

İSLAM HUKUKUNDA CENİN ÖLDÜRME SUÇUNUN CEZASI

Mehmet DİRİK
Öğr., M.E.B.
mhmtdrk@hotmail.com

Özet

Kürtaj konusu sıkça gündeme gelmekte çeşitli boyutlarıyla farklı ortamlarda tartışılmaktadır. Bu çalışmanın amacı kürtajı tartışmak değil, hamileliğin sonlanmasının müsebbibi haksız fiil sahibine verilecek cezaları bir bütün halinde değerlendirmektir. Hiç kuşkusuz İslam dini insan yaşamına büyük önem vermiş, onu korumuş ve ihlal edeni cezalandırmıştır. Hamile bir kadından bazı ibadetlerin ve cezaların ertelenmesi, rahimdeki cenine müdahaleye getirilen sınırlandırmaların ve buna aykırı davranışta bulunanlara uygulanacak cezaların varlığı, İslam Hukukunda, fizik varlığıyla mevcut insanlara tanındığı gibi, cenine de yaşama hakkı tanındığını göstermektedir. İslam Hukukunda rahimdeki bir bebeğin yaşamını sonlandıran katil şu cezalardan bir veya bir kaçıyla cezalandırılır: Kisas, gurre, diyet, kefâret, mirastan mahrumiyet ve bunlardan ayrı veya bunlara ilave ta'zîr kapsamında bir yaptırım.

Anahtar kelimeler: Cenin, Kisas, Gurre, Diyet, Kefâret, Mirastan Mahrumiyet ve Ta'zîr.

THE PUNISHMENTS OF CRIMES OF KILLING FETUS IN ISLAMIC LAW

Abstract:

The subject of abortion occasionally has become a current issue and has been debated with various dimensions in different settings. The aim of this article is not a discussion of abortion, but to evaluate wholly the punishment of person ending the pregnancy with an act of injustice. In fact, Islam places great value on human life, protects it and punishes who violates this right. To be postponed some worshipping and sentences from pregnant woman; to exist restrictions of interference with fetus in the uterus and to exist penalties toward violators these restrictions indicate that fetus also has the right of life. In Islamic Law, any murderer ending the life of fetus in the womb is penalized with one or more of these punishments: retaliation, ghurrah (compensation), diyah (blood money), kaffarah (expiation), disinheritance and ta'zir apart from these or together with these.

Keywords: Fetus, Retaliation, Ghurrah, Diyah, Kaffarah, Disinheritance and Ta'zir.

Giriş

Cenin anne rahmine düştüğü andan itibaren bir yandan annenin bir organı gibi ona bağlı bir yaşam sürmekte ve bütün ihtiyaçlarını anneden karşılamakta diğer yandan her geçen an anneden müstakil bir kişi olma yolunda ilerlemektedir. Günümüz tıp biliminin verilerine göre hem sperm ve yumurta hem de bunların birleşmesiyle oluşan embriyo anne rahmine yerleşmesinden doğuma kadar her aşamada canlı birer varlıktırlar.

İslam doğumdan ölüme kadar her insanın yaşama hakkını koruma altına almıştır. Her insanın hayatı değerli ve önemlidir ve yaşamaya değmeyecek insan hayatı yoktur. İnsanların canlarının korunduğu ve dokunulmaz kabul edildiği Kur'an'da şöyle ifade edilmiştir: "... Bir cana kıymamış, ya da yeryüzünde bozgunculuk yapmamış bir canı öldüren kimse, bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim de onu yaşatırsa, bütün insanları yaşatmış gibi olur..."¹ Bu koruma, henüz bedeniyle ortada bulunmayan cenin için de geçerli olmalıdır. Zira hamile bir kadından bazı ibadetlerin ve cezaların ertelendiği, rahimdeki cenine müdahaleye

¹ Maide (5), 32.

getirilen sınırlandırmaların ve buna aykırı davranışta bulunanlara uygulanacak cezaların varlığı, İslam Hukukunda, fizikî varlığıyla gerçek hayatta mevcut olan insanlara tanındığı gibi, cenine de yaşama hakkı tanındığını göstermektedir.

İslam Hukuk bilginleri cenin yaşamını sonlandıranlara uygulanacak cezalara ilişkin rivayetleri kendi zamanlarının bilgi ve kültürü çerçevesinde değerlendirmişler; anne rahmindeki cenini korumak için bu tür bir girişimde bulunacak haksız fiil sahibine *gurre*, *kıyas*, *tam diyet*, *kefâret*, *mirastan mahrumiyet* ve bunlardan ayrı veya bunlara ilave *ta'zîr* kapsamında başka cezalar öngörmüşlerdir. İslam hukukunda cenin öldürme suçu cezalarına geçmeden önce bu suçun mahiyetini belirlemek gerekmektedir.

A. CENİN ALEYHİNE CÜRMÜN MAHİYETİ

Cenin kelimesi gizlemek, gizlenmek, gizli olmak, örtmek, örtünmek anlamlarına gelen *c-n-n* kökünden türemiş bir isimdir. Anne rahminde bulunan çocuğa doğuma kadar anne rahminde gizli bulunduğu için cenin denmiştir. Bu kelimenin çoğulu *ecinne* ve *ecnundur*.² Kuran'da "*Sizi, topraktan yarattığında da ve analarınızın karnında ceninler iken de, en iyi bilendir*"³ buyrulurken cenin kelimesi sözlük anlamıyla kullanılmıştır. Kur'an'ın anne rahmindeki çocuk için kullandığı bir diğer kelime *hamldir*.⁴ Kur'an'da bu anlamda kullanımı bulunmamakla⁵ birlikte Arapça'da cenin kelimesinin eş anlamlılarından biri de *habldir*.⁶

İnsanın anne rahminde geçirdiği serüvenden bahseden bazı ayet⁷ ve hadisler⁸ sebebiyle ruhun cenine dördüncü aydan sonra üflendiğinin genel kabul gördüğü söylenebilir.⁹ Bu bakımdan fakihlerin bir kısmı *cenin* ile, *nutfe*, *alaka* ve *mudğa* dönemlerini aşan organları temayüz etmeye başlamış (*müstebînü'l-hilka*) çocuğu¹⁰, çoğunluk ise anne rahmine yerleşmesinden doğuma kadar bütün

² İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut-Lübnan 1992/1412, *c-n-n* maddesi; Heyet, *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, Kuveyt 1989, XVI, 117.

³ Necm (53), 32.

⁴ Ahkâf (46), 15.

⁵ Abdülbâkî, Muhammed Fuâd, *el-Mu'cemü'l-müfehres li elfâzi'l-Kur'an'il-Kerîm*, Mısır 1991, h-b-l maddesi.

⁶ Medkûr, Muhammed Sellâm, *el-Cenîn ve'l-ahkâmü'l-müteallika bihî fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1969/1389, s. 131.

⁷ Mü'minûn (23), 12-14; Hac (22), 5.

⁸ Buhârî, "Bed'ü'l-halk", 6; Müslim, "Kader", 1.

⁹ İbn Kesîr, İsmail b. Ömer, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Kerîm*, Beyrut 1401, IV, 240-241; Rogers, Therisa, "The Islamic Ethics of Abortion in The Traditional Islamic Sources", *The Muslim World*, LXXXIX, No. 2 April, 1999, s. 125; Çeker, Orhan, "Çocuk Düşürme", *DİA*, VIII, 364.

¹⁰ Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut 1990/1410, VI, 115; Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut 1993/1414, XXX, 51; Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekir b. Mes'ûd, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-serâi'*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1986/1406, VII, 325; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-Muktesid*, Kahire 2004, IV, 199; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XVI, 117.

aşamaları kastetmektedirler.¹¹ Biz bu çalışmada cenin kelimesini çocuğun anne rahminde geçirdiği bütün aşamaları içerecek şekilde kullanacağız.

Aleyhine cürümden söz edilen ceninin *kişiliği* tartışmalı bir konudur. Fiziki varlığıyla ortada bulunmadığı için cenin, hukuken henüz *kişi* değildir. Ancak anneden bağımsızlaşma yönünde gelişim içerisinde bulunan ceninin yaşaması ve sağ doğması halinde bir gün bir hukuk süjesi kişi konumuna geleceğinden de şüphe yoktur. Bu yönü dikkate alan hukukçular onun sağ doğması halinde anne rahmine düştüğü andan itibaren kişiliğinin başladığını, böylelikle bazı hakları doğmadan önce kazanmaya başladığını; fakat sağ ve tam doğumla bu kazanımların onun zimmetine kendiliğinden geçtiğini ifade etmişlerdir. Sağ doğumla anne rahmine düştüğü andan itibaren kişilik kazanmasına ve bazı hakları elde etmesine yalnızca *borçlandırmayı* içeren *nakis vücüb ehliyeti* denmiştir. Ceninin borçlandırmanın yanında *borçlanma* ehliyetini de kazanmasına vücüb ehliyeti denir ki bunu ancak sağ ve tam doğumla elde eder.¹² Dolayısıyla İslam hukukuna göre sağ ve tam doğumla başladığı ifade edilse bile ceninin hak sahibi sayılmasıyla doğumdan önce de onda şahsiyet varlığı kabul edilmiş olmaktadır.¹³ Bu bakımdan onun doğumdan önce anne rahmine düştüğü andan itibaren yaşam hakkı korunmuş, ona zarar veren tutum ve davranışlar yasaklanmıştır.

Cenin cinayetinde ceninin hangi hallerde sağ doğmuş sayılacağı, işlenen suçun mahiyetinin belirlenmesi ve sonuçları açısından önemlidir. Çünkü anneden ölü ayrılan bir cenin için gurre, sağ ayrılan ve düşmesine sebep haksız fiil sonucu ölen çocuk için kısas veya tam diyet gerekmektedir. Dolayısıyla sağ veya ölü doğumun tespiti, mal varlığı haklarının elde edilmesinde olduğu gibi, suçluya verilecek ceza açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle burada İslam hukukçularının sağ ve tam doğum hakkındaki görüşlerine değinmek gerekmektedir.

Ceninlikten çocukluğa geçiş kabul edilen doğum veya tam doğum hakkında İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Hanefilere göre baştan gelmişse göğsü, ayaktan gelmişse göbeği çıkıncaya kadar canlı çocuk sağ doğmuş kabul edilir. Bu aşamadan sonra ölen çocuk canlı doğmuş ve ölmüş sayılır. Mâlikîler, Şâfiîler, Hanbelîler ve Şiî İmâmîler sağ doğum için anneden canlı ayrılmayı gerekli görmüşlerdir. Ceninin bir kısmı anneden ayrılıncaya kadar canlılık belirtileri bulunsa bile tam doğum gerçekleşinceye kadar bu canlılık

¹¹ İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Beyrut t.y., V, 368, XI, 236; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1991, I, 240; Ğanim, İbrahim, *Ahkâmü'l-cenîn fi'l-fikhi'l-islâmî*, Cidde 2001/1421, s. 27, 39; Medkûr, a.g.e., s. 31 vd, 207.

¹² Birsen, Kemaleddin, *Medeni Hukuk Dersleri*, Ahmed Said Matbaası, 1959, s. 140; Uzunpostalcı, Mustafa, "İslam Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, VII, 2006, s. 60; Çiğdem, Recep, *Mukayeseli Medeni Hukuk*, İstanbul 2012, s. 277.

¹³ Karaman, a.g.e., I, 232; Uzunpostalcı, a.g.m., s. 61.

sürmedikçe çocuk sağ doğmuş sayılmaz.¹⁴ Hangi belirtileri gösteren çocuğun sağ doğmuş sayılacağı tartışmalı bir konu olmakla birlikte¹⁵, modern hukuka göre, göbek bağının kesilmesi beklenmeksizin ağlama, bağırma, nefes alma, aksırma, gülme, göbek bağının atması, kalp atışı ve bir organını hareket ettirme türünden canlılık belirtileri gösteren, annesinden ayrı ve ondan bağımsız birkaç saniye dahi yaşayan çocuk sağ doğmuş sayılır¹⁶ ve yaşamda süreklilik şartı aranmaksızın kişilik kazanır.

Dünya sağlık örgütü düşükleri ikiye ayrılmaktadır: *Kendiliğinden düşük* (spontaneous abortion) ve *isteyerek düşük* (induced abortion). Birincisi herhangi bir harici etki bulunmaksızın gebeliğin kendiliğinden sona ermesi halidir ki tüm gebeliklerin % 10 ile 20'si bu şekilde sonlanmaktadır ve bunun ceza hukukunu ilgilendiren yönü yoktur. İkincisi ise gebeliğin isteyerek veya istemeyerek fiziki ya da psikolojik bir dış etkenle sonlandırılması, ceninin anne rahminden canlı veya cansız ayrılması durumudur.¹⁷ İslam hukuku açısından bakıldığında harici bir etkenle hamilelik sonlandırıldığında bunun hangi yöntemle ve hangi aşamada yapıldığının ya da düşüğü kimin istediğinin önemi yoktur. Gebeliğin bozulması sonucu yaşama yeteneği kazanmasına bakılmaksızın ceninin rahmin dışına atılması suçun teşekkülü için yeterlidir. Türk Ceza Kanunu rahim tahliyesine

¹⁴ Serahsî, a.g.e., XXX, 52; İbn Hazm, a.g.e., VIII, 343; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah, *el-Muğnî*, Mektebetü'l-Kahire, 1968/1388, VI, 385; Sibâî, Mustafa, *Şerhu kânûni'l-ahvâlî's-sahsiyye*, Beyrut 1997/1417, II, 152-3; Karaman, a.g.e., I, 424; Şaban, Zekiyyüddin/Ahmed Çundur, *Ahkâmü'l-vasiyye ve'l-mirâs ve'l-vakf fî's-şeriatî'l-İslâmiyye*, Kuveyt 1989/1404, s. 392; Ğânim, a.g.e., s. 85-86.

¹⁵ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 385; «إذا استهل المولود وَرَثَ» Bu rivayet çerçevesinde *istihlâl*-canlı doğum tartışılmıştır. İbn Hazm canlı doğum için *istihlâl*in gerekli olmadığı görüşündedir. Ona göre doğum sırasında yaşadığı anlaşılan çocuk sağ doğmuş sayılır, namazı kılınır, mirasçı ve miras bırakın olur. İbn Hazm, a.g.e., III, 385, 387; VIII, 343 vd. Bu konudaki tartışmalar günümüzde de sürmektedir. Bkz. Ğânim, a.g.e., s. 78-79; Arpacı, a.g.e., s. 5-6

¹⁶ Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 29, 30; Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1974, s. 12, 13; Arpacı, a.g.e., s. 5; Zevkililer, a.g.e., s. 175, 176; Çiğdem, a.g.e., s. 277; Özel, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler" <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-01/AUHF-2002-51-01-Ozel.pdf> (erişim: 18/10/12) s. 4.

¹⁷ Dünyada yılda 210 milyon civarında gebelik gerçekleşmekte bunların 133 milyonunu doğumla sonlanmaktadır. Geri kalanın yaklaşık %15'i kendiliğinden %22'si de isteyerek sonlandırılmaktadır. Dünyadaki yaklaşık 46 milyon isteyerek düşükten 26 milyon isteyerek düşüğün yasal olduğu ülkelerde gerçekleşmektedir. 2003 yılında yapılmış bir araştırmaya göre Ülkemizde ise 15-45 yaş arası evli kadınların %24'ü en az bir kez isteyerek düşük yapmıştır. Bu düşüklere %24'ü ise gebeliğin ilk ayında gerçekleşmektedir. Dünya Sağlık Örgütünün verilerine göre 2008 yılında yaklaşık yirmi iki milyon güvenli olmayan kürtaj vakası gerçekleşmiştir. Ve bunların %99'u gelişmekte olan ülkelerde gerçekleşmiştir. Bu ülkeler arasında İslam ülkeleri de bulunmaktadır. Ana rahminin bir dış etken tarafından tahliyesiyle ilgili bir diğer gerçek de her yıl gebeliğe bağlı nedenlerle ölen 600 bin kadının sekizde birinin düşüğe bağlı bir komplikasyon nedeniyle yaşamını yitmesidir. Çokar, Muhtar, *Kürtaj*, 1. bs., İstanbul 2008, s. 19-35; Dünya Sağlık Örgütünün verileri için bkz.

http://www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/poster_unsafe_abortion.pdf (erişim: 17/10/12)

yalnızca gebeliğin ilk on haftasında hamilenin rızası, uygun ortam ve uzman hekimin bulunması halinde izin vermiştir. Bu süreden sonra sadece tıbbi zorunlulukların gerekli kıldığı hallerde kürtaja izin verilmektedir.¹⁸

Cenin cinayetinde suç fiilinin maddi unsuru kadar manevi unsuru *kusurluluk (teammüd)* üzerinde de durulmuş; kusurlu fiilin *kasten, kastın aşılması* ve *taksirle* işlenmesine göre suçluya uygulanacak cezanın belirlenmesine çalışılmıştır. Cenin cinayetinde suçun Mâlikîler kasten veya taksirle diğer üç mezhep ise kastın aşılması veya taksirle işlenmiş kabul ederler. Öldürme suçlarında kastın aşılmasına yer vermeyen Mâlikîler¹⁹ cenin cinayetinin, kasten veya taksirle işlenmiş olabileceğini, kasten işlendiği anlaşıldığında suçlusuna kısas gerekeceğini söylemişlerdir. Diğer mezhepler ise anne rahmindeki çocuğun sağlığı ile ilgili belirsizliğe dayanarak cenin cinayetini kasten değil kasıt benzeri veya taksirle işlenen bir cinayet sayarlar ve bu tür bir cinayette kısası öngörmezler. Cenin cinayetinde kastın belirlenmesi tazminatı kimin ödeneceğini de belirlemekte; kasten işlenmiş suçlarda tazminatın katilin malından diğer durumlarda akile tarafından ödenmesine karar verilmektedir.²⁰

İslam Hukukçularının çoğunluğu yaşadıkları dönemlerde rahimde bir çocuğun varlığı ve canlılığı ancak anneden ayrılma ile anlaşıldığı için bu tür bir suçun sadece anneden ayrılma halinde işlenmiş sayılacağını ifade etmişlerdir.²¹ Sadece Zührî (124/742), Rebîa b. Abdirrahman (136/753), Leys b. Sa'd (175/791), Eşheb (204/820) ve Dâvûd b. Ali (270/883) anne rahminde yaşadığı bilinen ceninin öldüğünün anlaşılması halinde anneden ayrılma gerçekleşmese de suçun oluştuğu görüşünü ortaya koyarak çoğunluktan ayrılmışlardır.²² Ancak günümüzde hem anne rahmindeki çocuğun varlığı ve canlılığı gebeliğin ilk günlerinden itibaren bilinebilmekte hem de onun ölümü halinde bunun sebebi bilinebilmektedir. Böyle bir durumda haksız fiili ile ceninin yaşamını sonlandıran kişinin, anneden ayrılmasa gerçekleşmese de cezalandırılması mümkündür. Ancak sebep sonuç ilişkisi kurulamayan durumlarda anneye haksız fiilde bulunan kişinin, bu fiilinden dolayı cenin öldürme/düşürtme suçu işlediğine de karar verilemez.²³

¹⁸ Bkz. Türk Ceza Kanunu bu konudaki suçları şu maddelerde düzenlemiştir: çocuk düşürtme 99; düşürme 100; kısırlaştırma 101.

¹⁹ Cassâs, Ahmed b. Ali er-Râzî Ebû Bekir, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I-V, tahk: Muhammed Sadık Kamhâvî, Beyrut 1405, III, 202; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 179-180.

²⁰ Şâfiî, a.g.e., VII, 348; Sahnûn b. Saîd et-Tennûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1994/1415, IV, 630; Kâsânî, a.g.e., VII, 181, 327; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 196; Şirbinî, Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-minhâc*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye 1415/1994, V, 372-373; Udeh, Abdülkadir, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, terc. Ali Şafak, Ankara, 1990, III, 279-280.

²¹ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 406; Udeh, a.g.e., III, 277'de 700 nolu dipnot.

²² İbn Hazm, a.g.e., XI, 235; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 406.

²³ Udeh, a.g.e., III, 277; Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 10. bs., İstanbul 1986, I, 368; Karaman, a.g.e., II, 491.

Anne rahminde cenine müdahalenin hatta ondaki bazı hastalıkların tedavisinin mümkün hale geldiği günümüzde, anneye veya cenine yapılan işlem sonucu kusurlu doğan çocuk için bu kusurun mahiyetine göre bu işin failinin ta'zîr çerçevesinde cezalandırılması gereklidir.

Cenin cinayetinden söz edebilmek için anneden ayrılan varlığın çocuk olduğunun tespit edilmesi gereklidir. İslam hukukçularının bir kısmı bu şüpheyi ortadan kaldırmak için anneden ayrılan varlığın insana benzemesini; kol, baş, bacak ve saç gibi organların belirmeye başlamasını gerekli görürlerken Mâlikîler ise anneden ayrılan varlığın üzerine sıcak su döküldüğüne dağılmamasını çocuk sayılmak için yeterli bulmuşlardır.²⁴ Düşenin cenin sayılmasında organların belirmesinin aranmasının, cenine ruh üflenmesiyle ilgili rivayetten güç aldığı da söylenebilir.²⁵ Cenin cinayetini organların belirmesine bağlayan Hanbelîlerin güvenilir ve uzman kişilerin çocuk olduğuna şahitlik ettikleri düşüklere müsebbiplerini sorumlu tuttuklarına bakılırsa onların insanları haksız yere suçlu duruma düşürmemek için bu kriteri koydukları anlaşılır. Hanefîler ve Şâfiîlerde de benzer tutum sergilemişlerdir.²⁶ Hatta İmam Şâfiî mudğa aşamasında bulunsa bile insan olduğu anlaşılan ceninin tazmininin gerekeceğini ifade etmiştir.²⁷ Organların belirme şartını koymayan Mâlikîler ise insan olduğu anlaşılan her düşüğü insan öldürme saymışlardır.²⁸

Cenin cinayetinde cezanın mahiyetini değiştiren hususlardan biri de annenin yaşam durumudur. Cenin katlinden ve bunun sonucu tazminden söz edebilmek için anneden ayrılma anında Ebû Hanîfe (150/767), İmam Mâlik (179/795) ve İmam Şâfiî (204/820) annenin yaşamasını gerekli görürlerken; Zührî, Rebîa b. Abdirrahman, Leys b. Sa'd, Eşheb ve Dâvûd b. Ali annenin yaşamasını gerekli görmezler.²⁹ Annenin ölümünden sonra ondan ayrılan cenine tazminin gerekli görülmemesi, cenin ölümünün haksız fiile değil annenin ölümüne bağlanmasından kaynaklanmaktadır ve bu durumda suç fiilinin sahibi cenin öldürmekten sorumlu tutulmamaktadır. Burada cenin, aynı zamanda, annenin bir uzvu gibi görülmekte ve düşmesine anneye ait bir organının kaybı gibi bakılmaktadır. Bunun bir diğer sebebi de ceninin anneden ayrılmasıyla haksız fiil arasında şüphenin varlığıdır ki şüphe bulunan yerde tazminat ve ceza söz konusu değildir. Şu var ki cenin annenin ölümünden sonra canlı doğar ve

²⁴ Sahnûn, a.g.e., IV, 630; Kâsânî, a.g.e., III, 196, IV, 124, VII, 326; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 199; Zeydan, Abdülkerim, *el-Kisâs ve'd-diyât fi's-seriati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1998/1418, s. 245. (Bu konuda Kâsânî şu ifadeleri kullanmıştır: VII, 325: وإن لم يستن شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين إنما هو مضغعة، وسواء كان

ذكر أو أنثى

²⁵ Zeydan, a.g.e., s. 245; Çeker, "Çocuk Düşürme", VIII, 364.

²⁶ Şâfiî, a.g.e., VI, 118; Kâsânî, a.g.e., III, 196, IV, 124, VII, 326; Şirbini, a.g.e., V, 371.

²⁷ Şâfiî, a.g.e., VI, 118.

²⁸ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; Udeh, a.g.e., III, 277.

²⁹ İbn Hazm, a.g.e., XI, 235; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198.

ölürse haksız fiil sahibi bu ölümden sorumlu tutulur ve tazminatı da öder. Cenin ölmesi dahi suçlu ta'zîrle cezalandırılabilir.³⁰

Bu açıklamalardan sonra İslam Hukukçularının Kitap ve Sünnetten delillerle kasıt, kastın aşılması veya taksirle ölü veya diri cenin düşmesinin, canlı düşse bile ölmesinin, müsebbibi suç failine uygulanacak cezalarla ilgili görüşlerine geçebiliriz.

B. CENİN ÖLDÜRME SUÇUNUN CEZASI

Bilindiği üzere İslam ceza hukukunda suç ve cezalar; cezaları belirlenmiş olanlar ve şartlara göre ceza takdiri devlete ve hakimlere bırakılanlar şeklinde ikiye ayrılır. Bunlardan birincisine *had* ve *kıyas* ikincisine *ta'zîr* cezası denir.³¹ Cezası naslarla belirlenmiş kisası hadlerden ayıran yön, kamu hakları da bulunmakla birlikte bu suçlarda kul haklarının ağır basmasıdır.³²

1. Kıyas

Arapça'da anlatmak, izlemek ve kesmek anlamlarına gelen kıyas hukuk literatüründe öldürme, yaralama ve sakat bırakma suçunu işleyen failin, işlediği suça denk, aynı miktar ve yoğunlukta zarar verilerek cezalandırılmasını ifade eder.³³

Kıyasın uygulanabilmesi için suçlunun cinayeti neticenin gerçekleşmesi bilinciyle *kasten* işlediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Kasten işlenmiş öldürme suçunun kisası gerektireceğinde ihtilaf bulunmamakla birlikte kastın nasıl anlaşılacağı tartışmalı bir konudur. Ebû Hanîfe bir uzvu vücuttan ayırabilecek silah, taş, demir, ağaç gibi bir nesne ile Ebû Yûsuf (182/798) ve İmam Muhammed (189/805) akabinde ölüm gelen bir hareket ve fiil ile İmam Şâfiî ise vücuda batan veya kesici ölüme yol açan bir aletle öldürmeyi kasten işlenmiş bir suç saymışlardır. Çoğunlukla öldürücü olmayan bir aletle yapılan öldürme ise *kastın aşılması* suretiyle işlenmiş kabul edilir. Suçlunun cinayeti fiilinin sonuçlarını isteyerek yaptığında kasıt tam değilse veya yoksa kıyas uygulanmaz. Kıyasın uygulanmadığı durumlarda bedelî cezanın yanı sıra ta'zîr çerçevesinde bir ceza daha uygulanabilir.³⁴ Kıyas gerektirmeyen³⁵ *taksirle* öldürmelerin cezası ayette şöyle sıralanmıştır: “Bir mümin diğer mümini

³⁰ Udeh, a.g.e., III, 278-279. Ayrıca bkz. Zeyla'î, Abdullah b. Yusuf Ebû Muhammed el-Hanefî, *Tebyînü'l-hakâik şerhu kenzi'd-dekâik ve hâşiyetü'ş-Şilbi*, Kahire 1313, VI, 140; Rogers, a.g.m., s. 129.

³¹ Karaman, a.g.e., I, 177.

³² Karaman, a.g.e., I, 179.

³³ Dönmezer/Erman, a.g.e., I, 42; Karaman, a.g.e., I, 189; Bassiouni, M. Cherif, *The Islamic Criminal Justice System*, Londra 1982, s. 203.

³⁴ Şâfiî, a.g.e., VII, 326, 348; Zeyla'î, a.g.e., VI, 99-100; Karaman, a.g.e., I, 190-191; Ebû Zehre, Muhammed, *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1976, s. 397.

³⁵ Hz Peygamber taksirle-hatayla öldürene kıyas uygulanmayacağını şöyle ifade etmiştir: “Benim ümmetimden üç şeyin sorumluluğu kaldırılmıştır: Hata, unutma ve korkutularak yapmaya zorlandıkları.” İbn Mâce, “Talak”, 16.

yanlışlıkla öldürürse mümin bir köleyi azat etmesi ve (ölenin) ailesine (mirasçılarına) teslim edilecek bir diyet vermesi lazımdır.”³⁶ Taksirle öldürme diyeti ise Abdullah b. Mesud’dan (32/653) rivayet edildiğine göre yüz devedir ve bu noktada İslam hukukçuları görüş birliği içindedirler.³⁷

Öldürme suçunun kasten işlendiği anlaşılamayan durumlardan başka bu cezanın uygulanmasına bir engelin bulunması, suç mağduru veya velisinin affetmesi ya da sulh yoluyla vazgeçmesi halinde de bu suçun asli cezası kısas uygulanmaz. İmam Mâlik, Süfyân es-Sevrî (161/778), Evzâî (157/774) ve Ebû Hanîfe (150/767) gibi fakihlere göre maktûlün velisi kısas ister veya affeder. Katil ile diyette anlaşmadan kısası affetmiş ise artık diyet gerekmez. İmam Şâfiî, Ahmet b. Hanbel (241/855), Ebû Sevr (240/854), Medineli Mâlikîlerin çoğunluğu ve Dâvûd b. Ali gibi müctehidlere göre ise veli isterse kısası talep eder isterse affeder ve diyeti alır. Affetmek demek kısasın diyete dönüşmesi anlamına gelir, kısasın diyete dönmesi katilin rızasına bağlı değildir.³⁸

Sadece insan bedenine yönelik haksız fiillerde uygulanan kısasın³⁹ kişi haklarını ilgilendiren yönü ağır basmakla birlikte insanların toplum içerisinde yaşamaları sebebiyle bu tür suçlar toplumu da ilgilendirdiğinden Allah-kamu hakkı çerçevesinde devlet tarafından suçluya ta’zîr kapsamında ceza vermek mümkündür.⁴⁰

Kisas hakkındaki bu bilgilerden sonra şimdi cenin cinayetine kısas uygulanması noktasındaki görüşlere geçebiliriz.

Adam öldürme suçlarında *kastın aşılmasına* yer vermeyen Mâlikîlere göre cenin ya kasti ya da taksirli bir fiille öldürülmüştür. Hanefîlere, Şâfiîlere ve Hanbelîlere göre ise cenin cinayeti kasten değil, kastın aşılması veya taksirle işlenmiş kabul edilir. Bunun sebeplerinden biri anne rahmindeki çocuğun sağlığı ile ilgili belirsizlik, diğeri Cabir b. Abdillâh’tan aktarılan hamile bir kadının karnına vurmak suretiyle cenin düşürten kişinin ödeyeceği gurrenin akileye yüklendiğine dair rivayettir. Bu habere göre cenin cinayeti kasten işlenmiş bir cinayet kabul edilseydi gurrenin katilin kendi malından ödenmesine karar verilmesi gerekirdi. Burada gurrenin akile tarafından ödenmesine karar verildiğine göre bu cinayetin, kastın aşılması veya taksirle işlenmiş bir cinayet sayıldığı anlaşılır.⁴¹ Buna göre haksız bir fiil neticesi anneden canlı ayrılan ve bu fiil sonucu ölen bir cenin için bu suçu kasıtlı işlenmiş sayanlara göre ceza kısas,

³⁶ Nisa (4), 192.

³⁷ Şekerci, Osman, *İslam Ceza Hukukunca Ta’zîr Suçları ve Cezaları*, İstanbul 1996, s. 18. “Hata-Taksirle öldürülenin diyeti yüz devedir.” Nesâî, “Kasâme”, 33; Ebû Dâvûd, “Diyât”, 16.

³⁸ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 184; Karaman, a.g.e., I, 191.

³⁹ Ünal, Abdülkerim, *İslam Ceza Hukukunda Kısas*, Diyarbakır 2002, s. 27; Bassiouni, a.g.e., s. 204.

⁴⁰ Karaman, a.g.e., I, 189.

⁴¹ Şâfiî, a.g.e., VI, 46, VII, 344; Sahnûn, a.g.e., IV, 630.

kastın aşılması veya taksirler işlenmiş sayanlara göre tam diyetdir.⁴² Bu nedenle Mâlikîlerin çoğunluğu cenin cinayetinin sırta ve karna vurmak gibi çoğunlukla cenin düşürten haksız bir fiille işlenmesiyle suçtaki kastın anlaşıldığı durumlarda suçluya kısas gerektiği görüşündedirler. Ayrıca cenin cinayetinde maktül yakınlarının bu ölümün başka bir sebepten kaynaklanmadığına dair kasâme gereklidir, eğer yakınlar kasâmeye yanaşmazlarsa katilin gurre ödemesi gerekir.⁴³ Cenin cinayetini kısas gerektiren bir suç kabul eden İbn Hazm (456/1064) ve İbnü'l-Cevzî(597/1201)'nin bu konudaki görüşleri cenine ruh üflenmekle onun artık bir kişi sayılması esasına dayanmaktadır. Onlar ruh üflenmede önce de kasten cenin düşürmenin büyük bir günah sayarlar; ancak ruh üflendikten sonra haksız fiil kim tarafından işlenirse işlensin kasten yapılması halinde bu suçu adam öldürme suçu kabul ederler.⁴⁴ Diğer üç mezhebe göre ise ceninin söz konusu suç fiili neticesi anneden ayrıldığı ve bu fiil sonucu öldüğü tam olarak anlaşılmadığı için bu cinayetin kasten işlendiğine kesin karar verilemez, bu tür cinayetler kastın aşılması veya taksirle işlenmiş sayılır. Hatta Şâfiîler ve Hanbelîler cenine cinayetteki kasıt anlaşılrsa dahi bu suçu kastın aşılması suretiyle işlenmiş kabul ederler.⁴⁵ Suçtaki kasıt anlaşılrsa bile İmam Şâfiî'ye göre anneden canlı ayrılıp ölen ceninine en kısa hamilelik süresi aşılmadığı sürece kısas yoktur, tam diyet vardır.⁴⁶ Ancak bu süresinin aşılmasından sonra canlı doğan ve bir iki gün yaşadıkdan sonra ölen çocuğun anneden ayrılmasının ve ölmesinin müsebbibi haksız fiil sahibine kısas gerekir.⁴⁷

İslam hukukçularının haksız bir fiil neticesi anneden sağ ayrılan ve bu fiil sonucu ölen cenin için suç fiilinin sahibine kısas uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki görüşleri iki kısma ayrılmaktadır. Mâlikîlerin çoğunluğu, Hanbelîlerden İbnü'l-Cevzî ve Zâhirî İbn Hazm bu tür bir suç failine kısas uygulanacağı yönünde görüş belirtirlerken, bunların dışında kalan fakihler arasında bu suça kısas gerekeceği yönünde görüş belirten biri bilinmemektedir. Biz de bu tür kasti bir fiil sebebiyle bir ceninin canlı düşmesine ve bu fiil neticesinde ölmesine sebep olan kimseye kısas uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Zira cenin her ne kadar ayrı bir varlığı bulunan günden güne müstakilleşmeye doğru ilerleyen bir insan olsa bile neticede o, anne rahminde bulunan, tüm ihtiyaçlarını ondan gideren ve hukuken zimmeti ve tam vücûb ehliyeti bulunmayan bir canlı konumundadır. Dolayısıyla canlı doğmama ihtimali de bulunan cenin ile ehliyet ve zimmet sahibi bir kişinin denkliğinden ve

⁴² Ebû Zehre, a.g.e., s. 397; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXI, 63.

⁴³ Sahnûn, a.g.e., IV, 631, 632; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-Mâlikî el-Müeyesser*, Dımaşk 2002/1423, II, 555.

⁴⁴ İbn Hazm, a.g.e., XI, 238; İbnü'l-Cevzî, Ebû'l-Ferec Cemaleddin Abdurrahman b. Ali, *Ahkâmü'n-nisa*, thk. Ali b. Muhammed Muhammedi, 7. bs., Beyrut 1985, s. 374. (İbnü'l-Cevzî a.g.e., s. 376'da şu ayeti delil gösterir: "O gün o kıza sorulacak hangi günahla öldürüldün." Tekvîr (81), 8.

⁴⁵ Şirbinî, a.g.e., V, 373; Ğânim, a.g.e., s. 190-1.

⁴⁶ Şâfiî, a.g.e., VI, 46; Şirbinî, a.g.e., V, 373.

⁴⁷ Şâfiî, a.g.e., VI, 118.

böyle bir suç için mutlak anlamda kısastan söz edilemez. Ancak bu sonucun ayrık durumları bulunabileceği de hesaba katılmalıdır. En kısa hamilelik süresini aşmış tüm sistemleri tamamlanmış ve anneden bağımsız yaşayabilecek konumda bulunan bir ceninin canlı doğması halinde onun düşmesine ve bu haksız fiil sonucu ölmesine kasten sebep olan kişiye bu tür suçların işlenmesini önlemek amacıyla kısas öngörülebilir. Örneğin anneden ayrılma aşamasında tam doğum gerçekleşmeden canlılığı görülmüş bir çocuğu haksız bir fiille kasten öldüren suçluya kısas gerektiği düşünülebilir. Öte yandan ceninin canlı düşmesi ve bunun sonucu ölmesinde ruhun üflenmesini esas almak, ruhun üflenme zamanı husundaki farklı görüşler sebebiyle bize göre sağlıklı bir yaklaşım değildir. Cenin öldürme suçunda haksız fiil ile netice arasında sebep sonuç ilişkisindeki şüpheyi delil gösterenlerin bu gerekçeleri de geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiştir.⁴⁸

2. Mali Tazmin

Mali tazminat, suçun mali bir bedelle cezalandırılması durumudur. Anne rahmindeki çocuğun haksız bir fiil sebebiyle düşürtülmesi halinde bunun müsebbibi bu fiilinden sorumlu tutulur ve mali bir bedel ödemekle cezalandırılır. Bu suçun mali bir bedelle tazmini, cenin ölü düşerse gurre, canlı doğar ve ölürse tam diyet şeklindedir. Şimdi cenin düşürtmenin mali tazmin cezalarına geçebiliriz.

a. Gurre

Gurre sözlükte atın alnındaki beyazlık, bir şeyin başlangıcı ve göze görünen ilk kısmı, yüzdeki güzellik ve parlaklık, beyaz köle ve cariye ve ilgi çekici bölüm gibi anlamlara gelir. Fıkıh literatüründe ise hem abdest alırken yüzde yıkanması gerekli yerler dışındaki kısımları yıkamayı hem de anneden cansız ayrılan bir ceninden dolayı bunun müsebbibinin bu suç sebebiyle ödediği bedeli ifade eder.⁴⁹

Gurre meşruyetini Hz Peygamberin uygulamalarından almaktadır. Nitekim Hz Peygamber hem Benî Lehyan'dan⁵⁰ ve hem Hüzeyl⁵¹ kabilesinden iki kadının kavgaları sonucu hamilenin düşük yapmasına yol açan kadını gurre ile cezalandırmıştır. Gurreyi de köle veya cariye özgürleştirme şeklinde

⁴⁸ Benzer kanaatler için bkz: Udeh, a.g.e., III, 279; Ğânim, a.g.e., s. 190-192.

⁴⁹ Zeyla'î, a.g.e., VI, 139.

⁵⁰ Ebû Dâvûd, "Diyât", 21; İbn Mâce, "Diyât", 11. " أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في جنين امرأة من بني لحيان سقط " ميتا بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، والعقل على عصبيتها

⁵¹ Ebû Dâvûd, "Diyât", 19; Tirmizî, "Diyât", 15; Nesâî, "Kasâme", 39. «أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى، فطرحت جنينها، فقضى فيه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بغرة عبد أو وليدة»

açıklamıştır. Buna göre gurreye, haksız fiildeki kusurun mahiyetine bakmaksızın bir ceninin anneden ölü ayrılmasının asgari bedeli/cezası da denebilir.⁵²

Fakihlerin çoğunluğuna göre gurre, köle-cariye azadı ile ödenemeyen durumlarda bunun bedeli, yaralama veya sakat bırakma cinayetlerindeki asgari miktara, tam diyetin onda birinin yarısına tekabül etmektedir.⁵³ Hz Ömer (23/644), Zeyd b. Sâbit (45/665), Şa'bî (104/722), Rebfa b. Abdirrahman, Katâde (117/735), İmam Mâlik, İmam Şâfiî ve ashab-ı rey bu görüştedirler.⁵⁴ Buna göre gurrenin asgari miktarı beş deve, elli dinar veya tam diyeti on bin sayan Hanefilerce beş yüz, on iki bin sayan diğer mezheplere göre altı yüz dirhemdir.⁵⁵ Şâfiîlere göre diyet-gurrede deve cinsi asıldır ve deve cinsinden tazmin imkânı bulunmaması halinde bir görüşe göre kıymeti diğer görüşe göre ise dirhem cinsinden bedeli ödenir.⁵⁶ İbn Kudâme'nin ifadelerinden orfe göre deve, altın ve gümüşten birinin bedeli takdir edilerek gurre verilebileceği anlaşılıyor.⁵⁷

Cenin cinayetinin gurre ile tazminine karar verebilmek için şu şartların bulunması gereklidir:

a. Doğrudan veya sebebiyet yoluyla zarar içeren haksız fiille ceninin ölü doğması arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır.⁵⁸ Fakihlerin cumhuruna göre kastın aşılması veya taksirle, Mâlikîlere göre ise sadece taksirle işlenmiş suçların neticesinde anneden cansız ayrılmış cenin için gurre gereklidir.⁵⁹ Şâfiîler cenin düşürten haksız fiilin kasten işlenmiş sayılmayacağı; bu tür bir cinayetin kasıt kesinleşse bile anne rahmindeki ceninle ilgili belirsizlikten dolayı kastın aşılması suretiyle işlenmiş sayılacağı; ancak bu durumda gurrenin ağırlaştırılacağı görüşündedirler.⁶⁰ İbn Hazm'e göre ise kendisine ruh üflenmiş cenini düşüren fiil kasten işlenmemişse gurre gerekir. Ruh üflenmiş yani yüz

⁵² Şâfiî, a.g.e., VI, 110, 115, 117; İbn Hazm, a.g.e., XI, 239; Kâsânî, a.g.e., VII, 325; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 405, 414; Zeyla'î, a.g.e., VI, 101, 139; Şirbinî, a.g.e., III, 368; Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-şerhi'l-kebîr*, Dâru'l-fikr, t.y., IV, 269; Zuhaylî, a.g.e., II, 555; Mugniyye, Muhammed Cevad, *Fikhü'l-İmam Ca'fer es-Sadık*, Beyrut 1984, VII, 352, 354. "روي عن

عمر أنه سأل عن إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ، فَقَالَ الْمُغَيَّرَةُ بِنِ شَعْبَةَ: قَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْرَةَ."

⁵³ Şâfiî, a.g.e., VI, 117; Kâsânî, a.g.e., VII, 325; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; Zeyla'î, a.g.e., VI, 139. Bazı fakihler, anne rahminde gelişim aşamalarına paralel artan miktarda cenin öldürme tazminatı belirlemişlerdir. Bu konuda bkz: organları teşekkül etmiş cenine gurre, mudğa aşamasında üçte iki, alaka aşamasında üçte bir gurre, bundan önceki aşamalarda da gelişmişlik düzeyine göre değişen miktarlardaki tazmini için bkz. İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 407; Mugniyye, a.g.e., VII, 375-376.

⁵⁴ İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 408.

⁵⁵ Şâfiî, a.g.e., VI, 46, 110, 111; Kâsânî, a.g.e., VII, 325; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; Zeyla'î, a.g.e., VI, 139.

⁵⁶ Şirbinî, a.g.e., V, 372; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXI, 62.

⁵⁷ İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 408.

⁵⁸ İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 414; Şirbinî, a.g.e., III, 368; Dönmezer/Erman, a.g.e., I, 368; Karaman, a.g.e., II, 491, 506-507.

⁵⁹ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 195; Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; Zuhaylî, a.g.e., II, 554.

⁶⁰ Şâfiî, a.g.e., VII, 344; Şirbinî, a.g.e., V, 373; Udeh, a.g.e., III, 279-280; Zuhaylî, a.g.e., II, 554.

yirmi günü geçmiş bir ceninin kasten öldürülmesi halinde kısas vardır, kısasın affedilmesi halinde diyet olarak gurre ödemek gerekir.⁶¹

Cenin anneden ilaç iç(ir)me, vurma, çarpma, rahme müdahalede bulunma, ağır yük taşı(t)ma, aç ve susuz bırakma türünden fiziki bir şiddet neticesinde veya korkutma, tehdit, stres ve endişe verme kabilinden psikolojik bir baskı sonucunda ölü ayrılabilir. Suçun ne şekilde işlendiğinin önemi yoktur, suç fiiliyle sonuç arasında bağın kurulması yeterlidir. Fiziki şiddetin dışında manevi/psikolojik bir yolla düşüğe sebebiyet veren kimsenin gurre ödemesi gerektiğini gösteren örneklerden biri, Halife Hz Ömer'in kendisini görmek istediği haberini duyan hamile kadının bu haberin şokuyla ceninini düşürmesi ve bu nedenle kendisine Halife tarafından gurre ödemekle hükmolunması hadisesidir.⁶² Hatta fakihler oruç tutması halinde düşük yapma ihtimali bulunan hamilenin oruç tutup düşük yapması durumunda tazminat ödeyeceğini söylemişlerdir.⁶³ Komşudaki balık, yemek vs kokusunu alan hamile kadının bu yemeklerden istememesi halinde kendisinin, istemesi ve kadının hamileliğini bilmeseler bile vermemeleri halinde komşuların düşüğe sebebiyet vermekten ötürü ceninin tazminatını ödemeleri gerektiği çarpıcı bir örnek olarak zikredilebilir.⁶⁴ Bu ifadeler hamileye ve karnındaki bebeğine gösterilebilecek özen konusunda İslam hukukunun bulunduğu yeri açıkça göstermektedir.

Tıbbi zorunluluklarla doktor kontrolünde alınan ve cenine zarar verdiği bilinmeyen ilaçların kullanımı neticesinde düşük meydana gelmesi halinde anne ya da doktorun, düşük kastı bulunmadığı için tazminat ödemesine hükmedilemez; ancak gerekmediği halde ilaç kullanan ve düşüğe yol açan hamilenin cenin için tazminat ödemesi gerekir. Mesleki liyakat, lüzumlu belge, donanımlı uygun ortam, uzmanlığının gereği müdahale ve hasta tarafından tedaviye izin verilmiş bir doktorun muayene, teşhis ve tedavi sırasında ihmali bulunmadıkça meydana gelen düşükten tazminat ödemesi gerekmez; aksi halde ortaya çıkan zararlı sonuçtan sorumlu tutulur.

b. Anne rahminde yaşadığı bilinen ceninin haksız fiil sonucu anneden ölü ayrılması gerekir. Eşheb, Leys b. Sa'd, Rebîa b. Abdirrahman ve Zührî'ye göre anne rahminde yaşadığı bilinen ceninin öldüğü anlaşılrsa anne rahminden ayrılmasa da gurre gereklidir.⁶⁵ Çoğunluğa göre ise annenin ölmesi halinde diyeti vardır ancak cenin için bir şey gerekmez. Haksız bir fiil neticesinde hareketleri gözlenen bir ceninden hareket kesilirse, anne rahmini terk etmedikçe

⁶¹ İbn Hazm, a.g.e., XI, 234, 238, 239.

⁶² İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 432.

⁶³ Udeh, a.g.e., III, 275-276.

⁶⁴ Desûkî, a.g.e., IV, 268.

⁶⁵ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198.

öldüğü kesinlik kazanmayacağı için buna bir hüküm bağlanamaz.⁶⁶ Günümüzde tıbbi görüntüleme cihazları ve teşhis yöntemleriyle anne rahmindeki ceninin ölümü halinde bunun sebebi tespit edilebilmektedir. Bu durumda güvenilir ve uzman doktor heyetlerinin ceninin ölümünü kendine bağladıkları haksız fiil sahibinin bu cinayetten sorumlu tutulması gerekir.⁶⁷

c. Bir çocuk düştüğü anlaşılmalıdır. Mâlikîlere göre hangi aşamada bulunursa bulunsun anne rahmindeki ceninin yaşama hakkı vardır ve öldürülmesi halinde katil gurre ile cezalandırılır.⁶⁸ Ebû Hanîfe, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise organları belirmeye başlamış baş, kol ve bacak gibi uzuvlarıyla çocuk olduğu anlaşılan ceninin düşmesinin müsebbibi için gurre cezasından söz edilebilir; zira başka türlü düşenin çocuk olduğu anlaşılabilir. Buna göre nutfe, alaka ve mudğa dönemlerinde düşene ancak ceninin olduğu anlaşılması şartıyla gurre vardır, aksi halde düşen cenine gurre yoktur.⁶⁹ Ölü düşüklerin yanı sıra Hanbelîler ve Şâfiîlerden Müzenî (264/877-878) en kısa hamilelik süresi sayılan altı ayın bitiminden önce anneden canlı ayrılıp ölen cenin katilinin de gurre ödemesi gerektiği görüşündedirler.⁷⁰ Bize göre, günümüzde embriyo döneminden doğuma kadar anne rahmindeki cenin her aşaması ile bilinebildiği için haksız fiil ile anneden ölü ayrılma arasında sebep sonuç ilişkisi kurulabilen durumlarda suçlunun cezalandırılması gerekir.

Cenin düşürme suçu işleyenin anne, baba, akraba ve hatta devlet başkanı konumunda bulunması sonucu değiştirmez. Suç fiilinin sahibi gurre öder. Gurre ödenecek ceninde cinsiyetin önemi yoktur, cenin sayısı kadar ölüye gurre, canlı doğup ölmüşse diyet gerekir. Cinayet grup tarafından işlenirse, sorumlular tazminata payları nispetinde katılırlar.⁷¹ Burada İbnü'l-Cevzî'ye ait istisna sayılabilecek görüş vardır ki ona göre ruhun üflenmesinden önce ilaç vs içerek kasten cenin düşüren kadına diyet ödettirilmez, bunun sadece günahı vardır.⁷²

Cenin cinayetini kastın aşılması veya taksirle işlenmiş sayan İmam Şâfiî, Ebû Hanîfe, Süfyân es-Sevrî gibi fakihlere göre gurreyi akile öder. Zaten onlara göre haksız fiil ile cenin düşmesi arasında şüphe bulunduğu için bu cinayette kasıt ve kastın aşılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu sebeple gurreyi her halükarda akile öder; çünkü tazminatı katilin ödemesi için suçun kasten işlenmesi

⁶⁶ Şâfiî, a.g.e., VI, 46; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; Şirbinî, a.g.e., V, 370; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXI, 171.

⁶⁷ Ğânim, a.g.e., s. 200.

⁶⁸ Sahnûn, a.g.e., IV, 630.

⁶⁹ Şâfiî, a.g.e., VI, 115, 118; Kâsânî, a.g.e., III, 196, IV, 124, VII, 326; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 406; Şirbinî, a.g.e., V, 371; Desûkî, a.g.e., IV, 268.

⁷⁰ İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 413, 414; Ğânim, a.g.e., s. 205.

⁷¹ Şâfiî, a.g.e., VI, 46; İbn Hazm, a.g.e., XI, 239; Kâsânî, a.g.e., VII, 322, 326; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 409; Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; Udeh, a.g.e., III, 276.

⁷² İbnü'l-Cevzî, a.g.e., s. 376.

gerekir.⁷³ İmam Mâlik ve Hasan el-Basrî (110/728)'ye göre cenin cinayeti ister kasten ister taksirle işlensin her koşulda gurre suçlunun malından ödenir. Fakat onlar tam diyetin üçte birinden fazlasının akile tarafından ödeneceğini kabul ettikleri için cenin cinayetinin kısas gerektirdiği durumlarda diyetin üçte birinin katil, kalanının akile tarafından ödeneceği görüşündedirler.⁷⁴ Ahmed b. Hanbel'e göre ise cinayet kasten işlenmişse gurre katilin malından, kastın aşılması veya taksirle işlenmişse akile tarafından ödenir. Çünkü akile tam diyetin üçte birden fazlasını üstlenmez. Hanbelîler ceninin annesiyle birlikte ölmesi halinde de bu cinayeti kastın aşılması veya taksirle işlenmiş kabul ettikleri için gurrenin yine akile tarafından ödenmesi gerektiği görüşündedirler.⁷⁵ İbn Hazm'e göre yüz yirmi günden önce kendisine ruh verilmemiş cenin kasten düşürülmüşse ya da bu süreden sonra taksirle düşürülmüşse bu haksız fiilin sahibi gurreyi kendi malından öder. Ruh üflenmiş cenini kasten öldürene ise kısas gerekir, velisi affederse diyet olarak gurre ödenir.⁷⁶ İslam hukukçularına göre annenin öldürülmesinde ya da anneye yapılmış bir haksız fiilde kusurun kasit derecesine ulaştığı kesinleşir ve sonuçta sadece cenin ölürse gurre ceninin malından ödenir; tazminatı akile üstlenmez.⁷⁷

İslam Hukukçularının çoğunluğuna göre gurre ve cenin diyeti canlı doğmuş ve ölmüş bir kişinin terikesi gibi mirasçılık ölçüleri çerçevesinde veresesine intikal eder.⁷⁸ Leys b. Sa'd ve Rebîa b. Abdirrahman'a göre cenin annenin eli kolu gibi bir azası sayıldığından gurre anneye ödenir.⁷⁹ İbn Hürmüz (117/735)⁸⁰, gurrenin ceninin kardeşi varsa üçte ikisinin kardeşlere üçte birinin anne babaya, kardeşleri yoksa tamamının anne-baba veya bunlardan hayatta bulunana intikal edeceği görüşündedir.⁸¹ İbn Hazm'e göre gurre ruhun üflenmesinden önce annenin organı konumunda bulunduğu için anneye, ruhun üflenmesinde sonra kişi konumuna geldiği için mirasçılara intikal eder.⁸²

Anneden bir bütün halinde ceninin cansız ayrılmasında gurre gerektiği gibi cenine ait bazı organların ayrılmasında da gurre gerekir. Annede kaç ceninin

⁷³ Şâfiî, a.g.e., VI, 111, 117; VII, 344; Kâsânî, a.g.e., VII, 255, 327; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 409; Zeyla'î, a.g.e., VI, 139-140; Şirbinî, a.g.e., III, 368; V, 373; Udeh, a.g.e., III, 279-280. Bu görüş sahiplerinin delillerinden biri de Cabir b. Abdillâh rivayetidir. (عن جابر بن عبد الله «أن النبي - صلى -

الله عليه وسلم - جعل في الجنين عرة على عاقلة الضارب، وبدأ بزوجه وولدها»

⁷⁴ Sahnûn, a.g.e., IV, 630, 631; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 195, 199.

⁷⁵ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 196; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 376, 385, 409-410; Udeh, a.g.e., III, 279-280.

⁷⁶ İbn Hazm, a.g.e., XI, 234-239.

⁷⁷ Şâfiî, a.g.e., VI, 121; İbn Hazm, a.g.e., XI, 239; Kâsânî, a.g.e., VII, 325; Desûkî, a.g.e., IV, 268; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXI, 172.

⁷⁸ Sahnûn, a.g.e., IV, 634; İbn Hazm, a.g.e., XI, 240; Kâsânî, a.g.e., VII, 326; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 199; Şirbinî, a.g.e., V, 372.

⁷⁹ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 199.

⁸⁰ Ebû Abdillâh Mevlâ İbn Ömer Nafi' b. Hürmüz (Sercis/Kavus) el-Kureşî el-Adevî el-Medenî.

⁸¹ Desûkî, a.g.e., IV, 270; Zuhaylî, a.g.e., II, 554.

⁸² İbn Hazm, a.g.e., XI, 241.

varlığının bilinemediği durumlarda düşen organların bir ceninde bulunabilecek en fazla organ olabileceği düşünülerek bir veya birden fazla gurre tazmininin gerekliliğine karar verilir. Buna göre anneden dört el iki baş düşse bu organların tek ceninde bulunma ihtimaline binaen suç failinin tek gurre ödemesi gerekir. Çünkü bu organlar annede birden fazla cenin olduğu anlamına gelmez.⁸³ Bu durumda el, kol, bacak gibi bazı organları anneden ayrılan ceninin tamamı çıkmadan anne ölse haksız fiil sahibinin, anneyi ve bir kısmıyla tamamının varlığı anlaşılan cenini tazmin etmesi gerekir.⁸⁴ Ancak günümüz tıbbi imkânlarıyla birden fazla düşüğün gerçekleştiği tespit edilirse bu tespite uygun sayıda tazmin gerekir.

b. Diyet

Ödemek, vermek gibi anlamlara gelen v-d-y kökünden türeyen diyet, fıkıh literatüründe adam öldürme veya bir kısım yaralama suçlarının kasten işlenmesi sonucu kısas isteme hakkına sahip mağdur ya da mirasçılarının kısas yerine diyet istemeleri, kısasın uygulanması için gerekli şartların bulunmaması ya da suçun kastın aşılması veya taksirle işlenmesi halinde ödenecek bedeldir. Diyete ceza ve tazminat manası taşıyan bir ödeme nazarıyla bakılabilir.⁸⁵ Katilin suçun benzeriyle cezalandırılmasına maddi kısas, bedelini diyet şeklinde ödemesine ise manevi kısas da denebilir.

Kur'an'ın ödenmesi gerektiğini zikretmekle yetindiği⁸⁶ diyetin miktar ve kapsamı Hz Peygamberin sünnetiyle belirlenmiştir.⁸⁷ Tam diyetin altı maldaki miktarı şöyledir: yüz deve, bin dinar altın, on iki bin dirhem gümüş, iki yüz sığır, iki bin koyun, iki yüz elbise.⁸⁸ Diyette hangi malın esas alınacağında görüş ayrılıkları bulunsada deve ve altın türünden ödenmesinde mezheplerin ittifak ettikleri söylenebilir.⁸⁹

Zeyd b. Sabit, Urve b. Zübeyr (94/713), Zührî, Şa'bî, Katâde, Abdullah b. Sübrüme (144/761), İmam Mâlik, İmam Şâfiî, Ebû Sevr ve ashab-ı reyin içinde bulunduğu İslam hukukçuları, hamile bir kadına haksız bir fiilde bulunma sonucu anneden ceninin canlı ayrılmasına ve bu fiil sonucu ölmesine yol açan kimsenin büyük bir insan öldürmüş gibi, tam diyet ödemesi gerektiği

⁸³ Şâfiî, a.g.e., VI, 118; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 406.

⁸⁴ Şâfiî, a.g.e., VI, 118.

⁸⁵ Bardakoğlu, Ali, "Diyet", IX, 473.

⁸⁶ Bakara (2), 178; Nisa (4), 92.

⁸⁷ Karaman, a.g.e., II, 474-475; Mugniyye, age VII, 351; Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1996, s. 172.

⁸⁸ Şâfiî, a.g.e., VI, 113; Ebû Dâvûd, Diyât, 18, 20; Muvatta', 'Ukûl, 1-2; Bardakoğlu, "Diyet", IX, 475. Bu malların bu günkü karşılığı ile ilgili değerlendirme için bkz: Yavuz, Yunus Vehbi, *İslam'da Zekât Müessesesi*, 2. bs. İstanbul 1975, s. 218vd.

⁸⁹ Dağcı, a.g.e., s. 176.

görüşündedirler.⁹⁰ Fakat ceninin canlı ayrılmasına yol açan haksız fiil ve içinde bulunulan gelişim dönemi üzerinde farklı görüşler vardır. Mâlikîler cenin diyetinden söz edebilmek için karna ve sırtta vurmak gibi çoğunlukla düşüğe yol açan haksız bir tecavüzün varlığını gerekli görürler.⁹¹ Hanbelîler ve Şâfiîlerden Müzenî ise canlılığın anneden bağımsız devamını esas almışlar, bu durumdaki ölümün diyeti; anneden sağ ayrılrsa bile canlılığını sürdüremeyecek durumdaki düşüğe devamlılık göstermeyen bir yaşam ya da ölü nazarıyla bakmışlar ve bu tür ölümün gurreyi gerektirdiği görüşünü ortaya koymuşlardır.⁹²

Anne ile ceninin her ikisinin haksız bir fiil neticesinde ölmesi halinde şu sonuçlardan biri gerçekleşecektir:⁹³

a. Anne ölür ve cenin anneden ayrılmazsa, anneye diyet gerekir cenine bir şey yoktur.⁹⁴

b. Anne öldükten sonra cenin anneden ölü ayrılırsa, Şâfiîlere ve Hanbelîlere göre anneye diyet, cenine gurre vardır.⁹⁵ İbn Hazm'e göre ruh üflenmeden önce kasten, ruh üflendikten sonra taksirle işlenmiş bir suç neticesi annenin ölümünden sonra ondan ayrılan cenin için akilenin gurre ödemesi gerekmektedir.⁹⁶ Mâlikî ve Hanefîler ise annenin ölümünden sonra ölen ceninin anneye bağlı bir yaşam sürmesine ve anne öldüğünde boğularak ölmesine ve ölümlerle haksız fiil arasında şüphe bulunmasına dayanarak gurre ödenmemesi gerektiği görüşündedirler.⁹⁷ Bu görüş ceninin ölüm sebebinin bilinmemesi esasına dayanır. Günümüzde bunu bilmek uzmanlarınca zor bir iş değildir. Bu bakımdan annenin ölümünden sonra ceninin haksız bir fiil neticesi öldüğünün tespiti halinde bu suçun failinin tazminle yükümlü tutulması gerektiği görüşü bize daha makul görünmektedir.

c. Anne ölür rahmindeki iki ceninden biri canlı biri ölü olarak anneden ayrılırsa canlıya diyet vardır, ölü ayrılan gurrenin gerekliliğinde ise farklı görüşler vardır. Dâvûd b. Ali'ye göre yaratılışı belli olsun olmasın anneden ayrılan her bir cenin için ölü ise gurre canlı ise diyet gereklidir.⁹⁸ Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre canlı doğduktan sonra ölen cenin için tam diyet gerekir.⁹⁹

⁹⁰ Şâfiî, a.g.e., VI, 116, 118; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 413; Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; Ebû Zehre, a.g.e., s. 397; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXI, 62.

⁹¹ Sahnûn, a.g.e., IV, 632; Zuhaylî, a.g.e., II, 555.

⁹² İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 413; Udeh, a.g.e., III, 278; Ğânim, a.g.e., s. 205.

⁹³ *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXI, 171

⁹⁴ Şâfiî, a.g.e., VI, 46; Kâsânî, a.g.e., VIII, 326, 327; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 406.

⁹⁵ Şâfiî, a.g.e., VI, 46.

⁹⁶ İbn Hazm, a.g.e., XI, 239.

⁹⁷ Sahnûn, a.g.e., IV, 630; Kâsânî, a.g.e., VII, 325; Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; Desûkî, a.g.e., IV, 269.

⁹⁸ İbn Hazm, a.g.e., XI, 239; Kâsânî, a.g.e., VIII, 326, 327.

⁹⁹ Şâfiî, a.g.e., VI, 118; Kâsânî, a.g.e., VII, 326; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; Ğânim, a.g.e., s. 205; Karaman, a.g.e., age, I, 191; Ebû Zehre, a.g.e., s. 397; Mugniyye, age, VII, 353; Zuhaylî, a.g.e., II, 554

d. Cenin anneden ayrılır bir süre yaşar sonra ölürse ölümün haksız fiile dayandırılmamasından ötürü tazmin gerekmez. Fakat eğer ölümün haksız fiilden kaynaklandığı bilirse tazmin gerekir.¹⁰⁰

Udeh'e göre anne sağ veya ölü iken cenin düşmesiyle haksız fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisi tereddütsüz tespit edilirse, bu fiil sahibinin sorumlu tutulacağı görüşüyle amel edilmelidir. Çünkü zamanlarındaki tıbbi imkanlar çerçevesinde ceninin düşme sebebinde şüphe bulunduğu için fakihler bu fiilin failinden kisası düşürmüşlerdir.¹⁰¹ Günümüzde bu konudaki şüpheleri gidermek büyük ölçüde kesinleşmiştir. Bu noktada güvenilir ve uzman hekimlerin ceninin canlılığına ve ölümüne dair verdikleri bilgilere dayanarak anneden bağımsız olarak yaşayabilecek bedeni gelişmişliğe sahip ceninler için tam diyet, bu aşamaya gelmeyenler için gurra ile bu cinayeti işleyenlerin cezalandırılması mümkündür. Fakat bunun için bütün şüphelerin ortadan kaldırılması gereklidir.

Birden fazla kişinin bir kişiyi/ceninini öldürmesi halinde Ebû Hanîfe, İmam Mâlik, İmam Şâfiî, Süfyân es-Sevrî, Ahmed b. Hanbel, Ebû Sevr gibi fakihlerin cumhuruna göre topluluğun sayısının çokluğuna bakılmaksızın tamamına kısas gerekir. Hz Ömer de bu görüştedir. İbn Zübeyr, Zührî, Dâvûd b. Ali ve Zâhirîlere göre bir kişi için topluluğun tamamına kısas uygulanmaz, bu durumda kısas düşer.¹⁰² Kisasın düşmesi veya sulh ya da afa cezanın diyete dönüşmesi halinde bu cinayete iştirak edenler, hisseleri oranında diyet öderler.¹⁰³

İslam hukukçuları cenin cinayetinde kusurluluğa paralel olarak diyeti kimin ödeyeceğinde de farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. İslam Hukukçularının cumhuruna göre diyet kasıt halinde katilin malından peşin, kastın aşılması ve taksirle işlenen suçlarda akile tarafından üç sene zarfında varislerine ödenir. Sulh halinde ise caninin malından anlaşma koşullarına göre ödenir.¹⁰⁴ Bu genel yaklaşımdan Mâlikîleri istisna etmek mümkündür; çünkü onlar cenin cinayetini kasten veya taksirle işlenmiş sayarlar ve kasten işlenmiş cinayette katilin diyeti kendi malından altın ve gümüş türünden peşin ödemesi gerektiği görüşündedirler.¹⁰⁵ İmamiye Şîasına göre de canı, diyeti kendi malından kasıt halinde bir, kastın aşılmasında iki yıl içerisinde öder, taksirle işlenmiş cinayetlerin diyeti ise akile tarafından üç sene ödenir.¹⁰⁶ Diğer mezhepler ise cenin cinayetini, kastın aşılması veya taksirle işlenmiş saydıkları¹⁰⁷ için tazminatın üç sene içerisinde akile tarafından ödeneceğinde ittifak ettikleri

¹⁰⁰ Şâfiî, a.g.e., VI, 117; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 414; Ğânim, a.g.e., s. 205-6.

¹⁰¹ Udeh, a.g.e., III, 279.

¹⁰² İbn Rüşd, a.g.e., IV, 182.

¹⁰³ Ğânim, a.g.e., s. 205-6.

¹⁰⁴ İbn Hazm, a.g.e., XI, 240; Kâsânî, a.g.e., VII, 255.

¹⁰⁵ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 196; Zuhaylî, a.g.e., II, 555.

¹⁰⁶ Mugniyye, a.g.e., VII, 352, 354.

¹⁰⁷ Şâfiî, a.g.e., VI, 110, 115; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198.

söylenbilir.¹⁰⁸ Diyet mükellefinin akilesi yoksa Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre diyeti devlet öder ve diyet bütün varislerin hakkıdır, miras nisabına göre paylaşırlar.¹⁰⁹

3. Mirastan Mahrumiyet

İslam Hukukuna göre varisin murisini öldürmesi miras engellerinden biridir.¹¹⁰ Mirastan mahrumiyette öldürmedeki kastın bilinmesi önemlidir. Ayrıntıda farklılıklar bulunmakla birlikte İslam Hukukçularının haksız bir fiil sebebiyle cenin düşürtenin cenin ölü düşmüşse guresinden; canlı düştükten sonra ölmüşse diyetinden miras alamayacağına ittifakları vardır.¹¹¹ Ceninin kasti bir fiille düşmesinin müsebbibi anne, baba ve kardeşler gibi mirasçılardan birisi ise katilin mirastan pay alamayacağı nedeniyle gurreyi öder fakat ceninin terikesinden miras alamaz, gurre diğer mirasçılara intikal eder.¹¹² Öte yandan fakihlerin çoğunluğu miras bırakanını taksirle öldürenin, diyetin dışındaki terikeden miras alacağı görüşündedirler. Buna göre kasten öldüren hem terikeye hem de gurre veya diyete, taksirle öldüren ise sadece gurreye veya diyete mirasçı olamaz.¹¹³ Ancak düşürme kastı bulunmaksızın güvenilir ve uzman doktorun zorunlu tedavisi sırasında annenin düşük yapması halinde cenin kendi düşmüş gibi değerlendirilir ve mirastan mahrumiyet söz konusu olmaz.

Haksız bir fiil nedeniyle ölü doğan ceninin mirasçı veya mirasbırakan olması konusunda farklı görüşler vardır. Birinci görüş ceninin mirasçı ve mirasbırakan olacağıdır. Bu görüşü benimseyen Hanefiler, ceninin haksız bir fiil neticesi ölü doğmasını bu tecavüze bağlamışlardır. Onlara göre, haksız fiil sırasında ceninin canlı olduğu takdir edildiği için düşüğe tazminat vardır, eğer cenin ölü kabul edilseydi onun tazminatı da olmayacaktı. Bu, Hanefilerin takdiri hayat dedikleri durumdur. Takdiri hayatla cenin hem mirasçı hem de mirasbırakan olur. İkinci görüşe göre cenin hayatiyet kazanmadığı için varis olamaz, guresi varislerine miras yoluyla intikal eder. İmam Şâfiî, İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel bu görüştedirler. Üçüncü görüş ise, bu haksız fiil sırasında hayatiyet kazanmadığı; dolayısıyla mülk edinme ehliyeti bulunmadığı için ceninin varis ve muris olamayacağıdır. Leys b. Sa'd, Rebîa b. Abdirrahman bu görüştedirler. Gurre ise anneye verilen zarardan dolaydır. Bu nedenle gurre sadece annenin olur. Çünkü cenin annenin uzvu gibidir. Cenine yapılan haksız fiil anne bedenine yapılmış

¹⁰⁸ Cassâs, a.g.e., III, 195; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 196.

¹⁰⁹ İbn Hazm, a.g.e., XI, 240; Karaman, a.g.e., II, 475-476.

¹¹⁰ Bu konuda Hz Peygamber "Katil miras alamaz" buyurmuştur. Ebû Dâvud, "Diyât",18; Tirmizî, "Ferâiz", 17; Ahmed b. Hanbel, I, 49.

¹¹¹ Cassâs, a.g.e., I, 43; Sahnûn, a.g.e., IV, 634; İbn Hazm, a.g.e., XI, 240; Kâsânî, a.g.e., VII, 326; İbnü'l-Cevzî, a.g.e., s. 376; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 414, 418; Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; İbn Abidin VII, 767; Udeh, a.g.e., III, 276; Gânim, a.g.e., s. 213. Dâvud b. Ali'ye göre gurre nefsin diyetine benzemektedir; organ diyetine değil. İbn Hazm, a.g.e., XI, 240.

¹¹² İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 418; Zeyla'î, a.g.e., VI, 140, 142; Mugniyye, a.g.e., VII, 200.

¹¹³ Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; Mugniyye, a.g.e., VII, 200.

sayılır ve gurre bedeli ona verilir.¹¹⁴ Cenini annenin bir organı saymayanlara göre o eğer annenin bir uzvu gibi değerlendirilseydi bedeli annenin diyetinden ayrılmaz, mirasçı ve miras bırakan vasfını taşımaz, anneye uygulanacak had cezası erteletmez, anneye uygulanacak kısası engellemez ve cenin öldürene kefâret gerekmezdi.¹¹⁵

Herhangi bir mahrumiyet bulunmadığı hallerde cenin guresi veya diyeti miras nisabına göre terikeye dâhil mirasçılar arasında pay edilir.

4. Cenin Düşürme Kefâreti

Kefâret, dinin belirli yasaklarını ihlal etmekten dolayı hem ceza hem de Allah'tan bir af dileme olarak köle azadı, iki ay peş peşe oruç, altmış fakir doyurma ve giydirme gibi mali ve bedeni nitelikli ibadet-ceza arası fiillerin genel adıdır.¹¹⁶ Kefâreti gerektiren sebepler şunlardır: yemin bozma, zıhar yemini, taksirle öldürme, ihramlının avlanması ve tıraş olması. Kefâret sebepleri arasında yer alan taksirle öldürme çerçevesinde cenin için de kefâretin gerekliliği tartışılmıştır. Cenin cinayetinde kefâret gerektiği görüşünde olanlara göre bu suçu işleyen mali tazminle birlikte taksirle adam öldürme kapsamında¹¹⁷ köle özgürleştirmeli, buna imkân bulamazsa, iki ay peş peşe oruç tutmalı, buna güç yetiremezse de altmış fakiri doyurmalıdır.¹¹⁸

İslam hukukçuları öldürme suçlarında suç fiilinin işlenme kastına bağlı olarak hangi durumlarda kefâretin gerekeceğinde farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Kasten adam öldürme suçlarında kısasın uygulanmasına bir engel bulunması veya mağdur tarafın af ya da sulh yoluyla asli ceza-kisastan vazgeçmesi halinde kefâretin gerekliliği de ihtilafli bir konudur.

Kur'an'da hata ile öldürene kefâretten bahsedilip¹¹⁹ kasten öldürenin kefâretinden söz edilmemesi¹²⁰ nedeniyle Hanefiler, Mâlikîler, meşhur görüşe göre Hanbelîler, Süfyân es-Sevrî, Ebû Sevr, İbn Hazm ve İbn Münzir (318/930) kasten öldürmelerde kefâretin bulunmadığını; Şâfiîler, bir görüşüyle Ahmed b. Hanbel ve Zührî ise hata gibi günahı hafif bir suçun bile kefâreti bulunduğuna göre kasıt halinde işlenen suçta kefâretin daha öncelikli olduğunu

¹¹⁴ Serahsî, a.g.e, XXX, 54; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut 1992/1412, VI, 767, 800; Şelebî, Mustafa, *Ahkâmü'l-mevâris*, Beyrut 1978, s. 75-76; Sibâî, a.g.e, II, 153; Şaban/Ğundur, a.g.e, s. 392; Seritî, Abdülvedüd, *Davâbitü'l-irs fi't-teşrî'l-İslâmî*, Dârü'l-câmiyye, Beyrut 1990, s. 25-26.

¹¹⁵ İbn Kudâme, a.g.e., 408; Zeyla'î, a.g.e., VI,141; Udeh, a.g.e., III, 279.

¹¹⁶ Zeyla'î, a.g.e., VI, 141; Karaman, a.g.e., I, 198; Yaran, Rahmi, "Kefâret", DİA, XXV, Ankara 2002, 179.

¹¹⁷ Nisa (4), 92.

¹¹⁸ İbnü'l-Cevzî, a.g.e., 374; Ğânim, a.g.e., s. 211; Mugniyye, a.g.e., VII, 357.

¹¹⁹ Nisa (4), 92. " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا "

¹²⁰ Nisa (4), 94. " وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَحَزَاؤُهُ جَهَنَّمَ "

savunmuşlardır.¹²¹ İslam Hukukçularının cenin cinayetinde kefaretin gerekliliği hususundaki görüşleri, haksız bir fiille adam öldürme suçunun işlenmesi halinde ortaya koydukları görüşlerin devamı niteliğindedir. Ancak ceninin sağlığı ve haksız fiil ile düşük arasındaki şüphe nedeniyle cenin öldürme suçundaki kusurluluk üzerindeki yaklaşımlar kefaret konusunda da kendisini göstermektedir.

Kasıt benzerini sistemlerinde yer vermeyen Mâlikîlere göre cenin cinayeti ya kasten ya da taksirle işlenmiş kabul edilir.¹²² Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ise cenin cinayetinin kasten işlenmediğini bu tür bir cinayetlerin kasıt benzeri veya taksirle işlendiğini kabul ederler.

Haksız fiil neticesi anneden ölü ayrılan cenin için Mâlikîler, Şâfiîler, Hanbelîler, İbrahim en-Nehaî (96/714), Hasan el-Basrî, Atâ b. Ebî Rebâh (114/732) ve Zührî'nin de aralarında bulunduğu fakihlerin çoğunluğu kefareti gerekli görürler.¹²³ İmam Şâfiî'nin kefareti gerekli görmesinin sebebi onun kasten ve taksirle öldürmelerde kefareti gerekli görmesidir.¹²⁴ İmam Mâlik kefareti taksirli suçlarda güzel bir davranış olduğu için gerekli görmüştür.¹²⁵ Hanefîler kefareti mutlak olarak müstakil varlığı bulunan insan için gerekli gördükleri için bir yönüyle anneye bağlı ceninin katlini öldürme sayılmazlar. Bu bakımdan anneden ölü ayrılan cenine gurre gerekmekte; yapılması mendup olmakla birlikte kefaret gerekmemektedir. Ancak anneden canlı ayrılıp ölen çocuk için ise tam diyetin yanında kefaret de gereklidir.¹²⁶ Hanefîlere göre bu görüşün delili Hz Peygamberin gurreye karar vermesi kefarettan söz etmemesidir.¹²⁷ Kefareti gerekli bulanlar bu rivayette bahsedilmemesinin kefarete engel sayılmayacağı görüşündedirler.¹²⁸ Diğer yandan kefaretin gerekli olmadığı görüşünü savunanlara göre kefaretler, ictihadla değil tevkifen -kitap, sünnet veya icma ile- bilinir.¹²⁹ Cenin cinayeti mübaşeretle-doğrudan değil failin iradesi ile sonuç arasında bir başka iradenin bulunduğu *tesebbüben* öldürmedir ve bu tür öldürmede Hanefîler zararın tazminini gerekli görmekle birlikte

¹²¹ İbn Hazm, a.g.e., XI, 238; Zeyla'î, a.g.e., VI, 141; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXV, 51-52.

¹²² Cassâs, a.g.e., III, 202; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 179.

¹²³ Sahnûn, a.g.e., IV, 631; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 417; Şirbinî, a.g.e., V, 280.

¹²⁴ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 199.

¹²⁵ Sahnûn, a.g.e., IV, 631; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 199.

¹²⁶ Serahsî, a.g.e., XXVI, 88; Kâsânî, a.g.e., VII, 326; İbn Abidin, VI, 589, 590; VII, 767; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXI, 63.

¹²⁷ Zeydan, a.g.e., s. 248.

¹²⁸ *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXV, 51.

¹²⁹ Zeyla'î, a.g.e., VI, 140; Kâsânî, a.g.e., VII, 34: " أنه لا مجال للاجتهاد في الحد بل لا يعرف إلا بالتوقيف، وللاجتهاد مجال "

kefâreti gerekli görmezler. Ancak Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler tesebbüben öldürmelerin de kefâret gerektirdiği görüşündedirler.¹³⁰

Zâhirîlere göre ise ruhun üflendiği yüz yirmi günden önce kefâret yoktur, sadece gurre vardır.¹³¹ Bu süreden sonra kasten işlenmiş cenin cinayetinde sadece kısas vardır, kefâret yoktur; taksirle işlenmiş cinayette ise kefâret vardır.¹³²

Ceninin birden fazla kişi tarafından öldürülmesi halinde bu fiile katılanların tamamına kefâret gerektiği gibi birden fazla ceninin ölümüne sebep olan kişilere ölen cenin sayısı kadar ayrı ayrı kefâret gerekecektir. Çünkü kefâret sadece zararın tazmini değil, bunun yanında insan nefsini terbiye etmeye yarayan ceza, fakirlere yardım ve işlenen günah sebebiyle Allah'tan af dilemektir.¹³³

Günümüzde anne rahmindeki oluşum spermle yumurtanın birleşmesinden normal doğuma kadar gelişimindeki bütün aşamalar tüm ayrıntılarıyla bilinebildiği için anne rahmindeki bebeğin yaşamına son veren anne, baba, doktor vb bir yönüyle anneden bağımsızlaşma ve insan olma noktasında gelişim gösteren masum varlık cenin öldürme suçundan dolayı, tıbbi zorunluluklar hariç, cenini korumak ve bu suçu işleyene çıkış yolu sağlamak amacıyla kefâret vermeleri gerektiği¹³⁴ görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz.

5. Cenin Cinayetinde Ta'zîr

Reddetmek, çevirmek, menetmek, tedip etmek, saygı göstermek ve desteklemek anlamlarına gelen ta'zîr, fıkıh literatüründe hakkında had ve kefâret bulunan suç ve günahlarda ek, cezası naslarla belirlenmemiş suç ve günahlarda ise karşılık olarak, Allah ve kul hakkı çerçevesinde icrası gerekli, miktar ve uygulanması yöneticiye ya da hakime bırakılmış cezaları ifade eder. Ta'zîr suçları naslara dayanmakta ancak cezaları ümmete bırakılmış bulunmaktadır.¹³⁵

Cenin cinayetine takdir edilen suçların cezaları naslara dayandığına göre bu suçları işleyenlere asli cezaların yanında ta'zîr türünden de ceza vermek mümkündür. Ancak kısas cezasının uygulanması halinde ek olarak ta'zîr cezası uygulamak bize göre gereksizdir. Zaten bu ceza suç fiilinin aynıyla karşılık verilmesi olduğuna göre ilave ceza vermek suç ceza dengesini bozacak, suçun

¹³⁰ Kâsânî, a.g.e., VII, 326; VIII, 423; İbn Kudâme, a.g.e., VIII, 418; Şirbinî, a.g.e., V, 280; Karaman, a.g.e., II, 490.

¹³¹ İbn Hazm, a.g.e., XI, 236: " إِنْ كَانَ قَبْلَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ قَبْلَ تَمَامِهَا فَلَا كَفَّارَةَ فِي ذَلِكَ، لَكِنَّ الْعُرَةَ وَاجِبَةٌ فَقَطْ " "إِلا في قتل الخطأ، ولا يقتل إلا ذو روح

¹³² İbn Hazm, a.g.e., XI, 237-238. (İbn Hazm, a.g.e., XI, 237: فهو إذ خلق الله فيه الروح فهو مؤمن حنيف بنص القرآن، ففیه الكفارة

¹³³ İbn Hazm, a.g.e., XI, 239; Yaran, "Kefâret", XXV, 181; Ünalın, a.g.e., s. 28, 35.

¹³⁴ Ğânim, a.g.e., s. 211-2

¹³⁵ Karaman, a.g.e., I, 197; Şekerci, a.g.e., s. 25; Başoğlu, Tuncay, "Ta'zîr", DİA, XL, 198.

cezadan daha ağır bir yaptırımla cezalandırılması anlamına gelecek; suçluya zulmedilmiş olacaktır. Bu bakımdan kısas uygulanan cenin düşürme suçlarında ta'zîrin uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak kısası düşüren bir durumun varlığı, kısasın af veya sulh yoluyla diyete dönüşmesi hallerinde suçlunun toplumsal konumu ve ruhsal yapısı, suçu tekrarlaması ve suç sabıkaları göz önünde bulundurularak bir ta'zîr cezası uygulanabilir.

Anne rahmindeki cenine müdahale fiilini tekrarlayanlar ve topluma maddi manevi zarar verenler için asli cezaların yanında ta'zîr cezası zorunlu hale bile gelebilir. Mesela Hanefilere göre kastın aşılması suretiyle öldürmeler tekrarlanırsa ta'zîren suç failine ölüm cezası verilebilir.¹³⁶ Benzer şekilde mağdur tarafın diyet talebinde bulunmadığı durumlarda da hakim kamu yararını gözetmek için suçluyu ta'zîren cezalandırmalıdır.¹³⁷ Mesela; İmam Mâlik, Leys b. Sad ve Medineli fakihlere göre özel hak sahibinin iddia ve talebine bağlı kısasın affedilmesi halinde suçlunun diyet ödemesi gerekir, kefâret müstehab olur, yüz kırbaç vurulur ve bir yıl hapsedilir.¹³⁸ Ayrıca kısasın affından sonra yönetimi elinde bulunduranlar, uygun bir ceza ile suçluyu cezalandırabilirler.¹³⁹ Mağdur veya mirasçıları tarafından affedilebilmesiyle hadlerden ayrılan kısasta, mağdurun ve mirasçıların bulunmaması halinde, mirasçı toplum adına devlet başkanı-hazinedir; ancak özel hak sahibinin bulunmadığı durumlarda af yetkisi de ortadan kalkar.¹⁴⁰

Fakihlerin ifadelerinden anlaşıldığına göre had ve kısas uygulanan suçlarda asli ceza olarak uygulanamayacak ta'zîr cezalarının¹⁴¹ belirlenmesi ve bu bağlamda hamilelik sürecinde cenin öldürme suçuna verilecek cezaların tespiti içtihat faaliyetini gerekli kılmaktadır.¹⁴²

İslam hukukçuları cenin aleyhine cürmü anneden sağ ya da ölü ayrılmayla sınırlı tutmuşlardır. Buna göre ceninin haksız fiil sonucu ölmesi ve fakat anneden ayrılmaması halinde bu fiil sahibi cezalandırılmayacaktır. Günümüzde gerek üreme yöntemlerinde gerekse anne rahmine müdahalede gelinen noktada cenin aleyhine cürmün sınırlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiği şüphe götürmez bir gerçektir. Cenin yaşamının ölü ya da diri anneden ayrılmayla son bulmasına haksız bir fiilin yol açması halinde bu suç failine verilecek cezalar bellidir. Ancak anne rahmindeki cenine yapılan müdahalede veya çeşitli yöntemlerle embriyonun üretilmesi ve anne rahmine yerleştirilmesi aşamasında

¹³⁶ Başoğlu, "Ta'zîr", XL, 199.

¹³⁷ Şekerci, a.g.e., s. 23.

¹³⁸ Karaman, a.g.e., I, 198; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku*, çev: Servet Armağan, İstanbul 1993, II, 465.

¹³⁹ Zerkâ, a.g.e., II, 465.

¹⁴⁰ Zerkâ, a.g.e., II, 463-464; Şekerci, a.g.e., s. 21.

¹⁴¹ Karaman, a.g.e., I, 197.

¹⁴² Başoğlu, "Ta'zîr", XL, 198, 200.

kusurlu herhangi bir işlem sebebiyle zarar oluşması halinde bu suçların cezalarının ta'zîr kapsamında belirlenmesi kuşkusuz içtihadın etkin biçimde kullanılmasına bağlıdır. Hayatın tüm alanlarında her gün ortaya çıkan sınırsız yenilikler arasında üreme ve anne rahmindeki cenine müdahale ile ilgili birçok yeni yöntem ortaya çıkmaktadır. Bilim ve teknolojideki bu gelişme ve yeniliklerin beraberinde getirdiği sorunlar, icthad faaliyetinin sürekli etkin tutulmasıyla çözülebilir.

Tıp biliminin verileri çerçevesinde haksız fiille ceninin düşmesi arasındaki sebep sonuç ilişkisinin anlaşıldığı durumlarda haksız fiil sonucu bile olsa ceninin ana rahmindeki durumu da hesaba katılmalıdır. Düşüğün kendiliğinden veya harici bir etkiyle başlamış ve henüz sonlanmamış bir düşük (incomplete abortion) olduğu ya da anne rahminde ölü bulunan bir ceninin rahimden ayrıldığına anlaşıldığı durumlarda anneye müdahalede bulunan haksız fiil sahibine ancak ta'zîr kabilinden bir ceza uygulamak gerekecektir. Bu durumda haksız fiil sahibi kişinin gurre ödemesinin gerekli görülmesi, o kişinin zulmedilmesi anlamına gelecektir.

Düşük haricinde de cenine yönelik suçlar günümüz tıp biliminin verileri çerçevesinde yeniden değerlendirilmeli, yeni içtihatlarla bu konuda cezai düzenlemeler yapılmalıdır. Zira günümüzde anne rahmindeki cenine müdahale dahi mümkün hale gelmiştir. Bilhassa tüp bebek yöntemi ile çocuk edinme meselesinde anne yumurtasıyla ile babanın sperminin yapay ortamda birleştirilmesiyle üretilen embriyo için ister bu işlem sırasında ister anne rahmine yerleştirilmesi sırasında doktorların kusurlu bir işlemlerinin bulunması halinde ta'zîr kapsamında tazminat ödemeleri yönünde içtihad ihtiyacı vardır.

Sonuç

İslam Hukukuna göre insanların en temel haklarından biri yaşama hakkıdır. Her insan anne rahmine düştüğü andan doğuma ve doğumdan ölüme kadar bu hakka eşit şekilde sahiptir; bu hakkı kasteden her türlü fiil suçtur ve faili cezalandırılır. Buna göre, henüz dış dünyada varlığı bulunmasa da anne rahmine yerleşmiş bir ceninin doğum vaktine kadar yaşama hakkı korunmuş ve ona gelebilecek her saldırı yasaklanmıştır. Kendi yaşadıkları zamanda bu suçu anneden ayrılma gerçekleşmeden anlayamayan fakihler, cenin öldürme suçunun anneden ayrılma ve düşüğün bazı organlarıyla insan neslinden olduğunun anlaşılmasını gerekli görmüşlerdir. Günümüzde çeşitli test ve görüntüleme yöntemleriyle anne rahmindeki bütün aşamalar bilindiği için bu konudaki tereddütler ortadan kalkmış, ceninin yaşamı ve ölmesi halinde bunun sebebi bilinir hale gelmiştir. Bu anlayış çerçevesinde haksız fiil ile ceninin ölmesi arasında sebep sonuç münasebeti kurulan durumlarda, cenin anneden ayrılın veya anne rahminde beklesin, bu fiilin sahibi cezalandırılmalıdır.

Cenin öldürme suçunda ruhun üflenmesini esas almak ruhun üflenme zamanındaki ihtilaflar sebebiyle biz göre sağlıklı bir yaklaşım değildir.

İslam Hukuku insana verdiği değerden dolayı cenini korumak ve ona gelebilecek saldırıları önlemek için ayrıntıda ihtilaflar bulunmakla birlikte şu cezaları öngörölmüştür: Gurre, diyet, kısas, mirastan mahrumiyet, taz'ir kapsamında yaptırım, mirastan mahrumiyet ve kefâret.

Haksız bir fiille anneden sağ ayrılan ve bu fiil sonucu ölen cenin için bu suçun kasten işlenmesi halinde Mâlikîlerin çoğunluğu, İbnü'l-Cevzî ve İbn Hazm suç failine kısas uygulanacağı, fakihlerin cumhuru uygulanmayacağı görüşündedirler. Cenin her ne kadar ayrı bir varlığı bulunan ve gündün güne müstakilleşmeye doğru ilerleyen bir insan olsa da anne rahminde bulunduğu, tüm ihtiyaçlarını ondan karşıladığı, hukuken zimmeti ve tam vücûb ehliyeti bulunmadığı ve sağ doğmama ihtimali de bulunduğu için kasten bir ceninin canlı düşmesinin ve bu fiil neticesinde ölmesinin müsebbibine kısas uygulanması ağır bir ceza olarak görünmektedir. Ancak en kısa hamilelik süresini aşmış, tüm organları ve sistemleri tamamlanmış ve anneden bağımsız yaşayabilecek konuma gelmiş bir ceninin kasti bir fiille canlı düşmesine ve bu fiil sonucu ölmesine yol açan kimseye bu tür suçların işlenmesini önlemek maksadıyla kısas öngörülebilir.

İslam Hukukçularına göre haksız bir fiil ile bir ceninin anneden ölü ayrılmasının müsebbibi köle veya cariye özgürleştirmeli, buna gücü yetmiyorsa, tam diyetin onda birinin yarısı tutarında ki gurreyi ceninin mirasçılara ödemelidir. Bir haksız fiil sonucu anneden canlı ayrılan ve bu haksız fiil neticesinde ölen çocuk için ise tam diyet gerekmektedir. Kısasın uygulanmadığı cinayetlerde tazminat cezasına ilave, mahiyeti ictihadla belirlenecek taz'ir türünden bir yaptırım uygulanabilir. İslam Hukukunda katil miras alamayacağı için düşüğe kasten yol açan kimse, ceninin bütün terikesine, taksirle öldüren ise maktûlün terikesinden yalnızca guresine veya diyetine mirasçı olamaz.

İslam Hukukçularının çoğunluğuna göre tıbbi zorunluluklar hariç kusur durumu ne olursa olsun bir ceninin ölümüne sebebiyet veren (anne, baba, doktor...) kimseye masum bir canın kıyılmasına engel olmak amacıyla ceza mahiyetinde kefâret gereklidir.

KAYNAKÇA

Abdülbâkî, Muhammed Fuâd, el-Mu'cemü'l-müfehres li elfâzi'l-Kur'an'il- Kerîm, Mısır 1991.

Bardakoğlu, Ali, "Diyet", DİA, IX, İstanbul 1994.

Sayfa | 212 Bassiouni, M. Cherif, *The Islamic Criminal Justice System*, Londra 1982.

Başoğlu, Tuncay, "Ta'zîr", DİA, XL.

Birsan, Kemaleddin, *Medeni Hukuk Dersleri*, Ahmed Said Matbaası, 1959.

Cassâs, Ahmed b. Ali er-Râzî Ebû Bekir, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I-V, tahk: Muhammed Sadık Kamhâvî, Beyrut 1405.

Çeker, Orhan, "Çocuk Düşürme", DİA, VIII, İstanbul 1993.

Çiğdem, Recep, *Mukayeseli Medeni Hukuk*, İstanbul 2012.

Dağcı, Şamil, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1996.

Ebû Zehre, Muhammed, el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî, Kahire 1976.

Ğânim, İbrahim, *Ahkâmü'l-cenîn fi'l-fikhi'l-islâmî*, Cidde 2001/1421.

Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

Heyet, el-Mevsûatü'l- fihkiyye el-kuveyyiyye, Kuveyt 1989.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut 1992/1412.

İbnü'l-Cevzî, Ebü'l-Ferec Cemaleddin Abdurrahman b. Ali, *Ahkâmü'n-nisa*, thk. Ali b. Muhammed Muhammedi, 7. bs., Beyrut 1985.

İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Beyrut t.y.

İbn Kesîr, İsmail b. Ömer, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Kerîm*, Beyrut 1401.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah, *el-Muğnî*, Mektebetü'l-Kahire, 1968/1388.

İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrerem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut-Lübnan 1992/1412.

İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-Muktesid*, Kahire 2004.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1991.

Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekir b. Mes'ûd, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1986/1406.

Medkûr, Muhammed Sellâm, el-Cenîn ve'l-ahkâmü'l-müteallika bihî fi'l-fikhi'l-İslâmî, Kahire 1969/1389.

Rogers, Therisa, "The Islamic Ethics of Abortion in The Traditional Islamic Sources", *The Muslim World*, LXXXIX, No. 2 April, 1999.

Sahnûn b. Saîd et-Tennûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994/1415.

Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut 1993/1414.

Seritî, Abdülvedûd, *Davâbitü'l-irs fi't-teşri'l-İslâmî*, Dârü'l-câmiyye, Beyrut 1990.

Sibâî, Mustafa, *Şerhu kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye*, Beyrut 1997/1417.

- Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 10. bs., İstanbul 1986.
- Şaban, Zekiyyüddin/Ahmed Ğundur, *Ahkâmü'l-vasiyye ve'l-mîrâs ve'l-vakf fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kuveyt 1989/1404.
- Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut 1990/1410.
- Şekerci, Osman, *İslam Ceza Hukukunca Ta'zîr Suçları ve Cezaları*, İstanbul 1996.
- Şelebî, Mustafa, *Ahkâmü'l-mevârîs*, Beyrut 1978.
- Şirbinî, Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-minhâc*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye 1415/1994.
- Özel, Çağlar, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler" <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-01/AUHF-2002-51-01-Ozel.pdf> (erişim: 18/10/12).
- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1974.
- Udeh, Abdülkadir, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, terc. Ali Şafak, Ankara, 1990.
- Uzunpostalcı, Mustafa, "İslam Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, VII, 2006.
- Ünalın, Abdülkerim, *İslam Ceza Hukukunda Kısas*, Diyarbakır 2002.
- Yaran, Rahmi, "Kefâret", *DİA*, XXV, Ankara 2002.
- Yavuz, Yunus Vehbi, *İslam'da Zekât Müessesesi*, 2. bs. İstanbul 1975.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku*, çev: Servet Armağan, İstanbul 1993.
- Zeydan, Abdülkerim, *el-Kisâs ve'd-diyât fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1998/1418.
- Zeyla'î, Abdullah b. Yusuf Ebû Muhammed el-Haneî, *Tebyînü'l-hakâik şerhu kenzi'd-dekâik ve hâşiyetü'ş-Şilbî*, Kahire 1313.
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-Mâlikî el-Müeyesser*, Dımaşk 2002/1423.