

# HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN KASÂME KURUMU

## (The Qasâma Procedure in terms of Sociology of Law)

Eren Paydaş\*

### ÖZET

İslam Hukukunda ve Osmanlı Hukukunda karşımıza çıkan kasâme kurumu, belirli koşullar altında, faili belli olmayan belirli suçlar sonucunda ortaya çıkan zararların kolektif biçimde giderilmesine yönelik bir uygulamadır. Suç ve cezaların şahsiliği ilkesine yönelik bir istisna olarak beliren bu uygulama, hukuk sosyolojisinin temel kavramları açısından bakıldığında önemli toplumsal işlevlere işaret etmektedir. Bu doğrultuda kasâme kurumu, zararların dağıtılması ilkesinin yorumlanma biçiminin, uyuşmazlık çözümü süreçlerinin ve toplumsal kontrol uygulamalarının alt yapısına dair ipuçları sunarak kurumun işlerlik kazandığı kültürlerdeki belirli toplumsallaşma pratiklerine dair veriler sunmaktadır. Bu nedenle kasâme, modern toplumun ve modern hukukun temel ilkelerine aykırı bir uygulama olsa da, işaret ettiği toplumsal ilişkilene biçimlerinin hem tarihsel hem güncel önemi açısından hukuk sosyolojisinin ve hukuk tarihinin üzerine eğilmesi gereken bir kurum olarak belirlemektedir.

**Anahtar kelimeler:** Kasâme, İslam hukuku, Osmanlı hukuku, suç ve cezaların şahsiliği, toplumsal kontrol, uyuşmazlık çözümü, zararların dağıtılması ilkesi

### *Abstract*

The legal phenomenon of qasâma, as covered by Islamic Law and Ottoman Law, is a legal process which, under some conditions, requires the damage caused by a crime with unidentified assailants to be compensated collectively. As this process appears as an exception to the principle of individual criminal responsibility, it also points out some important social functions. In this sense, the qasâma provides data about the modes of socialisation among the culture and society in which this process had been practiced. This data becomes accessible by the clues gathered from this practice through analysing substructure governing the interpretation modes of the principle of distribution of damages, dispute resolution process and social control practices within the given culture. For that reason, even qasâma is fundamentally against the founding principles of modern society and modern law, it arises as an important legal phenomenon by virtue of the historical and contemporary importance of the social interrelation modes it points out and finds itself under the scope of legal history and legal sociology.

---

\* ?????

**Keywords:** Qasâma, Islamic law, Ottoman law, individuality of crimes and punishments, social control, dispute resolution, principle of distribution of the damages

## GİRİŞ

Kelime itibarıyla “yemin etmek” anlamına gelen kasâme, İslam ve Osmanlı hukuklarında karşımıza çıkan ve bir cinayetin failinin belirlenemediği kimi hallerde, cesedin bulunduğu yer ahalisinin bu cinayet nedeniyle diyet ödemesini gerektiren bir ceza hukuku kurumudur ve bu haliyle suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Söz konusu uygulama ile bugün Türkiye hukukunda karşılaşılmasa da konu, kamusal alanın yarattığı sorumluluklar açısından tarihsel bir olgu olmanın ötesinde de incelenmeye değer durumdadır. Zira bu kurum, cezaların şahsiliği ilkesine getirdiği istisnanın yanında, hem bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak hem bir toplumsal kontrol aracı olarak incelendiğinde bizleri önemli sayılabilecek sonuçlara yönlendirmektedir. Kurumun kendisinin değilse bile işaret ettiği yöntemin sadece İslam Hukukunda değil, Antik Yunan’dan Ortaçağ İngiltere’sine kadar geniş bir hukuk coğrafyasında da karşımıza çıkması ise<sup>2</sup> ortaya çıkan sonuçların sadece İslam ve Osmanlı hukukları açısından değil, hukuk sosyolojisinin temel problemleri açısından da önem taşıdığını göstermektedir.

Kasâme, ukubat adı verilen İslam ceza hukukunda karşımıza çıkan bir ispat mekanizmasıdır ve faili belli olmayan kimi cinayet suçlarından doğan diyet borcunun kim tarafından ödeneceğini belirlemede kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Ceza sorumluluğunun failin dışındaki farklı kişiler üzerinde paylaşılması esasına dayanan bu uygulama esasen kamusal yetki ve sorumlulukların nasıl tanımlanıp hukuki özneler arasında nasıl paylaştırıldığı ile ilgilidir. Söz konusu uygulama, geniş bir tarihsel ve coğrafi yelpazede karşımıza çıksa da bu çalışmada İslam ve Osmanlı hukuklarındaki görünümü ele alınacaktır. Çalışmada ilk olarak kasâme kurumunun kökeni, ana hatları, uygulanmasının şartları ve temel unsurları ele alınacak bu unsurların hukuki birer araç olarak nitelikleri değerlendirilecektir. Ardından bu uygulamanın suç ve cezaların şahsiliği ilkesine getirdiği istisna ve bunun yanında bir toplumsal kontrol aracı olarak yerine getirdiği işlev incelenecektir ve bu süreçte hukuki öznellik kategorilerinin nasıl oluşturulduğu anlaşılmasına çalışılacaktır.

## A- KASÂME UYGULAMASININ ESASLARI

### 1- Ana Hatlarıyla Kasâme

Uygulandığı dönemde kim tarafından işlendiği bilinmeyen cinayetlerin faillerini

<sup>1</sup> AKMAN, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda Kasâme”, Türkler, C. XIII, Ankara 2002, s. 1425.

<sup>2</sup> CİN, Halil – AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 217.

<sup>3</sup> AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s. 96.

bulmak veya bunların diyetinin ödenmesini sağlamak hedefini güden kasâme uygulaması, gerekli durumlarda cezai sorumluluğun paylaşılması esasına dayanmaktadır<sup>4</sup>. Bu uygulama doğrultusunda, kamuya açık bir alanda veya özel bir mülk içerisinde faili meçhul bir cinayetin işlenmesi ve öldürülen kişinin yakınlarının durumu dava etmeleri halinde, cinayetin işlendiği yer ahalisinden belirli sayıda kişiye, cinayeti işlemedikleri, katili de tanımadıkları üzerine yemin ettirilmesini gerekmektedir; bu yeminin edilmesinin ardından öldürülen kişinin diyeti, cinayet özel mülk içerisinde işlenmişse o özel mülkün sahibine, eğer kamuya açık bir alan ise o yerin ahalisine ödettirilmektedir<sup>5</sup>. Bu yöntemle hedeflenen şey, suç sonucunda ortaya çıkan sorumluluğun paylaşılmasıdır. İslam hukukunda sorumluluklar kısas ve diyet mekanizmaları doğrultusunda belirlenmekte, normalde kısas ile cezalandırılan adam öldürme suçları, failin bilinmemesi halinde diyetle cezalandırılmaktadır<sup>6</sup>. Kasâme kurumunda ortaya çıkan diyet borcu ise cesedin bulunduğu yer ahalisi tarafından ödenmektedir. Söz konusu ahalinin üyeleri, kendi yaşam alanları içerisinde bu tür bir olayı önleyemedikleri ve katili de göremedikleri veya yakalayamadıkları için asgari huzuru bozmuş sayılmakta ve öldürülen kişinin diyetini ödemek durumunda bırakılmaktadırlar<sup>7</sup>. Dolayısıyla tek bir kişi tarafından işlenen bir suç, kolektif bir yaptırıma tabi tutulmaktadır.

Cinayet suçu İslam hukukunda “hakkı ademiye” olarak adlandırılan şahsın haklarına karşı işlenebilen bir suçtur ve bu suça karşılık olarak verilecek cezalar, suçu önlemek veya suçluyu ıslah etmek gibi özel amaçların yanında toplumsal yapıyı korumak gibi genel amaçlara da sahiptirler<sup>8</sup>. Bu noktadan bakıldığında kasâme kurumu, ödenmesi devletin yaptırım gücü ile güvence altına alınmış bir cezalandırma aracı olarak karşımıza çıksa da, toplumsal yapıya ilişkin çeşitli işlevleri yerine getirdiği de görülmektedir. Yani kişisel nitelikteki bir hak ihlali, toplumsal sonuçlar doğurmaktadır. Kasâme kurumunu hukuki açıdan önemli hale getiren de, suça verilen cezanın bu kolektif niteliği ve bunun işaret ettiği toplumsal ilişkilene biçimidir.

Kasâme, somut ve kurumlaşmış bir yöntem olarak İslam hukukunda karşımıza çıksa da, İslam hukukundan daha eski olduğu, İslamiyet öncesi Arap coğrafyasında mevcut olduğu bilinmektedir. Erken dönem toplum ve topluluklarında hukuki sorumluluğun genellikle kısas ve diyet üzerine şekillendiğini düşünüldüğünde<sup>9</sup>, kasame uygulamasının bu kısas ve diyet mekanizmasını daha kurumsal ve esaslı hale getiren

<sup>4</sup> SAĞLAM, Hadi, “İslam Hukuku Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi”, e-akademi.org, Aralık 2012, s. 2.

<sup>5</sup> CİN- AKYILMAZ, a.g.e, s. 276.

<sup>6</sup> SAĞLAM, a.g.e., s. 2.

<sup>7</sup> ÜÇÖK, Coşkun - MUMCU, Ahmet - BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2007, s. 95.

<sup>8</sup> AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suç ve Cezalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 1, Ankara 2003, s. 167 - 169.

<sup>9</sup> Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 232.

bir mekanizma olduğu söylenebilir. Bu eğilimin söz konusu kurumun İslam öncesinde var olmasına ve İslam ceza hukukunun, kimsenin işlemediği bir suçtan ötürü ceza çekmemesi gerektiğini öngören temel ilkelerine aykırı olmasına rağmen ilerleyen dönemde de uygulanması, İslam'ın doğuş döneminde sünnet haline gelmesiyle açıklanmaktadır<sup>10</sup>. Bir sünnet uygulaması olarak İslam hukukuna giren Kasâme uygulaması, Osmanlı hukuku tarafından da kabul edilmiş, faili meçhul bir cinayet işlenmesi halinde ahalinin sorumluluğunun ya katili bulmak ya da diyet ödemek olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kurum Osmanlı hukuku içerisinde hem II. Bayezid'in hem I. Süleyman'ın kanunnamelerinde<sup>11</sup> hem de Mecelle'de karşımıza çıkmaktadır<sup>12</sup>. Ancak bu kurumun yerine getirdiği ortak toplumsal işlevleri incelemeyen önce kasâme kurumunun çeşitli teknik özelliklerine daha yakından bakmak gerekmektedir.

## 2- Kasâmenin Koşulları ve Unsurları

Kasâme uygulamasına başvurulabilmesi için, ölen kişinin bedeninde öldürüldüğüne dair bir iz bulunması, katilin meçhul olması, maktulün yakınlarının kasâme uygulanmasına ilişkin olarak talepte bulunması, varsa zanlıların cinayet işlediklerini inkâr ediyor olması yani suçun olağan yöntemlerle cezalandırılabilmesinin yolunun kalmamış olması gerekmektedir<sup>13</sup>. Ayrıca maktulün akrabalarının bu ahali içerisinde birilerini cinayetin faili olmakla suçlaması halinde ceza davası görülmeye başlanır ve kasâme yoluna başvurma olanağı kalmaz. İki seçeneğin birbirini tüketmesinde güdülen amacın kasâme yoluna gidilmesinin mümkün olduğu yerlerde gereksiz yere ceza davası açılmasını engellemek olduğu öne sürülmektedir<sup>14</sup>. Buradan anlaşılması gereken şey, olağan bir ceza yargılaması süreciyle faili meçhul bir cinayete ilişkin yargılama usullerinin birbirinden tümüyle ayrı olduğu ve belirli bir durumda bunlardan sadece bir tanesinin kullanılabilir olduğudur. Zira, aşağıda daha ayrıntılı biçimde anlatılacağı üzere kasâme kurumu devreye girdiğinde olağan bir ceza yargılaması sırasında gözetilen yükümlülüklerden başka yükümlülükler söz konusu olmakta ve uyumsuzluk çözüm sürecinin katılımcıları ve bu sürecin gözettiği menfaatler başka biçimde tanımlanmış olmaktadır.

Bunların yanında kişinin cesedinin bulunduğu arazinin, başka bir kişinin ya da topluluğun zilyetliğinde ya da mülkiyetinde bulunması gerekir. Cesedin iki yerleşim yeri arasında bulunması halinde, cesede daha yakın olan yerleşim yerinin ahali diyet

<sup>10</sup> HALLAQ, Wale B., *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge 1999, s. 12-13.

<sup>11</sup> Bkz: AKMAN, "Osmanlı Hukukunda...", s. 1426.

<sup>12</sup> Bkz: AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, s. 906 v.d.

<sup>13</sup> SAĞLAM, a.g.e., s. 5.

<sup>14</sup> Bkz: VIKOR, Knut S., *Between God and the Sultan, A History of Islamic Law*, New York 2005, s. 290.

ödeyecektir<sup>15</sup>. Zira cinayetin ana cadde, büyük cami, köprü, pazar yeri gibi kamuya açık yerlerde işlenmesi halinde, bu tür yerler devletin koruması altında olduğu için kasâme yoluna başvurulamamaktadır<sup>16</sup>. Yani kasâme ile karşımıza çıkan kolektif sorumluluk, devletin sorumluluğunun mevcut olmadığı yerde karşımıza çıkmaktadır. Buradan anlaşıldığı üzere kamusal alana ilişkin bir sorumluluğun devlet ile kasaba veya köy (uygulamada *karye* diye anılmaktadır) ahali arasında bir çatışmaya ya da yarışmaya konu olması istenmemekte, devletin sorumluluğunun mevcut olduğu yerde ahalinin sorumluluğundan bahsedilememektedir.

Bu uygulamada yemin etmeye çağırılan insan sayısı ellidir ve yeminin geçerli olabilmesi için bu elli kişinin erkeklerden oluşması gerekmektedir<sup>17</sup>. Kasâmenin merkezinde yeminin bulunması, yemin kurumunun İslam hukukunda taşıdığı önemden bahsetmeyi gerektirir. Yemin, İslam hukukuna göre davalının kullanabileceği bir araçtır ve başlı başına karine sayılabilmektedir<sup>18</sup>. İslam ceza hukukunun ilgilendiği alan “suçlar” olarak değil “günahlar” olarak tanımlanmış olduğu için<sup>19</sup>, kişinin bir günaha ilişkin olarak ettiği yemin, devlet aracılığıyla uygulanan ceza hukuku açısından da bağlayıcı olabilmektedir. Yemin ile tanıklık arasında yakın ilişki doğrultusunda, tanıklığın mümkün olmadığı durumlarda sonuca ulaşmak için yemin yoluna başvurulmakta, yemin edecek kişilerin tanıklık edebilecek durumda bulunmaları ve içinde yer aldıkları örf-âdete ve toplumsal düzene uygun bir hayat sürüyor olmaları gerekmektedir<sup>20</sup>. Bu koşulları taşıyan elli kişinin temsil ettiği ahali, söz konusu yeminin ardından ölüm diyetinin ödenmesine eşit olarak katkıda bulunmaktadırlar.

Kasâme kapsamında edilen yemin de özellikle Osmanlı ceza yargılaması sistemindeki ispat yükü uygulamalarının bir istisnasını teşkil etmektedir<sup>21</sup>. Burada ahalinin cinayeti işlemediğine ve işleyeni de tanımadığına ilişkin yemin zorunlu tutulmaktadır. Seçilen elli kişinin yeminden kaçınması da söz konusu değildir çünkü yukarıda da bahsedildiği üzere, ahalinin yemin etmemesi kovuşturma usulünü ve uyuşmazlığın niteliğini değiştirecek, söz konusu yöntem bir kasâme uygulaması olmaktan çıkıp olağan bir ceza yargılaması haline gelecektir. Bu nedenle yemin etmek istemeyen kişi ya yemin edene ya da suçu kendisinin işlediğini itiraf edene kadar hapiste tutulmaktadır.

Burada önemli olan nokta, ahalinin cinayeti işlemediğine ve katili de tanımadığına ilişkin yemini, cinayeti önleyememeleri nedeniyle suçlu sayılmalarıdır. Zira

<sup>15</sup> AKBULUT, a.g.e, s. 173.

<sup>16</sup> AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1431.

<sup>17</sup> CİN-AKYILMAZ, a.g.e, s. 277.

<sup>18</sup> SAĞLAM, a.g.e, s. 4.

<sup>19</sup> ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, a.g.e, s. 91.

<sup>20</sup> ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, a.g.e, s. 101.

<sup>21</sup> AKMAN, Osmanlı Devleti’nde..., s. 64.

kişiler, bir yerde ahali olarak yaşamlarını sürdürmeleri nedeniyle, o yere ilişkin bir sorumluluğu da üstlenmektedirler. Bu sorumluluk, ahaliye kendi yaşam alanlarında suçların oluşmadan engellenmesine yönelik pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Bu noktada ahalinin ettiği yemin bir ispat aracı olarak ele alınsa da, bahsi geçen pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğine yönelik bir ikrar olarak ele alınması mümkündür. İslam hukuk tarihi içerisinde bu uygulamanın bir ispat aracı değil bir nefy (inkâr) aracı olduğunu ve kişilerin suç isnadı altında kalmaktan kurtulmalarını sağlayan bir araç olduğunu söyleyenler olduysa da<sup>22</sup> söz konusu inkârın başka bir sorumluluğun ihlal edildiğinin kabul edildiği anlamına gelmesi önem taşımaktadır. Çünkü ahalinin hukuki sorumluluğu tam da bu yeminle birlikte başlamakta, öldürülen kişinin kanının “heder”<sup>23</sup> olmaması için ödenecek bedel bu nedenle ahali tarafından karşılanmaktadır.

Cinayet suçuna karşılık olarak diyet ödenmesi de üzerinde durulması gereken bir husustur<sup>24</sup>. İslam hukukunda cinayet suçları kısas usulünce cezalandırılmaktadır ancak failin bilinmediği durumlarda kısas yoluna gidilmemekte, ceza diyete dönüştürülmektedir<sup>25</sup>. İslam ve Osmanlı hukukunda diyet, ilgili tarafın kısas uygulamasına gitmek istemediği ya da kısasın uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, suç karşılık olarak ödenecek olan maddi değer anlamına gelmektedir<sup>26</sup>. Kasâme kurumunun muhatabı tek tek kişiler değil, ilgili yerde yaşayanları temsil edebilecek kadar fazla sayıda insanın (uygulamada elli kişi) oluşturduğu “ahali” olduğunu söylemek mümkündür. Zira söz konusu yemini edenlerin kişisel özellikleri dikkate alınmamakta, yemine katılan herkes ahaliyi oluşturan anonim bir unsur olarak bu süreçte yer almaktadır. Bu diyetin ödenmesi sürecine dâhil olacak kişilerin kimler olduğu, yani kimlerin sorumluluk altında bulunduğunu belirlemek içinse izlenen özel bir yöntem bulunmaktadır. Cesedin bulunduğu yerden (maktulün öldürülürken de yapmış olacağı düşünülerek) yüksek sesle bağırılmakta, bu sesi duyabilecek mesafede yaşayan kişiler cinayetin sorumlu tutulmaktadır. Eğer ahali arasında daha önce bu tür bir suç işlemiş olanlar varsa diyet öncelikli olarak bu kişilere ödetilmektedir<sup>27</sup>. Söz konusu ce-

<sup>22</sup> AKMAN, Osmanlı Devleti'nde..., s. 96.

<sup>23</sup> Uygulamada kullanılan *heder* kelimesi “boşa gitme, yok yere gitme” anlamı taşımaktadır. Bkz: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Haz. Ferit Devlilioğlu, Aydın Yayınları, Ankara, 2011.

<sup>24</sup> İslam hukukunda bir suç işlendiğinde ödenen diyet, ceza değil tazminat uygulaması olarak kabul edilmektedir (Bkz: Sağlam, a.g.e, s.2). Yani diyet ödeme yükümlülüğü işlene suçun bedeli olarak değil, bu suç sonucunda ortaya çıkan zararı tazmin etmek amacıyla ödenmektedir. Cinayet vakalarında ödenen diyet ise uygulamada “kan parası” olarak adlandırılan ve bugünkü hukukta “destekten yoksun kalma tazminatı” olarak adlandırılan uygulamaya benzer bir işlevi yerine getirmektedir.

<sup>25</sup> PAMİR, Aybars, “İslam ve Osmanlı Hukuku'nda Kasâme Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, Ankara 2005, s. 353.

<sup>26</sup> AKBULUT, a.g.e, s. 171.

<sup>27</sup> AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1425.

sedin sahipsiz arazide bulunması halinde diyet devlet tarafından beytülmalın sorumluluğuna gidilerek ödenecektir<sup>28</sup>. Ancak uygulama kayıtları göstermektedir ki kasâme uygulamasının yarattığı diyet borcu her durumda köy, kasaba veya mahalle halkına ödetilmemektedir. Kimi durumlarda cesedin bulunduğu evin sahibi ya da (cinayet bir han veya kervansarayda işlenmişse) maktul ile birlikte aynı odada kalanlar diyet ödeme borcunun muhatabı olmaktadır<sup>29</sup>. Bu tür durumlarda belirleyici olanın, kolektif sorumluluğun alanının daha net biçimde ayırt edilebilmesi ve cezai yükümlülükleri bu doğrultuda dağıtılmasının mümkün hale gelmesi olduğu öne sürülebilir.

### 3- Kasâme Kurumunun Öznesi ve Cezaların Şahsiliği İlkesi

Kasâme kurumunu önemli kılan özellik, cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnasını teşkil etmesidir. Kasâme, “akile” kurumu<sup>30</sup> ile birlikte, suçlu işlememiş veya hukuki yükümlülük altına girmemiş olmayan kişilerin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını mümkün kılarak kolektif cezalandırma usulünün bir örneğini oluşturmaktadır<sup>31</sup>. Yukarıda da bahsedildiği gibi İslam ve Osmanlı ceza hukukunda cezalandırmanın esası, toplumsal düzenin korunması ve kamu düzeninin tesis edilmesidir ve cezai yaptırımın muhatabı sadece gerçek kişiler olabilmektedir<sup>32</sup>. Ancak kasâme kurumu, cinayetin işlendiği mahalle ya da köy ahalisini kolektif biçimde sorumlu tutarak cezalarda şahsilik ilkesine bir istisna getirmesinin yanında, hukuki süreçte tek tek gerçek kişilerin ötesine geçen bir katılım statüsü öngörmektedir. Bu nedenle kasâme kurumunun öngördüğü hukuki öznellik kategorisi de incelenmeyi hak etmektedir.

Hukukun toplumsal açıdan bir geçerliliğe sahip olması için, belirli bir özneler topluluğu üzerinde etki doğurabilmesi ve bu etkinin o özneler tarafından meşru görülmesi gerekmektedir<sup>33</sup>. Bu öznelerin hukuk düzeni içerisinde etkin biçimde var olabilmeleri ise, hak ve borçlara ehil kılınmalarına ve bu doğrultuda yaptıkları, yapmadıkları veya ihmal ettikleri eylemlerin hukuki sorumluluğunu üstlenme kapa-

<sup>28</sup> AKMAN, Osmanlı Devleti’nde..., s. 97.

<sup>29</sup> AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1431.

<sup>30</sup> Yakın akraba anlamına gelen *akile*, belirli durumlarda hukuki bir kurum olarak karşımıza çıkmakta, suçlu kasten işleyen kişinin diyet borcunu ödememesi halinde bu borcun suçlunun yakın erkek akrabasına ödetilmesini öngörmektedir. Bir hukuki kurum olarak akile, kişinin diyetini ödeyecek yakın akrabasının bulunmaması halinde o kişinin bağlı olduğu meslek grubunun üyeleri, bağlı olduğu ahali, aşiret hatta bazen devlet hazinesi bile bu yakın akraba statüsünde ele alınarak diyetin ödenmesine ortak edilebilmektedirler. Akile, İslamiyet öncesi dönemden devralınan bir dayanışma kurumu olarak da ele alınmaktadır ancak bu dayanışmanın ilerleyen dönemlerde nasıl gerçekleştiği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, a.g.e, s. 94-95; CİN-AKGÜNDÜZ, a.g.e, s. 273., VIKOR, a.g.e, s. 289.

<sup>31</sup> PAMİR, a.g.e, s. 345.

<sup>32</sup> CİN, a.g.e, s. 305.

<sup>33</sup> DEFLEM, Mathieu, Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, New York 2008, s. 227.

sitesine sahip olmalarına bağlıdır. Özel olarak ceza hukukunun öznesi de, rasyonel biçimde aldığı kararlarla sonuçlarını öngörebilecek durumda olduğu eylemleri gerçekleştirebilen ve dolayısıyla bu eylemlerin sonuçlarından sorumlu tutulabilen kişidir<sup>34</sup>. Bu noktada kasâme kurumu içerisinde karşımıza çıktığı haliyle ahali, hukuki açıdan özne olmanın esas şartlarından olan “sorumluluk üstlenebilme” kapasitesine sahip bir kategori olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahali ya da ahalinin işaret ettiği ilişkilene biçimi doğrultusunda topluluk üyeleri, sadece suçların önlenmesinde değil, işlenen suçların cezalandırılmasında da kolektif bir sorumluluk altına girmektedir<sup>35</sup>. Bu kolektif sorumluluk uygulaması her ne kadar İslam Hukuku kapsamında ele alınsa da sadece Müslümanlar için geçerli olmaması, uygulamanın dini aidiyetten bağımsız biçimde kamusal sorumluluklara işaret ettiğini göstermektedir.

Osmanlı hukukunun klasik döneminde ceza hukuku, müslüman-zımmi ayrımı yapmaksızın herkese uygulanmaktadır. İslam hukukunun korumasından yararlanmak amacıyla yaptıkları zımmet sözleşmesi doğrultusunda özel hukuk ilişkilerinde kendi hukuklarını uygulayan bu topluluklar, vergi hukuku veya ceza hukuku gibi kamusal yönü ağır basan hukuki ilişkilerde İslam hukukuna bağlıdırlar<sup>36</sup>. İslam hukuku kapsamındaki bir ceza hukuku uygulaması olan kasâme de bu doğrultuda, müslüman-zımmi ayrımına gitmeksizin bütün ahaliye uygulanmış, Osmanlı Devleti de bu konuda farklı bir düzenleme getirmemiştir<sup>37</sup>. Ancak kapitülasyonlardan kaynaklı ayrıcalıklar dolayısıyla, Osmanlı topraklarına izin alarak giren ve geçici olarak bulunan müste'menler için kasâme hükümleri uygulanmamaktadır<sup>38</sup>. Görüldüğü üzere, kasâme bir İslam Hukuku kurumu olsa da zımmi statüsünde bulunan kişilere de uygulanmakta, ancak belirli bir yaşam alanı içerisinde yerleşik olarak bulunmayan kimseye uygulanmamaktadır. Bu ise bize kasâme kurumunun güvence altına almaya çalıştığı hukuki sorumluluğun yerleşik yaşam alanının kamusal düzeni ve güvenliliği ile ilgili olduğunu, cezalandırmanın kolektif niteliğe de bu doğrultuda kavuştuğunu göstermektedir.

Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi Avrupa hukukunda 17. Yüzyıldan itibaren karşımıza çıkmaktadır ancak farklı hukuk sistemlerinde de karşılığı bulunmaktadır. İslam hukukunun da kural olarak şahsilik ilkesini benimsediğini yukarıda belirtmiştik. Ceza hukukunun genel amaçları doğrultusunda baktığımızda, cezanın tazmin edici özelliğinin, işlenen suç ile hakkı ihlal edilen kişinin ya da hukuki varlığın zararının giderilmesi noktasında anlam taşıdığı görülmektedir<sup>39</sup>. Antropolojik açıdan bakıldı-

<sup>34</sup> FLETCHER, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, New York 1998, s. 54.

<sup>35</sup> PAMİR, a.g.e, s. 353.

<sup>36</sup> MUMCU-ÜÇÖK-BOZKURT, a.g.e, s.86.

<sup>37</sup> PAMİR, a.g.e, s. 344.

<sup>38</sup> AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1427.

<sup>39</sup> MURPHY Jeffrie G. -COLEMAN Jules L. , *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, ABD 1990, s. 112.



ğında kolektif cezalandırma ya da suçlarda kolektif sorumluluk fikrinin, bir topluluk üyesinin, başka bir topluluk üyesine zarar veren bir eylemde bulunması halinde söz konusu olduğu görülmektedir. Zira topluluk içerisinde işlenen suçlarda cezanın muhatabı tekil olarak suçu işleyen kişi olmaktayken, topluluklar arası suçlarda suçu işleyen kişi değil, o kişinin üyesi bulunduğu topluluk sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanında, ister kişisel ister kolektif biçimde cezalandırılınsın neyin suç olduğu her durumda kamusal gereklilikler ve menfaatler doğrultusunda belirlenmektedir<sup>40</sup>. Yani suç ile ihlal edilen şey, kamusal bir menfaat olarak karşımıza çıkmakta, cezalandırmanın muhatabı da bu kamusal menfaati ihlal edenin niteliğine göre belirlenmektedir.

Kasâme kurumunda ahalinin diyet ödemesi, yani sorumlu tutulabilmesi de bu kurumun ele aldığı hukuki sonucun ve buna yol açan eylemin nasıl tanımlandığı hakkında fikir verir. Bu çerçeveden bakıldığında faili meçhul bir cinayette ortaya çıkan hukuki sonuç, bir kişinin öldürülmesinden ziyade bu cinayet nedeniyle ortak yaşam alanının ya da kamu düzeninin bozulmuş olması, bunu yaratan eylem ise ahalinin bu sonucu önlemeye yönelik özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasıdır. Ceza hukukunda, hukuki bir sonuçtan sorumlu tutulabilmenin ilk şartının bu sonuca eylem ile sonuç arasında da bir nedensellik bağı bulunması olduğu bilinmektedir<sup>41</sup>. Kasâme kurumunda nedensellik bağının bu iki unsur arasında kurulduğunu ve kolektif sorumluluğun da bu esasa dayandığını söylemek mümkündür. Tahkikat aşamasına önem veren ukubat sisteminin<sup>42</sup> kasâme kurumunda doğrudan cinayet işlemeyen kimselere yukarıda bahsedilen “bağırma” uygulaması dışında bir tahkikat uygulamadan yaptırım uygulaması da bu şekilde açıklanabilir. Zira ahalinin diyetini ödediği suç cinayet suçu değil, bu cinayetin işlenmesini mümkün hale getiren bir ihlal suçudur.

## B- HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN KASÂME

Daha önce de belirtildiği gibi, kasâme kurumunun işaret ettiği bu yöntem, sadece İslam Hukukunda değil, Antik Yunan’dan Ortaçağ İngiltere’sine kadar geniş bir hukuk coğrafyasında da karşımıza çıkmaktadır<sup>43</sup>. Bunun yanında, suç ve cezaların ilkesinin istinasını oluşturan farklı pek çok uygulama, Babiller’de, Hititler’de, İran Moğollarında ve asyatik nitelikte toplumsal yapıya sahip pek çok toplulukta da karşımıza çıkmaktadır<sup>44</sup>. Bu uygulamaların genel yapısı ve ilgili toplumsal yaşam biçimlerinin paralelliği, kasâmenin suçların telafisine yönelik bir hakkaniyet sistemi

<sup>40</sup> CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2002, s. 29 – 36.

<sup>41</sup> FLETCHER, a.g.e., s. 59 – 61.

<sup>42</sup> Bkz: CİN, a.g.e, s. 413.

<sup>43</sup> CİN, a.g.e, s. 217.

<sup>44</sup> Ayrıntı için bkz: PAMİR, a.g.e, s.346-348.

olmanın ötesinde, mevcut kolektif yaşam pratiklerini güvence altına almaya yönelik bir eğilim olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanında kasâmenin ceza hukuku açısından tek başına “önleyici” bir mekanizma değil, toplumun sahip olduğu “önleme” yükümlüğünün yerine getirilmediği zamanlarda devreye giren ve bu yükümlülüğü hatırlatan bir kurum olduğu öne sürülebilir. Birlikte yaşama halinin devamlılığına ilişkin benzer kaygılar benzer ihtiyaçları doğurmakta, bu benzer ihtiyaçlar da birbirine paralel hukuki kurumları ortaya çıkarmaktadır. Bu durum bize kasâme kurumunun içerdiği kurgunun, tanımladığı toplumsal sorumlulukların ve yerine getirdiği işlevin sadece İslam Hukukunun koşullarında ortaya çıkan bir araç veya istisnai bir ceza hukuku uygulaması olarak değil, belirli toplum tiplerinde karşılaşılabilen ve hukuk sosyolojisi açısından ele alınabileceğini göstermektedir. Bu doğrultuda söz konusu kurum, hukuk sosyolojisi alanında tespit edilen belirli ölçütler üzerinden incelenecektir.

### 1- Dağıtıcılık İlkesi Açısından Kasâme

Kasâme kurumu toplumsal roller üzerinden ele alındığında karşımıza çıkacak önemli ilkelere birisi de toplumsal bir zararın yarattığı sorumluluğun dağıtılması anlamındaki dağıtıcılık ilkesidir. Yukarıda bahsedildiği üzere, ceza hukukunda karşımıza çıkan şahsîlik ilkesi ile güdülen amaçlardan birisi de zararı tazmin etme yükümlülüğünün kimin üzerinde olduğunun belirlenmesi, hukuki sonuçlardan doğacak sorumluluğun, bu sonuçları öngörerek eylemde bulunan kişiler tarafından üstlenilmesini sağlamaktır. Bu zarar giderme faaliyeti ise, cezalandırma faaliyetinin “dağıtıcılık” işlevi kapsamında ele alınmaktadır<sup>45</sup>. Bu dağıtıcılık işlevi doğrultusunda ortak alanda bir arada yaşamının yarattığı külfetler, ortak alanın üyeleri arasında paylaştırılmaktadır. Dağıtıcılık ilkesi, suça karşılık verilen cezanın etkililiğini arttırmak amacıyla ve bunun da ötesinde suç ile bozulduğu düşünülen toplumsal yapıyı eski haline getirmeyi kolaylaştırma hedefi doğrultusunda karşımıza çıkmaktadır<sup>46</sup>. Modern hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi olarak anılan ve kamusal bir faaliyetin nedeniyle zarar gören kişinin bu zararının telafi edilmesi olarak tanımlanan ilkeye<sup>47</sup> benzer bir ilkenin kasâme uygulamasına üstü kapalı biçimde de olsa hâkim olduğunu söylemek mümkündür.

Dağıtıcılık ilkesinin temel amacı, kamusal faaliyetler ortaya çıkan zararların tazmin edilmesidir. Ceza hukukun “eski hale getirme” işlevini merkeze aldığımızda cezalandırma, verili “düzen” durumunu temel alarak bu düzenin sapmalardan sonra

<sup>45</sup> FLETCHER, a.g.e, s. 36.

<sup>46</sup> ROBINSON, Paul H., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished and How Much?*, [https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/DP\\_full\\_SNT\\_rev\\_4\\_1\\_08\\_phr.pdf](https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/DP_full_SNT_rev_4_1_08_phr.pdf), s.1-2.

<sup>47</sup> Tanım için bkz: ULUSAN, İlhan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul 1977, s. 8-9.

hemen olağan haline döndürülmesini hedeflemektedir. Bu hedef ise kimi uygulamalarda kolektif sorumluluğun gündeme gelerek, farklı katılımcıların aktif katılımıyla çeşitli “suç önleme” mekanizmaları yaratabilmektedir<sup>48</sup>. Kasâme kurumu da bu tür bir mekanizma olarak ele alınabilecek niteliktedir. Kasâme’de ise kişisel zarar (kişinin bir yakınının öldürülmesi) ortak yaşam alanının eski asayiş durumuna geri getirilmesi amacıyla, yani ortak yarar adına kolektif biçimde telafi edilmektedir. Çünkü söz konusu kişisel zarar, kamuya ilişkin bir menfaati (güvenlik) zedelemektedir. Aradaki fark, modern hukukta kamu gücünü ve egemenlik yetkilerini kullanan devletin yol açtığı zararı, ortak alanın bütün üyelerini eşit konuma getirmek amacıyla bizzat karşılaması, kasâme’de ise, kamusal görevleri bulunan ahalinin negatif bir faaliyetinin (asayiş sağlama sorumluluğunun ihlali) yarattığı zararı, yine ortak alana katılma potansiyeli doğrultusunda toplu halde karşılamasıdır.

## 2- Uyuşmazlık Çözme Aracı Olarak Kasâme

Uyuşmazlık kavramı en genel haliyle, birden fazla kişinin, aynı hukuki olgu üzerinde birbirleri ile çatışan iddialara sahip olduğu bir anlaşmazlık durumuna işaret eder<sup>49</sup>. Bu tanım doğrultusunda kasâme kurumunu doğrudan bir uyuşmazlık çözme aracı olarak ele almak zordur. Zira ortada birbirleri ile çatışan iddialar ve bu iddialar doğrultusunda hukuki hakikate ulaşmaya çalışan bir yöntem bulunmamaktadır. İslam hukukunun genel ilkeleri arasında sayılan “kimsenin kanının heder olmaması” ilkesi<sup>50</sup> yani kimsenin canının karşılıksız biçimde alınamaması ilkesi kasâme kurumunu bir teknik anlamda uyuşmazlık çözme yöntemi olarak değil geniş anlamda bir sorun çözme yöntemi olarak karşımıza çıkarmaktadır. Ancak yine de kasâme kurumunun uyuşmazlık çözme yöntemlerinin nihai amacını, yani bozulmuş toplumsal düzeni eski hale getirme amacını temel aldığı ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerine benzer bir işlevi de yerine getirdiği unutulmamalıdır. Zira, toplumsal alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar, içinden çıktıkları toplumsal yapının özelliklerini yansıtmaktadır. Uyuşmazlık biçimleri tipikleştikçe bunları çözmeye kullanılan araçlar da kurumlaşmaktadır. Bu kurumlaşmış uyuşmazlık çözme yöntemleri ise her durumda önceden tanımlanmış bir “toplumsal düzen” fikrinden hareketle yola çıkmakta ve yine bu düzeni tesis etmeye yönelmektedirler<sup>51</sup>.

Hukukun toplumsal düzen fikri ile arasındaki doğrudan bağ ve bu düzen fikrini önceleyerek korumaya çalıştığı toplumsal ilişkiler ağı, toplumsal yaşam içerisinde hukukun üstlendiği farklı işlevleri de göz önünde bulundurmaya gerektirmektedir. Zira

<sup>48</sup> ROBINSON, a.g.e, s. 170 – 173.

<sup>49</sup> CEYLAN, Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2008, s. 75.

<sup>50</sup> Bkz: AKMAN, “Osmanlı Devleti’nde...”, s. 99.

<sup>51</sup> CEYLAN, a.g.e, s. 106 – 111.

hukuk sadece toplumsal ilişkilerin esaslarını belirlemekle veya çeşitli normatif araçları kullanarak toplumun üyelerinin birbirleri ile ve egemenlik kurumları ile arasındaki mesafeyi ölçmekle yetinmemekte, bu düzenin işleyişinin aksadığı durumlarda etkin roller üstlenmektedir<sup>52</sup>. Bu çerçevede karşımıza çıkan uyuşmazlık çözme yöntemleri de hem belirli bir anda belirli bir mekânda geçerli olan hukuk sistemi hem de o hukuk sisteminin gözettiği toplumsal düzen hakkında fikir vermektedir. Kasâme kurumuna bu gözle baktığımızda ise bu kurum aracılığıyla çözülmeye çalışılan uyuşmazlığın, kamusal alana ilişkin olarak merkezi iktidar dışındaki öznelerle de sorumluluk yükleyen bir yapıyı öngördüğü açıktır. Bu durum ise Durkheim'in "mekanik dayanışma" kurgusunda belirtmiş olduğu üzere kişiler arası ilişkilerin daha doğrudan biçimde ve bir benzerlik ilkesi etrafında şekillendiği bir toplumda mümkün olacaktır. Zira bu tür kurum, sadece toplumsal rolleri yaratan bütünün ayırt edilebilir bir nitelikte (mahalle ya da köy) olduğu ve kolektif nitelikteki eylem veya ihmallerin sorumlularının doğrudan ayırt edilebilir olduğu koşullarda işlerlik kazanacak, kurumun çözmeye çalıştığı uyuşmazlık da bu tür bir yapıda anlam kazanacaktır.

Kasâmeyi bir uyuşmazlık çözme biçimi olarak ele alıp bu kurumun çözdüğü uyuşmazlığın niteliğine baktığımızda durum belirginleşmektedir. Faili meçhul bir cinayet, belirli bir kişinin kanının sebepsiz yere dökülmesi ve bu kişinin kanının İslam Hukuku kapsamında heder olması tehlikesini taşımaktadır. Uyuşmazlık çözme sürecine giden yolun temelinde bu tekil durum bulunsa da ortaya çıkan uyuşmazlık ya da sorun, kişisel nitelikte değil, kamusal niteliktedir. Zira ortada, verili bir toplumsal alanda kişilerin karşılıksız biçimde öldürülmelerini mümkün kılan güvenliksiz bir zemin açılmış bulunmakta, kasâme devreye girerek bu sorunu çözerek söz konusu zemini kapatmaya çalışmaktadır. Kasâme kurumunun öznesinin neden kolektif bir özne olduğu ve cezalandırmanın da neden kolektif biçimde yapıldığı bu şekilde belirginleşmektedir. Ancak kasâme kurumunu hukuk sosyolojisi açısından incelediğimizde, uyuşmazlık çözme işlevi ile aynı temelden doğan başka bir işlev olan toplumsal kontrol işlevinin de devreye girdiği görülmektedir.

### 3- Kasâme ve Toplumsal Kontrol

Yukarıda da belirtildiği gibi toplumsal düzen, bir arada yaşama halinin süreklilik kazanması için bir ön koşul olarak ele alınmaktadır. Bu birlikte yaşama halinin güvence altına alınması ihtiyacı ise, düzen fikrini hukuki ve dolayısıyla toplumsal açıdan tek başına bir amaç haline getirmektedir<sup>53</sup>. Bu düzenin korunması ise sadece merkezi iktidarın herhangi bir düzensizlik halinde devreye girerek durumu eski haline getirmesini değil, o toplumsal yapının üyelerinin de sapmayı gerçekleştirmeden önlemesini veya sapmayı yaratacak koşulları ortadan kaldırmasını da gerektirmektedir.

<sup>52</sup> ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul 2011, s. 135.

<sup>53</sup> CAN, a.g.e, s. 69-71.

Toplumsal yapı içerisindeki her bir bireyin, bu devamlılığı sağlamak adına kendinden beklenildiği şekilde davranması gerekmekte ve bireylerin bu davranış kalıplarının işaret ettiği rolü benimsemesi gerekmektedir. Bu roller sonucunda ortaya çıkan sorumluluk ve yükümlülükler ise hukukun toplumsal kontrol işlevi başlığı altında incelenebilmektedir<sup>54</sup>. Bahsi geçen toplumsal kontrol araçlarının ayrışması, iktidarın ve iktidarın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin paylaşılma biçimi doğrultusunda şekillenmektedir<sup>55</sup>. Kasâme kurumunun ahaliye yüklediği hukuki sorumluluk, kurumu bu açıdan önemli hale getirmektedir.

Yukarıda bahsedilen hususlar doğrultusunda kasâmenin sadece bir uyuşmazlık çözme biçimi değil, aynı zamanda bir toplumsal kontrol aracı olduğunu söylemek mümkündür<sup>56</sup>. Toplumsal kontrol modern hukuk açısından genellikle cezalandırma ve disipline etme pratikleri çerçevesinde ele alınsa da kavramın daha geniş bir içeriğe sahip olduğu ve toplumun kuvvete başvurmaksızın kendi kendisini düzenleme pratiklerine işaret ettiği bilinmektedir<sup>57</sup>. Bu pratikler ise kişinin içerisinde yer aldığı toplumsal zeminin belirlediği yükümlülükleri yerine getirmenin araçlarıdır. Zira toplumsal kontrol sadece cezalandırma faaliyetlerinde ortaya çıkmamakta, toplumsal düzenin kendisini idame ettirmesi için gerekli olan koşulların güvence altına alınmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle toplumsal kontrol mekanizmaları “toplumsal düzen” hedefine ulaşmada kullanılan bütün uygulamaları da içermektedir<sup>58</sup>. Kasâme kurumuna bu gözle bakıp kurumun ortaya koyduğu diyet sistemine değil, bu diyet sistemiyle korumaya çalıştığı şeye baktığımızda da karşımıza bir toplumsal kontrol uygulaması çıkmaktadır. Burada, kamu düzenin korunmasını ilgili yerin ahalisinin sorumluluğuna bırakan bir tür kontrol veya önleme mekanizması söz konusudur ve yerin asayişinin, o yer ahalisinin sorumluluğunda olduğu vurgulanmaktadır. Bu mekanizma da herkesin birbirinden “ortak yaşamın devamlılığı” adına sorumlu olmasını öngörmektedir. Ahalinin kolektif olarak sorumlu tutulduğu şey cinayet suçu değil, o yaşam alanında cinayet işlenmesini önleme yükümlülüğünün ihlalidir. Osmanlı hukukunda Kasâme kurumunun nasıl uygulanacağına ilişkin önemli esasları belirleyen Şeyhülislam Ebusuud Efendi’nin, cinayet mahallinde atılan çığlığı bütün kasaba duysa bile sadece o mahalle yakın yerde oturanların sorumlu tutulacağı yönündeki fetvası<sup>59</sup>, kasâme ile kişilere yüklenen kolektif sorumluluğun statü odaklı değil işlev odaklı olduğunu göstermektedir. Yani cinayet mahallinin bağlı olduğu yerde mukim

<sup>54</sup> TREVINO, A. Javier, *The Sociology of Law, Classical and Contemporary Perspectives*, New York 2008, s. 318-319.

<sup>55</sup> TREVINO, a.g.e, s. 207.

<sup>56</sup> Akile kurumu da bu şekilde ele alınabilmektedir. Bkz: Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarih*, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s.182.

<sup>57</sup> DEFLEM, a.g.e, s. 228.

<sup>58</sup> DEFLEM, a.g.e, s. 247.

<sup>59</sup> M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebusuud Efendi Fetvaları*, İstanbul 2009, s. 155.

olmak tek başına sorumluluk sebebi sayılmamakta, bu sorumluluğun ortaya çıkması için cinayetin kişinin asayişi sağlama yükümlülüğünü yerine getirebileceği bir etki alanı içerisinde işlenmiş olması gerekmektedir.

Bu uygulamada topluluğun üyeleri, içinde yaşadıkları ortak alanın güvenliğini sağlamakla ve bozulmasını engellemekle yükümlüdürler. Buradan hareketle İslam ve Osmanlı hukukunda kasâmenin temel aldığı suç politikasının ana hattını, suçların hiç işlenmeden önlenmesi ve bunun da kişilerin hem kendilerinden hem de birbirlerinden sorumlu tutulmaları suretiyle gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilir. İslam hukukunda egemen olan “can güvenliği” ilkesi de, sadece siyasi iktidara değil, bu iktidara tabi halde yaşayan insanlara da bu güvenliği sağlamak konusunda sorumluluklar getirmektedir<sup>60</sup>. Bu politikanın hukuki özneye yüklediği pozitif sorumluluk da, merkezi iktidarın kamu gücünden bağımsız biçimde yaşam alanının asgari güvenliğin sağlamaktır.

Bu doğrultuda Kasâme kurumu, İslam hukukundan öncesinde de geniş bir coğrafyada mevcut bulunan bir kurum olarak belirli bir toplumsal düzen fikrine ve özel olarak bu toplumsal düzeni sağlamanın sorumlularını belirlemeye yaramaktadır. Bu noktada devletin, cinayeti kimin işlediğini tespit etmek yönünde bir yükümlülüğünün bulunmaması, sorun çözme yönteminin merkezinde toplumsal düzen vurgusunun cezai adalet vurgusundan daha belirgin olduğunu düşündürmektedir. Toplumsal normların ihlal edilmesi halinde devreye giren toplumsal kontrol mekanizmalarının öngördüğü başlıca üç karşılık biçimi, kasâme kurumu içerisinde bir arada karşımıza çıkmaktadır. Bu üç çeşit yaptırım biçimi “doğrudan zarar görene bir karşılık sunulması”, “merkezi iktidarın devreye girip belirli usuller ile yaptırım uygulaması” ve “toplumun bütününe harekete geçerek bir karşılıkta bulunması” olarak ifade edilmektedir<sup>61</sup>. Kasâme kurumunda bu üç biçimin birbirinin içine geçtiğini, ihlalden (güvenliği sağlama yükümlülüğünün ihlali) zarar görene bir karşılık ödenirken bunun kolektif biçimde yapıldığı ancak bunun merkezi iktidarın da kabul etmiş olduğu bir usul doğrultusunda ve hatta merkezi iktidarın yaptırım gücüne dayanılarak gerçekleştirildiği görülmektedir.

İstanbul sınırları içerisinde kasâme kurumunun uygulanmaması ve hatta bu durumun iki, adet padişah fermanı ile tescil edilmesi<sup>62</sup> ise kurumun içerisinde doğduğu toplumsal yapı hakkında fikir vermektedir. Konunun İslam hukukunda devlet başkanının yetkilerinin sınırları açısından önemli bir tartışmaya kapı araladığı açıktır<sup>63</sup>, ancak konuyu başka bir eksenle ele almak da mümkün görünmektedir. Kasâme, belirli durumlarda toplumsal sorumluluk ve yükümlüklerin kime ait olduğunun

<sup>60</sup> SAĞLAM, a.g.e, s. 22.

<sup>61</sup> ÖZCAN, Mehmet Tefik, İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol, İstanbul 1998, s. 206-207.

<sup>62</sup> Bkz. AKMAN, Osmanlı Devleti'nde..., s. 97-98.

<sup>63</sup> Bkz. AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1431-1432.

ayırt edilebilir olduğu bir çevrede uygulanabilecek bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Kasâme benzeri kurumların daha ziyade tarımsal üretim ilişkileri üzerine kurulmuş birlikliklerde işlerlik kazanacağı açıktır. Bunun yanında, Osmanlı döneminde pek çok kamusal alanı devletin gözetiminde bulunan İstanbul'da, faili meçhul bir cinayetin yarattığı sonuçların doğrudan devletin sorumluluğuna gidilerek telafi edilecek oluşu, bu kurumun neden taşraya göre daha örgütlü bir yapı arz eden şehirlerden doğmamış olduğunu göstermektedir. Üstelik İstanbul sınırları içerisinde kamunun sorumluluğundaki alanlar ile ahalinin sorumluluğundaki alanların ayrılması, merkezi iktidarın egemenlik yetkileri açısından bir sınır çizme potansiyeline sahip olacaktır.

Hukukun bir işlevi olarak toplumsal kontrol karşılıklılık esasına dayanmaktadır. Örgütlü toplumsal yaşama geçişin eşiklerinden biri olarak bu karşılıklılık, her toplumsal etkinin, ona eşdeğer bir toplumsal tepki ile karşılaşması veya karşılanması anlamına gelmektedir ve hukuki düzenlerde de karşılığını bulmaktadır<sup>64</sup>. Modern hukukta, özellikle de ceza hukukunda bu karşılıklılık ilkesi, devletin şiddet tekeline sahip olması fikri doğrultusunda bir yaptırımlar mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak batı hukuku dışındaki hukuksal sistemlerde de bu karşılıklılık ilkesi göze çarpmaktadır<sup>65</sup>. Kasâme kurumunun öngördüğü diyet de bu anlamda kişinin karşılıksız biçimde öldürülmemesi gerektiği fikrinin bir sonucu olarak belirerek karşılıklılık ilkesinin bir örneğini oluşturmaktadır.

## SONUÇ

Kasâme kurumunun ayırt edici özelliği, faili meçhul bir cinayet işlendikten sonra ortaya çıkan sorunu nasıl çözdüğünden çok, bu sorunu çözerken ortaya koyduğu toplumsal yaşam yükümlülükleri ve bu yaşamın asayişine dair sorumluluklarda yatmaktadır. Kasâme her ne kadar bir kolektif cezalandırma kurumu çerçevesinde incelense de, ortaya çıkan kolektivite fikrinin cezaya sebep olan suçun öncesinde mevcut olduğu ve kasâmenin aslında kolektif nitelikte bir kamusal sorumluluk fikrinin yansımaları olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Yani kasâme, işaret ettiği sorumluluklar doğrultusunda bir toplumsal kontrol mekanizmasının parçası olarak ortaya belirlemektedir.

Bu açıdan bakıldığında kasâme kurumu ile korunmaya çalışılan değer olan güvenliğin sadece devlete ait bir yükümlülük olmadığı ve bu nedenle diyetin her zaman devlet tarafından ödenmediği görülmektedir. Ahali, güvenliği sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmesinde aktif biçimde rol oynamakta, bu yükümlülüğün ihlali halinde kolektif bir özne olarak diyet ödemektedir. Bu diyetin talep üzerine ödenmesi ve sürecin devlet gözetiminde gerçekleşmesi ise kasâmenin öngördüğü toplum-

<sup>64</sup> TREVINO, a.g.e, s. 352.

<sup>65</sup> ÖZCAN, Toplumsal Kontrol... , s. 211.

sal kontrol işlevinin merkezi iktidar ile diğer hukuki özneler tarafından el birliğiyle gerçekleştirildiği ortaya çıkmaktadır ve toplumsal kontrol işlevi “olağan” durumda kendi kendine işlemekte, bu işlevin yerine getirilmediği durumlarda merkezi iktidar devreye girerek doğrudan yaptırım uygulamak yerine toplumsal kontrol mekanizmasının yarattığı sorumlulukları vurgulamaktadır.

Kasâme uygulamasının en belirgin amaçlarından birinin diyetin kim ya da kimler tarafından ödenecek olduğunu belirlemek olduğunu düşündüğümüzde, suçu işlememiş ama aynı zamanda da önleyememiş olanların ortaya çıkan zararın giderilmesi işini üstlenmeleri, kendine özgü bir sosyal adalet fikrinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani diyetin ödenmesi hem asayiş koruma yükümlülüğünün hatırlatılması hem de ortak alanda ortaya çıkan ve bu alanda sürdürülen yaşamın devamlılığını tehlikeye attığı düşünülen bir eylemin sonuçlarının bu sorumluluk çerçevesinde giderilmesi anlamına gelmektedir. Bu haliyle kasâme kurumu, kamu güvenliğini sağlamaya yönelik bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu hukuki bir kurum olarak kasâmenin sadece kendisini yaratan toplumsal koşullarda işlerlik kazanacağını ve ilişkilerin organikleştiği modern toplumsal yapılarda karşılığa sahip olmayacağı belirtilmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suç ve Cezalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 1, Ankara 2003,
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
- AKMAN, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda Kasâme”, Türkler, C. XIII, Ankara 2002.
- AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2002.
- CİN, Halil – AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.
- CEYLAN, Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2008.
- DEFLEM, Mathieu, Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, New York 2008.
- DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebusuud Efendi Fetvaları, İstanbul 2009.
- FLETCHER, George P., Basic Concepts of Criminal Law, New York 1998.
- HALLAQ, Wale B., A History of Islamic Legal Theories, Cambridge 1999.
- MURPHY Jeffrie G. -COLEMAN Jules L., Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, ABD 1990.



ÖZCAN, Mehmet Tefik, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul 1998.

ÖZCAN, Mehmet Tefik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul 2011.

PAMİR, Aybars, “İslam ve Osmanlı Hukuku’nda Kasâme Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, Ankara 2005.

ROBINSON, Paul H., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished and How Much?*, [https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/DP\\_full\\_SNT\\_rev\\_4\\_1\\_08\\_phr.pdf](https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/DP_full_SNT_rev_4_1_08_phr.pdf).

SAĞLAM, Hadi, “İslam Hukuku Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi”, e-akademi.org, Aralık 2012.

TREVINO, A. Javier, *The Sociology of Law, Classical and Contemporary Perspectives*, New York 2008.

ULUSAN, İlhan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul 1977.

ÜÇÖK, Coşkun - MUMCU, Ahmet - BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 2007.

VIKOR, Knut S., *Between God and the Sultan, A History of Islamic Law*, New York 2005.