

İSLAM CEZA HUKUKUNDA KADIN

The status of Women in the Islamic Criminal Law

Yrd. Doç. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKUT*

I-İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, II-İslam Ceza Hukukunda Kadın, 1-Kıyas ve Diyete Tâbi Suçlar, a-Kıyas, b-Diyet, c- Kasame, 2-Had, 3-Tanıklık ve Kadılık

ÖZET

İslam hukukunda cezalar had, kıyas, diyet ve ta'zir olmak üzere dörde ayrılmıştır. Cezai hükümlerin uygulanması açısından kadın-erkek ayrımı yapılmamıştır. Ancak, kıyasın uygulanması, kasame, diyet miktarı, bazı had cezaları ve kadılık gibi konularda mezhepler arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Tanıklık konusunda da kadın ile erkek arasında fark gözetilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kadın, suç, ceza, tanıklık, kadı, kıyas, diyet, had, ta'zir, kasame

ABSTRACT

In Islamic law there are four types of punishment; hadd, qesas, diyya and ta'azir. Criminal sentences are executed equally without any discrimination between men and women. However, there are some divergences in the opinions of Islamic sects on some subjects such as execution of qesas, qesama, the amount of diyya, certain hadd penalties and qadiship. Being a witness is also one of the subjects that causes discrimination between men and women in the same way.

Keywords: Woman, crime, punishment, wittnessing, qadi, qesas, diyya, hadd, ta'azir, qesama

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I-İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar

İslam hukukunda cezalar, had, kısas, diyet ve ta'zir olmak üzere dörde ayrılmıştır. Had, bazı suçlar için öngörölmüş, miktarı belli cezalardır. Zina, zina iftirası (kazf), içki içme (şirb), hırsızlık (sirkat), yol kesme (hırabe) ve had kapsamında olup olmadığı tartışılmakla birlikte, devlete karşı isyan (bağy) ve dinden dönme (ridde) had ile cezalandırılan suçlardır. Bu suçların kamu menfaatini ihlâl ettiği kabul edilmiştir. Zina iftirası ve hırsızlık suçu aynı zamanda kişi haklarını da ihlâl eden suçlardır.

Kisas ve diyet ile cezalandırılan suçlar ise kişinin hayat ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlardır. Bir kimseyi bilerek ve isteyerek öldüren (cana karşı kısas) ya da yaralayan (candan aşağısı için kısas) kişi aynı şekilde cezalandırılır. Kısas için gerekli şartlar oluşmamışsa veya oluşmakla birlikte kısıstan vazgeçilmişse diyete hükmedilir. Çünkü, kısasa tâbi suçlar şikayete bağlıdır, bu nedenle kısas isteme hakkına sahip olanlardan biri dahi vazgeçerse suçluya kısas uygulanmaz.

Ta'zir ise had ve kısas cezaları dışında kalan, önceden belirlenmemiş ya da belirlenmekle birlikte cezası gösterilmemiş suçlara ve cezalara denmektedir. Bu çerçevede, aslında had veya kısas suçu olmasına rağmen, suçun unsurları tam olarak oluşmadığında veya unsurları tam olmakla birlikte, mağdurun ya da yakınlarının affetmesi üzerine kısas cezası verilemeyen durumlarda suçluya ta'zir cezası verileceği gibi, hakkında had veya kısas öngörölmemiş yasak fiiller ve İslam hukuku tarafından yasaklanmamakla birlikte kamu düzeni açısından yasak kabul edilen fiiller de ta'zire cezalandırılmaktadır.

Had ve kısas cezaları sabit iken ta'zir cezası veren hakim, takdir hakkına sahip olup, suçlunun durumuna göre farklı cezalar verebilir. Ancak fiil, had cezası gerektirmesine rağmen çeşitli sebeplerle ta'zir cezası veriliyorsa, bu cezanın aynı cinsten had cezasından daha fazla olamayacağı kabul edilmiştir.¹

II-İslam Ceza Hukukunda Kadın

İslam hukukunda cezai hükümlerin ayırım gözetilmeksizin herkese eşit olarak uygulanması esastır² ve kadın-erkek ayırımı da yapılmamıştır.³ Ancak

¹ İslam hukukunda suçlar ve cezalar hakkında genel bilgi için bkz., Halil Cin-Ahmet Akgündüz, Türk-İslam Hukuk Tarihi, C.I, İstanbul 1990, s. 317-337; Halil Cin-Gül Akylmaz, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 220-242; Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnehal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2006, s. 91-100; M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 187-208.

² Muhammed Ebu Zehra, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, (Çev:İbrahim Tüfekçi), C.I, İstanbul 1994, s. 300-301; Abdülkadir Udeh, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, (Çev: Ruhi Özcan-Ali Şafak), C.I, Ankara 1990, s. 286 vd.; C.II, (Çev: Ali Şafak), s. 204-205. Ancak, kural böyle olmakla birlikte, zimmiler ve köleler için farklı uygulamalar mevcuttur. Devlet başkanlarının cezai sorumluluğu konusunda da mezhepler arasında görüş ayrılıkları

bazı durumlarda, mezhepler arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Aşağıda, bu görüş ayrılıklarından hareket edilerek, özgür Müslüman kadının ceza hukuku açısından durumu ele alınacaktır.

1-Kıyas ve Diyete Tâbi Suçlar

a-Kıyas

Bakara(2):178'de "...öldürülenler hakkında size kıyas yazıldı. Özgüre karşı özgür, köleye karşı köle ve dişiyeye karşı dişi..." hükmü yer almaktadır. Bakara(2):178'in yorumunda bazı ihtilaflar ortaya çıkmıştır ve buna bağlı olarak cana karşı kıyasta kadını erkeğe denk görmeyen görüşler de bulunmaktadır,⁴ fakat çoğunluğun görüşü, kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın kıyasın uygulanması yönündedir.⁵ Dört sünni hukuk mezhebi de, Bakara 178'deki, "...hür ile hür..." ibaresi ile "Müslümanların canları birbirine denktir" hadisine dayanarak cana karşı kıyasta kadın-erkek ayrımı yapmamıştır.⁶

Karı-koca arasındaki cana karşı kıyas konusunda ise evlilik akdinin, kocanın, karısı üzerinde bir tür mülkiyet hakkı doğurduğu ve bu nedenle karısını öldüren erkeğe kıyas uygulanamayacağı⁷ şeklinde görüşler bulunmakla birlikte dört mezhep de, kıyas konusunda karı ve kocayı eşit görmektedirler.⁸

Konuya kıyası isteme hakkına sahip olanlar açısından bakıldığında, mezhepler arasında görüş farklılıklarının bulunduğu görülmektedir. İmam Malik'e göre, bu hakka sahip olanlar, kural olarak maktulün erkek tarafından erkek hısımları yani asabeden olan kişilerdir. Çünkü, bunlar mağdurun en yakın akrabalarıdır, mağdur bir cinayet işlese idi diyetini bu kişiler ödeyecekti ve fail kıyas edilmediği takdirde, bundan rahatsız olacaklar da yine mağdurun bu akrabalarıdır.⁹ Kadınlar ancak mirasçılıkla ilgili bazı koşulların bulunması durumunda bu hakka sahip olabilir. Buna göre, yanında kendisiyle aynı durumda olan bir erkek bulunduğu asabeden sayılan kadınlar kıyas isteme hakkına sahiptir. Örneğin, anne-baba bir kız kardeş, yalnızken de (yanında anne-baba bir erkek kardeşi olmasa da),

bulunmaktadır. Bkz., Cin-Akyılmaz, s. 206-208; Aydın, s. 169-170.

³ Hz. Muhammed'in, hırsızlık yapan bir kadın için kendisinden ricada bulunulması üzerine, İslamiyette eşitlik ilkesini vurgulayarak, bu suçun cezasının herkes için el kesme olduğunu ifade ettiği hususunda bkz., Ebu Zehra, C.I, s. 301; C.II, s. 273; Mehmet Akman, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s. 22.

⁴ Bu görüşler için bkz., Ebu Zehra, C.II, s. 323-324; Ayrıca bkz., Udeh, C.III, (Çev: Ali Şafak), 1991, s. 118; Ali Şafak, Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum 1977, s. 76.

⁵ Ebu Zehra, C.II, s. 323, Şafak, s. 76.

⁶ Udeh, C.III, s. 119.

⁷ İleten, Ebu Zehra, C.II, s. 323 ve Udeh, C.III, s. 117.

⁸ Udeh, C.III, s. 117. Şafak, s. 77.

⁹ Ebu Zehra, C.II, s. 467-468.

maktulün baba bir erkek kardeşinden öncelikli olarak kısas isteyebilir. Benzer şekilde baba bir kız kardeş, anne-baba bir erkek kardeşin oğlundan, mağdurun kızı da mağdurun oğlundan önce kısas isteyebilir.¹⁰

Diğer üç mezhebin (Hanefi, Şafii, Hanbeli) kurucularına göre ise, kısas isteme hakkına sahip olanlar, maktulün kadın-erkek tüm mirasçılardır.¹¹

Osmanlı uygulamasına bakıldığında, 16 Zilhicce 1160/1747 tarihli bir şer'îye sicilinde, bir adam öldürme olayında, maktulün karısının, maktulün mirasçısı olarak kısas talebinde bulunduğu ve mahkemenin, "kadının talebi ve maktulün kardeşlerinin veli olarak istemeleri" üzerine katile ölüm cezası verdiği görülmektedir.¹² 21 Şevval 938/1531 tarihli bir başka sicilde ise, Emine adlı şahsın, babasının kani hususunda cinayeti af ve davayı terk etme konusunda eşini vekil olarak tayin ettiği görülmektedir.¹³

Gaziantep Şer'îye Mahkemesi'ne ait 19 Cemaziyelahir 1221/1806 tarihli bir sicilde de, oğlu, üvey babası tarafından öldürülen bir kadının kısas talebi üzerine, kocanın suçu sabit görülerek kısas hükmünün yerine getirildiği kaydedilmiştir.¹⁴

Candan aşağısı için kısas açısından bakıldığında, mezhepler arasında cana karşı kısastaki gibi bir görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. İmam Malik, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre, organlar açısından kadın ile erkek arasında fark gözetilemez. Gerekçeleri, kısasa ilişkin nassların canda ve organda kısası ifade ettiği; "O kitapta onlar üzerinde şöyle yazmıştık: Cana can, göze göz, burna burun, kulağa kulak, dişe diş... Yaralamalar karşılığında da kısas..." hükmünün yer aldığı Maide (5):45 ve organlardan elde edilen faydanın birbirine eşit olduğu şeklindedir.¹⁵ Ebu Hanife ve üç öğrencisinin de içinde bulunduğu diğer görüşe göre ise, organlara verilen zarar açısından kadın ile erkek arasında kısas kabul edilemez. Kadına zarar veren erkek diyete tâbi tutulur ve ta'zirle cezalandırılır. Zarar veren kadın ise, erkek, kadının aynı şekilde cezalandırılmasını veya diyetini isteyebilir. Gerekçeleri, organlarda kısası düzenleyen bir nass olmaması, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması, organlardan elde edilen faydanın aynı olmamasıdır.¹⁶

¹⁰ Ebu Zehra, C.II, s. 466-467. Ayrıca bkz., Udeh, C.III, s. 136-137; Şafak, s. 78; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye KAMUSU, C.III, s. 97.

¹¹ Udeh, C.III, s. 136; Şafak; s. 78.

¹² Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı İlim Heyeti, Şer'îye Sicilleri, C.II, İstanbul 1989, s. 110-112.

¹³ Şer'îye Sicilleri, s. 117.

¹⁴ Cemil Cahit Güzelbey-Hulûsi Yetkin, Gaziantep Şer'î Mahkeme Sicillerinden Örnekler, Gaziantep, 1970, s.105.

¹⁵ Bkz., Ebu Zehra, C.II, s. 324-325.

¹⁶ Ebu Zehra, C.II, s. 324-326, 356-357. Bu konuda ayrıca bkz., Udeh, C.III, s. 203; Şafak, s. 90.

Osmanlı Devleti'nde de, Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin bir fetvasında, “ Er ile avret beyninde, mâdûn nefiste kısas var mıdır?” sorusuna “yoktur” şeklinde cevap verilmiştir.¹⁷

Fatih ve Kanuni Kanunnamelerinde,¹⁸ adam öldürme suçlarında ve göz ve diş çıkarma şeklindeki müessir fiillerde, kısas uygulanamadığı durumlarda ve diğer bazı yaralama suçlarında ödenecek para cezasının tespitinde, kadın-erkek ayrımı yapılmamış, sadece suçlunun maddi durumuna göre ayırım yapılmıştır.

1840, 1851 ve 1858 tarihli Ceza Kanunlarında da, adam öldürme ve yaralama suçlarının cezası esas olarak cinsiyet ayrımı dikkate alınmaksızın tespit edilmiştir.¹⁹ Ancak, örneğin 1851 tarihli Ceza Kanunu'nun Birinci Faslının, adam öldürmeye azmettirenin, failin ve yardım edenin cezalarını gösteren 14. maddesinde, yardım eden için bir yıldan üç yıla kadar kürek ve pranga cezası verileceği belirtilmişken, 15. maddede, bir katil eyleminde kadının yardım eden olması durumunda, kadınlara mahsus hapisanede ıslah-ı nefis edinceye kadar hapsedileceği hükme bağlanmıştır.²⁰

43. maddesinde, “mücâzât-ı kanuniyede nisânın zükurdan farkı yoktur. Ancak bazı cezaların suver-i icraiyesinde onların hususiyet hallerine riayet olunmak lazım gelir” hükmü bulunan 1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 18. maddesinde, idam cezasına çarptırılan kadınların hamile olmaları durumunda infazın doğum sonrasına bırakılacağı hükme bağlanmıştır.²¹ Bu düzenleme, 1858 tarihli Kanunun cezaların şahsiliği ilkesini benimsemiş olduğunu da göstermektedir. Ancak aynı Kanunun sonradan ilga edilen 72 ve 73. maddelerinde,²² bu ilkenin dışına çıkan bir başka hükme yer verilmiştir. Buna göre, bir kadın rüşvet suçu işlediğinde bu durumdan haberdar olan ve rıza gösteren koca da cezalandırılacaktır.²³

¹⁷ Bkz., Mehmet Ertuğrul Düzdağ, Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1972, s. 153.

¹⁸ Bkz., Ahmet Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 1. Kitap, Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri, İstanbul 1990, s. 348-350; 4. Kitap, Kanuni Devri Kanunnameleri, İstanbul 1992, s. 299-300; Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III”, AÜHFDC, IV, 1947, s. 53, 56. Ayrıca bkz., Mustafa Avcı, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, s. 99.

¹⁹ Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, s.809 vd.

²⁰ Akgündüz, (1986), s. 824.

²¹ Akgündüz, (1986), s. 837.

²² 6 Cemaziyelâhir 1329 (1911) tarihli değişiklikler için bkz., Düstur, 2.Tertip, C.3, s. 436 vd.

²³ Akgündüz, (1986), s. 845-846 ; Gül Akyılmaz, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000, s. 68; Gül Akyılmaz, Osmanlı Devleti'nde Eşitlik Kavramının Gelişimi, (Yayımlanmamış Profesörlük Çalışması), Konya 2000, s. 175.

b-Diyet

İslam hukukçularının çoğunluğu, “kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır” hadisine dayanarak ve bu konuda icma bulunduğunu belirterek, kadının diyetinin, erkeğin diyetinin yarısı olduğunu belirtmektedir. İki cinsin diyetinin farklı olduğu görüşüne dayanak olarak, cinsler arasında mirasta, tanıklıkta ve kaybedilen menfaatte gözetilen farklılık ve -bazı hukukçular tarafından ileri sürülen- erkeğin kadına karşılık kısasa tâbi tutulmaması gerektiği anlayışı gösterilmektedir.²⁴ Bazı hukukçular ise yine Peygamberin, “mümin kadınların diyeti yüz devedir” şeklindeki sözüne ve kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın hata ile adam öldürme sonucu diyeti öngören Nisa(4):92²⁵,’ye dayanarak her iki cinsin diyetinin eşit olduğunu belirtmektedirler.²⁶

Diyet konusuna müessir fiiller açısından bakıldığında ise, Ebu Hanife ve İmam Şafii’ye göre yaralamalarda kadının diyetinin, erkeğin diyetinin yarısı kadar olduğu görülmektedir. İmam Malik ve Ahmet b. Hanbel ise yaralamalarda, tam diyetin üçte birine kadar olan miktarda kadın ve erkeğin diyeti arasında herhangi bir fark görmemektedirler. Tam diyetin üçte birini aşan durumlarda ise kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı kadar olduğunu kabul etmektedirler.²⁷

Osmanlı uygulamasına bakıldığında, kadına erkeğin diyetinin yarısının ödendiğini gösteren örneklerin bulunduğu görülmektedir.²⁸

c- Kasame

Kasame, faili meçhul bir adam öldürme olayında, maktulün yakınlarının dava açmasıyla veya böyle bir yakını bulunmaması durumunda resen yapılacak tahkikat sonucunda yemin yöntemi ile ölenin diyetinin, cesedin bulunduğu yere göre, yöre halkına veya mülk sahibine (ya da o mülkte oturan kişiye) ödettirilmesidir.²⁹

Ebu Hanife’ye göre, kasame failin meçhul olması durumunda söz konusu olup, öncelikle maktulün bulunduğu yöre halkının yemin etmesi esasına dayanır ve erkeklerle yapılmalıdır. Maktul başkasının mülkünde

²⁴ H. İbrahim Acar, “Diyet Açısından Kadın-Erkek Ayrımı Problemi”, Türkiye Günlüğü 51/Yaz 1998, s.148-149.

²⁵ “Bir mü’mine, -hata sonucu olması dışında- başka bir mü’mini öldürmesi yakışmaz. Kim bir mü’mini “hata sonucu” öldürürse, mü’min bir köleyi özgürlüğüne kavuşturması ve ailesine teslim edilecek bir diyeti vermesi gerekir...”

²⁶ Bkz., Acar, s. 149. Kadın ile erkeğin diyetinin eşit olduğunu savunan Ebu Zehra’nın bu yöndeki görüşleri için bkz., C.II, s.531-533.

²⁷ Udeh, C.III, s. 266. Acar, s. 157.

²⁸ Bkz., Akyılmaz, Osmanlı Devleti’nde..., s.173, dipnot: 493.

²⁹ Bir kimse başkasının özel mülkünde misafirken öldürülürse Ebu Hanife’ye göre, diyet mülk sahibinden, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf’a göre ise, mülkte ikamet edenden alınır. Avcı, s. 81-82.

bulunmuşsa kadınlar kasameye dahil edilmez, çünkü kadınlar yaşadıkları bölgenin emniyetini sağlayacak tedbirler almakla yükümlü değildir, ayrıca kasamenin sebebi yardımlaşmadır ve kadınlar yardım edecek kişilerden sayılmazlar. Fakat maktul, bir kadının oturduğu evde veya ona ait bir taşınmazda bulunmuşsa kadının yemini gerekir. İmam Malik, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise, kasame, katil belli fakat aleyhinde cürmü ispatlayıcı yeterli deliller bulunmadığı takdirde söz konusu olmaktadır. Fail meçhulse kasame yapılamaz ve kasame, maktulün velilerinden elli kişinin yemini esasına dayanmaktadır. İmam Şafii, kadın-erkek ayrımı yapmaksızın bütün mirasçıların miras payları oranında yemin etmelerini kabul etmiştir. İmam Malik'e göre, hatalı katilde tüm mirasçılar (kadınlar da) payları oranında, kasıtlı katilde ise sadece asabeden olan erkekler yemin eder. Hanbeli mezhebinde ise biri, erkek mirasçılarının yemin edeceğine dair, diğeri ise asabeden olan erkeklerin yemin edeceği şeklinde iki görüş bulunmaktadır.³⁰

2-Had

Zina suçunu işleyen kişi, kadın ya da erkek ayrımı yapılmaksızın bekârsa dayak³¹ ve sürgün,³² evliyse recm³³ (taşlayarak öldürme) ile cezalandırılır. Hanefilere göre, sürgün had değil ta'zirdir ve devlet başkanı isterse buna karar verebilir. İmam Malik ise, sürgün cezası açısından kadın ile erkeği ayırmış ve kadının islahına değil onun kötü yola sapmasına yol açacağı, yanında mutlaka mahrem bir erkeğin bulunması gerektiği, bunun ise o erkeği de cezalandırmak anlamına geldiği gerekçesiyle bu cezanın sadece erkeklere verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁴

Zina açısından değinilmesi gereken bir diğer husus, Nisa Suresi'nin 15 ve 16. ayetleridir.³⁵ Bu iki ayetin, Nur(24):2 ile neshedildiğini iddia eden hukukçular olduğu gibi, aksi görüşte olanlar da bulunmaktadır.³⁶ Nisa(4):15'te zina suçu işleyen kadın için ev hapsi cezası öngörülmektedir.³⁷ 16. ayette bulunan eziyet cezasının ise hem erkek, hem de kadın için

³⁰ Udeh,C.III, s. 309-315; Şafak, s.123-124, Bilmen,C.III, s. 177 -191. Ebu Zehra, C.II, s. 512 vd.

³¹ Nur(24):2: "Zina eden kadın ve zina eden erkeğin her birine yüzer değnek vurun..."

³² Hadisler için bkz., Ebu Zehra, C.II, s. 92; Udeh, C.II, s. 215, C.IV, (Çev:Ali Şafak), s. 49.

³³ Hadisler için bkz., Ebu Zehra, C.II, s. 92; Udeh, C.IV, s. 46-48.

³⁴ Udeh, C.IV, s. 49-50; Ebu Zehra, C.II, s. 92; Şafak, s. 145.

³⁵ Nisa(4):15: "Kadınlarınızdan fuhuş yapanların aleyhinde olmak üzere içinizden dört şahit tutun. Eğer şahadet ederlerse, onları, ölüm alıp götürünceye veya Allah onlara bir yol kılınca kadar evlerde alıkoyun." Nisa (4):16: " Sizlerden fuhuş yapanların her ikisine eziyet edin. Eğer tevbe ederler de islah olurlarsa artık onlardan vazgeçin. Şüphesiz Allah, tevbeleri kabul edendir, esirgeyendir."

³⁶ Geniş bilgi için bkz., Yusuf Ziya Keskin, Recm Cezası -Âyet ve Hadis Tahlilleri-", İstanbul 2001, s. 54-56; Ebu Zehra, C.II, s. 90-91.

³⁷ Buradaki neshi kabul etmeyen Ebu Zehra, bu cezanın sopa cezası yanında kadınlar için getirilmiş bir ceza olduğunu ifade etmektedir.Bkz., C.II, s. 90-91.

getirildiği ifade edilmektedir.³⁸ 15. ayetteki eylemin lezbiyen ilişki, 16. ayetteki eylemin ise livata olduğu yolunda görüşler de bulunmaktadır.³⁹

Bu husus dışında, zina açısından kadın ile erkek arasında sadece infazın şekline ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, recm cezasının infazında, Ebu Hanife'ye göre mutlaka, Şafiilere ve bazı Hanbelilere göre ise, suçun ikrarla sabit olmadığı durumlarda çukur kazılır ve kadın göğüslerine kadar gömülür.⁴⁰ Bununla bir anlamda örtünmenin sağlanması hedeflenir. Hanbelilerin bir kısmı ve Malikilere göre, kadın için de çukur kazılmasına gerek yoktur. Çukur kazılmayan durumlarda kadının üstü açılmasını diye elbisesi sıkıca üzerine sarılır.⁴¹

Sopa cezası açısından da görüş farklılıkları bulunmaktadır. İmam Malik'e göre, bu ceza, kişi oturtularak verilirken, Ebu Hanife, Şafii ve Ahmed bin Hanbel'e göre, erkek ayakta, kadın ise daha iyi korunacağından oturtularak kırbaçlanır.⁴²

Hamile kadına, doğum yapıncaya kadar had uygulanmayacağı konusunda İslam hukukçuları hemfikirdir.⁴³ Bu, İslam ceza hukukunda cezaların kişiselleştirildiğini göstermektedir.⁴⁴ Böylelikle kadının cezası, onun eyleminden sorumlu olmayan cenine sirayet ettirilmemektedir. Yine aynı gerekçeyle kadına, emzirecek başka kimse bulunmadığı takdirde çocuğunu emzirme hakkı da verilmiştir.⁴⁵ Osmanlı Devleti'nde de, "Hamile olan evli Hind'in zina ettiği şer'i olarak kanıtlanmış olup recm lazım olduktan sonra Hind çocuğu doğurup, doğurduğu çocuğun başka mürebbiyesi olsa Hind'in recmi bir ya da iki sene Te'hir olunmak lazım olur mu? El-Cevap: Olmaz!"⁴⁶ şeklindeki fetva örneğinde, çocuğa bakacak başka biri olduğundan cezanın ertelenemeyeceği ifade edilmiştir.

Fatih ve Kanuni Kanunnamelerinde bulunan zinaya ilişkin hükümlerde, kadın-erkek ayrımı yapılmadığı görülmektedir. Evliler ve bekârlar için mali durumlarına uygun farklı miktarlarda ta'zir cezaları öngörülmüştür ve zina yapan kadın, zengin, orta halli ya da yoksul oluşuna göre, aynı durumdaki bir erkeğin ödemesi gereken bedeli ödeyecektir.⁴⁷

³⁸ Keskin, s.54, 58-59.

³⁹ Keskin, s.51, 58-59; Avcı, s.165, dipnot: 763.

⁴⁰ Udeh, C.IV,s.109. Zinada sanığın ikrarı suçun işlendiğine delil teşkil etmektedir ve infaz esnasında dahi samk kaçmak suretiyle ikrardan rücu etmiş sayılır. Udeh, C.IV,s. 103.

⁴¹ Udeh, C.IV,s.109.

⁴² Udeh, C.IV,s.112; Ayrıca bkz., Bilmen, C. III, s. 236.

⁴³ Udeh, C.IV,s.113; Ayrıca bkz., Bilmen, C.III, s. 237.

⁴⁴ Cezaların şahsiliği ilkesinin İslam hukukundaki iki istisnası, âkilelik ve kasamedir.

⁴⁵ Udeh, C.IV, s.114.

⁴⁶ Gökçen Art, Şeyhülislam Fetvalarında Kadın ve Cinsellik, İstanbul 1996, s. 155.

⁴⁷ Bkz., Akgündüz, 1, s. 347-348; 4, s. 296; Üçok, s. 52,53, 55. Fatih ve Kanuni Kanunnamelerinde, pezevenlik yapan kadına ta'zir cezası verilip, ağaç başına bir akçe

Osmanlı Devleti'nde recm cezası uygulamasının bilinen bir örneği 1680'de gerçekleşmiştir. Evli Müslüman bir kadının Yahudi bir erkekle yakalanması sonucunda kadın Sultanahmet Meydanı'nda recmedilmiştir.⁴⁸ Zina dolayısıyla verilen bir başka ölüm cezası ise, bir Ermeni ile birlikte olan Müslüman bir kadının, Lale Devri'nde gizlice boğdurularak cesedinin denize atılması olayıdır.⁴⁹

Zina suçu işleyen evli kadının cezasının recm olduğunu gösteren fetva örnekleri de bulunmaktadır. Örneğin “ İtaatkâr evli Hind kendini Zeyd'e verse, Zeyd dahi Hind'e zina eylese Hind'e ne lazım olur? El-Cevap: Recm!”⁵⁰ şeklindeki bu fetva örneğinde, evli kadına verilecek ceza sorulmuş ve cevaplandırılmıştır. Kadının ortağına ilişkin bir açıklık ise bulunmamaktadır. Benzer şekilde Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin “ Bir tâife, karye karye gezip avretlerine ve kızlarına ve cariyelerine zina ettirmeye âdet edinseler, şer'an ne lazım olur? El-Cevap: Cumhûru ile fevkal-had darb-i şedidden sonra salâhları zâhir oluncaya dek zindandan çıkarılmayıp, zinası sâbit olan avretler cemî'an recm olunmak lazımdır.” şeklindeki bir fetvasında da, zinası sabit olan evli kadınların recmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵¹

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 201. maddesine 1860 yılında yapılan ekle, kocası veya kocası yoksa velisi tarafından hakkında zina davası açılan bir kadına üç ay ilâ iki yıl arasında hapis cezası verileceği, kadının ortağının da üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ve bunun yanı sıra para cezasına çarptırılacağı hükme bağlanmıştır. Erkek ise karısıyla oturduğu evde başka bir kadınla birlikte olmayı huy edinmişse, karısının şikâyeti üzerine suçlu işlediği sabit olursa para cezasına çarptırılacaktır.⁵² Bu maddede, 1911'de

cerime alınacağı hükme bağlanmışken, Kanuni Kanunnamesi'nin bir başka hükmünde, pezevenklik yapan için alnın dağlanması cezası öngörülmüştür. Kanuni Kanunnamesi, bu suçlu kadın için de ayrıca düzenlediğine göre, burada alnın dağlanması cezasının muhatabı, açıkça belirtilmemekle birlikte erkek olmak gerekir. Bkz., Üçok, s. 52, 55, 58 ve 60 ve 62. Maddedeki “ağaç” sözcüğü, İslam hukukunda “celde” olarak ifade edilen dayaktır. Bkz., Avcı, s. 202, dipnot: 1012. Zina iftirası suçunun işlenmesi durumunda da, Fatih ve Kanuni Kanunnamelerinde, erkek için de kadın için de aynı ceza öngörülmüştür. Kanunnamelere göre, bir kadın veya kız, bir erkeğin kendisine tecavüz ettiğini iddia ettiğinde, erkek inkâr edip yemin ederse ceza görmeyecek, kadın veya kız ise ta'zirle cezalandırılıp iki ağaca bir akçe ceza alacaktır. Bir erkek, bir kadınla birlikte olduğunu iddia ettiğinde, kadın inkâr edip yemin ederse erkek de aynı şekilde cezalandırılacaktır. Akgündüz, 1, s. 348, 4, s. 298; Üçok, s. 53, 56.

⁴⁸ Silahdar Fındıklılı Mehmed Ağa, Silahdar Tarihi, C.I, İstanbul 1928, s.731-732. Murat Bardakçı, Osmanlı'da Seks, İstanbul 2005, s. 234-235; Avcı, s. 200-201.

⁴⁹ Bardakçı, s. 235.

⁵⁰ Art, s.155.

⁵¹ Düzdağ, s.159.

⁵² Bkz., Ahmet Akgündüz, (1986), s. 865-866.

yapılan değişiklikte ise, karısıyla oturduğu evde başka bir kadınla zina yapan koca için para cezasının yanı sıra üç aydan iki yıla kadar hapis cezası da öngörülmüştür.⁵³

Hırsızlık suçunun cezası, Maide (5):38'e göre ellerin kesilmesidir. Âyette kadın- erkek ayrımı yapılmamış, bilakis açıkça "...hırsız erkek ve hırsız kadın ..." ifadesine yer verilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde de, gerek kanunnamelerde, gerek ceza kanunlarında hırsızlık suçu için getirilen cezalarda cinsiyet ayrımı yapılmamıştır.⁵⁴

Yol kesme suçuna (hıra) ilişkin ayette de (Maide(5):33) cinsiyet ayrımı söz konusu değildir. Çoğunluğun görüşü de bu doğrultudadır. Hanefi mezhebine atfedilen ve biri kadının hıra dolayısıyla cezalandırılmayacağı, diğeri ise bu konuda kadın-erkek ayrımı yapılmayacağı, hadlerde temel ölçütün sorumluluk olduğu ve bu açıdan kadın ile erkek arasında fark bulunmadığı şeklinde iki görüş bulunmaktadır.⁵⁵ Hanefilerin bir kısmına göre, kadın bu suçu kendisi idare ediyorsa, kadınla birlikte bu suçu işleyenlere de had cezası verilmez. Ebu Yusuf ise, kadınla birlikte suç işleyen erkeklerin had ile cezalandırılacağını ifade etmiştir.⁵⁶

Dinden çıkma suçunun (ridde) asli cezasının ölüm olduğu hususunda, Hz. Muhammed'in hadisleri doğrultusunda⁵⁷ fakihler ortak görüşe sahiptir. Ancak, Ebu Hanife, ridde suçunu işleyen kadına ölüm cezası verilmemesi, İslama dönmesi için zorlanması, yeniden Müslüman olana kadar, olmuyorsa ölene kadar hapsedilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁸ Bu görüşün dayandığı delil, Peygamberin cihadda kadınların öldürülmesini yasaklaması ve kadının dinden çıkmakla vereceği zararın hapsedilmek suretiyle önlenilebileceği düşüncesidir.⁵⁹

3-Tanıklık ve Kadılık

Tanıklık ve kadılık konuları usul hukukuna girmekle birlikte, İslam ceza hukukunda kadın konusu incelenirken, bu hukuk sisteminin, ceza davalarında kadının tanıklığı ve kadılığı meselelerine nasıl yaklaştığına da değinmek gerekir.

⁵³ Düstur, 2.Tertip, C.3, s. 452-453.

⁵⁴ Akgündüz, 1, s. 349; 4, s. 301; Akgündüz, (1986), s. 809 vd.

⁵⁵ Ebu Zehra, C.II, s.144-145; Bilmen,C.III, s. 314; Şafak, s. 171; Udeh,C.IV, s. 292.

⁵⁶ Udeh,C.IV, s. 292; Bilmen, C.III, s. 314-315.

⁵⁷ "Dinini değiştireni öldürünüz."; "Bir Müslümanın kanı şu üç sebep olmadıkça helâl değildir; evli olan zinakâr, cana can ve İslam toplumundan ayrılarak dinini terk eden kimse." Bkz., Ebu Zehra, C.II, s.167.

⁵⁸ Ebu Zehra, C.II, s.168; Udeh, C.IV, s. 370; Bilmen, C.III, s. 480; Şafak, s. 190. Ayrıca bkz., Avcı, s. 365-366.

⁵⁹ Ebu Zehra, C.II, s.168. Ayrıca bkz., Şafak, s.190.

Bakara (2):282'de, borç ilişkileri açısından iki erkeğin, iki erkek bulunamıyorsa bir erkek ve biri unuttuğunda diğeri ona hatırlatacak iki kadının tanıklığı öngörülmektedir.

Ceza hukuku alanında ise durum daha farklıdır. Had ve kısas davalarında tanıkların erkek olması aranmaktadır. Cezaları ağır olan bu suçlarda yanılmanın ve unutmamanın yol açabileceği telâfi edilemeyen sonuçlardan kaçınmak için kadınların bu tür davalarda tanıklığı kabul edilmemiştir.⁶⁰

Sadece kadınların bulunduğu bir ortamdaki öldürme olayında kadınların tanıklığı mümkün olmakla birlikte, sanığa kısas cezası verilemeyeceği, diyete hükmedileceği kabul edilmektedir.⁶¹ Ebu Hanife, bu tür ceza davalarında kadınların tanıklık yapamayacağını belirtmiştir. Ahmet bin Hanbel ise sadece kadınların bulunduğu yerlerdeki yaralama olaylarında, güvenilir kadınların tanıklığının kabul edileceğini belirtmiştir.⁶²

Had suçları açısından da durum aynıdır. Zina suçunun ispatında dört, içki içme suçunun ispatında iki erkeğin tanıklığı aranmaktadır. Hırsızlık suçunun ispatında da iki erkek tanık aranır. Bir erkek ve iki kadının, bu tür bir davada tanıklık yapması durumunda sanığa hırsızlığın haddi olan cezanın (el kesme cezası) verilmeyeceği, malın tazminine hükmedileceği kabul edilmiştir.⁶³

Yol kesme suçunda da, bir erkek ve bir kadın tanık bulunması durumunda, tanık sayısı eksik olacağından kişinin ta'zir ile cezalandırılacağı ifade edilmektedir.⁶⁴

Kadı olabilmek için aranan şartlar arasında, tüm hukukçular hemfikir olmamakla birlikte erkek olmak da bulunmaktadır. Ebu Hanife'ye göre, kadın tanıklık yapabildiği durumlarda kadılık da yapabilir.⁶⁵ Kasani de, kadının, tanıklığının kabul edilmediği kısas ve had suçlarına ilişkin davalarda kadılık da yapamayacağını belirtmiştir.⁶⁶ Taberi ise, sınırlama yapmaksızın, gerek hukuk gerek ceza davalarında kadınların kadılık yapabileceği görüşündedir.⁶⁷

⁶⁰ Abdülaziz Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s.158.

⁶¹ Bayındır, s.165-166.

⁶² Fahreddin Atar, İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Ankara, s.196.

⁶³ Bayındır, s.164. İki tanıktan biri kadın olduğu takdirde sanığa el kesme cezası verilemeyeceği hususunda bkz., Udeh, C.IV, s. 263.

⁶⁴ Bkz., Udeh, C.IV, s. 296.

⁶⁵ M. Faruk En-Nebhan, İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, (Çev: Servet Armağan), İstanbul 1980, s. 564; Atar, s. 98.

⁶⁶ En-Nebhan, s. 565; Ayrıca bkz., Akman, s. 41, dipnot: 39.

⁶⁷ En-Nebhan, s. 565; Atar, s. 98.

KAYNAKÇA

- Acar, H. İbrahim; “Diyet Açısından Kadın-Erkek Ayrımı Problemi”, Türkiye Günlüğü 51/Yaz 1998,s.145-160.
- Akgündüz, Ahmet; Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri,1.Kitap, Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri, İstanbul 1990; 4.Kitap, Kanuni Devri Kanunnameleri, İstanbul 1992.
- Akgündüz, Ahmet; Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986 .
- Akman, Mehmet; Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.
- Akyılmaz,Gül; İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000.
- Akyılmaz,Gül; Osmanlı Devleti’nde Eşitlik Kavramının Gelişimi, (Yayımlanmamış Profesörlük Çalışması), Konya 2000.
- Art,Gökçen; Şeyhülislam Fetvalarında Kadın ve Cinsellik, İstanbul 1996.
- Atar,Fahreddin; İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Ankara.
- Avcı,Mustafa; Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Aydın,M. Âkif; Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999.
- Bardakçı, Murat; Osmanlı’da Seks, İstanbul 2005.
- Bayındır, Abdülaziz; İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986.
- Bilmen, Ömer Nasuhi;Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye KAMUSU, C.III.
- Cin,Halil-Ahmet Akgündüz; Türk-İslam Hukuk Tarihi, C.I, İstanbul 1990.
- Cin,Halil-Gül Akyılmaz;Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.
- Düzdağ, Mehmet; Ertuğrul,Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1972.
- Ebu Zehra, Muhammed; İslam Hukukunda Suç ve Ceza, (Çev:İbrahim Tüfekçi),İstanbul 1994.
- Güzelbey Cemil Cahit -Hulûsi Yetkin; Gaziantep Şer’i Mahkeme Sicillerinden Örnekler, Gaziantep, 1970.
- Keskin, Yusuf Ziya ;Recm Cezası -Âyet ve Hadis Tahlilleri-”, İstanbul 2001.

- en-Nebhan, M. Faruk; İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, (Çev: Servet Armağan), İstanbul 1980.
- Silahdar Fındıklılı Mehmed Ağa; Silahdar Tarihi, C.I, İstanbul 1928.
- Şafak, Ali ;Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum 1977.
- Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı İlim Heyeti; Şer'îye Sicilleri, C.II, İstanbul 1989.
- Udeh, Abdülkadir; Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, C.I, (Çev: Ruhi Özcan-Ali Şafak), Ankara 1990;C.II,(Çev: Ali Şafak);C.III,(Çev: Ali Şafak),1991;C.IV, (Çev:Ali Şafak)
- Üçok,Coşkun;“Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, III”, AÜHFD,C. IV, 1947,s.48-73.
- Üçok,Coşkun-Ahmet Mumcu-Gülnehal Bozkurt; Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2006.