup hapis cezasının denk olmadığı ya da önlemede yetersiz kaldığı suçlar için kullanılmalıdır. Ölüm cezasının kaldırılmasıyla hem bu cezayı gerektiren suçlar hem de daha hafif nitelikteki hapis cezasını gerektiren suçlar aynı ceza ile cezalandırılacak; bu nedenle de farklı suçların aynı anda işlenmesi için bir engel kalmayacaktır. Bu da suç sayılarının artışına sebep olacaktır. Ayrıca, ölüm cezası dışında bir ceza ile cezalandırılan mahkumların kaçması ya da affedilmesi sonunda topluma geri dönmeleri ile aynı suçu yeniden işlediklerine dair tespitler de yapılmıştır[107].

Ölüm cezası taraftarları, bu tehlikelerin bertaraf edilmesi için devletin, ceza verme yetkisini, masum insanların hayatlarının suçlunun hayatından daha fazla değer taşıdığını düşünerek kullanması ve suçluyu hayat hakkından yoksun bırakması gerektiği sonucuna varmışlardır. Aksi takdirde devletin ceza verme yetkisini kullanmaması nedeniyle cinayetleri onayladığı düşünülecek, bu durumda da şahıslar, kendilerini korumak için öldürme yetkilerinin bulunduğunu iddia edeceklerdir. Bu da toplumda yeni suçlara zemin hazırlanmış olacaktır[108].

Ölüm cezası karşıtları tarafından elde edilen verilere göre ise suç işleme oranındaki artış nedeni ile karşı karşıya kalınan toplumsal tehlikenin nedeni, bizzat toplumun sosyal gelişim düzeyidir. Nitekim İngiltere'de adam öldürme suçunun oranı 1880 yılında yüz bin kişide 10.6 iken 1920'de yüz bin kişide 3.5'e düşerek bir azalma süreci yaşamıştır. Hatta ölüm cezasının ikinci kez 1944 yılında kaldırılışı, suçluluk oranının zirvede olduğu bir döneme rastlamıştır. Buna rağmen 1945'de cinayet suçları yüz bin kişide 13 iken 1947 yılında 8.8'e, 1948'de ise 6.97'ye düşmüştür. Bu sonuçlara göre suç oranındaki azalmanın nedeni, ilk tespitte tamamen sosyal gelişme, ikincisinde ise savaş halinden normal yaşama geçme sürecidir. Ölüm cezasının kaldırılması ise bu azalma sürecinin hızını yavaşlatamamıştır[109]. Öte yandan araştırmalar da adam öldürme suçunun en az tekrar eden suç tipi olduğunu ortaya koymuştur. Nitekim ABD'nin 12 eyaletinde 1900 yılından 1976'ya kadar serbest bırakılan 2646 suçludan sadece 16'sı yeniden adam öldürme suçundan mahkum olmuştur[110]. Bu tip verilere dayanılarak yaşama koşulları ile eğitim imkanlarının ıslah edilerek geliştirilmesi durumunda şiddet duygusu ile işlenen suçların sayısının azalacağı ve ölüm cezasının kaldırılmasının toplum için herhangi bir tehlike meydana getirmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre

107 İmbert, s. 74.
108 Caldwell, *EAm*., V, 598.
109 Camus - Koestler, s. 177-180.
110 Samaha, s. 639.

şiddet duygusu, gelişmişlik düzeyine erişmeyen bir sosyal yapı ve kültürde ifadesini bulan ilkel adalet hissinin ürünüdür[111]. Nitekim 19. yüzyılın başında ortaya çıkan faydacı tez ile adaletçi tezi uzlaştırma düşüncesini benimseyen Lucas[112], cinayetlerin önlenmesi için en ağır cezanın uygulanmasının değil, toplumun kültür düzeyinin yükseltilmesi ve maddî refahının artırılmasının gerekli olduğunu ileri sürmüş, mutedil bir ceza ile her suçun mutlaka cezalandırılacağını telkin ederek suçun önlenmesini hedef edinen bir ceza sisteminde ölüm cezasının bulunmaması gerektiğini savunmuştur[113].

Modern ceza hukuku doktrininde de bir insanı öldürme olayı, psiko-sosyal temeli olan bir olgu olarak telakki edilmekte, suç teşkil eden fiilin işlenmesinde kişinin psikolojik yapısının ve sosyo-kültürel çevresinin sahip olduğu suça itici faktörlerin etkin olduğu ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre her öldürme olayında kişiyi devinime geçiren bir öznellik bulunur; zira kişiyi aşan psiko-sosyal, ekonomik, politik ve kültürel etmenler, onu kendi kişiliği ekseni üzerinde öznel bir durum içerisine sokar. Bu nedenle kişinin, öznel durumunun ögelerini irdeleme safhası eksik bırakılarak doğrudan bütün nesnelliğiyle ölüm cezası ile yüz yüze getirilmesi, adaletsiz bir uygulama sayılmalıdır[114].

Suça neden olan faktörler ise genel olarak kişinin toplumla uyum derecesini belirleyen soya çekim, ailenin sevgisi, disiplini, sosyal çevre, okul eğitimi, boş zamanların değerlendirilmesi ve suç işlemenin sosyal kaynakları arasında yer alan kültürel, iktisadî ve siyasî gelişmişlik şeklinde özetlenebilir. Nitekim suç işlemeye neden olan ruhsal ve zihinsel rahatsızlıkların, hızlı bir şekilde kentleşme ve sanayileşme nedeniyle toplumsal ve ekonomik değişim yaşayan toplumlarda daha yaygın ve belirgin olduğu tespit edilmiştir. Bunun nedeni ise değişimin, geleneksel ilkeleri alt üst ederek kültür çatışmasına ve toplumsal birlik duygularının yok olmasına sebep olmasıdır. Bunun sonucunda oluşan yabancılaşma, kişilik kaybı, toplumdan tecrit olma duygularının ve parasal sorunların yol açtığı baskılar ise topluma ters düşen faaliyet ve suçlarda görünüm kazanır[115].

Ceza uzmanlarının çoğunluğu da suç işleme olgusunun, ölüm cezasının mevcudiyetine ya da kaldırılmasına değil, esas itibarıyla yaşam koşullarının meydana getirdiği suça itici etmenlere bağlı olduğu görüşünü benimsemişler-

111 Manuel Lopez, *Türkiye'de Suçluların Islahı*, çev. Mustafa T. Yücel, Ankara 1967, s. 25.

112 Paris Kraliyet Mahkemesi avukatlarındandır. Lucas, 1826 yılında Cenevre Temsilî Konseyi azalarından Jean-Jacques de Sellon tarafından düzenlenen ölüm cezasının ilgası meselesi ile ilgili yarışmada birincilik kazanmıştır.

113 Demirel, s. 158.

114 Savcı, s. 71.

115 Bayraktar, s. 74; Camus-Koestler, s. 167; Balcıgil, *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 65; Savcı, s. 71.

dir. Bu itibarla şunu söylemek mümkündür; toplumsal ve ekonomik gelişim sürecinde zihinsel ve ruhsal gelişime de önem verilmeli, suçların nedenleri ortadan kaldırılmadıkça aynı nedenlerin aynı suçları doğurmaya devam edeceğinin bilincinde olmalıdır. Ölüm cezası, varlığını sürdürse dahi suçların nedenlerinin varlıklarını sürdürmeleri durumunda bu suçlar için caydırıcı ve tehdit edici nitelik kazanamayacaktır. Nitekim birçok ülkede ölüm cezasının yasal olarak varlığı kabul edilip yargı organları tarafından ölüm cezası kararları verilmesine ve her yıl yüzlerce kişinin cezasının infaz edilmesine rağmen hala bu cezayı gerektirici suçların işlenme oranında artış gözlenmesi de aynı gerçeği teyid etmektedir[116].

Modern öğretiye göre de ölüm cezasının varlığının kabul edilmesi, suçla mücadele ile ilgili girişimlerin önünü kapatarak suç düğümünün çözülmesine değil kesilmesine neden olmaktadır. Modern toplum ise suçun işlenmesini önlemek için birtakım önlemler almak zorundadır. Nitekim 1947'de yeni bir ceza felsefesi okulunun görüşlerinin ifade edildiği *Uluslar arası Toplumsal Savunma Kongresi'*nde ana gaye olarak suçlarla mücadele etmek suretiyle toplumun suçlulara karşı korunması ilkesi benimsenmiştir. Bu yeni suç politikası, suçlulara karşı acıma şeklinde bir duygusallığı değil, bir taraftan toplum düzeninin korunmasını, diğer taraftan da suçlunun topluma uyarlanmasını sağlayacak bir dizi önlemle iyileştirilmesini ve suçların temel nedenlerini ortadan kaldırma gayretini benimseyerek suçlarla mücadeleyi hedeflemektedir[117].

B- Ölüm Cezasına Karşıt Düşünceler

a- Yaşam Hakkının Dokunulmazlığı

İnsan hakları, tarihsel gelişim içinde, genel olarak konularından ve niteliklerinden hareketle yapılmış üç kuşak hak şeklinde kategorize edilmektedir[118]. Yaşam hakkı, birinci kuşak haklar içinde yer almaktadır ki bu kuşaktaki haklar, medeni ve siyasal haklar ya da klasik haklar olarak da adlandırılmaktadır. Bu haklar, esas olarak 17. ve 18. yüzyıl burjuvazi rejimleri sonrası normlaştırılmış olup liberal öğretiye dayanmaktadır[119]. Hak ve özgürlüklerin devletçe güvence altına alındığı, engellemelerin ceza ve giderimlerle önlendiği somut kamu haklarına dönüşmesi şeklindeki gelişimin en önemli dönemeci, kentsoylu bireyin girişimciliğine dayalı liberal ekonomik yapılarda gelişen kapitalist ekonomiyle ulusallaşma sürecine dayalı ulus-devlet modelinin temsili demokrasi

116 Samaha, s. 612-632.

117 İmbert, s. 97; Bayraktar, s. 74.

118 Doktrinde, hakların kuşaklar açısından sınıflandırılmasına ilişkin eleştirilere rastlanmakla birlikte, bu tasnif günümüzde yaygın olarak kabul edilmektedir: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 536.

119 Gemalmaz,*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 536.

kurumlarının kesişme noktasıdır. Bu noktada liberal kapitalizmin, girişimci bireyin çıkarlarını koruma çabası ile bireyi kutsayan Hristiyan dininden kaynaklanan ve giderek laikleşen insanın doğuştan sahip olduğu doğal haklar söylemi, kişinin *yaşam, mülk edinme* ve *mutluluk arama* hakkından oluşan bir bireysel çıkar yapısının kişisel temel haklarını ortaya çıkarmıştır[120]. Nitekim bu yüzyıllarda hukuk doktrinini belirli ölçüde etkileyen doğal hukuk, genel olarak insan tabiatından veya tabiattan yine insan aklı vasıtasıyla çıkarılan temel ilkeler içerir. Tabiî hukukçular, bu ilkeleri pozitif hukukun meşrûluk kriteri olarak kabul etmişler ve pozitif hukukun uymak zorunda olduğu tabiî hukuk ilkelerinin kesin ve değişmez gerçekler olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda tabiî hukuk doktrini, insanın toplum içindeki yerinin ötesinde 'bizatihi bir insan' olarak kabulünden yani soyut kişiliğinden ve doğasından hareket etmiştir. İnsan ise doğanın 'irade' ile vasıflanan tek birimidir. İrade de insana hak sahipliği ve borç taşıyıcılığı niteliğini yani kişilik sıfatını kazandırmıştır[121]. Buna göre hukuk karşısında da birey, kendi kişiliğine bağlı olarak hak sahibi olabilir ki bu hak, bireysel kişilik hakkı şeklinde isimlendirilmiştir. Bireysel kişilik hakları, ilk olarak irade sahibine 'beden bütünlüğü' içinde bulunması şeklinde temel bir ayrıcalık sunmuştur[122]. 'Beden bütünlüğü hakkı' ise kişinin biyolojik ve fizikî yapısı ile somut bir varlık halinde bütün olarak düşünülmesinden doğmuş, bu bütün içinde kişinin hayatı, varlığının temel ögesi olarak kabul edilmiştir. Böylece beden bütünlüğü, kendisinden ayrılmaz bir unsur olarak yaşam hakkını gündeme getirmiştir[123].

Öte yandan tabii hukuk ilkeleri, ismen olmasa da kapsam itibarıyla toplumun değişen koşullarına göre bir değişim yaşamıştır[124]. Nitekim İlk Çağ'dan itibaren hayak hakkı, insanın doğal hakları arasında kabul edilse de devletin ölüm cezasını bu hakkı koruma aracı olarak kullanması da meşrû kabul edilmiştir. 17 ve 18. yüzyıllarda ise yaşam hakkının dokunulmazlığı ilkesinin kapsamınının en geniş hale getirilmesi sonucu ortaya çıkan, kişinin kutsal kabul edilen hayatının sadece üçüncü kişilere değil, kendisine, toplumuna ve devletine karşı korunmasının gerekliliği esası, hukuk devletinin gerekleri arasında yer almıştır. Hukuk devletinin varoluş nedeni, toplumun fertlerinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmediği güvenli bir ortam oluşturmaktır. Zira başta yaşam hakkı olmak üzere temel hakları kişiye bahşeden devlet

120 Ersan İlal, "İnsan Hakları ve Küreselleşme: Temel Hak Ve Özgürlüklerin Güvence Bunalımı", *Türkiye'de İnsan Hakları*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 2000, s. 581-582

121 Güriz, s. 146; Jack Donelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Ankara 1995, s. 29.

122 Savcı, s. 3-7.

123 Güriz, s. 152-155.

124 Geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 3-13.

değildir. İnsan olarak doğmanın kaçınılmaz sonucu olan bu haklar, devlete karşı da dokunulmazdır[125]. Bu bağlamda yaşam hakkı da öldürülmeme hakkı olarak algılanmıştır ki bunun da devletin, bir yandan yetki alanı içinde bulunan bireyleri öldürmeme, diğer yandan da diğer bireyler tarafından öldürülmelerini engelleme yükümlülüğüne denk düştüğü kabul edilmiştir. Devletin öldürmeme yükümlülüğü çerçevesinde de onun toplumun bütünlüğünü koruma gerekçesiyle beden bütünlüğüne müdahale etmesinin yaşam hakkı ile çeliştiği düşüncesi esas alınarak uluslar arası sözleşmelerde başlangıçta belirli koşullarla kabul edilen ölüm cezası, bugün meşru bir istisna olmaktan çıkmaktadır[126].

b- Ölüm Cezasının Hukuka Aykırılığı

Ölüm cezasının meşrûiyetini kabul etmeyen yaklaşımlar, bu noktada öncelikle ölümün bölünme, tanımlanma, suçlunun şahsiyetine göre ayarlanma, telafi edilme imkanlarından yoksun olması nedeniyle bir ceza olarak varlığının dahi tartışılamayacağını ileri sürmüşlerdir. Onlara göre bir insanı öldürmek onu cezalandırmak değil, yok etmektir. Oysa cezaların önleme, ıslah gibi amaçları vardır. Bu amaçlar, ölüm cezasında işlevini yerine getiremez. Bir insanın yok edilirken onun bir daha suç işlemesini önleme beklentisi ile cezalandırıldığını düşünmek imkansızdır. Aynı zamanda ölüm, suçluya işlediği suçun verdiği zararı değerlendirme fırsatı da vermemektedir. Zira ölüm son safhadır, bu nedenle ölüm bir ceza olamaz, cezanın ancak ölüme kadar olan süreçte verilmesi gerekir[127]

Ölüm cezasına literal anlamda ilk karşı çıkanlardan Beccaria, bu cezanın hukuki bir temelinin bulunmadığını ileri sürerken öncelikle hayatı yok etme hakkının hukukî temelini sorgulamıştır. Ona göre intihar olayında kişinin kendi hayatını yok etme hakkına sahip olmaması gibi cemiyet de bir insanı hayattan yoksun bırakma hakkına sahip değildir. Bir başka deyişle intihar, nasıl meşrû bir temele dayanmıyorsa ölüm cezası da hukuki bir esastan doğmamıştır[128]. Görülmektedir ki Beccaria, ölüm cezasının meşrûiyetini hak kavramı açısından ele almıştır. Nitekim kişinin, hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi fiziki varlığını sürdürebilmesine bağlıdır. Bunun için de hukuk tarafından kişiye, yaşama yani öldürülmeme hakkı bahşedilmiştir. Bu noktada ise ölüm cezasının, kişinin öldürülmezliği ilkesine aykırı olması açısından hukuka da aykırı bir ceza olduğu ileri sürülmüştür[129].

125 Savcı, s. 68; Selçuk, "Anayasa ve Ölüm Cezası", s. 426; Tanör, s. 19.
126 Gökçen Alpkaya, *AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları*, İstanbul 1996, s. 63.
127 Erem-Danışman-Artuk, s. 714; Dinç, s. 77; Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 46; Casalinuova, s. 63.
128 Beccaria, s. 226.
129 Tanör, s. 19.

Beccaria, ölüm cezasına karşı düşüncelerini ortaya koyarken kendisine tarihi argümanla karşı gelinebileceğini de düşünerek insanlık tarihinin büyük bir yanlışlıklar okyanusu olduğunu ve ölüm cezasının insanlık tarihinin en eski devirlerden bu yana uygulanmasının bu cezanın haklı ve meşru olmasını gerektirmeyeceğini ifade etmiştir. Bu düşüncesini de hemen hemen bütün toplumlarda uygulanmış olan insan kurban etme adetinin de doğruluğunu hiç kimsenin ileri sürmeye cesaret edemeyeceği gerçeği ile temellendirmiştir[130].

c- Hümanist Doktrin

Hümanist felsefe, modern insan haklarının kavramsal çerçevesinin oluşumunda merkezî bir öneme sahiptir. Hümanizm, Rönesans döneminde Eski Yunan ve Roma'daki insan merkezli bir evren anlayışına dayanan insancılık değerlerinin(*humanitas*) önplana çıkması, bunların geliştirilmesi anlamına gelmekteydi. 19. yüzyıl başlarında ise *humanismus* terimi ile ifade edilmeye başlanmıştır ki köken itibarıyla latince *insan* anlamına gelen *homo* kelimesinin sıfat biçimi olan humanusa dayanan *humanismus*, merkezini insanın oluşturduğu bir dünya görüşünün, bir düşünce yöneliminin ifadesidir[131]. Nitekim Rönesans hümanizmi, insanı her türlü değerin temeli, dünyanın merkezi ve evrenin tek öznesi olarak algılar. Artık ahlaklı eylemin belirlenmesinde insan doğasını aşmak ve doğa ötesi kurala uymak değil, bizzat insan doğasını gerçekleştirmek çabası öne geçer. Erdem ise insanın yeteneklerinin ahenk içinde ve toplum yararına olmak üzere geliştirilmesini ifade eder[132]. İşte kökeni Sofistlere kadar uzanan 'insan herşeyin ölçüsüdür' ilkesini yeniden canlandıran Hümanizm, sonuçta insanı her türlü hak ve hukukun kaynağı olarak gören ve insan eliyle oluşturulan siyasal kurumların tek gayesinin de insan olduğunu vurgulayan bireyci düşüncenin gelişimini sağlamıştır. Böylece devlet, kendine özgü varlığı olan, hak ve yükümlülükler hamledecek olan bir kurum olmaktan çıkarak ancak bireylerin menfaatlerini korumak için oluşturulmuş bir siyasal örgütlenmeye dönüşmektedir[133].

Hümanist doktrin, ölüm cezasının da özellikle insanîliğini sorgulamıştır. Bu bağlamda Beccaria, öncelikle ceza vermenin temellerinin sorgulanması ve cezalandırma hakkının sınırlarının tayin edilmesi gerektiğini düşünmüş; bunun için de adaleti şiddet eğilimlerinden kurtarmak gerektiğini ileri sürmüştür. Bu noktada hem çok fazla kullanılan af yetkilerinin hem de vahşiyane insanlık dışı cezaların kaldırılması gerektiğini, iyi cezanın ağır olan değil uygulanabilen ceza olduğunu belirtmiştir. Eserinin 16. bölümünde ele aldığı

130 Beccaria, s. 236.
131 Zekiyan Boğos, *Humanizm (İnsancılık): Düşünsel İşlem ve Tarihsel Kökenler*, İstanbul 1982, s. 25.
132 Boğos, s. 27.
133 Karaşahan, s. 28.

ölüm cezasına da aynı perspektiften yaklaşarak hiç kimsenin bir insanı öldürmeye hakkının bulunmadığı gerekçesiyle bu cezanın ilke olarak sorgulanması ve tamamen kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür[134].

Beccaria'dan sonra Ciamarelli de ölüm cezasının insanlık dışı, yetersiz ve faydasız olması nedeniyle kaldırılarak yerine daha etkili bir başka cezanın konulması gerektiğini ileri sürer. Ona göre ceza adaleti, suçluyu vahşi bir hayvana benzetmemelidir. Victor Hugo ise 4/11/1848 tarihli Fransız Anayasası'nın oylanması sırasında yaptığı konuşmada tahtın yıkılıp halkın düşüncesinin kabul edilmesi gibi darağacının da yıkılmasını teklif etmiş, ölüm cezasını 'barbarlık alameti' olarak nitelemiştir. Bentham da kanuna dayanarak insan kanının akıtılmasının, adalet değil şiddet ve intikam hissi doğuracağını ileri sürmüştür. Gabba ise ölüm cezasını kabul eden kanunun kanı kan ile yıkama örneği sergilediğini, oysa her ceza yasasının insancıl niteliklere sahip olması ve yaşama hakkının dokunulmazlığını kabul etmesi gerektiğini ifade etmiştir[135]. Arthur Koestler, insan hayatının devletin de üstünde olduğunu kabul etmek gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak Koestler ölüm cezasının kaldırılmasının temelinin soyut insan sevgisinden ziyade mantığa ve gerçeğe dayandırılması gerektiğini belirtse de bu cezanın infazını '*iğrenç bir kasaplık ve insanın kişiliğine ve vücuduna karşı girişilmiş bir tecavüz*' şeklinde nitelemiştir[136].

ABD'inde ölüm cezasının yasal olarak kaldırılması hareketinin düşünce alanındaki öncülerinden Benjamin Franklin, Benjamin Rush, Thomas Jefferson da ölüm cezasının insanlık dışı ve faydasız bir ceza olduğunu ileri sürerek meseleyi hukuk doktrini sahasına taşımışlardır[137]. Aynı şekilde *American Civil Liberties Union, National Association for the Advancement of Colored People's Legal Defense ve Education Fund* gibi kuruluşlar, ölüm cezasının hem ahlakî hem de yasal açıdan meşru olmadığını öne sürmüşlerdir. Nitekim ABD Anayasası'nın 8. maddesinde cezanın "*cruel*" ve "*unusual*" vasıflarını taşımaması gerektiğinin ifade edilmesi, ölüm cezası karşıtlarının öncelikli hareket noktasını oluşturmuştur. Nitekim bu kavramlar zalimane ve olağandışı nitelik taşıyan cezaların insanlık dışı olduğu şeklinde yorumlanmıştır.[138]. Yüksek Mahkeme de 1976'da *Georgia v. Gregg* davasında ölüm cezasının bağlayıcı bir ifade ile zorunlu olması halinde bu nitelikleri taşıyacağı kararına varmıştır[139].

---

134 Beccaria, s. 225-236.

135 Erem-Danışman-Artuk, s. 719-721.

136 Camus - Koestler, *s.* 66-71.

137 Samaha, s. 625; Campion, *NCE*, III, 80.

138 Levine-Musheno-Palumbo, s. 573.

139 Samaha, s. 588; Levine-Musheno-Palumbo, s. 574; Richard Willing, "İmplementation of the death penalty", *USA Today*, 12.02.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Jeffrey Abramson, s. 220; Fitzpatrick–Miller, s. 373-375.

Şunu da belirtmek gerekir ki, ölüm cezasını kaldıran ülkelerde artık ömür boyu hapis cezasının da insancıllığı sorgulanmaya başlanmıştır. Mesela, Almanya'da bir mahkeme, adam öldürme suçu için müebbet hapis cezası vermek istememiş ve Karlsruhe'deki Federal Anayasa Mahkemesi'ne bu suç için müebbet hapis cezası vermenin anayasaya aykırı olup olmadığının yeniden tespiti için başvurmuş; bunun üzerine Anayasa Mahkemesi, uzmanlar tarafından meselenin araştırılmasını istemiştir. Tetkikler sonucunda psikologların çoğu, hapis cezasının kişiliği yok etmediği, mahkeme de anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bazı hapishane yöneticileri ise şu öneride bulunmuşlardır: Ömür boyu hapis cezasının azami sınırının, 10 yıl olması gerekir; zira bu cezanın insanda psikolojik açıdan meydana getirdiği yıkımların onarılması mümkün değildir. Bu nedenle belli bir süreden sonra kişi zaten insanlıktan çıkacaktır[140].

d- Adli Hata Gerekçesi

Brissot de Warville, *Le Sang Innocent Vengé (Öçü Alınan Masum Kan)* adlı yapıtında Beccaria'nın ölüm cezasına karşı ileri sürdüğü argümanlara bu cezada adlî hatanın telafi edilemezliğini de ilave etmiştir[141]. Daha sonraki ölüm cezası karşıtları da adlî hatayı, bu cezanın meşrûiyetini sorgulama sırasında kullanmışlar ve adil bir cezanın hata halinde geri alınabilir olması gerektiğini, ölüm cezasının ise bu açıdan hata halinde telafi edilemez oluşu nedeniyle hukukî olmadığını ileri sürmüşlerdir[142]. Ölüm cezası karşıtlarının çok sık kullandıkları bu argüman, beşerî adaletin isabetinde daima şüphe bulunacağı düşüncesinden kaynaklanmıştır. Nitekim La Fayette'nin şu sözü meşhurdur: "*İnsanın yanılmazlığını görebildiğim güne kadar ölüm cezasının kaldırılmasını isteyeceğim*."[143]

Ölüm cezasının diğer cezalardan farklı olarak hem ön yargı ve hataya açık olma hem de dönüşünün olmaması özelliklerinin örneklerine ceza bilimi ile ilgili dergilerde ve bazı resmi raporlarda da sıkça rastlanmaktadır[144]. Mesela, Fransız Ağır Ceza Mahkemesi hakimlerinin, jürinin hatası sebebiyle haksız yere idamına karar verdikleri bir sanık nedeniyle 100 yıl siyah elbise ile mahkemeye çıktıkları nakledilir[145]. Aynı şekilde 1918 yılında ABD'nin New Jersey eyaletinde George Brandon, işlemediği bir cinayetten ölüm cezasına

140 Balcıgil, *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 61.
141 İmbert, s. 53.
142 Camus-Koestler, s. 49; Uman, s. 346; Yalkut, s. 1004; H. Veldet Velidedoğlu, "Ölüm Cezası Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi*, y.56, s. 20.
143 Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 80.
144 Balcıgil, *İdamın Günlüğü*, s. 71-74, 80-86; a.mlf., *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 9-16; Erem, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, s. 45-50.
145 Camus-Koestler, s. 171; Uman, s. 347.

mahkum olmuş, cezanın infazından sonra gerçek suçlu suçunu itiraf etmiş, bunun üzerine Brandon'un avukatı davayı layıkıyla yürütemediği gerekçesiyle barodan atılmıştır. Yine 1949'da Connecticut'da Frank Smith isimli bir şahsın idam edilmesinden birkaç dakika sonra onu temize çıkaracak bir delil ortaya çıkarılmıştır[146]. Belçika'da 1862'de ölüm cezası infaz edilen iki kişinin daha sonra masum olduklarının ortaya çıkması, 1863'ten bu yana infazların gerçekleştirilmemesine neden olmuştur[147]. Avrupa Konseyi'nin yaptığı araştırmada da ölüm cezasında adlî hatanın gerçekleşip gerçekleşmediği sorusuna karşılık İsveç ölüm cezası verilen bir kişinin sonradan suçsuz olduğunun anlaşıldığını, Avusturya da bir doktorun hemşireyi öldürmekle suçlandığı bir davanın ilk soruşturmasından sonra asıl suçlunun bulunduğunu açıklamıştır. Almanya ise 1853-1953 yılları arasında 27 adlî yanılgı olduğunu, bunlardan üçünün ise cezasının infaz edildiğini bildirmiştir[148].

ABD Yüksek Mahkemesi, 1976'da *Georgia v. Gregg* davasında ölüm cezasının adli hata gerekçesiyle meşruiyeti ile ilgili tartışmalara yeni bir çözüm getirmiştir. Bu çözüme göre dikkatli bir şekilde üzerinde düşünülerek karar verildiği sürece ölüm cezası meşrudur. Bu bağlamda jürinin önyargılı hareket etmesinin önlenmesi için karar aşamasında göz önünde bulundurması gereken soygun ve kaçırma sırasında veya işkence yaparak adam öldürme gibi ağırlaştırıcı, sanığın pişman, sabıkasının temiz ya da kötü bir şekilde eğitilmiş olması gibi hafifletici nedenlerin tespiti sırasında takip edilecek metodların yasa tarafından belirlenmesini, mahkeme sonuçlandıktan sonra da ölüm kararının temyiz mahkemelerinde gözden geçirilmesini öngörmüştür[149].

e- Islah Teorisi

Islah teorisi ile cezanın gerçek amacının suçun bedelinin mahkum tarafından hayatı ile ödenmesi değil onun iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması olduğu ileri sürülmektedir. Aslında bu teorinin temeli çok eski dönemlere dayanır. Nitekim Platon (m.ö. 427-347), cezanın hem gözdağı verme hem de ıslah etme amaçlarını içermesi gerektiğini belirtmiştir. Ona göre insanlar, bilgisizliklerinden dolayı suç işlerler. Bu nedenle ceza kanunlarının ağır cezaları öngörmemesi gereklidir. Ancak suçlunun ıslahı imkansız ise ortak yarar için ölümle cezalandırılması mümkündür[150].

Aristo (m.ö. 384-322), denkleştirici adalet kavramını düzeltici adalet şeklin-

146 Balcıgil, *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 108-111
147 İmbert, s. 78.
148 Tosun, s. 201; Akkan, s. 186.
149 Samaha, s. 588; Levine-Musheno-Palumbo, s. 574; Richard Willing, "İmplementation of the death penalty", *USA Today*, 12. 20. 99; Abramson, s. 220; Fitzpatrick – Miller, s. 373-375.
150 Güriz, s. 169.

de izah etmiş, suç işleyen kimsenin suçun gerektirdiği cezayı çekmesini, düzeltici adaletin ortaya çıkmasına örnek olarak göstermiştir[151]. Aziz Augustinus (354-430)[152] ise günah çıkartırken kendisine bir katl olayının itiraf edilmesi sırasında katillerin ölümle cezalandırılmasına şu şekilde karşı çıkmıştır: "*Biz Tanrının hizmetkarlarının acılarının aynısının buna yol açanlara mukabele-i bilmisil yoluyla çektirilerek intikamının alınmasını istemiyoruz. Tabii ki bu kötü adamların benzer kötülükleri yapmamaları için özgürlüklerinden yoksun kılınmalarına karşı çıkmıyoruz; ama adaletin onların hayatlarına ve bedensel bütünlüklerine zarar vermeden yerine getirilmesini istiyoruz. Ve böylece zorlayıcı önlemler yoluyla onların hasta çılgınlıklarından kurtulup kafaca sağlıklı insanların barışına saygı göstermelerinin, kötü şiddetlerinden vazgeçme zorunda bırakılmalarının ve aynı zamanda yararlı çalışmalara yönelmelerinin sağlanmasını arzuluyoruz.*"[153] Aziz Augustin, bu ifadelerle ilk dönemlerde kilisenin ölüm cezasına karşı olan tavrına daha açık bir şekil vererek suçlu insanları ölüme mahkûm etmenin hayatın tek sahibi olan Allah'ın hakkını çiğnemek olduğunu, yargıçların suçluları öldürmeye değil ıslaha yönelik cezalar vermeleri gerektiğini ileri sürmüş; ancak suçlunun ıslahının imkansız görülmesi, savaşta düşmanın öldürülmesi gibi durumlarda ölüm cezası verilebileceğini belirtmiştir[154]. Thomas Aquinas (1226-1274) toplumun korunması açısından ölüm cezasının gerekli olduğu durumlarda bu cezanın kullanılabileceğini kabul etmiş; ancak cezanın misilleme değil de iyileştirme niteliğini taşımasının daha ideal olduğunu, toplum için gerekli olsa dahi suçluyu öldürme yerine tabii hukuk gereği iyileştirici nitelik taşıyan bir ceza ile cezalandırılmasının tercih edilmesi gerektiğini savunmuştur[155].

Bu düşünürlerin kabul ettiği ıslah teorisinin diğer teorilerle birlikte ele alındığı, ancak zamanla cezalandırmada ıslah amacının diğer amaçlara nazaran öncelikli bir konum kazandığı görülmektedir. Nitekim pozitivistler tarafından öne sürülen sosyal savunma kavramının geliştirilmesine yönelik akımların başında gelen *Milletlerarası Ceza Hukuku Birliği*[156], suçlunun yeniden sosyalleştirilmesi esasını benimseyerek suçluya uygulanacak tedbirin de onun tekrar sosyalleştirilmeye yönelik olması gerektiğini kabul etmiş, ölüm cezasının ise bu açıdan reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür[157]. 1990 yılından sonraki dönemde ise ceza hukukunda pozitivist ve klasik doktrinlerin sonradan ortaya çıkan ekolleri uzlaştırılmış, klasik doktrinden manevî yani

151 Güriz, s. 175.
152 Aziz Augustinus, 354 ile 430 yılları arasında Afrika'da yaşamıştır.
153 Camus - Koestler, s. 165.
154 Vacandard, *ERE*, VII, 334; Campion, *NCE*, III, 80; Demirel, s. 153; Camus - Koestler, s. 165
155 Campion, *NCE*, III, 80; Lord Lloyd, s.82, 101; İmbert, s. 28; Dönmezer-Erman, II, 602.
156 1889'da Von Liszt, Adolphe Prins ve Van Hammel tarafından kurulmuş ve 1914 yılına kadar faaliyette bulunmuştur.
157 Dönmezer-Erman, I, 97.

kusura dayanan sorumluluk, suçta ve cezada kanunilik prensipleri, pozitivist doktrinden ise kefaret ve ödetici nitelikteki cezalar yanında güvenlik tedbirlerinin uygulanması esası, suçlunun kişiliği, cezada bireyselleşme, sosyal savunma ve suçun önlenmesi gibi kavramlar alınarak uzlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu noktada suç ve ceza ilişkisi ortaya konulurken suçun belirlenmesinde suç teşkil eden fiil değil suçlunun kişiliği esas alınmış, cezanın amacı noktasında ise suçlunun ıslah edilerek tekrar topluma uyabilmesini sağlama gayesi ön plana çıkarılmıştır. Bu amaç, topluma tekrar uyabilmenin, suçlunun şahıs olarak toplum karşısında sahip olduğu bir hak olduğu telakkisinden hareket edilerek belirlenmiştir[158].

Ölüm cezası ise kişinin geliştirilmesi, düzeltilmesi, topluma uyan birey durumuna getirilmesi amacıyla çelişmektedir. Zira topluma tekrar uyabilme, suçlunun devlete karşı sahip olduğu bir hak olunca devletin cezalandırma hakkı da yaşayan bireye yardım etme niteliğini kazanır, ölüm cezası ise bu nitelikle çelişir. Bunun nedeni ölüm cezasının hayatı yok ederek ıslah ve iyileştirme suretiyle topluma kazandırılacak bir bireyin ortadan kaldırılması sonucunu içermesidir. Bu durumda önleme, eğitim, klinik tedavisi aracılığı ile kişiyi toplumla ve toplumu da kişi ile bağdaştıran bir sistemin kabul edilmesi gerekir ki çağımızda suçlunun yok edilmesini değil kişiliğinin göz önüne alınarak ıslahı suretiyle topluma yeniden kazandırılma gayesine öncelik tanınmasından dolayı ölüm cezası, soyut olarak değerini kaybeden bir süreç yaşamaktadır[159]. Bu bağlamda ölüm cezası karşıtları, bu cezaya mahkum olan kişinin, mutlak olarak eğitilerek ıslahının ve iyileştirilmesinin imkansız bir insan olduğu ve çok zararlı duygulara sahip olması nedeniyle toplum için tehlike arzettiği varsayımını bilimin henüz doğrulamadığını, aksine insanın iyi ve kötü yönleri ile bir bütün olmasının bilimsel bir gerçek olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca bir insanın ıslahının olabilirliği veya imkansızlığı şeklinde her zaman kesin bir sonuca ulaşmak mümkün olmadığından ölüm cezasının varlığının ve gerekliliğinin bu şekilde soyut bir olgu ile izahını, keyfî bir değerlendirme ve uygulama olarak görmüşlerdir. Zira ıslah olabilirlik ölçütü, jürinin ya da hakimin o andaki hislerine veya kültürel olgulara bağlıdır. Hatta bir insanın, ıslahının imkansızlığına bütün yargı makamları tarafından kat'î olarak karar verilmesi durumunda dahi suçlunun, ruh halinin anormal olması açısından ruh hastası olarak görülmesini ve ceza ile tedavinin birarada yürütülmesi çarelerine başvurulmasını öngörmüşler, ölümle cezalandırılması gerekmediği sonucuna varmışlardır[160].

158 Güriz, s. 428.
159 Bayraktar, s. 58.
160 Tanör, s. 19; Camus-Koestler, s. 53-58; Caldwell, *EAm*., V, 599.

Bu anlayışa göre, kusurlu bir insan da en yüksek değerleri idrak ettikten sonra pratik hayatta davranışlarını ahlaki ilkeler doğrultusunda gerçekleştirebilir. Nitekim bugün en azılı caninin dahi düzeltilerek topluma yararlı hale getirilmesinin imkansız olmadığı kabul edilmektedir. Artık cezanın tek hedefi cezalandırmak değil, suçlunun uygun güvenlik önlemleriyle topluma yeniden kazandırılmasıdır. Bu nedenle bir yandan işlenen suç kınanıp cezalandırılırken diğer yandan da suçluya bilinçlenmiş bir şekilde toplum içinde tekrar yerini alma imkanını veren bireyselleştirilmiş bir cezalandırma yöntemi uygulanmalıdır. Zira ölüm cezasına alternatif olarak suçluyu ömür boyu hapsetmek de insancıl yaklaşımlarla bağdaşmamaktadır. Suçlu zaten ömür boyu yalnızlık çekeceğinden hapis sırasında defalarca kez ölümü tercih eden duygulara kapılacaktır. Oysa suçun temeline inerek modern psikolojinin bütün verilerini kullanmak suretiyle kişiyi topluma zararlı değil, faydalı bir birey olarak yeniden kazandırmak ideal çözümdür[161].

Suçluların yok edilmeleri bir tarafa iyi yönlerinin geliştirilerek kötü yönlerine baskın hale getirilen birer birey olarak kazandırılmalarının hedef edinilmesi şeklindeki yaklaşımı benimseyenler, ömür boyu hapse mahkum olup bir müddet hapis yattıktan sonra şartlı olarak salıverilen adam öldürmeden mahkum olan suçluların nadiren tekrar suç işlediklerini ispatlayan verileri de kullanmışlardır. Mesela, ABD, İngiltere ve Almanya'da yapılan incelemelerde adam öldürme suçluları akıl hastaları, toplumsal sorumluluğunu yitiren zeka seviyesi düşük kimseler ve bu iki sınıfa girmeyenler şeklinde kategorilere ayrılmıştır. ABD'de 1979 yılında tecavüz ve cinayet suçlarından tutuklanan ve 1981'de ölüm cezasına mahkum edilerek Teksas ölüm sırasına gönderilen *Johnny Paul Pennry*'nin zeka yaşının doğum sırasında gördüğü bir zarar nedeniyle 6.5 olduğu tespit edilmiştir. Buna rağmen Yüksek Mahkeme, öldürücü iğne ile infazını 26 Haziran 1989 Pazartesi günü onaylamıştır. Halbuki ölüm cezası karşıtlarına göre Pennry'nin ölümü bile kavrayamayacak derecede zeka özürlü olmasının yanı sıra doğduğunda annesi tarafından terkedilip ailesiz büyümüş olması şeklindeki kötü geçmişin de hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulması gerekmektedir[162].

İngiltere'de ve Galler'de de 1957-1968 yılları arasında mahkemelerce bakılan adam öldürme davalarının %53.2'sinin anormal kişiler tarafından işlenen suçlara ait olduğu ortaya konulmuştur. Nijerya'da yapılan incelemelerde ise

161 Bayraktar, s. 73-74; İmbert, s. 97; Camus-Koestler, s. 69; Caldwell, *EAm*., V, 599.

162 Caldwell, *EAm*., V, 597; Richard Willing, "Geography of the Death Penalty", *USA Today*, 12. 02. 1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; White, s. 41-42; Levine-Musheno-Palumbo, s. 577; Amnesty International, Internatioal Secretariat, 13.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Texas Coalition to Abolish the Death Penalty, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

adam öldürme suçlularının % 57'sine şizofreni, paranoya, depresyon, şiddetli endişe, ruhsal çöküntü ve psikomotor sarası teşhisi konmuştur. Şunu da belirtmek gerekir ki suçluların doğru bir teşhis ve iyi bir tedavi ile yeniden topluma kazandırılmaları şeklindeki idealin gerçekleşmesi için hakikaten uzman bir kadronun oluşması gereklidir. Aksi takdirde saldırgan psikopatlar, hipomanyaklar gibi gerçek tehlike arzeden kişilerin normal olarak değerlendirilerek yanlış cezalara çarptırılması sorunu ile yüzyüze gelinir. Zira aklı başında, bilinçli olarak işlenen suçun daha ağır cezayı gerektirmesi nedeniyle yasalarda ölüm cezasının bulunduğu yerlerde suçlu, yanlış teşhis sonucu hayatından dahi yoksun kalabilir. Kaliteli olarak işleyen bir mekanizma sonucu suçlunun, normal bir insan veya bilimsel verilerle kesin olarak ıslahı imkansız bir kimse olduğunun tespit edilmesi durumunda ömür boyu hapsedilerek tamamıyla özgürlüğünün elinden alınması ise hayat hakkının bahşedilmesi nedeniyle daha insancıl olarak kabul edilmiştir[163].

II- ULUSLAR ARASI HUKUKTA ÖLÜM CEZASI

II. Dünya Savaşı'nın yarattığı global tahribat ve ulusal düzlemde faşist ya da nasyonel-sosyalist siyasalarla bağıntılı olarak açığa çıkan şiddet ve yıkımın yeniden belirmesini önleme arayışları, insan hak ve özgürlüklerinin ulusal olduğu kadar uluslar arası düzlemde de tanınması ve korunması sürecini doğurdu[164]. Bu bağlamda ölüm cezasının, yaşam hakkının dokunulmazlığı ilkesine ve cezanın ıslah amacına aykırılığı gerekçesiyle hukukî olmadığı yönündeki eğilim, uluslar arası hukukta da etkili olmuş, insan hakları belgelerinde yaşam hakkının mutlak olarak korunması ve ölüm cezasının kaldırılması doğrultusunda somut bir gelişme yaşanmasına neden olmuştur. Bu suretle ölüm cezasına karşıt düşünce, uluslar arası bir çok toplantıda yayınlanan bildirilerle onaylanarak evrensel bir nitelik kazanmıştır. I. Dünya Savaşı sonunda yapılan çeşitli barış andlaşmalarında azınlık haklarının korunmasına ilişkin hükümler ekseninde doğum, uyrukluk, dil, din ya da ırk ayrımı yapılmaksızın yaşam hakkının da korunması da düzenlenmiştir. Uluslar arası Hukuk Enstitüsü'nün 1929 tarihli Uluslar arası İnsan Hakları Bildirisi'nin 1. maddesinde de yaşam hakkı tanınmıştır. Genel olarak bu dönemin, ulusal ve uluslar arası düzlemde biçimlendirien bir çok belgesinde yaşam hakkı, ölüm cezası istisnası öngörülmeksizin mutlak terimlerle ifade edilmiştir[165]. 1940'lı yıllardan sonra ise ölüm cezası, hayat hakkının ihlali veya istisnası şeklindeki yaklaşımlarla uluslar arası platformda ele alınan meseleler arasında yer al-

163 Camus-Koestler, s. 69; Balcıgil, *Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, s. 60-65.

164 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 305.

165 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 301.

mıştır. Uluslar arası ve bölgesel düzeydeki kurumlar tarafından ölüm cezası ile ilgili benimsenen tavır ise tarihsel açıdan aşamalı bir süreç takip etmiştir. Bu süreci genel nitelikleri itibarıyla şu şekilde özetlemek mümkündür:

1940-1950 yılları arasında kabul edilen uluslar arası belgelerde ölüm cezası gündeme getirilmemiş, 1950-1960 yılları arasında ise ölüm cezasının kaldırılmasının nihai bir hedef olarak kabul edilmesine yönelik süreci başlatan belgelerin hazırlık aşamaları gerçekleştirilmiştir. 1960-1970 yılları arasında ölüm cezasının tamamen kaldırılması hedefinin açıklandığı ve ölüm cezası ile ilgili sınırlamaların artırıldığı, 1970-1980 yılları arasında ölüm cezasının hukuka aykırılığı nedeniyle tamamen kaldırılmasının hedeflenerek ceza üzerindeki sınırlamaların daha da artırıldığı ve yargısız infazların gündeme getirildiği görülür. 1980-1990 yılları arasındaki dönemde ise daha önce kabul edilen belgelerin ölüm cezasının kesin olarak kaldırılmasına yönelik getirdiği sınırlamalarla ilgili eksiklikleri telafi edecek karar ve protokol mahiyetinde yeni belgeler kabul edilmiştir. 1990 yılından sonraki dönemde ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili iddialı protokollerin onaylanması hususundaki gerilemeyi, uluslar arası arenadaki yoğun tartışmaları, ulusal normlarda ölüm cezasının yeniden yer almasını ve ilganın tanımlanmasındaki değişimleri yansıtan belgeler ortaya konulmuştur[166]. Genel olarak uluslar arası ve bölgesel düzlemde oluşturulan bildiri ve sözleşme niteliğindeki belgelerin yaşam hakkını tanıma ve ölüm cezasını bütün dünyada kaldırma yönündeki düzenlemelerini ele almak, ülkelerin ölüm cezasının kaldırılması meselesine yaklaşımlarını da netleştirecektir. Bu açıdan insan hakları belgesi oluşturma sürecinde uluslar arası ve bölgesel düzlemde Avrupa ve Amerika'da yapılandırılan belgelerle Arap/İslâm dünyasında oluşturulan belgeleri ayrı ayrı değerlendirmek mümkündür.

A- Batı Dünyasında Oluşturulan İnsan Hakları Belgeleri

1- İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*'nin hazırlık çalışmaları sırasında, ölüm cezasının, en azından barış zamanında kaldırılmasına yönelik hüküm önerileri getirilmesine karşın sonuçta bu kabul edilmemiştir. Bildirinin 3. maddesinde yaşam hakkı, "*yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır*" şeklinde ifade edilmiş, ancak ölüm cezası ile ilgili herhangi bir izaha yer verilmemiştir. Böylece ölüm cezası ne yaşam hakkının bir istisnası olarak kabul edilmiş, ne de cezanın kaldırılması doğrultusunda açık bir hükme yer verilmiştir. Bununla birlikte bu bildiri, ölüm cezası noktasında açık bir ifadeye yer vermese de bu cezanın hayat hakkı gerekçesi ile kaldırılması tezinin uluslar arası stan-

166 bk. Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 51-65

dartlara uygunluğu şeklinde algılanmıştır[167].

2- Avrupa İnsan Haklarını Ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi

38 Mart 1948'de Lahey Kongresinde alınan bir kararla Avrupa Örgütü Projesi olarak ortaya çıkan, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanıp ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe konulan *Avrupa İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'*nin[168] temel ilkesi, dünya barış ve adaletinin asıl dayanağını oluşturan temel özgürlüklerin, gerçekten demokratik bir siyasal rejime ve insan haklarının gözetilmesine dayandırılmasıdır. Sözleşmede insan haklarının korunması ilkesinin Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Divanı) gibi organlar aracılığıyla gerçekleştirilmesine karar verilmiştir. Nitekim sözleşme, esinlendiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden daha dar kapsamlı olmakla birlikte, yargısal denetime imkan tanıması nedeniyle, daha ileri düzeyde bir hukuki belge sıfatını kazanmıştır[169]. Bu açıdan insan hakları ve temel özgürlüklerinin uluslar arası güvenceye kavuşturulması yolunda katedilen bir aşama niteliğini taşısa da sözleşmenin 2/1. maddesi, hayat hakkının bir istisnası olarak ulusal yasalarda ölüm cezasının yer almasına imkan tanımıştır. İstisnaî hükme göre eğer bir suç için yasada ölüm cezası öngörülmüş ve kişi bu suç nedeniyle mahkeme hükmü ile ölüm cezasına mahkum olmuş ise bu cezanın infazı, yaşamdan kasıtlı olarak yoksun bırakılmama kuralının istisnasını oluşturur. Sözleşmenin 2/2. maddesinde ölüm cezasının, hayata yönelik haksız saldırılarda meşru savunma, yasaya uygun olarak tutuklama yapılması ya da tutuklu bulunan kişinin kaçmasının önlenmesi, ayaklanma ve isyanın bastırılması için kuvvet kullanmanın '*mutlak zorunluluk*' haline gelmesi durumunda, 15/2. maddesinde ise hukuka uygun savaş eylemlerinin sonucu olarak meydana gelen ölüm olayları yaşam hakkının çiğnenmesi niteliğini taşımadığı belirtilmiştir[170].

Halbuki sözleşmenin 3. maddesinde genel bir ifade ile kimseye işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış veya ceza uygulanamayacağı hükmü yer almaktadır[171]. Bu hükümle insanlık dışı bir ceza olma niteliği taşıyan ölüm cezasının da uygulanmamasına yönelik bir kural konulduğu düşünülse de 2. maddede bu cezanın istisnaen kabul edilmesi, ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili herhangi bir düşüncenin henüz gündeme getirilmediğini ortaya koymaktadır[172].

---

167 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 302.
168 Metin için bkz. Öz, s. 426-427.
169 Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993, s. 27.
170 Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 40-41.
171 Reisoğlu, s. 37-39; Öz, s.110-113.
172 Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 62.

3- Genova Sözleşmesi

1949 yılında kabul edilen Genova Sözleşmesi'nin tasarı aşamasında sunulan ölüm cezasının kaldırılmasının nihai hedef olarak benimsenmesi önerisi, ölüm cezası taraftarları tarafından olumsuz bir tepkiyle karşılanmıştır. Bu nedenle tasarı sahipleri, sadece ölüm cezası ile ilgili bazı sınırlamaların getirilmesini sağlayabilmişlerdir: Ölüm cezasının verildiği suç çeşitlerinin sınırlanması, sınırlarının genişletilmesinin yasaklanması, karar verilmesi aşamasında yargılama usulleri çerçevesinde eşit ve dürüst davranılması, ölüm cezası kararını mümkün olduğunca ertelemek suretiyle cezanın zaman aşımına uğramasının yaygınlaştırılması, çocukların ölüm cezasından muaf tutulması. Bu şekilsel sınırlamalar, ölüm cezasının tamamen kaldırılmasına işarette bulunmasa da bu cezanın bir insan hakları meselesi olarak değerlendirilmesi noktasında atılan önemli bir adım şeklinde değerlendirilebilir[173].

4- Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Tasarısı

1950-1960 yılları arasında hazırlanan *Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Tasarısı*'nın hazırlanmaya başlaması ile ölüm cezasının, BM tarafından kriminolojik bir mesele olarak ele alınmasının yanı sıra tamamen kaldırılmasının bir hedef olarak benimsenme süreci de başladı. Bu süreç ise ölüm cezasının tamamen kaldırılmasının ulusal bir mesele olduğu düşüncesini aşarak konunun uluslar arası platformda değerlendirilmesinin kabul edilmesine katkıda bulundu. Tasarı metninin hazırlanması sırasında Uruguay, Kolombiya gibi bazı ülkeler ölüm cezasının derhal kaldırılmasını zorunlu kılan bir hükme yer verilmesini isterken ABD, Birleşik Krallık, Belçika, Yeni Zelanda, Avustralya, Kanada gibi ölüm cezasının kaldırılmasına karşı olan ülkeler bu öneriye de itiraz ettiler. Endonezya, Afganistan, Morocco, Suudi Arabistan gibi İslam ülkeleri ise ölüm cezasının kaldırılmasının bir ideal ve nihai hedef olmasını desteklediklerini ifade ettiler. Pakistan delegesi, tedrici ilgayı destekleme noktasında tarafsız davrandı. Filipin delegesi de Filipin halkının ölüm cezasının kaldırılması düşüncesine katıldığını ifade etti, ancak ilganın sözleşme metninde emredici bir ifadeyle yer almasının bazı devletlerin hukuk yapısı ile çelişeceğini ileri sürdü[174].

5- Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

16 Aralık 1966 tarihli *Uluslar arası Medenî ve Siyasal Haklar Sözleşmesi* md. 6/1-5'de yaşam hakkı mutlak olarak düzenlenmemiş ve ölüm cezası bu hakkın istisnası olarak kabul edilmiştir. Bu istisnai hükümde ölüm cezasının ancak yetkili mahkeme tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hükümlerine uygun olarak sadece belli ağırlıktaki suçlar için verilmesi, bu cezaya mahkum

173 Fitzpatrick–Miller, s. 281-288; Farhad Malekian, *The Concept of Islamic International Criminal Law: A Comparative Study*, London 1994, s. 160.

174 Fitzpatrick– Miller, s. 293-296.

olan herkesin cezanın hafiletilmesi veya affı talebinde bulunma hakkına sahip olması ve hamile kadınların cezalarının infaz edilmemesi gibi belirli koşullara bağlanarak sınırlandırılmış; md. 6/6'da ise "*Bu maddede yazılı hiçbir şey taraf devletlerin idam cezasını kaldırmalarını geciktirme veya engellemek için mazeret olarak kullanılamaz*" ifadesiyle asıl gaye ve temel hedefin ise ölüm cezasının ilgası olduğu vurgulanmıştır[175].

6- Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi

22 Kasım 1969 yılında imzalanan San Jose Paktı olarak da isimlendirilen *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi*'nde yaşam hakkının (md. 4) istisnası olarak kabul edilen ölüm cezası, bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur: Ölüm cezası, sadece bu cezanın kullanıldığı ülkelerde geçerlidir (md. 4/2), kaldırıldığı devletlerde ise yeniden yürürlüğe konulamaz (md. 4/3). Ölüm cezası belli ağırlıktaki suçlar için verilebilir. Ölüm cezası hükmü, yasaya uygun olarak sadece yetkili mahkeme tarafınan verildiği takdirde nihai hüküm olabilir. Ölüm cezasının verilebilmesi için cezanın suç işlenmeden önce de yasada yer alması gerekmektedir. Yasa, halihazırda işlenen suçlar için ölüm cezasını kapsayacak şekilde genişletilemez(md. 4/2). Ölüm cezası hiçbir halde siyasal suçlar veya onlarla bağıntılı adi suçlar için verilemez(md. 4/4). Suç işleme sırasında 18 yaşından küçük veya 70 yaşından büyük olanlara ölüm cezası verilemediği gibi hamile kadınların da cezası infaz edilemez(md. 4/5). Sözleşmede ayrıca, ölüm cezasının affı veya hafifletilmesi için mahkuma başvurma hakkı tanınmış; başvuru halinde ise yetkili mercinin karar vermesine kadar ölüm cezasının infaz edilemeyeceğini belirtilmiştir[176].

7- BM Suçu Önleme Ve Suçlulara Davranış Biçimi Kongresi Tarafından Yayınlanan Bildiri

Ölüm cezasının kaldırılması yolunda atılan somut adımlardan biri de 1-15 Eylül 1975 tarihleri arasında yapılan *BM Suçu Önleme ve Suçlulara Davranış Biçimi Kongresi* tarafından yayınlanan bildiridir. Bu bildiride ölüm cezasını kabul eden ve uygulamaya devam eden ülkelere söz konusu cezanın zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı cezalandırma biçimlerine karşı olma ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle bu cezayı kaldırmaları, BM Genel Kurulu'na ölüm cezasının bütün dünyada kaldırılmasını teşvik eden bir bildiri kabul etmesi, insan hakları ile ilgilenen bütün sivil kuruluşlara da ölüm cezasının kaldırılmasını sağlamak amacıyla gerek ulusal gerekse uluslar arası düzeyde her türlü çabayı harcamaları yönünde çağrıda bulunulmuştur[177].

---

175 Fitzpatrick–Miller, s. 273, 292; M. Yusuf Sarraf, ""İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi ve Bi - leşmiş Milletler'in Rolü", *İnsan Hakları Müslümanca Bir Yaklaşım*, çev. Tanju Yunt, (y.y.) Akabe 1987, s. 168.

176 Gemalmaz, *Latin Amerika'da İnsan Hakları*, s. 102.

177 Malekian, s. 160.

8- BM Genel Kurulunun 8 Aralık 1977 Tarih Ve 32/61 Sayılı Kararı

BM Genel Kurulu, sözleşmelerin yanı sıra bir çok kararla da ölüm cezasının kaldırılması meselesini gündeme getirmiştir. Nitekim Genel Kurul'un 8 Aralık 1977 tarih ve 32/61 sayılı kararında ölüm cezasının kaldırılmasının nihai gaye olarak kabul edilmesi şartıyla bu cezanın verildiği suçların sayısının aşamalı olarak azaltılması gerektiği ifade edildi. Konuya ilişkin uluslar arası faaliyetler arasında Uluslar arası Af Örgütü'nün 10-11 Aralık 1977 tarihlerinde İsveç'in başkenti Stockholm'da düzenlediği *Ölüm Cezasının Kaldırılması Üzerine Konferans* önemli bir yer tutmaktadır. Bütün kıtalardan 55 ülkenin yaklaşık 200 delege ve gözlemcisinin hazır bulunduğu konferansa ayrıca BM Genel Sekreterliği, İngiliz Uluslar Topluluğu Genel Sekreterliği ve Avrupa Konseyi temsilcileri de katıldılar[178]. Stockholm Konferansı bünyesinde çeşitli çalışma grupları oluşturularak ölüm cezası geniş bir açıdan ele alınıp çeşitli öneri ve çözüm yolları üzerinde duruldu[179]:

'*Ölüm cezası ve kamuoyu*' konusunu inceleyen çalışma grubunun ulaştığı sonuca göre kamuoyu, kitle iletişim araçlarının terör eylemlerini tekrar tekrar vurgulaması nedeniyle ölüm cezasını toplumun kendisini savunması için gerekli görmektedir. Oysa toplumun, ölüm korkusunun terör eylemleri ile zaten hayatlarını tehlikeye atmaya hazır insanlar için caydırıcı olmayacağı, aksine bu cezanın onların kahramanlaştırılmasına neden olarak teröre teşvik sonucunu doğurabileceği, teröristlerin yöntemi olan şiddetin ve ölümün yine onlara karşı kullanılmasının karşı tarafın haklı çıkarılması demek olduğu yönünde bilinçlendirilmesi gerekir. Bir başka çalışma grubu '*ölüm cezasının yerine konulacak önlemleri*' tartışmış; ömür boyu ya da çeşitli sürelerde hapis cezası, ruh sağlığı veya başka iyileştirme merkezlerinde alıkoyma, iade, sınır dışı edilme, sürgün, ev hapsi ve para cezası gibi seçeneklerin suça göre tercih edilebileceğini, ancak bütün seçeneklerin ölümden daha iyi olduğunu belirtirken bu meselenin daha geniş bir toplumsal bakış açısıyla ele alınması gerektiğini, hatta zamanın çok değerli olduğu bir yerde kısa süreli bir hapis cezasının bile çok ağır bir cezalandırma yöntemi olabileceğini ifade etmiştir[180].

'*Ölüm cezası ve birey*' meselesini inceleyen çalışma grubu, daha çok dinsel öğretilerin ölüm cezasına karşı bireysel bir tutumun oluşumunu etkilediğini, ancak bu cezanın uygulandığı her yerde kaldırılması yönünde bir vicdani eğilimin bulunmasının, insan hayatının kutsallığı konusunda kendiliğinden bir kavrayış olarak doğmuş olabileceğini ileri sürmüştür. *'Ölüm cezası ve ayrım-*

178 "Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Stockholm Bildirisi", *İstanbul Barosu Dergisi* (1977), s. 59.
179 Fitzpatrick–Miller, s. 315-316.
180 Öz, s. 101-103.

cılık' konusunu ele alan çalışma grubu da Güney Afrika ve ABD'nde ırkçılık olgusunu incelemiştir. Grubun vardığı sonuca göre, ırkçılık Güney Afrika'da yasal ve toplumsal alanda kurumsallaşmıştır. ABD'nde toplumsal alanlarda olduğu kadar yargı alanında da etkili olmaktadır. Nitekim grubun çalışma döneminde ABD'nde ölüm cezasına çarptırılmış olan 400 tutuklunun % 55'inden fazlasını beyaz olmayan vatandaşlar oluşturmaktadır. Oysa beyaz olmayan nüfus % 15 civarındadır. Bu yüzden gruba göre duruşmaların ırksal açıdan adil olması isteniyorsa siyahların sadece jüride değil, yargı organlarında ve baroda da temsil edilmesi gerekir[181].

*'Uluslar arası yasa ve kuruluşlarda ölüm cezası'*nı ele alan grup, konferansın BM'in ölüm cezasını yasaklayan *Uluslar arası Medenî ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'*ni onaylamak üzere hükümetlere çağrıda bulunması önerisinde bulunmuştur. *'Hükümetler tarafından işlenen ya da rıza gösterilen cinayetler'* konusunu araştıran grup, değerlendirmesinde siyasal cinayetin geçerli tanımının şu dört ögeyi içermesi gerektiğini ileri sürmüştür: Kişilerin yasal çerçeve dışında idam edilmesi, kurbanı ortadan kaldırma konusunda önceden tasarlanmış bir niyetin olması, kurbanın özel olarak seçilmiş olması, suçun iktidarı elinde bulunduran ya da iktidarı ele geçirmeyi amaçlayan kişilerce açık ya da gizli biçimde işlenmiş olması.

Konferansın sonunda yayınlanan *Stockholm Bildirisi*'nde öncelikle ölüm cezasının yapısı eleştirilerek zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı nitelik taşıdığı, bu cezanın uygulanmasının ise bir şiddet eylemi ve gaddarlık olduğu ileri sürülmüştür. Ölüm cezasının caydırıcılık özelliğinin hiçbir zaman ispatlanamadığına da değinilmiş, adli hata sonucu ölüme mahkum olanların ise sonradan telafisi imkansız olan bu ceza nedeniyle haksızlığa uğradıkları ifade edilmiştir. Bildiride söz konusu gerekçelerle ölüm cezasının her yerde kaldırılması gayesiyle ulusal ve uluslar arası planda bütün sivil kuruluşlara bu cezanın kaldırılmasına yönelik bilgi sağlamak amacıyla çalışmalar yapmaları, bütün hükümetlere ölüm cezasını derhal kaldırmaları, BM'e ise bu cezanın uluslar arası yasaya aykırı olduğunu kesin bir dille açıklaması için çağrıda bulunulmuştur[182].

9- BM Ekonomik Ve Sosyal Konseyin 1984/50 Sayılı Kararı

BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin 25 Mayıs 1984 tarihli oturumunda kabul ettiği 1984/50 sayılı karar, *'ölüm cezasına çarptırılanların haklarını garanti altına alacak güvenceler'* başlığı altında bu ceza ile ilgili bir takım ölçütler tespit etmiştir: Ölüm cezası, ancak belli ağırlıktaki suçlar için verilmeli, yani ölüm

181 Öz, s. 105.
182 Fitzpatrick–Miller, s. 278.

ya da çok vahim sonuçları olan kasıtlı suçların kapsamını aşmamamalıdır. Ölüm cezası, yasada bu cezayı gerektirdiği öngörülen bir suçun işlenmesi durumunda verilebilir; suç işlendikten sonra bu noktada yasal değişiklikle ilavelerde bulunulamaz. 18 yaşın altındakiler ölüm cezasına çarptırılamaz. Ölüm cezası ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilecek nihai hükümden sonra infaz edilebilir. Ölüm cezasına mahkum olan herkesin temyiz, affedilme veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkı vardır.

BM Genel kurulunun '*Beijing Kuralları'* olarak bilinen 29 Kasım 1985 tarihli, 40/33 sayılı kararı da 18 yaşından küçüklere ölüm cezasının verilemeyeceğini kabul etmiştir. 24 Mayıs 1989 tarihli 1989/65 sayılı kararla da keyfi, seri ve yasadışı infazların etkili biçimde önlenmesi ve soruşturulması hususunda gerekli önlemlerin alınması noktasında bazı ilkeler kabul edilmiştir[183].

10- Avrupa Parlamentosu Temel Haklar Ve Özgürlükler Bildirisi

Avrupa Parlamentosu'nun 12 Nisan 1989'da kabul ettiği *Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi*'nin 2. maddesinde yaşam hakkı kabul edilirken, 22. maddede ölüm cezasına ilişkin olarak "*ölüm cezası ilga edilmiştir*" ifadesi yer almıştır[184].

11- 6 No.lu Ek Protokol

Avrupa Konseyi'nin İnsan Haklarını Yönlendirme Komitesi'ne verilen ölüm cezasının barış zamanında geçerli olacak şekilde kaldırılmasına ilişkin AİHS'ne ek olarak bir protokol taslağı hazırlama görevi verildi. Komite tarafından hazırlanan protokol metni 28.4.1983'te Strasburg'da Avrupa Konseyi tarafından üye devletlerin imzasına açıldı, 5 devletin onayı ile 1.3.1985'de yürürlüğe girdi. 10.2.2001 tarihi itibariyle Avrupa Konseyine üye 43 devletten 42'si tarafından imza edilen protokolü imzalamayan tek ülke Türkiye'dir. Protokolü en son 25.1.2001 tarihinde Azerbeycan ve Ermenistan imzaladı. Rusya ve bu iki devlet dışında protokolü imzalayan devletler, aynı zamanda onu onaylamışlardır[185].

9 maddeden oluşan Protokolün ilk maddesi şu şekildeydi: "*Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ölüm cezasına mahkum edilemez ya da mahkumiyeti infaz edilemez.*" Bu madde ile taraf devletler şu üç yükümlülüğü üstlenmiş oldu: Ölüm cezasını kaldırmak, hiç kimseyi bu cezaya mahkum etmemek ve mahkumiyeti olanların cezasını infaz etmemek. 2. maddesinde savaş zamanları için düzenlenebileceği kabul edilirken diğer maddelerde protokol hükümlerinin taraf devletler açısından geçerliliği ve bağlayıcılığı ile ilgili izahlara yer ve-

183 Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 54-61.
184 Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 62; Farhad Malekian, s. 160.
185 Gemalmaz, "BM İkinci Seçmeli Protokolü", s. 66; Fitzpatrick–Miller, s. 273, 322; Reisoğlu, s. 39-40.

rilerek protokol hükümlerine aykırı önlemler alınamayacağı ifade edildi[186].

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın 29.6.1990 tarihli *Kopenhag Belgesi*'nde de ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik bir yaklaşım benimsenmiş, konuya ilişkin olarak AİHS'ne ak 6 nolu protokole ve BM'in aynı nitelikteki 15.12.1989 tarihli protokolüne atıfta bulunulmuştur[187].

12- Çocuk Hakları Sözleşmesi

BM Genel Kurulunun 20 Kasım 1959 tarih ve 1386 (XIV) sayılı kararı ile kabul edilen Çocuk Hakları Bildirisinin esas alınarak hazırlanan ve 20 Kasım 1989'da nihai şekli verilerek BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen *Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme*, 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girdi ve 1 Ocak 1993 tarihi itibariyle 125 devlet tarafından onaylandı. Bu sözleşmede 18 yaşından küçüklere ölüm cezası ve salıverme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezasının verilemeyeceği öngörüldü (md.37/a)[188].

13- BM Uluslar arası Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü

BM Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü, doğrudan doğruya ölüm cezasını konu alarak sözleşmeler arasında spesifik bir hakka ilişkin ilk örnek niteliğini taşımaktadır. Kabul karar numarası 44/128 olan bu protokolü, BM Genel Kurulu 15 Aralık 1989'da Doğu-Batı Avrupa ve Latin Amerika ülkelerinin desteği ile kabul etti. Protokolün kabulü sırasında İslam ülkeleri, ABD ve Japonya ise olumsuz tavır sergilediler. Bu protokol, 11 Temmuz 1991 tarihinde yürürlüğe girdi ve 1 Ocak 1993'de 12 devlet[189] tarafından imzalandı. Protokolün giriş bölümünde ölüm cezasının ilgasının insan haklarının evrimsel gelişimine ve insan onurunun yükselmesine katkıda bulunduğu dile getirildi, 10 Aralık 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 3. maddesi ve 16 Aralık 1966 tarihli Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi yeniden vurgulandı, ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik bu cezayı sınırlandıran her kuralın hayat hakkının kullanım sahasını genişlettiği ve taraf ülkelerin ölüm cezasını kaldırmayı, uluslar arası bir yükümlülük olarak üstlenme arzusu taşıdıkları ifade edildi[190].

Protokolün ilk maddesi ise şu şekildedir: "*Bu Seçmeli Protokolün tarafı olan devletin yargı yetki alanında, hiç kimsenin ölüm cezası infaz edilemez. Her taraf devlet, kendi yargı yetki alanında ölüm cezasının ilgası için gerekli tüm önlemleri alır*."

---

186 Fitzpatrick–Miller, s. 328; Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 125; Reisoğlu, s. 39.
187 Reisoğlu, s. 39.
188 Muharrem Balcı -Gülden Sönmez, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 173.
189 Bu devletler; Almanya, Avusturya, Finlandiya, İzlanda, Hollanda, Lüksemburg, Yeni Zelanda, Norveç, Portekiz, Romanya, İspanya ve İsveç'tir.
190 Fitzpatrick–Miller, s. 273; Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 114.

Protokolün ikinci maddesinde de ölüm cezasının ancak savaş zamanında ya da yakın savaş tehdidi durumunda işlenen eylemler için yasalarda yer alabileceği ifade edilmek suretiyle ölüm cezasının barış zamanında kaldırılmasının gerekliliği kabul edildi. Diğer maddelerde ise bu hükmün bağlayıcılığı ve yaptırımı ile ilgili izahlara yer verildi[191].

14- Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü

18. yüzyılın sonlarında, İngiltere'ye karşı bağımsızlığını ilan ederek ABD'nin kurulmasını gerçekleştiren 13 koloni, 4 Temmuz 1776 tarihli bağımsızlık bildirilerinde tüm insanların eşit yaratıldıklarını, Tanrı'nın insanlara, başkalarına devredilemeyen haklar bahşetmiş olduğunu, bu haklar arasında da yaşam hakkı, özgürlük ve mutlu olma haklarının bulunduğunu ifade ettiler[192]. 1787 tarihli ilk ABD Anayasasında ise kişi hak ve özgürlükleri genel olarak yeterince açıklığa kavuşturulmadığından ilk kongrenin akabinden bu eksikliği gidermek amacı ile, James Madison tarafından Anayasa'ya eklenmek üzere 12 maddelik bir Haklar Bildirisi hazırlandı. Federe Devletlerin dörtte üçü tarafından kabul edilerek yürürlüğe giren ve Anayasa'nın bir parçası halini alan 3 Kasım 1791 tarihli *Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'*nde yaşam hakkı mutlak olarak kabul edildi ve ölüm cezası ile ilgili istisnai bir kayıt zikredilmedi. Ancak daha sonra Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ölüm cezasını sınırlayan kayıtlara yer verildi[193].

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ölüm cezasını tamamen yasaklayıcı bir hüküm ihtiva etmemesi, Amerika İnsan Hakları Komisyonu'nun 1986-1987 tarihli yıllık raporunda sözleşmenin kabul edildiği zamanın şartlarının böyle bir yasağa elverişli bulunmadığı şeklinde gerekçelendirildi. Komisyon, raporda sözleşmenin temel ilkelerini ve ölüm cezasını kaldırmaya yönelik evrensel eğilimi göz önünde bulundurarak bölgedeki bütün hükümetlere ilga çağrısında bulundu. Bu çağrının temelinde ise komisyonun gözlemleri neticesinde ulaştığı şu sonuçlar bulunmaktaydı: Ölüm cezası kendisinden beklenen amacın aksine şiddeti genelleştirmiş, suç işleme oranının azalmasına herhangi bir katkıda bulunmamıştır. Devletin cezalandırma hakkı mutlak değildir, yaşam hakkı gibi insanın vazgeçilmez hakları ile sınırlıdır. Suç siyasası açısından ölüm cezası bir cezanın rasyonel temel amacını biçimlendiren, suçlunun rehabilitasyonu imkanını ortadan kaldırmakta ve hayat hakkını koruma ilkesini ihlal etmektedir. Ölüm cezasının sonuç itibarıyla telafi edilmezlik özelli-

191 Gemalmaz, "BM İkinci Seçmeli Protokolü", s. 67-69; Dönmezer-Erman, II, 605.

192 "*Amerikan devriminin arkasındaki düşünsel temel bakımından önemli rol oynayan Lock, 'yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakları' formülünü geliştirirken, Bağımsızlık Bildirisi'nde Jefferson bunu, 'yaşam, özgürlük ve mutluluğa erişme hakları' biçimine dönüştürerek sloganlaştırmıştır*": Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 63.

193 Öz, s. 84.

ğiyle birlikte adli hata ihtimali de göz önünde tutulmalıdır. Ölüm cezası, aynı zamanda totaliter rejimler ve askeri diktatörler tarafından muhalifleri ortadan kaldırmak ve gerçek suçluları gizlemek için kullanılmaktadır. Ölüm cezasının kaldırılmasının asıl önemli gerekçesi ise yaşam hakkının uluslar arası hukukta mutlak olarak korunması zorunluluğudur.

Ölüm cezasının temel nitelikleri ile ilgili yapılan bu gözlemlere ilave olarak bölgesel ve evrensel düzeyde bu cezanın kaldırılmasına yönelik eğilim de şu şekilde özetlenmiştir: Ölüm cezası Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf bulunan Bolivya, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Haiti, Honduras, Nikaragua, Panama, Uruguay ve Venezuela'da her türlü suç için kaldırılmış; Arjantin, El Salvador, Meksika ve Peru'da ise savaş zamanı gibi istisnai hallerde işlenen belli ağırlıktaki askeri suçlar için kabul edilmekte, adi suçlara verilmemektedir.

Komisyon ölüm cezasının dünyada kaldırılması yönündeki eğilime paralel olarak 6 No.lu Protokol'ün kabulünün ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin İkinci Seçmeli Protokolü'nün hazırlıklarının etkisiyle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek bir belge hazırlayarak bu cezayı yasaklama girişiminde bulundu. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, ölüm cezasını ilga eden ek protokolü 8 Haziran 1990'da imzaya açıldı ve 28 Ağustos 1991'de yürürlüğe girdi. Bu belge, belli sayıda devlet tarafından onaylanma şartına bağlanmamış, taraf olma işlemini tamamlayan her devlet için protokolün o anda yürürlük kazanacağı kabul edilmiştir[194].

Ölüm cezasının kaldırılmasını öngören belgeler arasında en kısa metne sahip olan bu protokolün başlangıç kısmında yaşam hakkının dokunulmazlığı teyid edilmiş; Amerika Devletleri'ndeki ölüm cezasının ilgasına yönelik eğilim, bu cezanın tatbikindeki adli hatalar gibi konulara değinilmiştir. 4 maddeden oluşan protokolün 1. maddesinde, taraf devletlerin '*kendi egemenlikleri altında bulunup kendi yargı yetkilerine tabi olan hiç kimseye ölüm cezası uygulayamayacağı*' kabul edilmiştir. Bu madde, ölüm cezasının uygulanamaması için yasalardan bu cezayı kaldırma ve ölüm cezasına mahkum olup cezası infaz edilmemiş suçluların infazlarının gerçekleştirilmemesi şeklinde iki kural ihtiva etmektedir. Protokolün ikinci maddesi taraf devletlere, savaş zamanında uluslar arası hukuka uygun olarak sadece askeri nitelikli belli ağırlıktaki suçlar için bu cezanın uygulanma hakkını verirken 3. ve 4. maddeler de bu hakkın kullanılması için Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreterinin savaşın başlangıç ve sona erme tarihi açısından bilgilendirilmesi şartını içermiştir[195]. Protokol, ikinci maddede ölüm cezasının istisnası olacak suçun hem ciddi hem de aske-

194 Fitzpatrick–Miller, s. 274.
195 Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 129-132.

ri niteliklerini taşımasının şart koşulması açısından 6 No.lu protokolden daha kapsamlıdır. Ancak BM belgesi suçun işlenme ve bu suçun cezasının infaz zamanını *"savaş zamanı"* olarak belirleme açısından Amerika Protokolü'nden daha nettir. Protokolün, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir parçası olmasının sonucu olarak sözleşmenin yaşam hakkını düzenlemesine ilaveten adil ve usulüne uygun yargılanma hakkı gibi başka haklar da ölüm cezasının ilgası sürecine dahil edilmiştir. Ayrıca sözleşmenin öngördüğü koruma mekanizması ve usulleri, bu protokolün ihlali iddiaları bağlamında da geçerlidir. Yani bu konuda da, Amerikan İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi uyuşmazlıkları inceleme yetki ve görevine sahiptir ve bu organlar sözleşmenin öngördüğü usuller içinde harekete geçirilecektir[196].

15- Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

Temel Haklar Şartı, 13-14 Ekim 2000'de Fransa'nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunuldu ve kabul gördü. 7-8 Aralık'taki Nice Zirvesi'nde de onaylanarak resmiyet kazandı. Bildirgenin birinci bölümünün 2. maddesinde "*herkes, yaşama hakkına sahiptir; hiç kimse, ölüm cezasına çarptırılmamalı veya idam edilmemelidir*" ifadesine yer verildi[197].

16- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 13. Protokolü

Litvanya'nın başkenti Vilnius'ta yapılan toplantıda ölüm cezası ile ilgili yasağın *savaş zamanı* ve *yakın savaş* halleri de dahil olmak üzere genişletilmesini öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 13. Protokolü Avrupa Konseyi üyesi 44 ülkeden 36'sı imzaladı. Konsey üyesi 10 ülke tarafından da onaylanmasının ardından 3 ay sonra yürürlüğe girecek olan bu protokolde ölüm cezasının "savaş durumu, yakın savaş tehdidi ya da olağanüstü durumlar" da dahil olmak üzere her türlü koşulda tamamen yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür[198].

B- Arap/İslam Dünyasında Oluşturulan İnsan Hakları Belgeleri

1- Arap İnsan Hakları Şartı

BM'in kuruluşundan önce 22.03.1945 tarihinde Kahire'de altı Arap devleti[199], imzaladıkları *Arap Devletleri Birliği Şartı* ile II. Dünya Savaşı sonrasında dünyanın ilk bölgesel örgütünü kurdular[200]. Arap Birliğinin başlıca organları konsey, sürekli komiteler ve genel sekreterliktir. Arap Birliği Konseyi'nin BM Genel Sekreteri'nden ulaşan bölgesel bir insan hakları komisyonu kurulması-

196 Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s. 133-134; Fitzpatrick–Miller, s. 308-311.

197 http://www.haberline.com/avrupa/temelhaklarbildirgesi.htm. http://www.belgenet.com/arşiv/sözleşme/ab_thb.html.

198 *Yeni Şafak*, 4.5.2002, s. 8.

199 Mısır, Suudi Arabistan, Irak, Suriye ve Ürdün.

200 Geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 430.

na ilişkin notu 12.12.1967'de yanıtlaması, ardından 03.09.1968 tarih ve 2443/50 sayılı kararı ile bu tür bir komisyon oluşturulmasını onaylaması ile de Arap Birliği İnsan Hakları Komisyonu kurulmuş oldu. Komisyonun Arap dünyası için bir insan hakları belgesi biçimlendirme çabaları sonucunda Arap Devletleri Birliği Konseyi'nin 102. oturumunda 15.09.1994 tarih 5437 sayılı karar ile bir *Arap İnsan Hakları Şartı* kabul edildi. 43 maddeden oluşan Arap Şartı'nda bir dizi hak ve özgürlük düzenlenmiş, bu çerçevede yaşam hakkı tanınmış (md. 10), ölüm cezasının ancak çok ciddi nitelikli suçların işlenmesi halinde verilebileceği (md.11), 18 yaşından küçüklerin ve doğumdan itibaren iki yıl geçmedikçe hamile kadınların ölüm cezasının infaz edilemeyeceği belirtilmiştir[201].

2-Arap Dünyasında İnsan ve Halkların Hakları Şartı Taslağı

Sicilya'nın Sirakuza kentinde Suç Bilimleri Yüksek Çalışmalar Uluslar arası Enstitüsü tarafından 05.12.1986'da düzenlenen bir konferans sonunda hazırlanan *Arap Dünyasında İnsan ve Halkların Hakları Şartı Taslağı* başlıklı metin, dört bölüm altında toplam 65 maddeden oluşan bir belgedir. "*Haklar ve Temel Özgürlükler*" başlıklı Bölüm I (md. 1-43)'de verilen haklar ve özgürlükler listesinde yaşam hakkı tanınmakla birlikte ölüm cezası istisnasına da yer verilmektedir (md.2). Öte yandan işkence ve insanlıkdışı, zalimane ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağının (md.3) yer almış olması, organ kesilmesi, recm gibi bazı cezalar nedeniyle çıkan tartışmalar bakımından dikkat çekicidir. Bu belge, yetkili organlar ve ilgili devletlerce benimsenerek kesinleştirilemediğinden taslak halinde kalmıştır[202].

3- İslâm'da İnsan Hakları Kahire Bildirisi

İslam Konferansı Örgütü tarafından 19. Konferansta 05.08.1990 tarihli 49/10 sayılı karar ile kabul edilen *İslâm'da İnsan Hakları Kahire Bildirisi*, Arap/İslâm çevresi bağlamında üretilen en somut belge olarak bilinmektedir[203]. Bildirinin 2. maddesinde hayatın Allah tarafından bahşedildiği, yaşam hakkının her insan için garanti altına alındığı, bu hakkın herhangi bir ihlale karşı korunmasının bireyler, toplumlar ve devletler bakımından ödev olduğu ve şeriatça düzenlenen gerekçe hariç hayattan yoksun bırakmanın yasaklandığı ifade edilmiştir. Bu suretle yaşam hakkına yer verilmekle birlikte ölüm cezası istisnası da tanınmaktadır. Ayrıca yaşam hakkının korunması, devletin yanı sıra birey ve toplum için moral ve hukuksal bir ödev olarak düzenlenmiştir. Bildirinin son iki maddesinde ise(md.24-25), bu belgede hak ve özgürlüklerin İslâm şeriatına tabi olunarak düzenlendiği belirtilmektedir[204].

201 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 433.
202 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 433-435.
203 Mayer, s. 24, 179.
204 Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 436.

Değerlendirme

Ölüm cezasının kaldırılması yönünde uluslar arası belgelerde aşamalı bir seyir izlenmiştir. İlk olarak Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile hayat hakkının dokunulmazlığı temel ilke olarak kabul edilmiş, daha sonra ölüm cezası bu hakkın bir istisnası olarak meşru görülmek suretiyle gündeme getirilmiş, uluslar arası insan hakları normlarının gelişim sürecinin bir parçası olarak doğan düşüncelerin etkisi ile tedrici olarak bu cezanın kaldırılması hedefine ulaştırma yönünde metodlar öngörülmüştür. Tedrici yöntem kapsamında önce bu cezanın verildiği suçların sayısının azaltılarak sınırlandırılması ve ölüm cezası gerektiren suçlara ilavelerde bulunulmaması, daha sonra da verilmiş olan cezaların infazlarının gerçekleştirilmemesi ve nihai olarak ölüm cezasının kaldırılması önerilmiştir.

Bu öneriler karşısında ülkeler farklı tavırlar sergilemişlerdir. Birçok ülke önerilere olumlu yaklaşmış ve tedrici yöntem önerisinin aşamalarını uygulamaya aktarmış, bir kısmı da nihai hedefe ulaşarak yasalarından ölüm cezasını kaldırmışlardır. Ölüm cezasını kaldırmayan ülkelerden bazıları ise söz konusu öneriler karşısında esnek, bazıları da sert bir tutum sergilemişlerdir. Olumlu ve olumsuz nitelikteki her iki tavrın nedenleri sorgulandığında ulaşılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür[205]: Ölüm cezasını kaldıran ülkelerin bu tutumlarının iki sebebi vardır: Birincisi bu ülkelerin insan haklarının mutlak olarak dokunulmazlığı yönünde bir anlayışa sahip olmaları ve bu bağlamda bireylerin hayat hakkı üzerinde hakim olan sınırsız devlet gücüne karşı olmaları, ikincisi ise Filipinler, Namibya ve Romanya gibi ülkelerde olduğu gibi baskıcı dönemlerden sonra ölüm cezasının, demokrasiye bağlılık göstergesi olarak kaldırılarak bu ülkelerdeki değişimi doğrulamak üzere bir araç olarak kullanılmasıdır.

Ölüm cezasını tedrici olarak kaldırma eğilimindeki ülkeler ise bireye veya devlete mutlak öncelik tanımaksızın fert-devlet ilişkisinin mahiyetini her iki tarafı da uzlaştıracak şekilde değiştirme çabası içerisindedirler. Ölüm cezasını kaldırmayan ülkelerden bir kısmı, toplumlarının ilga düşüncesine henüz hazır olmadığını ileri sürerek bu cezanın kaldırılması esasına karşı ılımlı bir tavır takınmışlardır. Bir kısmı da sert bir tutum sergileyerek ideal toplumun ölüm cezasını muhafaza etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu sert tutumun temelinin ya İslam ülkelerinde olduğu gibi dine, ya da ABD'ndeki gibi kavgacı ve mücadeleci bir toplumsal yapıya dayandığı ileri sürülmüştür. Nitekim bu ülkelerden bazıları, ölüm cezasının uluslar arası insan hakları normları arasında değerlendirilmesinin imkansız olduğu görüşündedirler. Onlara göre bu normları, zaten ilga taraftarı olan ülkeler vazetmiştir. Bu nedenle de evrensel olarak nitelendirilmeleri imkansızdır[206].

205 Fitzpatrick –Miller, s. 277.

206 Geniş bilgi için bkz. A. H. Robertson-Merrils, *An İntroduction to the Study of the İnternational*

Görülmektedir ki dünyada ölüm cezasının ülkelerdeki kaldırılma açısından profilini çizmede iki faktörün etkisi büyüktür: Dini gelenekler ve kamuoyunun fikri. Her iki unsuru ölüm cezasının kanuni düzenleyicisi olarak benimseme eğilimi, bu cezanın yasalarda yer almasının ana nedenlerindendir. Hatta kamuoyunun düşüncesinin ulusal ve uluslar arası düzeyde ölüm cezası meselesinde referans olarak uzmanların yerini alma ihtimali dahi söz konusu olmuştur. Nitekim uluslar arası müzakerelerde ölüm cezasını kaldırmanın meşruiyetine karşı çıkan ülkelerin kendi bünyelerinde uzmanlar arasında gerçekleşen tartışmalarda genellikle bu cezaya karşı eğilimin hakim olduğu görülmüştür. Halk bazında yapılan araştırmalar ise halkın ölüm cezasının kaldırılmamasından yana olduğunu göstermiştir[207].

Ölüm cezasını kaldırmaya karşı olan ülkelerin ortaya koydukları bu tavırların en son örneklerinden biri de Avrupa Birliği tarafından, ölüm cezasını kaldırma neticesini doğurur ümidi ile bu cezanın geçici olarak kullanılmaması hususunda dünya çapında bir moratoryum teklifi sunmasında görülmüştür. Genel olarak Avrupa ve Latin Amerikalı 74 ülke tarafından desteklenen bu tasarı, ölüm cezasının kaldırılmasına karşı olan ülkeler tarafından sunulan 13 maddelik değişiklik teklifi ile geri çekilmiştir. Tasarı için değişiklik teklifi Asya, Afrika, Kuzey Amerika ve Orta Doğu ülkelerinden oluşan 83 ülke tarafından desteklenmiştir. Ölüm cezasının kullanılması hususundaki geçici durdurma kararını kabul etmeyen ülkelerin sözcüleri, genel olarak hayatın değerli olduğunu kabul ettiklerini, ancak ölüm cezasının tamamen kaldırılmasını savunmanın masum bir insanın hayat hakkını değil de katillerin hayat hakkını savunma niteliğini taşıdığını, bu tasarının ise ölüm cezası taraftarı olan ülkelerin politik değerlerini dünyaya hakim kılma gayretine ölüm cezası meselesini emredici bir üslupla alet etmeleri niteliğini taşıdığını ileri sürmüşlerdir. Ölüm cezasını savunan ülkelere göre, bu gaye ile sunulan tekliflerin sonu gelmeyecektir. Bu, Batının demokrasi ve serbest pazar ekonomisinin diğer politik ve ekonomik sistemler üzerindeki zaferinin sosyal hayattaki devamı gayretinden başka bir şey değildir. Ölüm cezasının kullanılması veya kaldırılması da sosyal nitelikli bir meseledir. Ayrıca AB'nin ölüm cezasını bir ceza hukuku meselesi olmaktan ziyade insan hakları meselesi olarak kabul etmesinin nedenlerini yeterince açığa kavuşturamaması da bu cezanın tamamen kaldırılması teklifi ile zihinlerde net bir düşünce oluşmasına engeldir[208].

Uluslar arası konvansiyoların tarihi seyir içerisinde ölüm cezasının bütün

---

Protection of Human Rights, 4. bs., USA, Manchester 1996, s. 238; Fitzpatrick–Miller, s. 276; Ahmed Nâim, Abdullah, *Nahve't-tatvîri't-teşrîi'l-İslâmî,* Kahire 1994, s. 224-225.

207 Fitzpatrick–Miller, s. 276, 351.

208 Dawn Inter Press Services, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html; Robertson-Merrills, s. 239.

dünyada kaldırılması şeklinde benimsediği hedefin gerçekleşmesi yönünde dünyanın birçok ülkesinde hem doktrinel alanda hem de halkı bilinçlendirmeye yönelik kuruluşlar tarafından bu cezanın ilgasına yönelik istatistik, propaganda, kampanya niteliğinde çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Mesela İtalya ölüm cezasının yasal olarak kaldırmasının üzerinden uzun yıllar geçmesine rağmen -bu konudaki kültürel zenginliğin de etkisi ile olsa gerek- bütün dünyada bu cezanın kaldırılmasına yönelik bir kampanya girişimine sahne olmuştur. Roma'da başlatılan ve 2000 yılı boyunca bir yıl sürmesi kararlaştırılan bu kampanyada dünyanın herhangi bir yerinde ölüm cezasına mahkum olan bir kişinin affedilip hayatının bağışlanması veya bir ülkenin ölüm cezasını kullanmaktan vazgeçmesi halinde halkı eğlendirmek için gladyatörlerin ve vahşi hayvanların mücadelelerinin gerçekleştiği tarihi bir amfiteatrın beyaz olarak yanan ışıklarının 48 saat boyunca sarartılması kararlaştırılmıştır. Bu kampanya, İtalya Hükümetinin yanısıra Vatikan, Papa II. John Paul, Roma Katolik barış grubu Sant Egidio, Uluslar arası Af Örgütü ve BM tarafından da desteklenmiştir[209].

Sonuç olarak uluslar arası temel belgelerde insan hakları kavramı ve ideali üzerinde büyük ölçüde uluslar arası normatif bir fikirbirliğinin bulunduğunu, bu yönde genel bir kabul oluştuğunu söylemek mümkündür. Yaşam hakkının kutsallığının ve diğer hakların uluslar arası düzeyde fiilen olmasa da teorik olarak yaygın kabul görmesi ve bunların eşit ilgi ve saygıya layık, özgür ve özerk kişi olarak görülen bir insan anlayışından türetilmesi nedeniyle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Uluslar arası İnsan Hakları Sözleşmelerinin içerdiği insan hakları listeleri, birçok devlet tarafından onaylanarak uluslar arası standart niteliği kazanmıştır[210]. Bu listelerin evrensel boyut kazanması ise insanın onurunu kazanma uğruna verdiği mücadelenin bir ürünü şeklinde izah edilebilir. Hatta insan haklarının insanın doğasıyla ilgili bir ahlakî görüşe dayandığı da söylenebilir. İnsanın ahlakî doğasından gelen hayat, özgürlük, mülkiyet gibi mutluluk ve huzurunu temin eden haklar, önce ortaya konulmuş; zamanla bu hakları arama ve devletten isteme yetkisine sahip olduğu düşüncesi gelişmiştir. Bu noktada ahlakî ideal ile siyasal gerçeklik arasındaki etkileşim sonucu oluşan insan hakları arasında en temel hak olarak kabul edilen yaşam hakkına göre insan öncelikle hayatta kalmalıdır. Diğer haklar ise onun rahat ve mutlu bir yaşam sürmesi için zamanla geliştirilmelidir. Buna göre insan haklarının evrenselliği, onurlu bir hayat için zorunlu olan asgarî ön-şartlar hakkında yaygın olarak kabul edilen bir fikir birliğini ifade etmektedir.

209 APB News, Associated Press; The Economiv Times, 23.12.1999, http://www.smu.edu/~deathpen/updates.html.

210 Donelly, s. 33-35.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE ÖLÜM CEZASI

I- KLASİK FIKIH DOKTRİNİNDE ÖLÜM CEZASI

A- Kavram

Ölüm cezası, Arapçada *ukûbetü'l-katl*, *ukûbetü'l-i'dâm* terkibleri ile ifade edilmektedir. Bu tamlamalarda *katl* öldürme[1], *i'dâm* da yok etme, imha etme manalarını içermektedir[2]. Klasik fıkıh literatüründe ise ölüm cezası çoğu zaman infaz şekilleri dikkate alınarak *recm*, *salb* veya *kısas* şeklinde orjinal terimlerle ifade edilmiştir. Ölüm cezasının özel infaz şekillerinin kastedilmediği yerlerde de mücerret öldürme eylemini ifade etmesi nedeniyle ceza olarak bir insanın hayatına son verme anlamına gelmek üzere sadece *katl* kelimesiyle karşılandığı görülür. Ayrıca ruhun yani canın bedenden zorlukla çıkması anlamını içeren *izhâk-ı rûh* da söz konusu cezayı ifade etmek üzere kullanılan terimlerdendir[3].

1 İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrem b. Ali el-Ensârî (ö. 711/1311), *Lisânü'l-Arab*, Beyrut: Dâru Sâdır (t.y.), "ktl" md., XI, 547.

2 Mesela Şâfiî fakihi Şirâzî, hata ile adam öldüme suçu için gerekli olmayan ölüm cezasını *ukûbetü'l-katl* şeklinde ifade etmiştir: Şirâzî, Ebu İshâk Cemaleddin İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzeb fi fıkhi'l-imâm eş-Şâfiî*, Kahire 1959, II, 173.

3 Örnek olarak bkz. Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 389; Âlûsî, Mahmud Şükrî, "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ ve hudûdi'l-meâsîlletî yertekibu ba'duhüm" (nşr. Muhammed Behcet el-Eserî), *Mecelletü'l-Mecmai'l-İlmi'l-Irakî*, II (1404/1984), s. 32.

Ölüm cezasının verilmesine sebep teşkil eden suçlar ise genellikle "*cinâyât*" ve "*hudûd*" başlığı altında incelenmiştir. "*Cinâyât*" kavramı, bazı fakihler tarafından had, kısas ve ta'zîr cezalarını gerektiren suçların tümünü yani nefse, dine, mala, akla, nesebe, ırza, yönelik her türlü saldırıyı kapsayacak şekilde genel anlamda kullanılsa da[4] çoğunlukla ya doğrudan doğruya bir şahsa yöneltilen öldürme[5] ya da hem öldürme hem de yaralama türünden fiilleri ifade etmek üzere dar anlamda kullanılmıştır[6]. Ayrıca fıkıh literatüründe öldürmenin yaralama yoluyla yapılmasının dikkate alınarak "*cirâh*"[7] ya da sonuçları ile birlikte değerlendirilerek "*dimâ*" başlığı altında ele alındığı da görülmektedir[8]. Bunun nedeni ise özellikle adam öldürme suçunun işlenmesinin neticesinde kan akması veya bu suçlarla ilgili hükümlerin insanların canlarını yani kanlarını korumak için vazedilmiş olması şeklinde izah edilmiştir[9].

Klasik fıkıh literatüründe de kasten adam öldürme suçunun dışındaki ölüm cezasını gerektiren suçlar "*hudûd*" ve "*ta'zîr*" başlıkları altında ele alınır. Bu noktada genel olarak fıkıh doktrininde suçların ve cezaların had, kısas ve ta'zîr şeklinde üç kategoride değerlendirildiği görülmektedir[10]. Ölüm cezasının bu kategorilerdeki konumunu tespit etmek için de söz konusu ayrımın temelinde bulunan iki kriterin gözden geçirilmesi gerekmektedir[11]:

---

4 Zeylaî, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen, *Tebyînü'l-hakâik fî şerhi kenzi'd-dekâik*, Bulak 1895, VI, 97; İbn Ferhûn, Ebü'l-Vefa Burhaneddin İbrahim b. Ali b. Muhammed, *Tebsiratü'l-hükkâm fî usûli'l-akdiyye ve menâhicü'l-ahkâm*, Beyrut 1883, II, 227; Tarablusî, Ebü'l-Hasan Alaeddin Ali b. Halil, *Muînü'l-hükkâm fîmâ yetereddedü beyne'l-hasmeyn mine'l-ahkâm*, 2. bs., Kahire 1973, s. 180; Merdavî, Ebü'l-Hasan Alâeddin Ali b. Süleyman b. Ahmed, *el-İnsâf fî ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf alâ mezhebi'l-imam*, 2. bs., Beyrut 1957, IX, 433-495; Bestâmî, Ali b. Mecdüddîn b. Şâhir Vedî, *el-Hudûd ve'l-Ahkâmü'l-fıkhiyye*, nşr. Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1991, s. 119.

5 Sahnûn, Muhammed b. Said, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ li'l-imâm Mâlik b. Enes*, Beyrut 1323, VI, 328.

6 Kâsânî, VII, 233; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 257.

7 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, Muhammed İdris, *el-Ümm*, nşr. Muhammed Zührî Neccâr, Beyrut 1973/1393, V, 3; Hırakî, Ebu'l-Kâsım Ömer b. Hüseyn, *Muhtasarü'l-Hırakî*, nşr. Züheyr Şâviş, Beyrut 1403, s. 115; İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, 4. bs., Kahire 1969/1389, VIII, 259; Şirbînî, Şemseddid el-Hatib Muhammed b. Ahmed el-Kahirî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-minhâc*, (y.y.): Dâru'l-fikr (t.y.), IV, 2-53; Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc*, Mısır 1967/1386, VII, 245.

8 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed ez-Zahirî, *el-Muhallâ*, Mısır 1971/1391, XII, 4; İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed, *el-Kavânînü'l*-fıkhiyye, Tunus 1982, s. 226.

9 Desûkî, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafe, *Hâşiye ale't-Taftazânî li telhîsi'l-miftâh*, Beyrut (t.y.), IV, 237; Âbî, Salih Abdüssemi' el-Ezherî, *es-Semeru'd-dânî fî takrîbi'l-meânî şerhi risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayruvânî*, 2. bs. Kahire 1944, s. 419.

10 Ali Hüseyn Kırâz, *el-Kısas fi'n-nefs fi'l-fıkhi'l-İslâmî: Dirâse mukârane*, Kuveyt 1981, s. 5; M - hammed Zâhim, İbn Abdullah, *Âsâru tatbîti'ş-şerîati'l-İslâmiyye fî men'i'l-cerîme*, Kahire 1991, s. 109; Abdu'l-Munsıf Mahmud Abdulfettah, "el-Ukûbât fi't-teşrîi'l-İslâmî", *Mecelletu'l-Ezher*, 54(1982/12), s. 1251.

11 Mâverdî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmü's-sultâniyye el-vilâyetü'd-dîniyye*, Beyrut 1410/1990, s. 364; Serahsî, Şemsü'd-dîn, *el-Mebsût*, Beyrut 1409/1989, IX, 109; İbn Rüşd, Mu-

1- Suç ile ilhal edilen hakkın sahibi: Bu kritere göre suç ile ihlal edilen hak, ya Allah'a ya da kula aittir. Hanefî ıstılahına göre had, Allah'ın hakkı olarak tayin ve takdir edilmiş cezadır. Buna göre zina, şarap içme, sarhoşluk, kazf ve hırsızlık suçları had cezasını gerektirmektedir. Hanefiler yol kesmeyi hırsızlık suçu içerisinde değerlendirmişler, kısası da kul hakkı olduğu için hadlere dahil etmemişlerdir[12].

2- Cezaların miktarlarının Kitap ve Sünnet tarafından belirlenmiş (*ukûbe mukaddera*) olması: Hanefîlerin dışındaki fakihlere göre hadler ister kul hakkı, ister Allah hakkı ile ilgili olsun takdir ve tayin olmuş cezalardır. Buna göre naslarda miktarı tayin ve takdir edilmeyen cezalar, ta'zîr şeklinde isimlendirilmiştir. Bu teknik ayrımın, daha ziyade İslâm ceza hukukunda ölüm cezasını gerektiren suçların konumlarını belirlemesi yönü bizi ilgilendirmektedir. Zira hakların sahibinin kriter alındığı sınıflandırmada kısasa, cezanın talep ve infaz aşamasında mağdur tarafa birtakım haklar verilmesinden dolayı, sırf Allah hakkı niteliği taşıyan cezalar kategorisinde yer verilmemiştir. Kitap ve Sünnette miktarlarının tespiti açısından yapılan ayrımda ise *hudûd* kavramı içerisine miktarının belirlenmesi mümkün olmayan bazı yaralama suçları dışında kısası da dahil edenler olmuştur[13].

Sonuç olarak fıkıh literatüründe ölüm cezasını gerektiren suçların fakihlerin bakış açılarına göre farklı kategorilerde ele alındığı; genel olarak bakıldığında ise zina, hırâbe, bağy, irtidad ve kasten adam öldürme suçları için Kitap veya Sünnette ölüm cezasının öngörüldüğü, veliyyü'l-emr tarafından ölüm cezası ile cezalandırılmasına karar verilen suçların ise ta'zîr niteliği taşıdığı görülmektedir. Bu bağlamda İslâm ceza hukukunda ölüm cezasını gerektiren suçların konumlarının genel olarak ortaya konulması nedeniyle bu suçları söz konusu kriterlere sıkı sıkıya bağlı kalarak değil de müstakil başlıklar altında ele almanın mümkün olacağı kanaatindeyiz.

B- Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar

a- Yol Kesme

Yol kesme suçu, fıkıh literatüründe hırâbe ya da kat'ı tarîk terimleri ile ifade edilmiştir. Bu suçla ilgili düzenleme, "*Allah ve Rasûlüne karşı savaşanların ve yeryüzünde fesad çıkaranların cezası öldürülmek, asılmak, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut da bulundukları yerden sürülmedir. Bu onların dünyadaki*

hammed b. Ahmed b. Muhammed el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesıd*, İstanbul 1985, II, 331; Zeylaî, III, 163; İbn Hümâm, IV, 211; Buhûtî, Şeyh Mansur b. Yunus b. Salahaddin el-Hanbelî, *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-iknâ'*, Beyrut 1997, V, 103.

12 Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 36; Kâsânî, VII, 33; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 3.

13 Mâverdî, s. 364; a.mlf., *el-Hâvi'l-kebîr,* nşr. Ali Muhammed Muavvid-Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1994/1414, XII, 15; İbn Rüşd, II, 331.

rüsvaylığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır. Ancak siz kendilerini yenip ele geçirmeden önce tevbe edenler müstesna..." âyetine (el-Mâide 5/33-34) dayandırılmıştır. Âyette geçen savaş ve yeryüzünde fesad çıkarma ifadelerinden hareketle savaşta kendilerini savunacak güce sahip bir topluluğun başkalarına karşı kuvvet kullanması mümkün olduğu, bu nedenle de kendilerini savunma gücüne sahip bir grup ya da kişinin, yoldan geçenlerin mallarını güç ve kuvvet kullanarak ellerinden almak için önlerine çıkıp geçmelerine engel olmalarının da savaş niteliği taşıdığı düşünülmüş ve bu tür suçları ifade etmek üzere harb kelimesinin türevlerinden '*hırâbe*' terimi kullanılmıştır[14].

İslâm hukukçuları, yol kesme suçunun hangi durumlarda gerçekleştiği hususunda görüş birliğine varamamışlardır. İhtilafın kaynağı ise yol kesme suçunun kapsamını belirleme hususunda fakihlerin bu suçun 'sahra'da yani ıssız mekanlarda, silah kullanılarak ve açık olarak işlenmiş olması şeklinde göz önünde bulundurulan kriterleri farklı açılardan değerlendirmelerine dayanmaktadır. Nitekim birinci kriterin köy ve şehir gibi yerleşim merkezlerini kapsamaması sebebiyle yol kesme suçunun da bu mekanlarda gerçekleşmesi noktasında fakihler farklı görüş beyan etmişlerdir. Bu durumda Ebû Hanife ve Ahmed b. Hanbel, yol kesmenin ancak ıssız mekanlarda işlenebileceğini, yerleşim merkezlerinde ise saldırganın engelleneceği gerekçesiyle işlenen suçun yol kesme niteliğini taşımadığını ileri sürmüşlerdir. Bu görüşte suçun işlendiği yerde güvenliğin kontrol altında tutulabilmesi ve tehlikeyle yüz yüze gelen kimselere yardım imkanının uzaklık ya da yakınlık derecelerinin dikkate alındığı görülmektedir[15]. Buna göre devletin engel olucu otoritesinin ve insanların yardımına koşacak gücün bulunmaması durumunda işlenen adam öldürme, soygun yapma ya da insanları korkutma gibi suçlar hırâbe niteliği taşımakta, devletin otoritesinin bulunmadığı yerlerde otorite sağlamak amacıyla bu niteliği taşıyan suçlar için en ağır cezalar öngörülmektedir[16].

Hanbelilerin çoğu, Şâfiî, Malikî ve Zahirî hukukçular, Hanefîlerden Ebû Yûsuf âyetin her türlü yol kesme suçunu kapsayacak şekilde genel anlam ifade ettiğini kabul ederek yerleşim merkezleri içerisinde işlenen suçların da hırâbe niteliği taşıdığını ve haddi gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşte hırâbe suçunun gerçekleşmesi için tehlike altında bulunan insanlara yardım imkanının uzaklığı değil bulunup bulunmaması göz önünde bulundurulmuştur. Mesela, bir eve giren silahlı hırsız, bir kimseyi ansızın yakalayıp öldüren kişi, aralarında adam öldürme suçu dahil her türlü cinâyet faaliyetlerini yapmak

14 Ebü'l-Hüseyn Muhammed b. Ali el-Basrî, *el-Mu'temed fî fıkhi'l-imâm Ahmed*, Beyrut 1992/1412, VI, 433; Ebû Abdullah el-Makdisî, Muhammed b. Müflih, *el-Furû'*, Beyrut 1418, VI, 137.
15 Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 127; Tarablusî, s. 190.
16 Merdâvî, X, 311.

üzere anlaşan topluluk hırâbe suçlusu sayılmıştır[17]. Mâlikî ve bazı Hanbelî hukukçular da *ğîle* şeklinde ifade edilen plan ve tuzak kurarak adam öldürme suçunu hırâbe kapsamına dahil etmişler; suçun hırâbe hükmünde olması itibarıyla had niteliği taşımasından dolayı devlet başkanı tarafından asma ya da öldürme şeklinde cezalandırılacağını belirtmişlerdir[18].

Fakihlerin hırâbe suçunun gerçekleşmesi noktasında dikkate aldıkları diğer kriter ise suçluların silah taşımalarıdır, zira silah kendilerini korumalarını sağlamakta ve onlara güç kazandırmaktadır. Ancak silahın mahiyeti noktasında ihtilaf söz konusu olmuş; İmam Şâfiî, Ebû Sevr ve Ebû Hanîfe taş ve sopayı silah olarak kabul etmezken Hanbelîler bunları da silah kabilinden saymışlardır. Bu noktada da fakihlerin yardım hususunda benimsedikleri tavırların etkili olduğu görülmektedir. Zira yardımın uzaklığı, yani zamanında yetişip yetişmemesi kriterini esas alan hukukçular herkesin uyanık bulunduğu gündüzleyin yardımın ancak silah karşısında yetişmesini imkansız görmüşler, suçluların sopa ve taş kullanmaları durumunda mağdurun kendisini yardım gelene kadar savunma imkanının bulunduğunu ileri sürmüşler, geceleyin işlenen suçlarda ise silahın kullanılması şartını aramamışlardır[19]. Zahirîler ise silahlı ya da silahsız olarak adam öldürme, mal alma, yaralama ya da ırz ve namusları zedeleme suretiyle insanlara korku veren herkesi hırâbe suçlusu olarak kabul etmişlerdir. Hatta zekatı inkar edenin mürted olduğunu, ancak kabul etmekle birlikte vermekten kaçınanın da hırâbe suçu işlediğini ileri sürmüşlerdir[20]. Yol kesme suçu ile ilgili esas alınan üçüncü kriter ise suçun alenen ve zor kullanılarak işlenmesidir. Bu kriter yol kesme suçunun hırsızlıktan farklı olduğunu ortaya koymak amacıyla göz önünde bulundurulmuştur. Nitekim hırsızlık suçunda muhafaza edilen bir malın çalınması söz konusu olduğundan çalma olayı gizlice gerçekleştirilmektedir[21].

Yol kesme suçunun gerçekleşmesi hususunda fakihlerin göz önünde bulundurdukları bu kriterler, daha ziyade yaşadıkları mekanların şartlarına göre tespit edilmiştir. Nitekim Ebû Hanîfe, Hîre ve Kûfe arasında yol kesen kimseye had uygulanmayacağı görüşünü, Ebû Yûsuf ise aksini kabul etmiştir. Bunun nedeni iki şehir arasındaki bölgenin de şehirleşmesi ve şehirlere bitişik hal almasıdır ki bu durumda yardımın zamanında yetişmesi mümkün

17 Şâfiî, VI, 152; Serahsî, IX, 201; İbn Rüşd, II, 493; İbn Kudâme, IX, 144-145; Kârâfî, Şihâbüddîn Ahmed b. İdris, *ez-Zehîra*, nşr. Muhammed Ebû Hubze, Beyrut 1994, XII, 123; İbn Cüzey, s. 239; Remlî, VIII, 3.

18 Sahnûn, VI, 430; İbn Cüzey, s. 238.

19 Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr*, Beyrut 1406, s. 302; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 120.

20 İbn Hazm, XIII, 320-323; İbn Kudâme, *el-Kâfî fî fıkhi'l-imâm el-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, 5. bs., Beyrut 1988/1408, IV, 169-170.

21 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 433-434; İbn Kudâme, IX, 145.

olmaktadır. Bu durumda yol kesme suçunun nadiren işlendiği, hükmün ise nadire dayandırılamayacağı ileri sürülmüştür. Ebu Yusuf döneminde ise iki şehrin boş arazilere bitişmesi nedeniyle yardımın ulaşması zorlaştığından ve otorite zayıfladığından bu bölgede işlenen yol kesme suçları için had cezası gerekli görülmüştür[22].

Kur'ân'da yol kesme suçu için ölüm, öldürme ve asma, el ve ayakların çapraz kesilmesi ve sürgün şeklinde dört ceza tespit edilmiştir. İslâm hukukçuları âyette zikredilen bu cezaların, hangi durumlarda gerekli olduğu ve infaz şekilleri hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Görüş farklılığın temelinde ise âyette öngörülen cezalar arasında kullanılan "ev" atıf edatı ile ilgili yorumlar bulunmaktadır. Bazı fakihler edatın tertîb, bazıları da tahyîr anlamını içerdiğini ileri sürmüşler; tertîb açısından hırâbe suçunun çeşitli şekillerde işlenmesi nedeniyle her suç için ayrı bir had gerektiği düşüncesinden hareketle cezaların suçlara göre çeşitlerinin açıklandığı, tahyîr açısından ise bu suç için öngörülen cezalardan birinin seçimi hususunda muhayyerlik tanındığı sonucuna ulaşmışlardır. Nitekim İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre yol kesenler adam öldürdükleri ve insanların mallarını ellerinden aldıkları takdirde ölümle cezalandırılırlar ve asılırlar (*katl mea's-salb*); başkalarının mallarını almayıp da sadece öldürmüşler ise asılmazlar, ölüm cezasına çarptırılırlar[23]; mal alıp cana kıymamışlarsa sağ el ve sol ayakları çarprazlama kesilir; adam öldürmeden ve mal almaksızın sadece yol güvenliğini ortadan kaldırarak yoldan geçenleri korkutmuşlarsa sürgün ile cezalandırılırlar[24]. Bu şekilde cezalandırma sistemini Ebû Hanîfe de benimsemiş, ancak mal almakla birlikte adam öldürme suçunun birlikte işlenmesi durumunda devlet başkanının, önce kesme sonra öldürme ya da sadece öldürme veya asma cezalarından birini vermede muhayyer olduğunu ileri sürmüştür[25].

İmam Mâlik ve Zâhirîler ise İbn Abbas'ın "ev" edatının gerçek anlamının muhayyerlik olduğu şeklindeki görüşünü benimsemişlerdir. Buna göre yemin ve avlanma cezasının keffaretinde "ev" edatının muhayyerlik ifade etmesi gibi hilafına delil bulunmadıkça hakikati üzere amel etmek gerekir. Nitekim İmam Mâlik, âyette tayin edilen cezanın suçun çeşitlerinden herhangi birinin

22 Kâsânî, VII, 92.

23 Şâfiî, VI, 152; Serahsî, IX, 196; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 147; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 137; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 124; Şirvânî, Abdülhamîd, *Havâşi'ş-Şirvânî ve İbn Kâsım el-İmâdî alâ tuhfeti'l-muhtâc bi şerhi'l-minhâc li'bn-i Hacer el-Heysemî,* İstanbul: el-Mektebetü'l-İslâmiyye (t.y.), IX, 161.

24 Şâfiî, VI, 152; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 434-435; Kâsânî, VII, 93; İbn Kudâme, IX, 145; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü'ş-şer'iyye*, trc. Vecdi Akyüz, İstanbul 1985, s. 107.

25 Kâsânî, VII, 94-95; Tarablusî, 190; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 124 .

değil, bizzat yol kesme suçunun cezası olduğunu ileri sürmüştür. Şu halde cezayı yerine getirecek olan yetkili merci, işlenen suç çeşidi ile kayıtlı olmaksızın cezalardan herhangi birini yerine getirmekte kayıtsız şartsız serbestiye sahiptir. Buna göre yetkili makam, âyetteki cezalardan birini seçme sırasında suçların çeşidine göre değil, suçluların toplum için oluşturdukları tehlike ve korku derecesine göre en uygun cezayı tercih etmekte muhayyerdir. Mâlik, bu hususta hırâbe âyetini, "*Kim, bir cana veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın (haksız yere) bir cana kıyarsa bütün insanları öldürmüş gibi olur. Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur*" (el-Mâide 5/32) âyeti ile yorumlamış; Allah'ın fesad ile katli eşit kıldığını belirtmiş ve adam öldürme suçu işlemeyen birçok yol kesicinin, öldürenden daha fazla korkuya ve fesada yol açması nedeniyle devlet başkanı gerekli görmesi halinde ölümle cezalandırılabileceğini kabul etmiştir. İmam Mâlik bu suretle hırâbenin bünyesindeki suçlar için tek tek denk bir ceza takdiri yerine korkutma ve terör niteliği taşıyan hırâbe suçunun bizzat kendisine denk bir cezanın takdiri hususunda devlet başkanının muhayyer olduğunu ileri sürmüştür[26].

Öldürme/katl ve asma/salb cezalarının hangisinin önce uygulanacağı hususunda da fakihler farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Şâfiî, Evzaî, İmam Mâlik, Leys, Ebû Hanife ve Ebû Yûsuf asmanın da bir ceza olması hasebiyle tatbikinin suçlunun sağ olmasına bağlı olmasından dolayı öldürmeden önce uygulanması gerektiğini kabul etmişlerdir. Buna göre suçlu önce asılır, daha sonra bir mızrak saplanarak öldürülür[27]. Ahmed b. Hanbel âyette öldürmenin asmadan önce zikredilmesi nedeniyle asmadan önce öldürmenin daha uygun olacağını[28], İbn Hazm ise asmanın yani çarmıha germenin müstakil bir ceza olduğunu, bu nedenle de kendisinden önce ya da sonra bir başka ceza ile birlikte infaz edilmesine gerek olmadığını ileri sürmüştür. Ona göre ölümden sonra veya önce asma ile ilgili bir nas bulunmadığından her iki görüşün delili yoktur; ayrıca âyet de bu iki hükmü değil suçluya cezaların sadece birini vermeyi gerektirmektedir. İbn Hazm, görüşünü temellendirirken *salb* kelimesinin Araplarda hem bir ağaca bağlama hem de kurutma şeklinde iki anlamda kullanıldığını, bu nedenle devlet başkanının öldürme ve asma şeklindeki iki cezadan birini seçme hususunda muhayyer olduğunu, asmanın seçilmesi halinde suçlunun canlı olarak ağaca bağlanıp kuruyana dek asılı bırakılarak

26 Geniş bilgi için bkz. Sahnûn, VI, 299; İbn Rüşd, II, 380-381; İbn Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdullah b. Muhammed (ö. 543/1148), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, nşr. Ali Muhammed Bicâvî, (y.y.) İsa Babi el-Halebi (t.y.), II, 597; Kârâfî, ez-*Zehîra*, XII, 126-130.

27 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, VI, 152; Serahsî, IX, 196; İbn Rüşd, II, 494; Kâsânî, VII, 95; Kârâfî, ez-*Zehîra*, XII, 130-131; İbn Cüzey, s. 239; Zeylaî, III, 237; Remlî, VIII, 5.

28 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 168.

ölümle cezalandırılacağını ifade etmiştir[29]. Ayrıca asmanın müstakil bir ceza olduğu, ölüm cezasının gerekli olması durumunda suçlunun asılmaksızın kılıçla öldürülmesi gerektiği yönünde görüşler de vardır[30].

Aslında İmam Malik'in "*Ben Abdulmelik b. Mervan döneminde peygamber olduğunu iddia etmesi üzerine çarmıha gerilen Hâris isimli bir şahsın dışında bu cezanın bir kimseye uygulandığını duymadım*"[31] sözü dikkate alındığında bu mesele ile ilgili tartışmaların daha ziyade teori alanında cereyan ettiğini düşünmek mümkündür. Genel olarak ifade etmek gerekirse adam öldürme, silahlı gasp ve soygun gibi suçları içeren yol kesme suçu için öngörülen bedeni cezaların şiddetli olması, hatta ölüm cezasının asma ile birlikte infaz edilerek ağırlaştırılması, yol güvenliğinin sağlanması amacının ötesinde İslâm'ın kamu düzenine, toplumun asayiş ve huzur içinde yaşamasına verdiği önemin tabii sonucu olarak görülmektedir. İmam Malik'in bu şekilde ağır cezaların nadiren tatbik edildiği izlenimini uyandıran sözü de göz önünde bulundurulduğunda bu cezaların hem suç mağdurlarının ve hem de diğer masum insanların haklarına saygı duyularak suçluların en etkili biçimde cezalandırılması amacını gerçekleştirmeye yönelik bir tedbir hükmü olarak nitelendirilmesi mümkündür[32].

Zina

ba- Zina Suçu

Zina, Hanefî mezhebinde "İslâm ülkesinde mükellef ve akıllı bir erkeğin, hür iradesiyle, kendisine helal olmayan veya helal olma şüphesi bulunmayan ve arzu duyulabilen bir kadınla cinsel ilişkide bulunması veya kadının bu fiile imkan vermesi"[33], Mâlikî mezhebinde "müslüman ve mükellef bir erkeğin, kendisine haram olduğunda ittifak edilen bir kadınla normal veya anormal cinsel ilişkide bulunması"[34], Şâfiî mezhebinde "bir erkeğin, kendisine haram olduğunda şüphe bulunmayan ve hayatta olan bir kadınla normal veya anormal cinsel ilişkide bulunması"[35], Hanbelî mezhebinde ise "tabiî veya gayri tabii yoldan cinsel ilişkide bulunma"[36] şeklinde tanımlanmıştır.

---

29 İbn Hazm, XII, 61-63; a.mlf., XIII, 334-335, 339.

30 Bkz. Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 131.

31 Sahnûn, VI, 299.

32 Fetûrî, Muhammed Atıyye, *Fıkhü'l-ukûbeti'l-haddiyye fi't-teşrîi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Bingazi 1998, II, 599.

33 Kâsânî, VII, 33; İbn Hümâm, IV, 137; İbn Âbidîn *Reddü'l-muhtâr,* IV, 6.

34 Desûkî, IV, 313.

35 Nevevî, Ebû Zekeriyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref b. Murî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-minhâc: Şerhu Şeyh Muhammed el-Hatib Şirbînî alâ metni Minhâci't-tâlibîn*, (y.y.) Dârü'l-fikr (t.y.), IV, 143; Remlî, VII, 422; Şirvânî, IX, 101.

36 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 399; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 54.

İslâm ceza hukukunda zina suçu için suçluların taşıdıkları niteliklere göre sopa ile dövme, sürgün ve taşlayarak öldürme şeklinde üç farklı ceza öngörülmüş; bekar suçlular için sopa ve sürgün, *muhsan* olanlar için ise recm cezası gerekli görülmüştür. Muhsan, ihsan sıfatına sahip olan kişi anlamına gelir ki zina suçunu ve cezasını ağırlaştıran bu niteliğin şartları hususunda farklı görüşler ileri sürülmüş; fakihlerin ekseriyeti ihsanın akıl, bülûğ, hürriyet ve sahih nikah şartlarını içerdiğini kabul etmişlerdir. Ebû Hanîfe ise "*Allah'a şirk koşan muhsan olmaz*"[37] hadisini ve Peygamber (sav)'in bir Yahudi ile evlenmek isteyen Ka'b b. Mâlik'e "*onu bırak, zira o seni muhsan kılmaz*"[38] buyurmasını dikkate alarak bu şartlara İslâmı da ilave etmiştir. İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Ebû Yûsuf ise Peygamber (sav)'in Yahudilere recm uygulamasından hareket ederek İslâm şartının gerekli olmadığını kabul etmişlerdir[39].

Bununla birlikte fakihlerin ekseriyeti, en-Nisâ 4/24'de geçen "*kadınlarınızdan muhsan olanlar*" ifadesinde, "*müslüman bir kişinin kanı, ancak üç şeyden biri ile helal olur: İmandan sonra küfür, evlilikten sonra zina, zulmen birisini öldürmek*"[40] hadisinde, Hz. Ömer'in "*muhsan iken zina yapana recm gerekir*" sözünde yer alan muhsan kelimesini evli olan kimse şeklinde anlamışlar[41], hukuken geçerli bir evliliğin kişiyi muhsan kılacağını ve bu evlilik ister devam etsin ister sona ersin, işlenen zina suçu için recm cezasının gerektiğini kabul etmişlerdir. Zira Peygamber (s.a.v.)'in recm uygulamalarında suçlunun evlenmiş olması şartı ile yetinilmiş, o andaki medeni durumu araştırılmamış, hadislerde de ihsan ve seyyib kelimeleri eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Bu nedenle fakihlerin çoğunluğuna göre evliliği bir kez yaşayan kimsenin muhsan kabul edilmesi gerekir. Ca'ferîler ve bir görüşe göre İbâzîler ise evlilik sona erince kişinin muhsan olmayacağını kabul etmişlerdir[42].

Fakihlerin çoğunluğu, zina suçu işleyen muhsana recm cezasının gerekli olduğunu ittifakla kabul etmekle birlikte had cezasını gerektiren zinanın kap-

37 Zeylaî, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed, *Nasbü'r-râye li-ehâdîsi'l-hidâye*, 2. bs. (y.y.) el-Mektebetü'l-İslâmiyye 1973, III, 327.

38 Zeylaî, *Nasbü'r-râye*, III, 328.

39 Mâverdî, *el-Hâvî*, III, 195-197; Serahsî, IX, 39; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 209; Nevevî, *el-Mecmû' Şerhü'l-Mühezzeb*, (y.y.) Dâru'l-fikr (t.y.), XX, 8; Remlî, VII, 426.

40 Buhârî, Diyât 6; Müslim, Kasâme 25-26; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd, 10; Nesâî, Tahrim 5, 11, 14; Darîmî, Siyer 11; Hudûd 2; Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. Hüseyin b. Ali, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarabad 1925, VIII, 213.

41 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, VI, 154; Sahnûn, VI, 237; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 400-401; Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tûcibî, *el-Müntekâ*, (y.y.) Matbaatü's-Saâde 1993, III, 332; Serahsî, IX, 39-42; Kâsânî, VII, 37; İbn Kudâme, IX, 38-41; Şirbînî, IV, 147; Remlî, VII, 426; Şirvânî, IX, 108-110.

42 Necefî, Muhammed Hasan b. Muhammed Bakır, *Cevâhirü'l-kelâm fî şerhi şerâii'l-İslâm*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî (t.y.), XIV, 273.

samını belirleme sırasında farklı görüşler ileri sürmüşler, bu arada livatanın[43], evlenmesi haram olan yakın akraba ile evlenmenin[44] zina niteliği taşıyıp taşımadığını ve sonuçta had cezasını gerektirip gerektirmediğini tartışmışlardır. Nitekim İmam Mâlik, Şâfiî, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre mahrem ile yapılan nikah geçersiz olduğundan gerçekleşen zifaf da zina sayılır ve bile bile mahremi ile evlenen kimseye had cezası uygulanır[45]. Ebû Hanîfe ise bu durumda zifafın mübah kılınmasında şüphe bulunması nedeniyle haddin gerekmeyeceği görüşündedir. Zira mübah kılıcı unsur, nikah akdidir ki bu ibâhanın sebebidir, ibâha hükmü sabit olmayınca haddi düşüren şüphe söz konusu olur[46]. Hanbelîler ilişkinin tabiî olarak gerçekleşmesi ve failin de bunun haram olduğunu bilmesi durumunda had gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir. Onlara göre bu fiilin zina kapsamına dahil edilerek hadle cezalandırılmasını gerekli kılan, mübah kılıcı unsur değil, akdin geçersiz ve haram olmasıdır[47]. Zahirîler de her iki görüşün isimlendirme nedeniyle farklılık arzettiğini, oysa kısasın düşmanlık/*udvân* olmaması gibi cezanın kötülük değil, kötülüğün karşılığı ve bir hak olduğunu ileri sürmüşler; Allah'ın emretmediği her akdin geçersiz, bu akitle ister bilerek ister bilmeyerek ilişkiye girmede bulunan haram kılıcı sebebin de mutlak olarak zina olduğunu kabul etmişlerdir[48].

Hanbelî, Malikî hukukçular, meşhur görüşüne göre Şâfiî, Ebû Yûsuf, İmam Muhammed livatanın cezasının da suçlunun evli veya bekar olmasına göre hadle yani evli ise recmle cezalandırılması gerektiği görüşündedir. Zira Kur'ân'da bu suç *fâhişe* şeklinde nitelendirilmiştir (el-A'râf 80-81) ki bu fiil de çirkin fiillerin en kötüsü olması nedeniyle en ağır had ile cezalandırılmalıdır. Nitekim Peygamber (sav)'in bu suçu işleyenlere ölüm cezasının verilmesi gerektiğini ifade etmesi[49] ve sahabenin uygulamasının da icma sayılması nedeniyle suçluya zina haddi uygulanır[50]. Ebû Hanîfe suçun, suç mahallinin zinadaki gibi olmaması nedeniyle had gerektirmeyeceğini, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ise gerek zinanın gerekse livatanın aynı arzuyu tatmin amacı ile gerçekleştirildiğinden ikisinin de *fâhişe* niteliği taşıdığını ve aynı cezayı gerektirdiği görüşündedirler[51].

---

43 Had ve ta'zîr sayanların delilleri için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 451-453; Nevevî, *el-Mecmû', XX*, 22-29.

44 Konu ile ilgili rivayetler için bkz. İbn Mâce, Hudûd 35; Ebû Dâvûd, Hudûd 27; Tirmizî, Ahkâm 25; Nesâî, Nikâh, 58; Ahmed b. Hanbel, IV, 27; Heysemî, Ebû Hasan Nureddin Ali b. Ebû Bekr b. Süleyman, *Mecmaü'z-zevâid ve menbaü'l-fevâid,* Beyrut 1994, IV, 272.

45 Sahnûn, VI, 202.

46 Serahsî, IX, 80.

47 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 56.

48 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 131.

49 Ebû Dâvûd, Hudûd 27; İbn Mâce, Hudûd 35; Tirmizî, Ahkâm 25.

50 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 403; Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 222-223; İbn Kudâme, IX, 61; İbn Cüzey, s. 355; Desûkî, IV, 314.

51 Serahsî, IX, 77.

bb-Zina Suçunun Cezası

İslâm hukukçularının ekseriyeti, Kur'ân ve Sünnetteki delillerden, sahabe uygulamalarından muhsanın zina etmesi durumunda cezasının sopa ve recm yani taşlama suretiyle infaz edilen ölüm cezası olduğu sonucuna varmışlar, Hz. Ali'nin her iki cezayı da uygulamasını örnek göstermişlerdir. Hanefî ve Zâhirî fakihler ise Peygamber (sav)'in Mâiz'i ve Gâmidiyeli kadını sadece recmle cezalandırmasından hareketle recmden önce sopa cezasının verilmesinin gerekli olmadığını kabul etmişler; Hz. Ali'nin uygulamasını da onun suçlunun muhsan olduğunu bilmemesi şeklinde izah etmişlerdir. Buna göre Hz. Ali, suçluya önce sopa cezası vermiş; ancak muhsan olduğunu öğrenince recm cezası uygulamıştır[52].

Recm cezası ile ilgili Kur'ân'da herhangi bir delil bulunmasa da el-Mâide 5/41. âyetin Yahudilerin recmedilmesi olayı ile ilgili olarak nâzil olduğu, 42. âyette ise recmden "*Allah'ın hükmü*" şeklinde söz edildiği ileri sürülmüştür[53]. Yahudilerin Tevrat'ta bulunduğu halde gizledikleri hükümlerin Hz. Peygamber tarafından açıklandığını bildiren el-Mâide 5/15. âyetin de recm vb. olaylarla ilgili olduğu rivâyet edilmiştir[54]. Ayrıca zinanın cezasının ilk olarak bahsedildiği âyette geçen "*Allah onlara bir yol açıncaya kadar*"(en-Nisâ 5/15) şeklindeki ifadenin, Peygamber (sav) tarafından dayak ve recm cezaları şeklinde açıklandığı görüşünden hareketle recm cezasına Kur'ân'da yer verildiği sonucuna ulaşılmıştır[55].

Evli erkek ve kadının zina suçunu işlemesi durumunda kanlarının mübah olduğunu yani hayat haklarının dokunulmazlığının kalktığını ifade eden hadîsler ve bu doğrultudaki uygulamalar recmin asıl dayanağının Kur'ân değil Sünnet olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim Hz. Peygamber'in "*Müslüman bir kişinin kanı, ancak üç şeyden biri ile helal olur: İmandan sonra küfür, evlilikten sonra zina, zulmen birisini öldürmek*[56]", "*Benden öğrenin! Benden öğrenin! Allah o kadınlara bir çıkış yolu yarattı; bekarla bekar zina ederse yüz sopa ve bir sene sürgün: evliyle evli zina ederse yüz sopa ve taşlarla recm*"[57] şeklindeki hadisleri, muhsan bir yahudi erkeğin ve kadının zinasının cezasının tespiti için kendisine başvu-

52 Serahsî, IX, 37; İbn Hazm, XIII, 197.

53 Taberî, Ebu Cafer İbn Cerir Muhammed b. Cerir b. Yezid, *Câimü'l-beyân fi tefsîri'l-Kur'ân*, Beyrut 1986, VI, 150; İbn Kesîr, Ebü'l-Fidâ İmâmüddîn İsmâîl b. Ömer, *Tefsîrü'l-Kur'âni'l-azîm*, Beyrut 1996, II, 58.

54 bkz. Taberî, VI, 103; İbn Kesîr, II, 34.

55 İbn Hacer el-Askalânî, Ebü'l-Fazl Şehâbeddin Ahmed, *Fethü'l-bâri bi şerhi Sahihi'l-Buhârî*, K - hire 1987, XII, 138, 297.

56 Ahmed b. Hanbel, V, 3621; Buhârî, Diyât 6; Müslim, Kasâme 25-26; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 10; Nesâî, Tahrim 5, 11, 14; Darîmî, Siyer 11, Hudûd 2; Beyhakî, VIII, 213.

57 Ahmed b. Hanbel, III, 476; Müslim, Hudûd 13, 12, 14; İbn Mâce, Hudûd 7; Ebû Dâvûd, Hudûd 23; Tirmizî, Hudûd 8; Dârimî, Hudûd 19; Beyhakî, VIII, 210.

ran Yahudilere bu suçun cezasının Tevrat'taki hükmünü sorması, Yahudilerin gizlemeye çalıştıktan sonra itiraf etmeleri üzerine suçluların recmedilmesini emretmesi[58], suçlarını itiraf eden Maiz b. Mâlik el-Eslemî[59] isimli sahabeye, kocasının tuttuğu işçi ile zina eden bir hanıma[60] ve Gâmidiyeli bir kadına recm cezasını uygulaması[61] recmin dayandığı delillerdir. Ayrıca Peygamber (sav)'den sonra hulefâ-i râşidînin bu cezayı uyguladıklarına dair rivâyetler mevcuttur[62]. Nitekim Hz. Ali, Şurâhe isimli bir kadına sopa ve recm cezası verdikten sonra "*Allah'ın kitabına göre sopa cezası verdim, Resûlullâh'ın Sünnetiyle de recmettim*" demiştir[63]. Buna göre recmin hukukî temelinin aslında Sünnete, sahabe icmaını ve uygulamalarına dayandığı ortaya çıkmaktadır.

Fakihlerin çoğunluğu evli olan zina suçlusunun recm cezası ile cezalandırılacağını kabul ederken Hariciler, Şia'nın bazı kolları ve Mutezile bilginlerinden birkaçı zina eden evli ve bekarı eşit kabul ederek sopa cezasının uygulanması gerektiğini kabul etmişlerdir[64]. Recm cezasının meşrû olmadığı görüşünün en eski sahibinin Hâricîlerin bir kolu olan Ezrakîler olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bugün Hâricîlerin varlığını sürdüren tek kolu konumundaki İbâzîler recm cezasını kabul etmektedirler. Recm cezasını, Mutezile'den Nazzâm (220/835)'ın, Zeydî bilginlerden Hasan b. Ahmed el-Celal (1084/1673)'in ve bazı Şiîlerin de kabul etmediği bilinmekle birlikte Şia'nın ana gövdesini teşkil eden Caferîler ve Zeydîler kabul etmişlerdir[65]. İslâm hukukçuları ise ekseriyetle recmin meşrûiyeti hususunda görüş birliğine varmışlar, recmi reddeden

58 Mâlik, Hudûd 1; Buhârî, Hudûd 24, 37, Menâkıb 26; Müslim, Hudûd 26; İbn Mâce, Hudûd 10; Ebû Dâvûd, Hudûd 26; Tirmizî, Hudûd 10; Dârimî, Hudûd 15; Şevkânî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Halvanî, *Neylü'l-evtâr şerhu münteka'l-ahbâr,* Kahire 1971, VII, 97-98; Azimâbâdî, Ebü't-Tayyib Şemsülhak Muhammed b. Emir Ali, *Avnü'l-ma'bûd şerhu Sünneti Ebi Dâvûd*, Medine 1969, XII, 131; Elbânî, Muhammed Nâsırüddin, *İrvâü'l-galîl fi tahrîci ehâdîsi menâri's-sebîl*, Beyrut 1979, VIII, 311.

59 Recm hadislerinin en meşhuru Mâiz'le ilgili hadistir. Nitekim Suyûtî ve Kettânî ise bu hadisin mütevatir derecesinde olduğunu belirtmişlerdir: Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celaleddin Abdurrahman b. Ebi Bekr, *Katfü'l-ezhâri'l-mütenâsıra fi'l-ahbâri'l-mütevâtira*, Beyrut 1985, s. 223; Kettânî, Ebu Abdullah Muhammed b. Cafer b. İdris, *Nazmü'l-mütenâsir mine'l-hadîsi'l-mütevâtir*, Beyrut 1983, s. 174; Bazı farklılıklara rağmen bütün rivâyetler Mâiz'in zina suçu işlemesi sebebiyle recmedildiği konusunda müttefiktirler: Örn. Buhârî, Hudûd 21, 22, 25, 29, Talâk 11, Ahkâm 19; Ebû Dâvûd, Hudûd 24; Müslim, Hudûd 16, 19; Tirmizî, Hudûd 4, 5; Nisâbûrî, Ebu Bekr Muhammed b. İbrahim el-Münzir, *el-İknâ',* Riyad 1414, I, 339; Âzimâbâdî, XII, 99.

60 Buhârî, Hudûd 30, 32; Ebû Dâvûd, Hudûd 25; Müslim, Hudûd 25; Tirmizî, Hudûd 8; Nesâî, Kudât 21; İbn Mâce, Hudûd 7; Muvatta', Hudûd 6; Nîsâbûrî, I, 338; Şevkânî, VII, 91-97.

61 Müslim, Hudûd 22; Ebû Dâvûd, Hudûd 24, 25; Dârimî, Hudûd 17; Elbânî, VIII, 11.

62 Buhârî, Hudûd 21, 24, 30, 31; Müslim, Hudûd 15, Hac 145; Ebû Dâvûd, Hudûd 7, 16, 23; İbn Mâce, Hudûd 9; Mâlik, Hudûd 9, 10, 11, 20, Nikah, 26; Tirmizî, Hudûd 7; Darimî, Hudûd 16; Zeylaî, *Nasbü'r-râye*, III, 329.

63 Buharî, Hudûd 21, 24; Ebû Dâvûd, Hudûd 7; Zeylâî, *Nasbü'r-râye,* III, 329.

64 Abdulkâhir el-Bağdâdî, Ebû Mansûr Abdulkâhir b. Tâhir, *el-Fark beyne'l-firak ve beyanü'l-firkati'n-nâciye minhum,* (y.y.) 1948, s. 84; İbn Kudâme, IX, 35.

65 Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 196; İbn Hacer, XII, 118; Şevkânî, VII, 102; Necefî, XIV, 318.

grupların genellikle sahabeden ve toplumdan ayrı yaşamalarından dolayı görüşlerinin bilgi eksikliği ya da kibir ve inattan kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir[66]. Ne var ki tez konumuzu doğrudan doğruya ilgilendirmemesi nedeniyle bu tartışmaları değerlendirmekten ziyade fakihlerin ve çağdaş alimlerin zina suçunun ölüm cezası gerektirmesi ile ilgili görüşlerine yeri geldikçe temas etmenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

c- Dinden Dönme

Fıkıh kitaplarında *ridde* şeklinde ifade edilen dinden dönme suçu, genellikle İslâm'ı kabul ettikten sonra sözlü ya da fiilî olarak küfre dönme şeklinde tanımlanmış, dinini değiştiren akıllı ve ergen kişiye ise *mürted* denilmiştir[67]. Kur'ân'da dinden dönme suçu ile ilgili âyetlerde[68] bu suç için dünyevî bir ceza öngörülmeyip uhrevî cezalardan söz etmekle yetinilir. "*Kim dinini değiştirirse öldürünüz*"[69] ve "*Bir müslümanın kanı şu üç sebep olmadıkça helal değildir: Evli olan zinakâr, cana karşı olmaksızın can alan ve dinini terkeden kimse*"[70] hadisleri ise dinden dönme suçunun ölüm cezasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Ayrıca Hz. Ebu Bekir'in zekat vermekten kaçınanlarla ve Müseyleme gibi peygamberliğini iddia edenlerle savaşı da mürtedlerin ölümle cezalandırılmasının tarihi örnekleridir[71]. Sahabenin çarpışmada Hz. Ebûbekir'e yardım etmeleri ise mürtedin ölümle cezalandırılması hususunda icma etmeleri şeklinde kabul edilmiştir[72].

Hz. Ebû Bekir'in zekat vermekten kaçınanlarla savaşması bazı fakihler tarafından irtidad, bazıları tarafından da bağy suçu şeklinde telakki edilmiştir. Bu mesele ile ilgili yorumlarda 'ridde'nin, bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınma şeklindeki sözlük anlamından hareket edilerek farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Nitekim Şâfiî'ye göre ridde kelimesi Hz. Ebû Bekir'in

66 Recmin meşrûiyeti ile ilgili tartışmalar için bkz. Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut, Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî (t.y.), III, 45; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 187-192; İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ*, Beyrut: Dârü'l-ma'rife (t.y.), XIII, 209; İbn Hümâm, V, 225; Şevkânî, *Neyl*, VII, 102.

67 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 159; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 446; Kâsânî, VII, 134; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 4; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 223; Remlî, VII, 314.

68 Bkz. el-Bakara, 2/108, 217; Âl-i İmrân, 3/86-91; en-Nisâ, 4/137; el-Mâide, 5/3, 54; en-Nahl, 16/106-109; Muhammed, 47/25; en-Necm, 53/36-38; el-Kehf, 18/29.

69 Ahmed b. Hanbel, III, 1871; a.mlf., IV, 2551, 2552, 2968; Buhârî, Cihâd 149; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizi, Hudûd 25; Heysemî, IV, 256; Şevkânî, VII, 201-202; Elbânî, VIII, 131.

70 Buhârî, Diyât 6, Cihâd 149; Müslim, Kasâme 25; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 25; Nesâî, Tahrîm 5; Dârimî, Siyer 11.

71 Geniş bilgi için bkz. el-Belâzürî, Ahmed b. Yahyâ b. Câbir, *Futûhu'l-buldân*, nşr. Rıdvan M - hammed, Beyrut 1403, I, 97; Ebû Ya'kûb, Ahmed b. Cafer el-Abbâsî, *Târîhu'l-Ya'kûbî*, Beyrut: Dâru Sâder (t.y.), II, 132; İbn Kesîr, İsmâîl b. Ömer el-Kuraşî Ebu'l-Fidâ, *el-Bidâye*, ts. Mektebetü'l-Maârif, Beyrut, VI, 319-320; Şevkânî, *Neyl*, IV, 121.

72 Remlî, VII, 402; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 3.

zekat vermeyenlerle savaşmasında sözlük anlamına göre Allah'ın farz kıldığı bir hakkı yerine getirmekten kaçınma, Yemâme'de Müseyleme, Yemen'de Tuleyha ve tâbileri ile savaşmasında ise ıstılâhî anlamına göre iman ettikten sonra küfre dönme suçunu ifade etmek üzere kullanılmıştır[73]. Mâverdî, Ebû Hanîfe'nin zekat vermekten kaçınanların Allah'ın emrinin aksini helal kabul ederek dinden döndükleri şeklindeki yorumunu doğru bulmaz. Zira sahabe ilk başta suçluların İslâm dini üzere olmalarını ileri sürerek savaşa itiraz etmiştir. Nitekim bu topluluk tevbe ederek Hz. Ebû Bekir'e geldiklerinde imandan sonra inkar etmediklerini, sadece mallarına düşkünlük gösterdiklerini de ifade etmişlerdir[74]. Hz. Ali ise Basra'da dinden dönen bir grubu dine davet etmiş, daveti kabul etmemeleri üzerine boyunlarını vurdurup bir çukura attırmış, üzerlerini odunla örttürüp yaktırmıştır[75].

Fakihlerin ekseriyeti mürted için ölüm cezasının gerekliliğinin Sünnette tespit edilmiş olduğu gerekçesiyle bu suçu genellikle had kapsamında değerlendirmişler, İslâmı kabul ettikten sonra reddeden kişinin muhârib müşrik sıfatını kazandığını, tevbe teklifinden sonra küfründen dönmemesi durumunda ölümle cezalandırılması gerektiğini kabul etmişlerdir[76]. Nitekim İbn Hazm müşrik kimsenin serbest bırakılmayacağı, öldürülmesi ya da müslüman olması hükmünü içeren âyetlerden[77] hareket ederek dinden çıkan kimsenin de ölümle cezalandırılacağı sonucuna varmıştır[78]. Ancak fakihler tevbe teklifinin gerekliliği ve süresi hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Nitekim dinden dönme ile cezanın asıl sebebinin gerçekleştiği gerekçesiyle tevbe teklifinin gerekli görülmemesinin yanı sıra tevbe teklifini gerekli görerek suçluya bir gün, üç gün, bir ay, kırk gün şeklinde ya da sınırsız olarak süre tanıyan görüşler de bulunmaktadır[79].

İslâm hukukçuları, teferruatta farklı görüşler ileri sürseler de genel olarak Allah'a şirk koşan, O'nu inkar eden, O'nun farz kıldığı, cennet-cehennem gibi varlığını bildirdiği hususları ve Kur'ân'ın bir kısmını ya da tamamını reddededen, Peygamber (sav)'den mütevatir olarak nakledilen ve üzerinde icma hasıl olan helal ve haramları, itikadi bilgileri kabul etmeyen, Allah'a ve

73 Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 108-109.
74 Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 112.
75 Heysemî, IV, 257.
76 Nîsâbûrî, II, 581; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 124-125; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 226; İbn N - ceym, Zeynüddin ZeynülÂbidîn Zeyn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahrü'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik,* Kahire 1311, V, 39; Remlî, VII, 419.
77 Bkz. el-Mâide 5/9; el-Hâc 22/9; en-Nisâ' 4/89.
78 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 133.
79 Geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 124-125; Serahsî, IX, 109-110; Kâsânî, VII, 134; İbn Nüceym, V, 39; Remlî, VII, 419.

Peygamber (sav)'e söven kimselerin[80] dinden dönme suçu işlediklerini ve ölüm cezasına çarptırılmaları gerektiğini ittifakla kabul etmişlerdir. Küfrünü gizleyip dışından müslüman gözüken zındığın[81] ise açıkça küfrüne rastlanması durumunda öldürüleceği, tevbe teklif edilmeyeceği[82], ancak zındıklığı ortaya çıkmadan tevbe ederek İslâma dönerse tevbesinin kabul edileceği ileri sürülmüştür[83]. Ebû Hanife ve İmam Mâlik sihri de irtidat suçunun kapsamına dahil ederek sihirbazın şeytanın dilediği herşeye gücü yetmesi, sihrin helal olması gibi inkarı gerektiren şeylere inanması ve Allah'ın fiillerine benzeme gayretinde olmasının küfür niteliğini taşıdığını ve ölüm cezası gerektirdiğini kabul etmişlerdir[84]. Şâfiî'ye ve bir rivâyette Ahmed b. Hanbel'e göre ise mücerred olarak sihir, ölüm cezası gerektirmez. Zira Peygamber (sav), kanı helal olan üç kişi arasında sihirbazları zikretmemiş ve kendisine sihir yapan yahudiyi öldürtmemiştir[85]. Mâverdî bu noktada sihirbazın insanlara eziyet ettiğini, ancak her eza ve zarar verenin Allah'ın fiillerine benzeme çabası şeklinde nitelendirilemeyeceğini, imanın ve küfrün itikadla alakalı bir husus olduğunu, sihri öğretmenin ise bununla bir ilgisi bulunmadığını ileri sürmüştür[86]. İbn Hanbel sihirbazın mürted kategorisinde olmasını tevbe teklifi açısından mümkün görmüş, suçlunun bu işten vazgeçene kadar hapisle cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir[87]. İbn Hazm ise sihirbazın ölümle cezalandırılması gerektiğini ileri sürenlerin el-Bakara 2/102'de sihir öğretmenin küfürden bedel olduğunu düşündüklerini, oysa bu yorumun herhangi bir delile dayanmadığını, bu âyetin bizi bağlamayan bir şeriatle, Hz. Süleyman zamanındaki bir kıssa ile ilgili olduğunu, bu cümlede bedel kabul edilen "öğretiyorlar" ifadesinin cümleye başlangıç konumunda bulunduğunu[88], bu nedenle sihirbazın kafir değil âsi olduğunu ve ölümle cezalandırılmasının gerekmediğini ileri sürmüştür[89]. Kahinin ölümle cezalandırılması hususunda ise iki görüş

80 Heysemî, IV, 255; Şevkânî, *Neyl*, VII, 199; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 168; Ebû İshâk, IX, 170; Venşerîsî, Ahmed b. Yahyâ, *el-Mi'yâru'l-mu'reb ve'l-câmiu'l-mağrib an fetâvâ ulemâi İfrîkıyye ve'l-Endelüs ve'l-mağrib,* nşr. Muhammed hacî, Beyrut 1981/140, II, 361.

81 Zındık kelimesinin içerdiği anlamlar hakkında geniş bilgi için bkz. Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 232-233.

82 İlgili hadis için bkz. Şevkânî, *Neyl*, VII, 203.

83 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 152-154; Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, nşr. Muhammed Abdüsselam Abdüşşâfî, Beyrut 1413/1993, s. 176; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 27-29; İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddîn Ebû Abdullah Muhammed b. Ebû Bekr , *İ'lâmü'l-muvakkîn an rabbi'l-âlemîn*, Beyrut: Dâru'l-Cîl (y.y.), II, 120; İbn Ferhûn, II, 179, 194; Buhûtî, VI, 126.

84 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 33-34; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 168.

85 Sihirle ilgili görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 240-246.

86 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 96-97.

87 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 165; Ebû İshâk, IX, 179.

88 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 475, 476.

89 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 478-479.

mevcuttur ki bir görüşe göre tevbe etmemesi halinde öldürülür[90], diğerine göre kahinin hükmü sihirbazdan daha hafiftir ve bu konudaki görüş ayrılığı da ona ölüm cezası verilmemesini gerektirir[91].

d- İsyan

Fakihler tarafından *bağy* terimi ile ifade edilen isyan suçu, genellikle 'belli bir güce sahip müslüman bir topluluğun bazı hükümleri, kendilerince haklı sebeplere dayanmak suretiyle farklı bir şekilde yorumlayıp adil bir devlet başkanına karşı kuvvet kullanarak başkaldırmaları'olarak kabul edilmiştir. Bu hususta delil olarak kabul edilen "*Eğer mü'minlerden iki zümre birbiriyle savaşırlarsa aralarını bulup barıştırın. Şâyet onlardan biri diğerine karşı hala tecavüz ediyorsa siz tecavüz edenle Allah'ın emrine dönene kadar savaşın*" e(l-Hucurât, 49/9) âyetinde geçen *bağy* kelimesinin 'hakkı olmayan bir şeyi talep hususunda kuvvet kullanarak karşı çıkma' anlamından hareket edilmiş ve âyet savaş, müslüman bir topluluğun diğerine karşı isyanından dolayı gerekli görülüyorsa devlete karşı isyan halinde de gerekli görülmelidir, şeklinde yorumlanmıştır[92]. Ayrıca "*Kim eli ile karşısındaki imama biat eder ve kalbî bağlılıklarını bildirirse Allah'ın emrine itaat ettiği sürece ona itaat etsin. Bir başkası ortaya çıkar, devlet başkanına muhalefet eder, reislik iddasında bulunursa onun boynunu uçurunuz*"[93], "*Gelecekte zaman zaman fitneler çıkacaktır. Dikkatli olun! Ümmetim toplu halde bulunurlarken kim onların aleyhine isyan ederse hepiniz kılıçla, isyan eden nerede, kim olursa olsun boynunu uçurunuz*"[94] hadislerinin yanı sıra Hz. Ali'nin Cemel vak'asında, Muâviye ve Hâricîlerle olan savaşlarındaki uygulamalarını da delil olarak kabul etmişlerdir[95]. Hz. Ebû Bekir döneminde zekat vermek istemeyen kabilelerin hareketi de bazı fakihler tarafından isyan olarak kabul edilmiş; kendilerini merkezi hükümete vergi vermekle mükellef saymamaları ve bu suretle de devlet otoritesine karşı gelmeleri sebebiyle silah zoruyla itaat altına alınmaları gerektiği düşünülmüştür. Bu açıdan kişinin eda etmesi gerekli olan Allah'a ya da kula ait bir hakkı yerine getirmekten kaçınması *bağy* şeklinde nitelenmiştir[96].

---

90 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 166.

91 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 11-12, 28-32; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 168; Samerraî, Numan Abdurrezzak, *İslâm Fıkhında Mürtede Ait Hükümler*, çev. Osman Zeki Soyyiğit-Ahmet Tekin, İstanbul 1970, s. 87-150.

92 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 99; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 501; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 196; Remlî, VII, 402; Şirvânî, IX, 65.

93 Müslim, İmâre 46; Ebû Dâvûd, Fiten 1; Nesâî, Biat *25;* İbn Mâce, Fiten 9.

94 Müslim, İmâre 59; Ebû Dâvûd, Sünnet 27.

95 Nîsâbûrî, II, 673; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 443; Serahsî, X, 124; Tarablusî, s. 190; Kal'acî, M - hammed Ravvâs, *Mevsûa Fıkhiyye Ali bin Ebî Tâlib,* Dımaşk 1983, s. 126; Elbânî, VIII, 110-111.

96 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 443; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 111; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 441; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 197; İbn Cüzey, s. 239; Ebû İshâk, IX, 159; Şirvânî, IX, 80.

İslâm hukukçuları devlete karşı ayaklanmanın bağy suçu oluşturması için isyanın meşrû ve adil bir devlet başkanına veya devlet düzenine karşı yapılmış olması, kuvvet kullanma yoluyla fiilen başlaması, isyancıların devlet başkanının değiştirilmesi veya meşrû emirlerinin uygulanmaması kastının bulunması, bu hususta kendilerince haklı bir sebebe(te'vil) dayanmaları[97], sayı ve güç bakımından ciddi bir tehlike oluşturmaları şeklinde birtakım unsurların bulunması şartını kabul etmişlerdir. Ayrıca suçlularla savaşmanın meşrû hale gelmesi için tevillerinin geçersiz olması açısından ictihad ehliyetine sahip olmamaları ve arabulucu tarafından yorumlarının sorgulanarak ortaya çıkarılması suretiyle haksız olduklarının sabit olması şartı getirilmiştir[98]. İsyankarların ikna edilmemeleri ve isyanda ısrar etmeleri durumunda onları sindirecek ölçüde savaşın meşrûiyeti kabul edilmiştir. Fakihlerin bu unsurlarla ilgili olarak benimsedikleri görüşleri ilgili başlıklarda ortaya koymanın, tekrarları önleme açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

e- Kasten Adam Öldürme

İslâm ceza hukukunda kasten adam öldürme suçunun kısasla, yani ölüm cezasıyla cezalandırılması esastır. Kısasın sözlük anlamı eşitlik, denklik, denk olanla yani ölüme ölümle, yaralamaya yaralama ile karşılık verme şeklindedir. Bu itibarla kesme, vurma veya yaralama gibi suçlunun işlediği fiilin aynısı ile cezalandırılmasını ifade etmektedir[99]. Kısasla eşanlamlı olarak kullanılan *kaved* kelimesi hem 'bir can karşılığında bir canı öldürme' hem de 'ip' anlamına da gelir ki mahkumun bir ipe bağlı olarak infaz mahalline götürülmesinden dolayı bu kelimenin kullanıldığı ileri sürülür[100]. İslâm ceza hukukunda da bu terimler kasten adam öldürme, yaralama ve organ kesme suçlarında failin işlediği suçun aynısı ile cezalandırılmasını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu noktada ölüm cezası da İslâm ceza hukukunda öncelikle kısas olarak algılanmıştır. Bunun sebebi, adam öldürme suçunun geleneksel olarak kısas ilkesine göre ölümle cezalandırılması nedeniyle yaygın bir ceza oluşu ve Kur'an ve Sünnette suçun ve cezanın belirlenmiş olmasıdır[101]. Nitekim "*Ey iman edenler!*

97 Örneğin, Hz. Osman kendisini öldürmeye gelenlere, sadece zina, katl ve dinden dönme suç işleyen üç kişinin öldürülmesinin helal olduğunu söylese de katiller Allah'ın kitabında bu üç sınıfın dışında, 'yeryüzünde fesad çıkaran' ve 'isyan eden'lerin de bulunduğunu, Hz. Osman'ın da ihkâk-ı hakka engel olması sebebiyle isyan edenler arasında yer aldığı gerekçesi/tevili ile katlinin helal olduğunu iddia ederler: Taberî, *Târîhu'l-ümem ve'l-mulûk,* Beyrut 1407, II, 678; Hâricîlerin te'vili ile ilgili geniş bilgi için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 117.

98 Geniş bilgi için bkz. Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 439-440; Mâverdî, *el-Ahkâmu's-sultaniyye,* s. 120; a.mlf., *el-Hâvî*, XIII, 100-102; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* VIII, 243-249; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 5-6; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 197-199.

99 İbn Manzûr, "kss" md., VII, 76.

100 İbn Manzûr, "kvd" md., V, 180; Remlî, VII, 309.

101 Kâsânî, VII, 233; İbn Ferhûn, II, 227; Tarablusî, s. 180.

Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kimin cezası kardeşi tarafından bir miktar bağışlanırsa artık (taraflar) hakkaniyete uymalı ve (öldüren) ona (gereken diyeti) güzellikle ödemelidir. Bu söylenenler Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Her kim bundan sonra haddi aşarsa onun için elem verici bir azab vardır. Ey akıl sahipleri! Kısasta sizin için bir hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız" (el-Bakara 2/178,179) âyetinde yer alan "kütibe" ve "aleyküm" lafızları vücûb ifade eder ki bu da kısasın Allah Teâlâ tarafından vacib kılındığını gösterir[102].

"*Haksız yere öldürülenin velisine bir yetki tanımışızdır. Artık o da öldürmekte aşırı gitmesin. Zira kendisi ne de olsa yardım görmüştür*" (el-İsrâ 17/33) âyetinde "*yetki*" şeklinde çevrilen "*sultân*" kelimesi de Katâde tarafından kısas, İbn Abbas tarafından ise kısas, diyet ve af arasında muhayyerlik şeklinde izah edilmiştir. Ayrıca velinin yardım görmesini Katâde, veliye kısas imkanının verilmek suretiyle yardım edilmesi şeklinde yorumlamıştır. Buna göre âyet hem bir insanın canına kastedenin kısas ile öldürülmesinin gerekliliğine hem de öldürülenin velisine, katile kısas uygulanmasını talep hususunda yetki verildiğine delalet etmektedir[103]. Kısasın, önceki peygamberlerin şeriatlarında bulunduğunu ifade eden âyetler de (el-Maide 5/32, 45, 48) onun Kur'an'daki hukuki temelini oluşturur. Zira müslümanlar hakkında neshedildiğine dair bir delil bulunmadıkça öncekilerin şeriatı, onlar için de geçerlidir. Ayrıca Kur'ân'da Tevrat'ta bulunan kısasla ilgili hükümleri te'kid etmesi göz önünde bulundurulduğunda kısasın meşrûluğu daha da belirginleşir[104].

Hz. Peygamber'in "*Müslüman bir kişinin kanı, ancak üç şeyden biri ile helal olur: İmandan sonra küfür, evlilikten sonra zina, zulmen*[105] *birisini öldürmek*[106]", "*Dikkat! Müslüman bir kafire karşılık öldürülemez*"[107] gibi yakını öldürülen kimsenin ya diyet ya da kısasen ölüm cezasını isteyeceğini ifade eden hadisleri[108] ise kısasın Sünnetteki delillerini teşkil eder. İslâm hukukçuları kısasın meşrûiyetinde görüş birliğinde olmakla birlikte vücûbiyet ve uygulama şartlarında farklı görüşlere sahip olmuşlardır. Genel kabule göre kısas kural olarak kasten adam öldürme suçunun cezasıdır. Kasıt, failin fiilinin sonuçlarını

102 Râzî, Ebû Abdullah Fahreddin Muhammed b. Ömer Fahreddin, *el-Mahsûl fi ilmi usûli'l-fıkh*, nşr. Tâhâ Câbir Alvânî, 2. bs., Beyrut 1992, V, 47.

103 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 12, 21; Râzî, II, 200.

104 Mâverdî, el-Hâvî, XII, 7; Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, nşr. Mahmud Hamid Osman, 2. bs., Kahire 1967/1387, VI, 191.

105 Bazı rivâyetlerde 'kasten', bazılarında ise 'canının çekmesi üzerine' ifadeleri kullanılmıştır: Bkz. Buhârî, Diyât 22; Heysemî, VI, 252-253.

106 Buhârî, Diyât 6; Müslim, Kasâme 25-26; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 10; Nesâî, Tahrim 5, 11, 14; Darîmî, Siyer 11, Hudûd 2.

107 Buhârî, Cihâd 1241.

108 Tirmizî, Diyât 13.

bilerek ve o cinâyeti isteyerek suça yönelmesidir. Adam öldürme suçunda kasıt unsuru ile işlenen fiilin sonuçlarının irade edilmiş olmasına dair karineleri arama hususunda en sıkı davranan ise Ebû Hanîfe'dir. Bu nedenle Hanefiler kısası gerektiren adam öldürme suçunu sadece insan öldürücü kesici bir aletin kullanılmış olması durumu ile sınırlandırmışlardır[109]. İmam Malik ise sadece cinâyet aletini değil, öfke, düşmanlık gibi kasıt unsuru taşıyan başka emareleri de kısas cezasını gerektiren kasten adam öldürme kapsamı içerisine dahil etmiştir[110]. Hanbelilerde bu noktada iki yaklaşım vardır. Birinci yaklaşım Hanefi mezhebine yakın olan kesici aletin şart koşulduğu, ikincisi ise kesici olmayan ancak insanın ölmesine yol açma ihtimali yüksek olan aletlerin kullanılması suretiyle adam öldürmenin kısası gerektirdiği yönündedir. Şâfiî, Zührî, İbn Sirin, Amr b. Dinar ve İbn Ebi Leylâ ikinci görüşü benimsemişlerdir. İmam Mâlik ise mücerret olarak öldürme kastını göz önünde bulundurmuştur[111].

Fakihlerin kısas kapsamında ele aldıkları diğer meseleler, daha sonraki başlıklarda konuyu aydınlatan yönleriyle inceleneceğinden burada sadece kısasın Kur'ân ve Sünnette kasten adam öldürme suçunun cezası olarak tayin edildiğini ve maktulün mirasçılarının talebine bağlı olarak gerekli olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

f- Ölüm Cezasını Gerektiren Ta'zîr Suçları

Ta'zîr kavramının farklı tanımları verilmiş olsa da yapılan tanımlarda ta'zîrin tedip için olması ve had olarak belirlenmemiş bulunması nitelikleri öne çıkar[112]. Buradan hareketle genel bir tanımlama yapmak gerekirse ta'zîr, hakkında had ve keffaret konulmamış her suça yönelik tediptir[113]. Diğer bir ifade ile ta'zîr, nasların, hakkında bir ceza tayin etmediği suçlara tedip için verilen cezaların genel adıdır. Fakihler tedip niteliği taşıyan cezanın takdirinin yetkili mercie[114] ait olduğunu kabul etmekle birlikte miktarı hususunda farklı

109 Şeybânî, *Kitâbü'l-hücce alâ ehli'l-Medîne*, nşr. Mehdi Hasan el-Kîlânî, Beyrut 1403/1983, IV, 389; Kâsânî, VII, 233.

110 Geniş bilgi için bkz. Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 279-280.

111 Fıkıh literatüründe bu mesele ile ilgili yapılan tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 5-7; Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 34-37; İbn Rüşd, II, 338-339; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 260-261; a.mlf., *el-Kâfî*, IV, 12-16; Ebû İshâk, VIII, 249.

112 Örnek olarak bkz.; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 432; Kâsânî, VII, 63; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 119; İbn Ferhûn, II, 288; İbn Hümâm, V, 112; İbn Nüceym, V, 67; Remlî, VIII, 19; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 64.

113 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 419; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 386; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 242; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 107; Ebû İshâk, IX, 108.

114 Klasik fıkıh öğretisinde ta'zîr cezalarını takdir yetkisi ile ilgili görüşleri iki grup halinde değerlendiren Ebû Zehra, bu yetkinin bir gruba göre müctehid olması halinde hakime, diğerine göre ise 'veliyyülemr'e ait olduğunu belirtmiştir. İkinci görüşe göre hakim sadece veliyyülem-

önerilerde bulunmuşlar[115], ta'zîr suçlarını ve cezalarını ayrı ayrı tespit etmeye çalışmışlardır. Ta'zîren verilen ölüm cezasını ise Şâfiî ve Malikîlerin çoğunluğu, Hanbelî hukukçuların bazıları Peygamber (sav)'in "*Allah'ın hadlerinden bir had olmadıkça hiç kimse on kırbaçtan fazla dayağa mahkum edilemez*"[116] şeklindeki hadisine dayanarak kabul etmemişler[117] ve toplumun korunması için suçlunun süresiz olarak hapsedilmesini tercih etmişlerdir. Onlara göre ta'zirde asıl amaç tediptir. Tedip de itlafla olmaz. Bu nedenle ta'zîrin hapis, sopa, kınama gibi cezaları kapsaması gerekir. Yaralama, organını kesme gibi ölüm de itlaf niteliği taşıdığından ta'zîren verilemez[118].

Hanefîler, İmam Mâlik, İbn Teymiyye ve talebesi İbn Kayyim gibi bazı Hanbelî hukukçular ise herhangi bir maslahatın söz konusu olması halinde ta'zîr yoluyla ölüm cezası verilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüşlerdir. Özellikle Hanefî fakihlerin bu niteliği taşıyan ölüm cezasını *siyâseten katl* şeklinde ifade ettikleri görülmektedir[119]. Hanefî mezhebinin bu noktada diğerlerine göre ta'zîren ölüm cezası yönünde bir tutum sergilediği düşünülebilir. Ancak bu tavrın görünüşte olduğu, Hanefîlerin siyaseten ölüm cezasını kabul ettikleri suçların çoğunun diğer mezheplerde had veya kısas şeklinde ölümle cezalandırılmasının öngörüldüğü gözlenmektedir. Mesela Ebû Hânîfe ana rahmindeki çocuğun öldürülmesi ve livata suçlarında taziren ölüm cezası verilmesini gerekli görür. Bunun nedeni birinci suçu kısas, ikincisini ise had kapsamına dahil etmemesidir. Nitekim livatanın dayandığı delil, sahabe ictihadıdır ki onlar da bu fiile gereken cezayla ilgili farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ebû Hanîfe'ye göre sahabenin zina ile ilgili nassı bildikleri halde bu mesele ile ilgili görüş ayrılığına düşmesi livatanın zina niteliği taşımadığı noktasında ittifak ettiklerinin göstergesidir ki bu durumda zina kapsamına girmeyen bir suç için zina haddini gerekli görmek mümkün değildir. Buna göre livata suçunun şer'an takdir edilen bir cezası bulunmadığından ta'zîrle cezalandırılması gerekir. Zina suçunun cezası ise Kur'ân ve Sünnet tarafından vazolunması nedeniyle had niteliği taşır. Burada livatanın cezasının iki açıdan ta'zîr niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Birincisi ta'zîrde cezanın

---

rin tespit ettiği cezaları uygulama yetkisine sahiptir: Ebû Zehra, *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmî: el-Ukûbe*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî (t.y.), s. 111.

115 İbn Hacer, IV, 138.

116 Buhârî, Hudûd 42; Müslim, Hudûd 40; Ebû Dâvûd, Hudûd 39; İbn Mâce, Hudûd 32; Abdurrezzak, VII, 413; Beyhakî, VIII, 327; Hadisin izahı için bkz. İbn Hacer, IV, 138.

117 Ta'zîr yoluyla verilen ölüm cezasını kabul eden ve etmeyenlerin dayandıkları deliller hakkında geniş bilgi için bkz. Kemâlî, Abdurrauf Muhammed Ahmed, "et-Ta'zîr bi'l-katl fi'l-fıkhi'l-İslâmî, *Mecelletü'ş-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmî,* sy. 39 (Kuveyt 1999), s. 170-196.

118 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 421; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 178.

119 Serahsî, IX, 79; İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyâseti'ş-şer'iyye*, nşr. Behîc Gazâvî, Beyrut: Dâru İhyâi'l-Ulûm (t.y.), s. 120; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 67.

miktar ve sıfatında görüş ayrılığının muhtemel olduğu hadde ise olmadığı, ikincisi de hadde ictihadda bulunma imkanının bulunmaması, aksine ancak vahiyle bilinmesidir. Zira ictihad ta'zîrde söz konusu olur[120]. Nitekim bu suçu cezalandırma yetkisi siyaseten devlet başkanına verilmiş[121], Peygamber (sav) ve raşid halifelerin de bu suç için sopa cezası uyguladıkları nakledilmiştir[122]. Şâfiî mezhebinde ise pasif fail, muhsan olsun ya da olmasın ölüm cezası ile değil dayak ve sürgün cezalarıyla cezalandırılacağı kabul edilmiştir.[123]. İbn Hazm da livata ve hayvanla ilişki suçlarını ta'zîr kategorisinde ele almıştır[124]. Livatanın delili olarak kabul edilen Lût kavmi ile ilgili âyetlerde verilen taşlama cezasının, onların sadece bu suçu işlemeleri değil inkarları ve başka suçları nedeniyle verildiğini, bu tür suçların naslar tarafından ölüm cezası öngörülen suçlar arasında bulunmaması nedeniyle ölümle cezalandırılamayacağını ileri sürmüştür. Ona göre bu eylemler *münker* niteliğini taşır, münkeri de elle düzeltmek yani sopa ile cezalandırmak gerekir[125].

Fakihlerin ekseriyeti hayvanla ilişkiye girenin ölümle cezalandırılacağına dair rivâyetlerin[126] hadis tekniği açısından genel olarak zayıf ve sıhhat bakımından ihticaca elverişli olmamasından dolayı ortaya çıkan şüphenin zina haddini düşürdüğünü, bu nedenle de bu suç için ta'zîr cezasının verilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir[127]. Sadece İmam Şâfiî'den gelen bir görüşe göre bu fiil zina gibidir; hayvanla ilişkiye giren muhsan ise recmedilir, değilse yüz sopa vurulur. Şâfiî'den gelen bir diğer görüşe göre ise suçlu her halükarda ölümle cezalandırılır[128].

Bazı Malikî, Şafiî ve Hanbelî hukukçular, Ömer b. Abdülaziz'in bir uygulamasına dayanarak Kitap ve Sünnete aykırı nitelikte bir bidat için propaganda yapan kimsenin ta'zîr yoluyla ölümle cezalandırılması gerektiğini belirtmişlerdir. Diğer fakihler ise bid'ata çağırma suçunun yeryüzünde fesat çıkarma niteliğine sahip olmasından dolayı hırâbe suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, bu nedenle de had olarak ölümle cezalandırılacağını belirtmişlerdir[129]. İmam Mâlik ve bazı Hanbelî hukukçular da casusluk su-

120 Serahsî, IX, 78; Kâsânî, VII, 34.
121 Serahsî, IX, 79.
122 Cessâs, III, 262; Bâcî, VII, 141; Serahsî, IX, 78-79; Abdülaziz Buhârî, Alauddin Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfü'l-esrâr an usûli Fahrülislâm el-Pezdevî*, Beyrut 1997, III, 61; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 68, 61.
123 Necefî, XIV, 380.
124 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 434.
125 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 453, 458.
126 Ahmed b. Hanbel, IV, 2420, 2727, 2733, 2817, 2915, 2916; Ebû Dâvûd, Hudûd 30; Tirmizî, Hudûd 23; Beyhakî, VIII, 233; Âzimâbâdî, XII, 157.
127 Sahnûn, VI, 213; Cessâs, III, 263; Serahsî, IX, 102; İbn Kudâme, XII, 351-352.
128 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 403; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 224-225; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 29.
129 İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s. 118; İbn Ferhûn, II, 297; Buhûtî, VI, 108.

çunun kamu yararının gerektirmesi durumunda ölümle cezalandırılmasına cevaz vermişlerdir[130].

Öte yandan suç işlemekte ısrar edip ceza ile uslanmayan hırsız ve şarap içenin belli bir tekerrürden sonra öldürülmesini emrettiğine dair rivâyetlerin[131] Peygamber (sav)'e varan senedinin münker olduğu ileri sürülmüştür. Bu açıdan Peygamber (sav) mükerrir hırsıza ölüm cezası vermiş bile olsa bu uygulamanın, hırsızın isyan ederek mürted ya da muharib statüsüne girmiş olma ihtimaline dayandığı düşünülmüş, tekrarla hırsızlık suçu işlemenin ölümle cezalandırılmasının had değil ta'zîr niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür. Buna göre suçlunun ısrarla suç işlemesi durumunda ve devlet başkanının uygun görmüş olduğu bir maslahata binaen ölüm cezası verebileceği kabul edilmiştir[132]. Bu görüşün uygulaması safhasında şu yöntemler önerilmiştir: Hırsızın suçunu ilk kez işlemesi halinde sağ eli kesilir, ikincisinde sol ayağı kesilir. Bundan sonra işlediği hırsızlık suçlarında ise Hanefî ve Hanbelî hukukçulara göre istihsanen herhangi bir organı kesilmeyip ta'zîr cezası ile cezalandırılarak tevbe edinceye ve tevbesinin izleri kendisinde görülünceye kadar hapsedilir[133]. Zâhirîler ise beşinci kez hırsızlık suçunu tekrarlayan suçlunun ölümle cezalandırılması gerektiği görüşündedirler[134]. Şâfiî fakihlere göre de üçüncü kez suçun işlenmesi durumunda hırsızın sol eli kesilir, dördüncüde sağ ayağı kesilir, daha sonra hapsedilir. Hapishanede iken suçlunun yeniden hırsızlık yapması durumunda ise artık ıslahından ümit kesilerek ölüm cezası ile cezalandırılmasının ta'zîren mümkün olduğu kabul edilmiştir. Aynı şekilde dinden dönme suçunun sürekli tevbe ederek tekrarlanması durumunda suçta ısrar edilmesinden dolayı ölüm cezası gerekli görülmüştür ki buradaki ısrar, 'ma'siyet' şeklinde nitelendirilmiştir[135].

Genel olarak değerlendirildiğinde ise klasik fıkıh doktrininde ta'zîr yoluyla verilen ölüm cezasına pek sıcak bakılmamakla birlikte, suçlunun tekrarla suç işlemesi, ıslahından ümit kesilmesi, kötülüğün önlenebilmesi veya toplumun zarardan korunması için suçlunun ortadan kaldırılmasının gerekliliği gibi toplumsal bir zaruret bulunması durumunda istisnaî olarak ölüm cezasının verilmesine açık kapı bırakıldığı, ancak bu istinaî ve özel durumları belirleme noktasında farklı tutumlar sergilendiği görülmektedir.

---

130 İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s. 120.

131 Ebû Dâvûd, Hudûd 2, 20, 29, 30, 37; Nesâî, Sârik 5; Tirmizî, Hudûd 15; Şevkânî, *Neyl*, VII, 130-133; İbrahim Canan, *Kütüb-İslâm Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi*, Ankara 1989, VI, 271.

132 İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s. 120; İbn Hümâm, IV, 246; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 68.

133 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* XII, 233-234; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 67.

134 Serahsî, IX, 167.

135 Şirvânî, IX, 178.

II- İSLÂM HUKUKÇULARININ ÖLÜM CEZASI ANLAYIŞI

Klasik fıkıh literatürünün ölüm cezasını gerektiren suç türlerine ayrılmış bölümleri, fakihlerin bu ceza ile ilgili yaklaşımlarının somut yönünü ortaya koymakta ve kanunlaştırmanın bugünkü anlamda mevcut bulunmadığı bir dönemde ölüm cezasının pratiğe aktarımını sağlayacak bir dizi kurallar içermekte, detaylı olarak da fakihlerin ölüm cezası anlayışlarının detaylarını ve bu cezayı hangi teorik temellere oturttuklarına dair önemli ipuçlarını ihtiva etmektedir. İşte bu başlık altında fakihlerin ölüm cezasını kabul etmelerinin temelinde bulunan gerekçeleri irdeleyerek konuyu daha soyut bir alana taşımayı hedeflemekteyiz. Bu noktada öncelikle fakihlerin dayandıkları sağlam temelin, Kur'ân ve Sünnette yer alan delillerden oluştuğunu belirtmek gerekmektedir ki ceza kategorilerinin tespiti sırasında da öncelikle cezanın Kitap ve Sünnet tarafından miktarının tayin edilmiş olması kriteri dikkate alınmıştır. Buna göre ilk planda kanunîlik ilkesinin göz önünde bulundurulduğu ve bu ilkeyi içeren cezaların genellikle 'hudûd' başlığı altında ele alındığı görülmektedir. 'Hudûd'un tekili olan *had* kelimesi, sözlükte mastar olarak 'engel olmak, iki şeyin arasını ayırmak', isim olarak ise 'iki şeyin birbirine karışmasını önleyen şey, bir nesnenin uç veya kenar kısmı, sınır, tanım' gibi anlamlara gelmektedir[136]. Kur'ân'da da hudûd kelimesi, çeşitli yerlerde[137], genel olarak Allah'ın yasakladığı ya da emrettiği hükümlerin ve bunlarla ilgili ilkelerin yani helal ve haram sınırlarının ihlal edilmemesine dikkat çekilmek üzere kullanılmıştır[138]. Kelimenin fıkıh literatüründeki teknik anlamı daha ziyade hadislerdeki kullanımına[139] dayanmakla birlikte bu terimin fıkıh ilminde kazandığı özel anlamın temelinde had kelimesinin sözlük manasının ve Kur'an'daki kullanım şeklinin bulunduğunu da düşünmek mümkündür. Zira kelimenin sözlükteki anlamları daha ziyade sınır ve ayırıcılık nitelikleriyle bir kesinliği çağrıştırmaktadır. Aynı şekilde Kur'anî bir ifade olan *hudûdullâh* tabiri Allah'ın emir ve nehiy şeklinde vazettiği hükümleri, tayin ettiği miktarları ifade etmek üzere kullanılmış ve bunları ihlal etmemenin gerekliliği vurgulanmıştır. Nitekim hadler, helal ve haram arasındaki ayrımın kesin olduğu durumları ifade

136 Râgıb el-İsfehânî, Ebû Kâsım Hüseyn b. Muhammed, *el-Müfredât fî garîbi'l-Kur'ân*, nşr. M - hammed Seyyid Kîlânî, Kahire 1961/1381, "hdd" md., s. 109; İbn Manzûr, "hdd" md., III, 140.

137 el-Bakara 2/187, 229, 230, 239; en-Nisâ' 4/12-14; et-Tevbe 9/97, 112; el-Mücâdele 58/2-4; et-Talâk 65/1.

138 Kurtubî, II, 336; İbn Hacer, XI, 319; Âzimâbâdî, III, 166.

139 Peygamber (sav)'in had terimini, bir hırsızlık olayında suçlunun affedilmesine karşı çıkma esnasında kullanımı, bu kelimenin ceza anlamına geldiğine yönelik Sünnette yer alan en bariz örneklerden biridir. Ayrıca suçların hadlerin dışında cezalandırılma yöntemine işaret eden ifadeleri de suçlara had ve tedip şeklinde cezaların verileceği yönünde yorumlanırken cezalandırma kategorileri de belirginlik kazanmaktadır: Bkz. Abdurrezzak, X, 202; Beyhakî, VIII, 283; a.mlf., IX, 339.

etmesi açısından *mehârim* ve bunların ihlalinin ya da artırıp eksiltilmesinin mümkün olmadığını işaret etmek üzere de *itaat* şeklinde nitelendirilmiş, ceza hukukunda ise miktarı naslarda belirlenen cezaları ifade eden bir kullanıma sahip olmuştur[140]. Nitekim Suyûtî mukadderâtla ilgili hükümleri, artırılıp eksiltilme kabiliyetine göre sınıflandırmış, ceza hadlerini ise kesin belirleme için verilen miktarlar kategorisinde değerlendirmiş ve bundan hareketle artırma ve eksiltme imkanı bulunmadığını belirtmiştir[141].

Ceza hukuku alanında hadlerin bu şekilde sabit anlam ifade etmesinde fakihlerin cezaları tespit ederken göz önünde bulundurdukları kanunîlik ve hak ayrımı şeklinde iki kriterin etkisi sözkonusudur. Nitekim fıkıh literatüründe hadlerin *mukaddera* şeklinde tanımlanması, bu cezaların bir nas tarafından vazedilmiş olmasının yani kanunîlik ilkesinin dikkate alındığını gösterir. Mesela, Mâverdî zina haddi ile ilgili âyetleri (en-Nisâ 4/15; en-Nûr 24/2) yorumlarken had ile 'va'd/söz' arasında bir farklılık bulunduğunu, bir muhataba yönelik bir emir ve bir faile yönelik bir hüküm içeren nassın bir haddin vücûbiyetine delalet ettiğini belirtirken[142] hadlerin tespiti ile ilgili kriteri ortaya koymaktadır. Bu kriterin "kanunsuz suç ve ceza yoktur" şeklinde kurallaştırılan kanunîlik ilkesi kapsamında düşünülmesi mümkündür.

Had kavramının kapsamına giren cezaların tespiti sırasında ise fakihlerin bir başka kriteri gündeme getirdikleri görülmektedir ki Hanefîler sadece Allah hakkı olarak miktar ve keyfiyeti tayin edilen cezaları bu terimle ifade etmiş; diğer fakihler ise had teriminin mücerret olarak takdir ve tayin edilmesi kriterini göz önünde bulundurduklarından adam öldürme suçu için verilen kısas cezasını da had olarak nitelemişlerdir. Her iki görüşün ortak olarak kabul ettiği nokta ise bu cezaların Kur'an ve Sünnet tarafından tayin/takdir edilmiş olmasıdır. Nitekim "*şer'î ve bağlayıcı bir hüküm içeren her takdir bir haddir*" [143] ki kısas da bu kritere uyması sebebiyle sabit cezalar kategorisinde yer almaktadır. Ancak kul hakkı ile ilgili olması açısından hak sahibi tarafından affı mümkün görülmüştür. Allah hakkını ihlâl eden suçlara verilen had cezalarının ise mahkemeye intikal ettikten sonra devlet başkanı ya da kanun koyucu tarafından affedilmesi veya düşürülmesi imkansızdır. Hatta bu safhada yetkili mercie suçlu lehine şefaat talebinde bulunmak dahi Allah'a karşı gelme şeklinde kabul edilmiştir[144]. Bu kabulün dayanağı ise ölüm cezası ile ilgili ol-

140 Geniş bilgi için bkz. Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 393; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 288; İbn Teymiyye, *es-Siyase*, 98; İbn Hümâm, I, 186; Ebû İshâk, IX, 43; İbn Hacer, XII, 58.

141 Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celaleddin Abdurrahman b. Ebî Bekr, *el-Eşbah ve'n-nezâir,* Beyrut: Darü'l-Kitabi'l-Arabi, 1987, s. 422.

142 Teferruata dair bilgiler için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 187-188.

143 Bestâmî, s. 46.

144 Heysemî, IV, 201; a.mlf., VI, 259; İbn Hacer, XII, 87

masa da had kapsamına girmesi itibarıyla bir hırsızlık vakasında Peygamber (sav)'in suçluyu cezalandırmamasına yönelik af taleplerini, "*Allah'ın haddine mi şefaat ediyorsun*" buyurarak reddetmesidir[145].

Ayrıca bu nitelikteki cezaların sadece devlet başkanı ya da onun temsilcisi tarafından karar verildikten sonra infaz edilmesi kuralı benimsenmiştir[146]. Burada hakkın Allah'a ait olması ile devlet başkanının O'nun vekili olması arasında bir bağlantı kurulmuş, Peygamber (sav)'in Maiz'in recmini emretmesi kamu otoritesinin hadde karar vermesi, infaz sırasında bulunmaması ise yetki verilen kimselerin infazı gerçekleştirebileceği şeklinde yorumlanmıştır[147]. Bu noktada İslâm hukukçularının had ve kısas kategorisindeki cezaları hem kanunîlik ilkesini hem de ihlal edilen hakkın sahibini esas alarak temellendirdikleri görülmektedir. Had ve kısas cezalarının dayandığı bu temelleri, fakihlerin ölüm cezası anlayışlarını tespit etmek ve bu cezanın dini bir temelinin bulunup bulunmadığını sorgulayarak çağdaş yorumlara ışık tutmak amacıyla incelemek gerekmektedir.

A- Kanunîlik İlkesi

Klasik fıkıh öğretisinde ceza hukuku alanındaki kanunîlik ilkesi *mukaddera* terimi ile ifade edilmiştir. İslâm hukukçuları arasında Kur'an'da öngörülen zina ve kazf suçu için sopa, hırsızlık için el kesme ve hirâbe için ölüm, el ve ayakların kesilmesi, asma şeklindeki cezaların mukadder olmaları açısından farklı bir yaklaşım yoktur. Hadislerde de bu cezalar ya özel olarak adlandırılmakta ya da had şeklinde nitelendirilmektedir[148]. Hak ayrımını dikkate alan Hanefîler, kısası haddin kapsamına dahil etmeseler de bu cezanın Kur'ân'da vazolunması itibarıyla mukadder olarak nitelendirilmesi hususunda diğer fakihlerle hemfikirdirler. Ölüm cezası gerektiren suçların Sünnetteki en açık dayanağı ise "*Müslüman bir kişinin kanı, ancak üç şeyden biri ile helal olur: İmandan sonra küfür, evlilikten sonra zina, haksız yere birisini öldürmek*[149]" hadisidir. Fakihler de özellikle bu hadisi kullanarak zina, dinden dönme ve adam öldürme suçunun had kategorisinde ölüm cezası gerektirdiği sonucuna varmışlardır[150].

Ölüm cezasını gerektiren diğer suçlar açısından ise Mâverdî hadisin iki yönden ele alınması gerektiğini belirtmiştir: Birincisine göre hadis, farklı kav-

145 Olay hakkında geniş bilgi için bkz. Abdurrezzak, X, 202; Beyhakî, VIII, 332.
146 Abdurrezzak, IX, 418 (no. 17848).
147 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 234-235; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 34; Şirvânî, IX, 161.
148 Buhârî, Hudûd 12, 21, 27, 42; Müslim Hudûd 8, 40; Ebû Dâvûd Hudûd 23-25; İbn Ebî Şeybe, V, 478, 540; İbn Hacer, XI, 319.
149 Buhârî, Diyât 6, 22; Müslim, Kasâme 25-26; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 10; Nesâî, Tahrim 5, 11, 14; Darîmî, Siyer 11; Hudûd 2.
150 Örnek olmak üzere bkz. Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 198.

ramlarla aynı hükmü içeren üç şart ile öldürmeyi mübah kılmıştır. Buna göre imandan sonra küfürde af caiz değildir; ancak ölüm cezası tevbe ile düşer ve tevbeden sonra küfür ismi yok olur; ihsandan sonra zinada ise yakalandıktan sonra af caiz olmadığı gibi suçun tevbe ile düşmesi de söz konusu değildir ki bu nedenle tevbeden sonra zina ismi yok olmaz. Haksız yere adam öldürmede ise af caizdir; ancak ceza tevbe ile düşmez; bu nedenle tevbe ile katl ismi zail olmaz. Mâverdî bu izahlar ile kavramlar ve isimlerin farklılığı çerçevesinde katlin de belli bir sayı ile sınırlanamayacak şekilde çeşitli kelimelerle ifade edildiğini göstermek istemiştir. İkinci açıdan ise Arap dilinde mezkûr sayının içine katl anlamına gelen daha başka kelimelerin katılmasına engel bir durum söz konusu değildir ki yapılacak ilaveler hadisin hükmünü ortadan kaldırmaz[151]. Nitekim klasik fıkıh doktrininde bu bakış açısı ile hadiste geçen üç suçun dışındaki suçlar için gereken ve had niteliği taşıyan ölüm cezalarında da kanunîlik kriterinin mevcut olduğu yönünde bir anlayışa sahip olunduğu görülmektedir. Fakihlerin bu kriterin kapsamı ile ilgili yaklaşımlarını suç türlerini gözden geçirerek temellendirmek mümkündür:

a-Zina Suçu

Recm cezasının bizzat Kur'ân'da yer almaması nedeniyle meşrûiyeti ilk dönemlerden itibaren sorgulanmıştır. Nitekim Hz. Ömer'in 'ileride bazı kimselerin Kur'ân'da bulunmaması sebebiyle recmi kabul etmemeleri' noktasındaki endişesini dile getirdiği rivâyet edilir[152]. Ayrıca Ebû İshâk Şeybânî (ö.140)'nin sahabî Abdullah b. Ebî Evfâ (ö.87)'ya Peygamber (sav)'in en-Nûr sûresinden önce mi sonra mı recm cezasını uyguladığının sorulması ve O'nun da bilmediğini söylemesi[153], o dönemde de recmin hukukîliği noktasında birtakım şüphelerin bulunduğunun göstergesidir[154]. Bununla birlikte İslâm hukukçularının bir kısmı Peygamber (sav)'in recm uygulamalarının zina suçu için sopa cezası vazeden Kur'ân âyetlerini neshettiğini[155], çoğunluğu ise tahsis ettiğini[156]

151 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 128.

152 İbn Hacer, XII, 148.

153 Buhârî, Hudûd 21, 37; Müslim, Hudûd 29; Ebû Dâvûd, Hudûd 26; Tirmizî, Hudûd 10; İbn Mâce, Hudûd 10; Mâlik, Hudûd 1; Dârimî, Hudûd 15.

154 Recmin tarihi ile ilgili varsayımlar hakkında geniş bilgi için bkz. İbn Hacer, XII, 120.

155 İmam Mâlik, Ebû Hanife ve talebeleri recmle ilgili rivâyetlerin celde âyetini neshettiğini kabul etmişlerdir. Nitekim Hanefi usûlüne göre tahsis mukarin bir delille olmalıdır, yani âmm ile hâss aynı anda bildirilmelidir; hâssın daha sonra bildirilmesi durumunda ise nesh gerçekleşmiş olur. Bu açıdan Hanefîler, celde âyetinin hükmünün Sünnet tarafından muhsan olanlar açısından neshedildiği görüşündedir. Geniş bilgi için bkz. İbn Rüşd, II, 363; Âmidî, Seyfeddin b. Ali b. Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, Kahire 1967, III, III, 153; Abdülaziz Buhârî, III, 334; Şevkânî, VII, 102; Âzimâbâdî, XII, 59.

156 Genel kanaati yansıtan bu yaklaşıma göre ise bu noktada nesh değil tahsisten söz etmek mümkündür,; zira âyetlerle hadisler arasında tam bir zıtlık bulunmamaktadır. Ancak âyetin genel ifadesi recm hadisleriyle tahsis edilmiş ve sopa cezasının muhsan olmayanlara has olduğu açıklanmıştır. Peygamber (sav)'in muhsan olan zina suçlusuna recm cezasının gerekliliğini

ileri sürerek bu cezanın Sünnet tarafından vazedilmiş olması itibarıyla had niteliği taşıdığını kabul etmişlerdir. Her iki görüş de recmin dayanağı olan kavlî ve fiilî hadislerin manevi mütevatir[157] ya da meşhur[158] derecesinde olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca sahabenin ve sonraki müslümanların recmle ilgili icmaı yönündeki genel kabul de recmin had kategorisinde değerlendirilmesinin dayanaklarındandır. Öte yandan en-Nûr 24/2. âyete göre zina suçu için yüz sopa cezasının vazolunması sırasında evli bekar ayrımı yapılmamasını dikkate alarak ve Nisâ 4/25. âyette köle ve cariyelere uygulanacak zina cezasının *"muhsanât"*a uygulanacak cezanın yarısı olduğunun ifade edilmesinden hareketle cezanın bölünebilen cinsten olmasının gerektiğini ileri sürerek recm cezasını kabul etmeyenler de vardır[159]. Mâiz'in recmi ile ilgili rivâyetin haber-i vâhid, Gâmidiyeli kadının recmine dair hadisin ise zayıf olması nedeniyle Kur'ânî bir delil varken zan ifade eden rivâyetlerle amel edilemeyeceğini ileri süren recm karşıtları, zina suçunun had cezası olarak celde yani sopa cezasını kabul etmişlerdir[160].

b-Dinden Dönme Suçu

Dinden dönme suçu İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından "*ridde*" başlığı altında hadler bölümünde ele alınmış ve dinden dönen kimseye belli kayıtlarla tatbik edilen ölüm cezasının had niteliği taşıdığı kabul edilmiştir. Ancak göz önünde bulundurulan deliller incelenirse Peygamber (sav) zamanında[161] dinden çıkan bazı şairlerin Peygamber (sav)'e ve İslâm'a hakaret

---

ifade ederken söze "benden öğrenin" şeklinde başlaması da Kur'ân'daki sopa cezasının evliler için geçerli olmadığını açıklama amacı taşıdığı şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre âyet, vahiy kaynaklı Sünnetle tahsis edilmek suretiyle açıklanmıştır. Nitekim Hz. Ali'nin Şurâhe'ye önce sopa sonra da recm cezasını uyguladıktan sonra "*Allah'ın kitabı ile celde uyguladım; Rasûlullâh'ın Sünneti ile de recmettim*" demesi, Ömer b. Abdilaziz'in Kur'ân'da sadece sopa cezasının bulunduğunu ileri süren Haricîlere, namazın rekatı, rükun ve vakitleri, zekatın nisabı, verildiği kimselerin Kur'ân'da bulunup bulunmadığını sorması, onların da bulamadıklarını itiraf etmeleri üzerine recmin, namaz ve zekat gibi Peygamber (sav)'in ve O'ndan sonraki müslümanların uygulamaları olduğunu belirtmesi, recmle ilgili rivâyetlerin Kur'ân'daki hükmü, muhsan açısından tahsis ederek açıkladığının göstergeleri olarak kabul edilmiştir: Geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 197; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 34-36.

157 Cessâs, III, 45; Subkî, Ebü'l-Hasan Takıyyüddin Ali b. Abdülkâfî, *el-İbhâc fî şerhi'l-minhâci'l-vusûl ilâ ilmi'l-usûl*, Kahire 1981, II, 183; Zerkeşî, Ebû Abdullah Bedreddin Muhammed b. Bahadır b. Abdullah, *el-Bahrü'l-muhît fî usûli'l-fıkh*, 2. bs., (y.y.) 1992, III, 362; İbn Hümâm, V, 224; İbn Hacer, XII, 118. 120, Suyûtî, *Katf*, 223; Şevkânî, *Neyl*, VII, 102; Kettânî, 174.

158 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, nşr. Ebü'l-Vefâ Efgânî, Beyrut 1973, I, 292; Nesefî, Ebü'l-Berekât Hafızüddin Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, *Keşfü'l-esrar şerhi'l-musannef ale'l-menâr*, Beyrut 1986, II, 3; Abdülaziz Buhârî, II, 674.

159 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, Ebu Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas, *er-Risâle*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir, 2. bs., Kahire 1979, s. 131-137; İbn Kuteybe, Ebû Abdullah b. Müslim, *Te'vîlü muhtelefi'l-hadîs*, Kahire 1908, s. 192; Razî, X, 64.

160 Tartışmalar için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Râzî, XXIII, 134; İbn Kudâme, IX, 35; Elbânî, VIII, 326.

161 İlk irtidat olayı hicrî 8. yılda meydana gelmiştir: Hâşim b. Subâbe müslüman olmuş ve Pe-

eden şiirlerle anti-propagandaya giriştikleri, peygamberliklerini ilan edenlerin İslâm ve müslümanlar aleyhine karalama faaliyetleri, insanları dinden çıkarma çabası sergiledikleri ve müslümanlarla mücadele etmek için asker toplamaya kalkıştıkları görülmektedir[162]. Hz. Ebû Bekir döneminde ise zekat vermekten kaçınanlar da toplu bir hareket olması açısından devletin siyasî hakimiyeti için bir tehdit teşkil etmektedir. Bu olaylar bireysel olarak bir inanç değiştirme niteliği taşımaması sebebiyle mürtedleri İslâm'a karşı savaş açan muharib kategorisinde değerlendirmeyi gerektirmektedir. Nitekim dinden çıkanın öldürülmesi gerektiğine delil olarak gösterilen Bakara 2/217. âyet de Mekke müşriklerinin eylemlerini anlatmaktadır. Hanefîler de suçlunun muhârib sıfatını haiz olmasını göz önünde bulundurarak kadın olması durumunda öldürülmemesi şeklindeki görüşlerinden ve ölüm cezasının tevbe teklifinden sonra gündeme gelmesinden hareketle bu suç için mutlak ve zorunlu olarak verilmesi gereken bir ceza olmadığını ileri sürmüşler; hatta dinden dönme suçunu "*Kitâbü's-siyer*" bölümünde ele almışlardır[163]. Ayrıca bu suçu müstakil başlık altında inceleyenler de vardır[164]. Bazı fakihlerin ise zekat vermeme eylemini dinden dönme kapsamına dahil etmesi ve "dinini terkeden" ifadesini "toplumdan ayrılan" şeklinde izahları[165] da dikkate alındığında bu suçu mücerred olarak din değiştirmeden ziyade İslam toplumunun bütünlüğünü zedeleyecek bir eylem olarak kabul ettikleri düşünülebilir. Hatta Hz. Ömer'in İslâmı reddederek müşriklere katılan bir toplulukla savaşıldığını öğrendiğinde "*onlar için ölümden başka çıkar yol yok muydu*" diyerek kendisinin İslamı yeniden onlara öneceğini, kabul etmemeleri halinde ise hapse atacağını belirtmesi[166] de dinden dönmenin doğrudan doğruya ölüm cezası gerektirmediğini ortaya koymaktadır.

c- İsyan Suçu

İsyan suçuna verilen cezanın had niteliği taşıması hususunda da görüş ayrılığı mevcuttur. Fakihlerin ekseriyetinin bu suçu had kategorisinde incelemelerinin sebebi, bu eylemin toplumun düzenini bozması itibarıyla Allah

---

gamber (sav) ile birlikte Benî Mustalik gazvesine katılmıştı. Bu sırada ensardan biri müşrik zannederek onu öldürmüştü. Hâşim'in kardeşi Mıkyes de Peygamber (sav) 'e gelerek kardeşinin diyetinin ödenmesini talep etmiş, Peygamber (sav)'in hükmü üzere diyet ödenmiş ve Mıkyes müslüman olmuştu. Ne var ki bir müddet sonra kardeşinin katiline düşman olarak onu öldürmüş ve dinden dönmüştü. Bunun üzerine Peygamber (sav) de Mıkyes'in nerede bulunursa öldürülmesini emretmiş ve kendi kabilesinden biri onu öldürmüştü: Belâzürî, s. 58-59; Taberî, III, 59.

162 Taberî, III, 227-342.

163 Şeybânî, Muhammed b Hasen, *Şerhu Siyeri'l-kebîr*, nşr. Abdülaziz Ahmed, (y.y.) el-İ'lâmü'l-İlânâtü'ş-Şarkiyye 1972, V, 1940; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 109; Kâsânî, VII, 134.

164 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 155.

165 Ebû İshâk, VIII, 240.

166 Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 227.

haklarını ilgilendirdiğini düşünmeleri şeklinde izah edilebilir. Ayrıca hukukçu olarak bu suçun ve cezasının üst sınırlarını belirlemek suretiyle devlet başkanına fazla yetki vermenin sebep olacağı olumsuz sonuçları önleme gayreti taşıdıkları da düşünülebilir[167]. Ancak klasik doktrinde isyan suçunun had niteliği taşıdığı şeklinde genel bir kabul bulunsa da hukuk bilginlerinin bu noktada net bir tavır sergilediklerini ileri sürmek zordur. Nitekim bazı fakihler isyan suçunu "*Kitâbu'l-hudûd*"[168], bir kısmı "*Kitâbü's-siyer*" veya "*Kitâbü'l-cihâd*" bölümlerinde[169] ya da müstakil başlıklar altında ele almışlardır[170]. Bu da bağy suçuna verilen ölüm cezasının had niteliği taşıması hususunda birtakım şüpheleri gündeme getirmektedir. Mücerret olarak isyan eyleminin suç veya cihad niteliklerinden hangisini taşıdığı hususundaki yaklaşımların dayandığı temelin sübjektif yorumlardan oluşması, suçluların öldürülmelerinin had niteliği taşıyan bir ceza olarak kabulünü zorlaştırmaktadır. Bunun nedenlerini ise şu şekilde özetlemek mümkündür:

1- İsyanın doğrudan doğruya ölüm cezasını gerektirmemesi: "*Eğer mü'minlerden iki zümre birbiriyle savaşırlarsa aralarını bulup barıştırın*" (el-Hucurat, 49/9) âyeti, isyan durumunda öncelikle ıslah girişiminde bulunulmasının yani hükümet ile muhalif grub arasında arabuluculuk yapılmasının gereklililiğini ortaya koymaktadır. Âyetteki *"Şâyet onlardan biri diğerine karşı hala saldırıyorsa sizde saldıran(taraf)la Allah'ın emrine dönene kadar savaşın*" ifadesine göre ise isyan suçunun oluşması için gerekli şartların bulunması durumunda devlet başkanının, kendisinin haklı olduğunun ortaya çıkması için asilerin muhalefet etmelerinin sebebini araştırıp onlarla tartışarak şüphelerini izale etme şeklinde bir ön adım atması gerekmektedir. Ancak bu adımın faydalı olmaması durumunda savaş gündeme gelmektedir[171]. Hz. Ali'nin Nehrevan'da İbn Abbas'ı, isyanlarının nedenini araştırmak üzere Haricîlere göndermesi de bunun örneğidir[172].

2- Suçluların sadece savaş sırasında öldürülmesinin kabul edilmesi: Fakihler, âyette geçen "*Allah'ın emrine dönene kadar*" ifadesini, asıl gayenin isyanın bastırılması olduğu ve bu gayenin gerçekleşmesi durumunda suçlulara müslüman olmalarından dolayı toleranslı davranmanın gerekliliği şeklinde yorumlamışlardır. Savaşa başlamadan önce suçlulara isyan nedenlerini sorup nasihat etmek üzere adil, alim bir şahıs gönderdikten sonra isyanda ısrar etmeleri ha-

167 Ali Bardakoğlu, "Had", *DİA*, İstanbul 1996, 549.
168 Örnek olarak bkz. Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 439.
169 Serahsî, *el-Mebsût*, X, 124.
170 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII, 497; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 146; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 190.
171 Serahsî, *el-Mebsût*, X 128; İbn Cüzey, s. 239; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 147; Şirvânî, IX, 67.
172 İbn Abbas ile Hâricîler arasında cereyan eden tartışmalar için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 103.

linde öldürülmeleri kaçınılmaz olduğunda kaçanların takip edilmemesi ve esirlerin öldürülmemesinin kabulü de bu toleransın ifadesidir[173]. Ebû Hanife'nin isyanın bastırılmasından sonra esirlerin öldürülmesine cevaz vermesinin[174] nedeni ise isyanın tamamen bastırılamaması halinde suçluların yeniden isyana teşebbüs etmelerinin önüne geçilmesi şeklinde izah edilmiştir[175].

3- İsyan suçu işleyenlere muhariplik haklarının tanınması: Fakihlerin isyankarlarla savaşı çeşitli açılardan müşriklerle yapılan harpten farklı gördüklerini ifade etmelerinden[176] hareketle, isyankar grubun muharib sıfatı taşıdığını düşünmek mümkündür. Nitekim isyan suçunun oluşumu ile ilgili şartlar içerisinde suçluların, sayılarının birden fazla olması[177] ve Cemel ve Sıffîn'de olduğu gibi "*adalet ehli*"nin meskun olduğu bölgeden ayrılarak kendilerine ait bir mekan seçmeleri gerektiği ileri sürülmüştür[178]. Nitekim isyankarların hakim oldukları topraklarda verilen emanın ve adi suçlar için verilen ceza kararlarının muteber sayılmasını[179] ve onlara ödenen harac, cizye ve zekatın meşruû olduğunu[180] kabul eden görüş de onların farklı bir müslüman devlet gibi telakkî edildiklerini düşündürmektedir. Hatta İmam Şâfiî bağî ve harbîlerin emanını aynı kategoride değerlendirmiştir[181]. Öte yandan Hanefîlerin imamın "*dâr-ı bağy*"de yetkisi bulunmaması nedeniyle isyancılara had cezalarının uygulanmaması şeklindeki görüşü de 'devlet' düşüncesini çağrıştırmaktadır. Malikîler ve Hanbelîler de isyankarların haklarında had uygulanmayacağı konusunda Hanefîlerle aynı görüşü benimserler. Şâfiî fakihler ise had cezaları ile ilgili naslarda "*dâru'l-adl*" ya da "*dâru'l-bağy*" şeklinde bir ayrımın bulunmaması ve bunların umum ifade etmesi hasebiyle her iki mekanda da hadlerin uygulanması gerektiğini kabul ederler. Zira her iki taraf da müslüman olmaları nedeniyle helal ve haram noktasında aynı hükümlerle yükümlüdürler. Bu açıdan gayri müslim bir ülke ile dâru'l-bağy arasında bir benzerlik bulunmaz[182]. Diğer fakihler tarafından asîlerin müstakil bir devlet

173 Hırakî, s. 123; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 443, 445; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 125; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII, 505; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 147; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 200; İbn Cüzey, s. 239; Remlî, VII, 407-408.

174 Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 119; Kâsânî, VII, 93; İbn Kudâme, XII, 250-252; Tarablusî, s. 191; İbn Hümâm, III, 411; İbn Nüceym, V. 152; Remlî, VII, 407-408.

175 Muhammed Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, İstanbul 1963, s. 344.

176 Bâğîlerle savaşın müşriklerle savaştan ayrılan yönleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 9-13; İbn Cüzey, s. 239.

177 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 6.

178 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 102.

179 Bkz. Serahsî, *Mebsût*, X, 133-136.

180 Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 213.

181 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 146.

182 Şâfiî, *el-Ümm*, VII, 374-375; Serahsî, *el-Mebsût*, X, 128; İbn Rüşd, II, 382; Kâsânî, VI, 141; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 113; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 10; İbn Cüzey, s. 364; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 149; Ebû İshâk, IX, 159.

gibi kabul edilmeleri ve onlarla yapılan savaşın da onları tekrar merkezî otoriteye bağlama gayesi taşıması açısından muharib kategorisinde değerlendirilmelerinin yanı sıra müşrik muhariblerden farklı olarak kaçanların takip edilmemesi ve esirlerin öldürülmemesinin sebebi, müslüman olmaları nedeniyle birtakım ayrıcalıklar tanınması gayesidir.

4- Asilerin öldürülmesinin *katl* değil de *kıtâl* şeklinde ifade edilmesi: Fıkıh literatüründe ölüm cezası genellikle *katl* kelimesi ile ifade edilmişken isyankarların öldürülmesini ifade etmek üzere *kıtâl* terimi kullanılmıştır. Bunun sebebi ise âyette geçen "*savaşın!*" ifadesi ile katlin değil kıtâlin emredildiğinin düşünülmesidir. Kıtâl de "*Allah'ın emrine dönüceye kadar*" şeklinde kayıtlanmıştır ki buna göre savaştan maksat, asileri isyandan vazgeçirmedir[183]. Bu bağlamda bir tevile sahip olsa bile kişinin tek başına gerçekleştirdiği adam öldürme suçlarının kısas ile cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Nitekim Mâverdî, Hz. Ali'nin katili olan Abrurrahman b. Mülcem'i bir tevile sahip olması nedeniyle "*bâğîlerin en kötüsü*" şeklinde nitelemiş; Hz. Ali'nin yaralandığında ancak kendisinin ölümünden sonra velisinin kısasla cezalandıracağını ya da affedeceğini ifade etmesini ve daha sonra bu emre riâyet edilmesini dikkate alarak haksız bir tevile dayanan ve güç kullanan bir topluluğun isyankâr kabul edileceğini belirtmiştir[184].

İsyankar bir toplulukla 'kıtâl' ise dahilî ve küçük çaplı da olsa bir savaşı çağrıştırmaktadır. Nitekim fakihlerin ekseriyetinin savaş sırasındaki can ve mal kaybı nedeniyle savaştan sonra ceza verilmemesi gerektiği yönündeki görüşlerini bu çerçevede ele almak mümkündür[185]. Şâfiî, bu hususta İbn Şihâb'ın bu tür fitneler sırasında kan akmasının mümkün olduğu, ancak katilin ve maktûlün bazılarının bilinebileceği, bu nedenle harb bittikten sonra savaş sırasındaki can ve mal kaybının kısas ya da tazminat ile telafi edildiğini bilmediği şeklindeki ifadelerini dile getirmiştir. Nitekim Cemel ve Sıffîn'de katil ve maktûl bilindiği halde can ve mal kayıplarının tazmin ettirilmemesi bu hususta icmanın da bulunduğunu gösterir. Mâverdî ise bu görüşün gerekçesi olarak isyankarların telef ettiklerini tazmin etmelerinin kabul edilmesi

183 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 439; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 147-148; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 6; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 198-200; Remlî, VII, 402; Şirvânî, IX, 67, 70-71.

184 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 112-113.

185 Zâhirîlere ve Şâfiî mezhebinde bir görüşe göre savaş sırasında meydana gelen can ve mal kaybının tazmin edilmesi gerekir. Zira suç hakkı ortadan kaldırmadığı gibi borcu da yok etmez. Bu nedenle öldürme suçu ya kısas ile cezalandırılır, ya da affedilir. Nitekim Hz. Ali, İbn Mülcem tarafından yaralanmasından sonra "*Onu yedirin, içirin ve hapsedin. Eğer yaşarsam, kanını akıtıp akıtmama yetkisi bendedir, istersem kısas uygularım*" demiştir. Bu görüşün dayanağını teşkil eden diğer deliller hakkında geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XI, 105; Şirâzî, II, 221.

halinde isyandan vazgeçmelerine engel olunacağını ifade etmiştir[186]. Bu ifadelerde aslında isyanın bir suç olarak cezalandırılmasının değil, sözlü diyaloğun faydasız kalması durumunda savaşarak bastırılmasının kabul edildiği görülmektedir ki fakihlerin savaşın can kaybını gerektirdiği şeklindeki ifadelerinin[187] yanı sıra savaşın dışında meydana gelen mal ve can kaybının telafi edileceği hususunda görüş birliği içerisinde olmaları öldürmenin sadece savaş ile kayıtlandığının göstergesidir. Kanaatimizce de savaşın doğası gereği can kaybının olması bir ceza şeklinde telakki edilmemelidir. Zaten ilk dönem fakihlerinin, isyan suçu işleyenlerle kıtalin, müslümanların ilk dönemlerde az olması sebebiyle sayıları artana kadar fitnenin bertaraf edilmesi amacı ile uygulandığı ve bu gerekçe ile bâğî toplulukla savaşılabileceği şeklindeki ifadelerinden[188] kıtalin de bağlayıcı ve mutlak bir ceza olmadığı sonucuna varmak mümkündür.

5- İsyan için verilen ölüm cezasının ta'zîr niteliğini taşıdığını ileri süren görüşler: Bazı alimlerin, el-Hucurât 49/9. âyeti gereğince suçluların ıslahına çalışılması, barışa yanaşmamaları halinde Allah'ın hükmüne boyun eğinceye kadar onlarla savaşmakla birlikte kendilerine mürted, müşrik ve eşkıya muamelesinin yapılmaması yönündeki müsamahalı tavrı göz önünde bulundurarak devlete karşı isyan edenlerin hareketinin daha çok iki müslüman grubun çatışması şeklinde telakki ettikleri ve bu suç için öngörülen ölüm cezasının had niteliği taşımadığı yönünde bir yaklaşım sergiledikleri görülmektedir. Bu düşüncenin temelinde ise ilgili âyette devlet başkanına karşı isyan anlamı içeren bir konunun mevzû bahis olmaması ve âyette kullanılan "*bağy*" fiilinin birbirleriyle savaşan iki gruptan birinin, arabulma çabalarına rağmen savaşa devam etmesi şeklinde yorumlanması bulunmaktadır. Buna göre âyetin devlet başkanına isyan suçunun cezasını açık ve bağlayıcı bir şekilde düzenlememesi, bu suça verilecek cezanın da had kategorisinde yer almadığı yönünde yorumlar yapılmasına neden olmuş, bu suçu işleyenlerin mal yağmalama ve zalimce insan öldürme amacı taşımamaları nedeniyle hırâbe, müslüman olmalarından dolayı da irtidad suçu kapsamında cezalandırılmaması gerektiği kabul edilmiş, isyan suçuna verilecek cezanın, isyancıların yeniden

186 Detaylı izahlar için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 105-107; a.mlf., *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 123.

187 Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 210.

188 İbrahim en-Nehaî, kendisine Hasan el-Basrî'nin "*bagy suçu işleyenlerle kıtalin bir sakıncası yoktur*" dediği söylendiğinde bunu tasdik etmiştir. Ayrıca İbn Mes'ûd'a Zâviye ve Cemâcim günü nerede olduğu sorulduğunda evinde olduğu cevabını vermiştir: Zehebî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Osman (ö. 748), *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, nşr. Şuayb el-Arnavut-Muhammed Naîm el-Arksûsî, Beyrut 1413, IV, 526; Zührî de "fitne ortadan kalkana dek onlarla savaşın" âyetini Peygamber (sav) zamanında uyguladıklarını, zira o dönemde müslümanların az olduğunu, çoğalana kadar da fitnenin bertaraf edilmesi gerektiğini ifade eder: Zehebî, III, 229.

devlet otoritesine boyun eğerek itaatlerinin sağlanması amacını taşıması nedeniyle bu suçun siyasî nitelik taşıdığı ileri sürülmüştür[189].

İsyan suçu ile ilgili yaklaşımlar topluca değerlendirildiğinde asilerle savaşın gerekliliği konusunda karar verecek olan makamın devlet başkanı olması hasebiyle bu eylemin ta'zîr kategorisinde ele alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Zira suçluların ıslahı için girişimlerde bulunulmasına rağmen isyanda ısrar edilmesi durumunda toplum fertlerinin devletin ya da muhalif grubun yanında yer almasını gerektiren şartların gündeme gelmesi nedeniyle toplumsal çözülmenin önüne geçme ve kamu düzenini sağlama amacı ile devletin müdahalesi kaçınılmaz olur. Bunun neticesinde yapılan savaşta isyankarları öldürmenin, onlara verilen zorunlu bir ceza olarak değil de toplum düzenini sağlama gayesiyle kargaşayı giderme ve isyanı bastırma anındaki çatışma ya da iç savaş sırasında verilen zâyiât şeklinde düşünülmesi mümkündür.

d- Yol Kesme ve Kasten Adam Öldürme Suçu

Kur'ân'da Yol kesme suçunun cezaları arasında "*katl*" kelimesinin kullanılması, bu suç için ölüm cezasının had cezası olarak gerekliliğinin kabulüne neden olmuştur. Ancak fakihlerin bu hususta delil olarak kabul ettikleri "*Allah ve Rasûlüne karşı savaşanların ve yeryüzünde fesad çıkaranların cezası öldürülmek, asılmak, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut da bulundukları yerden sürülmedir. Bu onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır. Ancak siz kendilerini yenip ele geçirmeden önce tevbe edenler müstesna...*" âyetinde (el-Mâide 5/33-34) silahlı soygun, yol kesme şeklindeki suçların bu cezayı gerektirdiği yönünde açık bir ifade bulunmamaktadır. Bununla birlikte fakihler âyette geçen 'Allah'a ve Resûlüne karşı savaşma' ifadesini, savunmasız yolculara engel olarak korku verme şeklinde yorumlamışlardır[190]. Ayrıca hırâbe ile ilgili âyetin öncesinde (el-Mâide 5/32) "*yeryüzünde fesat çıkarma*" ile "*bir cana karışılık olmaksızın bir insanı öldürme*" ifadelerinin bir arada zikredilmesi her iki suçun da ölüm cezasını gerektirdiği yorumunun yapılmasına neden olmuştur[191].

Bu yorumlarda âyetin nüzûl sebebi ile ilgili görüşlerin etkisi de söz konusudur. Nitekim bu âyetin, Medine'nin havası kendilerine iyi gelmemesi nedeniyle Peygamber (sav)'in, sağmal develerin sütünden içmelerine izin verdiği Ukl ve Ureyne kabilesinden bir topluluğun iyileştikten sonra dinlerinden dönerek çobanları öldürmeleri üzerine suçluların susuz bırakılmalarını, ikisinin

189 Geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 499; Kâsânî, VII, 140; İbn Hümâm, VI, 99; Merdâvî, X, 311; İbn Nüceym, V, 151; Remlî, VII, 403; Elbânî, VIII, 113.

190 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 125.

191 Kurtubî, VI, 156; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 125.

gözlerine mil çekilmesini, ikisinin el ve ayaklarının kesilmesini, ikisinin ise asılmasını emretmesi[192] üzerine nazil olduğu ileri sürülmüştür[193]. Bu olayda suçluların dinlerinden dönmeleri nedeni ile âyetin, Allah'a ve Resûlüne ancak kafirler tarafından savaş açılacağı gerekçesiyle ahidlerini bozma ve yeryüzünde fesat çıkarma özelliğine sahip olan Kitab ehli ya da müşriklere veya mürtedlere yönelik olduğu, sebebin hususîliğine değil lafzın umumîliğine itibar edilerek bütün fesat çıkarma niteliği taşıyan olayların faillerini kapsadığı ya da Peygamber (sav)'in uygulamasını neshederek hırâbe suçluları için gerekli cezaları vazettiği şeklinde yorumlar yapılmıştır[194]. İbn Hazm bu hadiste neshi gösteren bir delilin bulunmadığını, âyetin Peygamber (sav)'in el ve ayak kesme, öldürme şeklindeki fiilini onayladığını, ancak bu cezalar arasında muhayyerliği ilave ettiğini ileri sürmüştür. Peygamber (sav)'in kesmeye, göz oyma ve ölüme terketme şeklinde verdiği ilave cezalar ise çobanların yaptıklarına kısas olarak verilmiştir[195].

Öte yandan âyetin yol kesme suçunu işleyen müslümanları kapsadığı yönünde yapılan yorumlarda âyette yakalanmadan önce tevbe edenlerin istisna edilmesinden hareketle savaşın mutlaka kafir, mürted ya da müşrik kimselerle yapılmayacağı ve kafirlerin tevbesinin yakalanmadan önce de sonra da kabul edileceği, tevbenin herhalükarda onlardan ölümü düşürdüğü sonuçlarına ulaşılmıştır[196]. Nitekim "*Ey iman edenler! Allah'tan sakının ve şâyet mümin iseniz ribadan kalanını bırakın. (Böyle) yapmazsanız, Allah'a ve Resûlüne karşı savaş ilan edin*" (el-Bakara 2/279) âyeti müslümanların da savaş açabileceğinin delilini teşkil etmektedir[197]. Burada *harb* kelimesinin mecaz anlamıyla yorumlandığı görülmektedir ki savaşta kendilerini savunacak güce sahip bir topluluğun, başkalarına kuvvet kullanma imkanına sahip olmalarından hareketle yol kesme suçunun da kendilerini savunma gücüne sahip bir grup ya da kişinin, yoldan geçenlerin mallarını güç ve kuvvet kullanarak ellerinden almak için önlerine çıkıp geçmelerine engel olmaları nedeniyle hırâbe niteliği taşıdığı sonucuna varılmış[198]; silah ya da güç kullanarak malları gasbetme, insanları öldürme, özel ve genel güvenliği tehlikeye sokma, insanlara korku verme gibi ağır suçlar

192 Buharî, Muhâribîn 16, 17, 18, Diyât 22, Zekât 68, Cihad 152, Meğâzî 36; Müslim, Kasâme 9; Tirmizî, Tahâret 55, Et'ime 38; Ebû Dâvûd, Hudûd 3; Nesâî, Tahrîmü'd-dem 7; İbn Mâce, Hudûd 20.

193 İbn Hacer, II, 135.

194 Taberî, VI, 133; İbn Arabî, II, 594-595; Kurtubî, VI, 121; Âlûsî, Ebü's-Senâ Şehâbeddin Mahmud b. Abdullah, *Rûhu'l-meânî fi tefsîri'l-Kur'âni'l-azîm ve's-seb'ü'l-mesânî*, Beyrut, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî (y.y.), VI, 121.

195 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 324.

196 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 433.

197 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 314; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* X, 144.

198 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 433.

içermesi nedeniyle suçluların da toplum güvenliğine karşı savaş açtıkları kabul edilmiştir. Bu açıdan fakihler yol kesme suçunun, basit bir hırsızlık suçu niteliğinde olmadığını ileri sürmüşler; hatta Hanefîler bu suçu büyük hırsızlık olarak nitelendirerek "*sirkat haddi*" bölümünde ele almışlardır[199].

Fakihlerin ekseriyetinin hırâbe suçu ile ilgili tespitleri ve dayandıkları deliller göz önünde bulundurulduğunda bu suçun dört ayrı hadden oluştuğunu kabul ettikleri ve ölüm cezası gerektirmesi için suçluların ancak adam öldürmesini şart koştukları görülmektedir[200]. Nitekim hırâbe suçunun, bünyesinde birkaç suçu bir arada bulundurması nedeniyle ihlal ettiği haklar arasında bir ayrım yapılmış, suçun resmiyet kazanmasından önce af ve tevbenin kamu haklarını ihlal açısından gereken cezaları kaldırdığı, ancak özel hakların ihlali niteliğinde görülen kısas, diyet, hırsızlık durumunda malın tazmini, erş gibi cezaları düşürmediği, bu cezaların ancak hak sahiplerinin affına bağlı olarak düşebileceği sonucuna varılmıştır[201]. Nitekim Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular hırâbe suçunun had kategorisinde bulunması ve hadlerin de af ile düşmemesi gerekçesiyle cezasının affını caiz görmemişler, İmam Mâlik ise bir maslahata binaen cezanın yetkili mercii tarafından affedilebileceğini kabul etmiştir[202].

Suçlunun yakalanmadan önce tevbe etmesi durumunda had cezası düşerken devreye kul hakkı girmektedir. Nitekim kul hakkı ile ilgili cezalarda cezayı af yetkisi, kanun koyucuya verilmemiş; ancak hak sahibinin yani maktulün mirasçısının ölüm cezası içeren kısası karşılıklı ya da karşılıksız olarak af yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir. Mirasçının affetmemesi halinde ise fakihlerin kesin olarak ölüm cezasının gerekliliğini, kısasla ilgili âyette geçen "*cana karşı can*" (el-Mâide 5/45) ifadesi ile delillendirmelerini[203] dikkate alırsak hırâbe kapsamında ölüm cezasını gerektiren suçun, aslında mücerret olarak bir insanı öldürme olduğu tespit edilmektedir[204] ki bu nedenle tevbe

199 Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr,* s. 299; Serahsî, IX, 195; Kâsânî, VII, 90.

200 Deliller hakkında geniş bilgi için bkz. Beyhakî, VIII, 283; Şirâzî, II, 284.

201 Geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr,* s. 302; Sahnûn, VI, 300; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 199; Kâsânî, VII, 96; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 151; Kurtubî, VI, 156; Şirbînî, IV, 2; Buhuti, V, 504; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* VI, 529; Şirvânî, IX, 164.

202 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 197; İbn Cüzey, s. 311; Desûkî, IV, 350.

203 Bkz. Kârâfî, ez-*Zehîra*, XII, 132.

204 Bu tespiti doğrulayan gerekçelerden biri de âyetle ilgili yorumların ekseriyetinin yol kesme suçu doğrultusunda yapılmakla birlikte muhârebenin içeriği ile ilgili farklı izahların da yapılmış olmasıdır. Nitekim Mücâhid, muhârebenin zina ve hırsızlık anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Her ne kadar bu görüş, söz konusu suçların zaten özel cezalarının bulunduğu şeklinde eleştirilse de (bkz. Kurtubî, VI, 156) hırâbe teriminin kapsamına yol kesme, silahlı soygun gibi suçların dahil edilmesinin fukahanın yorumuna dayandığını gösterir. Bu suretle de klasik öğretide bu suçlar için verilen ölüm cezasının dayanağının Kur'ân âyeti olması hasebiyle had niteliği taşıdığı sonucuna varılmıştır.

ya da af ile düşen cezanın soyut nitelik taşıdığı düşünülebilir. Kul hakkının düşmemesi esası ise hırâbenin had niteliği şeklinde gerekçelendirilse bile kanun koyucu tarafından affı veya değiştirilmesi mümkün olmayan ölüm cezası gerektiren suçun gerçekte adam öldürme olduğunu ortaya koymaktadır. Fakihler de kasten adam öldürme suçunun mukadder olma niteliği taşıması noktasında görüş birliği içerisindedirler.

Buraya kadar verilen bilgiler, fakihlerin teferruatta farklı görüşlere sahip olsalar da zina, hırâbe, isyan, dinden dönme ve kasten adam öldürme suçları için verilen ölüm cezasının kanunîliğini yani naslar tarafından vazedildiği noktasında hemfikir olduklarını gösterir. Kanunîlik ilkesinin doğal sonucu olarak bu kategorideki suçların devlet başkanına ya da temsilcisine iletilmesi, cezanın infazı için kamu otoritesine başvurulması ve onun huzurunda infaz edilmesi şeklinde ilkeler de kabul edilmiş[205], bu suçlara ceza takdir edilmesi için bir ictihada ihtiyaç bulunması hasebiyle ictihad ehliyetine sahip yani suçla ilgili şartları ve cezanın miktarını takdir edebilecek bir yetkilinin kararı ile infazı gerektiği ileri sürülmüştür[206]. Ayrıca karar aşamasından sonra had cezalarının uygulanmasının zorunluluğu düşüncesi de mevcuttur; hatta Ömer b. Abdülaziz valilere gönderdiği bir genelgede hadlerin uygulanmasının namaz ve zekat gibi ibadetlerden farksız olduğunu ifade etmiştir[207]. Bu esastan hareketle isyankarların hadlere muhatab olmalarından ve bunların gereğine göre hareket etmeleri gerektiğinden dolayı devlet başkanının hadleri yerine getirmesinin gerekli olduğu, bu hususta aciz olması durumunda vazgeçebileceği, ancak îfâya muktedir olması durumunda hadleri ikame edeceği vurgulanxmıştır[208].

Neticede hem Şâri' tarafından öngörülen cezaları ifade etmek üzere kullanılan *had* terimi kapsamında hem de *ta'zîr* niteliğinde belli ağırlıktaki suçlar için ölüm cezası öngörülmesinin temelinin kanunîlik ilkesine dayandığı görülmektedir. Nitekim fakihler, naslarla doğrudan ya da dolaylı olarak temellendirilen ölüm cezasının verilebileceği belli ağırlıktaki suçları tespit ederken bu ilkeyi esas almışlar; hatta kanun koyucuya verilen ta'zîr cezalarını takdir yetkisini, had cezalarının en hafifi ile sınırlandırarak hukukî bir temele dayandırmışlar; bu suretle yetkililere takdir hakkı vermenin cezayı uygulamada düzensizlik ve keyfiliğe yol açabileceği, cezada kanunilik ilkesini ihlal edeceği gerekçesiyle suçun hangi aşamasına hangi tür cezanın gerekeceğini önceden belirleme gayreti göstermişlerdir. Bu gayretin temelinde ise o dönemde bu-

205 Şeybânî, *Şerhu Siyeri'l-kebîr,* V, 1938; Şirvânî, IX, 115.
206 Nevevî, *el-Mecmû',* XX, 34; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 86-87.
207 İbn Sa'd, *Tabakâtü'l-kübrâ*, Beyrut: Dâru Sâdır (t.y.), V, 378.
208 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 148.

günkü anlamda kanunlaştırmanın bulunmaması, mezheplerin ve fıkıh doktrininin bu işlevi üstlenmiş olması yatmaktadır.

Böylece mezhep fıkıhlarının ve yerleşik doktrinin getirdiği belirlemelerle devlet başkanının veya hakimin keyfi nedenlerle ölüm cezasına hükmetme yönündeki takdir yetkisi ve iradesi önemli ölçüde sınırlanmış olmaktadır. Literatürde ölüm cezasının cevazının örnek suç nevileri üzerinde ayrı ayrı tartışılmış olması da bu cezanın dar bir alan içinde tatbikinin hedeflenmiş olmasıyla açıklanabilir[209]. Ayrıca fakihlerin bu alanı belirleme sırasında göz önünde bulundurdukları kanunîliği, âyet ya da hadis şeklinde bir nassın sağlaması nedeniyle meselenin inanç boyutuna da önem vererek ilgili nasların genel hukuk ve adalet ilkelerine uygunluğunu tartışmaya açmadıklarını belirtmek gerekir. Böylelikle de ölüm cezasını dini temellere dayamak suretiyle tartışmaya ve değişime kapalı teorik bir zemine yerleştirdikleri sonucuna varılabilir.

B- Ölüm Cezasının Haklar Açısından Temellendirilmesi

a- Hak Kavramı ve Ölüm Cezası

Hak kavramı, fıkıhta genellikle yükümlülükler kategorisinde ele alınmıştır. Bazı usûlcüler bu kavram ile Şâri'in hitabı veya bu hitabın sonucu demek olan şer'î hükmü kastederken bazıları da şer'î hükmün taalluk ettiği fiilleri kastetmiştir. Şer'î hükme 'hak' denmesinin sebebi, bu kelimenin kökündeki 'mevcut ve sabit olma' anlamıdır. Fakihler, usulde şer'î hükümleri sınıflandırırken *Allah hakkı* ve *kul hakkı* ayrımı yapar[210], furû-ı fıkıhta da kazuistik metodla ele aldıkları meselelerde çeşitli vesilelerle bu ayrımı dikkate alırlar. Nitekim fıkıh literatüründe ilgili konularda ibadetler, keffaretler ve cezalar hakkında Allah'a ait hak şeklinde nitelendirmeler yapılmış, daha sonra da farklı problemlerin temelinde bulunan bu kavramın içeriği tespit edilmiştir[211]. Söz gelimi Kârâfî Allah haklarını, insanların hepsine ya da bir kısmına ait yükümlülükler olarak algılamış, ibadetlerin bütün insanlara ait olmak üzere genel, hadler ve ta'zîrlerin ise bu hususta yöneticiler ve kadılara yetki verilmesi açısından birtakım kişilere ait olmak üzere özel nitelik taşıyan yükümlülükler olduğunu belirtmiştir[212]. Abdulazîz el-Buhârî ise bu hakların Allah'a nisbet edilmesinin bir şahsın herhangi bir şekilde bu hakları kendisine ait görmesini ve keyfi tasarruflara yönelmesini önleme gayesi taşıdığını belirtmiştir[213].

---

209 Benzer yorumlar için bkz. Ali Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, VII, 474; Fetûrî, I, 246-247; Behnesî, Ahmed Fethî, *es-Siyâsetü'l-cinâiyye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1403/1983, s. 82-84.

210 Geniş bilgi için bkz. Serahsî, *Usûl*, I, 239; Karâfî, *el-Furûk,* I, 140-142; Abdülazîz Buhârî, IV, 1254; İbn Nüceym, V, 3-4.

211 Örnek olarak bkz. Serahsî, *Usûl,* II, 82; İbn Hacer, IV, 138.

212 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 86; a.mlf., *el-Furûk*, I, 140-141.

213 Abdülazîz Buhârî, IV, 1255.

Şâtıbî Allah hakkı tabirindeki hakkın namaz, oruç şeklindeki fiiller değil kul açısından Allah'ın emrine uyma, yasaklarından kaçınma, Allah açısından ise emirlerine uyulması, yasaklarından kaçınılması şeklinde manevi bir mefhum olduğunu, sırf kul hakkı sayılanlar da dahil hiçbir hakkın Allah hakkından hali olamayacağını ifade etmiştir[214]. Buna göre Allah hakkı ile ilk planda iman ve ibadet gibi yalnızca Allah'a yöneltilebilen, sadece O'nun layık olduğu haklar; ikincil olarak da Allah'ın insanlar üzerindeki otoritesinin temsilcisi sayılan devlet başkanı ve onun temsilcilerine ait olan ve belirli bir kişiyi ya da zümreyi değil kamu yarar ve düzenini ilgilendiren haklar kastedilmektedir. Kul hakları ise sonuç itibarıyla kamu yararını ilgilendirse bile ilk planda ferde ait bir menfaatin korunmasını hedef alan ve ferdin söz hakkının bulunduğu haklardır.

aa- Allah Hakkı Kavramı ve Ölüm Cezası

Ceza hukuku alanında 'Allah hakkı' kavramı, bu hakka yönelik bir ihlal içeren suçun, Allah'ın belirlediği ve toplumsal düzeni sağlamak amacıyla insanların işlemesini yasaklamış olduğu hadlerden birini zedelemesi nedeniyle 'toplumla ilgili haklar' olarak anlaşılmıştır[215]. Nitekim fıkıh öğretisinde genel olarak hırsızlık, zina, şarap içme, silahlı gasp ve eşkiyalık suçlarının ibâha niteliği taşıyacak herhangi bir unsura sahip olmaksızın sırf Allah hakkına ait olması itibarıyla bu suçlar için verilen cezaların tam anlamıyla birer ceza (*el-ukûbâtü'l-kâmile*) niteliği taşıdığı görüşü hakimdir. Sırf Allah hakkı denmesinin sebebi de bu suçları haram kılma yetkisinin sadece Allah'a ait olmasıdır. Buna göre hadler, teşekkülü tam olan ve farklı anlamları ihtiva etmeyen mücerret cezalardır[216]. Ancak hadlerin bu şekilde nitelendirilmesindeki asıl ölçüt, Allah hakkı olmaları değildir; zira ta'zîr cezalarında da Allah hakkı söz konusudur. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda af, sulh gibi yollarla ıskatın, kaldırmanın ve değiştirmenin caiz olmadığı had cezalarının Şâri' tarafından bizzat yasaklanan ya da emredilen yükümlülükler kategorisine dahil olan haklar olduğu anlaşılır[217]. Nitekim hadlerin vaz'ının Allah'a ait olması, bu cezaların da mükellefin hiçbir şekilde müdahale ve tercih hakkının bulunmadığı Allah hakları kapsamında bulunduğunu gösterir. Bu hakların mükellefin arzusuyla ilişkisinin bulunmaması da onun iradesiyle düşmesini imkansız kılmaktadır[218].

214 Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhim b. Mûsâ, *el-Muvâfakât fî usûli'ş-şerîa*, nşr. Abdullah Dırâz, 2. baskı, Beyrut 1395/1975, II, 315-321.

215 İbn Teymiyye, *es-Siyase*, s. 127.

216 İbn Emîr el-Hâc, Muhammed b. Hasan b. Ali b. Süleyman, *Kitâbü't-takrîr ve't-tahbîr*, Beyrut 1996, II, 145.

217 Geniş bilgi için bkz. İbn Hacer, IV, 138.

218 Karâfî, *el-Furûk*, I, 141; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 375.

Söz konusu hakların kamusal yönü ise bunlarla ilgili koruma, kollama, kovuşturma ve devlet başkanına ya da onun yetki verdiği kimseye iletme şeklinde hak ve sorumlulukların toplumda bütün fertlere ait olduğu prensibinde tezahür eder[219]. Mesela, İmam Şâfiî Hafsa'nın sihir yapan cariyesini öldürmesini örnek vererek mürted köle ve cariyenin sahibi tarafından öldürülmesini caiz görmüş[220], diğer fakihler ise hadlerin tatbik yetkisinin devlet başkanına ait olduğunu kabul etmişlerdir. Bunun nedeni hadlerin, efendinin köleye uyguladığı tedip değil Allah hakkı niteliğini taşımasıdır; tedib hakkı ise özel olarak kölenin sahibine aittir[221]. Aslında her iki görüş de Allah hakkı kavramının kamusal yönünü itibara alarak farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Şâfiî kölenin sahibinin köle üzerindeki otoritesi ile devlet başkanının toplum üzerindeki otoritesi arasında bir benzerlik kurarak velâyet altında bulunanların cezalandırılması sorumluluğunu üstlendiklerini düşünmüş, diğer fakihler ise Allah hakkı ile ilgili bir cezanın bütünüyle toplumun idaresini üstlenen bir otorite tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini, sahibinin köleyi ancak terbiye etme şeklinde kendisine ait bir yetkiye dayanarak ceza verebilmesinin özel bir hakka ait bulunduğunu kabul etmişlerdir.

ab- Karma Nitelikli Haklar ve Ölüm Cezası

Karma nitelikli haklar bir yönüyle Allah hakkı, bir yönüyle de kul hakkı niteliğindedir. Kasten adam öldürme suçuna uygulanan kısas bu kategoride ele alınmış, suç teşkil eden fiilin kamu yarar ve düzenini ilgilendirmesi açısından Allah hakkını, doğrudan muhatabı olan mağdur şahısların haklarını ihlal etmesi açısından ise kul hakkını ihlal ettiği kabul edilmiştir. Bu yüzden mağdur taraf istemedikçe katile kısas uygulanmaz ve devletin kısası affetme yetkisi bulunmaz. Ancak mağdur tarafın kısası affetmesi, Allah hakkını düşürmediğinden yetkili otoritenin toplum adına katile kısas dışında bir ceza takdir hakkı mevcuttur[222]. Nitekim Hz. Ömer'den yapılan bir rivâyete ve İmam Mâlik ve Leys'e göre affedilen katile sopa veya hapis cezası verilebilebilir[223]. Ayrıca mağdurun velisinin, kısası yetkili merciin huzurunda infaz etmesinin gerekliliği de kısasta kamu otoritesinin bir tezahürüdür[224].

219 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 52; İbn Emîr el-Hâc, II, 293; İbn Nüceym, V, 3-4; Had cezalarının i - fazında celladın ücretinin beytülmal tarafından ödenmesi de (Sübkî, III, 195) kamusal yönün ifadesi olarak değerlendirilebilir.

220 Nevevî, *el-Mecmû',* XX, 35-39; Şirvânî, IX, 115.

221 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 8-9; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 86.

222 Karâfî, *el-Furûk*, I, 141-142.

223 Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 7-8; Remlî, VIII, 246; İbn Nüceym, V, 5; Âlûsî, VI, 121; İbn Rüşd, II, 338; Desûkî, IV, 240.

224 İbn Rüşd, II, 338.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki fakihler, aslında hakların düşürülmesi kapsamında bu haklarla ilgili cezaların değişebilirliğini de sorgulamışlardır. Bu çerçevede Allah haklarının temelinde kolaylık ve düşme ilkelerinin bulunduğu kabul edilmekle birlikte kul hakkının herhalükarda düşmemesi, ancak hak sahibi tarafından düşürülmesi esası benimsenmiştir[225] ki bu da kul hakkının kanun koyucu tarafından müdahale edilemeyen yönünü yansıtmaktadır. Zira bu haklarda öncelikle hak sahibinin ihlal edilen hakkının telafisi amacı dikkate alındığından kamu otoritesi, bu noktada herhangi bir müdahalede bulunamamaktadır. Ancak hakkın sahibi olan fert bazında cezanın diyet ile değiştirilmesi ya da karşılıksız olarak affı mümkün görülmüştür[226].

Allah hakkı ifadesiyle ise her ne kadar hakkın sahibinden ziyade genelliğinin ve kamusal yönünün dikkate alındığı söylense de temelde hak sahibinin adeta yüceltilerek bu hakla ilgili düzenlemelerin kullara bırakılmadığı düşünülmüş, bu suretle Allah hakkının hem ihlali durumunda topluma ait bir zarara neden olması açısından hem de Allah'a izafe edilmesi açısından kanun koyucunun bu sahada değiştirme, af ve ıskat yetkisine sahip olmadığı kabul edilmiştir. Bu kabulün temelinde hak kavramının genel olarak bir 'yükümlülük' şeklinde algılanmasının da etkisi görülür. Zira Allah hakkı olarak nitelenen ibadetler, keffaretler ve hadler fertlerin îfâ ile mükellef oldukları hususlardır. Buna göre Allah hakları karşısında kulun herhangi bir tavır göstermesi mümkün değildir. Kul haklarında ise kulun ıskat gibi tercih hakkı bulunmakla birlikte bu muhayyerlik kısmîdir. Bunun nedeni ise söz konusu yetki ve hakkın da kendisine bizzat Şâri' tarafından tanınmış olmasıdır[227]. İşte her iki gruba dahil olan haklar mutlak değildir. Buna göre hak, soyut olarak bir aidiyet değil[228], sorumluluk da ifade eder. Nitekim İslâm hukukçuları

225 Söz gelimi, karma haklarda kul hakkının ağırlıkta olması esasından hareketle kısasın tevbe ile düşmemesi sonucuna varılmış, sadece velinin kısası affetme yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Aynı şekilde akıl ölüm cezasının gerekli olması için şart koşulmakla birlikte suç işledikten sonra aklını kaybeden kimsenin had cezalarından muaf tutulduğu kabul edilse de kul hakkı ile ilgili olması hasebiyle kısas cezasının düşmediği kabul edilmiştir: İbn Kudâme, *el-Kâfî,* IV, 4; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 317.

226 *Nevevî, Muğni'l-muhtâc* , XI, 195.

227 Geniş bilgi için bkz. Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 376-377.

228 Çağdaş İslâm hukukçuları ise fakihlerin hak anlayışları ile modern hukuktaki hak kavramını uzlaştırıcı bir yaklaşımla hak kavramı ile ilgili tanımlar yapmışlardır. Bazıları, hakkın hukuk veya kanun koyucu tarafından kişilere bahşedilen bir yarar olduğu tanımını ileri sürerken bir kısmı da maslahat ve menfaatın hakkın kendisi değil konusu ve amacı olması gerektiği anlayışından hareketle "din ve hukukun bir yetki ve yükümlülük olmak üzere benimsediği aidiyet", "şer'in belirli bir yararı gerçekleştirmek üzere başkasından bir ifanın gerekmesi veya bir şey üzerinde bir yetki şeklinde benimsediği bir aidiyet" şeklinde tanımlamışlardır: Geniş bilgi için bkz. Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmelâtü'ş-şer'iyye*, (y.y.) Dârü'l-Fikr (t.y.), s. 28; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fi sevbihi'l-cedîd: el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâmi'l-âmme fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 6. bs., Dımeşk 1968, III, 10; Fethî Derînî, *el-Hak ve medâ sultâni'd-devle*, Beyrut 1984, s. 193.

hakların ihlali durumunda ölüm cezasının gerekli olması için kişinin İslâmın hükümlerinden sorumlu olması şartını getirmişler, ölüm cezasını gerektiren gerekçeyi de hayat hakkının dokunulmazlığının ortadan kalkması şeklinde belirlerken hak ve sorumluluk ilişkisini göz önünde bulundurmuşlardır ki bu meseleyi daha detaylı olarak müstakil bir başlık altında ele almamız gerekmektedir.

b- Hayat Hakkının Dokunulmazlığı

Dokunulmazlık kavramı fıkhın teşekkül döneminde genellikle "عصم", "حقن", "حرم", "امن" kelimelerinin türevleri ile ifade edilmiş, hayat hakkını ifade etmek için de "*dem*" ve "*nefs*" kelimeleri kullanılmıştır[229]. Nitekim "*Müslüman bir kişinin kanı, ancak üç şeyden biri ile helal olur: İmandan sonra küfür, evlilikten sonra zina, haksız yere birisini öldürmek*[230]" hadisinde de hayatın dokunulmaz olması "...لا يحل دم" şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte "*İnsanlar, Allah'tan başka ilah yoktur, Muhammed O'nun elçisidir, deyinceye kadar onlarla savaşmakla emrolundum. Eğer bunu söylerlerse canları ve malları benim tarafımdan masumdur. Ancak hakettiklerini çekerler*"[231] hadisinde geçen "عصموا منى دماءهم" ifadesinin hayatın dokunulmazlığı anlamını içermesi nedeniyle bu bağlamdaki dokunulmazlığı ifade etmek üzere daha ziyade *ismet* kavramının kullanıldığı görülmektedir. İsmete konu olan ve bu sıfatı taşıyan kişiye *ma'sûm*, ismetin getirdiği dokunulmazlık hükmüne, *hürmet/harâm*, dokunulmazlığın kalkmasına ise *ihdâr*, *helal* ya da *mübâh* denmiştir[232].

Hadisi yorumlayan fakihlerin ismetin koruma, menetme gibi anlamlarından[233] hareket ettikleri[234] göz önünde bulundurulduğunda kişinin hayat hakkını dokunulmaz kılmanın, ona verilecek zararlara engel olmak suretiyle hayatını korumak anlamına geldiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu da ismet kavramının özelde hayat hakkını, genelde ise insanın sahip olduğu bütün hakları koruma anlamı içerdiğini gösterir. Esas olarak öncelikle hayatın dokunulmaz olması gereklidir[235], zira hayat bütün hakların özünü teşkil eder. Nitekim genel olarak hak kavramının klasik literatürde yükümlülükler kategorisinde ele

229 Örnekler için bkz. Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 267; Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 4, 156; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 355; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 11, 14; İbn Kudâme, VIII, 273, 274; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 73; Remlî, VII, 266, 419; Buhûtî, V, 535.

230 Buhârî, Diyât 6, 22; Müslim, Kasâme 25-26; Ebû Dâvûd, Hudûd 1; Tirmizî, Hudûd 10; Nesâî, Tahrim 5, 11, 14; Darîmî, Siyer 11; Hudûd 2

231 Buhârî, İmân 17, 28, Salât 28, Zekât 1, İ'tisâm 2, 28; Müslim, İman 32-36; Ebû Dâvûd, Cihad 95.

232 Örnek olarak bkz. Şeybânî, *Şerhu Siyeri'l-kebîr,* V, 1943; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 344; Kârâfî, *ez-Zehîra,* XII, 7, 45, 46; İbn Cüzey, s. 239; Ebû İshâk, IX, 175; Remlî, VII, 266; Şirvânî, VIII, 399.

233 İbn Manzûr, "asm" md., XII, 403.

234 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 166; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 122

235 Kârâfî, *ez-Zehîra,* XII, 137.

alınması, hayat hakkının da bir insanın hayatına son verilmesini gerektiren ya da yasaklayan hükümler çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bu itibarla hayat, insana bahşedilen bir hak olmaktan ziyade ilâhî teklifin bir parçası olarak kabul edilir ki hayatın olmadığı yerde hakdan ve vecibeden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle bütün hakların temelini teşkil eden hayatın bir yükümlülük anlamı içermesi, insanın kendisinin ve başkalarının hayatı üzerindeki tasarrufunda mutlak olarak özgür olmadığı, birtakım sorumlulukları bulunduğu sonucunu doğurmuştur[236].

Kur'ân'da[237] ve hadislerde[238] de insan hayatının haksız yere yok edilmesi, küfür ve şirk kategorisinde büyük günah olarak telakki edilirken herkesin hayat hakkının bulunduğu ve bu hakkı ihlal edenlerin dünyevî ve uhrevî cezalarla cezalandırılacağı ortaya konulmaktadır. İslâm hukukçuları da ilk dönemlerden itibaren insanın hayat hakkının varlığını ve dokunulmazlığını kabul etmişler, haksız yere bir insanı öldürmenin[239] haram olduğu noktasında ittifak etmişler[240], bir insanın ölümünün meşru ve haklı olabilmesi için maktûlün hayatının dokunulmazlığının ortadan kalkmış olması şartını getirmişlerdir. Buna göre dokunulmazlığın bulunmaması yani yol kesme, dinden dönme veya muhsan zina suçlusunda olduğu gibi ölüm cezasını gerektiren bir suçu işleyen ya da harbî statüsünde olan bir kimseyi öldürme hukuka aykırı nitelik taşımamaktadır[241]. Bu itibarla dokunulmazlığın bulunup bulunmaması hususu ile ölüm cezası arasındaki ilişkiyi tespit etme amacıyla hem bu cezayı gerektiren suçlar hem de devletler arası ilişkiler açısından meselenin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir:

ba- Suç Türleri Açısından Hayat Hakkının Dokunulmazlığı

Dokunulmazlık kavramı, hayat hakkının korunmasına yönelik tedbir almayı da gerektirmiş ve bunun doğal sonucu olarak hakların ihlali durumunda failin cezalandırılmasına ve ihlal edilen hakkın iadesine yönelik yaptırımlar vazolunmuştur. Buna göre Şâri' tarafından ölüm cezası ile cezalandırılacağı belirtilen suçların işlenmesi ile hayatın dokunulmazlığının sona ereceği

236 İbn Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, VI, 574; Şevkânî, *Neyl*, VII, 50.

237 en-Nisâ 4/92, 93, 116; el-Mâide 5/32; el-İsrâ 23.

238 Tirmizî, Diyât 7; Beyhakî, VIII, 23.

239 Şevkânî, بغير نفس ifadesini cumhurun من قتل نفسا بغير سبب من قصاص şeklindeki kıraatını, her hü - mün iki şeyden birini gerçekleştirmek üzere şart koşulduğu, yani gerçekleşmesi şart koşulan her hükmün zıddının bulunmamasının şart konulduğu şeklinde izah eder: Şevkânî, *Fethü'l-kadîr el-câmi' beyne fenni'hırâbe-rivâye ve'd-dirâye min ilmi't-tefsîr*, Beyrut: Dâru'l-fikr (t.y.)., II, 33.

240 İbn Kudâme, VIII, 259; Sübkî, III, 184.

241 Dokunulmazlığın kalkmasını belirten ifadelere örnek olarak bkz. Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr*, I, 153; Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 166; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 161; Kurtubî, VI, 156; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 37.

açıktır. Maktûlün kanını mübah kılan herhangi bir sebebin bulunmaması durumunda ise katilin kısasen ölümle cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Bu itibarla kısasın ölümle cezalandırılması için aranan kasıt şartı kapsamında suçlunun canına kastettiği kişinin hayatının dokunulmaz olduğunu bilmesi gerekli görülmüştür[242].

Fakihler maktûlün dokunulmaz olmaması kriterini özellikle cezaların çeşitli sebeplerle düşmesi halinde dikkate almışlar, kısasta da mağdur tarafın bağışlaması ile suçlunun dokunulmazlığının iadesini kabul etmişlerdir[243]. Böylece suçlu, suç işlemeden önce sahip olduğu tam dokunulmazlığı yeniden kazanmış olmakta ve onu öldüren de kısas ile cezalandırılmaktadır[244]. İmam Şâfiî isyankarlardan birinin tevbe ederek dönmesi durumunda da suçlunun müslüman olması sebebiyle hayatının dokunulmaz olduğunu, bu nedenle isyan sırasında öldürdüğü kimselerden dolayı kısas edilemeyeceğini ve suçundan dolayı da öldürülmeyeceğini kabul etmiştir[245]. Ayrıca isyan suçunu işleyenlerin suçlarından vazgeçmeleri durumunda cezalandırılmamaları nedeniyle bu suçu diğer zina ve katl suçluları ile mukayese etmiş, her iki suçu işleyenlerin kanlarının mutlak olarak mübah olduğunu, bâğînin kanının ise mübah olmadığını, onun sadece sözle ya da savaşarak bağyden menedildiğini ifade etmek gerektiğini belirtmiştir[246].

Dokunulmazlık açısından mürtedin hükmü de eman sahibi olmayan muharib müşriklere benzetilmiş[247], ancak kendisine tevbe teklif edilen mürtedin Allah'tan başka ilâh olduğuna ve Peygamber (sav)'in de O'nun resûlü olduğuna şehadet etmesi durumunda dokunulmazlığının sâbit olacağı ve öldürülmesine engel olunacağı kabul edilmiştir[248]. Hatta bir kişinin, mürted ya da

242 Hırakî, s. 219; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 347; Buhûtî, V, 535.

243 Örnek olarak bkz. Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 352; Şirvânî, VIII, 397-399.

244 Cezaların düşürülmesi hususunda yükümlülük ve Allah hakkı kavramları ile had cezaları arasında kurulan bağlantıda bu cezaların bütün ümmetin muhatab kabul edilerek vazedilmiş olması kriteri dikkate alınmıştır. Söz gelimi "*Haksız yere öldürülenin velisine bir yetki tanımışızdır. Artık o da öldürmekte aşırı gitmesin. Zira kendisi ne de olsa yardım görmüştür*" (el-İsrâ, 17/33) âyetinde doğrudan maktulün velisi muhatab kabul edilmiştir. Bu nedenle adam öldürme suçu için verilen kısas, mağdurun tercihine bağlı olarak düşebilmektedir. Bu bağlamda hırâbe ile ilgili âyetteki katl hükmünün muhatabının öldürülenin yakını değil de bütün ümmet olması hasebiyle bu suç için verilen ölüm cezasının veli tarafından affı mümkün görülmemiştir: Geniş bilgi için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 204; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 78.

245 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 127.

246 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 143

247 Müşriğin serbest kalmasının aslen caiz olmadığı, iman etmeye ya da anlaşmaya yanaşmaması halinde öldürülmesi gerektiği yönündeki kabulün Kur'ân'daki dayanakları için bkz. en-Nisâ 4/89; el-Mâide 5/9; el-Ankebût 29/9; el-Beled 90/4.

248 Bu görüşün dayandığı delillerle ilgili geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *Şerhu Siyeri'l-kebîr*, V, 1938; Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 167; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 450; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 158; Ebû İshâk, IX, 181.

kafir olduğunu zannettiği bir kişiyi öldürmesi durumunda zannının yanlış olduğunun ortaya çıkması halinde kısas ile cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir[249]. Aynı şekilde münafıklar gibi içinden inkar eden ancak ölümden korkarak görünüşte iman eden ya da irtidad edip dili ile tevbe eden kimsenin dahi öldürülmemesi, imanın hayatın, dokunulmazlığının öncelikli şartı olduğunu gösterir[250]. Ayrıca küfür sıfatını taşıyan fiillerin tartışılmasında da suçluların kafir statüsünde görülüp görülmemeleri hususu daha ziyade dokunulmazlık açısından ele alınmıştır. Mesela, İbn Hazm sihirle ilgili âyeti (el-Bakara 2/102) yorumlarken başkasına zarar veren kişinin kafir değil âsi olduğunu belirtmiş; sihirbazın kafir olduğuna dair bir delilin bulunmamasını da göz önünde bulundurarak kanını mübah kılan bir durumun söz konusu olmadığını ileri sürmüştür[251].

Ebû Hanîfe'nin, kadın mürtedin ölümle cezalandırılmaması yönündeki ictihadının temelinde de dokunulmazlık kavramı bulunur ki bu açıdan savaşta kafir kadınların aslî olarak kafir olmalarına rağmen öldürülmedikleri[252], bu nedenle kadının İslâmdan önce de hayatının dokunulmaz olduğu, dinden dönmesinin dokunulmazlık açısından farklı bir durumu gerektirmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu gerekçelerle Ebu Hanîfe ve talebeleri kadın mürtedin kendisine tevbe teklif edileceği, kabul etmeyecek olursa hapis ve dayak cezası ile cezalandırılacağı görüşünü benimsemişlerdir[253]. İslâm hukukçularının ekseriyeti ise "*dinini değiştireni öldürün*" emrinin zina, hırsızlık, kazf suçlarının cezalarının vazolunduğu âyetlerde olduğu gibi kadın ve erkek herkes için geçerli olduğunu, Peygamber (sav)'in dinden dönen Ümmü Mervan isimli bir kadının, tevbe teklifinden sonra kabul etmemesi halinde öldürülmesini emrettiğini[254], bu nedenle mürtedin ölümle cezalandırılmasında kadınla erkek arasında bir fark bulunmayacağını ifade etmişler, zina suçunun had olarak adam öldürme suçunun da kısasen ölüm cezasını gerektirmesi hususunda cins ayrımının olmaması gibi dinden dönme suçunun da hem kadının hem de erkeğin ölümle cezalandırılmasını meşrû kılan bir had olduğunu kabul etmişlerdir[255]. Bu görüşte Hanefîlerin savaşta kadınların öldürülmemesini aslî

249 Remlî, VIII, 247.

250 Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 156-157.

251 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 478-479.

252 Bu konudaki rivâyetler için bkz. Abdürrezzâk, Ebû Bekr Abdürrezzak b. Hemmâm, *el-Musannef,* nşr. Habiburrahman A'zamî, 2. bs., Beyrut 1983, Küfrü'l-mer'e X, 177; Tirmizî, Hudûd 25; Şevkânî, *Neyl*, VII, 204.

253 Şeybânî, *Şerhu Siyeri'l-kebîr,* V, 1932, 1938; a.mlf., *el-Câmiü's-sağîr,* s. 303; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 109-110; Kâsânî, VII, 134.

254 Zeylaî, *Nasbu'r-râye,* III, 458; Şevkânî, *Neyl,* VII, 193.

255 Delillerin detaylı değerlendirilmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 165, 168; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 155-157; İbn Rüşd, II, 383; Şirvânî, IX, 96.

dokunulmazlık şeklinde değerlendirmelerine itiraz edilmiş, harbî kadınların dokunulmaz olmalarından dolayı değil, ganimet olarak telakki edilmeleri nedeniyle öldürülmedikleri ileri sürülmüştür[256].

Fakihlerin ölüm cezasını gerektiren suç türlerini ele alma sırasında bu suçların hayat hakkının dokunulmazlığını ortadan kaldırdığı ve suçluların ölümle cezalandırılmalarının meşruiyet kazandığı yönünde görüş beyan ettikleri meselelerin örneklerini çoğaltmak mümkünse de ayrıntılara dalmak yerine genel olarak hayat hakkının dokunulmazlığının, bu hakkın korunmasına yönelik yükümlülüklerin ihlaline paralel olarak ortadan kalkmasının meşrû kabul edilmesi esasını dikkate aldıklarını belirtmek yeterlidir.

bb- Devletler Arası İlişkilerde Dokunulmazlık

Fakihler devletler arası ilişkiler alanında hayatın dokunulmazlığının kalkmasını, daha ziyade savaşta bir insanı öldürmenin meşrûiyet sebebi olarak değerlendirmişlerdir. Bu çerçevede hayatın dokunulmazlığının insan olma, İslâm'a girme ya da eman ve zimmetle temellendirilmesi yönünde farklı yaklaşımlar sergilemişler, eman ve zimmetin kişiye dokunulmazlık kazandırdığı hususunda ise temelde aynı görüşü benimsemişlerdir. 'Eman' terimi zimmî veya düşman statüsündekilerin, müslümanlarla yaptıkları anlaşmalar neticesinde hayatlarının dokunulmaz olmasını ifade etmektedir. Bu meselenin devletler arası ilişkiler ve savaş boyutu konumuzu ilgilendirmediğinden farklı din mensuplarının sadece insan olmaları açısından hayat haklarının dokunulmazlığını sorgulamak gerekmektedir ki bu hususta daha çok Hanefî fakihlerin din ayrımını dikkate almaksızın insanın ilke olarak masum yani dokunulmaz olduğu yönünde bir düşünceye sahip oldukları görülmektedir[257].

Başta Şâfiîler olmak üzere fakihlerin ekseriyeti de "*İnsanlar, Allah'tan başka ilah yoktur, Muhammed O'nun elçisidir, deyinceye kadar onlarla savaşmakla emrolundum. Eğer bunu söylerlerse canları ve malları benim tarafımdan masumdur. Ancak hakettiklerini çekerler*" hadisine dayanarak dokunulmazlığın temelinin İslâm ya da eman veya zimmet akdi olduğunu, aksi takdirde sürekli savaş halinin bulunduğunu kabul etmişlerdir. Onlara göre iman veya emanın bulunması durumunda her hayat dokunulmazdır[258].

Bu bağlamda fakihlerin, bir suçun ölüm cezası gerektirmesi ile suçlunun hayat hakkının dokunulmazlığının kalkması arasında kurdukları paralellik ilişkisini daha ziyade bir zimmîyi öldüren müslümanın ölümle cezalandırılması

256 Geniş bilgi için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 157-158; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 41.
257 Geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *Şerhu Siyeri'l-kebîr,* V, 1942; a.mlf., *el-Hücce*, IV, 267; Kâsânî, VII, 102, 106-110; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 122.
258 Remlî, VII, 266.

meselesinde gündeme getirdikleri görülür. Nitekim Şafiî, Hanbelî ve Zahirî hukukçular, mezkûr hadis gereğince maktûlün dokunulmaz olması için müslüman olması gerektiğini, bu nedenle müslümanın zimmîye karşı öldürülemeyeceğini kabul etmişlerdir. Bu görüşü benimseyenlerin birinci delili kısas âyetidir. Onlara göre bu âyet, müminlere hitap ederek başladığından kısasın da müslümanların içinden öldürülenlere ait bir uygulama olduğu hükmünü içerir. Bu görüş mensupları, Peygamber (s.a.v.)'in kafire karşı müslümanın öldürülmeyeceğini ifade eden hadisinden hareket ederek müste'men ve muâhidi de kafir statüsünde değerlendirmişler ve müslümanın bunları öldürmesi durumunda kısasla cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[259].

Ebû Hanife, Sevrî, Şa'bî, Nehaî, Said b. Müseyyeb, İbn Ebî Leyla gibi müctehidler ise köle ve hür, zimmî ve müslüman arasındaki kısasın sadece "*nefs*"te söz konusu olduğunu kabul etmişlerdir[260]. Nitekim Beylemânî ve Muhammed b. el-Münkedir'in rivâyet ettiği şu hadis bu görüşün delillerindendir: "*Peygamber (sav)'e zimmet ehlinden anlaşmalı birini öldüren müslüman bir adam getirildiğinde öldürülmesini emretti ve adamın boynu vuruldu. Bunun üzerine Peygamber (sav), 'Ben ahdine en çok bağlı olanım' buyurdu*"[261]. Ayrıca Hz. Ömer, Hz. Osman ve Hz. Ali'den zimmet ehline karşılık müslümanın kısas edilmesi gerektiğine dair rivâyet edilen haberler ve onların bu doğrultudaki uygulamalarını[262] delil olarak kabul eden görüş, müslümanlardan ahd almanın arkasında yatan sebebin, zimmînin can, mal ve namusunu emniyet altına alma ve koruma çabası olduğunu, nasıl müslüman, zimmînin malını çalması halinde cezalandırılıyorsa malından daha kıymetli olan hayatını yok etmesi durumunda da cezalandırılması gerektiğini, zimmînin de müslüman gibi hayat hakkına sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir[263].

Fakihlerin ekseriyeti ise bu gerekçeye hak ayrımı açısından itiraz etmişler; hırsızlıkta el kesme cezasının Allah hakkı olması nedeniyle affının caiz olmadığını, müslümanın malında olduğu gibi kafirin malı ile ilgili ihlallerde de Allah hakkının düşmediğini, ancak kısasın kul haklarından olması nedeniyle hak sahibi tarafından affının caiz olduğunu, bu açıdan kafirin müslüman üzerinde herhangi bir hakkının bulunmadığını belirtmişlerdir. Allah hakkının

259 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 10-11; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 11-22; İbn Rüşd, II, 334; Heysemî, IV, 283; Şirbînî, IV, 16.

260 Konu ile ilgili görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 265-267, 338-349.

261 Beyhakî, VII, 30; İbn Hacer, XV, 287; müslümanın kısas edilmemesi görüşüne sahip olanlar bu hadisin zayıf ve mürsel olduğunu ileri sürerek delil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir: Şâfiî, *Müsnedü'ş-Şâfiî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye (t.y.), s. 343; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 14; Şirvânî, VIII, 401.

262 Beyhakî, VIII, 33-34.

263 Delillerin izahı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 330-339, 3348-349; Kâsânî, VII, 237.

düşmemesi, hırâbe suçu kapsamında işlenen adam öldürme suçunda da söz konusudur ki burada da müslüman ile kafirin öldürülmesi arasında bir ayrım gözetilmemiş ve ölüm cezasının Allah hakkı olarak vacib olması açısından had niteliği taşıması hasebiyle yetkili merci ya da maktûlün yakını tarafından affının mümkün olmadığı hususunda görüş birliğine varılmıştır[264]. Aynı şekilde muhsan zina suçlusu olan zimmîye de zina haddinin uygulanacağını kabul etmişlerdir[265].

Ebû Yûsuf'un harbî, müste'men ve zimmînin zina suçu işlemesi durumunda had ile cezalandırılacağı yönündeki ictihadının temellendirilmesi sırasında da hak ve sorumluluk kavramları gündeme getirilir. Buna göre İslâm ülkesine yerleşme gayesiyle giren kişiye zimmî gibi burada kaldığı sürece İslâmın hükümleri uygulanır. İskan etmek üzere değil de geçici olarak alışveriş için uğrayan kişinin İslâm ülkesine girmesi ise sırf Allah hakkından sorumlu olmasını gerektirmez. Yerleşen kişinin sorumlu olmasının nedeni, onun müslümanlardan istediği emanın ona eziyet edilmesini önlemesidir ki bu noktada İslâmın onun hakkındaki hükmü tezahür eder; müslüman ve zimmî gibi gerektiğinde had cezasıyla cezalandırılır. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed zimmî için had cezasının gerekli olduğunu kabul ederken Ebû Yûsuf'la aynı görüşü paylaşmışlar, ancak müste'mene had cezası verilmeyeceğini kabul etmişlerdir. Bu görüşün temelinde *iltizâm* kavramı bulunmaktadır ki Ebû Hanîfe harbînin bizim hükümlerimizle yükümlü olmaması nedeniyle had ile de cezalandırılmayacağı, zimmînin ise zimmet ve ahd ile İslâmın hükümlerine mutlak olarak bağlılığı kabul etmesi nedeniyle cezalandırılacağı görüşündedir[266]. Aynı şekilde Hanefî fakihler, hırâbe suçunu işleyen suçluların hadle cezalandırılmaları için müslüman ya da zimmî olmalarını şart koşmuşlardır. Zira müste'men konumundaki harb ehline had uygulanması ihtilaflıdır ve müste'menin dokunulmazlığı dâr-ı harbe dönene kadar geçerli olduğundan geçicidir; bu nedenle dokunulmazlığında şüphe söz konusu olup hadle arasında bir bağlantı kurulamaz, müslüman ya da zimmet ehlinin ise mallarındaki dokunulmazlık süresizdir[267].

Çağdaş İslâm hukukçuları da zimmînin hayat hakkı noktasında ileri sürülen görüşler ve delilleri değerlendirme noktasında genellikle Hanefîlerin perspektifiyle etmişlerdir. Hatta Ebû Zehrâ, fakihlerin ekseriyetinin görüşlerine saygı duymakla birlikte Kur'ân'dan ve Sünnetten getirdikleri delillerden genel olarak müslümanın zimmîye karşılık öldürülemiyeceği hükmünü çı-

264 Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 15, 16; Ebû İshâk, IX, 147, 153.

265 Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl,* nşr. Muhammed Hasan İsmail, Kuveyt 1405, II, 158; Şirvânî, IX, 108.

266 Geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr,* s. 280; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 56; Kâsânî, VII 34-35.

267 Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 195; Kâsânî, VII, 91.

karmanın mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Ona göre bu görüşün dayandığı deliller daha ziyade farklı mevzulara temas etmektedir. Kısas âyetinde müminlere hitab edilmesi ise onların mükellef kabul edilmesinden dolayıdır. Zira hükümleri yerine getirmek üzere muhatap kabul edilenler inananlardır. Bu hükümlerin sadece müslümanlara ya da hem müslümanlara hem de gayri müslimlere uygulanması arasında bir fark gözetilmemiştir. Bundan dolayı hitabın, kısasın özellikle müslümanların arasında öldürülenlere ait bir hüküm olduğu sonucuna ulaşmayı gerektirdiği öne sürülemez. Kardeşlikle ilgili bakış açısının da din kardeşliği değil insanlıkta ve ademoğlu olmakta birleşen genel insanlık kardeşliği varsayımına dayandırılması mümkündür. Nitekim Peygamber (sav) "*Hepiniz Âdemdensiniz, Âdem ise topraktan yaratılmıştır*"[268] hadisinde bu noktayı vurgulamıştır. Bu nedenle "*Bir müslüman kafire karşı katlolunmaz*" şeklindeki hadisi, zimmîler değil harbîler hakkında varid olduğu düşünülmelidir; zira Peygamber (sav) zimmî ve kafir terimlerini ayrı ayrı kullanmıştır. Selîm el-Avvâ da bu noktada bir zimmîyi öldüren müslümanın ölüm cezası ile cezalandırılmasının doğrudan kısas ilkesinin özü ile bağlantılı olduğunu, kısasın ise insanın doğasındaki öldürme isteği ile mücadele etmek üzere vazolunduğunu ifade etmiştir[269].

Neticede Hanefîlerin sadece "*cana karşı can*" ilkesinin umum ifadesinden hareketle İslâm ülkesinde yaşayan herkesin hayat hakkının, ihlali durumunda kısasla cezalandırılmayı gerektirecek derecede dokunulmaz olduğunu kabul etmeleri, onların sorumluluktan da öte, kişinin soyut olarak insan olmasından kaynaklanan bir hayat hakkı anlayışı geliştirdiklerini ortaya koymaktadır. Bu noktada Kur'ân'da kısasta hayatın söz konusu olduğunun bildirilmesi de dikkate alındığında İslâm toplumu içinde yaşayan bir insan olarak zimmînin hayat hakkı korunmalıdır. Zira Allah hakkı ile ilgili cezalarda ona yükümlülük verildiği gibi kul hakkının telafisinin önplana çıkarılması esasına göre de bu sahada hak sahibi olmasının kabul edilmesi gerekir. Bu noktada *ismet* kavramı ile *iltizâm* yani dokunulmazlık ve anlaşma ya da iman ile İslâmın hükümleri ile yükümlü olmayı kabul etme arasında doğrudan bir ilişki kurulduğu görülmektedir. Nitekim İslâmın otoritesini kabul eden zimmî ya da bizzat İslâm'ı kabul eden müslümanın kanı dokunulmaz, otoritesini kabul etmeyen harbînin ya da İslâm'dan ayrılan müslümanın kanı ise helal kabul edilmiştir[270]. Hanefîlerin dışındaki fakihlerin görüşlerinin temeline inildiğinde de

268 Ahmed b. Hanbel, II, 361; Ebû Dâvûd, Edeb 111; Tirmizî, Tefsir 49/5.

269 Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 316-317; a.mlf., *Felsefetü'l-ukûbe*, s. 195; Selîm el-Avva, s. 77.

270 İmam Şâfiî'nin "*hadler İslâm'ı kabul edenler hakkında nazil olan şeylerdir, ehl-i şirke yönelik hadler ise sadece katl, esir alma ve cizyedir*" ifadesinde de aynı perspektiften baktığı görülmektedir: Şâfiî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 314; sorumluluk ve hak kavramı arasındaki ilişkinin ceza alanındaki

İslâmın otoritesine boyun eğen herkesin hayatının dokunulmazlığını kabul hususunda farklı düşünmedikleri görülmektedir. Zira meselenin daha ziyade eşitlik açısından ele alınması nedeniyle maktûlün zimmî olması durumunda müslüman katilin kısasla cezalandırılmasını kabul etmeyen görüşün suçlunun diyet ödemesini onaylaması, hayat hakkının dokunulmazlığını ihlal eden herkesin cezalandırılacağı esasını kabul ettiğinin göstergesidir[271]. Suçlunun diyet ödemesi kabul edilerek zimmînin hayat hakkı da bütün mezheplerde onaylanmış bulunmaktadır. Bu durumda görüş ayrılığının da hayat hakkının dokunulmazlığı esasında söz konusu olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Buraya kadar fıkıh öğretisinde gerek kanunîlik ilkesi gerekse hak ayrımı ile temellendirilen ölüm cezasının zorunluluk ve bağlayıcılık niteliği taşıyan yönlerini ortaya koyan yaklaşımlar değerlendirildiğinde fakihlerin had ve kısas cezalarının kanûnîliği hususunda oldukça kararlı bir tutum sergiledikleri görülmektedir. Bunun temelinde ise yetkililere takdir yetkisinin geniş olarak verilmesinin cezayı uygulamada düzensizlik ve keyfiliğe yol açabileceği endişesinin bulunduğuna daha önce değinmiştik. İşte bu kaygıyla olsa gerek fakihler had ve kısas cezalarını, uygulanması zorunlu, değiştirilmeye ve kaldırılmaya kapalı cezalar olarak nitelendirmişlerdir. Bununla birlikte bunların ölüm cezası da dahil olmak üzere ağır bedenî cezalardan oluşması, adlî hataların bulunması durumunda telafisizliğini gündeme getirdiğinden cezanın yargı ve infaz safhalarında sınırlandırılması yönünde bir eğilim sergilenmiştir. Bu eğilimin de fakihlerin ölüm cezası anlayışını tespitte önemli bir yeri bulunması hasebiyle göz önünde bulundurulması gerekir.

C- Fakihlerin Ölüm Cezasını Sınırlandırma Çabaları

İslâm hukukçuları, kısas ve had cezalarının gerek Kur'ân ve Sünnette belirlenmiş olması açısından kanunîliği, gerekse ilgili oldukları haklar açısından verilmesi zorunlu olan, azaltma veya başka bir cezaya çevrilmesi noktasında kanun koyucuya takdir hakkının verilmediği tek seçimlik cezalar olduğu kanaatindedirler. Bununla birlikte klasik fıkıh öğretisinde ilgili naslardan hareketle gerek adlî hataların önlenmesi gerekse ölüm cezasının mümkün olduğunca az uygulanması yönünde bir yaklaşım sergilenmiş; suçun mahkemeye intikal etmeden önce gizlenmesini ya da affedilmesini teşvik eden[272] ve zanda

örnekleri için bkz. Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 273-275; Şirvânî, VIII, 399.

271 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 16; İbn Hazm da haksız yere zimmînin öldürülmesi eylemini 'münker' olarak nitelemiş, katilin zulmünü önleme/menetme amacıyla hapis ya da sopa cezası ile cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII, 31.

272 Mâlik b. Enes, Hudûd 28; Ebû Dâvûd, Hudûd 14; Nesâî, Sârik 4; İbn Hacer, XII, 87; Âzimâbâdî, XII, 27; Kettânî, s. 176.

bulunulmasını (el-Hucurât, 49/12) yasaklayan naslar, suçun resmiyet kazanmasına kadar suçun ispatını zorlaştırıcı tedbirlerin tespiti lehinde yorumlanmıştır[273]. Nitekim suçun gizlenmesi, öncelikli hedefin kötülüklerin örtülmesi suretiyle suçun toplumda öğrenilerek yaygınlık kazanmasının önüne geçilmesi olduğunu düşündürmekte, bu da suçun bilinerek temiz bir toplumu kirletmesine izin vermeme amacını içermektedir. Hatta Züfer, itirafı suçun ispatı için beyyine olarak kabul etmemiş; şahidlerin suçu örtmesinin mendub oluşundan hareketle kişinin bizzat kendisinin işlediği kötü fiili gizlemesinin de aynı hükmü taşıdığını ileri sürmüştür[274]. Suçun ispatından sonra ise şüphe, tevbe, af nedeniyle cezanın düşürülmesi[275] ya da farklı cezalara çevrilebilmesi şeklinde alternatifler geliştirilmiş; cezanın infazının mutlak olarak gerekli hale gelmesi durumunda da[276] infazın insânî ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmesi amacıyla yöntem önerilerinde bulunulmuştur[277].

Had cezalarının bu şekilde sınırlandırma çabaları, "*Had cezalarını elinizden geldiğince önleyiniz*"[278], "*Elinizden geldiği ölçüde müslümanlara had cezalarını uygulamayın. Eğer mücrimin bir çıkış yolu varsa salıverin. Zira devlet başkanının bağışlamada yapacağı hata, ceza verme sırasında yapacağı hatadan daha hayırlıdır*"[279], "*Hadlerinizi aranızda affediniz. Ancak bana ulaşan bir had olursa (haddi uygulamak) vacib olur*"[280] gibi Peygamber (sav)'in sanık lehine titizlik gösterilmesi gerektiğine işaret eden ve şüphe durumunda ya da imkan ölçüsünde hadlerin uygulanmasına engel olunmasını tavsiye eden hadislerine ve sahabe sözlerine dayanmaktadır[281]. Genel olarak söz konusu delillerle temellendirilen sınırlamaları, yargı ve infaz aşamaları açısından iki kategoride ele almak mümkündür:

---

273 Mesela, İmam Muhammed, had cezası gerektiren bir suça şahid olan bir kimsenin şahitliğini yerine getirme ya da işlenilen suçu gizleme şeklinde iki hisbe arasında muhayyer olduğunu kabul etmiştir: Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr,* s. 280.

274 Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 97.

275 Had cezalarının düşmesine neden olan diğer faktörler hakkında geniş bilgi için bkz. Fudaylât, Cebr Mahmûd, *Sukûtü'l-ukûbât fi'l-fıkhi'l-İslâmî,* Amman 1987, I, 59-62.

276 İbn Hacer, 'hadleri aşmama'yı cezada şefkat gösterme şeklinde yorumlarken cezalandırmanın gerekli olduğu durumlarda ne ihmalkar ne de aşırı davranmamak gerektiğini belirtmiştir: İbn Hacer, XI, 172.

277 Örnek olarak bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 16; İbn Kayyim, el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn,* II, 58-59.

278 İbn Mâce, Hudûd 5; Zeylâî, *Nasbu'-râye*, III, 309; Elbânî, VIII, 26.

279 Ahmed b. Hanbel, I, 419, 438; Tirmizî, Hudûd 2.

280 Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 2. bs., Kahire 1382, s. 153 ; Ebû Dâvûd, Hudûd 6; Hadisin suçun resmiyet kazanması halinde cezanın affedilemeyeceği yönündeki yorumu hakkında geniş bilgi için bkz. Âzimâbâdî, III, 166.

281 İbn Mâce, Hudûd 5; Ebû Dâvûd, Salât 114; Tirmizî, Hudûd 2.

a- Yargı Alanındaki Sınırlamalar

aa- Suçun İspatının Zorlaştırılması

İslâm ceza hukukunda ispat vasıtaları ile ilgili şartlar, suçun neticelerinin içerdiği tehlikeye göre farklılık arzeder. Ölüm cezası gerektiren suçların ispatında da adlî yanılgıların önüne geçmek için literatürde şahidler ve ikrar hususunda detaylı açıklamalar yapılır. Kasten adam öldürmede suçlunun suçunu itiraf etmemesi durumunda şahitlerin tezkiyesinin[282], zinanın ispatı için ise suç teşkil eden olayı tam olarak gören[283] dört şahidin şart koşulması bunun örneğidir[284]. Zina fiili mahrem bir ilişki olması sebebiyle şahitler tarafından görülmesi zor olduğu gibi çok çirkin bir davranış olması nedeniyle aleniyet kazanmadıkça gizli tutulması da istenmiş, bunun için ispat şartları ağırlaştırılmıştır[285]. Zira kötülüklerin toplumda şuyûu, bazen işlenmesinden de ağır, olumsuz sonuçlar doğurur.

Ebû Hanife, Şâfiî, Evzaî, bir görüşünde Mâlik iftira edilen kimsenin talebi ile, İbn Ebî Leylâ ise talebe bağlı olmaksızın şahitlerin dört kişiden az olması durumunda kazf suçunu işlemiş sayılarak cezalandırılacaklarını ileri sürmüşlerdir[286]. Nitekim Hz. Ömer ve Hz. Ali, zina davasında şahitlik yapan dört kişiden birisi suç teşkil eden fiili doğrudan görmediğini ifade ettiği için diğer üç şahidi kazf[287] haddi ile cezalandırmıştır[288]. Ayrıca fakihlerin ekseriyetine göre karısını zina halinde yakalayan bir kimsenin olayı tahkik etmeden, mücerred olarak görme ile suçlulardan birini öldürmesi durumunda kendisine kısas uygulanır, ancak dört şahitle ispat eder, maktulün de muhsan olduğu anlaşılırsa katile ceza verilmez[289].

İspatı zorlaştırma eğilimlerinden biri de zina suçunun ikrarı ile ilgili görüşlerde ortaya konulmuştur. Nitekim Mâlikî, Şâfiî ve Zâhirîler tek ikrarı yeterli görürlerken[290] Hanefî, Hanbelî ve Zeydîler zinanın ispatı için dört şahide kıyasla ve Peygamber (sav)'in de suçunu itiraf eden suçluya itirafından dönmesi için birden fazla soru yöneltmesine[291] dayanarak suçlunun dört

282 Ebû Yûsuf, s. 154

283 Nisa, 10/15; Mâlik b. Enes, Hudûd 7; Müslim, Liân 4; Ebû Dâvûd, Diyât 12.

284 Ebû Yûsuf, s. 162; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 104; İbn Rüşd, II, 565; İbn Kudâme, IX, 69.

285 Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 226.

286 Ebû Yûsuf, s. 164; İbn Sahnûn, VI, 208; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 239; Bâcî, VII, 143; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 48; İbn Hümâm, IV, 167.

287 bkz. en-Nûr 24/4.

288 Abdurrezzak, VII, 384, 401; Beyhakî, VIII, 234; Zeylâî, *Nasbu'r-râye*, III, 344; Elbânî, VIII, 28.

289 Necefî, XIV, 250-251; Cezirî, Abdurrahman, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, İstanbul 1987, V, 65.

290 Görüşlerin dayandığı deliller hakkında geniş bilgi için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 207; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 91; İbn Kudâme, XII, 361-362; Şevkânî, *Neyl*, VII, 116.

291 Şevkânî, *Neyl,* VII, 100-104, 109, 151.

defa suçunu itiraf etmesi şartının gerekliliğini, suçunu itiraf eden kimsenin ikrarından vazgeçmesi halinde ise had cezası ile cezalandırılmayacağını ileri sürmüşlerdir[292]. Bu suretle yetkili merciin haddi uygulamasının kaçınılmaz hale gelmesi için ancak suçunun isbatında bütün şüphelerin bertaraf edilmesi amacıyla[293] ihtiyatlı bir tutum sergilenmiştir[294]. Öte yandan dört ayrı mecliste suçunu itiraf edip muhsan olduğunu inkar eden ve şahitlerle muhsan olduğu sabit olan suçlunun kaçmasına itibar edilmeyeceği, zira beyyine ile sabit olan şeyin ikrarla sabit olandan daha kuvvetli olduğu, her iki delille suç ispat edilmesi halinde ise cezanın gerekliliği kabul edilmiştir[295].

Özetle verilen bu bilgiler ışığında fakihlerin adlî hataları önlemek için suçun ispatı aşamasında her türlü tedbiri aldıkları, dahası Peygamber (sav)'in Mâiz'e suçunun tam olarak sabit olması için defalarca soru sormasından hareketle hakimin haddi düşürmek için birtakım çözümlere başvurmasının mendub olduğunu kabul ettikleri[296], suçun kesin olarak yetkili merciin kararıyla sabit olmasından sonra da cezalandırılmasını gerekli gördükleri tespit edilmektedir[297]. İslâm tarihi boyunca da özellikle zina suçlarının ispatında ve ölümle cezalandırılmasında nadir örneklerin bulunmasının temel nedeni ispat hukukunun ağırlaştırılması ve İslâm toplumunun bu çirkin fiile karşı yüksek bir hassasiyet kazanmış olmasıdır. Öte yandan hakimin zulmetmek amacıyla ölüm cezası vermesi halinde ona kısas gerektiği şeklindeki görüş de kasıtlı olarak adlî hataya düşülmesini önleme amacı yönünde yorumlanabilir. Hatta adil ve alim bir devlet başkanının haksız olarak bir insanın katlini emretmesi üzerine celladın durumu bilmeyerek infazı gerçekleştirmesi halinde devlet başkanı, tazminat ödemekle yükümlü olur. Celladın söz konusu haksızlığı ve zulmü bilmesi halinde bu emre uymasının caiz görülmemesi de[298] ölüm cezasının adilane bir şekilde uygulanmasına yönelik tedbirler çerçevesine yerleştirilebilir.

---

292 Geniş bilgi için bkz. Ebû Yûsuf, s. 170; Hırakî, s. 123; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 405; Bâcî, VII, 135; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 91-92; Kâsânî, VII, 50; Nevevi, XI, 192-193; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 64; Tarablusî, s. 187; İbn Nüceym, V, 10; Şevkânî, *Neyl*, VII, 100-104, 109, 151; Desûkî, IV, 318-319.

293 Ebû Yûsuf, s. 163; Bâcî, VII, 135; Kâsânî, VII, 50; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 204-205; *Nevevî, Muğni'l-muhtâc* , XI, 192-193; Tarablusî, s. 187; İbn Nüceym, V, 10; Desûkî, IV, 318-319.

294 Cessâs, III, 264.

295 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 91-92.

296 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 38.

297 Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 34.

298 İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülaziz, *Kavâidü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*, Beyrut 1990/1310, II, 302.

ab- Cezayı Düşürücü Sebepler

i- Tevbe

İslâm hukukçuları "*...siz kendilerini ele geçirmezden evvel tevbe edenler müstesnadır. Bilin ki, şüphesiz Allah çok yarlığayıcıdır, çok esirgeyicidir*" (el-Mâide 5/34) âyetine dayanarak hırâbe suçunu işleyen kimselerin yakalanmadan önce tevbe etmeleri, irtidad edenlerin ise tevbe teklifini kabul etmeleri halinde cezanın düşeceği konusunda görüş birliği içerisinde iken tevbenin hırâbe dışındaki hadleri düşürmesi hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. İhtilafın temeli, nas ile sabit olan hırâbe suçunun cezasının ele geçirilmeden önce yapılan tevbe ile düşmesinin istisnaî niteliğine dayanmaktadır. Hadlerin hepsinin tevbe ile düşürülebileceğini savunanlara göre tevbe ile cezanın düşmesi sadece hırâbe suçunun değil ona kıyasla Allah hakkı olan bütün had cezalarının istisnasını teşkil eder, diğerlerine göre ise sadece hırâbe suçunun istisnasını oluşturur[299]. Bu konudaki görüşleri üç grupta incelemek mümkündür:

Birinci grubta yer alan Hanbelî ve Şâfiîlerden rivâyet edilen bir görüşe ve Zâhirîlere göre hırâbe âyetindeki tevbe hükmü âmm olup diğer hadleri de düşürür, ancak tevbenin yakalanmadan önce yapılması gereklidir[300]. İmam Ahmed'den gelen bir rivâyete göre tevbe, ancak dava yargı makamlarına intikal etmeden önce yapılırsa, başka rivâyete göre ise ister mesele yargıya intikal ettikten önce ister sonra yapılsın, cezayı düşürür[301]. Hırâbe dışındaki hadlerin de tevbe ile düşeceğini savunanlar hırsızlık suçu ile ilgili olarak el kesme cezasının hükmü zikredildikten sonra Allah'ın "*Kim (bu) haksız davranışından sonra tevbe eder ve durumunu düzeltirse Allah onun tevbesini kabul eder. Şüphesiz Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir*" buyurmasını (el-Mâide 5/39) ve "*Günahına tevbe eden kimse hiç günahı olmayan kimse gibidir*[302]" hadisi şerifini, zina haddinin düşmesi ile ilgili olarak "*İçinizden fuhuş yapan her iki tarafa ceza verin. Eğer tevbe eder uslanırlarsa artık onlara ceza verip eziyet etmekten vazgeçin*" âyetini (en-Nisâ 4/16), Peygamber (sav)'e Maiz'in zina haddinin tatbiki sırasında kaçmaya çabaladığı haber verilince "*Ona tevbede bulunması için fırsat tanımadınız mı? Allah onun tevbesini kabul buyursun*" ve "*keşke onu salıverseydiniz*[303]" buyurmasını görüşleri için delil kabul etmişlerdir. Onlara göre gerçekte Peygamber (sav) Maiz'in bu davranışını zina ikrarından dönme olarak değerlendirmişti.

299 Ebû Yûsuf, s. 152; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 125; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 152; Hâmid Şemrûh, "et-Tevbe ve eseruhu fî sukûti'l-ukûbe", *Mecelle külliyyeti'ş-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, Mekke (1396-1397/2), 137-151.

300 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 18; İbn Atıyye, Ebû Muhammed Abdullah İshâk b. Gâlib, *el-Muharrerü'l-vecîz fi tefsîri'l-kitâbi'l-azîz,* (y.y.) 1977/1397, IV, 215-216.

301 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 172-173.

302 İbn Mâce, Zühd 30.

303 Ebû Dâvûd, Hudûd 23.

Aslında suçlunun suçunu itirafa yönelmesi de bir tevbedir ve tam manası ile temize çıkma isteğidir[304].

İkinci grupta yer alan Ebû Hanife, Mâlik, bazı Şâfiî ve Hanbelî hukukçular ise tevbe ve pişmanlık, açık hüküm bulunması sebebiyle sadece hırâbe suçunda cezayı düşürür, kanaatindedirler. Onlara göre haddi uygulamanın asıl olması nedeniyle tevbenin cezayı düşürmemesi gerekir[305]. Bu görüş mensuplarının dayandığı birinci delil, el kesme hükmünü gösteren âyetin âmm olması ve bu hükmün tevbe edeni de etmeyeni de içermesidir. Onlara göre hüküm ifade edilirken istisnası gelmemiştir. Şu halde zina, içki içme ve hırsızlık suçlarının cezasını tevbe ile düşürmek, ilgili nassın hükmünün işlerliğini ortadan kaldırmak demektir. Zira tevbe ile nassın hükmünü düşürmek tahsise dair herhangi bir delil yokken ilgili nassı tahsis etmek olur. İkinci delil ise Peygamber (sav)'in nefislerini temize çıkarmak için haddin kendilerine uygulanması talebiyle kendisine gelenlere had uygulamış olmasıdır. Zaten O'na gelmelerinin nedeni tevbe etmiş olmalarıdır. Nitekim Peygamber (sav) kendisine had uygulanmış Gâmidiyeli kadın hakkında şöyle buyurmuştur: "*Bu kadın öyle bir tevbe etmiştir ki tevbesi Medine halkından yetmiş kimseye taksim edilmiş olsaydı hepsini kuşatırdı*"[306].

Üçüncü delil zinanın, hırsızlık ve içki içmenin hırâbe suçuna kıyas edilmesinin 'kıyas mea'l-fârık' yani farklı şeylerin birbirine kıyası niteliğini taşımasıdır. Zira hırâbede işlenen suç açıktan açığa devlete karşı bir isyan niteliğindedir. Suçluların yakalanmadan tevbe etmeleri ise suça devam etmekten vazgeçmelerinin bir göstergesidir. Yani bu suç süreklilik gösteren ve vazgeçilmekle sona eren bir suçtur. Ancak suçlular tevbe etseler dahi bu suçun sonuçlarına katlanmak zorundadırlar. Buna göre hırâbe suçuna takdir edilen ceza, bu suça devam etmeye aittir. Oysa diğer üç suç, bilfiil meydana gelmiş ve tamam olmuş olan fiildir ki bunların işlenmesi nedeniyle suçlu cezayı hak eder. Suçu işlemekten alıkoyan şey de bu cezadır. Ayrıca tevbenin cezayı düşürdüğü görüşü benimsenecek olursa cezalar işlemez hale gelir. Çünkü işlediği suça tevbekar olduğu iddasında bulunmayacak suçlu yoktur[307]. Bu nedenle tevbenin, hadlerin hepsini kapsayacak derecede kapsamının genişletilmesi nedeniyle kalbi ile değil de dili ile tevbe ettiğini söyleyenleri affetmek gerekir ki, bu da hem Allah'ın hadlerinin zayi edilmesine hem de potansiyel tehlike arzeden suçluların suç işlemeye karşı cesaretlerinin artırılmasına neden olur[308].

---

304 *Nevevî, Muğni'l-muhtâc* , IV, 150.

305 Ebû Yûsuf, s. 152; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 135-136; ; Âzimâbâdî, XII, 31; Şirvânî, IX, 164.

306 Müslim, Hudûd 23; Ebû Dâvûd, Hudûd 8; Tirmizî, Hudûd 9.

307 Kâsânî, VII, 96; Zürkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdulbâkî b. Yusuf, *Şerhü'z-Zürkânî ale'l-Muvatta' el-İmam Mâlik*, 4. bs., Beyrut 1989, VIII, 110.

308 İbn Atiyye, IV, 215-216.

Üçüncü grupta yer alan İbn Kayyim el-Cevziyye ise hırâbe dışındaki suçlarda tevbenin kabulü noktasında orta bir yol önerir. Ona göre 'hadlere tevbenin hiç etkisi yoktur ya da tevbe durumunda haddin infazı caiz değildir' demek yerine haddin tevbeden sonra sabit olması durumunda mutlak olarak terkedilmeyeceği ve yetkili merciin haddi terk ya da uygulama konusunda muhayyer olduğu düşünülmelidir. Birinci tercih hakkı, Peygamber (sav)'in kendisine suçunu itiraf edip had talep eden şahsın kendisiyle birlikte namaz kılmasının akabinden tevbe ederek suçunu itiraf etmesi nedeniyle Allah'ın kendisini affedeceğini buyurmasına ve haddi uygulamamasına dayanmaktadır. Haddi uygulaması ise Maiz ve Gamidiyye'li kadının tevbe ederek gelmelerine rağmen cezayı infaz etmekle birlikte "*keşke onu bıraksaydınız, Allah tevbesini kabul ederdi*" buyurmasına dayanır. Nitekim Peygamber (sav), onları defalarca geri çevirmiş iken onların ısrarla haddi talep etmesinin nedeni, temizlik üzerine temizlenmeyi tercih etmeleridir. Zira tevbe de had de ayrı ayrı temizlik niteliğindedir[309]. Buna göre İbn Kayyim'in cezadan maksadın, toplumu ve suçluyu temizlemek olduğu esasından hareketle tevbenin suçluyu temizlediğini ve Allah hakkını ihlal edici suçlarda cezayı düşürdüğünü kabul ettiği, ancak suçlunun tevbesine rağmen cezasını çekmek istemesi halinde cezalandırılacağı görüşünde olduğu ortaya çıkmaktadır.

Fakihlerin detaylar noktasında farklı görüşler ileri sürmelerinin nedeninin ilgili nasları farklı bakış açıları ile yorumlamalarından kaynaklandığı, tevbenin cezaları düşürmesi hususundaki etkisini suç türlerine göre değerlendirmede görüş ayrılığına düşseler de hırâbe suçunun kamu otoritesi huzurunda resmiyet kazanmaması halinde cezasının tevbe ile düşürülmesi düşüncesinde hemfikir oldukları görülmektedir. Tevbenin cezayı kaldırma gücü ile ilgili bu soyut kabul, pratikte ölüm cezasını gerektiren suçların cezalarının da yargı aşamasından önce kaldırılmasını mümkün kılan bir kolaylık niteliğinde görülebilir. Ancak hırâbe suçunun yargıya intikal etmeden önce tevbe ile cezasının düşürülmesinin diğer cezalar için geçerliliği noktasında ortaya çıkan görüş ayrılığının temelinde tevbenin mahiyeti ile ilgili bakış açılarının farklılığı da bulunmaktadır. Zira tevbenin sadece uhrevî cezayı kaldırıcı özelliği dikkate alındığında cezayı düşürücü etkisi bütün had cezaları için geçerli olmaktadır. Oysa uhrevî ceza açısından tevbe kişinin manen arındırılması şeklinde iç dünyası ve Allah'la hesabının temizlenmesi[310] amacını içeren Allah ile kul arasındaki özel bir durum olarak anlaşılmalıdır. Cezalar ise toplumsal düzenle yani kamu hukukuyla ilgilidir[311]. Bu açıdan ikinci grupta yer alan, tevbeyi

309 İbn Atiyye, IV, 368, 369; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 97-98.

310 Geniş bilgi için bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 189.

311 Ağırlıklı olarak kul hakkı ile ilgili olan kasıtlı adam öldürme suçunda dahi tevbenin kabul edilmemesi, insanların tevbe etmeyi düşünerek adam öldürmeye yeltenmelerini şiddetli bir

hırâbe dışındaki suçların cezalarını düşürecek şekilde genelleştirmenin potansiyel suçlulara cesaret vereceği yönündeki görüşü tercih etmek mümkündür. Nitekim hırâbe suçunda cezayı düşüren tevbe modern ceza hukukundaki faal nedamet ve ihtiyar ile vazgeçme kavramlarıyla örtüşür. Böylece eylem halindeki suçluyu suçu terketmeye yönlendirmek mümkün olur. Hırabe suçlusunun yakalanmadan önce tevbe etmesi de suçu işlemesi sırasında yaptığı eylemden vazgeçmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Suç tamamlandıktan sonra artık kişinin ıslahından ziyade toplumun menfaatleri önplana çıkartılarak cezalandırılması gerekmektedir.

ii- Sulh

Sulhun hukukî temeli Kur'ân[312], Sünnet ve icmaya dayanmaktadır. Nitekim Peygamber (s.a.v.)'den bu konuda gelen rivâyet şöyledir: "*Kim kasten adam öldürürse, öldürülenin nirasçılarına teslim edilir. İsterlerse öldürürler, isterlerse diyet alırlar. Bir şey üzerine anlaşılırsa o şey onlarındır*[313]." Kısas cezasının sulh ile düşmesi hususunda fakihler arasında herhangi bir görüş ayrılığı söz konusu değildir. Ayrıca sulh, had cezalarında değil sadece kısas ve diyet suçlarında cezayı düşürücü etkiye sahiptir[314]. Nitekim 'ğîle' yani plan ve tuzak kurarak adam öldürme suçunu hırâbe kapsamına dahil eden hukukçular da maktûlün velileri ile diyet üzerinde anlaşmaya varılsa dahi sulhun geçerli olmayacağını, suçun hırâbe hükmünde olması itibarıyla had niteliği taşımasından dolayı devlet başkanı tarafından asma ya da öldürme şeklinde cezalandırılacağını belirtmişlerdir[315].

iii- Af

Suistimallere neden olma ihtimali göz önünde bulundurularak toplumun maslahatı için prensip olarak suçun sabit olmasından sonra affın had cezalarını düşürmeyeceği kabul edilse de İslâm hukukçuları Peygamber (sav)'in kötü bir fiil işleyen kimsenin bunu gizlemesini[316], kendisine iletilmesi halinde ise Allah'ın haddini yerine getireceğini belirtmesini[317], bir vesileyle "*keşke bana getirmeden önce*.." ifadesini kullanmasını[318] delil kabul ederek dava açılmadan yani resmi prosedür başlamadan önce had cezalarında affın caiz olduğunu ileri sürmüşlerdir[319]. Ta'zîr cezalarında ise dava açıldıktan sonra da cezanın

şekilde önleme gayesi ile gerekçelendirilmiştir: Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 5.

312 Bkz. Nisâ', 4/28; Hucurât, 49/9.

313 Ahmed b. Hanbel, II, 183, 217; İbn Mâce, Diyât 4; Ebû Dâvûd, III, 304; Tirmizî, Diyât 1.

314 Geniş bilgi için bkz. Kâsânî, VII, 250; Şirbînî, IV, 50; Remlî, VII, 311.

315 Sahnûn, VI, 430; İbn Cüzey, s. 238.

316 İbn Mâce, Hudûd 5, Ebû Dâvûd, Hammâm, 2; Beyhakî, VII, 198.

317 Nesâî, Kat'ı sârik 4886.

318 Ebû Dâvûd, Hudûd, 15.

319 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 394; İbn Teymiyye, *Siyâse*, s. 96; Heysemî, IV, 246-250; İbn N - ceym, V, 5.

kul hakkı ile ilgisinin bulunmayıp suçlunun ıslahı amacıyla sadece yetkili otoritenin takdirine bırakılması durumunda affı mümkün görülmüştür. Kul hakkı ile ilgili olması halinde de hak sahibinin affı ile ceza düşer. Bu meselenin ayrıntılarında farklı görüşler beyan edilse de konumuzla alakalı olan yönü, kamu yararının ta'zîr kategorisindeki bir cezanın uygulanmamasını gerektirmesi halinde devlet başkanının affetme yetkisine sahip bulunuşudur[320].

Adam öldürme suçunda maktulün mirasçısının sahip olduğu af yetkisinin hukukî dayanağı "*...Ancak her kimin cezası, kardeşi(öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık (taraflar) hakkaniyete uymalı ve güzellikle ödemelidir. Bu söylenenler Rabbinizden bir hafifletmedir*" (el-Bakara 2/178). "*...Kim bunu(kısası) bağışlarsa kendisi için o keffaret olur*" (el-Mâide 5/45) âyetleridir. Peygamber (sav) de çoğu zaman uygulanacak olan hükmün kısas olduğunu ifade buyurduktan sonra failin affedilmesini emretmiştir[321]. Hatta Enes b. Mâlik, "*Peygamber (s.a.v.)'e arzedilen kısas suçlarının hepsinde, kısastan affı emrettiğini gördüm*" demiştir[322]. Ayrıca Peygamber (sav), kendisine kardeşini öldüren bir adamın katili öldürmeyerek sersest bıraktığı iletildiğinde bunu hayırlı bir davranış olarak nitelemiştir[323]. Genel olarak affı teşvik eden hadisler de affın dayanağını teşkil ederler[324]. Hz. Ali de kendisini öldürmeye teşebbüs eden Abdurrahman b. Mülcem'in hapsini emretmiş; ölmesi halinde velisinin suçluyu kısasla cezalandırabileceklerini ancak affetmelerinin takvaya daha yakın olduğunu ifade etmiştir[325].

Fakihler mağdur tarafın, kısas cezasından suçluyu affetmesinin meşrûluğunu görüş birliğiyle kabul etmekle birlikte affın mahiyeti hususunda ihtilaf etmişlerdir[326]. Nitekim İmam Şâfiî ve Ahmed'e göre kısastan af ya diyetle ya da karşılıksız olarak gerçekleşir ve sonuçta suçlu her halükarda affedilmiş[327], kısas hakkı af ile düşmüş olur[328]. Ebû Hanife ve Malik'e göre ise af, kısasın karşılıksız olarak düşmesi durumunda gerçekleşir; zira diyet karşılığında suçluyu kısastan kurtarmak af değil, sulhtur. Suçlu diyeti kabullendiğinde onunla bağlıdır, kabullenmemesi halinde bağlı sayılmaz[329]. Fıkıh

320 Geniş bilgi için bkz. Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye,* s. 387-388; İbn Hümâm, IV, 212-213.
321 Şevkânî, *Neyl*, VII, 33.
322 İbn Mâce, Diyât 35.
323 İbn Kayyim, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s. 361.
324 Mâlik b. Enes, Hudûd 28; Ebû Dâvûd, Hudûd 14; Nesâî, Sârik 4, 5; Kettânî, s. 176.
325 Ebû Ya'kûb, II, 212.
326 İbn Rüşd, II, 336; İbn Kudâme, V, 742; Buhûtî, V, 633.
327 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 9; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 346; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 6; Şirâzî, V, 70; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 29; Nevevî, *el-Mecmû',* XVII, 350.
328 İbn Abdüsselâm, II, 247.
329 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 60; İbn Rüşd, II, 337; Kâsânî, VII, 246-247; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, VI, 107-108, 113-114; İbn Hümâm, X, 239; İbn Nüceym, VIII, 360.

doktrinindeki bu ayrımın detaylarına, diyetin alternatif ceza olma niteliğini sorgulama sırasında girileceğinden tekrarlara mahal vermeme açısından soyut olarak affın kul haklarında cezayı düşürücü özelliğinin bulunması esasını dikkate almakla yetinilecektir. Zira ölüm cezasının İslâm hukukunda daha hafif cezalarla değiştirilme eğiliminin bir göstergesi olarak affın bu cezayı düşürmesi kuralının kabul edilip edilmemesi önemlidir ki mirasçıların af hakkına sahip kılınmasına ilaveten değişik üslûp ve ifadelerle bu hakkı kullanmaya teşvik edilmesi, İslâm ceza politikasının tavrını ortaya koyma açısından dikkate şayandır. Nitekim Kur'an'da mirasçıya mal karşılığı affedebilme imkanı tanındığı gibi ahirette sevab ve Allah'ın rızasına ulaşma da vadedilmiştir(eş-Şûrâ 42/40; Âl-i İmrân 3/134; el-Bakara 2/178-179). Nitekim, "...*Her kimin cezası kardeşi tarafından bir miktar bağışlanırsa*.." ifadesi katilin, maktûl ve velisinin din açısından kardeş olduğu anlamına gelir ki bu durumda kardeşin affı, kısastan daha faziletli bir davranış olarak kabul edilmiştir[330].

iiii- Şüphe

Şüphenin hadleri düşürmesinin temelinde bu cezaların *mütekâmil* sıfatına sahip olmaları anlayışı bulunmaktadır. Suçta bulunan şüphe ise onun tam olarak oluşmaması anlamına gelir ki bu durumda had cezası da düşer. Şüpheli durumlarda had cezalarının düşmesi ilkesi temelde "*Hadleri şüphelerle düşürünüz*" hadisine[331] ve Peygamber (sav)'in zina suçunu itiraf eden Mâiz'e[332] ve bir kadına[333] ikrardan dönmelerine yönelik sorular yöneltmesine ve bu doğrultudaki sahabe sözleri ve uygulamalarına[334] dayanmaktadır. Bu delillerden hareketle hadlerin, suçun sabit olmasında kesin bilgiyi ortadan kaldıran bütün şüphelerle düşeceği esası kabul edilmiştir. Nitekim fıkıh doktrininde sanığın bir suçtan dolayı ceza görmesi için suçun bütün unsurlarının tam olarak gerçekleşmiş, şüpheye yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmiş ve bu kesinliğin infaz safhasına kadar devam etmiş olması şartı titizlikle korunmuştur[335].

Şüphenin tanımı ile ilgili olarak "*sabit*[336] *olmadığı halde sabit olan şeye benzeyendir*[337], "*hükmü veya hakikati olmadığı halde şeklen mübah kılıcı bir şeyin*

330 Ebû İshâk, VIII, 296

331 İbn Mâce, Hudûd 5, Tirmizî, Hudûd 2; Beyhakî, VIII, 238; Şevkânî, *Neyl*, VII, 117.

332 Ahmed b. Hanbel, III, 321; Buhârî, Hudûd 21, 22, 25, 29, Talâk, 11, Ahkâm, 19; Müslim, Hudûd 16; Ebû Dâvûd, Hudûd 24; Tirmizî, Hudûd 5; Nesâî, Hudûd 16; Dârimî, Hudûd, 12; Kettânî, s. 106.

333 Mâlik b. Enes, Hudûd 6; Ahmed b. Hanbel, IV, 115; Buhârî, Vekâlet 13, Sulh 5, Ahkâm 39, Hudûd 30, 32, 34, 38, 46; Müslim, Hudûd 25; İbn Mâce, Hudûd 7; Ebû Dâvûd, Hudûd 25; Tirmizî Hudûd 8; Dârimî, Hudûd 12.

334 Ebû Yûsuf, s. 153; Abdurrezzâk, VII, 402.

335 Ebû Yûsuf, s. 152; İbn Hümâm, V, 248.

336 Buradaki sübut ile fiil ve hükmün sübutuna şamil genel bir sübut kastedilmiştir.

337 İbn Hümâm, IV, 140.

bulunmasıdır"[338] şeklinde ifadeler kullanılmıştır. İslâm hukukçuları, hangi şüphelerin suçun oluşumunda ve cezanın düşürülmesinde etkili olacağı konusunda ise farklı görüşlere sahiptirler. Hanefî ve Şâfiîler başta olmak üzere fakihlerin çoğunluğu şüphenin alanını geniş, bir kısmı da dar tutmuş[339] ve bu suretle şüphenin taksimi ile ilgili farklı tasnifler yapmışlar; bu çerçevede daha ziyade suçun unsurunda ve ispatında ortaya çıkan şüphenin kısas ya da had cezalarının düşmesine neden olduğunu kabul etmişlerdir[340]. Nitekim bir suçu suç yapan temel unsur Şâri'in belli bir fiili, had ya da kısas gibi bir cezaî müeyyideye bağlayarak haram kılmış olmasıdır. Mesela bir ilişkinin haram kılınan zina kategorisine girmesi için bu fiilin haramlığı ve haram olan fiilin maddi ve manevi unsurlarının bulunduğu noktasında kesin deliller bulunması gerekir. Bu konuda ortaya çıkan herhangi bir şüphe, haddin yerine getirilmesine engel olucu nitelik taşır[341] ki buna fıkıh literatüründe delilde şüphe de denilmiştir[342].

'İspatta şüphe' ise suçun mahkeme huzurunda kesin delillerle ispat edilmesi şartı ile ilgilidir. Buna göre şahitlikte kullanılan lafızların manaya delaletlerinin kesinlik taşıması, şahitlerin ifadelerinin açık ve net olması kadar ispat için kullanılan delilin ileri sürüldüğü andan hüküm anına kadar kesinlik niteliğinin devam etmesi de gereklidir. Nitekim zina şahitlerinden bir kısmı ya da hepsi şehadetinden döndüğü takdirde fakihlerin çoğunluğuna göre ceza düşer ve şahitlerin hepsine kazf haddi gerekir. İmam Muhammed, Züfer, İmam Şâfiî ve İbn Kâsım'a göre ise sadece şehadetinden dönen kimseye had gerekir. Zira hadden önce yapılan rücu, infazdan önce yapılan ve haddi düşüren tevbe gibidir[343].

Aynı şekilde cezanın gerekliliği için ikrardan da dönülmemesi gerekir. Nitekim suçun sabit olması için dört kere itiraf edilmesi şartını koşan Hanefî, Hanbelî ve Zeydîlerin suçlunun ikrarından vazgeçmesi halinde had cezası ile cezalandırılmayacağını kabul etmelerinin[344] dayanağı da Peygamber (sav)'in

338 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* X, 152.

339 Şüphe ile hadlerin düşmesine dair örnekler için bkz. Kasânî, VII, 247; Nevevî, *el-Mecmû',* XX, 21; İbn Hümâm, IV, 140; İbn Âbidîn, IV, 5, 18.

340 Meselâ maktulün yakınlarından bazılarının katili affetmesi halinde bir şüphe söz konusu olduğundan kısas düşer: Kâsânî, VII, 248; aynı şekilde suçlu ve mağdurun dokunulmazlığının eşitliğinde bir şüphe bulunması durumunda kısas düşer: bkz. Şirvânî, VIII, 402.

341 Tarablusî, s. 187; İbn Hümâm, IV, 140.

342 Kârâfî, *el-Furûk*, V, 172.

343 Sahnûn, VI, 238-239; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 406; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 74; Kârâfî, *ez-Zehîra,* XII, 77; İbn Hümâm, IV, 172; Desûkî, IV, 206; şahitlerin şehadetlerinden vazgeçmesi durumunda kazf haddi ile cezalandırılmaları ile ilgili farklı görüşlerin delilleri ve detaylı izahları hakkında geniş bilgi için bkz. Fudaylât, II, 37-41.

344 Geniş bilgi için bkz. Ebû Yûsuf, s. 170; Cessâs, III, 264; Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 405; Bâcî, VII, 135; Serahsî, *Mebsût*, IX, 91-92; Kâsânî, VII, 50; *Nevevî, Muğni'l-muhtâc* , XI, 192-193;

Maiz'e "*belki sen sadece öpmüşsündür, belki dokunmuşsundur, belki sıkmışsındır*" sözleriyle itirafından dönme yolunda telkinde bulunması[345] ve bir hırsızı ikrardan dönmeye teşvikidir[346]. Bu uygulamalar ikrardan dönmenin had cezasının verilmemesi yönünde bir etkisi olmasaydı ikrarda bulunana ikrarından dönmesi hususunda bir işarette bulunulmazdı, şeklinde yorumlanmıştır[347]. Hz. Ali de kendisine gelerek zina suçunu itiraf eden Şurâha'ya "*belki sen uyurken zina yaptığın erkek üzerine gelmiştir; belki o seni zinaya zorladı; belki efendin seni o erkekle evlendirmiştir ve sen bu evliliği gizliyorsun*" diyerek Peygamber (sav)'in yöntemini kullanmıştır. Bu açıdan bazı İslâm hukukçularına göre ikrardan dönme mutlak olarak haddi düşürmez; delil olarak yalnız ikrarın bulunması durumunda hakimin ikrarda bulunana ikrarından dönmesini teklif etmesi müstehaptır. Ancak suçun beyyine ile sabit olması durumunda ikrardan dönme cezayı kaldırmaz[348].

Recm cezasının infazı sırasında suçlunun kaçmaya teşebbüs etmesinin de suçun ikrar ile sabit olması halinde ikrardan dönme olarak kabul edilmesi ve infazın durdurulmasının gerektiği ileri sürülmüştür. Hanefî, Hanbelî, iki rivâyetin birinde Mâliki ve Şâfiîlerin kabul ettiği bu görüşün dayandığı delil, Peygamber (sav)'in kendisine Maiz'in kaçtığı söylendiğinde " *Keşke onu bıraksaydınız, onun tevbe etmesi ve Allah'ın da tevbesini kabul etmesi umulurdu*" şeklindeki ifadesidir. Buna göre Maiz'in kaçışı, ikrardan dönme anlamını içermektedir ki bu açıdan bir şüphe ortaya çıkmıştır[349]. Ancak kaçmanın sebebi mücerred olarak korku ise ceza uygulanır, şeklinde görüş beyan edenler de vardır[350].

Fakihlerin görüşlerinden ve dayandıkları delillerden anlaşıldığı üzere ikrardan dönmek, ikrarın doğru olmadığı hususunda bir şüphe meydana getirmektedir ki şüphe bulunması durumunda had cezalarının tatbik edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle şüphe durumunda ancak ta'zîr cezası verilebilir[351]. Aynı şekilde suçlu ve mağdurun dokunulmazlığının eşitliğinde bir

---

Tarablusî, s. 187; İbn Nüceym, V, 10; Şevkânî, *Neyl,* VII, 100-104, 109, 151.

345 Buhârî, Hudûd 21, 22, 25, 28, 29.

346 Ahmed b. Hanbel, V, 293; Buhârî, Muhâribîn 139; İbn Mâce Hudûd, 2597; Tirmizî, Hudûd, 5; Nesâî, Kat'u sârik 67, Heysemî, IV, 266.

347 Zeylaî, *Nasbu'r-raye*, IV, 316 .

348 İbn Hümâm, IV, 121; İbn Hacer, XII, 119; Şirvânî, IX, 113; Mâverdî ise bu hususta hak ayrımı kriterini göz önünde bulundurmuş; sırf Allah haklarının ikrar ile sabit olması durumunda ikrardan rücû ile, sırf kul haklarının ise ikrar ile sabit olması halinde mücerret olarak ikrardan dönme ile değil, hak sahibinin tasdiki ile düşeceğini ifade etmiştir: Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 211-212.

349 Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 203, 210; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 37; Elbânî, VIII, 327.

350 Geniş bilgi için bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 68; Desûkî, IV, 319.

351 Kâsânî, VII, 35; Desûkî, IV, 319; Abdülaziz Musa Âmir, *et-Ta'zîr fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 4. bs. Kahire 1969, s. 50.

şüphe bulunması[352], müslüman bir kişinin, müslüman mı, kafir mi, köle mi olduğu belli olmayan bir şahsı öldürmesi durumunda da kısas düşer, diyet gerekir[353]. Öte yandan suçun unsuru ve ispatta şüphenin yanı sıra bilgi elde etmenin zor olduğu durumlarda şer'î ahkamı bilmemek de ağır cezaları düşürücü ve onları nisbeten daha hafif cezalara dönüştürücü bir özür sayılmıştır[354]. Nitekim Hz. Ömer, Hz. Osman ve Hz. Ali haddin ancak işlediği suçun haram olduğunu bilen kişiye uygulanacağını ifade etmişlerdir[355].

Şüphe ile ilgili yaklaşımlar genel olarak değerlendirildiğinde belli ağırlıktaki suçlar için öngörülen had cezalarının, sert ve ağır nitelik taşıması ve infazı halinde de telafi edilmesi mümkün olmayan sonuçlara sebep olması nedeniyle adlî hataya düşmeme amacıyla kesin olarak ispat edilmesi ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Bu suretle ağır cezaların uygulama alanının da mümkün olduğunca daraltılması yönünde bir eğilimin söz konusu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre ancak bütün tedbirlere ve engellere rağmen bir suçun kesinlik kazanması durumunda yetkili merciin cezayı uygulaması kaçınılmaz hale gelir ki bu safhada cezanın uygulanmaması, potansiyel suçlulara cesaret vereceğinden kamunun maslahatı göz önünde bulundurularak hadlerin kanuni bir düzenleme olarak mevcut bulunması ve dar bir çerçeve içinde de olsa tatbiki gereklidir.

ac- Alternatif Cezalar Öngörülmesi

İslâm ceza hukukunda had ve kısas cezaları esas olarak ıskatı mümkün olmayan tek seçimlik cezalar olarak kabul edilse de belli durumlarda kendi içlerinde daha hafif nitelikte alternatif cezalarla değiştirilmesi mümkün görülmüştür. Nitekim fakihler kısasın, Kur'ân ve Sünnette zorunlu ve vazgeçilmez bir ceza olarak değil, diyet ve af alternatifleri ile birlikte vazedildiğini kabul etmişlerdir. Diyetin ve affın kısasın yerine geçme şekli hususunda ise Hanefî ve Mâlikî fakihler kısasın bizzat, diyetin ise ancak maktulün velilerinin katille anlaşmaları ile kısasa bedel olarak gerekli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, "*Ey iman edenler! Öldürmede sizin üzerinize kısas farz kılındı...*" âyetinde ve Peygamber (sav)'in "*kasıt kısastır*" hadisinde başka bir ceza ya da alternafin değil de sadece kısasın sarih olarak ifade edilmesi, adam öldürme suçunun cezasının kısas olduğunu gösterir. Diyet ise onun yerine geçen bir bedel niteliğindedir[356]. Burada kullanılan *bedel* kelimesi, diyetin bir alternatif olduğunun kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

352 Geniş bilgi için bkz. Şirvânî, VIII, 402.
353 Herevî, I, 123.
354 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 394; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 200.
355 Beyhakî, VIII, 236.
356 Kâsânî, VII, 241-244.

Şafiî, Zahirî fakihlere, İmam Malik'ten yapılan bir rivâyete ve Hanbelilerin tercihe şayan olan görüşüne göre ise kasten adam öldürme suçunda ya diyet ya da kısas gerekir. Bu ikisinden birini seçme hususunda maktulün velisi muhayyerdir[357]. Zira el-Bakara 2/178. âyet gereğince kısası affetmek, diyete hak kazanmak demektir. Bu görüşün dayanaklarından biri de İbn Abbas'ın, "*Haksız yere öldürülenin velisine bir yetki tanımışızdır...*" (el-İsrâ 17/33) âyetinde geçen 'yetki' şeklinde çevirdiğimiz "*sultân*" kelimesini kısas, diyet ve af arasında muhayyer olma şeklindeki izahıdır[358]. Peygamber (sav)'in "*Bir kurbanı olan katil iki seçenekten birini seçme muhayyerliğine sahiptir; ya fidye verir ya da ölümle cezalandırılır*"[359] hadisinin zahir anlamı da kısas ve diyetin tercihe göre gereklilik kazanacağı şeklindedir ki buradaki vacib gayri muayyendir, biri terkedilirse diğeri vacib olur. Zira diyet kısasın bedeli olmayıp her iki ceza da nefsin bedelidir. Katl suçu ile ikisi de vacib, velinin seçimine göre ise ikisinden biri gerekli olur[360]. Bu görüşün temellendirilmesi sırasında fakihlerin, İslâm'ın kısas sistemine kazandırdığı farklı boyuta değinmeleri dikkate şayandır. Şöyle ki, fakihler İsrailoğullarında kısasın gerekli görülmekle birlikte diyetin bir alternatif olarak kabul edilmediğini, Hz. İsa'nın kavmine suçluyu affetmenin gerekli görüldüğünü, cahiliye Araplarının ise "*katli en iyi gideren yine katildir*" esasıyla hareket ettiklerini belirtmişlerdir. Bu tarihi gerçekleri göz önünde bulunduran Şâfiî, müslümanlara öldürme, affetme veya diyet alma şeklindeki seçeneklerden birini tercih etme hususunda ruhsat verildiğini, bunun da Allah katından kendilerine yönelik bir kolaylaştırma ve rahmet olduğunu belirtmiştir[361].

İbn Ferhûn, hapis cezasının, her anında suçlunun suçundan vazgeçme hissini bizzat yaşamasından dolayı tekerrür eden bir cezalandırma niteliği taşıdığını belirtmiştir[362]. Bu düşünceye göre hürriyeti bağlayıcı nitelikteki hapis cezasının, ıslah amacını gerçekleştirme açısından bedeni cezalara alternatif olarak kullanılması mümkündür. Ancak bu tez, had sahasında değil ta'zîr alanında uygulanabilir. Zira klasik fıkıh doktrininde had cezaları Kur'ân ve Sünnet tarafından belirlenmiş olması itibarıyla değiştirilemez, ancak yine naslarda belirlenen alternatiflerle değiştirilebilir görülürler. Bu ayrımın bariz bir örneği *ğîle* yani tuzak kurarak öldürme suçunun cezasını tespit sırasında görülür. Fakihlerin ekseriyeti bu suçu normal bir katl vakası olarak değerlendirip maktulün yakınlarının kısas ve diyet alternatiflerine sahip olduğunu

357 Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 13; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 38-43; İbn Rüşd, II, 336; Şirbînî, IV, 48.
358 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 6.
359 Ebû Dâvûd, Diyât 4; İbn Hanbel, VI, 385; İbn Hacer, XII, 205; Şevkânî, *Neyl*, VII, 8-9.
360 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 346; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 49; Şirvânî, VIII, 446.
361 Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 9.
362 İbn Ferhûn, II, 209.

kabul ederler. Mâlikî ve bazı Hanbelî fakihler ise bu suçu hırâbe şeklinde niteleyerek velîlerin karşılıksız olarak affetme ya da bu tür cezaları tercih etme yetkilerinin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu görüş sahipleri, Peygamber (sav)'in bir cariyenin başını iki taş arasında ezerek öldüren yahudinin suçunu itiraf etmesi üzerine başının ezilerek öldürülmesini emretmesi[363] ile Ukl ve Ureyne kabilelerinden bir topluluğu, faydalanmalarına izin verdiği develerin çobanlarını öldürmeleri nedeniyle ölümle cezalandırmasına dair rivayetleri[364] delil olarak kabul etmişlerdir. Zira Peygamber (sav), bu olaylarda maktullerin yakınlarına sormaksızın suçluların ölümle cezalandırılması emrini vermiştir. Aynı şekilde ğîle ile öldürme de had niteliği taşır ve yetkili mercî suçun sabit olması durumunda doğrudan ölüm cezası ile hükmedebilir[365]. Nitekim had cezalarında ancak bu cezaların önceki başlıklarda zikredilen sebeplerden dolayı düşmesi durumunda ta'zîr cezası bir alternatif olarak devreye girer ki doktrinde ta'zîr cezalarının, hadlerden daha hafif nitelikte olması gerektiği yönündeki genel kabul, bu cezaların hafifletici şekilde alternatif olma yönünün ağır bastığını gösterir.

b- İnfaz Safhasındaki Sınırlamalar

Klasik fıkıh öğretisinde ölüm cezasının infaz aşamasında getirilen sınırlamalar daha ziyade cezanın insanî bir şekilde infazına yöneliktir. Nitekim fakihler, infazda göz önünde bulundurulması gereken insanîlik ilkesini, genel olarak "*Öldüreceğiniz zaman, öldürmeyi de en güzel bir şekilde gerçekleştirin*" ve "*öldürme hususunda insanların en çekingen olanı iman ehlidir*"[366], hadislerini temel alarak '*ihsan'* kavramı çerçevesinde temellendirmişlerdir. Peygamber (sav)'in müsleyi ve ateşte yakarak öldürmeyi yasaklayıcı hadislerine[367] dayanarak ölüm cezasının işkence[368] ile infaz edilmemesi hükmünü içeren nasları da bu kavram doğrultusunda yorumlamışlardır. Nitekim Hz. Ali yaralandıktan sonra ölmesi halinde oğlunun Abdurrahman b. Mülcem'i kısasla cezalandırabileceğini ancak kısası infaz sırasında işkence etmemesi gerektiğini ifade etmiştir[369]. İbn Abbas da öldürmede aşırı gitmeme (el-İsrâ 17/33) emrini, kı-

363 Rivayetler için bkz. Buharî, Husûmât 1, Vasâyâ 5, Diyât 4, 12; Kasâme 17; Ebû Dâvûd, Diyât 10; İbn Mâce, Diyât 24; Dârimî, Diyât 4; İbn Hanbel, III, 193, 262, 269.

364 Buharî, Muhâribîn 16, 17, 18, Diyât 22, Zekât 68, Cihad 152, Meğâzî 36; Müslim, Kasâme 9; Tirmizî, Tahâret 55, Et'ime 38; Ebû Dâvûd, Hudûd 3; Nesâî, Tahrîmü'd-dem 7; İbn Mâce, Hudûd 20.

365 Delillerle ilgili tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 313-315.

366 Ebû Dâvûd, Cihâd 120, İbn Mâce, Diyât 30..

367 Buhârî, Cihâd, 148, Mezâlim 31, Zebâih 25; Ebû Dâvûd, Cihâd 120, 122; Tirmizî, Diyât 14; Şevkânî, *Neyl*, VII, 164; Heysemî, IV, 253.

368 İşkence kavramı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Hakkı Aydın, *İslâm ve Modern Hukukta İşkence,* İstanbul 1997, s. 228-234.

369 Şâfiî, *Müsnedü'ş-Şâfiî*, s. 313.

sası infaz ederken aşırıya kaçarak suçlunun organlarını kesmenin yasaklandığı şeklinde yorumlamıştır[370].

Fakihler de mirasçının, ister affetsin ister affetmesin suçlunun organlarını yaralaması ya da kesmesini haksız bir eylem olarak nitelemişlerdir. Zira maktûlün velisinin suçluyu öldürme hakkı vardır, ancak ona acı verme ve işkence yapma hakkı yoktur. Nitekim İmam Şafiî ve Hanefî hukukçular teknik olarak bu eylemin cezâî sorumluluğunun bulunamayacağını, ancak ta'zîren cezalandırılabileceğini kabul ederken[371] İmam Mâlik, cezaen sorumlu olmanın gerekliliğini savunur. Ona göre mirasçı, suçluyu ister öldürsün ister affetsin, kesme ve yaralama fiilleri kısas veya diyet gerektirir[372]. Bu noktada fakihlerin infazın insânîlik niteliği ile cezanın kanûnîliği arasında bir paralellik kurdukları görülmektedir. Nitekim bedeni cezalar, suçluya acı verse de Allah'ın emrettiği ve Resûlünün uyguladığı bir fiil 'müsle' niteliği taşımaktan münezzeh olup, nassın bulunmadığı alanda bedene verilen eza bu niteliği taşır. Kısas ve hadler ise bu sıfata sahip değildir. Dolayısıyla öldürmede aşırı gitmeme, Allah'ın meşrû kıldığı sınırı aşacak şekilde ölüm cezasını infaz etme anlamına gelmektedir[373]. Nitekim fıkıh bilginleri, infazda kanunîlik sınırının aşılması durumunda cezanın işkence niteliği taşıyacağı ve insanîliğini kaybedeceği şeklinde bir yaklaşım sergilemişler ve intikamın doğuracağı haksızlıklardan ve kötü sonuçlardan emin olmak için had ve kısas cezalarının devlet başkanı ya da temsilcisi huzurunda gerçekleşmesi gerektiği kuralını benimsemişlerdir[374]. Aynı anlayışın devamı olarak fakihlerin ekseriyeti köle ya da cariyeye efendisinin recm veya kısas cezalarını uygulayamayacağını, bunun için yetkili mercie başvurması gerektiğini ileri sürmüştür[375].

Fukaha infaz aletleri ve yöntemlerini de ölüm cezasının uygulamasının ihsan niteliği taşıması önkabulü ile ele almışlardır. Nitekim "*kısas ancak kılıç ile yerine getirilir*"[376] hadisi infazın suçluya işkence etmeden ve insanî bir şekilde gerçekleştirilmesi doğrultusunda yorumlanmış, suçluya işkence etmeksizin en az acı verecek bir yöntemle gerçekleştirilmesi esası ile temellendirmişler, bu açıdan katlin en güzelinin kılıçla gerçekleştiği ileri sürülmüş[377] ve kılıç *katl aleti* şeklinde nitelendirilmiştir[378]. Bu hususta kılıçla infazda artırma ve ek-

370 Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 115.
371 Şirâzî, II, 202; Kâsânî, VII, 304.
372 İbn Sahnûn, XVI, 222; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 391.
373 İbn Hazm, e*l-Muhallâ,* XII, 58.
374 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 359; İbn Kudâme, *el-Kâfî,* IV, 37.
375 Geniş bilgi için bkz. Sahnûn, VI, 258-259.
376 İbn Mâce, Diyât 25.
377 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 360; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 63; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 148.
378 Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 448.

siltmenin söz konusu olmaması ve cezanın doğrudan doğruya infaz edilmesi nedeniyle işkencenin de kesinlikle bulunmaması gerekçe gösterilmiş[379], hatta tek vuruşta öldürmenin ölümün daha kolay olmasını sağlaması açısından *ihsan* niteliğini taşıması nedeniyle iki vuruşta öldürmeden daha iyi olduğu belirtilmek[380] ve yetkili otoritenin kısası infaz edecek olan velinin infaz sırasında kullanacağı kılıcın keskin veya zehirli olup olmadığının kontrolünü emretmesi gerekli görülmek suretiyle infazın kolaylaştırılması yolunda daha sıkı tedbirler önerilmiştir[381]. Kısasta infaz edilen cezanın işlenilen suçla eşit olması esasının, meşrûiyet kriteri olmasından hareket eden İbn Hazm ise "*Öldürmeyi güzel yapın*" hadisinin katilin, maktulü öldürdüğü şeklin aynısı ile öldürülmesi anlamını içerdiğini, boğarak öldüren bir kimsenin kılıçla kısasının ise *ihsan* değil *isâe* sıfatını taşıdığını belirtmiştir[382].

Recm cezası hususunda ise Kâsânî recmin ölüme neden olan *mühlik* bir had olması itibarıyla infazında da suçlunun en hızlı bir şekilde ölümüne sebep olan yöntemin evla olduğunu belirtmiştir[383]. Ayrıca Peygamber (sav)'in zina suçunu işleyen kadının hamile olması üzerine doğum yapıncaya, daha sonra da emzirme dönemi bitinceye kadar infazı ertelemesi de insanîlik ilkesinin görünümlerindendir. Aynı şekilde kısasta da hamile bayana cezanın infaz edilmemesi kuralı benimsenmiştir[384]. Dinden dönme suçunu işleyen kimsenin cezasının ise Hz. Ebû Bekir döneminde mürtedlerle yapılan savaşın kılıçla olmasından hareketle kılıçla infazı uygun görülmüştür[385]. Nitekim İbn Abbas, Hz. Ali'nin dinden dönen bir topluluğu yakarak cezalandırdığını öğrenince "*Ben olsam, onları sadece kılıçla öldürürdüm, zira Peygamber (sav)'in 'ateşle ancak ateşin Rabbi azab eder' buyurduğunu işittim*" demiştir[386].

Hırâbe suçunun asma ve öldürme şeklinde cezalandırılması sırasında da öldürmenin asmadan önce gerçekleşeceğini savunan fakihler, mahkumun önce asılıp daha sonra bir mızrak saplanarak öldürülmesinin *müsle* niteliğini taşımadığını ileri sürmüşlerdir. Zira müsle bazı organların kesilmesidir. Öte yandan bazı fakihler de hırâbe suçunun cezalandırılması sırasında canlı olarak asmanın eziyet verici olduğunu, Peygamber (s.a.v.)'in ise hayvana dahi eziyet etmeyi yasakladığını ileri sürmüşlerdir[387]. Nitekim Ahmed b. Hanbel

379 Remlî, VII, 304-305; Ebû İshâk, IX, 175.
380 İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülaziz, *el-Kavâidü's-suğrâ*, Dımeşk 1416, I, 33.
381 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 109; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 37; a.mlf., *el-Muğnî*,VIII, 306.
382 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 326; *age*., XII, 63.
383 Kâsânî, VII, 60.
384 Geniş bilgi için bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 39.
385 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 150; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 6; Ebû İshâk, IX, 175.
386 Ebû Dâvûd, Cihâd 121; Beyhakî, VIII, 202; Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, III, 408.
387 Görüş sahipleri ile ilgili bilgi için bkz. Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, VI, 360; İbn Kudâme, *el-Muğnî*,

asmadan önce öldürmenin daha iyi olacağını, aksi takdirde cezanın suçluya acı vererek müsleye benzeyeceğini belirtmiştir. Âyette de öldürme, asmadan önce zikredilmektedir ki buna göre suçlunun önce kılıçla boynu vurulur, sonra asılır. Asma müddeti hususunda görüş bildiren fakihler, bedene eza verilmemesi esasını göz önünde bulundurmuşlar ve üç gün sınırını koymuşlardır[388]. Şirâzî ise öldürmenin güzel yapılması için cesedin bozulmaması kriterini esas almış, havanın sıcak olması durumunda önce ölüm sonra asmanın, soğuk olmasında ise aksinin uygulanacağını belirtmiştir[389]. Bu görüş, suçlunun bedeninin önemini yansıtması açısından insanîlik ilkesinin farklı bir görünümü olarak değerlendirilebilir.

Klasik fıkıh doktrinindeki bu yaklaşımlar, müslüman olmayan bazı araştırmacılar tarafından da İslâm ceza hukukunda ölüm cezasının kabul edilmekle birlikte suçlunun insan olduğu gerçeğinin gözardı edilmeksizin mümkün olduğunca insanî biçimde uygulanmasına yönelik yöntem önerileri şeklinde değerlendirilmiş[390], had ve kısas niteliği taşıyan ölüm cezasının ancak ihtiyati tedbir ve caydırıcı unsur şeklinde prensip olarak vazedildiğinin düşünülebileceği ileri sürülmüştür[391]. Nitekim İslâm ceza hukukunda belli suçlar için öngörülen ve yetkili merci önünde infaz edilen cezaların, meşrûiyet çerçevesinde gerçekleşmesi durumunda suçluya eziyet verici nitelik taşımadığının kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte doktrindeki ilkelerin uygulama alanında bazı sapmalara ve aksaklıklara sahne olması ise her hukuk sisteminde olduğu gibi İslâm hukuku içinde de kaçınılmaz bir durumdur. Fakihler de bunları tahmin ederek had ve kısas cezalarının uygulanması gerektiğini prensip olarak kabul etmiş, ancak pratikte daha toleranslı davranılması yönünde kapılar aralamış, cezaların işkence ile ağırlaştırılmasına yönelik tedbir niteliğinde kabul edilen esaslar çerçevesinde suçlunun bedenine en az acı veren yöntemleri tartışarak infazda insanîlik kriterini göz önünde bulundurmuştur.

Sonuç olarak denilebilir ki klasik doktrinde İslâm'da had ve kısas kategorisinde vazedilen cezaların, açık naslar tarafından tayin edilmesi nedeniyle prensip olarak değiştirilmesi mümkün görülmemiştir. Ancak bu tür cezaları gerektiren suçların işlenmesi durumunda suçluyu öldürmeden başka bir yolun bulunmadığı ileri sürülerek ölüm cezası vazgeçilmez, zorunlu bir ceza

IX, 148; İbn Cüzey, s. 239.

388 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 130.

389 Şirâzî, II, 284.

390 Hıdeaki Homma, *Structural Characteristics of Islamic Penal Law*, Japan 1986, s. 62; - Anderson, J. N. D., "Homicide in İslâmic Law", *BSOAS*, XIII(1949-1951), s. 819, 825; Bassiouni, M. Cherif, *Dıstortions about Islam in the West*, Lahore: Malik Sirâcüdden and Sons (t.y.), s. 232.

391 Bassiouni, s. 232-233.

olarak vazedilmemiş, kısasta af ve diyet alternatifleri kabul edilmiştir. Öte yandan şüphe, af ve tevbe imkanları ile cezanın ortadan kaldırılmasına kapı aralanmıştır. Bu imkanlar ise ölüm cezasının adaleti ve kamu menfaatini temsilen vazolunmakla birlikte tatbikini engelleyici nitelikte adli hatalara neden olmayacak sıkı tedbirlerin ve cezayı düşürücü yöntemlerin öngörüldüğünün işaretidir. Bütün tedbir ve sınırlama safhalarının aşılmasından sonra suçun sabit olması durumunda ise cezanın, toplumsal ve bireysel açıdan hedeflediği amaçları gerçekleştirmek üzere tatbikinin kaçınılmaz olduğu esası kabul edilmiştir ki bu amaçlar, ölüm cezası ile ilgili nasların illet ve hikmetinin sorgulanması suretiyle tespit edilmiştir. Fakihlerin ölüm cezası ile ilgili anlayışlarını tam anlamıyla ortaya koyabilmek için de bu nasları yorumlamak suretiyle cezanın amaçları doğrultusunda vardıkları sonuçları dikkate almak gerekir.

D- Ölüm Cezası ile İlgili Nasların Ta'lîli

Genel olarak ta'lîl, nasların ve hükümlerin zahirî ve lafzî yönüne takılıp kalmadan vazolunuş amaçları doğrultusunda değerlendirilmesini ifade etmek üzere kullanılmıştır[392]. Fakihler, fıkhın yapılandırılması sırasında bu amaçların daha ziyade uygulama alanı ile ilgilenmişler, 'mesâlih'i dikkate alarak mevcut hal ve şartlara göre nasları ta'lîl etmişlerdir. Usûlcüler ise fıkhın teorik temellerini ortaya çıkarma çabası içerisinde ta'lîli de belli kurallara bağlamaya çalışmışlardır. Meseleyi önceleri 'kıyasın illetini tespit yolları' başlığı altında illet, hikmet, münâsebe, kıyasın zannî yapısı gibi konular çerçevesinde ele alırken zamanla hukuk sistemini kapsayıcı tümel ilkelere ulaşmışlardır[393]. Bu ilkeler önceleri *mehâsin, ma'nâ, meânî* gibi terimler kullanılarak ele alınırken daha sonra *makâsıd* kavramında ifadesini bulmuştur[394]. Bu bağlamda ölüm cezası ile ilgili nasların ta'lîlinin de önce kıyas kapsamı içerisindeki konumunun ele alınması, daha sonra maslahat ve makâsıd kavramı ışığında genel olarak değerlendirilmesi gerekir.

Kıyasın temelini oluşturuan illet terimini usûl alimleri 3 şekilde kullanmışlardır: Fiilden yarar ve zarar şeklinde ortaya çıkan sonuç, hükmün vaz'ı

392 Çoğunluğun görüşü bu yönde olmakla birlikte Zâhirîler, hükümlerin vaz'ının, birtakım maksatları gerektirmesini kabul etmeyip Allah'ın *sun'*undan olduğunu savunurlar: Âmidî, *el-İhkâm,* III, 265.

393 Abdülmecîd Sağîr, *el-Fikru'l-usûlî ve işkâliyyetü's-sultati'l-ilmiyye fi'l-İslâm*, Beyrut 1994/1415, s. 354-355.

394 3. asır alimlerinden olduğu bilinen Hâkim et-Tirmizî'nin *es-Salâtü ve makâsıduhâ* isimli eseri, şer'î makâsıd hakkında telif edilen en eski eserlerdendir. Müellif, eserinde istinbata dayalı bir yöntem izlemese de namazın maksatlarına yönelik tahlil ve ta'lîl örnekleri ortaya koymaktadır. Cüveynî ise bu terimleri genel ilkeler ve değerleri kapsayacak şekilde daha geniş bir anlamda kullanmıştır. Makâsıd kavramının tarihsel gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. Raysûnî, Ahmed, *Nazariyyetü'l-makâsıd inde'l-imâm eş-*Şâtıbî, Beyrut 1992/1412, s. 31-33; Neccâr, Abdülmecîd Ömer, *Fusûl fi'l-fikri'l-İslâmî bi'l-mağrib,* Beyrut 1992, s. 141-145.

sonucu ortaya çıkan maslahatın temini veya mefsedetin def'i, hükmün teşrîinden kaynaklanan kulların maslahatı şeklindeki zâhir, munzabıt vasıf. Bu üç anlamı ifade etmek üzere illet kelimesini mecazî olarak kullanmışlar, teknik olarak ise söz konusu vasıfları belirtmek için kullanmışlardır. Zira bu vasıflar, gerçek illetin ölçütüdür. Fiilin yarar veya zarar şeklindeki sonucunun hakiki illet olduğunu kabul etmekle birlikte bunu hikmet olarak ifade etmişlerdir[395]. Bunun yanı sıra Şâri'in kasıt ve maksûdunu, hükmün teşrîini gerektiren münâsib mana çerçevesinde de dikkate almışlardır[396].

İslâm hukukundaki nasların genel olarak yorumlanması hususunda illetin akıl yolu ile kavranabildiği ve kavranamadığı sahalar ayrı kategorilerde değerlendirilmiştir[397]. Kıyasın hadler, keffaretler ve nasla belirlenmiş hususlarda yapılmasının caiz olup olmadığını tartışan fakihlerin hareket noktaları da cezaların takdir edilmelerindeki gayenin aklen kavranıp kavranamayacağı hususudur. Hanefîler başta olmak üzere fakihlerden bir gruba göre namaz rekatları ve sopa cezası ile ilgili sayıları aklen illetlendirmek mümkün değildir. Akıl bu sayıların dikkate alınmasının hikmetini kavrayamaz. Kıyas ise aslın hükmünün illetini akılla kavramaya dayanır, illeti kavranamayanda kıyas özürlü olur. Hadler de aklın kavrayamadığı ceza miktarları içermesi nedeniyle nasla belirlenen hususlardandır[398]. Fakihlerin diğer grubu ise miktarları nasla tayin olunan hususların, keffâretlerin, hadlerin ve ruhsatların kıyas konusu olabileceğini kabul ederek bu sahada da akla bir yorum alanı açmaya çalışmışlardır. Hatta İmam Şâfiî, Hanefîlerin de hudûd alanında kıyas yaptıklarını, ancak bunları istihsan olarak nitelediklerini belirtir[399].

Doktrinde cezaların sayısal miktarlarının aklî izahı güç olarak görülse de sebeb-i hikmeti açısından yorumlanabileceği kabul edilmekle birlikte hükümlerin ta'lîli sırasında objektif kriter olması gerekçesiyle illet esas alınmıştır. Yararın temini ve zararın uzaklaştırılması şeklinde hükmün vazolunuş gayesi *hikmet* olarak isimlendirilirken illetin insanların maslahatını temin ve zararına olanları da bertaraf etme noktasında hükme *münasib*, *zahir* ve *munzabıt* vasıf olduğunu göz önüne alarak suçların kötülüklerini gidermek amacıyla cezala-

395 Mustafa Şelebî, s. 13.

396 Raysûnî, s. 16-17.

397 Geniş bilgi için bkz. Cüveynî, Abdülmelik b. Abdullah b. Yusuf, *el-Burhân fî usûli'l-fıkh*, nşr. Abdülazim Mahmud el-Meâlî, Mısır 1918, II, 623-624; İbn Abdüsselâm, I, 19; Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'lilü'l-ahkam arz ve tahlil li-tarikati't-ta'lil ve tatavvur*, Beyrut: Darü'n-Nahdati'l-Arabiyye 1981, s. 14; Ramazan el-Bûtî, Muhammed Saîd, *Davâbitü'l-maslaha fi'ş-şerîati'l-*İslâmiyye, 5. bs., Beyrut 1986/1306, s. 48-54; Mustafa Saîd el-Hinn, *Eserü'l-ihtilâf fi'l-kavâidi'l-usûliyye fi'hırâbe-tilâfi'l-fukahâ'*, 4. bs., Beyrut 1985/1406, s. 507-509.

398 Geniş bilgi için bkz. Âmidî, III, 91; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl ilâ tahkîki'l-hak min ilmi'l-usûl*, nşr. Ebû Mus'ab Muhammed Bedri, Beyrut 1992, s. 196.

399 Râzî, *el-Mahsûl*, II, 471-472; Cüveynî, II, 583; Gazzâlî, *el-Menhûl*, s. 388.

rın gerekli olması için *münasib* olduğu[400] kabul edilmiştir. Zira hikmet, akla hemen gelmeyip gizli olabileceğinden açık, insanlara ve şartlara göre değişkenlik arzetmesi sebebiyle de istikrarlı değildir. Mesela katilin kısas yoluyla cezalandırılması hükmünün hikmeti fertlerin hayatını korumaktır. Ancak söz konusu hikmet her zaman gerçekleşmeyebilir; bu nedenle bu hükmün illeti olan kasten öldürme fiili, bu hikmeti gerçekleştirme vesilesi olarak kabul edilerek göz önünde bulundurulur. Bu açıdan hükmün vazolunuş hikmetinin bazı zamanlarda bulunmama ihtimali dikkate alınarak usulcülerin çoğunluğu açık olsun gizli olsun, hikmetle ta'lili mutlak olarak kabul etmemişler, hükmün hikmete değil illete bağlı olarak var olması kuralını benimsemişlerdir. Bu kurala göre hükmün varlığının ve yokluğunun kendisine bağlı bulunduğu illetin hükümde bulunması durumunda hikmet de yani Şâri'in hükmü vazederken gözettiği gaye de otomatik olarak gerçekleşmiş olmaktadır[401].

İlletin açık olması şartı bağlamında kısasın vücûbiyeti için münasib vasıf olan kasten adam öldürmede kasıt unsuru, sübjektif niteliktedir. Bu nedenle öldürücü bir alet kullanma şartının aranması, vasfın açık ve objektif bir kritere bağlanması amacıyladır. Munzabıt olma şartı ise illetin kişilere ve şartlara göre büyük farklılıklar göstermeyen sınırlı ve belirli bir hakikat niteliği taşımasını ifade eder. Nitekim, öldürme fiili kısasın gerekliliği için munzabıt bir vasıftır. Zina fiili de aynı vasıfları taşır ki aklen bu fiilin haram olmasının neseblerin korunması şeklinde bir maslahatı temin ve neseblerin karışmasını önleme şeklinde bir zararı yok ettiğini kavramak mümkündür[402].

Bu noktada alimlerin hukukun uygulanmasında düzensizliğe yol açacağı endişesiyle gizli, değişken ve subjektif olanlardan vazgeçip tamamen objektif kriterleri dikkate almaları nedeniyle hadler sahasında da bizzat suç teşkil eden fiilin oluşum şartları üzerinde hüküm bina ettikleri görülmektedir. Bununla birlikte hadlerde ve keffaretlerde kıyas yapılıp yapılamayacağı doktrinde ihtilaflı olsa da ibadet ve sayılarla belirlenen mukadderât alanında kıyasın imkansız oluşu ve ceza miktarlarının hikmeti ile ilgili kesin bir izahın müm-

400 İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, II, 190; Emîr Paşa, Muhammed Emin, *Teysîru't-tahrîr*, (y.y.): Matbaatü Mustafa Bâbî el-Halebî 1351, III, 2-3, 302-303.

401 Âmidî, illetin zâbıt olma şartını izah ederken illetin şartları çerçevesinde hükmün vaz'ı ile kastolunan hikmeti içermesini ve hükmün varlığının hikmetin de varlığını gerektirecek şekilde korumasını zikreder. Örneğin, kısasın hikmeti dokunulmaz nitelikteki insan hayatını yok olmaktan korumaktır, denildiğinde hayatın sadece yaralama ile yok edilmekten korunması ne ile mümkün olur? Âmidî bu soruya Ebû Hanîfe'nin bir kişiyi ölümüne sebebiyet verecek şekilde yaralayan kimseye söz konusu hikmetin kesin olarak ortadan kalkmasıyla zâbıt unsurun bulunması ya da illetin mevcut olması ile hükmün ortadan kalkması gereği kısas gerektiği yönündeki görüşü ile cevap verir: Âmidî, II, 222.

402 Ramazan el-Bûtî, s. 227; Vehbe Zuhaylî, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dımeşk, 1986/1406, I, 649-655.

kün olmaması görüşü genel olarak benimsenmiştir[403]. Ancak öğretide cezaların sayısal gerekçeleri yoruma kapalı tutulsa da vaz olunuş amaçlarının, genel ilkeler şeklinde dile getirildiği görülmektedir. Nitekim Cüveynî illetleri, vasıflarının akılla kavranabilirliği açısından kategorize ederken ilkinin manası akılla kavranabilen asıl olup kendisinden akılla kavranabilen mananın 'zarûrî' bir hususa tevil edildiğini belirtir ve bu hususa kısası örnek verir. Zira kısas, hayatın dokunulmaz olması halinde söz konusu olduğundan "*ismetin tahakkuku ve canlara yönelik saldırılardan zecr ile mualleldir*". Kısasın aslındaki bu mana, gerçekleştiği her yerde geçerlilik kazanır ki nefisler ve organlar kısas ile korunur[404].

a- Ölüm Cezasının Maslahat ile Temellendirilmesi

Klasik öğretide maslahat kavramı, hem şer'î hükümlerin insanlara sağladığı yararları ifade etmek üzere hem de hukûkî çıkarımlarda kullanılan bir kaynak olarak iki açıdan ele alınmıştır. Birinci perspektife göre maslahat, genel olarak "*menfaatin temini ve zararın def'ine munhasır olan şeydir*" şeklinde tanımlanabilir[405]. Bu bağlamda Kur'ân ve Sünnetin öngörmüş olduğu cezalar da kötülükleri ortadan kaldırmak[406] suretiyle kulların yani toplumun faydasına olanı sağlama ve zarara uğramasını engelleme amacı ile vazolunmuştur[407]. Cezaların zararı giderme amacını dile getiren Gazâlî hadler, savaş, keffaretler, diyet ve kısasla ilgili âyetleri mefasidin def'i kategorisine dahil etmiştir. Ona göre fıkhın konusunu nefsin ve neslin devamlılığını sağlamada zorunlu olan mal ve kadınlarla ilgili olarak vazedilen kurallar teşkil eder. Bunları fesad eden şeylere engel olmayı da cinâyât bölümü ele alır. Bu ilim dalı, öncelikle dünyanın, akabinden de ahiretin salahı için genel olarak gereksinim duyulan bir ilimdir. İslâm toplumu sınırları içerisinde yaşayan mürtedlerin öldürülmesi de bu kategoriye dahildir[408]: "*...Bağilerin öldürülmesi ise Peygamber (S.A.V.)'e niyâbeten sülûk erbabının ve hak ehlinin bekçisi ve kefili olan halifenin üstlendiği dînî idareye karşı gelen kimseler kanalıyla ortaya çıkacak olan karışıklığın bertaraf edilmesi içindir*."

Genel olarak cezanın mefsedeti ortadan kaldırmak için meşrû kılınan bir zarar olmakla birlikte fesadın ortadan kaldırılması için başlıbaşına bir maslahat niteliği taşıdığı görülmektedir. İzzüddin b. Abdisselam "*bazen maslahatla-*

403 Cüveynî, II, 960; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 228.
404 Cüveynî, II, 602.
405 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174.
406 Subkî, III, 198.
407 Hallâf, Abdülvehhâb, *Mesâdirü't-teşrîi'l-İslâmî fimâ lâ nassa fihi*, Kuveyt: Dârü'l-Kalem (t.y.), s. 115.
408 Gazzâlî, *Cevâhirü'l-Kur'ân ve dürerühü*, Beyrut 1990, s. 16-17.

rın sebeplerini mefsedetler oluşturabilir" derken bu hususa temas etmiştir. Zira cezalar haddizatında mefsedet niteliği taşımakla birlikte sonuç olarak içerdikleri maslahat nedeniyle meşrû kılınmışlardır. Bu açıdan cezalara maslahat ismini vermek, mecazen sebebe sonucun isminin verilmesi kabilindendir[409]. Nitekim bir maslahata götürücü nitelikteki mefsedet, yani yararlı bir sonuç içeren zarar verici eylem, Şâri' tarafından emrolunan veya mübah kılınan fiiller içerisinde yer alır. Örneğin, adam öldürmek haram kılınan bir mefsedettir. Ancak muhsanın zinası, yol kesme, isyan halinde caiz olur. Mürtedin katli de onun açısından mefsedet niteliği taşısa da küfür mefsedetini ortadan kaldırmak için caizdir[410]. Kasıtlı olarak adam öldüren katilin kısasla cezalandırılması bir mefsedet olsa da insan hayatını korumaya yönelik maslahatın devamlılığını sağlamak amacıyla meşrûdur[411]. Zira yol kesme, adam öldürme gibi suçlar, suç mağduru kimseler açısından yuvaları yıkma, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürme, insan türünün neslini azaltma gibi çok büyük zararlar içerirler. Bu nedenle de en ağır ceza ile cezalandırılır ki bu noktada ölüm cezası suçluya yönelik bir zarar gibi gözükse de suçlu ve toplum yararına olup maslahat niteliği taşımaktadır[412].

İbn Kayyim el-Cevziyye bu hususu şu şekilde örneklendirir: "*Suçlunun ölümü kendisi ve maktulün yakınları ve bütün insanlık için bir maslahattır. Bu durum hayvanın insanoğlunun yararı için boğazlanmak suretiyle öldürülmesinde de geçerlidir. Zira hayvanın boğazlanması, hayvana zarar verme kabilinden olsa da onun kesilmesinin neticesinde ortaya çıkan maslahatlar hayvana öldürülmek suretiyle verilen zarardan kat kat fazladır*."[413] İbn Kayyim, Allah'ın bütün insanlığa eşit bir şekilde bahşettiği yaşama hakkını öldürmek suretiyle yok eden katilin ölüm cezası ile cezalandırılmasından doğacak yararların meydana gelen zarardan fazla olacağını, ölüm cezasının suçlu açısından dahi yarar temin ettiğini belirtmiş, bu yararı ise suçun neticesinde mağdurların kin ve intikam hissi ile dolarak ona zaten hayatı zindan edecekleri gerçeğinden bir kaçış ve kurtuluş olarak izah etmiştir[414]. Ayrıca cezaların, suçlu açısından maslahat niteliği taşıması işlediği suçun günahına keffaret olması esasında da belirgin olarak görülür. Zira bu dünyada cezalandırılan bir ferd, ahirette cezalandırılmayacaktır ki bu açıdan ölüm cezası gibi sert ve ağır cezalar dahi, suçlu için haddi zatında bir rahmet niteliği taşımaktadır[415].

409 İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 14.
410 İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 80, 84, 87.
411 Âmidî, III, 249-250.
412 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 119-121; Hallâf, s. 110-111.
413 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 122.
414 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 123.
415 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 115; İbn Hümâm, IV, 140; Kal'acî, s. 226.

Yararın temini noktasında Şâtıbî, keyfîlik ihtimali taşıması hasebiyle arzu ve heveslerin yönlendirdiği insanî kriterlerle mutlak olarak maslahat ve mefsedetin tespit edilemeyeceğini ve mükellefler için hasıl olan maslahatların genelde bazı zararlar, mefsedetlerin de bazı faydalar içeren kompleks bir yapıya sahip olduklarını ifade etmiştir. Örnek olarak insan hayatının dokunulmazlığı esasını dile getirmiş; ancak bu esasın her halükarda geçerli olmadığı, maslahat ve mefsedet derecesine göre gözardı edilebileceği gerçeğine temas etmiştir. Buna göre malın korunması, canın korunması pahasına feda edilmiş, yani malın tehlike halinde bulunması durumunda insanın kurtarılması tercih edilmiş; insanın ölmesi pahasına ise dinin ihyasına öncelik tanınmıştır. Kafirlerle cihad ve mürtedin ölüm cezası ile cezalandırılması bu esasın ayrıntılarıdır. Bir insanın hayatı ile çok sayıda insanın hayatı karşı karşıya geldiğinde ise bir insanın hayatı ortadan kaldırılarak pek çok insanın hayatını kurtarmak öncelik arzedecektir[416]. Öte yandan suçların cezalandırılması, bu suçların yol açtıkları zararların telafisi ve ortadan kaldırılması amacına yöneliktir. Buna göre cezâî hükümler de yok edilen maslahatların telafisine yöneliktir. Nitekim kısas ve diyet, nefsin korunması noktasındaki ihlalin ve yok edilen maslahatların telafisi niteliği taşır[417].

Necmeddin et-Tûfi de "*zarar vermek ve zarara zararla karşılıkta bulunmak yoktur*" hadisini maslahat esası çerçevesinde açıklarken hukukun meşrû kıldığı cezaların bu kaidenin istisnasını teşkil ettiğini ileri sürer. Görüşünü gerekçelendirme sırasında ise cezaların suçlu açısından zarar niteliği taşısa da haddizatında maslahatın gözetilmesine binaen vazolunduğunu belirtir[418]. İbn Âşûr ise bu hususa İbn Abdüsselâm'ın 'saf yarar ve saf zarar bulunmadığı' yönündeki görüşünü eleştirirken değinir. İbn Âşûr'a göre yarar ve zarar nitelikleri için sübut, zuhûr, inzıbat ve ittirad şartları söz konusu olup bazen yarar bazen de zararın bulunması, ıttırad[419] niteliğini ortadan kaldırır ki bu durumda hukukun gayesinin gerekli olduğunda gözetileceği, olmadığında ise gözetilmeyeceğini belirlemek bilginler ve yetkili kimselerin takdirine bırakılmıştır. Mesela, savaş ve kılıç çekme ümmetin birliğini bozmaya yönelik olduğunda zarar, kurmaya yönelik olduğunda ise yarar olur. el-Mâide 5/33'te hırâbe bozgunculuk gayesi içerdiğinden cezayı gerektiren bir suç olarak kabul edilmiştir. el-Hucurât 49/9'da da iki müslüman topluluğun birbiri ile savaşmasının zarar olduğu, arabuluculuk yapılması gerektiği emredilmiştir. İşte şartları ile

416 Şâtıbî, II, 38-39.

417 Şâtıbî, II, 9; Ramazan el-Bûtî, s. 81.

418 Tûfî'nin maslahat anlayışı hakkında geniş bilgi için bkz. Hallâf, s. 110-111.

419 İttırad mananın bölge veya asrın değişmesiyle değişiklik gösteren nitelikte olmamasıdır. Diğer terimlerin izahı için bkz. İbn Âşûr, Muhammed Tâhir, Muhammed Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev. Vecdi Akyüz - Mehmet Erdoğan, İstanbul 1998, s. 82-83.

beraber vazolunduklarında bu tip manalar da kesin bilgi verirler[420].

İbn Âşûr'un maslahat kavramını sosyal şartlarla temellendirmesinin klasik literatürde örneklerine rastlamak mümkündür. Nitekim İbn Âbidîn zamanla bir zaruretin ya da fesadın ortaya çıkması şeklindeki bir değişime rağmen önceki hükümde ısrarın, insanlara zarar ve zorluk doğuracağından kolaylaştırma, zararın giderilmesi ve hafifletme şeklinde genel ilkeler ile çelişeceğini ileri sürmüştür ki buna göre hükümlerin sosyal şartların değişimine paralel olarak zararı giderme, kolaylaştırma gibi maslahatlara riayet amacı ile değiştirilmesinin mümkündür[421]. Fahreddîn er-Râzî ise recm cezasının temelini maslahat prensibine şu şekilde dayandırmıştır: "*Maslahatların teceddüdü sebebiyle şer'î ahkâmın teceddüdü garipsenemez. Belki de recmin vücûbunu gerekli kılan maslahat, zina hakkındaki âyetlerden sonra gelmiştir*."[422]

Maslahat kavramının ilk kullanımı çerçevesinde cezaların genel olarak birtakım kötülükleri bertaraf etmek suretiyle insanların yararına olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kavramın hukûkî çıkarımlarda bir kaynak olarak kullanımı ise fıkıh usûlünde hakkında tartışılan geniş bir konudur. Meselenin bizi ilgilendiren yönü, ölüm cezasının maslahat ile temellendirilerek verilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu bağlamda usûlcüler birtakım kriterler belirlemişlerdir. Nitekim Gazzâlî, muayyen bir asıla kıyas yolu ile elde edilmeyen maslahatla amel etmek için *zarûrîlik*, *kesinlik* ve *küllîlik* şeklinde üç vasfın dikkate alınması gerektiğini, bunların bulunmaması halinde insan öldürmeye hükmedilemeyeceğini belirtir ve gerekçe olarak şunu ifade eder: "*Biz kesin olarak biliyoruz ki, Şer'in amacı, öldürme işini asgarî seviyeye indirmek olup aynı zamanda imkan ölçüsünde öldürme eyleminin ortadan kaldırılmasıdır*." Gazzâlî, zındığın tevbe etse de öldürülebileceği yönündeki görüşlerin, maslahat açısından içtihada açık olduğunu, "*Ben Allah'tan başka ilâh yoktur deyinceye kadar insanlarla savaşmakla emrolundum*"[423] hadisinin umumundan hareketle zındığın öldürülmemesi gerekir, denilebilirse de maslahata dayanarak öldürülebileceğini de belirtir. Zira zındıklık sebebiyle ölümü haketmiştir. Kelime-i şehadet ise yalnızca bu kelimeyi söyledikleri takdirde dinlerinden çıkacaklarına inanan Yahudi ve Hristiyanlar hakkında öldürmeyi kaldırır. Zındık ise zındıklığın gereği takiyye yapmaktadır. Dolayısıyla hadisin umumu, maslahat ile tahsis edilerek ölümle cezalandırılmasına hükmedilebilir. Bid'atçi ve bozguncuların durumunu da maslahat açısından değerlendiren Gazzâlî, onların kan dökülmesini gerektiren bir suç işlememeleri halinde ölümle cezalandırıl-

420 İbn Âşûr, s. 83.

421 İbn Âbidîn, *Mecmûatü resâili İbn Âbidîn*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî (t.y.), II, 123II, 123.

422 Râzî, XXIII, 134-135.

423 Buhârî, Zekât 1; Müslim, İman 32-36.

mayacakları görüşündedir. Ona göre "*Bu gibi kimselerin müebbeden hapsedilmeleri hem yaptıkları kötülüğün karşılığı hem de kötülüklerini önlemenin bir yoludur. Bu bakımdan öldürülmelerini geektirecek zorunlu bir maslahat yoktur*." Gazzâlî bu durumda hapis cezasının suçluları daha çok tahrik edeceği yönündeki iddiaların kuruntu olduğunu ve bir maslahat kuruntusu ile ölüme hükmetmenin mümkün olmadığını, kan dökülmesini gerektirici bir suç olmaksızın mâsum bir insanı öldürmenin haram olduğunu söyler[424]. Subkî de maslahatın zarûrî, kat'î ve küllî olması halinde itibara alınacağını[425], 'sâî bi'l-fesâd' gerekçesiyle tahmine dayalı olarak ölüm cezası verilemeyeceğini savunur[426].

Maslahatın kaynak değeri, celî kıyasın, muteber zarûrî maslahat ile çelişmesi durumunda maslahatın tercih edilmesi ile daha da belirginlik kazanır. Aslında makîsün aleyhin temeli ve illette söz konusu olan münâsebet niteliği, kıyasın maslahatı gözetme ilkesini kapsadığının göstergesidir. Bununla birlikte Cüveynî, zarûrî maslahatlarla kıyas çatıştığı zaman, "*celî kıyasın küllî kaide lehine terkedilmesi*" önerisinde bulunur ve bu hususa bir topluluğun bir kişi karşısında kısasını örnek verir[427]. el-Bakara 2/178, el-Mâide 5/45 gereğince maktul ile katil arasında eşitlik ilkesine riayet etmek gerekirken Hz. Ömer'in San'â'da bir kişiyi öldüren bir topluluğun hepsini kısasla cezalandırması, *zecr* maslahatını tercih ettiğini gösterir. Burada ayetin lafzî anlamından hareket edildiğinde kısasta cezanın mislî olması gerekmektedir. Topluluk ile maktûl arasında ise böyle bir denklik söz konusu değildir. Ancak kıyas sonucu ulaşılan bu hüküm uygulanırsa toplu olarak işlenen cinayetler artacağından nefsin korunması ilkesi gereğince suça iştirak eden herkes kısasla cezalandırılır[428]. Aslında burada maslahat ve nas çelişmemektedir, zira mezkûr âyetler, kısasın çeşitlerini saymaktadır ki bundan bir kişiye karşılık topluluğun öldürülmesini yasaklayıcı nitelikte bir hüküm çıkarmak mümkün değildir. Öte yandan "*size öldürülenler hakkında kısas farz kılındı*" âyetinde kısasın illeti, katl eylemi şeklinde tespit edilmiştir ki bu fiil ister tek kişi ister grup halinde işlensin aynı ceza gerekir[429]. Bu durumda da Hz. Ömer'in uygulaması ile nas arasında bir çelişki söz konusu değildir. Zira el-Mâide 5/45'te "*kadına karşı kadın*" ifadesi de geçmesine rağmen fakihler, erkeğin kadına karşı kısasını kabul etmişlerdir. Âyetin cahiliye dönemindeki adaletsiz uygulamaları kaldırma anlamı da dikkate alındığında hâss olduğu ve suça iştirak durumunda verilecek ceza-

424 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 176-177.

425 Maslahatın zarûrîliği, zarûrî beş esastan birine yönelik olmasını, kat'îliği bizatihi gerçeleşmesinin kesin olmasını, küllî oluşu ise bütün müslümanların yararına oluşunu ifade eder: Subkî, III, 190-191.

426 Subkî, III, 192-194.

427 Cüveynî, II, 927.

428 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 127.

429 Ramazan el-Bûtî, s. 150.

nın hükmünü içermediği sonucuna ulaşılmaktadır ki bu durumda Hz. Ömer, maslaha ya da istihsan şeklinde ifade edilen delile dayanarak bu uygulamayı gerçekleştirmiştir[430]. Boğma, boğazlama veya kesici olmayan aletle öldürme gibi durumlarda kısasın gerekliliğini savunan görüş de aksi durumun, katl eylemlerinin artmasına sebep olmak suretiyle hayatın korunması amacı ile çelişeceğini ileri sürer[431].

Farklı örneklerin içeriğinde bulunan ortak nokta ise insan aklının idrak ettiği hükümlerin, maslahatın bizzat kendisi olmasıdır. Bu bağlamda akıl, genel olarak cezaların kötülükleri sona erdirmek için vazolunduğunu kabul eder[432]. Bu açıdan klasik dönem fakihlerinin tikel, usülcülerin ise tümel yaklaşımları çerçevesinde cezaları maslahata dayandırmak suretiyle aklî bir zemine oturttukları görülmektedir. Ölüm cezasının da faydanın temini ve zararın giderilmesi gayesi ile temellendirildiğinde bireysel ve toplumsal boyutta aynı amaç doğrultusunda neticelerinin bulunduğu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla ölüm cezası ile ilgili meselelerde bu cezanın vaz'ının temelinde bulunan hikmet ve maslahatlar doğrultusunda akıl yürütme de mümkün olacaktır.

b- Ölüm Cezasının Makâsıd ile Temellendirilmesi

Tikel hükümlerin içerdiği amaçların tümevarım yöntemi ile değerlendirilerek hukuk sistemini kapsayıcı nitelikte makul, kesin ve küllî karakterde bir bütün olarak ortaya çıkışı Cüveynî ile gerçekleşmiştir[433]. Cüveynî illetleri ve asılları manası zarûrî olarak kavranabilen, zorunluluk derecesine ulaşmadığı halde genel ihtiyaçla ilgili olan, kesin zorunluluk veya genel ihtiyaçtan kaynaklanmayıp ahlâkî erdemin elde edilmesi, ihlalinin bertaraf edilmesi amacının söz konusu olduğu durumları, ilk üç kategoriye dahil olmayıp sadece gerçekleşmesi mendûb olan hususlar ve manası anlaşılamayanlar şeklinde beş kategoride ele almış, hayatın korunması ilkesini ise zarûrî olarak nitelemiştir[434]. Daha sonra usûlcüler, beşinci kategoriyi ta'lile konu olmaması açısından dışlamışlar; üçüncü ve dördüncü kısımları ise zarûrî ve hâcî seviyesinden daha düşük düzeyde olmaları ve öz itibarıyla ortak olarak yaşamı güzelleştirip kolaylaştırıcı nitelik taşımaları sebebiyle birleştirerek makâsıdü'ş-şerîayı *zarûriyyât*, *hâciyyât* ve *tahsîniyyât* şeklinde üç kategoriye indirgemişlerdir[435]. Nitekim Cüveynî'nin talebesi olan Gazzâlî, zarûrî maksatları tespit ederken

430 Ramazan el-Bûtî, s. 147-149.
431 Gazzâlî, *el-Menhûl*, s. 502.
432 Subkî, III, 185.
433 Abdülmecîd Sağîr, s. 354-355.
434 Cüveynî, II, 602-606.
435 Ali Pekcan, "Fıkıh Usûlü Bağlamında Makâsıdü'ş-şerîa Düşüncesinin Tarihî Seyri", *Makâsıd ve İctihad: İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları*, haz. Ahmet Yaman, Konya 2002, s. 214-215.

maslahatın, aslında şer'in amacını koruma anlamı içerdiğini, bu amacın ise insanlara yönelik olup dinlerini, canlarını, akıllarını, nesillerini ve mallarını korumaktan ibaret olduğunu belirtir. Bu beş esası korumak ise *zarûret* derecesinde olup maslahatların en üst seviyesini teşkil eder ki cezalar da bu esasları korumak amacıyla vazolunmuştur[436].

Gerek makâsıdın üçlü taksimi, gerekse zarûriyyât kategorisini teşkil eden beş esas, Gazzâlî'den sonraki usûl alimleri tarafından tekrarla vurgulanmıştır. Hayat hakkının korunması ise beş esas içerisinde yer alan nefsin korunması kategorisinde değerlendirilmiş, kısasın insan hayatını korumak, recmin nesepleri, hırabe haddinin canları ve malları koruma amacıyla vazolunduğu kabul edilmiştir[437]. Makâsıd kavramını müstakil bir başlık altında ele alan Şâtıbî (ö. 790/1388) de beş ilkenin zorunluluğunu kabul eder. Ona göre şer'î yükümlülükler, *vücûd* yani var olma ve *adem* yani ortadan kaldırma şeklinde iki gruba ayrılır. Cezâî hükümler ise ikinci grupta yer almakta, zarûrî esasların, ortadan kaldırılmalarına imkan vermeme ve varlıklarını sürdürmelerini sağlamak suretiyle korunmasına yöneliktir. Suçların, korunması istenen esasları ortadan kaldırmasına engel olacak ve söz konusu maslahatların ortadan kalkması durumunda onların telafisine yönelik önlemler alınmış, nefsin korunması için kısas ve diyet hükümleri getirilmiştir[438]. Bu noktada hayatın yok edilmesine yönelik suçların yasaklanmasının, zaruri maksatların yok olmaması açısından alınan önlemler kategorisinde yer aldığı ortaya çıkmaktadır. Buna göre cezâî hükümler de yok edilen maslahatların telafisine yöneliktir. Nitekim kısas ve diyet, nefsin korunması noktasındaki ihlalin ve yok edilen maslahatların telafisi niteliği taşır[439].

Din de insanı diğer canlılardan ayrıcalıklı kılması hasebiyle korunması gerekli unsurlardandır. Bu nedenle din hürriyeti İslâm'ın otoritesi altında kontrole alınmış, İslâm'ın tebliğ ve yayılmasına engel olma, İslâmı kabul ettikten sonra başka dine geçerek onu hafife alma gibi dini zedeleyici suçların ölüm cezasını gerektirdiğine hükmedilmiştir. Dini koruma çerçevesinde İslâm'ın temel esaslarına aykırı bir düşünceyi yaymak isteyen bid'at ehlinin ve propaganda yapan kafirin de ölüm cezası ile cezalandırılacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşün temeli de bidat ehlinin insanların dini inançlarını yanlış yöne sevkederek iptal etme çabası taşımasıdır. Nesli ve namusu korumak için ise evlilik meşrû kılınmış, evlilik dışı ilişkiler zina kategorisinde değerlendirilerek ağır cezalarla cezalandırılmıştır[440]. Ayrıca dinin korunmasının diğer zarurî

436 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174.
437 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174; Âmidî, III, 249-253; İbn Abdüsselâm, I, 87.
438 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 8.
439 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 9; Ramazan el-Bûtî, s. 81.
440 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîîn*, II, 126.

maksatların önünde bulunduğu, ondan sonra canın, daha sonra da nesebin korunmasının önemli olduğu belirtilmiştir[441]. Subkî ise ikrah halinde küfür ifade eden kelimeyi söylemenin mübah olmasından hareketle kan dökmenin daha kötü bir fiil olduğunu belirterek canın korunmasına öncelik verir[442].

Bu ilkelerin korunması, hem bireyler hem de toplum bazında gerçekleşir ki Âmidî'ye göre bu esaslar, kişinin yükümlülüklerini yerine getirmesi için müreffeh bir hayat sürmesi amacını içermektedir[443]. İbn Âşûr da bu ilkelerin korunmasının ümmetin fertleri açısından korunması anlamını taşıdığını belirtmiştir. Dinin korunması, müslümanlardan her birinin dininin, itikadını bozacak şeylerden korunmasıdır. Ümmetin bütünü açısından dinin korunması, dinin kat'î asıllarını bozacak her şeyin ortadan kaldırılmasıdır. Canın korunması, fertlerin hayatının yok edilmesinin engellenmesidir ki toplum tek tek fertlerden meydana gelmiştir. Burada İbn Âşûr, canın korunmasından maksadın sadece canı kısasla korumak olmadığını ileri sürer. Ona göre kısas, kaybedilen şeyin kısmen giderilmesi niteliği taşıdığından canın korunması yollarının en zayıfıdır. Canın korunmasının bulaşıcı hastalıklardan korunma gibi öncelikle yok olmasına karşı önlemler alınması anlamına geldiğini belirtir. Yani hayatın dokunulmazlığı, can güvenliği demektir. Nesebin korunması, canın korunmasından daha alt derecede olmakla birlikte muhsan zina suçlusu için recm öngörülmüştür. Nesebin korunmaması nedeniyle aile direğinin yıkılmasından dolayı toplum düzeninin sarsılması şeklindeki sonuçları dikkate alan alimler, hukukun zina haddiyle ilgili şiddetli tutumunu onaylamışlardır[444].

Klasik doktrinde makâsıd terimi ile ilgili yorumlar, genel olarak hükümlerin değişebilirliğini sorgulamaktan ziyade içerdikleri amaçları kavrayıp ortaya koyabilme ve dini niteliğini vurgulama gayesiyle yapılmıştır. Nitekim zararın def'i yararın temini şeklindeki gayenin tespitinde ileri sürülen şartlar, zamana ve kişilere bağlı olarak değişen maksatları bertaraf ederek hükümlerin ebediliğini vurgulama amacıyla kullanılmıştır. Zarûrî maksatların ise her toplumda ve hukuk sisteminde ihtilafsız bir şekilde dikkate alındığı ve sağduyunun her zaman korunmasını gerekli gördüğü esaslar olması hasebiyle zamansal ve mekansal değişikliklere rağmen değişmeyeceği dile getirilmiştir. Zira insanoğlu yaşadığı sürece yeryüzünde bu esasların daima korunması zorunludur. Bunun nedeni beş değerin Allah'ın insanı şerefli ve kerem sahibi olarak yaratmasından (el-İsrâ 17/70) yani insan olmasından kaynaklanma-

441 Geniş bilgi için bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174; Âmidî, III, 252-288; Şâtıbî, II, 8.
442 Subkî, III, 197.
443 Âmidî, III, 252; *age*., IV, 288.
444 İbn Âşûr, s. 155.

sıdır. Bu değerleri korumak diğer şeriatların da amacı olmuştur[445]. Netice olarak klasik öğretide nasların olduğu gibi kabul edilerek savunulması yani dogmatik bir perspektifle yorumlanmasının doğal sonucu olarak naslar ile içerdikleri maslahat ve makasıd arasında bir paralellik kurulduğu görülmektedir. Bun noktada fakihler asıl amaç olarak Şâri'in emrini yerine getirmenin gerekliliğini kabul ettiklerinden ölüm cezası ile ilgili nasların maslahat ve makâsıd eksenli yorumlarını da illet olarak değil de hikmet ve maksat gibi terimler kullanarak izah etmişlerdir. Allah'ın emrinin mutlaka yararın temini ve zararın giderilmesi amacını içermiş olması anlayışı ceza alanına aktarıldığında ise fakihlerin cezaları dini temele oturtarak bizzat amaç şeklinde algıladıkları tespit edilmektedir.

c- Ölüm Cezası İle İlgili Düzenlemelerin Amaçları

Klasik fıkıh doktrininde had cezalarının Kur'ân ve Sünnet'te tespit edilen cezalar olarak tanımlanması nedeniyle bunların vazediliş amaçlarına, makâsıd kavramının içeriğindeki beş kategoride değil de suç ve ceza türleri ile ilgili bilgiler arasında yeri geldikçe temas edilmiştir. Zaten beş esasın da kazuistik metodla yazılan fıkıh kitaplarından tümevarım yöntemi ile tespit edildiğini daha önce ifade etmiştik. Burada da fakihlerin ölüm cezasını gerektiren suç türleri bünyesinde çeşitli vesilelerle dile getirdikleri amaçları denkleştirme, önleme ve ıslah şeklinde gruplandırmak mümkündür:

ca- Denkleştirme Amacı

Bir suça karşılıkta bulunmanın bizzat Kur'ân'da cezanın dünyevi ve uhrevi bir amacı olarak belirtilmesi nedeniyle had cezalarının işlenilen suça denk olması, İslâm hukukçuları tarafından diğer amaçlara göre daha fazla dikkate alınmıştır[446]. Suçlunun suç teşkil eden fiili işlemekle Allah'ın emrine karşı gelmiş olmasından ve suç teşkil eden fiilin bir ma'siyet niteliği taşımasından yola çıkarak infaz edilen cezanın mağfiret vesilesi olduğunu bildiren hadisleri[447] göz önünde bulunduran fakihler ma'siyetin mutlaka had ya da te'dib niteliğindeki bir ceza ile karşılanacağı, suçluyu uhrevî cezadan kurtarmak amacıyla suça bu dünyada adilane bir şekilde karşılık verilmesi gerektiğini ileri sürerler[448].

Genel olarak fıkıh doktrininde "*Eğer ceza vermek isterseniz size yapılanın aynıyla mukabele edin*" âyeti (en-Nahl 16/146) gereğince suçla ihlal edilen hakkın,

445 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174; Şâtıbî, II, 25.

446 bkz. el-Bakara 2 /194; el-En'âm 6 / 160; el-Mâide 5/33, 38; Şûrâ 42 / 40.

447 Ahmed b. Hanbel V, 214, 320; a.mlf., IV, 87; 215; Buhârî, Hudûd 8, 14; Tirmizî Hudûd, 12; Heysemî, IV, 253.

448 bkz. İbn Atıyye, IV, 213; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIX, 189; İbn Teymiyye, *Mecmûatü'r-rasâil ve'l-mesâil*, Beyrut 1983, III, 341; Remlî, VIII, 246.

suçun verdiği zararın ağırlığına denk bir ceza ile telafi edilmesi prensibi göz önünde bulundurulmuş; bu esas literatürde *mükâfee*, *mümâsele*, *bedel* ve *müsâvât* gibi kelimelerin türevleri kullanılarak[449] zarûrî maksatların tamamlayıcısı konumunda ortaya konulmuştur[450]. *Cevâbir* kavramı da gerek kul gerekse Allah haklarına ait maslahatların, ihlali halinde telafisini ifade etmek üzere kullanılmıştır. C*evâbir* ibadet, mal, can, organ, organların yararları ve yaralamaların diyet, kefaret ya da hükûmet şeklinde düzenlemelerle telafi edildiği hususları kapsamaktadır[451]. Karâfî bu terimle suç teşkil eden fiil ile ihlal edilen menfaatin miktarı göz önünde bulundurularak telafi edilmesi gerektiğini belirtir, *nefisleri* ise bu esasın istisnası olarak görür[452]. İbn Abdüsselâm da bedenlerin malların, menfaatlerin, vasıfların telafisine kıyas edilemeyeceği, zira *emsali* ile telafisinin mümkün olmadığı, bu yüzden diyet miktarlarının güzellik-çirkinlik vb. niteliklere göre değil, ancak din ve cinsiyet farkı dikkate alınarak tespit edilebileceği görüşündedir[453]. İbn Teymiye, kısasın her insan için gerekli olmasının temelini teşkil eden *müsâvâtı* hiçbir insanın bir başkasını öldürme hakkının olmaması, insanların kan ve diyet noktasında eşit olmaları şeklinde izah eder[454]. *Mükâfee* de organ ve yaralamaların kısasında olduğu gibi kısasın sadece katili öldürme olarak algılanması halinde de söz konusu olur[455].

Kısas ve had cezalarının tanımı sırasında hak ayrımını dikkate alan Hanefî fakihler ise kısasta misillemenin gerçekleşmesinin mümkün olduğunu, kul hakkı olarak gerekli görülen cezaların bir suçun telafisi için gerektiğini, telafinin de ancak misilleme ile gerçekleşeceğini, bu nedenle eşitlik ifade eden kısas ile isimlendirildiğini ileri sürmüşlerdir[456]. Bu noktada diğer fakihler de mutlak eşitlik ilkesinin genel olarak kul hakları ile ilgili cezaların temelini oluşturduğunu düşünseler de kısasta bir karşılık anlamının bulunduğu ve Allah hakları ile ilgili cezalarda da işlenilen suçun topluma verdiği zararın bu suça denk bir ceza ile ödetildiği yönünde izahlarda bulunmuşlardır[457]. Aralarındaki fark ise suç ve cezanın, kul hakkında birbirinin benzeri olması şeklinde mutlak eşitlik, Allah haklarında ise oran açısından dengeli bir eşitlik amacı içermeleridir. Bu bağlamda fakihler, Allah haklarında mutlak eşitlik bu-

449 Örnek olarak bkz. Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 409; İbn Kudâme, VIII, 274; a.mlf., *el-Kâfî,* IV, 4; Remlî, VIII, 248, 265, 268; Şirvânî, VIII, 396, 402.
450 Gazâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174.
451 Kârâfî, *el-Furûk,* I, 211-212; İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 129.
452 Kârâfî, *el-Furûk*, I, 213, 215.
453 İbn Abdüsselâm, I, 133.
454 İbn Teymiyye, *Mecmûatü'r-rasâil*, XIV, 80.
455 İbn Teymiyye, *Mecmûatü'r-rasâil*, XIV, 76.
456 Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 36; Kâsânî, VII, 56.
457 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 360; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 139-141; Kurtubî, VI, 175; Nevevî, *el-Mecmû',* XX, 15; Ebû İshâk, IX, 43.

lunmadığını kabul etmişler; kul haklarının bu hakların bünyesinde bulunması durumunda dahi düşmeyeceği ve mutlaka telafi edileceği esasını benimsemişlerdir[458]. Nitekim karma haklarda kul hakkı ve Allah hakkının birleştirilmesinin birinin ziyan edilmesinden evlâ olduğu, kul hakkının öne geçirilmesi durumunda Allah hakkının uhrevî cezasının sabit olması açısından telafisinin mümkün olacağı, ancak Allah hakkının öne geçirilmesi durumunda hak sahibinin yani kul hakkının karşılıksız kalacağı kabul edilmiştir[459].

Bu esasın bariz örneği hırâbe suçunda görülür ki bu noktada suçlunun yakalanmadan önce tevbe etmesi halinde yetkili merci açısından ceza düşmesine rağmen kul hakkı ile ilgili cezaların gerekliliği, hak sahibi konumundaki maktulün yakınının tercihine bırakılmıştır. Oysa hırâbe suçu, Allah hakkı ile ilgili olması açısından suçun resmiyet kazanmasından sonra yetkili merciin cezayı affetmesi mümkün görülmemiş, ancak suçlunun yakalanmadan önce tevbe etmesi durumunda cezanın düşebileceği kabul edilmiştir[460]. Bu durumda kul hakkı nedeniyle veliye verilen kısası talep yetkisi mutlak vacib değil, caizdir. Devlet başkanı için ise velinin taleb etmesi halinde vacib olur[461]. Buna göre hırâbe suçunun topluma yönelik işlenmesi açısından Allah hakkı ile ilgili olması nedeniyle affı ve ıskatı mümkün görülmemiş, bu suçun kapsamında işlenen adam öldürme suçunun had cezası niteliği taşıması hasebiyle maktulün mirasçıları suçluyu affetseler dahi devlet başkanının suçun işlenmesi durumunda ölüm cezasını uygulaması gerektiği kabul edilmiş, davanın mahkemeye intikal etmeden tevbe ile düşürülmesi durumunda ise ceza had niteliğinden soyutlanarak kul haklarının mutlak olarak telafisi esası devreye girdirilmiştir[462].

Fıkıhta ödetme amacının en fazla kul hakkının ihlali durumunda dikkate alınmasının doğal sonucu olarak kısasın vücûbiyeti için eşitlik şartı öngörülmüştür. Zira kısas, kasten adam öldürme suçunda, birinci öldürmenin mislinin ikinci öldürme olması hasebiyle bir bedeliyet anlamı içerdiğinden dolayı[463] ihlal edilen bir kul hakkının aynı şekilde telafi edilmesi esası üzerine kurulmuştur[464]. Nitekim kısasta suç işlemede tespit edilen objektif ve somut unsurların benzerinin uygulanmasının mümkün olması nedeniyle gerek suç işleme mahalli, gerekse alet açısından eşitliğin göz önünde bulundurulması

458 Bkz. İbn Emîr el-Hâc, II, 293.
459 Âmidî, IV, 288.
460 Serahsî, *Mebsût*, IX, 199; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 126; Şirvânî, IX, 158-160.
461 Âlûsî, *Rûhu'l-meânî*, VI, 120-121.
462 Geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *el-Câmiü's-sağîr*, s. 302; Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 152; Serahsî, IX, 196; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 147; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 126; Şirvânî, VIII, 400; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 124.
463 Kâsânî, VII, 241.
464 Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 409; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 4; Buhûtî, V, 535; Şirvânî, VIII, 396.

mümkündür[465]. Dolayısıyla suçun denk bir ceza ile karşılanması için bütün unsurlarda eşitlik aranmıştır. Bu unsurların en önemlilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

1- Suç aleti ile infaz aleti arasındaki eşitlik: Fakihler cezanın infaz edileceği aletin suçun işlendiği aletle aynı olup olmaması meselesini tartışmışlardır[466]. Ebû Hanîfe, "*kısas ancak kılıçladır*" hadisinden hareketle sadece kesici aletlerde *mümâsele*ye riâyet edilmesi gerektiği görüşündedir[467]. Diğer fakihler ise denkliğin hukuki temelini oluşturan âyetleri[468], "*yakanı yakarız, boğanı boğarız*" hadisini[469] ve Peygamber (sav)'in bir cariyenin başını iki taş arasında ezerek öldüren yahudinin işlediği suçla aynı şekilde cezalandırılmasına yönelik emrini dikkate alarak her türlü infaz aletinde eşitliğe riâyetin gerekliliğini, "*kısas ancak kılıçla olur*" hadisinin[470] ise mürsel olması nedeniyle kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşler; İbn Abbas'ın ateşte yakarak azab etmenin ancak Allah'a ait olduğunu ifade eden rivâyetinin kısas için geçerli olmadığını, zira kısasın azab değil *mümâsele* amacını gözettiğini belirtmişlerdir. Çünkü kısasta suç mahalli ve suç işleme aleti muayyendir. Buna göre kısasın mümâsele için vazolunmasının gereği olarak öldürme aletinde de bu amacın göz önünde bulundurulması gerekir[471].

2- Suçlu ve maktul arasındaki eşitlik: Kısasın temelinde bulunan suç ile cezanın eşit olması ilkesi, suçlu ve mağdur bazında da gözetilmiştir. Bu noktada cinsiyet ve neseb ayrılığı icmâen muteber sayılmamış[472], eşitliğin hürriyet ve İslâmda söz konusu olduğu, bu iki esas doğrultusunda her sınıfın kendine denk ya da kendisinden üstün olana karşı kısasının mümkün olacağı kabul edilmiştir[473]. Bununla birlikte fakihlerin sahip oldukları farklı bakış açıları müslümanın zimmî, hürün köle karşısında kısas edilmesi hususunda görüş ayrılığına düşmelerine neden olmuş; Hanefîler el-Mâide 5/45. âyetindeki "*cana karşı can*" ifadesinin, el-Bakara 2/177 ve el-İsrâ 33. âyetlerin umûm ifade eden anlamlarından hareket ederek bu âyetlerin tahsis ya da takyid edildiği-

465 Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 140; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 109-110.

466 Geniş bilgi için bkz. Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 354; Mâverdî, *el-*Hâvî, XII, 37-38; Remlî, VII, 248.

467 Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 392.

468 Bkz. el-Bakara 2/178, 194, el-Mâide 5/45, eş-Şûrâ 42/40, en-Nahl 16/126.

469 Beyhakî, VI, 288.

470 İbn Mâce, Diyât 25.

471 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 360; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 139-141; İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XII, 55, 57; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 42-43.

472 Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 406; Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 21; Abdurrezzak, IX, 450(no. 17973); Hırakî, s. 116; Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 354; İbn Kudâme, *El-Kâfî*, IV, 5; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 337.

473 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, el-*Ümm,* VI, 21; Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 353-354; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 11; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 147; Remlî, VIII, 245, 268; Şirvânî, VIII, 399; a.mlf., IX, 162.

ne dair herhangi bir delil bulunmaması nedeniyle hürün köle, müslümanın zimmî karşısında kısasla cezalandırılacağını ileri sürmüşlerdir[474]. Aynı şekilde kısasla ilgili hadislerin[475] de müslim ve gayr-i müslim ayrımı yapmaksızın cana karşılık canın alınacağına delalet ederek kanların eşitliği bağlamında bütün insanlığı eşit bir şekilde kapsadığı görüşünü benimsemişledir[476]. Ayrıca müste'menin dokunulmazlığının belli bir müddete kadar bulunması nedeniyle *nâkıs*, zimmînin ise süresiz olarak hayatın dokunulmazlığı noktasında müslüman ile eşit statüde olduğunu kabul etmişler, bu durumdaki din farklılığının diyette eşitliğe engel olmaması gibi kısasta da engel olmaması gerektiğini belirtmişlerdir[477].

Fakihlerin ekseriyeti ise *mükâfee* kriterini dikkate alarak suç işleme anında suçlu ile mağdur arasında İslâm, eman ya da hürriyet açısından üstünlük bulunmaması esasından hareket etmişlerdir[478]. Görüşlerini delillendirmek için el-Bakara 2/178. âyette geçen "*hüre karşılık hür, köleye karşılık köle*" ifadesinin zâhirî anlamından köleye karşılık hürün kısas edilemeyeceğinin anlaşıldığını, Peygamber (sav)'in de "*hür, köle karşılığı öldürülemez*"[479] buyurduğunu, kölesini öldüren kişiye ta'zîr cezası verdiğini ve bu hususta icma oluştuğunu ileri sürmüşlerdir. Zira köle, kölelik nedeniyle nakıstır ki cana karşı can şeklindeki umum ifadesi "*hür hüre, köle köleye karşılık*" şeklinde tahsis edilmiştir[480]. Ayrıca zimmînin kafir olmasından hareket ederek kafirlerin bu dünyada tek millet, mü'minlerin ise birbirleriyle kardeş olarak eşit olduğunu ve her iki grubun ahirette de eşit olmayacağını[481] göz önünde bulundurarak her grubun mensuplarının birbirine karşı kısas edileceğini ileri sürmüşlerdir[482]. Nitekim Ahmed b. Hanbel bu görüşü zimmînin küfrü nedeniyle *menkûs* olduğu şeklinde izah etmiştir. Ona göre müslümanların kanlarının eşit olduğunu ifade eden hadis, âyetteki "*cana karşı can*" hükmünü tahsis etmiştir[483]. Bu açıdan bir zimmîyi öldüren zimmînin suç işledikten sonra müslüman olması durumunda dahi kısasla cezalandırılması gerektiği, zimmînin cizye ödemeyi kabul et-

474 Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 265-266.
475 Hadisler için bkz. Buhârî, Diyât 20, 76; İbn Mâce, II, 202; Şevkânî, *Neyl*, V, 12.
476 Kâsânî, VII, 237; Desûkî, IV, 237.
477 Tartışmalar ile ilgili geniş bilgi için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 13-14.
478 Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 15; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 5; İbn Teymiyye, *Kütüb ve Resâil ve fetâvâ İn Teymiye fi't-tefsîr,* nşr. Abdurrahman Muhammed Kâsım en-Necdî, (y.y.) Mektebetü İbn Teymiyye(t.s.), XIV, 75.
479 Beyhakî, VIII, 35; Dârakutnî, III, 133.
480 Sahnûn, VI, 364; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 17; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* VIII, 278; Şirvânî, VIII, 401-402.
481 bkz. el-Haşr 59/20.
482 Delillerle ilgili geniş bilgi için bkz. Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 10-11; Remlî, VIII, 269; Şirvânî, VIII, 399-401.
483 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* VIII, 274.

mekle şeref açısından daha üstün olması nedeniyle mürtede karşı dahi kısas edilemeyeceği kabul edilmiştir[484].

Bu bilgiler ışığında fakihlerin genel olarak dokunulmazlıkta eşitlik ilkesinden hareket ettikleri, ancak ilgili nasların farklı açılardan yorumlanması nedeniyle görüş ayrılığına düştükleri görülmektedir. Başta İmam Şâfiî olmak üzere fakihlerin ekseriyeti, eşitlik ilkesini daha detaylandırarak tâlî noktalarda da bu esasın gözetilmesinin gerekliliğini ve bu ilkenin hürriyet ve İslâmda söz konusu olduğunu kabul etmişlerdir. Hanefîler ise mutlak olarak "canın cana karşı" kısas edilmesi esasından hareketle dokunulmazlık açısından her hayatın eşit olduğu şeklinde bir yaklaşım sergilemişlerdir. Hanefî yaklaşımı, hayat hakkının dokunulmazlığı açısından eşitlik ilkesini, daha ziyade kişinin soyut olarak insan olması yönüyle temellendirmesi ve bu suretle eşitlik ilkesinin uygulama alanını genişletmesi açısından tercihe daha uygundur. Zira fakihlerin ekseriyeti bir yandan âyetin lafzî yorumuna dayanarak hürriyet açısından eşitliği şart koşarken diğer yandan aynı âyette geçen "*kadına karşılık kadın*" ifadesinden Peygamber (sav)'in bir kadını öldüren kimsenin öldürülmesine yönelik emrini dikkate alarak kadın ve erkek arasında fark olmayacağı sonucuna ulaşmışlardır[485]. Oysa aynı âyetin yorumunda köleye karşılık hürün öldürülmesi yönündeki rivâyetleri ve kölenin hürle farkının da kadının erkekten farkı gibi sadece iktisadî alanda dikkate alınması gerektiğini göz ardı etmeleri bir çelişki izlenimi vermektedir[486].

Öte yandan fakihlerin ortak olarak eşitlik ilkesini ısrarla vurgulamalarının temelinde ise kısasın tarihi geçmişi bulunmaktadır ki bu suretle onlar İslâmın, kısas sistemine getirdiği düzenlemelerle cahiliye dönemindeki tatbik şekillerinden farklı bir boyut kazandırdığını ortaya koymuşlardır. Bu bağlamda kısasta suç ve ceza arasındaki dengeyi sağlama amacıyla suçlu ile maktûl ve suçun işlenme şekli ile cezanın infaz şekli arasında eşitliğin bulunması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre İslâmda kısas, cahiliye dönemindeki telakkinin aksine bütün müslümanların kanlarının yani hayat haklarının eşit düzeyde olduğu esasının bir tezahürü olarak kabul edilmiştir. Cahiliye Araplarında ise toplumun bireyleri arasında "fazilet" açısından farklılık gözetilmesi nedeniyle bir kabilede şerefli sayılan bir kişinin öldürülmesi durumunda katilin kabilesinin şereflilerinden birinin kısası istenmekte veya belli sayıda kişinin öldürülmesine razı olunmaktaydı. Bu bağlamda fakihler, kısas ile ilgili âyette katl, idam gibi ceza anlamı içeren terimler kullanılmayarak her insan için eşit

484 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 317, 332 Şirvânî, VIII, 401.
485 Geniş bilgi için bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 4-5.
486 Hanefî fakihlerin bu hususta eleştirileri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 266-267, 406-407.

bir hak olarak bahşolunan "hayat" kelimesinin kullanılmasını, mağdur tarafın eşitlik kuralını kabule hazır olması açısından verilen cezada maktûlün hayatına karşılık sadece suçlunun hayatının yok edilmesi anlamının bulunduğu şeklinde yorumlamışlardır[487]. Aynı şekilde "*...artık o da öldürmekte aşırı gitmesin*" (el-İsrâ 17/33) ve "*cahiliye hükmünü mü istiyorlar*" (el-Mâide 5/50) âyetlerini katilden başkasının ya da bir kişiye karşılık bir topluluğun öldürülmemesi[488], Allah'ın şerîf kulları ile sıradan kullarını eşit tutmak suretiyle adaletle hükmetmesi şeklinde izah etmişlerdir[489].

Bu noktada alimlerin ödetme kuramını adalet esası ile temellendirdikleri görülmektedir ki buna göre katilin işlediği suça karşılık olarak verilen cezanın eşitlik ilkesine göre uygulanması, adaletin bizzat özünün gerçekleşmesine neden olmaktadır[490]. Fakihler kısasın bu suçun karşılığı olarak gerekliliğini ifade ederken iki yaklaşım sergilemişler; bir kısmı kısasın maktulün bizzat hayatının karşılığı olarak "aynen", diyetin ise "bedelen" vâcib olduğunu[491], Şâfiî ve Hanbelîler nefsin kısas ve diyet şeklinde iki bedelinin bulunduğunu, öldürme fiili ile ikisinin de vacib olduğunu kabul etmişlerdir[492]. Bu bağlamda affın, karşılıklı ya da karşılıksız olarak gerçekleştiğini, "*affetmeniz takvâya daha yakındır*" âyeti (el-Bakara 2/237) gereğince de karşılıksız olması durumunda daha faziletli olduğunu belirtmişlerdir[493]. Bu noktada ödetme kuramı, insanlar arasında adaleti gözetme gayesi ile temellendirilir ki bu safhada *ihsan* kavramı da devreye girer. Kişinin hakkını elde etmesi adalet, affetmesi ise ihsandır. Dolayısıyla ihsan, adaletin bir üst basamağı olması hasebiyle daha erdemli bir davranış olarak kabul edilmiştir[494].

cb- Önleme Amacı

Klasik fıkıh doktrininde cezaların önleme amacına had ve ta'zîr kategorilerinin giriş kısmında genel olarak ya da münferit meselelerde yeri geldikçe temas edilmiş; bu amacı içeren müstakil bir başlığa yer verilmemiştir. Bu nedenle ölüm cezasının önleme amacını da fakihlerin bu doğrultudaki ifadelerinden ayıklayarak belirlemek gerekmektedir. Kanunîlik ilkesi ile ilgili başlıkta had teriminin Kur'ân ve Sünnetteki temellerini tespit etmiştik. Bu çerçevedeki araştırmamızda haddin naslarda cezaları da içerecek şekilde kullanımının te-

487 Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 8-9; Taberî, III, 365-366; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 60; Kâsânî, VII, 243.
488 bkz. Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 358; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 6.
489 Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 8-9.
490 Şehâbeddîn en-Nûrî, Ahmed b. Abdi'l-Vehhâb, *Nihâyetü'l-ereb fi fünûni'l-edeb*, Mısır: Dâru'l-kütüb (t.y.), VI, 65-67.
491 Remlî, VII, 309.
492 Geniş bilgi için bkz. Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 346; Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 13, 97.
493 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 347.
494 Merdâvî, X, 3.

melinde bu kelimenin *menetme* şeklindeki sözlük anlamından[495] hareket edildiği dikkat çekmektedir. Ancak naslarda cezaların bu özelliği doğrudan dile getirilmemiştir. Bu nedenle cezaların, kendileri için sebeb teşkil eden fiilerin işlenmesine engel olması sebebiyle *hudûd* terimi ile ifade edildiği yönündeki izahlar daha ziyade fıkhın teşekkül döneminde yapılmaya başlanmıştır. Bu noktada fakihler aslında cezalarla ilgili naslarda ve sahabe uygulamalarının ruhunda bulunan önleme amacını kendi çıkarımları ile teorik zemine taşımışlardır. Nitekim hadlerin temelinde bulunan önleme amacını ifade etmek üzere genellikle زجر , ردع , كف kelimelerinin türevlerini kullanmışlardır. Sakındırma, önleme anlamları içeren bu kelimelerden زجر cezaların önleme özelliğini vurgulayacak şekilde daha fazla kullanılmıştır. Zecr kelimesinin türevleri hadislerde ölüm cezasına sebep teşkil eden bir fiilin işlenmesinin engellenmesi, kişinin sakındırılması anlamında kullanılmaktadır[496]. Bir amaç olarak ifadesine ise genel anlamda hadlerin cezaları da içerecek şekilde "zecr" özelliğine sahip olduğu yönündeki yorumlar kapsamında değinilmiş[497]; özel olarak suç türleri ile ilgili meselelerde de ölüm cezasının zecr amacı dile getirilmiştir[498].

Klasik fıkıh doktrininde genel olarak bütün cezaların önleme amacının bulunduğu kabul edilmekle birlikte Allah hakkı ile ilgili had cezalarında bu özelliğin önplana çıkarıldığı görülmektedir. Bu nitelik, hadleri Allah hakkı olarak gerekli görülen cezalar olarak tanımlamaları nedeniyle Hanefî fıkhında daha net bir şekilde ortaya konulmuştur. Nitekim Hanefî fakihler had cezalarının

---

495 Bu noktada insanların girmesine engel olduğu için kapıcıya, hükümlülerin çıkmasını engellemesi nedeniyle hapishane görevlisine, parasız olarak insanların satın almalarına engel olduğu için içki satıcısına "haddâd" denilmesi de örnek olarak gösterilmiştir; Mâverdî, *el-Hâvî*, XIII, 185; Serahsî, IX, 36; İbn Kudâme, *Ravdatü'n-nâzır*, Riyad 1399, I, 170; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 3; İbn Hacer, XII, 58.

496 Peygamber (sav)'e söven kişinin suçundan vazgeçmesinin söylenmesine rağmen vazgeçmesi üzerine ölümle cezalandırılması ile ilgili rivayette "... ويزجرها فلاتنزجر" ifadesi kullanılmıştır: Ebû Dâvûd, Hudûd 2; Nesâî, Tahrîm 16.

497 İbn Huzeyme (ö. 311) Allah'ın *zecr* ettiği ve recm, celde gibi vacib kıldığı her şeyin had olduğunu belirtmiştir: İbn Huzeyme, Ebû Bekr Muhammed b. İshâk es-Sülemî, *Sahîhu İbn Huzeyme*, nşr. Muhammed Mustafa A'zami, Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmiyye 1970, I, 161.

498 İlk dönem fakihlerinin hadlerin önleme amacını kabul ettiklerine dair çıkarımları daha soraki alimlerin eserlerinden elde etmek mümkünse de bu dönemde cezanın önleme özelliğinin doğrudan değil de "zecr" kelimesinin türevleriyle birlikte dolaylı olarak ifade edildiği tespit edilmektedir. Nitekim Sahnûn, İmam Mâlik'in yaralama suçlarında kısasın *sultân*ın huzurunda infaz edilmemesinden insanların zecredilmesi gerektiğini, aksi takdirde bunu gerçekleştirmeye cüret edeceklerini ifade eder. Akabinde de katili affettikten sonra öldüren kimsenin imam tarafından tedip edilebileceği görüşünü "insanlar katle cesaretlenmesin diye..." şeklinde gerekçelendirir: Sahnûn, VI, 368; Cessâs da recm cezasının infazına şahit olacak kişilerin sayısı ile ilgili tartışmaları dile getirirken Katâde'nin bu hususta ki şu sözünü zikreder: "*O (recme şahit olma), gören için aynı davranışı yapmaktan 'zecr', başkaları içinse 'rad' olması için görenlere bir öğüt ve ibrettir...Zira hadler zecr ve rad' için vazolunmuşlardır*": Cessâs, III, 264.

mümâsele değil, cezanın sebebini teşkil eden suçu işlemekten men'etme niteliği taşıdığını ileri sürmüşlerdir. Buna göre Allah, her türlü noksandan münezzehtir ki hakkı hususunda da telafiye ihtiyacı yoktur[499]. Nitekim zina ile sopa cezası arasında maddi-manevi herhangi bir münasebet bulunmadığı gibi aynı şekilde gerçekleşen zina eylemi için bazı hallerde sopa, bazen de recm cezasının gerekli görülmesi arasında da eşitlik söz konusu değildir[500]. Bu noktada diğer fakihler de mürtedin kılıçla öldürülmesi, recmin taşla infazı gibi Allah hakkı içeren hadlerde mutlak eşitliğe riâyet edilemeyeceği ve *zecr* unsurunun önplanda tutulduğu hususunda Hanefîlerle hemfikirdirler[501].

Allah hakkının ihlalinde bu hakların topluma yönelik olduğu ve misillemenin gerçekleştirilmesini mümkün kılan somut unsurları içermemesi nedeniyle kamunun menfaati icabı suç işlemenin önlenmesi amacı ön plana geçirilse[502] de fakihlerin önleme amacı doğrultusundaki izahlarından cezalarda bu amacı suçun denk bir ceza ile telafisinin bir neticesi olarak gördükleri tespit edilmektedir. Örneğin, kısasın önleme ve mağdur tarafı tatmin etme şeklindeki vaz olunuş amacı, cezanın tatbiki sırasında eşitliğin dikkate alınması ile mümkündür[503]. Aynı şekilde fıkıhta naslarda miktarları tayin edilen

499 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, VII, 56.

500 Serahsî, *el-Usûl*, I, 239.

501 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 360; Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 139-141; Kurtubî, VI, 175; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 15; Ebû İshâk, IX, 43.

502 Fakihler, bir suç işlendikten sonra hüküm giymeden veya ceza infaz edilmeden önce başka bir suçun işlenmesi anlamına gelen cezaların ictimaı meselesini de bu perspektifle çözümlemişlerdir. Fukahanın ekseriyetine göre ölüm cezası gerektiren bir suçun birkaç kez işlenmesi ya da bu cezanın yanı sıra başka cezaları da gerekli kılan had kategorisindeki çeşitli suçların işlenmesi halinde suçlunun sadece ölümle cezalandırılması yeterlidir. Bu hususta İbn Mes'ûd'un, biri ölüm cezası olan iki had birleştiğinde ölümün diğer cezayı da kapsadığı şeklindeki görüşüne sahabeden bir itirazın bulunmaması delil gösterilir. Öte yandan ölüm cezasının kul hakkına ait olan kazf haddini ve kısası eritmediği, önce bu cezaların infaz edileceği, daha sonra ise diğer had cezalarının uygulanmayacağı, sadece ölüm cezasının infazının yeterli olacağı kabul edilmiştir. Zira Allah hakkı olarak vazolunan cezaların temelinde zecr maksadı bulunur ki hayatın yok edilmesi ile bu maksad tamamıyla gerçekleşir: Abdurrezzak, X, 20; Sahnûn, VI, 212; Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 398; Serahsî, IX, 101; Kasanî, VII, 56; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 239-240; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 139-140; İbn Hümâm, IV, 208; Ebû İshâk, IX, 108; İmam Şâfiî ise her suçun cezasının ayrı ayrı uygulanması gerektiğini, sırayla önce kul hakkı sonra Allah hakkına ait cezaların en hafifinden başlamak suretiyle en ağırına yani ölüm cezasına doğru yapılan bir sıralama ile her farklı suç için gerekli cezanın uygulanacağını belirtmiştir. Bu görüşün temelinde her suçun bir ceza ile karşılanması şeklinde mutlak olarak ödetme amacının bulunduğu düşünülebilirse de cezaların eritilmesinin kabulü durumunda düşen cezaları gerektiren suçların işlenmesine yönelik cesaretleri kırma maksadıyla önleme amacının gözetildiğini de ileri sürmek mümkündür. Bu da fakihlerin, cezaların tedâhülü durumunda farklı infaz şekilleri önermekle kul haklarında ihlal edilen hakkın bir ceza ile telafi edilmek suretiyle ödetme, Allah haklarında ise sadece en ağır cezanın infazının yeterli görülmesiyle önleme amacını göz önünde bulundurduklarının göstergesidir: Şirâzî, II, 288; Şirvânî, VIII, 426.

503 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174.

cezaları, hak ayrımı göz önünde bulundurulmaksızın "*zevâcir*" şeklinde nitelendirmelerinin temelinde had cezalarının naslar tarafından belirlenmiş olmasının suç işlediği takdirde mutlaka suçuna denk bir ceza ile cezalandırılacağını bilen kimsenin suç işlemesinin engellenmesine neden olacağı yönünde sahip oldukları bir anlayış söz konusudur[504]. Bu açıdan Karâfî, kasten adam öldürme suçu için sebep ve şartlar gerçekleşip herhangi bir mani bulunmadığında "*sizin için kısasta hayat vardır*" âyetindeki hikmet gereğince kısasın vaz olunmasından hareketle *nefislere* birtakım toplumsal yararlar sebebiyle *cevâbir* kategorisinde yer vermemiş[505]; Şâri'in kısas, darb, hapis veya te'dîb şeklindeki düzenlemelerini *zevâcir* kavramı ile ifade ederek bunların muhtemel zararların/mefâsidin önlenmesi için meşru kılındığını belirtmiştir. Ona göre zevâcirin yani önleme özelliğine sahip cezaların ekseriyeti, suça yeltenmekten sakındırmak amacıyla suç işlemeye meyilli kimselere yöneliktir[506].

İnsanın genellikle kendi menfaatını düşünmesi nedeniyle ağır bir şekilde cezalandırılacağını bilmesi durumunda suç işlemekten vazgeçeceği düşüncesi ise önleme ve ödetme amaçları arasındaki bağlantının insan psikolojisinin dikkate alınarak yapıldığını ortaya koymaktadır. Nitekim Şâfiî, "*sizin için kısasta hayat vardır*" âyetini öldürülme korkusu açısından yorumlamıştır[507]. Mâverdî de dünyada zevkin hemen elde edilmesi nedeniyle genellikle uhrevî cezadan uzaklaştırıcı isteklerin insan tabiatında bulunduğunu, bu nedenle insanın acısından çekince duyduğu ve onurunu zedeleyen cezalardan korkarak suç işlemekten vazgeçtiği cezaların vazolunduğunu ifade etmiştir. Mâverdî'nin kullandığı kelimeler dikkate alındığında cezanın, Allah tarafından suç işlemekten sakındırma amacıyla vazedilmesi itibarıyla insanın kendisi için "*râdi'*", bundan doğan maslahatın genel olması açısından ise "*zâcir*" niteliği taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, cezanın varlığı suç işlemenin önlenmesi açısından *mevâni*, suçun işlenmesi durumunda ise cezanın infazından sonra potansiyel suçluları caydırma açısından *zevâcir* niteliğindedir[508]. Buna göre önleme amacı ile ödetme arasında ilişki bulunması halinde özel önleme, infazdan sonra ise genel önleme amaçları gerçekleşmektedir. Fakihlerin ölüm cezasının önleme amacını dikkate aldıkları hususlarda da bu ayrımın göz önünde bulundurulması hasebiyle müstakil başlıklar altında incelenmesi mümkündür:

504 Mâverdî, el-Hâvî, XII, 6; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 109; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 155; Kurtubî, VI, 175; Ebû İshâk, IX, 43; Desûkî, I, 333.
505 Kârâfî, *el-Furûk,* I, 213.
506 Kârâfî, *el-Furûk,* I, 211-212.
507 Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 9.
508 Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 364.

i- Özel Önleme

Önleme amacının denklik ilkesinin bir neticesi olması hasebiyle suçun verdiği zararın büyüklüğüne denk bir ceza ile karşılanması, cezanın suçları önleme amacını yani kişinin ağırlığına katlanamayacağı cezalara sebep teşkil edecek ağır suçları işlemekten vazgeçebileceğini gündeme getirir[509]. Nitekim tarafların eşitliği, kısasın hikmetini tamamlayıcı unsuru olup[510] *zecr* amacı, ancak bu eşitliğin sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Nitekim hükmü, vaz olunuş gayesini gerçekleştirme açısından derecelendiren İbn Kayyim hadlerin naslar tarafından takdir edilmeleri nedeniyle belirli suçların önlenmesi için en uygun ceza olma niteliği taşıdığı şeklindeki ifadesiyle özel önleme amacının psikolojik temellerini dogmatik bir zemine dayandırmıştır. Bu düşünceye göre insanların yaratıcısı olan Allah kulların yarar ve zararına olan şeyleri en iyi bilendir. Adam öldürme, yol kesme gibi suçların neden oldukları zararların büyüklüğü de malumdur. İnsan türünün azalmasına neden olan, toplumsal güvenliği tehdit ederek korku atmosferi yaratan bu suçların en ağır ceza olan ölüm cezasını gerektirmesi, Allah'ın bu suça en uygun cezayı vazetme gayesinin göstergesidir. Bu gerçek karşısında insan O'nun emrinin bir gaye ve hikmetten hali olamayacağını itiraf edip teslimden ve herşeyi bilememe özelliğini itiraftan başka bir şey yapamayacak ve suç işlediğinde cezalandırılması gerektiği inancı ile suç işlemekten vazgeçecektir[511].

Şâtıbî, bu meseleyi fiillerin sonuçları noktasında ele alır. Ona göre fiillerin sonuçlarını dikkate almak, dinin gözettiği amaçlardan biridir, müçtehidin de bir fiil için o fiilin doğurabileceği sonuçları dikkate alarak hüküm vermesi gerekir[512]. Örneğin, İbn Abbas, kendisine yöneltilen "Kasıtlı olarak bir müslümanı öldüren kimsenin tevbe hakkı var mıdır?" şeklindeki soruya "Hayır, ateş vardır" şeklinde cevap vermiştir. Soran kimsenin ayrılması üzerine İbn Abbas'a daha önce katilin tevbesinin kabul edileceği görüşünde olduğu hatırlatılınca o "Ben bu kişiyi, bir müslümanı öldürmeyi tasarlayan kızgın birisi olarak gördüm" demiş, giden kişi araştırıldığında da İbn Abbas'ın haklılığı ortaya çıkmıştır[513]. Şâtıbî bu şekilde alimin, hükmün menâtını, illet ve gerek-

509 Âmidî, hükmün, vaz olunduğu maksadı ya yakînen ya da zanna dayalı olarak gerçekleşti - diğini, kasten adam öldürme suçu için kısasın gerekli görülmesi noktasında dokunulmazlığa sahip insan hayatının yok edilmekten korunması amacınının gerçekleşmesinin ise zanna dayalı olarak tercih edildiğini belirtir. Zira genellikle bir insanı öldürdüğü zaman öldürüleceğini bilen akıllı bir kişi bu suça teşebbüs etmez, dolayısıyla hayatta kalır. Ancak bu şekilde suça teşebbüs etmemesi, genellikle söz konusu olsa da kesin olarak bilinmemektedir: Âmidî, III, 250-251.

510 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 12.

511 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn,* II, 120-121.

512 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, IV, 196.

513 Kurtubî, IV, 97.

çesini her mükellef açısından doğuracağı sonuçları dikkate alarak tespit etmesini özel tahkîku'l-menât şeklinde niteler[514].

Bu noktada fıkıh öğretisinde cezanın hukukî olarak varlığının insan psikolojisi üzerindeki etkilerinin neticesinde ortaya çıkan önleme amacını infaz öncesinde de gerçekleştiren etkenlere değinilmiştir. Bu çerçevede fakihler zina suçunun cezasının recm şeklinde ağırlaştırılması için gerekli görülen ihsan sıfatının şartlarını bu kelimenin "bir şeyi bir kimseyi iyice korumak" şeklindeki sözlük anlamından hareket ederek tespit etmişlerdir. Nitekim "*hısn*" kökünün türevlerinin[515] genellikle "engelleme, himaye etme, koruma, sağlam ve muhkem olma" anlamlarını içermesi nedeniyle ihsanın da kişinin zinaya düşmesini engelleyen sebeplerden ibaret olduğunu ileri sürmüşler, Kur'an'da geçen *muhsan*[516] ve *muhsanât*[517] kelimelerinin sözlük anlamından hareketle *muhsın* ile iffetini bizzat kendisi koruyan, *muhsan* ile de bir şahıs ya da konum vasıtasıyla iffetini koruyan kimse şeklinde bir ayrım yapmışlardır[518]. Buna göre zinadan korumayı sağlayan şahıs eş, konum ise evliliktir. Nitekim evli zinakarın suçunun ölüm cezası ile ağırlaştırılması, zina etmek için bir mazeretinin bulunmayıp ihtiyacını helal yoldan eşi ile giderme imkanının bulunması şeklinde gerekçelendirilmiş, bu nedenle evliliğin cezayı ağırlaştırıcı, bekarlığın ise hafifletici sebep olduğu düşünülmüştür[519].

Evliliğin yanı sıra kişiyi zina etmekten alıkoyan diğer faktörler ise fakihlerin ekseriyetine göre akıl, hürriyet ve bülûğdur[520]. Ancak zinadan menetme kriterinin farklı bakış açılarından dikkate alınması nedeniyle İslâmın ihsanın şartları arasında yer alması hususunda görüş ayrılığına düşülmüştür. İslâmın şart olmadığını ileri süren görüşe göre kafire şarap içme cezasının dışında sopa, el kesme ve adam öldürme suçunda kısas cezalarının verilmesi gibi recm de uygulanır. Şarap içmede ceza verilmemesinin sebebi, bu fiilin onlarda haram kabul edilmemesidir. Zina ise bütün dinlerde yasaklanan bir eylemdir. Nitekim Peygamber (sav), iki yahudiye recm cezası uygulamıştır. Buna göre cezayı ağırlaştıran unsur, suç teşkil eden fiilin haram olduğu inancının mevcudiyetidir ki zinanın haram olduğu inancını içeren her dinin, mensuplarını muhsan kılacağı, yani zinayı yasaklayan her dinin fertlerini bu suçtan

514 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, IV, 98.
515 Bu kelimelerin geçtiği âyetler için bkz. Yûsuf 12/48; Enbiyâ 21/80; Haşr 59/2.
516 Bkz. en-Nisâ 4/24; el-Mâide 5/5.
517 Bkz. en-Nisâ 4/24-25; el-Mâide 5/5; en-Nûr 24/4, 23.
518 Râgıb el-İsfehânî, "hsn" md., s. 121.
519 Geniş bilgi için bkz. Hırakî, s. 229; Serahsî, *el-Usûl*, I, 239; a.mlf., *el-Mebsût*, IX, 39; Kâsânî, VII, 38; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 69; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 126-127; Ebû İshâk, IX, 60; Remlî, VII, 427.
520 Mâverdî, *el-Hâvî*, III, 195-197; Remlî, VII, 426.

alıkoyma özelliğine sahip olduğu, bu nedenle de cezanın ağırlaştırılmasını gerektirdiği sonucuna ulaşılmıştır[521].

Ebû Hanîfe'ye göre ise zecr amacı, ancak İslâm dini ile mütekamil bir şekilde gerçekleşir ki bunun nedeni küfrün yapısında İslâm gibi *zâcir* bir unsurun bulunmamasıdır. Buna göre ihsan sıfatı için İslâm şarttır. Serahsî bu açıdan ihsanın zinanın illeti olmadığını, kişinin tam olarak istifade ettiği ve sahip olduğu nimetler ve güzel hasletler niteliğini taşıdığını belirtmiştir. Kişinin bu nimetlere sahip olmasına rağmen zina suçunu işlemesi durumunda ise cezanın ağırlaştırılması da kaçınılmazdır[522]. Bu görüşlerde genel olarak cezanın suçun ağırlığına göre şiddetinin artırılması esasının yani suç-ceza dengesinin zecr amacıyla birlikte değerlendirildiği, kişiyi suç işlemekten alıkoyacak evlilik, İslâm veya zina suçunun haram olduğu inancı gibi "*nimet*"lerin bulunması durumunda cezanın da ağırlaşacağının kabul edildiği görülmektedir. Fakihlerin çeşitli delillere dayanarak tespit ettiği bu şartlar tek tek düşünüldüğünde hepsinin ortak bir özelliği ortaya çıkmaktadır; o da kişinin zina suçunu işlemeye karşı tam bir koruma altına alınarak bu suçu işlemesini önlemektir. Dinden dönme suçunda ısrar eden kimseye verilen cezanın ağır olmasının nedeni de kişinin İslâmla tanışmış olmasıdır. Bundan dolayı suçlu, din değiştirmekle zimmî statüsü kazanamamakta ve ölümle cezalandırılmaktadır[523].

Ayrıca zinanın kazften, hırâbenin ise hırsızlıktan suç olarak daha ağır olması nedeniyle cezalarının da ağırlaştırıldığı düşüncesinden hareketle ta'zîr cezalarının da işlenilen suçun zecri oranında tespit edilmesi gerektiği, cezanın sebebinin ağırlığı arttıkça cezanın da ağırlaştırılacağı kabul edilmiştir. Bu açıdan el-Feth 48/9. âyette geçen "*ta'zîr*" ifadesi engel olma şeklinde yorumlanmış ve suçluların ta'zîrinin, onların suç işlemelerinin engellenmesi anlamına geldiği belirtilmiştir[524]. *Zevâcir* niteliği taşıyan ta'zîr cezaları içerisinde namazı edaya teşvik amacıyla namazı bırakanın ölümle cezalandırılması, bâğîlerin vereceği zararı önleme amacıyla isyanı bırakıp itaat etmeleri halinde öldürülmeyecekleri şeklinde suçu önlemeye yönelik örnekler mevcuttur[525]. Ta'zîr cezalarının suçun ağırlığı nisbetinde ağırlaştırılması esasının psikolojik temelleri ise livata ve hayvanla ilişkinin cezasının niteliği hususundaki tartışmalarda belirgin olarak görülmektedir. Fakihlerin ekseriyeti hayvanla cinsel ilişkiye girme suçunda zinadaki gibi bir haramlığın bulunmaması nedeniyle suçluyu *zecr* edecek bir cezanın had derecesine ulaşmasına gerek olmadığını kabul etmişlerdir. Zira had, nefsin arzu ettiği ve meylettiği şeyden sakındırma

521 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 49, 70.
522 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 39-42; a.mlf., *el-Usûl*, II, 126; Kâsânî, VII, 38.
523 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 110-111.
524 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 121-122.
525 İbn Abdüsselâm, I, 135.

maksadıyla vazolunmuştur. Hayvanla ilişki ise insanların nefretle karşıladığı bir eylemdir; bu nedenle ta'zîrle cezalandırılması gerekir[526]. Aynı şekilde Ebû Hanîfe'nin livatanın had cezası ile cezalandırılamayacağı şeklindeki görüşü de livatada pasif konumda olan kimsenin tabiat itibarıyla bundan kaçınması şeklinde temellendirilmiştir. Zira faillerden pasif olanını bu eyleme motive edecek bir unsur bulunmamaktadır. Zinada ise her iki tarafı da motive edici istek mevcuttur. Hadlerin de zecr maksadı ile vazolunması nedeniyle livatanın had ile cezalandırılması gerekli değildir[527].

Fakihlerin suç türleri ile ilgili meselelerini inceleme sırasında insanın suç işlemeye yönelme duygusunun önlenmesi esasını dikkate almaları hususunda örnekleri çoğaltmak mümkündür. Zikredilen örneklerde genel olarak cezanın varlığı nedeniyle ödetme ile önleme arasındaki ilişkinin daha ziyade özel önleme niteliği taşıdığı görülmektedir. Bu açıdan fakihler ölüm cezasının gerektiren suç nev'ilerini incelerken insanı suça iten faktörleri de dikkate alarak kişinin suç işlemesinin önüne geçilmesi ve bu faktörlerin önleme açısından etki oranına göre cezanın da ağırlaştırılması yönünde bir anlayış ortaya koymuşlardır.

ii- Genel Önleme

İslâm hukukçuları kamu menfaatlerini korumaya yönelik suçların cezalarının ölüm cezası şeklinde genellikle ağır nitelikli olmasının nedenini bu suçların artmasının toplumun güven ve istikrarını tehdit edici nitelik taşıdığı şeklinde izah etmişler, böylesine tehlike yaratan suçlara verilecek cezaların da suçun büyüklüğü ile orantılı bir şekilde toplumun huzurunu sağlama hedefini gerçekleştirecek nitelikte ağır olduğunu kabul etmişlerdir[528]. Cezanın toplumun genelinde suçların işlenmesini önleme amacı ise daha ziyade infaz aşamasından sonra belirginlik kazanmaktadır. Ölüm cezasının infazının gerçekleşmesinden sonra topluma yönelik olmak üzere hedeflenen genel nitelikli önleme amacının görünümleri maddeler halinde şu şekilde özetlenebilir:

a- Suç Mağdurlarının İntikam Almasını Önleme

Suçun verdiği zarara denk bir ceza ile ödetilmemesi bireyleri haklarını telafi etmeye motive eder. Tamamen intikam içgüdüsüne dayanan bu motivasyon, benzer suçların mütemadiyen işlenmesini gündeme getirir; bu durumda da toplumda suçların teselsülü kaçınılmaz hale gelir. Nitekim cahiliye döneminde maktulün ailesi, sadece öç alma saiki ile hareket ettiğinden meşrû sınırlar dahilinde tatmin olmaması halinde katilin dışında da birçok kimseyi öldürür, hat-

526 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 62; a.mlf., *el-Kâfî,* IV, 198; Şirvânî, IX,106.
527 Kâsânî, VII, 34.
528 Geniş bilgi için bkz. Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 352; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 364; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 127.

ta bu yüzden çıkan kan davaları ve savaşlar yıllarca sürerdi. İslâm kısas ilkesi ile mağdurun intikam hissini tatmin etmek için ceza ile suç arasındaki denklik hususunda özenli bir politika benimserken toplumda yeni cinâyetlerin işlenmesinin önüne geçmeyi hedeflemiştir. Nitekim bu gayeyi klasik fakihlerin birçoğu dile getirmiş; el-İsrâ 17/33. âyetinden ve maktulün velisinin iki seçenekten birini seçme muhayyerliğine sahip olduğunu ifade eden hadisten[529] hareketle İslâmda kısasın intikam duygusunu yasal yollarla yatıştırma ve mağduru tatmin etme amacı ile vazolunduğunu, velinin bizzat kısası infazının ise *teşeffî* yani mağdurun intikam hissini yatıştırma açısından en uygun yöntem olduğunu[530], bu açıdan da kısasın geride kalanlar için hayat anlamını ifade ettiğini, kısasın uygulanmaması halinde cahiliyede olduğu gibi karşılıklı öldürmelerin devam ederek fitneye sebep olacağını belirtmişlerdir[531].

Fıkıh öğretisinde mağdurun tatmin edilmesi amacının adalete uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi için de bir dizi tedbir alınmıştır. Bu hususta öncelikle insanların kan dökmeyi kolayca mübah görmelerine engel olma amacı ile kasten öldürme ile hata ile işlenilen adam öldürme suçunu ayırdetmesi nedeniyle hakimin kararı şart koşulmuş[532], intikamın doğuracağı sonuçlardan emin olmak için de infazın kamu otoritesinin ya da temsilcisinin huzurunda yerine getirilmesi gerekli görülmüştür[533]. Bu şartların gerekçesi olarak kısasla intikam almak isteyen kimsenin amacına güvenilemeyeceği, oysa kısasta adalete uygun hareket etmemenin haram olduğu, bu nedenle kısasın bir ictihada gereksinim duyduğu ifade edilmiştir[534]. Nitekim insan tabiatında kendisine kasden saldırıda bulunan kişiye karşı aşırı bir kin ve öfke duygusu vardır. Bu duygu, kendisini intikam almaya sürükler. İntikam ise kin ve öfkeden kaynaklanıp sağduyuyu yok etmesi nedeniyle hiçbir zaman adil olmaz. Zira mağdur taraf fırsat bulduğunda intikamını alır, bulamadığında ise öfkesini içine gömer. Bu durumda da kin ve ve öc alma duygusu iyice artar. Bu da her fırsatta şiddet eylemlerinin meydana gelmesine ve cinâyetlerin artmasına neden olur ki toplumun düzen ve istikrarı kalmaz.

b- Potansiyel Suçluların İkaz Edilmesi

Kur'ân'da zina suçunun cezasının infazının alenen gerçekleştirilmesine yönelik emir (en-Nûr 24/2) fakihler tarafından resmen sabit olan had cezası-

529 Şevkânî, *Neyl*, VII, 8-9.
530 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 35; İbn Hacer, XI, 87; Şirvânî, VIII, 401.
531 Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 109; Âmidî, IV, 288; bn Teymiye, *Mecmûatü'r-rasâil*, XIV, 78; İbn Ka - yim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 121.
532 Mâverdî, *el-Hâvî,* XII, 109.
533 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* VIII, 306; a.mlf., e*l-Kâfî,* IV, 37.
534 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 359.

nın acıma, merhamet etme gibi nedenlerle uygulanmamasının[535] zecr amacına aykırı olduğu yönünde yorumlanmıştır[536]. Kâsânî bu maksadı "*zecrü'l-âmme*" şeklinde ifade etmiş, bu amacın da ancak haddin toplumun huzurunda infaz edilmesi ile gerçekleşeceğini, zira infaz mahalline gelenlerin infazı bizzat görmeleri sebebiyle, gelmeyenlerin ise gelenlerin kendilerine anlatmaları suretiyle suç işlemekten vazgeçeceklerini belirtmiştir[537].

Hırâbe suçu bünyesinde hem adam öldürme hem de mal alma suçlarının birlikte işlenmesi durumunda gerekli görülen salb yani suçlunun çarmıh şeklinde bir oduna bağlanmasının temelinde cezanın ibret verici ve bu suretle fesat çıkaranları caydırıcı olması niteliği bulunur. Aslında öldürme ve asma cezası, ölüm cezası ile aynı temellere dayanır. Ancak ölüm cezasına asma cezasının ilave edilmesi, suçun işlenme sırasında malın söz konusu olmasının teşvik edici bir unsur olarak bulunması nedeniyle cezanın da genel önleme amacını gözetme maksadıyla ağırlaştırılması şeklinde izah edilebilir[538]. Nitekim fakihlerin ekseriyeti hırâbe suçlularının güç sahibi olmaları nedeniyle basit hırsızlık ve adam öldürme suçları için verilen cezalardan daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerektiğini kabul etmişlerdir. Cezanın tatbiki noktasında farklı görüşler ileri sürseler de asmanın suçlunun suçunun cezasını aleni olarak teşhir etmek suretiyle insanları caydırma amacıyla uygulanması gerektiği hususunda hemfikirdirler[539].

Öte yandan toplumda suç işleme oranı da potansiyel suçlulara gözdağı verme amacıyla cezaların ağırlaştırılmasına neden olabilmektedir. Nitekim Hz. Ebû Bekr'in Ümmü Karafe'yi dinden dönme suçu nedeniyle iki ayağını iki ata bağlayarak ortadan ayırma şeklinde ölümle cezalandırması, cezaların *zecr* amacı nedeniyle suçlara denk olacak şekilde ağırlaştırılmasının örneğidir. Zira o günlerde bu suç yaygın bir şekilde işlenmekte ve insanlar kolaylıkla dinden dönmektedirler ki cezanın bu şekilde ağırlaştırılmasının nedeni onları bu suçu işlemekten vazeçirerek tevbe etmelerini sağlamaktır[540].

---

535 Abdurrezzâk, VII, 367.

536 Fakihlerin âyette geçen 'tâife' kelimesinin mahiyetini belirlemek üzere infaza şahit olacak grubun adedi ile ilgili tartışmaları da onların cezadan ibret alması gereken topluluğun asgarî sınırını tayin ederek genel önleme amacının gerçekleşmesi gayesini dikkate aldıklarının göstergelerinden biridir: Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* III, 264; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 45; a.mlf., *el-Kâfî,* IV, 210; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 87; Nevevî, *el-Mecmû',* XX, 39; Şirvânî, IX, 115.

Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* III, 264.

537 Kâsânî, VII, 60-61.

538 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, *el-Ümm,* VI, 152; Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 434; Şirâzî, II, 284; Serahsî, IX, 195-196; İbn Rüşd, I, 333; Kâsânî, VII, 92-94; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 147; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 124-125.

539 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 148.

540 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 150.

Bu hususta bir başka örnek de fakihlerin ekseriyetinin, adam öldürme suçuna aslî olarak iştirak eden birden fazla kimsenin bir kişi karşılığında kısas edilmesini gerekli görmeleridir. Hz. Ömer'in San'â'da bu yöndeki uygulamasını, bu hususta bir itirazın olmaması nedeniyle icma olarak kabul eden bu görüş[541] kısasla cezalandırmada şahsî hakkı korumanın yanı sıra kamu düzenini sağlama ve suçu önleme gayesinin gözetildiğinin göstergesidir ki Hanefi fakihler bu hususta kısastaki eşitlik ilkesine kıyasla değil, istihsanla amel etmenin gerektiğini, kısasın iştirak nedeniyle düşmesinin *rad'* ve *zecr* hikmetinin de ıskatına neden olacağını belirtmişlerdir[542]. Zira bu durumda cezanın uygulanmaması, potansiyel suçluların cezadan kurtulma amacıyla toplu olarak cinâyet işlemelerine neden olur.

c- Toplumun Korunması ve Kamu Yararı

Ölüm cezasının maslahat kavramı ile temellendirilmesi sırasında cezanın topluma yönelik sağladığı yarar üzerinde durulmuştu. Ölüm cezasının da gerek ödetme gerekse önleme amaçları ile birlikte gerçekleştireceği nihâî hedef, toplumun suç teşkil eden kötü eylemlerden korunarak kamu yararını temin etmektir. Bu yüzden gayri müslim vatandaşlara dahi had cezalarının uygulanması gerekli görülerek İslâm ülkesinin kötülüklerden temizlenmesi gaye edinilmiştir[543]. Toplumun suç vb. kötülüklerin önüne geçilerek korunması ve bu suretle temiz bir toplum bir oluşturulması amacı neticede kamunun yararını temin etmeyi hedeflemektedir[544]. Bu çerçevede Hanefî fakihler kamu yararını hak ayrımını dikkate alarak temellendirmişler, kazfin dışındaki hadlerin sırf Allah hakkı olmasının nedenini bu hakların *mesâlihü âmme* niteliği taşıması şeklinde izah etmişlerdir. Bu terim topluma yönelik fesadın yok edilmesi suretiyle toplumun korunması anlamına gelmek üzere kullanılmıştır. Zira sırf Allah hakkı olarak vacib görülen ceza kulun ıskatı ile düşmeyerek faydayı temini ve zararı def'i tekid etmektedir[545]. Ancak genel olarak klasik doktrinde Allah hakkı kavramının topluma yönelik bir içeriğinin bulunduğu kabul edilse de ölüm cezasının verildiği suç türlerinin hepsinde bu ceza ile toplumun korunması amacının hedeflendiği ortaya konulmuştur:

1- Adam Öldürme Suçu: Fakihler kul hakkını ihlal eden adam öldürme suçunun kısasla cezalandırılmasının da toplumun korunması amacını içerdiğini

541 Geniş bilgi için bkz. Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 318-319.

542 Şeybânî, *el-Hücce*, IV, 409; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* VIII, 290; Ebû İshâk, VIII, 253.

543 Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 56-57.

544 İbn Kayyim el-Cevziyye suçluların cezasız bırakılması halinde düzenin bozulacağını, insanların birbirini yok edeceğini, bu nedenle maslahatın ancak ceza ile gerçekleşeceğini ileri sürür. Cezanın verdiği acının ise suçun büyüklüğü ile orantılı olması gerekir. Bu nedenle ölüm cezası gerektiren suçları işleyenlerin hapis cezası ile hayatta bırakılması toplum açısından yarar değil zarar meydana getirir: İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 115

545 Kâsânî, VII, 56.

kabul etmişlerdir. Nitekim İmam Mâlik'in görüşü, Medinelilerin örfü ve Hz. Ömer'in uygulamasına göre maktulün mirasçıları kısası bir diyet karşılığı ya da karşılıksız olarak affetseler dahi devlet başkanının suçluyu sopa veya hapis gibi cezalarla taziren cezalandırma[546] yetkisine sahip olması kısasın toplumsal boyutunu ortaya koymaktadır[547]. Zira toplumun korunma ilkesinin temeli, toplumun suçlu üzerindeki hakkına dayanır. Bu bağlamda kısasın sadece maktulün velisinin talebine bağlı olarak uygulanamayacağı, kısas, af ya da diyet talebine göre hakimin onayı ile bütün müslümanları temsilen devlet başkanının huzurunda infaz edilmesinin gerekliliği de kabul edilmiştir[548].

Kısasın toplumun korunmasına ve kamu yararına yönelik amaçlarının tespiti sırasında ilgili âyetlerde geçen ifadelerden hareket edildiği görülür. Nitekim el-Mâide 5/32. âyette yer alan "*...bütün insanları öldürmüş gibi olur*" ifadesi ile ilgili yorumlar, adam öldürme suçunun iki açıdan toplumsal nitelik taşıdığı yönündedir. İlk olarak katilin hayat hakkına sahip herkesi öldürmüş sayılacağı kabul edilerek verdiği zararın umumiliği ileri sürülmüştür[549].Buna göre masum bir insanın öldürülmesiyle aynı hakka sahip olan insanlığın da hayat hakkına tecavüz edildiği, bu nedenle bütün insanların katilin ölümle cezalandırılması yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir[550]. Bu açıdan öldürme olayı soyut olarak hayat hakkının dokunulmazlığının ihlali şeklinde telakki edilmiştir. Diğer yönden ise katilin topluma kötü örnek olma ve insanları cinayet işleyebilme konusunda cesaretlendirme açısından suçunun genel olarak bütün insanlığı öldürmüş kadar ağır olduğu yorumu yapılmıştır[551]. "*Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur*" ifadesi de insanların ölümle cezalandırılan kimse için üzülmemeleri, bir insanın ölümünün diğer insanların hayatının kurtulmasına vesile olacağı yönünde bir uyarı şeklinde anlaşılmıştır[552].

"*Ey akıl Sahipleri! Sizin için kısasta hayat vardır*" (el-Bakara 2/179) âyetinde ise kısasın hayat olması maktulden ziyade toplum açısından söz konusudur. Zira âyetin "*leküm"* ifadesi ile başlaması kısastan elde edilecek yararın sadece maktulün varislerine ait olmadığını aksine bütün bir toplumun bu cezadan istifade ettiğini ortaya koymaktadır. Bu ifade şu halde kısasın faydaları sizleredir, şeklinde yorumlanabilir ki buna göre kısasın kamu maslahatı için vazo-

546 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 243.
547 İbn Rüşd, II, 338; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* III, 277; Desûkî, IV, 240.
548 İbn Rüşd, II, 338.
549 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 272.
550 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 4.
551 Geniş bilgi için bkz. Taberî, VI, 132; Desûkî, IV, 240.
552 İmam Şâfiî, kısasın kan dökülmesini ve insanların helak olması gayesini taşıması durumu - da düşürülemeyeceğini, bu gayenin geride kalanların kanlarının dökülmesine de engel olması durumunda suçlunun öldürülmesinin evla olduğunu belirtmiştir: Cüveynî, II, 798.

lunduğu, bir başka deyişle faydasının genel olup sadece maktulün yakınları ile sınırlı olmadığı sonucuna ulaşılır[553]. Nitekim katilin ölümle cezalandırılmasının aslında maktûle bir faydasının bulunmaması dikkate alındığında kısasın ona ancak suçu önleme ve kamu vicdanını tatmin etme suretiyle hayat kazandırarak fayda sağladığı ortaya çıkar[554]. Âyette "*hayat*" kelimesinin kullanılmış olması da insan hayatının önplana çıkarılarak suçlunun hayatından ziyade toplumun fertlerinin hayatının eşit bir şekilde korunması amacının gözetildiği şeklinde yorumlanır[555].

2- Dinden Dönme Suçu: Fakihlerin dinden dönme suçu işleyen kadının cezasını tespit noktasında görüş ayrılığına düşmelerinin temelinde de toplumun korunması teorisinin izdüşümleri görülür. Nitekim İslâm hukukçularının çoğunluğu mürtedin ölümle cezalandırılması noktasında kadınla erkek arasında bir fark bulunmayacağını ve dinden dönen kadının da ölümle cezalandırılacağını kabul etmişlerdir Onlara göre sonuçta kadın da dinle oynayarak topluma erkeğin verdiği zararın aynısını vermiştir[556]. Ebû Hanîfe ve talebeleri ise kadın mürtedin kendisine tevbe teklif edileceği, kabul etmeyecek olursa hapse atılacağı görüşünü benimsemişlerdir. Hanefiler de görüşlerini temellendirirken kadının güç açısından zayıf olmasını dikkate almışlar ve hapis cezasının onun topluma vereceği zararı önlemede yeterli olacağını ileri sürmüşlerdir[557]. Ebû Hanîfe, Peygamber (sav)'in savaşta kadınların öldürülmesini yasaklamasından ve tabiat itibarıyla kadının savaşmaya müsait olmamasından hareket etmiştir. Bu itibarla Hanefî fıkhında ölüm, dinden dönme suçu için zorunlu bir ceza olarak kabul edilmemektedir[558]. Bu düşünceye göre iman edip daha sonra imanından vazgeçen kimsenin ölümle cezalandırılmasının temelinin ödetme ve önleme ilkelerine dayandığı ortaya çıkmaktadır. Zira dinden dönme suçu, tamamen ferdi ilgilendiren bir olay olmasının ötesinde toplumsal düzeni sarsıcı nitelik taşımaktadır. Bu açıdan dinden dönme toplumsal düzene bir başkaldırı şeklinde değerlendirilmiş; bu nedenle bir taraftan sosyal düzeni korumak ve suçluyu toplumdan uzaklaştırmak, diğer taraftan da toplumun suça ilgi duymasını önlemek için en ağır ceza ile cezalandırılmıştır. Nitekim fıkıh doktrininde hadislere dayanarak bu suçu işleyen kimsenin toplumdan koparma yani İslâm ümmetinden uzaklaştırılması amacıyla sürgün ve ölüm cezası öngörülmüştür.

---

553 Taberî, VI, 204; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 121; Desûkî, IV, 240.
554 Mâverdî, *el-Havî*, XII, 6; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 273.
555 Geniş bilgi için bkz. Taberî, II, 114; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 63; İbn Atıyye, IV, 215-216; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 121; Reşîd Rızâ, II, 132-133.
556 İbn Rüşd, II, 383.
557 Tirmizî, Hudûd 25; Kâsânî, VII, 135; İbn Nüceym, V, 39; Şevkânî, *Neyl*, VII, 204.
558 Kâsânî, VII, 134-135.

3-Yol Kesme Suçu: Yol kesme suçunda suçlular birbirleriyle adam öldürme ya da yağmacılık yapmak üzere anlaşarak insanların can ve mal güvenliğine karşı eyleme geçen kimselerdir. Bu nedenle suçun topluma karşı işlenmiş olduğu açıktır ki burada saldırı ve tecavüz doğrudan Allah hakkınadır. Bu suçun içerisindeki şahıslara yapılan saldırı ise örtülü bir şekilde Allah hakkı içerisinde yer alır. Bu suç, halka verilmiş bir terör korkusu niteliğini taşıdığından caydırıcılık ilkesi aracılığıyla toplumun korunması amacının gereği olarak ölüm cezasını da gerektirdiği kabul edilmiştir. Fakihler bu suçun, ağırlık dereceleri farklı olan birkaç suçu içerdiğini ve her cezanın suçlunun işlediği suçun miktarına göre tayin edilen bir had olduğunu, bu nedenle sadece adam öldürme suçu işleyen kimsenin ölümle cezalandırılacağını kabul ederken hem öldürme hem de mal alma suçlarını işleyen kimsenin cezasını ağırlaştırarak asma ve ölüm cezası ile cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[559].

İmam Mâlik ise cezayı yerine getirecek olan yetkili mercinin, işlenen suç çeşidi ile kayıtlı olmaksızın cezalardan herhangi birini yerine getirmekte muhayyer olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre yetkili makam, âyetteki cezalardan birini seçme sırasında suçların çeşidine göre değil, suçluların toplum için oluşturdukları tehlike ve korku derecesine göre en uygun cezayı tercih etmekte serbesttir. Mâlik, bu hususta hırâbe âyetini, "*Kim, bir cana veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın bir kişiyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur*"[560] âyeti (el-Mâide 5/32) ile yorumlamış, Allah'ın fesad ile katli eşit kıldığını belirtmiş ve adam öldürme suçu işlemeyen birçok yol kesicinin, öldürenden daha fazla korkuya ve fesada yol açması nedeniyle devlet başkanı gerekli görmesi halinde ölümle cezalandırılabileceğini kabul etmiştir[561]. İmam Mâlik bu suretle hırâbenin bünyesindeki suçlar için tek tek denk bir ceza takdiri yerine korkutma ve terör niteliği taşıyan hırâbe suçunun bizzat kendisine denk bir cezanın takdiri hususunda devlet başkanının muhayyer olduğunu ileri sürmektedir.

4- İsyan suçu: Fakihlerin isyan suçunun cezalandırılmasından ziyade önlenmesi anlayışını taşımaları bu suçun ölümle cezalandırılmasının ancak suçluların eyleme geçerek topluma zarar verme aşamasına gelmeleri halinde gerekli görülmesi doğrudan toplumun korunması amacına yöneliktir. Hatta Ebû Hanife, isyancılarla mücadele için fiilen isyana başlamanın beklenmesinin telafi edilmez zararlara yol açması nedeniyle başkaldırı amacı ile toplan-

559 Geniş bilgi için bkz. Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 152; Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 434; Şirâzî, II, 284; Serahsî, IX, 195-196; İbn Rüşd, I, 333; Kâsânî, VII, 92-94; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 147; İbn Âbidîn, IV, 124.

560 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 195.

561 Sahnûn, VI, 298; İbn Rüşd, II, 380-381; İbn Arabî, II, 597.

manın ve kuvvet kullanmanın engellenmesinin ta'zîren mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Nitekim isyan suçu bizzat yürürlükte olan düzene yönelik olarak gerçekleştirilen bir başkaldırıdır. Bu suçun cezalandırılması noktasında gösterilecek müsamaha ve toleransın toplumsal parçalanmalara, fitne ve sıkıntılara yol açma ihtimali söz konusudur. İşte, bu ihtimalleri berteref etmek için hırs ve istila gibi ihtirasların körüklemesi sonucu oluşan isyan suçundan benzer duyguları taşıyan insanları caydırma gayesi ile bu suçun işlenmesi sırasında gerçekleştirilmek kaydı ile en ağır ceza ile cezalandırılması gerektiği ve isyankarlara isyanları sırasında verilen ölüm cezasının ise devlet başkanının otoritesini sağlamak suretiyle toplumun kaostan korunması amacını içerdiği kabul edilmiştir[562].

5- Zina Suçu: Klasik öğretide zina suçunun toplumsal boyutu bu fiilin namusa ve nesebe yönelik işlenen bir suç olarak kabullenmesinde belirir. Nitekim Kur'ân'da nesli öldürme ile cana kıyma ifadelerinin birarada zikredildiği âyetlerden (el-İsra 17/32, 33; el-Furkan 25/68) hareketle zinanın nesillere ve namuslara yönelik bir cinâyet niteliği taşıdığı ifade edilmiştir[563]. Ebû Hanîfe'nin livatanın had cezası ile cezalandırılamayacağı şeklindeki görüşünün temelinde de zinanın neseblerin karışması nedeniyle toplumda çekişmelere ve çocukların kendilerini eğitecek babadan yoksun kalması suretiyle neslin imhasına sebep olması kabulü bulunmaktadır. Bu gerekçelerden hareket eden Hanefî fakihler, livatada sadece cinsi arzuların tatminin gerçekleştiğini, bu nedenle livatanın manasında haddin vazolunma sebebinin yani zecrin, sonucunda da nesillerin karışması şeklinde toplumsal bir boyutun bulunmadığını ifade etmişlerdir[564]. Diğer fakihler ise livata suçunun toplumsal boyutu bulunduğu gerekçesiyle zina haddi ile cezalandırılması gerektiği görüşündedirler[565]. Nitekim Kârâfî, Allah'ın zinaya alternatif olarak nikah imkanını verdiğini ancak livatanın böyle bir karşılığı bulunmadığından nesillerin çoğalması kapısını kapatma tehlikesi içerdiğini ve bu açıdan zinadan daha kötü bir suç olduğunu ileri sürmüştür[566]. Recm cezasının infazı sırasında kaçmanın sebebinin mücerred olarak korku olması durumunda infazın durdurulmayacağı şeklindeki görüşün temelinde de toplumun korunması esası bulunmaktadır. Bu görüşe göre yargıya intikal ederek ispatlanmış bir suçun infazından kaçma nedeniyle vazgeçilmesi, potansiyel suçluların cesaretini artırır. Bu noktada suçlunun insaniliği değil toplumun korunmasının önplanda tutulması gere-

562 Gazzâlî, *Cevâhir*, 17; İbn Teymiyye, *es-Siyase*, s. 152.
563 *Nevevî, Muğni'l-muhtâc* , IV, 143; İbn Emir el-Hâc, II, 14; Remlî, V, 422.
564 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* III, 262; Bâcî, VII, 141; Serahsî, *el-Mebsût,* IX, 78; Abdülaziz Buhârî, III, 61; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 68; Desûkî, IV, 314.
565 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 187; İbn Cüzey, s. 355; Desûkî, IV, 314.
566 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 66.

kir. Bu nedenle kaçma, cezanın infazını ertelese de kaldıramaz[567].

Genel olarak fakihlerin ölüm cezasının toplumun korunması ve kamu yararına yönelik amaçlarını çeşitli suç türleri ile ilgili meselelerde dikkate aldıkları görülmektedir. Bu çerçevede daha ziyade suçların topluma yönelik zararlarına dikkat çekilerek toplumsal boyutları ortaya konulmuş, takdir edilen cezaların da bu zararların meydana gelmesini önleyecek derecede ağır olduğuna dikkat çekilmiştir. Cezaların ağırlığı gerek infaz öncesinde gerekse sonrasında potansiyel suçluların suç işlemeye yönelmelerini önlemek suretiyle toplumun suç teşkil eden fiillerden korunmasını sağlar. Bu durumda ödetmenin neticesinde ortaya çıkan önleme amacı ile nihai olarak toplumun korunması ve kamunun menfaatinin temin edilmesi gayesinin hedeflendiği sonucuna ulaşılmaktadır.

cc- Islah Amacı

Klasik fıkıh literatüründe ta'zîrin mahiyeti belirlenirken çoğunlukla "ceza" kelimesi kullanılmaksızın 'ıslâh', 'tehzîb' ve 'te'dîb' gibi ifadeler kullanılmıştır ki[568] bunun temelinde çocuğa izafe edilen 'ta'zîr' kelimesinin cezadan ziyade terbiye ve ıslah anlamı içermesi gerçeği bulunmaktadır. Ta'zîr de bu açıdan haddi zatında bir cezalandırma değil suçlunun kötü davranışı alışkanlık haline getirmesini önleme suretiyle düzeltilmesi işlevi görür[569] ki nasihatta bulunmak gibi cezaların en hafifi ile başlayarak hapis, dayak ve sürgün şeklinde ağırlaşan ta'zîr cezalarının hepsinde suçlunun iyileştirilmesi amacı dikkate alınmıştır. Ancak ölüm cezası, suçlunun hayatına son vermesi itibarıyla ıslah fonksiyonuna sahip değildir. Nitekim ta'zîr cezalarında ıslah amacının önplana çıkarılmasından dolayı, bu cezalar helak edici olmama şartı ile sınırlanır. Bu nedenle de ta'zîr cezaları arasında ölüm ve kesme cezalarının bulunması genel olarak caiz görülmez[570]. Ancak *maslahat* kavramının toplumun zarara uğramasını önleyici nitelik içermesi nedeniyle kamu menfaatinin ölüm cezasının verilmesini gerekli hale getirdiği suçlarda istisnai olarak bu cezanın verilmesine bazı fakihler tarafından izin verilmiştir. Onlara göre ölüm cezasının dışındaki cezaların ıslah ve zecr amaçlarını gerçekleştirmede yetersiz kaldığı ve tazirle cezalandıracak suçun müslümanların canlarına, inançlarına, mallarına, ırzlarına yönelik olduğu durumlarda yetkili mercii ölüm cezası ile hükmedebilir[571]. Bununla birlikte genel olarak ta'zîr kategorisinde yer alan

567 Desûkî, IV, 319.
568 Örnek olarak bkz. Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 419; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik,* III, 260.
569 Âzimâbâdî, XII, 31.
570 İbn Ferhûn, II, 209; İbn Nüceym, 67; Ebu Abdurrahman Muhammed b. Derviş el-Hût, *Esna'l-metâlib fî ehâdîsi muhtelifi'l-meratib*, Beyrut 1983, 161.
571 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* IV, 67-68.

bir suçu işleyen kimsenin tevbe edip suçunu itiraf ederek gelmesi, pişmanlığının ve suç işlemekten vazgeçtiğinin göstergesi şeklinde telakki edilmiş; bu durumda da yetkili mercie cezayı uygulamama yetkisi verilmiştir. Nitekim bir rivâyette Peygamber (sav)'in suçunu itiraf eden kimseye kendisi ile birlikte namaz kılıp kılmadığını sorması, suçlunun da kıldığını söylemesi üzerine "*güzel davranışlar, kötüleri yok eder*" (Hûd, 11/114) âyetini okumasına dayanılanak ta'zîr cezalarında itirafın ve suçlunun güzel davranışlarının ıslahının belirtisi olduğu kabul edilmiştir[572].

Ölüm cezasını içeren had cezalarında da ilk bakışta asıl amacın suçların cezasız bırakılmamak suretiyle önlenmesi olduğu düşünülse de ıslah amacının da göz önünde bulundurulduğunu kanıtlayan örneklere rastlanmaktadır. Nitekim fakihlerin, had cezalarında kötülüklerin gizlenmesi taraftarı olmaları, ıslah amacı lehinde yorumlanabilir. Peygamber (sav) zamanında, Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer'in had cezası gereken bir kişiye suçunu gizlemeyi emretmelerini delil olarak gösteren Şâfiî, Allah'tan korkarak tekrar suça dönmemek üzere suçun gizlenmesini meşrû kabul eder[573]. Aynı şekilde Mâverdî, kısasta suçlunun maktûlün velisine kendisine kısas uygulaması ya da affetmesi için teslim olmasını, öldürme eyleminden dolayı pişmanlık duyması ve benzeri bir suçu bir daha işlememeye karar vermesi şeklinde izah etmiştir[574]. İbn Abdüsselâm da salt Allah hakkına yönelik bir suça şahit olan kimsenin, suçlunun tekrar aynı suçu işlediğini bilmesi halinde doğan mefsedetin def'i amacıyla şahitlik yapmasının gerekli olduğu, ancak suçu ilk kez işleyip pişman olan ve tevbe edenin kimsenin suçunu gizlemesi yararlı olacaksa suçu örtmenin evla olduğunu belirtmiştir[575].

Öte yandan samimi olarak edilen tevbenin İslâm ceza hukukunda hayatın yok edilmesi şeklinde ağır bir cezayı kaldırıcı niteliğe sahip kılınması ise cezalandırmada ıslah amacının öncelikli olarak gözetildiğinin en büyük göstergesidir[576]. Zira tevbe, suçlunun suçu bir daha işlemeye yeltenmesini sağlayacak kötü karakterinin düzeltilmesi, ıslah edilmesi gayesini içerir. Nitekim Âl-i İmrân 3/89, el-Mâide 5/39 gibi birçok âyette "*ıslah olanlar*" ifadesi "*tevbe edenler*"in akabinde zikredilmiştir. Tevbe etmek suretiyle henüz yakalanmadan kendi isteğiyle yol kesme suçunu bırakıp teslim olanlara cezanın verilmemesi de temel hedefin suçlunun cezalandırılması değil, ıslahı olduğuna işaret eder. Hatta Kârâfî hırâbede yakalanmadan önce Allah hakkının ağırlıklı

572 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 419; Suyûtî, *el-Eşbâh*, s. 274; Şirbînî, IV, 192.
573 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 138.
574 Mâverdî, *el-Hâvî*, XII, 8.
575 İbn Abdüsselâm, I, 137.
576 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XIII, 16; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 6; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, II, 58-59.

olarak bulunmasını, Şâri'in tevbe edilmesine yönelik teşvik ve isteği şeklinde yorumlamıştır[577]. Hırâbe suçunda yakalanmadan önce yapılan tevbenin kabulünü diğer hadler için de geçerli gören fakihlerin bir kısmı ıslah olmuşluğu ve halin düzelmişliğini şart koşmayarak sadece tevbe şartını yeterli görürler ve bunu İslâmı kabul etmeye benzeterek tevbenin akabinde ıslahı zikreden âyetleri (en-Nisâ 4/16; el-Mâide 5/39) delil gösterip tevbeden sonra zaman içerisinde davranışların düzelme ihtimalini göz önünde bulundururlar[578]. Ayrıca Malikî fakihlerin, hırâbe suçu için verilen cezayı seçme hususunda devlet başkanının muhayyer olduğu şeklindeki görüşlerini, ıslah amacı ile de temellendirdikleri görülmektedir. Nitekim sürgün cezası verilen suçlunun tekrar suç işlemesi durumunda sürgünün onun suç işlemesine engel olmaması nedeniyle ıslah olması ümidiyle daha hafif olan kesme cezasının uygulanabileceği, ancak hırâbe suçunu işlemeye devam ederse ölüm cezası verilmeden de ıslah ümidinin olması halinde ölüm dışında bir ceza verilebileceği kabul edilmiştir[579].

Mürtede ölüm cezası verilmeden önce tevbe teklif etmenin gerekliliği ve tevbe süresi noktasında gerçekleşen ihtilafın sebebi de cezaların ıslah amacı kapsamında değerlendirilebilir. Fakihlerin çoğunluğuna göre dinden dönme suçunu işleyen kimseye üç kere tevbe teklif edilmesi vacibtir. Ebû Hanîfe ise tevbenin müstehab olduğunu ileri sürmüştür[580]. Önemli olan husus ise bu teklifin, en-Nahl 16/125, el-Hac 22/27, Âl-i İmrân 3/104. âyetler gereğince hayra teşvik, iyiği emretme, kötülükten menetme niteliği taşımasıdır ki bu açıdan teklifi yapan ıslah edici olarak kabul edilmiştir[581]. Tevbenin vacib olduğunu ileri süren görüşe göre dinden dönme suçu için ölüm cezası verilmesinin gayesi suçlunun dinden dönmekten vazgeçmesidir ki tevbe, bu gayeye daha uygundur[582]. Nitekim Peygamber (sav) Ümmü Mervan'a tevbe teklif edilmesini emretmiş; Hz. Ömer de kendisine dinden dönen bir kimseyi öldürdüklerini söyleyen kişiye "*keşke onu üç gün hapsedip her gün ekmeğini verip ona tevbe teklif etseydiniz, belki tevbe eder ya da Allah'ın emrine dönerdi*" diyerek tevbe teklif etmeden öldürmelerine razı olmadığını belirtmiştir[583]. Bunun sebebi ise dinden dönme suçunun genellikle bir şüphe nedeniyle işlenmesidir ki, bu şüphenin derhal izale edilemeyeceği ve ancak üç gün gibi bir süre hapsedilip sürekli dine davet edilerek kalbinin yatıştırılması gerektiği, tevbe etmemesi

577 Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 136.
578 İbn Kudâme, e*l-Kâfî*, IV, 173; *age..*, IX, 151; Ebû İshâk, IX, 151.
579 Geniş bilgi için bkz. Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 132-133.
580 Şâfiî, *el-*Ümm, VI, 165; Nîsâbûrî, II, 581; Kâsânî, VII, 134; İbn Nüceym, V, 39.
581 İbn Hazm, *el-Muhallâ,* XIII, 125-126.
582 Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 159.
583 Hırakî, s. 123; Serahsî, X, 99; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 4; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 226-227.

halinde de ölüm cezasını hak ettiği kabul edilmiştir[584]. Bu açıdan tevbe teklif edilerek süre tanınması suçluya ıslahı için imkan verme şeklinde izah edilmiş, ıslah aşamasından önce öldürülmesi caiz görülmemiştir[585]. Bununla birlikte bazı alimler, ıslah amacının boyutunu biraz daha genişleterek suçlunun sadece tevbe ile cezadan kurtulamayacağını, tevbedeki samimiyetinin izlerinin ve inanç noktasındaki şüphelerinin tamamen izale olduğu yönündeki iyileşmenin tespit edilmesine kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerektiğini kabul etmişlerdir[586].

Ayrıca Mâlik, Leys, İshâk ve Ebû Hanîfe'ye göre dinden dönen ancak tevbe ile ölüm cezasından kurtulan kimsenin bu suçu tekrar işlemesi durumunda tevbesi kabul olunmaz. Zira bu safhada artık suçlunun dini hafife alması eylemi gündeme geldiğinden inançla ilgili problemlerinin giderilmesine yönelik ıslahın bir anlamı bulunmamakta; küfründe ısrar ettiği için ölüm cezasını hak etmektedir[587]. Ebû Yusuf'a göre ise 4. kez tevbe eden kimse, samimi tevbenin izleri kendisinde görülene dek hapiste tutulur. Ancak dinden dönme suçunu yeniden tekrar etmesi durumunda en-Nisâ 4/137. ve Âl-i İmrân 90. âyetleri gereği tevbe teklif edilmeksizin ölümle cezalandırılır[588]. Nitekim diğer fakihler de tevbe teklifinden sonra suçunda ısrar eden kimsenin kılıçla katledileceğini kabul etmişlerdir[589]. Burada artık suçlunun düzelmesi için verilen imkanlara rağmen suçundan vazgeçmemesinin temelinde İslâma verdiği önemin az olması gibi başka unsurların bulunduğu ve bu durumda suçlunun ıslah edilebilirliği imkanının ortadan kalktığı düşünülmüştür[590].

Bu hususta dikkate alınabilecek bir başka örnek de İmam Şâfiî'nin ve bir rivâyette Ahmed b. Hanbel'in Peygamber (sav)'in münafıkları öldürmemesine dayaranak zındığın yani küfrünü gizleyen kişinin tevbesinin kabul edilmesi gerektiği şeklindeki görüşleridir. Mâlik ve bir başka rivâyette Ahmed ise irtidad suçunu tekrar tekrar işleyen kimsenin ve zındığın tevbesinin kabul edilmeyerek öldürülmesinin gerekli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Nitekim Hz. Ebûbekir, zındığın tevbesini kabul etmemiştir. Ebû Hanîfe'den de her iki görüşü destekleyen rivâyet mevcuttur. Ebû İshâk'ın zındığın yakalandıktan sonra edeceği tevbenin kabul edilmeyeceği, ancak önceden tevbe etmesi ha-

584 Ayrıca Hz. Ali'nin bir aylık tevbe süresini, Süfyan es-Sevrî'nin ise süresiz olarak tevbe imkânının bulunduğunu kabul ettiği naklolunur: İbn Cüzey, s. 238.

585 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 447; Mâverdî, *el-Hâvî,* XIII, 160; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 228.

586 Geniş bilgi için bkz. Ebû Yûsuf, s. 179; Kâsânî, VII, 135; Zeylâî, *Tebyîn*, III, 284; İbn Hümâm, IV, 387; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* III, 286; Venşerîsî, II, 360-361.

587 Serahsî, *el-Mebsût*, X, 110; Kâsânî, VII, 134-135; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 6; Kârâfî, *ez-Zehîra*, XII, 40.

588 Ebû Yûsuf, s. 179; Şeybânî, *Şerhu Siyeri'l-kebîr,* V, 1939; Tarablusî, s. 191.

589 Geniş bilgi için bkz. Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 448; İbn Kudâme, e*l-Kâfî*, IV, 161.

590 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 452; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 228.

linde doğru söylediğine dair belirtilerin görülmesi halinde kabul edileceği görüşü ıslahın somut bir şekilde gerçekleşmesi yönünde yorumlanabilir[591].

İsyan suçunda da asilerin gerçeği görmelerini ve devlete itaat etmelerini sağlamak üzere ilim sahibi, siyaset ve savaştan anlayan bir kimsenin gönderilmesinin şart koşulması, suçluların ıslahı için gösterilen gayretin ifadesi olarak yorumlanabilir[592]. Nitekim âyette geçen "*aralarını ıslah edin*" ifadesinden hareketle ıslahın öncelikli olarak emredildiği yorumu yapılmıştır. Peygamber (sav)'in ve sahabenin savaşa başlamadan önce karşı tarafı İslâm'a davet etmelerinden hareketle isyan edenlerle mücadele etmeden önce onların itaate davet edilmeleri, suçlunun ıslah olmasının yani hatasının farkına vararak durumunu düzeltmesinin cezadan öncelikli olduğunun göstergesi olarak kabul edilmiştir. Hz. Ömer'in isyan için toplanan bir gruba önce itaate yönelik telkinde bulunmak üzere fıkıh ve ilim ehlinden bir heyet, daha sonra ise bir ordu göndermesi ve orduya iman ve itaate davet ettikten sonra isyankarların kabul etmemesi durumunda savaşa başlamalarını öğütlemesi[593], Hz. Ali'nin de Cemel Vak'asında aynı şekilde hareket etmesi de ıslah amacının önceliğine örnek teşkil eder. Bu durumda isyankarlara elçi göndererek şüphelerini açığa kavuşturma ve onları zulme sevkeden hususun izale edilmesi suretiyle ıslah edilmeleri amacı, suçluların öldürülerek toplumun kaostan korunması amacının önüne geçirilmiştir[594]. Asilerle savaş sırasında esirlerin öldürülmemesi ve kaçanların takip edilmemesi gerektiği şeklinde görüşün temelinde de ıslah amacı bulunmaktadır ki savaşın sözlü nasihatın fayda vermemesi durumunda zorunlu olması, asıl maksadın onları öldürme değil, kuvvetlerini yok etmek suretiyle itaate sevketmek olduğunun göstergesidir[595].

Genel olarak cezaların amaçları göz önünde bulundurulduğunda her bir amacın müstakil olarak bir suç türüne ait olmadığı ortaya çıkar. Bu durumda da cezalandırmada hedeflenen maksatların kompleks bir yapıya sahip olduğu sonucuna varılır. Nitekim fıkıhta aynı ceza kapsamında ele alınan bir mesele çözümlenirken birden fazla amacın dikkate alındığı görülmekte, bu nedenle cezaların amaçlarını tespit ederken verilen bir örneğin de farklı amaçlarla ilgisi kurulabilmektedir. Tümevarım yöntemi ile hareket edildiğinde ise ölüm cezasının amaçlarının cezanın verilmesinden önce ve infaz edilmesinden sonra olmak üzere hukuken varlığı ve tatbiki şeklinde soyut ve somut kriterlerle tespit edildiği, söz konusu kriterlerin ise her bir amacın içeriğini belirleyecek

591 İbn Kudâme, *el-Muğnî,* IX, 8; Ebû İshâk, IX, 179; Remlî, VII, 419; Subkî, III, 192-193..
592 Serahsî, *el-Mebsût,* X, 128
593 Ebû Yûsuf, s. 193.
594 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, VI, 442; Nevevî, *el-Mecmû',* XIX, 226; İbn Cüzey, s. 239; Ebû Abdullah el-Makdisî, VI, 147; Remlî, VII, 402.
595 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, IV, 147-148; Şirvânî, IX, 67, 70-71.

niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Buna göre suç işleyen kişinin ıslahı bazında cezanın verilmesinden önce tevbe, af, suçu gizlemeye teşvik unsurları dikkate alınmıştır. İnfazdan sonra ise suçun bir ceza ile karşılanması suretiyle ödetme, bu suretle de potansiyel suçluların niyetlerini pratiğe aktarmalarını engellemek suretiyle toplumun korunması amacı hedeflenmiştir.

III- ÇAĞDAŞ YAKLAŞIMLARIN ÖLÜM CEZASI ANLAYIŞI

Sosyolog ve antropologlar, genel olarak insanlığın bir ilerleme süreci yaşadığını, hayatın da bu doğrultuda değişime uğradığını savunurlar. Nitekim modern dünyadaki gelişmelere ve toplumsal değişime paralel olarak birçok kavram ve telakki gibi 'yaşam hakkı'nın da anlamı, boyutları ve içeriği, hayli değişime uğramıştır. XX. yüzyılın başlarından itibaren de bu hakla ile ilgili içerik tartışmaları, uluslararası konvansiyonlarda önemli bir yere sahip olmuş; insan hakları belgelerinde yaşam hakkı, önceleri ölüm cezası istisnası ile sınırlandırılırken zamanla mutlak bir hak niteliği kazanmış ve bu cezanın tamamen kaldırılması nihai hedef olarak belirlenmiştir.

Klasik fıkıh öğretisinde ise kısas ve bazı had cezalarının kapsamında yer alan ölüm cezasının adeta dogmatik bir alana ait belirlemeler olarak görüldüğünü, İslâm hukukçularının da ölüm cezasına alternatif cezalar önermek yerine bu cezanın verilmesini ve infazını hukukî bir zemine oturtmaya çalıştığını bilmekteyiz. Ne var ki özellikle Batı toplumlarında son yüzyıllarda yaşanan köklü değişimlerin zihniyet alanındaki yansımaları, uluslararası alandaki yoğun ilişkiler ve etkileşim sonucunda gerek fikri planda gerekse hukuki düzenleme bazında bazı ortak kabullerin oluşmaya başlaması, İslâmi kimliği içerisinde değişime kapalı olduğu kabul edilen kavram ve kurumların da yeniden düşünülmesi gereğini ortaya çıkarmıştır[596]. Bu bağlamda İslâm dünyasının, bir yandan asırlardır yaşatılan ve korunmaya çalışılan dini anlayış ve gelenek yani geçmişten devralınan kapsamlı mirasın tamamı, diğer yandan da kendi dışındaki dünyanın ortaya koyup evrenselleştirmeye çalıştığı insan hakları çerçevesinde kabul edilen 'ölüm cezasının bütün dünyada kaldırılması ideali' gibi çağdaş değerler karşısında konumunu belirlemeye ve geleneksel öğreti içinde yer alan kanun ve kavramları yeni baştan düşünmeye yöneldiği görülür. Yaşam hakkı kavramının ölüm cezası istisnası ile kayıtlanmaksızın mutlak olarak tanınması ve buna bağlı olarak ölüm cezasının kaldırılması şeklinde modern dünyada güçlü bir ses haline gelen tezlere yönelik çağdaş İslâmî yaklaşımlar, genel olarak geleneği koruma ve yeniden yapılanma şeklinde iki gruba indirgenebilir.

596 Câbirî, Muhammed Âbid, *Çağdaş Arap-İslâm Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, çev. Ali İhsan Pala-Mehmet Şirin Çıkar, Ankara 2001, s. 54.

A- Gelenekçi Yaklaşım

İslâm ceza hukukundaki cezaların değişebilirliği hususunda klasik fıkıh doktrininde kabul edilen esasların üstünlüğü önkabulünden hareket eden yaklaşım, ölüm cezasının kaldırılması meselesini, genel olarak uluslararası insan hakları belgelerinin temellerine inerek ele alır. Bu bağlamda ortaya konulan gerekçeler, daha ziyade hayat hakkının modern öğretideki konumuna yönelik itirazlar çerçevesinde dile getirilmekte, modern insan hakları öğretisinin ödevlere değil haklara öncelik tanıması, seküler yapıda ve birey merkezli oluşu sebebiyle İslâmi öğreti ile bütünleşemeyeceği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla İslam hukukunda genel olarak hak-ödev bütünselliği ve birey-toplum dengesi esasları çerçevesinde tanınan hayat hakkının, orijin itibarıyla dini nitelik taşıdığı gerekçesiyle had cezaları çerçevesinde yer alan ölüm cezasının kaldırılamayacağı savunulmaktadır.

a- Hayat Hakkının Kaynağı

Uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan hakların, insanın tabiî hakları olarak görülmesi sebebiyle ölüm cezasının da insanın en temel hakkı olan hayat hakkını ihlal ettiğini öngören maddelere yönelik itirazlar, genel olarak hayat hakkının orijini noktasında yoğunlaşmaktadır. İnsan haklarını, insanın varoluş amacı bağlamında ele alan bu bakış açısına göre haklar, Allah'la insan yani Yaratan ile yaratılan arasında ontolojik bir ilişkinin sonucudur. Buna göre insanı var eden de onu birtakım haklara sahip kılan da aynı Yaratıcıdır. İnsan hakları da insanın insan olarak yaratılması hasebiyle hiçbir ek çaba göstermeksizin doğuştan sahip olduğu hakları içermektedir ki bunları 'fıtrî' ya da 'status' haklar olarak nitelemek mümkündür. Can, mal, din, akıl ve nesil güvenliğinden oluşan bu haklardan yararlanmanın hiçbir ön şartı yoktur, hiçbir güç insanın bu haklardan yararlanmasını engelleyemez. İnsanlar sadece insanîlik açısından yeryüzündeki hayat hakkına sahip olmada fıtratları itibarıyla eşittirler. Bunun sebebi ise insanların haklarının, yaratılışlarındaki eşitliğe dayanmasıdır[597]. Bu perspektife göre Kur'ân'da bir kişiyi öldürenin bütün insanlığı öldürmüş kabul edilmesi (el-Mâide 5/32) de hayat hakkının bütün insanlığa yönelik olarak topyekün tanındığının göstergesi olarak izah edilebilir[598].

İnsan haklarının ilahi referansa sahip oluşu sebebiyle hayat hakkının da ilahi iznin dışında yani işlenilen bir suçun karşılığı olmaksızın hiçbir güç tarafından ne alınması ne de verilmesi söz konusudur. Bir başka deyişle Yaratıcı, hakların hem kaynağı hem güvencesidir. Bu açıdan insan hakları, yalnızca

597 İbn Âşûr, *Usûl*, s. 150, 182.
598 Saîd Abdüllatîf, Muhammed, *el-Kısâs fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1989, s. 20.

salt insan olmadan kaynaklanan haklar olarak değil, insanın yeryüzündeki sınavını özgür bir biçimde sürdürebilmesi için ihtiyaç duyduğu güvenlik alanı içerisinde değerlendirilmiş, bu alanı korumaya yönelik dünyevî ve uhrevî yaptırımlar şeklinde algılanmıştır. Nitekim insan, başka insanların haklarına riayet etmekle bir anlamda kendi hakkını da korumuş olmaktadır. Çünkü başkaları için de kendisi, hakkı korunması gereken bir başkası konumundadır. Bu nedenle insana hakları bahşeden Allah'ın, hakların korunmasına ilişkin öngördüğü hadleri göz ardı ederek insan haklarının korunabileceği savunulamaz[599]. İslâm Konferansı Teşkilatı Genel Sekreterliği'nin 1979 yılında BM Genel kurulu'na sunduğu raporda ve İslâm Konseyi'nin 19 Eylül 1981'de yayınladığı *İslâm'da İnsan Hakları Beyannamesi*'nde[600] de insan hayatının mukaddes ve dokunulmaz olduğu, hiç kimsenin insan hayatına tecavüzde bulunamayacağı, bu dokunulmazlık ve kudsiyetin ancak şer'î hükümler çerçevesinde ve onların kabul edeceği yollarla kaldırılabileceği kabul edilmiştir. Buna göre hayat hakkı dokunulmazdır. Ancak İslâm hukukunun öngördüğü durumlarda bu dokunulmazlığı kalkar, yani ölüm cezasının gerekli olduğu durumlarda uygulanması mümkündür[601].

Bu çerçevede meselenin, önce modern insan hakları öğretisi ile ortak paydanın tespit edilmesi, akabinde de ayrışan yönlerin ortaya konulması şeklinde iki aşamalı olarak ele alındığı görülmektedir. Birinci aşamada hakkın fıtrî[602] yani doğuştan geldiği[603], İslâmın da fıtrata uygun yani tabii bir din olması gerekçesiyle insan haklarının soyut olarak insan olmadan kaynaklanan yönü-

599 Mustafa Yıldız, *Alternatif İnsan Hakları Kuramı "İnsan Haklarına İlâhî Referans"*, İstanbul 2002, 68-71, 94-96.

600 Metin için bkz. Ahmet Akgündüz, *İslâmda İnsan Hakları Beyannamesi*, 4. bs., İstanbul 1997, s. 96-129 .

601 Akgündüz, s. 105.

602 Subhî Sâlih, *Meâlimü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 4. bs., Beyrut 1982, s. 188, 193.

603 İbn Âşûr'a göre hak, Allah'ın yarattığı insanlara bahşettiği yeryüzünde mevcut olan şe - lerden faydalanma şekillerdir. Buna göre hakkın, tekvin ve tercih şeklinde iki kaynağı bulunmaktadır. Tekvine göre hak sahibinin yaratılması sırasında hakkın da beraber yaratıldığı ve hak ile sahibinin birleştirildiği, tercihte ise akıl, delil gibi ölçütlerle iki ya da daha fazla taraf arasında bulunması mümkün bir hak üzerinde taraflardan birinin diğerine olan üstünlüğünün ortaya çıkarıldığı görülmektedir. Sahipleri için istihkak sebeplerinin gücü dikkate alındığında en kuvvetli hakkın tekvin ile kazanılan, yani *doğuştan gelen haklar olduğu* sonucuna ulaşılır. Bu hakların başında da kişinin kendi beden bütünlüğü üzerindeki hakkı gelir: Tâhir İbn Âşûr, s. 233; Aynı zamanda İbn Âşûr, hayat hakkı ile evrensellik arasında şöyle bir ilişki kurur: "*Araplar, haniflerin kalıntısı üzere, Yahudiler ve Hristiyanlar ise kendi şeriatlerinin kalıntısı üzere hareket ediyorlardı. Hepsinin temeli iyi ve doğru nitelik taşımaktaydı. Bu nedenle de insan öldürmenin suç sayılması gibi sağduyunun/fıtrat-ı selîmenin gösterdiğine uygun davranışlara da sahiptiler. İşte kötülüğe götürme bulunmadığında milletlerin özel adetlerini sürdürmek, İslâm hukukunun rahmetindendir ve evrenselliğinin bir sonucudur. Bunun için genel olma iddiasındaki bir hukukun takrir noktasında vucûb, nedb ve ibaha gibi hükümlerini açıklamak ve hukukun kendi çerçevesine giren hükümlerin bağlandığı sınırları belirlemek suretiyle bu durumları ele alması zorunludur*": Tâhir İbn Âşûr, s. 166-169.

nün İslâm ile uyum arzettiği kabul edilmektedir[604]. Aynı şekilde insan hakları belgelerinde her bir insanın, sadece insan olduğu için doğuştan birtakım haklara sahip olduğu dile getirilmektedir. Bu çerçevede hayat hakkı da statü hakkı olduğu için insana bağlı kabul edilmekte, inansın inanmasın, her insanın hayat hakkının bulunduğu, hangi ırk, din veya kültürden olursa olsun hiçbir insanı öldürme hakkının söz konusu olamayacağı belirtilmektedir[605]. Ancak insan haklarına 'insanın fıtratından kaynaklanan haklar' anlamı verildiği zaman fıtrat ile ona uygun hakların kaynağının aynı olması gerekir. Rûm 30/30 ile el-Hadîd 57/25. âyetlerden anlaşıldığı üzere insanın fıtratı ile yani insanı insan yapan özelliklerle din aynıdır. Dolayısıyla insan haklarının kaynağı salt insan değil, onu yaratan Allah'tır. Dolayısıyla insanı yaratan, ona belli özellikler ve bunlara uygun yükümlülükler veren Allah, bunların tabiî sonucu ve gereği olarak hakları da bahşetmiştir[606]. Bu noktada hayat hakkı açısından ilahî bir hak söz konusudur ki adam öldürme her şeyden önce Allah'ın yeryüzündeki halifesi olan insana zarar verme sayılır ve bu yüzden yasaklanmıştır[607].

İnsan hakları doktrininin, bu hakları insan ilişkileri ve devletle insan arasındaki ilişkiler açısından evrensel standartlar koyma hedefi ile dile getirmesinin dikkate alındığı ikinci aşamada yaşam hakkının insanın devlet tarafından dahi ihlal edilemeyeceği şeklindeki uluslararası anlayışla İslâm ceza öğretisinin çelişki arzettiği ileri sürülür[608], hayat hakkının öncelikli hak olması bağlamında *makâsıd* teriminin içeriği ile tabii hukukunun farklılığı ortaya konulur. Bu perspektife göre tabii hukuk, yasa koyucunun değişen zaman ve mekanın şartlarına uygun değişken kanunları vaz'ederken bağlı kalacağı insanî gayeler olup kanun koyucuya yol gösterir, yani kanun dışında bir kaynaktır. İslâm'ın ise kaynağının Kur'ânî vahy ve sünnet olması hasebiyle bu gayeler, ondan bağımsız değildir, şer'î hükümlerin özünde mevcuttur. Nitekim makâsıdın şer'î hitabın kaynağı olan Şâri'den aldığı bir ilzam gücü vardır; dolayısıyla makâsıd, bu gücü içerdiği ilkelerin yüceliğinden değil onları vazedenden alır[609]. Bu açıdan insanın Egemen karşısında sırf insan olma

604 Abdullah Hâmid, *Hukûku'l-insân beyne adli'l-İslâm ve cevri'l-hükkâm*, London 1995, s. 148.

605 Hayreddin Karaman, *İslâm'da İnsan Hakları Din, Vicdan ve Düşünce Hürriyeti,* İstanbul 1996, s. 33, 41.

606 Hayreddin Karaman, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, İstanbul 1992, III, 182-183.

607 İhsan Hamid el-Mafrey, "İslâm ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları-Müslümanca Bir Yaklaşım*, çev. Tanju Yunt, (y.y.) Akabe Yayınları 1987, s. 40.

608 Geniş bilgi için bkz. Amin, s. 56; Donnelly, s. 50; Ahmed en-Naîm, Abdullah, *Nahve't-tatvîri't-teşrîi'l-İslâmî,* Kahire 1994, s. 208, 218; Muhammed el-Fâr, s. 116.

609 Allâl el-Fâsî, *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve mekârimuhâ*, (y.y.) Dâru'l-Garbi'l-Arabî (t.y.), s.44, 56; Aynı perspektif çerçevesinde şer'î makâsıdın gerçekleşmesi için araç olan vesileler de bağlayıcı ve dini niteliktedir. Buna göre makâsıdın şer'î olmayan vesilelerle elde edilmesi doğru değildir; zira vesileler, hüküm açısından maksatlara tabi olup onların hükmüne sahip

sıfatıyla sahip olduğu vazgeçilmez ve dokunulmaz haklarını savunması söz konusu değildir. Allah'ın egemenliğinin eşsiz ve ortaksız oluşu karşısında esasen sorumluluk ve itaat karşılığı lütfedilen insan haklarının egemen olan Yaratan'a karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira Allah kullarının hak ve ödevlerini zaten açıklamıştır. Dolayısıyla kulların sadece çizilen çerçeve içinde ödev, sorumluluk karşısında lütfedilen haklarını bilmeleri ve kullanmaları gerekir[610]. Bu bağlamda yönetenlerle yönetilenlerin hak ve sorumlulukları aynılaştırıldığı için klasik fıkıh öğretisinde cezalandırmada fertle devlet arasında bir çatışma gündeme getirilmemiştir[611]. Bunun nedeni ise bütün haklar gibi hayat hakkını, insana Allah'ın, bahşetmiş ve bu hakların korunması için de birtakım müeyyideler vazetmiş olmasının kabulüdür. Hakkın kaynağının ilahi oluşu[612], bu hakkı korumak için vazolunan müeyyidelerin de dini karakter taşıdığını düşündürmekte[613], had cezalarının tatbiki, itaatin göstergesi olarak kabul edilmektedir[614].

İnanç, hukuk ve ibadet unsurlarının birbirleriyle bağlantılı olduğunu kabul edip kanunun temelini dine dayamak suretiyle[615] din-devlet, din-siyaset birlikteliğini savunan bu yaklaşım[616], had cezalarının sarih naslarla takdir edilmeleri nedeniyle dinin bir parçası olduğu kabulü ile neshedilmelerini yani kaldırılmalarını imkansız görür. Zira neshin mensuh kuvvetinde olması gerekir ki İslâm'dan sonra vahiy ve risalet yoktur. Bu nedenle hiç kimsenin nesh ve tebdil yetkisi de yoktur. Hatta Abdulkerim Zeydan'a göre bu cezalar "*mevrid-i nasta ictihada mesağ yoktur*" kuralınca ictihadla askıya dahi alınamazlar[617]. Örf, maslahat, istihsan gibi deliller ancak hakkında nas bulunmayan meselelerde hüküm kaynağı olacağından bu tür deliller işletilerek hadlerin

olurlar: Ebü'l-Feth Beyânunî, Muhammed, "Mehâsin ve makâsıdü'l-İslâm-dirâse menheciyye şâmile limehâsini mekâsıdi'l-İslâm fî dav'in-nakl ve'l-akl", *Mecelletü'ş-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmî*, sy. 43, Kuveyt (2000/15), s. 265.

610 Duman, s. 27.

611 Saîd Abdüllatîf, s. 16-17.

612 Şerbâsî, hayatın mülkiyetinin insana değil her şeyin yaratıcısı olan Allah'a ait olduğunu izah ederken insanı, Allah'ın yarattığı bir varlık olması hasebiyle bir 'bina'ya benzetir. Bu açıdan insan kendinin sahibi değil rabbinin bir yapısıdır ki bir şeyi yapan ona evleviyetle sahip olur. Nitekim insana hayat bahşeden ve bu hayatı ona saldıranı aynı şekilde cezalandırma şeklindeki kısası vazetmek suretiyle koruyan Allah'tır: Ahmed Şerbâsî, *Yes'elûneke fi'd-dîni ve'l-hayâti*, 2. bs., Beyrut 1980, III, 216.

613 Zubair Ahmed, *Islamic vs. Western Approach Towards Human Rights: A Comparative Study*, Mekke 1414/1993, s. 197.

614 Abdülkerim Zeydân, *Usûlü'd-da've*, 3. bs., Bağdad 1976, s. 272.

615 Allâl el-Fâsî , s. 30.

616 Muhammed el-Fâr, s. 287; Râşid Gannûşî-Hasan Turâbî, *el-Hareketü'l-İslâmiyye ve't-tahdîs*, Beyrut 1984/1405, s. 19.

617 Abdulkerim Zeydân, "el-Ukûbe fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye", *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, Beyrut 1986, s. 417.

değiştirilmesi de mümkün olmaz[618]. Hakkında emir veya yasak şeklinde şer'î hüküm bulunan bir örfü değiştirmenin mümkün olmaması ve bu tür hükümlere itaat etmenin gerekliliği ise had cezalarının *taabbüdî* nitelik taşıdığını gösterir[619]. Peygamber (sav)'in hadlerin yargıya intikal ettikten sonra mutlak yerine getirilmesine ve uygulanmasını önleme amacı ile aracılık yapılmasını ya da mal teklif edilmesini yasaklamaya yönelik ifadelerini[620] de had cezaları kapsamındaki ölüm cezasının zamana ve mekana göre değişmeyen, bakî delillerle sabit olan şer'î hüküm niteliği taşıdığı doğrultusunda yorumlamak mümkündür. Hayrettin Karaman ise daha geniş perspektifle hakkında nas bulunan kuralların bir kısmında devamlı, bir bölümünde ise geçici değişmenin söz konusu olabileceğini kabul eder. Nitekim Hz. Ömer'in bir kıtlık yılında ihtiyaç sebebiyle hırsızlık yapanlara ayetle sabit olan cezayı uygulamamasını, geçici değişime uygun naslar çerçevesinde değerlendirir[621].

Ölüm cezası ile naslar arasındaki bağlantının temellendirilmesi sırasında genellikle fakihlerin, bu dünyada cezalandırılan bir ferdin ahirette cezalandırılmayacağı, yani cezaların gerekli görüldükleri suçlar için hem kefaret olduğu hem de en uygun ceza olma niteliği taşıdığı yönündeki düşünceleri[622] de göz önünde bulundurularak had cezalarının, Şâri'in vazettiği kuralların ihlali nedeniyle gerekli olması açısından kişinin Allah'la ilişkisini dikkate alması, dünyada suçlunun cezasını çekmesi ya da yakalanmadan tevbe etmesi suretiyle manen arınarak uhrevi cezadan kurtulması şeklinde bir temele dayanması hasebiyle modern hukuktan oldukça farklı olduğu ileri sürülmüştür[623]. Cezanın, insanın işlediği günahın keffareti olduğu dikkate alındığında, kanunun yetkisinin resmîlikten öte vicdânî niteliği öne çıkmaktadır[624]. Ayrıca suçlunun, Allah'ın bahşettiği hayat hakkını ihlal etme ya da O'nun emir ve yasaklarına uymama açısından uhrevi bir cezayı haketmesi de cezanın dini ve ahlakî nitelik taşıdığına işaret eder[625].

---

618 Ramazan el-Bûtî, s. 282; Subhi Sâlih, s. 60.

619 Ramazan el-Bûtî, s. 52.

620 İbn Mâce, Ahkâm 11; Ebû Dâvûd, Akdiye 14, 31.

621 Karaman, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, III, 257.

622 bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 115, 119.

623 Benzer görüşler için bkz. Selîm el-Avvâ, s. 28-29; Riyad Maydani, *Law in the Middle East: Or - gion and Develepmont of Islâmic Law*, ed. Macid Khadduri-Herbert Liebesny, Washington 1955, I, 226, 228; Hüseyin Ebû Zeyd, *el-Ukûbetü'l-cesediyye beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vad'î*, (y.y.) 1997/1418, I, 229; *age*., II, 533; Abdülkerim Zeydân, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e ve'l-beyti'l-müslim fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1993, V, 14; Aşmâvî, Muhammed Saîd, *Meâlimü'l-İslâm*, Kahire 1989, s. 171; Fudaylât, I, 40-41.

624 Allâl el-Fâsî , s. 11.

625 Geniş bilgi için bkz. Abdülkerîm Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât, fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1998, s. 135; Hüseyin Ebû Zeyd, I, 229, 478; Muhammed el-Fâr, s. 133.

Bazı had ve kısas cezalarının önceki dinlerde de vazedilmiş olması ise bu cezaların özünde dinî bir nitelik bulunduğunun göstergelerinden biri olarak kabul edilmiş, farklılıkların sadece pratikteki olumsuzlukları giderme noktasında belirdiği, bu nedenle de cezaların nüvesinde dinsel niteliğin bulunduğu sonucuna varılmıştır[626]. Selim el-Avvâ'ya göre Peygamber (sav)'in suçluların Yahudi olduğu bir zina olayında recm kararı vermesi, O'nun recmi Yahudi hukukundan alarak İslâm hukukuna ilave ettiği anlamına gelmez. Evet, Yahudilikte birçok suç gibi zina da taşlama suretiyle öldürme cezasını gerektirir. Ancak İslâm hukuku ile Yahudi hukuku arasındaki bu benzerlik daha çok ikisinin de kaynağının ilâhî olmasından kaynaklanmaktadır. Her iki hukuk sisteminin vazedildikleri dönemin şartlarını yansıtan farklı kuralları ihtiva ettikleri gerçeği de göz önünde bulundurulursa ilâhî hukukun, Hz. Musa'dan Peygamber (sav)'e kadar geçen süreç içerisinde değişime uğramasına rağmen her iki hukuk sisteminde de kabul edilen bir kuralın ilâhî nitelikten kaynaklanan bir değişmezlik özelliğine sahip olduğu düşünülmelidir[627]. Ona göre ilâhî hukuklarda zina suçunun cezası ile ahlakî değerlerin korunması arasında sıkı bir ilişki kurulurken modern düşüncede konunun daha çok kişisel özgürlük telakkisi bağlamında ele alındığı ve daha alt cezalarla veya diğer eşe boşama hakkı tanıma gibi medenî yaptırımlarla yetinme yolu seçildiği görülmektedir. Bu noktada modern hukuk sistemleri, ferd ve toplum bazında insanı otorite kabul edip insan iradesini önplana çıkarırken, İslâm hukuku Kur'ân ve Sünnetteki naslar aslî kaynak kabul edilmesi sebebiyle dini bir temele sahiptir[628].

Ölüm cezasının insanlığın ilk dönemlerinden itibaren uygulanmış olması ise bu cezanın dini özelliğinin yanında fıtrî niteliğe de sahip olduğunun göstergesi olarak kabul edilmiştir. Şerbâsî bu bağlamda ölüm cezasının yeni vazedilmiş bir ceza olmadığını, dolayısıyla kaldırılmasından ya da kaldırılmamasından bahsetmenin doğru olmayacağını ileri sürer. Ona göre bu ceza gerek zaman, gerekse amaçları ve neticeleri itibarıyla kadim bir geçmişe sahiptir. Bu sebeple bu cezanın ilgasını savunan kanun koyucuların hiçbiri, tamamen ilga edilmesine yönelik bir çağrıda bulunamamış, çoğunlukla siyasete ve savaşa bağlı zorunluluklarda uygulanmasını kabul etmişlerdir. Hatta bu cezaya hissi olarak karşı çıkanlardan bir kısmı da toplumsal açıdan tehlike arzeden suçluya uygulanmasını savunurlar[629]. Ölüm cezasının tarihi geçmişinin insanlık tarihi kadar eski olmasının temelinde ise bu cezanın insan fıtratına uygun oluşu gerçeği bulunmaktadır[630]. Kısas da insan fıtratına en uygun ceza ol-

626 Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 9-10.
627 Selim el-Avvâ, s. 17.
628 Selim el-Avvâ, s. 1.
629 Şerbâsî, III, 215
630 Semir Âliye, s. 167.

ması hasebiyle hayatın devamlılığını sağlamak amacıyla Kur'ân'da onaylanmıştır[631]. Nitekim kısas, İslâm'dan önceki dönemlerde de bitmek bilmeyen idamlar zincirine engel olmuştur. Zira kısas, cezaya çarptıranla, cezaya maruz kalmış kişi arasındaki mükemmel eşdeğerliliği telakki eder. Değişkenlerin eşitliği prensibi ise insanlar arasında sosyal ilişkiler uyumuna yön verebilen en üstün idealdir. Suçlunun cinayeti işlemeden önce kısası düşünerek duraksaması, kısasın cinayetin sınırını oluşturduğunu gösterir[632]. Dolayısıyla kısas, hayat hakkını ihlal etmeyip bu hakkı garanti altına alarak korunmasını sağlar[633].

Görülmektedir ki hayat hakkının, Yaratıcı tarafından insana bahşedilmesinden hareketle insana aidiyeti onaylanmakla birlikte kaynağının ilahi oluşunun kabulü[634] çerçevesinde Allah tarafından bahşedilen bu hakkın korunması için vazolunan yaptırımların dini nitelik taşıdığı düşüncesi gündeme getirilmekte, klasik öğretideki Allah'ın miktarlarını tayin ve tespit etmesi anlamında kısası da içeren hadlerin değiştirilmesi, eksiltilip azaltılması mümkün olmayan cezalar olduğu esası gereğince had cezaları kapsamına giren ölüm cezasının kaldırılması mümkün görülmemektedir.

b- Hak-Ödev Bütünselliği

İnsanoğlunun yeryüzüne Allah'ın halifesi olarak gönderilmesi(en-Nûr 24/55), bireyin Allah'a, insanlara ve doğaya karşı çeşitli ödevlerle yükümlendirildiği gerçeğini gündeme getirmektedir. Nitekim insanoğlu kendisine verilen emaneti (el-Ahzâb 33/72) üstlenerek yeryüzüne imtihana tabi tutulmak üzere indirilmiştir. İnsanın cevherini teşkil eden *nefs* ise bu amaçla yeryüzüne gönderilirken Yaratıcısı tarafından belli değerlerle donatılmıştır ki bu değerler *nefs* açısından, Yaratıcısı tarafından kendisine tevdi edilen emanetlerdir. Bir bütün olarak insanın fizikî bedeni yani vücudu da bu emanetlerden olup dokunulmaz, saygın ve mahrem kılınmıştır. Belli bir emanete ilişkin davranış normlarıyla tayin edilmiş tasarruf yetkisinin sınırlarını aşmamak ise kişi açısından bir yükümlülük teşkil eder. Toplum içerisinde müşterek yaşantı süren insanlar, kişiye tevdi edilen bu emanetlerin dokunulmazlığını kabul etmek, bunlar üzerindeki meşru tasarruflara saygı göstermek ve onlara tecavüz etmeyecek şekilde davranışlarını yönlendirmek yükümlülüğü altındadır. Tecavüz vukuunda ise kişi, verilen zararların giderilmesini talep yetkisine sahiptir. Ancak insan, davranış normlarından kaynaklanan ve kendisine tevdi edilen

631 Muhammed Hüseynî Musaylihî, *Hukûku'l-insân beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'd-düvelî*, Kahire 1988, s. 44.
632 Hâmid el-Mafrey, s. 40.
633 Saîd Abdüllatîf, s. 17.
634 Zubair Ahmed, s. 197.

emanetlere ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranışta bulunması halinde ise *sorumlu* olacaktır[635].

İslami öğretide her insan mükellef, yani Rabbine, kendi kişiliğine ve üyesi olduğu topluma yönelik ödevlerini yerine getirmesi istenen kişi olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede Allah'a kulluk ve itaati, O'nun huzurunda üstlendiği sorumluluğu, yeryüzünde ait olduğu toplum içerisinde Allah'ın halifesi olarak uygulama yükümlülüğünü içeren *teklif*, bütün insanlığı, hakkı koruma ve ödevi eda etme görevi ile yükümlü tutar[636]. Şüphesiz, insanın bu mükellefiyetini yerine getirebilmesi için sahip olması gereken öncelikli hakkı, hayatının korunmasıdır. Hayat ise çamurdan bedenimize Allah'ın ruhundan üflenen ilahi bir bağıştır (Sâd 38/72). Bu itibarla kişinin gerek kendi hayatını gerekse başkalarının hayatını koruması, hem hakkı hem de ödevidir. Semavi kitapların anlattığı ilk insanlık suçu da Kabil'in Habil'i öldürmesi olayıdır. Bu olayın temelinde bütün insanların kardeşliği, dolayısıyla eşitliği vurgulanmaktadır, yani herkes insan olarak yaşam hakkına sahiptir. Bu hakkı ihlal eden kişilere caydırıcı cezalar uygulanması suretiyle de yaşama hakkı güvence altına alınmıştır[637].

Bu perspektife göre insan hakkı, toplumsal sözleşme gibi kuramlardan değil, ilahî-tabiî hukukun değişmez düzenlemesinden, insana hilâfet ödevi verilmesinden ve insanın da bu ödevi yüklenmesi şeklindeki sözleşmeden doğmuştur. Bu itibarla da insan hakkı, belirsiz bir genel ilke olarak değil hakları tam olarak güvenceye alacak düzenlemelerle birlikte bireye tanınmıştır. İnsan hakkının tam olarak tanınmış sayılması için de herşeyden önce yaşama hakkının tam bir güvenceye bağlanması, hukuki ve iktisadi açıdan bireyin can derdine düşürülmemesi gerekir[638]. Bu itibarla hayat hakkı, öncelikli hak niteliği taşımakta ve onu ihlal edene en ağır ceza öngörülmektedir[639]. Böylece İslam'ın hayat hakkına soyut olarak saygı derecesini aşarak bu hakkı, 'zaruretler' olarak kabul edip 'farîzalar' kategorisine dahil ettiği ortaya çıkmaktadır. Nitekim insan hayatına gerek sahibi tarafından –intihar-, gerekse başkası tarafından –katl- yapılan saldırı, suç ve günah niteliği taşır. Bu da İslam'ın, diğer medeniyetlerin insana hak olarak tanıdığı şeyleri, *vacib insani zaruretler* yani *zorunlu ödevler* mertebesine çıkardığının göstergesidir[640].

---

635 İzzet Özgenç "İnsan Haklarının Felsefi Temeli", İnsan Hakları Sempozyumu 10-11 Aralık 1994, 2. bs., İstanbul 1995, s. 50-51.

636 Allâl el-Fâsî, s. 11; Ulvân, Fehmî Muhammed, *el-Kıyemü'z-zarûriyye ve makâsıdu't-teşrîi'l-İslâmî*, (y.y.): el-Hey'etü'l-Mısriyye âmme li'l-küttâb 1989, s. 136; Seyyid Hüseyin Nasr, *Modern Dünyada Geleneksel İslâm*, çev. Savaş Şafak Barkçın-Hüsamettin Arslan, İstanbul 1989, s. 113.

637 Allâl el-Fâsî, s. 225-227.

638 Hüseyin Hatemi, "İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı", *İnsan Hakları Sempozyumu 10-11 Aralık 1994*, 2. bs., İstanbul 1995, s. 29.

639 Muhammed el-Fâr, s. 286.

640 Amâra, Muhammed, *İslâm ve İnsan Hakları- Haklar Değil Gereklilikler,* çev. Asım Kanar, İsta -

Uluslararası insan hakları belgelerinde ise insan hakları salt bir 'hak sahipliği' dogmatizmi üzerine oturtulmakta ve ödev sorumluluğu gözardı edilmektedir . Oysa her ödev bir hak sağlar, her hak bir ödev yükler. Toplumun her bireyi görevinin bilincinde olarak hakların verilmesi ve korunmasını sağlar[641]. Böylece hakların Şâri' ile bağlantılı olması, haklarla yükümlülüklerin dengesini garanti etmektedir[642]. Hayat hakkının korunması da öncelikle bu noktada ahlakî sorumluluk duygusu ile sağlanmıştır. Nitekim Kur'ân'da bir insanı öldürmenin bütün insanlığı öldürme gibi kabul edilmesi (el-Mâide 5/32) ile insanın yaşamıyla bütün insanlığın yaşamının eşdeğerde tutularak hayatın kutsallığı vurgulanmakta, (el-Bakara 2/84, en-Nisâ 4/93, el-Mâide 5/30, el-Kehf 18/74) ayetleri ile de bir insanı öldürmenin kötülüğü ve hayatın kutsallığı konusunda ahlakî bir bilinç oluşturulması ve bu bilincin canlı tutulması amaçlanmaktadır. Ancak ahlakî yaptırımların herkes için geçerli olması mümkün olmadığından can güvenliğine yönelik ihlaller için dünyevî cezalar vazedilmiştir (el-Bakara 2/178)[643]. Abdülkerim Zeydan, dinden dönen kimsenin ölümle cezalandırılmasını da hak-ödev bütünselliği açısından ele alarak bunun din ve vicdan hürriyetinin ihlali niteliği taşımadığını belirtmiştir. Ona göre bu ceza Yahudi ve Hristiyanlara verilmediği için dinî zorlama niteliği taşımaz. Nitekim cizye, gayri müslimin din hürriyetini onaylamaktadır. Mürtede verilen ölüm cezasının temelinde ise 'yükümlülük' unsuru bulunmaktadır. Zira müslüman, İslâm'ı kabul etmekle onun hükümleriyle yükümlü olmakta, irtidad ile bu yükümlülüğü ihlal etmektedir. Mürtede üç gün süre verilmesi de inanç hürriyetinin dokunulmazlığının göstergesidir[644].

d- Toplum - Birey Dengesi

Ölüm cezasının kaldırılmasını öngören uluslararası konvansiyonları, genel olarak ben-merkezli oluşu, bireyi önceleyerek toplumu gözardı etmesi açısından eleştiren yaklaşım, İslâmi öğretide toplum ve ferdin haklarının dengeli bir biçimde dikkate alındığını ileri sürer. Fıkıh öğretisinde de hakların bizzat insanın şahsından kaynaklanan tabiî değil, kişiye bahşolunan ilahî bir nimet niteliği taşıması sebebiyle ferdi hakların mutlak olmayıp başkalarının haklarını ihlal etmeme yükümlülüğü yani hakkın bireysel ve toplumsal unsurları ile kayıtlı olduğu kabul edilmiştir[645]. Bu açıdan hayat hakkının kaynağının,

---

bul 1992, s. 9-11.

641 Osman Şekerci, *İnsan Hakları Alanında Temel belgeler ve İslâm*, İstanbul 1996, s. 34-35.

642 Fethî Osman, Muhammed, *Hukûku'l-insân beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-fikri'l-kânûniyyi'l-garbî*, Beyrut 1982/1402, s. 51.

643 Şekerci, s. 42.

644 Zeydân, *Usûlü'd-da've*, s. 286-287.

645 Benzer ifadeler için bkz. Muhammed Zuhaylî, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm Dirâse mukârane mea'l-i'lâni'l-âlemî ve'l-i'lâni'l-İslâmî*, 2. bs., Beyrut 1997/1418, s. 142-145; Şeltût, Mahmûd, *el-İslâm*

insanı yaratan ve ona hayat bahşedene ait olması, bu hakkın sadece kişiye münhasır kılınmadığını, kamu yararının temini rolünü paylaşan bir üyesini kaybetmemesine yönelik olmak üzere toplumun maslahatı ile de ilgili olduğunu gösterir[646]. Kişinin Allah Teâlâ tarafından bahşedilen hayat hakkını ihlal etmesi halinde de toplumun, fertlerin kötülüklerinden korunması amacı devreye girer ve bu hakkın dokunulmazlığı ortadan kalkar[647]. Dolayısıyla meşru müdafaa durumunda hasmını öldürenin ölüm cezası ile cezalandırılmayacağını kabul eden hukukçuların, toplumun korunması açısından da suçlunun ölümünü meşru kabul etmesi gerekir[648]. Bu nedenle amme menfaati ve düzeni gerekli kıldığı için bazı suçlar insanın hayatını kaybetmesini gerekli hale getirmektedir[649]. Buna göre hukukun bir insanın hayatına son verilmesini öngördüğü durumlarda hayatın korunması gibi genel bir ilke geçerliliğini yitirir. Ölüm bir müeyyide niteliği kazandığında ise suçlunun bir insan olarak hayatının dokunulmaz olması söz konusu olamaz. Zira onun ölümle cezalandırılması da bir başka maslahatı temin içindir. Cezanın, adaleti sağlayacak şekilde suçun karşılığı oluşu ile öc alma eylemini önlemesi ve caydırıcılığı şeklinde toplum hayatının korunmasının gaye edinildiği toplumsal nitelikli maslahat, bireysel hakka tercih edilir[650].

Bu perspektif, müslümanların inancını küçümsemesi sebebiyle mürtedin kötülüklerinden toplumun kurtulması için onun bedeninin yok edilmesi gerektiğini savunur[651]. Kasten adam öldürme suçunda ise ihlal edilen hakkın bireysel niteliği ağır bastığı için cezanın affı ya da infazı ferde bırakılmışken bu suç için ölüm cezasının dışında bir başka ceza verilmesini öngören kanunları, katilin cezalandırılmasını toplumun hakkı olarak kabul etmesi sebebiyle eleştirir. Oysa bu suçun verdiği zarar, doğrudan bireye yöneliktir, dolayısıyla onun toplumdan daha fazla kısası talep hakkına sahip olması doğaldır[652]. Bu açıdan BM Evrensel İnsan Hakları Bildiri'sinde insanlıkdışı ve vahşice cezalandırmanın yasaklaması, totaliter ve siyasal sistemlerin muhaliflere yönelik işkence ve idam uygulamalarını hedef alacak şekilde yorumlanması durumunda son derece insanî amaçlı tedbirleri içerdiği kabul edilmekte, ancak

---

akîde ve şerîa, 17. bs., Kahire 1991, s. 543-544; el-Vâfî, Ali Abdulvâhid, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, Kahire 1957, s. 171-198; Abdullah Hâmid, s. 148-150; Karaman, *İslâm'da İnsan Hakları*, s. 41, 68; Âliye, Semîr, *İlmü'l-kânûn ve'l-fıkhi'l-İslâmi: Nazariyyetü'l-kânûn ve'l-muâmelâti'ş-şer'iyye dirâse mukârane*, Beyrut 1991, s. 135; Fethî Osman, s. 18, 51; Gazzâlî Halil Îd, *Eseru tatbîki'l-hudûd fi'l-müctema'*, Riyad 1404/1984, s. 173.

646 Semir Âliye, s. 135; Abdullah Hâmid, s. 150; Zubair Ahmed, s. 243.

647 Halil Îd, s. 173.

648 Şerbâsî, III, 216

649 Karaman, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri,* İstanbul 1988, II, 792.

650 Muhammed Zuhaylî, s. 73

651 Zeydân, *Usûlü'd-da've*, s. 286-287.

652 Zeydân, *Usûlü'd-da've*, s. 288.

modern Batılı zihnin sayısız cana kıyan bir katili idam etmenin insanlığa yakışmayacağını düşünmesi, katili affetme konusunda mağdurun görüşüne başvurulmaması ve kısasa imkan tanınmaması dikkate alındığında dengeli bir tutumu yansıtmaktan uzak olduğu ileri sürülmektedir. Bu noktada İslam hukukunun, kısasa yer vermekle birlikte öncelikle tazminat veya karşılıksız bağışlama biçiminde mağdur tarafa özendirilen tercihler sunduğu, fakat her halükarda toplum içinde yatışmamış kin ve intikam duygularının yol açabileceği tahribatı önlemeyi esas aldığı hatırlanmalıdır. Dolayısıyla "*Avrupa Birliği ülkelerinin halletmiş, ABD'nin ise henüz tereddütlerden kurtulamamış göründüğü idam konusu, modern insan hakları düşüncesinin içinde barındırdığı çelişki ve problemlere İslâm'ın verebileceği cevapların güzel bir örneğini teşkil eder; insan hak ve özgürlüklerini sadece siyasal otoriteye karşı korunması gereken şeyler gibi algıladığından bireyler arasında vaki olacak ihlalleri yeterince önemsemeyen, idam örneğinde mağdur tarafı dikkate almaksızın bağışlama yetkisini siyasal otoriteye veren bir anlayışın kusurluluğuna işaret eder.*"[653]

Şerbâsî de ölüm cezası karşıtlarının, cezanın, kefaret amacı ile insanîliği arasında çelişki bulunduğu ve idamın, katilin insan olması hasebiyle merhamet ve şefkat hakkına aykırı olduğunu ileri sürdüklerini, oysa bu tezin, öldürülen kimsenin benzer hakkını görmezden geldiğini belirtir[654]. İnsan tabiatındaki intikam ve affetme duyguları gibi iyi ve kötü hislerin birlikteliği nedeniyle kısası talep hakkının ondan tamamen alınması ise insanın intikam saiki ile yeni suçlar işlemesine, dolayısıyla da toplumsal huzur ve sükunun bozulmasına neden olacaktır[655]. Abdulkerim Zeydan, katilin devlet tarafından doğrudan doğruya ölümle cezalandırılma sistemini de aynı perspektifle eleştirmiş, devletin cezalandırma yetkisini kullanarak hapse attığı suçlunun suçu karşısında ölüm cezası ya da tazminat isteme şeklinde herhangi bir tercih hakkına sahip olmayan mağdur tarafın isteklerinin içgüdülerini harekete geçirdiğini ve katile karşı duyduğu kin ve öfkeyi onun yakınlarına yansıtarak öç alma eylemlerine giriştiğini, bu durumun da teselsülen yeni suçlara neden olduğunu ifade etmiştir. Müebbet ya da uzun süreli hapis cezalarında durum böyleyken, kısa hapis cezalarında suçlu hapisten çıktığında maktulün yakınları tarafından öldürülme tehlikesiyle karşı karşıya kalmakta, savunma atağına geçmesi halinde ise suçların teselsülü yeniden gündeme gelmektedir. Ona göre İslâm ceza hukukunda maktulün yakını, kısas veya diyet isteme ya

653 Karaşahan, s. 88-89.

654 Şerbâsî, III, 216; Cevat Akşit de modern ceza hukuku düşünce akımlarında cezada kefaret niteliğinin bulunup bulunmadığının tartışıldığını, ancak cezanın aynı zamanda bir kefaret ihtiyacını tatmin ettiği düşüncesinin henüz itibarını kaybetmediğini belirtir: Cevat Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, (y.y.) : Kültür Basın Birliği (t.y.), s . 39.

655 Hüseyin Ebû Zeyd, I, 167; Zeydân, *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, s. 418-419.

da karşılıksız olarak affetme seçeneklerinden birini tercih etme yetkisine sahip kılınmasının neticesinde öfkesini dindirecek şekilde yetkisini kullanacak, buna bağlı olarak da toplumda yeni suçların işlenmesi önlenmiş olacaktır. Zira mağdurun af kararını dahi kendi rızası ile vermesi, herkesin kendi menfaatini başkalarından daha iyi bilmesi esasının gereğidir[656]. Affın teşvik edilmesini, toplumsal bütünlüğün korunması açısından ele alan Ebû Zehrâ, Peygamber (sav)'in, bir cariyeyi kafasını iki taş arasına koyarak katleden Yahudinin affını teşvik etmemesi örneğinden hareketle O'nun katlin aralarında sevgi ve akrabalık bağı bulunan bir topluluk içerisinde gerçekleşmesi durumunda affı teşvik politikası benimsediğini, toplum için tehlike arzedecek kişilerin kısası hak etmesi ve affın da kişileri daha çok suç işlemeye cesaretlendirmesi durumunda ise teşvik etmediğini ileri sürmüştür. Bu suretle cinâyetle zayıflayan kardeşlik bağının kısas ile tamamen koparılmasının kini ve nefreti artırması ihtimalinden dolayı affın teşvik edilerek yeniden kurulması yönünde adım atıldığını belirtmiştir[657].

Cezada toplum-birey dengesinin kurulmasını sağlayacak niteliklerden biri de *önlemedir*. Nitekim cezalar, genel olarak suç işleyeni bir daha aynı suçu işlemeye yeltenmemesi hususunda cesaretini kırarak maddi önleme, suç işlemeyeni de suçluya verilecek cezayı görerek suçtan alıkoyarak manevi önleme şeklinde toplumun suçlardan korunması itibarıyla yararını temin edici niteliğe sahip hükümlerdir[658]. Buna göre uygulanan cezanın etkili, önleyici ve caydırıcı karakterde olması suç işlemiş kimseyi cezalandırma fikrinden ziyade toplumdaki potansiyel suçları önleme ve böylece alınacak diğer tedbirlerle birlikte toplumda suçlu sayısını azaltma amacına yöneliktir[659]. Genel olarak hukukun bir müeyyide ile birlikte koyduğu kuralları çiğneme durumunda mutlaka cezalandırılacak bir suçu işlemiş olma psikolojisinin, suç işlemeye meyilli kişileri suç işlemekten alıkoyması[660] sebebiyle İslâm hukukunda da cezaların konulmasında insan tabiatında bulunan korku ve ümit özellikleri itibara alınmıştır. Nitekim insanoğlu sıradan bir işi menfaati icabı yaptığı, bir tehlikeyi kurtulma ümidi ölçüsünde göze aldığı gibi bir suçu da cezanın kendisi için ifade ettiği korku ve ümide nazaran işlemeye yeltenir. Kendisine zarar veren bir suça teşebbüs etmesi tabii olarak mümkün olmadığından insanın suçtan alıkonulması için de suçu caydıracak ölçüde ağır cezaların tesbiti gereklidir. İşleyeceği suçun cezasına tahammül edemeyeceği kanaati ve ce-

656 Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, s. 135-136.
657 Ebu Zehra, *el-Cerîme*, s. 474.
658 Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 32.
659 Şelebî, *el-Fıkhu'l-İslâmî beyne'l-misâliyye*, Beyrut 1982, s. 108.
660 Selîm el-Avvâ, s. 25; Muhammed Kutub, *Menhecü't-terbiyeti'l-İslâmiyye*, 2. bs., (y.y.) Dâru Dımaşk (t.y.), s. 233-236.

zasının değiştirilmesinin veya affedilmesinin adeta imkansızlığını göz önünde bulundurması, kişiyi genellikle suçtan alıkoyar. Cezanın hafif olması ise potansiyel suçlulara cesaret verdiğinden suçların işlenme oranını artırıcı rol oynar[661]. Bu açıdan bedeni cezaların şahsın haklarını ihlal ettiği görüşü, şahsi hürriyetin topluma zarar verme noktasında geçerliliğini kaybeder. Nitekim İslâm hukukunda yol kesme suçunda olduğu gibi suç teşkil eden fiilin sebep olduğu zararlarla orantılı ağırlıkta caydırıcı cezalar öngörülmüştür. Bu noktada ise hapis cezasının, zararın büyük olması halinde caydırıcılık açısından yeterli olmadığı ortaya çıkar[662].

Yaşama hakkına saygı göstermeyen kimsenin –maktûlün yakınları istediği takdirde- yaşamasına devlet tarafından son verilmesinin asıl amacı da bu hakkı ihlal etmeye tevessül edecek olanları caydırmak suretiyle yaşayanı korumaktır[663]. Zira yaptırımlar, toplumsal düzenin varlığını tehlikeye düşüren suçlar için gerekli görülmüştür ki bu cezalar sayesinde toplumun devamlılığı garanti altına alınır[664]. Nitekim kısas, insanların canlarının, bedenlerinin eşit ve eşdeğerde olmasının bir ifadesidir. Dolayısıyla kısasın söz konusu olmadığı yerde insan yaşamını korumak da mümkün değildir. Çünkü insanlar, başkalarının canı ve organlarının da kendisininki kadar değerli olduğunu kabul etmedikçe ve başkasına yaptığının aynısının kendisine de yapılacağını hissetmedikçe insan yaşamını korumak mümkün değildir[665]. Zira bir insanı öldürdüğü takdirde ölümle cezalandırılacağını bilen kişi, bu suçu işlemekten vazgeçer, bu suretle hem kendi hayatını hem de öldürmeye niyetlendiği kişinin hayatını korumuş olur ki kısas bu açıdan insanlar için 'hayat' niteliği taşır[666]. Dolayısıyla kısas, hayat hakkının bir nevi garantörü işlevine sahiptir[667].

Öte yandan cezanın alenî olarak infaz edilmesi de suç işlemeye meyilli kimselerin bilinç altlarında bulunan eylemleri tatbik etmeye yönelik cesaretlerini kırar[668]. Suçluya acımak ise insanlara cesaret vererek onları suça teşvik eder. Bu nedenle de cezanın kolay olup azap verici ve korkmaya değer olmadığını anlatmanın topluma hiçbir yararı bulunmaz[669]. Ölüm cezasının amacının, intikam hislerini ve toplumun gelişmemiş üyelerinin bedava seyir

661 Geniş bilgi için bkz. Zeydân, *el-Mufassal*, V, 18; Abdülaziz Hayyât, *el-Müeyyidâtü't-teşrîiyye*, Beyrut 1986, s. 42; Fetûrî, II, 631; Abdüssemi' İmâm, *Eseru tatbîki'l-hudûd fi'l-müctema'*, Riyad 1404/1984, s. 310-311.

662 Abdülkerim Zeydân, *Usûlü'd-da've*, s. 281-282.

663 Şekerci, s. 42.

664 Muhammed el-Fâr, s. 135-136.

665 Yıldız, s. 104-106.

666 Cemal Abdülâl, Ahmed, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, Kahire 1312/1991, s. 125.

667 Zubair Ahmed, s. 41.

668 Fudaylât, I, 66.

669 Udeh, I, 644; Fetûrî, II, 501.

ihtiyacını tatmin olmadığını belirten Hüseyin Hatemi'ye göre "*...ister hadd ister devlet reisinin verdiği cezalar olsun, işlenen suçun ağırlığına uygun şekilde gerçekleştirilen, sonuç ve amacı açısından tek bir ceza vardır: Topluma bu kişinin suç işlediğini ilan etme*."[670] Hatemi cezanın amaçlarını, suç ile verilen zarar açısından ele alır. İşlenen suç ile başkalarına zarar verenleri cezalandırmada ıslah, başkalarına zarar verecek şekilde suç sayılan bir fiili işleyenlere verilen cezada ise teşhir, ibret, insanları suçluluk eğilimi gösteren hemcinslerine karşı uyarma amaçları önplandadır[671].

Zina suçunun cezalandırılmasında da göz önünde bulundurulan husus, tarafların uğradıkları saldırı veya zarar değil, bu çirkin fiilin yaygınlaşmasını önleyerek toplumu korumaktır. Zinanın yaygınlaşması ise zina ile yetinip evlenmeye gerek duyulmaması, mevcut evliliklerin bozulması, nesillerin karışması gibi ahlakî açıdan toplumsal sakıncalar doğurur. Zira İslâm neslin devamı için nikahı vesile, nesli korumak için de zinayı haram kılmıştır[672]. Bu açıdan suçluların, kendi seçimleri ile toplumun bir uzvunu teşkil eden aileyi lekeleyecek bir suç işlemeleri nedeniyle bu lekeden temizlenmesi için ağır bir ceza cezalandırılmaları gerekli görülmüştür[673].

Temeli naslara dayanan had cezalarının, toplumun ve ferdin maslahatı için en uygun ceza olduğu yönündeki anlayış, ölüm cezasının suçları önlemedeki pratik etkisini gösterme amacıyla örnek olarak Suudi Arabistan ve Mısır'ı karşılaştırır. Bu çerçevede Arabistan'ın 1920 yılının sonlarında bağımsız olmasının ardından Osmanlı döneminde uygulanmayan had cezalarının yeniden kabulü ve uygulamaya konulması nedeniyle yol güvenliğini tehdit edici ve katl türü suçların işleme oranında ciddi bir azalma görüldüğü[674], Mısır'da ise bedeni cezaların uygulanmasında esnek bir tavır benimsenmesi ve bu cezalar yerine hapis cezasının kullanılmasından dolayı suç işleme oranının arttığı dile getirilerek[675] Arabistan deneyiminin başarısı had cezalarının etkisi noktasında bir delil olarak kullanılır[676]. Ayrıca ölüm cezasını kaldıran

---

670 Hüseyin Hatemi, *İnsan Hakları Öğretisi*, İstanbul 1988, s. 259.

671 Hatemi, "İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı", s. 34-35.

672 Behnesî, s. 90, 336; 202; Riyâd Abdullah, *ez-Zinâ abra'l-usûr ve mevâkıfü'l-edyâni minhu*, (y.y.) 1408/1988, s. 128-129; Abdülkerim Zeydân, *el-Mufassal*, V, 29; Abdülaziz Âmir, s. 78.

673 Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 78; Ali Muhammed Cafer, *Felsefetü'l-ukûbât fi'l-kânûn ve'ş-şer'i'l-İslâmî*, Lübnan (t.y.), s. 79; Zeydân, *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, s. 312.

674 Şerbâsî, III, 217; Abdüssemi' İmâm, , s. 309.

675 Adalet Bakanlığı'nın istatistiklerine göre 1935-1936 yılında adam öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçu 2857 iken 1936-1937'de 3093'e, 1937-1938 yılında ise 3319'a çıkmıştır: Udeh, I, 731.

676 Selîm el-Avvâ, s. 31; Abdüssemi' İmâm, s. 310; Şerbâsî, III, 217: Aynı örneğin bir gayri mü - lim tarafından dile getirilerek Arabistan'da kamu vicdanının bu suçlar için ölüm cezasının adil ve önleyici bir ceza olduğu yönünde kanaati nedeniyle cezanın uygun durumlarda verilmesinin toplumda şok etkisi yaratmadığının belirtilmesi ve Batıda ölüm cezasının kaldı-

bazı ülkelerde emniyet güçlerinin hayatlarına yönelik saldırılar ve hapis cezasının caydırıcılıkta yetersiz kalması üzerine ölüm cezasının yeniden kabulü, Allah'ın hikmetinin doğruluğunun, insanoğlunun varsayımlarının yanlışlığının göstergesi olarak görülmüş, böylelikle bu cezanın caydırıcılık açısından en etkin ve kesin çözüm olmasının realitede ortaya çıktığı sonucuna varılmıştır[677]. Bu perspektifle modern insan hakları öğretisindeki ölüm cezasının adlî hata sebebiyle ortaya çıkan sonuçlarının telafisinin imkansızlığı argümanı da geçersiz kabul edilmiş; İslâm hukukunun bu cezayı, uygulanmasında şüphe ve hatadan soyutlamak suretiyle benimsediği, adli hata nedeniyle hapis, dayak cezalarının da sonuçlarının telafi edilemeyeceği ileri sürülerek geçersizliği ortaya konulmuştur[678]. Dolayısıyla tevbe, af, şüphe gibi cezayı düşüren ya da ispatı zorlaştıran her türlü tedbire rağmen suçun sabit olması durumunda ölüm cezası, işlenen benzer suçları önleme ve caydırıcılık etkisi ile toplumun korunması için gerekli hale gelir[679].

B- Yenilikçi Yaklaşım

Sürekli değişen dünyada Müslümanların modern Batı düşüncesiyle ve uluslarıyla daha sıkı bir diyalog içine girmesi ve giderek oluşumu daha belirgin hale gelen uluslararası düşünce ekseninde aktif bir konum kazanması amacıyla yeniden yapılanma projeleri üreten yenilikçi yaklaşımların özünde geleneğe ya da yeniliğe mutlak teslimiyet bulunmayıp her iki alana ait kabulü ve tatbiki mümkün bir doğrunun tespiti yönünde bir çaba söz konusudur. Aslında İslam düşüncesinde yenilenme çerçevesinde ortaya konulan çağdaş yaklaşımların kökleri XIX. yüzyıla uzanır. Nitekim bu yüzyıl sonunda hayli belirginlik kazanan modernleşme hareketi, XX. yüzyıl ulus-devletlerinin oluşumu ile de yenilikçi akımlar halinde kendini göstermiştir. Değişim sürecinde ise

---

rılması eğiliminin teorik ve yasal alanda söz konusu olduğunun, bu eğilimin halkın adaletin gerçekleşmesi için misli ile cezalandırma şeklindeki amelî etiği ile çeliştiğinin ileri sürülmesi dikkat çekicidir. Hatta recm cezasının infazına iştirak edilmesiyle fertlerin doğrudan ve bilinçli olarak adaletin yerine getirilmesine katılmalarının yanı sıra ahlaki beklentilerine bağlılığını teyid etmesi şeklinde duygularını doğruya yönlendirmesi gibi sonuçların kabulü de ilgi çekicidir. Bu noktada Eateh M. Sandela, ölüm cezasına karşıt düşünce tarafından savaş içerisindeki ölümlerin olağan görülmesini çelişkili bir durum olarak aktarır. Ona göre ölüm cezasını kaldırmak ancak saldırganlık ve kötülük içgüdülerinin yok edilmesiyle mümkündür. Hayatı yaşamaya değer kılmak için de ölüm cezasının kaldırılmasını dayatmak yerine bu içgüdülerle savaşmak gerekir. Bu uğurda gösterilen cebri kuvvet başlı başına hedef değildir; ancak onun hayat ve toplumu anlamsız kılan kötülük vasıtalarına denk olması gerekir...: Geniş bilgi için bkz. Eateh M. Sandela, "İslâmî Cezaların Ahlakî Yönü", çev. S. Selim Has, *Erciyes Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü* Dergisi, Kayseri (2000/9), s. 570-573.

677 Fethî Osman, s. 67-68; Abdülaziz Hayyât, s. 108-109; Abdüssemi' İmâm, s. 310; Saîd Abdüllatîf, s. 21.

678 Şerbâsî, III, 215

679 Geniş bilgi için bkz. Fetûrî, II, 600, 608-613, 633; Fudaylât, I, 71; Şekerci, s. 42..

daha ziyade dogmatik alanlar sorun teşkil ettiği için bu çerçevede gösterilen çabalar da değişen ve değişmeyen kavramları üzerinde yoğunlaşır. Nitekim Hristiyan dünyasında da XVII. ve XIX. yüzyıllar arasında doğup gelişen tarihsellik ve tarihselcilik gibi kavramların temelleri de Batı-Hristiyan düşünce sisteminin dogmatik yapısına tepki olarak ortaya çıkan reform hareketlerine dayanır. Bu kavramların gelişim süreci içerisinde mahiyetleri ve tanımları ile ilgili ortaya çıkan düşüncelerden ziyade Hz. İsa'nın ölümü, yeniden dirilmesi ve insanlığı kurtarması gibi dogmatik esasların tamamen ispatlanmasına yönelik yorum çabalarının tarihi bağlamdan kopuk olarak sürdürülmesine karşı bir tepki olarak ortaya çıkarak akılcı ve tarihselci-tenkitçi[680] metotların geliştirilmesi sırasında kullanılmış olması bizi ilgilendirmektedir.

Tarihselci yaklaşımın Batıda geliştiği şekliyle Kur'ân'a uygulanması ise müsteşrikler tarafından gerçekleştirilmiş[681]; daha sonra müslümanlar da bu görüşe belli oranlarda destek vermişlerdir. Nitekim XX. yüzyılda İslam düşüncesindeki modernleşme hareketi çerçevesinde tarihselci görüşün ön konuma geçtiği görülür. Ancak tarihselcilik, Batı'da doğması ve İslâm geleneğinin dışında gelişme süreci takip etmesinin etkisiyle müslümanlar tarafından olduğu gibi benimsenmemiştir. Müslüman tarihselciler, oryantalistleri vahyin metafizik ve moral evrensel özünü tarihe ve topluma indirgeyerek gözardı etmekle eleştirmişler; tarihselciliğin ilk şekillerinden dini metni anlama sırasında metnin oluşum döneminin tarihi şartlarını göz önünde bulundurma yönünü, gelişmiş şekillerinden ise anlayan öznenin konumunun itibara alınması yönünü dikkate alarak kendi yöntemlerini belirlemişlerdir[682]. Temel savları ise tarihüstü bir bakış açısını doğuran ezelîlik-ebedîlik ve değişmezlik anlayışını değiştirerek toplum ve tarihin içinde olan dinin antropolojik okumasının yapılması[683], Kur'an'a vahyin VII. yüzyıldaki tarihsel–toplumsal bağlamından bakılması gerektiği yönünde olup ahkâm âyetlerinin de ancak ideal bir İslâmî

680 Tarihsellik kavramının doğuşu ve gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. Mehmet Paçacı, "Kur'ân ve Tarihsellik Tartışması", *Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, İstanbul 2000, s. 18; Yasin Aktay, "Kur'ân Tarihselciliğine Bir Soykütüğü (Geneology) Denemesi", *Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, İstanbul 2000, s. 31; Ahmet Nedim Serinsu, *Tarihsellik ve Esbâs-ı Nüzûl*, İstanbul 1996, s. 23-30; Doğan Özlem, *Tarih Felsefesi*, İstanbul 1996, s. 151-160.

681 Örnek olarak bkz. Rudi Paret, *Kur'ân Üzerine Makaleler*, çev. Ömer Özsoy, Ankara 1995, s. 17,18; Montgomery Watt, *Hz. Muhammed'in Mekkesi*, çev. Mehmet Akif Ersin, Ankara 1995, s. 62-69.

682 Geniş bilgi için bkz. Emin el-Hûlî, *Kur'ân Tefsirinde Yeni Bir* Metod, çev. Mevlüt Güngör, İstanbul 1995, s. 80; Câbirî, "Çağdaş Dünyada 'Şeriat'ın Tatbiki' Problemi", *İslâmiyât*, I(1998/4), s. 44; Fazlurrahman, *İslâm ve Çağdaşlık*, çev. Alparslan Açıkgenç-M. Hayri Kırbaşoğlu, Ankara 1998, s. 25-26; Hasan Hanefî, *et-Turâs ve't-tecdîd mevkıfünâ mine't-türâsi'l-kadîm*, 4. bs., Beyrut 1992/1412, s. 64; Aşmâvî, s. 109-112.

683 Muhammed Arkoun, *el-İslâm, Avrubâ, el-garb rihânâtü'l-ma'nâ ve irâdâtü'l-heymene*, çev. Hâşim Sâlih, Beyrut 1995, s. 171-172.

ortamda mümkün olabileceği şeklindedir. Bugünün şartları ise ondört asır ötesinden çok farklıdır. Bu durum, Kur'an'ın literal anlamlarının zorunlu olarak dayatılmasını imkansız kılmaktadır. Dolayısıyla araştırmacının öncelikle neyin vahyin özgün inşası, neyin de İslâm-öncesi töre ve toplumsal-dinsel geleneğin ürünü olduğunu belirlemesi, daha sonra da İslâm'ın hac gibi geliştirmek suretiyle tamamen benimsedikleri ile kölelik, kadın hakları ve savaş sorunları gibi geliştirilmesinin önemini müslümanlara hissettirmekle birlikte kısmen kabul ettiklerini birbirinden ayırdedebilmesi amacıyla tarihselci yöntem kullanılmaktadır[684].

İslâm dünyasında ölüm cezasının kaldırılması meselesinin hem uluslararası hem de düşünsel olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Uluslararası boyutu çerçevesinde ölüm cezasının kaldırılması hareketinin Batı dünyasında doğan ancak zamanla dünyanın hemen her yerinde gündemde tutulan bir olgu haline gelmesi neticesinde Müslüman toplumlar da dahil olmak üzere bütün ülkelere yönelik yasal ilga düşüncesi içeren bir baskı söz konusu olur. Bu hareketin arka planında ölüm cezasına karşıt argümanların yer alması da dikkate alındığında Müslümanların hem teorik hem de pratik alanda tavırlarını belirleme zorunluluğu ile karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Yabancı baskılar karşısında ise ulusal hukuk sisteminin temelleri, bilimsel hukuktan ihtiyaçların belirlediği içerik uygulamasına, metinden gerçekliğe, lafızdan ruha ve amaca doğru değişeceğinden[685] dini nasların da literal anlamının ötesinde hedeflediği ilke çerçevesinde dikkate alınmasının gerekliliğini dile getiren yenilikçi düşünürler, ölüm cezası ile ilgili naslara yönelik değişimin boyutlarının belirlenmesi noktasında da tikel ve tümel unsurları tespit etme amacıyla değişim felsefelerini, tarihsellik ve evrensellik temalarıyla temellendirmişlerdir[686].

a- Tarihsellik

Yenilikçi düşünce, nassın yani Kur'ân metninin kaynağını teşkil eden vahyin, hakikat ve tarih arasında 'diyalektik' bir ilişki ortaya koyduğunu ileri sürerken bu ilişkinin tarihi yönünü öncelikle Kur'an'ın inmiş olduğu toplumun diline ve kültürüne sahip olması ile temellendirir. Bu itibarla dilin içindeki sözün değişken olması kadar değiştirici de olması ise Kur'an'ın hem kültürel bir

684 Nasr Hâmid Ebû Zeyd, "Soruşturma", *İslâmiyât*, I(1998/4), s. 274.

685 Hasan Hanefî, "Müslüman Aklının Eleştirisi ya da İslâm Düşüncesinin Yeniden İnşası", *İslâm Düşüncesi Konferansı 25-27 Haziran 1997*, İstanbul 1997, s. 126-127.

686 Modern öğretide insan hakları belgelerinin tarihsellikle belirlenmesi ve evrensellik teması ile değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 481.

ürün olması hem de yeni bir kültür oluşturmasını gündeme getirir[687]. Zira Kur'an'ın peyderpey nüzulü onun tepeden inme (dikey) değil, vakıaya cevap veren (yatay) bir nüzûle sahip olduğunun göstergesidir. Bir başka deyişle beşerin ihtiyaçları, onu yeryüzüne davet etmiştir. İşte bu gerçek, nassın anlamını sabit bir omurgaya oturtma çabalarını boşa çıkarır ki metnin anlamındaki değişkenliğin boyutunu belirleyen de ona muhatap olan kitlenin yaşadığı dönemin gerçekleri ve ihtiyaçlarıdır[688]. İslâm ceza hukukunu yeniden anlamak için de bu hukukun oluştuğu tarihi dönemde genelde o günkü dünyanın (makro arkaplan), özelde ise o asır Arabistan'ının (mikro arkaplan) dini ve toplumsal şartlarının elden geldiğince nesnel tasvirinin yapılması gerekir[689].

aa- Tarihsel Arkaplan

Ölüm cezası ile ilgili nasların makro arkaplanı araştırıldığında bu cezanın İlk Çağ'dan itibaren kabul edilerek uygulanageldiği gerçeği ile karşılaşılır. Nitekim kısas sisteminin ve kan parasının, Mezepotamya kanunlarından Eshnunna (m.ö.2000), Lipit-Ishtar(m.ö.1860), Hammurabi (m.ö.1700) kanunlarında ve Eski Ahid hukukunda yer aldığı bilinmektedir. Hatta etnografik araştırmalar, bu sistemin sosyal hayatın başlamasından itibaren hemen her toplumda ve dinde yaygın bir şekilde kabul edildiğini göstermektedir[690]. Ayrıca recm ve salb/çarmıha germe şeklindeki infaz şekilleri de kullanılmıştır[691].

İslâm hukukunda kabul edilen ölüm cezasının mikro arkaplanının tespiti için de bizzat İslâmın geldiği toplumun sosyal yapısının ortaya konulması gerekir. İslâm öncesi Arap toplumunda cezaların temeli araştırılırken bütün Arap yarımadasına değil, daha ziyade Hicaz bölgesine ait Arapların yaşayışları dikkate alınmalıdır. Bunun nedeni ise Yemen Araplarında Yahudi ve Hristiyanların, Şam ve Irak Arapları arasında da çeşitli milletlerin bulunması; Hicaz ve Necd Araplarının ise kendilerine has geleneksel bir kültüre sahip olmalarıdır[692]. Nitekim İslâm öncesi dönemin Kuzey Arabistan'ında genelde aile ve kabile birliğine dayalı bir toplum tarzı hakimdi. Mekke, döneminin ileri derecede refah düzeyine sahip bir şehri olup ticarî merkez niteliğinde idi. İslâm'ın ikinci merkezi Medine ise zengin bir vaha idi. Her iki şehir de çevrelerindeki göçebelerle yakın ilişki içerisindeydiler. Özellikle Mekke'de göçebelerle söz konusu olan fiilî ilişkiden ziyade Mekkelilerin geçmişlerinden getirdikleri çöl ile araların-

687 Geniş bilgi için bkz. Ebû Zeyd, "Soruşturma", s. 278; a.mlf., *İlahi Hitabın Tabiatı*, çev. Mehmet Emin Maşalı, Ankara 2001, s. 48; Fazlurrahman, *İslâm ve Çağdaşlık*, s. 37, 54.

688 Hasan Hanefi, "Soruşturma", *İslâmiyât*, I(1998/4), s. 288.

689 Adil Çiftçi, *Fazlurrahman ile İslâm'ı Yeniden Düşünmek*, Ankara 2000, s. 146.

690 bkz. Cingranelli, s. 17-21; Abdülhâdî Abbâs, *Hukûku'l-insân*, Dımaşk 1995, I, 186.

691 Çarmıha germenin tarihçesi için bkz. http://www.uncc.edu/jdtabor/crucifixion.html.

692 Âlûsî, Mahmud Şükrî, "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ ve hudûdi'l-meâsîlletî yertekiu ba'duhüm" *Mecelletü'l-mecmei'l-ilmi'l-Irakî*, II (1404/1984), s. 5.

daki derin bağlılık göz önünde bulundurulmalıdır. Zira Mekke'ye yerleşmek amacı ile göçebe hayatını bırakmalarının ardından en fazla iki kuşaklık bir zaman dilimini geride bırakmışlardı. Bu bakımdan Mekke halkı pek çok yönden hala göçebelik düşünce tarzını muhafaza ediyorlardı[693].

Göçebelik yaşam tarzı ise insanların hayvancılık ve tarıma dayalı olarak hayatlarını sürdürdükleri dönemde Arabistan'daki düzensiz yağışa ve mevsime bağlı olarak yer değiştirmelerinin zorunlu sonucu idi. Baharın getirdiği kısa ömürlü bitkilerin bulunduğu vahalar ve bunların kaybolması ile kuyuların ve daimi fundalıkların bulunduğu çöl kenarları arasındaki gidiş-geliş göçebeliğin pratik şekliydi[694]. Göçebe hayatının zorunlulukları kapsamında görülen bedeni cezalar arasında yer alan ölüm cezasının tarihi gerçekliği ise bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira bir yerden diğerine göçeden bedevî toplumda suçluların hapisle cezalandırma imkanı bulunmamaktadır. Hapis cezasının caydırıcılığını mümkün kılacak bir teşkilatın yokluğunun doğal sonucu olarak ortaya çıkan tek çözüm ise bedenî cezadır[695]. Nitekim cahiliye Arapları arasında en yaygın ceza şekilleri ölüm, dayak, kabilenin himayesinden çıkarma ve sürgündü. Ölüm cezası ise genellikle kılıçla infaz edilirdi. Bazı durumlarda mızrakla öldürme, ağaca germe(salb), taşlayarak öldürme(recm), iple boğma ve asma, işkence ile öldürme(müsle) şeklinde uygulamalara da rastlanılır. Ölüm cezasını gerektiren suçlar arasında adam öldürme, yol kesme, eşkıyalık, hırsızlık, zina, kabile disiplini ve geleneklerini ihlal gibi suçlar en yaygın olanlarıdır[696].

Adam öldürme suçu için kısas sisteminin kullanılması, cahiliye döneminde oldukça yaygındı, zira bu suçu işleyen kimsenin ölümle cezalandırılmasının gerekliliği genel olarak kabul edilmekteydi. Bu anlayışa göre bir insanın hayatını yok etmesi nedeniyle katilin de hayatı yok edilmeli, yani suçlu kısasla cezalandırılmalıdır. Bu ilke cahiliye döneminde "*kan, ancak kanla temizlenir*" şeklinde kaideleştirilmişti ki bu suretle maktulün kanının yıkandığı yani temizlendiğine inanılırdı. Bu inanç[697] nedeniyle maktûlün yakınları katilin aile-

693 Montgomery Watt, *Kur'an'a Giriş*, çev. Süleyman Kalkan, Ankara 1998, s. 18.

694 Watt, *Kur'an'a Giriş*, s. 19.

695 Câbirî, "Çağdaş Dünyada 'Şeriat'ın Tatbiki' Problemi", s. 39.

696 İbn Abdilber, Ebu Ömer Yusuf b. Abdullah, *ed-Dürer fî ihtisâri'l-megâzî ve's-siyer*, Beyrut 1984, IV, 411.

697 Hâme isimli kuş, canın beden içinde bulunan bir kuş olduğu, ölünce bu kuşun bedenden çıkarak kabrin başında dolaştığı; önceleri küçük bir kuş iken gittikçe vahşileşerek büyüdüğü ve maktulün intikamı alınana kadar beni sulayın şeklinde öttüğü inancının bir ürünüdür: Âlûsî, *Bulûğul'lereb fî ma'rifeti ahvâli'l-arab*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye (t.y.), II, 311; Peygamber (sav) ise kuşla ilgili bu şekilde bir düşünceye sahip olmayı yasaklamıştır: .Ebû Dâvûd, Tıbb 24.

sinden onu öldürmek için kendilerine teslim etmelerini isterlerdi[698]. Nitekim kabile başkanının icra kuvveti olmadığından adam öldürme suçu ile ilgili kuralların da bulunmaması nedeniyle öldürme olayının öcünü almak, öldürülenin en yakın mirasçısının ödeviydi[699].

Kabile içi cinâyetlerde anlaşmazlıklar, gündelik toplantılarda uzlaşmaya bağlanırken yabancılarla çıkan sorunlarda bir hakem ya da kahine başvurulsa da katil ve maktulün ayrı kabilelerden olması durumunda kısası uygulayacak ortak ve merkezi bir otoritenin bulunmaması nedeniyle kabilenin sahip çıktığı veya hedef olduğu kolektif sorumluluk kendini gösterir, maktulün yakınları çoğu zaman kısasla yani katilin öldürülmesi ile yetinmeyerek maktûlün sosyal statüsüne göre katille birlikte bir başka şahsı da öldürmeyi isterlerdi[700]. Bir kişinin yerine iki kişinin öldürülmesi şeklindeki bu talep ise genellikle kabul edilmezdi. Bu durumda kendi aralarında bulunan katilin kabilesine mensub kişilere katilin yerine öldürülmek üzere bir kişi seçmelerini teklif ederler, onlar da '*kebşü'l-fidâ'* olarak genellikle aralarından yoksul birini seçerlerdi[701]. Bununla birlikte katilin ya da onun yerine bir başka kurbanın verilmesi yöntemi genel olarak şerefsizlikle nitelendiğinden pek fazla işlerlik de kazanmamıştı. Cahiliye Arabı, ahlak prensibinin esasını teşkil eden 'şeref' duygusu neticesinde katili kendisi öldürmeyi tercih eder, karşı tarafa vermezdi[702]. Nitekim Arapların en büyük sermayeleri cesaret, nesebleri ile övünme, şiir gibi soyut unsurlardır. Arap şiirlerinde de görüldüğü üzere intikamın Arap toplumunda bir kudsiyeti vardır ki nesiller boyu süregelen ve yeni cinâyetlere yol açan kanlı mücadelelerin temelinde de bu duygu bulunmaktadır[703].

Kolektif sorumluluğun temellerine inildiğinde ise yine göçebelik olgusu ile karşılaşılmaktadır. Nitekim çöl hayatının zorluğu ve besin kaynaklarının sınırlı olması nedeniyle rakiplere karşı varlığını koruma mücadelesi veren göçebe gruplar, genellikle kan bağı üzerine kuruluydu. Düşmanlara karşı birbirini savunma ve tabiata karşı yaşam mücadelesinde ortak hareket ederek yardımlaşma amacı üzerine kurulan küçük gruplar, belirli amaçlar için ortak bir soydan gelen gerçek veya suni bir kan bağına dayanan başka gruplarla birlikte hareket ederek boy, kabile gibi daha büyük grupları oluştururlardı[704]. Kabile veya boy, doğuştan tam üyesi olan kişilerin yanında genellikle himaye amacı ile gelen kişileri de kendisine bağlardı. Nitekim grubun himayesinde

698 Cevâd Ali, *el-Mufassal fî târîhi'l-arab kable'l-İslâm* , 3. Baskı, Beyrut 1980, V, 581
699 Riyad Meydani, s. 225.
700 bkz. Âlûsî, *Bulûgu'l-ereb,* II, 150.
701 Cevâd Ali, 581.
702 Neş'et Çağatay, *İslâmdan Önce Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı*, Ankara 1957, s. 89.
703 Cevâd Ali, V, 578; Abdülazîz Hayyât, I, 138.
704 Şemseddin Günaltay, *İslâm Öncesi Araplar ve Dinleri*, Ankara 1997, s. 107

olmak olgusu, kısasın uygulanmasında da kendini göstermiştir. Zira Araplar bizzat adam öldürme eyleminden ziyade kendi akrabalarından veya müttefik grubun üyesinden birinin öldürülmesini suç olarak telakki ederlerdi. Bu nedenle himaye kavramı, öldürülen şahsın intikamının kısasen alınmasını gerektirirdi. Kısas ise bir kişinin akraba grubundan bir üyenin yaralanması veya öldürülmesi halinde saldıran gruba aynı şekilde karşılık vermekti ki bu sistem, ortak sorumluluk ile birleştirilerek çölde barışın korunması ve ağır suçların önlenmesi için en etkili yol olarak kullanılırdı[705]. Buna göre kısasın gayesi sadece intikam almak değildi; zira onun suçların işlenmesine yönelik caydırıcı özelliğe sahip olduğu da kabul edilirdi[706].

Kısas sitemi, şehir hayatında da devam etmiştir. Nitekim şehir konseyinde başkan, bir suçluyu cezalandırmanın gerekliliği noktasında konseyin rızası dahi olsa suçlunun mensubu bulunduğu boyun öc alma hakkına sahip olması nedeni ile ceza vermekten kaçınırdı[707]. Kabile başkanının aracılığı ile öc almak isteyen taraf bir diyet ile de yatıştırılabilirdi. Ancak bu hususta sağlanacak uzlaşmada başkan zorlayıcılık değil arabuluculuk misyonuna sahipti. Ayrıca maktulün yakınlarını yatıştırmak çok zor olduğundan katil ve yakınlarından bir kişinin katline karşılık da olsa çok fazla mal talep edilirdi. Uzlaşma sağlanana yani maktulün velileri razı edilene kadar katil hemen hemen bütün malını verirdi[708]. Zaten genellikle bu uzlaşma, kabilelerin uzun süren savaşlarla bitkin bir duruma düşmesi sürecinin sonunda gerçekleşebilmekteydi. Diyet esasen Arap toplumunda kısasın bir alternatifi şeklinde değil, son çare olarak kabul edilmekteydi. Nitekim 100 deve şeklindeki diyeti kabul edenler, kan yerine sütü tercih ettikleri için şair ve ediplerin hicvine maruz kalırdı[709]. Bunun temelinde ise kanın yine kan akıtılarak cezalandırılacağı inancı bulunur ki bu açıdan diyet alma, kısası yerine getirmekten çekinme, bu noktada acziyet gösterme olarak değerlendirilir, kan yerine mal tercih edenin onurunun zedelendiği düşünülürdü[710].

İslâm öncesi Araplarda diyetin bulunması, diyet ve kısas arasında velinin tercih hakkının da bulunduğunu gösterir; ancak öc alma yönündeki kuvvetli eğilim ve toplumsal telakki bu hakkın kullanılmasına adeta engel olmaktadır. Hatta diyeti tercih sırasında toplumun ayıplamasını önleme amacıyla *ta'kıye*

705 Montgomery Watt, *Hz. Muhammed'in Mekkesi*, s. 40; Anderson, s. 812

706 Cevâd Ali, V, 578; Hasan İbrahim Hasan, *İslâm Tarihi*, trc. İsmail Yiğit-Sadreddin Gümüş, İstanbul 1985, I, 88

707 Neş'et Çağatay, s. 87.

708 Behnesî, s. 375.

709 Şiirler için bkz. Âlûsî, "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ", s. 39-58; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 124-125.

710 Neş'et Çağatay, s. 88; Montgomery Watt, *Hz. Muhammed'in Mekkesi*, s. 39; Selîm el-Avvâ, s. 70.

şeklinde bir çözüm dahi üretilmiştir. Buna göre katl olayı kabile içerisinde cereyan etmişse kabilenin önde gelenleri toplanarak maktulün yakınlarına diyet ve af teklif ederlerdi. Maktulün yakınları kuvvetli ise bu teklifi kabul etmekten kaçınırlar, kuvvetli değilse karar vermek için göğe bir ok fırlatılmasını teklif ederlerdi. Bu durumda ok kanlı gelirse diyet almaktan nehyolunduklarına, kansız dönerse almakla emrolunduklarına dair bir işaret olduğunu ileri sürerler; okun atılarak kansız dönmesinin ardından da diyeti talep ederlerdi[711].

Cahiliye döneminde cezaların tespiti sırasında suçun aynı cinsinden cezanın tatbiki esasını ifade eden kısas ilkesi benimsenmiş olsa da cezayı uygulayanlar, suçlunun düşmanlık derecesine göre işlenen suçla uyum sağlamayacak şekilde ona zulüm ve işkence de ediyorlardı. *Müsle* şeklinde isimlendirilen bu işkence metodu, öldürülen kişinin burun, kulak gibi organlarını kesme şeklinde uygulanıyordu[712].

Zina cahiliye Araplarında gizli ve açık olması itibarıyla farklı telakkilere maruz kalmaktaydı ki gizli olması durumunda helal, açık olarak işlenmesi halinde ise kötü bir fiil olarak kabul edilirdi[713]. Bu suçun en ağır ceza ile yani ölümle cezalandırıldığını ifade eden birçok kaside bulunmaktadır[714]. Zinanın ölümle cezalandırılması daha ziyade cariyeler dışındaki hür Arap kadınları için geçerliydi. Cariyeler ise toplumsal statüleri gibi ahlakî değer yönüyle de ayrı bir sınıf olarak görülür, kapılarında bayrak asılı cariyelerin Arap olmadıkları ileri sürülürdü. Peygamber (sav)'e biat sırasında zinanın yasaklanması emrine karşılık Hind b. Atebe'nin "*Hür kadın zina eder mi?*" şeklindeki hayret ifadesi de bu durumun göstergesidir[715]. Bununla birlikte kocanın meziyetli bir çocuğa sahip olmak için karısının asil veya mevki sahibi biri ile ilişkide bulunmasına göz yumması veya bu yönde bir talepte bulunması ise nadir de olsa cahiliye toplumunun kötü adetlerinden biriydi. Bazen zina eden kadının mensub olduğu ailenin şerefini lekelemesini önlemek amacıyla zinanın gizli tutulduğu da olurdu. [716].

Bu suçun cezası ile ilgili rivâyetler ise recmin cahiliye dönemi Arapları arasında uygulanan bir ceza olmadığı yönündedir. Ancak bazı tarihçiler, cahiliye dönemindeki meşhur hakemlerden biri olan Rabîa b. Cidâr el-Eslemî'nin zina için ilk olarak recm cezası uygulayan kişi olduğunu ileri sürmüşlerdir[717]. Bu

711 Âlûsî, "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ", s. 67.
712 Cevâd Ali, V, 586.
713 Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 4-5.
714 Âlûsî, "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ", s. 33-36.
715 İbn Abdilber, IV, 411; İbn Teymiye, *Fetâvâ*, XV, 146; Âlûsî, "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ", s. 35.
716 Buhârî, Nikâh 36; Ebû Dâvûd, Talâk 33; Taberî, VIII, 38.
717 Kalkaşendî, Ebü'l-Abbas Şehâbeddîn Ahmed b. Ali b. Ahmed, *Subhu'l-a'şâ fî sınâati'l-inşâ*, Kahire: Dârü's-Sekâfeti'l-İrşâdi'l-Kav (t.y.), I, 435; Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrah-

rivâyetler sahih ise recmin cahiliye Araplarınca bilinen bir cezalandırma yöntemi olduğu sonucuna varılabilirse de bu cezanın zina eden hür kişilere ne ölçüde ve yaygınlıkta uygulandığına dair herhangi bir bilgiye sahip değiliz. Bununla birlikte recm cezasının Yahudi kültüründe mevcut olması sebebiyle Araplarca da bilindiğini söylemek mümkündür[718]. Nitekim Ahd-i Atik'e göre zina fiilinin cezası taşlayarak öldürmek yani recmdi[719]. Ancak Yahudi alimleri aradan geçen zaman içerisinde recmi uygulamadan kaldırarak zina eden kadın ve erkeğin yüzlerini boyamak suretiyle teşhir etme cezasını geliştirmişlerdir. Peygamber (sav) Medine'ye geldiği sıralarda Yahudilerin, zina eden bir erkekle kadını kendisine getirmeleri üzerine zinanın Tevrat'taki hükmünü sormuş, Yahudiler gizlemek istemişlerse de recm cezasının Tevrat'ın bir hükmü olduğunu inkar edememişlerdi. Ahd-i Cedid'de ise zina kötü bir fiil olarak tellakki edilerek yasaklanmış, ancak bunun için bir ceza vazedilmemiş, genellikle evlilik tavsiyesinde bulunulmuştur[720]. Bu bilgilerden hareketle recmin Hz. Musa'nın şeriatinde mevcut olan, Hz. İsa'nın dininde neshedilmeyen ve Cahiliye Araplarınca da bilinen bir ceza olduğu söylenebilir[721].

Yol kesme suçunun cezaları arasında zikredilen 'el ve ayakların çaprazlama kesilmesi' şeklinde tatbik edilen cezanın, cahiliye döneminde de mevcut olduğu bilinmektedir[722]. Ancak bu suç için vaz olunan cezalardan 'salb' yani çarmıha germe, Romalılarda uygulanan ancak Araplar tarafından pek fazla kullanılmayan bir infaz şekli idi. Buna rağmen cahiliye döneminde çarmıha germe suretiyle öldürülen kimselerin bulunduğuna dair rivâyetler de mevcuttur. Bu rivâyetlerde salb, yol kesenlerin cezalandırılmasında kurbanın bir ağaca bağlanması ve mızrakla yaralanarak ölene kadar bağlı bırakılması şeklinde uygulanmıştır[723].

ab- Ölüm Cezası ile İlgili Nasların Tarihsel Yönü

Ölüm cezasının gerek makro gerekse mikro düzeyde tarihî temeli ile ilgili verilen bilgiler, nasların bu cezayı ihdas etmediklerini ortaya koymaktadır. Bu yargı ise tarihselci yöntemin Kur'ân'ın sosyal olgudan soyutlanmadığı ve

---

man b. Ebî Bekr, *el-Vesâil ilâ ma'rifeti'l-evâil*, Kahire 1980, s. 68.

718 Geniş bilgi içir bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 4-7.

719 Romalılara 2: 22; Yakub 2: 11; I. Petrus, 4:3; II. Petrus 2: 14; Vahiy 2: 20-22; 17: 2, 4; 18: 3;19:2; 21: 8; 22: 15; Resullerin İşleri 15:20; I. Selaniklilere 4: 3; II. Korintoslulara 12: 21; I. Timeteosa 1: 8-10.

720 Bkz. Matta, 15: 18-20; Markos, 7: 20-23; Luka, 18: 11.

721 Cevâd Ali, V, 586.

722 Cevâd Ali, V, 586.

723 İbn Habîb, Ebu Ca'fer b. Ümeyye el-Hâşimî el-Bağdâdî Muhammed, *el-Muhabber,* Beyrut: Âfâkü'l-cedîde (t.y.), s. 327; Abdülhalîm Nedvî, *Menhecü'n-nüveyrî fî kitâbihi nihâyeti'l-ereb fî fünûni'l-edeb,* Dımeşk 1987, XVII, 133; Cevad Ali, V, 585.

hitap ettiği toplumun kültürünü göz önüne alan tarihsel bir yanının bulunduğu tezini doğrulamaktadır ki buna göre İslâm öncesinde suçların önüne geçmek için uygulanan kısas, recm gibi örfler, İslâmi moral prensipler içerisine dahil edilmiş; İslâmın değer dizgesinde sadece örfe dayalı bir tedbir olarak kalmayan bu uygulama, aynı zamanda şer'î bir hüküm hüviyetini de kazanmıştır[724]. Ölüm cezası ile ilgili nasları da söz konusu unsurlarla birlikte değerlendirmek gereklidir.

*Kısas*ın insanlık tarihinde çok eski dönemlerden itibaren kabul edilmesi gerçeği, Kur'ân'ın da bu sisteme karşı kayıtsız kalmasını imkansızlaştırmıştır. Zira hem makro hem de mikro düzeyde bu cezanın uygulanıyor olması, Kur'ân'da da bizzat ifade edilmesine, pratik alanda adalete uymayan haksız uygulamaların yaygınlığı ise bu noktada birtakım düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur. Nitekim hukukun bir görevi toplumda olanı kurallaştırmak, diğeri de yön vermektir[725]. Tarihsel açıdan Kur'ân'ın olgu ile ilişkisi de pasif değil, etkin bir biçimdedir; bu yüzden de O kısas olgusunu mücerret olarak onaylamamış, artı ve eksi hükümlerle yeniden düzenlemiştir. Gerek fakihlerin, gerekse çağdaş İslâm bilginlerinin ortak olarak ileri sürdükleri tez de İslâmın kısas sistemini onaylamakla birlikte ona daha insanî ve adalete uygun bir boyut kazandırdığı yönündedir. Bu düşünce, kısasın İslâm öncesi dönemde haksız, keyfî ve aşırı bir şekilde kullanımını dikkate alır. Bu dönemde aile ve kabile birliğine dayalı toplum yapısı nedeniyle merkezi bir otorite bulunmayışının tabii sonucu olarak suçların belirlenmesi ve cezalandırılmasında geleneklere, kolektif sorumluluğa, şahsî intikam ve mali uzlaşma sistemine, kabile büyüklerinin ve hakemlerin otoritesine önemli roller verilmiştir. Kısas da herhangi bir egemen şahıs veya grubun düzeni sağlayacak denli yeterli gücünün bulunmadığı bir yerde kamu düzeninin bir dereceye kadar sağlanmasının en etkili yolu[726] olsa da devlet işlerini düzenleyen bir otoritenin bulunmaması, asıl suçlunun kısas ile cezalandırılmasını düzenleyecek prensipleri vazeden ve yürüten bir otoritenin yokluğu, intikam saiki ile asıl suçlunun ötesinde masum insanların katledildiği bir kaosa neden olmuştur. İnsanların hür, köle ve mevâlî şeklinde üç sınıfa ayrılması[727], şahısların ve kabilelerin farklı sosyal mevkilere sahip bulunması, kabile birliğinin, örf ve adetlerin ön planda olup kolektif sorumluluğun belli ölçüde devam etmesi sebebiyle cezalandırmada eşitsizlik, aşırılık veya düzensizlik meydana gelmiştir[728].

724 Montgomery Watt, *Hz. Muhammed'in Mekkesi*, s. 39.

725 Ali Bardakoğlu, *Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, s. 76

726 Arapların merkezi bir otorite altında toplanmaları ve cezaların devlet tekeline alınması ise Peygamber (sav) ile gerçekleşmeye başlamıştır: Ali Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, VII, 471.

727 Şemseddin Günaltay, s. 114.

728 Geniş bilgi için bkz Ahmed Vasfî Zekeriyyâ, Aşâiru'ş-Şâm, (y.y.) Dâru'l-fikr (t.y.), s. 276.

Montgomery Watt'a göre İslâmın doğuş dönemindeki toplumsal gelişmişlik düzeyi kendinden önceki tarihsel durumdan pek farklı değildir[729]. Çağdaş İslâm bilginleri de İslâm dönemi Hicaz-Arap toplumunun yapısını teşrîde önemli bir veri olarak kabul ederler[730]. Bu ortamda salt eşitlik, dolayısıyla adalet ilkesine dayalı ve ıslah edici bir ceza sistemini topluma yerleştirme eylemi de doğal olarak olumlu sonuç vermeyecektir. Bu nedenle kısasla ilgili âyetleri (el-İsrâ 33; el-Mâide 32; el-Bakara 178, 179, 194) içeren sûrelerin hepsi Medine'de belli ilkeleri vazedecek şekilde bir teselsüle sahip olarak nazil olmuştur[731]. Bu bağlamda öncelikle infazdaki keyfiliğin önüne geçmek üzere cezanın yetkili merci yani Peygamber (sav)'in kararı ile infazının gerekliliği kabul edilmiştir[732]. Bütün insanların eşit bir şekilde Allah'ın kulu olarak kabul edilmesi ise kurbanın ya da suçlunun sosyal statü açısından eşit olduğunu gündeme getirmiştir. Kısasın tatbiki de *eşitlik* ilkesi ile sınırlandırılmış[733], cezalandırmada işkence ile aşırılık yasaklanmış, kasıt unsuruna yönelik daha kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir[734]. Ayrıca mağdur tarafa yine kısası talep yetkisi verilmekle birlikte uhrevi mükafatlarla affa teşviki (el-Bakara 178-179; el-Mâide 45) ise nefret ve intikam hislerinin üstesinden gelinerek suç saiklerinin zayıflatılması suretiyle suçları işleme istek ve ihtirasının azalması amacını hedefler[735].

Kur'ân'da uhrevi cezalardan kurtulmak için tevbe ve ıslah alternatiflerinin önerilmesi de suçlunun şefkat ve merhamete layık bir insan olarak kabul edilmesi anlamını içerir ki bu ıslah ve iyileştirme noktasındaki nihai adım olup İslâm hukukunda kısas sisteminin ulaştığı en yüksek seviyeyi teşkil etmektedir[736]. Bu noktada kısasın İslâm hukuku tarafından ihdas edilmeyip yalnızca onaylanarak belli ilkeler doğrultusunda hayata geçirildiği[737] ve olmazsa olmaz, vazgeçilemez, zorunlu, bağlayıcı bir ceza olarak vazedilmediği sonucuna ulaşılır. Batı dünyasında ise ancak 18. yüzyıldan sonra ölüm cezası-

729 Montgomery Watt, *Hz. Muhammed'in Mekkesi*, s. 39.

730 Câbirî, *Yeniden Yapılanma,* s. 59.

731 Behnesî, s. 377.

732 Bu esasın temeli oldukça eskiye dayanır. Nitekim İbn Abbas "Eğer ceza vermek isterseniz size yapılanın aynıyla mukabele edin" âyetinin (en-Nahl 16/146) İslâmın güçsüz olduğu yani devlet otoritesinin bulunmadığı dönem için nazil olduğunu, merkezi otoritenin güçlenmesiyle yetkili mercie başvurmadan kısasın infazının caiz olmaması kuralının cari olduğunu ifade etmiştir: Kurtubî, II, 360.

733 Selîm el-Avvâ, s. 70-71.

734 Geniş bilgi için bkz. Cevâd Ali, V, 580-581.

735 Abdülkâdir Udeh, I, 667; Hüseyin Ebû Zeyd, I, 166; Ali Mansûr, *Nizâmü't-tecrîm ve'l-ikâb fi'l-İslâm: Mukârene bi'l-kavânîn,* Medine 1996/1397, II, 59.

736 Mahmûd Tâhâ, s. 76-77.

737 Hamid el-Mafrey, s. 39; Abdülhâdî Abbâs, I, 186.

nın tamamen kaldırılması amacı ile bu cezanın zorunlu ve bağlayıcı bir ceza olmaktan çıkarılması aşamasına gelinmiştir[738].

Recm cezası da İslâmdan önceki dönemde varolan eski bir adettir. İslâm'ın bu cezayı sadece muhsan yani evli suçlu için onayladığı kabul edilmekle[739] birlikte recmle ilgili düzenlemenin Kur'ân'da yapılmamış olması, bu cezanın meşrûiyeti ile ilgili daha önce yapılan tartışmaları çağdaş İslâm bilginlerinin de gündemine taşımıştır. Bu çerçevede recmin İslâm'a Tevrat vasıtasıyla girdiği[740], recmin hukukîliğine yönelik icmânın ise Peygamber (sav)'in Medine'ye geldiği sıralarda Tevrat'a dayalı olarak iki Yahudiye, daha sonra da bazı müslümanlara uyguladığı, recm cezasının daha sonraki alimler tarafından İslâm'ın bir hükmü olarak algılanması niteliği taşıdığı yönünde tezler ortaya atılmıştır[741]. Bu bağlamda Peygamber (sav)'in kendisine vahiy gelmeyen konularda Tevrat'ın hükmüne ve Kitap ehlinin uygulamasına uyduğu, bu nedenle de recm uygulamalarının zina suçunun cezasını belirleyen Nûr Sûresi 24/2. âyetinden önce vuku bulmuş olması gerektiği, Kur'ân'ın daha önceki dinin ağır hükümlerini hafifletme politikası gereği, zina ile ilgili âyetin nüzûlü ile Tevrat'ın recm hükmünü de hafifleterek celdeye çevirdiği ve Peygamber (sav)'in recm uygulamasını neshettiği de ileri sürülür[742]. Bu görüşlere yöneltilen itirazlar ise Peygamber (sav)'in dört davada recm cezası kararı verip uygulanmasını emrettiği, ancak bunların sadece bir tanesinde suçluların Medine'deki yahudiler olduğu, diğer üç davada ise müslümanlara recm uyguladığı şeklindedir. Nitekim Selim el-Avvâ'ya göre Peygamber (sav)'in suçluların yahudi olduğu bir zina olayında recm karar vermesi, O'nun recmi yahudi hukukundan alarak İslâm hukukuna ilave ettiği anlamına gelmez. Evet, Yahudilikte birçok suç gibi zina da taşlama suretiyle ölüm cezasını gerektirir; ancak İslâm hukuku ile Yahudi hukuku arasındaki bu benzerlik daha çok ikisinin de kaynağının ilâhî olmasından kaynaklanmaktadır[743].

İslâm hukukunda ölüm cezasını gerektiren suç sayısının oldukça sınırlı olması da tarihsel açıdan önem arzeder. Bu noktada ölüm cezasının öngörüldüğü ta'zîr suçlarının dahi sayısının 10'u geçmediği göz önünde bulundurulduğunda bu sayıların İslâm hukukunun yapılandığı zamanla mukayese edildiğinde oldukça az olduğu[744], İslâmın ise ölüm cezasını, böylesine yay-

738 Gassân Rabâh, *Ukûbetü'l-i'dâm hallun ev müşkile,* Beyrut 1987, s. 215-217.

739 bkz. Kalkaşendî, I, 435.

740 Reşid Rıza, Muhammed, *Tefsirü'l-menar*, 2. bs., Beyrut: Darü'l-Ma'rife, (t.y.), V, 25; Schacht, "Zina", *İA*., XIII, 571.

741 Ali Mansûr, I, 181-182.

742 Süleyman Ateş, *Yüce Kur'ân'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul 1989, II, 528-529.

743 Selim el-Avvâ, s. 16-17, Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 9-10.

744 XIX. yüzyılda dahi İngiltere'de 200 civarında suç ölüm cezasını gerektirmekte ve infazlar da işkenceyle birlikte gerçekleştirilmekteydi: David Louis Cingranelli, s. 28.

gın kullanıldığı bir devirde prensip olarak çok az sayıda suç için öngördüğü, hafifletici nedenleri dikkate almak suretiyle[745] bu cezaya karşı fazla meyilli olmama ve toplumsal zaruret söz konusu olmadıkça bu cezayı kullanmama, sadece en çok işlenen suçlar için kabul etme politikasını benimsediği sonucuna ulaşılır[746]. Ayrıca çağdaş İslâm hukukçuları ölüm cezasının toplumun korunması açısından prensip olarak kabul edilmekle birlikte suçlunun şahsının da gözardı edilmediği, diyet, af, tevbe gibi kurumlarla hayatının korunmak istendiği, yargı ve uygulama safhalarında birtakım zorlaştırıcı esaslar getirilerek adlî hataların, keyfî uygulamaların engellenmesi amacıyla düzenlemeler yapılarak orta bir yol takip edildiği hususunda hemfikirdirler[747]. Buna göre İslâm, cezalandırmada sertlik değil cezanın tatbikinde sınırlama politikası benimsemiştir[748] ki bu sınırın içindeki alanın genişliği ya da darlığını her zaman olduğu gibi bugün de toplumsal şartlar ve sosyal olgular belirleyecektir.

b- Evrensellik

Yenilikçi düşünce bağlamında yaşanan tarihin içine girmenin, geleneğe ve dinin temel hedeflerine dayanan bir yenilenme ile mümkün olabileceği, yenilenmenin ilk adımında da dinin temel ilke ve hedeflerinin yeni metotlarla tespit edilmesi gerektiği öngörüsü mevcuttur[749]. Bu noktada dini hukuk bir ayağının naslara, bir ayağının da topluma basması açısından daha avantajlıdır. Dinin ilahi sayılan genel ilkeler niteliğindeki ara unsurları gözardı edildiğinde ise topyekün değişebilen bir din anlayışı ortaya çıkar. Bu nedenle geliştirilen metodolojinin sağlam temellere oturması gereklidir[750]. Bu açıdan Hasan Hanefî, İslâmın mutlak olarak belli bir devlet, toplum veya uluslararası düzen modeli öngörmemesi gerektiğini ileri sürülmüştür. Zira bu durumda sadece o modeli uygulayan zaman ve mekanların devletlerinin, toplumlarının dini olurdu. Halbuki onun ebediliği ve evrenselliği zamanların, mekanların ve halkların özelliklerini, dillerini, örf ve adetlerini yok saymamasını gerektirir. Bu nedenle İslâmi öğretide belli bir model yerine hayatın, malın, aklın, dinin ve neslin korunmasını sağlamak gibi çerçeve hükümlerin, ilkeler ve amaçların getirildiği, bu amaç ve ilkeleri içeren ve gerçekleştirmeye yönelen

745 Subhi Sâlih cezayı düşüren af, şüphe ve sulhu modern hukuktaki "hafifletici nedenler" kategorisine dahil etmiştir. Ayrıca diyet alternatifi ile kısas hafifletilmekte ya da söz konusu nedenlerle tamamen ortadan kaldırılmaktadır: Subhi Sâlih, s. 71.

746 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 146; Abdülkâdir Udeh, I, 689, 710-712.

747 Örnek olarak bkz. Mahmud Abdulfettâh, s. 1649-1653; Abdülazîz Âmir, s. 44; Fetûrî, II, 633; Şerbâsî, III, 215; Ali Muhammed Cafer, s. 78; Ali Mansûr, II, 74-75.

748 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 145-146; Ali Muhammed Cafer, s. 78; Muhammed İmran, *Distortions About Islam in the West*, Lahore-Pakistan: Malik Siracuddin (t.y.), s. 155.

749 Ebû Zeyd, *el-Hitâb ve't-te'vîl*, Beyrut 2000, s. 201.

750 Ali Bardakoğlu, *Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, s. 76

her iç modelin de ona uygunluğu kabul edilmiştir[751]. Değişmezi yansıtan bu ilkeleri modern yorumsamacılar, *hermenötikte evrensel yön*, *evrensel değer* şeklinde isimlendirirler[752]. İnsan haklarının İslâmî hermenötiği çerçevesinde ise öncelikle insan şahsının korunması gibi 'toplumsal imgelemin antropolojik yapılarıyla ilişkili' yönlerine dikkat çekerler[753]. Nitekim klasik fıkıh öğretisinde her çağda ve her toplumda var olduğu iddia edilen[754] zarûri beş esas da sadece dinin değil aynı zamanda realitenin de bir gereği olarak ve farklı din mensuplarının adetleri de göz önünde bulundurularak tümevarım metoduyla tespit edilmiştir[755].

Bu noktada yenilikçi düşünce, fakihlerin, *makâsıd* kategorilerini kendi tarihi-sosyal gerçekliklerini de esas alarak ortaya koyduklarını, bu nedenle de makâsıd teriminin yeniden yorumlanmasının gerekliliğini savunur. Bu sırada da klasik dönem usûl alimlerinin münferit olaylarla ilgili tafsîlî hükümlerden temel ilkelere ulaşma, bunu takiben de külli olanı cüz'iye indirgeme şeklinde kullandıkları yöntemin dikkate alınabileceğini kabul eder[756]. Mesela, Fazlurrahman'ın yöntemi *yatay* ve *dikey hermeneutik* döngü şeklinde iki harekete dayanır: Birincisi, Kur'an'ın vahyedildiği ortamın, sorun ile alakalı sosyal şartlarını göz önünde bulundurarak tekil çözümlerinden genel ilkelere varmaktır. Bu da Kur'an'ın genel değerler yapısına götürür. İkincisi ise ulaşılan genel ilkeler ve bu ilkelerle ulaşılan ana hedeflerden bugünün sosyal şartlarını da göz önünde bulundurarak tekil çözümlere geri harekettir. Bu geliş gidişlerle Fazlurrahman, anlama ve yorumlamada kesinliğin parçalara değil bütüne ait olduğunu ortaya koyar. Bu durumda tarihsel bir hüküm söz konusudur, ancak onun arkasında evrensel, tümel dini-ahlakî bir ilke bulunur. Bir anlamda tarihsel durumlara uygulanan hükümler, Kur'ân'da kabul edilen evrensel, tümel ahlakî ilkelerin tikel tarihsel durumlar zemininde tezahürleridir[757].

Ebû Zeyd'e göre de nasların külli anlamları, cüz'î ve küllînin, tarihi ve sosyal olgu ile etkileşiminin göz önünde bulundurulması sonucu ortaya konulabilecektir. Bu durumda zaruri beş esası da kapsayacak nitelikte daha genel ve bütüncül nitelikte ilkeler tespit etmek mümkün olur. Bu noktada Ebû Zeyd akıl, hürriyet ve adalet ilkelerinin, zaruri beş maksadı, hatta bütün fıkıh usulü kaidelerini kapsayacak şekilde genel olduğunu, kapsamı bu denli geniş olan

751 Hasan Hanefi, "Soruşturma", *İslâmiyât,* I(1998/4), s. 285-286.
752 Hasan Hanefi, "Soruşturma", s. 288.
753 Arkoun, *Kur'an Okumaları*, çev. Ahmet Zeki Ünal, İstanbul 1995, s. 287.
754 Şâtıbî, II, 10; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174.
755 Câbirî, "Çağdaş Dünyada 'Şeriat'ın Tatbiki' Problemi", *İslâmiyât,* I(1998/4), s. 45; Ali Mansûr, II, 66-67.
756 Ebû Zeyd, *el-Hitâb ve't-te'vîl*, s. 201-202; Câbirî, *Yeniden Yapılanma,* s. 54-55.
757 Fazlurrahman, *İslâm ve Çağdaşlık*, s. 33; Adil Çiftçi, s. 260.

ilkelerin ise şeriatın külli maksatları sayılacağını belirtir. Dini nasların incelenmesi, anlaşılıp yorumlanması da ictihad araçlarına ilaveten bu üç ilke ışığında gerçekleştirilmelidir[758]. Bu ilkelere nazaran makâsıdın klasik ifadesinin tikel unsurlardan oluştuğunu kabul eden Ebû Zeyd, Gazâlî'nin hadler de dahil olmak üzere hukuku bütünüyle nefsin ve neslin korunmasına hasretmesini, şeriatın maksadını ideal toplumun ikamesinden çıkararak tamamen ferdî kurtuluşa dönüştürdüğü gerekçesiyle eleştirmiştir. O'na göre bu dönüştürme sonucunda fıkıh, nihai gaye olan uhrevî kurtuluşun gerçekleştirilebilmesi için insan hayatının korunmasına yardımcı olan tali bir ilim olarak algılanarak değer açısından basite indirgenmiştir[759].

Fazlurrahman ise Şâtıbî'nin Kur'ân'ın neredeyse hiçbir tekil hükmüne bağlayıcılık yüklenmemesi anlamında herşeyi söylediğini, Şah Veliyullah Dehlevî'nin Kur'ân'ın hem dilsel hem de hukuksal uygulamalar açısından tamamen tarihsel olduğunu ifade ettiğini; ancak her iki alimin de tezlerini mantıksal bir sonuca götüremediklerini ve hadlerde büyük bir 'nokta' koyduklarını belirtir[760]. Bunun nedeni ise hadlerin, naslar tarafından takdir edilmiş olması yönündeki kabuldür ki bu noktada genel olarak yenilikçi düşünce, klasik metodu nasların lafzî yorumuna önem verme açısından eleştirirerek nassın ilk harfî anlamının dayatılmasına karşı çıkar. Bu noktada kıyas ve makâsıd çerçevesinde lafzın önplanda tutulmasının da etkisi söz konusudur. Nitekim Şâri'in maksadının, nasların lafzî anlamlarından çıkarılması, nassın teorik anlamına aykırı olması halinde ise dikkate alınmayıp teorik anlamın öne geçirilmesi, hükümlerin nazil oldukları sosyal olguları göz önünde bulundurmaksızın lafzî ve şeklî yapıya önem verildiğini gösterir. Oysa makâsıdın hedefi amacın nas, nassın da amaç ile çelişmeyeceği kurallarda odaklaşan bir yöntem ortaya koymak olmalıdır. Öte yandan kıyas da teorik öncüllere dayanır, zira her kıyasta dayanılan delillerde yani asıllarda sabit, kapsayıcı bir genel unsurun bulunması gerekir. Bu unsur ise sadece zihinde mevcut olup, nazarî nitelik taşır. Bu da kıyasta teorik yapıya önem verildiği ölçüde olguya önem verilmediğini gösterir.[761].

Bu durum lafzın manaya, durağanın değişkene tercih edilmesidir. Nitekim Hasan Hanefî, bu açılardan dinde sabit unsurların bulunduğu şeklindeki bir kabulün, suistimallere ve birçok değerin yok edilmesine neden olacağını, sabit alanların ancak yorum bağlamında söz konusu olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre bu alandaki sabiteler ise bedîhî aklın gerekleri, beşeri tecrübelerin

758 Geniş bilgi için bkz. Nasr Ebû Zeyd, *el-Hitâb ve't-te'vîl*, s. 203-207.
759 Ebû Zeyd, *İlahi Hitabın Tabiatı*, s. 316.
760 Adil Çiftçi, " Fazlurrahman'ın Dinamik Şeriat Anlayışı", *İslâmiyât,* I(1998/4), s. 201-202.
761 Ulvân, s. 43-44.

mütemadiyen ispat ettiği hakikatlerdir[762]. Literal yorumlar ise metin sonrası dönemlerde yaşayanlar için farklı ya da sınırlı anlama sahip olabilir, ancak ilkeler ebediyen anlamlıdır. Zira hukuki bildirimler, o zamanki belli durumlara cevaptı ve uygulanışları da doğrudan kendi bağlamları ile alakalı olabilirdi. Bu nedenle o bildirimlerin lafzî yorumunun genelleştirilmesi Kur'an ile sonraki kurum ve fikirler arasındaki çelişki asgariye indirilebilirdi. Nitekim Kur'an'daki yasal düzenlemeler ile tarihsel toplumsal şartlar arasında çelişkiler doğması oldukça erken dönemde başlamış; hatta insana hukuktan nasıl kaçılacağını gösterme görevini üstlenen hiyel literatürü doğmuştur. Bunun sonucunda da mesela zina, hırsızlık gibi suçların bedensel cezalar gerektirmesinden dolayı geleneğin hafifletici sebeplerine sığınılarak suçluların toplumda dolaşmaya devam etmeleri sağlanmıştır. Oysa Kur'an'ın genel ahlakî hedefleri göz önünde tutulsaydı bu tip düzenlemeler daha İslâmî olabilirdi[763].

Bu açıdan Fazlurrahman, Kur'an'ın tekil emir ve yasaklarını ciddiye alan hukukçuları ahlakî içeriğe sahip genel hedefleri anlama noktasında gayret göstermemekle, Ebû Zeyd de gelenekçi düşüncenin sadece metnin olguyla olan ilişkisinin irdelenmesiyle açığa çıkarılabilen *mekâsıd-ı şerîayı* bilmezden gelme yönünde katı davranmakla suçlar ve bunun sebebi olarak sebebin özel oluşunu değil lafzın genel oluşunu itibara aldıklarını belirtir. Nasları, 'lafzın genel oluşu' ve 'sebebin özel oluşu' ikilisi aracılığıyla ele almak ise dilsel bir metin ile bu metni ortaya koyan olgu arasındaki ilişkinin yapısıyla bağdaşmaz. Nitekim metinlerde, spesifik olayların sınırını aşan göstergelere rastlandığından dînî metinler düzeyinde, metnin delaletinin iki yönünden biri üzerinde durmak sakıncalıdır. Zira, her ne kadar müthiş bir soyutlama ve genelleme potansiyeline sahip olsa da dil, hala özel kültürel bir sistemdir. Bundan dolayı kimi zaman lafız genel, fakat delaleti özel olabilmektedir[764].

Câbirî'ye göre de müctehid, nasda geçen lafzın, genel anlamı mı özel anlamı mı ifade ettiğine karar vermek zorundadır ki bu durumda ayrım yapabilmek kesin bilgiye değil, zanna dayanır. Zandan soyutlanarak hükümleri kesin bilgi üzerine bina etmenin yolu, ancak makâsıd ve maslahatları, hukukun temelleri olarak kabul etmekten geçer[765]. Aynı zamanda Câbirî, uygulamada cüz'î ve küllîleri birbirleriyle birlikte dikkate almanın gerekliliğini vurgularken Şâtıbî'nin "*had cezaları, her ne kadar kötülükleri ortadan kaldırmak için caydırıcılık özelliği taşısalar da aslında suçu işleyenler için kefarettirler*"[766] ifadesine de dikkat çekmiştir. Burada cüz'î hüküm, aklın kavrayamaması ya da özel bir

762 Hasan Hanefi, "Soruşturma", s. 288.
763 Adil Çiftçi, *Fazlurrahman ile İslâm'ı Yeniden* Düşünmek, s. 225-226.
764 Ebû Zeyd, *İlâhî Hitabın Tabiatı*, s. 134.
765 Câbirî, *Yeniden Yapılanma*, s. 57.
766 Şâtıbî, II, 54.

nassın bulunması gibi sebeplerle küllî hükmün istisnası kabul edilmiştir[767]. Oysa Câbirî'ye göre hükmün illete ve lafzî yorumuna göre değil de içerdiği gerekçeye yani geldiği sosyal şartlara yönelik maslahatı gözetme çerçevesinde temellendirilmesi aklîliğini sağlayacaktır ki bu da benzer şartlarda başka aklîliklerin oluşmasını mümkün kılacaktır[768].

Buraya kadar verilen örnek niteliğindeki görüşlerin ortak yanı, değişme olgusuna paralel olarak yeniden yapılanma projesi çerçevesinde zamana ve çevreye göre değişmeyen özü temsil eden makâsıdın klasik ifadesini, tarihsel perspektifle yeniden yorumlayarak daha tümel ilkelere, bir değer felsefesine ulaşma amacını taşımalarıdır. Nitekim Ulvân, Şâtıbî'nin zarûriyyât, hâciyyât ve tahsîniyyâtın bütünü olarak değerlendirdiği maslahatın, bizatihi gaye olduğu görüşünü dikkate alarak zarûriyyâtı bu gayenin gerçekleşmesini hedefleyen 'araçsal değerler' olarak nitelendirir. Söz konusu gaye ise her mekanda ve zamanda bütün insanlık için elverişli olanın teminidir ki bu, beş araçsal değerde ifadesini bulmuş, böylece ölçüt niteliğinde ahlâkî bir değere dönüşmüştür. Fertlerin, ortak insanî tabiatlarının talep etmeye sevkettiği bu değer de bütün insanları kapsayıcı niteliktedir. Dolayısıyla bu bakış açısı, manevî istikrâ yöntemine uygun olarak tecrübî bilgiye dayanan olgudan kaynaklanır. Nitekim fukaha, beş zaruri esası, insanın olgu ile bağlantısı kurulurken tespit etmiş; insanın zaruri ihtiyaçlarından, hayatta kalmasını ya da erdemli bir şekilde yaşamasını engelleyecek hususlardan çıkarmışlardır. Bu bağlamda inancı koruma, insan hayatına saldırmama suretiyle hayatı koruma, aklı, malı ve nesli muhafaza etme gibi bütün bireyler için geçerli olan ortak ve zaruri durumları ifade etmişlerdir. Bu da maslahatın beşerî hayat için zarurî şart olduğu anlamına gelir; aksi takdirde hayatın güvenliği ortadan kalkar, kaos ve kargaşa oluşur[769].

Zarurîlik ise fertlerin kişisel görüş ve isteklerinden bağımsız olup manevi istikra yöntemiyle sabit olan bir sıfattır. Bu noktada ahlakın, beşerî tabiattan kaynaklanan olgu ile temellendirilmesi söz konusudur. Bu nedenle zaruretin sadece dilsel yorumlara, salt akla dayalı ya da metafizik kavramlardan çıkarılan veya kişisel bir arzunun ürünü yahut da belirli bir felsefî ekolün ulaştığı sonuç olarak tanımlanması mümkün değildir. Zarûret, her ferde ait zarûrî eylemsel ve olgusal şartlardır. Bu nedenle insanî davranış biçiminin en üstün kuralı olarak bizzat gaye olma statüsü kazanır. Bu zaruriyyatın varlığı da hükümlerin ölçütsel gayesi olan maslahatın temelidir. Ulvân'ye göre bu noktada

767 Câbirî, Muhammed Âbid, *Arap-İslâm Kültürünün Akıl Yapısı*, çev. Burhan Köroğlu-Hasan Hacak-Ekrem Demirli, 2. bs., İstanbul 2000, s. 675.

768 Câbirî, *Yeniden Yapılanma*, s. 58-59

769 Ulvân, s. 93- 94; Batılı felsefecilerin değer tanımları ile ortak yönler için bkz. Ahmet Cevizci, s. 158.

ölçüt, fıtrata dayalı hazzın, doğru ve yanlışı tecrübe eden ampirik şeklidir[770]. Böylelikle ölçüt, hakkında görüş ayrılığı bulunmayan kavramlar üzerinde kurulur. Örneğin, nefs ile kastolunan bir kimseye ait olan nefis değil, genel bir sıfat olarak nefistir. Dolayısıyla değerlerin umumîliği, onları genel olarak korumanın gerekliliğini vurgular[771]. Genelliği belirleyen ölçüt ise esas olarak madde ve şekli, hissî tecrübe ile salt aklı birleştiren manevî istikrâ yöntemine dayanır. Böylece araçsal değerlerin ayrı parçaları birleştirilerek tek bir değer elde etmek mümkün olur[772].

Maslahat kavramının ahlakî bir değer olarak analizinden, onun hem gaye hem de vesile/araç olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu perspektife göre maslahat, hem insan hayatının en iyi şekilde olması gayesi, hem de insanın sayesinde bu gayeye ulaştığı araçlar yekûnudur. Gaye niteliği evrensel olanı, araçsal yanı ise olgusal yani tarihsel olanı temsil etmektedir[773]. Bu durumda araçların farklılığının, gayenin belirli olması halinde önemi yoktur. Bir şeyin vesile niteliği taşıması itibarıyla değeri yoktur, ancak varılacak hedef, bizatihi değerdir[774].

Klasik öğretide de makâsıd-vesâil ayrımının sonucu olarak ortaya çıkan '*vesile, maksadı gerçekleştirmediği takdirde düşer'* kuralı, vesileyi maksatların altında bir konuma yerleştirmek suretiyle değişebilir derecede esnek, makasıdın ise değişmez, sabit bir yapıya sahip olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Bu durumda değişmenin sahasını vesâil niteliği taşıyan hükümler oluşturur. Vesilenin işlerliğini yitirdiği yerde maksatlar vesileler uğruna feda edilmeyerek maksadı gerçekleştirecek yeni vesileler ihdas etme yoluna gidilir. Ancak dinin gözettiği gayelerin ihtiyatlı bir şekilde itibara alınması gerekir. Zira bu nokta-

770 Allâl el-Fâsî de maslahatın ölçütünün, fıtrattan kaynaklanan yaratılış olduğunu belirtir. Zira İslâmın fıtrat dini olması, maslahatı fıtrat ahlakı sınırları içerisinde gözetmeyi gerektirir. Nitekim farklı ekollerin ve dinlerin kabul ettiği ahlakî esaslar, toplumların fıtrî sezgiye dayanarak iyi ve kötüye karar vermeleri sonucu ortaya çıkan genel bir şuurun ürünüdür: Allâl el-Fâsî , s. 194-195.

771 Ulvân, 107.

772 Ulvân, 105.

773 Ulvân'a göre üçlü kategorizasyon, hem maslahatın özünü bir değer olarak belirler, hem de sezgici idealistlerin ve ampirist olgusalcıların ifade ettiği bütün değerleri birleştirmektedir. Nitekim idealistler, tecrübeden uzak salt metafizik değerleri, ampiristler ise salt tecrübî değerleri savunurlar. Makâsıd düşüncesindeki değerler ise idealizm ve ampirizmi, değerleri bilfiil varolan ve olması gereken şeklinde tanımlayarak ortak bir noktada buluşturur. Böylelikle makâsıd, zarûrî, hâcî ve tahsînî olarak önem atfedilen çeşitli seviyelerdeki insânî tecrübeyi ifade eder. O halde makâsıd, olguya anlam kazandıran bir değer olup beşerî tecrübeden dağınık halde ortaya çıkan değerlerin birleştirilerek üç kategoride düzenlenmesinin ifadesidir. Bu kategoriler, en yüce değeri üretmek için birbirini tamamlar ve birbirleriyle etkileşim içinde olur. Bundan hareketle, maslahatı, bütün değerlerle ortak yapıda olması, her bir değerin belirlenmesi için mutlak şart oluşu hasebiyle değerlerin değeri olarak kabul etmek mümkündür: Ulvân, s. 102.

774 Ulvân, s. 98-99, 106.

daki keyfilik zamanla din diye bir şey kalmamasına yol açabilir. Bu nedenle, maksadın metodik bir şekilde tespiti gereklidir[775]. Bu aşamadan sonra hükmün uygulanmasının aynı maksadı temin sonucu vermemesi durumunda ise ahkamın değişmesi gündeme gelir. İslam hukuk doktrininde de 'ahkâmın değişmesi' kavramı, Şâri'in gayesine ulaştıracak vesile ve yolların değişmesi neticesinde o gayeyi gerçekleştirecek bir başka hükme geçme şeklinde anlaşılmıştır[776].

Değişmezi temsil eden temel ilkeler yani makâsıd, nihai hedef olarak kabul edilince cezaların da bu amaçlara götüren araç olarak kabul edilmesi gerekir, zira aslolan ceza ile gerçekleştirilmek istenen amaçtır[777]. Çağdaş söylemler de genel olarak temel ilkeleri amaç, cezaları ise bunların temininde birer araç olmaları itibarıyla öncelikli olarak değil ikinci planda bulunması gereken araçlar olarak görürler. Bu bağlamda cezaların değişebilirliği yönünden ziyade tespit ettikleri genel ilkelerin zeminini sağlamlaştırma ve gelenekçilerin düştüğü had cezalarına fazlasıyla önem vererek adeta dini bu cezalardan ibaret sayma hatasına düşmeme yönünde çaba sarfederler[778]. Bu durumda cezanın amaç olmaması esasından hareketle ölüm cezasının hangi amaçlar için araç olduğunu ortaya koymak gerekir.

ba- Ölüm Cezası ile İlgili Nasların Amaçsal Yorumu

i- Denklik ve Önleme Teorileri

Kısas, bir yandan suç teşkil eden fiilin bir insanın hayat hakkını ihlal edici olması halinde cezanın da suçlunun hayatına yönelik olması şeklinde bir denklik anlamı içerirken bir yandan da aynı suçu işleme eğiliminde olanları suç işlemekten alıkoyarak önleme amacını hedeflemektedir. Ancak kısasın mutlaka zarar olan suç eylemine 'mukabele bi'z-zarar'da bulunmak anlamına gelmediği, genel anlamda bir 'eşdeğerlik' ilkesini ifade ettiği şeklinde içeriğini genişletici yorumlar da ortaya konulmaktadır. Bu bağlamda kısas, tüm insanların tek bir kandan geldikleri yolundaki kusursuz eşitliğin var olduğunu belirtir. Bu noktadaki eşitlik bildirisi, doğuştan ya da ırktan geldiği ileri sürülen bütün ayrılıkları ortadan kaldırır. Böylece insanlar arasındaki haklar ve ilişkileri düzenleyen en üstün normlarla adil bir denkleştirme temin etmeğe sebep olur[779]. Nitekim bütün insan haklarında eşitlik ilkesine tam olarak uyulması halinde insanlık için mutlaka hayat söz konusu olur. Öte yandan dar anlamda

775 Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkamın Değişmesi*, İstanbul 1990, s. 89
776 Zerkâ, II, 925.
777 Şelebî, Muhammed Mustafa, *Tatbîkü'ş-şerîati'l-İslâmiyye beyne'l-müeyyidîn ve'l-muâridîn*, Kahre 1987/1407, s. 110-111; Hasan Hanefî, *et-Turâs ve't-tecdîd*, s. 18.
778 Hasan Hanefî, *et-Turâs ve't-tecdîd*, s. 18.
779 Hâmid el-Mafrey, s. 40-41.

adam öldürme suçu için verilen ölüm cezası, nefs bakımından eşdeğerlik ifade etse de maktûlün yakınlarından hiçbirinin af yetkisini kullanmamış olması şartına bağlanmıştır. Bu da kısasın 'gözü çıkarılanın gözü çıkarılır' şeklinde yanlış anlaşılmaması gerektiğini gösterir[780]. O halde kısas, mutlak anlamda cana can şeklinde değil de suçun eşitlik ilkesi gereğince eşdeğer bir ceza ile cezalandırılmasıdır, şeklinde anlaşılabilir.

İslâmi yasamanın genel ilkelerini 'muâvada' şeklinde tek bir ilkeye indirgeyen Mahmud Tâhâ da şahsî hakkın denklik ilkesine göre telafisini, diğer amaçların önüne geçirir. Zira genel olarak bu ilke, hem hukuk sahasında hem de hakikatte dünyada ve ahirette ceza ya da mükafat şeklinde bir karşılığın bulunacağı esasını ortaya koymaktadır. Hukuk alanında kısas, her iki anlamıyla birlikte bu karşılığı temsil etmektedir ki "*kısasta hayat vardır*" âyetine göre kısasın hem hukukta hem de hakikatte bir karşılık niteliği taşıdığını; hukuki bir ceza olarak yapılan kötü eylemin karşılığı, sonuçları itibarıyla da hakikatte bir mükafat olduğunu düşünmek gerekir. Nitekim bu mükafat iki şekilde tezahür eder; birincisi kısasın bir insanın kendi haklarını kullanırken diğerlerinin haklarını ihlal etmemesi, onlara tecavüz etmemesi esasına dayanması nedeniyle topluma yönelik saldırı yapanı ve potansiyel saldırganları caydırarak toplumu koruma amacı, ikincisi de suçlunun bir başkasına verdiği acıyı tadıp o acının şiddetinin ve verdiği kayıbın büyüklüğünün farkına vararak duyarlılığının artırılması amacıdır. Bu acıyı tatmasının ahirete ertelenmeyip bu dünyada gerçekleşmesinin nedeni ise gelecekte yaşayan fertlerin başkalarının haklarını ihlal etmekten kaçınmalarını en yüksek oranda sağlamaya çalışmaktır[781]. Ayrıca suçlu, hakkı ihlal edilen tarafın ölçüsüzce intikam saiki ile kendisini cezalandırmasından da kurtularak ferdî özgürlüğü için bir başlangıç yapmaktadır ki bu nihai amaçtır. Zina suçunda da bu amacın görünümleri vardır. Nitekim recm ya da sopa cezası ile suçlunun bedenine acı verilmesinin amacı, onun hukukun yasakladığı bir şekilde kolay yoldan cinsel isteğini karşılama duygusunu telafi etmek, bu duyguya karşılık vermektir. Fert, hissi açıdan gayrı meşrû zevke yenik düşmüştür; olayın bedeni bir şekilde cezalandırılması ise suçlunun yaptığı hatanın farkına vararak aklını başına getirmek ve aynı suça tekrar teşebbüs etmesini önlemek şeklinde bir denge kurma amacı içerir[782].

Görülmektedir ki, Mahmûd Tâhâ 'hukuk' düzeyinde cezaların amaçları ile örneklediği denklik ilkesini 'hakikat' düzeyine taşıyarak daha genel bir

780 Hatemi, "İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı", s. 35.
781 Mahmûd Muhammed Tâhâ, *The Second Message of Islam,* çev. Abdullah Ahmed en-Naîm, Newyork 1987, s. 72-73.
782 Mahmûd Tâhâ, s. 74.

konuma yerleştirmiş; bu ilkenin iki düzey arasında öz itibarıyla değil, derece yönünden bir fark bulunduğunu, hakikat düzeyinin ez-Zilzâl 99/7-8. âyete dayanırken, hukuk düzeyinin hem hakikat düzeyindeki bu âyete hem de Mâide 5/45'teki kısas âyetine dayandığını belirtmiştir. Hakikat hukuktan daha soyut, sınırsız ve mutlak yapıya sahiptir. Ona göre hakikat düzeyindeki ödetme kuralı, Allah'ın kainatı varlık ve idare edilme açısından mükemmel bir şekilde yaratması, şekillendirmesi ve idare etmesi sırasında göz önünde bulundurduğu maksadıdır. Zira O yeri, göğü ve ikisi arasındakileri 'hak'[783] ile yaratmış, oyun ve eğlence olsun diye yaratmamamıştır[784]. İşte buradaki hak, her davranışın karşılığını bulacağının yani kısasın ifadesidir. Kainatın ve içindekilerin boş yere yaratılmamasının ve Allah'ın huzuruna geri getirilmenin ardında (el-Mü'minûn 23/115) da denklik ilkesi bulunmaktadır[785]. Böylece Tâhâ, bu ilkeyi sadece ceza hukuku değil, hayatın bütün alanlarında geçerli hale getirerek meselelerin çözümünde kullanılacak bir ölçüt kabul etmiştir. Nitekim bu ilke, yenilikçi söylemin makâsıd bağlamında ulaşmak istediği genel ilkelerden biridir. Yenilikçi yaklaşımın bu tür ilkeleri tespit etme çabası, ictihad eylemini lafzî yorumlara dayalı somut illetlerden ziyade daha bütüncül-evrensel nitelikli soyut ilkelerle temellendirme niteliği taşımaktadır. Böylelikle önceki fakihlerin tespit ettikleri kategoriler gibi bu çağın zaruriyyatı, ihtiyacı olan maksatları tespit ederek bugünün meselelerine de cevap verebilen ilkelere ulaşmak mümkün görülmüştür[786].

ii- Islah Teorisi

a- Bireyin Islahı

Ölüm cezası, tabiatı itibarıyla suçu işleyen kimse açısından ıslah amacı içermemektedir. Zira bu ceza, ıslah edilecek suçlunun hayatına son verilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda had cezalarında suçlunun iyileştirilmesi amacının daha çok suç işlenmeden önce gözetildiğini ileri sürmek mümkündür. Öncelikle inanan insanın, Allah'ın kendisini murakabe ettiği ve Allah'a yaptıklarının hesabını mutlaka vereceğini bilmesi yönünde bir bilince sahip olması ıslah amacının temelini oluşturur[787]. Öte yandan cezanın verilmesi için suçlunun şahsı bazında büluğa erme, akıllı ve mükellef olma ile ikrah, bilmememe durumunun bulunmaması şartının aranması[788] da fakihlerin ıslah teorisinin sınırlarını belirlemektedir; zira onlar suçlunun kültürel ya da sosyal gelişmişlik düzeyini dikkate almamışlardır. Bunun nedeni ise söz konusu un-

783 bkz. el-Ahkâf 46/3.
784 bkz. ed-Duhân 44/38-39.
785 Mahmûd Tâhâ, s. 76-77
786 Câbirî, *Yeniden Yapılanma*, s. 67-68
787 Zeydân, *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, s. 385.
788 Örnek olarak bkz. Hırakî, s. 228; İbn Cüzey, s. 238.

surların soyut nitelik taşımasıdır. Akıl ise suçluyu suç işlemekten alıkoyabilecek nitelikte objektif bir kriterdir. Bu şartların bulunmasına rağmen suç işleyen kişi cezayı haketmiş demektir. Zira bu noktada artık suçlunun şahsından ziyade toplumun yararı öne çıkmaktadır[789].

Ancak cezaya çarpılmadan önce düzelme eseri gösteren, büyük pişmanlık duyarak suçunu itiraf edenlere mümkün mertebe ceza uygulanmadığı görülür. Peygamber (sav)'in Mâiz'i üç kere geri çevirmesi, dördüncü gelişinde ise "*belki zina yapmamışsındır*" buyurması ıslah gayesinin gerçekleşmesi sebebiyle bu şuura erenleri cezadan kurtarmak şeklinde izah edilebilir[790]. Hüseyin Hatemi, recm cezasının Kur'ân'da yer almamasından hareketle İslam ceza sisteminde başkasına zarar verilmemiş ise suçlunun başka bir yere sürülerek ıslah edilmesi esasının bulunduğunu belirtir. Ona göre suçlu, gerçek anlamda bir *rehabilitasyon* ve *reentegrosyon* merkezine gönderilerek ıslah amaçlı bir sürgün cezası uygulanabilir (el-Mâide 5/38). Tevbe edenlere, faal nedamet gösterenlere ise sürgün cezasının uygulanmasına dahi gerek kalmaz (el-Mâide 5/34)[791].

Suçun ispatındaki zorlaştırmalar da asıl amacın kin ve intikam saiki ile cezalandırmak değil, ebeveynin çocuğu terbiye ederken kullandığı tatlı sert metoda paralel olarak kulların tedip ve ıslahı için cezanın varlığı ile onları suç işlemekten alıkoymak, suç işlendikten sonra da cezaların uygulanmasını güçleştirerek öncelikle suçlunun ıslahını gözetmek, son çare olarak ise toplumun güvenliği açısından ölüm cezasını uygulamak olduğunu ortaya koymaktadır. Bu suretle suçlunun şahsı göz ardı edilmeyerek toplumu koruma için yeterli olacak miktarla yetinme esası kabul edilmiştir[792]. İslâm hukukunda sınırlı sayıda suç için tespit edilen had cezalarının dışındaki suçların cezalarının takdirinin hakime bırakılması ise bu noktada hakimin, cezanın fonksiyonunu adalete uygun bir şekilde ifa etmesi amacını taşır. Zira aynı suç ve suçlular, farklı şartlar ve durumlar içerir. Bir suçluyu ıslah eden bir ceza, bir başka suçlu için tesirsiz kalabilir. Bundan dolayı İslâm hukuku ta'zîr suçlarına, en hafifinden en ağırına kadar teselsül eden değişik cezalar konmasını kanun koyucunun takdir yetkisine bırakmıştır. Bu serbesti ise İslâm hukukunun, suçluyu bir daha suç işlemekten alıkoyan, ıslah ve tedip eden, cemiyeti suçlardan koruyan her cezaya imkan tanıdığının göstergesi olarak kabul edilmiştir[793].

Ta'zîrin asıl hedefinin ıslah olduğu gerçeğinden hareketle Selîm el-Avvâ,

789 Zeydân, *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, s. 392.
790 Akşit, s. 39.
791 Hatemi, "İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı", s. 34.
792 Muhammed Zâhim, İbn Abdullah, *Âsâru tatbîki'ş-şerîati'l-İslâmiyye fî men'i'l-cerîme*, Kahire 1991, s. 106.
793 Hüseyin Ebû Zeyd, II, 489.

livata suçunun ta'zîr cezası ile cezalandırılmasını kabul ederken ölüm cezasına karşı çıkmış; homoseksüel ilişkilerin genellikle organik ya da psikolojik bir rahatsızlık sonucu ortaya çıktığı gerçeğinin suçlunun cezalandırılması sırasında da gözönünde bulundurulmasının gerekliliğini vurgulamıştır[794]. Bu önerinin temelinde ise modern dünyadaki suçluların hasta olarak kabul edilip ölümle cezalandırılarak yok edilmek yerine klinik tedavi ile yeniden topluma kazandırılması eğilimi bulunmaktadır. Bu eğilimin ta'zîr sahasındaki etkisinin nedeni, klasik öğretide ta'zîr cezaları ile ilgili düzenlemeler sırasında suçun toplumsal boyutu kadar suçlunun şahsının da göz önünde bulundurulmasıdır. Bununla birlikte fakihler ta'zîr alanında daha ziyade ıslah amacının olumsuz yanını dikkate alarak suçun tekrarı durumunda suçlunun düzelmesinin imkansız görülmesi halinde ölüm cezasını gündeme getirmişlerdir. Ancak bu cezaların kanun koyucunun takdirine bırakılması nedeniyle değiştirilebilir niteliğe sahip olması, el-Avvâ'nın düşündüğü gibi günümüzdeki klinik imkanların kullanılarak mükerrir suçlunun da ıslahının mümkün olması durumunda ölümle cezalandırılmak yerine tedavi olmasının kabulüne imkan sağlar. Nitekim ıslah amacı, had cezalarında suçun işlenmesini önleyici ve suçtan dolayı pişman olmayı sağlayıcı düzenlemelerde gözetilmişken ta'zîr cezalarının bizatihî ıslah edicilik özelliği nedeniyle her suç için takdir edilen cezada öncelikli olarak dikkate alınmıştır.

b- Toplumun Islahı

Ölüm cezasının, tabiatı itibarıyla cezanın tatbikinden sonra suçlunun ıslahını imkansız kılması nedeniyle infazdan sonra topluma yönelik bir ıslah amacı içerdiği düşünülmüştür. Aslında bu amaç, fakihlerin, cezanın önleme amacının görünümleri içerisinde yer verdikleri kamu yararının bir üst aşaması olarak nitelendirilebilir. Nitekim İbn Âşûr, ıslah ile kamu yararı arasındaki bağlantıyı şu şekilde kurmuştur: Yarar, "*kendisiyle salâhın hasıl olduğu fiil*"dir; yani toplum veya kişiler için devamlı veya çoğunlukla yararın bulunduğu fiildir ki özel ve genel olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu yararı, ümmetin hepsinin veya çoğunluğunun iyiliği bulunan, özel yarar ise her birinden fiilerin meydana gelmesi itibarıyla fertlerin çıkarı olan şeylerdir[795]. Özel yarar ve kamu yararı çatıştığında üstün olanı tercih edilir. Kısas, suçlunun hayat hakkının dokunulmazlığından öncedir. Zira kısasın caydırıcılığı, mağduru yatıştırma amacından önce gelir. Kısasın potansiyel suçluların suça yönelmelerine engel olma yararı, affedilmeme beklentisiyle gerçekleşmiş olur. Bu nedenle tuzak kurarak ve hırâbe dışındaki adam öldürmelerde kısastan vazgeçme hakkı vardır. Çünkü suçun büyüklüğü, kötülüğü ortaya çıktıktan sonra suçlunun

794 Selîm el-Avvâ, s. 217, 230, 231.
795 İbn Âşûr, s. 134.

ıslah olması ümidi bulunması halinde sopa ya da hapisle cezalandırılması, canın alınması yararına üstünlük sağlar[796].

Çağdaş alimlerden Fazlurrahman da ceza ile sosyal olgu ilişkisini, *toplumun ıslahı* şeklinde ifade eder. Ona göre Kur'ân'daki hukuki düzenlemeler, ebediyen geçerli kanun koymaya değil, ıslah etmeye, faziletli bir toplum oluşturmaya yöneliktir[797]. Aynı şekilde cezai bildirimler de salt cezalandırıcı değil, yol göstericidir. Ona göre Kur'ân bir ahlakî öğretiler yekûnu olup bizatihi cezalandırıcı, azap verici, intikamcı bir yasal düzenlemeler kitabı değildir. Elbette O suçun, cezasız kalmasını savunmaz; ancak katlin bile Kur'ân'da affından bahsedilmesi, O'nun ıslah edici yönünü ortaya çıkarır[798].

Ebû Zehra ise İslâm'ın suçlara üç yolla engel olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre insanların ruhi yönden terbiye edinmeleri ve arınmaları ilk yoldur. Zira insan vicdanının terbiye edilmesi bir suçun meydana gelmesinin engellenmesinde en önemli unsurdur. Ebu Zehra bu noktada ibadetlerin insan vicdanının terbiye edilmesine ve ruhun arındırılmasına yönelik olduğunu ileri sürer. İkinci yol, işlenen suçlara tayin edilen cezalardır ki bunlar suçluyu engeller ve başkalarını suç işlemekten alıkoyar. Bu suretle suç teşkil eden fiillerin olabildiğince asgari düzeye indirgendiği bir toplum meydana gelir. Üçüncüsü ise faziletli bir toplum oluşturmaktır. Toplumun ıslahı ise ancak onu meydana getiren fertlerin ıslah edilmelerine bağlıdır. Bunun için İslâm önce 'emr-i bi'lma'ruf nehyi ani'l-münker' (Âl-i İmrân 3/104) çağrısı ile işe başlar. Bu soyut bir çağrı değil, emredici nitelik taşıyan, kişiye en güzel şekilde din kardeşinin yanlış davranışını düzeltme (en-Nahl 16/125), onu doğruya yönlendirme sorumluluğu yükleyen genel bir terbiye ve toplumsal ıslah metodudur ki bu terbiye suçların işlenmesini engelleme niteliği taşır[799].

Cezaların amaçları ile ilgili bu teoriler genel olarak değerlendirildiğinde adalet ilkesinin temel hedef olması açısından ihlal edilen hakkın aynen iadesinin gerekliliğinin önplana çıktığı görülmektedir. Bu durumda ihlal edilen hayat hakkının adalete uygun bir şekilde ödetilmesi için kısas en uygun vesile niteliğindedir. Islahı hem toplumsal hem de bireysel açıdan temel ilke kabul etme durumunda ise genel ilkelerin değişmezliği karşısında tikel nitelikli hükümlerin değişimi ve had cezalarının bu genel ilkenin gerçekleşmesi yolunda birer araç niteliği taşımaları kabulünden hareketle bugünün dünyasında ölüm cezası yerine müebbet hapis şeklinde bir cezanın ıslah amacı için vesile olarak kullanılması mümkün gözükebilir. Dolayısıyla bireyin ıslahı ve kamu

796 İbn Âşûr, s. 147.
797 Emin el-Hûlî, s. 93.
798 Adil Çiftçi, *Fazlurrahman ile İslâm'ı Yeniden Düşünmek*, s. 243.
799 Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 23-25; Mahmud Abdulfettah, s. 1552.

yararı gibi soyut ilkeleri önplana çıkaran anlayışların, bireysel ve toplumsal ıslah açısından caydırıcı özelliğe sahip alternatif cezaları kabule yatkın olduğu söylenebilir. Cezanın sertliği ile asıl amacın toplumun güvenliğini sağlama olması açısından düşünüldüğünde[800] de bu amacı gerçekleştirecek vesilelerin olguya bağlı olarak değişebileceği yorumuna kapı aralanmış olmaktadır.

Bu itibarla insan hakları belgelerinde ölüm cezasının kaldırılması gibi İslâmî öğreti ile çelişki arzeden maddelerin de şekil itibarıyla değil içerdiği amaç ve temel ilke açısından ele alınması öngörülür. Nitekim dinden dönme ve sarhoşluk dışındaki hadleri, esas itibarıyla topyekün ilga etmek için herhangi bir dini dayanak bulunmamakla birlikte Kur'ân ve sünnetin genel anlamda sağladığı kolaylık ve esneklik, hadlerle ilgili şartların değişimine imkan vermekte, uygulamaya yönelik sınırlamalar getirmektedir. Oysa klasik dönemde fakihler, Kur'ân ve sünnette belirli suçların ispatı için öngörülen şartları da suçun unsurlarından biri olarak izah etmişlerdir. Örneğin, zina suçunun dört erkek şahitle ispatı aslında şahitlerin ehliyeti ile ilgili bir ayrıntı iken klasik dönem fukahası bunu suçun tanımı sırasında ayrılmaz bir unsur olarak ifade etmişlerdir. Bu karışıklığı bertaraf etmek için her meseledeki Kur'ânî delilin gerekçesini ve ortaya koyduğu temel ilkeyi dikkate almak gerekir[801]. Bunun için öncelikle İslâm hukukunun temel prensip olarak hayat hakkının dokunulmazlığını kabul etmesi göz önünde bulundurulduğunda, gerek recm cezasının tatbiki için öngörülen şartların gerçekleşmesinin imkansızlığı gerekse kasten adam öldürme suçu için mağdur tarafa kısas, diyet veya af şeklinde üç alternatif sunulması, mutlak olarak kan dökülmesinin gaye edinilmediği yönünde izah edilebilir. Dolayısıyla katilin zaafları sebebiyle affedilerek ya da diyetle cezalandırılarak hayatının bağışlanması şeklinde ona yönelik şefkatli bir tutum bahşedilmesi, onun insani yönünün dikkate alındığının göstergesidir. O halde asıl amaç, bu cezaların kural olarak kabul edilmesiyle suçların önlenmesidir[802].

bb- İnsan Hakları Belgelerinin Temellendirilmesi

Yenilikçi yaklaşımın makâsıd anlayışı, nasların tarihi temellerinin ayıklanarak lafzî anlamlarının ötesinde evrensel nitelikli genel ilkelere varma hareketinin bir ürünüdür. Tarihsel yöntemin, tikelden tümele doğru gidişinin asıl hedefinin, bu ilkelerle ulaşılan ana hedeflerden bugünün sosyal şartlarını da göz önünde bulundurarak tikel çözümlere geri hareket olduğu dikkate alındığında Kur'ân'ın genel ilkelerinin anlaşılması için topyekün vahyin ve tekil

800 Abdülhâdî Abbâs, I, 162.
801 Ahmed Nâim, s. 145.
802 Merzûkî, İbrahim Abdullah, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm,* çev. Muhammed Hüseyin, Abu Dhabi 1997, s. 444-445.

olarak âyetlerin oluşum şartlarını bilmek gerektiği gibi bu ilkeleri günümüzde hüküm halinde somutlaştırmak için de çağdaş durumu dikkatli bir şekilde iyice anlamak gereklidir[803]. Bunun anlamı, ne Kur'ân'ın ilkelerinin mevcut dünyanın soru ve sorunlarını çözmede yetersiz kalması ne de mevcut durumu kontrolden aciz olmasıdır. Zira O'nun kültürle ilişkisi pasif değil, etkin nitelik taşımaktadır[804]. Dolayısıyla çağdaş dünyada İslâmın, beşeri sorumluluklar alanında olduğu kadar insan hakları sahasında da kendine özgü bir bakış açısı olmalıdır[805]. İnsan hakları belgeleri ise ancak bu bakış açısı ölçüt kabul edilerek değerlendirildiğinde dinî öğretinin umumi maksatlarına ve değerlerine denk düşen ve düşmeyen yönleri ayırdedilebilir[806]. Buna göre insan hakları belgelerinin genellikle modern Batı medeniyetinin değerlerinin bir ürünü olması hasebiyle modern dünyada 'evrensel' olarak nitelendirilmesi, İslâmı direkt olarak bağlamasa[807] da insan hakları doktrininin diline, dinine, ırkına, cinsiyetine, milliyetine, sosyal statüsüne ve rengine bakılmaksızın insana insan olduğu için tanınan haklardan yola çıkarak insan ilişkileri ve devletle insan arasındaki ilişkiler açısından evrensel standartlar koymayı hedeflemiş olması[808] noktasında oluşan global konsensusu dikkate alan Ahmed en-Naîm, dini, ideolojik veya kültürel unsurlardan soyutlanarak gerçekleştirilen bir uzlaşının, kavramsal açıdan mümkün olduğunu savunur. Nitekim Kur'ân'a ve genel olarak İslâm'a yönelik antropolojik bir yaklaşım neticesinde bizatihi insanın akıl ve idrak sahibi olması gibi tabii özellikleri dikkate alınarak muhatap kabul edildiği görülür[809]. Dolayısıyla insan haklarının da günümüz formatıyla dini metinlerde aranması yerine içerik ve işlev yönüyle karşılıklarının araştırılması ve İslâm hukukunun yeniden yapılandırılması sırasında bir kriter ve alternatif formülasyon şeklinde dikkate alınması gerekir[810]. Bu bağlamda ölüm cezasının kaldırılmasını öngören insan hakları belgelerinin temellendirilmesinde kullanılan tarihsellik ve evrensellik temaları, İslâmî öğreti ile modern insan hakları öğretisinin bütünleştiği ortak paydaları tespit amacıyla kullanılmakta, bu çerçevede dinî yönle tabiî, tarihi ve siyasi yönlerin ayrıştırılması noktasında çaba sergilenmektedir.

803 Adil Çiftçi, " Fazlurrahman'ın Dinamik Şeriat Anlayışı", *İslâmiyât,* I(1998/4), s. 186.

804 Ebû Zeyd, *İlahi Hitabın Tabiatı,* s. 48; Muhammed Arkoun, *Nâfize ale'l-İslâm*, çev. Sayyâh el-Cüheyyim, Beyrut 1996, s. 194.

805 Seyyid Hüseyn Nasr, "Soruşturma", *İslâmiyât,* I(1998/4), s. 301.

806 Hasan Hanefi, "Soruşturma", s. 289; Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 211.

807 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 144-145

808 Geniş bilgi için bkz. Fazlurrahman, *İslâmî Yenilenme Makaleler II,* çev. Adil Çiftçi, Ankara 1999, s. 101; Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 210; Amin, s. 56.

809 Ahmed en-Naîm, Abdullahi, "Toward an Islamic Hermeneutics for Human Rights", *Human Rights and Religious Values-An Uneasy Relationship?*, ed. Abdullahi Ahmed en-Naîm, Amsterdam 1995, s. 230-241.

810 Hayri Kırbaşoğlu, "Ahmed en-Naim'in 'Şeriat'ın Reformasyonu' Projesi", *İslâmiyât,* I(1998/4), s. 209.

Söz konusu ayrım çerçevesinde Mahmud Tâhâ denklik ilkesinin, hayatın asıl kaynağından ortaya çıktığını ileri sürer, zira bu ilke genel anlamda dini bir kural değildir. O bu ilkeyi inanç açısından değil öz, temel açısından değerlendirir. İslâm, özde kelimenin genel anlamıyla bir din değil, daha çok dogmadan ilmî konuma doğru bir geçiş/değişim sergileyen bir bilgidir(*science*). İslâm hukuku da aynı şekilde fertlerin, kendilerini toplumun hukukundan ferdin hukukuna yükselttikleri hakikat düzeyine geçiş konumudur. Ferdî hukuk, her insan için hakikatin başlangıç noktasıdır. İnsanın imtihan etmek üzere yaratılması ve kendisinin işitir ve görür kılınması (el-Mü'minûn 23/115), onun tabii çevresi ve hemcinsleriyle bir mücadele ortamında bulunduğunu gösterir. Bu mücadele, kısas ilkesiyle uyumlu olarak insanın toplum hayatına geçişinden önce başlar, bu hayatla birlikte devam eder. Zira insanın işitir ve görür kılınması, iradesini ifade eder. İnsanın her davranışının iyi ve kötü oluşuna göre karşılığını bulacağı(ez-Zilzâl 99/7-8) esası ise iradesinin bu mücadeleyi denklik esasına uygun bir şekilde desteklediğini ortaya koyar[811].

Tâhâ, bu mücadele sürecinde ölüm cezasının konumunu özetle şu şekilde dile getirir: Ölüm, toplum tarafından ortaya konulan gelenekleri ihlal eden her ferde uygulanan bir cezaydı. Ayrıca ölümden sonra da işkence etmek üzere tanrıların öfkesinin suçluyu beklediği inancı, kişilerin toplumun ve tanrıların gazabından korkarak hukuku ihlal etmekten kaçınmaya sevkediyordu. Nitekim antik dönemde insanoğlunun yaşama ve özgür olma şeklinde iki temel isteği vardı. Hayatta kalma arzusu, vahşi hayvanlarla mücadelenin doğal sonucuydu. İrade ve isteklerine uygun davranma kaygısı da özgürlük hedefini gündeme getirmekteydi. Ancak özgürlük, gelenek olarak kabul edilen şeylerin ihlal edilmemesi şeklinde sınırlandırılarak ihlal durumunda kişi, tanrıların ve toplumun öfkelenmesine neden olduğundan hayatta ve ölümden sonra daimi olarak acı çekmeye maruz kabul edilirdi. İnsanoğlunun özgürlük mücadelesi adına sosyal hayatta yaşadığı sürekli gelişim, geleneklerin oluşumu ve ıslahı alanında da yaşandı. Peygamberler de bu bağlamda yanlış ve doğru değerleri öğretmek üzere geldi. Kısas ile de suçluya ceza vermek isteyen bir kimsenin hukuka aykırı isteklerini bastırma ya da kontrol altına alma amacı gözetildi[812].

Hz. Musa toplum hayatının oldukça ilkel ve kaba, fertlerin kavgacı olduğu bir dönemde, m.ö. XIII. asırda gönderildi. Bu nedenle Tevrat'ta insanlara cana karşı can şeklinde mutlak bir kısas ilkesi ile gözdağı verilmek, ilkel insanın kavgacı ve saldırgan yapısı ceza ile korkutularak bastırılmak istendi[813]. İslâm

811 Mahmûd Tâhâ, s. 75.
812 Mahmûd Tâhâ, s. 83.
813 Yahudilerin itaatsizlikleri ile ilgili âyetler için bkz. Tâhâ 20/89-91.

ise Yahudilik ve Hristiyanlık arasında bir denge unsuru olarak her iki dinin değerlerini içerecek şekilde geldi. eş-Şûrâ 42/40'taki "*Her kötülüğün cezası yine ona denk bir kötülüktür...*" ifadesinin Tevrat'taki "*göze göz...*" ilkesi, "*kim bağışlar ve barışı sağlarsa onun mükafatı Allah'a aittir*" ifadesi ise İncil'deki "*düşmanlarınızı seviniz...*" ifadesi (Matta 5:44) ile uyum arzeder[814]. Bu noktada İslâmda denklik ilkesinin hakikat düzeyinde bir zorunluluğu ifade ederken hukuk düzeyinde doğrudan insanın his ve özgürlük alanındaki varlığına yönelik olarak düzenlendiği ve tamamen kişinin saygınlığının gözetildiği sonucuna ulaşlıır[815]. Zira Hz. Adem'in, yasağı çiğnemesi nedeniyle cezalandırılması suçun bir ceza ile ödetilmesi ilkesine işaret etmekle birlikte cezanın dini bir kural olmadığını, sadece kusurlu başlangıca eşlik eden geçiş dönemine ait gerekli ve onu gelişme evrelerine yönelik harekete sevkedici bir unsur olduğunu ortaya koyar. Buna göre ceza, ortadan kalkacak ve insan bizzat şan-şerefi içerisinde doğacaktır[816].

İnsan hakları belgelerini tarihsel ilerleme olgusunun ürünü olarak temellendirilmesi çerçevesinde de bu belgelerin, insanlığın her türlü ayrımcılık, bölücülük ve baskıya karşı sürdürdüğü mücadele alanındaki[817] fikri kazanımlarının bir ürünü ve İslâmın özüne aykırı olmayan[818] tabii hukuk ilkelerinin tekamül seyrinin bir parçası olduğu, insan haklarını ideal düzeyde garanti eden ilkeleri formüle ettiği kabul edilmektedir[819]. Ahmed en-Naîm de İslâm hukukunun geldiği toplumun değerlerini insanoğlunun hak ve özgürlükler

814 Mahmûd Tâhâ, s. 122.

815 Mahmûd Tâhâ, s. 76-77.

816 Mahmûd Tâhâ, s. 107.

817 Seyyid Hüseyin Nasr, 'modernist müslüman reformistler'in bu tür düşüncelerini, evrimle yakından ilgili olan ve son iki yüzyıl boyunca Batı toplumunu siyasi ve fikri olarak sarsan ilerlemecilik ve ütopyacılık akımlarının İslâm dünyasındaki etkileri olarak nitelendirerek eleştirir. Nitekim ütopyacılık, insani araçlarla mükemmel bir düzen kurmayı amaçlar. Teolojik anlamda dünyada kötülüğün bulunduğunu göz ardı eder ve iyiliğe dayalı bir düzen kurmayı amaçlarken bütün iyiliklerin kaynağından kopmuş olur. Oysa müslümanların vahiyden uzaklaştıkça mükemmellikten de ulaşacağı inancı gereği, İslâm hiçbir zaman modern düşüncenin seküler ütopyacılık fikrine tanık olmamıştır. Nitekim Allah ile tabiat arasındaki ilişki, Allah'ın tecellisi ve yaratılış açısından hiçbir zaman bir evrim geçirmemiştir. İslam'daki zaman kavramı ise insanlık tarihinin ancak peygamberler aracılığıyla sürekli yenilenmesine dayanır. Bu da dünyadaki huzur ve ahengin insanın meydana getirdiği değişimlerle değil, ilahi müdahale ile kurulacağını ifade eder: Seyyid Hüseyin Nasr, *Modern Dünyada Geleneksel İslâm*, s. 108, 118, 128.

818 Ali Bardakoğlu, "Tabiî Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve Istılah Görüşü", *Makâsıd ve İctihad: İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları*, ed. Ahmet Yaman, Konya 2002, s. 114 (Bu makalenin ilk yayımı: *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 3 (1986), s.111-138).

819 Ebû Zeyd, "Soruşturma", s. 278-279; Abdülhâdî Abbas, III, 36; İnsanın toplumsallaşmasından itibaren her türlü baskıya karşı verdiği hak ve özgürlük mücadelesinin tarihçesi hakkında geniş bilgi için bkz. Niyazü'l-Hak Han, "İnsan Hakları", *İnsan Hakları Müslümanca Bir Yaklaşım*, çev. Tanju Yunt, (y.y.) Akabe 1987, s. 38-118.

uğruna mücadelesini hızlandıracak şekilde yönlendirerek bu mücadelenin tarihi süreci içerisinde yerini alması gibi bugün de insanın temel hak ve özgürlüklerinin yerleşmesi amacı doğrultusunda yeniden yapılandırılması gerektiğini vurgular[820]. Zira dinin, aslında da değişen dünyada ferdi ve toplumu daha iyiye ve faziletliye doğru değiştirme çabası bulunduğundan çağdaş olgulardan soyutlanması düşünülemez[821]. İslâm da insana yönelik bir din olması nedeniyle ilkelerini, insanın içinde yaşadığı tarihi ve toplumsal olguları göz önünde bulundurmak suretiyle sosyal, iktisadi, siyasi açıdan ideal ortama götürecek şekilde cüzi değişimlerle ortaya koyar[822]. Bu perspektifle Abdülhâdî Abbâs, ölüm cezasının kaldırılmasının da insan haklarının özünden sayılabileceğini ve bütün toplumlarda insan haklarını sağlam bir şekilde yerleştirme yönündeki ilerlemenin sonucu olarak kabul edileceğini ileri sürmektedir[823]. Merzûkî de bu cezanın ilgasının teşvik edilmesini, demokratikleşme bağlamında insan haklarının daha fazla bahşedilmesi ve insan hayatının sürekliliğini korumaya yönelik uygulamaları artırma yolunda atılan bir adım olduğunu belirtir[824].

İnsan hakları uğruna verilen mücadele çerçevesinde İslâmın, ölüm cezasını kabul etmesi ile özgürlük amacına ulaşma uğruna verilen mücadelede köleliği[825] sosyo-ekonomik hayatta önemli bir yer işgal etmesi nedeni ile onaylaması arasında bir benzerlik de kurulmuştur. Zira köleliğin kaldırılması yönünde izlenen politika[826] İslâmın insani ve olgusal bir din olması hasebiyle hedeflerini toplumsal olguları göz önünde bulundurmak suretiyle aşamalı bir yöntemle gerçekleştirdiğinin göstergesidir[827]. Bu bağlamda İslâm hukukunun bir yandan köleliği kabul ederken öte yandan kaldırması idealine yö-

820 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 218.

821 Subhî Sâlih, s. 157.

822 Ebû Zeyd, *el-Hitâb ve't-te'vîl*, s. 205-206.

823 Abdülhâdî Abbâs, III, 38.

824 Merzûkî, s. 430-432.

825 18.yy. sonrasında ulusal düzlemlerde köleliğin kaldırılmasına ilişkin adımlar için bkz. G - malmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku,* s. 272-278.

826 Klasik öğretide de bu düşüncenin temelleri bulunmaktadır. Bu noktada köleliğe izin veri - mekle birlikte asl itibarıyla insanların eşit olduğunun ısrarla vurgulanması (er-Rûm 30/22; el-Hucurât 49/13; en-Nisâ 4/1) ile hür bir insanın ve esirlerin köleleştirilmesi ve öldürülmesinin prensip olarak yasaklanması, İslâmın köleleştirme ile öldürmeyi aynı kategoriye yerleştirdiği şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre İslâmda hürriyet hayatın vazgeçilmez unsuru olup hataen öldürmenin keffareti (en-Nisâ 92) olarak köle azad edilmesi hükmü vazedilmiştir. Bu açıdan köleyi ölen bir insanın karşılığı olarak hürriyetine kavuşturmak bir insanın diriltilmesi şeklinde yorumlanmıştır ki bu da İslâm'da insan için aslolanın kölelik değil hürriyet olduğunu, köleliğin ise arızî olduğunu ortaya koymaktadır: Nesefî, I, 189.

827 Geniş bilgi için bkz. Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 212-213, 218-224; Hasan Hanefî, "Soruşturma", s. 287; Subhî Sâlih, s. 195; Mahmud Selâm Zinâtî, *Hukûku'l-insan (medhalun târîyyun)*, (y.y.) 1992, s. 202; Muhammed Saîd Meczûb, *el-Hürriyyâtü'l-âmme ve hukûku'l-insân*, Trablus 1986, s. 84.

nelik hükümler vazetmesi ve ölüm cezasının varlığının korunmakla birlikte hayat hakkının dokunulmazlığı ilkesinin kabulü semavi dinlerin sonuncusu olarak gelen İslâm'ın, insaniliğin olgunlaşıp kemale ermesine yönelik adımları olarak kabul edilebilir[828].

İnsan haklarının tarihsel açıdan temellendirilmesi sırasında kullanılan argümanlardan biri de dinî ve siyasî nitelik taşıyan unsurların ayrıştırılmasının gerekliliğidir. Bu noktada sonraki dönemlerde fukahanın yorumları ile karışan yönler de dikkate alınmalıdır. Zira cezaların had, kısas ve ta'zîr şeklinde kategorizesi fakihler tarafından yapılmış, cezaların değişimi meselesi de bu kavramlar çerçevesinde ele alınmıştır[829]. Nitekim recm cezasının meşrûiyeti ile ilgili tartışmalar da bu açıdan değerlendirilmiştir. Zira bunların temeli, Kur'ân'ın zina için sopa cezası öngörmesine karşılık Peygamber (sav)'in uygulamalarında evli suçluya recm cezası verilmesine ve bu hususta rivâyetlerin mütevatir olmaktan ziyade meşhur derecesinde olmalarına dayanır[830]. İşte, recm cezasının dayanağını teşkil eden rivâyetlerin taşıdığı bu problemler, böylesine ağır bir cezanın sübûtu kat'î olan âyetlerle değil de mütevatir olmayan rivâyetlere dayanmasının nedeninin sorgulanmasını gerektirmiştir. Bu rivâyetlerin hadis tekniği ve hukukî değer açısından bu denli tartışma konusu olmasından hareketle recm cezasının mutlak ve bağlayıcı hükümlerle vazedilen bir ceza olduğu şeklinde kesin bir sonuca ulaşmak zor görülmüş, daha ihtiyatlı bir tavır benimsenerek Peygamber (sav)'in bu cezayı zorunlu ve bağlayıcı bir had cezası olarak değil de belli tarihi şartlar içerisinde uyguladığı düşünülmüştür. Bu düşünceye göre cahiliye döneminde yaygın olan zinanın özellikle evliler açısından önlenmesi için recm ta'zîren uygulanmıştır ki Yahudilerin Medine'de siyasi otorite olan Peygamber (sav)'e müracaat etmeleri, Mâiz'in infaz esnasında kaçtığı kendisine haber verildiğinde "*keşke onu bıraksaydınız*" buyurması, bu cezanın siyaseten uygulandığının göstergeleri olarak kabul edilebilir[831]. Bu noktada Ahmed en-Naîm, Sünnetin Kur'ân'da vazolunan bir haddin bazı şartlarda ağırlaştırılması şeklinde 'hükmü te'kid etme' rolünün gözardı edilmemesi gerektiğini, recmin de bu şekilde değerlendirilebileceğini belirtir[832].

Fazlurrahman ise recmin meşrûiyeti ile ilgili olarak bu cezanın, Hz. Ömer

828 Bu yaklaşımlar, ABD'nde ölüm cezasının kaldırılması ile köleliğin kaldırılması deviniminin büyük ölçüde aynı çevrelerce ve birbirine koşut olarak yürütüldüğü gerçeğini anımsatmaktadır: bk. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku*, s. 295.

829 Ahmed en-Nâim, s. 145.

830 Muhammed Boynukalın, *İslâm Hukukunda Zina Suçu ve Cezası*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 120; Yusuf Ziya Keskin, *Recm cezası –Ayet ve Hadis Tahlilleri-*, İstanbul 2001, s. 317.

831 Ali Mansûr, I, 181-183.

832 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 147.

tarafından vaz edildiği tezini savunur. Zira Kur'ân'da zina suçu işleyen kimsenin, evli-bekar ayrımı yapılmaksızın yüz sopa cezası ile cezalandırılması gerektiği hükmü konulmuştur. Buna rağmen hadislere dayanılarak hukukta köklü bir değişiklik meydana getirilmiş, Kur'ân'ın cezası yüz sopa ile sınırlı tutulmuş; evli iken zina eden kimsenin cezası ise Peygamber (sav)'e dayandırılarak recm ile öldürülmesi şeklinde tespit edilmiştir. Fazlurrahman'a göre Peygamber (sav)'in bizzat kendisinin Kur'ân'ın ortaya koyduğu bir hükümde böyle radikal bir değişiklik yapması düşünülemeyeceğinden, bu değişikliğin Hz. Ömer tarafından yapılması ihtimali daha kuvvetlidir. Zira O'nun zamanında hızlanan fetih hareketleri nedeniyle artan savaş esirleri ve cariyeler nedeniyle sosyal bir değişim gerçekleşmiş; Mekke ve Medine olağanüstü bir cinsel kargaşa yaşamıştır. Bu nedenle Hz. Ömer'in recm cezasını kendi döneminde sosyal şartların değişmesi sonucunda zina suçunun artması nedeniyle bir ta'zîr cezası olarak vazetmesi muhtemeldir[833].

Dinden dönme suçu için ölüm cezası verilmesi de fakihlerin ekseriyeti tarafından had cezası olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu konuda iki yönlü bir sorun söz konusudur ki birincisi zaman-mekan unsurunun dikkate alınmaması, ikincisi ise kavramsal kargaşadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu suçla ilgili Kur'ân'da bir çok âyet[834] bulunmakla birlikte bunların hiçbirinde ölüm cezası öngörülmemekte, sadece uhrevi cezalardan bahsedilmektedir. Öte yandan fakihlerin dinden dönme suçu için ölüm cezası verilmesi yönündeki kanaatlerini, farklı yorumlara elverişli rivâyetlere ve sahabe tatbikatına dayandırmaları, mürtedin salt dinî nedenler yani karşılığı ahirete bırakılan eylemler açısından mı, yoksa siyasal yani toplumsal güvenlik sebebiyle mi ölüm cezasına çarptırılacağı sorusunu hatıra getirmektedir. Mesele tarihsel açıdan değerlendirildiğinde İslam'ın ilk dönemlerinde irtidâdın yeni oluşan İslâm toplumunu çökertmeye yönelik siyasal bir komplo olarak tasarlanmasının, tarih boyunca müslümanlar için irtidadı siyasal bir tehlike unsuru olarak gündemde tuttuğu görülür[835]. İşte tamamen siyasal kaygılarla irtidata yönelik tedirginlik, din ve inanç özgürlüğünü yasaklamayı değil, genç İslam toplumuna yönelik komploları boşa çıkarmayı amaçlıyordu[836]. İslam toplumunun karşı karşıya bulunduğu güvenlik ihtiyacı sebebiyle irtidada verilen ölüm cezası, had değil, ta'zîr niteliği taşıdığı ve bu cezaları uyguladığı durumlarda Peygamber (sav)'in bir devlet başkanı sıfatıyla takdir hakkını kullandığı düşüncesini çağrıştırmaktadır[837].

833 Fazlurrahman, *İslâm Geleneğinde Sağlık ve Tıp: Değişim ve Kimlik*, Ankara 1997, s. 178.
834 Bkz. el-Bakara 2/108, 217; Âl-i İmrân 3/86-90; en-Nisâ 4/137; el-Mâide 5/54; en-Nahl 16/106-109; Muhammed 47/25; en-Necm 53/36-38.
835 Bkz. 3/72.
836 Yıldız, s. 121-122.
837 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 145, 147; Selîm el-Avvâ, s. 50, 161-164.

Dinden dönen kimsenin öldürülmesini emredici nitelikteki hadisler de vürûdu esnasındaki sosyal gerçekliklerle ve İslâm'ın inanç hürriyeti ile ilgili prensipleriyle birlikte ele alındığında ölüm cezası verilen mürtedin şüpheleri sebebiyle dinden çıkmış bir inkarcı değil, İslâm toplumuna karşı savaş açan ve kamu düzenini bozan bir kişi olduğu ortaya çıkmaktadır[838]. İslâm tarihindeki ridde olaylarının daha çok toplu bir şekilde işlendiği de göz önünde bulundurulduğunda dinden dönme suçunun bağy ya da hırâbe kapsamında değerlendirilebileceği görüşü de ileri sürülmüştür. Bağy suçu çerçevesinde devlet başkanlarının toplum düzenini ve manevi açıdan huzurunu sağlama amacıyla gerekli görmeleri halinde verdikleri ölüm cezasının ta'zîr niteliği taşıdığı kabul edilmiştir[839]. Dinden dönenlerin, '*Allah'a ve Rasûlüne karşı savaş açan'* ve toplumun asayişini bozma açısından '*yeryüzünde fesat çıkaran*'lar (Mâide 5/33) grubuna dahil olmaları hasebiyle hırâbe suçu kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür ki müslüman veya zimmi olsun bu suçu işleyenlerin işledikleri suç nev'ine göre cezalandırılmaları, mürtedin de ölümle cezalandırılmasının dinden dönmesi değil, ölümü gerektiren suçları işlemesi sebebiyledir[840].

Fazlurrahman da İslâm'ın ilk dönemlerindeki uygulamaların, esas itibarıyla mücerret olarak din değiştirmeye verilen ceza niteliği taşımadığını, zekat vermeyenlerin mürted kategorisinde görülmesinin ise yanlış bir kıyasa dayandığını, oysa suçluların din değiştirmeyip sadece Peygamber (sav)'in vefatından sonra eski kabile egemenliklerini yeniden kurmak için merkezi otoriteye karşı geldiklerini belirtmiştir. Bu yüzden Kur'ân'da ifade edilmese de toplum dayanışması ve devletin bütünlüğü endişesi böyle bir yasayı zorunlu kılmıştır[841]. Bu açıdan ölüm cezasının dinden dönme suçu için devletin resmi dininin İslâm olması nedeniyle zarureten öngörüldüğü ortaya çıkar[842].

Hasan Hanefî ise *ridde* kelimesini izah ederken vahyin teşekkül dönemi ile tamamlanmasından sonraki dönem arasında bir ayrım yapmış, ikinci aşamada insanın akıl ve irade açısından bağımsızlığının ilan edildiğini, İslâmın vahyin hedeflediği amaçları gerçekleştirmesini tekit etmesi ve insan aklının bağımsızlık derecesine ulaşmaya yönelik ilerlemesi sürecinde *ridde*nin birinci döneme geri dönüş anlamı içerdiğini ifade etmiştir. Bu durumda *ridde* ifadesi-

838 Saffet Köse, *İslâm Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti*, Bakü 2002, s. 124-145.

839 Geniş bilgi için bkz. Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi (Hayatı ve Faaliyeti)*, çev. Salih Tuğ, 5. bs., İstanbul 1990, I, 543-545; Zeydân, *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, s. 416; Abdulkerim Osman, *en-Nizâmü's-siyâsî fi'l-İslâm*, Beyrut 1968, s. 66-67; Ali Muhammed Cafer, s. 79; Hüseyin Ebû Zeyd, I, 191-192.

840 Köse, s. 128-129.

841 Fazlurrahman, *İslâmî Yenilenme*, s. 104-105.

842 Ali Mansûr, I, 381-384.

ne anlam verirken zamana bağlı olgunun da dikkate alınması gerekmektedir. Hanefî bu çerçevede mürtede verilen cezanın amacını suçlunun sosyal açıdan tecrit edilmesi şeklinde izah etmiş; onun kestiği hayvanın etinin helal olmaması, nikahının feshi, öldürülmesi halinde katile kısas gerekmemesi gibi hükümleri de suçlunun toplumdan dışlanması doğrultusunda yorumlamıştır. Ona göre ridde ile ilgili kurallar, çoğunlukla fikri ve siyasi terörü engelleme gayesiyle uygulandığından ferdi düzeydeki bir din değiştirme olayını kapsayacak şekilde genel nitelik taşımamaktadır[843].

Bu bağlamda çağdaş alimlerin daha ziyade Hanefî hukukçuların bu suç için verilen ölüm cezasının zorunlu nitelik taşımadığı yönündeki görüşlerini dikkate aldıkları görülmektedir. Bu perspektifle genel olarak dinden dönme suçunun delillerinden "*Dinini değiştireni öldürünüz*" hadisinde suçlunun fiilinin "إرتد" değil de "بدل" şeklinde ifade edilmesinden hareketle irtidadın kişisel, tebdilin ise kitlesel boyutta olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre mürted, dinini değiştirmenin ötesinde İslâma cephe alarak hükümlerini değiştirmeye kalkışmakta ve insanların zihnini bulandırmaktadır[844]. Ayrıca Hanefî fakihlerin kadın mürtedin öldürülmeyeceği şeklindeki görüşleri de mürtedin öldürülmesine ilişkin yaklaşımların toplumsal güvenlik boyutuna dikkat çekmek üzere kullanılmıştır. Buna göre şayet mürtedin öldürülmesi salt din değiştirmeye karşılık verilen bir ceza niteliği taşısaydı, kadının bundan istisna edilmesinin izahı güçleşirdi. Nitekim kadın mürted, İslam toplumu için etkin bir tehlike ve tehdit unsuru olamayacağından irtidadından dolayı öldürülmesi söz konusu edilmemiştir. Bu itibarla irtidadın yol açtığı güvenlik problemi, ölüm cezasını gündeme getirmekle birlikte ogünkü konjoktürde dini olanla siyasi olanın iç içeliği, dine yönelik müdahalelerin siyasal sonuçlara neden olmasına, siyasal uygulamaların da dinî olarak algılanmasına neden olmuştur. Netice olarak İslam toplumuna yönelik bir tehdit unsuru oluşturmadığı ve müslümanlara yönelik fiilî bir mücadeleye kalkışmadığı sürece mürtedin öldürülmeyeceği ortaya çıkmaktadır[845].

İsyan suçu ile ilgili olarak Muhammed Hamidullah, bu suçun hükümete karşı muhalefet mahiyetinde olduğunu, bu çerçevede muhalefete neden olan dini esaslar ile siyasi ve dünyevi sebepler arasında herhangi bir fark bulunmadığını, hepsinde isyan suçunun işlendiğini kabul etmiş; dini muhalefetin tek örneğinin ise Hâricîler olduğunu belirtmiştir. Siyasî ve dünyevî sebeplerle girişilen muhalefet hareketlerini kıyam, ayaklanma, kurtuluş harbi, isyan ve iç harp şeklinde

843 Hasan Hanefî, *Mine'l-akîde ile's-sevra*, Beyrut 1988, V, 419.

844 Geniş bilgi için bkz. Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I, 543-545; Zeydân, *Mecmûa buhûs fı - hiyye*, s. 416; Abdulkerim Osman, s. 66-67; Ali Muhammed Cafer, s. 79; Hüseyin Ebû Zeyd, I, 191-192.

845 Yıldız, s. 123.

derecelendirmiştir. Bir ihtilalin düşünülmeyip sadece hükümetin bazı hareketlerine karşı gelme niteliği taşıyan muhalefeti *kıyam*, kıyamın haksız sebepler ileri sürülerek hükümeti devirme niyetiyle gerçekleştirilmesi durumunda *ayaklanma*, meşrû sebeplerle zalim bir hükümete karşı yönelmeyi *kurtuluş harbi*, kıyam edenlerin ülkenin bir kısmını işgal ederek kontrol altına alacak derecede kuvvetli olmaları safhasını *isyan*, isyanın merkezi hükümete denk bir hükümet teşkil edecek kadar büyümesi ve saldırıya geçmesi durumunu *sivil* ya da *iç harp* şeklinde isimlendirir. Ona göre zekat vermeyenlerle silah zoruyla itaat altına alınma gayesiyle yapılan savaş, onların isyan suçu işlemeleri nedenine, Hz. Ali ile Muaviye arasındaki savaş ise Muaviye'nin Hz. Ali'ye biat etmeyip muhalefet etmesi ve halkın da taraf tutmasına dayanır. Burada da tam anlamıyla bir isyandan söz edilmesi mümkün gözükmemektedir[846].

Çağdaş İslâm hukukçuları, isyanın bastırılmasından sonra suçlulara ta'zîren ölüm cezası verilebileceği yönündeki klasik görüşleri de göz önünde bulundurarak isyankarlara uygulanacak ölüm cezasının, mücerret isyanlarının değil savaş sırasında adam öldürmüş olmalarının cezası görünümünde olduğunu[847], isyan suçunda verilen ölüm cezasının bir öğüt ve ıslah çabasından sonra verilmesini dikkate alarak nasihatın fayda vermemesi durumunda takdir edilen cezaların ta'zîr niteliği taşıdığını ve bu cezaların bazen ölüm cezasına kadar varabildiğini belirtmişlerdir[848]. Bu açıdan isyan suçu, idari politikaya karşı girişilen hareket niteliği taşıması hasebiyle siyasi açıdan suç teşkil etmektedir. İsyan suçluları devlet başkanına karşı ayaklanarak düzenin değişmesini isteyen, esas amaçları fesat çıkarma olmayan, kendilerine göre müslümanların yararına hareket eden bir topluluktur. Bu nedenle gerçek amaçları, siyasi olup adi suç işleme düşüncesi içermemektedir. Devletin bunlara karşı gerektiğinde ölümle sonuçlanabilecek şekilde giriştiği mücadelenin şiddet arzetmesinin esas gayesi de terörün ve kargaşanın önüne geçmektir. Bu açıdan sadece zaruret halinde ve isyanı bastıracak ölçüde şiddete izin verilmiştir[849]. Nitekim esirlerin öldürülmemesi, mallarının alınmaması, sadece suçluların tedip edilmeleri ve tevbe edene kadar hapisle cezalandırılmaları nedeniyle isyankarlarla savaş esnasında onları öldürmenin aslında ölüm cezası şeklinde değil de suçluları, sözle ya da fiilî olarak mücadele etmek suretiyle ıslah edip yeniden topluma kazandırma amacıyla kabul edilen bir tedbir yöntemi olarak değerlendirilmiştir[850].

Ta'zîr suçlarının tarihsel yorumu ise şu şekilde yapılmıştır: Peygamber

846 Muhammed Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, İstanbul 1983, s. 143-144.
847 Ali Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, VII, 474; Hüseyin Ebû Zeyd, I, 424.
848 Abdülaziz Âmir, s. 36.
849 Fetûrî, II, 596; Hüseyin Ebû Zeyd, I, 421; Zeydân, *el-Mufassal*, V, 292.
850 Hüseyin Ebû Zeyd, I, 196.

(sav)'den sonra İslâm ülkesinin topraklarının genişlemesi nedeniyle İslâm hukuku ile farklı bölgelere ait gelenekleri birleştirme problemi ortaya çıktı. Ta'zîr cezasında da İslâmî gelenekle yöresel geleneğin birleşmesi eğilimi başgösterdi. Bu nedenle mezhepler, Kur'ân'a[851] ve Peygamber (sav)'in Kâ'b b. Mâlik, Murare b. Rabi' ve Hilal b. Umeyye'nin Tebük seferine mazeretsiz olarak gelmediklerini itirafları üzerine onları boykot cezası ile cezalandırması gibi uygulamalarına dayanarak toplumu koruma ve suçluyu ıslah amacı ile hakimin ceza verme yetkisine sahip olacağı sonucuna ulaştılar[852]. Bu bağlamda devlet reisi veya yasama yetkisine sahip olan meclis de güvenliği tehdit eden, insanların haklarını, mallarını ya da namuslarını zorla ele geçiren, gasbeden kişilere duruma göre ölüm cezası da dahil olmak üzere en uygun cezayı verme yetkisine sahiptir[853].

Çağdaş alimlerin klasik öğretide had kategorisinde yer alan cezaların bir çoğunu ta'zîr şeklinde nitelendirmelerinin temelinde ise bu tür cezalandırmanın mutlak olarak değil kanun koyucunun takdirine göre zorunluluk kazanması özelliği bulunmaktadır. Bu da toplum ve fert bazında gerekli görülmemesi halinde bu cezaların kaldırılmaya ya da değiştirilmeye uygunluğunu gündeme getirir. Bu ayrımı doğru olarak tespit etmek için suç türleri açısından ölüm cezasının hukukî temelini gözden geçiren çağdaş alimlerin, genellikle günümüz insan hakları çerçevesinde ölüm cezasının ilke olarak kaldırılması noktasında cezanın dayanağının bizzat Kur'ân olmaması gerektiği kriterini dikkate aldıkları görülür. Buna göre Kur'ân'da sarih olarak vazolunması nedeniyle kısasta kişinin tercih yetkisini tamamen kaldırmak mümkün değildir[854]. Zira Kur'ân'ın açık ve kesin bir şekilde vazettiği hüküm dini nitelik arzeder ki inanan insanın bu noktada ilahi hükmü, temeli beşerî telakkîlere dayanan bir düşünce karşısında reddetmemesi, sadece anlamaya ve gerekçelerini izah etmeye çalışması gerekir[855]. Abdülhâdî Abbas ise kısası, Kur'ân'da ayrıntıya gitmeksizin zaman ve mekan şartlarına göre ictihadda bulunmak üzere tümevarım işleminin ümmete bırakıldığı kanunî hükümler çerçevesinde ele alır[856]. Kur'ân'ı esas almanın temelinde ise Sünneti teşrî kaynağı olmada değersiz kılma düşüncesi değil[857], Peygamber (sav)'in uygulamalarının olgu ile direkt bağlantısı nedeniyle toplumun ilerlemesi sürecindeki bir "merhale" olarak dikkate alınması fikri bulunmaktadır[858].

851 Bkz. eş-Şûrâ 42/40; en-Nisâ 4/6, 34.
852 Homma, s. 7-8.
853 Aşmâvî, s. 173.
854 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 155.
855 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 150-151.
856 Abdülhâdî Abbas, I, 186.
857 Fazlurrahman, *İslâmî Yenilenme*, s. 128.
858 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 147.

Öte yandan bu cezalarla ilgili düzenlemelerin tek kaynağı Kur'ân ve Sünnet değildir. Kur'ân ve Peygamber örneğinin yanı sıra İslâm toplumu da hukuka kaynaklık etmiştir[859]. Nitekim İslâm hukuku o günkü toplumsal şartlarda anlaşıldığı şekliyle temel kaynakların yorumundan ibarettir. Bu bağlamda fukaha da fıkhın teşekkül döneminde ceza hukukunu had, kısas ve ta'zîr kategorileri üzerine kurarken bunların dinî, ahlakî ve kanûnî boyutları arasında kesin ve açık bir ayrım gözetmemiş[860], h. 4. asırdan sonra ise düşünce hayatında donukluğun başlaması ile fakihlerin yorumları da dini boyutla karışmıştır. Din ile siyaset ayrımını savunan yaklaşıma[861] göre fukaha her ne kadar Kur'ân ve Sünnetin vazettiği temel ilkelerden hareket etse de onların fer'î meselelerdeki görüşleri, bu ilkelerin önüne geçmiş, bu nedenle insan haklarının devlet yönetiminde anayasa niteliğinde temel esas olarak dile getirilmesi gündeme gelmemiştir. Oysa modern öğretide toplumsal mücadeleler sonucu elde edilen insan hakkı kavramı, öncelikle kanunî bir esas niteliğindedir. İnsan onurunu korumaya yönelik haklar derlemesi haline gelişi ise daha sonraları teori ve pratiğin karşılıklı etkileşimi sayesinde tedricen gerçekleşmiştir[862].

Bu durumda İslâm ceza hukukunda yer alan hadlerin çoğunluk itibarıyla bizzat Kur'ân'ın vazettiği cezalar olmaması ve İslâm öncesi gelenekte de temellerinin bulunmasından hareketle bunların çağdaş toplumların kural ve ilkelerine uygun olarak geliştirebilir 'tarihsel uygulamalar' kavramı altında yer aldıklarını ifade eden Hasan Hanefî, Kur'an'da yer almadığı halde fakihlerin recm cezasını yeniden tatbike koymalarının, hükümlerin tatbikinin kamu

859 Fazlurrahman, *İslâmî Yenilenme*, s. 103.

860 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 143; Fakihler cezalarla ilgili tikel meselelerde böyle bir ayrıma değinmeseler de genel olarak hükümleri, bizzat sarih naslara dayanan ve ictihada dayanan şeklinde iki kategoriye ayırmışlardır. Bu bağlamda İbn Âbidîn zamanla değişen geleneklere ve bir zaruretin ya da fesadın ortaya çıkmasına bağlı olarak ictihadî hükümlerin de değişeceğini, değişime rağmen önceki hükümde ısrarın, insanlara zarar ve zorluk doğuracağından kolaylaştırma, zararın giderilmesi ve hafifletme şeklinde genel ilkeler ile çelişeceğini ileri sürmüştür (İbn Âbidîn, *Resâil*, II, 123). Buna göre fıkıh öğretisinde zamanın gereklerine uygun olan örf ya da maslahat ile temellendirilen kuralların şartların değişimine paralel olarak değişeceği esasının kabul edilmesi (bkz. Kârâfî, *el-Furûk*, I, 176) yenilikçi düşüncenin hukuki düzenlemelerin yegane kaynağının naslar değil fakihlerin yorumları olduğu şeklindeki anlayışına ışık tutmaktadır.

861 19. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan genel yarar kuramının hak ve hürriyetleri insanî, toplumsal ve kanunî bir konuma yerleştirmesi, dinin siyasetteki rolünü ortadan kaldırmıştır. Bu teorinin etkisiyle zamanla İslâmın da evrensel medeniyette bir temel oluşturabilmesi için dini sahada hukukun yenilenmesi, genel olarak da İslam alemindeki siyasi yapının yenilenmesi çağrıları gündeme getirilmiştir. Bu perspektife göre yeni bir medenî sistemin saiki olarak İslâmın ruhu çerçevesinde şekillenmek mümkündür; yani hukuki düzenlemelerin sebebini teşkil eden maslahat çerçevesinde temel insan hakları, mübah kılınmakla kalınmayıp teşvik de edilmiştir: Rıdvan Seyyid, *Siyâsiyyetü'l-İslâmî el*-muâsır, Beyrut 1997/1418, s. 245-246.

862 Abdülhâdî Abbâs, I, 192-193.

düzeninin gereklerine bağlı bulunduğunun bir göstergesi olduğunu ve bu tip uygulamaların dayanağını, dini değil medeni kuralların teşkil ettiğini ileri sürer[863]. Nitekim tarihselci söylemde ölüm cezası kapsamında olmasa da Hz. Ömer'in açlık söz konusu olduğunda hırsıza el kesme cezasının verilmemesi şeklindeki ictihadı, had cezalarının medeni oluşunun en belirgin örneği olarak gösterilmiştir. Buna göre hırsızlığın gerçekleşme imkanı bulamayacağı bir sosyal adalet bağlamında el kesme cezası geçerli olur. Hırsızın elini kesmek suretiyle İslâm hukukunu uygulama iddasında bulunmak ise işe sondan başlamak demektir. İlâhî kanuna uymaya çalışan bir toplumun ilk görevi ise hırsızlığa yol açan sosyal şartları yani her türlü sosyal adaletsizlik ve sefalet şekillerini kaldırmaktır[864]. Bu da şer'î makâsıdın gerekli durumlarda hakkında nas bulunan hususta da etkin olduğunu gösterir. Nitekim Hz. Ömer'in kıtlık zamanında el kesme cezasını durdurması, ihtiyacın zorunlu olarak hırsız görünümü verdiği kişiyi değil, Şâri'in gerçek hırsızı cezalandırmadaki kasdı sebebiyledir. Aç kalan kişi ise başkasının ihtiyaç fazlası sahip olduğu şeyi almaya hak kazanır[865].

Hz. Ömer'in uygulamaları, had cezalarının kaldırılmayıp mutlak olarak değil de suçların ve toplumsal olguların dikkate alınarak uygulanması gerektiği[866] yönünde izah edilebilir. Aynı şekilde Yusuf Mûsâ, Hz. Ömer'in bir kişiye karşılık adam öldürme suçuna iştirek edenlerin hepsini öldürmesini de bu doğrultuda yorumlamıştır. Ona göre Hz. Ömer nassın açık anlamını bırakıp kısas hükmünün, kanların akıtılmaktan korunması şeklindeki vazediliş amacını göz önünde bulundurmuştur. Zira canilerin suç işlediklerinde öldürüleceklerini bilmeleri durumunda suça yanaşamayacakları bir gerçektir[867]. Bu noktada denilebilir ki Hz. Ömer'in uygulamaları, Peygamber döneminde bir gayeyi gerçekleştirecek alt yapıya sahip bir hükmün, şartların değişmesi ile zamanla gayeyi gerçekleştiremez hale gelmesi durumunda şekline takılıp kalınmaması, gayeyi gerçekleştirmek için gerektiğinde şekilden fedakarlıkta bulunularak yeni çözümlere gidilmesinin meşruiyeti hususunda örnek teşkil eder[868].

Nasr Ebû Zeyd de bizzat had kavramının 'sınır' şeklindeki anlamının sınırlanmış/*mahdût* olanı zorunlu kıldığı, anlam içeriğinde 'sınır' kavramının bulunmadığı hiçbir haddin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. Bu nok-

863 Hasan Hanefi, "Soruşturma", *İslâmiyât*, I(1998/4), s. 287.
864 Roger Garaudy, "Şeriat Nedir?", *İslâmiyât*,I(1998/4), s. 23.
865 Tabiî hukuk ise ancak kanun bulunmaması halinde böyle bir durumu göz önünde bulu - durur: Allâl el-Fâsî , s. 56.
866 Fudaylât, I, 67.
867 Muhammed Yusuf Mûsa, *Fıkh-ı İslâm Tarihi*, trc. Ahmed Meylani, İstanbul 1973, s. 104-105.
868 Aziz el-Azme, Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku, çev. Fethi Gedikli, İstanbul 1992, s. 195-196

tada da cezaların amaçlarını gündeme getirmiş; İslâm hukukunun hadler ile varmak istediği asıl hedefin recm, kısas vb. cezaları uygulamak değil, toplumun kötülüklerden korunması olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden de öncelikle cezaların gündeme getirilebileceği bir sosyal yapının kurulması gereklidir. Nitekim Mekke'de iman ve ahlâk esasları yerleştirilirken Medine'de sosyal yapının kurulması nedeniyle pratik yasamaya gereksinim duyulmuş ve bu yapıya yönelik hukuki düzenlemelerin gerçekleştirilmesi süreci yaşanmıştır[869]. Tarihsel açıdan bu gerçek her zaman tekerrür edebilir. Bu yüzden prensip olarak öncelikle hadler tarafından koruma altına alınması mümkün bir toplumun varlığı ve sosyal yapısı dikkate alınmalıdır[870].

Bu bağlamda da Mekke'de müslümanların dinlerinden dolayı ihlal edilen haklarının Medine'de saygın bir hale gelmesi ve onurlu bir yaşam biçimine intikalleri, haklar ve yükümlülükler hususunda ferdin ve toplumun ıslahı açısından ilerlemeci bir ilke takip edildiğini ortaya koymaktadır[871]. Buna göre devletin, toplum güvenliğini temin etmeye yönelik bir çaba sergilemesi durumunda hadleri uygulaması mümkün olur[872]. O halde öncelikle hakların temin edilerek garanti altına alınması ve yetkili otorite tarafından korunması gerekir, aksi takdirde görevlerin ifası istenemez[873]. İnsanların temel ihtiyaçları karşılandıktan, gençlerin zamanında evlenmelerini kolaylaştırdıktan, iskan sorunlarını çözdükten, sanat ve medya dünyasındaki cinsel tahrik yollarını engelledikten sonra zinanın cezalandırılmasından; şiddeti teşvik edici faktörler yok edildikten sonra kısastan bahsedilebilir ki hadleri uygulamanın zorunluluğu ancak bu şartlar gerçekleştikten sonra kabul edilebilir[874]. Bu nedenle yasakların tespiti ve müeyyidelerin tatbiki sırasında aşamalı bir metod takip edilmeli, cezayı topyekün kaldırmak yerine önce içinde yaşanılan ortamın sosyal şartlarına göre adalet, önleme ve ıslah amaçlarını temin eden cezalar kullanılmalı, ideal ortamın temin edilmesi durumunda ise asıl hüküm uygulamaya konulmalıdır[875]. Aşmâvî de hadleri, öncelikle adaleti gözeten bir toplumun var olması, siyasî, iktisadî ve sosyal adaletin gerçekleşmesi gibi muayyen şartların mevcudiyetine bağlı olarak tatbik edilmeleri hasebiyle "*ukûbât şartıyye*" şeklinde nitelendirir. Bu noktada *şartıyye* ifadesi,

869 Nasr Ebû Zeyd, *İlahi Hitabın Tabiatı*, s. 36-37; Aynı şekilde Subhi Sâlih de Peygamber (sav)'in Mekke'yi fethinden sonra oradaki kötülükleri kaldırdığını dile getirir ve bu sırada Ahmed b. Hanbel, Evzaî ve İshak'ın "hadler düşman topraklarında infaz edilmez" şeklindeki görüşlerini hatırlatır: Subhi Sâlih, s. 70.

870 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 226.

871 Ahmed en-Naîm, *Nahve't-tatvîr*, s. 227-228.

872 Fudaylât, I, 67.

873 Fazlurrahman, *İslâmî Yenilenme*, s. 103; Hasan Hanefî, *et-Turâs ve't-tecdîd*, s. 18.

874 Hasan Hanefi, "Soruşturma", s. 287; Muhammed İmran, s. 1.

875 Selîm el-Avvâ, s. 137-138; Şelebî, *Tatbîkü'ş-şerîa*, s. 110-111.

adeta had cezalarının dinî nitelik taşımadığını vurgulamak için kullanılmıştır. Nitekim Aşmâvî, ibadetlerin dışındaki bütün şer'î hükümlerin şer'î olmayan amaçlar doğrultusunda uygulandığını belirtmiş; cezaların da müslümanlara karşı İslâm adı altında zalim hükümetler ya da adalet vasfını haiz olmayan hakimler tarafından sahte tutanakla veya yalana dayanan şehadetle ispat edilerek zulüm ve baskı yoluyla uygulanmamasına dikkat çekmiştir. Bu bağlamda toplumun hadlerin tatbikinden sorumlu değil, bilakis söz konusu cezaları af, tevbe, şüphe durumunda düşürmek suretiyle veya suçların ispatını zorlaştırıcı şartlarla cezalandırmada müsamahakar ve hoşgörülü davranmakla emrolunduğunu ifade etmiştir[876].

Cevat Akşit, İslâm ülkesine izinli olarak gelen harbîyi yani müste'meni öldüren müslümana kısas gerekmemesi şeklindeki düzenlemenin sebebini de benzer bir yaklaşımla izah eder. Ona göre pasaportlu harbînin mutlak masum sayılmaması, harbînin zararlı bir yabancı, bir düşman olması ihtimalinin bir başka ifadesidir. Ancak burada kısası kaldıran asıl neden, kısas gibi ağır bir cezayı her vesileden faydalanarak sınırlama endişesinden kaynaklanmaktadır. Harbîyi öldüren kişiyi öldürmemek ise harbînin hayat hakkını önemsememek değildir. Akşit, bu noktada öldüreni öldürmekten kurtarmanın, ölüm cezasının uygulama alanını daha da daraltma çabasından ibaret olduğunu söylerken ölüm cezasının kaldırılması yönündeki eğilimin de öldürülenin hayatına değer vermemekle değil, öldürenin bile hayatını dokunulmaz sayan görüşle açıklanabileceğini, İslâm'da da kısasın her vesileyle sınırlanması çabasının bu şekilde izah edilebileceğini belirtir[877].

Fukahanın zina fiilinin ispatı için ileri sürdükleri şartları değerlendiren çağdaş alimler de bu şartların ispatı zorlaştırıcı nitelik taşıdığı hususunda hemfikirdirler. Birçoğu da suç teşkil eden zina eyleminin gizli yapılmasının doğası gereği dört şahid tarafından bilinmesinin neredeyse imkansız olduğunu kabul etmiş, diğer suçların ispatında da adil iki şahit ya da iki kez itiraf etme unsurunun aranmasından hareketle İslâm hukukunda suçların ispatının zorlaştırılarak cezaların gerçekleştirilmesinin son derece sınırlı bir alana çekilmesi eğiliminin hakim olduğu sonucuna varmıştır[878]. İlk bakışta ikrarın bir ispat vasıtası olarak kullanılması kolaylaştırıcı bir etken olarak düşünülse de bu örnek, pratik hayatta bir suçu itirafın oldukça zor ve nadiren gerçekleşen bir eylem olduğunu göstermektedir. Bu noktada zina suçlarında elli yılı aşkın süredir İslâm ceza hukukunun klasik görüşünü uygulayan Suudi

876 Aşmâvî, s. 170-171.

877 Akşit, s. 122.

878 Selîm el-Avvâ, s. 126; Hüseyin Ebû Zeyd, *el-Ukûbetü'l-cesediyye beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vad'î*, (y.y.) 1997/1418, I,222, 423; Muhammed İmran, s. 159; Fudaylât, I, 65-66; Akşit, s. 152.

Arabistan'da ikrar ile ispat edilen bir tane zina davasının bulunduğu örnek olarak verilir[879].

Câbirî zina fiilinin gerçekleştiği andaki ayrıntılara şahit olmak için ortaya konulan şartların bugünkü yerleşik yaşamın gerçekliğinde suçun ispatını tamamiyle imkansız kıldığını ileri sürer[880]. Allah hakkı olarak isimlendirilen ve nasla belirlenen özel ceza türünün yani hadlerin şüphe ile düşmesinin ise bu cezaların göreli olarak uygulanan İslâmî hükümler niteliği taşıması anlamına geldiğini belirtir. Bu noktada Câbirî çağdaş hayatın karmaşıklığı nedeniyle, şüpheli durumların çok ve çeşitli olduğunu da gündeme getirerek daha önce had cezalarının şüphe ile düşmesi durumunda sanığın beraatının kesinleşmediği durumlarda ıslah amacıyla hapis, sopa gibi cezalar verilmesi gibi bugün de bu tip ta'zîr cezaları ile yetinmenin zorunlu olduğunu ifade eder[881].

Çağdaş söylemler genel olarak değerlendirildiğinde ölüm cezasının mutlak olarak değil de sosyal şartlara bağlı olarak gerekli görülmesi şeklinde esnek bir çözüm yönteminin ortaya konduğu görülmektedir. Nitekim bu yöntemin pratik örneği, tarihi süreç içerisinde ölüm cezasının dünyanın çeşitli ülkelerinde ilga ve yeniden kabul etme şeklinde gelgitlere sahne olmasında yaşanmıştır. Bu nedenle neticede ölüm cezasının mutlak olarak kabulü ya da ilgasına yönelik değişmez kurallar benimsemenin mümkün olmadığı, ancak cezanın tamamen toplumda hakim olan siyasî, iktisadî, fikrî, ahlakî ve kültürel şartlara bağlı olması nedeniyle dinî değil medenî nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.[882]. Dolayısıyla yenilikçi dini söylemlerde henüz modern insan hakları öğretisindeki 'ölüm cezasının tamamen kaldırılması' savı gündeme getirilmediği, yalnızca bu savın konjonktürel gerçekliği dikkate alınarak insan hakları alanında bir ilerleme olarak onaylanmasına yönelik izahlar yapıldığı tespit edilmektedir. Nitekim tarihsel perspektif, makasıd eksenli yorumlarla bütünleşerek evrensel nitelikli genel ilke ve amaçlar doğrultusunda 'had' cezalarının olgusal değişebilirliğine kapı aralamaktadır. Bu bağlamda ölüm cezasının sosyal şartların elvermesi halinde kaldırılmasının, İslam'ın aşamalı olarak gerçekleştirmeyi hedeflediği amaçlardan 'hayatın korunması' ilkesinin nihai sınırını teşkil ettiği sonucuna varmak mümkündür.

879 Suçluların recm cezalarının infazı 1957 yılında hac mevsiminde, arefe gününden sonra gerçekleştirilmiştir: Selîm el-Avvâ, s. 129.
880 Câbirî, "Çağdaş Dünyada 'Şeriat'ın Tatbiki' Problemi", s. 39-40.
881 Câbirî, *Yeniden Yapılanma*, s. 71-72.
882 Gassân Rabâh, s. 381.

SONUÇ

Hayat ve ölüm, gerçeğin iki uç noktası. İnsanoğlu hep bu iki sınır arasında planlamış duygularını, düşüncelerini, eylemlerini… Ama her zaman kendisinin hayatına başkasınınkinden daha fazla öncelik tanımış, hatta menfaat, hırs, şehvet, intikam gibi kötü hislerinin peşine takılarak bir başkasının hayatına son vermeyi dahi göze alabilmiştir. Nitekim Kâbil, kardeşini öldürerek insanlığa öldürme eyleminin ilk örneğini göstermiştir. İnsan türünün çoğalıp zamanla toplum haline gelmesiyle birlikte hem öldürme eyleminin tür ve saikleri çeşitlenmiş, hem de toplumlar bu suça karşı belirli tepkileri ve önlemleri şekillendirmeye başlamışlardır. Bu aşamada daha ziyade toplumun bütünün korunması önplana alınmış, suç ve ceza belirlemesinde o toplumun dini-ahlâkî kabulleri etkili olmuştur. Ölüm ise tevhid inancının bulunmadığı erken dönem toplumlarda tanrının öfkesinden korunma amacıyla masum bir kişiyi kurban etme şeklinde tezahür ederken toplumsal telakkilerin, suçun suçlunun hayatına son verilmesini gerektirecek şekilde kuvvetli olduğu noktada suçluya uygulanan bir cezaî yaptırım türü olarak ortaya çıkmıştır.

Ölüm cezasının bu dönemdeki karakteristik özelliği, adam öldürme gibi bireye ve dinî-ahlakî ilkeleri ihlal şeklinde topluma yönelik suçlar için gerekli görülmesi, sorumluluğun kolektif olması nedeniyle her iki tür ihlalin de toplumun bütünü tarafından ortak olarak cezalandırılması, dolayısıyla şahsi öç alma hakkına sahip olan bireyin de ait olduğu grupla birlikte hareket ederek intikamını alma imkanına sahip bulunmasıdır. Bu başlangıç, şekil ve içerik açısından günümüz telakkilerine hayli uzak düşse de ölüm cezasının insanlık tarihindeki temellerini ortaya koyma açısından önem arzeder. Nitekim suç-

ların tespitinde dikkate alınan bireysel ve toplumsal kriterler, ölüm cezası ile hedeflenen amaçlarda da göz önünde bulundurulmuştur. Öç alma olgusu toplumsal gelişime paralel olarak ortadan kalksa da adam öldürme suçu için verilen ölüm cezasında öldürülen kişinin hayat hakkını aynen telafi etme şeklinde bir ödetme kuramı, hem genel hem de özel menfaat ve değerleri ihlal durumunda suçlunun cezalandırılması ile potansiyel suçlulara gözdağı verme suretiyle suçların önlenmesi şeklinde bir ortak yarar kuramı, bu cezanın tarihi seyrinin daima temel taşlarını oluşturmuştur.

Ölüm cezasının sosyal temeli ise toplumların gelişmesi ve büyümesiyle birlikte değişen telakkilerine paralel olarak farklı içerikler kazanmakla birlikte kabul edildiği sistemlerin en gelişmiş şeklinde dahi nüve olarak bulunur. Hatta suçlunun öldürülmeyip ıslah edilmesi amacının önplana alınması ve onun da hayat hakkına saygı duyulması şeklinde ileri sürülen tezin temelinde de bu cezanın sosyal realite ile ilişkisinin bulunduğu düşünülmelidir. Zira bu tez, gerçekte savunulduğu toplumun kabullerinin geçirdiği düşünsel gelişimin bir ürünüdür ki o toplumda ölümün değil, hayatın öncelikli konum kazanacak şekilde insan haklarının tekamül ettiği varsayılabilir. Bu konuma gelen toplumlarda ölüm cezasının içeriğindeki bu köklü değişim ise önce felsefe, ahlak ve hukuk doktrini alanındaki eğilimlerin tarihsel gelişimine paralel olarak teorik düzeyde gerçekleşmiş, teorinin zaman içerisinde toplumsal bilinci etkilemesi nedeniyle de pratiğe yansımıştır.

Bu bağlamda ister varlığı ister kaldırılması savunulsun, ölüm cezasının öz itibarıyla dayandığı temeller belirginlik kazanmaktadır. Zaten konuya bu şekilde hissi ve tarihi bir giriş yapmamızın amacı da bu cezanın duygusal altyapısını ortaya koymak ya da tarihi seyrini özetlemek değil, temel unsurlarını tespit ederek nihai yargıya varabilmektir. Nitekim ölüm cezasını kabul ya da reddetmek, soyut planda kalacak olan bir zihin jimnastiği olarak değil, mutlaka somut olarak pratik hayata aktarılacak bir düşünce aşaması olarak kabul edilmelidir. Buna göre bu cezayı kabul eden ya da kaldıran her sistemin kullandığı kriterler genel olarak hissi ve fikri, teorik ve pratik, ideal ve gerçek şeklinde ikili yapıya sahiptir. Dolayısıyla ölüm cezasını, tek bir ölçütü değil de ikili niteliğini göz önünde bulundurarak temellendirmek daha sağlıklı sonuçlara götürecektir. Zira bu ikililer, olanı yansıtan realite ile olması gerekeni yansıtan idealin doğal etkileşimi sebebiyle ölüm cezasının tarihi seyrinde de birbirlerini tek taraflı değil, genellikle çift taraflı olarak etkilerler. Aynı şekilde Kur'an da nazil olduğu toplumun adam öldürme, zina, eşkıyalık gibi suç telakkilerini onaylayarak toplumun bu suçlara karşı duyduğu öfkeye ve talebe normatif bir karakter verirken onu idealize etmemiş, yeniden düzenleyerek kendi ilkelerine göre bir biçim kazandırmış, Peygamber (sav) de adeta

Kur'ân'ın kurduğu ceza teorisini pratiğe yönlendirmiştir. Böylelikle İslâm ceza hukuku da normatif ögelerini sosyal realiteyi dikkate alarak belirlerken olanı olduğu gibi kabul etmemiş, olması gerekeni de düzenleyerek kendi cezalandırma politikasını belirlemiştir.

İşte bu nedenledir ki fıkhın teşekkül döneminde ölüm cezası da dahil olmak üzere genel olarak ceza hukukunun alanını belirleyen fukaha, gerek Kur'ân gerekse sünnette öngörülen cezaların teorik yapısını ortaya koymak için pratik unsurlardan ayıklanması amacıyla herbirinin cahiliye dönemindeki tatbik şekillerini dile getirerek tarihi arkaplanını tespit etmişler; İslâmın da pratik hayattaki olumsuzluklara yönelik düzenlemeler getirerek kendi ceza teorisini kurduğunu vurgulamışlardır. Buna göre İslam, iki pratik arasında bir mihenktaşı fonksiyonunu üstlenmekte ve kendisinden öncekilerin yanlışlarını düzelterek sonrakilerin uygulayacağı doğruları tespit etmiş olmaktadır. İslam hukukçuları bu çerçevede öncelikle bizzat naslardan ölüm cezasını gerektiren suçları belirlemişler, akabinde de İslâmın bu cezaya yaptığı katkıları ve verdiği yeni şekli ifade etmişler; ayrıca bu dinin son din olma açısından ebedilik karakterini vurgularcasına bizzat Kur'ân ve sünnet tarafından belirlenen yani 'had' kapsamındaki cezalar arasında yer alan ölüm cezasını da değiştirilmesi, eksiltilip artırılması mümkün olmayan bir nitelikte görmüşlerdir. Bu kabulün temelinde ise Kur'ân'da had kelimesinin çoğulu olan 'hudûd'un Allah'a izafe edilerek çiğnenmesi yasak olan kurallar şeklindeki kullanımı bulunur. Peygamber (sav)'in bir hırsızlık vakasında cezayı önleme için yapılan arabuluculuğa karşı çıkarken veya hadlerin dışındaki cezaların on kırbaçtan fazla olmayacağını belirtirken ceza yerine 'had' kelimesini kullanması gibi örnekler nedeniyle hadlerle ilgili esaslar, Şâri'in bizzat miktarını belirlediği cezalar şeklinde algılanmıştır. Miktarın belirlenmesi tabiri aslında sayısal bir nitelendirme anlamı içerse de ölüm cezasının 'katl' kelimesinin türevleri ile Kur'ân ve sünnette vazedilmiş olması, bu cezayı da sâbiteler kategorisine dahil etmiştir.

Ölüm cezasının hem teorik hem de pratik olmak üzere düalist karakteri bu noktada da tezahür eder. Şöyle ki İslam hukukçuları uygulamadaki aksamaları önleme amacıyla ceza hukukunun temellerini naslara dayandırmak suretiyle sağlam bir teorik zemin belirlemişler, doktrin ve gelenek düalizmini çözme amacıyla bir yandan ilahi normları realiteye uygun yorumlama çabası gösterirken diğer yandan da Kur'ân ve Sünnet tarafından tespit edilmiş olan had cezalarının aşkın bir kaynağa, ilahi niteliğe sahip olduğu ve fıkıhta korunması gerektiği görüşüne sahip olmuşlardır. Böylece uygulayıcı konumundaki kadıların kendilerine tanınan yetkileri kullanmak suretiyle ceza hukukuna pratik alanda esnek ve pragmatik bir yapı kazandırmalarının yanı sıra fakih-

ler, genel olarak fıkhı belli bölgenin vakaları ile sınırlandırmayarak aşkın ve soyut bir konumda tutma amacıyla suç ve cezalarla ilgili normları detaylı bir şekilde yorumlamış ve suistimal durumunda ideal ve soyut standartlara göre onaylamama ve eleştirme hakkını korumak istemiştir. Bu standartlar çerçevesinde de cezanın Kur'ân ve sünnet tarafından takdir edilmesi ya da suçla ihlal edilen hakkın sahibi kriterlerini dikkate alarak had ve kısas kategorisindeki ölüm cezasının dinî nitelik taşıdığı yargısına varmışlardır.

Bir yandan suç ile ihlal edilen hakkın Allah'a izafesi takdir edilen cezaya mutlak itaati çağrıştırırken kula nisbeti de telafiyi gündeme getirmekte diğer yandan da hakkın Allah'a izafesinin bir aidiyet olarak değil de bütünüyle topluma yönelik mecazi bir anlam taşıdığı kabul edilerek ölüm cezasının insanlık tarihindeki geleneksel temelleri onaylanmaktadır. Zira gerek 'Allah hakkı' gerekse 'kul hakkı' terimleri, bu cezanın bireye ve topluma yönelik en ağır ihlalleri içeren suçlar için öngörüldüğü tezini doğrulamaktadır. Nitekim kısas, kanunîlik açısından had kategorisinde yer alsa da özel hakkın telafisi amacını içermesi nedeniyle fıkıh literatüründe genellikle müstakil başlıklar altında ele alınmıştır. Allah haklarında ise suçun neticesinde ortaya çıkan zararın mahiyeti, misilleme ile giderilmeye müsait değildir; dolayısıyla zina, hırâbe, isyan ve dinden dönme suçlarının neticesinde meydana gelen zararların daha ziyade topluma yönelik olması nedeniyle cezalandırmada işlenilen suçun verdiği zarara denk bir ceza ile cezalandırılarak potansiyel suçlulara gözdağı vermek suretiyle toplumun korunması amacı hedeflenmiştir. İşte fukahanın, had terimi ile cezalandırma sistemini kanunîlik ilkesine dayandırmak suretiyle ölüm cezasının teorik temelini kurmalarının yanı sıra hak ayrımı çerçevesinde de bireye ve topluma yönelik pratik sonuçlarını dikkate aldıkları tespit edilmektedir.

Bu sonuçların zamanla daha bütüncül amaçlarla ifade edilmesi, ölüm cezası ile korunmak istenen din, nesil ve hayat esaslarının evrenselliği çerçevesinde cezanın dinî ve değişmezlik karakterini yeniden vurgulamıştır. Bu ilkelerden neslin korunması, klasik öğretide zina suçu için öngörülen recm cezasının temel hedefi olarak kabul edilmiştir. Zira Kur'ân'da zina suçu için sopa cezası vazedilmişken Peygamber (sav)'in evlilere recm uygulaması, neseblerin karışarak neslin muhafazasının ihlali şeklinde yorumlanmıştır ki bugünün teknolojik imkanları ile bu esası savunmanın imkansızlığı ortadadır. Buna göre zinanın gerek sopa gerekse recm şeklinde cezalandırılmasının asıl nedeni, bizzat suç teşkil eden eylemin çirkinliğidir. Böyle bir fiili işleyen suçlunun evli olması durumunda recm şeklinde daha ağır bir şekilde cezalandırılmasını had kategorisine dahil eden fakihlerin görüşleri, tamamen kavlî ve fiilî sünnete dayanır. Ancak Peygamber (sav)'in gerek bu cezayı tatbike

yönelik zorlaştırıcı ve çekinceli politikası gerekse fıkıh doktrininde recmin meşrûiyetine yönelik tartışmalar göz önünde bulundurulduğunda ölüm cezasının zina suçu için zorunlu olarak gerekmediği sonucuna ulaşılır. Hatta Peygamber (sav)'in uygulamalarının temelinde normatif karakterden ziyade realitenin önplanda tutulduğu düşünülebilir ki bu durumda asıl amacın, recm cezasını uygulamak değil bizzat zina eyleminin gerçekleştiği toplumun sosyal yapısını dikkate alarak bu suça yönelten etkenleri ortadan kaldırmak olduğunu, cezanın da mutlak olarak değil reel faktörlere göre ağırlaştırılacağını kabul etmek mümkündür.

Dinin korunması esasının ölüm cezası ile doğrudan temellendirilmesi yerine de bu ilke ile dinden dönme suçu arasındaki bağ yeniden sorgulanmalıdır. Zira bu suçun ölümle cezalandırılmasının dayanağı Kur'ân değil Peygamber (sav)'in ifadeleridir. Sahabenin uygulamaları, hatta fukahanın din değiştirme olayının söz konusu olmamasına rağmen zekat vermeyenleri de bu suç kapsamında değerlendirmeleri dikkate alındığında ise ölüm cezası gerektiren suçun sadece İslamı kabul ettikten sonra redderek bir başka dine dönme mahiyeti arzetmeyip İslamın siyasi birliğinin teşekkül döneminde otoritesini sağlamlaştırma gayesini içerdiği ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde mücerret olarak devlete isyan niteliği taşıyan her siyasi eylemin de mutlaka ölümle cezalandırılacağını savunmak zordur. Nitekim Hz. Ali'nin öldürülmesi, isyan suçunun unsurlarından 'te'vîl'i içermesi hasebiyle devlet başkanı olarak bizzat şahsına yönelik siyasi bir eylem olmasına rağmen suçlunun kısas sistemine göre cezalandırılması örneğini ve literatürde genel olarak isyan durumunda bir toplulukla 'kıtâl'den bahsedilmesini dikkate alan bir yoruma dayanarak devlet otoritesine karşı gelme hareketini ölüm cezası ile cezalandırmak yerine 'dahilî' ya da yakın savaş şeklinde nitelemek suretiyle ceza hukuku alanının dışında tutmak gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim tamamen soyut ve izafî temellere dayanan bir eylemin en ağır ceza ile cezalandırılması, suçların ispatının son derece zorlaştırılarak ölüm cezasının tatbikini adlî hatanın imkansız olduğu ve cezanın infazının kaçınılmaz bir hal aldığı durumlarda mümkün gören İslâm ceza hukukunun genel karakteri ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca savaşın, suçluların sadece te'villeri ile değil de güç kullanmaları ve arabulucuların çabalarına olumsuz karşılık vermeleri durumunda gündeme gelmesi, ateşkese yanaşmayan ve kendi içerisinde siyasi gücü bulunan bir grupla çatışma ya da savaş şeklinde bir mücadeleyi çağrıştırmaktadır ki savaşın doğası gereği can kaybı kaçınılmazdır. Hatta fakihlerin savaşın akabinden her iki tarafın müslüman olması nedeniyle kaçanların takip edilmeyip esirlerin de öldürülmemesi görüşünü benimsemeleri de isyanın sadece bastırılma yani ülkenin bütünlüğünü sağlama amacı ile kayıtlanması, daimi ve zorunlu olarak ölüm cezası gerektiren bir suç olduğu kabulüne engel olmaktadır.

Hırâbe eylemi ise toplumun güvenliğini tehdit etmekle birlikte siyasî karakter taşımaması hasebiyle bir suç olarak kabul edilebilir. Ancak fıkıh öğretisinde yol kesme, silahlı soygun gibi fiillerin de topluma karşı savaş açma şeklinde yorumlanması, bu suçların 'harb' kökünden bir kelimenin kullanıldığı âyetin kapsamına dahil edilerek ölümle cezalandırılmasını gerektirmiştir. Öte yandan vazedilen çeşitli cezalara denk olacak şekilde suç türlerinin tespiti de ölümün, bizzat hırâbenin yegane cezası olmadığını düşündürmektedir. Her ne kadar fukaha bu suçu bütün olarak had şeklinde nitelendirse de tevbe ile bu niteliğin düşmesinin yanı sıra kul hakkına yönelik cezaların uygulanmasının gerekliliğini savunmaları dikkate alındığında zaten bu suçun bünyesinde bulunduğu kabul edilen suçların cana ve mala karşı işlendiği, cana karşı işlenmesi durumunda ise herhalükarda kısas sisteminin devreye girdiği görülür.

Bu noktada İslâm ceza hukukunda topluma yönelik hakların ihlalinde önceliğin cezaya değil ceza ile korunması hedeflenen hakların teminine verilmesi gerektiği, bu durumda da geleneksel kabülün aksine ölüm cezasının mutlak olarak zorunlu ve bağlayıcı bir nitelik taşımadığı sonucuna ulaşmaktayız. Buna göre klasik öğretide bu cezanın dinî nitelik taşıdığı yönündeki eğilim, o günün sosyal şartları içerisinde pratikteki suistimalleri önleme açısından üst sınırı ifade etme bazında cezâî kurallar tespit etme çabasının ürünüdür. Bu nedenle asıl zorunluluğun, had kategorisindeki suçların, ölüm cezasını gerektirmesinden ziyade altyapısını teşkil eden toplumsal düzeyde işlenmesine yol açan faktörleri yok etme hususunda söz konusu olması gerekir ki bu cezanın realite ile ilişkisine bağlı olarak gerekliliği bağlamında caydırıcılık, ortak yarar gibi kamusal alanı ilgilendiren kuramların içeriği de zamana ve mekana bağlı olarak değiştiğinden İslâm ceza hukukunda ölüm cezasının mutlak olarak gerekli görüldüğü alanın daha ziyade bireysel nitelik taşıdığı söylenebilir. Nitekim gerek hırâbe bünyesinde gerekse bireysel işlenen adam öldürme suçu için ölüm cezası verilmesinin topluma yönelik yararları bulunsa da bizzat Kur'ân'da öldürülenin yakınına bu cezayı uygulama yetkisinin verilmesi bu hususdaki şüpheleri bertaraf etmektedir. Bununla birlikte mağdura diyeti tercih alternatifinin sunulması, ölüm cezasının tatbikinin yakını ölen kimsenin insiyatifine bırakıldığını gösterir. Bu bağlamda kardeşlik ve af kavramlarının gündeme getirilmesi, mağdur tarafın intikam hislerini yok etmek suretiyle toplumda cezalandırma adına da olsa yeni bir öldürme eyleminin önüne geçilme gayesini içerir. Aynı gayenin aksi yönünde ise mağdurun intikam saiki ile yeni cinayetlere teşebbüs edeceği gerçeği bulunur ki bu durumda olumsuz sonuçları bertaraf edici ölçüt, tercih yetkisinin mağdura bırakılmasıdır. Bu noktada "*Sizin için kısasta hayat vardır*" buyruğu ile mağdurun kısası tercihinin yerleşik bir sistem olması hasebiyle onaylandığı ve kısasa izin verildiği ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte af, sulh gibi al-

ternatiflerin ve insanî ilkelerin gündeme getirilmesi suretiyle yegane amacın intikam hissinin tatmini için ölüm cezasının uygulanması değil de insanların bir başka insanın hayatına son verme duygusunun zayıflatılması ve 'öteki'nin hayat hakkına saygılı olma bilincinin oluşturulduğu toplumsal bir seviyeye ulaşmak olduğu sonucuna varılmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

Abdülazîz Buhârî, Alâuddin Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed (ö. 730/1330), *Keşfü'l-esrâr an usûli Fahrülislâm el-Pez*devî, Beyrut 1997.

Abdülazîz Hayyât, *el-Müeyyidâtü't-teşrîiyye*, Beyrut 1986.

Abdülazîz Mûsâ Âmir, *et-Ta'zîr fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 4. bs. Kahire 1969.

Abdülgaffâr İbrahim Salih, *el-Kısâs fi'n-nefs fi'ş-şerîati'l-İslamiyye: Dirâse mukârane*, Kahire 1989.

Abdülhâdî Abbâs, *Hukûku'l-insân*, Dımaşk 1995.

Abdülhalîm Nedvî, *Menhecü'n-nüveyrî fi kitâbihi nihâyeti'l-ereb fi fünûni'l-edeb*, Dımaşk 1987.

Abdulkâhir el-Bağdâdî, Ebû Mansûr Abdulkâhir b. Tâhir (ö. 429/1037), *el-Fark beyne'l-firak ve beyanü'l-firkati'n-nâciye minhum*, (y.y.) 1948.

Abdulkerîm Osman, *en-Nizâmü's-siyâsî fi'l-İslâm*, Beyrut 1968.

Abdullah Hâmid, *Hukûku'l-insân beyne adli'l-İslâm ve cevri'l-hükkâm*, London 1995/1416.

Abdüssemi' İmâm, *Eseru tatbîki'l-hudûd fi'l-müctema'*, Riyad 1404/1984.

Abdürrezzâk, Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm (ö. 211/827), *el-Musannef*, nşr. Habîburrahmân A'zamî, 2. bs., Beyrut 1983.

Âbî, Salih Abdüssemî' el-Ezherî, *es-Semeru'd-Dânî Şerhu Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayruvânî*, Kahire 1944.

Abramson, Jeffrey, *The Jury System and the Ideal of Democracy*, ABD 1994.

Ahmed en-Naîm, Abdullahi, "Toward an Islamic Hermeneutics for Human Rights", *Human Rights and Religious Values-An Uneasy Relationship?*, ed. Abdullahi Ahmed en-Naîm, Amsterdam 1995.

____, *Nahve't-tatvîri't-teşrîi'l-İslâmî*, Kahire 1994.

Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul 1990-1992.

____, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı*, Diyarbakır 1986.

____, *İslâmda İnsan Hakları Beyannamesi*, 4. bs. İstanbul 1997.

Akkan, Kutbettin, "Avrupa Hukuk Sistemlerinde Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, LVI(1965/2).

Akman, Mehmet, "Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim Olan İlkeler", *Osmanlı*, Ankara 1999.

____, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, İstanbul 1997.

Akşam, Taner, *Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence*, İstanbul 1995.

Akşit, Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, (y.y.) : Kültür Basın Birliği (t.y.).

Akşit, Oktay, *Roma İmparatorluk Tarihi (193-395)*, İstanbul 1970.

Aktay, Yasin, "Kur'ân Tarihselciliğine Bir Soykütüğü (Geneology) Denemesi", *Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, İstanbul 2000.

Akyavaş, Ragıp, *Resimli Tarih Mecmuası*, İstanbul 1950.

Ali Efendi, *Şeyhülislâm Fetvaları*, sadeleştiren: İbrahim Ural, (y.y.) Fey Vakfı 1995.

Ali b. Zeyd, Zeyd b. Abdülkerîm, *el-Afv ani'l-ukûbe fi'l-fıkhi'l-İs*lâmî, Riyad 1410.

Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmelâti'ş-şer'iyye*, (y.y.) Dârü'l-Fikr (t.y.).

Ali Hüseyn Kırâz, *el-Kısâs fi'n-nefs fi'l-fıkhi'l-İslâmî: Dirâse mukârane*, Kuveyt 1981.

Ali Mansûr, *Nizâmü't-tecrîm ve'l-ikâb fi'l-İslâm: Mukârene bi'l-kavânîn*, Medine 1996/1397.

Ali Muhammed Cafer, *Felsefetü'l-ukûbât fi'l-kânûn ve'ş-şer'i'l-İslâmî*, Lübnan (t.y.).

Ali Yıldırım, *Osmanlı Engizisyonu*, Ankara 1996.

Allâl el-Fâsî, *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve mekârimuhâ*, (y.y.) Dâru'l-Garbi'l-Arabî (t.y.).

Alpkaya, Gökçen, *AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları*, İstanbul 1996.

6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565), Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınevi, Ankara 1995.

Âlûsî, Ebü's-Senâ Şehâbeddin Mahmûd b. Abdullah (ö. 1270/1854), *Bulûğul'lereb fî ma'rifeti ahvâli'l-Arab*, nşr. Mahmûd Şükrî Âlûsî, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye (t.y.).

____, *Rûhü'l-meânî fî tefsîri'l-Kur'âni'l-azîm ve's-seb'i'l-mesânî*, nşr. Beyrut Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî (t.y.).

Âlûsî, Mahmûd Şükrî ((ö. 1342/1924), "Ukûbâtü'l-Arab fî câhiliyyetihâ ve hudûdi'l-meâsîlletî yertekibu ba'duhüm", nşr. Muhammed Behcet el-Eserî, *MMİIr*., II (1404/1984).

Ulvân, Fehmî Muhammed, *el-Kıyemü'z-zarûriyye ve makâsıdu't-teşrîi'l-İslâmî*, (y.y.): el-Hey'etü'l-Mısriyye âmme li'l-küttâb 1989.

Amâra, Muhammed, *İslâm ve İnsan Hakları- Haklar Değil Gereklilikler*, çev. Asım Kanar, İstanbul 1992.

Âmidî, Seyfeddin Ebi'l-Hasen Ali b. Ebî Ali b. Muhammed (ö. 631/1233), *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, nşr. Ahmed Efâdıl, Kahire 1387/1967.

Amin, S. H., *Islamic Law & Its Implications For Modern World*, (y.y.) 1989.

Anar, Erol, *İnsan Hakları Tarihi*, İstanbul 1956.

Anderson, J. N. D., *Islamic Law in Africa*, 2. bs., London 1978.

____, "Homicide in İslamic Law", *BSOAS*, XIII (1949-1951).

Anwyl, E., "Crimes and Punishment (Celtic)", *Encyclopaedia of Religion and Ethice (ERE)*, ed. James Hastings-John A. Selbie-Louis H. Gray, Edinburgh 1979-80.

Anver M. Emon, "Barbarism, Crescent and Stars –Fallacy of West's Criticism of Islamic Punishment", *Religion and Law Review*, III (New Delhi 1994).

Aral, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam: Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması*, İstanbul 1988.

Arkoun, Muhammed, *Nâfize ale'l-İslâm*, çev. Sayyâh el-Cüheyyim, Beyrut 1996.

____, *Kur'an Okumaları, çev. Ahmet Zeki Ünal*, İstanbul 1995.

____, *el-İslâm, Avrubâ, el-garb rihânâtü'l-ma'nâ ve irâdâtü'l-heymene*, çev. Hâşim Sâlih, Beyrut 1995.

Arsal, Sadri Maksudi, *Türk Hukuk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947.

____, *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul 1948.

Aşmâvî, Muhammed Saîd, *Meâlimü'l-İslâm*, Kahire 1989.

Atay, Doğan, "İdam Dosyası" *Bayrak Dergisi*, Eylül 2000/1182.

Ateş, Süleyman, *Yüce Kur'ân'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul 1989.

Aydın, Hakkı, *İslâm ve Modern Hukukta İşkence*, İstanbul 1997.

Aydın, M. Akif, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, ed. E. İhsanoğlu, İstanbul 1994.

____, "Ceza: Osmanlı Ceza Hukuku", *DİA*, İstanbul 1993.

____, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. bs., İstanbul 1996.

Azimâbâdî, Ebü't-Tayyib Şemsülhak Muhammed b. Emir Ali (ö. 1329/1911), *Avnü'l-ma'bûd şerhu süneni Ebî Dâvûd*, Medine 1969.

Azîz el-Azme, *Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslâm Hukuku*, çev. Fethi Gedikli, İstanbul 1992.

Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleyman b. Halîf b. Sa'd et-Tûcibî (ö. 474/1081), *el-Müntekâ*, (y.y.) Matbaatü's-saâde 1913.

Balcı, Muharrem - Sönmez, Gülden, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, İstanbul 2001.

Balcıgil, Osman, *Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası*, İstanbul 1982.

____, *İdamın Günlüğü*, 3. bs., İstanbul 1986.

Bardakoğlu, Ali, "Ceza", *DİA*, İstanbul 1993.

____, "Had", *DİA*, İstanbul 1996.

____, "Tabiî Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve Istıslah Görüşü", *Makâsıd ve İctihad: İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları*, ed. Ahmet Yaman, Konya 2002.

Barkan, Ömer Lütfi, "Kanûn-nâme", *İA*, 2. bs., İstanbul 1967.

Bassiouni, M. Cherif, "Quesas Crimes", *The Islamic Criminal Justice System*, London 1982.

Batum, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993.

____, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri", *AB Kopenhag Siyasal Kriterleri –Görüşler ve Öncelikler-*, TÜSİAD, İstanbul Mayıs 2001.

Bayraktar, Köksal, "Ölüm Cezası", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1968.

Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, çev. Muhittin Göklü, İstanbul, 1964.

Akarsu, Bedia, *Çağdaş Felsefe: Kant'tan Günümüze Felsefe Akımları*, 4.bs., İstanbul 1994.

Behnesî, Ahmed Fethî, *es-Siyâsetü'l-cinâiyye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1403/1983.

el-Belâzürî, Ahmed b. Yahyâ b. Câbir (ö. 279), *Futûhu'l-buldân*, nşr. Rıdvan Muhammed, Beyrut 1403.

Bennett, W. H., "Crimes and Punishments (Hebrew)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Bentele, Ursula, "Race and Capital Punishment in the United States and South Africa", *Brooklyn Journal of Internakional Law*, XIX(1993).

Bestâmî, Ali b. Mecdüddîn b. Şâhir Vedî (ö. 875), *el-Hudûd ve'l-Ahkâmü'l-fıkhiyye*, nşr. Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1991.

Beyânunî, Muhammed Ebü'l-Feth, "Mehâsin ve makâsıdü'l-İslâm-dirâse menheciyye şâmile limehâsini mekâsıdi'l-İslâm fî dav'in-nakl ve'l-akl", *Mecelletü'ş-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmî,* sy. 43, Kuveyt (2000/15).

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin b. Ali (ö. 458/1066), es-Sünenü'l-kübrâ, Haydarâbâd 1925.

Boğos, Zekiyan, *Humanizm (İnsancılık): Düşünsel İşlem ve Tarihsel Kökenler*, İstanbul 1982

Boynukalın, Muhammed, *İslâm Hukukunda Zina Suçu ve Cezası*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.

Bredi, Daniela, "Considerations about the promulgation of the Pakistan ordinance on qısas and diya (No. VII of 1990)", *Annali di ca'Foscari*, Venezia 31/3/1992.

Buhûtî, Şeyh Mansur b. Yunus b. Salahaddin el-Hanbelî (ö. 1051/1641), *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-iknâ*, nşr. Muhammed Emin Dınnavî, Beyrut 1997.

____, Ravzü'l-mürbi' bi-şerhi zâdi'l-müstekni' muhtasari'l-muğnî, nşr. Abdurahman b. Nasır Sadi, Cidde 1996.

Câbirî, Muhammed Âbid, *Çağdaş Arap-İslâm Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, çev. Ali İhsan Pala-Mehmet Şirin Çıkar, Ankara 2001.

____, *Arap-İslâm Kültürünün Akıl Yapısı*, çev. Burhan Köroğlu-Hasan Hacak-Ekrem Demirli, 2. bs., İstanbul 2000.

____, "Çağdaş Dünyada 'Şeriat'ın Tatbiki' Problemi", *İslâmiyât*, I (1998/4).

Caldwell, Robert G., "Capital Punishment", *The Encyclopedia Americana*, Newyork 1829.

Casalinuova, Aldo, "Ölüm Cezasının Hukuka Aykırılığı", *İstanbul Barosu Dergisi*, LIV, 1980.

Campion, D. R., "Capital Punishment", *New Catholic Encyclopedia*, Amsterdam 1967.

Camus, Albert–Koestler, Arthur, *Ölüm Cezası Üstüne Düşünceler*, çev. Ali Sirmen, İstanbul 1986.

Canan, İbrahim, *Kütüb-İslâm Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi*, Ankara 1989.

Casartelli, L. C., "Law (Iranian)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Cassier, Ernst, *Devlet Efsanesi*, çev. Necla Arat, İstanbul 1984.

Cemal Abdülâl, Ahmed, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm,* Kahire 1312/1991.

Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut, Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî (t.y.).

____, *el-Fusûl fi'l-usûl*, Kuveyt 1405.

Cevâd Ali, *el-Mufassal fi târîhi'l-Arab kable'l-İslâm* , 3. bs., Beyrut 1980.

Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, 2. bs., Ankara 1997.

Cezirî, Abdurrahman, *Kitâbü'l-fıkh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, İstanbul 1987.

Cin, Halil - Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi: Kamu Hukuku*, Konya 1989.

Cingranelli, David Louis, *Human Rights: Theory and Measurement*, London 1988.

Cotran, Eugene–Mallat, Chibli, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Londan 1994-1996.

Crawley, A. E., "Human Sacrifice (İntroductory and Primitive)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Cüveynî, Abdülmelîk b. Abdullah b. Yûsuf (ö. 478), *el-Burhân fî usûli'l-fıkh*, nşr. Abdülazim Mahmûd el-Meâlî, Mısır 1918.

Çağatay, Neş'et, *İslâmdan Önce Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı*, Ankara 1957.

Çelenk, Halit, *İdam Gecesi Anıları*, İstanbul 1986.

Çiftçi, Adil, *Fazlurrahman ile İslâm'ı Yeniden Düşünmek*, Ankara 2000.

ed-Dârî, Abdullah Ahmed, "Cezâü'l-müfsidîn fi'l-ard", *Râbıta*, 296 (Ekim 1989).

David West, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, çev. Ahmet Cevizci, İstanbul 1998.

ed-Delîl: Savtü'l-ittihâdi'l-İslâmî li Türkmâni'l-Irâk, XLI (Ocak 2000/9).

Dehlevî, Şah Veliyullah b. Abdurrahîm, *Hüccetullahi'l-bâliga*, Beyrut 1413/1992.

Demirel, Hakkı, "Ölüm Cezası", *AÜHFD*, 1955.

Demirkol, Ferman, *Azerbeycan Cumhuriyeti Anayasası (1995)*, İstanbul 1998.

Desûkî, Ebû Abdullah Şemseddîn Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1280/1815), *Hâşiye alâ şerhi't-Teftazânî li telhîsi'l-miftâh*, Beyrut (t.y.).

Dhalla, Maneckji Nusservanji, "Crimes and Punishments (Parsi)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Dinç, Güney, *Pençeli Adalet*, İstanbul 1988.

Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Ankara 1995.

Dönmezer, Sulhi, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul 1942.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 10. bs., İstanbul 1994.

Duman, İlker Hasan, *1982 Anayasasında İnsan haklarına Saygılı Devlet*, İstanbul 1997.

Duralı, Teoman, *Çağdaş Küresel Medeniyet Anlamı/Gelişimi/Konumu*, İstanbul 2000.

Düzdağ, Ertuğrul, *Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul 1983.

Ebû Abdullah el-Makdisî, Muhammed b. Müflih (ö. 762), *el-Furû'*, Beyrut 1418.

Ebû Abdurrahmân el-Hût, Muhammed b. Dervîş, Esna'l-metâlib fî ehâdîsi muhtelifi'l-merâtib, Beyrut 1983.

Ebû Hutve, Ahmed Şûmâ Ömer, *el-Cerâimü'l-vâkıa ale'l-eşhâs fi kânûni'l-ukûbâti'l-ittihâdî li Devleti'l-Emârâti'l-Arabiyyeti'l-Müttehide: Dirâse mukârane*, (y.y.) 1410/1990.

Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali (ö. 413/1022), *el-Mu'temed fî fıkhi'l-İmâm Ahmed*, Beyrut 1992/1412.

Ebû İshâk İbrahim b. Muhammed b. Abdullah b. Müflih (ö. 884), el-Mübdi', Beyrut 1400.

Ebû Ya'kûb, Ahmed b. Cafer el-Abbâsî, *Târîhu'l-Ya'kûbî*, Beyrut: Dâru Sâder (t.y.).

Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 2. bs., Kahire 1382.

Ebû Zehra, Muhammed, *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî (t.y.).

Ebû Zeyd, Nasr Hâmid, *İlahi Hitabın Tabiatı*, çev. Mehmet Emin Maşalı, Ankara 2001.

____, el-Hitâb ve't-te'vîl, Beyrut 2000.

____, "Soruşturma", *İslâmiyât*, I(1998/4).

Elbânî, Muhammed Nasrüddin, *İrvâü'l-ğalîl fî tahrîci ehâdîsi menâri's-sebîl*, Beyrut 1979.

Eliade, Mircea –Couliano, Ioan P., *Dinler Tarihi Sözlüğü*, çev. Ali Erbaş, İstanbul 1997.

Emin el-Hûlî, *Kur'ân Tefsirinde Yeni Bir Metod*, çev. Mevlüt Güngör, İstanbul 1995.

Emîr Paşa, Muhammed Emin (ö. 861), *Teysîru't-tahrîr*, (y.y.): Matbaatü Mustafa Bâbî el-Halebî 1351.

Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkamın Değişmesi*, İstanbul 1990.

Erem, Faruk- Danışman, Ahmet- Artuk, Mehmet Emin, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs. (y.y.) Seçkin Yayınevi 1997.

Erem, Faruk, "Ölüm Cezası Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi* (Ocak 1991/56).

____, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, 2. bs., Ankara 1978.

____, *Adalet Psikolojisi*, 6. bs., Ankara 1971.

Fanshel, David, "Capital Punishment", *Grolier Universal Encyclopedia*, Newyork 1971.

Fazlurrahman, Ana Konularıyla Kur'ân, çev. Alparslan Açıkgenç, 4. bs., Ankara 1998.

____, *İslâm ve Çağdaşlık*, çev. Alparslan Açıkgenç-M. Hayri Kırbaşoğlu, Ankara 1998.

____, *İslâmî Yenilenme Makaleler II*, çev. Adil Çiftçi, Ankara 1999.

____, *İslâm Geleneğinde Sağlık ve Tıp: Değişim ve Kimlik*, Ankara 1997.

Ferid Bey, Muhammed, *Târîhü'd-devlet-i'l-âliyyeti'l-Osmâniyye*, nşr. İhsan Hakkı, 6. bs., Beyrut 1988/1408.

Fitzpatrick, Joan –Miller, Alice, "International Standards on the Death Penalty: Shifting Discourse", *Brooklyn Journal of International Law*, XIX(1993).

Fethî Derînî, *el-Hak ve medâ sultâni'd-devle*, Beyrut 1984.

Fethî Osman, Muhammed, *Hukûku'l-insân beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-fikri'l-kânûniyyi'l-garbî*, Beyrut 1982/1402.

Fetûrî, Muhammed Atıyye, *Fıkhü'l-ukûbeti'l-haddiyye fi't-teşrîi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Bingazi 1998.

Finucane, R. C., "Inquısıon, The", *ERe*, New York 1907-1986.

Foote, Daniel H., "The Door That Never Opens?: Capital Punishment and Post-Conviction Review of Death Sentences in the United States and Japan", *Brooklyn Journal of Internakional Law*, XIX(1993).

Fudaylât, Cebr Mahmûd, *Sukûtü'l-ukûbât fi'l-fıkhi'l-İslâ*mî, Amman 1987.

Gannûşî, Râşid -Turâbî, Hasan, *el-Hareketü'l-İslâmiyye ve't-tahdîs,* Beyrut 1984/1405

Gardiner, Alan H., "Ethics and Morality (Egyption)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Garaudy, Roger, "Şeriat Nedir?", *İslâmiyât*,I(1998/4).

Gassân Rabâh, *Ukûbetü'l-i'dâm hallun ev müşkile*, Beyrut 1987.

Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed (ö. 505), *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, Beyrut 1413/1993.

____, *Cevâhirü'l-Kur'ân ve dureruh*, Beyrut 1990.

____, *el-Menhûl min ta'lîkâti'l-usûl*, nşr. Muhammed Hasan, 2. bs., Dımaşk 1980/1400.

Gemalmaz, M. Semih, "Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslar arası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü ve Türkiyede Ölüm Cezası Sorunu", *İnsan Hakları Yıllığı*, XXII (Ankara 1990).

____, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul 1993.

____, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 3. bs. İstanbul 2001.

____, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerikada İnsan Hakları*, İstanbul 1991.

Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989.

Gökberk, Macit, *Felsefenin Evrimi*, İstanbul 1979.

Griffith, P. L., "Crimes and Punishments (Egyptian)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Guinton, R. F., "Criminology", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Günaltay, Şemseddin, *İslâm Öncesi Araplar ve Dinleri*, Ankara 1997.

Gürelli, Nevzat, "Ceza Kanununda Ölüm Cezası ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)*, İstanbul 1977.

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 3. bs., Ankara 1992.

Halil Îd, Gazzâlî, *Eseru tatbîki'l-hudûd fi'l-müctema'*, Riyad 1984/1404.

İnalcık, Halil, *Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi Üzerinde Arşiv Çalışmaları, İncelemeler*, 2. bs., İstanbul 1996.

____, "Mehmed II.", *İA*, Eskişehir 1997.

Hallâf, Abdülvehhâb, *Mesâdirü't-teşrîi'l-İslâmî fîmâ lâ nassa fîh*, Kuveyt: Dârü'l-Kalem (t.y.).

Hamid el-Mafrey, İhsan, "İslâm ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları-Müslümanca Bir Yaklaşım*, çev. Tanju Yunt, (y.y.) Akabe Yayınları 1987.

Hâmid Şemrûh, "et-Tevbe ve eseruhu fî sukûti'l-ukûbe", *Mecelle külliyyeti'ş-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, Mekke (1396-1397/2).

Hamidullah, Muhammed, *İslâm'da Devlet İdaresi*, İstanbul 1963.

____, *İslâm Peygamberi (Hayatı ve Faaliyeti)*, çev. Salih Tuğ, 5. bs., İstanbul 1990.

Hançerlioğlu, Orhan, *Düşünce Tarihi: Dört Bin Yıllık Düşünce, Sanat ve Bilim Tarihinin Klasik Yapıtları Üstüne Eleştirel Bir İnceleme*, 5. bs., İstanbul 1997.

Harman, Ö. Faruk, "Evrensel Dinlerin İnsan Haklarına Bakışı", *Uluslar arası Demokrasi, Hukuk ve İnsan Konferansı* 26-28 Eylül 1997, Diyarbakır

Hasan Ali eş-Şâzelî, "Ukûbetu Men'i'z-zekât", Mecelletu'l-Ezher, XLIV (Kahire 1972/3).

____, Eseru tatbîki'l-hudûd fi'l-müctema', Riyad 1984/1404.

Hasan Hanefî, *Mine'l-akîde ile's-sevra*, Beyrut 1988.

____, *et-Turâs ve't-tecdîd mevkıfünâ mine't-türâsi'l-kadîm*, 4. bs., Beyrut 1992/1412.

____, "Müslüman Aklının Eleştirisi ya da İslâm Düşüncesinin Yeniden İnşası", *İslâm Düşüncesi Konferansı 25-27 Haziran 1997*, İstanbul 1997.

____, "Soruşturma", *İslâmiyât*, I (1998/4).

Hasan, Hasan İbrahim, *İslâm Tarihi*, çev. İsmail Yiğit-Sadreddin Gümüş, İstanbul 1985.

Hassan, Ümit, "Ölüm Cezası Sorunu", *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, XXVII (1972/1).

Hatemi, Hüseyin, "İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı", *İnsan Hakları Sempozyumu 10-11 Aralık 1994*, 2. bs., İstanbul 1995.

____, *İnsan Hakları Öğretisi*, İstanbul 1988.

Heysemî, Ebû Hasan Nureddin Ali b. Ebû Bekr b. Süleyman (ö. 807/1405), *Mecmeü'z-zevâid ve menbaü'l-fevâid*, Beyrut 1994.

Hırakî, Ebu'l-Kâsım Ömer b. Hüseyn (ö. 334), *Muhtasarü'l-Hırakî*, Beyrut 1403.

Homma, Hıdeaki, *Structural Characteristics of Islamic Penal Law*, Japan 1986.

Hooker M. B., *İslamic Law in South – East Asia*, Singapore 1984.

Hudarî Bey, Muhammed, *Muhâdarâtü târîhi'l-ümemi'l-İslâmiyye (ed-Devletü'l-Ümeviyye)*, Dâru'l-ma'rife, ty. Beyrut.

Hüseyin Ebû Zeyd, *el-Ukûbetü'l-cesediyye beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vad'î*, (y.y.) 1997/1418.

Iraqı Issues (Kadâyâ Irâkiyye), III (Ocak 1999/5).

İbn Abdilber, Ebû Ömer Yusuf b. Abdullah, *ed-Dürer fî ihtisâri'l-megâzî ve's-siyer*, Beyrut 1984.

İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülaziz (ö. 660), *el-Kavâidü's-suğrâ*, Dımaşk 1416.

____, *Kavâidü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm*, Beyrut 1990/1310.

İbn Âbidîn, Muhammed b. Emîn (ö.1252/1836), *Hâşiyetü reddi'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr: Şerhu Tenvîri'l-ebsâr ve tekmiletü Reddi'l-muhtâr*, 3. bs., Mısır 1404/1983.

____, *Mecmûatü resâili İbn Âbidîn*, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî (t.y.).

İbn Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah b. Muhammed (ö. 543/1148), Ahkâmü'l-Kur'ân, nşr. Ali Muhammed Bicâvî, (y.y.) Îsâ Bâbî el-Halebî (t.y.).

İbn Âşûr, Muhammed Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev. Vecdi Akyüz - Mehmet Erdoğan, İstanbul 1998.

İbn Atıyye, Ebû Muhammed Abdu İshâk b. Gâlib (ö. 546/481), *el-Muharrerü'l-vecîz fî tefsîri'l-kitâbi'l-azîz*, (y.y.) 1977/1397.

İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1310), *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, Tunus 1982.

İbn Emîr el-Hâc, Muhammed b. Hasan b. Ali b. Süleyman (ö. 879), *Kitâbü't-takrîr ve't-tahbîr*, Beyrut 1996.

İbn Ferhûn, Ebü'l-Vefâ Burhâneddin İbrâhîm b. Ali b. Muhammed (ö. 799/1310), *Tebsiratü'l-hükkâm fî usûli'l-akdiyye ve menâhicü'l-ahkâm*, Beyrut 1883.

İbn Habîb, Ebû Ca'fer b. Ümeyye el-Hâşimî el-Bağdâdî Muhammed, *el-Muhabber*, Beyrut: Âfâkü'l-cedîde (t.y.).

İbn Hacer el-Askalânî, Ebü'l-Fazl Şehâbeddîn Ahmed (ö. 892/1449), *Fethü'l-bârî bi şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, Kahire 1987.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed ez-Zâhirî (ö. 456/1064), el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm, (y.y.) Mektebetü'l-hancî, Mısır 1345.

____, *el-Muhallâ*, Mısır 1971/1391.

İbn Huzeyme, Ebû Bekr Muhammed b. İshâk es-Sülemî, *Sahîhu İbn Huzeyme*, nşr. Muhammed Mustafa A'zamî, Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmiyye 1970.

İbn Hümâm, Kemâleddin Muhammed b. Abdulvâhid (ö. 867/1457), *Fethü'l-kadîr*, Bulak 1315.

İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddîn Ebû Abdullah Muhammed b. Ebû Bekr (ö. 751), *İ'lâmü'l-muvakkıîn an rabbi'l-âlemîn*, Beyrut: Dâru'l-Cîl (y.y.).

____, *et-Turuku'l-hükmiyye fi's-siyâseti'ş-şer'iyye*, nşr. Behîc Gazâvî, Beyrut: Dâru İhyâi'l-Ulûm (t.y.).

İbn Kesîr, Ebü'l-Fidâ İmamüddîn İsmâîl b. Ömer (ö. 774/1373), *Tefsîrü'l-Kur'âni'l-azîm*, Beyrut 1996.

____, *el-Bidâye*, Beyrut: Mektebetü'l-Maârif (t.y.).

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1223), nşr., Abdullah b. Abdulmuhsin Türkî-Abdülfettâh Muhammed, *el-Muğnî*, 4. bs., Kahire 1999.

____, *el-Kâfî fî fıkhi'l-imâm el-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, 5. bs., Beyrut 1988/1408.

____, *Ravdatü'n-nâzır*, Riyad 1399.

İbn Kuteybe, Ebû Abdullah b. Müslim (ö. 276/869), *Te'vîlü muhtelefi'l-hadîs*, Kahire 1908.

İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrem b. Ali el-Ensârî (ö. 711/1311), *Lisânü'l-Arab*, Beyrut: Dâru Sâdır (t.y.).

İbn Nüceym, Zeynüddîn Zeynülâbidîn Zeyn b. İbrâhîm b. Muhammed (ö. 970/1563), *el-Bahrü'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik*, Kahire 1311.

İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed (ö. 520/1126), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesıd*, İstanbul 1985.

İbn Sa'd, et-Tabakâtü'l-kübrâ, Beyrut: Dâru Sâdır (t.y.).

İbn Teymiyye, Şeyhulislam Takıyyüddîn Ebû Abbas Ahmed el-Kurtubî (ö. 728/1328), *el-Fetâva'l-kübrâ*, Beyrut: Dârü'l-ma'rife (t.y.).

____, *Mecmûu Fetâvâ*, Riyad 1381.

____, *Mecmûatü'r-rasâil ve'l-mesâil*, Beyrut 1983/1403.

____, *es-Siyâsetü'ş-şer'iyye*, çev. Vecdi Akyüz, İstanbul 1985.

İçel, Kayıhan-Bayraktar, Köksal-Yenisey, Feridun, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş: Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar, İstanbul 1989.

İçel, Kayıhan –Donay, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, İstanbul 1987.

İlal, Ersan "İnsan Hakları ve Küreselleşme: Temel Hak Ve Özgürlüklerin Güvence Bunalımı", *Türkiye'de İnsan Hakları*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 2000.

İmbert, Jean, *Ölüm Cezası*, İstanbul 1992.

İstanbul Ahkâm Defterleri İstanbul'da Sosyal Hayat 2 (1755-1765), İstanbul Külliyatı, İstanbul 1998.

Jescheck, Hans Heinrich, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş; Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar*, İstanbul 1989.

J. Schacht, "Katl", İA, Eskişehir 1997.

Jolly, J., "Law (Hindu)", ERE, Edinburgh 1979-80.

Kal'acî, Muhammed Ravvâs, *Mevsûa fıkhiyye Ali b. Ebî Tâlib*, Dımeşk 1983.

Kalkaşendî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Ali b. Ahmed (ö. 821/1418), *Subhu'l-a'şâ fî sınâati'l-inşâ*, Kahire: Dârü's-Sekâfeti'l-İrşâd (t.y.).

Kamali, Muhammed H., "Fundamental Rights of the İndividual: An Analysis of Haqq (Right) in Islamic Law", *The American Journal of Islamic Social Sciences*, X(1993/3).

Kârâfî, Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs (ö. 684/1285), *ez-Zahîra*, nşr. Muhammed Ebû Hubze, Beyrut 1994.

____, *el-Furûk*, Beyrut: Âlemü'l-kütüb (t.y.).

Karaman, Hayreddin, *İslâm'da İnsan Hakları Din, Vicdan ve Düşünce Hürriyeti*, İstanbul 1996.

____, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, İstanbul 1988-1992.

____, "Soruşturma", *İslâmiyât*, I (1998/4).

Karaşahan, Mesut, *Yeryüzü Cennetinin Sonbaharı İnsan Haklarının Serencâmı*, İstanbul 2000.

Kazım Kadri, Hüseyin, *İnsan Hakları Beyannamesi'nin İslâm Hukukuna Göre İzahı,* yay. Osman Ergin, İstanbul 1949.

Karal, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1947.____, Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları*, çev. Harun Rızatepe, İstanbul 1989.

Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi'ş-şerâi'*, 2. bs., Beyrut 1406/1987.

Kemâlî, Abdurrauf Muhammed Ahmed, "et-Ta'zîr bi'l-katl fi'l-fıkhi'l-İslâmî, *Mecelletü'ş-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmî*, sy. 39 (Kuveyt 1999).

Keskin, Yusuf Ziya, *Recm Cezası –Ayet ve Hadis Tahlilleri-*, İstanbul 2001.

Kettânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Cafer b. İdrîs (ö. 1345/1927), *Nazmü'l-mütenâsir mine'l-hadîsi'l-mütevâtir*, Beyrut 1983.

Kırbaşoğlu, Hayri, "Ahmed en-Naîm'in 'Şeriat'ın Reformasyonu' Projesi", İslâmiyât, I (1998/4).

Klinger, Elmar, "Revenge and Retribition", *Encyclopedia of Religion*, New York 1907-1986.

Köprülü, Fuad, "Türk ve Moğol Sülalelerinde Hanedan Azasının İdamında Kan Dökme Memnuiyeti" *Türk Hukuk Tarihi Dergisi*, Ankara (1944/1).

Köse, Saffet, *İslâm Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti*, Bakü 2002.

Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr (671/1273) *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, nşr. Mahmûd Hâmid Osmân, 2. bs., Kahire 1967/1387.

Kushen, Robert A., "The Death Penalty and The Crisis of Criminal Justice in Russia", *Brooklyn Journal of International Law*, XIX(1993).

La Gorce, Çağlar Boyu Yunanlılar, çev. Doğu Araştırma Merkezi, İstanbul 1986.

Levine, James P.-Musheno, Michael C.-Palumbo, Dennis J., Criminal Justice in America, ABD 1986.

Lopez, Manuel, Türkiye'de Suçluların Islahı, çev. Mustafa T. Yücel, Ankara 1967.

Loewe, Herbert, "Crimes and Punishments (Jewish)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Lord Lloyd of Hampsead, *Introduction to Jurisprudence*, London 1972.

Louis H. Gray, "Law (American)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Macculloch, J. A., "Crimes and Punishment (Primitive and Savage), *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Mahmûd Abdulfettâh, Abdu'l-Munsıf, "el-Ukûbât fi't-teşrîi'l-İslâmî", *Mecelletu'l-Ezher*, LIV (1982/12).

Mahmud Muhammed Taha, *The Second Massage of Islam*, çev. Abdullah Ahmed en-Naîm, Newyork 1987.

Malekian, Farhad, *The Concept of Islamic International Criminal Law: A Comparative Study*, London 1994.

Mâverdî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb (ö. 450/1058), *el-Ahkâmü's-sultâniyye el-vilâyetü'd-dîniyye*, Beyrut 1410/1990.

____, *el-Hâvi'l-kebîr*, nşr. Ali Muhammed Muavvid-Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1994/1414.

Mayer, Ann Elizabeth, *Islam and Human Rights Tradition and Politics*, 2. bs., London 1995.

Mazruî, Ali A., *Afrikalılar Üç Farklı Kültürel Miras*, çev. Yusuf Kaplan, İstanbul 1992.

Mer'aşî, Seyyid Muhammed Hasan, "Şerhu kânûn-i mücâzât İslâmî", *Rehnumuz*, İran (1371/1).

Merdâvî, Ebu'l-Hasan Alaeddin Ali b. Süleyman b. Ahmed (ö. 885/1480), *el-İnsâf fi ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf alâ mezhebi'l-imam*, nşr. Muhammed Hamid Fakî, 2. bs., Beyrut 1957.

Merzûkî, İbrahim Abdullah, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm,* çev. Muhammed Hüseyin, Abu Dhabi 1997.

Middle East Watch, *Human Rights in Iraq*, London 1990.

Molla Hüsrev (ö. 883/1477), *Dürerü'l-hükkâm fî şerhi gurari'l-ahkâm*, çev. Arif Erkan, İstanbul 1980.

Montesquie, *Rûhu'l-kavânîn*, çev. Hüseyin Nazım, (y.y.) Sancakyân Matbaası 1331.

Abdüttevvâb, Muavvid, *Kânunu'l-Ukûbât muallekan aleyh bi ahkâmi mahkeme münzü inşâihâ*, (y.y.) Dâru'l-Vefâi'l-Akdi'l-Mansûre 1988.

Muhammed el-Fâr, Abdulvâhid, *Kanûnu hukûki'l-insan fi'l-fikri'l-vad'î ve'ş-şerîati'l-islâmiyye*, Kahire 1991.

Muhammed İmran, *Distortions About Islam in the West*, Lahore-Pakistan: Malik Siracuddin (t.y.).

Muhammed Kutub, *Menhecü't-terbiyeti'l-İslâmiyye*, 2. bs., (y.y.) Dâru Dımeşk (t.y.).

Muhammed Zâhim, İbn Abdullah, *Âsâru tatbîki'ş-şerîati'l-İslâmiyye fî men'i'l-cerîme*, Kahire 1991.

Mumcu, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, Ankara 1963.

Musaylihî, Muhammed Hüseynî, *Hukûku'l-insân beyne'ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'd-düvelî*, Kahire 1988.

Müstecaplıoğlu, Esat Adil, "Ölüm Cezası", *Siyasal Bilgiler Dergisi*, VII (Ankara, 1937).

Naimâ Mustafa Efendi, *Naima Tarihi*, çev. Zuhuri Danışman, İstanbul 1967.

Nâsır el-Halîfî, Nâsır Ali, *ez-Zurûfu'l-Müşeddede ve'l-muhaffefe fi ukûbeti't-ta'zîr fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1992.

Nasr, Seyyid Hüseyin, *Modern Dünyada Geleneksel İslâm*, çev. Savaş Şafak Barkçın-Hüsamettin Arslan, İstanbul 1989.

Nebhân, Muhammed Faruk, "Takyîdu'l-hakk fi'l-fıkhi'l-İslâmî bi'l-maslahati'l-ictimâiyye", *el-Akademiyye*, VII (Rabat 1989)

____, "el-Kânûnü'l-Arabiyyü'l-muvahhed li'l-ahvâli'ş-şahsiyye", *el-Akademiyye*, (1990/7).

Neccâr, Abdülmecîd Ömer, *Fusûl fi'l-fikri'l-İslâmî bi'l-mağrib,* Beyrut 1992.

Necefî, Muhammed Hasan b. Muhammed Bâkır (ö. 1266), *Cevâhirü'l-kelâm fî şerhi şerâii'l-İslâm*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, (t.y.).

Nesefî, Ebü'l-Berekât Hâfizüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd (ö. 710/1310), *Keşfü'l-esrâr şerhi'l-musannef ale'l-menâr*, Beyrut 1986.

Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref b. Mûrî (ö. 676/1277), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-minhâc,* (y.y.) Dârü'l-fikr (t.y.).

____, *el-Mecmû' Şerhü'l-Mühezzeb,* (y.y.) Dâru'l-fikr (t.y.).

Nisâbûrî, Ebû Bekr Muhammed b. İbrahim el-Münzir (ö. 318/921), *el-İknâ'*, nşr. Abdullah b. Abdülaziz el-Cebrîn, 2. bs., Riyad 1414.

NiyazülHak Han, "İnsan Hakları", *İnsan Hakları Müslümanca Bir Yaklaşım*, çev. Tanju Yunt, (y.y.) Akabe 1987.

Novak, David, "Halakhah: Structure of Halakhah", *ERe*., ed. Mircea Eliade, New York 1907-1986.

Nüveyrî, Şihâbüddîn Ahmed b. Abdülvehhâb b. Muhammed (ö. 733/1333), *Nihâyetü'l-ereb*, Kahire: Vezâretü's-sekâfe ve'l-irşâd (t.y.).

Obermann, Julian-Ginzberg, Louis-Wolfson, Harry A., *The Code of Maimonides Book Fourteen: The Book of Judges*, çev. Abraham M. Hershman, Michigan 1977.

Okandan, Recai G., *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul 1951.

Ortaylı, İlber, *Osmanlı Toplumunda Aile*, 2. bs., İstanbul 2001.

____, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı,* Ankara 1994.

Ostrogorsky, George, *Bizans Devleti Tarihi*, çev. Fikret Işıltan, 4. bs., Ankara 1995.

"Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Stockholm Bildirisi", *İstanbul Barosu Dergisi*,1977.

" 'Ölüm Cezası' Konulu Panel", *İzmir Barosu Dergisi* (Ocak 1991/56).

Önder, Ayhan, "Ölüm Cezası", *Ankara Barosu Dergisi*, (1961/1).

Öz , Reha, *Ben Devletim Asarım*, İstanbul 1989.

Özgenç, İzzet "İnsan Haklarının Felsefi Temeli", *İnsan Hakları Sempozyumu 10-11 Aralık 1994*, 2. bs., İstanbul 1995.

Özlem, Doğan, *Tarih Felsefesi*, İstanbul 1996.

Özsoy, Ömer, *Sünnetullah: Bir Kur'ân İfadesinin Kavramlaşması*, Ankara 1994.

Öztuna, Yılmaz, *Büyük Türkiye Tarihi: Türkiye'nin Siyasi, Medeni, Kültür, Teşkilat ve Sanat Tarihi*, İstanbul 1978.

Quinton, R. F., "Criminology", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Paçacı, Mehmet, *Kur'ân ve Ben Ne Kadar Tarihseliz*, Ankara 2000.

____, "Kur'ân ve Tarihsellik Tartışması", *Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, İstanbul 2000.

Paine, Thomas, *İnsan Hakları,* çev. Mehmet Osman Dostel, İstanbul 1964.

Paret, Rudi, *Kur'ân Üzerine Makaleler*, çev. Ömer Özsoy, Ankara 1995.

Pearson, A. C., "Crimes and Punishments (Greek)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Pekcan, Ali, "Fıkıh Usûlü Bağlamında Makâsıdü'ş-şerîa Düşüncesinin Tarihî Seyri", *Makâsıd ve İctihad: İslam Hukuk Felsefesi Araştırmaları*, haz. Ahmet Yaman, Konya 2002.

Peters, Rudolph, J. G., "The Islamization of Criminal Law: A Comparative Analysis", Die Welt Des Islams, XXXIV(1994).

____, "Islamic and Secular Criminal Law in Nineteenth Century Egypt: The Role and Function of Qadi", *Islamic Law and Society*, Leiden (1997/4,1).

Pinches, T. G., "Crimes and Punishments (Assyro-Babylonian)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Platon (Eflatun), *Diyaloglar*, çev. Teoman Aktürel, İstanbul 1989.

Râgıb el-İsfehânî, Ebû Kâsım Hüseyn b. Muhammed (ö. 502), *el-Müfredât fî garîbi'l-Kur'ân*, nşr. Muhammed Seyyid Kîlânî, Kahire 1961/1381.

Ramazan el-Bûtî, Muhammed Saîd, *Davâbitü'l-maslaha fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 5. bs., Beyrut 1986/1306.

Raysûnî, Ahmed, *Nazariyyetü'l-makâsıd inde'l-imâm eş-*Şâtıbî, Beyrut 1992/1412.

Râzî, Ebû Abdullah Fahreddin Muhammed b. Ömer Fahreddin (ö. 606/1209), *el-Mahsûl fî ilmi usûli'l-fıkh*, nşr. Tâhâ Câbir Alvânî, 2. bs., Beyrut 1992.

Reid, Ü. S., "Crimes and Punishments (Roman)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları,* İstanbul 2001.

Remlî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî (ö. 1004/1596), *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc*, Beyrut 1984.

Reşid Rızâ, Muhammed, *Tefsirü'l-menâr*, 2. bs., Beyrut: Darü'l-Ma'rife, (t.y.).

Rıdvan Seyyid, *Siyâsiyyetü'l-İslâmî el-*muâsır, Beyrut 1997/1418.

Riyâd Abdullah, *ez-Zinâ abra'l-usûr ve mevâkıfü'l-edyân minhu*, (y.y.) 1408/1988.

Riyad Maydani, *Law in the Middle East: Origion and Develepmont of Islâmic Law*, ed. Macid Khadduri-Herbert Liebesny, Washington 1955.

Robertson, A. H.-Merrils, *An İntroduction to the Study of the İnternational Protection of Human Rights*, 4. bs., USA Manchester 1996.

Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 3. bs., Ankara 1958.

Saîd el-Hinn, Mustafa, *Eserü'l-ihtilâf fi'l-kavâidi'l-usûliyye fi'hırâbe-tilâfi'l-fukahâ'*, 4. bs., Beyrut 1985/1406.

Saîd Meczûb, Muhammed, *el-Hürriyyâtü'l-âmme ve hukûku'l-insân*, Trablus 1986.

Samaha, Joel, *Criminal Justice*, 2. bs., ABD 1991.

Samerraî, Numan Abdurrezzak, *İslâm Fıkhında Mürtede Ait Hükümler*, çev. Osman Zeki Soyyiğit-Ahmet Tekin, İstanbul 1970.

Sahnûn, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdüsselâm b. Saîd (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-kübrâ li'l-imâm Mâlik b. Enes*, Beyrut 1323.

Sandela, Eateh M., "İslâmî Cezaların Ahlakî Yönü", çev. Ş. Selim Has, *Erciyes Ünv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Kayseri (2000/9).

Sarraf, M. Yusuf, "İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi ve Birleşmiş Milletler'in Rolü", *İnsan Hakları Müslümanca Bir Yaklaşım*, çev. Tanju Yunt, (y.y.) Akabe 1987.

Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara, 1980.

Schaft, David S., "Discipline (Christian)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Schrader, O., "Crimes and Punishments (Teutonic and Slavic)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Selîm el-Avva, *Muhammed, Punishment in Islamic Law: A Comparative Study*, Indianapolis 1982.

Selçuk, Sami, "Anayasa ve Ölüm Cezası", *Yargıtay Dergisi* (1978/4).

____, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, 5. bs., Ankara 1999.

Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer b. Muhammed b. Abdülcebbâr (ö. 489), *Kavâidü'l-edille fi'l-usûl*, nşr. Muhammed Hasan İsmail, Beyrut 1997.

Semîr Âliye, *İlmü'l-kânûn ve'l-fıkhi'l-İslâmî: Nazariyyetü'l-kânûn ve'l-muâmelâti'ş-şer'iyye dirâse mukârane*, Beyrut 1991.

Serahsî, Şemsü'd-dîn Muhammed b. Ahmed b. Sehl (ö.483/1090), *el-Mebsût*, Beyrut 1409/1989.

____, *Usûlü's-Serahsî*, Beyrut 1973.

Serinsu, Ahmet Nedim, *Tarihsellik ve Esbâb-ı Nüzûl*, İstanbul 1996.

Subhî Sâlih, *Meâlimü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 4. bs., Beyrut 1982.

Subkî, Tâcüddîn Abdulvehhâb b. Ali (ö. 771/1370), *el-İbhâc fî şerhi'l-minhâci'l-vusûl ilâ ilmi'l-usûl li'l-Kâdî Beydâvî*, nşr. Şa'bân Muhammed İsmâîl, Kahire 1409/1981.

Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celaleddin Abdurrahman b. Ebî Bekr (ö. 911/1505), *Katfü'l-ezhâri'l-mütenâsıra fi'l-ahbâri'l-mütevâtira*, nşr. Halil Muhyiddin, Beyrut 1985.

_____, *el-Vesâil ilâ ma'rifeti'l-evâil*, Kahire 1980.

_____, *el-Eşbâh ve'n-nezâir fi kavâid ve fur*û', Beyrut : Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, 1987.

Süstehenn, Adolf, *Ölüm Cezası Lehinde Rasyonel Sebepler*, çev. Turhan Tufan Yüce, Erzurum, 1968.

Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdrîs b. Abbâs (ö. 204/820), *er-Risâle*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir, 2. bs., Kahire 1979.

_____, *el-Ümm*, nşr. Muhammed Zührî Neccâr, Beyrut 1973/1393.

_____, *Müsnedü'ş-Şâfiî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye (t.y.).

Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhim b. Mûsâ (ö. 790), *el-Muvâfakât fi usûli'ş-şerîa*, nşr. Abdullah Dırâz, 2. baskı, Beyrut 1395/1975.

Şehâbeddîn en-Nûrî, Ahmed b. Abdi'l-Vehhâb, *Nihâyetü'l-ereb fî fünûni'l-edeb*, Mısır: Dâru'l-kütüb (t.y.).

Şekerci, Osman, *İnsan Hakları Alanında Temel belgeler ve İslâm*, İstanbul 1996.

Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Fıkhü'l-İslâmî beyne'l-misâliyye ve'l-vâkıiyye*, Beyrut 1982.

_____, *Ta'lilü'l-ahkâm arz ve tahlîl li-tarîkati't-ta'lîl ve tatavvur*, Beyrut : Darü'n-nehdati'l-Arabiyye 1981.

_____, *Tatbîkü'ş-şerîati'l-İslâmiyye beyne'l-müeyyidîn ve'l-muâridîn*, Kahire 1987/1407.

Şeltût, Mahmûd, *el-İslâm akîde ve şerîa*, 17. bs., Kahire 1991.

Şensoy, Naci, "Zina Cürmü", *İÜHFM*, VIII (1942/1-2).

Şerbâsî, Ahmed, *Yes'elûneke fi'd-dîni ve'l-hayâti*, 2. bs., Beyrut 1980.

Şer'iye Sicilleri Seçme Hükümler, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1989.

Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Havlânî (ö. 1250/1834), *Fethü'l-kadîr el-câmi' beyne fenni'r-rivâye ve'd-dirâye min ilmi't-tefsîr*, Beyrut: Dâru'l-fikr (t.y.).

_____, *İrşâdü'l-fuhûl ilâ tahkîki'l-hak min ilmi'l-usûl*, nşr. Ebû Mus'ab Muhammed Bedri, Beyrut 1992.

_____, *Neylü'l-evtâr şerhu münteka'l-ahbâr*, Kahire 1971.

Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasen (ö. 189/805), *Şerhu Siyeri'l-kebîr* nşr. Abdülazîz Ahmed, (y.y.) el-İ'lâmü'l-îlânâtü'ş-şarkiyye 1972.

_____, *el-Câmiü's-sağîr*, Beyrut 1406.

_____, *el-Hücce*, nşr. Mehdi Hasan el-Kîlânî, Beyrut 1403.

Şirâzî, Ebû İshâk Cemaleddin İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf (ö. 476/1083), *el-Mühezzeb fi fıkhi'l-imâm eş-Şafiî*, Kahire 1959.

Şirbînî, Şemsüddîn el-Hatîb Muhammed b. Ahmed el-Kâhirî (ö. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-minhâc*, (y.y.), Dâru'l-fikr, (t.y.).

Şirvânî, Abdülhamîd, *Havâşi'ş-Şirvânî ve İbn Kâsım el-İmâdî alâ tuhfeti'l-muhtâc bi şerhi'l-minhâc li'bn-i Hacer el-Heysemî*, İstanbul: el-Mektebetü'l-İslâmiyye (t.y.).

T. Sn. "Capital Punishment", *Encyclopaedia Britannica*, ABD 1970.

Taberî, Ebû Ca'fer İbn Cerîr Muhammed b. Cerîr b. Yezîd (ö. 310/923), *Câmiü'l-beyân fî tefsîri'l-Kur'ân*, Beyrut 1986/1406.

____, *Târîhu'l-ümem ve'l-mulûk*, Beyrut 1407.

Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâmet el-Ezdî, *Şerhu meâni'l-âsâr*, Kahire 1968.

Tahhân, Mustafa Muhammed, *Günümüz İslâm Dünyası*, çev. İbrahim Tüfekçi, İstanbul 1995.

Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990.

Tarablusî, Ebü'l-Hasan Alaüddîn Ali b. Halîl (ö. 844/1440), *Muînü'l-hukkâm fimâ yetereddedü beyne'l-hasmeyn mine'l-ahkâm*, 2. bs., Kahire 1973.

Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, Ankara 1984.

Tosun, Mebrure–Yalvaç, Kadriye, *Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, Ankara 1989.

Tosun, Öztekin, "Ölüm Cezası Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*, LII (1978).

Tunçer, Sıtkı, "Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, Ankara (1953/3).

Tuşalp, Erbil, *Tarihle Yüzleşme*, Ankara 1992.

1993 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara 1994.

Udeh, Abdulkâdir, *et-Teşrîü'l-cinâiyyi'l-İslâmî mukâranen bi'l-kânûni'l-vad'î*, 12. bs., Beyrut 1413/1993.

Uman, Osman Nuri, "İdam Cezası", *Adliye Ceridesi*, 1942.

Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, ed. V. L. Menage, Oxford 1973.

Uygun, Oktay, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul 1992.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1988.

3 Numaralı Mühimme Defteri(966-968/1558-1560), Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınevi, Ankara 1993.

Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, 6. bs., Ankara 1987.

Üçok, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *AHFM* (1947/1-4).

Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu*, Ankara 1995.

el-Vâfî, Ali Abdulvâhid, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, Kahire 1957.

Vasfî Zekeriyyâ, Ahmed, *Aşâiru'ş-Şâm*, (y.y.) Dâru'l-fikr (t.y.).

Walshe, W. Gilbert, "Crimes and Punishments (Chinese)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Watt, Montgomery, *Hz. Muhammed'in Mekkesi*, çev. Mehmet Akif Ersin, Ankara 1995.

____, *Kur'ân'a Giriş*, çev. Süleyman Kalkan, Ankara 1998.

White, Welsh S., *The Death Penalty in the Eighties: An Examination of the Modern System of Capital Punishment*, Michigan 1987.

Wünsch, R., "Human Sacrifice (Roman)", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Vacandard, E., "Inquisition", *ERE*, Edinburgh 1979-80.

Vehbe Zuhaylî, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dımeşk 1986/1406.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Ölenler, Öldürülenler", *Cumhuriyet*, 29. 5. 1977.

Venşerîsî, Ahmed b. Yahyâ, *el-Mi'yâru'l-mu'reb ve'l-câmiu'l-mağrib an fetâvâ ulemâi İfrîkıyye ve'l-Endelüs ve'l-mağrib*, nşr. Muhammed hacî, Beyrut 1981/1401

Vladimir Nabakov, *İnfaza Çağrı*, İstanbul 1989.

Vogel, Frank E., "Islamic Law and Legal System Studies of Suudia Arabia", *Studies in Islamic Law and Society*, ed. Ruud Peters and Bernard Weiss, Leiden-Boston-Köln 2000.

Vroom, H. M., "Religisus Ways of Life and Human Rights", *Human Rights and Religious Values*, Michigan 1995.

Yalkut, Necdet, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, Ankara 1964.

Yenisey, Feridun, "Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler", *Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku (15-18 Aralık 1981)*, İstanbul 1983.

Yıldız, Mustafa, *Alternatif İnsan Hakları Kuramı "İnsan Haklarına İlâhî Referans"*, İstanbul 2002.

Yusuf Mûsa, Muhammed, *Fıkh-ı İslâm Tarihi*, trc. Ahmed Meylani, İstanbul 1973.

Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukukunun Genel Kavramları*, Ankara 1985.

____, "Hürriyetin Özü Kavramı ve Bununla İlgili İçtihatlar", *Cumhuriyet*, 22. 12. 1964.

Yücel, Mustafa T., "Şüphecilik, Ahlaki Mesuliyet ve Ölüm Cezası", *Adalet Dergisi*, LV(Ankara 1964/9-12).

Zehebî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Osman (ö. 748), *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, nşr. Şuayb el-Arnavut-Muhammed Naîm el-Arksûsî, Beyrut 1413.

Zelyut, Rıza, *Osmanlıda Karşı Düşünce ve İdam Edilenler*, İstanbul 1986.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedîd: el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâmi'l-âmme fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 6. bs., Dımeşk 1968.

Zerkeşî, Ebû Abdullah Bedrüddîn Muhammed b. Bahadır b. Abdullah (ö. 794/1392), *el-Bahrü'l-muhît fî usûli'l-fıkh*, 2. bs., (y.y.) Vezâretü'l-evkâf ve'ş-şuûn 1992.

Zeydân, Abdulkerîm, *el-Kısâs ve'd-diyât fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1998.

____, "el-Ukûbe fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye", *Mecmûa buhûs fıkhiyye*, Beyrut 1986.

____, *el-Mufassal fî ahkâmi'l-mer'e ve'l-beyti'l-müslim fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1993.

____, *Usûlü'd-da've*, 3. bs., Bağdad 1976.

Zeylaî, Fahruddîn Osman b. Ali b. Mihcen (ö. 743/1342*), Tebyînü'l-hakâik fî şerhi kenzi'd-dekâik*, Bulak 1895/1315.

Zeylaî, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed (ö. 762/1360), *Nasbü'r-râye li-ehâdîsi'l-hidâye*, 2. bs. (y.y.) el-Mektebetü'l-İslâmiyye 1973.

Zinâtî, Mahmud Selâm, *Hukûku'l-insan (medhalun târîyyun)*, (y.y.) 1992.

Zubair Ahmed, *Islamic vs. Western Approach Towards Human Rights: A Comparative Study*, Mekke 1414/1993.

Zuhaylî, Muhammed, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm: Dirâse mukârane mea'l-İslâmi'l-âlemî ve hukûki'l-insan*, II. bs., Beyrut 1997.

Zürkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdulbâkî b. Yûsuf (ö. 1122/1710), *Şerhü'z-Zürkânî ale'l-Muvatta' el-İmâm Mâlik*, 4. bs., Beyrut 1989.