T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM CEZA HUKUKUNDA EŞİTLİK

MEHMET CEYHAN

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
PROF. DR. HALİT ÇALIŞ

KONYA 2024

T.C.

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM CEZA HUKUKUNDA EŞİTLİK

MEHMET CEYHAN

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN

PROF. DR. HALİT ÇALIŞ

KONYA 2024

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü

DOKTORA TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Mehmet CEYHAN
	Numarası	038106043004
	Ana Bilim / Bilim	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ / İSLAM HUKUKU
	Programı	Doktora
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Halit ÇALIŞ
	Tezin Adı	İSLAM CEZA HUKUKUNDA EŞİTLİK

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan "İslam Ceza Hukukunda Eşitlik" başlıklı bu çalışma 09/08/2024 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Sıra No	Danışman ve Üyeler		
	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza
1	Prof. Dr.	Halit ÇALIŞ	
2	Prof. Dr.	Ahmet YAMAN	
3	Doç. Dr.	Mustafa Bülent DADAŞ	
4	Dr.	Abdurrahman BULUT	
5	Dr.	Süleyman ŞAHiN	

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü

Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	Mehmet CEYHAN		
	Numarası	038106043004		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ / İSLAM HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans		
		Doktora	X	
	Tezin Adı	İSLAM CEZA HUKUKUNDA EŞİTLİK		

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Mehmet CEYHAN
İmzası

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü

ÖZET

ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Mehmet CEYHAN		
	Numarası	038106043004		
	Ana Bilim / Bilim	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ / İSLAM HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans		
		Doktora	X	
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Halit ÇALIŞ		
	Tezin Adı	İSLAM CEZA HUKUKUNDA EŞİTLİK		

İslâm ceza hukukunda eşitlik konusunun işlendiği bu çalışma, eşitlik ve adalet ilişkisini kişiler açısından irdelemiştir. Bu tezin başlığı olan "İslâm Ceza Hukukunda Eşitlik" konusu aynı suçu işleyen farklı şahıslara, kişisel özellikleri ve toplumsal statüleri itibarıyla farklı cezalar verilebilmesini merkeze almıştır. Suçluya verilecek cezanın suçun ağırlığı ile orantılı olmasına odaklanan suç ve ceza denkliği ana konu değildir. Temelde İslâm, yaratılış bakımından insanları eşit görmüş, sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmayı ilke edinmiştir. Prensip olarak cezaların uygulanacağı kişiler arasında da imtiyazlı grup kabul edilmemiştir. Fakat bu durum, işlediği suçun etkisi ve toplumsal sonuçları bakımından herkesin aynı olduğu anlamına da gelmemiştir. Bu tezde, suçu işleyen failin durumuna göre, cezanın değişmesinin eşitlik ile bağdaşmasa da adalet ile uyumlu olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Adaletin tesis edilmesinde eşitlik önemli bir unsur olsa da bununla çoğu zaman mutlak ve şematik bir eşitlik değil her açıdan aynı olanlara eşit davranılmasını öngören nispi eşitlik kast edilmiştir. Bu çalışma, İslâm hukukunda adalet ve kamu yararı için durum ve şartlara göre bazı ayrımların meşru sayıldığını, haklı bir nedene dayalı olması gereken ayrım kriterlerinin ise, İslâm ceza hukukunda genel olarak din, cinsiyet ve hürriyet farkına göre belirlendiğini göstermiştir. Bu etkenlerin kısas, diyet ve had cezalarına yansımaları, İslâm hukuk literatürü incelenerek çeşitli örnekler ve delilleriyle ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Ceza Hukuku, Adalet, Eşitlik, Hadler, Kısas, Diyet, Suç-Ceza Denkliği.

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü

ABSTRACT

ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Mehmet CEYHAN		
	Student Number	038106043004		
	Department	BASIC ISLAMIC SCIENCES / ISLAMIC LAW		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)		
		Doctoral Degree	X	
	Supervisor	Prof. Dr. Halit ÇALIŞ		
	Title of the Thesis/Dissertation	Equality in Islamic Criminal Law		

This study, which addresses the topic of equality in Islamic criminal law, has examined the relation between justice and equality from the perspective of individuals. The topic of Equality in Islamic Law, which is the title of this thesis has centered on different individuals who commit the same crime are treated differently based on their personal characteristics and social status. Equivalence of crime and punishment which focus on the punishment given to the offender should be proportional to the severity of the crime is not the main subject. At its core, Islam has regarded people as equal terms of their creation and has made it a principle to eliminate class distinctions. As a principle, no privileged group has been recognized among those to whom the punishments will be applied. However, this situation does not mean that everyone is the same in terms of the impact of the crime committed and its social consequences. In the thesis, depending on the circumstances of the offender who committed the crime, has been attempted to be presented the change of the punishment that is consistent with justice although it may not be in line with equality. Although equality is an important element in the establishment of justice what is often meant by this is not an absolute and schematic equality, but a relative equality that prescribes equal treatment for those who are the same in every respect. This study has demonstrated that, in Islamic law, certain distinctions based on circumstances and conditions are considered legitimate for the sake of justice and public interest, and that the criteria for such distinctions, which should be based on

justifiable reasons, are generally determined in Islamic criminal law according to differences in religion, gender, and freedom. The reflections of these factors on qiṣāṣ, diyah, and ḥadd penalties have been addressed with various examples and evidence by examining Islamic legal literature.

Keywords: Islamic Criminal Law, Justice, Equivalent, Punishment (Ḥudūd), Retaliation (Qiṣāṣ), Consempation (Diyah), Crime Penal Equivalence

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i
ÖNSÖZ 1
KISALTMALAR 4
GİRİŞ 5
I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ 8
II. ARAŞTIRMANIN SINIRLARI 8
III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI 11
BİRİNCİ BÖLÜM 15
İSLÂM CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ, EŞİTLİK ve ADÂLET KAVRAMLARI 15
I. İSLÂM CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ 15
A. Suç ve Cezanın Kanuniliği 15
B. Cezaların Şahsiliği 22
C. Suç ve Cezada Orantılılık 32
1. Cezayı Ağırlaştıran Sebepler 39
2. Cezayı Hafifleten Sebepler 46
D. Cezalarda Eşitlik (Genellik) 47
1. Cezaların Genelliği 50
2. Cezaların Bireyselleştirilmesi 52
3. Ta'zîr Cezalarında Eşitlik 59
II. EŞİTLİK ve ADÂLET KAVRAMLARI 62
A. Eşitlik Kavramı ve Türleri 62
1. Mutlak ve Nisbi Eşitlik 66
a. Mutlak Eşitlik 66
b. Nisbi Eşitlik 68
2. Kanun Önünde Eşitlik 70
3. Yargılama Usulünde Eşitlik 76
B. Adâlet Kavramı ve Türleri 79
1. Denkleştirici Adâlet 82
2. Dağıtıcı/Düzeltici Adâlet 82
3. Hakkaniyet 83
C. Eşitlik ve Adâlet İlişkisi 85

İKİNCİ BÖLÜM 89
ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLARIN CEZALARINDA EŞİTLİK 89
I. ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR ve CEZALARI 89
A. Öldürme Suçu ve Kısas 90
1. Öldürme Suçunda Kısas Cezası 97
2. Öldürme Suçunda Kısasla İlgili Şartlar ve Eşitlik 101
a. Katille İlgili Şartlar 101
b. Maktulle İlgili Şartlar 104
B. Müessir Fiiller ve Kısas 118
1. Bedendeki Hasarın Türüne Göre Müessir Fiiller ve Kısas Cezası 121
a. Organı Bedenden Ayırmak 122
b. Fonksiyon İptali 122
c. Kafa Bölgesi Yaralamaları 124
d. Karın ve Göğüs Bölgesi Yaralama 128
e. Darp 130
2. Müessir Fiillerde Eşitliğin Zorunluluğuna Dair Deliller 131
3. Müessir Fiillerde Kısasla İlgili Şartlar ve Eşitlik 134
a. Suçun Kasıtlı İşlenmiş Olması 136
b. Fail ile Mağdurun Hukuki Statü ve Diyet Bakımından Eşit Olması 137
c. Mahalde Eşitlik 143
d. Organların Menfaat/Fonksiyon Kaybına Uğraması Halinde Kısas 147
d.1. Suçlunun engelli, mağdurun normal olması hali 147
d.2. Suçlunun normal, mağdurun engelli olması hali 152
d.3. Suçlunun da mağdurun da engelli olması hali 156
e. İnfazda Eşitliğin Sağlanabilirliği Açısından Kısas 159
f. Cezai Sorumluluk ve Hukuka Uygunluk Sebepleri 175
II. ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLARIN CEZALARINDA EŞİTLİK 177
A. Kısasta Eşitlik 178
1. İnsan Öldürme Suçunda 178
a. Din Farkına Göre Kısâs Cezası ve Eşitlik 178
a.1. Müslüman ile Zimmî Arasında Kısas 181
a.2. Müslüman ile Müste'men Arasında Kısas 199
a.3. Gayrimüslimlerin Kendi Aralarında Kısas 204

b. Cinsiyet Farkına Göre Kısas Cezası ve Eşitlik 211
c. Hürriyet Farkına Göre Kısas Cezası ve Eşitlik 220
c.1. Hür ile Köle Arasında Eşitlik Bulunmadığı Görüşü 221
c.2. Hür ile Köle Arasında Eşitlik Bulunduğu Görüşü 225
c.3. Köleler Arasında Gerçekleşen Öldürme Suçu 231
2. Müessir Fiillerde 234
a. Din Farkına Göre Kısas Cezası 234
a.1. Müslüman ile Zimmi Arasında Kısas 234
a.2. Gayrimüslimlerin Kendi Aralarında Kısas 238
b. Cinsiyet Farkına Göre Kısas Cezası 238
c. Hürriyet Farkına göre kısas cezası 248
c.1. Hür-Köle Arasında Eşitlik Bulunmadığı Görüşü 248
c.2. Hür ile Köle Arasında Eşitlik Olduğu Görüşü 251
c.3. İki Köle Arasında Gerçekleşen Müessir Fiiller ve Eşitlik 252
3. Suçun Özel Beliriş Biçimlerine Göre Kısas Cezası ve Eşitlik 254
a. İştirak Halinde Kısas Cezası ve Eşitlik 254
a.1. İnsan Öldürme Suçunda İştirak 254
a.2. Müessir Fiillerde İştirak 260
b. Suçların İçtimâ'ı Halinde Kısas Cezası ve Eşitlik 263
b.1. İnsan Öldürme Suçunda İçtima' 263
b.2. Müessir Fiillerde İçtima' 265
c. Kasâme Uygulaması ve Eşitlik 266
4. Failin Özel Durumuna Göre Kısas Cezası ve Eşitlik 267
a. Akrabalık İlişkisine Göre Kısas Cezası ve Eşitlik 267
a.1.Öldürme Suçunda 268
a.2. Müessir Fiillerde 275
b. Devlet Başkanlarının İmtiyazları ve Dokunulmazlık Bakımından Eşitlik 275
5. Kısas Hükmünün Yer ve Zaman Bakımından Uygulanması ve Eşitlik 281
a. Yer Bakımından Uygulama 281
b. Zaman Bakımından Uygulama 288
6. Kısas İnfazında Eşitlik 289
a. Öldürme Suçunda İnfaz Usulü 291
a.1. Neticede Eşitlik 291

a.2. Hareket ve Neticede Eşitlik 293
b. Kısasın İnfaz Usulüyle İlgili Bazı Meseleler 300
B. Diyette Eşitlik 304
1. Tazminat veya Ceza Olması Bakımından Diyet 310
2. Diyetin Vücup Şartları ve Eşitlik 317
3. İnsan Öldürme Suçunda Diyet 320
a. Din Farkına Göre Diyet 320
a.1. Yarım Diyet 322
a.2. 1/3 Diyet 324
a.3. Eşit Diyet 325
a.4. Diyet Yoktur 332
b. Cinsiyet Farkına Göre Diyet 333
b.1. Kadının Diyeti Yarımdır 333
b.2. Kadının Diyeti Erkeğin Diyetiyle Eşittir 348
c. Hürriyet Farkına Göre Diyet 361
d. Çocuk Düşürme Suçunda Gurre ve Eşitlik 365
4. Müessir Fiillerde Diyet 369
a. Din Farkına Göre Diyet 369
b. Cinsiyet Farkına Göre Diyet 372
b.1.Müessir Fiillerin Diyetinde Eşitsizlik Görüşü 373
b.2. Müessir Fiillerin Diyetinde Eşitlik Görüşü 382
c. Hürriyet Farkına Göre Diyet 383
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 385
TOPLUMA KARŞI İŞLENEN HAD SUÇLARININ CEZALARINDA EŞİTLİK 385
I. HADDİN TANIMI ve GENEL ÖZELLİKLERİ 385
II. HAD CEZALARINDA EŞİTLİK 402
A. Zina Suç ve Cezası 403
1. Cinsiyet Farkına Göre 405
a. Celde 406
b. Recm 406
c. İnfazın Şekli Bakımından Cinsiyet Farkı 407
d. Peygamber Eşlerinin Durumu 409
2. Din Farkına Göre 411

3. Hürriyet Farkına Göre.....417
a. Celde.....418
b. Recm.....420
B. İçki İçme (*Şürb*) ve Sarhoş Olma (*Sükr*) Suç ve Cezası.....421
1. Cinsiyet Farkına Göre.....423
2. Din Farkına Göre.....423
3. Hürriyet Farkına Göre.....425
C. Kazf/Zina İftirası Suç ve Cezası.....427
1. Cinsiyet Farkına Göre.....428
2. Din Farkına Göre.....430
3. Hürriyet Farkına Göre.....434
4. Unsurlar Dışında Kalan Hususlar. Şahsi Cezasızlık Hali.....441
D. Hırsızlık Suç ve Cezası.....442
1. Cinsiyet Farkına Göre.....443
2. Din Farkına Göre.....444
3. Hürriyet Farkına Göre.....448
E. Hırâbe/Eşkiyalık Suç ve Cezası.....450
1. Cinsiyet Farkına Göre.....450
2. Din Farkına Göre.....451
3. Hürriyet Farkına Göre.....454
F. İrtidât/Dinden Dönme Suç ve Cezası.....454
1. Cinsiyet Farkına Göre.....455
2. Din Farkına Göre.....461
3. Hürriyet Farkına Göre.....462
G. Bağy/Devlete İsyan Suç ve Cezası.....463
1. Cinsiyet Farkına Göre.....464
2. Din Farkına Göre.....465
3. Hürriyet Farkına Göre.....466
III. KİŞİ BAKIMINDAN HAD CEZALARI ve EŞİTLİK.....466
IV. YER ve ZAMAN BAKIMINDAN HAD CEZALARI ve EŞİTLİK.....476
B. Yer Bakımından Uygulama.....476
B. Zaman Bakımından Uygulama.....480
SONUÇ.....484
BİBLİYOGRAFYA.....489

ÖNSÖZ

İnsana akıl verip onu yeryüzünde halîfe kılan Rabbimize hamd, Allâh'ın hükmünün nasıl icra edileceğini bize gösteren, hak ve adâletin canlı timsali Hz. Peygamberimize salât ve selâm olsun.

Yaşadığımız âlem, bir düzen ve intizama göre, belirli kanunlar dâhilinde yaratılmıştır. İnsanoğlunun bu nizamla uyum içerisinde yaşaması, onu fıtratıyla buluşturan ve değerini artıran bir tutumdur. Bu kanunlara aykırı davranılması halinde ise doğal düzen dengesini kaybetmeye başlamış olur. İnsanlık, evrende zaten mevcut olan kanunları keşfettikçe bilimsel açıdan ilerleyecek ve içinde yaşadığı kâinatla daha da bütünleşecektir. Dünyada tıpkı fizik kanunları gibi belirli sosyal kanunlar da vardır ve yaratılışından itibaren toplumsal bir varlık olan insan bu kanunlara tabi olduğu ölçüde huzurlu yaşar. Toplumsal yaşamı düzenleyen bu kuralların en önemlisi, hukukun nihai amacı olan adâlettir. Yeryüzünde fizik kanunlarına muhalefet, nasıl doğal dengenin bozulmasına sebep oluyorsa bunun gibi ilahi nizamın gerektirdiği sosyal düzen kanunlarına muhalefet de anarşi ve kaosa neden olabilmektedir. Adâlet ve eşitliğin hüküm sürmediği bir dünyada ise huzur ve güvenlik, yerini haksızlıklara bırakacaktır. Ahlakın erozyona uğramasının da etkisiyle emniyet ve asayişte görülmesi muhtemel bu bozulmanın Kur'ân dilindeki ifadesi ise fesâddır. Hâlbuki insan ifsattan kaçınmak, imar ve ıslahta bulunmakla vazifelendirilmiş, peygamberler de bunu temin için gönderilmişlerdir.

Hak ve adâlet üzerine tesis edilmiş bu ilahi nizamın korunması, yeryüzünde ilahi ahkâmı yürütmekle sorumlu kılınan insanın görevidir. Bununla birlikte insanın doğasındaki hırs ve bunun tabi bir sonucu olan çıkar çatışmaları eksik olmamakta, bu durum düzen ve dengeyi tehdit etmektedir. İnsanlığın hayata huzurlu bir şekilde devam edebilmesi için de düzeni bozanların ıslâh edilmesi, gerektiğinde te'dîb edilmeleri ve hak ettikleri cezayı almaları, toplumsal hayatın fıtri ve zorunlu bir parçası olarak görülmüştür. Sosyal ve medeni bir varlık olan insanın, bir arada yaşadığı türdeşleriyle yardımlaşıp işbirliği yapması gerekirken, çeşitli nedenlerle aralarında anlaşmazlıklar zuhur eder de birbirlerinin haklarına tecavüz ederlerse, adâlet ve nizamın ceza kanunları ile muhafaza edilmesi şart olur. Nitekim suç teşkil eden hareket ve eylemlerin cezalandırılması insanlık tarihi ile eş zamanlıdır.

Hukukun hedefi adâleti gerçekleştirmek olunca cezaların da adâlet üzere uygulanması zorunludur ve çoğu kere bu eşitlik ile gerçekleştirilir. Ancak, adâletin eşitliğe dayalı gerçekleşmesi her zaman mümkün olmadığı için haklı neden bulunduğunda eşitlikten

vazgeçilmesi gerekebilmiştir. Fıkıh literatüründe de bu doğrultuda bazı veriler bulunması ve suçun hukuki unsurları aynı olmasına rağmen failin durumuna göre Kur'ân'da farklı cezalar öngörülmüş olması bizi bu konuyu incelemeye yönlendiren en önemli nedenlerden olmuştur. Failin kişiliği ve sosyal statüsüne göre suçun topluma olan negatif etkilerinin değişecek olması, cezayı artıran haklı nedenlerden görülmüştür. Örnek şahsiyetlerin hatalarının suçun aleniyetine ve yayılmasına sebep olacağı, zamanla suçu meşrulaştıracağı düşünülerek caydırıcılığı artırmak üzere ceza da katlanmıştır.

Bütün bunlar ışığında İslâm ceza hukukuna göre cezaların tatbikinde eşitlik ve bunun adâlet açısından tahlilinin önem arz ettiği mülahaza edilmiştir. İşte bizim çalışmamız da böyle bir düşünce ve ihtiyacın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu çalışma, eşitlik ilkesinin ceza hukukundaki yerinin tespit ve izahına ilişkin olup özel manada İslâm ceza hukukunda hadler, kısas-diyet ve ta'zîr cezalarına dair hükümlerin eşitlik ilkesi açısından ele alınıp incelenmesi şeklinde olacaktır.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde, İslâm ceza hukukunun, genel ilkeleri ve bunların hükümlere yansımaları ele alınmıştır. İkinci bölümde ise fail ve mağdurun özel durumuna göre kısâs cezası ve diyet uygulamasında görülen farklılıklar eşitlik prensibi açısından incelenmiştir. Terim olarak eşitlik üzerine kurulu bir ceza olan kısasın eşitler arasında ve eşit bir şekilde uygulanması, fıkıhta kimlerin eşit sayıldığı ve eşitliğin kapsamı bu bölümün temel konularını oluşturmuştur. İslâm hukukundaki ismet anlayışı bakımından kanı hukuken korunmayan kimselerin kısas ahkâmındaki durumlarına da bu bölümde yer verilmiştir. Üçüncü bölümde had cezaları incelenmiştir. Adâletin aynı suçu işleyen herkese eşit ceza vermek değil, herkese hak ettiği kadar ceza vermek olduğu, hadlerde yer alan somut bazı örnekler üzerinden gösterilmeye çalışılmıştır. Fıkıhtaki geleneksel ayrım kriterleri ve bu ayrımın amaçları dikkate alınarak iki ve üçüncü bölümlerde konular din, hürriyet, cinsiyet, ülke ve vatandaşlık temelinde işlenmiştir.

Tez konusunun belirlenmesi ve içeriğinin planlanması başta olmak üzere tezin oluşum sürecinde rehberlik ve önerileriyle yolumu aydınlatan danışman hocam Prof. Dr. Halit Çalış'a şükranlarımı arz ederim. Tez izleme heyetinde bulunan ve her daim görüş ve tecrübelerinden istifade ettiğim kıymetli hocalarım Prof. Dr. Ahmet Yaman ve Prof. Dr. Naim Şahin'e; tez savunmasındaki eleştiri ve katkılarından yararlandığım Doç Dr. Bülent Dadaş, Dr. Abdurrahman Bulut ve Dr. Süleyman Şahin hocalarıma da teşekkürlerimi sunarım.

Hocalarımın sundukları önerileri düzeltmeler ve kitaplaşma sürecinde dikkate alacağımı belitmek isterim.

Temennim, bu çalışmanın zengin fıkıh mirasımıza bir katkı sunması, okuyuculara yararlı olmasıdır. Bu çalışmayı tamamlama bahtiyarlığına eriştiren Rabbimize şükrederim. Gayret bizden, muvaffakiyet ise Allah'tandır.

Mehmet CEYHAN

Konya - 2024

KISALTMALAR

a.g.e.: Adı geçen eser (sadece aynı numaralı dipnotta yer alıyorsa kullanılmıştır)

a.g.m.: Adı geçen makale (sadece aynı numaralı dipnotta yer alıyorsa kullanılmıştır)

a.mlf.: Aynı müellif (sadece aynı numaralı dipnotta yer alıyorsa kullanılmıştır)

a.y.: Aynı yer (sadece aynı numaralı dipnotta yer alıyorsa kullanılmıştır)

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bk: Bakınız

c. : cilt

Çev: Çeviren, tercüme eden

DİA: Türkiye Diyanet Vakfı Diyanet İslâm Ansiklopedisi

Hz.: Hazreti

İÜHFD: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

md: Madde

r.a.: Radıyallahü anh/anhâ/anhümâ/anhüm/ Allah ondan/onlardan razı olsun

s.: Sayfa

sy.: Sayı

TBB Dergisi: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TCK: Türk Ceza Kanunu

TOEM: Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası

Thk: Tahkik eden/Neşreden

Vd.: Ve diğerleri

GİRİŞ

Bu çalışmada naslarda belirtilen bazı cezaların eşitlikle olan ilişkisi incelenecektir. Özellikle Kur'ân'da peygamber hanımlarına "*Bu açık fuhşiyatı işlerseniz*" diye başlayan hitabın ardından gelen "*size iki kat azab vardır*" (el-Ahzâb, 33/30) uyarısı ile unsurları aynı olan bir suçu işleyen kişilere farklı bir ceza öngörülmüş olmaktadır. Aynı şekilde köleler kast edilerek "*Onların cezası muhsan hürlere uygulanacak cezanın yarısıdır*" (en-Nisâ, 4/25) ayetinde de aynı suç için hukuki konumları farklı olan kişilere ayrı bir ceza öngörülmüştür. Bu çalışmada bizzat Kur'ân'da ifadesini bulan bu ve buna benzer örneklerden hareketle, ceza hukukunda eşitliğin anlam ve mahiyetine dair sorulara cevap bulunmaya çalışılmıştır. Bunu yaparken günümüz hukukunda yer alan eşitlikle ilgili söylemler de gerekli görüldükçe bir veri olarak kullanılmış ve bu konuda günümüz hukuk sistemindeki farklı anlayışlara da yer verilerek konunun kısmen mukayeseli bir tarzda işlenmesine özen gösterilmiştir.

Bilindiği üzere tarihselci yaklaşım ve dini metinlerin hermönotik okumaya tabi tutulması gerektiğini savunan görüşlerin, üzerinde en çok durdukları konulardan birisi de İslâm ceza hukukuna dair hükümlerdir. Tarihselci yaklaşım sahipleri, günümüz şartlarına göre Kur'ân'ın ruhuna uygun yeni ve alternatif cezaların belirlenmesine ihtiyaç duyulduğu düşüncesini tartışmakta hatta birtakım ceza önerilerinde bulunmaktadırlar. Ancak bu tartışmalar başta Kur'ân'ın evrenselliği açısından çeşitli riskler taşıması yanında, teoriden pratiğe geçerek fıkha dönüşemediği ve bir varsayımdan ibaret kalıp örnek bir uygulaması olmadığı için İslâm ceza hukuku açısından eşitlik konusu değerlendirilirken İslâm ceza hukukuna ait geleneksel görüşü yansıtan fıkıh mirasımızdaki temel öğretiler (*doktrin*) ve bizzat uygulamadaki hükümler esas alınarak hareket edilmiştir. Çünkü fıkıh ilmi tarafından incelenen ve esasında fıkhın semeresi olan İslâm hukuk sistemi, teorik ve pratik anlamda varlığını sürdüren bir hukuk sistemidir. Bu bağlamda örneğin bir hırsızlık suçunun cezası değerlendirilirken, bu suçun cezasının "*kat'*/el kesme haddi" olduğu kesin kabulüyle konular değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu yaklaşım tüm diğer suç ve cezalar için de geçerli kılınmıştır. Konuya zaman ve şartların değişmesiyle cezaların da değişebileceği bakış açısıyla yaklaşılmamış, bu tartışmaya girilmemiştir. Aksi takdirde, yeni ceza önerilerini kabul edip onları esas aldığımızda, pratik olarak var olmayan, hayali ve gerçekliği olmayan bir sisteme göre eşitlik tartışması yapmış oluruz ki bu da abes ve anlamsız olacaktır.

Dinin asli kaynakları olan âyet ve hadislerde her bireyin dil, renk ve etnik köken gibi insaniyet özellikleri bakımından eşit olduğu kabul edilmektedir. Ancak eğitimleri, pozisyonları, beceri ve iş üretme kapasiteleri dikkate alınmadan her işçiye eşit ücret verme

durumunda olduğu gibi salt eşitlik, her zaman adâleti tesis etmeyebilir. Belirli gerekçelerle hukuken birtakım farklılıkların/eşitsizliklerin tanınmış olması, toplumsal bir vakıa olup bununla hedeflenen şey esasında bizzat adâletin kendisidir. Böyle olunca aynı durumdaki kimselere eşit muamele edilirken yerine göre eşitliği askıya almak, yüce ideal sayılan adâletin bir aracı haline dönüşebilmektedir. Bu yönüyle eşitlik en tepedeki amaç olan adâlete götüren bir vasıta olmuş, eşitliğin kendisi birinci planda amaç olmaktan çıkmıştır.

İslâm hukukunda eşitlik ilkesiyle kasdedilen şeyin, mutlak/mahza eşitlikten ziyade, aynı durumdaki bireylere eşit muamele yapıp eşit durumdaki insanların farklı muameleye tabi tutulmalarını önlemek olduğunu söylemek mümkündür. Naslardan hareketle fıkıhta adâlet ilkesi merkeze alınmak kaydıyla durumları farklı insanlara farklı uygulama yapıldığı gözlemlenir. Bu çalışmada da görüleceği üzere İslâm ceza hukukunda yer alan bazı hükümler incelendiğinde din, hürriyet ve cinsiyet gibi noktalarda hiçbir farklılık gözetilmeksizin her mükellefe (suçluya) eşit muamele yapılması gerektiği benimsenmiş değildir.

İslâm hukukunda genel bir ilke olarak, insanların kanlarının denk olduğu, birbirlerine karşı ancak takva açısından üstün olabilecekleri prensibi kabul edilmiştir. Tüm hukuk sistemlerinde ulaşılmak istenen en yüksek hedeflerden birisi, hayatın her alanında adâletin temin edilmesidir. Buna göre bir kural olarak herkesin kanun önünde eşit olduğu prensibi kabul edilmiştir. İslam hukukunda da bu ilke prensipte tüm müçtehitler tarafından kabul edilse de ilkenin tanımlanması ve içeriğinde müçtehitler nezdinde bir takım farklılıklar baş göstermiştir. Farklı anlayışlar da doğal olarak beraberinde uygulamada çeşitliliği getirmiştir.

Bu çalışmada genel olarak İslâm hukuku ve özel olarak da İslâm ceza hukuku alanında yazılmış olan klasik İslâm hukuk literatürünün kendi sistematiği esas alınmış olmakla beraber ihtiyaca göre, tezimizin güncel bir dile sahip olabilmesi ve yerine göre İlahiyat alanı dışındaki araştırmacılara da hitap edebilmesi için, fıkıh literatüründe yer alan kimi konu başlıkları ve terimlerin, günümüz Türk hukukunda yerleşmiş olan sistematiğe uyarlanmasına çalışılmıştır. Tezimizin hazırlanması aşamasında İslâm ceza hukukundaki bilgilerle bu konulara dair günümüz Türk hukukunda yer alan bilgi ve verilerin karşılaştırmalı olarak incelenmesine de özen gösterilecektir. Bu sayede meselelere yaklaşım tarzında benzeşen ve ayrışan hususlar görülebilmesi sağlanacaktır.

Araştırmamız sırasında günümüz Türk hukukunda, tez başlığımızın daha iyi incelenmesine yardımcı olacağına inandığımız bazı anahtar kavramlarla karşılaştık. Bunlar:

"*Mutlak eşitlik*", "*Nispî eşitlik*", "*Haklı neden*[1]", "*Eşitlerin eşitliği*" gibi kavramlardır. Günümüz Türk hukukunda olduğu gibi İslâm hukukunda da mutlak ve nispî eşitlikten bahsedilebilir mi? bunu çalışmamızda incelemeye çalışacağız. Mutlak eşitlikten kastedilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanması, insanların kişisel ve özel durumlarına bakılmamasıdır; buna göre "*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*".[2] Nispî eşitlikten kastedilen şey ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tâbi tutulmasıdır. Bunun anlamı şudur: Farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tâbi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, nispî eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumunun niteliğine, yaptığı işe göre değişebilecektir.[3]

Ülkemizde Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen bir kanun hükmü "*haklı bir neden*"e dayanıyorsa, bu hükmü eşitlik ilkesine aykırı görmemektedir. Anayasada öngörülen eşitlik herkesin aynı hak ve yükümlülüklere sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur." Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle "*eşitlerin eşitliği*" anlamındadır.[4]

İslâm ceza hukukunda eşitlik ilkesinin ele alındığı bu tez çalışmasına uygun ve elverişli bir teorik altyapı hazırlamak için öncelikle tezin giriş kısmında eşitlik ve adâlet kavramları incelenecektir. Ardından fıkhın füru kısmında yer alan kısas, diyet ve hadler gibi konularda eşitlik anlayışı üzerinde durulacaktır. Son bölümde ise ta'zîr cezalarındaki eşitlik yaklaşımına bakılacaktır.

---

[1] "**بِالحَقِّ** / *bi'l-hakk*" ifadesi, Kur'ân'da çoğunlukla bir hikmete mebni olmak ve hak/hakikat anlamlarında kullanılmaktadır. Bu ifadenin bazı âyetlerde pozitif hukuktaki "*haklı neden*" terimiyle paralellik arz ettiği de görülür. "*Haklı bir sebep olmadıkça, Allah'ın, öldürülmesini haram kıldığı cana kıymayın*" (el-En'âm 6/151, el-İsrâ 17/33) âyeti, hukuka dayalı olmadıkça, meşru gerekçe bulunmadıkça kimsenin öldürülemeyeceğini ortaya koymaktadır. Sözü geçen âyetteki "*bi'l-hakk*" kelimesini beyan sadedinde Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "**لا يَحلُّ دمُ امرىءٍ مسلم إلاّ بإحدى ثلاث: كَفَرَ بعدَ إسلامِهِ، أو زَنَى بعد إحصانِهِ، أو قَتَلَ نفساً بغير نفس**". (Tirmizî, "Fiten" 1, no. 2158; Ebû Dâvûd, "Diyât" 3, no. 4502; İbn Mâce, "Hudûd" 1, no. 2533). Bu hadiste kişi dokunulmazlığını kaldıran üç neden zikredilmiştir. Buna göre hayatın dokunulmazlığı esastır, ancak haklı neden varsa bazı durumlarda kaldırılabilir, denilmiş olmaktadır. Bk. Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 2/79, 664. Aynı ifadenin bir hikmete dayalı, önemli bir amaç uğrunda, adâlet, doğruluk/hakikat vb anlamlarda kullanımı için bk. Mukâtil, *Tefsîru Mukâtil*, 1/569, 3/577, 3/589, 4/116; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 3/455; Nesefî, *Medârikü't-tenzîl*, 2/678; Hâzin, *Lübâbü't-te'vîl*, 2/429, 3/33.

[2] T.C. Anayasası md. 10.

[3] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 180-189.

[4] *Anayasa Mahkemesi Kararları*, Esas Sayısı: 2011/119, Karar Sayısı: 2012/33, Karar Günü: 27.9.1989; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 183.

I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ

Adâlet, dünyadaki tüm ahlaki ve hukuki sistemler için kıymeti inkâr olunamayan en üstün değerlerdendir. Genelde adâlet eşitlikle temsil edilse de temelde eşitlik adâletin ön koşulu ve güçlü bir ögesi olsa da yine de eşitlik mutlak manada bizatihi adâletin tamamıdır denemez. Dolayısıyla eşitlik her zaman adâlet değildir. Bu nedenle ikisi arasındaki ilişki ve bağ incelenmeye muhtaçtır.

İslâm hukukunda cezalandırmanın esası, işlenen suça denk bir ceza verilmesidir. Denklik bağlamında kısas terimi gerek dil gerek ıstılahî manası açısından bizzat eşitlik temeline dayanır. Eşitlikten de anlaşılan matematiksel eşitlik değil, zina cezasında görüleceği gibi kişilerin bireysel durumlarına göre nitelik veya nicelik açısından farklı cezaların verilebilmesidir. Öyleyse haklar, ödevler, yetkiler veya sorumluluklar açısından toplumsal statüsü farklı olan kişilere adâlet gereği -icabında eşitlikten fedakârlık yapılarak- farklı cezalar uygulanması önemli bir tercihtir.

Diyet de dâhil olmak üzere kısas, had ve ta‘zîr olmak üzere üç ana başlıkta toplanan cezaların hangilerinde maddi eşitlik hangilerinde manevi veya nisbî eşitlik esasına göre hareket edildiğini görmek, bunların hikmetlerini keşfetmeye çalışmak önemli bir çaba olsa gerektir. Zira ilk bakışta adâleti kesin olarak temin etmesi beklenen maddi eşitlikten ödün vermenin/udûl etmenin, muhakkak gerçekleştirilmesi istenen daha üst bir yarar nedeniyle olmaması düşünülemez.

II. ARAŞTIRMANIN SINIRLARI

İslâm ceza hukukunda hemen hemen tüm hükümlerde suçla ceza arasında bir denge ve eşitlik bulunmasına riayet edilmiştir. Dolayısıyla ceza ahkâmında eşitliğin dile getirilmediği bir alan belki düşünülemez. Ancak bu çalışmada ceza hukukunun ayrıntılı bir anlatımından ziyade yalnızca eşitlik ilkesinin gündeme geldiği alanlar konu edilecektir. Gerekli görülmedikçe eşitlik ilkesinin incelendiği meselelerdeki diğer hükümlere de yer verilmeyecektir.

İslâm ceza hukukunda eşitlik ilkesine örnek olabilecek konu başlıklarını ayrıntılı bir vaziyette izah etmek yerine bu konulara ihtisarla değinilip, meselelerin eşitlikle ilgili olduğu düşünülen yönlerinin işlenmesine ağırlık verdik.

Kısâs, diyet ve had suçlarında cinsiyet, din ve hürriyet farkının neden olduğu farklılıklar veya eşitliğe etki eden durumlar tezimizin ana konusudur. Bu üç faktör dışında eşitliğe etki eden diğer etkenlere de işaret edilecektir. Bu doğrultuda tespit edebildiğimiz kadarıyla tez konumuzun ana çerçevesinde yer alan başlıklar arasında şunlar sayılabilir: Kasten öldürme suçu için belirlenmiş olan kısas cezasında din, hürriyet ve cinsiyet farkına göre oluşmuş farklı içtihatlar; vücut bütünlüğüne yönelik işlenen suçlarda organlara verilen zararlar için öngörülen kısas cezasındaki farklı içtihatlar, taksirle öldürme olayında kadının diyetinin yarım olması, müessir fiillerin akabinde icap eden diyet ve bu konudaki Müslüman gayrimüslim, kadın erkek ve köle hür ayrımı, kişilerin özel durumlarına göre belirlenen ta'zîr cezaları. Sayılan bu temel meseleler üzerinde geliştirilmiş zengin içtihad birikimi çalışmamızın özünü ve temelini teşkil etmektedir.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, kimi durumlarda sarhoşluk, uyku (*nevm*) ve baygınlık (*iğmâ*) gibi ceza ehliyetine etki ederek cezai sorumluluğu sınırlandıran veya tümden kaldıran unsurlar doğrudan araştırma alanımıza girmemektedir. Aynı şekilde ölüm, af, sulh, ikrardan rücû ve zaman aşımı gibi çeşitli nedenlerle cezanın düşmesine neden olup ceza ilişkisini sonlandıran sebepler de çalışmanın asıl odak noktasının dışında kalacaktır.

Hukuka uygunluk sebepleri olarak bilinen meşru müdafa, görevin ifası, hakkın (*şikâyet, te'dîb, tıbbî müdâhale vb*) kullanılması, ilgilinin (*mağdûr*) rızası, zilyetliğin korunması gibi hususlar da doğrudan araştırma alanımızın temel konuları değildir. Izdırâr ve ikrâh halleri, hata, bedensel özür ve haksız tahrik gibi kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler de tezimizin sınırları dışında kalacaktır.

İslâm ceza hukukunda eşitlik ilkesi denilince suç ve ceza eşitliğinin, diğer bir tabirle, suç ve ceza arasında gözetilen dengenin akla gelmesi tabidir. Ancak çalışmanın esas ilgi alanı suç ve ceza arasındaki eşitlik veya denge değildir. Araştırmamızın esas ilgi alanı, kişiler arasında söz konusu olan eşitlik meselesidir. Dolayısıyla tezin omurgasını, kişiler arasında adâletin temini için hangi durumlarda eşitliğe riayet edileceği ve hangi durumlarda eşitliğe itibar edilmeyeceği tartışması oluşturacaktır. Bu çerçevede kısas, diyet ve had cezalarında görülen ve genelde kişilerin özel durumlarından kaynaklanan farkların ardında yatan nedenler irdelenecektir.

Suç ve ceza dengesi[5] denilince akla işlenen suçun ağırlığı ile kamu vicdanının huzuru, suçtan mağdur olan kişinin intikam duygularının bastırılması ve toplumun teselli olabilmesi için bu suça orantılı bir ceza verilmesi gelmektedir. Ayetteki ifadesiyle "*bir kötülüğün karşılığı ona denk bir cezadır*".[6] Bu anlamda birbirine çok yakın anlamda kullanılan "cezalarda denklik" veya "cezalarda eşitlik" konularının birbirinden tamamen bağımsız işlenmesi ya da kesin sınırlarla ayrıştırılması zor görünmektedir. Her iki kavram altında yer alan konuların birbiriyle bağlantılı ve benzer olmaları da bu zorluğu artırmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse çolak bir elle sağlıklı ve normal bir elin kısas edilememesi, hem eşitlik hem de denklik kavramıyla açıklanabilir. İki organ arasında eşitlik bulunmadığı için, eşitliğin sağlanamadığı hallerde kısastan vaz geçilmesi hükmüne bakılarak konu eşitlik ilkesine dâhil edilebilir. Ama aynı zamanda çolak bir el karşılığında sağlam ele kısas yapılması halinde suçlu şahsın, işlediği suça göre daha ağır bir cezaya maruz bırakılmış olacağını dikkate alarak, bunun suça denk bir ceza olmadığı tespiti yapılabileceği için konu, denklik ilkesine de dâhil edilebilir. Ancak bizim ulaşmak istediğimiz nokta, suçun ağırlığı veya hafifliği karşısında bu suçlara verilen cezanın da ağır veya hafif olması gibi iki şey arasındaki muvazeneyi veya cezanın hedefleri bakımından suça uygunluğu gibi konuları izah etmek değildir. Tekrar belirtmek gerekirse, İslâm ceza hukukunda eşitlik ilkesi denince, ceza hukuku açısından hukuk karşısında insanların durumu, bireylerin hukuki statü ve toplumsal durumlarına, üstlendikleri hak ve yükümlülüklere göre cezalarda farklılaşma olup olamayacağı gibi konular kast edilmektedir. Buradan hareketle ve iki kavram arasındaki farkı ortaya bu şekilde koyduktan sonra, bizim bu çalışmamızın ceza hukukunun kişiler bakımından uygulanması hususunda beliren eşitlik problemine ağırlık vereceğini söyleyebiliriz.

Bu çerçevede biraz daha somutlaştırmak gerekirse, insan öldürme suçunda cezanın kısas olması suç ve ceza dengesine dair bir örnektir. Çünkü işlenen suça karşılık her yönden eşit (*misl*) bir ceza uygulanmaktadır. Suçlu hak ettiğinin altında veya üstünde bir cezaya maruz bırakılmış değildir. Ancak katilin hür bir Müslüman, maktulün ise gayrimüslim veya köle olması halinde kısas uygulanıp uygulanmayacağı cezalarda eşitlik ilkesi başlığı altında tartışılacaktır. İnsan onuruna yöneldiği ve toplumsal değerleri dümûra uğrattığı için zina iftirasında bulunma suçu ile bu suçun failine seksen celde vurulması arasında somut olarak ölçülemese de bir denge olduğu kabul edilir. Bu yönüyle mesele, suç ve ceza dengesi ile ilgilidir. Ama zina iftirasına uğrayan mağdurun gayrimüslim veya köle olması halinde cezanın

[5] Bardakoğlu, "Ceza", *DİA,* 7/475. Burada suç-ceza denkliğini anlatmak üzere "suç-ceza eşitliği" ifadesine başvurulmuş.
[6] eş-Şûrâ 42/40.

had yerine ta'zîr olarak değişmesi ve bunun sebepleri, eşitlik ilkesi bağlamında ele alınmıştır. Aynı şekilde bekârın zina suçuna celde, muhsanın zinasına ise recm öngörülmesi de suçun fert ve toplumda doğurduğu zararla açıklandığı için suç ve ceza dengesi ile ilgilidir. Fakat zina suçunda failin köle olması durumunda cezanın yarıya düşmesi cezalarda eşitlik ilkesi ile daha çok ilgilidir. Diğer bir deyişle, eğer bir mesele, suç ile bu suçun cezası arasındaki orantı bakımından inceleniyorsa suç ve ceza dengesine konu olacaktır. Ceza suça eşdeğerse denge sağlanmıştır. Ama aynı mesele, suç ile suçun failine göre cezanın değişmesi veya cezanın düşmesi bakımından ele alınıyorsa bizim konumuz olan eşitlik ilkesine konu olacak demektir.

Duruşmalarda hâkimin sanıklara karşı tavır ve duruşu gibi yargılama usulünde eşitlikle ilgili tespit edilmiş prensipler, ceza yargılamaları hakkında da geçerli ve bu alanda uygulanıyor olsa da asıl konumuz, mahkeme önünde kişilerin eşitliği ve yargılama hukukunda eşitlik konusu değil, cezalardaki ve cezaların uygulanacağı kişiler arasındaki eşitlik ilkesi olacaktır.

Baş ve yüz bölgesindeki yaralamaları ifade eden şecce ve bu kapsamdaki mûdıha türü yaralamalarda denklik (*temâsül*) konusu tezimizde özellikle eşitliğin gözetilmesi açısından özetle ele alınacaktır. Çünkü bu konu, ceza hukukunda eşitlik ilkesi kadar, suç ve ceza dengesini de ilgilendirmektedir. Fıkıh kaynaklarında öldürme ve vücut dokunulmazlığına yönelik suçlarda, cezaların durumdan bahsedilirken eşitlik (*müsâvât*) kelimesi, organın nitelik (*vasf*) ve fonksiyonu (*menfaat*) hususlarında denkliğin (*temâsül*) gözetilmesi anlamında da kullanılmaktadır.[7]

III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Tezimizin kompozisyonu sürecinde İslâm hukukunun oluşum dönemine ait önemli müçtehitlerin görüşlerini klasik eserlerden tespit etmeye çalıştık. Modern dönemde yazılmış kaynaklara da sıkça müracat ettik. Ancak gerek klasik gerek modern döneme ait kaynaklarda konumuza direkt temas edilmeyip ikincil derecede ışık tutulduğunu değerlendirmekteyiz.

Kaynakların incelenmesi bağlamında, İslâm ceza hukukunun ve özel olarak da araştırmakta olduğumuz konumuzun fıkıh kitaplarında "*cinâyât*" veya "*ukûbât*" umumi bölümünde veya "*el-kısâs*", "*el-cirâh*", "*ed-diyât*", "*el-hudûd*", "*el-kasâme*", "*ahkâmü'z-zinâ*", "*el-kazf*", "*es-serika*", "*el-hırâbe*", "*et-ta'zîr*" gibi özel başlıklar altında tetkik edildiği

[7] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 311-344, 344-347; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/218-223.

görülmektedir. Tez konumuzun özel bölüm açılarak veya dolaylı şekilde işlendiği tespit edilen kaynakların elde edilmesine ve gerekli notların alınmasına özen gösterilmiştir.

Çalışmamız sırasında, tezimizle ilgili özel başlık açtığı görülen eserler arasında şunları zikretmeyi uygun görüyoruz.

Abdülkerim Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye,* Beyrut 1998/1418. Zeydân bu eserinde konumuzu "maktulün katile denkliği" başlığı ile müstakil olarak incelemiştir. Ayrıca eserinin muhtelif yerlerinde de "*el-mümâselât*", "*el-müsâvât*", "*et-tekâfü*" gibi kavramlar aracılığıyla da konumuza kimi zaman doğrudan kimi zaman dolaylı olarak değinmektedir.

Emine el-Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'eti fi'l-hudûd ve'l-cinâyât fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Doha 1987. Emine el-Câbir yapmış olduğu bu Doktora çalışmasında kadının kısastaki durumu ve diyetinin yarım olması meselesi üzerinde durmuş ve konuyla ilgili çeşitli görüşlere yer vermiştir.

Fâtıma Ömer Nasîf tarafından hazırlanan *Hukûku'l-mer'e ve vâcibâtühâ fî dav'i'l-Kitâbi ve's-sünne,* Kahire 1995/1415, isimli doktora çalışmasında, genellikle İslâm'da kadının yeri ve sahip olduğu haklar ve ödevler incelenmiştir. Kadınlara ait hukuki konular kapsamında, kadınlarla ilgili İslâm ceza hukukundaki kimi hükümler de ele alınmıştır.

Muhammed Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, Kahire ty., isimli eserinde "*el-Müsâvât fi'l-kısâs*" başlığı altında, kişilerin hukuki statülerine göre kısastaki durumları ile ilgili görüşlere yer vermiş ve farklı görüşler arasında tercihlerde bulunmuştur. Kadının diyetinin erkeğinkinin ittifakla yarısı olduğuna dair görüşe katılmamış ve erkek ve kadın her iki cinsin de diyetlerinin eşit, bir başka deyişle kadının diyetinin tam diyet olması gerektiği fikrini savunmuştur.

Abdülkadir 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâiyyü'l-İslâmî,* Kahire ty.: İslâm ceza hukukunun günümüz hukuk sistematiği ile mukayeseli tarzda işlendiği bu eserde çalışma alanımıza "*nazariyyetü'l-müsâvât*", "*nazariyyetü müsâvâti'l-mer'eti bi'r-racül*" gibi bazı özel başlıklar altında ve eserin çeşitli yerlerinde farklı vesilelerle işaret edilmiştir. Örneğin kısasa mani haller konusunu anlatırken, "*in'ıdâmü't-tekâfü'* (denkliğin bulunmaması)" başlığı altında tez konumuz, hürriyet, din ve cins farklarına dikkat çekerek incelenmiştir.

Osmanlılar döneminde hazırlanan bazı ceza hukuku eserleri ve kanunname niteliğinde hazırlanan eserlerden de ulaşabildiğimiz ölçüde istifade etmeye çalıştık. Bunlar arasında ceza hukuku özel ve genel hükümleri konularında maddeler halinde hazırlanmış olan Karînâbâdî

Ömer Hilmi Efendi'ye ait *Mi'yâr-ı Adâlet* isimli eser, özellikle kısas ve diyet gerektiren suçlar ve hükümleri konusunda Kırîmîzâde'ye ait *Kırîmîzâde Mecmûası*, Şeyhulislâm Mehmet Ârif Efendi tarafından tercüme edilen Dede Cöngi'ye ait *Siyasetnâme* gibi eserler sayılabilir. Ayrıca suç ve cezaların denkliği konusunda, özellikle Fransız ceza kanunları ve Fransız ceza hukukuna ait eserler esas ittihaz edilmek suretiyle, Sultan Abdülhamit'in himayesinde kurulan Mekteb-i Hukuk (1878-1900) talebelerinden Ali Rıza ve Vasil Orfanidis tarafından ceza hukuku hocaları Yanko efendinin takrirleriyle hazırlanmış olan *Mîzân-ı cezâ*[8] isimli eserden de yararlandık. Bu eserin birinci bölümü hikmet-i ceza olup ceza hukuku felsefesi niteliğindedir.[9]

Suat Erdoğan'ın *Suç-Ceza Uygunluğu (Mümâselet)* ismiyle 2014 yılında tamamlamış olduğu doktora çalışması, Prof. Dr. Abdülaziz Bayındır danışmanlığında yürütülmüştür. Genellikle had cezaları başta olmak üzere İslâm hukukundaki cezaların, suçun ağırlığı ile bu suça takdir edilen ceza arasındaki uyum açısından incelendiği bir eserdir. Bu çalışma, cezanın suça göre belirlenmesi ve ağırlık hafiflik yönünden suçla ceza arasındaki en doğru orantıya ulaşılması gerektiği ana temasını işlemeye çalışmıştır. Cezaların suçun cinsinden olması suç ve ceza dengesini sağlayan unsurlardan biridir. Gayri meşru surette bedensel hazza ulaştıran zina suçuna verilen yaptırımın, bedensel elem ve acı sağlayan bir ceza olması buna bir örnektir.

Bizim çalışmamız, belli oranda, müessir fiiller konusunda suçla ceza arasındaki uyum ve denge hususunu içerse de esas yoğunlaştığımız alan, aynı suçu işleyen kişilere ayrı cezaların verildiği durumlar veya farklı hukuki statülere sahip kişilerin birbirlerine karşı işledikleri suçlardan dolayı uygulanacak cezalar arasında eşitliğin bulunup bulunmadığı gibi noktaların araştırılmasına dairdir.

Ahmet Şevkî Ömer Ebû Hatve, *el-Müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâ'î -dirâse mukârane-* adlı eserinde, eşitlik ilkesinin ceza hukukundaki tarihsel gelişimi, ceza hukukundaki eşitlik ihlallerinin haklı/makbul ve haksız kabul edildiği yerler gibi konuları Fransız ceza hukuku başta olmak üzere Batı hukukundaki sistematik ve bakış açısıyla işlemiştir. Bu eserde İslâm ceza hukukundaki eşitlik konusuna yer verilmemiş sadece genel manada İslâm'ın eşitliğe verdiği önem ve İslâm'da kanun önünde eşitlik gibi konulara çok kısa temas edilmiştir.

[8] *Mîzân-ı cezâ* isimli bu eser, kitap kapağında *Teşebbüsât-ı Cürmiyye* yazılı olduğu vaziyette dört eser bir arada ciltlenmiştir. Bibliyografyada da belirtildiği üzere Saîd Kemal Paşazâde'ye ait *Teşebbüsât-ı cürmiye*, Hüseyin Gâlib'e ait *Müdde-i Umûmî ve Muâvinleri* ve Ahmed Naci'ye ait *Usûl-i İdâre Yahud İdâreye Dair Nümûne* isimli üç eser aynı kapak altındaki diğer üç eserdir. Dört eserin toplamı 707 sayfa civarındadır.
[9] Yörük, *Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, 152-153.

Adem Yıldırım, *İslâm Hukukunda Suça Misliyle Mukabele Prensibi*, İstanbul 2007, Abdüsselam Arı danışmanlığında yürütülmüş bir yüksek lisans çalışmasıdır. Bu çalışmada misliyle mukabele hakkında dört ayet ve konuyla ilgili üç hadis merkezinde cezanın suça denkliği (suça misliyle mukabelede bulunma) konusu ele alınmıştır. Ayrıca suç ve cezanın denkliğiyle alakalı âyet ve hadisler arasında bir nesih veya tenâkuz olup olmadığı da gözden geçirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ, EŞİTLİK ve ADÂLET KAVRAMLARI

İslam hukukunda insanların temel haklarını güvence altına almak, bir hakkın ihlali durumunda şahsi intikama meydan vermemek adına olabildiğince objektif ve belirlilik esasına dayalı bir hukuk sistemi tesis etmek üzere bir takım cezalandırma ilkelerinin benimsendiği görülür. İslâm hukukunda ceza uygulamalarına yön veren genel ilkelerin ve eşitlik konusunun ele alınacağı bu bölümde yer verilen başlıklarda, eşitlik ilkesine konu olan bazı fer'î meselelerin daha genişçe anlatılması ve fikri temellerinin gösterilmesi hedeflenmektedir. Bu doğrultuda tikel meselelerin arka planlarında bulunan temel düşünce de irdelenmeye çalışılacaktır.

I. İSLÂM CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ

Ceza hukukunda suçlunun cezalandırılmasında dikkate alınan bazı ilkeler vardır. İslâm ceza hukukuna dair tikel meseleler incelendiğinde bu hükümlerin arka planında benzer bir takım öncüllerin bulunduğu görülür. Bu çalışmada zikredilecek olan ilkelerin çoğu klasik eserlerimizde satır aralarında dolaylı şekilde ifade edilmiş olup genelde sonraki dönemlerde kavramsallaşmışlar, klasik fıkıh kitaplarının ukûbâtla ilgili bölümlerinde "*kitâp*" veya "*bâb*" şeklinde müstakil konu başlığı olmamışlardır. Söz konusu ilkelerin müstakillen ifade edilmeye ve doğrudan başlık olmaya başlaması günümüzde yazılan eserlerde görülür. Bunun ilk dönem İslâm hukukunun kazuistik yapısından kaynaklandığı söylenebilir.

Mevcut cezai hükümlerin özünde var olup kendilerine riayet edilegelmiş olan bu ilkelerin gerek günümüzde gerek sonraki asırlarda ortaya çıkacak yeni problemlere çözüm üretirken hukukçulara yardımcı olacağı muhakkaktır.

İsimlendirme ve sayı bakımından bazı farklılıklar görülmekle birlikte suç ve suça öngörülen cezalar açısından İslâm ceza hukukuna ait eserlerde genelde şu ilkelere yer verilmiştir.

A. Suç ve Cezanın Kanuniliği

Suç ve cezanın kanuniliğinden maksat, kanunla tanımlanmamış suç ve cezanın olmamasıdır. Cezalandırılması gereken fiillerin kanunda herhangi bir boşluğa meydan

vermeden teker teker zikredilmesidir. Bu ilkeye göre hangi fiilin suç olduğu ve bu suç tipine verilecek olan cezanın türü ve miktarı kanun tarafından belirtilir.[10] Kanunilik ilkesine göre, suç ve ceza koyma yetkisinin yasama organına ait ve ona has olması icab eder.

Kanunilik ilkesinin keyfilikleri önleme yanında bireysel hak ve hürriyetlerin dokunulmazlığını teminat altına alma gibi bir işlevi bulunur.[11]

"*Allah, size neleri haram kıldığını detaylı bir şekilde beyan etmiştir.*"[12] âyeti kanunilik ilkesinin Kur'ân'daki delillerindendir. Bu ayet icmâlî/tümel bir örnek iken zina ve hırsızlık gibi fiilleri yasaklayan ayetler tafsîlî/tikel örneklerdir.[13]

Had cezaları, yaptırımın türü ve miktarı bizzat Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmiş olan suçlar ve cezaları için kullanılan bir terimdir. Hatta cezanın şeklini şâri'in belirlemesi açısından kısas cezası bile haddir. Şu kadar var ki kısasta bir bireyin hukukunu ihlal anlamında kul hakkı, hadlerde ise toplumdaki tüm bireylerin hukukunu ihlal anlamında kamu hakkı ön plandadır.[14]

Hadlerde kanunsuz suç ve ceza yoktur.[15] Hâkimin had cezalarında tenkis, istibdal veya infazı durdurma gibi yetkisi yoktur, haddin tarifindeki "mukadder" kaydı bunun içindir. Kanunilik bakımından kısas ve diyette de durum aynıdır.[16] Naslara dayanmayan had cezası yoktur, diğer bir deyişle, hadler konusunda hâkim ve yöneticilere takdir yetkisi bırakılmış değildir. Böyle olması had cezalarının zaman ve şartlara göre değişmesinin önünü de kapatmıştır.[17]

Cezanın kanuniliği prensibi, failin kim olduğuna bakılmaksızın aynı şekilde hükmedilmesini ve uygulanmasını da zorunlu kılar. Çünkü bu ilke, kanunlar tarafından belirlenen cezaların genel, objektif ve anonim karakterli olmasını, kanunlarda yer alan cezaların ise tüm suçlular hakkında eşit uygulanmasını gerektirir. Bu ilkenin zaruri bir sonucu olarak, hâkimler kanunen suçlu olduğu tespit edilen bir kimseyi beraat ettiremezler, suça karşılık belirlenen cezanın üst sınırını aşamazlar. Cezaların kanuniliği aynı zamanda,

[10] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 52, 68-69.
[11] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 68-69.
[12] el-En'âm 6/119.
[13] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 68-82.
[14] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5517, 5576; Behnesî, *Medhalü'l-fikhi'l-cinâî*, 19, 24, 26. Behnesî, cezaların hadler ve ta'zîr şeklinde iki ana başlıkta düşünülebileceğini; bu durumda kısas ve diyetin de hadlere ilhak edilebileceğini ifade etmektedir.
[15] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/118-121.
[16] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/122.
[17] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 87.

cezaların eşitliği olarak da isimlendirilebilir. Zira cezalarda eşitlik ilkesi, cezaların kanuni olması prensibinin doğal bir sonucudur.[18]

"*... Biz, (tebliğle vazifeli) bir peygamber göndermedikçe (kimseye) azap edici değiliz.*"[19] âyeti hukuken sorumlu olmak için risalet ve tebliğin kişiye doğrudan ulaşmasının ölçü alınmasını hükme bağlayıp kanunilik ilkesini tespit ve takrir eden ayetlerdendir.[20] Peygamber gönderilmeyen bir kavme azap edilmeyeceğini bildiren bu ayetle, kanunsuz suç ve ceza olmayacağına dolayısıyla kanunilik ilkesine işaret edildiği yorumu yapılmıştır.[21]

"*Allah, -yemek zorunda kaldıklarınız dışında- size neleri haram kıldığını tek tek açıklamıştır...*"[22] ve, "*(Savaş esiri olarak) sahip olduklarınız hariç, evli kadınlar (da size) haram kılındı. (Bunlar) üzerinize Allah'ın emri olarak yazılmıştır. Bunların dışında kalanlar ise, iffetli yaşamak ve zina etmemek şartıyla mallarınızla (mehirlerini verip) istemeniz size helal kılındı.*"[23] âyetleri mü'minlere nelerin serbest nelerin yasak olduğunun açıkça bildirildiğini ifade ederek her şeyin kanuna tabi olduğuna işaret etmiştir. Buna göre hakkında daha önce nas varit olmayan bir şeyin haramlığına hüküm olunamaz. Tercih edilen görüşe göre, bir şeyin haram olduğuna dair bir delil yoksa, eşyada asl olan ibahadır.[24]

Hz. Peygamberin, teşrî'[25] görevi itibarıyla bizzat kanun koyma yetkisi bulunmasına rağmen, kendisine gelen birçok soru ve sorun karşısında hemen hüküm vermeyip Allah'ın hükmünü beklemesindeki örnek tavırları, kanunilik ilkesinin Peygamberden itibaren İslâm hukukunun yapısal özelliklerinden biri olduğunu göstermektedir.

Teabbüdilik. Suçların kanuniliği prensibi, ceza hukukunda kıyas yolunu nerdeyse kapatmış, kanunda suç olarak tanımlanmayan fiillerin cezalandırılamayacağı kuralı, bu ilkeyi kabul eden sistemler nezdinde genel kabul görmüştür. Kanunsuz suç ve ceza hukukta keyfiliğe yol açacağı için, keyfilik ve indî yorumların önüne geçmek üzere hem suç ve

[18] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/589-592.
[19] el-İsrâ 17/15.
[20] Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[21] Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 3/470.
[22] el-En'âm 6/119.
[23] en-Nisâ 4/24.
[24] Emir Padişah, *Teysîru't-tahrîr*, 2/172; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/115.
[25] Kur'ân'daki hükümler karşısında Hz. Peygamber'in sünnetinin temelde şu işlevleri gördüğü tespit edilmiştir: 1. Tekid: Kur'ân'daki hükmü teyit eden, onunla uyumlu olan sünnet. 2. Tebyîn: Kur'ân'daki mücmel ve müşkil lafızları, hükümleri açıklama. 3. Teşri': Kur'ân'da hükmü bulunmayan konularda hüküm vaz' etme. 4. Tahsis/takyit: Kur'ândaki âmm ve mutlak lafızların manalarının sınırlandırılması. 5. Nesih: Kur'ân'daki hükmü nesh eden sünnet şeklindedir. Bk. Zeydan, *el-Medhal*, 163-164; Bedir, "Sünnet", *DİA*, 38/151-152.

cezanın kanuniliği ilkesi kabul edilmiş hem de ceza hukukunda kıyas yasağı kabul edilmiştir.[26]

Ceza hukukunda kıyas yasağı ve kanunların geriye yürümemesi kanunilik ilkesinin en göze çarpan tezahürleridir.[27] Çünkü ceza hukukunda kıyas yöntemi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile çelişecektir. Kıyas yöntemine dayanarak, uygulayıcı konumundaki yargı mensupları yeni suç ve cezalar türetebileceklerdir ki, kanunilik ilkesi, zaten bunun önüne geçmek için benimsenmiştir. Ebû Hanîfe, zina ile livata fiillerinin isim ve mahiyet itibarıyla farklı olmalarına bakarak livatanın zinaya kıyasla zina suçuyla aynı sayılamayacağına hükmetmiştir. Zira livata suçuna zina haddi uygulanması demek, had cezasının kıyas ile sabit olması demek olur ki, bu caiz değil demektedir.[28] İmam Ebû Hanîfe'nin bu yaklaşımı kanunilik ilkesindeki hassasiyetini göstermesi bakımından önemli olmalıdır.

Cinsi ve miktarı doğrudan yasa koyucu (*şâri'*) tarafından belirlenmiş olan had ve kısas cezalarında hâkimlerin herhangi bir eksiltme, artırma ya da değişikliğe gidememeleri, kıyas yasağının İslâm ceza hukuku alanındaki yansımalarındandır. İslâm hukukunda hükümlerin *muallel* ve *gayr-i muallel* (*taabbüdî*) ayrımına tabi tutulmasının ve ceza kanunlarını yorumlamada (*tefsîr*) hâkime kısıtlama getirilmesinin arkaplanında da kıyas yasağı bulunur.[29]

İslâm hukukunda cezalara ilişkin hükümlerin, muâmelât gibi fıkhın diğer ana başlıklarına göre daha az tartışılmış ve zaman içerisinde fazla bir değişikliğe uğramamış olmasının nedenleri arasında, suç ve cezalara dair hükümlerin çoğunlukla naslarla sabit olup fukaha ve hâkimlerin kıyas yöntemine başvuramamış olmaları da zikredilir.[30]

Bu bağlamda had cezasının bizatihi tanımı bile, hadlerin kıyasa kapalı olduğunu ima etmektedir.[31] Zira had cezaları gerek cezanın türü gerek miktarı bakımından doğrudan Allah ve rasulü tarafından belirlenmişlerdir.[32]

Bu ilkeye göre, ancak kanunun suç olarak gösterdiği fiiller cezalandırılacağı için bir kişi, kanunun suç saymadığı bir fiil hakkında yanlış yorumda bulunarak suç olmayan bir fiili

[26] Tosun, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 47; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 305; Şafak, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, 41, 44.
[27] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 274-275.
[28] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/91.
[29] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/121-123; Şafak, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, 41; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475. Hadler ve kefaretler konusunda kıyasın cari olamayacağı hakkında Hanefiler ve bazı Mâlikilerin görüşleri için bk. Apaydın, "Kıyas", *DİA*, 25/537.
[30] Behnesî, *Medhalü'l-fıkhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 18.
[31] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/121.
[32] Zeylaî, *Tebyîn*, 3/163; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/79; Bâbertî, *el-İnâye*, 5/212; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/212.

suç zannederek işlemiş olsa dahi kendisine ceza verilmez. Aynı şekilde fail, hukuka uygunluk sebeplerini bilmese yani bu fiillerin hukuk tarafından nazarı dikkate alınacağını ve kendisinin cezalandırılacağını sansa, onun bu zannının bir önemi yoktur, kendisi cezalandırılmaz. Çünkü asıl kıstas bir fiilin, kanun nezdinde suç olarak görülüp görülmemesidir.[33] Dolayısıyla kişilerin bireysel zan ve niyetleri, bir fiilin suç sayılıp sayılmamasında hukuken etkili değildir. Fakat İslâm hukukuna ait hükümlerin dünyevi ve aynı zamanda uhrevi sonuçlarının olduğu düşünülürse zahirde hukuken (*kazâen*) suç sayılmayan bir eylemin diyâneten suç sayılıp ahirette sorumluluğu mucip olabileceği malumdur.

Suç ve ceza koymanın, suçu kovuşturmanın, gerektiğinde suçu ve cezasını affetmenin devletin bir erki (kudret, yetki) olarak kabul edilmesi de yine kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak görülmüştür.[34]

Cezalandırmanın geçmiş suçları kapsamaması gerektiği de bu ilkenin tezahürlerinden olup buna dair şu ayetler zikredilebilir[35]: "*... Allah alışverişi helal, faizi haram kılmıştır. Bundan böyle kime Rabbinden bir öğüt gelir de (o öğüte uyarak) faizden vazgeçerse, artık önceden aldığı onun olur. Durumu da Allah'a kalmıştır..*"[36], "*Geçmişte olanlar hariç, artık babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin…*"[37] Bu ayetlere göre, herhangi bir şeyin günah veya suç olduğunu bildiren ayet ya da sünnet varit değilken yapılan fiillerden kişilerin sorumlu olmayacağı esası benimsenmiştir. Günümüz ceza hukukunda cezaların geriye uygulanmaması olarak tabir olunan bu kural, islam hukukunda bizzat naslar marifetiyle kural haline getirilmiştir.

İslâm hukukunda suç ve cezanın kanuni olduğu ilkesinin benimsenip buna riayet edildiğini ortaya koyan en önemli göstergelerden birisi belki de, Havle binti Sa'lebe'nin müracaatı üzerine, Hz. Peygamber'in zıhar olayındaki duruş ve tavrıdır. Havle, kocası Evs b. Sâmit'in kendisine: "*Senin sırtın bana anamın sırtı gibidir*" diyerek cinsel anlamda yaklaşmamak üzere yemin ettiğini anlatıp durumunu Hz. Peygamber'e bildirerek bu soruna bir çözüm getrimesini istedi. Ancak Peygamberimiz, bu konuda henüz ilahi bir bildirim gelmediği için, geleneksel hükmün devam edeceğine karar verdi. Kısa bir süre sonra zıhar

[33] Tosun, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 59.
[34] Hafızoğulları, "5237 s. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 14.
[35] Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[36] el-Bakara 2/275.
[37] en-Nisâ 4/22; vahiy öncesi dönemde yapılmakta olan gayri meşru uygulamalardan İslam'ın gelmesiyle affedilen ve geçmişe dönük olarak sorumluluğun kaldırıldığını ifade eden bazı nasslar hakkında ayrıca Bk. en-Nisâ 4/23, el-Mâide 5/95, el-Enfâl 8/38.

konusuna dair Mücâdele suresinin ilk (1-4) âyetleri nazil olunca hemen onlara bildirdi ve olay hakkında, yeni inen ayetlerin getirdiği hükümlere göre karar verdi.[38]

Zikredilen ayet ve hadislerdeki örnekler haricinde, had ve kısas gibi ceza türlerinde kıyas serbestliğinin olmaması, genişletici yorumlara yer verilmemesi, silahlı gasp ve eşkıyalık suçunun cezasını seçimli (*tahyîrî*) olarak düzenleyen el-Mâide 5/33 âyetiyle suçun tipine göre hangi cezanın uygulanacağının âlimlerce tespit edilecek olması ve siyaseten katl[39] cezasının hangi suçlar için verilebileceğinin tartışılması gibi örneklerin tamamında cezaların kanuniliği ilkesini koruma çabalarının olduğu söylenebilir.[40]

Suç ve cezaların kanuni olması ilkesiyle bağlantılı olarak, ceza kanunları önünde kişilerin eşitliği ilkesiyle kastedilen "*hukukî bir eşitlik*" olup "*fiilî bir eşitlik*"[41] değildir. Aynı ceza, farklı kişiler üzerinde değişik etkiler oluşturacağı için aslında eşitsiz bir nitelik taşır. Kişilerin geçmişine, yaşadığı hayat standartlarına ve sosyal çevresine göre, cezanın kişi üzerindeki etkileri değişecektir. Yaşam standartları yüksek birisi için hapis cezası katlanılmaz bir ıztırap iken, sefalet içinde yaşayan evsiz bucaksız bir dilenci için hapis rahat bir sığınak olabilir. Aynı miktar para cezasının zengin için çok hafif, fakir için çok külfetli olabilmesi gibi.[42] Fiili eşitlik izafi bir kavramdır, kanunların ise somut ve objektif olması gerekir. Cezalardan etkilenme derecesi bakımından kişiden kişiye baş gösterecek olan farklılıklar, çoğu zaman pratikte fiili değil hukuki eşitliği zorunlu hale getirebilmektedir.

Yasalar önünde eşitlik ilkesini koruyup onu garanti altına alan en önemli hukuki tedbirlerden birisinin, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi olduğu söylenebilir. İki ilke arasında böyle bir ilişki vardır. Toplumdaki bireyler, nelerin serbest nelerin yasak fiil olduğunu bilmeleri halinde, bulundukları meşru eylemlerinden dolayı ceza almaktan korkmayacakları için toplumsal aktivitelere katılmakta rahat davranacaklardır.[43] Suç vasfını haiz bir eylemin kimileri için suç sayılıp kimileri için suç sayılmaması, bir çelişki olup kanunların varlık sebebine ters düştüğü kadar, toplum içerisinde bu kanunlara muhatap olan vatandaşlar

[38] Yaman, "Zıhar", *DİA*, 44/388; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 5/195.
[39] Siyaseten katlin cevazı ve hangi durumlarda gerekli hale gelebileceği konusunda Dede Cöngi'ye (v. 975/1567) ait "*es-Siyâsetü'ş-şer'iyye*" isimli esere bakılabilir. Şeyhulislam Mehmet Arif Efendi (v. 1275/1858) tarafından "Siyâsetnâme" ismiyle Türkçe'ye (Osmanlıca) çevrilen bu eser, Ahmet Akgündüz tarafından Osmanlıca aslıyla beraber günümüz alfabesiyle (transkripsiyon) yayımlanmıştır. Bk. Akgündüz, *Osmanlı Kânunnâmeleri*, 4/127-212.
[40] Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[41] "*Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir*." Anayasa Mahkemesi, 1 Temmuz 1998 tarih ve 1998/45 sayılı kararı.
[42] Garofalo, *Criminologia "Suç, Suçlu ve Ceza"*, 290; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/592.
[43] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 273-275.

arasında da kargaşaya ve çekişmelere yol açacaktır. Bu yönüyle, vatandaşlar arasında eşitliği teminat altına almak suretiyle söz konusu ilkenin, kanunları çelişkiden kurtardığı kadar toplumsal huzuru gerçekleştirmeye yardımcı olacağı da söylenebilir.

İslâm hukukunun noksanlıklarından birisi, ta'zîr suç ve cezalarında kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin geçerli olmamasıdır, diyen Ansay'a göre ta'zîr cezaları, ülü'l-emr ve hâkimin serbest takdirine bırakılmış olmaları itibarıyla, İslâm hukukunun genel manadaki kanunilik sistemi yanında, takdiri hatta indî bir ceza sistemi olarak durmaktadır.[44] Oysa ta'zîr cezaları ile ilgili genel kurallar, İslâm hukukunda kanunsuz suç ve ceza olmadığını ve mezkûr iddianın aksini ispata yetmektedir. Şeriat tarafından serbest bırakılmış bir fiilin cezalandırılamaması, hâkimin önceden belirlenmiş ta'zîr cezaları dışında farklı bir cezaya başvuramaması, hâkimin yetkisinin, kendisine arz edilen somut olaya kanunları tatbik etmekle sınırlı olması gibi kurallar,[45] buna örnek gösterilebilir. Ayrıca ta'zîr cezasını gerektiren fiillerin fert ve topluma zarar verdiği, bu davranışların kınandığı naslarla sabittir. Yasama organlarının yaptığı şey esasında duruma göre bunlara belirli cezalar takdir etmekten ibarettir.[46] Rüşvet, hakaret, faiz gibi ta'zir cezasını gerektiren fiillerin suç olduğu kanunla/*nassla* sabit olduğuna göre, devlet başkanı ve diğer yasama organlarına bırakılmış olan şey sadece içtihat yoluyla cezanın tayininden ibarettir. Kaldı ki kânunnâmler gibi kimi uygulama örneklerinde belirlenmiş ta'zîr cezaları da mevcuttur.

Ansay'ın iddiasına cevap mahiyetinde şunlar da söylenebilir: Ta'zîr suçları konusunda şâri'in bilerek somut cezalar belirlemeyip genel ve soyut kurallar getirmiş olması hâkimlere olan güvenin bir göstergesi olarak görülmelidir. Hâkimler zamanın gereklerine ve değişen şartlar ve ilişki biçimlerine göre bu konuda takdir yetkilerini kullanırlar. Bu şekilde yargıçlara belirli boşlukları tamamlama fırsatı tanıyarak hayatın akışına uygun hükümler vermelerini sağlamak önemli bir meziyettir.

Suç ve cezaların kanuni olduğunu göstermesi açısından fıkıh usulü ve kelam ilmine konu olan bazı tartışmaları zikretmek gerekirse: Mükellefiyet açısından, peygamber gönderilmeyen bir toplumun dünya ve ahirette cezalar da dâhil olmak üzere dini hükümlerle

[44] Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 317, 328-329.
[45] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/148.
[46] Şafak, *Mezhepleraras Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, 195; Şekerci, *İslam Ceza Hukukunda Ta'zîr Suçları ve Cezaları*, 20, 27-30.

yükümlü olup olmayacakları tartışması,[47] kefen soyucu/*nebbâş*ın hırsız sayılıp sayılamayacağı,[48] livata fiilinin zina suçu olarak kabul edilip edilmeyeceği[49] gibi konular bu kapsamda olup örnekleri çoğaltmak mümkündür.

B. Cezaların Şahsiliği

Cezaların şahsiliği, kusur ve ceza ilişkisinden kaynaklanmıştır. Kusur yoksa ceza da olmayacağı için cezanın sadece suç işleyen kişiye tatbik edilmesi demektir. Şahsilik, suç işleyen bir kişinin bu suçun hukuki sonucu olan cezayı bizzat kendisinin çekmesi, belirli bir suç sebebiyle fail dışında bir başkasının cezalandırılamaması demektir.[50]

İslâm hukuku, tarihi süreçteki bazı çarpıklıkları gidermiş, insanların sadece kendi fiillerinden sorumlu olacakları güvencesini getirmiştir.[51] Ceza hukukunda veraset ve intikalin geçerli olmayacağını, cezadan kaynaklanacak hukuksal etkinin sadece suçlu üzerinde hissedilmesi gerektiğini ifade eden şahsilik/kişisellik ilkesine Kur'ân'da şu ifadelerle yer verilir: "*Herkesin yaptığının sonucu (sorumluluğu) ancak kendisine aittir.*"[52], "*... Hiç bir günahkâr, başka bir günahkârın günah yükünü yüklenmez...*"[53] Kıyametin kesin ama vaktinin gizli olduğunu haber veren ayetlerde geçen "*...Herkes işlediğinin karşılığını görsün diye...*"[54]

---

[47] el-Kasas 28/59: "*Rabbin, ülkelerin merkezi yerlerine, kendilerine ayetlerimizi okuyan bir peygamber göndermedikçe oraları helak edici değildir. Zaten biz, halkları zalim olmadıkça memleketleri helak etmeyiz.*"; el-İsra, 17/15: "*... Biz, bir peygamber göndermedikçe azap edici değiliz.*".
Ayrıca bk. Şafak, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, 39-40, 44.

[48] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/108-109; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sültâniyye*, 332; Emir Pâdişah, *Teysîrü't-tahrîr*, 1/157-158; Şafak, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, 40. İmam Ebû Hanîfe ve imam Muhammed, dilde hırsız ve nebbâş kelimelerinin farklı isimlendirilmesine bağlı olarak hırsızlık manasının nebbâş hakkında tam olarak gerçekleşmemesinden dolayı nebbaşın elinin kesilmeyeceğine hükmetmişlerdir. Elinin kesilmesi gerektiği fikrinin savunulması halinde nebbaş, kıyas yoluyla hırsıza ilhak edilmiş olunur. Oysa had cezaları kıyasla sabit olmaz. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/108-109.

[49] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/180-181; Şafak, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, 40; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 166-168; Esen, "Zina", *DİA*, 44/440-441.

[50] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 624-625; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 307; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 52; Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza*, 89.

[51] Cahiliye döneminde, suçlunun mensup olduğu kabilenin tamamı, onun işlediği suçtan sorumludur anlayışı ile suçlu haricinde masum kişilerin cezalandırılması normal karşılanabiliyordu. Bk. Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 43; Zeydan, *el-Medhal*, 32. İslâm'ın sorumluluğu sınırlandırarak kaldırmış olduğu bu âdetin benzeri Fransa gibi batılı ülkelerde de mevcut idi. 1814 yılında Fransa'da hırsızlık yapan kişiye uygulanan idam cezası lağv olunmuştur. Beraberinde bir tür manevi ölüm niteliğinde olan, kişinin bütün mal ve emlakının müsadere edilmesi kanunu da lağv edilmiştir. Yine Fransız ihtilalinin yaşandığı bu yıllarda bir kişinin eşi veya babasının işlemiş olduğu bir suçtan dolayı o kişinin çocukları veya kocasının da cezalandırılması söz konusu idi. Bunun anlamı, bir ailede bir kişinin suçlu olması, nerdeyse bütün ailenin harap olması demekti. Bk. Rıza - Orfanides, *Mîzân-ı cezâ*, 123. Eski dönemlerde batı hukukunda şahsilik prensibine riayet edilmediği görülür; krala karşı işlenen suçlar sebebiyle faile ölüm cezası verilip aile efradının da sürgün ve müsadere edilmesi kayıtlara geçmiştir. Bk. Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tabiki Ceza Hukuku*, 2/594.

[52] el-En'âm 6/164.

[53] Hiçbir suçlu ve günahkârın başkasının suç ve günahıyla sorumlu olmayacağına dair ayetler için bk. el-En'âm 6/164, el-İsrâ 17/15, el-Fâtır 35/18, ez-Zümer 39/7, en-Necm 53/38.

[54] Tâhâ 20/15.

uyarısı da ödül ve cezanın şahsi olduğunu vurgulamaktadır. "*Her birey, kendi işlediklerine karşılık rehindir.*"[55] Dini yükümlülüklerle sorumlu her bir kişinin kendi yaptıklarına karşılık rehin olarak tutulacağını bildiren bu âyet, sorumluluğun ferdî olduğunu, ödül ve cezanın herkesin dünyadaki inanç ve yaşam tarzına göre olacağını haber vermektedir.[56]

İnsan için ancak çalıştığının karşılığının olması,[57] iyilikse iyilik, kötülükse kötülük insanın ektiğini biçeceğini anlatan âyetler[58] de cezai sorumluluğun şahsiliğini vurgulayan âyetlerdendir.

Cezalarda şahsilik ilkesi Hz. Peygamberin riayet ettiği bir uygulama olup sahabe ve tabiîn gibi selef ulemasının yanında mezhep imamlarının da takip ettiği bir husustur.[59] Kusur olmadan ceza olmayacağı, hiç kimsenin bir başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulmayacağı kuralı sünnetle de teyit edilmiştir.[60] Sünnette suç ve cezaların şahsiliğine dikkat edildiğini gösteren örneklerden birisi, Hz. Peygamber'in oğul ile baba (Ebû Ramese) arasındaki aşırı benzerliği görünce tebessüm etmesi ve onlarla sohbeti sırasında: "*Bilmiş olun ki kimse babası ve kardeşinin suçundan dolayı sorguya çekilmez. O, senin suçun yüzünden cezalandırılmaz. Sen de onun suçu yüzünden cezalandırılmazsın*" buyurması ve ardından el-En'âm 6/164 ayetini okumuş olmasıdır.[61] Böylece onlara birinizin işlediği suç diğerinizi etkilemez mesajı vermiştir.

Veda hutbesinde: "*... Bilesiniz ki kişi, ancak kendi işlediği suçtan sorumludur. Baba evladının suçundan, evlat da babasının suçundan dolayı cezalandırılmaz.*"[62] buyurmak suretiyle, cezaların bireysel olduğu ilkesini zihinlere yerleştirmiştir.[63]

---

[55] el-Müddessir 74/38.
[56] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, 21/587; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 5/500.
[57] en-Necm 53/39.
[58] en-Nisâ 4/123, el-Fussılet 41/46, el-Câsiye 45/15.
[59] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/194.
[60] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 15/34 (No. 38342); Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/194, 4/200; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/100 (No. 3089); Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 308; Nevâvî, Abdülhâlik, *Cerâimü'l-kazf ve's-sebbi'l-alenî ve şürbi'l-hamr beyne'ş-şeria ve'l-kânûn*, 135. Lafız farklılığıyla birlikte aynı manada diğer bir hadis için bk. Ebû Dâvûd, "Diyât", 2 (No. 4495). Ebû Dâvûd'un *es-Sünen*'inde bahsi geçen bu hadisin bâb başlığı " **باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه**" şeklindedir.
[61] Ebû Davûd, "Diyât", 2 (No. 4495); Nesaî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Kasâme, 10/111 (no. 11149); İbn Mâce, "Diyât", 26 (2669); Ahmed, *el-Müsned*, 6/508-518 (No. 7106-7116) ; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/46; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/194; Câbir, Emine Muhammet b. Yusuf el-Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e fi'l-hudûd ve'l-cinâyât fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 233; Hatipoğlu, Mehmet Sait, "Hazret-i Âişe'nin Hadis Tenkitçiliği", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (AÜİFD)*, 62-63.
[62] Tirmizî, "Tefsîru'l-Kur'ân", 9; İbn Mâce, "Menâsik", 76, "Diyât", 26.
[63] Özafşar vd., *Hadislerle İslam*, 5/442.

Hz. Peygamber, hukuku en çok çiğneyen insanlardan birinin katilden başkasını öldüren kişi olduğunu[64] haber vererek, suçludan başka birini cezalandırmanın şahsilik ilkesini ihlal eden hukusuz bir tavır olduğunu belirtmiştir.

Hz. Aişe'ye "*Ölü, yakınlarının kendisine ağlaması yüzünden azaba uğratılır.*" rivayeti getirilmişti. Bu haberi tasdik edenler arasında Hz. Ömer ve oğlunun da olduğu söylenince: "*Siz yalan söylemeyen, yalanla itham da edilmemiş iki kişiden bahsediyorsunuz. Ancak kulak hata edebilir. Hz. Peygamber, bir Yahudinin mezarı civarından geçmişti, yakınları kabri başında oturmuş ağlaşıyorlardı. Bunun üzerine: 'Bunlar ağlaşıp duruyorlar, hâlbuki o, kabrinde azap çekmektedir' buyurmuşlardı. Size bu hususta Kur'an'ın rehberliği yeter: 'Kimse kimsenin günahını çekmez'*" diye olayın gerçek mahiyetini ortaya koymuştur. Kaynakların verdiği bilgilere göre bu Yahudinin azap görmesinin ardında yatan asıl neden, hayatta iken işlemiş olduğu günahlar ve bu kişinin, ölümünün ardından kendisine ağlanması yönünde yaptığı vasiyetidir.[65] Görüleceği üzere Hz. Aişe, şahsiliğe vurgu yapan ayetten hareket ederek, kişinin çekeceği azabın nedeninin başkalarının kendisi için ağlaması (başkasının günahı) değil, bizzat işlemiş olduğu günahlar yüzünden olacağını vurgulamıştır.

Ebû Hüreyre'den rivayet edilen ve veled-i zina olan çocuğun "*Üç şerlinin en şerlisi veled-i zinadır*" sözlerine Hz. Aişe: "*Allah Ebû Hüreyre'ye merhamet etsin! Hem yanlış duymuş hem yanlış cevap vermiş…*" diyerek söz konusu rivayete iki gerekçeyle itiraz etmiştir. Birincisi, bu sözle Rasûlüllah'ın hadiste kastettiği kişinin, Rasûlüllah'a çok eziyet eden belirli bir münafık olmasıdır, hadiste zina ürünü olan çocukların tamamı kast edilmiş değildir. İkincisi de, çocuğun babasının işlediği bir günah nedeniyle suçlanıp yargılanamayacağını bildiren "*… Hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez…*"[66] âyetidir. Çünkü zina suçunu işleyen babadır, çocuk değildir. Veled-i zinanın kötü sayılması, babasının işlediği günahı bizzat işlemesi haline hasredilmiştir. Şu halde böyle çocukların suçlanması, Hz. Aişe tarafından yanlış bulunup eleştirilmek suretiyle bir kere daha suç ve cezaların şahsiliğine atıfta bulunulmuştur.[67] Başka bir rivayette, veled-i zinaya anne ve babasının günahından bir pay olmadığı bilgisi yer almıştır.[68]

---

[64] Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 6/234 (No. 6681). Ayrıca bk. İbn Hıbbân, *Sahîh*, 13/340 (No. 5996); Abdürrezzak, *el-Musannef*, 5/139 (No. 9188), 9/47 (No. 16304).
[65] Hatipoğlu, "Hazret-i Âişe'nin Hadis Tenkitçiliği", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (AÜİFD)*, 62-63.
[66] el-İsrâ 17/15.
[67] Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, 2/367; Zerkeşî, *el-İcâbe li-îrâdi me's-tedrekethü Âişe ale's-sahâbe*, 107-109.
[68] Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 2/311; 6/109; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 10/59.

Cezalarda şahsilik ilkesi ihlal edilerek suçludan başkasının cezalandırılması, hukuk dışı bir uygulama olup adâlet ile uyuşmayacağı kesindir.

İmam Şâfiî, câhiliye döneminde kabilelerin birbirlerine karşı üstünlük kurmak ve diğerlerine karşı övünmek için bir kabilenin kendilerinden öldürülen bir köleye bedel olarak karşı taraftan bir hüre veya öldürülen bir kadına karşılık bir erkeğe kısas yapılmasını isteme gibi adetlerin olduğunu bildiren haberleri gündeme getirerek kısasla ilgili hükümleri vaz' eden ayetlerin[69] iniş sebepleri arasında bu tür hukuksuzlukların bulunduğunu belirtmiştir. O dönemde cinayeti işleyen katil normal bir vatandaş ise karşı taraftan daha önemli birine (*şerîf*) kısas uygulamak gibi adetler de vardı. İmam Şâfiî, Allah bu ayetlerle, her bir suçlunun ancak kendi suçundan sorumlu olacağını, birinin suçu sebebiyle başkasının yargılanamayacağını bildirmiş oldu, demiştir.[70]

Maktulün önemli birisi olmasından cesaret alarak asıl katil dışında başkalarını da kısas marifetiyle öldürme âdeti vahyin nüzûlü süreciyle beraber ilğa edilmiştir.[71] Asıl fail dışındaki masum kişilerin haksız yere öldürülmesi şahsilik ilkesi kadar adâlet anlamında eşitlikle de çatışan bir durumdur. Kişinin kendisine ait olmayan bir suçun cezasını çekmesinin zulüm olduğu düşünüldüğünde adâlet ve şahsilik ilkesinin varlıklarını belli ölçüde birbirlerine borçlu oldukları da söylenebilir.

"*Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı. Hüre karşı hür, köleye karşı köle, kadına karşı kadına kısas vardır.*"[72] Bu âyetteki "*kadına karşı kadın*" kısmından kadını öldüren erkeğe kısas yapılamayacağı değil şahsilik ilkesinin hükme bağlandığı anlaşılmıştır. Özellikle Arapların öldürülen kadına karşılık bir erkeğe ya da öldürülen bir köleye karşılık hür bir kişiye (efendi) kısas yapmak istemeleri gibi gelenekleri göz önüne alınınca ayetin nüzulüyle katil dışında suçla ilgisi olmayan başka birinin öldürülmemesi maksadının güdüldüğü ortaya çıkacaktır.[73]

---

[69] el-Bakara 2/285, el-Mâide 5/45.
[70] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/47-50 (No. 15888-15895).
[71] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 2/313.
[72] el-Bakara 2/178.
[73] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, 3/357-360. Kabileler arasındaki güç dengesinin bir göstergesi olarak kısas uygulamasında kadın yerine erkeği, köle yerine hürü, zayıf (*vadî'*) kişiler yerine nisbeten üst düzey ve daha itibarlı (*şerîf*) kişileri öldürmek isteyen câhiliye Araplarına Kur'ân, İsrâiloğullarını hatırlatmış, şahsilik ilkesini ihlal ederek suçludan başkasına kısas yapılmasını, tüm insanlığı öldürmek olarak betimlemiştir. Bu bağlamda İsrâiloğullarına birini öldürmeye veya yeryüzünde fesat çıkarmaya karşılık olması gibi hukuki bir gerekçe olmaksızın "*...kim haksız yere bir kimseyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur*." (el-Mâide 5/32) yazıldığı bildirilir. Böylece câhiliye ehli özelinde, tüm insanlığa, meşru bir sebep olmadığı sürece suçlu dışındaki kimselerin cezalandırılmasının büyük bir suç olduğu mesajı verilir. Bk. Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-islâmî*, 14-15; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 2/257-258.

Şahsilik ilkesinin bir gereği olarak, maktul yakınları sadece suçlunun kısas yoluyla öldürülmesini talep edebilirler. Kur'an'daki "*... o da öldürmede aşırı gitmesin ("israf" meşru ölçüleri aşmasın)...*"[74] ifadesi katilden başkasının öldürülmemesini hükme bağlayan amir bir hükümdür.[75] Bu ayetler gelmeden önce, öldürülen bir kişiye karşılık katilin ailesinden birkaç kişi öldürülmek isteniyordu veya maktule karşılık kendilerince katilden daha itibarlı olduğunu düşündükleri bir başkasına kısas uygulanmak isteniyordu. Bu bakımdan kısastaki "*israf*" (فلا يسرف في القتل) yasağı, cezalarda şahsilik ilkesi gereği, suçludan başkasını öldürmemek[76] olarak yorumlandığı gibi, kısasın ifası esnasında mislilik esasını aşacak ve kısas cezasının tabiatında var olan eşitlik unsurunu ihlal edecek aşırılıklarda bulunulmaması şeklinde de yorumlanmış, tefsir edilmiştir.[77]

Şahsilik ilkesine uygulamadan şu örnekler verilebilir. Kısasın uygulanması için gereken şartlardan bir tanesi, kısasın uygulanması esnasında katile verilen cezanın katil haricinde bir başkasını da etkilemeyeceğinden emin olunmasıdır. Bu itibarla zina suçlusu kadın hamile ise ona kısas ve had cezaları uygulanmaz, çocuğunu doğurması beklenir.[78] İbn Kudâme (v. 620/1223), İbn Münzir'e (v. 318/930) atıfta bulunarak bu konuda herhangi bir görüş ayrılığına rastlamadığını bildirmiştir.[79] Çünkü kadına hamile vaziyette ceza uygulanması dolaylı olarak onun çocuğuna da ceza vermek olacaktır ki, annesinin ve biyolojik babasının işledikleri suçla bu çocuğun (*cenîn*) hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca doğacak olan çocuk zinadan da olsa hürmete (saygı ve hukuken koruma altında olma) layık bir insandır.[80] Bu olayda infazın ertelenerek ceninin yaşam hakkının gözetilmesi hamileyi cezalandırmaktan daha üst bir menfaati dikkate almaktır.

Zina suçu nedeniyle had uygulanan bir kişiye ek ceza olarak sürgün (*nefy*) cezası verilip verilmeyeceğine dair İslâm hukukçuları arasında yaşanan görüş ayrılıklarının ardında da şahsilik ilkesine zarar vermeme düşüncesinin yattığı görülür. İmam Mâlik ve Evzâ'î zina

---

[74] el-İsrâ 17/33.
[75] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 94.
[76] Nitekim el-İsrâ 33'teki "فلا يسرف في القتل/*kısasta aşırı gitmesin*" ifadesini Zeyd b. Eslem: "*Seraf*/سرف" öldüren kişiden başkasına kısas uygulamaktır diye yorumlamıştır. Bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/47 (No. 15889).
[77] Râzî, *Mefâtîhu'l-ğayb*, 20/333-336; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 2/622; Nesefî, *Medârikü't-tenzîl*, 2/255-256; Şevkânî, *Fethu'l-kadîr*, 3/266; Reşid Rıza, *Tefsîru'l-menâr: Tefsîru'l-Kur'âni'l-hakîm*, 6/290; Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, 15/93-94; Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 181-182.
[78] Müslim, "Hudûd", 24; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 24 (no. 4440); Nesâî, "Cenâiz" 64; İbn Mace, "Diyât" 36 (no. 2694). Hz. Peygamber, Cüheyne kabilesine mensup zinadan hamile kalmış bir kadının kendisine gelerek: "*Ben cezayı gerektiren bir suç işledim, cezamı ver*" diyerek suçunu ikrar etmesi üzerine Hz. Peygamber, velilerinden kadının çocuğunu doğurduktan sonra getirilmesini istemiştir.
[79] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/46.
[80] Zeyla'î, *Tebyinü'l-hakâik*, 3/175; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/87; Haddâd, *el-Cevhera*, 2/153; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/591-592; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/16; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 2/325; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/226; Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/271; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/74, 116.

haddi uygulanan kişilerden sürgün cezasının sadece erkeğe verilebileceği, kadına verilemeyeceği görüşündedirler. Zira kadın sürgünde koruma ve kollanmaya muhtaç durumdadır. Üstelik sünnet, kadının bir günlük mesafeye mahremsiz gitmesini de yasaklamıştır.[81] Zina suçu sabit olduktan sonra kendisine had uygulanan bir kadına ek ceza olarak sürgün cezası gerekmeyeceğini savunan İmam Mâlik'in gerekçelerinden birisi de cezaların şahsiliği ilkesidir. O'na göre sürgünde geçim derdi ve benzeri sebeplerle çeşitli sıkıntılara düşüp de kötü yollara düşmesin diye kadının beraberinde bir de mahreminin bulunması gerektiğini söylemek, suçlu ile beraber masum birinin de sürgün edilmesi ve dolaylı olarak cezalandırılması demektir.[82] Bu meselede İmam Mâlik hem şahsilik hem de kanunsuz suç ve ceza olamayacağı ilkelerine atıfta bulunmaktadır.

Hanefî mezhebinde de yaklaşık aynı gerekçelerle celdeye ilaveten sürgün cezası verilmemesi gerektiği prensipte kabul edilmiştir.[83] Ancak devlet başkanı siyaseten gerekli görürse ta'zir cezası olarak sürgüne hükmedebilir.[84]

Veled-i zina olması sebebiyle bir kişiye zina isnadında bulunulamaz, bulunulduğu takdirde fail, kazif suçu işlemiş sayılır ve kendisine had uygulanır. Çünkü şahsilik ilkesi açısından anne ve babanın geçmişteki fiilleri çocuğu da iffetsiz kılacak değildir.[85]

Şahsilik ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle Osmanlı İmparatorluğu 1256 (1840) tarihli kanun ile malların müsâdere edilmesi usulünü ilğa etme kararı almıştır. Özellikle idam ve müsâdere beraber uygulandığında bu, idam edilen kişinin vârislerinin hiç mal alamamaları anlamına geliyordu.[86] Suçsuz kişilerin de cezalandırılmasını önleyecek bir adım olarak bu karar önemlidir.

Hukuk tarihimizin son dönem metinlerinde de şahsilik ilkesine yer verilmiştir: "*Ceza oldukça şahsî olmalıdır: Yani, müttehemden gayrı kimesnenin hukukuna dokunmamalıdır.*"[87], "*Ma'nen ve ahlâken ceza, cürme mütenâsib bir halde bulunması lazım geldiği gibi, maddeten te'sîri dahi yalnız şahs-ı mütteheme olup diğerlerine mütecâviz olmaması îcâb ider. Yani, ceza şahsî olmalıdır*"[88] şeklinde ifade edilmiştir.

[81] Buhârî, "Taksîru's-salât" 4, "Cihâd" 41; Müslim, "Hac" 419, 421.
[82] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 12/322-323.
[83] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/45; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/174.
[84] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/86-87.
[85] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 95.
[86] Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 12.
[87] Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, md. 150/2, 125.
[88] Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, md. 147, 122-123.

Cezaların şahsiliği prensibi, adâletin toplumda hâkim kılınmasını sağlayan en önemli ilkelerdendir. Bu ilke sayesinde suçlunun ailesi veya akrabaları değil yalnızca kendisi cezalandırılır ki bu adâletin ta kendisidir. Böylece ceza kanunlarının içeriği boşalmamış, kanunlar asıl hedefinden sapmamış olur.[89] Sarhoşun boşamasının geçersiz olması gerektiğini düşünen âlimlerin bir gerekçesi de şahsiliktir. Zira boşamanın geçerli sayılması halinde içki içen asıl suçlu (koca) ile beraber bu suçla ilgisi olmayan eşi ve çocukları hatta akrabaları da sıkıntıya sokularak cezalandırılmış olmaktadır.[90]

İslâm ceza hukukunda cezaların şahsi olduğu prensibi esas olmakla birlikte, âkile ve kasâme kurumlarının şahsilik prensibi içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi teorik olarak tartışmalıdır.[91] Mu'tezilî bilginlerden Ebû Bekir el-Esam ve bazı Harici çevreleri, cezaların şahsiliği ilkesi bakımından âkile kurumunun yukarıda zikredilen ayetlerin (el-En'âm 6/164, el-İsrâ 17/5, 35/el-Fâtır 18 vb.) ifadeleriyle bağdaşmadığını belirterek âkile sisteminin meşru olmayacağı fikrini öne sürmüşlerdir. Kimilerine göre iki kurum mezkûr ilkenin istisnası konumundadır, her ikisinde de şahsilik değil kolektif sorumluluk vasfı ön plandadır.[92]

İbn Rüşd, âkilenin yaptığı ödemenin, kimsenin bir başkasının suç ve günahını üstlenemeyeceğini bildiren âyet[93] ve hadislerdeki[94] âmm lafızların tahsis edilmesiyle elde edilmiş bir hüküm olduğu yorumunda bulunmuştur.[95]

'Ûdeh, akile uygulamasının meşru bazı gerekçelere binaen "*Kimse kimsenin günahını yüklenmez*" ayeti kerimesinde ifade edilen şahsilik kuralının tek istisnası olduğunu söyler. O'na göre bu istisna, rahmet, adâlet ve eşitliğin sağlanması, hak sahibinin hakkını elde etmesi, mağdurun kanının heder olmasını önleme gibi önemli roller üstlenmiştir.[96] Başka bir deyişle daha büyük maslahatlar ve üst gerekçeler nedeniyle kuraldan ferağat edilmiştir. (istihsan!)

---

[89] Hüseynî, "Mebdeü şahsiyyeti'l-'Ukûbe ve devruhâ fî tahkîki'l-adâleti'l-cinâiyye", *Mecelletü külliyyeti'l-İslâmiyyeti'l-câmia*, sayı: 6, s. 158-159, 161-162, 169.
[90] İbyânî, *Şerhu'l-ahkâmi'ş-şer'iyye fi'l-ahvali'ş-şahsiyye*, 1/297.
[91] Âkile sisteminin cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı konusundaki görüşler için bk. Esen, *İslâm'da Suç ve Ceza*, 91-92.
[92] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/313. İslam ceza hukukunda cezaların genellikle şahsi olduğu, ancak âkile ve kasâme sisteminin şahsilik ilkesinin dışında kaldığı, bunların kollektif olup şahsi olmadığı görüşü için Bk. Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 172; Behnesi, *el-Hudud fil-İslam*, 20-21.
[93] el-En'âm 6/164; el-İsra 17/15.
[94] Ebû Davûd, "Diyât", 2 (No. 4495); Ahmed, *Müsned*, 6/508-509 (No. 7106, 7107); Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 13/209 (No. 5213).
[95] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/195.
[96] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/677.

Kimi fakihlere göre ise bir istisna durumu söz konusu değildir, gerek âkile gerek kasâme olsun her ikisi de cezaların şahsiliği ilkesine bir halel getirmez. Akilede diyete katılan bir üye, suçlunun işlediği suçla sorumlu tutuluyor değildir. Yargılanan kişi suçludur, akile üyelerinin yaptıkları ödeme, esasında insanlar arasındaki dayanışma ve akrabalık ilişkilerinin bir gereğidir. Temelinde ahlaki öğretiler vardır. Allah, zenginlerin mallarında fakirlere ödenmesi vacip olan bir hak olduğunu (ez-Zâriyât 51/19, el-Me'âric 70/24) bildirmiştir; bir suç işlemedikleri halde zenginlerin fakirlere kendi mallarından vermeleri de bir yönüyle böyledir.[97] Ahlaki ve diyani bir durumdur.

Âkile ve kasâme kurumlarının cezaların şahsiliği prensibiyle tezat teşkil etmeyeceğini düşünenlerin görüşleri şu şekildedir. Cessâs, akile uygulamasının aklen güzel görülen ve örfen de kabul görmüş olan bir uygulama olup yardımlaşma ve acının paylaşılması manası taşıdığını söylemiştir. Ona göre esasında konuyla ilgili ayet, hiç kimsenin bir başkasının günahını yüklenemeyeceğini bildirmektedir. Âkilede maksat, suçlunun günahını başkalarına yükleme veya insanları başkasının suçundan dolayı sorguya çekme değil yardımlaşma ve dayanışmadır. Âkilenin diyeti yüklenmesi sayesinde kin, nefret ve düşmanlıkların önüne geçilmiş olur.[98]

Cessâs'a göre, diyeti ödeyen esasında yine suçlunun kendisidir. Konuyla ilgili âyetler (el-En'âm 6/164 vd.) ve hadisler, başkasının günahından sorumlu tutulmayı nefyetmektedir. Âkilenin diyeti üstlenmesi, failin suçundan dolayı onların cezalandırılması şeklinde değil kendi üyelerini teselli (*müvâsât*) şeklinde anlaşılmalıdır. Üyeler, teselli ve failin yükünü paylaşma amacıyla sorumluluk almışlardır. Âkiledeki dayanışma manası ile zenginlerin mallarında Allâh'ın fakirler için hak belirlemesi (ez-Zâriyât 51/19, el-Me'âric 70/24) arasında benzerlik vardır. Nafaka ve yardım gibi sıla-i rahim kapsamında yapılan iyilikler de âkileyle benzer karakterdedir. Öte yandan fonksiyonları itibarıyla âkile ahlaki bir erdemin ürünüdür. Âkile sistemi, üyelerine güven telkin eder, üyeler kendi başlarına geldiğinde de aynı yardım ve desteği göreceğini bilir. Mevcut kırgınlıkları dostluğa dönüştürür. Düşünce disiplini bozulmamış, doğru akıl yürüten insanlara göre ilgili âyetlerle âkile sistemi arasında bir çelişki olmadığı gibi daha nice hikmetler tespit edilebilir.[99]

Âkile sisteminin sosyal hayattaki önemine ve kamuya sunduğu yararlara işaret ettikten sonra Bilmen, akilenin şahsilik ilkesine aykırı olmadığını vurgulamak üzere "*Âkilenin bu*

[97] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/395. Âkile ve kasâme kurumlarının şahsilik ilkesinin istisnası sayılamayacağı görüşü için Bk. Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 95-97.
[98] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/194-195.
[99] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/194-195.

cürümden büsbütün beriüssaha olduğu iddia edilemez. Onun cani hakkındaki ilgisizliği, onu muhafazadaki taksiri bir tefrittir. Bu tefrit ise bir cürümdür." [100] tespitinde bulunarak suçluyu kontroldeki hatasından dolayı akilenin de hatada paydaş olduğu tespitinde bulunur. Ayrıca âkile, Hz. Peygamber'in sünnetiyle (gurredeki hükmü) ve sahabenin itirazı olmaksızın Hz. Ömer'in uygulamaları ile sabittir.[101] Sünnet ve sahabe uygulamasına dayanarak fıkıh tarihinde kendine yer bulan âkile uygulamasının, derinlemesine incelendiğinde, ayetle belirtilen şahsilik ilkesine aykırı olmayacağı anlaşılabilir.

İslâm ceza hukuku üzerine son dönemde müstakil eserler veren Behnesî, âkile üyelerinin diyete katılmalarını şahsilik ilkesinin istisnası olduğu yorumuna katılmaz. Diyet sırf ceza değildir, kendisinde hem ceza hem tazminat (*ta'vîz*) manası vardır. Mağdur veya yakınları diyet alacaklarından vazgeçerlerse artık diyete hükmedilemeyeceği değerlendirmesinde bulunur.[102] Diyetin medeni bir müeyyide olması, öldürme ve müessir fiil suçlarında, mağdur tarafın kaybını telafi etmek üzere takdir olunan destekten mahrum tazminatına benzemesi de bu düşünceyi desteklemektedir.[103]

Belli bir miktarın (tam diyetin 1/20'si: 50 dinar) altındaki diyet ödemeleri için âkilenin devreye alınmaması[104] da bizce konuya ışık tutmaktadır. Failin gücünün yetmediği yüksek miktar ödemelerde kendisine destek olunmaması, maktulün ailesininin mağduriyetine yol açacaktır. Bu açıdan bakıldığında özel bir gruba dağıtılmış bir sorumluluk ve yardımlaşma söz konusudur. Kaldı ki âkilenin devreye girdiği hataen öldürmelerde tazminat şeklinde bir cezai müeyyide olsa da faile günah terettüp etmemektedir.[105] Şibh-i amd ile öldürme, hüküm bakımından hata, fiil bakımından kasıt (خطأ في الحكم عمد في الفعل) olarak tanımlanmıştır. "*Öldürücü silah (kılıç vb) ile katletmek hariç (hangi cisimle olursa olsun) her öldürme hatadır*"[106] hadisi de bu minvaldedir.[107] Dolayısıyla şibh-i amd açısından durum net olmasa da hataen gerçekleşen olaylarda bize göre de kimse, kimsenin günahını üstlenmiş görünmemektedir.

---

[100] Bilmen, *Istılâhât-ı Fıhkiyye Kâmûsu*, 3/57-58.
[101] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/313-314.
[102] Behnesi, *el-Hudûd fi'l-İslâm*, 11-12, 20-21.
[103] Paçacı, "Diyet Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından "Diyet")", *Mütefekkir*, 102-103.
[104] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/61; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/138. Hanbelî mezhebinde âkile 1/3'ün altında kalan miktarı üstlenmez. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/384, 409, 420.
[105] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/92; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/25.
[106] Ahmed, *el-Müsned*, 30/342 (No. 18395), 30/374 (No. 18424); Abdürrezzâk, *el-Musannef*, 9/273 (No. 17182); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/140 (No. 27311), 9/344 (No. 28254). Konuyla ilgili Nu'mân b. Beşîr'den gelen hadis metinleri şöyledir: "كل شيء خطأ إلا السيف وفي كل خطأ أرش", "كل شيء سوى الحديدة خطأ ولكل خطأ أرش". Benzer anlamda "*Kılıçla (öldürücü silah) öldürmek dışında amden öldürme yoktur.*": "لا عمد إلا بالسيف" hadisi için bk. İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 26.
[107] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/203.

Kasâme gibi asıl suçlu haricindeki başka şahısları da dolaylı olarak cezaya maruz bırakan bir takım uygulamalar, bu prensibin istisnası olarak kabul edilebilir. Her ne kadar kasame, suçların şahsiliği ilkesine aykırı[108] gibi görünse de, hem bizzat peygamber tarafından meşru kılındığı hem de kanların heder olmasını önlemek gibi bir maslahata hizmet ettiği için İslâm ceza hukukunda geçerli bir ispat yöntemi olarak uygulanmaktadır.[109] Ayrıca kasâmede ödenen diyet, cezadan ziyade bir tazminat mahiyetinde olduğu için şahsilik ilkesi ile çeliştiği de söylenemez.[110]

Öte yandan toplum, suçluya karşı yapması gereken ikaz görevini yerine getiremediği ve kendi içinde kontrol mekanizmasını yeterince iyi işletemediği için kusurludur, dolayısıyla tamamen suçsuz da değildir. Buna bağlı olarak âkile üyelerinin ödeyecekleri bu tazminat bir manada kendi kusurları nedeniyle olup şahsilik ilkesine aykırı düşmemektedir. Hatta suçlular çoğu zaman, kendi grup veya aşiretlerinden aldıkları güçle cinayet işlemektedirler, bu açıdan bakıldığında onlar da bir anlamda suç ortağıdırlar. Ayrıca katilin cinayeti hataen işlemesi onun yükünü hafifletmeyi de gerekli kılar. Âkile üyeleri diyeti paylaşmazsa bu katil için eziyete dönüşebilir.[111] Tabi, aynı zamanda maktul yakınlarının mağdur edilmesi problemi de yaşanabilir. Bu bakış açısına göre her iki sistemde de cezaların şahsiliğinden söz etmek mümkündür. Şöyle ki, toplum burada yapması gereken kontrol ve takip sorumluluğunu iyi yerine getirmediği ve bünyesindeki bireyleri suçtan alıkoymada özensiz davrandığı ya da bu konularda kusurlu sayıldığı için işlenen suça bir anlamda paydaş olmuştur. Kasâme ve âkile sistemiyle toplumun, bu iki müesseseye has olmak üzere, özensizlik ve ihmal suçunun cezasını çekmekte olduğu düşünülebilir.

Ancak bu bakış açısıyla âkilenin sorumluluğunu, toplumdaki bir sosyal grubun üyesi olan suçlunun kontrol edilmesi konusundaki kusur ve ilgisizliğine bağlamayı pek isabetli bulmayanlar da vardır. Kusur kesin de değildir, zira toplum, kontrol mekanizmasını işletmesine rağmen fail suç işlemiş olabilir. Bu yaklaşıma göre âkilenin sorumluluğunun mağdur açısından asıl dayanağı, masum bir kanın heder edilmemesidir. Suçlu açısından da suç işleme kastı bulunmadığı için bir yönden mazur sayılan kişinin, taksirle işlediği bu suç nedeniyle yükünü hafifletmek suretiyle toplumsal dayanışmayı gerçekleştirmektir.[112]

---

[108] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tabiki Ceza Hukuku*, 2/594.
[109] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/96-98; Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5783. Kasâmede elli erkeğe yemin yöneltilir, yeminin dayanağı da, bunların cinayetin işlenmesi esnasında suçluya yardım etmiş olma ihtimaline dayalı bir varsayımdır. Bardakoğlu, "Kasâme", *DİA*, 24/528-529.
[110] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 97.
[111] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/313-314; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 95-97.
[112] Aktan, "Âkile", *DİA*, 2/248.

Cezaların şahsiliği kuralından anlaşılması gereken şey, yetkili kurumlar tarafından suçluya verilecek cezanın "maddi" tesirinin yalnız suçluya dokunacak olması demektir. Yakın çevresi hatta içinde yaşadığı toplumun da "manen" bu cezadan etkilenmesi adâlete bir halel getirmez.[113]

Kişinin hukuka aykırı davranışı nedeniyle mümkün olduğunca yalnızca suçluya etki edecek cezaların tespit edilmesi esas olmakla birlikte cezalarda şahsilik ilkesinin, kişinin işlediği suçtan sadece ve sadece kendisinin etkilenmesi anlamında mutlak ve dar bir ilke olmaması[114] gerçeği de şahsilik açısından üzerinde durulması gereken diğer bir meseledir. Çünkü çoğu ceza aslında, hiçbir zaman tamamen şahsi bir olgu değildir. Zira bir kişinin işlediği suçtan dolayı kendisi doğrudan etkilenirken, çocukları, eşi veya ailesinin de dolaylı olarak bu cezadan psikolojik ve ekonomik anlamda mütessir olması kaçınılmazdır. Ancak bu durum, cezanın doğası gereği olan bir vakıa olarak kabul edilmiş hatta yokluğu toplum için felaket olarak değerlendirilmiştir.[115] Şu durumda önemli olan bu vakıanın adâlet ve toplum yararı açısından dengede tutulabilmesidir.

Bir suçlunun, çekeceği ceza sebebiyle ailesinin de bu cezadan dolaylı da olsa etkilenecek olması, istenen bir durum olmamakla birlikte, suçtan caydırma gibi bir fonksiyon üstlenebilir. Dolayısıyla bu durum şeklen şahsiliği kısmen örseliyor görünse de, maslahat yönünün ağır bastığı düşünülebilir.

C. Suç ve Cezada Orantılılık

Suç ve ceza dengesi, cezanın suça uygunluğunu (*muvâfakat*), onun tam karşılığı (*cezâ*) olmasını, hakkaniyet açısından yerinde olmasını ifade eden bir kavramdır.[116] Cezaların suça göre hafif olması anlamında suç ve ceza denkliğinin bulunmayışı, toplumda suç oranlarının artmasına sebep olabileceği gibi işlenen suça verilecek aşırı tepkiler ve uygulanacak çok ağır yaptırımlar da cezaların amacından saparak bir işkenceye dönüşmesine yol açabilir. Hukuk bir adâlet mekanizması olacağı yerde araçsallaştırılarak bir zulüm odağına dönüşebilir. Bu anlamda suç ve ceza denkliği, adâletin tesisine götüren en kuvvetli ögedir.

---

[113] Rıza - Orfanides, *Mîzân-ı cezâ*, 124.
[114] Hüseynî, "Mebdeü şahsiyyeti'l-'Ukûbe ve devruhâ fî tahkîki'l-adâleti'l-cinâiyye", *Mecelletü külliyyeti'l-İslâmiyyeti'l-câmia*, 162, 169; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/594-595.
[115] Rıza - Orfanides, *Mîzân-ı cezâ*, 123-124.
[116] Erdoğan, *Kur'ân Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 31, 36.

Kur'ân'da iyi veya kötü, bir söz veya eylemin karşılığı için "*cezâ*" (جزاء) kelimesi kullanılmıştır.[117] Bu düzlemde Kur'ân, suçun tam karşılığı olması anlamında ceza kelimesine ve cezanın suça uyguluğu ve yerinde olması anlamında "*vifâk*" (جزاء وفاقا)[118] kelimesine yer vermiştir.[119]

"*Kötü işler yapanlara gelince, bir kötülüğün cezası misliyledir ve onları bir zillet kaplayacaktır...*"[120], "*Bir kötülüğün/suçun karşılığı, ona denk bir cezadır…*"[121] "*Eğer ceza verecekseniz size yapılanın misliyle cezalandırın…*"[122] "*Kim bir günah işlerse, sadece onun dengiyle cezalandırılır.*"[123] Bunlar ve benzer anlamdaki ayetler, bir kötülüğün cezasının ancak ona denk bir kötülük olabileceği kuralını pekiştirerek suç ve cezaların denkliği prensibinden ödün verilemeyeceğini güvenceye almıştır. Dolayısıyla İslâm ceza hukukunda hem suçlunun hem de mağdurun haklarının korunduğu çok net gözlemlenebilir.

İki şey arasındaki orantıyı ifade eden mislîlik (مثل) kavramı incelendiğinde konuyla ilgili ayet ve hadislerin mükâfattan ziyade azap ve cezalandırmayla ilgili oldukları görülür.[124] Zira ilâhî adâlette denklik meselesi, suç ve ceza adâletiyle ilgilidir. İşlenen suç/günah ile müeyyide anlamındaki "ceza"da az ya da çok olmaksızın tam karşılık (مثل) esas iken ödül ve mükâfat anlamındaki "ceza"da en az 10 kat olmak üzere 700 katına kadar,[125] hatta sınırsız karşılık vadedilip mükellefin lehine pozitif bir fazlalıktan bahsedildiği görülür.[126] İstisnai bazı kimselere işledikleri günahlar yüzünden daha fazla azap edileceğinin haber verilmesi ise denklik esası ile çelişmez. Söz konusu kimselerin toplumdaki örnek ve önder kişilikleri göz önüne alındığında kendilerinin suç sayılan fiillerinin yanı sıra bir de olumsuz örneklik sergileyerek toplumda suçun yayılmasına sebep olmaları iki kat cezalandırmayı haklı kılmıştır.[127]

---

[117] Bebek, "Ceza", *DİA*, 7/469. "Ceza" kelimesinin ödül, mükâfat anlamında kullanımına bazı örnekler: Âl-i imrân 3/136, el-Kehf, 18/88, Tâhâ, 20/76, el-Furkân 25/15, ez-Zümer 39/34. Ceza ve azap anlamında kullanımına örnekler için Bk. el-Bakara 2/85, 11, Âl-i imrân 3/87, en-Nisâ 4/93, el-Mâide 5/29, 33, 38.
[118] en-Nebe' 78/26.
[119] Erdoğan, *Kur'ân Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 31.
[120] Yûnus 10/27.
[121] eş-Şûrâ 42/40.
[122] en-Nahl 16/126.
[123] el-En'âm 6/160. Yakın manada ayetler için bk. en-Nisâ 4/40, el-Hac 22/60 ve el-Mü'min 40/40.
[124] Bebek, "Ceza", *DİA*, 7/469; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475. Günah ve suçların ancak misliyle cezalandırılacağını bildiren naslar arasında şunlar zikredilebilir: el-Bakara 2/194, en-Nisâ 4/40, el-En'âm 6/160, el-Hac 22/60, el-Mü'min 40/40, eş-Şûrâ 42/40; Buhârî, "Îmân", 31; Müslim, "Îmân", 205-207.
[125] el-Bakara 2/261; el-En'âm 6/160.
[126] Bebek, "Ceza", *DİA*, 7/469.
[127] Mâtürîdî, *Te'vîlât*, 6/114, 8/378; Bebek, "Ceza", *DİA*, 7/469.

"Adâlet ve Kanun Önünde Eşitlik" başlığını taşıyan TCK 3. maddesinin 1. fıkrasının hükmü: "*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur*."[128] şeklindedir.

İslâm hukukunda suç ve ceza uyumunu belirleyen etmenler arasında cezâî sorumluluğun (ceza ehliyetinin) dikkate alınması, ihlâl edilen hakkın türü (toplum veya birey hakkı gibi), ihlâl edilen hakkın ağırlık derecesi, suçun tekerrürü, fâilin sıfatı, kasıt ve niyeti, suçun işleniş şekli, şüpheyle cezanın düşmesi, aslî berâet ilkesinin kabulü, belli mazeretlerle infazın ertelenmesi ve cezalarda caydırıcılığın amaçlanması gibi hususlar sayılabilir.[129]

İslâm ceza hukukunda cezaların, işlenen suçun toplum ve mağdur üzerindeki etkisine göre belirlendiği görülür. Özellikle mal ve namus güvenliğini ihlal gibi İslâm toplumundaki temel değerleri tehdit eden suçlara karşı belirlenmiş had cezaları doğrudan Allah tarafından emredilmiştir. Hatta cezaların taksimi bile büyük oranda suç ve ceza arasındaki denge gözetilerek yapılmıştır.[130]

Cezanın suçluyu te'dip ediyor ve o toplumdaki diğer insanları bu suça yönelmekten caydırıyor olması suçla ceza arasında bir orantı bulunduğu anlamına gelir. Sosyal bünyenin korunması uğruna gerektiğinde suçlunun canını feda eden cezalar da bu cümledendir.[131]

Tarihi süreçte suçla mücadele edilirken çoğu kere suçlunun şahsiyeti göz ardı edilmiş ya da tam tersi, suçlunun şahsiyeti korunmak istenirken suçla mücadele zaafa uğramıştır. İslâm hukuku bu konuda da bir orta yol tutmuş, suçla mücadele ederken, suçlunun da ıslah edilmesi yaklaşımını benimsemiştir.[132] İslâm ceza hukukunda cezalandırmaktan maksadın[133] intikam olmaması da suç ve ceza dengesini doğurmuştur. Çünkü intikam genelde, ya suçlunun bir yakını gibi gerçek failin haricinde birini cezalandırmak ya da cezada aşırı giderek suçluya işlediği suça göre orantısız ceza verme şeklinde tecelli eder. Hâlbuki İslâm hukukunda

---

[128] *TCK*, md. 3 (26.9.2004 tarihli, 5237 sayılı kanun).
[129] Erdoğan, *Kur'ân Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, 76-87; Polat, *İslâm Ceza Hukukunda Suç-Ceza Dengesi*, 57-64.
[130] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 8-9; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 42-44; Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*, 179.
[131] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/611-612.
[132] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/610-611. Mâverdî ve İbn Teymiyye'den alıntı yaparak Ûdeh, suçlunun cezalandırılmasında maksat intikam değil, suçtan caydırmak ve suçlunun ıslahıdır, der. Cezalar Allah'ın kullarına bir rahmeti gereği vaz' edilmişlerdir. Dolayısıyla uygulayıcı konumundaki kişilerin, verdikleri cezalarla suçlulara ihsân ve merhameti amaçlamaları gerekir. Yaklaşım biçimleri tıpkı çocuğunu eğiten bir babanın ya da hastasını tedavi eden hekimin niyeti gibi olmalıdır.
[133] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/609. Uygulanacak yaptırımlarda güdülen amaç, insanları iyiliğe yönlendirip, haksızlıktan alıkoyarak bireylerin ıslah edilmesi, toplumsal düzen ve değerlerin himaye edilmesi için insanların sorumluluklarını yerine getirmelerini sağlamaktır.

özellikle yaralama suçlarında sırf, eşitlik sağlanamadığı için alternatif cezalara başvurulduğuna dair bir hayli örnekler bulunur.[134]

İlkel dönemde suça verilen tepki ağır oluyor, bir denge gözetilmiyordu. Bu dönem hukuk sistemleri ve Cahiliye devri Araplarında, suç ve cezada denklik bulunmuyordu, köleye karşılık hür, kadına karşılık erkek, bir kişiye karşılık iki kişi öldürülüyordu. Diyet konusunda da eşitlik aranmaz, şerefli insanların diyeti diğerlerinin birkaç katı olarak tahsil edilirdi.[135] Bu orantısızlığın ardındaki temel saik ise kabileler arasındaki üstünlük yarışı idi.

Mâtürîdî, hırsızlık suçunda suç aleti olan elin kesilmesinin emredilip adam öldürme ve zina gibi suçlarda neden doğrudan suçun işlendiği organ üzerinden bir cezalandırma yapılmadığını incelerken suç ve ceza dengesine dikkat çekmiş, diğer suçlarda böyle olmamasının nedeni, ceza ile elde edilmesi istenen hakkın eksik veya fazla olacağı korkusudur, demiştir. İnsan öldürme suçu nihayetinde elle işlenmiştir, suçlunun elini kesince yaşamaya devam edecektir oysaki mağdur hayatını kaybetmiştir. Zinada ise suçun kendisiyle işlendiği organın kesilmesi ölümcül olabilir. İlkinde (katl) eksiklik (*kusur*), ikincisinde (zina) ise ziyâde ihtimali vardır. Bu açıdan bakınca her ikisinde de suç ve ceza dengesi yoktur. Hırsızlık suçundan dolayı el kesildiğinde ise bir eksiklik ve fazlalık olmaksızın infaz mümkün olduğu için diğer iki örnekten farklıdır.[136] Had cezalarındaki şekil ve sayının illeti bilinemeyeceğine göre Mâturîdî'nin bu değerlendirmesinin hikmet açısından olduğu belirtilmelidir.

Hırsızlıkta elin kesilebilmesi için çalınan malın ekonomik değerinin (*nisâb*) on dirhem olma şartı vardır, hâlbuki ceza olarak kesilecek elin değeri binlerce dirhemle bile ifade edilemez. Suç ve ceza dengesi açısından bu meseleyi de ele alan Mâtürîdi, el kesme cezası çalınan malın karşılığı değildir; ceza, kamu düzenini ihlal, mülkiyet hakkına tecavüzün karşılığı anlamında yasağın çiğnenmesi dolayısıyladır, der. Kaldı ki bir cezanın miktarını en iyi bilen o suçun ağırlık derecesini bilen Allah'tır. Kulların bilgisi suçun büyüklüğünü kavramaktan aciz olunca cezayı da doğru takdir etmeleri mümkün olmaz. Şu halde her suça dengiyle karşılık belirleyen yaratıcının ilmine güvenip teslim olmak gerekir.[137] Mâtürîdî'nin hırsızlık özelinde yapmış olduğu bu akıl yürütmenin suç ve ceza dengesi açısından kısas, diyet ve diğer hadler için de aynen geçerli olacağı söylenebilir.

---

[134] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 43.
[135] Avcı, "İslâm'ın Ceza Hukukuna Katkısı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, 119.
[136] Mâturîdî, *Te'vîlât*, 3/512.
[137] Mâturîdî, *Te'vîlât*, 3/512-513.

Hırsızlık suçundaki el kesme, zina suçundaki yüz celde, namusa iftira (*kazif*) suçundaki seksen celde cezası gibi örneklerden hareketle İslâm ceza hukukunda cezaların çok sert olduğu, suç ve ceza dengesinin gözetilmediği iddiaları ileri sürülmüştür. Aynı şekilde cezai hükümlerin suçtan caydırmaya odaklanıp, suçluyu ve onu suça iten çevresel koşulları göz ardı ettiği gibi itirazlar öne sürülmüştür. Yüzeysel bir bakış açısının ürünü olan bu iki itiraza cevap sadedinde Ebû Zehre, sadece suçlunun değil mağdurun psikolojisinin de dikkate alınması gerektiğini ifade eder. Kaldı ki, cezaların sert olduğu kabul edilse bile adil olmadığı veya suçla orantısız olduğu söylenemez. Aksine şer'î cezalar adil ve kamu yararını gerçekleştirici niteliktedirler. Çünkü hırsızlık suçunda mesele sadece on dirhem değerinde bir malın çalınmasından ibaret değil, kamu güvenliği ve mal emniyetinin sarsılmasıdır. Tek bir hırsızlık olayı bile insanların korkuya kapılıp evlerinde tedirgin olmalarına sebep olabilir.[138] Dolayısıyla şeriatın öngördüğü cezalar, bozulan kamu güvenliğinin yeniden inşa edilmesine yönelik olması açısından suça uygun ve denktirler. Aynı bakış açısı diğer cezalarda da geçerlidir. Örneğin kazif suçunda mesele yalnızca ağızdan çıkan basit bir iftira ile insanları incitmenin cezası ile sınırlı değildir. Yaptırıma konu olan asıl suç, kazif ile insan onur ve haysiyetinin tehdit altına sokulmasıdır.

İslâm hukukunda en ağır yaptırımlardan biri, eşkıyalık (*hırâbe/kat'u't-tar'ik*) suçunun cezasıdır. Suçun meydana getirdiği tehdidin tüm halka yöneldiği dikkate alındığında bu cezanın da suçla orantılı olduğu anlaşılır. Zira yol keserek hırâbe suçu işleyen bir kişi veya grup o ülkede adeta bir anarşi ve kaos ortamı oluşturmuş, insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri için ihtiyaç duydukları can ve mal güvenliklerini, seyahat özgürlüklerini yok etmiştir.[139] Hırâbe suçu hakkındaki âyet (el-Mâide 5/33) Hanefîlere göre, suçun ağırlaşmasına bağlı olarak cezanın da ağırlaşması anlamında tertib ifade eder, buna göre sadece yol kesen eşkıyanın suçu ile hem yol kesen hem de insanların mallarına el koyup onları öldüren eşkıyanın cezası bir olmaz.[140]

"*Kendimi mahvetmeden, insaniyetin davalarını müdafa etmek istiyorum*" diyerek *Suç ve Ceza (Dei delitti e Delle Pene)* isimli eserini veren Beccaria, bu kitabı yazmasının en önemli sebeplerinden birisinin, yaşadığı dönem ve daha öncesinde görülen gaddarlıklar, cezaların

[138] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 37-39; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 9; Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*, 179-182.
[139] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 9-10.
[140] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/114.

oransızığı, suçlulara uygulanan acımasız işkenceler ve sık sık yaşanan ilkesizlikler, adli hatalar olduğunu söyler.[141]

Suçlar arasında fark gözetmek, suçun ağırlığına ve zararının büyüklüğüne göre ceza vermek, insan öldürenle ceylan ya da sülün kuşunu öldürene aynı ceza vermemek suç ve ceza arasında gözetilmesi gereken denge ve nisbetin zaruri neticeleridir. Yaptığı tahribat aynı olmayan iki farklı suç için aynı ceza öngörülürse insanlar suç işlemekte bir beis görmezler. Hatta suçları önlesin diye yapılan kanunlar bizzat suçları artıran, suça karşı suçluyu cesaretlendiren bir boşluk haline gelebilirler.[142] Bu ilkenin gerçekleştirmek istediği en önemli gaye, cezaların caydırıcılığını sağlamak için suç ve suçluya uygun kanuni müeyyideler belirlemektir. Şu halde kanunların insanları suç işlemekten alıkoymadaki işlevselliği, suç ve cezada denkliğin en somut yansımalarından birisidir, denilebilir.

Suç ve ceza denkliğinin sağlanıp sağlanamadığını test edecek en iyi göstergelerden biri, cezanın caydırıcılık etkisidir.[143] Nitekim İslam hukukunda bir takım cezaların hadler/*hudûd* diye isimlendirilmesi, yaptırım gerektiren bazı davranışları yapmaktan insanları alıkoyuyor olmaları nedeniyledir.[144] Herhangi bir suç için takdir edilen ceza, diğer kişileri de korkutuyor ve o cezanın sebebi olan suçu işleme temayülünde olan kişilerin bu eğilimlerini frenleyebiliyorsa suçla ceza arasında olması gereken denklik gerçekleşmiş demektir.[145]

Mîzân-ı cezâ isimli eserde, suç ve ceza arasındaki denklik prensibini ifade etmek üzere şu maddelere yer verilmiştir: "*Ceza, hakk-ı mücâzât maksadını tecâvüz olmamalıdır.*"[146] "*Cürm ile ceza beyninde bir münâsebet-i tâmme bulunmalıdır: Yani, hakk-ı mücâzâtın hâiz olduğu mertebeye nisbeten derece-i cezâ, derece-i cürme ma'nen ve ahlâken mütevâzî*[147] *olmalıdır.*"[148] "*Ceza muvâfık-ı adâlet olmalıdır: Her ne sebebe mebnî olur ise olsun muvâfık-ı adâlet olmayan hiçbir cezanın isti'mâli caiz olmadığından başka belki de hey'et-i ictimâiyyeye muzır olur.*"[149] "*Ceza mu'tedil olmalıdır: Zira pek şedîd ve ağır cezaların,*

[141] Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 43-44, 47, 50.
[142] Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 218-221; Garofalo, *Criminologia, Suç, Suçlu ve Ceza*, 275.
[143] Behnesi, *Medhalü'l-fıkhi'il-cinâî*, 21, 25-26.
[144] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/36.
[145] "*Bir cürüm hakkında ta'yîn olunan cezanın ilkâ eylediği tazyîk ve tahvîf, diğerlerinin aynı cürme i'kâ' etmek hususundaki ihsâsât-ı muzırralarını ref'e iktidâr ve salâhıyyeti ihsâs olunur ise ol ceza cürmüyle mütenâsib bulunmuş olur. Yok eğer bu maksadı tecâvüz eder ise ol ceza dahi cürmüyle mütenasip olamaz.*" Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, 123.
[146] Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, 125.
[147] Mütevâzî (متوازي): Denk, orantılı, aynı seviyede, hizalı.
[148] Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, 125.
[149] Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, 126.

cürmlerin önünü almaları şöyle dursun belki mürtekibinin kulûbunu ihsâsât-ı merhametperverâneden hâlî bir hale getirerek cürm ve fâillerinin tezyîd mikdârını mûcip olur."[150]

Suç ve ceza denkliği prensibi kişilerde bir huzur ve rahatlamaya vesile olsa da esas itibarıyla zanni bir olgudur. Çünkü insanların elinde bir suçun diğerinden daha ağır olduğunu ispat edecek kesin ve evrensel ölçüler yoktur. Şu halde asıl önemli olan suç için biçilen cezaların suçla adilane denkliği değil, bu cezaların suçları ne derece önlediklerini tespit ve tayin etmektir.[151]

Beccaria da "*İşlenecek günahın büyüklüğü, kalpteki gizli kötülük duygusuna bağlı olduğundan, hiçbir insanoğlu bunu anlayamaz; meğerki Tanrı bunu o insanlara ilham eylemiş ola!*" diyerek suçların ağırlığını gerçek anlamda bilmemize yarayacak bir ölçünün bulunmadığını söylese de bu konuda yine de bir ölçü koymaya çalışmıştır. Ona göre bir suçun ağırlığı topluma verdiği zararla orantılıdır ve Mâtürîdî'nin de dediği gibi ancak Yaratıcı'nın bildirmesiyle anlaşılır.[152] Cezanın ağırlığını tespit edebilmek için suçun topluma verdiği zararın boyutlarına bakmak gereklidir.

Garofalo'ya göre ceza, toplum için tehlikeli (düşman) görülen suçlunun başka bir suç işlemesini önlediği, suçlunun özellikle kişilik yapısına göre dengeli şekilde verildiği takdirde daima adildir.[153] Bu ifadeleriyle Garofalo, suç ve ceza arasında doğru bir denge kurulabilmesini cezaların bireyselleştirilmesine bağlamaktadır.

Ceza, suçun birey ve topluma verdiği zararla orantılı olduğu ölçüde toplum vicdanında yer bulacatır. Buna bağlı olarak işlenen suçun doğurduğu zarar ile ceza arasında makul bir dengenin sağlanması kimi hallerde cezanın daha ağır veya daha hafif olmasını gerektireceği için cezanın ağırlaştırılması ve cezanın hafifleştirilmesi hususuna da kısaca değineceğiz.

---

[150] Rıza - Orfanidis, *Mîzân-ı cezâ*, 126.

[151] "*Suçun ağırlığı asla kat'î bir şekilde tayin ve tespit edilemez. ... Bazı fiillerin kötü olduğunu iddia etmek için pek vâzıh moral bir mi'yara ihtiyaç vardır. Ancak şüphe yoktur ki, bir kısım fiillerin diğerlerinden daha kötü olduğunu kabul ettirebilecek cihanşümul ve kat'î bir moral ölçüye de mâlik değiliz*." Bk. Garofalo, *Criminologia "Suç, Suçlu ve Ceza"*, 276, 278-279, 281. Garofalo'nun bu cümleleri, İslam hukuku makasıt bahsinde şeriatın koruduğu beş temel değer (din, nefis, akıl, nesil, mal) açısından hangisinin daha öncelikli ve önemli olduğuna dair ulemanın yaptığı değerlendirmeleri akla getiriyor. Fıkıh bilginleri, korunması gereken bu değerlerin en üstünde din, ardından da can geldiği hususunda neredeyse görüş birliği sağlamışlardır. Bk. Pekcan, *İslam Hukukunda Gaye Problemi (Zarûriyyât-Hâciyyât-Tahsîniyyât)*, 291-302.
En üstün değere karşı işlenen suçun cezası daha ağır olmalıdır, önerisi kabul edilirse makasıt düşüncesindeki incelemeler, korunan değerin önemine göre ona karşı işlenecek suçun daha ağır sayılmasını tespit etmede ipucu sağlayabilir.

[152] Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 223-225. Mâturîdî'nin ifadeleri için bk. Mâturîdî, *Te'vîlât*, 3/512-513.

[153] Garofalo, *Criminologia, Suç, Suçlu ve Ceza*, 280-284, 291.

1. Cezayı Ağırlaştıran Sebepler

Bir fiilin suç sayılması için bulunması zorunlu kurucu (aslî) unsurların haricinde suçun ağırlaşmasını gerektiren tali nedenler olabilir. Hareketin konusu, zamanı, vasıtası, mağdurun sıfatı, fiilden kaynaklı zarar, failin kasdındaki yoğunluk, failin sıfatı, faiile mağdur arası ilişkiler vb birçok unsur, suçu daha nitelikli hale getirir, suçun ağırlaşmasına etki eder.[154]

İşlenen suçlara verilecek cezaların ağırlaştırılmasında asıl etken toplum ve devlettir. İşlenen bir suç, toplum ve devlet varlığına olan etkisi ve zararı nisbetinde ağır bir suç, suçun sahibi de ağır suçlu sayılır.[155]

İşlenen suçun ağırlığına göre ceza belirlenmesi adâlet açısından zorunlu olduğuna göre, cezaları ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin genel manada suç ve cezanın denkliği ilkesinden kaynaklandığı söylenir. Suç ve ceza arasında doğru orantı kurmak için baş vurulan en önemli enstrüman ise cezaların bireyselleştirilmesidir.[156] Bu zaviyeden bakıldığında kişi (fail, mağdur), yer ve zaman bakımından cezaların ağırlaştırılması hususu, eşitlikten ayrılmayı gerektiren haklı bir neden olarak değerlendirilebilir.

İslam hukukunda suçlunun şahsiyeti ve konumunun cezayı artırıcı bir etkiye sahip olduğu görülür. Klasik literatürde failin sıfatıyla ilgili bu durum "nimet" ve "şeref" gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Bu bağlamda muhsanlık ve hürrriyet, cezaları artıran nedenlerdir. Bir günah/suç işlemeleri halinde Hz. Peygamberin eşlerine ahirette iki kat ceza olacağını bildiren âyet,[157] toplumsal statünün cezaya etkisini göstermektedir. Failin sıfatı gibi suç ve ceza dengesinin gözetilmesi de cezanın daha ağır veya daha hafif olmasını gerekli kılan diğer bir sebeptir. Bu anlamda tekerrür, itiyad, suçların içtimaı, aleniyet, mahremle zina ve işkence ile öldürme gibi hususlar cezayı ağırlaştırıcı sebeplerden bazıları iken hastalık, yaşlılık, sakatlık, kölelik, hata, şüphe, kanunu bilmemek ve suçun ilk kez işleniyor olması gibi durumlar ise cezayı hafifletici nedenlerden sayılmaktadırlar.[158]

Mukatil b. Süleymân, peygamber eşlerinin ahirette cezalarının iki kat olmasını (el-Ahzâb 33/30) toplumsal mevki ve itibar manasında "şeref" terimiyle açıklamıştır. Hürriyet,

---

[154] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 212-215.
[155] Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 237-238; Garofalo, *Criminologia "Suç, Suçlu ve Ceza"*, 280.
[156] Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 6, 172; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[157] el-Ahzâb 33/30.
[158] Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 32-34; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 196-234; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 32-34; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.

köleliğe göre cezayı ikiye katlayan (en-Nisâ 4/25) bir nimetse peygamber eşi olmak da böyledir. Peygamber eşlerinin cezası normal insanlara göre iki kat olur demiştir.[159]

Temel cezanın belirlenmesinde suçun işleniş biçimi kapsamında, şahısların özel durumlarının dikkate alınması da göz önünde bulundurulur.[160] Yaşının küçüklüğü, aklen veya bedenen özürlü olması gibi nedenlerle mağdurun kendini savunmaktaki acziyeti ve zafiyetlerinden yararlanarak suç işlemek cezaların artırılması için haklı bir nedendir. Gerçek anlamda, etkin bir eşitliğin sağlanması için burada olduğu gibi kimi hallerde eşitliğin bozulmasını ise kanunlar doğru ve muteber kabul etmiştir.[161] Fransız ceza kanununda 0'dan 18'e kadar olmak üzere beş evre halinde çocuklar; hasta, engelli, akıl hastası, yaşlı gibi zayıf şahıslar; hâkim, savcı, mahkemedeki jüri üyeleri ve kamu görevi yürüten memurlar gibi özel koruma gerektiren bazı meslek sahipleri olmak üzere üç sınıfa karşı işlenen suçlara daha ağır cezalar öngörülmüştür.[162]

Yetimlerin hakkını korumayı emreden ayet ve hadisler[163] de bu kapsamda değerlendirilebilir. Teamül gereği yetimlerin velayetleri genelde yakın akrabalarına verilmektedir. O halde bedenen ve ruhen kendilerini savunmaktan aciz olan[164] yetimlerin mallarına ve ırzlarına karşı işlenen suçun cezasının daha ağır olması maksada uygun olsa gerektir.

Cezayı ağırlaştıran nedenlerden birisi de, kişinin kendine verilen yetkiyi kötüye kullanarak, bunu fırsat bilerek suç işlemesidir.[165] Örnek kişilik ve kamu görevinin kötüye kullanılması, ağırlaştırıcı sebeptir, bu kişilerin cezası aynı suçu işleyen diğer normal kişilerden ağır olmalıdır. Genel ahlaka aykırı suçların yakın akraba veya kişinin velayetini üstlendiği kişilere karşı işlenmesi de böyledir.[166]

---

[159] Beğavî, *Me'âlimü't-tenzîl*, 6/347-348.
[160] Üzülmez, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", 207-208.
[161] Cezayı ağırlaştırıcı maddelere ek olarak ayrıca, 1969 tarihli Irak Ceza Kanunu'nun 111. maddesi, mağdur kişinin idrakindeki zaafı, bedenen mukavemet edememesi ve kendisini müdafaa edecek birinin olmaması gibi durumlarda da cezanın artırılabileceğini kabul etmiştir. Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", 276-277, 292-293.
[162] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", 295-297.
[163] Kur'ân'dan örnekler: el-Bakara 2/83, 220, en-Nisâ 4/10, el-En'âm 6/152, el-İsrâ 17/34. Sünnetten örnek: Yetim malını yemeyi toplumsal anlamda çözülme ve yok oluşun kaynağı sayan (yedi helak edici günah) hadis için Bk. Buhârî, "Vesâyâ", 23, "Tıb", 38, "Hudûd", 44; Müslim, "İman", 145; Ebû Dâvûd, "Vesâyâ", 10; Nesaî, "Vesâyâ", 12.
[164] TCK 142/2.
[165] Köse, "Rüşvet", *DİA*, 35/303-304: "*Suçun topluma etkisi oranında cezasının arttığı veya azaldığı dikkate alınarak başta adliye teşkilatındakiler olmak üzere üst düzey memurların aldığı rüşvetin cezasının hukuki/dünyevi ve uhrevi müeyyidesinin daha büyük olduğu belirtilmiştir.*".
[166] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", 277; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 222.

Yetkinin kötüye kullanılması halinde cezanın ağırlaştırılmasına dair Türk Ceza Kanununda da örnekler bulunmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 205'te şöyle denilmiştir: "*Gerçek bir resmi belgeyi bozan, yok eden veya gizleyen kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*" Bu maddede tanımlanan suçu herhangi bir vatandaş da işleyebilir. Ancak kanunda tanımlanan aynı suçun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde suç, nitelikli suç vasfını kazanmış sayılacağından cezası da yarı oranında artırılmıştır.

Hz. Peygamber'in zekât toplamak üzere görevlendirdiği Abdullah b. Lütbiyye isimli memurun zekâtlarla birlikte: "*Şunlar sizin zekât mallarınız şunlar da bana verilen hediyelerdir*" diyerek, kendisine verilmiş özel bir hediye ile döndüğünü görünce bunu yasaklamış ve ona: "*Sen anne babanın evinde oturup bekleseydin bunlar sana verilecek miydi!*" diyerek sert tepki göstermiştir.[167] Bu olay, yetkinin kötüye kullanılması durumunda yaptırımın ağırlaştırılabileceğine delil olabilir.

T.C. Anayasası'nın 10. maddesinin 12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı ek fıkrasında yer alan şu cümleler, devletin zayıf ve aciz kişiler için alacağı tedbirleri eşitliğe aykırı görmemektedir. "*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül ve gaziler için alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*"

Fiile ilişkin olarak Türk Ceza Kanununda somut ceza belirlenirken dikkate alınan hususlardan biri de suçun işlendiği yer ve zamandır. TCK 142/2-c'de: "*Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak*" suç işlenmesi halinde ceza artırımına gidileceği hükme bağlanmıştır.[168] Aynı maddenin h. bendinde belirtildiği üzere hırsızlık suçu "*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde*"[169] nitelikli bir hal kazanmış olur, dolayısıyla somut cezanın tespitine etki ederek verilecek cezanın artırılmasına sebep olur.

[167] Hz. Peygamber, zekât malından özel olarak alınan bu mallarla ilgili olarak, bunu yapan kişinin ahirette, boynunda böğüren bir deve, möleyen bir inek veya meleyen bir koyun olduğu vaziyette Allah'ın huzuruna çıkacağını bildirmiştir. Sonra da sahâbenin aktardığına göre Hz. Peygamber, koltuk altı görünecek kadar kollarını kaldırarak: "*Tebliğ ettim mi?*" diyerek günahının büyüklüğünü haber vermiş, kamu görevlilerinin yetkilerini doğru kullanmalarının önemini göstermiştir. Bk. Müslim, "İmâre", 26 (no. 1832).

[168] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 576-577. Cezanın alt ve üst sınırının bulunduğu durumlarda somut cezanın tespitinde fiile ilişkin diğer durumlar şunlardır: *Suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*.

[169] TCK 142/2-h.

Hadlerde. Miktarı bizzat şâri‘ tarafından belirlendiği için (*mukadderât*) kural olarak had cezalarının sayılarında bir değişiklik caiz görülmemiştir.[170] Artırma veya eksiltme şeklinde şâri‘in belirlediği sayıya müdâhale hudûdullâha müdâhaledir. Ancak celde aletinin (sopa) inceliği, kalınlığı ile veya vuruşun şiddeti ile tahfif veya tağlîz fukaha tarafından caiz görülmüştür. Failin tekerrürü ile suçun itiyadi hale gelmiş olması gibi kimi durumlarda had suçlarının (kazif, içki ve muhsan olmayanların zinası) cezasında niteliksel ağırlaştırma yapılabilir. Bahsi geçen ağırlaştırma, suçun tekerrürü ihtimaline karşı celde cezası için geçerlidir, recmde bir ağırlaştırma söz konusu olamaz. Zira recmden sonra suçun tekerrür olasılığı yoktur; dolayısıyla ağırlaştırmaya gidilmesi, caydırma ve suçun önlenmesi açısından celdeye hastır.[171]

Muhsan kimseler, evlilik nimeti içerisindedirler. Evlililik hayatında eşlerin zina gibi bir fuhşiyattan uzak kalıp korunmaları bekârlara göre daha olanaklıdır. Böyle iken evliler zina suçu işlerlerse bu, bekârların zinasından daha ağır kabul edilir. Bu nedenle de evlilere (*muhsan*) daha ağır olan recm cezası verilmesi gerekir.[172] Hanbelî mezhebinde yakınıyla (*mahrem*) zina (ensest) da cezanın ağırlaştırılma nedenlerindedendir. Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayet ve çoğu Hanbelîye göre, muhsan veya bekâr, faile ölüm cezası verilir.[173]

Kamu yararı icap ettirdiğinde hadlere ilaveten ta‘zîr cezası verilmesi de bir tür ağırlaştırma şekli olarak zikredilmektedir.[174] Kazf haddine ek olarak gerektiğinde tazminata hükmedilmesi veya suçlunun hapsedilmesi bu kabildendir.[175] Zina suçunda celde cezasına ilaveten sürgün cezasının verilmesi de buna örnek verilebilir.[176] Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde hırsızın kesilen elinin boynuna asılması hadde ulanmış ta‘zîre örnek gösterilmiştir. Şâfiî mezhebinde içki haddinin kırkı haddir, ikinci kırk ise hadde ziyade olup ta‘zîr hükmünde kabul edilmiştir.[177]

---

[170] Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/144, 708.
[171] Ebû Zehre, *el-‘Ukûbe*, 250-251, 256-257; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 172-173.
[172] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/39; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/88.
[173] Ruhaybânî, *Metâlibü üli’n-nühâ*, 6/173; *el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 24/20-21; Hammad - Ali, "Teşdîdü'l-‘ukûbe", *Jurnal Fiqh*, 18 (1)/109-112; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[174] Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/130, 708-709; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 38, 173-174.
[175] Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/708-709.
[176] Sürgün (*nefy*) ilavesi, Şâfiîlerde hem kadın hem erkek, diğer mezheplerde ise sadece erkek suçlu için caiz görülürken Hanefîlerde genel olarak caiz sayılmayıp maslahata göre caiz olabileceği söylenmiştir. Bk. Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5869-5875; Desûkî, *Hâşiyetü’d-Desûkî*, 4/319; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 5/448; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ‘*, 6/91-92; Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/131; *el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye (Kıuveyt)*, 24/23.
[177] Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/131.

Cezanın türünün değiştirilmesi de bir başka ağırlaştırma şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı fakihler, üç kere içki haddi uygulandıktan sonra dördüncü kere içki içen kimsenin, keza, dördüncü hırsızlık haddinden sonra beşinci kez hırsızlık yapan suçlunun ölümle cezalandılacağı görüşünü öne sürmüşlerdir. Hanefî, Mâlikî ve bir rivayette Hanbelîlere göre ilkinde tevbe ettikten sonra ikinci kere irtidat suçu işleyen mürtede tevbe teklif edilmemesi de bu kabildendir.[178]

Kısasta. Kasıtlı öldürme suçunda (sulh halinde) âkilenin devreye alınmayıp diyetin doğrudan faile yüklenmesi bir ağırlaştırmadır.[179] Serahsî, "*Âkile, amden öldürmenin diyetini ve sulh bedelini ödemez*"[180] hadisini zikrettikten sonra şu ifadelere yer verir: "*Hatada diyetin âkileye yüklenmesi katilin yükünü hafitletmek ve sıkıntısını gidermek içindir; amden öldüren katil bunu hak etmemiştir.*" der.[181] Ek ceza görünümünde, katilin mirastan mahrum edilmesi de aynı şekilde bir ağırlaştırma olarak görülmüştür.[182]

İmâm Mâlik, vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda kısasa ilaveten ta'zîr cezası verileceğine hükmetmiş ve kısas kul hakkı olarak, ta'zîr de kamu yararı için uygulanır, demiştir. Öldürme suçunda kısasla beraber ta'zîrin bir faydası olmadığı için faile ek ceza uygulanmaz.[183] Mâlikîlerde kısasla beraber ta'zîre hükmeden görüş, insanlar suça cür'et edemesinler (caydırıcılık) diye gerekçelendirilmiştir.

Kasdın aşılması (*şibh-i amd*) gibi unsurların gerçekleşmemesi nedeniyle kısasın gerekmesinin ihtilaflı olduğu konularda failin i'tiyâdı varsa siyaseten idama hükmedilebilir. İmâm-ı azama göre, başı ezilerek öldürülen bir cariyenin katiline Allah rasûlü, i'tiyâdından dolayı kısas uygulamıştır.[184] Tekerrürün söz konusu olduğu bu ve benzeri durumlarda kamu yararı gerektiriyorsa devlet başkanının idam kararı alması da cezalarda ağırlaştırma örneği olarak zikredilmektedir.[185]

Diyetlerde. Suçun işlendiği yer ve zaman bakımından harem bölgesi ve haram aylar gibi mukaddes mekân ve zaman dilimlerinde ihramlıya karşı hataen işlenen öldürme ve yaralama (müessir fiil) suçları için Şâfiî ve Hanbelîler, diyette ağırlaştırmayı kabul

[178] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/610; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 38-39, 171-173.
[179] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/60; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/23; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 180.
[180] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/181 (No. 16360); a.mlf., *es-Sünenü's-sağîr*, 3/248 (No. 3079-3080)
[181] Serahsî, *el-Mebsût*, 27/131-132.
[182] Serahsî, *el-Mebsût*, 30/47; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 180.
[183] Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/247; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/130.
[184] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5624; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/122-124; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/25, 29.
[185] Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 174.

etmişlerdir. Müzenî'nin aktardığına göre imâm Şâfiî öldürme ve yaralama suçlarının mahrem akrabaya karşı işlenmesini de tağlîz sebebi kabul eder.[186] İbn Şihâb ez-Zührî, Evzâ'î ve Medîneli yedi fakihten Kâsım b. Muhammed gibi bazı fakihlere göre katilin diyet cezası üçte bir (1/3) oranında artırılabilir. İmâm Ebû Hanîfe, imâm Mâlik, İbn Ebî Leyla ve bazı Hanbelîlere göre ise kısas ve diyet gerektiren suçların işlendiği yerin harem bölgesi olması halinde ceza, hıll bölgesinden farklı değildir; ağırlaştırma yapılmaz. Adam öldürme suçunun cezası harem ve hıll bölgelerinde eşittir. Çünkü hataen adam öldüren kişinin kefâret olarak mü'min bir köle azad etmesini hükme bağlayan ayet[187] âmmdır. Dolayısıyla kefâret, harem veya hıll bölgesine göre değişiklik arz etmez. Diyetin yüz deve olduğunu bildiren naslar da aynı şekilde âmm olup harem ve hıll bölgesi arasında bir ayrım yapmamıştır. Herhangi bir ağırlaştırılma yapılmaması yönüyle diyet, kefârete benzediğinden dolayı diyet oranının değişmemesi gerekir.[188] Hanefîlere göre, şibh-i amd ile öldürmenin diyeti, diğer katl türlerine göre zaten ağırlaştırılmış (*muğalleza*) olduğundan yeniden ağırlaştırmaya ihtiyaç yoktur.[189]

Hataen katlde diyetin ağırlaştırılabileceğini, şartlardaki ve deve türlerinin sayılarındaki bazı farklarla beraber imâm Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel kabul ederken imâm Ebû Hanîfe ve imâm Mâlik ağırlaştırma yapılmayacağını söylemişlerdir.[190] Şibh-i amd suretiyle öldürmede ise diyetin muğalleza olması, şibh-i amdı duruma göre amd veya hata içinde değerlendiren imâm Mâlik dışındaki tüm fakihlerin ittifak ettikleri bir konudur.[191]

Mâlikî mezhebinde diyetin ağırlaştırılması, özellikle üst soyun (anne, baba, dede, nine) alt soyunu kasden öldürmesi haline hasredilmiştir.[192] Bu meselede diyetin tağlîzindeki illet,

---

[186] Benzer şekilde Türk Ceza Kanununda kasten yaralama suçunun kişinin üst veya alt soyu (*usul-füru*), eşi veya kardeşi gibi bir yakınına karşı işlenmesi halinde temel cezanın, yarı oranında artırılacağını düzenleyen hüküm bulunmaktadır. Bk. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 832-833.

[187] en-Nisâ 4/92: "*... Kim bir mü'mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü'min köleyi azad etmesi ve bağışlamadıkları sürece ailesine diyet ödemesi gerekir...*"

[188] Cessâs, *Muhtasaru ihtilâfi'l-ulemâ*, 5/91-92; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/201. Nevevî, *el-Mecmû'*, 19/42, 45-46; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/380; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 516-517; Behnesi, *ed-Diye*, 97.
Şâfiî mezhebinde ağırlaştırma, üç sebebin (ihram, haram ay, haram bölge) bir arada olması şartıyla 1/3 oranında artırma yapılırken Hanbelî mezhebinde üç sebepten her biri ayrı ayrı artırma sebebidir; böylece diyet, 1/3, 2/3 veya 3/3 (bir asıl bir de tağlîz ile olmak üzere toplam iki diyet) şeklinde olabilir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/380; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 517; Nevevî, *el-Mecmû'*, 19/42, 45-46; Ûdeh, *et-Teşrî'ul-cinâî*, 2/180-181, 202; Behnesî, *ed-Diye*, 97; Nebhân, *Mebâhis*, 183.

[189] Ûdeh, *et-Teşrî'ul-cinâî*, 2/181.

[190] Ûdeh, *et-Teşrî'ul-cinâî*, 2/202.

[191] Ûdeh, *et-Teşrî'ul-cinâî*, 1/247, 406, 420, 2/92-93, 117-118; Behnesî, *ed-Diye*, 90, 95; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 174-177.
Mâlikîlerde şibh-i amd, amda ilhak edilmiştir, ancak râcih görüşe göre, öldürme kasdındaki şüpheden dolayı faile diyet gerekeceğine hükmedilmiştir. Diğer bir kavle göre ise, şibh-i amd, hataya ilhak edilmiş ve suçun ağırlığı sebebiyle diyet-i muğalleza gerekmiştir. Bk. Hattâb er-Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/266; Ûdeh, 1/117-118.

[192] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/332; Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/266-267; İbn Cüzeyy, *el-Kâvânînü'l-fikhiyye*, 569.

kısasın düşmesidir, denilmektedir.[193] İmâm Mâlik'in diyet ağırlaştırılır dediği tek durum, anne veya babanın doğrudan öldürme kasdıyla kılıç vb bir aletle çocuğunu katlettiği durumdur. Bu durumda diyetin dört değil üç kalem (30 hikka, 30 cezea, 40 halife) deveden ödenmesi sünnetle sabittir.[194]

Hz. Osman'ın, Mekke'de tavaf esnasında çiğnenerek öldürülen bir kadının diyetinin, normal diyete üçte bir diyet ilave edilerek sekiz bin (8000) dirhem (6000 dirhem kadının normal tam diyeti + 2000 dirhem eklenmiş kısım) ödenmesine karar verdiği rivayet edilmiştir.[195] Yine Hz. Osman, hac döneminde bir kadına saldırıp kaburgalarını kıran bir kişinin, mağdura sekiz bin dirhem diyet ödemesine karar vermiştir ki bu diyetin altı bini normal, iki bin dirhemi ise 1/3 oranında artırmadan ibarettir.[196]

Hz. Peygamber'in Allah'ın hükmüne (hukuka) karşı en mütecaviz kişilerden birinin harem bölgesinde cinayet işleyen kişi olduğunu bildiren beyanları,[197] harem bölgesinin saygınlık ve hassasiyeti ile birlikte ele alınınca suçlunun cezasının neden ağırlaştırılması gerektiğini izah etmektedir.

Osmanlı uygulamasında failin durumuna göre cezaların miktarı değişebilmiştir. Örneğin Fatih'in teşkilat kanunu olan Kânûnnâme-i Âlî Osmân yüksek rütbeli memurlar için para cezalarını normal vatandaşa nispetle daha yüksek tutmuştur. Kanuna göre subaşıların, göz çıkarırlarsa 1500, kol kırarlarsa 1000, baş yararlarsa 50 akçe ceza ödemelerine hükmedilmiştir.[198]

Ta'zîr cezalarında. Bir infaz türü olarak celde, had cezalarına göre ta'zîr cezalarında daha ağırlaştırılmış olarak uygulanır.[199] Söz konusu ağırlaştırma kimi fakihlere göre cem' açısındandır. Şöyle ki, hadlerde celde vücudun farklı bölgelerine vurulurken ta'zîrde, bedenin aynı noktalarına vurulur.[200] Kimi fakihlere göre ise ağırlaştırma darbenin şiddeti açısındandır. Yani, ta'zirde celdenin vuruluşu hadde göre daha da sert olur ki daha ziyade acı versin. Ta'zîr cezalarının hadlere nisbetle neden daha ağır olacağı noktasında da iki gerekçe zikredilmiştir.

---

[193] Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/266-267.
[194] Ûdeh, *et-Teşrî'ul-cinâî*, 2/180; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 513.
[195] Cessâs, *Muhtasaru ihtilâfi'l-ulemâ*, 5/92; Nevevî, *el-Mecmû'*, 19/42; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/380; Elbânî, *İrvâü'l-ğalîl*, 7/310; Mübârek, *Diyetü'l-mer'e fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 27.
[196] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 90.
[197] Ahmet b. Hanbel, *el-Müsned*, 6/234 (No. 6681), 6/402 (No. 6933), 6/295-296 (No. 6757); İbn Hıbbân, *es-Sahîh*, 13/340 (No. 5996); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 9/206 (No. 18289), 8/125 (No. 16138), Abürrazzâk, *el-Musannef*, 5/139 (No. 9188), 9/47 (No. 16304); Dârekutnî, *es-Sünen*, 4/87 (No. 3148), 4/150 (No. 3249).
[198] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 134.
[199] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36.
[200] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 187.

İlki, hadlerde caydırma ve günahlara keffaret olma özelliği varken ta'zîr cezalarında sadece önleme özelliği vardır. İkincisi, ta'zîrde celde, sayı bakımından hadlere göre daha düşüktür. Sayı az olduğuna göre caydırıcılığın temini için celdelerin daha sert uygulanması icap etmiştir.[201] Ancak ta'zîr cezalarındaki bahsi geçen bu sayısal eksiklik, celdenin şiddeti ile telafi edilerek hadlere eşitlenir, demek fukahanın kabul ettiği bir yaklaşım değildir. Böyle bir gerekçe yerine, fail ve suçun durumuna göre ta'zîr cezasının ağırlaştırılabilmesi veya hafifletilebilmesi mümkündür, denilmesi önerilmiştir.[202]

2. Cezayı Hafifleten Sebepler

Suçlunun yaşlılık hali, cezanın hafifletilmesi için meşru bir neden sayılmıştır. Yaşlılığın getirdiği zafiyetler, bu kişinin diğerleriyle eşitliğini bozmuştur. Yaşlılığa bağlı bu özel durum, eşitlik ilkesini ihlal etmeyi gerektiren meşru nedenler (maksûd olan eşitlik) başlığında zikredilmiştir. Benzer şekilde bazı batı ülkelerinde de işlenen suçun durumuna göre ceza belirlenirken suçlunun kişiliği ve yaşı dikkate alınmıştır.[203]

Cezayı hafifletici sebeplerin bulunduğu hallerde, aynı suçu işleyen kişilere farklı cezalar verilmesi, aritmetik anlamda eşitsizlik olmasına rağmen, eşitlik ilkesinin ihlali sayılmaz. Hâkim, suçun durumuna ve suçlunun ıslah edilmeye ne kadar elverişli ve yatkın olduğunu dikkate alarak suçlunun durumuna uygun farklı cezalar belirler. Bu da durumdan duruma değişiklik arz eden suç ve suçluya göre farklı cezalar vermeyi ve aritmetik ceza eşitliğinden vazgeçmeyi gerektirir. Çünkü eşitlik ilkesinin gerçek anlamı, durumları ve konumları benzer olanlara aynı cezanın verilmesidir.[204]

Suçun hataen (taksir) veya ilk defa işlenmesi, hırsızlık suçunda malın değerinin düşük olması gibi hususlar da cezanın hafifletilmesine etki eden nedenlerdendir.[205]

Hırsızlık suçunu beraber işleyen iki failden birinin cezasında yaşının küçük olması nedeniyle indirim yapılmışsa bu durum, cezanın bireyselleştirilmesi işlemi kapsamında, eşitlik ilkesine aykırı görülmez. Çünkü farklı durumdaki kişilere farklı muamele yapılabilmesi, eşitlik ilkesinin bir gereğidir.[206]

---

[201] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/274; Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 181.
[202] Koşum, *İslam Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 181.
[203] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 293-295.
[204] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 298.
[205] Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[206] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 571.

Cezaların bireyselleştirilmesi veya cezayı hafifletici mazeretlerin bulunması dolayısıyla aynı suçu işleyen suçlulara farklı cezalar vermek, eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Aslında mesele hem suç ve cezası arasında denklik kurmak hem de suçlu ile ona verilecek ceza arasında uygunluk sağlanmasından ibarettir.

D. Cezalarda Eşitlik (Genellik)

Kanun karşısında herkes eşittir. Şahıslar bakımından cezalar geneldir, kanun tarafından suç olarak belirlenen fiili kim işlerse işlesin cezasını çeker, ceza ehliyeti olan kimseler arasında bir fark gözetilmez.[207]

İslâm hukukunda cezaların eşitliği ilkesinin tarihi İslâm'ın kendi tarihiyle paralel iken cezalarda eşitlik ilkesinin pozitif hukukta yer almasının tarihi on sekizinci yüzyılı bulduğu görülür. Pozitif hukukta ceza hukukunun gelişim süreci anlatılırken, cezaların eşitliği, cezaların kişiselliği (şahsiliği) ve cezaların kanuniliği gibi kavramların, Montesquieu, J.J. Rousseau ve Beccaria gibi ünlü yazarların eleştirileri ve 1789 Fransız İhtilalinden sonra yasalarda yer almaya başladığı bilgisine yer verilmektedir.[208]

Batıda Fransız devrimi sonrasında yerleşen objektif anlayışın cezaların kanuniliğindeki katı tutumu ve bireyselleştirmeye yer vermemesinin ardından, pozitivist ekolün, hukuk anlayışlarına yerleşip üzerlerinde etkisini göstermeye başlamasıyla cezaların bireyselleştirilmesinin gerekliliği anlaşılmış, kanunilik ilkesinde genişlemeler ve eşitlik anlayışlarında yumuşamalar görülmeye başlanmıştır.[209]

Ûdeh, eşitlik ilkesinin hukuka hâkim kılınması noktasında İslâm hukukunun pozitif hukuktan on bir asır ileride olduğunu söyler. Çünkü İslâm'ın başlangıcıyla yaşıt olan bu ilkeye pozitif hukuk, ancak on sekizinci asrın sonları, on dokuzuncu asrın başlarında ulaşabilmiştir. Bu açıdan bakınca pozitif hukuk, eşitlik konusunda yeni bir şey getirmiş olmadığı gibi İslâm hukukunun izinden yürüyen bir takipçi durumundadır. Ayrıca İslâm'ın eşitlik anlayışı, pozitif hukuktakine nispetle çok daha geniş bir alana hitap etmektedir.[210]

Osmanlı İmparatorluğunda ise, 1839 tarihli Tanzimat fermanında kanunlara aykırı davranan kişiler âlim de olsa vezir de olsa rütbelerine, kimsenin hatır ve gönlüne

---

[207] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 52-53; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.
[208] Centel vd, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9; Avvâ, *fi Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 68, 87.
[209] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/617, 590-591; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", 265-267.
[210] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/26-27.

bakılmaksızın cezaların eşitliğini ve herkesin kanun önünde eşit olmasını sağlayacak bir ceza kanunu hazırlanması isteniyordu.[211]

Organları ve duyuları tam ve sağlam olan birisi, organları veya duyuları eksik olan birine karşı kısas edilir. Maktul, ölümle burun buruna olan bir sekerât hastası bile olsa, yine de sağlığı yerinde olan faile kısas yapılabilir.[212] Mağdur zaten ölümün eşiğinde idi, normal bir insana kıyılması anlamsızdır, denilemez. Kanun karşısında belli bir zümreye ayrıcalık tanınmamış, şahıslar açısından cezaların umumiliği benimsenmiştir.

Cezalarda eşitlik aslında zâhirîdir; bu anlamda cezalarda eşitlik şekilseldir ve dış görünüşle ilgilidir. Zira kişilerin cezaya karşı olan mukavemet ve duyarlılıkları, kişiden kişiye göre değişen bir mahiyet arz eder. Herkesin cezadan etkilenme derecesi farklıdır.[213] Bu ifadelerden tam anlamıyla bir eşitliğin muhal olduğu, ancak hiç değilse zahiri eşitlikten ferağat etmemenin zorunlu olacağı sonucuna ulaşılabilir.

Ceza hukukunda eşitliğin gündeme geldiği konular arasında af meselesi ve ceza kanunlarının geriye yürümemesi prensibinin yer aldığı da görülür. Af kanunu çıkarıldığı takdirde affın kapsamı, eşitlik meselesine dâhil olabilmektedir. Çünkü kişi ve zaman bakımından ilgili kanunla aftan kimlerin yararlanacağı saptanırken, eşitlik ve adâlet ilkeleri zedelenmeden ve keyfi uygulamalara mahal verilmeden işletilmesi önem arz etmektedir.[214] Diğer bir konu da, kanunun geriye yürüme yasağı hakkındadır. Ceza hukukunda kanunun geriye yürüme yasağı dolayısıyla, çıkan yeni kanunun suçlunun lehine işletilmemesi durumunda da eşitliğe aykırılık halleri söz konusu olabilmektedir. Ancak yaygın kanaat, lehte olan yasaların geçmişe yürümesinin, adâlet ve toplumsal yarar açısından eşitlik ilkesini zedelemeyeceği yönündedir. Geriye yürüme yasağı ve eşitlik konusunda, süreli veya geçici yasalarla ilgili ortaya çıkabilecek durumlar bakımından da şöyle bir örnek verilebilir: Süreli kanunun geçerli olduğu zaman zarfında suç işleyen iki kişiden bir tanesi yakalanıp yargılanacak ve mahkûm olup cezasını çekmeye başlayabilecek iken, diğeri geçici yasanın süresi bitinceye kadar kovuşturmadan kaçar ve sürenin dolmasından sonra yakalanırsa ceza

[211] Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 12.
[212] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/169; a.mlf., *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 5/364; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/345.
[213] Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 237.
[214] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 301; Armağan, "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 353-354; Dursun, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, 377.

almaktan kurtulacaktır. Bu durum adâlete uygun olmadığı gibi eşitlik ilkesine de açıkça aykırıdır.[215]

Ceza hukukunda eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi durumunun söz konusu olabildiği yerlerden birisi de, kanun boşluğunun bulunduğu hallerdir. Ceza hukukunda kıyas suretinde daraltıcı yorum/tefsir yasak olduğu için bu sistem, kimi durumlarda ceza hukuku açısından eşitsizliklere sebep olabilmektedir. Örneğin Fransız temyiz mahkemesi, herhangi bir ücret ödemeksizin ambulansı şahsi hizmetinde kullanan birisinin suçsuzluğuna karar vermiştir. Böyle bir durumda kişinin yaptığı fiil, emanete hıyanet, hırsızlık veya dolandırıcılığa kıyas edilememiştir. Çünkü malı zimmetine geçirmiş (*ihtilas*) veya mal üzerinde haksız zilyetlik kurmuş olmasına rağmen temellük etme niyeti bulunmamaktadır. Irak'ta da buna benzer durumlar suç sayılmadığı için söz konusu boşluğu doldurma zaruretine binaen bu (dipnotta verilen) makaleyi kaleme alan bilimadamı tarafından, Irak Ceza Kanununda hırsızlıkla ilgili yaptırımları düzenleyen maddelere eklenmek üzere, şöyle bir kanun teklifinde bulunulmuştur: "*Kim hakkı olmadığı halde başkasına ait bir eşyayı, temellük etme niyeti olmaksızın kullanırsa, hapis ve para cezası veya ikisinden biriyle cezalandırılır.*" Yazara göre ayrıca bu tip durumlarda eşitliği sağlamak için sığınılacak iki yöntem daha vardır. Birisi gâî (teleolojik) yorum, ikincisi de kıyas yoluna başvurmak.[216]

Ceza hukukunda eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yerler, kanun koyucu bakımından istenen/kasdedilenler ve böyle olmayanlar şeklinde ikiye ayrılarak ele alındığı görülür. Kasdedilen eşitlik ihlali konusunda, yasa koyucu buna bilerek göz yummaktadır hatta eşitlik ve adâleti temin için aritmetik anlamda eşitsizliği düzenleyen yasaları bilinçli bir şekilde hazırlamaktadır. Görünürdeki eşitsizliği düzeltmek için de bir gayrete girmemektedir. İstenmeyen eşitsizlik hali ise aslında yasanın, kendini haklı çıkaracak sağlam bir gerekçesi ve bunu gerektiren bir maslahat olmaması nedeniyle varlığını haklı görmediği hallerdir. Bunlar genellikle sanığın lehine olduğu hallerde ceza yasasının geriye yürümesi, suça teşebbüs ve yorum/kıyas yasağından ileri gelmektedir.[217]

İslâm ceza hukukunda, kıyas ve genişletici tefsir caiz değildir. Kıyas ve yorum, cezaların asıllarının ispatında yapılamayacağı gibi bu asıllar üzerine hüküm bina etmekte yani

[215] Osmanoğlu, "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD),* 104, 114-115; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 303.
[216] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk,* 306-307, 312-313.
[217] Ebû Hatve, *el-Müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâî -dirâse mukârene-*, 167, 175; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk,* 292, 302, 311-312.

kıyas ve genişletici yorumla yeni cezalar tayin edilmesinde de caiz değildir. Zira kıyas zanni bir delildir; had cezalarının zan ve şüphe durumunda tatbik edilemeyeceği ise temel bir kuraldır. Kıyas yasağının diğer bir nedeni de, cezaların illetlerinin kesin olarak bilinememesidir. Aslın illeti tam olarak kavranamayınca, hükmün yeni olaylara tatbiki de olanaksızlaşacaktır. Kıyasa dayanarak yeni ceza ya da ceza miktarı tayin edilemez.[218]

Bizim çalışmamızın temel ilgi alanlarından birisi, kanun karşısında insanların durumları ve aynı suç karşısında farklı miktar ve şekillerde belirlenen cezalardır. Bu noktada söz konusu farklı cezalar adâleti zedeler mi, bu bir ayrımcılık mıdır, kişilere göre değişen cezalardaki farklılığın hikmeti nedir, gibi sorulara cevap bulunması önceliğimiz olacağı için suç ve cezaların denkliği konusuna değinmekle beraber asıl yoğunlaşacağımız alan, ceza hukukunda eşitlik olacaktır.

1. Cezaların Genelliği

Genellik, kanunun soyut olup herkese hitap eden hükümler içermesi anlamındadır. Buna göre kanun belirli bir kişiyi hedef almaz, özel, anlık veya geçici (izafi) bir durumu gözetmez. Aksine nesnel durumları gözetir ve önceden kimliği muayyen şahıslara yönelik değildir. Kanunların genelliği kavramı, kanun önünde eşitllik ve hukuk devleti gibi ilkelerden kaynaklandığı için eşitlik ilkesi ile de yakından ilgilidir.[219] Suçla ceza arasındaki orantı ve uyumdan bahsediliyorsa bu "cezalarda denklik ilkesi" olarak ifade edilmektedir. Kanun önünde insanların eşit olması ve ceza hükümlerinin adil bir şekilde herkese karşı aynı uygulanması prensibinden bahsediliyorsa buna "cezaların genelliği veya cezalarda eşitlik ilkesi" denilmektedir. Cezaların genelliği, insanların takva dışında Allah katında eşit oldukları (el-Hucurât 49/13) fikrine dayanır. Umumilik ilkesine göre kişilerin veya herhangi bir zümrenin (yönetici tebea, zengin fakir vb) ayrıcalığı ya da dokunulmazlığı olmaması icap

[218] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 28-29, 82. Hanefi usulcü Cessâs, hadlerin kıyasla sübutu caiz olmadığı halde sahabe kıyasa dayanarak, içki içme (şürb) suçunun haddi konusunda cezanın kırk celdeden seksene çıkarılmasında ittifak etmişlerdir. Bu ise hadlerin kıyas yoluyla tayin edilemeyeceği kuralının ihlali anlamına gelir, şeklindeki itiraza şöyle cevap vermiştir. Biz, tevkîf (nass) olmayan konularda kıyas yöntemiyle bir had cezası tayin edilebileceğini kabul etmiyoruz. Ama hakkında tevkîf/nass bulunan konularda içtihat yöntemine başvurulmasına gelince, burada yapılan şey, tevkıfin/nassın manasının aranması ve gözetilmesinden ibarettir ki bu da caizdir. Selefin içki haddindeki içtihadı da bu kabilden (nassın manasını ve hakikatini araştırma çabası) sayılmalıdır. Nitekim Hz. Peygamber, içki haddi uygulamasında papuç ve yapraksız hurma dallarıyla vurmuştur. Bir başka rivayette, sahabeden kırk kişi, suçluya her biri papucuyla ikişer defa olmak üzere vurmuşlardır. İlerleyen zamanda sahabe bu tür haberlere istinaden, Hz. Peygamber'in tatbikatına muvafakat etmeyi hedeflemiş ve seksen rakamına ulaşmışlardır. Bir anlamda, hurma dalları ve ikişer defa vurulan papuçların yekûnünü celde uygulamasına aksettirmişlerdir. Bk. Cessâs, *el-Füsûl fi'l-usûl*, 2/289-290.

[219] Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 162-163, 168-169.

eder. Suçu işleyen kimsenin kimliğine ve statüsüne bakılmaksızın gerekli cezanın uygulanması ve bu konuda aracılığın (*şefaat*) kabul edilmemesi esastır.[220]

Yasalar önünde eşitlik açısından Mahzûmî kabilesinden hırsızlık yapan kadın hakkında cezanın (had) uygulanmaması için Üsâme'den şefaat istenmesi olayı meşhurdur. Suçlunun affedilmesi için aracılık edilmesi üzerine Hz. Peygamber: "*Önceki kavimler, zayıf birisi hırsızlık yapınca haddi uygular, itibarlı/güçlü birisi hırsılık yapınca cezayı terk ederlerdi; onlar bu yüzden helak oldular. Bilin ki, hırsızlık yapan suçlu kızım Fatıma da olsa elini keserdim."*[221] buyurmuştur.[222] Üsâme gibi benzer bir aracılığın Rasûlüllâh'ın kızı Zeynep'ten de istendiği kaynaklarda yer almaktadır.[223]

Yahudi şeriatındaki ceza hükümlerine bakıldığında kısas, diyet, sürgün, recm ve birtakım mali yaptırımlar gibi İslâm hukukuna benzer birçok hükmün bulunduğu malumdur. Şu var ki Yahudilerdeki bu cezalar, suçlu ve mağdur her iki taraf da Yahudi olduğunda geçerli sayılmıştır. Suçlu taraf Yahudi, mağdur taraf Yahudi değilse suç adeta meşru görülüyor hatta bu milli bir görev telakki edilerek teşvik bile edilebiliyordu. Tevrat'ta bu durumu açıkça gösteren ayetleri görmek mümkündür.[224] İslâm hukuku bu anlamda kendi ülke vatandaşları arasında onların dini kimliklerine bakmaksızın herkesin can ve mal güvenliğini sağlayacak, hak ve hukuklarını koruyacak hukuki tedbirler geliştirmeye çalışmıştır.

Yahudilerin recm cezasını kaldırma süreçleri incelendiğinde, soylu ve itibarlı kişiler arasında zina yaygınlaşması üzerine bu cezanın kaldırıldığı görülür. Soylulardan kaldırılınca sonrasında herkesten kaldırılmak zorunda kalınmış, recm yerine yüz karartma (*tahmîm*) ve celde ile yetinmişlerdir. el-Mâide sûresi 41. ayetinin[225] nüzûl sebebi de bu meseleye dayandırılmakta olup aynı surenin 44-47. âyetlerinde "*kâfirler*, "*zalimler*" ve "*fasıklar*" diye kınanmalarının da altında yatan gerekçe onların bu tavırlarıdır.[226] Yahudiler, Hz. Peygamber'e gelip zinanın cezasını sormuşlar; eğer celde cezası verirse uygularız ama recm cezası verirse

---

[220] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 307, 311, 313-314, 505; 'Ûdeh, 1/316-317; Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 87-89; Behnesî, *el-Hudûd fi'l-İslâm*, 22-23; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 52-53; Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.

[221] Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4 (No. 4373).

[222] Behnesi, *el-Hudud fil-İslâm*, 22; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 52-53.

[223] Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4 (No. 4374).

[224] Ekinci, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, 112-113.

[225] el-Mâide 5/41: "*Ey Rasûl! Kalpleri iman etmediği halde ağızlarıyle "inandık" diyen kimselerden ve Yahudilerden küfür uğrunda koşuşanlar(ın hali) seni üzmesin. Onlar: ... "Eğer size şu (celde cezası) verilirse hemen alın, o (celde cezası) verilmezse (recm cezası vermekten) sakının!" derler. ...*"

[226] Müslim, "Hudûd", 28 (No. 1700); Ahmed, *el-Müsned*, 3/489-490 (No. 18525); Ebû Dâvud, "Hudûd" 26 (No.4446-4452).

uygulamayız diye karar almışlardı. Bunun üzerine yukarıdaki el-Mâide 44-47. ayetleri nazil olmuştur.[227]

Suç kesin olarak sabit olduktan sonra, hukuka uygunluk sebepleri gibi cezanın düşmesini gerektiren diğer sebepler de yoksa bunun kesinlikle mümkün olmayışı İslâm ceza hukukunda cezaların genelliği ilkesinin mahiyetini ortaya koyan en iyi ölçütlerden biridir.

Kanun önünde eşitlik, genel ve soyut nitelikli yasaların herkese aynen uygulanması anlamında şekli eşitliği ifade etmektedir. Hastalık, yaşlılık veya zenginlik fakirlik gibi kişilerin özel durumlarına bakılmaksızın kısas ve had cezaları herkese aynen uygulanabileceği için bunlarda şekli eşitlik (*denkleştirici adâlet*) geçerlidir. İslam hukukunda had ve kısas haricinde uygulanan ta'zîr cezalarında ise şahısların tekil özellikleri, içerisinde bulundukları şartlar da dikkate alınır ki bu, maddi (hukuksal) eşitliği ön plana çıkartarak hakkaniyete uygun şekilde cezaların ferdileştirilmesini gerektirir.

2. Cezaların Bireyselleştirilmesi

Cezaların bireyselleştirilmesi (*ferdileştirme/şahsileştirme*), ceza hukukunda izlenen amaçlar bakımından, uygulanacak yaptırımların suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesi anlamına gelir.[228] Diğer bir deyişle cezaların bireyselleştirilmesi ilkesi, cezaların genelliğine getirilen bir istisna mahiyetinde olup "*suç ve ceza denkliği*" kombinasyonuna uyarlandığında bunun "*suçlu ve ceza denkliği/uyumu*" diye ifade edilmesi mümkündür.

Pozitif hukuk açısından sözkonusu ilkenin tarihsel gelişimine baktığımızda, Fransız devriminden sonra yerleşen salt objektif anlayışın, bireyselleştirme ilkesine yer vermemiş ve çok katı bir kanunilik ilkesini benimsemiş olduğu görülür. Bunun sonrasında ise, pozitivist okulun ortaya çıkıp etkilerinin yaygınlaşmasından sonra cezalarda bireyselleştirme anlayışının kabul görmeye başladığı söylenebilir.[229] Bireyselleştirme ilkesinin İslâm hukukunun ta'zir cezaları alanındaki uygulama örneklerine bakıldığında bu kurumun pozitif hukukta kendine daha geç yer bulduğu görülür.[230]

Önemli suçların cezasız kalması veya haddinden fazla cezalandırılmasına karşı önlem almak üzere ağır suçlara ilişkin cezalar İslâm hukukunda şari' tarafından bizzat tayin edilmiş

---

[227] Müslim, "Hudûd", 28 (No. 1700); Mâtürîdî, *Te'vîlât*, 3/521-522; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/88-89.
[228] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/615, 591; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 97.
[229] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/617; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 267.
[230] Behnesî, *el-Hudûd fil-İslâm*, 19, 24.

olduğundan kısas ve hadlerde bu ilke söz konusu olmaz. Ferdileştirme prensibi, daha hafif suçlar için tertib olunmuş olan ta'zir cezaları alanında kabul edilmiştir.[231] İslâm ceza hukukunda ta'zir cezalarını belirleme yetkisi devlet başkanı ve yargı organlarına bırakılmıştır. Bu yetkiyi elinde bulunduran yasama ve yargı organı, suçlu, mağdur ve toplum üçlüsünün maslahatına göre uygun olan cezayı takdir ederler.[232] Hâkim suçun kişi ve topluma verdiği zarara göre, suçlunun geçmişi ve kişiliğini de gözönünde bulundurarak ona özgü en uygun cezayı belirlemeye çalışır.

Ferdileştirme ilkesi, cezaların genelliği ilkesini ihlal etmiş ya da onunla çelişmiş olmaz. belli bazı sebeplere binaen getirilmiş bir istisna mahiyetindedir. Suçlunun kişiliği, suç geçmişi ve toplumsal konumuna göre bir ceza belirlemesi yapılacağı için İslâm ceza hukuku açısından bu ilke, daha açık bir şekilde ancak ta'zir cezalarında kendine uygulama alanı bulabilecektir.[233] Bizzat Allah tarafından belirlenen kısas, diyet ve had cezalarında ise uygulama imkânı nerdeyse yok gibidir.

Bununla birlikte had, kısas ve diyet gerektiren suçlarda da bireyselleştirme ilkesinin ihmal edilmediği tespiti de yapılmaktadır. Behnesî'ye göre, kölelik sebebiyle bazı cezaların yarıya inmesi, gayrimüslim vatandaşlarla ilgili uygulanan farklı ceza hükümleri de bir açıdan bireyselleştirme örnekleridir.[234] Had veya kısas gerektiren suçları işleyen kişilerden ancak ceza ehliyeti olan kişilerin cezalandırılıp çocukların, delilerin ve zaruret içinde suç işleyen kişilerin cezalandırılmaması buna bir örnektir. Ancak daha da önemlisi, bu suçları işleyen kişilerin işlediği suça göre türü ve miktarı farklı cezalarla cezalandırılmalarıdır. Örneğin zina edenin recm veya celdeyle, katilin kısasla, hırsızın el kesmeyle, zina iftirası edenin celde ile cezalandırılması gibi. Tüm bu ve benzeri suçlarda şari'in suçlunun kişiliğini dikkate aldığı düşünülür. Çünkü hırsız için en uygun ceza, celde veya onun hürriyetini kısıtlamaktan ziyade elinin kesilmesidir. İçki içene verilecek en iyi ceza onun elini kesmek veya hapsetmekten ziyade ona celde vurulmasıdır. Hasılı kısas ve diyet cezalarında da şeriat suçlunun kişiliğini ihmal etmiş değildir.[235]

---

[231] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 98. Kısas ve hadlerde de suçlunun kişiliğinin ihmal edilmeyerek belirli şartlar altında cezaların bireyselleştirildiği düşüncesi için bk. Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar,* 182-184.

[232] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/148; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe,* 62; Tayyâr vd., *el-Fıkhü'l-müyesser,* 7/208-209; Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD),* 168.

[233] Behnesî, *el-Hudûd,* 22-24.

[234] Behnesî, *el-Hudûd,* 24-29. Had ve kısas suçlarında da bireyselleştirmenin ihmal edilmediğine dair bazı örnekler için bk. Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar,* 182-185.

[235] Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe,* 61-62.

Had ve kısas suçları ile ilgili şartlar oluşmadığı zaman suç, kapsam itibarıyla ta'zir cezalarına dâhil olacağı için burada da hâkimin bireyselleştirme ilkesini uygulaması imkân dâhilinde olur.[236] Hz. Ömer'in kıtlık senesinde aç bırakıldıkları için efendilerinin devesini çalan iki köleye ceza vermediği, hatta cimri davranması nedeniyle efendilerine: "*Bu iki köle tekrar hırsızlık yaparsa senin elini keserim!*" diyerek uyarması da buna örnek gösterilebilir.[237] Hz. Ömer bu olayda suçluların hangi saiklerle hırsızlık suçuna karıştıklarını, ülkenin genel durumunu ve suçlunun yaşadığı sosyal çevreyi tetkik ederek böyle bir karar vermiştir ki bunlar, bireyselleştirme ilkesinin uygulanması aşamasında gözönünde tutulması gereken adımlardandır.

İyi halli (*zevi'l-hey'ât*) kişilerin ta'zîr gerektiren suçlar gibi hafif suçlarının cezadan muaf tutulması mümkün[238] iken had cezalarında suç kesin olarak sabit olduktan sonra, cezanın düşmesini gerektiren diğer sebepler de yoksa bunun kesinlikle mümkün olmayışı İslâm ceza hukukunda cezaların genelliği ilkesinin mahiyetini ortaya koyan en iyi ölçütlerden biridir. Had cezası haricindeki küçük kusurları affedilecek iyi halli ve şahsiyetli kimselerle kimin kasdedildiği konusu içtihâdîdir. Bir yoruma göre küçük günah işlemiş insanlar, bir yoruma göre faal nedâmet göstermiş kişiler iken kimilerine göre temiz ahlaklı ve namaz ehli şahıslardır.[239] Bu kapsamda ulemâ, meşâyih, hatip ve imam gibi şahsiyetlerin ta'zîr olarak teşhirden muaf tutuldukları görülür. Osmanlılarda 1274 tarihli kanunun 19 ve 22. maddelerinde bu hususiyet görülür. Toplumda örnek teşkil etmesi beklenen böyle kimseler için bu tarz bir muafiyet tanınmasının, mensup oldukları din mensuplarını rencide etmemek ve dini inanç ve değerleri sarsmamak gibi gayelere matuf olduğu düşünülmüştür.[240] Toplumda önder konumundaki kişilerin suç ve cezalarının ifşa edilmesi suçuun yayılmasına da sebebiyet verebileceği için teşhir etmemek makul olmalıdır. Teşhir etmemek, onların cezalandırılmayacakları anlamına da gelmemektedir.

Osmanlı uygulamasında bireyselleştirmeye örnek olabilecek tarzda bazı hususiyetler görülür. Örneğin, çoğu ta'zir suçları için belirli cezalar bulunmaktayken ülü'l-emre bırakılan

---

[236] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 123-124; Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 62.

[237] Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 62-63. Hz. Ömer'in "*bunlar hırsızlık yaparasa senin elini keserim*" sözü, köleleri bu işe mecbur bırakacak kadar cimri davanırsan!.. şeklinde anlaşılacağından efendiye verilecek el kesme cezası, tazir kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü el kesme cezası hırsızlık suçunun cezasıdır. Ayrıca Hz. Ömer'in cezaların şahsiliği ilkesine aykırı davranmadığı bilinmektedir. Hz. Ömer, efendinin köleleri hırsızlığa mecbur bırakmasını ayrı bir suç olarak değerlendirmiş olmaktadır.

[238] "*İyi halli, yüce şahsiyetli kişilerin hadler haricindeki küçük suçlarını affediniz*" Ebû Dâvud, "Hudûd" 4, (No. 4375). (Elbânî'nin hadis hakkında verdiği hüküm: sahihtir); Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/529; Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 279; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm*, 2/299; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/611.

[239] Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/529-530.

[240] Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 59-60, 120.

ta‘zir cezalarının ihtardan idama kadar birden fazla cezasının olduğu görülür. Ülü’l-emr takdir yetkisini kullanarak suç ve suçlunun durumlarını gözönünde bulundurmak suretiyle uygun cezayı takdir etmekteydi.[241]

Osmanlı devletinde çeşitli vesilelerle hazırlanan kanunnamelerin ortak özelliklerinden birisi, ta‘zir cezalarının alternatifli olması esasına göre davranılmasıdır. Bu bağlamda vatandaşlar para cezalarında bay, orta halli fakir ve daha fakir şeklinde gruplara ayrılmışlardır. Bir kişinin hangi gruba dâhil olduğunun tespiti ise kadıya/hâkime bırakılmıştır.[242] Ta‘zir gerektiren suçlarla ilgili cezaların bir alt bir de üst sınırı bulunması, hâkimin de suç ve suçluya göre tercih yapma hakkına sahip olması, kanunnamelerde de riayet edilen ilkelerden biridir.[243]

Cezai yaptırımların bireyselleştirilmesi işlemi iki boyutta ele alınır: İlki suçlunun kişilik tahlili, diğeri ise suçlunun ıslahı. Birincisinde suçlu kişilik, karakter, sosyal geçmiş, onu suça iten saikler, uslanma veya mükerrir olma kabiliyeti gibi yönlerden analiz edilir. İkincisinde ise bu kişinin karakter yapısına en uygun psikiyatrik yöntemler ve sosyal tedbirler tayin edilir. Bunlarla bahse konu kişinin gelecekte yeni suçlar işlemesini azaltmak ve onu uslandırmak amaçlanır.[244]

Bireyselleştirme ilkesine göre bir yandan hangi belirleme ve tedbirin suçluyu daha çok ıslah edeceği gözetilirken diğer yandan, cezanın belirlenmesi sırasında suç ve ceza dengesi de ihmal edilmemelidir.[245]

Suçlar ve bu suçlar için öngörülen cezalar, suçun ağırlığına göre, suçu işleyen şahsın kişiliğine ve suçu i‘tiyad etmesine göre ağırlaşabilir, değişkenlik arzedebilir. Dede Cöngi’ye ait *es-Siyâsetü’ş-şer’iyye* kitabını tercüme eden Mehmet Arif Efendi, tercümenin mukaddimesinde, İmam Ebû Yûsuf’a istinaden, bu manayı ifade etmek üzere şu cümlelere yer verir: “*Cerâim ve cinâyât, sığar ve kiber cihetiyle mütehâlife olduğu gibi, üzerine müterettibe olan zevâcir ve ukûbât dahi, bi-hasebi’l-mekâdîr ve’l-ecnâs mütefâvite ve sâhib-i cerimenin*

[241] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1/123.
[242] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1/131-132.
[243] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1/128.
[244] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/615.
[245] “*Ondan (*hâkim*) beklediğimiz, ictimai hayatın verdiği zaruret nisbetinde, evet ne daha az ne daha fazla olmamak kayıt ve şartı ile, müeyyideler tatbiki suretiyle suçu önleyici tedbirler almasıdır. İşte ancak o vakit, suçlu, müstehak olduğu cezaya çarptırılmış, irade ve ihtiyarının meçhul kemiyetine göre değil, fakat bizzat şahsiyetini meydana getiren bu varlıkların yekûnuna, yani fiziki yapısı, sevki tabiîlikleri ve karakterinin icabatına muadil hakiki ve faydalı cezayı görmüş olacaktır.*” Garofalo, *Criminologia “Suç, Suçlu ve Ceza”*, 290.

müttehem ve şerîr olup olmaması cihetiyle mütebâyinedir."[246] Cezaların bireyselleştirilmesini ima eden bu cümlelerden, bahse konu ilkenin Osmanlı hukukunda kendine yer edinip kabul gördüğü anlaşılmaktadır.

Osmanlı'da Fatih'in ceza kanununa göre, göz ve diş çıkarmak suretiyle müessir fiil suçu işleyip de çeşitli nedenlerle kendisine kısas uygulanamayan failin maddi durumuna göre çoktan aza doğru 200, 100, 50 veya 40 akçe ödemesine hükmediliyordu.[247] Bu şekilde para cezalarının alt ve üst sınırları kanunda zikredilmiş, adâleti gerçekleştirmek üzere, suçlunun özel durumuna göre somut cezayı belirlemesi noktasında hâkime yardımcı olunmuştur.

Hâkimin aynı suçu işleyen suçlular nezdinde, eşitliği tesis edebilmesinin temelinde, bu kişilerin özel durumları ile işledikleri suçun durumunu dikkate almak ve böylece suç ile suçlunun kişiliği arasındaki münasebeti doğru kavramak yatar. Burada mutlak eşitlik yani, suç işleme saikleri farklı olan suçluların hepsine aynı ceza vermek ise eşitsizliktir.[248] Nitekim ferdileştirme, özünde aynı suçu işleyen kişilere farklı ceza verme karakterini barındırmaktadır.[249]

Durumları ve konumları benzer kişilere aynı cezaların takdir edilmesi anlamında cezaların bireyselleştirilmesi ile eşitlik prensibi arasında bir çelişki veya tearuzdan bahsedilemez.[250]

Cezanın biryeselleştirilmesi, hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanınmasını da zorunlu kılar.[251] Ancak ceza hukuku, şahsi fikir yürütmeye uygun bir alan olmadığı için bireyselleştirmeden, hâkimin dilediği gibi (keyfi) kararlar verebileceği anlamı çıkarılamaz. Hâkim takdir yetkisini kullanırken de kanunun kendine tanıdığı yetkiler çerçevesinde hareket etmek zorundadır.[252]

Hâkim suçlunun ıslahı ve topluma kazandırılması gayesini göz önünde bulundurarak kanunların kendisine çizmiş olduğu sınırlar dâhilinde, suçlunun kişiliğine göre hangi ceza verileceğine ve bu cezanın miktarına karar verir. Yasama organı da kanun yaparken -

[246] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 4/129.
[247] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 134.
[248] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 284.
[249] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 285-286.
[250] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 295.
[251] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 592.
[252] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 290.

kapsayabildiği kadarıyla-[253] suçlunun kişiliği, içinde yaşadığı çevre ve onu suça iten etkenleri dikkate alarak kanunları hazırlamak suretiyle, yargı organı ile bağlantılı ve biri diğerini tamamlayıcı nitelikte olmak zorundadır. Yasama ve yargı organları arasındaki bu ilişki, suçlunun kişiliğine en uygun cezayı belirlemeye yardımcı olmak yanında uygulamada da eşitliği husule getirecektir.[254]

Kişilerin işledikleri suçlar için takdir edilen cezaların alt ve üst sınırlarının belirlenip hâkimin bu çerçevede alt veya üst sınırdan ceza takdir etmesi[255] hususu, suç ve cezanın kanuniliği ilkesiyle bireyselleştirme ilkesinin içiçe bulunabileceklerini gösterir. Cezaların bireyselleştirilmesi kapsamında bir kişinin suçu itiyadı haline getirmesi veya suça olan meyline göre hâkimin takdir yetkisine sahip olabileceğini ifade eden cümleler hukuk mirasımız içerisinde yerini almıştır: "*Ceza kâbil-i taksîm olmalıdır: Yani, derece-i mücâzât mahdût ve maktû' olmayıp belki fâillerin cürme olan intisablarına nisbeten derece-i mücâzâtın ta'yîni, hâkimlerin re'y ve tensîbine muhavvel olarak her bir ceza, bir hadd-i ibtidâ ile bir hadd-i intihâyı hâvî bulunmalıdır.*"[256]

Kanunda cezaların, hapis cezası veya adli para cezası gibi, seçimlik olduğu hallerde suçlunun kişiliği açısından, seçilecek hangi yaptırım, cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye daha elverişli ise o cezada karar kılınır. Suç, haksız ekonomik çıkar sağlamakla ilgili bir suç ise, yaptırımın adli para cezası olması daha etkili olacaktır; ama suçlu mükerrir ise, kanun koyucu bireyselleştirmeyi bizzat kendisi yapmış, suçlunun işleyeceği yeni suç için hapis cezası verilmesini uygun görmüştür.[257]

Suç ve ceza dengesine maddi anlamda riayet yeterli olmayacaktır. Kişilerin özel durumlarının dikkate alınarak cezaların bireyselleştirilmesi, adâletin tam anlamıyla tahakkuk etmesi anlamında önemlidir. Osmanlı'nın son döneminde hazırlanan ceza hukuku eserlerinden birinde bu hususa şöyle temas edilir: "*Ceza, muvafık-ı adâlet olmak içün yalnız cürm ile mütenasip bir halde bulunması kâfi olmayıp, mücrimim mevki' ve sıfatıyla dahî muvafık olması îcâb eder. Mesela, bütün cihânın kabulü olduğu üzere kadınların i'dâm cezasından mâadâ mücâzât-ı terhibiyyeyi müstelzim cerâimi işledikleri halde zükûr hakkında*

[253] Çünkü, kanunlar ancak belirli hal ve durumları hesaba katabilir, bireyleri tam olarak tanıyamaz. Bk. Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,* 2/616-617; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk,* 286.
[254] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk,* 283, 281-283, 285.
[255] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî,* 1/148.
[256] Rıza - Orfanides, *Mîzân-ı cezâ,* 126-127.
[257] Üzülmez, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD),* 215.

isti'mâl olunan birtakım muâmelâttan, ahvâl-i husûsiyyetlerine riâyeten muâf tutulmuşlardır. Sâir cezalarda dahi bu surette isti'mâl olunması lâzımedendir."[258]

Anayasa mahkemesinin bir kararında şöyle bir atıf yer alır: "*... Suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesi, verilecek cezanın kişiselleştirilmesini, her somut olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. İtiraz konusu ibare ile öngörülen idari para cezası miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte gözetilerek cezanın kişiselleştirilmesi gerekeceği açıktır. Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen ceza adâletinin gereği olarak kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez.*"[259]

Suçun tam olarak ispatlanamadığı ve hakikatin iyice anlaşılamadığı hallerde içki içen biri hakkında, o kişinin içkiye mübtela olup olmaması, çevresinde içki içmekle tanınıp tanınmaması gibi hususlar, cezalandırma üzerinde doğrudan belirleyici rol oynar. Bu kişi, çevresinde içki kullanmakla anılan sabıkalı (hamr ile müttehem) biri ise yetkili merciler ta'zir cezası verebilirler. Ama aksi durumda suç kesin olarak ispatlanmadıkça zanlı tahliye edilir[260]. Bu örnekte de görüleceği üzere, İslâm ceza hukukunda özellikle ta'zir cezaları, cezaların bireyselleştirilme ilkesinin kendine uygulama sahası bulabileceği en iyi kısmı temsil eder.

Cezaların değişen zamanın şartlarına göre gerekirse ağırlaşması veya hafifletilmesi de bu ilke kapsamında değerlendirilebilir. Ömer b. Abdülaziz'in ifadeleri, miktarı şâri' tarafından belirlenmemiş cezalardaki bu esnekliğe ışık tutmaktadır: "*Nâs için fücûrdan ihdâs eyledükleri isyanları mikdârınca an-karîb nice kazâ ve hükümler sâdır olur.*"[261] Hz. Peygamber, Ebû Bekir ve Ömer zamanında içki içene sayısı ve aleti belirlenmeden bir miktar sopa vurulmaktaydı. Daha sonra Hz. Ömer, Hz. Ali'nin: "*İçki içen ne dediğini bilmez hale gelir (hezeyan), ne dediğini bilmeyen kişi de iftira eder. Bu sebeple ben sarhoşa kazif (nitelikli iftira suçu) haddi vurulması kanaatindeyim*" sözleri üzerine sarhoşa seksen değnek vurulmasına karar verdi.[262] Ancak burada içki içme cezasının kırk celdeden sahabe içtihadıyla seksene çıkarılması bu cezanın bir had değil, devlet başkanın tasarrufuna bırakılmış bir uygulama olduğunu kabul etmeyi gerektirir. Çünkü içki içme suçunda Peygamberin belirlediği kırk rakamı had olsaydı sahabenin içtihada kalkışması bile düşünülemezdi.

---

[258] Rıza - Orfanides, *Mîzân-ı cezâ*, 124-125

[259] *Anayasa Mahkemesi Kararları*, Esas Sayısı: 2011/119, Karar Sayısı: 2012/33, Karar Günü: 1.3.2012.

[260] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 4/129.

[261] Dede Cöngi, es-*Siyâsetü'ş-şer'iyye (Siyâsetnâme Tercümesi*, çev. Mehmet Arif Efendi), Akgündüz, "*Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri"* içinde, 4/139; Şâtıbî, *el- İ'tisâm*, 1/310.

[262] Nevâvî, *Cerâimü'l-kazfî ve's-sebbi'l-alenî ve şürbi'l-hamri beyne'ş-şeriati ve'l-kânûn*, 103; Âşûr, *İslam Hukuk Felsefesi -Gaye Problemi-*, 97.

Belli süreçler sonunda günümüz ceza hukukunda "*suçlunun kişiliği*" kavramının, ceza uygulamalarında temel kavramlardan birisi haline geldiği söylenebilir. Cezanın bireyselleştirilmesi kanunda belirtilen cezanın, her özel olayda suçlunun kişiliğine uydurulmasını gerektirir ki aslında bu, hukuki anlamda eşitlikten ayrılmak demektir. Dolayısıyla bireyselleştirme suretiyle, uygulanan cezaların hâlen kanuni olduklarından söz edilebilirse de eşitlikten bahsetmek artık zordur.[263]

3. Ta'zîr Cezalarında Eşitlik

İhlal edilen değer, ister kamu (Allah) hakkına ister birey hakkına yönelik olsun, hakkında şer'an takdir edilmiş kısas, had ve keffâret gibi belirli bir ceza bulunmayan her türlü suç ve günah sebebiyle ta'zîr gerekir.[264] Ta'zîr cezaları kısas-diyet ve had cezaları dışında kaldığı için mahiyet itibarıyla bunlara çeşitli farklılılar arz eder.[265]

Tebük gazvesine geçerli mazeretleri olmadığı halde katılmayan 80 sahâbî, Allah rasûlüne çeşitli mazeretler beyan ettiler. Hz. Peygamber, onların sözde beyanlarını esas alıp içlerinde gizledikleri gerçeklikleri Allah'a havale etti (et-Tevbe 9/94-98). Söz konusu 80 kişi arasında ensardan Kâ'b b. Mâlik, Hilâl b. Ümeyye ve Mürâre b. Rebî' de vardı. Bu üç sahâbî diğerlerinden farklı olarak Rasûlüllah'a gerçeği itiraf ettiler. Hz. Peygamber de bu üç sahâbîye elli gün sürecek olan bir nevi toplumsal tecrit (*hecr*) cezası verdi; bu zaman zarfında en yakınları dâhil kendileriyle konuşan olmadı. Tüm genişliğine rağmen yeryüzünün dar geldiği bu süreç sonunda tek sığınağın Allah olduğunu net olarak idrak eden bu üç kişinin affedildiğini bizzat Kur'ân (et-Tevbe 9/118) haber verdi. Sözü geçen sahâbîlere uygulanan bu tecrit, Hz. Peygamberin uyguladığı ta'zîr cezasına örnek gösterilmiştir. Kadınsı tavırlar sergileyen (*muhannes*) bazı kimseleri Hz. Peygamberin ve sonrasında halifelerin Medine'den sürgün etmesi de diğer bir ta'zîr örneğidir.[266]

Hz. Ebû Bekir, topluca irtidat eden bir grubun ve erkek erkeğe eşcinsel evlilik yapan kimselerin öldürülmelerini emretmiştir. Hz. Ömer, Kur'ân'ın müteşâbihatı konusunda kafa

---

[263] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 592; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 291.

[264] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/36, 24/36; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/270; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/526; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 344; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/163; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 194; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm*, 2/288.

[265] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/186, 270-274; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/208; Aynî, *el-Binâye*, 6/390-398; Pîrîzâde, *'Umdetü zevi'l-besâir*, 1/329; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/3-4, 60-62; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sültâniyye*, 344-347; Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 279; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/81-83; Bilmen, *Kâmûs*, 3/326-328; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 97-98 Avcı, *Osmalı Ceza Hukuku*, 18-31.

[266] İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm*, 2/291; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 195.

karıştırıcı fikirler ileri süren Sabîğ isimli birisini Basra'ya sürdürtmüş ve halkla diyalog kurmasını yasaklamıştı. Halinin düzelmesi üzerine bilahare bu yasak kaldırılmıştır. Halifeler döneminde bu ve benzeri ta'zîr cezalarına rastlanmaktadır.[267]

Ta'zîr gerektiren suçların cezalarında eşitlik aranmaz. Ceza, suç ve faile göre ceza nitelik ve nicelik olarak değişkenlik arz edebilir.[268] Ta'zîrden maksat, suçun önlenmesidir, insanların tabiatlarına göre suçtan cayma eşikleri de farklı olacağı için cezanın miktarı, fail ve suçun durumuna göre değişir.[269] Bu doğrultuda, temiz karakterli ve haysiyetli insanlarla, suça meyilli ve tehlikeli kimseler aynı suçu işlemiş olsalar bile cezalarının aynı ve eşit olmayacağı hikmet ve maslahata uygun görülmüştür.[270] İmam Şafiî'ye göre, ta'zîr cezası da hadler gibi vacip olsaydı o zaman iyi halli olanlarla (*zevi'l-hey'ât*) böyle olmayanlar eşit olurdu.[271] Ta'zîr cezalarının da hadler gibi herkese eşit olarak uygulanması gerekirdi.

Suç failinin kişiliği dikkate alınarak cezanın belirlenmesi usulüne cezaların bireyselleştirilmesi denilmektedir ki, bu ilkenin en bariz uygulandığı alan ta'zîr cezalarıdır.[272] Öztekin Tosun, ceza hukuku tarihinde bireyselleştirmeye dair ilk uygulamalara, ta'zîr cezaları aracılığıyla islam hukukunda rastlandığı tespitinde bulunulmuştur.[273]

Eşitliğin bozulması noktasında kısas ve had cezalarında etkili olan din, cinsiyet ve hürriyet farkının, ta'zîr cezalarında belirleyici olmadığı diğer bir deyişle eşitliği bozmadığı görülür. Dolayısıyla Müslüman gayrimüslim, kadın erkek veya hür köle arasında ta'zîr bakımından eşitlik esastır, herhangi bir fark gözetilmez. Ta'zîr cezalarındaki farklılığın kaynağı bunlar değildir; farklılık genelde suçlunun kişiliği ile ilgili nedenlere bağlıdır.[274] Serahsî, ta'zîr suçlarında kadın erkek eşitliğini, cinsiyete göre farklı bir sonuç oluşmayacağını özellikle vurgular.[275] Daha önce de ifade edildiği üzere ta'zîr cezalarında eşitliğin şart koşulmayıp suçun failine göre cezanın (tür, sayı, şiddet) değişmesindeki asıl etken, suçlunun ıslah olması ve te'dîp edilmesi sürecini ilgilendiren bireysel farklılıklardır. Amiyâne tabirle

[267] İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm,* 2/291; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm,* 195. Hz. Peygamber ve dört halifenin uyguladıkları çeşitli ta'zîr suç ve cezaları için bk. İbn Ferhûn, *a.g.e.*, 2/291-294; Trâblusî, *a.g.e.*, 195.
[268] Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 344; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/186, 270-271; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm,* 195.
[269] Serahsî, *el-Mebsût,* 9/71; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 344; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik,* 3/210-211; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm,* 2/288-289, 296; Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 279; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 97-98.
[270] Bilmen, *Kâmûs*, 3/311; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 43.
[271] Beğavî, *Şerhu's-sünne*, 10/330; Behnesi, *el-Hudûd fil-İslâm*, 23.
[272] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 97-98, 147; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 42-43; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 820-821, 826.
[273] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 44.
[274] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/270-271; Bilmen, *Kâmûs*, 3/310.
[275] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36.

her suçlunun anladığı dil farklı olduğu gibi, faillerin kalıcı davranış değişikliğindeki ilerleme süreleri de aynı değildir.

Suçlunun topluma kazandırılması (*ıslâh*) ve suçun önlenmesi (*zecr*) hedefine ulaşmak noktasında, bireysel farklılıklar önem arz ettiği için fukahanın suçluların hallerini merkeze alarak yaptıkları gruplandırmalar dikkat çekicidir. Ta'zîr gerektiren suçlar açısından Kâsânî suçluları dört grupta mütalaa etmiştir: İlki, eşrafın eşrafıdır (أشراف الأشراف); bunlar ilim adamları ve Hz. peygamberin soyundan gelen (*Alevî*)[276] kimselerdir. Bu gruptakilerin ta'zîri, müzekkere (*ihtâr*) suretinde salt tebliğattan (*i'lâm*) ibarettir; hâkimin gönderdiği bir yetkilinin kendilerine: "*Şöyle şöyle yaptığınızı duyduk!*" şeklindeki uyarısı ta'zîr olarak yeterlidir. İkincisi, eşrâftır (الأشراف), bunlar yötetici ve varlıklı kesimdir. Bu sınıftakiler, sadece müzekkere veya müzekkerenin yanı sıra mahkemeye celb ile ta'zîr edilirler. Üçüncüsü, orta kesimdir (الأوساط) ki genelde esnaf ve çalışanlardır. Kendilerine müzekkere, mahkemeye celp ve hapis ile ta'zîrde bulunulur. Dördüncüsü ise alt kesimdir (الأخساء: السفلة) ki, bunlara ta'zîr olarak müzekkere, celp ve hapis yanında ayrıca darp da yapılır. Bu sıralamanın nüfusun farklı kesimlerini temsilen insanların eğitim, sosyo-ekonomik konumları ve sosyal ilişki ağlarına göre yapıldığı açıktır. Kâsânî, bu şekilde failin kişiliğine göre cezanın değişkenlik arz etmesini ve farklı dozlarda olmasını: "*Çünkü, ta'zîrden maksat, suçlunun caydırılmasıdır. Suçtan cayma (zecr) ve cezadan etkilenerek halini düzeltme (ıslâh) bakımından insanların halleri değişkendir.*" diyerek meseleyi faillerin farklılığı ile açıklar.[277]

İşlenen suçun bireye ve topluma verdiği zarar ile suçlunun çekeceği ceza arasında makul bir denge olması hususu, ceza hukukunun genel ilkelerindendir. Buna göre cezanın gereğinden fazla veya daha az olmamasına özen gösterilir. Şer'an belirli bir sınır (*had*) konulmadığı için ta'zîr cezalarında hâkim takdir yetkisini kullanır; suçlunun ıslahı ve suçun önlenmesi daha hafif bir ceza ile mümkünse hâkim ona göre ceza belirleyebilir. Suç ve suçlunun objektif ve sübjektif niteliklerine göre gerektiğinde daha ağır bir ceza öngörülebilmesi şeklinde hâkime sunulan bu muhayyerlik, adâletin gereği olup cezaların genelliği (eşitliği) ilkesi ile de çelişmez.

Ta'zîr cezası failin durumuna göre sözlü veya fiili olabilir, muayyen bir ceza yoktur. Cevazı tartışmalı olmakla birlikte suçun tipine göre bazı şartlar altında ölüm (siyâseten katl,

[276] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* 1/548.
[277] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/271. Ta'zîrde fail baz alarak belirlenmiş ceza türleri için bk. Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 344; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr,* 5/345-346; Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye,* 279; Bilmen, *Kâmûs*, 3/311; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/208.

idam) cezası da ta‘zîr kapsamında görülmüştür. Siyâseten katl dışında dayak (*darb-celde*), uyarı, kınama, azarlama (*tevbîh*), hapis, sürgün (*nefy*), malların müsâderesi, bazı malların itlafı, sınırlı hallerde para cezası, tazmin ettirme, takip (*mülâzemet*) ve gözaltında tutma uygulaması, mahkmeye celp ve görevden azil gibi örneklerden hareketle ta‘zîr cezalarını dört grupta sınıflandırmak mümkündür: 1. Bedenî cezalar, 2. Hürriyeti kısıtlayıcı cezalar, 3. Mâlî cezalar ve 4. Kınama ve hak mahrumiyeti şeklindeki cezalar.[278]

Celdede üst sınır aşılmamak kaydıyla somut cezanın takdiri, devlet başkanına ve onun yetkilendirdiği hâkimlere aittir. Ancak ta‘zîr sınıfında takdir edilen ceza türünün celde olması halinde celde sayısının üst sınırı hakkında fukaha ihtilaf etmiştir. Ta‘zîrin had cezasını geçemeyeceği düşüncesini savunan Hanefî ve Şâfiîlerde üst sınırın 39, 75, 79 celde olacağına dair farklı kaviller zikredilmiştir.[279] Dolayısıyla üst sınır belli edilmek kaydıyla suçun ve failin durumuna göre farklı sayıda celde uygulanabilir. Mâlikîlerde sayı bakımından ta‘zîr cezasının haddi geçmesi caiz görülmüştür. Devlet başkanı, şahsi hevasına yenik düşmeden kamu yararının gerekli kıldığı bir miktara karar verebilir. Hanbelî mezhebinde zikri geçen bu iki görüş dışında tahdit edici ve serbestiyetçi farklı rivayetler de bulunmaktadır.[280] Ta‘zîr cezalarında celde (39, 79 vb) sınırı getirilmesi, bir üst sınır belirlenerek ta‘zîrde haksızlık ve keyfiliğin önüne geçilmeye çabalandığı söylenebilir.

II. EŞİTLİK ve ADÂLET KAVRAMLARI

A. Eşitlik Kavramı ve Türleri

Müsâvât ve muâdelet gibi kavramlarla da ifade edilen eşitlik, iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu; yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirlerinden ne eksik ne fazla olmaması anlamına gelmektedir.[281] Fıkıh literartüründe eşitlik kelimesinin müradifi denebilecek yakın anlamda kullanılan kelimelerden bazıları şunlardır.

“*M-s-l*” kelimesi, eşitlik/*tesviye* ve benzerlik/*şibh* ifade eder. Birini takip etmek, onun yolundan gidip onu kendisine örnek edinmek anlamında “*imtesele emrahü*” kullanımı

[278] Trâblusî, *Mu‘înü’l-hukkâm*, 195-200; İbn Ferhûn, *Tebsıratü’l-hukkâm*, 2/290-291; Bilmen, *Kâmûs*, 3/306-309; *el-Mevsû‘atü’l-fikhiyye (Kuveyt)*, 12/263-276; Başoğlu, “Ta‘zîr”, *DİA*, 40/200-201.
[279] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/71, 24/35-36; Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 9/271-272; İbn Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 5/348-349; Trâblusî, *Mu‘înü’l-hukkâm*, 195-196; Mâverdî, *el-Ahkâmü’s-sultâniyye*, 344-345; Başoğlu, “Ta‘zîr”, *DİA*, 40/201.
[280] İbn Ferhûn, *Tebsıratü’l-hukkâm*, 2/294-295; İbn Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 5/349; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/176-177; Trâblusî, *Mu‘înü’l-hukkâm*, 195-196; Koşum, *İslâm Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 193-194, 197.
[281] https://sozluk.gov.tr/, Erişim tarihi: 25.05.2024; Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 17.

vardır.[282] Kısas bahislerinde eşitlik anlamını ifade etmek üzere "*mümâselet*" kelimesinin sıkça kullanıldığı görülür.

"*S-v-e*" kökünden türeyen "*sevâün, müsâvâtün, istevâ*" gibi kelimeler kullanımları itibarıyla cezalar arasındaki eşitliği ifade etmek üzere kullanılan kelimelerdendir. Eşit ve denk olmak (*adl*) demektir. Kur'ân'da yer alan "فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاء: *sen de onlara aynı şekilde (antlaşmayı bozduğunu) bildir*"[283] ayetindeki "*sevâ*" ifadesi eşit ve aynı olma (*adl*) manasına geliyor. Bir şeyin ortası, bir şeyi düzlemek, hizalamak, eşit bir şekilde taksim etmek, iki şeyin birbirine eşit ve denk olması gibi kullanımları da vardır.[284]

İbnü'l-Berrî'nin dediğine göre "*müsâvât*" cinsleri aynı veya farklı şeyler arasındaki eşitlik anlamına gelir. Çünkü eşitlikte, miktar yönünden eksik ya da fazlalık olamaz. "*mümâselet*" ise, sadece cins yönünden aynı iki şey arasında olur; aynı renk, aynı anlayış, aynı tat gibi. Bir şey için mutlak "bu onun mislidir" denince ikisi arasında nerdeyse birbirleri yerine geçecek kadar bir eşitlik, aynılık olduğu ifade edilmiş olur.[285]

"*K-f-e*" kökünden türeyen "*mükâfee*" kelimesi de cezalar arasındaki eşitlik ilkesini ifade eden kelimelerden bir tanesidir.[286] İki şey arasında eşitlik, bir şeyin dengi ve benzeri olduğunu ifade eden "*nazîr*" manasına gelmek üzere "*küf', küfû' ve kefâet*" kelimeleri bu kökten türer. Akîka ile ilgili rivayetlerde "شاتان مكافئتان" ifadesi yer almaktadır, yaşça eşit iki koyun anlamındadır. Bazı hadisçiler bu hadis hakkında, birine mukabil olarak diğerinin kesilmesidir (*zebh*) demişlerdir. "المسلمون تتكافأ دماؤ هم" hadisindeki *tekafü'* kelimesi eşitlik/*istivâ* demektir.[287] *Nazîr* ve *müsâvî* anlamında eşitlik ve denklik kasdedilir.[288]

Öz itibarıyla insanlar yaratılışta eşittirler.[289] "*Ey insanlar! Şunu iyi bilin ki Rabbiniz birdir. Atanız da birdir. Arap olmayanın Arap'a; beyazın siyaha, siyahın beyaza takva dışında bir üstünlüğü yoktur.*"[290] hadisine göre dil, renk, ırk ve soy gibi kimsenin seçme hakkına sahip olmadığı, yaratılıştan getirip elinde olmayan fıtri özellikleri yüzünden ayrımcılığa tabi tutulmak ahlaken ve hukuken kabul edilemez.[291]

---

[282] Cevherî, *es-Sıhâh*, "*m-s-l*", 5/1816.
[283] el-Enfâl 8/58.
[284] Cevherî, *es-Sıhâh*, "*s-v-e* ", 6/2385.
[285] İbnü'l-Manzûr, *Lisânü'l-arab*, "msl", 11/610-616.
[286] "*İn'ıdâmü't-tekâfü* ": Taraflar arasında kısas cezasının uygulanmasını engelleyen hususların yer aldığı ana başlıkta alt başlıklardan birisinin ismi bu şekildedir. Bk. Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/213.
[287] Cevherî, *Sıhâh*, "*k-f-e* "., 1/67-69.
[288] Tîbî, *Hâşiyetü't-Tîbî ale'l-Keşşâf*, 3/211.
[289] el-Hucurât 49/13.
[290] Ahmet b. Hanbel, *el-Müsned*, 5/411.
[291] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/316-317.

Hz. Peygamber'in nübüvveti öncesinde sınıf ayrımı, ötekileştirmeye dönüşmüş hatta Kur'an'ın "*mele'*" diye tabir ettiği kesim, zayıflara köle muamelesi yapmaya başlamıştı. Böyle bir sosyal zeminde Peygamber'in insanlara verdiği tarağın dişleri gibi eşit oldukları[292] mesajı, o dönem için bir devrim niteliğinde olduğu kadar evrensel anlamda da İslâm'ın insana ve eşitliğe bakışını yansıtan bir örnektir.

Tüm insanların eşit olduğu formülü kalıplaşmış olsa da insanların fiziksel, zihinsel, ahlaki vb birçok yönden eşit olmadıkları bilinen bir olgudur. Öyleyse insanların eşitliği fikri daha ziyade, haklar ve sorumluluklar açısından insanlar arasında bir fark gözetilmemesi ya da insanlık onuru esas alınarak tüm insanlara değer verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.[293] Buna göre eşitlik söyleminin, ahlaki, sosyal ve hukuki zeminlerde bir anlam ifade ettiği ve ideal bir ilişki biçimine yönlendirdiği söylenebilir.

Bununla beraber insanlar arasında mutlak anlamda bir eşitlikten bahsetmek zordur. Bedenen ve zihnen yaratılıştan gelen birçok farklar bulunur. Başarıdan başarıya koşanlar yanında tüm özen ve dikkatine rağmen hafızasının zayıflığı sebebiyle başarısızlık yaşayan öğrenciler, işi hergün büyüyen maharetli ustalar yanında bir türlü ilerleyemeyen meslek erbabı, refah içinde yaşayan zenginler yanında sefalet içinde yaşayan yoksullar, sağlıklı ve kuvvetli insanlar yanında deva bulmaz hastalıklara maruz kalmış zayıf biçarelerin varlığına ve dahası bütün emeğine rağmen ve hiçbir kabahati olmadığı halde bahtiyarlar yanında nice bahtsızların olduğuna herkes şahittir ve sanki dünyanın kuruluşu bu minval üzeredir. Aslında bu anlamda tam ve mutlak bir eşitlik dünyanın kuruluş nizamında yoktur.[294] Belki eşitlikten anlamamız gereken asıl mana, insanların yaratılış, huy, ahlak, servet, nesep vb doğal ve sosyal yönlerden eşit olmaları değil, onların hiç değilse haklar ve görev açısından hukuken eşit muameleye tabi tutulmaları, hukuk güvencesi altında yaşamaları demektir.[295]

Cinsiyeti, milliyeti, kavmiyeti farklı insanlar kök itibarıyla aynı asıldan geldikleri için eşit olmakla birlikte konu, hukuki sahaya intikal ettiğinde boyut değiştirebilmektedir. Eşitlik adâletin bir rüknü olsa da her zaman adâleti sağlayamamaktadır. İnsanlar, emeklerine, yeteneklerine ve toplumda üstlendikleri rollere göre daha çok nimete nail olurlarsa bu, eşitlikle örtüşmese de adâletin doğal sonucu olmaktadır.

---

[292] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/25-26. Yaygınlaşıp şöhret bulsa da insanların tarağın dişleri gibi eşit oldukları sözünün zayıf hatta uydurma bir rivayet olduğuna dair Bk. Sağânî, *ed-Dürrü'l-mültekat*, 21; Kudâî, *Müsnedü'ş-şihâb*, 145.

[293] Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 22-23; Kutluer, "Müsavat", *DİA*, 32/77; Nebhân, "İslam Hukukunda Eşitlik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 325.

[294] Garofalo, *Criminologia "Suç, Suçlu ve Ceza"*, 288-290; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 269.

[295] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 275.

Hukuktaki özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı üzerinde de eşitlik unsurunun etki sahibi olduğu görülmektedir. Hukuk kuralları düzenledikleri ilişkinin türüne, kurallardan beklenen işleve ve kuralların içeriğine göre özel hukuk ve kamu hukuku diye ikiye ayrılır. Özel hukuk bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk alanı olup, bu ilişkiler, bireyler arasında hukuki yönden bir eşitlik olduğu varsayımına göre tanzim edilir.[296]

Özel hukuk, insan haklarına ve eşitliğe dayandırılmaktadır. Hatta özel hukuk, toplum içindeki kişilerin ve kuruluşların eşit haklara sahip ve eşit yükümlülükler altında bulunan varlıklar olarak sürdürdükleri ilişkileri düzenleyen hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır.[297]

Genel olarak hukukta olduğu gibi, yargılama hukukunun bir birimi olan adâlet yargısında da ikili bir ayrım karşımıza çıkar. Adâlet mahkemelerinde yargılama usulü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Ceza Muhakeme Kanunu (CMK) diye ikiye ayrılır.[298] Her ikisini de Kamu Hukuku grubuna sokmak uygundur zira her ikisinde de kişilerin mahkeme karşısındaki durumu eşit nitelikte olmayıp, devletin egemenlik hakkını kullanan mahkemeye tabi bir karakter taşımaktadırlar[299]. Görüldüğü üzere, bireylerin mahkeme önünde eşit nitelikte olup olmamaları hali, mezkûr tasnifte etkili bir unsur olmuştur.

Mahkeme karşısında bireylerin eşit nitelikte olmamasının anlamı, bir hukuk davasının nerede, nasıl açılacağı, iddia, savunma, delil, ispat ve hükmün nasıl verileceği vb. çoğu hususta kanun hükümlerinin tarafların iradesine tabi olmaması demektir.[300]

Eşitlik Türleri. Eşitlik düşüncesi beşeri düzlemde erişilmesi sürekli arzulanan bir hedef olagelmiştir. Tüm dünya ülkelerinin yayınladıkları "İnsan Hakları Beyannamesi" türü bildirilerde veya hazırladıkları kanunlarda bu ideali gerçekleştirme düşünceleri rahatlıkla gözlemlenebilir. Ancak eşitlik bir ideal olmakla beraber, uygulama aşamasında hangi eşitlik? Ya da nasıl bir eşitlik? Sorularını beraberinde getirmiştir. Süreç içerisinde bu sorulara pek çok farklı cevaplar bulunmuştur.

İçerik ve çerçeve olarak özünde birbirine yakın olsa da hukuki ve siyasi zeminde yürütülen eşitlik perspektiflerinde eşitlik türleri, farklı terimlerle ifade edilmiştir. Mutlak ve

[296] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3.
[297] Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 96-97.
[298] Bunlardan başka özel nitelikte olan idare, askerlik ve anayasa yargılarından söz edilmiştir. Bk. Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 130.
[299] Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 130.
[300] Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 130-131, 151.

nisbi eşitlik;[301] şekli (formal) sayısal ve normatif eşitlik,[302] ya da maddi ve şekli eşitlik[303] gibi başlık veya isimlendirmeler bunlardan bazılarıdır.[304]

Bunlardan mutlak eşitlik, şekli hukuki eşitlik ve sayısal eşitlik aynı manayı ifade ederken, maddi hukuki eşitlik ve nisbi eşitlikle de normatif eşitliğin aynı anlamda kullanılmakta olduğu görülür.

1. Mutlak ve Nisbi Eşitlik

a. Mutlak Eşitlik

Mutlak eşitlikten kast edilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Özbudun bunu "şekli hukuki eşitlik" diye ifade eder. Mutlak eşitlikte şahısların kişisel ve özel durumlarına bakılmaz, "*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*"[305] Bu, mutlak ve eylemli eşitlik diye ifade ediliyor. (2709 sayılı Anayasa'nın 10. maddesi).

Toplumdaki menfaat ve sorumlulukların sayısal anlamda eşit olması gerektiğini öngören bu anlayış, birçok açıdan imkânsız olduğu kadar çok istenen bir durum da değildir. Çünkü bir hukuk sisteminin insanların farklı özelliklerini dikkate almadan, haklar ve yetkilerde çeşitli ayrımlar yapmadan işletilmesi zordur.[306] Hatta bu realiteye de aykırıdır.

Hukuki uygulamalarda mutlak eşitlik, adâleti sağlamaz hatta adâletsizliğe yol açabilir. Aristo'ya göre eşitlik, eşit olmayan kişiler arasındaki eşitsizliktir ya da eşitsizlik, eşit olmayanlar arasındaki eşitliktir. Fransız Hukukçu L. Duguit ise, matematiksel anlamda

[301] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 181-184.
[302] Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 25-40.
[303] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 113; Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/3, 50.
[304] Eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın 10'uncu maddesinin, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa "imtiyaz" tanınamayacağı yolundaki ikinci fıkrası da bu anlamda bir eşitliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. *Anayasa Mahkemesi Kararları*, Esas Sayısı: 2013/23, Karar Sayısı: 2013/123, Karar Günü: 31.10.2013; Bir başka anlatıma göre, maddi hukukî eşitlik, benzer (eşit-aynı) durumdakilere eşit; farklı durumda olan (eşitsiz) kişilere ise eşitsiz davranılmasına dayanır. Dolayısıyla aynı durumda olanlara farklı; farklı durumda olanlara ise eşit davranılmasını yasaklama esasına dayanır. Şanlı, "İki Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Eşitlik", *Ankara Barosu Dergisi*, 134, 136.
[305] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 180-189.
[306] Öden, *Eşitlik İlkesi*, 29-30.

mutlak bir eşitlik, aslında insanlar arasında bizi eşitsizliğe götürecektir, der. Bir diğer ifadeyle eşitlik tam bir mutabakat (bağdaşlık/örtüşme) anlamına gelmez.[307]

İslâm öncesi toplumlarda, özellikle de Hint, Yunan, Arap, Roma ve İbrani kültüründe insanların sınıflara ayrıldığı, ezilenlerin yanında soylu ve seçkinlerden oluşan zümrelerin oluşturulduğu, bu sınıflaşma ve güçlü-güçsüz ayrımının doğal bir sonucu olarak birçok hukuksuzlukların görüldüğü bilinen tarihi bir vakıadır.[308]

İnsanlar yaratılış (*hilkat*) ve insan olma bakımından eşittirler.[309] Kur'ân'da kadın ve erkeğin yaratılış ve insaniyet bakımından birbirlerine eşit olduğunu gösteren birçok ayet yer almaktadır.[310]

"*Rableri, onlara şu karşılığı verdi: 'Ben, erkek olsun, kadın olsun, sizden hiçbir çalışanın amelini zayi etmeyeceğim. Sizler birbirinizdensiniz'...*"[311] gibi ayetler, ortak insani değerlerde kadın ve erkek eşit olduğunu, iki cins arasında bir üstünlük olamayacağını gösterir. Bizzat insaniyet faktörü hariç, bireysel beceriler, iş durumları, topluma sağladığı yararlılıklar ve Allah'a yakınlık gibi unsurlara göre insanlar arasında bazı farklılıklar/üstünlükler olabilir.[312]

Hz. Peygamber (s)'in: "*Ey insanlar! Rabbiniz birdir, hepiniz Âdem'densiniz, Âdem de topraktandır. Arabın aceme, acemin araba, kırmızı tenlinin siyah tenliye, beyaz tenlinin kırmızı tenliye takva dışında bir üstünlüğü yoktur.*"[313] sözleri insanların birbirlerine eşit oldukları anlayışını pekiştirmektedir.

Ebû Zer el-Ğıfârî'nin, rengine atıfta bulunarak, Bilal-i Habeşî'yi "*Ey siyah kadının oğlu!*" diye tahfif etmesi olayında Hz. Peygamberin, Ebû Zerr'i uyararak: "*Sende cahiliye izi var, hepiniz Âdem'densiniz, terazinin iki kefesi gibi eşitsiniz.*"[314] buyurması, ayrımcılık konusunda en ufak bir tavize bile izin vermediğini gösteriyor.[315] Diğer taraftan ırk, dil ve renk gibi doğuştan getirilen hususlarda insanların mutlak eşit olduklarını aralarında bir fark gözetilemeyeceği mesajını veriyor.

---

[307] Sürûr, *eş-Şer'iyyetü'd-düstûriyye ve hukûku'l-insân fi'l-icrââti'l-cinâiyye*, 315.
[308] Vâfî, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, 10-15.
[309] Âşûr, *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 3/279.
[310] en-Nisâ 4/1, el-İsrâ 17/70, el-Hucurât 49/13 gibi.
[311] Âli İmran 3/195.
[312] Vâfî, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, 8-9.
[313] Ahmed, *el-Müsned*, 38/474 (No.23489).
[314] Buhârî, "Îmân", 20 (30); Müslim, "Eymân", 38 (No. 1661).
[315] Vâfî, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, 10.

b. Nisbi Eşitlik

Mutlak eşitliğin bazı sıfatlarla kayıtlanması halinde oluşan eşitlik ise nispî eşitliktir. Nisbî eşitlikten kastedilen şey ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tâbi tutulmasıdır. Bu şu anlama gelir, farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tâbi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, nispî eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumuna, yaptığı işe göre değişebilecektir.[316]

Makul ve objektif bir dayanak varsa farklı muameleyi ayrımcılık olarak değerlendirmeyen Anayasa Mahkemesi "haklı neden"[317] kavramından bahsederek, eşitliğe aykırı olduğu iddia edilen bir kanun hükmünü, haklı bir nedene dayanıyorsa, eşitlik ilkesine aykırı olarak görmemektedir. "*Anayasada öngörülen eşitlik herkesin aynı hak ve yükümlülüklere sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle bu, "eşitlerin eşitliği" anlamındadır*".[318] Âşûr, eşitliği ilğa etmek için muteber nedenler bulunduğu halde eşitliğe devam etmek ya bir maslahatı yok edecek ya da bir mefsedet doğuracaktır, der. Böylece, meşru nedenlere dayanılarak farklı muamele yapılması halinde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmayacağına dikkat çeker.[319]

Haklı neden bulunduğu takdirde insanlara farklı muamele yapılması adâletsizlik sayılmaz. Ama haklı neden yokken farklı uygulamalar adâletsizlikle sonuçlanacaktır. Bu anlamda üniversiteye öğrenci alımında derisi siyah olanlar şeklinde bir ölçüt koymak haklı bir neden olarak görülemez ve bu adâletsiz bir uygulamadır. Ama yapılacak sınavda başarılı olanlar üniversiteye kabul edilir şeklindeki bir ölçüt haklı nedene dayanır. Evli ile bekârdan farklı vergi alınması, yabancı dil bilmeyene göre bilenin kamuda öncelenmesi gibi olaylarda adaletsizlik yoktur.[320]

---

[316] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 183; Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 13-15; Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 178, 188-189; Sürûr, *eş-Şer'iyyetü'd-düstûriyye ve hukûku'l-insân fi'l-icrââti'l-cinâiyye*, 316-317.

[317] M. Tâhir b. Âşûr'un, eşitliğin bozulabileceği durumlar için kullandığı "*eşitliğe mani geçerli nedenler*" ifadeleri, içerik olarak, pozitif hukuktaki "*haklı neden*" tabirini anımsatmaktadır. Âşûr'a göre aslolan eşitliktir, ancak "*avârız*" denilen muteber (nesnel, makul) engeller nedeniyle eşitlik ilğa edilebilir. Eşitliği etkileyen bu ârızî durumlar: Yaratılış (*cibillî*), sosyal, şer'î ve siyasi kökenli olmak üzere dört kısımda incelenir. Bk. Âşûr, *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 3/281-282, 286-291.

[318] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 180-189; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 269-270.

[319] Âşûr, *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 3/282.

[320] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 19, 27, 32-33.

Bazı kamu görevlerinde görevin mahiyeti icabı gerektirdiği fiziki güç, kudret, bilgi ve beceri, sanatsal yeterlilik gibi hususlar nedeniyle göreve alınacak kişiler arasında cinsiyet farkına göre ayrım yapılması Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitliğe aykırı görülmemiştir.[321]

Eşitlik farklılıklarla birlikte gerçekleşecek bir olgudur. Bu yüzden kanun koyucu, farklı koşul ve durumlarda bulunan vatandaşların her bir grubu için ayrı ayrı kanunlar vaz‘ edebilir. Statülerin farklılaşması, farklı kanuni kurallar belirlenmesini mübah kılar, meşrulaştırır. Mısır Yüksek Anayasa Mahkemesi, anayasanın 40. maddesinde öngörülen eşitliğin, aritmetik eşitlik olmadığını belirtmiştir; kanun koyucu, takdir yetkisine dayanarak, toplum yararının gerekliliklerine göre kanun önünde eşit olan bireylerin hukuki statülerini belirleyecek objektif şartlar vaz‘ edebilir, demiştir.[322]

Genelde günümüz hukuk sistemlerinde ırk, din, dil, soy, akide gibi subjektif hususların, kişilerin hukuki konumlarını/statülerini (*el-merâkizü’l-kânûniyye*) belirlemede kriter olamayacağı benimsenmiştir.[323] Ancak burada belirtilmesi gerekli bir husus vardır ki o da, İslâm hukukunda kişilerin hukuki statüleri belirlenirken din unsurunun birçok meselede, belirleyici bir etken olarak karşımıza çıktığıdır. Bu noktada çoğu mezhebe göre din farkının, İslâm hukuku açısından objektif bir kriter olarak değerlendirildiği söylenebilir.

Kanun koyucu, eşitliği sağlamak için kanunla muhatap olacak kişilerin yetenekleri ve özel durumları gibi bireysel farklılıkları dikkate alarak kanunları hazırlaması gerekir. Kanun koyucu, tam anlamıyla adâletin gerçekleştirilmesine götürmeyecek olan ideal/ütopik eşitlik anlayışıyla yetinmez, gerçek ve pratik anlamdaki eşitliğe ulaşmak için bu farklılıkları göz önünde bulundurarak kanunları düzenler.[324] Bunu ceza hukuku için düşündüğümüz zaman şari‘in, tabiatları gereği farklı davranışlar sergileyen insanların eylemlerine göre farklı cezai

---

[321] AMK, Karar No: 1963/256, Karar Tarihi: 25/10/1963: “*...İlk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmamaları, bu prensibi zedeliyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı…*”; 1982 Anayasası md. 72: “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez*”

[322] Sürûr, *eş-Şer’iyyetü’d-düstûriyye ve hukûku’l-insân fi’l-icrââti’l-cinâiyye,* 315.

[323] Sürûr, *eş-Şer’iyyetü’d-düstûriyye ve hukûku’l-insân fi’l-icrââti’l-cinâiyye,* 317.

[324] Safve, “el-İhlâl bi-mebdei’l-müsâvât fi’l-kânûni’l-cinâiyye”, *Mecelletü’r-râfidîn li’l-hukûk,* 269-270. Suçlunun işlediği suçla ilgili olarak, hâkimin cezayı belirlemede takdir yetkisi bulunmaktadır. Örneğin taksirle yaralama suçu işleyen kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır (TCK, md. 89). Bunun gibi, seçimlik cezalarla karşı karşıya kaldığı durumlarda hâkim, suçlunun kişisel özelliklerine bakarak hangi yaptırımın onun hakkında daha elverişli olacağına karar verebilir. Üzülmez, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD),* 215.

muameleleri kararlaştırma hakkı bulunur. Çünkü cezalandırmada mutlak eşitlik aslında eşitsizliktir.[325]

İslâm ülkesinde yaşayan gayrimüslim vatandaşlar, dini konularla ilgili kamu kurum ve kuruluşlarında görev almak gibi bir takım haklarda Müslümanlarla eşit sayılmazlar. Sahih bir inanç, İslâm'ın temel esaslarından olduğu için bu eşitsizlik, kanunların getirdiği bir eşitsizlik değil doğrudan İslâm'ın mana ve mahiyetinden kaynaklanan bir eşitsizliktir. Çünkü inancı bozuk olan bir kişiye verilecek görevler akabinde ilgili kişinin yapacağı tasarrufların topluma vereceği zararları kestirmek zordur.[326] Bürokrasiyi ilgilendiren kimi memurluklar ve mali konularda, Müslüman olmayanlara kamu görevi verilip verilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Osmanlı uygulamasında, Hz. Ömer'in Sa'd b. Ebî Vakkâs'a yazdığı mektuba göre müşriklerin devlet görevlerine atanmamaları görüşü benimsenmiştir. Kanunnamelere giren bu mektupta şu cümleler yer alır: "*Sen müşriklerden bir ferdi kâtib ittihâz edüb Müslimîn üzerine taslît kılma. Zira anlar dinlerinde rüşvet alurlar. Hâlbuki dîn-i ilâhîde rüşvet yokdur.*" Devlet işlerinin mahremiyet özelliğine dikkat çekilir ve müşriklerin bu mahremiyeti muhafaza edeceklerinin garantisi yoktur denilerek, "*Ey iman edenler! Sizden olmayanlardan hiçbir sırdaş edinmeyin. Onlar size fenalık etmekten asla geri kalmazlar, hep sıkıntıya düşmenizi isterler. Onların kinleri konuşmalarından belli olur. Kalplerinde gizledikleri ise daha büyüktür. Eğer düşünürseniz size âyetleri açıkladık.*" [327] âyetine atıfta bulunulur.[328]

Sözü geçen hususların tartışılmış olmasına rağmen yüksek derecede sorumluluk gerektiren görevlerin Müslümanlarda bulunması koşuluyla gayrimüslimlerin de bazı idari vazifelere atanabilecekleri kabul edilmiştir.[329]

2. Kanun Önünde Eşitlik

Kanunlar karşısında herkes eşittir ve bu ilke vicdan özgürlüğü ve insan haklarının bir gereği olarak ortaya konulmuştur. Sosyal devletin kaynağı olan bu ilke, o ülkenin vatandaşları

[325] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 270.
[326] Âşûr, *İslam Hukuk Felsefesi*, 103.
[327] Âl-i İmrân 3/118.
[328] Akgündüz, "Dede Cöngi, Siyasetname Tercümesi", *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 4/173. Bir müşriğin kâtip (kamu görevlisi) yapılmasını Hz. Ömer'in mekruh görmesinin asıl nedeni, sırf küfür (şirk) değil o kişideki muhtemel rüşvet tehlikesi olduğu şu cümlelerden anlaşılıyor: "*Cenâb-ı Fârûk (r.a.)'ın kâtib-i müşriki mekrûh gördüğü, mücerred küfründen nâşî olmayub belki irtişâsından nâşîdir. Hattâ mürteşî olmayan kâtib-i müşrik, mürteşî olan kâtib-i müslimden ehvendir. Ve kelâm-ı Fârûk'ta bu manaya işaret vardır.*" Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 4/173.
[329] Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, (no. 205-207) 139, (no. 683) 398.

arasında siyasi, ekonomik her türlü dengesizliklerin giderilmesini hedefler.[330] Bu ilke ile hem kanun önünde hem de mahkemede hâkim önünde kişilerin eşit olduğu anlaşılması gerekir. Çünkü mahkemedeki eşitlik bu ilkenin en belirgin ve ayırt edici unsurudur.[331] Aynı olayda seçkinler ve diğerleri gibi kişilere göre ayrı hüküm uygulanması eşitsizlik sayılacağı için hâkim önünde herkesin aynı kanunlara tabi olması gerekir.

Kanun önünde eşitlik, insanların hukuki ilişkilerde eşit olmaları; dil, din, düşünce, renk ve cinsiyet gibi nedenlerle ayrımcılığa uğramamaları anlamındadır. Çünkü insanlar, insaniyet bakımından eşittirler.[332] Şu var ki bu ilke, hukuki ilişkiler dışında insanların farklı kabul edilmesine engel değildir. İnsanlar ilim, servet, gayret ve saygınlık gibi açılardan aynı seviyede değillerdir ve kanun önünde eşitlik, mezkûr meziyetleri veya kusurları reddetmeyi gerektirmez.[333] Bazı insanlar fazilet ve meziyetçe veya makam olarak üstün olabilirler, ancak ortada işlenmiş bir suç varsa ceza bakımından herkes eşittir.[334]

Prensip olarak cezaların tatbik edileceği kişiler arasında imtiyazlı grup kabul edilemez. Hz. Peygamber'in "*Kızım Fatıma da olsa elini keserdim!*"[335] sözü, bir taraftan insanların kanun karşısında eşit olduğu ilkesini güçlü bir şekilde vurgularken[336] diğer taraftan da devletin işlenen her suçu cezalandırması konusundaki kararlılığını ortaya koymaktaydır.[337] Cezaların mutlak şekilde herkese uygulanması caydırıcılık noktasında, cezaların ağırlığı kadar hatta daha da etkili olacaktır. Suçu sabit olsa bile cezalandırılmayacağını bilen bir kimsenin suç işlemekten çekinmeyeceği açıktır. Hz. Peygamber, bu beyanıyla toplumda böyle bir beklentinin oluşmasına set çekmiştir.

Konum olarak üst düzey insanlar ile zayıf kimseler arasında farklı ceza siyaseti takip etmenin, belli bir kesimi kayırmanın helak sebebi olduğu bildirilmiştir.[338] Hırsızlık suçu

---

[330] Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 140.
[331] Sürûr, *eş-Şer'iyyetü'd-düstûriyye ve hukûku'l-insân fi'l-icrââti'l-cinâiyye*, 314-315, 318.
[332] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/316-317 (md. 236). Yaratılış ve özü bakımından insanların eşitliğine vurgu yapan ayetlerden bazıları şunlardır: en-Nisâ 4/1, el-Arâf 7/189, Yûnus 10/19, el-Kasas 28/4, Hucurât 49/13.
[333] Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 10-11. Ayetlerde insanların meziyet, kusur, ceza, ödül, gayret vb açılardan farklı oldukları bildirilir, bazı örnekler şöyledir: Rızık bakımından insanlar eşit değildir (en-Nahl 16/71), bilenlerle bilmeyenler bir değildir (ez-Zümer 39/9), insanların kimisi işveren iken kimisi istihdam edilendir (ez-Zuhruf 43/32), kimileri kötülük sahibi iken kimileri iyilik peşindedir (el-Câsiye 45/21).
[334] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 252, 260.
[335] Buharî, "Meğâzî, 55 (No. 4304), Enbiya" 54 (No. 3475), "Hudûd" 12 (No. 6787); Müslim, "Hudud" 8-9 (No. 1688); Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4 (No. 4373); Nesâî, "Kat'u's-sârik" 11 (No. 7343, 7345, 7347-7349).
[336] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 252; Sürûr, *eş-Şer'iyyetü'd-düstûriyye ve hukûku'l-insân fi'l-icrââti'l-cinâiyye*, 315-316; Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılması*, 22; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/393.
[337] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 252-253.
[338] Buharî, "Meğâzî", 55 (No. 4304), "Enbiya" 54 (No. 3475), "Hudûd" 12 (No. 6787); Müslim, "Hudud" 8-9 (No. 1688); Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4 (No. 4373); Nesâî, "Kat'u's-sârik" 11 (No. 7343, 7345, 7347-7349).

özelinde vârid olan bu ve benzeri naslar, toplumun farklı kesimleri arasında kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilemeyeceğini hatırlatır.[339]

Hâkimin taraflara eşit yaklaşması, duygularına yenik düşmemesi, tarafları iyice dinleyerek yargılamayı adil bir şekilde yapması hususu, cezalara tatbik edildiğinde Hz. Peygamber'in şu sözü, eşitlik konusunun önemini çok net ortaya koyacaktır: "*Allah'ın belirlediği yaptırımları (hadleri) size yakın ya da uzak kim olursa olsun herkese aynı şekilde tatbik edin. Hiçbir kınayanın kınaması (hukuku etki altına alma çabaları veya baskılar) sizi bundan alıkoymasın.*"[340]

Adâlet kavramının bir unsuru olan rasyonellik, kişilere yapılacak uygulamaların önceden belirlenmesi ve kişilerin keyfi muamelelere muhatap olmamaları anlamındadır.[341] Bu çerçevede, kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuk felsefesi açısından hukukun rasyonel boyutunu temsil eder.

"*Cezâ müsâvât üzere tahdît olunmalıdır: Yani ta'yîn-i mücâzât husûsunda, sıfat ve haysiyyet-i şahsiyyeyi tefrîk itmeksizin bil-cümle hey'et-i ictimâiyye efrâdına bir siyâkta şümûlü olmalıdır.*"[342]

Cezai yaptırımlarım kurumsallaştırılması neticesinde ortaya çıkan cezalandırma ilişkisi ve suçların üstün bir organ (tarafsız bir kamu otoritesi) tarafından bastırılmasının zorunlu kılınması da kanun önünde eşitlik ilkesinin bir gereğidir.[343]

Kanun karşısında eşitlik ilkesi evrensel bir ilkedir ve günümüzde bazı uluslararası sözleşmelelerle de garanti altına alınmıştır. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. Madde 1. fıkrası tüm insanların kanun karşısında eşit olduğunu, 3. fıkrası ise, hakkında suç isnadı bulunan bir kimseyle ilgili bu isnad karara bağlanırken tam bir eşitlik içinde sahip olduğu hakları sıralar.[344]

İslâm, cahiliye dönemine ait zihniyetin taşıdığı bazı haksız üstünlüklere itiraz ederek kanun karşısında eşitlik ilkesini benimsedi. Bunun doğal bir sonucu olarak İslâm 'da hükümran ve burjuva denen seçkinler sınıfı olmamıştır.[345] İslâm, üstünlüğün ancak takva ile

[339] Bilmen, *Kâmûs*, 8/221; Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılması*, 22-23.
[340] İbni Mâce, "Hudûd", 3.
[341] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 11.
[342] Rıza - Orfanides, *Mîzânü'l-cezâ*, 126.
[343] Hafızoğulları, "5237 s. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 29.
[344] Sürûr, *eş-Şer'iyyetü'd-düstûriyye ve hukûku'l-insân fi'l-icrââti'l-cinâiyye*, 314.
[345] Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 222.

olacağı anlayışını getirdi[346] ve insanların Allah katında bir tarağın dişleri gibi eşit olduğu[347] düşüncesini topluma hâkim kılmaya çalıştı.[348] Bunun sonucunda etnik köken, kabile, ekonomik ve sosyal statü gibi çoğu zorunlu olan, insanların fıtri/tabii hallerinin ayrıştırıcı ve eşitsizliğe kapı aralayıcı bir unsura dönüşmesine müsaade edilmemiş oldu.

Kanun karşısında eşitlik ilkesini en iyi açıklayan sözlerden birisi Hz. Ömer'e nispet edilen şu ifadelerdir: "*Hak kendisinden alınıncaya kadar güçlü zayıftır; zayıf kendisine hakkı verilinceye kadar güçlüdür.*"[349]

Bu ilke, aslında ceza hukuku da dâhil tüm kanunları şamil bir ilkedir. Bireylerin eşitlikçi bir yönetim altında yaşama şansı elde edebilmeleri için bu vazgeçilmez bir kuraldır. Örneğin ceza hukukunda, zimmet, irtikâp ve rüşvet gibi devlet yönetimi aleyhine işlenen suçların cezalandırılmasının nedeni, bireyin "*iyi işleyen, eşit ve hukuka uygun davranan*" bir yönetim düzeninde yaşama hakkının sağlanmasındaki çıkarı olarak ifade edilir.[350]

İslâm hukukuna göre bizzat yargı görevini ifa eden hâkimler (*kudât*) de yargı denetimine tabidirler, kendilerinin hukuki ve cezai sorumlulukları bulunur. Bu bağlamda hâkim cezai müeyyide gerektirici bir suç işlediği takdirde herkes gibi cezalandırılır. Ancak hâkimlerin görevleriyle ilgili konularda cezalandırılmaları, kasıt ve ihmal durumuna göre değişir. Hâkim, herhangi bir kasıt, kusur ve ihmal olmaksızın davada taraflardan birine zarar verirse bundan sorumlu tutulmaz, zarar devlet (beytülmal) tarafından tazmin edilir. Ancak delilleri yeterince incelemeden birinin idamına karar vermek gibi yargılamada kasıt veya kusurunun bulunduğu durumlarda taraflardan birine verdiği zararı hakim kendi malından öder. Hatta kasıtlı davranarak birinin ölümüne karar vermesi halinde Hanefiler hakime diyet cezasını gerekli görürken, Mâliki ve Şâfiî hukukçular, hakime kısas cezası verilebileceğine hükmetmişlerdir.[351]

Bazı düşünürler, hürriyet ve eşitliği ikiz kardeşler gibi görmüş ve gerçek özgürlüğün eşitlikten doğacağını ifade etmişlerdir. J.J. Rousseau *Toplum Sözleşmesi* kitabında eşitlik olmadan hürriyetin esaslı ve kalıcı olamayacağını söylemiştir.[352] Kanun önünde eşitlik,

---

[346] el-Hucurât 49/13.
[347] Muttakî, *Kenzü'l-ummâl*, 9/38; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/25-26.
[348] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 252.
[349] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 253.
[350] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 6.
[351] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/137-138; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/210; Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, 92-93.
[352] Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 48-49. Rousseau'ya göre, insanların maddeten, zeka ve güç yönünden eşit olmaları mümkün olmasa da, temel sözleşme ve hukuk ile manevi eşitliğin temini mümkün olacaktır. Bk.. *a.g.e.*, 20-21.

insanlardaki hürriyet fikrini güçlendirecektir. Çünkü mağdurlar, kendilerinden daha güçlü olanlardan haklarını alabileceklerini bildiklerinde özgüvenleri artar, toplumsal huzuru hissederler.

Tabidir ki, zengin, nüfuzlu, seçkin, aydın vb insanların işledikleri suçların etkileri, normal vatandaşların işlediği suçlardan daha ağırdır. Bu nedenle bir ülkede eşitliğin egemen olmasının en önemli getirisi, adâlet ve vazife fikrinin tahrip olmamasıdır. Kanun karşısında eşitlik ilkesinin yokluğununun da belki en vahim sonucu, kuvvetli olanın haklı olması düşüncesinin toplumda sinsice yerleşip zamanla kabul görmeye başlamasıdır.[353] Dolayısıyla eşitliğin en önemli kazanımlarından birisi, imtiyazlarına güvenerek, seçkinlerin ceza almayacakları beklentilerine son vermektir. Bu da toplum nezdinde kanunların saygınlığının artması demektir.

Osmanlı devleti Tanzimat döneminde hazırlanan 1256/1840 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyûnunda "*Bir vezir bir çobanın canına kıysa, ol vezirin hakkında dahi kısas-ı şer'î icrâ oluna*" hükmü yer almıştır.[354] Bu madde kanunilik prensibi yanısıra insanların kanun önünde eşit olduklarını göstermesi açısından da önem arz etmektedir.

Günümüz Türk hukukunda (pozitif hukukta), prensip olarak herkesin hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın kanun önünde eşit olduğu fikri kabul edilmiştir. Ancak eşitlikten mutlak manada şekli hukuksal eşitlik değil, maddi hukuksal eşitlik kast edilmiştir.[355] Bunun için Anayasa Mahkemesinin şu iki kararı burada örnek kabilinden zikredilebilir:

Örnek 1.: Anayasa Mahkemesi 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesi ile ilgili (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna karşı açılan idari işlemin iptali davasında) kendisine yapılan itiraz konusunda esastan gerekli incelemeleri yaptıktan sonra itiraz konusu ibare hukuk devleti ilkesine aykırı değildir demiş ve şu şekilde cevap vermiştir: "*Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen* ***eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda***

[353] Bu fikirleri dile getiren Beccaria, servetin zulüm üreten bir mekanizma haline dönüşmemesi ve kanunların vatandaşları bir şahıs olmaktan çıkararak bir eşya gibi görme karakterine sahip olmakla insanların hürriyetlerini ellerinden almaması için insanların hayat ve hürriyetlerine karşı işlenen suçların cezalarının, hakiki ve cismani cezalar olması gerektiğini savunur. Aksi halde asiller ve sermaye sahipleri servetleriyle çoğu cezadan kurtulabilirler, kanunlar sadece asilleri himaye etmeye başlayabilir. Bk.. Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 234-237.

[354] Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1/132.

[355] *Anayasa Mahkemesi Kararları*, Esas Sayısı: 2013/23, Karar Sayısı: 2013/123, Karar Günü: 31.10.2013; Şanlı, "İki Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Eşitlik", *Ankara Barosu Dergisi*, 134, 136.

bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. *... Suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesi, verilecek cezanın kişiselleştirilmesini, her somut olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. İtiraz konusu ibare ile öngörülen idari para cezası miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte gözetilerek cezanın kişiselleştirilmesi gerekeceği açıktır.* ***Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen ceza adâletinin gereği olarak kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez.***"[356]

Örnek 2.: Şişli 3. İcra Ceza Mahkemesinde "Gerçeğe Aykırı Mal Beyanında Bulunma" suçu ile ilgili görülmekte olan bir davada sanık vekili tarafından "mal beyanında bulunmama suçunun" Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeni ile bu suçun da artık Anayasaya aykırı olacağı iddia edilmiş, bu husus mahkemece de yerinde görülerek dosya Anayasa Mahkemesine gönderilmişti. Bu davada Anayasa Mahkemesi yine esastan incelemesini yapmış ve eşitlik ilkesi ile ilgili olarak şunları zikretmiştir: *"... Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen* ***eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.*** *Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.* ***Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.*** *Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz..."*[357]

Mezkûr kararlara göre kanun karşısında eşitlik, herkesin her yönden eşit olması değil, herkesin kanunda kendine tanınan yetkiler çerçevesinde hakkını arayabilmesi, mahkemede bir ayrımcılığa maruz kalmadan yargılanabilmesi anlamındadır. Ülkedeki herkesin her konuda özel hukuki durumları dikkate alınmaksızın mutlak eşit olmaları değildir. İki kişi aynı

[356] *Anayasa Mahkemesi Kararları*, Esas Sayısı: 2011/119, Karar Sayısı: 2012/33, Karar Günü: 1.3.2012.
[357] *Anayasa Mahkemesi Kararları*, Esas Sayısı: 2008/91, Karar Sayısı: 2010/54, Karar Günü:1.4.2010.

mahkemede eşit şekilde yargılanabilirler ama bu birinin, her hukuki konuda diğeri gibi olmasını gerektirmez. Fıkıhta görülen din, cinsiyet ve hürriyet eksenli farklılıklar da bu zaviyeden değerlendirilebilir.

İnsanlar arasında zulmü gidermek ve kuvvetlinin zayıfı ezmesine fırsat vermemek maksadıyla Ortadoğu'da kurulmuş Türk-İslâm devletleri ve Osmanlılar'da ciddi tedbirler içererek "adâletnâme" namıyla yayınlanan umumi fermanlar da, İslâm hukukunun getirdiği eşitlik anlayışının Müslüman ülkelerde hukuka yansıması bağlamında zikredilebilir.[358]

Osmanlı uygulamasında II. Mahmut döneminde yürürlüğe giren "*Tarîk-i İlmiyye'ye Dâir Ceza Kânunnamesi*"nde kimseye ayrım gözetilmeksizin herkese eşitlik ve adâletle muamele edilmesi ilkesine ilişkin şu hüküm yer almıştır: "*Gerek dâru'l-hılâfeti'l-aliyye ve gerek bilâd-ı sâirede hakim olan zevât, kendûye vârid olan mürâfea-i şer'ıyyede, vazî' ve şerîf, müslim ve zimmî ve müste'men, ve hür ve abd her kim olur ise olsun, mesâğ-ı şer'î mertebesi tarafını ıyân (gözönünde) tutup, hükmünde bir tarafa asla meyl eylemeyüp ... hakkaniyet ve nısfeti iltizâm edüp ...*"[359]

3. Yargılama Usulünde Eşitlik

Kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince hâkim, muhakeme esnasında taraflar (davalı veya davacı), hür veya köle, Müslüman veya zimmi, müste'men veya mürted kim olursa olsun her iki tarafa karşı objektif (*insaf*) olmak ve adâletle davranmakla emrolunmuştur.[360]

Mecelle'nin 1798. maddesi bu konuyu şöyle kanunlaştırmıştır: "*Esnâ-yı muhâkemede hâkim tarafeynden yalnız birisini hanesi kabul etmek ve meclis-i hükümde biriyle halvet veyahut ikisinden birine el ya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lâkırdı yahut diğerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır.*" Yargı sürecinde hâkim, bakış şekli, ses tonu ve oturma düzenine varıncaya kadar davalı ve davacı arasında tam bir eşitlik sağlamakla yükümlüdür. Bu minvalde, taraflardan birine, diğeri aleyhine, yardımcı olacak şekilde delil telkin edemez.[361]

Halifenin yargı yetkisini elinde bulundurması ona bir dokunulmazlık sağlamış değildir. bir davada taraf ise dava, normal vatandaşların yargılandığı mahkemelerde görülmüştür. İslam

[358] İnalcık, "Adâletnâme", *DİA*, 1/346-347.
[359] Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli 'Tarîk-i İlmiyye'ye Dâir Ceza Kânunnamesi'", *AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi*, 146, 153.
[360] Serahsî, *Mebsût*, 17/31; Bilmen, *Kâmûs*, 8/221.
[361] İbn Mâze, *el-Muhît*, 8/21-22; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 212-213.

tarihinde devlet başkanının (halîfe) davada taraf olarak herkesle aynı prosedür ve muameleye tabi olduğunu gösteren çokça örnek bulunmaktadır.[362]

Kanun önünde eşitlik, teorik bir ilkeden ibaret olmayıp pratikte uygulannmış hukuki bir olgudur. İslâm tarihinde bunu kanıtlayacak, devlet yetkililerinin halktan biriyle hâkim huzurunda aynı mahkemede davalarının görüldüğüne dair çeşitli örneklere rastlamak mümkündür.

Hz. Ömer'in halifeliği döneminde, Hz. Ömer ile Übey b. Ka'b (v. 21/642), bir hurma bahçesinin mahsulü konusunda anlaşmazlığa düştüler. Meseleyi çözmesi için hakem olarak Zeyd b. Sabit'e (v. 45/655) müracaat ettiler. Aramızdaki anlaşmazlık konusunda hüküm vermen için sana geldik, dediler. Zeyd, sedirinin baş tarafından aldığı yastığı Hz Ömer'e uzatarak: "*Şöyle buyur ey Mü'minlerin emiri*" diyerek ona özel yer gösterdi. Bunun üzerine Hz. Ömer: "*Ey Zeyd! Davanın daha başında haksızlık yaptın. Böyle yapma. Beni hasmımla birlikte oturt*" dedi ve onun gösterdiği yere oturmayı kabul etmedi.[363] Hz. Ömer bu tavrıyla hilafet dahil hiçbir makam ve imtiyazın duruşmaya etki etmemesi mesajı vermiştir.

Hz. Ali ile bir zimmi arasında bir meselede anlaşmazlık çıkınca konu mahkemeye intikal etmiştir. Hâkim Şurayh, Hz. Ali'den davasını ispatlaması için delil isteyince Hz. Ali, oğlu Hasan ile Kanber isminde bir kişiyi şahit olarak getirdi. Duruşmaya bakan kâdı Şurayh, Hz. Ali'ye akrabalık ilişkisi nedeniyle Hasan'ın kendisi için şahitlik yapamayacağını, başka bir şahit getirmesini söyledi. Hz. Ali, Hasan'ın hz. Peygamber'in: "*Cennet gençlerinin efendisidir*" buyurmasıyla onun övgüsüne mazhar olmuş yüksek şahsiyetli bir kişi olduğunu söylese de kadı Şurayh, talebi reddederek onun şahitliğinin geçersiz sayılacağını söyledi.[364] Kadı Şurayh'ın bu tavrı, hukuk önünde eşitlik ilkesine ne denli riayet edildiğini göstermesi bakımından önemlidir.

Hz. Ömer, kendisinin Basra ve Kufe kadılığı görevlerinde bulunan valisi Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye, mahkemede duruşma yürütürken davacı ve davalı her iki tarafa da eşit ve tarafsız davranılmasını emreden bir talimatname göndermiştir.[365] Bu metindeki bir madde hiçbir

---

[362] İbn Mâze, *el-Muhît,* 8/21; Ebû Zehre, *el-Cerîme,* 258-261; Aydın, "Anayasa", *DİA,* 3/160; Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılması,* 23; Nebhân, "İslam Hukukunda Eşitlik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* 327-331.

[363] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 16/276; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr,* 7/315; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik,* 7/25; Arı, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD),* 92.

[364] Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 195; Özen, "Kâdî Şüreyh", *DİA,* 24/120.

[365] Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 212; Kandemir, "Ebû Mûsâ el-Eş'arî", *DİA,* 10/191-192; Arı, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el- Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD),* 86.

zümreye ayrıcalık tanınmadan herkesin kanun önünde eşit olması gerektiği vurgusu yapmaktadır: "*Duruşmada taraflara verdiğin yer ve bakışlarında insanlara eşit davran ki, güçlü kendisini kayırabileceğin beklentisine kapılmasın, güçsüz de adâletinden ümit kesmesin.*"[366]

Hz Ömer'in bu mektubu İslâm yargılama hukukunun özünü ve temelini teşkil etmiş, aynı zamanda da mefhum olarak Mecelle'nin 1799. maddesiyle genel bir ilke ve kanun maddesi haline dönüşmüştür. "*Bianaenaleyh tarafeynden biri her ne kadar eşraftan ve diğeri ahad-ı nasdan olsa bile hîn-i muhâkemede tarafeyni oturtmak ve kendilerine imâle-i nazar ve tevcîh-i hitap etmek gibi muhâkemeye müteallik muâmelâtda tamamiyle adl ve müsâvâta riayet etmesi lâzımdır.*" Evrensel doğal ve hukuksal bir özdeyiş şeklinde formüle edilen bu ifadelerle biçimsel ve maddi adâlet temin edilmiştir.[367] Eşitsizliği önlemek üzere alınan tedbirler bağlamında hâkimin tutum ve davranışları teferruatlı bir şekilde düzenlenmiştir. Hâkimin gerçek anlamda adâleti sağlaması yanında adâletin gerçekleştiğinin görülmesi de bir zorunluluktur. Bu da yargıç figürünün, davalı ve davacı karşısında görüntü olarak da eşitlik ve adâleti töhmet altında bırakacak tutum ve tavırlardan sakınmasıyla gerçekleşebilir.[368] Hâkim, yargılama adabı kapsamında tarafların oturma düzenlerinde ve onlara bakışlarında eşitliğe riayet etmesi yanında asıl önemli olan, adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için, her iki taraf da adil yargılanma hakkını tam olarak kullanabilsin diye, hâkimin taraflara eşit şekilde söz hakkı vermesi şarttır.[369]

Emevi halifelerinden Ömer b. Abdülaziz, Medine valisi Ebû Bekir b. Muhammed'e gönderdiği talimatta, yargılama esnasında taraflardan biri devlet başkanı de olsa davalı ve davacıya eşit muamelede bulunulmasını emretmiştir.[370]

Tarafların muhakemede eşit muamele görmesine, pozitif hukukta silahların eşitliği denilmiştir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul bakımından eşit koşullara tabi

---

[366] Arı, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el- Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD),* 86-87.

[367] Kılıç, Muharrem, "Yargılama Etkinliğinin Fizyolojisi ve Yargıç Figürü", *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı,* I, 497.

[368] Sancak - Kıyak, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD),* 60; Kılıç, "Yargılama Etkinliğinin Fizyolojisi ve Yargıç Figürü", *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı,* I, 496-497. Mecelle'nin 1798. maddesi bu konuyu düzenler: "*Esna-yı muhakemede hâkim tarafeynden yalnız birisini hanesi kabul etmek ve meclis-i hükümde biriyle halvet veyahut ikisinden birine el ya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lâkırdı yahut diğerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır.*"

[369] Sancak - Kıyak, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60.

[370] Atar, *İslam Adliye Teşkilatı,* 212-213.

tutulmaları anlamına gelmektedir. Buna "yetkilerde denge" ve "usûlî eşitlik" de denilmiştir. Bu ilke, davacı (*müdde'î*) veya davalı (*müdde'â 'aleyh*), taraflardan birinin yargılama sürecinde diğerinden daha zayıf duruma düşürülmemesini, her iki tarafın da savunma ve buna dair delillerini makul bir şekilde ortaya koyabilme fırsatına sahip olmalarını ifade eder. Böylece taraflar, mahkeme önünde eşit hak ve mükellefiyetlere sahip olarak yargılanmış olurlar.[371]

B. Adâlet Kavramı ve Türleri

İnsanlar haksız muameleye uğradıkça, kurulu düzenden rahatsız oldukça adâlet kavramı üzerinde düşünmüşler ve zihinlerinde oluşan "iyi düzen" ve "iyi hukuk"u adâlet olarak tanımlamışlardır. Olması gereken ve ideali temsil eden hukuk düzenine adâlet denmişse de "ideal" olanın izafiliğine bağlı olarak adâletin genel bir tanımı yapılamamış, felsefi akımlar ve düşünürler farklı adâlet tanımları ortaya koymuşlar, mutlak "iyi"nin içini farklı doldurmuşlardır. Soyut adâlet düşüncesi "onurlu yaşam", "hak sahibine hakkının verilmesi", "zarar vermemek", "zararın giderilmesi", "başkasına yapılması istenmeyin şeyin kendisine yapılmaması" gibi somut görünümlerle açıklanmaya çalışılmıştır.[372]

Adâlet, eşitlemek, hak ettiği kadarını vermek anlamında Kur'ân'da "kıst" kelimesiyle de anlatılmıştır.[373] Kimileri adâleti, haramlardan ve temel insani erdemleri (*mürûet*) ihlâl eden davranışlardan sakınmak diye tarif etmişlerdir.[374] Adâlet, doğru yolda istikamet üzere olmak, ifrat ve tefrit arası orta yollu iş tutmaktır.[375] İnsanın ilahî emirlere uyarak kendine adil davranması takvâdır; bu adâletin ahlâki ve içe dönük tarafıdır. Başkalarına karşı adil davranmak, herkese hak ettiğini (*borç-deyn*) eşit olarak vermek ise adâletin dışa dönük/sosyal tarafıdır. "Dîn" kelimesinin "deyn" kelimesi ile aynı kökten gelmesi de bu anlamda din ve adâlet ilişkisine işaret eder.[376] Zira din, hak edene hak ettiğinin (*deyn*) tam olarak verilmesini emreder.

"*Adâlet, mülkün temelidir.*" deyişi, devlet başkanının ilâhi emirlere uygun davranması ve yaratıcının emaneti olan halkın sosyal bakımdan huzur ve refahını sağlaması,

---

[371] Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri", *Dokuz Eylül Ünv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3051-3052.
[372] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 64-68.
[373] Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, 155. "*Kıst*" kelimesinin adâlet, insaflılık, payların âdil dağıtımı gibi anlamlarda kullanımı için bk. en-Nisâ 4/135, el-Mâide 5/8, Yûnus 10/4, 47; el-Enbiyâ 21/47 vd..
[374] Feyyûmî, *Misbâhu'l-münîr*, 206. "*Adâlet sahibi kimse, doğru sözlü, güvenilir, günahlardan uzak duran, rıza ve gazap halinde hükmüne güvenilen kimsedir.*" Bk. Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 112.
[375] Cürcânî, *et-Ta'rîfât*, 147-148.
[376] Gencer, "Son Osmanlı Düşüncesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, 231.

anlamındadır. Devlet reisi, ülkeyi yönetirken adâletten sapmamak için rüşvet, adam kayırma, haksız vergi gibi uygulamalara fırsat vermemelidir.[377] Adâlet, kuvvetlinin zayıfı, yönetenlerin halkı ezmesine mani olmaktır.[378]

Adâlet, iyi veya kötü, istîdâdı nisbetince hak edene hak ettiğinin verilmesi, kişinin müstahak olduğu şeyin karşılığını görmesidir.[379] "Bir şeyi olması gereken, layık olduğu yere koymak" veya "her şeyin yerli yerinde bulundurulması" ise adâlete götürecek olan hüküm ve hikmeti anlatmaktadır.[380] Osmanlı adâlet anlayışına göre, sözü geçen yerli yerindelik bozulursa zulüm baş göstermeye başlar, ayaklar baş, başlar da ayak olunca kaos ve kargaşa çıkar. Âlemin düzeni için toplumsal statülerin (hiyerarşinin) korunması şarttır, buna hizmet için serd edilen her türlü sultan iradesi adâlet getirecektir.[381] İki zümre arasındaki ilişki biçimi alt-üst ilişkisidir; eşitlik, sadece aynı zümre içindeki ilişkileri tanzim eder, adâlet aynı zümre içindeki insanlara hak ettiklerinin verilmesini gerektirir.[382] Adâlet için aslolan mutlak eşitlik değil zulmün olmamasıdır; adâlet, farklı oldukları için eşit de olmayacak kimselerin âdil yönetilmelerini sağlayacak kurallar getirir.[383]

Osmanlı toplumunda millet sistemi, Müslüman ve gayrimüslimler arasındaki sosyal ve hukuki ilişkileri tanımlamaktaydı. "*... Sistem özünde zimmî hukukundan kaynaklanan bir eşitsizlik hali içinde adâletin tesis edilebileceği varsayımına dayanmaktadır.*". Osmanlı adâlet rejiminde eşitlikçi olmayan bir yönetim anlayışı hâkimdi: "*Osmanlı adâletinin müsâmaha ihsan etse de bir müslim ile gayrimüslim eşitliğini hiçbir zaman kabul etmediği ...*". Eşitsizliği (tebaanın) yönetmek üzere tasarlanmış olan bu sistem, netice itibarıyla âdilâne idi. Modern teoride "*farklı olana farklı davranmak*" şeklinde tarif edilen adâlet düşüncesine daha yakın idi.[384]

---

[377] Gencer, "Son Osmanlı Düşüncesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, 231-233.

[378] İnalcık, "Osmanlı Hukuk Sisteminde Adâletin Üsütnlüğü", *Adâlet Kitabı*, 147, 200-201; İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı*, 278-281.

[379] Unan, "Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, 107, 115-116. "*Ehl-i medîneye umûmen nazar idüp her biri istihkâk-u istî'dâdı kadar ri'âyet*" olunmasıdır. Unan, *a.g.e*, 114; Gencer, "Son Osmanlı Düşüncesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, 231, 234.

[380] İbn Kâs, *Edebü'l-kâdî*, 1/96; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 7/454.

[381] İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı*, 274.

[382] İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı*, 274, 276, 278. Fatih dönemi tarihçisi Tursun bey adâleti şöyle tanımlamış: "*Dünyanın kendine has nizamını elde tutmak, her bir ferdi kendi mevkiinde muhafaza ve herkese sahip olduğu hakkı vermek ve nihayet tecavüz ve haksız müdahaleleri önlemek.*" Bk. *a.g.m.*, 275.

[383] İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı*, 272-273.

[384] İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı*, 287, 290-291, 299. İleride zikredileceği üzere, Hanefilerde gayrimüslim vatandaşı kasden öldüren Müslümana kısas yapılacağı, kabul edilir. Bunun gibi örneklere bakılarak Hanefiliğe bağlılığı ile bilinen Osmanlı devletinde başka istisnaların da bulunacağı bilinmelidir.

Kozmik düzen ve eşyanın yerli yerinde olması da adâleti tanımlar; bu anlamda kâinattaki düzenin (*kozmos, mîzân*) hayata aktarılması da adâlettir. Dinin hedefi de zaten budur, yani kozmik adâletin beşerî adâlete dönüşmesidir. Aynı harflerden oluşan "arş/عرش" ve "şer'/شرع" kelimeleri arasındaki etimolojik ilişkide de gökteki düzenin yere de yansıtılmasına işaret vardır. İsmail Hakkı Bursevî'nin deyişiyle: "*Ahkâm-ı şer'iyye arşdan nâzil olmuştur ve âmâl-i şer'iyye dahî oraya (arşa) su'ûd eder.*"[385]

Dini literatürde adâlet, zulmün zıddı olarak tanımlanır. Adâlet, zulmün zıddı ise zulmün reddi ve önlenmesi adâlet gereğidir. Adâletin ölçüsü, zulmün yokluğu ile ölçülür. İslâm düşüncesindeki bu anlayış, Yunan düşüncesinde "*adâlet, adâletsizliğin olmadığı durumdur*" şeklinde ifade edilmiştir.[386]

Adâlet kavramı, eşitlik ve eşitsizlik kavramları ile beraber incelendiğinde daha doğru tanımlanabilmektedir. Çünkü adâletin temin edilebilmesi için toplumdaki eşitsizlikleri en aza indirmek gereklidir.[387] Aristo'nun adâlet tanımı da eşitlik temellidir.[388] Türk-Moğol geleneğinde ve Orta Doğu'da kurulmuş Türk-İslâm devletlerinde adâlet: "*değişmez bir töre veya yasanın tarafsızlıkla uygulanmasıdır*" olarak ifade edilir.[389] Osmanlı düşüncesinde de adâletin ilk ve en önemli şartı "*halkın tamamını eşit tutmaktır*" denilmiştir.[390] Namık Kemal'in ifadesiyle: "*Adl ki, ıstılâh-ı fıkhta iki şeyi birbirine tercih etmeyerek tesviye eylemektir.*"[391] Bu son cümlelerde adâlet için insanların hukuk önünde eşit olmaları gerektiğine işaret edilmektedir. Yoksa adâletin mutlak eşitlik anlamına gelmediği daha önce belirtilmişti.

Adâlet, görünüm ve kavranış bakımından farklı ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu ayrımların temelinde genelde adâletin hak ve eşitlik kavramlarıyla olan ilişkisi yatmaktadır. Adâlet, eşitlik kavramıyla ilişkilendiriliyorsa dağıtıcı adâlet, hak kavramıyla ilişkilendiriliyorsa denkleştirici adâlet görünümü ağır basmaktadır. Adâleti doğa ve toplumun somut gerçeklerinden hareket ederek açıklamaya çalışan filozoflardan Aristo'nun dağıtıcı

[385] Gencer, "Son Osmanlı Düşüncesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı,* 230-231, 234. Evrendeki kozmik denge ve düzen için bk. er-Rahmân 55/7-9 ve er-Ra'd 13/8, el-Furkân 25/2, el-Kamer 54/49, et-Talâk 65/3.
[386] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 33; Unan, "Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, 106, 115; İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı,* 272-274.
[387] Kaya, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 89.
[388] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet,* 67, 69.
[389] İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" Adâlet Kitabı, 281.
[390] Unan, "Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı,* 111.
[391] Gencer, "Son Osmanlı Düşüncesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı,* 231.

adâlet, denkleştirici adâlet ve hakkâniyet şeklindeki ayrımı zamanımızda da güncelliğini korumaktadır.[392] Buna göre adâlet türleri, üç başlıkta incelenecektir. Söz konusu üçlü taksime son yüzyılda eklenen ve işçi haklarını gözetip işsiz, engelli ve çalışamaz durumdaki insanlar gibi dezavantajlı kitlelerin kollanmasını ifade eden sosyal adâlet,[393] tez konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için ayrıca işlenmeyecektir.[394]

1. Denkleştirici Adâlet

Edim ve karşı edimin aritmetik bir eşitlik içinde karşılıklı değişimini ifade eden denkleştirici adâlet tabiri, Saint Thomas'a aittir. Onun mal veya menfaatin değiş tokuşundaki dengeden ilham alarak kullandığı bu tabir yerleşik hale gelmiştir. Aristo ise "*düzeltici, tashih edici*" adâlet tabirini tercih etmiştir. Denkleştirici adâlet, herkese eşit olanın verilmesi formülünden hareket eder; buna göre kişi, verdiğinden fazlasını almamalıdır, verdiğinden fazlasını alan başkasının hakkını almış demektir. Başkasına ait hak, alınınca denge bozulacağı için o hakkın asıl sahibine iade edilmesi gerekir. Zararın tazminat vb yollarla izale edilmesi, sözleşmeyi bozmaktan kaynaklı zararın tazmin edilmesi, suç ve ceza arasındaki orantı bu adâletin gereklerindendir.[395] Denkleştirici adâlet, şekli eşitlik görünümündedir.

Hukuki ilişkide taraf olanlara eşit davranılmasını gerektiren denkleştirici adâlette öznel ve bireye özgü (*subjektif*) durumlara nazar edilmeksizin adâlet uygulanmaya çalışılır. Adâlet terazisi, hukukun uygulandığı kişileri görmeden kullanılır.[396] Diğer bir fiadeyle bireysel farklar dikkate alınmadan insanlar aynı prosedür ve kurallara tabi olurlar.

2. Dağıtıcı/Düzeltici Adâlet

Salt eşitliği öngören denkleştirici adâlet, hakiki eşitliği gerçekleştirmede yetersiz kalabilir. Denkleştirici adâlete eklenecek bazı detay ve faktörler sayesinde daha adil bir hukuk düzenine erişilebilir. Suç ve ceza orantısı kurulurken salt suç ve cezaya odaklanmayıp failin

[392] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 67.
[393] Asgari ücret tespiti, çalışma saatleri, izinler, sosyal güvence, sendika gibi haklar, sosyal adâlet ile garanti edilmek istenen hususlar arasındadır. Sosyal adâlet, sosyal eşitsizlikleri azaltmak üzere dezavantajlı kesimler lehine pozitif ayrımcılık yapılması için devlet eliyle bir takım düzenlemeler yapılmasını öngörür. Bu doğrultuda çocuk, kadın, yaşlı, engelli, şehit ve gazi yakını gibi kesimler lehine idarenin, sosyal devlet ilkesi gereği, alacağı özel tedbirler, eşitlik ilkesi ile çelişmez. Bk. Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 72-73; Kaya, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adâlet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 87-88, 96; Unan, "Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, 107-109.
[394] Dezavantajlı kesimlerin gözetilmesini salık veren sosyal adâletin kültür ve medeniyetimizde genel manada "ihsân" ve "infâk" gibi kavramlarla deruhte edildiği söylenebilir.
[395] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 8; Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 69-70.
[396] Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 161; Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 8-9.

kasdı, taksir ve tekerrürü gibi unsurlar dikkate alındığında daha adil bir sonuca ulaşılacaktır. Aynı şekilde tazminat miktarı belirlenirken malın objektif piyasa değeri ile yetinmeyip malın eski veya yeni olması, malın kaybıyla sahibinin yaşadığı gerçek zarar gibi değişkenler de dikkate alınırsa dağıtıcı adâlete göre hareket edilmiş olur. Bu anlamda zengin ve fakirden aynı miktarda vergi alınması da adaletsizliktir.[397]

İnsanlar farklı zekâ seviyelerine sahiptirler ve farklı kabiliyetleri vardır. Her emeğin değeri de eşit değildir. Bireylerin eğitim ve yetenekleriyle topluma sundukları katkı oranında dünya nimetlerinden pay alacakları bir düzenin kurulması dağıtıcı adâlet gereğidir.[398] Bu münasebetle aynı işi yapan bir usta ile çırağının eşit ücretlendirilmesi adâletsizliğe yol açar. Dağıtıcı adâlet, her hak sahibine hakkını vermek şeklinde de tabir olunmaktadır.[399] Dağıtıcı adâlette eşitlik görecelidir (*rölatif/izâfî*) mutlak değildir, kişinin hem hakları hem ödevleri toplumsal konumuna ve sahip olduğu yeteneklere göre dğişir. Bu adâlet türü kişi ile devletve toplum ilişkilerini düzenler.[400]

Aristo, eşitliği adâletin ölçütü saymışsa da cemiyetteki eşitsizliklerin hoşgörü ile karşılanması gerektiğine inanmıştır. Bu çerçevede kölelik müessesini savunmuş, aile içinde erkeğin kadın üzerindeki hâkimiyetini normal ve gerekli görmüştür.[401]

Dağıtıcı adâlet, eşitlik türlerinden maddi eşitliğe tekabül etmektedir. Maddi eşitliğe, nisbi eşitlik, geometrik eşitlik veya dikey eşitlik de denilmektedir. Bu eşitlik türünde benzer durumda olanlara aynı muamelenin yapılması icap eder. Durumları eşit olmayanlara farklı muamele yapılması ya da farklı kuralların uygulanması eşitliğe aykırı değildir. Diğer bir deyişle, yetenekleri eşit olmayanlara eşit muamele edilmesi eşitliği ihlal edecektir.[402]

3. Hakkaniyet

Denkleştirici ve dağıtıcı adâletin eksiklikleri, nesâfeti temsil eden hakkâniyet kuralı ile giderilir. İnsanların şahsi özellikleri ve bireysel farklılıklarının göz önünde tutularak adâletin uygulandığı eşitlik durumuna hakkaniyet denir.[403] Hak ve nesâfetle karar vermek, soyut hukuk kuralını somut olaya uygularken yaşanabilecek katılığı giderme çabasıdır. Kanunu

[397] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 70.
[398] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 70, 72.
[399] Benzer bir ifadenin hadislerde kullanımı için bk.: "*Her hak sahibine hakkını ver*". Buhârî, "Savm" 51 (No. 1968), "Edeb" 86 (No. 6139).
[400] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 8.
[401] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 8.
[402] Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 160-162; Kaya, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 93.
[403] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 71.

vakıaya indirgeyerek ikisi arasında bir yerindelik ve uygunluk kurmaya çalışır. Bunun için hâkim, somut olay ve durumu tüm detaylarıyla kavrar ve ona göre hüküm verir. Gerçekten açlıktan dolayı bir somun ekmek çalan kişiyi hırsızlık suçunun faili saymaz. Bu kimseye normal hırsızlar gibi ceza vermek, hakkâniyetli değildir.[404]

"*Belli bir somut durumda, olay kendi koşulları içinde ele alınacak ve yargılama buna göre yapılacaktır. Örneğin yargıç ceza verirken denkleştirici adâlet gereği yasadaki cezayı verecektir. Ancak dağıtıcı adâlet gereği cezanın alt ve üst sınırını saptayacaktır. Yargıç bununla da yetinmeyecek, suçlunun özel durumuna bakacaktır. Cezaevi süresi içinde ailesinin sefil olup olmayacağını da dikkate alacak, suçlunun psikolojik ve sosyal konumunu düşünerek hakkaniyeti uygulayacaktır.*" Adâletin özüne en uygun uygulama biçimi hakkâniyet kuralıdır. Ancak ayrıntıların önem arz ettiği bu adâlet türünde risk, keyfiliğe kapı aralayarak hukuk güvenliğinin ihlal edilmesidir. Bunu önlemek üzere yasada alt ve üst sınırları belirlenerek yargıca bu çerçevede takdir yetkisinin sunulması önem arz etmektedir.[405]

Hasta, yaşlı ve zayıf kişilerin kimi cezalarının hafiletilmesi veya tehir edilmesine dair uygulamalar adâlet ve hakkâniyet bağlamında değerlendirilebilir. Hz. Peygamber'in zina eden zayıf ve ihtiyar bir sahabiye yüz celde yerine çok dallı bir ağaç parçası ile bir defa vurmayı yeterli görmüş olması,[406] adet gören cariyenin celde cezasını bu halinin sona ermesine kadar tehir ettirmiş olması,[407] şerefli ve itibarlı kimselerin kısas ve hadler dışındaki ta'zîr suçlarının belli durumlarda affedilebilmesi,[408] aynı şekilde vücûp ve edâ ehliyetlerindeki eksikliğin bir karşılığı olarak köle ve cariyelerin bazı cezalarının yarıya indirilerek uygulanması,[409] kıtlık ve kuraklık gibi zaruri hallerde gerçekleşen hırsızlık suçunun had ile cezalandırılmaması[410] ve benzeri örnekler, hem adâlet ve hakkâniyet ilkeleriyle hem de cezanın amacıyla uyumludur.[411]

Köleye karşı işlenen suçlarda cezanın genelliği ilkesinin ağır bastığını söyleyebiliriz. Çünkü Hanefi ekolünde din ve hürriyet farklılığı, kısasa engel bir durum olarak görülmemiş, hür ve köle kısas cezasında eşit kabul edilmiştir.[412] Ama hak ve sorumluluk açısından bakılınca da kölelerin işlediği hırsızlık ve kazif gibi bazı had suçlarında cezalarının yarıya

[404] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı,* 30.
[405] Öktem - Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet,* 71.
[406] Ebû Dâvûd,"Hudûd" 37.
[407] Ebû Dâvûd,"Hudûd" 34; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr,* VII, 126.
[408] Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4 (No. 4375). Ayrıca bk. Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 279; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm,* 2/299; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/611.
[409] en-Nisâ 4/25.
[410] İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în,* 3/10-11; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA,* 17/393.
[411] Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/476; Bardakoğlu, "Had", 14/550.
[412] Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/491.

indirilmesini dikkate aldığımızda da kölelerin işlemiş olduğu suçlarda hakkaniyet ilkesinin ağır bastığını söyleyebiliriz.

Hamilenin, hamileliğinin nikâhtan veya zinadan olmasına bakılmadan çocuğunu doğuruncaya ve çocuğun annesine bağımlılığı sona erinceye kadar infazının ertelenmesi[413] hükmü de hakkaniyet bağlamında mütalaa edilebilir. Zira cezanın hamilelik gibi özel bir gerekçeden dolayı ertelenmesi söz konusudur.

C. Eşitlik ve Adâlet İlişkisi

Eşitlik ve adâlet ilişkisini çok net ve keskin ayrımlarla tanımlamak kolay değildir; ancak, hükümde adil olmak her hukuk sisteminin idealidir ve adâletin eşitlikten daha üst bir kavram olduğu genel olarak müsellemdir.[414] Eşitlik adâletin ön şartlarından olup onun bir cüz'ü niteliğindedir. Adâlet, farklı biçimleriyle eşitliğin yargıda hükme (karar) bürünmüş halidir. Adâletin tatbiki eşitliğin ölçüt alınmasıyla mümkün olmaktadır. Bu anlamda aralarında umum husus ilişkisi vardır, adâlet terimi daha geniş kapsamlı olup eşitliği içinde barındırır. Kişilerin hukuki statüleri ve özel durumları aynı olduğu sürece adâlet, toplumun bireyleri arasında hiçbir ayrımcılık yapmadan kanun önünde herkesin eşit olmasını gerektirir.[415]

Tarih boyunca eşitsizlikler ve özel ayrıcalıkları bertaraf etmek için verilen mücadele çoğ kez adâleti sağlamak içindir. Orta çağda benzer olanlara benzer değil, farklı muamele yapılması yaygın bir durumdu. Roma gibi eşitsizlikler üzerine kurulu toplumlarda uzun mücadeleler sonucunda hukuki eşitlik ve kanun önünde eşitlik düşüncesine ulaşılması hedeflenmiştir. Adâlet ve eşitlik ilişkisi açısından bu önemlidir.[416]

Hukukta asıl gaye adâlettir, eşitlik ise bu hedefe ulaştıran en önemli araçlardandır. Serahsî: "*Şerîat, adâleti emreder, adâlet ise eşitlikle (misl) gerçekleşir*" der.[417] Bu cümlenin bağlamında (*diyet*) iki şey arasındaki mümâselet, ziyade ve noksanlığın mümâseleti ihlal edeceği gibi hususlara değinilmesine bakılınca bununla "benzerlere benzer (*misl*) muamele edilmesi" kasdedilmiş olmalıdır. Benzerlik, özdeşlik ve denklik gibi kavramlar da eşitliği tamamlayan unsurlardır.

---

[413] Ebû Dâvûd,"Hudûd" 13; Esen, "Zina" *DİA,* 44/443.
[414] Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılması*, 23.
[415] Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk,* 269.
[416] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı,* 13-14.
[417] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63. "**والشرع إنما يأمر بالعدل، وذلك بالمثل**".

İslâm düşüncesinde devletin başta gelen değerleri hürriyet ve eşitlik değil, adâlettir. Adâlet, devleti yönetenlerin hem Allah'a hem kullara karşı yükümlü oldukları görevleri kapsar. İyi bir hükümdarın olayları değerlendirmedeki mihenk taşı adâlettir.[418]

Adâlet ile eşitlik arasında elbette bir ilişki vardır, bu hem *a priori*[419] adâlet ile hem de *a posteriori*[420] bir adâlet için geçerlidir. Bununla beraber, bu ilişkide en dikkat çeken özellik, adâlet uygulamasındaki eşitliğin mutlak içerikli bir eşitlik olmadığıdır. Çünkü hukuk düzeninde vatandaş ile yabancı, reşit olanla olmayan farklı hukuki satülere haizdirler. Öyleyse şartlara göre, nimet ve külfetlerde farklılıklar ortaya çıkması adâletin bir gereğidir. Şöyle ki, evli bir vergi mükellefi ile bekâr bir vergi mükellefine farklı muamele yapılması örneğinde olduğu gibi, değişik durumda olanlara değişik muamele yapılması eşitlik ilkesine ters düşmemektedir.[421] Şekil itibarıyla eşitliğe aykırı gibi görünen kimi hükümler, aslında adâleti yerine getirmekte olabilir.

Adâlet, her bireye hak ettiği ve layık olduğun şeyin verilmesidir. Bu yaklaşıma göre adâlet, eşit olanlara eşit, eşit olmayanlara ise farklı davranmayı emreder. O zaman asıl mesele, eşit olan ve eşit olmayanları belirleyen şeyin ne olacağıdır. Nelerin ve kimlerin eşit olduğu belirlenmeden kime nasıl muamele edileceği bilinemez. Eşit ve eşit olmayan şeyler tespit olunmadıkça eşitlik ilkesinin özel durumlara uygulanması imkânsız gibidir.[422]

Bir eşitsizlik durumu haklı bir nedene dayanmıyorsa bu, başka bir şey değil adaletsizliğin ta kendisidir.[423]

Adâlet her zaman, her durumda ve herkese mutlak eşit davranılması değil hatta bazı durumlarda eşitsizliği gidermek üzere bilerek pozitif ayrımcılık yaparak farklı davranmaktır. Yeter ki sözü edilen pozitif ayrımcılığı gerektiren özel ve makul bir neden bulunsun.[424] Bu özel neden çoğu zaman kamu yararıdır.[425] Fıkıhta bu özel nedenin bazen "nimet" kavramıyla, bazen suçun ağırlık ve etkilerinin suçlunun durumuna göre değişecek olmasıyla bazen de birey veya toplum olarak uğranılan zararın boyutlarıyla açıklandığı görülür.

---

[418] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı,* 22-23.
[419] A priori: Önsel bilgi, deneyden önce; felsefi terminoljide bir teorinin deneysel yöntemlerle kesin olarak kanıtlanması veya çürütülmesinden önce, bu teoriye dayalı olarak yapılan tahminler anlamındadır. https://tr.wikipedia.org/wiki/A_priori, Erişim tarihi: 11.04.2016.
[420] A posteriori: Bilgi felsefesinin temel kavramlarından biri olup, sonradan oluşan, deneyim ve algılarla edinilen bilgi anlamına gelir. https://tr.wikipedia.org/wiki/A_posteriori, Erişim tarihi: 11.04.2016.
[421] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı,* 10.
[422] Urhan, "Siyaset Felsefesinde Adalet, Eşitlik, Özgürlük", *Kaygı,* 104.
[423] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı,* 32.
[424] Kaya, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 93-95.
[425] Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 166-167.

Kanunların lafzi olarak herkese karşı aynen uygulanması her zaman adil olmayabilir. Hz. Ömer, kıtlık senesinde, efendileri tarafından aç bırakıldıkları için hırsızlık yaptıkları anlaşılan köleler meselesinde had cezasını uygulamamış, hatta böyle bir olaya sebebiyet verdiği için efendi (Hâtıb b. Ebî Belte'a) aleyhine tazminata hükmetmiştir.[426] Aç bırakılma ve ülke genelindeki kuraklık gibi mücbir sebeplerin varlığı, Hz. Ömer tarafından yasanın eşit ve lafzi bir şekilde uygulanmasına engel sayılmıştır.

Hürriyetten mahrum ve bir mülkü bulunmayan köle ile hür ve zengin olup insanlara iyilik için harcayan kimseler bir değildir.[427] Bilenlerle bilmeyenler aynı değildir.[428] Cennet ehli ile cehennem ehli eşit değildir.[429] Eğer adâlet salt eşitlik olsaydı zikredilen farkların göz ardı edilmesi gerekirdi.

Dinleri, dilleri, renkleri, cinsiyetleri, kişilikleri, yetenekleri, gelir düzeyleri, yaşam tarzları farklı insanlar arasında mutlak eşitlikten söz etmek mümkün olamaz. Ancak genel kabul gören bir husustur ki, temel haklar ve özgürlükler yönünden bu tip farklar muteber değildir, dolayısıyla bu noktada herkes eşit kabul edilmelidir, hatta kanunlar (devlet) hak ve fırsatlardaki eşitliği garanti etmek ve bunları hayata geçirmek için vardırlar.[430]

İslâm'da soylular sınıfı ve kast sistemi gibi yapılar benimsenmiş değildir. Ancak İslâm hukuku uygulamasında üç eşitsizlik durumu gözlemlenir: Köle ve hür (hürriyet), kadın ve erkek (cinsiyet), Müslüman ve gayrimüslim (din).[431] Ancak belirtilmelidir ki, burada eşitsizlik, adâlete aykırılık anlamında olmayıp benzer olanlar benzer muamele edilmesi anlamındadır.

Yukarıda serd edilen bilgiler ışığında, eşit olanlar ve eşit olmayanlar ayrımını doğuran nedenin ne olduğunun, fıkıhta da önemli bir içtihat alanı olduğu söylenebilir. Çünkü eşitlere eşit muamele, farklı olanlara da eşitsiz muamele edilecek olması, adalet ve eşitlik ilişkisini açıklayacak somut örneklere konu olacaktır. Nitekim şeriatta kimler arasında eşitlik bulunduğu veya kimin kime eşit sayılıp kime eşit sayılmaması gerektiği önemli bir sorunsaldır. Hürriyet, cinsiyet ve din farkı gibi kriterler, eşit olanlar ve olmayanlar ayrımını meydana getiren meşru ölçütler olarak görülmüş ve fıkhen bu bağlamda önemli içtihat

[426] Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, 23.
[427] en-Nahl 16/75.
[428] ez-Zümer 39/9.
[429] el-Haşr 59/20. Kur'ân-ı kerîm'de kimlerin eşit olmayacağı belirtilmiştir; bir başka deyişle, eşitliğin her zaman adâlet olmadığını gösteren ayetler vardır. Bunlardan bazıları: Âl-i İmran 3/162, en-Nisâ 4/95, es-Secde 32/18, el-Haşr 59/20, el-Câsiye 45/21, el-Fâtır 35/19-24, ez-Zümer 39/24, Sâd 38/24; el-Hadîd 57/10,
[430] Kaya, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 92, 95.
[431] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 23.

örnekleri sunulmuştur. Bunlardan kimileri ise (zina cezası gibi)[432] doğrudan naslarla sabit olmuş hükümlerdir.

Tikel örneklerde farklı içtihatlar gelişmiş olsa da genel telakki, farklı muamelenin sebebi; din, hürriyet ve cinsiyet gibi kıstaslar ise hükmün, şer'an haklı nedene dayandığı düşünülmüştür. Dahası, hukuki eşitlik veya kanun önünde eşitlik düşüncesi, tüm vatandaşların her açıdan aynı hükümlere tabi olmaları gerektiği şeklinde anlaşılmamıştır. Bu bakımdan farklı muameleyi icap ettiren makul sebepler varsa eşitlik ilkesi çiğnenmiş sayılmaz. Şeklen eşitlik ilkesi ihlal edilmiş gibi görünse de hüküm adâlete uygundur.

Çalışmanın bundan sonraki bölümleri, fıkıh düşüncesindeki eşitlik adalet ilişkisini gösterecek, kısas, diyet ve hadler gibi füru'a ait hükümler üzerinden devam edecektir.

[432] Hüre 100, köleye 50 celde vurulması; muhsana recm, bekâra celde uygulanması; Peygamber eşlerinin suç veya günahlarına karşı iki kat azap edilmesi; kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması gibi.

İKİNCİ BÖLÜM

ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLARIN CEZALARINDA EŞİTLİK

Bu bölümde öldürme, yaralama veya sakat bırakma gibi insan bedenine karşı işlenen suçlar ve cezaları gibi kişilere karşı işlenmiş suçlar ele alınacaktır.

Eşitlik denince, hem düşünürlerin hem de hukukun uygulayıcısı konumundaki yargı mensuplarının dikkatini çeken şey, benzer durumda olanlara benzer uygulama yapılması isteğidir. Çünkü benzer durumda olanlara farklı muamelede bulunmanın, hukukun idealindeki adâleti gerçekleştirmeyeceği kanaaati neredeyse tamamen yerleşik hale gelmiştir. O yüzden belirli öğrenim düzeyine sahip vatandaşların işe alınacağını belirten kanun adilane bulunurken, solak olanların solak oldukları için kamu görevine alınmayacaklarına dair kanun keyfi ve adalate aykırı olarak telakki edilir. Ceza hukuku uygulamaları da bu kapsamda değerlendirildiği zaman, ceza uygulamalarında da benzer durumlara benzer şekilde muamele edilmesi adâletin gereğidir.[433]

İslâm hukukunda da benzer ve farklı durumda olanlar şeklinde bir değerlendirme görülür. Kişilerin benzer veya farklı durumda olmalarına göre somut hükümler düzenlendiği naslarla sabittir. Naslarda bunun en tipik örneklerinden birinin zina suçu ve cezasıyla ilgili hükümler olduğu söylenebilir.

Bu bölümde kimlerin hukuken aynı statüde sayıldığı ve dolayısıyla aynı hükümlere tabi oldukları, kimlerin de hukuken farklı statüye sahip oldukları, dolayısıyla farklı hükümlere tabi oldukları konusu, fürû'a yansıyan örneklerden hareketle ele alınacaktır. Bu, aynı zamanda müçtehitlerin eşitlik anlayışlarını görmemizi de sağlayacaktır. Kimlerin birbirine eşit sayılıp sayılamayacağı tartışmasına ya da bu konudaki farklı bakış açılarına bağlı olarak ortaya çıkan değişik hükümler, bu bölümde kısas ve diyet cezaları üzerinden irdelenmeye çalışılacaktır

I. ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR ve CEZALARI

İslâm ceza hukukundaki yaygın tasnife göre suçlar, had, kısas ve ta'zîr gerektiren suçlar şeklinde üçlü bir taksime tabi tutulmaktadır. Bunlardan had suçları, kamu düzenini ve toplum ahlakını bozan suçlardır. Tüm toplumun zararına olduğu ve kovuşturması Allah (kamu) adına devletin sorumluluğuna havale edildiği için bunlara Allah hakkını ihlal eden suçlar denilmiştir. Şahsa karşı işlenen suçlar denildiğinde ise kul hakkına yönelik olup kısas veya

[433] Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı*, 10-11, 32-33; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 183.

diyet gerektiren suçlar anlaşılmaktadır.[434] Şahsa karşı işlenen suçlarda kısas, kasıt/amd bulunduğu takdirdedir. Suç, taksirle işlenmiş veya şüphe gibi kısasın düşmesini icap ettiren bir durum varsa diyet gerekir.

Kişilere karşı işlenen suçlar, adam öldürme ve müessir fiiller şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Hayata ve beden dokunulmazlığına karşı işlenen bu suçlardaki kasıt, kasdın aşılması veya taksir/hata gibi suçun manevi unsuruna göre ceza, ya kısas ya da diyet olur.[435]

A. Öldürme Suçu ve Kısas

Kişinin can güvenliğine yönelik suçlara karşı bir ceza olarak kısas terimi, sözlükte "bir şeyi takip etmek", "iz sürmek", "eşitlemek, mislini yapmak", "bir şeyi veya saçı kesmek, kısaltmak"[436] gibi anlamlara gelir. Kısas kelimesiyle aynı kökten türeyen *kıssa/kasas* kelimelerinde de bir olay veya haberi olduğu gibi anlatmak anlamı vardır.[437] Bir olayı olduğu şekilde anlatmak (وقص الحديث إذا أتى به على وجهه) ve bir izi sürmek (قص الأثر إذا أتبعه) ve cins ve sıfatı aynı olan iki borçtan birini düşmek, miktara göre ödeşmek (والمقاصة سقوط أحد الدينين بمثله جنسا وصفة) gibi kullanımlara sahip olan "*k-s-s*" kelimesinin türevleriyle "*kısas*" terimi arasında güçlü bir anlam ilişkisi vardır. Kısas, kelime olarak eşitlik, denklik ve benzerlik gibi anlamlara gelmektedir.[438] Bu anlamda hem "*kıssa/kasas*" hem de "*kısas*" kelimeleri daha önceki olayın aynısı veya benzeri olmayı ifade eden sözcüklerdir.

"*(Musa ve arkadaşı) İzleri üzere geri döndüler.*"[439] âyetindeki "*kasasan/*قصصا" kelimesi (masdar), Musa (a.s.) ve arkadaşının geldikleri yolu aynen takip ederek geri döndüklerini ifade etmektedir. "*Annesi, Musa'nın kızkardeşine onu takip et dedi.*"[440] Bu âyette Musa'nın annesi, kızından Musa nereye götürülürse kaybetmemek için adım adım izini sürmesini (*kussîhi/*قصيه) istemektedir. Her iki ayette de "*k.s.s*" kökünün türevleri olan kelimelerde; birini izlemek, ona tabi olmak, öncekinin benzerini yapmak anlamında bir aynîlik ve olabildiğince tıpatıplık anlamı belirgindir. Burdan hereketle "*kısas*" teriminin de suçla ceza arasındaki benzerliğe vurgu yaptığına işaret edilmiştir.[441] "*Kıssa etmek*", anlatılan hadisenin kendisiyle

---

[434] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 17-18.
[435] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 27-28.
[436] Cevherî, "kss", *es-Sıhâh*, 3/1051-1052.
[437] Cevherî, "kss", *es-Sıhâh*, 3/1051.
[438] İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakki'în,* 1/321, 318; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 298, 311.
[439] el-Kehf 18/64.
[440] el-Kasas 28/11.
[441] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/164; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/168, 26/60; Şevkânî, *Fethu'l-kadîr*, 1/201 (el-Bakara 2/178). "*İnsanın nefsine taalluk eden cinayete 'katl' ve 'el-cinâye fi'n-nefs' denilir.*" Bk. Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, 3. Kısas konusunun fıkıh eserlerinde genellikle "*Kitâbü'l-cinâyât*", "*Kitâbü'l-kısâs*" ve "*Kitâbü'd-diyât*"

anlatım (*kıssa*) işlemi arasında benzerlik bulunması esasına dayanır. Kıssa, bir hadisenin yaşandığı gibi anlatılmasıdır. Aynı ilişki kısasta da görülür; kısâs uygulamasında da suçla ceza arasında bir eşitlik kurulmaya çalışıldığı fark edilecektir.

İki şey arasındaki eşitliğin varlığı bunların sûreten ve manen özdeş ve benzer olmalarıyla bilinir. Kasıtlı öldürme ve yaralamalarda kısas cezası, hem sûreten (şeklen) hem ma'nen iki yönden de tam bir eşitlik sağlar. Şekli eşitlikten kasıt, katil ve maktul, her iki tarafın canlarının telef olmasıdır. Manevi eşitlikten kasıt ise, tarafların intikam için öldürülmüş olmalarıdır. Katil, intikam için öldürmüş veya bir organı telef etmişti, kendisi de maktul yakınlarının acısını dindirmek üzere intikam amacıyla öldürülecektir. Bu anlamda katilin maktulü öldürmesiyle (*katl*) kendisinin öldürülmesi (*kısâs*) arasında bir fark yoktur. Böylece önceki öldürme (*katl*) ile sonraki öldürme (*kısâs*) şeklen ve manen birbirine eşit olmuştur. Aynı durum kasden telef edilen organlar hakkında da geçerlidir.[442]

Serahsî'ye göre cezalar için kullanılan terimler aynı zamanda bu cezaların gayesini de izhar etmektedir. "Kısâs" kelimesi dilde eşitlikten ibarettir ve hedef eşitliktir.[443] Kul hakkının hakkının galip olduğu kısas cezasında acının telafisi ve yaraların sarılması (*cebr*) manası esas olduğu için eşitlik önemlidir. "*Kim size saldırırsa siz de onun saldırısı oranında misillemede bulunun.*"[444] âyeti de bunu kanıtlamaktadır. Ama Allah hakkı olan had cezalarında eşitlik değil, "hadd" kelimesinin men etme anlamından hareketle, kamu yararını korumak üzere önleyicilik ve caydırıcılık (*zecr*) gayesi esastır. Had suçları ile cezaları arasında eşitlik açısından bir münasebet bulunmadığına işaret eden Serahsî, zina suçuyla yüz celde, kazif suçuyla seksen celde arasında sûreten ve ma'nen bir ilinti (*münâsebet*) yoktur, der. Bunun göstergesi (*delîl*) söz konusu had cezalarının, bu suçların kötü sonuçlarını yok etmeye ve suçun yayılmasını önlemeye yönelmiş olmasıdır.[445]

Diyette farklı bir durum karşımıza çıkar, diyette sureten ve manen eşitlik *(misl/müsâvât*) yoktur; çünkü diyet olarak ödenen mal (deve, altın vb) ile âdemoğlu arasında mümâselet

---

gibi başlıklar altında incelendiği görülür. İbn Kudâme, *el-Muğnî*'sinde "Kitâbü'l-cinâyât" yerine "Kitâbü'l-Cirâh" başlığını tercih etmiştir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 11/443.

[442] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/98-99.

[443] Serahsî, *el-Mebsût*, 12/168, 26/60, 149, 26/60.

[444] el-Bakara 2/194.

[445] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/109-110.

bulunmaz. Can kaybı mal ile telafi (*cebr*) edilmiş olmaz ancak şeriat, kıyasa aykırı olarak yine de yaşam hakkını heder olmaktan korumak üzere diyeti (mal) vacip kılmıştır.[446]

Kısas kelimesinin dildeki tam karşılığı "*müsâvât*"tır. Kelimenin dildeki eşitlik/*müsâvât* anlamı ile terim anlamı arasındaki örtüşme dikkat çekicidir. Kısas, suçla ceza arasında eşitlik/*müsâvât* sağlamak demektir. Ayrıca kısasta "*tetebbu'*" anlamı da vardır, tetebbu' manasına göre kısas suçlu için bir ceza, mağdur ve yakınları için teselli ve şifadır. Kısas sayesinde suçlu kovuşturulup cezasız bırakılmamış olur. Bu da mağdurların içindeki kin ve intikam duygularının yatışmasına böylece teselli bulmalarına vesile olur.[447]

"Kısas" kelimesi hukuki bir terim olarak, kasten işlenen adam öldürmede, yaralama veya sakatlama gibi müessir fiillerde suçun failinin, işlediği fiil cinsinden ve ona denk bir ceza ile cezalandırılması, bir başka deyişle suçun failini öldürdüğü gibi öldürmek yaraladığı gibi yaralamak, demektir.[448] Bilerek öldüren öldürülür, kasten mağdurun bedenine zarar veren benzer şekilde cezalandırılır.

Bilmen'in ifadesiyle: "*Kısâs, esasen müsâvât manasını müş'irdir, cürüm ile ceza arasındki matlûb mümâseletin bir neticesidir.*"[449] Cezanın infazındaki eşitlik (*mümâselet*), suç ve ceza dengesinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Kısas infazında eşitliğin gözetilmesi, düşmanlık ve intikam duygularının tetiklenmemesi açısından önemli olduğu gibi kısasla hedeflenen hayatın korunması ilkesine de hizmet eder. Şari'in kısas ile hedeflediği bu gayeye ulaşmak için katile, maktulü öldürürken yaptığından daha feci bir hareket yapılmasına izin verilmez.[450]

Suçlunun kendi fiilinin aynısıyla cezalandırılmasını ifade eden kısas cezası, şâri' tarafından belirlenmiş (*mukadder*) telef edici (*mütlif*) bir cezadır. Bu anlamda, kısas gerektiren suçlardan birini işleyen kimse, kendi fiiliyle kendi canını veya organını telef etmeyi zorunlu kılan bir fiil işlemiş demektir.[451] Bu durumu İbn Kudâme "*Suçlunun ismeti (bedeninin hukuki dokunulmazlığı), işlediği suç oranında kaldırılmıştır.*" şeklinde formüle etmiştir.[452] Eşitlik

---

[446] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63.
[447] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 298; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 161.
[448] İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/327; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/663; Behnesi, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 11; Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'minîn*, 215; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/488. "*Kâfin kesriyle kısâs, kâtili maktûl mukabilinde katl etmek yahud mecruhun telef edilen uzvu mukabilinde cârihin âna mümâsil olan uzvunu telef etmekten ibarettir. Buna kâfin ve vâvın fethiyle kaved dahi denilir.*" Kısas kelimesindeki eşitlik/*müsâvât* anlamının çeşitli kullanımları ve kısasın uygulanması şartlarından denklik/*muâdele ve mümâsele* için bk. Ömer Azmi, *İzâhu'l-cinâyât fî ahkâmi'l-kısâs ve'd-diyât*, 9-11.
[449] Bilmen, *Hukûk-u İslâmiyye Kâmûsu*, 3/34.
[450] Hallâf, *'Ilmü üsûli'l-fıkh*, 237.
[451] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/546.
[452] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317.

gereği, suçlunun dokunulmazlığı sadece mağdurda gerçekleştirdiği zarar kadar kaldırılabilir. Ötesinde suçlunun bedeni, hukuken masum olmaya devam etmektedir.

Öldürme suçu doğrudan hayata yöneldiği ve ona tecavüz ettiği için adâlet açısından onun cezasının da suçla aynı türden olması gerekir. Bu anlamda kısas, suçla ceza arasında tam bir uyum ve eşitlik arz eder. Hapis ve benzeri diğer cezalar kısastaki bu meziyetten mahrumdurlar. Oğlunu kaybeden bir babanın bir süre sonra oğlunun katilini sokakta gezerken görmesi makul değildir. Tek gözünü kaybeden bir kişinin gözünü çıkaran kişiyi iki gözüyle dolaşırken görmesi de böyledir. Suçlunun da gözü, kısasla çıkarılmalıdır. Eğer bu çok ağır bir cezadır denirse; suçlunun işlediği suç da bir o kadar ağırdır. Suçluya acıyıp mağdura acımayarak eşit ceza verilmemesi akla aykırıdır. "*Merhamet etmeyene merhamet olunmaz*"[453] hadisi gereğince de acınmaması gereken yerde acımak başlıbaşına bir zulümdür.[454] Bu bakımdan kısas cezasına mağdur açısından bakılması en itidalli yaklaşımdır. Böyle olması halinde kısas cezasının yapısal bir özelliği olan "suça kendi cinsinden ve eşit bir ceza verilmesi" üzerindeki bazı olumsuz mülahazalar kendiliğinden bertaraf olacak ve kısasın hikmeti daha kolay anlaşılacaktır.

Kısasta eşitliğin iki açıdan aranacağı söylenmişti: Birisi suçla cezanın eşitliği/denkliği, diğeri ise katille maktulün eşitliği. Katille maktul arasında aranan eşitlik, insanların renk, dil, servet, soy vb açılardan eşit olmaları değildir. Dolayısıyla yöneten, yönetilen gibi idari mevkiler veya mesleki farklar önemli ve belirleyici değildir. Üstünlüğün takvada[455] olduğuna, zengin veya fakir olsun kişilerin Allah nezdinde bir olup şahitlikte adâletten ayrılınmaması gerektiğine vurgu yapan âyetler[456] bu konulardaki sözde üstünlüğün muteber olmayıp yaratılıştan gelen normal bir durum olduğuna özellikle dikkat çekmektedir.[457] O halde kısas yönünden suçlu ile mağdur arasında aranan eşitlik, kişilerin hukuki statüleri yönünden aranan eşitliktir.

Bu çalışmada üzerinde yoğunlaşılması planlanan asıl mesele, özellikle kişiler arasında aranan eşitliktir. Suç ile ceza arasındaki denge anlamındaki eşitlik meselesi, tezin asıl hedefi değildir. Zira suç ve ceza denkliği denince daha ziyade basit bir suça çok ağır bir ceza vermek veya insan öldürenle hayvan öldürene aynı cezayı vermemek gibi hususların akla geldiği,

[453] Buhârî, "Edeb" 18 (No. 5997); Müslim "Fedâil" 63, 65 (No. 6026, 6028); Abdürrazzâk, *Musannef*, 3/552 (No. 6672).
[454] Ebû Zehre, *'el-'Ukûbe*, 299-300. Adâlet bir şeyi layık olduğu yere koymak, zulüm ise bir şeyi layık olmadığı yere koymaktır. Adâletin zıddı olan zulüm, eşitsizlik, haksızlık ve hukuksuzluk anlamlarını içerir.
[455] el-Hucurât 49/13.
[456] en-Nisâ 4/1.
[457] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/25; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 313-314; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 178-179.

cezanın suçtan caydırma yeteneğinin konuya dâhil olduğu görülür. Bununla birlikte organlara yönelik kısasta haddi aşmak, meydana gelen zarardan daha fazla zarar vermek gibi, kısasın infazı sırasında suçla cezanın denkliğini bozacak uygulamalardan kaçınmak zaruri olduğu için suçla cezanın denkliği konusuna da çalışmamızda ihtiyaç ölçüsünde yer verilecektir.

İslâm hukukunda şâri‘ tarafından belirlenen kısas, diyet ve had cezalarının suç ve ceza dengesine özellikle riayet ettiği şüphesizdir. Bu konu genelde İslâm hukukunda taabbüdî alandan sayıldığı için çok sorgulanmaz, hikmetleri idrake çalışılarak iman edilir. Dolayısıyla şâri‘ tarafından had suçları için belirlenen cezaların bu suçlara denk, en ideal ceza olduğu kesin bir hakikat olarak kabul edilebilir.

Kasıtlı öldürme suçundaki kısasta katille maktul arasında, makam mevki, itibar,[458] zenginlik fakirlik, âlim cahil, yaşlı genç, ırk, renk gibi hususiyetlerin bir etkisi yoktur. Hâkeza, katilin sağlıklı ve sağlam, buna karşın maktulün özürlü, sakat veya bazı organlarının eksik ya da sakat olmasının da bir hükmü yoktur.[459] İnsanlar arasında bir fazilet farkı varsa bile bunun kısas yönünden bir etkisi ve anlamı yoktur. Bu üstünlük ancak ahirette geçerli olabilir.[460] Eğer insanların çeşitli nitelik ve faziletleri kısasta eşitlik şartları açısından dikkate alınacak olsaydı, o zaman insanlar arasında fıtraten var olan bu doğal farklılıklar, kısas cezasının kendiliğinden sakıt olmasına yol açabilirdi.[461] Kısas cezası, uygulanamaz duruma düşüp, sadece sözde bir ceza haline gelerek yaptırım karakterini ve caydırıcılık vasfını yitirebilirdi. Bu bakımdan "*Mü'minlerin kanları birbirine denktir*"[462] hadisine göre burada sayılan özel nitelikler, kısasa esas teşkil etmesi açısından Müslümanlar arasındaki eşitliği bozamaz.[463]

Katil dışında başkalarının öldürülmesi şeklindeki cahiliye döneminin eşitsiz uygulamalarına İslâmiyet ile son verilmiştir. Katilin üst düzey maktulün de sıradan bir insan olması halinde kısasın iskat edilemeyeceği hükmü de bu cümleden sayılır.[464] Bir kan

---

[458] Şelebî, *Hâşiye alâ Tebyînü'l-hakâik li'z-Zeylaî*, 6/104.
[459] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/169; Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/9; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/261; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/269; Bilmen, *Kâmûs*, 3/69; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 311; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 178.
[460] 'Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 178.
[461] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 11/459-460.
[462] Ahmed, *Müsned*, 2/268 (no. 959); 11/288 (no. 6691); İbn Mâce, "Diyât", 31; Nesaî, "Kasâme", 9-10.
[463] Beccaria, ceza hukuku tarihinde bazı hukukçuların, suçun ağırlık ölçüsünü hesaplarken, suçun toplum düzenine verdiği zarara bakacakları yerde, bu suçtan zarar gören kişinin imtiyazı ve seçkinliğine bakmış olduklarını söyler. Bu yaklaşımın oldukça izafi olup doğru kabul edilemeyeceğine dikkat çeker. Bk. Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 224. Yukarıda zikredilen hadis-i şerife bu açıdan bakıldığı zaman, Hz. Peygamber'in Müslümanların kendi aralarında eşit oldukları prensibini vaz '/tespit ederken ne kâtilin ne de maktûlün herhangi bir imtiyazını kabul etmemiş olması hemen göze çarpacaktır.
[464] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 2/313.

davasında Büceyr isimli birisi öldürülmüş ve "*Sen Küleyb'in ayakkabı bağına karşılık öldürüldün!*" denilerek Büceyr'in Küleyb'e denk olmadığı mesajı verilmek istenilmişti. Diğer bir olayda Şe's b. Züheyr isimli birisi öldürülmüş, Şe's'in babası (Züheyr b. Cesîme) karşı tarafa "*Ya Şe's'i diriltir ya eteğimi yıldızlarla doldurursunuz ya da tüm kabilenizin hepsini (kısas yapmak üzere) teslim edersiniz*" demişti. Benzer şekilde Nadîr kabilesinin diyet tutarı Kureyza kabilesinin iki katı kadardı. İslâm, kısas ve diyette eşitliği getirerek sözde imtiyazlara son verdi. Statükoya takılıp etnik üstünlük anlayışını sürdürmek isteyenlere karşı Kur'ân: "*Onlar cahiliye hükmüne geri dönmek mi istiyorlar?*"[465] diye sorarak bu geleneği tenkit ve reddetmiştir.[466] Esas katil yerine başkasına kısas yapılması, bir kişiye karşılık birden fazla kişinin kısas edilmek istenilmesi, cahiliye adetlerinden olup sadece eşitliğe değil cezaların şahsiliği ilkesine de aykırıdır.

Denilebilir ki, başta kısas olmak üzere İslâm hukukunda öngörülen cezaların en önemli amaçlarından birisi eşitliğe riayettir. Yukarıdaki sözlük anlamına ilişkin açıklamalardan da görüleceği üzere kısas terimi, kelime olarak bile sırf eşitlik ve eşitliği sembolize eden manalardan türetilmiş bir terimdir.[467]

Kısas cezasının uygulanabilmesi için gereken en temel şartlardan birisi katille maktulün hukuken birbirlerine eşit olmalarıdır. Bu eşitlik, özellikle maktulün katile eşit olmasında aranır. Eşitlik şartı İslâm hukuku eserlerinde, müsâvât, mümâselet ve tekâfü' gibi kelimelerle ifade edilmiştir. İslâm hukukçuları denklik (*tekâfü'*) ve eşitlik kavramının içeriği ve kimler arasında hangi durumlarda eşitliğin gerçekleşeceği hususlarında farklı bakış açıları geliştirmişler ve eşitliğe yükledikleri anlama göre içtihatlar farklılaşmıştır.

Ancak İslâm hukukunda insanlar arasındaki eşitlik ölçütünün şekilsel verilere dayanması mümkün değildir. Eşitliğin ölçüsü için daha başka hususlara itibar edilir. Bununla birlikte şunu belirtmekte yarar vardır ki, eşitlik konusunda ne kadar mübalağa edilirse yani herkesi eşitleme gayretine girilirse, kısas cezası o kadar çok uygulanacak, kısas cezasının düşmesi için haklı ve geçerli neden o kadar azalacak demektir. Kimler arasında eşitlik olup olamayacağı konusunda en iyi yöntem, bireysel içtihatlar yerine naslarda belirtilen veriler üzerinden hareket etmektir. Naslarda yer alan ölçütlerle yetinilirse eşitlik konusunda mübalağaya düşmekten ve insanlar arasında ayrımcılık yapmaktan kurtulmuş olunur.[468]

---

[465] el-Mâide 5/50.
[466] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/9; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/271-272.
[467] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/301-302; İbn Teymiyye, *Mecmû 'u'l-fetâvâ*, 28/375.
[468] Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'il-cinâiyyi'l-İslâmî*, 97.

Kısasla ilgili nasların geneline baktığımızda insanların milleti, rengi veya inancı gibi özelliklerine dayalı olarak bir ayrım yapıldığı görülmez. Kısas cezası ile ilgili naslar, insanın insana karşı işlediği suçun ne kadar iğrenç olduğunu vurgulayarak bu çirkinliğin toplumda bitirilmesinin mücadelesini verir.[469]

Eşitlik (*tekâfü'*) konusunun Hanefilerde ele alınış şekline bakıldığında, katil (*cânî*) ile maktul (*mecnî aleyh*) arasında ismet açısından eşitlik arandığı görülür. Maktulün katile ismet açısından denk olması esastır. Buna göre, maktulün hukuken hayat dokunulmazlığına sahip (*ma'sûmü'd-dem*) bir kişi olması gerekir. Bu şart neticesinde, kanı heder olan diğer bir deyişle hukuken hayat dounulmazlığı tanınmayan harbîyi öldüren Müslümana kısas cezası verilmez. Ama İslâm ülkesinin vatandaşı olan zimmînin hukuken can güvenliği olduğu için hüküm kısastır. Cumhur ulema, katil ile maktulün birbirlerine ismet dışında diğer bazı şartlarda da eşit olmalarını gerekli görümüşlerdir.[470]

Hanefi mezhebindeki eşitlik anlayışının, can dokunulmazlığı ve vatandaşlık bağı gibi hukuki durumlara bağlı olup toplumsal ve şekilsel olmadığını Kâsânî şöyle ifade etmiştir: "*Maktulün sağlam ve sağlıklı bir bünyeye sahip olması açısından katille aynı olması şart değildir, maktulün şeref ve itibar açısından da katille eşit olması gerekmez. Bu bakımdan, bedeni bütün ve sağlıklı olan birisi, organları eksik veya vücudunda sakatlık olan birisi karşılığında; âlim kişi cahil kişi karşılığında, itibarlı ve yüksek mevkideki bir kişi, halktan normal birisi karşılığında; akıllı bir kişi, akıl sağlığı bulunmayan bir deli karşılığında; yetişkin (ergen) bir kişi, küçük çocuk karşılığında; erkek, kadın karşılığında; hür bir kişi, köle karşılığında; Müslüman, cizyesini ödeyen bir zimmi karşılığında kısas suretiyle ölüm cezasına çarptırılabilir. Zira bu durumda ona İslâm ahkâmı uygulanır.*[471]

Sonuçta cinsiyet durumuna göre kadınla erkek, din farkına göre Müslümanla gayrimüslim, hürriyet vasfına göre hür ile köle, bir kişi ile onu öldüren grup üyeleri arasındaki kısas meselelerinde yaşanan tartışmaların kaynağı aslında hep bu noktaya, diğer bir deyişle kimler arasında eşitlik olup olamayacağı meselesine dayanmaktadır.

---

[469] Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'il-cinâiyyi'l-İslâmî*, 97.
[470] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/119-121; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'i'l-cinâ'iyyi'l-İslâmî*, 97-98.
[471] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/284. Kâsânî, bu cümleleri kısasın vücubiyeti için maktûlde bulunması gereken şartlar başlığında zikretmektedir. Zikredilen bu ifadeler, üçüncü şart olan, maktûlün hayat dokunulmazlığı alt başlığında yer almaktadır. Diğer iki şartdan birincisi, maktûlün kâtilin bir cüz'ü (*fürû'*u) olmaması, ikincisi de maktûlün kâtilin mülkiyeti altında (mükâtep, müdebber, ümmü veled veya kendine ait normal kölesi) olmaması veya mülkiyet şüphesi (mükâtep kölenin kazancıyla sahip olduğu köle) olmamasıdır. 10/241-248; Ayrıca Bk. Azîmâbâdî, *'Avnü'l-ma'bûd şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, 2104; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/115-125.

Can dokunulmazlığında (*nefs*) aranmayan bazı şartlar, vücut dokunulmazlığına (*mâdûne'n-nefs/müessir fiiller*) yönelik suçlarda eşitlik açısından önemlidir. Organlar arasında karşılıklı kısas yapılacağı zaman anatomik ve fonksiyonel eşitlik gibi özel bazı şartlar gündeme gelir.

Yukarıda temas edildiği üzere kısas gerektiren bir suç işlendiği zaman cezada eşitlik, iki açıdan gündeme gelmektedir: Birisi, cezanın tatbik edileceği kişiler arasındaki eşitliktir ki bu konu, "*katil*" ve "*maktul*" ile ilgili özel şartlar başlığında incelenecektir; diğeri de mağdurda meydana gelen kalıcı değişikliğin aynısını failde de gerçekleştirmek üzere suçla ceza arasındaki denklik ve eşitliktir.

1. Öldürme Suçunda Kısas Cezası

Kapsam, sınır ve uygulamadaki bazı farklarla birlikte hayata ve beden bütünlüğüne karşı kasden işlenmiş suçlarda kısas cezası bilinen en eski hukuk metinlerinde görülen bir cezadır. Kısas, câhiliye dönemi Araplarında yaygın olarak uygulanan bir ceza olarak bilinmektedir.[472] Hz. Peygamber, Medine'ye hicret ettiğinde Yahudi toplumunda da kısas uygulması mevcuttu; Kureyza kabilesinden öldürülen biri için Nadîr kabilesinden faile kısas yapılması kabul edilmeyince konu Hz. Peygambere iletilmiş, bunun üzerine Tevratta hükmün kısas olduğunu beyan etmek üzere, el-Mâide 5/45 âyetinin nâzil olduğu rivayet edimiştir.[473] İslâm öncesi dönemde kısas cezasının tatbikinde eşitliğin ihlal edildiğine dair çokça örneğe rastlamak mümkündür.

Kısas cezası önceki semavi dinlerde ve bazı hukuk sistemlerinde uygulanan bir cezalandırma şekliydi. Fakat İslâm öncesinde kısas, birçok eşitsizlik uygulanmasına sahne oluyordu. Mesela katil daha düşük bir kabileden ise katille birlikte başkasının da teslim edilmesi istenebiliyordu.[474] Bu manada İslâm, kısastaki eşitlik (müsâvât) vurgusunu ihya ve ıslah ederek devam ettirmiştir.

Maktulün katilden daha üst düzey olduğu olaylarda doğrudan suçluyu cezalandırmak yerine suçlunun kabilesinden masum birine ceza vermek, intikam maksadıyla birden fazla kişinin cezalandırılması, kabileler arasındaki güç dengesine bağlı olarak güçlü kabileden öldürülen bir kişiye karşılık zayıf kabileden birden fazla kişinin öldürülebiliyor olması veya

[472] Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/488.
[473] Taberî, *Câmi'u'l-beyân,* 8/469; Mâtürîdî, *Te'vîlât*, 3/519, 523, 527; Râzî, *Mefâtîhu'l-ğayb*, 12/368; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/488.
[474] Avcı, "İslâm'ın Ceza Hukukuna Katkısı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi,* 127-128.

zayıf kabilenin kısastan vazgeçerek diyete razı olmaya zorlanmasının istenmesi gibi olaylar İslâm öncesi dönemdeki kısâs uygulamasına ait bazı örneklerdir.[475] Bu örneklerin tamamında eşitlik ilkesinin ve cezalardaki şahsilik kuralının ihlal edildiği görülmektedir. Sözü geçen eşitsizlik hallerinin, hukukta istikrasızlığa yol açacağı, suçların önlemek şöyle dursun aksine suç oranlarının armasını tetikleyeceği aşikârdır.

Kadını öldüren erkeğe, kölesini öldüren efendiye, çocuğunu öldüren babaya ve karısını öldüren kocaya kısas yapılmaması, câhliye devrine ait uygulamalar arasındadır.[476]

Cahiliye döneminde birçok konuda olduğu gibi, cezaların tatbiki konusunda da eşitsizlik bir örf haline gelmiş, insanlar arasında fakir, hür, köle, kadın vb nedenlerle ayrımcılık yapmak normal sayılmaya başlanmıştı. Kısasla ilgili âyetlerin sebeb-i nüzûlleriyle ilgili rivayetler, bu duruma açıkça işaret etmektedir.

Eşraftan birisi öldürüldüğü zaman katilin akrabaları maktulün babasının yanına giderler ve "*Ne istiyorsun?*" diye sorarlar, maktul velisi de "*Üç şeyden birini istiyorum; ya oğlumuzu diriltirsiniz ya gökteki yıldızları evimize getirirsiniz ya da öldürmemiz için bütün kavminizi bize verirsiniz*" dermiş. Bu ve benzeri nedenlerden ötürü "*... o da öldürmede aşırı gitmesin (meşru ölçüleri aşmasın)...*"[477] ayeti nazil olmuştur. Ayette yasaklanan aşırılık (*isrâf*), bir kişi için birden fazla kişiye kısas uygulamak[478] gibi bazen sayı itibarıyla haddi aşmak bazen de keyfiyet itibarıyla infazda meşru sınırları aşmak şeklinde oluyordu. Mezkûr ayetin hükmüyle katilden başkasını öldürmek, bir kişiye karşılık birden fazla kişiyi kısas etmek, kısas edilecek suçluyu asarak, organlarını keserek ona müsle yapmak gibi aşırılıklar yasaklanmıştır.[479] Tüm bunların kısas cezasının özünü teşkil eden eşitlik manasını korumaya yönelik alınan tedbirler olduğu muhakkaktır.

---

[475] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/9-10; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 12; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/489.

[476] Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/489. Burada zikredilen örnekler arasından baba ile çocuğu ve köle ile efendisi arasında kısas cezasının olmaması, İslam ceza hukukunda da kısmen devam ettirilmiştir. İslam ceza hukukuna göre kölesini öldüren efendiye ve çocuğunu öldüren anne ve babaya kısas cezası uygulanabileceği içtihadını benimseyen müçtehitler mevcut olmakla beraber, sözü geçen iki durumda taraflar arasında kısas cezasının uygulanmaması gerektiği görüşünü benimseyenler çoğunluktadır. Bu kişiler arasında kısas olmamasının, İslam hukuku açısından eşitlik ilkesine bir halel getirip getirmeyeceği hususu, bu görüşleri öne süren müçtehitlerin kendi usul ve sistemleri içerisinde izah edilmeye çalışılmıştır.

[477] el-İsrâ 17/33.

[478] Bir kişiye karşılık birden fazla kişinin öldürülmesinin eşitlik ilkesine ters düşmesi, kâtilin bir kişi olduğu durum için geçerlidir. Birden fazla kişinin iştirak suretiyle birden fazla kişiyi öldürmeleri durumunda öldürülen bir kişiye karşılık birden fazla kişinin kısas edilmesi farklı değerlendirilmiştir. Bk. Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 180.

[479] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/10; Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 179-180;

el-İsrâ 17/33 âyeti bağlamında kısâsta "isrâf", suç ve cezanın şahsiliği ilkesini çiğneyerek katil haricinde bir başkasının öldürülmesi şeklinde de anlaşılmıştır. Cahiliye döneminde sadece asıl katile kısas yapılmasına razı olmayarak katilin kabilesinden ileri gelen başka şahıslara da kısas yapmak hatta bu konuda diğer kabilelerle işbirliği yapılması gibi teamüller vardı. Hz. Peygamber bu konuda net bir tavır sergiledi ve bu uygulamaya son vererek onun yerine İbn Teymiyye'nin ifadesiyle "adâletli eşitliği (*el-müsâvâtü'l'âdile*)" tesis etti. "*Öldürülen kişinin yakınlarının ve yaralama suçlarında mağdura üç hak tanınır: kısâs, diyet ve af, bunlardan dilediğini tercih edebilir. Mağdur taraf, bunlar dışında dördüncü bir şıkka yeltenirse onun elini tutun, buna fırsat vermeyin.*"[480] hadisi bu bağlamda varid olmuştur. Hadiste zikredilen dördüncü şey, Rasûlüllâh tarafından bizzat açıklanmasa da câhiliye taassubuyla kısâsta isrâfa (fail dışında başkalarını öldürmek) kaçmak olarak anlaşılmıştır.[481]

Yahudilerin, kutsal kitapları Tevrat'ı tahrif etmiş olmaları ve kendi hevalarına göre yorumlamalarından kaynaklı olarak kabileler arasında sözde üstünlük iddiası başlamıştı.

Rasûlüllah döneminde Yahudi kabilelerinden Nadîroğullarından bir erkek Kureyzaoğullarından bir kadını öldürmüştü. Nadîroğulları kendilerini Kureyzaoğullarına karşı üstün tutarak meseleyi yine üstünlük anlayışına dayalı şekilde eşitsizlik üzere çözümlendirmek istediler. Rasûlüllah'a gelerek aralarında hüküm vermesini istediler. Bu arada Allah'ın elçisine: "*... Eğer hükmedecek olursan aralarında adâletle hükmet...*"[482] âyeti nazil oldu.[483] Kureyza'dan öldürülen bu kadına karşılık Nadîrli erkeğe Tevrat'ta var olan kısas cezası uygulanmak istemeyince Allah tarafından onlara: "*Onlar hala cahiliye devrinin kanunlarını mı istiyorlar?*"[484] sorusu yöneltildi. Konunun bu şekilde Rasûlüllah'a intikal etmesinden sonra özellikle kısas başta olmak üzere tüm davalarda insanlar arasında eşitlik ve adâletle hükmedilmesini tahkim etmek üzere: "*Tevrat'ta İsrailoğullarına 'cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş ve yaralamalara da birbirine kısas vardır. Kim kısası*

[480] Ebû Dâvûd, "Diyât", 3 (No. 4496); İbn Mâce, "Diyât", 3 (No. 2623); 26/297 (No. 16375).
[481] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 80-81; Zeydân, *el-Kısâs ve'diyât*, 134.
[482] el-Mâide 5/42.
[483] Ahmed, *el-Müsned*, 5/401 (No. 3434); Ebû Dâvûd, "Akziye", 10 (No. 3591), "Diyât", 1 (No. 4494); Nesâî, "Kasâme", 8 (No. 6808-6809); Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, 11/314-316, 435 (No. 4466-4468, 4539). Burada sözü edilen üstünlüğün, Nadîroğulları ile Kureyzaoğulları arasında cereyan eden bir çatışma neticesinde Nadîroğullarının galip gelmesiyle başladığı bilinmektedir. Bu galibiyet, daha sonra aralarındaki hukuki münasebetlere yansımaya başlar ve Nadîroğulları lehinde bir üstünlük oluşur. Sonraki süreçte Kureyzalılardan biri Nadîrlilerden birini öldürürse kendisine kısas uygulanıyor ama Nadîroğullarından birisi Kureyzaoğullarından birini öldürürse kendisine kısas uygulanmıyor, kısas yerine fidye olarak 100 vesk (bir vesk yaklaşık 122,4 kg.) kuru üzüm ödeniyordu. Nadîroğulları kısas haklarından vaz geçip onun yerine fidye isterlerse de iki kat fidye alabiliyorlardı. Bk. Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, 11/316 (No. 4468); İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-azîm*, 1/299-300.
[484] el-Mâide 5/50.

bağışlarsa bu kendisi için bir kefâret olur. Ve her kim Allah'ın indirdiği ile hükmetmezse işte onlar zalimlerin ta kendileridir' diye yazdık"[485] ayeti nazil oldu. Amaç kısas ve diyet konularında kabileler arası süregelen mevcut adâletsizliğe son vererek insanların cinsiyetleri ve sosyal statülerine göre bir ayrım yapılmasının önlemekti.[486] Bu ayetin nüzûlündeki arka plan, âyetin gönderiliş amacını da ortaya koymaktadır. Ayetin asıl sevk nedeni, esas fail haricinde suçsuz birisinin öldürülmesini veya bir kişiye karşılık suçu olmayan birden çok kimsenin öldürülmesi gibi adetlere son vermektir. Âyet zahiren sadece kadına karşı kadının, hürre karşı hürrün kısas edileceğini söyler gibi görünse de asıl mana, cezalardaki eşitlik ve şahsilik ilkesini yerleştirilmesidir.[487]

Kur'ân'da kısas hükmünü düzenleyen bir diğer ayetin nüzul sebebi olarak yine Arap kabileleri arasında yerleşen bir eşitsizlik uygulamasına yer verilir. Şa'bî, Katâde ve tabiînden bazı âlimlerin verdikleri bilgilere göre kimi Arap kabileleri, kendilerinden öldürülen bir köleye karşılık karşı taraftan hür bir kişinin, bir kadına karşılık bir erkeğin kısas edilmesini, bir kişiye karşılık iki kişinin ya da sıradan bir insana karşılık diğer taraftan önemli ve itibarlı birinin kısas edilmesini istiyorlardı. Bunun üzerine "*Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın...*"[488] âyeti nazil olmuştur.[489] Hatta bu eşitsizlik durumu medeni hukuka ait konulara da yansımış, örneğin üstünlük iddiasında bulunan kabilenin erkeğinin, karşı taraftan evlendiği kadına mehir vermediği de aktarılmıştır.[490] İnen ayetler kabileler arasında yaşanan bu eşitsizliğe bir son vermek üzere kısasta eşitlik hükmünü getirmiş, insanlar arasında zengin fakir, siyah beyaz, âlim cahil, doğuştan ayrıcalıklı ve seçkin zümre olduğu varsayılan soylular ve böyle olmayan alt tabaka gibi ayrımcılık sebeplerini sona erdirmiştir.

Kısastaki eşitlik manası ve bunun sağladığı suç-ceza orantısı, devam edip gidecek saldırıları önlemesi hasebiyle müsbet bir gelişme olduğu, pozitif hukuk tarafından da kabul edilmektedir. Günümüz pozitif ceza hukukunun gelişim aşamalarından biri, "kişisel öç

---

[485] el-Mâide 5/45. Yahudi şeriatında adam öldürme ve müessir fiil suçları hakkında "*Cana can, göze göz, dişe diş, ele el, yanığa yanık, yaraya yara, bereye bere*"[485] şeklinde kısas cezası öngörülmüştü. Bk. *Tevrat (Eski Ahit),* Çıkış (02. Kitap: Mısırdan Çıkış), 21/23-25; Levililer (03. Kitap), 24/17, 19-21; Tesniye (05. Kitap: Yasanın Tekrarı), 19/21. http://www.yolgosterici.com/tevrat/tevrat.htm.

[486] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Kasâme" 5; Râzî, *Mefâtîhu'l-ğayb*, 12/6-7; Azîmâbâdî, *'Avnü'l-ma'bûd şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, 2084; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 2/279.

[487] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/10; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/164-166, 5/24-25

[488] Bakara 2/178.

[489] Ferrâ, *Me'âni'l-Kur'ân*, (Bakara 2/178), 1/108-109; Zeccâc, *Me'âni'l-Kur'ân*, (el-Bakara 2/178) 1/248; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, (el-Bakara 2/178) 1/220-221; Ebû's-su'ûd Efendi, *İrşâdü akli's-selîm*, (el-Bakara 2/178), 1/195; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 14-15.

[490] Hâzin, *Lübâbü't-te'vîl fî me'âni't-tenzîl*, 1/106; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 17-18; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 13.

dönemi" olarak gösterilmektedir. Bu dönemin genel karakteri, verilen zarardan daha fazla zarar vermektir. Buna karşılık verilmesi de öç alma saldırılarının devam edip gitmesine yol açmaktaydı. Bu nedenle kısas ve diyetin, kişisel öç alma uygulamalarını sınırlandırdığı değerlendirmesi yapılmıştır.[491]

Yalnızca câhiliye devri değil genel manada ceza hukukunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, İslâm öncesi ve sonrası döneme ait uygulamalar arasında bariz farklar olduğu hemen göze çarpar. Bu anlamda İslâm'ın ceza hukukuna olan etkileri kolaylıkla müşahede edilebilir.

2. Öldürme Suçunda Kısasla İlgili Şartlar ve Eşitlik

Öldürme suçunda kısas cezasının icra edilebilmesi için bulunması gerekli bazı şartlar aranmıştır. Bu şartlar, katil, maktul, öldürme (*katl*) fiilinin kendisi ve maktul velilerine ilişkindir. Ancak eşitlik açısından katil ve maktule ilişkin şartlar gündeme geldiği için sadece bu ikisi ele alınacaktır.

a. Katille İlgili Şartlar

Katilin Cezai Ehliyeti (*Teklîf*) Olması. Kısas cezası için aranan en önemli şart ceza ehliyetidir. Bu da katilin akil ve baliğ olmasını (*teklif*) zorunlu kılar. Çocuklar ve akılsızlara ceza uygulanamaması bu kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmaması nedeniyledir.[492] Haram yoldan sarhoş olan kişi her ne kadar geçici akıl kaybı yaşıyor olsa da ceza sorumuluğu devam eder. Sarhoşta aklın yaşadığı sakillik durumu geçici olup kalıcı ve sabit değildir.[493]

Uyku, bayılma ve helal yoldan sarhoşluk da kasdı (*te'ammüd*) etkilediği için kısas konusunda çocuk ve deli gibi düşünülmüştür. Fakat haram yoldan sarhoşluk konusunda cumhura göre kasıt geçerlidir ve faile kısas tatbik edilir.[494]

Cezai sorumluluk maktulde aranmaz, maktul hukuken canı korunan ismet sahibi bir kişiyse katile kısas yapılır.[495] Deliyi, yaşı kaç olursa olsun çocuğu öldüren katile kısas yapılabilmesi kanlarının hukuken korunmuşluğu (*ismet*) nedeniyledir.

---

[491] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 8, 15.
[492] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/236; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/331; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/350; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrîi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 91-96, 113-
[493] Bilmen, *Kâmûs*, 3/69.
[494] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/586-587; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-ı Halîl*, 8/3-4; Desûkî, Hâşiyetü'd-Desûkî, 4/237; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/331; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/350, 353; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/230; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 269-271.
[495] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/333; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/534.

Hanefîlerde bir katil, hakkındaki kısas kararı kesinleşmeden önce delirse veya kısasına hükmedilen bir katil, kısasın infazı için henüz maktul yakınlarına hâkim tarafından teslim edilmeden önce delirse kısasın diyete dönüşmesi de teklifle ilgili bir durumdur. Akıl hastası olup zaman zaman kendine gelen kişinin aklen iyi olduğu bir zaman diliminde cinayet işlediği sabit olmuşsa ceza ehliyeti var kabul edilerek kendisine kısas cezası verilir.[496]

Kasıt. Amd. Kısasın icra edilebilmesi için diğer bir şart, katilin cinayeti teammüden işlediğinin kesin bilinmesi gerekir. Katilin kasdında bir şüphe de bulunmamalıdır. Fiil, taksirli ise hüküm kısas olmayacaktır. Kasten (*amd*) öldürmede failin istek ve iradesi hem fiile hem de neticeye yönelmiş olmalıdır. Dolayısıyla failin icrai hareketinden doğacak sonucu bildiğine ve istediğine dair herhangi bir şüphe bulunmamalıdır.[497]

Kısas cezası, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ağır bir cezadır. Suçun ağırlığı da failin kasıtlı olmasından kaynaklanmaktadır.[498] Kısas, öldürme suçunun manevi unsurunun kasıt olması kaydıyla uygulanacak bir ceza olduğuna göre burada tam bir suç ve ceza dengesinin varlığından bahsedilebilir. Suça nispetle cezanın aşırılığından bahsedilemez; çünkü verilen ceza suçla aynı neticeyi doğuracak şekilde dengelidir.

Kasta yakınlığı ile bilinen şibh-i amd suretindeki öldürme suçunda kısas cezasının uygulanmaması da eşitlik gerekçesiyle izah edilmiştir. Şibh-i amdda öldürme kasdı kesin olmadığı için hata ihtimali vardır, kasıttaki bu şüphe sebebiyle kısas cezası sakıt olur. Kısas cezasının temeli eşitliğe dayanır. Kasıtlı (*amden*) öldürme ile taksirle (*hataen*) öldürme arasında, suçun manevi unsurunu teşkil eden niyet açısından, eşitlik yoktur. Kural olarak bir öldürme olayında kısası mûcip olan unsurla mûcip olmayan unsur birleşince mümkün mertebe insanın hayatta kalması esas olduğundan dolayı kısası men eden teoriler tercih edilir. Şibh-i amdda da kısası men eden hata unsuru, kısası gerektiren kasda tercih edildiği için kısas cezasına hükmedilmemiş; ceza ağırlaştırılmış diyet olmuştur.[499] Bir diğer açıklamaya göre amden katlde öldürme hem sûreten (vücut bütünlüğünün/terkibinin bozulması) hem de manen (organlara ait fonksiyonların iptali) gerçekleşir; şibh-i amdde ise sadece iç organların iflasıyla manen (*bâtınen*) öldürme gerçekleşmektedir; dolayısıyla, kişi hayatını kaybetse de şeklen (*zâhiren*) vücut bütünlüğü bozulmamıştır. Kısas cezası infaz edilince -nass/hadis gereği- bu kılıçla ifa edileceği için öldürme sûreten ve manen olacaktır. Şu halde suç ve ceza arasındaki

---

[496] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* 6/352, 586.
[497] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/237; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrîi'l-cinâiyyi'l-İslâmî,* 91-96, 113; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/391; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 64.
[498] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/237. **(ولأن القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جناية متناهية، والجناية لا تتناهى إلا بالعمد)**
[499] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/65.

eşitlik bozulmuş olacaktır. Eşitliğin gerçekleşmemesi de kısasa engeldir.[500] Zira şibh-i amd ile katlde vücut, zahiren bozulmamış ise de bâtınen bozulmuştur; ölüm iç organların iflasıyla gerçekleşmiştir. Hâlbuki kısas, hem sûreten (*zâhir*) hem manen (*bâtın*) öldürmek şeklinde olur. Şu halde bu meselede suç ile ceza arasında eşitlik bulunmamaktadır.

Öldürme suçunun manevi unsurunun tespiti için konulmuş ölçülerde de eşitliği sağlama hedefi güdülmektedir. Örneğin bir cinayetin kasten öldürme sayılması için cinayetin işlendiği aletin öldürücü alet olması şarttır. Alet doğrudan öldürücü bir alet ise şeriat, katili bu suça iten saiklere, katilin içinde bulunduğu hafifleştirici veya ağırlaştırıcı durumlara itibar etmemiştir. Cinayet öldürücü bir aletle işlendikten sonra artık katilin güçlü veya zayıf, zengin ya da fakir olmasının şeriat nezdinde bir önemi yoktur.[501]

Katilin muhtâr olup mükreh olmaması. Üçüncüsü ise katilin muhtar olmasıdır. Cinayet bir zorlama ve tehdit olmaksızın katilin hür iradesiyle planlanmış ve işlenmiş olmalıdır. Bu şart üzerinde Hanefîler daha ziyade durumuşlardır; zorlama ve tehdit altında cinayet işleyen mükrehin katilin elindeki alet gibi kabul edilip mükrehe değil de mükrihe kısas yapılması bu şartın somut olaydaki yansımasıdır. Süfyân-ı Sevrî, Ebû Sevr, gibi âlimlerin yanısıra Mâlikî, sahih olan kavle göre Şâfiî, Hanbelî ve Zâhiri mezheplerine göre kısas hem mükrih hem mükrehe uygulanır. Şâfiî mezhebinde sadece mükrihe, Hanbelî mezhebinde ise sadece mükrehe kısas gerekeceğine dair görüşler de nakledilir.[502] Ebû Hanîfe, imâm Muhammed ve bir kavlinde imâm Şâfiî ve Zeydiyye'ye göre kısas sadece mükrihe, İmâm Züfer ve zayıf bir kavilde bazı Şâfiîlere göre sadece mükrehe uygulanır. İmâm Ebû Yûsuf ve kimi fakihlere göre ise ne mükrih ne de mükrehe kısas uygulanamaz; bu fakihlere göre kısas sakıt olduğu için bedel ceza olan diyete intikal edilir, diyeti mübâşir durumundaki mükreh değil mükrih üstlenir.[503] Bu görüş ayrılığının arkaplanında konuyla ilgili nasların farklı yorumlanması yanında ikrah altında bulunan kişinin sorumluluğu ve nedensellik bağı ile tartışmaların yattığı söylenebilir.

---

[500] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/123; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/238; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/25. Maktulün başını taşla ezerek öldüren Yahudiye Hz. Peygamber tarafından kısas uygulanmasının sebebi, Hanefî fakihler arasında tartışmalıdır; Ebû Hanîfe'ye göre burada kullanılan alet taştır, taşla öldürme kasda dâhil değildir, dolayısıyla failin amden öldürdüğü söylenemeyeceği için kısasın sebebi failin i'tiyâdıdır, kendisine söz konusu bu i'tiyâdından dolayı siyaseten kısas yapılmıştır. İmameyne göre ise bu olayda kısas, failin teammüdü sebebiyle yapılmıştır, zira büyük bir taş veya değnekle vurmakla gerçekleştirilen öldürme de kasıtlı öldürmedir. Bk. Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5624; Serahsî, *a.g.e.*, 26/122-124; Mevsılî, *a.g.e.*, 5/25.

[501] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 307.

[502] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/244; Râfiî, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/139; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/221; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/266-267.

[503] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/240-241; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/266-267; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'i'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 93-94; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 275-277.

b. Maktulle İlgili Şartlar

İsmet. Maktulün Ma‘sûmü’d-dem Olması. Hukuk düzeni tarafından kişinin canının hukuken korunmuşluğu ve dokunulmazlığı anlamında öldürülen kişinin kanının ma‘sûm/mahkûn olması gerekir.[504] İslam hukukunda can, mal ve ırz dokunulmazlığı genel kural olmakla birlikte irtidat, evlilerin (*muhsan*) zinası, zimmet antlaşmasının bozulması, eşkiyalık (*hırâbe*), kamu düzenine karşı ayaklanma (*bağy*), öldürme, yaralama ve hırsızlık gibi suçların işlenmesi hallerde faillerin dokunulmazlığı kalkar. Bu durumlarda maktulün kanı hukuken koruma altında sayılmaz, dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacağı için faile kısas cezası uygulanmaz.[505] Kimlerin kanlarının ma‘sûm olup olmadığı konusu üzerinde ise çeşitli görüşler dile getirilmiş olsa da hayatı hukuken korunmayan kimseleri öldüren faile asli ceza olan kısas değil, ta‘zîr cezası verilir.[506]

İsmet açısından kişiler üç kategoride ele alınmaktadır. İlki, harbîler veya İslâm devleti ile hiçbir antlaşması olmayan kimseler gibi aslı itibarıyla ismeti olmayanlar. İkincisi, ismet sahibi iken irtidat veya emânı bozacak bir eylemde bulunmakla sonradan ismeti zâil olan kişiler. Üçüncüsü de, Müslümanlık veya İslâm devletinden aldığı emân gibi kişiyi ismet sahibi kılan vasıflara haiz olmakla birlikte katl, bağy, zina ve hırâbe gibi ölüm cezasını gerektiren bir suç işlediği için kanı heder olan kimsedir.[507] Bunlardan harbî, mürted ve zânînin kanı herkes için (*külli*) hederdir, dolayısıyla bu kişileri öldüren şahsa kısas cezası verilmez. Kısas gerektirecek suç işleyen bir kişinin kanı ise herkes için değil sadece maktul yakınları açısından (*nisbî*) hederdir; bunlardan birisi katili öldürürse cezası kısas olmaz. Ancak maktul velileri dışındaki diğer şahıslar açısından kısas yapılacak suçlu kişinin ma‘sûmiyeti devam edeceği için katile kısas yapılır. İnfazın maktul yakınları tarafından resmen izin verilmeden yapılması halinde, cezalandırma yetkisinin genel olarak devlete ait olmasına bağlı olarak, dokunulmazlıkları kalkmış da olsa suçluyu öldürenler, izinsiz yetki kullanımı ve devlet başkanının nüfûzuna müdahil olmak suçundan dolayı ta‘zîrle

---

[504] İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/532; Desûkî, *Hâşiyetü’d-Desûkî*, 4/237; Nevevî, *el-Mecmû‘*, 18/477, 19/3, 53, 185, 188; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/274; Şentürk, “İsmet”, *DİA*, 23/137.

[505] Vatansever Öztürk, “Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *ERÜHFD*, 403-404.

[506] Ûdeh, *et-Teşr’i‘u’l-cinâî*, 2/15-25; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 236.

[507] Şâfi‘î, *el-Ümm*, 6/176; Buhûtî, *Şerhu müntehe’l-irâdât*, 3/265; a.mlf, *Keşşâfü’l-kınâ‘*, 5/521; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 122-123; Şûmân, *‘İsmetü’d-dem ve’l-mâl*, 22, 234, 278. Harbî ve bâğinin öldürülmesi durumunda kısas gibi diyet de icap etmez. Ancak müste’men statüsü ile islâm ülkesinde bulunan harbî kişilerin öldürülmesi durumunda diyet ödenmelidir. Çünkü diyetin vücup şartı islâm değil ismettir. Hukuken canları korunmuş kişiler olan Müslüman, zimmî ve harbî-müste’menin öldürülür iseler, diyet ödenmesi gerekli olur. Bu üç kişinin ailesine diyet ödeneceği konusunda en-Nisâ 4/92 ayeti delildir. Bk. Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/305.

cezalandırılırlar.[508] "*Haksız yere öldürülen kişinin velisine yetki (kısas) verdik.*"[509] âyeti kısas yetkisini öldürülenin velilerine verse de infaz için devlet izni şarttır.[510]

Hakkında kesinleşmiş kısas kararı bulunan katili, maktul velisi dışında bir başkası kasıtlı öldürmüşse kısas, taksirle öldürmüşse diyet gerekir. Kısas mahalli (ilk olayda katil, ikinci olayda maktul olan kişi) yok edilmiş olduğu için önceki maktul yakınlarının kısas hakkı düşer.[511]

İşlemiş olduğu zina suçundan dolayı recm edilmesine yargı erkince karar verilmiş olan bir suçluyu öldüren ya da bu kişinin gözünü çıkartan faile kısas cezası verilmemesinin nedeni, somut olayda yargı kararı (*kazâ*) ile suçlunun kanının mübah hale gelip suçlu açısından cezasızlık hali oluşmasıdır. Aynı olay zina suçu henüz kesinleşmeden, dava aşamasında yaşanmış olsaydı suçlu kasıtlı öldürmüş ise kısas ile cezalandırılacak, hataen öldürmüş ise diyetle sorumlu tutulacaktı; zira kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmadığı sürece zina suçlususnun kanı mübah değildir.[512]

Kanı ma'sûm olmayan mürted, harbî, muhsan zânî ve yol kesen eşkıya gibi kişileri öldüren kişi zimmî de olsa kendisine kısas cezası verilmez, diyetle de sorumlu tutulmaz. Ancak yetki gasbında bulunduğu için ta'zîr ile cezalandırılır.[513] Muhsan zaninin öldürülmesi, recm kararının mahkeme tarafından kesin hükme bağlanmasından sonrasıyla ilgilidir. Hakkında kesinleşmiş recm kararı olan kişi, yargı kararıyla kanı mübah hale gelmiş olacağı için bir başkası tarafından katledilir ya da kendisine karşı gözünün çıkarılması gibi bir müeesir fiil uygulanırsa faile bir şey (*kısas, diyet*) gerekmez. Ama karar öncesinde amden öldürene veya vücut bütünlüğünü bozana kısas, hataen öldürene diyet gerekir.[514]

Hanefî ekolde Müslümanlar ve zimmîler ismet sahibidirler, buna bağlı olarak canları ve malları dokunulmaz olup hukuken koruma altındadırlar. İsmet sahibi (ma'sûm) olmayan harbî, müste'men (Ebû Yûsuf hariç), bâğî, mürted, muhsan zani ve zındıkların kanları hukuken mübahtır/hederdir. Maktulün kanının hukuken dokunulmaz olması, failin cezalandırılma şartlarındandır.[515] İsmet, Hanefîlerde İslâm ülkesinde "ikâmet (*dâr*)" ile kazanılır. Diğer mezheplerde ise "İslâm ve emân" ile kazanılır, İslâm vasfını haizse ülkenin

---

[508] Burhânpûrlu Şeyh Nizâm vd., *el-Fetâva'l-hindiyye*, 2/254; Merdâvî, *el-İnsâf*, 9/462-463; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/233; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/521; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 29, 238; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 33/263.
[509] el-İsrâ 17/33.
[510] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/229; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/532; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/318.
[511] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-islâmî*, 164.
[512] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/84.
[513] Merdâvî, *el-İnsâf*, 9/462; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/522.
[514] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/84; Çivizâde, *el-Îsâr*, 3/419.
[515] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/532. Hanefîler, kâtile nisbetle kanı korunmuş (ismet sahibi) her maktul için kısas yapılır, demişlerdir.

önemi yoktur. Bu ihtilafın somut semeresi, İslâm ülkesi sınırları dışında yaşarken Müslüman olan kimsenin orada öldürülmesi halinde zuhûr eder; Hanefîlere göre bu durumda maktulün kanı, darulharpte yaşamasından hareketle ma'sûm olmadığından dolayı faile kısas yapılamazken cumhura göre kısas yapılabilecektir. Hanefîler, failin cezalandırılabilmesi için suçun İslâm ülkesinde işlenmiş olmasını şart koşmuşlardır. Buna karşın çoğunluğun bakış açısında, kişinin kanının dokunulmazlığı için ölçüt, bulunduğu ülke değil İslâmdır, nerede olursa olsun düşman ülkesinde de öldürse Müslüman, kendisine denk bir Müslümanı amden ve zulmen öldürmekle kısasa müstehak olmuştur. Düşman ülkesinde İslâmı kabul eden kişi hataen öldürülürse Hanefîlerde sadece keffaret gerekirken cumhura göre diyet gerekir. Zira bu kişi, İslâm vasfı sebebiyle ma'sûmdur ve hayat hakkı koruma altına alınmıştır.[516]

Kimlerin kanlarının ma'sûm olduğu hususunun bilinmesi katilin sorumluluğunu ve somut olaydaki cezasını tespit açısından önemlidir. Maktul şahsın bağy, irtidat ve hırâbe gibi bir sebeple kanı hukuken korunmuyorsa, fail açısından hukuka uygunluk sebebi oluşmuş demektir. Şer'an haram kılınmış öldürme fiili, yine şeriatın özel bir hükmü nedeniyle hukuka aykırı sayılmamıştır. Dolayısıyla hukuk düzeninin verdiği ruhsata binaen fail, verdiği zarardan dolayı asli ceza olan kısasla yargılanmaz. Ancak her ne kadar ölüme müstehak olan bir kişiyi öldürmüş olsa da kamu otoritesinin yetki alanında izinsiz iş yaptığı için ta'zîr cezasına çarptırılır.[517]

Harbî statüsündeki bir kişi, bir Müslümanı öldürdüğü takdirde, islam ülkesinde uygulanan kanunlara uymayı taahhüt etmediği için kısas yapılmayacağı fikri benimsenmiştir. Hz. Hamza'nın katili Vahşî örneğinde fiili sünnet ve sahabe uygulamaları bu yöndedir. Hatta bu kişi, daha sonraki süreçte İslâmı kabul ederek veya zimmet antlaşması yaparak hukuken ma'sûm hale gelse bile kısas konusunda hüküm yine değişmeyecektir.[518] "*İnkâr edenlere söyle, eğer yaptıklarına son verirlerse geçmişte yaptıkları bağışlanacaktır.*"[519] âyeti de bu konudaki diğer bir delildir.[520] Tarihteki uygulamalarda da görüldüğü üzer mezkür âyetten istinbat edilen hükme göre, gayrimüslimlerin Müslümanlara yönelik olarak işlemiş oldukları

[516] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246-248; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/269-270; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/268; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/121; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/168; 'Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 2/124; Bilmen, *Kâmûs*, 3/66; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 40; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 93; Şentürk, "İsmet", *DİA*, 23/138.

[517] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/146, 149; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/239; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/333; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/356; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/23; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 31, 44-45. Henüz İslâm teklif/arz edilmemişken mürted erkeği öldüren kişiye sadece ta'zîr vardır, tazmin yoktur. Hukuka aykırılık unsuru eksildiği için mürted kadını öldüren kişi de öldürülmez, ta'zir cezası verilir.

[518] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/4; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/230. Bu konuda icma gerçekleştiğine dair bk. Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ'*, 6/369-370.

[519] el-Enfâl, 8/38.

[520] Buhûtî, *Keşşafü'l-kınâ'*, 5/524.

suçlar, vermiş oldukları zararlar bağışlanacak temiz bir sicille yeni bir başlangıç yapacaklardır.[521]

İslam ülkesinden aldığı emanla dârulislâma giriş yapan bir harbî müste'men, islam ülkesinde iken Müslüman olur ve hataen bir başka Müslüman tarafından öldürülürse failin âkilesi bu kişinin diyetini devlet başkanına öder. Çünkü maktulün kanı masumdur, hukuken hayatı koruma altında olan bir kişi öldürüldüğü için konu hataen katlle ilgili ayetlere göre hükme bağlanır. Öldürme suçu kasıtlı işlenmiş ise devlet başkanı faile kısas yapma ve diyet ödetme seçenekleri arasında muhayyerdir; ama affetme yetkisi yoktur.[522]

Düşman ülkesinde öldürülen Müslümanların kanlarının hukuken korunmuş olup olmadıklarına dair ismet meselesi, tüccar ve esir örnekleri üzerinden hükme bağlanmaya çalışılmıştır. Konuyla ilgili detaylı bilgi, ceza hükümlerinin yer bakımından uygulanmasıyla ilgili başlıkta verilecektir.

Hanefîler ismeti, mukavvime (العصمة المقومة) ve müessime (العصمة المؤثمة) diye ikiye ayırmışlardır. Müessime, ihlal edilmesi halinde faili günahkâr kılan ismettir; ismet-i müessimenin sebebi İslâm'dır, kişinin Müslüman olması ile sabit olur. İsmet-i mukavvime ise, çiğnenmesi halinde faili hem günahkâr kılar hem de kısas veya diyete borçlandırır; kişiyi kanun nezdinde değerli ve korunmuş yapan bu ismetin sübûtunun sebebi İslâm ülkesi (*dâr*) vatandaşı olmaktır.[523]

Mâliki mezhebinde muhsan olan zani, mürted, zındık gibi kişileri kasten öldüren kişilere kısas cezası uygulanmaz. Ancak devlet başkanına ait bir yetkiyi kullanmaya kalkıştığı için faillere ta'zir cezası verilir. Kendi eşini zina üzere yakalayan kocanın suçluyu öldürmesi halinde kocaya kısas yapılır; fakat zani üzerinde silah taşıyor ve kocayı öldürmeye teşebbüs etmiş ve koca tarafından nefsi müdafa kapsamında öldürülmüş ise kısas yapılmaz. Bunun gibi nefsi müdafa olarak değerlendirilen diğer olaylarda da kısas cezası verilemez.[524]

Maktul, Katilin Cüz'ü Olmamalı (Usûl-fürû'). Maktul şahsın katilin cüz'ü olmaması diğer bir şarttır. Buna göre anne, baba, dede veya nine, kendi çocuk veya torununu öldürürse kısas uygulanmaz, diyet gerekir. Tersi durumda; anne ve babasını öldüren çocuğa kısas uygulanır. Bu hükme gerekçe sadedinde babanın çocuğuna karşı beslediği sevgi fıtridir,

---

[521] Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 2/689-690. Kur'ân'da, kânûnîlik ilkesinin teyidi anlamında cezalandırmanın geçmiş suçları kapsamayacağını değişik vesilelerle ifade eden âyetler (el-Bakara 2/275; en-Nisâ 4/22-23; el-Mâide 5/95; el-Enfâl 8/38) ve sorumluluk için tebliğ ve risâletin ölçü alınması da (el-İsrâ 17/15) kanunîlik ilkesini tekit eder. Bk. Bardakoğlu, "Ceza", *DİA*, 7/475.

[522] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-islâmî*, 38-39.

[523] İbn Âbidîn, Reddü'l-muhtâr, 6/532.

[524] Tevzerî, *Tavdîhul-ahkâm*, 4/134. **(أن يكون المقتول معصوم الدم فلا قتل على من قتل زانيا محصنا أو مرتدا أو زند بقا ولكنه يؤدب لتعديه عن الإمام وأما من وجد رجلا أجنبيا في فراشه مع زوجته وقتله فإنه يقتل به إلا إذا كان له سلاح يريد أن يقتل به كل من أراد أن يتمكن به فإنه لا يقتل به لأنه محارب)**

ekseriyetle de maddi bir beklentiye de bağlı değildir, denilmiştir. Ama çocuğun babasına karşı duyduğu sevginin sebebi, doğrudan kan bağından değil de maddi bir menfaatten kaynaklanabileceği için şaibelidir. Babasının mirasına konmadaki acelesinden dolayı onu öldürmüş olabilir. Ayrıca çocuğunun varlık sebebi olan babanın yok edilme sebebi kendi çocuğu olamaz/olmamalıdır, bu nedenle bir babanın kendi çocuğu sebebiyle kısas edilerek öldürülmesi doğru olmaz denilmiştir.[525] Diğer bir açıklamaya göre burada asli hüküm esasında kısas idi, ancak babanın evladı üzerindeki mülkiyetinin ihdas ettiği şüpheden dolayı kısas sakıt olmuştur.[526]

İmâm Mâlik, bu konuda diğer imamların içtihadına katılmakla beraber bir istisna getirmiştir; ona göre de evladını öldüren babaya kısas yapılmaz, ancak kılıçla çocuğunun boynunu vurmak veya yatırıp kesmek gibi canice ve düşmanca hislerle (غيلة) öldürmüşse babaya da kısas yapılır.[527] Babanın evladına karşı neden kısas yapılamayacağına dair yapılan sevgi, merhamet vb merkezli açıklamalar, İmâm Mâlik'e göre, düşmanca hislerle öldürme olayında gerçekleşmemektedir. Babanın evladı dolayısıyla kısas edilemeyeceğine dair nasların yorumunda lafızdan ziyade gâî/teleolojik yorumu öncelendiği dikkat çekmektedir.

Maktul Kişi Katilin Milki Olmaması (Hür-Köle). Kısas yapılabilmesi için maktul şahıs, katilin milkinde olmamalıdır. Milk şüphesi de burada kesin milkiyet gibi düşünülmüş ve ona ilhak edilmiştir. Buna göre kölesini öldüren efendi ile kölesi arasındaki milkiyet bağı kısasa mani kabul edilmiştir.[528]

Maktulün Katile Eşit Olması. En temel hak olan yaşama hakkına yönelmiş öldürme suçu kasıtlı işlendiği takdirde nasslarda belirtilen kısasın uygulanabilmesi için katil ve maktul arasında hukuken eşitlik (*küf'*) bulunması şarttır. Denklik şartı ile maktulün katile denk olması anlaşılır.

Cumhurla Hanefîler arasında görüş ayrılıklarına en çok sahne olan konu, dördüncü şart olan eşitlik (*tekâfü'*) meselesidir. Kısasın icra edilmesi noktasında belirleyici role sahip olduğu için kimlerin birbirine eşit olduğu sorusunun cevabı, fıkıh ekolleri nezdinde önemli bir inceleme alanı olmuştur. "Kısâs" terimindeki eşitlik anlamına paralel olarak maktulle katil arasında ismet açısından eşitlik bulunması gerektiği konusunda âlimler görüş birliği sağlamış

[525] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/90-91; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/240; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/534-535; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/243; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/527-528.
[526] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/532.
[527] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/267; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 289.
[528] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/242.

olsalar da din, hürriyet, cinsiyet ve sayı (*iştirâk, içtimâ'*) gibi konularda eşitliğe itibar noktasında ihtilaf etmişlerdir.

Eşitlik şartını daha fazla önemseyen cumhur, bu konuda daha çok ölçüt getirmiş buna bağlı olarak daha az kimse eşit sayılmıştır. Mecniyyün aleyh durumundaki mağdurun din ve hürriyet unsurlarında suçluya eşit olması zorunludur. Ancak Hanefîlerde ismette eşitlik yeterli görüldüğü için eşitlik kapsamı genişlemiş, daha çok kimse eşit sayılmıştır. Hanefîlerde ismet yönünden eşit olanlara karşılıklı kısas uygulanır. Müste'men karşılığında Müslümanın kısas edilmemesi buna bir örnektir; bu olayda Müslümana kısas yapılmaması, dinen eşit olmamaları ile değil müste'menin kanının korunmamışlığıyla, karşı cephede yer alıp Müslümanlara karşı potansiyel savaşçı olmasıyla, diğer bir ifadeyle *ma'sûmu'd-dem* olmamasıyla açıklanmıştır.[529] Hanefî ekol, Hz. Ali'den gelen haberlere istinaden, İslâm ülkesinde vatandaş olarak kendilerine güvence verilmiş zimmî vatandaşların kanlarının Müslümanlarla eşit olduğunu kabul etmiştir.[530] Müste'menler konusunda ise bu eşitlik kabul edilmemiştir. Müste'meni öldüren Müslümana neden kısas yapılmayacağına cevap olarak, onun emânının geçiciliği ve ülkesine dönecek olması ititibarıyla Müslümanlar aleyhine potansiyel savaş unsuru olabileceği değerlendirmesi yapılmıştır. Sonraki bölümde yer alacağı üzere Ebû Yûsuf, müste'menleri de zimmî gibi değerlendirmiş, kısası mümkün görmüştür.

İslâm ceza hukukunda kişinin canını ve malını hukuken dokunulmaz kılan ismetin kazanım sebebindeki farklılığa göre hükmün değişmesi yaygındır. Bu aynı zamanda çalışmamızın ana temalarındandır.

Hanefî mezhebinde ismetin edinim sebebi, İslâm ülkesinde daimi ikâmet (*dâr*) sahibi olmaktır. Fazladan bir kriter getirilmediği için genel eğilim, ismet sahibi şahısların kısas bakımından eşit olduklarıdır. Ancak diğer mezheplerde kişilere ismeti kazandıran vasıflar, İslâm ve emân şeklinde birden çok olunca hangi ismet sebebinin üstün olduğu tartışılır olmuştur. Katil ve maktulden birinin ismet sebebi İslâm, diğerininki emân (zimmî ve müste'men gibi) olduğu takdirde kimlerin eşit, kimlerin ednâ ve a'lâ olduğu incelenmiş, ulaşılan sonuca göre kısasın uygulanabilirliği tespit edilmiştir. Kısasın şartları arasında maktulün katile eşit olması şeklinde zikredilen hususun da esasında ismetin sebebine ve kapsamına taalluk etmekte olduğu söylenebilir.

Kısas yapılabilmesi için cumhura göre maktulün katile İslâm ve hürriyet açısından denk ya da ondan daha üstün olması zorunludur. İmâm Şâfiî bunu "*İki kan eşit olduğunda kısas*

[529] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246; İbn Âbidîn, *Redddü'l-muhtâr*, 6/534.
[530] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Cirâh", 8/62, (No. 15934); Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 3/381, 4/337; Mevdudî, *Hukûk-u ehli'z-zimme*, 16-17; Âyid, *Hukûku ğayri'l-müslimîn*, 50.

vaciptir; kanlar, İslâm ve hürriyet ile eşit olurlar" diyerek açıklamıştır.[531] Müslümanın kâfire karşı, hürrün köleye karşı kısas edilmemesi, cumhurun ileri sürdüğü bu şartın pratiğe yansıyan semerelerindendir. Zira suçlu (*câni*) ile öldürülen kişi (*mecniyyün aleyh*) arasında din ve hürriyet bakımından aranan eşitlik şartı burada sağlanamamıştır.[532] Katille maktul arasında hukuken denklik (*mümâselet*) aranması şartı, maktulün katile denk olması açısındandır, diğer bir ifadeyle denklik katilde değil maktulde aranır. Çünkü denklik şartından maksat, üstün (*a'lâ*) olanın düşük (*ednâ*) olan karşılığında kısasla öldürülmesine mani olmaktır. Örneğin Müslümanı öldüren gayrimüslim veya hürrü öldüren köle meselesinde, maktul katile denk değildir; dahası maktul, İslâm ve hürriyet vasfına sahip olması itibarıyla katilden üstündür. Buna bağlı olarak Müslümanın katili olan gayrimüslime ve hürrün katili olan köleye kısas uygulanır.[533]

İslam ve hürriyet şartı Hanefilerde kabul edilmemiş, bunlar yerine ismete esas teşkil eden vatandaşlık şartı benimsenmiştir. İslam ülkesinde daimi ikameti bulunan köle ve gayrimüslim şahıslar, insaniyet bakımından Müslüman ve hür kişilere eşit sayıldığı için Müslümanla gayrimüslim, hür ile köle arasında karşılıklı kısas cereyan eder. Hanefîler, meseleyi kısasla ilgili ayetlerin umumu böyle icap ettirmekte diye açıklamaktadırlar.[534] Bu noktada Hanefîlerin insaniyete bağlı ismeti yeterli görerek, bunun hükümlere etkisini artırmak istedikleri de dikkat çekici olmalıdır.

Mâlikîlerde ileri sürülen şartlardan birisi cânînin, mecniyyün aleyhten hürriyet ve din (İslâm) bakımından üstün olmaması bir diğer ifadeyle failin, mağdura denk veya ondan daha düşük konumlu (nâkıs) olması gerekir. Bu kurala göre; hür ve Müslüman olmaları koşuluyla erkek ile kadın, köle ile köle, kadın ile kadın da karşılıklı kısas edilebilirler. Konumca daha düşük kabul edildikleri için köle, hürre karşılık; zimmî de hür veya köle olduğu fark etmeksizin Müslümana karşılık kısas edilir. Kural tersinden söylenirse, cânînin mecniyyün aleyhten üstün olmaması gerekir; bu kurala göre katil, maktulden üstün ise kısas uygulanmayacaktır. Hür bir Müslümanın, köleye veya zimmîye (hür) karşılık kısasla öldürülmemesi bu şart sebebiyledir. Aynı şekilde Müslüman bir kölenin, hür bir zimmîye karşılık öldürülmemesi de bu şarta bağlı olarak verilmiş bir hükümdür. Bu örnekte kölenin dinen İslâm'a mensup olması, zimmînin hür olmasından daha üst bir statüdür. "Ednâ olana karşılık a'lâ olan öldürülmez" kuralı bunu gerektirmektedir. Benzer şekilde, hür bir

[531] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/10.
[532] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/331; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/231; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâiyyü'l-İslâmî*, 2/119; Tayyar vd., e*l-Fıkhü'l-müyesser*, 7/64.
[533] Ûdeh, *et-Teşrîu'l-cinâiyyü'l-İslâmî*, 2/121.
[534] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/532.

gayrimüslimin, köle bir gayrimüslimi öldürmesi durumunda, hür olan gayrimüslime kısas yapılmaması da hürriyetteki üstünlüğü sebebiyledir.[535]

Öldürme suçunda eşitlik kriteri olarak din ve hürriyyeti esas alan Mâliki düşüncesinde mal gasbetmek (ğîyleten) için öldürmede bu şartlara riayet edilemez; mezhebin benimsediği kuralın dışına çıkılarak hür bir Müslüman, zimmîye veya köleye karşılık kısas edilebilir.[536]

İbn Rüşd, maktulün katile denk olması gereken noktaları dört başlıkta gruplandırmıştır: Birincisi, Müslüman ve gayrimüslim (din farkı) olma hali; ikincisi, hürriyet ve kölelik (hürriyet farkı) durumu; üçüncüsü, erkeklik ve kadınlık (cinsiyet farkı) durumu; dördüncüsü ise katil ve maktullerin niceliksel (iştirak ve ictimâ‘ halleri) durumu; maktulün sayılan bu dört noktada katile denk olduğu sabitse ittifakla kısâs cezası uygulanacaktır. Ama bu dört noktadan herhangi birinde mağdur ile suçlu arasında eşitlik yoksa doktrinde kimler arasında kısas uygulanıp uygulanamayacağı konusu önemli bir tartışma alanı oluşturmuştur.[537]

Şâfiî mezhebinde de tarafların eşitliğini tespit etmede temel argüman olarak İslâm ve hürriyet şartlarına başvurulduğu görülür. A‘lâ için ednâ olana kısas yapılabilir ama ednâ için a‘lâ olana kısas yapılamaz. Müslümanı öldüren kâfire kısas yapılıp tersi durumda, kâfiri öldüren Müslümana kısas yapılmaması bu kuralla izah edilir.[538]

Mâverdî kısas konusunda eşitlik şartını incelerken, mensup olduğu Şâfiî mezhebi açısından, ilkesel bir tutum benimseyerek şu saptamalarda bulunmuştur: Kısasta eşitlik biri *ahkâm*da diğeri *evsâf*ta olmak üzere iki türlüdür. Ahkâmda eşitlik ile kişilerin din ve hürriyet durumları kast edilir. Kişilerin din ve hürriyete ilişkin vasıfları, öldürme (*nefs*), herhangi bir organı (*etrâf*) telef etme veya yaralama (*cirâh*) gibi sonucu kısas olabilen bütün cezalarda temel hareket noktası olarak dikkate alınmak zorundadır. Kölelik (*rikk*) ve küfür hali, hem nefs ve organların telefinde hem de yaralamalarda, köle ve gayrimüslim olmayan faile nispetle kısas manisidir. Dolayısıyla bu gibi kısas manileri sebebiyle, köle veya gayrimüslimi öldüren hür bir Müslüman, nasıl kısas ile öldürülemiyorsa aynı şekilde köle veya gayrimüslimi yaralayan, bunlardan birinin organını telef eden hür ve Müslüman kişinin organlarına, bu kişilere karşı işlediği suçlardan ötürü kısas yapılamaz.

Evsâfta eşitlik ile kişilerin farklı bireysel özellikleri kast edilir ve bu da üç madde halinde incelenir. Kişilerin sağlık ve hastalık durumları bunların ilkidir. İkincisi, kişilerin gerek yaş ve gerekse de cüsse itibarıyla iri yapılı ya da nahif olmaları durumudur. Üçüncüsü

[535] Kişnâvî, *Eshelü'l-medârik*, 3/114-115; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/4-5, 10-11; İbn Bezîze, *Ravdatü'l-müstebîn*, 2/1206; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/238; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/331-332;
[536] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/238; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/333;
[537] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/180.
[538] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/11; Şihabüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/268-269.

de bazı engellilik halleri gibi kişilerin organlarındaki ziyade ve noksanlıklardır. Bu üç vasıftan hiçbirisi öldürme (*nefs*) suçundaki kısasta eşitliği belirleyen bir kıstas değildir ve dikkate alınmaz. Dolayısıyla yaşlı ve genç, hasta ve sağlıklı, bedenen normal ve engelli, âmâ ve gözleri gören, iri cüsseli ve zayıf-çelimsiz, akıllı ile deli vb. iki şahıs arasında (ceza ehliyeti olana) kısas yapılabilmesi, bu sayılan niteliklerin kısasta eşitliğe etki etmemesi sebebiyledir. Bunların tamamı arasında karşılıklı kısas cereyan ederken sadece ceza ehliyetleri bulunmadığı için bu kişilerden birine karşı öldürme suçu işleyen deliye ve çocuğa kısas yapılmaz. Organların telefi şeklindeki müessir fiillerde ise kısas açısından yukarıdaki vasıflardan yalnızca üçüncüsü muteberdir, buna bağlı olarak aralarında eşitlik bulunmadığı için mağdurun engelli/sakat bir organına karşılık failin sağlam organına kısas yapılamaz. Yukarıdaki vasıflardan ilk ikisi, nefsteki kısas gibi, müessir fiilere ilişkin kısasta da muteber olmadığından dolayı güçlü ve güçsüz, hasta ve sağlıklı, fiziken büyük ve küçük iki organ arasında kısas yapılmasına engel bir durum yoktur, aralarında karşılıklı kısas cereyan eder.[539]

Şâfiî mezhebinde, kişinin toplumsal konumu açısından "bir kişideki fazilet o kişideki eksikliği telafi etmez" kuralı benimsenmiştir. Buna göre Müslüman bir köle ile hür bir zimmî arasında bir öldürme suçu işlense kısas cereyan etmez. Çünkü kâfire karşılık Müslümana, köleye karşılık da hürre kısas yapılamaz.[540] Bu meseledeki "Müslüman köle" kombinasyonunda Müslümanlık bir fazilet, kölelik ise bir nakısadır, "hür zimmi" kombinasyonunda ise hür olmak bir fazilet, zimmî/gayrimüslim vatandaş olmak ise bir nakısadır. Her ikisinde de faziletler, eksiklikleri kapatmamıştır. Şâfiî mezhebi bu içtihadıyla Mâlikîlere ters düşmüştür; Mâlikîler bu durumda, Müslüman olmamaktan kaynaklanan eksiklik, hür olmamaktan kaynaklanan eksiklikten daha önemlidir dedikleri için, Müslüman olan taraf lehine hüküm vermişlerdi.

Aynı şartları benimsemiş olmalarına rağmen uygulamada Hanbelî mezhebinin Mâlikî mezhebinden ayrıldığı görülür. Hanbeli mezhebinde İslâm ve hürriyet şartının uygulamasına örnek olarak şu hükümlere yer verilebilir. Hür bir kâfir, Müslüman bir köleyi öldürse kendisine kısas yapılamaz. Çünkü hür bir kişinin, köle karşılığında idam edilmemesi mutlak kuraldır. Kâfir olan bu şahıs, öldürdüğü kölenin değerini tazmin eder, ayrıca vatandaşlıkla ilgili taahhütlerini yerine getirmeyip zimmet antlaşmasını bozacak bir suç işlediği için ölüm cezasına çarptırılır. Müslüman bir köle, hür bir kâfiri öldürse yine kısas yoktur. Çünkü Müslüman bir şahsın, hür de olsa kâfir karşılığında kısas edilememesi de bir kuraldır.[541]

[539] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/148-149; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 311.
[540] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/242.
[541] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/282.

Bunlardan hür bir kâfirin Müslüman bir köleyi öldürmesi olayında, yukarıda zikredildiği üzere, Mâlikîlere göre maktulün İslâm noktasındaki üstünlüğünden dolayı hür kâfire kısas yapılabilecektir.

Köleler de kendi aralarında mükâteb, müdebber, ümmüveled ve normal köle (*kınn*) şeklinde statüleri farkı gözetilmeksizin "*köleye karşılık köle*" ayetinin umumundan hareketle eşit kabul edilip karşılıklı kısas edilebilirler.[542] Hanbelî mezhebinde yarı hür yarı köle bir kişi, tamamen köle olan bir kişiyi katletse kısas yapılmaz. Çünkü tamamı köle olan bir kişi, yarısı köle olan bir kişiden konumca daha düşük kabul edilmiştir. Hür bir şahıs, yarı köle yarı hür bir şahsı öldürse yine kısas yapılmaz. Yarı hür yarı köle olan iki kişi arasında bir öldürme suçu işlense aynı konumda eşit kimseler olmalarına binaen kısas yapılabilir.[543]

Eşitlikte Hangi Vakte İtibar Edileceği Meselesi. Fıkıh ekolleri kendi içlerinde kimler arasında kısas yapılabilebileceğini tespit için önce kimlerin birbirine eşit olduğunu belirlemeye çalışmışlar, devamında ise hangi vakitteki eşitliğe itibar edileceği noktasında birtakım tartışmalara girmişlerdir. Bu bağlamda öldürme suçu ve müessir fiillerde suçlu ile mağdurun konumu açısından atış (*ramy*) anına mı, vuruş (*isâbet*) anına mı yoksa ölüm (*mevt*) anına mı itibar edileceği konuları üzerinde çeşitli içtihatlarda bulunulmuş, eşitlikte hangi vakte itibar edileceği önem arz etmiştir. Sözkonusu görüş ayrılıklarının azımsanmayacak ölçüdeki bir kesitinin farazi meseleler üzerinden yürütüldüğünü ve bu meselenin esas itibarıyla ismete taalluk ettiğini söylemek de mümkündür.

Müslümana fırlatılan bir ok hedefe isabet etmemişken, ok henüz havada iken Müslüman irtidat etse, hemen sonrasında okun isabet ettiği bu kişi okun etkisiyle hayatını kaybetse sonucun ne olacağı meselesinde Ebû Hanîfe mağdurun, okun yaydan çıktığı andaki haline itibar ederek faile diyet gerekir demiştir. Ebû Hanîfe, neden atış vaktine itibar edileceğini şöyle izah etmiştir; kişi fiilinden (hareket) sorumludur, oku atan kişinin oku fırlattıktan sonra ikinci bir fiili olduğu da söylenemez. Fiil yoksa sorumluluk da yoktur. Kaldı ki, ok isabet ettiğinde mağdur, mürted idi. Şu halde olay, hataen gerçekleşmişse diyeti oku fırlatanın âkilesi öder, ok amden fırlatılmışsa diyet failin kendi malından ödenir. İmâmeyn, önemli olan sonucun kimin üzerinde gerçekleştiğidir diyerek okun isâbet anını esas almış ve bu olayda faile herhangi bir tazmin sorumluluğu öngörmemişlerdir. Çünkü okun isâbet ettiği mağdur şahıs, dininden dönmüş olması nedeniyle, bu esnada kanı mübah olan (ismeti zail olmuş) bir mürteddir. Aynı olayın tersi gerçekleşse; hukuken ma'sûm olmayan bir harbîye veya

[542] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/281.
[543] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/282.

mürtedde fırlatılan ok, havada ilerlerken harbî Müslüman olsa, mürted de İslâma geri dönse, akabinde okun isabetiyle bu kişi ölse, Hanefîlerde üç imama göre hiçbir şey gerekmez. İmâm Züfer ise, okun isâbet anındaki halini esas alarak faile diyet gerekir, demiştir.[544] Her iki meselede de Hanefîlerin hareket noktası, hukuken korunmuşluğu ifade eden ismette eşitliktir.

Mâlikî mezhebinde bir kişi, köleye veya bir gayrimüslime hataen ok atsa, ok isabet etmeden önce köle azad edilse, kâfir de Müslüman olsa, bu kişilerin ölüm (*isâbet/müsebbeb*) anındaki hallerini esas alan Sehnûn ve İbn Kâsım'a göre fail, ilk örnekte azad edilen köle için hür diyeti, ikincisinde İslâm'a giren kişi için Müslüman diyeti öder. Aynı olayın bir diğer versiyonu olarak bu kişiler derhal değil de okun etkisiyle yaralı haldeyken azad edilse ya da Müslüman olsa ve akabinde ölse hüküm yine aynıdır. Her iki olayda okun atış anı (*sebep*) dikkate alınmalıdır diyen Eşheb'e göre ise kölenin değeri ve gayrimüslimin diyeti ödenir.[545]

Müslüman bir şahsa teammüden ok atılması olayında, okun isabetinden önce Müslüman dininden dönse Mâlikî mezhebinde yine aynı ihtilaf yaşanmıştır; mağdurun isabet vaktindeki halini dikkate alan Sehnûn ve İbn Kâsım'a göre kısas yapılamazken okun atılış anını esas alan Eşheb'e göre kısas yapılabilecektir.[546] Kişilerin sebep (*ramy*) vaktindeki hali ile müsebbep (nefste *telef*/ölüm anı, müessir fiil suçlarında *isâbet*) vaktindeki halleri arasında eşitliğin devam etmesi gerektiğini şart koşan Mâlikîlerde, örneğin, okun atıldığı andan isabet ettiği ana kadar hür olan bir kişiye karşı bulunulan saldırının cezası kısastır. Çünkü kişi her iki durumda da eşittir, aynı vasfı haizdir. Ancak kişi, sebeple müsebbep arasında aynı statüde değilse hüküm değişir. Buna göre okun atıldığı anda köle veya gayrimüslim olan kişilerin statüsünde, okun isabetinden önce değişiklik meydana gelecek olsa; örneğin gayrimüslim, Müslüman olsa, köle de azad edilse faile kısas gerekmez. Çünkü maktul, okun atılması ile hedefe isâbeti sırasında statü bakımından aynı kişi değildir; ayrıca okun fırlatıldığı anda da hukuken ma'sûm değildi.[547]

Şâfiî mezhebinde tarafların ismet noktasındaki eşitliğinde dikkate alınan zaman, cezanın vücup vaktidir. Kendisi gibi bir zimmîyi yaralayan zimmî, olay sonrasında Müslüman olsa kendisine kısas yapılır. Çünkü kısası icap ettiren yaralama sırasında her ikisi de zimmi statüsünde idiler, cânî olan zimmînin Müslüman olmasıyla, meydana gelen durum değişikliği sonucu etkilemez, kısas yapılır. Kölenin köleyi yaralaması olayında, suçu işleyen köle olay

[544] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/124-125; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/123. Zeyla'î, bu meselede mezhep içi icma bulundunu söylemiştir.
[545] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/249-250; Hattâb er-Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/244-245.
[546] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/291.
[547] Hattâb er-Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/245; Sâvî, Hâşiyetü's-Sâvî, 4/333-334; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/310-311; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/238-239; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/5-6.

sonrasında özgürlüğüne kavuşsa hüküm yine aynıdır. Yaralama esnasında iki köle de hürriyet bakımından eşittirler, kısas uygulanır. Şâfiîler vücûp halindeki eşitliğe itibar olunması gerektiği konusuna hadlerden delil getirmişlerdir. Bekâr iken zina eden birisi sonradan muhsan olsa kendisine recm yapılmaz, yüz celde vurulur; aynı şekilde köle iken zina eden birisi daha sonra hürriyetine kavuşsa yine de köle haddi olan elli celde uygulanır. Müslüman, zimminin elini kesse, hür de kölenin elini kesse; akabinde zimmi, Müslüman olduktan sonra, köle de özgür olduktan sonra kesilen eldeki yaranın sirayetiyle ölseler, fail durumdaki kişilere kısas yapılmaz. Çünkü suçun işlendiği (cezanın vücubu) vaktinde taraflar eşit değildir; zimminin eline karşılık Müslümana, kölenin eline karşılık hürre kısas yapılamaz. Cezanın infazı vaktinde statü bakımından eşit hale gelmelerine de itibar edilmez.[548]

Zimmî şahsı yaralayan Müslümanın, işlediği bu suç sonrasında irtidat etmesi ve akabinde yaralının ölmesi örneğinde de kısas gerekmez. Failin irtidat etmesiyle mağdurla dini bakımdan eşit hale gelmesinin hükme tesiri yoktur. Zira suçun işlendiği sırada fail ile mağdurun eşit olması önemlidir, sonradan gerçekleşen bu eşitliğe itibar edilmez. Mezhepteki kural gereği taraflar arasındaki din farkı kısasa engeldir.[549]

Şâfiî mezhebinde, cinayet sonrası eşitliğin muteber olmayacağını vurgulamak maksadıyla şöyle bir örnek de verilir. Bir köleyi öldüren zimmî vatandaş, işlemiş olduğu bu suç sonrasında zimmet anlaşmasını bozsa ve bir şekilde köle edinilse, böylece de konum bakımından öldürdüğü kişi (köle) ile eşitlenmiş olsa bu kişiye kısas yapılması caiz değildir. Çünkü ölüme sebebiyet veren hareket esnasında eşit değildiler, sonradan konumca eşitlenmeleri önemli değildir.[550]

Hanbelîler de Şâfiîler gibi suçun işlendiği vakitteki eşitliğe göre hüküm vermişlerdir. İki gayrimüslimden biri diğerini öldürse, sonrasında hayatta kalan kişi Müslüman olsa kendisine kısas yapılır. Zira kısas bir cezadır, hadlerde de olduğu cezanın infâz edileceği vakte değil cezanın vacip olduğu vakte itibar edilir. Bu olayda cinayet işlendiği vakitte tarafların her ikisi de dinen eşit durumdaydılar, sonradan katilin İslâm'a girmesi ile ceza sakıt olmaz. Bu, aynı kişinin üzerine terettüp etmiş olan borç gibidir.[551] İlk dönem müçtehitlerden Evza'î de aynı mesele üzerinde, isabet vaktindeki duruma itibar edileceği konusunda, Hanefîlerden imâmeyn ve Mâlikîlerden de Sehnûn ve İbn Kâsım'a yakın bir görüş serd etmiştir. Kâfiri öldüren

[548] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/354; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239-240.
[549] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/355. Tarafların suçun işlendiği sıradaki hallerine itibar edileceği ve mağdurun kanının suçun işlendiği esnada mütekavvim/mazmûn olması gerektiğine dair örnekler için bk. *a.g.e.*, 15/358-359.
[550] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/242.
[551] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/274.

Müslümana kısas yapılamayacağını bildiren haberle amel etmek üzere, bu kişi maktulü öldürdüğü sırada Müslümanmış gibi düşünülebilir, demiştir. Çünkü bu kişinin cinayet sonrasında İslâma girmesi, işlemiş olduğu öldürme suçuna (sebebe) mukârin olduğundan dolayı onun amelini/fiilini men eder (önceki suçunu yok sayar). Sonradan ortaya çıkan bu gelişme, önceki fiilinin hükmünü iskât eder, şeklinde yorumlanarak, katl sonrası Müslüman olan bu kişiye kısas yapılmamasının da ihtimal dâhilinde olabileceğini söyler.[552] Zorlama bir tevil görüntüsü veren bu görüş, özellikle gayrimüslim vatandaşlar arasında suitimale açık bir durum arz etmekle malüldür. Zira gayrimüslimler, kendi dindaşlarını öldürüp zahiren de olsa Müslüman olma yoluna tevessül edebileceklerdir.

Müslüman veya zimmî vatandaşlarsan birisi, harbî veya mürteddin bir organını kesip telef etse, organı telef edilen bu kişi daha sonra Müslüman olsa ve akabinde hayatını kaybetse, faile bir şey gerekmez. Bu hükmün gerekçesi, suçun işlendiği sırada mağdurun ismetinin (*ma'sûmü'd-dem*) olmamasıdır. Aynı mantık örgüsüne dayalı diğer bir olay da, harbîye atılan ok hadisesidir; kendisine ok atılan bir harbî, ok kendisine isabet etmeden önce İslâm'ı kabul etse yine faile bir şey gerekmeyeceğidir.[553]

Eşitlikte İtibar Edilmeyen Hususlar: İlim, İtibar, Soy, Zenginlik vb.

Öldürme suçunda kısasın uygulanabilmesi için suçun unsurları yanında yukarıda zikredilen şartlar aranmaktadır. Buna göre, adam öldürme suçunda kısas cezasına hükmedebilmek için mağdurun hayat sahibi/canlı bir insan olması yeterli görülmüştür. Önemli olan kişilerin yaşam haklarını hukuken korunur kılan ismettir. Bu anlamda fail ile mağdurun organlarının fiziki bütünlüğü veya sağlamlığı, toplum içindeki saygınlık dereceleri vb hususlar dikkate alınmamıştır. Organları sakat olan veya organları fonksiyonel olmayan bir kişiye karşılık organları sağlam olan kişiye; akıl hastasına karşılık akıllı kişiye; çocuğa karşılık ergen kişilere, cahile karşılık âlime, kısas uygulanabileceği kabul edilmiştir.[554]

Kısas, faille mağdur arasında "kanların eşitliği" (*dem*) veya "ismet" yani kişilerin canlarının hukuken koruma altında olması yönünden eşit olmaları esasına dayanır. O halde,

---

[552] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/274.
[553] Merdâvî, *el-İnsâf*, 9/463.
[554] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/169; Serahsî, *Mebsût*, 26/135-136; Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/9; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*,10/248, 261; Meydânî, *Lübâb*, 529-530; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/168-170; Haddâd, *el-Cevhera*, 2/330-331; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/269; İbn Âbidîn, Reddü'l-muhtâr, 6/534-535; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/119; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 307; Bilmen, *Kâmûs*, 3/69; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 178; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/492. *"Adam öldürme suçunda kısas cezasına hükmedebilmek için mağdurun canlı insan olması yeterli görülmüş, fail ile mağdurun hukuki statüsü ... dikkate alınmamıştır." TDV İslam Ansiklopedisi*'nde yer alan bu cümle, Hanefî bakış açısı açısından doğrudur, fakat diğer mezheplerin görüşünü tam olarak yansıtmamaktadır. Bk. Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/492.

ismetin sübutuna dayanak olmayan unsurlar dışarıda bırakılmalıdır. Bunun bir gereği olarak, hukuki statüyle bağlantılı diğer şartlar hariç tutulmuş ve katille maktul arasında nesep/soy, şeref, ilim sahibi olma, zenginlik ve buna benzer diğer özel vasıflara itibar edilmemiştir.[555]

Mağdurun Rızası. Hukuka Uygunluk Sebepleri.

Şer'an suç sayılan bir fiil, başka bir şer'î kural ile serbest bırakılmış, yapılmasına izin verilmiş olursa artık hukuka uygunluğunda bahsedilir. Suç teşkil eden fiili suç olmaktan, dolayısıyla cezalandırılır olmaktan çıkaran özel bazı nedenler vardır. Bu bağlamda mağdurun rızası, hukuka uygunluk sebebi sayılmış ve kısasın düşmesine etki etmiştir. Muhatabına "*beni öldür*" diyen kişi, bu isteği üzerine öldürülürse Hanefîlerde üç imama göre kısas gerekmez. İmâm Züfer ise faile kısas gerekir, demiştir. Diyet konusunda Ebû Hanîfe'den gelen iki rivayetten güçlü olanı diyet gerekmeyeceği yönündedir. İmâmeyne göre de ilgilinin rızasına istinaden, kısasla beraber diyet de sakıt olurken İmâm Şâfiî, kısas düşşe bile diyet sakıt olmaz, mağdur yakınlarına diyet ödenir demiştir.[556] İbn Hümâm bir rivayette Ebû Hanîfe'nin de kısas gerekir dediğini nakletmiştir.[557]

Kişi kendi nefsinin malikidir, canı konusunda bir başkası ondan daha fazla hak sahibi olamaz, düşüncesinden hareketle ilgilinin kendi rızası ile öldürülmesi halinde Hanefî imamlardan gelen diyet yoktur nakli, mezhep içinde münâkaşa edilmiştir. Kâsânî, ilgilinin rızasından kaynaklı şüphe nedeniyle kısas düşse de diyetin düşmemesi daha doğru olmalıdır demiştir. Zeylâ'î ve İbn Âbidîn'deki nakil ve değerlendirmelere göre de Hanefilerde bu durumda katilin kendi malından diyet ödemesi lazımdır. Çünkü maktul şahıs, kendi hakkını düşürse de varislerin hakkını iptal edemez.[558]

Züfer'e göre kısas gerekmesinin sebebi, ilgilinin emri veya rızası ile ismette bir eksilme meydana gelmeyecek olması dolayısıyladır, insanın kendi kanını başkasına mübah kılma yetkisi yoktur, bu nedenle "*beni öldür/ebilirsin*" şeklinde tecelli eden rızası yok hükmündedir. Züfer, ilgilinin rızasını öldürme konusunda değilse de organlar konusunda hukuka uygunluk sebebi olarak hükme etkisini kabul etmiş ve canın, organlara benzetilemeyeceği değerlenmesinde bulunmuştur. Mezhep içinde Züfer'e verilen cevap, ilgilinin ölüme rızası ne kadar doğru olmasa da "*beni öldür*" diyerek emir siğası ile ifade ettiği iradesi, onun ismetine

---

[555] Ûdeh, *et-Teşr'iu'l-cinâiyyü'l-İslâmî*, 2/119; *el-Mevsûatü'l-fikhiyyeti'l-Kuveytiyye*, 13/202-203; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrîi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 91-96, 113-114.

[556] Kâsânî, *Bedâi*',10/247; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/21; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/326; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 44-45; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 111. Avcı'nın nakline göre, imâm Muhammed'e göre faile diyet gerekeceği bilgisi, Kâsânî'deki nakil ile uyumsuzdur.

[557] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 8/191.

[558] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 2/65, 5/190; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/547, 591.

şüphe düşürmüştür. Burda şüphe hakikat makamındadır, dolayısıyla ismeti zail olmuş kabul edilir, şeklindedir.[559] Hanefiler, ilgilinin rızasının hukuka uygunluk oluşturduğu noktasında "cana can" kısası emreden ayetlerin umumunun hataen öldürme ayeti ile tahsis edildiğinden hareketle burda da mana yoluyla tahsis edilerek bu hükme ulaşıldığını söylemişlerdir.[560]

Züfer de dahil Hanefî imamlar "*Benim elimi kes*" diyen kişinin elini kesen faile kısas ve diyet gerekmeyeceğinde ittifak etmişlerdir. Organlar, mal statüsünde değerlendirildiği için onların ismeti sahibine aittir, mağdurun izni ve ibâhasıyla ismet zail olup hukuki korunmuşluk kalkınca kısas da diyet de düşmüştür. Bilindiği üzere kişi, itlâf da dâhil olmak üzere, malı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu açıdan bakılınca "*şu elimi kes*" demek ile "*şu malımı itlâf et*" demek aynı şeydir.[561]

Mağdurun rızası ile kısas, diyet ve kefâret düşer diyen bu ilk görüş, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf yanında Ahmed b. Hanbel'e izafe edilmektedir. Varislerin taalluk eden hakları nedeniyle kısas düşse de diyet düşmez diyen ikinci görüş ise cumhura aittir, ancak Ebû Hanîfe'den de benzer bir rivayet bulunmaktadır. Bu içtihad, şüphe bulunsa bile amden ve hataen öldürmelerde diyet gerekiyorsa mağdurun izni ile meydana gelen şüphe nedeniyle de diyet ödenmelidir, diye gerekçelendirilmiştir. Mağdurun rızası ile ceza düşmez diyen üçüncü görüş imam Züfer'e ait olup aynı zamanda bir kavillerinde imâm Mâlik ve imâm Şafiî'ye de nisbet edilmektedir. Bu durumda suçun manevi unsurlarına göre kısas veya diyetten birisi gerekir.[562] Kâsânî bu üçüncü içtihadı şöyle açıklamıştır: Can ve organ hakkında mağdurun izin vermesi ile bunların hukuki korunmuşlukları (*ismet*) zail olmaz. Hiçbir durumda kişinin böyle bir izin yetkisi olamayacağı için bu izin yok hükümdedir ve geçersizdir. Dolayısıyla insanın kendi canı veya organını mübah kılmasına itibar edilmez.[563]

B. Müessir Fiiller ve Kısas

Vücut dokunulmazlığına ya da vücut bütünlüğüne karşı işlenmiş suçları ifade etmek üzere klasik fıkıh eserlerinde genelde "*el-cinâye alâ mâ dûne'n-nefs*" ve "*el-kısâs fi'l-etrâf*",[564] gibi başlıkların kullanıldığı görülmektedir. Ülkemizdeki son dönem çalışmalarında ise

[559] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*,10/247.
[560] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/267; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/21.
[561] Kâsânî, *Bedâi'*,10/247.
[562] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 388-389.
[563] Kâsânî, *Bedâi'*,10/247; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 388-389.
[564] Örnek için bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/232, 396.

konunun "*müessir fiiller*" veya "*vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar*"[565] gibi başlıklar altında incelendiğini görüyoruz.

Müessir fiil, insan bedenine karşı yaralama (*cerh*), vurma (*darp*), dövme veya başka bir hareketle işlenmiş her türlü haksız tecavüz anlamına gelmektedir. Müessir fiilin en belirgin özelliği ölümle sonuçlanmamış olmasıdır. Bir şahsa karşı başkası tarafından işlenen bu fiil neticesinde bir organın bedenden fiziken ayrılması veya organın bedende varlığını sürdürmesine rağmen fonksiyonunu yitirmesi ya da estetik kaybı gibi vücut bütünlüğünün bozulması ile ifade edilen zararlar söz konusu olur.[566]

Amden gerçekleştirilen müessir fiil neticesinde organın fiziken telefi veya fonksiyon kaybı söz konusu olmuşsa cezanın kısas olup kısas yapılabileceğinin delili "... *göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş kısas vardır*" (el-Mâide 5/45) ayeti ile sabittir. Aynı ayetteki "*ve yaralamalarda da kısas vardır*"[567] ifadesi ile yaralama suçlarında da belli şartlarda kısas yapılabileceği belirtilir. Enes b. Mâlik'in halası ve Enes b. Nadr'ın kız kardeşi olan Rubeyyi' b. Nadr'ın Ensar'dan bir kadının (komşusu) dişini kırması ve olayın Hz. Peygamber'e intikali üzerine "*Allah'ın emri kısastır.*" diyerek kısasa hükmetmesi de sünnetten delildir.[568] Eşitliğin ihlâl edilmemesi dâhil kısasla ilgili gerekli koşullar bulundukça müessir fiillerde de kısâs yapılmasının gerekliliği konusunda görüş birliği vardır. Zira hayat hakkının tamamlayıcısı mahiyetinde olması itibarıyla beden bütünlüğünün korunmasına duyulan ihtiyaç, hayatın korunmasına duyulan ihtiyaç gibidir. Ancak kişilerin eşitliği konusundaki tartışmalara bağlı olarak kimler arasında kısas yapılabileceği konusu, fıkıh ekolleri arasında ihtilaflıdır. Genel bir kural olarak Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde öldürme suçunda karşılıklı kısas edilebilen kimseler, müessir fiillerde de karşılıklı kısas edilebilirler.[569]

Vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğüne karşı işlenen suçların cezaları hakkında temel vurgu eşitliktir.[570] Suçun dengi bir ceza ile karşılık bulmasını emreden ayetlerin

---

[565] Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*; 41-42.
[566] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30, 37-38; Meydânî, *el-Lübâb*, 3/154-155; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 338-341; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 41-42.
[567] el-Mâide 5/45.
[568] Buhârî, "Sulh" 8 (No. 2703); Müslim, "Kasâme" 24 (No. 1675); Ahmed, *el-Müsned*, 19/314 (No. 12302). Ayrıca bk. Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/7, 148, 164; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/316-317, 320-321; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/233; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/178; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/32-33.
[569] Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/179.
[570] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/313, 330-331; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 338, 342-351; Avvâ, *Fî usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 236.

tamamında "*misl*" (مثل) kelimesi kullanılarak, suça denk ve onunla orantılı bir ceza verilmesine işaret edilir.[571]

Müessir fiil suçlarının cezasıyla ilgili Kur'ân ve sünnette yer alan naslar, öldürme suçlarının cezasını belirleyen nasslar kadar açık ve delaleten kat'î değildirler. Mesela müessir fiil suçları cezalarına dayanak olarak zikredilen ayetlerden el-Mâide 5/45 ayeti önceki şeriatlardaki kısas hükümlerinden bahsetmekte, yukarıda zikredilen el-Bakara 2/194 ve en-Nahl 16/126 gibi ayetler ise aslında bireysel ilişkilerdeki hak ihlallerinden ziyade İslâm devletinin diğer ülkelerle olan milletlerarası ilişkilerini düzenlemektedir.[572] Haliyle müessir fiil suçlarına hangi şartlarda ve kimler arasında kısas takdir edileceği konusunda görüş ayrılıkları meydana gelmiştir.

İbn Teymiyye, müessir fiillerde kısas cezasının kitap, sünnet ve icmâ' ile sabit olduğunu ancak bunun eşitlikle kayıtlandığını belirtir; yüzdeki yaralar (*şecce*) ve kemik kırılmalarında eşitliği sağlayarak kısas uygulanma imkânı varsa ne ala, aksi halde kısastan vaz geçileceğini vurgular.[573] Özellikle uzva yönelik yaralama suçlarında kısasın uygulanabilmesi için en önemli mesele eşitliğin sağlanabilirliğidir.[574] Bu itibarla, kısasta eşitlik eksenli adâlet esas olduğundan faile infaz edilecek cezanın, mağdurun uğradığı bedensel zarardan daha ağır bir zarara yol açmaması gerekir. Eşitliğin sağlanamadığı durumlarda kısastan vaz geçilmek zorunda kalınması eşitlik ilkesinin cezalar üzerindeki etkisinin en açık tezahürlerindendir.

Özellikle Hanefi mezhebinde öldürme suçundaki kısas ile vücut bütünlüğüne yönelik suçlardaki kısas arasında bazı yaklaşım farkları görülür. Can ile organlar arasında kısas şartları yönünden bir takım farklar gözetilmesi dikkat çekicidir. Örneğin Hanefi mezhebine göre, diğer mezheplerde de olduğu gibi, sağlıklı normal bir kişi, kronik/müzmin rahatsızlıkları olan bir şahıs karşılığında kısas suretiyle öldürülebilir. Ancak sağlam el ile çolak/felçli el arasında bedel ve fonksiyon farkı bulunması dolayısıyla, çolak ele karşılık sağlam el kısasen kesilemez.[575] Zira organlara yönelik işlenen suçlarda kısas uygulanacağı zaman aslolan, fiil

---

[571] el-Bakara 2/194: "*(Savaş ve saldırmazlık konusunda) haram ay, haram aya denktir. Hürmetler (dokunulmazlıklar ve saygı gösterilmesi gereken şeyler) de kısas kuralına tabi olarak karşılıklıdır. O hâlde kim size saldırırsa, size saldırdığı gibi siz de ona saldırın, (fakat ileri gitmeyin). Allah'a karşı gelmekten sakının ve bilin ki, Allah kendine karşı gelmekten sakınanlarla beraberdir.*"; en-Nahl 16/126: "*Eğer ceza vereceksiniz, size yapılanın (size verilen acı ve zararın) misliyle cezalandırın. Eğer sabrederseniz, elbette bu, sabredenler için daha hayırlıdır.*"; el-Mü'min (el-Ğâfir) 40/40: "*Kim bir kötülük yaparsa, ancak onun (yaptığının misli) kadar ceza görür. Kadın veya erkek kim, mü'min olarak salih bir amel işlerse, işte onlar cennete girecek ve orada hesapsız olarak rızıklandırılacaklardır.*".

[572] Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 238-239.

[573] İbn Teymiyye, *Mecmû 'u'l-fetâvâ*, 28/379; Fevzân, Salih, *el-Mülehhasu'l-fıkhî*, 483.

[574] Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 170-171.

[575] Serahsî, *Mebsût*, 26/136.

(*menfaat/fonksiyon*) ve mahal (*organın konumu*) yönünden iki organ arasında eşitlik bulunmasıdır. Bu aynı zamanda organların bedel/kıymet yönünden de eşit olmaları demektir.[576] Şâfiîlerde de yaralama suçlarında kısas yapılırken yaranın boyutları, büyüklüğü ve küçüklüğü, organlardaki engellilik ya da hilkat garibesi sayılabilecek olan ziyade ve nâkısalık durumları önemlidir; küçük sadece küçükle, büyük sadece büyükle, nâkıs ancak nâkısla kısas edilir. Ancak organın sıhhat ve maraz (geçici hastalık) durumları yaralamalarda kısas için dikkate alınmaz.[577]

1. Bedendeki Hasarın Türüne Göre Müessir Fiiller ve Kısas Cezası

Fıkıh eserlerinde vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar, gerçekleşen hasar, yaranın bulunduğu bölge ve yaranın ağırlığına göre tasnif edilmiştir. İslâm hukukçuları, hangi tür yaralamalarda faile eşit bir şekilde kısas infaz edilebileceği üzerinde farklı görüşler serd etmişlerdir. Genel bir kural olarak, eşitliğe riayet edilebildiği ölçüde kısasın infazına izin verilir; infaz edildiği takdirde cezada eşitliğin mümkün olamayacağı yaralarda ise kısasın düşeceği ve cezanın diyete dönüşeceği beyan edilir.

Mâliki fakih İbn Rüşd'e göre vücut dokunulmazlığına yönelik (*cirâh*) suçlar, olay neticesinde gerçekleşen yaralamaya karşılık verilecek ceza bakımından iki kısımda mütâlaa edilir: a. Sonucu, kısas, diyet ve af olabilen müessir fiiller, b. Sonucu diyet ve af olabilen müessir fiiller.[578] Bu tasnif üzerinde eşitlik ilkesinin etkili olduğu dikkat çeker.

Alternatif tasnifler bulunmakla birlikte müessir fiillerde vücut bütünlüğünü ihlal eden yaralanmaların, genelde dört grupta değerlendirildiği görülür. Bunlar, organı kesip koparmak, organın fonksiyonunu zayi etmek, şecce ve cirâhtır (câife, ğayr-i câife).[579] Bu sınıflandırmalarda ölçüt, bazen yaranın şekli ve gerçekleştiği yere göredir bazen de yaranın boyutları ve vücutta oluşan değişikliğe göredir. Kısasın uygulanabilirliği kriteri ise, sözü geçen tasniflerin hem sebebini hem de amacını teşkil etmektedir denebilir.

Dörtlü tasnifi esas alacak olmakla birlikte, darp ahkâmının da müessir fiiller başlığında incelenmiş olması hasebiyle burada darp konusuna da müstakil bir başlık ayrılacaktır. Vücutta meydana gelen zarara göre müessir fiiller aşağıdaki gibi sınıflandırılmaktadır. Bu tür

---

[576] Serahsî, *Mebsût*, 26/135-136.
[577] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/149.
[578] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/188.
[579] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/397-398; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/179; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/435; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 207-209; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 339-340; Ebû Hayf, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 74; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 50-54; Şâzelî, "Cirâh", *DİA*, 8/24; Şafak, "Erş", *DİA*, 11/307.

yaralamalarda eşitlik unsuru kısasın icrası üzerinde doğrudan belirleyici bir rol üstlenmiştir. Bu nedenle eşitliğin temin edilip edilememesi bakış açısıyla yara türlerine bakılacak ve hangilerinde kısas cezasının uygulanabileceği ele alınacaktır.

a. Organı Bedenden Ayırmak

Bir organın vücuttan koparılarak veya kesilerek telef edilmesi kat‘, kesr veya ibâne kelimeleriyle ifade edilmiştir. El, ayak, parmak, kaş, kirpik, göz, göz kapağı, kulak, tırnak, diş, dil, penis, testis, burun ve burnun iki yan kısımları (*ernebe*), burnun yumuşak dokulu uç kısmı (*mârin*) vb kopartılabilen, kırılabilen ya da kesilerek fiziken vücuttan ayrılan organlara verilen zarar, bu grupta sayılır.

Organların kesilip koparıldığı hallerde genellikle eşitliğin temini genelde mümkün olduğu için burada takdir edilen ceza kısastır.[580] Mağdurun katili affetmesi veya tarafların diyet üzerinde anlaşarak sulh olmaları halinde kısas söz konusu olmaktan çıkar.

Bu tip yaralamalarda eşitliğin temini çoğunlukla mümkün görülmüşse de belli istisnaları olmuştur. Hanefilerde gözün oyularak yuvasından çıkarılması durumumda eşitliğe riayet etmek mümkün görülmediği için kısas yapılmaması bunun tipik bir örneğidir. Çünkü suçlunun gözü çıkarıldığında gözküresinin devamındaki sinirler ve damarlar açısından belli bir sınır gözetmek zordur. “*Göze göz kısas vardır*” ifadelerinden anlaşılması gereken gözün fiziken mevcudiyetini koruduğu halde görme yetisinin kaybedilmesi durumunda suçlunun gözüne yoğunlaştırılmış ışık uygulanarak görme yetisini sonlandırma ameliyesidir.[581] Böylece Hanefilerin ayetteki göz ifadesinden fiziki anlamdaki somut göz değil, görme yetisini anladıkları ortaya çıktığına göre kısas, görme duyusu üzerinde icra edilecektir.

b. Fonksiyon İptali

Uzuvlar için *ibtâlü’l-menâfi‘* veya *ta‘tîl*, suç teşkil eden hareket neticesinde organın fiil ve menfaatinin izale edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, fiziken mevcudiyetini korumasıyla birlikte organın görevini yapamaz, fonksiyonlarını icra edemez hale getirilmesidir. Bedene verilen hasar sonucunda organın kısmi fonksiyon kaybına uğratılması da bu kapsamdadır. Görme, işitme, tatma, koklama, konuşma, tutma, yürüme, cima, ereksiyon ve hamile bırakabilme gibi gibi his ve yetilerin kaybı; zihinsel fonksiyonların, akli melekelerin kaybı,

[580] Mevvâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, 8/313-314.
[581] Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 4/94.

bir darbe neticesinde dişin siyah, kırmızı ya da yeşile dönüşmesi de bu gruba ilhak edilmiştir.[582]

Hanefî mezhebinde estetik (*cemâl*) kaybı da tıpkı bir organın tümden kesilip yok edilmesi gibi değerlendirilmiş ve tam diyet gerekli görülmüştür. Bu bağlamda kafada saçın, yüzde sakalın geriye dönüşü olmayacak şekilde yok edilmesi, bir şahsın kulağının kesilmesi veya beline/sırtına vurulması neticesinde sperminin kesilmesinden farklı değildir. Zira akıl sahibi olarak insanlarda güzellik unsuru, bir organın fonksiyonunu yitirmemesi kadar önemlidir. Göğüs bölgesi ve bacaklarda bulunan kıllar ise, güzellik açısından saç ve sakal gibi düşünülmez; dolayısıyla bunları yok edene diyet gerekmez.[583]

Organların fonksiyon kaybına uğradığı (ikinci kısım) yaralamalar ve şecce grubunu temsil eden üçüncü kısım yaralamalarda ise, kısasın uygulanması eşitliğin teminine bağlıdır. Eşitlik sağlanabilecekse kısas uygulanır, bu mümkün olmazsa asli ceza olan kısastan bedel cezaya dönülür. Bu anlamda hükümler üzerinde eşitlik ilkesinin en etkili olduğu alanlardan birisi burasıdır.

Şâfiîlerde el ve ayak gibi bir uzvun kesilip vücutla bağlantısının (sallanır vaziyette) sadece deri ile devam etmesi durumunda o organ, işlevselliğini yitirdiği için kısas uygulanabilir. Mağdur şahıs dilerse o organın diyetini tam olarak alır. Mağdur, kısası tercih etmişse suçluya da eli tutan deri kalacak şekilde kısas yapılır, sonra suçlu kendisi açısından tıbben o derinin kesilmesi veya yerinde bırakılması seçeneklerinden hangisi daha iyi ise uzmanlara danışarak bir tercihte bulunur.[584] Bazen bir organa direkt müdahele olmadan organın bulunduğu bölgeye yapılan bir darbe ile de fonksiyon kaybı yaşanabilir. Kafa bölgesinde gerçekleştirilen mûdıha türü bir yaralanmanın sirayeti neticesinde mağdurun gözlerinde görme yetisi kaybı oluşabilir. Bu durumda mûdıhada kısas mümkün olduğu için hem mûdıhada hem de failin gözlerine kısas yapılır. Ancak her zaman böyle olmayabilir; parmağı kesilen bir kişinin tüm elinde veya kesilen parmağın yanındaki parmakta felç veya bir arıza yaşansa (*teâkü/fesâd*) failin parmağına kısas yapılır ama sirayetle sakatlanan kısımdan dolayı kısas yapılmaz.[585]

---

[582] Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 2/640; Huraşî, *Şerh muhtasar-ı Halîl*, 8/17-18, Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-mühezzeb*, 18/409, 411, 432, 19/75, 90; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/313-314, 285; Ûdeh, *et-Teşrî 'u'l-cinâî*, 2/205-206, 221-223; Bilmen, *Kâmûs*, 3/28; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 50-51.
[583] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/72, 80.
[584] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/183.
[585] Nevevi, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/186.

c. Kafa Bölgesi Yaralamaları

Baş ve yüz bölgesinde meydana getirilen yaralamalara şecce (*şicâc*) denilmektedir. Mağdurun kafa bölgesinde estetik kaybına (*cemâl* x *şîyn*) yol açan bu yaralar derinlik ve boyutları itibarıyla on bir tür olarak tespit edilmiştir. Ölümcül olduğu için "dâmiğa"yı şecce grubuna dâhil etmeyen imâm Muhammed'e göre ise şecce on tanedir. Kalıcı bir izi kalmadığı, çabucak iyileştiği için imâm Muhammed'in "hârisa"yı da dâhil etmediği ve şecce dokuz türlüdür dediği de nakledilmiştir.[586] Şecce hafiften ağıra doğru on bir türlüdür: "Hârisa, dâmia, dâmiye, bâdıa, mütelâhıme, simhâk, mûdıha, hâşime, münakkıle, âmme/me'mûme ve dâmiğa". Bunlardan mûdıha, kafatasındaki et ile kemik arasında bulunan zar tabakasının yırtılarak yaranın kemiğe kadar dayanması ancak kemiğe zarar vermemesi olarak tarif edilir. Mûdıhada kafa kemiği görülür hale gelmiştir.[587]

Eşitliğe riayetin mümkün görülmesi hasebiyle mûdıha, şecce grubunda ihtilafsız kısas uygulanan tek yara türüdür. Çünkü mûdıhada yaranın boyut ve sınırları belirlenebilir. Dolayısıyla kısasın icrasında aşırılık ve eksiklik anlamında sınırı aşmadan infaz aletinin kemiğe dayandırılması kolaydır.[588] Yara açığının kemiğe dayanıp durduğu mûdıhada, kısasın mümkün görülmesi, diğer müessir fiillerdeki eklem yeri ölçütüne benzetilmesi nedeniyledir.

Fakihler, yüz ve başta meydana gelen ve şecce diye tabir olunan bu yaralanmalarda, failin mağdura verdiğinden daha ağır bir zarar oluşmayacaksa faile kısas uygulanabileceğini söylemişlerdir. Hangi tür yaralarda kısasın mümkün olacağını tespit için her bir yaralama türünde eşitlik incelemesi yapmışlardır.

Mûdıha. Vücutta meydana gelen ve kemiğe kadar ulaşan yaralanmadır. "وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ *Yaralar da kısasa tabidir.*"[589] ayeti ve "*Rasûlüllah, mûdıhada kısasa hükmetti.*"[590] rivayetine göre, mûdıha türü yaralanmalarda kısas cezası uygulanabilir. Çünkü mûdıha türü yaralanma, kafa kemiğine kadar dayanması dolayısıyla eklem yerinde gerçekleştirilmiş yaralara benzetilmiştir. Bilekten kesilen elde nasıl eşit şekilde kısas yapılabiliyorsa mûdıhada da eşitçe kısas yapılabilir. Mûdıhada, suçluya zulmetmeden, kendisinin mağdura verdiği zarardan daha az veya daha fazla bir zarar vermeden infaz aletini kemiğe kadar ilerletmek suretiyle eşitliği

---

[586] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/581; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/396-397; Bilmen, *Kâmûs*, 3/32.
[587] Bilmen, *Kâmûs*, 3/32.
[588] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424; İbn Kudâme, el-Muğnî, 8/318.
[589] el-Mâide 5/45.
[590] Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 4/374. "**قضى بالقصاص في الموضحة**" Zeyla'î, bu rivayet hakkındaki değerlendirmesinde Merğînânî'nin *el-Hidâyesi*'nde verdiği hadisin metniyle hadis kaynaklarında geçen metin arasında lafız farkları bulunduğunu belirtmek üzere bu haber hakkında "ğarîb" tabirine yer vermiştir.

sağlamak mümkündür ve bu konuda fakihler görüş birliği halindedirler.[591] İmam Muhammed'in *el-Asl*'daki rivayetine göre sıralama bakımından mûdıhanın altında zikredilen ve ondan daha hafif yaralamalarda da kısas yapılması mümkündür. Zira bu yaraların derinlik ve boyutları ölçüm aletleri ile belirlenebileceği için iki olay arasında eşitliği temin etmek mümkün gözükmektedir. Çeşitli aletlerden yararlanarak suçlunun verdiği zarara misliyle mulabelede bulunulunca "*Yaralar da kısasa tabidir.*"[592] âyetinde zikredilen hüküm ifa edilmiş olur.[593]

Mûdıhada kısas uygulanacağı konusunda mezhepler arasında görüş birliği sağlanmıştır. Ancak Hanefî mezhebinde, mûdıha neticesinde yaranın sirayetiyle, örneğin, görme yetisi kaybolursa kısas yapılıp yapılmayacağı konusunda görüş ayrılığı yaşanmıştır. Ebû Hanîfe, bu durumda görme kaybı yaşanacak şekilde eşit olarak kısas yapılamayacağı için kısas düşer her ikisi (mûdıhanın diyeti ve gözlerin diyeti) için diyet gerekir derken; imâmeyn, eşitliğin mümkün olduğu mûdıha için kısas yapılır, ancak görme kaybı için diyet ödenir demişlerdir.[594]

Mûdıhadan hafif yaralar. Derece itibarıyla mûdıhanın altında zikredilen ve taksirle işlenen şecce türü yaralanmalar için miktarında ihtilaf edilse de erş ödeneceği konusunda icmâ' bulunduğu bildirilir.[595] Ancak bu gruptaki yaralamaların kasıtla işlenmesi durumunda fakihler farklı kanaatler bildirmişlerdir. Mûdıha'dan daha hafif olup onun altında sayılan "âmiye, bâdı'a ve simhâk" türü yaralanmalarda; imam Muhammed'den gelen *Zâhirü'r-rivâye* rivayetine göre, Mâliki mezhebi ve Şâfiîlerdeki zayıf bir kavle göre, bu grup yaralarda eşitliği temin etmek mümkün olabileceği için kısas cezası uygulanabilir. Çünkü adli tıpçılar, boy, derinlik ve genişlik açılarından bu yaraların boyutlarını tespit edebilirler.[596] Şâfiîlerin güçlü kavline ve Hanbelilere göre, mûdıhanın altında sayılan hafif yaralarda kısas cezası uygulanamaz. Zira kısas yapılması halinde suçlu üzerinde, onun mağdura verdiği zarardan daha fazlasını meydana getirme ihtimali vardır. Bu yaralarda kısas olmadığına dair bir görüş Hanefîlerde de bulunmaktadır. Bu gruptaki yaraların hepsini tahriş (خدوش) olarak değerlendiren Hasan el-Basrî (v. 110/728), İbrâhim en-Neha'î (v. 96/714) ve Ebû Ubeyd (v. 224/838), suçluya kısas yapılmayacağı için ta'zîr olarak mağdura hükûmet-i adl ödeneceğini söyler. Yine kısas olmadığını söyleyen müçtehitlerden Ömer b. Abdülazîz (v. 101/720) ve

[591] Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'-râik*, 8/381; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 149; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/79.
[592] el-Maide 5/45.
[593] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/42; Aynî, *Binâye*, 13/190.
[594] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/46; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/582.
[595] İbn Münzir, *el-İşrâf alâ mezâhibi'l-'ulemâ*, 7/399.
[596] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424; İbn Âbidîn, 6/552, 582; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/313-314; Tayyar vd., Mutlak, *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/79-80.

Şa'bî (v. 104/722) ise ceza olarak mağdurun tedavi masraflarının suçlu tarafından karşılanması gerektiğini belirtirler.[597] Sözü edilen tüm bu içtihadların arkaplanındaki en önemli ortak kriter eşitlik ilkesidir; eşitliğie riayeti mümkün görenler kısas vardır derken eşitliği sağlamak olanaksızdır diyenler kısasın sakıt olacağını söylemişlerdir.[598]

Bu meselede, günümüz tıbbı ve teknolojisindeki ilerlemeler göz önüne alınınca bu tip yaralanma olaylarında kısasın tıbben eşit şekilde ifa edilebilmesi daha da mümkün hale gelmiştir. Ayrıca mağdur ve yakınlarının teselli bulup toplumda suçların önlenmesi hususları da dikkate alınınca, bu konuda kısasın mümkün olacağını söyleyen ilk görüşün tercih edilmesi isabetli olabilir.[599]

Bir organın kesilip telef edilmesi veya fonksiyon kaybına uğratılması durumunda suçlu ile mağdurun organlarının boyut ve ebatlarına itibar edilmemiştir. Çünkü ikisi de sağlıklı olmak koşuluyla suçlunun fiziken büyük olan eliyle mağdurun küçük olan eli arasında iş görme fonksiyonu açısından bir fark kabul edilmez. El, ayak, parmak, göz, kulak vb herhangi bir organın kaybıyla yaşanacak olak estetik kayıp da taraflar için eşittir. Ama şecce türü yaralamalarda, kısasın en önemli gerekçesi estetik kaygılar olduğu için, suçlu (*şâcc*) ile mağdurun (*meşcûc*) kafalarının büyüklüğü, kısasla ilgili hükümlere etki etmiştir. Zira estetik kayıp açısından, örneğin 2 cm çapındaki bir yara, büyük kafalı birisinde (kapladığı alan ve görüntüsü itibarıyla) daha az çirkinlik (*şîyn*) sebebi iken diğerine nispetle küçük kafalı birisinde daha fazla çirkinlik sebebi olacaktır. Bu nedenle **suçlunun kafasının mağdurdan küçük** olduğu ve mağdurun (enine veya boyuna) tüm alnının yaralandığı bir olayda, kafatası daha büyük olan mağdura, hakkının bir kısmından fedakârlık ederek yapacağı kısasla diyet arasında muhayyerlik tanınır; çünkü suçlunun kafatası nisbeten küçük olduğu için mağdurun hakkını tam olarak alma imkânı yoktur. Şöyle ki mağdurun, hakkını tam olarak almak üzere, kendi başında oluşan yara büyüklüğünde bir yarayı suçluda oluşturmak istemesi, hem ebat ve çap olarak kendi hakkını aşması hem de suçlunun kafasında başka bir koordinata geçmesi anlamına gelecektir ki eşitlik ihlal edileceği için buna izin verilmez. İmam Şâfiî'ye göre ise bu durumda mağdur, önce eşit ebat ve çaplarda kısas yapar sonra kalan eksikliği, kısas yapılamayan kısmın erşini almak suretiyle tamamlatır. Yani, konumsal eşitliği bozarak, suçlunun oluşturduğu yaranın çapına ulaşmak için suçlunun kafasında başka bir bölgeye kısas yaparak eşitleme yoluna gidilmez. Aynı durum, **suçlunun başının büyük**, mağdurun başının

[597] İbn Münzir, *el-İşrâf alâ mezâhibi'l-'ulemâ*, 7/401, 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/220-221; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 149.
[598] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/220-221.
[599] Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/80.

küçük olması durumunda da geçerlidir; Hanefîlerde mağdur muhayyerdir, dilerse kısasla kendi başında açılan yara kadar (ör. 2 cm = 2 cm) suçlunun başını yaralar dilerse de erşini alır. Şâfiîlerde ise erş seçeneği sunulmamıştır, aynen Hanefilerde olduğu gibi suçlu, mağdurun tüm alnını yaraladı diye kafası büyük olan suçlunun da tüm alnına kısas yapılmaz, zira böyle yapılması kısasta ziyade olup suçluya haksızlıktır. Bu nedenle eşit çap ve ebatlarda mağdurla aynı koordinatlardaki bölgeye kısas uygulanır.[600] Burada mağdurun başının küçük olduğu durumda eşit (بقدر شجته/mağdurdaki yarayla aynı boyutlarda) kısas yapılması, mağdurun kendi hakkından fedakârlık etmesi anlamına gelirken, mağdurun başının büyük olması durumunda eşit (بقدر شجته) kısas yapılması da mağdurun hakkını aşması anlamına gelmektedir.

Suçlunun kafası büyük, mağdurun kafasının küçük olduğu ve mağdurun alnının komple yaralandığı olayda, tarafların kafalarının büyüklüğüne-küçüklüğüne bakılmaksızın suçlunun da komple alnına kısas yapılacağı şeklindeki bir görüşü Tahâvî (v. 321/933), Ali b. Abbâs er-Râzî'den hikâye etmiştir. Suçluya hak ettiğinden daha fazlasını yapmayı caiz görerek eşitliği ihmal eden bu görüş, organların kısasında büyüklük ve küçüklüğe itibar edilmez kuralını merkeze almış, kafayı el ve ayaklara kıyas etmiştir. Zira el ve ayak kesildiğinde suçlu ile mağdurun bu organlarının büyüklüğüne bakılmaksızın karşılıklı kısas yapılabileceği herkesçe kabul edilmektedir. Ne var ki Kâsânî, bu kıyası doğru bulmayarak reddetmiştir. Çünkü ellerin fonksiyonu ile ellerin ebatları arasında doğrudan bir ilişki yoktur, büyük elle küçük elin fonksiyonu değişmez, yerine göre küçük el daha işlevsel bile olabilir. Ama yüzdeki yaranın çap ve boyutları insanların estetik açıdan güzelliğine ve çirkinliğine ciddi etki edeceği için yaranın boyutları dikkate alınmak zorundadır.[601]

Suçlu ile mağdurun kafalarının ebatça eşit olduğu durumda aynı boyut ve çaplarda kısas yapılabileceği noktasında bir görüş ayrılığı görülmez.[602]

Mûdıhadan ağır yaralar. Şiddet ve etki bakımından mûdıhanın üstünde olup ondan daha ağır yaralamalarda kısâs uygulanamayacağı görüşü fukaha nezdinde hâkim görüştür.[603] Mûdıhanın üstünde sayılan yaralardan bazıları hakkında kısâs uygulanamayacağı ile iligili olarak özel nas da mevcuttur.[604] Özellikle açık ve parçalı kemik kırıklarında kırığın boyutları ve uzantıları gibi konularda ziyade ve noksanlıktan emin olunamayacağı dolayısıyla eşitliğin

[600] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424-425; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/32; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/111; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/345; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/181-182; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/190; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/319-320.
[601] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/425-426.
[602] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/319.
[603] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/220 (md. 291); Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 149.
[604] İbn Mâce, "Diyât", 9 (No. 2637).

sağlanamaması gerekçe kabul edilerek hâşimede de kısas olmayacağı konusunda da görüş birliği sağlanmıştır.[605] Hâşimede kısâs olmayacağını söyleyen bu fakihlerin nakli delilleri arasında "*Kemik kırıklarında kısas yoktur.*"[606] hadisi zikredilir.

Mûdıha sonrasında zikredilen ve ondan daha ağır olan yaralamalarda suçluya kısas yapılmamasının en önemli gerekçeleri, "والجروح قصاص/*Yaralarda kısas vardır.*" (el-Mâide 5/45) ayetindeki genelliğin hadislerle tahsis edilmiş olmasıdır. Bir diğer gerekçe de bu yaralarda kısasın eşit bir şekilde yapılamayacak olmasıdır.[607] Zira hâşime, münakkıle ve âmme gibi kafa bölgesinde gerçekleşen ve kırıkların da bulunduğu bu tür yaralamalarda kırıklarının yönü ve derinliği gibi hususların tam olarak tespit ve kontrolü mümkün değildir.

Mâlikî mezhebinde *hâşime* baş ve yüz bölgesine has bir yaralama olarak değil, sinir ve ilik boşluğu (*mücevvef*) olmayan kemikler gibi vücudun diğer bölgelerinde de olabileceği kabul edilir. Buna göre İbnü'l-Hâcib; boyun, bel, uyluk kemiği ve göğüs kemikleri (kaburga) gibi kemik kırıklarında ve hâşimede tehlikeli sonuçlar doğacaksa kısâs yapılmaz, böyle bir durum yoksa kısas yapılmalıdır, demiştir. Müdevvene'deki nakle göre İmâm Mâlik, uyluk kemiği gibi içinde sinir boşluğu bulunan kemiklerde kısâs yapılamaz; ama hâşimede olduğu gibi vücudun çeşitli yerlerindeki kemik kırıklarında kısâs yapılır demiştir. Yine Mâlikî mezhebinde Rabî'a, sonucu telef olsa bile bütün yaralamalarda (*cirâh*) kısâs olabileceğini söylemiştir.[608]

Şecce grubunda yer alan baş ve yüz bölgesine dönük bu yaralamalarda, kısasın uygulanması eşitliğin temin edilebilmesine bağlıdır. Eşitlik sağlanabilecekse kısas uygulanır, bu mümkün olmazsa asli ceza olan kısastan bedel cezaya dönülür. Bu anlamda hükümler üzerinde eşitlik ilkesinin en etkili olduğu ve fakihlerce sıkça tartışıldığı gözlemlenen noktalardan birisinin burası olduğu söylenebilir.

d. Karın ve Göğüs Bölgesi Yaralama

Cirâh kelimesi, özellikle Şâfiî ve Hanbelî eserlerde, sonucu ölüm olan ve ölüm olmayan bütün yaralamalar için kullanılsa da genelde baş ve yüz bölgesi dışındaki uzuvlarda ölümle

[605] Burhânpûrlu Şeyh Nizâm vd., *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 6/29; 'Aynî, *el-Binâye*, 7/88; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/255.
[606] Abdürrezzâk, *el-Musannef*, 9/461 (No. 18023); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 5/394 (No. 27305); Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 4/350. Zeyla'î' hadis hakkında, senedini bulamadığını belirtmek anlamında "*hadis ğarîb*"tir hükmü vermiştir.
[607] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 149.
[608] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/203; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/313-314.

sonuçlanmayan yaralamaları ifade etmek üzere terimleşmiştir.[609] Cirâh türü yaralar, câife ve ğayr-i câife diye ikiye ayrılmıştır; *câife*, kelime manasının da ihsas ettirdiği üzere göğüs kafesi ve karın boşluğuna yönelik yaralamalardır. Sırt, karın ve göğüs bölgesi, yanlar/böğürler ve boşaltım sistemine (organlara) nüfuz eden yaralar bu grupta telakki edilmektedir. Bedende bulunan bu boşluklara doğrudan ulaşmadıkları gerekçesiyle boyun, boğaz, el ve ayaklara yönelik yaralamalar câifeden sayılmazlar, bunlara *ğayr-i câife* denir.[610] Hanbelî mezhebinde boğazın da câifeden olacağına dair görüşler serd edilmiştir.[611]

Mâlikîlerde cürh/cirâh terimi geneldir; kesme, kırma, koparma, gözün oyulması, bir organın fonksiyon kaybına uğratılması gibi tüm müessir fiiller şamil bir kavramdır.[612]

Hanefi ve Hanbelîlere göre karın boşluğu ve göğüs kafesine yönelik câife türü yaralarda eşitlik şartı yerine getirilemediği için kısas yapılmaz, onun yerine tam diyetin üçte biri oranında diyet ödenir.[613] Diğer mezheplere göre olaya bakılır, burada da müessir fiil neticesinde mağdurda meydana gelen zarar oranını aşmadan eşit şekilde kısas uygulanması mümkün ise faile kısas cezası verilir. Aksi takdirde diyet ödenir.[614] Câife türü yaralarda kısas infaz açısından suçluya daha fazla ceza verme ve ona haksızlık etme riski mevcuttur. Hz. Peygamber: "*Me'mûme, câife ve münakkıle (türü) yaralanmalarda kısas yoktur*"[615] buyurarak, ismi geçen yaralar dolayısıyla kısas uygulanmasını nehyetmiştir.

Câifede kısas yoktur, ama câifenin sirayeti ölümle neticelenmişse kısas vardır. Çünkü fiilin, başından itibaren öldürme (*katl*) fiili olduğu anlaşılmış olur. Kısas ise, suçluda câife oluşturarak değil doğrudan kılıçla/silahla infaz edilir. Şâfiîler ise, katil nasıl öldürmüşse aynı şekilde öldürülür kuralından hareketle câife şeklinde bir yara yapılarak gerçekleştirileceği fikrini savunmuşlardır. Câife yapıldığı halde suçlu ölmemişse ölüm kılıçla tamamlanır.[616]

---

[609] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/396; Bilmen, *Kâmûs*, 3/9-10, 28; Şâzelî, "Cirâh", *DİA*, 8/24.

[610] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/397-398; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 207-209; Ebû Hayf, Ali Sadık, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 74; Şâzelî, "Cirâh", *DİA*, 8/24; Şafak, "Erş", *DİA*, 11/307. Kafatası, göğüs kafesi ve karın boşluğu olmak üzere insan vücudunda üç boşluk bulunur. Bunlardan kafatasına yönelik işlenen müessir fiil suçları "*şecce/şicâc*"; karın ve göğüs boşluğuna yönelik olanlar ise "*cirâh*" (câife, gayr-i câife) diye isimlendirirlir. Bk. Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 124.

[611] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/54; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ fî şerhi Ğâyeti'l-müntehâ*, 6/132.

[612] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/24-25; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/350-351.

[613] İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 1/35; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554; Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, 2/305; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/460; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/54; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, 6/132; Tayyar vd., e*l-Fıkhü'l-müyesser*, 7/79, 81.

[614] Şâzelî, "Cirâh", *DİA*, 8/24-25. Câifede kısas olmayacağı sünnetle sabittir. Münakkıle ve me'mûme türü yaralanmalarda da kısas olmayacağı aynı hadiste yer almaktadır. Câife ve me'mûme için 1/3 diyet, münakkıle içinse 15 deve ödeneceği sünnetle sabittir. Bk. İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 1/35.

[615] İbn Mâce, "Diyât", 9 (No. 2637).

[616] Kâsanî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/414, 426.

e. Darp

Kalıcı iz bırakmadıkları sürece tokat, şaplak, yumruk vb fiillerde Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve müteahhirûn Hanbelîlere göre eşitliği sağlama imkânı olmadığı için kısas yoktur, faile ta'zîr cezası verilir.[617] Çünkü munzabıt değildir, standart bir tokat yoktur, kişiye göre değişkenlik arz eder.[618] Ancak Hanbelîlerdeki bazı nakillere göre, hulefâ-i râşidîn, sahabe ve tabiîn (bazıları) ile Ahmet b. Hanbel'in görüşü, tokat ve darp fiillerinde kısas yapılmasından yanadır.[619]

İbn Teymiyye ve İbn Kayyım el-Cevziyye, darp fiilinde birebir eşitlik olmasa da adâlet gereği kısas yapılmasını naslara[620] ve sahabenin yaklaşımına daha uygun görmektedirler. Darp veya tokat konusunda suçluya verilebilecek iki tür ceza olabilir. Ya eşitliğe (*mümâselet*) yakın bir kısas cezası veya eşitlikten uzak bir ta'zîr cezası. İki seçenek karşılaştırılınca, eşitliğe yakın olan kısas cezası daha evlâdır. Çünkü haddi aşıp hakka tecavüz edenlere yaptıklarının aynısıyla mukabelede bulunmayı emreden ayetlere dayanarak darba maruz kalan kişinin kısas isteme hakkı olur.[621] "*Ölçüyü ve tartıyı adâletle tam ve denk yapın. Biz herkesi ancak gücünün yettiği kadarıyla sorumlu tutarız.*"[622] âyetinde imkânlar ölçüsünde adâletin uygulanması emredilmiştir. İnsanların ölçü ve tartıda tamamen kusursuz bir şekilde eşitlik (*müsâvât*) sağlamaları mümkün değildir. Çok az eksik veya az fazla olan kısmı affedilmiştir. Kısas uygulamasında da birebir eşitlik sağlanabildiği gibi bazen biraz fazla veya biraz eksik olması mümkündür. Sözü geçen ayetin hükmüne göre fazla veya noksan olan bu kısım, ma'fuv sayılır, dolayısıyla darp fiili işleyen kişilere kısas uygulanmalıdır.[623] Kısasta asl olan eşitliktir, eşitlik yoksa kısas da yoktur, yaklaşımı tokat konusunda geçerli olmamalıdır.

İbn Kayyım ve hocasının yukarıdaki mezkûr ayete işaretle eşitlikten anlaşılması gerekenin, her yönden yüzde yüz bir eşitlik değil, suçlunun fiiliyle mağdurda meydana gelen zarara yakın, işlenen suçun olabildiğince benzeri diye ifade edebilecek bir eşitlik anlayışını

---

[617] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/404; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/583; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/26, 29; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/347; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/318 ; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî'*, 2/236.
[618] Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/247.
[619] İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-fetâvâ*, 34/162-163; 28/379; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/318-321; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esaları*, 17.
[620] el-Bakara 2/194, en-Nahl 16/126 ve eş-Şûrâ 42/40. Bu âyetlerde denk bir ceza, mütekâbiliyet esasına dayalı misli mukabele vurgusu vardır.
[621] el-Bakara 2/194, en-Nahl 16/126 ve eş-Şûrâ 42/40.
[622] el-En'âm 6/152.
[623] İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-fetâvâ*, 34/162-163; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/318-321.

savundukları görülmektedir.[624] Eşitlikteki küçük kusurların sorumluluk (*teklif*) alanında olmadığını belirtmesi, doğal ve insani bir durum nedeniyle muâhaze edilmekten endişe eden hukukçuların manen rahatlamalarını sağlayacak bir yaklaşımdır. Hukuki kararlar vermek zorunda olan yetkililerin, güçleri yetmeyen bir şeyle sorumlu tutulmaları[625] sözkonusu olmamalıdır.

2. Müessir Fiillerde Eşitliğin Zorunluluğuna Dair Deliller

Amden işlenen müessir fiiller nedeniyle ceza infazında, faile, işlediği suç neticesinde mağdurda gerçekleşen hasardan eksik veya daha fazla kısas uygulanmamalıdır. Bu, kısasın özündeki eşitlik ilkesinin bir gereğidir.[626] Kısas cezası doğrudan benzerlik, eşitlik, denklik vb. anlamlarına gelen "*müsâvât*" ve "*mümâselet*" kavramlarıyla izah edilmiştir. Yargı kararı olmaksızın intikam amacıyla veya kan davasıyla öldürmeleri ifade eden "*se'r*" kavramı ile kısasın en önemli farkı eşitliktir. Çünkü se'r aşırıya (*muğâlât*) kaçarak öldürmedir.[627]

Fakihler sözkonusu eşitliğin gerekliliğini öncelikle naslardan istinbat etmişler diğer taraftan da aklen bunu teyit edecek çıkarım ve tespitlerde bulunmuşlardır. Uzuvlar konusunda eşitliğin muteber olduğunu göstermek üzere şu ayetlere yer verilmektedir.[628]

"*Biz Tevrat'ta İsrailoğullarına cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kuk, dişe diş kısas yapmayı yazdık/emrettik. (Bunlar gibi)Yaralamalarda da kısas vardır.*"[629] âyeti kısas ve diyet konularında Medine'de yaşayan Yahudi kabileleri arasında devam edegelen adâletsizliğe müdahele etmek üzere nazil olduğu bildirilmiştir. İnsanlar arasında sosyal statü ayrımı, kabileler arasında üstünlük farkı gözetilmeden cezalar âdilâne uygulanmalıdır. Mezkûr ayetin nesh edildiğine dair bir ifade bulunmayıp hükmünün genel (*âmm*) olmasına bakılınca *şer'u men kablenâ* olarak halen yürülükte olduğu âlimlerin genel kabulüdür. Kısasa konu organlar, sadece ayette zikredilen göz, kulak ve burundan ibaret olmayıp "üf" demeyi yasaklayan ayette olduğu gibi nassın delâletiyle (*celî kıyas/evlâ kıyas*) diğer organları da

---

[624] İbn Kayyım'ın çeşitli vesilelerle her açıdan tam bir eşitlik olamayacağına dair kullandığı bazı ifadeler: **"فأمر وفي العقوبة بجنس ما فعله تحر "**, **"فإن المماثلة من كل وجه متعذرة"**, **"بالمماثلة في العقوبة والقصاص فيجب اعتبارها بحسب الإمكان"**, **"للمماثلة بحسب الإمكان"**, **"وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه"** Bk. İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/318, 321.

[625] el-Bakara 2/286.

[626] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399-401.

[627] 'Ûdeh, *et-Teşr'i'u'l-cinâî*, 2/114; *el-Mevsûatü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 15/5, 8, 33/259; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/75.

[628] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/148; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399-401.

[629] el-Mâide 5/45.

şamildir.[630] Ayetin iniş sebebi aslında onun hedefini de belirlemektedir, kısas için eşitlik olmazsa olmaz şarttır.

"*(Göz, kulak vb. azalarda olduğu) yaralamalarda da kısas vardır.*" (el-Mâide 5/45) ayetindeki "*kısâs*" kelimesi, eşitliğin zaruri olduğunu haber vermektedir. Kısas infazında eşitlik sağlanabildiği ölçüde kısas yapılacağı aksi halde yapılmayacağı, bu bağlamda objektif bir kriter olarak kısasın eklem yerleri ile kayıtlanması gibi hükümler bu ayetten elde edilmişlerdir.[631]

"*Kim size saldırırsa siz de onun saldırısına dengiyle cevap verin.*"[632], "*Cezalandıracağınız zaman size verilen zarar kadarıyla cezalandırın.*"[633] gibi âyetler Müslümanlara, maruz kaldıkları zarar veya saldırıdan daha fazla karşılık vermelerini yasaklamakta, suç ve ceza orantısını gözetmenin takva ve adâlet gereği olduğu vurgusunda bulunarak İslâm hukukunun ceza stratejisini belirlemektedirler.

"*Kim bir kötülük yapmışsa kendisine sadece o kötülük kadar cezalandırılacaktır.*"[634] âyeti de aynı şekilde verilecek cezanın işlenen suça denk olması gerektiği mesajı vermektedir.

Kur'an'da haksız bir saldırıya uğrayan Müslümanların bu saldırıya el birliği ile cevap verebilecekleri izni verilmesinin hemen akabinde, uğradıkları zarardan daha fazla karşılık vermemeleri ve cezada ölçülü olmaları gerektiği bildirilmiştir. İlgili ayette "*Bir kötülüğün (haksız fiilin) karşılığı ancak ona denk bir cezadır. Haksızlığa uğramasına rağmen kim bağışlar (af) ve anlaşma (sulh) yolunu tercih ederse onun mükâfatı Allah'a aittir. Şüphesiz ki Allah (adâletten sapanları) zalimleri sevmez.*"[635] buyrularak mükelleflerin suç ve ceza dengesini korumaları emredilmektedir. Bu âyetle beraber yukarıdaki âyetleri de zikreden Şirbînî, kısas infazında eşitliğin muteber olduğuna ve mağdurun yüreğindeki intikam duygusunun soğumasının (*teşeffî*) eşitliği zorunlu kıldığına dikkat çekmektedir.[636]

Özellikle Hanefîlere göre müessir fiillerde kısas için eşitliğin gerekliliğini gösteren akli delil, organların mal hükmünde değerlendirilmesidir. Haksız bir fiille telef edilen malların tazmininde eşitlik zorunludur, bedendeki azalar da tazminde eşitliği gerektirmesi açısından

[630] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399-401; Karaman vd., *Kur'ân Yolu Tefsîri*, 2/279-282.
[631] İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, 4/190; Tûrî, *el-Bahru'r-râik*, 8/345; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/233-234, 448; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/316-317; Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/233-234.
[632] el-Bakara, 2/194.
[633] en-Nahl, 16/126.
[634] el-Mü'min, 40/40.
[635] eş-Şûrâ, 42/40.
[636] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/282.

böyledir. Hareme sığınan bir katilin, oradan çıkmadıkça kısas edilemezken organlara yönelik kısas gerektiren bir suç işleyen faile harem ve hill bölgesi fark etmeksizin kısas uygulanabilmesi; çocuğun vesayetini elinde bulunduran vasînin, organı telef edilen çocuk namına kısası infaz etme yetkisine sahip olması gibi örnekler de organların mal hükmünde olduğunu gösteren diğer fer'î meselelerdir.[637] Böylece mali olarak kıymeti eşit olmayan uzuvlar arasında kısas olmamayacağı, organların mal hükmünde kabul edilmesi ile açıklanmıştır. Buna dair diğer bir delil de, organlarda kısası hükme bağlayan el-Mâide 5/45 ayetinin genel (*âmm*) hükmünün, harbî ve müste'menlerin istisna edilmesiyle tahsise uğraması ve tekrar tahsise uygun hale gelmesidir. Zira âmm bir nass, herhangi bir muhassıs ile tahsise uğramışsa onun akabinde haber-i vâhidle ikinci kez tahsis edilmesi mümkün hale gelir. Bu kuraldan hareketle İmrân b. Husayn'a isnad edilen âhâd haberle mezkûr âyet tekrar tahsis edilmiştir. Haber-i vâhid olduğu bildirilen bu rivayete göre, fakir bir kabileye ait kölenin, zengin bir kabileye ait kölenin kulağını kesmesi olayında Hz. Peygamber kısas hükmü vermemiştir.[638] Somut olayda Hz. Peygamber'in kısasa hükmetmemesi, kölelerin değerlerindeki farka işaret kabul edilmiş olmaktadır. Değeri (*erş*) eşit olmayanlar arasında kısas cereyan etmemesi buradan kaynaklanmaktadır.

Dağcı, aynı somut olay üzerinde eşitlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde fakihlerin ihtilafına dikkat çeker. Bu çerçevede kısas uygulanan olayların uygulanmayanlara göre daha az olduğu saptamasında bulunur. Hiddetle ve ani olarak gelişen çoğu olayda sonuç eklem yerleri dışına zarar verebilmekte, baş bölgesindeki yaralamalar kemiğin altında veya üstünde olabilmektedir. Ayıca eşitlik kriterinde aşırı detaya inerek kısas yerine diyete hükmetmenin ceza siyaseti açısından sakıncalı olabileceği, art niyetli kişilerin suitimaline maruz kalabileceği, çoğu olayda kısas cezasının sakıt olabileceği, suça eğilimli kişilerin bu konuda uzmanlaşarak hileyle kısas gerektirmeyecek şekilde muhataplarına zarar vermeye başlamaları böylece suiistimal kapısının açılması gibi muhtemel problemlere dikkat çekmiş ve konunun her bir müstakil olayda adli tıp tarafından yorumlanarak ayrı ayrı hükme bağlanması

[637] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401.

[638] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/236-237. İbn Hümâm, burada usul açısından bir tenkitte bulunarak mensup olduğu mezhep ulemasına şu itirazı yapar: Tahsis, müstakil-mevsul bir nass ile gerçekleşirse âmm olan nassın tahsise uğramayan kalan kısmı zannî olur, bu doğrudur. Ancak muhassıs durumundaki nass, muttasıl değil ğayr-i mevsul ise âmm olan nassın tahsise uğramayan kısmı ilk hali üzere hala kat'îdir. Nitekim sözkonusu meselede tahsis edici nass olarak gösterilen harbi ve müste'menle ilgili rivayetler, muttasıl değildirler. Şu halde ilgili ayet ilk hali üzere hala kat'îdir ve zanni bir nass (İmran b. Husayn'dan gelen ahad haber) ile tahsis edilemez. Öyleyse meselenin izahı yukarıda olduğu üzere "tahsis" ile olmamalıdır. Zemahşerî'nin tefsirinde belirttiği üzere mesele kısas kelimesin etimolojisi ile açıklanabilir. Buna göre kısas kelimesi terim olarak eşitliği icap ettirmektedir. Dolayısıyla kısas sadece eşitliğin teorik ve pratik olarak bilinip mümkün olduğu olaylara hastır. Bk. İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/236-237. Ayrıca bk. Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 1/638.

ve eşitlik sağlanamadığı için kısastan vaz geçilmesi icap eden durumlarda hassasiyet gösterilmesi önerisinde bulunmuştur.[639]

Bu değerlendirmelerde haklılık payı yüksek olmakla beraber imam Şâfiî'nin getirdiği içtihadın yukarıdaki endişelerin önemli bir kısmının önünü alacak potansiyele sahip olduğu söylenebilir. Herhangi bir zaman diliminde kısasla ilgili hükümlerin suistimal edilip suçlarda artış yaşandığı görülürse en yakın eklem yerinden kısas infaz edilmek ve kalan kısmın maddi bedelini (*hükûmet-i adl*) ödettirmek[640] suretiyle caydırıcılık sağlanabilir. Ayrıca kısas yapılamadığı durumlarda ödettirilecek olan diyetle beraber tedbir amaçlı daha şiddetli ve caydırıcı ta'zîr cezaları yöneticiler tarafından gündeme getirilebilir. Bir diğer husus da önceden eşitlik temin edilemediği için kısas uygulanamayacağına hükmedilmiş kimi durumlarda, günümüz tıbbında kaydedilen ilerlemeler ve teknolojik gelişmelerin sağlamış olduğu modern yöntemlerin kullanılmasıyla artık kısas uygulanabilecek hale de gelecektir. Bir anlamda zamanın değişmesiyle ahkâmın da değişeceği ilkesine bu alandan çeşitli örnekler çıkacağı söylenebilir.

3. Müessir Fiillerde Kısasla İlgili Şartlar ve Eşitlik

Müessir fiillerde kısasın ugyulanabilmesi için bir takım şartlar aranmıştır, bunlardan en önemlisi eşitlik şartıdır. Öyle ki eşitliğin sağlanamadığı hallerde kısastan vazgeçildiğine dair çokça içtihat bulunmaktadır.

Failin (*cânî*) akil-baliğ olup yaralama eylemini kasten işlemiş olması yani ceza ehliyeti bulunması gerekir. Mağdur, katilin cüz'ü olmamalıdır. Kısas için aranan önemli şartlardan birisi de, kendisine karşı suç işlenen kişinin (*mecnî aleyh*) hukuken canı korunmuş (*ma'sûm*) bir kişi olması, suçlunun oğlu-kızı (*fürû'u*) veya kölesi (*mülkü*) olmaması gerekir.[641] Fiilin tesebbüben değil mübâşereten işlenmesi de diğer bir şarttır. Yaş itibarıyla küçüklerin, akıl hastalığı bulunan kişilerin ve fukaha arasında görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte ikrah altında bulunan kimselerin cezai sorumlulukları bulunmadığı için kendilerine kısas uygulanamaz.[642]

---

[639] Dağcı, *Müessir Fiiller*, 164-165:
[640] Mâverdî, *el-Havi'l-kebîr*, 12/158; Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/214, 216.
[641] Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi'*, 10/399-401; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 209-210; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 100. Kişinin fürû'una karşı işlediği suç, şahsi cezasızlık kapsamında değerlendirildiğinden faile kısas cezası uygulanmaz. Bk. Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 123.
[642] Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi'*, 10/399-401; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321.

Kısasla ilgili bu genel şartlara ilaveten vücut bütünlüğüne yönelik (*fî mâ dûne'n-nefs*) suçlarda kısas uygulanabilmesi için zikredilen diğer şartların da özellikle eşitlik ilkesi etrafında yoğunlaştığı görülmektedir.[643] Özel olarak doğrudan eşitlik ile ilgili şartlar şunlardır: 1. Fonksiyonel (menfaat) eşitlik 2. Erşte eşitlik 3. İnfazda (fiil) eşitlik. Bunlardan 1.'cisi, müessir fiil neticesinde hasar meydana gelen iki organ arasında fayda/fonksiyon (*menfaat*) eşitliği, 2.'si erş miktarı/değeri (*bedel*) bakımından eşitlik bulunması şartıdır.[644] 3.'cüsü ise, kısas cezasının infazı *(istifâ-i kısâs*) esnasında eşitliği temin etmenin mümkün olmasıdır.[645] Bu anlamda yukardaki koşullara göre eşitliğin yerine gelmemesi kısasa mani olur. Zira kısas tabiatı itibarıyla her açıdan eşitliği iktiza etmektedir.[646]

İbn Kudâme, müessir fiillerde kısas uygulanabilmesi için aranan şartları beş madde halinde zikreder: 1. Suçun kasten işlenmiş olması. 2. Mağdur şahsın (mecnî aleyh) suçluya (cânî) hukuken denk olması; denkliğin kriteri öldürme suçunda aralarında kısas yapılabilen kişiler olmaktır, aralarında kısas yapılamayan kişiler birbirlerine denk değildirler.[647] 3. Kısasa konu olan organların birbirine eşit olması; sağlıklı el ile felçli veya çolak bir el eşit değildir, parmakları tam bir el ile parmakları eksik veya extra parmağı olan bir el eşit değildir. Küçüklük büyüklük, incelik kalınlık, hasta veya sağlıklı kişinin organı olması gibi farklılıklar iki organın eşitliğine etki eden bir unsur değildirler. 4. Kısasa mahal organların isimlerinin eşit olması; anatomik olarak vücudun aynı yerinde bulunmayan sağ el ile sol, sağ elin parmağı ile sol elin parmağı, alt göz kapağı ile üst göz kapağı/sağ ve sol gözün kapakları, alt dudak ile üst dudaklar birbirlerine eşit değildirler. 5. Kısas infazında eşitliği sağlamanın mümkün olması; tam eklem yerinden kesmek suretiyle infazda haksızlığa meydan verilmemesi gerekir.

---

643 Avvâ, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 240; Dağcı, Şamil, "Kısas", *DİA,* XXV, 488, 490-493.

644 Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 210; Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, (md. 192), 62; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 338. Eşitlik şartının şer'an muteber olduğuna nastan delil olarak, el-Mâide 5/45 âyetinde yer alan "*cana can, göze göz*" ve "*yaralarda da kısas vardır*" ifadeleri zikredilmektedir. Akli delil olarak da, vücuttaki organların mal hükmünde olup mala benzediği üzerinde durulur. Organların görevi, canı korumak (*vikâye*) yönünden mal gibidir. Malın telef edilmesi durumunda tazminatta nasıl eşitliğe riayet ediliyorsa organların telef edilmesi halinde de eşitliğe riayet edilir. Hıll ve harem bölgelerinde organlara kısas yapılabilmesi, aynı şekilde -öldürmedeki kısastan farklı olarak- vasinin organlarda kısas yapabilmesi gibi hükümler, organların mal hükmünde değerlendirilmesi üzerine bina edilmiş hükümlerdir. Bk. Kâsânî, *Bedâi',* 10/399-401, 411, 426, 432; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı,* 210-211.

645 "*Ol şerâitten biri, istîfâsı mümkün olan misl olmaktır. Zira, istîfâsı mümkün olmayan, mislî-istîfâ mümteni' olduğundan zarûreten istîfânın vücûbu mümteni' olur.*" Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı,* 211.

646 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219. Eşitliğe dair âyetler için bk. el-Bakara 2/194; el-Mü'min 40/4, en-Nahl 16/126.

647 Öldürme suçunda aralarında kısas cereyan etmeyen kişiler arasında yaralama ve sakatlamada da kısas cereyan etmez. Buna göre, Müslüman ile kâfir, köle ile hür, baba ile oğul arasında müessir fiillerden dolayı kısas yapılamaz. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/297, 317. Ancak konu üzerindeki ihtilaflara bakıldığında İbn Kudâme'nin bir ilke mahiyetinde zikrettiği bu cümlenin bazı istisnaları olduğu söylenmelidir. Örneğin Hanefilerde hem öldürme suçunda hem de müessir fiillerde zimmi ile Müslüman arasında karşıklı kısas yapılabilir.

Suçlu eklem yerinden değil de başka bir yerden kesmiş ise aynı yerden kesmekte eşitliğin ihlali söz konusu olacağı için kısas yapılmaz. İbn Kudâme bu konuda bildiğimiz bir ihtilaf bulunmamaktadır, demiştir.[648]

Müessir fiillerde kısas için ileri sürülen şartların tamamının eşitlik merkezli olduğunu söylemek, yanıltıcı bir genelleme olmayacaktır. Nitekim konuyla ilgili aşağıdaki başlıklar ve bu maddelerle ilgili zikredilen örneklerde en önemli kriterin eşitliğin temini olduğu görülecektir.

a. Suçun Kasıtlı İşlenmiş Olması

Organlarda kısas yapılabilmesi için müessir fiil suçundaki manevi unsurun kasıt (*amd*) olması olması gerekir, suçun hataen işlenmesi durumunda kısas yapılmayacağına dair icma vardır.[649] Hataen işlenen bir suça kasıtla işlenen suçun cezasını vermek adâlete aykırı olacağı için fakihler, her türlü kısas davasında suçlunun niyetini tespit etmek üzere suçun manevi unsurunu araştırmışlardır.

Hanefîler ve Hanbelîlerden bazı âlimler müessir fiillerde şibh-i amdın amd hükmünde olduğunu ifade etmişlerdir. Çünkü bir organın telef edilmesi için belirli aletler zorunlu olmayabilir. Normal şartlarda kesici olmayan bir aletle de aynı sonuç (kesme/koparma) elde edilebilir. Sahabe arasında gerçekleşen bir olayda kadının biri, attığı tokat neticesinde muhatabı kadının ön dişlerinden birini kırar. Mağdur kadın, karşı tarafın af ve diyet talebini reddedince mesele Hz. Peygamber'e yansıtılır. Hz. Peygamber de bu olayda Allah'ın kitabında hükmün kısâs olduğunu belirtir. Kısâs kararının ardından mağdur yakınları suçlu kadını affederek kısâs haklarından vaz geçerler. Bu olayda dişin kırılmasına sebep olan hareketin tokat (*latm*) olmasına rağmen Hz. Peygamber tarafından kısâsa hükmedilmesi, müessir fiilerde şibh-i amdin amd hükmünde olduğunu göstermektedir. Lakin can/nefs konusu böyle değildir; tokat atma hareketi sonucunda ölüm gerçekeşseydi tokat, şibh-i amd unsuru kabul edildiğinden dolayı faile kısas cezası verilmeyecekti.[650] Hanbelîlerin çoğunluğu ise müessir fiillerde şibh-i amd unsurunu kabul eder ve şibh-i amdda kısâs yoktur derler. Normal şartlarda vücudu yaralamayan ufak bir taşla vurulma neticesinde yaralanma (*mûdıha* gibi) gerçekleşmişse bu şibh-i amd sayılır, kasıt olmadığı için kısas da uygulanmaz.[651]

---

[648] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321, 296-297, 317.
[649] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321; Behûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/282.
[650] Kâsânî, *Bedâi*', 10/427; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 8/334; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/547.
[651] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317.

Mâlikî mezhebinde organlara yönelik cinayetlerde kısâs için yaralamanın (*cürh*) düşmanca (*adâvet*) hislerle vurma neticesinde gerçekleşmiş olması şartı vardır. Düşmanlık hissi barındırmadığı için terbiye ve disiplin (*te'dîb*) amaçlı ya da oyun/şaka amaçlı vuruş neticesinde gerçekleşen yaralamalar dolayısıyla kısâs yapılmaz.[652]

Şafi'î mezhebinde amd ve şibh-i amd ayrımı yapılırak, organın amden telefinde kısas öngörülürken şibh-i amdda -mezhep içinde bazı tartışmalar bulunmakla birlikte- kısas gerekli görülmez. Genel itibarıyla yüz ve baş bölgesinde yaralanmaya (*şecce*) yol açacak derecede büyük olmayan bir taşla vurmak veya birine tokat atmak sonrasında bir yaralanma olayıyla karşılaşılmışsa bu şibh-i amd sayılır.[653]

İslâm ceza hukukunda suçlunun mağdur edilmesini önleyen ve eşitliği sağlayan önlemlerden birisi de, suçlunun kasdı (amd) ve taksirinin (hata) dikkate alınmasıdır. Bu açıdan bakıldığında İslâm ceza hukukunun eşitliği koruyacak tedbirlere diğer hukuk sistemlerine göre daha evvel başvurduğunu görürüz. Mesela henüz sübjektif sorumluluğun önem kazanmadığı ilk dönem Cermen hukukunda failin kusuruna bakılmaksızın, sadece meydana gelen zararlı neticeye göre sorumluluğun belirlenmesi yoluna gidilmiştir.[654]

b. Fail ile Mağdurun Hukuki Statü ve Diyet Bakımından Eşit Olması

Organlara yönelik işlenen suçlarda kısâs uygulanabilmesi için fail ile mağdurun hukuken eşit olmaları gerektiği şartı ile aslında mağdurun faile eşit olması kast edilmektedir. Fail ile mağdurun eşitliği meselesinin, kısasla ilgili aranan şartlar arasında en önemli tartışma alanı olduğu hemen göze çarpar. Nitekim fıkıh ekollerinin ulaştıkları farklı sonuçlar üzerinde bu durumun bariz bir etken olduğunu gözlemlemek mümkündür.

Kimler arasında kısas uygulanabileceği noktasında kişilerin hukuki statüleri belirleyici olduğu için müessir fiiller konusunda öldürme suçuyla ortak şartlar yanında müessir fiillere özel bir takım şartlar aranmıştır. Din farkı, hürriyet, cinsiyet ve ülke farkı gibi kriterlerin hangisinin belirleyici olması gerektiği üzerinde çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Nihayetinde tartışma, kimlerin kimlere eşit olup olmadığı üzerinden yürümüş ve hukuki durumun eşitliği kısas kapısını aralarken, kişilerin hukuken farklı konumlarda olmaları kısasa engel sayılmıştır.

Müessir fiillerde kısas yapılabilmesi için fail ile mağdurun hürriyet açısından aynı olmaları gerektiği şartı fıkıh ekollerinin ortak kabulüdür. İbn Ebî Leylâ, Müslüman olmaları

[652] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/25.
[653] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178.
[654] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 20.

durumunda hürriyet farkına itibar etmemiştir. Hanefîler cinsiyet birliğini kısas için aranan şartlar arasında zikrederken, din farkına itibar etmemişlerdir; din farkı durumunda önemli olan ismette eşitliktir demişlerdir. Canlarının hukuken korunmuşluğu daim (*müebbed*) olan Müslümanlarla zimmiler arasında kısas uygulanabilir. Cumhur ise Hanefîlerim tam aksine cinsiyet farkına itibar etmezken din farkına itibar etmiş, Müslümanlarla zimmiler arasında Müslümanlar lehine tek taraflı kısas yapılacağı içtihadında bulunmuşlardır.

Öldürme suçunda eşitlik şartını geri plana iterek ismet üzerine yoğunlaşan Hanefîler, cinsiyet, hürriyet ve din farkına göre kişileri ayırmayarak eşitlikçi bir tavır sergilemişlerdi. Ancak müessir fiillerde aksi bir tutum izlemiş ve ismetten ziyade kişilerin diyetlerindeki eşitlik şartına vurgu yapmışlardır. Bu tutum, onları diyet oranlarındaki farka bağlı olarak, organların diyeti konusunda kadınlar ve erkekler, hürler ve köleler eşit olmadıkları için aralarında kısas cereyan etmeyeceği noktasına taşımıştır.

Cinsiyet. Vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda, öldürme suçundan farklı bir tutum sergileyerek, cinsiyet ve hürriyet farkına itibar eden Hanefîlere göre taraflardan birisi erkek diğeri kadın veya birisi köle diğeri hür ya da her iki taraf da köle ise kısas cezası uygulanmaz. Zikredilen kişiler arasında kısas yapılmasına mani olan şey diyet oranlarındaki eşitsizliktir. Çünkü organlarda kısasın şartlarından birisi de suçlu ile mağdurun diyetlerinin eşit olmasıdır. Hanefîler burada iki mesele arasında benzerlik kurarak konuyu izah etmeye çalışmaktadırlar. Buna göre erkekle kadının, hür ile kölenin karşılıklı kısas edilememesi, sağlam organ karşılığında felçli (çolak) organın kısas edilmemesi ve parmak sayısı tam olan bir olan bir el karşılığında eksik parmaklı bir elin kısasla kesilememesi meselelerine benzetilmiştir ki bunlar bu konudaki asıl meselelerdir. Bilindiği üzere sağlıklı bir el ile felçli bir elin diyeti eşit değildir. Hanefîlerin diğer bir gerekçesi de organların mal yerine kaim oldukları noktasındaki ön kabulleridir. Mallar konusunda da (*misliyle veya kıymetiyle tazmin gibi*) eşitlik esastır.[655] Klasik eserlerde bu hususun, ednâ (konumca düşük) olana karşılık a'lâ (yüksek konumlu) olana kısas yapılmaz kuralı ile anlatılmaya çalışıldığı görülür.

Hanefîler dışındaki diğer mezhepler, öldürme suçundaki yaklaşımlarını müessir fiiller konusunda da koruyarak cinsiyet farkına itibar etmemişler; ancak hürriyet ve din farkının eşitliği bozduğunu ileri sürmüşlerdir. Müessir fiillerde kısas hususunda ilkesel bir tutum izleyen cumhur, öldürme suçu sebebiyle aralarında kısas cereyan eden kişiler arasında organlar konusunda da kısas cereyan edeceği görüşündedir. Öldürme suçunda karşıklıklı kısas

[655] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/426-427, 402; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/553-554; Bilmen, *Kâmûs*, 3/81.

yapılamayan şahıslar arasında burada da kısas yapılamaz; gayrimüslime karşı müessir fiil suçu işleyen Müslümana, köleye karşı müessir fiil suçu işleyen hür şahsa kısas yapılmaması, somut olaylarda mağdurun faile eşit olmaması yüzündedir. Çocuğunu öldüren anne ve babaya kısas yapılamaması da aynı kuralın gereği sayılmıştır.[656]

Hürriyet. Müessir fiillerde kısas yapılabilmesi için temel şartlardan birisi, tarafların diyetlerinin eşit olmasıdır. Dolayısıyla cinsiyette (kadın-erkek) olduğu gibi hürriyette de (köle-hür) organlarda kısasa mani olmasının asıl nedeni, hürrün diyeti ve kölenin kıymetinin farklı olmasıdır. Söz konusu diyet farklılığı kısasta zorunlu kabul edilen eşitliği bozmuştur.[657]

Din Birliği. Müslümanlık. Hanefîler, müessir fiillerde ileri sürdükleri diyette eşitlik şartına bağlı olarak Müslümanlarla zimmi vatandaşlar arasında karşılıklı kısas uygulanabileceği görüşündedirler. Müslüman hür kadınla zimmî hür kadın arasında da aynı şekilde kısas cereyan eder. Çünkü Hanefîlerde din farkı diyette eşitliği bozmamıştır. Ayrıca Müslüman ve zimmi sadece diyette değil ismet bakımından da eşit durumdadırlar.[658]

Mâlikîler ve fukahâ-i seb'a, Medîne ameline dayanarak Müslümana zarar veren gayrimüslime kısas uygulanmayacağı şeklinde içtihad etmişlerdir. Çünkü din itibarıyla *nâkıs* olan şahsın, dinen *kâmil* olan şahsa karşı olan suçu (cinayeti), eli çolak olanın eli sağlam olan kişiye karşı işlemiş olduğu suç hükmündedir. Bu benzetmeyle gayrimüslim olmaktan kaynaklanan manevî nâkısa, hissî nâkısa menzilesine indirgenmiştir. Şu halde aralarında kısas uygulanamayacağından dolayı gayrimüslim fail, mağdur durumdaki Müslümana diyet öder. Zararlı fiil neticesinde meydana gelen hasar, iz bırakara iyileşmişse hükûmet-i adl takdir edilir, eğer herhangi bir iz ve leke kalmadan iyileşmişse gayrimüslimin bu hukuksuz fiiline karşı Müslüman kişi lehine te'dîb (disipline etme) amacıyla ta'zîr hakkı tanınır.[659]

Hanefîlerin aksine Şâfiî mezhebinde müessir fiillerde kısas için tarafların diyetlerinin eşit olması şartı aranmamıştır. Buna bağlı olarak Müslümanın vücut bütünlüğüne zarar veren gayrimüslim vatandaşa kısas cezası uygulanır. Ancak bu durum karşılıklı değildir; Müslümanın bir zimmîye bedeni bir zarar vermesi halinde Müslümana kısas cezası verilmez.[660]

---

[656] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/547; Bilmen, *Kâmûs*, 3/84; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 101-108; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/491.
[657] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426-427.
[658] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 1/123; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/553-554.
[659] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî* 8/23; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/347-348.
[660] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178; Bilmen, *Kâmûs*, 3/84.

Hanbelîler, Müslümanla müste'men örneğinde olduğu gibi öldürme suçunda kural olarak, aralarında kısas uygulanmayan kişiler arasında organlarda da kısas uygulanmaz, demektedirler. Gayrimüslimi öldüren Müslümana kısas cezası verilemeyeceği gibi; gayrimüslimin bir organını telef eden (*kat'*), onu yaralayan (*kesr, cürh*) Müslümana müessir fiillerde de kısas cezası verilmez.[661]

Ebû Hanîfe'nin çağdaşı olup mezhebi kaybolmuş müçtehitlerden İbn Ebî Leylâ (v. 148/765) Müslümanların kanlarının birbirine denk olduğunu bildiren rivayet gereğince, hürriyet farkına itibar etmeyerek, kısas gerektiren bir müessir fiil varsa hür ile köle arasında karşılıklı kısas uygulanabilir, demiştir.[662] Bir başka deyişle köle mağdur ise kısas hakkında hürre denktir.

Aded. Fail ile mağdur arasında aranan denklik hususlarından birisi de sayı ile ilgilidir. Müessir fiillerde kısas gerektiren bir suç işlendiğinde failler birden fazla ise öldürme suçunda olduğu gibi tüm faillere kısas cezası verilip verilemeyeceği konusu fukaha arasında görüş ayrılıklarına sahne olmuştur. Bu ihtilafın arkaplanında yatan sebep ise mağdurla failler arasındaki sayısal eşitliğe itibar edilip edilmeyeceği meselesidir.

Ayrıntılarda bazı farklar bulunmakla beraber İshâk b. Râhûye ve Ebû Sevr de dahil cumhura göre, sayısal eşitliğe itibar edilmez; iştiraken suç işleyen faillerden birinin fiilinin diğerinden ayırt edilemeyecek şekilde olması durumunda her birine ayrı ayrı kısas yapılır. Faillerin fiilleri temyiz edilebiliyorsa her birine mağdura verdikleri zarara eşit olmak kaydıyla kısas uygulanması veya diyet ödettirilmesi gündeme gelmiştir. Hanefîlerin azalarda eştilik muteber olduğu için eşitlik yoksa kısas da yoktur tezine karşı cumhurun cevabı Hz. Ali'nin uygulamasıdır: İki kişi bir hırsız aleyhinde şahitlik ederler ve dava sonunda hırsızın eli kesilir. Daha sonra şahitler asıl hırsız buymuş diye ikinci bir şahsı getirirler ve "*Biz önceki şahitliğimizde yanılmışız*" derler. Hz. Ali bu kişilerin şahitliğini reddeder ve onlara hitaben "*Eğer bu işi kasıtlı yaptığınızı bilseydim, kesinlikle ikinizin de elini keserdim*" der. Somut olayda hırsızın bir eline karşılık Hz. Ali'nin, iki şahidin de elini kesme iradesi göstermesi, cumhurun bu olaydaki istidlal gerekçesidir.[663] İştirak halinde işlenen suç vücut bütünlüğüne

[661] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; Buhûtî, *er-Ravdu'l-mürbi'*, 1/641-642.
[662] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/167; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/247; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/491.
[663] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/25, 28; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/349; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178-179; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/414-415; Şihâbüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/282; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/292-293; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/560.

yönelikse eşitlik muteberdir diyen Hanefîlere itiraz amacıyla verilen diğer bir cevap da, eşitlik açısından nefs (can) ile azalar arasında bir ayrım yapılamayacağıdır.[664]

Hasen el-Basrî, İbn Şihâb ez-Zührî, Süfyân es-Sevrî ve Ebû Hanîfe ise iştirak halinde işlenen müessir fiillerde eşitliğe itibar edilerek asli ceza olan kısastan vaz geçilip diyet (her fail eşit oranda) ödenmesi gerektiği içtihadında bulunmuşlardır. Çünkü bir kişinin telef edilen organı ile birden çok kişinin organları arasında *zât*, *fiil* ve *menfaat* açısından eşitlik bulunmamaktadır. Bu üç eşitsizlikten sadece birisi bile kısas manisi olarak yeterli iken burada üçü de vardır. Somut olarak bir el ile iki el eşit olmadığı için zâti eşitlikten bahsedilemez. Kısasta vasıf eksikliği bile eşitliği bozduğu için kısasa mani olmuştur; hâlbuki sayısal anlamdaki somut (*zâtî*) eşitsizlik vasıf eksikliğinden daha önemli ve belirgindir. Buna göre sakat (*şellâ*) bir el, sağlam ele eşit olmadığı için kısas yapılamıyorsa bir ele karşılık iki ele kısas yapılmaması evleviyet kuralı gereğidir. Menfaat bakımından da bir kişinin eli iki kişinin eline eşit değildir. Yazı yazmak ve dikiş dikmek gibi birçok iş vardır ki bunlar genelde iki ele ihtiyaç duyar. Ayrıca iki elin yapacağı iş, tek elin yapacağı işten de fazladır. Suçun oluşumundaki fiil ve hareket açısından da eşitlik yoktur: İki kişinin iştirak halinde bir kişinin elini kesmeleri olayında her bir fail gerçekte mağdurun elinin bir kısmını kesmiş gibidirler. Bu olay, Şâfiîlerin de kabul ettiği üzere,[665] bıçağı iki kişiden biri bir taraftan diğeri de diğer taraftan sürerek el kesmeleri meselesine benzediği için iştirak sahiplerine kısas gerekmez. Zira her bir failin suçtaki etkisi belirlenebilir. Başka bir deyişle, elin bir kısmını kesen faile komple el kesme cezası vermek, kısasın asıl felsefesini teşkil eden eşitlik esasına aykırıdır. Bir ele karşılık iki el kesilebilir diyen cumhurun dayanakları arasında bulunan Hz. Ali'ye ait "*İkinizin de elini keserdim*" sözü ise şahitlikte hata eden kişilere yöneliktir; kaldı ki Hz. Ali'nin bu beyanında el kesme sözünü kendine izafe etmesine bakılırsa, bunun siyâseten ceza olduğu anlaşılmaktadır.[666] Bir rivayete göre Hanbelî mezhebi de Hanefîlerle aynı görüşü paylaşmaktadırlar.[667]

Diyette Eşitlik. Diğer üç mezhepten farklı olarak Hanefîler, organlarda kısas yapılabilebilmesi için diyette eşitliği özellikle şart koşmuşlardır. Bu şart gereği, cinsiyet

[664] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 4/32.
[665] Bu benzetme Şâfiîlere bir cevap ve gönderme (çelişkiye düştükleri) mahiyetindedir. Çünkü Şâfiîlerdeki bir görüşe göre, iki kişiden birinin bir taraftan diğerinin bir taraftan bıçağı hareket ettirerek mağdurun elini kesmeleri olayında, her bir failin suçunun temyizi mümkündür. Dolayısıyla failler sadece kendi suçları kadar sorumlu olacaklardır. Bu da Hanefîlerde olduğu gibi iki failin ikisinin de elinin kesilmeyeceği anlamındadır. Bk. Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178-179; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/22.
[666] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/137; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*', 10/404-405; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/355-356; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/292.
[667] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/560.

farkına bağlı olarak olarak, kadın ve erkeğin diyet farkının, kısasa engel teşkil ettiği düşüncesi ortaya atılmıştır. Hürriyet farkı nedeniyle köle ile hür arasında kısas yapılamaması da yine diyet oranlarındaki farklılık sebebiyledir.[668]

Hanefîlerde organlar açısından erkekle kadın arasında diyette eşitlik müteazzir olduğu için kısas yoktur kuralı benimsenmiş olmakla beraber mezhebe ait *vâkı'ât* türü eserlerde; kadın erkeğin elini keserse, erkeğe elinin diyetinden vazgeçerek kısas isteme hakkı tanınmıştır. Çünkü hak sahibi razı olduktan sonra kâmil (erkeğin eli) karşılığında nâkısa (kadının eline) kısas yapılabilir. Rıza varsa aynı durum, hür ile köle ve iki köle arasında da geçerlidir, denilmektedir.[669] Böylece kendi hakkının bir kısmından ferağat etmek kaydıyla diyeti yüksek olan mağdur için diyeti düşük olana kısas yapma yolu açılmıştır.

Hanefîlerde Müslümanlarla zimmi vatandaşların diyetleri organlarda da eşit görüldüğü için aralarında kısas uygulanabilir. Aynı şekilde hür bir Müslüman kadınla zimmî statüsündeki kitâbî kadının diyetleri ve kitâbî kadınların kendi aralarındaki diyetleri hep eşittir. Dolayısıyla diyetlerinde eşitlik bulunduğu için bu kişiler arasında, kısasla ilgili diğer şartların da bulunması koşuluyla, vücut bütünlüğüne yönelik bir suç işlenmesi halinde faile kısas uygulanabilecektir.[670]

Diyette eşitlik, Şâfiîlerde şart değildir. Köleler arasında, erkekle kadın arasında karşılıklı kısas yapılır. Müslüman için zimmîye, hür için köleye kısas yapılır, bu son ikisinin tersi halinde kısas yoktur.[671]

Kısasın temelinde eşitlik kuralından hareketle Hanefîler, şecce türü yaralamalarda kadınla erkek arasında, gerek organın fonksiyonu (*menfaat*) gerekse de kıymeti (*diyet*) açısından eşitlik olmadığından dolayı, aralarında karşılıklı kısas yapılamayacağını ifade ederler. Ancak mezhep içinde bu görüşe karşı itiraz ve istisnalar da yok değildir. Kafa ve yüz bölgesindeki yaralanmalarda sonuç sadece bu bölgedeki estetik kaybıdır; şecce dolayısıyla kafa bölgesindeki bir organın fonksiyon (*menfaat*) kaybı söz konusu değildir diyerek İmâm Muhammed, mûdıha gibi, kısasın cereyan ettiği şecce yaralamalarında erkeğin kadına kısas yapabileceği içtihadında bulunmuştur. Çünkü ona göre şecce nedeniyle yüzde oluşacak olan estetik kaybı erkek ve kadın için eşittir. Ama bir organın telef edilmesi böyle değildir; zira bir organın kaybı halinde vücut, hem fiziken hem de estetik açıdan hasar görmektedir ki bunun

[668] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426; Mevsılî, *el-İhtiyâr,* 5/30.
[669] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/255; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* 6/554.
[670] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/123; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* 6/553-554
[671] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178.

sonuçları kadın ve erkek açısından eşit değildir; erkek bu durumdan daha olumsuz etkilenecektir.[672]

Tırnaklarda kısas yapılmaması da yine erş bakımından tırnaklar arasında eşitliğin bulunmamasıyla ilintilendirilmiştir. Çünkü bu konuda şer'î bir belirleme bilinmemektedir, dolayısıyla tırnakların erşleri hükûmet-i adl yöntemiyle belirlendiği için bilirkişilerin takdiri esastır; bu takdirin de zan ve tahmine dayalı olması hasebiyle sonuç değişkenlik arz etmiş, neticede tırnakların değeri hakkında -kısasın mebni olduğu- eşitlik sağlanamamıştır. Eşitlik sağlansa bile bu zannîdir, şüpheden arınmış kesin bir belirleme değildir.[673]

c. Mahalde Eşitlik

Suçlu ile mağdurun organlarının anatomik olarak aynı olması (*mümâselet*) gerekmektedir. "Mümâselet" mahal ve kadrde eşitlik ifade etmektdir. Her iki organın sağlıklı olması da bu kapsamdadır. Mahalde eşitlik sağ-sol, alt-üst gibi konumla ilgili bir husus iken kadrde eşitlik hasarın hacim, boyut derinlik ölçüleriyle ilgili bir husutur.[674] Burada "kadr" denildiğinde müessir fiille gerçekleşen yaralanmanın ölçüleri kasdedilmiştir, suçlu ile mağdurun eli, gözü, kulağı vb organları arasındaki ölçü farklarına itibar edilmez.

Kısasta organların tecânüsü, eşitliği sağlamak için aranan en önemli şart olarak görülür. Kesilen bir ele karşılık başka bir organın, örneğin ayağın kesilememesi bu kural gereğidir. Müşterek özel isimde eşitlik yanında iki organ arasında cins birliği bulunduğunun en önemli göstergesi lokasyan birliğidir. Diğeri de fonksiyon (*menfaat*) birliğidir. İsimleri aynı konumları farklı iki organ arasındaki fonksiyon farkı bu organlar arasında tecânüs olmadığını gösterir. Kesici ön dişe karşılık küçük azı dişe, köpek dişine karşılık öğütücü azı dişe kısas yapılamaması da bu ilkeden kaynaklanır.[675] İki organın aynı cins olması: a. Vücuttaki konumu (sağ-sol, alt-üst), b. Organın icra ettiği fonksiyon (sağlıklı-sağlıksız) ile bilinir. Alt çenedeki kesici diş, üst çenedeki kesici dişle aynı cins değildir. İşaret parmağı ile serçe parmak arasında tecanüs yoktur. Aynı fonksiyonu icra etmeyen organlar aynı cins sayılmazlar, dolayısıyla aralarında eşitlik olmadığı için birbirlerine karşı kısas edilemezler. Mesela kesici dişlerle

---

[672] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554.
[673] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5650; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/98; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/427, 453; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/586.
[674] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135-136; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/188-189; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb fî fürûi'l-mezhebi'ş-Şâfi'î*, 12/261-262; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; Ebû Zehre, *el-'Ûkûbe*, 338; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221; Avva, *Fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 289. Organlarda (*etrâf*) icra olunacak kısasta, *yer/mahal birliği* kısasta eşitliği sağlama açısından önemlidir, zira sağ sola eşit değildir. Fakat diyette bu şart aranmaz, sağ ve sol farkı gözetilmez.
[675] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135-136; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401-402.

ezici/öğütücü dişler böyledir. İşlevleri farklı olduğundan dolayı aralarında cins birliği (*tecânüs*) yoktur; cins birliğinin bulunmaması da aralarında eşitlik (*mümaselet*) olmadığı anlamına gelir. Eşitlik olmadığı için de kesici dişe karşılık ezici/öğütücü dişe kısas yapılamaz.[676]

Aralarında tecânüs ve "sağ elin serçe parmağı" gibi özel isim benzerliği olan iki organ arasındaki küçüklük ve büyüklüğe, incelik ve kalınlığa, hastalık ve sağlık vb. ayrıntılara itibar edilmez, bunlar eşitliğe mani değildir. Zaten bunlara da itibar edilmesi durumunda kısas cezasının tamamen sakıt olup uygulanabilirliğinin yitirilmesi riskiyle karşılaşılabilir.[677]

Kısas uygulamasında eşitliğin temini açısından organların vücuttaki konumlarının aynı olması, organın vücutta bulunduğu yerin farklı olması ona farklı bir organ hüviyeti kazandırması nedeniyledir. Kısasta istenen eşitliğin temin edilememesi anlamına geleceği için organların konumlarının farklılığı, kısasa engel teşkil etmiştir. *Mi'yâr-ı Adâlet*'te organların bulunduğu yerin aynı olması şartı şöyle ifade edilmiştir: "*Bir tarafdaki uzuv için diğer tarafda olan uzuv kısas olunmaz. Mesela sol kol için sağ kol ve bi'l-'aks sağ kol için sol kol kısâs olunmaz. Kezalik, alt çenedeki bir diş için üst çenede ona muhâzî olan diş kısâs olunmaz. Ve bi'l-'aks, üst çenedeki diş için alt çenede ona mukabil olan diş kısâs olunmaz.*"[678]

Eşitlik açısından genel anlamda cins isim benzerliği değil, organın konumundan kaynaklı tür anlamında da eşitlik aranır. Cins anlamında parmak parmağa eşit olsa bile kısasın uygulanabilirliği açısından ayrıntılarda da eşitlik aranacağı için örneğin sol eldeki serçe parmağı yine sol eldeki serçe parmağına eşit kabul edilir ve bu eşitliğe bağlı olarak kısas yapılabilir. Aralarında eşitlik bulunmadığı için sol eldeki serçe parmağına karşılık sağ eldeki serçe parmağına veya işaret parmağına kısas uygulanamaz. Sonuçta vücutta aynı isim altında birden fazla bulunan organlar arasında isim benzerliği bulunması yeterli değildir; konumsal eşitlik ile bir organın, sağ-sol ve alt-üst gibi ayrıntılarda da benzerlik taşıması kast edilir. Buna göre sağ el, sol el; sol el de sağ el karşılığında kısas edilemez. Aynı şekilde alt göz kapağı, üst göz kapağı karşılığında; üst dudak alt dudak karşılığında eşitlikle ilgili ileri sürülen bu şart nedeniyle kısas edilemez.[679]

Şecce grubu yaralamalardan mûdıha'da da konumsal eşitlik önemlidir. Suçlu (*şâcc*), mağdurun (*meşcûc*) kafasının veya yüzünün önü, arkası, yan tarafı, alın bölgesi gibi neresinde

[676] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/402; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 342-344.
[677] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/350-35; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321.
[678] Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, (md. 199), 65.
[679] İbn Rüşd, *Bidayetü'l-mücteh*id, 4/190; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401-402; Râfi'î, *el-'Azîz*, 10/221; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321; Behûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/38, 3/285; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/28; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/314-315; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/350-351; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219-223.

yara oluşturmuşsa ancak o bölgeye kısas yapılabilir. Çünkü şeccede kısas yapılmasının en önemli sebebi kafa ve yüz bölgesinde oluşturulan estetik kaybıdır, estetik açıdan ön ve arka önemli bir fark oluşturur.[680]

Bu konuda fıkıh bilginlerinin nerdeyse tamamına muhalif görüş belirten İbn Şübrüme (v. 144/761), isim ve şekil (*sûret*) bakımından aynı olmalarını baz alarak telef edilen sağ ele karşılık sol ele kısas yapılabileceği içtihadında bulunmuştur. Ona göre, anatomik yapılarının aynı olması kısastaki eşitlik manası için yeterli bir gerekçedir, organın lokasyon ve fonksiyonuna (*menfaat*) bakılmaz. Dolayısıyla sağ ve solu bulunan çift organların birbirine karşılık kısas edilmeleri mümkün görülmelidir. Aynı durum ön kesici diş ile azı diş arasında da geçerlidir. Zeydiyye mensubu âlimlerden Hasan b. Sâlih (v. 168/784) ise benzer bir görüşü, aynı organın bulunmaması durumunda dile getirir; suçlunun kestiği parmağın aynısı kendisinde yoksa aynı elden (sağ ise sağ, sol ise sol; aksi olamaz) kesilen parmağın hemen yanındaki diğer parmak kesilir. Benzerinin yokluğu halinde bu uygulama, diş ve gözde de yapılabilir ama elde yapılamaz.[681]

İbn Şübrüme'nin bu konudaki dayanağı, "والعين بالعين"[682] ayetinin umumudur. Ayetin âmm olmasından hareketle organlarda esas olan, organın görev ve fonksiyonu (*menfaat*) değil anatomik yönden eşit olmaları esastır, demiştir. Buna göre ayet "*uzva uzuv*" demiş gibidir; sağa karşılık sol göze kısas yapıldığında "*göze göz*" kısas yapılmıştır ve maksat hâsıl olmuştur.[683]

Suça konu olan iki mahal arasında eşitlik olmalıdır denildiğinde organın adı ve mevzii gibi anatomik özellikleri açısından eşitlik olmaları kast edilmektedir. Bir diğer deyişle kısas cezası ancak suç ve cezanın maddi konularının eşit olması şartıyla uygulanabilir.[684]

Deliller. Müessir fiillerde organın mahalli açısından eşitliğin şer'an muteber ve bağlayıcı olduğunu gösteren naklî deliller arasında, "*göze göz, kulağa kulak, dişe diş …*" kısas yapılacağını bildiren (el-Mâide 5/45) ayetzikredilir. Hanefîler, mahalde eşitlikle ilgili aklî delil olarak, organların mal hükmünde olmasını gösterirler. Organların mal gibi nefsi/canı

---

[680] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/425.
[681] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/95; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/135; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/193; Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 11/215; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 342-343; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493. İbn Sîrîn ve Şerîk'in de bu konuda İbn Şübrüme gibi düşündükleri bilgisi için Bk. Hânî Sâî, *Mevsûatü mesâili'l-cumhûr fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 2/809.
[682] el-Maide 5/45.
[683] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/135; İbnü'l-Kattân, *el-İknâ' fî mesâili'l-icmâ'*, 2/278; İlkiyâ el-Herrâsî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/81; Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 11/215; Ceyhan, Mehmet, *İslam Hukukunun Oluşum Dönemi Müçtehitlerinden İbn Şübrüme'nin Hayatı ve Fıkhi Görüşleri*, 72-73
[684] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 122-123.

korumak üzere yaratılmış olması, organlarda kısasın hem hill hem de harem bölgesinde uygulanabilmesi, küçük çocuğun hukuki temsilcisi durumundaki vasînin, çocuğun mali haklarında olduğu gibi, çocuk namına kısası infaz edebilmesine dair fürû'dan örnekler, organların mal hükmünde görülmesinden kaynaklıdırlar. Öyleyse itlaf edilen tüm malların tazmininde olduğu gibi organların kısasında da sağ-sol, alt-üst anlamında mahalde eşitlik (mahalde birlik) zorunludur.[685]

Kısasın uygulanabilmesi için aranan şartlardan bir tanesinin organlar arasındaki fonksiyonel eşitlik olduğu ifade edilmişti. Mağdurun telef edilen organı ile failin kısas edilecek organının anatomik yönden de eşit bulunmaları; diğer bir deyişle suç ve cezanın maddi konularının eşit olmaları kısas için diğer şarttır. İki organın anatomik açıdan eşit olmaları, onların isim ve vücuttaki mevziinin aynı olmaları anlamına gelir. Buna binaen aralarında isim ve konum yönünden müsavat olmadığı için sağ el sol el karşılığında, sol el sağ el karşılığında kısas edilemez, serçe parmağı bir diğer parmakla kısas edilemez.[686] Aksi halde kısas teriminin etimolojisi ve hedefindeki eşitlik manası ihlal edilmiş olacaktır.

Suçlunun kısas yapılacak organı ile mağdurun organının fiziken aynı büyüklükte olmasının eşitlik açısından bir önemi yoktur. Organlar arasında fiziki ebata itibar edilmemesinin nedeni büyük ve küçük organın aynı fonksiyonu icra etmesidir. Suçlunun eli mağdurdan büyük olsa bile yine de kendisine kısas yapılır. Çünkü fiziki farklılık, örneğin, tutma fonksiyonu açısından iki el arasında bir fark oluşturmaz. Aynı şekilde büyük göz ile küçük göz arasında isim ve mahiyet itibarıyla bir fark bulunmamaktadır.[687]

Hanefilerde organlarda kısasa dair altı çizilen hususlardan birisi, kısas cezasında tarafların diyetlerinin ve menfaatlerinin eşitliğine mebni olmasıdır. Organlarda erkek ile kadın, köle ile hür arasında, sağlam elle çolak el arasında kısas yapılamaması bu şartın sağlanamaması nedeniyledir. Sağ ele karşılık sol ele, başparmağa karşılık işaret parmağına, üst dişlere karşılık alt dişlere, sol göze karşılık sağ göze kısas yapılamaması ise "menfaatlerin eşitliği" şartına mülhak kılınmıştır. Konum farkına bağlı olarak, örnek olarak zikredilen bu organlar arasında menfaat birliği bulunmamaktadır, her birinin ayrı bir fonksiyonu vardır.[688] Mezhepte iki türlü nâkısa olduğu söylenir; birisi organın engelli (*şelel*) olması gibi somut ve

[685] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399-401.
[686] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221; Avvâ, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 240; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/81. "*Etrâfdan ahz olunmaz, illâ misliyle ahz olunur. İmdi, yed ahz olunmaz illâ yed ile ahz olunur. Zira yedin ğayrı olan, yed cinsinden olmadığından yedin misli olmaz. Zira tecânüs, mümâseletin şartıdır. Dahî ricl bunun gibidir. ... ibhâm ahz olunmaz illâ ibhâm ile ahz olunur; vüsdâ ahz olunmaz illâ vüsdâ ile ahz olunur ...*" Bk. Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 211-212.
[687] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135-136; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/111; Bilmen, *Kâmûs*, 3/85.
[688] Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/104; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401-402.

gözlemlenebilir nakısadır. Diğeri de çift organlarda sağ ve sol tarafta bulunmak gibi hükmî nakısadır. Buna bağlı olarak nâkıs olana karşı kâmil olana kısas yapılamadığı gibi sağ-sol ve alt-üst gibi konum itibarıyla faklı olan organlarda da kısas yapılamaz.[689]

d. Organların Menfaat/Fonksiyon Kaybına Uğraması Halinde Kısas

Suça konu olan iki mahal arasındaki eşitlik denince, organın adı ve mevziine göre anatomik özellikleri açısından eşit olmaları yanında önemli diğer bir husus, bu organların sağlıklı veya engelli/sakat (*me'îb*) olmasına göre fonksiyonel açıdan da eşit olmalarıdır. Bu durum menfaatte eşitlik olarak da ifade edilmektedir. Kısasın eşitlik esasına mebni olması, işlenen suç sonucu telef edilen organ ile kısas yapılacak organın fonksiyonlarının eşit olması yanında kısas neticesinde meydana getirilecek fonksiyon kaybının da eşit olmasını zorunlu kılmaktadır.[690] "*Ol şerâitten biri, menâfi'de iki mahal beyninde, dahî iki fiilde, dahi iki erş beyninde mümâselettir. Zira mümâselet nefsin dûnunda olan şeyde mümkün mikdâr-ı mu'teberedir. İmdi mümâseletin in'idâmı kısâsın vücûbunu men' eder.*"[691] Dolayısıyla engelli (nâkıs, felçli, zâid unsur vb) bireylerle normal (sahîh, kâmil) bireyler arasındaki kısas meselelerinde, engellilik durumunun eşitliğe etkisi bu başlıkta ele alınacaktır.

Kısas, organın vücuttaki konumu ve icra ettiği fonksiyonu (engelli-engelsiz) itibarıyla eşit organlar arasında uygulanabileceği için çoğu fıkhi mesele, hangi organların birbirine eşit olduğu üzerine kurulmuştur. Suçlu ve mağdur merkeze alınarak sakatlık durumuna göre konu üç başlıkta tasnif edilebilmektedir.

d.1. Suçlunun engelli, mağdurun normal olması hali

Sakat (*eşell*) organa karşın sağlam (*sahîh*) organa kısas yapılmaz, tersi durumda da kısas yapılmaz, genel kanaat bu şekildedir.[692]

Kısas için zorunluluk arz eden en önemli şartlardan biri olan eşitliğin arandığı yerlerden bir diğeri de kısasa konu olan organla mağdurun organı arasındaki menfaat eşitliğidir. Organlar arasındaki mütekabiliyeti belirleyen ölçüt bu organların sıhhat ve kemâle ilişkin vasıflarıdır. Burada sıhhat, sağlıklı veya hasta olmaktan ziyade organın işlevselliğini

[689] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30.
[690] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135-136; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401-402; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/556; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221-223; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493.
[691] Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 210.
[692] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/193; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/314-315; Ebû Zehre, *el-'Ûkûbe*, 339; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 16/69-71, 26/207-209.

sürdürebilirliğidir; kemâl ise yaratılıştaki aslına uygunluğu, eksik ya da fazla bir unsur barındırmamasıdır.

Bir organın kesilip vücuttan koparılması (*kat', ibâne*) olayında kural olarak yok edilen organın hacim ve kabiliyetlerindeki farklılıklar dikkate alınmaksızın kısas uygulanır. Klasik literatürde sağlam bir el, felçli-çolak bir ele karşılık; parmak sayısı tam olan bir el, parmakları eksik olan bir ele karşılık; vücutta asıl olan bir parça (parmak), zaid olan bir parçaya (parmağa) karşılık kısas edilemeyeceği belirtilir. Ancak, incelik kalınlık, büyüklük küçüklük, kuvvetlilik ve zayıflık gibi farklılıkların kısas konusunda dikkate alınmayacağı da özellikle vurgulanır. Çok maharetli bir sanatkârın eliyle, acemi ve yeteneksiz, elinden pek iş gelmeyen sakar birinin eli de aynı şekilde eşitliği bozmadığı için kısasta bu tip farklılıklara itibar edilmez.[693] Böylece zikri geçen hususları eşitliğin tespitinde baz almanın doğru olmayacağı, aksi halden kısas uygulamasının sakıt olma tehlikesiyle karşılaşılacağı hatırlatılmış olur.

Organlarda kısasın sakatları çoğaltarak cemiyette iş kaybına yol açması, ceza felsefesi açısından kısasta ıslah değil intikam anlamının ağır basması ve kısasın bazı detaylarda eşitlik esasına aykırı olması gibi noktalarda çağdaş hukukçuların yönelttiği itirazlara cevap sadedinde Ebû Zehre şunları kaydeder: Her şeyden önce bu düşünce, suçluya acıyıp mağduru öteleyen bir düşüncenin ürünüdür. Kaldı ki caydırıcılığının yüksekliği itibarıyla kısasın varlığı bile suçu önlemeye yeteceği için kısas nadiren uygulanacak, böylece iş kaybı olmayacaktır. Öte yandan kısasın eşitlik esasına dayalı olduğu doğrudur, ancak söz konusu eşitlik, organların güç ve kuvvetinde değil normal fonksiyonlarını icra edebilmedeki (*selâmet*) eşitliğidir. Suçlu ve mağdurun organları arasındaki güç, kuvvet ve beceri farkları dikkate alınsaydı kısas cezası uygulama alanını yitirebilirdi. Buradan hereketle sağlıklı bir insan hasta bir kişiye karşılık, gözleri keskin birisi nisbeten daha zayıf gören birine karşılık kısas edilebilir. Aksi halde hukuk, sadece güçlüleri himaye edip onların zayıflar üzerinde otorite kurmasına izin veren bir yapı haline dönebilirdi.[694]

Suçlunun parmağı engelli. Suçlunun parmak sayısında anormallik (eksik-fazla vb) olup mağdurun normal beş parmaklı olduğu durumda Hanefîler, mağdura muhayyerlik tanırlar, dilerse hakkından ferâğat ederek suçluya kısas yapar dilerse de sağlam elinin tam diyetini alır. Muhayyerlik sunulmasının nedeni, suçlunun elindeki veya ayağındaki parmakların eksikliği sebebiyle eşit şekilde kısas yapılamayacak olmasıdır. Eşit kısas yapma

[693] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/,149, 157-158; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 16/69-71.
[694] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 310-311, 339.

imkânının olmadığı bu durumda eksik istîfâya rıza gösterip böyle de olsa kısas yapmak, mağdurun tercihine bırakılması gereken bir husustur. Muhayyerlik konusunda Hanefîlere iştirak eden Şâfiî ve (bir vecihte) Hanbelî mezhebi, beş parmağı olan mağdura, kısası tercih etmesi durumunda, bir parmağın erşini alabilme hakkı tanımışlardır. Çünkü kendisinin beş parmaklı normal eline karşılık suçlunun dört parmaklı eline kısas uygulanmıştır.[695]

Hanefîler, söz konusu içtihattaki muhayyerliği şöyle izah ederler: Mağdur pozisyonundaki normal ele sahip olan kişinin alacağı, esasında kendi eli gibi normal (*selîm*) bir eldir, oysa suçlunun eli sakattır ve mağdurun elinden vasfen geridedir. Dolayısıyla mağdurun her açıdan hakkını eşitçe (*misl*) alma şansı bulunmamaktadır. Mademki hakkını tam alamayacaktır, öyleyse eksik istîfâyı kabule zorlanılmaz; mağdura eksik de olsa kısas yapabilmesi veya kaybettiği organın tam diyetini alması arasında seçenek sunulur. Bu durum bir bakıma telef edildikten sonra, daha düşük kalitesi bulunabildiği halde aynı kalitede olanı piyasadan çekilmiş olan misli malın tazminine benzer. Bu olayda da alacaklıya, düşük kaliteli de olsa piyasadaki mevcut (*mislî*) malı almaya razı olması ya da telef edilen kaliteli malının kıymetini almayı kabul etmesi noktasında tercihler sunulur.[696]

Suçlu engelli, mağdur normal (sahihe karşılık eşell). Mağdurun sağlam eline karşın suçlunun felç veya çolaklık nedeniyle sakat olan eline gibi kısas yapılması mümkündür. Bu "kâmil olana karşılık nâkıs olana kısas vardır" diye de ifade edilebilir. Çünkü mağdur kendi hakkını eksik de olsa tahsil etmiş, eşitlikten kendi tercihiyle ferağat etmiştir. Bu meselede mağdurun rızası bulunmak kaydıyla Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezhebi aynı kanaattedir; mağdura kısas ve diyet arasında muhayyerlik tanınır, ya kısası ya da diyeti tercih eder, şu var ki kısas yapılmasını tercih etmesi halinde hakkının bir kısmından ferağat etmiş olacağı için bu eksikliği erş ile tamamlama yoluna gidilemez.[697] Hanbelî ekolünde bu durum, Müslümanın razı olması halinde zimmîye, hürün razı olması durumunda da köleye kısas yapılabilmesi meselesine benzetilmiştir. Hilkaten aynı olsa da çolak el vasfen normal elden nâkıstır, tıpkı zimmînin Müslümandan din bakımından vasfen eksik olması gibi. Şu halde vasfen kâmil olan mağdur, vasfen nâkıs olan suçluya kısas yaptığında, hakkının bir kısmından ferağat etmeye razı olmuş kabul edilir. Fail pozisyonundaki sakat kişiye kısas yapılması halinde kısas, kan kaybı veya sirayetle suçlunun ölümüne, sinir ve damarlarda hasar oluşturmak veya enfeksiyon

[695] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/149, 12/178-179; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/202; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/402-403; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/347; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; İbn Âbidîn, 6/536; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/405; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/265; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/557; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/285; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221-222.
[696] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/402-403.
[697] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/402-403; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 26/208.

(*hevâ'*) gibi nedenlerle başka organların telefine sebebiyet vermeyeceği hususunun uzman hekimlerce rapor edilmesi ise Şâfiî ve Hanbelî mezhebinin konu hakkında ileri sürdüğü özel bir şarttır. Çünkü bir organdaki sakatlık genelde başka hastalık veya sakatlıklara da sebebiyet verme potansiyeline sahip olabilir.[698]

Suçlunun sadece bir parmağının eksik olduğu durumda mağdura kısas yapabilme hakkı tanıyan imâm Mâlik, suçlunun iki veya üç parmağının eksik olması halinde çoğunlukla görüş birliği ederek (beş parmaklı) mağdura kısas ve diyet arasında muhayyerlik sunmuştur.[699] Birbirlerine denk (*mümâsil*) olmadıkları için mağdurun kâmil olan organına karşılık suçlunun nâkıs olan organına kısas yapılamaz diyen Mâlikî mezhebinde mağdur, hakkının bir kısmından ferağat etmeye razı olsa bile sağlıklı normal (*sahîh*) bir ele karşılık tüm işlevlerini yitirmiş tamamen sakat (*eşell*) olan bir ele kısas yapılamayacağı içtihadında bulunulmuştur.[700] Eşitlik olmadığı için kısas yapamayan mağdur, yok edilen sağlam organınan karşılık suçludan diyet alır. Güçlü olan görüş böyle olmakla beraber Mâlikî mezhebinde bu konuya dair üç görüş daha gündeme gelmiştir. İlki, diğer mezheplerde olduğu gibi kâmil lehine nâkısa kısas olabileceği görüşü; diğeri konunun devlet başkanın takdirine bırakılması; üçüncüsü de mağdurun kısas ve diyet arasında muhayyer bırakılmasıdır.[701] Âmâ bir şahsın, gözleri gören birinin gözlerini çıkarması durumunda da durum aynıdır, eşitlik olmadığı gerekçesiyle kısas yapılmaz.[702] Ancak mezhepte sakat bir organın kısmen de olsa bir işlevi varsa, tamamen sağlam olan organa karşılık kısmen sakat olan bu organa kısas yapılabileceği şeklinde bir istisna getirilmiştir.[703]

Ayıp ve kusurun suçlunun kısas yapılacak organında olduğu bu durumda Hanefîlerde kısas alacaklısı olan mağdura muhayyerlik yetkisi tanınmıştır; isterse kısası infaz ettirir isterse de kaybettiği sağlam organının diyetini alır. Kısas seçeneğinin tercih edilmesi halinde mağdur alacağını zorunlu eksik olarak almış olacaktır. Bu mesele, kaliteli ve iyi durumdaki misli malı telef edilen şahsın, tazmin zamanında malın piyasadan çekilmesi nedeniyle telef olan malının aynısı bulunamadığı için kalite bakımından daha düşük malı teslim almakla malın değerini ödettirmek arasında muhayyer kalması gibidir. Her iki durumda da rızaya bağlı eksik kabz sözkonusudur. Aynı olayda mağdurun sakat olan organa kısas yaptırdıktan sonra üstünü

[698] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/557; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/285; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/149; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/536; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/405; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/265; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221-222.
[699] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/32.
[700] Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/28
[701] Hattâb er-Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/245; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-i Halîl*, 8/16.
[702] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190.
[703] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/314-315; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221-222.

(geriye kalan hakkını) tazmin ettirmek suretiyle tamamlatması Hanefî ve Şâfiî ekol arasında ihtilaflıdır. Şâfiîler bunu, kısastaki eksik kabzın erşe intikali olarak değerlendirerek mümkün görürken Hanefîler mağdurun buna hakkı yoktur demişlerdir. Hanbelîler de Hanefîler gibi kısasa ilaveten diyet fikrini kabul etmemişlerdir; çünkü kısasla yok edilen sakat organ, her ne kadar sakat da olsa yaratılış itibarıyla sağlam ele benzer, aradaki tek fark vasıftaki eksikliktir.[704] Mâlikîler ise suçlu veya mağdur, taraflardan birini el veya ayağında sadece tek parmağı veya eksik olan bu tek parmağa ilaveten diğer bir parmağın da az bir kısmı eksikse bunu *naks-ı yesîr* saymış ve eşitliğe aykırı görmemişlerdir. Buna bağlı olarak mağdura muhayyerlik ve tazmin hakkı da tanımamışlar, tek seçenek olarak kısası sunmuşlardır. Fakat iki parmak ve daha fazlası eksikse o zaman mağdur, kısas ve diyet arasında muhayyer olur. Mağdur kişi, suçlunun organı kendisine nispetle eksik olmasına rağmen kısas hakkını kullanmış ise, kısasla beraber eksikliği telafi kasdıyla ayrıca suçludan tazminat olarak diyet alamaz. Aynı şekilde mağdurun dört parmaklı eline karşılık suçlunun beş parmaklı eline kısas yapılsa, hak ettiğinden daha fazlasını almıştır diye, telafi maksadıyla mağdurun suçluya bir parmağın diyetini ödemesine hükmedilmez. Çünkü Mâlikî düşüncesinde, el veya ayaktaki bir parmak eksikliği naks-ı yesîr olduğundan eşitlik bozulmamıştır. Dolayısıyla bir fiil, aynı anda hem kısas hem de diyet gerektirmez.[705]

Ahras dil, nâtık dil. Konuşamayan ahras bir dile karşılık nâtik bir dile, iktidarsız (*'innîn*) veya hadım edilmiş (*hasiyy*) bir erkeğin zekerine karşın sağlıklı-normal (*fahl*) bir zekere, dört ya da üç parmaklı bir ele karşılık beş parmaklı bir ele, üç parmaklı bir ele karşılık dört parmaklı bir ele kısâs yapılamaz. Bu örneklerin hepsinin aynı düşünce altyapısına dayandığı görülür; kısâs eşitliğe mebnidir, zikredilen örneklerde fonksiyonel eşitsizlik sözkonusudur. Bu örneklerde kısâs yapılması halinde mağdur hak ettiğinden fazlasını almış, eşitliğe riayet edilmemiş olur. Ancak kulakları sağır olan birinin dış kulağına karşılık kulakları sağlam olan birinin dış kulağına kısâs yapılabilir. Çünkü duyma yetisi kafatası içerisinde gereçekleşen bir ameliyedir, dış kulağın işlevi işitme hissinden ziyade vücutta bir güzellik ve estetik (*cemâl*) unsuru olmasıdır. Yine tırnakları kuruyup büzülmüş veya yeşermiş bir ele karşılık tırnakları normal ve sağlıklı olan kişinin eline kısâs yapılabilir. Bu durum, hayat sahibi olmakta eşit oldukları için hasta bir kişiye karşılık sağlıklı insana kısâs

[704] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/402; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/557; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/222-223. Bu olayda Hanefiler, iki mesele arasında benzerlik kurmuşlardır. Kural gereği telef edilen misli mala karşılık misli bir malla tazminde bulunulur. Ancak malı telef edenin elindeki mal kalitece düşük ve malı telef edilen şahsın daha kaliteli olup piyasada da benzeri bulunamıyorsa, alacaklı şahıs muhayyer olur. İsterse hakkının bir kısmından ferağat edip kalitece daha düşük olan diğer misli malı almaya razı olur isterse de telef edilen malının kıymetinin ödenmesini tercih eder. Bk. Kâsânî, *Bedâi'*, 10/402.

[705] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/315; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/254-255; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/222-223.

yapılmasına benzetilir.[706] Böylece bir organın işlevini yerine getirmesine engel olmayan küçük kusurların eşitliği ihlal etmediği anlatılmak istendiği söylenebilir.

Parmağın eklem yerinden kısmen yaralanması sonrasında henüz bu yara iyileşmeden ikinci bir darbe ile aynı parmak eklem yerinden tamamen koparılırsa iki olay hükmen tek kabul edilerek kısas yapılır. Aynı meselede birinci yaralama sonrası yara iyileştikten sonra aynı parmağın eklem yerinden koparılması halinde kısas yapılmaz. Bu hükmün gerekçesi, iki yaralama olayı arasına giren iyileşme nedeniyle ikinci olayın birinci olayın devamı sayılamayacak olmasıdır. Dolayısıyla tek değil iki müstakil olay ve hükümleri vardır. Buna bağlı olarak birinci yaralamadan dolayı kısas yapılamaz, çünkü parmağın eklem yerinden tam olarak ayrılmamış olması eşitliği imkânsız kılmaktadır. İkinci olayda da kısas yapılamaz, çünkü birinci yaralamanın etkisiyle sakatlanan veya fonksiyon kaybına uğrayan parmak sağlam parmağa eşit değildir; bu nedenle sakat kalan parmağa karşılık suçlunun sağlam eline kısas yapılamaz.[707] Görüldüğü üzere, hükmün gerekçesi iki organ arasında sirayet neticesinde fonksiyon bakımından meydana gelen eşitsizliktir.

Çoğunluğa göre hadım edilmiş hasiyy kimsenin testisleri için normal kimsenin testislerine kısas yapılamaz. İmâm Şâfiî'nin içtihadı kısastan yanadır.[708]

d.2. Suçlunun normal, mağdurun engelli olması hali

Fıkıh eserlerinde menfaatte eşitliği tespit etmek üzere çeşitli örnekler verilse de en yaygın örnek, el örneğidir. Mağdurun elinin sakat/engelli olup suçlunun elinin normal bir el olması meselesinde, nâkısa karşılık kâmile kısas yoktur kuralı benimsenmiştir. Çünkü kısas, eşitliğe dayalı bir ceza olup normal el ile engelli (*eşell*/*me'îb*) el arasında denklik yoktur.[709] Bu kural gereği, eşitlik sınırını aşarak mağdura hak ettiğinden fazlasını vermekten kaçınmak üzere mağdurun sakat olan eline karşılık suçlunun sağlam elinin kesilemeyeceği ifade edilir. Aynı durum ayak için de geçerlidir. Sakat da olsa vücutta fiziken bir görselliği (*cemâl*) bulunduğu için böylesine bir eli yok eden suçlu, mağdura hükûmet-i adl öder.[710] Kısasta "mümâselet" gereği, fonksiyonlarını yitirmiş bir organa karşılık fonksiyonları devam eden bir organa kısas yapılması, eşitliğin ihlali anlamına gelecektir. Şş Vücut azası sağlam (*kâmil*)

[706] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/556-557; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 122-123. Hasıyye karşılık hasıyy, 'innîne karşılık 'innîne menfaat itibarıyla eşit oldukları için kısas yapılır. Bk., Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/552.
[707] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/409.
[708] Maverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/184-185; Behûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/285; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 16/77-78; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 150-151.
[709] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/402; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/103; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/556-557; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/28; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/264-265; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 122-123.
[710] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/405; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahru'r-râik*, 8/381; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/221-222.

olan biri, vücut azası sakat/özürlü (*nâkıs*) olan birinin sakat organına zarar verse kısas cezası uygulanmaz. Sağlıklı (*sahîh*) bir ele sahip olan kişi, felçli (*eşel/şellâ*) bir eli kesse, mümâselet ihlal edilmiş olacağı için suçluya kısas cezası uygulanmaz. Yine mümâselet gerekçesiyle normal sağlıklı bir göze sahip bir suçluya, şaşı bir göze verdiği hasar nedeniyle kısas uygulanmaz.[711]

Hanefî ekolde yukarıda zikredilen hükümlerin, diyetleri farklı olan organlar arasında kısas yapılmaz, kuralıyla izah edildiği görülür. Bir el ile bir parmağın diyeti eşit değildir, buna göre ele karşılık parmağa, parmağa karşılık ele kısas yapılmaz. Diyet farkına tesir eden amillerden birisi de organın normal fonksiyonlarını sürdürüp sürdürmemesidir. Diyette eşitlik şartının yerine gelebilmesi ise bu organların *sahîh-eşell* ve *kâmil-nâkıs* gibi yönlerden aynı olmaları gerekir. Nâkıs olan azaya karşın kâmil olan aza kısas edilemez. Sağlık ve işlerlik açısından normal bir organla sakat ve özürlü bir organın diyeti eşit değildir, sözkonusu mali değer farkı dolayısıyla örneğin sağlam ve felçli iki organ arasında kısas cereyan etmez. Sağlıklı bir el karşılığında, parmakları eksik bir elin veya da mafsalları eksik bir elin kısas edilmesi de doğru değildir. Şu halde sağlıklı bir organ ancak sağlıklı bir organa karşılık olarak kısas olunabilir. Böyle olması, organların mal hükmünde değerlendirilmelerinden kaynaklanmıştır, organların mali kıymetlerindeki eşitsizlik, temâsülde de eşitsizliği gerektirmiştir.[712] Aynı şekilde eşitliğe aykırılığı gerekçesiyle, suçlunun fiiliyle yaşanan kısmi görme ve işitme kayıplarında olduğu gibi herhangi bir fonksiyonu kısmen izale edilen bir organa karşılık suçlunun aynı organının tüm fonksiyonu izale edilemez.[713] Hanefîlerde rengi, yeşile, sarıya veya kırmızıya dönmüş bir diş karşılığında sağlam dişe kısas yapılmaması da bu bağlamda örnek gösterilebilir.[714]

Şâfiî mezhebinde köleyi ölüren hürre, zimmîyi öldüren Müslümana kısas yapılamadığı gibi, mağdur rıza gösterse bile yine de kendisinin sakat (*eşell*) organına karşılık suçlunun normal (*sahîh*) organına kısas yapılamayacağı belirtilir. Mağdura, telef edilen engelli organının erşi ödenir.[715] Mezhep içerisinde bu durum, organlarda kısas için diyet bedellerindeki eşitsizlikle değil hür kimsenin köleye karşılık kısas edilmemesi örneği ile izah

---

[711] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/421; 399, 401, 426; Mevsılî, *İhtiyâr*, 5/30. "*.. Kezâ zâten sakîm veyahut zâid olan bir uzvun cerh ve kat'ında kısas lâzım gelmez. Meselâ, bir kimesne diğer kimesnenin çolak olan kolunu veyahut topal olan ayağını veyahut zâid olan parmağını veyahut sâğır olan kulağını veyahut çürük olan dişini amden cerh ve kat' eylese kısâs lâzım gelmez. Belki suver-i meşrûhada diyet veyahut hükûmet-i adl lâzım gelir.*"[711] Bk. Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, (md: 192), 62.

[712] Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/104; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399, 402; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30.

[713] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493.

[714] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/584-585.

[715] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/192; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/264-265.

edilir.[716] Mezhebin yaklaşımına göre konumca üstün hür kişi, kendisinden aşağı konumdaki köleye karşılık öldürülemez. Aynı şekilde sağlam bir el de, iş göremez vaziyetteki çolak elden daha üstün kabul edildiği için bu örnekte sağlam ele kısas yapılmaz.

Suçlu kâmil, mağdur zâid veya nâkıs parmaklı ise. El ve ayağında normal beş parmağı (*kâmil*) bulunan bir kişi, doğuştan genetik bir bozukluk sebebiyle normalden fazla parmağı (*polidaktili/zâid*) veya normalden az sayıda parmağı (*oligodaktili*) bulunan bir kişinin elini keserse Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre, aralarında eşitlik bulunmadığı için parmak sayısı normal olan suçluya kısas yapılamaz denilmiştir.[717] Suçlunun (*cânî*) kısasa razı olmasının da hükme bir tesiri olmaz. Çünkü 6. veya 7. zâid parmak, genelde elin kullanımını olumsuz etkileyen yapısal bir bozukluktur. Zaid parmağın kontrolü, gelişimi ve kişiye faydası kişiden kişiye değişen izafi bir durumdur. Dolayısıyla, zâid veya nâkıs parmakları bulunan mağdura kısas yetkisi vermek, suçluya hakettiğinden fazla ceza uygulanması anlamına gelecektir ki bu, kısastaki eşitlik ilkesine aykırıdır. Aynı durum, gerek ellerde gerek ayaklarda, parmaklarında hiç tırnağı bulunmayan veya eksik tırnaklı olan mağdur hakkında da geçerlidir; normal sayıda tırnakları bulunan faile kısas yapılamaz.

Hanefîlerde zâid parmağı olan birinin bu eli kesildiğinde, kesilen elin durumu incelenir; şayet zâid parmak elin tutma, kavrama gibi fonksiyonlarını zaafa (*vehn*) uğratıyor idiyse faile kısas yoktur, aksi halde faile kısas uygulanabilir.[718]

Bu meselede çoğunluktan ayrı hareket eden İmâm Mâlik, tek parmağın eşitliği bozmayacağı düşüncesinden hareketle, normal sayıda (beş) parmağı bulunan bir suçlunun, başparmak bile olsa bir parmağı eksik olan (dört) kişinin elini kesmesi durumunda suçluya kısas yapılabileceği içtihadında bulunmuştur. Kısas yapılması halinde farklılığı telafi etmek üzere (dört parmaklı) mağdur tarafından, beş parmağa sahip olan suçluya bir ödeme yapılması da gerekmez. Ancak mağdurun bir değil de iki veya üç parmağı eksik ise, normal beş parmağı olan suçluya kısas yapılamayacağı konusunda İmâm Mâlik de çoğunlukla aynı fikirdedir.[719]

Eşitlik bulunmadığı için mağdurun zaid dişinin (*hiperdonti*: diş fazlalığı hastalığı) çıkarılması halinde, suçlunun başka bir konumda zaid dişi varsa suçluya kısas yoktur.

---

[716] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178, 192-193; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/423; Râfi'î, *el-'Azîz*, 10/221, 227-228; İsnevî, *el-Mühimmât*, 8/173.
[717] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/402, 411-412, 426; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/179; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/202; Râfi'î, *el-'Azîz*, 10/238; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/284-285.
[718] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/411-412.
[719] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/32.

Suçlunun söktüğü zaid dişle aynı konumda kendisinin de zaid bir dişi varsa imâm Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre kısas yapılabilirken imâm Ebû Hanîfe'ye göre kısas yapılmaz.[720]

Bir şahıs, gözünde görme yetisi kısmen de olsa devam eden şaşı (*havel*) birinin gözünü çıkarırsa suçlunun sağlam gözüne kısas yapılabilir. Ancak söz konusu şaşılılık görmeye zarar verecek derecede ileri boyuttaysa arada eşitlik bulunmadığı için kısas yapılamaz, suçlu mağdur olan şaşı kişiye hükûmet-i adl öder. Bu meselede Ebû Yusuf, ilk seçenekteki hafif şaşılık da dahil şaşılığın derecesinin dikkate alınmayacağını belirterek mutlak surette kısas yapılamayacağı içtihadında bulunmuştur.[721]

Aralarında eşitlik (*müsâvât*) olmadığı için suçlunun sağlam bir gözü, mağdurun kör bir gözü karşılığında (sağlam bir el, çolak/felçli bir el karşılığında) kısas edilemez. Hakkını tam olarak almış olmayacağı için mağdura kısasla diyet arasında bir tercihte bulunmak üzere muhayyerlik tanınmıştır. Şu halde ister diyet alır isterse kısas uygulanmasını ister. Mağdurun kısas tercih ettiğinde hakkının bir kısmından ferağat etmiş, kendisinin tam organı karşılığında suçlunun eksik organına kısas uygulanmış olacaktır. Böylece eksik de olsa hakkını almış olur.[722] Kendi rızasıyla vasıftaki hakkını da sakıt etmiştir.[723]

Bu olayda, mağdur kişinin kısas istemesi halinde hakkını tam olarak alamayacağı ifade edilmişti. Dolayısıyla kısas cezası ile eşitlik sağlanamamıştır. Bu nedenle failin sakat organına kısas yapıldıktan sonra, mağdurun eksik kalan hakkının tazmin suretiyle telafi edilmesi mümkün olabilir mi sorusuna Hanefiler, olumsuz cevap vermişlerdir. Hanefilere göre bu durumda mağdurun, eksik kısmı tazmin ettirmeyi isteme hakkı yoktur. Ancak Şâfiîler, bunun mümkün olduğunu belirtmiştirlerdir. Çünkü, mağdurun uğradığı zarar karşılığında eşit şekilde kısas hakkı bulunmaktadır. Failin sakat organına kısas yapılmasıyla eşitlik sağalanabilmiş ve mağdur hakkını tam olarak alabilmiş değildir. Bu nedenle İmam Şâfiî, kısas infaz edildikten sonra mağdurun geriye kalan hakkını tazmin ettirme hakkı olacağını kabul etmiştir.[724]

Bir başka örnek; iki gözü de sağlıklı ve sağlam olan bir kişi, tek gözlü (*a'ver*) birinin gözünü çıkarsa Mâlikîlere göre tam diyet, Hanefî ve Şâfiîlere göre ise yarım diyet gerekir. Mâlikîlere göre tam diyet gerekmesinin sebebi bu kişinin tek gözünün sağlam iki göze tekabül

[720] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/228.
[721] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/421; 399, 401, 426; Mevsılî, *İhtiyâr*, 5/30; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551.
[722] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/31-32; Meydânî, *el-Lübâb*, 533; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/81.
[723] Buradaki mesele bir yönüyle misli mallara benzetilmiştir. Şöyle ki, bir kişinin elindeki yeni bir misli mal telef olduktan sonra, zaman içinde bu mal insanlar arasında tedavülden kalkıp kullanılmaz hale geldiği için aynı kalite ve yenilikte mal bulunamasa, sadece eskisi bulunsa, bu kişi ya eski malı almaya razı olacak ya da malın yenisinin kıymeti neyse onu almaya razı olacaktır. Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 212-213.
[724] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/402-403; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 213.

etmesidir. Çünkü bütün görme duyusu bu tek gözle gerçekleşmektedir.[725] Mâlikî ve Hanbelî mezhebinde mağdura muhayyerlik tanınarak hem kısas yetkisi hem de tam diyet alma yetkisi tanınmıştır. Ancak bununla beraber Hanbelî mezhebinde güçlü olan görüş, *a'ver* durumdaki mağdurun, önce çıkarılan gözü için -sağ veya sol hangisi ise misliyle- kısas yapması sonra da hakkının geri kalanını yarım diyet alarak tamamlamasıdır. Hanbelîler, bu içtihatlarına gerekçe sadedinde şu izahta bulunurlar: Bir göze karşılık iki göz, ya da sağa karşılık sol göz kısas edilemeyeceği için zorunlu olarak hangi göz telef edilmişse eşitlik gereği mukabiline kısas yapılır. Ancak suçlu, mağdurun görme fonksiyonunu tümden bitirdiği için mağdur, suçlunun tek gözüne yapılan kısasla hakkının tamamını almış olmaz. Kısastan sonra eksik kalan kısım, görme fonksiyonunun yarısına tekabül eden yarım diyetle telafi edilir.[726] İbn Rüşd de bu görüşü makul ve isabetli bulduğunu beyan etmiştir.[727]

Aynı olayın tersi yaşanarak tek gözlü (*a'ver*) bir kişi, iki gözü de sağlam olan kişinin bir gözünü çıkarırsa Hz. Ömer ve Hz. Osman'a nispet edilen görüşe göre suçluya kısas yapılmaması gerekir. Bu olayda suçluya kısas yapılması halinde mevcut olan tek gözünü kaybederki bu, bütün görme duyusunu kaybetmesi demektir. Mağdura verdiği kısmi görme zararına karşılık kendisinin bütün görme duyusunu yok etmek eşitsizliktir. Bu nedenle kısas yerine telef ettiği gözün diyeti ödenmelidir. Hz. Ali ve imam Şâfiî'ye göre "*göze göz*" ayetine istinaden kısas yapılmasında bir sakınca yoktur. İmam Mâlik ise mağdura muhayyerlik tanımıştır; dilerse mevcut tek göze kısas yapar dilerse de tam diyet alır. Hanefilerde de mağdura kısas seçeneği sunulmuştur; diğer bir seçenek ise mezhebin kuralına istinaden tarafların kendi aralarında bir bedel üzerinde sulh olmalarıdır.[728]

d.3. Suçlunun da mağdurun da engelli olması hali

Hem suçlunun hem de mağdurun organları sağlıklı ve normal (*sahîh*) ise iki sakat organ arasında menfaat bakımından eşitlik bulunduğu için kısas yapılabileceği konusunda bir ihtilaf görülmez. Ancak her iki organın da felçli-çolak (*eşell*), sakat olması halinde kısas açısından eşitlik temelinde görüş ayrılıkları yaşanır.

---

[725] İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/133.
[726] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/331.
[727] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190-191; İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 22/133; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 31/41.
[728] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/132-133; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/191-192; İbn Bezîze, *Ravdatü'l-müstebîn*, 2/1219. Abdurrahman b. Kasım'ın rivayetinde İmam Mâlik'in görüşü imam Şâfiî ile aynıdır: Suçlu (*a'ver*), mağdur kişiye telef ettiği tek gözün diyetini (yarım diyet) öder. Zira mağdurun diğer gözü sağlam ve aktif durmaktadır. Bk. İbn Rüşd, *a.g.e.*, 4/191-192.

Eşell-eşell kısas yoktur. Suçlu ve mağdur, her iki şahsın da anormal parmaklarının olduğu bir elin kesilmesi olayında imâm Ebû Hanîfe ve imâm Muhammed, suçlunun eline kısas uygulanamayacağını söylemişlerdir. Çünkü eldeki zâid parmaktan dolayı oluşan kusurun (ayıp-nâkısa) derecesi bilirkişilerin tespit ve teşhislerine göre farklılık arz edecektir, bu da suçlu ve mağdurun ellerindeki kusur (sakatlık) derecelerinin eşit olamayacağını ifade eder. Teknik bulgulara göre kusur oranının eşit olduğu söylense bile bu da zan ve tahminden ibaret olacağı için gerçek bir eşitlikten bahsedilemez. Dolayısıyla mağdura telef edilen eli için erş olarak hükûmet-i adl ödenir. Ebû Yûsuf, zâid parmaklı olmaları açısından her iki el de eşit kabul edileceği için kısas yapılabilir, demiştir.[729]

Kendi elinde zâid parmağı bulunan bir kişi, yine kendisi gibi zâid parmağı bulunan bir şahsın zâid parmağını keserse Hanefî imamların tamamına göre suçluya kısas yapılamayacağı belirtilir. Çünkü kalıtsal bir bozukluğu ifade eden fazla parmak, elin fonksiyonlarını kısıtlayan bir kusurdur. Titreyen zayıf yapısı (*mütezelzil*) ve kontrolü güç olan bu parmak sebebiyle kısas yapılmaz. Çünkü bu kusurun maddi bedeli ancak zan ve tahminle bilinebilir, nasla tayin edilmiş bir erşi bulunmadığından hükûmet-i adl ödenir. Sabit bir erşi olmayıp hükûmet-i adl ödenmesi, iki organın diyetlerinde eşitliğin olmadığını gösterir.[730] Organlarda kısasın şartlarından birisi de, organların diyetlerinin eşitliğidir, aksi halde kısas yoktur.

Hanefîlerin bu meseleyi ele aldıkları zemin şöyledir: İşlediği suç neticesinde sağ eli bileğinden kesilen bir kişinin, bu olaydan bağımsız olarak, daha sonra bir başkası tarafından uğradığı saldırıda kolu dirseğinden koparılırsa suçluya kısas yapılıp yapılamayacağı meselesidir. İmâm Züfer'e göre, dirsek eklem yerinden kesildiği için eşitliği sağlamakta bir zorluk olmayacağından dolayı suçluya kısas yapılabilir. Bu olayda Züfer dışındaki diğer Hanefî imâmlar, suçluya kısas yapılamayacağını söylerler, çünkü her ne kadar mağdurun kolu dirsekten kesilmişse de, daha önce kısasla eli bilekten kesilmiş olduğu için, kesilen dirseğinde, el ve bilek kısmı bulunmamaktadır. Dolayısıyla suçlu ile mağdurun dirsekleri eşit değildir, zira mağdurun daha önce işlediği suçtan dolayı bileğinin (kısasla) kesilmesine bağlı olarak bilekten yukarısının da (*sâ'id/*الساعد) zayıflaması ve gücünü kaybetmesi kaçınılmazdır. Koldaki bu sakatlık durumu için takdir edilmiş sabit bir erş bulunmamasına binaen bu kol için hükûmet-i adl ödenir. Böylece suçlu ile mağdurun mal hükmünde kabul edilen organlarının (dirseğe kadar kollarının) diyet miktarları farklılaşmıştır, kural olarak diyetleri eşit olmayan

[729] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/411-412.
[730] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/411-412.

iki organ arasında da kısas yapılamaz. Kerhî'ye göre imâm Ebû Yûsuf, kısas uygulanacağı noktasında imâm Züfer'le aynı kavil üzeredir.[731]

Suçlu ve mağdur, her iki tarafın da parmak sayılarında anormallik (eksik, fazla) bulunması halinde Hanbelî mezhebi, tarafların parmaklarında zât ve sıfatta eşitlik varsa suçlunun eline kısas uygulanabilir demektedir. Ama tarafların zâid parmakları arasında bu iki açıdan eşitlik yoksa kısas uygulanmaz. Örneğin mağdurun zâid parmağı başparmak olup suçlunun zâid parmağı başka bir parmakta ise zât itibarıyla eşitlik olmadığından dolayı kısas yapılamaz.[732]

İmâm Züfer hariç Hanefîler ve imâm Mâlik, iki sakat organ arasında çolaklık ve felçlilik durumunun kişiden kişiye değişkenliğine dikkat çekerler, buna bağlı olarak engellilik oranı açısından tam bir eşitlik bulunmayacağı gerekçesiyle kısas yapılamayacağını belirtirler. Özellikle Hanefîlerin bu içtihatlarındaki önemli gerekçelerinden biri de, organları mal hükmünde kabul etmeleridir. Çünkü kısas için her şeyden önce ilgili organların diyetlerinin eşit olması gerekmektedir. Sakatlığın oranı ve bedene etkisinin kişiden kişiye değişkenlik arz edecek olması, tarafların organlarının değerinde farklılıklara sebep olacaktır. Sonuçta suçlu ve mağdurun engelli organlarının maddi bedelleri (*hükûmet-i adl*), ancak zan ve tahmine dayalı olarak takdir edileceğinden gerçek manada bir eşitlikten bahsedilemez. İki organın bedeli zahiren eşit olsa bile bu eşitlik, zanna dayalı olduğu için vehmîdir ve kesin değildir.[733] Kısas gibi önemli bir hüküm, böyle zayıf bir zan üzerine bina edilemez.

Eşell-eşell kısas vardır. Şâfiîlerin çoğunluğu, Hanbelîler ve Hanefîlerden imâm Züfer, sakat el ve ayak örneğinde olduğu gibi sakat (*eşell*) organlar arasında belli koşullar altında kısas yapılabileceğini düşünmektedirler. Sakatlık oranlarının ve sakatlığın mahallinde benzerlik olması, kısas yapılınca sakatlığın ilerlemeyecek olması, kanın durudurulabilecek olması gibi hususların adil ve uzman hekimlerce rapor edilmesi sözkonusu şartlardandır.[734] Çoğunluk böyle düşünmekle beraber bazı Şâfiî hukukçular, Hanefî ve Mâlikîler gibi, engelli iki organ arasında her ne kadar eşitlik bulunsa da kısasın infazında eşitlik sağlanamayacağı için kısas olmayacağı içtihadında bulunmuşlardır. Bu görüş sahipleri gerekçe olarak, sakatlığı

[731] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/411-412. Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf arasında benzeri bir görüş ayrılığı, elinde fazladan (6. veya 7.'nci) parmağı bulunan birinin yine kendisi gibi fazladan parmağı bulunan birinin elini kesmesi olayında görülür. Tarafeyne göre bu meselede kısas değil hükûmet-i adl gereklidir, Ebû Yusuf'a göre ise iki el arasında eşitlik olduğu için kısas yapılmalıdır. Benzer örnekler için bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/411.
[732] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/555; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/346.
[733] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/412-412; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/381; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1/149; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/222.
[734] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/265; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/285.

bulunan organların kısasla alınması durumunda tıbbi olarak hastalığa sebep olan faktörün tüm bedene sıçrama ve yayılma riski barındırdığına dikkat çekmişlerdir.

İki organın sakatlıklarının her açıdan tamamen eşit olması şartıyla, cumhura katılarak, kısas yapılabileceği fikrini beyan eden imam Züfer, sakatlık oranına göre şu ayrıntılara yer verir; tarafların sakatlık oranları eşit olmayıp -el örneğinde- mağdurun elinin sakatlığı (*eşell*) suçlunun eline nisbeten daha azsa kendisine hem kısas hem de diyet seçeneği tanınır. Mağdurun elindeki sakatlığın daha fazla olduğu aksi durumda ise mağdura kısas hakkı verilmez, sadece diyet hakkı verilir.[735] İlk durumda mağdur kısası tercih ettiğinde hakkının bir kısmından fedakârlık etmiş olmaktadır. İkinci durumda ise mağdura kısas hakkı tanınması, hak ettiğinden daha fazlasını almak manasına geleceği için buna müsaade edilmemiştir.

e. İnfazda Eşitliğin Sağlanabilirliği Açısından Kısas

Müessir fiillerde kısas yapılabilmesi için suçlu ile mağdurun organlarında mahal birliği bulunması şarttır. Mahal birliği, organın isim, konum ve anatomik özellikleri bakımından eşit olması demektir. Buna göre burun için kulağa, sağ göz için sol göze kısas yapılamaz. Diğer bir şart, menfaat birliğidir; bu, suçlu ve mağdurun organlarının işlevsel olup olmamasına göre fonksiyonel açıdan eşit olmaları anlamına gelmektedir. Çolak el için sağlam ele kısas yapılmaması bu şart nedeniyledir. Bu ikisini tamamlayıcı nitelikte diğer bir önemli koşul ise kısas cezasının infazında eşitliği sağlamanın mümkün olması anlamında fiilde eşitliktir; diğer bir deyişle, suçun bedende gerçekleştirdiği hasar ile kısasın gerçekleştireceği hasar eşit olmalıdır. Bu husus klasik fıkıh literatüründe çoğunlukla "*et-temâsül fi'l-fi'l*" şeklinde karşılık bulur. Görüleceği üzere hepsinin kesişme noktası eşitlik temasıdır.

Mahal ve menfaat birliği aynı zamanda iki organın diyet (erş) miktarının da aynı olması anlamına gelmektedir ki, diyette eşitliğin Hanefîlerde müstakil bir şart olduğu daha önce ifade edilmişti.[736] Cinsiyet ve hürriyet gibi bir nedenle suçlu ile mağdurun diyet miktarlarındaki oransızlık kısas manisi sayılmıştır.

Eşitliğin sağlanması için bakılacak ölçütlerden birisi "*tecânüs*: hemcins" olmaktır, bu nedenle cins tespiti önemlidir. Elin hemcinsi yine bir eldir, ayağınki ayak, parmağınki parmak, gözünki göz, burnunki burundur. "İki şeyin fonksiyonlarının farklı olması, cinslerinin de farklılığı anlamına gelir" kuralı gereğince cinsleri aynı olmayan organlar arasında kısas cereyan etmez, çünkü eşitlik yoktur. Mesela ele karşın elin cinsi olmayan başka bir organ ya

[735] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/412.
[736] Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/104.

da serçe parmağına karşın başparmak kısas edilemez. Çünkü her bir parmağın görev ve fonksiyonu (*menfaat*) ayrıdır dolayısıyla cinsi farklıdır, ayrı organ gibidir. Sağ elle sol el, sağ göz ve sol göz, azı dişi ile köpek dişi diş, kesici diş ile küçük azı diş vb., aynı gerekçeyle yani ihtilâf-ı cins halinde eşitlik olamayacağı ve ayrı bir organ olarak değerlendirileceği için karşılıklı kısas edilemezler.[737]

Müessir fiil nedeniyle uygulanacak olan kısas cezasının infazında eşitliğin bilinmesi ve eşitliği sağlamanın mümkün olması gerekmektedir. Aksi halde kısastan vazgeçilir.[738] Kısasın eşitlik ve ödeşme (المقاصَّة) şeklindeki kelime manası da bunu zorunlu kılmaktadır.[739] Kısasta eşitlik ve adâletin esas olması, faile infaz edilecek cezanın, mağdurun uğradığı bedensel zarardan daha ağır bir zarara yol açmamasını zorunlu kılar. Faile infaz edilecek cezanın onun mağdura verdiği zarardan daha az olması da eşitsizliğin diğer bir boyutudur. Eksik istîfâ, mağdurun intikam duygusunu bastırmayacaktır, dolayısıyla kabul edilemez.[740] Verilen zarara dengiyle cevap vermeyi emreden ayetler, infazda aşırılığı yasaklayarak eşitliği gerekli kılar.[741]

Eşitliğin sağlanamadığı hallerde kısasın sakıt olması sadece organlarda kısas için söz konusudur, öldürme suçunda kısasta eşitliğin sağlanamaması gibi bir tartışma yaşanmaz. Zira eşitlik, vesilede değil (öldürmede kullanılan araç) neticededir ki o da mağdurun öldürülmesine mukabil failin öldürülmesidir. Asli ceza konumundaki kısasın sakıt olduğu durumlarda (şüphe, şartların oluşmaması vb nedenler) mağdura ödenen diyet ise manevi kısas hükmünde değerlendirilmiştir. Mali yönü ağır basan diyet bu durumda bedeli (tebe'î) cezadır.[742]

Suç fiiliyle infaz fiili arasındaki eşitliğe ilişkin olarak İbn Kudâme tarafından yapılan açıklama adeta bir ilke mahiyetindedir: Suçlunun bedenindeki hukuki korunmuşluk/*ismet* hali, işlediği suç oranında kaldırılmıştır. İşlediği suçun sınırlarını aşan kısımlarda suçlunun bedeni, suçtan beri olduğu zamanlardaki gibi hukuki olarak masum olmaya devam eder. Bu nedenle kısasta eşitliği ihlal ederek suça nisbetle kısası eksik infaz etmek ve mağdura işlediği suçtan daha fazlasını uygulamak haramdır. Sırf bu nedenle, kısasın infazında eşitliği temin etmek

[737] Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/104; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401-402.
[738] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399, 401 (401-426); İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/550; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8/317, 321; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219-223; Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 240; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/78; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 120-123.
[739] Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 1/672.
[740] Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 2. 3/282; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletüh*, 7/650; Zeydan, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 166; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219-221; Avva, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 289; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/490.
[741] Bk. el-Bakara 2/194, en-Nahl 16/126.
[742] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 78, 87-89.

mümkün olmayacaksa kısasın düşmesi tercih edilir.[743] İbn Kudâme'nin beyanından anlaşılmaktadır ki, birine haksız saldırıda bulunan kişi, işlediği suç oranında mağdurun dokunulmazlığını ihlal etmiştir. Bununla doğru orantılı olarak kendi dokunulmazlığını da o oranda kaldırmıştır. Kısastaki eşitlik gereği, suçluya verilecek ceza, mağdurda gerçekleşen zarardan fazla olmamalıdır; aksi halde bu, ikinci bir ismet ihlali anlamına gelecektir.

Kasıtlı yaralama suçlarında kısasın vacip olması, eşitlik (*müsâvât, temâsül*) şartına bağlıdır. Bu anlamda fiilde birlik sağlanamayacak yani suç fiiliyle infaz fiili (kısas) aynı neticeyi doğurmayacaksa kısas icra edilemeyecektir. Fukaha eşitliği sağlamanın mümkün olduğu durumları tespit ederken müessir fiilin gerçekleştiği mahal üzerinden hareket etmiştir. Eklem yerinden koparılan bir organ, infazda eşitliğe imkân verirken kemik kırıklarında infazda eşitliği sağlamak imkânsız gibidir. Bu nedenle bilekten kesilen bir el için suçluya kısas yapılabilirken özellikle parçalı kemik kırıklarında kısas yapılamayacağı sünnetle sabittir.

Kısas uygulamasında eşitliği sağlamanın imkânı ve buna göre müessir fiillerde kısas uygulanması veya kısasın sakıt olması. Eklem yeri. Organlarda kısasla ilgili en önemli şartlardan biri organın eklem yerinden kesilmiş olmasıdır. Çünkü kısas uygulamasında eşitliği sağlamak ancak eklem yerlerinde mümkün olabilmektedir. Eklem yeri haricinde gerçekleşen müessir fiillerde genel kanaat, eşitliğin sağlanamayacak olması nedeniyle kısas cezasının sakıt oması ve diyete dönüşmesi gerektiğidir.[744] Ancak bu durumda kriter eşitliğin sağlanabilirliği olduğu için konu, fakihler nezdinde yaralamanın türüne göre tartışılmış; bazı yaralamalarda kısas mümkün görülürken bazılarında ise imkansız görülmüştür.

Eklem yeri harici bölgelerde gerçekleştirilen müessir fiillerde, eşitlik sağlanamayacağı gerekçesiyle kısas yapılamayacağında bilinen bir görüş ayrılığı yoktur. Nemir b. Câbir (r.a.)'ın babasından aktardığı bilgi bu konuda belirleyici olmuştur. Rasûlüllah döneminde bir kişi, kılıçla vurduğu şahsın kolunu bilekle dirsek arası bir bölgeden koparır. Mağdur şahıs, suçluya kısas yapmak üzere Hz. Peygamber'den kendisine yardımcı olmasını isteyince Hz. Peygamber, yaralama olayı eklem yerinden olmadığı için kısasa hükmetmez ve mağdurdan diyete razı olmasını ister.[745]

---

[743] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/237. (**وهو ينبئ عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا**)

[744] Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/221; Remlî, *Nihayetü'l-muhtâc*, 7/284; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/181-182; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; 'Aynî, *el-Binâye*', 13/109-110, 112.

[745] İbn Mâce, "Diyât", 9 (No. 2636); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/321. Müessir fiillerde kısasın uygulanabilmesi için eşitliği sağlamanın mümkün olması şartı *Mi'yâr-ı Adâlet*'te şu şekilde ifade edilmiştir: "*A'zânın kısasında tamamen ve kâmilen mümâselete riâyet olunmak şarttır. Binaenaleyh, ber-vechi meşrûh mümâselete riâyeti*

Müessir fiillerde eklem yeri haricindeki yaralamalarda kısas cezasının mutlak olarak düşeceği Hanefî imamlarca ittifakla kabul edilen bir husustur. Özellikle Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde kısasın düşmesi mutlak değildir, Şâfiîler ve çoğunluk Hanbelîlere göre mağdurun talep etmesi halinde suçlunun verdiği zarardan daha çok olmamak üzere cinayet mahallinin (kesilen kısmın) gerisine doğru en yakındaki eklem yerine kısas uygulanır. Örneğin pazu kemiğinden kesilen kol için dirseğe, ön kol veya dirsek kemiğinden (sâ'id/الساعد) kesilen kol için bileğe kısas uygulanır. Mağdurun hakkı olduğu halde eşitliğe riayet edilemeyeceği nedeniyle kısasın sakıt olduğu kalan kısım için ise bilirkişiler tarafından takdir edilen hükûmet-i adl ödenir.[746] Aynı uzuvda hem kısas hem diyetin birleşmeyeceği kuralını[747] merkeze almaları hasebiyle bazı Hanbeli fakihler, kısasın uygulanamadığı kısım için mağdurun kısasa ilaveten ayrıca maddi bir bedel talep edemeyeceğini belirtirler.[748]

Eşitliğe riayet mümkün olacağı için kısas yapılabilen eklem yerleri: El bileği, dirsek, diz, ayak bileği veya parmaklardaki eklemler. Kısas yapılamayan eklem yerleri: Dirsek kemiği, ön kol kemiği (el bileği ile dirsek arası bölge), pazı kemiği (dirsek ile omuz arası bölge), bacak-uyluk kemiği (diz ile kalça arası bölge), alt bacak, kaval veya baldır kemiği (diz ile ayak bileği/topuk arası bölge) vb kemikler. Kırık veya kesik buralardan ise eşitlik sağlanamayacağı için kısas yapılmaz. Aynı şekilde yanaklardan, pazulardan, karın ve sırt bölgesinden veya kalçadan bir yerden et parçası koparılmışsa, baştan ve ellerden deri parçası koparılmışsa yine eşitlik sağlanamayacağı gerekçesiyle kısas yapılamaz.[749]

Müessir fiil sonucunda organ üzerinde bir yaralanma meydana gelmemiş, organ vücuttan kopmamış ancak gözde görme kaybı, kulakta işitme kaybı, beyinde akli

---

mümkin olmayan cürûhda kısas yoktur. Mesela bir kimse diğer kimsenin sağ kolunu bila-ziyâde vela-nuksân tam dirseğinden amden kat' eylese, kısâsan kat' olunacak miktarın ta'yîni kâbil olunmakla mümâselete riayet mümkin olduğundan, kısâsın sâir şerâiti dahi mevcut olduğu halde cârihin dahi sağ kolu dirseğinden kat' olunarak istîfâ-i kısâs olunabilir. Amma tam dirseğinden kat' etmeyip de bir miktar ziyade veya nuksân kat' ederek mümâselete riâyet mümkin olmasa o surette kısâs lâzım gelmeyip, diyet lâzım gelir." Bk. Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, (md. 196), 64.

[746] Mâverdî, *el-Havi'l-kebîr*, 12/158; Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/214, 216; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/258-259; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletüh*, 7/650-651.

[747] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/316, 324, 347; Ruhaybânî, *Metâlib-ü üli'n-nühâ*, 6/57.

[748] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/158-159; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/183; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/293, 324; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/548; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219-220; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 121. Mağdurun istemesi halinde en yakın ekleme kısas yapılabileceği ama kısas uygulanmayan kısım için suçludan ayrıca bir bedel talep edilemeyeceği şeklinde Dağcı'nın Hanefîlere nisbet ettiği görüş, esasında bir grup Hanbelî mezhebine aittir. (Bk Dağcı, *Müessir Fiiller*, 121) Zira Hanefîlerde, eklem yeri dışından koparılan organlarda eşit şekilde kısas yapmak imkânsız görüldüğü için kısas düşer; asli ceza olan kısas, bedel ceza olan diyete dönüşür.

[749] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/403-405.

fonksiyonların azalması veya kaybolması gibi, organın fiziken var olmasıyla birlikte görev ve fonksiyonlarını yapamaz hale gelmiş olabilir. Bu tip müessir fiiller karşılığında Ebû Hanîfe, eşitliği temin etmenin mümkün olamayacağına nazaran kısas cezasına hükmedilemeyeceği görüşüne varmıştır.[750]

İmâm Mâlik, kısas yapılacak bölgenin eklem yeri dışında olması halinde meselenin uzmanlara havale edilmesini önerir; konunun uzmanları suçluda hayati bir tehlikeye meydan vermeden eşit şekilde kısas yapılabileceğine dair kanaat belirtirlerse kısas uygulanabilir, aksi halde suçlu (*cânî*), eksikliğe ve fzlalığa razı olsa bile kısas sakıt olur demektedir. Eklem yerleri belli olsa bile hayati önemi haiz olan boyun, bel ve göğüs (kaburga vb) kemiklerinde kısas yapılmaz.[751]

Mağdur, sonucu ölüm olmayan ağır bir müessir fiile maruz kalmış olup bunun karşılığında faile bu suçu sebebiyle kısas uygulandığında sonucun ölüm olmasının kuvvetle muhtemel olması veya sonucun ölüm olmayacağından emin olunamaması halinde kısastan vazgeçilip zorunlu olarak mali bir bedel (*erş*) ödenmesine karar verilir.[752] Bu ise teammüden işlenen bir suça sırf eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmasın diye taksirli suç cezası vermek anlamına gelmektedir.[753]

İnfazda eşitlik sağlanamayacaksa kısastan vaz geçilmesinin, suçluyu cezalandırırken haddi aşmama gayesine matuf olduğu söylenebilir. Çünkü işlediği suça karşılık suçluya hak ettiği cezadan daha fazlasını vermektense "*Afta hata cezada hatadan evlâdır*"[754] kuralı ile hareket etmek daha ihtiyatlı görülmüştür. Ancak bu sefer de mağdur şahsın hakkını tam elde edememesi gündeme gelmektedir. Bu ikilem karşısında mağdurun hakkını korumak üzere bedel ceza olarak diyete dönülmesi ise bir telafi hükmü olmak üzere zarurete mebni olmalıdır.

---

[750] "*Amden vukû' bulan bir cinayetten nâşî mecnî aleyhin a'zâsından birisi bedenden munkatı' ve munfasıl olmayarak bi-'aynihî kâim olduğu halde, ancak ol uzvun menfaat-i maksûdesini bi'l-külliyye zâil olsa câniye kısâs lâzım gelmeyip ol uzvun diyeti lâzım gelir. Mesela, bir kimse diğer kimesneyi bi-ğayr-i hakkın darb idip de ondan nâşî ol kimesnenin hiç bir uzvu maktû' ve mecruh olmayıp, fakat kuvve-i bâsıra veya kuvve-i sâmi'a veya kuvve-i şâmme veya kuvve-i zâika veya kuvve-i nâtıkası veya rucûliyyeti veya tevlîdi bi'l-külliyye zâil olsa diyet lâzım gelir. Amma menfaat-ı maksûde bi'l-külliyye zâil olmayıp da ekâbir mikdara za'f ve halel târî olur ise o sûrette hükûmet-i adl lazım gelir.*" Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı adâlet*, (md: 194), 63.

[751] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/29-30; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/247; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219-220; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 121.

[752] Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493.

[753] Eşitliğe riayet için asli ceza olan kısastan bedeli cezaya dönülmesinin bir diğer ifadesi için bk. "*Organlara karşı işlenen kasıtlı suçlara uygulanacak hükümler çoğunlukla taksire uygulanan hükümlerdir*" kuralı: Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493.

[754] Tirmizî, "Hudûd", 2 (No. 1424); Dârekutnî, *Sünen*, 4/62 (No. 3097); Beyhakî, *es-Sünennü'l-kübrâ*, 8/413 (No. 17057), 9/207 (No. 18294); a.mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/328 (No. 16874), 13/308 (No. 18285); a.mlf., *es-Sünenü's-sağîr*, 3/302 (No. 2587). "**إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة**"

Göz. Gözün yuvasından çıkarılması halinde, suçluya kısas yapılacağı konusunda icmâ‘ bulunduğu zikredilir; dört mezhep âlimi, Hz. Ali, Mesrûk, Hasan el-Basrî, İbn Sîrîn, Şa‘bî ve Ebû Sevr gibi âlimlerin bu görüştedirler. Hanefîler hariç cumhura göre kısas şekli çıkarılan göze karşılık suçlunun gözünün çıkarılmasıdır. Hanefîlerin kısas şekli ise farklıdır. Cumhura göre "*Göze karşı göz (kısas edilir)*"[755] âyetinin hükmü açıktır. Kökünden çıkarıldığında gözün mafsal yeri bellidir ve eşitliği sağlamakta bir zorluk yoktur. Gözün oyulması organın kesilip koparılması (kat‘) hükmündedir, elin eklem yeri gibi gözün eklem yeri de bellidir, kısas yapılabilir.[756] Yaşlı bir kişinin hasta gözüne karşılık gencin gözüne, çocuğun (*sağîr*) veya çapaktan dolayı görme zaafiyeti olanın (*a‘meş*) gözüne karşılık yaşlının gözüne kısas yapılır, bunlar biribirine eşit sayılmışlardır.[757]

Hanefîler, şekil ve yöntem konusunda farklı düşünseler de mağdurun gözü yuvasından çıkarılmışsa faile kısas yapılacağı noktasında cumhurla birleşirler. Hanefi eserlerde "*göze karşılık göz*" âyetinin manası, gözyuvarından çıkarılan göze karşılık suçlunun gözünün gözyuvarından çıkarılması değildir. Zira gözün mafsalı belli olsa bile kısas açısından eşitliğin sağlanabilirliği kesin değildir.[758] Âyette göz hakkında konu edilen kısas, göze vurulan darbe neticesinde gözün, fiziken varlığını sürdürmesine rağmen, görme yetisini kaybetmesi dolayısıyla yapılacak kısastır.[759] Bu minvalde âyet, görme yetisine karşılık görme yetisine kısas yapılması anlamındandır. Gözün mafsalı belli olsa da Hanefilerin endişesi, yuvasından çıkarıldıktan sonra göze ait damar ve sinirlerin bağlantılarında meydana gelecek hasarın kontrol edilememe riskidir. Suçluya daha fazla zarar verme ihtimali, kısastaki eşitlik manası açısından sorunlu bir durum olarak değerlendirilmiştir.

Göze vurulan bir darbe neticesinde, göz küresi fiziken eski sağlıklı görünümünü taşıdığı olduğu halde görme yetisi tamamen kaybolmuşsa bu konuda en yaygın infaz şekli, Hz. Ali'nin metodudur. Suçlunun yüzüne, özellikle de göz çevresine ıslak bir bez/pamuk yerleştirilir. Bu, ateşle göz çevresine hasar vermemek içindir. Daha sonra kızdırılmış olan ayna kısas mahalli olan göze karşı tutularak gözün körleştirilmesi sağlanır. Ancak gözün oyulması durumunda kısas yapılamaz. Bu iki olay arasında hüküm farkına yol açan en önemli

---

[755] el-Mâide 5/45.
[756] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/313; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/25; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/182; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/322, 328-329; ‘Ûdeh, *et-Teşrî‘u'l-cinâî*, 2/225.
[757] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/322; Ûdeh, *et-Teşrî‘u'l-cinâî*, 2/225.
[758] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/94; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahru'r-râik*, 8/345; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/237. "*Bir kimse diğer kimesnenin gözünü amden çıkarsa mümâselete riâyet mümkin olmadığından cânîye kısâs lâzım gelmeyip diyet lâzım gelir.*" Bk. Karînâbâdî, *Mi‘yâr-ı Adâlet*, (md. 200), 65.
[759] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/94; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/122**;** İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esaları*, 127.

etken, eşitliğe riayet meselesidir; görme fonksiyonun kaybında eşitçe kısas yapılabileceği kabul edilirken yuvasından çıkarılan göz için eşitliğe riayet ederek kısas yapılabilmesi mümkün değil denilmiştir.[760] Benzer bir durum sağlıklı göz ile görmeyen göz arasında da vardır; fonksiyon itibarıyla aralarında eşitlik bulunmadığı için göz küresi fiziken mevcut olmasına rağmen görme yetisini yitirmiş (*kâime*)[761] bir göze karşılık sağlıklı (*sahîha*) göze kısas yapılmaz. Aksi halde mağdur, kendi görmeyen gözüne karşılık sağlıklı bir göze kısas yapmakla, hak ettiğinden fazlasını almış olur.[762] Hanefilere göre, görme yetisi zaten olmayan bu göz için (topal ayak, çolak el, çürük diş gibi değerlendirilerek) hükûmet-i adl ödenmesi istenir.[763] Kısmi görme kayıplarında kısasın eşitçe uygulanabilirliği çoğu zaman mümkün olmayacağı için kısas yapılmayacağına karar verilmiştir.[764]

Hz. Ali'nin tarif ettiği bu körleştirme yöntemi, bazı kaynaklarda gözün parmakla veya vurulan bir darbe sonucunda gözün yuvasından çıkarılması durumu ile ilgili gösterilir. Köyünden satmak üzere süt getiren bir bedevi, pazarlık sırasında Hz. Osman'ın azatlısına attığı bir yumrukla onun gözünü çıkarır. Azatlı kişi, diyet ve af değil kısas yapılmasını isteyince yargılama konusunda Hz. Ali'ye başvurulur. O da, fiziken gözün çıkarılmasına değil, kızdırılmış bir ayna tutularak gözbebeğinin akıtılması yöntemiyle gözün kör edilmesine karar verir.[765] Böylece Hz. Ali'nin uyguladığı bu infaz şeklinin hem gözün oyulmasında hem de gözyuvarı fiziken varlığını korumasına rağmen gözün görme fonksiyonunu yitirmesi olayında uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Her iki durumda ortak noktanın, azami ölçüde eşitliği sağlamak ve suçluya hak ettiğinden daha fazlasını yapmamak olduğu söylenebilir.

Kısmi görme ve işitme kayıpları da eklem ölçütüyle değerlendirilmiştir. Kesin bir sınır belirlenemeyeceği ve dolayısıyla eşitlik sağlanamayacağı için burada kısas uygulanmaz. Bu durum aynı zamanda, âmâ bir kişinin gözü gören (basîr) kişinin gözünü oymasına da benzetilmiştir. Suçluyla mağdur arasında göz açısından eşitlik bulunmadığı için kısas yapılamaz.[766]

---

[760] Şeybânî, *el-Asl*, 6/581; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/421; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/111; Zebîdî, *el-Cevhera*, 2/335; Meydânî, *el-Lübâb*, 3/146; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551. İbn Âbidîn, buradaki ayna camdan üretilen ayna değil, parlatılmış çelikten imal edilmiş aynadır, der. Bk. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551

[761] "Kâime" göz hakkında bk. İbnü'l-Mibred, *ed-Dürrü'n-nakî fî şerhi elfâzi'l-Hırakî*, 3/731; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/285.

[762] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/322; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/285; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/225.

[763] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551-552.

[764] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190.

[765] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/329. Gözün üstüne kâfûr bitkisi yerleştirilerek de aynı sonucun elde edilebileceğinden bahsedilmektedir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/329.

[766] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190.

Kısasın yapılabilmesinde belirleyici unsur, infazda eşitliğin sağlanması olduğu için fukaha, müessir fiilin gerçekleştiği yere göre eşitliğin imkânına göre farklı içtihatlar ortaya koymuşlardır. Aşağıda buna bazı örnekler zikredilecektir.

Kısasta eşitlik için uzvun tam olarak eklem yerinden kesilmesi gerektiği ifade edilmişti. Ayak ve bacağı (*kadem* ve *sâk*) birbirine bağlayan eklem yerinden kesildiği halde kesilen yer vücuttan tam olarak ayrılmamışsa, Şâfiî mezhebindeki tercih edilen görüşe göre kısas yapılmaz. El ile kolun birleşimini sağlayan el bileğinin başparmak tarafından (*kûʻ*) kesilip kopmaması halinde de hüküm aynıdır. Çünkü bu bölgeler damar ve sinirlerin çokça olduğu bölgelerdir. Bazı insanlarda daha aşağıda bazılarında daha yukarıda bulunabileceği için damar ve sinirlerin vücuttaki konumları kişiden kişiye göre değişebilir. Bu durum göz önüne alındığında eşitliğin sağlanacağından emin olunamaz.[767]

Sirayet. Parmak. Hanefi mezhebinde Ebû Hanîfe'ye göre, bir kişi diğerinin elindeki bir parmağı keser ve buna bağlı olarak mağdurun avucunun (*keff*) sakat veya kötürüm olması örneğindeki gibi suçun netice sebebiyle ağırlaşması[768] halinde ne kesilen parmak ne de sakat/felç kalan avuç için kısas gerekmez. Çünkü bu sonuç failin tek bir icrai hareketi sonucunda ortaya çıkmıştır. Suçlu, kesilen ve felç kalan parmakların diyetini öder. Failin eline uygulanacak kısas cezasında, mağdurun elinde kesmenin sirayetiyle meydana gelen değişikliğin aynen gerçekleştirilmesi bu olayda mümkün değildir, dolayısıyla kısas kelimesinin ifade ettiği eşitlik sağlanamayacağından, kısas icra edilemez.[769]

Bir parmağın kesilip yanındaki parmağın sakat veya felç kötürüm kalması halinde Ebû Hanîfe'ye göre faile kısas gerekmez; failin mağdura, iki parmağın diyetini ödemesi gerekir. Suç (*cinâyet*) tek bir hareketle diğer uzva sirayet edecek şekilde işlenmiştir. Kesme suçunun işlendiği organ ile kesmenin sirayet ettiği mahal aynıdır, ikisi de eldedir. Kasıtlı suç fiili, mağdurun bir parmağını koparmış, fiilin etkisi diğer parmağa da sirayet ederek onu felçli hale getirmiştir. Kısas fiili ile cani üzerinde aynı sonucu elde etmek mümkün değildir. Sirayet, tahmin ve kontrol edilemeyeceğinden dolayı kısas kelimesinin ifade ettiği eşitlik sağlanamayacaktır. Eşitlik yoksa kısas da yapılamaz. İmâmeyn, imama Züfer ve Hasan b. Ziyâd bu olayda amden kesilip koparılan parmak için kısas yapılır, kopmadan kaynaklı sirayet ile felç olan parmak için diyet ödenir, diyerek hocalarına itiraz etmişlerdir. Onlara göre netice

[767] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/183.
[768] Bu ve benzeri durumların günümüz Türk Ceza Hukuku'na dair eserlerde "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Kusurluluk" başlığı adı altında incelendiği görülüyor. Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş,* 407-413.
[769] Failin eyleminden onun kasdettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi durumu, İslam hukuku'nda "*sirâyet*" kavramı ile ifade edilmiştir. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/418.

açısından eşitlik mümkündür. Çünkü tek bir fiille birden çok organa karşı cinayet işlenmesi halinde, eşitlik mümkün olmadığı için, bir organda kısasın düşmesi, eşitliğin mümkün olduğu diğer organdan da düşmesini gerektirmez.[770]

Aynı durum bir parmağın mafsaldan kesilip parmağın tamamının veya avucun sakat kalması örneğinde de geçerlidir. Hatta bu olayda mağdur, ben onun parmağını mafsaldan kesmek suretiyle, kesilen kısım için kısas cezasını tatbik edeyim, parmağın kötürüm kalan kısmında kısastan vazgeçeyim dese bu kabul edilmez. Çünkü olayın kendisi, eşit bir şekilde kısasın uygulanmasına imkân vermediği için aslı itibarıyla kısası gerektirmemektedir.[771]

Aşağıda kısas cezasının eşit bir şekilde uygulanamayacağı gerekçesiyle cezanın kısastan diyete (erş) dönüşmesine örnekler vereceğiz. Bunlarda ortak payda suç fiiliyle infaz fiili arasında eşitlik sağlanamamasıdır. Diğer bir deyişle fiilde birlik yoktur; yani, suçun neticesi ile kısas infazında aynı neticeye ulaşılamamasıdır.

Cessâs, hangi durumlarda zorunlu olarak kısas cezasından vazgeçileceğini genel bir kural (dâbıta) halinde ifade etmeye çalışmıştır. Buna göre, özellikle şecce grubunda yer alan münakkıle, âmme/me'mûme ve cirâh türünden câife gibi vücut bütünlüğünü bozmaya yönelik müessir fiil suçu, mafsal harici bir yerden kesilmiş ise, kısas fiilinde eşitliği sağlamak mümkün olmayacaktır. Bu durumda mağdurun zarar gören organ/larının diyetini, suçlunun kendi malından ödemesi gerekli görülür. Ebû Hanîfe ve arkadaşları, Şâfiî, Osman el-Bettî ve Süfyân es-Sevrî bu görüştedirler.[772] Zâhiru'r-rivâye'den İmam Muhammed'in *el-Asl*'ında eşitlik sağlanamayacağı için münakkıle, âmme/me'mûme ve câifede kısas yapılamaz ama eşitliğe riayet edilebileceği gerekçesiyle simhâk, bâdı'a ve dâmiyede kısas yapılabileceği bilgisi yer alır.[773] Ancak Hanefi mezhebinde metinler kategorisinde yer alan ve mezhep içi tercihlerin yer aldığı eserlerde sadece mûdıhada kısas yapılabileceği bilgisi yer almaktadır. Mûdıha haricinde kısas yapılamayacağı için mûdıhanın üstündeki daha ağır yaralanmalarda

[770] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/418-419; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/40. İmameyn, bu konudaki görüşlerini temellendirirlerken hocalarıyla görüş birliği içinde oldukları bazı meseleleri zikrederek burdaki konu ile onların benzer olduklarını, birbirlerine kıyas edilebileceğini söylerler. Bir parmağı kasıtlı kesen birinin bıçağının yanlışlıkla diğer parmağa nüfuz ederek onu da kesmesi meselesi ya da kasten birine ok atan birinin okunun nüfuz ederek, hedefteki kişinin arkasındaki şahsı da öldürmesi olayı böyledir, derler. Yani hata ile kasıt ayrı değerlendirilir, kasıtlı olan hareket için kısas yapılır. Ancak Ebû Hanîfe, bu olaylar ile yukarıdaki mesele arasında benzerlik bulunmadığını söyler. Ona göre yukarıdaki meselede ikinci organ birinci fiilin sirayetiyle telef olmuştur. Diğer bir ifade ile telef, tek bir fiille hâsıl olmuştur. İmâmeynin gösterdiği örneklerde ise birisi kasıt diğeri hata olmak üzere hükümleri farklı olan iki fiil vardır. Bu nedenle benzetilen (*makısün aleyh*) olaylarda ilk fiilin cezası kısas, ikinci fiilin cezası diyet olmuştur. Burda ise öyle değildir.

[771] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/418. Sirâyet nedeniyle eşitliğin gerçekleşmeyecek olmasına bağlı olarak kısasın düşmesi hakkında diğer diğer örnekler için bk. Kâsânî, *a.g.e.*, 10/418-420.

[772] Cessâs, *Muhtasaru ihtilâfi'l-'ulemâ*, 5/103.

[773] Şeybânî, *el-Asl*, 6/581; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/41-42.

mağdura naslarda (Amr b. Hazm hadisi) belirlenmiş olan erş ödenirken mûdıhanın altında sayılan hafif yaralamalarda hükûmet-i adl takdir edilir.[774]

Kısas uygulanabilmesi için suçlunun bedeninde mağdurun zarar gören organının denginin bulunmaması veya kısas fiilinde eşitliğin sağlanması mümkün olamayacaksa kısas vacip olmaktan çıkar.[775] Bunun en bilinen örneklerinden birisi, kafa ve yüzde meydana gelen yaralamalarda, kısas cezasının infazından vaz geçilip failin diyetle sorumlu tutulmasıdır.[776] Kafa ve yüz bölgesinin, vücuttaki hassas bölgelerden olmaları hasebiyle suçluyu cezalandırırken eşitliği bozmaya neden olabilecek riskler barındırmaktadır.

"*Yaralamalarda da kısas vardır*"[777] âyeti yanı sıra akli gerekçe (*ma'kûl*) olarak Hanefîlerde mesele şöyle izah edilmeye çalışılmıştır. İnsanın canı haricinde (*mâ dûne'n-nefs*) bedenindeki organlar mal gibi değerlendirilmiştir, zira vücudun tamamı, canı korumak için yaratılmış olması hasebiyle mal hükmündedir. Bir mal telef edildiğinde onu tazmin ederken nasıl ki eşitliğe itibar ediliyorsa aynı şekilde müessir fiil sebebiyle vücutta meydana gelen hasar konusunda da eşitlik aranmalıdır.[778] Aksi halde kısastan vazgeçilir.

Dil. Zeker. Hanefilerde dilin kesilerek yaralanmasında ve erkek cinsel organının bir kısmının kesilmesi meselelerinde kısas yapılmaz. Çünkü dil ve zeker, her ikisi de yapısal olarak genişleme (*bast*) ve büzülme (*kabz*) şeklinde hareket halinde olmaları nedeniyle tam kontrol edilemezler ve bu özellikleri eşitliğe fırsat vermezler. Ancak, erkek cinsel organının eklem yeri gibi değerlendirildiği için "haşefe" denen yerden kesilmesi veya tamamen kesilmesi durumlarında eşitliğe riayet mümkün olduğu için kısas yapılabilir.[779] Diğer üç

---

[774] Mevsılî, *el-İhtiyâr,* 5/41-42; Şeyhîzâde (Dâmâd), *Mecme'u'l-enhur*, 2/642-644; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik,* 6/133. Kasten öldürmede olduğu gibi kasıtlı müessir fiillerde de, kısas cezasına hükmedildiği zaman af ve sulh (diyet) üzerinde anlaşma yolu açıktır. Şâfiî ve Hanbelî mezheperlerinde af karşılıksız veya diyet karşılığı olabilirken Hanefî ve Mâlikî mezhebinde af karşılıksızdır, suçlunun kabulüyle diyet üzerinde anlaşılmışsa bu af değil sulhtur.

[775] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/399, 401; Ukâz, *Felsefetü'l-'Ukûbe*, 181. Kâsânî: " **لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن، فانعدامها يمنع وجوب القصاص**"

[776] Dağcı, "Kısas", *DİA,* 25/490.

[777] el-Mâide 5/45.

[778] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401, 411, 426, 432. (**وأما المعقول فهو: أن ما دون النفس له حكم الأموال؛ لأنه خلق وقاية للنفس كالأموال**). Kâsânî bu minvalde bazı örneklere yer verir: Bir şahsın başkasına beni öldür demesiyle hukuken can dokunulmazlığı (*nefsin ma'sumiyeti*) kalkmaz, varlığını korur. Ancak durum organlar konusunda böyle değildir. Örneğin bir kişi yanındakine "*benim elimi kes*" dese, o da kesse kısas ve diyet gerekmez, çünkü kişinin mallarının hukuken korunmuş (*ma'sûm*) olup olmaması kendi elindedir; kişi vermiş olduğu izin ve ibaha nedeniyle malındaki korumayı kaldırmıştır dolayısıyla ceza sakıt olmuştur. Bu mesele tıpkı mal sahibinin bir başkasına "*benim şu malımı telef et*" demesi gibidir. "*Benim falan kölemi öldür veya kölemin elini kes*" diye emir veren kişinin durumu da farklı değildir. Efendinin vermiş olduğu bu serbestlik nedeniyle köleyi öldüren veya kölenin elini kesen kişiye bir tazmin gerekmez. Zira kişi, malı üzerinde tasarruf sahibidir, onu koruyup korumama konusunda yetki kendine aittir. Bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi',* 10/247.

[779] Hanefî mezhebinde erkek cinsel organının kökünden kesilmesi halinde, kısasın infazında eşitlik mümkün olacağı için, kök bölgesinin eklem yerine benzetilerek kısas yapılabileceği içtihadı Ebû Yûsuf'a aittir denilmiştir.. Bk. Aynî, *el-Binâye*, 13/117; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik,* 8/349.

mezhepe göre ise, dilin ve erkek cinsel organının haşefe haricinde herhangi bir kısmının kesilmesi durumunda da 1/3, 1/4 gibi oranlamalar yapılarak kısas yapmak mümkün görülmüştür.[780] Şâfiîlere göre, haşefe haricinde başka bir yerden kesilmişse kısas yapılır. Ancak sadece uzunluğun esas alınması, görecelidir ve taraflardaki tekabülü değişkendir, bu da kısasta eşitlik açısından yanıltıcı olabileceği için mağdurdan kesilen kısmın uzunluk itibarıyla boyutlarına göre değil 1/3, 1/4 şeklindeki oran (veya %) hesaplarına göre yapılır. [781]

Şâfiî mezhebinde genç ve yaşlı, yetişkin erkek ve küçük çocuk, normal erkek ve iktidarsız (*'innîn*) erkek, normal erkek ve penisi kesik (*mecbûb*) veya iğdiş edilmiş (*hasıyy*) erkek, bu sayılanların hepsi testis bakımından eşittir, aralarında kısas yapılır. Hanefî ve Mâlikîlere göre ise, normal bir erkeğin penisi, iktidarsız veya hadım edilmiş edilmiş erkeğin testisi ile eşit değildir, aralarında kısas yapılamaz. Testisteki iki lobülden her biri sağ ve sol el gibi iki ayrı organdır. Lobüllerden sadece biri kesilirse, kısas yapıldığı takdirde diğer kompartmandaki lobülün zarar görmeyeceğinden (*sirâyet*) emin olunmalıdır. Aksi halde kısas sakıt olur.[782]

Dudak. Dil konusundaki benzer tutumlarını burda da sürdüren Hanefîler, dudak konusunda daha genel bir çerçeve belirlemişlerdir, buna göre üst veya alt dudağın kesilmesi halinde eşitliğe riayet imkânı (*istitâ'a*) olduğu sürece kısas yapılabilecektir derken konuyu bir anlamda uzmanlara havale etmişlerdir.[783] Bu çerçeveyi kısmen daraltan Kerhî, dudağın tamamı kesilmişse eşit şekilde infaz mümkün olabileceği için kısas vardır ama bir kısmının kesilmesi halinde eşitlik imkânı bulunmadığından dolayı kısâs yapılamayacağı yorumunda bulunmuştur.[784] Şafiî mezhebinde sahih olan görüşe göre dudakta kısas vardır, çünkü eklem gibi belirli bir sınırı vardır. Ancak dudağı çevreleyen bölgenin kesin bir sınırı olmadığından dolayı kısas yapılmaz.[785]

Kemik. Diş. Kemik kırıklarında kısas yapılamayacağı hükmü tüm mezheplerde kabul gören bir husutur. Çoğunluğun görüşüne iştirak etmekle birlikte imam Mâlik, bilirkişilerin eşitliğin mümkün olduğunu ve kısas uygulanması halinde hayati bir tehlike oluşmayacağını rapor etmeleri koşuluyla kemik kırıklarında da kısas yapılabileceğini belirtmiştir.[786]

[780] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/40; 'Aynî, *el-Binâye*, 13/117; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 2/227.
[781] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/184.
[782] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/184-185.
[783] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/31; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/555; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/227.
[784] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/422;
[785] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/182.
[786] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i*, 2/219-220.

Tâbiînden maktû‘ olarak rivayet edilen “*Kemikte kısas yoktur*”[787] haberine istinaden kemik kırıklarında kısas olmayacağı görüşünü izah sadedinde şu açıklamalara yer verilir: Kemik kırıklarında kısasa mahal olan yer kırılınca suça göre daha az veya daha çok, hatta başka bir yerin de kırılma ihtimali vardır. Çünkü kemiğin yapısının cam şişe gibi olmasının da etkisiyle kırığın boyutları ve ilerleme yönü kontrol edilemez; kemiğin eşit şekilde kırılmasının imkânsız görülmesi, kemikte kısas yapılamayacağını ifade eder. Suçlu kendi malından kemiğin diyetini (*hükûmet-i adl*) öder.[788] Ancak kemik sınıfında olmasına rağmen fukaha dişi bundan istisna etmişlerdir. “*Dişe diş*”[789] âyeti hem sökülen hem de kırılan dişlerde kısas için delil sayılmıştır. Diş, kökünden sökülmüşse eşit şekilde kısas yapmak kolaydır. Diş kırıklarında da suçlunun dişi eğe vb. törpü aletleriyle yontularak eşit şekilde kısas yapılabir.[790]

Kökünden sökülen diş için failin de dişinin sökülmesini bir yöntem olarak kabul ettikleri halde bu durumda kısasta ziyâde ihtimali olabileceği düşüncesinden hareketle Hanefîler, dişin diş etine sıfırlanıncaya kadar törpülenmesinin daha doğru bir yöntem olacağı değerlendirmesinde bulunurlar. Bu durumda dişin diş etine gömülü olan kısmı için kısasın sakıt olması icap eder.[791]

Şâfiîler, kemik kırıklarında eşitliği sağlama garantisi olmadığı için kısas yapılmayacağı konusunda çoğunluğun görüşüne katılırlar. Ancak yukarıda zikredildiği üzere mağdur şahsa, kırığın bulunduğu bölgeye en yakın eklem yerinden kesme yetkisi tanırlar. Geriye kalan kısım için ise hükûmet-i adl takdir edilir. Böyle olmakla beraber mağdur şahsın af yetkisi ve belli bir mali bedel karşılığında sulh olma hakkı da saklıdır.[792] Diş kökünden sökülmüşse kısas yapılır ancak diş kırıklarında uzman kişlerin görüşlerine başvurulur; bu kişiler eşitliğin sağlanabileceğini rapor ederlerse kısas yapılır aksi halde vazgeçilir.

Cirâh. Şecce. (Baş ve yüz bölgesindeki yaralamalar)

Kafa ve yüz bölgesinde meydana getirilen “*şecce*” grubunun tamamında kısasın icra edilip edilemeyeceğini belirleyen ana faktör, eşitlik kriteridir. Şecce türü yaralamalarda zikredilen on kadar yaradan “*mûdıha*” hepsi için bir eşik kabul edilmiştir.

---

[787] Abdürrezzâk, *el-Musannef*, 9/461 (No: 18023); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 5/394 (No. 27305); Zeyla‘î, *Nasbü’r-râye*, 4/350.
[788] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/128.
[789] el-Mâide 5/45.
[790] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574, 579, 581; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/128; Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/422; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/31; Aynî, *el-Binâye*, 7/88, 13/112; Nevevî, *Ravdatü’t-tâlibîn*, 9/198; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; ‘Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 2/228. Bazı hekimler, dişin sinirli yapısının bulunmasına ve özellikle çocukların gelişimine paralel olarak sonradan çıkıp büyümesini dikkate alarak dişin de kemik sınfında görülüp görülemeyeceği hakkında ihtilaf etmişlerdir. Bk. Bâbertî, *el-‘İnâye*, 10/234-235.
[791] Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/422.
[792] Nevevî, *Ravdatü’t-tâlibîn*, 9/183.

Hanefîler, "*Yaralarda kısas vardır.*" (el-Mâide 5/45) âyetinin umuyla amel etmek ve eşitlik sağlanabileceği gerekçesiyle mûdıha'da kısas yapılabileceği konusunda hemfikirdirler. Çünkü mûdıha, kemiğe kadar ilerleyip kemiğe dayanan yara olduğu için eşitçe kısas yapılabilmektedir. Ancak mûdıha'dan daha hafif olan diğer yaralar konusunda mezhebin tercih edilen görüşü kısas yapılamayacağı şeklindedir. İmâm Muhammed'e göre *Zâhiru'r-rivâye*'de mûdıha'nın altında sayılan ve daha hafif olan yaralanmalarda da kısas vardır. Çünkü sonda/mil (*misbâr*) gibi tıbbi ölçüm aletlerinden yararlanarak eşitliği sağlamak mümkündür.[793] Ancak şeccelerde kısas yapılabilir denen tüm durumlar, sirâyetin olmamasıyla mukayyettir, sirâyet varsa kısas yapılamaz. Nitekim Ebû Hanîfe, mûdıha şeklindeki yaralanmanın sirayetiyle mağdur, akıl, iştime, göz vb, başka bir organını da kaybederse kısasın düşeceği ve mağdura, tedâhül olmaması için, hem zayi olan organın hem de mûdıhanın diyetinin ödeneceği içtihadında bulunmuştur. İmâmeyne göre bu durumda mûdıha için kısas yapılır, kaybedilen organ veya fonksiyonu için diyet ödenir.[794] Şecce neticesinde mağdurun görme duyusu da kaybolmuşsa, suçluya görme kaybı gibi aynı yan etkileri oluşuracak şekilde eşitçe kısas yapılması imkânsızdır.

Zâhiru'r-rivâye'den özellikle *el-Asl*'da zikredilen görüşe göre, sonda/mil gibi ölçüm aletleriyle eşit şekilde kısas icrası mümkün olacağı için, mûdıhadan daha hafif olan yaralama suçlarında kısas yapılır.[795] Mezhepteki çoğu âlime göre bu görüş "esahh" görüştür. Ancak Şürünbülâlî, "*simhâk*"[796] denilen yaralamayı istisna ederek tıpkı mûdıhadan daha ağır olan (*hâşime* ve *münakkıle* vb.) yaralamalarda olduğu gibi, simhâk'ta da kısas olmayacağı noktasında mezhep içi görüş birliği bulunduğunu iddia etmişse de İbn 'Âbidîn, bu iddianın mezhepte tercih edilen görüşe muhalif olduğunu tasrih etmiştir.[797] Kâsânî de Hasan b. Ziyad'dan yaptığı nakle dayanarak, eşitlik mümkün olduğu takdirde, simhâk'ta kısas yapılabileceği bilgisine yer vermiştir.[798]

Mûdıha'dan hafif olan "dâmiye", "bâdı'a" ve "mütelâhime" gibi yaralarda Mâlikîlerin ve zayıf rivayetlerinde Şâfiîlerin görüşü de, eşitlik sağlanabileceği için bunlarda kısas yapılabileceği noktasında, Hanefîler gibidir. Eşitlik, sonda ve mil gibi hassas tıbbi ölçüm

[793] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/582.
[794] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/582. Mûdıhanın sirayetiyle yan etki olarak mağdur akli melekesini kaybederse veya da saçları dökülüp kel kalırsa her iki durumda da tam diyet ödenir tedahülden dolayı ayrıca mûdıha diyeti ödenmez. Bk. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/46.
[795] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/45.
[796] Simhâk: Kafa bölgesindeki deri ve etin kesilmesiyle et ile kafatası kemiği arasında bulunan ince zarın görünmeye başlamasını ifade eden yara olup mûdıhanın altında sayılan ve ondan daha hafif olan yaralardandır.
[797] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/552, 582.
[798] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424.

aletlerinden yararlanılarak yapılabilir. Mûdıha öncesi yaralarda kısas vardır diyen mezkûr Şâfiî rivayetinde "hârisa" istisna edilmiş ve bunda kısas yapılamayacağı beyan edilmiştir. Şâfiîlerin güçlü rivayetleri ve Hanbelî mezhebine göre mûdıha dışındaki şeccelerde, eşitliği sağlamak zor olduğu için kısas yapılamaz. Çünkü yaranın ebatlarının tam olarak tesbiti yapılamaz, bu da suçluya hakettiğinden daha fazla zarar verme ihtimaline yol açabilir.[799]

İmâm Şafiî, Hasan el-Basrî ve Ebû Ubeyd, mûdıhadan daha hafif sayılan baş bölgesindeki yaralarda kısas yapılamayacağında Hanefîlerle aynı görüştedirler. Mâlikîler, mûdıha öncesinde zikredilen ve kemiğin görülmediği altı (6) yarada kısas yapılabileceği kanaatindedirler.[800]

Mûdıha'dan daha ağır olan yaralamalarda kısas. Mûdıha'dan sonra sayılan ve mûdıha'dan daha ağır olan şecce türü yaralanmalarda Hanefîler, ittifakla kısas yapılamayacağı içtihadında bulunurlar. Bunlardan "*âmme*" kafatasındaki kırığın beyin zarına kadar ulaşması dolayısıyla ölümcül risk barındırdığı için kısasa uygun değildir. "*Hâşime*" ve "*münakkıle*", beyni tehdit etmese de, kafatası kemiğinde kırıklar barındıran şecce türü yaralanmalardır. Bu mesele, kemiklerde kısas olmayacağını bildiren sünnet verisi ve kemik kırıklarında eşit kısas yapılamayacağı ile açıklanmaya çalışılmıştır, dolayısıyla hâşime ve münakkıle'de de kısas yapılamaz.[801] Diğer mezheplere göre de kısas yoktur, fakat Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde mağdura önce mûdıha için kısas yapılması, mûdıha'yı aşan sonraki kısmın erşle tamamlanması şeklinde bir alternatif sunulmuştur.[802] Burda kural, mümkün olduğu ölçüde kısas yapmak ve kısasın imkânsız (*te'azzür*) hale geldiği noktada bedel cezaya intikal edilmesidir.

Mûdıha'dan sonraki şecceler hakkında kısasla ilgili gerekli koşullar oluşmadığından dolayı hadislerde her bir yaranın diyeti takdir edilmiştir. Bu yaralarda diyet miktarının nasla belirlenmiş olması, baş ve yüz bölgesinin güzellik/estetik mahalli olup önemi ve şerefi dolayısıyladır.[803]

---

[799] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/180-181; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 25/346-347. Şâfiîlerde mûdıha öncesi yaralamalardan hârisada kesinlikle kısas yoktur. Mezhebin genel kanaatine göre simhâk, mütelâhıme ve bâdı'ada da kısas yoktur. Ancak uzmanlar (ehl-i hıbre) kesilen kısım ile kemiğe kadar kalan kısım arasını inceleyip tıbben içtihat ederek yara ölçümü (derinlik, boyut vb) hakkında kesin fikir sahibi olabiliyorlarsa kısas yapılır. Aksi halde eşitliğe riayet edilemeceğinden dolayı kısas yapılmaz. Dâmiye konusunda mezhep içinde, hem hârisa hem de bâdı'a gibidir diye her ikisine de benzetilebildiği için farklı içtihatlarda bulunulmuştur. Nevevî'nin beyanına göre hâşime ve münakkıle gibi mûdıhadan sonraki yaralamalarda kısas yapılamaz. Bk. Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/180-181.

[800] Sâvî, *Hâşiyetü's- Sâvî*, 4/350; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/180-181; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317.

[801] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/424; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/582.

[802] *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 25/346.

[803] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318.

Özel olarak baş ve yüz bölgesindeki yaraları ifade eden şecce grubundaki yaralardan sadece mûdıha'da kısasın uygulanabilirliği, bu yaranın kemiğe dayanmış olması nedeniyledir. Zira yaranın kemiğe dayanması eşitliği sağlama fırsatı tanımaktadır. Bu nedenle, sadece baş bölgesi değil el, kol ve bacaklar gibi vücudun diğer bölgelerinde de kemiğe kadar ulaşmış olan bütün yaralamalar, *mûdıha* manasına geldikleri için kısas yapılabilir. Eğer kemiğe dayanan yaralamalarda da kısas uygulanmasaydı "*yaralamalarda kısas vardır*" âyetindeki kısas hükmünün düşmesi söz konusu olacaktı.[804] Çünkü diğer birçok yaralama suçunda eşitliğe riayet edilememesi dolayısıyla kısasın sakıt olduğu bilinmektedir. Şu halde âyetteki genel mana, kemiğe dayanan yaralarla tahsise uğramış gibidir.

Cirâh. Câife. Baş ve yüz bölgesi haricinde bedendeki diğer yaralamalar. Hanefîlerde, câife veya ğayr-i câife, cirâh grubunda yaralanmanın sonucu ölüm ise kısas yapılabilir. Hanefîler de dahil cumhura göre, ölümle sonuçlanmayan bu tür yaralanmalarda eşitlik sağlanamayacağı için kısas yoktur. Asli ceza olan kısas yerine diyet alınır. Câifenin diyeti de tam diyetin 1/3'ü oranındadır.[805]

Câife türü yaralarda Şâfiî mezhebinde kısas kararı, baş ve yüz bölgesinde gerçekleşen şecceye kıyasla belirlenmeye çalışılmıştır. Şeccede kısasın uygulanamadığı yaralarda şekli ve boyutu aynı olmak kaydıyla câifede de kısas uygulanmaz, denilmiştir. Ancak göğüs, boyun, kol veya parmaklar gibi bölgelerde kemiğe kadar dayanan yaralar konusunda mûdıhaya benzetilmek suretiyle kısas uygulanıp ugulanmayacağı ile ilgili mezhep içerisinde iki görüş gündeme gelmiştir. Bu iki görüşten sahih olanı, eşitliğe riayetin imkânı gerekçesiyle kısas yapılabileceği görüşüdür. Nevevî, mûdıha benzeri yaralarda bölge ayrımı olmaksızın vücudun tüm bölgelerinde, kemiğe ulaşıp onu kırmamak kaydıyla kısas yapılabileceği kanaatinde olduğunu belirtir.[806]

Aynı yaklaşım Hanbelîlerde de görülür; "*Yaralarda da kısas vardır*" (el-Mâide 5/45) âyetindeki hükmün sakıt olmaması için eşitliğe riayet edilebildiği ölçüde kısas yapılmalıdır. Kollar ve bacaklar gibi bedenin farklı bölgelerinde gerçekleşip kemiğe kadar kadar dayanan diğer yaralar mûdıha anlamı taşıdığı için câife vb. hükmü de mûdıha gibi olmalıdır. Hadislerde sadece baş ve yüz bölgesinde gerçekleştirilen mûdıha için kısas vardır denilmiş olması, bu bölgenin şerefi ve önemine binaendir, yoksa diğer bölgelerde olup mûdıhaya

[804] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318; Bilmen, *Kâmûs*, 3/86.
[805] İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 1/31-33, 37; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/426; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 16/79, 81. "Münakkıle" konusunda İmam Mâlik'ten iki görüş aktarılmıştır: Birisinde kısasa diğerinde diyete hükmetmiştir. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/190.
[806] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/181.

benzeyen yaralarda kısas olmayacağı anlamına gelmez.[807] Caifede ve kemik kırıklarında kısas olmaması eşitliği sağlama imkanı bulunmaması nedeniyledir.[808]

Kulak ve burun yumuşağı (mârin). İmamların tamamına göre "mârin" denilen ve burnun ucundaki kıkırdak yapıyı oluşturan yumuşak kısım komple kesilirse, bu kısmın eklem gibi değerlendirilmesi münasebetiyle eşitlik mümkün görülmüş ve burada kısas yapılabileceği hükmüne varılmıştır. Hanefîlerde burnun söz konusu bu yumuşak yapısının bir kısmının kesilmesi durumunda, eşitliğin sağlanabileceği belirli bir sınır (*had*) tespit edilebiliyorsa kısas yapılır aksi halde kısas yapılamaz.[809]

Kulak ve burun yumuşağının bir parçası kesilmiş fakat yerinden koparılmamışsa Şâfiî mezhebindeki tercih edilen görüşe göre, kesilen kısım ile kalan kısmın boyutları 1/3 veya 1/4 şeklinde tespit edilebileceği için kısas mümkün görülmüştür. Kulak, burun ucu, dil, haşefe ve dudak gibi organlardan küçük bir parçanın kesilerek kopartılması halinde de kısas yapılabileceği ifade edilmiştir. Ancak Gazâlî'nin de belirttiği üzere baldır bölgesinden bir et parçası kopartılmışsa, şecce grubunda yer alan *bâdı'a*'daki ihtilaflara atıfta bulunularak kısas yapılmayacağına hükmedilmiştir.[810]

İnfaz aleti. Organlarda eşitlik ilkesini ihlal etmeden kısasın ifa edilebilmesi için gündeme gelen tedbirlerden bir tanesi de kısas aleti ile ilgilidir. Organlarda kısas infaz edilirken kılıç değil daha hassas ve özel cerrahi aletlerin hazırlanması ve bunların da ancak uzmanlar tarafından kullanılmasının istenmesinin sebebi, suçluya onun mağdura verdiği zarardan daha fazla bir hasar verilmesinin önüne geçme çabasıdır.[811]

Kısas cezasında suçlu ile mağdura nisbeten iki organ arasındaki küçüklük ve büyüklük farkına itibar edilmez. Taraflardan birinin organının diğerinden büyük ya da küçük olması dikkate alınmaz. Çünkü saldırı sonucu kaybedilen organla kısas yapılmak suretiyle kaybolacak organ arasında menfaat ve fonksiyon yönünden bir fark yoktur. Bu durum baş ve yüzün yaralanması (*şecce*) halinde de aynen geçerlidir.[812]

Buraya kadar sıralanan meseleler, "*Mevrid-i nasda içtihada mesağ yoktur*"[813] ve "*Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın da teğayyür edeceği*"[814] kaideleri çerçevesinde

[807] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317-318; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ '*, 5/558.
[808] Behûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/282.
[809] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/422; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/551; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/182, 196; Şihâbüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/283-284; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/326.
[810] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/182-183.
[811] İbni Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318, 329.
[812] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/425-426.
[813] *Mecelle*, md. 14.

değerlendirilip bizzat nasla belirlenen kısımlar hariç tutularak, zamanımızdaki bilimsel ilerlemeler ışığında yeni içtihatlara açık gözükmektedir. Çünkü bu içtihatlar fukahanın o günkü şartlarda eşitlik ilkesini tatbike yönelik yaptıkları tespit ve değerlendirmelerin ürünüdür. Dolayısıyla günümüzde alanında uzman hekim ve diğer biliminsanlarının da görüşleri alınarak eskiden eşitliğin elde edilemediği kimi uygulamalarda bugün bu mümkün olacaksa "*Yaralarda kısas vardır*" (el-Mâide 5/45) âyetine istinaden mevcut içtihatlar üzerinde yeniden karar verilmesi ve müessir fiillerdeki kimi hükümlerin değişmesi mümkün gözükmektedir.

f. Cezai Sorumluluk ve Hukuka Uygunluk Sebepleri

Cezai sorumluluğun oluşması için failin âkil ve bâliğ olması gerekir. Aksi halde kişiye suç isnat edilemez. Ceza, bir suça karşılık sabit olduğu için yaşça küçük durumdaki sabîlerin ve akli melekeleri noksan olan mecnûnların, kanuna göre suç olarak tanımlanan hareketleri, suç olarak vasfedilemez.[815] Hukuk düzeni, kanuni tanımı açısından normal şartlarda suç sayılan bir fiili hukuka aykırı görmez ve o hareketin yapılmasına izin verebilir. Böylece o fiilin suç olmaktan çıkarılmasıyla hukuka uygunluk sebebi oluşur. Son dönemde "*esbâbü'l-ibâha*" olarak ifade edilen bu durum, karşılığını klasik fıkıhta "*ruhsat*" olarak bulmaktadır.[816]

Özel bir takım gerekçelere istinaden genel kuraldan ayrılıp mevcut duruma uygun hüküm vermek fıkıhta bilinen bir yöntemdir. Ceza hukukunda da şer'an suç sayılan bir fiil, başka bir şer'î hükümle meşru sayılıyor ve fiile ceza terettüp etmiyorsa hukuka uygunluk sebebi oluşmuş demektir. İslâm hukukunda meşru müdafa, görevin icrası, hekimin tıbbi müdahaleleri, hukuken kanı heder olmuş kimselere karşı işlenen öldürme ve yaralama fiilleri, mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk sebepleri bulunmaktadır.[817] Şu halde bir fiilin hukuka aykırı olması, istisnasız hukuk sisteminin tamamına aykırı olması anlamına gelmektedir.[818]

Suç teşkil eden fiil, meşru bir hak veya bir şüpheye dayanıyorsa hukuka aykırılık (*i'tidâ*) teşkil etmez. Buna göre görevin îfâsı kapsamında had ve ta'zîr cezalarının infâzı

---

[814] *Mecelle*, md. 39.
[815] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/236-237; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, IV, 237; Şihâbüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/267; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, V, 520-521; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 135-138.
[816] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 43-44; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 44-45; Yurtseven, "İslam Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri Olarak Meşru Müdafa" *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, 750.
[817] Yurtseven, "İslam Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri Olarak Meşru Müdafa" *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, 750.
[818] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 282.

sırasında ölüm veya bir organın telefi sözkonusu olsa bile infâz memurlarına kısâs cezası verilmez; hakkın kullanılması bağlamında belirli hukuki ve tıbbî şartlara bağlı olarak mesleğinin gereğini icra eden doktora kısas cezası verilmez.[819] Aynı şekilde hukuken meşru müdafa olarak değerlendirilen savunma neticesinde saldırganın öldürülmesi veya etkisiz hale getirmek için saldırgana zorunlu olarak zarar verilmesi, hukuka uygunluk sebebi sayıldığından dolayı yine kısâs gerekmez.[820]

Mağdurun rızası da, üç mezhebe göre hukuka uygunluk sebeplerindendir; bir şahıs, kendi elinin kesilmesini istemiş ve buna izin/ibâha yoluyla rıza göstermişse failden el kesme cezasının düşmesi buna bir örnektir. Ancak Mâlikî mezhebinde elime kes diyerek zararlı fiile rıza gösteren mağdurun fâili ibrâ konusunda istikrarlı olması gerekir. Eli kesilen şahsın herhangi bir nedenle faili ibrâ etmekten vaz geçmesi halinde fail, suçlu sayılarak kısâs cezası alır. Mağdurun istikrarlı çıkıp faili ibrâda kararlı durmuşsa fail, te'dîb (güvenliği sağlama ve disipline etme) amacıyla ta'zîr edilir.[821]

Bir kişinin kendisinin yetkili olduğu bir konuda başkasına bu yetkiyi devretme hakkı bulunduğundan hareketle, "*Elimi kes*" demek gibi kendi organının telef edilmesi konusunda kişinin başkasına izin vermenin geçerli olduğunu belirten Serahsî, ilgili şahıs böyle bir izin verdiği zaman izin verilen (*me'zûn*) şahsın kesme eyleminin doğrudan kendisine intikal edeceği gerekçesiyle me'zûn durumdaki failin tazmim yükümlülüğü olmadığını belirtir. Zira izn veren kişi, sanki kendi yapmış gibidir. Hasan b. Ziyâd'dan gelen bir rivayette ise Ebû Hanîfe, diyet gerekir demiştir.[822]

Harbî, mürted, zındık ve muhsan zani gibi kimseleri öldürenlere kısas gerekmemesi, kanlarının hukuken korunmuşluğu (*ismet*) noktasındaki eşitsizlikten kaynaklanmaktadır. Hakkında kısas hükmü kesinleşmiş kişilerin kanları sadece maktul yakınları açısından hederdir, maktul yakınları dışındaki üçüncü şahıslar açısından katilin hayatı hala masumdur. Dolayısıyla katil, bu şahıslar dışında yabancılar tarafından öldürülürse faillere kısas uygulanabilir. Sayılan sebeplerle kanları heder olan bu kişilerin öldürülmelerinin hukuka uygunluk arz ettiği değerlendirilmesinde bulunulmuştur; buna bianen sözü edilen kişilerden

[819] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/352.
[820] *el-Mevsû'atü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 26/65-66; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 79-87; Çalış, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, 194.
[821] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/247; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/240; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 8/138, 9/193, 242, 326; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/7-8; Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/391; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/518; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 43-44; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 126-127.
[822] Serahsî, *el-Mebsût*, 16/14.

birinin öldürülmesi sebebiyle faile kısas yapılamaz. Ne var ki failler devletin otoritesini çiğneyerek kendi yetki sınırlarını aşmaları sebebiyle ta'zîr cezasına çarptırılırlar.[823]

Bir fiilin suç sayılması için kanuni unsur, manevi unsur, maddi unsur ve hukuka aykırılık unsurları bir arada bulunmalıdır.[824] Ancak kanuni unsurla hukuka aykırılık birbiriyle iç içe iki unsur olup bazı hukukçular kanuni unsurun diğerini de kapsamına aldığını söylemişlerdir. Çünkü bir fiili yasak kapsamından çıkaran istisnai özel bir hükmün varlığı cezai sorumluluğu kaldırmaktadır.[825] Cezai sorumluluk kalkınca suçun manevi unsuru bulunmayacağı için artık fiil de suç sayılmayacaktır. Bu anlamda hukuka uygunluk sebepleri eşitlik ilkesiyle çatışmamaktadır.

II. ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLARIN CEZALARINDA EŞİTLİK

Kısas yapılabilmesi için aranan özel şartlar arasında, ismet (*ma'sûmü'd-dem*) noktasında maktulün katile denk olması gerektiği hususu daha önce bu konuya dair başlık altında özetle zikredilmişti. İnsanların din, hürriyet ve cinsiyet bakımından sahip oldukları vasıfların her biri, kısasta tarafların eşitliğini belirlemede kriter olmuşlardır. Bu başlık altında, sayı bakımından eşitlik de dâhil edilerek zikredilen vasıflar açısından maktulün katile eşit olması gerektiğine dair ileri sürülen içtihatlar, olabildiğince gerekçeleriyle özel olarak incelenecektir.

Öldürme suçunda yaşlı genç, zengin fakir, güçlü zayıf, bilgili cahil gibi farklılıklar, müessir fiil suçlarında ise uzunluk kısalık, incelik kalınlık gibi doğal farklılıklar kısasta eşitlik bakımından ölçüt olmamışlardır. Bu hususlardan ziyade bir kimsenin toplum içindeki konum veya statüsündeki farklılıklar kısas cezası açısından bazı ihtilaflara kaynaklık etmiştir. Bunlar genelde erkeklik ve kadınlık gibi biyolojik farklılığa dayalı olarak cinsiyet temelli, köle veya hür olmak gibi hürriyet temelli ya da Müslüman ve gayrimüslim olmak gibi din temelli ayrımlardır. Katil ve maktul sayısındaki farklılılar ise sayı/adet temellidir. Sayı farkına dayalı ayrım, birden çok kişinin örgütlenerek iştirâk halinde, tek bir kişiyi öldürmeleri şeklinde tezahür edebildiği gibi bir kişinin çok sayıda kişiyi katletmesi (*ictimâ'*) şeklinde de tezahür

[823] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/291, 294; Haccâvî, *el-İknâ' li-tâlibi'l-intifâ'*, 4/173.
[824] Yurtseven, "İslam Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri Olarak Meşru Müdafa" *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, 750. Yeni TCK sisteminde kanuni unsur, özel olarak zikredilmemiştir, suçun unsurları üçe ayrılmıştır. Bk. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 158.
[825] Yurtseven, "İslam Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri Olarak Meşru Müdafa" *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, 750.

edebilir. Bunlara ilaveten kişi bakımından eşitlik, yer bakımından eşitlik ve infazda hareket ve netice bakımından eşitlik konusu da işlenecektir.

A. KISASTA EŞİTLİK

1. İnsan Öldürme Suçunda

Kısasın eşitliğe mebni olması onun en bariz vasfı olarak telakki edilince kısasın yalnızca eşitler arasında gerçekleşebileceği hususu da bunun doğal bir neticesi olarak kabul edilmiştir. Ancak kimlerin hangi kıstasa binaen eşit oldukları ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda ayrıntıda bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte, özellikle bu başlıkta, eşitliğin belirlenmesinde din (*İslâm*) ve eman faktörleri önemli etkenler olmuşlardır. Harbî, mürted, zındık ve muhsan zani gibi kimseleri öldürenlere kısas gerekmez. Bu kimselerin kanları hukuken korunmuş (*ismet*) değildir, kanları hederdir. Kanları heder olarak zikredilen kişilerin öldürülmeleri, hukuka aykırılık teşkil etmediği için mezkûr kimseleri öldüren faillere kısas yapılamaz.[826]

Din farkına göre kısas incelendiğinde bunun kapsamına Müslümanlar ve gayrimüslimler girmektedir. Gayrimüslimlerin kendi arasında İslam ülkesi vatandaşı olan zimmîler, vatandaş statüsünde olmayan ama islam ülkesinde geçici oturum izniyle bulunan müste'menler, zimmî ve müste'men statüsünde olmayan harbîler şeklinde taksim edilerek farklı değerlendirmelere tabi tutuldukları görülür. Hanefilerin esas aldığı bu detaylı taksim, cumhurda Müslümanlar ve diğer dinler (gayrimüslimler) tarzında daha sadedir.

a. Din Farkına Göre Kısâs Cezası ve Eşitlik

İslâm ülkesinin hâkimiyeti altında yaşayan gayrimüslim vatandaşların, düştükleri anlaşmazlıklar ve işledikleri suçlar gibi konularda hangi kanunlara göre yargılanacakları konusu kanunlar ihtilafı alanını ilgilendiren bir meseledir. Fıkıh öğretisinde Müslüman hâkimlerin gayrimüslim vatandaşların davalarına bakıp bakamayacakları konusu tartışmalı[827] olsa da Hz. Peygamberin gayrimüslimlerin bazı davalarına baktığı bilinmektedir. Bunun yanında, İslâm tarihindeki uygulamalarda gayrimüslim vatandaşların getirdikleri davaların

[826] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/291, 294; Haccâvî, *el-İknâ' li-tâlibi'l-intifâ'*, 4/173.

[827] "*Onlar, yalanı çok dinleyen, haramı çok yiyenlerdir. Eğer sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirecek olursan, sana asla hiçbir zarar veremezler. Eğer aralarında hükmedecek olursan adaletle hükmet. Çünkü Allah, âdil davrananları sever.*" el-Mâide 5/42 âyeti ile Hz. Peygamberimiz, onların davalarına bakıp bakmama konusunda muhayyer bırakılmıştır. O yüzden bu meselede ihtilaf vardır. İmam Şâfiî gibi kimi âlimler, gayrimüslimlerin İslâm mahkemelerine getirecekleri davaların görülmemesi ve bunların reddedilmesi gerektiği görüşündedir.

Müslüman hâkimler tarafından karara bağlandığını gösteren birçok örnekler de bulunmaktadır. Ancak şunu belirtmekte fayda vardır ki, prensip olarak İslâm devleti, gayrimüslim vatandaşların inançlarına gösterdiği saygının bir gereği olarak onlara birçok konuda hukuki ve adli muhtariyet hakkı da tanımıştır.[828]

Zimmilerin adli ve hukuki muhtariyetleri, ceza davalarında geçerli değildir. Ceza hukukunda gayrimüslimlerin muhtariyetleri bulunmadığından ötürü ceza davalarında, İslâm hukuku hükümlerine tabi olur ve ona göre yargılanırlar. Çünkü cezai muhtariyet, devletin asayiş ve güvenliğini tehdit edebilir, devlet içinde devlet oluşumuna yol açabilir.[829] Devlet içinde ortaya çıkacak böyle bir hukuk yapısının ülkede kaosa yol açması ise kaçınılmazdır.

Zimmilerle Müslümanlar arasında davaya konu teşkil eden anlaşmazlık, İslâm ülkesinin hâkimiyet alanında vuku bulmuş ise taraflar arasındaki yargılama, Müslümanların mahkemelerinde ve İslâm hukuku kurallarına göre yürütülür.[830] İslâm ülkesinde yaşayan gayrimüslim vatandaşların, ceza davalarında İslâm hukuku hükümlerine tabi olmaları dolayısıyla, bu konu başlığında kısas cezasında gayrimüslimlerle ilgili hükümler, eşitlik açısından tetkik edilmeye, din farkına dayalı olarak ortaya çıkan içtihat farklılıkların tespitine çalışılacaktır.

İslâm ceza hukukuna göre, kısasın uygulanabilmesi için bulunması icap eden şartlar genelde fail, mağdur ve fiille ilgili olup ana temamız olan eşitlik meselesi çoğunlukla bu şartlar altında incelenmektedir.

Faille ilgili şart, suçu işleyen failin hür iradeye sahip mükellef bir kişi olmasıdır. Bu anlamda çocuklar ve akıl hastaları mükellef değildirler ve ceza ehliyetleri yoktur. Örnek olarak, irade açısından mükrehe bakıldığında onun iradesinin ne kadar hür sayılacağı konusu ihtilaflıdır, bu sebeple kısas cezasının mükrihe mi? mükrehe mi? yoksa her ikisine de mi? uygulanacağı konusunda muhtelif içtihatlar mevcuttur.[831]

Mağdurla ilgili sayılan şartlar arasında, mağdurun canının hukuken korunmuş (*ma'sûm ve masûn*) olması, Müslümanlık ve hürriyet açısından katille eşit statüde olması gibi özellikler aranmıştır. İslâm ülkesindeki Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar (*zimmî*), İslâm ülkesine

[828] Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 396; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 222-223.
[829] Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 225-226.
[830] Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 399; Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 226.
[831] İkrah ile öldürme meselesinde Ebû Hanîfe, İmam Muhammed ve bir kavline göre imam Şafii, öldürme emrini verip muhatabını zorlayan mükrihin; İmam Mâlik, Ahmet b. Hanbel ve bir kavline göre İmam Şafii, hem mükrih hem de ikraha maruz kalan mükrehin kısas edileceğini söylemişlerdir. Aynı konuda Züfer, kısas sadece mükreh içindir derken Ebû Yusuf, ne mükrih ne de mükreh her ikisine de kısas uygulanamayacağını söylemiştir. Aynî, *Binâye*, 11/59-60; Mevsılî, *İhtiyâr*, 2/108; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/64-65

izinle girmiş olan yabancılar (*müste'men*) canları koruma altına alınmış kişilerdir. Bu kişileri öldüren failin kısas cezasıyla cezalandırılabileceği konusu fıkıh ekolleri arasında ihtilaflıdır. Ama savaş halinde veya düşman ülke vatandaşı (*harbî*) ya da hukuki başka bir sebeple öldürülmeleri serbest/*mübah* kılınmış kişilerin canları koruma altında (*ismet*) olmadığı için bunları öldürene kısas gerekmeyeceği konusu nispeten daha kesindir.

Mağdurla ilgili en önemli ve en çok ihtilafa medar olan şart, faille mağdur arasındaki hukuki statü eşitliğidir.[832] Hangi hallerde faille mağdur arasında hukuki statü eşitliğinden bahsedilebileceği konusunda çokça ihtilaf edilmiş ve bu ihtilafın önemli semereleri olmuştur. Mezhepler arasında Müslümanla zimmî, Müslümanla müste'men ya da hür ile köle arasında kısas hükmünün cari kılınıp kılınamayacağı hep buraya bağlanmıştır. Zira hukuki statüleri farklı olanlar arasında kısas cezasının uygulanmayacağı belirtilirken hukuken aynı statüde kabul edilenler arasında -kısasla ilgili diğer şartlar da bulunduğunda- kısas cezasının uygulanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye Kâmûsu*, 3/65-66, 79.

Denklik maktulde arandığı için statü bakımından maktulün katile denk olması gerekir, katilin maktule denk olması gerekmez. Maktulün katile denk olmaması kısas için bir engeldir fakat katilin maktule denk olmaması kısas için bir engel değildir.[833]

Ne var ki yukarıda sözü edilen bu eşitliğin kriterinin ne olması gerektiği konusunda önemli görüş ayrılıkları meydana gelmiştir. İmam Mâlik, Şâfiî ve Ahmet b. Hanbel din ve hürriyet yönünden eşitlik bulunursa; Ebû Hanîfe ise, vatandaşlık bağı yönünden eşitlik varsa kısas cezasına hükmedilebilir demişlerdir. Diğer bir ifadeyle zimmiler açısından hayatın dokunulmazlığı hakkı Hanefilerde *eman/zimmet* antlaşmasıyla elde edilirken, cumhura göre *Müslümanlık* ve *hürriyet* açısından eşitlik olmadıkça zimmiler bu haktan mahrumdurlar.[834] Böylece Hanefiler, insana hayatın dokunulmazlığını (ismet) *emân/zimmet* üzerine bina

[832] Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/ 491.

[833] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/219-221. Burada Ûdeh'in formüle etmeye çalıştığı eşitlik anlayışı her ne kadar genel bir kuralı ifade ediyorsa da verdiği örnekler açısından genelde cumhurun görüşünü yansıtmaktadır. Çünkü Ûdeh, kölenin maktûl, hürrün kâtil olduğu veya kâfirin maktûl Mülümanın kâtil olduğu hallerde, maktûller kâtillere denk olmadığı için kısas yapılamayacağını ifade eder. Zira küfür ve kölelik eksiklik/*naks*, İslam ve hüriyet ise bir üstünlük/*ziyade* sebebidir. Malumdur ki bu yaklaşım Hanefilerin bakış açısını yansıtmamaktadır. Zira Hanefilerde maktûlün hür ve müslüman olmasına değil hayat dokunulmazlığına (*ismet/emân*) bakılır.

[834] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246; Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/249; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/274; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 11; 'Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 1/338, 2/125; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 161. Cumhur ve Hanefilerden Ebû Yusuf'a göre, aralarındaki din birliğine dayalı denklik nedeniyle, müste'meni öldüren zimmiye kısas yapılır. Bk. 'Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 2/125; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 251-252; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/17-18; Fidan, *İslam'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, 195.

etmişlerdir. Hanefîlerin bu yaklaşımına karşın cumhurda, ismetin *İslâm ve hürriyet* vasıflarıyla sabit olacağı kanaati hakim olmuştur.

Öldürme suçunda kısas açısından vatandaşlık gibi daha üst bir kimliği baz alan Hanefilerin bu yaklaşımı onları daha eşitlikçi kılarken cumhurun nisbeten daha alt kimlik olarak tanımlanabilecek din ve hürriyeti ölçü almaları, fail ve mağdurun eşitliğini önemli ölçüde azaltmıştır; bu durumu konuyla ilgili arz edilecek meselelerde gözlemlemek mümkündür.

a.1. Müslüman ile Zimmî Arasında Kısas

İlk dönemden itibaren İslâm hukukçuları, naslar çerçevesinde hangi bireylerin hukuki statülerinin aynı ve hangilerinin farklı olacağını tespite çalışmışlardır. Bu başlık altında Müslümanla zimmî arasındaki hukuki statü farkından neş'et eden ihtilaflı hükümler, kısas bağlamında incelenecektir.

Gayrimüslim bir vatandaş (*zimmî*), Müslüman birisi tarafından amden katledildiğinde Müslümana kısas uygulanıp uygulanmayacağı konusunda dört görüş gündeme getirildiği görülür. Bunlardan katil olan bu Müslümana kısas yapılabileceği görüşü Hanefilere, kısas yapılamayacağı görüşü cumhura aittir. Sadece eşkıyalık suretinde öldürdüyse kısas yapılabileceği görüşü Malikilerin ve gayrimüslimleri öldürmeyi itiyadi suç haline getirdiyse kısas edilebileceği görüşü ise Şia'nın İmamiyye kolunun görüşüdür.[835]

Zimmiyi öldüren Müslümana kısas uygulanacağı görüşü. Hanefi mezhebi hukukçuları, Şa'bî, İbrahim en-Neha'î, Osman el-Bettî ve İbn Ebî Leylâ'ya göre din farkı kısasa bir engel teşkil etmez. İslâm ülkesinde yaşayan bir zimmî'yi bilerek öldüren Müslümana kısas uygulanır.[836] Bu müçtehitlere göre zimmiler de tıpkı Müslümanlar gibi İslâm ülkesinde temel hakları teminat altına alınmış kişilerdir. Bu itibarla ister adam öldürme suçu olsun isterse müessir fiillerde olsun, din farkı kısasa bir engel teşkil etmez, Müslümanlarla zimmilerin karşılıklı olarak kısas edilebilmesi mümkündür, demişlerdir.[837] Cumhurun ileri sürdüğü eşitlik (*tekâfü'*) şartı, diğer bir ifadeyle kısas yapılabilmesi için katilin maktulden İslâm ve hürriyet yönünden üstün olmaması, Hanefîlerde dikkate alınmamıştır. Sözü geçen eşitlik kriteri devreye konduğu için cumhura göre kısas yapılmaz. Hanefilerde zimmîyi öldüren Müslümana kısas yapılır; zira İslâm ülkesinde yaşayan bu kişiler

[835] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 254-255, 256-268.
[836] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 5/359-360, 6/7; Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/17-18; Bilmen, *Kâmûs*, 3/65-66, 79; Yaman, "Zimmî", *DİA*, 44/436.
[837] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574-575; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/173; Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 2/547; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/491.

"can" (*nefs*) sıfatını haiz olmakla hayat hakkında eşittirler; kısasın uygulanması için zimminin "*nefs*" vasfına haiz olması yeterli görülür ayrıca "din birliği" şartı aranmaz.[838]

Hanefi hukukçuları gayrimüslim bir vatandaşı öldüren Müslümana ölüm cezası verme düşüncesine sevkeden amilin sahip oldukları adâlet duygusu olduğunu belirten Muhammed Hamidulah, konuyla ilgili rivayetlerin Hanefileri desteklediğini belirterek kendisi de bu görüşe taraftar olmuştur.[839]

Hanefîler din ayrımı yapmaksızın mutlak olarak zimmet antlaşması bulunan İslam devleti vatandaşını öldüren Müslümana kısas yapılabileceğini söylerken Şa'bî bu hükmü ehl-i kitâb olan zimmîlerle sınırlı tutmuştur. Ehl-i kitâb sayılmadıkları için ona göre Mecûsi bir vatandaşı öldüren Müslümana kısas yapılmaması icap eder.[840]

Hanefîlere göre kısas için din birliğine dayalı denklik önemli değildir, kısas için önemli olan ismetteki eşitliktir. Toplumdaki potansiyel fitne ve fesadı önlemek, cinayetleri engelleyerek kaos ortamına fırsat vermemek için kısas konusunda dinde eşitlik değil ismet esas olmalıdır. Hanefîler, biri diğerini öldüren iki zimmîden katil olanı cinayet sonrasında Müslüman olsa katilin Müslüman olmasına bakılmaz yine de kısas edilir diye görüş belirten diğer mezheplere bu içtihatlarını hatırlatarak onların da bu örnekte dinde eşitlik şartı aramayarak kendileri gibi düşünmek zorunda kaldıklarına işaret etmişlerdir.[841] Böylece dinde eşitlik aramamakta haklı olduklarını göstermeye çalışmışlardır.

Hanefi mezhebi müçtehitlerine göre, köle bile olsa Müslümanlardan herhangi birinin verdiği emanın geçerli olup tüm Müslümanları bağladığını bildiren rivayet,[842] zimmet antlaşması gereği sağlanan güvencenin ve verilen sözün/emânın yerine getirilmesini

---

[838] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/260; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 337; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/124. Hanefiler, İmam Şafiî'ye cevap sadedinde, bazı meselelerde kendilerinin de din birliği kriterini işletmedikleri (zimmîye karşılık, Müslümana kısas yaptıkları) hatırlatılır: " **وقوله: لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا: المساواة في الدين ليس بشرط، ألا ترى أن الذمي إذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصا، ولا مساواة بينهما في الدين**". Bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/260;

[839] Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 397.

[840] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/11. Hz. Ömer'in içtihadıyla Mecûsîlerin ehl-i kitab statüsünde kabul edildikleri tek durum cizye meselesindedir. Hanımlarıyla evlenilmemesi ve kestiklerinin yenilmemesi gibi cizye harici konularda ehli- kitaptan ayrılırlar. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/151, 214; İbn Mâze, *el-Muhît*, 5/362; Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 3/170, 448; İbn Hacer, *ed-Dirâye*, 2/56 (No. 535), 2/133-134 (No. 739); Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/273, 8/63-64.

[841] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/260, 10/257-258; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/11. Zeydân, bu olayda Hanefîlerin mezkûr itiraz ve reddiyelerinin, zimmi iken sonradan Müslüman olan faile, kısas yapılmayacağı fikrini savunan Zâhiri mezhebini ilgilendirmediğinine dikkat çekmiştir. Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 259.

[842] Ebû Dâvûd, "Cihâd" 159 (No. 2751), "Diyât" 11 (No. 4530); İbni Mâce, "Diyât" 31; Nesaî, "Kasâme", 10, 13. "**المسلمن تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم ادناهم**" Bu hadiste yer alan, Müslümanlardan herhangi birinin bir kâfire verdiği zimmet veya emanın diğer tüm müslümanları bağlayacağı ve bunu kimsenin bozma yetkisi olmadığı şeklindeki manası için Bk: Tîbî, *Şerhu't-Tîbî alâ Mişkâti'l-Mesâbîh: el-Kâşif an hakâiki's-sünen*, 8/2469; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/481; Beğavî, *Şerhu's-sünne*, 7/311, 11/90; Azîmâbâdî, *'Avnü'l-ma'bûd*, 1242, 2104.

gerektirir. Ayrıca zimmilerin yaptıkları zimmet antlaşmasına göre can güvenliği ve dokunulmazlığı (*ismet*) kişide asli bir vasıf halini alır ve bu vasıf ancak İslâm'a karşı savaş unsuru olmaları halinde düşeceği için normal şartlarda zimmilerin kanı/canı koruma altında kalmaya devam edecektir. Çünkü zimmîler, yaptıkları antlaşma ile aslında Müslümanlara karşı savaşmayacaklarını da garanti etmiş olmakla ismet bakımından Müslümanlara eşit olmuşlardır. İhtiyarlar, kadınlar ve küçük çocukların öldürülmemelerinin sebebi nasıl savaşmaktan aciz olmaları ise zimmîlerin kanlarının mübah olmaktan çıkması da cizye ödemeyi kabul etmekle savaş unsuru olmaktan çıkmış olmalarıdır.[843] Bu bağlamda İslâm ülkesi vatandaşı olmayan "harbî"ler, ülke içinde başkaldırarak meşru devlet başkanına karşı isyan suçu işleyen "bâğî" ve "mürted"ler "*ismet*" sahibi sayılmadıklarından dolayı kanları mübah görülmüştür.[844]

Serahsî, zimmînin ismet konusunda neden Müslümana eşit olduğunu "ihrâz" ile açıklar; gayrimüslim bir şahıs, İslam ülkesine naklolmak, taşınıp fiilen orada yaşamak ve oranın vatandaşı olmak anlamında ihrâz olmakla zimmî vasfını elde etmiş ve böylece canını daimi surette hukuken koruma (*hırz*) altına almıştır. Bu anlamda zimmet antlaşması, Müslümanın kanını dokunulmaz kılan İslâm vasfından haleftir; halef (*zimmet yoluyla ihrâz*) ise aslın (*İslâm*) yokluğunda asıl gibi amel eder. Bu açıdan bakıldığında kısasın korumayı hedeflediği hayat açısından Müslüman ve zimmiler eşit olmaktadırlar. Zimmî bir kimse katledildiği takdirde aynen Müslüman gibi kanı ve canı dokunulmaz olan bir nefis katledilmiş olmaktadır. Şu halde bir hayatı sonlandıran failin kısas suretiyle hayatının sonlandırılması, kısasın özünü teşkil eden eşitliğin bir gereği olmaktadır. Nitekim zimmet antlaşmasıyla tanınan hırza bağlı olarak zimmîlerin mallarını çalan kişilere el kesme cezası verilmesi, onların malları gibi canlarının da koruma altında olduğuna bir delil sayılmalıdır.[845] Serahsî'nin bu satırlarda zimmînin malının korunup bundan daha önemli olan canının evleviyetle korunması gerektiğine işaret etmesi, diğer mezheplerde zimmî vatandaşların mallarının koruma altında olup bu kişilerin malını çalan hırsıza ittifakla el kesme cezası verileceğini[846] kabul etmiş olmalarından kaynaklanmakta olup bir nevi göndermede bulunmaktadır.

Zimmînin kanının zimmet antlaşmasından kaynaklı elde ettiği ihraz sebebiyle Müslümanın kanına eşit olduğu noktasında Serahsî'nin özellikle üzerinde durduğu temel

[843] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 259.
[844] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246.
[845] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/133-134.
[846] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/11; Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 261, 265; Bilmen, *Kâmûs*, 3/269; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 24/307. Zimmet akdinin sonucu canın korunmasıdır, cana tabi olarak mal da koruma altındadır. Bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/439.

referans; gayrimüslimi öldürmeyi mübah kılan asıl unsurun, onun küfrü değil bizatihi savaşçı veya savaşta Müslümanları öldürme potansiyeline sahip olmasıdır. "*Kâfirler sizinle savaşırlarsa siz de onlarla savaşın*"[847] âyeti bunu göstermektedir. Bir gazve dönüşünde o bölgede ölü halde bulunan bir kadın hakkında Hz. Peygamber'in tepki gösterip "*Sizinle savaşmıyoryordu ki! Bu kadın neden öldürüldü?*"[848] diye sorması da âyetteki bu manayı teyit etmektedir. Meseleye bu açıdan bakıldığında bizimle savaşmayan ve bize karşı savaş unsuru olmayacağına dair garanti veren zimmilerin öldürülmesi için bir sebep kalmamış olmaktadır. Çünkü zimmetle kazandıkları ihrâzla canlarının dokunulmazlığı (*ismet*) konusunda Müslümanlarla eşit olmuşlardır. Müslümanın dini yönden daha faziletli olması ise bir kısas manisi sayılamaz.[849] Behnesî, Hanefilerin bu görüşünü küfür sebebiyle olan noksanlık, kişinin can güvenliğini/*ismetini* izale etmez. Zaten cehalet, günahkârlık ve kadınlık gibi noksanlıklar, kısas konusunda bir hüküm ifade etmezler diyerek desteklemektedir.[850]

İslâm ülkesinde geçici de olsa oturum izni olmayan harbi ve mürtedler, can dokunulmazlığına sahip (*ma'sûmüd-dem*) olarak kabul edilmemişlerdir. Bu itibarla, harbî veya mürted bir kişi, Müslüman ya da zimmî tarafından öldürülmüş ise bu kişilere kısas cezası gerekmez.[851]

Gerek adam öldürme suçu olsun gerekse de müessir fiillerde olsun, din farkının kısasa bir engel teşkil etmeyeceğini, Müslümanlarla zimmilerin karşılıklı olarak kısas edilebileceğini söyleyen müçtehitlerin zikrettikleri delillerden bazıları şöyle sıralanabilir.

Aralarında eşitlik olduğu düşüncesiyle, Müslümanla zimmî arasında kasıtlı işlenene cinayetlerde karşılıklı kısas uygulanması gerektiğine dair içtihat için Hanefiler, "*Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı* (كتب عليكم القصاص في القتلى)" [852] âyeti, "*Cana karşı can kısas edilir diye emrettik* (و كتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس)" [853] âyeti ve "*Haksız yere öldürülen kişilerin velilerine kısas yetkisi verdik* (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا)"[854] âyetlerinin lafızlarının umum/*âmm* ifade ettiğini ileri sürmüş ve bu âyetleri delil göstermişlerdir. Anılan üç âyetin tamamında öldürülen kişiler hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın katillerinin kısas edilmesine

[847] el-Bakara 2/191.
[848] Ebû Dâvûd, "Cihâd", 121 (No. 2668-2699); Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 3/387; İbn Hacer, *ed-Dirâye li-tahrîci ehâdisi'l-Hidâye*, 2/116 (No. 701)
[849] Serahsî, *el-Mebsût*, 6/134.
[850] Behnesi, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 45.
[851] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/146; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 11. Harbîyi öldüren Müslümana kısas yapılmacayacağı konusunda icma bulunduğuna dair bk. Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ'*, 6/370-371.
[852] el-Bakara 2/178.
[853] el-Mâide 5/45.
[854] el-İsrâ 17/33.

hükmedilmiştir. Âyetlerde yer alan mutlak ve âmm lafızların takyit ve tahsis edildiğini iddia eden kişilerin bunu delillerle kanıtlamaları gerekir.[855]

Cumhura göre "*cana can*" (el-Mâide 5/45: أن النفس بالنفس) âyeti umumi olup "*hürre hür, köleye köle, kadına kadın*" (el-Bakara 2/178: الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) âyeti ile tefsir ve tahsis edilmiştir. Üstelik el-Mâide 5/45 âyeti, önceki şeriatlerdeki hükmü kıssa ederken el-Bakara 2/178 âyeti bizim şeriatımıza aittir. Hanefîlerin buna cevabı şöyledir: el-Mâide 5/45'teki "*nefs/can*" kelimesiyle, hem mü'min hem kâfir kasdedilebilir, çünkü ikisi de can sahibidir. Cumhurun ileri sürdüğü gibi el-Mâide 5/45 âyetinin, el-Bakara 2/178 ile tahsisi söz konusu değildir. Zira muhassıs olduğu iddia edilen âyetteki "*hür*", "*köle*" ve "*kadın*" kelimeleri de hem kâfir hem Müslüman için kullanılabilirler; dolayısıyla bu âyetten hareketle gayrimüslimi öldüren Müslümana kısas yapılmaz, denilemez.[856] Âyetin (el-Bakara 2/178: الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) bu kısmı, kadına karşılık erkek, köleye karşılık hür şeklinde katil haricinde başkasına kısas yapılması gibi o dönemdeki bazı uygulamaları düzeltmek ve bunun yerine cezalardaki şahsilik ilkesini ikame etmek üzere sevk olunmuştur. Kaldı ki genel bir hükmün ardından gelen özel ifadeler her zaman tahsis ifade etmez, kimi zaman tahsis kimi zaman beyan ifade eder. İddetle ilgili âyetlerde ve ribâ hadisindeki altı maddede bunu görmek mümkündür; bunlarda amaç tümel hükmü tikel meseleye tahsis etmeksizin örnek kabilinden bazı hükümleri zikrederek açıklamada bulunmaktır.[857]

Ebû Hanîfe ve öğrencilerine göre "*Hür-hür, köle-köle, kadın-kadın*" (el-Bakara 2/178) âyeti, "*Cana can*" âyetiyle (el-Mâide 5/45) neshedilmiştir. Ayrıca nefs/can konusunda karşılıklı üstünlüğe itibar edilmez. Dolayısıyla neshi kabul etmeyip tahsisi savunan fakihler (Ömer b. Abdülazîz, Hasan-ı Basrî, Atâ, imam Mâlik ve Şâfiî), kadın-erkek, köle-hür konusunda canlar eşit değildir derken bir grubun tek kişiyi öldürmesi halinde, öldürülen tek kişiye karşılık katil topluluğa kısas yapılacağını kabul etmekle kendi kurallarına ters

---

[855] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/165, 173; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10, 258; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 260, 265; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 1/265-270.

[856] Şevkânî, *Fethu'l-kadîr*, 1/201-202.

[857] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/165-166. Cessâs burada şu örneklere yer vermektedir: "**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**" (el-Bakara 2/228) ayeti geneldir ve boşanan (hamile olmayan) kadınların üç kur iddet bekleyeceğini hükme bağlar. Aynı ayetin (el-Bakara 2/228) devamındaki "**وبعولتهن أحق بردهن في ذلك**" kısmı ile devamındaki "**فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف**" (el-Bakara 2/231) ayeti ise, karısını üçten daha az (1 veya 2) boşayan erkeklerle ilgili özel bir hüküm olup bunların karılarına dönebileceklerini ifade etmektedir. Amaç tahsis değil, konuyla ilgili açıklama mahiyetinde başka bir detaya yer vermektir. Dolayısıyla iddet yine üç kurdur ve üçten daha az boşamada bulunan kocaların dönüş hakkıyla ilgili bir ayrıntıya yer verilmiştir. Tümelden sonraki bu tikel hükme bakılarak, üç kur iddetin, sadece kocalarının kendilerine dönüş hakkı bulunan boşanmış kadınlara tahsis edildiği söylenemez. Faiz örneği de böyledir: Hz. Peygamber'in ribâ hadisinde özel olarak bazı maddeleri zikretmesi, faizle ilgili hükmü daraltmamakta ribanın sadece bu maddelerde cereyan edip diğer maddelerde riba gerçekleşmeyececeği anlamına gelmemektedir.

düşmüşlerdir. Eğer canlarda eşitliğe itibar edilecekse çok kişi ile tek kişi arasında da eşitliğe itibar edilmeliydi.[858]

Cessâs, "كتب عليكم القصاص في القتلى" âyetinin devamındaki "فمن عفي له من أخيه شيء" "kardeşiniz" ifadesi âyetin genel hükmünü daraltmamaktadır; buradaki "kardeş" cumhurun dediği gibi din kardeşliğini değil aynı kavme mensup olmayı ifade etmektedir. Aralarında din kardeşliği olmadığı hatta inkâr etmelerine rağmen Hûd peygamberin Âd kavminin kardeşi olarak zikredilmesi (el-Hûd 11/50) buna bir örnektir. Öyleyse âyette yer alan "kardeşiniz" ifadesinden hareketle gayrimüslimi öldüren Müslümana kısas yapılmayacağını söylemek doğru değildir.[859]

"*Kısasta sizin için hayat vardır*"[860] âyeti, mana ve maksatları açısından düşünüldüğünde öldürme suçunun kısasla önlenerek toplumda hayatın dokunulmazlığını garanti altına maksadı taşıdığı açıktır. Bu hedefe ulaşmak için zimmiyi öldüren Müslümana kısas yapılması, caydırıcılık ve hayatın korunması ilkeleri göz önünde bulundurulunca daha önemli ve önceliklidir. Çünkü farklı din mensuplarına karşı insanlardaki dini saiklere dayalı hamaset ve düşmanlık hisleri, onları öldürme konusunda daha da cesaretlendirebilme potansiyeline sahiptir. Bu açıdan bakıldığında sözkonusu tehlikenin önünü almak için zimmiyi katleden Müslümana caydırıcı bir ceza vermeye olan ihtiyaç, iki Müslüman arasında gerçekleşen cinayete karşı kısas yapmaktan daha belirgindir.[861] Kamuda genel asayişin sağlamak üzere zimmî vatandaşların katillerine kısas uygulanması önemli bir tedbir olmalıdır.

Abdullah b. Ömer'den rivayet edildiğine göre Rasûlüllah (s.a.v.) İslâm ülkesinde anlaşmalı yaşayan bir zimmiyi (*muâhed*) öldüren Müslümana kısas uygulamış ve şöyle buyurmuştur: "*Zimmeti (sorumluluğu) altındaki insanların haklarını korumaya en çok önem/değer veren benim*".[862] İbn Selmânî'den munkatı' olarak gelen bir habere göre Rasûlüllah'ın kâfiri öldüren bir Müslümana kısas uyguladığı sabittir.[863]

Buhârî'nin suçsuz yere bir zimmiyi öldüren kişinin günahı babında zikrettiği: "*Antlaşmalı (muâhed/ehl-i emân) bir vatandaşı öldüren kişi, cennetin kokusunu bile alamaz.*

[858] Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 1/246. Sa'îd b. el-Müseyyeb (v. 94/713), Şa'bî (v. 104/722), İbrâhîm en-Neha'î (v. 96/714), Katâde (v. 117/735) ve Süfyân-ı Sevrî'ye (v. 161/778) gibi âlimlere göre de el-Bakara 2/178 âyeti, el-Mâide 5/45 âyetiyle neshedilmiştir.
[859] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/165.
[860] el-Bakara 2/179.
[861] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10, 258. 10/258.
[862] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/56 (No. 15917); Dârekutnî, "Hudûd ve Diyât", 4/156 (No. 3259); Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 4/335-336; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, (Dimâ'), 8/427-428; San'anî, *Sübülü's-selâm*, 3/493-494.
[863] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/18; Kâsânî, *Bedâiu'*, 10/258.

Hâlbuki cennetin kokusu kırk yıllık bir mesafeden hissedilebilir"[864] hadisi de Hanefîlerin bu konudaki bir başka delilidir.[865]

Hanefiler, kendi delillerinin yanısıra cumhurun istidlal ettiği hadisin de esasında kendi görüşlerini desteklediğini iddia etmişleridir. Buna göre, "لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده" hadisindeki "ذو عهد" terkibini "مؤمن" kelimesine atfederek hadisin manasının "لا يقتل مؤمن (بكافر) بكافر، ولا يقتل ذو عهد به"[866] takdirine göre manalandırılması gerektiğini düşünmüşlerdir. Bu takdire göre hadisteki "*kâfir*" kelimesi de Müslümanlarla savaş halindeki "*harbî*" için kullanılmıştır. Yapılan uzun gramatik tahlillerden sonra Hanefîlere göre hadis "*Ne Müslüman ne de antlaşma süresince zimmi vatandaş, harbi bir kâfir karşılığında kısas edilerek öldürülemez.*" şeklinde anlaşılmıştır. Böylece cem' ve tevfîk yöntemiyle naslar arasındaki tenakuza fırsat verilmemiş olur.[867] Kaldı ki, gayrimüslim olduğu olduğu halde zimmi vatandaşın harbi bir kişiyi öldürmesi halinde kendisine kısas yapılamayacağı konusunda tüm mezheperin ittifak etmiş olması, hadiste geçen "kâfir" kelimesinin "harbî" olduğunda şüphe bırakmamaktadır.[868]

Hz. Ömer'in hilafeti zamanında Benî Bekr b. Vâil ailesinden bir adamın Hîre mevkiinde zimmi vatandaşlardan birisini öldürmesi üzerine Hz. Ömer, kısas edilmek üzere katilin maktul yakınlarına teslim edilmesini emretmiş, onlar da cezayı infaz etmişlerdir. Hz. Ali'nin de kendisine bir zimmiyi öldürdüğü için getirilen kişinin suçu ispatlanınca bu kişinin öldürülmesini emrettiği rivayeti bulunmaktadır. Hz. Ali, bu kararına gerekçe olarak, biliyorsununuz: "*Bunlar bize canları bizim canımız gibi, malları da bizim mallarımız gibi (dokunulmaz ve korunmuş) olsun diye cizye ödüyorlar*"[869] demiştir.[870] Yine Hz. Ömer, Hristiyan vatandaşları öldürmeyi itiyad haline getiren bir Müslümanın idamına hükmetmiştir.[871]

İslam şeriatının korumayı hedeflediği beş temel değerden en önemlisinin hayat hakkı olduğu göz önüne alınınca Hanefilerin bu içtihadının maksada daha iyi hizmet edeceği kesindir denebilir. Cinayetler başta olmak üzere çoğu toplumsal olayda etnik köken ve dini farklılıkların tetikleyici etkisi göz önüne alındığında da farklı din mensupları arasında kısas

[864] Buhârî, "Cizye" 4 (No. 3166).
[865] Âyid, *Hukûku ğayri'l-müslimîn*, 49.
[866] Küçük bazı lafiz farkları dikkate alındığında şu ifade de karşımıza çıkar: " **لا يقتل مسلم بكافر حربي ولا ذو عهد بكافر حربي**" Bk. Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/104; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 54.
[867] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/258-260.
[868] Bilmen, *Kâmûs*, 3/79.
[869] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Cirâh", 8/62 (No. 15934); Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 3/381, 4/337.
[870] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574; Mevdudî, *Hukûk-u ehli'z-zimme*, 16-17; Âyid, *Hukûku ğayri'l-müslimîn*, 50.
[871] Koşum, *İslâm Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler*, 199.

uygulanabilmesi hükmünün önem arz edeceği açıktır. Çünkü aynı dine mensup iki vatandaşın birbirini öldürmesine göre faklı din mensubu kişilerin birbirlerini öldürmeleri daha yaygın ve kolaydır. Farklı din mensuplarına karşı duyulan kin ve nefretten kaynaklı öldürme potansiyelinin frenlemesi için din ayrımı yapılmaksızın karşılıklı kısas iyi bir çare olmalıdır.

"*Allah, din konusunda sizinle savaşmamış ve sizi yurtlarınızdan çıkarmamış kimselere iyilik etmekten, onlara karşı adil olmaktan sizi men etmez. Allah adâletle hükmedenleri sever.*"[872] âyetinin, Müslümanlarla aynı toplumsal ortamı paylaşan gayri müslim vatandaşların can, mal ve ırz güvenliklerinin korunup kendilerine adâletle muamele edilmesini hükme bağlaması da, Hanefîlerin görüşünü destekler mahiyettedir. Müslümanlarla gayrimüslim vatandaşlar arasında karşılıklı kısas yapılabilmesi de âyette konu edilen iyilik (*birr*) ve adâlet (*kıst*) kapsamında değerlendirilebilir.

Zimmiyi öldüren Müslümana kısas uygulanmayacağı görüşü. Şafii mezhebinde din farkı (*İslâm*), hürriyet farkı ve babalık (*velâdet*) vasfı, kısas manisi olarak sayılan üç haslettir. Bu üç vasıf dikkate alındığında eşit olanlar arasında karşılıklı kısas uygulanır, sayılan nitelikler açısından eşitsizlik varsa üstün olan (*fâdıl*) taraf lehine faziletçe daha düşük olan (*mefdûl*) tarafa kısas uygulanır. Ama aksi durumda kısas uygulanmaz. Bu yaklaşımın bir neticesi olarak Müslüman bir şahıs, zimmi veya müste'men (*muâhed*) fark etmeksizin hiçbir kâfir karşılığında kısas edilemez. Ama bu kişiler, bir Müslümanı öldürülerse kendilerine kısas icra edilir. İslam dışındaki tüm dinler aynı tasnifte yer aldığı için tüm zimmiler kendi aralarında eşit sayılırlar. Bu nedenle zimmiler, birbirlerine karşı öldürme suçu işlemişlerse aralarında karşılıklı kısas cezası uygulanır; Yahudi, Hristiyan veya Mecusi ayrımı gözetilmez.[873] Diğer bir deyişle eşitlik (*tekâfü'*) şart olduğu için bir kişi kendi dengine (zimmî zimmiye karışılık) ve kendinden daha üstün durumdaki kişiye (zimmi Müslümana) karşılık kısas edilir ama kendinden daha ednâ durumdaki kişiye (Müslüman zimmiye) karşı kısas edilmez. Çünkü hüre karşı hür, köleye karşı köle ve kadına karşı kadının kısas edilececeğine dair âyet,[874] denkler arasında kısas yapılabileceğini doğrudan bildirmektedir; öyleyse aynı âyet, konumu düşük (*ednâ*) olanın kendinden daha üstün (*a'lâ*) olan birine karşı kısas edilebileceğini evleviyetle göstermektedir.[875] Akıl yürütmeye dayalı bu yorum yöntemini sahabeden Ömer, Osman, Ali, Zeyd b. Sâbit, Muâviye, sonraki nesillerden Hasan el-Basrî, Ömer b. Abdülazîz, İbn Şihâb ez-Zührî, Süfyân es-Sevrî, İbn Şübrüme, İshâk b. Râhûye, Atâ

[872] el-Mümtehine 60/8.
[873] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/148; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/150; Zekeriyya el-Ensari, *Esne'l-metâlib*, 4/12; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239; Âşûr, *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 3/283-284.
[874] el-Bakara 2/178.
[875] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/40; Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 337; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/260.

b. Ebî Rabah, İkrime, Evzâ'î ve İmam Mâlik gibi çoğu âlimin izlemiş olmasını Şafiiler kendilerine delil saymışlardır.[876] Amr b. Hazm'dan nakledilen ve Yemen halkına yazılan mektupta yer alan "*Kim haksız yere bir mü'mini öldürürse onun cezası kısastır.*"[877] hadisinin umumu da bu yorumu desteklemektedir.[878]

Şâfiîlerde kâtil, zina suçu (recm) gibi bir nedenle kanı heder sayılan bir Müslüman dahi olsa, yine zimmî karşılığında kısas edilmez.[879]

Öldürme suçunda asli ceza olan kısas için din farkı, kısas manisi olunca Şafiiler ve aynı görüşü paylaşan diğer mezhep imamlarının bedel ceza olan diyete hükmettikleri görülür. Zimmîyi, müste'meni, aramızda belirli bir süre geçerliliği bulunan antlaşmalı (*hüdne*) ülke vatandaşını veya henüz İslâm davetinin ulaşmadığı kişiyi öldürmekten dolayı Müslümanların diyet ödemesi gerekir. "*Öldürülen kişi, aranızda antlaşma bulunan bir toplumdan ise ölenin ailesine diyet ödemek gerekir.*"[880] âyeti gereğince bu kişilerin kanları mazmûndur.[881] Diyete hükmeden Şâfiîler bununla yetinmeyerek, gayrimüslimi öldüren Müslümana bir yılı geçmemek üzere ta'zîr olarak ağır hapis (dayak vb) cezası da verilebileceğini söylemişlerdir.[882]

Zimmiyi öldüren Müslümana kısas değil ta'zîr cezası verileceğini[883] bildiren bu içtihadi yaklaşımda, failin din ve hürriyet bakımından maktule karşı olan üstünlüğü fail açısından şahsi cezasızlık hali oluşturmuştur.[884] Aralarında eşitlik bulunmadığı gerekçesiyle gayrimüslim vatandaşı öldüren Müslümana ve köleyi öldüren hür bir şahsa kısas yapılmayacağı içtihadında bulunan müçtehitlerden imam Mâlik, bu konuda sahabe uygulamasını örnek aldıklarını söyleyerek ta'zîr olarak Müslüman suçluya yüz sopa ve bir yıl

---

[876] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/350, 354, 356; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239.
[877] Abdürezzâk, *el-Musannef*, 9/273 (No. 17183), 9/275 (No. 17191); Dârimî, *es-Sünen*, 3/1518 (No. 2397); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 4/149 (No. 7255), 8/46 (No. 15884), 8/317 (Bab başlığında); Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/70-71.
[878] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/40.
[879] Şihabüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/268-269.
[880] en-Nisâ 4/92.
[881] Nevevî, *el-Mecmû'*, 19/3.
[882] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/40.
[883] Cumhuru teşkil eden bu mezhep alimlerinin, zimmi ile Müslüman arasında hukuken eşitlik bulunmadığı gerekçesiyle, zimmiyi öldüren Müslümana kısas cezası uygulanmasa da ta'zir cezası uygulanacağını belirtmeleri önemlidir. Çünkü her cezanın sonuçta ibretlik ve caydırıcılık niteliği bulunmaktadır. İslam hukukunda da bireyin suçluyu affettiği durumlarda devletin suçluyu cezalandırma hakkının saklı kalması bize Beccaria'nın af konusundaki şu mülahazalarını hatırlatıyor: "*... Aleyhine suç işlenen kişinin (suçluyu) affi, suçlunun cezaya çarptırılarak 'misâl' olma zaruretini yok edemez. ... Suçtan zarar görmüş bir vatandaş sıfatıyla yalnız kendi hukukundan vazgeçmiş olabilir, lakin diğerlerinin bu hukukunu onlardan alamaz.*" Bk: Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 211.
[884] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 31.

hapis cezası öngörmüştür.[885] Maliki ekolü de Şafiî ekolü gibi maktul yakınlarına diyet ödeneceği konusunda aynı kanaattedir.[886] Diyetle beraber suçlunun, devlet açısından gerekli görülmesi halinde ta'zîr cezasına çarptırılabilmesi hususu göz önüne alındığında bu cezasızlık halinin kısasla sınırlı olduğunu belirtmekte de yarar vardır.

İbn Hazm, gayrimüslimi kasten öldüren başta olmak üzere hataen öldüren Müslümana ceza olarak sadece ta'zir/te'dib cezası verileceği içtihadında bulunmuştur. Ta'zir olarak da katili caydırmak ve zararını önlemek üzere hapis cezası tayin edilmiştir. Suçlu durumdaki bu Müslümana kısas, diyet ve kefaretten hiçbiri gerekmez. Kendilerine diyet ödenecek kişileri üç grup halinde ele alan en-Nisâ 4/92 âyetinde zikri geçen üç gruptan ilk ikisi, doğrudan Müslümanlarla ilgilidir. İbn Hazm, aynı âyette sözü edilen üçüncü kişiyle de Müslümanların kast edildiğini savunur. Buna göre "*(Hataen öldürülen kişi) Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine teslim edilecek bir diyet vermek ve mümin bir köleyi âzat etmek gerekir.*" şeklindeki üçüncü kısımda hükmü beyan edilen kişi, antlaşmalı topluluk arasında yaşayan bir mü'mindir, bu mü'mini öldüren kişi onun diyetini öder. Dolayısıyla gayrimüslimi öldüren Müslümanın diyet ödemesine gerek yoktur.[887]

Gerek zimmî olsun gerek aldığı geçici izinle ülkemizde bulunan harbî (*müste'men/mu'âhed*) olsun bu kişileri katleden Müslümana, kâfire karşılık kısas yapılamayacağını bildiren habere istinaden mü'minle kâfir arasında eşitlik bulunmamaktadır. Bundan dolayı karşılıklı kısas yapılamayacağı içtihadında bulunan cumhurun görüşünü Kâsânî, imâm Şâfiî'ye nispetle şöyle açıklar; gayrimüslimlerin içinde bulundukları küfür sebebiyle ismetlerinde şüphe vardır, hayatlarının hukuken korunmuşluğu anlamında masumiyetleri kesin değildir. Çünkü zimmet, aynı kişide, ismeti yok eden küfürle bir arada bulunmaktadır. Öte yandan küfür en büyük suçtur, cezasının dünyada da büyük olması gerekir, o da kâfirleri katletmekle olur. Ancak her ne kadar karşılıklı kısas yapılmasa da bu insanların öldürülmelerine izin verilmez. Çünkü Müslümanların gayrimüslimlere verdikleri emân ve zimmet öldürmeye manidir. Bunun yanında Şafiîlere göre, Müslümanlarla kâfirlerin eşit olmamalarının diğer bir sebebi de Müslümanların cennetle (*sa'îd*), kâfirlerin cehennemle (*şakî*) müjelenmiş olmalarıdır.[888]

---

[885] İbn Şâş, *'Ikdü'l-cevâhir*, 3/1129-1130; Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, 2/297-298; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/17-18.
[886] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/347-348.
[887] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/220-221, 235-237; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/61-62, 76-79.
[888] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/258. Küfür, kişi iman etmediği sürece her an tekerrür eden ve devamlılık arz eden mütemâdî ve büyük bir suçtur. Mademki suç ağırdır, cezasının da ağır olması gerekir, o da dünyevi

İmam Mâlik, imam Şâfiî ve imam Ahmet b. Hanbel başta olmak üzere İbn Şübrüme, Süfyân es-Sevrî, Evzâ'î ve Dâvûd ez-Zâhirî gibi gayrimüslim vatandaşı (*zimmî*) vatandaşı veya sınırlı bir süreliğine izinle İslâm ülkesine giren gayrimüslimi (*müste'men*) öldüren Müslümana kısas cezası verilemeyeceğini ileri süren ve çoğunluğu teşkil eden bu alimler, Rasûlüllâh'ın "*Kâfire karşılık Müslümana kısas yapılmaz*"[889] anlamındaki beyanını görüşlerine gerekçe göstermişlerdir. Bu hadise göre din farklılığı kısasa engel teşkil edecektir, öldürdüğü veya yaraladığı gayrimüslime (zimmi yahut müste'men) karşılık Müslümana kısas uygulanamayaktır. Zira hadiste sözü geçen "*kâfir*" kelimesi zimmi ve müste'men ayırt etmeksizin bütün kâfirleri kapsamaktadır. Dolayısıyla hiçbir kâfir mü'mine denk olamayacağı için müslüman bir şahıs, hiçbir kâfire karşılık kısas edilemez.[890] Hatta Müslüman katil, işlediği zina suçu sebebiyle kanı heder sayılan biri olsa bile hüküm aynıdır; bu haliyle dahi Müslümanın zimmiden daha değerli ve üstün olması kısasa manidir.[891]

Mâlikî mezhebinde "İslâm" unsuru kısas konusunda "hürriyet" şartından daha etkili ve belirleyici olarak görülmektedir. "Ednâya karşılık a'lâya kısas yapılmaz" kuralı gereği köleyi öldüren hür kişiye kısas yapılması kabul edilmezken kölenin "İslâm" üstünlüğü varsa hüküm değişmektedir; bunun gereği olarak Müslüman bir köleyi öldüren gayrimüslim hürre kısas yapılır ama Müslüman bir köle, kâfir bir hürre karşı kısas edilmez. Çünkü hürriyet, kısasta eşitliğe dair hükümlerde belirleyici unsurlardan biri olsa da etki bakımından İslâm şartına eşit değildir, nispeten daha düşük bir vasıftır.[892] Taraflar İslâm ve hürriyet şartlarından sadece birinde eşit olurlarsa, din/İslâm vasfını taşımayanlar tek taraflı kısas edilir. Hür bir kâfir, hür bir Müslüman karşılığında kısas edilir; kâfir bir köle, Müslüman bir köle karşılığında kısas edilir. Fakat bunlar tek taraflıdır, durum aksine dönerse İslâm ve hürriyet yönünden eksik olan maktul için, din ve hürriyet şartını taşıyan kişilere kısas cezası uygulanmaz. Örneğin hür, köle karşılığında kısas edilmez. Eğer İslâm şartı ile hürriyet şartı karşılaşırsa İslâm şartı ağır basar,

---

cezaların en büyüğü olan ölüm cezasıdır. (**.. لكونه جناية متناهية فيوجب عقوبة متناهية، وهو القتل لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية**)

889 Buhârî, "İlim" 39, "Diyât" 31; Ebû Dâvûd, "Cihad" 159, no: 2751, "Diyât" 11, no: 4530; İbn Ebi'l-'Âsım, *ed-Diyât*, 47. " **عن أبي جحيفة قال : قلت لعلي: هل عندكم شيء من الوحي ما ليس في القرآن؟ فقال: لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا فهما يعطيه الله رجلا في القرآن وما في هذه الصحيفة قلت: وما في هذه الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر**".

890 Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, 4/17; Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şafi'î*, 12/10-15; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/237; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/175-176; Cessâs, *Muhtasaru İhtilâfi'l-'ulemâ*, 5/157; Şevkâni, *Neylü'l-evtâr*, 8/421-430; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 399; Ebû Zeyd, *Ahkâmü'l-cinâye ale'n-nefs ve mâ dûnehâ ında İbni Kayyim el-Cevziyye*, 172-174; Sûseveh, *Menhecü't-tevfik ve't-tercîh beyne muhtelifi'l-hadîs ve eseruhû fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 411-412; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/491.

891 Şihabüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/268-269; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239.

892 Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/238, 241; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/344.

hür olmak Müslüman olmaya denk görülmez. Bu yüzden hür bir kâfiri öldüren Müslüman köleye kısas uygulanmaz.[893]

Malikiler, kısasın uygulanabilmesi için gerekli şartları sayarken suçlu, mağdur ve suç olmak üzere üç rükün üzerinde durarak belirli kriterler getirmişlerdir. Suçlu, mükellef, ismet sahibi ve eşit (*mükâfeet*) olmalı; mağdur, ismet sahibi olmalı; suç olarak öldürme eylemi de kasıt ve düşmanlıkla olmalı demişlerdir. Katilde aranan eşitlik şartıyla ilgili olarak, katilin din (*İslâm*) ve hürriyet açısından maktulden üstün olmaması ya da maktulün bu iki yönden katile eşit olması gerekir. Yoksa kısasa esas teşkil etmesi açısından maksat, katille maktulün her yönden eşit olmaları değildir denilerek meseleyi izah ederken dar ve özel anlamdaki bir eşitliğin kasdedildiğini vurgularlar. Bu bağlamda her ikisi de hür olan iki Müslümandan ilim, şeref, mevki vb. yönlerden daha üstün olanı kendisine nispetle daha düşük durumdaki bir Müslümanı öldürse katilin cezası yine de kısastır. Aradaki bu itibari üstünlükler eşitliği bozmaz. Hür bir kâfir yine kendi gibi hür bir kâfiri öldürse aralarında kısas icra edilir. Katilin ehl-i kitaba, maktulün de Mecusilere mensup olmasına bakılmaz. Müslüman bir köle de kendisi gibi Müslüman bir köle karşılığında kısas edilir.[894]

Mâlikî mezhebinde faille maktul arasındaki eşitlik konusunda, yargı kararı verilmeden önceki eşitlik esas alınır. Failin İslâm'a girmesi veya hürriyetine kavuşturulması gibi kısâsa mani olacak tarzdaki bir gelişmeyle fiili durumda eşitlik açısından meydana gelen değişiklik, yargı kararından sonra oluştuğu için dikkate alınmaz. Kendisi gibi bir gayrimüslimi öldüren bir gayrimüslimin yargı kararından sonra Müslüman olmasına -diğer bir ifadeyle, hukuki durumlarındaki eşitliğin bozulmasına- rağmen kısas edilmesi bu nedenledir. Kendisi gibi bir köleyi öldürdükten sonra azad edilen kölenin eşitlik açısından statüsü değişmesine rağmen kısas edilmesi de aynı gerekçeye mebnidir.[895] Her iki olayda da kısas manisi olan islam ve hürriyet vasıfları, kısas hükmü, kişiler üzerinde sübut bulduktan sonra ortaya çıktığı için sonuca etki etmemiştir.

Mâlikîlerde ğîyleten öldürme. Mâlikilerde esas hüküm, kâfir sebebiyle Müslümana kısas yapılamayacağı olmakla beraber gafletinden yararlanarak ve pusu kurularak (غيلة/*ğîyleten*) malı uğruna öldürülen zimmi bundan istisna edilmiştir. Mâlikîler ve Leys b. Sa'd'a göre bu durumda eşitliğe bakılmaksızın zimmiyi katleden Müslümana kısas yapılır.

[893] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/238.
[894] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/237-238; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523.
[895] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-i Halîl*, 8/23.

Aynı hüküm bu şekilde (*ğıyleten*) katledilen köle için de geçerlidir.[896] Eşkıyalık ederek zimmi vatandaşı öldüren bir kıble ehline (Müslümana) Rasûlüllah'ın kısas yaptığına dair rivayet, bu konuda delil olarak zikredilmiştir.[897] Gayrimüslim vatandaşı eşkıyalıkla öldürdüğü tespit edilen Müslümana kısas yapılması, kâfirin Müslümana eşit olmasından değil olayın eşitlik şartını askıya alacak derecede hunharca olmasından dolayıdır. Kısas nedeni, gayrimüslimle yapılan antlaşmayı (*emân*) bozması ve öldürme suçunu önlemek üzere caydırıcılığın temini gayesiyledir.[898] Bir diğer izaha göre ise hırâbe kapsamında değerlendirilen ğîyleten öldürme, öldürme suçunun niteliğine etki ederek onu hadler grubuna dâhil etmiştir; artık maktul yakınlarının sulh istekleri, af ve iskatları da geçerli olmaz, mesele devlet başkanının takdirine havale edilir.[899] Faile verilecek ölüm cezası kısasen değil suçluların topluma saldıkları korku, kamuoyunda sebebiyet verdikleri kaos ve fesat dolayısıyladır.

Mâliki mezhebinde on beş kadar kısas manisi zikredilmektedir. Bunlardan "*şerefü'd-din*", "*übüvvet*" ve "*şerefü'l-hürriyyet*" ilk üç sırada zikredilmektedir. Gayrimüslim vatandaşı kasten öldüren Müslümana kısas yapılmaması dini üstünlüğe; köleyi öldüren hür şahsa kısas yapılmaması ise hürriyet avantajına bağlanmıştır. Mağdurun suçluya eşit olması şartının, bu örneklerde din ve hürriyet nedeniyle bozulduğunu böyle ifade etmişlerdir. Ancak erkek olmanın (*rucûliyet*) nispeten bir üstünlüğü (*fazîlet*) bulunsa da kısas manisi olarak kabul edilmez. Eşitliğe etki etmemesi nedeniyle, kadını öldüren erkeğe kısas yapılır. Aynı şekilde sayı (*aded*) farkı, kişisel erdemlilikler, soyluluk, bedenen sağlıklı olmak gibi doğal farklar, eşitliği bozmadıkları gerekçesiyle kısasa mani sayılmazlar. Bir kişiyi öldüren katil grubunun tamamına kısas yapılabilmesi, birden çok kişiyi öldüren faile kısas yapılması, gariban bir vatandaşı öldüren üst düzey bir kişiye kısas yapılabilmesi gibi hükümler bu kabule dayanır.[900]

Müslümanın kâfir karşılığında kısas edilmeyeceğini savunan cumhurun, nakli deliller yanında bazı akli istidlallere de başvuruğu görülür. Örneğin Şâfiî mezhebinde insanların

---

[896] Zürkânî, *Hâşiye*, 8/5; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/333; Yaman, "Zimmî", *DİA*, 44/436. "قتله غيلة" terkibindeki "*ğıyleten*" kelimesinin manası, birinin gafletinden yararlanarak hile ve pusuyla öldürmek demektir. Burada, malı için maktûlü yatırıp kesmek suretiyle öldürmek (قتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله) anlamındadır. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/181.

[897] Dârekutnî, *Sünen*, "Hudûd ve'd-diyât", no: 3261; Hadisin inkıtâ' sebebiyle zayıf olduğu üzerine yapılan değerlendirmeler için bk. İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, 8/121; İbn Receb el-Hanbelî, *Câmi'u'l-ulûm ve'l-hıkem*, 1/317. Mâliki mezhebinde kâfiri öldüren Müslümana kısas yapılmaz hükmünden eşkıyalık ederek öldürenin istisna edilmesi bu rivayet sebebiyledir. Bk. İbn Bezîze, *Ravdatü'l-müstebîn*, 2/1208: " قتل رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة قتلة غيلة".

[898] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'u'l-ümmehât*, 491; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/5; Tevzerî, *Tavdîhu'l-ahkâm*, 4/134; İbn Bezîze, *Ravdatü'l-müstebîn*, 2/1208; Kanâzi'î, *Tefsîru'l-Muvatta'*, 2/681. " قد يقتل المسلم بالكافر إذا قتله قتل غيلة، وإنما قتل به على سبيل الإرتداع ونقض العهد الذي عقد له".

[899] Tevzerî, *Tavdîhu'l-ahkâm*, 4/40-141; Lahmî, *Tebsıra*, 13/6215; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/333; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/290; Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 255, 266-267.

[900] Tevzerî, *Tavdîhu'l-ahkâm*, 4/134; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 311.

cinsiyet, soy/şeref ve hukuki statü yönlerinden birbirlerinden farklı olabilecekleri fakat bunlardan ilk ikisinin kısas cezasının uygulanıp uygulanmaması noktasında ölçü olmayacağı; kısas cezası açısından sadece üçüncüsünün belirleyici ve geçerli unsur olabileceği üzerinde durulmuştur. Bu bakış açısının bir sonucu olarak, cinsiyet, zenginlik, etnik grup vb farkların kısas cezasında hiçbir rolünün olmadığı; fakat kimler arasında kısas cezasının cari olabileceği hususunda "*İslâm*" ve "*hürriyet*" şartları kast edilerek sadece hukuki statülerinin belirleyici olacağı ifade edilmiştir.[901] Böylece Şâfiî mezhebinde kısas için aranan eşitlik şartı, tarafların İslâm ve hürriyet noktasında denk olmalarına bağlıdır denilmiştir. Dinen eşit olmadıkları gerekçesiyle, zimmi veya müste'men olduğuna bakılmaksızın Müslüman ile gayrimüslim arasında kısas yapılamaz. Aralarında din birliği olduğu için de, katilin zimmi veya müste'men olması önemli olmaksızın zimmi ile müste'men arasında mutlak kısas yapılır.[902]

İbn Kudâme'nin naklettiğine göre Ahmed b. Hanbel, Hanefîlerle aynı görüşü paylaşan Şa'bî ve İbrâhim en-Neha'î'nin içtihatlarını şaşkınlıkla karşılamış ve "*Sübhânellâh! Mecusi ile Yahudinin diyetleri Müslümanla aynı imiş, bunları öldüren Müslümana kısas yapılırmış! Allah'ın rasulü 'Kâfire karşılık, Müslümana kısas yapılmaz' buyurmuşken onlar tam tersini iddia ederek 'öldürülebilir' diyorlar, bu nasıl söz böyle? Bundan daha kötü ne olabilir?*" diyerek eleştirmiştir.[903]

Cumhurun delilleri. Cumhurun Kur'an'dan kâfire karşılık Müslümanın kısasla öldürülemeyeceğini savunurken getirdiği delillerden birisi "*... Allah, mü'minlerin aleyhine kâfirlere hiçbir yol vermeyecektir.*"[904] âyetidir.[905] Kâfir birine karşılık Müslüman kimseye kısas uygulamak, Müslümanlar aleyhine kâfirlere üstünlük tanımak, imkân vermek demektir.[906] Hâlbuki âyete göre gayrimüslimlerin, Müslümanlar üzerinde otorite kurmaları ve onlara üstünlük sağlamaları yasaklanmış olmaktadır.

Cumhurun diğer bir delili, cennet ehli ile cehennem ehlinin aynı olamayacağını bildiren âyettir. Bu âyete göre Müslümanla kâfir birbirine eşit değildir.[907] Kısas cezası eşitlik ilkesi üzerine kurulu bir ceza olduğu için taraflar arasında eşitliğin bulunmaması kısas cezasını düşürür. Bu delile itiraz sadedinde Hanefiler, mü'min ile kâfir arasındaki bu eşitsizliğin ahiret

[901] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/8-12.
[902] Beğavî, *et-Tehzîb fî fıkhi'-l-imâm eş-Şâfi'î*, 7/5.
[903] İbn Kudâme, 8/273-274.
[904] en-Nisâ 4/141.
[905] Hâzin, *Lübâbü't-te'vîl fî me'âni't-tenzîl*, 1/439.
[906] Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 54.
[907] Zemahşerî, *el-Keşşâf*, (el-Haşr 59/20), 4/509; Nesefî, *Medârikü't-tenzîl*, (el-Haşr 59/20), 3/463.

ahkâmına taalluk ettiğini, zaten âyetin sonundaki "*Cennetlik olanlar, kurtuluşa erenlerdir.*"[908] ifadesinden de bunun anlaşılabileceğini söylerler.[909] Dolayısıyla bu âyetler ile dünyevi anlamda kısas gibi cezai konuları hükme bağlamaktan ziyade mü'minle kâfirin ahirette eşit olmayacağının haber verilmesi murad edilmektedir.

Müslümanla zimmi arasındaki kısas mevzuunda fıkıh ekolleri arasında meydana gelen görüş ayrılığının en önemli sebeplerinden birinin daha önce yukarıda zikredilen kâfir karşılığında Müslümanın öldürülemeyeceğini ifade eden hadisin yorumlanması problemiyle ilgili olduğu söylenebilir. Lafzi bir takım tahlillere bağlı olarak aynı hadis, fıkıh ekollerince farklı anlaşılmıştır.

Hanefiler dildeki atıf kurallarına dayanarak ilgili hadis üzerinde birtakım takdim ve te'hir yapmışlar, hadisteki "*kâfir*" kelimesini Müslümanlarla savaş halindeki "*harbi*" olarak takdir etmişler ve ona göre yorumlamışlardır.[910] Zimmînin İslâm ülkesinde antlaşmayla yaşayan vatandaş, harbînin de İslâm ülkesine izinsiz giren kişi olmasına nazaran hadisin sonundaki "*... Antlaşmalı da antlaşma süresi içerinde öldürülemez*" ifadesi, hadisteki "kâfir" kelimesinin "harbi" şeklinde takdir edilmesinin gerekliliğini teyit etmektedir.[911],[912] Bu takdir sonrasında Hanefilere göre hadis "*Ne Müslüman ne de antlaşma süresince antlaşmalı (zimmi) vatandaş, bir (harbi) kâfir karşılığında kısas edilmek suretiyle öldürülemez*" şeklinde anlaşılmalıdır. Şâfiî lere göre ise mana böyle olmamalıdır; hadis mutlak surette hiçbir Müslümanın bir kâfir (ehl-i kitap zimmi veya müşrik zimmi) karşılığında kısas yapılarak öldürülemeyeceği anlamına gelmektedir.[913]

Hanefiler, hadiste geçen "kâfir" kelimesinin "harbi" şeklinde takdir edilmesinin zorunlu olduğu tezini savunurlar. Çünkü "*Kâfire karşılık Müslüman kısas edilmez, zimmet antlaşması devam eden zimmi de öldürülmez*" hadisine göre zimmi vatandaşın zimmet antlaşması devam ettiği sürece öldürülemeyeceği üzerinde görüş birliği sağlanmıştır. Şu halde kâfir kelimesi harbi diye anlaşılmazsa gereksiz tekrar veya malumun ilamı durumuna düşüleceği için ilgili

---

[908] Âyetin sonundaki ifade: el-Haşr 59/20.
[909] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/134.
[910] Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, 4/17-18; Şevkâni, *Neylü'l-evtâr*, 8/421-430; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/491; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 1/265-270.
[911] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 2/314-315, 4/17-18; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/175-176; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 257; Sûseveh, *Menhecü't-tevfîk ve't-tercîh*, 411-413.
[912] Hadisteki "*kâfir*" kelimesinin "*harbi*" takdiri ile "*harbi olan kâfir*" şeklinde anlaşılmasının doğru olmadığı, zira böyle bir takdire ihtiyaç olmadığı şeklinde itirazlar bulunmaktadır. Çünkü hadisteki ifadeler tam cümlelerden müteşekkildir. "*... Antlaşmalı da antlaşma süresi içerinde öldürülemez*" cümlesinin asıl maksadı müste'meni öldüren zimmi vatandaşa kısas yapılamayacağını bildirmek değil, antlaşmalı (zimmi) vatandaşların öldürülmelerinin yasak olduğunu bildirmektir. Bk. Sûseveh, *Menhecü't-tevfîk ve't-tercîh*, 413.
[913] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/17-18; Fettenî, *Mecme'u bihâri'l-envâr fî ğarâibi't-tenzîl ve letâifü'l-ahbâr*, 3/707; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 257-258.

ibare zaid ve faydadan hali olur.[914] Bir diğer husus da "atfın muğâyeret gerektirmesi" kuralıdır. Hadisin ikinci cümlesinde "*zimmi*"nin açıkça zikredilmesi ilk kısmındaki "*kâfir*" kelimesinin zimmi dışında biri olmasını gerektirir ki o da "*harbi*" statüsündeki gayrimüslimdir. Hz. Peygamber'in zimmi vatandaşı öldüren Müslümana kısas yaptığını bildiren haberler de bu çıkarımı teyit etmektedir.[915]

Mezhep merkezli yaklaşımdan ziyade hadis temelli fıkıh anlayışına yakın duran Hattâbî'nin (v. 388/998) yorumuna göre "*Kâfire karşılık Müslüman kısas edilmez, zimmet antlaşması devam eden zimmi de öldürülemez*" hadisi Hanefilerin anladığı gibi kâfire karşılık Müslümana kısas yapılabileceği anlamına gelmez. Hadisin ikinci kısmı ilk kısmındaki muhtemel yanlış anlamaları gidermek içindir. Zira Rasûlüllah bazı Müslümanların, kâfiri öldüren Müslümana kısas olmayacağı hükmünü suistimal ederek kâfirlerin canını hiçe sayıp hafife alabilecekleri riskine karşı bir önlem olması için böyle söylemiş olmalıdır. Maksadı kâfiri öldüren Müslümana kısas yapılabileceği değil, zihinlerde oluşabilecek mübahlık şüphesini bertaraf ederek zimmileri öldürmekten sakındırmaktır. Bir diğer ihtimale göre hadisin manası "Müslümanın hiçbir kâfire karşılık kısas edilemeyeceği, zimminin de harbiye karşı kısas edilemeyeceği" şeklinde olabilir. Dildeki atıf kurallarına göre lafzen bu da mümkündür.[916]

Şâfiî fakihler, sözkonusu hadisle ilgili Hanefilere bazı itirazlar yöneltmişlerdir. Hadisteki "kâfir" kelimesinin "harbi" olarak takyit edilmesini doğru bulmamışlar; "kâfir" isminin zimmi, müste'men ve harbî olmak üzere tüm kâfirleri kapsadığını söylemişlerdir. Örnek olarak mü'minle kâfir arasında miras ilişkisi olamayacağını hükme bağlayan rivayeti öne sürerek Hanefilere: Siz bu hadisi "*Harbi ile mü'min arasında miras cereyan etmez*" şeklinde mi anlıyorsunuz? sorusunu sormuşlar ve bu takdirin yanlış olduğunu ortaya koymaya çalışmışlardır.[917]

İslâm ülkesinde antlaşmalı yaşayan bir gayrimüslim vatandaşı öldüren Amr b. Ümeyye'nin, öldürdüğü bu kişi karşılığında kısas edilerek öldürülmesini bildiren ve Hanefilerin istidlal etmiş oldukları İbnü'l-Beylemânî rivayetine Şâfiîler, iki açıdan itiraz etmişlerdir. İlki, nesh iddiasıdır; zira bu olay Mekke'nin fethinden önce gerçekleşmiştir. Mü'min karşılığında kâfirin öldürülemeyeceğini ifade eden hadis ise Mekke'nin fethinin

[914] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/17. Hadiste takdim ve tehiri gerektiren bir durum olmadığı ve Rasûlüllah'ın iyice anlaşılsın ve akıllara iyi yerleşsin diye bazı konuları tekrar etmiş olabileceği itirazı için bk. Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/18.
[915] Âlûsî, *Rûhu'l-me'ânî*, (el-Mâide/45), 3/316.
[916] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 2/315, 4/18.
[917] Mâverdî, *el-Hâvî fî fikhi'ş-Şafi'î*, 12/10.

yaşandığı sene varid olmuştur.[918] İkincisi, Amr b. Ümeyye'nin Hz. Peygamber'in vefatından sonra hayatta olduğu göz önüne alınırsa, bu rivayet hatalı bir rivayet olarak kabul edilmelidir.[919] Dolayısıyla Peygamberin vefatından sonra yaşamaya devam ettiği bilinen birinin Peygamber zamanında kısas ile öldürülmüş olması düşünülemez.

Hanefilerin, siyer (*meğâzî*) bilgilerine dayanarak nesih iddiasına verdikleri cevap ise şöyledir. Hz. Peygamberle müşrikler arasında süreli bazı antlaşmalar vardı. Ancak kalıcı anlamda müşriklerle bilinen şekliyle zimmet antlaşması Mekke'nin fethinden sonra yapılmaya başlanmıştır. Müşrikler, Mekke'nin fethi sırasında henüz Müslümanların zimmeti (*emân*) altında değillerdi. Bu bakımdan Hz. Peygamber'in "*Mü'min, kâfir karşılığında kısas edilemez*" beyanı, ortada henüz kendileriyle zimmet atlaşması yapılmış bir zimmiler grubu bulunmaması nedeniyle, Müslümanların hâkim olduğu bölgelere geçici izinle giren diğer antlaşmalı (*muâhed/müste'men*) kişileri kast etmiştir. "*Antlaşmalı da antlaşması süresince (bir kâfir karşılığında) öldürülemez*" ifadeleri de bu manayı desteklemektedir. Bu hadis, yerleşik anlamıyla zimmi vatandaşı öldüren Müslümana kısas yapılmasını yasaklamamaktadır.[920] Dolayısıyla hadisteki "kâfir" kelimesinden, Mekke fethi günündeki şartlara göre zimmi vatandaşlar anlaşılamayacağı için Hanefiler, hadisteki "kâfir" kelimesinin "harbî" şeklinde kayıtlanarak anlaşılması gerektiği tezini savunmuşlardır. Buna göre hadis "Müslüman, harbî karşılığında; Müslümanlarla yaptığı antlaşma gereği İslam ülkesinde bulunan muâhed (*zimmî*) de harbî karşılığında öldürülmez" anlamındadır. Şu halde Cessâs'ın ifadelerine göre bir Müslüman ve zimmi vatandaşın, harbî karşılığında kısas edilmek suretiyle öldürülemeyeceği hükmünü getiren hadis nesh olmamış, geçerliliğini hala sürdürmektedir.

Hanefî fakih Cessâs, kâfiri öldüren mü'mine kısas yapılmayacağını bildiren bu hadisin, Müslümanların henüz İslâm'a girmeden önce cahiliye döneminde iken özellikle de kan davaları sebebiyle öldürdükleri kişiler yüzünden kısas edilmeyeceğini ifade edebileceği ihtimali üzerinde de durmuştur.[921] Bu açıdan bakıldığında hadis, kanunun geriye yürümeyeceği ile ilgili bir düzenleme mahiyetinde olup cumhurun tezine delil olmayacaktır.

---

[918] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şafi'î*, 12/10; Sûseveh, *Menhecü't-tevfik ve't-tercîh beyne muhtelifi'l-hadîs ve eseruhû fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 412-413. Sûseveh'teki bilgiye göre hadisin vürûdu Mekke'nin fethi sırasında olmuştur.

[919] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şafi'î*, 12/10. Cumhurun istidlal ettiği Hz. Ali'den gelen ve mü'minle kâfir arasında kısas olmayacağını bildiren rivayet, senet yönünden muttasıl sayılırken Hanefilerin istidlal ettiği ve İslâm ülkesinde yaşayan zimmi vatandaşlarla arasında Müslümanlar arasında kısas olacağını bildiren İbnü'l-Beylemânî rivayeti mürsel kabul edilmiştir. Sûseveh, *Menhecü't-tevfik ve't-tercîh*, 411-412; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 54.

[920] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/176.

[921] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/175-176.

Huzâ'a kabilesinden birinin antlaşmalı bir gayrimüslimi katletmesi olayında Hz. Peygamberin suçluya kısas uygulamayıp "*Eğer kâfire karşı müslüman öldürülseydi, bu adama kısas yapardım*" hadisi, cumhurun görüşünü teyit ettiği için Zeydân, cumhurdan yana tercihte bulunmuştur. Zimmi vatandaşlara karşı Müslümanın kısas edilebileceği hususunu nasların umumundan istinbat eden Hanefilerin âmm olduğunu savundukları nasların birçoğunun esasında tahsis edilmiş olduğu fikri de Zeydan'ın bu tercihin sebeplerinden biri olmuştur.[922] Ancak Zeydan'ın, daha önceki çalışmasında Hanefilerin görüşünü tercih ettiği görülmektedir.[923] Bu tercihin gerekçesi, Huzâ'a'ya mensup Müslümanın öldürdüğü kişinin müste'men statüsünde bir gayrimüslim olmasıdır. Çünkü olay Mekke'nin fethi öncesine aittir ve bu dönemde Hz. Peygamberle müşrikler arasında sadece belirli süreliğine yapılan bazı antlaşmalar vardı, zimmet antlaşmaları henüz başlamamıştı. Dolayısıyla kâfire karşılık Müslümana kısas yapılamayacağı rivayetindeki "kâfir" kelimesinden zimmî değil müste'men-harbîler anlaşılmalıdır.[924]

Müslümanlara ve diğer zimmilere karşı suç işleyen zimmilerin cezalandırıldıkları gibi, Osmanlı imparatorluğunda gayrimüslim zimmi vatandaşlara karşı suç işleyen Müslümanlar da cezalandırılmışlardır. Örneğin Lika isimli bir zimmiyi öldüren kişilerden Veli ve Alemşah'ın siyaset cezasına çarptırılmasına, Hüseyin'in ise hapsedilmesine karar verilmiş, kararın infazı için Keşan kadısına hüküm yazılmıştır.[925] Bu örnekten anlaşıldığına göre Osmanlı'daki uygulama Hanefi mezhebi eksenindedir.

Zimmi öldürme suçu işlerse kısas uygulanır. İslam ülkesiyle yaptığı antlaşma gereği belirli yükümlülüklere uymayı kabul eden zimmi vatandaşlar, işledikleri suçlar sebebiyle cezalandırılırlar. Şu var ki ilke olarak cumhur, hukuka aykırı eylemleri söz konusu olduğunda zimmileri genelde zimmet antlaşmasını bozmaları nedeniyle cezalandırırken Hanefiler bunları zimmet akdinden bağımsız düşünmüşlerdir. Hanefilere göre, zimmilerin kendilerini ilgilendiren ve uymayı taahhüt ettikleri İslâmi hükümleri ihlal etmeleri halinde iç hukuka göre kovuşturmaları yapılır.[926] Hanefî bakış açısında zimminin bir Müslümanı öldürmesi veya Müslüman bir hanımla zina etmesi olaylarında zimmet akdinin bozulmayıp sadece işlediği suç sebebiyle yargılanıp cezalandırılması bu bakış açısına bir örnek sayılabilir. Çünkü

[922] Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 54.
[923] Zeydân, "*el-Kısâs ve'd-diyât*" isimli eserini 1996 yılında hazırlamıştır. Daha öncesinde "*Ahkâmü'z-zimmiyy'in ve'l-müste'menîn*" isimli eserini ise1962 senesinde doktora tezi olarak hazırlamıştır.
[924] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyy'in ve'l-müste'menîn*, 268-269.
[925] Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler,* 196-197.
[926] Yaman, "Zimmî", *DİA*, 44/438. Mezheplerde zimmet akdini bozan sebepler ve hükümleri konusunda ayrıca bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/444-448; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/62; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt),* 7/138-139.

zimminin küfrü, işlediği günahtan daha fenadır; küfür gibi çirkin bir vasıfla bozulmayan zimmetin, masiyet sebebiyle hiç bozulmaması gerekir.[927]

Bu bağlamda ednâ olanın âlâ olana karşılık kısas edilebilmesi gerekçesiyle Müslümanı öldüren zimmiye kısas uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır.[928] Hanefîlerin konuya yaklaşımı, üstün ve düşük olan kategorisinden ziyade, Müslümanlarla zimmiler arasında karşılıklı kısas yapılacağı üzerine kuruludur.[929] Üzerindeki takıları için Müslüman kadının başını ezerek öldüren Yahudiye Hz. Peygamber'in kısas yapması bu konudaki deliller arasında sayılır. Ayrıca dinlerine bakılmaksızın zimmîlere kendi aralarındaki cinayetleri dolayısıyla kısas yapılabiliyorsa kendilerinden din bakımından üstün olan Müslümanlara karşı öldürme suçu işlemeleri halinde evleviyetle kısas yapılabilmelidir.[930]

Müslümanı öldüren gayrimüslime kısas cezası uygulanacağı konusu ittifakla sabittir; bu konuda failin zimmî, müste'men veya harbî olması arasında da bir fark gözetilmeyeceği belirtilir.[931] Sahabeden Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali, tabiinden Zeyd b. Sâbit, Atâ, İkrime, Hasan el-Basrî, Ömer b. Abdülaziz ve İshak b. Râhuye gibi fakihlerin içtihatlarının bu şekilde olduğu aktarılmıştır.[932]

Dini statülerindeki eşitliğe binaen yahudi ile hristiyan, mecusi ile ehl-i kitab (Yahudi, Hristiyan) arasında da karşılıklı kısas cerayan eder. Farklı inançlara (*millet*) mensup bulunmaları durumu değiştirmez; küfrün tek millet olması ve İslâm harici bir inaçta birleşmeleri baz alınınca aynı konumda değerlendirilirler.[933] Ancak kanı mübah (heder) sayıldığı için mürteddi öldüren zimmiye kısas cezası uygulanmaz.[934]

a.2. Müslüman ile Müste'men Arasında Kısas

Müslümanın müste'meni öldürmesi. Müslümanın müste'meni öldürmesi hakkında iki görüş vardır: Dört mezhep imamı ve Hanefîlerden imam Muhammed Müslümana kısas yoktur.[935] Katile diyet gerekir.[936] Hanefîlerde müste'meni öldüren zimmiye de kısas

---

[927] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/444-448.
[928] İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/268; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 8/6; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/355 Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/277; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 7/136.
[929] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169.
[930] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/277; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 55.
[931] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/40; Şihabüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/268-269.
[932] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/17.
[933] Şihabüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/268-269; İbn Yûnus es-Sıkıllî, *el-Câmi' li-mesâili'l-Müdevvene*, 23/907; Miknâsî, *Şifâü'l-ğalîl*, 2/1073. İbn Bezîze, *Ravdatü'l-müstebîn*, 2/1208-1209; Kişnâvî, *Eshelü'l-medârik*, 3/115; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 55.
[934] Şihabüddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/268-269; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239.
[935] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/274; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/20-38.
[936] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 96-97.

yapılmaz.[937] İkinci görüş Hanefîlerden Ebû Yûsuf'a aittir, müste'meni öldüren Müslümana kısas yapılır.[938] Ebû Yûsuf, müste'men-harbîyi öldürmeyi zimmî vatandaşı öldürmeye benzetmiştir.[939]

Harbîyi öldüren Müslümana kısas yapılmacayacağı konusunda icmâ sabit olmuştur. Ancak müste'men statüsüyle islam ülkesinde bulunan harbîyi öldüren Müslümana kısas yapılıp yapılmayacağı konusunda aynı görüş birliği sağlanmamıştır; bu hususta bilinen tek muhalefet Ebû Yûsuf'tan gelmiştir. Fakihlerin çoğunluğu müste'meni öldüren Müslümana kısas yapılamayağı fikrini savunsalar da Ebû Yûsuf'un müste'meni katleden Müslüman faile kısas yapılabileceğine dair içtihadı, bu mesele hakkında icmâ'ın teşekkülüne engel sayılmıştır.[940]

Mâlikîlerde kâfire karşılık Müslümana kısas yapılmayacağı hükmü geneldir; Yahudi, Hristiyan, Mecusi, zimmi ve müste'menlerin tamamı için geçerlidir. Bu din mensuplarının tamamı kâfir olduğu için dini ne olursa olsun müste'meni öldüren Müslümana kısas yapılamayacaktır.[941]

Şafiî mezhebinde zimmiler gibi müste'menlerin öldürülmeleri de haram kabul edilmiş olmakla birlikte bu haramı işleyen Müslümana dünyevi ceza olarak kısas yapılmayacağı içtihadında bulunulmuştur. Küfür noktasında birleştikleri için müste'menin kısas noktasında zimmiden bir farkı olamaz. Zira kâfire karşılık Müslümana kısas yapılamayacağını bildiren nasslar zimmi ve müste'men dâhil tüm kâfirleri içermektedir. Şafiî fakihler, Hanefilerin bu meseleye dair haberlerde yer alan "*kâfir*" kelimesinden zimmiyi istisna edip ilgili nassı müste'men ve harbîye tahsis ederek, zimmiyi öldüren Müslümana kısas vardır ama müste'meni öldürene kısas yoktur; çünkü hadisteki "*kâfir*" kelimesi ile "*harbî/müste'men*" kast edilmektedir demelerini hatalı bularak Hanefilere itiraz etmişlerdir.[942]

Müste'men statüsündeki harbî, aldığı geçici emân ile İslam ülkesi sınırlarında bulunduğu sırada öldürülürse, onu öldüren Müslümana kısas yapılır diyen Ebû Yûsuf hariç tutulursa Hanefi fakihlerin çoğunluğuna göre, kısas yapılmamasının nedeni, hayati dokunulmazlık (*ismet, muhrez*) açısından Müslümanlarla müste'menlerin hukuken eşit olmamalarıdır. Müslümanın hayati dokunulmazlığı (*ismet*) ve can güvenliği sürekli ve kalıcı iken müste'menin can güvenliği süreyle sınırlı ve geçicidir. Sahip olduğu muvakkat ikamet

[937] Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 2/547.
[938] Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/20, 38-43; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/95, 5/27.
[939] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 5/359-360.
[940] Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ'*, 6/370-371.
[941] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'u'l-ümmehât*, 491.
[942] Zekeriyya el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/12.

nedeniyle ismetinde şüphe vardır, şüpheyle cezaların düşeceği de malumdur.[943] Ebû Yûsuf'un bu yaklaşıma cevabı, katledildiği sırada müste'menin ismet sahibi olmasıdır. Dolayısıyla kanı masum biri öldürülmüştür ve gereği yapılmalıdır.[944]

Mezhep içinde Ebû Yûsuf'a itiraz mahiyetinde, müste'mene eman verilse bile kendisinin esas itibarıyla harbî olduğu hatırlatılır. Müste'mene cizye bağlanmaması, ülkesine dönmek istediğinde buna izin verilmesi ve Müslümanlara karşı oluşturduğu tehdidin olabildiğince bertaraf edilmeye çalışılması gibi hükümler hep onun harbi olmasından kaynaklanmıştır. Dolayısıyla potansiyel savaş unsuru durumundaki müste'meni öldüren Müslüman veya zimmi vatandaşlara kısas uygulanması isabetli değildir.[945]

Zeydan, özetle zikredeceğimiz gerekçelerden dolayı Ebû Yusuf'un görüşünün tercih edilmesi gerektiğini söyler. Ona göre, aslında diğer Hanefilerin de Ebû Yusuf'un görüşünü kabul etmeleri beklenirdi. Çünkü onlar kısasın vacip olması için İslâm (dinde eşitlik) şartını değil, can güvenliği ve dokunulmazlığı anlamında ismette eşitlik şartını gerekli görmüşlerdi. Müste'menin İslâm ülkesinde öldürüldüğü sırada can güvenliğinin sabit (*ma'sûmu'd-dem*) olması, Müslümanla müste'men arasında eşitlik için yeterli bir nedendir. Gelecek zamana izafe ederek maktulün ismetinin zaten kalkacağını söylemenin de bir anlamı yoktur. Çünkü Müslüman ve zimmi vatandaşlarından da bir gün çeşitli nedenlerle ismetlerinin kalkmayacağının bir garantisi yoktur. Konuyu incelediğini ve hele de günümüzde cumhurun dediği gibi kısas meselesinde dinde eşit olma kriterinin değil de Ebû Yûsuf'un görüşünün tercih edilmesi gerektiğine dair Zeydân şu gerekçeleri ileri sürmüştür.

Birinci gerekçe: Kâfire karşılık mü'minin ve antlaşma süresince antlaşmalı vatandaşın öldürülemeyeceğini bildiren kısas hadisinin (لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده) Rasulüllah dönemiyle sınırlı olması hususudur.[946] Zira bu hadis, imam Şâfiî'nin de dediği gibi Mekke'nin fethinde varit olmuştur; o dönemde sınır geçişleri çok kolay olduğu için ülke içerisinde

---

[943] "*Harbî müste'men içün ismet mutlaka sabit olmayub belki dâr-ı islâm'da ikâmetinin ğâyetine kadar ismeti muvakkatdır. Zira müste'men dâru'l-harb ehlinden olup ancak dâru'l-İslâm'a dühûlü müebbeden ikâmet kasdıyla olmayub belki kendüye ârız olan hâcetin def'i içün olub, ba'dehû vatan-ı asliyesine avdet ider. Bu sûrette ânın ismetinde adem-i ismet şübhesi vâki' olur.*", Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 11; Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 262.

[944] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/134; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 11; Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 262, 269, 258. Ebû Yûsuf dışındaki Hanefî imamlar, ismetteki eşitsizliği gerekçe gösterek istihsan yöntemiyle bu hükme ulaşmışlardır. Müste'menin korunmuşluğu (*ihrâz*) müebbed değildir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 26/134.

[945] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182.

[946] Zeydan, bir hadisin Peygamber dönemine has ve o zamanla sınırlı olabileceğine dair (önceki fukahanın da hadisleri zamanla sınırladıklarını söyledikten sonra), Rasulüllah'ın "hadler dışındaki celde cezasının on'dan fazla olmasını yasaklayan" hadisindeki rakamla ilgili olarak, Mâlikilerin bu sayı o zamana hastı, bu kadarı o zaman ta'zir olarak yetiyordu, diyerek hadisin hükmünü o dönemle kayıtlamalarını diğer bir örnek olarak gösteriyor. Zeydan, 270-271.

müste'men olanla harbi olanı ayırmak pek kolay değildi. Bu da bir Müslümanın harbi zannederek bir müste'meni öldürülebilme ihtimalini çok artırıyordu. Hz. Peygamber de bu şüpheli durumu göz önünde bulundurarak müste'men veya harbi karşılığında bir Müslümanın kısas edilemeyeceği kararını aldı. Oysa günümüzde sınırlar belirginleşmiştir, bir ülkeye girip çıkan vatandaşların hangi statüyle bulunduğunu belirlemek daha kolaydır, bu nedenle zamanımızda müste'meni öldüren Müslümana kısas uygulanabilmelidir. Böyle yapıldığında hadise aykırı davranılmış olmayacaktır.

İkinci gerekçe: Müste'men, ülkeye bir güvence (*emân*) ile girmiştir, söz konusu bu emân gereğince İslâm devleti o kişinin himayesini üstlenmiştir, dolayısıyla tam bir güvence (*emân*) ancak bu kişiyi öldüren fail kim olursa olsun, Müslüman da olsa ona da kısas yapılabilmesi halinde gerçekleşir. Aksi halde insanlar kendilerinde, müste'men karşı suç işleme cesareti bulabilirler. İslâm ülkesi ahde vaefa gereği sözleşmelerin gereğini yerine getirmelidir.[947]

Üçüncü gerekçe: İslâm devleti başka bir ülkeyle anlaşarak onlara, müste'meni öldüren Müslümana kısas yapma yetkisi tanıyabilir. Nitekim Rasulüllah Hudeybiye'de bundan daha ağır bir maddeyi kabul etmiştir. Bu, Mekke'den Medine'ye gelen bir Müslümanın Mekke'ye geri iade edileceği maddesiydi. Başka bir ülkeye antlaşma gereği bu tip bir teminat vermek mümkün ise İslâm devletinin herhangi bir antlaşma olmadan kendi kendine böyle bir karar alması evleviyetle mümkündür. Kaldı ki günümüzde birçok ülke, öldürme suçlarında, din ve vatandaşlık bağına göre bir ayrım yapmadan ölüm cezası verebilmektedir.

Dördüncü gerekçe: Hem kamu yararı ve siyaset-i şer'iyyeye göre hem de İslâm devletinin dışarıdaki itibarı ve güvenilirliği açısından günümüzde müste'meni öldüren Müslümana kısas yapılması gereklidir. Bu karar ülkedeki istikrarın devamı ve suçların engellenmesi için de etkili bir yöntemdir. Bu yapıldığı takdirde istenen sonuca zahiren naslara aykırı hareket ederek ulaşılmış gibi gözükse de aslında nasların ruhuna ve dinin maksatlarına göre davranılmış olur. Nitekim kaybolan develer hakkında Hz. Peygamber'in: "*Develeri kendi hallerine bırakın! Onların yürüyecek ayakları ve (ihtiyacını giderecek) su hörgücleri var. Sahipleri onları buluncaya kadar sularını içsinler, yayılsınlar.*"[948] buyurarak kaybolan develerin yakalanmasını açıkça yasaklamasına rağmen zamanın değişen şartlarına göre ashab, zararı def ve toplumsal fayda için kendi zamanlarında farklı içtihatlarda bulunarak bir önceki

[947] Fidan, doktora çalışmasında, bu maddede dile getirilen benzeri gerekçelerle müste'meni öldüren Müslümana kısas yapılması görüşünü tercih etmiştir. Bk. Fidan, *İslam'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku,* 194-195.
[948] Buhârî, "Lukata", 2, 11; Müslim, "Lukata", 1, 2.

dönemden farklı uygulamaya gidebilmişlerdir. Onlara böyle yaptıkları için peygambere muhalefet etmişlerdir denemez.

Beşinci gerekçe: Son olarak, ta'zîr cezasının kapsam olarak bazı hallerde siyaseten öldürmeye gidecek kadar geniş ve esnek olması itibarıyla müste'meni öldüren Müslümana ta'zîren kısas cezası verilebileceğini söylemek de imkân dâhilindedir. Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik'in ta'zîr konusunda bu görüşte olmaları buna dayanak sayılabilir. İbn Âbidîn'in de zikrettiği üzere, tekrar tekrar hırsızlık yaparak veya seri cinayet (boğarak) işleyerek suçu itiyadi hale getirmiş kişi için, devlet başkanının siyaseti şer'iyye gereği ölüm cezası verebilmesi de bu son maddeyi destekler mahiyettedir.[949]

Tarafların eşitliği noktasında Ebû Yusuf'un hareket noktası, ismet ve buna dair naslardır. Aynı sonuca Zeydan, ta'zîr ve maslahat ekseninde ulaşmaya çalışmaktadır. Zeydan, ilk dört maddede Ebû Yûsuf'un haklılığını ispat etmeye çalışırken son maddede tüm bu gerekçeler reddedilse bile ta'zîrle ölüme hükmedilmesi gerektiğine inandığı izlenimi uyandırmaktadır.

Müslümanın müste'men karşılığında kısas edilip edilemeyeceğine karar verilirken, İslâm ülkesinin uluslararası itibarı gözönünde bulundurulmalıdır. Aksi halde suç işleme potansiyelini haiz bazıları, ülkeye geçici ikametle giriş yapan bu kişileri öldürme konusunda cesaretlenebilirler. Müste'meni öldüren suçluya verilecek hiçbir yaptırım, kısas ölçeğinde bir caydırıcılık sağlayamayacağı için ülkeye gelmek isteyen yabancılar, can güvenlikleri yeterince garanti altına alınmadığı sürece buna cesaret edemeyeceklerdir. Ayrıca İslâm ülkesinde seyahat ederken İslâm'ı tanıma fırsatı bulacak kişiler için bu kapı, baştan kapanmış olacaktır. Bütün bu hususlar göz önüne alındığında Ebû Yûsuf'un içtihadının benimsenmesi isabetli olmalıdır.

Ebû Yûsuf'un bu görüşü, esasında Hanefilerin yabancılar politikasına da daha uygun görünmektedir. Zira Hanefilerin yabancılar konusunda takındıkları tavır, müste'menlerin Müslüman olmalarına zemin hazırlamak amacıyla olabildiğince onların Müslüman ülkesine giriş çıkış yapmalarına olanak tanıyıp İslam'ı tanımaları ve anlamaları noktasında onlara fırsatlar sunma (et-Tevbe 9/6) şeklindedir. Bu bağlamda onlara iyi muamele edilmesi mendub sayılırken can güvenliklerinin sağlanması, haklarının korunması, kendilerine adâletle hükmedilmesi ve sorumluluk alanlarının netleştirilmesi gibi hükümlere de yer verildiği

[949] Can güvenliği ve dokunulmazlığı konusunda müste'menlerin Müslümanlarla eşit sayılması ve aralarında karşılıklı kısas uygulanması gerektiği görüşünü savunan ve yukarıda zikredilen beş gerekçe için Bk: Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn,* 269-273.

görülür.[950] Müslümanların verdikleri söz ve ahitlerine bağlı kılmalarını emreden âyetler de (el-Mâide 5/1, el-İsrâ 17/34 vb) bu kimselerin korunmasını gerektirmektedir.

Müste'menin müslümanı öldürmesi. Müste'men, islam ülkesi sınırları içerisinde Müslümanı öldürürse ittifakla kısas vardır.[951]

Hüküm bakımından müste'menin müslümanı öldürmesi meselesi, Müslümanın müste'meni öldürmesine göre daha net olup ihtilaf azdır. Ebû Hanîfe'ye göre, şahıs haklarına yönelik suçlarda müste'menlere İslâm hukuku hükümleri uygulanır. Bu çerçevede bir müste'men, Müslüman veya zimmiyi kasten öldürürse, kısasla ilgili aranan diğer şartlar da yerine geldiği takdirde müste'mene kısas yapılır. Hukuki sorumluluklar bağlamında daha geniş bir çerçeve çizen Ebû Yûsuf'a göre müste'menler, sadece şahıs haklarını ilgilendiren suçlar değil Allah hakkını ilgilendiren diğer suçlar konusunda da İslâm hukuku hükümlerine tabi olacaklardır.[952]

Maliki ve Şâfiî mezheblerine göre de Müslümanı öldüren müste'mene kısas yapılır. Maliki eserlerde fukaha-i seb'adan da aynı görüşün aktarıldığı, Medine amelinin de bu yönde olduğu bilgisi verilir.[953] İmam Şafii, müste'men, harbi veya zimmi fark etmeksizin mü'mini öldüren kişi kim olursa olsun kısasla cezalandırılacağını belirtir. Maktul mü'minin hakkı için katil mü'minin kanı helal kılınmışsa kâfirin kanı mü'min için evleviyetle mübah olmalıdır, der. Ayrıca bir mü'minin canına kasdeden kişinin cezasının kısas olduğunu belirten rivayet mutlaktır; öyleyse, katilin zimmi veya müste'men olması halinde farklı bir hüküm vermeye mahal yoktur.[954]

a.3. Gayrimüslimlerin Kendi Aralarında Kısas

Gayrimüslimlerin birbirlerine karşı işledikleri öldürme suçu ve cezası, zimmi-zimmi, müste'men-müste'men ve zimmi-müste'men arasında işlenen cinayet olmak üzere üç alt başlıkta incelenecektir.

Zimmînin Zimmîyi Öldürmesi. Mağdurun suçluya denk olması kuralına riayet edilmediğinde mağdur, hak ettiğinden daha fazlasını almış olur ki bu kısasın ruhuna aykırıdır.

---

[950] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 2/455; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/456.
[951] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/95, 5/27; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/15.
[952] Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 155. Ebû Yâsuf'un bu görüşüne göre müste'menler, örneğin içki içer veya zina ederlerse suç işlemiş sayılırlar ve ceza bakımından İslam hukuku hükümlerine göre yargılanırlar. Hanefî mezhebinin genel kanaati ise sadece kul hakkına taalluk eden kısas ve kazif gibi suçlardan sorumludurlar, müste'men içki içmesi sebebiyle had uygulanmaz. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/19; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169.
[953] Huraşî, *Şerh-u Muhtasar*, 8/14.
[954] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/40; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/356.

Bir başka ifadeyle katilin mağdurdan din, hürriyet ve kölelik yönünden üstün olmaması gerekir. Buna göre ikisi de hür iki zimmî arasında kısas cereyan eder; zira iki zimmîden biri diğerini katlettiğinde katil, maktulden daha üstün değildir. Bu konuda zimmilerin dinlerinin farklılığı hükme tesir etmez, denilmiştir. Çünkü küfür tek millettir ve İslâm dışında diğer tüm dinler eşit görülmüştür. "*Öldürülenler hakkında size kısas farz kılınmıştır*" (el-Bakara 2/178) âyetinin umumundan da anlaşılan budur. Zimmîler, dinen birbirlerine eşit sayıldıkları için diğer unsurlar önemini kaybeder; eğitim düzeyi (ilim), itibar ve sosyal konum (şeref) gibi hususlardaki farklılıkların kısasa tesiri olmaz. bu konuda görüş birliği sağlanmıştır.[955]

Küfür tek millet olsa bile Mecusilerle ehli kitap arasında diyet farkı vardır. Diyet farkına rağmen zimmiler arasında nasıl karşılıklı kısas yapılabileceği sorulmuş ve bu soruya Hz. Peygamber'in kadını öldüren erkeğe kısas yapmasıyla cevap verilmiştir. Zira kadınla erkeğin diyetleri de Mecusi ile Yahudi ve Hristiyanların diyetleri gibi farklıdır ve bu durumun kısasa engel olmadığı bizzat Hz. Peygamber'in uygulamasıyla sabit olmuştur. Kaldı ki, farklı dinlere mensup zimmiler sahip oldukları ismet ve küfür bakımından eşittirler. Dolayısıyla din bakımından tamamen eşitlermiş gibi aralarında karşılıklı kısas yapılabilir.[956] Zeydan, iştirak suretiyle öldürmelerde bir kişiye karşılık birden çok kişinin kısas edilebilmesi meselesinin de bu konuya benzediği tespitinde bulunmuştur. Çünkü tarafların diyetlerindeki farka itibar edilseydi kısas yapılmaması gerekirdi.[957]

Zeydiyye, Zahiriyye ve İbaziyye gibi mezhepler de bu konuda dört mezheple aynı düşüncededirler. Ancak Zeydiyye ve İmamiyye mensupları, maktulün kadın katilin de erkek olduğu davalarda, zimmi erkeğin, öldürdüğü zimmi kadına karşın kısas edileceğini, ancak eşitliği sağlamak üzere, maktul yakını olarak kadının velilerinin kısasla öldürülen erkeğin ailesine diyet farkını ödemeleri gerektiğine hükmetmişlerdir.[958]

Müste'menin müste'meni öldürmesi. Müste'menin, islam ülkesinde diğer bir müste'meni öldürmesi halinde suçlu olana kısas yapılacağı çoğunluğun görüşüdür. Din (ikisi de gayrimüslim) birliği ve sahip oldukları emânın geçiciliği (*muvakkat*) açısından aralarındaki eşitlik, hükmün böyle olmasını gerektirmiştir.[959]

Mâlikî mezhebinde, küfür tek millettir kuralından hareketle küfür ehlinin tamamı birbirlerine eşittirler, o halde karşılıklı kısas edilebilirler. Müste'men olarak İslâm ülkesinde

[955] Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/249; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 248-249.
[956] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/277.
[957] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 249.
[958] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 248-249.
[959] Ahmedî, Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/16.

bulunan Yahudi, Hristiyan, müşrik, dehrî, tenasühe inananlar, âlemin kadîm olduğunu iddia edenler vb. bu konuda hepsi eşittir. Ancak bu durum, hürriyette eşitlik şartıyla mukayyettir; örneğin hür bir kâfir, köle bir kâfir karşılığında kısas edilemez.[960]

Mâlikîlerde iki gayrimüslim arasında gerçekleşen cinayet olayında katil olan taraf sonradan Müslüman olsa yine kendisine kısas uygulanabilir. Zira maktulün faille eşitliğinde olay sırasındaki durumları esastır, suçun işlenmesini takip eden süreçte taraflardan katilin Müslüman olması veya hürriyetine kavuşturulması gibi bir nedenle, mağdurla aralarındaki mevcut eşitliği bozacak bir değişikliğin meydana gelmesi, hükmün bozulmasını gerektirmez. Çünkü suçun gerçekleştiği sırada ikisi de dinen ve hukuken birbirlerine denk idiler. Gelinen noktada katilin Müslüman olmasıyla sonradan ortaya çıkan kısas manisi, taraflar arasındaki eşitliği izale etmişse de olay anındaki hükmü izale etmemiştir.[961]

Hanefî mezhebinde iki müste'men arasında kısas yapılıp yapılmayacağı meselesi de tartışılmış, kıyas gereği kısas edilmeleri mümkün görülürken istihsân yöntemiyle aralarında kısas yapılmayacağı hükmüne ulaşılmıştır. Kıyasa göre müste'menler eşittir, aralarında kısas yapılabilir; istihsana göre ise, Müslümanlara karşı savaş potansiyeline sahip olan iki kişiden biri diğerini öldürmüş olmaktadır. Müste'menin ülkesine döndüğünde müslümanlara karşı savaşma azminde olması onun kanınının mübah kılınmasındaki en önemli etkendir. Dolayısıyla iki müste'menden biri diğerini öldürdüğünde kanı helal biri öldürülmüş olmaktadır. Neticede ortada korunan bir değer (can) bulunmamasına binaen olay, hukuka aykırı olarak değerlendirilmemiş, buna bağlı olarak asli ceza (kısas) ile cezalandırmaya gerek kalmamıştır.[962]

Zimmi ile müste'men arasında kısas. Kendi aralarında müste'menler ve yine kendi içlerinde zimmiler, islam ülkesi sınırları dahilinde bulundukları sürece kısas cezasının uygulanmasında önemli kriterler olan din birliği ve emân açısından benzer durumda oldukları için katile kısas yapılacağı hususunda ittifak edilmiştir. Din (ikisi de gayrimüslim) açısından durumları aynıdır.[963] Ancak aralarındaki bu din birliğine rağmen taraflardan birinin emânının kalıcı diğerinin geçici olduğu zimmi-müste'men kombinasyonunda farklı görüşlerle karşılaşılır.

---

[960] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/241.
[961] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-i Halîl*, 8/23.
[962] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/124; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 8/338; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/169; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169, 6/534; Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 2/125.
[963] Ahmedî, Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/16.

Zimminin müste'meni öldürmesi. Zimmi, müste'meni öldürürse mesele hakkında iki görüş vardır: 1. Hem nefiste hem organlarda kısas yoktur; Hanefîlerin çoğu bu görüştedir.[964] 2. Cymhur ve Ebû Yûsuf'a göre hem nefiste hem organlarda kısas vardır.[965]

Hanefi mezhebi kısas konusunda, her ikisi de gayrimüslim olmalarına rağmen zimmi ile müste'men arasında bir ayrım yaparak, müste'meni öldüren Müslüman ve zimmi vatandaşa işledikleri bu suç sebebiyle kısas uygulanamayacağına hükmetmiştir.[966] Faile (Müslüman veya zimmi) ceza olarak müste'menin diyetini ödemesi yeterli görülmüştür. Dinen eşit olmalarına rağmen zimmî ile müste'men arasında kısas olmaması da yine "*ismet*" faktörünün niteliğiyle açıklanmıştır; müste'meni öldüren zimmiye kısas yapılmasına mani olan bu etken, müste'menin ismetinin geçici, zimminin ismetinin de daimi olması itibarıyla aralarında ismetin sürekliliği yönünden eşitlik bulunmamasıdır.[967]

İhrâz (*ismet*) yönünden eşit olmadıkları için müste'meni öldüren zimmiye kısas yoktur diyen Hanefîlere göre, müste'menin ülkemizde kalıcı ikamet için değil ihtiyacını görüp ülkesine dönmek üzere bulunması, onun ismetinde bir şüphe meydana getirmektedir.[968]

Hanefilerin aksine, Malikî, Şâfiî, Zeydî, Hanbelî ekolleri ile Şianın İmamiyye koluna göre, müste'meni öldüren zimmiye kısas vardır. Çünkü sahip olduğu ahit ve emân açısından müste'men zimmiye eşittir. Ayrıca zimminin ona karşı din açısından da bir üstünlüğü yoktur.[969] Ancak zimmî vatandaş, dârulharpte bulunduğu sırada bir harbîyi öldürse kendisine kısas uygulanmayacağı konusunda, bilinen bir muhalefet olmadığı için bu konuda icma bulunduğu kabul edilmektedir.[970] Hanbelîlerde dinleri farklı olsa bile zimmi ve müste'men arasında, Yahudi ve Hristiyan arasında kısas karşılıklıdır. Çünkü küfür sıfatı, hepsini aynı statüde cem etmektedir. Ancak, harbî iken Müslümanlardan birini öldüren kimse daha sonra

---

[964] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/17-18.
[965] Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/17-18.
[966] Aşağıda geleceği üzere, müste'men, zimmi veya Müslümanı öldürürse kendisine kısas yapılacağı ittifakla sabittir.
[967] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/334, 337; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169, 6/534; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/274; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 251-252. "*Müste'men mukâbili müslim kısâs olunmaz. İmdi zimmi müste'men gibidir* (denilirse) *dahi; şunun için ki, kısâsın vücûbunun şartı, kâtil ile maktûlün müsâvâtıdır. Hâlbuki müslim ile kâfir beyninde müsâvât yoktur. Görmez misin ki, müslim saâdetle, kâfir şekâvetle meşhurlardır. İmdi, saâdetle şekâvet bir mahalde müsâvi olmazlar.*" Bk. Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 16.
[968] Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/334; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/217; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 15-16.
[969] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/134; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169; Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 251-252; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/17-19.
[970] Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ'*, 6/372-373.

Müslüman olsa, ihtidâ sebebiyle önceki günahlarının (suçlar) bağışlanacağını bildiren (el-Enfâl 8/38) âyet nedeniyle kendisine kısas yapılmaması bunun istisnasıdır.[971]

İbn Hazm, ülkemizdeki gayrimüslimler konusunda ikamet süreleri değil cinayetin işlendiği vakit baz alınmalıdır, can güvenliği açısından cinayet vaktinde müste'men de zimmi gibi hukuki güvence ve koruma altında idi, diyerek Hanefilerin zimmi ve müste'men ayrımını eleştirmiştir. Öte yandan, zimmi vatandaşın zimmet antlaşmasını bozup darulharbe intikal etmeyeceği, müste'menin de kendi ülkesine döneceği kesin değildir; belki bizim ülkemizde kalmaya devam edebilir, diyerek Hanefilerin dayanaklarını çürütmeye çalışır. Müslümanla gayrimüslim arasında karşılıklı kısası caiz gören içtihatları yüzünden Hanefileri Müslümanların kanını helal kılma hatasına düşmekle itham etmiştir.[972]

Bunlarla bağlantılı olarak müste'menin malını çalan kişiye hırsızlık haddi olarak el kesme cezası da uygulanmaz. Zira onun malını mübah kılan bir şüphe bulunmaktadır ki o da müste'menin muharip olması ve Müslümanlarla savaşmak üzere her an darulharbe iltihak etme ihtimalinin olmasıdır. Bunun gibi müste'meni öldüren zimmiye de kısas cezası uygulanmamalıdır. Çünkü can güvenliğinın daimi olması hasebiyle zimmi ile müste'men arasındaki eşitlik zimmi lehine bozulmuş bulunmaktadır.[973]

Hanefi mezhebindeki genel kanaatin böyle olmasının nedeni, kâfirle Müslüman arasında kısas olamayacağını bildiren hadis rivayetindeki "*kâfir*" kelimesine yapılan "*harbi*" takdiridir. Söz konusu takdire göre Müslümanlar ve zimmiler, harbî bir kâfir karşılığında kısas ile cezalandıralamazlar.[974]

Hanefi mezhebinin zimmi ile müste'meni ayırmış olması, konuya sırf din birliği açısından bakmadıklarını göstermektedir. Şayet din ayrılığı mutlak olarak kısasa engel olsaydı müste'men gibi zimmi karşılığında da Müslümana kısas uygulanmaması gerekeceğini söylemeleri gerekirdi. Şu halde Hanefi mezhebinin görüşünü belirleyen asıl unsurun vatandaşlık bağı ve uluslararası ilişkilerdeki mütekabiliyet ilkesi gibi amiller olduğu anlaşılmaktadır.

Hanefilerde din birliğinin belirleyici unsur olmadığına örnek teşkil etmesi açısından şu fetva zikredilir. Bir zimmi diğer bir zimmiyi öldürse ve ilerleyen süreçte cinayeti işleyen zimmi müslüman olsa, katille maktul arasında din birliği yönünden bir eşitlik olmasa da yine

[971] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/524.
[972] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/234-235.
[973] Serahsî, *Mebsût*, 26/134; Mevsılî, *İhtiyâr*, 5/27; Zebîdî, *Cevhera*, 2/330.
[974] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/134; Sûseveh, *Menhecü't-tevfîk ve't-tercîh*, 413-414.

kendisine kısas uygulanır. Bunun nedeni kısasın gerekli hale gelmesinde katille maktul arasında tam bir eşitlik aranması yerine, can güvenliği ve dokunulmazlığının (*ismet*) mevcudiyetindeki eşitliğin yeterli görülmesidir ki bu noktada eşit oldukları ifade edilmişti. Hatta kısasın tatbik edilebilmesi için taraflar arasında tam bir eşitlik aransa, kadınla erkek, hasta ile sağlıklı, zenginle fakir ve buna benzer birçok kişiler arasında mutlak anlamda eşitlik sağlanamayacağı için kısas mekanizması fiilen işlemez hale gelebilirdi.[975] Nitekim diğer mezhepler de sayılan bu kişiler arasındaki mevcut eşitsizliklere itibar etmemiş ve aralarında kısas yapılabileceğini kabul etmişlerdir.

Hanefilerin zimmi ile müste'meni ayrı değerlendirmelerindeki bir başka etmen, ülkeye giren kişinin savaşan unsur olması veya barış yanlısı olup olmamasıyla ilgilidir. Harbî statüsündeki gayrimüslimi öldürmeyi mübah kılan asıl etmen, ondaki potansiyel savaşçılık vasfıdır.[976]

Ancak, Abbasi devletinde baş kadılık görevinde bulunan Ebû Yusuf,[977] uygulama ve toplumsal gerçekliklere daha aşina olduğu için olsa gerek, mezhebin genel kanaatine katılmamış ve müste'meni kasten öldüren Müslüman ve zimmiye kısas uygulanacağına hükmetmiştir. Çünkü müste'menin öldürüldüğü sırada onun can güvenliğinin garanti altında olması (*masûmud-dem*), Müslümanla müste'menin kendi aralarında hayatın dokunulmazlığı noktasında eşit olduklarını, dolayısıyla karşılıklı kısas edilebileceklerini gösterir. Bu kişiler İslâm devletindeki geçici ikametleri boyunca diğer gayrimüslim vatandaşlarla hayat hakkı bakımından aynı konumda olup koruma altındadırlar.[978] Ebû Yusuf'un bir kadı olarak verdiği bu karar/içtihat, günümüz şartlarında bir İslâm ülkesinin itibarı açısından önemli olduğu kadar, meselenin maslahat gereği devlet yetkililerinin takdirinde olduğunu, yetkililerin (*yasama ve yürütme*), değişen zaman ve mekânın ihtiyaçlarına göre kamu yararı (*maslahat*) neyi gerektiriyorsa ona karar verebileceğini göstermesi açısından da önemlidir.

Ebû Yûsuf'un görüşünü tercih ederek müste'meni öldüren zimmiye kısas yapılması gerektiğini düşünen Zeydan'a göre, önemli olan ismetin süresi (daimi, muvakkat) değildir,

---

[975] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 260; İbn Kudâme, *el-Muğnî,* 11/459-460; Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn,* 259.

[976] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn,* 259.

[977] Hamidullah, Ebû Yusuf için söylenen bu görüşü İmam Muhammed'e isnad etmiştir. Bk. *İslamda Devlet İdaresi,* paragraf 686, 399.

[978] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/246; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 11; 'Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî,* 2/125; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, 252; Dağcı, "Kısâs", *DİA,* 25/491. Ebû Yusuf, burada zikredilen görüşüne paralel olarak, İslam ülkesinde zina eden müste'men için de tıpkı bir zimmi gibi, işlemiş olduğu zina suçu sebebiyle kendisine had cezası uygulanabileceğini söyler. Çünkü müste'men İslam ülkesine girmekle islâm ahkâmını iltizam etmiştir dolayısıyla kanunların gereğinden sorumludur. Bk. Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi',* 9/187-188; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi,* 160.

ismetin varlığıdır. Müste'men islam ülkesinde öldürüldüğü sırada ismet sahibidir, diğer bir ifadeyle ismette asıl ölçü alınması gereken vakit, ölüm anıdır. Dolayısıyla hukuken masum biri öldürüldüğü için fail durumundaki zimmiye kısas yapılabilmelidir. Ayrıca müste'menlere sağlanan himayenin en tamamlayıcı unsuru, katillerine kısas yapılmasıdır. Aksi halde tam bir himayeden bahsedilemeyeceği gibi böylesi bir hüküm müste'menleri öldürme konusunda zimmileri cesaretlendirecektir.[979]

Genel bir değerlendirmede bulunmak gerekirse müste'meni öldüren zimmiye kısas yapılacağı görüşünde birleşen fakihlerin, gerekçede ayrıldıkları görülür. Ebû Yûsuf'a göre gerekçe, cinayet anında suçlu ve mağdur tarafların ismetlerinin eşit olması iken cumhura göre gerekçe, tarafların din birliği ve küfürde birleşmeleri bakımından eşit olmalarıdır, denebilir.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerin yanı sıra gerek Müslüman gerekse de zimmî olsun, İslam ülkesinde bulunan müste'men veya harbîyi öldüren kişilere kısas uygulanmamasının asıl nedeni, ölüm cezasının uygulama alanını daraltma çabasına matuf olmalıdır. Zira kısas cezası oldukça ağır bir cezadır ve her vesile ile sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Yoksa bir öldürme olayının suç sayılmamaması veya harbînin hayat hakkının önemsenmemesi söz konusu değildir. Nitekim, idam cezasını kaldırma çabaları, maktulün hayatının değersizliği ile değil katilin hayatının dokunulmazlığı ile açıklanmaya çalışılır.[980]

Müste'menin zimmiyi öldürmesi. Müste'men, islam ülkesi sınırları içerisinde bulunduğu süre zarfında islam ülkesi vatandaşı olan bir zimmiyi öldürürse müste'mene kısas yapılacağı hususunda ittifak edilmiştir. Zira her ne kadar aralarında din (ikisi de gayrimüslim) birliği bulunsa da müste'menin sahip olduğu emân geçici (muvakkat) iken zimmi vatandaşın emânı da ikameti de kalıcıdır; bu durum zimmi lehine eşitliği bozmuştur.[981]

İslam ülkesinde geçici ikamet izniyle bulunan müste'menler, şahıs haklarına taalluk eden konularda islam hukukuna ait hükümlerle sorumlu olmayı iltizâm etmiş olmaları nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılırlar. Bu çerçevede müste'men, hayatı koruma altında (*ma'sûmü'd-dem*) olan Müslümanı, zimmiyi veya bir başka müste'meni öldürürse ittifakla kendisine kısas yapılabilir. Çünkü kısas, kul hakları cümlesindendir.[982] Ancak mürted ve harbiyi öldürmesi halinde müste'mene kısas yapılabileceği konusunda görüş ayrılığı bulunur. Harbinin emanının bulunmaması onun kanını mübah kıldığı için harbiyi öldüren müste'mene kısas uygulanmaz. Ancak müste'menin öldürdüğü kişi bir mürted ise

[979] Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 252.
[980] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 122.
[981] Ahmedî, Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/16.
[982] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169; Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 253, 269.

müste'menin durumu zimmiye kıyas edilmiştir; dört mezhebe göre mürteddi öldüren zimmiye kısas yapılmaz, dolayısıyla müste'mene de yapılmaz, çünkü mürteddin kanı mübahtır. İmamiyye'ye göre ise mürteddin katili durumundaki müste'mene kısas yapılır, çünkü mürteddin islamla alakasının devam etmesine bağlı olarak zimmiye nispetle masûmü'd-demdir.[983]

Müste'menlerin geçici ikametleri boyunca muamelatı ilgilendiren alanlarda İslâm devletinin kanunlarıyla mükellef oldukları düşüncesinden hareketele Ebû Yûsuf, Müslümanı öldüren müste'mene kısas yapılacağı görüşündedir. Ona göre, müste'menler yüklendikleri mükellefiyetler açısından zimmîler gibidirler; suçlu bulunmaları halinde içki haddi hariç diğer tüm had cezaları kendilerine uygulanabilir. Diğer Hanefî imamlar da kul haklarından sayılan kısas ve kazif haddi gibi cezaların müste'mene uygulanabileceği noktasında Ebû Yûsuf'a katılmaktadırlar. Müste'menlerin ihtiyaçlarını giderip kendi ülkelerine dönünceye kadar kul haklarından kısas ve kazif gerektiren suçlardan sorumlu olmalarının nedeni, ticaret vb maksatlarla İslâm ülkesine gelen müste'menlerin, nimet ve külfet (*insâf ve intisâf*) dengesi gereği korunan hakları kadar üstlenecekleri sorumluluklarının da bulunması hasebiyledir.[984]

b. Cinsiyet Farkına Göre Kısas Cezası ve Eşitlik

Bir eşitlik kriteri olarak cinsiyet farkı kısas konusunda önemli görüş ayrılıklarına konu olmuştur. Kadınla erkek arasında gerçekleşen öldürme ve yaralama suçlarında kısas cezası ile ilgili olarak özetle şu görüşler gündeme getirilmiştir.

Hanefî imamlar ve Kûfe fukahasından İbn Şübrüme, erkekle kadın arasında sadece öldürme suçunda kısas cereyan eder, müessir fiillerde karşılıklı kısas olmaz demişlerdir.

İbn Ebî Leylâ, Süfyân-ı Sevrî, Leys b. Sa'd, Evzâ'î, imam Mâlik ve imam Şâfiî, kadınla erkek arasında hem öldürme hem de beden bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda kısas yapılabileceği kanaatindedirler. Bir rivayette İbn Şübrüme'nin de bu görüşte olduğu nakledilmiştir.

Leys b. Sa'd, yukarı satırlarda belirtildiği gibi erkek ile kadın arasında mutlak surette kısas olabileceğini beyan etmekle birlikte bundan eşi/zevceyi istisna etmiştir. Ona göre, kendi karısını öldüren bir kişiye kısas yapılmaz, sadece eşinin diyetini ödemekle sorumlu tutulur.

---

[983] Zeydan, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 251, 254.
[984] İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/19; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/169.

Osman el-Bettî ve bir rivayete göre Hasan el-Basrî ise, kadının erkeği öldürmesi durumunda kadına kısas yapılabilir ancak eşitliği sağlamak için kısasa ilaveten maktul erkeğin ailesine ödenmek üzere kadının malından yarı diyet alınır demişlerdir.[985] Zeydiyye mezhebi de bu içtihad üzeredir.

Kadın erkek eşittir, karşılıklı kısas yapılır. İslâm hukukunda mezheplerin ortak kanaati, öldürme suçunda kadınla erkek arasında kısas cezasının uygulanacağıdır. Hanefîlerin konuyla ilgili açıklamaları şöyledir: Kadınla erkek arasında hayatın dokunulmazlığı (*ismet*) noktasında eşitlik vardır, kadın ve erkek her iki cins de can taşıma ve insan olma yönünden eşittirler, ismet ve insaniyet dışında başka bir eşitlik ölçütü aranması, kısas kapısının kapanıp toplumsal fesada götürecek kapının aralanmasına sebebiyet verebilir.[986] Hayatın dokunulmazlığı bakımından kadınla erkek eşittir, bunun doğal sonucu olarak, müçtehitlerin icma'ı ile cinsiyet farkı kısasa engel teşkil etmez, denilmiştir.[987] İbrâhim en-Neha'î, Şa'bî, İbn Şihâb ez-Zührî, Ömer b. Abdülazîz, Süfyân es-Sevrî, İshâk b. Râhûye, Ebû Sevr, imam Ebû Hanîfe ve ashâb-ı re'y, imam Mâlik ve Medine fukahası, imam Ahmed b. Hanbel, imam Şâfiî ve daha birçok âlim bu içtihadın savunucusudurlar.[988]

"… *Kadına karşılık kadın (kısas edilir)…*"[989] âyeti kadını öldüren erkeğe kısas yapılmayacağı anlamında değildir. Her ikisi de hür ve Müslüman olduktan sonra erkek ve kadın arasında karşılıklı kısas cereyan eder.[990]

Kadının ancak bir kadın ile, erkeğin de ancak bir erkek ile kısas edilmesi anlamında cinsiyetine göre kişilerin sadece kendi içlerinde eşit olacakları gündeme gelmiş olsa da bu görüş sahabe, tabiîn ve sonraki fakihler nezdinde kabul görmemiş, erkek ve kadın arasında karşılıklı kısas uygulanacağı fikri benimsenmiştir.[991]

Öldürme suçunda erkekle kadın arasında birebir kısas olacağı hususu dört mezhep tarafından kabul edilirken, erkeğin fazilet ve şeref yönünden daha üstün[992] olduğu telakkisine rağmen bu içtihadda bulunulduğuna da dikkat çekilir. Hukuki bir olgu olarak kısas sözkonusu

---

[985] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/171-172.
[986] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/102-103, 105.
[987] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/26; İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/346; Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/8-9; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/248; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/119-121; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'i'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 98; Kahtânî, *Mevsû'atü'l-icmâ'*, 11/128-129, 11/134-135; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/491.
[988] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 173; İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/346; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/296.
[989] el-Bakara 2/178.
[990] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/10.
[991] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/8-9; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 351.
[992] Sözü geçen fazilet veya üstünlüğün, erkeklerin kadınlar üzerinde daha çok hakları olduğundan bahseden "**وللرجال عليهن درجة**" el-Bakara 2/228 âyeti ve âyet üzerindeki tevillerden kaynaklandığı hususunda bk. Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/277.

olduğunda erkek ve kadının biyolojik eşitsizliklerinin belirleyici olmadığı gibi ilim, itibar, fazilet, konum vb. hususlara da itibar edilmeyeceği vurgulanır.[993]

Hünsâ-i müşkilin amden öldürülmesi durumunda da faile kısas yapılır.[994]

Şâfiî mezhebinde eşitlik düşüncesi temellendirilirken üç eşitlik anlayışına yer verilmiş bunlar, hükme etkisi bakımından ayrıştırılmıştır. İnsanlar arasında üç şeyde eşitlik olabilir, bunlar: 1. Cinsiyet eşitliği 2. Nesep/soy eşitliği ve 3. Hüküm/hukuki statü eşitliğidir. Bunlardan ilk ikisi kısas cezasında geçerli bir kıstas değildir. Örneğin kısas yönünden cinsiyet eşitliğine itibar edilmez. Bu yüzden erkekler ve kadınlar cinsiyet ayrımı yapılmaksızın karşılıklı olarak kısas edilebilirler. Nesep/soy eşitliği de muteber değildir. Bu nedenle, soylu ve üstün (*şerîf*) olanlarla normal (*vadî'*) vatandaşlar, Arap olanlarla Arap olmayanlar karşılıklı olarak kısas edilebilirler. Hz. Peygamber'in "*Bana soylarınızla değil, amellerinizle gelin*" beyanı, veda haccında bizzat kendisinin "*Kimin benden bir hakkı varsa gelsin alsın*" demesi üzerine Ukkâşe'nin ondan kısas istemesi ve Peygamber (s.a.v.)'in de ona izin vermesi gibi olaylar, soyluluk ayrımının kısas için bir kriter sayılmayacağını göstermeye yetecektir. Bahsi geçen üç eşitlik nedeninden sadece hukuki statü (*hüküm*) eşitliği, kısas cezasında geçerli bir mihenk olarak kabul edilmiştir. Hukuki statü eşitliğinden kasdedilen ise, İslâm ve hürriyet şartlarında buluşmaktır. Bu iki vasfı haiz olanlar bunları haiz olmayanlarla kısas edilemez; misalen hür, köle karşılığında; Müslüman da, kâfir karşılığında kısas edilemez.[995]

Kadınla erkeğin kısas konusunda eşit olduklarına "*Cana karşı cana kısas vardır.*"[996] ayetinin umumu, sünnetten de Müslümanların kanlarının birbirlerine eşit ve denk olduğunu bildiren hadis[997] delil olarak zikredilir. Tahâvî'nin tespitine göre Hz. Peygamber'in bu beyanı, toplumda üstünler ve üstün olmayanlar gibi çeşitli ayrımları sonlandırma hedefi taşımaktaydı. Aynı zamanda cahiliye döneminde, öldürme suçu işleyen seçkinlere kısas uygulanmaması adetine de reddiye mahiyetinde varid olduğu görülür.[998]

---

[993] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/261; Aynî, *el-Binâye*, 13/113; Mâverdî, *el-Hâvî fî fikhi'ş-Şâfi'î*, 12/8-12; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 567-568. (dğr.ds., 227).
[994] Haddâd, *el-Cevhera*, 2/130.
[995] Mâverdî, *el-Hâvî fî fikhi'ş-Şâfi'î*, 12/8-12.
[996] el-Mâide 5/45.
[997] İbn Mâce, "Diyât", 31 (no. 2683); Nesaî, "Siyer", 74 (No. 8628-8629); Ebû Dâvûd, "Cihâd" 159 (No. 2751), "Diyât" 11 (No. 4530); Ahmet b. Hanbel, 2/35, 6/425 (No. 991, 6970); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/54, 335 (No. 16813, 15912-15913). "**المسلمون تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم ادناهم**" Hadisle ilgili açıklamalar için bk. San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/481; Azîmâbâdî, *Avnü'l-ma'bûd*, 1242, 2104.
[998] Tahâvî, *Şerhu Meâni'l-âsâr*, I3/172; Kanâzi'î, *Tefsîru'l-Muvatta'*, 2/681.

Gümüş bir takı için genç bir kadını, başını ezerek öldüren Yahudinin, kadına karşı işlediği bu suç dolayısıyla Rasûlüllah tarafından ölüm cezasına çarptırılması,[999] kadını öldüren erkeğe kısas yapılabileceğini gösteren ilk uygulamalardan sayılır.[1000] Ayrıca, Ebû Bekir b. Muhammed b. Amr b. Hazm'ın babasından yaptığı meşhur rivayete göre, Hz. Peygamber'in Amr b. Hazm ile Yemenlilere gönderdiği mektupta[1001] diyet hükümleri ile beraber kadını öldüren erkeğe kısas uygulanacağını hüküm altına alan talimatı da bulunmaktaydı.[1002]

Kadını öldüren erkeğe kısas yapılabileceğine dair deliller arasında "*Kadına karşı kadına kısas yapılır*"[1003] âyeti zikredilir. Amr b. Hazm hadisi olarak da bilinen ve Hz. Peygamber'in Yemen halkına yazdığı resmi mektupta kadını öldüren erkeğe kısas yapılacağı (أن الذكر يقتل بالانثى) açıkça bildirilmiştir.[1004]

Sahabeden Abdullah İbn Mes'ûd, "*Tevrat'ta İsrâiloğulları'na, 'Cana can, göze göz, ... ve yaralamalarda da kısas vardır' diye yazdık.*" (el-Mâide 5/45) âyetinin Yahudileri ve Yahudi olmayan herkesi içine alan âmm bir hüküm olduğunu söylemiştir. İbn Abbas da, Yahudiler kadını öldüren erkeğe kısas uygulamazlardı, âyet, bu duruma müdahale etmek üzere nazil oldu demiştir. Âyetin iniş sebebi hakkında Kureyza ile Nadîr arasındaki davalarda Nadîr'in kabul ettirmiş olduğu sözde üstünlüğe bağlı olarak Nadîr kabilesi mensuplarına kısas yapılmayıp Kureyza oğullarına kısas yapılması, Nadîr oğulları yarım diyet öderken diğerlerinin tam diyet ödemesi gibi olaylara da dikkat çekilir.[1005]

İbn Abbas, Yahudilerin eşitlik ilkesini ihlal etmiş olmalarının, ilgili âyetin nüzulünde etkili olduğu üzerinde durmuş ve âyetteki "أن النفس بالنفس / *cana can*" ifadesi hakkında, köleyi

---

[999] Buhârî, "Diyât", 7, 11 (No. 6879, 6885); Müslim, "Kasâme ve'l-muhâribîn ve'l-kısâs", 15 (No. 1672); Ebû Dâvûd, "Diyât", 10 (No. 4528); Tahâvî, *Şerhu me'âni'l-âsâr*, 3/190; San'anî, *Sübülü's-selâm*, 3/482-484.

[1000] Hanefi mezhebi içinde bu olayın yorumunda ihtilaf edilmiştir; İmameyn, mezkûr olayda Yahudinin taş ile öldürmesi neticesinde Hz. Peygamber'in kısası emretmesine bakarak öldürücü nitelikteki taş ve sopa gibi aletlerle öldürmenin amden kâtil sayılması gerektiğini söylemişlerdir. Buna göre Yahudinin öldürülmesi kısas yoluyla olmuştur. Ebû Hanîfe'ye göre ise taş ile öldürme şibh-i amddır; bu olayda Rasûlüllah'ın ölüm cezası vermesinin nedeni teammüden öldürmenin cezası olan kısas değil, bilakis, Yahudinin tekerrüne (*i'tiyâdî suç*) binaen siyâseten verilmiş bir ölüm cezasıdır. Bk. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/24-25; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/100.

[1001] Nesaî, "Kasâme", 46, 47; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/497-503. Mektubun en geniş (tam metin) için Bk. İbn Hıbbân, *Sahîh*, 14/501 (No. 6559); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 4/149 (No. 7255).

[1002] Nesaî, "Kasâme", 33, 34 (No. 7029); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/51-52 (No. 15903, 15905); Dârimî, *es-Sünen*, 3/1520 (No. 2399); Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 3/272; Zeyla'î, *Nasbu'r-râye*, 2/341; 4/369; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/3/483, 497-503; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'i'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 98-99.

[1003] el-Bakara 2/178.

[1004] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/351-352.

[1005] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, (el-Bakara 2/178, el-Mâide 5/45), 3/98-100, 8/468-472; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 1/672. el-Mâide 5/45 ayetinin sebeb-i nüzulü olarak anlatılan Yahudi Kureyza ve Nadîr kabileleri arasındaki bu olay ve kadına karşı erkeğe ya da köleye karşı hüre kısas yapılacağı gibi Arap kabileleri arasında cereyan eden benzer hadiseler, birçok tefsirde yine kısasla ilgili diğer bir ayet olan el-Bakara 2/178 hakkında da anlatılmaktadır.

öldüren hüre, kadını öldüren erkeğe ve zimmiyi öldüren Müslümana kısas uygulanabileceğine ve bu kişiler arasındaki ayrımın kaldırıldığına delalet eder demiştir.[1006] Kasten öldürme suçundaki kısas hakkında Hanefîlerde din, cinsiyet ve hürriyet ayrımının yapılmadığına bakılırsa Hanefi mezhebine ait bu konudaki içtihatların genellikle Abdullah b. Abbas'ın mezkûr tefsiriyle uyumlu olduğu görülür.

Kadınla erkek arasında kısas, mütekâbiliyet esasına dayalıdır diyen Şafiî mezhebinde kadının erkeği öldürmesi durumunda kadına kısas yapılması şöyle açıklanır: Eşitler arasında kısas yapılabiliyorsa derece bakımından kendinden daha üst durumdaki birini (erkeği) öldüren kişiye (kadına) kısas yapılması evleviyetle sabit olur. Burada eşitler arası kısas denirken kadınla kadın arasında karşılıklı kısas yapılabildiği hükmüne atıfta bulunulmuştur. Şâfiî mezhebinde naklî bazı deliller yanında, kadın, kazif haddi konusunda erkek gibiyse kısas konusunda da öyle olmalıdır, denilerek mesele aklen de izah edilmeye çalışılmıştır.[1007] Böylece kadının onur ve namusunun korunup hayatının korunmaması, düşünülemez, denilmiş olmaktadır.

Cahiliye devrinde Arap kabileleri arasında yaşanan çeşitli çatışmalar sonrasında galip gelen güçlü kabile, bu çatışmada kaybettikleri kadınlarına karşı mağlup ettikleri kabilenin erkeklerini kısas edeceklerine veya katledilen kölelerine karşın diğer tarafın hürlerine kısas yapacaklarına dair yemin ederlerdi. "*Öldürülenler hakkında size kısas emredilmiştir; hüre hür, köleye köle ve kadına kadın.*" (el-Bakara 2/178) âyetinin bu ve buna benzer olaylar üzerine indiğine bakılırsa cinsiyeti önemsenmeksizin katil kim ise doğrudan ona kısas yapılmalıdır.[1008] Çünkü âyetin gönderiliş gayesi, cahiliye adetlerini sonlandırarak cinsiyet ve hürriyet ayrımı yapmaksızın eşitliği tesis etmektir.[1009]

Şevkâni, "*Kadına kadın (kısas vardır)*" (el-Bakara 2/178) âyetinini mefhûm-u muhâlifini alarak kadını öldüren erkeğe kısas yapılmayacağı çıkarımında bulunulursa aynı kavramın karşıtından erkeği öldüren kadına da kısas uygulanamayacağının kanıtlanabileceğine dikkat çekmiştir. Ne var ki âyetin başında yer alan "*Öldürülenlar hakkında size kısas emredilmiştir*" cümlesinin umumi hükmü ve konuyla ilgili rivayetler, buna engel olmaktadır. Ayrıca sebebi nüzul incelendiğinde kısasta eşitlik ve cezanın genelliği

[1006] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/103; Zemahşerî, *Keşşâf*, 1/672; Nesefi, *Medârikü't-tenzîl*, 1 413.
[1007] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/350-351.
[1008] İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-azîm*, (Bakara 2/178), 1/357-358; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/351.
[1009] Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, 2/139-140.

ilkelerini yerleştirme maksadı görüleceğinden dolayı, kadını öldüren erkeğe kısas yapılmaması, âyetin iniş maksadına aykırıdır.[1010]

Kadınla erkek eşit değildir, karşılıklı kısas yoktur. Cumhurun görüşü, öldürme suçu nda kadınla erkeğin karşılıklı kısas edileceğidir. Hatta İbnü'l-Münzir, bu konuda icma olduğunu nakletmiştir. Kadınla erkek arasında bu konuda hukuken eşitlik (*tesâvî, tekâfü'*) bulunduğu hususunda bir görüş ayrılığı olmadığı söylenmişti. Ancak bu konsensüse rağmen konu üzerinde farklı görüşler de ortaya konmamış değildir. İstisna mahiyetindeki bu görüşlere yer vermek gerekirse şu ikisi karşımıza çıkmaktadır: Biri, eşitliğin diyetle telafi edilmesi, diğeri ise eşitsizlikten dolayı mutlak kısas yapılmayacağıdır.

Eşitliği diyetle sağlamak. Kadını öldüren erkeğe kısas yapılabilmesi için kadının velilerinin, kısasla öldürülecek hükümlünün yarı diyetini yakınlarına ödemeleri gerekir. Bu görüş Atâ ve Hasan el-Basrî,[1011] Osman el-Bettî, bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel ve zayıf bir görüşe göre Hz. Ali'den nakledilmiştir. Bu içtihad gereği, maktul durumda olan kadının tarafı, önce diyetin yarısını katil olan erkeğin ailesine öder, sonra erkeğe kısas uygulanır.[1012] Zâhiriyye, İbâziyye, Zeydiyye ve İmâmiyye'nin de bu görüşte olduğu bilinmektedir.[1013] Bu meselede cumhurun yolunu tuttuğunu belirten Şevkânî'nin tespitine göre bu görüş sahipleri nezdinde, cana can kısas olduğunu bildiren âyetin genel hükmü, mü'minle kâfir arasında kısas olmayacağını bildiren hadisle daraltılmıştır. Buna göre cana cana kısas yapılacağını bidiren âyetten kadına karşılık erkeğin kısas edilemeyeceği de istidlal edilebilir.[1014] Şevkânî, *Tefsîr*'inde bu görüşü savunan kişiler arasında imam Malik, Şafii, Ahmed b. Hanbel, İshak b. Rahûye, Ebû Sevr ve Süfyân-ı Sevrî gibi fakihleri zikretmişken daha sonra kaleme almış olduğu *Neylü'l-evtâr* isimli eserde ise bu nakil hatasını Zemahşerî'ye nisbet eder; düzeltme maksadıyla, özellikle de Maliki ve Şafii mezhebinin kaynaklarında böyle bir görüş bulunmadığının altını çizer.[1015]

İbn Kudâme'nin açıklamalarına göre bu içtihadın dayanağı Hz. Ali'den rivayet edilen ölüm ve yaralanma durumlarında kadının diyetinin yarım olacağını bildiren hadistir. Diyeti yarım kabul edilen bir kadına karşılık erkeğe kısas yapıldığında ya erkeğin hakkı kalır, ya da

---

[1010] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/23-24.
[1011] Atâ ve Hasan el-Basrî'den cumhur gibi hiçbir telafide bulunulmaksızın kadınla erkek arasında doğrudan kısas yapılacağı görüşünde oldukları da aktarılmıştır. Bk. İbn Münzir, *el-İşrâf alâ mezâhibi'l-erbe'a*, 7/346; Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/14; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/296.
[1012] İbn Münzir, *el-İşrâf alâ mezâhibi'l-erbe'a*, 7/346; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/182; Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/8-9; İbn Cüzeyy, *el-Kavânîn*, 567-568; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/120; Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'i'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 99.
[1013] Câsim, *el-'Ukûbâtü'l-mâliyye*, 402.
[1014] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/23-24, 26; a.mlf., *Fethu'l-kadîr*, 1/202.
[1015] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/23.

erkekten daha fazla hak alınmış olur ki eşitlik ve talafi maksadıyla kadın tarafı erkek tarafına yarım diyet ödemesinde bulunur.[1016]

Zeydiyye (Hâdeviyye) mezhebi mensuplarına göre de kadını öldüren erkeğe kısas cezası uygulanır. Ancak kısasla öldürülen (*katil*) erkeğin varisleri, öldürülen (*maktule*) kadının yakınlarından yarım diyet bedeli alırlar. Bu durum mezhepte, erkekle kadının diyetlerinin farklı olmasının bir sonucu olarak kabul edilir.[1017] Kadının erkeği öldürmesi davasında ise, kadına kısas yapılır ve kadının kendisine veya ailesine herhangi bir maddi bedel/tazmin gerekli görülmez.[1018]

Bu içtihadın arka planındaki düşünce, erkeğin diyet vb yönlerden kadına üstün olduğu kabulünden hareketle, kadına kısas yapılması halinde erkeğin yakınlarının haklarını tam olarak almamış olacakları fikridir. Kısataki eksikliğin diyetle telafisi için bu yola başvurulmuştur.

Eşitlik olmadığı için kısas da yoktur. Kasten bir kadını öldüren erkeğe kısas cezası verilemeyeceği içtihadında bulunan bazı âlimler olmuştur. Hasan el-Basrî'ye ait olduğu bildirilen bu görüşün[1019] şâz olduğu ifade edilse de İbn Rüşd, delillerinin güçlü olduğunu söyler. Bu görüşe göre "*Kadına karşılık kadın* (الأنثى بالأنثى)" (el-Bakara 2/178) âyetinden hareket edilerek, kadını öldüren erkeğe kısas yapılamaz. Zira bu âyet bizim kendi şeriatımıza ait özel bir hükmü bildirirken, çoğunluğun amel ettiği "*Biz onda (Tevrat'ta) İsrâiloğulları'na, 'Cana can (kısas vardır) diye yazdık (*أن النفس بالنفس)"[1020] (el-Mâide 5/45) âyeti, bizim dışımızda *şer'u men kablenâ* olarak varid olmuştur. Üstelik bu âyetin (el-Mâide 5/45) umumi hükmü önceki âyetin (el-Bakara 2/178) hususen delalet ettiği mefhûm-u muhâlif (*delîlü'l-hıtâb*) ile de tearuz halindedir.[1021] Kendi şeriatımıza ait hüküm "*kadına kadın*" (el-Bakara 2/178) derken önceki şeriatlara ait "*cana can*" (el-Mâide 5/45) hükmüyle amel edilmesi, kesin

[1016] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/296.
[1017] San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/483. Zeydiyye mezhebine göre "**و الجروح قصاص**" âyeti gereğince, diyet oranlarındaki farklılık, kısasta da farklılığı gerektirmez. Bu nedenla değeri bin olan bir köle, değeri yirmi olan bir köle karşılığında kısas edilebilir. Çünkü kısasta eşitlik manası tahakkuk etmiştir. Eşitliğin gereği olarak da kısas yapılan kişiye, mağdura verdiği zarardan daha fazla zarar verilmemesi esastır.
[1018] Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 60-61.
[1019] İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 567-568; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/483. İbn Rüşd'ün aktardığı bilgilere göre Ebû'l-Velîd el-Bâcî *el-Müntekâ*'da, Hattâbî *Me'âlimü's-sünen*'de bu görüşün tabiinin büyüklerinden Hasan el-Basrî'ye ait olduğunu söylemişlerdir. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/182-183; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 567-568.
[1020] el-Mâide 5/45.
[1021] İbn Rüşd'ün *Bidâyetü'l-müctehid*'inde (4/183) yer alan bu kısımda, ibarenin mefhumu muhalifi ile ne kast edildiğine yer verilmemiştir. Ancak "**الأنثى بالأنثى**: *kadına karşılık kadın kısas edilir*" ayetinin hükmünün mefhumu muhalifi ile "*kadına karşılık erkek kısas edilmez*" sonucuna ulaşılması muhtemeldir.

hüküm varken zanni olanla amel etmek olacaktır. Zira önceki şeriatların bizi bağladığı meselesi tartışmalıdır denilmek istenmiştir.

İbn Rüşd'ün kendisi de bu meselenin *şer'u men kablenâ* mıdır? Yoksa bizim şeriatımıza ait bir hüküm müdür? Bunun ihtilaflı olduğunu belirttikten sonra kadın karşılığında erkeğin kısas edilmesi hususunda en güvenli yolun genel maslahatın gözetilmesi olduğunu söyler.[1022]

Tabiin âlimlerinden Atâ b. Rabâh da, "*kadına kadın*" (el-Bakara 2/178) âyetinden hareketle, hukuken denk (*tekâfü'*) bulunmadıkları gerekçesiyle hür ile köle arasında kısas uygulanmıyorsa aynı âyete göre kadınla erkek arasında da denklikten bahsedilemeyeceği ve kadını öldüren erkeğe kısas uygulanamayacağı çıkarımında bulunmuştur. Ayrıca kıymetleri farklı olan eşyanın telef edilmesi halinde tazminat miktarlarının eşit olmaması gibi, kadınla erkeğin diyet oranlarındaki farklılık da aralarında kısastaki eşitliği (*temâsül*) bozmaktadır.[1023]

Ömer b. Abdülazîz (v. 101/720), Hasan-ı Basrî (v. 110/728), Atâ (v. 114/732) ve İkrime'ye (v. 105/723) göre, "*Hür hür ile, köle köle ile, dişi de dişi ile...*" (el-Bakara 2/178) âyeti, "*Cana can...*" (el-Mâide 5/45) âyetindeki müphemliği beyan (*tahsîs*) etmektedir. Diğer taraftan el-Mâide 5/45 âyeti, Tevrat ehline farz kılınan hükmü bize hikâye etmektedir. el-Bakara 2/178 âyeti ise kısası farz kılmak üzere, doğrudan Müslümanları muhatap almaktadır. Dolayısıyla el-Bakara 2/178 ile sabittir ki, öldürme suçunda köleye karşı hürre, kadına karşı da erkeğe kısas yapılamaz. Bu görüş, İmam Mâlik ve imam Şâfiî'den de nakledilmiştir. Sa'îd b. el-Müseyyeb (v. 94/713), Şa'bî (v. 104/722), İbrâhîm en-Neha'î (v. 96/714), Katâde (v. 117/735) ve Süfyân-ı Sevrî'ye (v. 161/778) göre ise el-Bakara 2/178 âyeti, "*Cana can...*" (el-Mâide 5/45) âyetiyle neshedilmiştir. Dolayısıyla köle ile hür, kadın ile erkek arasında karşılıklı kısas yapılır. Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin görüşü de böyledir. Hz. Peygamber'in; "*Müslümanların kanları birbirine denk ve eşittir.*"[1024] hadisi de buna delildir. Ayrıca nefs/can konusunda karşılıklı üstünlüğe itibar edilmez. Dolayısıyla neshi kabul etmeyip tahsisi savunan fakihler (Ömer b. Abdülazîz, Hasan-ı Basrî, Atâ vd.), kadın-erkek, köle-hür konusunda canlar eşit değildir derken bir grubun tek kişiyi öldürmesi halinde, öldürülen tek kişiye karşılık katil topluluğa kısas yapılacağını kabul etmekle kendi ilkelerine ters düşmüşlerdir. Eğer canlarda eşitliğe itibar edilecekse çok kişi ile tek kişi arasında da eşitliğe itibar edilmeliydi.[1025]

[1022] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid,* 4/183.
[1023] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î,* 12/9.
[1024] Ebû Dâvûd, Diyât", 11, 31; İbn Mâce, "Diyât", 31.
[1025] Zemahşerî, *el-Keşşâf,* 1/246-247; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-'azîm,* 3/109-110.

İmam Mâlik ve imam Şâfiî'den yapılan bu naklin hatalı olduğu yukarıda belirtilmişti. Şevkânî, nakil hatasını Zemahşerî'ye nisbet etmiştir.[1026] Ancak mezhep içici nakillerde bunlar zayıf rivayet olarak yer almaktadır. Örneğin Nevevî, imam Şâfiî'nin de bir görüşüne göre kadını öldüren erkeğe kısas yapılmaz, erkeğin diyet ödemesi gerekir dediğini nakleder.[1027] Ulemanın çoğu bu konuda görüş birliği sağlamış olsalar da bir rivayette İmam Mâlik, Ömer b. Abdülaziz, Hasan el-Basrî, Atâ b. Rabah, İkrime ve Buhârî'nin nakline göre ismi geçen âlimler haricinde de kadını öldüren erkeğe kısas yapılamayacağını görüşünü savunanlar bulunmaktadır.[1028]

Ancak "*... hür hür ile, köle köle ile, kadın kadın ile ...*" adı geçen fıkıh bilginlerinin el-Bakara 2/178 âyetiyle ilgili olarak işaret ettikleri mücmellik, "*Onda (Tevrat'ta) üzerlerine şunu da yazdık: Cana can (kısas vardır).*" (el-Mâide 5/45) âyeti ile beyan edilmiş ve manası açığa kavuşturulmuştur. "*Cana can*" (el-Mâide 5/45) âyeti, herhangi bir tahsis olmaksızın umumen öldürülen kişi için kısas yapılacağını hükme bağlamaktadır. Sünnette de bu tahsisin teyit edildiğine dair örnekler vardır. Örneğin, Hz. Peyagmber'in Yemenlilere yazdığı mektubu bize aktaran Amr b. Hazm rivayetinde, kadını öldüren erkeğin kısas ile cezalandırılabileceği sünnet tarafından açıkça hükme bağlanmıştır. Katâde'nin Enes b. Mâlik'ten bulunduğu rivayette de Rasûlüllah, gerdanlığı için genç kızı öldüren Yahudiye kısas infaz edilmesini bizzat emretmiştir.[1029] Bu olay, kadını öldüren erkeğe kısas uygulanabileceği hususunda açık bir delildir.

"*Cana can (kısas)...*" (el-Mâide 5/45) âyetinin asıl muradı, el-Bakara 2/178 âyetinde zikredilen cinslerin (*kadın-kadın, hür-hür, köle-köle*) kendi aralarında birbirlerine karşı üstünlük olmadığını vurgulamaktır. Şa'bî'nin aktardığına göre "*cana can (kısas)*" (el-Mâide 5/45) âyeti, Ensardan iki kabile arasında meydana gelen öldürme olayında taraflardan birinin, kadına karşılık erkek ve köleye karşılık hür bir kişinin kısas edilmesini istemesi üzerine nazil olmuştur. Âyette yer alan "*hür hür ile, köle köle ile, kadın kadın ile*" ifadelerine göre köleyi öldüren hürrün öldürülmeyeceği değil, kölenin hürrü öldürmesi halinde katil olan köle yerine

[1026] Bk. Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/23.
[1027] Nevevî, *Mecmû'*, 19/422.
[1028] İbn Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-'ulemâ*, 7/346; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/23; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 1/246. Zemahşerî'nin İmam Mâlik'le ilgili verdiği bu bilginin tartışmaya açık olduğu haşiyesinde belirtiliyor. Zira İmam Mâlik'ten sağlam olarak gelen bilgilere göre o, İslam ve hürriyet şartını taşıması bakımından eşit olan kişilerin karşılıklı kısas edilebeleceklerini söylemektedir. Şu halde Mâlik'e göre, kadını öldüren erkeğe kısas cezası verilir. Bk. Tîbî, *Hâşiyetü't-Tîbî ale'l-Keşşâf*, 3/209.
[1029] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/ 9. Bu olayda maktul olan cariye, ölmeden önce son nefeslerinde kendisine bunu kimin yaptığı sorusuna: "*Falanca Yahudi*" diye cevap vermiş, Yahudi de Rasûlüllah'ın huzurunda suçunu itiraf etmiştir. Böylece suçun kesinleşmesi üzerine kısas hükmü kararlaştırılmıştır.

hür bir kişinin kısas edilmek istenmesi adetine işaret edilmektedir.[1030] Bu açıdan bakınca âyetteki takyidin gayesi bu yanlış anlamanın önüne geçmektir. Dolayısıyla bu âyetten bir eşitsizlik çıkarsaması doğru olmayacaktır.

Kadını öldüren erkeğe doğrudan kısas uygulanamayacağına dair fikirler, sünnetteki ifade ve uygulamalarla örtüşmemekte olup muhtemelen konuyla ilgili âyetlerin arkaplan okumasının yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü âyetlerin sevk sebebinin eşitsizliği önleme gayesine matuf olduğu açıktır.

Ayrıca, kadınla erkek arasında gerek naslarda gerek erkekle kadının toplumsal rollerine bakarak aralarında ayrım yapmayı haklı kılacak önemli bir nedenin bulunmaması, bu yaklaşımın doğru kabul edilmesini zorlaştırmaktadır. Aksine, İslâm'ın hayatın dokunulmazlığı konusunda insanların eşitliği fikriyle çok uyumlu değildir. Beşer olarak insanların hayatları birbirine denk olmasına rağmen kadınla erkek arasında değer farkı gözeterek burdan kısasta eşitsizlik de çıkarılamaz.[1031]

Şâfiî hukukçu Mâverdî, kısas üzerinden eşitlik meselesini incelerken "*hürmet*" ve "*mal*" ayrımı yapmış ve buna göre bazı esaslar belirlemiştir. Bu ayrıma göre insanın hürmetine (beşer olarak saygınlığı ve hukuken korunmuşluğu) dair konularla malvarlığını ilgilendiren konular farklı hükümlere tabidir. Örneğin hadler ve kısas, insanların *hürmetleriyle*[1032] ile ilgili olması hasebiyle bunlarda kadın ve erkek, suç ve yaptırım açısından eşit muamele görürler. Ama miras ve diyet gibi *mali* meselelerde kadın erkekle eşit değildir, bu ikinci kısımda kadın, erkeğe nispetle yarım hak sahibidir.[1033]

c. Hürriyet Farkına Göre Kısas Cezası ve Eşitlik

Hür ile hür arasında karşılıklı kısas yapılacağı konusunda icma edilmiştir. Tarafların hürriyet vasfında birleşmeleri yeterlidir; maktulün sağlam ve düzgün yapılı olup katilin felçli, kötürüm, âmâ, elleri veya ayakları kesik vb birisi olması eşitliğe tesir etmez.[1034] İnsanların

[1030] ʻÂşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, 2/138.
[1031] Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrîʻi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 98-99.
[1032] Mâverdî, "*hürmet*" kelimesini mutlak kullanmıştır. Ancak "*hürmet*" kısas sözkonusu olduğunda hayat dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğünü, had cezaları sözkonusu olduğunda ise mal (sirkat), iffet/namus (zina) ve onur (kazif) gibi hadlerle korunan değerlerin dokunulmazlığını kast etmektedir.
[1033] Mâverdî, *el-Hâvî fî fikhi'ş-Şâfiʻî*, 12/9.
[1034] İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/346.

sosyo-ekonomik durumlarının, toplumdaki itibar ve prestij farklılılarının da kısasa etki etmeyeceği daha önce belirtilmişti.[1035]

İnsan öldürme ve müessir fiiler suçunda uygulanacak olan kısas cezasında eşitlik açısından önemli sonuçlar doğuran diğer bir faktörün hürriyet farkı olduğu görülür. Genel olarak cumhur, eşitlik bulunmadığı gerekçesiyle, öldürme ve müessir fiillerde hürler ile köleler arasında hür lehine tek taraflı kısas uygulanacağı kanaatindedir. Cumhur, öldürme ile müessir fiillerde herhangi bir fark gözetmemiştir. Öldürme ve yaralama suçlarında farklı bir duruş sergileyen Hanefiler, hayat hakkı açısından eşit olmalarından hareketle öldürme suçunda hür ve köle arasında karşılıklı kısas yapılabileceğini, ancak diyet farklılığının eşitliğe etkisi dolayısıyla müessir fiillerde karşılıklı kısas yapılamayacağı görüşündedir. Aşağıda bu görüş farklılıkları ve gerekçeleri incelenmeye çalışılacaktır.

c.1. Hür ile Köle Arasında Eşitlik Bulunmadığı Görüşü

Köleyi öldüren hüre kısas yoktur. İster kölenin sahibi (efendi) olsun isterse köleye yabancı birisi olsun hür bir kişinin köleyi öldürmesi halinde cumhurun kanaati, fail durumundaki hüre kısas uygulanamayacağıdır. Hür şahıs, kölenin değerini tazmin eder ve kendisine ta'zîr cezası verilir. Köle karşılığında hür öldürülmez ama hür karşılığında köle öldürülebilir, bu konuda kölenin mükâteb, müdebber veya ümmülveled olması hükme tesir etmez. Şevkânî'nin tespitine göre, hür şahsı kasden öldüren köleye kısas yapılacağı icmâ' ile sabit olup bu noktada kölenin hürre eşit olmaması önemli değildir.[1036]

Bu düşüncede olanların dayanakları köleye karşılık hürün ve efendisinin kısas edilemeyeceğini bildiren haberlerdir. Rasûlüllah, teammüden kölesini öldüren efendiye kısas yapılamayacağını bildirmiş ve celdeye hükmetmiştir. Bir rivayette ise kendisine böyle bir olay getirilmiş efendiye yüz celde vurdurtmuştur.[1037] Duyduğu bir şüphe üzerine cariyesinin cinsel organını yakan bir efendi hakkında mağdur cariye şikayetci olur; olayı inceleyen Hz. Ömer, cariyenin efendisinin tamamen vehme dayalı olarak ve hiçbir delil olmadan cariyesine bunu yaptığını görür. Çünkü efendi suç teşkil eden bir olay görmemiş, cariyenin de bir ikrarı sabit olmamıştır. Hz. Ömer: "*Eğer Rasûlüllah'ın 'sahip olduğu kölesine yaptığı yüzünden efendiye kısas yapılmaz*' *dediğini duymasaydım kesinlikle bu olayda kısas yapardım*." demiştir. Hz.

[1035] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*,10/248, 261; Meydânî, *Lübâb*, 529-530; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/168-170; Haddâd, *el-Cevhera*, 2/330-331; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/534-535; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/119; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 307; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/493.

[1036] İbn Yûnus es-Sıkıllî, *el-Câmi' li-mesâili'l-Müdevvene*, 23/907; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'u'l-ümmehât*, 491; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/22; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 279-282; Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 161.

[1037] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/66-67 (No. 15951-15954).

Ömer söz konusu adamı halka açık bir alanda alenen yüz celde ile cezalandırmış, cariyeyi de özgürlüğüne kavuşturmuştur.[1038]

Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer, Hasan el-Basrî, Atâ, İkrime, Ömer b. Abdülaziz, İshak b. Râhûye ve Ebû Hanîfe haricindeki üç mezhep imamı bu görüştedirler.[1039] Abdullah b. Ömer ve Abdullah b. Zübeyr, hürün köle karşılığında öldürülmemesi, Hz. Peygamber'in uygulamasından kaynaklanmaktadır, demişlerdir.[1040] Cumhur, bu meselede İbn Abbâs'tan gelen rivayetle amel etmiştir, söz konusu rivayete göre Hz. Peygamber: "*Köleyi öldüren hür kişiye kısas yapılmaz*"[1041] buyurmuştur. Bu görüş sahiplerinin diğer bir gerekçesi de, köleyi öldüren hür kişiye kısas yapılmamasının, Hz. Ali tarafından sünnete dayandırılmış olmasıdır.[1042] Hz. Ali köle için hürre kısas yapılmaması hakkında "*Bu sünnettendir*" demiştir.[1043]

Cumhurun zikrettiği akli delillerde, konunun eşitlikle bağlantı kurularak izah edilmeye çalışıldığı görülür. Kölenin hürriyetten mahrum olması, bir nakısa teşkil ettiği için köle hürre eşit değildir, demişlerdir. Kısasta mağdurun suçluya eşit olması şartı vardır. Baba ile çocuk arasında kısas cereyan etmemesinin sebebi olarak gösterilen mülkiyyet ve cüz'iyyet bağı burda da benzer şekilde mevcuttur. Efendi ile köle arasındaki mülkiyet bağı kısasa manidir. Hür ile kölenin uzuvlarının sağlamlık (*selâmet*) ve fonksiyon itibarıyla eşit olmalarına rağmen kölenin bir uzvunu yok eden hür şahsa kısas yapılamıyorsa kölenin canını telef etmesi halinde hiç kısas yapılmaması gerekir. Evleviyet kuralı gereği can maldan daha önemlidir, hürmet ve korumaya daha layıktır.[1044] Cumhurun gerekçe sadedinde ileri sürdüğü bu son cümle Hanefilere cevap mahiyetinde olmalıdır. Zira Hanefilerde köle ile hür arasında öldürme (*nefs*) suçunda kısas geçerli iken organlar (*mâ dûne'n-nefs*) konusunda aralarında kısas icra edilemeyeceği düşüncesi benimsenmiştir.

[1038] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/65 (No. 15948)

[1039] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/9; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/278. Hasan el-Basrî'nin kölesini öldüren kişiye kısas yapılacağını bildiren hadisi bizzat rivayet etmiş olmasına rağmen köleyi öldüren hür kişiye kısas yapılmayacağını söylemesi karşısında Katâde, rivayet ettiği hadisi unutmuş olması ihtimali üzerinde dururken Beyhakî, meselenin unutmaktan değil Hasan el-Basrî'nin hadisteki zayıflıktan dolayı bu görüşe meyletmiş olmasının daha doğru olacağını belirtir. Bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/64 (No. 15946).

[1040] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/129.

[1041] Ebû Dâvûd, "Diyât", 7 (No. 4517); Dârekutnî, *es-Sünen*, "el-Hudûd ve'd-diyât", 4/153 (No. 3252); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/63 (No. 15939).

[1042] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/278.

[1043] Ebû Dâvûd, "Diyât" 7 (No. 4517); Dârekutnî, *es-Sünen*, "el-Hudûd ve'd-diyât", 4/153 (No. 3254); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/63-64 (No. 15938-15940, 15946); a.mlf., *es-Sünenü's-sağîr*, 3/210, (No. 2946); a.mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/35 (No. 15769-15770).

[1044] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/278; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/129.

Maliki mezhebinde kısas için kural olarak maktulün İslâm veya hürriyet vasfı bakımından katilden üstün olması şarttır. Gayrimüslim vatandaşı öldüren Müslüman, kâfir olan bu kişiye karşılık kısas edilmez; bu olayda Müslüman kişi köle, kâfir de hür olsa bile hüküm yine böyledir. Zira kısas ahkâmı açısından köle bir Müslüman, hür bir gayrimüslimden üstündür. Eğer katil, maktulden üstün ise aralarında kısas yapılmaz, tarafların ikisinin de diğerinden daha düşük bir durumu varsa o zaman din unsuru belirleyici olur; küfürden kaynaklı olan nâkısa, kölelikten (*rikk*) kaynaklı nâkısadan daha büyüktür. Buna göre, köleyi öldüren hüre kısas yapılmaz ancak maktulün din bakımından üstünlüğü varsa hüküm değişir, İslâm unsuru, hürriyete tercih edilerek Müslüman köleyi öldüren hür bir kâfire ise kısas yapılabilir. Şu halde Mâliki mezhebinde köle karşılığında hürün kısasla öldürülemeyeceği içtihadı kabul edilmiş olmakla birlikte buna din farkı ve öldürmenin şekline göre bazı istisnalar getirmiş oldukları söylenebilir. Taraflardan biri kölelik, diğeri de küfür sebebiyle ikisi de bir nâkısa içinde iseler, küfür kaynaklı nâkısa daha etkili görülerek kölelik lehine hüküm verilir. İslam farkının getirdiği bu avantaja binaen, mezhepte ihtilaflı olmakla birlikte İbn Kâsım'ın (v. 191/806), ehl-i kitabdan hür bir kimsenin Müslüman bir köleyi öldürmesi halinde kısas edilebileceğini söylemesi de bu yüzdendir. Elindeki mala el koymak için pusuya yatarak hunharca (*ğîyleten*) bir gayrimüslimi öldüren hür şahsın işlediği bu suçun hırâbe kapsamında görülerek öldürülebileceğine dair görüş de, bu istisna dâhilinde bir örnektir.[1045]

Kısasta eşitlik şarttır ama caydırıcılık ve suçu önleme gayesiyle bundan vazgeçilebilir diyen Malikiler, el-Mâide 5/45 ayetinde "*hüre hür, köleye köle (kısas)*" denilmekle ancak hürle hür, köleyle köle gibi eşitler arasında kısas olabileceğine hükmetmişlerdir. Buna göre aralarında eşitlik bulunmadığı için köleyi öldüren hüre kısas yapılmaz, işlediği bu suç sebebiyle hür kişi, diyet mahiyetinde kölenin değerini tazmin eder. Tersi durumda köleye kısas yapılır, fakat hürü öldüren köleye kısas yapılmasının nedeni, hürle eşit olması değil, caydırıcı bir ceza ile suçu önleme çabasıdır. Bu mesele yukarıda da işaret edildiği üzere kâfiri öldüren Müslümana hırabe çerçevesinde ölüm cezası verilmesi meselesine benzetilmiştir.[1046]

Hür kişiyi katleden köle konusunda, maktul durumdaki hürrün yakınlarına muhayyerlik hakkı da tanınmıştır; kısas yapmak istemezlerse kölenin sahibine kölenin aynını/zatını teslim etme ya da maktulün diyetini ödeme seçenekleri sunabilirler.[1047]

[1045] Miknâsî, *Şifâü'l-ğalîl*, 2/1073; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/4-5, 10; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/290; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/233.
[1046] Kanâzi'î, *Tefsîru'l-Muvatta'*, 2/681.
[1047] Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/4.

Mâlikî kaynaklarda Hristiyan ile Müslüman köle arasında kısas yoktur denirken, bu ifadeden hür bir Hristiyanı öldüren Müslüman köleye kısas yapılamayacağı anlaşılmalıdır.[1048] Bununla birlikte bundan yararlanarak bu hükmün suiistimalini önlemek üzere Mâlikî mezhebinde, gayrimüslimi öldüren Müslümana ta'zîr olarak yüz celde vurulmasına ve bir yıl hapsedilmesine hükmedilmiştir.[1049]

İmâm Şâfiî "*Hürre karşı hürre, köleye karşı köleye (kısas yapılır)*" âyetinin zahirinden hareketle esasında köleyi öldüren hürre kısas yapılması gerekir idi; ancak başka bir nedenle (tahsis edici nasslar) bu terkedilmiştir, der.[1050] Buna göre köleyi öldüren hürün cezası kısas değildir. Şâfiî mezhebinde, köle köleye karşılık, köle hürre karşılık, zimmî zimmiye karışılık, zimmi de Müslümana karşılık öldürülür. Diğer bir deyişle bir kişi kendi dengine ve kendinden daha üstün durumdaki kişiye karşı kısas edilir ama kendinden daha ednâ durumdaki kişiye karşı kısas edilmez.[1051]

Genel olarak hür ile köle arasında kısas olmayacağını savunan bu görüşe karşı Hanefiler "*Hürre karşılık hür, köleye karşılık köle kısas edilir.*"[1052] âyetinde tahsis yoktur; eğer olsaydı hürü öldüren köleye de kısas yapılmaması gerekirdi. Hâlbuki bu görüşü savunanlar hürü öldüren köleye kısas uygulanacağını kabul etmişlerdir, diyerek itiraz etmişlerdir.[1053]

Hanefiler, el-Bakara 2/178 ayetinde zikredilen "*hür, köle ve kadın*" üç sınıf hakkında mutlak eşitlikçi bir yaklaşım sergilemişlerdir. Bu üç sınıfın her biri ayetin ilk cümlesinde yer alan umumi ("*Öldürülenler hakkında kısas size fazrz kılındı.*") hükümden hareketle kendi karşıtıyla; kadın erkekle, hür de köleyle birebir kısas edilebilir demişlerdir. Ancak aynı durum cumhurda geçerli değildir; onlara göre bu üç sınıftan sadece kadınla erkek arasında mutlak kısas olduğu kabul edilir. Hür ve köle konusunda ise farklı bir tutum sergilenir, köleyi öldüren hüre kısas yapılmaz. Bunun müşkil bir durum olduğunu söyleyen Şevkânî, hür ve kölenin karşılıklı kısas edilmemesinde problemi (*işkâl*) gideren en önemli etkenin hadisler olduğunu belirtir.[1054] Çünkü sadece ayetin lafzı dikkate alınsaydı, cumhura göre de hür ve köle arasında aynen kadınla erkek arasındaki gibi karşılıklı kısas yapılabilecekti. Nitekim bu konuda Hanefiler, hadis tekniğine dair kimi sebeplerle cumhurun istidlal ettiği rivayetlerle amel etmemişler ve ayetteki umumi manaya uygun düşen diğer hadislerle amel etmeyi tercih

[1048] Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/10; İbn Yûnus es-Sıkıllî, *el-Câmi' li-mesâili'l-Müdevvene*, 23/907.
[1049] İbn Yûnus es-Sıkıllî, *el-Câmi' li-mesâili'l-Müdevvene*, 23/908.
[1050] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/10.
[1051] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/350-351.
[1052] el-Bakara 2/178.
[1053] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/533.
[1054] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/24.

etmişlerdir. Böylece kadınla erkek arasında olduğu gibi hür ile köle arasında da (öldürme suçunda) kısası mümkün görmüşlerdir.

Cumhurun bu görüşüne yöneltilen bir tenkit de şöyledir; cumhur, mefhûm-u muhâlefet yöntemiyle "*köleye köle (kısas)*" (el-Bakara 2/178) ibaresinden köle ile hür arasında kısas yapılamayacağı anlamını çıkarmıştır. Çünkü ayette mukâbele manası vardır, buna göre köle ile köle arasında kısas olabilir ama hürle köle arasında kısas olamaz. Fakat aynı mefhûm-u muhâlefet yöntemini, ayetin "*kadına kadın (kısas)*" (el-Bakara 2/178) kısmında kadınla erkek arasında uygulamamışlardır. Oysa ayetin nüzul sebebi, hür katil yerine kölenin veya erkek katil yerine yerine kadının öldürülmesi gibi eşitliğe aykırı uygulamaları sonlandırmak ve ayette zikredilen kişiler arasında eşitliği tesis etmekti Ayrıca mefûmla (*m. muhâlefet*) ile amel etmek için konuyla ilgili mefhûma aykırılık teşkil eden bir mantûkun bulunmaması gerekir. Hâlbuki bu meselede muârız bir mantûk vardır; "*cana can (kısas)*" (el-Mâide 5/45) ayeti bu konuda mefhum-u muhâlefetle amel edilemeyeceğini göstermektedir.[1055]

c.2. Hür ile Köle Arasında Eşitlik Bulunduğu Görüşü

Hürü öldüren köleye kısas vardır. Hür kişiyi öldüren köleye kısas yapılabileceği konusunda bilinen bir ihtilaf olmadığı nakledilmiştir. Kölenin öldürdüğü hürrün, kendi efendisi veya aralarında mülkiyet ilişkisi bulunmayan yabancı bir kişi olması fark etmez. Kendi efendisini öldüren köle, nihayetinde hür bir kişiyi öldürmüş sayılacağı için kendisine kısas yapılır. Fakihler, konu hakkındaki nasların mutlak olmalarını bu hükme gerekçe olarak zikretmişlerdir. Nasların yanısıra aklen, iki köle arasında gerçekleşen cinayet olayında bile kısas yapılabiliyorsa, kendisinden daha kâmil olan (hür) kişiyi öldüren köleye kısas yapılmasının evleviyetle sabit olacağı üzerinde durulmuş, bu konuda bir görüş birliği de sağlanmıştır.[1056] Kölenin bir hür şahsı katletmesi durumunda, kölenin hüre eşit olmamasına bağlı olarak, maktul yakınlarına kısas yapıp yapmama arasında bir muhayyerlik tanınır. Eğer tercihlerini kısas yapmaktan yana kullanmazlarsa bu sefer kölenin sahibi olan kişi/efendi muhayyer bırakılır; dilerse köleyi maktul yakınlarına teslim eder dilerse de kölenin öldürdüğü şahsın diyetini ödemeyi üstlenir.[1057]

Hürü öldüren köleye kısas yapılabileceği konusunda sağlanan görüş birliği hür kişinin köleyi öldürmesi durumunda sağlanamamış ve bu meselede farklı görüşler gündeme

[1055] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/533; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 279-280.
[1056] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/279; Necdî, *Hâşiyetü'r-ravdi'l-mürbi'*, 7/192; Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/338; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/290; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 351; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 164.
[1057] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/279; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/4, 11.

gelmiştir. Konuyla ilgili tespit edebildiğimiz görüşler üç maddede şöyle sıralanabilir: 1. Hür ile köle arasında eşitlik bulunmadığı düşüncesinden hareketle mutlak kısas yapılamayacağı görüşü, çoğunluğun görüşünü yansıtmaktadır. 2. Kendi mülkündeki kölesini öldüren hüre değil sadece başkasının kölesini öldüren hüre kısas yapılabileceği görüşü, bu içtihad Hanefilerce serd edilmiştir. 3. Hür ile köle arasında mutlak kısas yapılabileceği görüşü, bu içtihad da bazı tâbiîn müçtehitlerinden nakledilmiştir.

Kendi kölesini öldüren efendiye kısas olmaz, başkasının kölesini öldürene kısas olur görüşü. Hanefî mezhebi, başkasının mülkündeki bir köleyi öldürmesi halinde hür kişiye kısas cezası uygulanacağı görüşündedir. Hür bir şahıs, (çocuğunun kölesi de dâhil) kendi kölesini öldürürse kısas uygulanmaz.[1058]

Maktulün katilin cüz'ü olması nasıl bir kısas manisi ise, maktulün katilin mülkü olması da aynı şekilde bir kısas manisidir. Kısas şartlarından birisi de mülkiyet ilişkisinin bulunmamasıdır. Ancak bu durum efendinin kölesini öldürmesi durumuna hastır; aksi durumda kısas yolu açıktır.[1059] Kendi kölesini öldüren efendiye kısas uygulanamayacağı hakkında Hanefîlerin dayanakları, konu hakkındaki naslardır. Hanefiler, hüre karşılık kölenin öldürülemeyeceği (لا يقتل حر بعبد)[1060] hadisinin umumuyla amel eden cumhura katılmamış ve iligili hadisin kendi kölesini öldüren hür kişi olduğunu bildiren rivayetlerle (لا يقاد مملوك من مالكه)[1061] (لا يقاد والد بولده ولا السيد بعبده)[1062] tahsis edildiğini dikkate alarak hür ile köle arasındaki kısas manisini sadece efendiye hasr etmişlerdir. Böylece mezhepte, ilgili ayetin "*köleye köle (kısas)*/(وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ)"[1063] umumundan hareketle iki rivayet arasındaki teâruzun telif edilmeye çalışıldığı söylenebilir.

Hanefîlerin başvurduğu diğer bir argüman, fazilet kriteridir. Bazı açılardan daha üstün olmasına rağmen kadını öldüren erkeğe kısas yapılabilmesi kısasta fazilet ve şeref kriterinin dikkate alınmayacağını göstermektedir. Bunun gibi, hürriyet yönünden öldürdüğü köleden daha değerli olsa da, başkasına ait bir köleyi öldüren hür kişiye kısas yapılabilir.[1064] Ancak müdebber, mükâteb ve ümmüveled fark etmeksizin, kişinin kendi kölesini veya çocuğunun kölesini öldürmesi halinde böyle düşünülemez. Zira bir şey aynı anda kişinin hem lehine hem

[1058] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 5/361-364; a.mlf., *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/168-169; Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, IV, 9; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 163-164.
[1059] Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'-râik*, 8/328, 337-338; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/125.
[1060] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/64 (No. 15946).
[1061] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/65 (No. 15948), 8/66-67 (No. 15951-15952).
[1062] Ahmed, *el-Müsned*, 1/257 (No. 98), 1/292 (No. 147-148); Tirmizî, "Diyât" 9 (No. 1399-1401).
[1063] el-Bakara 2/178.
[1064] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/261.

aleyhine olamaz; kendi kölesini katleden kişiye kısas vacip olur denildiğinde efendi, kısası isteme ve infaz etme yetkisine sahip olur ki bu onun lehine bir durumdur, ama aynı zamanda kısas cezasının infaz edileceği kişi de kendisidir ki bu, onun aleyhine bir durumdur. Kaldı ki, kölenin, efendisinin mülkündeki bir mal olduğu düşünüldüğünde, kendi malını telef eden kişiye (*efendi*) herhangi bir şey/ceza gerekmez.[1065] Kısas cezasının tecezzi etmemesine bağlı olarak, kısasın bir kısmını infaz edip bir kısmını infaz etmemek de tasavvur edilemeyeceği için ortaklık sebebiyle bir kısmına sahip oldukları köleyi öldüren ortağa/efendiye de kısas uygulanamaz.[1066]

Zatında âdemiyyet ve mâliyyet unsurlarını birleştiren kölenin, hür bir şahsa denk olduğu düşünülse bile -ki kısasın eşit mukabele esasına dayalı bir ceza olması tarafların eşitliğini zorunlu kılmaktadır- bu hususstaki şüphe de kısasa manidir. Köle bir yönüyle insan bir yönüyle maldır, ayrıca köleliğin kaynağı küfürdür ve küfür, kanı heder kılan bir vasıftır. Bu yönüyle kölenin canının korunmuşluğundaki (ismet) şüphe köleyi öldüren hürden kısası sakıt eder.[1067] Burada maktul, mâliyet cihetinden rakabesine mâlik olunan bir köledir, katil ise ona mâlik olan efendidir, bu iki şahsın eşitliğinde şüphe bulunacağı varsayılmıştır.

Kendi kölesini öldüren kişiye/efendiye kısas gerekmeyeceği bağlamında Serahsî, akli gerekçe olarak; bunun bir faydası/anlamı yoktur, kişinin kendi kendine tazminde bulunması gibidir demiştir.[1068] Şu var ki, kölesini öldüren efendi, katl keffareti ile sorumlu tutulur.[1069]

Hanefîler, kölelik bahsinde mülkiyet şüphesini kesin mülkiyete ilhak ettikleri için mülkiyet şüphesini de bizatihi mülkiyet gibi kısasa mani görmüşlerdir. Bu bağlamda mükâtep kölenin, kendi mülkündeki bir köleyi öldürmesi olayında, mülkündeki şüphe dolayısıyla mükâtebe kısas yapılmaz.[1070]

Hanefîlere göre, kısasta müslümanların kanlarının birbirine eşit olduğunu bildiren hadis, köleyi öldüren hüre kısas yapılacağı konusunda da delil olabilir. Çünkü bu hadisin temel

[1065] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/245; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/125; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'-râik*, 8/338.
[1066] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/245; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'-râik*, 8/338.
[1067] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/260; 'Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 163-164.
[1068] Serahsi, *el-Mebsût*, 27/31. Hanefi ve Şafii mezheplerinin konu hakkındaki tartışmalarının detayları için bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/260.
[1069] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/124-125.
[1070] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/245.

mesajı kısas meselesinde üst düzey kişiler ile sıradan kişiler, büyük ile küçük, âlim ile cahil, kadın ile erkek arasında eşitlik olduğu vurgusunu yapmaktır.[1071]

Köleyi katleden hüre kısas uygulanacağı fikrini benimseyen Hanefi mezhebi bu bakış açısının bir devamı olarak cinsiyet ve hürriyet ayrımına gitmemiş, hür kadın ile cariye arasında da kaşılıklı kısas cereyan edeceği görüşünü savunmuştur. Bu hüküm, ayetin "*Kadına karşılık kadın (kısas edilir)*"[1072] kısmındaki karşılıklı olma halini ifade eden mukâbele üslubu yoluyla sabit olmuştur.[1073]

Hür kişi ümmüveled statüsündeki cariyeyi öldürürse aralarında eşitlik olmadığı için hüre kısas yapılmaz. Bu durumda cumhura göre bedel ceza olan diyet namına cariyenin kıymeti neyse bir eksiltme yapılmaksızın efendisine ödenir. Ancak Hanefiler cariyenin kıymeti, hür kadının diyetini aşmamalıdır şeklinde belirledikleri bir ilkeye istinaden cariyenin değerinin hür kadının diyetini geçmesi halinde hürriyetin üstünlüğünü göstermek amacıyla sembolik olarak on dirhem eksiltme yapılacağı hükmünü benimsemişlerdir. Ümmüveled cariyenin hürriyete bir adım daha yaklaşmış olması, onun köle kategorisinde değerlendirilmesine engel teşkil etmemiştir. Kısastaki eşitlik kriteri açısından hala kölelerle ilgili hükümlere tabidir.[1074]

Kısas, hürriyet ve kölelik durumundaki eşitliğe bağlıdır diyen cumhura karşı Hanefîler, kısas ismetteki eşitliğe dayanır, demişlerdir. İnsanların hayat haklarını garanti altına alan ismetin kaynağı ya din birliği ya da ülke (*dâr*) birliğidir. Hür ile köle bu iki noktada eşittir. Müslümanların kanlarının birbirlerine eşit olduğunu bildiren haber, hürriyet farkına bakmamıştır. Hayat/*nefs* konusunda kimsenin kimseye üstünlüğü (*tefâdul*) bulunmadığını gösteren delillerden birisi de bir kişiyi öldüren grup üyelerinin tamamına kısas yapılabilmesi olayıdır. Hanefîler, şayet insanların canları arasında üstünlüğe itibar edilseydi bir kişiye karşılık bir gruba kısas yapılmaması gerekirdi, diyerek hür ile köle arasında kısas olması gerektiği tezini savunmuşlardır. Köleyi öldüren hüre kısas yapılamayacağını savunan cumhur, eşitlik gereği hürriyet farkına itibar edilmesi gerektiğini ifade ederek hür ile köle arasında kısas cereyan etmeyeceğini iddia etmişlerdir. Hâlbuki ayette "*köleye karşı köle, kadına karşı kadın*" buyrulmakta olup ayetin bu kesiti ilk cümledeki "*Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı*" kısmını beyan mahiyetindedir. Cumhurun bu bakış açısına göre köleyi öldüren hür

[1071] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/16.
[1072] el-Bakara 2/178.
[1073] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 5/361-364; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/533.
[1074] *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 4/168.

kişiye kısas yapmak eşitliğin ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kadını öldüren erkeğe de kısas yapılmaması gerekirdi; ancak onlar bu görüşü benimsemeyerek kendileri açısından ayetin zâhirîne muhalif davranmışlardır. Çünkü ayetin "*köleye karşı köle*" kısmı köle ile hürrün eşit olmadığını beyan ediyorsa "*kadına karşı kadın*" kısmı da kadın ile erkeğin eşit olmadığını beyan ediyor olmalıdır.[1075]

Hanefilerin dayanaklarından birinin nesh olduğu bilgisine tefsirlerde sıkça rastlanmakta olduğunu belirtmekte fayda vardır. Hanefilere göre "*Hürre karşılık hür, köleye karşılık köle, kadına karşılık kadına kısas yapılır*"[1076] ayeti "*(Maktulün) canına karşılık (katilin) canına kısas yapılır*"[1077] ayeti ile nesh edilmiştir, denilir.[1078] İbn Âşûr ise Kurtubî ve İbn Atıyye gibi bazı müfessirlere atıfta bulunmuş, doğrudan İslâm şeriatı için sabit olan bir hükmün daha önceki şeriatların hükmünü (*şer'u men kablenâ*) hikâye eder mahiyetteki bir ayetle nesh edilmesinin doğru olmayacağını belirterek nesh iddiasını reddetmiştir.[1079] İki ayet arasında nesih ilişkisi olup olmadığı başka bir tartışma alanı olmakla birlikte bu tartışmanın hasılası Hanefilere göre eşitlik olmuştur. Çünkü Hanefiler "*cana can (kısas vardır)*"[1080] hükmünün genelliğinden hareketle köle ile hür, kadın ile erkek arasında kısas olabileceğini savunmuşlardır.

Zühaylî de Hanefilerin görüşünü destekler mahiyette el-Bakara 2/178 ayetindeki "*Hürre hür, köleye köle, kadına karşı kadın*" ibarelerinin, zulmü kaldırmak ve cezaların şahsiliğini getirmek maksadıyla nazil olduğu saptamasında bulunur. Çünkü bu ayetin nazil olduğu dönemde, bir kişiye karşılık iki kişinin kısas edilmesi, bir göze karşılık iki göze kısas yapılması, katil bir kadına karşılık karşı taraftan bir erkeğe kısas yapılmak istenmesi ya da cinayet işleyen bir köleye karşılık hür bir kişiye kısas yapmak istenmesi gibi adetler yaygındı.[1081] Ayet, kabileler arası üstünlük yarışının doğurduğu bu zulme, şahsilik ve adâlet ilkesiyle son vermek istemiştir. Meseleye bu açıdan bakan Hanefî ekole göre, kadını öldüren erkeğe kısas yapılabildiği gibi köleyi öldüren hürre de kısas yapılabilir, iki durum arasında bir fark yoktur. Cumhura göre ise, kadını öldüren erkeğe kısas yapılabilse de köleyi öldüren hürre kısas yapılamaz. Çünkü bu ayet, hangi eşitliğin muteber olduğunu, kısasta kimlerin kimlere eşit olduğunu beyan etmektedir; buna göre hür hürre eşittir, köle de köleye eşittir ama köle

[1075] Âlûsî, *Rûhu'l-me'ânî*, (Bakara 2/178), 1/446.
[1076] el-Bakara 2/178.
[1077] el-Mâide 5/45.
[1078] Zemahşerî, *el-Keşşâf*, (Bakara 2/178)1/220-221; Âlûsî, *Rûhu'l-me'ânî*, (Bakara 2/178), 1/446.
[1079] İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, (Bakara 2/178), 2/138.
[1080] el-Mâide 5/45.
[1081] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, (Bakara 2/178) 3/95-96, (Mâide 5/45) 8/469; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-'azîm*, (Bakara 2/178), 1/357, (Mâide 5/45), 3/109.

hürre eşit değildir. Esasında kadın da kadına eşitir, fakat senedi hadis olan icmâ'dan dolayı kadını öldüren erkeğe kısas yapılır, denilmiştir. Şu halde cumhurun bakış açısının temelinde "*kısâs*" kelimesinin etimolojisinin zorunlu kıldığı "eşitlik" manası varken Hanefîlerin bakış açısını belirleyen en önemli ölçüt, ayetteki "*katlâ*/öldürülenler" kelimesidir. Ayet, "*Öldürülenler hakkında kısas farz kılındı.*" demekle (hür-köle ikilisi özelinde) kim olduğuna bakmaksızın katile kısas vardır demiş olmaktadır.[1082]

Hür-köle arasında mutlak kısas olur görüşü. Yaşama hakkı açısından hür ile köleyi eşit sayan görüş sahipleri olan Süfyân-ı Sevrî, Said b. Müseyyeb, Şa'bî, İbrahim en-Nehaî, Katâde ve Dâvûd ez-Zâhirî nefse yönelik olarak kısas gerektiren bir suç işlendiğinde köle ile hür arasında kısas cezası uygulanabilir, demişlerdir. Yaşam haklarının hukuken koruma altında (*ma'sûmü'd-dem*) olması açısından köle de hür gibidir.[1083] Üstelik bu konuda kişinin kendi kölesi veya başkasının kölesi olmasının bir önemi yoktur.[1084] Bu müçtehitler, öldürülenler hakkında kısasın farz kılındığını bildiren ayetlerin[1085] umumu ve Müslümanların kanlarının birbirine denk olduğunu bildiren hadisle[1086] istidlal etmişlerdir.[1087]

Saldırıda (*i'tidâ*) bulunan kişiye dengiyle cevap vermeye izin veren (el-Bakara 2/194), kötülüğün karşılığının ona denk bir kötülük olduğunu bildiren ayetler de (eş-Şûrâ 42/40) hür ile köle arasında, efendiyi istisna etmeksizin, kısâs olabileceğini göstermektedir.[1088]

Dayanaklar arasında zikredilen diğer bir delil, Katâde'den nakledilen "*Kim kölesini öldürürse biz de onu öldürürüz/kısas yaparız*" hadisidir. Ancak Beyhakî'nin eserinde Katâde'nin, ravilerden Hasan el-Basrî hakkında "*Hasan bu hadisi zayıf olduğu için terketti/unuttu.*" sözüne yer verilmekle beraber rivayeti terk etmesinin asıl sebebi unutmak değil zayıflığından dolayı çekimser davranması olarak belirtilir.[1089] Nitekim Hasan el-Basrî rivayet ettiği bu hadisle (köleyi öldüren hürre kısas yapılması) fetva vermemiştir. Kendi

---

[1082] Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletüh*, 7/584-585.
[1083] Hattâbî, *Meâlimü's-sünen*, 4/9; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/180; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 1/19; İbnü'l-Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 567; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/278. İbrahim en-Nehaî ve Dâvûd ez-Zâhirî dışında Said b. Müseyyeb, Süfyân-ı Sevrî ve Katâde'nin de bu içtihad üzere oldukları rivayet edilmektedir. bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/278.
[1084] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/180; İbn Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhiyye*, 227; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 34-36.
[1085] el-Bakara 2/178, el-Mâide 5/45.
[1086] Ahmed, *Müsned*, 2/268 (No. 959), 11/288-291 (No. 6691); İbn Mâce, "Diyât", 31; Nesaî, "Kasâme", 9-10.
[1087] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-İslâm*, 34-36.
[1088] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-İslâm*, 34-36.
[1089] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/63-64 (No. 15938-15940, 15946); a.mlf., *es-Sünenü's-sağîr*, 3/210 (No. 2946); a.mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/35 (No. 15769-15770).

fetvası, köleyi öldüren hürre kısas yapılmayacağı, ta'zir cezası verileceği şeklindedir. Rivayet ettiği hadise muhalif fetva vermesi söz konusu hadisin zayıflığına delalet eder.[1090]

Kendi kölesini katleden efendiye kısâs yapılmasını hükme bağlayan rivayet, güvenilir kabul edildiğinde, başkasının kölesini öldüren hür şahsa kısas yapılması evleviyet gereğidir.[1091]

Lafzen emir kipinde olan bazı kelimelerin manaya delaletinin vücubiyet değil tehdit olabileceğine dikkat çeken Hattâbî'ye göre, kendi kölesini öldüren veya bir organını kesen efendiye kısas yapılacağını bildiren hadisin vürud sebebi insanları korkutmak ve bu işten caydırmaktır; yoksa bu haber gerçekten kısas yapılması gerektiği mesajı vermez. İçki içen kişinin dördüncü kere celde cezası aldıktan sonra aynı suçu tekrar işlerse beşinci seferde öldürülmesini emreden haber de bunun gibidir. Nitekim Rasûlüllah'a bu durumda kişiler getirildiğinde onlara ölüm cezası vermediği bilinmektedir.[1092]

Kur'an ve sünnette ifade edilen hükümlerin umumuna ve dinin ruhuna daha uygun olduğu gerekçesiyle Ebû Zehre (kendi kölesini katleden efendi hariç) köle karşılığında hür kısas edilmelidir diyen Hanefi ekolünün içtihadını dikkate değer bulsa da sünnetten dayanağı[1093] bulunduğu gerekçesiyle, efendiyi istisna etmeksizin köleyi öldüren hür, mutlak kısas edilir diyen Zâhirîler ve Hanbeli ekolünden bir kısım âlimlerin görüşlerini benimsediğini belirtmiştir. Bu konuda, köleyi mal olarak değil insan olarak gören düşüncenin tercih edilmesinin İslam'ın adâlet ve kucaklayıcılığı ile daha uyumlu olacağını vurgulamıştır.[1094]

c.3. Köleler Arasında Gerçekleşen Öldürme Suçu

Kölelerin kendi arasında kısas edilmeleri. Köleler, kendi aralarında öldürme suçu işlendiklerinde kısasın uygulanmasıyla ilgili üç görüş belirtilmiştir: 1. Köleler arasında eşitlik olduğu düşüncesine binaen imam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve bir rivayette imam Mâlik, hem nefs hem organlar konusunda aralarında karşılıklı kısas uygulanabileceği görüşünü dillendirmişlerdir. Bu görüşün Hz. Ömer'e nispet edildiği bilgisi nakledilir. "*Köleye karşılık köle kısas edilir*"[1095] ayetini bu hükme mesned kılmışlardır. 2. Hasan el-Basrî, İbn Şübrüme ve bir grup âlime göre köleler mal (*behâim*) hükmünde olduklarından dolayı aralarında kısas

[1090] Bu yorum için Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/278.
[1091] 'Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 163.
[1092] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 3/339, 4/8.
[1093] "*Kim kölesini öldürürse biz de onu öldürürüz/kısas yaparız*" hadisi.
[1094] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 329, 511.
[1095] el-Bakara 2/178.

hükmü cereyan etmez. 3. Ebû Hanîfe ve Süfyân-ı Sevrî, İbn Mes'ûd'dan gelen bir rivayete dayanarak kölelerin birbirlerini öldürmeleri halinde kısas cezası uygulanabileceği ama müessir fiiller konusunda aralarında kısas uygulanmayacağı içtihadında bulunmuşlardır. Öldürme suçunda Hanefilerin delili, köleye karşılık kölenin kısas edileceğini hükme bağlayan ayetin lafzının umumi olmasıdır. Müessir fiillerde kısas olmayacağının delili ise İmran b. Husayn'dan gelen haberdir. Bu rivayete göre fakir bir ailenin mülkündeki köle varlıklı bir aileye ait kölenin kulağını koparır; mesele Hz. Peygamber'e getirilmiş; ancak Hz. Peygamber köle hakkında kısas hükmü vermemiştir.[1096]

Öldürme suçunda köleler arasında karşılıklı kısas cereyan edeceğini söyleyen ilk görüş "*köleye karşılık köle (kısas)*" ayetinin umumuyla amel etmiştir. Aynı zamanda köleler arasındaki değer farkını hürler arasındaki fazilet farkı gibi görmüştür. Hürlerin ilim, şeref, itibar, erkeklik ve kadınlık gibi sahip oldukları sosyal konum farklarının kısasa mani olmaması gibi, kölelerin de maddi değerlerindeki farklılılar kısasa engel teşkil etmemelidir.[1097]

Köleler arasında kısas geçerlidir diyen Mâliki mezhebinde bazı kayıtlar getirilmiştir. Kölenin kasıtlı işlemiş olduğu öldürme ve yaralama suçlarında öldürülen veya yaralanan kölenin sahipleri muhayyerdirler. Mağdur kölenin sahipleri, isterlerse suçlu köleye kısas yaparlar isterlerse de suçlu köleyi teslim alırlar. Ancak ikinci seçenek, suçlu olan kölenin sahiplerinin mağdur tarafa telef edilen kölenin (canı veya organı) değerini tazmin etmemesi durumunda geçerlidir.[1098]

Kısas şartlarından sayılan mümâselet konusu kölelerin kendi aralarında da geçerlidir. Ümmüveled durumundaki bir cariye hürriyete yakınlık açısından normal köleden mertebece daha üstün olduğu için normal kölenin ümmüveledi öldürmesi durumunda faile kısas yapılır, görüşü yanında genel kanaat, kölelerin kendi aralarında eşit olduklarıdır. Mükatep, müdebber veya kısmen azad edilmiş olmak gibi hürriyete adım atmış olanlarla böyle bir meziyeti olmayanlar arasında kısas açısından bir fark yoktur.[1099] Mükâteb köle, kendi sahip olduğu kölesini öldürür veya yaralarsa, mükateb kölenin efendisi maktul köle adına kısas yapabilir.

[1096] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/189; Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/249; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523; Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 164-165.
[1097] *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 23/72.
[1098] İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 579.
[1099] Kişnâvî, *Eshelü'l-medârik*, 3/115; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 4/168.

Mâliki mezhebinde, kısmen azad edilmiş olması dolayısıyla kısmen hür olan köleye, tamamı köle olan biri nedeniyle kısas yapılmaması daha güzel ve ihtiyatlı (*istihsân*) görülmüştür.[1100]

Mâlikî mezhebinde aynı vasfa haiz iki köle arasında işlenen öldürme suçunda, katil tarafın sonradan hürriyetine kavuşturulması nedeniyle kısas cezası sakıt olmaz. Çünkü maktulün katile olay sırasındaki eşitliği esastırr, suçun işlenmesini takip eden süreçte taraflardan katilin hürriyetine kavuşturulmasıyla yaşanan değişiklik, taraflar arasındaki mevcut eşitliği bozmuşsa da hükmün bozulmasında ölçü olmamıştır. Suçun gerçekleştiği sırada fail ve mağdur, hürriyet açısından hukuken birbirlerine eşit iki kişiydiler. Fiili durumda failin hürriyetini elde etmesiyle gelişen kısas manisi, taraflar arasındaki eşitliği izale etmişse de önceki hükmü izale etmemiştir.[1101]

Mağdurun suçluya denkliği kuralına riayet edilmemesi durumunda mağdur, hak ettiğinden daha fazlasını almış olur ki buna izin verilmez. Bir başka ifadeyle katilin maktulden din, hürriyet ve kölelik yönünden üstün olmaması gerekir. Buna göre iki köle arasında kısas yapılabilir, zira iki köleden biri ötekini katlettiğinde katil, maktulden daha üstün değildir. Kölelerin birbirlerine eşit olduğunu ve bir takım harici unsurlarla bu eşitliğin bozulamayacağını göstermek üzere Hanbelî eserlerde şu örneklere yer verilir. İkisi de Müslüman olan köleden, sahibi Müslüman olan kölenin, efendisi gayrimüslim olan köleyi öldürmesi örneğinde katil durumdaki köleye kısas yapılır. Efendisinin Müslüman olması aralarındaki eşitliği bozmamıştır. Kölelerin mükâteb, müdebber veya ümmüveled gibi hukuki niteliğe ilişkin vasıfları da eşitliği bozmaz. Mükâteb bir köle, efendisine yalnızca bir dirhem bile borcu kalmış olsa bile hala köledir. Kölelerin değerlerindeki farklar da eşitliği bozmaz. Bunun için iki köle arasında vuku bulan cinayetlerde değer farkı baz alınmamalıdır.[1102] Mezhepte tercih edilen görüşün böyle olduğu anlaşılmakla beraber Ahmed b. Hanbel'in köleler arasındaki değer farkının kısasa mani olcağına dair bir görüşünün bulunduğu da nakledilmiştir. Özellikle de katil kölenin değeri, maktul köleden fazla olduğunda böyledir. Atâ b. Ebî Rabâh'a isnat edilen bu görüş hakkında İbn Kudâme, nasların umumundan hereketle Hanbelî mezhebinin görüşünün bu olmadığını ortaya koymuştur. Hürlerin zenginlik fakirlik vb sosyal konum farkları, kısasa engel teşkil etmediği gibi kölelerin değer farkı da kısasa engel olmamalıdır.[1103]

[1100] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/290.
[1101] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-i Halîl*, 8/23.
[1102] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523.
[1103] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/280; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/103.

2. Müessir Fiillerde

a. Din Farkına Göre Kısas Cezası

Vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki kısas meselesiyine müçtehitlerin eşitlik anlayışlarına göre belirlenmiştir. Detaylarda bazı farklar görülmekle birlikte müçtehitler öldürme suçundaki kurallarını müessir fiillerde de önemli ölçüde sürdürmüşlerdir. Bu konudaki görüşler, din farkının eşitliğe etki etmeyeceği ve din farkının eşitliği bozacağı şeklinde iki grupta değerlendirilebilir.

a.1. Müslüman ile Zimmi Arasında Kısas

Eşitlik vardır, karşılıklı kısas yapılır. Hanefiler. İslam ülkesi vatandaşları arasında din farkının eşitliğe mani olmayacağı fikrini savunan Hanefî alimler, Müslümanlarla zimmî vatandaşlar arasındaki eşitlik ve karşılıklı kısas uygulanabilirlik kuralını burada da sürdürerek erş/diyet miktarlarında eşitlik bulunan kişiler arasında kısas cezası uygulanabilir demişlerdir. Yaralama, organın fiziken kaybedilmesi veya herhangi bir organın fonksiyonlarını yitirmesine sebep olma gibi müessir fiil suçları için öngörülen kısas cezası bakımından Hanefîlere göre Müslüman ve zimmî eşittir ama müste'men bu konuda ne Müslüman ne de zimmîye eşit değildir.[1104] Buna göre müessir fiillerde kısasla ilgili aranan diğer koşullar da sağlanmış olduğunda Müslüman ve zimmî arasında karşılıklı kısas yapılabilir. Ancak, Müslüman ve zimmîye zarar veren müste'mene kısas cezası uygulanabilirken; müste'mene karşı işlenen kısas gerektirici bir suçtan dolayı ne Müslüman ne de zimmîye kısas yapılamaz. Aralarında hukuki eşitlik olduğu için iki müste'men arasında da karşılıklı kısas yapılabilir. Müste'menin vücut bütünlüğüne zarar veren Müslüman ve zimmî vatandaşa kısas uygulanmamasının nedeni, diyet oranlarındaki eşitsizlik değildir, esasında müste'menin diyeti Müslüman ve zimmîden farksızdır. Diyetteki bu eşitliğe rağmen kısas uygulanmaması ismetteki eşitsizlikten kaynaklanmaktadır; Müslüman ve zimmînin ismeti daimi iken müste'menin ismeti muvakkattır. İsmetteki bu farklılık, bir nevi kısas manisi oluşturmuştur. Dolayısıyla Hanefîlerin müessir fiillerde kısas yapılabilmesi için ileri sürdükleri şartlardan biri olan "ismette eşitlik" unsuru burada tahakkuk etmediği için faillere kısas uygulanamayacaktır.[1105]

Müslüman ve zimmî arasında kısas uygulanabilmesinin nedeni, sözkonusu şahısların organları için öngörülen erş miktarlarındaki eşitliğin yanısıra süreklilik bakımından ismetlerinin de eşit olmasıdır. Hanefilerde, hayatın dokunulmazlığı (*mahkûnü'd-dem*)

[1104] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 297-298

[1105] Serahsi, *el-Mebsût*, 26/137; Aynî, *el-Binâye*, 13/114; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 8/349; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 297-298; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 96-97.

noktasında Müslüman ve zimmilere, eşit hukuki statü tanınmıştır. Ancak müste'menin diyeti Müslüman ve zimmi vatandaşlara eşit olmasına rağmen ismet yönünden farklı olması, müste'menin mağdur olduğu davalarda faillere kısas yapılmasına engel sayılmıştır.

Diyetleri eşit olduğu için Müslümanlarla zimmiler arasında kısas uygulanacağını öngören Hanefî içtihadı, cinsiyet farkına bağlı olarak herhangi bir değişime uğramamıştır. Din farkına itibar edilmediği için hür Müslüman kadınla zimmî kitâbî kadının diyetleri eşittir, aynı şekilde kitâbî kadınların da kendi aralarında diyetleri eşittir. Dolayısıyla karşılıklı olarak aralarında kısas cereyan edebilecektir.[1106]

Eşitlik yoktur, karşılıklı kısas olmaz. Cumhur. Hanefîler dışındaki diğer mezheplerde din farkı, öldürme suçunda olduğu gibi müessir fiillerde de bir kısas manisidir. Öldürme suçunda istidlal ettikleri, kâfire karşılık Müslümanın kısas edilmeyeceğini beyan eden rivayet, müessir fiillere de şamildir şeklinde yorumlamışlar ve Müslümanlarla gayrimüslimler arasında kısas yapılamayacağını belirtmişlerdir. Ancak din farkının oluşturduğu bu eşitsizlik durumu Mâlikî mezhebinde çift taraflı iken Şafiî ve Hanbelî mezhebinde Müslüman lehine tek taraflıdır.[1107]

Mâlikî mezhebinde toplumsal ve hukuki konumu itibarıyla nakıs olan bir şahsın kâmil olana karşı işlediği müessir fiil suçunda tarafların eşitsizliği nedeniyle faile (*nâkıs*) kısas yapılmaz. Mezhepteki güçlü olan görüşe göre hür bir kimseyi yaralayan köleye ve Müslümanı yaralayan gayrimüslime kısas yapılmaması bunun tipik bir örneğidir. Bu durumda failler, mağdur şahsın diyetini öderler. Ancak mezhep içinde İbn Kassâr'dan, imâm Mâlik'in hürre karşı suç işleyen köleye ve Müslümana karşı suç işleyen gayrimüslime kısas uygulanacağına dair alternatif görüşü de rivayet edilmiştir. İbn Hâcip ise, somut bir olay yaşandığında kısasın devlet başkanın takdirine bırakılması veya Müslümanın kısas ve diyet seçenekleri arasında muhayyer bırakılması şeklindeki rivayetlerin varlığından bahsetmiştir.[1108] İbn Kassâr'a ait olup mezhep içinde şöhret bulmamış olan bu rivayet esas alınırsa imam Malik'in, imam Şafii ve Ahmed b. Hanbelle aynı görüşte olması gündeme gelecektir.

[1106] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/123; İbn Âbidîn, 6/553-554. Hanefilerde din farkına itibar edilmemiş ancak müessir fiiller konusunda cinsiyet farkına itibar edilmiştir. Kadınla erkeğin organlarının diyetleri eşit görülmediği için aralarında kısas yapılmaması bu yüzdendir. Bu konuya bir sonraki başlıkta temas edilecektir.

[1107] Adevî, *Hâşiyetü'l-'Adevî,* 2/309-310; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 103; Fidan, *İslam'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, 194.

[1108] Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/245; Adevî (Sa'îdî), *Hâşiyetü'l-'Adevî*, 2/310; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/313; İbn Yûnus es-Sıkıllî, *el-Câmi' li-mesâili'l-Müdevvene*, 23/907.

Köle ve gayrimüslim örneklerinde olduğu gibi nâkıs durumdaki failin kâmil durumdaki mağdura karşı işlediği suç nedeniyle kısas edilmemesini Malikiler, eli felçli birinin elleri sağlam birinin elini telef etmesine benzeterek açıklamaya çalışmışlardır.[1109] Bu örneği vermekteki maksatları ise soyut (manevi) olan eşitsizliği somut (hissi) eksiklik menzilesinde değerlendirmeleridir. Sanki manevi olarak kölenin hürriyet, kâfirin de din bakımından eksikliği maddi eksiklik gibidir.[1110] Eldeki felçlilik, sağlam ele nisbetle somut bir eksikliktir. Bu meselede mağdurun sağlam eli, failin felçli eline eşit değildir, bilakis daha da değerlidir. Felçli ele kısas yapılması halinde mağdur hakkını tam almış olamayacağı için kısas yapılmaz, diyetle yetinilir.

Mâliki mezhebinde, yukarı satırlarda zikredilen durumun karşıt denkleminde de durum aynıdır; buna göre kâmil olanın nakıs olana karşı işlediği müessir fiil nedeniyle de kâmil olan faile kısas yapılmaz.[1111] Sözü edilen bu eşitsizlik dolayısıyla mezhebin genel yaklaşımı kâfirlere karşı müessir fiil suçu işleyen Müslümana kısas icra edilmeyeceği şeklinde olmakla birlikte müessir fiil suçu, hırâbe şeklinde pusu kurularak ve hunharca (*ğîyleten*) işlenmişse, bu içtihadın suistimalini önlemek, ülkede can ve mal güvenliğini sağlamak üzere Müslümana kısas yapılabileceği belirtilmiştir. Kamu yararını korumak üzere gerekirse eşitlik kuralı uygulanmaz. Bu konuda nihai karar mercii ise devlet başkanıdır.[1112]

Mâlikîlerde faille maktul arasındaki eşitlik şartıyla, kısas gerektiren olayın işlenmesi vaktindeki eşitlik (yargı kararı öncesindeki eşitlik) kast edilir. İşlenen bir suçla ilgili terettüp eden kısas hükmünün akabinde, taraflardan failin Müslüman olması veya hürriyetine kavuşturulması gibi, aralarında eşitliği bozacak bir statü değişikliğinin meydana gelmesi, mevcut hükmün bozulmasında muteber değildir. Bu bağlamda kendisi gibi bir Müslümanın elini kesen diğer bir Müslüman hakkında kısas hükmü sabit olmuş iken mağdur şahıs irtidât etse, yine de faile kısâs uygulanabilecektir. Çünkü suçun gerçekleştiği ve hükmün potansiyel olarak oluştuğu[1113] sırada hukuken biri diğerine eşit iki Müslüman idiler. Olayın yargılamayla

[1109] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-i Halîl*, 8/25; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/250.
[1110] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/348.
[1111] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-i Halîl*, 8/24-25; Adevî, *Hâşiyetü'l-'Adevî*, 2/309; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/297.
[1112] İbn Yûnus es-Sıkıllî, *el-Câmi' li-mesâili'l-Müdevvene*, 23/905-906.
[1113] Öldürme suçu işlenince esasen eş zamanlı olarak kısas hükmü de terettüp etmiş olmaktadır. Aslında yargılama süreci, kısas hükmünün sebep ve şartlarını kontrol ettikten sonra somut olaydaki hükmü ızhar ve takrirden ibarettir. Nitekim kimi olaylarda asıl hüküm kısas olmasına rağmen ispat vasıtalarındaki yetersizlik veya bazı şüphelerden dolayı kısas cezası infaz olunamamaktadır.

hükme bağlanması aşamasında, sonradan meydana gelen bu değişiklik, eşitliği izale etmişse de hükmü izale etmemiştir.[1114]

Konuyla ilgili nasları kâfirlerin Müslümanlara eşit olamayacağı, ancak Müslümanların birbilerine denk ve eşit olabileceği şeklinde yorumlayan imam Şafiî ve Ahmed b. Hanbel, zimmî veya müste'men, gayrimüslime karşı yaralama suçu işleyen Müslümana kısas yapılamayacağını savunmuşlardır. Tersi durumda kâfirlerin Müslümanlara karşı yaralama suçu işlemeleri halinde ise faillere kısas yapılacağını söylemişlerdir.[1115] Bu görüş, din farkını merkeze alan bakış açısının öldürme suçundaki yaklaşımının müessir fiillerdeki türevidir.

Organlarda kısas için fail ile mağdurun organlarının diyetlerinin eşit olması şartını öne süren Hanefîlerin aksine Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde, organlarda kısas için diyette eşitlik şartı aranmamıştır.[1116] Diyetleri eşit olmamasına rağmen müslümanın bir organına zarar veren zimmiye kısas cezası verilir ancak aksi durumda Müslümana kısas yapılmaz. Aynı şekilde müste'men için de müslümana kısas yapılmaz.[1117] Her iki mezhepte, öldürme suçundaki hükümlere kıyasla nefiste eşit olmayanlar uzuvlarda da eşit değildirler.[1118]

Öldürme suçunda Müslümanla zimmî arasında karşılıklı kısası mümkün görerek eşitlikçi bir tavır sergileyen Hanefîlerin görüşlerini zayıf bulan Şafii ve Hanbeli âlimler, Hanefîlerde Müslümanla müste'men arasında kısas yapılmadığını hatırlatarak Hanefilerin parçacı bir yaklaşım sergiledikleri imasında bulunurlar. Burdan hareketle, sadece müste'menlerle değil zimmî de olsa hiçbir kâfirle Müslüman arasında kısas olmaması gerektiği measajı verirler. Şu halde kâfire verdiği bedensel zarar nedeniyle Müslümana kısas yapılmamalıdır; kâfirlerden birisi Müslümana zarar verirse, kendisine kısas yapılmalıdır. Bu durumda İslâm'ın sağladığı üstünlüğüne bağlı olarak Müslüman, hakkını tam almamıştır, hakkının bir kısmından ferağat ederek kısas yapmış olur. Buna benzer bir durum, parmakları tam ve sağlam durumdaki mağdurun kendi rızasıyla, bazı parmakları olmayan faile kısas yapması örneğinde de görülür.[1119]

[1114] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasar-i Halîl*, 8/23.
[1115] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/253.
[1116] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/137; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/553-554; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/297.
[1117] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/297-298, 317; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/148; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/12.
[1118] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/547.
[1119] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/296-297; Zekeriyya el-Ensâri, *Esne'l-metâlib*, 4/12. Benzeri yaklaşım imam Mâlikte de görülür; mağdur durumdaki nakıs için kâmil olana kısas yapılmaz ama mağdur kâmil durumdaki bir kişiyse, hakkını eksik almaya razı olması koşuluyla, nakısa kısas yapılabilir. Böylece aynı olayda kısas ve diyet cem edilmemiş olur. 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/230.

Vücut bütünlüğüne dönük suçlarda müçtehitlerin çoğunlukla kasten öldürmedeki beyanlarının geçerli olduğu söylenmişti. Bir istisna olarak İmam Mâlik, öldürme suçundaki yaklaşımına paralel görüş sergilemeyerek müessir fiillerde taraflar arasında mutlak eşitlik olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu anlayışın bir sonucu olarak Mâlikîlerde, öldürme suçunda din farkı tek taraflı etki gösterir; gayrimüslim kısas edilir ama Müslüman kısas edilmez. Organlar konusunda ise bu etki, çift taraflıdır; aralarında eşitlik bulunmaması nedeniyle Müslümana karşılık zimmiye kısas yapılamadığı gibi, zimmiye karşılık da Müslümana kısas yapılamaz.[1120]

a.2. Gayrimüslimlerin Kendi Aralarında Kısas

Zimmi-Zimmi. Cumhura göre hukuken birbirlerine denk olmalarına binaen zimmiler, birbirlerinin vücut bütünlüğüne yönelik suç işlediklerinde tıpkı öldürme suçunda olduğu gibi, karşılıklı kısas cereyan eder.[1121] Hanefilerde zimmi erkekler ve zimmi kadınlar ismet açısından eşittirler. Zimmet antlaşması gereği kanları hukuken koruma altındadır.[1122] Zimmilerin kendi aralarında karşılıklı kısas edilebilirliği noktasında fıkıh ekolleri nezdinde görüş birliği sağlanmış olsa da eştliğin kaynağı hususunda farklı ölçütler belirlemiştir. Cumhura göre eşitliğin kaynağı, bir başka ifadeyle, iki zimmi arasında karşılıklı kısas yapılabilmesinin sebebi, din birliği iken Hanefilerde, ismet bakımından eşit olmalarıdır.

b. Cinsiyet Farkına Göre Kısas Cezası

Daha önce cinsiyet farkının öldürme suçunda kısasın uygulanmasına engel olmayacağı konusunda mezhepler arasında görüş birliği sağlandığı ifade edilmişti. Ancak müessir fiillerde mezhepler arasında çeşitli ihtilafların olduğu ve durumun öldürme suçuna göre farklılık arz ettiği görülür.

Eşitlik olmadığı görüşü. Kısasla ilgili birçok hükümde eşitlik fikrini savundukları halde özellikle Hanefilerin cinsiyet ayrımını kabul ederek müessir fiillerde kadın ve erkek arasında kısas uygulanmayacağını, kısas cezası yerine sadece diyet ödeneceğini savunmaları dikkat çekicidir.[1123] Ebû Hanîfe, müessir fiillerde öldürme suçundaki usulünden farklı bir yöntem izleyerek kısas için aranan hukuki statü eşitliğinde cinsiyet, hürriyet ve ikâmet (İslâm

[1120] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/25; Adevî (Sa'îdî), *Hâşiyetü'l-'Adevî*, 2/308, 310.
[1121] Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/249; Adevî (Sa'îdî), *Hâşiyetü'l-'Adevî*, 2/310; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/12; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523.
[1122] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*; 2/123; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 297-298; a.mlf., *el-Kısâs ve'd-diyât*, 144.
[1123] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/293; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/177; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 319, 352; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 150.

ülkesinde sürekli ikamet) yani vatandaşlık durumlarına itibar etmiştir. Hammâd b. Ebî Süleymân, diğer Hanefi imamlar ve İbn Şübrüme'ye göre de müessir fiillerde (*fî mâ dûne'n-nefs*) kadınla erkek arasında kısas hükmü cereyan etmez, bunun yerine mali ödeme (diyet/erş) gerekir.[1124] Şia'nın çoğunluğu da bu görüştedir.[1125]

Hanefilerde kadınla erkek arasındaki bu eşitsizliğin gerekçesi bağlamında diyet farkı, menfaat farkı ve organların mala benzetilmesi hususlarının anahtar rolü oynadıkları görülür. Cinsiyet farkına itibarla, kasıtlı öldürme suçu ile kasıtlı yaralama suçlarını birbirinden ayıran Hanefilerin, uzuvların nefse tabi kılınarak asıl (*nefis*) için verilen kısas hükmünün tabi olan (*mâ dûne'n-nefs*) hakkında da geçerli olacağı konusunda cumhura itirazları vardır.

Diyetlerindeki eşitsizliği kısas manisi sayan Hanefilere göre kadın ve erkeğin organları arasındaki diyet farkı, kısasta denkliğin bozulmasının temel nedenlerinden gösterilir. Cumhur ise bu konuda cinsiyet ayrımına itibar edilmeyeceği ve diyet farklılığının denkliğe etki etmeyeceğinden hareketle kadınla erkek arasında eşitçe kısas yapılabileceğini savunmuşlardır.[1126] Hanefîlere göre diyet farkı ve iki cinsiyetin fonksiyonel özellikleri nedeniyle kısasın karşılıklı düşmesi hükmü, cezaların şüphe ile düşmesi ilkesiyle bağdaşıktır.[1127] Çünkü kısas eşitlik üzerine kurulu bir cezadır.

Vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda erkekle kadın arasında kısas cari olabilmesi için kısas yapılacak iki organ arasında erş miktarı açısından eşitlik bulunması gerektiğini ifade etmek üzere *Mi'yâr-ı Adâlet*'te şu ifadeler serd edilir: "*A'zânın kısâsında bedelde müsâvât şarttır. Binâenaleyh zükûr ile inâs beyninde cürûhda kısâs lâzım olmaz. Şöyle ki, bir erkek bir kadının veya bir kadın bir erkeğin azasından birini amden ve biğayr-i hakkın cerh ve kat' eylese câriha kısas lâzım gelmez. Belki uzv-u mecrûhun diyeti lâzım gelir*.[1128]

Organlarda kısas konusunda diyet farkına itibar edileceği hususunun arkaplanında, Hanefiler, kısas âyetinin (el-Mâide 5/45) bulunduğunu söylerler. Kısas kelimesinin eşitlik anlamına geldiğini hatırlatırlar. Bu bağlamda Zemahşerî, uzuvlarda kısasın eşitliğe bağlı olduğunu bu nedenle eşitliğin bulunmadığı hallerde kısas yapılmadığını ifade etmiştir. İbn Hümâm da mezhebin istidlal ettiği hadisler ve başvurduğu usul kaidelerinin (ilgili âyetin

[1124] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/7; a.mlf., *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/171; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426; İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/347; Ceyhan, Mehmet, *İslam Hukukunun Oluşum Dönemi Müçtehitlerinden İbni Şübrüme'nin Hayatı ve Fıkhi Görüşleri*, 70.
[1125] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 17; Câsim, *el-'Ukûbâtü'l-mâliyye*, 402-403.
[1126] Şâfi'î, *el-Ümm*, 7/157-158; Aynî, el-*Binâye*, 13/113; İbn Âbidîn, 6/553-554; Bilmen, *Kâmûs*, 3/81, 84; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/215; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 123.
[1127] Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", *Hikmet Yurdu*, 324.
[1128] Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, (md. 192), 62

tahsisi sonrası hükme delaletinin kat'îliği, zanniliği) konuyu yeterince açıklayamadığını belirttikten sonra kadın ve erkek arasında neden kısas olmadığının Zemahşerî gibi eşitlikle açıklanmasının daha doğru olacağını söyleyerek kanaatini açıklamıştır.[1129]

Uzuvlarda kısas ancak diyet miktarı ve fonksiyonu bakımından eşit uzuvlar arasında cereyan eder, kuralının gereği olarak Hanefîlerde kadınla erkek arasında olduğu gibi köle ile hür, köle ile köle arasında da kısas yapılamayacağı fikri benimsenmiştir. Çünkü erkek ve kadınların, hür ve kölelerin, kendi aralarında kölelerin organları erş ve menfaat yönünden eşit görülmez.[1130]

Eşitliği bozan tek şey diyetlerin farklılığı değildir. Organlarda eşitlik şarttır önermesini güçlendirmek üzere Hanefiler şu delilleri zikrederler; mahal bakımından eşit olmadıkları için sağ ele karşılık sol ele, menfaatleri (işlev) eşit olmadığı için çolak-felçli (veya parmak sayısı eksik) bir ele karşılık sağlam ele kısas yapılmaz. Bu örnekler organlarda eşitliğin muteber olduğunu göstermektedir. Kadınla erkek arasında organlarda eşitliği bozduğu iddia edilen menfaat farkının ne olduğu konusunda şu örneğe yer verilmiştir; kadınla erkeğin eli bir değildir, öyle ki un öğütme, ekmek yapma ve örgü örme gibi kadının elinden gelen bazı şeyler erkeğin eline yakışmaz. Organlarda kısas için şart olan eşitliğin öldürme suçunda şart olmadığının altı çizilmelidir. İştirak halinde öldürülen bir kişiye karşılık birden çok faile kısas yapılabilmesi, kötürüm-yatalak bir kişiye karşılık sağlıklı-normal bir insana kısas yapılabilmesi gibi örnekler öldürme suçunda eşitliğin muteber olmadığının göstergeleridir.[1131]

Hanefilerin organları canı koruyan bir mal olarak görmektedirler, uzuvlara karşı işlenen suçları da mala karşı işlenmiş suç gibi telakki etmektedirler. Şari'in kadın ve erkekler için farklı diyet vaz etmesini, Hanefîler, erkek ve kadınların organlarının dolayısıyla toplumsal rollerinin (menfaat) farklılığına yormuşlardır.[1132] Hanefiler, organları mala benzetmiş ve mal hükmünde değerlendirmişlerdir. Neticede mali zararı göz önünde bulundurmaları hasebiyle müessir fiillerde kısas yönünden erkek ve kadın arasında ayrım yapmışlardır.[1133]

Kısas için diyette eşitliği şart gören Hanefîler, bu görüşü temellendirme ve karşıt görüşü temsil eden İbn Ebî Leylâ, İshâk b. Râhuye, imam Mâlik ve imam Şafi'î gibi âlimlere cevap

---

[1129] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/236-237; Bk. Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 1/672.
[1130] Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/104.
[1131] Haddâd, *el-Cevhera*, 2/123.
[1132] Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 3/104; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/401, 411, 426; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/215; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 141; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493. "*Erşte mümâselet, nefsin dûnunde olan şeyde kısâsın vücûbunun şartıdır. ... Nefsin dûnünde olan şey, emvâl meslekiyle sülûk olunur. Hâlbuki emvâl bâbında emvâlde mümâselet mu'teberdir.*" Bk: Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 251;
[1133] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 123.

sadedinde şu tespitlere yer verirler; vücudun organları bedeni koruma (*vikâye*) işlevine sahip olmaları hasebiyle bir nevi mal hükmündedirler, bilindiği üzere malların tazmininde eşitlik önemlidir ve bu durum dikkate alınmak zorundadır. Mağdur bir şahsın felçli (*şellâ*)[1134] eline karşın suçlunun sağlıklı eline kısas yapılmaması, bu hususu teyit eden bir delildir.[1135] Hanefilerin felç vb bir nedenle özürlü olan ele karşılık sağlıklı ele kısas yapılamayacağını dile getirmeleri Şâfiîlere bir telmih olmalıdır, zira sağlam ve felçli el konusunda onların içtihatları da böyledir.[1136] Böylece kendilerine aslında siz de organlarda eşitliğe itibar ediyorsunuz mesajı verilmektedir.

Cinayet nefse karşı işlenmiş ise canlar (*nefs*) birbirine eşittir, hatta bazı organları bulunmayan kişiler ile tüm organları bulunan kişiler, felçli bir insanla sağlıklı bir insan arasında fark yoktur, aralarında karşılıklı kısas uygulanır. Ama organlar mal olarak değerlendirildiği için nefs gibi değildir, cinsiyet farklılığı diyetlerin de farklı olmasına yol açmıştır, diyetlerin farklı olması da kısas manisi sayılmıştır. Çünkü kısasta eşitlik (*temâsül*) şarttır ve bu eşitlik kadın ile erkek, köle ile hürrün organları arasında bulunan diyet farkı ile bozulmuştur. Diyetle ilgili bahsi geçen bu farklılık ise şâri'in biçtiği değerden kaynaklanmıştır.[1137] Kadına karşı müessir fiili işleyen erkeğe kısas yapılmayacağı için ceza, kısastan bedel diyete intikal eder.[1138] Erkek ile kadın arasında yaralama suçu meydana gelirse failin erkek ya da kadın olduğuna bakılmaksızın taraflara kısas yapılmaz. Ama fail erkekse, mağdur kadına kaybettiği organın yarı diyetini öder, fail kadınsa mağdur erkeğe ilgili organın tam diyetini öder.

Organlar hakkında varid olan "*Göze göz, burna burun, kulağa kulak kısas vardır*" (el-Mâide 5/45) âyetinini umumiliği dolayısıyla kadınla erkek arasında kısas olmalıdır, itirazına karşı Hanefîlerin cevabı, âyetin tahsise uğramış olduğudur. Söz konusu ayetteki mutlak

[1134] İşlevsellik açısından felçli el ile normal bir elin aynı olmayacağı aklen müsellemdir. Bunu teyit eder mahiyette rivayetlerde de felçli/çolak elin diyetinin sağlıklı bir el ile eşit olmadığı görülmektedir. Sağlıklı bir elin diyeti, tam diyetin yarısı iken felçli elin diyeti hakkında tam diyetin üçte biri (1/3) ve hükûmet-i adl olmak üzere iki nakil görülür: Tam diyetin 1/3'üdür nakli için Bk. Abdürezzâk, *el-Musannef,* 9/350 (No. 17521), 9/373 (No. 17643), 9/386-387 (No. 17710-17716); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef,* 5/377-388 (No. 27106, 27108); Dârekutnî, *es-Sünen,* 4/146 (No. 3241), 4/300 (No. 3502). Hükûmet-i adl nakli için Bk. Abdürezzâk, *el-Musannef,* 9/386-387 (No. 17717); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef,* 5/377-388 (No. 27105, 27109). Ebû Dâvûd'un *es-Sünen*'ine yazdığı şerhte bu haberleri değerlendiren Hattâbî (v. 388/998); Hz. Ömer tarafından 1/3 şeklinde yapılan bu belirlemenin, çoğu alim tarafından hükûmet-i adl manasında değerlendirildiği saptamasında bulunmuştur; nitekim mezhep imamlarından Ebû Hanîfe ve Şâfi'î de felçli el için hükûmet-i adl gerekeceği kanaatindedirler. İshâk b. Râhûyeh (v. 238/853) ise Hz. Ömer'in bu beyanının esasında felçli elin diyeti (*akl*) olacağı fikrini savunmuştur; tabiinden Mücâhid (v. 103/721) ve Ahmed b. Hanbel de bu görüştedirler. Bk. Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen,* 4/30-32.

[1135] Serahsî, *el-Mebsût,* 26/136; Kâsânî, *Bedâi',* 10/426.

[1136] Şâfi'î, *el-Ümm,* 6/68.

[1137] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/112; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr,* 10/235-236.

[1138] Mevsılî, *el-İhtiyâr,* 5/30; Çivizâde, *el-Îsâr,* 4/177; İbn Âbidîn, 6/ 553-554.

ifadeler, müste'men-harbî hakkında varid olan haber ile tahsis edilmiştir; buna göre müste'menin bir uzvuna zarar veren Müslümana kısas uygulanmaz. Usûl kurallarına göre, âmm bir lafız (kendisi gibi kat'î bir delille) tahsise uğramış ise, sonraki aşamada haber-i vâhidle tahsis edilmesi de mümkün hale gelir.[1139] Âmm lafzın delâletinin kat'î olduğunu kabul eden Hanefîlere göre, âmm lafız ancak kendisi gibi delâleti kat'î bir delille tahsis edilebilir. Tahsîs ile kapsamı daraltılmış olan âmm lafzın, geride kalan fertlerine delâleti zannî olacağı için artık haber-i vâhid ve kıyas gibi zannî delillerle de tekrar tahsise uğrayabilir. Nitekim burada ayetin umumi hükmü, delâleti kat'î olan müste'men-harbî haberleriyle daraltılmış, böylece ayetin gerideki fertlerine delâleti zannî hale gelmiştir. Delâleti zannî olan ayet, kendine denk diğer bir delille ikinci kere tahsise uğramıştır. Ancak yukarı satırlarda bu metodolojik kurala göndermede bulunan İbn Âbidîn, sonradan hükmü tekrar daraltan zannî delilin ne olduğunu sarahaten belirtmemiştir. Metnin bağlamından anlaşıldığına göre, bu delilin kıyas olması kuvvetle muhtemeldir. Zira cümlelerin siyakında, organların mal hükmünde olmasından dolayı kadınla erkeğin vücut azalarının fonksiyon ve değer açısından eşit olmadıkları gerekçesiyle kısas yapılamayacağı açıklamasında bulunulduğu görülür.

İbn Hümâm, çoğu Hanefî eserde yer alan bu tahsis açıklamalarına şu eleştiride bulunur; âmm bir lafız, müstakil-mevsûl bir kelam ile tahsis edilirse, tahsise uğrayan bu âmm lafzın, geriye kalan fertleri hakkındaki delâleti zannî hale gelir ve böylece haber-i vâhidle ikinci kere tahsise uğraması mümkün hale gelir. Burada Hanefîlerin ikinci tahsis için amel ettikleri haber-i vâhid, İmrân b. Husayn rivayetidir. Bu rivayetteki olaya göre, fakir kabileye ait bir köle, zengin kabileye ait kölenin kulağını kesmiş, dava Hz. Peygamber'e intikal etmiş, ama Hz. Peygamber kısas hükmü vermemiştir. Oysa bu meselede, âmm olan kısas ayetininin umumundan harbî/müste'menin tahsis yoluyla çıkarılması mevsûl/muttasıl bir nass ile olmamıştır; aksine buradaki muhassıs, munfasıl bir kelamdır. Dolayısıyla âmm lafzın geriye kalan fertleri hakkındaki delâleti hala kat'î olmaya devam edeceği için haber-i vahid (İmrân b. Husayn rivayeti) ile tekrar tahsis edilmesi caiz olmayacaktır. İkinci bir husus, söz konusu İmrân b. Husayn rivayeti ile tahsisin mümkün olduğu kabul edilse bile bu istidlâl, sadece iki köle arasında uzuvlarda kısas olmayacağı hakkında geçerli bir dayanak olabilir. Bu rivayet, kadınla erkek ya da hür ile köle arasında organlarda kısas olmayacağını kesin olarak ifade etmemektedir. İbn Hümâm, bana göre en doğrusu, kısas ayetindeki eşitlikten hareket edilmesidir, der. Eğer âyet (el-Mâide 5/45), organların mutlak eşitliğini ifade etseydi, eşitliğin bilinmesi ve kısasta eşitliğin sağlanabilmesi gibi kriterlerin bir anlamı kalmazdı. El ve

[1139] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554.

ayakların eklem yerleri dışında bir bölgeden kesildiğinde kısas yapılmaması, gözyuvarından çıkarılan göz için kısas yapılamaması, infazda eşitliğin sağlanamayacak olmasındandır. Kölenin bir organını telef eden hür kişiye kısas yapılmaması da, aynı mantıkla, diyetlerinin eşit olmamasıyla izah edilir. Bütün bu örnekler, organlarda kısas hükmünü düzenleyen el-Mâide 5/45 âyetinin mutlaklık üzere kalmayıp, eşitlikle kayıtlandığını göstermektedir. Uzuvlarda kadınla erkek arasında kısâs olmaması da, diyetlerinin eşit olmamasındandır, denildiğinde ayetteki eşitlik manasına vurgu yapılmış olmaktadır.[1140]

Hanefîlerin "*vâkı'ât*" türü bazı eserlerinde kadının erkeğe karşı el kesme gibi müessir fiil suçu işlemesi halinde, erkeğin kadına kısas yapma hakkı tanındığı bildirilmiştir. Bu durumda erkeğin kısas yapması, hakkının bir kısmından kendi rızasıyla ferağat etmesi anlamına gelecektir. Çünkü kâmil (erkek) sebebiyle nâkıs (kadın) olana kısas yapılması halinde eksik istîfâ durumu oluşacaktır ki bu ancak kâmil olan hak sahibinin rızası ile yapılabilir.[1141] İbn Hümâm da *el-Hidâye* şârihlerini tenkit ettikten sonra aksi (mağdur kadına karşılık fail erkeğe kısas) olmasa da kâmil sebebiyle nâkıs olana kısas yapılmasının daha doğru olacağı fikrini tercih etmiştir. Buna göre müessir fiil suçunun mağduru olan erkek, hakkının bir kısmını iskat etmeye razı olduktan sonra fail durumdaki kadına kısas yapılabilmelidir.[1142] Bu yaklaşıma göre Hanefilerde kadınla erkek arasında kısas olmayacağı görüşü mutlak değildir, sadece kadın dolayısıyla erkeğe yapılamaz şeklinde olacaktır.

İbn Ebî Leylâ ve Şâfiî gibi imamların, organları nefse/cana tabi (kıyas) kılarak kısas açısından her ikisine de aynı hükmü vermelerini Serahsî, kolaycılık olarak nitelendirir. Organlarda kısas uygulanabilmesi için gerekli görülen şartlara atıfta bulunur, uzuvlarda kısas için bunların fiil ve mahalde denk olmaları gerektiğini hatırlatır. Fiilde denklik,[1143] organların işlev (*menfaat*) ve bedelde (*erş*) eşit olmalarını ifade eder. Mahalde denklik ise, uzvun alt-üst, sağ-sol gibi bedendeki konumuyla ilgili durumunu ifade eder. Kadın ve erkeklerin uzuvları arasında fiil ve bedel açısından eşitlik bulunmamaktadır. Özellikle bedel farkı, bedelin tekabül ettiği mübdelin de farklı olmasını gerektirir ki diyet farkına işaret eden bu durum, diyetin karşılığı olan kadın ve erkeğin organlarının kıymetçe farklı olduklarını gösterir. Serahsî, bu açıklamalara yer verdikten sonra Şafiileri ilzam etmek üzere, onların da kabul ettiği gibi sakat organ karşılığında sağlam organa kısas yapılmamasını gündeme getirir. Onlara, esasında bu eşitlik hususu sizin de kabul ettiğiniz bir durumdur, demek ister. Zira bu içtihadın

[1140] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/237-239.
[1141] İbn Âbidîn, 6/ 553-554.
[1142] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/237-239.
[1143] Fiilde eşitlik, organın işlevi, görevini icra etmesi anlamında menfaat birliği olarak kullanıldığı gibi, suç fiiliyle infaz fiili (kısas) arasındaki eşitlik anlamında da kullanılabilmektedir.

arkaplanında menfaat ve bedel farkının kısastaki eşitliğe yaptığı etki yatmaktadır.[1144] Bu bağlamda, biri diğerine yanıt mahiyetinde, Hanefi ve Şafii eserlerde bu benzetmenin (sağlam ve sakat organ arasındaki kısas ilişkisi) doğru olup olmadığı, bunun uzuvların kısasında kadın erkek farkına uyarlanıp uyarlanamayacağı üzerinde uzun tartışmalar yürütüldüğü görülür.

Organlarda hissi (somut) ve hükmî (manevî) olmak üzere iki eşitsizlikten bahseden Serahsî, eksik parmak ve çolaklık, hissi eşitsizliğe; sağ ve sol ise hükmî eşitsizliğe örnektir dedikten sonra, özellikle Şâfiîlerin itirazlarına karşı şu savunuda bulunur. Hissi eşitsizlikte rıza olsa bile nakıs (felçli vb) sebebiyle kâmil (sağlam) olana kısas yapılamaz ama rıza varsa tersi olabilir, çünkü hak sahibi hakkını almış kabul edilir. Hükmi eşitsizlikte bu hiçbir şekilde mümkün değildir; sağ sola, sol da sağa karşılık kısas edilemez.[1145] Serahsî'nin açıkça belirtmese de kadınla erkek arasındaki eşitsizliği de hükmi eşitliğe benzettiği, böylece, mağdur durumdaki erkek razı olsa bile fail olan kadına kısas yapılamayacağı imasında bulunmakta olduğu söylenebilir.

İmam Muhammed, *mûdıha* gibi kısas yapılabilen şecce türü yaralanmalarda erkeklerle kadınların kısas bakımından eşit olduğunu söyler. Çünkü bu yaralar sebebiyle baş ve yüz bölgesinde sadece estetik bir kayıp yaşanmaktadır, yoksa fiziken herhangi bir organın yok olması veya yeti kaybına uğraması sözkonusu değildir. Sonuç ve etkileri bakımından estetik kayıplarında erkek ve kadın eşit değerlendirilir. Ama bir organın fiziken yok edilmesi durumunda hem estetik kaybı hem de organın fonksiyonunun yitirilmesi söz konusu olacağı için erkek ve kadın farklı kabul edilmiştir.[1146]

Cinsiyet farkına dayalı aynı bakış açısının Hanefi mezhebinde hünsâ-i müşkil konusunda da sürdürülerek, hünsânın organlarını telef eden kimseye kısas yapılamayacağı fikrinin benimsendiği görülür. Birinin organını kesip yok etmesi durumunda kendisine de kısas uygulanmaz. Hünsânın organını telef eden fail, kadın da olsa yine kısas uygulanmaz, diyete (*erş*) hükmedilir. Hünsâ için ödenecek diyet, kadın için öngörülen diyettir.[1147]

Eşitlik görüşü. Fıkhın teşekkül dönemi müçtehitlerinden İbn Ebî Leylâ, Leys b. Sa'd, Süfyân-ı Sevrî, Evzâ'î, İshâk, Ebû Sevr, İmâm Mâlik, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel ve bir rivayete göre İbn Şübrüme gibi âlimler, denklik krtiteri olarak din (Müslümanlık) ve hürriyet

[1144] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135-136.
[1145] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/136.
[1146] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554.
[1147] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 3/40; Haddâd, *el-Cevhera*, 1/359; Çivizâde, *el-Îsâr*, 2/362; 6/218 Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/218.

şartlarını işletmişler, cinsiyet şartını dikkate almamışlardır.[1148] Bu bağlamda çoğunluğu teşkil eden hukukçulara göre, müessir fiillerde de aynen öldürme suçunda olduğu gibi erkek ve kadın arasında karşılıklı kısas hükümleri geçerli olur, cinsiyet farkı eşitliğe etki etmez.[1149]

Rubeyyi‘ isimli kişinin kız kardeşi, bir şahsı yaralamış, olay Rasûlüllâh’a intikal edince kısasa hükmetmiştir. Kasıtlı işlenen öldürme ve yaralama suçlarında kadınla erkek arasında kısas yapılması gerektiği Hz. Ömer’den de nakledilmiştir. Ömer b. Abdülazîz, İbrâhîm en-Neha‘î, Ebu’z-zinâd gibi müçtehitler de bu görüşe ortak olmuşlardır.[1150]

Çoğunluk, diyet farkının eşitliğe etki etmediğini ve organların cana tabi kılınarak aynı hükümde olmaları gerektiği tezini savunmuşlardır.[1151] Canları eşit olduğu için öldürme suçunda erkekle kadın karşılıklı kısas edilebiliyorsa organlarda da kısas yapılabilmelidir. Zira büyüğünde (can) kısas mübah olan şeyin küçüğünde de (organlar) mübah olması evleviyet gereğidir.[1152] Kadınla erkek arasında öldürme (*nefs*) suçunda olduğu gibi yaralamalarda da (*mâ dûne’n-nefs*) kısas uygulanmalıdır.

Hanefilerin organları canı koruyan bir mal ve menfaat aracı olarak görmeleri, buna bağlı olarak organlara karşı işlenen suçları mala karşı işlenmiş suç gibi telakki etmeleri karşısında Cumhur, Şâfiî’nin *el-Ümm*’ünde ifade edilen “*Kadın ve erkek sadece diyet konusunda farklıdır, öldürme suçunda kısas yaptıysam vücut dokunulmazlığı gibi ölüme nispetle daha küçük yaralama suçlarında da yaparım.*”[1153] cümlesindeki ana temayı dikkate alarak, vücudun parçaları olan organların can hükmünde olduğunu söylemişlerdir. Bedenin parçalarını temsil eden organların, bedenin bütününü temsil eden nefisten (can) ayrı değerlendirilemeyeceği düşüncesi, bu bakış açısının semeresidir.[1154] Hanefiler organları mala benzetirken[1155] cumhur organlar cana tabidir demişlerdir.[1156]

[1148] Şâfi‘î, *el-Ümm*, 7/157; Mâverdî, *el-Hâvî fi’l-fıkhi’l-imâm eş-Şâfi‘î*, 12/148-149; İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/347; Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 1/171; Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/426; Ûdeh, *et-Teşrîu’l-cinâi*, 2/214-215; Dağcı, “Kısas”, *DİA*, 25/491; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 105; Ceyhan, *İbn Şübrüme*, 70.

[1149] Mâverdî, *el-Hâvî fi’l-fıkhi’l-imâm eş-Şâfi‘î*, 12/26; Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/310; Dağcı, “Kısas”, *DİA*, 25/493.

[1150] Buhârî, “Diyât”, 12 (No. 6885).

[1151] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/135; Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, 6/112.

[1152] İbn Münzir, *el-İşrâf alâ mezâhibi’l-erbe‘a*, 7/347-348.

[1153] Şâfi‘î, *el-Ümm*, 6/23.

[1154] Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 104-105.

[1155] Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/401, 411, 426.

[1156] Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/426.

İmam Şâfiî, konu hürler ise erş miktarlarındaki eşitsizlik, kriter olamaz, demiştir.[1157] Hanefilerin organlarda kısas için fail ile mağdurun organlarının diyetlerinin eşit olması gerektiğine (*et-tesâvî fi'l-bedel*) dair şarta, Şâfiî ekolü başta olmak üzere çoğunluk itiraz etmiştir. Kişilerin organlarının diyet bedelleri farklı olsa bile diğer şartlar tamam olduktan sonra kısas yapılabilmelidir. Kadınla erkek arasında, köle ile köle arasında kısas mutlak cereyan eder. Ama zimmi ile Müslüman ve hür ile köle arasında kısas çift taraflı değildir, Müslüman ve hür lehine tek taraflı kısas cereyan eder. Köle ve zimminin mağdur olduğu durumda hüre ve Müslümana kısas yapılmaz.[1158]

Hanbelî mezhebi bu konuda ilkesel bir tutum benimsemiş ve can (*nefs*) konusunda karşılıklı kısas uygulabilen kişiler arasında organlar (*mâ dûne'n-nefs*) konusunda da kısas olabilmelidir, demişlerdir. Buna göre vücut bütünlüğüne yönelik kısas gerektiren suçlarda fail ve mağdurun kim olduğuna bakılmaksızın erkek, kadın ve hünsâlar arasında, kısas yapılabilir. Mezkûr kuralın gereği olarak hür iki Müslüman arasında, iki köle arasında, zimmî ile zimmî arasında karşılıklı; ayrıca hüre karşılık köle ve Müslümana karşılık gayrimüslim örneklerinde olduğu gibi kâmile karşılık nâkıs kişiye kısas yapmak mümkündür. Bu ilkesel tutumun devamı olarak, öldürme suçunda kimler arasında karşılıklı kısas yapılamıyorsa, aynı kişiler arasında vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda da kısas yapılamaz. Gayrimüslüm vatandaşın bedenine zarar veren Müslümana, köleye zarar veren hüre, çocuğuna karşılık anne babaya kısas yapılmaması bu kural nedeniyledir.[1159] Bu yaklaşım imâm Mâlik, imâm Şâfiî, Ebû Sevr, İshâk b. Râhûye ve İbn Münzir gibi âlimlerce de benimsenmiştir.[1160]

Hanefiler, kadınla erkek arasında müessir fiillerde kısas uygulanacağı konusunda cumhurun görüşüne itiraz etmişlerdir. Hanefilere göre kısas uygulanabilmesi için tarafların erş bakımından eşit olmaları gerekmektedir. Kadının nefsteki diyeti de organlardaki erşi de yarımdır. Erşin eşit olması, her iki tarafın hürriyet ve cinsiyet yönünden eşit olmalarına bağlıdır. Çolak organ karşılığında, sağlam organın kısas edilemeyeceği hükmü, buna delildir.

[1157] Mâverdî, *el-Hâvî fi'l-fıkhi'l-imâm eş-Şâfi'î*, 12/26; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178.

[1158] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178; Râfi'î, *el-'Azîz*, 10/203-204.

[1159] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/296-297; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523.

[1160] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/312-313. Maliki mezhebinde kadınla erkek arasındaki bu eşitlik, köle ve gayrimüslim için geçerli değildir. Öldürme suçunda hürü öldüren köleye, Müslümanı öldüren gayrimüslime kısas yapılır ama tersi durumda Müslüman ve hüre kısas yapılmaz. Müslüman ve hür lehine tek taraflı kısas yapılabileceği kabul edilmiştir. Müessir fiillere gelince, mezhep içinde farklı görüşler bulunsa da durum biraz farklıdır, eşitsizlik durumunda iki taraflı kısas yapılamaz; buna göre, köleyi yaralayan hüre, gayrimüslimi yaralayan Müslümana kısas yapılamadığı gibi hürü yaralayan köleye veya Müslümanı yaralayan gayrimüslime de kısas yapılmaz.

Kadının erşi ile erkeğin erşi eşit olmadığı için, kadına karşı müessir fiil suçu işleyen erkeğe kısas uygulanamaz; erkek, kadına verdiği zarara karşılık, diyet ödemelidir.[1161]

Müessir fiiller konusunda cinsiyet farkına itibar ederek kadın ve erkek arasında kısas cereyan etmeyeceğini savunan Hanefi mezhebine yöneltilen tenkitleri zikretmek gerekirse bunlar şu şekilde sıralanabilir.

İnsan öldürme suçunda da kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısı olmasına rağmen bedellerdeki bu farklılık erkekle kadın arasında kısas uygulanmasına engel teşkil etmemiştir. Bedel farklılığının organlar konusunda dikkate alınıp da can konusunda dikkate alınmaması bir tenakuz görüntüsü vermektedir.[1162]

Vücut organlarına karşı işlenen müessir fiilleri mala karşı işlenmiş suç gibi saymak, yanlış bir kıyastır; fonksiyon kıyaslaması da doğru değildir, erkeğin eli silah tutuyorsa kadının eli de ince işlere yatkındır, hepsi kendi mecrasında değerlidir. Bu konuda kadınla erkeği ayırmak şeriatın genel maksatlarına aykırıdır, delilleri zayıftır ve kötü sonuçlara götürmektedir.[1163]

Mali cezaların had cezalarına göre önleyicilik ve caydırıcılığının daha az olduğu takdir edilecektir. Bu husus göz önüne alındığında Hanefilerin bu görüşü, toplumda kadınlara karşı müessir fiil işlenmesini kolaylaştırmakla mualleldir. Bu anlamda cezalandırmadaki gaye de tam olarak gerçekleşmemiş olacaktır.

Bütünü saygıdeğer ve korunmuş olan bir insanın parçalarının da saygıdeğer ve korunmuş olması gerekir. Kadının canı gibi organlarının da erkeğe eşit sayılması ve aynı yaptırımla vücut dokunulmazlığının güvence altına alınması gerekir.[1164]

İnsan öldürme suçunun cezasını belirleyen kısas ayetlerinin lafzen âmm hükmünde olduğu gibi müessir fiillerle ilgili ayetteki ifadenin de âmm olduğu görülür.[1165]

Çoğunluğu temsil eden hukukçuların bu meselede erkek ve kadın arasında bir ayrım yapmadıkları görülmektedir, onların bu meseleye insan olma (insâniyyet) ve kasıtlı müessir fiil sebebiyle mağdurun acı çekmesi açısından baktıkları dikkate alınınca görüşlerinin daha isabetli olduğu söylenebilir.[1166] Konuyla ilgili makalesinde, cezalardaki eşitlik ve adâlet ilkesi

[1161] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426.
[1162] Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 105.
[1163] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 321-322, 352.
[1164] Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 106.
[1165] Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 106.
[1166] Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, 105-106; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 123.

açısından cumhurun görüşünü daha isabetli bulan Aytekin, Hanefîlerin kısas yerine diyet öngören içtihatlarının ilk bakışta kadın aleyhine gibi görünse de öyle olmadığına dikkat çeker. Çünkü kadınla erkek arasında kısas değil de diyet gerekmesi iki taraflıdır. Mağdur taraf kadın da olsa erkek de olsa hüküm diyettir. Ayrıca, kadın ve erkeğin organları arasındaki fizyolojik farklar, eşitlik açısından bir şüphe doğurmaktadır. Şüpheyle temel cezanın düşmesi de fıkhen müsellemdir.[1167]

c. Hürriyet Farkına göre kısas cezası

c.1. Hür-Köle Arasında Eşitlik Bulunmadığı Görüşü

Kölenin bir organına zarar veren hüre kısas yapılmayacağında ittifak vardır. Hz. Ömer, Hz. Ali, Zeyd b. Sâbit, Abdullah b. Zübeyr, Hasan el-Basrî, Ömer b. Abdülazîz, Atâ b. Ebî Rabâh, İkrime, imam Mâlik, imam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve daha birçok ilim ehline göre ne öldürme ne de vücut bütünlüğüne zarar veren yaralama ve sakatlamalar konusunda köle ile hür arasında (hür aleyhine) kısas cereyen etmez.[1168] Hanefîler, müessir fiiller konusunda cumhurla aynı içtihadda birleşmişlerdir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere öldürme suçunda köle ile hür arasında karşılıklı kısas yapılacağını savunmaktadırlar.[1169]

Hür kişinin organına zarar veren köleye kısas yapılması ihtilaflıdır. İbn Kudâme'nin tespitine göre kölenin bir organını telef eden hür şahsa kısas yapılmayacağı noktasında ulema arasında bilinen bir ihtilaf yoktur, bu konuda görüş birliği bulunmaktadır.[1170] Ancak tersi senaryoda herhangi bir köle, hürün vücut bütünlüğüne zarar verirse, köleye kısas yapılıp yapılamayacağı üzerinde çeşitli içtihatlar olduğu görülür. Müessir fiillerde kısas için mağdur pozisyonundaki yaralının (*mecrûh*) suçluya (*cârih*) eşit olması şarttır. Din farkı yanında eşitlik açısından önemli kriterlerden birisi de hürriyet vasfıdır. Bu çerçevede İbn Rüşd'ün, temsilcilerini ve kimlere ait olduklarını zikretmeksizin, dört madde halinde tespit etttiği bu görüşler şu şekilde sıralanabilir:

1. Suçlu hür, mağdur köle ise hüre kısas yapılmaz; ama tersi durumda -öldürme suçunda olduğu gibi- köleye kısas yapılır. 2. Müessir fiiller ve öldürme suçu arasında fark gözetmeksizin her iki durumda da hür ile köle arasında karşılıklı kısas yapılabileceğini söyleyen eşitlikçi görüş. 3. Her iki suçta da karşılıklı değil sadece ednâ (köle) için a'lâ olana

[1167] Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", 318.
[1168] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/21.
[1169] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 173-174.
[1170] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/279; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/215-216, 235; Kandehlevî, *Evcezü'l-mesâlik*, 15/120.

(hür) kısas yapılabileceğini ifade eden görüş. 4. Öldürme suçunda hüre kısas yapılabilir ama yaralama suçunda kısas yapılamaz diyen görüş. İmam Mâlikten bu konuda iki görüş aktarılmış olmakla birlikte bunlardan doğru olanın öldürme suçunda olduğu gibi müessir fiillerde de kısas yapılabileceğini ifade eden görüştür.[1171]

Tarafların eşitliği şart değildir, hürü yaralayan köleye kısas yapılır. (Ş.A.) Hüre karşı müessir fiil suçu işleyen köleye kısas yapılabilebileceği görüşü Hanbelî mezhebine aittir. Mezhepteki benimsenen kural gereği, öldürme (*nefs*) suçunda kimler arasında kısas yapılabiliyorsa müessir fiillerde de aynı kişiler arasında kısas cereyan eder. Nâkıs olanın kâmile karşı suç işlemesi olayında kâmil kişi, nâkısa eşit ve hatta ondan üstündür. Şu halde kâmil kişi, hakkının bir kısmından ferağat ederek hak ettiğinden daha azına razı olduğu zaman nâkıs olana kısas yapabilir. Parmakları eksik olanın, parmakları tam olan şahsa karşı suç işlemesi durumunda da sonuç aynıdır.[1172] Mağdurun suçluya eşit olması kuralı burada fazlasıyla tahakkuk ettiğinden dolayı mezhepte hürü öldüren köleye kısas fikri kabul edildiğine göre, hürrün beden bütünlüğüne zarar veren köleye de kısas yapılabilmelidir, denilmiştir. Şafiî mezhebinde de kural, öldürme suçunda bir kişiye kimden dolayı kısas yapılmıyorsa aynı kişilere yaralama suçlarında da kısas yapılmayacağı şeklindedir. Kural gereği, kölenin organına zarar veren hür bir Müslümana köleden dolayı kısas cezası verilmez. Ancak hür kişinin herhangi bir organına zarar vererek onun vücut bütünlüğünü bozan köleye kısas uygulanır, bunun için tarafların diyetlerinin eşit olması şartı da aranmaz, diyet farklılığının ceza açısından bir önemi yoktur.[1173]

Tarafların eşitliği şarttır, hürü yaralayan köleye kısas yapılmaz. (**H.M.**) Öldürme suçunda hürlerle köleler arasında insaniyet bakımından eşitlik olduğu düşüncesinden hareketle hem hürü katleden köleye hem de kendisiyle mülkiyet bağı bulunmayıp başkasına ait köleyi katleden hüre, suçun manevi unsuru kasıt olmak şartıyla, kısas uygulanacağı görüşünü savunan Hanefîlere göre, müessir durumlarda durum faklıdır. Hanefîler, köleler söz konusu olduğunda müessir fiillerde kasıt ve hata ayrımı yapmadıkları için kölenin kasıt ve hatasını eşit görürler. Müessir fiil kasıtlı da olsa taksirli de olsa sonuç tazmindir; mağdur hür ise diyet ödenir, köle ise kölenin değeri ödenir. Hanefî fakihler nezdinde organların mal hükmünde görülmesinin bir sonucu olarak diyet oranlarındaki eşitsizlik, hürlerle köleler

[1171] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/189.
[1172] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/297; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/547, 5/523; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 23/72.
[1173] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178; Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/203-204; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/279, 296-297, 316-317.

arasında vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda kısasın düşmesinin sebebi sayılmıştır. Hür kişinin organlarının değeri (*erş*) bizzat şâri‘ (*sünnet*) tarafından belirlenmiştir, kölenin organları (*kıymet*) ise uzmanların takdiriyle belirlenir.[1174] Bu hüküm, Hanefîlerin müessir fiillerde kısas yapılabilmesi için diyet oranlarındaki eşitliği şart koşmalarına bağlı olarak ortaya çıkmış bir hükümdür. Nitekim aynı bakış açısından hareketle, maddi değerlerinde eşitlik olmayan iki köle arasındaki cinayetlerde de kısas cereyan etmez. Hatta iki kölenin değerleri zahiren eşit olsa bile bu eşitlik, nihayetinde bilirkişilerin zan ve tahminlerine göre belirlendiği için buna itibar edilmez. İki köle gerçek anlamda eşit olamaz, dolayısıyla varsayıma dayalı bu eşitliğin oluşturduğu şüphe sebebiyle kısas yapılmaz.

Organlarda kısas için ismette eşitlik şartı yeterli değildir, telef edilen organların diyetlerinin de (*erş*) eşit olması gerekir. Nitekim esasında köle, ismet açısından hürre eşittir. Ancak bu eşitliğe rağmen uzuvlardan dolayı aralarında kısas cereyan etmez, zira organlar mal hükmündedir ve mallarda kısas yapılmaz. Organlarda eşitlik, nefse/cana nisbetle daha da önemlidir; çolak ele karşılık sağlam ele kısas yapılamaması, ikisi arasındaki eşitsizlikten kaynaklanmıştır. Ancak, öldürme suçunda, kötürüm ve felçli birine karşılık sağlıklı/sağlam birine kısas yapılmaması, hayat konusunda eşitliğin belirleyici olmadığını göstermektedir.[1175]

Hanefîlerin *vâkı‘ât* türü eserlerinde mezhebin benimsenen genel görüşünün aksine hürün elini kesen köleye kısas yapabileceğine dair görüşler aktarılmıştır. Çünkü hak sahibi razı olduğu takdirde kâmil mukabilinde nâkısa kısas yapılabilmelidir. Bu kural; kadın, erkeğin elini keserse ya da değeri düşük köle daha değerli kölenin elini keserse de geçerlidir; kadına ve değerce düşük köleye kısas yapılır.[1176]

Hanefîler, hürün değer ve itibarını ortaya koymak, kölenin de rütbece hürden daha düşük olduğunu göstermek üzere, hürün hataen bir köleyi öldürmesi, kasıt ya da taksir fark etmeksizin vücut bütünlüğüne yönelik bir suç işlemesi durumunda hürün, kölenin değerini ödemesi gereken yerlerde sembolik bir kesintiye giderler. Bu kesinti, İbn Abbas'ın takdirine dayanılarak tam diyette on dirhem olarak belirlenmiştir. Ebû Yûsuf, bu konuda tarafeyne itiraz edererk, kölenin değeri diyet miktarını geçse bile, tam değerinin (*bâliğan mâ belağ*) ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.[1177] Bu hesaplamaya göre kölenin tam diyeti 9990 dirhemi geçemez, bir el veya ayak gibi yarım (1/2) diyet gerektiren organlarda 4995 dirhemi, bir sıra

[1174] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; Bâbertî, *el-‘İnâye*, 10/338; Aynî, *el-Binâye*, 13/113; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/554, 645; Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 150.
[1175] İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-bürhânî*, 8/367; Zeyla‘î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/103.
[1176] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/553-554.
[1177] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/52-53; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/140-141; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/223-224.

kirpik veya bir göz kapağı gibi çeyrek (1/4) diyet gerektiren organlarda 2497,5 dirhemi aşamaz. Cariyenin diyeti konusunda ise Hanefîlerde 4990 dirhem görüşü güçlü rivayet olmak üzere, 5000 ve 4995 dirhem olacağı şeklinde üç görüş nakledilmiştir.

Mâlikî mezhebinde de nefs/can konusunda karşılıklı kısas yapılabilen kimseler arasında organlar sebebiyle de kısas yapılabilir. Bir bakıma, canda (*nefs*) eşit olan kişiler organlarda da (*mâ dûne'n-nefs*) eşittir. Bu kurala göre, kadını öldüren erkeğe kısas yapılabildiği gibi kadına karşı müessir fiilde bulunan erkeğe de, kısasla ilgili diğer şartların da sağlanmış olması koşuluyla, kısas uygulanabilir. Ancak hüre karşı katl ya da yaralama suçu işleyen köle böyle değildir; öldürme suçunda Mâlikîlerde, köleyi öldüren hüre kısas uygulanmadığı için vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda da hür lehine köleye kısas uygulanamayacaktır.[1178] Bu şekliyle Maliki içtihadı, Hanefîlerin müessir fiilerde köle ile ilgili görüşüyle paralellik arz etmektedir.

İbn Rüşd'ün imam Mâlikten konu hakkında iki farklı görüş naklettiği dikkate alındığında bunlardan mutemed sayılan görüşe göre Mâlikîler, bu olayda köleye kısas yapılamayacağı, mağdur durumdaki hüre diyet ödeneceğini söylerler. Mâlikîler açısından bu olay, çolak elli bir kişinin sağlam bir ele karşı işlediği suç gibi değerlendirilir. Mâlikîlerde nâkıs olanın kâmil olana karşı müessir fiil suçu işlemesi halinde nâkıs olan faile kısas yapılmaz. Kölenin hür şahsı yaralaması da böyledir; köle nâkıs hür ise kâmildir, dolayısıyla aralarında kısas cereyan etmez.[1179] Kısas için tarafların eşitliği şartını ileri süren Mâlikîlerin bu bakış açısının, köleye kısas yapılması durumunda, hürrün hakkının tamamını almamış olacağı mantığına dayanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Ancak mezhep içinde bu durumda (eşitlikten ödün verilerek) köleye kısas yapılabileceği, mağdura kısas ve diyet arasında muhayyerlik hakkı tanınacağı veya olayın devlet başkanına havale edilip onun takdirine bırakılabileceği şeklinde farklı görüşler de dillendirilmiştir.[1180] Kısas yapılabileceğine dair diğer görüş ise, öldürme suçunda kısas yapılabilen kimselere yaralama suçlarında da kısas yapılabilmesi gerektiği ile gerekçelendirilmiştir.[1181]

c.2. Hür ile Köle Arasında Eşitlik Olduğu Görüşü

Vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda hür ile köleyi eşit sayan İbrahim en-Neha'î, İbn Ebî Leylâ ve Dâvûd ez-Zâhirî gibi alimlere göre, uzuvlara yönelik kasıtlı bir suç işlendiğinde köle

[1178] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/312-313; Kişnâvî, *Eshelü'l-medârik*, 3/115.
[1179] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/212-313; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/24-25.
[1180] Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/245; Adevî, *Hâşiyetü'l-'Adevî*, 2/309.
[1181] Bâcî, *el-Müntekâ*, 7/122; Kandehlevî, *Evcezü'l-mesâlik*, 15/119. Bu kaynaklarda da bir önceki dipnotta olduğu gibi hürrün vücut bütünlüğüne zarar veren köleye kısas yapılmayacağı içtihadı, kölenin elinin hürre nazaran nâkıs sayılmasıyla izah edilmiştir. Telef edilen sağlıklı el sebebiyle suçlunun çolak eline kısas yapılmaması meselesiyle bu olay arasında benzerlik kurulmuştur..

ile hür arasında kısas cezası uygulanır.[1182] Suçlunun köleye mâlik olup olmaması da hükme tesir etmez. Bu meselede dayandıkları delil "*Kim kölesini öldürürse biz de onu öldürürüz/kısas yaparız, kim kölesinin bir uzvunu keserse biz de onun uzvunu keseriz/kısas yaparız*" hadisidir.[1183]

Ebû Sevr (v. 240/854), vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda, konuyla ilgili ayetteki taksîm ve tenvî' ("*köleye köle*", "*hürre hür*" şeklindeki tür ayrımı) sebebiyle, köleler ile hürler arasında kısas olmayacağı konusunda icmâ' olduğuna bakılırsa öldürme suçunda da hürlerle köleler arasında evleviyetle kısas olmamalıdır demektedir. Kurtubî, müessir fiillerde hürlerle köleler arasında kısas yapılamacağı hakkında icmâ' bulunduğunu söyleyen Ebû Sevr'in bu iddiasına, İbn Ebî Leylâ ve Dâvûd ez-Zâhirî gibi âlimlerin Müslümanların kanlarının birbirlerine denk olduğunu bildiren hadis sebebiyle kölelerle hürler arasında kısas olacağı görüşlerini hatırlatarak tenkitte bulunur.[1184] İcma iddiasının hatalı olduğuna dikkat çeker.

c.3. İki Köle Arasında Gerçekleşen Müessir Fiiller ve Eşitlik

Kölelerin birbirlerine karşı işlemiş oldukları müessir fiillerden dolayı kısas yapılıp yapılamayacağı tartışmasında üç içtihad belirdiği görülür: 1. Köleler arasında hem nefis hem de uzuvlarda mutlak kısas olacağı görüşü, 2. Ne nefs/can ne de uzuvlar konusunda köleler arasında kısas cereyan etmeyeceği görüşü, 3. Köleler arasında sadece öldürme suçunda kısas icra edilebileceği, yaralama suçlarında kısas yapılamayacağı görüşü.

Zikredilen bu görüşlerin temsilcilerine ve argümanlarına bakmak gerekirse şunlar söylenebilir.

1. Köleler arasında hem nefis hem de uzuvlarda mutlak kısas olacağına dair ilk görüş, sahabeden Hz. Ömer'e nispet edilir. İmam Mâlik, İmam Şâfiî, İbn Ebî Leylâ ve Evzâ'î'nin bu görüşte oldukları nakledilmiştir. "*Köleye karşılık köle kısas edilir*" (el-Bakara 2/178) ayetinin mutlak olmasını görüşlerine gerekçe saymışlardır.[1185] 2. Ne nefs/can ne de uzuvlar konusunda köleler arasında kısas cereyan etmez. Kölelerin mal (*behâim*) hükmünde olmalarından hareketle mallarda kısas olmayacağını iddia eden ikinci görüş, aralarında Hasan el-Basrî ve

[1182] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/167; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 180; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 567.
[1183] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/64, (No. 15946); a.mlf., *es-Sünenü's-sağîr*, 3/210, (No. 2946). Aynı rivayette yer alan "*Kim kölesini hadım ederse biz de onu hadım ederiz*" ifadesi için bk. a.mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/35 (No. 15769).
[1184] Cessâs, Ahkâmü'l-Kur'ân, 1/167; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/247.
[1185] Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/249.

İbn Şübrüme'nin de bulunduğu bir grup âlimden rivayet edilmiştir.[1186] 3. Sadece öldürme suçunda köleler arasında kısas icra edilebilir, yaralama suçlarında kısas yapılamayacağını savunan üçüncü görüş Şa'bî, İbrâhîm en-Neha'î, Süfyân-ı Sevrî ve Ebû Hanîfe tarafından savunulmuş olup sahabeden İbn Mes'ûd'a atfedilmiştir. Hasan el-Basrî'nin ismi burada da zikredilir. İki köle arasında gerçekleşen müessir fiilinde kısas uygulanmayacağı konusunda Hanefîler, İmrân b. Husayn rivayetiyle istidlâl etmişlerdir. Bu habere göre fakir bir kabilenin kölesi, zengin bir kabilenin kölesinin kulağını koparır, olay Allah rasûlüne intikal ettirilince davaya bakar ve kısas yapılmayacağına hükmeder.[1187]

Uzuvlar konusunda köle ile köle arasında kısas cereyan etmeyeceği fikrini savunan bu son görüş, hareket noktası olarak, organların vücudu koruyan mal gibi olduğu telakkisini merkeze almıştır. Bu yaklaşıma göre, hayvanlar (*behâim*) arasında kısas olmadığı gibi bir yönden böyle sayılan köleler arasında da kısas uygulanmaz. Ayrıca sakat el için sağlıklı ele, parmak sayısı eksik bir el için parmakları tam olan bir ele kısas yapılmaması, bu meselede erş ve kıymette eşitliğin muteber olduğunun göstergeleridir.[1188] Kıymet farkının yansıması bağlamında iki kölenin organlarının maddi bedellerinin farklı olması, iki köle arasında gerçekleşen kasıtlı müessir fiillerde de, kısas uygulanamamasının gerekçesi sayılmıştır. Kölelerin mali değerlerinin eşit olduğu söylense bile bu zanni ve itibari bir durumdur. Çünkü piyasayı bilen ticaret ehlinin fiyatlandırmalarıyla ulaşılmış olan bu eşitlik tahmine dayalıdır, kesinlik arz etmeyeceği için şüphe doğurur. Kıymet eşitliğindeki bu şüpheden dolayı da kısas yapılamaz. Kölelerin uzuvlarının hürlere kıyas edilmesi de doğru bir yaklaşım değildir. Zira diyet açısından hürlerin uzuvları arasındaki eşitlik, bu organlara bizzat şari'in kıymet biçmesi nedeniyle kesinlik kazanmıştır. Hanefilerin genel yaklaşımı böyle olmakla birlikte "*nâkıs için kâmile kısas olunmaz ama kâmil için nâkısa kısas yapılabilir*"[1189] kuralından hareketle daha kıymetli kölenin sahibi olan kişi, değer itibarıyla daha düşük olan (suçlu) köleye kısas yapma, şıkkını tercih edebileceği de söylenir.[1190]

Ahmet b. Hanbel, mağdurun (*mecnî aleyh*) hak etmiş olduğundan daha fazlasını almasının önüne geçmek için suçluya (*cânî*) denk olması gerektiği kuralını öne sürerek

[1186] Şeybânî, *el-Asl*, 6/574; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/189; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 231; Ceyhan, *İbn Şübrüme*, 74. Hasan el-Basrî'nin görüşünün farklı olduğuna dair bir rivayet için bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/279-280.

[1187] Cessâs, *Muhtasaru ihtilâfi'l-'ulemâ*, 5/160; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/189; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 23/72; Ceyhan, *İbn Şübrüme*, 74.

[1188] İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 231; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/280.

[1189] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/553-554. Hanefîlerde kadın, erkeğin elini keserse, erkeğin kendi rızasına bağlı olarak kadına kısas yapabileceği hükmü de bu kurala bağlanmıştır.

[1190] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/553-554.

köleler arasında öldürme suçunda karşılıklı kısas uygulanabileceği içtihadında bulunmuştur. Suçlu veya mağdur pozisyonundaki kölelerin birbirlerine eşit sayılması, nefste olduğu gibi organlarda da aralarında karşılıklı kısas yapılmasını gerekli kılmıştır. Hanbeli ekolün telakkisine göre, el-Mâide 5/45 ayetinde "*canan can, göze göz*" ifadelerinin mutlak oluşu, hayat ve vücut bütünlüğü arasında bir ayrım yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Kölelerin sahip oldukları farklı vasıflar da bu eşitliği bozmaz. Hatta mükateb, müdebber veya ümmüveled gibi kısmen hürriyete adım atmakla farklı sıfatlarla nitelendirilen kölelerin de birbirlerine eşitliğini ifade etmek üzere; mükatep köle, borcunun tamamına yakınını ödese ve sadece bir dirhem kalsa bile yine köle statüsünde devam ettiği söylenir. Mezhep içerisinde güçlü olan görüş böyle olmakla birlikte Ahmed b. Hanbel'den de Şa'bî, İbrahim en-Neha'î, Süfyân es-Sevrî ve Ebû Hanîfe gibi vücut organları konusunda köleler arasında kısas yapılamayacağına dair görüş nakledilmiştir.[1191]

3. Suçun Özel Beliriş Biçimlerine Göre Kısas Cezası ve Eşitlik

Suçun özel beliriş biçimi denildiğinde teşebbüs, iştirak ve içtima şeklinde üç terim karşımıza çıkmaktadır.[1192] Bunlar suçun işleniş süreci ve görünüş şekliyle ilgili kavramlardır. Bu başlıkta bir grubun tek bir kişiye karşı suç işlemesi veya bir failin birden fazla kişiye karşı suç işleyerek kendisinde birden çok suçun birleşmesi olaylarında olduğu gibi fail ve mağdur sayısındaki farklılıklar, eşitlik açısından ele alınacaktır.

a. İştirak Halinde Kısas Cezası ve Eşitlik

a.1. İnsan Öldürme Suçunda İştirak

İslâm hukukunda eşitlik tartışmalarına dâhil edilen konulardan bir tanesi de failin öldürme suçuna katılımının suçun özel görünüş türlerinden birisi olan iştirak suretiyle olması durumudur. Mağdurun tek olmasına karşılık faillerin birden fazla olmaları sebebiyle faillerin her birine ayrı ayrı kısas uygulanıp uygulanamayacağı islam ceza hukukunda önemli bir meseledir. Öldürme suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda İslâm hukukçuları arasında üç görüş dile getirilmiştir:

Birincisi Hanefi, Mâliki, Şafiî, bir rivayete göre Hanbeliler, Süfyân-ı Sevrî ve Ebû Sevr gibi çoğunluğu teşkil eden İslâm hukukçuları, sahabe icmâ'ını esas alarak, iştirak halinde işlenen öldürme suçunda suç ortaklarının sorumluluklarının bölünemeyeceği gerekçesiyle

[1191] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/280; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/523.
[1192] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 451, 480, 535; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 141, 167, 191.

faillerin her birini suçun asli faili kabul ederek, kısas görüşünü benimsemişlerdir.[1193] Mâliki mezhebinde öldürmek üzere mağdura kasıtlı olarak saldıran faillerin, ölüme götüren hareketlerinin ayırt edilememesi veya ayırt edilebilse bile eşit olması gerektiği şeklinde özel şartlar da zikredilmiştir.[1194]

Bu görüşe göre, suçu önleme gayesine matuf olarak maslahat gereği, faillerle mağdur arasında sayısal eşitliğe itibar edilmeyeceği ifade edilmiştir.[1195] Hükmün çıkış noktası, sahabenin bir içtihad yöntemi olarak reye başvurması kapsamında maslahat yanında sedd-i zerâi‘ düşüncesi ile de açıklanmıştır.[1196] Aynı zamanda öldürülen bir kimseye karşılık katilin öldürülmesi kıyas hükmü iken bir grup tarafından öldürülen tek bir kimseye karşılık suça iştirak eden fail topluluğuna kısas yapılması genel kurala (*kıyâs*) getirilmiş bir istisna mahiyetindedir.[1197] Bu istisna, insan hayatının dokunulmazlığını (*hürmet*) garanti alma ve canın önemini gösterme (*ta‘zîm*) maksadına matuftur.[1198] Bilmen de kamu yararı vurgusu yaparak esasında arada kemiyyet bakımından eşitlik bulunmadığını, ancak buna rağmen kısasa hükmedilmesinin ardında hayatı ve toplumsal düzeni koruma düşüncesi yattığını söyler. Öyle ki, bir kişi karşılığında bir grup insanın kısasen öldürülebilmesi, suça eğilimli insanların bu konuda örgütlenmelerinin de önüne geçecektir.[1199]

İştirak meselesinde sayıda eşitliğe itibar edilmez, failler birden çok iken maktul tek kişidir; ancak intikam duygularının yatışması ve caydırıcılık için fiilde eşitliğe itibar edilir. İştirak ile yapılan fiilin (hareket) neticesi ölüm olmuştur, öyleyse faiillerin kısas ile öldürülmeleri gerekir. Böylece suç fiili ile kısas (infaz) fiili eşitlenmiş olur, ikisinin de neticesi ölümdür.[1200]

İkincisi, Cabir’den rivayet edilen bir görüştür. Abdullah b. Zübeyr, İbn Sîrîn, İbn Şihâb ez-Zührî, İbn Ebî Leylâ, Rabî‘atü’r-re’y, İbn Münzir gibi âlimler, bir kavle göre Hanbelîler, Dâvûd ez-Zâhirî ve diğer Zâhirî âlimler, iştirak halinde bir kişiye karşılık bir grup failin kısasla öldürülemeyeceğini çünkü Allah’ın kısas için eşitliği (*müsâvât*) şart koştuğunu, “*cana can (kısas)*” (el-Mâide 5/45) ayeti gereği bir kişi ile bir grup arasında ise eşitlikten bahsedilemeyeceğini söylemişlerdir. Çünkü “*cana can*” ifadesinin mefhum-u muhalifinden

[1193] Meydânî, *el-Lübâb*, 3/150; İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, 4/182; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 293-294; Behnesî, *el-Kısâs fi’l-fıkhi’l-islâmî*, 53-56.
[1194] Sâvî, *Hâşiyetü’s-Sâvî*, 4/344; Şûmân, *‘İsmetü’d-dem ve’l-mâl*, 285-287.
[1195] İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü’l-fıkhiyye*, 227.
[1196] Zeydân, *el-Medhal*, 102.
[1197] Çalış, *İslam’da Kolaylaştırma İlkesi*, 194.
[1198] Çalış, *İslam’da Kolaylaştırma İlkesi -Azimet Ruhsat İlişkisi-*, 195.
[1199] Bilmen, *Kâmûs*, 3/108.
[1200] Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/261-263.

öldürülen bir kişi sebebiyle birden çok kişiye kısas yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda öldürme suçuna iştirak edenlere düşen ceza, ancak maktul velilerine diyet ödemektir. Her bir katil maktul yakınlarına eşit oranda diyet öder.[1201] Kısasta bir kişi karşılığında ancak bir kişi öldürülebilir diyen bu görüşün temel dayanağı, "*Onda (Tevrat'ta) üzerlerine şunu da yazdık: Cana can, ... kısas edilir.*"[1202] ayetidir.[1203]

Üçüncüsü ise, Muaz b. Cebelden gelen bir rivayete istinaden Abdullah b. Zübeyr, İbn Sîrîn, İbn Şihab ez-Zührî gibi yukarıda zikredilen ve ikinci görüşü dile getiren âlimlerden gelen bir başka rivayete göre aralarından sadece, maktul yakınının tercih edeceği, birisine kısas uygulanır, zira bu katillerden herhangi birinin canı maktulün canına denktir. Diğerleri ise hisselerine düşen diyet miktarını öderler. Çünkü "*Onda (Tevrat'ta) üzerlerine şunu da yazdık: Cana can .. (kısas vardır)*." (el-Mâide 5/45) ayetinin gereği olarak bir kişi karşılığında birden fazla kişi kısas ile öldürülemez, tıpkı öldürülen bir kişi için birden fazla diyet ödenememesi gibi. Ayrıca aralarındaki vasıf farkı sebebiyle köleye karşılık hür kişi kısas edilemiyorsa sayısal fark sebebiyle de kısas yapılmaması evleviyetle sabit olur. Zira sayı daha önemli bir vasıftır.[1204]

Bu içtihada göre, öldürülen bir kişi sebebiyle kısas yapılmakta, diğerleri için ise diyet ödenmiş olmaktadır ki bu, cezaların tedahülü bir başka deyişle aynı suç için iki ceza anlamına gelmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, İslâm hukukçularının çoğunluğu, iştirak halinde işlenen cinayet sebebiyle faillerin her birine kısas cezası uygulanacağı konusunda görüş birliği sağlamışlardır. Bu görüşün dayanağı Hz. Ömer'in içtihad ve uygulamasıdır.[1205] Hz. Ömer ve onun düşüncesini benimseyen çoğunluğa göre, suça iştirak eden her bir fail, öldürme suçunu irtikâb etmiş olması dolayısıyla asli fail sayılmıştır. Bu görüşü tasvip etmeyen Zâhirîlere göre ise, bir kişi karşılığında birden çok kişi öldürülemez. Zira bunların her birine katil denemez, bu kişilerin her biri öldürme suçunun faili sayılmaz. Dolayısıyla bu meselede Muaz b. Cebel'in Hz. Ömer ve Hz. Ali'ye olan muhalefeti nedeniyle de bir icmadan bahsetmek zordur.[1206]

[1201] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 4/182; Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, 12/25; İbn Cüzeyy, *el-Kavânîn*, 567-568; Ali el-Kârî, *Fethu Bâbi'l-'inâye*, 3/338; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 287-288.
[1202] el-Mâide 5/45.
[1203] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 4/182.
[1204] Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, 12/25; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/369-370; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 285-288.
[1205] Ali el-Kârî, *Fethu Bâbi'l-'inâye*, 3/338.
[1206] İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 568; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 293.

Bir insanı öldürmenin tüm insanlığı öldürmek gibi sayıldığını bidiren (el-Mâide 5/32) ayetin de iştirâk yoluyla bir kişiyi öldüren tüm faillere kısas yapılabileceğine delalet ettiği de konuyla ilgili deliller arasında sayılmıştır.[1207]

Mâliki fakih İbn Rüşd'ün kanaati de, iştirak halinde bir kişi karşılığında birden fazla kişinin öldürülebilmesindeki düşüncenin, maslahatın gözetilmesine bina edildiği yönündedir. "*Ey akıl sahipleri, kısasta sizin için hayat vardır*"[1208] ayeti, kısas cezasının toplumda öldürme suçlarını engelleme gayesi taşıdığını ortaya koymaktadır. Eğer suça iştirak eden tüm failler için kısas cezasına hükmedilmezse insanlar bir kişiyi öldürmek üzere örgütlenerek cinayete tevessül eder bu yöntemi bir çıkış yoluna çevirebilirler. Ancak bu görüşe itiraz edenler, suça iştirak eden faillerden hiçbirisi öldürülmezse bu gerekçe doğru sayılabilir. Fakat aynı maslahat, katiller arasında en öldürücü fiilde bulunduğu tespit edilen bir kişinin kısasla öldürülmesiye de temin edilebilir, bunun için o kadar canı telef etmek gerekmez demişlerdir.[1209] İştirak suretiyle işlenmiş öldürme suçunda kısas açısından eylemsel eşitlik (*el-mümâsele fi'l-fi'l*) şarttır ama sayısal (*aded*) denklik şart değildir. Bu nedenle, bir kişi on kişiye eşit değildir denilerek, öldürmeye iştirak eden faillere kısas yapılmazsa kısas yolu kapanır, toplumda suç ve bozulmaların (*fesad*) önü açılır. Birini öldürmeye karar veren, kısastan kurtulmak için kendine suç ortakları bulur. Bu da kanunda boşluk meydana getirir, bu boşluk, hayatın dokunulmazlığını ihlal edecek bir boşluktur.[1210] Bu çekincelere binaen sayısal eşitliğe bakılmadan öldürmeye karşı öldürme formülüyle fiilde eşitlik düşüncesi öncelenmiştir.

İsrâ suresinde maktul yakınlarına tanınan kısas yetkisinin (*sultân*)[1211] mutlak olup tek kişinin öldürmesi ile sınırlı olmadığını söyleyen Nevevî de yukarıdaki gerekçeleri teyit etmiş, iştirak halinde faiiller öldürülmezse zamanla kısasın iskat olacağına dikkat çekmiştir.[1212]

Hanefi hukukçu Serahsî, bir kişinin on kişiye eşit olmayacağını belirtir. Af ve diyet üzerinde sulh olma yollarının açık olması nedeniyle, öldürme (*itlaf*) karşılığında öldürmenin (*itlaf*) zorunlu olmadığı çıkarımında bulunur.[1213] Akabinde suçun iştirak suretinde işlenmesi

---

[1207] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* 4/50; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-islâmî,* 18.
[1208] el-Bakara 2/179.
[1209] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid,* 4/182; Ebû Zehre, *el-Cerîme,* 294.
[1210] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi',* 10/261-262; Ömer Azmi, *İzâhu'l-cinâyât fî ahkâmi'l-kısâs ve'd-diyât,* 10; Ebû Zehre, *Cerîme,* 297.
[1211] el-İsrâ 17/33.
[1212] Nevevî, *el-Mecmû',* 18/369-370.
[1213] Bu çıkarımın kaynağı, Hz. Peygamber'in maktûl velisine sorduğu bir soruya dayanır. Hz. Peygamber, sırasıyla "*Affediyor musun?*", "*Diyet kabul eder misin?*" sorularını sormuş, maktûl velilerinin cevapları "*hayır*" olup kısas isteyince Rasûlüllah, kâtilin kısas edilmesine karar vermiştir. Bk. Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr,* 2/403; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Cirâh/Cinâyât", 8/106 (No. 16075); Serahsî, *Mebsût,* 26/61.

durumunda, arada denklik (*misl*) olmamasına rağmen, bir kişi karşılığında bir grubun öldürülebilmesinin nedenini, maktul tarafın şâri‘ tarafından gözetilmesine bağlar. Maksat, maktulün ailesinin gönlünün yatışması, öfkelerinin dindirilmesidir, der.[1214] Bu tip cezalarla toplumsal hayatta cinayetlerin önlenmesi ve yaşama hakkının dokunulmazlığı garanti altına alınmak istenmektedir.[1215]

İştirak meselesinde eşitlikten vazgeçilerek, kıyastan istihsana udûl edilmesinin nedeni, Hz. Ömer'den nakledilen San‘â olayıdır. Rivayete göre Hz. Ali'nin de görüşü böyledir.[1216] Bunlar suça iştirak edenlerin öldürülmelerinin bir haksızlık değil, hukuka uygun olduğunu göstermektedir.

Şâfiî fakih Rûyânî (v. 502/1108), kısas açısından bir kişinin canının birden çok kişiye denk olmadığı sözünü doğru bulmamıştır. "*Haksız yere bir kişiyi öldüren kişi, sanki tüm insanlığı öldürmüş gibidir.*"[1217] ayeti bunun tersini göstermektedir.[1218] Bu çıkarıma bakılarak aslında kıyas açısından da hükmi bir eşitliğin bulunduğu söylenebilir.

Kâsânî erkek, kadından, hür de köleden fazilet bakımından üstün sayılsa bile bu üstünlük eşitliği bozmaz, dolayısıyla hürriyet ve cinsiyet farkından kaynaklı üstünlük, mezkûr kişiler arasında kısas yapılmasına mani değildir. Aynı şekilde öldürme suçlarında sayı farkı da eşitliği bozmaz, beş altı kişinin bir kişiyi öldürmesi durumunda kısas açısından sayısal eşitliğe (*mümâselet*) bakılmaz demektedir. Yalnızca fiilde eşitlik şartı aranır, yani caydırma maksadıyla öldürme fiiline karşılık ölüm fiiliyle (kısas) cevap verilir. Bir kişi karşılığında on kişinin öldürülebilmesinin nedeni fiilde eşitliktir. Bu suretle öldürmeye iştirak edenlerin her birinin ölüme sebebiyet veren hareketleri cezalandırılmış olur. Diğer yandan katillerin kısas yoluyla öldürülmesiyle, katillerin kendi varislerinin de hayatları kurtarılmış olur. Kısas olmasaydı maktul yakınlarının intikam hisleri dinmemiş olacağından, maktul yakınlarının öldürülmeleri sözkonusu olabilecekti.[1219]

[1214] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/61, 126-127, 18/127; Zeyla‘î, *Tebyîn*, 6/114.
[1215] Meydânî, *el-Lübâb*, 3/150.
[1216] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-islâmî*, 54; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/492. Hz. Ömer, San'â şehrinde müştereken bir kişiyi öldüren çeteye ayrı ayrı kısas uygulamış ve "*Eğer bütün San‘â halkı suça iştirak etmiş olsaydı hepsini kısas ederdim*" demiştir. Kısasla öldürülen bu San‘â'lı suçluların yedi kişi oldukları bildirilmiştir. Bk. Mâlik, *el-Muvatta'*,"Ukûl", 19; Buhârî, "Diyât", 21.
[1217] el-Mâide 5/32.
[1218] Rûyânî, *Bahru'l-mezheb*, 12/27.
[1219] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/61; Kâsânî, *Bedâi‘u's-sanâi‘*, 10/261, 263. Yaşam hakkı (*nefs*) hem Allah hakkı hem kul hakkı yönünden saygındır, Allah hakkının korunması caydırıcı ceza ile, kul hakkının korunması da telafi edici maddi külfet (*ğarâmet*) ile sağlanır. "*Cebr*" kelimesinin telafi ve birinin malını helak eden kişiden bu malın mislini almak gibi manalarda kullanımı için Bk. Serahsî, *a.g.e.*, 26/61, 149.

Şafiî mezhebine göre de, iştirak ile öldürme suçu işleyen faillerin hepsi bir kişi karşılığında kısas yoluyla öldürülebilirler. Ancak maktul yakınları isterse faillerin bir kısmını diyetteki kişi başı hisseleri karşılığında affedebilir.[1220] Öldürme suçu iştirak suretinde işlenmişse diyet, telef edilmiş malların tazmininde olduğu gibi, faillerin sayısınca aralarında taksim edilir. Çünkü diyet tecezzi ederek suçlular arasında paylaştırılabilir. Örneğin, maktulü kısas yapılmaya ehil olan iki kişi öldürmüş ise maktul velileri muhayyerdirler. İsterlerse onlardan birine kısas yapılmasını diğerinin de yarım diyet ödemesini isteyebilirler. Faillerden birisi kısasa ehil, diğeri değilse, maktul yakınları kısasa ehil olanın kısas edilmesini diğerinin de yarım diyet ödemesini talep edebilirler.[1221]

Pozitif hukukta suça iştirak eden suç ortaklarının cezalandırılması konusunda üç türlü sistem ortaya çıkmıştır. Bunlar eşitlik sistemi, ikilik sitemi ve cezanın faile göre tesbiti sistemidir. Eşitlik sistemine göre, bir suçu ortaklaşa işleyenler, bu konuda adeta aralarında kader birliği yapmışlardır. Suçu ortak işledikleri için, suç ve suç ortakları bir bütün olarak düşünüldüğünde bunların her birinin sorumluluklarını ayırt etmeye ve bazılarını daha az bazılarını daha çok cezalandırmaya imkân yoktur. Bu sistem, "*suça bağlılık, cezada da bağlılığı gerektirir*" veya "*biri hepsi, hepsi biri için*" şeklinde formüle edilebilir.[1222] İslâm hukukunda iştirak halinde adam öldürme suçu için öngörülen ve çoğunluğa ait olan kısas cezası görüşünün bu üç sistemden eşitlik sistemine tekabül ettiği söylenebilir.

Kısas cezasının vaz edilmesindeki hikmetlere bir göz atıldığında, caydırıcılık, suçların önlenmesi gibi toplumsal hayatın huzurlu bir şekilde ilerlemesine vesile olacak maslahatların hedeflendiği müşahede edilir. Hukuken haklı bir nedene[1223] istinaden şekli eşitlikten maddi eşitliğe[1224] dönülerek, bir kişi karşılığında suça iştirak eden birden fazla kişinin öldürülebilmesi içtihadının tercih edilmesi halinde bunun makul olacağı ve kısasla gözetilen gayeleri gerçekleştirmekte daha etkili olacağı görülecektir. Hz. Ömer ve bir rivayette Hz.

[1220] Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/245.
[1221] Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, 19/8-9.
[1222] Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2/487-501.
[1223] Haklı neden ölçütü hakkında bk. Selda Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, (2012/3), 51, 63-64.
[1224] "*Anayasanın 10.ncu maddesi ile; özgül ayrım yasakları ve genel anlamda eşitlik ilkesi ele alınmıştır. Bu maddedeki eşitlik ilkesi; 1. Şekli Hukuki Eşitlik: Kanunların genel ve soyut nitelik taşıması yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanması, 2. Maddi Hukuki Eşitlik: Şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu.*." olmak üzere iki ayrı bölümde incelenmektedir. Başvuru kararı ve dava dilekçesi için bk. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/9?Donemler_id=2&EsasNo=2017%2F124&KararAramaRaporu=1&KararNo=2018%2F9, erişim tarihi: 31.01.2021, Anayasa Mahkemesi (AYM), Esas Sayısı: 2017/124, Karar Sayısı: 2018/9 (14.02.2018); Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 2000/21, K. 2000/16 (06.07.2000); Denizer Şanlı, "İki Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Eşitlik", *Ankara Barosu Dergisi*, 133-134.

Ali'nin de tercih ettikleri bu uygulamanın yerinde olduğu açıktır. Aksi takdirde cinayetlerin engellenerek toplum güvenliğinin korunması gibi kısastan beklenen amaçlar gerçekleşmemiş ve insanlar, öldürme suçunu işlemek üzere örgütlenmeye cesaretlendirilmiş hatta buna teşvik edilmiş olabilirler.

a.2. Müessir Fiillerde İştirak

Eşitlik mümkün olduğu sürece failin ve mağdurun tek kişi olduğu müessir fiillerde kısas uygulanabileceği noktasında oluşan görüş birliği, özellikle failin birden fazla olduğu olaylarda sağlanamamıştır. Bunun da en önemli sebebinin yine eşitlik meselesi olduğu görülür. Birden çok failin iştirak etmek suretiyle el kesmeleri örneğinde Mâlikî ve Şâfiî mezhepleri, kesilen bir ele karşılık iki ele (her bir failin eline) kısas yapılabileceğini savunmuşlardır. Hanefi ve Zâhiri ekolleri ise bir elden dolayı iki ele kısas yapılmasını doğru bulmamışlardır.[1225]

Hanefiler dâhil cumhur, iştirakle adam öldürme suçunda failleriin her birine kısas uygulanacağını kabul etmiştir. Ancak aynı durum müessir fiillerde söz konusu olmamıştır.[1226] Müessir fiillerde kısas, haksız fiile eşit karşılık vermektir, bu da suç ve cezanın eşit olmasını icap ettirir. Suç failinin tek olması halinde bunu gerçekleştirmek mümkün iken suç faillerinin birden fazla olmaları (*iştirâk*) halinde bu eşitliğin sağlanması mümkün değildir. Zira bu durumda yok edilen bir organa karşılık birden fazla organ yok edilmiş olacaktır. Ayrıca, öldürme tecezzi (*teb'îz*) kabul etmez iken organların telefi tecezzi kabul edebilmektedir. Öldürme suçunda her bir fail müstakillen kendisi öldürmüş gibi düşünülürken, müessir fiillerde, el örneğinde, sanki her bir fail, mağdurun elinin bir kısmını telef etmiş gibidir.[1227]

Organlarda sorumluların rolleri taksim edilebilir, her bir fail, aynı suçu müstakillen işlemiş gibidirler ama öldürme suçunda (*izhâku'n-nefs*) bu mümkün değildir, sanki hepsi beraber ve eşit surette öldürmüş gibidirler. Bu konuyu *Bedâi'*'de "*eşitliğin mümkün olmadığı hallerde kısas yapılamaması*" bahsinde konu edinen Kâsânî, bu ortak sonuçtan dolayı failleri ayrı ayrı kısas etmek, her bir suç failini suçu ayrı ayrı işlemiş gibi cezalandırmak olacağı için bu meseleyi, suç ve ceza dengesini bozmaktır diyerek izah eder.[1228] Ancak işlenen suç böyle bir nedenle cezasız kalamayacağı için kısasa bedel olarak, yok edilen organın değeri (erş) faillere eşit oranda tazmin ettirilir.[1229] Esasında Hanefi hukukçulara göre iştirak suretiyle

[1225] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/188; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-islâmî*, 57-58, 110-111.
[1226] Bu konu, eşitlik ve adaletin sağlanamadığı hallerde kısastan vaz geçilmesi, genel hükmünün özel bir istisnası mesabesindedir. Çünkü kısas yapılmamasının esas sebebi, eşitliğin temin edilememesidir.
[1227] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/29.
[1228] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/404; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/188; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/492.
[1229] Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/492.

adam öldürme suçunda da hüküm aynı olmalıdır, ancak genel ilkeye (kıyasa) istisna olarak, sahabe icmaı ve kamu yararı gözetildiği için istihsanen bu ayrıma gidilmiştir.

Yukarıdaki kuraldan hareketle Hanefilere göre, bir grup insanın (çete vb) birleşerek tek bir kişinin elini kesmeleri halinde fail durumundaki grup üyelerinin ellerine kısas yapılmaz. Failler mağdura elinin diyetini öderler. Çünkü "kesme fiili tecezzi eder" denildiği için her bir failin elin bir parçasını telef ettiği düşünülür. Şu durumda her bir suçluya kısas yapılamaz.[1230] Kısas yapılması eşitliğe aykırıdır; şöyle ki, suçlular elin tamamını değil sadece bir kısmını telef etmişlerdir, mağdurun elinin bir kısmına karşılık faillerin ellerinin bütününe kısas yapılması eşitsizliktir.

Kâsânî'nin izahına göre iştirak halinde bir el ile iki el arasında "zat", "menfaat" ve "fiil" itibarıyla her üç açıdan da eşitlik yoktur. "Zati eşitlik" ile kast edilen fiziki ve somut eşitliktir, iki el ile bir el olarak eşit değildir. Vasıfta eşit olmadıkları için sağlam el felçli ele karşılık kısas edilemiyor ise bir ele karşılık iki ele kısas yapılamaması, sayısal anlamdaki somut eşitsizlikten dolayı evleviyetle sabittir. "Menfaat eşitliği"nden kast edilen de elin işlevsellik durumudur. Birçok iş ancak iki elle yapılabilir, iki elin fonksiyonu tek elin fonksiyonundan daha çoktur. "Fiil"de eşitsizlik denince de suçun işlenişi sürecindeki icra hareketleri kast edilmektedir. İki fail bir kişinin elini kestiklerinde ikisi de elin tamamını değil ancak bir kısmını kesmişlerdir. Şu halde mağdurun bir eline karşılık faillerin ikisinin de birer elinin tamamen kesilmesi fiilde/icra hareketlerinde eşitsizliktir. Bir elin tamamını kesmek, bir kısmını kesmekten daha çoktur. Oysa organlarda kısas konusu eşitliğe mebnidir.[1231]

Hanefiler hariç çoğunlua göre iştirak halinde, cezalandırma açısından en önemli kriter, failin suçun icrasındaki rolü ve payıdır; buna göre, birden fazla asli faili olan müessir fiil suçlarında belirli şartlar çerçevesinde faillerin her birine kısas cezası uygulanabilir. Faillerin suçun icrasına doğrudan katılmış olmaları, yani suçu başından sonuna kadar beraber işlemiş olmaları ve meydana gelen sonuç üzerindeki etkilerinin ne oranda olduğunun tespit ve temyiz edilemeyecek düzeyde ortak olması gibi durumlar sözü geçen şartlardan sayılır. Faillerin elin kesilmesini gerektirecek şekilde hırsızlık suçunda şahitlik yapıp sonra şahitlikten dönmeleri, birden çok mükrihin bir mükrehe bir şahsın elini kestirtmesi, birden çok kişinin ağır bir cismi mağdurun üzerine atarak elini koparmaları, birden çok şahsın kesici bir aleti mağdurun eline koyarak ortak hareket ettirmeleri neticesinde elinin kesilmesi gibi olaylar, faillerin

[1230] Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/179-180.
[1231] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/404.

hareketlerinin temyiz edilemediği olaylara örnektirler. Bu durumda kısas olarak faillerin her birine ayrı ayrı el kesme cezası uygulanır.[1232]

Müessir fiil suçuna asli fail olarak iştirak eden faillerden her birinin mağdur üzerinde meydana gelen değişiklikteki etkisi ve payı birbirinden ayırt edilebiliyorsa o zaman her bir fail kendi işlemiş olduğu suçtan sorumlu olur ve ona göre bir ceza takdir edilir.[1233]

Şâfiî mezhebinde iştirak suretiyle işlenen müessir fiiller, öldürme suçundaki iştirake kıyas edilmiş, ikisi aynı değelendirilmiştir. Buna göre, vücut bütünlüğüne yönelik bir suça iştirak eden her faile kısas cezası uygulanabilmektedir. Örneğin birkaç kişi birisinin elini kesmek üzere birleşip bıçağı mağdurun elinin (alt veya üst) üzerine koyarlar ve uyguladıkları ortak kuvvetle tek hamlede eli koparırlarsa herbirinin eli kısasla kesilir. Şayet böyle değil de faillerden biri bıçağı elin bir tarafına öbürü de diğer tarafına koyup iki alet karşılaşacak şekilde kesseler yahut faillerden birisi elin bir kısmını kesse diğeri de eli vücuttan ayırsa/koparsa her iki faile de kısas uygulanmaz. Zira suç ortaklarının hareket ve neticelerinin ayırt (*temeyyüz*) edilebildiği durumlarda, her bir fail eli tümden kendisi kesmiştir veya elin komple kesilmesine iştirak etmiştir denilemeyeceği için tüm faillere kısas uygulanmaz. Elin telef edilmesi sırasındaki etkilerine uygun olarak her bir suçluya hükûmet-i adl takdir edilir, ancak iki kişiye yaptırılacak bu ödeme bir diyet miktarına eşit olacak şekilde ayarlanmalıdır. Zayıf da olsa mezhepte nakledilen diğer bir bir kavle göre ise, her bir failin verdiği zarar tespit edilebiliyorsa o kadar eli kesilir.[1234]

Hz. Ali, iki kişinin yaptığı şahitliğe istinaden bir hırsızın elini kesmişti. Aynı iki kişi daha sonra "*biz yanılmışız, asıl hırsız buymuş!*" diyerek başka bir adamı getirdiler. Bunun üzerine Hz. Ali onlara "*Sizin şahitliğinize dayanarak önceki olayda hırsızın elini kesmiştik. Şimdiki şahitliğinizi ise size güvenmediğim için kabul etmiyorum. Önceki hırsızlık olayında eli kesilen kişinin diyetini ödemeniz gerekiyor. Şayet bu işte kasıtlı olduğunuzu bilsem elini kestiğim adamın (bir) eline karşılık sizin ikinizin de aynı eline kısas yapardım*."[1235] demiştir. O'nun bu sözüne dayanarak İmam Şafiî "mağdurun bir eline karşılık iki failin de elleri kesilebilir" demiştir. Hz. Ali'nin bu içtihadı üzerinde sahabe icması (*sükûtî*) gerçekleşmiş

[1232] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/293.
[1233] Mâverdî, *el-Hâvî*, 12/31-32; Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/492.
[1234] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/178-179; Serahsi, *el-Mebsût*, 26/ 137; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/293.
[1235] Abdürrezzak, *el-Musannef*, 10/88, (No. 18460); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 21/237-238, (No. 21234). Şafiî mezhebinde kısas cezası infaz edildikten sonra şahitliklerinden rucû' eden tanıkların, kısas cezasına mahkûm edilmelerinin delili de aynı rivayettir. Mezhepte, tesebbüben katlin de kısas gerektirdiği fikri kabul edilmiştir. Bu durumda Hanefiler, ölüme sebebiyet verdikleri için şahitlerin diyet ödemesine hükmetmişlerdir. Bk. Beyhakî, *Hilâfiyyat*, 7/498; Râfiî, *el-Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/129; İbn Rif'a, *Kifâyetü'n-nebîh*, 15/253; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/169, 26/181.

olduğu iddiası Şâfiîlerin diğer bir dayanağıdır. Ayrıca "tabi olan şey metbû'un (*asl*) hükmünü alır" kuralına göre de, organlar nefse/cana tabidir. Mademki bir topluluk bir kişiyi öldürünce hepsine kısas yapılabilmektedir, öyleyse iştirak halinde bir kişinin elini telef eden faillerin hepsinin ellerine kısas yapılabilmelidir. Hanefilere göre, Hz. Ali'nin bu içtihadı siyâset-i şer'iyye gereğidir, devlet başkanı vasfıyla yaptığı bir tasarruf olduğu için delil teşkil etmez, bağlayıcı değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere organlarda kısas eşitliğe bağlı olup bir el ile birden çok el arasında eşitlik yoktur.[1236]

b. Suçların İçtimâ'ı Halinde Kısas Cezası ve Eşitlik

İştirak halinde birden çok failin tek suçta birleşmesi gündemde iken içtimada fail tek kişidir. Aynı kişi, kanunun bir veya birden çok hükmünü tek veya birden çok fiille ihlal etmiş olmaktadır.[1237] 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu (TCK), suçların içtimaı açısından "*Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır.*" şeklinde ifade edilen gerçek içtima kuralını benimsemiştir.[1238]

b.1. İnsan Öldürme Suçunda İçtima'

Bir kişinin birden çok kişiyi öldürmesi halinde faile kısas yapılacağı konusunda görüş ayrılığı yoktur. İhtilaf, kısas cezasının yeterli olup olmayacağı üzerindedir.[1239] Kısasa ek olarak diyet ödenip ödenmmeyeceği, diyet ödenecekse kimler için hangi durumda ödeneceği üzerinde çeşitli tartışmalar yürütülmüştür.

Hanefi mezhebine göre, seri cinayetler gibi, toplu cinayet gibi birden çok kişiyi öldüren faile, katlettiği kişilerin hepsine karşılık kısas yapılır ve bununla yetinilir, failin üstlenmesi gereken diyet gibi herhangi bir ek maddi bedel yoktur. Katile kısas yapıldığında bütün maktul yakınları haklarını tam olarak almış kabul edilir. Çünkü canın çıkması (*izhâku'n-nefs*) tecezzi etmez. Ayrıca kısas konusunda eşitlik denince canın çıkmasında eşitlik anlaşılır. Organların aksine nefse taalluk eden kısas cezasında eşitlik sakıt olduğu için yetişkin bir insan öldürdüğü bebeğe karşılık, sağlıklı gözlere sahip bir katil öldürdüğü âmâ kişiye karşılık kısas

---

[1236] Mâverdî, *el-Hâvî*, 12/32; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/398; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/69; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/404-405.

[1237] Bileşik suç: a. Zincirleme Suç, Madde 43. - (1) *Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi* durumunda, *bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.* (2) *Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.* (3) *Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.* b. Fikrî İçtima, Madde 44. - (1) *İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.* Bk. *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)*.

[1238] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 535.

[1239] Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 288.

edilebilir.[1240] Zenginle fakir, hasta ile sağlıklı arasında kısas yapılabilmesi de can konusunda niteliksel eşitliğe itibar edilmemesi sebebiyledir.[1241] Hanefi ekolünün bu içtihadına göre niceliksel/sayısal eşitlik de bu kapsamda değerlendirilerek dikkate alınmamıştır.

İmam Şafiî, katilin tek canının, öldürdüğü birden çok kişinin canlarına eşit olamayacağı düşüncesinden hareketle katile sadece kısas yapılmakla iktifa olunamaz, demektedir. Bu nedenle katil, öldürdüğü ilk kişi için kısas cezasına çarptırılır, diğerlerinin de diyetini öder. Eğer öldürdüğü ilk kişinin kim olduğu tespit edilemiyorsa maktullerden hangisi namına kısas edileceğini tayin etmek üzere kura çekilir; kura kime çıktıysa onun namına kısas uygulanırken diğer maktullerin her biri için ise diyet ödemesine hükmedilir. İkinci bir kavle göre ise, suçlu muayyen bir kişi namına değil maktullerden rastgele biri için kısas edilir. Geriye kalan maktuller için alınacak diyet de tamamı arasında taksim edilir.[1242] Böylece kısasla tam olarak gerçekleştirilemeyen eşitlik, diyetle telafi edilmek istenmiş gibidir.

İki veya daha fazla kişiyi tek bir fiille veya farklı zamanlarda öldüren faile kısas uygulanması noktasında maktul yakınları ittifak ederlerse kısas uygulanır, Maktul yakınlarının böyle bir hakkı vardır. Bu durum, bir kölenin taksirle (*hataen*) birden fazla köleyi öldürmesi durumuna benzer; öldürülen kölelerin yakınlarının katil köleyi almaya razı olmaları gibidir. Sağlam ele sahip mağdurun, felçli bir elin kısas yapılmasına razı olması olayında da aynı benzerlik söz konusudur. Hepsinde, mağdurlar haklarının tamamını almaları mümkün olmadığı için haklarının bir kısmından fedakârlık ederek kısası ifa etmeye razı olmuşlardır. Ama maktul yakınları, aralarında ittifak edemeyip bir kısmı kısas bir kısmı da diyet isterlerse bu da kabul edilir. Birden fazla maktul var ve maktul yakınları kısas konusunda birbirleriyle çekişmeye girdilerse, tespit edilebiliyorsa öncelik tanınarak ilk öldürülen kişi için kısas yapılır. Cezanın infazıyla birlikte ortada kısas mahalli kalmadığı için diğer maktul yakınlarının hakkı diyete teayyün etmiş olur.[1243]

[1240] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/127; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/262-263, 387; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, 116-119.

[1241] Mal hükmünde olmaları hasebiyle kısas açısından organlarda (*mâ dûne'n-nefs*) vasıfta eşitlik şarttır. Mağdurun felçli eline karşılık suçlunun sağlam eline kısas yapılamaması bu kabulden dolayıdır. Elin büyük veya küçük olması bir vasıf değildir. Suçlunun elinin çolak olup mağdurun elinin sağlam olması gibi tam tersi bir durum sözkonusu ise mağdur muhayyerdir, telef edilen eline karşılık ister kısas yapar isterse elinin diyetini alır. Aynı fonksiyonu icra eden organlarda organın boyutuna, gücüne vb itibar edilmez. Örneğin dişlerde büyük ve küçük kriteri yoktur, boyutlarına bakılmaksızın konumları (numaraları) aynı olan dişler arasında kısas yapılır. Bk. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30-32; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/175.

[1242] Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/175; Bilmen, *Kâmûs*, 3/111; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/138-139.

[1243] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/541.

b.2. Müessir Fiillerde İçtima'

Fail, birden fazla kişinin farklı organlarını telef etmişse diğer bir ifade ile hakiki içtima oluştuğunda, failin aynı organları ayrı ayrı kısas edilir. Aynı şekilde bir kişi, iki farklı kişiden birinin sağ elini, diğerinin sol elini kesse yahut tek bir kişinin hem sağ hem sol elini kesse, telef ettiği sağ ve sol ellere karşılık failin her iki eline de kısas yapılır.[1244]

Ancak, birden fazla kişinin aynı organlarını yok eden kimsenin kısasa konu olan tek bir organı mevcut olduğundan bu durumda kendisine nasıl kısas yapılacağı mezhepler arasında ihtilaf konusu olmuştur.

Ebû Hanîfe'ye göre, mağdurların tamamı kısas isterse faile kısas uygulanır. Ancak telef edilen birden fazla organa karşılık tek bir organ kısas edilebileceği için suç ve ceza dengesi sağlanamamış olur. Bu durumda mağdurların hakları mali bedele dönüşür ve kendilerine kısas edilemeyen organlarının erşi ödenir.[1245]

Ahmed b. Hanbel'e göre, mağdurların bir kısmı kısas diğer bir kısmı da tazminat isterse o zaman tazminat talep edenlerin hakları saklı kalmak üzere kısas isteyenler için faile kısas uygulanır.

İster belli bir zaman aralığı ile (*müteâkıben*) olsun isterse de aynı anda olsun iki kişinin sağ elini kesen fail hakkında Hanefiler, mağdurlar beraber davacı olmuşlarsa mağdurların bir eline karşılık failin sağ elinin kısas olarak kesilmesi gerektiğine, mağdurların diğer eline karşılık olarak da suçlunun diyet ödemesine hükmetmişlerdir. Mağdurlar diyet bedelini kendi aralarında yarı yarıya paylaşacaklardır. Şafiîlerin aksine, mağdurlardan birinin elinin önce kesilmesi ile kısas, sadece ilk telef edilen el lehine taayyün etmiştir, sonradan kesilen elin kısas alacağı iptal olmuş ve diyete dönüşmüştür, denemez. Hanefilerde her iki el lehine kısas hakkı eşit şekilde sabit olmuş kabul edilir. Çünkü sebepte (iki mağdurun da sağ elinin kesilmesi) eşitlik, istihkakta da (kısas isteme hakkında) eşitliği gerektirir.[1246] Mağdurlardan birinin eline karşılık kısas, diğerinin eline karşılık diyet tercihinde bulunma imkânı da yoktur. Çünkü ikisi de sağ ellerini kaybetmekle kısas isteme konusunda eşittirler, ancak ortada suçluya ait tek bir sağ el vardır. Tek sağ ele kısas yapıldığında mağdurlar, haklarının ancak yarısını almış sayılacaklardır. Eşitliğin temin edilebilmesi için diğer yarısı hakkında diyete hükmedilmesi zorunlu olmuştur.

[1244] Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/180; Bilmen, *Kâmûs*, 3/109.
[1245] Dağcı, "Kısâs", *DİA*, 25/493.
[1246] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/405; Mevsılî, *el-İhtiyar*, 5/29, 31.

Aynı olayda imam Şafiî, içtima ile öldürme halindeki kuralını burada da değiştirmeden sürdürmüştür. Fail iki kişinin sağ elini farklı zamanlarda kesmişse, suçlunun sağ eli ilk mağdur hakkında teayyün eder, buna bağlı olarak ilk mağdurun sağ eli için suçlunun sağ eline kısas yapılır, ikinci kişinin sağ eli için de suçlu elin diyetini öder. Mağdurların ellerini aynı anda (*ictimâ'*) kesmiş ise, suçlunun kısas edilecek eli mağdurlardan birisi için taayyün etmediği için hangisinin eline karşılık kısas yapılacağını belirlemek üzere kura çekilir, kura sonucuna göre birinin eli için kısas yapılır, diğerinin eli için de fail diyet öder, demiştir.[1247] Şâfiî'nin yaklaşımımda, suçlunun sağ eli ilk kestiği sağ ele eşittir ve onun karşılığı olarak teayyün etmiştir. Sanki ikinci kişinin eli için suçluda kısas yapılacak sağ el (*hükmen*) kalmamıştır. Sol el sağ ele eşit değildir. Doğal olarak ceza kısastan diyete dönüşmüştür.

Her iki ekolün yaklaşımında ortak nokta, suçlunun bir eline uygulanacak olan kısas cezası, mağdurların iki elinin tam karşılığı değildir, kısas edilecek bir el, iki elin hakkını birden ödemez.

c. Kasâme Uygulaması ve Eşitlik

Kasâme, asıl amacı diyet sorumluluğunu belirlemek olan bir yemin çeşididir. Hanefilere göre bu yemin, bir tür ıstıshâb niteliğinde olup cinayetin işlendiği bölge ahalisinden elli erkek tarafından suçu işlemediklerine (*nefy/def'*) dair yapılır. Cumhura göre ise bu özel yemin, ellerinde suçu ispatlayacak yeterli delilleri bulunmayan maktul yakınları tarafından suçun ve cinayeti işleyen suçlunun kim olduğunu ispat etmek (*istihkâk*) üzere yapılır.[1248]

Kasâme konusunda da kişilerin hukuki durumlarına göre farklı içtihatlar söz konusu olmuştur. Fakihlerin çoğunluğuna göre öldürülen kimsenin can dokunulmazlığına (*ismet/ma'sûmü'd-dem*) sahip bulunması yeterli olup köle, zimmi veya deli gibi belli konularda ehliyeti kısıtlı kimselerden olması kasâmeye engel teşkil etmez. Konuyla ilgili sünnet verileri mutlak olduğu için İmam Ebû Hanîfe ve imam Muhammed'e göre kadın, erkek, akıllı, deli, çocuk, ergen ayrımı da yoktur.[1249] Dolayısıyla bu çoğunluk, işlenen hiçbir suçun cezasız kalmaması için maktulün konumuna bakmaksızın hukukun kişiler açısından eşit bir şekilde uygulanacağı kanaatine sahip olmuşlardır.

[1247] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/405.
[1248] Mevsılî, *el-İhtiyar*, 5/55; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/375; Bardakoğlu, "Kasâme", *DİA*, 24/529. Istıshâbın berâet-i zimmet anlamında, bir sorumluluğun, yükün def' edilmesi olarak kullanıldıldığı konusunda bk., İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 7/340-341.
[1249] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/381; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/506-507; Bardakoğlu, "Kasâme", *DİA*, 24/529.

Çoğunluğun görüşü böyle olmakla beraber bazı fakihler, din ve hürriyet farkına göre haklarında kasame yapılmasına gerek görülmeyen kişiler olabileceğini söylemişlerdir.

Mâlikiler, hem din hem hürriyet farkına itibar ederek maktulün köle veya gayrimüslim olması durumunda kasâmeyi caiz görmezken; İbn Şihâb ez-Zührî, Süfyân es-Sevrî, Evzâ'î, Hanefilerden Ebû Yûsuf ve İbâzıyye mezhebi ise sadece hürriyet farkını dikkate alarak maktulün köle olması halinde kasâmeyi gerekli görmezler.[1250] Bu görüşü dile getiren hukukçular, hukuki konumları dolayısıyla köle ve gayrimüslim için kasâme usulüne başvurulmayacağını söylemişlerdir. Fakat bu, zimmiyi katleden kişilerin cezalandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim Mâlikî mezhebinde, zimminin katiline diyet sorumluluğu yüklenmiş, darp ve hapis gibi ta'zîr cezaları öngörülmüştür.

Ebû Yûsuf'a göre, köle için kasâme yapılmaz, diyet de ödenmez. Kölenin âdemiyyet yönü değil mâlî yönü esas alınır. Mal olarak değerlendirildiği için kölenin canına veya vücuduna hataen verilen zararın tazmin edilmesi gerekir. Nitekim köle hataen öldürülürse, tam diyetle bir oranlama yapılmaksızın değeri ne kadarsa (*bâliğan ma belağ*) eksiltme olmaksızın ödenir. Mal (*behîme*) hükmünde olduğu için maktul kölenin değerini akile değil, tazmin sorumlusu kişiler öder, demektedir.[1251]

Din farkı ve ölen kişinin cesedinin bulunduğu yerin Müslümanlara ya da gayrimüslimlere ait bir belde olması kasame sorumluluğuna engel değildir. Hz. Peygamber, Hayber halkına ait bir kuyuda cesedi bulunan Abdullah b. Sehl (r.a.) için Yahudilerden kasâme yapmalarını istemiştir.[1252] Bu olayla ilgili rivayette Hz. Peygamber'den kasâme ve diyetle ilgili sadır olan hüküm mutlaktır, herhangi bir açıklayıcı ifade yoktur. Kişilerin durumuna göre hükmün değişeceğini gerektiren bir durum olup da Hz. Peygamberin bunu beyan etmeden susması düşünülemez.[1253]

4. Failin Özel Durumuna Göre Kısas Cezası ve Eşitlik

a. Akrabalık İlişkisine Göre Kısas Cezası ve Eşitlik

İslâm hukukçuları, akrabalık bağını kısasa engel kabul ederek, bunun şahsi cezasızlık hali sayılacağı üzerinde durmuşlardır. Şahsi cezasızlık sebepleri, unsurlar dışında kalan

[1250] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/507; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 229; *el-Mevsûatü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 33/171-172; Bardakoğlu, "Kasâme", *DİA*, 24/529.
[1251] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/381.
[1252] Buhârî, "Diyât", 22; Müslim, "Ḳasâme", 1; Tirmizî, "Diyât", 23 (No. 1422); Ebû Dâvûd, "Diyât", 8 (No. 4520, 4521).
[1253] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/375, 381.

hususlar arasında zikredilmektedir.[1254] Akrabalık ilişkisinde özellikle usûl-fürû bakımından bir mülkiyet bağı söz konusu olabilir, usûl ve fürû hatta bazı fakihlerce karı-koca arasında da var olabileceği düşünülen bu mülkiyet bağı, kısasın uygulanması konusunda bir şüphe meydana getirmekte olup bu şüphenin, cezaları düşüreceği düşünülmektedir.

Akrabalık ilişkisinin cezaya etkisi, usûl-fürû ilişkisine göre kısas ve karı koca arasında kısas şeklinde taksim edilerek iki alt başlıkta incelenecektir.

a.1.Öldürme Suçunda

Usul-fürû ilişkisine göre kısas cezası. Usûl-fürû arasında kısas cezası denince akla, anne baba ve çocuklar arasında kısas uygulaması gelmektedir. Genel kanaat, füru'una karşı öldürme suçu işleyen anne ve babaya kısas cezası verilmeyeceği yönündedir. Usûlün füru'unu öldürmesi halinde çoğunluğa göre neden kısas cereyan etmediği hususu, eşitlik yönünden ele alınması gereken bir meseledir. Zira kısasın en temel unsuru olan "*cana can*" genel ilkesinden, dolayısıyla cezaların genelliği kuralından burada neden vazgeçildiği eşitlik ilkesini ilgilendiriyor olmalıdır.

Konuyla ilgili gündeme getirilen görüşler üç maddede derlenebilir: İlki, çoğunluğun görüşüdür; füru'unu katleden usule kısas uygulanmaz. İkincisi, İbn Nâfi', İbn Abdilhakem ve İbn Münzir gibi âlimlere ait olup usûl-fürû ilişkisine bakılmaksızın faillere kısas uygulanacağı görüşüdür. Zira, ayetlerin zahiri iki hür kişi arasında mutlak kısası gerektirmektedir, usûl-fürû arasındaki kısas hükmü iki yabancıdan farklı değildir. Üçüncü görüş, Mâlikîlere aittir; normal şartlarda cumhur gibi düşünen imam Mâlik, cumhurun görüşüne bir istisna getirmiştir, anne ve babanın te'dip yetkisini aşan vahşice (*ğîleten*) öldürmelerinde kısas yapılır demektedir. Çünkü böylesi bir öldürmede, şüphe götürmez bir şekilde kasıt/amd unsuru belirginleşmiştir.[1255]

Klasik ve modern dönem fıkıh eserlerinde maktulün katilin bir cüz'ü olması durumunun, kısas manileri arasında incelendiği görülür.[1256] Buna *şahsi cezasızlık hali* de denilmekte olup kısas uygulamasına getirilen önemli sınırlamalardan birisidir.[1257] Çocuğunu öldüren anne ve babaya kısas verilmemesinin en önemli gerekçesi, bu konudaki rivayetlerdir. Konuyla ilgili haberlerin bu manaya delaletleri fukaha nezdinde sarihtir. İlgili hadislerin delaletlerinin açık olmadığı varsayılsa bile, anne ve babanın çocuk üzerinde hakiki manada

[1254] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 591; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 235, 241-242.
[1255] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/285.
[1256] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/115.
[1257] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 125; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 31.

sabit olmuş bir mülkiyeti yoksa da çocuğun onlara aidiyetinden bahsedilir. Yani kesin olmasa da aralarında bir mülkiyet ilişkisi vardır. Usûl-fürû arasındaki mülkiyet ilişkisinden kaynaklanan bu şüphe sebebiyle kısas cezası düşer.[1258]

Cüz'iyyet bağı bir kısas manisidir, bu konuda çocuğunu öldüren anne ve babanın din ve hürriyet yönünden çocuğa eşit olması da gerekmez. Kâfir bir babanın Müslüman çocuğunu öldürmesi halinde veya köle bir babanın hür çocuğunu öldürmesi halinde, babanın din ve hürriyet açısından çocuktan farklı olması, durumu değiştirmez. Babalık şerefinden ötürü kendisine kısas yapılmaz. Zira babalıktan gelen şeref ve üstünlük kişide herhalükarda mevcuttur.[1259] Dolayısıyla katil olan baba gayrimüslim, maktul olan çocuk Müslüman ise, çocuğun dini üstünlüğünden dolayı babaya kısas yapılır denemez.

Mâlikiler dışındaki çoğunluğa göre kısas cezasının uygulanması için gereken koşullardan birisi, fail ile mağdur arasında usul ve füru ilişkisi olmamasıdır. Bir başka deyişle maktul, katilin bir cüz'ü olmamalıdır.[1260] Çocuk anne ve babanın bir cüz'ü sayılır, çocuğunu öldüren babanın kısas edilemeyeceği ile ilgili hadislerde[1261] sadece "baba/*vâlid*" kelimesinin zikredilmesi nedeniyle hüküm babayla mukayyet olmaz, baba (dede dahil) ile anne de (nine dahil) bu konuda eşit kabul edilirler.[1262] Bu itibarla Ebû Hanîfe, Şâfiî ve Ahmet b. Hanbel'e göre, kasıtlı bir şekilde fürûundan birini öldüren veya müessir fiilde bulunan usûle kısas cezası gerekmemektedir. Bu şart, usulün fürûa karşı suç işlemesi halinde geçerli olup fürû'un usûle karşı suç işlemesi halinde geçerli değildir. Örneğin oğlunu kasten öldüren babaya kısas uygulanmaz. Bu konuda hüküm açısından, babanın babası olan dede, annenin babası olan dede ve daha yukarıdaki dedeler de aynen baba hükmündedirler.[1263] Ahmed b. Hanbel'in anneyi istisna ederek, çocuğunu öldüren anneye kısas yapılır dediğine dair görüşün zayıf olup mezhepte muteber olmadığı belirtilmiştir.[1264] Ûdeh, evladına karşı şefkati ve merhameti dolayısıyla annenin, bu hadis kapsamına dahil edilerek kısas edilmemesi evleviyet gereğidir, der.[1265]

[1258] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/285; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 9; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/115. Hadiste geçen "**أنت ومالك لأبيك** *Sen ve malın babana aitsiniz*" ifadesindeki izafetin mülkiyet ifade edebileceği çıkarımına binaen çocuk ile anne ve babası arasında şüpheli de olsa bir mülkiyet bağı olduğundan bahsedilmiştir.
[1259] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/286; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/117.
[1260] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/241; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 376-378.
[1261] Ahmet b. Hanbel, *el-Müsned*, 6/385 (No. 6902), 6/443 (No. 7001); İbn Mace, "Ticârât" 64 (No. 2282-2283). Bu konuda bir diğer hadis (**لا يقاد الوالد بالولد**) için bk. Tirmizî, "Diyât" 9 (No. 1320).
[1262] Şeybânî, *el-Asl*, 6/575-576; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/285-286; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/115-116.
[1263] Şeybânî, *el-Asl*, 6/575-576; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/241; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/534-535.
[1264] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/286.
[1265] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/116.

Çoğunluğun bu görüşü benimsemesinin gerekçesi babanın evladı karşılığında kısas edilmeyeceğini bildiren "*Mescitlerde had uygulanmaz, anne ve baba da çocuğu karşılığında kısas edilmez*"[1266] hadisidir. Zikredilen bu ve benzeri rivayetler "*Öldürülen kimseler için kısas size farz kılınmıştır*" (el-Bakara 2/178) ayetinin mutlak hükmünü takyit ederek daraltmış ve babayı (*usûl*) ayetteki genel hükümden istisna etmiştir. Hanefi eserlerde sözkonusu daraltma, Tâcüşşerî'a'ya göre tahsis suretiyle olmuştur, Pezdevî'ye göre ise burda tahsisten ziyade nesh gerçekleşmiştir. İbn Hümâm, bu tartışmada Pezdevî'den yana tavır almıştır.[1267]

"*Sen ve malın babana aitsiniz*"[1268] hadisindeki izâfet sîğasına göre, çocuğun babasına ait olduğuna işaretle, babayla çocuğu arasındaki mülkiyet bağının kısas manisi olduğuna işaret edilir. Bu mülkiyet bağı, kısasa mani olma hususunda, efendi ile kölesi arasındaki mülkiyet bağı gibi bir işlev görür. Hz. Ömer'in hilafeti döneminde kendi oğlunu kasden öldüren baba hakkında kısasa hükmetmeyip diyete hükmetmiş olması da sahabe uygulamasından bir delil olarak zikredilir.[1269]

Ebû Hanîfe, anne-baba ve vasînin çocuk üzerindeki te'dîb yetkilerine dayanarak vurup öldürmeleri halinde de, babanın (vasî dâhil) aynı hükme tabi tutularak diyetle sorumlu tutulacaklarını belirtir. Çünkü te'dîb edici fiil, terbiye ve disipline edilmek istenen kişinin hayatta kalmasını gerektirir. Te'dîb edici fiilin sirayetiyle sonuçta ölüm gerçekleşmişse bu fiilin "te'dîb" değil "katl" olduğuna hükmedilir. Oysa ne valideyn ne de vasî, te'dîb kapsamında, çocuk üzerinde katle izinli/yetkili değildir, dolayısıyla meşru sınır aşılmıştır. İmâmeyn ise çocukları üzerinde vâlideynin te'dîb yetkisi bulunmasından hareketle, anne-baba veya vasînin izinli oldukları bir fiil neticesinde ölüm gerçekleşmişse, tazminle (*diyet*) sorumlu olmayacaklarını söylemişlerdir. Bu durum, devlet başkanının ta'zîr cezası uyguladığı kişinin ölmesi gibidir.[1270] Hukuk düzeninin anne ve babaya verdiği hak ve yetkiler çerçevesinde bu

---

[1266] Ahmed, *el-Müsned*, 1/207 (No. 98), 1/229 (No. 147); Tirmizi, "Diyât", 9 (No. 1320); Dârekutnî, "el-Hudûd ve'd-diyât", 4/168 (No. 3277), 4/171 (No. 3280); Abdürezzâk, *el-Musannef*, 7/440 (No. 13810); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/126 (No. 16140); a.mlf., *el-Hilâfiyyât*, 7/24 (No. 4877); İbn Kesîr, *Müsnedü'l-Fârûk*, "Cinâyât, 2/250 (No. 586)

[1267] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/220-221; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/200.

[1268] Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 6/385 (No. 6902); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 4/516-517 (No. 22694, 22700, 22707-22708), 7/294 (No. 36214-36215, 36217); İbn Mâce, "Ticârât" 64 (No. 2291-2292); İbn Hibbân, *Sahîh*, 2/142 (No. 410), 10/74 (No. 4262); Beyhakî, *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 1/166 (No. 263), 11/296 (No. 15573), 11/300 (No. 15597), 12/158 (No. 16297).

[1269] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/91. Hz. Ömer, bu olayda ağırlaştırılmış diyete hükmetmiş ve sahabeden bir itirazla karşılaşmamıştır. Bk. İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/95. Kılıçla oğlunun boynunu vuran kişi hakkındaki dava Hz. Ömer'e iletilince "*Eğer Hz. Peygamber'in 'Çocuğu sebebiyle babaya kısas olunmaz' dediğini işitmeseydim kesinlikle sana kısas yapardım*" dediği nakledilmiştir. Bk. İbn Kesîr, *Müsnedü'l-Fârûk*, "Cinâyât, 2/250 (No. 587).

[1270] Behnesi, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 115-116.

durum, genelde hakkın kullanılması özelde ise te'dib hakkının kullanılması şeklinde bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülmüştür.[1271]

İmam Mâlik, normal şartlarda anne ve babalığın kısas uygulanmasına mani olacağı görüşünü benimsemiştir. Ancak bir istisna olarak, anne veya babanın çocuğu doğrudan yere yatırıp hunharca kesmesi veya kılıçla boynunu vurması gibi öldürmedeki azim ve kararlılıklarını ortaya koyan durumlarda, fürû'unu öldüren usûle kısas uygulanacağını söyler. Bu durumda anne ya da baba te'dîb yetkilerini (*irâde*) aşmış sayılacaklarından, kendilerinin bu cinayeti kasıtlı olarak gerçekleştirdiklerinde herhangi bir şüphe kalmaz.[1272] Mâlikîlerde bu kararlılık şu örnekle tasavvur edilir; onlara göre ana veya babanın mesela çocuğu yanı üzere yatırıp kesmesi gibi öldürmedeki kasdı şüphe doğurmayacak kadar açıksa öldürdüğü çocuğuna karşılık kendilerine kısas uygulanabilir yoksa uygulanmaz.[1273] Ancak babanın maksadı çocuğunu te'dib etmek ise, babaya çocuğunu (sopayla, demirle vb) öldürmesi sebebiyle kısas uygulanmaz.[1274] Şu halde, gerek Hz. Ömer'in uygulaması gerekse de cumhurun mutlak olarak amel ettiği aynı hadisle imam Mâlik, mutlak değil tafsilatlandırarak amel etmiş bulunmaktadır.[1275] Özetle İmâm Mâlike göre, bıçakla kesmek gibi mahza kasdın bulunması halinde kısas uygulanırken te'dip ve kasıtta şüphe ihtimallerinin varlığı halinde kısas sakıt olur, ağırlaştırılmış diyet gerekir.[1276] Mâlikîlerde üst soyun altsoyuna karşı yaptığı doğrudan öldürücü hareketler dışındaki müdâhalelerin hukuka uygunluk olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür.

"*Ğîyle*"[1277] unsuru olduğunda Mâlikîlerin maslahat sebebiyle normal hükümden udûl ederek kısasa hükmetmeleri bilinen bir durumdur. Zimmiyi öldüren Müslümana kısas uygulanmaması mezhepte benimsenen esas görüşken, cinayetin "*ğîyleten*" olması durumunda meselenin hırâbeye dâhil edilerek kısas yapılması önemli bir reflekstir. Mâlikîlerin, üst soyun vahşice öldürmesini de "*ğîyle*" gurubuna dâhil etmeleri de buna diğer bir örnektir.

Hanefi fakih Kâsânî, bu meseleyi her zaman ve herkes için geçerli olmasa da babalık ve evlatlık duygularına çoğunlukla hâkim olan bir takım saikler ve bazı psikolojik gerekçelerle

---

[1271] Vatansever Öztürk, "Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri", 394-395.
[1272] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid,* 4/183; Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr/Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/267; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/285.
[1273] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid,* 4/183; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/241; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/493.
[1274] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/285; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/117; Akyüz, "Ana Baba (Ebeveyn)", *DİA*, 3/103; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 31.
[1275] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* 1/95; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân,* 2/250-251.
[1276] İbn Cüzeyy, *el-Kâvânînü'l-fıkhiyye,* 569.
[1277] "قتله غيلة" terkibindeki "*ğıyleten*" kelimesinin manası, birinin gafletinden yararlanarak hile ve pusuyla öldürmek demektir. Özellikle malı için maktûlü yatırıp kesmek suretiyle öldürmek (قتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله) anlamındadır. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid,* 4/181.

izah etmiştir. Ona göre, babanın evladına karşı sevgisi ve şefkati sırf baba olması dolayısıyladır ve bu sevgi bir menfaat beklentisine dayanmaz. Anne ve baba çocuklarını karşılıksız sever ve onların yaşamasını ister. Oysa evladın babaya olan sevgisi bir beklenti ve bir menfaat sebebiyle olabilir hatta evlat, babasından gelecek olan bir menfaate kavuşması,[1278] babasının sağ olması sebebiyle engellendiği için icabında babasını öldürmeye kalkışabilir. Kısasın emredilmesi, insanları başkasını öldürmekten vazgeçirmek ve korkutmak içindir. Çocuğun anne ve babasını öldürmekten korkutulmaya ve engellenmeye olan ihtiyacı anne veya babaya göre daha fazladır. Anne ve babanın da çocuğunu öldürme konusunda korkutulmaya, caydırılmaya ihtiyaçları olsa da çocuklara nispetle bu daha azdır. Bu, onların fıtratları gereği çocuklarına besledikleri şefkate bianendir.[1279] Bazı fakihler de bunu, çocuğunun varlık (*ihyâ*) sebebi olan babanın çocuğu sebebiyle yok (*i'dâm/ifnâ*) edilmesinin doğru olmayacağı ile izah etmeye çalışmışlardır.[1280] Ancak bu açıklama, fıkhi açıdan yeterli bulunmamıştır. Zira kendi kızıyla zina eden kişinin recmedilerek öldürülmesi örneğinde olduğu gibi, babanın gerçekte idam edilme sebebi çocukları değil kendi işlediği (katl veya zina) cürmüdür.[1281]

İbn Kudâme ise bu içtihada gerekçe mahiyetinde, babanın çocuğu sebebiyle kısas edilemeyeceğini bildiren hadisin kısasla ilgili ayetlerin umumi anlamını tahsis ettiğinden, anne babanın çocukları üzerinde hakiki olmasa da hükmi bir mülkiyetleri olduğundan bahseder. "*Sen ve malın babana aitsiniz*" hadisindeki aidiyet lâm'ının (ل) ifade ettiği mülkiyet, şüphe doğurmaktadır, bu da kısasın sakıt olma sebebidir. Dolayısıyla, çocuklarının varlık sebebi olan anne ve babaların ölüm sebebi yine kendi çocukları olamaz/olmamalıdır, der.[1282] Ancak bu gerekçe pek makul bulunmamıştır. Kendi kızıyla zina eden babanın recm edilmesi örneği gösterilerek, bir kız evladı nasıl babasının recm edilmek suretiyle ölümüne sebep olabiliyorsa öldürme suçunda da aynısı mümkündür. Kaldı ki bu kişilerin ölümüne neden olan asıl sebep, bu kişilerin kendi çocukları değil, doğrudan doğruya işledikleri suçlardır.[1283]

[1278] Çocuk, anne ve babasının mirasına bir an evvel sahip olmak isteyebilir ve mirasa daha erken konma saikiyle kendi anne ve babasını öldürmeye teşebbüs edebilir.
[1279] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/241-242; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 8-9. Benzer manada izahlar için Bk: 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/115-116.
[1280] Tûrî, *Tekmiletü Bahri'r-râik*, 8/338.
[1281] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/94-95; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/250-251; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/116.
[1282] İbn Kudâme, *el-Muğnî,* 8/285; Useymîn, *eş-Şerhu'l-mümti' 'alâ Zâdi'l-müstekni'*, 14/43.
[1283] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/116; Useymîn, *eş-Şerhu'l-mümti' 'alâ Zâdi'l-müstekni'*, 14/43.

Son dönem Hanbelî âlimlerinden İbnü'l-'Useymîn, ilgili hadislerin ayetlerin umumunu tahsis edecek kuvvette olmadığı ve bu içtihadın suistimale açık olması dolayısıyla çocuğunu öldüren anne ve babaya, toplumda önleyici bir tavır sergilemek üzere, kısas yapılması fikrini benimsemiştir.[1284]

Bu mesele eşitlik açısından değerlendirilince, öldüren kişiler açısından farklı sonuçlara ulaşılacaktır. Bir insanı öldürenin o kişinin anne ya da babası olmasıyla yabancı bir kişi olması arasında niyet vb yönlerden aynı durum söz konusu olmayacağı için bu iki grubun eşit sayılmaması normal görülebilir. Bir baba çocuğunu öldürse kendisi zaten ölüme denk bir evlat acısı yaşayacaktır, ama bir yabancı yaptığı işten belki pişmanlık duymayacak hatta tatmin bile olacaktır.

Konuyla ilgili farklı içtihadlar bulunması hasebiyle, gerçekleşecek somut olayın seyrine ve toplumda sebep olduğu infiale göre, meselenin hâkimlerin takdirine bırakılması ve gerektiğinde kısas yapılabilmesinin önünün açık tutulması uygun olabilir.

Karı-koca arasında kısas meselesi ve eşitlik. Cahiliye döneminde kadını öldüren erkeğe karısını öldüren kocaya kısas cezası uygulanmıyor, insanlar arasında ırk, cinsiyet ve sosyal statülerine göre ayrımcılık yapılıyordu. Örf ve adetler yanında kabileler arası güç dengesi çoğu zaman eşitlik ve adâleti geride bırakabiliyordu.[1285] Tüm bunlar karşısında İslâm, getirmiş olduğu ahkâmla her şeyden önce eşitlik ve adâleti ikame etmeye ve insanlar arasında çeşitli güç unsurlarının değil hukuk ve adâletin egemen olmasını sağlamaya çalışmıştır.

Dört mezhebin tamamına göre karı ve koca arasında kısas açısından eşitlik söz konusu olmuş, karısını öldüren kocaya da, kocasını öldüren kadına da kısas cezası uygulanması gerekir, denilmiştir. Eşler arasında kısas açısından tam bir eşitlik bulunmaktadır.[1286] İslâm hukukçuları arasında, karı ve koca arasında meydana gelen kasıtlı öldürme suçu, usul-füru arasında olduğu gibi şahsi cezasızlık hali olarak değerlendirilmemiştir.

Ancak karı ve kocanın fürûlarının anne ve babalarının kısas yoluyla öldürülmelerini isteme hakları olmadığı için karı ve kocanın çocukları olması halinde kısas cezası infaz olunamaz. Örneğin koca, karısını öldürse (veya aksi durumda) bu çiftin çocukları, annelerinin katili durumundaki babalarına kısas yapılmasını isteyemezler. Çünkü çocuğun babası,

[1284] Useymîn, *eş-Şerhu'l-mümti' alâ Zâdi'l-müstekni'*, 14/43.
[1285] Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/489.
[1286] Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sültâniyye*, 347; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/119; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 376-378.

çocuğuna suç işlediğinde babasının kısas edilmesini isteme hakkı yoksa, babası başkasını öldürdüğünde kısas hakkı olmaması evleviyetle sabit olur.[1287]

Ömer b. Abdülaziz, İbrahim en-Neha'î, Süfyan-ı Sevrî, Şafiî ve re'y ekolüne mensup kimi âlimler kısas hükmünü daraltarak, karı ve kocanın çocukları yoksa aralarında kısas yapılabileceğini söylemişlerdir.[1288]

İki kişi arasında kısas uygulanabilmesi için katilin mükellef, can dokunulmazlığına sahip (*ma'sûmu'd-dem*/*ismet*), din ve hürriyet açısından maktule denk olması şeklinde üç şart aranır. Bu üç şarta haiz olan kişilere kısas cezası uygulanır.[1289] Bu üç şart işletildiğinde karı koca arasında göre kısasa mani herhangi bir durum bulunmamaktadır.

Karısının nüşûzü sebebiyle kocanın te'dîb yetkisi kapsamında vurması neticesinde zevce ölürse, kocanın diyet ödemesi gerekli görülmüştür. Kocaya tanınan bu yetki selametle mukayyettir; te'dîb için uygulanan fiil, ölümle sonuçlanmışsa kocanın meşru sınırı aştığı kesinleşmiş demektir.[1290]

Leys b. Sa'd, Zührî gibi âlimlerin karısını öldüren kocaya kısas uygulanmayacağını söyledikleri nakledilmiştir. Kocayı babaya kıyas eden bu âlimlere göre, çocuklar ve malları babanın mülkündedir, mülkiyet ilişkisi bakımından koca da baba gibidir. Dolayısıyla karı, nikâh akdiyle kocanın mülkiyetine girmiştir. Bu yönüyle zevce cariyeye de benzer, cariye ile efendisi arasındaki mülkiyet şüphesi kısasa mani olduğuna göre karısını öldüren kocadan da bu şüphe sebebiyle kısas düşmelidir.[1291] Ancak bu içtihat sahiplerinin zevcenin hür olduğunu, dolayısıyla mülkiyete konu olamayacağını dikkate almadıkları ortadadır. Karşılıklı hak ve sorumluluklar bir yana bırakılırsa nikâh bağıyla kocanın karısı üzerindeki tek sahipliği istimta hakkıdır. Kurtubî, nikâhın eşlere yüklediği karşılıklı hak ve görevlere dikkat çekerek şayet nikâh, bir kısas manisi olsaydı bu, sadece koca için değil aynı zamanda karı için de bir kısas şüphesi oluştururdu diyerek, karısını öldüren kocaya kısas uygulanmayacağı görüşünü reddeder. Zira nikâh bir mülkiyet doğurmaz, doğursaydı karı ve koca için karşılıklı olurdu.[1292]

[1287] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/169; Şafak, *İslam Ceza Hukuku*, 77-78.
[1288] İbn Kudâme, *el-Muğnî,* 8/287.
[1289] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 27-30.
[1290] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 115
[1291] İbn Kudâme, *el-Muğnî,* 8/287; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/119; Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 160-161. Nikâh akdi dolayısıyla oluşan mülkiyet bağı ve bu mülkiyetin doğurduğu kısası iskat edici şüphe hakkında Leys b. Sa'd'a isnâd edilen "*Nikâh, bir tür köleliktir*" (**إذ النكاح ضرب من الرق**) sözü için bk. Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/249.
[1292] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/249. Kurtubî'nin işaret ettiği hak ve görevler şunlardır: Mehir, nafaka, karşılıklı istimtâ', kocanın beşinci hanım alamaması, karısının mahremiyle aynı anda evlenememesi vb..

Mısır fakihi Leys b. Sa‘d’a isnad edilen bu görüşün yanlış bir nakil olması ihtimali üzerinde durulmuş, onun gibi güçlü bir fakihten böylesine batıl bir görüşün sadır olamayacağı da belirtilmiştir. Çünkü birbirine yabancı kişilerin işledikleri öldürme suçu bile kısas gerektirecek denli kötü bir suç ise, eşlerden birinin diğerini öldürmesi daha büyük ve korkunç bir suçtur. Öyleyse evleviyetle kısas gerekmelidir.[1293]

a.2. Müessir Fiillerde

Can dokunulmazlığına kaşı işlenen suçlarda olduğu gibi vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen müessir fiillerde de fürû‘unun (oğlu, kızı, torunu) organlarına karşı suç işleyen usûle (anne, baba, dede ve nine) kısas cezası uygulanmaz. “*Azânın kısâsında dahi mecruh cârihin cüz‘ü olmamak şarttır. Binâenaleyh bir kimsenin azâsından birini ebeveyn veya ecdâd ve ceddâtından birisi amden cerh ve kat‘ eylese cârih kısâs olunmaz. Belki mecruha diyet verir.*”[1294] Kendi çocuğunu öldüren usule ceza olarak diyet öngörülmüştür, ancak cinayet kasıtla işlendiği için âkile diyeti üstlenmez, katil olan usûlün kendi malıdan üç yıl içerisinde ödenmesi istenir. Öldürme suçunda olduğu gibi, fürû‘un kendi usulüne karşı işlemiş olduğu müessir fiile suçlarında kısas tatbik edilir.[1295]

Malikîlerde usûlün füru‘una karşı işlemiş olduğu yaralama suçu dolayısıyla faile kısas yapılır.[1296]

Hanbelîlerde, kadının nüşûzü nedeniyle kocanın te’dîben vurması neticesinde kadının yaralanması, elinin kırılması gibi kısas gerektiren bir netice ortaya çıksa kocaya kısas uygulanmaz denilmiştir. Örf ile mukayyet olmak şartıyla babanın terbiye kastıyla vurması da öğretmenin öğrenciye vurmasına kıyas edilmiştir; bir telef durumu zuhur ederse tazmin gerekmez.[1297]

b. Devlet Başkanlarının İmtiyazları ve Dokunulmazlık Bakımından Eşitlik

Bu konu başlığında genel olarak yönetici sınıfın İslâm ceza hukukundaki konumları ele alınacaktır. Pozitif hukukta da ceza kanunlarının kişi bakımından uygulanması başlığında cumhurbaşkanı gibi devleti temsil eden makam sahipleri ve dokunulmazlık hakkına sahip kişilere cezai müeyyidelerin hemen uygulanmaması veya bunun bir sınırlamaya tabi kılınması

[1293] Ebû Zehre, *el-‘Ukûbe*, 317.
[1294] Karînâbâdî, *Mi‘yâr-ı Adâlet*, (md. 195), 64.
[1295] Haddâd, *el-Cevheratü’n-neyyira*, 2/124; Ömer Azmî, *İzâhü’l-cinâyât*, 210-211.
[1296] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 241.
[1297] Ebû Ya‘lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü’s-sultâniyye*, 282.

gibi konulara yer verilmektedir.[1298] Devlet başkanlarının imtiyazları ve dokunulmazlık meselesi bağlamında ceza kanunlarının kişi bakımından uygulanması, eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmektedir.

Ayet ve hadislerin umumuna bakıldığında müslümanların kanlarının eşit olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla normal vatandaşlarla vali vb üst düzey yönetici kademesindeki kişiler arasında kısas uygulanacağı konusunda âlimler arasında görüş birliği sağlanmıştır. Kurtubî ve İbn Kudâme bu meselenin icmâ ile sabit olduğunu aktarırlar.[1299] Ebû Dâvud'un *es-Sünen*'inde darp ve tokat gibi olaylarda devlet başkanının kendisine kısas yaptırmasına dair açtığı bab başlığında, Hz. Peygamber'in bir mal taksimatı sırasında üzerine kapaklanan kişiye elindeki hurma çubuğuyla vurduğu, adamın acıdan bağırdığı ve yüzünün kızardığı, sonrasında Hz. Peygamber'in, o kişiyi yanına çağırıp kendisine kısas yapması konusunda izin verdiği, ilgili kişinin de affederek kısastan vaz geçtiği bilgisi aktarılır. Vali olarak görevlendirdiği kişilerin vatandaşa haksız yere vurmalarını ve onlardan hukuksuz mal (vergi) almalarını yasaklayan Hz. Ömer de, kendisine böylesi bir davanın iletilmesi halinde atadığı valilere kısas uygulayacağını deklare etmiştir. Halifenin: "*Ben Rasûlüllah'ın kendisine kısas yaptırdığını gördüm, ben neden kısas yap(tır)mayayım ki!*" dediği rivayet edilir.[1300] Kaldı ki, Müslümanların kanları eşittir, vâli de vatandaş da iki hür (eşit) insandırlar, vatandaş onun kölesi (îlâd/istîlâd) değildir. Herkes gibi onlara da kısas uygulanır.[1301]

Hz. Ömer Kâbe'de erkeklerin kadınlarla beraber tavaf etmelerini yasaklamıştı. Sonrasında kadınlarla beraber namaz kılan bir adamı görünce ona kamçıyla vurdu. Aralarında geçen diyalokta adam Hz. Ömer'e bu yasağı işitmediğini söyleyince Hz. Ömer bu şahsa hak vererek elindeki kamçıyı uzattı ve: "*Hakkını al*" diyerek kısas yapmasını istedi. Bu olay, kısasa delil olduğu gibi, halifenin bildirim ve ikaz olmadan geçmişe dönük ceza olmayacağına inandığını göstermektedir.[1302]

Cezalandırma konusunda hiç kimseye bir imtiyaz tanınmaması eşitlik ilkesinin bir gereği olup bu ilke, doğrudan Hz. Peygamber'in sünnetinden iktibas olunmuştur.[1303]

[1298] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 245; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'î*, 1/311, 316.
[1299] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/283; Kahtânî vd., *Mevsû'atü'l-icmâ'*, 5/367-368.
[1300] Ebû Dâvûd, "Diyât", 15 (No. 4536-4537); Sehârenpûrî, *Bezlü'mechûd*, 12/641-642; Remlî (İbn Reslân/Arslân), *Şerhu sünen-i Ebî Dâvûd*, 17/629-633.
[1301] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/283.
[1302] Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 362; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 236.
[1303] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 253.

İslâm hukuku açısından Hz. Peygamber'den sonra devlet yönetiminde bulunmuş kişilerin ceza davaları konusundaki durumları incelendiği zaman, müçtehitlerin devlet başkanlarının işlemiş oldukları suçlar karşısında onların hangi suçlarının derhal cezalandırılması gerektiği, hangi cezalarının ertelenebileceği veya hangi suçlarının hiç cezalandırılmayabileceği gibi konularda farklı içtihatlarda bulunduklarına şahitlik edilir.

Prensip olarak kanun önünde devlet başkanı ve halkı dâhil olmak üzere herkes eşit olup bu önemli kuralın ihlalinin en önemli sonucu, toplumsal düzenin kaosa uğraması ve hukuksuzluktur. Nitekim veda haccında Hz. Peygamber'in "*Kimin benden bir alacağı varsa veya kime bir haksızlığım olmuşsa gelsin benden hakkını alsın*" buyurması üzerine Ukkâşe isimli sahabinin "*Benim alacağım var, falan gün kırbaçla iki kere karnıma vurmuştun,*" dedi. Hz. Peygamber karnını açarak Ukkâşe'ye "*Öyleyse gel de hakkını al/kısas yap*" dedi. Ukkâşe ağlayarak "*Ey Allah'ın rasûlü! Allah seni affetsin/sana iyilik versin*" diyerek karşılık verdi. Bu olay vesilesiyle Hz. Peygamber "*Sizden öncekilerin helak edilmelerinin sebeplerinden birisi de, onların zayıf kişilere had cezalarını uygulayıp itibarlı ve üstün kişilere bu cezaları uygulamamaları idi*" hatırlatmasında bulundu.[1304] Ta'zir kapsamında olan bu olayda bile Hz. Peygamber'in kısasa izin vermesi, devlet başkanlarının özellikle had cezalarını gerektiren suç işlemeleri halinde diğer insanlara göre herhangi bir ayrıcalık sahibi olamayacaklarına açıkça işaret etmektedir.

Yargı önünde herkes eşittir. Yargılamayı yürüten hâkimin mahkemede her iki tarafa adil ve eşit davranması gerektiği konusu fıkıh eserlerinde özellikle konu edilmiştir.[1305] Devlet başkanı ile sade vatandaşın, zenginle fakirin, soylu ve meşhur biriyle sıradan bir kişinin davalı ve davacı olmaları halinde, insanların önem verdiği hiçbir sözde üstünlük bu kişilerin kanunlar karşısında eşit olmaması için meşru bir neden sayılamaz.

Kısas ayetlerindeki ibarelerin umum ifade eden lafızlar olmalarına istinaden, devlet başkanı ve valilerle bu kişilerin tebası konumundaki vatandaşlar arasında kısas cezası uygulanır. Hz. Ebû Bekir'e gelen bir kişi, bölgelerindeki valinin haksız yere elini kestiğini söyleyerek kendisine adâletle hükmedilmediğini, haksızlığa maruz kaldığını söyleyerek validen şikayetçi oldu. Hz. Ebû Bekir "*Eğer doğru söylüyorsan valiye kısas uygulatırım*" diyerek olayın araştırılması talimatı verdi. Hz. Ömer de aynı şekilde, valilerin insanları

[1304] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şafiî*, 12/10; Hatve, *el-Müsâvât fi'l-kânûn*, 209. Heysemi, Taberani'nin *Mu'cemü'l-Kebir*'inde (No. 2676) yer verdiği bu rivayetin zayıf olduğunu belirtmiştir: bk. Heysemî, *Mecme'u'z-zevâid*, (No. 14253). Buna yakın başka bir olay sebebiyle Hz. Peygamber'den kısas almak isteyen kişinin Üseyd b. Hudayr olduğu hakkında bk. Ebû Dâvûd, "Edeb", 149 (No. 5224).

[1305] Bilmen, *Kâmûs*, 8/220; Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, 32.

dövmek için görevlendirilmediğini, bu nedenle haksız bir uygulama yaparlarsa davanın kendisine temyiz edilmesini hutbede ilan edip, gerekirse onlara kısas yapacağını duyurmuştur.[1306] Burada bahsi geçen kontrol mekanizması sadece valiler için değil, aynı durum hâkimler için de söz konusu olmuştur. Nitekim hâkimlerin verdikleri kararlara itiraz ederek kararı temyiz etmek isteyen kimselerin davalarını Hz. Peygamber görmüştür. Hz. Ömer ve Hz. Osman'ın da hac mevsimlerinde kurdukları temyiz mahkemelerinde, diğer mahkemelerin verdikleri kararları tetkik ettikleri bilinmektedir. Maksat, davaların şekil yönünden hukuka uygun görülüp görülmediğini kontrol etmek ve yargı erkini denetlemektir.[1307]

Cumhur fukahaya göre devlet başkanının kısas gerektiren bir suç işlemesi halinde kendisine kısas tatbik edilebilir. Aynı şekilde mali ödeme gerektiren bir suç işlediği takdirde tazmin sorumluluğu bulunur. Ancak Hanefilerde, Allah hakkının galip olması açısından kazif haddi de dâhil, devlet başkanının had cezası gerektiren bir suç işlemesi halinde, suçunun sabit olup ahirette sorumlu olacağı kabul edilmekle birlikte, kendisini cezalandıracak daha üst düzey bir mevki bulunmadığı için had cezalarının uygulanmayacağı düşüncesi vardır. Bir kişi kendi kendini cezalandıramaz, bunu yapsa bile cezadan hedeflenen caydırıcılık ve ibretlik olma sonuçları doğmaz, insan kendine vereceği cezadan korkmaz. Devlet başkanının emri altındaki bir başka kişinin (*nâib*) cezayı infaz etmesi de bu durumu çok değiştirmez. Çünkü naibin yapacağı iş, devlet başkanının emri ile başlayacağı için sanki devlet başkanının kendi işi gibidir. Bir araç amaca götürmeyecekse gereksizdir; bu minvalde bir vesile olarak ceza, caydırıcılık sonucunu doğurmayacaksa işlevselliğini kaybeder. O zaman da buna gerek kalmaz. Müslümanların hüküm sürmediği darulharpte hadlerin uygulanmamasındaki düşünce de burası ile benzeştir.[1308] Haddi gerektiren fiillerden insanların uzaklaştırılması fikrinde hedef kitle doğrudan darulharpte yaşayan kişiler değildir. Öyleyse orada had cezalarını infaz etmenin bir anlamı yoktur.

Fukaha, öldürme ve yaralama gibi şahıslara karşı işlenen suçlar konusunda şeriatın belirlediği ceza hükümleri karşısında yönetenlerle yönetilenlerin eşit olduğu fikrinde birleşmişlerdir. Kul haklarını ve Allah hakkını farklı kategorilerde değerlendiren Ebû Hanîfe, en üst görevdeki devlet başkanının (*leyse fevkahû imâm*) kamu haklarına (*hakkullâh*) taalluk eden suçlarının cezasını infaz etmek üzere kendisinden daha üst bir otorite bulunmadığı gerekçesiyle cezasının affedileceğini söyler. Zaten topluma karşı işlenen suç, esasında devlet

[1306] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 11/480.
[1307] Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, 150-152, 214-215.
[1308] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/104-105; Zeyla'î, *Tebyîn (Haşiyetü'ş-Şelebî)*, 3/187; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 253-254.

başkanına karşı işlenmiş gibidir. Bir kimse suçun hem faili hem mağduru olamayacağı için şahsi cezasızlık sebebi oluşmuştur. Diğer üç mezhep imamı, Allah hakkı ve kul hakkı ayrımı yapmaksızın devlet başkanının, işlediği tüm suçlardan dolayı sorumlu olacağını, dolayısıyla Allah haklarında da halktan biri gibi yargılanıp ceza göreceği fikrini savunmuşlardır. Çünkü naslar geneldir ve devlet başkanı lehine istisna yapmayı gerektirecek bir kayıt yoktur.[1309]

Hanefiler devlet başkanı açısından istihkak (suçlu olup cezanın hak edilmesi) vardır ama tenfiz yoktur deyip, cezanın istihkakı ile infazı arasında fark gözetirlerken; cumhur bu ikisi arasında bir ayrıma gitmemiştir.

Devlet başkanının işlediği suçlar konusunda kısas ile had cezalarının farklı görülmesinin temelinde yatan düşünce, bu cezaların Allah (kamu) veya kul hakkı olmaları ile ilgilidir. Zira Allah/kamu haklarını yeryüzünde toplum adına takip eden makam devlet başkanlığı makamıdır ki, halen bu makamda bulunan devlet başkanı kendi kendini cezalandıramaz.

Cezalarda eşitlik ilkesinin bir gereği olarak İslâm hukukçuları Hz. Peygamber'in sünnetinden kanunlar karşısında kimseye bir ayrıcalık tanınmadığı kuralını iktibas etmişlerdir. Devlet başkanlarının işlediği -özellikle de had ve kısas gerektiren- suçlarının cezalarının kim tarafından, nasıl infaz edileceği gibi bazı detaylarda âlimler arasında görüş ayrılıkları bulunsa da işledikleri suç nedeniyle uhrevi anlamda cezalandırılıp cezalandırılamayacağı konusunda herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Bu anlamda devlet başkanı kanunlar karşısında toplumdaki bireylerle eşittir ve kendisine ait bir dokunulmazlık ve özel korunmuşluk gibi bir imtiyaza sahip değildir.[1310]

Cumhur fukaha bu konuda kısas ve had cezaları arasında bir ayrım yapmamışlardır. Onlara göre devlet başkanı, had gerektiren bir suç işlerse cezası infaz edilebilir. İşlediği suçtan sorumlu olma anlamında diğer insanlarla arasında bir fark yoktur. Hz. Peygamber'in kısas dâhil olmak üzere "*kimin benden bir alacağı varsa gelsin alsın, işte malım, işte sırtım!*"[1311] buyurması bu hüküm için bir delildir.[1312]

Dokunulmazlıklar. Ali Fuat Başgil, dokunulmazlıkları demokrasinin eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Ona göre "*Büyük vazifeye büyük müsaade müsavattır. Büyük vazifeye dar bir müsaade müsavatsızlıktır.*" Vazifenin ifası için gerekli olan hak ve müsaade fikri, bizzat

[1309] Ebû Hatve, *el-Müsâvât fi'l-kânûn*, 209-210.
[1310] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 253.
[1311] Abdürezzâk, *Musannef*, 9/469 (No. 18043); Taberânî, *Mu'cemü'l-vasît*, 18/280 (No. 718).
[1312] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 255-256.

vatandaşların üstlendikleri vazifelerin önemi ve büyüklüğünden kaynaklanır. Kişinin vazifesi gereği bazı dokunulmazlıklara sahip olması eşitlikle çelişmemekle kalmaz aynı zamanda eşitsizliği zorunlu kılar.[1313] Dokunulmazlıklar, görünüş itibarıyla bir imtiyaz gibi olsa da aslında mahiyet olarak hiç de öyle değildir. Ancak şu da var ki, yürütülen görev ve faaliyetin makul ve normal sınırlarını aşan bir izin ve yetki, bir imtiyaz şeklini alabilir.[1314]

Fertlerin ceza hukuku açısından kanun önünde eşit olmaları mutlak bir ilke değildir. Yasakoyucu, yasama ve yargı dokunulmazlığı gibi himaye edilmeye ve korunmaya değer gördüğü bazı kişi ve kurumlar için, birtakım üst gayeleri gerçekleştirmek üzere bilerek ve farkında olarak, ceza hukuku açısından fiilen eşitliği ihlal edecek kimi istisnalar ve ayrıcalıklar tespit edebilir.[1315]

Dokunulmazlıklar ile yetkililerin şahsı değil, temsil ettiği halkın menfaati gözetilmiş oluyor, onun cezası tehir edilmekle halka hizmetin ifası öncelenmiş oluyor. Bu yüzden uygulama alanı iyi belirlenmek ve kamu yararını korumak kaydıyla "dokunulmazlıklar" meselesi makul görülebilir.

Normal vatandaşla asaletli kişilerin ayırt edilmeleri meselesi batıda da tartışılmıştır. Beccaria'ya göre, eşitsizlik toplum için kaçınılmaz hatta faydalı bir realite olsa bile bu (eşitsizlik), ancak yetenekler ve değer bakımından bireyler arasında gözetilebilir, sınıf ve zümreler arasında eşitsizlik olamaz, olmamalıdır, der.[1316]

Devlet başkanlarına kamu yararı gereği kimi hukuki konularda birtakım ayrıcalıklar tanınsa da bunun bazı büyük haksızlık ve zararlara neden olmaması için adâlet ve nesafet[1317] kavramları daima göz önünde bulundurulmalıdır. Cicero'nun ifadesiyle "*aşırı hak, aşırı haksızlık (mutlak hak mutlak haksızlık)*" sonucunu doğurabilir.[1318]

[1313] Başgil, "Teşrii Masuniyet Meselesi", *İÜHFD*, 7.
[1314] Başgil, "Teşrii Masuniyet Meselesi", *İÜHFD*, 6-7.
[1315] Ebû Hatve, *el-Müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâî*, 187-189; Safve, "el-İhlâl bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâî", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, 311.
[1316] Beccaria, *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 235-236.
[1317] 1926 tarihli 743 sayılı Medeni Kanunun 4. maddesinde: "*Kanun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim, hak ve nasfetle hükmeder*", denilmektedir. Bu çerçevede (kanunun ruhuna uygun olarak kanuni boşlukları doldurma) nasafet kavramı, kısmen İslam hukuk usulündeki istihsân kısmen de makâsıd kavramlarını çağrıştırmaktadır.
[1318] Güriz, *Adalet Kavramı*, 19. Nasafet, özü itibarıyla ve genelde adaletle ilgili bir kavramdır. Ama burada özel bir anlamda kullanılmıştır ki o da, hukukun belirlediği genel kuralın bazı özel durumlarda neden olacağı adaletsizlikleri bertaraf etmektir. Sosyal şartlardaki değişme ve gelişmelere paralel olarak bu ihtiyaçları karşılayacak yeni kanunlar çıkarılmadığı takdirde nasafet istekleri belirginleşir. Bk: Güriz, *a.g.e.*, 19-20.

5. Kısas Hükmünün Yer ve Zaman Bakımından Uygulanması ve Eşitlik

Suçun işlendiği zaman ve mekân, suça etkili hallerdendir, dolayısıyla zaman ve mekâna göre verilecek cezanın ağırlaştırılması, hafifletilmesi, yerine göre cezanın sakıt olması gündeme gelebilir.[1319]

a. Yer Bakımından Uygulama

Tüccar ve esir gibi bahsi geçen kişilerin hasım ülkede öldürülmeleri halinde Hanefîler maktulün öldürüldüğü ülkeyi (*dâr*) esas alırken cumhur, öldürülen kişinin dinini (*İslâm*) merkeze alarak hareket etmektedir. Her iki meselede cumhura göre anılan kimseler hukuken korunmuş (*ma'sûm*) oldukları için amden öldürme halinde kısas gerekir. İki Müslüman ticaret vb bir maksatla, emân alarak düşman ülkesine (*dârulharb*) giriş yaptıktan sonra biri diğerini öldürse Hanefîlere göre, öldürme kasıtlı ise fail kendi malından mağdur yakınlarına diyet öder, hataen öldürmüş ise hem diyet öder hem de keffaretle sorumlu olur. Hanefîlerin çoğunluğuna göre bu meseledeki amden öldürmede faile kısas ve keffaret gerekmemesinin nedeni, maktulün yurtdışına (*dârulharb*) çıkmasıyla ismete arız olan halelin, kısasın düşmesine sebep olacak bir şüphe oluşturmasıdır. Ebû Yûsuf'tan gelen bir kavle göre ise, yurtdışına çıkmakla maktulün ismetine bir halel gelmemiştir. Zira İslam ülkesi vatandaşlığı ile kazanılmış olan ismet, kişide asli ve lazımi bir vasıftır, dârulharbe girmek gibi arızi bir sebeple zail olmayacağı için faile kısas yapılabilecektir.[1320]

Hanefîler ismeti, mukavvime (العصمة المقومة) ve müessime (العصمة المؤثمة) diye ikiye ayırmışlardır. Müessime, ihlal edilmesi halinde faili günahkâr kılan ismettir; ismet-i müessimenin sebebi İslâm'dır, kişinin Müslüman olması ile sabit olur. İsmet-i mukavvime ise, çiğnenmesi halinde faili hem günahkâr kılar hem de kısas veya diyete borçlandırır; kişiyi kanun nezdinde değerli ve korunmuş yapan bu ismetin sübûtunun sebebi İslâm ülkesi (*dâr*) vatandaşı olmaktır. en-Nisâ 4/92: "*Öldürülen kişi, mü'min olmakla birlikte sizin düşmanınız olan bir toplum içinde (ülkede) yaşıyorsa keffaret olarak mü'min bir köle âzat etmek lâzımdır.*"[1321] âyetinde ibarenin delâleti ile kast edilen kişi, ismet-i müessime sahibi olan Müslümandır. Bu kişi, harbî iken dârulharpte Müslüman olmuş ve hicret etmeksizin orada ikamet etmeye devam eden bir Müslümandır, mezkûr kişi bir başka Müslüman (veya zimmî)

[1319] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/219-220; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/248, 305; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/267; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/108; Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 1/282, 2/124-125, 136; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 235-252, 262.

[1320] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/219-220; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/248; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/267; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/108; 'Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 2/124-125, 136.

[1321] en-Nisâ 4/92. "**فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة**"

tarafından hataen öldürülürse faile sadece keffaret gerekir, diyet icap etmez. Amden öldürülürse cumhura göre kısas gerekir ama Hanefîlere göre kısas ve diyet gerekmez, keffaret gerekir. Çünkü öldürülen kişi, ismet-i müessime sahibidir; suçlu çiğnediği bu ismet sebebiyle günahkâr olmuştur. Aynı âyetin devamındaki "*Eğer öldürülen kişi, aranızda antlaşma bulunan bir toplumdan ise ailesine teslim edilmek üzere bir diyet ve keffaret olarak mü'min bir köle âzat etmek gerekir.*"[1322] kısmı ise ismet-i mukavvime sahibi kişiden bahsetmektedir. İslam ülkesinde zimmet antlaşmasıyla vatandaşlık hakkı elde etmiş olan gayrimüslim bir vatandaş, hataen öldürülürse suçun failine hem diyet hem de keffaret gerekli olur. Hanefîlerde zimmiye ödenecek olan diyetin Müslümanın diyetine eşit olması gerektiği de âyetin bu kısmından iktibas edilmiştir.[1323]

Ceza hükümlerinin yer bakımından uygulanması hususunda (1) Cumhur, (2) imâm Muhammedle beraber Ebû Hanîfe ve (3) Ebû Yûsuf'un temsil ettiği üç farklı görüş dile getirilmiştir.

Objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği için kasden öldürme ve yaralama suçlarının dârulharpte işlenmesi halinde Ebû Hanîfe'ye göre faile kısas uygulanmaz ama cumhura göre uygulanır.[1324] Had suçlarında da durum aynı olup Müslüman veya zimmi vatandaş yurtdışında işledikleri suçlar konusunda aynı hükme tabidirler.[1325] Diğer bir ifadeyle kişinin öldürme veya yaralama suçunu İslâm ülkesi dışında işlemiş olması, suç teşkil eden söz konusu haksız fiilinin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olup unsurlar dışında kalan hususlardandır. Suçun cezalandırılabilmesi için hâkimiyet alanımız olan dârulislâm sınırlarında işlenmesi şarttır.

Devlet hâkimiyetinin göstergelerinden birisi olan yargılama yetkisinin, o devletin kendi egemenlik alanı olan topraklarda kullanabileceği şüphesizdir. Ancak devletin, kendi ülke sınırları dışında işlenen suçlar dolayısıyla hukuk düzenini korumak üzere vatandaşlarını yargılayıp yargılayamayacağı meselesinde yaklaşım farklarına göre çeşitli sistemler ortaya

---

[1322] en-Nisâ 4/92. "**وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة**"

[1323] Nesefî, *Medârikü't-tenzîl*, 1/384-385 (en-Nisâ 4/92); İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/28-29; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/532; Şentürk, "İsmet", *DİA*, 23/137. Hanefîlerin bu meseledeki delilleri, Hz. Peygamberin göndermiş olduğu bir seriyyede "*Ben Müslümanım!*" diye uyarıda bulunan bir kişinin sözü, sahabe tarafından canını kurtarmak için söylenmiştir diye tevil edilerek öldürülmüş, Hz. Peygamber olayı duyunca son derece sert bir tepki göstermiş ancak o'nun bu mesele sebebiyle kısas ve diyetten bahsetmemiş olmasıdır. Bk. Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/218.

[1324] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 246, 248-249; Avcı, *Osmanlı ceza Hukuku*, 236.

[1325] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 246-248.

çıkmıştır.[1326] İslam ülkesi vatandaşlarınca Müslümanların hâkim olmadıkları bölgelerde işlenen suçlarla ilgili olarak İslam hukukuna göre devletin yargı yetkisini nasıl kullanılacağı konusu tartışılmıştır.

Ceza normlarının yer bakımından uygulanması probleminde Hanefîlerin, bir devletin koymuş olduğu kanunların kendi ülke sınırları içinde uygulanabileceği anlamında ülkeselliği ifade etmek üzere "mülkilik"[1327] sistemini benimsedikleri görülür. "Önemli olan suçun işlendiği yerdir"[1328] kuralı gereğince öldürme suçu, İslâm devletinin hâkimiyet alanı dışında gerçekleşmişse suçluya, asli ceza olan kısas uygulanmaz. Zira ceza hükümlerinin yürürlük alanı ülke sınırlarıyla belirlenmiştir.[1329] Bu bakış açısının bir gereği olarak hüküm verilirken suçun işlendiği yer baz alınır. Devletin egemen olmadığı yerlerde işlenen suçların cezası, tazminat ve kefâretle sınırlı kalır.

Kişinin ismetinin İslâm ve emân unsurlarına bağlı olduğu düşüncesinden hareket eden cumhura göre, ceza normları açısından kişinin yurtdışında işlediği suçlar da aynen ülke içinde işlediği suçlar gibidir. İslâm'ın mükelleflere yüklediği sorumluluklar mekâna göre değişmez, bulunduğu her ülkede Müslümanın şer'î hükümlere sadakat yükümlülüğü vardır, dolayısıyla "faile göre şahsilik" sistemi uygulanmalıdır. Bu yaklaşımda, İslâm ahkâmını iltizam etmiş olan Müslüman bireyle aralarındaki hukuksal bağa dayanarak devlete daha geniş bir soruşturma alanı tanınmış olmaktadır. Kişi, vatandaşı olduğu devletin kanunlarına her yerde tabi olmak zorundadır. Bu anlamda yurtdışında işlenen suçların cezasız kalmasını önlemek üzere, şahsilik ilkesinin benimsendiği söylenebilir. Suç başka bir ülkenin topraklarında işlense bile devlet tarafından suçlunun peşine düşülerek kendi ceza kanunlarına göre yargılanması

[1326] Şahin, "Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler", 109-110. "*Ceza davalarında devletin suça dair yargı yetkisi bakımından suçun işlendiği yeri esas alan 'mülkilik', failin vatandaşlığını esas alan 'faile göre şahsilik', mağdurun vatandaşlığını esas alan 'mağdura göre şahsilik', ihlal edilen ulusal menfaatleri esas alan 'koruma' ve suçun uluslararası niteliğini esas alan 'evrensellik' ilkesi olmak üzere beş sistem bulunmaktadır.*" Bk. Aydın, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması" 132-133.

[1327] "*..bu ilkeye* (mülkilik) *göre ceza kanununun uygulanma alanı, kanun koyan devletin ülkesiyle sınırlı olup ceza kanunları bu devletin ülkesinde işlenen suçlara uygulanır. Bu ilke, devlet egemenliğinin ve yargı yetkisinin o devletin egemenlik alanında mutlak olduğu düşüncesine dayanır. Devletin egemenlik alanının olduğu her toprak parçasında ilgili ulus devletin kuralları uygulandığına göre bu ilke, geleneksel egemenlik anlayışının en somut görünümüdür.*" Bk. Devrim Aydın, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", *TBB Dergisi*, 94 (2011), 133-134. "*Buna* (mülkilik ilkesine) *ilave olarak bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, yabancı ülkede işlenmiş olsa bile faile veya mağdura göre şahsilik, koruma, ikame ve evrensellik gibi diğer sistemler ek olarak devreye girmektedir.*" Bk. Şahin, "Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler", *ERÜHFD*, 113-114.

[1328] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 123-124; Aydın, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", *TBB Dergisi*, 135-136.

[1329] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 125; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 50-51.

sağlanır. Şahsilik ilkesi kapsamında yer alan faile göre şahsilik kuralı[1330] gereği suçun faili olan kişi takip edilecek, suçlar cezasız kalmamış olacak, diğer taraftan suçun mağduru durumundaki vatandaşın hak ve menfaatleri de hukuken korunmuş olacaktır.[1331]

Yurtdışında işlenen suçlar konusunda cumhurun savunduğu bu görüş, hem Müslümanlar hem de islam ülkesinin kanunlarıyla yükümlü olmayı kabul etmiş olan zimmiler için geçerlidir.[1332]

Yukarıdaki iki görüş yanında üçüncü bir görüş gündeme getiren Ebû Yûsuf, dârulharpte faiz meselesinde ve İslâm ülkesine giren müste'menlerin İslâm ahkâmını iltizam etmiş oldukları noktasında cumhur ile beraberdir. Müslüman ve zimmî vatandaşların yurtdışında işledikleri kısas gerektiren suçları dolayısıyla kendilerine kısas yapılmayacağı ve sadece diyet ödeyecekleri noktasında ise cumhurdan ayrılmış, Ebû Hanife ile ortak görüş dile getirmiştir.[1333]

Dârulharpte müslüman olup islam ülkesine hicret etmemiş müslüman. Cumhurun benimsediği sistemde, düşman ülkesinde iken Müslüman olup da orada ikamete devam eden kişi ile Müslüman olduktan sonra islam ülkesine hicret eden kişi arasında fark yoktur. Dârulharpte Müslüman olduktan sonra İslâm ülkesine göç etmeksizin orada ikamete devam eden kişi, başka bir Müslüman tarafından kasıtlı bir şekilde öldürülürse İslâm ceza hükümleri aynen uygulanır, faile kısas gerekir; hataen öldürülür ise diyet gerekir. Ticaret ve esaret sebebiyle dârulharpte iken öldürülen Müslümanın katili de aynı hükümlere tabidir.[1334] Zira amden katl hakkında "*Öldürülenlere karşılık katillere kısas yapmak size farz kılınmıştır.*"[1335] âyeti kısası âmir olup hükmü geneldir. "*Kim bir mü'mini hataen öldürürse, öldürülenin*

[1330] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 882-888. "*Bu ilke, 'kanun kişiyi takip eder' ya da 'milli kanun vatandaşı izler' şekliyle özetlenebilecek bir esasa dayandığından devletlere yurtdışında işlenen ve fail ya da mağdur bakımından bağlama noktasına dayanarak kendisini ilgilendiren konularda kendi ceza kanununu uygulamasına imkân sağlar.*" … "*Devletin vatandaş üzerindeki egemenlik yetkisi ile bağlantılı olarak kabul edilen bu ilkenin, çeşitli mantıki esaslara dayandığı görülmektedir. Her şeyden önce, kişi vatandaşı olarak bağlı olduğu ülkesine sadakat ödevi ile yükümlüdür. Vatandaşın bu yükümlülüğü sadece ülke içi ile sınırlı değildir. ... Dolayısıyla ülke kanunlarına içeride olduğu kadar yurtdışında da uyma mükellefiyeti vardır. Vatandaş, yurt dışında vatandaşı olduğu ülkesinin korumasından yararlandığına göre, kendi devletinin kanunlarına da sadakat göstermeye devam etmesi gerekir.*" Bk. Şahin,"*Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler*", *ERÜHFD*, 122-123.

[1331] Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 131.

[1332] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 247.

[1333] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 249.

[1334] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-islâmî*, 39-40, 70; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/491; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 51. Dârulharpte hicret etmeden önce öldürülen Müslüman için Ebû Yûsuf, hataen öldürülmüşse diyet gerekir derken İmâm Şafiî, Müslümanın öldürüldüğü yerin önemi yoktur düşüncesinden hareketle öldürme kasıtlı ise kısas hataen ise hem diyet hem keffâret gerekir demektedir. Bk. Behnesî, *el-Kısâs*, 70.

[1335] el-Bakara 2/178.

ailesine diyet ödemek gerekir, fail de kefâret olarak bir mü'min köle azad eder."[1336] âyeti ise taksirle öldürülenler hakkında diyete hükmetmiştir. Her iki âyette de getirilen hükümler umumi içerikli olup geçerlilikleri, herhangi bir mekânla/ülkeyle kayıtlanmamıştır. Ayrıca Hz. Peygamber, bir kişinin canının ve malının korunmuşluğunu onun müslüman olmasına bağlamıştır.[1337] İsmeti Müslümanlık şartına izafe eden hadislerle amel eden cumhurun yaklaşımına göre, Müslüman olan kişi açısından İslâm'ın emir ve yasakları kapsamında ceza hükümleri, evrensellik ilkesi gereğince dünyanın her yerinde işlenen suçlar hakkında mer'îliğini sürdürecektir.[1338]

İş, ticaret ve turistik seyahat gibi amaçlarla iradi olarak veya esaret gibi gayri iradi bir şekilde dârulharpte bulunurken yine bir Müslüman tarafından öldürülen Müslümanın katiline, dârulislâma döndüğünde, kısas yapılıp yapılamayacağı meselesinde İslam hukuk bilginleri farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Düşman ülkesinde iken İslâm'ı kabul ettiği halde İslâm ülkesine hicret etmeyip orada ikamet etmeye devam eden kişinin katledilmesi örneğinde de benzer bir ihtilaf yaşanmıştır. Fıkıh eserlerinde, kısas özelinde, ceza hükümlerinin yer bakımından uygulanması meselesinin genelde esir, tâcir ve Müslüman olduğu halde islam ülkesine hicret etmemiş kişi örnekleri üzerinden çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı gözlemlenir. İslam hukuk bilginlerinin bir kısmı suçun kime karşı işlendiği kimisi de nerede işlendiği noktasından hareketle sorunu incelemişlerdir.

Hanefi ekol, tacir, esir ve Müslüman olduktan sonra İslâm yurduna hicret etmeyen kişilerin, hasım ülkede öldürülmeleri halinde maktulün öldürüldüğü yerin esas alınması gerektiği konusunda fikir birliği etmiş olsalar da özellikle esirlerle ilgili bazı ayrıntılarda mezhep içi görüş ayrılıklarına düşüldüğü görülür. Hatta Ebû Yûsuf'un farklı izah ve gerekçelerle de olsa kimi zaman cumhurla aynı sonuca ulaştığı fark edilir.

İş, ticaret, seyahat vb. bir maksatla iki Müslüman, düşman ülkesinden izin (*emân*) alıp müste'men sıfatıyla giriş yaptıktan sonra orada (*dârulharb*) biri diğerini öldürse Hanefîlere göre, öldürme kasıtlı ise fail kendi malından mağdur yakınlarına diyet öder, hataen öldürmüş ise fail kendi malından diyet öder ayrıca keffaretle de sorumlu olur. Hanefîlerin çoğunluğuna göre yurtdışındaki amden öldürme meselesinde faile kısas gerekmemesinin nedeni, maktulün yurtdışına (*dârulharb*) çıkmasıyla ismete arız olan halelin, kısasın düşmesine sebep olacak bir

[1336] en-Nisâ 4/92.
[1337] Buhârî, "Îmân" 15 (No. 25), "Salât" 28 (No. 392), Müslim, "Îmân" 8 (No. 32, 33, 35, 36). Müslim'deki metin: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قال لا إله إلا الله، فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله**"
[1338] Kâsânî, *Bedâi'*, 9/409; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl,* 93; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-islâmî*, 32, 39-40; Dağcı, "Kısas", *DİA*, 25/491; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 51.

şüphe oluşturmasıdır. Diğer bir sebep de düşman yurdunda devlet hâkimiyetimizin olmaması, kısas infazının uygulanabilirliğini engellemektedir. Amden katlde kefâret gerekmemesinin nedeni ise amden öldürmede zaten kefâret olmamasıdır. Kâdîhân'ın *el-Câmi'u's-sağîr* şerhinde imâmeyne, Serahsî'nin *el-Mebsût*'unda da Ebû Yûsuf'a nispet ettikleri bir kavle göre ise, yurtdışına çıkmakla maktulün ismetine bir halel gelmemiştir. Zira İslam ülkesi vatandaşlığı ile kazanılmış olan ismet, kişide asli ve lazımi bir vasıf olup dârulharbe girmek gibi arızi bir şeyle yok olmayacağı için zulmen ve düşmanlıkla teammüden öldüren faile, cumhurun da benimsediği üzere, kısas yapılabilecektir. Amd ile öldürmede diyetin âkileye yüklenmemesinin nedeni, âkilenin kasıtlı öldürmelerde devreye girmemesidir; burda âkile hata ile öldürmede de diyeti üstlenmez, çünkü suç dârulharpte işlenmiştir ve âkile üyelerinin dârulharpte takip ve kontrol görevleri bulunmadığı için taksirlerinden söz edilemez.[1339]

Esir. Düşman ülkesinde bulunan Müslüman bir esirin diğer bir Müslüman esir veya gayrimüslim devletten aldığı emanla orada müste'men sıfatıyla bulunan diğer bir Müslüman tarafından hataen öldürülmesi hadisesinde Ebû Hanîfe, düşman ülkesinde iken Müslüman olup da İslâm yurduna hicret etmeyen kişi hakkındaki yaklaşımını aynen sürdürerek faile sadece kefâret gerekir demiştir.[1340] Çünkü en-Nisâ 4/92 âyetinin "*Öldürülen şahıs, mü'min olmasına rağmen düşman toplumun yurdunda yaşıyorsa mü'min bir köle azad etmek gerekir.*"[1341] kısmına dahildir, âyette söz edilen maktul için sadece keffaret hükmü getirilmiş, diyetten bahsedilmemiştir.

Gerek esir olsun gerek hicret etmemiş Müslüman olsun bu kişiler dârulharpte kasten öldürülmüşlerse Ebû Hanîfe'ye göre faile kısas gerekmez; zira maktul, kanı heder olan biri olduğu için hukuka uygunluk durumu söz konusudur. Sözü edilen şahısların ismetini kaldıran şey, bu kişilerin tamamen düşman ülkenin emri ve kontrolü altında bulunmalarıdır. Hasım ülkede bulunmakla demografik güç açısından karşı taraf lehine jeopolitik üstünlük unsuru olmuşlardır ki, istemsiz de olsa karşı tarafa sağladıkları bu avantaj, onları hükmen harbî statüsüne indirgemiştir. Dinen olmasa da ülke/dâr olarak onlardandır.[1342] Ayrıca suçun devlet otoritesinin bulunmadığı bir yerde işlenmiş olması, cezanın infazına fırsat vermemektedir. Diyet de gerekmez, zira yukarıdaki âyet kasten öldürme hakkındadır. Ancak katil, öldürülmesi günah olan (*ismet-i müessime sahibi*) birini katletmekle günahkâr olmuştur ve

---

[1339] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/523, 10/248; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/267; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/108; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/20; Ûdeh, *et-Teşr'i'ul-cinâî*, 1/282, 2/124-125, 136.

[1340] Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/373.

[1341] en-Nisâ, 4/92. **"فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة"**

[1342] Müslüman olduğu halde Müslümanların yurduna hicret etmeyen kişi ve esir için Ebû Hanîfe, düşman ülkesinin gücüne güç kattıkları varsayımında bulunarak bu hükme ulaşmıştır. Konu hakkında dayandığı "**من كثَّر سواد قوم فهو منهم ومن رضى عمل قوم كان شريك من عمل به**" hadisi için bk. Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 4/346; İbn Hacer, *ed-Dirâye fî tahrîc-i ehâdîsi'l-Hidâye*, 2/267.

cezası ahirete havale edilir. İmâmeyn ise, cinâyet amden de işlense hataen de işlense katilin kendi malından maktul yakınlarına diyet ödemesi gerekir, demişlerdir. Çünkü bu esirler, zamanında İslâm ülkesine naklolup (*ihrâz*) orada yerleşik vatandaş olmakla kanları ma'sûm olmuş, sabit bir ismet elde etmişlerdir; asli olan bu ismet, esaret gibi arızi bir durumla iptal olmamalıdır.[1343]

Ebû Hanîfe, tâcir ile dârulharbe zorla (*mükreh*) giren esiri ayrı değerlendirerek, amden öldürülen tacir için diyet vardır derken amden öldürülen esir için sadece uhrevi ceza vardır demiştir. Hataen öldürülen tacir için hem diyet hem kefâret öngörmüşken aynı durumda hataen öldürülen esir için sadece kefâret gerekir demiştir. Bunun sebebi, dârulharpte esirin çaresiz bir şekilde tüm kontrolünün düşmanın elinde olmasına (*makhûr*) bağlı olarak esir, onlara tabi gibidir. Esirin bu hali, kişiyi ismet sahibi kılan ihrâzı iptal eder. Bu da onu hicret etmemiş Müslüman menzilesine çekerek dünyevi bakımdan ismetinin düşmesine yol açar. Ama tacir esir gibi değildir, kendi ülkesine kendi isteğiyle dönebilir, gerekirse kaçabilir. İmâmeyn esir ve tacir arasında böyle bir ayrıma gitmemiştir.[1344]

İbn Hümâm, Ebû Yûsuf başta olmak üzere imâmeynin *el-Câmi'u's-sağîr*'deki kavillerinde hasım ülkede amden öldürülen Müslümanın katiline kısas gerekeceğine dair görüşü için zikrettiği gerekçenin esasında aynen esirde de bulunduğundan hareketle, kıyasen, esiri amden öldüren Müslümana da kısas gerekir demeleri gerekirdi, eleştirisinde bulunmuştur.[1345] Bir diğer tenkit de son dönem araştırmacılarından Şûmân'dan gelmiştir. Ona göre, esirle taciri ayırmak doğru değildir, çünkü esir her ne kadar düşman bir toplum içinde bulunsa da bizim düşmanımız değildir. Ayrıca tacir, kendi dünyasını kalkındırmak üzere düşman ülkesinde bulunurken esir dinini müdafa ederken düşmanın eline düşmüştür. Tacirin katlinde (*hataen*) diyet öngörülürken esirin katlinde sadece keffaret öngörülerek tacirin üstün tutulması isabetli olmamıştır.[1346]

Müslümanların ele geçirdiği savaş esirlerinden birinin dârulharpte öldürülmesi durumunda hükmü belirleyen en önemli etmen taksimdir. Savaş esiri, ganimetler henüz taksim edilmeden önce öldürülmüşse faile diyet veya kefâret gerekmez. Çünkü savaş hukuku kuralları gereği tanınan muhayyerlik açısından esir, zaten devlet başkanının isterse öldürebileceği isterse köleleştirebileceği bir kişidir. Ama Müslümanların elinde esir olarak bu

[1343] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/521, 523, 10/248; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/267; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/21; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/167-168; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 94. Aynı meselede Hanefî imamlardan başka görüşler de nakledilmiştir. Bk. Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/267-268.
[1344] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/21; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 95.
[1345] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/21.
[1346] Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 96.

kişi, ganimetlerin (esirler dâhil) taksimi veya satışıyla hukuken masum hale gelecektir. Dolayısıyla taksim sonrası öldürülmüş ise kanı mazmundur, diyeti ödenir, ancak ismetindeki ibâha şüphesi nedeniyle faile kısas uygulanamaz.[1347]

b. Zaman Bakımından Uygulama

Ceza normlarının uygulanma alanlarının tespitinde önemli etkenlerden birisi de zaman unsurudur. Ceza kanununun zaman bakımından uygulanması, işlendiği zaman yürürlükteki kanunlara göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı anlamına gelir.[1348] Kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak ceza hükümlerinin geçmişe yürümemesi olarak da ifade edilen bu kural, özü itibarıyla, işlendiğinde suç sayılmayan bir fiilin, daha sonra yürürlüğe giren kanunlarla suç sayılması halinde de cezalandırılamayacağını ifade etmektedir. Bir kimse ancak suçtan önce ilan edilmiş bir kanun sebebiyle cezalandırılabilir. Bunun istisnası, suçun işlendiği zamandaki kanun ile sonradan yürülüğe giren ceza kanunlarının hükümleri farklı ise failin lehine olan kanunun uygulanarak geçmişe yürümesidir.[1349] "*Biz bir resul göndermedikçe azap da etmeyiz.*"[1350] âyeti de uyarıcı olarak peygamber gönderilmedikçe insanların cezalandırılamayacağına delil sayılmıştır. Âyet, asırlar öncesinde kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesini getirmiş, detaylarda bazı kelami tartışmalar bulunmakla birlikte, sorumluluğu peygamberlerin tebliği ile karşılaşma şartına bağlamıştır.[1351] İslam hukukunda aksine delil olmadıkça "*Eşyada asl olan ibahadır*"[1352] kuralı benimsenmiştir. Ayrıca kükmün kaynağı şâri' tarafından şer'î bir hüküm vaz edilmeden önce yükümlülük olmayacağı da usul âlimlerince tescil edilmiştir.[1353]

İslâm hukuk tarihinde kazif ve hırâbe örneklerinde olduğu gibi geçmişe yürüme yasağının bazı istisnaları bulunduğu iddiası dillendirilse de had ve kısas cezalarının, âyetlerin nüzulünden önceki olaylara uygulanmamış olduğunda şüphe yoktur. İstisna olduğu söylenen olaylardan, örneğin, ifk hadisesindeki faillerin kazf haddine çarptırılmaları, âyetin nüzulünden

---

[1347] Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-islâmî*, 70-71.
[1348] *TCK (5237 sayılı kanun)*, md. 7.
[1349] *TCK (5237 sayılı kanun)*, md. 7/2; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/261-262 (md. 204-205); Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 45; Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 144-145; Çolak, *İslam Ceza Hukuku*, 41-42.
[1350] el-İsrâ 17/15. Ayrıca bk. en- Nisâ 4/165.
[1351] Beydâvî, *Tefsîru'l-Beydâvî*, (el-İsrâ 17/15), 3/250; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 3/470. Ceza hükümlerinin geriye yürümemesiyle ilgili olarak bk. el-Bakara 2/275, en-Nisâ 4/22, el-Mâide 5/95, el-Enfâl 8/38. İslam'da suç ve günah sayılıp da müslüman olmadan önce işlenen fiillerden dolayı sorumlu olunmayacağı ile ilgili olarak bk. el-Bakara 2/62; en- Nisâ 4/48, el-Mâide 5/93, el-Furkân 25/70.
[1352] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/77; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1/223; Bilmen, *Kâmus*, 1/298.
[1353] Semerkandî, *Mîzânü'l-usûl*, 1/671; Âmidî, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*,1/91; Emîr Pâdişah, *Teysîru't-tahrîr*, 3/173; Ebyârî, *et-Tahkîk ve'-beyân fî şerhi'l-bürhân fî usûli'l-fıkh*, 4/180; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1/223-224.

sonra bile suçlarında ısrar etmeleriyle izah edilmiştir. Yine hirâbe olayında Ureyne kabilesinden öldürülen kişiler hirâbe suçundan dolayı el-Mâide 5/33 âyetine göre değil el-Bakara 2/178 âyeti gereğince kısas edilerek öldürülmüşlerdir.[1354]

İhdas edilen yeni kanunun suç saydığı bir fiili, bu kanun henüz yürürlüğe girmemişken işleyen kişilere kanunda belirtilen cezanın uygulanmaması bir eşitsizlik durumu olarak değerlendirilmemelidir. Zira, bir fiilin suç sayılması ancak kanunla sabit olacağı için kanunun vaz edilmesinden önce suçun varlığından da bahsedilemeyecektir.

6. Kısas İnfazında Eşitlik

Etimolojisindeki eşitlik manasından hareketle kısasın eşitliğe mebni olduğu üzerinde alimler arasında bir anlaşmazlık görülmez. Ancak bu eşitlik manasının kısasın infazına nasıl yansıyacacağı konusunda görüş ayrılıkları görülür; cumhur asılda ve vasıfta eşitliği savunurken Hanefiler fiilde eşitliği savunurlar. Bu, cumhurun hem suçun icra hareketlerinde hem de neticede eşitliği savundukları Hanefilerin ise sadece neticede eşitliği savundukları anlamına gelmektedir.

İslâm ceza hukukunda eşitlik meselesinin gündeme geldiği konulardan birisi de kısas cezasının nasıl infaz (*istîfâ*) edileceği ile ilgilidir.[1355] İnfazla ilgili görüşlerin, genel anlamda ceza hukukunda eşitlik ve özel olarak da hangi infaz şeklinin kısastaki mümâselet manasını daha iyi gerçekleştireceği meselesine etki ettiği görülmektedir.

Hanefi mezhebi kısas cezasının infazı sadece kılıçla yapılabilir derken İmam Şâfiî, kısasta eşitlik hem aslen hem vasfen sağlanmalıdır der; buna göre katil maktulü nasıl öldürmüşse o şekilde öldürülür, suçun gerçekleşmesine sebep olan fiil veya hareketin aynısı yapılır.[1356] İmam Şâfiî bu görüşüne gerekçe olarak, kısas teriminin özündeki eşitlik manasını gösterir. Çünkü yapısal olarak kısas cezasının temeli, öldürme fiili (suç) ile infaz (ceza) arasındaki eşitliğe (*mümâselet*) dayanmaktadır.[1357] Hanefi mezhebinde ise infazda eşitlik denince fiilde eşitlik kasdedilir, bu da kişinin işlediği öldürme suçuna karşılık öldürülmesidir. Suç fiili ile infaz fiilinin (kısas) neticesi ruhun bedenden ayrılmasıdır.[1358]

Örneğin, bir kişi kasıtlı olarak maktulün elini kesse ve kişi bu fiilin sirayeti neticesinde ölse, İmam Şâfiî'ye göre katilin de eli kesilir ve ölmesi beklenir, bu infaz sırasında katil, eğer

[1354] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 46-47;
[1355] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278-279; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 33/272.
[1356] Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/275; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278.
[1357] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/125; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/279.
[1358] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/125-126, 152.)

maktulün öldüğü süre veya zaman zarfı içerinde ölmezse o zaman kılıçla infaz edilir.[1359] Dolayısıyla İmam Şâfiî'ye göre öldürme suçunda katile ait ilk eylem olan hareket şeklinin veya eylemin aynısının infaz uygulaması esnasında da yapılması gereklidir.

Hanefi mezhebine göre katil, maktulü öldürdüğü şekilde infaz edilmez, katilin maktule yaptığı fiillerin aynısı kısas esnasında maktule yapılamaz. Örneğin, katil maktulü katlederken elini de kesmiş olsa, ceza olarak kısas yapılırken bu durum yok sayılır (el kesme cezası sakıt olur) ve katile yalnızca kısas uygulanır, maktul velisinin ayrıca katilin elini de kesme hakkı bulunmaz.[1360] Bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel, Hanefilerle aynı kanaattedir; katil maktulü ne tür bir hareketle öldürürse öldürsün, kısas cezası sadece kılıçla infaz edilebilir.[1361]

İmam Mâlik, bir rivayette Ahmed b. Hanbel ve İbn Hazm da İmam Şâfiîile aynı görüştedirler. Katil maktulü nasıl bir eylemle öldürmüşse aynı şekilde öldürülür, ancak maktul velilerinin cezanın kılıçla infaz edilmesini isteme hakları da vardır. Kılıçla öldürmek, failin maktulü öldürdüğü şekilde öldürülmesinden daha efdaldir.

Öldürme suçu eğer kılıçla gerçekleştirilmişse bu durumda kısasın kılıçla ifa edileceği hakkında mezhepler arasında görüş ayrılığı yoktur.

İnfaz sırasında, meşru sınırların aşılması halinde cezanın infazının yol açacağı makul olmayan ve beklenmeyen zararların devlet tarafından tazmin edilmesinin gerekli görülmesi[1362] de eşitlik prensibine dâhil edilebilir. Çünkü infaz sırasında herkese eşit davranılması kuralının bir gereği olarak, suçluya yargı kararında belirtilenin haricinde ya da ötesinde bir yaptırımda bulunmamak, hâkimin kararında öngörülen cezanın dışında başkaca bir bedeni veya ruhi zararın gelmesini önlemek gerekmektedir.[1363]

İnfazın şekli hakkında yukarıda bahsi geçen görüşlere ait öne sürülen deliller şu şekilde zikredilebilir.

[1359] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/144; Beğavî, *et-Tehzîb fî fıkhi'l-imâm eş-Şâfi'î*, 7/92-93; Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/280; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/125; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278; Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/222.

[1360] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278-279, 414. Benzer bir hüküm hadler konusunda da mevcuttur; Allah haklarına taalluk eden iki suçtan birisi ölüm cezasını diğeri el kesme cezasını gerektiriyorsa ki, muhsan bir kişinin hem zina etmesi hem de hırsızlık yapması buna bir örnektir. Bu olayda el kesme suçu, öldürme suçuna tedahül eder, bir diğer ifadeyle suçluya ölüm cezası uygulanacak olduğundan dolayı el kesme cezası sakıt olur. Bk. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/115, 97.

[1361] Günümüzde kılıç yerine, kısas uygulanan kâtilin acısız ve eziyetsiz ölmesini sağlayacak başka silahlar da kullanılabilir mi? sorusunun cevabı gelecek.

[1362] Özen, "İnfaz", *DİA*, 22/291.

[1363] Özen, "İnfaz", *DİA*, 22/290.

a. Öldürme Suçunda İnfaz Usulü

a.1. Neticede Eşitlik

Neticede eşitlik kuralı, failin kılıçla infazını savunan görüştür. Kılıçla infaz, infazın standart olması anlamına geleceği için eşitlik, suçun neticesi olan öldürmede aranır, öldürmenin şeklinde aranmaz. Hanefiler bu durumu, bizim görüşümüz asılda eşitliktir, cumhurunki ise hem asılda hem de vasıfta eşitliktir diye tanımlamışlardır. Diğer bir tabirle Hanefîler ve râcih görüşlerinde Hanbelîler, eşitliği (*mümâselet*), ceza vasıtası olan alette değil cezanın aslında aramışlardır. Bu açıdan bakınca öldürmeye karşılık öldürme, organ telefine karşılık organın telef edilmesi eşit ve yeterli bir bir cezadır. Alet ve yöntem açısından cezanın tatbikinde eşitlik aranmasına ayrıca ihtiyaç yoktur.[1364]

Hanefi mezhebi ve bir rivayete göre Ahmet b. Hanbel,[1365] adam öldürme suçu nasıl işlenirse işlensin failin ölüm cezası yalnızca kılıç marifetiyle uygulanmalıdır şeklindeki içtihatlarına gerekçe olarak aşağıdaki delillere yer vermişlerdir.

İbn Mes'ûd, Nu'man b. Beşîr ve Ebû Hureyre gibi sahabilerden rivayet edilen "*Kısas ancak kılıçla yapılır*"[1366] hadisi.

Kısastan murat, öldürme suçunu işleyen suçlunun öldürülmesidir. Maksat kasden adam öldüren suçlunun öldürülmesi olduktan sonra, suçlu infaz edilirken bunu en kolay surette sağlayacak yola başvurmak yeterli hatta zorunludur. Zira Hz. Peygamber: ".. *Öldürdüğünüzde en güzel şekilde öldürünüz* ..."[1367] buyurmuştur. Ayrıca kılıçla öldürmek, infaza yetkili olan kişileri katile işkence yapmaktan ve eşitliği ihlal edecek şekilde fazladan ceza vermeye karşı koruyacak en iyi yöntemdir.

Kısasın kılıçla ifa edilmesi Rasülüllah, sahabe ve sonraki dönemlerde maruf olan bir uygulama idi ve bunun aksi de görülmüş değildi. Şayet kısas cezasının kılıç dışında bir aletle uygulanması caiz olsaydı Rasûlüllah ve ashabı bunu yapardı. Oysa onlar böyle bir şey yapmamışlardır. Şu halde kısasın kılıçla ifa edilmesi gerekmektedir.

Katilin yaptığı gibi ateşte yakarak, taşla ezerek kısas yapılmak istendiğinde bunun miktar ve şiddetini eşitlemek nerdeyse imkânsızdır. Öldürmenin şeklinde eşitlik müteazzir

---

[1364] Serahsî, *el-Mebsût,* 26/125; Merdâvî, *el-İnsâf,* 9/490; Bilmen, *Kâmûs,* 3/98; Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-islâmî*, 165-171.
[1365] İbn Kudâme, *el-Muğnî,* 8/304-305.
[1366] İbn Ebi'l-'Âsım, *ed-Diyât*, 26; İbn Mâce, "Diyât", 25 (No. 2667). Mezkûr hadis, rivayet olarak zayıf olmakla birlikte suçluyu kılıçla öldürmek, ölümü kolay ve çabucak gerçekleştireceği için, ayrıca "*... öldüreceğinizde güzel öldürün...*" hadisiyle manaen muvafık olduğu için bu hadisle amel etmek daha evladır denilmiştir.
Bk. http://www.binbaz.org.sa/node/11535; http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=272500.
[1367] Müslim, "Sayd ve zebâih" 57, (No. 1955); San'ânî, *Sübülü's-selâm,* 3/483-484.

olunca zorunlu olarak şekli benzerlikten vaz geçilir, eşitliğin bulunabileceği asıl vasıf ve manaya (*maksat*) dönülür ki o da ölümdür. Eşitlik açısından bunun yolu da sünnetle sabit olduğuna göre kılıçla infazdır.[1368]

Hanefi mezhebi, kılıçla öldürmenin infazda fazlalılığı engelleyeceği yaklaşımına vurgu yaparak, konuya suç ve ceza arasındaki orantı ve eşitliğin sağlanması açısından yaklaşmıştır. Böylece Hanefi âlimler, kısas cezasının kılıçla infaz edilmesinin, kısasta var olan eşitlik ve orantılılık (*mümâselet*) manasını daha iyi gerçekleştireceği kanaatindedirler.

Bıçak ya da kılıç darbesiyle yaralanan bir kişi, sonra bu yaranın sirayetiyle hayatını kaybetse, ceza doğrudan kısastır. Çünkü ortada bu darbeden kaynaklanmış bir ölüm vardır ve bunun cezası da kılıçla infazdır. Şafiîlerin önce aynı şekilde bıçak-kılıç darbesi (*kat'*) vurulur sonra eğer ihtiyaç olursa boynu vurulur (*hazz-i rakabe*) görüşüne itiraz eden Kâsânî, böyle yapılması halinde iki farklı işlem yapılmış olur ki bu eşitliğe aykırıdır, der. Boynun vurulması ilk hareket olan kılıç darbesinin tamamlayıcısıdır denmesi de yanlıştır, zira bir şeyin tamamlayıcısı, onun tâbîsi hükmündedir. Hâlbuki boynu vurmak, yaralayarak öldürmenin bir tâbîsi değil müstakil bir öldürme hareketidir. Ayrıca boynu vurmak (*hazz-ı rakabe*) kılıçla yaralamaktan (*kat'*) daha kapsamlıdır, daha kapsamlı olan bir şey, kendisinden daha küçük olan bir şeyin tamamlayıcısı olamaz. Dolayısıyla burada misliyle mukabeleden bahsedilemez.[1369]

İnfaz aleti. Hadiste ifade edilen kılıç (*seyf*) ve demir lafızlarını Hanefiler, sahabe kavillerinden de hareketle, genel olarak silah diye anlamışlardır. Bıçak, hançer ve mızrak gibi aletler de bu anlamda silah hükmündedir. Maktul yakınlarına, öldürücü olmayan bir alet ve yöntemle öldürmeleri konusunda izin verilmez. Şayet suçlu, maktul yakınları tarafından yüksekten atılarak, suda boğularak ya da taşla, sopayla infaz edilirse, şer'î kuralları ihlâl ettikleri için maktul yakınlarına ta'zîr cezası verilir; ayrıca günahkâr sayılırlar. Ancak bu konuda yetkilerini aşarak öldürmeleri sebebiyle ayrıca tazmin sorumlusu olmazlar, çünkü meşru kısas haklarını kullanmışlardır.[1370]

[1368] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/125-126; Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/222. Ayrıca bk. Âlûsî, *Rûhu'l-me'ânî*, 7/490-491 (en-Nahl 16/126).
[1369] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278-282.
[1370] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/122; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278, 280, 282; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/537; Bilmen, *Kâmûs*, 3/94

Hanefilerin kılıçla infaz görüşü, günümüze taşındığında maksat, suçlunun kolay ve eziyetsiz şekilde cezasını bulması ise kısasın, ateşli silahlar (tabanca vb) gibi kılıç haricindeki diğer öldürücü aletlerle de olabileceği ifade edilmektedir.[1371]

Hanbelî mezhebindeki iki rivayetten güçlü olanı da Hanefîler gibidir, kısasın kılıçla (boyundan) infaz edilmesi gerekir. Caydırıcı bir yöntem ve meşru sınırı aşmaktan koruyan en uygun araç olması hasebiyle mezhebin çoğunluğu bu içtihadı tercih etmiştir. Recmde kılıç kullanılması caiz değildir, burdan hareketle Hanbelîler, recmin sadece taşla uygulanması gibi, kısas da sadece kılıçla uygulanabilir, demişlerdir. Dolayısıyla kısasta taş vb başka bir alet kullanılmamalıdır. Mezhepteki diğer rivayet ise, katil nasıl (boğarak, yaralayarak, taşla) öldürmüşse kendisinin de aynı şekil ve yöntemle öldürüleceğine dairdir. Takıyyüddîn İbn Teymiyye ve Zerkeşî gibi fakihler, naslara ve adâlete daha uygun olduğu gerekçesiyle ikinci rivayeti tercih etmişlerdir.[1372]

a.2. Hareket ve Neticede Eşitlik

Hareket ve neticede eşitlik kuralı, failin maktulü öldürdüğü şekilde infazını savunmaktadır. İmam Mâlik, İmam Şâfiî, İbn Şübrüme, İbn Hazm ve bir rivayete göre Ahmet b. Hanbel, fail öldürme suçunu nasıl işlemişse kısasın, kendisine aynı şekilde tatbik edileceği görüşündedirler. Bu görüş, eşitlik ve denkliğin bir gereği olarak sadece asılda değil vasıfta da eşitlik fikrini savunur. Bu da öldürme suçunda kullanılan aynı yol ve yöntemin tatbik edilmesini gerekli kılar.[1373] Katilin öldürülmesi (netice) kısasın tabiatındaki eşitlik için yeterli değildir, katilin öldürdüğü yöntemde de (hareket) eşitlik bulunmalıdır.[1374] Bununla birlikte, maktul velisinin infaz noktasında katilin maktulü öldürdüğü gibi öldürülmesini isteme hakkından vaz geçip daha efdal olan kılıçla infaza dönüp bunu tercih etme hakkı da vardır demişlerdir.[1375]

Sistem olarak kısas, her açıdan eşitlik üzerine kurulmuş bir cezadır (ولان القصاص موضوع على المماثلة) diyen bu yaklaşıma göre, kılıçla öldürülen maktul yakınlarının hakkı, faili kılıçla öldürmeleridir, kılıç yerine başka bir alet veya yönteme başvururlarsa eşitlik bozulur. Çünkü hakları olan öldürmeye (*katl*), bir de işkence (*ta'zîb*) eklemişlerdir. Öldürme suçunun kılıçla

---

[1371] Fevzân, *el-Mülehhasu'l-fikhî*, 2/479; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/75-76.
[1372] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/304; Merdâvî, *el-İnsâf*, 9/490-491.
[1373] İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, 8/163-164; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 774; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/239, 254; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/327; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/358; Ebû Zeyd, *Ahkâmü'l-cinâye ale'n-nefs ve mâ dûnehâ 'ınde'bn Kayyim el-Cevziyye*, 180-181; Bilmen, *Kâmûs*, 3/94-95, 98.
[1374] Avvâ, *Fî usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 286.
[1375] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/40; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/265-266; Bilmen, *Kâmûs*, 3/98.

değil de boğarak, yakarak, yüksekten atarak, ağır bir cisimle çiğneyerek, ezerek veya da açlığa terkederek işlenmesi halinde katil, vahşice hislerle hareket ettiği için sadece öldürmemiş aynı zamanda maktule acı da çektirmiş olmaktadır. Yani katilin hareketleri hem öldürme (*katl*) suçunu hem de işkence işkence (*ta'zîb*) suçunu barındırmaktadır. İnfazda tam eşitliği savunan bu düşünce açısından maktul yakınları boğmak, yakmak vb. yerine -cevazına binaen- kılıç ile infazı tercih etmişlerse, bu onların kendi haklarının bir kısmından vaz geçmeleri anlamına gelecektir. Zira hem öldürme (*katl*) hem de işkence (*ta'zîb*) hakları bulunan maktul yakınları, kılıçla kısası tercih etmekle haklarının bir kısmından (*ta'zîb*), diğer bir deyişle eşitlikten fedakârlık etmiş sayılmaktadırlar.[1376]

Kâsânî'nin ifadesiyle bu yaklaşımın temelinde "fiilde eşitlik" düşüncesi yatmaktadır. Çünkü ilke olarak kısas, işlenen suçun karşılığı olup suça misliyle karşlık verme esasına mebnidir. Şu halde ikinci fiil (kısas infazı) ilk fiil olan öldürme suçu ile şeklen de aynı olmalıdır.[1377] Kâsânî'ye göre imam Şâfiî böyle demekle, suçun işleniş (*fiil*) biçimiyle kısas cezasının infazı arasında eşitliği savunmuş oluyor ki bu fiilde mümâselettir. Hâlbuki hakiki eşitlik fiilde değil sonuçta aranmalıdır, o da katilin kısasen öldürülmesidir. Katilin nasıl öldürdüğünün kısasın şekline bir etkisi yoktur, demektedir.[1378]

Hem hareket hem de neticede eşitliği gerekli gören bu içtihat sahibi âlimlerin, görüşleri için zikrettikleri delillerden bazıları şunlardır.

Kur'ân-ı Kerim'de: "*Cezalandırmak isterseniz size yapılanın dengiyle (size yapıldığı kadar) cezalandırın, fakat sabır gösterirseniz bilin ki sabırlı davrananlar için bu muhakkak daha hayırlıdır*"[1379] ve "*... savaş yasağına/saldırmazlık antlaşmasına riayet karşılıklıdır. Şu halde kim size saldırırsa, onun saldırısının dengiyle siz de ona saldırın...*"[1380] buyurulmaktadır. Her iki âyet, kısasta mümâseletin esas olduğu konusunda asıl olup kısasın, kısası gerektiren hareketin (suç) dengiyle (*misl***)** infazına izin vermektedir.[1381] Kıraat olarak "وإن عقبتم فعقبوا" âyetindeki "*kâf*" harflerini şeddeli okuyan İbn Sîrîn (v. 110/729), bu kelimelere "*ta'kîb*" manası vererek suçla infaz arasındaki cins ve kadr benzerliğine delil

---

[1376] Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, 18/458; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-Minhâc*, 8/384, 441.
[1377] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/279
[1378] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/279, 278-282.
[1379] en-Nahl 16/126. (**وَاِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهٖ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصّٰبِرِينَ**)
[1380] el-Bakara 2/194. (**اَلشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدٰى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدٰى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللّٰهَ وَ اعْلَمُوا اَنَّ اللّٰهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ**)
[1381] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/358, 10/202.

getirmiştir.[1382] "*Kötülüğün karşılığının ona denk bir kötülük olacağını*"[1383] bildiren âyetten de infazda eşitlik manası çıkarılmıştır.[1384]

Berâ b. Âzib'ten rivayet edilen bir hadiste Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Kim boğarak öldürürse onu boğarak öldürürüz, kim de yakarak öldürürse onu yakarak öldürürüz.*"[1385] buyurmaktadır. Bu hadis suçluya, yaptığının aynısıyla ceza verilmesinin cevazına delalet etmektedir.

Kısas, kökeni itibarıyla eşitlik, denklik ve benzerlik (*mümâselet*) üzere kurulu bir cezadır. Bu nedenle, işlenen suçun cezasının tam olarak verilebilmesi için cezanın misliyle yani suçun işlenme tarzına göre uygulanması gerekir.

Enes b. Mâlik'ten gelen rivayete göre Rasûlüllah, bir kız çocuğunu boynundaki gerdanlığını almak için başını taşla ezerek öldüren Yahudi'nin, aynen öldürdüğü gibi, başının taşla ezilerek öldürülmesini emretmiştir.[1386] Bu tarz bir öldürme, Hanefilerin iddia ettiği gibi siyaseten değil doğrudan kısas gereğidir. Sebebi de zimmet akdini bozması değildir. İbn Kayyım, bu iddiaya söz konusu Yahudinin bu şekilde başının ezilerek öldürülmesinin sebebinin işlemiş olduğu kasten öldürme suçu olduğunu belirterek cevap verir. Şayet zimmet akdini bozmuş olsaydı bu şekilde değil boynu kılıçla vurularak öldürülürdü, der. Kitap, sünnet ve mizan, cezanın böyle olması gerektiğini göstermektedir, diye de ekler.[1387] Bu hadisle sabittir ki, kısas infazı kılıca hasredilemez. Kılıca hasredilseydi Yahudi bu şekilde başı ezilerek öldürülmezdi.

Kısas kelimesinin anlamlarından birisi "bir şeyi izlemek, bir izi takip etmek"tir. Bu anlamda Kur'ân'da: "*... hemen izleri üzere geri döndüler*"[1388] buyrulmaktadır. Buna göre suçlunun, maktulü öldürdüğü şekilde öldürülmesi veya mağduru yaraladığı/sakat bıraktığı

[1382] Âlûsî, *Rûhu'l-me'ânî*, (en-Nahl 16/126), 7/490-491

[1383] eş-Şûrâ 42/40. (**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا**)

[1384] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/139; Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*; 10/275-276; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/369-370; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/301-302, 317; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, 6/225; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/256-257. İbn Hazm, el-Bakara 2/190, 194, 229, en-Nahl 16/126, eş-Şûrâ 42/40-42 âyetlerini zikrettikten sonra bu ayetler, cezanın tatbikinde suçlunun yaptığına uygun davranılması gerektirdiğine delildir, der. Bk. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/256-257.

[1385] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/79 (No. 15993); Beyhakî, *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/409 (No. 17185); Beyhakî, *es-Sünenü's-sağîr*, 3/215, 313 (No. 2622, 2967).

[1386] Buhârî, "Diyât" 5, 7 (No. 6877, 6879); Müslim, "el-Kasâme ve'l-muhâribîn ve'l-kısâs ve'd-diyât" 15-17 (No. 1672); Tahâvî, *Şerhu me'âni'l-âsâr*, 3/190; Beyhakî, *es-Sünenü's-sağîr*, 3/215 (No. 2965).

[1387] İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/327-328. İbn Kayyım el-Cevziyye, cinayetlerde karşılıklı eşitliğin bulunması gereken üç şeyden bahseder. Bunlar: 1. Can 2. Mal ve 3. Irz (onur/şeref)dır. Bu üçüne yönelik suçların cezası, suça denk ve onunla eşit bir ceza olmalıdır.

[1388] el-Kehf, 18/64. (**فَارْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصاً**)

şekilde yaralanması, kısas teriminin dildeki anlamı ile terim anlamı arasındaki ilişkinin doğal bir sonucudur.[1389]

Nasıl öldürmüşse öyle öldürülür diyen cumhur, cinayetin, maktule içki içirerek veya livata yaparak (özellikle çocuklar) öldürülmesi gibi gayri meşru bir yolla işlenmesi durumunu istisna etmişlerdir. Çeşitli görüşler bulunmakla birlikte katille maktul arasındaki yaş ve cüsse farkının da etkili olduğu bu tip olaylarda infazda eşitlik şartının bir anlamı olmadığı ifade edilir.[1390] Şafii mezhebinde maktulü içki içirerek öldüren katilin kılıçla infaz edilmesi görüşü yanında ikinci bir görüş olarak su içirilerek öldürülebileceği kaydedilse de Hanbelîler, sihir, livata ve içki gibi li-'aynihî haram olan bütün öldürme şekillerinde kılıçla infaza dönüleceği görüşündedirler.[1391]

Livata (anal ilişki) ile, aşırı alkol vermekle veya sihir gibi maktulün gayrimeşru bir hareketle öldürülmesi halinde cumhur fukaha nezdinde, vasıftaki eşitlikten vazgeçilip kısasın kılıçla infaz edilmesi yolu tercih edilmiştir. Sayılan durumlarda eşitlikten vazgeçilmesinin sebebi, cinayet yöntemindeki haramlıktan dolayı eşitliğe riayetin imkânsız olmasıdır. Bunun gibi, kılıçla kısasa rucû' edilen durumlardan birisi de, katilin hedefindeki kişinin elini kesmesini müteakiben yaranın vücuda sirayet ederek neticede mağdurun ölmesi olayıdır. Bu durumda vasıfta eşitliği sağlamak üzere katilin de eli kesilir ve ölmesi beklenir. Şayet eli kesilen katil, öldürdüğü kişi ile aynı süre zarfında ölmezse o takdirde kılıçla öldürülmesi gerekir, denilmiştir.[1392] Eşitliği sağlamak üzere maktul yakınlarına önce el kesme sonra öldürme seçeneği sunulması yanında katile acıyarak (*teshîl*) onun doğrudan kılıçla öldürülmesi seçeneği de sunulmuştur.[1393] Benzer başka örnekler üzerinde de eşitliği ihlal etmeme düşüncesiyle ne zaman kılıçla infaza udûl edileceği konusunun Şafiî doktrinde tartışıldığı görülür; örneğin, açlık ve susuzluğa terk edilerek, yüksekten atılarak ya da üzerine ağır bir cisim bırakılarak öldürülen kişilerin katillerine aynısı yapılır, ölmezlerse aynı fiil ikinci kere tekrarlanır görüşü olduğu gibi kılıçla infaz edileceği görüşü de vardır.[1394] Yalancı olduklarını itiraf ederek zina şahitliğinden rucü eden şahitlerin recmedilerek veya duruma

[1389] http://ar.jurispedia.org/index.php/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B5%D8%A7%D8%B5, Erişim tarihi: 05.04.2016.
[1390] Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/275-276; İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/327; İsnevî, *el-Mühimmât*, 8/197; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/358.
[1391] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/304.
[1392] Demîrî, *en-Necmü'l-vehhâc fî şerhi'l-Minhâc*, 8/429-433; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/441; Serahsî, *el-Mebsût*, 26/125.
[1393] İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/441.
[1394] Nevevî, *el-Mecmû'* , 18/459.

göre celde uygulanarak öldürülmeleri de infazda eşitliği sağlama çabasına dönük oluşmuş bir içtihattır.[1395]

Livata fiiliyle öldürme olayında, livata haram bir eylem olduğu için zorunlu olarak aynısı yapılamayacak, eşitlikten vaz geçilecektir. Bu zorunluluktan dolayı kılıçla kısas yapılması gündeme getirilmiştir. Ancak olabildiğince eşitliğe riayet açısından, benzer bir fiil olarak katilin arkasına bir cisim sokularak öldürülebileceği Şafiî mezhebinde bir seçenek olarak dile getirilmişse de Mâlikiler bunu infazda aşırılık ve çirkin (*fuhş*) bir davranış olarak değerlendirmişlerdir.[1396] Şafiî mezhebinde cinayetin şekli nasıl olursa olsun infazda olabildiğince eşit davranmak üzere bir çaba harcandığı görülmektedir. Fakat mezhebin genel yaklaşımı, fiil haramsa kılıçla infazdır. Zira gayri meşru bir yöntem, kendisi gibi bir gayri meşru yöntemi caiz kılmamalıdır.

Yakarak öldürme meselesinde de kısasın şekli tartışılmıştır. Maktulü yakarak öldüren suçlunun kendi fiiline uygun olarak yakılmak suretiyle öldürüleceği görüşü bulunduğu gibi, yakmanın sadece Allah'a mahsus bir azab şekli olması hasebiyle kılıçla infaza dönülmesi görüşü de vardır. Mâlikîler, Şafiîler ve Hanbelîlerden kâdı Ebû Ya'lâ el-Ferrâ'nın mezhepte sahih saydığı görüş, katilin ateşle yakılarak öldürülebileceği yönündedir. Mâlikilerde ateşte yakarak infaz hükmü mutlaktır, sıfat olarak ateşin aynı (*mümâselet*) olması gerekmez. Hanefilere ve Hanbelilerden bir rivayete göre ise ateşle yakarak kısas yapılmaz. Bu konuda yakarak kısas yapılabileceğini savunanlar "*Kim yakarak öldürürürse onu yakarak öldürürüz*"[1397] hadisiyle istidlal etmişler, yakılarak kısas yapılamayacağını söyleyenlerin zikrettikleri ateşle azabı yasaklayan rivayeti[1398] ise kısas dışındaki diğer konulara hamletmişlerdir.[1399]

İnfazda eşitlik ilkesini benimseyen mezheplerin bu hassasiyeti, kısastaki eşitlik manasına (لأن القصاص موضوع على المماثلة) tam anlamıyla muvafakat sağlama hırsından kaynaklanıyor olmalıdır. Böyle olmakla birlikte kılıçla infazı da caiz saydıkları görülür. Örneğin Şafiî mezhebinde, öldürme şeklinde (vasıfta) eşitliği terk edip kılıçla infaza udûl edilmesi, maktul yakınlarının kimi haklarından ferağat etmeleri olarak değerlendirilmiş ve bu

[1395] İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/441.
[1396] Nevevî, *el-Mecmû*', 18/458-459; İsnevî, *el-Mühimmât*, 8/197; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebir li'd-Derdîr*, 4/265.
[1397] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/79 (No. 15993); Beyhakî, *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/409 (No. 17185); Beyhakî, *es-Sünenü's-sağîr*, 3/215, 313 (No. 2622, 2967).
[1398] Ahmed, *Müsned*, 25/421 (No. 16034); Ebû Dâvûd, "Cihâd", 122 (No. 2673); Abdürrezzâk, *Musannef*, 5/214 (No. 9418); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 9/123 (No. 18065).
[1399] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/139; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/304; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/265; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/369; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/265.

caiz (hatta efdal) görülmüştür.[1400] Özellikle de erkek çocuklarına livata yapılması, küçük kız çocuğunun tecavüz edilmesi gibi cinayetin haram yolla işlendiği olaylarda infazda eşitliği sağlamak şer'an imkânsız olunca kılıçla infaz zorunlu hale gelmiş (teayyün) olur.[1401]

Mâliki mezhebinde de içki, livata, sihir yoluyla öldürülen kişilerin katillerine kısas kılıçla infaz edilir. Ancak livata ile öldürme suçu dört şahitle ispat edilmişse had cezası olarak recm uygulanır.[1402]

Suçla infaz arasındaki benzerliği önemseyen bu görüş sahipleri, câife türü yaralama sonucunda ölüm gerçekleştiğinde kısasın niteliğiyle ilgili farklı içtihatlar ortaya koymuşlardır. Şâfiî mezhebindeki güçlü olan görüş ve Hanbelîlerdeki bir rivayete göre mümâselet gereği fail, câife türü bir yaralamaya maruz bırakılarak öldürülür. Ancak câifenin şekil ve boyutlarında eşitlik müteazzir olacağı için mezhep içinde infaz, boynun kılıçla vurulması suretiyle gerçekleştirilmelidir görüşü de gündeme getirilmiştir.[1403]

Faile, öldürme suçunu işlediği şekilde ceza verilmesi görüşünü savunmakla cumhurun, teoride, suç ile ceza arasında bulunması gereken münasebetin "ahlaki" değil "maddi" olması gerektiği fikrini benimsedikleri söylenebilir. "*Cürm ile ceza arasında bulunması lazım gelen münâsebet 'ahlâkiyye' olup 'mâddiyye' olmamalıdır. Ahlakça olan münâsebet mücrimin tecâvüz etmiş olduğu hukukun ma'nen mislini kendi hukukundan izâa etmekle olur. Münâsebet-i mâddiyye olduğu halde, vuku' bulan cürmün îcâb eylediği te'sîr-i mâddiyyenin aynı aynına ceza tertîb etmektir. Yani, cürmün îkâ'ı için ne derlü bir sû-i tedbir ittihâz olunmuş ise cezanın ta'yini için dahi aynı aynına öyle bir tedbir-i şedîdin iltizâm olunmasıdır.*"[1404]

Cumhurun cevabı. Delilleri yukarıda zikredilen cumhurun, Hanefiler'in delillerine cevap sadedindeki itirazları şöyle sıralanabilir:

a. Hanefiler'in istidlal ettikleri *"Kısas ancak kılıçla olur"* hadisi zayıf bir hadistir.[1405] Bu hadisin sahih olduğu farz edilse bile, hadis cumhur'un zikrettiği diğer hadislerle teâruz halindedir. Bu nedenle her iki gruptaki birbirine muarız olan hadisler hükmen sakıt

[1400] Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/458.
[1401] İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/441.
[1402] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebir li'd-Derdîr*, 4/265.
[1403] Şemseddîn er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/306.
[1404] Rıza - Orfanides, *Mîzân-ı cezâ*, (md. 138), 119-120.
[1405] İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 1/327; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/279-282. Hadisi Bezzâr ve İbn Adiyy tahric etmişlerdir. Hem Bezzâr ve İbn Adiyy hem de Ahmet b. Hanbel, hadisin isnadının zayıf olduğunu belirtmişlerdir.

olmuşlardır. Geriye kalan ise kısasın misliyle ifa edilmesi gerektiğine delalet eden âyetlerdir.[1406]

b. Maktulü boğarak, yakarak veya yüksekten atarak öldüren bir katili, kılıçla öldürmek "*Öldürdüğünüzde en güzel şekilde öldürünüz.*" hadisi açısından iyi ve güzel bir öldürme değildir, tam aksine cezada denkliği emreden el-Bakara 2/194 gibi âyetler sebebiyle kötü bir infazdır, eşitliği ihlaldir. Katili, kendi fiiline göre, hangi hareketle öldürmüşse, aynı hareketle öldürmek daha adil ve objektiftir. Bu, Hanefilerin iddia ettiği gibi "*müsle*" de değildir. Asıl müsle, katilin hareketinin aynısını terk ederek fiilde eşitlikten sapmak ve kılıçla öldürmektir; ayrıca kılıçla boyun vurulurken de birkaç kere darbe vurmak zorunda kalınmaktadır ki bu da çok nahoş manzaralara sebep olmaktadır. Böyle düşünülünce -örneğin- boğarak öldürmek daha acılıdır da denemez.[1407]

c. Suçlunun infazında en kolay yöntem, kılıçla infazdır ve bu yöntem, eşitliğe riayet hususunda en iyi çaredir iddiasına gelince buna şöyle cevap verilebilir: Suçluya uygulanacak olan kısasın hedeflerinden birisi de, maktul velisinin suçlunun cezalandırılması nedeniyle gönlünün huzura ermesi (*teşeffî*) ve sakinleşmesidir. Suçlunun kılıçla değil de örneğin asılmak suretiyle infazı hem daha kolaydır hem de maktulün velisini daha çok teskin edecektir. Ayrıca suçlunun yakılarak veya boğularak öldürülmesi uygulamasında suçluya fazladan ceza vermemek mümkündür.

Rasûlüllah ve sahabe döneminde kılıçla infazın bilinen ve yerleşik bir uygulama olduğu iddiasına gelince, bu iddia katilin maktulü öldürdüğü şekilde öldürülmesinin caiz olmayacağı anlamına gelmez. Eğer böyle olsaydı Rasûlüllah tarafından, başı taşla ezilerek öldürülen cariyenin Yahudi katili hakkında aynen öldürdüğü şekilde öldürülmesi/kısas edilmesi emri verilmezdi.

Hz. Peygamber döneminde infazda kılıç tercih edilmesindeki maksat, kılıcın ölümü daha kolay ve hızlı gerçekleştirmesi, kılıcın katile karşı daha şefkatli bir alet olarak görülmesidir. Günümüzde kılıç haricinde bu maksadı hâsıl edecek başka aletler mevcuttur. Özellikle de eşitliği sağlamanın mümkün olduğu hallerde bu tip aletleri kullanmak caizdir. Üstelik bu, kasten adam öldürme suçunu işleyen failin, maktulü öldürdüğü gibi öldürülebilmesi ile de çelişmez.[1408]

[1406] Tearuz nedeniyle sakıt olan olan bu hadislerin yerine hükmü âmm olarak baki olan el-Bakara 2/196 ve en-Nahl 16/126 ayetlerine işaretle, bu ayetlerin hükmüyle amel edilmelidir denilmek istenmiştir.
[1407] İbn Hazm, *el-Muhallâ,* 10/261-262.
[1408] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/279.

Muhammed Mebrûk Yusuf, öldürme yöntemi eğer meşru ise, maktul velisinin, katilin maktulü öldürdüğü şekilde kısas uygulanmasını isteme hakkı olduğunu savunan cumhura ait görüşün tercihe layık olacağını belirtmiştir. Bununla birlikte maktul velisinin, kılıç veya kılıç haricinde daha kolay/hızlı ölümü sağlayan başka bir aletle de infaz edilmesini isteme hakkının da baki kalacağını, zira kılıç ve benzeri bir şeyle öldürmek önceki duruma göre çok daha kolay ve merhametli bir infaz yoludur. Ayrıca *"öldürereceğinizde en güzel şekilde öldürünüz, keseceğinizde en güzel şekilde kesiniz"*[1409] hadisindeki *"ihsan/güzel yapma"* ifadesi genel manada kolaylığı emretmekte, idam cezası verilen kişinin acısını artırmayı da yasaklamaktadır, diyerek -bu maksadı sağlamak şartıyla- kılıç harici bir aletle öldürmenin şeriatın ruhuna aykırı görülemeyeceğini söylemiştir.[1410]

Öldürme fiilinin meşru bir şekil ve surette olması önkoşuluyla, öldürme eylemiyle kısasın infazı arasında bir orantı ve eşitlik (*mümâselet*) sağlanabilecekse, katilin maktulü öldürdüğü eylemin aynısıyla cezalandırılması mümkündür.[1411]

İki yaklaşım arasında bir karşılaştırma yapılınca Şâfiî mezhebinin, konuyla ilgili emirlerdeki "kısas" terimi ve türevlerinin mutlak eşitlik manasından hareket ettikleri görülürken Hanefi mezhebi, kısasla ilgili âyetlerdeki mutlak lafızlarının takyit edildiğini savunmuştur. Hanefiler açısından kısas ifasında aletin kılıç olması, sünnetin beyanıyla sabit olmuştur.

Sonuç olarak, ister kılıç veya başka bir aletle olsun isterse de katilin maktulü öldürdüğü şekilde cezalandırılması olsun, kendi içtihatlarını savunan âlimlerin gayesi, hangi infaz türünün eşitliği daha iyi gerçekleştireceğidir.

b. Kısasın İnfaz Usulüyle İlgili Bazı Meseleler

Kısasın özündeki eşitlik manasına sadık kalma iradesinden ötürü, öldürme suçu ve müessir fiillerde kısas infazında infaz aleti, zamanı ve infaz görevlisi ile ilgili birtakım şartların ileri sürüldüğü görülür. Suçlunun mağdura verdiği zarardan daha az veya daha çok olmaması hedefine odaklanan bu şartlar nihayetinde kısasta eşitliği temin etme hedefine yönelmiştir.[1412]

[1409] Müslim, "Sayd ve'z-Zebâih", 57 (No. 1955); Ebû Dâvûd, "Dahâyâ", 12 (No. 2815); Tirmizî, "Diyât" 14 (No. 1409) 1/161; İbn Mâce, "Zebâih", 3 (No. 3170).
[1410] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/279.
[1411] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/279.
[1412] Bilmen, *Kâmûs*, 3/94-99; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye, (Kıveyt)*, 16/79-81, 25/345-350, 33/274-278, 39/315-317.

İnfaz aleti. Öldürme suçunda kısas aleti silahtır. Silah, kılıcın yanısıra bıçak, hançer ve mızrak gibi kesici ve delici diğer aletlerdir. Hanbelî mezhebinde yer alan iki rivayetten güçlü olanı Hanefîler gibidir; buna göre, kısasın silahla infaz edilmesi gerekir. Mezhepteki diğer rivayet, katil nasıl öldürmüşse kendisinin de aynı şekil ve yöntemle öldürüleceğini bildirir. Bir önceki başlıkta zikredildiği üzere Mâliki ve Şâfiî mezhepleri, öldürme suçunda katil nasıl öldürmüşse o şekilde öldürülmesi gerektiğini savunduklarından dolayı özel bir infaz aleti tespit etmemişlerdir. Katil yakarak öldürdüyse yakılarak, boğarak öldürdüyse boğularak öldürülür.[1413]

Eşitlik açısından infaz aleti, öldürmeye nisbetle, müessir fiillerde daha ince bir konudur. Müessir fiillerde infaz aleti, belirlenen sınırı aşmaya sebebiyet vermeyecek derecede hassas bir alet olmalıdır, ziyade riski taşıdığı için müessir fiillerde kılıç kullanılamaz; infaza özel, neşter gibi daha hassas ve ince aletler kullanılmalıdır. Ziyade olmaksızın kısas yapılamayacağı öngörülen bir yerde kısas sakıt oluyorsa, infazda ziyade oluşturacak olan bir alete izin verilmemesi evleviyet gereğidir.[1414]

Şâfiî mezhebinde kullanılan suç aletine bakılmaksızın, müessir fiillerde neşter gibi hassas aletlerle kısas yapılabilir diyen fakihler varsa da mezhebin çoğunluğu, müessir fiillerde de imkânlar ölçüsünde suçlunun kullandığı aletin aynısıyla kısas yapılmasından yanadır.[1415] Hanbelî mezhebinde, suçlunun kullandığı alete bakılmaz, daha hassas ve kesici aletlerle kısas yapılacağına hükmedilmiştir. Hz. Peygamber'in "*Kestiğinizde güzel kesin.*" hadisi yanında eşitlik için kısasta ziyadeye sebebiyet verilmemesi gerektiği kuralı böyle olmasını zorunlu kılar.[1416] Her iki mezhep de genel olarak taş ve kılıç gibi hassas olmayan kesici aletlerin organların kısasında kullanılamayacağı noktasında hemfikirdirler.

Diş kırıklarında kısas aleti olarak eğe zikredilir; suçlunun dişi mağdurun dişinde oluşturduğu kırık ölçüsünde bir eğe marifetiyle törpülenir. Diş, diğer kemik kırıklarından istisna edilmiştir. Bu hüküm, diş kırıklarında eşit şekilde kısas yapılabileceği kanaati üzerine bina edilmiştir.[1417]

Uygulama-infaz. İnfaz görevlisinin, insan anatomisini, neşterin nasıl ve nerelerden vurulacağını bilen bir kişi olması önemli hususlardandır. Kısasta denklikten sapmamak

[1413] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/278, 280; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/537; Merdâvî, *el-İnsâf,* 9/490-491; Bilmen, *Kâmûs*, 3/94; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/537.
[1414] İbn Kudâme, *el-Muğnî,* 8/318-319; 329; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc,* 5/262; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/558.
[1415] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/262.
[1416] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/558.
[1417] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/422; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr,* 1/234-235; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/552.

amacıyla öncelikle mağdura verilen zarar mûdıha ve benzeri bir yaralama ise, yaranın eni ve boyutları dikkatli bir şekilde ölçülür. Özellikle mûdıhada yara zaten kemiğe dayanmış olduğundan yaranın derinliği çok önemli görülmez. Doğru bir ölçüm için saçların kesilmesi, kesilecek yerleri belirlemek üzere çizgi çekilmesi gerekebilir. Kısas sırasında suçlunun kımıldanıp da ölçüyü şaşırtmaması için baş sıkıca tutularak gerekli tedbirler alınır.[1418]

Eşitlik sağlanabileceği gerekçesiyle mûdıhadan dolayı faile kısas yapılabileceği daha önce ifade edilmişti. Mûdıhada neşter veya hassas bıçaklarla kısasın nasıl uygulanacağı konusunda eşitliğe riayet maksadıyla prob, sonda ve mil gibi bazı ölçüm aletlerinin isimlerinin zikredildiği görülür. Bu aletlerden bahsedilmesi, yaranın enini, boyunu ölçerek kısastaki eşitlik ilkesine riayet gayesine matuftur. Bu ölçümde derinliğe çok önem verilmez, çünkü mûdıha, kemiğe dayanmış ve orada nihayet bulmuştur.[1419]

İnfaz, yaralı şahsın kendisi veya vekili tarafından gerçekleştirilecekse bu kişinin kısas görüntülerine karşı, psikolojik olarak dayanıklı olması da infaz açısından gerekli görülmüştür.[1420] Bu anlamda infazda eşitlik için günümüzde uzman cerrahların yararlanılması uygun olacaktır.

Klasik eserlerde baş ve yüz bölgesinde meydana getirilen "*şecce*" türü yaralamalar genelde on madde halinde incelenmiştir bunlardan yedinci sırada zikredilen "*mûdıha*" ise hepsi için bir eşik kabul edilmiştir. Özellikle diyet açısından genel kabul, mûdıhanın altında kalan yaralamalar için ta'zîr kapsamında hükûmet-i adl; üstünde yer alanlar içinse miktarı nasla belirlenmiş olan diyet ödeneceğidir. Kısas açısından ise kendisinde eşitliği sağlamak mümkün olabildiği için şeccenin on türünden sadece mûdıhanın kısasa tabi olacağı konusunda görüş birliği mevcuttur. Diğer şecce türü yaralamalarında eşitlik temin edilemeyeceği için kısas yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır.[1421] Ancak *el-Asl* (*el-Mebsût*)'da imam Muhammed'den mûdıhanın altında sayılan diğer altı yaralama türünde de tıbbi ölçüm cihazlarıyla ölçüm yapılıp sonra keskin bir bıçakla yaralama işlemi yapılabileceği görüşü nakledilmiştir. Böylece cinayet ile kısas arasında eşitliği sağlamak mümkün olabilecektir. Nitekim "*Yaralamalarda da kısas vardır*"[1422] âyeti de bu tip yaralarda kısasın

[1418] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318-319; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/262.
[1419] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/42; Şeyhîzâde (Dâmâd), *Mecme'u'l-enhur*, 2/643; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/133; 8/318-319; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/582; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/318-319; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 25/349.
[1420] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/109-110; İbn Rif'a, *Kifâyetü'n-nebîh*, 15/457.
[1421] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317-318; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/582; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/349; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/169, 181, 190; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 5/558.
[1422] el-Mâide 5/45.

uygulanabileceğine bir işaret olmalıdır.[1423] Tıp alanındaki gelişmelere bağlı olarak eşitliği sağlamak mümkün olabileceği için kısastan vazgeçmek yerine uzmanlara danışılarak konunun yeniden değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Vakit. Öldürme suçunda kısasın ne zaman uygulanacağı eşitlik açısından hükme çok etki etmemektedir, bundan dolayı katilin hasta olması, havanın çok sıcak veya çok soğuk olması dikkate alınmaz. Zira, katil netice itibarıyla yine ölümü hak etmiştir. Suç ve cezanın şahsiliği ilkesi açısından bunun en önemli istisnası hamilenin kısasının doğuma kadar, çocuğun durumuna göre de sütten kesilinceye kadar ertelenebilmesidir.[1424] Bu ertelemenin naslarda da örnekleri mevcuttur.[1425]

Hamile kadının müessir fiillerdeki cezasının ertelenmesi, hayati riske bağlıdır; kısas uygulandığında hamile veya ceninin hayatı açısından bir tehlike varsa infaz ertelenir.[1426]

Hanefiler, mûdıha ve diğer olaylarda yaranın son aşamaya ulaşıp ilerlemesi durduktan sonra kısas uygulanabilir. Şafiilerde ise suçun işlenmesinden sonra kısas infazına hükmedilebilir, yaranın son halini almasını beklemek zorunda değildir. "Yaralama suçlarında yaranın şu anki durumu değil son hali esastır" kuralı gereği kısas, yaranın tamamen iyileşip sirayet ihtimali iyice sonlandıktan sonra yapılır. Henüz yara iyileşmeden kısas yapılırsa, yaranın sirayet ve ilerlemesine bağlı olarak, kısasın eksik uygulanmış olma riski devreye girebilir. Dolayısıyla bu kuralın, netice itibarıyla kısastaki eşitlik manasını hedeflemekte olduğu görülür. Hataen gerçekleşen yaralama suçlarında da diyetin doğru tespiti açısından yaranın sirayetinin tamamen sonlanması beklenir.[1427]

Mâlikî mezhebinde, organlarda kısas nedeniyle, suçlunun hayatını kaybetmemesi veya hakettiğinden daha fazla zarara uğramaması için aşırı sıcak ve soğuk gibi hava koşulları göz önünde bulundurulur. Suçlunun hasta olduğu dönemde kısas yapılmasının bir takım riskleri varsa kısasın uygun bir zamana ertelenebileceği bilgisi kaydedilir. Aynı hassasiyet, Hanefilerde hadlerin ifasında gösterildiği için sıcak ve soğuk havalarda hırsızın elinin

[1423] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/45; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* 6/552, 582.
[1424] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/279-280; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr,* 4/16.
[1425] Müslim, "Hudûd", 23 (No. 1695); Ebû Dâvûd, "Hudûd", 25 (No. 4440, 4442); Ahmed, 34/82-83 (No. 20436), 38/37-38 (No. 22949).
[1426] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhu'l-kebîr*, 4/260.
[1427] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/427-428; Mevsılî, *el-İhtiyâr,* 5/43; Çivizâde, *el-Îsâr,* 4/203.

kesilemeyeceği, hayatını kaybetmemesi için hasta olan zaniye iyileşmedikçe celde cezası uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.[1428]

Mûdıhada kısas uygulanırken kısası infaz eden mağdur, kasıten kendisine verilen zarardan daha fazlasını yaparsa bu fazlalık oranında kısas yapılır. Bu durumda önceki mudıhanın iyileşmesi beklenir, yara kapandıktan sonra kısas yapılır. Çünkü suçlunun kanı, mağdura verdiği zarar ölçüsünde mübahtır, bunun dışında kanı masumdur. Ancak kısas sırasında suçlunun depreşmesi gibi bir sebeple fazlalık oluşmuşsa kısas yapan kişinin bir yükümlülüğü bulunmaz.[1429]

Mekan. Öldürme suçunun harem bölgesinde işlenmesi durumunda kısasın orada infaz edilebileceği ittifakla sabittir. Suçlunun harem dışında öldürme suçu işledikten sonra harem bölgesine sığınması durumunda Mâlikî ve Şâfiî mezhebiyle Hanefîlerden Ebû Yûsuf'a göre haremde kısas uygulanabilir. Kabe'ye, Mescid-i haram veya civarındaki mescitlerden birine sığınmışsa buralardan dışarı çıkartıldıktan sonra yine haremde kısas yapılabilir. Ebû Yûsuf dışındaki diğer Hanefi imamlar ve Hanbelîlere göre, harem bölgesinde kısas yapılması uygun olmayacağı için suçlu aç ve susuz bırakılır, kendisiyle alışveriş yaplmaz böylece kendiliğinden haremi terk etmesi ve harem dışında bir yerde kısas yapılması sağlanmaya çalışılır. Müessir fiilere gelince kısas, suçun işlendiği bölgeye bakılmaksızın haremde infaz olunabilir.[1430]

B. DİYETTE EŞİTLİK

İslâm ceza hukuku da dâhil olmak üzere ilahi ve beşeri tüm hukuk sistemleri, insan hayatının dokunulmazlığı ve beden bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda, kasıtla işlenen suçlarla hataen (taksirle) işlenen suçları ayrı ayrı değerlendirmiştir. Bu çerçevede İslâm hukuku, kasıtla işlenen suçlar için kısas cezası, hata ile işlenen suçlar için de diyeti gerekli görmüştür.[1431]

Öldürmek, değerli bir canlıyı telef etmektir ve telef edilen şeyin kıymetini tazmin etmek gerektiği genel bir ilkedir. İnsanoğlunun canı kıyemîdir, standart-mislî bir mal gibi değildir; dolayısıyla misli verilemeyeceği için şer'an takdir edilen kıymet ödenir. Bu kıymet, taksirle

[1428] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/87; Bilmen, *Kâmûs*, 3/95.
[1429] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/191; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/317, 319.
[1430] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/458; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 2/625; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/41-42; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/261; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/472; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/279; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/100-102; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 33/274.
[1431] el-Bakara 2/178, en-Nisâ 4/92-93, el-Mâide 5/45; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 48, 55, 88-89; Şafak, "Kasıt", *DİA*, 24/560; Bardakoğlu, "Katil", *DİA*, 25/46; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 69.

öldürme hakkında varid olan naslara göre diyettir. Taksirle öldürme olayında hata, esasında cezayı düşürecek meşru bir mazerettir; fakat buna rağmen diyeti gerekli kılan sebep, hata değil canın yok (*itlâf*) edilmişliğidir.[1432] İnsanların farklı vasıf ve niteliklerde olmaları gerçeğine rağmen diyetin şâri‘ vasfıyla Hz. Peygamber tarafından belirlenmesi, farklılıklara itibar edilmemesi gerektiğini dikte ettiği gibi yaşanabilecek muhtemel anlaşmazlıkları da önlemiştir. Bu gayeye matuf olarak diyette standart bir oran bulunması ümmet için önemlidir.

Hattâbî, değerleri/durumları farklı olmasına rağmen insanların eşit diyet almasını aklen tam kavranamayan hususlardan sayar. Çünkü her insan farklıdır; âlimi ve cahili, erdemlisi ve kötü ahlaklısı, yetişkini ve çocuğu, güzeli ve çirkini, güçlüsü ve zayıfı vardır. Hiçbirinin gerçek değeri tespit edilemediği halde tüm erkeklere tam, tüm kadınlara da yarım diyet ödenmektedir. Fonksiyonları farklı olmakla birlikte alt-üst ve ön-arka dişlerin diyetlerinin, aynı şekilde parmakların her birinin diyetlerinin aynı olması da buna bir başka örnektir. Şeriatın buradaki tavrı takdiri bir eşitlik tesis etmektir.[1433]

Farklı diyet oranları karşısında Hz. Peygamber tek bir diyet oranı tespit etmiştir, dolayısıyla hür kişiler için diyet oranları eşittir, cinsiyet farkı bu eşitliği bozmaz gibi fikirler bulunsa da fıkıh müktesabatında genel temayül, cinsiyet ve din farkının diyette farklılıklara yol açtığı yönündedir.[1434] Bu çerçevede kadınlarla erkeklerin, Müslümanlarla gayrimüslimlerin diyetlerinin eşitlik açısından önemli bir tartışma alanı olduğu görülmektedir. Diyette eşitlik probleminin bir diğer konusu da hürriyet farkı olmuştur. Köle ile hür arasında da diyet açısından eşitlik bulunmamaktadır. Tazminat kurallarına paralel olarak kölenin diyeti, kendi kıymeti ile aynı görüldüğü için her bir kölenin diyeti diğerinden farklıdır. Bu da kölenin gücüne, yaşına, ilmi ve mesleki becerilerindeki kabiliyetine göre diyetin değişeceği anlamına gelmektedir.[1435]

İbn Arabî, din ve cinsiyet farkının diyette eşitliğin bozulmasına yol açtığını izah ederken başvurduğu argümanlardan birisi, diyetin mali bir hak olmasıdır. Diyetin mali boyutu, ondaki tazminat manasını ön plana çıkarmaktadır. Dolayısıyla bir şeyin niteliği

---

[1432] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/61, 63.

[1433] Hattâbî, *A‘lâmü’l-hadîs*, 2/1050-1051. Hattâbî, musarrât hadisini incelerken aradaki benzerliğe dikkat çekerek bu cümleleri zikretmiştir. Sütlü gösterilerek hileli satış yapılması (*tedlîs*) sebebiyle teslim sonrası iade edilecek deveden sağılan süte karşılık Hz. Peygamber’in bir sâ‘ hurma verilmesini söylemesi de aklen tam kavranamayan bir durumdur. Rasûlüllah, musarrât olayında kavga ve niza‘ çıkmaması için takdiri bir eşitlik getirmiştir. Sünnette belirlenen diyet oranları da aynen böyledir, eşitlik matematiksel değil takdiridir. Matematiksel olsaydı her insanın diyeti farklı hesap edilebilirdi.

[1434] Ebû Zehre, *el-‘Ukûbe*, 505, 507. Ebû Zehre, “hür” kişi ile kadınları da kast ederek onların diyetlerinin erkeklerle aynı olması gerektiğini savunmaktadır. Kadınların diyetinin yarım olması gerektiğine dair rivayetleri, tam diyetle ilgili nassı tahsis edecek derecede güçlü bulmamaktadır.

[1435] Demîrî, *en-Necmü’l-vehhâc*, 8/456, 458..

değişince tazminat oranları da değişecektir. Ona göre diyette temel kurallardan birisi, kısasın aksine, diyetin kişilerin saygınlık ve mertebelerine göre farklılık arz edebilmesidir. Bu çerçevede kadınların diyeti erkeklerin diyetinden azdır. Müslümanın gayrimüslime nispetle meziyyetleri olduğu için diyeti daha fazladır. Aynı minvalde imâm Şâfiî, Müslüman kadının diyetinin gayrimüslimden fazla olması gerektiğini söylemiştir. Bu nedenle, Müslüman kadının diyeti tam diyetin yarısı iken gayrimüslimin diyeti tam diyetin üçte biridir. Hz. Ömer zamanında Mecûsîlerin diyetinin ehli kitaptan düşük kabul edilmesi de O'nun diyet konusunda iki din arasındaki fazilet farkına itibar ettiğini göstermektedir.[1436] Ancak ileride de değinileceği üzere Ebû Hanîfe'nin din farkına itibar etmeyerek eşitliği savunmasına ve konuyla ilgili farklı içtihatlar bulunduğuna bakılırsa sözü geçen ifadelerin kesin ve genelgeçer bir yargı bildirmediği görülecektir.

Manevi kısas olarak diyet. Hataen katlde cezanın kısas değil de diyet olmasının hikmeti üzerinde durulurken de konu eşitlik ilkesiyle ilintilendirilmiştir. Fakihler kısâsı iki kısımda incelemişlerdir: 1. Sûreten ve mânen kısâs, 2. Sadece mânen kısâs. İlki, suçlunun mağdur yerine konularak mağdura yaptığının aynısının kendisine de yapılması şeklinde bilinen ve akla ilk gelen manasıyla kısâstır. Cana can, göze göz, dişe diş kısas yapılması hem maddi hem de manevi olarak kısastır. İkinci kısımdaki manevi kısas ise diyettir, bu genelde kısasla ilgili şartların eksikliği veya eşitliğin sağlanamaması gibi sebeplerle kısas sakıt olduğunda kısas yerine diyete intikal edilmesini ifade eder. Mağdurun intikam duygularını dindirecek şekilde onun yaşadığı acıya karşı eşit bir tazminde bulunulur.[1437]

Taksirle öldürmelerde aslî ceza diyettir, kasıtlı öldürmelerde ise aslî ceza kısas, bedelî ceza diyettir. İster amden ister hataen olsun öldürme olayında kıyas, eşitliği gerektirmektedir. Kıyasa göre eşitlik ancak failin öldürülmesi (kısâs) ile sağlanabilir. Şeklen bakıldığında ölümün eşiti ölümdür, çünkü ölüm kasden de olsa hataen de olsa canın bedenden ayrılmasıdır. Fakat hataen öldürme olayında eşitliği (kısası) vacip görmeyi gerektirecek önemli iki unsurdan birisinde eksiklik vardır ki o da niyet farkıdır. Hataen öldürmede niyet, intikam ve öldürmek değildir. Bu nedenle hataen katlde fâile hakiki eşitliği sağlayacak olan kısas (aslî ceza) cezasının verilmesi müteazzir olmuş ve takdiri eşitliği sağlamak üzere diyet, kıyasa aykırı olarak nas ile sabit olmuştur. Denklik açısından hataen katlle diyet arasındaki ilişki, oruçla fidye arasındaki ilişki gibidir. Oruç tutamayan yaşlının ödediği fidye de orucun

[1436] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604-605.
[1437] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 78, 81, 85, 87-89.

tam/gerçek dengi (*misl*) değildir.[1438] Hataen katlde yok edilmiş olan cana karşılık mal (diyet) ödenmesi ve tutulamayan oruca karşılık fakirlere fidye ödenmesi gibi hususlar, akılla kavramayan (*misl ğayri ma'kûl*) kazâya örnek gösterilir, bunlar sadece nasla sabit olur ve kıyas yöntemiyle idrak olunamadığı için üzerine de kıyas yapılamaz.[1439]

"*... Kim size saldırırsa siz de ona onun saldırısının dengiyle cevap verin*." (el-Bakara 2/194) âyetine göre, telef edilen bir şeyin tazmini, mislinin takdir edilip eda edilmesiyle gerçekleşir. Misl üzerine ziyade haksızlıktır, mislden eksik olanı kabul etmek de mağdurun insafına kalmıştır. Bu itibarla hukuk düzeni adâleti emreder ki adâleti en iyi temin edecek şey de bir şeyin kendi mislidir.[1440] Bu bağlamda öldürülen bir kişinin canı ile diyet arasındaki denklik (*misl*) ilişkisinin yorumlanması gerekmektedir.

Serahsî, telef edilen canın misli, diyet değildir dedikten sonra diyetteki eşitliğin itibari olabileceğine işaretle meseleyi şöyle açıklar: Eşitlik, iki şey arasındaki sûret ve ma'na benzerliğidir; diyet olarak ödenen mal ne sûreten ne de ma'nen insana eşit ve denk değildir. Mal ile insan ararasında sûreten bir benzerlik bulunmadığı izahtan varestedir; manevi (maksat) açıdan da mal ile hayat arasında bir eşitlik yoktur. Zira insanın yaratılış gayesi Allah'ın halifesi olarak kendine verilen görevleri (*emânet*) ifa etmek ve O'na kulluk etmek iken, malın yaratılma gayesi bu amaçlar uğrunda insanın ihtiyaçlarını karşılayacak geçimlik bir alet olmasıdır.[1441]

Taksirle öldürmelerde diyet yerine kısas hükmü vermek eşitliğin ihlali anlamına geleceği için bu durumda asli ceza kısastan bedel olan diyete intikal edilmesiyle takdiri bir eşitlik hedeflenmiştir. Çünkü hataen öldürene kısas yapılırsa şeklen (*sûreten*) eşitlik sağlanmış gibi olsa da ma'nen eşitlikten sapılmış olur. Şöyle ki, hataen katle karşılık kısas yapılması halinde, ölüme ölümle karşılık verilmesi anlamında şeklen eşitlik vardır, fakat hata ile öldürenin maksadı intikam olmadığı için kendisine kısas yapılması durumunda ma'nen eşitlikten uzaklaşılmış olur. Zira manevi eşitlikten maksat cinayetin saiki olan intikam duygusudur, hataen katlde kişinin bunu intikam amacıyla yapmadığı ortadadır. Öyleyse hataen katlde kısas yapmak sûreten eşitliğe uygun olsa da ma'nen eşitliğe aykırıdır. Teammüden katlde kısas cezası, hem şeklen hem de ma'nen her iki yönden eşitlik sağlar. Şekli eşitlik, katil ve maktul her iki tarafın da canlarının telef olmasıdır. Manevi eşitlikten

[1438] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/61, 63.
[1439] Serahsî, *el-Usûl*, 1/57-58; Teftâzânî, *Şerhu't-Telvîh ale't-Tavdîh*, 1/319-320; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1/223, 260; Sığnâkî, *el-Kâfî şerhu'l-Pezdevî*, 1/405-406, 453; İbn Sâatî, *Bedî'u'n-nizâm*, 1/165. Ayrıca bk. *Mecelle* md. 15: "Alâ hılâfi'l-kıyâs sâbit olan şey sâire makîsün aleyh olamaz."
[1440] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63.
[1441] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63.

kasıt ise, tarafların ikisi de intikam için öldürülmüşlerdir. Katilin öldürürkenki niyeti intikamdı, kendisi de maktul yakınlarının acısını dindirmek üzere intikam amacıyla öldürülmüştür. Böylece önceki öldürme (*katl*) ve sonraki öldürme (*kısâs*) şeklen ve manen birbirine eşit olmuştur.[1442]

Kısasta telafi (*cebr*) maksadına atfen eşitlik manası, hadlerde ise caydırıcılık manası esastır,[1443] denildiğinde benzer bir durum diyette de karşımıza çıkar. Diyette de sûreten ve manen eşitlik yoktur; çünkü diyet olarak ödenen mal (deve, altın vb) ile âdemoğlu arasında mümâselet bulunmaz. Kural olarak şeriat, adâleti emreder, adâlet de eşitlik (*misl*) ile gerçekleşir. İnsanoğlu ile mal arasında eşitlik bulunmadığına göre, diyetteki (varsayılan) eşitlik kıyasa aykırı bir durumdur. Hayatın ve vücut bütünlüğünün korunması ve heder edilmemesi için şeriat, insanın telef edilen uzvuna bedel olarak diyeti emretmiştir.[1444]

Sonuç olarak; hataen katl suretiyle telef edilen cana karşılık faile kısas uygulanmaması eşitliğe aykırılığı sebebiyledir. Aynı şekilde maktul yakınlarına ödenecek hiçbir maddi tazminat bedeli, telef edilen cana eşit ve denk olmayacaktır.[1445] Her iki durumda da tam bir eşitlik sağlanmamasına rağmen maktulün canını heder olmaktan korumak üzere şerîat diyeti (*mal*) vaz‘ etmiştir. Diyet, canın gerçek değeri olmasa da amaç hayatın korunmasıdır. Hataen öldüren fail ma‘zûr sayıldığı için kendisine eşit-mislî ceza (*kısâs*) verilmese bile maktulün canı her hâlükârda saygın ve dokunulmazdır. Öyle ki, failin hatalı olması nedeniyle maktulün dokunulmazlığının bir kısmı dahi düşmez.[1446]

Taksirle işlenen öldürme suçu için en-Nisâ 4/92 âyetiyle belirlenen diyet ve kefâret hükümlerinin her birinin, mikro ve makro düzeyde yaşanan kaybın olabildiğince eşitçe telafisini hedeflemektedir. Diyet hükmüyle ölen şahsın geride bıraktığı ailesinin kaybı tazmin edilirken köle azadıyla da büyük bir aile durumundaki Müslüman toplumun kaybı telafi edilir;

[1442] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63; Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, 6/98-99.
[1443] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/109. Burada “cebr” kelimesi, cinayetten kaynaklı hislerin kısas etkisiyle yok edildiği için telafi anlamındadır. Bununla mağdur tarafın yaralarının sarılması, acılarının ve intikam duygularının dindirilmesi, öfkelerinin yatışması kasdedilmektedir.
[1444] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63.
[1445] Serahsî, taksirle öldürmede kısas cezasının eşitliğe aykırı olacağını ifade eder. Hataen öldürmede diyet hükmü ile takdiri bir eşitlik hedeflenir. Ama hataen öldürmede diyet yerine kısas hükmü vermek eşitliğin ihlali anlamına gelebilirdi. Çünkü hataen öldürene kısas yapılırsa şeklen eşitlik sağlanmıştır ama manen eşitlikten sapılmış olur. Çünkü hataen öldürmeye kısas yapmakta, ölüme ölümle karşılık verilmesi anlamında şeklen eşitlik vardır fakat hata ile öldürenin maksadı intikam olmadığı için kendisine kısas yapılması halinde manen eşitlikten uzaklaşılmış olur. Zira manevi eşitlikten maksat intikamdır. Faraza, hataen öldürene yapılacak kısasta, şeklen eşitlik vardır manen yoktur. Kasıtlı öldürmede kâtile kısas yapılmasında şekli (kâtilin ve maktûlün canlarının telef olması) ve manevi (karşılıklı intikam: niyet itibarıyla kâtil intikam için öldürmüştü, kendisi de intikam olarak öldürülmüştür) her iki yönden de eşitlik vardır. Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63.
[1446] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/63.

bu, ölenin yerine hür bir insan ikame etmekle gerçekleştirilir, zira bir kölenin azad edilmesi onun hayata kavuşturulması (*ihyâ*) gibidir. Köleliğin devam etmesi de manen idamdır.[1447]

Tarihi süreçte diyet. İslâm öncesi dönemde Araplar arasında hataen öldürme olaylarında diyet ödemesi yaygın olarak uygulanmaktaydı. Ancak ödenen diyetin miktarının öldüren ve öldürülenin sosyal statüsüne göre değişmesi gibi bir gelenek söz konusu idi. Rasûlüllah diyeti 100 deve olarak belirlemiş ve bunu herkese teşmil etmiştir. Diyetin miktarının kabile, cinsiyet ve sosyal statülere göre değişiklik arz etmesinin ardındaki en önemli sebepler, o dönemdeki toplumsal yapı ve sınıflaşma yanında diyetin öldürülen kişinin yokluğuyla uğranan maddi kaybın bir telafisi olarak görülmesiydi. Kadınların diyetinin yarım olması, kabile reislerinin diyetlerinin normalin on katına (1000 deve) kadar çıkabilmesi, suçlu olunca tek diyet ödeyen fakat mağdur olunca iki diyet alan kabilelerin bulunması genelde bu yapılaşmadan ileri geliyordu.[1448] Bu bağlamda Hz. Peygamber'in diyeti 100 deve şeklinde objektif ölçülere bağlaması örfen devam edegelen izâfî diyet uygulamalarına son verme amacına matuf olmalıdır.

Fazîlet ve rezîlet, seçkin veya sıradan insan olmak bir diğer ifadeyle kişilerin ilmi, ahlaki ve ekonomik seviyeleri, toplumsal mevkileri veya icra ettikleri meslekler diyet oranında bir değişikliğe yol açmaz. Hayat hakkı ve taşıdığı can açısından herkesin Allah katında eşit olması da bunu gerektirir.[1449] İslâm'ın son verdiği cahiliye kalıntılarından birisi de, diyet oranının insanların sosyal mevkilerine belirlenmesi geleneği idi.[1450] Bir kan davası nedeniyle Araplar arasında Büceyr isimli birisi öldürülmüş ve "*Sen Küleyb'in ayakkabı bağına karşılık öldürüldün!*" denilerek Büceyr'in Küleyb'e denk olmadığı mesajı verilmek istenilmişti. Diğer bir olayda Şe's b. Züheyr isimli birisi öldürülmüş, Şe's'in kabilesi karşı tarafa ya Şe's'i diriltir ya eteğimi yıldızlarla dolduruşunuz ya da tüm kabilenizi (kısas yapmak üzere) teslim edersiniz demişlerdi. Benzer şekilde Nadîr kabilesinin diyet tutarı Kureyza kabilesinin iki katı civarında idi. İslâm, diyetleri eşitleyerek konum farklarına göre diyet belirlenmesi şeklindeki sözde imtiyazlara son verdi.[1451]

[1447] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 444-445; Paçacı, ""Diyet" Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından "Diyet")", 100-101.

[1448] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerî'atil-islâmiyye*, 16-17; Karaman vd., *Kur'ân Yolu*, 1/195-196; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/474.

[1449] Demîrî, *en-Necmü'l-vehhâc*, 8/456, 458; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/669; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 505, 507; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 47.

[1450] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/271-272; Behnesî, *ed-Diye*, 16-19; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 47.

[1451] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/9; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/271-272.

Belirtmek gerekir ki burada ifade edilen yaklaşım, farklı segmentlerin kendi içinde geçerlidir. Örneğin; kadınların diyetinin yarım olduğu kabulünden sonra, onların kendi aralarında, bahsi geçen fazilet ve rezilet farkına bakılmaz anlamında kullanılmaktadır.

Kur'ân'da hayatın dokunulmazlığına karşı taksirle işlenen suçlarda diyet ödenmesi emredilmiş fakat diyet miktarı hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Sünnet, diyet konusunda da Kur'ân'daki mücmel lafızları beyan ederek can ve organlar konusundaki diyet oranlarını tayin etmiştir. Diyet konusunda sünnetin değinmediği durumlar ise sahabe ve sonraki müçtehitlerin takdirleriyle belirlenmiştir.[1452]

Felçli el ile sağlıklı el, konuşabilen ve konuşamayan kişilerinin dilleri örneklerinde olduğu gibi bir organın insan bedenindeki fonksiyonu; alt ve üst dudak örneğinde olduğu gibi organın vücuttaki konumu; organın sayısı; kadın ve erkeğin göğsü örneğinde görüldüğü gibi, organın kaybıyla yaşanan fonksiyon ve estetik kaybındaki farklılıklar gibi birçok etmenin diyetle ilgili görüşlerde farklılıklara yol açtığı gözlemlenir.[1453]

Bu başlık altında mağdurun vücut bütünlüğünün bozulması veya ölümüyle sonuçlanan suçlarda ödenecek diyet miktarına etki eden hususlar işlenecektir. Can ve organlar konusunda diyet oranlarını etkileyen üç ana başlığa rastlanmaktadır. Bunlar cinsiyet (*ünûset*), din (*küfr*) ve hürriyettir (*ubûdiyyet*).[1454] Sağ doğacağı kesin olmasa da takdiren nakıs vücup ehliyetine sahip bir varlık olarak bu tasnife cenini ekleyenler de vardır.[1455]

1. Tazminat veya Ceza Olması Bakımından Diyet

Farklı diyet oranlarında asıl belirleyici unsurun hadisler ve sahabe uygulaması olduğu özellikle vurgulansa da mevcut farklılıkların hikmeti araştırılırken diyetin tazminat boyutu üzerinde de durulduğu görülür. Diyet tanımlarında diyetin özellikle mali boyutuna yer verilmesi, kimilerince diyet oranlarındaki farklılığı açıklayan bir unsur olarak görülmüştür. Madem diyet bir tazminat ve kan bedeli özelliği taşımaktadır, öyleyse kaybedilen kişinin hukuki durumuna (cinsiyet, din, hürriyet) göre diyet oraları değişebilecektir. Dolayısıyla

---

[1452] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 505; Avvâ, *fî Usuîli'n-nizâmil-cinâî*, 292-293; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerî'atil-islâmiyye*, 18-19; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 69, 71-72.

[1453] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerî'ati'l-islâmiyye*, 115, 117, 120-123; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 72. Cumhura göre, diğer çift organlar gibi dudaklar da tam diyet gerektirir, kendi başına alt ya da üst dudak yok edilirse yarım diyet ödenir. Alt ve üst dudağı farklı değerlendiren Zeyd b. Sâbit, Sa'îd b. Müseyyeb, İbn Şihâb ez-Zührî ve bir rivayette Ahmed b. Hanbel'e göre alt dudak için tam diyetin 2/3'ü, üst dudak içinse 1/3'ü ödenir, çünkü alt ve üst dudak, gerek fonkisyon gerekse de estetik açıdan farklıdırlar, dolayısıyla diyetleri de farklı olmalıdır. Behnesî, *a.g.e*, 117.

[1454] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/192, 196; Kasani, *Bedâi'*, 10/310

[1455] Râfi'î, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/327-332; Kefârane, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-'urfi'l-kabelî*, 87-88.

mesele, diyetin cezadan ziyade bir tazminat olduğu kabul edilirse bunun eşitliği bozmak için haklı bir gerekçe olup olmayacağı ile ile ilgilidir. Bir başka deyişle diyetteki tazminat manasının, diyet farklarında illete mi yoksa hikmete mi tekabül ettiğine dairdir.

Fıkıh ekolleri arasında farklar göürlse de İslam ceza hukukunda kişilerin din, cinsiyet ve hürriyet farkına göre diyet oranlarının değişkenlik arz etmesi, kişilerin durumuna göre farklı değerleme yapıldığı anlamına gelebilir. Diyetin bir ceza yönü olsa bile pratikte, diyetin bir tazminat olduğu ön kabulünden hareket edilmiş gibidir.

Diyet cezadır. Ceza boyutuyla ilgili olarak; diyetin, hataen işlenen bir suçun karşılığı olması, öldürme ve çoğu yaralama olayında diyet oranlarının şâri‘ tarafından belirlenip kişilere göre değişmemesi, şikâyetten vaz geçme durumunda bile kamu düzenini koruma adına devletin taz‘îr cezası verebilme hakkının saklı olması.[1456] Ancak belirtmek gerkir ki, öldürme ve bir kısım yaralama olayında diyetin naslarla belirlenmiş olması ve bunun kişilere göre değişmemesi, aynı durumda olan kişiler hakkında geçerlidir. Fıkıh ekollerinde din, cinsiyet ve hürriyet farkına göre diyet oranların değiştiği malumdur.

Âkilenin devreye girdiği taksirli suçlarda ödenen diyete göre, kasıtlı ve kasıt benzeri işlenen suçlarda diyetin ceza yönü daha belirgindir. Ödemeyi âkilenin devraldığı olaylarda diyet cezadan daha çok sigorta ve tazminat karakterindedir.[1457]

Kasıtlı cinayetlerde aslî ceza kısas olduğu için bedelî ceza görümündeki diyete dönülmesi Hanefî ve Mâlikîlerde katilin rızasına bağlıdır. Kısâs yerine ödenecek olan bu mâlî sulh bedeli, diyetten az veya çok olabilir. Diyetin kasıtlı öldürmelerde de aslî ceza olmasından yana olan Şâfiî ve Hanbelîler, maktul velisine kısâs ve diyetten birini tercih etme konusunda muhayyerlik tanırlar ve kısâstan diyete dönülmesi konusunda katilin rızasını aramazlar. Kasda benzer (*şibh-i amd*) öldürme suçunda ve hataen katlde ise diyet aslî cezadır.[1458] Şâfiî ve Hanbelî ekollerinde diyetin asli ceza kabul edilmesiyle onun ceza boyutunun ön plana çıkarıldığı görüldüğü söylenebilir.

Diyet tazmindir. “Diyet” kelimesi “edâ etmek” kökünden türetilmiştir; diyet, telef edilen can mukabilinde eda edilen maldır. Genel manada telef edilen şeylerin tazmini için

---

[1456] Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/668-669; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 87-88; Behnesi, *el-Hudûd fil-İslâm*, 21; Sağîr, *Ahkâmü’d-Diye -Su‘ûd-*, 54-55.

[1457] Bardakoğlu, “Diyet”, *DİA*, 9/477. Diyet sayesinde insanların kanlarının haksız yere akıtılması önlendiği için diyete aynı zamanda ‘akl (عقل) da denmiştir. Bk. Mevsılî, el-İhtiyâr, 5/58.

[1458] İbn Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 10/239-240; Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, 6/98-99, 113; Bardakoğlu, “Diyet”, 9/475; Dağcı, “Kısâs”, 25/494. Diyet bedeli ile sulh bedelinin aynı cins olması durumunda riba şüphesi devreye gireceği için hataen katlde diyetten sulh olunduğunda sulh bedelinin diyetten çok olması caiz görülmez. Kâsânî, *Bedâi‘*, 10/295; İbn Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, 10/240; Zeyla‘î, *a.g.e.*, 6/113.

ödenen bedele "kıymet" denir, ancak "diyet", canın bedeli anlamında özel bir isimdir. "Erş" kelimesi de telef edilen organlar karşılığında ödenmesi gereken mali bedeldir. Telef edilen herhangi bir mal için ödenen bedele diyet denmez.[1459] Edâ kelimesinin öldürmekten kaynaklı diyet borcunun ödenmesiyle alakalı olarak "*...Ailesine teslim edilmek üzere diyet gerekir*" âyetinde (el-Bakara 2/178) zikredilmesi, diyetin tazmin boyutuna bir işaret kabul edilebilir. Bu âyette borcun konusunu teşkil eden edim diyettir.

Diyet sadece, insanın canı ve bedenindeki telef için öngörülen "bedel"dir; insandan başka varlıkların mali karşılığı için diyet tabiri kullanılmaz. "Kıymet" teriminin: "Kaybedilen şeyin yerine kaim olan şey (والقيمة اسم لما يقوم مقام الغائب)" anlamına geldiği düşünüldüğünde diyet için "bedel" denilip de "kıymet" denmemesinin nedeni, telef edilen can veya organ ile buna karşılık ödenen mal-para arasında tam bir denkliğin (*mümâselet*) bulunmamasından dolayıdır. İnsanın değeri, maddi ya da parasal değeri olan bir şeyle ölçülemez.[1460]

Diyet bir açıdan ceza bir açıdan tazmindir diyen hukukçular onun tazmin boyutuyla ilgili olarak; diyetin devlete değil mağdura ödenmesi, müessir fiillerde zararın boyutlarına göre farklı miktarlara hükmedilebilmesi, ceza ehliyeti olmayan kimselerin de diyetle sorumlu tutulabilmesi, cezaların şahsiliği ilkesine rağmen diyeti âkilenin bazı durumlarda da devletin ödemesi, kasâmede belli bir topluluğun ve son raddede devletin üstlenmesi gibi hükümleri zikrederler. Bunlar diyetin tazminat niteliğini ön plana çıkaran özellikler olarak gösterilir. Diyetin, devlete değil de mağdur ve ailesine ödenmesi, tazminat (*ta'vîz*) anlamını güçlendirir.[1461] Kısasta caydırma (*zecr*) hedefi ön planda iken diyette hedef mağdur ve yakınlarının yaşadığı kaybın telafisidir (*cebr*). "Cebr" kelimesi, diyette tazmin boyutunun ağır bastığına işarettir.[1462] (Serahsi'de de var).

Mağdurun mirasçıları veya kendisi diyeti affettiğinde başka bir merci diyete hükmedemez, bu husus diyetin tazmin yönüne delildir.[1463] Mağdur taraf, affetmediğinde diyet ödemesi zorunludur. "… *Ailesi bağışlamadıkça onlara diyet ödemesi gerekir.*" (en-Nisâ 4/92). Bu âyette mağdur tarafa tanınan af yetkisi, tazmin anlamını güçlendirmektedir. Şöyle ki, âyette emredilen köle azadı, ölenin kaybıyla yaşanan toplumsal kaybın telafisini, diyet ise

[1459] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/59; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/372-373; Behnesi, *ed-Diye*, 10.
[1460] Haddâd, *el-Cevhera*, 2/128; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahri'r-râik*, 8/372-373.
[1461] Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılması*, 84; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 88; Avcı, "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19-20; Sağîr, *Ahkâmü'd-Diye -Su'ûd-*, 55-59; Behnesi, *ed-Diye*, 14-15; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/477-478; Dönmez, "Müeyyide", *DİA*, 31/488; Aktan, "Damân", *DİA*, 8/452; Şafak, "Erş", *DİA*, 11/308;
[1462] Behnesi, *el-Hudûd fil-İslâm*, 18.
[1463] Behnesi, *el-Hudûd fil-İslâm*, 21.

ölenin ailesinin yaşadığı kaybın telafisini hedeflemektedir.[1464] Ancak belirtilmelidir ki af yetkisi, tazminattan ziyade meselenin kişi haklarıyla ilgili olmasından kaynaklıdır. Nitekim kasıtlı öldürmelerde kısasın ceza olduğu kesindir, ama kısas âyetinde (el-Bakara 2/178), maktul velisine katili affetme seçeneği tanınmıştır. Cezalarda af yetkisi ve cezanın tazminata dönüşmesi gibi hususların kişi haklarını ilgilendiren suçlar için söz konusu olduğu malumdur. Hadler gibi Allah hakkını ihlal eden suçlarda ise af ve uzlaşı seçeneği yoktur.

Diyet tanımlarında "*mâl*", "*ta'vîz*", " "*'ivaz*", "*damân*", "*bedel, bedelü'n-nefs*" kelime terkiplerine sıklıkla yer verilirken nadiren "*'ukûbe*" kelimesine yer verilmesi, tazminat boyutunun güçlü olduğu izlenimi uyandırmaktadır.[1465] Mısır kanunu, diyeti açıkça ceza değil tazminat olarak değerlendirmiş ve ona göre düzenlemeler yapmıştır.[1466]

Bardakoğlu, diyetin cezadan daha ziyade tazmin olduğu kanaatini taşır: "*İslâm hukukunda öldürme ve yaralamalarda suçluya, onun yakın çevresine, meslekî teşekküllere ve son olarak devlete yüklenebilen diyet borcu, suçluyu cezalandırmaktan çok haksız fiilden doğan zarar ve mağduriyeti gidermeyi, suç mağdurunun haklarını korumayı hedef alır.*"[1467]

Diyette tazminat fikri olduğunu Değirmenci şöyle ifade etmiştir: "*Her ne kadar 'diyet' usûlünde amaç öç alma işlevinin gerçekleştirilmesi olsa da, bir bakıma mağdurun uğradığı zararın esas alınmasından dolayı mağdur odaklı olduğu söylenebilir*" [1468], "*İslam hukukunda diyetin tazmin edici, mağdurun zararını giderici özelliği özellikle 'akile' ve 'kasame' kurumlarında kendini göstermektedir… Kasame de, mağdur ve suçtan zarar görenin zararının tazmini ön plandadır.*"[1469]

Zeyla'î, kasta benzer öldürmede ağırlaştırılmış diyet oranı tespit edilirken sahabenin ihtilaf ederek farklı oranlar üzerinde karar kılmalarını diyetin tazminat (*'ivaz*) olması ile gerekçelendirmiştir. Farklı diyet oranları belirlemelerinin sahabe arasında bir anlaşmazlığa yol açmamasını da, bu konuyu hükme bağlayan kesin bir rivayet olmamasına bağlamıştır. Bu konuda kesin bir haber olsaydı aralarında ittifak sağlanırdı. Toplamda yüz deve olmak üzere ağırlaştırılmış diyet konusunda İbn Mes'ûd farklı yaşlarda dört kalem deve grubu, Hz. Osman

[1464] Paçacı, "Diyet Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından "Diyet")", 100-101.
[1465] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/126; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/271; Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/355; Adevî, *Hâşiyetü'l-'Adevî*; 2/298; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/395; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/5; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 55. Kâsânî, 10/412: Katilin de mağdurun da eli felçli olup mağdurun eli katile göre daha az felçli olduğunda imam Züfer'e göre mağdur muhayyerdir, ya kısas ya da elinin felçli haldeki erşini tazmin ettirir. İbn Hümâm, *a.g.e.*, 10/271; Zeyla'î, 6/126.
[1466] Behnesi, *ed-Diye*, 15.
[1467] Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/475, 479-478; Avcı, "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17.
[1468] Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *TBB Dergisi*, 44.
[1469] Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *TBB Dergisi*, 45.

ve Hz. Ali üç kategoride ama farklı yaşlarda develer tespit etmişlerdir. Hz. Ömer, Zeyd b. Sâbit ve Ebû Mûsâ el-Eş'arî gibi sahabilerin görüşleri Hanefiler dışındaki diğer mezheplerin görüşüne kaynaklık etmiştir.[1470] Fakihler, diyet tazmin ise insana maddi bir kıymet biçilebilir mi? sorusuna şöyle cevap vermişlerdir: "Hataen katlde olduğu gibi insanoğlunun canı bazen mal ile tazmin edilir. Hataen katlde tazminata hükmedilmesi canların heder olmasını önleme zaruretine mebnidir, yoksa kaybedilen bir cana karşılık mal (diyet) ödenmesi malın cana denk olduğu anlamına gelmez. Hataen katlde, cinayet kasdı olmadığından dolayı aslî ceza olan kısâsın (*'ukûbet*) müteazzir olmasına bağlı olarak hayatı korumak üzere tazminata dönülmüştür. Eğer tazminat da olmasaydı çoğu insan hata süsü vererek cinayete devam ederdi ki bu, insan neslini yok olmaya sürükleyebilirdi. Hâsılı insan hayatının saygınlığı ve dokunulmazlığının hata bahanesiyle düşürülmesi doğru değildir."[1471] Burada tazminat vurgusu açıktır. Diyetin medeni bir müeyyide olduğu belirginse de suçu önleme gayesinin varlığına bakılarak diyetin aynı zamanda ceza fonksiyonu üstlendiği de söylenebilir.

Hz. Peygamberin cahiliye dönemindeki diyet oranını sürdürmesi, bazı İslâm ülkelerinde diyet miktarının tespitinin mahkemelere bırakılmış olması, bazı hallerde diyetin ağırlaştırılması, diyet ödemesinde âkile sorumluluğunun bulunması gibi hususlar diyet miktarının içtihadi olduğuna işaret etmektedir. Öte yandan deve, altın ve gümüş gibi kalemlerde o dönemde görülen değer uyumu bugün yoktur, günümüzde bu kalemler arasında orantısız farklar olabilmektedir. Bu nedenle zamanımızda, günümüz yerel şartlarına göre, suçlu ve mağdur, her iki tarafın hakkını gözetecek yeni oranlar tespit edilebilir.[1472]

Hz. Ömer'in diyet oranlarını değiştirmesi, diyetin tazmin boyutuna delalet eder: Diyet miktarları Rasûlüllah döneminden Hz. Ömer'in hilafetine kadar 800 dinar veya 8.000 dirhem, zimmilerinki ise bunun yarısı idi. Hz. Ömer deve fiyatlarında yükselme yaşanınca ödeme kolaylığı olsun diye deve fiyatlarını baz alarak farklı kalemlerde ödeme imkanı sunarak diyette güncellemeye gitmiştir. Zam görünümündeki bu güncelleme, dinar sahipleri için 1.000 dinar, gümüş sahipleri için 12.000 dirhem, hayvan sahipleri için ise (elinde hangisi varsa) 200 sığır veya 2.000 koyun, tekstil sahipleri için de 200 takım elbise şeklinde olmuştur.[1473] Ancak belirtmek gerekir ki esasında Hz. Ömer'in Rasûlüllah'ın belirlediği diyetin aslı üzerinde bir değişikliğe gitmiş olması söz konusu değildir. Diyet yine 100 deve olarak kalmıştır; 100 deve Rasûlüllah döneminde 800 dinar iken Hz. Ömer deve fiyatlarının

[1470] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/126.
[1471] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/99.
[1472] Paçacı, "Diyet Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından "Diyet")", 95-96, 103; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/478.
[1473] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/194; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/95.

yükselmesine paralel olarak 100 devenin karşılığının 1000 dinar olacağına hükmetmiştir. Bu kapsamda altın, gümüş, sığır, koyun ve elbise gibi başka kalemler üzerinde de aynı oranlamayı yapmıştır.

Diyetin hukuki niteliğini inceleyen İvaz, diyetin kaybedilen canın şer'î tazminatı olduğunu yirmi maddede kanıtlamaya çalışmaktadır.[1474]

Karma (ceza ve tazminat). Diyet hem bedeni zararın tazmini (*ta'vîz*) hem de ceza (*'ukûbe*) anlamını bünyesinde taşımaktadır.[1475] "*Diyet, tazminat kabilinden para cezasıdır.*"[1476] Bilmen'in diyet tarifinde de ceza ve tazminat manasının cem olduğuna dikkat çekilir: "*Diyet denilen ceza da, bir nevi tazminat mahiyetinde bulunan bir ceza-i nakdî demektir. ... nefislerine bedel, ... uzuvlara bedel ... lazım gelen maldır.*"[1477]

Diyetin ceza ve tazminat yönleri arasında orta yolu bulmaya çalışan hukukçular, diyette suçlu açısından ceza, mağdur açısından tazminat boyutunun ağır bastığını ifade ederler. Çünkü diyetle ulaşılması istenen hedeflerden birisi suçlunun caydırılması (*zecr*), mağdur veya yakınlarının uğradığı zararın telâfî (*cebr*) edilmesidir.[1478] Dolayısıyla iki mana ayrılması güç şekilde birleşmiştir.

Diyetin tazminat yönünün eşitliğe etkisi. Diyetin ceza veya tazminat yönü olmasının eşitliğe etki etmesi de kesin değildir. Diyetin tazminat sayıldığı kabul edilse bile kadının diyetinin yarım olduğunu savunmak için yeterli bir argüman olacağı tartışmaya açıktır. Çünkü kısas örneğinde de bilindiği üzere erkek ve kadın, taşıdıkları hayat bakımından aynıdırlar. Diyetin tazminat olduğu kabulünden hareketle erkek ve kadının diyetinin eşitliğini savunmak, sonuç itibarıyla, naslarda kadın için belirlenen yarım diyetin ta'lîle açık olduğu veya bu hükmün dönemsel olduğu fikrini benimsemek anlamına gelmektedir. Klasik eserlerde kadının diyetinin erkeğe nisbetle yarım olduğu hükmünün hikmeti incelenirken erkeğin iş gücü ve aileye katkısının daha fazla olması gibi hususların dile getirilmesi dönemsel olduğu fikrine önemli ölçüde zemin hazırlamış olmalıdır. Çünkü sözü edilen hikmetin geçerliliği, aile ekonomisinde kadının payı arttıkça tartışmaya açık hale gelecektir. Ancak konuyla ilgili bu

[1474] İvaz, *ed-Diyetü beyne'l-ukûbe ve't-ta'vîz fi'l-fıkhi'l-İslâmiyyi'l-mukâran*, 564-565, 569-600.
[1475] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/131, 668-669; Behnesi, *el-Hudûd fil-İslâm*, 21; Sağîr, *Ahkâmü'd-Diye -Su'ûd-*, 59-66; Aktan, "Damân", *DİA*, 8/450-452; Avcı, "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi", 17.
[1476] Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 87-90.
[1477] Bilmen, *Hukûk-u İslâmiyye Kâmûsu*, 3/12, 35.
[1478] Sağîr, *Ahkâmü'd-Diye -Suûd-*, 66; Avva, *fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 304-305; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 358-359; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 87-90. Behnesî, *ed-Diye*, 18.

izahların bir illet değil hikmet incelemesi olduğu düşünüldüğünde bunun üzerine hüküm bina edilmesi tartışmaya açıktır.

Ceza yönüne göre diyette tazminat yönünü ağır bastığı telakkisi, kadının diyetinin neden yarım olması gerektiğine dair zikredilen gerekçelerdendir.[1479] Bardakoğlu, bu yaklaşıma katılmaz; ona göre yarım diyet meselesi aynı kültür havzasında yetişen âlimlerin ortak kanaatidir, söylenegeldiği gibi diyet bir kan bedeli olsa bile bu, kadının diyetinin yarım olması gerektiği düşüncesini haklı kılmaz. Uygulama ve hadislerin lafzî yorumu yarım diyet telakkisini destekler mahiyette ise de kadının diyetinin erkeğin diyetine eşit olması nasların ruhu ve genel maksatlarına daha uygundur.[1480]

Yukarıda da değinildiği gibi diyet tanımlarında "tazmin" ve "bedel" terimlerine yer verilmesi sıklıkla rastlanan bir durum olup diyetin bu yönünün aynı zamanda cinsiyet ve hürriyet farkına göre oluşan farklı diyet telakkilerine gerekçe sayıldığı da görülür. Zira diyet bir tazmin ise, kaybedilen kimsenin cinsiyeti veya hürriyeti tazminatı belirlemede etkili olacaktır. Nitekim fıkıh eserlerinde kadının diyetinin neden yarım olduğu açıklanırken kadının aile ekonomisine katkısının erkeğe nazaran daha az olduğu, erkeğin toplumda üstlendiği idari, askeri, sınai vb görevlere dikkat çekilir. Erkeğin kaybıyla yaşanan mali zararın büyüklüğü kadının kaybıyla yaşanacak mali zarardan daha fazla olup esasında diyet, bu kaybı telafi etmeye yöneliktir.[1481]

İbn Arabî, diyet miktarlarındaki farklılığın en önemli sebebinin insanlar arasındaki derece farkından kaynaklandığını kesin bir kaide olarak zikreder. İnsanların korunmuşluğu (*hürmet*) ve sahip oldukları sıfatlara göre diyetin farklılık arzetmesini doğrudan onun mâlî karakterli bir hak olmasına bağlar; öyle ki sıfat değişince diyet de değişir. Ona göre diyetin mâlî bir boyutu olmasaydı erkekle kadın, Müslümanla gayrimüslimin diyeti arasında bir

---

[1479] Şafak, "Erş", *DİA*, 11/308. Şafak, 11/308: "*Fukahanın çoğunluğu ise diyet ve erşi cezadan çok maddî tazminat olarak telakki ettiğinden kadının erşinin erkeğinkine nisbetle yarım olacağını ileri sürmüşlerdir.*"

[1480] Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.

[1481] İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 2/73, 168. "*... o da kadın diyetinin erkeğin nısfı olmasıdır. Bunda bir hikmet-i iktisâdiye vardır. Çünkü kadınlar hılkaten pek nâzik yaratılmış olmakla iktisâb-ı servet husûsunda erkekler kadar mukâvemete mâlik değildirler. ... Kâtil, katîlin hayatına eser-i cinâyetiyle hitâm vermiş olduğundan, sağ kaldığı takdirde iktisâb-ı hâl ve servet edecek maktûlün fevt olmasıyla, servetin kâtilden istîfâsı lâzımdır ki, işte diyet budur. Yani bir zarar-ı iktisâdiyyenin telâfisidr ki bundaki hikmet-i azîme muhtâc-ı îzâh değildir.*" Bk. Şerafeddin, "Diyetin Ehemmiyet-i İktisadiyyesi", *Beyânü'l-hak*, 1743-1744. Kadının diyetinin yarım olmasını, kadının ölümüyle ailede yaşanan iktisadi kaybın erkeğe nisbetle az olması ile izah eden yaklaşıma dair ikinci bir örnek de şöyledir: "*İslâm ceza hukukundaki temel esaslardan biri, günümüzdeki 'destekten yoksun kalma tazminatına' benzeyen diyettir. Bilindiği gibi, hür bir kadının diyeti, hür bir erkeğin yarısına eşittir. Bu, kadının erkeğin yarısına eşit olduğu anlamına gelmez ama bu, destek olma açısından hesap yapılmış olsa gerektir. Köle ve cariyenin diyeti de, destek açısından değerlendirilebilir*" Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik*, 189-190. Ayrıca bk. Sağîr, *Ahkâmü'd-Diye (Suûd)*, 177.

farklılık olmayacaktı. Hz Ömer'in Mecûsînin diyetini ehl-i kitaba nazaran daha düşük belirlemesi bile, sıfat ve konum farkına riayet edilmesi gerektiğine delalet eder.[1482]

Sonuç olarak, diyetin tazminat anlamının belirgin olduğu görülse bile diyetin ceza manasını barındırmadığını ifade etmek zordur. Nitekim kısasın bir ceza olduğu kesin olmasına rağmen bazı klasik eserlerde, kısas için de tazminat kelimesi kullanıldığına rastlamak mümkündür.[1483]

2. Diyetin Vücup Şartları ve Eşitlik

Diyetin vücubiyyeti için aranan şartlar vardır. Bunlardan birisi, maktulün canının hukuken koruma altında (ma'sûmü'd-dem) olmasıdır. Harbîler, had veya kısas gereği hukuken ölümüne hükmedilmiş kişiler kanı hukuken koruma altında değildir. Bu tür kişileri öldüren faile diyet gerekmez, sadece ta'zîr cezası verilir.[1484] Harbi gibi mürted için de diyet ödenmez, kanı hederdir.[1485] İslâm ülkesinde emansız olarak bulunan gayrimüslime de diyet gerekmez, bu konuda görüş birliği vardır.[1486]

Diyeti hak etmek için Hanefilerde mecniyyün aleyhin dârülislâm'da yaşaması şarttır. Cumhura göre ismetin kaynağı İslâm (*müslümanlık*) ve emândır. Ülke (*dâr*) şartını ileri süren Hanefilerde diyetin gerekli olabilmesi için cinayet işlenen kişinin darulislâmda bulunması şartı vardır. Buna göre dârülharpte iken İslâm'ı kabul eden bir harbî, hicret etmeden orada yaşamaya devam eder ve orada Müslüman ya da zimmi birisi tarafından hataen katledilirse İbn Abbas, İkrime, Katâde, tâbiîn ulemasından bir gup ve Ebû Hanîfe'ye göre, faile kısas gerekmediği gibi diyet de ödenmez. İşlediği bu suça karşılık katl kefâretini (en-Nisâ 4/92) yerine getirir.[1487] Çünkü bir kişinin Müslüman ülkeyle aralarında antlaşma olmayan darulharp ülkesinde yaşıyor olması onun kanını mütekavvim olmaktan çıkarmıştır. Hayatın değeri ve hukuken korunmuşluğu (*mütekavvim*) İslâm ülkesinde yaşamakla olur.[1488]

[1482] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604-605.
[1483] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/418.
[1484] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/301, 305; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 21/47.
[1485] Haccâvî, *el-İknâ'*, 4/173.
[1486] Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 18/476.
[1487] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/216; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/301, 305; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/282.
[1488] Hanefi mezhebinde diyet ve keffaretin gerekli olabilmesi için din birliği şartı aranmazken ismet şartı aranmaktadır. Buna göre hukuki korunurluğu (*ismet*) bulunmak kaydıyla hataen katledilen kişi, ister Müslüman isterse zimmi ya da müste'men olsun hem diyet hem de keffaret gerekir. Dolayısıyla harbî bir kişinin ya da hukuken bâğî hükmü verilmiş bir vatandaşın hataen katledilmesi halinde kâtile diyet ve keffaret gerekmez.
Vücubiyet şartları açısından diyet ve keffaret konusunda ülke şartı önemlidir. Müslüman olduktan sonra islam ülkesine hicret etmeksizin darulharpte ikamet eden bir kişinin orada hataen öldürülmesi durumunda, faile diyet gerekli olmasa da keffaret gerekli olur. Bk. Kâsânî, *Bedâi'*, 10/301, 305.

Diyetin gerekliliği için katil ve maktulde Müslüman olma şartı aranmaz. Katil ya da maktulün Müslüman, zimmi veya müste'men olduğuna bakılmaksızın diyet gerekir. Bu noktada diyetin vücubiyeti açısından eşitlik göze çarpar. Bunun gibi akıl ve büluğ şartı da yoktur, deli veya çocuk öldürülürse diyet gerekir. Çocuk veya deli bir şahıs cinayet işlerse mallarından diyet ödenir.

Cumhur, diyetin vücubiyyeti için maktulün Müslümanların hüküm sürdüğü bir yerde yaşaması şartını aramazlar. Onlara göre bir kişinin hukuken canını koruma altına alan "ismet"in kaynağı Müslümanlık veya emândır. Bu iki sebeple -yukarıdaki olayda- hayati dokunulmazlık hakkına sahip olan bir Müslümanın hataen öldürüldüğü yer darulharp olsa bile diyetinin ödenmesi gerekir. Aynı şekilde hataen katledilmeleri halinde zimmi, müste'men veya İslâm ülkesiyle arasında barış antlaşması (*hüdne/muvâdea*) bulunan kişilerin diyetleri ödenir. İslâm ülkesinde herhangi bir şekilde emanı yok iken öldürülen harbîlerin ise kanları hederdir.[1489]

Cumhura göre hataen katl ile ilgili ayetin baş tarafındaki "*Hataen bir mü'mini öldüren kimsenin, mü'min bir köle âzat etmesi ve ölenin ailesine verilmek üzere bir diyet ödemesi gereklidir…*"[1490] (en-Nisâ 4/92) ifadesi tüm mü'minleri kapsayan âmm bir lafız olması bakımından yanlışlıkla öldürülen her mü'min için diyet ödemesi yapılır. Aynı ayetin devamında darulharpte yaşayan bir mü'minin öldürülmesi halinde keffaret hükmümün zikredilmemesi, diyetin ödenmeyeceği anlamına gelmez. Ayette diyetin zikredilmemesi, maktulün ailesinin kâfir olması sebebiyle diyetin kendilerine teslim edilemeyeceğini açıklamak içindir.[1491]

Hanefiler bu içtihada karşı cevap sadedinde, darulharpte yaşayan mü'min için diyet ödenmeyeceğini şöyle izah etmişlerdir: Konuyla ilgili hükmü beyan eden en-Nisâ 4/92 ayetinde hataen katledilen üç kişiden bahsedilir: Birincisi genel olarak tüm mü'minlerdir, bunlar için hem diyet hem hem keffaret hükmü getirilmiştir. İkincisi, düşman toplum içinde yaşayan mü'minlerdir, bunlar için sadece keffaret hükmü zikredilmiştir. Üçüncüsü de Müslümanlarla aralarında antlaşma bulunan bir toplumda yaşayan mü'min veya zimmîdir ki, bu kişi hakkında da hem diyet hem keffaret hükmü getirilmiştir.[1492]

[1489] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/602; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/305; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/21; Behnesî, *Diyet*, 32-33.
[1490] en-Nisâ 4/92.
[1491] İlkiyâ el-Herrâsî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/482.
[1492] Hataen katl konusunda en-Nisâ 4/92 ayetinin son (üçüncü) kısmında "*… hataen katledilen kişi, kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir topluluktan ise …*" ifadeleriyle Hanefi ve Mâlikilere göre mü'min şahıs kast edilmektedir. Cessâs ve Nesefî'ye göre ise bu kişi, zimmî vatandaştır. Bu yoruma göre ayet, Hanefilerin

en-Nisa 4/92: "*...Hataen öldürülen kişi, mümin olduğu halde size düşman olan bir toplulukta yaşıyor ise (keffaret olarak) mümin bir köle âzat etmek lâzımdır...*" ayetinin bu (ikinci) pasajında bahsedilen Müslüman kişinin yaşadığı ülke ile Müslümanların ülkesi arasında bir antlaşma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla düşman bir toplumda yaşarken hataen öldürülülen bu "ikinci" mü'min için ayette sadece kefâret hükmü zikredilmiştir. Sadece kefâretin zikredilmesi onun yeterli ve nihai ceza olduğunu gösterir. Ayetteki bu kişi hakkında, keffaret ile baraber diyet zikredilmemişken ayrıca diyet de gerekir demek, bir taraftan nassın hükmünü tağyir bir taraftan da nassa muhalefettir. Aynı ayetin baş tarafındaki "*Kim bir mü'mini hataen öldürürse onun mü'min bir köle azad etmesi ve bir de maktulün ailesine diyet ödemesi gerekir.*" şeklindeki âmm olan "birinci" kısmın, "ikinci" kısımdaki mü'mini de hükmen içerdiği söylenemez. Eğer öyle olsaydı aynı hüküm tekrar edilmiş olurdu. Zaten ayetin baş tarafında yer alan âmm ifadeye rağmen "ikinci" mü'min hakkında müstakil bir hüküm gelmiş ise bununla amel etmek gerekir.[1493] Diğer taraftan Mâlikî mezhebinde de dikkat çekildiği üzere, Müslümanlarla aralarında antlaşma olmayan toplumda yaşayan bir Müslüman için yapılacak diyet ödemesinin kâfir ülkesine destek sağlaması da istenen bir durum değildir.[1494]

İbn Ebî Âsım'ın (v. 287/900) İbn Abbâs'a dayandırdığı bilgiye göre, insanlar Rasûlüllâh'a gelip huzurunda Müslüman olduktan sonra müşrik olan kavimlerine dönerler ve onlarla beraber yaşamaya devam ederlerdi. Bu sırada Müslümanlar güvenlik amaçlı icra ettikleri devriyelerde (ğazve ve seriyyeler) bazen bu kişileri de yanlışlıkla öldürebiliyorlardı. Mezkûr ayetin "*öldürülen kişi, düşman toplumdan ise*" kısmı bu kişilerle ilgilidir. Hz. Peygamber, bu kişileri yanlışlıkla katleden faillere köle azad etmelerini söylerdi. Hemen devamındaki "*aranızda antlaşma bulunan bir kavimden*" bir kişi ise, ülkemizde yaşayan zimmî/muâhed vatandaşlardır. Bunlardan birisi yanlışlıkla öldürülürse yakınlarına diyet

---

Müslümanlarla zimmi vatandaşların diyetlerinin eşit olacağı görüşlerine delil teşkil eder. Ebû's-suûd Efendi, ayette konu edilen kişinin Müslüman olduğunu söyler, ayetin başında tüm mü'minleri kapsamak üzere yer alan âmm ifadeye rağmen ayetin sonunda tekrar mü'minlerden bahsedilmesi, antlaşmalı toplum içerisinde yaşayan mü'minin hataen öldürülmesi durumunda yine diyet ve keffaret yükümlülüğü oluşacağını özellikle vurgulamak içindir. Ona göre âyette kast edilen kişinin mü'min olması zayıf görüştür. Bk. Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/215-216; Nesefî, *Medârikü't-tenzîl*, 1/384-385; Ebû's-suûd, *İrşâdü akli's-selîm*, 2/215-216. İbn Abbas, Şa'bî, Nehaî ve İmam Şafiî'ye göre ise, ayetin bu son kısmında hataen öldürüldüğü bildirilen kişiler zimmi vatandaşlardır. Dolayısıyla ayette, miktarı beyan edilmeksizin, hataen katledilen zimmi vatandaşlar için diyet ve keffaret icap edeceği söylenmektedir. Âyette bahsi geçen üçüncü kişinin zimmi vatandaş mı? yoksa Müslüman kişi mi? olduğu tartışması için bk. İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/603-604; İbn Cüzeyy, *et-Teshîl li-'Ulûmi't-tenzîl*, (en-Nisâ 4/92), 203-205; İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, 5/156-163; Behnesî, *Diyet*, 32-34.

[1493] Kâsânî, *Bedâi'*, 10/305-306.

[1494] Behnesî, *Diyet*, 32-33; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 94-95.

ödenir, fail ayrıca kefâret olarak köle azad ederdi.[1495] İbn Ebî Âsım'ın bu aktarımının Hanefîleri desteklemektedir.

İbn Hazm, diyet ödemesinin sadece Müslümanlar arasında cereyan edeceğini söylemiştir. Zimmi veya müste'men ayrımına gidilmeksizin gayrimüslimi öldüren Müslüman kimseye ne kısas ne de diyet gerekmez. Zira en-Nisâ 4/92 ayetinde bahsedilen üç durumun hepsinde kasdedilen kişiler Müslümanlardır, ayetteki zamirlerin mercii gayrimüslimler değildir.[1496] Bu bilgiler ışığında ülke krtiteri ve emân şartının diyet oranlarından ziyade diyetin vücubiyetine etkisinden bahsedilebilir.

3. İnsan Öldürme Suçunda Diyet

Diyet oranlarına etki eden üç unsur vardır. Bunlar cinsiyet, din ve hürriyettir. Bu üçündeki denkliğe (*tekâfü'*) göre diyet oranları değişmektedir. Bunlardan cinsiyetin diyet miktarını etkilediğinde görüş birliği sağlanırken din ve hürriyet farkının diyete etkisi tartışmalıdır. Bununla beraber insanların bireysel ve toplumsal konumlarına bağlı özelliklerinin diyette farklılığa yol açmayacağı hususunda da görüş birliği sağlandığı görülür. Bu bağlamda âlim cahil, güçlü zayıf, zengin fakir, hasta sağlıklı, genç yaşlı, çocuk, makam mevki sahibi şahıslarla sıradan vatandaşlar arasında diyet noktasında eşitlik esas olup herhangi bir fark gözetilmez.[1497]

a. Din Farkına Göre Diyet

Din farkı, insan öldürme suçunda maktulün ailesine kan bedeli olarak ödenecek diyet oranlarının farklılığı üzerindeki en önemli etkenlerden birisi olmuştur. Müçtehitler çeşitli delillerden hareket ederek din farkına göre diyetin miktarında farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Mevcut rivayetler yanında hicri ilk asırlardaki uygulamalar da bu konuda etkili olmuştur.[1498]

Din farkı gözetmeyerek, zimmi vatandaşların diyetlerinin Müslümanların diyetlerine eşit olacağı görüşü yanında, kadınlık vasfı diyetin yarıya düşmesine etki ediyorsa din farkını

[1495] İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 47-48. İbn Ebî Âsım, hadisçiliği ve fakihliği ile tanınmaktadır. Eseri, diyet konusunda yazılmış ilk eserlerdendir.
[1496] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/220-221; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 18/476.
[1497] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/196; Ûdeh, *et-Teşrî'ul-cinâî*, 2/181-183; İvaz, *ed-Diye beyne'l-'ukûbe ve't-ta'vî fî'l-fikhi'l-islâmî*, 230, 230-252.
[1498] Reşîd Rızâ, *Tefsîru'l-menâr*, 5/273.

evleviyetle etki etmesi gerektiğini düşünen müçtehitlere göre Müslümanla kâfir arasında bu konuda eşitlik yoktur, olmamalıdır.[1499]

Farklı diyet oranları üzerinde sadece din farkı, Müslüman ve gayrimüslim olmak etkili olmamıştır. Din farkının diyete etki edeceğini düşünen müçtehitlerin genellikle gayrimüslim zimmi vatandaşları da kendi içinde, ehl-i kitap ve diğerleri diye ikiye ayırdıkları ve buna göre diyet tespitinde bulundukları görülür.[1500] Ehl-i kitabın diyeti mecusilerden daha fazladır. Ehl-i kitap ile mecusileri ayıran müçtehitler, bu ayrımın temelinde ehl-i kitabı mecusilerden üstün kılan beş özellik olduğunu ifade ederler. Bunlar: Kitap, önceden aslı hak olan bir din sahibi olmaları, kestiklerinin helal olması, kadınlarıyla evlenilebilmesi ve üzerlerine cizye bağlanabilmesidir. Mecusiler bu özelliklerden sadece sonuncusuna sahiptir.[1501]

Gayrimüslimlerin diyet oranlarında yaşanan farklılık, diyetin ödeme takvimi ve öldürme türüne göre diyetin ağırlaşıp ağırlaşmaması gibi konularda etkili değildir. Müslümanlar ve gayrimüslimler bu konuda aynı statüde kabul edilirler.[1502]

İsmetleri bulunmadığı için harbîlerin ve islam ülkesinde izinsiz bulunan gayrimüslimlerin öldürülmeleri halinde kendileri için diyet ödenmeyeceği konusunda fikir birliği vardır. Ancak İbn Hazm hariç tutulursa İslam ülkesi vatandaşı olan zimmilerin ya da emanla islam ülkesi sınırlarında bulunan müste'menlerin diyetleri konusunda sadece miktar açısından ihtilaf vardır. İslâm ülkesindeki gayrimüslimlerin canlarının ve organlarının diyetleri konusunda doktrinde yaşanan görüş ayrılıkları aşağıda incelenecektir.[1503]

İslâm ülkesinde yaşayan farklı din mensubu vatandaşların diyet oranları üzerindeki tartışmaların üç noktada temerküz ettiği görülür. Bunlar tam/eşit diyet, Müslümanın diyetine nisbetle yarım diyet ve üçte bir diyet şeklindedir.[1504] Harbîler gibi zimmi ve müste'menler için de hiç diyet ödenmeyeceğine dair zayıf bir görüş de nakledilmiştir.

[1499] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604-605; Kasani, *Bedâi'*, 10/310; Bâcî, *el-Müntekâ*, 7/97; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29.

[1500] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/266-268; Nevevî, *Mecmû'*, 19/40, 52-53; Fidan, *İslam'da Azınlık ve Yabancı Hakları*, 201.

[1501] Ivaz, *ed-Diye beyne'l-'Ukûbe ve't-ta'v'iz*, 241.

[1502] Fidan, *İslam'da Azınlık ve Yabancı Hakları*, 199-200.

[1503] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/400; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476; *el-Mevsûa'tü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 21/60.

[1504] Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 11/321; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/48-79. Zimmi ve müste'menler için hiç diyet ödenmeyeceği noktasında dördüncü bir görüş de zikredilmiştir. Bu görüş ve delilleri için bk. Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/48-79.

a.1. Yarım Diyet

İmam Mâlik, sahih olan rivayette Ahmet b. Hanbel, Ömer b. Abdülaziz, Urve b. Zübeyr, Amr b. Şuayb ve İbn Şübrüme'ye göre zimmi vatandaşın diyeti Müslümanın diyetinin yarısıdır, zimmi kadınların diyeti de Müslüman kadınların diyetlerinin (altı bin dirhem) yarısıdır, ehl-i kitaptan sayılmayan Mecusiler ve diğer putperestlerin diyetleri de sekiz yüz dirhemdir ki oransal olarak bu rakam Müslümanın diyetinin onbeşte birine (1/15) tekabül etmektedir. Mecûsîlerin diyetlerinin sekiz yüz dirhem olduğu görüşü, Hz. Ömer, Saîd b. Müseyyeb, İkrime, Atâ b. Ebî Rabâh, Hasan el-Basrî, Süleymân b. Yesâr ve İshâk b. Râhûye'den de nakledilmiştir. Ahmet b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre ise zimmilerin diyeti, tam diyetin üçte biridir.[1505]

Bu konuda Hz. Peygamber'den gelen ve İslâm ülkesinde anlaşmalı yaşayan vatandaşların diyetlerinin Müslümanın diyetinin yarısı olduğunu bildiren "*(İslâm ülkesinde zimmet antlaşmasıyla yaşayan) antlaşmalı vatandaşın diyeti Müslümanın diyetinin yarısıdır*" hadisine dayanmışlardır.[1506] Bir rivayete göre Ömer b. Abdilaziz, Mecûsîlerin diyetleri, tam diyetin yarısı olmalıdır demiştir.[1507] Amr b. Şuayb'dan gelen rivayete göre Hz. Peygamber gayrimüslimlerin diyetini müslümanların diyetinin yarısı olarak belirlemiştir.[1508]

Ahmet b. Hanbel, mislüman tarafından hataen öldürülen gayrimüslümin diyeti normal diyetin yarısıdır, der. Müslüman bir şahsın bir zimmi veya müste'meni kasten öldürmesi halinde kendisine kısâs uygulanamasa da diyetin 12.000 dirhem olarak ağırlaştırılacağını söyler.[1509] Ömer b. Abdülaziz, ehli kitaptan öldürülen birisi hakkında katilin maktul velilerine, Müslümanın diyetinin yarısı kadar diyet ödemesine hükmetmiştir. Onun kavli (verdiği bu yargı kararı) Mâlikilerin diğer bir delilidir.[1510]

Mâliki mezhebi başta olmak üzere yarım diyet fikrini savunan âlimlerin diğer delilleri şunlardır: Gayrimüslimin diyetinin Müslümanın diyetinin yarısı kadar olacağını bildiren hadis

---

[1505] Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 4/627; Tirmizî, "Diyât" 17 (No. 1413); İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/397; Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/37; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyeti'l-muktesıd*, 4/197; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/603-604; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/332; Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî alâ şerh-i Kifâyeti't-tâlibi'r-rabbânî*, 2/301; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 28-29, 32, 34; Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûniyyü*, 268-269; Ebû Zeyd, *Ahkâmü'l-cinâye ale'n-nefs ve mâ dûnehâ ınde İbni Kayyim el-Cevziyye*, 244-245; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 507; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/56-59, 70-71; Konan, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, 183.

[1506] Ebû Dâvûd, "Diyât", 18, 22 (No. 4583, 4542); Tirmizi, "Diyât", 16 (No. 1413); Abdürrezzak, *el-Musannef*, (No. 18475), 10/92; İbn Mâce, "Diyât" 13 (No. 2644); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Kasâme" 32; İbn Ebi'l-Âsım, *ed-Diyât*, 47.

[1507] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/397.

[1508] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/95.

[1509] Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/37; Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 275.

[1510] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29.

zayıf olabilir ancak Müslümanla gayrimüslimin diyetinin eşit olacağını bildiren hadis bundan daha zayıftır.[1511]

Bir noksanlık olması itibarıyla küfür vasfı kısasa etki ettiği gibi, diyete de etki eder. Ayrıca küfür vasfından kaynaklanan eksiklik, kadınlık vasfından kaynaklanan eksiklikten daha büyüktür. Durum böyle olmasına rağmen kadınlık vasfının diyeti yarıya indirmek suretiyle diyeti eksilteceğini kabul edip de küfrün diyeti yarıya eksiltmeyeceğini kabul etmemek olmaz.[1512]

Gayrimüslim kadın vatandaşların diyetleri, kendilerinden olan gayrimüslim erkek vatandaşların diyetlerinin yarısıdır.[1513] Buna göre kadın, ehli kitaptan ise onun diyeti tam diyetin (hür ve erkek bir Müslümanın diyetinin) dörtte birine takabül eder, kadın bir Mecusi ise diyeti dört yüz dirhem olur ki bu da oransal olarak Müslümanın diyetinin otuzda birine tekabül eder. Ehli kitap kadınların diyetlerinin dört bin dirhem olacağına dair rivayetler de bulunmaktadır.[1514]

Mâlikîler, Hz. Peygamber'in antlaşmalı gayrimüslim vatandaşlara tam diyet ödemesi olayını, onların kalplerinin İslâm'a ısınması (*isti'laf*) ve böylece toplumsal mutabakatın sağlanması için olduğu şeklinde yorumlamışlardır. Rasûlüllah'ın söz konusu diyeti katilin âkilesine yüklemeden kendi bütçesinden ödemesi de bu yorumu desteklemektedir. Onlara göre bu konudaki uygulama, Hz. Ömer zamanında aslına rucû ederek son halini almıştır. Buna göre ehl-i kitabın diyeti yarım diyet (altı bin dirhem), Mecusilerin diyeti ise sekiz yüz dirhem olarak sabitlenmiştir.[1515] Mâlikilerin bu yorumundan hareketle, Hz Peygamber'in tam diyet uygulamasının maslahat gereği olup bağlayıcılık arz etmediği, sabit olan asıl hükmün Hz. Ömer'in belirlediği miktarlar olduğunu düşündükleri anlaşılıyor.

Mâlikiler, farklı diyet oranlarına dair bu tür uygulamaları örnek göstermelerinin yanında, mali bir tazminat olarak diyet oranlarının belirlenmesinde din farkının ve insanların toplumsal konum ve mertebelerinin de doğrudan etkili olduğunu açıkça ifade etmektedirler.[1516] Eşitlik ilkesi hakkındaki yaklaşımını ortaya koyması açısından İbnü'l-Arabî'nin, gayrimüslimlerin diyeti konusunda güçlü bir kaide belirlemek maksadıyla

[1511] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29.
[1512] Bâcî, *el-Müntekâ*, 7/97; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29.
[1513] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/398; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/398, 401-402; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 275.
[1514] Abürezzâk, *el-Musannef*, 6/128, 10/92.
[1515] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604-605; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/95; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29-30.
[1516] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604.

söylediği şu ifadelerine yer vermekte yarar görüyoruz: "*Diyetlerin şeriattaki aslı, can dokunulmazlığındaki üstünlük ve insanların sosyal konumlarındaki mertebe farklılığına dayanır. Zira diyet, öldürme suçundaki kısasın aksine (kişilerin) sıfat ve niteliklerine göre değişkenlik arz eden mali bir haktır. Kısas hususunda kanun koyucunun kişilerin statülerindeki farklılığa itibar etmemesi, tamamen öldürme suçunda bir caydırıcılık olsun diyedir. Kısasla diyet arasındaki bu fark ortaya çıktığına göre tekrar diyete dönecek olursak, kadının diyetinin erkeğin diyetinden az olduğunu görürüz. Müslümanın da kâfirden bir farkı (ayırt edici özelliği) olması için diyet hususunda Müslümanla gayrimüslimin diyetinin eşit olmaması icap eder*."[1517]

a.2. 1/3 Diyet

İmam Şâfiî; tabiinden Saîd b. Müseyyeb, Atâ b. Ebî Rabah, Hasan el-Basrî, İkrime, Amr b. Dînâr, Ebû Sevr, İshâk b. Râhûye; sahabeden de Hz. Osman ve Hz. Ömer'den gelen rivayete istinaden zimmilerden ehli kitap olan Yahudi ve Hristiyan vatandaşların diyetlerinin Müslümanın diyetinin üçte biri oranında (dört bin dirhem) olacağını söylemişlerdir.[1518] Ehli kitap haricindeki Mecûsî ve Vesenî gibi zimmi vatandaşların diyeti ise, Müslümanların diyetinin (12000 dirhem) onda birinin üçte ikisi (1/15) kadardır yani sekizyüz dirhemdir.[1519]

Gayrimüslimlerden her bir grubun kadınlarının diyeti ise -aynen Müslüman kadınların diyetlerinin Müslüman erkeklerin diyetlerinin yarısı olduğu gibi- kendi erkeklerinin diyetlerinin yarısı kadardır. Yaralamalardaki diyetleri de ölüm diyetindeki oranlara göre hesap edilir.[1520]

İmam Mâlik'den de ehli kitap zimminin diyetinin üçte biri (4000 dirhem), Mecûsîlerin ise 800 dirhem olacağını söylediğine dair nakil bulunmaktadır.[1521] İmâm Mâlik'in güçlü kavline göre yarı diyet ödendiği yukarıda ifade edilmişti.

[1517] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 31-32.
[1518] Tirmizî, "Diyât", 16 (No. 1413); İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/397; Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/38; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/59-61, 71-75.
[1519] Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, 8/353; Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/300-301; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-mücteh*id, 4/197; Haddâd, *el-Cevheretü'n-neyyira*, 2/128; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 28; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 507; Ebû Zeyd, *Ahkâmü'l-cinâye ale'n-nefs ve mâ dûnehâ ında İbni Kayyim el-Cevziyye*, 244. Tam diyet 12.000 dirhem ise Mecusilerin diyeti 800 dirhemdir (12.000/10: 1200, 1200/3: 400, 400x2: 800 dirhem). Onbeşte bir (1/15), onda birin üçte ikisi ve 800 sekizyüz dirhem, metinlerde bu üç şekilde de ifade ediliyor, üçü de aynı neticeye çıkıyor.
[1520] Şafiî, *el-Ümm*, 6/113; Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, 8/353; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 275. Şafiî mezhebinde ehl-i kitap ile mecusilerin diyet oranları farklı olarak tespit edilmiştir. Ehl-i kitap için ödenecek diyet mecusiler için ödenecek diyetten beş kat daha fazladır. Ancak diyet oranlarındaki bu farklılık kısas cezası sözkonusu olduğunda eşitliğin bozulmasına yol açmamış ve taraflar kısas konusunda eşit sayılmışlardır. Bk. Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/9.
[1521] Tirmizî, "Diyât" 17 (No. 1413).

Şafiîlere göre, gayrimüslimin diyeti Müslümanın diyetine eşit olamaz. Çünkü Allah ve Rasulü mü'minlerle kâfirler arasında fark gözetmiştir. Müslümanların güçleri yettiği zaman kâfirler ya malları alınıp köle olurlar ya da "*... hak din İslâm'ı din edinmeyen kimselerle, küçülerek (boyun eğerek) kendi elleriyle cizye verinceye kadar savaşın.*"[1522] ayeti hükmünce Müslümanlara cizye öderler.[1523]

Şâfiîlerin diğer bir delili Said b. Müseyyeb aracılığı ile Hz. Osman'dan gelen zimmi vatandaşların diyetlerinin dört bin dirhem olduğuna dair rivayettir.[1524]

Şafiî mezhebinde kadınlık vasfı (*ünûset*) onların diyet oranlarının azalmasına etki ediyorsa, küfür vasfının etki etmemesi kabul edilemez düşüncesi vardır. Çünkü en büyük eksiklik aslında küfürdür. Bu nedenle kadının diyeti yarım, gayrümüslimin diyeti ise üçte bir hatta bundan daha azdır.[1525] Bu bağlamda Müslüman bir kadın, kâfir bir erkekten değerlidir. Kâfir erkeğin diyetinin Müslüman kadının diyetinden az olması gerektiği için de gayrimüslimin diyeti, Müslüman bir erkeğin (tam diyetin) diyetinin üçte biri olmalıdır.[1526]

a.3. Eşit Diyet

Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf, imam Muhammed, Züfer ve diğer Kufe fakihlerinin çoğuna göre zimmi vatandaşların diyet oranları Müslümanların diyetleri ile eşittir. Zimmet antlaşmasıyla İslâm ülkesi vatandaşlığına geçtikten sonra Yahudi ve Hristiyanlar gibi ehl-i kitap olması ya da Mecusi ve Veseniler gibi başka bir inanca mensup olması da bu durumu değiştirmez, diyet eşittir.[1527] Aralarında Hz. Ömer, Hz. Osman, Abdullah b. Mes'ûd gibi sahabiler olmak üzere Şa'bî, İbn Şihab ez-Zührî, İbrahim en-Nehaî, Süfyan-ı Sevrî, Mücâhid, Osman el-Bettî, Hasan b. Salih gibi âlimler başta olmak üzere Zeydiyye mezhebi imamları da zimmi vatandaşların diyetlerinin müslümalara eşit olacağı görüşündedirler.[1528] İbn Münzir,

---

[1522] et-Tevbe 9/29.
[1523] Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, 8/353.
[1524] Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 31.
[1525] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/603-604; Demîrî, *en-Necmü'l-vehhâc*, 8/456, 458.
[1526] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 28, 32.
[1527] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/398; Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/7; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310-311; Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 2/547; Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 276; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/669; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 507; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruhu*, 2/48-56, 62-70. Zimmi statüsünde olduğu halde ehli kitaptan sayılmayan, ehl-i kitap olmayan (mecusiler gibi) diğer zimmi vatandaşların diyetleri, Hz. Ömer'den gelen bir rivayet dolayısıyla sekiz yüz dirhem olarak belirlenmiştir. Sekiz yüz dirhem bir Müslümana ödenecek diyetin on beşte biri kadardır. Bu rivayet için Bk. Tirmizi, "Diyât" 17 (No. 1413). İmamiyye Şia'sı Yahudi, Hristiyan ve Mecusi olan zimmi vatandaşların diyetlerinin bu miktar (sekizyüz dirhem) olacağı görüşündedir.
[1528] Şeybânî, *el-Asl*, 6/556; Tirmizi, "Diyât" 17 (No. 1413); İbn Ebi'l-'Âsım, *ed-Diyât*, 46-47; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/212-214; Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/37; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310-311; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/128; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/197; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 276; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 26-27, 30-31, 34.

sahabeden Muâviye; tabiinden Atâ b. Ebî Rabâh, Alkame ve Mücâhid'in de bu görüşte olduklarını aktarmıştır.[1529]

Hanefîlere göre İslâm ve küfür (din) vasıflarının diyet miktarı konusunda erkeklik ve kadınlık (cinsiyet) gibi hükme tesiri yoktur. Bu nedenle gayrimüslimin diyeti tam, kadının diyeti ise yarım kabul edilmiştir.[1530]

Din farkının diyet oranları üzerinde eşitliği bozmayacağı düşüncesinde olan müçtehitlerin dayandığı deliller arasında şunlar yer almaktadır.

"*.. Eğer (maktul) sizinle kendileri arasında antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine verilecek bir diyet ve mü'min bir köle azad etmek gerekir...*"[1531] âyetinde bir din ayrımı yapılmamış "diyet" ifadesi mutlak kullanılmıştır. Bu nedenle ayetin mutlak hükmü gereğince zimmi vatandaş, hür ve kanı korunmuş (*ma'sum*) olması itibarıyla Müslümana benzer, diyetleri eşit olur. Bu hüküm erkek zimmi vatandaşlar içindir. Cinsiyet farkına bağlı olarak zimmi kadınların diyetleri Müslüman kadınların diyetlerinin yarısı kadardır.[1532] Ayette mü'min bir kişi ile zimmi vatandaşa öngörülen ceza aynıdır. Tek fark diyet ve kefaret arasındaki takdim ve tehir farkıdır. Mü'mini öldüren kişi hakkında önce kefaret (mü'min bir köle azadı) sonra diyete zikredilmiş, antlaşmalı vatandaşı öldüren kişi hakkında önce diyet sonra kefaret zikredilmiştir.

İbn Abbas'ın verdiği bilgiye göre Hz. Peygamber, Âmirî kabilesinden öldürülen iki müşrik (zimmî) için iki Müslüman hür kişinin diyetini ödemiştir.[1533] Nâfi' kanalıyla İbn Ömer'den gelen rivayete göre Hz. Peygamber, öldürülen bir zimmi vatandaş için Müslümana ödenen diyetle aynı miktarda diyet ödemiştir.[1534] Hz. Peygamber el-Mâide 5/42 ayeti nazil olunca Benî Nadîr ile Benî Kureyza arasında diyet konusunda hakemlik yaptı, iki kabile arasında herkesin diyetinin eşit olmasına hükmetti. Önceden Benî Nadîr'den biri Benî Kureyza'dan birini öldürdüğü takdirde diyetin yarısını ödüyor, tersi olunca Benî Kureyza karşı tarafa tam diyet ödüyordu, Hz. Peygamber bu uygulamaya son verdi. Cessâs bu rivayette Hz. Peygamber'in her iki taraf birbirine yarım diyet ödeyecek diyerek de aralarında eşitliği

[1529] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/396-397.
[1530] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/308-311.
[1531] en-Nisâ 4/92. Nesefî, *Medârik*, 1/385.
[1532] Şeybânî, *el-Asl*, 6/556; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/212; Reşîd Rızâ, *Tefsîru'l-menâr*, 5/274; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 26.
[1533] Tirmizî, "Diyât" 12 (No. 1404). Elbânî, hadisin isnad bakımından zayıf olduğunu söylemiştir. Ayrıca Bk. Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/213.
[1534] Dârekutnî, *es-Sünen*, "el-Hudûd ve'd-diyât", (No. 3243), 4/147; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, (No. 16352-16353), 8/178; Beyhakî, *Ma'rifetü'sünen ve'l-âsâr*, (No. 16243-16244), 12/145; Beyhakî, *es-Sünenü's-sağîr*, (No. 3075), 3/246; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/213.

sağlayabileceğini ancak bunu yapmadığına dikkat çekerek mezkûr rivayeti mü'minle kâfirin eşitliğine delil göstermiştir.[1535] Bu rivayet, bir taraftan iki Yahudi kabilesi arasında diyetin eşitlendiğini haber verirken diğer yandan da İslâm ülkesinde yaşayan farklı din mensuplarının diyetlerinin mü'minlerin diyetiyle aynı olacağını bildirmesi açısından da önemlidir.

Kurra b. Da'mûs en-Nümeyrî, amcasıyla beraber Hz. Peygamber'e geldikilerini, Hz. Peygamber'e amcasından diyet alacaklısı olduğunu anlatıp, amcasının kendilerine olan diyet borcunu ödemesini söylemesini rica ettim. Hz. Peygamber de amcasına: "*Babasının diyetini öde*" diye emretti. Nümeyrî, bu olayı anlatırken babasının cahiliye döneminde öldürüldüğünü ve Hz. Peygamber'in diyetin yüz deve olarak ödeneceğine hükmettiğini de haber vermiştir. Cessâs, mü'minle kâfirin diyetlerinin eşit olduğunu kanıtlayan delillerden birisi de, Numeyrî'ye babası dolayısıyla ödenen tam diyet olayıdır, der.[1536]

Hz. Osman, hilafeti döneminde zimmi bir vatandaşı öldüren Müslümanın maktul zimmi için tam diyet ödemesine hükmetmiştir.[1537] Müste'menin canına yönelik saldırılar Müslümanın canına yönelik yapılmış saldırı gibidir. İbn Mes'ûd'un, müste'men ve zimmilerin (*muâhed*) diyetlerinin, Müslümanların diyetleri gibi olduğunu beyan eden sözleri bu yaklaşımın delillerindendir.[1538]

Hanefi ve Şâfiî ekolleri arasında zimminin diyetiyle alakalı olarak, deliller çerçevesinde şöyle bir tartışma yaşanır. Şâfiî mezhebi, zimminin diyetinin yarım olduğunu göstermek üzere Kur'an'dan "*Cehennemliklerle cennetlikler bir (eşit) olmaz. Cennetlikler kurtuluşa erenlerin ta kendileridir.*"[1539] ve "*Hiç mü'min, fasık gibi olur mu? Bunlar (elbette) eşit olmazlar.*"[1540] âyetlerine, sünnetten de "*Ancak Müslümanların kanı birbirine denktir*" hadisine dayanarak Müslümanın kanının ancak bir Müslümana denk olabileceğini söyler ve buna bağlı olarak, küfür kaynaklı noksanlık kadınlıktan kaynaklanan noksanlığın daha da ötesindedir, kadın olma vasfı diyette eksikliğe yol açıyorsa küfür vasfı evleviyetle diyette eksikliğe yol açmalıdır. Aynen bunun gibi kölelik de küfrün bir sonuç ve eseridir, kölelik nedeniyle diyet

---

[1535] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/213; Hâzin, *Lübâbü't-te'vîl*, 2/48. Ayrıca Bk. Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 11/314-316.
[1536] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/205; 4/98.
[1537] İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 46; Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 11/318. Gayrimüslimlerin diyetlerinin Müslümanlarla eşit olacağı hakkında Bk. Tahâvî, *a.g.e.*, 11/317-322.
[1538] İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 46; Abdürrazzâk, *el-Musannef*, 10/97 (No. 18496); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/286 (No.28014); Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, 9/350 (No. 9738); Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 253. İbn Ebî Şeybe'nin *el-Musannef*'inde "ehl-i kitâb" şeklindedir: "**عن ابن مسعود ، قال : كان يقول : دية أهل الكتاب مثل دية المسلم**".
[1539] el-Haşr 59/20.
[1540] es-Secde 32/18.

azalıyorsa küfür nedeniyle evleviyetle azalması gerekir diye istidlalde bulunarak görüşlerini ispatlamaya çalışırlar.

Kadınlık (*ünûset*) ve kölelikten (*rikk*) kaynaklanan eksiklik mülkiyet açısındandır. Mesela kadın mal sahibi olur ama nikâha mâlik olamaz, kölelik de mülkiyeti eksiltici bir vasıftır, kölenin tam mülkiyet yetkisi yoktur. Fakat zimmi böyle değildir, zimmi mülkiyet açısından Müslümana eşittir denilmiştir.[1541]

Hanefi mezhebi, gayrimüslimle Müslümanın diyetinin eşitliği görüşüne yaşam hakkının kutsallığını da gerekçe göstermiştir. Dünya ahkâmı bakımından hayat hakkı itibarıyla gayrimüslimler müslümanlarla eşit ve aynı statüde kabul edilirler.[1542]

Hanefiler, Şâfiîlerin iddialarına cevap sadedinde: Zikrettiğiniz âyetler ile "*...Eğer (maktul) sizinle kendileri arasında antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine verilecek bir diyet ve mü'min bir köle azad etmek gerekir...*"[1543] âyeti arasında konu birliği olmaması hasebiyle bir tearuz olamaz çünkü delil olarak getirdiğiniz bu âyetler ahiret ahkamını ilgilendiren âyetlerdir. Hadislere gelince, mefhumu muhalif (naslarda) delil değildir. Hiç şüphe yok ki herkesin canı, maldan daha kıymetlidir, zimminin malını telef edince tazmin gerekip de canını telef edince tazmin gerekmemesi veya yarım diyet olması düşünülemez, zira can maldan değerli ve önceliklidir. Tazminata konu olması bakımından zimmilerin canlarına yönelik saldırılar ile mallarına yönelik saldırılar arasında bir fark gözetilmemelidir.[1544] Zimmileri ülkemize vatandaş olarak kabul etmişsek hayat haklarını güvenceye almışız demektir; bundan böyle onların canları Müslümanların canına mülhaktır.[1545]

Müslümanların kanlarının birbirine denk olduğunu bildiren hadis de Hanefi ekolünce ahiret ahkâmına hamledilmiştir. Diyet dünyevi bir hüküm olduğu için Müslümanlarla gayrimüslimlerin diyetlerinin eşit olması bu hadise aykırı değildir.[1546]

Bunlara ilaveten Hanefilerin din farkı gözetilmeksizin islam ülkesi vatandaşlarının diyetlerinin eşitliği hakkında şunlara da yer verilebilir:

İbn Şihâb ez-Zührî'nin rivayet ettiğine göre, Rasûlüllah ve halifelerden itibaren Muaviye dönemine kadar olan zaman diliminde Müslüman ile zimminin diyetleri eşitti, bu

[1541] Aynı açıklama, kadının diyetinin neden yarım olduğunun izahı sadedinde de yapılmaktadır. Bk: Emir Padişah, *Teysîru't-tahrîr*, 2/271-272.
[1542] Fidan, *İslam'da Azınlık ve Yabancı Hakları*, 200; Konan, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, 183; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 21/62.
[1543] en-Nisâ 4/92.
[1544] Bâbertî, *el-'İnaye*, 5/446, 10/10/278.
[1545] Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, s. 27.
[1546] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/85

uygulamaya son veren Muaviye olmuştur.[1547] Burada İmam Muhammed, İbn Şihâb ez-Zührî'nin kendi döneminde hadisleri en iyi bilen kişi olması hasebiyle, böyle bir rivayet varken Muaviye'nin uygulamasına göre hüküm vermenin doğru olmayacağını söyler.[1548] Zührî'nin haber verdiği diğer bir bilgiye göre Muaviye, gayrimüslimin yarı diyetini (500 dinar) maktul yakınlarına verir yarısını da (500 dinar) hazineye ayırırdı. Muaviye'nin bu işine son vermek üzere Ömer b. Abdülaziz, hilafette iken hazine payını kaldırıp öldürülen zimminin yakınlarına yarım diyet verilmesini kararlaştırdı. Zührî, kendisi için, keşke Ömer b. Abdülaziz'e Hz. Peygamber zamanında zimmi ahalinin diyetlerinin tam olduğunu söyleme fırsatı bulabilseydim, demiştir. Ma'mer: "*Said b. Müseyyeb: Zimmilerin diyetleri 4.000 bin dirhemdir.*" diyor, buna ne dersin? diye Zührî'ye sorunca: "*En sağlam iş Allah'ın kitabına uygun olandır. Allah: 'Aranızda antlaşma olan kimselerin ailesine diyet vermek gerekir'*[1549] *diye emretmişken siz tam diyetin 1/3'ünü verince zimminin diyetini ödemiş mi olacaksınız!*"[1550] diye itiraz mahiyetinde bir cevap vermiştir.

İkincisi, Hz. Ali'ye zimmi vatandaşlardan birini öldüren bir Müslüman getirildi, olay kesin delillerle sabit olunca Hz. Ali, kısas hükmü verdi ancak maktulün yakınları katili affettiler. Bunun üzerine Hz. Ali: "*Onlar (zimmiler) can ve mal güvenlikleri bizim gibi olsunlar diye (bize) cizye ödüyorlar, onların kanı bizim kanımız, diyetleri de bizim diyetimiz gibidir.*" diyerek maktul yakınlarına ödenecek diyetin Müslümanların diyetiyle eşit olmasına hükmetti.[1551]

Üçüncüsü, Abdullah b. Mes'ud'dan gelen: "*Zimminin diyeti Müslümanın diyetine eşittir.*" rivayeti ve İkrime'nin Abdullah b. Abbas'tan naklettiği: "*Allah rasûlü öldürülen bir zimmi için için yüz deve diyet ödemişti.*" Rivayeti birbirini desteklemektedir. Ayrıca Amr b. Ümeyye ed-Damrî, zimmet antlaşması olan Âmirî kabilesinden öldürdüğü kişi için yüz deve ödemiştir ki bu Müslümana ödenen diyetle eşittir.[1552]

Son dönem ulemasından eşitlik görüşünü tercih edenler. Zeydan, gayrimüslimin diyeti hakkında, hukuk ekollerinin delillerini serdettikten sonra kendi tercihine yer vermiştir.

[1547] İbn Ebi'l-'Âsım, *ed-Diyât*, 46. Yukarıda Mâlikilerin görüşü incelenirken onlara göre, geçici olan tam diyet uygulamasından asli hüküm olan yarım diyet uygulamasına dönülmesi Hz. Ömer döneminde gerçekleşmiştir, denilmişti. Bk. İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/604-605; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29-30.
[1548] Bâbertî, *el-Inâye şerhu'l-Hidâye*, 10/10/278; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 27, 30-31.
[1549] en-Nisa 4/92.
[1550] Abdürrezzâk, *Musannef*, (no.18491), 10/95; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/197. Bu rivayet hakkında imam Şafiî kendilerinin Said b. Müseyyeb'ten gelen rivayetlere itimat ettiklerini söylemiş, Zührî'nin mürsel rivayetleri için ise zayıf (*kabîh*) değerlendirmesinde bulunmuştur. Bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/178 (no. 16354); a.mlf., *Hılâfiyyât*, 7/56-57 (no. 4941).
[1551] Bâbertî, *el-'İnaye*, 5/446, 10/278; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 31.
[1552] Bâbertî, *el-İnâye*, 10/278; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 26-27.

Hanefilerin hadislerdeki delilleri zayıf olsa da konu hakkında Kur'an'dan yapmış oldukları istidlaller ve sahabe uygulamalarındaki dayanakları güçlü olduğu için gayrimüslimin diyetiyle Müslümanın diyetinin eşit olması gerektiği konusunda Hanefileri tercih etmiştir.[1553]

Ebû Zehre, bu meselede doğru olan Hanefilerin görüşüdür diyerek, dârulislâmda hayati dokunulmazlıkları bulunan Yahudi, Hristiyan ve tüm diğer zimmi vatandaşların Müslümanlarla diyetlerinin eşitliği fikrini savunmuştur.[1554]

Mısır'da M. Enver tarafından yapılan doktora çalışmasında da âdemiyyet yönüyle, insanların can güvenliği noktasında eşit olmalarına vurgu yapılmış, Hz. Peygamber'in diyeti genel olarak yüz deve şeklinde tefsir ettiğine bakılarak Müslüman ve gayrimüslimlerin diyetinin eşit olması fikrini benimsemiştir.[1555]

Hanefi mezhebinde Müslümanlarla gayrimüslimlerin diyetlerinin eşit olması gerektiği fikri benimsenmiş olmasına rağmen, Osmanlı kanunnamelerine bakılınca öldürme ve yaralama olaylarında "kan cürmü" adıyla alınan diyet konusunda suç işleyen gayrimüslim vatandaşların aynı suçu işleyen Müslümanlara göre diyetin yarısını ödedikleri görülmektedir. Fakat bu durum kısas cezasının çeşitli nedenlerle uygulanamayıp cezanın diyete dönüştüğü durumlarda söz konusu olmuştur. Böylece belli dönemlerde ceza hukuku alanında Osmanlı devletinde Müslüman ve zimmilerin eşitliği ilkesinden ayrılındığı görülür.[1556] Ancak burada eşitlik ilkesinden zimmiler lehine ayrılındığını belirtmekte de fayda vardır.

Öldürme ve yaralama suçları için Kanuni kanunnamelerinde, bu suçların gayrimüslimler tarafından işlenmesi halinde Müslümanların ödeyecekleri cezanın yarısını ödemeleri üzerine şu maddeye yer verilir: "*Eğer bu zikrolunan kazâyâ*[1557] *kâfirden sâdır olsa, vech-i mefsûr üzere Müslüman cereminin nısfı alına*".[1558]

Aynı suçu işleyen bir Müslümana daha çok bedel ödetilip zimmi vatandaşın Müslümanın ödediği para cezasının yarısını ödemesi ve böylece eşitlik tanınmamasını açıklama sadedinde tarih araştırmacısı Ercan şu dört ihtimal üzerinde durur:

Birincisi, zimmiden yarım ceza alınması yeterlidir nasıl olsa öbür dünyada cezalandırılacaklardır düşüncesi. İkincisi, zimmilere nispetle Müslümanların daha az suç

[1553] Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 283.
[1554] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 508.
[1555] Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûni*, 268-269.
[1556] Bozkurt, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 25; Konan, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, 183.
[1557] Öldürme ve yaralama suçları.
[1558] Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, 189; Bozkurt, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 25 (ilk kaynak: Kânunâme-i Âl-i Osman/Kânûnî Kânunnâmesi, *TOEM* yayını, 3).

işlemelerini sağlamak. Üçüncüsü, bu cezanın ancak zimmi ile zimmi arasında işlenen suçlar için belirlenmiş olması. Dördüncüsü de, gayrimüslim tebaanın sayılarının azalmasına bağlı olarak haraç ve cizye gelirlerinin azalmasını önlemektir.[1559] Araştırmacı, bu olasılıklardan son ikisinin akla daha yatkın olduğunu da belirtmiştir.

Bir diğer araştırmacı Bozkurt ise bu durumu doğrudan haraç ve cizye gelirlerinin azalmasının önüne geçilmek istenmesine bağlamaktadır.[1560]

Osmanlı uygulamasında 1583 *Yeni-il Kânûnu*na (Sivas dolayları) göre -diğer vilayetlerde olduğu üzere- zimmi vatandaşların müslümanlara göre yarım ceza ödemelerine hükmolunurken, bu tarihten önceki defterlere ait kayıtlarda zimmi vatandaşların cinayetle ilgili cezalarında Müslümanlarla eşit hatta küfürleri nedeniyle kendilerini fazla savunamadıklarından olsa gerek Müslümanlardan daha çok ödedikleri de ifade edilmiştir.[1561] Bu bilgilerden hareketle Osmanlı uygulamasında zimmilerin cezalarının Müslümanlara nispetle daha az (yarım) veya daha fazla olduğu yani bir değişkenlik arz ettiği görülür ki her iki halde gayrimüslim vatandaşların menfaati gözetilmiştir. Az alındığı takdirde yaşadıkları bölgelerin kalkınmasının, çok alındığı takdirde de korunmaya muhtaç olmaları sebebiyle güvenliklerinin daha iyi sağlanmasının hedeflendiği söylenebilir.

Müste'men. Hanefîlerde müste'menin diyeti de tıpkı zimmiler gibi Müslümanın diyetine eşit kabul edilmiştir.[1562] Hz. Ali ve İbn Mes'ûd'un kavilleri böyledir.[1563] İbrahim en-

---

[1559] Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, 189-190. Ercan, dördüncü ihtimal için 1488 tarihli "*Kânûn-ı Sultan Mehmet b. Murat*" ve 1583 tarihli "*Yeni-il Kânûnu*" kanunlarında yer alan iki kayıttan hareket etmiştir. Fatih kanununda zimmilerin Müslümanlara nispetle yarım ceza ödemelerinin sebebini gayrimüslim halkın azalması ve buna paralel olarak haraç ve cizyenin azalmasına bağlar. İlgili maddenin metni şu şekildedir: "*... ve vurup baş yarmak ve kılıç, bıçak ve ziyan ve gayri nizalı nesnelerden ki, kâdı katında sâbit ola, baylık ve yoksullukta Müslümanlar kanluğuna nazar oluna, ânın nısfı hükmola, ta ki haraçgüzarlar zâyi olmaya*". Ercan, *a.g.e.*, 190 (ilk kaynak: Barkan, Ömer Lütfi, *Kânunnâmeler*, 1/0394). 1583 tarihli Yeni-il Kânûnunda da gayrimüslim halkın Müslüman halka göre yarım ceza ödemeleri ile ilgili kayıtlar bulunmaktadır: "*... ve âmme-i memâlik-i mahsûrede cinâyet mukabelesinde vaz' olunan cerâim-i ma'rûfe kefereden sâdır olsa her itibar ile Müslümanlardan alınanın nısfı alınmak kânun-ı mukarrer...*". Bk. Ercan, *a.g.e.*, 190 (ilk kaynak: Yeni-il Kanunu, *Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü* 138 numarada kayıtlı belge; *Başbakanlık Arşivi* 435 numaralı defter, 1548 tarihli bir başka defterde de muhtasar vaziyette bulunmaktadır.).

[1560] Bozkurt, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 25.

[1561] "*... kefereden dahi Müslümandan alınan kadar, belki küfrü sebebiyle mühân ve makhûr olup müdafa'aya kâdir olmadığı için daha ziyade alunmak vâkî' olur imiş. Tâife-i mezbûre bu cihetten muzâyaka beyân etmeğin, bu babda onların hususlarında dahi sâir memâlik-i mahsûrede cârî olan kânun* (Müslümanlardan alınanın yarısının alınması) *icrâ olunmak, vilâyet-i mezbûrenin şenelmesine ve âbâdanlığına sebep mülâhaza olduğu bâisden ol veçhile te'addî ve tecâvüz olunmaya*". Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, 190-191 (ilk kaynak: Yen-il Kanunu, *Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü* 138 numarada kayıtlı belge; *Başbakanlık Arşivi* 435 numaralı defter ve 1548 tarihli bir defter).

[1562] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 2/639-640; İbn Âbidîn, *Reddü'-l-muhtâr*, 6/574.

[1563] Abdürrazzâk, *el-Musannef*, 10/97 (No. 18496); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/286 (No.28014); Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, 9/350 (No. 9738); Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 253. İbn Ebî Şeybe'nin *el-*

Neha'î, Şa'bî ve İbn Şihâb ez-Zührî gibi müçtehitler, zimmi, müste'men ve hatta harbilerin diyetlerinin de Müslümanlarla eşit olacağını söylemişlerdir.[1564]

Bazı Hanefîlerin müste'men için diyet ödenmez dedikleri nakledilmişse de mezhepte teyit edilen görüşe göre doğrusu, diyet konusunda müste'menlerin de zimmî gibi görüldüğüdür.[1565] Söz konusu ihtilafa yer veren İbn Âbidîn, yaptığı kaynak incelemeleri neticesinde müstemenin diyetinin müslümana eşit olacağı rivayetinin çok daha kesin olduğunu kaydeder.[1566]

Bir rivayete göre Ahmet b. Hanbel de eman altında bulunan bir gayrimüslimin kasten öldürülmesi durumunda yarım diyetin katlanarak tam diyete dönüşeceğini söyleyerek Ebû Hanîfe ile aynı noktada buluşmuşlardır. Kâfiri öldüren Müslümana kısas uygulanmayacağı görüşünü savunan Hanbeli mezhebinde cinayetlerin yaygınlaşmasını engellemek ve caydırıcılık sağlamak üzere bu hükme varıldığı düşünülür.[1567]

a.4. Diyet Yoktur

Zâhirî mezhebine göre kısas ve diyetle ilgili ayetlerde Müslümanla gayrimüslim arasındaki eşitlik nefyedilmiştir. en-Nisâ 4/92 âyetindeki zamirlerin tamamı bu ayetin başında zikredilen "mü'min" kelimesiyle ilgilidir, ayetin devamındaki zamirlerden hiçbirisinin kâfirlere raci olmaması buna delildir. Bu ayette yer alan "*kâne*" kelimesinden sonra, ayetin sibakındaki "*mü'min*" kelimesi takdir edilerek (*kâne mü'minen*) istidlalde bulundukları için, ayetin yalnızca Müslümanların diyetlerini hükme bağladığı sonucuna ulaşmışlardır. Kısas ve diyet, sadece eşitler arasında söz konusu olabileceği için zimmî ve müste'men için diyet ödenmez. Ancak suçlu tamamen de serbest bırakılmaz; zararı önlemek ve suçtan caydırmak üzere -özellikle de- kasıtlı öldürme suçunda faile ta'zîr cezası uygulanır, tevbe edinceye kadar da hapsedilir.[1568]

Musannef'inde "mu'âhed" kelimesi değil "ehl-i kitâb" ibaresi yer almaktadır. "**عن ابن مسعود ، قال : كان يقول : دية أهل الكتاب مثل دية المسلم**".

[1564] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, s. 26.

[1565] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/36; Meydânî, *el-Lübâb*, 3/154; Zebîdî, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/128, Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahrir-râik*, 8/374; Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 6/129; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 21/62.

[1566] İbn Âbidîn, *Reddü'-l-muhtâr*, 6/574-575; Tûrî, *Tekmiletü'l-Bahrir-râik*, 8/374; Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 6/129.

[1567] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/31; Ebû Zeyd, *Ahkâmü'l-cinâye*, 245.

[1568] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 10/220-221, 236, 11/175; Ahmedî, *İhtilâfü'd-dâreyn ve âsâruh*, 2/61-62, 76-79; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 273.

b. Cinsiyet Farkına Göre Diyet

Öldürme ve müessir fiil suçlarında kan bedeli olarak öngörülen diyet cezası üzerinde cinsiyet farkının ne ölçüde etkili olduğu bu başlıkta ele alınacaktır. Kadının diyeti, İslâm ceza hukukunda eşitlik ikesinin anlaşılma biçimine dair en yoğun tartışma alanlarından birisidir. Problem, kadın için tazmin edilecek diyet miktarının erkekle eşit olup olamayacağı üzerindedir.

Kadına karşı işlenen öldürme suçunda ödenecek olan diyet miktarı konusunda iki temel yaklaşım ortaya çıkmıştır. Birisi, kadının diyetinin Müslüman-hür erkeğe ödenen diyetin yarısı olması gerektiği; diğeri ise eşit olması gerektiğidir.[1569]

İslâm hukukunda kadının, köle ve gayrimüslimlerin diyetleri üzerinde yaşanan tartışmaların temelinde, konuyla ilgili rivayet çeşitliliği ve bunların anlaşılmasındaki yöntem farklılıkları ile İslâm hukuk düşüncesinin oluştuğu dönemde hakim durumda bulunan sosyal ve kültürel yapının etkili olduğuna dikkat çekilmektedir. Zira bu dönem kültüründe diyet, suçlu için bir ceza olmaktan ziyade ölen kişinin bir kan bedeli ve mağdurun ailesinin uğradığı zararın tazmini olarak telakki ediliyordu.[1570] Bu telakki sebebiyle diyette kadın, köle ve gayrimüslim konusunda eşitlik, farklı şekillerde yorumlanmıştır.

Kadına karşı işlenen suçlarda fakihlerden bazıları öldürme suçundaki diyet yaklaşımını aynen müessir fiillerde de sürdürmüştür. Bazıları ise öldürme suçunda diyetin tespiti için başka, müessir fiillerde başka bir yol izlemiştir.

b.1. Kadının Diyeti Yarımdır

İslâm hukukunun oluşum dönemlerinde benimsenen diyet telakkisinin yerleşik duruma dönüşerek, İslâm hukukuna dair eserlerde ve uygulamada, çok fazla tartışmaya konu olmadan günümüze kadar süregeldiği fark edilir. Ancak günümüze gelindiğinde kadının İslâm toplumlarındaki sosyal, hukuki ve ekonomik konumu üzerindeki tartışma ve gelişmelere paralel olarak kadının diyeti üzerinde yeniden düşünülmeye başlanmıştır. Kadının diyeti hakkında yürütülen söz konusu tartışmalarda, gelenekte belirlenen diyetin sabit bir hüküm mü yoksa dinamik bir hüküm mü olduğu üzerinde durulmaktadır. Mevcut diyet oranının o dönemdeki kadın algısından etkilenerek tespit edildiğine dair düşünceler gündeme

[1569] Heytemî, *Tuhfetül-muhtac*, 8/457; İvaz, *ed-Diye beyne'l-'ukûbe ve't-ta'vîz*, 230-252; Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", *Hikmet Yurdu*, 319-324; Acar, "Diyet Açısından Kadın-Erkek Ayrılılığı Problemi", *Türkiye Günlüğü*, 151-160.
[1570] Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.

getirilmektedir. Böylece doktrinde kadın için takdir edilmiş diyet oranının, İslâm'ın genel prensiplerine arz edilerek, değişim potansiyeli son yüzyılda daha çok sorgulanır olmuştur.

Kadın amden öldürüldüğünde suçun failinin erkek ya da kadın olduğuna bakılmaksızın kendisine kısas yapılacağı konusunda âlimler arasında fikir birliği bulunmasına rağmen, kadının hataen/taksirle öldürülmesi veya hataen yaralanması durumunda kadın için ödenecek olan diyet konusunda aynı görüş birliği sağlanamamıştır.

Yarım diyet: Sahabe ve tabiin devri müçtehitlerinin çoğunluğu ve fıkhın oluşum sürecinde yer alan mezhep imamlarına göre kadına karşı işlenen öldürme suçunda kadın için ödenecek olan diyet miktarı erkeğin diyetinin yarısı oranındadır.[1571] Bu görüş, Muaz b. Cebel'den rivayet edilen bir habere, dolayısıyla kaynak itibarıyla sünnete dayandırılmaktadır.[1572] Kadının diyetinin yarım olacağı meselesinde Muaz b. Cebel'den gelen rivayet merfû' olup doğrudan Hz. Peygamber'e isnat edilmiştir. Konu hakkındaki diğer rivayetler, Hz. Ömer ve genelde Hz. Ali'nin kavli şeklinde mevkûf olarak gelmiştir.[1573] İbn Ebî Leylâ'nın Şa'bî'den rivayet ettiğine göre Hz. Ali şöyle demiştir: "*Küçük ya da büyük hataen gerçekleşen bütün yaralamalarda kadının diyetin erkeğin diyetinin yarısı kadardır.*"[1574] Bu görüş, konuyla ilgili rivâyetler ve sahabe uygulamaları ile sabit olup mesele üzerinde müçtehitler ittifak etmişlerdir. Bu ittifak, çoğu âlime göre icma düzeyindedir.

Tabiin ulemasından Mekhûl (v. 112/730), Atâ (v. 114/732) ve İbn Şihâb (v. 124/742) "*Biz insanları (sahâbe) hür ve Müslüman bir erkek için yüz deve diyet ödenmesi âdeti üzerinde bulduk*" diyerek sahabe uygulamasında diyetin deve olarak ödendiği bilgisine yer verdikten sonra Hz. Ömer dönemindeki şu değişikliğe işaret etmişlerdir. Rasûlüllah'ın diyet ödemelerinde esas olmak üzere belirlediği yüz deve hakkında Hz. Ömer, farklı kalemlerde diyet tespitinde bulunurken şehirde ikamet eden maktul kadınlar için beş yüz dinar veya altı bin dirhem, kırsal kesimde yaşayan maktul kadınlar için elli deve takdir etmiştir.[1575] Bu

---

[1571] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310; Mevsılî, *el-İhtiyâr li-ta'l'ili'l-Muhtar*, 5/36; Bâbertî, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, 10/277; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 9/257; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/196; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/402; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/95, 166; İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, 5/411, 9/300, 302; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/669, 2/182; Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 271-272, 379-380; Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûniyy*, 267-268; Ebû Hayf, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 69; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 56; Paçacı, "Diyet Bir Cezâ Mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından Diyet)", *Mütefekkir*, 92.

[1572] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Diyât", 8/166 (No. 16305, 16306); a.mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/133, (No. 16173); Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/82.

[1573] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Diyât", 8/166-167(no. 16305, 16308-16310); a.mlf, *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 11/134 (no. 16177); *Zeyla'î, Nasbu'r-râye*, 4/363; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/81-82.

[1574] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 173.

[1575] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/114; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Diyât", 8/166-167 (no. 16306); a. mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/106, 133 (no. 16048, 16173); *Zeyla'î, Nasbu'r-râye*, 4/363; İbn Hacer, *et-Telhîsu'l-habîr*, 4/65; a.mlf., *ed-Dirâye*, 2/274; Suyûtî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, 16/637.

rivayete bakıldığında öncesinde ve Hz. Ömer'in yapmış olduğu güncellemede de kadının diyetinin yarım olageldiği anlaşılmaktadır.

Hz. Osman da harem bölgesi olması dolayısıyla Mekke'de öldürülen bir kadın için ağırlaştırılmış diyet (*diyet-i muğalleza*) kararı alarak on iki bin dirhem diyet ödenmesine hükmetmiştir.[1576] Aynı olay söz konusu kadının tavafta çiğnenmesi sonucunda öldüğü ve Hz. Osman'ın tam diyetin yarısı olan altı bin dirheme ilaveten cezanın ağırlaştırılması amacıyla iki bin dirhem daha olmak üzere toplam sekiz bin dirhem ödettirdiği şeklinde de aktarılmıştır.[1577] Her iki rivayetin de ortak noktası kadının diyetinin erkeğe eşit olmadığıdır. Hz. Osman'ın aldığı bu diyet kararına göre katledilen hür ve Müslüman erkeğin yakınlarına ödenecek ağırlaştırılmış diyetin on altı bin dirhem olduğu göz önünde bulundurulunca Hz. Osman'ın uygulamalarında da kadının diyetinin yarım olup erkeğin diyeti ile eşit olmadığı görülmektedir.

Şa'bî'den gelen habere (*mürsel hadis*) göre Hz. Peygamber döneminde iki Arap kabilesi arasında çıkan çatışmada ölenler olmuştu, kabilenin biri, biz ölen kadınımız için erkeğe, ölen bir erkeğimiz için de karşı taraftan iki erkeğe kısas yaparız demişlerdi. Diğer kabile itiraz edince olay Rasûlüllâh'a intikal etti; Hz. Peygamber kısasta erkek ve kadınlar eşittir (القتل بواء) diye hükmedince taraflar diyet konusunda sulh olabileceklerini söylediler, taraflar kendi aralarında ölen erkekler için erkek, kadınlar için de kadın diyeti olarak hesap yaptılar.[1578] Bu olay, Hz. Peygamber döneminde kadın ve erkek için farklı diyet ödenmesinin yerleşik bir durum olduğuna delalet etmektedir.

Kadının vücut bütünlüğüne yönelik olarak işlenen müessir fiillerde kadının diyetinin erkekten daha az olduğunu bildiren hadisler, bir açıdan ölüm (*nefs*) diyetinde de eşit olunmayacağına delil sayılmıştır.

Kadının diyetinin yarım olduğu görüşü aynı zamanda icma ile de desteklenmektedir. İmam Şâfiî: "*Ben eski ya da yeni hiçbir dönemde kadının diyetinin yarım olduğu hakkında muhalif görrüş beyan eden bir âlim bilmiyorum.*" demiştir.[1579] Sonraki dönemlerde İbnü'l-Münzir,[1580] İbn Abdilber,[1581] İbn Rüşd,[1582] İbn Hacer el-Askalânî,[1583] Kurtubî[1584] ve İbn

[1576] Şâfi'î, *el-Ümm*, 6/114; Nevevî, *el-Mecmû'*, 19/43. Rivayetin aslı "*Sekiz bin + tam diyetin üçte biri*" şeklindedir. 16.000 dirhemin yarısı 8.000 dirhem + tam diyet olan 12.000 dirhemin üçte biri de 4.000 dirhemdir. Böylece 8.000+4.000=12.000 dirhem etmektedir. Şu durumda Hz. Osman döneminde ağırlaştırılmış (*tağlîz*) diyet erkek için 16.000 (12.000+4.000) dirhem iken kadın için 12.000 (8.000+4.000) dirhem olmuştur.
[1577] Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/302-303; Elbânî, *İrvâü'l-ğalîl*, 7/310.
[1578] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/434 (No. 28552).
[1579] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/114.
[1580] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/395-396.
[1581] İbn Abdilber, *et-Temhîd*, 17/358; a.mlf., *el-İstizkâr*, 8/65-66.

Kudâme gibi âlimler de, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı kadar olacağı hakkında icma oluştuğu tespitinde bulunmuşlardır.[1585] Taberî ve Şevkânî de, bu konuda icma gerçekleştiğini; aykırı fikir bildirenlerin ise, görüşleri hilâf bile sayılmayacak kişilerden oluştuğunu ifade etmişlerdir.[1586] Ehl-i sünnet ekolü dışında sayılan Sünnî, Şiî (Zeydîyye, Ca'ferîyye), Zâhirî, Hâricî ve İbâziyye çevreleri yarım diyet görüşünde birlemişlerdir.[1587] el-Esamm (v. 200/816) ve öğrencisi İbn 'Uleyye (v. 218/833) dışında kaynaklarımızda kadının diyetinin eşit olacağını iddia eden başka bir isme yer verilmemektedir. Bu konu tartışmaya kapalı olup diyetin eşit olması gerektiğine dair görüşlerin ilk defa 20. yüzyıldan itibaren dile getirilmeye başlandığı görülmektedir.

Hanefi fakih Kâsânî de kadının diyetinin yarım olacağı konusunda sahabe icması olduğu bilgisine yer verir. Özellikle de Hz. Ömer, Hz. Ali, İbni Mes'ûd ve Zeyd b. Sâbit gibi sahabelerin bu fikirde olduklarını ve kendilerine kimsenin itiraz ettiğine dair bir kayıt bulunmadığını belirtir.[1588] Şâfiî literatüründe de adı geçen sahabelere muhalefet edilmediği bilgisine yer verilmiştir.[1589] Günümüz araştımacılarının diyet bölümlerinde nakletmiş oldukları icma bilgisi çoğunlukla burada zikredilen İbnü'l-Münzir (v. 318/930), İbn Abdilber, İbn Kudâme ve Kâsânî gibi müçtehitlerin eserlerinde verdikleri bilgiye dayanmakta olduğu görülür.

İbn Kudâme'nin değerlendirmesine göre kadının diyetinin erkekle eşit olacağı görüşünde olan Ebû Bekir el-Esamm ve İbn 'Uleyye, 'Amr b. Hazm'ın rivayet ettiği "*Katledilen her mü'min için yüz deve diyet ödenir*" hadisine dayanmışlardır. Ancak bu rivayet, "âmm" nitelikli olup aynı rivayetin devamında kadının diyetinin yarım olacağını bildiren ibare ile tahsis ve tefsir edilmiştir. Hz. Ömer ve Hz. Ali gibi sahabilerin kavilleri de aynı şekilde muhassıs görevi üstlenmiş veya mevcut tahsisi teyit etmişlerdir. Dolayısıyla adı geçen bu iki âlim, konu hakkındaki rivayetler dâhil sahabe kavillerine ve icmâ'ya ters

---

[1582] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/196.
[1583] İbn Hacer, *et-Telhîsü'l-habîr*, 4/65.
[1584] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 5/325, 6/207.
[1585] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/402; Aynî, *el-Binâye şerhu'l-Hidâye*, 13/169; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, 6/96; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/301; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 506; Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 271; Ivaz, *ed-Diyetü beyne'l-'Ukûbe ve't-ta'v'iz*, 240; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 73.
[1586] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, 7/321; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/82; a.mlf., *es-Seylü'l-cerrâr*, 903-904.
[1587] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 13; Hasûne, "Mikdâru diyeti'l-mer'e", *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, 156; Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", *Hikmet Yurdu*, 322-324. Eşit ve yarım diyet görüşünü savunanlara ait bir liste için bk. Hasûne, 156-157.
[1588] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310.
[1589] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/48.

düşmüşlerdir.[1590] Son dönemde Zeydân, Ebû Bekir el-Esamm ve İbn Uleyye'nin şâz bir görüş serd ederek icma'ya muhalif davrandıklarını belirtmiş, İbn Kudâme'yi haklı bularak desteklemiştir.[1591] Ancak kadının diyetinin tam olduğunu ifade eden âmm ibare ile diyetin yarım olduğunu bildiren muhassıs ibarenin aynı rivayette (Amr b. Hazm hadisi) geçtiği kesin değildir, tam diyeti tahsis eden asıl rivayet Mu'az hadisi olabilir. Tahsise uğradıktan sonra âmmın geriye kalan fertleri (ki burada erkekler) hakkında hüküm geçerlidir. Şu halde kadınların diyeti tahsis edici deliller dolayısıyla yarımdır.

Her ne kadar, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğuna dair nastan getirilen delillerin zayıf olduğuna dair bir söylem gelişmiş olsa da konu incelendiğinde hem sahabe hem de sonraki devirlerde, ulemanın bu meselede icma ettikleri ve uygulamanın bu şekilde seyrettiği bilgisiyle karşılaşılmaktadır.[1592] Konuyu hükme bağlayan asli/naklî delillerin mevcudiyeti müsellem olmasına rağmen kadının diyetinin yarım olmasını icma tahkim etmiştir.

Ortak illet kadınlık (*ünûset*)[1593] sayılarak kadının miras ve şahitlikteki durumuna yapılan benzetme de diğer bir delil kabul edilmiştir. Mali yükümlülüklerin çoğunlukla erkeğe ait olması gibi mirasın neden yarım olduğunu açıklayan gerekçeler, aynı zamanda diyetin yarımlığı hakkında da geçerli kabul edilmiştir.

Kadının diyetinin yarım olması gerektiği hususunda ittifak eden mezhepler, kimi benzer kimisi farklı değerlendirmelerde bulunarak kadının diyetinin neden yarım olacağını şöyle izah etmeye çalışmışlardır.

Şâfiî mezhebinde çoğunluk müçtehitlerle beraber kadının diyetinin yarım olacağı fikri kabul edilmiştir.[1594] Mezhebin önemli temsilcilerinden İmam Gazâlî konuyu tetkik ederken diyeti eksilten unsurlar dört tanedir, der: 1. Kadınlık (*ünûset*) kadın olmak diyeti yarıya indirir. 2. Cenin olmak; ceninin düşmesine sebep olan kişi diyet olarak gurre cezası (tam diyetin yirmide biri) öder. 3. Kölelik; kölelerin diyeti değerleri kadardır. Şafiîlere göre, kölenin diyeti "*bâliğan mâ belağ*" kıymetidir, dolayısıyla kölenin değeri hür bir kişinin diyet miktarını geçse bile herhangi bir indirim ya da hürle kıyaslama/oranlama yapılmaz. Hanefilerde kölenin diyetinin hürrün diyetini aşamayacağı düşüncesinden hareketle, hürrün

[1590] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/402; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/301. Eşitlik görüşünün yukarıda geçen iki âlime aidiyetinin şüpheli olduğuna dair bk. Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", *Hikmet Yurdu*, 323.
[1591] Zeydân, *el-Kısâs ve'd-diyât*, 205.
[1592] Kefârane, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-'urfi'l-kabelî*, 88.
[1593] Serahsî, *el-Mebsût*, 26/85, 88.
[1594] Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfiî*, 12/9.

diyeti ile kölenin değerinin eşit veya kölenin değerinin diyetten fazla olması halinde sembolik olarak on dirhem eksiltme yoluna gidilir. 4. Küfür; Yahudi ve Hristiyanların diyeti, Müslümanın diyetinin üçte biri kadardır. Mecusilerin diyeti ise sekiz yüz dirhemdir. Müslümanlardan aldığı emanla daru'l-İslâm da buluna müste'menlerin (*muâhed*) diyeti zimmi gibidir. Puta tapan putperestler, zındıklar ve mürtedlerin hayatları hukuki koruma (*ismet*) altında değildir. Ancak bunlardan birisi eman alarak ülkeye girerse canlarına dokunulmaz. Eğer öldürülürler ise putperest/vesenî için az bir diyet ödenir ki bu da Mecusinin diyeti kadardır. Ama mürted için herhangi bir ödeme yapılmaz. Zındıklar konusunda ise ihtilaf edilmiştir; kimi mezhep âlimlerine göre Vesenî, kimilerine göre mürted muamelesi yapılır. Vesenî muamelesi yapılarak sekizyüz dirhem diyet ödenmesi tercih edilen görüş olmuştur.[1595]

Hanefi mezhebine göre kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır. Bu hüküm, hem öldürülmesi halinde hem de kadının vücut bütünlüğüne yönelik işlenen müessir fiiller konusunda aynıdır.[1596] Hanefîlerin bu konuda dayandıkları deliller arasında, Hz. Peygamber'e ulaşan merfû' bir haber[1597] ve Hz. Ali'ye isnad edilen mevkûf bir haber[1598] bulunmaktadır. Hanefîler kendi sünnet anlayışlarına göre, miktarı Şâri' tarafından belirlenmiş mukadderât gibi konularda mevkuf haberi de hükmen merfû' sayarlar. Çünkü burası re'ye kapalı olan bir alandır. Kadının diyetinin erkeğe oranla yarım olmasına dair Hanefilerin akli gerekçeleri, kadının erkeğe nisbetle durumunun nakıs ve menfaatinin de az olması durumudur. Ayetteki "*... Şu var ki, erkeklerin kadınlar üzerinde(ki haklarında) bir derece farkı vardır...*"[1599] ifadesinin buna delil olacağını söylemişlerdir. Nitekim bu noksanlık hali, hem öldürme (*nefs*) hem de vücut dokunulmazlığına (*mâ dûne'n-nefs*) yönelik yaralama vb suçlardaki diyet oranları üzerinde etkili olmuştur.[1600]

Hanefîlerde diyetin miktarı konusunda İslâm ve küfür vasfı müessir değildir ama kadınlık ve erkeklik (*ünûset-zükûret*) vasıfları müessir olarak kabul edildiği için gayrimüslim erkeklerin diyetleri Müslüman erkeklere eşit iken Müslüman kadının diyeti Müslüman erkeğin diyetinin yarısıdır.[1601] Aynı bakış açısı, gayrimüslim kadınların diyetlerinin de yarım olmasına etki etmiştir.

[1595] Râfiî, *el-Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/327-332; Kefârane, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-urfi'l-kabelî*, 87-88.
[1596] Şeybânî, *el-Asl*, 6/553; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 73.
[1597] Beyhakî, *Süneni'l-kübrâ*, "Diyât", (No. 16305), 8/166; Aynî, *el-Binâye*, 13/169.
[1598] Beyhakî, *Süneni'l-kübrâ*, "Diyât", (No. 16309), 8/167; Aynî, *el-Binâye*, 13/170.
[1599] el-Bakara 2/228.
[1600] Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/277; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 10/277-278; Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e fi'l-hudûd ve'l-cinâyât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 272.
[1601] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/308-311.

Kadının menfaati erkeğe nisbetle az olunca kadının kaybedilmesinden dolayı ailesine ödenecek olan destekten yoksun kalma tazminatı da ona göre olacaktır. Zira maktul erkek de olsa diyet, kişinin kendisine değil mûrislerinin ölümüne karşılık ödenen bir tazminat olarak vârislerine intikal edecektir. Erkek mûrisin ölümüyle varislerin uğradığı zarar, kadın mûrisin ölümüyle uğranılan zarardan daha farklıdır, maruz kalınan zarar farklı olunca tazminat olarak ödenecek diyetin farklı olması da tabidir.[1602] Reşîd Rızâ da benzer değerlendirmede bulunmuş ve seleften gelen bu yaklaşımı diyetin neden yarım olduğunun esas sebebi olarak göstermiştir.[1603] Reşîd Rızâ'nın konu hakkında herhangi bir itiraza yer vermeksizin ayetin zahirinde kadınla erkek arasında bir fark olmadığını beyan ettiği de belirtilmelidir. Hatta Rızâ'nın ayetin zahirine dikkat çekmesi, Karadâvî tarafından onun eşitlik fikrini savunduğu şeklinde yorumlanmıştır.[1604]

Kadın, mal ve nikâha malik olma yönünden erkeğe kıyaslanmış ve kadının mala sahip olma yetkisi bulunup kendisine nikâha mâlik olma yetkisi tanınmamıştır, bu da kadının diyetinin erkeğe göre yarım olmasına gerekçe gösterilmiştir. Kadının aynı anda birden çok kocayla evli olamaması, onun nikâhta malik değil memlük olmasının bir gereğidir.[1605] Kadının diyetinin yarım olması, miras ve şahitlikte erkeğe göre yarım kabul edilmesinin devamı niteliğindedir.[1606]

Hünsa-i müşkili hataen öldüren bir kimse, onun kadın olduğunu söylerse diyetteki fazlalılığı (*ziyade*) inkâr etmiş olacağı için münkir olarak söylediği sözü (*yemin*i)[1607] muteber olur, denilerek bu durumda diyetin yarım olması gerektiği kabul edilmiştir.[1608]

Sahabe uygulamasından (*mevkuf eser*) delil: İbn Şihâb ez-Zührî, Mekhûl ve Atâ'nın verdiği bilgilere göre, Rasûlüllah döneminde hür bir Müslümanın diyeti yüz deve olarak takdir edilmişti. İnsanlar bu uygulamanın Hz. Ömer dönemine kadar bu şekilde devam ettiğine şahit oldular. Daha sonra Hz. Ömer, Rasûlüllah'ın belirlediği bu oranı yeniden değerlendirmeye alarak taşradakiler (*ehlü'l-kurâ*) için diyet oranlarını güncelledi. Hür Müslüman erkeğin diyeti, bin dinar veya on iki bin dirhem; Müslüman hür kadının diyeti ise beş yüz dinar veya altı bin dirhemdir. Eğer kadın a'râbî (*köylü/bedevi*) ise diyeti elli devedir.

[1602] Sağîr, *Ahkâmü'd-Diye,* 177.
[1603] Reşîd Rızâ, *Tefsîru'l-Menâr,* 5/271.
[1604] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 52.
[1605] Serahsi, *el-Mebsût*, 17/31; Bâbertî, *el-'İnâye,* 10/277; Fâlih es-Sağîr, *Ahkâmü'd-Diye -Suûd-*, 177-178.
[1606] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310; Emir Padişah, *Teysîru't-tahrîr,* 2/ 271-272; Ivaz, *ed-Diye beyne'l-'Ukûbe ve't-ta'vîz,* 241.
[1607] "*el-Yemînü alâ men enkera*". Bk. Buhârî, "Husûmât", 4; "Şehâdât", 19; "Ahkâm", 30; Müslim, "Îmân", 61; Ebû Dâvûd, "el-Eymân ve'n-nüzûr", 2; "Akzıyye", 26; Tirmizî, "Büyû'", 42; "Ahkâm", 12; "Tefsîru'l-Kur'ân", 4; Ahmed, *Müsned,* 1/379, 426, 4/317; 5/211, 212; *Mecelle,* md. 76.
[1608] Mevsılî, *İhtiyâr,* 3/40; Zebîdî, *Cevhera,* 2/77; Çivizâde, *el-Îsâr,* 2/362.

Beyhakî, Ebû Sa'îd'in aktardığı şu bilgiye yer verir; Hz. Ömer, bedevilerin diyeti yine yüz devedir demiştir, bedevileri altın veya diğer paralarla ödeme yapmaları konusunda zorlamamıştır.[1609] Hz. Ömer'in diyet oranlarındaki bu değişikliğe deve fiyatları ile dirhemin değeri arasında bir denge sağlamak üzere gittiği, bu bilginin geçtiği kaynaklarda zikredilmektedir. Ancak konumuz açısından dikkat çekilmesi gereken asıl nokta, Hz. Ömer'in diyet oranlarını zamanın şartlarına göre güncellereken, sahabenin şahitliği huzurunda kadının diyetini erkeğin diyetinin yarısı olarak belirlemiş olmasıdır.

Ceza hukukunda kadınlarla ilgili fıkhi hükümleri incelediği doktora çalışmasında Emîne el-Câbir, sonuç olarak kadınların diyetlerinin erkeğin diyetine nisbetle yarım olması görüşünü kabul etmekle beraber Hanefîlerin bazı akli izahlarını doğru bulmaz. Diyetin yarım olmasının gerekçesi, kadının halindeki noksanlık ve menfaatinin azlığı değil doğrudan Peygamber'in sözlü beyanı ve sünnet-i nebeviyyedeki tatbikattır, der. Çünkü Allah, kadın ve erkeği eşit yaratmıştır, kadının yaratılışında bir eksiklik olduğundan söz edilemez. "*Rableri, onlara şu karşılığı verdi: 'Ben, erkek olsun, kadın olsun, sizden hiçbir çalışanın amelini zayi etmeyeceğim. Sizler birbirinizdensiniz.' ...*"[1610] âyeti, kadınla erkek arasında bir fayda/menfaat ayrımı gözetmemiştir.[1611]

Aynı eserinde araştırmacı, ilk dönemler ve günümüzde eşitlik fikrini savunanlar olduğunu söylemekle birlikte, diyetin yarım olmasına ilişkin şeriatın getirdiği hükme saygı duyulması ve İslâm ülkelerindeki tatbikatın bu şekilde olması gerektiğini belirtmektedir. Zira kadının hayat dokunulmazlığının ihlali halinde (can/nefs) diyetinin erkeğe eşit olmayıp yarım olması, naslarla sabit olup üzerinde icma vakidir. İnsan aklı, şeriatın hükümlerini anlamaya çalışmakla yükümlüdür ancak akıl bu konuda isabet edeceği gibi hata da edebilir, akıl şeriatı bütün boyutlarıyla ihata edemez. Rasûlüllah tarafından Amr b. Hazm'a yazılan mektupta yer alan yaralamalar ve diyetlerle ilgili hükümlerin bazısını alıp bazısını terk etmek de düşünülemez. Kadının diyetinin neden yarım olması gerektiğine dair bütün bu söylenenlere, onun akile sisteminde ödeme mükellefiyetinden muaf tutulması da eklenebilir.[1612] Bu yaklaşıma göre, kadının hakları ile sorumlukları arasında toplumsal açıdan bir denge gözetilmiş olmaktadır. Erkeklere yüklenen görev ve sorumluluklar aynen kadınlara da yüklenmiş ve buna rağmen diyetleri yarım olsaydı o zaman gerçekten bir adâletsizlikten bahsedilebilirdi.

[1609] Beyhakî, *Süneni'l-kübrâ*, "Diyât", (No. 16165, 16306), 8/134, 166; Zeyle'î, *Nasbü'r-râye*, 4/363; İbn Hacer, *ed-Dirâye*, 2/274.
[1610] Âl-i İmrân 3/195.
[1611] Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 272-273, 379-380.
[1612] Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 379-380.

Hanefî mezhebine göre, gerek zimmi gerek de müste'menin diyetleri, Müslümanın diyetine eşittir, maktullerin varislerine tam diyet ödenir. Ancak burada şu soru gündeme gelmiştir: "*Ünûset, bedelin nuksân olmaklığında te'sîr eyledi ise, imdi küfür evlâ bi't-tarîkdir. Zira küfrün nakîsası, nakîsaların gelîsinin (diğerlerinin) fevkindedir*". Öyleyse, bir eksiklikten dolayı kadının diyeti erkeğin diyetine eşit olmayacaksa, Müslüman kadının diyetinin erkeğe eşit olup gayrimüslimin diyetinin yarım olması gerekmez mi?[1613] Bu soruya cevap mahiyetinde şöyle denilmiştir: "*Kemâl-i diyetin vacip olmaklığı ahkâm-ı dünyâya râci' olan şeyde, maktulün kemâl-i hâline mu'temeddir. İşte ol ahkâm-ı dünya dahi; zükûriyyet, hürriyyet ve ismettir.*[1614] *Hâlbuki bunlar maktulde*[1615] *mevcuttur, küfrün nuksânı dahi ahkâm-ı âhirette müessirdir, ahkâm-ı dünyada te'sîr eylemez.*"[1616]

Hanbeli hukukçu İbn Kayyım el-Cevziyye (v. 751/1350), şer'î hükümlerin akla uygunluğu başlığında diyet konusuna da yer vermiş, kadınla erkeğin diyet yönünden eşit veya farklı olduğu noktaları, yaratılıştan gelen bazı fıtri özelliklere bağlamıştır. Eşitlik ya da farklılık hallerinin her iki tarafın da iyiliği için olduğuna atıfta bulunmuştur. Mesela bedeni ve mali ibadetler konusunda, had cezalarında erkek ve kadın eşittir ama savaş konusunda böyle değildir. Kadınlar savaş şartlarına göre yaratılmamışlardır, diyerek farklı hükümlerin onların yapısal ve psikolojik yapılarındaki farklılıktan kaynaklandığını hatırlatmış, sonra, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğu hükmünü, kadının toplumsal hayattaki rolü ve aileye olan katkısı ile izah etmiştir. Ona göre, ailede erkeğin kaybı ile yaşanacak sıkıntı ve aksaklıklar, kadının kaybı ile oluşacak aksaklıklardan daha çoktur ve meşakkatlidir.[1617] Birçok dini ve idari vazifeleri erkekler ifa eder, savaşlara erkekler katılır, ülkeyi onlar savunurlar. Yeryüzünün imarıyla ilgili işleri ve sanayi faaliyetlerini erkekler yürütürler. Ayrıca kadının diyetinin yarım olması onun aklının, şahitliğinin, mirasının yarım olması ile de

---

[1613] Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 73.

[1614] Bu ifadeye göre kadın diyetin tam olmasını gerektiren bu üç şartı hazi değildir. Hürriyet ve ismeti tamdır ama zükûriyyet olmadığı için diyeti yarımdır.

[1615] Burada "*maktûl*" ile öldürülen gayrimüslim/zimmi vatandaş kast edilmektedir.

[1616] Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 74.

[1617] İbn Kayyım'ın ölenin kaybıyla uğranılan ekonomik zararın telafisi ve mağduriyetin giderilmesini merkeze alan bu izahına benzer bir başka yaklaşım şöyledir: "*... o da kadın diyetinin erkeğin nısfı olmasıdır. Bunda bir hikmet-i iktisâdiye vardır. Çünkü kadınlar hılkaten pek nâzik yaratılmış olmakla iktisâb-ı servet husûsunda erkekler kadar mukâvemete mâlik değildirler. ... Kâtil, katîlin hayatına eser-i cinâyetiyle hitâm vermiş olduğundan, sağ kaldığı takdirde iktisâb-ı hâl ve servet edecek maktûlün fevt olmasıyla, servetin kâtilden istîfâsı lâzımdır ki, işte diyet budur. Yani bir zarar-ı iktisâdiyyenin telâfîsidir ki bundaki hikmet-i azîme muhtâc-ı îzâh değildir.*" Şerafeddin, "Diyetin Ehemmiyet-i İktisadiyyesi", *Beyânü'l-hak*, 1743-1744. Kadının diyetinin yarım olmasını, kadının ölümüyle ailede yaşanan iktisadi kaybın erkeğe nisbetle az olması ile izah eden yaklaşıma diğer bir örnek de şöyledir: "*İslâm ceza hukukundaki temel esaslardan biri, günümüzdeki 'destekten yoksun kalma tazminatına' benzeyen diyettir. Bilindiği gibi, hür bir kadının diyeti, hür bir erkeğin yarısına eşittir. Bu, kadının erkeğin yarısına eşit olduğu anlamına gelmez ama bu, destek olma açısından hesap yapılmış olsa gerektir. Köle ve cariyenin diyeti de, destek açısından değerlendirilebilir.*" Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik*, 189-190.

bağlantılıdır; diyet bu ve benzeri hususlardaki genel düzenlemelerin bir parçası olup bunların devamı niteliğindedir. Sayılan bu hikmetler nedeniyle kadın ve erkeklerin diyetlerinin farklı olması iktiza etmiştir.[1618]

Diyetin yarım olması gerektiğini savunan müçtehitlere göre, her iki cinsin diyetlerinin eşit olması gerektiğini savunan İbn Uleyye (v. 193/809) ve Ebû Bekir el-Esam (v. 200/816) gibi bilginlerin görüşleri, sünnet ve sahabe icma'ına aykırı, şâz bir görüş olarak değerlendirilmiştir. Hz. Peygamber'in Amr b. Hazm'a yazdığı mektuba göre kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır. Şu halde kadının diyetinin erkeğin diyetine eşit (yüz deve) olacağını bildiren hitabının kapsamı (*âmmı*), bu görüş sahipleri nezdinde sözkonusu mektuptaki haberle tefsir edilmiş olup tahsise uğramıştır. Böylece kadının diyeti, mezkûr haberin muhtevasından istisna edilerek rivayetin kapsamı daraltılmıştır. Bu bağlamda hem Müslümanların hem de diğer din mensuplarının kadınlarının diyetleri de kendi erkeklerinin diyetlerinin yarısı oranında olmalıdır.[1619] İcma'a muhalefetle itham edilen el-Esamm ve İbn Uleyye'ye göre, kadının diyetinin yarıya indirilmesiyle sonuçlanan bu tahsis işlemi geçersizdir.

Zerkâ, taksirle öldürülmesi halinde kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olacağı konusunda çoğunluğun görüşüne katıldığını bildirmiştir.[1620] Aşağıda da görüleceği üzere Zerkâ'nın hareket noktası, kısasla diyetin arasını tefrik etmektir. Kasıtlı öldürme suçuyla, doğrudan insan hayatı tehdit edildiği için kısas cezasının hedefi ve korumak istediği toplumsal faydalar açısından kadın ve erkek arasında bir ayrım yapılmamıştır. Kısas cezasında "*insaniyet*" fikri esastır ve en önemli hedef, bir ayrım yapmaksızın insanın canını korumaktır. İnsan hayatına saldırı fikri taşımayan taksirli öldürmelerde fail, zaten suç işleme kastı olmaması nedeniyle üzgündür ve ıztırap içindedir. Bu bakımdan, diyetin asıl hedefinde faili (*katil*) cezalandırma fikri değil, maktulün kaybıyla meydana gelen zararın tazmin yoluyla telafi edilmesi fikri yatmaktadır.[1621] Bu yaklaşım kadının diyetinin yarım olmasını günümüz

[1618] İbn Kayyım, *İ'lâmü'l-muvakkıîn*, 2/73, 168-169.
[1619] Ruhaybânî, *Metâlibü üli'in-nühâ*, 6/96; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 506; Nasîf, *Hukûku'l-mer'e*, 172. Kadının diyetinin yüz deve olduğunu bildiren rivayet hakkında Abdullah Kahraman: "*Bahsettiğimiz bu son rivayet âmm ve mutlak iken sahabe ve fukaha muhtemelen bunu örfle tahsis ederek kadının diyetini o günün anlayışı çerçevesinde yarım olarak takdir etmişlerdir.*" demektedir. (Bk: Zerka, *Hadislerin Anlaşılması*, çevirenin notu, 162 no'lu dipnot, 75-76.) Ancak genel kanaat, yukarıda da zikrolunduğu üzere kadının diyetinin tam olduğunu bildiren hadisin muhassısının örf değil, kadının diyetinin yarım olduğunu hükme bağlayan Amr b. Hazm hadisi olduğudur. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/402.
[1620] Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 73.
[1621] Hataen öldürmelerde telef edilen canın tazmin edilmesi için takdir edilen diyet, canın kıymetidir, ekonomik anlamda değeridir. Maksat faili cezalandırmak değil, ölen kişinin canının tazmin edilmesidir. Bu anlamda Zerkâ'nın ifadeleri, Serahsî'nin şu saptamalarıyla paralellik arz eder: "*Hata, cezayı düşüren geçerli bir*

hukukunda yer alan "destekten yoksun kalma tazminatı" çerçevesinde ele alarak açıklamaya çalışmaktadır.

Zerkâ, kadının diyetinin yarım olmasının zamanımızda ilerici söylemler geliştiren çevrelerin hassasiyetlerine dokunduğunu, bu çevrelerin kadının ekonomik ve sosyal hayata katılımının yüksek olduğunu iddia ederek böyle bir dönemde kadının diyetinin yarım olmasını eleştirdiklerini ifade ediyor.[1622] Aynı minvalde, Pakistan'da Zıyâü'l-Hak tarafından hazırlatılan taslak kanun metninde "*kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısı kadardır*" maddesi üzerinde çıkan tartışmalar nedeniyle kendisinin Pakistan'a davet edildiğini ve orada Ma'rûf ed-Devâlibî ile beraber İslâm hukukunda yer alan bu hükmün, adâleti gözettiği ve birtakım hikmetlere mebni olduğunu şu cümlelerle izah etmişlerdir:

Birincisi, kasten öldürme suçu için diyet hükmü konulmamıştır. Mali ödemeye dayalı diyet hükmü ancak insan hayatına saldırı maksadı taşımayan hataen öldürme suçunda asli hükümdür.

İkincisi, şer'an belirlenmiş diyet, suç işlemeyi önleme amacı taşıyan bir ceza değildir. Diyet, cezadan öte bir kan bedeli ve maktulün ailesinin, ölenin desteğinden mahrum kaldıkları için, uğradığı maddi zararı karşılayan bir tazminattır.[1623] Tazminatın, meydana gelen zarar miktarınca olması tazminat kurumunun temel prensiplerindendir. Erkek ailenin reisidir, çalışma ve kazanma vazifesi onun üstündedir.

---

mazerettir. Bu bakımdan diyeti gerektiren şey failin hatası değil bizzat canın telef olması (katl) olayıdır." Serahsî, *el-Mebsût*, 26/61.

[1622] 20. yüzyıla gelinceye kadar kadının diyetinin yarım olduğu fikrini dile getiren Esam ve Uleyye'nin yanına neredeyse üçüncü bir ismin eklenmemiş olması Zerkâ'yı bu tespitinde haklı kılabilir. Günümüzde geleneksel görüşten eşitlik fikrine dönülmesi çabalarının temelindeki parametreler, tekrar gözden geçirilmelidir. Gerçekten hadislerle belirlenen diyet oranları dönemsel midir? Yoksa son yüzyılda gündeme gelen bu fikrin temelinde, Müslümanların modern dünyaya izah etmekte zorlandıkları dini metinlerden vazgeçme düşüncesi mi yatmaktadır? Konuya İslam'ın kendi iç dinamikleri ile bakılması daha doğru neticelere götürecektir. Son yüzyılda batı kendi kadın algısını, kültürel hâkimiyetine dayanarak Müslümanlara da kabul ettirme çabası içerisindedir. Müslümanlar, siyasi ve ekonomik mağlubiyetin de etkisiyle batının mevcut kadın söylemlerine alternatif üretememişlerdir. Ortaya çıkan sonuç, fıkıh öğretisinin de batıya entegre olmaya yönelmesidir. Müslümanlar, yaşadıkları bölgelerde bilimsel, kültürel, ekonomik ve sosyolojik gelişmeleri İslam'ın orijinal ve evrensel ilkeleri zaviyesinde yönlendirebilirlerse o zaman bu konularda İslam'ın ruhuna uygun bir bakış açısı geliştirerek daha sağlıklı kararlar verebilebeceklerdir.

[1623] Zerkâ, bu kapsamda diyetin bir ödeme olup ceza olmadığını gösteren örneklerden birinin âkile sistemi olduğunu "*Diyet, 'cezâ' olsaydı onu suçlunun âkilesine farz kılmak caiz olmazdı.*"cümlesiyle ifade erer. Cezaların şahsiliği ilkesini hükme bağlayan ayetlere işarette bulunarak, diyet şayet bir ceza olsaydı, şahsilik ilkesinden taviz verilemezdi, çıkarımında bulunur. Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılması*, s. 84; Avcı'nın, diyetin tazminat kabilinden para cezası olduğu şeklindeki kanaati için Bk. Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 87-90, 93. Diyetin hukuki niteliği, bir ceza mı yoksa bir tazminat mı olduğu konusunda çeşitli görüşler ve deliller serd eden Ivaz, diyetin kaybedilen canın şer'î tazminatı olduğunu yirmi kadar alt başlıkta kanıtlamaya çalışmaktadır. Bk. Ivaz, *ed-Diyetü beyne'l-'Ukûbe ve't-ta'vîz fi'l-fikhi'l-İslâmiyyi'l-mukâran*, s. 564-565, 569-600.

Üçüncüsü, İslâm insaniyet açısından kadınla erkek arasında bir fark gözetmez. Bu durum, kadının kasıtlı öldürülmesi halinde belirginlik kazanır. Zira kasıtlı öldürmede erkek ve kadın eşittir, aralarında karşılıklı kısas cezası uygulanır. Çünkü kısas bir ceza olup, kasıtlı öldürme suçunu engellemeye yöneliktir. Bu itibarla kadına verilen değer, taksirle öldürmelerdeki tazminata/diyete bakarak değil kasıtlı öldürmedeki kısas cezasına bakarak anlaşılmalıdır.

Bu bilgiler üzerine, diyetin yarım olması fikrini savunan kişilere: "*Toplumsal ve iktisadi hayatın gerçekleri içerisinde, aile reisi olan erkek kaybedildiği zaman mı yoksa kadın kaybedildiği zaman mı ailenin maddi zararı daha çok olur?* sorusu sorulmuş, katılımcılardan aldıkları cevap, ikna olduklarını göstermektedir. Birçok alanda erkekle kadının eşit olduğu en gelişmiş ülkeler de dâhil olmak üzere her yerde aile reisi olan erkeğin kaybedilmesinin aileye daha büyük kayıplar yaşatacağı kabul edilmiştir.[1624]

Zerkâ'nın "*Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*" adlı eserini Türkçeye kazandıran Abdullah Kahraman, onun bu görüşlerine yönelik -özetle- şu tenkitlerde bulunmuştur: Zerkâ'nın bu görüşleri klasik görüşün tekrarından ibarettir. Erkeğin aile reisliği tartışmalıdır. Bu statü nastan mı yoksa örften mi kaynaklanmaktadır? Bu da kesin değildir. İllet, aile geçimine katkı sağlamak ise, aile geçimine erkek kadar hatta erkekten daha fazla katkı sağlayan bir kadın ile hiç katkıda bulunmayan kadınların diyetleri eşit mi sayılacak? Ya da bunlara farklı diyetler mi takdir edilecek? Hz. Peygamber'in kadının diyetini o günkü şartlarda aileye olan katkısı ve topluma olan yararlılıklarına göre belirlediği dikkate alınırsa, hadislere dayanan bu yarım diyet düzenlemesinin kadının o zaman için hak ettiği diyet oranı olduğuna hükmedilebilir. Ancak bu ölçü genelgeçer ve sabit olmayacak, kadının ailedeki yeri ve sosyal statüsünün değişmesiyle birlikte değişiklik arz edecektir.

[1624] Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 74-76. Prof. Emir Abdülaziz de aynı doğrultuda bir yaklaşım sergilemiştir. Ona göre, günümüz dünyasında kadının sosyal ve ekonomik hayattaki rolleri kadının lehine değişse de ailede kadın/anne ve erkeğin/babanın kaybıyla ailenin uğrayacağı maddi-manevi kayıplar ve yaşayacakları zorluklar dikkate alınınca erkeğin kaybıyla meydana gelecek olan hasar daha büyük olacaktır. Bu durum gözönünde bulundurulunca, kadının diyetinin yarım olmasındaki hikmeti anlamak mümkün olabilir. Ayrıca kadının diyeti konusunda bütüncül bir yaklaşım gösterilmelidir. İslam, kadına daha önce hiç sahip olmadığı haklar tanımış ve sahip olduğu diğer haklarını korumaya özen göstermiş, kadına değer vermiştir. Tüm bu hususlar birlikte ele alındığı takdirde, kadının diyetinin erkeğin diyetinden farklı olması, İslam'ın kadına değer vermediğine delil olarak gösterilemez. Bk. Kefârane, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-urfi'l-kabelî*, 87-88.

Kadın ve erkeğin yaptığı işleri ekonomik açıdan değerlendirip erkeğin yaptığı işin daha fazla değer taşıdığını söylemek ne kadar doğrudur? Zira aralarında doğal bir işbölümü vardır ve iki cins birbirini tamamlamaktadır. Bunlar maddi kıstaslarla ölçülemez.[1625]

Burada zikredilen itirazlara diyetin yarım olması gerektiğini savunan klasik görüş açısından bakılınca şunlar söylenebilir: Kadının çalışma hayatına katılımının günümüzde daha yoğun olduğu bir realite olmakla birlikte, kadının ekonomik ve sosyal hayata katılımı aslında her dönemde mevcuttur ve günümüze nispetle daha az olduğunu söylemek zordur. Değişen iş alanları ve çeşitliliğidir. Sanayileşmeye paralel olarak kadının çalışma alanının tarımsal alandan daha görünür durumdaki endüstriyel alana kaydığı söylenebilir.

Hükmün kaynağının örf değil nas olduğu dikkate alındığında nassa bağlı hükümlerin, sosyal yapı ve kültüre bağlı olarak örfün değişmesiyle değişip değişmeyeceği ayrı bir tartışma konusudur. Ayrıca peygamber tarafından belirlenen söz konusu diyet oranlarının dönemsel olduğu ya da sabit değil değişken bir hüküm olarak vaz edilmiş olması kesin bir yargı değildir.

Peygamber dönemindeki hanımların toplumsal hayatta sergilemiş oldukları etkinlikler, savaşlarda gösterdikleri yararlılıklar dikkate alındığında bu hükmün dönemsel olduğunu düşünmek daha da zolaşacaktır. Zira aralarında Hz. Hatice gibi ticari hayatta, Hz. Aişe gibi ilmi hayatta önemli yer tutan kadınların varlığı malumdur. Kaldı ki bu yaklaşım kendi içinde yeterince tutarlı da değildir, zira aile geçimine katkı sağlamak illet olursa değişkenlik çoğalır demelerine rağmen bu görüş sahipleri aile geçimine katkısı esas alınarak kadının diyetinin eşit olması gerektiğine karar vermişlerdir.

Avva, Kadının diyetinin yarım olduğu hakkında âlimlerin görüş birliği bulunmasıyla birlikte, katil ile maktul yakınlarının sünnet tarafından belirlenmiş diyetin fazlası bir miktar üzerinde uzlaşabileceklerinin (*sulh*) mümkün olduğu hatırlatmasında bulunarak, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısından fazla olabileceğine bir göndermede bulunmaktadır. Zaten Hz. Peygamber'in belirlemiş olduğu bedel (yarım diyet), suçlu ile mağdur taraflarının anlaşma sağlayamaması durumunda her hâlükârda geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir.[1626] Tarafların üzerinde ittifak ettikleri bir diyet varsa ödemede bu esas alınır. Tarafların anlaşma sağlayamaması durumunda hâkim, sünnet tarafından belirlenen yarım diyete hükmeder.

[1625] Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 75. (çevirenin notu)
[1626] Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâî*, 292.

1979 yılında (h. 1399) Birleşik Arap Emirlikleri'nde bu konu gündeme gelmiş, diyetin altın esas alınmak suretiyle tespit usulü benimsenmiştir. Taksirle adam öldürmede, öldürülen kişi erkek olursa, bu tarihteki kur baz alınarak diyetin 127.160 dirhem/fels (1000 dinar x 4,25 gr. 24 ayar altın x dirhemin o günkü kuru); maktul bir kadın ise diyet olarak 63.580 dirhem/fels ödenmesi kararlaştırılmıştır.[1627] Kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğu içtihadı üzerinden uygulama yapılmıştır.

Diyet tazminat cinsinden bir ödeme olup hayatını kaybeden erkek ya da kadına değil doğrudan varislere ulaşan bir ödemedir. Bir anlamda murislerinin kaybıyla uğradıkları kaybın telafisidir. Şüphesiz evin geçimini sağlayan erkeğin kaybı nedeniyle varislerin uğrayacakları zarar, nisbeten kadının kaybıyla yaşanacak zarardan daha fazladır.[1628]

Diyetin yarım olması gerektiği fikrini benimseyip bu düşünceyi devam ettiren günümüz çalışmalarında da ölen erkeğin kaybıyla uğranan zararın daha büyük olduğu/olacağı düşüncesinden hareket edildiği açıkça gözlemlenmektedir. Fâlih es-Sağîr, Merrî ve yukarıda adı geçen araştırmacılar böyledir. Merrî, Yusuf el-Karadâvî'nin görüşüne usûl çerçevesinde yazılmış bir reddiye kaleme almış, Karadâvî'nin görüşünün icmâya aykırı olduğunu belirterek diyetin yarım olduğu görüşünün savunusunu yapmıştır.[1629]

en-Nisâ 4/92 âyetinde, mü'min veya zimmî din farkı gözetilmeksizin, hataen öldürülen islam ülkesi vatandaşları için ülke ve vatandaşlık bağı esas alınarak hem diyet hem de kefârete beraberce hükmedilmiştir. Aynı ayette hataen öldürülen iki mü'min kişiden dârülislâm vatandaşı olan için hem diyet hem keffarete hükmedilirken Müslüman olduğu halde dârülharpte (İslâm ülkesi ile antlaşması bulunmayan düşman ülkesinde "قوم عدو لكم") yaşayıp oranın vatandaşı olan diğer mü'min için diyete hükmedilmeyip sadece keffarete hükmedilmesi,[1630] kanaatimizce, diyetlerdeki farklılıların altyapısını teşkil etmesi bakımından önemli ipuçları verdiği söylenebilir. Zira âyet, hataen öldürülen iki kişinin de mü'min olmalarına rağmen özel durumu sebebiyle bir tanesi için ayrı hüküm düzenlemiştir. Nisâ sûresinin bu âyetinde düşman ülkesinde yaşayıp hataen öldürülen mü'min için sadece kefâretin vacip kılınıp da diyetin vacip kılınmaması, kadının diyetinin neden yarım olduğunu da izah edebilir. Mutlak eşitlik olsaydı yaşadıkları yere bakılmaksızın diyet bakımından iki

[1627] Mübârek, *Diyetü'l-mer'e fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 55-57.
[1628] Falih es-Sağîr, *Diyet -Suud-*, 178.
[1629] Merrî, *Tansîfü diyeti'l-mer'e fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye: münâkaşa fıkhiyye usûliyye hadîsiyye li'd-Duktûr Yûsuf el-Karadâvî*, 18.
[1630] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/215-216, 220; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/248, 305-306. Hanefîlerde tekavvüm/ismet, yurt (*dâr*) ile, Şâfiilerde ise din (*İslâm*) ile sabit olur. Bu ihtilafın hükme yansıması şöyledir: Dârulharpte müslüman olup henüz hicret etmemişken orada öldürülen kişi için Hanefîlerde diyet değil sadece keffâret gerekir, Şâfiîlerde ise diyet ve keffâret gerekir. Bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/305-306.

mü'minin de eşit olması gerekirdi. Bu âyet, diyetin mutlak ve eşit bir ödeme değil aksine, bulunduğu pozisyona göre, diyetin hiç ödenmeyeceği bir durumdan bahsetmektedir.

Mü'min olmasına rağmen gayrimüslim ülkesinde ikamet eden bu kişi için diyet ödenmemesi, kendisinin sayısal olarak kâfirlere jeopolitik üstünlük sağlıyor olması ve ödenecek olan diyetin, ölenin darulharbteki gayrimüslim (*muhârib*) varislerine kalacak ve nihayetinde savaşta Müslümanlara karşı kullanılabilecek olmasıyla gerekçelendirilmiştir.[1631] Şu halde âyetten hareketle, diyetin destekten yoksun kalma tazminatı olduğu ve diyet ile kişilerin özel durumları arasında özel bir ilişki olduğu söylenebilir. Bu bağlamda aralarında mirasçılılık bağı bulunmadığı[1632] için hataen katledilen Müslümanın gayrimüslim varislerine diyet ödemesi yapılmaz.

Âyetteki (en-Nisâ 4/92) "*mü'min*" kelimesinin mutlak kullanılmış olmasından hareketle kadınla erkeğin diyette eşit olması gerektiği, zira kadının diyetinin yarım olması, delilsiz bir şekilde mutlakı kayıtlamaktır, diyerek, geleneksel görüşe yöneltilen itiraz hakkında da şunlar söylenebilir: Ayette mutlak olan hüküm, erkek için de kadın için de diyet ödenmesi gerektiğidir, her iki cinsin diyetlerinin eşit olması gerektiğine dair ayette bir kayıt yoktur. Zira ayet diyete mutlak olarak hükmetmiş ancak belirli bir oran vaz etmemiştir, diyet miktarları sünnet tarafından belirlenmiştir. Bu bağlamda kadının diyetinin yarımlığı delile dayalıdır.

Kasden öldürmeye karşılık kısasta ve düşürülen cenin için ödenen ğurrede iki cinsiyet tamamen eşittir. Kısas ve ğurreye kıyasla diyetin de eşit olması gerekir.[1633] Diyette eşitlik fikrini savunanların ileri sürdüğü bu fikre şöyle cevap verilmiştir: Kısas tam bir cezadır, diyet ise ya tam bir tazminat veya ceza manası barındıran bir tazminattır. Mahiyet itibarıyla aralarında tam bir benzerlik bulunmadığı için diyetin yarım olması noktasında kısasa kıyaslanması kıyas maal-farık olarak değerlendirilmiştir.[1634] Ayrıca kadının diyetinin yarım olduğuna dair kesin naslar bulunmaktadır. Konu hakkında icma da gerçekleşmiştir. Bilindiği

[1631] Ferrâ, *Me'âni'l-Kur'ân,* 1/282; Taberî, *Câmi'u'l-beyân,* (en-Nisâ 4/92), 7/317; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* 1/602-603; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi',* 10/305-306; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'i,* 2/124-125, 136; Ûdeh, M., "Diyetü'l-mer'eti'l-müslime", 587.
[1632] Buhârî, "Ferâiz", 26; Müslim, "Ferâiz", 1; Tirmizî, "Ferâiz", 16; İbn Mâce, "Ferâiz", 6; Dârimî, "Ferâiz", 10.
[1633] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr,* 12/289.
[1634] Hasûne, "Mikdâru diyeti'l-mer'e", *el-Mecelletül-Ürdüniyye fi'd-dirâsâti'l-İslâmiyye,* 154. (Hasûne, bu makaleyi Ebû Zehre, Şeltût ve Reşid Rıza'nın da etkisiyle Yûsuf el-Karadâvî riyasetinde Katar Şura Konseyinde alınan "diyette eşitlik" kararı üzerine yazdığını, delilleri inceledikten sonra eşitlik fikrinin doğru olmadığı sonucuna ulaştığını belirtir. Bk. 153, 156-157.)

üzere nassın varid olduğu bir meselede içtihad yapılamaz.[1635] Bu açıdan söz konusu kıyas, içtihada kapalı bir alanda yapılmaya çalışıldığı için fasiddir.[1636]

Kadının diyetinin yarım olması İslâm hukukunun bütünü içerisinde bir anlam ifade etmektedir. İslâm hukuku, kendi kurduğu dünya düzeni ve kendi sistematiği içinde değerlendirilirse kadının diyetinin yarım olması daha kolay anlaşılabilir. Mehir, nafaka, vergi ve âkile gibi çoğu ekonomik sorumlulukların erkeğe yüklendiği bir toplumda kadının diyetinin yarım olması, eşitliğe aykırı gibi görünse de adâlete uygundur. Fıkhın bütünü göz ardı edilerek sergilenen parçacı yaklaşımlar ve seküler bakış açısının inşa ettiği kadın algısının etkisinde kalınarak yapılan yorumlar ise, eşit diyetin adâlete uygun olacağı düşüncesine götürmektedir.[1637]

Günümüz pozitif hukukunda diyete tekabül eden ve kan parası da denilen destekten yoksun kalma tazminatının miktarı kişiden kişiye değişiklik arz etmektedir. Hesaplamada ölenin yaşı, mesleği, gelir durumu, somut olaydaki kusur dağılımı, ölenin geride bıraktığı aile bireylerinin yaşları gibi birçok faktör devreye girmektedir.[1638] Bu, pozitif hukukta "menfaat" bazlı bir hesaplama sisteminin takip edildiği ve dolayısıyla standart eşitlik fikrinin benimsenmediği anlamına gelmektedir. İslam hukukunda diyet oranınına etki ettiği kabul edilen kriterler cinsiyet, din ve hürriyet ile sınırlı iken pozitif hukuk sisteminde çok daha geniş yelpazeli bir hesaplama kriteri uygulanmaktadır. Doğal olarak bu da pozitif hukukta destekten yoksun kalma tazminatı açısından herkes için farklı bedeller ödenmesi sonucunu doğuracaktır.

b.2. Kadının Diyeti Erkeğin Diyetiyle Eşittir

Hataen öldürülen kadının yakınlarına ödenecek olan diyetin erkeklerle eşit olması gerektiği görüşü daha çok son yüzyılda taraftar bulmuş bir görüştür.[1639] Kadının diyeti ile

---

[1635] Mecelle md. 14: "*Mevrid-i nassta ictihâda mesâğ yoktur.*"
[1636] 'Ûdeh. M., "Diyetü'l-mer'eti'l-müslime", 594.
[1637] Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", *Hikmet Yurdu,* 325.
[1638] Gündüz - Gündüz, "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 241-245.
[1639] Tespit edebildiğimiz kadarıyla hicri 3. yüzyılda yaşayan iki kişi (Ebû Bekir el-Esamm, v. 200/816 ve öğrencisi İbn Uleyye, v. 218/833) haricinde nübüvvet döneminden 20. yüzyıla gelinceye kadar kadının diyetinin erkeğe eşit olduğunu savunan üçüncü bir kimse yoktur. el-Esamm ve İbn Uleyye'den sonra eşitlik fikri ikinci kez M. Şeltût (1963), M. Sibâî (1964) ve Ebû Zehre (1974) gibi alimler tarafından gündeme getirilip savunulmuş ve son dönemde bu görüşün taraftarları çoğalmıştır.

erkeğin diyetinin eşit olacağını savunan selef âlimleri arasında ise Ebû Bekir el-Esamm (v. 200/816) ve onun öğrencisi İbn Uleyye (v. 218/833)[1640] bulunmaktadır.[1641]

Geçmişte ve günümüzde eşitlik fikrini savunan âlimlere göre, diyet hükmünü amir olan en-Nisâ 92 âyetinde, öldürülen mü'minin diyeti kadın veya erkek şeklinde herhangi bir kayda yer verilmeksizin mutlak olarak belirlenmiştir, âyetin bu şekilde mutlak olması zahiren iki cinsin diyetinin eşit olmasını gerektirir.[1642]

Son dönemde eşitlik fikri taraftarlarının en önemli itirazları, diyetin yarım olduğunu beyan eden hadislerin zayıf olduğu ve her ne kadar dört mezhep, sahabe ve tabiin âlimlerinin tamamına yakını diyetin yarım olduğu kanaatinde olsalar da konu hakkında gerçekleşmiş kesin bir icmanın bulunmadığıdır. İcma iddiası tartışmaya açıktır, zira icma hükmü "sükûti icma" gibi, "muhalif kimsenin bilinmemesi" gibi farklı lafızlarla ifade edilmiştir; ayrıca ilk dönem âlimlerinden aykırı görüş belirten iki kişi olduğu bilinmektedir. Diğer yandan kadının diyetinin kadının şahitliğine ve mirastaki payına kıyas edilmesi de, doğru bir istidlal değildir.[1643]

Kadının diyetinin erkeğin diyetine eşit olacağı görüşüne öncülük ettikleri söylenen el-Esamm ve İbn Uleyye, Hz. Peygamber'in farzlar, sünnetler ve diyetler hakkında Yemen halkına yazdığı mektupta bulunan "*(Hataen öldürülen) mü'min kişinin canının diyeti yüz devedir.*" cümlesiyle istidlal etmişlerdir.[1644] Diyetin yüz deve olduğunu bildiren bu hadiste hüküm geneldir, cinsiyet farkına göre ayrı bir hükme yer verilmemiştir. Oldukça şöhret bulmuş olan bu rivayetin ravisi mektubu götüren sahabinin kendisi Amr b. Hazm'dır.[1645] Ancak istidlal ettikleri bu hadisin tahsis ve tefsire uğramış olması nedeniyle sünnete; diğer taraftan kadının diyetinin erkeğe nispetle yarım olacağına dair gerçekleşmiş bulunan sahabe

---

[1640] Kadının diyetinin erkeğe eşit olacağı fikrini savunan kişi, Ebû İshâk İbrâhîm b. İsmâîl b. Uleyye'dir (v. 218/833). Bu şahsın babası hadis hafızı, fakih ve müfessir bir zattır, ismi ise Ebû Bişr İsmâîl b. İbrâhîm b. Miksem el-Esedî el-Basrî'dir (v. 193/809). Baba ve oğul her ikisi de İbn Uleyye olarak tanınmaktadırlar. Bk. Hatîb el-Bağdâdî, *Târîh-u Bağdâd*, 6/512; *Mevsû'atü't-terâcim ve'l-a'lâm*, 1/32. Mezkûr fikrin sahibi oğul İbn Uleyye hakkında *DİA*'da şu kayıt yer alır: "*...üçüncü oğlu İbrâhim'in ise Kur'ân'ın mahlûk olduğunu savunan, İmam Şâfiî ile münazaralar yapan, Cehmiyye mezhebine mensup bir kelâmcı olduğu belirtilmektedir (Hatîb, VI, 20-23).*". *DİA*'da yer alan İbn Uleyye maddesi (Polat, "İbn Uleyye", *DİA*, 20/428-429.), kadının diyetinin erkeğe eşit olacağını savunan oğul İbn Uleyye hakkında değil, baba İbn Uleyye hakkındadır.

[1641] Aynî, *el-Binâye*, 13/169; Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 273; Ivaz, *ed-Diyetü beyne'l-'Ukûbe ve't-ta'vîz*, 241.

[1642] Râzî, *Mefâtîhu'l-ğayb*, (en-Nisâ 4/92, 8. Mesele), 10/179; Reşîd Rızâ, *Tefsîru'l-Menâr*, 5/271; Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 242-245; Hasûne, "Mikdâru diyeti'l-mer'e", *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, 172-173

[1643] Ûdeh M., "Diyetü'l-mer'eti'l-müslime", 594-595.

[1644] Mâlik, *el-Muvatta'*, "Ukûl" 1; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, (No. 16145, 16146, 16147, 16337, 16189, 16191), 8/128-174; Beyhakî, *es-Sünenü's-sağîr*, (No. 3070), 3/246; Dârimî, *es-Sünen*, (No. 2410), 3/2530; Zeyla'î, *Nasbu'r-râye*, 2/341; 4/369. Beyhakî'nin *Sünen*'i ve *Muvatta'*"da yer alan bu rivayetin bazı tariklerinde sadece "*nefs*" kelimesi olup, nefsi niteleyen "*mü'mine*" (**وإن في النفس الدية مائة من الإبل**) kelimesi bulunmamaktadır.

[1645] Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, (no. 7365), 4/374; Kanâzi'î, *Tefsîru'l-Muvatta'*, 2/678.

icma'ına ters düşmesi dolayısıyla, kadının diyeti konusundaki bu fikir, geleneksel doktrinde şaz olarak nitelendirilmiştir.[1646]

Müslümanlarının kanlarının denk olduğunu bildiren hadis, sadece kısasta değil diyette de erkek ve kadınların eşit olması gerektiğine delalet etmektedir. Müslümanların kanlarının eşitliği, kadın ve erkek ayrımına izin vermeksizin canın telef edilmesi halinde ödenecek mali bedelin aynı olması anlamına gelmektedir. Hadis, kadınların kan bedelinin daha düşük olmasına izin vermemektedir.[1647]

Akli delilleri de şöyledir: Kasden öldürme suçunda kadını öldüren erkeğe, erkeği öldüren kadına karşılıklı olarak kısas yapılabildiğine göre kıyas, kadının diyetinin erkeğin diyetine eşit olmasını gerektirir. Ğurre meselesinde erkek ceninle kız cenin arasında bir ayrım gözetilmemiş olması da cinsiyet farkına itibar edilmeyip kadınla erkeğin diyetlerinin eşit olmasını icap ettirir. Zira ğurre de nihayetinde bir diyettir.[1648] Kısas tam bir cezadır, diyet ise ya tam bir tazmin veya ceza yönü bulunan bir tazmindir. Mahiyet itibarıyla aralarında tam bir benzerlik bulunmadığı için diyetin yarım olması noktasında diyetin kısasa kıyaslanması kıyas maal-farık olarak değerlendirilmiştir.[1649]

Çoğu sünen dâhil olmak üzere temel hadis kaynaklarının çoğunda kadının öldürülmesi halinde eda edilecek (*nefs*) diyetin yarım olduğuna dair bir rivayet yer almamaktadır. Karadâvî'nin saptamasına göre erkekle kadının (hayat) diyetinin yarım olduğunu bildiren ilk rivayet, vefat tarihi 458/1066 olan Beyhakî'nin *es-Sünenü'l-Kübrâ* isimli eserinde yer almıştır. Ancak kadının vücut bütünlüğünün ihlali durumunda yara (*cirâh*) veya organlarının diyetinin erkeğe eşit olmadığı hakkında erken dönem hadis eserlerinde rivayetler bulunmaktadır.[1650]

Bulgularımıza göre diyet konusunda ilk müstakil eserlerden sayılan İbn Ebî Âsım'ın (v. 287/900) *ed-Diyât* isimli eserinde kadının diyetinin yarım olduğuna dair bir ibare veya rivayet yer almamaktadır. Eserde sadece mutlak manada diyetin yüz deve olduğu ile ilgili rivayetler

---

[1646] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/402; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 34; Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 55; Mübârek, *Diyetü'l-mer'e*, 31-32.

[1647] Hasûne, "Mikdâru diyeti'l-mer'e", *el-Mecelletül-Ürdüniyye fi'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, 173.

[1648] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/289.

[1649] Hasûne, "Mikdâru diyeti'l-mer'e", *el-Mecelletül-Ürdüniyye fi'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, 154. (Hasûne, bu makaleyi Reşid Rıza, Şeltût ve Ebû Zehre'nin de etkisiyle Yûsuf el-Karadâvî riyasetinde Katar Şura Konseyinde alınan "diyette eşitlik" kararı üzerine yazdığını, delilleri inceledikten sonra eşitlik fikrinin doğru olmadığı sonucuna ulaştığını belirtir. Bk. 153, 156-157.)

[1650] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 22-24. Müessir fiillerde kadının organlarının diyeti ile ilgili rivayetlerden bazıları için bk. Abdürrezzâk, *el-Musannef*, 9/300, 397 (no. 17746, 17760); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/300, 302 (no. 28067-28069, 28076-28077); Beyhakî, *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 12/134 (no. 16175, 16177).

(وإن في النفس الدية مائة من الإبل) ve hataen katledilen kadın için yarım vb oran belirtilmeksizin diyete hükmedildiğine dair haberler (فقضى رسول الله ... في المرأة الدية) bulunmaktadır.[1651]

İbn Hacer, *ed-Dirâye*'de kadının diyetinin yarım olduğunu bildiren hiçbir merfû' haberin mevcut olmadığını ifade etmiştir, onun incelemelerine göre mevcut rivayetlerin çoğu munkatı'dır.[1652] İbn Hacer'in *et-Telhîs*'te aktardıklarına göre ise, konuyla ilgili en önemli verilerden sayılan Amr b. Hazm hadisinde kadının diyetinin yarım olduğunu bildiren " دية المرأة نصف دية الرجل" ifadesi yer almamaktadır. Ancak Beyhakî, isnadının zayıf olduğunu belirterek Mu'âz b. Cebel'den kadının diyetinin yarım olduğuna dair bir tahricte bulunmuştur. Diyetin yüz deve olacağını bildiren âmm ibare ile kadının diyetini yarıya indiren (*muhassıs*) ibarenin ikisinin de Amr b. Hazm rivayetinde bulunduğunu kaydeden İbn Kudâme'nin verdiği bu bilgi daha sonra İbn Hacer tarafından tashih edilmiştir. İbn Hacer, Amr b. Hazm rivayetinde sadece, erkek-kadın ayırt edilmeksizin, mü'min kişinin diyetinin yüz deve olacağı bulunmaktadır, yarım diyet olacağı bilgisi ise bu rivayette yer almamaktadır, demiştir.[1653]

Diyette eşitliği savunan bu görüşün temsilcileri "*Mü'min kişinin canının (nefs) diyeti yüz devedir*"[1654] mealindeki hadisin umumuna dayanmışlardır. Onlara göre hadis, konu hakkında genel bir kural getirmekte olup içerik itibarıyla kadınla erkeğin diyet miktarları arasında bir fark olmayacağını vurgulamaktadır.[1655] Öte yandan cumhurun içtihadına göre, kadınla erkek arasında karşılıklı kısas yapılabileceği fikri genel kabul görmüştür. Bu, kadın ve erkeğin canlarının eşit olduğunun kabul edildiği anlamına gelir. Aklen, can konusunda erkek ve kadının diyetleri de eşit olmalıdır.[1656]

Fahreddîn Râzî, diyetin yarım olduğu görüşünün Hz. Ömer, Hz. Ali ve İbn Mes'ûd gibi sahabilerin vermiş oldukları yargı kararlarına müstenit olduğunu aktardıktan sonra, meselenin şahitlik ve mirasa benzetildiğini belirtir ve çoğunluk fakihlerin görüşü budur, der. Karşıt görüşü temsil eden el-Esamm ve İbn Uleyye'nin ise en-Nisâ 4/92 ayetindeki diyet hükmünün erkek ve kadın her iki cinsiyeti de kapsadığını kabul ettiklerine, ayetin zahiri ve mutlak

---

[1651] İbn Ebî Âsım, *ed-Diyât*, 1/31-33, 37.
[1652] İbn Hacer, *ed-Dirâye*, 2/273-274.
[1653] Şâfiî fakih Râfiî (v. 623/1226), Gazzâlî'nin *el-Vecîz*'ine *Fethu'l-'Azîz fî şerhı'l-Vecîz (eş-Şerhu'l-kebîr)* ismiyle bir şerh yazmıştır. Bu şerhin barındırdığı hadislerin tahricini yapmak maksadıyla İbn Hacer, *Telhîsu'l-habîr* isimli bir eser kaleme almıştır. İbn Hacer'in ifadesi şöyledir. " **حديث عمرو بن حزم: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "دية المرأة نصف دية الرجل". هذه الجملة ليست في حديث عمرو بن حزم الطويل، وإنما أخرجها البيهقي من حديث معاذ بن جبل، وقال: إسناده لا يثبت مثله**". Bk. İbn Hacer, *Telhîsu'l-habîr*, 4/48; *el-Müntede'ş-şer'ıyyü'l-'âmm*, 40/371-372: https://al-maktaba.org/book/31621/19874#p6, Erişim tarihi: 17.08.2022. Günümüzde kaleme alınan kimi eserlerde (mesela bk. Mübârek, *Diyetü'l-mer'e*, 31.) ise iki hükmün de (tam ve yarım diyet) aynı mektupta olduğu bilgisi bulunmaktadır. Bu cümleler, İbn Kudâme'nin tespitine güvenilerek yazılmış olmalıdır.
[1654] Nesâî, "Kasâme", 46-47; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 6/ 61.
[1655] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 505.
[1656] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 509.

sîğasının da diyetin eşit olmasını gerektirdiğini iddia etiklerini ifade eder.[1657] Râzî'nin bu ifadeleri, mesele hakkında herhangi bir itiraz ve değerlendirmede bulunmadan nakletmesi dikkat çekmiş ve o'nun da kadının diyetinin eşit olması gerektiğini savunduğu ihtimali üzerinde durulmuştur.[1658] Örneğin Karadâvî ve Şeltût, Râzî'nin, İbn 'Uleyye ve Ebû Bekir el-Esamm'ı desteklemekte olduğu tahmininde bulunmuşlardır.[1659] Ancak Râzî'nin konu hakkında hakkında net bir beyanı olmayıp sadece taraflardan (eşitlikçi ve yarımcı) nakilde bulunarak objektif bir tutum sergilediğinin belirtilmesi gerekir.

Karadâvî'nin Reşîd Rızâ'ya nisbet ettiği eşitlik görüşü de kesin değildir.[1660] Reşîd Rıza, kadının diyetinin yarım olduğunu, hataen öldürme olaylarında erkeğin kaybıyla yaşanan zararın daha büyük olacağını belirttikten sonra ayetin zahirine göre kadın ve erkeğin diyeti arasında bir fark olmadığına dikkat çekmiş ancak bir tercihte bulunmamıştır.[1661]

Gelenekte kadının diyetinin neden yarım olması gerektiğine dair ileri sürülen açıklamaları derlemeye çalışan Ebû Zehre, bunları tespit ettiği üç ana başlıkta tartışır: 1. İcma iddiası 2. Erkek ve kadının kaybı ile yaşanacak mali ve sosyal kaybın boyutlarının farklılığı 3. Miras ve şahitliğe kıyas.

Ebû Zehre'ye göre, her şeyden önce bu konuda İbn Kudâme'nin gündeme getirdiği doğrudan icma iddiası tartışmalıdır. Aynı şekilde Kâsânî'nin icma anlamına gelen sözleri de tartışmaya açıktır. Kâsânî, bu meselede sahabenin tamamının görüş belirtmeyip sadece bazılarının (Ömer, Osman, Ali, İbn Mes'ûd, Zeyd b. Sâbit) görüş belirttiğini, geriye kalan sahabilerin, kadının diyetin yarım olmasına itiraz etmemiş olduklarına dikkat çekmek suretiyle sükûtî bir icmâ'ın gerçekleştiğine işaret eder.[1662] Halbuki, sükûtî icmânın hucciyyetini çoğu alim kabul etmemiştir.[1663]

O zaman geriye bu görüşü destekleyebilecek iki gerekçe kalmaktadır: Birisi, kadının mirastaki payının erkeğin alacağı payın yarısı olmasına paralel olarak diyetinin de yarım olarak takdir edilmesidir.[1664] Diğeri de diyetteki tazmin manasıdır. Diyet, maktul kişinin kaybıyla meydana gelen zarara bir değer biçip toplumun ve maktul yakınlarının bu kayıp

---

[1657] Râzî, *Mefâtîhu'l-ğayb*, (en-Nisâ 4/92, 8. mesele), 10/179.
[1658] *el-Müntede'ş-şer'iyyü'l-'âmm*, 40/372. Bk. https://al-maktaba.org/book/31621/19874#p6, Erişim tarihi: 17.08.2022
[1659] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 32-33, 54.
[1660] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 52.
[1661] Reşîd Rıza, *Tefsîru'l-menâr*, 5/271.
[1662] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310.
[1663] Bu konudaki icma'ın değerlendirilmesi hakkında bk. Hasûne, *Mikdâru diyeti'l-mer'e*, 170-171; Mübârek, *Diyeti'l-mer'e*, 11-12; Aytekin, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhî Bir Analiz", 321-323.
[1664] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310.

sebebiyle yaşadıkları eksikliğin tazmin edilerek telafi edilmesinden ibarettir. Zira kadının topluma olan fayda ve katkıları erkeğe göre azdır. Erkeğin kaybında yaşanan eksikliğin nispeten daha büyük olması, doğal olarak kadın için ödenecek tazminatın daha az, erkek için daha fazla olmasını icap ettirecektir.[1665] Kaybın büyüklüğü ile tazmin/telafi arasında doğru orantı olacağı kabul edilse bile, erkeğin kaybının daha ağır, kadının kaybının daha hafif olacağı hükmü kesin olamaz, düşüncesinden hareket eden Ebû Zehre şu itirazlarda bulunur. Tamamen maliyeti/ekonomik boyutu merkeze alan bu yaklaşım hatalıdır. Çünkü diyet konusunda esas belirleyici unsur kişilerin ekonomik değeri değil onların insanlık (*âdemiyyet*) vasfı olmalıdır. Dolayısıyla her iki cins de insaniyet vasfında ortaktırlar ve insan paha biçilecek bir varlık olamaz. Ayrıca yarım diyet yaklaşımında, meselenin sadece insani boyutu değil cezaların asıl gayesi olan suçluların caydırılması boyutu da göz ardı edilmektedir.[1666] Her ne kadar diyette hem ukûbet hem tazmin manası varsa da ukûbet manası ön planda tutulmalıdır. Çünkü asıl mesele insan hayatının korunması ise cezalar, insanların suça karşı olan meyil ve kastını zayıflatmalı ve suçun ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Taşıdıkları can (*nefs*) bakımından insanlar arasında cinsiyet farkına göre bir ayrım gözetilemeyeceğine göre, hem heder edilen kanın telafisi hem de işlenen suçun cezası olması bakımından "hayat/*nefs*" ve "organlar/*etrâf*" konususunda kadın ve erkeklerin diyetlerinin eşit olması gerekmektedir.[1667] Böyle olması cezanın maksat ve hikmetleri ile daha uyumludur.

Diyetin belirlenmesinde şeriat, insanın menfaatini değil kadın erkek demeden insan hayatına yapılan tecavüzü merkeze almıştır. Eğer "menfaat" kriteri esas alınmış olsaydı evin geçimini sağlayan baba ile küçük bir çocuğun ya da önemli bir bilim insanı ile sıradan bir vatandaşın diyetlerinin farklı olması gerekirdi; hâlbuki şer'an bu kişilerin diyeti eşittir. Bu açıdan bakıldığında kadının diyeti ile erkeğin diyeti de eşit olmalıdır. Çünkü "menfaat" kriteri izafidir ve sınırlanamaz.[1668] Bu yaklaşım, Ebû Zehre'nin düşünceleri ile paralellik az etmektedir.

Ebû Zehre, diyet miktarını beyan eden nasların ekserisinin âhâd olup bu haberlerin birbirleriyle uzlaştırılmalarının (*tevfîk*) mümkün olduğunu ancak farklı rivayetlerin birini diğerine tercih edemeyecek oluşumuz nedeniyle en iyi çözümün, ayetin sarih hükmüne dönmekte olduğunu söyler. Ayetin genel hükmü kadın ve erkek her ikisini de kapsamakta

[1665] Ebû Zehre'nin bu cümlelerde yönelttiği eleştirilerin hedefinde Hanefi hukukçu Kâsânî bulunmaktadır.
[1666] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 506-507.
[1667] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 506; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.
[1668] 'Ûdeh M., "Diyetü'l-mer'eti'l-müslime", 595. Pozitif hukukta diyete tekabül eden ve kan parası da denilen destekten yoksun kalma tazminatının miktarı kişiden kişiye değişiklik arz etmektedir. Hesaplamada ölenin yaşı, mesleği, gelir durumu gibi birçok faktör devreye girmektedir. Bir açıdan "menfaat" bazlı bir hesaplama sistemi benimsendiği görülmektedir.

olup hadiste de aynı şekilde canın (*nefs*) diyeti, umumen, yüz deve olarak beyan edilmiştir.[1669] Ebû Zehre, diyette eşitlik fikrini neden benimsediğini özetle bu gerekçelerle açıklamaya çalışmıştır.

Ebû Zehre'nin aslolan âdemiyettir görüşüne şöyle cevap verilmiştir: Cezalarda aslolan âdemiyyet olsaydı, kasten bir mümini öldüren katile ebedi cehennem vad edildiği (en-Nisâ 4/93) gibi kâfiri öldürene de aynısı vadedilirdi, hâlbuki öyle olmamıştır. Demek ki, âdemiyyet kriteri doğru sonuca götürmeyecektir.[1670] Ebû Zehre'nin ikinci temel dayanağı durumundaki cezalarda aslolan caydırıcılıktır düşüncesine cevap olarak ise, cezalarda caydırıcılığın esas olması, kasten öldürmelerle ilgilidir denilmiştir. Bu nedenle kasıtlı öldürmelerde erkek ve kadın arasında eşitçe/karşılıklı kısas uygulanır ama hataen öldürme olayında failin zaten bir kasdı bulunmadığı için diyette caydırma (*zecr*) manası zayıf iken tazmin manası ağırdır, denilmiştir. Erkeklerin savaşlardaki rolü ve aile ekonomisine katkısı göz önüne alındığında erkeğin kaybı halinde ihlale uğratılan toplumsal menfaatler daha fazladır; benzer şekilde, erkeğin ölümüyle onun yardımından ve gelirinden yoksun kalan kişiler daha çoktur, dolayısıyla erkek öldürüldüğünde giderilmesi ve tazmin edilmesi gereken daha çok zarar vardır.[1671]

Diyetin eşitliğine dair diğer bir akli delil, kadının diyetini, şahitliğinin yarım olduğuna kıyaslamanın doğru olmadığıdır. Şöyle ki: Deli, ma'tûh ve çocuk gibi şahitlikleri kabul edilmeyen kişilerin diyetlerinin tam olduğu göz önüne alındığında kadının şahitliğine kıyas yapılarak diyetinin yarım olması gerektiğini savunmak isabetli olamaz. Zira doğum, bekâret ve cinsel kusurlar vb. kadının şahitliğinin kendi başına geçerli olduğu durumlar olduğu gibi, liân uygulamasından bilindiği üzere kadının şahitliğinin erkeğe eşit olduğu yerler de vardır. Şahitlikleri geçersizdir diye deli ve çocuk için hiç diyet ödenmez, ödense de yarım ödenir diyen bir kimse de yoktur.[1672] Şahitlik, diyet oranlarının tespitinde geçerli bir kriter olsaydı bu kişiler için diyet ödenmemesi icap edecekti, ama öyle olmamıştır.

Kadının diyetini, kadının mirataki durumuna kıyas ederek yarım saymak da doğru değildir. Çünkü diyetin illeti cinayet, mirasın illeti ise akrabalıktır (*rahim, vilâdet, nikâh*); diyeti mirasa kıyas etmeye izin verecek şekilde aralarında ortak bir illet bulunmamaktadır.

[1669] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe,* 506-507.
[1670] Mübarek, *Diyetü'l-mer'e fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 39-40.
[1671] Mübârek, *Diyetü'l-mer'e fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 39-44.
[1672] Ebû Şelâl, *Diyetü'l-mer'eti'l-müslime,* 107.

Ayrıca kadının mirası her zaman yarım değildir; kadının mirası kadın asabe olduğunda erkek kardeşiyle beraber iken yarımdır, kadının mirasta erkeğe eşit olduğu haller de vardır.[1673]

Cinsiyet farkının eşitliği bozamayacağı fikrini savunan bir diğer bilim insanı **Fatıma Ömer Nasîf**, İslâm'da kadın hakları ve kadının toplumdaki rolünü incelediği çalışmasında eşitlik fikrini savunan selefleri el-Esamm ve İbn 'Uleyye'nin görüşlerini tercih ettiğini, zira nasların umumun bu görüşü desteklemekte olduğunu belirtir. Ayrıca ona göre, yaratılış ve tabiatı icabı eşit olan iki insanın diyetlerinin de eşit olması gerekmektedir. Toplumsal telakkilerin aksine, sahip oldukları hayat hakkı ve diğer birçok haklarda, Allah katında kadın ve erkek herkes eşittir. Yaşam hakkı ve diğer haklarda eşit olmaları itibarıyla erkek ve kadının diyetlerinin de, başka bir deyişle ölüm sebebiyle uğranılan zararın telafisi anlamındaki tazminat bedellerinin de eşit olması icap eder.[1674]

Nasîf, diyetin eşitliği konusunda Ebû Zehre'nin farklı açılardan kendisini teyit ettiğine yer verir. Ardından şu dört gerekçeye istinaden Ebû Zehre'yle hemfikir olduklarını söyler: 1. Taksirle öldürme ayetindeki diyetle ilgili hükümlerin genel hükümler içermesi, 2. Hz. Peygamber'in bu konudaki hadisinin genel ifadeleri, 3. Her canın dokunulmaz (*hürmet*) oluşu ve 4. Suçlunun cezalandırılması.[1675]

Mustafa es-Sibâ'î, hata ile öldürülen veya kısas için gerekli şartların oluşmadığı durumlarda şeriat tarafından kadının diyetinin yarım olarak hükme bağlandığını, ancak bu hükümde bir gariplik olduğunu söyler. Zira İslâm'da insanlık, ehliyet ve toplumsal değeri açısından erkekle kadın arasında öngörülen eşitlik ile diyetin farklılığı arasında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Bütünlük esasından hareket eden Sibâ'î, kasten öldürme sonucunda uygulanan kısas cezasındaki eşitliği merkeze alarak diyet konusunda da kadınla erkek arasında eşitlik olabileceğine dikkat çeker.[1676]

Hataen öldürme suçu karşılığında öngörülen mali tazminatın ise ilke olarak uğranılan zararla orantılı olması gerektiği ilkesine işaret ederek, ailede bir eş ve anne olarak kadının kaybının erkeğin kaybından daha ciddi neticeleri olacağını söyler. Zira erkeğin kaybıyla

[1673] Ebû Şelâl, *Diyetü'l-mer'eti'l-müslime,* 108.
[1674] Nasîf, *Hukûku'l-mer'e ve vâcibâtühâ*, 172-173.
[1675] Nasîf, *Hukûku'l-mer'e ve vâcibâtühâ*, 173. Zerka, diyetin bir ceza olmadığını söylüyor. Bk. Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılması*, 75-76. Bu yaklaşım gösteriyor ki, kadının diyeti yarımdır diyenler diyetin tazminat yönüne, eşittir diyenler ise diyetin ceza yönüne vurgu yapmaktadırlar.
[1676] Sibâî, *el-Mer'etü beyne'l-fıkhi ve'l-kânûn*, 32.

meydana gelen maddi zararın tazminatla giderilmesi mümkün iken bir eş ve anne olarak kadının kaybıyla maydana gelen manevi zararın tazminatla giderilmesi mümkün değildir.[1677]

Diyet, maktulün insani açıdan maddi değerini tesbit etmez. Diyet yalnızca, maktulün kaybı ile ailenin uğradığı ekonomik zararın takdir edilmesinden ibarettir ve bu konuda da bir tartışma yoktur diyerek, diyet hakkındaki genel ilkeye dikkat çeker. Ona göre günümüz kanunlarında, diyet cezası için belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalınması suretiyle, somut cezanın takdir edilmesinin hâkime bırakılması kuralı, diyetin bu yönünü teyit etmektedir. Zira hâkim, somut cezayı takdir ederken maktulün kaybıyla o ailenin uğradığı maddi zararı dikkate alacaktır. Ve elbette çalışıp çalışmamasına göre, ailesine sağladığı katkıya göre -ölümleriyle meydana gelen zarar açısından- her maktul aynı değildir. Sibâ'î'ye göre sonuç olarak diyet, aile ekonomisine katkı sağlamada toplumun kadına verdiği rolle doğrudan ilgilidir. Müslüman toplumlarda ailenin maslahatı açısından kadın genellikle çalışma hayatından muaf tutulmaktadır. Mantalite olarak ekonomik sorumlulukları çoğunlukla erkeğe yükleyen böyle bir toplumda kadının diyetinin yarım olması normal görülebilir. Ama kadının çalışmaktan muaf olmadığı, kendisinin ve ailesinin ihtiyaçlarının karşılanması noktasında, iş hayatında erkek gibi aktif rol aldığı bir toplumlarda kadının öldürülmesi halinde diyetinin erkekle eşit olması adâletin bir gereğidir.[1678] Sibâ'î, gelenekteki sabit yaklaşımdan ziyade kadının ekonomik anlamdaki toplumsal rolü ve aileye olan katkısı dikkate alınarak diyet konusunda esnek ve değişken bir tutum izlenmesini önermektedir.

Kadının diyetinin erkekle eşit olması gerektiği hakkında belirtilen görüşler arasında şunlar örnek olarak zikredilebilir.

Abdülhalim Uveys, devralmış olduğumuz fıkıh geleneğinde fakihlerimizin, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması gerektiğine dair genel bir eğilim olsa da günümüz bilgin ve hukukçularının çoğu, iki cins arasında diyet yönünden eşitlik olması gerektiği görüşüne meyletmişlerdir. Nitekim birçok Arap ve İslâm ülkelerindeki kanunlarda uygulama (amel) bu şekildedir, demektedir.[1679]

Eşitlik fikrini savunan **İzzüddin Belîk**, şu görüşleri dile getirir: Kadının diyetinin yarım olması meselesine hak ve sorumluluklar, ceza ve mükafat dengesi açısından baktığımızda şunları görürüz. Kadın, erkek gibi bir takım sorumluluk ve yükümlülüklere sahip olduğu, görevleri gibi hakları bulunduğu, insaniyet bakımından erkeğe eşit olduğu sürece erkeğin

[1677] Sibâî, *el-Mer'etü beyne'l-fıkhi ve'l-kânûn*, 32-33.
[1678] Sibâî, *el-Mer'e beyne'l-fıkhi ve'l-kânûn*, 33.
[1679] Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 273-275. (Prof. Dr. Abdülhalîm 'Uveys, *Kitâbü'l-hudûd fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye* adlı eserin sahibidir.)

cezalandırıldığı gibi, suç teşkil eden bir eylemde bulunduğunda kadın da cezaya maruz bırakılır. Öyleyse adâletin gereği olarak kadının diyetinin erkeğe eşit olması gerekmektedir. Nitekim İslâm hukukunda birçok yönden kadınla erkeğin eşit olduğu görülür ki bu durum, kadının kanının erkeğin kanına eşit olmasını gerektirir. Kadınla erkek arasında eşitliğin hüküm sürdüğü konulardan birisi de kısastır. Kur'ân'da: "*Onda (Tevrat'ta) üzerlerine şunu da yazdık: Cana can (kısas vardır)...*"[1680]

Kısas cezasındaki eşitliğin yanısıra kadınla erkek arasında başka hükümlerde de eşitlik olduğunu göstermek üzere şu naslara yer verilebilir: "*Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı.*"[1681], "*Yaptıklarına bir karşılık ve Allah'tan caydırıcı bir müeyyide olmak üzere hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesin…*"[1682], "*Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüzer değnek vurun*"[1683], "*Müslümanların kanları (canları) birbirine denktir*"[1684] buyrulmaktadır. Şu halde öldürülen bir kadın için erkeğin diyetinin yarısının ödenmesi halinde hadiste belirtilen denklik gerçekleşmiş olmayacaktır. Kur'an'da diyet hükmünü düzenleyen ayetin ibaresine bakılınca da ibarenin âmm ve mutlak olduğu görülür.[1685] "*... Kim bir mü'mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü'min köleyi azad etmesi ve bağışlamadıkları sürece ailesine diyet ödemesi gerekir...*"[1686] bu âyetteki umumi hükmün erkek lehine tahsis edildiğine dair bir ibareye rastlanmadığı gibi, ayetin umumundan hataen (taksirle) öldürmelerde kadının diyetinin erkeğin diyetine eşit olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Belîk, aynı ayetle mü'min vatandaş, gayrimüslim vatandaş ve Müslümanlara düşman bir ülkede yaşayan mü'minin diyetleri açıkça belirlendiği halde ayetin erkeğe tahsis edilip kadının diyetini belirlemediği söylenemez, demektedir. Ardından bu âyetin, kadın erkek, büyük küçük çocuk yetişkin vb hepsini kapsamına dâhil ettiğini söyler. Ona göre Hz. Peygamber'in Amr b. Hazm'a yazdığı mektupta nefsin diyetinin (erkek kadın eşit şekilde) yüz deve olarak tayin edilmesi de bu görüşü destekler mahiyettedir. Dil açısından da "*nefs*" kelimesinin hem kadın hem erkeğe ıtlak olunması da iki cins arasında ayrım yapılmamasını gerektirir, der.[1687] Bu satırlarda görüşlerine yer verdiğimiz İ. Belîk, Mahmut Şeltût'un da ilgili

[1680] el-Mâide 5/45.
[1681] el-Bakara 2/178.
[1682] el-Mâide 5/38.
[1683] en-Nûr 24/2.
[1684] Ebû Dâvûd, "Cihâd" 147; İbni Mâce, "Diyât" 31; Nesaî. "Kasâme", 10, 13.
[1685] "*Mü'min*" kelimesi kadın ve erkek bütün mü'minleri kapsamaktadır.
[1686] en-Nisâ 4/92.
[1687] Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e*, 273-274. (Prof. Dr. İzzüddin Belîk, Lübnanlı, yazar ve İslamcı mütefekkirdir.)

ayetten aynı çıkarımlarda bulunarak kendisiyle aynı görüşleri dile getirdiğini: "*Ben bu konuda yalnız değilim…*" diyerek zikretmiştir. Şeltut'un görüşü de eşitlikten yanadır.[1688]

Karadâvî de diyette eşitlikten yanadır. Ona göre, selefin ileri sürdüğü delillerin (nas, icmâ, kıyâs, maslahat vb.) hiç biri katiyyet ifade etmediği için mesele içtihada açıktır. Bu konuda icma'ın içtihada karşı bir silah gibi kullanılmasını da tenkit eder. İbn 'Uleyye ve el-Esamm'dan sonra 12 asır boyunca kadının diyetinin yarım olmasını eleştiren bir kimsenin çıkmamasını ise, konu hakkındaki delillerin derinlemesine analiz edilmemesi ve kadın cinayetlerinin nadirliği ile açıklar. Günümüzde ise kadın cinayetleri artmıştır, kadının diyetinin yeniden gündeme gelmesi zorunlu olmuştur. Karadâvî, diyette eşitlik fikrini savunmanın kadın hakları ve kadının saygınlığı açısından günümüz yönelimleri ile de uyum arz edeceğini söyler. Hatta çağdaş normlar tarafından müslümanlara yöneltilen "kadına hakettiği değeri vermemek, onu aşağılamak" gibi ithamlardan ve Müslümanları kadın karşıtı gibi gösteren söylemlerden de bu sayede kurtulmak mümkün olacaktır.[1689] Halifelerin yarım diyet uygulamaları, sabit ve evrensel bir hüküm olarak değil de devlet başkanı sıfatıyla yaptıkları bir tasarruf olarak değerlendirildiği takdirde günümüzde de maslahata göre bir tutum belirlenmesi mümkün hale gelecektir.[1690]

Diyet oranlarındaki farklılıklar üzerine kaleme aldığı makalesinde **İvaz Halîl Muhammed** de eşitlik fikrini savunmuştur. Ona göre kadının diyetinin yarım olduğuna dair zikredilen merfû' ve mevkuf hadislerin tamamı kendileriyle istidlâl edilemeyecek düzeyde zayıftır, dolayısıyla diyetin yüz deve olduğunu bildiren hadislerin umumuyla amel edilmelidir. Konuyla ilgili hadislere bakıldığında erkek ve kadın ayrımı yapılmadığı görülecektir.[1691]

Türkiye Diyanet Vakfı tarafından hazırlanan İslâm Ansiklopedisi'nin kadının diyeti konusundaki tercihi de eşitlikten yana olmuştur. "Diyet" maddesini hazırlayan Ali **Bardakoğlu**, kadının diyetinin yarım olduğunu dile getiren çoğunluk, aynı kültür havzasında yetişen âlimlerden oluşmaktadır diyerek, aslında bu görüşün kaynağındaki örfi ve çevresel etkiye dikkat çeker. Ona göre, konuyla ilgili hadislerin lafzi yorumu ve uygulama, büyük çoğunluğu temsil eden ulemanın diyetin yarım olması gerektiğine dair görüşlerini

[1688] Hasûne, "Mikdâru diyeti'l-mer'e", *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-dirâsâsâti'l-İslâmiyye,* 153, 156-157. (Bu makalede, Arap dünyasında Y.Karadâvî, M.Gazâlî gibi eşitliği savunan isimlerin neredeyse tamamına yer verilmiştir.).
[1689] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 57-61.
[1690] Karadâvî, *Diyetü'l-mer'e*, 47-48.
[1691] İvaz, "İhtilâfü'l-fukahâ havle mekâdîri'd-diye", *Mecelletü'ş-şerî'a ve'l-kânûn,* 98-100.

desteklemekteyse de azınlığı teşkil eden ulemanın eşitlik fikirleri, naslarda gözetilen maksatlara daha uygun düşmektedir.

Bardakoğlu, kadının diyetinin yarım kabul edilmesini iki nedene bağlamaktadır: Birincisi, İslâm hukuk öğretisinin oluştuğu dönemlerdeki geleneksel kültür ve sosyal yapının etkisi; ikincisi ise, diyetin öteden beri cezadan ziyade bir kan bedeli olarak telakki edilmiş olmasıdır.[1692] Kaldı ki, diyetin kan bedeli olduğu düşünülse bile bu, kadınla erkeğin diyeti arasında bir fark gözetilmesini haklı kılmaya yetmeyecektir.[1693]

Mısır'ın doğu bölgelerindeki Araplar arasında, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olduğuna dair geleneksel kabule göre kararlar alınırken; örfi uygulamaya göre **Mısır'ın Sînâ bölgesindeki Araplar**, kadını korumaya önem vermede yarışırcasına kadını öldüren kişiye sekiz diyet ödemesini gerekli görmüşlerdir.[1694] Böylece eşitliği kadın lehine bozmuşlardır.

Filistin'in bazı bölgelerindeki kabilelere ait örfi uygulamalarda da kadını öldüren kişinin ödeyeceği diyet tam diyettir. Zira kadın ve erkek her ikisi de bedenlerinde Allah'ın verdiği ruhu taşırlar. Yine Filistin'deki bazı bölgelerde, kadını öldürmekten daha ayıp bir şey yoktur anlayışından hareketle kadını öldüren kişinin dört kat diyet ödemesi uygulaması bulunmaktadır. Ne var ki örfi uygulamadaki bu diyet oranları İslâm hukukundaki diyet anlayışıyla örtüşmemektedir.[1695]

İslam hukukundaki mâlî cezaları ele aldığı çalışmasında **Câsim** dişlerin diyetinin hayatın (*nefs*) diyetini aşarak daha fazla olmasına dikkat çeker; şöyle ki, hataen öldürmede tam diyet 100 deve iken sünnet kaynaklı olarak her bir dişin diyeti 5 deve olduğundan 32 dişin diyeti 160 deve etmektedir.[1696] Buna göre öldürülen bir kadının tam diyeti erkeğin yarısı olarak 50 devedir, aynı kadının 32 dişi dökülseydi suçlunun, 160 devenin (tam diyetin) yarısına tekabül etmek üzere 80 deve diyet/erş ödemesi gerekecekti. Gerek kadın gerek erkek, dişlerin diyetinin hayatın diyetinden fazla olması, aklın almayacağı ve mantıken izahı güç, garip bir örnektir. Câsim'e göre, kadının hayatına 50 deve, dişlerine 80 deve ödenecek olması, erkekle kadının diyetlerinin eşit olmasını zorunlu kılan bir başka sebep sayılmalıdır.[1697]

[1692] Diyetin bir cezadan ziyade kan bedeli veya uğranılan maddi zararın tazmini olduğu düşüncesi için bk. İbn Emîri'l-Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, 2/182-183; Emîr Padişah, *Teysîru't-tahrîr*, 2/272; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılması*, 75-76; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/318.
[1693] Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.
[1694] Ebû Hayf, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 160-161.
[1695] Kefârane, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-urfî'l-kabelî*, 145.
[1696] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/437.
[1697] Câsim, *el-'Ukûbâtü'mâliyye*, 383-385, 402.

Değerlendirme. Kadının diyetinin yarım olacağını ve buna mukabil diyetin eşitliğini savunan iki karşıt görüşün her ikisi de tezlerini savunurken benzer argümanları kullanmakta oldukları dikkat çekicidir. Örneğin Zerka, kadının diyeti yarımdır derken diyetin bir ceza değil kan bedeli olduğunu, dolayısıyla kadının kaybı ile ortaya çıkacak mali/ekonomik zarar erkeğe göre daha az olacağı için diyetin yarım olmasının makul olduğunu; Bardakoğlu ise aynı gerekçeye işaret ederek, diyet bir ceza değil mağdurun kaybından kaynaklanan maddi kaybın telafisidir, demiştir. Dolayısıyla meydana gelen maddi zarar dönemden döneme göre farklı telakki edilebilir. Diyetin ceza değil de bir kan bedeli/tazminat olması, onu zaman ve çevre faktörüne göre değişiklik gösterebilme kabiliyetine sahip kılar.

Konuyla ilgili tartışmaların odağında, kadının diyetiyle ilgili naslar ve bu nasların illeti bulunmaktadır. Kadının diyetinin yarım olmasının illeti, dönemsel olarak o günkü örfe bağlı olup kadının toplumsal rolleri ile ilgiliyse, toplumsal gelişmelere paralel olarak diyetin miktarının değişmesi mümkün olabilir. Ama diyet oranını belirleyen naslar teabbüdî karakterli ise -ki çoğunluğa göre böyledir- diyet yarım olmaya devam edecek ve gerekirse toplumsal ve iktisadi gelişmelerin buna uygun olarak planlanması düşünülecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere şer‘î hükümlerin toplumdaki güncel normlara göre değiştirilmesi yerine, onların toplumu değiştirmesi ve şekillendirmesi yönünde çalışmalar yapılacaktır.

Günümüzde gelinen nokta itibarıyla erkek ve kadının diyetlerinin eşit olması gerektiği kanaatini taşıyan İslâm hukukçularının gerekçeleri arasında kadının toplumsal rollerinde görülen değişiklikler ve ekonomiye katılımının artması gösterilmektedir. Buradan hareketle, kadının toplumda üstlendiği roller açısından erkekten bir farkı kalmadığı söylenerek diyette eşitlik fikri savunulmaktadır.

Bu fikir, yasaların toplumsal yapı ve gerçeklerin ürünü olduğu fikrine dayanmaktadır. Diğer bir söyleyişle hukuk, toplumun örfüne tabidir ve ona göre şekillenir. Bu minvalde diyet oranlarının belirlenmesinde halkın o zamanki teamülü esas olduğundan ilgili hadislerde zikredilen miktarlar o günkü vâkıayı tesbit anlamında olup naslardaki ifadelerin sabit bir belirleme yapma amacı taşıdığı söylenemez.

Karşı tez olarak kadının diyetinin yarım olması gerektiğini savunan ve geleneği temsil eden hukukçuların ise fıkhın toplumun teamülleri ve örfle temas halinde olduğu ve hatta onlardan etkilendiği kabul edilse bile, onun belirleyici ve müessir bir karaketere sahip olması gerektiğini iddia ettikleri görülür. Toplumsal yapının fıkha tabi olması, teamüllerin fıkha göre şekillenmesi gerekir; buna göre naslardaki miktarlar değişken değil sabittir.

Örf ve konjonktür ile hukuk arasındaki ilişkiyi tespit ettikten sonra karar verilmesi gereken nokta, belirleyici ve şekillendirici unsurun ne olacağıdır. Fıkıh toplumu mu yoksa toplum fıkhı mı belirleyip şekillendirecektir? Konunun bu düzleme taşınmasının konumuz açımızdan önemi, diyet tartışmalarında eşitliği savunan görüşlerin yükselişe başladığı dönemle ilgilidir. Zira diyette eşitlik fikrinin görünürlük kazanmaya başlaması, Müslümanların dünya tarihindeki rollerinin etken değil edilgen olmaya başlamasından sonraki dönemlere rastlamaktadır.

Örfe bağlı olan hükümler örfün değişmesiyle değişir. *Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyür olunacağı inkâr olunamaz.*[1698] Bu noktada diyetin, insanları suçtan vazgeçirmeyi hedefleyen bir ceza mı yoksa mağdurun kaybından dolayı ortaya çıkan maddi kaybın tazmini mi olduğu önem arz etmektedir. Kadının diyetinin yarım olduğu hükmünün örften mi yoksa şer'î delillerden mi kaynaklandığının tespiti ise sonuca ulaşmada yardımcı olacaktır.

Konu incelendiğinde, kadının diyetinin tam diyetin yarısı olması:

a. İctihadidir: Cariyenin iddetinin hür kadının idetinin yarısı olması gibi, doğum ve bakirelik gibi erkeklerin muttali olamayacağı konularda tek kadının şahitliğinin kabul edilmesi gibi, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olması üzerinde gerçekleşen icma' da aslı itibarıyla ictihadidir, tevkîfî değildir. Ya da ictihadi olma yönü tevkîfîlik yönüne galiptir.[1699]

b. Nasla sabittir/tevkîfîdir: Müslümanların kanlarının birbirine denk ve eşit olduğunu bildiren hadislerin yorumunda eşitliğin kısas ve diyetlerde olduğu hususunda ihtilaf etmemişlerdir. Eşitliğin kısas ve diyette olması, kişilerin toplumsal itibarına göre kişiden kişiye değişmeyeceği şeklinde anlaşılmıştır.[1700] Bu yoruma göre kadının diyetinin erkeğe nispetle yarım olması, bu hükmü tahsis eden başka bir nassın varlığı sebebiyledir.

c. Hürriyet Farkına Göre Diyet

Fakihlerin görüş ayrılığına düştüğü hususlardan birisi de, öldürme suçu sonrasında katile takdir edilecek diyet cezasının miktarının tespitindeki hürriyet etkisidir. Kişilerin hukuken hür veya köle statüsünde olmaları, bu kişilere karşı işlenen suçların cezalarının belirlenmesinde doğrudan belirleyici bir unsur olmuştur. Bu bağlamda kişilere onların

[1698] *Mecelle*, md. 39.
[1699] Cessâs, *el-Füsûl fi'l-usûl*, 3/279-280.
[1700] Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 3/272.

hürriyetleri bakımından bakılınca hürriyet faktörünün suçlar ve cezalar üzerinde şu şekilde etkili olduğu görülür.

Bâliğan mâ-belağ. Hanefîlerden Ebû Yûsuf'un da dâhil olduğu cumhurun benimsediği görüşe göre köleye karşı işlenen öldürme suçu sonrasında onun için ödenmesi gereken diyet miktarı kölenin kendi mali değeri kadardır. Köle mütekavvim bir mal kabul edildiği için onun değeri, hür bir kişinin diyetinden fazla olsa da, buna bakılmaz, değerinden bir eksiltme yapmadan ödeme yapılır. Kölenin müdebber, mükâteb, ümmüveled veya normal köle (*kınn*) olması arasında bir fark da gözetilmez. Mükâteb kölenin, efendisine bir dirhem borcu kalsa bile o yine köledir ve ceza hukukunda köle statüsünde değerlendirilir. Mükâteb konusunda çoğunluğun görüşü böyleyken İbrâhîm en-Neha'î, mükâteb kölenin efendisine yapmış olduğu ödeme miktarını dikkate alarak bir diyet tespitinde bulunur; ona göre mükâteb köle, efendisine yaptığı ödeme oranınca hür kabul edilir ve bu oranda hürre nispetle diyeti, kalan kısımda ise kendi değerine göre kıymeti ödenir.[1701] Onun bu görüşünün Hz. Ali (ra)'ye dayanması yanında bu yaklaşımı destekleyen başka rivayetlere de rastlanmaktadır.[1702]

Köle için ödenecek bedel hür kişinin diyetinden fazla olamaz. Ebû Hanîfe, Süfyân-ı Sevrî ve bir rivayette İbrâhîm en-Neha'î gibi Kufeli fakihler de aynı şekilde, kölenin öldürülmesi halinde kölenin velilerine onun kıymetinin ödeneceğini söylemişlerdir. Abdullah b. Mes'ûd da bu görüştedir. Ancak bu fakihlere göre, köle için ödenecek bedel hür kişinin diyetinden fazla olamaz. Şayet kölenin değeri hürrün diyet miktarından daha fazla olursa, hürrün diyet miktarını geçmemesi için, kölenin bedelinden sembolik bir eksiltme yapılarak ödeme yapılır. Ebû Hanîfe ve imâm Muhammed'e göre bu miktar on dirhem olarak takdir edilir. On dirhem takdiri de içtihâdî olmayıp İbn Mes'ûd'dan (*me'sûr*) nakledilmiştir.[1703] Buna göre değeri, tam diyet miktarını geçen bir köle için 9990 dirhem, cariye için ise 4990 dirhem[1704] ödeme yapılır.[1705] Hür şahsın kölelik vasfından uzak olmakla sahip olduğu hürriyet sayesinde köleden daha şerefli olması, hükmün böyle olmasını (*tenkîs*) gerektirir. Rütbece hürriyetin üstünlüğünü, köleliğin düşüklüğünü izhâr etmek de bunu icap ettirir. Kölelik nâkısa

[1701] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/403; İbn Hümâm, *Fethu'kadîr*, 10/356.
[1702] Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 2/127 (No. 723), 3/415 (No. 1944), 3/444 (No. 1984), 4/186 (No. 2356), 5/396 (No. 3423), 5/445 (No. 3490); Ebû Dâvûd, "Diyât, 22 (No. 4581); Hattâbî, *Me'âlimü's-sünen*, 4/37.
[1703] Kıyas yöntemiyle bilinemeyeceği için sayı bildiren hükümler (*mukadderât*) tevkîfîdir, ancak vahiy sahibinden işitilerek öğrenilebilir. Bu açıdan kölenin diyetinden eksiltilen bu on dirhem bizzat Rasûlüllah'tan gelmiş bilgi hükmündedir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 27/30.
[1704] Hür kadının diyeti hür erkeğin diyetinin yarısıdır (5.000 dirhem). Hataen katledilen bir cariye için ödenecek bedelin hür bir kadının diyeti olan yarı diyeti aşmaması düşüncesiyle Hanefi mezhebinde, cariyenin değerinin 5.000 dirhem ve üzeri olması durumunda 5 dirhem eksiltme yapılarak 4995 dirhem ödenir görüşü de bulunmaktadır. Bk. Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyire*, 2/141; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/0618-619.
[1705] Kıymeti, tam diyetin altında kalan bir köle için bu eksiltme yapılmaz. Örneğin rayiç değeri 6500 dirhem olan bir köle için hiçbir eksiltme yapılmaksızın diyet olarak 6500 dirhem (kendi mali kıymeti) ödenir.

hürriyet ise kemâl halidir; nâkıs olan bir şeyin kâmil olandan daha değerli olması muhaldir.[1706]

Benzer diğer bir izah da şöyledir: Tam diyetten daha değerli olan bir kölenin katledilmesi halinde kölenin kıymeti tam olarak ödenmez. Eğer şer'an belirlenen on bin dirhem diyeti aşmak hür kişi için bile mümkün değilse bu, köle için hiç mümkün değildir.[1707] Hür bir insan ne kadar erdemli de olsa kendisi için bir ilave yapılmaksızın normal diyet ödenir. Öyleyse kölenin değeri on binden fazla olsa bile, bu fazla kısmın ödenmemesi evleviyetle gerekir. Şu halde bu yaklaşıma göre, normal diyet oranından daha değerli bir köle hataen öldürülmüşse önce hür insan seviyesine çekiliyor sonra da hürriyet ile kölelik arasındaki farkı göstermek üzere takdiri bir eksiltme (on dirhem) yapılmış oluyor.

Kölenin rayiç değeri hür kişinin diyetiyle eşit veya ondan daha fazla olması durumunda Hanefilerden Ebû Yusuf ve imam Şafiî'ye göre kölenin rayiç değeri tam olarak (*bâliğan mâ belağ*) ödenir herhangi bir sınırlandırılmaya (kota) gidilmez. Sahabeden Hz Ali ve İbn Ömer'in de bu görüşte olduğu bildirilmiştir. Bu görüşü savunanlar gerekçe olarak şunu ileri sürmüşlerdir: Öldürülen kölenin diyeti efendiye ödenir, efendi de köleye alım satıma konu olan bir mal olarak sahip idi. Aynı kişinin alım satıma konu olan bir başka malı mesela hayvanı gasb veya telef edilse bu mal tazmin edilirken diyetle bir oranlama yapılmaz, normal değeri neyse o ödenir. Bu kural, öldürülen köle için yapılacak ödemede de aynen tatbik edilerek kölenin değeri diyeti aşsın aşmasın tam olarak ödenmelidir.[1708]

Ebû Yûsuf, telef edilen bir başka mal için diyete oranlama yapılmaksızın değeri neyse tamı tamına tazmin edileceği kuralını kabul edip de kölede oranlama yaparak on dirhem eksiltme yapılmasını tenkit ederek mezhep içinde tarafeyne itiraz yöneltmiştir. Tarafeyn ise köle ile gasba konu olan mal arasındaki vasıf farkına dayanarak bu itiraza cevap vermişlerdir. Kölede hem âdemiyyet hem de mâliyyet vasıfları vardır. Âdemiyyet vasfı mâliyyet vasfına göre ön plandadır. Telef edilen köle için tazminde bulunurken insaniyet vasfı esas alınmakla beraber hürriyetin kölelikten değerli olduğunu göstermek (aradaki farka işaret) için bir indirim takdir edilmiştir. Gasb edilen şeyin sırf mal olması halinde durum farklılaşır, böyle bir takdire ihiyaç kalmaz.

[1706] Serahsî, *el-Mebsût*, 27/29; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, 8/131-132; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/403; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/52-53; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyire*, 2/140-141; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/618.

[1707] Serahsî, *el-Mebsût*, 27/30.

[1708] İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, 8/130-132; İbn Hümâm, *Fethu'kadîr*, 10/354, 356; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/52-53; Aydın - Hamîdullah, "Köle", *DİA*, 26/240.

Ebû Hanîfe ve imam Muhammed açısından kölenin hem insan hem de mal hükmünde olmasını değerlendirirken bu ikisi arasındaki ince farka dikkat çekilir; kölenin cinayet konusunda niçin insan olarak görüldüğü ya da bu vasfının ön plana çıkarıldığı en-Nisâ 4/92'deki "*ailesine ödenecek diyet*" kısmının mutlak olmasıyla izah edilir. Ayetin bu şekilde kapsamlı olması hür ve köle ayırmaksızın hataen öldürülen tüm kişileri kast ettiğini göstermektedir. Köle bir insandır ve dini vecibelerle mükellef tutulmaktadır. Mükellef olması da köledeki insaniyet tarafının ağır bastığının göstergesidir. Nitekim diyet, telef edilen insan için yapılması gerekli olan ödemenin adıdır. Ayrıca kölenin âdemiyyet değil de mâliyyet tarafına vurgu yapılması halinde onun heder edilmesine kapı aralanacaktır. Kölenin mâliyyetinin kaynağı âdemiyyet vasfının devamına bağlı olduğuna göre hayati varlığını sürdürmesi şarttır. Bu söylenenlerden hareketle kölenin insani yönünün mülkiyete konu olan mali yönünden ağır bastığı anlaşılacaktır.[1709]

Kıymet değil diyet ödemesi. İbn Rüşd, katledilen köle için üçüncü bir görüş olarak kölenin kendi kıymeti değil doğrudan diyet ödenir diyen bir grup Kufeli fakih bulunduğunu zikretmiştir. Bu görüşü dillendiren fakihler de Ebû Hanîfe gibi hürlerin diyetine ulaşmaması için kölenin diyetinden yine sembolik de olsa az bir eksiltme yapılacağını söylemişlerdir.[1710] Kölenin mali değerinin değil doğrudan hür diyetinin baz alındığı bu içtihadın pratik sonucuna göre, kölenin kıymeti, normal diyetin altında da olsa üstünde de olsa standart bir ödeme yapılacaktır. Köleler için tek tip diyet getirmesi açısından bakıldığında söz konusu içtihat, hiç değilse köleler arasında diyet açısından bir eşitlik sağlamış olmaktadır. Mali yönünü öteleyerek kölenin taşıdığı canı esas alan bu içtihad, onun insani yönünü önplana taşımış ve böylece ayetin (en-Nisâ 4/92) mutlak hükmüne daha yakın bir sonuca ulaşmış görünmektedir.

Kölenin insani ve mali yönünden hangisinin önceleneceği veya hangisinin esas alınacağı kölenin diyetiyle ilgili tatışmalarda belirleyici bir etkiye sahip olmuştur. Fakihlerin buradaki yaklaşım ve tercihleri kendisini öldürülen köle için yapılacak ödemenin sorumlularını tayin etmede de gösterir. Başlangıç noktası olarak kölenin mali tarafını (*'urûz*) dikkate alan imam Mâlik'e göre ödemeyi âkile üstlenmez, katilin bizzat kendisi ödemekle mükelleftir. İnsani boyutu baz alarak meseleyi hürlere kıyas eden Ebû Hanîfe'ye göre ödeme âkıle tarafından yapılacaktır. İmam Şafiî'nin de meşhur görüşü bu olmakla birlikte ne

[1709] Serahsî, *el-Mebsût*, 27/30-31; Babertî, *el-'İnâye*, 10/355.
[1710] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/197; Ukâz, *Felsefetü'l-'ukûbe*, 247-248.

öldürme ne de müessir fiillerde gerçekleşen zararların bedelini âkile üstlenmez dediği de sabittir.[1711]

Kölenin diyetiyle ilgili görüşler analiz edildiğinde cumhurun görüşünün köleyi salt mal olarak gördüğü söylenebilir. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'in içtihatlarında kölenin insani ve mali boyutlarından insani yönünün üstün tutulduğu görülürken öldürülen köle için "kıymet" değil "diyet" ödenir diyen üçüncü görüşe göre ise kölenin diyeti konusuna daha çok "nefsiyyet" açısından bakıldığı görülecektir. Çünkü ilk iki görüş kıymet eksenli bir bakış açısı ortaya koyarken bu görüşün diyet merkezli hareket etmesi dikkate değer olmalıdır.

d. Çocuk Düşürme Suçunda Gurre ve Eşitlik

Cinsiyet farkı. Hanefîler tazminat cinsinden olan gurre cezasında cenin, erkek olsun kız olsun herhangi bir ayrım gözetmemiş, gurre hakkındaki haberlerin[1712] mutlak olması ile istidlal ederek kız ve erkek için ödenecek olan gurre miktarının eşit olduğu hükmüne varmışlardır. Matematiksel olarak eşitliği sağlamak için de düşürülen cenin erkek ise erkeğin tam diyetinin yirmide biri, kız ise kadının diyetinin onda biri ödenir. Her iki cinsin de gurreleri böylece tam diyetin yirmide biri olan beş yüz dirheme tekabül etmiş olur.[1713]

Serahsî'ye göre cenin için ödenmesi hükme bağlanan ğurre konusunda erkek ve kız çocukları arasında fark gözetilmeyip eşit sayılmalarının nedeni, düşürüldüğü vakitte ceninin hükmen sağ kabul edilmesi değil, anne karnında ceninin gelişimini sağlayan göbek bağının (*kordon*) koparılmış olmasıdır.[1714]

Zeyla'î ise her iki cinsiyetin gurrede eşitliğini üç gerekçe ile izah etmiştir. İlki, gurre ile ilgili nasların lafızlarındaki mutlak kullanımdır. İkincisi, insanların mülkiyet edinmedeki farklı pozisyonlarıdır. Erkekler mal ve nikah her ikisine mâlik olabilirlerken kadınlar sadece mala sahip olabilirler. Hakikaten yaşayan bir erkekle kadın arasındaki bu fark hükmen canlı

[1711] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/197; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/618, 645. Ebû Hanîfe ve imam Muhammed, âkılenin kasıt ve köle konusunda sorumlu olmayacağına dair rivayeti, köleye karşı işlenen cinayet değil kölenin işlediği cinayet olarak anlayarak kölenin suçlu olduğu duruma hasretmişlerdir. Köle bir suç işlerse âkile sorumlu olmaz; kölenin cinayetini kendisine en yakın kişi olarak efendisi üstlenir. Fakat kölenin mağdur olduğu durumlarda diğer bir ifadeyle köleye karşı işlenen cinayetlerde suçlunun âkilesi sorumludur.

[1712] Buhârî, "Tıbb", 45, (no. 5758-5760); Müslim, "Kasâme", 36, (no. 1681).

[1713] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449-450; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/139-140; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/588, Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/299-300; Koçak, "Gurre", *DİA*, 14/ 212; Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 87. Erkeğin tam diyeti olan 10.000 dirhemin 1/20'si 500 dirhem; kadının tam diyeti olan 5.000 dirhemin 1/10'u yine 500 dirhem (50 dinar veya 5 deve) etmektedir. Esasen hadislerde gurre ayıplardan salim bir köle/cariye olarak belirtilmiştir. Her zaman ve her yerde köle bulunmasının zorluğu göz önünde bulundurularak tarif edilen iyi bir kölenin ortalama değeri sonradan yapılan takdirle tam diyetin 1/20'i olarak belirlenmiştir. Ebû Zehre'nın kendi tercihine göre gurre miktarı tam diyetin 1/10'u (10 deve) olmalıdır. Bk. Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 509.

[1714] Serahsî, *el-Mebsût*, 27/81.

kabul edilen kız ve erkek cenin arasında bulunmaz. Çünkü cenin doğrudan mülk edinemez, miras ve vasiyet yoluyla mülkiyet edinebilse bile bu konuda kız ve erkek cenin arasında bir fark yoktur. Dolayısıyla gurre açısından her iki cins arasında eşitlik olması icap eder. Üçüncü bir gerekçe ise, bazen düşürülen ceninin cinsiyeti tespit edilemeyebilir, bu nedenle kolaylık olsun diye tek ve standart bir rakam belirlenmiş olabilir.[1715]

Osmanlılar döneminde Ömer Hilmi Efendi tarafından Mecelle tarzında hazırlanan taslak kanun metni şeklindeki *Mi'yar-ı adâlet* isimli eserde, çocuk düşürme suçunun müeyyidesi olarak şu ifadelere yer verilir: "*Ğurrede zükûr ile inâsın farkı yoktur. Yani cenîn-i meyyit gerek oğlan ve gerek kız olsun, câni üzerine her halde beş yüz dirhem gümüş vermek vacip olur. Yoksa kızın gurresi oğlanın gurresinin yarısı değildir. İskât olan meyyit tev'em* (ikiz) *olur ise o surette câni üzerine iki gurre lazım gelir.*"[1716]

Din Farkı. Hanefilere göre din farkı da gurre miktarında bir farka yol açmaz. Müslüman bir kadının düşürdüğü cenin için ödenecek olan gurre miktarıyla müslüman olmayan kadından düşen ceninin gurre miktarları eşittir. Diğer üç mezhebe göre ise gayrimüslim kadının cenininin ğurre oranı müslümana nispetle daha azdır, aralarında eşitlik yoktur. Mâlikî ve Şafiî ekollerinde zimmi kadının düşüğü için zimmi olan annenin diyetinin onda biri kadar ödeme yapılır.[1717] Aslında Hanefilerde de diğer ekollerdeki gibi zimmi kadının düşürülen cenini için annenin diyetinin onda biri kadar tazminde bulunulur. Oransal olarak onda bir (1/10) ödeneceğinde birleşilmiş olsa da rakamsal olarak netice farklı olmaktadır; Hanefilerde zimmi kadının diyetinin 5.000, cumhurda ise 2500 dirhem olduğu dikkate alındığında Hanefilerde gurre 500 dirhem iken cumhurda 250 dirhem olmaktadır.

Hürriyet farkı. Düşürülen çocuk bir cariyenin cenini ise hürriyet farkı, ceninin değer farkına bağlı olarak Hanefîlerde gurrede eşitliği bozar. Gurrede cariyenin cenini hürrün ceniniyle aynı değildir. Şâfiî mezhebinde gurre, anne olan cariyenin kıymeti esas alınarak cariyeye nispetle onun değerinin onda biri olarak kararlaştırılırken; Hanefîler doğrudan ceninin kendi değerini baz alarak gurre miktarını tespit etmeye çalışmışlardır. Değer tespiti cariyeden doğacak çocuk şayet canlı olsaydı değeri ne kadar olurdu varsayımına göre tahmini olarak belirlenmeye çalışılmıştır. Hür kişiye itibarla cenin erkekse değerinin yirmide biri, kız ise değerinin onda biri olarak takdir edilir. Bu hesaba göre cariyenin düşürdüğü kız ceninin gurresi nadiren de olsa erkek ceninin gurresinden fazla olabilir. Ancak hürlerin diyetlerinin

[1715] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/140.
[1716] Karînâbâdî, *Mi'yâr-ı Adâlet*, (md. 134), 44-45.
[1717] Sahnûn, *el-Müdevvene*, 4/632; Şâfiî, *el-Ümm*, 6/119; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/141; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/405; Koçak, "Gurre", *DİA*, 14/212. (Zeylai, Şelebî haşiyesi'nde: **و جنين المسلمة والكافرة سواء**)

şer‘an belirlenmiş, kölelerin değerlerinin belirlenmemiş olmasına bağlı olarak sonuç, hür kişilerde gurre oranı sabit iken cariyelerin ceninlerinde kıymet değişken olacaktır.[1718]

Korkutma ve tehdit gibi manevi bir fiil, darp etme veya yaralama gibi müessir bir fiille ceninin düşmesine sebep olan kişinin onun annesi, babası ya da üçüncü bir kişi olması suçun oluşumu açısından sonucu değiştirmez.[1719] Mâliki mezhebinde ceninin kendi babasının anneyi darp etmesi neticesinde çocuk düşerse gurre ile baba sorumlu olur ve (*katil*) baba, cenine varis olamaz. Kürtaj uygulamaları çerçevesinde ceninin düşmesine sebep olacağı bilinen bir ilacı anneye doktorun içirmesi durumunda gurreyi doktor öder. Aynı şekilde anne, cenini düşüreceği tıbben bilinen bir ilaç vb maddeyi kendiliğinden içerse gurreyi anne öder ve ceninin mirasından mahrum olur. Doktorun verdiği ya da annenin aldığı ilacın düşük konusunda bilinen bir etkisi yoksa gurre sorumluluğu da oluşmaz.[1720] Annenin ilaç alması gibi annenin kendi fiiliyle çocuğunu düşürmesi durumunda Hanefilerde de hüküm aynıdır. Ancak anne bu suçu babanın izni ve bilgisi dahılinde işlemiş ise -teaddisi bulunmadığı gerekçesiyle- gurre ile sorumlu olmaz.[1721]

Cenin hayat (*nefs*) sahibi bir varlık olmasına rağmen henüz dünyaya gelmediği için ceninin ölü olarak düşürülmesi normal bir insanın (*nefs*) öldürülmesinden farklı değerlendirilmiş ve ceninin ölü vaziyette düşmesine sebep olan kişi için ödenecek olan gurre, normal diyetin yirmide biri olarak tespit edilmiştir ki bu oran, beş deve veya elli dinara tekabül etmektedir.[1722] Bu anlamda hayatı kesin olan insanla, sağ doğup doğmayacağı kesin olmadığı için hayatı zanni kabul edilen ceninin diyetleri eşit değildir.

Ceninin sağ olarak düşüp bir süre yaşadıktan sonra düşüklüğe bağlı bir sebeple ölmesi durumunda ise ceninin düşmesine sebep olan kişiye tam diyet gerekir. Çünkü ölen artık bir cenin değil normal canlı bir çocuktur/insandır. Ancak burada eşitlik bozularak normal diyetteki kadın ve erkek farkı ortaya çıkar; çocuk erkek ise tam diyet, kız ise (erkek için ödenecek) tam diyetin yarısı ödenir.[1723]

Mısırdaki örfi bazı uygulamalarda, düşüğün cinsiyetinin erkek mi kız mı olduğu anlaşılacak derecede gelişimi tamamlanmış, vücudu belirgin hale gelmişse kız ve erkek

[1718] Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, 6/140-141; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/589; Rûyânî, *Bahru’l-mezheb*, 2/363; Iz b. Abdisselâm, *el-Ğâye fi’htisâri’n-Nihâye*, 6/408.
[1719] ‘Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 2/293-294, 302; Ebû Zehre, *el-‘Ukûbe*, 509-510.
[1720] Ru‘aynî, *Mevâhibü’l-celîl*, 8/334; Şenkîtî, *Levâmi‘u’d-dürer*, 13/158.
[1721] Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, 6/142. Hanefilerde kocanın izni olmadığı sürece hamile bir kadın, diğer bir kadından veya başka birinden çocuğunu düşürmesini istese, düşen ceninin ğurresi bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte düşük yaptıran kişiye değil emri veren anneye aittir. Bk. İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/591.
[1722] Kefârane, *Diyetü’n-nefs fi’ş-şer’i’l-İslâmî ve’l-urfî’l-kabelî*, 96-97.
[1723] Meydânî, *el-Lübâb*, 3/170.

arasında ayrım gözetildiği bilgisi verilmektedir. Düşük erkek ise tam diyetin (erkeğin diyetinin) üçte biri, eğer kız ise kadının diyetinin üçte birinin gurre olarak ödenmesi uygulaması yerleşmiştir.[1724]

Filistin'de de kabilelerin örfüne göre çeşitli uygulamalara rastlanmaktadır. Bazı kabileler, İslâm hukukunun belirlemiş olduğu gurre oranını esas almakta iken bazıları da cenin ister gelişiminin ileri bir aşamasında ister daha erken aşamalarında olsun düşürülmesi halinde cenin için tam diyet ödenmesi hükmünü benimsemişlerdir. Bazı kabileler ise, kadına yönelik bir saldırı sonucunda düşen cenin erkek ise erkeğin diyetinin yarısı, kız ise kadının diyetinin yarısı, ceninin cinsiyeti anlaşılamıyorsa güvenilir kişilerin takdir edeceği bir meblağın ödenmesini adet edinmişlerdir.[1725]

[1724] Ebû Hayf, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 171.
[1725] Kefârane, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-urfi'l-kabelî*, 146.

4. Müessir Fiillerde Diyet

a. Din Farkına Göre Diyet

Diyet miktarlarındaki bir takım içtihat farklılıklarının mağdurların din farkına bağlı olarak oluştuğu bilinmektedir. Bu başlık altında müessir fiiller konusunda din farkından kaynaklanan içtihatlar ve bunların, cezalarda eşitlik ilkesine dair olan yansımaları incelenecektir.

Gayrimüslimlere karşı işlenen müessir fiil suçlarının karşılığında ödenecek olan mali bedeli ifade eden erş konusunda mezheplerin görüşlerine göz atıldığında Hanefilerin Müslümanla zimmi vatandaş arasında eşitlik öngördükleri, diğer mezheplerin ise din farkını dikkate alarak muhtelif oranlar belirledikleri görülür.

Vücut dokunulmazlığına karşı işlenen müessir fiill neticesinde ödenecek olan erş miktarı konusunda Hanefi mezhebi, Müslümanlarla gayrimüslim vatandaşların (zimmîler) eşit olduğu görüşünü savunur, hatta müste'menleri bile bu konuda zimmilerle aynı hükme tabi tutarlar. Öldürme ve müessir fiil suçlarında gayrimüslim kadınlar Müslüman kadınlar gibidir. Müslüman kadınların diyeti yarım olduğu için gayrimüslim kadınların da diyetleri yarım olacaktır.[1726] Bir başka deyişle kadınların diyetlerinde cinsiyete bağlı olarak meydana gelen eksilmeye ilaveten din farkı nedeniyle gayrimüslim kadınların diyetlerinde ikinci bir eksiltme yapılmayacaktır.

Mâlikî mezhebinde, sadece Müslümanlarla diğer gayrimüslimler arasında değil, diğer din mensupları içerisinde bile kendi aralarında farklı diyet oranları tespit edilmiştir. Ehl-i kitaptan olan zimmîlere ödenecek erş miktarı Müslümanın erşinin (1/2'si) yarısı kadardır. Mecûsî, mürted ve muâhed (müste'men) gibi diğer grupların erşi ise Müslümanın erşinin 1/5'inin 1/3'ü oranındadır, demişlerdir. Farklı inançlara sahip bu kişilerin kadınlarının diyetleri kendi erkeklerinin diyetlerinin yarısıdır. Şu halde ehli kitabın kadınları için tam diyetin 1/4'ü, mecûsîlerin kadınları için ise 1/5'in 1/6'sı ödenecektir.[1727] Cumhura göre 12.000 dirhem olan (Hanefîlerde 10.000) tam diyet diyet üzerinden hesap edildiğinde ehl-i kitabın kadınlarının diyeti 3.000 dirheme, Mecusilerin kadınlarının diyeti ise 400 dirheme tekabül etmektedir.

İmam Şâfiî'ye göre, Yahudi ve Hristiyanlar gibi hanımlarıyla evlenilebilen emân sahibi gayrimüslimlerin erşi Müslümanların erşinin üçte biri (1/3) kadardır. Mecusiler gibi

[1726] Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/278.
[1727] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/268; Aynî, *el-Binâye*, 13/171.

hanımlarıyla evlenilmesi yasak olan emân sahibi kişilerin diyeti ise tam diyetin 1/5'inin 1/3'ü kadardır ya da 1/10'unun 2/3'ü kadardır. Bunun nedeni de ehli kitabın Mecusilere beş sebeple üstün kabul edilmeleridir. Bu, mecusilerin diyetinin ehli kitabın diyetinden beş kat daha düşük olduğu anlamına gelmektedir.[1728] Müslüman ve hür kişinin diyeti 12.000 dirhem olduğuna göre, ehli kitabın diyeti 4.000 dirhem; mecusilerin diyeti de 800 dirhem olmaktadır.

Ahmet b. Hanbel ise, müessir bir fiille vücut dokunulmazlıkları ihlal edilen gayrimüslimlerden zimmi veya müste'men konumundaki ehl-i kitabın erş oranı, Müslümanın erş oranının yarısı (1/2) kadardır, der. Harbi olan kişinin ise kanı hederdir, kendisine diyet ödemesi yapılmaz. Mecûsîler, İslâm ülkesinde zimmi ya da müste'men statüsünde bulunuyor ise diyetleri onbeşte bir (1/15) olarak hesaplanır. Çünkü Mecûsi biri öldürülünce ailesine sekiz yüz (800) dirhem ödenir ki bu tam diyetin 1/15'ine tekabül eder. Aynı oranlama organlarda da yapılır; Müslüman ve hür bir şahsın diyetinin onbeşte biri (1/15) kadar erş ödenir. İnandığı bir kitabı[1729] olmayan ve kutsiyet atfettikleri bir şeye tapan müşriklerin eğer İslâm ülkesinden aldıkları bir zimmet ve ahitleri bulunuyorsa, öldürülmeleri halinde Mecûsîler gibi değerlendirilirler. Herhangi bir ahitleri yoksa harbi gibi kanları heder olur.[1730]

Fakihler "أن الجرح تابع للقتل: *Yaralamalar öldürmeye tabidir*" şeklinde bir alt kaide (*zâbıt*) tespit ederek öldürme suçundaki diyet oranlarını aynen müessir fiilere de tatbik etmişlerdir.[1731] Din farkına göre diyet değişmez diyenler, müessir fiillerde de eşitlik fikrini korumaya devam ederken öldürmedeki diyetin eksileceğini söyleyenler, organlarda da aynı eksilmenin meydana geleceği fikrini sürdürmüşlerdir.

Gayrimüslimlerin vücut bütünlüğüne yönelik olarak işlenen suçlar neticesinde organlarının yok edilmesi, yaralanması veya felç olması gibi durumlarda şartlar gereği diyet ödenecekse, gayrimüslimlerin tam diyetleri ölçü alınarak miktarlar tespit edilir. Hayatın dokunulmazlığına ya da öldürme suçlarında ortaya çıkan farklı görüşler burada da değer kazanmakta ve belirleyici olmaktadır.[1732]

Hanefiler, İbrahim en-Nehaî, İbn-i Şihab ez-Zührî ve Şa'bî'ye göre zimmi ve müste'menin (harbî) diyet miktarı Müslümanın diyet miktarı ile aynıdır, değişmez

---

[1728] Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, 8/456-457; Ivaz, *ed-Diye beyne'l-'Ukûbe ve't-ta'vîz*, 241. Ehl-i kitabı mecusilerden üstün kılan beş özellik şunlardır: Kitap sahibi olmaları, daha önce hak olan bir dine mensup olmaları, kestiklerinin helal olması, kadınlarıyla evlenilebilmesi ve üzerlerine cizye bağlanabilmesidir. Mecusiler bu özelliklerden sadece sonuncusuna sahiptirler.

[1729] 17. Yüzyılda yaşamış (1051/1641) Hanbelî müellif Buhûtî, "inandığı kitap olmayan" cümlesi için burada Türkleri örnek göstermiştir.

[1730] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/21; *el-Mevsûatü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 3/105.

[1731] Bâbertî, *İnâye*, 10/278); Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/21.

[1732] Fidan, *İslam'da Azınlık ve Yabancı Hakları*, 201.

demişlerdir. Hanefiler bu konuda, kısas cezasındakine benzer bir yaklaşımla Müslüman olmayı değil, İslâm ülkesinde yaşıyor olmalarına (ülke/*dâr* ve vatandaşlık esası) bağlı olarak hukuken kanlarının korunmuş (*ismet/ma'sûmu'd-dem*) olmalarını esas alarak diyet oranlarının eşitliğine hükmetmişlerdir.[1733] Bu görüşlerine gerekçe olarak "*... Öldürülen, mü'min olmakla birlikte size düşman olan bir kavimden ise mü'min bir köle azad etmek lazımdır. Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine teslim edilecek bir diyet vermek ve mü'min bir köleyi azad etmek gerekir ...*"[1734] âyetindeki diyetle ilgili ifadelerin herhangi bir üstünlük ölçütü getirmeden tüm (*hataen*) öldürme suçları için mutlak olmasını delil getirmişlerdir. Ayrıca hadislerde Rasûlüllah'ın kendi uhdesinde bulunan her antlaşmalı vatandaşın diyetini bin dinar olarak belirlemesine dair haberi[1735] delil göstermişlerdir.

Hanefilerin diyet miktarlarının eşit olmasına ilişkin diğer delilleri ise şunlardır. Amr b. Ümeyye ed-Damrî yanlışlıkla iki müste'men'i öldürmüştü, Rasûlüllah (s.a.v.) öldürülen bu iki kişinin velilerine ödenmek üzere, iki hür Müslüman'ın diyeti kadar diyet ödenmesi gerektiğine hükmetti.[1736]

İbn Şihab ez-Zührî'den rivayet edildiğine göre, Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer (r.a.) Yahudi veya Hristiyanlar İslâm ülkesinde antlaşmalı (muâhed) olarak yaşıyorlarsa bunların diyetlerinin miktar olarak hür bir Müslüman kişinin diyetiyle eşit olmasına hükmediyorlardı. Ayrıca Hz. Osman (r.a.) ve Muaviye de müşrikle Müslüman arasında kısas uygulamıyorlardı (bak ?) [1737].

Abdullah b. Mes'ûd'dan rivayet edildiğine göre o, ehl-i kitabın diyet miktarı Müslümanların diyet miktarı ile eşittir. Çünkü diyetin tam olmasının dayanağı, erkek olmak, hürriyet ve ismet (hukuken kanı korunmuş/can güvenliği olmak) gibi dünya ahkâmı konusunda maktulün hukuki statüsünün de tam ve kusursuz olmasıdır ki bu vasıfların hepsi de ehl-i kitap statüsündeki kişilerde mevcuttur. Öyleyse din farkı Müslümanla kâfir arasındaki diyet miktarını etkilemez, tarafların diyet miktarları eşit olur demiştir.

Mâlikiler, Hanbeliler ve çoğunluğa göre, zimmi veya müste'men statüsündeki ehl-i kitap şahısların diyet oranları, hür Müslüman erkeğin diyetinin yarısı kadardır. Ancak Ahmet b. Hanbel, (Yahudi, Hristiyan fark etmeksizin) zimmi bir vatandaşı kasten öldüren

[1733] Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 18/476.
[1734] en-Nisâ 4/92.
[1735] Ebû Dâvud, *el-Merâsîl*, 215 (No. 264).
[1736] Tirmizî, "Diyât", 12 (no. 1404).
[1737] Dârekutnî, *Sünen*, 4/148 (no. 3244).

Müslümanın, zimminin yakınlarına ödeyeceği diyetin bin (1000) dinar kadar ağırlaştırılacağını (diyeti-i muğalleza) söyler.[1738]

İmam Şafiî, harbi ve zimmi olan kişinin diyeti ile Müslüman'ın diyeti arasında fark olacağını söylemiştir. İmam Şâfiî ve bir rivayete göre İmam Mâlik, zimmi ve müste'men statüsündeki ehl-i kitap kişilerin diyet oranları, hür Müslüman erkeğin diyetinin üçte biri kadardır. Ona göre Yahudi ve Hristiyan'ın diyeti dört bin, Mecusi'nin diyeti sekiz yüz dirhemdir.[1739] İmam Şâfiî, burada söz konusu olan miktarları tespit eden hadisin merfû' olduğunu belirtmiş ve kendisiyle amel etmişlerdir. Ayrıca cinsiyet farkı yani kadın olmak diyet miktarına (azaltma yönünde) etki ediyorsa din farkı evleviyetle etkiler diyerek bir de akli istidlalde bulunmuştur. Çünkü küfürden kaynaklanan kusur ve değersizlik diğer tüm kusurların ötesindedir, demiştir.[1740]

İmam Mâlik, gayrimüslimlerin (Yahudi, Hristiyan ve Mecusi) vücut dokunulmazlığına karşı işlenen müessir fiillerde diyetin, Müslümanlara diyetlerine kıyas edilerek belirleneceğini ifade etmiştir. Örneğin mûdıhada Müslümanın diyetinin onda biri (1/10), me'mûme ve câifede üçte biri (1/3) erş olarak ödenir. Diğer yaralanmaların tamamında aynı ölçü baz alınarak Müslümanların diyetine göre oranlama yapılır.[1741]

b. Cinsiyet Farkına Göre Diyet

İslâm hukukunun oluşum döneminde, yukarıda zikredildiği üzere kadının hayati dokunulmazlığının (*nefs*) hataen ihlali durumunda diyetinin yarım olması gerektiğine dair alimlerin çoğunluğu arasında sağlanan görüş birliği organlar (*mâ dûne'n-nefs*) konusunda gerçekleşmemiştir. Erkeklerin diyetiyle kadınların diyetinin eşit olamayacağı fikri, yaralama ve sakatlama sonrası gereken diyet oranlarında da varlığını sürdürmüş ve bu konuda dört yaklaşım belirmiştir. Fukahadan bazıları kadının diyetinin, erkeğin diyetinin (tam diyetin) yirmide birini (1/20) bazıları da üçte birini (1/3) aşmadığı sürece erkeğin diyetine eşit olacağını söylemişlerdir. Çok az da olsa kimileri de yarıya (1/2) kadar eşit, 1/2'yi aşan kısımda ise kadının diyetinin yarım olacağını söylemişlerdir. Hanefi ve Şafiîlerin de yer aldığı çoğunluk fukaha ise mutlak yarım fikrini savunmuşlardır. Dolayısıyla, bir baraj ve limit konmaksızın kadının diyeti tüm müessir fiil olaylarında yarımdır.

[1738] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/416; Kişnâvî, *Eshelü'l-medârik*, 3/132; Demîrî, *eş-Şâmil fi fikhi'l-İmâm Mâlik*, 2/899; Haşimi, *Kitâbü'l-irşâd ila sebili'r-reşâd*, 448..
[1739] Ebû Dâvud, "Diyât, 18.
[1740] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/310-311.
[1741] Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 29.

Klasik fıkıh literatüründe yer alan söz konusu görüşlerin dördünde de, vücut bütünlüğüne karşı işlenen bir suç için öngörülen erş miktarı açısından kadınlarla erkekler arasında eşitlik olmadığı görülür.

b.1.Müessir Fiillerin Diyetinde Eşitsizlik Görüşü

b.1.1. Kadının Diyetinin Erkeğin Diyetinin Yarısı Olacağı Görüşü

Fukahanın önemli bir kesimini temsil eden müçtehitler tarafından dile getirilen mutlak yarım yaklaşıma göre, öldürme suçunda öngörülen yarım diyet kuralı, yaralamala ve sakatlamalarda da varlığını korumaya aynen devam eder.[1742] Bu görüş sahipleri, 1/2, 1/20 ya da 1/3'e kadar eşit olup sonrasında diyetin tekrar yarıya düşeceğini bildiren rivayetlerin, mevcut kuralın bozulmasını gerektirecek düzeyde sağlam olmadıklarından ötürü kendileriyle amel edilemeyeceğini iddia etmişlerdir.[1743]

Hz. Ali, İbn Mes'ûd (iki rivayetten zayıf olan rivayete göre), Süfyan-ı Sevrî, İbn Ebî Leylâ, İbn Şübrüme, Leys, İmam Ebû Hanîfe ve İmam Şâfiî kadının erkeğe göre "*nefs/hayat dokunulmazlığı*" konusunda yarım diyet alması kuralını vücut dokunulmazlığını (*etrâf/mâ dûne'n-nefs*) ihlal eden yaralamalarda da aynen geçerli kabul etmişlerdir. Bu bakımdan, organlara karşı işlenmiş suçlarda kadının erkeğe göre yarım diyet alacağı görüşünü savunurlar.[1744] Vücut bütünlüğüne yönelik hususlarda kadının diyetine dair görüşleri serd eden İbn Münzir de kendisinin yarım diyet fikrini benimsediğini belirtmiştir.[1745]

Hanefilerin, organları mal hükmünde ele almaları, kısasta olduğu gibi burada da etkisini göstermiştir. Organların canı koruyan (*vikâye*) mal gibi değerlendirilmesi erkekle kadının organlarının kıymetlerinin farklı olması sonucunu doğurmuştur; haliyle bu bakış açısı, müessir fiil neticesinde kadın ve erkek için takdir edilecek olan diyet miktarının farklı olmasını gerektirmiştir. Gerek can gerek organlar konusunda kadının diyetinin yarım olması konusuna etki eden faktörler arasında kadının "kadınlık/ünûset" vasfı da gösterilmiştir.[1746]

[1742] Aynî, *el-Binâye*, 13/170; Bâberti, *el-'İnâye*, 10/277; Kâsânî, *Bedâi'*, 10/431; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerî'ati'l-islâmiyye*, 140-144.
[1743] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/196, 208; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 73; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.
[1744] Şâfiî, *el-Ümm*, 7/187, 329; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, 8/65-66; Aynî, *el-Binâye*, 13/170; Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/277; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/83; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/669; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 142; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476; Paçacı, "Diyet Bir Cezâ Mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından Diyet)", *Mütefekkir*, 93. Yaralanmalarda kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olacağı hakkında rivayetler için Bk: Beyhakî, *es-Süneü'l-kübrâ*, "Diyât", (no. 16308, 16309), 8/167.
[1745] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/396.
[1746] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 141-142, 144.

Kâsânî, kadının hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik tecavüz durumlarında diyetin yarıya inmesindeki esas faktörün kadınlık (*ünûset*) faktörü olduğunu söyler.[1747]

Vücut organları söz konusu olduğunda Hanefiler erkeklerle kadınlar arasında kısas yapılamayacağını söylemişlerdi. Bu hükmün arka planında Hanefilerin diyet yaklaşımının yattığı görülür. Çünkü vücut azaları konusunda erkekle kadın arasında kısas olamayacağı hükmünü iki cins arasındaki diyet oranlarının eşitsizliğine bağlamışlardır. Kadına ödenecek erş, erkeğin erş miktarının yarısı kadardır. Bu bağlamda Hanefiler, aralarında eşitsizlikten ötürü, biri sağlıklı diğeri sakat (eşell: felçli, fonksiyonunu yitirmiş) iki organın karşılıklı kısas edilemeyeceği örneğinde olduğu gibi kadınla erkek arasında da organlar/*etrâf* konusunda kısas uygulanmayacağına kail olmuşlardır. Bu hükme gerekçe olarak da, sağlıklı organla felçli organ arasındaki erş miktarlarının eşitsizliğini göstermişlerdir. Kıymet (erş miktarı) bakımından kadınla erkeğin organlarının eşit olmaması, organlar konusunda erkeklerle kadınlar arasında kısas olmamasını gerektirir. Çünkü kısas, diyeti eşit organlar arasında geçerli bir hükümdür.[1748]

Daha önce zikredildiği üzere İmam Şâfiî erş oranlarındaki eşitsizlik kısasa etki etmez diyerek Hanefîlerin aksine, kadınlarla erkeklerin organlar/*etrâf* konusunda eşit olduğunu, dolayısıyla müessir fiillerde de kadınla erkeğin karşılıklı kısas yapılabileceğini söylemiştir.[1749]

Gerek Ebû Hanîfe gerek Şâfiî her iki imam, kadının erkeğe göre yarım diyet almasının genel bir kural olduğu noktasından hareket ederek, kadının diyetiyle erkeğin diyetinin üçte bire kadar ya da yirmide bire kadar eşit olabileceğine reddetmişler, bir ilke olarak herhangi bir limit aranmaksızın erkeğe nispetle kadının diyetinin yarım olması gerektiği kuralını kabul etmişlerdir. Bu kuralı destekleyen diğer naslarla tearuz halinde olmaları sebebiyle üçte bir veya yirmide bire kadar eşit, sonrasında yarı diyet olması gerektiği sonucuna götüren diğer rivayetlerle amel edilemeyeceğini söylemişlerdir.[1750]

İmam Şâfiî, kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı olmasına bakarak, baş ve yüz bölgesinde meydana glen bir yaralanma türü olan "*mûdıha*" da dahil olmak üzere, müessir fiil sonucu vücutta meydana gelen büyük ve küçük tüm hasarlarda kadının diyeti (erş) erkeğe nispetle yarımdır görüşündedir.[1751]

[1747] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449.
[1748] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 141.
[1749] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426-427.
[1750] Dağcı, *Müessir Fiiller*, 178-179; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.
[1751] Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 134, 141; Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûniyyü*, 276.

Zeyd b. Sâbit (1/3'e kadar eşit, 1/3'ü aşınca yarıya düşmesi) ve Hz. Ali'den gelen rivayetleri (her durumda yarı diyet) değerlendiren İmam Şâfiî, yaptığı sıhhat analizine göre Hz. Ali rivayetini tercih etmiştir. Bu rivayet, diğer rivayetlerle de daha uyumlu ve kıyasa daha yakındır. Said b. Müseyyeb'in: "*Sünnet böyledir*" sözüyle Medinelilerin amelini kast ettiğini fark etmesi de bu tercihindeki diğer bir nedendir.[1752] Hatta imam Şâfiî: "*Önceleri Mâlik'ten bunun (organların diyetinin üçte bire kadar eşit, bunu aşınca yarıya düşmesi) sünnet olduğunu söylüyor ben de ona tabi oluyordum. Fakat içimde hep bir şüphe vardı. Sonra anladım ki Mâlik "sünnet" derken Medinelilerin amelini kast ediyormuş! Ben de bu görüşten rucü' ettim*" demiştir.[1753] Kıyasa göre, kadının erşi/diyeti üçte bire kadar erkekle eşit, sonrasında yarımdır demek yerine her halükarda kadının erşi erkeğin erşinin yarısıdır denmesi icap eder. Çünkü parmakların diyeti örneğinde olduğu gibi, üç parmak için otuz deve ama dört parmak için yirmi deve diyet ödenmasi aklen izah etmesi güç bir meseledir. Mağdurun uğradığı eziyet ve yaşadığı kayıp arttıkça diyetinin azalması düşünülemez.

İmam Şâfiî, Hz. Ömer'le Hz. Ali'nin üzerinde ittifak sağladıkları bu görüş varken başka görüş aramaya gerek yok diyerek mesele hakkındaki tercihini ortaya koyar. Bir taraftan da parmakların diyeti örneğinde olduğu gibi erş/diyet miktarlarında suç ağırlaştıkça cezanın hafiflemesine işaret ederek, Zeyd b. Sâbit'ten gelen rivayetle amel eden Medine ehlinin düştüğü durumu tenkit eder.[1754]

Fukahanın çoğunluğu, diyet ve erşi cezadan ziyade ölenin desteğinden yoksun kalma anlamında bir maddi tazminat olarak telakki ettiğinden kadının erşinin erkeğin erşine nispetle yarım olacağını ileri sürmüşlerdir.[1755] Kadın için ödenecek diyetin erkeğe göre yarım olacağını söylemiş olmakla çoğunluk hukukçular, tazminata konu olması açısından kadının hayatını veya telef edilen organlarını erkeklerden farklı görmüş, kadının kaybıyla uğranılan zararın daha az olacağını düşünmüş olmaktadırlar.

Gerek hayata/nefs'e yönelik tecavüz gerekse de vücut bütünlüğüne yönelik tecavüzlerde, kadının diyetinin yarım olacağını söyleyen alimler, bu konuda Muaz b. Cebel'den gelen rivayeti, üçte bire kadar eşitlik sonrasında yarımdır hükmüne kaynaklık teşkil

---

[1752] Şâfiî, *el-Ümm*, 7/329; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/168, (no. 16132); Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 143-144.
[1753] İbn Hacer, *Telhîsu'l-habîr*, 4/25; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/81.
[1754] Şâfiî, *el-Ümm*, 7/329; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 143-144.
[1755] Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 140, 143; Şafak, "Erş", *DİA*, 11/308. Fukahanın çoğunluğu, diyet ve erşi cezadan çok maddî tazminat olarak telakki ettiğinden kadının erşinin erkeğin erşine nisbetle yarım olacağını ileri sürmüşlerdir. Diyetin maddi tazminat boyutu ağır bassa da diyet hem ceza hem de bedeni zararın malen telafisidir. Mağdur veya yakınlarına ödenen mali bedele bakılırsa tazminattır, işlenen bir suç karşılığında bizzat şari' tarafından belirlenmiş olmasına bakılırsa cezadır. Bk: Behnesî, *el-Hudûd fi'l-İslâm*, 21; Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûnîyyü fi'l-kânûni'l-medenîyyi'l-Mısriyyi ve'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 244-247.

eden Amr b. Şuayb rivayetine tercih ederler. Zira Muaz rivayeti, nefs ve mâdûne'n-nefsi kapsaması hasebiyle manaen daha umumi olup Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin uygulamalarıyla da desteklenmektedir. İşlenen suçun ağırlığına paralel olarak meydana gelen zarar arttıkça ödenecek tazminatın/diyetin artması gerekirken azalmasında bir garabet olacağı için mutlak yarım olması akla daha yatkındır.[1756] Hz. Ömer ve Hz. Ali, kadına karşı öldürme suçu işlenmesi halinde diyetinin erkeğe göre yarım olduğu gibi, az olsun çok olsun kadının vücut dokunulmazlığına zarar verildiğinde de erş miktarının, erkeğe takdir edilenin yarısı kadar olacağını söylemişlerdir.[1757]

b.1.2. Kadının Diyetinin Erkeğin Diyetiyle Üçte Bire Kadar Eşit, Üçte Biri Geçmesi Halinde Yarım Olacağı Görüşü

Zeyd b. Sabit, İbn Abbas, Ömer b. Abdülaziz, Said b. Müseyyeb, Leys b. Sa'd, Urve b. Zübeyr, Mekhûl ve İmam Mâlik dâhil diğer Medineli hukukçular, konu hakkındaki bir hadise[1758] istinaden, tam diyetin üçte birine ulaşmadığı sürece kadın ve erkeğin erşinin eşit olduğu, üçte biri aşan miktarlarda ise kadının erşinin erkeğin erşinin yarısı kadar olacağı görüşündedirler.[1759] Said b. Müseyyeb'in kavliyle desteklenen bu görüş, Medine'de hep uygulanagelmiş ve Medine ameline dönüşmüştür. Kadının diyeti, hafif olarak nitelendirilen yaralanmalarda erkeklerle eşittir, büyük çaplı ve ağır yaralanmalarda ise erkeğin diyetinin yarısıdır. Bu kural kadının şahitlik ve mirastaki durumuyla paralellik arz eder.[1760] Bu kurala göre kadının diyetiyle erkeğin diyetinin eşit olması, kadının ufak çaplı yaralanma ve sakatlanmaları ile sınırlıdır ki, tam diyetin 1/3'ünden daha fazla erş gerektirmeyen yaralanmalar hafif yara kabul edilmiştir. Kadının vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleşen daha ciddi vakıalar ve büyük çaplı yaralamalarda eşitlik bozulacak ve diyet erkeğin diyetinin yarısı olacaktır.

[1756] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/83; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 78-79.
[1757] İbn Hacer, *Telhîsu'l-habîr*, 4/34.
[1758] İmam Mâlik'in istidlal ettiği bu hadis için Bk: İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/299-303 (No. 28069-28070, 28072, 28074-28076); Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Kasâme" 37 (No. 7008), 4/235. Bu konuda farklı lafızla gelen diğer bir hadis için Bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Diyât", (no. 16310, 16313), 8/167-169.
[1759] İbn Abdilber, el-*İstizkâr*, 8/65-67; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/208; Bâcî, *el-Müntekâ*, 7/78; Şâfiî, *el-Ümm*, 7/329; Mâverdî, *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfi'î*, 12/290; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449; Bâbertî, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, 10/277; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/669; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 142-143; Paçacı, "Diyet Bir Cezâ Mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından Diyet)", *Mütefekkir*, 93. *el-Ümm*'de verilen bilgilere göre Ebû Hanîfe, hem Zeyd b. Sabit'ten gelen rivayeti (kadının erşi üçte bire kadar erkekle eşittir, üçte birden sonraki oranda erkeğe göre yarımdır) hem de Hz. Ali'den gelen rivayeti (öldürme suçundaki diyette de müessir fiillerdeki erşte de kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır) öğrencilerine aktarmış ve Hz. Ali'nin rivayetinin kendisine daha uygun (sevimli) geldiğini söyleyerek onu tercih etmiştir. Bk. Şâfiî , *el-Ümm*, 7/329.
[1760] Kanâziî, *Tefsîru'l-Muvatta'*, 2/681. Ahmed b. Hanbel de bu görüştedir. Bk. Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/669.

Bir dönem İmam Şafiî'nin de bu konuda imam Mâlik ile aynı görüşte olduğu ancak daha sonra bu görüşünden mutlak yarım görüşüne döndüğü anlaşılıyor. İmam Şâfiî'nin yaralamalarda kadının diyetinin üçte bire kadar eşit, sonrasında yarım olması fikrini sürdürdüğüne dair haberler doğru değildir.[1761]

İmam Şâfiî, imam Mâlik'in bu görüşü hakkında: "*Mâlik, bu konu hakkında "Sünnet böyledir" diyor, ben de ona tabi oluyordum. Ama benim içimde bir şey (şüphe) vardı. Sonra öğrendim ki Mâlik, 'sünnet' derken meğer 'Medinelilerin sünnetini/amelini' kast ediyormuş. Ben de bu görüşten rücu ettim*" demiştir.[1762] İmam Şafiî'nin bu ifadelerinden onun, diyetin üçte biri aşan kısımda kadının diyetinin yarıya düşeceğine dair bu görüşten, kadının diyetinin herhalükarda yarım olacağı (mutlak yarım) görüşüne dönmesinin arkaplanında böyle bir usûl/anlayış meselesi yattığı anlaşılmaktadır. İmam Şâfiî'nin, genel manadaki sünnet ile Medine ameli veya bir sahabenin (bu olayda Zeyd b. Sabit) yorumu anlamında kullanılan özel manadaki sünneti farklı değerlendirmesi Mâlik'in görüşünden rücu etmesine sebep olmuştur.

1/3'e kadar eşit, 1/3'ü aşan kısımda diyetin yarıya düşeceği görüşünü dillendiren Mâlikilerin bu hususta delilleri arasında şunlar zikredilir.

Zeyd b. Sâbit'in kavline göre, üçte bir (1/3)'e kadar olan kısımda erkekle kadının diyetinin eşit, üçte biri aşan durumlarda kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısına iner. İbn Şihâb ez-Zührî, Urve b. Zübeyr ve Saîd b. Müseyyeb gibi tâbiîn döneminin önemli temsilcilerinden şu haber nakledilmiştir: "*Kadın üçte bir (1/3)'e kadar diyette erkeğe eşittir, üçte biri geçtiği zaman kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısına düşer*."[1763] Mâlikiler açısından bu hadisin nassı te'vile kapalıdır, te'vile muhtemil değildir, dolayısıyla hükme delaleti de kesindir.[1764] Bu rivayet, genelde Saîd b. Müseyyeb, Ömer b. Abdülazîz, Atâ ve Katâde gibi tâbiînin büyüklerinden Hz. Peygamber'e isnat edilmeksizin maktu' olarak gelmiştir.[1765] Ancak hadisin aynı kaynaklarda merfû' olarak nakledildiği de görülür.[1766]

[1761] Aynî, *Binâye*, 13/170.
[1762] Râfiî, *el-Azîz şerhu'l-Vecîz*, 10/328-329; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/81; San'ânî, *et-Tahbîr li-îzâhı meâni't-teysîr*, 4/324.
[1763] Mâlik, *Muvatta'*, "Ukûl", 6; Abdürezzâk, *Musannef*, (No. 17754, 17758), 9/395-396; İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, (No. 27500), 5/412. Şâfiî'nin *el-Ümm*'ünde ise, sahabeden Zeyd b. Sâbit'e isnad edilmiştir. Ancak Hanefî kaynaklarından Bâbertî'de aynı rivayet Hz. Peygamber'e isnat edilmiştir. Bk. Bâbertî, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, 10/277.
[1764] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449.
[1765] Mâlik, *Muvatta'*, "Ukûl", 6; Abdürezzâk, *Musannef*, 9/395-396, (no. 17754, 17758); İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, 5/412, (no. 27500). Hadisteki "*tüâkılü*" kelimesi için Mâlik'in el-Muvatta'ı ve Mâverdî'de "*tüsâvî*" yani eşittir şeklinde dipnot bulunmaktadır.
[1766] Abdürezzâk, *Musannef*, 9/396, (no. 17756).

Diğer bir delil ise, Said b. Müseyyeb ile Rabîatü'r-re'y arasında parmakların diyetine dair yaşanan diyalokta yer alan bilgilerdir. Daha önce tamamını zikrettiğimiz bu rivayette, müessir fiile maruz kalan üç parmak için otuz deve öngörülmüşken dört parmak için kırk değil yirmi deve öngörülmüş olması, gerçekten de aklen izah edilmesi zor bir mesele olarak zihinleri meşgul etmektedir. Dört parmak normalde kırk deve gerektirecekti, ancak diyetin 1/3'ünden (33 deve) sonra erş yarıya düşeceği için dört parmağa (erkeğin iki parmağının diyetine eşit olmak üzere) yirmi deve ödenmesi öngörülmüştür.

Suçun ağırlaşmasıyla diyetin azalması arasındaki bu ters orantıya bakarak diyetin böylesine değişken bir durum arz etmesi Medine ekolünce illeti kavranamayan (*gayri muallel/gayri ma'kul*) bir durum olarak anlaşılmıştır.[1767] Nitekim parmakların diyeti hakkında Saîd b. Müseyyeb ile Rabîatü'r-re'y arasında gerçekleşen diyalokta, Saîd b. Müseyyeb'in: "*Sünnet böyle! Yeğenim.*" demesi de meselenin Mâlikiler açısından taabbudi olduğuna işaret olarak yorumlanmıştır.[1768]

Kâsânî, kadının diyetinin üçte bire kadar erkekle eşit olup üçte biri aşan kısımda erkeğin diyetinin yarısına inmesi hakkında bu yaklaşım, suç ağırlaştıkça cezasının yani erşin/diyetin azalması neticesine götüreceğini, bu nedenle pek de makul olmadığı değerlendirmesinde bulunur. Nitekim Kâsânî'ye göre mezkûr diyalokta, Rabîatü'r-re'y de aynı noktaya dikkat çekmiştir. Saîd b. Müseyyeb'in Rabîa'ya itiraz etmemesi ve konuyu "*işte sünnet böyle!*" diyerek sünnete havale etmesi de buna işaret etmektedir.[1769] Ancak burada Saîd b. Müseyyeb'in bu tür naslara sorgulamaksızın teslim olunması gerektiği mesajı net olmakla beraber meseleyi kendisinin de makul bulmadığı için tartışmayı uzatmadığı çıkarımı kesin değildir.

Hanefî fukahanın eleştirileri Kâsânî ile sınırlı değildir. İbn Nüceym, böyle bir sonucun şâri'e nispetinin muhal olacağını söyler. Çünkü şâri'in telef edilen üçüncü ve dördüncü parmaklar için hiçbir ceza öngörmemesi hatta dördüncü parmağın cezasız bırakılmakla kalmayıp üçüncü parmağın cezasını da iskat etmesi şeriatın maksatlarına (*hikmet*) aykırıdır.[1770] Söz konusu diyalokta geçen "sünnet" terimi ile Hz. Peygamber'in sünneti değil Zeyd b. Sâbit'in amelinin kasdedildiği ve bu hükmün aklen muhal olduğu gibi yorumlar da yapılmıştır.[1771] Bazı Hanefî kaynaklarda suçlunun üç parmak yerine dört parmak kesmeye

[1767] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 140-143; Şafak, "Erş", *DİA*, 11/308.
[1768] Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 141-142.
[1769] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449-450.
[1770] İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 8/375.
[1771] Bâbertî, *el-'İnâye*, 10/277-278.

yönelmesi şeklinde bunun bir hile kapısı bile olabileceği üzerinde durulduğu da görülür. (Câsim, 394; dpnt.3.). Ancak bu her olay için tutarlı olmayabilir, çünkü diyet çoğu zaman hataen işlenen suçlarla ilgilidir.

Üç parmak için otuz, dört parmak için yirmi deve ödenmesi görüşünün arkasında duran 'Useymîn, bu içtihadın insanları hileye sevk etmesinin önü kapalıdır, der. Çünkü bu durum tamamen hataen yaralama için geçerli bir durumdur. Mağdurun üç parmağını hataen kesen bir kişi mademki üç parmak için otuz, dört parmak için kırk deve ödeyecektir, o halde dördüncü parmağı da kesiyim ve diyet azalsın diye düşünemez. Şayet öyle yapmışsa dördüncü parmak hakkında suçun kasten işlendiği ortaya çıkar ki bu parmak için kısas, hataen kesilen diğer üç parmak için ise otuz deve diyet ödenmesi gerekli olur.[1772]

İbn Kayyım, gurrede olduğu gibi diyet miktarı az olunca erkek ve kadın eşit olur. Yaralanma ve sakatlanmalarda kadının alacağı diyet, üçte bir (1/3) diyetin altında kaldığı sürece erkekle eşittir, bu nedenle de gurre mesabesindedir, der. Nasıl ki gurrede erkek ve kız cenin arasında bir fark gözetilmemişse kadınla erkek arasında da diyet üçte biri geçmediği sürece fark gözetilmez. Kadının diyeti ölüm halinde (*nefs*) yarım iken organlarına (*mâ dûne'n-nefs*) gelince üçte bire kadar olan kısımda eşitlenip sonrasında yarıya düşmesi ise, böyle olmasını gerektiren sünnet sebebiyledir. Nitekim Saîd b. Müseyyeb'in iddiasına göre; Ebû Hanîfe, Şafiî, Leys ve Sevrî gibi alimler, kıyasa istinaden, her durumda (1/3'ün altında da üstünde de olsa) kadının diyeti yarımdır demekle sünnete muhalefet etmiş olmuşlardır. Kendileri ise bu konuda kıyası terk edip sünnete dayanmakla daha evla olanı yapmışlardır.[1773]

Zerkâ, kadının diyetinin üçte bire kadar eşit olup üçte biri aşan kısımda diyetin tamamen yarım olmasında bir garabet bulunduğunu söyler. Aklına yatmayan bu mesele hakkında düşünüp araştırdıkça vardığı sonucun Şevkânî'nin ulaştığı çözümle aynı olduğunu belirtir. Şevkânî ve Zerkâ'ya göre problem, diyetin üçte biri aşan kısmının yarıya inmesi ile ilgilidir. Mâlikilerin temsil ettiği geleneksel anlayışa göre üçte birden sonraki kısımda kadının diyeti tamamen yarıya düşer. Konuyla iligili rivayet gereğince yarıya inmesi (*tansîf*), üçte birlik miktarın altında kalan kısmı da kapsamakta ve buna göre hesap yapılmaktadır. Sözkonusu içtihada mesnet teşkil eden hadisin bu şekilde anlaşılması halinde kadının üç parmağının diyeti otuz, dört parmağının diyeti yarıya inerek yirmi deve olur. Şevkânî ve Zerkâ, bu hadisten hareketle üçte biri aşan kısımda gerçekleşecek olan yarıya düşme (*tansîf*) olayının, üçte birden öncesini de değil sadece sonrasını kasdettiğini düşünmüşlerdir.

[1772] Useymîn, *Fethu zi'l-celâli ve'l-ikrâm bi-şerhi Bülûğı'l-merâm*, 5/277-278.
[1773] İbn Kayyım, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, 2/169.

Dolayısıyla yarıya düşmenin, söz konusu limitin (1/3 barajı) altına da üstüne de teşmil edilmesi isabetli değildir. Şu durumda aynı örnek üzerinden gidilirse diyet miktarı; kadının üç parmağı yine otuz deve, ancak dört parmağının diyeti otuzbeş deve olmalıdır. Yaptıkları bu saptama için, hadisin bu şekilde yorumlanmasının daha isabetli olacağını söylemişlerdir.[1774]

Kadınla erkek arasındaki diyet farkını nispeten azaltan bu yaklaşım hakkında şunu belirtmekte fayda olmalıdır: Şevkânî ve Zerkâ'nın savunduğu bu görüş nihayeti itibarıyla kadının diyetinin erkeğin diyetinin üçte biri geçen kısmında yarıya düşeceği fikrini muhafaza etmektedir. Aynı görüşü savunan diğer alimlerle aradaki en önemli fark, yarıya düşme hesabının kapsam alanı ile ya da nereden itibaren geçerli olacağı ile ilgilidir. Önceki alimler diyetin tamamında yarıya ineceğini böylece dört parmağın diyetinin yirmi deve olacağını söylerken Şevkânî ve Zerkâ, üçüncü parmaktan (1/3'ten) sonraki kısımda yarıya ineceğini böylece dört parmağın diyetinin otuzbeş deve olacağını söylemişlerdir.[1775]

Saîd b. Müseyyeb'in Rabîa'nın itiraz mahiyetindeki sorularına karşı sergilediği yaklaşımda örneğini bulan dört parmağın diyetinin tamamen ikiye bölünerek yirmi deve olması şeklinde anlaşılması hakkında, yorumun sünnet zırhına büründürülerek kesin hükümmüş gibi kabul edilmesi, böylece hukuka canlılık katan re'yin mahkum edilmesine sebebiyet verilmesi, ta'lil edilebilme özelliğine sahip bazı hükümlere taabbudîlik özelliği yüklenerek diğer fakihlerin konu üzerinde düşünmekten alıkonulması gibi eleştirel değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Sözkonusu rivayetin bu şekilde -müspet re'yin de engellenmesine sebep olacak şekilde- anlaşılmasını eleştiren Köse de, kadının organlarının diyetinin hesap edilmesinde Zerkâ'nın ulaştığı sonuç ve önerdiği yöntemi doğru bulmaktadır.[1776]

[1774] Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/82-83; Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 80-82.

[1775] Zerkâ'nın verdiği diğer bir örnek, kadının dokuz parmağının kesilmesi halinde diyetin ne kadar olacağı? hakkındadır. Ona göre bu durumda kadına ilk üç parmağı karşılığında otuz deve diyet ödenmelidir. Sonraki altı parmak için de ayrıca otuz deve gerekir. Bu durumda dokuz parmağı için kadına ödenecek olan diyet miktarı altmış deve olur. Ancak kadının toplam diyeti elli deve (tam diyetin yarısı) olduğu için ve parmakların diyeti kadının tam diyetini geçemeyeceğinden dolayı bu sınırda durmak gerekir. Böylece kadının altı parmağına elli deve ödenmelidir demişlerdir. Bk. Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, 82-83.
Bu fetva, şekli itibarıyla Hanefilerin kölenin diyeti hakkındaki içtihatlarını çağrıştırmaktadır. Hanefilere göre kölenin diyeti kendi değeri kadardır. Ancak kölenin değeri, tam diyet miktarını aşarsa tam diyet miktarından, sembolik olarak, on dirhem kesilir ve kalan kısım kölenin sahibine ödenir. Bu lesinti, kölenin hürden daha değerli olamayacağını ihsas ettirmek içindir.

[1776] Köse, "İslam Hukuk Düşüncesinin Bazı Problemleri", *İslâmiyat*, 56-58.

b.1.3. Kadının Diyetinin Erkeğin Diyetiyle Yirmide Bire Kadar Eşit, Sonrasında Yarım Olacağı Görüşü

Müessir fiillerde kadının erş oranıyla ilgili bir diğer görüş, Abdullah b. Mes'ûd (iki rivayetten meşhur olana göre), Hz. Osman, Kadı Şurayh, Hişâm b. Hübeyra ve bunlar dışında sahabe ve tabiînden bir grup âlime nisbet edilmiştir. İsimleri zikredilen bu müçtehitlere göre yaralanmalarda, tam diyetin yirmide birini aşmadığı sürece kadın ile erkeğe eşit bedel ödenecektir. Bu oran (1/20), beş deveye tekabül etmektedir ki beş deveyi aşan diyet oranlarında kadının diyeti yarıya indirilir.[1777] Yirmide birlik diyete kadar erkek ve kadının diyetinin eşit olması, kadının mûdıhaya kadar olan erş oranının erkeklerle eşit olduğu anlamını taşır. Mûdıhadan daha ileri hasar ve büyük yaralanmalarda ise kadının erşi, erkeğin erşinin yarısına düşer. Mûdıha türü yaralanmalarda ve tek diş için ödenecek diyet miktarı tam diyetin yirmide birine tekabül eden 5 devedir. Dolayısıyla bu kısımda erkeğin kadından daha fazla diyet alması söz konusu olmaz.[1778]

Abdullah b. Mes'ûd başta olmak üzere bu görüşü kabul eden diğer sahabe ve tâbiûn alimleri, Hz. Peygamber (s.a.v.)'in "*ğurre*" ile ilgili olarak kız ve erkek arasında cinsiyete göre bir ayrım yapmamasını esas alarak bununla ihticâc etmişler ve tam diyetin yirmide birini aşmayan erş miktarlarında erkek ve kadın eşittir hükmüne ulaşmışlardır. Bu konuda ihticâc edilen hadiste ğurre oranı normal diyetin onda birinin yarısı yani yirmide bir olarak tespit edilmiştir.[1779]

b.1.4. Kadının Diyeti Yarıya Kadar Eşit, Sonrasında Erkeğin Diyetinin Yarısı Görüşü

İbn Münzir, beden bütünlüğüne yönelik zararlarda kadının diyetine dair görüşleri derlerken yukarıdaki sistemler yanında bir de kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısını geçmediği sürece erkekle eşit, yarısını geçtikten sonra farklılaşacağı şeklindeki görüş bulunduğunu belirttikten sonra bunu Hasen el-Basrî'ye nispet etmiştir.[1780] Hasan el-Basrî'den gelen bir rivayete göre, yarıyı aştıktan sonraki kısımda, erkeğin diyetinin yarısı olacağına dair bilgi mevcuttur.[1781] Ancak Hasan el-Basrî'nin bunu kendi görüşü olarak mı yoksa selefte böyle bir görüş olduğunu bildirmek üzere mi söylediği tam anlaşılamamaktadır.

[1777] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/299-302 (No. 28066-28069, 28077); İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/208; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/83; Behnesî, *ed-Diyetü fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 140; Şafak, "Erş", *DİA*, 11/308.
[1778] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449; İbn Hacer, *Telhîsu'l-habîr*, 4/34; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 134, 144; Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûnî*, 276.
[1779] Buhâri, "Diyât" 25 (No. 6905, 6907), "Tıb" 44 (No. 5758); Müslim, "Diyât, 34, 35 (No. 1681); Ahmed, *el-Müsned*, 3/445 (No. 3439); Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/449; Behnesî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, 140.
[1780] İbnü'l-Münzir, *el-İşrâf 'alâ mezâhibi'l-ulemâ*, 7/396.)
[1781] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/301 (No. 28071).

b.2. Müessir Fiillerin Diyetinde Eşitlik Görüşü

Öldürme suçunda olduğu gibi müessir fiillerde de her iki cinsiyetin diyetinin eşit olması gerektiğini savunanlar olmuştur.[1782] Diyet miktarlarını incelediği çalışmasında 'İvaz Halîl, konuyla ilgili nasların umumundan hareketle, gerek hayat (*nefs*) gerek organların (*mâ dûne'n-nefs*) diyetlerinde kadınla erkeğin eşit olması gerektiği kanaatine ulaşmıştır.[1783] Sayâsına, sebebi nüzulünden hareketle el-Mâide 5/45 âyetinin can (*nefs*) ve organlar (*mâ dûne'n-nefs*) konusunda eşitlik ilkesine delalet ettiği çıkarımında bulunmuştur; mağdurun kadın veya erkek olmasının bir farkı yoktur, ikisi de eşittir.[1784]

Kamu yararının ve şeriatın genel amaçlarının bir gereği olarak baş bölgesindeki (*şecce*) ve vücudun sair yerlerindeki (*cirâh*) yaralar dolayısıyla kadınla erkek arasında diyet farkının olmaması gerekir. Kadın ve erkek insaniyet bakımından aynıdırlar, organlarının fonksiyonları da eşittir. Erkek ve kadın görme, işitme, koklama, tatma ve hissetme gibi duyu işlevlerinden ve diğer organlarından aynı şekilde yararlanırlar. Öte yandan kadının diyetinin erkeğe eşit sayılması asrımızda yaşanan gelişmelerle de uyumlu bir görüştür. Diyette eşitlik fikri aynı zamanda kadınları hafife alan, onların onur ve şereflerini ihlal eden kadın karşıtı söylemlere karşı kadının toplumsal konum ve itibarını himaye edecek bir görüştür.[1785] Allah yolunda nöbet ve Allah için gözyaşı dökmek gibi amelleri sebebiyle erkeklerin gözüne ateş değmeyecektir, kadının gözü ise şeytanın oklarından bir oktur diyerek, örneğin, kadının gözünün kaybını erkeğin gözünün kaybından daha hafif bir zarar olarak görmek anlamlı değildir.[1786]

Kadının göğüs, meme ve ferç gibi kimi organları için tam diyet gerektiğine hükmedilmiştir. Ancak kadının göğsünün diyetinin tam olması, göğsün yok edilmesi, çocuğun süt emmesine mani olduğu için; fercinin diyetinin tam olması ise erkeğin cinsel yararlanmasına mani olduğu içindir, denilmiştir. Görüldüğü üzere diyetin tam sayılmasında bizzat kadının değil başkasının yararı gözetilmiştir!. Erkeğin göğsünün veya memelerinin yok edilmesi halinde ise diyet gerekir denilmiş olmakla birlikte çoğunluğa göre hükûmet-i adl gerekir.[1787]

[1782] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 506; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, 9/476.
[1783] İvaz Halîl, "İhtilâfu'l-fukahâ havle mekâdîri'd-diye" *Mecelletü'ş-şerî'a ve'l-kânûn*, 98-99, 106
[1784] Ebû Şelâl, *Diyetü'l-mer'eti'l-müslime*, 76-77; Attâr, *Diyetü'l-mer'e*, 185-186.
[1785] Câsim, *el-'Ukûbâtü'mâliyye*, 386, 400-401.
[1786] Câsim, *el-'Ukûbâtü'mâliyye*, 396-397;
[1787] Câsim, *el-'Ukûbâtü'mâliyye*, 397-398, 400, 403.

Şa'bî kanalıyla Hz. Ali'den gelen bir rivayete göre kadınlar ve erkekler, tüm yaralanmalarda eşittirler.[1788] Ancak bu rivayetin diyet bakımından da eşitliği kapsadığı net değildir. Rivayetin bağlamının kısas ilgili olduğu göz önüne alındığında bu ihtimal dikkate alınmalıdır.

c. Hürriyet Farkına Göre Diyet

Mutlak kıymet. Köleye karşı işlenen müessir fiilerde tıpkı öldürme suçunda olduğu gibi kölenin değeri üzerinden bir diyet belirlemesi yapılır. Hürün herhangi bir organının erşi, 1/2, 1/4 veya 1/10 şeklinde tam (*nefs*) diyetin ne kadarına tekabül ediyorsa benzer oranlama kölenin değeri üzerinde de yapılarak erş ödemesi yapılır. Bu yapılırken sembolik de olsa bir eksiltme yapılmaz, kıymeti tam olarak (*bâliğan mâ belağ*) ödenir. Çünkü köle bir yönüyle maldır, telef edilen bir malın tazmininde bir eksiltme yapılamayacağı gibi kölenin telef edilen organı için de eksiltmeye gidilmez. Mâlikîler ve Şâfiîlerle beraber Hanefîlerden Ebû Yûsuf'un görüşü de bu şekildedir. Saîd b Müseyyeb, Hasan el-Basrî, İbn Sîrîn, Ömer b. Abdülazîz, Zührî, Evzâ'î ve İshâk b. Râhûye gibi alimlerden de aynısı nakledilmiştir.[1789]

Kıymetten sembolik eksiltme yapılması. Ebû Yûsuf hariç Hanefi hukukçulara göre, erş konusunda hür ile köle arasında eşitlik yoktur ve aranmaz. Kölenin erşinin hürün erşini aşmasını önlenmek ve kölenin rütbece hürden düşük olduğunu vurgulamak için, kölenin canına yönelik işlenen cinayette tam diyete nazaran yapılan takdir, aynen organlarına yönelik cinayetlerde de yapılır. Hür kişinin bir uzvuna yönelik işlenen cinayet için tam diyetin onda biri kadar bir ödeme yapılacaksa kölede de kendi kıymetininin onda biri takdir edilir. Bir organın diyeti tam diyetin yarısı ise kölede için de kendi değerinin yarısı ödenir. Buna göre, hür kişinin bir eli telef edilmişse yarım diyet (5.000 dirhem) gerekir; kölenin bir eli yok edilmiş ise diyet olarak kendi değerinin yarısı ödenir. Normal değeri 5.000 dirhem olan bir kölenin tek eli yok edilirse diyet olarak 2.500 dirhem ödenir. Fakat kölenin değeri tam diyetten (10.000 dirhem) fazla ise hür kişinin yarı diyeti olan 5.000 dirhemi geçmemesi için beş dirhem eksiltilerek 4.995 dirhem ödenir. Bu miktar takdîrî olup hürrün bir elinin diyetinden beş dirhem eksiktir.[1790] Hanefîler, ceza (بالجناية) ile tazminat (باليد) hükümlerini farklı değerlendirmişlerdir; kölenin suç (*cinâyet*) sebebiyle telef edilmesi halinde diyette/erşte yaptıkları sembolik eksiltmeyi gasp edilen bir kölenin ölmesi halindeki tazminat ödemesinde

[1788] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/301 (No. 28073).
[1789] *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 23/73.
[1790] İbn Hümâm, *Fethu'kadîr*, 10/356; Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyire*, 2/141; Çivizâde, *el-Îsâr*, 4/224. Hanefilerde aynı meselede kölenin diyetinden on dirhem eksiltilip 4.990 dirhem olacağına dair görüş için bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 27/29.

yapmamışlardır. İlkinde âdemiyyet yönü esas alınmak üzere âdemiyyet ve mâliyyet boyutu beraber düşünülürken ikincisinde sırf mâliyyet yönü dikkate alınarak bu sonuca ulaşımıştır.[1791]

Kölede kıymet hürdeki diyet mesabesindedir. Çünkü hür kişinin organına ait erş miktarı naslarla belirlenmiş (*mukadderât*) iken, kölenin organına ait erş belirlenmiştir. Kölenin organının erşi, onun kendi kıymetine göre belirlenecektir. Dolayısıyla hür ve kölenin erşleri arasında eşitlik bulunamaz.[1792] Şayet kölenin kıymetinden dolayı iki erş (hür/diyet, köle/kıymet) arasında oransal bir eşitlik meydana gelse buna da itibar edilmez. Çünkü kölenin kıymeti nihayetinde bilirkişilerin zann-ı galiplerine bağlıdır, onların tahmin ve takdirlerine göre belirlenir. Kölenin becerisi ve iş kapasitesi vb hususlar, onun fiyatını etkiler. Ne var ki, takdir edilen fiyatın kişiden kişiye değişecek izafi bir durum olduğu malumdur.

Vücut bütünlüğüne yönelik suçlar söz konusu olduğunda Hanefi mezhebinde hür kişi ile köle arasında neden karşılıklı kısas yapılmadığı konusu da bununla (iki değer arasındaki eşitsizlikle) bağlantılı olarak açıklanmıştır. Şöyle ki, hür ile köle arasında eşitlik ma'rûf (örfen kabul edilip onaylanmış) olmadığından dolayı kölenin maddi değerindeki belirsizlik ve değişkenlik hali bir şüphe olarak görülür ve hür ile köle arasında kısas uygulanamaz denilmiştir.[1793]

Mutlak eşitlik. Kölede âdemiyyet yönünün baskın ve esas olmasından hareketle hür ile köle arasında karşılıklı kısas yapılabileceği görüşünü benimseyen Ebû Zehre, bu tercihine bağlı olarak kölenin diyetinin de hürrün diyeti gibi olması gerektiğini savunmuştur. Ona göre kölelere iyi davranılmasını emreden, onların kardeş gibi bilinmelerini öğütleyen hadis metinleri ve İslâm'ın genel tavrından kölenin insani boyutunun üstün tutulduğu mesajı alınmalıdır. Bu bakış açısı, kısas ve diyet hükümlerinin de belirleyicisi olmalıdır.[1794]

Köle ile hür arasında bulunan bu eşitsizlik durumu, iki köle arasında da geçerlidir. İki köle arasında kıymet farkı olduğu için aralarında erş açısından eşitlik bulunmaz. Şayet iki kölenin kıymetlerinde bir eşitlik söz konusu olsa bile bu eşitlik hakiki değil takdiridir. Zira bu eşitlik tamamen bilirkişilerin değer biçmesiyle olmaktadır, onların takdirleri de aynı değerlendirme kriterlerine göre yapılmış olsa bile farklılık arz edeceği için iki kölenin kıymetlerinin gerçekte aynı olmadığı düşünülür. Hatta bu takdiri eşitlik, şüphe makamındadır,

[1791] İbn Hümâm, *Fethu'kadîr*, 10/354-356; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kıuveyt)*, 23/74.
[1792] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426, 431-432.
[1793] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/426; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/103; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 5/30; Kırîmîzâde, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, 251.
[1794] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 511.

kısas konusunda şüphe hakikate mülhak sayılacağı için bu durumda iki köle arasında kısas da cereyan etmez.[1795]

Organların mal hükmünde değerlendirilmesine bağlı olarak Hanefilerde, kölenin organlarına verilen zarar -nefsin aksine- bizzat suçlu tarafından karşılanır, burada âkile bir sorumluluk üstlenmez.[1796]

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TOPLUMA KARŞI İŞLENEN HAD SUÇLARININ CEZALARINDA EŞİTLİK

I. HADDİN TANIMI ve GENEL ÖZELLİKLERİ

İslam hukukunda cezalar, ihlal edilen hakkın sahibine, korunan değerin mahiyetine ve cezanın şâri‘ tarafından belirlenmesine göre kısas-diyet, hadler ve ta‘zîr şeklinde üç başlıkta incelenmiştir. Hadler, cezanın şekli ve miktarı şâri‘ tarafından belirlenmiş olup Allah (kamu yararı ve düzeni) hakkını korumak üzere yerine getirilen cezalardır. Af ve sulha konu olup olmama, şikâyete bağlılık, kıyas kabul edip etmeme, cezada indirim veya artırmaya uygunluk gibi hadlere ait zikredilen özellikler, genelde bu iki asla racidir.[1797]

Had suçları belli bir kişi değil tüm toplumu ve toplumsal değerleri tehdit ettiği için cezalarının da Allah hakkı olarak, diğer bir deyişle kamu adına uygulanacağı genel bir kabuldür. Genel durum böyle olmakla birlikte kazf haddi, şahıs ve toplum hakkının birleştiği karma bir had tipidir, hem bireyin hem de toplumun zararı söz konusudur. Bu açıdan kazf gibi iki yönlü ve karma suçlarda hangi tarafın ağır bastığı meselesi bazı hükümlere etki etmiştir. Davanın şikâyete bağlı olup olmaması, suç mağdurunun affının geçerli olup olmaması, tevârüsün cereyan edip etmemesi, belli bir bedel karşılığında sulh olup olunamaması, cezanın tedâhül edip etmemesi gibi hususlardaki farklı görüşler genelde bu ihtilaf üzerine bina edilmiştir. Hâkimin kendi bilgisi ve tanıklığı ile cezaya hükmedip hükmedemeyeceği de bu bağlamda tartışılmış, cezayı kul hakkı görenler ile toplum hakkı görenler farklı içtihadlar ortaya koymuşlardır.[1798]

[1795] Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 10/426.
[1796] İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/618, 645.
[1797] Kâsânî, *Bedâi‘*, 9/248-270; Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/81-83; Feytûrî, *Fıkhü’l-‘ukûbeti’il-haddiyye*, 1/195-197; Behnesî, *el-Hudûd*, 41-59; *el-Mevsû’atü’l-fikhiyye (Kuveyt)*, 17/132-148.
[1798] Nevevî, *Ravdatü’t-tâlibîn*, 10/107; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 5/39.

Hadlerde Eşitlik. Allah hakkı olarak had cezaları, eşitlik bakımından, tazminatlar dâhil kul hakkı sayılan cezalardan farklıdır. Şöyle ki, kul hakkı olan cezalarda sûreten ve manen eşitlik (*mümâselet*) şarttır. Bazı durumlarda bu eşitlik, sûreten olmazsa da manen bulunur. Suça konu olup telef edilen mal, can ya da organın telafisi (*cebr*), intikam duygularının bastırılması ancak suça mislî bir karşılık vermekle olabilir. Kul hakkına taalluk eden suçların cezalarında bu eşitlik hâsıl olurken Allah hakkı olan cezalarda ne sûreten ne de manen eşitlik hâsıl olmamaktadır. Çünkü had suçları ile bunlara öngörülen cezalar arasında mislilik ilişkisi yoktur. Hadlerde caydırmak üzere suç teşkil eden fiilin cezalandırılması esastır.[1799] Oysa kısas cezasında misl manası mevcuttur. Misli mümkünse misli, misl mümkün olmadığında kıymetinin ifa edilmesi bakımından mali tazminatlarda da aynı durum geçerlidir.

Tüm had cezalarında genç ve yaşlı farkı gözetilmeksizin acı verme noktasında celdenin şiddeti açısından eşitlik esastır.[1800]

Hadlerin taksimi. Hadlerin taksiminde fıkıh ekolleri arasında ihtilaf olmakla birlikte özellikle son dönemki eserlerde hadler genelde yedi grupta incelenmiştir.[1801] Bunlardan beşinin zina, kazif, içki (*şürb/sükr*), hırsızlık ve yol kesmenin tip had suçları olduğu noktasında mezhepler arasında ittifak sağlanmıştır. Hanefîler, hamr için sarhoş olma kaydı aranmaksızın mutlak içmekle (يحد بشرب القليل منها) had gerekir derlerken hamr dışındaki diğer sarhoş edici içkiler (*tılâ, munassaf, seker, nakî'u'z-zebîb*) için sarhoş olmadıkça (ولا يحد شاربها حتى يسكر) had gerekmez demişlerdir.[1802] Bu açıdan bakılınca Hanefîlerde şarap içme (*hadd-i hamr*) ile sarhoş olmayı (*hadd-i sükr*) farklı iki kategori gibi değerlendirilmiştir. Hanefîlerin beşli (zina, hırsızlık, şürb, sükr, kazif) had taksiminde yol kesme suçu için "büyük hırsızlık" tabiri kullanılarak bilinen klasik hırsızlık suçuyla eşkıyalık (*hırâbe/kat'u't-tarîk/yol kesme*) suçu bir madde içinde sayılmıştır. İbn Âbidîn ise Kâsânî'deki beşli taksime yol kesme/eşkıyalık suçunu ekleyip bunu müstakil bir madde halinde zikrederek hadleri altılı bir sınıflama yapmıştır.[1803]

[1799] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/249.(

[1800] Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 187.

[1801] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/79, 119, 243; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/403, 405, 417, 436, 454, 475, 513, 521; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 53.

[1802] Hanefî eserlerde hadler sıralanırken hamr ve diğer (tılâ, seker ve nakî'u'z-zebîb vb.) sarhoşluk veren haram içecekler ayrı bir kategori olarak zikredilmişlerdir. Bu iki had için kullanılan ifadeler şöyledir. Bk. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/99-100; Aynî, *el-Binâye*, 12/367; Haddâd, *el-Cevhera*, 2/174; Tûrî, *Tekmiletü Bahri'r-râik*, 8/247-248; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 1/133.

[1803] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/177. Hırâbe/kat'u't-tarîk suçuyla ilgili büyük hırsızlık ifadesinin kullanılması için bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/373; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/3; Bilmen, *Kâmûs*, 3/188; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 17/131-132.

Hanefîler irtidât ve bağy suçlarını daha ziyade uluslararası ilişkiler ve devletin bütünlüğü bağlamında bir güvenlik meselesi gibi değerlendirerek bu iki meseleyi kitâbü's-siyer başlığında ele almışlardır.[1804]

Mâlikîler ise irtidât ve bağy suçlarını hadlere dahil ederek hadleri yedi grupta mütalaa etmişlerdir.[1805] Şâfiîlerden kısas cezasını, kazifle beraber kul hakları kapsamında hadlere dahil edenler olmuştur.[1806] Ömer Nasûhi Bilmen de kısâsı, suçun sabit olup kesinleşmesinden sonra kendisinde af ve sulhün geçerli olmadığı hadlerdendir, diyerek had suçları kategorisine dahil etmiştir.[1807] Gerek Mâlikîlerden gerek Şâfiî ve Hanbelîlerden kasden namazı terk eden kişi için öngördükleri ölüm cezasını da had cezası olarak adlandıranlar olmuştur.[1808]

İslam ceza hukukunda tip had suç ve cezaları incelendiğinde karakteristik bazı özellikler öne çıkar. Bunlar şöyle özetlenebilir.[1809]

Hadler mukadderattandır. Hadler, nitelik ve niceliği şâri‘ tarafından belirlenmiş cezai yaptırımlardır. Had cezaları, türü ve miktarı itibarıyla bizzat şâri‘ tarafından naslar aracılığıyla belirlenmişlerdir; bunlar üzerinde değişiklik, indirim veya suç sabit olduktan sonra cezadan vaz geçme gibi bir seçenek yoktur.[1810]

Hadlerde infaz yetkisi devlete aittir. Had cezalarında infaz yetkilisi bizzat devlet ve devlete bağlı yetkili organlardır. Mağdurun ya da diğer vatandaşların cezayı infaz etmesine izin verilmez. Hadlerin bizzat devlet eliyle uygulanması, şâri‘in belirlediği sınırların aşılmasını önleyerek zulmün önüne geçmek ve egemenler lehine adam kayırmaya fırsat vermemek gibi amaçlara matuftur. Hadlerin infazında asıl gaye kamu düzeninin korunması olduğu için hadler, kazif ve hırsızlık gibi kimi istisnalar dışında, prensip olarak şikâyete bağlı suç değildirler.[1811]

Kamu düzenini sağlamak ve sürdürmek devletin görevi olduğu için devlet cezalar da dâhil olmak üzere bir takım güvenlik tedbirleri alır. Gerekli hallerde vatandaşına ceza vermekten kaçınmaz. Ancak suçun kesinleşmesi halinde cezanın uygulanması zorunluluk arz

[1804] Serahsî, *el-Mebsût*, 10/98, 124; Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 9/525, 543; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 5/129, 150; Meydânî, *el-Lübâb*, 4/148, 154.
[1805] Mevvâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, 8/365.
[1806] Zerkeşî, *el-Mensûr fî’l-kavâ‘idi’l-fıkhiyye*, 2/38-40.
[1807] Bilmen, *Kâmûs*, 3/188.
[1808] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/11; İbn Ferhûn, *Tebsıratü’l-hukkâm*, 2/188; *El-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 17/131-132.
[1809] Behnesî, *el-Hudûd*, 41-49.
[1810] Ûdeh, *et-Teşrî‘u’l-cinâî*, 1/82; Bilmen, *Kâmûs*, 3/187-188; Behnesî, *el-Hudûd*, 42-45.
[1811] Kâsânî, *Bedâi‘*, 9/250-252; Behnesî, *el-Hudûd*, 42-45; Trâblusî, *Mu‘înü’l-hukkâm*, 186-187.

etmekle birlikte devlet başkanı ve yargıçlar "afta hata, cezada hatadan yeğdir"[1812] ve "şüpheden sanığın yararlanması"[1813] gibi ilkelerden hareketle cezanın düşmesi için gerekli hukuki çareleri araştırırlar. Benzer şekilde "*İyi halli, yüce şahsiyetli kişilerin hadler haricindeki küçük suçlarını affediniz*"[1814] hadisine istinaden sınırlı ve özel bazı durumlarda af yetkisine başvurulur, cezalandırmaya gidilmeyebilir.[1815]

Hadlerde tedâhül cerayan eder. Aynı tip had suçu birden çok kere işlendiğinde tek bir had cezası ugulanır.[1816] Zina, hırsızlık veya içki gibi suçlar sebebiyle had cezasına çarptırılan kişi, aynı suçu tekrar işlerse ceza ile hedeflenen caydırıcılık manası gerçekleşmemiş olduğu için tedâhül etmez, yeniden had uygulanır. Şâfiî mezhebinde kazif haddinde tedahül yoktur, haddin infazı sırasında 79. celdede suçlu bir başkasına iftirada bulunsa 80. celde ilk kazif için vurulur, ardından diğer kazif için yeni bir seksen celde vurulur. Aynı durumda Hanefîler, tedâhül kuralını işletirler, sekseninci celdenin tamamlanmasıyla suçlu her iki kazif suçunun da cezasını almış kabul edilir, yeni bir seksen celde vurulmaz.[1817] Farklı tip had suçlarının işlenmesiyle suçların içtimâ'ı halinde kul hakkını ilgilendiren suçlar Allah hakkına öncelenir. Kazif ve zina içtima etse önce kazif haddi uygulanır. Kazif, zina (*muhsan olmayan kişi*), hırsızlık ve içki suçları içtima etse, önce kazif haddi uygulanır sonra tercihe bağlı olarak hırsızlık veya zina (*celde*) uygulanır, içki haddinin sona bırakılmasının sebebi zina ve hırsızlığın cezaları Kur'an'la sabit olmuşken içki haddinin haber-i vâhidle veya içtihada mebni icma ile sabit olmuştur.[1818]

Kölelik sebebiyle hadler yarıya iner. Hürriyet farkı had cezalarında etkindir, celde gibi nicelik olarak yarıya inmesi mümkün olan had cezaları kölelik sebebiyle yarıya iner.[1819] Bu hükmüm dayanağı, zina suçu işleyen kölelere hür bekârlara uygulanan cezanın yarısının

---

[1812] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 165-166; Tirmizî, "Hudûd", 2 (No. 1424).

[1813] Dârekutnî, *es-Sünen*, 4/62 (No. 3097); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/57 (No. 15922), İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, 8/13 (No. 1562), 7/486; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/38, 52; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/57-59, 7/103-104, 8/52, 12/4; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/121, 125; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/322-329. Söz konusu hadis " **ادرءوا الحدود بالشبهات**" lafzıyla asli hadis kaynaklarında yer almamaktadır. Hadisin bu lafızla yer aldığı en eski kaynaklardan biri için bk. Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 165. Anlam olarak en yakın merfu hadis: " **قال رسول الله ص.: ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة**". Ayrıca Hz. Ömer'den gelen mevkuf haber (**قال عمر بن الخطاب: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها في الشبهات**) için Bk. Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 166; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/566 (No. 29084-29085); Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/126.

[1814] Ebû Dâvûd, "Hudûd", 4 (No. 4375). Ayrıca bk. Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 279; İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm*, 2/299; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/611.

[1815] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250-252; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/529-530; Behnesî, *el-Hudûd*, 45. 42-45.

[1816] Behnesî, *el-Hudûd*, 45-47.

[1817] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/248.

[1818] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/268-269; Behnesî, *el-Hudûd*, 45-47.

[1819] Serahsî, *el-Mebsût*, 5/124, 9/110; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/85, 88, 93.

uygulanacağını bildiren en-Nisâ 4/25 ayetidir. Hürriyetten mahrum olmalarına bağlı olarak köleler, muhsan sayılmadıkları için evli de olsalar kendilerine recm değil sadece celde cezası uygulanır. Kölelerin kazif ve içki hadleri de hürlerin yarısıdır.[1820] İmam Şâfiî, had cezasının, suçun işlenme anında mı yoksa ceza infaz olunurken mi vacip olacağı meselesini incelerken, tercihi, suçun işlenme anında haddin vacip olacağıdır. Bu tercihe göre köle, hür birine kazifte bulunsa ve henüz had infaz edilmeden efendisi tarafından azat edilmiş olsa, hürriyetine kavuşmuş bu kişiye köle (yarım) haddi uygulanır.[1821]

Kazif haddinin kölelik sebebiyle yarıya düşmesi dört mezhebin de dâhil olduğu çoğunluğa göre kabul edilmiş olsa da aksini savunan görüş de vardır.[1822]

Tevârüs yoktur. Kazfin mağduru henüz kazif haddi infaz edilmemişken veya infaz devam ederken ölmüş olsa suçludan kazif haddi düşer, mağdurun vârisleri cezanın infazını veya tamamlanmasını isteyemezler.[1823] Tevarüs olmaması, çoğunlukla kazfin şahsi hak olmasına bağlanmıştır, mağdurun şikâyeti (*taleb*) yoksa cezanın düşeceğine hükmedilmesi, varislere intikal etmeyeceğini göstermek içindir.[1824] Ölmüş bir şahsın ardından kazifte bulunulması ise farklıdır, ölünün usûlü ve füruundan varisleri kazif davası açabilirler. Bu durum tevârüsen değil, doğrudan kendi onur ve şereflerine yönelmiş bir suç olarak düşünüldüğü için asâleten kendi hakları olarak sabit olmuştur.[1825]

Had cezalarının kamu adına devlet eliyle uygulanmasına bağlı olarak genelde şahısların infaz taleblerine bakılmaz. Hadlerin bütün toplumun hukukunu ilgilendiriyor olması, had suçundaki mağdurun veya ölmüşse varislerinin şikâyetine ihtiyaç bırakmaz. Kamu hakkıyla şahsi hakkın birleştiği kazf cezasında ise durum biraz farklıdır. Kazf suçunda amme/toplum hakkını galip sayan Hanefîlere (Mâlikî ve Hanbelîler) göre, suçun mağduru hayatta iken suçludan şikâyetçi olmamışsa sonradan vârislerinin dava açma hakları yoktur. Şâfiî ekolünde

[1820] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 181; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/10-11; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/106; Behnesî, *el-Hudûd*, 47-48.
[1821] Şâfiî, *el-Ümm*, 6/141-142. Hanefîlerin görüşü suçun mücerret fiille (suç) değil, yargıya (imâm) intikal etmesiyle sabit olup kesinlik kazanacağı şeklindedir. Bk. İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/212-213, 266.
[1822] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/225. (Aksi görüş kazif başlığında verilecektir.)
[1823] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/52; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/465.
[1824] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/105; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/85; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 1/235.
[1825] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/112; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/94; Aynî, *el-Binâye*, 6/367-368; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/331; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/350; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/96-97.

kazfte şahsi hakkın daha güçlü görülmesine istinaden varislerin de şikâyetçi olabilecekleri kabul edilmiştir.[1826]

Hadlerde tevârüsün olmaması şahsilik ilkesiyle de bağlantılıdır, bu ilkeye bağlı olarak suçlunun ölümüyle onun yerine vârislerinin cezalandırılması düşünülemez.

Sulh caiz değildir, af ve aracılık (şefaat) kabul edilmez. Ebû Yûsuf, hadleri uygulamamanın tek gerekçesi şüphe olabilir, demektedir; hadler konusunda herhangi birine özel muamele yapılması, devlet başkanının bu konuda kamuoyu baskısından etkilenip had cezasını uygulamaması veya birilerinin aracılığı ile cezanın düşürülmesi söz konusu olamaz, demektedir.[1827] Yine Ebû Yûsuf, sahâbe ve tâbiînden naklen, kanunen kesinleşmiş bir had suçu için bir Müslümanın aracılık (*şefâat*) etmesi helal görülmemiştir, der. Buna göre had suçunun devlete/mahkemeye intikalinden sonra aracılık nedeniyle cezadan kaçınılamaz, bu noktada bilinen bir ihtilaf yoktur, ancak suçun mahkemeye intikal etmesinden önceki aracılığa ruhsat tanınmıştır.[1828] Ridâsı çalınan Safvân, hırsızı yakalayıp Rasûlüllâh'a getirince Rasûlüllâh hırsızın elinin kesilmesine hükmetti. Safvân: "Amacım bu değildi, elbiseyi ona tasadduk ediyorum" diyince Hz. Peygamber: "*Bunu bana (yargıya) getirmeden yapsaydın ya!*"[1829] buyurdu. Bu hadis, yargıya intikal ettikten sonra af ve şefâatin artık mümkün olmadığına delil sayılmıştır. Kureyş kabilesinde iyi konumda olup hırsızlık yapan Fatıma isimli bir kadının cezasının affedilmesi için Üsame'den aracılık etmesi istenince Hz. Peygamber'in tepkisi sert olmuş, bu davranışın önceki milletleri helâke sürüklediğini hatırlattıktan sonra "*Kızım Fatıma hırsızlık etse onun da elini keserdim.*" buyurmuştur.[1830] Hanefîlerin ve bir rivayette Mâlikîlerin görüşü böyledir; yargıya intikal ettikten sonra aracılık geçersizdir.[1831]

[1826] İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/39; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/322-323, 326-327; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/105; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/107; Râfiî, *el-'Azîz*, 9/353; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/465; Behnesî, *el-Hudûd*, 49.

[1827] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 165-166; Bilmen, *Kâmûs*, 3/187.

[1828] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 166; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/236-237; Mâverdî, el-Hâvi'l-kebîr, 13/268; Bâcî, *el-Müntekâ*, 7/163-165; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/212-213.

[1829] Mâlik, *el-Muvatta'*, *el-Hudûd*, 9 (No. 28); Şâfiî, *el-Ümm*, 6/141; Ahmed, *el-Müsned*, 24/15 (No. 15303); Tahâvî, *Şehu Müşkili'l-âsâr*, 6/157 (No. 2383), 6/161 (No. 2389). Yargıya intikal etmeden af ve sulhun mümkün olması hakkında diğer bir rivayet için bk. Ebû Dâvûd, "Hudûd", 5 (No. 4376).

[1830] Buhârî, "Hudûd, 13 (No. 6788), "Meğâzî" 55 (No. 4304); Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4 (No. 4373, 4374).

[1831] İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/39; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 1/235; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 52-53.

Özellikle zina, içki (*hamr, sükr*) ve hırsızlık fiillerinde suç sabit olduktan sonra af ve sulh geçerli değildir.[1832] Hanefîler ve Hasan el-Basrî'ye göre kazif de bunlara dahildir, zina iftirasına uğrayan makzûf, suçluyu affetse veya suçluyla belirli bir bedel üzerinde sulh olsa bile sonradan ceza düşmez, yine şikayetçi olunabilir, çünkü bu konuda af ve sulh geçersizdir. Böyle bir durumda almış olduğu sulh bedelini suçluya iade etmesi gerekir. Şâfiîlerde de sulh bedelinin iadesi tercih edilmiştir.[1833] Mâlikî mezhebinde kazf mağdurunun affı, dava mahkemeye intikal etse de etmese de geçerlidir, mezhepteki bir görüşe göre sadece yargıya intikal etmeden önceki af geçerlidir.[1834] Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde af mutlak geçerlidir, yargıya intikali ölçü alınmış değildir.[1835] Hanbelî mezhebine göre, birden çok kişiye kazifte bulunsa ve aralarından bir kısmı affetse sadece onların hakkı sakıt olur, diğer mağdurların talebi üzerine had seksen celde olarak eksiksiz uygulanır.[1836]

Hadlerin infazında ülke ve mekan şartı. Düşman ülkesi ve mescid gibi özel belirli mekânlarda had cezaları infaz edilmez.[1837] Konu hakkında Hz. Peygamber'den ve sahabeden nakledilen çeşitli rivayetler vardır.[1838] Mescidlerde uygulanmaması ittifakla kabul edilen bir husus olup ibadet mekânına gösterilen saygı ve temizliğine özen göstermekle gerekçelendirilmiştir.[1839] Düşman ülkesinde uygulanmaması ise hâkimiyet şartıyla açıklanmıştır. Yanısıra, had cezasına maruz kalan kişinin tepkisel olarak düşman ülkesine sığınma riski de göz önünde bulundurulmuştur. Mâlikî ve Şâfiî mezheplerinde bir Müslüman, İslâm ahkâmını dünyanın her yerinde iltizam ettiği için suç, düşman ülkesinde de işlense ceza (kısas, diyet) her yerde tatbik edilir. Hanbelî mezhebinin bu iki ekolden farkı, cezanın infazının dârulharpte değil, İslâm ülkesine döndükten sonraya bırakılmasıdır.[1840] İslâm ahkâmının her yerde benimsendiği Hanefî mezhebinde de kabul edilmekle birlikte hadleri uygulamaktaki caydırma (*zecr*) amacı dârulharpte gerçekleşmeyeceği için bu görüşe

[1832] Mâverdî, *el-Hâvî*, 13/268-269; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/131; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/452; Behnesî, *el-Hudûd*, 50-52.
[1833] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/248; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/53; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/107; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/85.
[1834] İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 1/235.
[1835] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/107; Râfiî, *el-'Azîz*, 9/353; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/85.
[1836] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/105.
[1837] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 1/322
[1838] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 194-195; Tirmizî, "Diyât", 9 (1401); Tirmizî, "Hudûd" 20 (No. 1450); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/309-310.
[1839] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 195; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/83, 101-102; 16/107; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/38, 161.
[1840] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/308-310; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 3/117

varılmıştır. Kaldı ki, dârulharpte Müslümanların otoritesi de yoktur, Müslümanlar kendi ülkelerinde had suçlarının yol açacağı fesâdın önlenmesi ile sorumludurlar.[1841]

İmâm Şâfiî, had cezasına çarptırılan kişinin düşman ülkesine iltihâk etme riskine bakılarak hadlerin uygulanmasından kaçınılamaz, zira aynı tehlike İslâm yurdunda da mümkündür, der. Bu tip endişelerle tıpkı namaz ve zekât gibi farz olan hadlerin iptâl (*ta'tîl*) edilmesi daha büyük bir tehlike olacağı için infazda mekan sınırlamasına göz yumulamaz.[1842] Ancak mezhep içinde dârulharpte hadleri uygulamanın düşman ülkesine iltihâk veya irtidat riski olmamakla kayıtlandığına dair tercihler de vardır.[1843] Müslüman ordusu, bizzat devlet başkanı veya valisi tarafından komuta edilmiyorsa veya had uygulanacak kişinin stratejik bir görevi var ve kendisine ihtiyaç duyuluyorsa da haddin ertelenebileceği de söylenmiştir.[1844]

Suçun yurtdışında işlenmesi suçun kesinleşip sabit olması noktasında bir şüphe oluşturmuştur, denilerek Hanefî mezhebinde, İslâm ülkesine döndükten sonra da had ve kısasın uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Suçun neticesinde diyet ve tazmin gerektiren bir durum oluşmuşsa suçlu bunları ödemekle sorumlu tutulur.[1845]

Harem bölgesi dâhilinde işlenen had suçlarıyla harem dışında işlendikten sonra hareme sığınılması halinde hadlerin uygulanması meselesine yer bakımından hadler konusunda temas edilecektir.

Hadlerin İnfazında alenîlik. Hadlerin ikâmesi ile hedeflenen amaçlara paralel olarak infazın halka açık olması müstehap görülmüştür. Mâlikî ve Şâfiîler infazın toplum huzurunda olması en az dört kişiyle gerçekleşir demişlerdir. Hanbelîler "وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين" (en-Nûr, 24/2) ayetindeki hüküm gereği daha geniş çaplı bir kitlenin (*tâife*) katılımını zorunlu görmüşlerdir. Hanefîler de aynı ayetten hareketle infaza geniş bir kitlenin şahitlik etmesini öngörmüşlerdir. Hatta Hanefîlerde devlet başkanı, halkın cezaya şahitlik etmesi gerekli hazırlıkları yapmalıdır. Ancak sözü geçen ayetteki infaza şahitlik etmesi istenen kişileri ifade eden "*tâife*" kelimesinin sınırı konsunda görüş ayrılıkları vardır; bir grup insan, tek bir birey gibi görüşler vârittir.[1846] Söz konusu ayet, her ne kadar zinâ haddi hakkında vârid olmuşsa da diğer tüm had cezalarının alenen infaz edilmesi noktasında delil teşkil eder, zira hadlerden

[1841] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 194-195; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/99-100; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/266.
[1842] Şâfiî, *el-Ümm*, 4/262.
[1843] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/131; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/452.
[1844] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/308.
[1845] *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 20/209.
[1846] Burhânpûrlu Şeyh Nizâm vd., *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 2/146; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/297; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, 1/233; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/133; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/84; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/445.

maksat toplumun suçtan uzak tutulmasını (*zecr*) sağlamaktır. Aleniliği önemli kılan diğer bir özellik ise, suçun infazındaki gerekli kurallara riayet noktasında kontrol sağlamasıdır, infaz görevlisinin (*cellâd*) gereğinden sert veya normalin altında hafif vurması da alenilik sayesinde denetlenmiş olur.[1847]

Hadlerin ispatı. Hadlerin ispatına özel bir özen gösterilmiştir. Hadler, ikrar ve şahitlik dışında bir delille suç sabit olmaz. Ancak ikrar ve şahitlik konularında hadlere münhasır bazı usul ve kurallar kabul edilmiştir. Bu ikisi dışındaki ispat yöntemlerinin geçerliliği ise tartışmalıdır.

Fakihlerin çoğunluğuna göre, hadler konusunda yalnızca erkeklerin şahitliğine başvurulabilir. Zina suçunun kesinleşmesi ayet (en-Nisâ 4/15) gereği dört erkeğin şahitliğine bağlanmıştır.[1848] Atâ b. Ebî Rabâh, Hammâd ve Şiâ'ya göre üç erkek ve iki kadının şahitliği de kabul görmüştür. Şiâ'da erkekle beraber kadının şahitliğinin kabulü celde ile ilgili olup recmde geçersizdir. Kazif haddinde erkeklerle beraber kadınların şahitliği Mâlikî mezhebinde ihtilaflıdır, Zâhiriyye mezhebinde ise aralarında erkek bulunmak şartıyla kadınların şahitliği kabul edilmiştir.[1849] İkrar ehliyeti olmasına rağmen suçunu itiraf eden mukirrin bu ikrarı hemen kabul edilmeyip suçlunun halinin sorgulanması ve incelenmesi gerekir, genel kuralın (*ikrardan rücu yoktur*) aksine, haddin düşmesi maksadıyla, zanlının ikrarından rücu etmesi kabul edilir, hatta bunun için teşvikte bulunulur.[1850]

Devlet başkanı hadler konusunda, şahsi bilgisi ve tanıklığıyla hükmedemez, Şâfiîlerin bir kısmı istisna edilirse fakihlerin çoğu bu görüştedir. Zeydîlere göre ise, kısas, kazif ve mal davaları gibi kul haklarını ilgilendiren davalarda hakim kendi bilgi ve tanıklığına istinaden hüküm verebilir. Bir tür vekâlet denilebilecek şahitlik üzerine şahitlik (*şehâde ale'ş-şehâde*) uygulaması gereğince asıl şahitlerin yerine başka (*fer'*) şahitler şahitlik (*edâ*) yapamaz. Mâlikîler, bazı Şâfiîler ve Zâhirîler, hakların zayi olmasını önlemek üzere hadler konusunda ölüm, hastalık veya gaybet gibi özel bazı nedenlerle asıl şahidin bildiğini ondan başkasının nakletmesi hususunu kabul etmişlerdir.[1851]

Özellikle Hanefî ve Hanbelî ekollerinde cezanın infazına kadar ikrardan rücu etmek cezayı düşüren geçerli bir sebep olarak kabul edilmiştir. İkrardan rücunun kabul edilmesi,

[1847] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/264; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 24/43-44.
[1848] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 179; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/247-248.
[1849] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/248; Behnesî, *el-Hudûd*, 56-57.
[1850] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 192.
[1851] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/290-291; Behnesî, *el-Hudûd*, 58-59; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/412-415, 2/431-432.

hadlere özel bir durum olup nedeni, rücunun îrâs ettiği şüphedir; kişinin ikrarını tasdik etmek rücusunu da tasdik etmeyi gerektirir, iki beyan da aynı kişiye ait olması hasebiyle eşittir.[1852] Hanefî ve Hanbelî mezheplerinde içki, zina ve hırsızlık suçlarında infaz tamamlanmadıkça suçlunun ikrarından rücusu kabul görürken Şâfiî mezhebinde bu kabul edilmez; ikrarla sabit olan suç, mukirrin inkârı veya rücusundan etkilenmez. Dolayısıyla had uygulanır. Mâlikîler ise ikrarın konusu kazif, kısas (*nefs, mâ-dûnennefs*) veya mâlî bir hak gibi kul haklarıyla ilgili ise ikrardan rücu etmekle kesinleşmiş ceza iptal olmaz, demişlerdir.[1853]

Zina ikrarında tek bir ikrar kabul edilmeyip suçlunun ikrarını dört ayrı kere tekrar etmesi gerekir.[1854] Suç, ispat vasıtalarından biriyle kesin sabit olsa bile kimi şüphelerden dolayı cezaların düşürülmesi esastır. Devlet başkanı veya hakimin haddi gerektiren bir suçun işlendiğine bizzat şahitlik etmesi halinde kendi şahitliklerine dayanarak hüküm verip haddi infaz etmeleri kabul edilmez. Had suçlarında, diğer şahitlerin şahitliği ile ispat olmadığı sürece, hakimin kendi bilgisiyle hüküm vermesi istihsânen kabul edilmemiştir. Hukuki davalar, kısas ve kazif gibi kul haklarını ilgilendiren meselelerde hakimin kendi bilgi ve tanıklığı ile karar vermesinde bir beis görülmemiştir.[1855]

Cezanın infazından dolayı bir telef gerçekleşirse doktrinde zikredilen bazı kayıtlar ve detaylar bulunmakla birlikte aslolan infaz yetkililerin bir tazmin sorumluluklarının bulunmadığıdır. Hangi cezaların infazında ya da ne gibi şartlara bağlı olarak tazmin muafiyeti olacağı ihtilaflıdır.[1856]

Hadlerin infazından dolayı gerçekleşen zarar hederdir. Rivayete göre Hz. Ali, Hz. Peygamberden nakledilen uygulamaya (*sünnet*) dayanarak, içki sebebiyle had vurulup da ölen kişi hariç, had cezası sebebiyle ölen kişiye diyet ödemem, demiştir. İmâm Şâfiî, infaz dolayısıyla suçlunun ölmesini devlet başkanının hatası olarak değerlendirmiş ve bu durumda diyet hazineden ödenir demiştir. Devlet başkanı bu cezayı kamu adına uygulamaktadır, cezanın faydası tüm topluma döneceği için nimet-külfet (*el-ğunm bi'l-ğurm*) dengesi gereğince cezanın külfeti de topluma ait olmalıdır.[1857]

Had ve kısas farkı. Her iki cezanın da şâri‘ tarafından belirlenmiş olması dolayısıyla had ve kısas benzerdir. Cezanın amaç ve hikmetleri açısından bakıldığında ise kısasta esas

[1852] Behnesî, *el-Hudûd*, 54-56.
[1853] Behnesî, *el-Hudûd*, 55-56.
[1854] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 178.
[1855] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 2/88, 143; Behnesî, *el-Hudûd*, 58-59.
[1856] Behnesî, *el-Hudûd*, 59-60.
[1857] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/101; Behnesî, *el-Hudûd*, 59-60.

olan eşitlik ilkesi iken hadlerde esas olan caydırıcılıktır. Bu yüzden kısas cezası eşitliğe mebnidir; hadler ise ibretlik bir ceza olma, suçlu ve onun dışındaki şahısları sakındırma üzerine mebidir, denilmiştir.[1858] Had cezalarının caydırıcı ve ibretlik olması, suçu önleme ve suçtan vaz geçirme gayesine matuftur. Hadlerde fesadın def edilmesi, kamu huzur ve güvenliğinin sağlanılması esas amaçtır. Zira had suçlarının bozucu ve yıkıcı etkisi doğrudan topluma yönelmiş durumdadır, nitekim hadler için Allah hakkı denilmesi de bu manayı vurgulamak içindir. Hadlerin infazıyla korunan değer ve haklar: insanların yaşam hakları, malları, onur ve şerefleri gibi temel hak ve hürriyetlere ilişkindir.[1859] Diğer bir ortak nokta, had gibi kısasın da şüphe ile düşmesidir.[1860]

Kısas cezası ile had cezaları nitelik itibarıyla mukayese edildiğinde ise kısasın kul hakkı, hadlerin Allah hakkı olmasına bağlı olarak Hanefi mezhebinde İbn Âbidîn, yedi fark tespit etmiştir, bunlar şöyle sıralanabilir: Hakim kendi bilgi ve tanıklığı ile kısasa hükmeder ama hadlere hükmedemez, kısas mirasa konu olur ama hadler olmaz, kısasta sulh ve af geçerli iken bunlar hadlerde geçerli değildir, zaman aşımı (*tekâdüm*) kısasta şahitliğe engel değilken kazif hariç diğer hadlerde engeldir, hadlerde dilsizin (*ahras*) işaret ve yazı ile şahitliği geçerli iken hadlerde işaret ve yazı ile şahitlik şüphe görülerek geçersiz kabul edilir, kısasta cezanın affı konusunda aracılık mümkün iken hadlerde bu mümkün değildir, son olarak kısas şikâyete bağlı bir ceza iken kazf haricindeki hadler şikâyete bağlı değildir.[1861] Hadlerin kanıtlanmasında gösterilen titizliğin yanısıra sözü geçen farkların çoğunda ana etkenin hadlerin toplum, kısasın ise bireylere ait hak olmasının etkili olduğu dikkat çekmektedir.

Cezanın İnfazı. Had cezalarının devlet eliyle uygulanması şarttır, celdenin acısı celladdan cellada değişir, ama buradaki farklılığa itibar edilmez çünkü vuruş şekli ve debisi standart olduktan sonra diğer -hissi- farklar vehmîdir. Kısas ise maktul yakınları tarafından uygulanabilir.[1862]

Hadlerde suçlunun ölmemesi için gerekli önlemler alınmak zorundadır. Çünkü suçlunun cezası ölüm değil de celde olduğu zaman, onu öldürmek haddi tecavüz anlamına gelecektir ki, cezada denklik açısından bu net olarak yasaklanmıştır. İlgili nasslar uyarınca hırsızın kesilen

[1858] İsnevî, *el-Mühimmât*, 8/201; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/211-212; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/177, 248; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 48.
[1859] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/252; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/79, 99; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 48-49; Bilmen, *Kâmûs*, 3/187; Behnesî, *el-Hudûd*, 39.
[1860] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/549; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/326.
[1861] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/ 3-4, 6/549-550. Kısasta sulh ve afv var, hadlerde ikisi de yok, bk. Kâsânî, 9/177, 248; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/39; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/327-329; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/81-83.
[1862] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/110; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/550.

elinin derhal dağlanması, buna bağlı olarak aşırı sıcak veya soğuklarda el kesme cezasının verilmemesi, hasta olan zina suçlusunun iyileşmedikçe celde cezasına çarptırılmaması gibi örneklerin bu kapsamda zikredilmesi mümkündür.[1863]

Suçun ispatı. Had suçlarının kesinleşmesi, suçlunun ikrarı veya şahitlik ile sabit olur. Hanefi mezhebinde, suçlunun hâkim nezdinde suçunu itiraf etmesi halinde hâkimin suçluya ikrarından dönmesini öğütlemesi ve bu yönde telkinde bulunması müstehap görülmüştür ve ilke olarak zina, içki ve hırsızlık gibi had suçlarında failin suçunu itiraf ettikten sonra ikrarından dönebileceği kabul edilmiştir. Ancak hırsızlık konusundaki rucü‘, yalnızca el kesme cezasında geçerli olup, çalınan malın tazmini konusunda geçerli değildir. Kul hakkına taalluk ettiği için kazif haddi ve kısas gerektiren suçlarda ikrardan rücu‘ caiz görülmemiştir.[1864]

Şikayete bağlılık. Kamu hakkını ilgilendirmeleri dolayısıyla sırf amme hakkına taalluk eden hadler, soruşturmak için şikâyete (*davâ*) bağlı suçlar değildirler. Toplumun her bir ferdi davacı olabilir, hatta kendiliğinden dava var sayılacağından ötürü hakimler, şikayet olmaksızın da hüküm verebilirler.[1865] Hisbe gereği hakim huzurunda hadlere tanıklık eden şâhitler, şâhitlik yapmakla bir anlamda davacı (*müdde‘î*) gibi değerlendirilmişlerdir.[1866] Prensip olarak şikâyete ihtiyaç duyulmamasının ardında, bir had suçu işlendiğinde, bundan tüm toplumun mağdur olduğu düşüncesinini yatmakta olduğu söylenebilir.

Hırsızlık ve kazf suçları, şikâyete bağlılık noktasında istisnâî bazı hükümlere sahiptir.[1867] Hırsızlık suçunda kul hakkı da vardır, suçun bu vasfından hareketle mağdur henüz dava açmadan önce doğrudan suçluyu affedebilir, ancak olay hakime dava yolu ile intikal ettikten sonra hırsızın affedilmesi için aracılık (şefâat) edilmesi helal değildir. Hırsızlığa konu olan malın sahipli (*memlûk*) olduğunun kesinleşmesi hırsızlığın rüknü (maddî unsurları) açısından önemlidir, bu aynı zamanda hırsızlık suçunda dava açılmasına ihtiyaç doğuran sebeptir. Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin görüşü böyledir. Ayetin mutlak olmasından hareketle Mâlikî mezhebi ve Hanbelî fukahasından az bir kısmına göre hırsızlık için dava şartı yoktur.[1868]

[1863] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/87.
[1864] Haddâd, *el-Cevhera*, 2/377; Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, 3/199; Çivizâde, *el-Îsâr*, 3/418-419, 446, 452, 467-468.
[1865] Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, 9/241; Bilmen, *Kâmûs*, 3/187-188, 8/229.
[1866] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 52.
[1867] Bardakoğlu, “Had”, *DİA*, 14/550.
[1868] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 52-53.

Kazf suçunda şikâyete bağlılık, özellikle, kazfte şahıs hakkını gâlip gören fakihler nezdinde hırsızlıktan daha güçlüdür. Fakihlerin çoğunluğu kazf suçunda mağdurun şikâyetini gerekli görürler; ihtilaf edilen nokta, şikâyet veya davanın haddin infazına kadar devam ettirilmesinin şart olup olmadığındadır. Hanefîler dışındaki fukaha davada ısrarı (*istimrâr*) şart görmüşlerdir. Bu ihtilafın semeresi kendisini af yetkisinde gösterir; çoğunluğa göre mağdur, dava açtıktan sonra suçluyu affederek davasını geri çekebilir. Hanefîlerde ise kazf suçu, yargıya intikal ettikten sonra kamu hakkı belirginlik kazanmış olacağı için af, sulh ve aracılık geçerli olamaz. Dava açılmadan önce mağdurun affetmesi ise tavsiye hükmüdür.[1869] Hanefilerde affın geçersiz olması, yararı tüm topluma dokunacak bir ceza konusunda bir kişinin tüm toplum adına af yetkisi kullanamayacağı ile açıklanmıştır.[1870]

Hadlerin Düşmesi. Hadlerin düşmesi için gerek suçun unsurları gerek ispat yönünden en küçük şüphenin değerlendirilmesi suretiyle cezanın düşürülmeye çalışılması da hadlerin karaktersitik özelliklerindendir. "*Hadlerin düşmesi için yol (hîle) aranır*"[1871] cümlesinin ilkesel bir kuralı ifade ettiği söylenebilir. Kısas da dâhil olmak üzere hadler, farklı nedenlerle sakıt olsa da geniş manada hadleri düşüren esas neden şüphedir. Şüphe, ya suçun (kanuni, maddi, manevi) unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmemesi ya da suçun ispatı ile ilgilidir.

Hadlerin Düşmesi. İkrardan Rücu Şüphesi. Fukaha rasında görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte ikrardan rücu edilmesi halinde bazı hadlerin düşeceği kabul edilir. Bunun nedeni, ikrardan rücunun şüphe olarak kabul edilmesidir. Hadler de şüphe ile düşürülür. Rücu halinde ikrar sahibi mukirrin ya ikrar esnasında ya da ikrardan rücu (*inkâr*) esnasında yalan söylediği düşünülür, bu ihtimalli durumun oluşturmuş olduğu şüphe haddin düşmesine sebep olmuştur. Zina, hırsızlık, içki (*hamr ve sükr*) hadleri, ikrardan rücu ile düşen hadlerdir.[1872] Kul hakkına taalluk ettiği için kazif ikrarından rücu, haddi düşürmez. Zira suçlunun iftirasıyla yalan haber çoktan yayılmış ve kazfe uğrayan mağdurun onur ve şerefi (*ırz*) rencide edilmiştir. Kul hakkını ilgilendiren kısas gibi suçlar da böyledir, suç sabit olup ikrâr vb bir delille kesinleştikten sonra düşmez.[1873]

[1869] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/241; Zeyla'î, *et-Tebyîn*, 3/200; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 54-55; Bilmen, *Kâmûs*, 3/238-239.
[1870] Bilmen, *Kâmûs*, 3/239.
[1871] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/11, 20; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/27.
[1872] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/265.
[1873] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/265.

Hadlerin Düşmesi. Şâhitlikle İlgili Şüpheler. Suça hükmedilip suçun sabit olmasından sonra ama haddin infazından önce şâhitler rücu ederlerse şüphe nedeniyle had düşer. Çünkü bu rücu, doğruya da yalana da aynı oranda ihtimallidir, bu durum açık bir şüphedir.[1874]

Hanefîlerde infaz öncesinde delirmek, fısk, irtidât, görme yetisini kaybetmek (*âmâ*) veya dilsiz (*ahras*) olmak gibi nedenlerle şahitlerin şahitlik ehliyetlerini kaybetmesi de haddi düşüren bir sebep kabul edilmiştir. Recm konusunda şahitlik yapan şahitlerden birisinin ölmesi ile de recm haddi düşer. Böyle olmasının sebebi, şahitlerin recmde ilk taşı atacak olmalarıdır, ölüm bunu imkânsız hale getirmiştir. Şahitlerin ilk taşı atacak olmaları, şahitleri belki taş atmaya cesaret edemezler de şahitlikten rücu ederler diye, haddin düşmesi noktasında bir çare olarak düşünülmüştür.[1875]

Hadlerin düşmesi. Tekzîb şüphesi. Hâkimin kazf haddine hükmedip henüz ceza infaz edilmemişken makzûfun kendi şahitlerini "*Şahitlerim yalancı şahit idiler*" şeklinde tekzîb etmesi ile de had düşer. Bu takzîbin doğru olması ihtimal dâhilindedir, bu da haddi düşürecek bir şüphe olarak değerlendirilir. Kazfte mağdurun dava açması (*şikâyet*) şart olduğu için kazf mağdurunun, suçlu hakkında "*O bana kazfte bulunmamıştır*" demesi halinde dava feshedilmiş olur. Bu şekilde kazf suçunda davanın/şikâyetin düşmesi, haddin düşmesinin de sebebi sayılmıştır.[1876]

Hadlerin düşmesi. Suçluyu tasdik. Hanefîlerde kazf suçunda kazfe uğrayan mağdurun kazf suçlusunu tasdik etmesi halinde de had cezası düşer, denilmiştir. Bu durumda tasdik, kazf suçlusunun doğru söylediğini dolayısıyla başından beri suçlu olmadığını ortaya çıkarmıştır. Diğer yandan kazf cezası ile mağdurun onur ve şerefi aklanmak isteniyordu, hâlbuki burada mağdur, kazfte bulunanı tasdik etmekle kendi onur ve şerefine bizzat kendisi leke sürmeyi kabul etmiş olmaktadır.[1877]

İkrarla sabit olmuş zina suçunda had infaz edilmeden önce kendisiyle zina edildiği iddia edilen kadın "*Ben bu adamı tanımıyorum, kendisi benimle zina etmemiştir, ya da ben kimseyle zina etmiş değilim*" şeklinde zina ikrârında bulunan erkeği tekzîb ederse Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre had cezası düşer. İmâm Muhammed'e göre kadının bu tekzîbi haddi iskât etmez.

[1874] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/267.
[1875] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/267; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/84.
[1876] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/266.
[1877] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/265-266.

Erkeği yalanlayan bu kadın "*Bu bir iftiradır*" der ve davacı olursa erkeğe kazf haddi uygulanır, davacı olmazsa hem zina hem kazf haddi düşmüş olur.[1878]

Hadlerin düşmesi. Zaman aşımı. Şahsî hakkı da barındırmasından ötürü kazf haddinin zaman aşımı ile düşmeyeceği konusunda âlimler arasında fikir birliği vardır. Ancak zaman aşımının diğer hadlerin düşmesine etkisi ihtilaflıdır.[1879] Hanefilerde suçun ispatında herhangi bir şüpheye mahal bırakmamak için gösterilen hassasiyete binaen zaman aşımı, zina, içki ve hırsızlık[1880] suçlarında ise şahitliğe engel sayılmıştır. Bu suçlarda zaman aşımı şahitlik açısından bir şaibe oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle bu şahitliğin şahsi kin ve intikam ya da şantaj amacıyla yapılmış olma ihtimali vardır. Hâlbuki had suçlarında şahitlik hisbe içindir, dolayısıyla amaç, toplumu suçun oluşturduğu zarardan ve kanunları çiğneyen suçludan korunmasıdır. Geçerli bir mazeret olmaksızın şahitlerin şahitlikte gecikmeleri bu açıdan bakıldığında had cezasını düşüren bir şüphe olarak görülmüştür. Söz konusu üç suçta ikrardaki (itiraf) zaman aşımı, kin şaibesi ve töhmet barındırmadığı için cezayı düşürmez, kendi yaptığını geç haber bir kişinin bunula yanlış bir plan içinde olduğu düşünülmez. İbn Ebî Leylâ, şahitlik ve ikrar arasında ayrım yapmaksızın her ikisinde de zaman aşımı sebebiyle hadlerin düşeceğini savunmuştur.[1881]

Hadlerin düşmesi. Hukuka uygunluk sebepleri. Akrabalık ilişkisi. Hukuka uygunluk sebeplerinin had cezlarında da geçerli olduğu görülür, bunun örneklerinden birisi akrabalık ilişkisi sebebiyle kimi had cezalarının düşmesidir.

Kazf suçu örneği. Kazif suçunun oluşması için zina ithamında bulunan (*kâzif*) ile zina iftirasına maruz kalan (*makzûf*) arasında akraba ilişkisi bulunması, suçun sübutu açısından durumu değiştirmez. Bir kişi babası, annesi ve kardeşleri gibi evlenemeyeceği mahrem akrabaları aleyhine zina ithamında bulunsa yine kazf suçu işlemiş olur.[1882] İmam Mâlik, Evzâ'î ve İbn Hazm, kazfle ilgili ayetin[1883] hükmü umumi olduğu için çocuğuna zina

[1878] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/266.
[1879] Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/324; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 70; Bardakoğlu, "Had", *DİA*, 14/550.
[1880] Zaman aşımı sebebiyle sadece hırsızlık haddi düşer, mal davası düşmez, zaman aşımı olsa bile mal konusunda şahitler yine de dinlenirler.
[1881] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 65.
[1882] Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/148. (kazfü zî mahrem)
[1883] en-Nûr 24/4: "*Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsık kimselerdir.*" Ayrıca bk. en-Nûr 24/23: "*İffetli ve (haklarında uydurulan kötülüklerden) habersiz mü'min kadınlara zina isnat edenler, gerçekten dünya ve ahirette lânetlenmişlerdir.*"

isnadında bulunup da bunu ispatlayamayan anne veya babaya had cezası gerekir, zinada olduğu gibi akrabalık (*karâbet*) had cezasının düşmesine sebep olmaz, demişlerdir.[1884]

Hanefi, Şâfiî ve bir rivayette Mâlikilere göre anne veya babanın evladına zina ithamında bulunması durumunda kendisine kazif haddi gerekmez sadece ta'zir cezası verilebilir.[1885] Bir kişi kendi onurunu ağzına aldığında kendisine had uygulanmaz. Ayrıca baba ile evladı tek bir şahıs gibidir; çocuk doğum sebebiyle anne ve babasına nisbet edilir, dolayısıyla bir kişi kendi parçası sebebiyle cezalandırılmaz.[1886] Oğlu sebebiyle babaya had gerekmemesi, babalık kısası düşürdüğü gibi had cezasını da düşürür diyerek açıklanmıştır. Ayrıca kul hakkına taalluk ediyor olması bakımından kazif[1887] haddi, kısas cezasına benzetilmiştir.

Ancak kazfin bir istisnası vardır ki o da karı ile koca arasında cereyan eden zina ithamı meselesidir.[1888] Kazf suçu koca tarafından karıya karşı işlenirse olay kazf kapsamından çıkıp mülâaneye intikal eder.[1889] Bu hüküm, kazfi hükme bağlayan en-Nûr 24/4 ayeti ile liân hakkındaki en-Nûr 24/6-9 ayetleri arasındaki umum-husûs ilişkisinden istinbat olunmuştur.[1890] Kocanın karısı hakkında zina ithamında bulunması halinde bunu dört şahit getirerek ispatlaması gerekir, koca bunu (şahitlerle) ispatlayamazsa mülâane (*liân*) yöntemine başvurulur, karı ve koca hakim önünde mahkemede Kur'an'da tarif edilen usûle göre yeminleşirler. Bu özel yeminleşme işlemi sonrasında, kocanın karısına yaptığı zina ithamı kazf suçu olmaktan çıkar ancak aralarındaki evlilik ilişkisi de bâinen sona ermiş olur.

Allah hakkıyla beraber kul hakkına da taalluk ettiği için ilke olarak kazif suçlusunun ikrardan rücusu kabul edilmez.[1891] Ancak karısı için zina ithamında bulunan koca, daha sonra bu iddiasından rücu eder veya karısına haksız bir ithamda bulunduğunu itiraf (ikrâr) ederse koca da kazf suçu işlemiş sayılır ve kendisine had cezası uygulanır.[1892]

Akrabalar arasında hırsızlık suçu ve cezası. Hz. Peygamber babalara: İnsanların kazandıkları en temiz ve helal kazançlarından birinin, evlatları ve onların malları olduğunu;

[1884] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/264; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve el-'Ukûbetuhâ fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 61.
[1885] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/264; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve 'Ukûbetuhâ fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 59-65. İmam Mâlik, evladı sebebiyle babaya had cezası uygulanmasını ağır bulur ve "*bu iyi bir şey değildir*" dermiş.
[1886] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/123.
[1887] Çoğunluğa göre kazif suçu kişi aleyhine (kul hakkı) işlenmiş bir suç olarak kabul edilir. Ebû Hanîfe ve Zâhirîler, kazif haddinin Allah hakkı (kamu) yönünün ağır bastığını, hatta böyle olması itibarıyla makzûfün şikâyeti olmasa bile mahkemenin ilgililere re'sen dava açabileceğini kabul etmiştir. el-Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 256-257; Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/149.
[1888] Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/148-149.
[1889] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 4/276-277; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/60.
[1890] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/58-59.
[1891] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/328.
[1892] Kasânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/27-28; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 4/288.

çocuklara da: "*Sen ve malın babana aitsiniz*"[1893] diyerek, ailede çocuğunun malları üzerinde babanın hakkı olduğunu bildirmiştir. Babalık durumu, çocuğun malları üzerinde bir yetki doğurduğu için kişi, kendine ait ya da mülkiyet bakımından hakkı olan bir malı almış hükmündedir. Suçun oluşumunda göz önünden söz konusu mülkiyet ilişkisini bir şüphe olarak telakki eden fukaha, evladının malını çalan anne veya babaya had cezası verilmez, demişlerdir. Ancak anne ve babalarının malları üzerinde çocukların, genellikle, gözleri olduğu için çocuğun onlardan bir şey çalması durumunda, farklı bir yaklaşım benimsenerek, had uygulanır, demişlerdir.[1894] Usûl-fürû arasında olduğu gibi karı koca arasında da mülkiyet ilişkisi ve nafaka şüphesi bulunduğu dolayısıyla el kesme cezası olmayacağı şeklindedir.[1895] Libya ceza kanununda karı-koca ve usûl-fürû gibi aile bireyleri arasında gerçekleşen hırsızlık suçunda had cezası uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Mezkûr hüküm her ne kadar tartışmaya açık olsa da ailevi ilişkileri muhafaza etmeye yarayacağı düşünülmektedir.[1896]

Ebû Hanîfe ve Süfyan-ı Sevrî, mahrem akrabalar arasında cereyan eden hırsızlık sebebiyle had uygulanmaz derken, Mâlik, Şâfiî, Ahmet b. Hanbel ve İshâk bu kişilerin tamamı için hırsızlık haddi uygulanabilir demişlerdir.[1897]

İştirak hali. Birden fazla kişi yardımlaşarak birlikte hırsızlık yapmışlarsa, çalınan malın miktarına bakılır, eğer nisap miktarından fazla ise suça iştirak edenlerin her birinin eli ayrı ayrı kesilir. Fakat çalınan malın nisap miktarının altında olması durumunda suça iştirak eden bu kişilere el kesme haddinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu âlimler arasında ihtilaflıdır.[1898] Hanefi ve Şâfiîlere göre bu kişilere el kesme haddi uygulanmaz, Hanbelilere göre göre çalınan mal toplamda nisap miktarına ulaşıyorsa Mâlikilere göre de aynı şarta ilaveten hırsızların malın çıkarılmasına kendi başına güçleri yetmediği için birbiriyle yardımlaşmış iseler uygulanır.[1899]

[1893] Ahmet b. Hanbel, *el-Müsned*, (No. 6902), 11/503; İbn Mâce, "Ticârât", 64, (No. 2291-2292); Tahâvî, *Şerhu me'âni'l-âsâr*, (No. 6150, 6151, 6152), 4/158; Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/170.
[1894] İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/107; Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/170; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/386.
[1895] Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/162.
[1896] Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 179.
[1897] Kurtubî, *el-Câmiu li Ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/170.
[1898] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/163; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/388.
[1899] Tayyar vd., e*l-Fıkhü'l-müyesser*, 7/174-175; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/388.

Hırsızlık suçunun Hz. Ömer döneminde meydana gelen kıtlık zamanı gibi kimi zamanlarda uygulanmaması eşitsizlik olarak değerlendirilemez, bu durum hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmamasıyla ve zaruret ilkesiyle izah edilmiştir.[1900]

II. HAD CEZALARINDA EŞİTLİK

Ceza normlarının İslâm ülkesinde yaşayan her vatandaşa eşit şekilde uygulanabilmesi fıkıhta genel bir kural olmakla birlikte özel durumları sebebiyle bu kurala da bazı istisnalar getirildiği görülür. Bu bölümde kişilerin cinsiyet, hürriyet ve din farkı gibi özel durumlarına göre ceza normlarının uygulanmasındaki farklılıklar incelenecektir.[1901]

"*Kim size saldırırsa, siz de onların size saldırdığı gibi saldırarak mukabelede bulunun, fakat (saldırıda) ileri gitmekten sakının.*" (el-Bakara 2/194)[1902] ayeti gereği cezalar da dahil olmak üzere kul hakkına taalluk eden konularda eşitlik ve denklik (*mümâselet*) esastır. Ancak Allah hakkı sayılan ve tüm toplumu ilgilendiren tip had suçları ile bunlara verilen ceza arasında sûreten ve ma'nen bir eşitlik yoktur ve aranmamıştır. Sûreten eşitlik ile kısasta olduğu gibi suçla (*cinâyet*) ceza arasındaki fiziki benzerlik kasdedilmektedir. Böyle olması cezaların hikmet ve gayeleriyle açıklanmıştır; zira kısas cezasının özünde telâfi (*cebr*) manası vardır, dolayısıyla mağdur ve yakınlarının intikam hislerinin dindirilmesi ve yaralarının sarılması hedeflenir. Had cezalarının temelinde ise caydırma ve ibret (*zecr/tenkîl*) manaları vardır. Kul hakkı olarak görülen kısas cezasında eşitlik, şahısların bireysel tatmini açısından önemlidir. Ama tüm toplumun hukukuna tecavüz edildiği gerekçesiyle Allah hakkı sayılan had cezalarında suçla cezanın orantılı olmasından ziyade birey ve toplumun suçtan vaz geçirilmesi esastır. Bu ise, kısastaki gibi suç ile cezanın denkliğini zorunlu kılmamıştır. Kul hakkıyla Allah hakkının birleştiği kazif haddi, bu bağlamda ele alındığında Hanefîlerin kazifte Allah hakkının gâlip geldiğini söylemelerinin gerekçelerinden biri de kazif suçuyla seksen celde arasında aklın kavrayabileceği şekilde (*sûreten ve ma'nen*) doğrudan bir münâsebet bulunmamasıdır.[1903]

[1900] Köse, "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 29-35.
[1901] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbâti'l-haddiyye*, 1/283; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 7/135.
[1902] Ayetteki "واتقوا الله": "*Allah'tan korkun, takvalı olun*" diye çevrilen cümle, kimi tefsir ve meallerde "*saldırıda ileri gitmekten sakının*" veya "*size helal olmayan uygulamalarda bulunmayın*" şeklindedir. Ayetin bu şekildeki meallerinin kaynakları için bk. İbn Atıyye, *el-Muharraru'l-vecîz*, 1/264; Nesefî, *Medârikü't-tenzîl*, (el-Bakara, 2/194), 1/167; Ebu's-Su'ûd, *İrşâdü akli's-selîm*, (el-Bakara, 2/194), 1/205.
[1903] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/109.

Bu başlıkta unsurları bakımından aynı suç olmasına rağmen çeşitli nedenlerle bazı hadlerin hiç uygulanmadığı veya yarıya indiği örnekler üzerinde durulacaktır. Eşitliğin bozulmasında ana etkenler oldukları için burada da cinsiyet, din ve hürriyet farkı üzerinden bir sınıflama yapılacak olup ardından da had cezalarının kişi ve zaman bakımından uygulanması ele alınacaktır. Had cezalarında din ve hürriyet faktörlerinin farklılıklara etkisinin, cinsiyet farkına göre daha belirgin ve geniş kapsamlı olduğu görülecektir.

Başlık sıralaması ise topluma verdiği zarar ve mefsedet bakımından ağırdan hafife doğru İbn Hümâm'ın yapmış olduğu tertibe göre; zina, içki, kazf ve hırsızlık hadleri şeklinde olacaktır. Bu tertibe göre zina haddi ile korunan değer hayat (*nefs*) ve nesildir, içki haddi ile korunan değer nefs ve akıldır, kazf haddi ile onur (*ırz*) ve şeref, hırsızlık haddi ile de mal ve mülkiyet hakkı korunmuş olmaktadır ki malın korunması da esasında nefs ve ırza teaalluk etmektedir.[1904]

A. Zina Suç ve Cezası

İnsanların hukuki statülerine ve toplumsal konumlarına göre cezaların ayrıştığı en somut örnek, zina suçlularının cezasında görülür. Bu anlamda zina suç ve cezası, eşitliğin her zaman adâlet olmadığını göstermesi itibarıyla önemli bir örnektir.

Statü farkından dolayı hürlerin zina cezasının kölelere nazara iki katı olması, dolayısıyla kölelere yarı ceza verilecek olması doğrudan ayetle sabittir. Cezalandırmadaki bu farkın kaynağının Kur'ân olması duruma göre aynı suça farklı cezalar verilebileceğini göstermesi bakımından bir prototip teşkil etmektedir. Evli ve bekârların cezası arasındaki recm ve celde farkı Kur'ân ve sünnetle sabittir. Toplumda örnek ve önder pozisyonundaki kimselerin suç işlemeleri halinde cezalarının iki kat olacağı yine Peygamber eşleri üzerinden Kur'ân'da ifade edilmiştir.[1905]

Bekâr olan zina suçlularında erkek ve kadının aslî ceza durumundaki celde cezaları eşittir. Her iki faile de cinsiyet farkı gözetilmeksizin yüz celde vurulması nasla sabittir. Ama ek ceza niteliğindeki sürgün konusunda kadınla erkeğin durumunda ihtilaf edilmiştir. Mâlikîler ve Evzâ'î'ye ait sürgün hükmünün sadece erkekler için söz konusu olacağı görüşü yanında her iki cinsi kapsadığı görüşü de bulunmaktadır. Mâlikîlerde kadının sürgün edilmesi kocasının razı olması halinde mümkündür. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ile Zâhirî, Zeydî ve

[1904] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/354.
[1905] İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/567; İlkiyâ el-Herrâsî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/346; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 14/174.

İmâmiyye ekollerinin görüşleri böyledir.[1906] Hanefîlere ait üçüncü bir görüşe göre ise sürgün, bir ta'zîr cezası olup tamamen devlet başkanının takdirindedir, kamu yararı neyi icap ettiriyorsa ona göre hareket edilir. Cumhura göre sürgün, celde gibi zorunlu bir ceza olup had kapsamındadır.[1907] Mükreh kadından söz konusu fiilin günahının kaldırılmış olması bu fiili zina olmaktan çıkarmaz. Bu durumdaki bir kadının kazf muhsanlığını yitirmiş sayılması bundan dolayıdır. Bu meselede fail olan erkeğe veya mağdur kadına kazifte bulunan kimseye kazf haddi uygulanmaz.[1908]

Hanefî fakihler ikrah altında cebr ve tehditle işlenen zina suçundan dolayı had cezasının uygulanmayacağı konusunda kadınla erkeği aynı değerlendirmişlerdir; her ikisine de zina haddi uygulanmaz. Ancak zina fiiline terettüp eden günah açısından kadınla erkeği farklı konumlandırmışlardır. İkrah altında işlenen zina fiilinden dolayı erkek günahkâr sayılır ama kadın günahkâr sayılmaz. Kadın için ikrah, günahı izale eden zorunlu bir sebeptir. Çünkü cebr ve tehditle de olsa zinaya zorlanan erkeğe ruhsat verilmemişken kadının namusunu savunmaktan aciz kalarak çaresizce teslim olması durumunda kendisine ruhsat verilmiş, dünyevi ceza gibi uhrevi anlamda da günah terettüp etmeyeceği söylenmiştir. Bu hükmün ardındaki düşünce, aktif rolüne (*îlâc*) istinaden zina suçunda hakiki failin erkek olmasıdır, kadının rolü ise teslim olmaktan (*temkîn*) ibarettir.[1909]

İkraha maruz kalan kadına zina ruhsatı tanınırken aynı ruhsatın erkeğe tanınmamasının bir diğer gerekçesi de nesebin sübutu ve buna bağlı olarak zinadan doğacak olan çocuğun nafakası ile ilgilidir. Tecavüze uğrayan kadından (hamile kalmış olması ihtimalinde) doğan çocuğun nesebi anneye bağlanır, ama ikrah altında da olsa zina eden erkek ile çocuk arasında nesep bağı kurulamaz. Bu da nafaka açısından çocuğun fiilen ölüme terk edilmesi gibidir. Şu

[1906] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/131, 639; Bilmen, *Kâmûs*, 3/195, 226; Feytûrî, *Fıkhu'l-ukûbe*, 2/481-482.
[1907] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5869; Şeyhîzâde, *Mecme'u'-enhur*, 1/590-591; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/131, 639; Feytûrî, *Fıkhu'l-ukûbe*, 2/481-482; Bilmen, *Kâmûs*, 3/225-226.
[1908] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/118.
[1909] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/88-89, 138, 154, 9/54; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/115-116 (7/180); Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 2/108; Bilmen, *Kâmûs*, 3/204; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 209; Çalış, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, 120, 196-198. Ayrıca bk. İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/292-295. Mükreh erkeğe zina dolayısıyla had uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Ebû Hanîfe'den farklı nakiller yapılmıştır. Örneğin *el-İhtiyâr*'daki nakle göre, ister devlet başkanı ister normal şahıslar, zorlayan kim olursa olsun mükrehe had uygulanması gerektiği Ebû Hanîfe'nin ilk görüşüdür, son görüşü imâmeyn gibidir; erkeğe de kadına da had uygulanmaz. Ama *el-Mebsût* ve *el-Binâye*'de İmâm-ı Âzam'ın devlet başkanının zorlamasını istisna ederek diğer şahısların zorlaması halinde erkeğe had cezası uygulanacağı şeklindedir. İmâm Züfer de bu görüştedir. Had uygulanacağını hükme bağlayan bu içtihada göre erkeğin sertleşmesi (*intişâr*) onun gönüllü olup ikrahtan etkilenmediğine karine teşkil etmiştir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 24/88; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 2/108; Aynî, *el-Binâye*, 11/68-69.

halde erkeğin zinası, doğacak çocuğun nesebi ve nafaka teminindeki zorluklar dikkate alındığında çocuk açısından manen katl durumu teşkil eder.[1910]

Zina suçunun şahitlerle ispatlanmasından sonra tecavüze uğradığını söyleyen kadından haddin düşmesi için kadının ikrah altında zina ettiğinin şahitle (*beyyine*) ispatlanması gerekir, kadının bir delil olmadan mücerret ikrah iddiasında bulunması haddin düşmesi için yeterli değildir.[1911]

Zina suçunun cezası failin muhsan olup olmamasına göre celde ve recm şeklinde iki türlüdür. Medeni hali bekâr olanlara celde, muhsan (fiilen evli veya evlilik geçmişi olan)[1912] olanlara recm cezası öngörülmüştür. Celde cezası âyetle, recm ise sünnetle sabit olmuştur. Recm cezası konusunda müçtehitlerin çoğu görüş birliği halindedirler, bu konuda ilk muhalif yaklaşımın Hâricîlere ait olduğu söylenebilir. Hâricî kitle, tevâtür derecesine ulaşmamış haberleri reddettikleri için recme de karşı olmuşlardır.[1913]

1. Cinsiyet Farkına Göre

Hanefî mezhebinde kural olarak cinsiyet farkı, had cezalarının miktarına etki etmez. Kadın ve erkekler bu konuda eşittirler. Bu anlamda cinsiyet, din ve hürriyete nispetle daha pasiftir. Hürriyet farkının suçun toplumda oluşturduğu infiale bağlı olarak suçun ağırlık ve hafifliğine etkisi kabul edilirken cinsiyet farkının böyle bir etkisi kabul edilmemiştir. Kadın ve erkeğin işledikleri tip had suçları suç ve ceza bakımından aynıdırlar. İllet (suç) ile hüküm (ceza) arasında erkek ve kadın olmaya göre bir fark oluşmayacağı için cezanın değişmesini gerektiren bir sebep de yoktur.[1914] İstisnâî olarak farkın görüldüğü yer, infazın şekli açısındadır, kadınlık ve erkeklik vasfına göre hadlerin infazında bazı farklar zikredilmiştir.

[1910] Çalış, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, 197-198. Çalış, zina konusunda erkekle kadının farklı değerlendirilmesini isabetli bulmaz, ikraha mazruz kalan her iki cinse, erkeğe de kadına da, zina ruhsatı tanınamaz (198) diyen Hanefî fakih Kâsânî'nin görüşlerini aktarır; ancak netice itibarıyla "*... ağır cebir ve tehdit, zina konusunda ruhsat sebebidir. Tehdidin savuşturulamaması halinde son çare olmak üzere bu fiil işlenebilir. Bu hususta, hem zinanın doğurduğu sakıncalar, hem de hayat hakkı itibarıyla kadınla erkek arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.*" diyerek mülci ikrah sebebiyle erkeğe de kadına da ruhsat verileceği ve buna bağlı olarak her ikisine de zina haddi tatbik edilemeyeceği fikrini benimseyerek Kâsânî'den ayrılır. (202-203) Çünkü önceliği ve gücü itibarıyla hayatın muhafazası neslin muhafazasından daha öndedir. Şu halde hayatın muhafazası mecburen ikraha boyun eğmeye bağlı ise zina ruhsatı erkek için de oluşmuş demektir. (202). Bk. Çalış, *a.g.e.*, 198-203.

[1911] Bilmen, *Kâmûs*, 3/222-223.

[1912] Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/590; Bilmen, *Kâmûs*, 3/201.

[1913] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/169; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ '*, 6/89; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 121-122, 164; Bilmen, *Kâmûs*, 3/228; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 306.

[1914] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250.

a. Celde

Zina cezası farklı ayetlerde ele alınmıştır; en-Nûr 24/4 ve en-Nisâ 4/15 ayetleri ile suçun ispatının dört şahide dayanması gerektiği, en-Nisâ 4/15 ayetinde ayrıca faillerin ölünceye kadar hapsedilmeleri hükmü getirilmiştir. En-Nûr 24/2 ayetinde mücmel olarak bedeni bir cezadan (*ezâ/eziyet*) bahsedilmiş, en-Nisâ 4/16'da ise mücmel lafız (*ezâ*), beyan edilerek bunun yüz celde olduğu açıklanmıştır. Kimi âlimlere göre ise bu iki ayet arasındaki ilişki beyân değil nesih ilişkisidir.[1915] Kur'ân'ın sünnetle neshini caiz gördükleri için bu meseledeki nesih Hanbelîlerde hadisle gerçekleşmiştir.[1916] İslâm'ın ilk yıllarındaki hapis, uyarı ve azarlama şeklindeki cezalardan sonra nihayetinde zina eden hür bekârların cezası ayetle yüz celde (en-Nûr 24/2) olarak kesin hükme bağlanmıştır.[1917]

Haklarının kısıtlılığı ve toplumsal konumlarının düşüklüğüne paralel olarak kölelerin sorumlulukları da azdır, bunun yanı sıra suçun etkisinin faile göre değişmesinin de bir gereği olarak köle ve câriyelerin cezası hafifletilmiş, en-Nisâ 4/25 ayeti ile hürlerin yarısı olarak düzenlenmiştir.

Celdeden sonra ek ceza konumundaki bir yıllık sürgünün kadınlardan ziyade hür ve bekar erkeklere uygulanması noktasındaki görüş Mâlikîlere aittir. Kadınların sürgün edilmeleri ancak kocasının razı olması halinde mümkün olur. Şâfiî ve Hanbelî fukahadan buna katılanlar olsa da çoğunluk, cinsiyet ayrımı yapmadan hem erkek hem kadının sürgün edileceği görüşünü dillendirmişlerdir. Hanefîler ise bir ta'zîr cezası olarak sürgünün devletin takdirine bırakılması gerektiğini savunmuşlardır; yetkililer, maslahata göre bir tavır belirlemelidir.[1918] Zeydiyye mezhebi de bu konuda Hanefîlerle aynı görüşü paylaşmışlardır.[1919]

b. Recm

Suçlunun statüsüne göre cezada değişikliğe gidilmesinin en iyi örneklerinden birisi de zina suçunda evli (*muhsan*) ve bekarlar arasında görülen farklılıktır. Akıl, büluğ, İslâm,

---

[1915] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/89; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 87-88; Behnesî, *el-Hudûd*, 115-123.
[1916] Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/89.
[1917] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/13; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/636; Bilmen, *Kâmûs*, 3/199, 201, 203; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/448; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 306.
[1918] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5869-5875; Şeyhîzâde, *Mecme'u'-enhur*, 1/590-591; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, , 4/320; Huraşî, *Şerh-u Muhtasar-ı Halîl*, 8/81-83; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/131, 639-640; Feytûrî, *Fıkhu'l-'ukûbe*, 2/481-482; Bilmen, *Kâmûs*, 3/226-228; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/448-450. Kadının da sürgün edileceğini söyleyen mezhepler, kadının kendi başına sürgün edilmesini doğru bulmadıkları için kadının güvenliği ve nafakası konularında çeşitli formüller geliştirmişlerdir.
[1919] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 306.

hürriyet ve sahih nikah ile evlilik yapmış olmak gibi nimetlerle donanmış muhsan birisinin işlemiş olduğu zina suçu için ceza recm olarak tayin edilmişken, evlilik nimetine henüz ermemiş bekâr kişinin aynı suçu işlemesi halinde ceza, yüz celde olarak takdir edilmiştir. Şüphesiz ki bu farklılığın en önemli nedeni, evli/muhsan kişinin işlemiş olduğu zina fiilinin şeriat nezdinde daha ağır (*ğalîz*) ve çirkin (*fâhiş*) bir suç olarak değerlendirilmiş olmasıdır. İşlenen suçun ağır olması zorunlu olarak onun cezasının da nispeten daha ağır olması sonucunu doğurmuştur. Bir diğer ifadeyle işlenen suçun ağırlığının farklı olması cezanın da farklı olmasını gerektirmiştir.[1920]

Toplumda neseplerin karışmasını önlemek ve ahlaki çöküntüye meydan vermemek hatta cinayetlerin önemli nedenlerinden birisinin namus cinayetleri olduğu göz önüne alındığında cinayetleri durdurmak adına ağır ve etkili bir ceza verilmesi gerekmiştir. Ta ki bu ceza, kamuoyunda ibretlik bir olay teşkil etsin ve insanlar bu günaha cezasret edemesinler.[1921]

Zina suçunun bazı ayetlerde (el-En'âm 6/151; el-İsrâ 17/32-33, el-Furkân 25/68) insan öldürme suçuyla peş peşe ve aynı bağlamda zikredilmesi arasında bir bağlantı kurulmuştur; insan öldürmede bir şahıs katledilirken zina ile aslında nesil katledilmiş olmaktadır. Bu açıdan ikisi de büyük günahtır ve her ikisinin cezası da en ağır cezalardandır.[1922] Benzer bir yaklaşıma göre zina, (cinayetlere kapı aralayarak) hayatın yok edilmesine sebebiyet verdiği için manen canın telef edilmesi gibidir.[1923]

c. İnfazın Şekli Bakımından Cinsiyet Farkı

Zina suçunda failler muhsan vasfını haiz değilseler, cinsiyet farkı gözetilmeksizin her ikisine de yüz celde vurulacağı nas ile sabit olmuş muhkem bir konudur. Ancak zina haddinde infazın şekli açısından kadınla erkek arasında bazı farklılıklara rastlanmaktadır.

Recmin infazında erkek suçlu için çukur hazırlanmaz, ayakta ve bağlanmaksızın recm uygulanır. Kadın için tercih edilen görüşe göre göğüs hizasına kadar birçukur kazılır. Kadının cezası ise bütün hadlerde oturarak infaz edilir. İbn Ebî Leylâ'nın erkek gibi kadına da ayakta

[1920] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/88-89; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/10; Bilmen, *Kâmûs*, 3/199, 201; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, , 4/320; Huraşî, *Şerh-u Muhtasar-ı Halîl*, 8/81; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/446; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/35.
[1921] Bilmen, *Kâmûs*, 3/202-203.
[1922] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 78; Bilmen, *Kâmûs*, 3/202.
[1923] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/354.

had vurulacağını söylediği kaydedilmiştir.[1924] Hanefîler, beyyineye nazaran suçun ikrârla sabit olması halinde rücu ihtimalini göz önünde bulundurarak genişlik göstermişlerdir. Failin bağlanmaması, bir anlamda, onun ikrarından rücu etmesine bir fırsat tanımak gibidir. Çünkü hadlerin düşmesi için hukuki çarelerin (*ihtiyâl*) denenmesi ihtiyaten önemlidir.[1925]

Hanbelî ve Mâlikîlerde de Hanefîlere benzer bir yaklaşım sergilemişlerdir; çukur konusunda suçun sübut şekline bakılmıştır; ikrar halinde çukur kazılmaması, beyyine halinde çukur kazılması tercih edilmiştir. Çukur kazılmaması ile suçlunun hadden kaçıp kurtulması ihtimalinin önü açılmak istenmiştir.[1926] Şâfiîlerde suçun itiraf (*ikrâr*) veya delille (*beyyine*) sabit olması bu konuda hükme tesir etmemiştir, mezhep içerisinde kadın için çukur kazılmasını müstehap sayan görüş yanında bunu devletin takdirine bırakan görüş de vardır. Kadın suçlu için ise göğsüne kadar çukur hazırlanması tercih edilmiştir. İnfaz sırasında avretinin görülmesi ihtimaline karşılık çukur, onun tesettürü açısından gerekli bile görülmüştür.[1927]

Celde cezasında erkeğin avret mahalli açılmamak kaydıyla üzerindeki bütün elbiseler çıkarılırken kadının sadece kürk ve palto gibi celdenin hissedilmesine engel teşkil edecek kalın dış kıyafetleri çıkartılır.[1928]

Meşru veya gayrimeşru bir yolla oluşan hamilelik hali, kadının celde veya recm cezasının ertelenmesi için sebep kabul edilmiştir. Bu hüküm, cezanın şahsiliği ilkesinden hareketle ceninin hayat hakkının korunmasını hedeflemiştir. Kadına uygulanacak zina haddi celde ise lohusalık süresinin bitmesi beklenir, recm ise doğumu müteakiben ceza infaz edilebilir. Ancak kadınun geride bırakacağı çocuğun bakımve terbiyesini üstlenecek kimsesi yoksa çocuğun temel ihtiyaçlarını kendisinin giderebileceği bir döneme ladar ceza tehir edilir.[1929]

[1924] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/171; Şeyhîzâde, *Mecme'u'-enhur*, 1/589; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 187; Bilmen, *Kâmûs*, 3/223-224, 245; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, , 4/320; Behnesî, *el-Hudûd*, 126; Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 79.

[1925] Hadlerde *ihtiyâl*'e diğer bir örnek için bk. Bilmen, *Kâmûs*, 3/224-225.

[1926] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/36; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/320; Bilmen, *Kâmûs*, 3/227.

[1927] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/171; Şeyhîzâde, *Mecme'u'-enhur*, 1/587, 589, 591; Râfiî, *el-'Azîz*, 11/157; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/133; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/457; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/14.

[1928] Bilmen, *Kâmûs*, 3/224; Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 79.

[1929] İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/262; Serahsî, *el-Mebsût*, 24/11; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/256; Bilmen, *Kâmûs*, 3/224, 227; Gökcen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 79-80.

Hanefî mezhebinde zina suçu şahitle ispat olunan hamile kadının doğum ve duruma göre çocuğun belli bir döneme gelmesine kadar hapsedilmesi gerekli görülmüşken suçun ikrârla sabit olması halinde rücu ihtimaline binaen hapis gerekli görülmemiştir.[1930]

d. Peygamber Eşlerinin Durumu

Toplumsal konumun yüksekliği, çeşitli nedenlerle insanlardan saygı görmek bir nimettir. Nimetin artışına paralel olarak aslında suç işlemeyi önleyen engeller de artar. Bu durumdaki kişilerin nimete rağmen işleyecekleri suçun cezasının da ağırlaşması hatta en üst sınırdan uygulanması gerekli hale gelecektir. Önemli kişilerin işledikleri suçlar, korunması zorunlu toplumsal değer yargılarını normalden daha fazla yıprattığı kadar temsil ettikleri dine ve o dinin kurumlarına da zarar verir, mensuplarını rencide eder. Kısaca kişinin durumuna göre ihlal de ağırlaşmaktadır.[1931] Bu bağlamda toplumda örnek ve önder pozisyonundaki kimselerin suç işlemeleri halinde cezalarının ağırlaştırılıp iki kat olacağı Kur'ân'da Peygamber eşleri üzerinden ifade edilmiştir.[1932] Aynı ayetin devamında onların iyiliklerinin de iki katıyla mükâfat bulacağı ifade edilmektedir.[1933]

Kur'an'da zikredilen "iki kat azab"ın (el-Ahzâb 33/30) dünyevi had cezası mı yoksa uhrevi azap mı olduğu da kesin değil yoruma açıktır.

Aynı şekilde Peygamber eşlerinin "fuhşiyât" kabilinden bir kabahat işlemeleri ile ne kasdedildiği de yoruma açık bir konu olup ihtilaflıdır. Bununla hayâsızlık ve edepsizlik gibi onlara yakışmayan davranışlar kasdedilmiş olabilir.[1934] Peygamberin şahsına karşı işleyecekleri kabahat veya saygısızlık da (*nüşuz*) kasdedilmiş olabilir. Ayette ifade edilen "fâhişe"[1935] kelimesinin onların böyle bir ihtimalden uzak olmalarına binaen bir varsayım olarak zina suçu olduğu da söylenmiştir.[1936] Ola ki böyle bir durumda iki kat olacak ceza, en-Nûr 24/3 ayetinde zikredilen cezanın (100 celde) iki katıdır, denilmiştir. Biri dünyadaki diğeri ahiretteki cezadır da denilmiştir. Taberî, Süddî ve Mukatil "fâhişe" kelimesinin zina olduğunu söylemişlerdir. Mukatil ve Mesrûk'a göre bu durumda, iki had cezası gerekir. Ebû Ubeyde ve

---

[1930] Şeyhîzâde, *Mecme'u'-enhur*, 1/591.
[1931] Cessâs, Ahkâmü'l-Kur'ân, 5/228-229; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/173.
[1932] el-Ahzâb, 33/30.
[1933] el-Ahzâb, 33/31.
[1934] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 14/176.
[1935] el-Ahzâb, 33/30.
[1936] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, (el-Ahzâb, 33/30), 19/90-91; Mâverdî, *en-Nüket ve'l-'uyûn*, (el-Ahzâb, 33/30), 4/397; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/567; İlkiyâ el-Herrâsî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/346; İbn Cüzeyy, *et-Teshîl li ulûmi't-tenzîl*, (el-Ahzâb, 33/30); Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 14/174.

Ahfeş'e göre üç had cezası gerekir.[1937] Taberî, burada zina fiilinin kasdedildiğini, ancak iki kat olanın cezanın dünyevi değil uhrevi ceza olduğuna dikkat çekmiştir.[1938] Peygamber eşlerinin muhsan olup cezalarının recm olacağı, recmin de iki kat olmasının imkânsızlığı düşünüldüğünde ayette, ikiye katlayacak olanın ahiret azabı olması gerekir. Kanaatimizce Taberî'nin tercihine bu durum etki etmiş olabilir. Mukâtil gibi "iki had cezası" şeklinde görüş belirtenlere göre ise bunun özel bir hüküm (hasâis) olduğu düşünülebilir.

Peygamber eşlerinin cezalarının ikiye katlanması (el-Ahzâb 33/30),[1939] cezaların duruma göre ağırlaştırılmasına iyi bir örnek iken bunun tam aksi bir durum, zina eden köle ve cariyelerin cezalarında görülür. Onların cezaları hafifletilerek hürlerin cezasının yarısına (en-Nisâ 4/25) indirilmiştir.[1940] Bu iki örneğin içtihadi olmayıp doğrudan Kur'ân ile hükme bağlanması, cezalandırmada eşitliğin daima adâleti sağlamayacağının en iyi göstergelerinden sayılmalıdır.

Nimet ve külfet arasında doğru orantı olduğunu fakihler birçok vesileyle beyan etmişlerdir. "*el-ğunm bi'l-ğunm*" ilkesi bu dengeyi ifade eden en güzel ilkelerden sayılmıştır. Peygamber eşlerinin -faraza- işleyecekleri iffetsilik suçunun cezasının ikiye katlayacağı ayette bildirilmiştir. Ayette konu edilen cezanın katlanması ise nimet arttıkça cezanın da artacağı ilkesi ile izah edilmiştir. Zira Müslümanlık ve hürriyet gibi nimetler, insanların dünyada sahip olabilecekleri en önemli değerlerdir. Bu anlamda peygamber eşi olmak gibi şerefli bir payeye erip böylesine bir nimete sahip olmuş kişilerin zina suçundan sakınmaları için çok nedenler vardır. Bunca caydırıcılığa rağmen Peygamber eşleri böyle bir hataya düşerlerse kendilerine cezanın en üst sınırı verileceği tehdidi ayetle sabit olmuştur. Normal insanlar için sorun olarak görülmeyen zelleler sebebiyle peygamberlerin uyarılmaları da aynı gerekçe (*nimet-külfet*) ile açıklanabilir.[1941] Özetle korunan ahlaki ve hukuki değerin niteliğine göre, gerçekleşen ihlal de hukuken daha ağır kabul edilmiştir. Ceza ve suç dengesine göre artık cezanın emsallerinden ayrıştırılarak ağırlaşması gerekli olmuştur.

[1937] Zeccâc, *Me'âni'l-Kur'ân*, (el-Ahzâb, 33/30), 4/226; Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, (el-Ahzâb, 33/30), 19/91; Mâverdî, *en-Nüket ve'l-'uyûn*, (el-Ahzâb, 33/30), 4/397; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/567; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 14/174-176. Kurtubî: " **كلما تضاعفت الحرمات فهتكت تضاعفت العقوبات، ولذلك ضوعف حد الحر على العبد والثيب على البكر**"

[1938] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, (el-Ahzâb, 33/30), 19/91.

[1939] el-Ahzâb 33/30: "*Ey peygamber hanımları! Sizden kim açık bir hayâsızlık yaparsa onun cezası ikiye katlanır, bu Allah için kolay bir şeydir.*"

[1940] en-Nisâ 4/25: "*... (mü'min cariyeler) Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa onlara, hür kadınların cezasının yarısı gerekir...*"

[1941] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/173.

2. Din Farkına Göre

Din farkına ve buna bağlı olarak vatandaşlık statüsüne göre gayrimüslimler had suçları açısından farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır.[1942] İşaret edeceğimiz bazı ihtilaflar bulunmakla birlikte genel itibarıyla zimmî vatandaşlar zina, hırsızlık, kazif ve diğer had suçlarından dolayı İslâm hukukuna göre cezalandırılırlarken içki içme (*şürb*) konusunda ceza muafiyetleri vardır. Müste'menlere kazif dışında hiçbir had cezası uygulanmayacağı görüşü yaygınken ülkemize giriş yapmakla tüm yasalarımıza uymayı taahhüt (*iltizâm*) etmiş sayılacakları için haddi gerektiren bir suç işlemeleri halinde işlediği suçun cezası kendilerine uygulanır görüşü de bulunmaktadır.[1943] Tip had suçlarına göre gayrimüslimlerin durumu aşağıda incelenecektir.

Zimmi. Cumhura göre zimmi vatandaşlar, zina etmeleri halinde celde cezasına çarptırılırlar. Hanefî mezhebine göre, İslâm ülkesinde yaşayan zimmî vatandaşın zinanın haram olduğunu bilmemesi ya da kendi inancına göre helal olduğunu iddia etmesiyle zina haddi düşmez. Hz. Peygamber'in zina eden Yahudi iki zimmi vatandaşa recm cezasını uygulatması bu konuda delildir.[1944]

Gayrimüslim vatandaşlara zina haddi uygulanmayacağını söyleyen İmâm Mâlik, bu konuda Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin kavillerine dayanmıştır. Her iki halîfe de zina suçlusu zimminin kendi itikadlarına göre cezalandırılması için mensup olduğu dinin mensuplarına teslim edileceğini söylemiştir.[1945] Rasûlüllâh'ın iki Yahudiyi recmetmesi, onların kendi şeriatlarına göre amel etmiş olmasındandır. Kural olarak Mâlikîlerde gayrimüslimlere kazf ve hırsızlık hadleri ile öldürme suçunun cezası uygulanabilir. Zina suçunda ise gayrimüslime ta'zîr cezası verilir. Kaldı ki kâfirin zinası, terim anlamıyla şer'an zina olarak isimlendirilmez. Ancak zimmi bir vatandaş, Müslüman kadına tecavüz ederse zimmet akdini bozmuş olacağı için ölümle cezalandırılır. Livata suçunu işlemesi halinde ise recm edilir.[1946]

Recm cezasında özel şart olarak muhsanlık vasfı arandığı için gayrimüslim vatandaşlar recm cezasının icra edilmesi konusu ihtilaflıdır. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleriyle Hanefîlerden

---

[1942] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 1/300; Behnesî, *el-Hudûd*, 24-29; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 7/135-136.
[1943] Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 2/544, 546; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 307-308; Behnesî, *el-Hudûd*, 26-29.
[1944] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/128; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 308-309; Bilmen, *Kâmûs*, 3/207.
[1945] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/127-128; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 308.
[1946] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/313; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/395, 433; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 232; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/127; Yaman, *İslâm Hukukunda Ulusularası İlişkiler*, 222; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*,; 17/143.

Ebû Yûsuf'tan gelen bir rivayete göre, zina muhsanlığı için İslâm şartı aranmaz; akıl, bülûğ, hürriyet ve sahih nikâhta cima gibi diğer şartlar yerine geldikten sonra zimmi erkek ve zimmi kadın vatandaşlarımız da muhsan sayılırlar, dolayısıyla recm cezasına tabi olurlar. Zinanın bütün dinlerde yasaklanmış olması ona göre bu hükmü teyit etmektedir. İslâm şartı aranmadığı için Şâfiî mezhebinde zina suçlusu mürted de (zimmîler gibi) recm cezasına çarptırılır.[1947] Şîa'nın imâmiyye kolu da zina muhsanlığında İslâm'ı şart görmemişleridir.[1948] Zina haddi uygulanır diyen fakihlerin ortak düşüncesi, zimmet akdinin doğal bir sonucu olarak bizim hukukumuzun zimmîleri de bağlayacak olmasıdır.

Zina suçunda muhsanlık için İslâm şartını ileri süren imâm-ı âzâm Ebû Hanîfe, imâm Muhammed ve İmâm Mâlik, bu şartın sonucu olarak gayrimüslim vatandaşlardan zina edenlere recm cezası uygulanmayacağını söylemişlerdir. Ancak livata suçuna bir istisna getirerek muhsan sayılmasalar da livata fiilini işlemeleri halinde kölelere ve gayrimüslimlere recm uygulanacağını söylemiştir.[1949]

Şiâ, zina eden zimmi vatandaşın zinadaki partnerine göre hüküm vermiştir. Suç ortağı kadın Müslümansa zimminin cezası ölümdür. Zimminin suç ortağı Müslüman kadınla nikâhlı, nikâhsız, gönüllü veya tecavüz yoluyla ilişki kurmuş olması hatta zimminin sonradan Müslüman olması gibi durumlar bu hükmü değiştirmez. Kendisiyle zina edilen bu kadın, zimmi veya zimmet antlaşması olmayan bir gayrimüslim ise devlet başkanı muhayyerdir; dilerse şer'î hükümlere göre had cezasını icra eder dilerse kendi iç hukuklarına göre cezalandırılması üzere faili müntesip olduğu dinin temsilcilerine teslim eder.[1950]

Müste'men. Hanefî mezhebi, ticari ya da turistik amaçlarla İslâm ülkesinde bulundukları süre zarfında müste'menlerin zina etmeleri halinde cezalandırılmaları konusunda farklı içtihatlar ortaya koymuştur. Ebû Hanîfe ile öğrencisi imâm Muhammed, İslâm ülkesinde zina eden müste'menler (harbî veya harbiye), İslâm ahkâmını iltizâm etmiş olmadıkları için kendilerine had cezası icra edilmez. Ebû Yûsuf, müste'menleri İslâm ülkesi sınırları içinde bulundukları süre içerisinde zimmi mesabesinde değerlendirdiği için kendilerine had lâzım gelir demiştir.[1951] Ebû Yûsuf'un genel düşüncesine göre dârulharp

[1947] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/128; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/447; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/40, 82; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/90-91; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/82; Bilmen, *Kâmûs*, 3/201.
[1948] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 306.
[1949] Huraşî, *Şerh-u Muhtasar-ı Halîl*, 8/75, 82; Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 2/546; Bilmen, *Kâmûs*, 3/201.
[1950] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 308.
[1951] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/25; Bilmen, *Kâmûs*, 3/206; Yaman, *İslâm Hukukunda Ulusularası İlişkiler*, 221.

vatandaşı birisi İslâm ülkesine İslâm ahkâmını iltizam etmiş olacağı için suç teşkil eden fiillerinden dolayı yükümlü olur.[1952]

İmam Ebû Hanîfe'ye göre Müslüman veya zimmi bir kadınla zina eden müste'menin kendini güvende hissedeceği yere ulaştırılması (et-Tevbe 9/6) vaciptir. Bu, müste'menin güvende olacağı yere dönünceye kadar bizim korumamız altında olduğu anlamına gelmektedir. Had infazının neticesindeki bedensel zararlar hatta ölüm riski düşünüldüğünde müste'mene had uygulanması, kendisine verilen güvenceyi ihlal edebilir. Zaten kamu hakkı olarak görülen Allah haklarını da iltizam etmiş değildir.[1953]

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre, müstemenin zinadaki suç ortağı kadın, İslâm ülkesi vatandaşı ise (Müslüman da olsa zimmi de olsa) kendisine had cezası verilecektir.[1954] Ama müste'men, bu fiili kendisi gibi müste'men bir kadınla yapmış ise had uygulanmayacağı içtihadında bulunmuşlardır.[1955] İmam Muhammed ise müste'men şahıs bu suçu Müslüman ya da gayrimüslim hangi kadınla işlerse işlesin her iki faile de had cezası verilmemesi gerektiğini düşünmüştür. İmam Muhammed'in dayanağı, kadın zina suçunda "*tabi*" durumdadır, zinada "*asıl*" unsur olan erkeğe/müste'mene had cezası uygulanamayınca tabi olan kadından da ceza düşmelidir.[1956]

Müslüman veya zimmî bir erkek, müste'men bir kadınla zina ederse Ebû Yûsuf'a göre ise her iki faile de had uygulanması gerekirken Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre sadece erkek faile had uygulanır, müstemen kadına had yoktur.[1957]

Mâlikî mezhebine göre zina suçu işleyen müste'men (erkek veya kadın), kendi şeriatlarına göre bir işlem yapılması için kendi mensup olduğu dinin yetkililerine teslim edilir.[1958] Müslüman bir kadına tecavüz ederek zorla ilişkiye giren müste'men, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre emânını (*zimmet*) bozmuş olacağı için ölümle cezalandırılır.

[1952] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 249; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 24/36, 37/182-183.
[1953] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/55-56.
[1954] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/55-56.
[1955] Aynı görüş İmam Muhammed'den de nakledilmektedir. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/19; Bilmen, *Kâmûs*, 3/206.
[1956] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/56; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/19.
[1957] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/57.
[1958] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 308; Bilmen, *Kâmûs*, 3/209.

Müslüman kadın gönüllü ise Mâlikîler, kadına had cezası, müste'mene de şiddetli bir ta'zîr cezası uygulanır demişlerdir.[1959]

Şâfiî ve Hanbelî mezheplerindeki meşhur kavle göre müste'mene zina haddi uygulanmaz. Çünkü gayrimüslimler hakkında zina haddinin sebebi muhsanlık değil, zimmet akdidir, müste'menlerinse kalıcı bir zimmet akitleri yoktur. Zimmi vatandaşa ise had uygulanır. Nitekim zimmiye had uygulanması da onun muhsan sayılmasından değil zimmet antlaşması gereği İslâm ülkesinin kanunlarını iltizâm etmiş bulunmasından dolayıdır. Hz. Peygamber'in zina eden evli iki yahudi zimmiyi recmetmesi, bu hükmün kaynağıdır.[1960] Şâfiî fakih Remlî, kendi dönemindeki zimmîlerin müste'menlerle aynı statüde bulunduklarını söyleyerek günümüzde artık zimmîlere de had uygulanmaz, demiştir. Remlî, bunu o dönemdeki zimmîlerin zimmet akdini yenilemeksizin atalarından kalma zimmet antlaşması üzere devam etmeleri ile gerekçelendirmiştir.[1961]

Müslim veya zimmi kadın ile harbî (müste'men). Müste'men, müslüman bir kadınla zina ederse bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre sadece kadına, Ebû Yûsuf'a göre her ikisine de had uygulanır. İmâm Muhammed ise her ikisine de had uygulanmaz demiştir.[1962]

Hanbeli mezhebinde Müslüman bir kadınla zina eden müste'mene, emanla ilgili hükümlere uymayarak, ahdini bozduğu için ölüm cezası verileceği içtihadında bulunulmuştur. Ölüm cezasına hükmedilen kişiye ayrıca bir had cezası vermenin de anlamı yoktur. Ancak müste'men kendisi gibi gayrimüslüm bir kadınla zina etmiş ise yukarıda da geçtiği üzere kendisine had cezası verilmez.[1963]

Müslim veya zimmi erkekle müste'men/harbi kadın. İslâm ülkesindeki Müslüman bir erkek veya zimmi bir şahıs, müstemen statüsündeki harbi bir kadınla zina ederse Hanefî imamların üçüne göre de sadece Müslüman ve zimmi faile had cezası verilir, müstemen kadına had uygulanmaz. Ancak Ebû Yûsuf'tan nakledilen güçlü kavle göre, her iki suçlu da had cezasına çarptırılmalıdır. Ebû Yûsuf'un dayanağı, zimmiler nasıl İslâm ülkesinin kanunlarına tabi olmayı ömür boyu iltizam etmiş iseler müte'menler de geçici ikametleri

---

[1959] Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/128; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/128; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/313; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/395, 433; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, 232; Yaman, *İslâm Hukukunda Ulusularası İlişkiler*, 222; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 17/143, 24/35-36, 37/182-183.

[1960] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/127; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/447; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/90-91.

[1961] Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/128; Yaman, *İslâm Hukukunda Ulusularası İlişkiler*, 221-222.

[1962] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/55-56; İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye ve cem'u'r-rivâye ve'd-dirâye min şürûhi Mülteka'l-ebhur*, 4/471-472.

[1963] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/352, 354; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 9/61.

boyunca siyaset ve muamelata ilişkin konularda İslâm ülkesinin kanunlarını benimsemiş kabul edilirler ve bu kanunların getirdiği hükümler kendilerini (*ilzâm eder*) bağlar.[1964] Ebû Yûsuf'un diğer gerekçeleri şöyle sıralanabilir. Dinlerin tamamı zinayı haram olarak nitelendirirler, müste'menler de zinanın haram olduğuna inanmaktadırlar. Ayrıca ülkemizdeki gayrimüslimleri inançlarıyla baş başa bırakma ile emrolunmuşuzdur. Mübahlığına inandıkları için kendilerine içiki haddi uygulanmaması bu kapsamdadır. Müste'menler, mushaf ve Müslüman köle satın alamama, almışsa bile geri satmaya icbar edilme, kazif haddi ve kısas uygulanabilmesi, zina yasağı gibi konularda zimmi gibi değerlendirilirler. Bu nedenle devletin onları yargılama ve cezalandırma yetkisi doğmuştur.[1965]

Hanefi fukahanın yukarı paragrafta verilen meseleleri ele alma biçimlerine bakıldığında Ebû Hanîfe'nin vatandaşlık, Ebû Yusuf'un İslâm ülkesinde bulunuyor olmak, İmam Muhammed'in ise her iki failin de Müslüman olmasını kriter edinerek hüküm vermiş oldukları görülür.

İslâm ülkesinde zina suçu işleyen müste'mene neden ceza verilmeyeceği konusunda Ebû Hanîfe, şu açıklamalara yer vermiştir. Zimmi, ülkemiz vatandaşıdır ve hadler de dahil olmak üzere bir çok konuda bizim hukukumuza tabidir. Oysa müste'men zimmi gibi değildir. Bizden aldığı emanla ülkemizde geçici oturumla bulunan müste'menler sadece kul haklarını iltizam etmiş, hadleri de içinde barındıran Allah haklarını iltizam etmemişlerdir. Kendilerine cizye bağlanmaması, oturum süresi dolunca bir an evvel kendi ülkelerine dönmelerinin istenmesi bunun bir göstergesidir. Bu nedenle işlediği had suçundan ötürü devletin müste'meni yargılama yetkisi yoktur. Ayrıca müste'menin iltizam etmediği kanunlarla sorumlu tutulup yargılanması haksızlık olup, eman kurumu ile güdülen hedeflere de aykırı davranmak olur. Zira eman vermekteki gaye, ihtiyaçlarını gidermek üzere ülkemize giren bu statüdeki kişilerin İslâm 'ın güzellikleri[1966] ile karşılaşmasını sağlayıp kendilerine Müslüman olma fırsatı sunmaktır.[1967]

Müste'men sıfatıyla ülkemizde bulunan harbi bir erkek veya harbi bir kadın ülkemizde zina suçu işlerlerse Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre had cezası almazlar, Ebû Yusuf'a

[1964] İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/268; İbn Âbidîn, *Reddü'-l-muhtâr*, 4/125.
[1965] Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/19; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/596.
[1966] Fıkıh kitaplarımızda inanmayanlara eman vermekteki maksadın İslam'ı bilip tanımaları noktasında kendilerine bir fırsat tanımak olduğuna işaret edilirken genelde Tevbe sûresinin 6. ayetine atıfta bulunulmaktadır. Bk. et-Tevbe 9/6: "*Allah'a ortak koşan müşriklerden biri senden sığınma (emân) talebinde bulunursa, Allah'ın kelâmını işitebilmesi için ona emân ver/sığınma hakkı tanı. Sonra da onu güven içinde olacağı yere ulaştır. Böyle olması, onların bilmeyen bir toplum olmaları nedeniyledir.*"
[1967] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182.

göre her ikisi de suçlu kabul edilir ve had ile cezalandırılırlar. Ebû Yusuf, müste'menleri bu konuda zimmilere kıyas etmiştir.[1968]

Mâliki mezhebinini konuya yaklaşımı genellikle sorumluluk (*teklif*) açısındandır. Çocuk ve delilerin ceza ehliyetleri yoktur. Bunun gibi gerek erkek gerek kadın olsun gayrimüslimlerin zina fiilleri, İslâmi hükümlerle mükellef olmadıkları için şer'an zina olarak değerlendirilmez.[1969]

Mâliki mezhebine göre, ğayrimüslim bir erkek Müslüman bir kadınla zina ederse sadece kadına had cezası uygulanır, zani olan gayrimüslime had cezası verilmez, mensup olduğu dinin temsilcilerine teslim edilir ve onların gerekli cezayı vermeleri istenir. Kadın gönüllü olduğunda durum böyledir. Gayrimüslüm olan erkeğin Müslüman bir kadına zorla tecavüz etmesi halinde ise kendisine ölüm cezası verilir. Mâliki mezhebinde İslâm ülkesinde zina eden kâfir şahısla ilgili olarak, ahdini bozduğu için öldürülebileceği görüşü yanında evli bile olsa celde cezası verilebileceği gibi görüşler de gündeme getirilmiş olmakla beraber özellikle bu son görüş, haddlerin Müslümanları ilgilendiren bir ceza olmaları hasebiyle kabul görmemiştir.[1970] Bu içtihad ışığında Mâliki mezhebine göre zina suçu açısından müslümanlarala gayrimüslimler arasında eşitliğin bozulmasına neden olan faktörün din farkına dayalı ceza ehliyetinden kaynaklandığı söylenebilir.

Mâlikîler, suçun beyyine veya ikrarla sabit olması halinde İslâm ülkesinde müste'men bir kadınla zina eden Müslüman erkeğe had cezası verileceğini söyler.[1971]

Şâfiî ve Hanbeli mezheplerinde de Hz. Peygamber'in zina eden Yahudi erkek ve kadına recm cezası uygulamalarına bakılarak onların muhsan oldukları kabul edilmiş, buna binaen de zimmi vatandaşlara had cezası verilebileceği görüşü benimsenmiştir. Mürtedler de aynı hükme tabidir. Ancak İslâm ülkesinin kanunlarını iltizam etmedikleri için müste'menlere zina haddi uygulanamaz.[1972] Şafiî fakih Remlî (v. 957/1550), kendileri zimmet akdini yenilemeksizin atalarının yaptıkları zimmet akdi üzere devam eden sonraki dönem

[1968] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/95.
[1969] Desûkî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 4/313.
[1970] Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 8/75; Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/127-128.
[1971] Bilmen, *Kâmûs*, 3/209.
[1972] Ebû Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/127; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/447; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/82.

zimmilerine de müste'menler gibi had cezasının uygulanamayacağı görüşünü dile getirmiştir.[1973]

Müste'men ile müste'mene. (Harbî ile harbiyye). İslâm ülkesinde geçici emânla bulunan müste'men erkek ve kadın birbirleri ile zina ederlerse İmâm Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ne erkek ne de kadına had cezası verilmez. Ebû Yûsuf ise bu durumda her iki suçluya da had cezası verielceğini savunmuştur.

3. Hürriyet Farkına Göre

Bekâr Kölelere Had Cezası yoktur. Sahabe ve tabiin uleması ile müçtehit imamların çoğunluğu, zina suçlusu köle ve cariyelerin evli veya bekâr olduklarına bakılmaksızın elli celde ceza alacakları içtihadında bulunmuşlardır. Ancak âyetteki " فإذا أحصن / *evlendiklerinde*"[1974] kaydından hareketle İbn Abbas, Tâvus ve Ebû Ubeyd gibi bazı âlimlere göre, köle ve cariyeler şayet evli iseler ayette zikredilen elli celde ile cezalandırılabilecekler, bekâr olmaları halinde ise kendilerine had cezası uygulanamayacaktır. Evli olmayan köle ve cariyelere had cezası olmayacağı, aynı ayetin mefhum-i muhalifinden (*delîlü'l-hitâb*) anlaşılmaktadır, demişlerdir.[1975]

Yarı (elli) celde sadece evli cariyelere hastır. Dâvûd ez-Zâhirî, konuyla ilgili ayeti sadece zina eden evli olan cariyeye tahsis etmiş gibidir. Çünkü ona göre, evlendikten sonra cariyenin zina etmesi halinde kendisine elli celde vurulur. Zâhirîlerde, köle evli de olsa bekâr da olsa yüz celde ile cezalandırılır. Henüz evlenmemiş cariyenin cezası hakkında iki görüş vardır: İlki hiç had cezası olmayacağı, ikincisi de yüz celde olacağı şeklindedir. Çünkü "*Zina eden erkek ve kadının her birine yüz celde vurun*"[1976] ayeti âmm olup zina suçu işleyen herkesi (hür-köle) kapsamaktadır. "*Evlendikten sonra cariyeler, bir fuhuş/zina işlerlerse kendilerine hür kadınlara olan cezanın yarısını verin*"[1977] ayeti, önceki ayetten sadece "evli cariyeleri" istisna ederek bir tahsiste bulunmuştur. Önceki ayetin (en-Nûr 24/2) hükmünü daraltan ikinci ayette (en-Nisâ 4/25) köleler ile henüz evlenmemiş cariyelerden söz edilmemesi, bunlar hakkında ilk ayetin umumen hükmünü sürdüreceğini göstermektedir. Bu izah, ikinci görüşün (yüz celde) dayananağını teşkil etmektedir.[1978] Mezkûr açıklamalar

[1973] Ebû Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/128.
[1974] en-Nisâ 4/25.
[1975] İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/297-298, 300-301; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/49; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 1/291-300.
[1976] en-Nûr 24/2.
[1977] en-Nisâ 4/25.
[1978] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/68-69, 71; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/49.

ışığında Dâvûd ez-Zâhirî'ye göre evli cariyenin cezası hürrün cezasının yarısı olduğu için, hüriyet açısından zina suçunda eşitliğin sadece evli olan cariyeler açısından bozulduğu anlaşılmaktadır. Çünkü ona göre, köle (bekâr ya da evli) ile bekâr olan cariyenin cezaları yüz celdedir; dolayısıyla bu iki kişi (bekâr veya evli köle ile bekâr cariyeler), zina haddi konusunda muhsan olmayan hür kişilerle eşit olmaktadır.

Had cezasının kölede yarıya inmesi, hürriyet nimetinin yokluğu ile ilgilidir, bedeninin mukavemetsizliği ile ilgili değildir; hatta kölenin celdeye tahammülü hürden daha fazla, celdeden duyacağı mahcûbiyet ise hürden daha azdır. Celdeye karşı daha mukavemetli olmasına rağmen köleye hür kişiden daha az celde vurulması, köleye nispetle hürlere iki kat ceza verilmesinin arka planında hürrün nimete karşı gösterdiği saygısızlığın cezalandırılması fikri bulunmaktadır.[1979]

Mülkiyet ve irade hürriyeti açısından hürlerin kölelere göre evlenme imkânı daha çoktur. Helal yoldan şehvetini tatmin noktasında kölelere nisbetle hürlerin iffetlerini korumaları daha kolaydır. Mülkiyet hakkı ve eda ehliyeti bulunmayan kölenin evlenmesi ise bir anlamda efendisinin tasarrufuna kalmıştır, dilerse everir, dilerse evermez. Dolayısıyla kölenin evlenmesi, kendi ihtiyarında değildir. Nimet merkezli bu bakış açısında dezavantaj sağlayan köleliğin cezayı hafifletici bir etkiye sahip olması adâletin bir gereği olmalıdır.

Şâfiîlerde köle olduğu dönemde zina suçu işleyen kişinin azad edilmesiyle hukuki durumunda meydana gelecek olan değişiklik cezanın miktarını etkilemez. Suçluya had olarak yüz celdenin yarısı uygulanır. Çünkü cezalandırmada suçun işlendiği vakte itibar edilmesi ilkesi benimsenmiştir. Aynı durum kazif haddinde de geçerlidir.[1980]

Zahirîlere göre kısâs, çarmıh şeklinde asılarak idam (*salb*) ve müebbed hapis/sürgün (*nefy/tağrîb*) gibi yarıya bölünemeyen cezalarda köleler hürlere eşittirler. Ancak yarıya bölünmeyi kabul eden cezalarda kölelerin cezası hürlerin yarısıdır; celde cezası, bir yıl gibi süresi belirli sürgün cezası ve organ kesme (*kat-'ı uzv*) cezaları, Zâhirî mezhebinde bunlar yarıya bölünmeyi kabul eden cezalar olarak tanımlanmışlardır.[1981]

a. Celde

Köleler, had cezası gerektiren bir suç işlediklerinde kural olarak cezanın yarıya inmesi mümkünse normal cezanın yarısı ile cezalandırılırlar. Zina, kazf ve içki hadleri yarıya inen

[1979] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/110; Ebû Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/128.
[1980] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/239.
[1981] Bilmen, *Kâmûs*, 3/194.

cezalardandır, o yüzden köle veya cariyenin zina en-Nisâ 4/25 ayeti gereği cezası elli celdedir. Hırsılık suçunda el kesme, irtidat suçunda idam yarıya inemeyeceği için kendilerine hürlerle aynı ceza uygulanır.[1982] Kölenin evli ve bekâr olması da sonucu değiştirmez, zira köle ve cariyeler hürriyet sıfatından yoksun oldukları için recm için ileri sürülen muhsan şartını haiz değillerdir. Buna binaen de recmi gerektiren diğer unsurlar bulunsa bile yine recm değil elli celde uygulanır.

Zina, içki ve kazif suçlarında kölenin cezasının yarıya inmesi, suç ve ceza dengesi ile açıklanmıştır. Suçlunun konumu büyüdükçe suçun da ağırlaşacacağı, suçlunun konumu küçüldükçe suçun da hafifleyeceği düşünülmüştür. Ancak konum değişikliği oldukça sübjektif olduğu için objektif bir ölçüt olarak hürriyet kriteri getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle kişinin sosyal konumu iyileşip toplumsal prestiji arttıkça işlediği suçun ağırlığı ve etkisi de artmış olur, aynı şekilde sosyal statü noktasında itibarı düşük ve daha az prestij atfedilen insanların suçları da diğerine göre hafif görülür. Bu çerçeveden bakılınca hürriyet büyük bir nimettir, hürriyetten mahrum olmak ise büyük bir nâkısadır. Şu halde illet (suç) ile hüküm (ceza) arasındaki orantı gereği kölenin suçunun hafifliği cezasının da hafiflemesini gerektirir.[1983] İslâm hukukunda ceza ile failin kusuru arasındaki denge hemen göze çarpmaktadır. Burada kusuru ağırlaştıran veya hafifleten unsur, hürriyet ve kölelik gibi, failin kişisel özelliğidir. Tam olarak cezaların bireyselleştirilmesi denilemese de failin bireysel özelliğinin cezaya etkisi belirgindir.

İlginçtir ki, Roma hukukunda tam tersi bir durum göze çarpmaktadır, zina eden köleye ölüm cezası verilirken soylu ya da senato üyelerinden birisi zina ettiğinde kendisine para cezası verdikleri bilinmektedir.[1984]

Ayette cariyelerin cezası zikredilmiştir, ancak erkek kölelerin cezasının da yarıya inceği konusunda görüş birliği vardır. Kadın ve erkek köle, toplumsal konumları itibarıyla eşit kabul edildikleri için nassın delâleti bunu gerektirmektedir, her ikisinde de aynı şekilde cezayı yaraıya indiren rikk/kölelik faktörü aynı şekilde mevcuttu. İkinci bir gerekçe de ayette özellikle kadınların zikredilmesi tağlib siğasından dolayıdır, zira zina fiili toplumsal bir realite olarak çoğunlukla cariyelerden sadır olmakta idi.[1985]

[1982] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 8/82; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 5/450; Bilmen, *Kâmûs*, 3/195, 223, 228; Fendoğlu, *Kölelik ve Câriyelik*, 184-185.
[1983] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 87-88.
[1984] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 88-89.
[1985] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/169; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/13.

İbn Abbâs'ın da dâhil olduğu kimi âlimler, kölelere uygulanacak elli celdenin sadece evli köleler için geçerli bir hüküm olup evli olmayan zina suçlusu kölelere celde cezası verilemeyeceğini söylemişlerdir.[1986]

Şâfiî ve Zâhirî mezheplerinde celdeye ilaveten kölelerin de sürgün edilecekleri belirtilir, sürgünün süresi de caslî ceza durumundaki celde gibi yarımdır, altı ay olarak uygulanır. Efendinin hakkını korumak amacıyla kölenin sürgün edilmesini yanlış bulan bir görüş varsa da cezalarda efendinin hakkına bakılmaz denilerek ilk görüş, Şâfiîlerde üstün tutulmuştur.[1987] Zahirilerde evli cariyenin cezası, recmdir, bekâr ise elli celde de sürgün de hürlerin yarısıdır, denilmiştir.[1988] Kural olarak Mâlikî mezhebi kölenin sürgün edilemeyeceğini söyler, ancak efendisinin rıza göstermesi halinde kölenin de sürgün edilmesi mümkün olur. Hanbelî mezhebinde, ne köle ne de cariye sürgün (*nefy/tağrîb*) edilmez.[1989]

b. Recm

Recm cezasının uygulanabilmesi için zinadaki faillerin muhsan olmaları gerektiği ve hürriyetin de muhsanlık şartlarından olduğu konusu ilim ehlinin ortak kabulüdür. Muhsan sayılmadıkları için köle ve cariyelere recm cezası uygulanmaz.[1990] Ancak farklı görüşler de yok değildir. Ulemaya muhalefeti ve şaz görüşleriyle tanınmış mutlak müçtehit sayılan Ebû Sevr (v. 240/854),[1991] muhsan köle ve cariye zina ederlerse recmedilirler demiştir. Evzâ'î köle, hür bir kadınla zina ederse recm edilir ama kendisi gibi köle bir kadınla (câriye) ile zina ederse recm uygulanmaz demiştir. Ebû Sevr ve Evzâ'î'nin köleye de recm uygulanacağı hakkındaki görüşleri, nas ve icmaya aykırı görülmüştür. Şöyle ki, zina suçunda kölelere, hürlerin cezasının yarısının verileceği nasla sabit olmuştur. Yarıya (*tenassuf*) inmeyen recm cezasının tamamını uygulamaya kalkışmak da naslara aykırıdır.[1992] Recm cezasının yarıya inmesi söz konusu olamayacağına göre ayette belirtilen ceza (*azap*) recm değil celde cezası olmalıdır. Dolayısıyla zina eden evli cariyenin cezası (حد الأمة المحصنة)elli celdedir.[1993]

[1986] Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 8/82-83.
[1987] Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 5/450; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/182; Bilmen, *Kâmûs*, 3/227; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 24/23.
[1988] Bilmen, *Kâmûs*, 3/195.
[1989] Bilmen, *Kâmûs*, 3/226.
[1990] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/446-447; Bilmen, *Kâmûs*, 3/195, 200, 228
[1991] Koçak, "Ebû Sevr", *DİA*, 10/229-230.
[1992] en-Nisâ 4/25: "*...(Cariyeler) Evlendikten sonra buna rağmen fuhuş (zina) yaparlarsa onlara, hür kadınlara verilecek cezanın yarısı uygulanır...*"
[1993] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/179, 239; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/39.

Dâvûd ez-Zâhirî de kölelere recm cezasının uygulanacağını savunmuştur. Zahirilerde evli cariyenin cezası, recmdir, bekâr ise celde ve sürgünde hürlerin yarısıdır, denilmiştir.[1994]

B. İçki İçme (*Şürb*) ve Sarhoş Olma (*Sükr*) Suç ve Cezası

İçki içme haddinin sübûtu ihtilaflıdır, sâbit olduğunu kabul edenler nezdinde de miktarı tarışmalıdır. Kimilerine göre Hz. Peygamber bizzat bir içki haddi belirlememiş, uygulamadaki içki haddi Rasûlüllah'tan sonra getirilmiştir. Kimilerince de Hz. Peygamber bir had tespit etmediğine göre bir içki haddi yoktur. Nasların da desteklediği çoğunluğun yaklaşımına göre ise Allah rasûlü içki içenlere had uygulanmasına hükmetmiş, ancak kendisinden sonra bunun seksen mi yoksa kırk mı olacağı noktasında görüş ayrılığı yaşanmıştır.[1995]

Hz. Ali: "*Herhangi bir had cezası tatbik edilip de ölen kimse için diyet ödeyecek değilim, ancak içki içtiği için kendisine had cezası uygulanan kimse bundan istisnadır, onun diyetini öderim. Çünkü Allah rasûlü bu konuda (kesin ve sayısı belli) bir hüküm koymuş değildir.*"[1996] Aynı hadisin Ebû Dâvûd'dan gelen tarikinde şu ziyade bulunmaktadır: "*İçki içene uygulanacak ceza konusunda Rasûlüllah'tan sabit bir uygulama gelmemiştir, bu ceza, bizim kendi (reyimizle) söylediğimiz bir şeydir.*" demiştir.[1997] Hz. Ali bu sözüyle, kırk celdeden sonrasını kasdetmiş olmalıdır, çünkü kırktan sonrasının sünnetle sabit olduğu kesin değildir. Şu halde seksen celde vurulduğu için ölen biir kimseye hz. Ali, diyet ödeyeceğini söylemiştir.

İçki içme haddini kabul edenler arasında haddin miktarı için biri seksen diğeri kırk celde olmak üzere iki görüş serdedilmiştir. Hanefî, Mâlikî ve tercih edilen güçlü rivayette Hanbelî mezhebine göre içki haddi seksen celde olup kadın ve erkek arasında bir fark yoktur. Zayıf bir kavle göre Şâfiîler, Şîa (İmâmiyye) ekolü, Ebû Sevr, Süfyân-ı Sevrî ve Leys b. Sa'd gibi âlimler de bu görüştedirler. Sahabe icması bu yöndedir. Hz. Ömer'in Ebû Ubeyde ve Halid b. Velîd gibi valilerine seksen celde uygulanması şeklinde mektuplar yazdığı varittir. Hz. Ali'nin de kişi içki içtiğinde sarhoş olur, sarhoş olunca hezeyanla saçmalamaya başlar, hezeyan edince de iftira eder, bu yüzden sarhoşa iftira (*kazif*) cezası uygulayın dediği

---

[1994] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/180-182; Behnesî, *el-Hudûd*, 47-48.
[1995] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/365-366.
[1996] Buhârî, "Hudûd", 5 (No. 6778); Müslim, "Hudûd", 39 (No. 1707). Ayrıca bk. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/365.
[1997] Ebû Dâvûd, "Hudûd", 37 (No. 4486). (**فإن رسول الله ص. لم يسن فيه شيئا، إنما هو شيء قلناه نحن**)

nakledilir.[1998] Abdurrahmân b. Avf'ın da Hz. Ömer'e "*Hadlerin en hafifi kadar olmalı.*" şeklinde cevap vermiş, Hz. Ömer de cezayı seksen celde olarak uygulamıştır.[1999]

Bedir, Uhud ve Hendek savaşlarına katıldığını söyleyen bir muhacir sahabi içkiden dolayı yakalanıp Hz. Ömer'e getirilince halifenin celde (*had*) emrine itiraz etmiş, Allah'ın kitabında içki haddi olmadığını hatta inanıp salih amel işleyenlere yedikleri ve içtiklerinden dolayı bir günah olmadığını bildiren el-Mâide 5/93 ayetini okumuştu. Hz. Ömer, bunun üzerine Hz. Ali ve İbn Abbâs gibi sahabelerle istişâre edince el-Mâide 5/90 ayetine göre içkinin kesin haram kılındığı, bahsi geçen ayetin iniş sebebinin geçmişe dönük faiillerin mazur olduklarını beyan etmek üzere nazil olduğu değerlendirilmesinde bulunuldu. Neticede, Hz. Ali'nin mezkûr açıklaması ışığında, içki içenlere seksen celde vurulabileceği sonucuna varıldı.[2000]

Hanefîlerin kendisiyle amel ettiği bir rivayete göre ise içki içen biri Hz. Peygamber'e getirildiğinde Hz. Peygamber, yanında bulunan kırk kişiye bu adama vurmalarını emretti, onlar da her iki ayakkabıları ile vurdular. Hz. Ömer kendi hilâfeti zamanında yaptığı istişareler neticesinde bunu seksen celde olarak kabul etmiştir. Hz. Ali'nin yönlendirmesinin de etkisi[2001] ve sahabenin ittifakıyla seksen celde görüşü tekit edilerek kesinlik kazanmış ve nitekim Hz. Ömer zamanında uygulama bu şekilde olmuştur. Söz konusu kırk kişiden her birinin iki ayakkabası ile vurduğu dikkate alındığında toplamı seksen yapar, şeklinde bir çıkarımda bulunulmuştur. İmam Serahsî, bu olayda içki haddinin kıyasla sabit olduğu itirazlarıyla karşılaşmış veya bunu öngörmüş olmalı ki, içki haddini sabit kılan şey icma olduğunu savunmuş; icma ise kesin bilgi gerektiren sağlam bir delil (*huccet*) olup kendisiyle had sabit olur, demiştir.[2002]

İmam Şâfiî, Ebû Sevr, Zâhirî mezhebi ve Hanbelî mezhebindeki bir rivayete göre ise içki içene kırk celde vurulmalıdır.[2003] Bu gruptaki müçtehitler, Hz. Peygamber döneminde içki içen kimseye ayakkabılarla vurulduğu yoksa miktarı belirli bir ceza uygulanmadığı bilgisiyle istidlâl etmişlerdir. Hz. Ebû Bekir, Peygamber döneminde kaç celde vurulduğunu

---

[1998] Dârekutnî, *es-Sünen*, "Hudûd", 4/211 (No. 3344); İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/227; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/161; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/362; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/353; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 54; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 278.
[1999] Müslim, "Hudûd", 36 (No. 1706).
[2000] Dârekutnî, *es-Sünen*, "Hudûd", 4/211 (No. 3344).
[2001] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/227.
[2002] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/30.
[2003] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/30; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/40-41; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/227; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/353; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/161; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/519; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/367; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/459-462, 467-468.

tespit etmek üzere ashapla istişarede bulunmuş ve istişare neticesinde kırk celde olduğu kararlaştırılmış, kendisi de kırk celde olarak uygulamıştır.[2004] Dârekutnî'deki kayda göre Hz. Ömer'in de bir dönem, içki haddini kırk celde olarak uyguladığı bilinmektedir.[2005]

1. Cinsiyet Farkına Göre

Gerek içki haddinin vücûbiyyeti gerek cezanın miktarı açısından cinsiyet farkının cezaya bir etkisi söz konusu değildir, erkek ve kadın her ikisi de içki yasağıyla muhataptırlar ve bu yasağı çiğnemeleri halinde eşit cezaya çarptırılırlar.[2006]

2. Din Farkına Göre

Zimmi içki içerse: Müste'menlerin geçici ikametleri boyunca muamelatı ilgilendiren alanlarda İslâm devletinin kanunlarıyla mükellef oldukları düşüncesinden hareket eden Ebû Yûsuf, içki konusunu farklı değerlendirmiştir. Zimmi ve müste'menler içkinin mübahlığına inandıkları için kendilerine içki haddi vurulmaz. Ebû Yûsuf, zimmî ve müste'menler İslâm ülkesindeki kurallara uymayı taahhüt etmiş oldukları için kendilerine içki içme (şürb) haddi dışındaki tüm had cezalarının uygulanabileceğini söyler. Ebû Yûsuf'un genel düşüncesine göre gayrimüslim vatandaşlar Müslümanlarla had cezaları noktasında eşittirler.[2007]

Ebû Yûsuf'un da katılımıyla Hanefî fakihler, zimmi ve müste'menlere, içkinin (hamr) helalliğine inandıkları için içki haddi uygulanmayacağı konusunda görüş birliği içindedirler.[2008] Hanefîlerin bu içtihadının onlara tanınan inanç özgürlüğü kapsamında önemli bir veri teşkil edeceği de muhakkaktır. Nitekim Serahsî, bizim onların dinlerine müdahale etmemekle emrolunduğumuza dikkat çekerek içki içmeleri sebebiyle onlara had cezası uygulamanın onların inanç özgürlüklerine müdahale anlamı taşıyacağını belirtmiştir. Had cezası uygulamak onları içki içmekten alıkoyar ki bizim böyle bir yetkimiz yoktur.[2009]

Serahsî, haddi gerektiren sebep olan içki içmenin haramlığına inanmak, haddin uygulanabilmesi için şarttır, der. Çünkü haddin amacı haddin sebebi olan içki içme fiilinden insanları vaz geçirmek için konulmuş bir cezadır. Cezanın amacına ulaşabilmesi için yasaklanan fiilin yasaklığına inanılması önemlidir. Dolayısıyla bir şeyin yasaklığına

[2004] Müslim, "Hudûd", 36 (No. 1706); İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/227; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/161; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 7/170.
[2005] Dârekutnî, *es-Sünen*, "Hudûd", 4/211 (No. 3344). Ayrıca bk. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/366.
[2006] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/215; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/353; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 25/98.
[2007] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/19; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/356.
[2008] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/95; Pîrîzade, *Umdetü zevi'l-besâir*, 2/544, 546; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 241-242.
[2009] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/31; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/215.

inanılmadığı sürece cezanın caydırıcılığı tam olarak gerçekleşmez. Kaldı ki gayrimüslimler, dünyevi hükümler açısından içkiyi yasaklayan ayetin muhatabı değillerdir. Şu halde biz onları kendi inandıkları ile baş başa bırakmakla emrolunmuşuzdur. İçkinin gayrimüslim vatandaşlarımız için mütekavvim bir mal olmasının gerekçesi de buraya dayanır. Normal şartlarda zina suçu işleyen Mecûsiye zina haddi uygulandığı halde, annesiyle evlenip onunla cima eden Mecûsî'ye zina haddi uygulanmamasının sebebi de aynen içkide olduğu gibi kendi itikadlarına göre o fiilin meşru görülmesi ve bizim yasağımıza inanmamalarıdır.[2010]

Hanefî mezhebinde Hasan b. Ziyâd, zimmîlerin içki içip sarhoş olmaları halinde kendilerine içki içtikleri için değil sarhoş olmaları dolayısıyla had cezası uygulanacağını söylemiştir. Çünkü sarhoşluk bütün dinlerde yasaklanmıştır. Kâsânî de bu görüşü "*Hasan'ın dediği güzeldir*" diyerek desteklemiştir.[2011]

Mâlikî mezhebinde içki haddi için İslâm şartı aranmıştır, dolayısıyla zimmî ve müste'menlere içki haddi yoktur. Hanbelî mezhebinde de içki içen zimmilere, haramlığına inanmadıkları gerekçesiyle içki haddi uygulanamaz. Ancak her iki mezhepte de toplumda bir kötülüğü yaygınlaştırma riskine karşı, bu işi aleni bir şekilde yapanlara ta'zir cezası verilmesi gerektiği öngörülmüştür.[2012]

Şâfiilere göre de, İslam ülkesinde Allah hakkını ihlal sayılan içki içme suçu nedeniyle müste'mene had cezası verilmez.[2013]

Şâfiî ve Zâhirî ekolleri, zimmilerin zimmet antlaşmasını kabul etmekle İslâm ahkâmını da kabul etmiş olacaklarını söyleyerek içki de dâhil tüm hadlerin kendilerini uygulanabileceği görüşündedirler.[2014] Haklar ve sorumluluklardaki ortaklık gereği, İslam toplumunun yükümlü olduğu hükümlerle onlar da yükümlüdürler. Kaldı ki, içki yasağı hakkındaki düzenlemeler onların kendi dinlerinde de aynıdır. Onlar sonradan bunu mübah saymışlardır. Erdemli bir toplum inşa etmek için getirilen had suçlarının islam ülkesinde işlenmesine müsaade etmek, ahlaki çözülmelere yol açacağı için içki içmelerine izin verilmez. Böylece İmam Şâfiî, bireysel fesaddan ziyade genel kamu düzeni üzerinden yaklaşarak din ayrımı olmaksızın içki yasağını tüm vatandaşlara teşmiş etmiştir.[2015] İbn Hazm'a göre, yeryüzünde fitneyi (şirk)

[2010] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/31.
[2011] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/215. "و ما قاله الحسن حسن"
[2012] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/313, 352; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/395, 433; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 232; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/82.
[2013] Yaman, *İslâm Hukukunda Ulusularası İlişkiler*, 221-222.
[2014] Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 307-308; Bilmen, *Kâmûs*, 3/194.
[2015] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 241.

sonlandırıp Allah'ın hükmünü yeryüzüne hâkim kılmayı emreden el-Enfâl 7/39 ve ehl-i kitâb hakkında Allah'ın indirdiği ile hükmedilmesi gerektiğini bildiren el-Mâide 5/49 ayetlerine göre zimmî vatandaşlar, içki haddinin gerekliliği ve miktarı konusunda Müslümanlar gibidir, cezadan muaf tutulamazlar.[2016] İbn Hazm, zimmîler sarhoş olmamışlarsa salt içki içmekle kendilerine had gerekmez diyen Hasan b. Ziyâd'ı tenkit etmiş, bunun delilsiz bir ayrım olup ne naslarda ne de icmada bir karşılığı olmadığını söylemiştir.[2017]

3. Hürriyet Farkına Göre

Hürriyet farkı nedeniyle içki haddinin yarıya inip inmeyeceği tartışması bir yana, içki haddinin yarıya düşeceğini kabul eden fakihler, yarım haddin kaç celdeye tekâbül edeceği konusunda da ihtilaf etmişlerdir. Köle için uygulanması icap eden yarım had çoğunluğa göre kırk celdedir, Şâfiîlere göre bu yirmi celdedir. Zikredilen bu durumun içki haddinin aslındaki görüş ayrılığından kaynaklandığı açıktır. Zâhirî ekolünün Dâvûd ez-Zâhirî gibi önemli temsilcilerine göre ise köle ve hürrün cezası kırk celde olmak üzere eşittir.[2018]

Yarım (80/2: 40) celde. Hürriyet farkı, içki haddinin vücubiyetine etki etmemektedir; had (*şürb-sükr*), içki içen hürre de köleye de ceza gerekli olur. Ancak hürriyet farkı, cezanın miktarına etki ederek yarıya (kölelerde seksen celdeden kırk celdeye) düşmesine sebebiyet vermiştir. Aralarında İbn Hazm da olmak üzere cumhur ulemanın görüşü böyledir.[2019] İçki haddinde köleler erkek ve kadın diye ayrılmaksızın kendilerine hürlere uygulanacak cezanın yarısı olmak üzere kırk celde uygulanır.[2020]

İçki haddinin miktarı konusundaki farklı rivayet ve görüşlere rağmen, mezhep imamları da dahil müçtehitlerin çoğunluğu, Hz. Ömer başta olmak üzere özellikle sahabe uygulamasından hareketle celdenin seksen olacağına karar vermişler ve kölenin cezası yarımdır derken seksen celdeyi baz alarak köleye kırk celde vurulacağına hükmetmişlerdir. Hz. Peygamber ve Hz. Ebû Bekir devri uygulamalarından hareketle Ahmed b. Hanbel, meşhur rivayete göre imâm Şâfiî, Ebû Sevr ve Dâvûd ez-Zâhirî gibi müçtehitler ise içki haddinin kırk celde olacağı sonucuna ulaşmışlardır.[2021]

[2016] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/376.
[2017] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/377.
[2018] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/227.
[2019] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/215; Zeyla'î, *Tebyîn*, 3/198; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/40-41; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 54; Fendoğlu, *Kölelik ve Câriyelik*, 184-185.
[2020] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/353; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, 3/362.
[2021] Şevkâi, *Neylü'levtâr*, 7/169-170.

Kölenin cezasının hürlerin yarısı olacağını kabul eden cumhura göre, tam içki haddi seksen celdedir. Ancak içki haddiyle ilgili rivayetler dikkate alındığında bu konunun kendi içinde tartışmalı olduğu görülür. İbn Abbas'tan gelen habere göre Hz. Peygamber bu konuda sayısı belirli bir had koymuş değildir.[2022] Bir rivâyete göre Hz. Peygamber, içki içen faile ayakkabılarla kırk civarında vurdurtmuştur.[2023] Bir başka rivâyette ise Hz. Peygamber, yirmi kadar sahâbîye emir vermiş, onlar da suçluya ayakkabıları ve budaksız hurma dallarıyla ile her biri ikişer celde vurmuşlardır.[2024] Elle ve elbiselerin uçlarıyla vurulduğu da kaydedilmiştir.[2025]

Köleler hakkında içki haddinin seksen celde üzerinden yarıya ineceğini kabul eden Cumhur bu konuda İmâm Mâlik'ten gelen rivayeti esas almışlardır; buna göre, Hz. Ömer, Hz. Osman ve Abdullah b. Ömer gibi sahabelerin cezanın yarıya ineceği yönündeki uygulamaları bu konuda delildir. Çünkü hadlere taalluk eden böylesi bir konunun tevkîfî olması icap eder. Kölenin içki suçunun zina suçuna kıyas edilmesine gelince, her iki cezanın da yarıya inmeyi (*tansîf*) kabul ettiği göz önüne alındığında bu kıyaslama imkân dâhilindedir.

Tam (80) celde. Leys b. Sa'd ve Ebû Sevr gibi âlimlerin yanısıra Zâhirî ekolün çoğunluğu kölelik sebebiyle cezanın yarıya düşmeyeceği dolayısıyla içki içen faile tam celde vurulacağını savunmuşlardır. Ahmed b. Hanbel'den gelen habere göre Rasûlüllah, içki içen kimseye celde vurulmasını, suçun tekerrürü halinde ikinci kere vurulmasını emretmiştir. Bu hadiste içki yasağı için getirilen ceza umumidir, herhangi bir tahsise uğramış değildir. Köle ve hürleri ayrı tutmanın bir delili yoktur, cezaları eşit olmalıdır, demişlerdir.

Bu fikri savunan müçtehitlere göre sahabe uygulamasının (*eser*), doğrudan Hz. Peygamber'den gelen bir haberle aynı değerlendirilmesi kabul edilemez. Eser habere mukâvemet edemez. Ayrıca had cezalarının kıyasla sabit olması kabul edilemez. Cumhurun buna cevabı şöyledir; söz konusu sahabe uygulaması doğrudan sünnet kaynaklıdır, dolayısıyla bu uygulama tevkîfî olup sahabenin kendi içtihadı değildir. Ayrıca mukadderâta ilişkin konularda re'ye alan tanınmadığı için tam had (seksen celde) vurulmasıyla ilgili rivayetlerin adı geçen sahabelerden vârid olan yarım had (kırk celde) uygulaması (*eser*) ile tahsis edilmiş

[2022] Ebû Dâvûd, "Hudûd", 36 (No. 4476), 37 (4486).
[2023] Müslim, "Hudûd", 35, 37 (No. 1706), 38 (No. 1707); Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ,* 5/132-133 (no. 5254-5257); Şevkâni, *Neylü'levtâr,* 7/168.
[2024] Beyhakî, Ahmed b. Hanbel; Şevkâni, *Neylü'l-evtâr,* 7/168.
[2025] İbn Hazm, *el-Muhallâ,* 12/366.

olduğunu söylemek daha doğrudur. Konu hakkında bilinen bir muhâlefetin olmaması da bu düşünceyi teyit etmektedir.[2026]

C. Kazf/Zina İftirası Suç ve Cezası

İnsanların onur ve şereflerini, onların kişilik hakları ve haysiyetlerin korumayı hedefleyen[2027] kazf haddini araştırma alanımız açısından iki yönden incelemek mümkündür. Birisi suçun oluşumu diğeri de kazif suçu için öngörülen yaptırım yönünden. Suçun oluşumu, diğer bir tabirle kime karşı kazf işlenebileceği açısından yapılacak incelemede, kazf ihsânı (*muhsan*) ile ilgili şartların belirleyici olduğu görülür. Bu anlamda köle ve gayrimüslime karşı yapılan kazf, hür ve Müslüman bir kişiye yapılan kazf gibi değildir. Suçun yaptırımı yönünden yapılan incelemede ise, kazf suçundaki mağdurunun kim olduğu önemlidir. Faile nisbetle mağdur, yabancı birisi veya failin nikâhlı eşi olmasına göre farklı sonuçlar karşımıza çıkmaktadır. Unsurları ve mahiyeti itibarıyla aynı olduğu halde nitelikli iftira suçu olarak kazfin yaptırımı, suçun mağduruna göre farklılık arz etmektedir. Aralarında herhangi bir nikâh bağı bulunmayan yabancı bir kadına zina isnadında bulunan ve bunu ispat edemeyen kişinin cezası seksen celde ve şahitliğinin kabul edilmemesi olarak belirlenmiştir.[2028] Ancak kendi karısına zina isnadında bulunup da bunu dört şahitle ispat edemeyen koca için hüküm, karı ve kocanın mahkemede hâkim huzurunda karşıklıklı lanetleşmek (*liân/mülâane*) suretiyle yeminleşmeleri ve böylece kocanın kazf haddinden kadının da zina haddinden kurtulmasıdır.[2029] Karısına zina isnadında bulunup da bunu ispat edemeyen kocaya lian gerekmesi de mutlak değildir. Örneğin karının daha önce zina sabıkası varsa, kadın köle veya gayrimüslimse, kadın muhsan vasfını haiz olmadığı için, liana başvurulamaz ancak kocaya ta'zîr cezası verilir.[2030]

İslâm şeriatının "*Bir kötülüğün karşılığı, onun gibi bir kötülüktür (ona denk bir cezadır)*.."[2031] âyetindeki genel prensibe nazaran işlenen suçlar için normal şartlarda tek bir ceza belirlenmişken, kazif hakkındaki âyetlere bakılınca, aslî ceza olan seksen celdeye

[2026] Tarafların görüşleri için bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/215-216. (Muhakkikin notları).
[2027] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/646; Bilmen, *Kâmûs*, 3/229-230; Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/148; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 214.
[2028] en-Nûr 24/4.
[2029] en-Nûr 24/6-9.
[2030] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 5/37, 42; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 4/277, 283-284, 5/336; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 3/483; Aydın, "Liân", *DİA*, 27/172; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/517-518.
[2031] eş-Şûrâ, 42/40. Ayrıca bk. Yûnus 10/27.

ilaveten, kazfte bulunan failin şahitliğinin kabul edilmemesi ve Allah katında fâsık sayılması (*lanet*) gibi ek (*tebe'î*) cezalara yer verildiği görülür.[2032]

Mağdurun sıfatı. Mağdurun sıfatı, suça etkili hallerden ağırlaştırıcı bir sebeptir. Suçun mağduruna göre, işlenen suçun toplumda meydan getireceği zarar ve ihlallerin etki ve boyutları farklı olacağı için suç aynı olduğu halde ceza farklı olmuştur. Peygamber eşlerine kazifte bulunan kişilere iki kat ceza uygulanacağına dair görüş vardır. Bu çerçevede Hz. Aişe'ye iftirada bulunan kişilerden Abdullah b. Übeyy'e iki kazif haddi (yüz altmış celde) uygulandığı kaynaklarda yer almıştır.[2033]

Diğer hadlerde olduğu gibi kazif haddinin infazında da bir geçiştirme ve aşırılık olmasın diye devlet kontrolü şartı getirilerek adâlet tesis edilmeye çalışılmıştır.[2034]

Kazif suçunun yöneldiği kişi (*makzûf*) açısından yapılacak incelemede özellikle din ve hürriyet farkının cezada eşitlik açısından etkili olduğu hususu karşımıza çıkmaktadır.

1. Cinsiyet Farkına Göre

Cinsiyet farkı. Kazfin faili ya da mağduru olmaları açısından erkek ve kadınarasında farklar görülmektedir. Kazf, iffetli bir erkek ya da kadına zina iftirasında bulunmak veya bir kişinin anne ya da babasından nesebini nefyetmek demektir.[2035] Kazif suçunun ve bu suça takdir edilecek haddin gerekmesinde temel ölçüt, kimin muhsan[2036] olduğunun tespitiyle ilgilidir. Fakihlere göre muhsan terimi akıllı, ergen, hür,[2037] Müslüman,[2038] zinadan uzak ve iffetli[2039] kişileri kapsar.[2040] Dolayısıyla erkek veya kadın her birine yapılacak olan zina

---

[2032] Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 258. Ek (tebe'î) cezalar: Ceza mahkûmiyetinin sonucu, ayrıca açıklamaya ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden gündeme gelen cezalardır. Kasten ve hataen öldürmelerde miras ve vasiyetten mahrumiyet, kazif cezasına çarptırılanın şahitliğinin kabul edilmemesi gibi. Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 59.

[2033] Mâverdî, *en-Nüket ve'l-'uyûn*, 33/30; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 227; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 33/22.

[2034] İbn Rif'a, *Kifâyetü'n-nebîh*, 17/267.

[2035] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/93; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/316, 320-321; Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 209; Aktan, Hamza, "Kazf", *DİA*, 25/48. Zina ithamı kâzif tarafından dört şahitle ispatlanır veya makzûf olan kişi bu ithamın doğru olduğunu ikrar ederse zina suçlusu durumuna düşer, (muhsan da sayılmaz, makzûf muhsan değilse kazf suçu oluşmaz), kazfte bulunan kişi de artık suçsuz sayılır, zanlılık halinden kurtulur. İbn Âbidîn, *Hâşiyetü İbn Âbidîn*, ?.

[2036] Muhsan (ihsân) olmanın zinadaki en önemli kriteri sahih bir nikah dahilinde cinsel birliktelik gerçekleşmesidir, kazif suçunun oluşumundaki en önemli kriter ise zina etmemiş (iffetli) olmaktır. Bk. Avvâ, *Fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 209.

[2037] en-Nisâ 4/25.

[2038] en-Nisâ 4/25'teki "*ihsân*" terimi hakkında "İslam", "hürriyet", "iffet" ve "nikah/evli olmak" şeklinde tefsirler yapılmıştır. Bk. İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/489-490, 3/341. Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve el-'Ukûbetuhâ fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 68-69.

[2039] el-Mâide 5/5: "**محصنين غير مسافحين**"; en-Nisâ 4/25: "**محصنٰت غير مسافحٰت ولا متخذٰت أخدان**"; el-Enbiyâ 21/91, et-Tahrîm 66/12: "**ألتى أحصنت فرجها**".

ithamı kazif haddini icap ettirir ki bu kadın ve erkeklerin bu konuda eşit oldukları anlamına gelir. Zira kazifle ilgili ayette "*muhsanât*"[2041] şeklinde özellikle kadınların zikredilmiş olması, kazfin mağdurunun genelde kadınlar olmasından hareketle tağlîb içindir, yoksa ilgili ayet, erkekleri istisna etmiş değildir, erkeğe yapılacak zina isnadının cezası da aynıdır. Kazif haddini hükme bağlayan ayette "*muhsanât*" kelimesinin müennes siğa ile zikredilmesi erkekleri istisna etmek için değildir. Erkeklere yapılan zina isnadı da kazif haddini gerektirir. Muhsanât kelimesinin tercih edilmesi, kadınlara yapılacak zina ithamının erkeklere nazaran daha ağır ve çirkin olduğuna da delalet etmektedir.[2042]

Hükümlerin istinbâtında lafızların zâhirlerine önem veren Zâhirî ekolü de ahkâmda eşitlik (kadın-erkek) kuralını kabul ettikleri için kazfle ilgili âyette (en-Nûr 24/4) kadınlara yönelen hitâbın (*muhsanât*) erkekleri de kapsamına almış olduğunu kabul etmişlerdir. Kur'ân'ın üslûbu gereği, çoğu yerde erkekler zikredilmiş, bununla kadınlar da kasdedilmiştir, burada ise tersi bir durum söz konusu olmuştur.[2043]

Kimi Hâricî fırkaları, âyetteki hitâbın müennes sîğa ile gelmiş olmasından hareketle kazf haddi, özellikle kadına yapılan zina isnadı hakkındadır, erkekler bu ayetin kapsamında değildir, demişlerdir. Bu yaklaşıma göre zina iftirası, kadın üstünde daha etkilidir ve kadın bu lekenin üstesinden gelemez. Dolayısıyla kazf suçunun vermiş olduğu zarar bakımından kadın ve erkek eşit değildir. Bu düşünceye kazf haddinin makâsıdı ile cevap verilmiştir. Kazf haddi her ne kadar şahıs hakkı barındırıyor olsa da kazfin cezası, şahıstan ziyade suçun topluma verdiği zararı önlemeye dönüktür. İffet, namus ve insan onurunun korunması ve toplumda asılsız dedikodulara fırsat verilmemesi açısından erkek ve kadın eşittir.[2044]

Kazf ihsânıyla ilgili şartlardaki eksiklikten ötürü muhsan sayılmayan kişilere karşı yapılan zina isnadı sebebiyle faile had cezası verilmez, ancak bu failin tümden cezasız bırakılacağı anlamına da gelmez, kural olarak bir sebeple haddin uygulanamadığı durumlarda faile ta'zîr cezası verilir.[2045]

[2040] Kazif haddi için muhsan olma şartları: Akıl, büluğ, hürriyet, islam ve iffettir (zina etmemiş olma). Bk. Mevsılî, *el-İhtiyâr* 4/93-94. Recm cezası için muhsan olma şartları: Hürriyet, akıl, büluğ, islam ve sahih nikâh içerisinde dühuldür. Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/88.
[2041] en-Nûr 24/4.
[2042] İbn Cüzeyy, *et-Teshîl*, 2/82; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf*, 12-15.
[2043] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 96.
[2044] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 96.
[2045] Aynî, *el-Binâye*, 6/390-391; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf*, 12-15, 68-69.

Kazif suçunda failin erkek ya da kadın olması haddin miktarına etki etmemektedir. Suçlarının sabit olması ve ceza ehliyetlerinin bulunması halinde seksen celde vurulur. Dolayısıyla cinsiyet farkı burada eşitliği bozmamaktadır. Aynı şekilde kazfin mağdurunun muhsan olması kaydıyla erkek, kadın, bekâr, evli veya dul olması da ceza bakımından bir değişikliğe yol açmamaktadır.[2046]

2. Din Farkına Göre

Gayrimüslim fail. Kazif suçunun oluşması ve cezasının infazı noktasında özellikle din farkı etkili olmuştur. Gayrimüslimler kazfin faili ise suçlu sayılır ve cezaya çarptırılırlar iken suçun mağduru olmaları durumunda mesele farklı değerlendirilmiştir. Gayrimüslimlerin kâzif ve makzûf olmaları halinde durum farklı olduğu için bu başlıkta din farkının hükme etkisi ele alınacaktır.

Kazf suçunda failin Müslüman olması şart değildir, dolayısıyla zimmî bir vatandaş veya geçici ikamet izniyle İslâm ülkesinde bulunan müste'menlerin bu suçu işlemeleri halinde kendilerine eksiltilmeksizin tam had (seksen celde) icra edilir.[2047] Zimmi vatandaşlar, Müslümanlar aleyhine işledikleri kazf suçu nedeniyle kazf haddine maruz kalırlar, bunun en önemli nedeni kazfin nitelikli iftira olup kul haklarını ilgilendiriyor olmasıdır.[2048] Buna dair ilginç bir örnek olması bakımından *el-Mebsût*'ta geçen şu mesele aktarılabilir: Dört tane zimmi vatandaş, bir zimmi erkeğin Müslüman bir kadınla zina ettiğine dair onun aleyhine şahitlikte bulunsalar, yaptıkları bu şehadet geçersizdir. Çünkü zimmilerin Müslümana karşı şahitlikte bulunması kabul edilmez. Bu durumda zimmiler Müslüman kadına haksız yere zina ithamında bulunmuş olacaklarından dolayı kendilerine kazf haddi uygulanması gerekir.[2049]

Hanbelîler, bizim kanunlarımızın zimmîleri de bağladığını söyler. Zimmîler, kendi dinlerinde haram olan zina, hırsızlık, kazf ve adam öldürme gibi suçlardan birini işledikleri takdirde bizim hukukumuza göre yargılanırlar. Zina suçlusu bekârsa celde, evli ise recm ile cezalandırılır. Aynı şekilde şahidi olmadığı halde zina isnadında bulunan zimmîye kazf haddi uygulanır.[2050]

[2046] Zeyla'î, *Tebyîn*, 3/199.
[2047] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/118; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/56; Bilmen, *Kâmûs*, 3/230.
[2048] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 2/147; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182.
[2049] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/85. Aynı meselenin devamı şöyledir: Bu kişilerin zimmi hakkındaki şahitlikleri de iki nedenle geçersizdir. İlki, kazif haddine çarptırılmakla şahitlikleri geçersiz hale gelmiştir. İkincisi, zina, ancak bir mahal (kadın) ile gerçekleşir. Müslüman kadın hakkındaki şahitlikleri geçersiz olunca zina mahalli de hükmen yok gibidir. Bunların şahitliğiyle Müslüman kadın zina mahalli sayılmaz. Bir kişinin herhangi bir mahal olmadan tek başına zina etmesi de düşünülemez. Öyleyse bunlar, iftira etmektedirler.
[2050] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/82.

Gayrimüslim makzûf. Kazf haddinde mağdurun durumu kilit role sahiptir, had cezasının uygulanması için kazfe uğrayan kişinin muhsan olma şartı, muhsanlık için de Müslüman olması fukahanın ittifakı ile sabit olmuştur. Muhsan sayılmamalarına bağlı olarak İslâm ülkesinde yaşayan gayrimüslim (*zimmi*) vatandaşlar ve kendilerine verilen geçici ikamet izni ile güvenceye kavuşmuş olan müste'menlere karşı işlenen kazf dolayısıyla kazf haddi uygulanmaz, faile ceza olarak sadece ta'zîr verilir. Failin Müslüman veya zimmi olması da durumu değiştirmez.[2051] Namusa iftira gibi haram bir fiil irtikab etmiş olmakla ahlaksızlığın (*fuhşiyat*) yayılmasına sebep olmaları ve çirkinlikleri örtme görevini terk etmelerinden dolayı gayrimüslime kazifte bulunan faillere ta'zîr cezası uygulanır. Geçmişindeki zina sabıkası nedeniyle muhsanlığını kaybeden (erkek-kadın) hürlere veya köle ve cariyelere iftira eden faillere de ta'zîr hükmü aynen geçerlidir.[2052] Bir sebeple haddin uygulanamadığı durumlarda suçluya tazîr cezası verilmesi kuraldır. [2053]İnsanların kişilik haklarının korunması, onur ve şereflerinin dokunulmazlığı açısından bu önemlidir.

Gayrimüslimlerin muhsan sayılmaması Hz. Peygamber'in Allah'a ortak koşan kişinin muhsan olmayacağını[2054] bildirdiği sözüne dayanmaktadır.[2055] Genel durum böyle olmakla birlikte Saîd b. Müseyyeb ve İbn Ebî Leylâ, Müslüman çocuğu bulunan bir zimmi kadına kazfte bulunulduğu takdirde kâzife had uygulanacağını söylemişlerdir.[2056] Bu içtihadın Müslüman kocanın onurunu korumaya çalıştığı bellidir.

Zina ithamına maruz kalan kişinin gayrimüslim olması nedeniyle kazf haddi olmaması, bazı araştırmacılar tarafından İslâm'ın eşitlik ve adâlet anlayışına aykırı bulunmuştur. En önemli gayesi adâleti ayakta tutmak ve insanlık onurunu korumak olan İslâm'ın genel prensipleriyle uyum arz etmediği için, gayrimüslimler ve köleler aleyhinde yapılan zina isnadına da kazif haddi uygulanması gerektiği önerilmiştir.[2057]

[2051] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/118; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 9/227; Bilmen, *Kâmûs*, 3/231-233; Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/148-149; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kıuveyt)*, 7/135, 33/11-12.

[2052] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36-37; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/346; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 7/135.

[2053] İbn Hümâm, *Fetfu'l-kadîr*, 5/347.

[2054] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/68 (No. 29349); Tahâvî, *Şerhu müşkili'l-âsâr*, 11/446 (No. 4544); Dârekutnî, *Sünen*, "Hudûd ve'd-diyât", 4/178 (No. 3294, 3295); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/375-376 (No. 16936-16937, 16940). "**من أشرك بالله فليس بمحصن**": Bu hadisin hem merfû' hem de mevkûf (İbn Ömer) varyantları bulunmaktadır.

[2055] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/319; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/326; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 9/227; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/83-84.

[2056] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/83-84; Aynî, *el-Binâye*, 6/391.

[2057] Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, 137-138. Yiğit bu makalesinde, kazif haddini düzenleyen en-Nûr 24/4 ayetindeki "muhsanât" kelimesinin "mü'minât" kelimesiyle kayıtlanmaması, hür-köle, müslüman-gayrimüslim arasında ceza farklılığı olmayacağı tezini güçlendirir, demektedir. Ancak bu yorum, "muhsan" kelimesini "islâm" şartıyla

Müste'men. İslam ülkesi sınırlarında bulunduğu süre zarfında Müstemen, herhangi bir Müslümana karşı kazif suçu işlerse Hanefilere göre kazif haddine çarptırılır. Müste'mene kazif haddi uygulanabileceği görüşü Hanefi fukaha arasında ittifakla sabit olmuştur.[2058]

İslâm ülkesinde kazif suçuna karışan müste'mene had cezası verilebileceği konusunda Hanefilerin dayanakları şu şekildedir. Had cezasının uygulanması için ülkemizde geçici ikamet izniyle bulunan müste'menler üzerinde devletin egemenliğinin bulunması şarttır. Devletin egemenliği de yabancının İslâm devletinde uygulanan kanunlara tabi olacağını iltizam etmesi ile gerçekleşir. Kısaca haddin ikamesi vilâyete, vilâyet ise (ahkâmı) iltizama mebnidir. Konuya bu çerçevede bakıldığında ülkemizde yabancı sıfatıyla bulunan müste'menler kul haklarını iltizam ettikleri için kazif konusunda üzerlerinde devletin yargı yetkisi bulunmaktadır. Onlara tanınan eman sayesinde kendilerine eziyet ve haksızlık yapılmaması esastır. Dolayısıyla kendilerinin de ülkemiz vatandaşlarından kimseye kazif ve benzeri eziyette bulunmamaları gerekir. Aksi halde işledikleri suçun gereği ile ilzam edilir, cezalarını çekerler.[2059]

Mevdudi de taraflar arasında eşitlik olduğunu söyler. Zimmilerden birinin Müslüman bir erkek veya kadına zina ithamında bulunması ile Müslümanlardan birinin bunu yapması arasında fark yoktur. Her iki tarafa da eşit şekilde kazif haddi uygulanacağını belirtir.[2060]

Kazif suçu ve cezası üzerine yazdığı makalesinde Yiğit, kazif suçunun cezası için şekli hukuksal eşitlik fikrini savunur; İbn Cüzeyy'in tefsirinde yer alan ve yukarıda aktardığımız bir görüş üzerine tezini bina ederek şöyle der: "*(en-Nûr 24/4) ayetteki "muhsanat" kelimesinin aynı surede yer alan diğer ayetteki gibi "mü'minat (mü'min kadınlar)" kelimesi ile kayıtlanmaması da bu kanaatimizi desteklemektedir. Şayet ayette böyle bir kayıt bulunsaydı, o zaman gayrimüslim kadın ve erkeklere karşı isnat edilen bu tür sözler, kazf suçunu düzenleyen ayetin kapsamı dışında kalacak ve tabii olarak bu sözlerin sahiplerine bu suç için öngörülen ceza uygulanmayacaktı. ... Dolayısıyla bazı ayetlerde (Nisa 4/25; Nur 24/23) olduğu gibi "muhsanat" kelimesi, mutlak olarak kullanıldığında bu kelimenin içeriğini sadece mü'min kadınlara, hürlere özgü kılmak isabetli olmasa gerek. Buna göre kazf suçu ve cezasını düzenleyen ayette, mutlak olarak kullanılan "muhsanat" kelimesi, kanaatimizce,*

---

kayıtlayan sünnet malzemesini dikkate almadığı için tekrar değerlendirilmelidir. Muhsan sayılmada islâm şartı için bk. Serahsî, 9/39-41, 118; İbn Hümâm, 5/238-239, 319.

[2058] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182, 207; İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, 5/19; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/268; İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4/25; Nevevî, *el-Mecmû'*, 18/356.

[2059] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/95; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182.

[2060] Mevdudî, *Hukûk-u ehli'z-zimme*, 17.

kadın-erkek, hür-köle, müslim-gayrimüslim gibi cinsiyet, inanç veya statü farklılıkları dikkate alınmaksızın, iffet sahibi bütün insanları kapsamına alan bir lafızdır. Söz konusu ayette yer alan "muhsanat" kelimesini, "hürler", "kadınlar" ya da "mü'min erkek ve kadınlar" şeklinde kayıtlamak, onun kapsamını daraltmaktadır"[2061]

Diğer taraftan, en-Nûr 24/4'te geçen "*muhsanât*" sözcüğünün, el-Mâide 5/5'te yer alan "*muhsanât*" sözcüğüyle aynı anlama geldiği kabul edildiği takdirde sözcüğün "*iffetliler*"[2062] şeklinde yorumlanmasına da imkân tanınmış olur ki bu da eşitlik sonucunu güçlendiren bir çıkarımdır.

Gayrimüslim.mağdur. Konuyla ilgili ayetteki "المحصنات"[2063] ifadesine göre zina ithamı mü'min erkek ve kadınlara[2064] yapılması halinde bir suç teşkil eder. Suçun oluşumunda, zina ithamında bulunan (kâzif) açısından Müslüman ve gayrimüslim eşittir. Zina iftirasında bulunan Müslüman gibi gayrimüslime de kazif haddi vurulur.[2065] Ancak, hakkında zina isnadında bulunulan (makzûf) kişi eğer bir gayrimüslim ise kazif suçunu işleyen (kâzif) kişiye had cezası uygulanmaz.[2066] Zira kazif haddi, bu suça maruz kalan kişinin toplum içindeki onur ve itibarını korumak için gerekli kılınmıştır, küfür ise kaziften/zina ithamına maruz kalmaktan daha büyük bir ayıptır. Ehl-i küfürden bazıları, bizatihi zinada bir sakınca görmezken kendilerine yapılan zina iftirasından dolayı had uygulanmasının anlamı yoktur, denilmiştir.[2067]

Mâliki mezhebi ve Ahmet b. Hanbel'e göre, zimmiye karşı kazifte bulunan kişiye had cezası verilmez, te'dip kapsamında uyarı cezası verilir, azarlanır.[2068] Müslüman birinin Hristiyan karısına kazifte bulunmuşsa ibretlik bir ceza (tenkil) verilir.[2069] Aynı şekilde çocuğu

---

[2061] Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, 137-138.

[2062] Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, 138-139. "*Muhsanât*" sözcüğünün "*iffetli kadınlar*" şeklinde anlaşılmasının isabetli olacağı hakkında bk. Dağcı, "İhsan", *DİA*, 21/546-548.

[2063] en-Nûr 24/4.

[2064] Ayetteki "*muhsanât*" kelimesi, konuyu kadınlara hasretmek için değil, sadece, kadınlar hakkında zina iftirasında bulunmanın özellikle daha çirkin ve daha ağır bir vakıa olduğuna dikkat çekmek içindir. " **سرابيل تقيكم الحر**" ayeti gibi, sadece sıcaktan değil çok şeyden korur. İfade "muhsan kadınlar" şeklinde gelse de ayetin hükmü erkekleri de kapsar. Muhsan olduktan sonra, kazfe uğrayanın erkek veya kadın olması arasında bir fark yoktur, kazf suçlusuna verilecek ceza değişmez, eşit olur. İbnü'l-Cevzî, *Zâdü'l-mesîr fî ilmi't-tefsîr*, 3/279; İbn Cüzey, *et-Teshîl li Ulûmi't-tenzîl*, 2/61; Şevkânî, *Fethu'l-kadîr*, 4/9; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve el-'Ukûbetuhâ fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 12-15, 68-69.

[2065] İbn Cüzey, *et-Teshîl li Ulûmi't-tenzîl*, 2/61.

[2066] Kurtubi, *el-Câmiu li ahkâmi'l-Kur'ân*, 12/174; İbn Cüzey, *et-Teshîl li Ulûmi't-tenzîl*, 2/82.

[2067] Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve el-'Ukûbetuhâ fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 71; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/139.

[2068] Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, 4/492; Hâşimî, *Kitâbü'l-irşâd ilâ sebîli'r-reşâd*, 473.

[2069] Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-celîl li şerhi Muhtasarı Halîl*, 8/401-402.

Müslüman olan gayrimüslim bir kadına kazifte bulunana had/celde vurulur.[2070] Mâlikilerde, zimminin Müslümana zina iftirasında bulunması halinde zimmiye seksen sopa vurulacağı görüşü vardır.[2071]

Zimmiye zina isnadında bulunmanın cezasının had veya ta'zir cezası olacağı konusu tartışmalı olsa da İslâm ahlakı gereği hiç bir Müslüman buna yeltenemez. Müslümanlar suç teşkil eden böyle bir suç eyleminden "*Zimmiye zina iftirasında bulunan kişiye ahirette ateşten kamçılarla had cezası vurulur*"[2072] hadisiyle alıkonulmuşlardır. Böylece hukuktaki bilinçli boşlukları tamamlayan bir unsur olarak ahlak devreye sokulmuştur.

Ahmet b. Hanbel'e göre, Müslümana zina iftirasında bulunan kişiye böyle bir sorumluluğu olmadığından dolayı had uygulanmaz.[2073]

Müste'men olarak İslâm ülkesinde bulunan kişiye karşı bir zina isnadında bulunulursa had gerekmez; müste'men, bir Müslüman aleyhine zina ithamında bulunursa kendisine had uygulanır.[2074] Cumhura göre müste'men, İslâmi hükümlerle sorumlu olmadığı için kendisine kazif haddi cezası uygulanmaz.[2075]

3. Hürriyet Farkına Göre

Makzûf köle. Köleye karşı yapılan zina isnadı da suç unsuru teşkil etmez. Ayetin hürler hakkında varit olması ve kazfteki muhsanlık şartlarından birisinin de hürriyet olması hasebiyle köleye karşı zina ithamında bulunan kişiye had cezası uygulanmaz.[2076] Hanefi, Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî, Zeydiyye, İmâmiyye mezhepleri ile Evzâî, Süfyân es-Sevrî, Osman el-Bettî, Hasan b. Huyey bu görüştedirler.[2077] Kurtubî, bu konuda eşitlik fikrini savunmak, insanların bazısının diğerlerinin emri altında çalışması yani "teshir" kuralını bozabilir bu da toplumsal faydanın yok olmasına sebep olabilir, diyerek bu hükmün bir hikmet gereği olduğunu söyler.[2078]

Said b. Müseyyeb, Zührî, İbni Ebî Leylâ, Dâvûd ez-Zâhirî, İbn Hazm ve Şevkânî gibi alimler de gayrimüslimler ve kölelere karşı işlenecek kazif suçuna verilecek cezanın, hür ve

---

[2070] Kurtubi, *el-Câmiu li ahkâmi'l-Kur'ân*, 12/174
[2071] Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-celîl li şerhi Muhtasarı Halîl*, 8/401-402.
[2072] Taberânî, *Mu'cemü'l-kebîr*, 22/57 (No. 135).
[2073] Hâşimî, *Kitâbü'l-irşâd ilâ sebîli'r-reşâd*, 473.
[2074] Nesefî, *Kenzü'd-dekâik*, 1/358; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/317, 319, 346.
[2075] Şirbînî, *Muğnil-muhtac*, 4/156, Haccâvî, *el-İkna'*, 2/227; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/93-94; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve el-'Ukûbetuhâ fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 66.
[2076] İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/312-314;Bilmen, *Kâmûs*, 3/231-233; Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/140.
[2077] Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve el-'Ukûbetuhâ fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 79-80.
[2078] Kurtubî, *el-Câmi'u li ahkâmi'l-Kur'ân*, 12/175.

Müslümanlara verilen ceza ile eşit olarak seksen celde olabileceğini söylemişlerdir.[2079] Bu minvalde, İbn Hazm, (mü'min) kölelerin hürlerle eşit olmaları gerektiğini savunmuştur.[2080] "*Namuslu kadınlara zina isnat edenler*"[2081] ayetinin lafzen âmm bir lafız olmasına binaen muhsan olmak için Müslüman olmak şartı yoktur demiştir. Buna göre ayetin hükmü zina iftirasına maruz kalan mü'min ve kâfir bütün kadınları içine alır.[2082] Müfessir İbn Cüzey, Zâhirîlerin görüşleriyle aynı doğrultuda, ayetteki "*muhsan*" tabirinin umumi olmasından hareket ederek bu kelimenin, küçük, deli, kâfir ve köle statüsündeki kişileri de kapsayacağı için bu kişilerden herhangi birine zina ithamında bulunan kişiye had cezası uygulanacağına dair bir görüş nakledildiğini aktarır.[2083]

Köle muhsan sayılmadığı için kazif iftirasına maruz kalırsa faile had cezası verilmez, ancak toplumda suçun önlenmesi ve insan onurunun korunması için ta'zîr cezası uygulanabilir.[2084]

Hanefî mezhebinde köle ve cariyelere kazifte bulunan faillere, iffete dil uzatmakla haram bir fiil işlemeleri ve böylece toplumda kötülüğün (*fuhşiyat*) yayılmasına zemin hazırlamaları nedeniyle ta'zîr cezası uygulanır.[2085] Böylece hem bireyin onuru hem de toplumsal yapı korunmuş olur. Mâlikilere göre bir kölenin, kendisine zina iftirasında bulunan hür kişilerden şikâyetçi olup faillere ta'zir cezası verilmesini isteme hakkı yoktur. Ancak suçu önlemek adına kazfte bulunan bu kişilere, kölelere eziyet etmemeleri konusunda uyarıda bulunulur.[2086]

Dâvûd ez-Zâhirî, İbn Hazm, Şevkânî ve İbn Akîl, köle ile hür arasında bu konuda eşitlik olacağını düşünürler.[2087] Zâhirîlerden İbn Hazm "*İnsanlar arasında üstünlük takvadadır*"[2088] ayetine göre üstünlük etnik kökenle değildir, insanların hepsi Âdem'in çocuklarıdır, yine "*Sizin kanlarınız, mallarınız, onur ve şerefiniz, tenleriniz*[2089] *mukaddestir, her türlü tecavüzden korunmuştur.*"[2090] gibi naslardan hareket ederek Peygamber'in köleleri hür

[2079] Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, s. 137-138.
[2080] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/232-233.
[2081] en-Nûr 24/4.
[2082] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/224, 230-233; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'minîn*, 314.
[2083] İbn Cüzey, *et-Teshîl li-ulûmi't-tenzîl*, 2/82.
[2084] Zeyla'î, *Tebyîn*, 3/200.
[2085] Serahsî, *el-Mebsût*, 24/36-37; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/346.
[2086] Hattâb er-Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 8/402.
[2087] Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve'ukûbetuhâ*, 81-82.
[2088] el-Hucurât 49/13.
[2089] "Ebşâraküm/tenleriniz" yani birinin canını yakmak, ona acı verecek, derisini çizecek bir şey yapmak bile yasaklanmıştır. Abdülkerim el-Hudayr, *Şerhu kitâbi'l-fiten min Sahîhi'l-Buhârî*, 3/15.
[2090] Ahmed, *Müsned*, 31/301 (No. 18966) Taberânî, *Mu'cemü'l-kebîr*, 4/34 (No. 3572).

insanlarla eşit saydığını bundan ötürü köle ve cariyelere karşı işlenen kazif suçu hüküm yönünden hürlere karşı işlenmiş gibidir demektedir.[2091] İbn Hazm, sözlerinin devamında Hanefîlere eleştiri sadedinde, kasden öldürülen köle ve cariyeler için hür insanlara kısas yapılmasını zorunlu görüp kazf meselesinde böyle düşünmek de neyin nesidir diye sorar ve aynen hürler gibi kazf haddi vasıtasıyla kölelerin de kişilik hakları ve haysiyetlerinin korunması gerektiğini belirtir.

Kâzif köle. Ömer b. Abdülazîz, kölenin kazif suçu işlemesi halinde, köleye seksen celde vurularak cezasının hür kimseyle eşit olması gerektiğini söylemiştir.[2092] İbn Mes'ûd, Ömer b. Abdülazîz, Ebû Sevr, Evzâ'î ve Zâhirî mezhebi âlimleri kölenin haddinin hürler gibi tam (seksen celde) olması gerektiğini savunmuşlardır. Ayetin umumu böyle olmasını gerektirmektedir, ayrıca küfür sebebiyle had yarıya düşmemişse kölelik sebebiyle de düşmemesi gerekir, zira haddi yarıya düşürmek için küfür, kölelikten daha güçlü bir sebeptir. Zâhirîler bunu derken, cumhurun kazif suçlusu gayrimüslime tam had uygulanacağı görüşüne göndermede bulunmuşlardır.[2093]

Kölenin kazif haddinin yarıya inmesini savunan cumhura göre, kazif suçunda Allah ve kul hakkının birleşmiş olmasının etkisi vardır. Kazifte her iki yönün de hükümlere yansımalarını görmek mümkündür. Hanefiler, kölenin cezasının yarıya inmesini Allah hakkının galip gelmesi ile izah etmişlerdir. Çünkü mezhepte bir kural olarak kul hakkına taalluk eden haksız fiillerin cezası telef edilen şeyin miktarına göre takdir edilir; telef eden kişinin hukuki durumunun değişmesiyle cezanın miktarı değişmez.[2094] Dolayısıyla Allah hakkının galip olduğu kazif haddinde cezanın yarıya inmesi gerekecektir.[2095]

İmam Mâlik, köle statüsünde bulunan normal, müdebber veya ümmüveled kölelerin kazif suçu işlemeleri halinde kendilerine verilecek cezanın, hür kişilere uygulanacak cezanın yarısı olması gerektiği kanaatindedir. Bunun delili, kazif cezasının bölünebilir olmasıdır.[2096] Köle ve cariyelerin kazif suçu işlemeleri halinde kazif haddinin seksen celdeden kırk celdeye

[2091] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/232-233; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/83-84; Aynî, *el-Binâye*, 6/391; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/317, 346.
[2092] Bâcî, *el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta'*, 7/146.
[2093] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 181; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/224.
[2094] Zeylaî, *Tebyîn*, 3/203; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/326.
[2095] Zeylaî, *Tebyîn*, 3/203; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/326. İbn Hümam, Allah hakkıyla kul hakkının birleşip de birinin heder edilemediği (ya da tercih edilemediği) yerlerde her iki hakkın da sabit olması esas olmakla birlikte, Hanefilerin genelde Allah hakkını, Şafiilerin ise kul hakkını üstün tutmaya meylettikleri bilgisine yer vermiştir. Bk. İbn Hümâm, 5/326.
[2096] Bâcî, *el-Müntekâ şerhu'l-Muvatta'*, 7/146.

inmesi zina suçuna kıyasendir. Zâhirî mezhebi bu kıyası kabul etmeyerek köle ve cariyelere de seksen celde vurulacağı görüşündedir.[2097]

Mukadderattan sayılan konularda (zina, kazif, şürb haddi gibi) cezaların yarıya indirilerek hafifletilmesi en-Nisâ 4/25 ayetine dayanarak şer'an sabit olmuştur. Bu çerçevede, kazif ve şürb haddinde hürlerin cezası seksen celde iken kölelerin cezası kırk celde olarak takdir edilmiştir. Bunun gerekçesi ise zina suçunun cezasındaki farklılıklara ilişkin söylenen gerekçelerle aynı mahiyettedir. Suçlar ile bu şuç için öngörülen cezaların oranları arasındaki dengeyi belirleyen olan en önemli faktörlerden birisi, suçu işleyenin kişinin toplumsal konumu ve içinde bulunduğu imkânlardır. Nimet arttıkça külfet de artar. Köleler, toplumda daha az imkân ve nimetlere sahip olmaları itibarıyla hür kişilere göre daha düşük (nâkıs) konumdadırlar. Hak ve sorumluluklarındaki bu azlık açısından onlara verilecek cezaların hürlere göre az olması normaldir.[2098]

Kazif suç ve cezası konusunda, kişiler arasında din ve hürriyet bakımından bir ayrım gözetilmeksizin, cezalarda eşitlik olması gerektiğini savunanlar, ayetteki "*muhsanât*" kelimesinin umumi olduğunu ve ayetin kapsamını daraltacak olan herhangi bir tahsise gitmek için de haklı bir dayanak olması gerektiğini, bu olmadığı için ayetin hükmünün tahsis edilemeyeceğini söylemişlerdir.[2099]

Bu görüşün değerlendirilmesi sadedinde şu söylenebilir, gayrimüslimler ve köleler aleyhine işlenen zina iftirası suçu için suçlulara özel olarak kazif haddi olmaması, bu suçun faillerine hiç ceza verilmediği gibi bir algıya sebep olmamalıdır. Burada tartışılması gereken konu, asıl hedefin ne olduğudur. Cezalandırmada temel gaye, nitelik ve tür bakımından cezaların eşit olması mıdır? Yoksa suçluların adil bir şekilde cezalandırılması mıdır? İslâm hukukunda, adâletin işlevselliği ve hukukun ülkeye hâkim olması için şeriat tarafından belirlenmiş cezalara ilaveten ta'zîr mekanizmasının mevcudiyeti buradaki soruna çare olabilir. Zira bu kişilere yapılacak iftira suçunun karşılığında bizzat kazif haddi olmasa dahi onunla orantılı veya şartlara göre daha ağır cezalar öngörülebilir olması[2100] sayesinde şekli hukuki eşitlik yerine maddi hukuki eşitliğin sağlanması mümkün olabilir.[2101]

[2097] İbni Cüzey, *et-Teshîl li 'ulûmi't-tenzîl*, 2/82.
[2098] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250.
[2099] Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, 144.
[2100] Ta'zir cezaları kendi cinsinden olan suçun cezasına yakın olacak şekilde belirlenir, Hanefilere göre, kimi durumlarda siyaseten katle kadar gidebilir. Başoğlu, "Ta'zîr" *DİA*, 40/200-201.
[2101] Şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik hakkında Anayasa mahkemesi kararlarında şu cümleler yer alır: "*... (Anayasadaki) eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve*

Ayetin umumi olduğu ve haklı bir dayanak olmadan tahsis edilemeyeceği görüşü hakkında da şöyle denildiği görülür. Kazif haddinin gayrimüslimlere uygulanmayacağı görüşü genelde "*muhsanat*" sözcüğüyle kâfirlerin kast edilmemiş olması nedeniyledir.[2102] Köle statüsündeki kişiler hakkında ise kölelere karşı yapılan zina isnadına karşı had cezası olmayacağına dair hadislerde[2103] yer alan net ifadeler bulunması dolayısıyladır.

"*Sizden kimin, hür olan mü'min kadınlarla evlenmeye gücü yetmezse sahip olduğunuz mü'min cariylerinizden alsın...*"[2104] aynı âyetin devamında yer alan, "*evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa, onlara hür kadınların cezasının yarısı uygulanır…*"[2105] "*muhsanât*" sözcüğünün "*iffetli kadınlar*"dan ziyade özel olarak, cariye olmadığını belirtmek üzere "*hür kadınlar*" için kullanıldığını göstermektedir.[2106]

İffetli bir kimseye, zina ithamında bulunarak kazif suçu işleyen kişi (kâzif), ceza ehliyetine sahip olduktan sonra onun erkek veya kadın, hür veya (köle?) ya da Müslüman veya gayrimüslim olması arasında fark gözetilmemiştir, suçun oluşması bakımından hepsi aynı kabul edilmiştir.[2107] Kazif suçu muhsan olmak kaydıyla, erkek ya da kadın kime karşı işlenirse işlensin cezası seksen celde olmak üzere her iki taraf için de eşittir, ceza bakımından bir cinsiyet ayrımı gözetilmez.[2108]

Mülâane yapan kadın örneğinde olduğu gibi, lakîtin annesine kazifte bulunan kişiye de kazif haddi uygulanmaz. Çünkü kucağında babası meçhul bir çocuk bulundurmakla potansiyel olarak zina töhmeti altındadır. Ama lakîte karşı yapılacak zina iftirası, doğrudan kazif haddi ile cezalandırılır.[2109]

---

yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. ..." Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2000/21, K. 2000/16, KT. 06.07.2000.

[2102] İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef* , 11/68, (No. 29349); Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, 11/446; Dârekutnî, *es-Sünen*, 8/89, 92, (No. 3342, 3343); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kebîr*, 8/215.

[2103] Konu hakkındaki bir hadis: "**من قذف مملوكه بالزنى أقيم عليه الحد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال**": "*Kölesine zina iftirası eden kişinin had cezası ahirette verilir ama durumun dediği gibi gerçek olması hali müstesnadır*." Buhârî, "Hudûd", 47 (No. 6858); Müslim, "Eymân" 37 (No. 1660); Ebû Dâvûd, "Edeb" 32 (No. 5165), Tirmizi, "Birr ve Sıla" 30 (No. 1947); Hâkim, *el-Müstedrek ale's-sahîhayn*, 4/11 (No. 8108). Nevevî, bu hadis kölelere karşı işlenen kazif suçunun cezasının dünyada had olmayacağına delil olup âlimler bu konuda görüş birliğine varmışlardır çünkü köle muhsan değildir, bu itibarla köleye kazifte bulunan kişinin cezası ta'zirdir, der. Bk. Nevevî, *Sahihu Müslim bi-şerhi'n-Nevevi: el-Minhac fi şerhi Sahihi Müslim b. Haccac,* 6/138; Kurtubî, *el-Câmi'u li Ahkâmü'l-Kur'ân,* 12/174-175.

[2104] en-Nisâ 4/25.

[2105] en-Nisâ 4/25.

[2106] Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve 'ukûbetuhâ fi'l-fikh'l-İslâmî*, 68.

[2107] Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/148.

[2108] İbn Hazm, *Muhallâ*, 7/959; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve* 'ukûbetuhâ, 12; Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, 135.

[2109] Mevsılî, *İhtiyâr*, 3/30.

Kâzif köleye yarım (40) celde. Kazf suçunda failin hür olması şart değildir, dolayısıyla köle bu suçu işlerse kendisine had cezası icra edilir.[2110] Kazif suçunun oluşması açısından, ya da zina iftirasının faili olarak köle ve cariyeler, hürlerle eşittir. Ancak köle ve cariyeler, kazf suçu işledikleri takdirde kendilerine -zina suçundaki celdenin yarıya inmesine kıyasen- hür kişilere uygulanan had cezasının yarısı uygulanır.

Kölelerin kazif haddi, ayete (en-Nisâ 4/25) göre hürlerin yarısı olmak üzere kırk celdedir. Aynı ayetten hareketle kazf ve şürb haddinin de yarıya ineceği ictihadla sabit olmuştur. Suçla ceza arasındaki dengeye etki eden faktörlerden biri de kişilerin ait oldukları sosyo-kültürel yapılardır. Bu bağlamda hürriyet insana itibar ve prestij sağlayan büyük bir nimet iken kölelik bunun tam zıddıdır. Fıkıhta suçlunun toplumsal statüsünün, suçun ağırlaşmasına veya hafiflemesine doğrudan etki edeceği kuralı (العقوبة على قدر الجناية، والجناية تزداد بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله) benimsenmiştir.[2111] Cezadan maksadın suçun toplumsal düzene etkilerinin azaltılması olduğu göz önüne alındığında cezanın yarı oranında düşmesi yeterli bir tedbir olarak değerlendirilmiştir.

Kölenin haddini yarıya düşüren onun bedeninin zayıflığı veya dayanıksızlığı değildir, tam aksine köle hadde karşı daha tahammüllüdür. Haddin tam olmasını veya yarıya düşmesini gerektiren sebep, nimet unsurudur. Nimet arttıkça ceza artar, azaldıkça ceza azalır. Bu zaviyeden bakınca hürrün ihlali kölenin ihlalinden daha etkili ve çirkindir. Suçlardan uzak durulması, nimetlerin sahibi Allah'ın bir hakkı olduğuna göre, hürriyet gibi büyük bir nimete sahip olan hürrün cezasının tam, kölenin cezasının ise yarım olması icap eder.[2112]

Kâzif köleye tam (80) celde. Çoğunluk fukaha, kölelik sıfatının etkisiyle kazf haddinin yarıya düşerek kırk celde olacağını şeklinde içtihad etmiş olsalar da köle ve hür arasında eşitlik görüşünü savunan içtihad da yok değildir. Kazf suçunda şahıs hakkının baskın olduğunu düşünen Abdullah b. Mes'ûd, Ömer b. Abdülazîz, Evza'î gibi âlimler, hürriyet vasfına göre cezanın değişmeyeceğini (والجناية لا تختلف بالرق والحرية) köleye de seksen celde vurulacağını söylemişlerdir.[2113] Son dönem fakihlerinden İbn Useymîn de "*Namuslu hür kadınlara iftirâ edenler.*" (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ)[2114] ayetindeki ism-i mevsûlün, kazf suçunu işleyen herkesi içine alan âmm bir lafız olduğuna bakarak, köle ve hür ayrımı yapılmaksızın

[2110] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/118; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/25; Bilmen, *Kâmûs*, 3/230.
[2111] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/110; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/250; Bilmen, *Kâmûs*, 3/229-230; Behnesî, *el-Hudûd*, 40; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, 54.
[2112] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/110.
[2113] Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, 12/174; İbn Cüzey, *et-Teshîl li Ulûmi't-tenzîl*, 2/82; Bilmen, *Kâmûs*, 3/230.
[2114] en-Nûr 24/4.

başkasına zina isnadında (*kazf*) bulunan herkese, ayette bildirilen seksen celde vurulması gerektiği görüşünü savunmaktadır.[2115]

Muhsan olma ile ilgili şartların mefhumu muhaliflerine bakılınca deliye, küçüğe, köleye, gayrimüslime ve zinakar birine kazifte bulunan kişilere kazif haddi olmadığı sonucu çıkar. İhsânla ilgili şartlar önemlidir, çünkü eşitlikle ilgili çoğu ihtilafın altyapısı buna bağlıdır. Çocuk ve deli, ceza ehliyetleri bulunmadığı için kazif suçunun faili olmaları halinde kendilerine had cezası uygulanmaz.[2116]

Köle ve kâfire yapılan kazif sebebiyle had uygulanmaz ama köle ve kâfir, muhsan olan anne ya da babalarına yapılan kazif sebebiyle davacı/davada taraf olabilirler. Köle ve ğayrimüslim gibi kendileri muhsan kabul edilmeyen kişilerin muhsan olan yakınlarına kazifte bulunulmuş ise, bu kişilere (*rakîk ve kâfir*) cezanın uygulanmasını isteme yetkisi (şikayet/dava) tanınmıştır. Ama doğrudan kâfir ve köleye kazf yapılması halinde faile/*kâzife* kazif haddi uygulanmaz, denilmiştir. Zira bu kişilerin utanıp suçtan etkilenmeleri (*'âr/ta'yîr*) hür ve mü'minlere göre tam değildir.[2117] Bakış açısı, kâfir için iffetsizlik (*zina*) dünyevi ve uhrevi açıdan mü'min kadar korkulu ve utanılası bir eylem olmayacağıdır.

Kölesine kazifte bulunan kişi bundan tevbe etmediği takdirde ahirette had cezasına çarptırılır, mealindeki hadise göre kölesine kazifte bulunan efendiye dünyada ceza uygulanmaz, uhrevi olarak sorumlu olur.[2118]

Ancak hemen belirtmeliyiz ki, köle, gayrimüslim, mecnun ya da mümeyyiz küçükler gibi muhsan olma şartlarını haiz olmayan kişilere zina isnadında bulunulursa, onların da kişilik hakları, insanlık onur ve şereflerinin korunması için, bu kişiler aleyhine iftira suçu işleyen kişiler, ta'zir cezasıyla cezalandırılır.[2119] Böylece kendisine karşı suç işlenmesi mübah bir kesimin oluşmasına fırsat verilmemiş olur.

Muhsan sayılmak için zikredilen akıl ve büluğ şartını haiz olmayan kişiler yani küçükler zina fiilini işleyebilecek durumda olmadıklarından dolayı zina isnadından kaynaklanacak olan utanma hissini de yaşamazlar. Bir diğer şart olan iffet hakkında da aynısı söylenir. İffet şartını haiz olmayan kişiler de aynı şekilde kendilerine yapılan kazif nedeniyle utanıp mahcup

[2115] Kurtubî, *Ahkâmü'l-Kur'ân,* (en-Nûr 24/4), 12/174; İbn Useymîn, *Müzekkiretü fıkh,* 4/25.
[2116] Zeylaî, *Tebyîn,* 3/199. *(Şelebî hâşiyesi).*
[2117] Mevsılî, *el-İhtiyâr,* 4/94.
[2118] Dârekutnî, *Sünen*, "el-Hudûd ve'd-diyât", (No. 3123-3126), 4/75-76.
[2119] Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye,* 1/387; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâî',* 9/217-218; Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf,* 69. Dört mezhep aynı görüştedir, bu eserde her birinin kaynağı mezheplerin kendi eserlerinden verilmiştir. Aktan, "Kazf", *DİA*, 25/149; Yiğit, Yaşar, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi,* 137.

olmazlar. Zaten kazif haddi, yalan sözü cezalandırmaktadır, iffetsiz kişiye kazifte bulunulduğunda söz yalan değil doğrudur.[2120] Bu nedenle iffet, muhsan olmanın şartlarından sayılmış ve iffetsiz kişiye yönelik kazif için had cezası uygulanmayacağı söylenmiştir.

İffet şartının haddin infazına kadar devam etmesi de önemlidir, haddin infazından önce zina suçu işleyen birisi iffetini kaybetmiş sayılacağı için kâziften had sakıt olur. İffeti izale etmesi açısında söz konusu zina suçunun haddi gerektirip gerektirmemesi arasında fark yoktur.[2121]

Hanefi mezhebinde hünsâ, cinsel organı kesik olduğu bilinen (*mecbûb*) kişi ile aynı konumda değerlendirilmiştir; her ikisine de kazifte bulunan (*kâzif*) iftira suçlusuna had cezası uygulanmaz. Ancak bir kişiye kazifte bulunarak suçun faili olması halinde kendisine had cezası verilir.[2122]

4. Unsurlar Dışında Kalan Hususlar. Şahsi Cezasızlık Hali

Usûl-fürû. Usûlün fürûa kazfte bulunması, cumhura göre kazf haddini gerektirmemektedir. Bu bağlamda dede ve ninenin torununa, anne ve babanın evladına kazfte bulunması nedeniyle had değil ta'zîr cezası verilmesi icap eder. Bu durumda mağdurun kendi usûlüne dava açması onlara karşı göstermesi gereken saygı ve tazime aykırı bulunmuştur. Ancak tersi durumda kazf suçu vaki olur, dolayısıyla iftiraya uğrayan usulün şikâyetçi (dava) olması halinde fürua kazf haddi uygulanır.[2123] Anne ve babadan kısas cezası ve hırsızlık haddi bile düşüyorsa kazf haddinin de evleviyetle düşmesi gerekir de denilmiştir. Canın korunması ırzın korunmasından daha önceliklidir, anne ve baba için hayat hakkı bile heder edilmiştir. İmâm Mâlik bir rivayete göre yukarıdaki görüşe katılmaktadır, mezhepte zayıf kabul edilen diğer bir rivayete göre ise ayetin hükmü genel olduğu için usûl-fürû ilişkisi cezayı düşürmez. Ancak bu ikinci görüşe göre bile anne babası hakkında kazf davası açan çocuğun günah işlediği (*fisk*) söylenmiştir. Çocuk, anne veya babasından davacı olmakla anne ve babaya iyiliği emreden naslara (el-Bakara 2/183, el-İsrâ 17/23) aykırı davranmıştır.[2124] Ömer b.

[2120] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/93-94; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/341-342.
[2121] Bilmen, *Kâmûs*, 3/249. Haddi gerektirmeyen zina suçundan maksat, şüphe ile düşen zina suçlarıdır. Bk. Bilmen, *Kâmûs*, 3/231.
[2122] Haddâd, *el-Cevheratü'n-neyyira*, 2/77.
[2123] Pîrîzâde, *'Umdetü zevi'l-besâir*, 1/529; Bilmen, *Kâmûs*, 3/232; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 33/26; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 216.
[2124] Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/331; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/464-465.

Abdülazîz, Ebû Sevr, İbn Münzir ve İbn Hazm da usûle kazf haddi verileceğini söyleyenlerdendir.[2125]

Akrabalık. Koca, ölmüş karısına kazfte bulunduğu takdirde, bu karı-kocadan olan çocuklardan (*vâris*) birisi, ölmüş annelerine iftira etti diye babası aleyhine kazif davası açamaz, dava düşer.[2126] Aynı hüküm Hanefîlerde de kabul edilir. Bu meselede karının sağ olduğu düşünülürse, zaten çocukların dava açma hakları olmaz, zevcenin kendisi mağdur sıfatıyla dava açar.[2127]

Muhsanlık şartı. İbn Ebî Leyla ve İbrâhîm en-Neha'î, muhsanlığı her durumda şart görmemişlerdir; bu iki müçtehide göre bilinen-belirli bir zina sabıkası bulunan kadın hakkında, bilinen bu zina suçu dışında başka bir zina isnadında bulunulursa suçlulara kazf haddi gerekir.[2128] Müçtehitlerin çoğunluğuna göre iffetli olmak, başka bir deyişle zina sabıkası bulunmamak muhsanlık şartlarındandır; söz konusu zina suçu ister zina haddini gerektirecek şekilde olsun isterse de zina haddinin bir şüpheyle düşeceği şekilde olsun sonuç aynıdır, kişi iffet vasfını kaybetmiş olacağı için muhsan değildir. Dolayısıyla bu durumda olup da zina ettiği bilinen birine yapılan zina isnadı, had cezası gerektirmemektedir.[2129]

D. Hırsızlık Suç ve Cezası

Hırsızlık (*sirkat/serika*) suçu, âkil ve bâliğ birinin başka birine ait koruma altındaki (*muhrez*) belirli miktardaki (*nisâb*) malını sahiplenmek amacıyla muhafaza edildiği yerden gizlice (*hufyeten*) çalmak demektir.[2130] Tüm âlimlerce bir had suçu kabul edilen hırsızlık için öngörülen ceza el kesmedir. Çalınan malın telef edilmiş olması halinde el kesme cezası ile beraber ayrıca tazmin gerekip gerekmeyeceği ise doktrinde ihtilaflıdır.[2131]

"*Yaptıklarına karşılık ve Allah'tan caydırıcı bir müeyyide olmak üzere hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesin. Allah, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.*" (el-Maide 5/38) âyetinin tefsirinde Kurtubî, hırsızlık suçunun maddi unsurlarından olan "*hırz ve*

[2125] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/86-87; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 33/26; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 216. Unsurlar dışında kalan hususlar için bk. Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 241.
[2126] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/106.
[2127] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/325; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/52.
[2128] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/116; Bilmen, *Kâmûs*, 3/233.
[2129] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5877, 5954; Aynî, *el-Binâye*, 6/365, 382; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/59; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 11/124; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/326; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/83, 96; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/474-477; Bilmen, *Kâmûs*, 3/231; Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 215, 217.
[2130] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/229; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/354; Râfi'î, *el-Azîz*, 11/173-174; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/353; Haccâvî, *el-İknâ'*, 4/274; Avva, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 213; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 24/297, 306-307; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/385. Avva'daki tanımda muhafaza edildiği yer kaydı yer almamaktadır.
[2131] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/235; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/413; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, 236; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/365; Râfi'î, *el-'Azîz*, 11/241.

savn" şartına değinerek, malın koruma altında (*muhrez*) olmasına rağmen hırsız malı çalmışsa suç ağırlaşmış olur, suç artınca ceza da artar, diyerek hırsızlık suçu ile el kesme cezası arasındaki dengeye dikkat çekmiştir.[2132]

1. Cinsiyet Farkına Göre

"*Hırsızlık eden erkek ve hırsızlık eden kadının işlemiş oldukları bu suça karşılık, ibretlik ve caydırıcı bir ceza olmak üzere ellerini kesin. Allah mutlak galip ve en doğru hükmü verendir.*" (el-Mâide 5/38) Hırsızlık cezasını hükme bağlayan bu âyet erkek ve kadın hırsız "*sârık ve sârika*" lafızlarını mutlak kullanmakla bu konuda cinsiyet farkı olmayacağını kesin bir şekilde ortaya koymuş bulunmaktadır.[2133] Hırsızlık suçunda had cezasının uygulanabilmesi için gerekli görülen diğer şartlar sağlandıktan sonra failin erkek, kadın, köle veya hür, Müslüman ya da gayrimüslim olması cezada bir farka sebebiyet vermemiştir.[2134]

Hırsızlıkla ilgili ayetin hükmünün umumi olması gerekçesiyle hırsızlık suçu işleyen erkek ve kadına cinsiyet farkı nedeniyle farklı oranlarda ceza uygulanmaz, ikisinin de cezaları eşittir. Cinsiyet farkı hadlerin hiçbirisinde farklılığa yol açmaz. Cinsiyet farkına bağlı olarak erkek ve kadın arasında, miktarı naslarla belirlenen had cezalarında bir oran değişikliğine rastlanmaz.[2135] Hürriyet farkı, kimi had cezalarının (zina, kazf ve şürb) oranlarında değişikliğe yol açtığı halde hırsızlık suçunda bir fark oluşturmamıştır.

el-Mâide 5/38 âyetinde erkek hırsızla (*sârık*) beraber kadın hırsızın (*sârık*) da sarahaten zikredilmesinin nedeni Arap toplumundaki bir algının yıkılmasına yöneliktir. Çünkü Araplar kadına değer vermedikleri ve önemli sorumluluklar yüklemedikleri için had cezalarını da uygulamıyorlardı. Sadece "sârık" şeklinde erkek sîğa zikredilseydi bu, hırsızlık haddi konusunda kadınların kapsam dışı kaldığı vehmine yol açabilirdi.[2136]

Hukukun ayakta kalması, hukuka hâkim olan ilkelerin aktif olarak yürürlükte olmasına bağlıdır. Bu anlamda insanların kanun önünde eşit olmaları, hukukun en temel prensiplerindendir. Aynı şekilde, kanun önünde eşitlik ilkesi ihlal edilerek bir ülkede hukukun herkese eşit uygulanmaması veya imtiyazlı bir sınıf oluşturmak suretiyle hukukun herkese göre farklı uygulanması, hadisteki ifadesiyle, o toplumun çöküntüye uğrama sebebidir. Rasûlüllâh tarafından tüm hukuk sistemlerine hâkim olacak şekilde tespit edilen bu evrensel

[2132] Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/163.
[2133] Mâturîdî, *Te'vîlât*, 3/511; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/104; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/80.
[2134] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/230; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/83; Bilmen, *Kâmûs*, 3/266; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/523.
[2135] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250.
[2136] İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, (el-Mâide 5/38), 6/190.

ilke, Hz. Peygamber döneminde vaki olan bir hırsızlık suçu olayı münasebetiyle somutlaşmıştır. Hırsızlık yapan soylu bir kadının yakınları Rasûlüllâh'ın Üsâme'yi kırmayacağı düşüncesiyle onun aracılığı ile Rasûlüllâh'tan suçlunun cezadan muaf tutulmasını istediler. Hz. Peygamber, ashap aracılığıyla gelen bu isteğe şiddetle karşı koymuş ve geçmiş ümmetlerin helak olmasının başlıca sebeplerinden birinin sadece fakir ve zayıf kimselerin cezalandırılıp zengin, soylu ve güçlülerin cezalardan muaf tutulması olduğunu söylemiştir. Ardından da: "*Allah'a yemin ederim ki eğer hırsızlık yapan Muhammed'in kızı Fatıma olsaydı onun da elini keserdim*"[2137] diyerek had cezasını uygulamış ve böylece insanların kanun önünde eşit olmalarına ilişkin bu temel prensip konusundaki kararlılık ve ciddiyetini ortaya koymuştur.

Akrabalık. zevciyyet. Hırsızlık suçunun maddi unsurlarından birisi de malın koruma altında (*hırz/muhrez*) olmasıdır, suçun oluşması için çalınan malın bulunduğu yerden gizlilikle alınması şarttır. Bu anlamda hem hırz hem de milk şüphesi bulunduğundan dolayı yakın (mahrem) akraba arasında gerçekleşen hırsızlık suçundan dolayı el kesme cezası uygulanamaz.[2138] Evlilik bağı da mahremiyet gibi hırz ve milk anlamında bir şüphe oluşturacağı için eşlerin birbirlerinden çaldıkları mallar sebebiyle de el kesme cezası gerekmez. Burada şüpheye mahal veren şey, aile fertlerinin birbirlerinin hanelerine girebilmeleri ve birbirlerinin mallarından istifade edebilmeleri noktasındaki genel izin ve genişliktir. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde de bu durum kabul edilmiş olmakla birlikte Hanefîlere göre daha dar kapsamlıdır, örneğin farklı evlerde oturan eşlerin birbirlerinin hanelerinden çalmaları halinde had uygulanır.[2139]

2. Din Farkına Göre

Zimmi. fail. Hırsızlık suçunda had cezasının infaz edilebilmesi için aranan şartların bulunması kaydıyla ceza açısından din farkının bir etkisi görülmez. Faillerin dinlerine, Müslüman ya da gayrimüslim olmalarına bakılmaksızın el kesme cezası eşit şekilde ugulanır.[2140] İslam ülkesinin kanunları, zimmî vatandaşlar için de geçerli ve bağlayıcıdır, özellikle kendi dinlerinde de yasak olan zina, hırsızlık, kazf ve adam öldürme gibi suçlar

[2137] Buhârî, "Enbiya" 54, Hudûd" 12; Müslim, "Hudud" 8-9; Ebû Dâvûd, "Hudûd" 4; Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 227; Behnesi, *el-Hudûd fil-İslâm*, 22; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/393.
[2138] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/294, 305; Bilmen, *Kâmûs*, 3/264; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 240-241.
[2139] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/234-235; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/307; Bilmen, *Kâmûs*, 3/264-266.
[2140] Bilmen, *Kâmûs*, 3/266.

nedeniyle zimmîler, bizim şeriatımıza göre cezalandırılırlar. Bu bağlamda hırsızlık haddi de kendilerine tatbik edilir.[2141]

Hırsızlık suçunda zimmilere de Müslümanlara uygulanan el kesme cezası uygulanır. Çünkü zimmiler öldürme ve yaralama gibi şahıs hakları dışında kalan had suçları ve cezalarında İslâm hukukunun belirlediği hükümlere tabidirler. Ancak el kesme cezasının sıklıkla uygulanmadığı da bilinmektedir. Şâfiî ve Zahirîlere göre zimmilere tüm hadler icra edilir, hırsızlık suçunda da eli kesilir.[2142]

Osmanlılarda Trabzon'da düzmece (*müzevver*) hüccet vererek devşirme toplayan bir gayrimüslim ve bu müzevver nişanı hazırlayan kişilere işledikleri bu suç nedeniyle el kesme cezası verilmiştir.[2143]

Hanefîlerde müslümanın içkisini çalan hırsız, Müslüman da olsa zimmî de olsa eli kesilmez. Aynı şekilde zimmî bir vatandaş, bir başka zimmî vatandaştan içki (*hamr*) çalsa eli kesilmez. Bu, zimmînin malının korunmadığı anlamına gelmez, bunun sebebi içkinin mutlak anlamda mütekavvim bir olmamasıdır.[2144]

Zimmi. mağdur. İslâm ülkesinde yaşayan zimmi vatandaşların can ve namusları gibi malları da güvence altındadır. Kendilerine bu konuda da adâletle hükmedilir.[2145] Özel mülk edinmeleri ve serbestçe ticaret yapmaları için gerekli hukuki altyapı hazırdır. Rasulüllah'ın bizzat kendisi zimmilerle ticaret yapmıştır. Uygulamada da tüm İslâm tarihi boyunca aksine bir muamele görülmemiştir.

Çalınan mal mütekavvim olduktan sonra hırsızlığa konu olan malın sahibinin Müslüman ya da gayrimüslim olması arasında bir fark yoktur, her ikisinin malı da koruma altındadır. Aynı şekilde hırsızlık suçunu işleyen kişinin Müslüman olmasıyla gayrimüslim olması arasında da bir fark gözetilmez, her ikisi de suçlu sayılma bakımından eşittirler. Müslüman zimminin malını çalsa da, zimmi Müslümanın malını çalsa da hırsızlık eden kimsenin eli kesilir.[2146] Zira her ikisinin de malları hukuken masumdur, koruma altındadır.[2147]

[2141] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/82; Bilmen, *Kâmûs*, 3/194, 266.
[2142] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/56; Bilmen, *Kâmûs*, 3/194; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 7/135; Konan, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, 183.
[2143] Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, 196.
[2144] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/292. Mutlak manada mütekavvim olmaması, zimmîler için mütekavvim sayılsa da Müslümanlar açısından mütekavvim olmamasıdır. Bk. a.y..
[2145] el-Mümtehine, 60/8.
[2146] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 12/11, 15; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/296; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/128; Avvâ, *fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, 214; Mevdudî, *Hukûk-u ehli'z-zimme*, 17; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye (Kuveyt)*, 24/307.
[2147] Tayyar vd., *el-Fıkhü'l-müyesser*, 7/164.

Zimminin malını çalan Müslümana ceza olarak el kesme haddi uygulanacağı konusunda âlimler görüş birliği etmişlerdir. Çünkü zimminin antlaşması gereği mal dokunulmazlığı vardır. Bu konuda her iki taraf birbirine karşı eşit derecede sorumludur.

Zimmînin malı da canı gibi masumdur. Hanefîlere göre hukuki koruma altında bulunma bakımından mal, cana (nefs) tabidir. Hayat hakkının mülkiyet hakkından, dolayısıyla maldan, daha değerli olduğu düşünülünce zimmîyi öldüren Müslümana kısas yapılabiliyorsa zimminin malını çalan Müslümana had cezası verilmesi evleviyetle sabit olur.[2148]

Zimmi vatandaşlardan birini öldüren Müslüman hakkında idam (*kısas*) kararı vermesinin ardından Hz. Peygamber'in söylemiş olduğu: "*Yaptığı antlaşmaya benden daha bağlı olan yoktur.*" hadisi ile Hz. Ali'nin: "*Onlar bize, canları bizim canımız gibi, malları bizim malımız gibi dokunulmaz olsun diye cizye ödemektedirler.*" sözü, bu hükmün delili olarak zikredilir.[2149]

Mal güvenlikleri bir yana sosyal devletin bir gereği olarak Hz. Ömer, çalışamaz durumdaki bir zimmi vatandaşa ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için develet hazinesinden ödemede bile bulunmuştur.[2150]

İslâm ceza hukukunda bazı suçlar açısından zimmi vatandaşlarla Müslüman vatandaşlar arasında bir takım farklılıklar bulunsa da bu, onların hukuklarının çiğnendiği ya da onlara karşı adâletsiz davranıldığı anlamına gelmiyordu. İslâm ülkesinde yaşayan zimmi vatandaşların her türlü insani ve hukuki hakları güvence altına alınmış, onlar da herkes gibi mahkemelerde haklarını aramış ve kendilerini savunabilmişlerdir. Bunu göstermesi bakımından şu olaya yer verilebilir: "*İstanbul'da mukim bir esnaf Şebinkarahisar'da subaşılık yaptığı esnada hırsızlıkla itham olunan bir zimminin elini haksızlıkla kestiği iddiasıyla mahkemeye celp edilmiş, o da anılan zimminin nisap miktarı bir malı çaldığının sabit olduğunu, kasaba kadısının verdiği hüccete dayanarak bu infazı yaptığını söylemiş, mahkeme kendisinden kadı hüccetini getirmesini istemiştir. (İstanbul Şer'iyye Sicilleri, Rumeli Kazaskerliği, nr. 128, vr. 93)*".[2151] Görüldüğü üzere burada bir zimmi vatandaşın hakkını korumak üzere, verilen el kesme cezasının hukukiliği ve kararın gerekçesi araştırılmaktadır.

Gayrimüslimlerin mal varlıklarına karşı suç işleyen Müslümanlar da bu suçlarından dolayı cezalandırılmışlardır. Örneğin İstanbul'un Bayezit semtinde Hüsrev adındaki bir kişi,

[2148] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/124.
[2149] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 6/534.
[2150] İbn Kayyim, *Ahkâm-ü ehli'z-zimme*, 1/144. (bk. 1/137, 161, 352).
[2151] Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/395.

gece vakti bir Yahudinin dükkanından çaldığı çuha[2152] için hırsızlık yapan Hüsrev'in elinin veya ayağının kesilmesine hükmedilmiştir.[2153]

Müste'men. fail. Hırsızlık suçunun faili müste'men olduğu takdirde, hırsızlığa konu olan malın Müslüman veya zimmî vatandaşa ait olması durumu değiştirmez, Ebû Hanîfe ve imam Muhammed'e göre had cezası uygulanmaz. Çünkü müste'menler, islam ülkesinin kanunlarını tamamen iltizam etmiş değillerdir, ayrıca bu malların kendileri için mübah olduğu düşüncesindedirler. Bu iki durumun getireceği şüphe nedeniyle kendilerine had cezası uygulanmaz. Ancak hadler konusunda müste'menleri, zimmîler gibi değerlendiren genel tutumu nedeniyle Ebû Yûsuf farklı kanaattedir; ona göre zimmiler gibi müste'menlere de hırsılık haddi uygulanabilir. Zira aldıkları emân (geçici oturum, seyahat izni) sebebiyle müste'menler, islam ülkesi sınırları içerisinde bulundukları zaman diliminde islam ülkesinin kanunlarıyla sorumlu olacaklarını da taahhüt etmiş durumdadırlar. İmâm Mâlik ve Ahmed b. Hanbel de bu görüşü benimsemişlerdir.[2154] İmâm Mâlik, imâm Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'den gelip tercih edilen kavil, el kesme cezasının uygulanacağı yönündedir. Ancak bu iki mezhepte müste'menlere, hırsızlık yapmaları halinde kendilerine el kesme cezası verileceği şeklinde bir şart ileri sürülmüşse, sadece bu durumda bizim kanunlarımızı iltizam etmiş sayılacaklarından dolayı hırsızlık haddi uygulanacağına dair bir görüş de vardır.[2155]

Müste'men. Mağdur. İslâm ülkesi sınırlarında müste'menin malını çalan Müslüman hakkında ise, imam Mâlik ve Ahmet b. Hanbel, tıpkı Müslüman veya zimmînin malını çalmış gibi kabul edilip el kesme cezasına çarptırılabileceğini söyler. Aynı şekilde Hanefîlerden Züfer de müste'menin malını çalan kişiye (müslüman, zimmî) hırsızlık haddi uygulanabileceği kanaatindedir. Zira müste'men, bir eman dâhilinde İslâm ülkesinde bulunduğu için aynen zimmi vatandaş gibi onun da malı dokunulmazdır (*muhrez*). Şu halde müste'menin malını çalan kişi, koruma altındaki bir malı çalmıştır. Züfer'in bu görüşü, Hanefîlerdeki kıyas (genel kural) gereğidir.[2156]

Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed, müste'menin malını çalan kimseye had (el kesme) cezası verilmeyeceği görüşünü istihsânen kabul etmişlerdir. İmam Şâfiî'ye göre de bu kimsenin eli kesilemez. Çünkü müste'menin malında bir mübahlık şüphesi vardır. Bu şüphe,

---

[2152] İnce ve sık dokunmuş, tüysüz yün kumaş.
[2153] Ercan, *Osmanlı Yönetiminde* Gayrimüslimler, 196-197.
[2154] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/296; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/95; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/56; Bilmen, *Istılâhât-ı Fıkhiyye*, 3/269; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/541-542.
[2155] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/128; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/541-542, 602; Yaman, *İslâm Hukukunda Ulusularası İlişkiler*, 221.
[2156] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/181; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/128; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/601-602; Fehd, *Hukûku ğayri'l-müslimîn*, 160; Bilmen, *Kâmûs*, 3/269.

onun aslen darulharbe mensup bir kişi olup İslâm ülkesindeki ikametinin muvakkat olmasından kaynaklanmaktadır. Faile ta'zîr cezası verilir, ayrıca fail, çalmış olduğu malı müste'mene tazmin eder.[2157]

Dârulharpte yaşayan bir harbînin malını çalan Müslüman veya zimmîye, aynı şekilde herhangi bir emânı olmadan İslâm ülkesinde bulunan harbinin malını çalan suçluya hırsızlık haddi uygulanmaz.

Zimmî zimmîden çalarsa. Hırsızlık suçu iki zimmî arasında gerçekleşmiş olursa suçlu olan tarafın elinin kesileceği noktasında görüş birliği sağlanmıştır. Bu hükmün gerekçesi, zimmîlerin malları kendi aralarında karşılıklı olarak hukuken korunmuş (*ma'sûm*) mal olduğu içindir.[2158]

3. Hürriyet Farkına Göre

Hırsızlık suçunda had cezasının uygulanabilmesi için ceza ehliyeti (mükellef) gibi gerekli görülen diğer şartlar mevcut olduktan sonra failin köle veya hür olmasının bir önemi yoktur, köleye de hürre de eşit şekilde ceza uygulanır.[2159] Zâhiriyye mezhebi de bu görüştedir.[2160]

el-Mâide 5/38 ayetinin hükmünün genel (*âmm*) olması nedeniyle hırsızlık suçunda hür ve kölenin cezası eşittir. Hırsızlık suçunu işlemeleri halinde gereken el kesme haddi hür ve köle her ikisine de aynı şekilde uygulanır. Zina, kazif ve şürb hadlerinde köleler lehine görülen ceza indirimi ve farklılığı hırsızlık haddinde görülmez. Zira el kesme cezasının yarıya inmesi mümkün değildir. Yarıya inmesi mümkün olmayan cezalar tam cezaya dönüşür. İnsanların mallarını koruma maslahatı da bunu gerekli kılmıştır.[2161] Böylece zorunlu bir eşitlik oluştuğu söylenebilir.

[2157] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/296; Fehd, *Hukûku ğayri'l-müslimîn*, 160; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/542, 601-602; Bilmen, *Kâmûs*, 3/269. Hanefîlerin genel kuralına (*kıyâs*) göre müste'men, almış olduğu emân sebebiyle malı hukuken korunmuş (*ma'sûm*) olacağı için müste'menin malını çalan suçlunun elinin kesilmesi gerekecekti. Ancak, malındaki mübahlık şüphesi nedeniyle kıyâstan dönülüp istihsânla hüküm verilmiştir. Mübahlık şüphesini doğuran sebep ise, kendisinin esas itibarıyla dârulharb yurttaşı olmasına bağlı olarak emânının muvakkat ve düşme riski taşıyor olmasıdır. İmâm Züfer'in görüşü, kıyâsa göredir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 9/181; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/296.

[2158] Ûdeh, 2/124, 541-542, 600-602; Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl*, 157-161; *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 24/307.

[2159] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/230; Bilmen, *Kâmûs*, 3/266. . Kaçak kölenin eli kesilmeyeceğine dair görüş için bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/230.

[2160] Bilmen, *Kâmûs*, 3/194.

[2161] Kâsâni, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/250; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/103; Meydânî, *Lübâb*, 3/202; Emir Padişah, *Teysîru't-tahrîr*, 2/271-272; Bilmen, *Kâmûs*, 3/266.

Hırsızlık suçu ve cezası, zina, kazif ve içki hadlerinde olduğu gibi suçun failinin içinde bulunduğu sosyo-kültürel yapı ve sahip olduğu nimetlere göre değerlendirilmemiştir. Hırsızlık suçu, bu sayılanlara göre daha objektif bir suç olgusu olarak görüldüğü ve hırsızlıkla ilgili ayetin (el-Mâide 5/38) lafızları umum ifade ettiği için cezalandırmada hürriyet farkına itibar edilmemiştir. Fail, hür de olsa köle de olsa diğer unsurlar gerçekleştiğinde eli kesilir, toplumsal statüsüne bakılmaz.[2162] Yapısal olarak hırsızlık suçundaki el kesme cezasının yarıya düşmek için uygun olmaması da, hürriyet farkına göre cezanın azalmamasında diğer bir faktördür.

Efendi ile köle arasında hırsızlık suçunun cezası açısından eşitlik oluşmuştur. Efendisinin malını çalan kölenin eli kesilmez. Aynı şekilde kölesinin malını çalan efendinin de eli kesilmez zira köle de mal da efendiye ait kabul edilir.[2163] Hadiste de zimmi ve köleye el kesme cezası verilmeyeceği belirtilmiştir.[2164] Efendisinin malını çalan köleden hırsızlık haddinin düşeceği konusunda sahabe arasında görüş birliği olduğu ifade edilmiştir. Abdullah b. Amr el-Hadramî'nin kendi kölesi aynasını çalar, mesele Hz. Ömer'e intikal edince: "*Malınızı kendi köleniz çalmış (n'apalım!)*" dediği aktarılır.[2165] Unsurları bakımından hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için aranan şartlardan birisi de malın başkasına ait olmasıdır ki bu şart köle ile efendi arasında gerçekleşmemiştir.

"*Köleniz hırsızlık ederse onu yirmi dirheme, yarı fiyatına da olsa satınız*"[2166] hadisi de bize gösteriyor ki efendisinin malını çalan köleden had cezası sakıt olmuştur.

Hırsızlık suçuna takdir edilen bedeni cezası olan el kesme hakkında "el"den neresi ve ne kadarı kast edildiği konusunda ihtilaflar yaşanmıştır. Ayette zikredilen "el" konusunda bunun omuz, dirsek ve elin parmakları olduğu gibi yorumlar bulunsa da ezici çoğunluk, konuyla ilgili naslardan hareketle, kesilecek yerin el bileği olduğu konusunda görüş birliği etmiştir. Caferiler Hz. Ali'nin bir uygulamasına dayanarak elin başparmağı hariç diğer dört parmağın kesilmesi gerektiği görüşündedirler. İbn Hazm ise bu ceza köleler içindir der, ona göre parmakların kesilmesi elin yarısının kesilmesi analamına gelir.[2167]

[2162] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/250.
[2163] Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-Âsâr*, 9/344 (No. 3727); Tûrî, *Tekmiletü Bahri'-râik*, 8/337; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/234.
[2164] Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, 9/344 (No. 3727); Dârekutnî, *es-Sünen*, 7/400 (No. 350); Hâkim, *el-Müstedrek*, 19/32 (No. 8267).
[2165] Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, 6/167-168.
[2166] İbn Mâce, "Hudûd" 25 (No. 2581).
[2167] İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 12/355; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/235; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/121; Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, 17/390.

E. Hırâbe/Eşkiyalık Suç ve Cezası

1. Cinsiyet Farkına Göre

Hanefîlere göre hırâbe suçunda kadının fail olduğu durumlarda, yol kesme suçunu işleyen kadına had cezası verilmesi vacip değildir. Diğer üç mezhep imamı ve Hanefîlerden Tahâvî, yol kesme suçu sebebiyle verilecek had cezası konusunda erkekle kadın arasına bir fark gözetilmemesi gerektiğini söylemişlerdir. Kadınlar da erkekler gibi silahlarıyla bir grup insanın direnişini kırabilecek güç ve kuvvete sahip olduklarında bu suçu gerçekleştirebilmeleri mümkündür, bu yöndeki eylemlerinin eşkıyalık sayılmasının önünde bir engel yoktur.[2168]

Hırâbe cezasında kadın ve erkek eşittir diyen Tahâvî, ilgili ayetin (el-Mâide 5/33) genel hükmüne (*kıyâs*) dayanmış, diğer hadlerde olduğu gibi erkekle kadın arasında burada da bir fark gözetilemeyeceğini belirtmiştir.[2169] Kadınlardan oluşan bir eşkıya grubunda erkekler de yer alıyorsa suçlulara had uygulanması konusu Hanefîlerde tartışmalıdır. İmâm Ebû Hanîfe ve imâm Muhammed, bu durumda had uygulanmayacağı görüşündedirler. Grup içerisinde çocuğun varlığının meydana getirdiği şüphe kadın hakkında da geçerlidir. Zira hırâbe, faillerin hepsinin ortak fiilidir, kimisi ehliyetli kimisi ehliyetsiz olursa fiil bölünmüş kabul edilir, bu da suçun oluşumu açısından bir şüphedir, zira kimisini fiili haddi mûcip bir suç iken kimisinin fiili böyle değildir. Ebû Yûsuf ise kadınla çocuğu farklı değerlendirmiş, bu eşkıya grubuna kadınlar da dâhil olmak üzere had uygulanacağını söylemiştir.[2170] İmâm Ebû Yûsuf, grup içerisinde çocuk ve deli gibi ceza ehliyeti bulunmayan kişiler varsa sadece bunlardan ceza düşer, ceza ehliyeti bulunan diğer suçluların sorumlulukları bireysel olarak değerlendirilir ve kendilerine had uyguanır demiştir. Diğer üç fıkıh ekolü de Ebû Yûsuf'la aynı görüşü benimsemişlerdir.[2171]

Hanefîlerde suçun oluşumu açısından failin kadın veya erkek ayrımına gidilmesinin nedeni, hırâbe suçuyla savaş (*muhârabe*) hukuku arasında kurulan ilgidir. Şöyle ki, diğer had türlerinde cezayı gerektiren sebebe (suça) temayül bakımından erkek ve kadın eşittir, ancak yol kesme suçu, çoğu zaman erkeklerin fail olduğu bir suçtur, kadınların fail olması biyolojik ve psikolojik yapıları itibarıyla nadirdir. Kadınların savaşta öldürülmemesi de, burada olduğu

---

[2168] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 12/6074; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/192; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/154; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/155; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/153-154; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/149; Bardakoğlu, "Eşkıya", *DİA*, 11/465; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/436; *Mv.F.*, 17/156.
[2169] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/361.
[2170] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/361-362.
[2171] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/361-362; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/630; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/109, 116.

gibi, onların çoğu zaman doğrudan savaş unsuru olmamaları ile açıklanmıştır. Şâfiî fukaha ise, konuyu tamamen had kapsamında gördüğü için bu konuda erkek kadın ayrımı yapmamışlardır.[2172]

Hanefî fakihler, hırâbe suçunda işlenen suçun tipine göre dörtlü bir taksim yaparlar ve bu dörtlü taksimin sahabeden gelen aktarımlara uygun olduğunu söyledikten sonra akli gerekçe olarak da suç ağırlaştıkça cezanın da ağırlaşması zorunludur diyerek cezanın ağırlaştırılmasını hâkimin seçimine bırakmak, ceza felsefesine (*hikmet*) aykırıdır, tespitine yer verirler. Bu konuda sergilenecek olan serbest tutumun ağır bir suça hafif bir ceza verilmesine yol açabileceği uyarısında bulunurlar. Hırâbe kapsamındaki suç tiplerinden biri, yol kesen eşkıyanın kimseyi öldürmeden mağdurların sadece mallarını almalarıdır. Bu durumda sağ el ve sol ayakları kesilir, aldıkları malın hırsızlık nisabı da sayılan on dirheme ulaşması yeterlidir. Hem sağ el hem de sol ayak kesileceğine göre nisabın iki olması (20 dirhem) olmasının şart olmadığını ise suçun ağırlığı ile izah ederler; zira yol kesip kamu güvenliğini ihlal etmek suretiyle doğrudan Allah'a ve rasûlüne savaş açmış gibidirler.[2173]

2. Din Farkına Göre

Zimmî. Suçun unsurları açısından diğer şartlar mevcutsa zimmî vatandaşlardan yol kesenlere, tıpkı Müslümanlar gibi, hırâbe haddi uygulanacağı konusunda mezhepler arasında görüş birliği sağlanmıştır. Zimmîler, bu konuda da Müslümanlar (mürtedler dâhil) gibi İslâm ülkesinin kanunlarını iltizâm etmiş durumdadırlar. el-Mâide 5/33 ayetinin hükmü geneldir, suçun rüknü olan yol kesme eylemini zimmî vatandaşların gerçekleştirmesi bir fark oluşturmaz.[2174]

Hırâbe suçunun failinin Müslüman, kâfir (*zimmî*), hür veya köle olması durumunda suç için öngörülen yaptırımlar açısından bir fark gözetilmemiştir. Sözü edilen kimselerin hepsini kuşatmak ve bu duruma işaret etmek üzere klasik Hanefî metinlerinde failler için "*cemâat/kavm*: bir grup insan" kelimesinin mutlak vaziyette kullanıldığı görülür.[2175]

[2172] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 12/6074; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/153-154.
[2173] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/114; Aynî, *el-Binâye*, 7/83-84.
[2174] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/135, 195; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/362; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/629; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 8/3-4; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/154; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/144, 147; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/149; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/239; *Mv.F.*, 17/155, 7/136.
[2175] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/195; Çivizâde, *el-Îsâr*, 3/486; Bâbertî, *el-'İnâye*, 5/422.

Zimmi mağdur. Zimmînin malı da canı da Müslümanlarla şekilde korunur, zimmînin yolunu kesen eşkıya müslüman da olsa zimmî de olsa had cezası uygulanır.[2176]

Hırâbe suçunda mal varlığına bir saldırı olmaksızın sadece öldürme suçu işlenmiş ise suçun bu tipinde Allah ve kul hakkı birleşmiş sayıldığı için eylemin karma bir suç olacağı üzerinde durulmuştur. Allah hakkı galiptir diyen çoğunluk nezdinde suçun "had" vasfına vurgu yapılmış, faiillerle maktul arasında eşitliğe itibar edilmemiştir. Bu durumda kul hakkı galiptir diyen Şâfiî ve kimi Hanbelîlere göre, olay daha ziyade "kısâs" ahkâmına göre değerlendirilmiş ve suçun faili ile mağduru arasında eşitlik dikkate alınmış, buna göre hükümler verilmiştir.[2177]

Şâfiî mezhebi ve Hanbelîlerdeki bir rivayete göre kul hakkı ön planda görülerek suçluların kısas suretiyle öldürüleceği söylenmiştir. Dolayısıyla din ve hürriyet açısından eşitliğe itibar edilir. Konuyla ilgili rivayetlerle amel edilerek fail hür, mağdur köle ise veya fail Müslüman, mağdur gayrimüslim ise kısas yapılamaz. Kısas yapılamayınca mağdur zimmî ise diyeti, köle ise kıymeti tazmin edilir. Ancak mağdur yakınlarının affetmesi halinde hırâbe eylemindeki öldürme suçunun cezası had olarak infaz edilir. Bu durumda ise eşitliğe itibar edilmez; köleyi öldüren hür, gayrimüslimi öldüren Müslüman had suretiyle öldürülür.[2178]

Hanefîler, bu durumda suçlunun kısas değil had veya siyâset icabı öldürüleceğini özellikle belirtirler. Dolayısıyla normal kısas ahkâmı geçerli olmaz; hırâbede öldürme aletine bakılmaması, maktul yakınlarının affının dikkate alınmaması bu nedenledir.[2179] Mâlikî mezhebi de Hanefîlere benzer bir yaklaşım sergileyerek gayrimüslimin yolunu kesip onu katleden Müslüman öldürülür, demişlerdir. Mâlikî mezhebindeki genel kurala göre, maktulün faile denk olması gerekli görüldüğü için gayrimüslimi öldüren Müslümana kısas yapılmaz, ancak hırâbe olayında tüm topluma korku salındığı için fesâdın büyüklüğü dikkate alınarak taraflar arasında denkliğe bakılmaksızın faillerin öldürülmesine hükmedilmiştir. Aynı şekilde hırâbenin özel durumuna binaen köleye karşılık hür, evladına karşılık baba da kısas suretiyle öldürülebilir.[2180]

[2176] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/195; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/362; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/427; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/189; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/348.
[2177] 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/66.
[2178] Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/160-161; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/156; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 8/7; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/145-146; *Mv.F.*, 17/161-162.
[2179] İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/73; Bâbertî, *el-'İnâye*, 5/423-424; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/629; İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye*, 5/83-84; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/114.
[2180] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/493; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/192; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/350; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/663.

Müste'men. Fukahanın çoğunluğu, iltizâm şartını ileri sürdüğü için harbî ve müste'menlere işledikleri hırâbe suçundan dolayı had uygulanmayacağını belirtmişlerdir.[2181] Hanefi mezhebinde, Müslüman veya zimmî, faillerin islam devleti vatandaşı olmaları şarttır. Zira müste'menlere had cezalarının uygulanıp uygulamayacağı meselesinde ihtilaf edilmiştir. İmâm Ebû Hanîfe ve imâm Muhammed'e göre mahza had olan zina, hırsızlık ve hırâbe gibi cezalar müste'mene uygulanmaz. "ثم أبلغه مأمنه" (et-Tevbe 9/6) ayeti gereğince kendi ülkesine güvenli bir şekilde dönmesi sağlanır. İmâm Ebû Yûsuf'un sonradan benimsemiş olduğu görüşe göre ise müste'men, hırâbe konusunda da tıpkı zimmî ve müslümanlar gibidir, kendisine had uygulanır.[2182] Zira hadler, İslâm ülkesinin huzur ve güvenliği için vaz olunmuşlardır, müste'menlerin topluma zarar verecek ve Müslümanları küçük düşürecek davranışlarına izin verilmez. Ebû Yûsuf, müste'menlere kısas ve kazif uygulanmasını, müste'menlerin faizli işlemden alıkonmaları ve satın aldıkları Müslüman köle ve Mushafları kendi ülkelerine götürmelerine izin verilmeyip bunları iade etmeye zorlanmaları gibi meselelere benzeterek hırâbenin de bunlar gibi olduğunu söyler. Çünkü Ebû Hanîfe ve imâm Muhammed de bu meselelerde hemfikirdirler. Ancak tarafeyn Ebû Yûsuf'a cevaben: Sayılan meseleler, kul hakkına taalluk etmektedirler, müste'menler bu konularda taahhütte bulunmuşlardır. Ancak hırâbe, sırf Allah hakkı olan bir meseledir ve Allah hakkını ilgilendiren konularda bir taahhütte bulunmuş değillerdir. Müste'menin kendi ülkesine salimen dönmesini sağlamak ise Allah hakkı bir konudur, Allah hakkı olan bir had (hırâbe) cezasını, bir başka Allah hakkını (müste'menin güvenle yurduna dönmesi) feda ederek uygulamak doğru değildir, demişlerdir.[2183]

Müste'men. Mağdur. Müste'menin yolu kesilirse suçluların cezası hapis ve ta'zir olup ayette zikredilen hadler değildir. Yol kesme eylemini gerçekleştiği sırada müste'menlerin hukuki güvenceleri (*ismet*) bulunduğu için failler, bahsi geçen hapis cezası yanında ayrıca müste'menlerin kayıplarını tazmin ederler. Ayette zikredilen cezalar meselesinde konunun, malları daimi surette dokunulmaz ve hukuken koruma altında (*ismet-i müebbede*) olan Müslüman ve zimmi ile kayıtlanarak müste'menlerin kapsam dışı bırakılmasının nedeni

---

[2181] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/362; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/629; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 8/3-4; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/154. Şâfiî mezhebindeki zayıf kavle göre, hırâbe suçu işlemeleri halinde müste'menlerin antlaşması (emân/ahd) nakzedilir, daha sonra onlar üzerinde hâkimiyet sağlarsak had de tatbik edilir. Bk. *a.y.*.

[2182] İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye*, 5/83. Bazı Hanefî fakihleri, Ebû Yûsuf'un içtihadına meylederek müste'mene had îcâp edeceği görüşünü tercih etmişlerdir. Bk. Bâbertî, *el-'İnâye*, 5/422; İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye*, 5/83.

[2183] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/135, 195. Had gerektiren suçlar sebebiyle müste'menlere had uygulanıp uygulanamayacağı meselesi için bk. *a.g.e.*, 9/55-56.

olarak da müste'menlerin can ve malları üzerindeki dokunulmazlığın geçici (*ismet-i muvakkat*) olması gösterilmiştir. Ayrıca mallarının mübah olma ihtimali de vardır.[2184]

3. Hürriyet Farkına Göre

Hırâbe suçunun oluşumu açısından İslâm ülkesi vatandaşlığı ve buna bağlı olarak İslâm ülkesinin kanunları ile sorumluluk (iltizâm) esas alındığı için ayrıca hürriyet şartı aranmamıştır. Suçlunun köle veya hür olması arasında fark etmeksizin aynı ceza uygulanır. Hırâbe suçunun rukü sayılan yol kesme eylemi hür gibi köleden de sâdır olabilir. Ayrıca ayetin (el-Mâide 5/33) hükmü umumidir ve hüküm hür gibi köle için de geçerlidir.[2185]

Suçun mağduru köle olduğunda aynen hür bir Müslüman gibi malı koruma altında kabul edilerek suçluya had uygulanır.[2186]

Mâlikî mezhebinde yolu kesilerek öldürülen köle için faillere ölüm cezası verilir, suçun mağduru olan kölenin fâile (hür) denk olması, kısasın aksine hırâbede şart değildir. Aynı durum gayrimüslim için de geçerlidir, gayrimüslimin yolunu kesip onu katleden Müslüman öldürülür. Mâlikî mezhebinde maktulün faile denk olması gerekli görüldüğü için gayrimüslimi öldüren Müslümana kısas yapılmaz, ama hırâbede nerdeyse tüm toplumun huzuru kaçtığı için yol açtığı fesâdın büyüklüğünden dolayı farklı değerlendirilmiştir.[2187] Hanefî ekolde yol kesenler, öldürme suçu işlemişlerse ceza zaten hadden katl olduğu için sonuç Mâlikîlerle aynıdır.

F. İrtidât/Dinden Dönme Suç ve Cezası

Son iki asırda dünyada yaşanan gelişmeler, özellikle de Hristiyan batı dünyasının çağdaş normları belirlemedeki aktif rolü ve buna karşın İslâm dünyasının pasif ve şekillendirilmeye açık duruşuna bağlı olarak klasik İslâm hukukunun mürtedlere yaklaşımı yeniden gündeme gelmiş, insan hakları ve düşünce özgürlüğü gibi farklı zeminlerde değerlendirilmeye başlanmıştır. Ancak biz, irtidat cezasının günümüzde tartışılan yönlerinden ziyade irtidat eden kişinin durumuna göre cezada bir değişiklik olup olmadığı hususuna odaklanacağız.

[2184] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/195, 205; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/362; İbn Hümam, *Fethu'l-kadîr*, 5/423-424; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/114-115; Çivizâde, *el-Îsâr*, 3/486-487; Bâbertî, *el-'Înâye*, 5/423-424; İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye*, 5/83.

[2185] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/362; Şeyhîzâde, *Mecme'u'l-enhur*, 1/629; Bâbertî, *el-'Înâye*, 5/422; İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye*, 5/83; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/192; Bardakoğlu, "Eşkıya", *DİA*, 11/465.

[2186] İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye*, 5/83.

[2187] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/493; Zürkânî, *Hâşiyetü'z-Zürkânî*, 8/192; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/350.

1. Cinsiyet Farkına Göre

Hudeybiye seferine katılmayan bedeviler, Hayber savaşında elde edilen ganimetlerden pay isteyince bu istekleri kabul edilmemiş, ancak ileride gerçekleşeceği haber verilen bir savaşa katılmaları halinde kendilerine ganimetten pay verileceği vaat edilmişti. İleride gerçekleşecek bu savaşın Müseylime'nin kavmi Benî Hanîfe olmasından hareketle fakihler "*... ya onlarla savaşırsınız yâhud onlar (savaşsız) müslüman olurlar. ...*" (el-Fetih 48/16) ayetinin mürtedle de alakalı olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre müşrik Araplar ve mürtedler için iki seçenek vardır: İslâm'ı kabul veya savaş/ölüm. Dolayısıyla müslüman olmamaları halinde zimmîlik ve cizye gibi seçenekler sunulmaksızın doğrudan kendileriyle savaşılacaktır. Mürteddin öldürüleceğine delil olarak gösterilen bu yorum çoğunlukla İbn Abbâs'tan gelen bir nakle dayandırılmıştır.[2188]

İrtidat suçunun oluşması noktasında cinsiyet farkı gözetilmemiştir. Erkek ve kadın her ikisi de mürted olabilir, ancak cezanın şekli hususunda cinsiyet farkının hükme etkisi söz konusudur.[2189] Mürtedin öldürülmesi konusu, kadınla erkek diğer mezheplerde eşit iken Hanefîlerde kadın ve erkek eşit değildir, suç aynı olmasına rağmen her iki cinse farklı ceza ön görülür. Cumhura göre, dinden dönmek doğrudan illet olarak ölümü gerektiren bir suçtur ve suçun failinin kadın olması cezaya etki etmez, irtidatı sebebiyle kadın da erkek gibi öldürülür.[2190]

İbrâhîm en-Nehaî ve Süfyân es-Sevrî gibi tabiûn ulemasından gelen rivayetlere bakıldığında mürtedin öldürülmesi hakkındaki icma iddiası kesin olmayıp tartışmalıdır. Bu iki fakihe göre hak dini terk ederek batıla dönen mürtedin cezası ölüm değildir; tevbe edinceye kadar hapsedilir, tevbe etmediği takdirde hapis cezası müebbettir.[2191] Hanefîlerin ulaştığı verilere göre İbrâhîm en-Nehaî'nin "المرتد يستتاب أبدا" sözünden murad, bir sayı sınırı konulmaksızın (sonsuza kadar bile olsa) mürtedin, her irtidat ettiğinde yeniden tevbeye davet

---

[2188] Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, 21/269; Nehhâs, *Me'âni'l-Kur'ân*, 6/504; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/146; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/405.

[2189] Dalgın, "İrtidat ve Cezası", *Kur'ân Mesajı İlmi Araştırmalar Dergisi*, 174.

[2190] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 13/156 (13/149, 151, 155); Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/721; Okur, "İslam Hukukunda İrtidat Fiili İçin Öngörülen Asli Yaptırım Üzerine Bazı Düşünceler", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 354-355; Dalgın, "İrtidat ve Cezası", *Kur'ân Mesajı İlmi Araştırmalar Dergisi*, 186-187; Beroje, "İslam Hukukunda İrtidat Cezasına Yeni Bir Yaklaşım", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, 308.

[2191] Abdürrezzâk, *el-Musannef*, 10/166 (No. 18697); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/342 (16833); Orhan, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, 136-137.

edileceği anlamındadır. Yoksa irtidat edip tevbeye davet edildikten sonra tevbe edinceye kadar sonsuza dek bekleneceği anlamında değildir.[2192]

Fakihlerin çoğunluğuna göre irtidât, erkek açısından ölüm cezası gerektiren bir had suçu kabul edildiği için mürted olan erkeğin öldürülmesi gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Buna karşın irtidât eden kadının öldürülmesi hususunda görüş ayrılığı olmuştur. Birçok sahabe uleması yanında imam Mâlik, imam Şâfiî, imam Ahmed b. Hanbel, Zeydîler, Hasan el-Basrî, İbn Şihâb ez-Zührî, İbrâhîm en-Neha'î, Mekhûl, Hammâd b. Ebî Süleymân, Leys b. Sa'd ve İshâk b. Râhûye gibi fakihler kadınla erkek arasında bir fark olmadığını belirterek mürted kadının öldürülmesi gerektiği görüşünü benimsemişlerdir.[2193] Bu görüş sahipleri "*Kim dinini değiştirirse onu öldürün.*"[2194] hadisindeki "men/مَنْ" edatının umûmuna dayanarak, mezkûr haberde kadın ve erkek ayrımı yapılmadığına dikkat çekmişlerdir. Bu yaklaşıma göre ölüm cezasının illeti doğrudan imandan sonra küfre dönmektir. Ayrıca imandan sonra küfre dönmek, aslî (doğuştan kâfir) küfürden daha şiddetli ve ağırdır.[2195] Evlilerin zinası, kısas ve dinden dönmek gibi bir Müslümanın kanının diğer bir Müslümana üç sebeple (*amden katl, zina ve irtidât*) helal olacağını bildiren hadis[2196] de diğer bir delildir. Hz. Peygamber'in tevbe etmediği takdirde Ümmü Mervân isimli bir kadının öldürülmesini emretmiş[2197] olması da mürted kadının öldürülebileceğini göstermektedir. Allah rasûlü (s.a.v.), sahte peygamber Müseylime'nin elçisini diplomatik dokunulmazlığı nedeniyle öldürmemiş ve elçiye hitaben: "*Elçi olmasaydın kesinlikle seni öldürürdüm.*"[2198] demiştir.[2199] Ridde olaylarının yaygınlaşması üzerine caydırıcı bir ceza olması için Hz. Ebû

[2192] Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/284; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/225

[2193] Sâmerrâî, *Ahkâmü'l-mürted*, 166, 183-186. (Tarafların delilleri: 183-186); Orhan, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, 141.

[2194] Buhârî, "es-Siyer ve'l-cihâd", 148 (No. 3017), "İstitâbetü'l-mürteddîn", 2 (No. 6912); Ahmed, *el-Müsned*, 3/365 (No. 1871), 4/336 (No. 2551-2552), 5/119 (No. 2966); Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4351); Tirmizî, "Hudûd", 25 (No. 1458)

[2195] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 13/156-157; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/242; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/529, 532-533; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 8/63, 65; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 10/75-76; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/419; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/3-4; 'Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/721.

[2196] Buhârî, "Diyât", 6 (No. 6878); Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4352-4353), "Diyât", 3 (No. 4502).

[2197] Dârekutnî, *es-Sünen*, 4/128 (No. 3215); Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 8/353 (No. 16856)

[2198] Ahmed, *el-Müsned*, 6/151 (No. 3642), 6/403 (No. 3855); Serahsî, *el-Mebsût*, 10/92. Hadisin diğer bir tarikinde ise: "*Eğer elçi öldüren biri olsaydım onu da öldürürdüm.*" Bk. Abdürrazzâk, *el-Musannef*, 10/169 (No. 18708). "**لو كنت قاتلا رسولا لقتلته**" Aynı hadisin "*... boynunu/ikinizin de boyunlarınızı vururdum.*" şeklindeki varyantı için bk. Ebû Dâvûd, "Cihâd" 166 (No. 2761-2762); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 6/439 (No. 32742); Tahâvî, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, 7/299 (No. 2862); Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/276; a.mlf., *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 7/96. "**لولا أنك رسول لضربت عنقك**"

[2199] Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 212; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 91; Özcan - Muntazer, "İslâm Hukuku Açısından Elçi Dokunulmazlığı", *Edebali İslâmiyat Dergisi*, 6-7.

Bekir de Ümmü Kırfe isimli bir kadını müsle (ayaklarından iki ata bağlanarak) suretinde öldürtmüştür.[2200]

Cumhura göre irtidat konusu, zina, hırsızlık ve içki hadlerinden farklı değildir. Çünkü bu hadlerde cinsiyetin cezaya bir etkisi yoktur, kadın da olsa erkek de olsa eşit şekilde aynı cezaya çarptırılırlar. Kısasta da durum farklı değildir, amden cinayet işleyen kadına da erkeğe de kısas uygulanır.[2201]

Diğer üç imama karşılık Hanefî imamlar, savaşta muharip unsur olmadığı gerekçesiyle mürted kadının öldürülmeyeceği içtihadında bulunmuşlardır. İrtidat sebebiyle katl cezasının gerekçesi, doğrudan din değiştirmek değil, din değiştirmenin neticesinde failin Müslümanlara karşı düşman, dolayısıyla potansiyel savaşçı konumuna yerleşmesidir. Ne var ki kadın bünye itibarıyla savaşa uygun olmadığı için potansiyel bir tehlike arz etmemektedir. Dolayısıyla irtidat eden kadına günübirlik tevbe teklif edilir, tevbe etmezse hapis ve darp uygulanarak tekrar İslâm'a girmesi için baskı uygulanır; Müslüman olmadığı sürece hapis cezası ölünceye kadar sürdürülür.[2202]

Mürted konusunu kitâbü's-siyer başlığında ele alarak irtidât konusunu uluslararası hukuk ve savaş bağlamında değerlendiren Hanefî imamlar, savaşta asli küfrü sebebiyle öldürülmeyen kadının sonradan (*ârızî*/*târî*) olan küfrü (*irtidâd*) sebebiyle öldürülmesi kabul edilemez demişlerdir. Çünkü daha güçlü sebeple (aslî küfür) öldürülmeyen kadının zayıf sebeple (*târî küfür*) öldürülmemesi evleviyet gereğidir. Öldürülme illetinin "kıtâl/savaşmak" olduğu göz önüne alındığında İslâm'a hiç girmemiş kadınla irtidat ederek kâfir olan kadın arasında bir fark yoktur.[2203] Zira Hz. Peygamber, savaş meydanında ölü bulunan kadın dolayısıyla tepki göstermiş ve kadının savaşta bile öldürülmesini yasaklamıştır.[2204] Savaş meydanında ölü bulunan kadın hakkında "*Bu kadın savaşmıyordu ki, neden öldürüldü!*// أما أن هذه لا تقتل" buyurması hükmün illetini ortaya koyar ki aynı illet mürted kadında da mevcuttur.[2205] Diğer yandan Hanefîlere göre din ve sosyal hayat konusunda kadınlar erkeklere

[2200] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 13/150, 156. Mâverdî, Hz. Ebû Bekir'in bu uygulamasının bağlayıcı (*metbû*') olmayıp şartlar gereği gerçekleştiğine işaret etmiştir.
[2201] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 13/156-157; Orhan, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, 141.
[2202] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 197; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/528, 532; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/284-285, 4/288; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/71-72; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/242; Okur, "İslam Hukukunda İrtidat Fiili İçin Öngörülen Asli Yaptırım Üzerine Bazı Düşünceler", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 354-356; Beroje, "İslam Hukukunda İrtidat Cezasına Yeni Bir Yaklaşım", 318; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 122, 224.
[2203] Serahsî, el-Mebsût, 10/109; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/3-4; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/721.
[2204] Buhârî, "es-Siyer ve'l-cihâd", 148 (No. 3015).
[2205] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5842.

tabi olduğu için dinini değiştiren kimsenin öldürülmesini emreden rivayetlerin erkeklere hamledilmesi gerekir.[2206]

Ümmü Mervân hakkında Hz. Peygamber'in, Ümmü Kırfe için de Hz. Ebû Bekir'in ölüm emri vermiş olmaları, bu kadınların mürted olmalarından ziyade fiilen savaşmaları veya savaşa teşvik etmeleri nedeniyledir. Dolayısıyla cumhurun bu örneklerden hareketle mürted kadınların öldürülmeleri gerektiğini söylemeleri isabetli değildir. Mürteddin öldürülmesinin nedeni, savaşması veya savaş tehdidi içermesidir. Bu kadınlar da ridde suçundan değil küfürde ısrar edip muharip unsur olmalarından dolayı katledilmişlerdir.[2207]

Mürted olan erkeğin öldürülmesi, muharip unsur haline gelmekle gerekçelendirilince özellikle aklen bunamış olan pîr-i fânî yaşlı kimseler, savaşmaktan aciz oldukları için mürted olsa bile çocuk ve deli ile aynı kategoride düşünülerek öldürülmezler. Aklî melekeleri yerinde olan yaşlılar, mürted olduklarında savaş potansiyeli barındırdıklarından ötürü öldürülürler. Kronik hastalığı sebebiyle kötürüm ve yatalak halde bulunan mürtedler de yaşlılar gibidir, âkil iseler devlet başkanının takdirine bırakılmaksızın öldürülürülürler.[2208] Yaşlı ve kötürüm haldeki özürlü mürtetlerle ilgili dile getirilen iki görüşün ilkinde özürlü mürtedler, Hanefîlerde mezhep içi tutarlılığı korumak adına Arap müşriklere kıyaslanmışlar ve tevbe etmedikleri takdirde öldürülmelerine hükmedilmiştir. İkinci görüşe göre bu kimseler, kadınlara kıyas edilmiş, savaşmaktan aciz olmaları hasebiyle öldürülmeleri caiz olmaz, denilmiştir. Ancak bu görüşün "kîl/قيل" lafzıyla aktarılmasıyla zayıf olduğuna işaret edilmiştir. İlk yaklaşımın ardında irtidat ederek sonradan (*târi'*) kâfir olmanın aslî küfürden daha ağır bir suç olacağı, düşüncesi yatmaktadır. İkincisinde ise, kadın aslî küfür sebebiyle öldürülmeyen kimse, irtidat edince de öldürülmez.[2209]

İslâm yurdunda mürted olup tevbe etmeyen kadının hapis cezası devam ettirilir, ancak köleleştirilmesine izin verilmez. Dârulharbe iltihak eden mürted kadın ve bir bölgeyi ele geçirerek Müslümanlara karşı savaşan bir grup içerisinde yakalanan mürted kadın hakkındaki

---

[2206] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/533.

[2207] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5845; Serahsî, *el-Mebsût*, 10/110; Orhan, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, 145; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 126-127. Kudûrî, mürted olduğu için öldürüldüğü bildirilen Ümmü Mervân hadisi hakkında sened tenkidinde de bulunmuştur. Bk. Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5844-1845.

[2208] Cessâs, *Şerhu muhtasarı't-Tahâvî*, 6/122-123; Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5843, 12/6146; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/453; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/84; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/131-132.

[2209] Serahsî, *el-Mebsût*, 10/109, 111; Orhan, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, 139-140; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 134-139.

hüküm ise aynıdır; her ikisi de esir edilerek Müslüman olmaya zorlanırlar.[2210] Dârulharbe iltihak ettikten sonra esir edilen kadın tevbeye davet olunduktan sonra tevbe etmezse köleleştirilebilirken aynı durumda olan mürted erkek tevbe etmediği takdirde köleleştirilemez, ya savaş/ölüm ya da İslâm (el-Feth 48/16: "تقتلونهم أو يسلمون") kuralı gereği müşrik Araplar gibi değerlendirilerek öldürülmesine hükmedilir.[2211] Hanefîlerde bu durumdaki kadının öldürülmemesinin nedeni, harbî kadınların öldürülmesini yasaklayan nasların mürted kadın hakkında da geçerli olacağı düşüncesidir.[2212]

Hanefîlere göre irtidat eden kadın öldürülemez, ancak tevbe davetine olumlu cevap vermezse hapsedilip kendisine günübirlik darp edilmek üzere ta'zîr cezası uygulanır. Mürted olan kadının öldürülmesi konusunda Hanefîlere göre belirlenmiş kesin bir had cezası yoktur. Ayrıca Hz. Peygamber'in savaşta kadınları öldürmeyi yasaklaması bunu gerektirmektedir. Mürted kadın konusunda, savaşçı olmadığı için savaşta öldürülmesi yasak olan kadının irtidat etmesi halinde de öldürülmeyeceği kuralı benimsenmiş, savaşla irtidat arasında bir anlam ilişkisi kurulmuştur. "*Aslî küfürle öldürülmeyen târî küfürle de öldürülmez*" diğer bir ifadeyle aslen kâfir olmasına rağmen savaşta öldürülmeyen kadın, İslâm'dan dönüp mürted olmakla da öldürülmez. "*Kim dininden dönerse onu öldürün.*"[2213] hadisini nakleden İbn Abbâs'ın kendisinin kadının öldürülmeyeceği görüşünü savunmasını ve "*Mürted kadın öldürülmez.*"[2214] demesini Hanefîler, konu hakkındaki bu hadisin erkeklerle mukayyed olduğuna delil saymışlardır.[2215] Kaldı ki erkek mürtedlerde durum farklıdır; erkek, gayrimüslim iken muharip unsurdur ve kanı mübahtır, Müslüman olmakla kanı dokunulmaz (masum) olmuştur, mürted olmakla ise tekrar muharip unsur haline gelmiştir, bu tehlikenin bertaraf edilmesi için de kanı mübah olmuştur. Ne var ki bu durum tevbe etmemesi durumunda geçerlidir.[2216]

Hanefîlerde irtidat olayı, ölüm (*katl*) hükmünü bir anlamda aslına irca etmiş olmaktadır. Gayrimüslim erkeklerin canları hukuken korunmuş değildi, diğer tabirle mübah idi, Müslüman olmakla canları hukuken masum (dokunulmaz) hale geldi, irtidat etmeleri halinde ise irtidat sebebiyle tekrar mübah hale gelmiş olacaktır. Gayrimüslim kadınların canları ise

---

[2210] Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 103-104, 126-127.
[2211] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/119-120; Serahsî, *el-Mebsût*, 10/111; Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5857; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/247.
[2212] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/120-121.
[2213] Buhârî, "es-Siyer ve'l-cihâd", 148 (No. 3017), "İstitâbetü'l-mürteddîn", 2 (No. 6912); Ahmed, *el-Müsned*, 3/365 (No. 1871), 4/336 (No. 2551-2552), 5/119 (No. 2966); Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4351); Tirmizî, "Hudûd", 25 (No. 1458).
[2214] Cessâs, *Şerhu muhtasarı't-Tahâvî*, 6/121.
[2215] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/149; Beroje, "İslam Hukukunda İrtidat Cezasına Yeni Bir Yaklaşım", 315-316.
[2216] Serahsî, *el-Mebsût*, 10/110.

başlangıçta da (gayrimüslim iken de) hukuken mübah değildi, mürted olmakla da mübah hale gelmeyecektir. Müslüman olduklarında ise zaten mübah değildir. Çünkü kadının masumiyyeti Müslümanlıkla mukayyet değildir, dolayısıyla kadının Müslümanlığının zevâli, onun masumiyetini zail etmez.[2217] Şu halde kadının hayati dokunulmazlığı, gayrimüslim iken de Müslüman iken de mürted olunca da hukuken garanti altındadır.

Hanefî eserlerde irtidât/ridde meselesinin "kitâbü'l-hudûd" değil de "kitâbü's-siyer" başlığında ele alınması dikkat çekicidir. Zira Hanefîlerin irtidât problemine yaklaşımı, tipik bir had suçundan ziyade bir ulusal güvenlik ve kamu düzenini bozan bir tehdit meselesi olarak telakki edildiği şeklindedir. Mâlikî mezhebinde kimi eserlerde de konu "hırâbe" başlığında[2218] ele alınmakla benzer bir yaklaşım sergilendiği görülür. Mürtedin öldürüleceğini bildiren hadislerin bir kısmında ölüm cezasının mürtedin fiilen savaşması şartına[2219] bağlanmış olması da bu bağlamda dikkat çekicidir. Aynı rivayetlerde ölüm (idam veya asılma/çarmıh) dışında sürgüne de temas edilerek seçimli bir cezaya yer verildiği de görülmektedir.[2220]

Hukuka uygunluk sebebi sayıldığı için mürted kadını öldüren faile/katile kısas cezası verilemez, zira mürteddin öldürülmesini emreden hadislerin mutlak ifadelerine itimat etmekle katilin işlediği suça şüphe arız olmuştur; kusurluluk kalktığı için olay, hukuka aykırı olmaktan çıkmıştır. Ancak yasal izni olmadan devlete ait bir yetkiyi kullandığı için sadece ta'zir cezası uygulanır.[2221]

Cumhurun Hanefilere cevabı, yukarıda da zikredildiği üzere, imandan sonra küfre dönmek (târî küfür), aslî (doğuştan kâfir) küfürden daha şiddetli ve ağırdır. Çünkü daha öncesinde hiç Müslüman olmadığı için İslâm'ı bilmeyen birine göre Müslüman olup da İslâm'ın güzelliklerini görüp farkettikten sonra küfre dönmek daha beterdir.[2222] Hz. Peygamber'in savaşta kadınların öldürülmesini yasaklaması, mürted kadınlarla ilgili değildir, söz konusu yasak dârulharp kadınları hakkındadır.[2223]

Mürted kadın konusunda Hz. Ali, Hasan el-Basrî (bir nakle göre) ve Katâde'ye nisbet edilen üçüncü bir görüş daha vardır. Hz. Ebû Bekir'in uygulamasına müstenit olan bu görüşe

[2217] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/122; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 113-114.
[2218] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/242.
[2219] Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, "Muhârabe", 1 (No. 3497). Lafız farkıyla aynı rivayet için bk. Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4353); Dârakutnî, *es-Sünen*, "el-Hudûd ve'd-diyât", 4/57 (No. 3087).
[2220] Beroje, "İslam Hukukunda İrtidat Cezasına Yeni Bir Yaklaşım", 311-312.
[2221] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/149; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/281; Sâmerrâî, *Ahkâmü'l-mürted*, 185.
[2222] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/532-533; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/3-4; Orhan, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, 137.
[2223] Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, 2/315; Beroje, "İslam Hukukunda İrtidat Cezasına Yeni Bir Yaklaşım", 318.

göre, mürted kadın öldürülmez ama köleleştirilir. Zira Hz. Ebû Bekir, irtidât eden Benî Hanîfe kabilesinin kadın ve çocuklarını köleleştirmiştir. Hatta Hz. Ali'nin Muhammed b. el-Hanefiyye adındaki çocuğu bu yolla Hz. Aliye cariye olarak verilen bir kadından dünyaya gelmiştir. Sahabe huzurunda gerçekleşen bu olay karşısında bir itiraz görülmemiştir. Bu da (sükûtî) icma anlamına gelmektedir.[2224]

Mürteddin öldürülmesinde illetin İslâm'dan sonra küfre dönmek olduğunu belirten Mâverdî, bu konuda, Müslüman olarak doğan kimse ile önce kâfirken sonradan Müslüman olan kişinin ve anne babasına tebean Müslüman kabul edilen kimselerin üçünün de eşit olduğunu söyler. Ebû Hanîfe'nin bunlardan üçüncü kişinin (anne babası sebebiyle Müslüman kabul edilenlerin) Müslüman kabul edilmeleri zayıf olduğu için irtidât sebebiyle öldürülmez demesini ise eleştirir. Sözü edilen üç grupta yer alan kişiler arasında ibadet, miras ve şahitlik gibi İslâmî ahkâma taalluk eden meselelerde nasıl ki bir fark gözetilmiyorsa irtidât meselesinde de bir fark gözetilmemelidir, bunların Müslümanlıklarındaki zayıflık fark gözetmeyi gerektiren bir yeter sebep değildir, der.[2225] Bu tenkide konu olan meseleye bakıldığında Hanefîlerde mürted olduğu halde, kendilerine has nedenlerden dolayı öldürülmesi gerekmeyen dokuz sınıf kimse olduğu, bunlardan kimisinin Müslümanlığında kimisinin ise mürtedliğinde şüphe olduğu görülür. Vatandaşlık bağı sebebiyle Müslüman kabul edilen lakîtin öldürülmemesi, maruz kaldığı ikrah nedeniyle İslâm'a girmek durumunda kalmış olan zimmî ve müstem'menlerin öldürülmemelerinin nedeni bu kişilerin Müslümanlıklarındaki şüphedir. Hünsa-i müşkilin öldürülümemesinin ise sebebi kadınlık şüphesidir.[2226] Kısaca genel hükümden istisna edilerek öldürülmeyen kimseler hakkındaki ortak noktanın şüphe olduğu söylenebilir.[2227]

Eşitlikten sapılması bağlamında özetle ifade etmek gerekirse mürteddin öldürülmesi genel hükmünden kadının istisna edilmesi, kadının savaş unsuru olmamasına bağlanırken öldürülmesi gerekmeyen diğer kimselerde ise temel nedenin şüphe olduğu görülür.

2. Din Farkına Göre

İrtdât suçu Müslümanları ilgilendiren bir suç olup doktrinde gayrimüslimler için irtidat sözkonusu edilmemiştir. Yahudi, Hristiyan veya Mecusi gibi diğer din mensuplarının kendi dinlerini terk etmeleri halinde yeniden eski dinlerine dönmeleri için bir zorlama yapılmaz,

[2224] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/3.
[2225] Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 13/151.
[2226] İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 4/224, 245-246.
[2227] Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 141.

dolayısıyla bir ceza da terettüp etmez. Zira "أن الكفر كله ملة واحدة / *küfür tek millettir*" kaidesi gereğince, islam dışındaki tüm dinler tek bir din gibi kabul edilir.[2228] Mürtedlik hükmü, hak dini terk edip batıla (*küfre*) dönmek üzere bina edildiğine göre İslam haricindeki diğer dinlerde bu mana gerçekleşmemektedir.[2229] İslam dışındaki diğer dinler arasındaki geçişler ve din tanımazlık küfrün kendi içindeki hareketlilik olarak değerlendirilmektedir.

Serahsî "من بدل دينه فاقتلوه / *Kim dinini değiştirirse onu öldürün*"[2230] hadisindeki genelliğin (*âmm*) çeşitli açılardan tahsise uğradığını söyler. Bunlardan biri hadisteki "من/kim" lafzından kasdedilen erkek mürtedlerdir, diğer bir tahsis noktası da hadiste konu edilen dinin İslâm olduğudur, diğer dinler hadise dâhil değildir. Bundan dolayı, söz konusu hadis gayrimüslim iken Müslüman olan kişiyi kapsamına almaz.[2231] İmam Mâlik de bu hadiste kasdedilenin İslâm'dan diğer dinlere geçiş olduğunu söyler.[2232] Bu açıdan bakıldığında Hanefiler açısından mesele İslam ceza hukukuna dolayısıyla tezimimizin konusu olan eşitlik meselesine konu edilmemiştir.

3. Hürriyet Farkına Göre

Dininden dönenin öldürülmesini emreden hadis[2233] ve Müslümanın kanının ancak üç sebeple (*kısas, recm ve irtidat*) helal olacağını bildiren hadislerin[2234] umum ifade eden lafızlarına istinaden, irtidat eden kişinin tekrar İslâm'a (tevbeye) davet edilmesi ve tevbe etmemesi durumunda öldürülmesi gibi hükümler açısından hür ve köle eşittir.[2235] Köle veya hür her ikisi de dininden dönmekle dokunulmazlıklarını (*ismet*) diğer bir deyişle hayat haklarının korunmuşluğunu düşürmüş olurlar.[2236] Köle ile hür kişi arasında bir prosedür farkı gözetilmez. Her ikisine de önce tevbe teklif edilir ve tevbenin reddedilmesi halinde ölüm cezası uygulanır.

[2228] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/225.
[2229] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 9/4560.
[2230] Buhârî, "es-Siyer ve'l-cihâd", 148 (No. 3017), "İstitâbetü'l-mürteddîn", 2 (No. 6912); Ahmed, *el-Müsned*, 3/365 (No. 1871), 4/336 (No. 2551-2552), 5/119 (No. 2966); Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4351); Tirmizî, "Hudûd", 25 (No. 1458).
[2231] Serahsî, *el-Mebsût*, 10/109-110.
[2232] Mâlik, *Muvatta'*, "Akziye" 15.
[2233] Buhârî, "es-Siyer ve'l-cihâd", 148 (No. 3017), "İstitâbetü'l-mürteddîn", 2 (No. 6912); Ahmed, *el-Müsned*, 3/365 (No. 1871), 4/336 (No. 2551-2552), 5/119 (No. 2966); Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4351); Tirmizî, "Hudûd", 25 (No. 1458).
[2234] Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1 (No. 4352).
[2235] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/137; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/69; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 13/155.
[2236] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/530; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/145-146; Huraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, 8/65; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 102-103.

Hırsızlıkla ilgili ayet (el-Mâide 5/38) umum ifade ettiği için cezada hürriyet farkının bir etkisi yoktur. Hür de olsa köle de olsa diğer unsurlar da gerçekleştiğinde hırsızın eli kesilir, toplumsal statüsüne bakılmaz.[2237] Hırsızlıktaki el kesme cezası gibi, irtidât suçunda da ölüm cezasının yarıya düşmesi mümkün olmadığı için kölelere hürler ile eşit ceza uygulanır.[2238]

İrtidât eden cariyenin durumu da büyük oranda irtidat eden hür kadın gibidir; kendilerine İslâm arz edilir, reddetmeleri halinde öldürülmeksizin hapsedilirler. Ancak cariyenin efendisinin cariyenin hizmetine ihtiyacı varsa, istifrâş helal olmaksızın, hapis sürecinde efendinin yanında tutulmasına izin verilir. Cariyenin Müslüman olmaya icbar edilmesi görevi efendiye verilir. Bu tip (had, ta'zîr) yetkiler açısından köle ve cariyeye nisbetle efendi devlet başkanı konumundadır.[2239]

G. Bağy/Devlete İsyan Suç ve Cezası

Bağy suçu devlete karşı işlenen siyasi bir suçtur, suçun faili de ya Müslümandır ya da islam ülkesinin kendi vatandaşıdır.[2240] Suçluların bu durumu dikkate alınarak bâğîlerle ancak zorunlu hallerde savaşılır, isyan bastırılınca yaralılar öldürülmez, isyancıların mal varlıklarına dokunulmaz, aile fertleri (çocukları, kadınları) esir alınmaz.[2241] Bağy konusu genelde savaş hukukunu ele alan "Kitâbü's-siyer"in bir alt başlığı olarak ele alınmıştır. Çünkü ülke içindeki karışıklıkların önlenmesi için silahlı mücadeleye girişilmesi, bir yönüyle cihâd/kıtâl anlamı taşımaktadır.[2242]

Mü'minlerden iki grup birbirleriyle savaşırsa aralarının ıslah edilmesini ve kendilerine adâletle hükmedilmesini emreden ayetten (el-Hucurât 49/9) hareketle bağy suçu ile savaş hukuku arasında kurulan benzerlik ve ilgi uyarınca bağy suçunda bâğilerin kalkışmalarının kontrol altına alınmasından sonra isyan sırasında işledikleri öldürme ve yaralama suçlarının cezalandırılmayacağına hükmedilmiştir. Devlete ve bireylere vermiş olduları zararlar (*telef vb*) da tazmin ettirilmez.[2243] İmam Şâfiî'nin kavl-i cedîdi de böyledir. Ancak isyan suçlarından dolayı kendilerine ta'zîr cezası uygulanabilir; Ebû Hanîfe'ye göre ölüm cezası da

---

[2237] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 10/250.
[2238] Fendoğlu, *Kölelik ve Câriyelik*, 184-185.
[2239] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/137; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/285; Sarıtaş, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, 106.
[2240] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-islâmî*, 1/101; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku -Genel Hükümler-*, 410; Şafak, "Bağy", *DİA*, 4/452; Sameer, "Pozitif Hukuk ve İslam Hukuku Arasında Siyasî Suçlar 'Karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Arap Baharı Üzerine Uygulaması'", *İslam Ceza Hukuku ve Modern Ceza Hukuku Karşılaştırması Tebliğler*, 2/438-471; Abdurrahman, "İslam Ceza Hukuku Bakışında Siyasi Suçların Kapsamı (Karşılaştırmalı İnceleme)", *İslam Ceza Hukuku ve Modern Ceza Hukuku Karşılaştırması Tebliğler*, 2/526-553.
[2241] Bilmen, *Kâmûs*, 3/411, 415; Şafak, "Bağy", *DİA*, 4/452.
[2242] Bilmen, *Kâmûs*, 3/410.
[2243] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/106; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/295.

söz konusu ta'zîr kapsamında yer alabilir. Diğer fukaha ise ta'zîr olarak ölüm cezası verilemeyeceği düşüncesindedirler.[2244]

Bâğîlerin isyan suçunun unsurları dışında kalan zina ve içki gibi had gerektiren diğer suçları ise cezalandırılır.[2245] Ancak Hanefîlere göre devlet başkanının hâkimiyet alanı dışında kaldığı için darulharpte veya darulbağy'de işlenen zina suçu sebebiyle faillere had cezası verilmez. Şâfiîlere göre ise devlet başkanı bu kişileri yakaladığında zina haddini uygular.[2246]

1. Cinsiyet Farkına Göre

Kural olarak savaşta öldürülmesi caiz olmayan çocuk, kadın, yaşlı ve ama gibi kimselerin bağy suçu sebebiyle de öldürülmeleri caiz değildir. Çünkü savaşta öldürmek, karşı tarafın şerrini def, tehlikesini bertaraf etmek içindir; bu da fiilen savaşanlar için söz konusudur. Savaş kudret ve kabiliyeti bulunmayan bu tip kimselerin fiilen çatışmalara katılmadıkları sürece öldürülmelerinin bir anlamı yoktur.[2247]

Fiilen savaşmak (*hakiki kıtâl*) veya savaşa teşvik etmek (*hükmî kıtâl*) gibi sebeplerle savaşta öldürülmeleri caiz hale gelen kadın, yaşlı vb. kimseler, esir alındıkları takdirde, savaş durduktan sonra da öldürülebilirler. Bu hükmün istisnası çocuklar ve aklı melekeleri yerinde olmayan (*mecnun, ma'tûh*) kimselerdir. Bunlar esir alınınca savaşmış olsalar bile öldürülmezler, çünkü savaş durduktan (بعد الفراغ) sonraki öldürme, ceza mahiyetindedir ve bu kimselerin ceza ehliyetleri yoktur. Savaş esnasında öldürülmelerinin mübah olması, tehlikelerini savmak ve şerlerini def etmek içindi; yakalanıp esir alındıklarında tehlike arz etme bakımından etkisiz hale getirilmişlerdir.[2248] Cessâs'taki kayda göre, savaş esnasında öldürülmesi caiz olanın esir olması halinde öldürülmesi de caizdir.[2249] Serahsî ise, esir alınan kadınların öldürülmeyeceği ve isyancılardan kimse kalmayıncaya kadar hapsedileceğini söyler. Çünkü esir alınmakla kadının, öldürülme gerekçesi olan, tehlikesi (şerri) bertaraf edilmiştir; kaldı ki mürted kadın öldürülmüyorsa isyancı kadının öldürülmemei evleviyet gereğidir.[2250] Görüldüğü üzere savaş sonrası esir alınan kadınların öldürülüp öldürülmeyeceği konusunda mezhep içinde tam bir uzlaşı sağlanamadığı söylenebilir. Bilmen, Kâsânî'ye atfen

[2244] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5829-5831; Şafak, "Bağy", *DİA*, 4/452.
[2245] Şafak, "Bağy", *DİA*, 4/452.
[2246] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5839-5840.
[2247] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/546; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/417; *Mv.F.*, 8/142.
[2248] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/399-400; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/152-153; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/104; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/265; Bilmen, *Kâmûs*, 3/415.
[2249] Cessâs, *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, 6/103.
[2250] Serahsî, *el-Mebsût*, 10/127; Aydın, "İslam Hukukuna Göre İsyan (Bağy) Suçu ve Cezası", 71.

fiilen savaşa katılıp muharip unsur olmuş kadınlar ve ihtiyarların esir alınmaları takdirinde öldürülebileceklerini kaydetmiştir.[2251]

Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîler isyancı olarak savaşan kadınların ancak sıcak çatışma içerisinde öldürülebileceğini söylemişledir. Sıcak savaş durumu haricinde isyancı kadın, zarar ve fitnesinden korunmak üzere hapsedilir.[2252] Sıcak savaşa katılmadıkları sürece normal hallerde savaşta öldürülmesi caiz olmayan kimselerin (yaşlılar, kadınlar, çocuklar vb) isyan suçunda öldürülmeleri de caiz değildir.[2253]

Mâlikîlere göre isyancı kadın, silahlı bir şekilde çatışmalara dâhil olmuşsa öldürülür, ancak taş atmak veya askerleri cesaretlendirmek gibi eylemleri sebebiyle öldürülmez. Meşru devleti savunan kimselerden (*ehl-i adl*) birini öldürmemişse fiilen savaşırken esir edilmiş olsa bile kadın öldürülmez. Ancak öldürme suçu işlemişse esir edildikten sonra öldürülebilir. Haklı bir nedene (*te'vîl*) dayanarak savaşan isyancıların vermiş oldukları zarar kendilerine tazmin ettirilmez, aksi halde tazmin de söz konusudur.[2254]

2. Din Farkına Göre

İsyancı kadın zimmilerden ise savaşta esir edilmesi halinde köleleştirilir.[2255]

Hanefilere göre, isyancıların yardımına iştirak eden zimmiler, Müslüman isyancılarla aynı hükümlere tabidirler. İsyanları sebebiyle Müslümanlar, nasıl dinden çıkmış olmuyorlarsa zimmiler de zimmet antlaşmasını bozmuş sayılmazlar. Dolayısıyla kendilerine harbî muamelesi yapılmaz ve isyancı Müslümanlarla (*büğât*) aynı hükümler uygulanır.[2256] Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde ise, isyana katılan zimmilerin zimmet antlaşmalarının iptal edilip edilmeyeceği noktasında iki görüş bulunmaktadır. Zimmet antlaşmalarının bozulacağı görüşü güçlü olup bu durumda zimmiler, düşman (*harbî*) statüsünde bulunular. Antlaşmalarının bozulmayıp[2257] hala geçerli olduğu varsayımında ise kendilerinden savaşı terk edip kaçanlara,

---

[2251] Bilmen, *Kâmûs*, 3/415. Bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/400.s

[2252] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/104; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/265; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/251; Nevevî, *el-Mühezzeb*, 19/21; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/529.

[2253] İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/265; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 3/251.

[2254] Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 8/370; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 4/300; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/430.

[2255] Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 4/430.

[2256] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/447; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6/108; Bilmen, *Kâmûs*, 3/416. Diğer mezheplerin aksine Hanefî düşüncesine göre zimmet akdi, asli küfürle bozulmuyorsa büyük günah işlemekle ya da peygambere göre sövmek gibi asli küfrü ziyadeleştirmekle (*târî küfr*) de nakz edilmez; böyle olması evleviyet gereğidir. Bk. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/447-448; Bâbertî, *el-'İnâye*, 6/62, 108; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/352-354.

[2257] Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde zimmîlerin zimmet ahitleri, şüphe ve ikrah sebebiyle bozulmaz. Zimmiler kimin haklı kimin haksız olduğunu bilemeyebilirler ve bu bilgisizlik hali kendileri için haklı bir şüphe oluşturur. Bk. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/408; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/539.

yaralanan ve esir düşenlere dokunulmaz. Ancak haklı bir tevile dayanmadıkları için cana ve mala verdikleri zararları tazmin etmekle yükümlüdürler. İsyancılara yardım eden zimmiler, Maliki mezhebine göre bağy ahkâmı açısından isyancılar gibidirler.[2258] Zimmîler, Müslüman bir grupla hareket etmeden münferiden başkaldırmış iseler Mâlikî mezhebinde bu başkaldırının sebebi incelenir; zimmiler, uğradıkları bir haksızlık (*zulm*) sebebiyle başkaldırmış iseler zimmet ahitleri bozulmaz ama ortada kendilerine dönük bir zulüm yokken isyan etmişlerse zimmet ahitlerini nakzetmiş sayılırlar.[2259]

3. Hürriyet Farkına Göre

Hanefi mezhebi içinde imamlar arası ihtilaf olmakla birlikte köleler, isyan sırasında fiilen savaşırken esir alınmış ise cezaları ölümdür. Ancak, savaşmayıp efendisine hizmetle meşgul iken esir alınmışsa isyan bastırıldıktan sonra sahiplerine iade edilmek üzere cezaları hapistir. Hür kimseler hakkında ise devlet başkanı açısından öldürme veya hapsetme arasında muhayyerlik söz konusudur,[2260] bu ikisinden hangisinin tercih edileceği tehlikenin boyutlarına, devletin güvenlik durumuna ve isyancıların gücüne göre belirlenir.[2261]

Hanbeli mezhebinde kölelerin öldürülmesi, sıcak çatışmalara katılmaları halinde caiz görülür. Saldırı (*mukbil*) durumunda iseler kendileriyle savaşılır, geri çekilme (*müdbir*) durumunda iseler terk edilirler, kendilerine bir saldırıda bulunulmaz.[2262]

III. KİŞİ BAKIMINDAN HAD CEZALARI ve EŞİTLİK

Ceza hukuku genel hükümlerinde kişi unsururun iki açıdan incelenmesi söz konusudur. Bunlardan ilki, ceza normlarının uygulama alanı olarak cezaların kişi bakımından uygulanmasıdır. Ceza normlarının kişi bakımından uygulanması, devlet başkanı ve diplomat gibi şahısların dokunulmazlığı bağlamında işlenmektedir. Şahıs etmeninin incelendiği diğer bir başlık ise yine ceza genel hükümleri içerisinde yer alan suça etkili haller konusudur. Burada da suçun işleyen failin sıfatı diğer bir deyişle failin özel durumunun cezaya etkisi

[2258] Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 161; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/408; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/539; Bilmen, *Kâmûs*, 3/416; Okka, *İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Devlete İsyan (Bağy) Suçu*, 46-47; Aydın, "İslam Hukukuna Göre İsyan (Bağy) Suçu ve Cezası", 73.
[2259] Huraşî, *Şerhu muhtasar-ı Halîl*, 3/149; *Mv.F.*, 7/136.
[2260] Cessâs, *Şerhu muhtasarı't-Tahâvî*, 6/102.
[2261] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/546; İbn Hümam, *Fethu'l-kadîr*, 6/104.
[2262] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/529.

işlenmektedir. Failin kişiliğine bağlı olarak cezanın ağırlaşıp hafiflemesi burada tartışılmaktadır.[2263] Biz her ikisini de aynı başlıkta ele alacağız.

Devlet Başkanı. Ceza normlarının kişi bakımından uygulanması denildiğinde devlet başkanı, diplomat, hâkim gibi görevi sebebiyle belirli imtiyazları ve dokunulmazlıkları olan kişilerle ilgili özel hükümler akla gelmektedir.[2264]

Devlet başkanı (*imâm/halîfe*), ümmetin idaresi, İslâm'ın yeryüzünde güçlü ve egemen kılınması (*i'lâ-i kelimetillâh*), dünyanın ıslah ve imarı gibi görevleri açısından Hz. Peygamber'in nâibi konumundadır. Ümmet, onu şer'î ahkâmı uygulasın ve kendilerini bu esaslara göre yönetsin diye başa geçirmiştir. Ancak devlet başkanının bu misyonu ona bir kutsiyet izafe etmediği gibi onu imtiyazlı da kılmaz. Sorumlulukları itibarıyla riyaseti altındaki insanlarla şahsen eşittir, hatta daha çok sorumludur; zira bir suç/günah işlediğinde hem bireysel açıdan hem de Allâh'ın hududunu iptal ettiği için toplumsal açıdan sorumludur ve Allah katında da cezası ona göre olur. Devlet başkanının işlediği suçlardan dolayı ahirette hesaba çekileceği müsellemdir, haddi gerektiren bir suç işlemesi halinde, cezayı hak etmiş olmakla birlikte cezaya çarptırılıp çarptırılamayacağı (*infâz*) hususu doktrinde tartışılmıştır.[2265]

Ceza normlarının İslâm ülkesindeki herkese eşit şekilde uygulanması kuralı genel olmakla beraber mutlak değildir, devlet başkanı özelinde kurala istisna getirildiği görülür. Özellikle Hanefi mezhebine göre, devletin en yüksek makamını temsil eden devlet başkanı kısas gerektiren bir suç işlediğinde kendisine kısas uygulanır. Başkasının malını telef ederse tazmin yükümlülüğü vardır. Fakat zina etmek, içki içmek, birine zina iftirasında (*kazif*) bulunmak veya hırsızlık gibi haddi gerektiren bir suç işlerse dokunulmazlıktan faydalanarak kendisine had uygulanmaz.[2266] Görevi ve sorumlulukları dolayısıyla devlet başkanı bu konuda ülkede yaşayan herkes gibi değildir.

Devlet başkanına had cezasının uygulanmamasında gerekçe, hadlerin Allah hakkı olmaları dolayısıyla uygulama yetkisinin devlet başkanına ait olmasıdır. İmâmet en yüksek

[2263] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 45-51, 196, 232-234.
[2264] Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 263-269, 269-270; Yiğit, "İslâm Cezâ Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Dokunulmazlık", *Kur'ân Mesajı: İlmi Araştırmalar Dergisi*, 195-206
[2265] Feytûri, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/285; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 253-254, 260-261.
[2266] İbn Hümam, *Fethu'l-kadîr*, 5/277; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/187; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-İslâmî*, 1/321-322. Hz. Peygamber'in topal numarası gibi yapmacık bazı hareketleri sebebiyle kızgın olduğu bir sahabeye elindeki çubuğu atıp onu hafif yaralaması üzerine mezkûr şahıs kısas istemiştir. Hz. Peygamber ona kısas yapması için izin vermiş, ancak o kişi başka bir talepte bulunarak kısasta bulunmamıştır. Bu olayla ilgili bk. Abdürrazzâk, *el-Musannef*, 9/465-466 (No. 18039, 18037, 18038).

idari makamdır, kendisinin üstünde bir başka makam bulunmadığı için devlet başkanına had uygulayabilecek bir yetkili yoktur. Hadlerdeki korku salma ve utanç verme gibi anlamlar düşünüldüğünde kişinin, kendi kendine had uygulamaya kadir olması düşünülemez. Kaldı ki hadlerde asıl maksat, uygulanacak yaptırımla diğer insanlar üzerinde ibretlik bir etki oluşturarak onların suç işlemelerini önlemektir. İnsan, bir otoriteden korktuğu gibi kendinden korkmaz, dolayısıyla ciddiye almayacağı için kişinin kendi kendine vereceği cezadan gerçek bir caydırıcılık beklenmez.[2267] Bir kişi aynı anda hem şikâyet eden hem şikâyet edilen olamaz.[2268] Bu meselede hadleri de katarak dört şeyin devlet başkanına ait olduğunu bildiren hadis (*maktu'*),[2269] Hanefîlerin en önemli dayanaklarındandır. Haddin infazı devlet başkanına ait ise kendisinden daha yukarıda başka bir devlet başkanı yoktur.[2270] Bu habere (*maktu'*) göre devlet başkanının kendi kendine had uygulaması icab eder ki Hanefilere göre bu ya imkânsızdır ya da amaç hâsıl olmayacağı için abestir.

Hanefî mezhebinde devlet başkanı gibi hâkimlerin de had cezalarını uygulayacağı açıkça belirtilir, ancak hâkimlerin devlet başkanına had uygulayabileceğine dair açık bir ibare yok gibidir.[2271]

Devlet başkanına had uygulanması ülkede otoritenin sarsılmasına ve böylece kaosa yol açabilir. Çünkü kısas gibi kul haklarında cezayı infaz edecek kişiler, mağdurun kendisi veya velisidir. Kamu hakkına taalluk eden haklarda ise tüm toplumdur, toplumdan her bir ferdin bu haddi uygulamak istemesi yerli yersiz ithamlar ile devlet başkanlarının suçlanmasına ve toplumsal kalkışmalara sebebiyet verebilir. Bu nedenle hadlerin kul haklarına kıyas edilmesi Hanefilerce doğru bir yaklaşım değildir.[2272]

Görüleceği üzere haddi gerektiren aynı suçu işleyen iki kişiden biri devlet başkanı diğeri normal vatandaş olduğu takdirde, devlet başkanına ceza uygulanamaması açısından, burada bir eşitsizlik görüntüsü ortaya çıksa da mezkûr hükmün gerekçesi, onun diğer insanlardan üstün veya ayrıcalıklı olması değildir. Gerekçe, halifeye ceza uygulayabilecek

---

[2267] Aynî, *el-Binâye*, 6/323-324; İbn Hümam, *Fethu'l-kadîr*, 5/277; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/187; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-İslâmî*, 1/320-321; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/286.
[2268] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 260.
[2269] Hadiste (Hasan el-Basrî'nin sözü) devlete ait olduğu bildirilen dört şey: Fey'/ğanîmet, zekât/sadaka (toplanması, dağıtımı), hadler ve Cuma namazıdır. Bk. İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 9/553 (No. 29029). Ayrıca bk. Zeyla'î, *Nasbü'r-râye li-ehâdîsi'l-Hidâye*, 3/326; Serahsî, *el-Mebsût*, 2/25; Aynî, *el-Binâye*, 6/280; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/10; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/228; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*; 11; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-İrâdât*, 3/336, 373.
[2270] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/287.
[2271] Serahsî, *el-Mebsût*, 16/111; Trâblusî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 11. Hâkim, had cezalarının infazında celde vurması için bir cellâd kiralasa, bu icâre geçerli bir akittir, cellâd ücreti hak eder. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 16/39.
[2272] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 255.

yetkili bir mercinin/makamın bulunmamasıdır. Hadler konusunda onun sorumluluğu dünyada değildir, ahirete kalmıştır. Kaldı ki, kısas ve tazminat gerektiren suçları nedeniyle Hanefilerde de, devlet başkanı ile normal vatandaş arasında ceza ve cezanın infazı (şekli) açısından tam bir eşitlik söz konusudur.

Allah hakkı olarak görülen had cezaları istisna edildiğinde, kısas ve diyet gibi kul haklarını ilgilendiren cezalarda Hanefîlerle cumhurun kanaati ortaktır, her iki ekole göre de devlet başkanı işlediği suçlardan ve tazmin gerektiren fiillerinden (*itlâf, zarar vb*) sorumludur.

Hanefîlerin aksine Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde devlet başkanına işlediği diğer suçlarda olduğu gibi suçlu bulunması halinde had suçlarından dolayı da ceza verilir; işlediği suçun sorumluluğunu taşır. Bu konuda Allah hakkı ve kul hakkı ayrımına göre farklı düzenlemeler yapılması kabul edilmez. Dolayısıyla devlet başkanı ile normal vatandaşlar arasında şeriatın en geniş manada uygulamaya çalıştığı eşitlik ilkesinden ödün vermeyi gerektiren haklı bir neden yoktur.[2273] Örneğin zina etmiş olan bir devlet başkanı, bu nedenle görevinden azl edilmese de kendisine vekâleten yetkiyi devralmış olan bir başka görevli ona had cezasını uygulayabilir.[2274] Hanbelî mezhebinde de devlet başkanı had cezasını gerektiren bir suç işlerse kendisine gerekli yaptırım uygulanır. Çünkü "*had/hudûd*" terimi, muayyen bir kitleye has olmayıp toplumun her kesimini ilgilendiren haklar için kullanılan bir kavramdır. Hırsızlık, yol kesme ve zina gibi suçlar bu kapsamdadırlar.[2275] Dolayısıyla devlet başkanı (*imâm*) da herkes gibi emir ve yasakları üstlenmiş, bunlarla yükümlüdür.

Hâkimlerin devlet başkanının vekili olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.[2276] Ancak statü olarak hâkimleri, devlet başkanının vekili olarak gören anlayışın devlet başkanına dokunulmazlık sağladığı; hâkimi Müslüman halkın temsilcisi olarak şer'î hukuku uygulamakla mükellef gören anlayışın ise dokunulmazlık tanımadığını söylemek mümkündür.

Cumhura göre devlet başkanının had cezasını hâkim infaz eder. Çünkü hâkim, esasında devlet başkanının vekili değil halkın temsilcisi makamındadır. Hâkim bu yetkisiyle,

[2273] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/317-318, 320-323; Feytûri, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/286-288; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku -Genel Hükümler-*, 48.
[2274] Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 5/454.
[2275] İbn Kâsım, *Hâşiyetü'r-Ravdı'l-mürbi'*, 7/302; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/393.
[2276] Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 65, 68-69.

müslümanlar adına (*farz-ı kifâye*) kamu yararını gözetir ve hukuku üstün tutmaya çalışır.[2277] Zira, kendisini atayan devlet başkanının değil Allah'ın hükmünü icra etmek durumundadır.[2278]

Hanefî mezhebindeki yaklaşıma göre, hadlerin infaz eden hâkimin konumu devlet başkanının vekili (*niyâbet, istihlâf*) gibidir.[2279] Bu açıdan bakıldığında güçler ayrılığı ilkesi cumhurda daha belirgindir. Ancak Hanefi mezhebinde de hâkimin Müslümanların vekili olduğu kabul edilmiştir. Müslümanların vekili olduğu içindir ki hâkim devlet başkanını yargılayabilir, devlet başkanı ölse de hâkim azl olmuş sayılmaz.[2280]

Hadlerin uygulanması konusunda temel ilke, güçlü zayıf, zengin fakir hiçbir ayrım yapılmadan herkese uygulanmasıdır. Hz. Peygamber'in kendi kızını kast ederek "*Muhammed'in kızı Fatıma da olsa elini keserdim*" hadisinden anlaşılan bu konuda bir ayrım yapılmayacağıdır.

Devlet başkanı ile halkı arasında tam bir eşitlik olduğunu savunan cumhura göre devlet başkanının işlediği suçun kişiye ya da topluma (Allah hakkı) karşı işlenmiş olmasına göre bir ayrım yapılamaz. Hz. Peygamber'in beşer olduğunu vurgulayan ayetler (el-İsrâ 17/93, el-Kehf 18/110) bu noktada delil teşkil eder. Bu minvalde Hz. Peygamberin, kendisine kısas yapılmasına müsaade etmesine dikkat çekilir. Rasûlüllahtan sonra emaneti devralan râşid halifelerin de kendilerinin dokunulmaz olmadıklarını vurgulayan sözleri olduğu gibi, hâkimlerin huzurunda davanın bir tarafı olarak vatandaşlarla beraber yargılandıklarına dair örnekler vardır.[2281]

Hanefilerin yaklaşımının zayıf bir zemine oturduğunu düşünen Ûdeh'e göre devlet başkanının, şeriatın ahkâmını uygulasın ve kamu yararına uygun işler yapsın diye, atandığı göz önüne alındığında, devlet başkanı had gerektiren bir suç işlemekle toplumu temsil yetkisini kaybetmiş olur. Bu durumda vatandaşlardan biri suç işlediğinde nasıl ki devlet başkanı onu kamu adına cezalandırıyorsa devlet başkanı suç işlediğinde de cezalandırma hakkı topluma dönmelidir. Toplum bu hakkını hâkimler aracılığı ile kullanarak devlet başkanını cezalandırır. İlahi hitabın tüm topluma yönelmiş olması da böyle olmasını gerektirir.[2282]

[2277] Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 65.
[2278] Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 256-257.
[2279] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/81; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/252-254; Aynî, *el-Binâye*, 6/282.
[2280] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 2/88.
[2281] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-İslâmî*, 1/317-320.
[2282] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-İslâmî*, 1/322; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 48.

Ûdeh'le dolayısıyla cumhurla benzer yaklaşım sergileyen Feytûrî, Hanefilerin hâkimler toplum adına devlet başkanını yargılayamazlar; çünkü hâkim onun tarafından atanmıştır ve naibi olduğu devlet başkanından emir almaktadır, kişi kendi kendini cezalandıramaz düşüncesine şöyle cevap vermektedir: Yapılması şer'an engellenen fiiller (hırsızlık: el-Mâide 5/38, zina: en-Nûr 24/2 vb.) devlet başkanı dâhil herkes için yasaktır. Bu ayetlerdeki "sârık" ve "zânî" kelimeleri, bu suçu işleyen bütün failleri (*umûm*) kapsamaktadır. Cezaların infazına gelince bu yetki, devlet başkanı ve onun naibine aittir, devlet başkanı haddi gerektiren bir cürüm işlerse naibi cezayı infaz eder.[2283] Hâkimin devlet başkanı tarafından atanması ve yetkisini ona borçlu olması da bu konuda bir engel teşkil etmez. Çünkü hâkim, esasında devlet başkanına değil şer'î ahkâma tabidir. Her ne kadar devlet başkanı tarafından atanmış olsa da, hâkim, bir had cezasını infaz ettiğinde bunu şeklen devlet başkanı adına yapıyor gibi görünse de gerçekte cezayı toplum (*ümmet*) adına tatbik ediyordur. Yargıçlık görevinin farz-ı kifâye sayılması da bu düşünceyi teyit etmektedir.[2284]

Hadlerin uygulanmaması, toplumsal bazı felaketlere neden olabilir. Çünkü "*Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet, onların arzularına uyma, Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni saptırmamaları için onlardan sakın (diye onu indirdik). Eğer yüz çevirirlerse bil ki Allah, (bunu hak ettikleri için) onların bazı günahları sebebiyle başlarına bir belâ getirmek istiyordur.*"[2285] âyetine göre Allah'ın bir kısım hükümlerinin uygulanmaması, bazı musibetlere sebep olabilir.[2286] Devlet başkanı da bu hükme dâhildir.

Cumhuru destekleyen bu itirazlara şöyle bir katkıda bulunulabilir. Hanefilerin en önemli delillerinden biri sayılan "*Dört şey devlet başkanına aittir: Hadlerin infazı ...*" hadisi, lafız eksenli bir yoruma tabi tutulduğunda hadis Hanefi düşüncesini teyit eder. Çünkü devletin en yüksek makamını temsil eden devlet başkanının üstünde bir başka kimse olmayınca, hadise göre, doğal olarak haddi uygulayacak bir merci yoktur. Ancak anlam ve gaye merkezli bir yorum yapıldığında, hadisin asıl mesajının; hadlerin infazının devlet kontrol ve denetiminde olması gerektiği söylenebilir. Çünkü hadlerin infazının vatandaşlara bırakılması halinde halk arasında kaos ve anarşi ortamı oluşması, kin ve intikam saikiyle cezaların infazında eşitliğin ihlali kaçınılmazdır.

[2283] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/287-289.
[2284] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/289-290.
[2285] el-Mâide 5/49.
[2286] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/289.

Devlet başkanına had uygulanması halinde görevine devam edip edemeyeceği doktrinde ihtilaflıdır. Kimi fakihlere göre vücûben had cezası uygulanır ama görevinden azledilmez, kimine göre ise kendisine had uygulanabilmesi için görevinden azledilir. Tevbe edip fisk halinin izalesiyle tekrar adâlet vasfına eriştiğinde yeni bir akit veya biata gerek kalmadan görevine doğrudan dönmüş sayılacağı ise bir başka tartışma konusudur.[2287]

Diplomat. Cezaların konuluş amacı göz önüne alındığında benzer durum, diplomatlar için de geçerli olmalıdır. Kimse, kendilerine verilen güvenceyi suistimal edemez, ederse sonuçlarına katlanır, dolayısıyla ceza muafiyeti kalkmalıdır. Kaldı ki suç işleyen bir diplomat, artık hukuken korunmaya layık biri değildir, saygınlığını yitirmiştir, eda ettiği göreve layık biri değildir.[2288] Ebû Zehre, Ebû Hanîfe'ye ittibaen diplomatik dokunulmazlık görüşü benimsenmiş olsa bile suç işleyen diplomatların hiç değilse sınırdışı edilebilmesi gerektiği kanaatindedir.[2289]

Suça etkili haller. Suçu işleyen failin sıfatı, failin özel durumu cezaya etki etmektedir. Mağdurun sıfatı ve failin kişiliğine bağlı olarak cezanın ağırlaşıp hafiflemesi söz konusu olabilmektedir.

Cezaları ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler genel manada suç ve cezanın denkliğine dayanır. Çünkü işlenen suçun ağırlığına göre ceza belirlenmesi adâlet için zorunludur. Suç ve ceza arasında doğru orantı kurmak için baş vurulan en önemli enstrüman ise cezaların bireyselleştirilmesidir. Bu zaviyeden bakıldığında nitelikli haller bakımından kişi, yer ve zaman bakımından cezaların ağırlaştırılması hususu, eşitlik ilkesinden ayrılmayı haklı kılan nedenlerdendir. Buna dair fıkıh literatüründe yer alan bazı örneklere yer verilecektir.

Failin örnek kişiliği. suçlunun örnek kişiliği cezanın ağırlaştırılma nedeni olabilir. Toplumun gözü önünde olan önemli kimseler, işledikleri suç ve günahlardan bireysel olarak zaten sorumludurlar. Bunun yanında kötü örnek olup yanlış yönlendirmede bulundukları için toplumsal sonuçları ve etkileri itibarıyla suçun ağırlaşması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu kimselere iki kat azab edileceğini haber veren ayetlerden (el-A'râf 7/38, Hûd

[2287] Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbât*, 1/288.
[2288] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-İslâmî*, 1/325; Yaman, *İslam Hukukunda Uluslarası İlişkiler*, 222-223. Ûdeh ve Prof. Dr. Ahmet Yaman, diplomatların ceza muafiyetlerinin bulunmadığı kanaatindedirler. Yaman'a göre, Müseylime'nin elçileri olayına kıyas yapılarak diplomatik muafiyet sonucuna ulaşılması doğru bir kıyas değildir. Ayrıca et-Tevbe 9/6 ayetine göre müste'menlerin kendilerini güvende hissedecekleri ülkelerine dönünceye kadar dokunulmaz ve koruma altında olmaları hususu, mutlak değildir, dokunulmazlıkları suç işlememekle mukayyettir. Dolayısıyla islam ülkesinde din, can, nesil, akıl ve mal gibi dinin korumayı hedeflediği beş temel değerden birine zarar verirlerse dokunulmazlıkları kalkmalıdır.
[2289] Yaman, *İslam Hukukunda Uluslarası İlişkiler*, 223.

11/19-20, el-Ahzâb 33/30) cezanın da ağırlaştırılacağı sonucuna varılmıştır. Bu durumda cezanın ağırlaştırılması ile denklik ilkesi zedelenmiş olmayacaktır.[2290]

Faraza, Peygamber eşlerinin açık bir hayâsızlık ile zina etmeleri halinde cezalarının iki kat azap olacağını bildiren ayet bu konuda örnek olarak zikredilmektedir. Çünkü kanunu bilen ve nimet içinde yaşayan kimselerin bilinçli ihlallerinin kasıttaki yoğunluğu artırdığı kabul edilmektedir.[2291] Hürlerin cezalarının kölelere göre iki kat fazla olması gibi Peygamber eşlerinin, haşa!, işleyecekleri zina suçunun cezası da iki kat olacaktır. Allah, sakınmaları için onları böyle tehdit etmiştir. Peygamberlerin cezalandırıldıkları zellelerden dolayı normal kimselerin cezalandılmaması da nimetle (sosyal konum, örnek kişilik) ilişkilendirilmiştir.[2292] Kural olarak Hanefî mezhebinde aynı suçluya (evli) hem recm hem de celde cezası uygulanması kabul edilmediği[2293] için peygamber eşlerine verilecek iki kat (recm) cezanın nasıl mümkün olacağı konusu da tartışılmıştır. Mâturîdî, iki kat azaptan kasıt, recm ve celde beraberdir diyen görüşe[2294] yer verse de Hanefîler açısından çıkmaz teşkil eden bu durum karşısında iki kat azabın ahiret azabı olacağı yorumunu güçlü bulmuştur.[2295] Çünkü sözü edilen iki kat cezanın ahirette değil de dünyada olacağı görüşü tercih edilmesi halinde, ya recm ve celdenin beraber uygulanabilmesi (Hanbelîlerde güçlü kavil) kabul edilmek zorunda kalınacak ya da dolaylı olarak evli kimselerin cezalarının recm değil celde olacağı sonucuna kapı aralanacaktır.

Peygamberlere ve Hz. Peygamberin eşlerine kazif. Suçun yöneldiği kişinin vasfı cezanın ağırlaşmasına neden olabilir. Hz. Peygambere küfreden (*sebb*) kimsenin mürted olacağı ve cezasının da ölüm olacağı konusunda görüş birliği vardır. Diğer mürtetlere uygulanan tevbeye davet prosedürünün peygambere söven kimseye de uygulanıp uygulanmayacağı konusu ise ihtilaflıdır.[2296] Allah, Allah rasûlü ve Allah'ın ayetleri ile alay

[2290] Bebek, "Ceza" *DİA*, 7/469; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 221.
[2291] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/40; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 221.
[2292] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/40; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 14/174.
[2293] Mevsılî, *el-İhtiyâr*, 4/86; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/14. Mâlikî ve Şâfiî mezhebinde de celde ve recmin aynı kişide cem olmayacağı görüşü kabul edilmiştir. Hanbelî mezhebinde de bir kavil bu şekildedir. Bk. Zürkânî, *Şerhu'z-Zürkânî*, 8/140-141; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/127; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/426; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, 6/90.
[2294] Önce celde sonra recm olmak üzere iki cezanın beraber (*cem*') uygulanacağı görüşü Hanbelî mezhebindeki iki görüşten güçlü olanıdır. Sahabe ve tâbiînden bu görüşte olan çok sayıda isim zikredilmektedir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/37-38.
[2295] Mâturîdî, *Te'vîlât*, 8/378.
[2296] İbn Ferhûn, *Tebsıratü'l-hukkâm*, 2/280, 282; Merdâvî, *el-İnsâf*, 10/326, 332; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/98; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/285.

edenlerin bu eylemlerinden dolayı kâfir oldukları, dolayısıyla özürlerinin kabul edilmeyeceği ayetle[2297] sabit bir husustur.[2298]

Mukatil b. Süleymân, peygamber eşlerinin ahirette cezalarının iki kat olmasını toplumsal konum ve itibar manasında "şeref" terimiyle açıklamıştır. Hürriyet, köleliğe göre cezayı ikiye katlayan bir nimetse peygamber eşi olmak da böyledir; onların cezası iki kat olur demiştir.[2299] Genel kabul görmüş olmasa da peygamber eşlerine yapılan kazfin cezasının da iki kat olacağı Mesrûk tarafından dile getirilmiştir.[2300]

Kendisi bizzat en-Nûr suresinin 24/11-17 ayetleri ile tezkiye edildiği için Hz. Âişe'ye kazifte bulunmak, fakihlerin ittifakıyla kaziften öte küfür olarak değerlendirilmiştir. Hz. Âişe'ye iffetsizlik ithamında bulunan kimse, Allah'ın verdiği iffet (*muhsanlık*) hükmünü tekzib etmiş olmaktadır.[2301] Yine ifetli kadınların iffetli erkeklere yaraştığını bildiren âyetin devamındaki "أولئك مبرءون مما يقولون": "*Onlar, iftiracıların uydurdukları ithamlardan uzaktırlar.*"[2302] siğanın çoğul olması nedeniyle Hanefîler ve Hanbelîlerde tercih edilen görüşe göre aynı hüküm Hz. Peygamber'in diğer eşlerine yapılan kazif için de geçerlidir. İbn Teymiyye de bu görüşü tercih etmiştir. Çünkü bu ayetler özelde ifk hadisesi (Hz. Âişe) üzerine nazil olmuşsa da peygamber eşlerinin hepsi de tezkiye edilmiş, onların iffetli, temiz kadınlar oldukları vurgulanmıştır. Şâfiî mezhebine ve Hanbelîlerdeki bir kavle göre ise Hz. Âişe dışındaki diğer eşlerin durumu farklıdır; kendilerine söven, iftira eden kimseler, sahabeye sövmüş gibidirler, kazif suçlusu olarak kazif haddi ile cezalandırılırlar.[2303] Mâlikîlerdeki bir kavle göre bu kimselerin cezası ölümken mezhepteki meşhur kavle göre kazif haddi uygulanır.[2304]

Hz. Âişe'ye kazifte bulunmak, Kur'ân'ın berâet hükmüne açık muhalefet olduğundan ceza olarak failin öldürülmesine hükmedilir. Hz. Peygamber'in diğer eşlerine yapılan iftiranın cezası ise kimi fakihlere göre ölüm kimilerine göre ise iftira (*celde*) cezasıdır.[2305]

[2297] et-Tevbe 9/65-66.
[2298] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/28.
[2299] Beğavî, *Me'âlimü't-tenzîl*, (el-Ahzâb 33/30), 6/348; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, (el-Ahzâb 33/30), 14/174-176.
[2300] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, (en-Nûr 4), 12/176.
[2301] Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/286; Zekeriyyâ el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 4/117; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 7/416; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/44, 70, 237, 263; Zürkânî, *Hâşiye*, 8/122, 125; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/359.
[2302] en-Nûr 24/26.
[2303] *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye (Kuveyt)*, 33/22.
[2304] Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/286.
[2305] Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 12/205; İbn Teymiyye, *es-Sârimü'l-meslûl*, 565-566; İbn Ferhûn, *Tabsıratü'l-hukkâm*, 2/282; Trablûsî, *Mu'înü'l-hukkâm*, 192; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 6/286. Kurtubî, imâm

Hakaret suçu ile iftira suçunun cezası ayrılmıştır. Kazifte bulunmaksızın Hz. Aişe'ye veya Hz. Peygamber'in diğer eşlerine sövmenin/hakaret etmenin cezası, suçluyu te'dîb edecek şekilde ta'zîr cezasıdır.[2306]

Hz. Peygamber'in annesine kazf. Hz. Peygamber'in annesine kazifte bulunan kimse ister Müslüman olsun ister gayrimüslim olsun Hanbelî mezhebine göre cezası (*hadd*) ölümdür. Tevbe ederse tevbesisinin kabul edilmeyeceği Hanbelîlerde güçlü kavildir. Normal kimselere yapılan kazifteki burada da tevbe ile had düşmez, mağduriyet tevbe ile giderilemez. Kaldı ki peygamberin annesine yapılan kazif hem Hz. Peygambere yapılmış kazif gibidir hem de Hz. Peygamber'in nesebini tezyiftir. Hanefî ve Şâfiî ekolllerinde ise bu kimsenin tevbe etmesi halinde tevbesinin kabul edileceği düşünülür. Çünkü Hz. Peygamber'in annesine kazifte bulunan kimse mürted olmuştur, mürtedin tevbeye davet edilmesi ise kuraldır.[2307]

Hadlerin zayıflara hafifletilmesi. Had cezalarının hafifletilmesine dair Hz. Peygamber ve halifelerden aktarılmış çeşitli örnekler mevcut olması hasebiyle İslam ceza hukukunda zayıf kimselerin had cezalarının çeşitli şekillerde hafifletilmesi yoluna gidilmiştir. Hadlerde hafifletme, bedensel zayıflık ve suçlunun toplumsal konumu olmak üzere genelde iki nedene bağlanmıştır. Hamilelik, lohusalık, ağır hastalık veya zayıflık ve bitkinlik halleri, bedensel zayıflığa; kölelik ise toplumsal konuma örnek gösterilmiştir. Mezkûr kimselerin cezaları ise alet, süre (tecil) ve sayı bakımından olmak üzere üç şekilde hafifletilmiştir. Örneğin hamilelerin cezası ertelenmiştir; kölelerin cezaları yarıya indirilmiştir; aşırı zayıf ve bitkin olup ceza uygulandığında ölüm riski bulunan kimselerin cezaları alet ve sayı bakımından hafifletilmiştir.[2308] Zayıf bir zânîye yüz salkımı bulunan bir hurma dalıyla tek vuruşla had cezası uygulanması sünnetle sabittir.[2309] Hadlerde suçlunun ölümüne yol açmaktan kaçınılması esastır, çünkü amaç caydırmak ve suçu önlemektir.[2310] İbn Kudâme, şürb ve kazif bahislerinde, kölelerin cezalarında sayıda eksilme olduğu gibi sopanın sıfatında da eksilme

---

Mâlik'ten naklen bu meselede dayanağın "**يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبدا إن كنتم مؤمنين**" (en-Nûr 24/17) âyeti olduğunu söyler.

[2306] Zürkânî, *Şerhû'z-Zürkânî*, 8/125; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/359.

[2307] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/97; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/359. Hanbelîlerde kazif suçlusunun gayrimüslim olması halinde tevbesinin kabul edileceği görüşü kuvvetlidir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/97-98.

[2308] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/46-48; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 291-297.

[2309] Ahmed, *el-Müsned*, 36/263 (No. 21935); İbn Mâce, "Hudûd", 18 (No. 2574).

[2310] Suçlu had neticesinde ölürse tazmin (diyet) gerekir. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/165.

olmalı, daha az acı verecek bir celde kullanılmalıdır, şeklindeki Hanbelî içtihadına yer vermiştir.[2311]

IV. YER ve ZAMAN BAKIMINDAN HAD CEZALARI ve EŞİTLİK

Ceza hukuku genel hükümleri bahsinde yer ve zaman faktörünün iki açıdan incelendiği görülmektedir. Bunlardan birisi ceza normlarının uygulama alanı olarak yer ve zamanın etkisidir. Bu bölümde cezalandırılıp cezalandırılamama açısından suçun ne zaman ve nerede işlendiği ele alınır. Suçun islam ülkesi sınırlarında veya haricinde işlenmiş olması ya da ceza normu vaz edilmeden önce işlenen suçların durumu bu başlıkta önemli hususlardır. Zaman ve mekân etkeninin incelendiği diğer bir başlık ise yine ceza genel hükümleri içerisinde yer alan suça etkili hallerdir. Burada da suçun işlendiği zaman ve mekân faktörüne bağlı olarak cezanın ağırlaşmasına neden olan haller incelenmektedir.[2312] Biz her ikisini de aynı başlıkta ele alacağız.

Ceza hükümlerinin yer ve zaman bakımından uygulanması "Suça Etkili Haller" başlığında inceleniyor, bununla cezanın ağırlaşmasını veya hafifletilmesini mümkün kılan nitelikli haller kastedilmektedir. Bunlar genelde suçun temel haline eklenmiş olan ilave unsurlardan müteşekkildir. Dolayısıyla failin sıfatı, örnek kişiliği, suçun işlendiği yer ve zaman suça etki etmektedir.[2313]

B. Yer Bakımından Uygulama

Ceza hükümlerinin yer bakımından uygulanması denildiğinde ceza ahkâmının nerede işlenen suçlara uygulanıp uygulanmayacağı meselesi anlaşılır. Ceza normlarının uygulama alanı devletin egemenlik alanıyla ilgilidir. Devlet, akdetmiş olduğu uluslararası antlaşmalara da riayet ederek kendi ceza siyasetini belirler.[2314] İslâm hukukunda bu konu, genellikle, dârulislâm ve dârulharb ekseninde ele alınmıştır.

Zina fiilinin dârulislâm'da işlenmiş olması, Hanefîlere göre objektif cezalandırılabilme şartlarındandır. İslâm ülkesi haricinde işlenen zina fiili, hukuken suç olmakla birlikte, cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği için had cezasına konu olmaz.[2315] Bu konuda Hanefi

[2311] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/86, 169.
[2312] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 45-51, 196, 232-234; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyîn*, 217-223; Feytûrî, *Fıkhü'l-'ukûbâti'l-haddiyye*, 2/675.
[2313] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 196-234.
[2314] Udeh, *et-Teşr'i'u'l-cinâî*, 1/274-309; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 245-252, 341-347; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 270.
[2315] Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 236.

mezhebi, dârulharp'te hadlerin uygulanmaması gerektiğini bildiren hadislerle[2316] amel etmiştir. İlgili rivayetlerden anlaşıldığına göre, daru'l-harp'te işlenen had suçlarına ceza verilmemesinin nedenlerin biri, orada devlet otoritesinin yokluğudur. İnfaz makamı devlet açısından egemenlik (*vilâyet*) yoksa cezalandırma da yoktur.[2317] Zina eden erkek ve kadına celde vurulmasını emreden "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة" ayetindeki (en-Nûr 24/2) "fâ" (فاجلدوا) ta'kîb içindir, bu da suç işlenmesini müteakiben cezanın uygulanmasını gerektirir. Oysa suç işlendiğinde devlet başkanının harbî ve bâğilerin hâkim olduğu alanlar üzerinde bir otoritesi yoktur. Öte yandan devlet başkanı, otoritesinin yokluğu anlamında bu bölgeler üzerinde acizdir, hadlerin uygulanmasında bir ibadet manası vardır, acziyet durumunda ise ibadetlerle muhatap olunmaz.[2318] Devlet başkanı için sonradan (suçlunun islam ülkesine gelmesi ve burada yakalanması süreçleri) oluşan otorite ise zaman aşımı dolayısıyla şüphe teşkil eder. Hanefi mezhebine göre, dâru'l-harp olan bir yer daha sonra Müslümanların hâkimiyetine geçse yine de had cezası uygulanmaz. Şâfiî mezhebinde devlet başkanı orayı kontrol altına alınca had cezalarını uygulayabilir.[2319]

Had cezalarında caydırıcılık (*zecr*) esastır.[2320] İslâm devletinin hâkimiyet alanı dışında kaldığı için darulharpte zina eden kişiye had uygulanmayacağı genelde zina suçu üzerinden anlatılır. Suçlu İslâm ülkesine döndükten sonra kendisine had cezası uygulanmaz, çünkü orada zecre gerek yoktur.[2321] Darulharpte fesadı önleme görevi islam devletinin doğrudan ve öncelikli sorumluluğunda değildir.

Suçlunun gayri Müslimlerin yaşadığı ülkeye sığınma riski de bir başka neden olarak zikredilmiştir.[2322] Hanefilerde, ceza infaz yetkisi devletin kendi nüfuz alanı ile sınırlıdır.

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre bir Müslüman İslâm'ın hükümlerini dünyanın neresinde olursa olsun iltizam etmiştir, dolayısıyla "*Hadleri hazarda da seferde de*

[2316] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 18/178 (No. 18225); a.mlf., *es-Sünenü's-Sağîr*, 3/402 (No. 2889); a.mlf., *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, 13/272 (No. 18154); Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, 3/343; İbn Ebü'l-'İz, *et-Tenbîh alâ müşkilâti'l-Hidâye*, 4/162
[2317] İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/295-296; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/527; Bilmen, *Kâmûs*, 3/206; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/289, 303, 2/541.
[2318] Kudûrî, *et-Tecrîd*, 11/5839-5840.
[2319] Râfiî, *el-'Azîz*, 11/96.
[2320] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/109, 118-119; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/266.
[2321] Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik (Şelebî hâşiyesi ile beraber)*, 3/187; İbn Münzir, *el-İşrâf*, 7/295-296; Pîrîzâde, *Umdetü zevi'l-besâir*, 1/527; Bâbertî, *el-'İnâye*, 5/266; Bilmen, *Kâmûs*, 3/206.
[2322] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/266-267.

tatbik edin" mealindeki hadislere istinaden Müslüman, kısas gibi, İslâm ülkesi dışında haddi gerektiren suçlardan da sorumludur ve kendisine had cezası uygulanır.[2323]

Yabancı bir ülkeye giriş için gerekli izni (*emân*) alarak dâru'l-harbe giden bir Müslüman, orada zimmi ya da Müslüman bir kadınla zina ettikten sonra kendi ülkesine (*dâru'l-İslâm*) döndüğünde suçunu ikrar etmiş olsa, kendisine had cezası uygulanmaması, Hanefilerin bu içtihatlarına örnek olarak gösterilebilir.[2324] Zina edene celde vurulmasını emreden ayet bu kişileri de kapsamına almaktadır. Ayrıca hâkimiyet alanımızın dışında (*ğâib*) olduğu için zina haddinin dârulharp'te uygulanmaması, İslâm beldesine döndükten sonra da uygulanmamasını gerektirmez şeklinde mezhep içerisinde bu içtihada da itiraz yok değildir. Kaldı ki, Hz. Ömer'in valilerine yazdığı mektuplarda, barışın (*musâleha*) egemen olduğu bölgelere çıkıncaya kadar herhangi bir Müslümana had uygulamayın şeklinde talimat verdiği görülür. Bu yaptırımlar geç de olsa suç işlemeyi önleme ve caydırıcılık vasfını taşır. Hatta bir yönüyle hamileliği sebebiyle cezası doğuma kadar ertelenen kadın olayına da benzetilebilir. Bu kişinin cezası da ülkesine dönünceye kadar ertelenmiş gibi düşünülebilir.[2325] Bu da gösteriyor ki, had cezasını hak etmiş bir kişi, Müslümanların hüküm sürdüğü bir bölgeye dönünce kendisine gerekli yaptırımlar uygulanması daha isabetlidir.

İslâm beldesi olmayan bir yerde yurt dışında (*daru'l-harb*) işlenen bir had suçuna ceza verilmeme nedenlerinden biri de, Müslümanların yaşamadığı bir beldede tatbik edilecek bir cezanın caydırıcılık gayesini gerçekleştirmemesidir. Çünkü hükümler, belli sebeplere binaen belli gayelere ulaşmak üzere belirlenmişlerdir. Bir hükümle hedeflenen sonuçlara erişilemediği takdirde hükmün kendisi bir şey ifade etmez.[2326] Had uygulamasından beklenen en önemli sonuç ise, bireylerin ıslah edilerek suçun işlenmesini önlemektir.

Savaş zamanında devlet başkanı, vali veya hem orduyu komuta etmekle hem de had cezalarını infazla yetkilendirilmiş bir komutan, kendi kumandalarındaki bir askeri birlik (*muasker*) içerisinde zina eden bir askere tıpkı İslâm ülkesinde olduğu gibi gerekli had cezasını uygulayabilir. Çünkü bir devlet başkanı veya vali, kendi birliğinde otorite sahibi (*vilâyet*) olup bu yetkiye sahiptir. Ama askeri birliğe dâhil askerlerden biri, birliğin dışında bir

[2323] Nevevî, *el-Mecmû'*, 19/339; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182; Bilmen, *Hukûk-u İslâmiyye Kâmûsu*, 3/209; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/289.
[2324] Serahsî, *el-Mebsût*, 9/99.
[2325] İbn Ebü'l-Iz, *et-Tenbîh alâ müşkilâti'l-Hidâye*, 4/162-164; Zeylaî, Nasbü'r-râye, 3/343.
[2326] Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182, 187. Ayrıca bk. İbn Ebü'l-Iz, *et-Tenbîh alâ müşkilâti'l-Hidâye*, 4/158.

başka yerde zina etse, suç, hâkimiyet alanımız dışında işlenmiş olduğu için, faile had cezasını tatbik edilmez.[2327]

Dârulharpte zecr ve tenkilin gerçekleşmeyecek olmasının yanında haddin düşman ülkesinde uygulanmamasının bir sebebi de yetkiyle alakalıdır; komutan, hadlerin infazında yetkilendirilmemişse sadece hırsızlık suçunda tazmine, hataen katlde de diyete hükmedebilir. Devlet başkanının bizzat kendisinin veya vâlîsinin katıldığı bir sınırdışı harekâtta (*ğazve*) birlik içerisinde had ve kısas gerektiren bir suç işlenirse devlet başkanı kısas ve had cezalarını infaz edebilir. Bu hükmün ardında, devlet başkanının kontrolü, otoritesi ve emrindekilerin kendisine itaati sebebiyle düşman toprakları da hükmen islam beldesi gibi kabul edilmesi düşüncesi yatar.

"*Ğazvelerde el kesilmez*"[2328] hadisi dolayısıyla Hanefîlere (Ebû Hanîfe) göre, savaş ve askeri devriye gibi güvenlik amaçlı yapılan sınır dışı operasyonlar sırasında işlenen bazı suçların cezası İslâm ülkesine döndükten sonra infaz edilir.[2329] Ama devlet başkanının hâkimiyet alanı dışında kaldığı için darulharpte iken işlenen hırsızlık gibi had suçları, haddi gerektirecek şekilde tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş sayılmayacağından dolayı islam yurduna döndükten sonra da had uygulanmaz. Hanefî ve Zeydîlerin görüşü böyle iken Cumhur ve Zâhirîler aksi görüştedir.[2330] Ahmed b. Hanbel ve Evzâî gibi kimi fakihlere göre had suçunun cezası ertelenir, darulharpten islam yurduna döndükten uygulanır.[2331]

Kazf. Hanefîlere göre dârulharbte veya isyancı grupların (*bâğî*) hakim olduğu bir bölgede gerçekleşen kazf sebebiyle had cezası icra olunmaz. Yukarıda da ifade edildiği gibi devletin hâkimiyeti hadlerin uygulanma şartlarındandır, anılan bölglerde devletin kontrolü yoktur. Yasaklar her yerde yasaktır ve bir müslüman dünyanın neresinde olursa olsun İslâm'ın hükümleriyle sorumludur anlayışı ile hareket eden cumhura göre kazfin nerede işlendiğinin bir önemi yoktur, her hâlükârda faile had cezası uygulanır.[2332]

Suça etkili haller. Harem bölgesi. Suçun işlendiği yer, cezayı ağırlaştırılmasına etki edebilmektedir. Buna göre harem bölgesinde işlenen suçlar, farklı değerlendirmlere tabi

[2327] Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/182; Aynî, *el-Binâye*, 6/313-314; Bilmen, *Kâmûs*, 3/206.
[2328] Tirmizî, "Hudûd" 20 (No. 1450); Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 7/42 (No. 7430).
[2329] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/282. Ûdeh'in buradaki nakli hatalı olmalıdır!. Hanefîler, yurda döndükten sonra had uygulanacağını tartışmışsalar da böyle dememişlerdir. Bu görüş, aşağıda/paragrafın devamında belirtildiği üzere Ahmed b. Hanbel ve Evzâî'ye aittir. Bk. İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/266-267.
[2330] Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 9/324; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/266-267; Aynî, *el-Binâye*, 6/313; Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 2/541.
[2331] İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/267.
[2332] Şâfiî, *el-Ümm*, 7/374-375; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/84; Bilmen, *Kâmûs*, 3/237.

tutulmuştur. Cezaların harem bölgesinde infazı konusu ihtilaflıdır.[2333] Şâfiî mezhebinde kısas ve hadler, hem harem bölgesinde hem harem bölgesi dışında bir yerde uygulanabilir. Kısas veya haddi gerektiren suçun harem bölgesinde veya dışarısında işlenmesi arasında da bir fark gözetilmez.[2334] Harem bölgesinde işlenen had suçlarının haremde cezalandırılabileceği noktasında görüş ayrılığı yoktur.[2335] Harem bölgesi dışında işlendikten sonra hareme sığınılması halinde had cezasının haremde uygulanıp uygulanmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Hanefî ve bir rivayette Hanbelî ekollerine göre had cezaları ve müessir fiillden kaynaklı kısas cezası haremde uygulanabilir. Bu iki ekole göre hadislerdeki infaz/kan dökme yasağı (فلا يسفك فيها دم) ölüm cezası ile ilgilidir. Bundan dolayı Hanefîler, ölüm cezası gerektiren bir suçtan sonra hareme sığınan kişinin cezası, haremde infaz olunmaz, demişlerdir. İbn Abbâs, Atâ, Zührî, Mücâhid, İshâk b. Râhûye, Şa'bî, Zâhiriyye, İmâmiyye ve Zeydiyye'nin görüşleri de böyledir. Suçlunun haremi terk etmesini sağlamak için kendisine gıda ve alışveriş ambargosu uygulanır. Mâlikî, Şâfiî mezhepleri ve İbn Münzir'e göre ölüm cezası da dâhil olmak üzere zina ve hırsızlık gibi suçların cezaları haremde uygulanabilir, infaz konusunda belirli bir mekân şartı yoktur. Hz. Peygamber'in İbn Hatal'ı haremde öldürtmesi, bu görüşün dayanağı sayılmıştır.[2336]

Cezaların haremde infaz edilip edilemeyeceği meselesi "ومن دخله كان آمنا/*Oraya giren güvendedir*"[2337] ayeti bağlamında tartışılmıştır. Cezanın infazının Harem'deki emniyeti ihlal anlamına gelip gelmeyeceği hakkındaki yaklaşımlar farklıdır. Zikri geçen âyetin tahsise uğrayıp uğramadığı da hükme etki eden diğer bir hususdur.[2338]

B. Zaman Bakımından Uygulama

Had cezalarının zaman bakımından uygulanması hususu iki açıdan incelenebilir; biri, ceza normlarının zaman bakımından uygulanması ki burada ceza yasasının geriye yürümeyeceği ilkesi ile ilgili hükümlere yer verilir. Diğeri ise, unsurlar dışında kalan hususlardır; diğer bir ifadeyle cezayı hafifleştirici veya ağırlaştırıcı nedenler anlamında suça etkili hallerdir. Bunlar, suçun temel şekline eklemlenen ve suçun maddi unsuru ile ilgili olan

---

[2333] İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/187, 191.
[2334] Nevevî, *el-Mecmû'*, 7/466;
[2335] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/304; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/100-102; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/111; Feytûrî, *Fıkhu'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/675-676.
[2336] İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/100-102; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/111; Feytûrî, *Fıkhu'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/676-677. Hareme sığınan kısas suçlusu hakkında Kurtubî, biz bu kimseyi kılıçla infaz ediyoruz, Ebû Hanîfe ise açlık ve ambargoyla öldürüyor; hangisi daha şiddetlidir? diye sormaktadır. Bk. *ay.*.
[2337] Âl-i İmrân 3/97. Ayrıca bk. el-Bakara 2/125, el-Ankebût 29/67.
[2338] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/304-306; Feytûrî, *Fıkhu'l-'ukûbeti'l-haddiyye*, 2/677-678. Harem bölgesinde infaz konusunu geniş biçimde inceleyen Feytûrî, cumhurun görüşünü tercih etmiştir. Bk. *a.g.e.*, 2/677-686.

hallerdir. Ancak ceza normlarının zaman bakımından uygulanması denildiğinde bu ikinci hususun konuyla bağlantısı doğrudan değil dolaylıdır.

Ceza yasası geriye yürümez. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanması, temelde ceza yasasının geriye yürümemesini ifade eder. Önceden suç olmayan bir fiil, sonradan çıkan bir kanun ile suç olarak nitelendirilirse yeni çıkan bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiillerden dolayı ceza uygulanamaz.[2339] Ceza kanununun geriye yürümemesinin "*eşyada aslolan ibâhadır*" ilkesi ile "*kanunsuz suç ve ceza olmaz (kânunilik)*" ilkelerinin tabi bir sonucu olduğu kabul edilmektedir.[2340]

Uyarıcı olarak peygamber gönderilmedikçe insanlara ceza (*azâb, helâk*) verilmeyeceğini bildiren ayetler,[2341] yasa (*nass*) olmadan bir fiilin suç sayılmayacağını bildirmektedir. Suç ve ceza ancak nassın varid olmasından sonra söz konusu olabilir.[2342] Zıhâr olayı, ifk hadisesinde kazf suçu, liân, hırâbe suçunda da Ureynelilerle ilgili olayların istisna olduğu görüşü (Ûdeh gibi) yanında farklı tevillerle bu olaylarda da ceza normunun geriye yürümesi söz konusu değildir diyen görüşler de vardır. Ebû Zehre, zıhar olayında keffaret hükmünün getirilip ebedi haramlık hükmü kaldırılmakla bir hafifletme söz konusudur; ceza kanunu failin lehine ise geriye yürür istisnası dikkate alındığında "kanun geriye yürümez" ilkesi bozulmuş değildir, demektedir.[2343]

Haram kılınmadan önce içki ve kumar alışkanlığı olan bazı sahabiler, o güne kadar yaptıklarını ve bu şekilde ölenlerin durumunu sormaları üzerine bunlar haram kılnmadan önceki tattıklarından dolayı kendilerine bir günah terettüp etmeyeceğini bildiren ayet nazil oldu.[2344]

Hz. Peygamber'e suikast yapmayı planlayan birisi daha sonra Müslüman olunca durumu Hz. Peygamber'e bildirmiş ve o'ndan affını dilemişti. Allah rasûlü ona: "*Şunu bil ki*

[2339] Udeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/261; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 66; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 45.
[2340] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/115-117.
[2341] el-İsrâ 17/15; eş-Şuarâ 26/208; el-Kasas 28/59. Cezai sorumluluğun esası beyân ve kudrettir; insan gücünün yetmediği şeylerden sorumlu olmaz. Bir hareketi emreden veya yasaklayan nass (*beyân*) olmadan sorumluluk yoktur. Yükümlülüğü (*teklîf*) beyâna bağlayan ayetler için bk. en-Nisâ 4/165, el-En'âm 6/19, el-Bakara 2/286, el-Enfâl 8/38.
[2342] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/117-118, 265-266; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 235; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 66-67. Konuyla ilgili çeşitli örnekler için Bk. Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/262-266.
[2343] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/266-270; Ebû Zehre, *el-Cerîme*, 235, 238-240; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 46-47.
[2344] Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/128; Akşit, İ*slâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 66-67. Bir fiilin yasak olduğunu bildiren beyân gelmeden önce yapılanların bağışlandığı ile bk. el-Mâide 5/95; en-Nisâ 4/22; el-Enfâl 8/38.

İslâm'a girmek, kendinden önceki günahları yok eder" diyerek karşılık vermiştir. Bu rivayet de gösteriyor ki, kanundan önceki davranışlarından dolayı sorumluluk yoktur.[2345] Müslüman olmadan önceki yapılanlardan dolayı ceza olmadığında ittifak vardır.[2346]

Kişinin hareketini suç olarak niteleyen bir kanun yokken gerçekleştirmiş olduğu hareket sonradan çıkan kanun ile suç sayılarak kişi cezalandırılamaz. İslam hukuk tarihinde, bazı fiilleri suç (*haram*) sayan ayet ve hadislerin geriye dönük olarak işletilmediğine, dolayısıyla kişilerin yasadan (*beyân, inzâr, emir-nehiy*) önceki hareketlerinin cezalandırılmadığına dair çokça örnekler vardır. Bu durum Kur'ân'da geçmişte olanlardan dolayı mükelleflerin hesaba çekilmeyeceğini bildiren "سلف" kelimesinin (farklı terkipler halinde) kullanımı ile ortaya konulmuştur. Faiz yasağı,[2347] üvey anne ile evliliğin[2348] yasaklanması, aynı anda iki kız kardeş ile evli bulunmanın[2349] (*cem'*) yasaklanması, ihramlı iken avlanmanın[2350] yasaklanması bu konudaki tipik örneklerdir.[2351] Yasanın geçmişe sirayet etmeyeceği hususu, zina yasağındaki[2352] tedrîcilikte de göze çarpar.[2353] Evlilik sayısı, âyetin gelişiyle dört ile sınırlandırılmış,[2354] dörtten fazla hanımı olanlar eş sayısını dörde indirmişler ama bu kimseler, dördü aşan önceki evliliklerinden (hareket) dolayı cezalandırılmamışlardır.[2355] Çünkü burada zikredilen hareketlerin gerçekleştiği zamandaki mevcut hükümlere göre söz konusu eylemler suç teşkil etmiyordu.

Suçun işlendiği zaman. Suçun işlendiği zaman cezayı ağırlaştıran veya hafifleten unsur olarak suça etkili hallerdendir. Hanefî ve Hanbelî mezheplerinde Ramazanın saygınlığını ihlal ettiği gerekçesiyle Ramazan ayında içki (*hamr v.dğr.*) içip sarhoş olan kimseye seksen celde içki haddi vurulduktan sonra ayrıca ta'zîr cezası uygulanır. Hz. Ömer ve Hz. Ali, her iki halifenin uygulamasında hadde ilaveten ta'zîr olarak yirmi sopa vurulduğu sabittir.[2356]

[2345] Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 67.
[2346] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/302-303.
[2347] el-Bakara 2/275.
[2348] en-Nisâ 4/22.
[2349] en-Nisâ 4/23.
[2350] el-Enfâl 8/38.
[2351] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/119-121, 263-265; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsâni Esasları*, 66-67; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 46.
[2352] en-Nisâ 4/15-16; en-Nûr 24/2.
[2353] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/262; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 46.
[2354] en-Nisâ 4/3.
[2355] Ûdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, 1/263-264. 1/115-116.
[2356] Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-harâc*, 180; Serahsî, *el-Mebsût*, 24/32-33; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 9/177; Buhûtî, *Şerhu müntehe'l-irâdât*, 3/365. Hz. Ali, Ramazan ayında içki içen şair en-Necâşî isimli birisine seksen celde vurmuş, ertesi gün yirmi celde daha vurdurtmuştur. Hadde ilaveten ayrıca ta'zîr cezası verilmesi ağırlaştırma amaçlı olabileceği gibi, ilave yirmi celdenin kasden orucu bozmaktan dolayı olduğu da söylenmiştir. Ta'zîr, sayıca,

Haram aylarda işlenen öldürme ve yaralama (müessir fiil) suçları için Şâfiî ve Hanbelîler, diyette ağırlaştırmayı (*tağlîz*) kabul etmişlerdir. İbn Şihâb ez-Zührî, Evzâ'î ve Medîneli yedi fakihten Kâsım b. Muhammed gibi bazı fakihlere göre katilin diyet cezası üçte bir (1/3) oranında artırılabilir. İmâm Ebû Hanîfe, imâm Mâlik, İbn Ebî Leyla ve bazı Hanbelîlere göre ise ağırlaştırma yapılmaz; hataen adam öldüren kişinin kefâret olarak mü'min bir köle azad etmesini hükme bağlayan ayet[2357] âmmdır. Dolayısıyla zaman veya mekânla mukayyet değildir.[2358]

---

haddi aşamayacağı için özellikle İbn Hümâm, bunu tercih etmiştir. Bk. İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 5/349; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/67.

[2357] en-Nisa 4/92: "*... Kim bir mü'mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü'min köleyi azad etmesi ve bağışlamadıkları sürece ailesine diyet ödemesi gerekir...*"

[2358] Cessâs, *Muhtasaru ihtilâfi'l-ulemâ*, 5/91-92; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 4/201; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/380; Ebû Zehre, *el-'Ukûbe*, 516-517.

SONUÇ

İslam ceza hukukunda eşitlik konusuna tahsis edilen bu çalışmayla ulaşılan sonuçları şu şekilde ifade etmek mümkündür.

Şer'î hükümlerde amaç, toplum hayatında düzenin sağlanması ve nihayetinde adâletin tesis edilmesidir. İnsanlar fıtraten eşittirler ve doğuştan gelen bu eşitliğin gerekçesi insan onurudur. İnsan hakları ve eşitlik fikrini ilke edinen fıkıh düşüncesi, insanın şeref ve haysiyetini korumakla beraber kamu yararına dayanan sosyal farklılıkları da dikkate almıştır. Adâlet ve eşitlik kavramları arasında sıkı bir örüntü vardır ancak bunlar birbirinden farklıdırlar. Eşitlik, adâletin ilk akla gelen ve en temel hali olsa da her durumda adâleti gerçekleştirememektedir. Hükümler bazında fıkıhta da çoğu durumda mutlak eşitliğe göre hareket edilmiş ancak haklı ve makul nedenlere bağlı olarak adâletin nispi eşitlikte de arandığı olmuştur.

Eşitlerin eşitliği düşüncesi açısından kimlerin hangi kritere göre eşit olduğu tespit edilirken müçtehitler, din, hürriyet, cinsiyet, ülke ve vatandaşlık gibi faktörleri baz alarak bir belirleme yapmış, diğer bir ifadeyle adâlet için yerine göre birtakım ayrımlara izin vermişlerdir.

İslâm ceza hukukunun karakteristik özelliğini belirleyen genel ilkelerin amacı, eşitlik ve adâlet ekseninde hükümler vaz etmek olmuştur. Bu çerçevede kanun önünde eşitlik ilkesi, fıkhi hükümlerin kesin kabullerinden olup kamu vicdanına zarar vermeyecek makul gerekçeler bulunmadıkça insanların aynı muameleye tabi tutulmasını emretmiştir. Bu ilkeyle cezadan kaçma ümidine mahal bırakmadan kanunların herkese mutlak şekilde uygulanması hedeflenmiştir.

Kanunilik ilkesi, suç sayılan fiilleri açık ve kesin bir şekilde ortaya koymakla bir fiilin kimine yasak kimisine serbest olmasını önlemiş, böylece insanlar arasında adaleti tesis etmiş, hukuk güvenliğini garantiye almıştır. Kişi ve toplum hakkını korumak üzere yasaklanan bir eylem herkes için yasaktır.

Naslara göre ceza sorumluluğu şahsidir; hukuk ve dolayısıyla adâlet, sadece suçun failini cezalandırmayı emretmiştir. Suçlu dışında birinin cezalandırılması zulümdür, zulüm ise adâletin zıddıdır.

Naslarda cezanın suça uygun ve onunla orantılı olacağı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda fıkıhta da suç ve ceza arasındaki bu orantının belirlenmesinde suçun topluma verdiği zarar,

suçlunun özellikleri gibi etkenler göz önünde bulundurulmuştur. Suç ve ceza dengesinin pratiğe yansıması olarak İslâm ceza hukukunda cezalar ne göstermelik ne de aşırıdır, cezalar suçun ağırlığı ile orantılıdır. Ancak nispî eşitlik gereği kişilerin hukuki statü ve toplumsal konumlarına göre cezalar, tür ve miktar bakımında değişkenlik göstermiştir.

İslâm ceza hukukunda ceza davalarına sadece mahkemeler bakabilir, cezalandırma görev ve yetkisi devlete has kılınmıştır. Bu, kısas davası gibi şahsi hakların ağır bastığı davalarda da geçerli bir kuraldır. Ceza yargılaması ve cezaların infazının münhasıran devletin yetkisinde olması sayesinde ihkâk-ı hak önlenmiş, cezalandırma objektif ve kanuni esaslara bağlanmıştır. Sonuçta, kısas, diyet ve had cezalarında ortaya çıkması muhtemel aşırılıklar, düzensizlikler, kan davaları engellenmiş, şahsi kin ve düşmanlıkların önüne geçilmiştir. Yargılama ve infazın devlet otoritesine teslim edilmesi suretiyle eşitlik ilkesi, devlet koruması altına alınmıştır.

Cezaların suçlunun özel durumuyla uyumlu olmasını gerekli kılan bireyselleştirme anlayışı, hâkimler ve infaz görevlilerine geniş takdir yetkileri vermiştir. İslâm hukukunda başından beri yürürlükte olan bu ilke, zamanla günümüz ceza sistemlerinde de kabul görür hale gelmiştir. Cezaların bireyselleştirilmesi uygulaması özü itibarıyla mutlak eşitlikten ferağat etmeyi gerektirir. Ancak bu, onun adâletle çeliştiği anlamına gelmez. Mutlak eşitlikten ayrılma pahasına bu ilkenin benimsenmesi ve ceza uygulamalarında yerini alması, mutlak veya aritmetik eşitliğin her zaman adâlet olmadığının da bir göstergesi sayılmıştır. Çünkü hukukta gaye eşitlikten ziyade adâleti gerçekleştirmektir. Ancak İslâm hukuku, sübjektifliği önleme maksadıyla bireyselleştirme ilkesini sadece ta‘zîr cezalarına hasretmiş, had ve kısas uygulamalarında buna müsaade etmemiştir. Ta‘zîr alanında keyfiliği önlemek üzere cezaların kanunla belirlenmesine özen gösterilmiş, hâkimler ancak kanunda açıkça belirtilen cezaları uygulayabilmişler, kendileri yeni ceza ihdas etmemişlerdir. İslâm hukuk literatüründe hapis cezası, para cezası ve siyâseten katl gibi ta‘zîr alanındaki bazı cezaların uzun uzadıya tartışılmış olması esasında kanuniliğin tahkim edilerek sübjektifliğe fırsat verilmemesi gayesine daha matuftur.

Nispî eşitlik anlayışı ile aynı durumda olanlara aynı hukuki muamele, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesi, diğer bir tabirle “eşitlerin eşitliği” yaklaşımı ve “haklı neden” gibi gerekçelerle eşitlikten ayrılmanın meşru görülmesi adâleti sağlama uğrunda harcanan çabaların getirdiği hukuki kazanımlardandır. Hâsılı eşit olmayanlar arasındaki eşitsiz muamele, keyfilik ve haksızlık değildir, bilakis adalet gereğidir. Bu bağlamda İslâm

hukukunda ilk bakışta eşitsizlik dolayısıyla adâletsizlik gibi görünen bazı içtihatların, aslında öyle olmadığı, bunların makul ve hukuki uygulamalar olduğu görülmüştür.

Kısas cezası ve diyet ödemesinde yaşanan farkların kaynağı cinsiyet, hürriyet, din ve ülke farkıdır. Kişilerin hayatlarının hukuki korunmuşluk durumunu ifade eden ismet de hüküm farklarına etki eden bir başka faktör olmuştur. Bu hususlarda hüküm farklılığının nedeni, işlenen suçun etkilerinin bu faktörlere göre değişeceği düşüncesidir. Örneğin mürted ve harbînin hayati dokunulmazlıkları yoktur. Öldürme suçundaki kısas konusunda Hanefîler, zikri geçen farklar konusunda eşitlik düşüncesini benimsemiş, bunlara itibar etmemişlerdir. Buna karşın cumhur, din ve hürriyet farkına itibar ederek aralarında eşitlik bulunmadığı düşüncesiyle, gayrimüslim veya köleyi öldüren hür bir Müslümana kısas yapmamıştır. Hakkında nas olmayan konularda ihtilaf olması doğaldır ancak buradaki anlaşmazlık nassın yokluğundan değil, farklı yorumlanmasından kaynaklanmıştır. Müslümanlara karşı savaş halinde olmayan zimmî ve kölelerin kanlarının koruma altında olması, toplum düzeninin korunması ve naslardaki deliller nedeniyle Hanefi içtihadı tercih edilmiştir.

Kısas ve diyet uygulamalarında cinsiyet unsuru dikkate alınarak kadın ve erkek arasında biri diyet, diğeri müessir fiillerde kısas olmak üzere iki önemli konu eşitlik açısından önem arz etmektedir. Birisi kadının diyeti meselesidir ki, klasik fıkıh düşüncesinde kadının diyetinin yarım olacağı icmâ düzeyinde ittifakla kabul edilmiştir. İkincisi ise, vücut bütünlüğüne zarar verildiğinde kadınla erkek arasında kısas yapılmayacağıdır ki bu, özellikle Hanefîlerin ileri sürdüğü bir görüştür.

İlgili naslar başta olmak üzere, mehir, nafaka, diyet gibi ekonomik sorumlulukların erkeğe yüklendiği İslâm hukuk sistematiği içerisinde erkeğe nispeten kadının diyetinin yarım olması, iki kişi dışında, kadim ulemanın tamamının ortak kabulüdür. Ancak kadının diyetinin yarım görülmesi, günümüzde tekrar gündeme gelmiş ve genel temayül eşitlik düşüncesine kaymıştır. Bu görüş, ilgili nasların farklı tahlilinin yanı sıra yitirilen canın bedeli olarak ödenen diyet bakımından kadın erkek eşitliğine, kadının sosyal ve ekonomik hayatta daha çok yer alması gibi hususlara vurgu yapmıştır. İnsani boyutu merkeze alan bu içtihat, çoğu nassı ve bu naslar etrafında şekillenen icmâyı göz ardı etmiştir. Diyetle ilgili nasların anlaşılması başta olmak üzere diyetin suçlu için bir ceza, ölen için bir kan bedeli, aile için de uğranılan zararın tazmini olması gibi hususların diyet oranlarına etkisi üzerinde daha detaylı araştırmalar yapılmalıdır. Bu konudaki sünnet verisinin sâbiteliği veya değişkenliği, fukaha görüşlerinin örf kaynaklı olup olmadığı da usûl-ü fıkıh açısından incelenmeye değer bir konudur.

Vücut bütünlüğüne ilişkin suçlarda kadınla erkek arasında kısâs yapılamayacağını savunan Hanefîler, bu içtihatlarını şüphe faktörüne dayandırmışlardır. Kadının diyetiyle erkeğin diyetinin eşit olmaması, kadınla erkeğin hayatta üstlendikleri rollerin farklı olması, organların mal hükmünde görülmesi gibi hususlar, iki cinsiyet arasında kısasın esasını teşkil eden eşitliği bozmuştur, eşitlik olmadığına göre karşılıklı kısas yapılmayacağına hükmedilmiştir. Buna karşın cinsiyet farkına göre kadınla erkek arasında müessir fiillerde de kısâs yapılacağını söyleyen cumhurun görüşü, nasların geneliyle daha uyumlu görünmektedir. Haksız tecavüzleri önleme gayesi de dikkate alınarak bu içtihat tercih edilmiştir.

İslâm hukuku, kısas, diyet ve hadlerde renk, dil, ırk, siyasi ve fikri aidiyetler dolayısıyla insanlar arasında ayrımcılığı reddetmiştir. Aynı şekilde zengin fakir, genç yaşlı, itibarlı, soylu vb ayrımlar da hükümlerde dikkate alınmamıştır. Fukaha arasında tam bir ittifak görülmese de kesin ve üstün maslahata hizmet ettiği düşüncesiyle din ve hürriyet ve cinsiyet temelli bazı ayrımlar kabul edilmiştir. Söz gelimi din ayrılığının farklı bir statü sebebi sayılacağı konusunda çeşitli görüşler serdedilmiştir. Din farkı, imâm Ebû Hanîfe'ye göre kısas bakımından eşitliği bozacak geçerli bir ayrım kriteri değildir. Cumhura göre ise durum tam tersidir. Bu içtihat farkına bağlı olarak, İslâm ülkesinde Müslümanla gayrimüslim arasında bir cinayet davası meydana gelirse cezai hüküm, Ebû Hanîfe'ye göre karşılıklı kısastır. Cumhur, tarafların hukuken eşit sayılmadıkları gerekçesiyle, eğer bu olayda fail olan taraf Müslümansa kısas uygulanmaz, demiştir. Din farkını, kısas manisi sayan cumhurun içtihadı, suç işlemeyi kolaylaştırma potansiyeli taşımakta olup İslâm'ın değerler manzumesinin başında yer alan hayatın korunması hedefinden uzaktır. Zimmi vatandaşların can ve mallarının korunmasını salık veren naslar da göz önüne alındığında Hanefi içtihadı, daha isabetli görülmektedir.

Emân alarak İslâm ülkesine giren müste'meni öldüren Müslüman ve zimmîye kısas yapılacağını savunan Ebû Yûsuf'un içtihadı, uluslararası ilişkiler ve ülke itibarı açısından önemlidir. Geçerli bir izin belgesiyle İslâm yurdunda bulunan müste'menin güven içinde bulunacağı yere ulaştırılması Kur'ân'da açıkça emredilmiştir. Söz konusu âyet, bu kimselerin hayatlarının korunması gerektiğine işaret etmektedir. Hayatın korunmasının en etkili yolu ise kısâstır. Müminlerin ahitlerine sâdık kalmaları gerektiğini emreden âyetler de bu tercihi teyit edecektir.

Zina ve kazif gibi celde uygulanan hadlerde adâlet, sadece aynı durumda olanlara eşit ceza uygulanmasında mülahaza edilmiştir. Hürriyet kriterine göre köleler, hürlerle aynı durumda değildirler. Kur'ân'da kölenin işlediği zina suçunun cezası, hürlere uygulanan cezanın yarısıdır. Adâleti nispi eşitliğe bağlayan bu hükmün gerekçesi, hür ve kölenin işlediği

suçun topluma olan yansımalarındaki farklara bağlanmıştır. Çünkü ceza adâletinde soyut kural ve suçun kendisinden ziyade suçlunun kendisi baş aktördür. Suç olgusu, suçludan bağımsız değerlendirilen adâlet eksiktir. İlgili âyetler buna somut örneklik teşkil etmekte olup eşitlik açısından şâri'în adâleti sorgulanamaz.

Hürriyet ve din farkının etkili olduğu bir diğer ceza olan kazif haddinde, köle ve gayrimüslime zina iftirasında bulunan hür-müslüman kişiye had değil de sadece ta'zîr uygulanması "*muhsanât*" ifadesi bağlamında müstakil çalışılmaya değer bir konudur. Çünkü kazifle ilgili âyette bir kayıt olmaksızın genel olarak muhsan kimseye kazifte bulunan şahsın hadde maruz kalacağı bildirilmiştir. Ne var ki, muhsan kelimesinin kayıtlanmasıyla bu kimseler, muhsan kapsamının dışında bırakılmışlardır. Genel kanaat böyle olmakla birlikte Saîd b. Müseyyeb ve İbn Ebî Leylâ'nın müslüman çocuğu bulunan zimmi kadına kazifte bulunulduğu takdirde iftira sahibine had uygulanacağını söylemeleri önemlidir. Fiilen bir zina geçmişi olmadıkça muhsanât kelimesini, iffetli kimseler şeklinde yorumlayarak namuslu herkese teşmil eden içtihat, insan onuruna ve İslâm'ın değerler manzumesine daha uygun görünmektedir. Hür - köle ve müslim - gayrimüslim gibi bir ayrım yapmadan bunların her birine yapılan zina ithamının had ile cezalandırılması, cezaların genelliği ile uyumlu olduğu gibi, şeref ve haysiyet dokunulmazlığını rencide edilmekten de kurtaracaktır.

Bu çalışmayı tamamlamaya muvaffak kılan Allah'a hamd olsun.

BİBLİYOGRAFYA

Abdürrezzâk, Ebû Bekir Abdürrezzâk b. Hemmâm es-San‘ânî (v. 211/827), *el-Musannef*, Thk: Habîburrahman el-A‘zamî, Beyrut: 1403, 2. Baskı, 11 cilt.

Adevî, Ebü’l-Hasen Ali b. Ahmed b. Mükremillah es-Saîdî el-Adevî (v. 1189/1775), *Hâşiyetü’l-Adevî alâ şerh-i Kifâyeti’t-tâlibi’r-rabbânî*, Thk. Yûsuf Şeyh Muhammed el-Bikâî, Beyrût: Dâru’l-fikr, 1414/1994, 2 cilt.

Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybânî (v. 241/855), *el-Müsned: el-Müsnedü’l-imâm Ahmed b. Hanbel*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî editörlüğünde Şuayb Arnaûd, Âdil Mürşid vd, Beyrut: Müessesetü’r-risâle, 1421/2001, 45 cilt.

Ahmedî, Abdülazîz b. Mebrûk el-Ahmedî, *İhtilâfü’d-dâreyn ve âsâruhu fi ahkâmi’ş-şeriati’l-İslamiyye*, Medine: el-Câmiaa‘tü’l-İslâmiyye, 2004/1424, 3 cilt.

Akbulut, İlhan, “İslâm Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Cilt: 52, Sayı: 1, Yıl: 2003, Ankara 2003, s. 167-181.

Akgündüz, Ahmet, *İslâm Hukuku ve Osmanlı Tatbikatı Araştırmaları (I)*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları (OSAV), 2009, 370 sayfa.

Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, İstanbul: FEY Vakfı Yayınları (I-VI. ciltler), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları (VII-X. ciltler), 1990-2015, 10 cilt.

Akşit, Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, İstanbul: Edebiyat Fak. Matbaası, 1976.

Aktan, Hamza, “Âkile”, *DİA*, İstanbul: 1989, 2/248-249.

Aktan, Hamza, “Damân”, *DİA*, İstanbul: 1993, 8/450-453.

Akyılmaz, Gül, *Osmanlı Devleti’nde Eşitlik Kavramının Gelişimi*, Basılmamış profesörlük çalışması, Konya: 2000, 234 sayfa.

Akyüz, Vecdi, “Ana Baba (Ebeveyn)”, *DİA*, İstanbul: 1991, 3/101-103.

Ali el-Kârî, Ebü’l-Hasen Nûrüddîn Alî b. Sultân Muhammed Alîyyü’l-Kârî el-Herevî (v. 1014/1605), *Fethu bâbi’l-‘inâye bi-şerhi’n-Nükâye*, thk. Muhammed Nizâr Temim, Heysem Nizâr Temîm, Beyrût: Dâru’l-Erkam b. Ebi’l-Erkam, 1418/1997, 3 cilt.

Alûsî, Şihâbüddîn Mahmud b. Abdullâh el-Hüseynî (v. 1270/1854), *Rûhu'l-meânî fî tefsîri'l-kur'âni'l-azîm ve's-seb'i- mesânî*, thk. Ali Abdülbârî Atıyye, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1415, 16 cilt.

Âmidî, Ebü'l-Hasen Seyfüddîn Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa'lebî (v. 631/1233), *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, thk. Abdürrezzâk Afîfî, Dımeşk: el-Mektebü'l-islâmî, 1402, 4 cilt.

Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002, 4. Baskı, 374 sayfa.

Apaydın, Yunus, "Kıyas", *DİA*, İstanbul: 2002, 25/529-539.

Arı, Abdüsselam, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, sayı: 2, 2003, s. 85-99.

Armağan, Servet, "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 18, Ankara: 2001, s. 347-362.

Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1986, 3. Baskı.

Âşûr, Muhammed et-Tâhir b. Muhammed b. Âşûr et-Tunûsî (v. 1284/1868), *Makâsıdü'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Thk: Muhammed el-Habîb b. el-Havce, Katar: Vizâratü'l-evkâf ve'ş-şüûni'l-İslâmiyye, 1425/2004, 3 cilt.

Âşûr, Muhammet Tahir b. Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi-Gaye Problemi-*, Çev: Mehmet Erdoğan, İstanbul: Rağbet Yayınları, 1999, 3. Baskı..

Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1979, 246 sayfa.

Atar, Fahrettin, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları (İFAV), 2013, 296 sayfa.

Attâr, Hasenî Muhammed, *Diyetü'l-mer'e fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, Rafah/Filistin: Müessese Nâfiz li'l-bahs ve't-tıbâa ve'n-neşr, 1442/2021.

Avcı, Mustafa, "İslâm'ın Ceza Hukukuna Katkısı", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, Sayı: 8; Konya 2006, Sayfa: 113-119.

Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş*, Konya: Mimoza Yayınları, 2008, 286 sayfa.

Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul: Gökkubbe, 2004, 423 sayfa.

Avcı, Mustafa, "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 24, sayı 1, yıl 2016. s. 7-36.

Aveen, Khaled Abdurrahman, "İslam Ceza Hukuku Bakışında Siyasi Suçların Kapsamı (Karşılaştırmalı İnceleme)", *İslam Ceza Hukuku ve Modern Ceza Hukuku Karşılaştırması Tebliğler*, yy.: Lale Yayıncılık, 2017, 2/526-553, 2 cilt.

Avvâ, Muhammet Selim el-Avvâ, *Fî Usûli'n-nizâmil'l-cinâiyyi'l-İslâmi*, Kahire: Nehda Mısr, 2006, 3. Baskı, 381 sayfa.

Aydın, Devrim, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", *TBB Dergisi*, 94 (2011), 131-148.

Aydın, Mehmet Akif **- Hamîdullah,** Muhammed, "Köle", *DİA*, Ankara: 2002, 26/237-246.

Aydın, Mehmet Akif, "Anayasa", *DİA*, İstanbul: 1991, 3/153-164.

Aydın, Mehmet Akif, "Liân", *DİA*, İstanbul: 2003, 27/172-173.

Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta yayınları, 2009, 7. Baskı, 466 sayfa.

Aydın, Melikşah, "İslam Hukukuna Göre İsyan (Bağy) Suçu ve Cezası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, Yıl 2015, sayfa 49-77.

Âyid, Salih b. Hüseyin, *Hukûk-u ğayri'l-müslimîn fî bilâdi'l-İslâm*, Riyad: Vizâratü'ş-şüûni'l-İslâmiyye ve'l-evkâf, 2008/1429, 4. baskı, 96 sayfa.

Aytekin, Mehmet Ali, "İslam Ceza Hukukunda Kısas ve Diyet Cezalarında Kadın-Erkek Ayrımı Üzerine Fıkhi Bir Analiz", *Hikmet Yurdu Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Cilt 14, Sayı 28, Yıl 2021, s. 310-327.

Azîmâbâdî, Ebü't-Tayyib Şerefülhak Muhammed b. Emir Ali Azîmâbâdî (v. 1329/1911), *Avnü'l-ma'bûd şerhu Süneni Ebî Dâvûd*, Nşr: Ebû Abdullah en-Nu 'manî el-Eserî, Beyrut: Dâru ibn Hazm, 1426/2005.

Bâcî, Ebü'l-Velîd Süleymân b. Halef b. Sa'd b. Eyyûb b.Vâris el-Endelüsî et-Tücîbî el-Bâcî (v. 474/1081), *el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta'i Mâlik*, Mısır: Matbaatü's-saâde, h. 1332, 7 cilt.

Bardakoğlu, Ali, "Cezâ", *DİA*, İstanbul: 1993, 7/470-478.

Bardakoğlu, Ali, "Diyet", *DİA*, İstanbul: 1994, 9/473-479.

Bardakoğlu, Ali, "Had", *DİA*, İstanbul: 1996, 14/547-551.

Bardakoğlu, Ali, "Kasâme", *DİA*, İstanbul: 2001, 24/528-530.

Bardakoğlu, Ali, Bardakoğlu, "Katil", *DİA*, Ankara: 2002, 25/45-48,

Başgil, Ali Fuat, "Teşrii Masuniyet Meselesi", *İÜHFD*, cilt: 7, sayı: 1, yıl: 1941, s. 3-39.

Başoğlu, Tuncay, "Ta'zir", İstanbul: 2011, 40/198-202.

Beccaria, Cesare (v. 1794), *Suçlar ve Cezalar: yahut Beşeriyetin Mecellesi*, çev: Muhiddin Göklü, İstanbul: Güven Yayınevi, ty., 2. Baskı, 398 sayfa.

Bedir, Murtaza, "Sünnet", *DİA*, İstanbul: 2010, 38/150-153.

Beğavî, Muhyi's-sünne Ebû Muhammet el-Hüseyin b. Mes'ûd b. Muhammet b. el-Ferra' el-Beğavi eş-Şâfiî (v. 516/1122), *et-Tehzîb fî fıkhi'l-imâm eş-Şâfiî*, Thk. Adil Ahmet Abdülmevcûd, Ali Muhammet Muavviz, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1418/1997, 8 cilt.

Behnesî, Ahmed Fethî, *ed-Diye fi'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire ve Beyrût: Dâru'ş-şürûk, 1409/1988, 4. baskı, 192 sayfa.

Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Cerâim fi'l-fıkhi'l-İslâmî -dirâse fıkhiyye mukârane-*, Kahire ve Beyrût: Dâru'ş-şürûk, 1409/1988, 6. baskı, 272 sayfa.

Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Kısâs fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire ve Beyrût: Dâru'ş-şürûk, 1409/1989, 5. Baskı, 223 sayfa.

Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. Salâhiddin b. Hasan b. İdrîs (Buhûtî) el-Behûtî el-Hanbelî (v. 1051/1641), *Şerhu Müntehe'l-irâdât: Dekâiku üli'n-nühâ li-şerhi'l-Müntehâ*, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1414/1993, 3 cilt.

Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhuddîn b. Hasen b. İdrîs (Buhûtî) el-Behûtî (v. 1051/1641), *Keşşâfü'l-kınâ' 'an metni'l-İknâ'*, yy.: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, ty..

Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhuddîn b. Hasen b. İdrîs (Buhûtî) el-Behûtî (v. 1051/1641), *er-Ravdu'l-mürbi' şerhu Zâdi'l-müstekni' (ve me'ahû Hâşiye li'l-Useymin ve't-ta'lîkât li's-Sa'dî)*, Tahrîc: Abdülkuddûs Muhammed Nezîr, yy.: Dâru'l-müeyyed-Müessesetü'r-risâle, ty.. (Kahire: 2004, Şeyh Useymin'in hâşiyesi ve Şeyh Sa'dî'nin ta'liki ile birlikte).

Beroje, Sahip, "İslam Hukukunda İrtidat Cezasına Yeni Bir Yaklaşım", *İslâmî Araştırmaları Dergisi*, yıl: 2004, cilt: 17, sayı: 17, s. 308-323.

Beydâvî, Ebû Saîd Nâsıruddîn Abdullah b. Ömer b. Muhammed Beydâvî (v. 685/1286), *Tefsîru'l-Beydâvî: Envarü't-tenzîl ve esrârü't-te'vîl*, thk. M. Abdurrahmân Mar'aşlî, Beyrût: Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, h.1418, 5 cilt.

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali el-Beyhakî (v. 458/1066), *es-Sünenü'l-kübrâ: Kitâbü's-Süneni'l-kübrâ*, Thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003/1424, 10 cilt.

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. El-Hüseyin b. Ali el-Beyhakî (v. 458/1066), *es-Sünenü's-sağîr*, thk. Abdülmu'tî Emin Kal'acî, Karaçi: Câmiatü'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye, 1989/1410, 4 cilt.

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. El-Hüseyin b. Ali el-Beyhakî (v. 458/1066), *Ma'rifetü'sünen ve'l-âsâr*, Tahric ve tahkik: Abdülmu'tî Emîn Kal'acî, Karaçi: Câmiatü'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye, 1991/1412, 14 cilt.

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. El-Hüseyin b. Ali el-Beyhakî (v. 458/1066), *el-Hilâfiyyat beyne'l-imâmeyn eş-Şâfiî ve Ebî Hanîfe ve ashâbihî*, thk. Mahmûd b. Abdülfettâh Ebû Şezâ vd., Kâhire: er-Ravda li'n-neşr, 1436/2015, 8 cilt.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ty., 8 cilt.

Boynukalın, Mehmet, "Suç", *DİA*, İstanbul: 2009, 37/453-457.

Bozkurt, Gülnihâl, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1996, 2. Baskı, 244 sayfa.

Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail el-Buhârî (v. 256/870), *El-Câmiu's-sahîh: Sahîh-i Buhârî*, thk. Muhammed Züheyr b. Nâsır b. en-Nâsır, Mustafa Edîb Buğa'nın ta'liki ile beraber, Beyrut: Dâru Tavkı'n-necât, h. 1422, 9 cilt.

Burhânpûrlu Şeyh Nizâm vd., *el-Fetâva'l-Hindiyye*, yy: Dâru'l-fikr, 1310, 2. Baskı, 6 cilt.

Câbir, Emine Muhammet b. Yusuf el-Câbir, *Ehemmü kazâya'l-mer'e fi'l-hudûd ve'l-cinâyât fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Doha: Dâru Katarî b. Fecâe, 1987, 416 sayfa.

Câsim, Muhammed Abdullâh, "el-'Ukûbâtü'mâliyyetü'l-müterattebetü ale'l-cinâye ale'l-mer'e fi'l-fıkhi'l-İslâmî", *Mecelletü dâri'l-ulûm*, 2020, cilt 17, sayı 131, s. 363-415.

Centel, Nur – **Zafer,** Hamide – **Çakmut,** Özlem**,** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006, 4. Bası.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs (v. 370/981), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed es-Sâdık el-Kamhâvî, Beyrut: Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabî, 1985/1405, 5 cilt.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs (v. 370/981), *el-Füsûl fi'l-usûl: Usûlü'l-fıkh*, Dirâse ve tahkik: Uceyl Câsim en-Neşemî, Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şüûni'l-İslâmiyye (et-Türâsü'l-İslâmî, 14), 1414/1994, 4 cilt.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs (v. 370/981), *Muhtasaru İhtilafi'l-ulemâ: İhtisâru İhtilafi'l-ulemâ li't-Tahâvî*, thk. Abdullah Nezir Ahmed, Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1416/1995, 5 cilt.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs (v. 370/981), *Şerhu Muhtasarı't-Tahâvî*, thk. Saîd Bekdâş vd., Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye ve Dâru's-sirâc, 1431/2010, 8 cilt.

Cevherî, Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-Fârâbî (v. 400/1009), *es-Sıhâh tâcü'l-lüğa ve sıhâhü'l-'arabiyye (es-Sıhâh fi'l-lüğa)*, thk. Ahmed Abdülğafûr el-Ğaffâr, Beyrut: Dâru'l-'ilm li'l-melâyîn, 1407/1987, 4. Baskı, 6 cilt.

Ceyhan, Mehmet, *İslâm Hukukunun Oluşum Dönemi Müçtehitlerinden İbni Şübrüme'nin Hayatı ve Fıkhi Görüşleri*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya: 2003, 161 sayfa.

Cin, Halil - **Akgündüz**, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, 811 sayfa.

Cürcânî, Ali b. Muhammed eş-Şerif el-Cürcânî (v. 816/1413), *et-Ta'rifat*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983/1403, 262 sayfa.

Çadırcı, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli 'Tarîk-i İlmiyye'ye Dâir Ceza Kânunnamesi'", *AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi*, c. 14, sy. 25, Ankara 1981-1982, s. 139-161.

Çağlar, Selda, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/3, s. 41-86.

Çalış, Halit, *İslâm Hukukunda Ehliyet Teorisi: Ehliyet Arızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış*, Adal Ofset, Konya: 2004, 227 sayfa.

Çalış, Halit, *İslâm'da Kolaylaştırma İlkesi -Azimet Ruhsat İlişkisi-*, Konya: Yediveren Yayınları, 2004, 275 sayfa.

Çelen, Mehmet, *İslâm Hukukunda Zina ve Recm*, İstanbul: Denge yayınları, 2006, 158 sayfa.

Çolak, Abdullah, *İslâm Ceza Hukuku*, Çorum: Kitap Dünyası, 2018.

Dağcı, Şamil, "İhsan", *DİA*, İstanbul 2000, 21/546-548.

Dağcı, Şamil, "Kısâs", *DİA*, Ankara: 2002, 25/488-495.

Dalgın, Nihat, "İrtidat ve Cezası", *Kur'ân Mesajı İlmi Araştırmalar Dergisi*, Ağustos, Eylül, Ekim, 1998, Sayı: 10, 11, 12, s. 172-189.

Dârekutnî, Ebü'l-Hasan Ali b. Ömer b. Ahmed ed-Dârekutnî (v. 385/995), *Sünenü'd-Dârekutnî*, thk. (zabt ve ta'lik): Şuayb el-Arnaût vd, (Hasan Abdülmün'im Şelebî, Abdüllatif Hırzullah, Ahmed Berhûm), Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2004/1424, 5 cilt.

Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman b. Fazl ed-Dârimî, (v. 255/868), *Sünenü'd-Dârimî* (*Müsnedü'd-Dârimî*), thk. Hüseyin Selîm Esed ed-Dârânî, Suûd: Darul-muğnî li'n-neşr, 1412/2000, 4 cilt.

Değirmenci, Olgun, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *TBB Dergisi*, Sayı 77, 2008, s. 33-86.

Demîrî, Ebü'l-bekâ Muhammed b. Musa b. İsa b. Ali ed-Demîrî, 808/, *en-Necmü'l-vehhâc fî şerhi'l-Minhâc*, 10 cilt, thk. Komisyon, yy, Dâru'l-minhâc, 1425/2004.

Desûki, Muhammet b. Ahmet b. Arafe, 1230/1815, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr*, yy.: Dâru'l-fikr, ty., 4 cilt.

Dönmez, İbrahim Kâfî, "Müeyyide", *DİA*, İstanbul: 2006, 31/486-489.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul: Beta Basım-Yayım Dağıtım a.ş., 9. Bası, 1986, 2 cilt.

Dursun, Hasan, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, Sayı: 85, Yıl: 2009, Ankara 2009, s. 373-402.

Ebû Abduh, Sa'd Muhammed Hasan Ebû Abduh, *Cerîmetü'l-kazf ve ukûbetühâ fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire: Dâru'n-nehdati'l-arabiyye, 1993-1994, 195 sayfa.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş‘as b. İshâk b. Beşîr b. Şeddâd b. Amr el-Ezdî es-Sicistânî, 275/889, *Sünen-ü Ebî Dâvûd*, thk. Muhammed Muhyidîn Abdülhamîd, Beyrut: el-Mektebetü’l-asriyye, 4 cilt.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş‘as b. İshâk b. Beşîr b. Şeddâd b. Amr el-Ezdî es-Sicistânî, 275/889, el-Merâsîl, thk. Şuayb el-Arnaûd, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1408/1988.

Ebû Hatve, Ahmet Şevkî Ömer, *el-Müsâvât fi’l-kânûni’l-cinâî -dirâse mukârene-*, Kahire: Dâru’n-nehdati’l-Arabiyye, 1991, 288 sayfa.

Ebû Hayf, Ali Sadık, *ed-Diye fi’ş-şerîati’l-İslâmiyye*, Kahire: Matbaatü Ali İnânî, 1932, 197 sayfa.

Ebu’s-su‘ûd Efendi, Ebu’s-su‘ûd el-İmâdî Muhammed b. Muhammed (v. 982/1574), *İrşâdü’l-akli’s-selîm*, Beyrût: Dâru ihyâi’t-türâsi’l-arabî, ty., 9 cilt.

Ebû Şelâl, *Diyetü’l-mer’eti’l-müslime fi’ş-şerî‘ati’l-İslâmiyye*, Yüksek Lisasns Tezi, Nablûs/Filistin: 2007.

Ebû Ya‘lâ el-Ferrâ, Muhammed b. Hüseyin Halef b. el-Ferrâ’ (v. 458/1066), *el-Ahkâmü’s-sültâniyye*, talik-tashih: Muhammed Hâmid el-Fıkî, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, Beyrut: 1421/2000, 2. Baskı, 1 cilt.

Ebû Yûsuf, Ebû Yûsuf Yakûb b. İbrâhîm b. Habîb el-Ensârî (v. 182/), *Kitâbü’l-harâc*, thk. Tâhâ Abdürraûf Sa‘d Hasen Muhammed, yy.: el-Mektebetü’l-Ezheriyye li’t-türâs, 1 cilt.

Ebû Zehre, Muhammed (v. 1898-1974), *el-Cerîme: el-Cerîme ve’l-ukûbe fi’l-fıkhi’l-İslâmî*, Kahire: Dâru’l-fikri’l-arabî, 1998, 399 sayfa.

Ebû Zehre, Muhammed, *el-Ukûbe: el-Cerîme ve’l-ukûbe fi’l-fıkhi’l-İslâmî*, Kahire: Dâru’l-fikri’l-arabî, ty., 534 sayfa.

Ebû Zeyd, Bekr b. Abdullah Ebû Zeyd, *Ahkâmü’l-cinâye ale’n-nefsi ve mâ dûnehâ ınde İbni Kayyim el-Cevziyye*, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1996/1416, 438 sayfa.

Ebû Zeyd, Hüseyin, *el-Ukûbetü’l-cesediyye beyne’ş-şeriati’l-İslâmiyye ve’l-kânûni’l-vaz‘î*, Beyrut: Müessesetü Abdülhafiz el-Bisât, 1997/1418, 2 cilt.

Ebyârî, Şemseddîn Ali b. İsmail b. Ali b. Hasan b. Atıyye Ebü’l-Hasan el-Ebyârî (v. 618/1221), *et-Tahkîk ve’l-beyân fî şerhi’l-Burhân fî usûli’l-fıkh*. thk. Ali b. Abdurrahman Bessâm el-Cezâiri. Kuveyt: Dârü’z-Ziya, 2013/1434, 4 cilt.

Ekinci, Ekrem Buğra, *İslâm Hukuku ve Önceki Şeriatler*, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2003, 336 sayfa.

Elbânî, Muhammed Nâsıru'd-din el-Elbânî, *İrvâü'l-ğalîl fî tahrîci ehâdîsi Menâri's-sebîl*, Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1405/1985, 9 cilt.

Emir Padişah, Muhammed Emin b. Mahmûd el-Buhari el-Horâsânî (v. 987/1579), *Teysîru't-tahrîr şerhun alâ Kitâbi't-Tahrîr fî usûli'l-fıkhi'l-câmi'i beyne ıstılâheyi'l-Hanefiyyeti ve'ş-Şâfiıyye li Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid İbni'l-Hümâm*, Nşr: Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mekke: Dâru'l-bâz, ty., 4 cilt.

Enver, Abdülhalim Hilmi Muhammed el-Enver, *et-Ta'vîzu'l-kânûniyyü fi'l-kânûni'l-medenîyyi'l-Mısriyyi ve'ş-şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire: Câmiatü'l-Kahire, 1991, 350 sayfa.

Ercan, Yavuz, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2001, 316 sayfa.

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: 2005.

Erdoğan, Suat, *Kur'an Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı, Basılmamış Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Abdülaziz Bayındır, İstanbul: 2014.

Erturhan, Sabri**,** *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2008.

Esen, Hüseyin, *İslâm Hukukuda Malî Cezalar*, İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006, 222 sayfa.

Fehd, Muhammed Ali el-Mes'ûd, *Hukûku ğayri'l-müslimîn fi'd-devleti'il-islâmiyye ve hımâyetühe'l-cezâiyye ve tatbîkâtühâ fi'l-Memleketi'il-Arabiyyeti's-Suûdiyye*, Câmiatü Nâyif el-Arabiyye, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Riyad: 2003/1424, 218 sayfa.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Câriyelik –Kamu Hukuku Açısından Mukayeseli Bir İnceleme-*, İstanbul: Beyan Yayınları, 1996.

Ferrâ, Ebû Zekeriyyâ Yahyâ b. Muhammed b. Ziyâd (v. 207/822), *Me'âni'l-Kur'ân*, Thk. Ahmed Yûsuf en-Necâtî vd., Mısır: Dâru'l-mısriyye li'te'lîf, ty., 3 cilt.

Fettenî, Cemâleddin Muhammed Tâhir b. Ali el-Hindî el-Fetteni (986/1578), *Mecmeu bihâri'l-envâr fî ğarâibi't-tenzîl ve letâifü'l-ahbâr*, yy.: Mektebetü meclisi dâirati'l-maârifi'l-Usmâniyye, 1387/1967, 4 cilt.

Fevzân, Sâlih b. Fevzân b. Abdillâh, *el-Mülehhasu'l-fıkhî*, Riyâd: Dâru'l-'âsıme, h. 1423.

Feytûrî, Muhammed Atıyye, *Fıkhü'l-'ukûbeti'l-haddiyye fî't-teşrî'i'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Bingazi: Menûrâtü Câmia Karyunus, 1998, 2 cilt.

Feyyûmî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Hamevî Feyyûmî, 770/1368, *el-Misbâhu'l-münîr fî ğarîbi'ş-şerhi'l-kebîr li'r-Râfi'î*, thk. Yusuf Şeyh Muhammed, Kahire: el-Mektebetü'l-asriyye, yy..

Fidan, Yusuf, *İslâm 'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, İç kapakta kitap adı: *İslâm 'da Azınlık ve Yabancı Hakları (İslâm Hukukunda Ehl-i Kitâb Kavramı ve Hükümleri)*, Konya: Ensar Yayıncılık, 2005, 375 sayfa.

Garofalo, Baron Rafaele (v. 1934), *Criminologia "Suç, Suçlu ve Ceza"*, çev: Muhittin Göklü, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1957, 400 sayfa.

Gencer, "Son Osmanlı Düşüncesinde Adâlet", *Adâlet Kitabı*, Editör: Halil İnalcık vd., Ankara: Kadim Yayınları, 2012, s. 229-253.

Gökcen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul: yy, 1989.

Gündüz, Fatma Ebru – **Gündüz,** Hakan, "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt XV, yıl 2011, Sayı 3, sayfa 225-258.

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015, 11. Baskı, 483 sayfa.

Güriz, Adnan, "Adâlet Kavramının Belirsizliği", *Adâlet Kavramı*, Editör: Adnan Güriz, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2001, 194 sayfa.

Haddâd, Ebû Bekir b. Ali b. Muhammed ez-Zebîdî el-Haddâd (v. 800/1397), *el-Cevheretü'n-neyyira alâ Muhtasari'l-Kudûrî*, yy.: el-Matbaatü'l-hayriyye, h. 1322, 2 cilt.

Hafızoğulları, Zeki, "5237 s. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2006/3, s. 11-40.

Hâkim, Ebû Abdillah İbnü'l-Beyyi' Muhammed Hâkim en-Nîsâbûrî (v. 405/1014), *el-Müstedrek ale's-sahîhayn*, thk. Mustafa Abdülkâdir Atâ, Beyrût: Dârü'l-Kütübi'İ-lmiyye, 1411/1990, 4 cilt.

Hallâf, Abdülvehhâb (v. 1888-1956), *'Ilmü üsûli'l-fikh*, Kâhire: Dâru'l-hadîs, 1422/2003. (

Hamidullah, Muhammet, *İslâm 'da Devlet İdaresi*, Çev: Hamdi Aktaş, İstanbul: Beyan Yayınları, 1998, 431 sayfa.

Hamidullah, Muhammet; **Aydın**, Mehmet Akif, "Köle", *DİA*, Ankara: 2002, 26/237-246.

Hammâd, Hamza Abed Al-Karim Hammad - **Ali**, Abdul-Karimi, "Teşdîdü'l-'ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmi zine'l-mehârim -ünmûzecen-", *Jurnal Fiqh*, 18, no. 1 (2021), 103-118.

Hânî Sâî, Muhammed Naîm Muhammed, *Mevsûatü mesâili'l-cumhûr fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dâru's-Selâm, Mısır 1428/2007, 2. Baskı, 2 cilt.

Hâşimî, Şerîf Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ebû Mûsâ el-Hâşimî (v. 428/1037), *Kitâbü'l-irşâd ilâ sebîli'r-reşâd*, Thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle, Birinci baskı, Beyrut 1998/1419, 627 sayfa.

Hatîb eş-Şirbînî, Şemsüddin Hatib Muhammed b. Ahmed eş-Şirbînî (v. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'âni elfâzi'l-Minhâc*, thk. Ali Muhammed Muavvaz, Adil Ahmed Abdülmevcud, Beyrût: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1415/1994, 6 cilt.

Hatipoğlu, Mehmet Sait, "Hazret-i Âişe'nin Hadis Tenkitçiliği", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (AÜİFD)*, Ankara 1973, cilt: XIX, s. 59-74.

Hattâb, Ebû Abdillâh Şemseddîn Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahmân er-Ru'aynî (954/1547), *Mevâhibü'l-celil li-şerhi Muhtasarı Halil*, Zabt ve Tahriç: Zekeriyyâ Umeyrat, yy.: Dârul'l-fikr, 1412/1992.

Hâzin, Ebü'l-Hasen Alâüddin Ali b. Muhammed b. İbrâhim b. Ömer el-Bağdâdî (v. 741/1341), *Lübâbü't-te'vîl fî meâni't-tenzîl: Tefsîru'l-Hâzin*, Tashih: Muhammed Ali Şahin, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, h. 1415, 4 cilt.

Heytemi, *Tuhfetül- muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*, Ebü'l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed ibn Hacer el-Heytemî (v. 974/1567), thk. Komisyon, Mısr: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1357/1983. 10 cilt.

Hudayr, Abdülkerim b. Abdullah b. Abdurrahmân b. Muhammed el-Hudayr, *Şerhu kitâbi'l-fiten min Sahîhi'l-Buhârî*, yy, ty, 8 cilt.

Hüseynî, Ammar Abbas el-Hüseynî, "Mebdeü şahsiyyeti'l-ukûbe ve devruhâ fî tahkîki'l-adâleti'l-cinâiyye", *Mecelletü külliyyeti'l-İslâmiyyeti'l-câmia*, Necef 2009, sayı: 6, s. 155-176.

Ivaz, Ahmed İdrîs, *ed-Diye beyne'l-'ukûbe ve't-ta'vîz f'il-fıkhi'l-İslâmi'l-mukâran*, Beyrût: Dâr ve mektebetü Hilâl, 1986, 637 sayfa.

Ivaz, Halîl Muhammed, "İhtilâfü'l-fukahâ havle mekâdîri'd-diye", *Mecelletü'ş-şerî'a ve'l-kânûn*, 2018, sayı: 32, sayfa: 65-114.

Iz b. Abdisselâm, Ebû Muhammed İzzüddîn Abdülazîz b. Abdisselâm es-Sülemî ed-Dımaşkî (v. 660/1262), *el-Ğâye fi'htisâri'n-Nihâye*, thk. İyâd Halid et-Tıbâ', Beyrût: Dârunnevâdir, 1437/2016, 8 cilt.

İbn Abdilber, Ebû Ömer Cemalüddîn Yûsuf b. Abdullah el-Kurtubî en-Nemeri (v. 463/107), *el-İstizkâr*, thk. Sâlim Muhammed Atâ, Muhammed Ali Muavvaz, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1421/200, 9 cilt.

İbn Âbidin, Alaüddin Muhammet b. Muhammet Emin b. Ömer, *Hâşiyetü reddü'l-Muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr (Hâşiyetü İbni Âbidin)*,

İbn Atıyye, Ebû Muhammed Abdülhak b. Gâlib el-Endelüsi, v. 541/1147, *el-Muharraru'l-vecîz fî tefsiri'l-kitâbi'l-'azîz*, thk. Abdüsselam Abduşşafi Muhammed, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1422, 6 cilt.

İbn Bezîze, Ebû Fâris Abdülazîz b. İbrâhîm b. Ahmed b. Bezîze et-Teymî et-Tûnisî (v. 673/1274), *Ravdatü'l-müstebîn fî şerh-i kitâbi't-Telkîn*, thk. Abdüllatif Zükâ', yy.: Dâru ibn Hazm, 1431/2010, 2 cilt.

İbn Cüzey, Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Cüzeyy el-Kelbî (v. 741/1340), *et-Teshîl li ulûmi't-tenzîl*, Zabt ve tahkik: Muhammed Salim Haşim, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye 1415/1995, 2 cilt.

İbn Cüzey, Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Cüzeyy el-Kelbî (v. 741/1340), *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, Lübnan: Dâru İbn Hazm, 1434/2013.

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. İbrâhim İbn Ebî Şeybe (235/849), *Kitâbü'l-musannef fî'l-ehâdîs ve'l-âsâr*, thk. Muhammed Avvame, Cidde: Darü'l-Kıble, 2006/1427, 26 cilt.

İbn Ebi'l-'Âsım, Ebû Bekr Ahmed b. Amr b. ed-Dahhâk b. Mahled eş-Şeybânî (v. 287/900), *ed-Diyât*, Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-ulûmi'l-islâmiyye, yy..

İbn Ebi'l-iz, Ebü'l-Hasen Sadrüddîn Ali b. Alaeddin Ali b. Muhammed İbn Ebi'l-iz (v. 792/1390), *et-Tenbîh alâ müşkilâti'l-Hidâye*, tahkik ve dirase Abdülhakim b. Muhammed Şakir, Enver Sâlih, Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2003/1424, 5 cilt.

İbn Emîri'l-Hâc, Ebû Abdillah Şemsüddin Muhammed b. Muhammed (v. 879/1474), *et-Takrîr ve't-tahbîr* (*şerhu't-Tahrîr li'bni'l-Hümâm*), Bulak: el-Matbaatü'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1316, 3 cilt.

İbn Ferhûn, Ebü'l-vefâ Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (v. 799/1397), *Tebsıratü'l-hukkâm fî usûli'l-akzıye ve menâhici'l-ahkâm*, yy.: Mektebetü'l-külliyyâti'l-Ezheriyye, 1406/1986, 2 cilt.

İbn Hacer, .. el-Askalânî, *ed-Dirâye fî tahrîci ehâdîsi'l-Hidâye*, thk. Seyyid Abdullah Hâşim el-Yemânî, Beyrût: Dâru'l-ma'rife, ty., 2 cilt.

İbn Hacer, .. el-Askalânî, *Telhîsu'l-habîr*,

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd ez-Zâhirî el-Kurtubî (v. 456/1064), *el-Muhallâ*, Beyrût: Dâru'l-fikr, ty., 12 cilt.

İbn Hibbân, Ebû Hâtim Muhammed b. Hibbân b. Ahmed b. Hıbbân b. Muâz b. Ma'bed et-Temîmî ed-Dârimî el-Büstî (v. 354/965), *Sahîhu İbn Hibbân bi-tertîbi ibn Balabân*, thk. Şuayb el-Arnaût, Ta'lîk: Nâsıruddîn Elbânî (*et-Ta'lîku'l-kâmil*), Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1993/1414, 8 cilt.

İbn Kâs, *Edebü'l-kâdî*, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Ebî Ahmed et-Taberî İbnü'l-Kâs, 335/946, thk. Hüseyin Halef Cebûrî, Taif: Mektebetü's-Sıddîk, 1989. 2 cilt.

İbn Kâsım, Abdurrahmân b. Muhammed b. Kâsım el-Âsımî (v. h.1392), *Hâşiyetü'r-Ravdu'l-mürbi'şerhu Zâdi'l-müstekni'*, yy.: h. 1397, 7 cilt.

İbn Kayyım el-Cevziyye, Muhammed b. Ebî Bekir b. Eyyûb b. Sa'd Şemsüddin b. İbni'l-Kayyim el-Cevziyye (v. 751/1330), *İ'lâmü'l-muvakkı'în 'an Rabbi'l-'âlemîn*, thk: Tâhâ Abdürraûf Sa'd, Kâhire: Mektebetü'l-külliyyeti'l-Ezheriyye, 1388/1968, 4 cilt.

İbn Kayyım el-Cevziyye, Muhammed b. Ebî Bekir b. Eyyûb b. Sa'd Şemsüddin b. İbni'l-Kayyim el-Cevziyye (v. 751/1330), *Ahkâmü ehli'z-zimme*, Thk. Ebû Bera' Yusuf b.

Ahmed el-Bekrî, Ebû Ahmed Şakir b. Tevfik el-Ârûrî, Demmâm-Beyrut: Ramadi li'n-Neşr/Dâru İbni Hazm, 1997/1418, 3 cilt.

İbn Kesîr, Ebü'l-fidâ İsmâîl b. 'Umer b. Kesîr el-Basrî ed-Dımeşkî (v. 774/1373), *Tefsîru'l-Kur'âni'l-azîm*, Thk. Muhammed Hüseyin Şemsüddîn, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye (M.Ali Beydûn), 1419/1998.

İbn Kesîr, Ebülfidâ İsmâil b. 'Umer b. Kesîr el-Basrî ed-Dımeşkî (v. 774/1373), *Müsnedü'l-Fârûk emîri'l-mü'minîn Ebî Hafs 'Umer b. el-Hattâb (r.a.) ve ekvâlühü alâ ebvâbi'l-'ilm*, thk.: İmâm b. Ali b. İmâm, Feyyûm-Mısır: Dâru'l-felâh, 1430/2009, 3 cilt.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâîlî el-Makdisî (v. 620/1223), *el-Muğnî*, Thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Abdülfettah Muhammed el-Hulv, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1417/1997, 15 cilt.

İbn Nüceym, Zeynelâbidân İbrâhîm, *el-Eşbâh ve'n-nezâir (Hamevî, Ğamzü 'uyûni'l-besâir ile birlikte)*, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-arabiyye, 1985, 4 cilt.

İbn Receb el-Hanbelî, Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Raceb b. el-Muhsin (v. 795/1393), *Câmi'u'l-ulûm ve'l-hıkem fî şerhı hamsine hadisen min cevâmi'i'l-kelim*, thk. Şuayb el-Arnaûd, İbrâhîm Bâcis, Beyrût: Müessesetü'r-risâle, 1422/2001, 7. Baskı, 2 cilt (tek kapakta).

İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî İbn Rüşd el-Hafîd (595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesıd*, Kâhire: Dâru'l-hadîs, 1425/2004, 4 cilt.

İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim b. Abdisselâm b. Abdillah b. Ebi'l-Kâsım b. Muhammed b. İbni Teymiyye el-Harrânî ed-Dımeşkî (v. 728/1328), *es-Sârimü'l-meslûl alâşâtimi'r-rasûl*, Thk: Muhammed Muhyiddîn Abdülhamîd, el-Harasü'l-vatanî's-Suûdî, el-Memleketü'l-arabiyyetü's-Suûdiyye: 1403/1983. 611 sayfa.

İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim b. Abdisselâm b. Abdillah b. Ebi'l-Kâsım b. Muhammed b. İbni Teymiyye el-Harrânî ed-Dımeşkî (v. 728/1328), *Mecmûu'l-fetâvâ*, Thk: Âmir el-Cezzâr, Enver el-Bâz, İskenderiye: Dâru'l-vefâ, 1426/2005, 37 cilt.

İbn Yûnus es-Sıkıllî, Ebû Bekir Muhammed b. Abdillâh b. Yûnus et-Teymî es-Sıkıllî (v. 451/1059), *el-Câmi‘ li-mesâili’l-Müdevvene*, thk. Doktora Komisyonu, yy.: Dâru’l-fikr li’t-tıbâ‘a/Ma‘hedü’l-bühûsi’l-ilmiyye/Câmi‘atü ümmi’l-kurâ, 1434/2013, 24 cüz.

İbnü’l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân***,** Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah b. Muhammed Meafirî İbnü'l-Arabi (543/1148), tahriç ve ta’lik: Muhammed Abdülkadir Atâ‘, Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1424/2003, 4 cilt.

İbnü’l-Cevzî, Ebü’l-ferac Cemalüddin Abdurrahman b. Ali b. Muhammed el-Cevzi (v. 597/1201), *Zâdü’l-mesîr fî ilmi’t-tefsîr*, thk. Abdürezzâk el-Mehdî, Beyrût: Dâru’l-kütübi’l-arabî, h. 1422, 4 cilt.

İbnü’l-Hâcib, Ebû Amr Cemalüddîn Osman b. Ömer b. Ebî Bekr İbnü’l-Hâcib (v. 646/1249), *Câmi‘u’l-ümmehât*, thk. Ebû Abdurrahman el-Ahdar, yy.: el-Yemâme li’t-tıbâa, 1421/2000, 2. Baskı.

İbnü’l-Kattân, Ebü’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Abdülmelik el-Ketâmî el-Hımyerî el-Fâsî (v. 628/1230), *el-İknâ’ fî mesâili’l-icmâ’* , Thk. Hasan Fevzî es-Saîdî, Kahire: el-Fârûku’l-hadîsiyye li’t-tıbâati ve’n-neşr, 1424/2004, 2 cilt.

İbn Manzûr, Ebü’l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfi‘î (v. 711/1311), *Lisânü’l-arab*, Beyrût: Dâr-ı Sâdır, ty, 15 cilt.

İbnü’l-Mibred, Ebü’l-Mehâsin Cemâlüddîn Yûsuf b. Hasen b. Ahmed el-Makdisî (909/1503), *ed-Dürrü’n-nakî fî şerhi elfâzi’l-Hırakî*, thk. Rıdvân Muhtâr b. Garbiyye, Cidde: Daru’l-mücteme‘ li’n-neşr ve’t-tevzî‘, 1411/1991, 3 cilt.

İbnü’l-Münzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhîm İbnü’l-Münzir en-Nîsâbûrî (v. 309/921), *el-İşrâf alâ mezâhibi’l-‘ulemâ: el-İşrâf alâ mezâhibi ehli’l-‘ilm*, Thk. Sağîr Ahmed el-Ensârî Ebû Hammâd, Ra‘sü’l-hayme/Birleşik Arap Emirlikleri: Mektebetü Mekkete’s-sekâfiyye, 2004/1425, 10 cilt.

İbnü’s-Sââtî, Ebü’l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib b. es-Sââtî el-Ba‘lebekkî el-Bağdâdî (v. 694/1295), *el-Bedî‘: Bedî‘u’n-nizâm: Nihâyetü’l-vüsûl ilâ ‘ilmi’l-usûl*, Thk. Sa‘d b. Ğarîr b. Mehdî es-Sülemî, y.y.:1405/1985, 2 cilt.

İbyânî, Muhammed Zeyd el-İbyânî (v. 1306/1888), *Şerhü’l-ahkâmi’ş-şer‘iyye fi’l-ahvâli’ş-şahsiyye li-kadrî Bâşâ)*, yy.: Mektebetü’n-nahda, ty., 3 cilt.

İnalcık, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Adâletin Üsütnlüğü”, *Adâlet Kitabı*, Editör: Halil İnalcık vd., Ankara: Kadim Yayınları, 2012, s. 143-206.

İnalcık, Halil, "Adâletnâme", *DİA*, İstanbul: 1998, I, 346-347.

İrem, Nazım, İrem, "Klasik Osmanlı Adâlet Rejimi ve 1839 Gülhane Kırılması" *Adâlet Kitabı*, Ankara: Kadim Yayınları, 2012, s. 271-299.

İsnevî, Cemâlüddîn Abdürrahîm el-İsnevî (v. 772/1370), *el-Mühimmât Ravda ve'r-Râfi'i*, Notlar. Ebü'l-fadl ed-Dimyâtî, Ahmed b. Alî, Beyrût: Dâru ibn Hazm, 1430/2009, 10 cilt.

İzmîrî, Mevlânâ Mehmed b. Velî b. Rasûl el-İzmîrî, *Kemâlü'd-dirâye ve cem'u'r-rivâye ve'd-dirâye min şürûhi Mülteka'l-ebhur*, 1165/1751, thk. Muhammed Mustafa el-Hatîb, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2017/1438, 10 cilt.

Kahtânî vd.,, *Mevsû'atü'l-icmâ' fi'l-fıhki'l-İslâmî*, Suûdiyye: 1433/2012, 11 cilt.

Kanâzi'î, Ebü'l-Mutarrif Abdurrahman b. Mervân el-Kurtubî (v. 413/1022), *Tefsîru'l-Muvatta'*, thk. Âmir Hasan Sabri, Katar: Dâru'n-nevâdir, 1429/2008, 2 cilt,

Kandehlevî, Muhammed Zekeriyyâ, 1402/1982, *Evcezü'l-mesâlik ilâ Muvatta-i Mâlik*, ta'lîk: Takıyyüddîn en-Nedvî, Dımeşk: Dâru'l-kalem, 1424/2003, 17.

Kandemir, M. Yaşar, "Ebû Mûsâ el-Eş'arî", *DİA*, İstanbul: 1994, 10/190-192.

Karadâvî, Yûsuf (v. 2022), *Diyetü'l-mer'e fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrût ve Ammân: el-Mektebü'l-İslâmî, 1428/2007.

Karaman vd., Hayreddin, *Kur'ân Yolu: Türkçe Meal ve Tefsir*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014, 5 cilt.

Karînâbâdî, Ömer Hilmi Efendi (v. 1842-1889), *Mi'yâr-ı Adâlet*, İstanbul: Bosnevi Hacı Muhammed Matbaası, 1301.

Kâsânî, Ebû Bekir Alâüddîn Ebû Bekir b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefi el-Kâsânî (v. 587/1191), *Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi'ş-şerâi'*, Thk: Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997, 10 cilt.

Kaya, Seyithan, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adâlet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (Temmuz 2023), sayı: 21, s. 85-119.

Keffârine, Şâdî Selîm, *Diyetü'n-nefs fi'ş-şer'i'l-İslâmî ve'l-urfi'l-kabelî, dirâse fıkhiyye mukârane*, (Ezher Üniversitesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazze: 2013/1434, 215 sayfa.

Kılıç, Muharrem, "Yargılama Etkinliğinin Fizyolojisi ve Yargıç Figürü", *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı-Kamu Hukuku*, Samsun: Ekim 2012, I, 487-498.

Kırîmîzâde, Ahmed Reşid Efendi, *Kırîmîzâde Mecmûâsı*, Tatyos Dividciyân Matbaası, İstanbul 1288/1871, 301 sayfa.

Kişnâvî, Ebû Bekr b. Hasan b. Abdillah el-Kişnâvî (v. h. 1397), *Eshelü'l-medârik şerhi irşâdi's-sâlik fî mezhebi İmam Mâlik*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1995/1416, 3 cilt.

Koçak, Muhsin, "Gurre", *DİA*, İstanbul: 1996, 14/211-212.

Komisyon, *Hadislerle İslâm*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014, 7 cilt.

Konan, Belkıs, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, Ankara: 2015, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 171-193.

Köse, Saffet, "İslâm Hukuk Düşüncesinin Bazı Problemleri", *İslâmiyat*, cilt: 2, sayı:1, Ocak-Mart 1999, sayfa: 35-60.

Köse, Saffet, "Rüşvet", *DİA: TDV İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul: 2008, 35/303-306.

Kudâî, Ebû Abdullah Muhammed b. Selâme b. Ca 'fer Kudâî, 454/1062, *Müsnedü'ş-şihâb***,** thk. Hamdi Abdülmecid Selefi, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1986/1407.

Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (v. 428/1037), *et-Tecrîd: Mevsû'atü'l-kavâidi'l-fıkhiyyeti'l-mukârane*, thk. M. Ahmed Sirâc, Alî Cumu'a vd./Merkezü'd-dirâsâti'lfıkhiyye ve'l-iktisâdiyye, 1427/2006, 12 cilt.

Kurtubi, Şemsüddin Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Ebi bekir b. Ferah el-Ensari el-Hazreci, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân (Tefsiru'l-Kurtubi)*, Kahire: Daru'l-kütübi'l-mısriyye, 1964/1384, Thk. Ahmet el-Berduni, İbrahim Etfeyyiş, 20 cilt.

Lahmî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed el-Lahmî (v. 478/1086), *et-Tebsıra*, Thk ve dirâse: Ahmed Abdülkerîm Necîb, Katar: Vizâretü'l-evkâf ve'ş-şuûni'l-islâmiyye, 2019/1440, 13-14 cilt.

Mâlik, Ebû Abdillah el-Esbehî el-HimyerÎ Mâlik b. Enes (v. 179/795), *Muvatta'*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Beyrût: Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabî, 1406/1985, 1 cilt.

Mâverdî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib el-Mâverdî el-Basrî (v. 450/1058), *el-Hâvî fî fıkhi'ş-Şâfiî, şerhu Muhtasari'l-Müzenî*, tahkik ve talik: Ali Muhammed

Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1419/1999, 18 cilt.

Mâverdî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-Mâverdî el-Basrî (v. 450/1058), *en-Nüket ve'l-'uyûn*, thk. es-Seyyid b. Abdülmaksûd, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, ty., 6 cilt.

Merdâvî, Ebü'l-Hasen Alâüddîn Ali b. Süleymân (v. 885/1480), *el-İnsâf fî ma'rifeti'r-râcih mine'l-hılâf*, yy.: Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, ty., 12 cilt.

Merrî, Sa'îd b. Muhammed el-Merrî, *Tansîfü diyeti'l-mer'e fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye: münâkaşa fıkhiyye usûliyye hadîsiyye li'd-Duktûr Yûsuf el-Karadâvî*, Ammân: Dâru'l-Feth, 2011/1432, 80 sayfa.

Mevdudî, Ebü'l-A'lâ el-Mevdûdî (v. 1979), *Hukûk-u ehli'z-zimme*, y.y.: Kitâbü'l-muhtâr, ty., 38 sayfa.

Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Mevvâk el-Abderî el-Gırnâtî (v. 897/1492), *et-Tâc ve'l-iklîl li-Muhtasar-ı Halîl*, yy.: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1416/1994, 8 cilt.

Miknâsî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Alî b. Ğâzî el-Usmânî (v. 919/1513), *Şifâü'l-ğalîl fî hall-i mukaffel-i Halîl*, thk. Ahmed b. Abdülkerîm Necîb, Kâhire: Merkez Necîbeveyh li'l-mahtûtât, 1429/2008, 2 cilt.

Mukâtil, Ebü'l-Hasen Mukâtil b. Süleymân b. Beşîr el-Ezdî (v. 150), *Tefsîru Mukâtil*, thk. Abdullah Mahmûd Şehhâte, Beyrût: Dâru ihyâi't-türâs, 1422.

Mübarek, Ahmet b. Abdülaziz el-Mübârek, *Diyetü'l-mer'e fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Abudabi: Dâru zafîr li't-tıbâa, 1402/1981, 66 sayfa.

Müttakî, Alî b. Hüsâmiddîn b. Abdilmelik b. Kadîhân el-Hindi (v. 975/1567), *Kenzü'l-ummâl fî süneni'l-akvâl ve'l-ef'âl*, thk. Bekrî Hayyânî, Saffet es-Sifâ, Beyrût: Müessesetü'r-risâle, 1409/1989.

Müzenî, Ebû İbrâhîm İsmâîl b. Yahyâ b. İsmâîl el-Müzenî el-Mısrî (v. 264/878), *Muhtasaru'l-Müzeni*, Beyrût: Dâru'l-marife, 1410/1990, 8 cilt (el-Ümm'e bitişik).

Nasîf, Fatıma Ömer, *Hukûku'l-mer'e ve vâcibâtühâ fî dav'i'l-kitâbi ve's-sünne*, y.y., Merkezü's-selâm li't-techîzi'l-fennî, 2010/1431, 335 sayfa.

Nebhân, Muhammed Fârûk en-Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrîı'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Beyrut, Kuveyt: Dâru'l-kalem - Vekâletü'l-Matbûât, 1981, 2. Baskı, 381 sayfa.

Nebhân, Muhammed Faruk, "İslam Hukukunda Eşitlik", çev. Servet Armağan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1978, cilt: XLIV, sayı: 1-4, s. 325-341.

Necdî, Abdurrahmân b. Muhammed b. Kâsım el-Âsımî en-Necdî (v. 1392/1972), *Hâşiyetü'r-Ravzi'l-mürbi' şerhi Zâdi'l-müstekni'*, nşr. Abdullâh b. Abdurrahmân b. Abdullâh b. Cibrîn, Sa'd b. Abdurrahmân b. Kâsım, ty., yy., 7 cilt.

Nehhâs, Ebî Ca'fer Ahmed b. Muh3unî, ammed b. İsmâîl en-Nehhâs, 338/950, *Me'âni'l-Kur'ân*, Thk. Muhammed Ali es-Sâbûnî, Mekke: Câmia'tü ümmi'l-kurâ, 1409.

Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Tahkik ve Tahric: Hasan Abdülmün'im Şelebî (Şuayb el-Arnaût gözetiminde), Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 2001/1421, 6 cilt.

Nesefî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd (v. 710/1310), *Kenzü'd-dekâik*, thk. Said Bekdâş, yy.: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye/Dâru's-Sirâc, 1432/2011.

Nesefî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd (v. 710/1310), *Medârikü't-tenzîl ve hakâiku't-te'vîl*, Thk ve tahrîc. Yûsuf Alî Bedîvî, Beyrût: Dâru'l-kelimi't-tayyib, 1419/1998, 3 cilt.

Nevâvî, Abdülhâlik en-Nevâvî, *Cerâimü'l-kazfi ve's-sebbi'l-alenî ve şürbi'l-hamri beyne'ş-şeriati ve'l-kânûn*, Kahire: Mektebetü'l-Ancilo (Anglo) el-Mısriyye, 1970, 227 sayfa.

Nevevî, Ebû Zekeriyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref b. Nuri en-Nevevi (v. 676/1277), *el-Mecmu' şerhu'l-Mühezzeb (Sübkî ve Mutî'î tekmilesiyle beraber)*, Beyrut: Dâru'l-fikr, ty., 20 cilt.

Nevevî, Ebû Zekeriyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref b. Nuri en-Nevevi (v. 676/1277), *Sahihi Müslim bi-şerhi'n-Nevevi: el-Minhac fi şerhi Sahihi Müslim b. Haccac*, (râceahû ve'tenâ bih: Ebû Abdullah Abdüsselam b. Muhammed b. Ömer el-Alluş), Riyad: Mektebetü'r-rüşd Nâşirûn, 1425/2004, 14 cilt.

Nevevî, Ebû Zekeriyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref b. Nuri en-Nevevi (v. 676/1277), *Ravdatü't-tâlibîn*, thk. Züheyr eş-Şâvîş, Beyrût-Dımeşk-Ummân: el-Mektebü'l-İslâmî, 1412/1991, 12 cilt.

Okka, Sevinç, *İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Devlete İsyan (Bağy) Suçu*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya: 1997.

Okur, Kâşif Hamdi, "İslam Hukukunda İrtidat Fiili İçin Öngörülen Asli Yaptırım Üzerine Bazı Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002/1, cilt: I, sayı: 1, s. 344-364.

Orhan, Fatih, *İslam Ceza Hukukunda İrtidat ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirimesi*, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Basılmamış doktora tezi, Adana: 2014.

Osmanoğlu, M. Kerem, "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)*, Cilt: XIV, Sayı: 3-4, Erzincan 2010, s. 89-116.

Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları.

Ömer Azmi, Ömer Azmi b. Mehmed el-Samsûnî, *İzâhu'l-cinâyât fî ahkâmi'l-kısâs ve'd-diyât*, İstanbul: Uhuvvet Matbaası, 1328, 250 sayfa.

Özcan, Abdullah – **Muntazer**, Safiullah, "İslâm Hukuku Açısından Elçi Dokunulmazlığı", *Edebali İslâmiyat Dergisi*, 2018, II. cilt, 4. sayı, 1-23. sayfa

Özcan, Tahsin, "Ömer Hilmi Efendi", *DİA*, İstanbul: 2007, 34/70-71.

Özen, Şükrü, "Kâdî Şüreyh", *DİA*, İstanbul: 2001, 24/119-121,

Özen, Şükrü, "Rebîa b. Ebû Abdirrahman" *DİA*, İstanbul: 2007, 34/499-500.

Paçacı, İbrahim, "Diyet Bir Cezâ Mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından Diyet)", *Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 2014, cilt: I, sayı: 2, s. 87-105.

Pekcan, Ali, *İslâm Hukukunda Gaye Problemi (Zarûriyyât-Hâciyyât-Tahsîniyyât)*, Ek Kitap Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012, 446 sayfa.

Pîrîzâde, İbrâhîm b. Hüseyin b. Ahmed (v. 1099/1688), *Umdetü zevi'l-besâir*, thk. Saffet Köse, İlyas Kaplan, İstanbul: Mektebetü'l-irşâd, 1437/2016, 2 cilt.

Polat, Murat, *İslâm Ceza Hukukunda Suç-Ceza Dengesi*, Astana Yayınları, Ankara: 2019.

Râfi'î, Ebû'l-Kâsım Abdülkerîm b. Muhammed b. Abdilkerîm el-Kazvînî er-Râfiî (v. 623/1226), *el-'Azîz Şerhu'l-Vecîz: Fethu'l-'azîz fî Şerhi'l-Vecîz: eş-Şerhu'l-kebîr*, Thk. Ali Muhammed Muavviz, Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997/1417, 13 cilt.

Râzî, Ebû Abdillâh/Fadl Muhammed b. Ömer b. Hüseyn Fahrüddîn er-Râzî (v. 606/1210), *Mefâtîhu'l-ğayb*, Beyrût: Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, 1420, 3. Baskı, 32 cilt.

Remlî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Hüseyin b. Hasen er-Remlî el-Makdisî el-Kinânî (İbn Reslân/Arslân), (v. 844/1441), *Şerhu sünen-i Ebî Dâvûd*, thk. Hâlid er-Ribât vd., Feyyûm-Mısır: Dâru'l-felâh li'l-bahsi'l-ilmî, 1437/2016, 20 cilt.

Reşid Rıza, Muhammed Reşîd b. Ali Rızâ (v. 1354/1935), *Tefsîru'l-menâr: Tefsîru'l-Kur'âni'l-hakîm*, Kahire: el-Hey'etü'l-Mısriyyetü'l-âmmetü li'l-kitâb, 1990, 12 cilt.

Rıza, Ali; **Orfanidis**, Vasil, *Mîzân-ı cezâ*, (Kitap kapağı: *Teşebbüsât-ı cürmiyye*), İstanbul: Matbaa-i A. K. Tozlıyan İdâre-i Şirket-i Mürettibiye, 1303/1886, 128 sayfa.

Rousseau, Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2012.

Ruhaybânî, Mustafa b. Sa'd b. Abduh es-Suyûtî (v. 1243/1828), *Metâlibü üli'n-nühâ fî şerhi Ğâyeti'l-müntehâ li-Yûsuf b. Ebî Bekr el-Kermî*, yy: el-Mektebü'l-islâmî, 1415/1994, 2. Baskı, 6 cilt.

Rûyânî, Ebü'l-mehâsin Fahru'l-İslâm Abdülvâhid b. İsmâîl b. Ahmed er-Rûyânî et-Taberî (v. 502/1108), *Bahru'l-mezheb fî fürûi'l-mezhebi'ş-Şâfiî*, thk. Târık Fethî es-Seyyid, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2009, 14 cilt.

Safve, Nevfel Ali Abdullah es-Safve, "el-İhlâlü bi-mebdei'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâiyye", *Mecelletü'r-râfidîn li'l-hukûk*, Musul Üniversitesi Hukuk Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl: 2006, cilt: 8, sayı: 28, sayfa: 265-319.

Safve, Nevfel Ali Abdullah es-Safve, "Mebdeü'l-müsâvât fi'l-kânûni'l-cinâî", *Mecelletü'l-fıkhi ve'l-kânûn*, Sayı: 19 (0615-2336), Mayıs 2014, Musul 2014, s. 21-45.

Sağânî, *ed-Dürrü'l-mültekıt fî tebyîni'l-ğalat*, Ebü'l-fedâil Hasan b. Muhammed b. Hasan es-Sağânî (v. 577/650), Beyrut: Dârul-kütübi'l-ilmiyye,1985.

Sağîr, Fâlih b. Muhammed es-Sağîr, *Ahkâmü'd-diye fi'ş-şerî'ati'l-islâmiyye ve tatbîkâtühâ fi-l-memleketil-arabiyyeti's-Suûdiyye*, yy.: Şebeketü's-sünneti'n-nebeviyye ve ulûmühâ, 1434/2013, 2. Basım.

Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb Tenûhî es-Sahnûn (v. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Thk: Zekeriyya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, ty., Dış kapakta yazar adı: Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Âmir el-Esbehî el-Medenî (v. 179), 4 cilt.

Sameer, Ahmad, "Pozitif Hukuk ve İslam Hukuku Arasında Siyasî Suçlar 'Karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Arap Baharı Üzerine Uygulaması'", *İslam Ceza Hukuku ve Modern Ceza Hukuku Karşılaştırması Tebliğler*, yy.: Lale yayıncılık, 2017, 2/438-471, 2 cilt.

Sâmerrâî, Nu'mân Abdürrezzâk, *Ahkâmü'l-mürted fi'ş-şerîati'l-islâmiyye*, Riyâd: Dâru'l-ulûm li't-tıbâa ve'n-neşr, 1403/1983, 292 sayfa.

San'ânî, Ebû İbrâhîm İzzeddin Muhammed b. İsmail Emîr es-San'ânî (v. 1182/1768), *Sübülü's-selâm şerhu Bülûği'l-merâm min cem'i edilleti'l-ahkâm*, tsh. Fevvaz Ahmed Zemerli, İbrâhim Muhammed Cemel, Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, 1987/1407, 4 cilt.

San'ânî, Ebû İbrâhîm İzzeddin Muhammed b. İsmail Emîr es-San'ânî (v. 1182/1768), *et-Tahbîr li-îzâhı meâni't-Teysîr*, Tahkik, ta'lik ve tahriç: Muhammed Subhî b. Hasan Hallâk Ebû Mus'ab, Riyad: Mektebetü'r-rüşd, 2012/1433, 7 cilt.

Sancak, Yusuf - **Kıyak**, Emre, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)*, c. 22, sy. 2, Konya 2014, s. 45-106.

Sarıtaş, Selim, *İslâm Ceza Hukukunda Had ve Ta'zîr Cezaları Bağlamında İrtidad Cezasının Tahlili*, Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi.

Sâvî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed es-Sâvî el-Mâlikî el-Halvetî (v. 1241/1825), *Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-şerhi's-sağîr: Bülğatü's-sâlik li-akrabi'l-mesâlik* (Derdîr'in *Akrabü'l-mesâlik li-mezhebi'l-imâm Mâlik* isimli eseri üzerine hâşiye), yy.: Dâru'l-me'ârif, ty.

Sedlân, Sâlih b. Ğânim b. Abdullah b. Süleyman b. Ali es-Sedlân, *Vücûbü tatbîki'ş-şerîati'l-islâmiyyeti fî külli asr*, Riyad: Dâru Belnesiyye li'n-neşr ve't-tevzî', 1417/1997, 356 sayfa.

Sehârenpûrî, Halîl b. Ahmed b. Mecîd es-Sehârenpûrî (v. 1346/1927), *Bezlü'mechûd fî hall-i Sünen-i Ebî Dâvûd*, talik: Takıyyüddîn en-Nedvî, Hindistan: Merkez Ebü'l-Hasen en-Nedvî, 1427/2006, 14 cilt.

Semerkandî, Ebû Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî (v. 539/1144), *Tuhfetü'l-fukahâ*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1405/1984, 3 cilt.

Semerkandî, Ebû Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî (v. 539/1144), *Mîzânü'l-usûl fî netâici'l-'ukûl*,

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme (Şemsü'd-dîn) Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-Serahsî (v. 483/1090), *el-Mebsût*, Dâru'l-marife, Beyrut 1414/1993, 30 cilt.

Sibâî, Mustafâ es-Sibâî (v. 1384/1964), *El-Mer'etü beyne'l-fıkhi ve'l-kânûn*, Riyad: Mektebetü'l-verrâk/Beyrut: Dâru'l-verrâk, 1999/1420, 7. Baskı, 264 sayfa.

Sûseveh, Abdülmecid Muhammed İsmail Sûseveh, *Menhecü't-tevfîk ve't-tercîh beyne muhtelifi'l-hadîs ve eseruhû fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, y.y.: Dârü'n-Nefâis, t.y., 604 sayfa.

Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr (v. 911/1505), *Cem'u'l-cevâmi': el-Câmi'u'l-kebîr*, thk. Muhtâr İbrâhîm el-Hâic vd., Kâhire: el-Ezherü'ş-şerîf, 1426/2005, 2. Baskı, 25 cilt.

Sürûr, Ahmed Fethi, *eş-Şer'iyyetü'd-düstûriyye ve hukûku'l-insân fi'l-icrââti'l-cinâiyye*, Dâru'n-nehdati'l-arabiyye, Kahire 1995, 431 sayfa.

Şa'ban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev. İbrahim Kafi Dönmez,

Şafak, Ali, "Kasıt", *DİA*, İstanbul: 2001, 24/559-561.

Şafak, Ali, *Mezhepleraras Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1977, 199 sayfa.

Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas Şafii (v. 204/820), *el-Ümm: Kitâbü'l-Üm: Mevsû'atü'l-İmâm eş-Şâfiî*, Beyrût: Dâru'l-ma'rife, 1410/1990, 8 cilt.

Şahin, İlyas. "Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (*ERÜHFD)* 10 / 1 (Haziran 2015): 107-144.

Şahin, Cumhur, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri", *Dokuz Eylül Ünv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan*, Cilt: 21, Özel sayı: 2019, s. 3051-3065.

Şanlı, Denizer, "İki Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Eşitlik", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 2, Bahar 2009, s. 132-138.

Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mâsâ b. Muhammed el-Ğırnâtî eş-Şâtıbî (v. 790/1388), *el-İ'tisâm*, Thk: Hişâm b. İsmail es-Sînî, Sa'd b. Abdullah Âl-i Hamîd, Muhammed b. Abdurrahman eş-Şekîr, Selim b. Abdülhilâlî, Dâru İbn-il-Cevzî, Suudi Arabistan, Demmam 1429/2008, 3 cilt.

Şâzelî, Hasan Ali eş-Şâzelî, "Cirâh", *DİA*, İstanbul: 1993, 8/24-25.

Şekerci, Osman, *İslâm Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1996.

Şerafüddin, "Diyetin Ehemmiyet-i İktisadiyyesi", *Beyânü'l-hak*, İstanbul, 3 Kânûn-u sânî 1326, cilt: IV, sayı: 93, sayfa: 1743-1744

Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah el-Yemenî eş-Şevkânî (v. 1250/1834), *Neylü'l-evtâr şerhu Münteka'l-ahbâr*, Mısır: Dâru'l-hadîs 1993/1413, 7 cilt.

Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah el-Yemenî eş-Şevkânî (v. 1250/1834), Muhammed b. Ali b. Muhammed (1250), *Fethu'l-kadîr*, Dımeşk-Beyrût: Dâru ibn Kesîr, dârul-kalemi't-tayyib, 1414, 6 cilt.

Şeybânî, Ebû Abdillâh b. Muhammed b. Hasen b. Ferkad eş-Şeybânî, 189/805, *el-Asl*, thk. Mehmet Boynukalın, Beyrût: Dâru İbn Hazm, 1433/2012, 12 cilt.

Şeyhîzâde, Damad Abdurrahman b. Mahmûd Gelibolulu Şeyhîzâde (v. 1078/1667), *Mecme'u'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*, yy.: Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabî, ty., 2 cilt.

Şûmân, Abbâs, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kâhire: ed-Dâru's-sekâfetü li'n-neşr, 1419/1999.

Taberânî, Ebû'l-Kâsım Müsnidü'd-dünyâ Süleymân b. Ahmed b. Eyyûb et-Taberânî (v. 360/971), *el-Mu'cemü'l-kebir*, Thk: Hamdi Abdülmecid Selefî, Kâhire: Mektebetü ibn Teymiyye, 1415/1994, 2. Baskı, 25 cilt.

Taberî, Ebû Cafer İbn Cerir Muhammed b. Cerir b. Yezid, 310/923, / Ebû Cafer İbn Cerir Muhammed b. Cerir b. Yezid Taberî, *Tefsirü't-Taberî: Câmi'u'l-beyân an te'vili âyi'l-Kur'ân*; thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki, Kahire: Dâr hecr li't-tıbâ'a ve'n-neşr, 1422/2001.

Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme b. Abdülmelik b. Seleme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısrî et-Tahâvî (v. 321/933), *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, Tahkik, tahric ve ta'lik: Şuayb el-Arnaût, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1415/1994, 16 cilt.

Tayyâr vd., Abdullah b. Muhammed, *el-Fıkhü'l-müyesser -Mevsûatü fıkhiyye hadîse-*, Riyad: Medâru'l-vatan, 2011/1432, 13 cilt.

Teftâzânî, Sa‘düddîn Mes‘ûd b. Ömer (v. 792/1390), *et-Telvîh ale’t-Tavdîh li-metni’t-Tenkîh fî usûli’l-fıkh*, Matbaatü Muhammed Ali Sabîh, Mısır: 1377/1957, 2 cilt.

Tîbî, Ebû Abdullah Veliyyüddîn Hüseyin b. Muhammed b. Abdullah Şerefüddin et-Tîbî (v. 743/1342), *Şerhu’t-Tîbî alâ Mişkâti’l-Mesâbîh: el-Kâşif an hakâikı’s-sünen*, Thk. Abdülhamîd Hindâvî, Mekke-Riyad: Mektebetü Nezâr Mustafa el-Bâz, 1417/1997, 11 cilt.

Tîbî, Ebû Abdullah Veliyyüddîn Hüseyin b. Muhammed b. Abdullah Şerefüddin et-Tîbî (v. 743/1342), *Fütûhu’l-ğayb fi’l-keşf an kınâi’r-rayb: Hâşiyetü’t-Tîbî ale’l-Keşşâf*, Thk. İyad Ahmed el-Gavc, Cemil Benî Atâ, Dübey: Câize Dübeyyi’d-devliyye li-Kur’ani’l-Kerim, 2013/1434, 17 cilt.

Tosun, Öztekin, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı: 1 (1962), İstanbul: 1962, s. 20-59.

Trâblusî, Ebü’l-Hasen Alaüddîn Ali b. Halil Trablusî (v. 844/1445), *Mu‘înü’l-hukkâm fîmâ yeteraddedü* beyne’l-hasmeyn mine’l-ahkâm, yy.: Dârul-fikr, ty., 1 cilt.

Ûdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî‘u’l-cinâ‘iyyü’l-İslâmi Mukârinen bi’l Kânûni’l-Vaz‘î*, Beyrut: Dâru’l-kâtibi’l-arabî, ty., 2 cilt.

Ûdeh, Murat, “Diyetü’l-mer’eti’l-müslime beyne’t-tansîf ve’l-müsâvât bi-diyeti’r-racül”, *Mecelletü câmiati’n-necâh li’l-ebhâs*, cilt 27, sayı 3, yıl 2013, s. 571-598.

Ukâz, Fikri Ahmet, *Felsefetü’l-‘ukûbe fi’ş-şerî‘ati’l-islâmiyye ve’l-kânûn*, Cidde: Mektebetü Ukâz, 1982/1402, 399 sayfa.

Unan, Fahri, “Osmanlı İdare Felsefesinde Adâlet”, *Adâlet Kitabı*, Editör: Halil İnalcık vd., Ankara: Kadim Yayınları, 2012, s. 105-121.

Useymîn, Muhammed b. Sâlih (v. 1421/2001), *eş-Şerhu’l-mümti’ alâ Zâdi’l-müstekni’*, Kahire: Dâru ibni’l-Cevzî, h. 1422-1428, 15 cilt.

Useymîn, Muhammed b. Sâlih (v. 1421/2001), *Fethu zi’l-celâli ve’l-ikrâm bi-şerhi Bülûğı’l-merâm*, thk. Subhi b. Muhammed Ramazan, Ümmü İsra b. Arafe Beyyûmî, yy.: el-Mektebetü’l-İslâmiyye, 1427/2006, 6 cilt.

Useymîn, Muhammed b. Sâlih (v. 1421/2001), *Müzekkiretü fıkh*, Thk: Salâhudddîn Mahmûd Saîd, Dâru’l-ğaddi’l-cedîd, Mansûra-Kahire: 1428/2007, 4 cilt.

Üçok, Coşkun - **Mumcu**, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi, Ders Kitabı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1976, 371 sayfa.

Ünal, İsmail Hakkı, "Kudâme b. Maz'ûn", *DİA*, İstanbul: 2002, 26/312-313.

Üsâme b. Saîd el-Kahtânî v.dğr., *Mevsû'atü'l-icmâ' fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, 11 cilt, Riyad: Dâru'l-fazîle, 1433/2012.

Üzülmez, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)*, cilt: 10, sayı: 3-4, Erzincan 2006, s. 203-235.

Vâfî, Ali Abdülvâhid, *Hukûku'l-insân fi'l-İslâm*, Kahire: Dâru'n-nehda, 1398/1979, 315 sayfa.

Vatansever Öztürk, Müge. "Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2 (Kasım 2018), s. 371-411.

Vizâratü'l-evkâf ve'ş-şüûni'l-İslâmiyye-Kuveyt (Komisyon), *el-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, I-XXIII ciltler Kuveyt: Dâru's-selâsil, 2. Baskı,; XXIV-XXXVIII. Ciltler, Mısır: Metâbiu dâri's-safve, 1. Baskı; XXXIX-XLV. Ciltler, Kuveyt: Tab'u'l-vizâra, 2. Baskı, 1404-1427; 45 cilt.

Yakut, Esra, *Osmanlı Hukukunda Ta'zir Cezaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, 206 sayfa.

Yaman, Ahmet, "Sulh", *DİA*, İstanbul: 2009, 27/485-489.

Yaman, Ahmet, "Zıhar", *DİA*, İstanbul: 2013, 44/387-390.

Yaman, Ahmet, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara: Fecr Yayınevi, 1998.

Yaprak, Emin, *İslâm Hukukunda Vatandaşlık*, İstanbul: Ravza Yayınları, 2011, 136 sayfa.

Yayla, Mustafa, *İslâm Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Konya: Çizgi Kitabevi Yayınları, 2011, 351 sayfa.

Yiğit, Yaşar, "İnsanlık Onur ve Şerefinin Korunması Açısından Kazif Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi", *Diyanet İlmi Dergi*, cilt 40, sayı 4, Ekim-Kasım-Aralık 2004, s. 131-144.

Yiğit, Yaşar, "İslâm Cezâ Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Dokunulmazlık", *Kur'an Mesajı: İlmi Araştırmalar Dergisi*, 1999, cilt: II, sayı: 13,14,15, s. 195-206.

Yörük, Ali Âdem, *Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü (Türk Tarihi Anabilim Dalı, Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı) Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, 221 sayfa.

Yurtseven, Yılmaz. "İslam Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri Olarak Meşru Müdafa" *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık (İstanbul: 2016): 1/745-764.

Zeccâc, İbrâhîm b. es-Seriyy b. Sehl (v. 311/923), *Me'âni'l-Kur'ân ve i'râbüh*, thk. Abdülcelîl Abduh Şelebî, Beyrût: Âlemü'l-kütüb, 1408/1988, 5 cilt.

Zemahşerî, Ebü'l-Kâsım Cârullah Mahmûd b. Ömer b. Muhammed ez-Zemahşerî el-Havârezmî (v. 538/1144), *el-Keşşâf an hakâikı't-tenzîl ve uyûni'l-ekâvîl fî vücûhi't-te'vîl*, yy.: Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, 1407, 4 cilt.

Zerkâ, Mustafa Ahmet ez-Zerkâ, *Hadislerin Anlaşılmasında Aklın ve Fıkhın Rolü*, çev: Abdullah Kahraman, Akademi yayıncılık, İstanbul 2002, 143 sayfa.

Zerkeşî, Bedruddîn Muhammed b. Abdillâh b. Behâdır (794/), *el-Mensûr fi'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye*, thk.: Faik Ahmed Mahmûd (Editör: Abdüssettâr Ebû Ğudde), Kuveyt: 1405/1985, Vizâretü'l-evkâf el-Kuveytiyye tıbâ'a şerike li's-sıhâfe, 2. Baskı, 3 cilt.

Zerkeşî, Ebû Abdullah Bedreddin Muhammed b. Bahadır b. Abdullah ez-Zerkeşî (v. 794/1392), *el-İcâbe li-îrâdi me's-tedrekethü Âişe ale's-sahâbe*, Thk. Saîd el-Efğânî, Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1405/1985, 4. Baskı, 184 sayfa.

Zeydân, Abdülkerim Behîc (Bîc) el-Ânî el-Kehlî el-Muhammedî (v. 1921-2014), *el-Kısâs ve'd-diyât fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-risâle ve'n-nâşirûn, 1434/2013.

Zeydân, Abdülkerim Behîc (Bîc) el-Ânî el-Kehlî el-Muhammedî (v. 1921-2014), *el-Medhal li-dirâseti'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrût: Müessesetü'r-risâle ve'n-nâşirûn, 16. Baskı, 1420/1999.

Zeydân, Abdülkerîm Behîc (Bîc) el-Ânî el-Kehlî el-Muhammedî (v. 1921-2014), *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'min'in fî dâri'l-İslâm*, Bağdad: Mektebetü'l-Kudüs/Müessesetü'r-risâle, 1982/1402, 703 sayfa.

Zeyla'î, Cemalüddin Ebû Muhammed Abdullâh b. Yûsuf b. Muhammed ez-Zeyla'î (v. 762/1360), *Nasbü'r-râye li-ehâdîsi'l-Hidâye me'a Hâşiyetihî buğyeti'l-Elme'î fî*

tahrîci'z-Zeyla'î, thk. Muhammed Avvâme, Beyrût: Müessetü'r-reyyân li't-tıbâ'a ve'n-neşr; Cidde: Dâru'l-kıble li's-sekâfeti'l-İslâmiyye, 1418/1997, 4 cilt.

Zeyla'î, Fahruddîn Osman b. Ali b. Mihcen el-Bâri'î (v. 743/1343), *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik (Şilbî/Şelebî -v. 1021/1612- hâşiyesi ile beraber)*, Bûlak/Kâhire: el-Matba'atü'l-kübrâ'l-emîriyye, h. 1313.

Zürkâni, Ebû Muhammed Abdülbâkî b. Yûsuf b. Ahmed ez-Zürkânî el-Vefâî (v. 1099/1688), *Şerhu'z-Zürkânî alâ Muhtasarı Halîl*, tashih ve tahrîc: Abdüsselâm Muhammed Emîn, Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1422/ 2002, 8 cilt.

İNTERNET SİTELERİ

https://sozluk.gov.tr/, Erişim tarihi: 25.05.2024.

https://tr.wikipedia.org/wiki/A_posteriori, Erişim tarihi: 11.04.2016.

https://tr.wikipedia.org/wiki/A_priori, Erişim tarihi: 11.04.2016.

http://ar.jurispedia.org/index.php/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B5%D8%A7%D8%B5 , Erişim tarihi: 05.04.2016.