

İSLAM CEZA HUKUKUNDA KISAS VE DİYET CEZALARINDA KADIN-ERKEK AYRIMI ÜZERİNE FİKHÎ BİR ANALİZ

Mehmet Ali AYTEKİN, Çankırı Karatekin Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi
maliaytekin@hotmail.com

ORCID ID: 0000-0002-0318-7515

ATIF: Aytekin, Mehmet, Ali, İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fikhî Bir Analiz, CİLT: 14, SAYI: 28, 2021/2, ss.310-327

Öz

İslam hukuku; kaynağının ilâhî olması, kendine özgü yapısı ve özellikleri ile diğer hukuk sistemlerinden farklıdır. Bu farklılığın en bariz olduğu alanların başında ceza hukuku gelir. Ceza hukukunun temel hedefi sosyal düzenin tesis edilmesidir. Zira her suçun neticesinde ya hukukî bir yarar ya da hukukî bir norm ihmal edilir. Hukuki bir yararı veya normu ihlal ve ihmal eden davranışların cezalandırılmaması, toplumdaki sosyal düzenin bozulmasına neden olur. Bu nedenle bütün hukuk sistemlerinde cezaî müeyyideler yer alır. İnsanın hem dünyada hem de ahirette huzur ve saadeti hedefleyen, bunun için hayatın her alanını şekillendiren İslam hukuku da bu müeyyidelerden hâli değildir. İslam hukukunda bu cezaların tatbikinde eşitlik ilkesi hâkimdir. Buna rağmen özellikle kısas ve diyet cezalarında bazı hallerde kadın ve erkek unsurunun dikkate alındığı, bu durumun zaman zaman tartışmaya konu edildiği görülmektedir. Günümüzde de bu tür tartışmalar hayatini devam ettirmektedir. Bu nedenle makalede kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması meselesi ile kadın ve erkeğin el gibi bazı organlarının birbirine eşit olmadığı söyleminden hareketle aralarında kısasın uygulanmayıp diyete gidilmesi problemi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, İslam Ceza Hukuku, Ceza, Kısas, Diyet, Kadın, Erkek.

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Received: 04 Mayıs / May 2021

Kabul Tarihi / Accepted: 05 Temmuz / July 2021

Yayın Tarihi / Published: 31 Temmuz / July 2021

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Temmuz-Aralık / December

Cilt / Volume: 14 **Sayı / Issue:** 28 **Sez. / Pub Date:** Temmuz-Aralık, 2021/2 **Sayfa / Pages:** 310-327 **İntihal / Plagiarism:** Bu makale, intihal.net programıyla tarandıktan sonra, iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi. / This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

An Analyze of Discrimination Between Man and Woman During the Process of Execution of Retaliation and Diet Penalty in Islamic law

Abstract

Islamic law differs from the other types of laws for it takes its legitimacy from divine authority and also has some special features which make it different from others. One of these differences is can be recognized when the Islamic penal codes are reminded. Generally, penal law aims to provide social order. That is why penal law is significant as any kind of crime that occurs in society means neglection of principles of law or damaging legal interest. Thus it is necessary to order and apply punishment for any behaviors that disrupt the social order. Otherwise, the social order may be broken. Thanks to the penal sanctions that consist of a significant part of all law systems and these laws enable to preserve social order. Islamic law system like the other juridical systems has its own sanctions targeting the happiness of individuals in this world and afterlife. It is known that in the Islamic law system the idea or rule of the equivalency for men and women is practiced. However, during the implementation of some punishment such as retaliation ve diet i.e blood money penalty, the inequality practices for females and males are said to occur so this situation becomes one of the discussion matters in between different fıqh traditions and between Islamic scholars. Even at our present, these kinds of discussions occur. Thus this article examines why the diet penalty of a woman is just equivalent to half of the man's diet. Also, it is not neglected to sophisticate the idea claiming that as anatomical structure of male and female are different, whether some parts of the body such as hands and some other organs refers to the superiority of males over females or not nad whether this idea damages the equality situation between men and women.

Keywords: Fıqh, Islamic Penal Law, Punishment, Retaliation, Diet, Woman, Man.

GİRİŞ

Fıkıh, modern tabirle İslam hukuku ilahî menşeli olması, kendine özgü yapısı, özellikleri ve kuralları ile diğer hukuk sistemlerinden farklılık arz eder. Bu farklılığın en bariz şekilde görüldüğü alanların başında da ceza hukuku gelir.

Farklı biçimlerde tarif edilmekle birlikte genel olarak, “devletin, işlenmesini yasak ettiği hususları işleyenlere veya yapılmasını emrettiği hususları yapmayanlara tatbik edeceği cezaî müeyyideleri tanzim eden hukuk” şeklinde tarif edilen (Karaman, 2006, s. 1/23) ceza hukukunun temel hedefi sosyal düzenin tesis ve temin edilmesidir. Zira her suçun neticesinde ya hukukî bir yararın ihlali ya da hukukî bir normun ihmali söz konusudur (Çiftçi, 2019, s. 12). Hukukî bir yararı veya normu ihlal ve ihmal eden davranışların cezalandırılmaması, nihayetinde toplumdaki sosyal düzenin bozulmasına neden olacaktır. Bu nedenle Erturhan, müeyyidesiz bir hukuk sisteminin düşünülemediğini ifade eder (Erturhan, 2020, s. 15).

İnsanın hem dünyada hem de ahirette huzur ve saadetini hedefleyen, bunun için hayatın her alanını şekillendiren yüce dinimiz İslam'ın ameli hükümlerini konu edinen fıkıh da bu müeyyidelerden hâli değildir. İbâdât, muâmelât ve ukûbât şeklinde üçlü klasik bir tasnife tabi tutulan fıkıh sistematüğinde ceza hukuku, son başlık altında ayrıntılı olarak ele alınır. İslam ceza hukuku kaynağı itibarıyla ilâhîdir. Yani bu alandaki temel ilkeler Kur'an ve Sünnet tarafından belirlenmiştir. İslam hukukçuları ve hukuk ekol-

leri de zamanla ortaya çıkan ve mezkûr iki kaynaktan bulunmayan problemleri bu ilkeler doğrultusunda çözüme kavuşturmaya gayret etmişlerdir. Dolayısıyla İslam ceza hukuku iki asıl bir de fer', yani bu asıllara bina edilen içtihatlar olmak üzere üç kaynağa dayanır (Uyanık, 2017, s. 28; Çolak, 2018, s. 16). İcmân, özellikle ceza hukuku bağlamında müstenedi Kitap veya Sünnet olduğu için onun bu alandaki kaynaklığı iki asıl çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kıyas İslam hukukçularının ekseriyeti tarafından ceza hukukunun kaynakları arasında kabul edilmemekle birlikte nassların kapsamına giren bir takım fiillerin açıklanmasında yardımcı kaynak olarak görülmektedir (Çolak, 2018, s. 28).

İslam ceza hukukunun; dinî olması, ahlâkî değerleri koruması, suç ve cezanın kanuniliği, kanunların eskiye yürümemesi, şahsiliği, kanunlar önünde eşitlik, suçlunun şüpheden yararlanması, infazın aleniliği, af ve tövbenin cezaları düşürmesi, caydırıcı olması gibi bir takım karakteristik özellikleri vardır (Dağcı, 2016, ss. 59-63; Erturhan, 2020, s. 19 vd.). Bunlar arasında dinî yani kaynağının ilâhî olması ve ahlâkî değerleri koruması İslam ceza hukuku ile diğer ceza hukuk sistemleri arasındaki en belirgin farkı oluşturur. Çünkü modern hukuk sistemlerinde kanun koyucu beşer iken İslam hukukunda kanun koyucu Allah'tır ('Ûdeh, 1429/2008, 1/15). Erturhan'ın ifadesiyle, "hukuka ruh veren ahlak, ahlaka can veren de dindir. Dinin ahlak ve hukuka yaptığı en önemli hizmet ise beşerî hukuk sistemlerinde bulunmayan manevî ceza ve ödüdür. Bu nedenle İslam'da inanç, ahlak ve hukuk iç içedir (Erturhan, 2020, ss. 20, 21)."

Cezaî hükümler aynı zamanda birtakım emirleri ve yasakları içerdiği için, bunlara dünyada itaat edip etmeme durumuna göre ahirette mükafat veya ceza verileceğine olan inanç, cezaî hükümlere uymaya teşvik eden önemli bir unsurdur. Diğer taraftan, ispat edilemediği için dünyada cezasız kalan bir fiilden dolayı ahirette mutlaka cezalandırılacağına inanan insanların gönüllerinde yerleşen bu manevî müeyyide ve uhrevî tehdidin hem suçun önlenmesinde hem de suçlunun açığa çıkmasında etkin bir role sahip olduğu müsellem bir hakikattir (Dağcı, 2016, ss. 62-63).

İslam hukukunda cezalar; aslî olup olmaması, hâkimin takdir yetkisinin bulunup bulunmaması, uygulandığı mahal ve suçun niteliği bakımından farklı kısımlara ayrılır. Makalemizi ilgilendiren yönü itibarıyla cezalar, suçun niteliği dikkate alınarak hadd cezaları, kıyas ve diyet cezaları, keffâretler ve ta'zir cezaları olmak üzere dört kısımda ele alınır ('Ûdeh, 1429/2008, 1/369-370; Çalışkan, 1989, ss. 371-372; Songur, 2003, ss. 190-194).

Şâri' tarafından Allah hakkı (hukûkullah) olarak toplumun maslahatı ve kamu düzeni için konulan, miktarı belirlenmiş, suç sübut bulduktan sonra düşmeyen cezalara hadd cezaları denir. Bazıları hakkında ihtilaf olmakla birlikte bunlar; zina, içki, iffete iftira (kazf), hırsızlık, yol kesme (hirâbe), irtidât ve isyan (bağy) olmak üzere yedi çeşittir. Bu cezalar eksiltilemez, ziyadeleştirilemez veya başka bir cezayla değiştirilemez özelliğe sahiptir ('Ûdeh, 1429/2008, 1/374; Karaman, 2006, 1/179; Uyanık, 2017, s. 30). Bireyin hakkı olarak yerine getirilmesi gereken muayyen cezalara da kıyas cezaları denir. Yine Şâri' tarafından belirlenen bu cezalar, haddlerden farklı olarak maktûlün velisi veya suçun mağduru tarafından yerine getirilmesi talep edilebileceği gibi onların isteği üzerine diyete dönüşebilir, hatta affetmeleri ile tamamen düşebilir. Kıyas kasten öldürme veya kasten yaralama gibi durumlarda söz konusu olur. Hata ile öldürme ya da yaralama

suçlarında ve kısasın yapılamadığı durumlarda diyet cezası uygulanır. Kısası gerektiren suçlarda kamu hakkı da ihlal edildiği için devlet suçluya ta'zir cezasını tatbik etme hakkına sahiptir ('Ûdeh, 1429/2008, 1/387, 390; Karaman, 2006, 1/189). Yanlışlıkla, kasıtlı olarak ya da ikrah altında yapılan bazı suçların bağışlanması için konulan, ibadet özelliği yanı sıra dünyevî bir ceza mahiyetinde olan cezalara da keffâret cezaları denir. Bu cezalar orucu ve yemini bozma, zihâr yapma, yanlışlıkla adam öldürme, bazı ihram yasaklarını çiğneme gibi durumlarda gündeme gelir (Dalgın, Şahin, Koçak, 2018, s. 427). Bunlara ilaveten cezası Şâri' tarafından belirlenmeyen, miktarı ve keyfiyeti devlet başkanının takdirine bırakılan başka cezalar da vardır ki, bu tür cezalara ta'zir cezaları denir (Karaman, 2006, 1/197).

İslam hukukunda mezkûr cezaların tatbikinde kural olarak eşitlik ilkesi hâkimdir (Yiğit, 1999, s. 196). Buna rağmen özellikle kısas ve diyet cezalarında bazı hallerde kadın ve erkek ayırımına gidildiği, bu durumun doktrinde fıkıh ekolleri ve alimler arasında tartışma konusu olduğu görülmektedir. Günümüzde de bu tartışma hayatiyetini devam ettirmektedir. Cezalardaki eşitlik ilkesini ve kadın erkek ayırımının söz konusu olduğu tüm halleri detaylandırmak makalenin hacmini aşacaktır. Bu nedenle makalede kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması meselesi ile kadın ve erkeğin el gibi bazı organlarının birbirine eşit olmadığı söyleminden hareketle aralarında kısasın uygulanmayıp diyete gidilmesi problemi ele alınacaktır.

1. Kısas ve Diyet Cezalarını Gerektiren Suçlar

Cezaî hükümlerin tatbik edilmesinde şüphesiz ki, suç unsuru önemli bir yere sahiptir. Zira hadd cezasını gerektiren bir suça kısas, diyet veya ta'zir cezası uygulanamayacağı gibi kısas ya da diyet cezasını gerektiren bir suça da hadd veya ta'zir cezası uygulanamaz. Bu nedenle öngörülen cezalar dikkate alınarak suçlar; hadd cezasını gerektiren suçlar, kısas veya diyet cezasını gerektiren suçlar ve ta'zir cezasını gerektiren suçlar şeklinde kategorize edilmiştir (Dağcı, 2016, ss. 44-48).

Çalışmanın konusu gereği bu kategoride yer alan cezalardan sadece kısas ve diyet cezaları üzerinde durulacaktır. Kısas ve diyet cezalarının mahiyetine yukarıda işaret edildiği için burada ana hatları ile hangi suçlarda kısas, hangi suçlarda diyet cezasının tatbik edileceğinden bahsedilecektir.

1.1. Kısas Cezasını Gerektiren Suçlar

Kâsânî (öl. 587/1191) insana karşı işlenen ve kısasın söz konusu olduğu suçları, fikhî tabiriyle cinayetleri üç kısımda ele alır: 1. Mutlak olarak cana karşı işlenen suçlar (الجنایة على النفس مطلقا) 2. Mutlak olarak organa karşı işlenen suçlar (الجنایة ما دون النفس مطلقا) 3. Kısmi olarak cana yani cenine karşı işlenen suçlar (الجنایة على النفس من وجه دون وجه) (el-Kâsânî, 1426/2005, 10/249). Esasında bu taksimat, cezaların belirlenmesi hususunda tüm fakihlerin dikkate ve itibara aldıkları genel bir taksimattır.

Cana karşı işlenen suçlar, öldürme ile sonuçlanan fiiller olup bunlar; kasten öldürme (*katl-i amd*), kasta benzer öldürme (*şibh-i amd*), taksirle öldürme (*katl-i hata*), hükûmî taksirle öldürme (*el-katl fi ma'na'l-hata* veya *mücrâ'l-hata*) ve tesebbüben öldürme (*el-katl bi sebeb*) şeklinde kategorize edilir (el-Mergînânî, 1433/2012, 4/1601; Uyanık, 2017, s. 32; Erturhan, 2020, s. 294). Fakihler akıllı ve ergen olan, hukukî ifadesiyle ceza ehliye-

tine sahip bir kişinin kasıtlı olarak, doğrudan ve ikrah altında olmaksızın can dokunulmazlığı bulunan (*ma'sûmü'd-dem*) bir kişiyi öldürdüğünde katilin de kıyas edilerek öldürülmesi gerektiğinde hemfikirdir (İbn Rüşd el-Hafîd, 1425/2005, s. 767). Kasıtlı öldürmede ceza olarak tek seçenek kıyas olmayıp diyet, keffâret, ta'zir, miras ve vasiyetten mahrum kalma şeklinde başka cezalar da söz konusudur. Ayrıca büyük günah işlediği için katilin uhrevî mesuliyeti devam etmektedir. Maktulün velisi kıyası affedebileceği gibi belirli bir mal üzerinde sulh olma hakkına da sahiptir (el-Mergînânî, 1433/2012, 4/1602; Çolak, 2018, s. 133; Erturhan, 2020, s. 300).

Kasten öldürmede şartlar oluştuktan sonra kadın-erkek, fert-grup ayrımı yapılmaksızın kıyas cezasının yerine getirilmesi genel bir kuraldır. Kasten öldürmenin dışında kalan diğer öldürme çeşitlerinde kıyas cezası uygulanmamaktadır (İbn Rüşd el-Hafîd, 1425/2005, s. 768-769).

Ölümlle sonuçlanmayan ve insanın vücudunda birtakım zararlara sebep olan fiiller, organa karşı işlenen suçlar (*el-cinâyât mâ dûne'n-nefs*) kapsamında ele alınır. Fıkıhtaki bu anlama karşılık olarak günümüzde “vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar”, “ölüme yol açmayan müessir fiiller” gibi kavramlar kullanılır. Bu kavram ölümlle sonuçlanmayan yaralama, dövme, organı telef etme, organın fonksiyonlarını giderme, bedeninin fizikî özelliklerini yok etme ve benzeri vücut bütünlüğünü ve sağlığını bozan her türlü haksız tecavüzü kapsamaktadır. Müessir fiil kasten (*kast*) veya hataen (*taksir*) olabilir. Kasten işlenen müessir bir fiilin cezası kural olarak kısıstır (Dağcı, 2016, s. 68; Çolak, 2018, s. 133). Ancak kıyasın uygulanabilmesi için kastın yanı sıra failin ceza ehliyetine sahip olması, telef edilen organ ile kıyas edilecek organ arasında eşitliğin bulunması (*el-mümâseletü beyne'l-mahalleyn*), kıyasın eşit bir şekilde yerine getirilebilmesi (*istifâü'l-misil*) şarttır. Aksi takdirde ceza olarak diyet/erş ödenecektir (el-Kâsânî, 1426/2005, 10/411-412; İbn Rüşd el-Hafîd, 1425/2005, s. 776-777; Erturhan, 2020).

Müessir fiillerde suçun doğrudan mağduru şahıs olduğundan bu suçların takibi mağdurun şikayetine bağlı olduğu gibi davanın mahkemeye intikalinden sonra da hakim, mağdurun tercihini dikkate alma mecburiyeti vardır (Dağcı, 2016, s. 122).

1.2. Diyet Cezasını Gerektiren Suçlar

Cana ve vücut bütünlüğüne karşı taksirli olarak işlenen suçlar ile herhangi bir nedenle kıyasın uygulanmadığı kasıtlı suçlarda diyet cezası verilir. Diyet, mağdura ödenen malî bir karşılığı ifade eder ve miktarı suçun konusuna göre değişir (Çolak, 2018, ss. 134-135; Erturhan, 2020, ss. 302, 316).

2. Kıyas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı

İslam hukukunda cezaların tatbikinde statü ve cinsiyet gibi farklılıklar dikkate alınmamaktadır. Yiğit, İslam ceza hukukunda mutlak eşitlik ilkesinin bulunduğunu ve İslam'ın başlangıçtan itibaren fertler, cemaatler, cinsler, renkler, idare edenler ve edilenler arasında hiç bir fark gözetmeden bunu uyguladığını, tarihi süreçteki bazı keyfi uygulamaların da bu ilkenin yokluğuna delil olamayacağını söyler (Yiğit, 1999, ss. 196-197).

Yiğit'in de isabetle belirttiği gibi İslam ceza hukukunda hâkim olan genel kural eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesinin hedefi de adaletin yerine getirilmesidir. Bununla birlikte alim-

lerin kısas ve diyet cezalarında bazı durumlarda kadın-erkek ayırımına giderek farklı cezalar öngördükleri dikkat çekmektedir. Eşitlik ilkesine hanel gelmemesi için bu konunun aydınlatılması önem arz etmektedir.

2.1. Kısas Cezalarında Kadın-Erkek Ayırımı

Kısas cezalarında kadın ve erkek ayırımının daha anlaşılır bir şekilde sunulabilmesi için konu; “ölüm ile sonuçlanan müessir fiillerde” ve “organ telefi ya da yaralama ile sonuçlanan müessir fiillerde” şeklinde iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

2.1.1. Ölüm ile Sonuçlanan Müessir Fiillerde

İslam ceza hukukunda hem erkeği öldüren kadına hem de kadını öldüren erkeğe kısas cezası uygulanır. İbnü'l-Arabî (öl. 543/1148) ve İbn Kudâme (öl. 620/1223) bunu cumhurun görüşü olarak nakletse de Cessâs (öl. 370/981) ve Fahreddîn er-Râzî (öl. 606/1210) gibi alimler bu hususta icmâin olduğunu, buna aykırı zikredilen görüşlerin de şaz kaldığını söylemişlerdir (el-Cessâs, t.y., 1/171; İbnü'l-Arabî, 1433/2011, 2/139; er-Râzî, 1417/1997, 2/224; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/39). Bu alimler, hüre karşı hürün (bk. el-Bakara, 2/178) ve cana karşı canın (bk. el-Mâide, 5/45) kısas edileceğini bildiren ayetlerin umumi olmasından zorunlu olarak bu hükmün ortaya çıktığını ifade etmişlerdir. Dört mezhebin görüşü de bu minvalde olup konu hakkında aralarında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır (eş-Şîrâzî, 1416/1995, 3/171; İbn Rüşd el-Cedd, 1423/2002, 2/371; el-Mevsîlî, t.y., 5/480; el-Makdisî, 1429/2008, s. 563).

2.1.2. Organ Telefi veya Yaralama ile Sonuçlanan Müessir Fiillerde

Cana karşı işlenen suçların cezasında ittifak eden fıkıh ekolleri organ telefi veya yaralama ile sonuçlanan müessir fiillerde kadın ile erkek arasında kısasın gerekliliğinde ihtilaf etmişlerdir. Mâlikî, Şafî ve Hanbelî mezheplerinde cana karşı işlenen suçlarda olduğu gibi organa karşı işlenen suçlarda da kadın ile erkek arasında kısas uygulanır; Hanefî mezhebinde ise kısas uygulanmaz, müessir fiil neticesinde telef edilen organın diyeti ödenir. Buna göre örneğin bir erkeğin elini kesen kadının ya da bir kadının elini kesen erkeğin üç mezhebe göre kısas gereği eli kesilirken, Hanefî mezhebine göre suçlu mağdura, elin diyetini ödeyecektir (el-Mergînânî, 1433/2012, 4/1618; Nevevî, tsz., 18/399; el-Karâfî, 1994, 12/317, 324; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/40; 'Üdeh, 1429/2008, 2/587).

Üç mezhep, organların telef edilmesinde ve yaralamalarda kısasın olduğunu bildiren Mâide sûresi 45'inci ayetin hükmünün umumî olmasından hareketle bu görüşe sahip olmuşlardır. Ayrıca onlara göre bu konuda temel ilke şudur: Cana karşı işlenen suçlarda aralarında kısasın cereyan ettiği kişilerde organlara karşı işlenen suçlarda da kısas cereyan eder (مَنْ جَزَى عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ جَزَى عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ وَالْجِرَاحِ). Buna binaen müessir fiillerde kısasın uygulanabilmesi için suçlu ile mağdur arasında sayıda eşitlik şart olmadığı gibi bedenlerinde veya değer olarak diyetlerinde de eşitlik şart değildir. Bu nedenle mesela bir kişiye karşı bir grubun eli kesildiği gibi, kadına karşı erkeğin veya erkeğe karşı kadının da eli kesilir. Bunlar, Hanefî mezhebinin cinsiyeti farklı olan kişilerin organları arasında eşitliğin olmadığına dair iddialarına, “öldürme halinde kadın ve erkek arasında kısasın uygulanması, müessir fiillerde de farklı iki cinsin birbirine eşit kabul edilmelerini gerekli kılar” şeklinde cevap vermişlerdir (el-Mâverdî,

1419/1999, 12/26; el-Karâfi, 1994, 12/324; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/40; 'Ûdeh, 1429/2008, 2/587).

Bu mezhepler kadın ile erkek arasında kıyasın uygulanması hususunda organın telef olması (*el-etrâf*) veya yaralama ile sonuçlanan (*el-cirâh*) müessir fiiller arasında herhangi bir ayrıma gitmemişlerdir.

Buna karşın Hanefî mezhebinin çıkış noktası kadın ve erkeğin organları arasında eşitliğin bulunmamasıdır. Çünkü ölümle sonuçlanan suçlarda can eşitliğini dikkate alan Hanefî fakihleri müessir fiillerde (*el-cinâyetü fi mâ dûne'n-nefs*) malî eşitliği dikkate almışlar (إن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال، والمماثلة في الأموال في باب الأموال معتبرة) ve kıyasın tatbik edilebilmesi için mahaldeki eşitliğin (*mümâselet*) yanı sıra fiilde ve bedelde de eşitliğin şart olduğunu söylemişlerdir. Mahaldeki eşitlikten maksat, zarar gören organ ile kıyas edilecek organın aynı olmasıdır (*anatomik eşitlik*). Buna binaen örneğin sağ kol ile sol kol arasında eşitlik bulunmamaktadır. Organdan beklenen menfaat ise fiilî eşitliği ifade eder (*fonksiyonel eşitlik*). Fonksiyonel açıdan kadın ile erkeğin organları birbirinden farklıdır. Mesela kadının el becerileri ile erkeğin el becerileri aynı olmadığı gibi bunlardan beklenen menfaat da aynı değildir. Bundan dolayı köleyi öldüren hür kıyas edilirken, kölenin organını telef eden hüre kıyas cezası uygulanmamaktadır. Diğer taraftan kadın ile erkeğin diyetlerinin farklı olduğu ittifakla kabul edilen bir husustur. Erkekle kadın arasındaki bu fiil ve bedel farkı, mahal bir olsa da iki cinsiyetin organlarının birbirine eşit olmadığını gösterir. Bu nedenle müessir fiillerde kadın ile erkek arasında kıyas cereyan etmez (el-Kâsânî, 1426/2005, 10/411, 443; es-Serahsî, 1431/2010, 26/163-164).

Kıyasın cereyan etmediği organlar (*el-etrâf*) sadece el ve ayak ile sınırlı olmayıp diş, göz, burun ve benzeri organlar da bu kapsama dahildir (İbn Âbidîn, 1436/2015, 10/199). Mezhepte bu tür organların telef edilmesi ile sonuçlanan müessir fiillerde kadın ve erkek arasında kıyasın tatbik edilmemesi hususunda herhangi bir ihtilaf zikredilmemektedir. Ancak yaralama ile sonuçlanan müessir fiillerde (*el-cirâh/eş-şicâc*) kıyasın uygulanıp uygulanmamasında ihtilaf edilmiştir. Bazı kitaplarda bu bilgi, ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس (*can dışında kadın ve erkek arasında kıyas yoktur*) şeklinde mutlak olarak verilmiştir (İmam Muhammed, 1433/2012, 6/574; el-Cessâs, 1431/2010, 5/373-374). Cessâs'ın bu bağlamda yaptığı açıklamalardan her iki durumda da kıyasın olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak Serahsî (öl. 483/1090), Kâsânî (öl. 587/1191), Mergînânî (öl. 593/1197) ve Mevsilî (öl. 683/1284) gibi alimlerin ibareyi *el-etrâf* kelimesi ile kayıtlamalarından ve konuyu organlar özelinde ele almalarından bunların kıyasın olmamasını sadece organlar ile sınırlandırdıkları anlaşılmaktadır (es-Serahsî, 1431/2010, 26/163; el-Kâsânî, 1426/2005, 10/443; el-Mergînânî, 1433/2012, 4/1618; el-Mevsilî, t.y., 5/484). Hatta Mevsilî İmam Muhammed'in (öl. 189/805), eşitlik mevcut olduğu için yaralama halinde kıyasın uygulanması gerektiğine dair bir görüşünü zikretmiş, İbn Âbidîn de (öl. 1252/1836) bu görüşü aynen nakletmiştir (el-Mevsilî, t.y., 5/484; İbn Âbidîn, 1436/2015, 10/200). Mezhepteki ihtilafa işaret etmek için kıyasın olmadığına dair farklı bir görüşe de yer veren İbn Âbidîn'in bu konudaki tercihi net olmamakla birlikte açıklamalardan onun, yaralamayla sonuçlanan müessir fiillerde kadın ile erkek arasında kıyasın uygulanmasına meylettiği anlaşılmaktadır (Bk. İbn Âbidîn, 1436/2015, 10/200).

Hanefî mezhebinde kadın ile erkek arasında kısasın tatbik edilmemesinin temel gerekçesi organlardaki eşitsizlik olduğuna göre yaralama ile sonuçlanan müessir fiillerde eşitliğin sağlanması halinde kısasın ön görülmesi, cezalarda eşitlik ilkesi ile örtüşen bir içtihatır. Suç ve cezada eşitlik söz konusu olduğunda kısasın uygulanmaması bu eşitlik ilkesi ile çelişeceği gibi mezhebin kısasla ilgili görüşleriyle de çelişecektir.

2.1.3. Değerlendirme

Mezhepler arasındaki bu ihtilafa cezadaki adalet ve eşitlik açısından bakıldığında üç mezhebin görüşünün daha isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü işlenen bir suç misli ile cezalandırılırsa tam anlamı ile adalet ve eşitlik sağlanmış olur. Bu da suçlu ve mağdurun kadın veya erkek olmasına bakılmaksızın kısasın yerine getirilmesi ile mümkündür. Bununla birlikte Hanefî mezhebinin, kısas yerine diyet cezasının uygulanmasına dair görüşü de göz ardı edilmemelidir. İlk bakışta bunun, kadının aleyhine bir hüküm içerdiği söylenebilir (Örneğin bkz. Dağcı, 2016, ss. 151-152). Ancak, mağdurun kadın olması durumunda geçerli olabilecek bu tez, erkeğin mağdur olması durumunda geçerliliğini kaybedecektir. Zira müessir fiillerde suçlunun erkek, mağdurun kadın olması ihtimal dahilinde olduğu gibi suçlunun kadın, mağdurun erkek olması da ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, her iki tarafı da ilgilendiren ve bazen kadının bazen de erkeğin lehine olabilecek bu görüşü iki cinsin eşitliği tartışmalarından bağımsız bir şekilde değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Hadd ve kısas cezaları ağır ve uygulandıktan sonra telafisi mümkün olmayan cezalar olduğu için esasında bunların tatbiki çok arzu edilmez ve şüphe halinde de bu tür cezalar düşer. Bu nedenle İslam ceza hukukunda cezayı düşüren haller ayrıntılı olarak ele alınmış, cezaların tatbiki ağır şartlara bağlanmış; böylece hadd ve kısas cezalarının uygulanma alanı daraltılmıştır. Modern hukukun daha yakın zamanda benimsediği *“sanık şüpheden yararlanır”* ilkesi, İslam ceza hukukunda asr-ı saadetten itibaren kabul gören ve cezaların tatbikinde dikkate alınan bir ilke olmuştur (Erturhan, 2013, ss. 192, 206-207). Hatta Hz. Peygamber’in; *“haddleri olabildiğince düşürün. Müslüman için bir çıkış yolu bulduğunuzda cezalandırmaktan vazgeçin. Çünkü devlet başkanının/hâkimin başıslamada hata etmesi, cezalandırmada hata etmesinden daha hayırlıdır.”* dediği rivayet edilmiştir (Tirmizî, “Hudûd”, 2; Dârekutnî, 1416/2004, s. 4/62). Bu hadisle birebir aynı anlama gelen başka bir söz de Hz. Ömer’den nakledilmiştir (Bkz. İmam Muhammed, 1433/2012, 7/150). Bu bilgiler dikkate alındığında Hanefî mezhebinin görüşünün daha anlaşılır, daha makul ve uygulama açısından daha elverişli olduğu görülecektir. Zira kadın ve erkeğin fizyolojik yapısının farklı olduğu artık bugün tartışma konusu dahi yapılmamaktadır. Fizyolojik yapıdaki bu farklılık doğal olarak organlara da yansiyacaktır. Kadın ve erkeğin organlarının asgari düzeyde de olsa birbirinden farklı olması cezanın tatbikinde şüpheli beraberinde getirecektir. Bu şüpheden dolayı kısas cezasının düşürülmesi ise İslam ceza hukukunun genel ilke ve prensipleriyle örtüşmektedir. Kaldı ki Hanefîlerin, cezanın tamamen düşürülmesini değil, kısas yerine diyetin ödenmesi gerektiğini söylemeleri dikkatten kaçırılmamalıdır.

Esasında mezhepler organın telef olması veya yaralama ile sonuçlanan müessir fiillerde kısas cezasının tatbik edilebilmesi için mağdur ile suçlu arasında denkliliğin/eşitliğin aranmasında hemfikir olmakla birlikte denklik kriterlerinde ihtilaf etmiş-

lerdir. Denkliği üç mezhep özgürlük ve Müslümanlık açısından, Hanefî mezhebi ise özgürlük ve cinsiyet açısından ele almıştır ('Üdeh, 1429/2008, s. 586). Bu da doğal olarak kıyas cezasının ayrıntısına taalluk eden meselelerde mezhepler arasında köklü denebilecek ihtilaflara neden olmuştur.

2.2. Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı

Fıkıh kitaplarında kıyas cezaları yanı sıra diyet cezalarında da kadın ve erkek arasında ayrıma gidildiği görülmektedir. Konuya giriş sadedinde önce diyetin tarifi ve miktarı üzerinde durulacak, sonra kadının diyeti arz edilecektir.

2.2.1. Diyetin Tarifi ve Miktarı

Bir kişinin haksız yere öldürülmesi, organının telef edilmesi veya yaralanması halinde ceza olarak mağdura ödenen mala ya da paraya diyet denir. Herhangi bir sebeple kıyasın tatbik edilememesi veya kıyas hakkına sahip olan kişinin hakkından vazgeçerek bedele razı olması durumunda da diyet söz konusu olur. Diyet müessir fiillerde mağdura ödenen malî karşılığı ifade eden genel bir kavram olmakla birlikte kaynaklarda üçlü bir ayrıma gidilerek ölümle sonuçlanan fiillerde ödenen bedele diyet; organın telef edilmesi veya yaralama ile sonuçlanan fiillerde nasslar tarafından belirlenmiş olan bedele erş; diyet ve erşin dışında kalıp miktarı hâkimin takdirine bırakılan bedele de hükümet-i adl veya erş-i gayr-i mukadder denilmiştir. İslam ceza hukukunda diyet ile ilgili hukuki düzenlemeler Kur'an'a ve Sünnet'e dayanır. Kur'an-ı Kerim'de diyetin ödenmesi gerektiği ifade edilmiş (en-Nisâ, 4/92) ama bunun miktar ve kapsamı Hz. Peygamber'in (s.a.s.) sünneti ile belirlenmiştir. Bununla birlikte sahabenin sözleri ve uygulamaları da bu konuda dikkate alınmıştır. Bu nedenle diyet cezası hakkında fıkıh ekollerinde bazı ayrıntılar hariç önemli denebilecek görüş ayrılıkları bulunmamaktadır (Bardakoğlu, 1994, ss. 473, 474-475; Çolak, 2018, ss. 134-135; Dağcı, 2016, s. 237).

İslam ceza hukukunda kadın ile erkeğin diyeti birbirinden farklıdır. Hakkında nass olduğu için klasik dönemde fakihler arasında bu farklılık tartışma konusu olmamıştır. Ancak kadının aleyhine bir durum arz ettiği düşüncesiyle bu mesele günümüzde tartışılmış ve fıkhîta yerleşik olan görüşün aksine kadın ile erkeğin diyetinin eşit olduğu söylenmiştir. Bu nedenle mesele önce klasik fıkıh açısından ele alınacak sonra da modern görüşler üzerinde durulacaktır.

Kâsânî ve İbn Kudâme alimlerin, Müslüman ve hür bir kişinin diyetinin yüz deve olduğunda ve devenin diyetinde asıl kabul edildiğinde ittifak ettiklerini söylemektedir (el-Kâsânî, 1426/2005, 10/302; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/106). Görebildiğimiz kadarıyla bu konuda ilim ehli arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Çünkü Hz. Peygamber'in (s.a.s.) hadislerinde adam öldürmenin diyeti yüz deve olarak belirlenmiştir (Muvatta', "Ukûl", 1; Ahmed b. Hanbel, 1421/2001, 10/67; Ebû Dâvûd, "Diyât", 25; Tirmizî, "Diyât", 2; İbn Mâce, "Diyât", 5). Diyette asıl kriter deve olmakla birlikte bazı hadislerde diyetin altın, gümüş, sığır, koyun ve elbise gibi eşyalarla da ödenebileceği zikredilmiştir (Ahmed b. Hanbel, 1421/2001, 11/602; Ebû Dâvûd, "Diyât", 18; İbn Mâce, "Diyât", 6; Nesai, "Kasâme", 32). Bu nedenle deve ile birlikte bu tür eşyalar da diyetinde asıl kabul edilmiş ama bunların miktarının belirlenmesinde yüz devenin değeri ölçü alınmıştır (Dağcı, 2016, s. 243). Mezhep imamları diyet konusunda gelen farklı rivayetle-

ri dikkate alarak hür ve Müslüman bir kişinin diyetini yüz deve, iki yüz sığır, iki bin koyun, bin dinar (*yaklaşık 4.250 gr altın*), on iki bin dirhem (*yaklaşık 38.400 gr gümüş*) veya iki yüz çift elbise olarak tespit etmişlerdir. Ancak Hanefî mezhebinde gümüşün miktarı on iki bin dirhem değil, on bin dirhemdir (eş-Şîrâzî, 1416/1995, 3/210, 212; el-Mergînânî, 1433/2012, 4/1637, 1639-1640; İbn Rüşd el-Hafîd, 1425/2005, ss. 780-781; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/106-107).

Cana karşı işlenen suçlarda mağdura ödenecek diyet miktarları bu şekildedir. Suçlu bunlardan birini tercih ederek diyetini ödeme imkanına sahiptir. Bununla birlikte diyetle asıl kabul edilen eşyaların değerleri ilk dönemde birbirine yakın olup günümüzde aralarında oransız değer farkı bulunduğu için diyetin miktarının ülkenin ve toplumun şartlarına göre ve her iki tarafı mağdur etmeden belirlenmesi gerektiği veya devletin değeri dikkate alınarak diyetin tespit edilmesinin daha doğru olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır (Dağcı, 2016, s. 245; Paçacı, 2014, s. 103). Kanaatimizce; günümüz hukuk sistemlerinde malî cezalarda alt ve üst sınırın olup muhatabın ekonomik durumuna göre hâkime takdir yetkisinin verildiğini itibara aldığımızda, diyet cezasının belirlenmesinde de duruma göre, asıl kabul edilen bu eşyalardan herhangi birini dikkate alarak suçlunun cezalandırılması hususunda hâkime takdir yetkisinin verilmesi tercih edilebilmelidir. Böylece hem ilgili naslar ihmal edilmemiş hem de cezalandırmada muhatabın durumu dikkate alınmış olacaktır.

Yukarıda diyet ile ilgili verilen miktarlar, bir canın bedelidir. Öldürme dışında, organın telef edilmesi veya yaralama ile sonuçlanan müessir fiillerde de diyet miktarları ayrı ayrı tespit edilmiştir. Bu tespit her bir organın müstakil olarak kabul edilip değer belirlemesinin yapıldığı görülmektedir. Buna göre vücutta tek olan organlar için tam diyet, iki tane olanlar için ayrı ayrı yarım diyet, on tane olanlar için diyetin onda biri... şeklinde her bir organın diyeti tespit edilmiştir. Yaralamalarda da mesela câife'de (*karın ve göğüs bölgesindeki yaralamada*) diyetin üçte biri, mûdîha'da (*baş ve yüz bölgesinde kemiğe dayanan yaralamada*) ise 5 deve olarak belirlenmiştir (el-Meydânî, 1415/1994, 3/38-40; Dağcı, 2016, ss. 245-246; Dalgın vd., 2018, s. 466). Bu tespitler Hz. Peygamber'in (s.a.s.) Yemen'e muallim ve zekât memuru olarak tayin ettiği 'Amr b. Hazm'a (öl. 53/673), orada tatbik edilmek üzere verdiği mektuba ve konuyla ilgili rivayet edilen diğer hadislerle dayanmaktadır (Bk. Muvatta', "Ukûl", 1; Nesâî, "Kasâme", 45).

2.2.2. Kadının Diyeti

İslam ceza hukukunda yüz deve veya diğer asıl kabul edilen miktarlar hür ve Müslüman bir erkeğin diyet bedelidir. Hür ve Müslüman bir kadının diyeti ise erkeğin diyetinin yarısıdır. Buna göre kadının diyeti elli deve, yüz sığır, beş yüz dinar, bin koyun, bin çift elbise veya altı bin/beş bin dirhem olur.

Bu konuda Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ittifak etmişlerdir (eş-Şîrâzî, 1416/1995, 3/213; el-Mergînânî, 1433/2012, 4/1640; İbn Rüşd el-Hafîd, 1425/2005, s. 784; el-Makdisî, 1429/2008, s. 586). Ehl-i sünnet ekolüne mensup diğer mezheplerden bu meselede farklı bir görüş nakledilmemiştir. Şia'nın iki büyük kolu İmâmiyye ve Zeydiyye ile Haricilerin günümüzdeki devamı olan İbâzîyye mezheplerine göre de kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır (el-Ceytâlî, 1436/2015, 2/306; et-Tûsî, 1390/1970, 4/265;

Yahyâ b. el-Hüseyn, 1410/1990, 2/290, 297). Öyle görülüyor ki, bu meselede İslam dünyasında tüm mezhepler ve fıkıh ekolleri ittifak halindedir.

Alimlerin bu konudaki delili kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğuna dair Hz. Peygamber'den (s.a.s.) rivayet edilen hadis (el-Beyhakî, 1424/2003, s. 8/116) ile Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali, Abdullah b. Mes'ûd, Abdullah b. 'Amr, Abdullah b. Abbâs ve Zeyd b. Sâbit'ten nakledilen sözlerdir (İbn Ebî Şeybe, 1409/1988, 5/411; el-Beyhakî, 1424/2003, 8/167; el-Kâsânî, 1426/2005, 10/304; en-Nevevî, tsz., 19/54). Bu delillerle birlikte icmâ deliline de çok güçlü bir şekilde vurgu yapılmaktadır. Örneğin Kâsânî ve Nevevî daha sahabe döneminde iken bu hususta icmân meydana geldiğini ve farklı görüşe sahip herhangi bir sahabenin bulunmadığını söylemektedir. İmam Şâfiî (öl. 204/820), İbnü'l-Münzir (öl. 318/930), İbnü'l-Kattân (öl. 628/1231) ve Kurtubî (öl. 671/1273), bu meselede alimlerin icmâ ettiklerini ve buna muhalif bir görüşün olmadığını ifade etmektedir. İbn Kudâme de icmâ görüşüne yer verdikten sonra İbn 'Uleyye (öl. 193/809) ve Ebû Bekr el-Esamm'ın (öl. 200/816) kadının diyeti ile erkeğin diyetini eşit kabul ettikleri bilgisine yer verir; ancak bunu icmâa aykırı, şaz bir görüş olarak niteler (Şâfiî, 2001, 7/261; İbnü'l-Münzir, 2004/1425, 7/395; İbnü'l-Kattân, 2004/1424, 1/358; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/137-138; Kurtubî, t.y., 5/283).

İcmâ iddiası sadece dört mezhebe müntesip alimlerden gelmemektedir. Dört mezhebe muhalefeti ve eleştirileri ile bilinen İbn Hazm (öl. 456/1064) ve Zeydî alimlerden Emîr es-San'ânî (öl. 1182/1768) ile Şevkânî de (öl.1250/1834) bu konuda ittifak ve icmân olduğundan bahsetmektedir (İbn Hazm, t.y., s. 43; eş-Şevkânî, 1424/2004, s. 1336; Emîr es-San'ânî, 1425/2004, s. 834). Esasında icmân olduğunu söyleyen alimler çok daha fazla olup bunların sayısını artırmak mümkündür; ancak hepsini ayrı ayrı zikretmek çalışmanın hacmini artıracığı için bu kadarla iktifa edilmiştir.

Cana karşı işlenen suçlarda kadının diyeti üzerinde ittifak eden alimlerin organlara ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen müessir fiillerde ihtilaf ettikleri görülmektedir. Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre bu tür suçlarda diyet/erş, canın diyetinde olduğu gibidir, yani kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde ise diyetin üçte birine kadar olan cezalarda kadın ile erkeğin diyetinin eşit olduğu; üçte birin üzerindeki cezalarda kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğu kabul edilmiştir. Buna göre alimler değer olarak diyetin üçte birini aşan müessir fiillerde kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğunda ittifak halinde iken, üçte birine kadar olan müessir fiillerde ihtilaf etmişlerdir (el-Mâverdî, 1419/1999, 12/290-291; İbn Rüşd el-Hafîd, 1425/2005, s. 794; İbn Kudâme, 1429/2008, 7/138; 'Udeh, 1429/2008, 1/390).

Gelenekteki bu fikir birliğine karşın günümüzde diyet ile ilgili yapılan çalışmalarda kadının diyeti hakkında iki farklı temayülün varlığı dikkat çekmektedir. Birincisi kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğu, diğeri ise kadın ve erkeğin diyetinin eşit olduğudur. Birinci görüşte olanlar konuyla ilgili rivayetleri, sahabe tabikatını ve alimlerin ittifakını dile getirmişlerdir. Örneğin modern zamanda İslam ceza hukuku alanında yaptığı önemli ve hacimli çalışmasıyla alanın öncüsü kabul edilen Abdülkâdir 'Udeh (öl. 1954) bu konuda sahabe döneminde icmân meydana geldiğini söyleyerek konuyu tartışmaya dahi açmamıştır ('Udeh, 1429/2008, 1/390, 2/567). İkinci görüşte olanlar ise meseleye eleştirel yaklaşarak klasik fikhî görüşü isabetli bulmamışlar, kadın ve

erkeğin diyetinin eşit olduğunu söylemişlerdir. Bunların başında da Muhammed Ebû Zehre (öl. 1974) gelmektedir.

Muhammed Ebû Zehre, bu hususta sükûtî icmân iddia edildiğini fakat alimlerin ekseriyeti tarafından sükûtî icmân delil kabul edilmediğini söylemiştir. Ayrıca alimleri işin malî boyutunu dikkate almak, insanlık boyutunu ve cezanın caydırıcılık yönünü ihmal etmekle eleştirmiş; kan bedeli olmasından dolayı kadın ve erkeğin diyetinin eşit olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kanaatini aklî ve naklî delillerle desteklemeye çalışan Ebû Zehre, kadına yapılan suç ile erkeğe yapılan suçun aynı olduğunu; konu hakkında gelen, *في النفس المؤمنة مائة من إبل* ve *ديّة الرجل على النصف من دية المرأة* şeklindeki rivayetlerin (rivayetlerin kaynağı yukarıda gösterilmiştir) haber-i vahid olup birini diğerine tercih etmenin mümkün olmadığını; maktûlün yakınlarına diyet verilmesini emreden Nisâ - 92'inci ayette diyetin hükmünün sarih olup hadisle miktarının yüz deve olarak beyan edildiğini, bu nedenle Ebû Bekr el-Esamm'ın görüşünü tercih ettiğini dile getirmiştir (Ebû Zehre, t.y., ss. 506-507). Ali Bardakoğlu da klasik dönemde meydana gelen bu görüşün çoğunluğa ait olduğunu ama azınlıkta kalan alimlerin kadın ve erkek ayırımına gitmediklerini; hadislerin ve uygulamanın çoğunluğu desteklemekle birlikte diyetin cezadan öte kan bedeli olarak telakki edilmesinin dahi böyle bir ayırımı haklı kılmayacağını, azınlığa ait de olsa ikinci görüşün nasslarda gözetilen genel maksatlara daha uygun düşeceğini söylemiştir (Bardakoğlu, 1994, 9/476).

Bu alanda çalışma yapan Şamil Dağcı, Sabri Erturhan ve İbrahim Paçacı gibi akademisyenler de konu ile ilgili hem fukahanın hem de Muhammed Ebû Zehre'nin görüşlerine yer vermişler; ancak görüşler arasında herhangi bir tercihte bulunmamışlardır (Dağcı, 2016, s. 251; Erturhan, 2020, s. 303; Paçacı, 2014, s. 92)

2.2.3. Değerlendirme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu meselenin fıkıh kitaplarında delillerin ayrıntısına girmeden açık ve sade bir şekilde ele alınması, konu hakkında ihtilafa yer verilmemesi ve hatta konunun hiç tartışmaya açılmaması dikkat çekicidir. Zira fikhî meseleler ele alınırken özellikle tartışmalı olan konuların fukaha tarafından detaylandırıldığı, delillerin ayrıntısına girildiği, karşı tarafın görüşlerine ve delillerine yer verildiği, bu görüş ve delillerin zayıf yönlerine temas edilerek çürütülmeye çalışıldığı, kendine veya mezhebine ait görüşlerin öne çıkarıldığı bilinen bir hakikattir. Mezkûr fikhî meselede sergilenen bu tavır, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğuna dair hükmün birinci asırdan itibaren ümmet tarafından böyle kabul edildiğinin açık bir göstergesidir.

Mesele sadece rivayet açısından ele alındığında rivayetlerin, Ebû Zehre'nin de dediği gibi, haber-i vahid olduğu ve İslam'ın genel prensipleriyle çeliştiği söylenecektir. Ancak bu durumda haber-i vahid olarak görülen bu rivayetlerin yansımaları göz ardı edilmiş olacaktır. Çünkü sahabenin, mesele hakkındaki hükmü bu rivayetlere bina ettiği ve uygulamanın da bu istikamette olduğu görülmektedir. Sahabeden aksi bir söz ve uygulama da rivayet edilmiş değildir. Sonraki dönemde alimler bunu, sahabenin icmân olarak değerlendirmişlerdir. Mesele hakkında sahabeden herkesin görüşünün nakledilmemiş olması icmân sarih değil, sükûtî olarak görülmesine imkân vermektedir. Bununla birlikte sahabe asrında oluşan sükûtî icmân tâbiûn ve tebe-i tâbiîn döneminde sarih

icmâa dönüştüğü görülmektedir. Zira bu dönemde tüm fakihlerden aynı görüş nakletilmiş; icmâda muteber olan herhangi bir alimden farklı bir görüş rivayet edilmemiştir. Üstelik doğusundan batısına İslam dünyasındaki Sünnî, Şîî, Zahirî ve Haricî tüm fıkıh ekollerinin aynı görüşe sahip olması tarihi süreçte mesele üzerinde ümmetin icmâ ettiği en önemli kanıttır. Öyle görülüyor ki bu mesele, tüm İslam dünyasının üzerinde ittifak ettiği nadir meselelerden biridir. Dolayısıyla oluşan icmâî, Ebû Zehre'nin yaptığı gibi, sükûtî icmâa indirgeyerek hükmün kaynağını zayıf göstermeye çalışmak isabetli değildir. Kaldı ki, sükûtî icmâ azınlığa göre değil, çoğunluğa göre muteber bir delildir. Özellikle sahabenin sükûtî icmâî alimlerin kahir ekseriyetine göre bağlayıcı bir delildir (Bk. Aytekin, 2020, ss. 302-306). Bu konuda da Ebû Zehre'nin usul hatası yapıldığı görülmektedir.

İcmâa rağmen kadın ve erkeğin diyetinin eşit olduğu hususunda İbn 'Uleyye ve Ebû Bekr el-Esamm'dan nakledilen ve Ebû Zehre'nin tercihe medar olarak nitelediği bu görüş icmâa aykırılığı dışında bazı problemleri de içermektedir. Öncelikle bilinmelidir ki, İbn 'Uleyye hicrî ikinci asrın tanınan hadis alimi, hafız ve fakihlerinden biridir. Ebû Bekr el-Esamm da İbn 'Uleyye ile çağdaş olup dönemin Basra Mutezile ekolünün önemli tefsir, kelim ve fıkıh alimlerindedir. Bu iki alime nispet edilen ve icmâa aykırı olan bu görüşün ilk dönem kaynaklarında bulunmayıp sonraki dönem kaynaklarında yer alması bunun onlara aidiyetini şüpheli kılmaktadır. Zira görebildiğimiz kadarıyla bu farklı görüşe yer veren ilk alim, İbn 'Uleyye ve el-Esamm'dan yaklaşık iki buçuk asır sonra yaşayan Şâfiî fakihî Mâverdî'dir (öl. 456/1058) (el-Mâverdî, 1419/1999, 12/289). Dört asır sonra yaşamış olan Hanbelî fakihî İbn Kudâme de bu görüşü onlara nispet eden alimlerdendir. Sonraki dönemde nerede ise tüm alimlerin bu konuda Mâverdî ve İbn Kudâme'yi referans aldıkları ve görüşü "hukiye" şeklinde tezîf sığınağı ile naklettikleri görülmektedir. Dolayısıyla İbn 'Uleyye ve el-Esamm'ın kendi eserleri, çağdaşı ya da çağına yakın olan alimlerin nakilleri ile doğruluğu tevsik edilmedikçe bu görüşün dikkate alınmaması isabetli olacaktır. Görüşün tezîf sığınağı ile zikredilmesi de bunu teyit etmektedir. Doğruluğu tevsik edilse dahi Mâverdî ve İbn Kudâme başta olmak üzere birçok alimin vurguladığı gibi bu görüş, sahabe ve tabiûn döneminde oluşan icmâ karşısında şaz olmaktan öte gidemeyecek ve ilmî bir değeri olmayacaktır. Bu nedenle tüm İslam dünyasının ittifak ettiği bir meselede Ali Bardakoğlu'nun bu iki alimi azınlık, karşı tarafı da çoğunluk olarak nitelemesi, kanaatini desteklemek için algı oluşturma çabası olarak gözükmektedir.

İki alime nispeti şüpheli olmakla birlikte bu görüşün, canın dışında kalan müessir fiillerde kadının diyetinin erkeğin diyetine eşit olduğu şeklinde anlaşılması da mümkündür. Nitekim İbn Ebî Şeybe (öl. 235/849) İbn 'Uleyye'den Zeyd b. Sâbit'in, "değeri, diyetin üçte birine kadar olan erşte kadın ile erkeğin diyetinin eşit olduğu" görüşünü nakletmektedir. İbn Abdilberr de bu habere yer vermektedir (İbn Ebî Şeybe, 1409/1988, 5/412; İbn Abdilberr, 1421/2000, 8/67). Bu rivayette açık bir şekilde diyetin üçte birine kadar olan erşte eşitlikten bahsedilmektedir ve isnat zincirinde İbn 'Uleyye de yer almaktadır. Esasında yukarıda da geçtiği üzere bu konu, fakihler arasında ihtilafli bir meseledir.

Diğer taraftan alimlerin meseleyi malî açıdan ele aldıklarını, insanlık boyutunu görmezden geldiklerini söylemek İslam coğrafyasındaki bütün alimlere haksızlık olacaktır. Kabul etmek gerekir ki, diyet malî bir ceza olduğu için mezkûr meselede malî boyut dikkate alınmıştır. Ancak bunu dikkate alan, alimler değil, ilgili nassta da görüldüğü üzere Şâri'dir. Kaldı ki, malî bir ceza olmasından ötürü Şâri'in bunu dikkate alması adaletin bir gereğidir. Müçtehitlerin hüküm elde etmede delilden hareket ettikleri, delil ve nassın olduğu yerde buna aykırı içtihatla bulunamayacakları da fıkhîta yerleşik bir kuraldır. Ayrıca rey ve içtihatla bilinmeyen dini konularda sahabenin söz ve uygulamalarının hüccet ve bununla amel etmenin gerekli olduğunda alimler ittifak halindedir (es-Serahsî, 1426/2005, s. 372; Şâtıbî, 1427/2006, s. 766; Şa'bân, 1996, s. 214). Nassı ve delili ihmal ederek veya buna aykırı olarak, İslam'ın genel prensipleri üzerine hüküm bina etmek usûl hukuku açısından doğru değildir (Şâtıbî, 1427/2006, s. 378). İslam'ın genel prensiplerinin; nassların anlaşılmadığı, tearuz ettiği veya herhangi bir nass ve delilin bulunmadığı durumlarda dikkate alınacağı bir usul kaidesidir (Şa'bân, 1996, s. 413).

Dolayısıyla bu meselede delaleti açık olan bir nassı ve icmâ gibi bir delili bertaraf ederek, "İslam'ın genel prensiplerine uygun olan, kadın ve erkeğin diyetinin eşit olmasıdır" şeklindeki bir söylemin usûl hukuku açısından da problemliliği görülecektir. Aksi takdirde bu tür söylemler, nassları devre dışı bırakarak birçok şer'î hükmün iptal edilmesi ile sonuçlanabilecek bir keyfiliğe yol açacaktır.

SONUÇ

İslam ceza hukukunda genel kural eşitlik ilkesi olmakla birlikte kısas ve diyet cezalarının tatbikinde iki yerde kadın ve erkek unsuru dikkate alınmıştır. Bunlardan biri vücut bütünlüğüne karşı işlenen müessir fiillerde kadın ile erkek arasında kısasın uygulanması, diğeri de kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması meselesidir.

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukuk doktrininde cana karşı işlenen suçlarda olduğu gibi müessir fiillerde de şartlar oluştuğu takdirde kadın ile erkek arasında kısas cezası uygulanır. Hanefî hukuk doktrininde ise iki cinsiyetin organları arasında diyet ve fonksiyonel açıdan eşitlik olmadığı için kısas cezası düşer, diyet cezası verilir. Hanefî mezhebinin bu görüşü ilk bakışta kadının aleyhine gibi görünse de esasında bu tür suçlarda fail hem kadın hem de erkek olabileceği için, kısas cezasının uygulanmaması her ikisinin de lehine olan ve şüpheden dolayı hadd ve kısas cezasının düşürülmesi ilkesiyle bağdaşan bir görüştür.

Kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması hususunda tarihi süreçte Ehl-i sünnet, Şiî, Haricî ve Zâhirî ekolüne mensup tüm mezhepler arasında tam bir ittifak oluşmuştur. Bu ittifaka rağmen günümüzde yapılan bazı çalışmalarda kadın ve erkeğin diyetinin eşit olduğu ileri sürülmüştür. Bu konunun; yegâne hedefi adaletin tesisi olan İslam ceza hukukunda kadın-erkek eşitliğinden ziyade adalet ekseninde ele alınması gerekir. Aralarında yakın bir ilgi, kuvvetli bir ilişki bulunsa da eşitlik ve adaletin farklı olgular olduğu, eşitliğin her zaman adaleti beraberinde getirmediği artık bugün evrensel bir kabul haline gelmiştir. Adaletin sağlanmasında eşitlik çok önemli bir unsur olmakla birlikte, eşitliğin olduğu her yerde mutlaka adalet vardır, denilemez. Kâinat eşitlik üzere

değil, adalet/denge üzerine kurulmuştur. Bunu hukukî anlamda örneklendirecek olursak kast ve taksirle işlenen benzer suçlarda faillere verilen cezaların farklı olması eşitliğe aykırıdır; ancak bu, adaletin bir gereğidir.

Şayet söz konusu mesele günümüz değer yargılarından hareketle kadın-erkek eşitliği bağlamında ele alınırsa bunun tabii sonucu, günümüzdeki bazı akademisyenlerin de söylediği gibi, kadın ve erkeğin diyetinin eşit kabul edilmesidir. Bu kabul, laik bir anlayışın ve seküler bir hayat felsefesinin etkisinde kalan Müslüman toplumlarda hâkim olan kadın algısı ile de paralellik arz etmektedir. Ancak sekülerizmin etkisinde kalmaksızın salt İslamî değer yargılarından hareket edildiğinde iki cinsiyet arasındaki bu farkın, adaletin zorunlu bir sonucu olduğu kabul edilecektir. Çünkü İslam hukukunda ekonomik olarak kadının sorumluluğu ile erkeğin sorumluluğu birbirinden farklıdır. Erkeğin mehir, nafaka, çalışma, vergi, âkile sisteminden kaynaklanan diyet cezaları ve cihat gibi ekonomi ile doğrudan ilgili olan alanlarda yükümlülükleri varken kadının bu konularda hiçbir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ekonomik yükün nerede ise tamamen erkeklerin omuzunda olduğu bir hukuk sisteminde malî bir cezada kadın erkek ayrımının yapılmış olması hukuk sisteminin bütüncül yapısı içerisinde bir anlam ifade etmektedir. Bu ayrım, İslam ceza hukukunda hâkim olan eşitlik ilkesine aykırı gibi görünse de esasında adaletin bir gereğidir. Diğer faktörler ile ele alınması gereken bu fikhî mesele, fikhın bütüncül yapısından kopartılarak, parçacı bir yaklaşım ve seküler bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde adalet ve eşitliğe aykırı görülecektir.

KAYNAKÇA / REFERENCES

- Ahmed b. Hanbel. (1421/2001). *el-Müsned* (C. 1–50). Beyrut: Müessesetü'r-Risâle.
- Aytekin, M. A. (2020). Sükûti İcmâm Kaynak Değeri. *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11(24), 281-310.
- Bardakoğlu, A. (1994). Diyet. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (C. 9). İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık.
- Cessâs, E. (1431/2010). *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî* (C. 1–8). Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye.
- Ceytâlî, E. (1436/2015). *Kavâ'idü'l-İslâm* (5. bs, C. 1–2). Umman: Mektebetü'd-Dâmirî li'n-Neşr ve't-Tevzî'.
- Çalışkan, İ. (1989). İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [AÜİFD]*, XXXI, 367-397.
- Çiftçi, A. (2019). *İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (1. bs). İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- Çolak, A. (2018). *İslâm Ceza Hukuku*. Çorum: Kitap Dünyası.
- Dağcı, Ş. (2016). *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*. Ankara.
- Dalgın, N., Şahin, O., Koçak, M. (2018). *İslâm Hukuku* (5. bs). İstanbul: Ensar Neşriyat.

- Dârekutnî, E. (1416/2004). *es-Sünen* (C. 1–5). Beyrut: Müessesetü'r-Risâle.
- Ebû Dâvûd, S. (1430/2009). *es-Sünen* (C. 1–7). Beyrut: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye.
- Ebû Zehre, M. (t.y.). *el-Cerîme ve'l-'ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî: El-'Ukûbe*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî.
- el-Beyhakî, E. (1424/2003). *es-Sünenü'l-kübrâ* (C. 1–10). Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- el-Cessâs, E. (t.y.). *Ahkâmü'l-Kurân* (C. 1–3). Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- el-Karâfî, E. (1994). *ez-Zehîra* (C. 1–14). Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî.
- el-Kâsânî, A. (1426/2005). *Bedâ'iu's-sanâi fi tertîbi's-şerâi'* (C. 1–10). Kahire: Dâru'l-Hadîs.
- el-Makdisî, B. (1429/2008). *el-'Udde Şerhu'l-'Umde*. Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî.
- el-Mâverdî, E. (1419/1999). *el-Hâvi'l-kebîr* (C. 1–19). Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- el-Mergînânî, E. (1433/2012). *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî* (C. 1–4). Kahire: Dâru's-Selâm.
- el-Mevsilî, A. (t.y.). *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr* (C. 1–5). Beyrut: Dâru'l-Erkam.
- Emîr es-San'ânî, M. (1425/2004). *Sübülü's-selâm şerhu Bülûği'l-merâm* (Ahmed İbrâhîm Zehve, Ed.). Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-Arabî.
- er-Râzî, F. (1417/1997). *et-Tefsîru'l-kebîr* (C. 1–11). Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî.
- Erturhan, S. (2013). İnsan Onuru Bağlamında İslâm Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (21), 185-214.
- Erturhan, S. (2020). *İslam Ceza Hukuku* (1. bs). İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- eş-Şevkânî, M. (1424/2004). *Neylü'l-evtâr min esrâri Münteka'l-ahbâr*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-Arabî.
- eş-Şîrâzî, E. (1416/1995). *el-Mühezzeb* (C. 1–3). Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- et-Tirmizî, M. (1419/1998). *el-Câmiu's-sahîh* (C. 1–6). Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî.
- İbn Abdilberr, C.. (1421/2000). *el-İstizkâr* (C. 1–9). Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- İbn Âbidîn, M. (1436/2015). *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebâr* (C. 1–12). Beyrut: Dâru'l-Ma'rife.
- İbn Ebî Şeybe, E. (1409/1988). *el-Musannef* (C. 1–7). Riyad: Mektebetü'r-Rüşd.
- İbn Hazm, A. (t.y.). *Merâtibü'l-icmâ'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- İbn Kudâme, M. (1429/2008). *el-Muğnî* (1. bs, C. 1–8). Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- İbn Mâce, E. (1430/2009). *es-Sünen* (1. bs, C. 1–5). Beyrut: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye.
- İbn Rüşd el-Cedd, E. (1423/2002). *el-Mukaddimâtü'l-mümehhidât* (C. 1–2). Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- İbn Rüşd el-Hafîd, E. (1425/2005). *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.

- İbnü'l-Arabî, E. (1433/2011). *Ahkâmü'l-Kur'ân* (C. 1-4). Kahire: Dâru'l-Hadîs.
- İbnü'l-Kattân, A. (2004/1424). *el-İknâ' fî mesâilil-icmâ'* (C. 1-2; Hasen Fevzî es-Saîdî, Ed.). Kahire: el-Fârûk el-Hâdise li't-Tibâa ve'n-Neşr.
- İbnü'l-Münzir, E. (2004/1425). *el-İşrâf alâ mezâhibil-ulemâ* (C. 1-10; Sağîr Ahmed el-Ensârî, Ed.). Birleşik Arap Emirlikleri: Mektebetü Mekke es-Sekâfe.
- İmam Muhammed, H. (1433/2012). *el-Asl* (C. 1-12). Beyrut: Dâru İbn Hazm.
- Karaman, H. (2006). *Mukayeseli İslâm Hukuku* (4. bs, C. 1-3). İstanbul: İz Yayıncılık.
- Kurtubî, E. (t.y.). *el-Câmî' li ahkâmi'l-Kur'ân* (C. 1-20). Kahire: el-Mektebetü't-Tevfîkiyye.
- Mâlik b. Enes. (1406/1985). *el-Muvatta'* (C. 1-2). Beyrut: Dâru İhyâit-Türâsî'l-Arabî.
- Meydânî, A. (1415/1994). *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb* (C. 1-3). Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-Arabî.
- Nesaî, E. (1406/1986). *es-Sünen*. Halep: Mektebetü'l-Matbûâtî'l-İslâmiyye.
- Nevevî, E. (tsz.). *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb* (C. 1-20). Beyrut: Dâru'l-Fikr.
- Paçacı, İ. (2014). "Diyet" Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından "Diyet"). *Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, I(2), 87-105.
- Serahsî, E. (1426/2005). *el-Usûl*. Beyrut: Dâru'l-Fikr.
- Serahsî, Ş. (1431/2010). *el-Mebsût* (C. 1-30). Beyrut: Dâru'l-Fikir.
- Songur, H. (2003). İslam Ceza Hukuku Üzerine -Genel Kısım Özel Kısım Ayırımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (1), 187-195.
- Şâfiî, M. (2001). *el-Ümm* (C. 1-11). Dâru'l-Vefâ.
- Şa'bân, Z. (1996). *İslam Hukuk İlminin Esasları* (Çev. İbrahim Kâfi Dönmez). Ankara: Diyanet Vakfı Yayınları.
- Şâtîbî, E. (1427/2006). *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şerî'a* (2. bs). Lübnan: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye.
- Tûsî, E. (1390/1970). *El-İstîbsâr fîmâ uhtulife mine'l-ahbâr* (C. 1-4). Tahran: Dâru'l-Kütübî'l-İslâmiyye.
- Uyanık, M. Z. (2017). *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- 'Ûdeh, A. (1429/2008). *et-Teşrî'u'l-cinâiyyü'l-İslâmî* (1. bs, C. 1-2). Beyrut: Müessesetü'r-Risâle Nâşirûn.
- Yahyâ b. el-Hüseyn. (1410/1990). *Kitâbu'l-ahkâm fi'l-halâl ve'l-harâm* (C. 1-2; Alî b. Ahmed, Ed.). İran.
- Yiğit, Y. (1999). İslâm Cezâ Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Dokunulmazlık. *Kur'an Mesajı: İlmî Araştırmalar Dergisi*, II(13,14,15), 195-206.