

Geliş Tarihi | Received: 14.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 17.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

OSMANLI HUKUKUNDA ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINDA İŞTİRAK

PARTICIPATION IN CRIMES OF MURDER AND WOUNDING IN OTTOMAN LAW

Semra Betül Doğangüzel*

ÖZ

Çalışmada öldürme ve yaralama suçlarına iştirak, Osmanlı hukuku bağlamında incelenmiştir. Bu minvalde Osmanlı hukukuna yön veren İslam hukukunun konuya bakışına yer verilmiş, Osmanlı özelinde ise Hanefi görüşleri vurgulanmıştır. Hanefilerin öldürme ve yaralama suçlarına iştirak bağlamında diğer mezheplerden ayrılan görüşleri olduğu tespit edilmiştir. Ceza sorumluluğunu haiz olan ve olmayan şeriklerin bir araya gelmeleri durumunda kısas cezasının tümünden düşmesi, azmettirme hâlinde fer'i şerikin asli şerik sayılması için failin mecbur kalma gerekliliği Hanefilere has görüşlerdendir. Osmanlı hukukunda verilen fetvaların ve düzenlenen kanunnamelerin Hanefi görüşlerine paralel bir tutum içinde olduğu gözlemlenmiştir. Tanzimat döneminde artan kanunlaştırma faaliyetleri çerçevesinde konunun gittikçe daha ayrıntılı ele alındığı söylenebilecek bir diğer husustur. Çalışmada Osmanlı uygulamasında gerçekleşen müştereken öldürme ve yaralama olaylarına da bakılmış, doğrudan iştirak durumlarında tarafların sulh ve feragatten yana oldukları görülmüştür. Dolaylı iştirak durumları gündeme geldiğinde ise genellikle fer'i şerikin cezası asli şerike nisbetle daha hafif olmuştur.

Anahtar Kelimeler Osmanlı hukuku ~ öldürme ~ yaralama ~ iştirak ~ şerik

* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000-0001-5489-1476 sbetuldoganguzel@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

In this study, participation in murder and wounding crimes was examined in the context of Ottoman law. In this manner, the point of view of Islamic law, which guides Ottoman law, was included, and Hanafi views were emphasized specific to Ottoman. It has been determined that Hanafi lawyers have opinions that are different from others in the context of participating in crimes of killing and wounding. The necessity of obliging the perpetrator to consider secondary partner as the main partner in case of decriminalization, if they are persevering, is one of the opinions peculiar to Hanafis. It has been observed that the fatwas issued and the laws issued in Ottoman law have a parallel attitude to Hanafi views. It can be said that the issue is being considered in more and more detail within the framework of the increasing legalization activities during the Tanzimat period. In the study, the cases of joint killing and wounding in Ottoman practice were also examined, and it was seen that the parties were in favor of peace and renunciation in cases of direct participation. When indirect participation cases were raised, the punishment of the secondary partner was usually lighter compared to the main partner.

Keywords Ottoman law ~ murder ~ wounding.~ participation ~ partner

GİRİŞ

Çalışmada Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçları bakımından iştirak müessesesi incelenecektir. Söz konusu suçları tercih sebebinin, özellikle iştirake elverişli olarak göze çarpmaları olduğu ifade edilebilir. Ayrıca müştereken işlenen bu suçlar, kamu düzenini bozması ve suç bağlamında kişilerin hukuka karşı gelmek noktasında bir kararlılık ve hazırlığı ifade etmesi hasebiyle dikkate değerdir. Birden fazla kişinin bir kişinin can ve vücut bütünlüğüne zarar vermek noktasında ortak hareket etmeleri, toplumsal barış ve huzur adına hukukun önlem alması gereken bir durumdur.

İslâm hukuku, kötülükte yardımlaşmamak, kötü olanı akim bırakmak ve fakat iyilikte birlik ve beraberlik içinde olmak, iyi olanı çoğaltmaktan yana bir anlayışa sahiptir. Bu minvalde suç teşkil eden fiillerde iştirak, İslâm hukukunun ilgilendiği bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. İslâm hukukuna mutabık bir hukuk sistemini hedefleyen Osmanlı hukukundan da suça iştirak hususunda kişileri bundan men edecek bir yaklaşım sergilenmesi beklenecektir. Çalışmada iştirakin Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçları özelinde ele alınması amaçlanmıyorsa da İslâm hukukunun genel olarak iştirake bakışı meselenin kaynak ve zemini olarak ele alınması gereken bir konudur. Bu sebeple çalışmada önce İslâm hukukunun suça iştirake bakışına yer verilecek, ardından Osmanlı hukukunda iştirakin öldürme ve yaralama suçları bağlamında nasıl yer aldığı incelenecektir. Bu çerçevede Osmanlı hukuk sisteminde önemli reformlara sahne olan Tanzimat dönemine de göz atılacaktır.

Öldürme ve yaralama suçlarına iştirak hususunda İslâm hukukunun boşluk bıraktığı noktalarda ekolleşmeyi ifade eden mezheplerin birbirlerinden farklı yorum ve düşüncelerine rastlanabilmektedir. Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi Hanefi mezhebi olduğundan çalışmada Hanefi görüşlerine ağırlık verilecektir. Bu minvalde çalışmada ağırlıklı olarak Hanefi fıkıh eserlerinin tarandığı ifade edilebilir. Bundan başka Osmanlı hukukunda kadıların istifade ettikleri fetva mecmuaları da teorik bakışı yansıtan önemli kaynaklardır. Zira Osmanlı'da Tanzimat öncesi dönemde tedvin faaliyetleri bakımından yoğun ve işlek bir tablo görülmemekte, kadıların geniş ilim ve buna bağlı takdir yetkileri ile anlam kazanacak genel ve cüzi düzenlemelere rastlanmaktadır. Diğer yandan kimi genel kuralları takip edebilmek açısından şüphesiz Osmanlı kanunnamelerinin de incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmada öldürme ve yaralama suçlarına iştirakin uygulamaya nasıl yansıdığı da ele alınacaktır. Bu doğrultuda bakılması gereken kaynakların başında Osmanlı'da temel mahkemeler olan şeriye mahkemelerinin kayıtlarını ihtiva eden şeriye sicilleri gelmektedir. Bundan başka mühimme defterleri ve arşiv kayıtları da uygulama çerçevesinde önem arzeden kaynaklardır.

Suç teşkil eden bir fiile birden fazla kişinin katkı sağlaması, çok çeşitli şekillerde gündeme gelebilmektedir. Çalışmada bu ayrımlara değinilecek, öncelikle iştirakin doğrudan veya dolaylı olması durumlarına yer verilerek dolaylı iştirak kapsamında ise azmettirme ve yardım etme hâlleri ele alınacaktır. Bütün bu durumlar suçun işlenmesini kolaylaştırmak ve suçu yaymak doğrultusunda icra edilen hareketler olması hasebiyle iştirak, her hukuk sisteminin tavrı alması gereken kritik bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. İSLÂM CEZA HUKUKUNDA GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK

İslâm ceza hukuku literatüründe suçlar, had, kısas ve tazir suçları şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır¹. Had suçları, cezası Kuran ve sünnet tarafından sabit bir şekilde belirlenmiş, affi mümkün olmayan suçları ifade ederler². Kısas ve diyet suçları, asli kaynaklarda yer almakla birlikte affi mümkün olan, can ve vücut bütünlüğüne yönelik suçlar olup temelde öldürme, yaralama ve hamile kadına yönelik çocuk düşürtme³ suçlarıdır⁴. Tazir suçları ise cezası Kuran ve sünnet tarafından tespit edilmemiş olan, düzenlenmesi devlet başkanı veya hakime bırakılmış suç ve cezaları ifade etmektedir⁵. Suça iştirak, çoğunlukla kısas ve diyet gerektiren öldürme ve yaralama suçları için gündeme gelmiş; İslâm hukukçularının iştirak hakkındaki yorumları da genellikle bu bağlamda seyretmiştir⁶. Bununla birlikte hırsızlık, hırsızlık gibi diğer bazı suçlarda da faillerin iştirak hâlinde hareket etmeleri mümkündür. Dolayısıyla İslâm hukuku çerçevesinde suça iştirakin genel teorik esaslarından bahsetmekte fayda vardır.

A. İŞTİRAKİN TANIMI VE UNSURLARI

İştirak, suç teşkil eden bir fiile ilişkin olarak “şerik” olarak anılan birden fazla kişinin bu fiile katkı sunması hâlinde gündeme gelmektedir⁷. Dolayısıyla iştiraktan bahsedebilmek için birden fazla suçlu ve bu suçlulara isnad edilen yasak bir fiil unsurlarının varlığı gerekmektedir⁸. Ayrıca iştirak ile suç arasında bir illiyet bağı da bulunmalıdır⁹. Birden fazla kişi suça dahil olmuş görünseler de şayet aralarında suçu işlemek hususunda bir anlaşma yoksa, iştiraktan bahsedilemeyecektir. Burada rastlantısal bir birliktelik ile anlaşma hâli arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir.

Rastlantı hâli ile suçluların arasında herhangi bir ittifak iradesi bulunmaması durumu kastedilmektedir ki böyle bir durumda her bir şerik kendi fiilinden ötürü cezalandırılacaktır. Bu konuda mezhepler arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır¹⁰. İştiraktan bahsedebilmek için ise kişilerin suçu işlemek hususunda bir anlaşmaya varmış olmaları gerekmektedir. Hatta yapılan anlaşma, icra edilen suç hakkında değil, başka bir olaya ilişkin ise yine bahis mevzuu suça iştiraktan bahsedilemeyecektir.

¹ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2015, s. 154. Literatürde hakim söz konusu ayırımın dışında kimi yazarlarca yapılan başka ayırımlar için bkz. Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 30-31.

² Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2017, s. 249; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2017, s. 97.

³ “Çocuk düşürtme suçu” olarak da anılan suç tipi hakkında ayrıntılı bilgi için: Ahmet Kılınc, *Çocuk Düşürtme Suçunun 17’nci Yüzyıl İstanbul’undaki Görünümü*, DÜHFD, C. 23, S. 38, y. 2018, s. 31-84.

⁴ Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 264.

⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 155.

⁶ Ahmet Akgündüz, “İştirak”, TDVİA, C. 23, y. 2001, s. 442; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, ter. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 360.

⁷ Akgündüz, “İştirak”, s. 442.

⁸ Abdulkadir Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, ter. Ali Şafak, Kayhan Yayınları, İstanbul, 2012, s. 383.

⁹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 394.

¹⁰ Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Filler*, (m.y), s. 162-163; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 383; Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 41.

İştirakin kanuni unsuruna bakılacak olursa İslâm hukukunun asli kaynaklarında suçun ortaklaşa işlenmesine yer verildiği ve kişilerin bundan men edildikleri görülmektedir. Konuyla ilgili Kuran’da geçen şu hüküm örnek gösterilebilir: “*Günah ve teaddi üzerine yardımlaşmanın*”¹¹. Yine suça katkı sağlamak bakımından içki içme suçu özelinde şu hadis zikredilebilir: “*İçkiye, onu içene, sunana, sıkana, sıktırana, taşıyana, kendisine taşınana, satana, satın alana ve içkiden elde edilen kazancı yiyene Allah lanet etmiştir*”¹².

İslâm hukukunun asli kaynaklarından bir diğeri icmadır. Esasen çalışmanın konusunu teşkil eden öldürme suçunda verilecek cezada dayanak olarak gösterilen Hz. Ömer’in uygulaması da icma kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre Hz. Ömer, San’a şehrinde bir kişiyi müştereken öldüren birden fazla faile ayrı ayrı kısas uygulamış ve “*Eğer bütün San’a halkı suça iştirak etmiş olsaydı, hepsini kısas ederdim.*” demiştir¹³. Hz. Ömer’in bu sözünün sahabe huzurunda cereyan ettiği ve konuya ilişkin bir itiraz olmadığı ve dolayısıyla hüküm hakkında icma oluştuğu ileri sürülmektedir¹⁴.

Netice itibariyle klasik dönem İslâm hukuku iştirak hususuna kaynaklarında yer vermiş ve kişileri ortak bir irade ile suça iştirak etmekten men etmiştir. Bununla birlikte suça iştirak edenlere verilecek ceza, iştirakin nasıl gerçekleştiğine bağlı olarak değişecektir. Aşağıda iştirakin türlerine yer verilecektir.

B. İŞTİRAKİN TÜRLERİ

İştirak, çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Bu çerçevede suçlu, suçun maddi unsurunda başkasıyla müştereken hareket edebilir veya suçun icrasında başkasıyla işbirliği yapabilir. Bir başkasının suça tahrik veya teşvik edilmesi de söz konusu olabilir. Yine kişi, suçun icrasına iştirak etmeksizin çeşitli yollarla suçun işlenmesinde suçluya yardımda bulunabilir. Bütün bu durumlarda kişi, suça iştirak etmiş sayılmakla beraber maddi unsura olan katkısı nispetinde alacağı ceza değişecektir. Suçun maddi unsuruna katkısı ise doğrudan ve dolaylı iştirak ayrımını gündeme getirmektedir. Söz konusu ayırım, aşağıda incelenecektir.

1. Doğrudan İştirak

Birden fazla kişinin suçun maddi unsurunu icra etmesi durumu doğrudan iştirak, suça iştirak eden kimseler de asli şerik olarak anılır. Doğrudan iştirak için “*mübaşeret*”, suçu işleyene ise “*mübaşir fail*” veya “*mübaşir şerik*” de denmektedir¹⁵. Doğrudan iştirak hâlinde şeriklerin, suçun işlenmesine bilerek ve isteyerek katılmış olmaları ve işlenmesine karar verilen suçu, maddi olarak gerçekleştirmiş olmaları gerekir. Suçun tamamlanmış olup olmamasının, bir

¹¹ Maide, 5/2.

¹² Ebû Dâvûd, Eşribe 1/3678.

¹³ Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 350; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 159.

¹⁴ Abdullah bin Mahmûd el-Mevsilî, *El-İhtiyâr Li-Ta’lîl’l-Muhtâr*, C. 5, Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 225. Mezhepler, Hz. Ömer’in uygulaması dolayısıyla müştereken adam öldürmenin cezası noktasında hemfikir olsalar da uygulamanın icma olduğu, Hanefi hukukçuların fikridir. Zira Hanefiler, diğer mezheplerden farklı olarak sükuti icmayı da kaynak olarak kabul etmektedirler. Buna göre dönemin bazı hukukçuları görüşlerini açıkça ortaya koydukları hâlde bazıları koymamakla birlikte açıkça karşı da çıkmıyorsa, sükuti icma söz konusudur: Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 54.

¹⁵ Akgündüz, *İştirak*, s. 442.

kimsenin asli şerik sayılmasına etkisi yoktur. Böyle bir ayırım yalnızca verilecek cezaya tesir edebilecektir¹⁶.

İslâm hukukçuları, bazı durumlarda dolaylı iştiraki, doğrudan iştirak olarak değerlendirmektedirler. Normal şartlarda suçun maddi unsurunu icra etmemesi sebebiyle fer'i şerik olacak birinin, suçun maddi unsurunu doğrudan icra eden bir diğer şeriki, bir alet gibi kullanması hâlinde asli şerik sayılması hâli böyledir.¹⁷ Kullanılan kişi, gayrimümeyyiz veya mülcü ikrah¹⁸ altında biri ise ve fiillerinde kendisini kullanan veya zorlayan şerike tabi olup onun istediği biçimde hareket ediyor ise, suçun işlenmesinde kontrol sahibi kimse asli şerik sayılacaktır. Örneğin gayrimümeyyiz bir çocuğa birinin ölümü neticesini gerçekleştirecek şekilde zehirli bir gıdayı şahsa götürmesini isteyen kişi asli şerik hükmünde olacaktır. Yine suç işlemek üzere önceden başkasıyla anlaşan kişinin, suçu bizzat işlemese ve faile yardım etmese bile suçun işlenmesi sırasında failin yanında hazır bulunuyor olması durumunda da bu kişi fer'i şerik yerine asli şerik olarak değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte bu, İmam Malik'e has bir görüştür. İmam Malik, bu kişinin asli şerik sayılamayacağını, zira yanındaki kişi suçu işlemese bu kez kendisinin işleyecek olduğunu öne sürmektedir¹⁹.

Kişilerin suçun maddi unsurunu icra ederek fiili müştereken işlemeleri durumunda asli cezadan sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Nitekim öldürme suçunda ölüme yol açan fiilde hakimiyet sahibi olan herkes kısas cezasına çarptırılacaktır. Bununla birlikte Hanefilere göre böyle bir durumda, failerin rastlantısal olarak bir araya gelmelerinde olduğu gibi şeriklerin şahsi fiillerine bakılması gerekmektedir²⁰. Fiilde hakimiyet sahibi olması dolayısıyla burada da şeriklerin kısas cezasına çarptırılacakları düşünülebilirse de ileride de değinileceği üzere Hanefilerin kasıt kriteri dolayısıyla ortaya farklı tablolar çıkabilecektir.

2. Dolaylı İştirak

Suç işleme konusunda başkasıyla işbirliği yapan, başkasını suça tahrik veya teşvik eden, başkasına suç için yardımda bulunan kişi suça fer'an veya dolaylı olarak iştirak etmiş sayılır²¹. Örneğin katil veya hırsız için yolu gözetleyen veya hırsızlık suçunu işleyen faileri, çaldıkları malların taşınması için suç mahallinin dışında bekleyen kişiler fer'i şeriktir. Bu kişinin suça dolaylı yoldan katılmayı, tahrik veya teşvikte bulunmayı veya suça yardımı kastetmiş olması gerekmektedir. Söz gelimi bahçe işlerinde kullanılması için birine balta veren kişi, verilen baltanın adam öldürmede kullanılması hâlinde fer'i şerik sayılmayacaktır²². Zira böyle bir durumda arada illiyet bağı olmamış olur. Yine suçun tamamlanıp tamamlanmamasının, kişinin şerik sayılması açısından bir önemi olmayacaktır.

¹⁶ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 158; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 384.

¹⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 383.

¹⁸ Mülcü ikrah, kişinin canına ve vücut bütünlüğüne yönelik olan ikrahtır; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 150.

¹⁹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 74.

²⁰ Akgündüz, *“İştirak”*, s. 443.

²¹ Akgündüz, *“İştirak”*, s. 443.

²² Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 393.

İslâm hukukunda genel kurala göre ceza, suçta ve cezada şahsiliik prensibi doğrultusunda bizzat suçu işleyene verilir. Dolaylı şerik, cezası belli bir suçta iştirak etmiş suç için takdir edilen ceza ile cezalandırılmaz. Böyle bir kimse, işlenen suçun had, kısas veya tazir cezasını gerektiriyor olması fark etmeksizin tazir cezası ile cezalandırılır²³. Bu kural, Ebu Hanife tarafından bilhassa dikkate alınmış, diğer mezhep hukukçuları ise öldürme ve yaralama suçlarını bundan ayrı tutmuşlardır²⁴. Bu konuya ileride değinilecektir.

Suçta tahrik veya teşvik bulunması hâlinde fer'i şerik, aynı şekilde tazir cezası ile cezalandırılır. Zira suçun oluşmasında ve cezanın hak edilmesinde asli şerikin iradesi esas alınır. Emir de bu kapsama dahil olup emre muhatap olan kimsenin buna uymaması da mümkündür. Ancak suçta yönlendirilen kişinin gayrimüeyyiz olması ve kendisini yönlendirenin elinde suç aleti konumunda olması durumunda yukarıda da değinildiği gibi fer'i şerik, asli şerik olarak değerlendirilebilmektedir²⁵. Literatürde suçta dolaylı yoldan iştirak edilmesi hâlinde fer'i şerik için “*mütesebbib fail*” ifadesi de kullanılmaktadır²⁶.

Fer'i şerikin alacağı ceza miktarı, asli şerike nispetle tespit edilmektedir. Asli şerik, tazir cezası olsa bile dolaylı şerikin alacağı tazir cezası daha hafif olacaktır. Suçun öngörülenden ağır bir şekilde sonuçlanması durumunda da böyledir. Örneğin bir kimse, bir başka kimsenin dövülmesi için birini tahrik etse ve fakat dövülen kimse ölse, tahrik eden fer'i şerik, yalnızca dövmeden değil, kasıt benzeri adam öldürme suçundan da sorumlu olacak ve cezası asli şerike göre tespit edilecektir²⁷. Genel kural böyle olmakla birlikte fer'i şerik cezalandırıldığı hâlde asli şerike has bazı durumlardan ötürü asli şerikin cezalandırılmaması da mümkündür. Örneğin asli şerik yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi durumlardan kaynaklı ceza muafiyeti sebebiyle cezalandırılmazken fer'i şerik cezalandırılabilir²⁸. Demek ki iştirak sebebiyle verilecek cezada şeriklere has kimi durumlar da rol oynamaktadır. Bu konu, aşağıda ele alınacaktır.

C. ŞERİKLERE MAHSUS DURUMLAR

Suçta iştirak eden şeriklere mahsus durumlar, bilhassa adam öldürme suçunda gündeme gelmektedir. Şeriklerin bazıları kendilerini cezadan muaf tutacak kimi özelliklere sahip olabilirler. Örneğin suç ortakları müeyyiz ve gayrimüeyyiz, ergin ve çocuk, kasıtlı ve kasıtsız gibi ceza hukuku bağlamında farklı özelliklere sahip olarak bir araya gelmiş olabilirler. Yine öldürme suçu için şeriklerin arasında maktülün babasının bulunması da cezaya etki edecek bir diğer faktördür. Zira normal şartlarda babanın oğlunu öldürmesi durumunda babaya kısas uygulanmamaktadır. Hanefilere göre tüm bu durumlarda, kendisine kısasın uygulanmayacağı kişilere öldürme fiilinde ortak olanlara kısas uygulanmayacaktır²⁹. Diğer bir deyişle ceza, sadece cezadan muaf tutulacak kişilerden değil, diğer suç ortaklarından da düşecektir. Diğer

²³ Akgündüz, “İştirak”, s. 443.

²⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 382.

²⁵ Akgündüz, “İştirak”, s. 443.

²⁶ Akgündüz, “İştirak”, s. 442.

²⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 397.

²⁸ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 389.

²⁹ İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrül-Muhtar*, C. 16, çev. Ahmet Davudoğlu, Şamil Yayınları, İstanbul, 1983, s. 300; Mevsili, *El-İhtiyâr Li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, s. 221.

mezheplere göre ise asli ceza yalnızca ceza muafiyeti olan kişilerden düşecek, diğer şeriklerin sorumluluğu devam edecektir³⁰.

Şeriklerin kasıt durumlarının farklılığı da Hanefilere göre cezanın düşmesine yol açacaktır. Hanefiler, öldürme suçunda kastın varlığını kullanılan alete göre belirlemişlerdir. Buna göre bir kişinin, kesici-delici aletle birini öldürmesi kısas gerektiren kasten öldürme iken kesici-delici olmayan bir aletle öldürmesi ise diyet gerektiren kasıt benzeri adam öldürme suçunu meydana getirecektir. Bu çerçevede söz gelimi bir şahsa iki kişiden biri alet-i cariha ile diğeri ise sopa ile saldırsa ve bu saldırı neticesi ölüm gerçekleşse bu iki kişiye kısas uygulanmayacak, maktülün diyeti aralarında paylaşılacaktır³¹.

Hanefiler söz konusu görüşlerini, kısasın bölünemezliği ile izah etmişlerdir. Hanefi hukukçulardan İbn Abidin, “*Kıyas hakkı bölünemeyeceği için, birisini öldürdüğü zaman kısas uygulanmayan biri ile birlikte bir adamı öldürene kısas uygulanmaz*”³². Bir diğer Hanefi hukukçu Mevsilî, de şu sözlerle bölünemezliğe değinmektedir: “... *sayılan durumlarda öldürme, yalnızca birisinin kısas için yeterli olmadığı iki sebeple hasıl olmuştur. Kıyas bölünemeyeceği için de sadece bir sebebin bulunmasıyla uygulanmaz.*”

Hanefiler ile diğer mezhepler arasındaki bu görüş ayrılığı, aynı zamanda şüphe faktörü ile izah edilmiştir. Buna göre bu tip durumlarda suçu işleyenlerden birisinin fiilinin sonucu meydana getirmesi diğerininkinin ise getirmemesi ihtimali söz konusudur. İşte bu ihtimalden dolayıdır ki Hanefiler kısasın şüphe ile düşen bir ceza olduğu düşüncesiyle bütün şeriklerden cezayı düşürmüş, diğer mezhepler ise şüpheyi dikkate almayarak muaf olmayan diğer şerik için de ceza verileceğini savunmuşlardır³³. Bir kimsenin, maktüle yılan veya yırtıcı hayvanla birlikte saldırması durumunda dahi kısas, şüpheye bağlı olarak düşecektir. Zira maktülün insanın mı yoksa hayvanın mı hareketinden ötürü öldüğü belirsizdir³⁴.

İslâm ceza hukukunda iştirak, suç teşkil eden bir fiile birden fazla kişinin fiile bağlı veya fiili kastediyor olarak doğrudan yahut dolaylı surette katkı sağlamaları şeklinde ele alınmış, konuya asli kaynaklarda yer verilmiştir. İştirakin öldürme ve yaralama suçlarında sıkça görülmesi, yorum ve örneklerin bu alanlarda yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bununla birlikte kimi noktalarda mezhepler farklı bakış açılarına sahip olabilmişlerdir. Bu durum, resmi mezhebi Hanefi mezhebi olan Osmanlı’da meselenin düzenlenişine etki edebilecektir. Aşağıda öldürme ve yaralama suçları özelinde iştirakin Osmanlı hukukunda düzenlenişi ele alınacaktır.

³⁰ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 165; Serahşi, *Mebûsât*, ed. Mustafa Cevat Akşit, C. 21, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008, s. 143.

³¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968, s. 108; İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürrü’l-Muhtar*, s. 300.

³² İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürrü’l-Muhtar*, s. 275.

³³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 388; Abdurrahman el-Cezerî, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, ter. Hasan Ege, C. 7, Bahar Yayınevi, İstanbul, ts., s. 463-464; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 356; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 111.

³⁴ İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürrü’l-Muhtar*, s. 307.

II. ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINA İŞTİRAK VE OSMANLI HUKUKUNDAKİ YERİ

Osmanlı hukuku, şer'i ve örfi hukuktan mürekkep bir hukuk sistemidir. Buna göre İslâm hukukunun vazettiği kuralların yanısıra İslâm hukukunun değinmediği hususlarda hükümdarın, İslâm hukukuna aykırı olmamak şartıyla vazedebileceği birtakım örfi kurallar mevcuttur. Osmanlı hukukunda şer'i hukuk, umumiyetle devletin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebi görüşleri doğrultusunda şekillenmiş ve hukuk sahasına yansımıştır. Osmanlı hukukunun diğer kanadını oluşturan örfi hukuk ise dönemin konjonktürüne göre yapılan çeşitli düzenlemelerle kendini gösterebilmiştir. Aşağıda Osmanlı hukukunun öldürme ve yaralama suçlarına iştirake bakış açısı incelenecek; incelemede kolaylık açısından doğrudan ve dolaylı iştirak hâlleri bakımından ikili bir ayrıma gidilecektir.

A. DOĞRUDAN İŞTİRAK DURUMU

Doğrudan iştirak hâlinde öldürme ve yaralama suçları açısından farklı cezalar gündeme gelmektedir. Aşağıda önce öldürme daha sonra yaralama suçları bakımından doğrudan iştirak hâli ele alınacaktır.

1. Adam Öldürme Suçunda Doğrudan İştirak

Adam öldürme suçu, İslâm hukukçuları tarafından faile verilecek ceza açısından çeşitli tasniflere tabi tutulmuş, bu konuda en geniş ayrımı Hanefiler yapmıştır. Konumuz bağlamında adam öldürme suçu ile kastedilecek olan "*katl-i amd*" da denilen kasten adam öldürmedir. Kasten adam öldürmenin asli cezası kısastır. Hanefiler, kastın varlığına öldürmede kullanılan alete göre hükmetmişlerdir. Buna göre kullanılan alet kesici, delici, vücudu parçalara ayırıcı nitelikte ise kasıt da vardır³⁵. Bundan başka maktulün mirasçılarının katili affetmesi hâlinde kısas cezası düşmektedir³⁶. Bu husus, ayette şu şekilde ifade edilmiştir:

Ancak her kimin cezası, kardeşi, (öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık (taraflar) hakkaniyete uymalı ve (öldüren) ona (gereken diyeti) güzellikle ödemelidir³⁷." Ayrıca konuyla ilgili bir hadis de şu şekildedir: "Bir kimsenin, birisi tarafından öldürülen bir ölüsü olursa, ölünün yakınları için iki seçenek vardır; isterlerse kısas yoluyla onu öldürürler. İsterlerse fidye alırlar³⁸."

Hanefiler burada ifade edilen fidye almanın sulh akdi yoluyla olacağını düşünmektedirler³⁹.

Adam öldürme suçunun doğrudan iştirak hâlinde işlenmesi durumunda tüm failer kısas edilecektir. Bu konuda mezhepler arasında ihtilaf yoktur ve cezanın dayanağı Hz. Ömer'in San'a şehrindeki uygulamasıdır. Hanefiler, bu hükmün esasen kıyasa aykırı olsa da cumhurun icması ile sabit olduğu görüşündedir⁴⁰. Bundan başka hayat hakkının muhterem olduğu,

³⁵ Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 265; Akgündüz, "*İştirak*", s. 443.

³⁶ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 412.

³⁷ Bakara, 2/178.

³⁸ Buhârî, Lukatâ 7; Müslim, Hacc 447.

³⁹ Serahsî, *Mebûsât*, s. 14.

⁴⁰ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 165; Akgündüz, "*İştirak*", s. 443.

müştereken adam öldüren asli faillere, suçun asli cezası yerine ortaklaşa diyet ödetmenin kanın hederine sebep olabileceği ileri sürülmüştür⁴¹. Yine toplumsal huzur bakımından da söz konusu ceza gerekli görülmüştür. Zira bir şahsı öldürmek için faillerin ittifak etmesi sık rastlanan bir durumdur. Şayet bu durumun cezada düşme veya azalma gibi bir sonuç doğurmasına meydan verilirse herkes bu suçu müştereken işleyecektir⁴². Dolayısıyla söz konusu hüküm, suçluyu caydırma ve fesadı önlemek adına da gereklidir⁴³.

Bazı yaralama durumlarında da müştereken adam öldürme suçu gündeme gelebilmektedir. Bir kişiye saldıran birden fazla kişiden her birinin maktulde öldürücü bir yaraya sebebiyet vermesi hâli böyledir. Bu durumda da şeriklerden her biri kısasen öldürülecektir. Zira adam öldürme suçu “*bölünemez*” bir nitelik taşımaktadır ve bölünmeyeceği için canın çıkışı da tüm şeriklerin ortaklığı ile gerçekleşmiş kabul edilir. Bununla birlikte saldırganlardan her birinin mağdurda açtığı yara öldürücü değilse kendilerine kısas uygulanmayacağı gibi darbelerden yalnızca biri öldürücü ise kısas da yalnızca bu darbeyi vuran kişi için söz konusu olacaktır⁴⁴. Bu ayırım Hanefilere özgüdür; Malikilere göre iştirak iradesi mevcutsa, asli-fer’i ayrımı yapılmaksızın tüm şeriklere kısas cezası uygulanacaktır⁴⁵.

Çalışma çerçevesinde doğrudan iştirak, Osmanlı kanunnamelerinde daha ziyade adam öldürme suçu çerçevesinde göze çarpmaktadır. Kanunî’nin umumi kanunnamesi Kanunname-i Osmani’de adam öldürme suçu müstakil olarak ele alındıktan sonra ilave bir madde olarak iştirak hâlinde öldürme suçuna yer verilmiştir. Söz konusu ilave madde şu şekildedir:

Ve eğer adam öldüren iki kişi yahud dahi ziyâde olsa, hemân bir kan cürmin alalar; her kişiden başlı başına almayalar. Ve eğer bir kişi, iki kişi yahud ziyâdeyi öldürse, yerine kısâs olsa, şer’at yerine varub ayruk nesne demeyeler ve cürm almayalar. Ve eğer kısas olmasa, kâdî diyet buyura; veliyy-i maktul yetirüb hakkın aldıktan sonra, kan cürmi her kandan bir cürm alalar. Fil-cümle cürm almakda, ta’addüd-i maktul i’ tibâr olunur; ta’addüd-i kâtîle i’ tibâr etmeyeler⁴⁶.

Buna göre birden fazla failin bir kişiyi öldürmesi durumunda ödenecek diyet her şerik için tam bedel şeklinde olmayacak, bedel şerikler arasında paylaşılacaktır. Bununla birlikte tek kişinin birden fazla kişiyi öldürmesi durumunda ölen her kişi için katilden ayrı ayrı bedel alınacaktır.

Kanunnamede müştereken adam öldürme için kısas cezasından bahsedilmemle birlikte Osmanlı hukukunun şer’i ve örfî hukuktan oluştuğu hesaba katıldığında konunun yalnızca tedvin edilmemiş olduğu düşünülebilir. Nitekim konuyla ilgili fetva örnekleri mevcuttur. Konuyla ilgili verilen bir fetvada kasten adam öldürmede doğrudan iştirak hâlinde şerikler yüz kişi de olsa her birinin kısas edileceği söylenmiştir: “*Zeyd ve Amr ve Bekir âlet-i câriba ile, bigayri hakkın*

⁴¹ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 166.

⁴² Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 108; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 350.

⁴³ Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 359.

⁴⁴ İbn-i Âbidin, *Reddü’l-Muhtar Ale’l-Dürrü’l-Muhtar*, s. 299; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 353.

⁴⁵ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 72.

⁴⁶ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 4, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 299, dp.

Beşr'i katil eyleseler, verese talebiyle cümle katil olunur mu? el-Cevap: Olunur, yüz ise de⁴⁷.” Yine bir başka fetvada bir kimsenin birkaç kişi tarafından ateşe atılarak öldürülmesi hâlinde, şeriklerin tümünün kısas edileceği ifade edilmektedir: *“Birkaç kimesneler Zeyd’i bi-gayr-i hak burûca istitâatı olmayan ateşe ilkâ etmeleriyle Zeyd ateşden çıkamayıp muhterikan fevt olsa ol kimesnelere ne lazım olur? el-Cevab: Cümlesi kısas olunurlar⁴⁸.”*

Osmanlı hukukunda öldürmeye doğrudan iştirak bağlamında Tanzimat döneminde bir değişiklik olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira Tanzimat dönemi Osmanlı’nın hukuk seyriinde önemli değişim ve gelişimlerin yaşandığı dikkat çekici bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde adli sahada bozulma ve yozlaşmalar meydana gelmiş, devlet ricalinde birtakım yeniliklere gidilmesi gerektiği fikri belirginleşmiş, bu doğrultuda yeni kanunlar çıkarılarak yeni mahkemeler kurulmuştur⁴⁹. Öldürme suçlarına iştirake ilişkin herhangi bir düzenlemeye gidilip gidilmediğinin tespiti için çıkarılan yeni kanunlara bakmak gerekmektedir.

Tanzimat Fermanını takiben 1840 yılında dönemin ilk ceza kanunnamesi yayınlanmıştır⁵⁰. Kanunnamenin ilk hâlinde iştirake ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte 22 Rebiülevvel 1256/24 Mayıs 1840 tarihinde kanunnameye eklenen maddelerde öldürme suçu bağlamında iştirake yer verilmiş olduğu söylenmektedir⁵¹. Fakat eklenen zeyilde azmettirme hâli yer almıştır. Aynı şekilde 1840 Ceza Kanunnamesinin ardından çıkarılan 1851 ve 1858 Ceza Kanunnameleri de bu kez doğrudan kanun metninde iştirake yer vermekle beraber azmettirme hâlini düzenlemiştir. İlgili hükümler dolaylı iştirak bağlamında incelenecektir. Burada şu hususu ifade etmek gerekir ki 1851 Ceza Kanunnamesinde mütesebbip faillik düzenlenirken *“asıl katil hakkında şer’an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından”* ifadesi kullanılmıştır. İfadeden asli failliğin şer’i cezaya, dolayısıyla da kısas cezasına tabi olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca 1858 Ceza Kanunnamesinde, azmettirme hâli düzenlenmeden önce iştirake ilişkin genel bir hüküm de yer almıştır. Bu da kanunnamenin daha oturaklı ve tafsilatlı tutumuna mutabıktır. Mukaddime kısmında 45. maddede düzenlenen hüküm şu şekildedir: *“Bir cürmün müsterek faileri kanun sarahati olmayan mevadda ol cürmün fail-i müstakili gibi mücâzat olunur.”* Böylece suça iştirak eden kişiler, kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmuyor ise rastlantısal birliktelikte olduğu gibi bağımsız birer fail addedilmişlerdir.

Tanzimat dönemi hukukçularından Halil Rifat’ın, maddenin Fransa Ceza Kanunnamesinden esinlendiğini ileri sürmesi dikkat çekici bir yorum olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukçunun konuyla alakalı görüşleri şu şekildedir:

Fakat şu kadar denilebilir ki Fransa Ceza Kanunnamesinin 90. maddesiyle ifade ve kast olunan ahkâm, işbu 45. madde ile ifade ve kast olunmuştur. Bu davamızı ispat ve tenvir için delâil ve berâhin irâesine

⁴⁷ Mehmet Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 153, no: 746.

⁴⁸ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behceti’l-Fetâvâ*, haz. Süleyman Kaya, Betül Algin, Zeynep Trabzonlu ve Asuman Erkan, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011, s. 599, no: 3070.

⁴⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 415; Ahmet Kılınc ve Davut Yıldırım, “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları”, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları, ed. Nuran Koyuncu ve Abdulkadir Yıldız, *NEÜ Yayınları*, Konya, (2021), s. 176.

⁵⁰ Kılınc ve Yıldırım, “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları”, s. 181.

⁵¹ Harun Karakaya, *Osmanlı Ceza Hukuku’nda Parada Sahtecilik Suçu*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2020, s. 133.

mes edeceği takdirde göstermeye mecbur olacağımız edilleyi hâricden aramaya muhtac olmayarak yine işbu ceza kanununda bulabiliriz. Bir cürmde fail-i müşterek olmak için ol cürmde ne derece zî-medhal olmak icab edeceğini bildirecek usûl ve kavâidin bu madde akabinde zikr ve beyan olunması elzem iken vaz-ı kanunun bu babda külliyyen ihtiyar-ı sükût etmesinden keyfiyeti vicdan-ı hükkâma havale eylemiş olması anlaşılmaktadır. Mâmafih hükkâm, bir şahsın bir cürmde fail-i müşterek addolunacak kadar zî-medhal olduğuna veyahud ol mertebe zî-medhal olmadığına dair vereceği hüküm ve kararlarını esbâb-ı kaviyye-yi sahihâya bina ve bu esbâb-ı hüküm ve kararları hâvi verecekleri ilâmlarda zikr ve inbâ etmelidirler ki verilen karar ve hükümlerin akl-ı selime ve vicdan-ı müstakîme olduğunu işitenler ve okuyanlarca dahi zâhir ve hüveydâ olabilsin⁵².

Hukukçuya göre kişilerin müşterek fail olarak kabul edilmeleri için fiilde ne derece hakimiyet sahibi olmaları gerektiğinin madde akabinde zikredilmesi gerekirken bu husus, hakimlerin takdir yetkisine bırakılmıştır. Böylece maddenin kanunnamenin genel bütününden kopuk görünmesi, hukukçuyu, maddenin başka bir düzenlemeden alındığı sonucuna ulaştırmıştır. Bununla birlikte fiildeki hakimiyetin tespiti, İslâm hukuku kapsamında da somut olaya göre değişebilecek bir muhakeme mevzuudur. Dolayısıyla maddede klasik dönem anlayışına aykırı bir durum görünmemektedir. Nitekim söz konusu iddianın ispatı da kanun lafzına binaen yapılmış; herhangi bir hüküm değişikliğinden söz edilmemiştir.

2. Yaralama Suçlarında Doğrudan İştirak

Yaralama suçları, literatürde genellikle “*müessir fiil*” şeklinde yer almaktadır. Kasten işlenen müessir fiillerin cezası kısas olmakla birlikte kısasın uygulanması uygulamada zor şartlara tabidir. Buna göre hem hürriyet, din, cinsiyet hususları bakımından müessir fiile maruz kalan kişi ile fail arasında hem de müessir fiile konu olan uzuv ile kısas yapılacak uzuv arasında denklik bulunmalı, ayrıca kısas uygulaması kastı aşan bir sonuç doğurmamalıdır. Bununla birlikte Hanefiler, kısas için aynı dinden olma şartını aramamışlardır⁵³. Şartlarda bir eksiklik olması durumunda fail, kısas yerine diyet ile cezalandırılmıştır⁵⁴. Diyetin miktarı kanun hükmü ile tespit edilebildiği gibi bilirkişiler tarafından da belirlenebilmiştir⁵⁵.

Doğrudan iştirak hâlinde işlenen yaralama suçlarında faillerin sorumluluğu ve almaları gereken cezanın takdiri hususunda mezhepler arasında ihtilaf mevcuttur. Buna göre İmam Şafii, Ahmed b. Hanbel ve İmam Malik, adam öldürmede olduğu gibi kısas gerektiren bir müessir fiilde de suçun müştereken işlenmesi durumunda her birinin ayrı ayrı kısas edileceği kanaatinde dirler. Buna delil olarak Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin iştirakle ilgili uygulamalarını göstermektedirler⁵⁶. Hanefilere göre ise, müessir fiillerde doğrudan iştirak hâli, kısasa engel teşkil etmektedir⁵⁷.

Hanefilerin müessir fiillerde iştirak hâlinde kısas uygulanmayacağına ilişkin görüşlerinin gerekçesi, suç ve cezada denge prensibidir. Suçun failinin tek kişi olduğu durumda bunu gerçekleştirmek mümkünken birden fazla suç ortağının olması hâlinde bu dengenin kurulması

⁵² Halil Rifat, *Külliyât-ı Şerh-i Ceza*, Mihran Matbaası, İstanbul, 1303, s. 98.

⁵³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 195.

⁵⁴ Cin ve Akylmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 269-270.

⁵⁵ Ahmet Kılıç, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre/Ehl-i Vukûf)*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2022, s. 230-231.

⁵⁶ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 159.

⁵⁷ Akgündüz, *İştirak*, s. 443.

mümkün değildir. Çünkü böyle bir durumda yok edilen veya zarar verilen uzva karşılık birden fazla uzvun yok edilmesi yahut zarar görmesi gündeme gelecektir. Hâlbuki suç, şeriklerden yalnızca birinin değil, hepsinin fiilleri neticesinde meydana gelmiştir. Ortaya çıkan tek sonuçtan ötürü her faile ayrı ayrı kısas uygulamak suç ve ceza arasındaki dengeyi bozacaktır. Tıpkı noksan ve sağlam elin birbirine kısas edilememesi gibi bir uzva karşılık birden fazla uzuv da kısas edilememelidir⁵⁸.

Hanefilerin iştirak hâlinde işlenen müessir fiil için yaptıkları bu yorum, esasen adam öldürmede her şerikin kısas edilmesi gerektiği düşünceleriyle çelişmez. Çünkü Hanefiler, adam öldürme hususunda kıyasa değil, icmaya başvurmuşlardır. Şafilere ise cana kıyasla yaralamada da her faile kısas uygulanacağı görüşündedirler⁵⁹. Ayrıca öldürme suçu “bölünemez” bir nitelik arz etmektedir ve bu nedenle kısas da ancak canı veya ruhu çıkarmakla mümkün olur. Faillerden her biri canı telef noktasında müstakil sayılır. Uzvu yok etmek ise “bölünebilir”dir ve faillerden her biri uzvun bir parçasını telef etmiş sayılabilecektir. Dolayısıyla bir kişinin uzvuna karşılık bir topluluğun uzvu kesilmeyecektir⁶⁰. Yine tek bir kişiyi öldürmek için birden fazla kişinin bir araya gelmesi yaygın olduğundan caydırıcı bir cezanın önemi daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Tek bir kişinin uzvunu yok etmek için bir araya gelinmesi ise nadiren görülmektedir. Nisbeten az rastlanan ve daha basit bir nitelik arzeden fiil için şeriklerin tümüne kısas uygulanması yorumu tercih edilmemiştir⁶¹. Hanefilerin iştirak hâlinde işlenen müessir fiiller için öngördükleri ceza, kısas yerine yok edilen uzuv için belirlenen kanuni bedel miktarının asli şerikler arasında eşit olarak paylaşılmasıdır⁶².

Osmanlı Kanunnamelerinde doğrudan iştirakin yaralama suçları kapsamında ele alındığına pek rastlanmamakta, genellikle bir kişinin bir başkasını yaralaması durumuna yer verilmektedir. Tanzimat döneminde çıkarılan kanunnamelerde de konuyla ilgili özel bir hüküm göze çarpmamaktadır. Bunun ardında yatan sebebin, yaralama suçlarına doğrudan iştirakin öldürmeye nazaran daha az görülmesi olduğu düşünülebilir. Yaralama suçu bağlamında iştirak genellikle birden fazla kişinin bir kişinin farklı uzuvlarına saldırımları şeklinde gerçekleşmektedir ki böyle bir durumda her fail, kendi fiilinden sorumlu tutulacaktır.

B. DOLAYLI İŞTİRAK DURUMU

Bir kimseyi adam öldürme yahut yaralamaya teşvik veya tahrik eden kimse fer'i fail olarak değerlendirilecektir. Bundan başka suçun icra hareketlerini kolaylaştırmak, suçun işlenmesi için araç temin etmek de dolaylı iştirak kapsamındadır⁶³. Bu durumlarda işlenen suçlar için öngörülecek ceza, çeşitli ihtimallere göre değişebilecektir. Aşağıda söz konusu dolaylı iştirak hâllerine yer verilecektir.

⁵⁸ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 164-165; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 358.

⁵⁹ İbn-i Âbidin, *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*, s. 302; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 360.

⁶⁰ İbn-i Âbidin, *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*, s. 301; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 256.

⁶¹ Mevsilî, *El-İhtiyâr Li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, s. 225.

⁶² Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 165.

⁶³ “Manevî (aklî) iştirak, bir suçu ika için bir kimsede karar uyandırmak yahut suçu ika kararını teyit eylemek veya suç işlendikten sonra müzâheret ve muavenette bulunacağını vaad etmek suretleriyle olur.” Bkz. Mehmed Bahir, *İştirak*, Hukuki Bilgiler Mecmuası, y. 2, S. 18, 1928, s. 400.

1. Teşvik Ve Tahrik Durumları

Suçun işlenmesi bağlamında bir tahrikten söz edebilmek için tahrikin, muhatabının kararına tesir etmesi gerekmektedir. Şayet tahrik edilen kişi, bu tahrik olmadan da suçu işleyecek ise tahrikten bahsedilemez. İslâm hukukuna göre tahrik, müstakil olarak cezalandırılabilir. Öldürmeyi emretmek ve öldürmeye zorlamak bu kapsamdadır. Bununla birlikte emir ve zorlama birbirinden farklıdır. Şöyle ki emretmede emreden kişi, emrettiği kişinin iradesini büsbütün etkilemez. Emrin muhatabı bu emri yerine getirebileceği gibi getirmeyebilir. Buna mukabil zorlamada, zorlanan kişinin iradesi büsbütün etkilenmiş durumdadır.

Emretmede emreden, emrettiği kişi üzerinde genel bir otorite ve ağırlık sahibiyse; örneğin o kişinin babası yahut hocası ise emir, zorlama derecesinde telakki edilir ve suça azmettiren kişi tek başına sorumlu olur. Bununla birlikte Hanefiler, suça azmettirme mülci ikrah şeklinde olmadığı sürece azmettireni asli şerik olarak değerlendirmemektedir⁶⁴. Örneğin Hanefi hukukçulardan Mevsilî, konuyla ilgili yaptığı şu yorumda, zorlanan kişinin hâlen irade sahibi olduğu düşüncesinden hareket etmektedir: “Bir kişiyi zehir içmesi için zorlasa ve o da içse, ne kendisi ne de âkilesi üzerine bir şey gerekir. Çünkü bu durumda zehri içen kişi, kendisini bilerek kuyuya atan kimse gibi kendi kendisini öldürmüş sayılır⁶⁵.”

Emretme durumunda emre muhatap kişinin gayrımümeyyiz olması ve kendisini yönlendirenin elinde suç aleti konumunda olması durumunda yönlendiren fer’i şerikin, asli şerik olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir⁶⁶. Bununla birlikte Ebu Hanife, yönlendirmenin zorlama derecesinde olması şartını bu durum için de gerekli görmektedir. Örneğin bir kimse gayrımümeyyiz bir kişiye birini öldürmesini söylese ve bu kişi öldürülse, söyleyen kişi, İmam Malik, Şafi ve Ahmed’e göre suçun asli şeriki sayılacakken Ebu Hanife’ye göre sözün zorlama derecesinde olması hâlinde asli şerik olarak değerlendirilebilecektir⁶⁷.

Tahrik ve teşvik hususunda bir kimseyi suç işlemesi hususunda tahrik veya teşvik eden kimsenin, suçu işleyen kişi suçu işlediği esnada yanında bulunması hâlinde ona yardım etsin veya etmesin, İmam Malik’e göre asli fail sayılacaktır. Bunun için o kişi suçu işlemediğinde tahrik edenin bizzat suçu işlemeye hazır addedilmesi gerekmektedir⁶⁸.

Osmanlı Kanunnamelerinde teşvik ve tahrik durumlarına ilişkin düzenlemeler pek yer almamaktadır. Konuyla ilgili hükümlere daha ziyade fetva mecmualarında rastlanmaktadır. Bu minvalde azmettirmeye ilişkin olarak verilen şu fetva zikredilebilir: “Zeyd Amr’a ‘seni öldürürüm’ deyu hizmetkârlar gönderip, Amr’ı âlet-i câriha ile katl ettirse, şer’an Zeyd’e ve hizmetkârlarına ne lâzım olur? el-cevap: Hizmetkârlar kısas olunur. Zeyd nice yıllar zindanda yatar kalır⁶⁹.” Fetva, Hanefilerin bakış açısını yansıtmaması bakımından dikkate değerdir. Burada bir

⁶⁴ Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 354.

⁶⁵ Mevsilî, *El-İhtiyâr Li-Ta’lîl’l-Muhtâr*, s. 215.

⁶⁶ Akgündüz, “İştirak”, s. 443; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 391.

⁶⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 385; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 76.

⁶⁸ Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 391; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fikhiyye Kamusu*, s. 110.

⁶⁹ Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fervaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 153, no: 745.

kişinin bir başkasını başkaları vasıtasıyla öldürtmesi söz konusu olup hizmetkârlara öldürme fiilinin emredildiği düşünülebilir. Emir ise kişinin asli şerik addedilmesi için yeterli değildir; zira hizmetkârlar hâlen irade sahibilerdir.

Bir diğer fetvada, zorla zehir içirme durumu ele alınmıştır: “*Zeyd’in zevcesi Hind ile Amr ittifak edip, Zeyd-i mezbûra zehir içirip helâk ettiklerine, tav’an ikrâr eyleseler, mezburlara ne lâzım olur? el-Cevap: Elleri ile içirdiler ise diyet lâzımdır. Zeyd kendi içti ise ta’zîr-i şedîd ve habs-i medîd lâzımdır*⁷⁰.” Görüldüğü gibi Hanefi görüşü doğrultusunda kişinin iradesi göz önüne alınarak, bir irade payı mevcut olması durumunda esas ceza yerine tazir cezasına hükmedilmesi uygun görülmüştür. Burada esas cezanın kısas değil diyet olması da aynı şekilde Hanefilerin kast takdirinde kesici-delici aleti ölçüt almalarıyla ilişkilidir.

Osmanlı kanunnamelerinde teşvik ve tahrik durumlarına pek rastlanmamakla birlikte Tanzimat döneminde çıkarılan ceza kanunnamelerinde konuya yer verildiği görülmektedir. 1840 Ceza Kanunnamesine eklenen zeyde şu ifadeye yer verilmiştir: “... *hükm-i şer’i ve kanunîsi terettüb etmeksizin hafî ve celî katlen ve tesmimen ve gerek her türlü suver-i mümkün ile hiç kimsenin canına kast olunmaya ve kast vukuunda bizzat itsün veya itdürsün her kim olur ise olsun hakkında hükm-i şer’i ve kanunîsi icra oluna*⁷¹.” İfadede azmettirme hâli açıkça düzenlenmemekle birlikte fiili bizzat icra etmeye ek olarak icra ettirmek durumuna da yer verilmesi, azmettirmeye gönderme niteliğindedir. Bununla birlikte böyle bir durumda şer’i ve kanuni cezanın tatbik edileceği şekilde genel bir ifadeye yer veren düzenleme, muhtelif ihtimalleri mahkemenin takdir yetkisine bırakmış görünmektedir.

Azmettirme, 1851 Ceza Kanunnamesinde sarıh bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunnamenin birinci faslının 14. maddesi şu şekildedir:

Bir adam başka bir adamın canına kast ile fakat bizzat icra etmeyerek başka bir şahsa akçe veyahut sair cihetle itmâ ve iğfal edib de onun vesâtatıyla idam ettirilecek olur ise asıl katil hakkında şer’an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından madde-i katli âmir olan şahıs, derecesine göre bir seneden beş seneye ve katil mu’ini bulunan kimse kezâlik bir seneden üç seneye kadar vaz’-i kürek ve pranga kılına⁷².

Görüldüğü üzere bir kişiye akçe vererek yahut başka bir suretle azmettiren kişinin bir seneden beş seneye kadar kürek ve pranga cezasına çarptırılması öngörülürken asıl katilin şer’i ve kanuni cezaya çarptırılacağı ifade edilmiştir. Birine para vermek nevinden bir teşvik hâlinin, iradeyi büsbütün sakatlamayacağından Hanefi doktrini çerçevesinde kişiyi asli şerik yapmıyacağı hatırlanacak olursa, kanunun azmettiren fer’i şerik için tazir cezası öngörmesi yerindedir. Düzenlemede ayrıca ileride de değinilecek katil yardımcısı için de kürek ve pranga cezasına yer verilmiştir⁷³.

⁷⁰ Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fervaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 154, no: 755.

⁷¹ *Tanzimat-ı Hayriyeden Sonra Neşrolunan Kavanin ve Nizamat*, İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi (el yazma), s. 27.

⁷² Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, C. 1, İstanbul, 2011, s. 615.

⁷³ Tanzimat döneminde kürek cezası ile klasik dönemde kabaca savaş gemilerinde kürek çekmeyi ifade eden asıl anlamından ziyade ağır işlerde çalıştırılmak kastedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılınç, “*Klasik Dönem Osmanlı Hukuku’nda Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili*”, *Belleten*, y. 2015, C. 79, S. 285, s. 534.

1858 Ceza Kanunnamesinde ise emretme hâline ilişkin etraflı düzenlemeler göze çarpmaktadır. Kanunnamenin 184. maddesi şu şekildedir:

Bir kimse âmir-i mücbirin emriyle bir şahsı katletse, katil cezası amiri hakkında icra olunur. Amir-i mücbir, memuru emrine muhalefet ettiği takdirde itlafına muktedir olan kimse demektir. Bundan maada suretlerde memur olan kimse mazur olmayıp, katil cezası onun hakkında icrâ kılınır. Ve bu misüllü amir-i gayr-i mücbir hakkında dahi muvakkaten kürek cezası hükmolunur.

Görüldüğü üzere kanunnamede emreden kişinin asli şerik sayılması için emrettiği kişiyi fiile mecbur kılması şartı getirilerek Hanefi anlayışına paralel bir tutum sergilenmiştir. Amir-i mücbirin, emre muhatap kişinin emri yerine getirmediği takdirde onu itlaf edebilecek kişi olduğu metinde açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte fer'i şerik sayılan gayrimücbir amir için nisbeten hafif bir ceza olarak kürek cezası öngörülmüştür. 185. maddede ise emir meselesi, yaralama fiilleri bakımından ele alınmıştır:

Bir kimse âmir-i mücbirin emriyle bir şahsı cerh ya da darp ederse, yara ve beresinin derecesine göre bâlâda mezkûr olan cerh ve darp cezaları amiri hakkında icra olunur. Ve eğer amir-i gayr-i mücbir ise, bu cezalar faili hakkında icrâ olunup bu misüllü amir-i gayr-i mücbir olanlar dahi bir haftadan bir seneye kadar hapis olunur. Fakat kat' ya tatil-i uzuv ile emreden kimse her hâlde muvakkaten kürek cezasına müstehak olur⁷⁴.

Maddede yine amirin mücbir ve gayrimücbir olma durumu ele alınarak asıl cezaya tabi asli şeriklik için mücbir olması şartı aranmış, gayrimücbir fer'i şerik için meydana gelen fiile göre hapis ve kürek cezası öngörülmüştür.

2. Yardım Etme Durumu

Suçta yardım etme, "*mütesebbip olma*" olarak da anılmakta olup suçun icra hareketi dışındaki bir fiille suçun işlenişini kolaylaştırmayı ifade etmektedir⁷⁵. Öldürme ve yaralama suçlarına asli şerik sıfatıyla iştirak etmeyen kimse, yalnızca faile yardım etmiş, söz gelimi öldürülecek kişinin direnmesini engellemek üzere ellerini ve kollarını tutmuş veya suçun işlenmesinde gözcülük yapmış olabilir. Böyle bir kimse, şayet bunu katilin niyetini bildiği hâlde yapmışsa, Hanefilerin de dahil olduğu çoğu İslâm hukukçusuna göre mütesebbip sayılır ve asli şeriklere kısas cezası verilirken fer'i şerik olarak bu kişiye tazir cezası verilir⁷⁶. Tazir cezasının türü kural olarak kadı ya da kanun koyucunun takdirine bağlı olmakla birlikte Hanbelilere göre bu kişiye müebbet hapis cezası verilmesi gerekmektedir⁷⁷. Bununla birlikte, şayet yardım eden, failin öldürme kastını bilmiyor ise kendisine herhangi bir ceza verilmeyecektir⁷⁸. Eğer yardım eden, gayrimümeyyiz veya balığ olmamış küçük gibi ceza ehliyetine sahip olmayan birine yardım etmişse, bu kez kendisine kısas uygulanacaktır⁷⁹. Yine söz konusu katkı olmaksızın suç işlenemeyecek ise fer'i şerike kısas cezasının verilmesi de mümkündür⁸⁰.

⁷⁴ *Yeni Kanun-ı Ceza*, Dersaadet Kanaat Matbaası, 1329, s. 71.

⁷⁵ Akgündüz, "*İştirak*", s. 442.

⁷⁶ Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 158; İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrül-Muhtar*, s. 299.

⁷⁷ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 74.

⁷⁸ Akgündüz, "*İştirak*", s. 443; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 74.

⁷⁹ Akgündüz, "*İştirak*", s. 443.

⁸⁰ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 71-72.

Öldürmeye yardım edenler, diğer mezhepler tarafından fer'i şerik sayılabilecekse de İmam Malik'e göre asli şerik kabul edilmektedirler. Dolayısıyla bir cinayet birkaç kişi tarafından ortaklaşa veya yardımlaşma suretiyle işlenmişse bunların her biri katil sayılır⁸¹. Çalışma açısından Osmanlı hukukunda cari olan Hanefi görüşü önem arzettiğinden yardım eden kişi fer'i şerik sayılacak ve tazir cezasına tabi olacaktır. Örneğin bir fetvada dört kişiden üçünün bir şahsa birlikte saldırarak onu öldürmeleri ve fakat kalan kişinin yalnızca başına çomak ile bir kez vurması durumu incelenmiş; bu kişi, fiili öldürücü darbe niteliğinde olmadığından katil hükmünde tutulmamıştır:

Dört nefer âbık kullardan üçü 'Zeyd'e rast gelip bizi tutmak istedikte katl ettik' dediklerinde, âhar 'ben su içmeğe gittim idi, gelicek yoldaşlar Zeyd'i katl eylemişler, ben dahi çomakla bir kere başına vurdum' dese bu ikrar ile ol dahi kâtil olur mu? el-Cevap: Ol ikrar ile kısas olunmaz⁸².

Yardım etme durumu da klasik dönem kanunnamelerinden ziyade Tanzimat dönemi düzenlemelerinde kendisine yer bulmuştur. Katil yardımcısı kişi, genellikle "*muîn-i katil*" veya "*katil muîni*" isimleriyle anılmıştır. 1851 Ceza Kanunnamesinin birinci faslının 14. maddesi, azmettirme hâlini düzenlerken katil yardımcısına da yer vermiştir: "*Bir adam başka bir adamın canına kast ile fakat bizzat icra etmeyerek ... asıl katil hakkında şer'an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından ... katil mu'îni bulunan kimse kezâlik bir seneden üç seneye kadar vaz'-ı kürek ve pranga kılın*⁸³." Maddede suçun maddi unsurunu icra eden fail için şer'i ve kanuni asıl ceza öngörülürken katil yardımcısının cezası nispeten hafif bir ceza olan kürek ve pranga cezası olarak belirlenmiştir.

1858 Ceza Kanunnamesinde de "*muîn-i katil*" için genel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Kanunnamenin 175. maddesi katil yardımcısının geçici olarak kürek cezasına çarptırılacağı yönündedir: "*Muîn-i kâtil olan kimse muvakkaten küreğe konulur.*" 1911 yılında yapılan değişikliklerde söz konusu madde kaldırılarak yerine failin öldürmeye yönelik fiiline başka bir sebebin de eşlik etmesi hâlini düzenleyen başka bir madde⁸⁴ konmuştur. Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Fakültesinde ceza hukuku muallimi olan Diran Yerganyan, yapılan değişikliğe ilişkin olarak şu satırları yazmıştır:

Bu madde büsbütün yeni bir madde olub Kanun-ı Cezamıza ilk defa olarak derc olunmuş ve mühim bir noksanı ikmal eylemiştir. Eski 175. madde müîn-i katiller hakkında olub Kanun-ı Ceza'nın yeni 45. maddesinde iştirak-ı cürm hakkında birtakım kavâid-i esâsiye vaz edildikten sonra artık katilde muâvenet hakkında ayrıca bir maddeye lüzum kalmamıştır. İşte bundan dolayı mezkur madde tamamen kaldırılarak onun yerine işbu madde ikame edilmiştir⁸⁵.

Görüldüğü üzere kanunnamenin iştirake ilişkin genel düzenleme mahiyetindeki 45. maddesine atıf yapılarak, bu hükmün katil yardımcıları hakkında da geçerli olacağı öne

⁸¹ Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 354.

⁸² Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 153, no: 748.

⁸³ Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, s. 615.

⁸⁴ Yeni 175. madde şu şekildedir: "*Telef-i nefis fail indinde meçhul olan esbab-ı mütekaddiminin terafukuyula veya failden bütün bütün ayrı bir sebebin inzimamıyla vukua gelmiş ise idamı müstelzim ahvalde on beş seneden ve müebbed ve on beş sene küreği müstelzim ahvalde on seneden ekal olmamak üzere kürek cezası hükmolunur.*" Diran Yerganyan, *Kanun-ı Ceza Dersleri*, C. 1, Dersaadet, 1326, s. 20.

⁸⁵ Diran Yerganyan, *Kanun-ı Ceza Dersleri*, C. 1, Dersaadet, 1326, s. 20.

sürülmüştür. Bununla birlikte emretme hâlini düzenleyen özel hüküm mahiyetindeki 184 ve 185. maddelerin aynen korunduğu görülmektedir.

III. ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINA İŞTİRAKİN OSMANLI UYGULAMASINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Öldürme ve yaralama suçlarına iştirakin uygulamaya nasıl yansıdığını şeriye sicilleri ve arşiv belgelerinden takip etmek mümkündür. Kayıtlarda söz konusu suçlar bağlamında hem doğrudan hem de dolaylı iştirak hâllerine rastlanabilmektedir. Aşağıda konu bu ayrım çerçevesinde incelenecektir.

A. OSMANLI UYGULAMASINDA DOĞRUDAN İŞTİRAK

Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçları çerçevesinde doğrudan iştirak hâline rastlanmaktadır. Bu tür iştirakin, daha çok öldürme suçları kapsamında gündeme geldiği ifade edilebilir. Davalarda sulh ve davadan feragate sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin 17. yüzyıl Konya'sında geçen bir olayda Saliha ve Müslime isimli iki kadına bir grup kişi mızrak ve balta ile saldırmışlardır. Davacılar, olayı mahkemeye şu şekilde aktarmışlardır:

...mezkûrlar cenk ve cidâl ve harb ve kitâle mübâseret eyleyüp mürisemiz mezkûre Sâliha'yı sağ böğründen mezbûr Kôr Mürîd mızrakla darb idüp ve sol tarafından balta ile merkûm Kara Ya'kûb darb idüp katl eylediler ve mezbûre Müslime'yi sol böğründen balta ile mezbûr Süleymân darb ve katl eyledi deyu da'vâ eylediğimizde ...

Olayda davalılar iddiaları inkâr etmişler, daha sonra taraflar davadan feragate ettiklerini bildirmişlerdir⁸⁶.

Tanzimat dönemine tekabül eden 1842 yılında Konya'ya ait bir başka sicilde Mehmet Ali isminde bir şahsın birkaç kişi tarafından alet-i cariha ile katledildiği ve fakat sonra tarafların sulh olarak diyet bedelinin katiller arasında paylaştırıldığı aktarılmıştır:

merkûm Abdullah'ın oğlu Seyyid ve Süleyman'ın oğlu Bekir ve vasînin oğlu Halil ve Halil'in oğlu İbrâhim nâm dört nefer kimesneler bundan dört mâh mukaddem oğlum merkûm Mehmed Ali'yi bi-gayr-i hakk alet-i cariha ile darb ederek katl etmeleriyle beynimizde münâza'ât-ı kesîre vâki' olmuş ise de ... "es-sulhu seyîdül-ahkâm" fehvâsinca miyânemizde muslihûn tavassut edüp merkûm Abdullah'ın oğlu Seyyid'den diyet bedeli olarak iki bin gurus ve merkû[m] Süleymân'ın oğlu Bekir'den bin gurus ve merkûm Hüseyin'in oğlu Halil'den dahî bin gurus cem'an dört bin gurus üzerine verâsetim ve velâyetim hasebiyle akd-i sulh-i şer' ile musâlaha olup ve merkûm İbrâhim'in babası dahî kendi kızını maktûl-i mezbûrun erkarındaşı Ahmed'e akd-i nikâh ile verüp ândan dahî dem ü diyetden fâriğ olup ...⁸⁷

Görüldüğü üzere alet-i cariha, Hanefi görüşü doğrultusunda kasıt belirleme noktasında kıstas olduğundan özellikle zikredilmiştir. Katillerin kasta binaen kısas edilmeleri gerekse de taraflar sulh yoluna gitmişler, bu tutumun ardında yatan motivasyonun ise "*Sulh, hükümlerin*

⁸⁶ Fatih Küçük, *14 Numaralı Konya Şer'îye Sicili (1080-1081/1669-1670) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013, s. 297-298.

⁸⁷ Mustafa Şahin, *Konya'da Tanzimat'ın Uygulanması (1840-1843 Tarihli 76 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013, s. 147, no: 40-2.

efendisidir” anlamına gelen düstur olduğunu ifade etmişlerdir⁸⁸. Ayrıca katillerin diyet bedeli ödemelerinden başka içlerinden birinin kan pahası olarak kızını maktülün kardeşi ile evlendirilmesi de dikkat çekici bir ayrıntıdır.

Osmanlı’da sulhten yana müsbet bir bakış açısının varlığından bahsedilebilirse de doğrudan iştirak ile öldürme durumunda şeriklerin tümünün öldürülmesine ilişkin örneklere rastlamak da mümkündür. Bununla birlikte bu durumların katle binaen verilen kısas cezasından ziyade siyaseten katl olduğu öne sürülebilir. 16. yüzyılda Sofya’da yeniçerilerden Mustafa isimli kişiyi katledenler için şerle cezalarının verilmesi istenmiştir⁸⁹. Burada maktülün askeri zümreden olması, öldürme hadisesinin fesatlık olarak değerlendirildiğini düşündürülebilir. Yine bu çerçevede eşkıyalık faaliyetleri neticesinde siyaseten ölüm cezasına hükmedilebilmiştir. 18. yüzyılda Adana’da eşkıyaların topluca cinayet işledikleri anlaşılmış; şakilerin idam edilmeleri için gerekenin yapılması emredilmiştir⁹⁰.

Kayıtlarda yargılama sürecine ilişkin kimi detaylara da rastlanabilmektedir. Örneğin 18. yüzyıl Bolu’sunda İbrahim isimli kişiyi katledenler hapsedilmiş; bölge naipleri içlerinde bulunan Ahmet Ağa’nın isnat edilen fiilden beri olduğu gerekçesiyle affedilip saliverilmesi gerektiğini bildirmişlerdir⁹¹. Dolayısıyla hapsin, suçun ispat sürecinde geçici bir koruma tedbiri olduğu düşünülebilir. 16. yüzyıla ait bir başka kayıтта Todor ve Dimo isimli zimmileri katlettikleri iddia edilen Mehmet ve Mahmut isimli iki kişiden Mehmet, isnat edilen fiili reddetmiş; Mahmut ise maktulleri kendisinin öldürmediğini ve fakat öldürenleri bildiğini ifade etmiştir. Bunun üzerine Mahmut, katili ortaya çıkarması şartıyla gönderilmiştir⁹². Yine eşkıyalık faaliyetleri kapsamında değerlendirilebilecek 16. yüzyılda geçen bir olayda Mustafa isimli kişinin kervan basıp adam öldürdüğü tespit edilmiş, bunun üzerine hapsedilip yoldaşlarının kimler olduğu kendisine sorulmuştur⁹³. Dolayısıyla yargılama sürecinde katillerin titizlikle araştırıldığı, bu hususta şeriklere de başvurulduğu gözlemlenmektedir.

Doğrudan iştirak, alet-i cariha kullanılmadan da gerçekleşebilmiştir. Belirtildiği üzere Hanefi doktrinine göre bu ayrıntı, öldürmenin kasten olmadığına işaret etmekte olup cezası diyet ödeme şeklinde tayin edilmektedir. 20. yüzyıl başlarında Kırşehir’de geçen bir olayda Hacı Yusuf isminde bir şahsın, Molla Ali ibn-i Mustafa bin Mustafa ve Hüseyin ibni Kâmil isimlerinde iki kişi tarafından, boğazına abanılmak suretiyle öldürüldüğü iddia edilmiştir. Davada davacı Şerif Ağa, şeriklerden diyet talebini şu sözlerle dile getirmiştir: “*vech-i şer’î üzre diyet da’vasını bi’l-vesâye talep ederim.*” Dolayısıyla olayda, öldürme suçunun alet-i cariha

⁸⁸ Osmanlı’da sulhün müsbet bir tavır olarak görüldüğüne ilişkin olarak İslâm hukukunun da sulhü tavsiyesinden ve taraflar arasında sulhün gerçekleştirilmesini sağlayan “*muslihunların*” teşviklerinden bahsedilebilir. Buna göre muslihun, Kuran’da da yer alan “... *Sulh daha hayırlıdır*” (Nisa 4/128) hükmü uyarınca dahil olduğu uyuşmazlıklarda bu minvalde bir tutum sergilemiştir. Bkz.: Ahmet Kılınc, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Yöntemi Olarak Muslihün: Osmanlı Arabuluculuğu”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, ed. Fethi Gedikli, C. 2, *On İki Levha*, İstanbul, (2016), s. 31. İslâm hukukunun kişileri sulhe teşvikine ilişkin olarak ayrıca bkz.: Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)*, SÜHFD, y. 2017, C. 25, S. 1, s. 24-25.

⁸⁹ COA, A.İDVNSMHHM.d..., 58/187.

⁹⁰ COA, A.İDVNSMHHM.d..., 133/728.

⁹¹ COA, C..ADL., 51/3078.

⁹² COA, A.İDVNSMH.d..., 39/295.

⁹³ 7 Numaralı Mühimme Defteri-III (975-976/1567-1569), Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Ankara, 1999, s. 21, no: 2018.

kullanılmaksızın icra edilmesinde kanuni çözümün, Hanefi görüşüne paralel olarak diyet olduğu belirtilmektedir. Olayda davalılar, iddiayı reddetmişlerdir⁹⁴.

Tanzimat dönemindeki uygulamalara bakıldığında kürek ve pranga cezalarının varlığına rastlanmaktadır. 1844 yılına ait bir belgede Anasti veled-i Tanas isimli zimmiyi öldürenlerden Yovan ve arkadaşları hakkında nizamden bir seneden beş seneye kadar pranga cezası verilmesi gerektiğinden bahsedilerek “*iki sene müddet için prangabend olarak hidemat-ı süfliyede*” istihdamına hükmedilmiştir⁹⁵. 1840 Ceza Kanunnamesinin yürürlükte olduğu tarihte pranga cezasının öngörülmesinin, olayın şartları gereği tazir cezası kapsamında olduğu düşünülebilir. 1851 yılının sonuna ait bir başka belgede Zaptiye Çerkez Yusuf isimle anılan kişiyi öldürenler hakkında diyet ve pranga cezasına hükmedilmiştir⁹⁶.

Doğrudan iştirak, yaralama olaylarında da gündeme gelebilmiştir. 19. yüzyılda Sivas’ta yaşanan bir olayda bir tarım bölgesinin ziraatine ilişkin bir anlaşmazlık çıktığı ve şeriklerin, hatab (odun), balta ve değnekle davacılar saldırdıkları şu şekilde anlatılmıştır: “...*mahal-i mezkûru zira’at etmek üzere iken merkûmûn bi’l-ittifak hatab ve balta ve değnek ile bizlere hücum ederek her bi rimizi darb-ı şedid ile darb ederek bizleri mecruh eylediklerinden ...*”⁹⁷ Olayda davadan feragat edilmiştir. Bununla birlikte darp fiilleri tek bir yaralamada ortaklık şeklinde olmadığından şeriklerin kendi fiilleri nisbetinde sorumlu olmaları gerektiği öne sürülebilir. Yine 19. yüzyılda Ankara’da Ali isiminde biri Hacı Halil oğlu Süleyman, Ali bin Hüseyin ve Deli Ömer bin Veli isimli kişilerden şikâyetçi olarak bu kişilerin kılıç ile sol kolunu darp edip yaraladıklarını ve kolunun işlevini kaybettiğini, şer’an gereğini talep ettiğini beyan etmiştir. Olayda davacı Ali “*bedel-i sulh olan meblağ-ı mezbûr sekiz bin guruşu nakden ve tamamı*” kendisine ödenmek üzere anlaştuklarını mahkemeye bildirmiştir⁹⁸. Burada iştirak, tatil-i uzuv kapsamında gerçekleştiğinden sulh ile kararlaştırılan miktarın failer arasında paylaşılması suretiyle ödendiği düşünülebilir.

Çalışma kapsamında ulaşılan kayıtlar çerçevesinde doğrudan iştirakin daha ziyade öldürme suçlarında cereyan ettiği ve fakat sulh ve feragatten yana bir tutumun olduğu söylenebilir. Birden fazla kişinin karıştığı katl vakalarında verilen ölüm cezaları daha ziyade siyaseten katl çerçevesinde verilmiştir. Bununla birlikte kasit benzeri öldürmede Hanefi görüşüne paralel olarak diyete hükmedilmesi, sulh ile bedel talebi ile de bağdaştığından bir asli ceza olarak daha kolay belirebilmiştir. Bedel ödemenin, yaralama olaylarında da gündeme gelmesi müessir fillere iştirakte kısas öngörmeyen Hanefi görüşüne uyumlu bir tutum olarak değerlendirilebilir.

⁹⁴ Arzu Demircan, *20-1 Numaralı (H.1326-1327-M.1908-1909) Kırşehir Şer’iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2009, s. 124.

⁹⁵ COA, A.İMKT.MVL., 1/48.

⁹⁶ COA, A.İMKT.MVL., 48/49.

⁹⁷ Mustafa Eser, *27 Numaralı Sivas Şer’iyye Sicili (H.1267-1268/M.1851-1852)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2009, s. 113, no: 32-1.

⁹⁸ Hicran Bayrakçı, *945 Numaralı Ankara Şer’iyye Sicil Defterine Göre (1849-1850) Ankara’nın Sosyo-Ekonomik Yapısı*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2011, s. 80, no: 98.

Tanzimat dönemine gelindiğinde ise çıkarılan yeni kanunlara paralel olarak kürek ve pranga gibi cezalar gündeme gelmiştir.

B. OSMANLI UYGULAMASINDA DOLAYLI İŞTİRAK

Osmanlı uygulamasında öldürme ve yaralama suçları bakımından dolaylı iştirake de rastlanmaktadır. Belirtildiği üzere teşvik ve tahrik yahut mütesebbip faillik bu bağlamda değerlendirilecek durumlardır.

Teşvik ve tahrik bağlamında emretmeye ilişkin olarak 19. yüzyıl Konya'sında yaşanan bir olayda, öldürme fiilinin emredildiği gözlemlenmektedir. Olayda Osman ismindeki davacı, Halil bey'in, kardeşi Mehmet'e, Mehmet ismindeki bir başka kişiyi öldürmesini emrettiğini ve Mehmet'in emre binaen tüfeğini ateşlediğini mahkemeye şu sözlerle aktarmıştır: "... *mezbûr Halil bey karındaşı merkûm Mehmed'e katlini emr idüb ânın emriyle merkûm Mehmed dahî amden ve bi-hayr-i hak yedinde olan tüfengi endahla ...*" Tüfek önce maktulün düşmesine sebep olmuş, ardından tekrar ateş edilmiş ve bu kez maktul ağır yaralanarak on altı saat sonra yaraların tesiriyle hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine iki kişinin şahitliğine başvurulmuş ve şahitlerin de olayı doğrulaması üzerine mahkeme şu şekilde karar vermiştir:

... kâtil-i merkûm Mehmed'e kısâs icâb itmîşe de müdde'iyûn-ı mezbûrundan ebû'l merkûm 'Osmân mûcibi olan kısasdan 'afv itmekle mûcib-i kısâs diyete mûnkâlib olub deynî olan on bin dirhem şer'i gümüşden ... yedlerine te'diye ve teslim etmek üzere kâtil-i merkûm Mehmed'e tenbiye-i şer'îye olundığı ve ... kâtil-i merkûm Mehmed ile karındaşı ibnû'l-merkûm Halil Beg'in cünha-i vakı'alarına göre icâb idecek cezâ-ı şer'îye ve kânuniyenin icrâsı menûit irâde-i 'aliyyeden idüğünden ...⁹⁹

Görüldüğü üzere olayda emri alan Mehmet, kısası gereken asli şerik olarak değerlendirilmiştir. Bu da esasen Hanefi görüşü ile uyumludur, zira Mehmet hâlen irade sahibidir. Bununla birlikte Osman katili affettiğinden ceza diyete dönüşmüştür. Yine Halil beyin de olaydaki etkisine göre fer'i şerik sıfatıyla sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır.

Emretme kapsamında göze çarpan bir diğer örneğe göre 18. yüzyılda Konya'da bir grup kişi, Ahmet'i güya bir "*helva sohbetine*" davet edip götürerek kurşunla başının sol yanından vurarak öldürmüşler, sabaha karşı da bir gölün kıyısına bırakıp kaçmışlardır. Bununla birlikte olayda Molla Ali ismindeki kişiden şikâyetçi olunmuş, Molla Ali'nin bu kişilere emir verdiği ileri sürülmüştür: "... *Ahmed'i bu veche muharrer darb ve cerh ve katleri işbu merkûm Molla Ali'nin emr ve tahrikleriyle olmağın Molla Ali'den sual olunup taktir-i tahrir ve mucib-i şer'îyesi icra olunmak matlubumdur ...*" Fakat iddianın ispat edilememesi ve üstelik mahalle ahalisinin Molla Ali hakkında olumlu yönde beyanda bulunmaları üzerine Molla Ali'ye çekişme ve nizadan uzak durması tembih edilmekle yetinilmiştir¹⁰⁰. Olayda Molla Ali, emir veren kişi olarak davadan alakasız görülmemiş, emri alan kişilerin iradelerinin hâlen varlığı kabul edilse de emreden kişinin de sorumluluğu hesaba katılarak bu minvalde tahkikat yapılmıştır.

⁹⁹ Savaş Eroğlu, *1847-1848 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (80 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 167-168, no: 25-2.

¹⁰⁰ Mehmet Altan, *1748-1749 Yılında Konya'da Sosyal ve İktisadî Hayat (57 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s. 216, no: 94-3.

Teşvik ve tahrik kapsamında 18. yüzyılda Gaziantep'te geçen bir olayda Teslime ve Zemzem isminde iki kadının bir buçuk yaşındaki bir kıza “*deva iderüz deyû*” zehir yedirdikleri ve küçük kızın bu zehrin tesiri dolayısıyla öldüğü ileri sürülmüştür. Olayda davacı, iddiasını ispatlayamamıştır¹⁰¹. Bununla birlikte burada kendisine zehir verilen kız, gayrımümeyyiz¹⁰² olduğundan olayın ispatlanmış olması hâlinde faillerin asli şerik olarak değerlendirilmesi gerekecektir. 19. yüzyıl Sivas'ında geçen bir diğer olay, öne sürülen iddia hasebiyle dikkate değerdir. Olayda Hasan bin Ebubekir isimindeki davalı Diyarbakır'a gittiği esnada kedisi, davacının evinde bulunan ve Reşid isimli şahsa ait olan bir çift güvercini telef etmek üzere eve girmiş, Reşid de tehlikeyi bertaraf etmek adına kediyi öldürmüştür. Bunun üzerine Hasan, “*Seni valiye teşki idüp zabtiye ile darp etdiririm ve ağana dahi ifade ederim*” sözleriyle Reşid'i korkutmuş, Reşid bu korkuyla kendisini asmıştır. Hasan, davada ölüme sebep olmakla yargılanmış, fakat dava “*iltifata şayan*” görülmemiş ve Hasan'dan herhangi bir şey talep etme gereği duyulmamıştır¹⁰³. Olayda geçen korkutma durumu, kişiyi yasak bir fiile azmettirmeye yönelik olmayıp kişinin uğradığını düşündüğü haksızlığa bir tepki mahiyetindedir. Dolayısıyla olayda intihar ile korkutma arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu bakımdan mahkemenin mütesebbip faillik bağlamında davayı takip etmemekte haklı olduğu ifade edilebilir.

Osmanlı'da dolaylık faillik kapsamında yardım etme durumlarına da rastlanmaktadır. 18. yüzyılda Üsküdar'da geçen bir olayda Abdullah isimli kişiyi öldürdükleri iddiasıyla üç kişi yakalanmış; içlerinden birisi maktül “*bi-gayr-ı hak darb ve katl eylediğini*”; diğer ikisi ise cesedin derisini yüzüp başka bir yere taşıdıklarını itiraf etmişlerdir. Mahkeme, söz konusu kişilerin sorumluluklarına dair şu hükme varmıştır: “... *katilin kısasen katli meşru ve ikisinin tertibi cezası rey-i veliyyülemre müfevvez olduğun ilâm etmekle ... bunların üçü dahi herifin katlinde şerik olub birisi katl ve ikisi derisin yüzdüklerin kendüleri itiraf itmekle üçü dahi tertibi cezaya müstehak ...*”¹⁰⁴. Görüldüğü üzere fiilin maddi unsurunda hakimiyet sahibi olan asli şerikin, kısas cezasına tabi olacağı belirtilirken cesedi yüzüp taşıyan yardımcıların ise tayin edilecek bir tazir cezasına çarptırılmaları öngörülmüştür.

Tanzimat dönemine gelindiğinde katil yardımcılarına verilecek tazir cezasının kürek cezası olarak saptandığı gözlemlenebilmektedir. 1852 yılına ait bir kayıta Dimitri isimli bir maktülün katil yardımcısı olan Mustafa isimli şahsa verilen kürek cezası, “*bu ana kadar gördüğü ceza, hakkında kâfi olduğundan*” sona erdirilmiştir¹⁰⁵. Yine 1859 yılına ait bir başka kayıta Zenci Mercan olarak anılan şahsın katili Hüseyin ve yardımcısı Mustafa, Tersane-i Amire'de kürek cezasına çarptırılmışlardır¹⁰⁶.

¹⁰¹ Mehmet Karasakal, *109 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1165/M.1752)*, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2010, s. 392-393, Varak No: 79, Sayfa No: 157, Belge No: 275.

¹⁰² Tam doğumdan temyiz çağına kadar kişiler gayrımümeyyiz olup kâr ve zararı ayırt edemez durumdadırlar. Bkz. Ahmet Bilgin, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Diyarbakır, 1989, s. 102-103.

¹⁰³ Eser, *27 Numaralı Sivas Şer'iyye Sicili (H.1267-1268/M.1851-1852)*, s. 222, no: 90-1.

¹⁰⁴ COA, AE.SAMD.III, 232/22182.

¹⁰⁵ COA, A.}MKT.MVL., 54/24.

¹⁰⁶ COA, A.}MKT.MVL., 110/12.

Yukarıda belirtildiği üzere, faile fiilini kolaylaştırmak için araç temin etmek de yardım etmek kapsamındadır. 20. yüzyıl başlarına ait bir kayıta Amasya sancağında Sarabyan ismindeki bir Ermeninin fabrikasında ve şeriki Kigork ile Hendilyan Agop'un evlerinde bomba ve fişek yapıldığı tespit edilerek bu bombaların Hacı Ömer Efendinin evinde eşi ve iki kızının öldürülmesi olayı ile ilgisinin bulunduğu kaydedilmiştir¹⁰⁷. Böyle bir durumda katilin tespit edilmesi hâlinde bomba temin edenlerin katil yardımcısı sıfatıyla cezalandırılacakları öne sürülebilir.

SONUÇ

Çalışmada öldürme ve yaralama suçlarına iştirakin Osmanlı hukukundaki yeri ele alınmıştır. Bu minvalde evvela genel olarak İslâm ceza hukukunun iştirake bakış açısına yer verilerek daha sonra şer'i ve örfi hukuktan oluşan Osmanlı hukukunun söz konusu suçlar özelinde meseleye bakışı irdelenmiştir. Suça iştirakin umumiyetle öldürme ve yaralama suçlarında cereyan etmesi ve söz konusu suçların Osmanlı'da cari olan İslâm hukukunun asli kaynaklarında yer alması genel İslâm hukuk teorisi ile Osmanlı hukuku arasında tabii bir uyumu beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte çalışmada mesele Osmanlı hukuku bağlamında daha tafsilatlı ele alınmış, ayrıca devletin resmi mezhebi olan Hanefi görüşleri vurgulanmıştır.

Suçta iştirak eden faillerin sorumluluklarının ne olacağı sorusu gündeme geldiğinde iştirakin doğrudan yahut dolaylı olduğu mutlaka göz önüne alınması gereken bir ayırım olarak belirmektedir. Çalışmada öldürme ve yaralama suçları bakımından söz konusu ayırım dikkate alınmıştır. Suça doğrudan iştirak hâlinde şerikler "*asli şerik*" olarak anılıp suçun asli cezasından sorumlu tutulurlarken dolaylı iştirak hâlinde şerikler "*fer'i şerik*" olarak anılmakta ve cezaları tazir cezası olarak tespit edilmektedir. Tazir cezasının miktarı ise asli şeriğe göre belirlenmekte, asli şeriğe de tazir cezası öngörülmesi hâlinde nispeten hafif bir ceza öngörülmektedir.

Doğrudan iştirakte bütün şerikler, suçun maddi unsurunda hakimiyet sahibidirler. Öldürme suçuna doğrudan iştirak hâlinde verilecek ceza tüm şeriklerin kısas edilmesi olup bu konuda mezhepler arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hanefiler bu hükme diğer mezheplerden farklı olarak kıyas değil icma yoluyla ulaşmışlardır. Öldürme suçuna doğrudan iştirakte Hanefilerin diğer mezheplerden ayrıldığı bir diğer nokta, farklı nitelikte faillerin bir araya gelerek suç işlemeleri hâlinde gündeme gelmektedir. Buna göre Hanefiler, cezadan muaf biriyle normal şartlarda ceza alabilecek bir kişinin müştereken suçu işlemeleri hâlinde sorumluluğun tüm şeriklerden kalkacağını ileri sürmüşlerdir. Hükmün altında yatan esas faktör şüphedir. Zira böyle bir durumda öldürme sonucuna şeriklerden hangisinin yol açtığı tam olarak bilinemeyecektir. Doğrudan iştirak bahsinde Hanefilerin yaralama suçları özelinde de diğer mezheplerden ayrılan görüşleri bulunmaktadır. Doğrudan iştirakle işlenen bir müessir fiilde diğer mezhepler şeriklere kısas uygulanabileceği görüşünde iken Hanefiler suç ve cezada denge prensibi gereğince kısası tercih etmemişler, ceza olarak ödenecek diyetin şerikler arasında paylaştırılması usulünü benimsemişlerdir.

¹⁰⁷ COA, DH.SYS, 118/6.

İştirakin dolaylı olması hâlinde fer'i şerikin, suçun maddi unsurunu gerçekleştirmemiş olduğu kabul edilir. Söz konusu durum, fer'i şerikin asli şerike teşvik ve tahrikte bulunması yahut suçun icra hareketlerini kolaylaştıracak şekilde ona yardım etmesi hâllerinde gündeme gelebilir. Fer'i şerikin kişiyi suça azmettirmesi, suçu işlemesi için zorlaması, kişiye suç teşkil eden fiili emretmesi gibi hâller teşvik ve tahrik kapsamındadır. Tüm bu hâllerde Hanefilerin, suça verilecek cezanın tespitinde iradenin büsbütün sakatlanmış olmasına özellikle dikkat ettikleri görülmektedir. Buna göre emir veya zorlamaya muhatap kişinin hâlen irade sahibi olup fiili işlememesi de mümkün ise fiili işleyen asli şerik, azmettiren fer'i şerik sayılacak ve sorumluluğu da asli şerike göre daha hafif olacaktır. Azmettiren fer'i şerik, ancak kişiye fiili işlemekten başka çare bırakmayan mülcü ikrah durumunda asli şerik sayılabilecektir. Diğer mezhepler ise azmettirmenin varlığını yeterli görerek emir alan kimse suçu işlediğinde emri veren kişiyi fer'i şerik yerine asli şerik kabul etmektedirler.

Osmanlı hukukuna bakıldığında doğrudan iştirak hâlinde şeriklerin tümünün kısas edileceğine dair kanunnamelerde düzenleme yer almasa da şer'i hukukun cari olması hasebiyle konunun tedvin edilmemiş olduğu ileri sürülebilir. Nitekim bu minvalde verilmiş fetvalar mevcuttur. Konuyla ilgili öldürme kapsamında kısasın düşmesi durumunda ödenecek bedelin şerikler arasında paylaştırılacağı hususuna rastlanmaktadır. Tanzimat döneminde çıkarılan 1851 Ceza Kanunnamesi asli şeriğin şer'i ve kanuni cezaya tabi olacağına ilişkin genel bir hükme yer vermiş, 1858 Ceza Kanunnamesi ise asli şeriklerin müstakil fail gibi asıl cezaya tabi olacağı şeklinde daha teorik bir yaklaşım sergilemiştir. Uygulamaya bakıldığında teorik olarak kısas cezası kabul edilse de sulh ve feragatten yana bir tutumun söz konusu olduğu görülmektedir. Sulhün hukuki bir hükümden ziyade ahlâki bir düstur olarak görüldüğüne ilişkin kayıtlara dahi rastlanabilmektedir. Sicillerde Hanefilerin kast kriteri olması hasebiyle kullanılan aletin özellikle belirtilmesi göze çarpan bir diğer husustur. Bundan başka ortaklaşa işlenen öldürme suçlarında şeriklere ölüm cezası verilmesi de vakidir. Bununla birlikte söz konusu cezalar, kısastan ziyade fesat ehli kişilere verilen siyaseten katl cezası olarak belirmektedir. Yaralama suçlarına iştirak ise teorik plânda incelenen müştereken uzuv yaralamadan ziyade şeriklerin aynı kişinin farklı uzuvlarına müstakil darp hamleleri şeklinde gerçekleşmiştir.

Osmanlı hukukunda dolaylı iştirakin klasik dönem kanunnamelerinde pek rastlanmayan ve fakat kadıların yararlandığı kaynaklar olarak fetvalarda görülebilen bir mesele olduğu söylenebilir. Tanzimat döneminde gelindiğinde ise 1851 ve 1858 Ceza Kanunnameleri konuyla alakalı öne çıkan düzenlemeler olup yine Hanefi görüşüne mutabık oldukları gözlemlenmiştir. Bu çerçevede fer'i şerik için tazir cezası olarak öngörülen kürek ve pranga cezaları, dönemin genel iklimini yansıtmaktadır. Uygulamada gerek teşvik ve tahrik gerekse de suça yardım etme şeklinde dolaylı iştirak hâllerine rastlanmış, umumiyetle Hanefi prensibi doğrultusunda emir veya zorlamaya muhatap kişinin iradesi mevcut ise asli şerik, mecbur kalmış ise fer'i şerik olarak değerlendirilmiştir.

Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçlarında iştirakin ele alınışına bakıldığında genel olarak İslâm hukuku ve Hanefi prensipleri ile bir uyumun varlığından bahsetmek mümkündür. Gerek doğrudan gerek dolaylı iştirak hâllerinde diğer mezheplerden farklı görüşlere sahip Hanefi doktrinine paralel kaide ve uygulamaların varlığı göze çarpmaktadır. Bu

paralelliğin, diğer mezheplerden yararlanma yahut Batı hukukundan iktibas suretiyle klasik dönemden farklı hükümlerin gündeme gelebildiği Tanzimat döneminde de kural olarak sürdüğü, ek olarak ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği ifade edilebilir. Konuyla ilgili bahse değer bir husus, dönemin hukukçularından Halil Rıfat'ın 1858 Ceza Kanunnamesinde yer alan genel hükümde, Fransa Ceza Kanunnamesinden esinlendiğini öne sürmesidir. Bununla birlikte söz konusu hüküm, İslâm hukukuna aykırılık teşkil etmeyen, yalnızca kanunnamenin genel bütününden kopuk olması hasebiyle bu izlenimini uyandıran bir hükümdür. Dolayısıyla Tanzimat döneminde kendini gösteren kanun yapma tekniğinin suça iştirak bağlamında da seyredilebildiği ve fakat konuya ilişkin anlayışta herhangi bir değişikliğin gündeme gelmediği ifade edilebilir. Buradan hareketle anılan suçlara iştirakin önlenmesinde Hanefi görüşlerinin hâlâ ihtiyaca uygun görüldüğü öne sürülebilir. Hanefilerin şüphe temelli mantaliteilerinin cezayı daha kolay düşürücü yahut isnat şartlarını zorlaştırıcı mahiyeti düşünüldüğünde, bu doktrinin Tanzimat döneminde görülen hukuki esnekliğe uygun olduğu, öne sürülebilecek bir diğer husustur.

KAYNAKÇA

- Abdullah bin Mahmûd el-Mevsilî. El-İhtiyâr Li-Ta'lîlî'l-Muhtâr, C. 5, Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Abdurrahman el-Cezerî. Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı, ter. Hasan Ege, C. 7, Bahar Yayınevi, İstanbul, ts.
- Akgündüz, Ahmet. "İştirak", TDVİA, C. 23, y. 2001, s. 442-444.
- Akgündüz, Ahmet. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Kamu Hukuku*, C. 1, İstanbul, 2011.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 2, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 3, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 4, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 6, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993.
- Altan, Mehmet. *1748-1749 Yılında Konya'da Sosyal ve İktisadî Hayat (57 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)*, SÜHFD, y. 2017, C. 25, S. 1, s. 11-71.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2015.
- Bayrakçı, Hicran. *945 Numaralı Ankara Şer'îye Sicil Defterine Göre (1849-1850) Ankara'nın Sosyo-Ekonomik Yapısı*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2011.
- Bilgin, Ahmet. *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Diyarbakır, 1989.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968.
- Cerîde-i İlmîyye Fetvaları*, haz. İsmail Cebeci, ed. Mustafa Demiray, Klasik Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2017.
- Çelen, Ömer. *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, (m.y), Ankara, 2018.
- Demircan, Arzu. *20-1 Numaralı (H.1326-1327-M.1908-1909) Kırşehir Şer'îyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2009.
- Düzdağ, Mehmet Ertuğrul. *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- Eroğlu, Savaş. *1847-1848 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (80 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.
- Eser, Mustafa. *27 Numaralı Sivas Şer'îye Sicili (H.1267-1268/M.1851-1852)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2009.
- Fetâvâ-yı Feyziyye*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2014.
- Güven, Mehmet Ali. *33 Numaralı Konya Şer'îye Sicili (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006.

- Halil Rifat. *Külliyât-ı Şerh-i Ceza*, Mihran Matbaası, İstanbul, 1303.
- İbn-i Âbidin. *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*, C. 16, çev. Ahmet Davudoğlu, Şamil Yayınları, İstanbul, 1983.
- Karakaya, Harun. *Osmanlı Ceza Hukuku'nda Parada Sahtecilik Suçu*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2020.
- Karasakal, Mehmet. *109 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1165/M.1752)*, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2010.
- Kılınç, Ahmet. "Çocuk Düşürme Suçunun 17'nci Yüzyıl İstanbul'undaki Görünümü", *DÜHFD*, C. 23, S. 38, y. (2018): (s. 31-84)
- Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, ed. Fethi Gedikli, C. 2, On İki Levha, İstanbul, (2016): (s. 15-81)
- Kılıç, Ahmet. "Klasik Dönem Osmanlı Hukuku'nda Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlihi", *Belleterin*, y. 2015, C. 79, S. 285, s. 531-558.
- Kılınç, Ahmet. *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre/Ehl-i Vukûf)*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2022.
- Kılınç, Ahmet ve Davut Yıldırım. "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları, ed. Nuran Koyuncu ve Abdülkadir Yıldız, *NEÜ Yayınları*, Konya, (2021): (s. 171-229)
- Küçük, Fatih. *14 Numaralı Konya Şer'iyeh Sicili (1080-1081/1669-1670) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013.
- Mehmed Bahir. "İştirak", *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, y. 2, S. 18, 1928.
- Muhammed Ebu Zehra. *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, ter. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- Serahsî. *Mebisüt*, ed. Mustafa Cevat Akşit, C. 21, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008.
- Şahin, Mustafa. *Konya'da Tanzimat'ın Uygulanması (1840-1843 Tarihli 76 Numaralı Konya Şer'iyeh Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-Fetâvâ*, haz. Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu ve Asuman Erkan, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.
- Tanzimat-ı Hayriyeden Sonra Neşrolunan Kavanin ve Nizamat*, İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi (el yazma).
- Udeh, Abdulkadir. *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hüükümler*, ter. Ali Şafak, Kayihan Yayınları, İstanbul, 2012.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2017.
- Yeni Kanun-ı Ceza*, Dersaadet Kanaat Matbaası, 1329.
- Yerganyan, Diran. *Kanun-ı Ceza Dersleri*, C. 1, Dersaadet, 1326.
- 7 Numaralı Mühimme Defteri-III (975-976/1567-1569)*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Ankara, 1999.
- COA, A.{DVNSMHH.d..., 58/187.
- COA, A.{DVNSMHH.d..., 133/728.

COA, C..ADL., 51/3078.

COA, A.{DVNSMH.d..., 39/295.

COA, A.}MKT.MVL., 1/48.

COA, A.}MKT.MVL., 48/49.

COA, AE.SAMD.III, 232/22182.

COA, A.}MKT.MVL., 54/24.

COA, A.}MKT.MVL., 110/12.

COA, DH.SYS, 118/6.