

T.C.

DÜZCE ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

FIKİH ANA BİLİM DALI

**İSLÂM HUKUKUNDA TECAVÜZ SUÇUNUN SINIFLANDIRILMA
PROBLEMİ VE BU PROBLEMİN İSPAT VE CEZA
YÖNTEMLERİNE ETKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

MERAL BAYKAL

DÜZCE 2023

TC

DÜZCE ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

FIKİH ANA BİLİM DALI

**İSLÂM HUKUKUNDA TECAVÜZ SUÇUNUN SINIFLANDIRILMA
PROBLEMİ VE BU PROBLEMİN İSPAT VE CEZA
YÖNTEMLERİNE ETKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Meral BAYKAL

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Suat ERDOĞAN

DÜZCE 2023

Meral BAYKAL

Düzce Üniversitesi

Yüksek Lisans Tezi

Kasım, 2022

İSLÂM HUKUKUNDA TECAVÜZ SUÇUNUN
SINIFLANDIRILMA PROBLEMİ VE BU PROBLEMİN
İSPAT VE CEZA YÖNTEMLERİNE ETKİSİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Bu çalışma jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Fıkıh Anabilim
Dalında oy birliği / oy çokluğu ile YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan Doktor Öğr. Üyesi Adem Yıldırım (İmza)

Akademik Unvanı, Adı-Soyadı

Üye. Doç. Dr. Suat Erdoğan (İmza)

Akademik Unvanı, Adı-Soyadı

Üye. Doktor Öğr. Üyesi Adem Yıldırım (İmza)

Akademik Unvanı, Adı-Soyadı

Üye. Doktor Öğr. Üyesi Emine Gümüş Böke (İmza)

Akademik Unvanı, Adı-Soyad

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

24/01/2023

(İmza Yeri)

Akademik Unvanı, Adı-Soyadı

Enstitü Müdürü

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tez çalışmasıyla elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesine aldığımı, yine bu tezin çalışılması ve yazımı sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

21.02.2023

Meral Baykal

ÖNSÖZ

Hız Allah'ın bizler için belirlediği adalet prensipleri, insanın imtihan için gönderildiği dünya hayatında huzur ve güven içerisinde yaşayabilmesinin yegâne anahtarıdır. İslam hukukunda tecavüz suçunun sınıflandırma problemi, İslam'ın en çok eleştirildiği kadın hakları konularından biridir.

Tez konusunu belirlememizde İslam dininin tecavüz suçunu işleyenleri koruduğuna dair iddialar ve bu iddiaları İslam dininin ruhu ile bağdaştıramamamız etkili olmuştur. Bu bağlamda konuyu incelemeye değer bulduğumu, bunun doğru olmadığını düşündüğümü hocalarımla paylaştım. Konuyu incelediğimizde, suçlamaların kısmen doğru olduğunu gördük. Ancak konuyu dikkatle incelediğimizde edindiğimiz kanaat; sorunun kaynağının ayet ve peygamber uygulamalarında değil, sonraki dönem İslam hukukçularının kaynakları yorum ve tasnifindeki hatadan kaynaklandığı yönünde olmuştur. Ceza Hukukunda; kıyas yasağı olmasına rağmen bütün cinsel suçlar, zina suçu ile kıyas edilerek zina suçunun kapsamı genişletilmiş, şahidi olmadığında ahlâkî bir suç olan zina ile yine şahidi olmadığında adi bir suç olan tecavüz aynı kefeye konmuştur.

Bu çalışmamızda, tecavüze uğrayan kadınların mağduriyetine sebep olan ve İslam'ın insanlara sunduğu adalet fikrine uymayan bu hatalı uygulamanın sebeplerine yer verilmekte, çözüm olabileceğini düşündüğümüz bazı öneriler sunulmaktadır.

Bu tezin hazırlanması sürecinde, alıntıladığımız tüm eserlerin kıymetli yazarlarına teşekkürü bir borç bilirim. Başta görüş ve önerilerine başvurduğum tez danışmanım sayın Doç. Dr. Suat Erdoğan olmak üzere, bu tezi yazmak için ihtiyacım olan anahtar fakülte'deki ilk dersinde bize veren ve her daim desteğini üzerimden çekmeyen Prof. Dr. İsmail Karagöz'e ve son olarak, eğitim hayatımın ilk gününden bu güne gelinceye kadar, manevi desteğini her zaman yanımda hissettiğim Prof. Dr. İlhan Genç'e teşekkürlerimi sunarım.

Meral BAYKAL

ÖZET

İSLÂM HUKUKUNDA TECAVÜZ SUÇUNUN SINIFLANDIRILMA PROBLEMİ VE BU PROBLEMİN İSPAT VE CEZA YÖNTEMLERİNE ETKİSİ

BAYKAL, Meral

Yüksek Lisans, Fıkıh Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Suat ERDOĞAN

Ocak 2023, 133 sayfa

İslam hukukunda suç ve cezaların had, tazir, kısas şeklinde üçlü tasnifi esastır. Zina, mezhep ekolleri tarafından, bütün cinsel suçları içine alacak şekilde bir had suçu sayılmıştır. Ayet ve hadislerde zina suçunun bütün tipleriyle ele alınmış olması, zinanın bir had suçu olduğu konusunda şüpheye mahal vermemektedir. Ancak zinanın alt dalları (çeşitleri) kabul edilen diğer bütün suçlar, suçun unsurları yönünden zinadan farklılık göstermektedir. Aynı zamanda zina suçunun ispatı için cumhurun şart olarak sunduğu kanunî delil zorunluluğu, bu suçu işleyen bireylerin sır alanı içinde onlara özgürlük kazandırırken, zinanın altdalları (çeşitleri) kabul edilen diğer cinsel suçlar da, mağduriyetlere sebep olmaktadır. Bu soruna çözüm olarak sunulan had suçlarında serbest delil kullanılmasının kabul edilmesi halinde ise zina suçu işleyen bireylerin sır alanına devletin müdahale etme hakkını doğuracaktır ki bu da İslam'ın özgürlüklere karşı totaliter bir yapıya bürünmesi anlamını taşıyacak, tehlikeli bir yaklaşımdır.

Çalışmamızda ilk olarak İslam hukukunda yapılmış olan sınıflandırma çalışmaları incelenerek kişinin sır alanının dokunulmazlığı ilkesinin hukuktaki yeri gösterilmiş, daha sonra zina suçunun ayetlerin ışığında tipleri oluşturulmuş, tecavüz suçunda bu tiplerin olmadığı tespit edilmiştir. Zina ve tecavüz suçlarının, bu suçlara verilen ceza ile korunan hukuksal değerler yönüyle karşılaştırılması yapılmıştır. Bütün bunlar tecavüzün zinanın bir alt dalı olmadığını göstermiştir. Bu probleme çözüm olabilecek üç ihtimal tespit edilmiştir. Birincisi Osmanlı döneminde olduğu gibi tazir

suçlarından saymak. İkincisi modern dönem İslam hukukçularının çare olarak sunduğu iğtisap suçu olarak kabul etmek. Üçüncü olarak tecavüz suçu ve türevlerine, İslam hukukunun yapısına uygun, Yusuf suresinde örneklendirildiği ve sahabe döneminde de tatbik edildiği üzere, serbest delille ispatlanabileceği müstakil bir alan açmak. Çalışmamızda bütün bu ihtimallere yer verilmekte ve değerlendirilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Zina, Tecavüz, Allah Hakkı, Kul Hakkı, Had, Kanunî Delil, Serbest Delil.

ABSTRACT

THE PROBLEM OF CLASSIFICATION OF THE CRIME OF RAPE IN ISLAMIC LAW AND THE EFFECT OF THIS PROBLEM ON PROOF AND PENALTY METHODS

BAYKAL, Meral

M.Sc., Department of Fiqh

Thesis Advisor: Doç. Dr. Suat Erdogan

January BEYAN 2023, 133 pages

In Islamic law, the tripartite classification of crimes in the form of hadd tazir qisas is essential. The adultery is considered a hadd crime by sectarian schools, including all sexual crimes. The fact that adultery is handled with all its types in verses and hadiths leaves no room for doubt that adultery is a hadd crime. However, all other crimes, which are considered sub-branches of adultery, differ from adultery in terms of the elements of the crime. At the same time, the requirement of legal evidence, which is presented by the public as a condition for the proof of the crime of adultery, gives freedom to the individuals who commit this crime within the sphere of secrecy, while it causes victimization in other sexual crimes, which are considered sub-branches of adultery. If the use of free evidence in hadd crimes, which is presented as a solution to this problem, is accepted, it will create the right of the state to intervene in the secret area of individuals who commit adultery, which is a dangerous approach that will mean that Islam assumes a totalitarian structure against freedoms.

In our study, firstly, the classification studies made in Islamic law were examined and the place of the principle of inviolability of the person's secret area in law was shown, then the types of adultery crime were created in the light of the verses, and it was determined that these types were not found in the crime of rape. The crimes

of adultery and rape were compared with the punishment given to these crimes in terms of the legal values protected. All these showed that rape is not a sub-branch of adultery. Three possibilities have been identified to solve this problem. The first is to count them as tazir crimes, as in the Ottoman period. The second is to accept it as a crime of acquisition (iğtisab), which is offered as a remedy by modern-era Islamic jurists. Thirdly, to open an independent field where the crime of rape and its derivatives can be proved with free evidence, in accordance with the structure of Islamic law, as exemplified in Surah Yusuf and applied in the period of the Companions. All these possibilities were evaluated in our study.

Keywords: Adultery, Rape, God Right, Right of Use, Had, Legal evidence, Free evidence.

İÇİNDEKİLER

BEYAN.....	i
ÖNSÖZ.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vii
TABLolar LİSTESİ.....	xi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1
1. Araştırmanın Konusu ve Sınırlandırılması	1
2. Konunun Literatürdeki Yeri	2
3. Çalışmanın Önemi.....	4
4. Çalışmanın Amacı.....	5
5. Çalışmanın Metodu	6
BİRİNCİ BÖLÜM.....	8
İSLAM CEZA HUKUKU	8
1.1. Suç Kavramı ve Tanımı	9
1.1.2. Suçun Konusu.....	12
1.1.2.1. Suçun Maddî Konusu	12
1.1.2.2. Suçun Hukukî Konusu.....	14
1.1.2.2.1. Allah Hakkı.....	17
1.1.2.2.1.1 Tecavüz Suçunun Allah Haklarından Sayılmasının Değerlendirmesi	21
1.1.2.2.2. Kul Hakkı.....	22
1.1.2.2.2.1 Tecavüz Suçunun Kul Haklarından Sayılmasının Değerlendirilmesi:	23
1.1.2.2.3. Müsterek Haklar	23
1.1.2.2.3.1 Tecavüz Suçunun Müsterek Haklardan Sayılmasının Değerlendirilmesi:	24
1.1.3. Suçun Unsurları	24
1.1.3.1. Kanunîlik (Suçun Nasla Tanımlanması).....	26
1.1.3.2. Suçun Maddî Unsuru	28

1.1.3.3. Manevî Unsur	30
1.2. Kavramsal Olarak Ceza	31
1.2.2. Suçun Ağırlığına Göre Cezalar	32
1.2.2.1. Had Cezaları	32
1.2.2.2. Kisas	36
1.2.2.3. Tazir	37
1.2.3. Muhakeme (Yargılama) Hukuku	38
1.2.3.1. Hukuk Davaları	39
1.2.3.2. Ceza Davaları	39
1.2.4. İspat Vasıtaları	41
İKİNCİ BÖLÜM	44
CEZA HUKÛKUNA GÖRE TECAVÛZ ZİNA AYRIMI	44
2.1.Fıkıh Usûlüne Göre Zinanın Tanımı	44
2.1.1. Sözlük Anlamı	44
2.1.2. Terim Anlamı	45
2.1.3. Mezheplerin Zina Tanımları	46
2.1.4. Zina Suçunun Nasla Delillendirilmesi	48
2.1.4.1. Zina ile İlgili Ayetler	48
2.1.4.2. Zina ile İlgili Hadisler	49
2.1.4.3. Bazı Müfessirlerin Zinanın Tanımı Olarak Kabul Ettiği Ayet... ..	56
2.1.4.3.1. Nisâ 2. Ayetin Fıkha Etkileri	60
2.2. Zina Suçunun Unsurları	62
2.2.1. Zina Suçunda Maddî Unsur	62
2.2.2. Zina Suçunda Kanunî Unsur (Tipiklik)	63
2.2.2.1. Gizli Zina	63
2.2.2.2. Eşlerden Birinin Gördüğü Zina	64
2.2.2.3. Alenî Zina	65
2.2.2.4. İtirafı Ortaya Çıkan Gizli Zina	66
2.2.2.1. Zina itirafı	68
2.2.3. Manevî Unsur	72
2.2.2.1. Fâil.	73
2.3. Zina Suçunun Muhakeme Usûlü (İspat ve ceza süreci)	74
2.3.1. Zina Davası	74
2.3.2. Zina Davasında İspat Şartları	75
2.3.2.2. Zina Şâhitliği (Beyyine)	75
2.3.2.3. Zina Suçunda Yemin	78

2.3.2.4. Zina Karinesi	79
2.4. Zina Suçu Cezası	80
3.1. Tecavüzün Tanımı.....	81
3.1.1. Tecavüzün sözlük anlamı	81
3.1.2. Tecavüzün Zina Olarak Kabul Edilmesi	83
3.1.3. Tecavüz ve Zina Arasındaki Benzerlik ve Farklar	83
3.1.4. Tecavüzün Zina Kabul Edilmesinin Hukukî Sonuçları	85
3.2. Tecavüz Suçunun Nasla Delillendirilmesi.....	87
3.2.1. Tecavüz ile İlgili Ayetler	87
3.2.2. Tecavüz ile İlgili Hadis Rivayetleri.....	89
3.3. Tecavüz Suçunda Korunan Hukuksal Değer	92
3.3.1. Kadının İffet ve Şerefine Karşı İşlenmiş Bir Suç Olduğu	93
3.3.2. Kadının Beden Dokunulmazlığına Karşı İşlenmiş Bir Suç Olduğu ..	93
3.3.3. Kadının Mehir Hakkının Gasp Edilmiş Olduğu.....	94
3.3.4. Doğacak Çocuğun Nesep ve Miras Hakkının Gasp Edilmiş Olduğu	95
3.3.5. Kadını Öldürmeye ya da Yaralamaya Teşebbüs Olduğu	96
3.4. Tecavüz Suçunun Unsurları.....	97
3.4.1. Tecavüz Suçunda Maddî Unsur.....	97
3.4.1.1. Fiil (İkrah – İzdırar- Cebr)	97
3.4.1.2. Netice	98
3.4.2. Tecavüz Suçunda Kanunî Unsur (Tipiklik).....	99
3.4.3. Tecavüz Suçunda Manevî Unsur	100
3.4.3.1. Çocuk ve Deli ile Temas.....	101
3.5. Tecavüz Suçunda Muhakeme Usulü	102
3.5.1. Tecavüz Davası	104
3.5.2. Tecavüz Suçunda İspat	105
3.5.2.1. Karine.....	105
3.5.2.1.1. Karinenin Delil Oluşu ile İlgili Kur'an'da Örnek.....	105
3.5.2.1.2. Karinenin Delil Oluşuyla İlgili Hulefâ-i Râşidin'den Örnek:	106
3.5.2.2. Günümüzde Kullanılan Delil Toplama Yöntemleri.....	107
3.5.2.2.1. Kriminalistik (Delillendirme Bilimi)	107
3.5.2.2.2. Adlî Tıp Bilimleri	107
3.5.2.2.3. Sorgulama Teknikleri ile Delil Toplama.....	108
3.5.2.2.4. Bilir Kişi	109
3.6. Tecavüz Suçunun Cezası	110

3.6.1. Tecavüz Suçunu Cezalandırmada Osmanlı Uygulamaları:	113
3.6.1. Tecavüz Suçunu Cezalandırmada Modern Eğilim:	115
KAYNAKÇA	120

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1 İmam-ı Azam'ın Hakların Taksimi Tablosu	15
Tablo 2 Kur'an'da Bahsi Geçen Suçların, Hak Tasnifindeki Yerleri.....	19

KISALTMALAR

Akt. : Aktaran

B. : Bin (oğlu)

Bkz: bakınız

C. : Cilt

C.Ü. : Cumhuriyet Üniversitesi

D.İ.B. : Diyanet İşleri Başkanlığı

Hız: Hazreti

İbn: İbni (oğlu)

İSAM: İslam Araştırmaları Merkezi

M: Maddesi

M. Ü. İ. F. : Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

OMAD: Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi

OTAM: Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi
Dergisi

Ö: Ölüm tarihi

T.D.V. : Türkiye Diyanet Vakfı

TCK: Türk Ceza Kanunu

Ts: Tarihsiz

Y: Yüzyıl

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu ve Sınırlandırılması

İslam hukukunda, medenî hukukta olduğu gibi “suçların tipikliği” oluşturulmamıştır. Suçlar had, tazir, kısas suçları olarak ayrılırken had suçları da zina, kazif, iğtisap olarak kısımlandırılmış bunların alt dalları sayılabilecek tecavüz sadome çocuk tacizi vb. suçlar için farklı bir sınıflandırma yoluna gidilmemiştir. Bu suçların hepsi zina olarak kabul edilirken, mezhepler kendi belirledikleri zina tanımları doğrultusunda fûrû fikhını oluşturmuşlardır.

Alenî zinaya verilecek cezanın ayetle belirlenmiş olması sebebiyle Allah haklarından sayılan zinanın alanının, kul haklarına tekabül eden diğer bütün cinsel suçları da içine alacak şekilde genişletilmiş olduğu görülmektedir.

İslam hukukunda ayetlerle sınırları belirlenmiş olan had suçlarının ispatlanması için kanunî delil kullanılırken kul hakkı konularında serbest delil kullanılması esastır. Bu yönüyle olayı değerlendirdiğimizde, İslam hukukunda zina suçunun işlendiğinin ispat edilip fâilin cezalandırılabilmesi için istenen kanunî delil sınırlamasının, kul hakkı konularında da zorunlu hale getirilmiş olduğunu görüyoruz. Yani âdil dört erkek şâhidin olaya bilfiil şâhit olması ve bu şâhitliklerin de kadının direndiğine dair kanaat bildirmeleri istenmiştir.¹ Tecavüz gibi fitratında gizlilik olan bir suç için dört şâhidin huzurunda işlenmesi neredeyse imkânsız olduğundan, diyebiliriz ki ispat olmayan yerde ceza yoktur, ceza olmayan yerde suç yoktur. Toplum düzenini, kişilerin hak ve hürriyetlerini tehdit eden unsurların suç olarak tanımlanıp, ceza almadığı bir yerde ise adâlet yoktur.

Tezimizin konusu olan ” İslam Hukukunda Tecavüz Suçunun Sınıflandırma Problemi Ve Bu Problemin İspat Ve Ceza Yöntemlerine Etkisi “ yüz yıllardır tecavüz

¹ Ebû Bekr Ahmed b. Ebî Sehl Serahsî, el-Mebsût (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1409/1989) 9/54. Tanıklar, biri hakkında "Bu adam, bu kadınla zor kullanarak zina etti" diye tanıklık etseler kadına değil, erkeğe had cezası gerekir. Denilerek tecavüzün ispat şartının dört âdil erkeğin kanaati ile belirlendiği belirtilmiştir.

mağduru kadınların toplumda yalnızlaştırılmasıyla neticelenmiş, içinde toplumsal derinlikleri olan ve yaraları barındıran önemli bir konudur. Ne yazık ki İslam Hukukunda kadına yönelik cinsel suçların neyi ihlal ettiği ve ne için yasak olması gerektiğini ortaya koyan bir suç teorisi ve her suça müstakil bir sınıflandırma oluşturulmamıştır. Bunun neticesi olarak, ilk dönem fıkıh kitaplarında tecavüz suçuna ilişkin, ortak bir kavram dahi bulunmamaktadır.² Günümüzde modern hukukun suç genel teorisine göre suçları tanımlaması, adlandırması ve sınıflandırması neticesinde, medenî hukukta tecavüz suçu ve benzeri pek çok suç türü kendine ait müstakil bir alan bulmuştur. Çalışmamızı tecavüz suçu ile sınırlandırarak, yine bir çeşit zina suçu olarak kabul edilen fuhuş, sodomi, enest, hayvanlarla cinsel ilişki, pedofili, ölüyle cinsel ilişki³ konularını dışarıda bıraktık.

2. Konunun Literatürdeki Yeri

Konumuz hakkında Türkçe literatüre bakıldığında yapılan araştırmalarda, tecavüz suçu müstakil olarak ele alınmaktadır. Ancak bir kısmı ilk dönem İslam Hukuku uygulamalarını ve bir kısmı da Osmanlı dönemi uygulamalarını ele alacak şekilde, iki dönem halinde yapılmış olduğu görülmektedir.⁴ Son dönemde yurt dışında yapılan çalışmaların ise tecavüz suçunu zina suçundan ayrı değerlendirebilecek formül arayışlarını içerdiğini söyleyebiliriz.⁵

² Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, 225-261.

³ İbrahim b. Muhammed b. İbrahimü'l-Halebi el-Hanefî (1311), Mülteka'l-Ebhur (Lübnan/Beyrut: Daru'l-Kitâbu'l-Âlemî, 1998), 1/352.

⁴ Fatmanur Dil, “İslam Hukuku’na Göre Tecavüz Uğrayan Kadının Hak Ve Sorumlulukları”, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2020, Bursa: Jaber Alahmad, Zinâ ve hirâbe Hadları Bağlamında Tecavüz Suçu, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimler Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Arapça) 2019, Yalova; Tecavüz suçu ile ilgili tespit edilebilen makale çalışmaları için bk. Adem Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi” *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47 (2018), 225-261. ; Sabri Erturhan, “Fıkhi Açından Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)”, *C.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16/2 (2012), 21-71. ; Belkis Konan, “ Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, *OTAM*, 29, Bahar (2011), 149-172. ; Melike Karabacak, “İrzımı İsterim” 19.Yüzyılda Cinsel Saldırı Davaları Üzerine Bir Vaka İncelemesi”, *OMAD* 6/12 (2019), 189-212. <http://dx.doi.org/10.17822/omad.2019.119>

⁵ Hina Azam, “ Competing Approaches to Rape in Islamic Law ”, *Feminism, Law, and Religine. Chapter* 14 (2016), 359-374. ; Azman Mohd Noor, “Pape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law”, *Arab Law Quarterly* Vol.24, No.4 (2010), 417-438. <http://www.jstor.org/stable/27896105>

İslam Hukukuna göre tecavüz suçunun incelendiği 2012 tarihli, Sabri Erturhan'ın *Fıkhi Açidan Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)* adlı makalesinde; İslam Hukukunun konuya bakışı klasik bir tarzda ele alınmıştır. Klasik fikhin tecavüzü bir çeşit zina olarak tanımlaması sebebiyle, tecavüz suçunun ispatında zinanın ispat şartlarının kullanılmasını yazar, en zayıf şüpheyi dahi giderme çabası olarak yorumlamıştır.

Adem Yıldırım (2018)'ın *İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi* başlıklı makalesinde; tecavüz suçuna İslam Hukuku ve Osmanlı kanunnâmelerinin ne tür cezaî yaptırımlar ön gördüğü incelenmiş ve tecavüzün bir had suçu olduğu yönündeki değerlendirmelere, suç ve suçludaki bir vasfın değişmesinin suçun tanımı ve cezayı değiştireceği yönünde tespitle cevap vermiştir.

Fatmanur Dil (2020), *İslam Hukuku'na Göre Tecavüze Uğrayan Kadının Hak Ve Sorumlulukları* adlı yüksek lisans tezinde; ikrah altında zina ile tecavüzün birbirinden ayrı olduğunu belirtip tecavüz mağduru kadınların haklarından bahsetmiştir.

Osmanlı dönemi ile ilgili Belkıs Konan (2011)'ın *Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu* adlı makalesinde; Osmanlının tecavüz suçunu İslam Hukukundaki zina suçunun kapsamında değerlendirdiğini ve padişah kanunnameleri ile İslam hukukunun dışında da müeyyideler uygulandığını ortaya koymuştur.

Melike Karabacak (2019) "İrzımı İsterim": 19.Yüzyılda Cinsel Saldırı Davaları Üzerine Bir Vaka İncelemesi isimli araştırma makalesinde; Osmanlıda kararnameler ile ırzın korunmasının, padişahın himayesiyle birlikte ceza kanunlarının da koruması altına alındığını dile getirmiştir. Osmanlı toplumunda kadınların iffetini koruma ve tekrar kazanma mücadelelerine devletin kayıtsız kalmadığı ve ceza kanunlarında kadına mahkemeye başvurma hakkı verilmesiyle kadınların Osmanlı mahkemelerinde verdikleri iffet mücadelesi hoş bir üslupla anlatılmıştır.

Yalova üniversitesinden Jaber Alahmad (2019), *Zinâ ve Hirâbe Hadları Bağlamında Tecavüz Suçu* isimli (Arapça) Yüksek Lisans tezinde; sadece tecavüz ve

zina arasındaki fark konusunu araştırmakla kalmamış, hırabe suçu kapsamına giren suçların da tecâvüz suçuyla karşılaştırmasını yapmış, bu suçların ön hazırlığı sayılabilecek taciz suçlarını da ele almıştır.

İngilizce literatürde Texas üniversitesinden Hina Azam (2016), *Competing Approaches to Rape in Islamic Law* isimli makalesinde; cinsel etik kurallarını teosentrik ve evrensel olarak ikiye ayırmış teosentrik cinsel etik kurallarına bağlı olarak gördüğü Hanefî mezhebi ile evrensel (tescillenmiş) etik kurallarına yakın olarak gördüğü Mâlikî mezhebini karşılaştırmış ve tecavüz mağdurları için kapsamlı bir tecavüz yasasının inşasının gerekliliğini dile getirmiştir.

Azman Mohd Noor (2010) ise *Pape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law* adlı makalesinde; İslam ceza hukukunu had kısas tazir olarak ele aldıktan sonra tecavüz için yapılan iğtisab (اغتصاب) tanımlamasına kötü niyetle yorumlamaya açık olduğu düşüncesiyle karşı çıkmış ve tecavüz için müstakil bir suç kategorisinin oluşturulması gerektiğini dile getirmiştir.

Ayrıca Osmanlı kanunnameleri de tecavüz suçunu düzenlemiştir. Fatih Kanunnamesinin ilk bölümü üç fasıl halinde ceza hukukuna aittir. 1. fasıl, zina ve iffete karşı işlenen diğer suçların cezalarını ihtiva etmektedir. Yavuz Sultan Selim'in hazırlattığı umumi Osmanlı Kanunnamesi ise, daha kapsamlı ve geniştir, cezalar daha şiddetlidir. Burada da 1. Fasıl zina hakkında tazir cezalarını ihtiva eder. Kanunî Sultan Süleyman'ın hazırlattığı 2. Kanunname ise üç bab ve 19 fasıldan meydana gelir. I.babın dört faslı, ceza hukukuna ait hükümleri tanzim etmektedir. I. fasıl, zinaya ait cürmü(yani para cezasını) beyan etmektedir. Kanunnameler para cezası vermekle asılda bulunan recm ve sopa cezasını kaldırmış değildir. Bu uygulamanın asıl sebebi zina suçunun dört şahitle ispatlanamadığı tecavüz gibi durumlarda suçun had suçlarından tazir suçlarına dönüşmesidir ki böylelikle cezayı devlet belirlemiş olur.

3. Çalışmanın Önemi

Günümüz hukuk sistemlerinde, ilmin araştırılmasını, incelenmesini kolaylaştırmak ve daha verimli bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla alt dallarına ayırmak suretiyle sınıflandırma yöntemine gidilmektedir. İslâm Hukukunda

zina suçunun, nikâhsız işlenen cinsel suçların tümünü⁶ içine alan bir suç olarak kabul edilmesi, gerek tanımı gerek maddi ve manevi unsurlarıyla zinadan tamamen ayrı bir suç olan tecavüz suçunun zina suçuna kıyas edilerek had suçlarından sayılmasına neden olmuştur. Ayrıca ceza hukukunda kıyas yasağı⁷ olmasına rağmen, tecavüzün zina suçu ile kıyas edilerek zinanın kapsamının genişletilmesi, hatalı bir uygulama olmuştur.⁸

İslam ceza muhakemesi hukukunda, “Allah hakkı ile ilgili suçlarda kanunî delil sisteminin, kul hakkı ile ilgili konularda serbest delil sisteminin esas alınması”⁹ şeklindeki bir ara formül geliştirilmiştir. Bu da zina suçunun sübutunda kullanılan ispat şartlarının, tecavüz suçu için de geçerli kabul edilmesi ve zina suçu için gerekli görülen kanuni delil zorunluluğunun tecavüz suçu için de esas alınması sonucunu doğurmuştur ki bu da tecavüz suçunu, ispatlanması imkânsız bir suç haline getirmiştir. İslam hukukundaki bu uygulamanın iyileştirilmesi, gerekli hukuksal düzenlemelerin yine ayet ve hadisler ışığında tekrar yapılandırılması önemlidir.

4. Çalışmanın Amacı

Çalışmamızın birden çok amacı bulunmaktadır. Bu sebeple tecavüzün bir zina olmadığını ortaya koymak ilk hedefimizdir. Bunu yaparken de klasik İslam hukuk literatürü’nün zina konusunda değindiği ayet ve hadisler, ceza hukuku ilkeleri, bağlamında değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Daha sonra Ceza Hukukunun ana karakteristiği analiz edilmeye çalışılmıştır. Zina suçunu ayet ve hadislerin tek bir suç olarak değerlendirmedeğini ve aslında zina suçu için bir tipiklik ortaya koyulduğunu görmemiz, tecavüz suçunun zina suçundan zaten ayrılmış olduğunu anlamamızda etkili olmuştur. Bulmuş olduğumuz bu zina suçunun tiplerini, yeni kavramlarla isimlendirdikten sonra kazandırmış oluşturduğumuz bu yöntemin, zina dışında cinsel suçlar için de bir çözüm olabileceğini düşündük. Yapmış olduğumuz sınıflandırmanın, Hz. Peygamberin tavsiye ettiği hukuk sınırlarına sahip ve aynı zamanda günümüz

⁶ Tecavüz, fuhuş, sodomi, enest, hayvanlarla cinsel ilişki, pedofili, ölüyle cinsel ilişki.

⁷ Muhammad İbn Ahmed İbn Rüşd el-Hafid, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l Muktesid* (Kahire: Daru'l-Hadis 2004-1465), 1/9.

⁸ Yıldırım, İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, 247.

⁹ Sahip Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, S.B. Enstitüsü, Doktora tezi, 1999), 132.

hukuk anlayışına da gayet uygun bulunuyor olması bize doğru yolda olduğumuz kanaatini kazandırmıştır. Aynı zamanda İslam hukukunda, günümüz de yapılan insan hakları çalışmalarına denk gösterilebilecek bir çalışma arayışına karşılık, kişinin sır çevresinin dokunulmazlığı ilkesinin, İslam hukukunun bünyesinde zaten bulunmakta olduğunu ancak ceza hukukunda bir karşılığının oluşturulmamış olduğunu gördük.

Daha sonra İslam hukukunda suçların tipikliğinin oluşturulması ikinci hedefimiz olmuştur. Zina suçu ile tecavüz suçlarını karşılaştırdığımız ikinci bölümde, bu iki suç ile ilgili ayet ve hadislerin delil olma yönünden incelemesini yaptık. Bu bölümde ele aldığımız yeni kavramlar sayesinde, ilk defa İslam hukuku bünyesinde var olan suçların tipikliğinin ortaya konulmuş olduğunu görebiliriz. Sonuç olarak; tecavüz suçunun genel hak tasnifi içerisinde olması gereken yerine dair bazı tespit ve önerilerimizi dile getirdik.

Tecavüzün bir zina suçu olmaması, ispatında kanunî delil kullanma yükümlülüğünü kaldıracağı için tecavüz suçunda delil serbestliğinden yararlanılabilecek ve böylelikle hem tezimizin ana gayesini hem de kişilik haklarına, beden dokunulmazlığına karşı suç işleyenlere karşı Allah'ın adâletinin ulaşması için önemli bir tespit olacaktır.

5. Çalışmanın Metodu

Öncelikle İslam hukukunun hukukî ve maddî konularını kendi sistemi içerisinde tetkik ettik. Yapmış olduğumuz bu tetkikin neticesinde, zina suçuyla ilgili İslam Ceza Muhakemesi Hukukuna hâkim olan suçun unsurlarını başta Kur'an ve sünnet olmak üzere dört mezhebin belli başlı kaynaklarında araştırdık. Objektif olabilmek için araştırmamızı belli bir mezheple sınırlandırmadık. Zina suçu ile ilgili edinmiş olduğumuz bilgilerin neticesinde Hz. Peygamber zamanında yaşanan zina vakaları ile ilgili hadislerden çıkan hükümleri inceledik ve bu hükümlerin içinde tecavüz suçu ile ilgili yanlarını araştırdık. Bu iki suçu birbirine kıyas etmek için gerekli illet yakınlığını bulamadık. Ayrıca zina suçunda, ispat yöntemleri ve hükümlerin farklılıklarından yola çıkarak bir tipiklik oluşturduk.

Daha sonra tecavüz suçuna hukuk sistemi içinde verilen konunun, islam hukuku sisteminin yapısal özelliklerine uyup uymadığını değerlendirdik. Bunun neticesinde tecavüz suçunun ne unsurlarının ne de ceza ve ispat yöntemlerinin zina suçuyla uyuşmamakta olduğunu tespit ettik. Bunu yaparken olaya mezheplerin gözünden baktığımız gibi hadis ve ayetlerin hududunda direkt olarak bakmaya, sorunun çözümünü Hz. Peygamberin uygulamalarından nasıl bulabileceğimizi de değerlendirmeye çalıştık. Tecâvüz suçunun genel ve özel unsurlarının tespiti için fıkıh usulünde ele alınan normların Kur'an ayetleriyle uyumunu mukayese ettikten sonra var ise tenkitlerimizi icrâ etmek için günümüz kamu hukukunun konuyu nasıl ele aldığı ile de ilgili araştırmalar yaptık.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM CEZA HUKUKU

İslam dininde bireyin hayatında ve topluma karşı görevlerinde geçerli hukuk düzenini sağlayan normların asıl kaynağı ve belirleyicisi Kur'an ayetleri ve hadislerdir. Âyette “ايحسب الانسان ان يترك سدى : *İnsan kendisinin başıboş bırakılacağını mı sanır!*”¹⁰ buyurulmaktadır.

Hz Peygamber ceza hukukunun önemine vurgu yaptığı bir hadisinde; geçmişteki ümmetlerin yaptıkları hatayı yapmamamız hususunda bizleri dikkatli olmaya davet etmiş “*Geçmiş toplumların hâkimiyetlerini kaybetmelerinde, içlerinde itibarlı ve varlıklı kişilerin suç işlemeleri halinde onlara ceza uygulamamalarını ve sübuta eren suçun karşılıksız kalmasını*”¹¹ sebep göstermiştir.

İslam Hukuku'nun insan üzerindeki emredici bütün kuralları¹² kapsayıcı yapısını değerlendirdiğimizde, İslam ceza hukukunun konusunun kıta Avrupası'nın Hukuk sistemlerinde olduğu gibi sadece, hukuk kurallarının geçerli olduğu, hukuka soyut ve kavramsal yaklaşma eğiliminde olan bir hukukî sistem olmadığını görebiliriz.¹³ İslam ceza hukukunda yasak fiilin birden çok boyutu bulunmaktadır.

¹⁰ el- Kıyâme 75/36.

¹¹ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî (ö. 256/870), Sahîhu'l-Buhârî, (Mısır: es-Süldâniyye, 2012), Hudûd 11,12, Menakıb 42; Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/889), (Dâru'r-Risâle el-Âlemiyye, 2009), Hudûd 4 (4373, 4374); Ebû İsmâ Muhammed b. İsmâ b. Sevre (Yezîd) et-Tirmizî (ö. 279/892), el-Câmi'us-Sünen (Mısır: Mektebetü'l-Musdafa'l-Halebî, 2010), Hudûd, 6 (1430); Ebû Abdîrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî en-Nesâî (ö. 303/915), Sünen, (Haleb: mektebetü'l-Madbûatü'l-İslâmiyye, 2012), Kat'u's-Sârik 6; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî (ö. 273/887), es-Sünen (Dâru İhyâ'u Kitâbü'l-Arabî, 2010), Sârik 6 (2547); Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî (ö. 241/855), Müsned (Müessesetü'r-Risâle, 2010), 6/42.

¹² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992), 7.

¹³ “Günümüzde, hukuk fakültelerinde genel olarak ele alınan ve geçerliliğini hala koruduğu düşünülen dört hukuk sistemi bulunmaktadır. Bunlar Roma-Germen Hukuk Sistemi, İslam Hukuk Sistemi, Sosyalist Hukuk Sistemi, Common Law (Amerikan ve İngiliz Hukuk Sistemi) Hukuku Sistemleridir. Bunlardan birincisi Birinci kısım civil law Germen Hukuk geleneği veya Romanist Hukuk olarak da adlandırılır. Bugün Kıta-Avrupası hukukları olarak bilinen bu sistem genellikle hukuka soyut ve kavramsal yaklaşma eğilimindedir. İkinci familya Common Law familyasıdır. Bunlar arasında

Fiilin uhrevi boyutunun günah¹⁴, dünyevi boyutunun suç olarak nitelenmesi sebebiyle ilahî emirlere karşı işlenen cürüm¹⁵, cinâyet¹⁶ ve mâsiyet¹⁷ kavramlarının suç kavramıyla yer yer aynı manada kullanılmış olduğunu söyleyebiliriz.¹⁸ Burada dikkatimizi çeken, İslam Hukukunun temelini oluşturan klasik dönemde kullanılan ceza kavramı da tek bir manada kullanılmamıştır. Örneğin işlenen suçun dünyadaki karşılığı için ceza denilirken günahın ahiretteki karşılığı için de ceza denmiştir. Hatta günahın ahiretteki cezasından kurtulmak amacıyla dünyada çekilen bir ceza olan kefaret kavramı da, ceza ile aynı anlamda kullanılmaktadır.¹⁹ Bu sebeple çağdaş dönemdeki suç ve ceza kelimelerinin klasik dönemdeki kullanımlarından farklılık arz etmesi bu döneme ait, o dönemi anlamaya yönelik çalışmalarda ve bakış açılarında farklılıklara sebep olmuştur.

1.1. Suç Kavramı ve Tanımı

Etimolojik olarak suç kelimesi Türkçe bir kelime olup sözlük anlamı; “Töreler ve ahlâk kurallarına aykırı davranış ya da bir toplumda haksız sayılıp yazılı yazısız kurallarla yasaklanan ve yaptırıma bağlanan eylem” manasına gelmektedir.²⁰ Klasik

Amerikan, İngiliz ve İslam hukuk sistemleri sayılabilir. Sosyo-legal özelliklere sahip common law geleneği de hukuka tipik bir şekilde daha somut ve davada mahkeme temelli pragmatik çözümler bulma eğilimindedir” Bkz. İlim ve Medeniyet, “Modern Hukuk Sistemleri”(Erişim 12 07 2021).

¹⁴ Farsça kökenli bir kelime olan günah kelimesinin aslı cünahtır ve cünah kelimesi Kur'an da 23 yerde geçer. Adil Bebek, “Günah” , Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları 2001),14/278-282.

¹⁵ Hukuken yasaklanan ve yapılması halinde fâilin had, kısas ve tazirle cezalandırılmasını öngörülen eylemlere denilir. İsmail Karagöz, *Dini Kavramlar Sözlüğü* (Ankara. D.İ.B.Yayınları, 2005), 108.

¹⁶ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz İbn Abidîn (ö. 1252 h.), *Reddu'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr* (Beyrut: Dârul-Fikr, 1992/1412), c.VI/52.

¹⁷ Masiyet: Şeriatin haram kılıp yasakladıklarını yapıp vacip kıldıklarını terketmektir. Abdülkadir Üdeh (trs.), *İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk* (Beyrut: Dârul- Kâtibi'l Arabî, tsz) I, s. 128

¹⁸ Nazım Büyükbaş, Klasik İslam Hukuku Literatüründe “SUÇ”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 9/42 (2016), 1307-9581.

¹⁹ Nazım Büyükbaş, "İslam Cezâ Hukukunda Keffâret İlkesi." *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/1 (Haziran 2016), 37-62.

²⁰ Mehmet Boynukalın, “Suç”, TDV İslam Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 2003), C.37, 453-457.

fıkıhta mâsiyet²¹, cürüm²² ve cerime kelimeleri günah, suç ve haksız fiili kapsayacak şekilde kullanılırken çağdaş Arapça’da suç terimi cürüm ve cerime olarak kullanılır. Ceza hukukunda ise cerime ve cinayet²³ terimleri ön plana çıkmaktadır.²⁴

Suçun tarifini biçim yönüyle, diğer bir ifadeyle ceza kanunu ile bağı yönünden incelediğimizde, İslam hukukunun beşeri hukukla hemen hemen aynı görüşte olduğunu söyleyebiliriz. Abdulkâdir Üdeh (1907 -1954), modern hukukun suçu “*Kanunun yasakladığı bir şeyi yapmak veya kanunun emrettiği bir şeyi yapmamak*”²⁵ diye tarif ettiğini İslam Hukukun da ise suçun “*Şeriatın yasakladığı hakkında dünyevî ya da ahirete dair ceza koyduğu bir fiili işlemek veya işlememek*”²⁶ olarak tarif edildiğini dile getirmiştir. İmam Gazâlî’ye (ö. 505/1111) göre ise bir fiilin suç sayılmasının temel kriteri, en eski tarihlerden beri bütün dinlerin muhafazası için çok büyük çaba sarf ettiği Zarûrât-ı Hamseye yönelik saldırıdır.²⁷ Bu nokta bütün Müslümanlar arasında, üzerinde görüş birliği olan bir noktadır. Canın, malın, aklın, dinin, ırzın korunması ilkesi çerçevesinde, tecavüz suçu namusa karşı işlenen temel suçlardan biri sayılabilir.

Şâfiî hukukçu Nevevî’nin (ö. 676/1277), *el-Mecmû’* isimli eserinde cinayeti “insanın yaptığı, dünya ve ahirette ceza veya kısas gerektiren her şey”²⁸ olarak

²¹ Masiyet; “Allah’ın yapılmasını veya terk edilmesini yasakladığı fiil ve terklerdir.” Masiyet isyan kökünden olup taatin zıddıdır. Kuran veya sünnette masiyetlere dünyalık bir ceza belirtilmediği için dünyevi suç kavramının dışındadır. Ancak ahiretteki cezaları bakidir. Örnek olarak yalan söylemek, ahlaki ve dini bir suçtur kişinin iffetine iftira ya da hukuku yanıltıcı bir yönü olmadıkça dünyevi bir cezası olmamasına rağmen dinen yasaktır ve ahirette cezası vardır. (Bkz. Nazım Büyükbaş, “İslam Cezâ Hukukunda Keffâret İlkesi, 40).

²² Cürüm veya cerime kelimeleri cerime (kazanç) kökünden gelir. Maide suresi 8. Ayette haksız kazanç manasında kullanılmıştır.

²³ Hukuk dilinde cinayet terimi genellikle bir insanın vücuduna saldırı ve darptan ağır bedensel zarar ve ölüme kadar değişen ve suçlunun ceza veya cezaya karşı sorumlu olmasına yol açan saldırganlıkla oluşan yaralanmalarda kullanılır. Serahsi’ye göre “Cinayet, (genel anlam ile) mala veya cana karşı işlenen şer’an yasaklanmış bir fiilin adıdır. Ancak İslam hukukçularının kullanımında “cinayet” kelimesi mutlak olarak (izafe edilmeden, kayıtlanmadan) kullanıldığında en dar anlamıyla hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar anlaşılır ve diğer suçlar için mala karşı işlenen suçta gasp ya da örfte kullanılan isimlerdir”. Es- Serahsî, el- Mebsût, XXI.

²⁴ Büyükbaş, “ Klasik İslam Hukuku Literatüründe “SUÇ”, 1307-9581.

²⁵ Abdulkâdir Üdeh. et-Teşrîü’l-cinâiyyil-İslâmî (Beyrut: Dârü’l-kâtibi’l-Arabî, t.y.), 1/ 128.

²⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bimen Yayınevi 1976), 27; İsmail Karagöz, *Dinî Kavramlar Sözlüğü*, 596.

²⁷ Ebû Zehre. *İslam Hukukunda Suç ve Ceza* (İstanbul: Merhaba Ofset Yayınları, 1994), 1/68.

²⁸ Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref En-Nevevî, *el-Mecmû’ Şerhu’l-Mühezzeb* (Beyrût: Dârü’l-Fikr, trs.), 18/344.

tanımlaması klasik dönemin suç anlayışının ahiret hayatını da içeren bakış açısını yansıtmaktadır. Zamanla ilmin ilerlemesi ve muhakeme esaslarını tek çatı altında toplama ihtiyacının neticesi olarak Şafilerden İmam Gazâlî²⁹ ve Mâlikî el-Karafî (ö. 1008/1600) çağdaş İslam ceza hukukuna ilk adım sayılabilecek bir yaklaşımla had ve kısas suçlarını kapsayan “ceza gerektiren suçlar kitabı” başlığını kullanmışlardır. Ebû Hanîfe’den (ö. 150/767) sonra hukukî sınıflandırma adına atılan ikinci adım olan bu çalışmayla ahirete dönük suçlar ceza hukukunun kapsamından sayılmamıştır. Ancak ünlü Mâlikî hukukçu ve filozof İbn Rüşd el-Hafîd’in (ö. 595/1198) : “kanunla belirlenmiş (meşru’-şer’î) sınır ve tanımı olan cinâyetler birkaç çeşittir:

1. Cana ve uzuvlara yönelik olduğunda öldürme (قتل) ve yaralama (جرح) diye isimlendirilir,
2. Cinsel organa yönelik olduğunda zina (زني) ve sifah diye isimlendirilir,
3. Kişinin şeref ve manevi değerine yönelik olduğunda kazf (قذف = iffete iftira) ismini alır.

4. Cinâyet mala yönelik olduğunda birkaç şekilde isimlendirilir,

- Doğuş yolu ile ve haklı gösterecek hiçbir te’vil yapılmaksızın olursa hirabe (حراب), ikinci olanı haklı gösterecek bir te’vile dayanırsa bağy (بغى)

- Mal gizli olarak ve saklandığı yerden alınırsa buna hırsızlık (سرقة)

- Silah yolu ile ve zor kullanılarak alınırsa buna da gasb (غصب = soygunculuk) denir.” diyerek şerî kanunlarla cezalandırılması gerekli görülen suçları belirli birkaç başlık altında toplaması³⁰ sınıflandırma çabalarında gelinen son nokta olmuştur.

İbn Rüşd’ün bu küllî kısımlandırmaları yaparken suçları kendi aralarında sahip oldukları unsurlara göre tiplerine ayırmamış olması İslam hukukunun karakteristik özelliği kabul edilmiştir.

²⁹ Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed El-Gazzâlî (trs.), *el-Vesît fi l-Mezheb* (Beyrut: Daru’s-Selâm, 1431-2010), VI/ 413.

³⁰ Muhammed İbn Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, 4/177.

Suçun tarifinde onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayırt edecek farkların da gösterilmesi anlamında suçların tipikliğine, ilk olarak modern hukukta suç genel teorisinde³¹ rastlanmaktadır. İslam ceza hukukunda, konular mesele mesele ele alındığında suçun bütün unsurlarının değerlendiriliyor olmasına rağmen bu tür bir çalışmaya rastlanmamaktadır.³²

1.1.2. Suçun Konusu

Modern hukukta suçun konusu suçun maddî konusu ve suçun hukukî konusu olmak üzere ikiye ayrılır.³³

1.1.2.1. Suçun Maddî Konusu

Medenî hukukta suçun maddi konusu, maddî vâkıâ olarak işlenen fiilin yöneldiği kişi veya nesnedir.³⁴ İslam ceza hukukunda ise suçun konusunu Hz. Peygamberin sünneti doğrultusunda ikiye ayırabiliriz. Birincisi, fiilin yöneldiği konu, Allah ile kul arasında olup ortaya çıkartılmaya çalışılmaması gerekli olan gizli suçlar. İkincisi, fiilin yöneldiği konu, kişi veya toplum haklarına karşı işlenmiş olup ispatlanması zorunlu olan maddî suçlar.³⁵ İki hukuk sisteminin arasında bu denli büyük bir farkın bulunması, İslam hukukunun dinî ve ahlaki emirleri de kapsayıcı yapısından kaynaklanmaktadır.³⁶ Medenî hukukun benzer bir yaklaşımı dinî ve ahlaki suçları hukuk sisteminin tamamen dışına çıkartmakla gösterdiğini söyleyebiliriz. İki sistemde de amaç kişinin mahremiyet alanı yani “sır çevresi” dediğimiz alandaki özgürlüğünün

³¹ Suçun unsurlarını ortaya koymaya çalışan düşünce sistemlerine suç genel teorisi denir. Suçun ne olduğunu ve diğer hukuka aykırı fiillerden nasıl ayırt edildiğini, suçun varlığı için zorunlu olan unsurları, suça etki eden (ağırlaştırıcı ve hafifletici) sebepleri, suçu cezalandırılabilir hale getiren şartları, suçun ne zaman ortadan kalktığını inceler. Ardından işlenen suçların hangi hukukî değeri korumayı amaçladığını tespit ederek kişilere karşı işlenen suçlar, mal varlığı aleyhine işlenen suçlar vb. şekillerde guruplara ayırıp bunlara özgü teorik meseleleri ele alır. Boynukalın “Suç” 453/457; Hasan Karakehya - Asena, Kamer Usluadam. “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, *Dergipark* 3/2 (2015), 1-24.

³² Boynukalın, “Suç”, 449

³³ Boynukalın, “Suç”, 449.

³⁴ Ceza Hukuku Kavramları, “Suçun Maddî Konusu nedir?” (Erişim 05 04 2022). <https://hsturan.com/ceza-hukuku-kavramlari>

³⁵ Sabri Erturhan, "Kişisel boyutlu suçların gizlenmesinin İslam ceza hukuku açısından değerlendirilmesi" 259-292.

³⁶ Josaph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş* (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986), 166.

korunmasıdır. Bugün “mesken masumiyeti ya da özel hayatın dokunulmazlığı olarak ifade ettiğimiz ayetlerde ise “tecessüs”³⁷ olarak ifade edilen ilke Peygamberimizin üzerinde titizlikle durduğu bir mesele olmuştur.³⁸ Peygamber efendimiz teklifi hükümlerde suç sayılan bir fiili işleyen kişinin, eğer bu suç, kul ya da toplum hakkı olmayan konularda işlenmişse bunu; suçun duyulması, yayılması ve örnek alınmasına engel olabilmek için fâilin gizli tutmasını istemiştir.³⁹ Bu konudaki rivayet Peygamber efendimizin suç işleyen herkese ceza vermek yönünde bir tavrının olmadığını göstermektedir.⁴⁰

Medenî hukukta ihlâl edici maddî fiilin işlenip işlenmediğinin tespitinden sonra iş bu ihlâl edici fiile ne tür ve ne ölçüde yaptırımın uygulanacağına⁴¹ gelir ki, bu da suçun hukukî konusunu oluşturur. İslam ceza hukukunda ise suçun konusu Allah ile kul arasında kalan ahlakî ve dinî konulardan birisi ise bu müminin ayıbı niteliğini taşıması sebebiyle dünyevi bir dâvâ konusu edilmez. Bu alandaki suçlar ya itirafla cezâ hukukunun konusu olabilir, ya da kişi veya toplum haklarına karşı işlenmiş bir suç hüviyetine dönüşmekle ceza hukukunun konusu olur. İslam Hukukunda gizlide işlenen bir suçun itirafla ortaya çıkması, suçun en çirkin hali aleni olarak işlenmesi olacağı için hoş karşılanmaz. Ancak Peygamber Efendimiz “ *yeryüzünde, işlenen bir suçla karşı hukukî bir ceza uygulanması, yeryüzü halkı için kırk sabah yağmur yağdırılmasından daha hayırlıdır*”⁴² buyurarak huzur ve asayişin sağlanması için ortaya çıkan suçların cezasız bırakılamayacağını bunun adâletin tecellisi için şart olduğunu dile getirmiştir. Bu ölçülerde tecâvüz suçunu değerlendirdiğimizde gizlilikte işlenmesi sebebiyle Allah hakkı görüntüsüne sahip bir suç olmasına karşılık kadının

³⁷ Hucurât, 49/12. ayette “Ey iman edenler zannın birçoğundan sakının, çünkü zannın bir kısmı günahdır, tecessüs de etmeyin...” buyurularak tecessüs yasaklanmıştır. Peygamber efendimiz ise “Müslüman kardeşinin kusurunu araştırıp deşifre eden kişinin kusurunu da Allah tâkip eder ve açığa çıkarır, öyle ki onu kendi evinin içerisinde rezil eder.” Buyurmaktadır. İbn Mâce, II/850.

³⁸ Erturhan, "Kişisel boyutlu suçların gizlenmesinin İslam ceza hukuku açısından değerlendirilmesi." 259-292.

³⁹ Mehmet Emin Özafşar (Ed.), *Hadislerle İslam* (İzmir: D.İ.B. Yayınları,2020), 5 / 445; Ebû Zehre, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, 1-68.

⁴⁰ “Ey insanlar! Sizin için Allah’ın belirlediği suçlardan sakınma zamanı geldi. Kim şu çirkin şeylerden birini işlerse açığa vurmasın. Allah’ın gizlemesiyle(onu açığa çıkartıp rezil etmemesiyle)gizlensin. Zira kimin suçu tarafımızdan duyulur ise, biz de Allah’ın kitabını kendisine tatbik ederiz. Muvatta, Hudud, 2.

⁴¹ Celal Erbay, *İslam Ceza Muhakeme Hukukunda İspat Vasıtaları* (İstanbul: M.Ü.İ.F.Vakfı yayınları 1999), 14.

⁴² İbn Mâce, Hudûd, 3.

bedenine, iffetine ve mihir hakkına karşı işlenmiş bir suç olması sebebiyle gizlenmesi istenen Allah hakkı suçlarından sayılamayacak bir suçtur. İspat edilip, kadına hakkı teslim edilmesi gereken kul haklarından sayılması, yeryüzünde adâletin gerçekleşebilmesi için elzemdir.

1.1.2.2. Suçun Hukukî Konusu

İslâm hukukunda suçun hukukî konusunu zarûrât-ı hamse'nin⁴³ korunmasıyla sağlanan özel ve genel yararlar ve teklifî hükümler olduğu söylenebilir.⁴⁴ Bu da klasik dönemde Allah hakkı ve kul hakkı olarak ifade edilmiştir. Dinin, kişinin bütün sorumluluklarını içine alan bir sistem olarak anlaşıldığı o ilk dönemde topluma karşı bir sorumluluk anlayışı bulunmamaktadır. Kişinin sorumluluğu sadece Allah'a ve diğer insanlara karşıdır. Bugün suçun hukuki konusu dikkate alınarak yapılan tasnifte ise suçlar; şahıslara karşı, mala karşı, aile düzenine karşı, din ve devlete karşı ve topluma karşı işlenen suçlar olarak beş kısımda ele alınmıştır.

Klasik dönem İslam Hukuku eserlerinde ayırımına ilk olarak Serahsi (ö. 571/1176) ve Pezdevî'nin (ö. 482/1089) usul esaslarında rastladığımız⁴⁵, Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) ortaya attığı ikili tasnif yöntemi, diğer mezhepler tarafından da benimsenmiştir. Ebû Hanîfe istikra⁴⁶ (tümevarım) yöntemiyle ayetlerin inmesine sebep olan olaylardan (sebeb-i nuzûl) ve Hz. Peygamberin karşılaştığı olaylara vermiş olduğu hükümlerden yola çıkarak külli kaidelere ulaşmıştır. İstikra yönteminin bu yapısı hukukî boşlukların oluşmasına çok müsait bir yapıdır. Çünkü Hz. Peygamberin karşılaşmadığı ya da hadislerde detayları belirtilmemiş bir mesele hakkında genel bir hüküm ortaya koymak mümkün olmayacağı için tecavüz suçunda olduğu gibi suni bir hukuk boşluğu oluşabilmektedir.

⁴³ Zarurat-ı hamse: İslâm hukukunda korunması gereken beş temel hak vardır. Bunlar sırasıyla can, din, akıl, mal ve nesildir. Bu beş ilkeye “zarurat-ı diniyye ya da zarurat-ı hamse” adı verilir.

⁴⁴ Boynukalın, “Suç”, 453-457.

⁴⁵ Hacı Mehmet Günay - Adnan Hoyladı, “İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 20/2 (Eylül 2020), 755-799. <https://doi.org/10.33415/daad.728251>

⁴⁶ İstikra: Bir cüzün hükmünü, bu parçalara şamil olan bir bütüne verebilmek için, cüz'i şeyleri tek tek incelemekten ibarettir. Parçalara dayanarak parçaları içine alan genel bir hükme ulaşmak da denilebilir.(bkz. İmam-ı Gazalî, el-Müstasfâ min 'İlmi'l-Usûl. c.1)

Ebû Hanîfe, Kur'an'ın emirlerini ve Peygamberimizin uygulamalarını dikkatle inceleyip, Allah hakkı kul hakkı ayırımına gittiği hukuk sisteminde aslında suçları hukukî konusuna göre ikiye ayırmıştır. Birincisi, Allah ile kul arasında olup saklanması istenen, ispatı için yemin ettirilmeyen, ortaya çıkması halinde affedilmeyen ancak kişiye itiraftan dönme hakkı verilen suçlardır. İkincisi, saklanması istenilmeyen, ispatı için yemin ettirilen, ikrardan dönme hakkı olmayan, hak sahibine affetme hakkı verilen suçlardır. Bir de bu iki özelliği de kısmen beraber gösteren müşterek haklar vardır.⁴⁷ Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) hukuk sistemini bir şema ile gösterecek olursak:

Tablo 1 İmam-ı Azam'ın Hakların Taksimi Tablosu

ALLAH HAKKI	KUL HAKKI
Saklanması istenen	Saklanması istenmeyen
Ortaya çıkması halinde Affedilmeyen suçlar	Affı ve iskat yetkisi mağdur Kişiye ait olan suçlar
1. Teklifi bütün emirler	1. Borçlar
2. Tam-Sınırlı cezalar	
3. Meûnat	
MÜŞTEREK HAKLAR	
1. Kazf hakkı: Mağdurun af yetkisinin olmaması sebebiyle Allah hakkı galip kabul edilirken İkrar durumunda ikrardan dönme cezayı düşürmediği için kul haklarından sayılır.	
2. Kısas hakkı: mağdurun af yetkisinin olması sebebiyle kul hakkı galip sayılır.	

⁴⁷ Şemsüleimme es-Serahsî, *el-Mebhut*, (Beyrut: Daru'l-Marife, 1993), 9/ 55.

Görüldüğü gibi İslam Ceza Hukukunda suçlar ihlal edilen haklara göre, Allah hakkı, kul hakkı ve her iki hakkında bulunduğu müşterek haklar şeklinde kısımlara ayrılmıştır. Diğer bir ifadeyle, suçun hukukî konusu ihlal edilen haklara göre tasnif edilmiştir. Ancak ayırımın esas ilkeleri, muhakeme hukukunun konuyu ele alış biçimidir.

Bu sistemde tecavüzün zina suçu olarak kabul edilmesi sebebiyle yeri gizlenmesi istenen ortaya çıkması halinde affedilmeyen suçlar kısmındadır. Bunu muhakeme hukukunun ele alış şekliyle düşündüğümüzde ispatlanması için kanunî delil şart olan hâkimin görüşüne başvurulmayan suçlardan sayılmaktadır.

Tecavüz suçunun konusunu, kamu hukuku konusu kabul edip tecavüzü kul haklarından saydığımız zaman sistemdeki yeri tıpkı borçlarda olduğu gibi saklanması istenmeyen, affı ve iskâtı mağdur kişiye ait olan ispatı için serbest delil kullanılabilen hâkimin görüşüne başvurulabilen suçlardan olacaktır.

Bu noktada şunu sormalıyız, İslam Hukukunda medenî hukukta gördüğümüz kamu hukukuna karşılık gelebilecek bir yapı var mıdır? Şârî'in suç olarak kabul ettiği bütün teklifi hükümlerin içerisinde sadece altı tanesine⁴⁸ dünyevi bir ceza öngörmüş olması ve bunların da toplumsal kabul edilebilecek konularda olması çağdaş İslam hukuku literatürünün İslam hukukundaki Allah ve kul hakları ayırımının modern hukuktaki kamu hakları ve özel haklar ayrımıyla paralellik arz ettiği şeklinde yaygın bir kanaate sahip olmalarına sebep olmuştur. Ancak mevcut hak tasnifleri incelendiğinde bu iki hak grubunun (kamu hakları ve özel haklar) birbiriyle çok fazla örtüşmediği görülmektedir. Şöyle ki; Hukûku'llah konuları ibadetler, ukûbat ve meûnet şeklinde üç başlık altında toplanır. İbadetlerin cezası ikab cezası ahirette Allah tarafından verilecek haklar iken, ukubat ve kefarete dünyada verilecek şerri cezaları meûnet ise vergileri içine alır.⁴⁹ Bu durumda ancak, teklifi hükümlerle ilgili gizlilik vasfı olan konuları Allah hakkı kabul edip, bunun dışında kalan kişi ve toplum hakkını

⁴⁸ İslam Hukukunda hakkında cezâ belirlenen altı tane tane suç vardır. İslamın meşru düzenine karşı gelmek, Sârîka, zina, hırâbe, kazf ve kısas. Bkz. Ebû Zehre, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, 112.

⁴⁹Günay – Hoyladı, “İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme”, 764. ; Suat Erdoğan, “Kamu Hukuku -Özel Hukuk Ayrımı ve İslami Cezalar”, *Ankara Üniversitesi İ. F. Dergisi* 58/1 (2017), 185-203.

ilgilendiren konuları ayırdığımızda İslam hukukunda da bir kamu hukukundan bahsedilebilir.

Bütün bu doğrultuda klasik kaynaklarda tecavüz suçunun bağımsız bir şekilde ele alınmamış olması İslam Hukukunda böyle bir suçun yerinin olmadığı anlamına gelmemelidir. Çünkü elimizde Hz Peygamberin tecavüz suçlularını recmettiğinin bilgisi vardır.⁵⁰ Ancak bu suçun nasıl ispatlandığının bilgisi ve sistemde tam bir yeri yoktur. Sistemi iyi analiz etmemiz bize tecavüz suçunun olması gerekli yerini doğru bir şekilde tespit etme çabamıza yol gösterici olacaktır.

1.1.2.2.1. Allah Hakkı

İslam ceza hukukuna göre gizli tecavüz suçunun ispatlanamıyor olmasındaki en büyük sebep tecavüzün zina kabul edilmesi sebebiyle Allah haklarından sayılıyor olmasıdır. Allah haklarından sayılmanın bu suça nasıl bir dokunulmazlık alanı kazandırdığını izah etmeye çalışalım.

Hak denildiği zaman pek çok âlimin bu kelimeyi maslahat⁵¹ ve menfaat⁵² kelimesiyle özdeş sayıyor olması, Allah hakkı kavramını tahlil etmemizde önümüze engeller koymaktadır. Hak kavramı birbirinden farklı özel terim anlamlarına sahiptir. Özellikle, batılın zıddı, doğru ve gerçek olma, vacip olma, sabit olma, mevcut olma, mutabakat ve muvafakat anlamları vardır.⁵³ Ancak bu kavramı, mükellefin görevleri açısından düşündüğümüz vakit Allah hakkının mükellef olan kul ile Allah arasında olan sorumluluk ve yükümlülükleri ihtiva ettiğini söyleyebiliriz. Allah'ın kullarına yüklediği sorumlulukların başında aklın, dinin, canın, malın, ırzın korunması sorumluluğu gelir. Bu da Allah'ın kullarının üzerindeki en büyük hakkıdır. Bu sebeple

⁵⁰ Tirmîzî, "Hudûd", 22; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 8; İbn Mâce, "Hudûd", 30.

⁵¹ Hak kanunun koruduğu malî değeri olan maslahattır. (bkz. Abdurrezzak es-Senhuri, masâdiru'l-hak fi Fikhi'l-İslamî, Akt. Günay – Hoyladı, İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme, 760.)

⁵² Hak, gerçekleşmesi sahibinin tercihinin bırakılmış, hukuken himayeye erişmiş maddî ve manevî şahsî menfaatlerdir. (bkz. Karaman. Hukuk tarihi. s.6); Hukuken korunan menfaat (bkz. Yılmaz, Ejder, hukuk sözlüğü, Akt. Günay – Hoyladı, İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme, 761).

⁵³ Seda Zorbozan, *İslam Hukukunda Hakların Allah Hakkı ve Kul Hakkı Olarak Ayrılması ve Bu Ayrımın Muamelata Yansımaları*, (Elazığ: Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011), 161.

din kaynaklı bütün teklifi hükümler ve ahlak kuralları ihlalinin ve ihyasının yalnız Allah tarafından bilinebilmesi ve kişilerin ameline uygun ödül ve cezanın yalnız Allah tarafından verilebilecek olması sebebiyle, Allah hakkı olarak kabul edilir.

Bu kavramın Hanefî usûl literatüründe mahkûm bih konusu çerçevesinde teklifi hükümler olarak ele alınması sebebiyle Hanefîlerin bu hakları, şer‘î hükümlere bağlı olarak telakki ettiklerini söyleyebiliriz.⁵⁴ Bu bağlamda, Allah haklarında, Kur‘an ve hadislerde geçtiği üzere sadece Allah’a karşı bir mükellefiyet söz konusudur. Mükellefin sorumluluklarını yerine getirmesinin neticesi, hem dünyada huzur ve düzen içinde bir toplum yaşantısı hem de ahirette Allah‘ın râzı olduğu bir kul olma vaadidir. Ancak son dönem Hanefî müellifleri Allah hakkı kavramındaki hak kelimesine menfaat manası vermişler ve bu da kelâmî tartışmalara neden olmuştur. Hanefî müellifler Allah hakkı kavramını oluşturan bu kelimî tartışmalardan kurtarmak amacıyla, insanların umumi menfaatlerini içine alan bir kavram olarak tanımlamışlardır. Şöyle ki Abdülaziz el-Buhârî‘nin (ö. 730/1330) Pezdevî‘nin usul kitabına yazdığı şerh olan *Keşfü‘l Esrar* kitabında Allah hakkı terimini, hak kelimesinin taşıdığı anlamlardan sadece biri olan, menfaat anlamına hasrederek şu şekilde açıklamaktadır: “Allah hakkı kendisine bütün insanların (el-âmm) umumi yararı (en-nef‘u‘lâmm) taalluk eden şeydir. Ona hiç kimsenin ihtisası yoktur. Allah Taâlâ‘ya nispet edilmesi tazim ya da hiçbir zorbanın ona ihtisası olmaması içindir. [...]”⁵⁵ Ona ancak tazim için nispet edilir. Çünkü Yüce [Allah] bir şeyden faydalanmaktan mütealdir. Bu açıdan bir şeyin onun hakkı olması caiz değildir. Yaratma açısından bir hakkın onun olması da caiz olmaz. Çünkü bu konuda her şey

⁵⁴ Muharrem Midilli, “Allah Hakkı ve Kul Hakkı Arasında Hanefî Ceza Hukukunun Kamusalılığı”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/1 (2017), 73.

⁵⁵ قَالَ السَّيِّدُ الْإِمَامُ أَبُو الْقَاسِمِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي أَصُولِ الْفَقْهِ: الْحَقُّ الْمَوْجُودُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ الَّذِي لَا رَيْبَ فِيهِ فِي وُجُودِهِ وَمِنْهُ السَّخَرُ حَقٌّ وَالْعَيْنُ حَقٌّ أَيْ مَوْجُودٌ بِأَثَرِهِ وَهَذَا الَّذِي حَقٌّ أَيْ مَوْجُودٌ صُورَةً وَمَعْنَى وَلِفُلَانٍ حَقٌّ فِي ذِمَّةِ فُلَانٍ أَيْ شَيْءٌ مَوْجُودٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ قَالَ: وَحَقُّ اللَّهِ تَعَالَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ النَّفْعُ الْعَامُّ لِلْعَالَمِ فَلَا يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدٌ وَيُنَسَّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى تَعْظِيمًا أَوْ لِنَلَا يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدٌ Abdulaziz el- Buhari Keşfü‘l Esrar kitabında Pezdevî‘nin hükümleri Allah hakkı ve Kul hakkı olarak ayırdığı bölümün şerhini yaparken hak kavramını değerlendirmiş ve kavramda bulunan menfaat manası sebebiyle Allah hakkı teriminin Allahın menfaatleri olarak anlaşılamayacağını bu terimin genel bir menfaat manasını içerdiğini belirtmiştir. İbarede Allah hakkının toplum hakkı(kamu hakkı) manasında olduğuna dair bir ifade yer almamaktadır. Baber Johansen, “Secular and Religious Elements in Hanefite Law. Function and Limits of the Absolute Character of Government Authority,” adlı makalesinde Hanefî hukukundaki Allah hakkının kamu hakkı olduğu yönündeki görüşü İslam hukukunda seküler bir yaklaşım oluşturma gayesi güden temelsiz bir yaklaşımdır. Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim fiqh (Leiden, E.J. Brill, 1999), 211-212. Akt. Muharrem Midilli, “Allah Hakkı ve Kul Hakkı Arasında Hanefî Ceza Hukukunun Kamusalılığı”, 71.

[onun tarafından yaratılmış olmak açısından] eşittir. Aksine [hakkın] ona izafe edilmesi bütün insanların faydalanması yönüyle önemi büyük, faydası yüksek ve fazileti yaygın olan şeyi yüceltmek içindir.”⁵⁶ Bu söylemin arkasında yukarıda belirttiğimiz kelimî anlayış çekincesinin yanı sıra devlet müessesesinin ortaya çıkışıyla birlikte cezalandırmanın şahsi niteliğinin terkedilmesi ve cezaların toplum adına devlet tarafından uygulanmaya başlanmasının da etkisi vardır. Böylelikle suçun, toplumu ve onun temsilcisi olan devleti ilgilendiren bir konu olduğu ve toplumu korumanın devletin sorumluluğunda ele alınması gerektiği prensibine dayanarak suça karşı tepki verme yetkisinin de suç mağdurundan devlete kaydığı görülmektedir.⁵⁷

Kişiyi ve topluma karşı işlenen bu suçların arasında kişi hakkının Allah haklarından ayrı tutulup, toplum hakkının ayrılmamış olması Baber Johansen tarafından toplum haklarının Allah haklarının güvencesi altında tutulmak istendiği şeklinde yorumlanmıştır. Johansen’in bu yorumu totaliter bir İslam devleti imajına sebep olacak sakıncalı bir yorumdur. Halbuki Molla Fenârî (ö. 834/1431) “*Her hüküm Allah hakkı ihtiva eder*” demiştir.⁵⁸ Kul haklarının adâletle yerine getirilmesi de Allah hakkıdır. Toplum haklarının Allah haklarından ayrılmamış olması o dönemdeki realiteye bağlıdır. Bugün insanlığın ulaşmış olduğu birikim ve tecrübe ile meseleyi incelediğimizde İslam hukukunda aleni işlenmesi sebebiyle dört şahidin gördüğü zina suçu, hırabe ve savaş suçlarında, affin olmamasının sebebinin, bu suçların halis toplum hakkını ihtiva ediyor olmasıyla ilgili olduğunu görebiliriz. Bunu bir şema ile anlatacak olursak:

Tablo 2 Kur’an’da Bahsi Geçen Suçların, Hak Tasnifindeki Yerleri

ALLAH HAKKI	KUL HAKKI	TOPLUM HAKKI
-------------	-----------	--------------

⁵⁶ Abdul Aziz Buhârî, Keşu’l-esrar şerhu Usûli’l-Pezdevî,(Dârul Kitabü’l-İslamî) 4/134-135.

⁵⁷ Suat Erdoğan, “Kamu Hukuku -Özel Hukuk Ayrımı ve İslamî Cezalar” (Ankara: Ankara Üniversitesi İ. F. Dergisi, 2017), 58/1.

⁵⁸ Allah hakkının dokunulmazlığını temin etmek ve otonomisini sürdürmek için onu kulların inisiyatifinden ayırmak ve uzak tutmak icap etmiştir. Aksi durumda kaçınılmaz olarak bütün bir âlemin menfaati belli kişilerin arzusuna tabi olacaktır. Bu nedenle Baber Johansen’in ifadesiyle kamu yararı Allah hakları yani kamunun devlet ve din tarafından temsil edilen mutlak ve karşılıksız hakları ile temsil edilmelidir. Abdul Aziz Buhârî, Keşu’l-esrar şerhu Usûli’l-Pezdevî,4/134-135. ; Muharrem Midilli, “Allah Hakkı ve Kul Hakkı Arasında Hanefî Ceza Hukukunun Kamusalılığı”, Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 4/1 (2017), 73.

Gizli zina	Eşin Şahit olduğu Zina	Aleni zina
Gizli hırsızlık	Korunan mal için hırsızlık	Hırabe
Gıybet-dedikodu	Kazf	
Küfür		Savaş

İslam ceza hukuku alanında Allah hakkının anlamı ve dokunulmazlığı kişinin sır çevresinin dokunulmazlığını temin etmek ve onu kişilerin insiyatifinden korumaktır. Sünnet de bu alanda işlenen bir suçun ispatlanmaya çalışılmamış olması kul ve toplum hakları söz konusu olduğunda ise cezasız bırakılmamış olması kamusal bir hukuktan bahsedebilmemizi sağlar. Ancak bu, bütün Allah haklarının kamu hakkı olarak anlaşılmasını gerektirecek bir durum değildir. Allah haklarının kamusal haklar olarak anlaşılması Barber Johansen'in de dediği gibi seküler bir yaklaşım olarak anlaşılacaktır. Çünkü bu alanda ibadet ve meûnet konuları da vardır. Kişi ibadetini yerine getirirken topluma değil Allaha karşı görev ve sorumluluklarını yerine getirmeyi amaçlamaktadır. İslam Hukukunda seküler bir yaklaşım, kişinin ubûdiyet bilincini köreltmek anlamını taşıyacağı için, içinde çok önemli sakıncalar barındırmaktadır.

Netice olarak İslam hukukunda Allah hakkı kul hakkının yanında toplum hakkı da mevcuttur ve toplum hakkının Allah hakkıyla birlikte anılması bir zorunluluk değildir. Zina suçunu kısımlarına ayırdığımızda üç hakkı da görmek mümkün olacaktır.

Bir meselenin Allah hakları çerçevesinde değerlendirilebilmesi için bu haklarda ibadet, meûnet ve ukûbet anlamlarından en az birinin olması gerekir. Abdulaziz el-Buhari (ö. 730/1330), Allah hakkını bir kişinin lehine tahsis edilemeyen, âlemin genel menfaatine taalluk eden şeyler olarak tanımlar.⁵⁹ Ortaya çıkması ya da

⁵⁹ Buhârî, Keşfu'l-esrar şerhu Usûli'l-Pezdevî, 134-135. ; Çağdaş âlimlerden Vehbe ez-Züheyli Allah hakkını “ Bu haklar Allah'a yaklaşma ve ona tazim etme gayesi ile yerine getirilen dinî emirleri veya bir tek şahıs için olmayıp umumun menfaati gözetilen hakları ihtiva eder bkz. Vehbe ez-Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletuhu* (Dimaşk: Dâru'l-Fikr, 1405/1985), c.5/16.

ispatlanması halinde iskat edilememesiyle birlikte, haklarında had cezalarının düzenlenmiş olması da bu hakların önemli özelliklerindendir.⁶⁰

Cumhura göre bu haklar hiçbir şekilde siyasî otorite tarafından sınırlandırılmaz haklardır.⁶¹ Allah hakkı ile ilgili davalarda mağdur taraf, hakkı ihlal edilen “Allah” kabul edildiğinden, hâkim davaya ya muhasiplerin bildirmesiyle (şehâdetü hisbe)⁶² ya da resen bakar.⁶³ Allah hakkı olan davalarda şüphe, cezayı düşürdüğü gibi ikrar ile dava hükme bağlanmış olsa bile, sanığın ikrardan dönmesi cezayı düşürür.⁶⁴ Hâkim kendi bilgisiyle davayı hükme bağlayamaz.⁶⁵ Hâkimin suçun ispatında kullanacağı deliller kanunî delillerle sınırlandırılmıştır.

1.1.2.2.1.1 Tecavüz Suçunun Allah Haklarından Sayılmasının Değerlendirmesi

1. Allah hakkı konularının Şârî tarafından teşrii hükümlerde, delaleti kati bir hükmün bulunması ile belirleniyor olması bize bu hükümlerin artamaz eksilemez olması gerektiği düşüncesini ortaya koymaktadır. Kur'an'da ne tecavüz suçu ne de bu suça verilmesi gereken cezaya ilişkin delâleti kati bir hüküm bulunmamaktadır. Hadislerde peygamberin tecavüz suçlularını recim ettirdiğine dair rivayetler olsa da bu recmin tecavüzün, zina kabul edilmesi sebebiyle mi? Yoksa müstakil bir suç kategorisi olduğu için mi olduğunu tam olarak anlamamıza yeterli değildir.

2. Tecavüz suçunu gizlilikte işlenen bir suç olması sebebiyle Allah haklarına benzerlik göstermesine karşılık suçun mağduru olan kadının rızasının olmayışı bu suç

⁶⁰ Günay – Hoyladı, *İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme*, 769.

⁶¹ Ebû Zehre. *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, 56.

⁶² Fıkıh Âlimleri, Peygamber Efendimizin “sizden her kim bir münker (kötülük) görürse bunu eliyle düzeltsin. Buna gücü yetmiyorsa diliyle düzeltsin. Buna da gücü yetmiyorsa kalbiyle buğuz etsin. Bu sonuncusu imanın en zayıf olanıdır”(Müslim II,22, no:49) hadisi mucibince haddi gerektiren suçların izalesi için yargı makamlarına suç duyurusu ve tanıklık etmeyi Allah'ın rızası umularak yapılan bir amel saymıştır. Kendisine yönelik bir saldırı olmadığı halde sırf Allahın hakkını savunmak gayesiyle duyuru ve tanıklık yapmayı kendine görev bilen kişilere hisbe, bu görevle çarşı ve pazarlarda memur edilen kişilere de muhasip adını vermişlerdir. (Bkz. Muhammad Alzuhili, “İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, çev. Osman Güman, *İslam Ceza Hukuku*, ed. Abdurrahman Eren (İstanbul: Uluslar Arası Hukukçular Birliği, 2017), 1/400-441.

⁶³ Azam, “Competing Approaches to Rape in Islamic Law”, 371.

⁶⁴ Recep Çetintaş, “Hadler Bağlamında İslam Ceza Hukukunda İtirafın Dönme ve Hâkimin Sanığa bu Konuda Telkini”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 21(3), (2017), 1711.
<https://doi.org/10.18505/cuid.331642>

⁶⁵ İmam-ı Şafîî, *el-Ümm*, (Beyrut: Daru'l Marife, 1990), 7/42.

mü'minin ayıbı niteliğinde, gizlenmesi gereken bir suç olmaktan çıkaracağı kanaatindeyiz.

3. Tecavüzün zina, zinanın da Allah hakkı sayılması, bu davalarda hâkimin re'sen ya da hisbe şahitliği ile davaya bakıyor olması sebebiyle tecavüz mağdurunun dava açma hakkı elinden alınmıştır.

4. Allah haklarının şahıs lehine tahsis edilememesi Hanefî mezhebinde tecavüz mağduruna mihir tazminatı verilmesinin önündeki en büyük engeldir.

1.1.2.2.2. Kul Hakkı

Kendisinden şahsın maslahatının himayesi yani menfaatinin korunması kast olunan şeydir.⁶⁶ Şâtıbî Kul haklarını, "dünyada kulun kendi çıkarlarıyla ilgili olan şeylerdir" diyerek tanımlamıştır.⁶⁷ Ahirete ilişkin maslahatlar genellikle Allah'ın hakları kapsamındadır. Kul hakları, şahsa özel haklar olup herkese karşı ileri sürülebilir. Bu hakların illeti akılla kavranabilir. Hak sahibinin bu haklardan vazgeçmesi, affederek, barışarak, ibra ederek veya helal ederek hakkından ferâgat etmesi caizdir. Ayrıca bu haklar miras olarak intikal eder. Tedâhül kabul etmez, dolayısıyla her suç için ayrı ceza tatbik edilir.⁶⁸ Bu haklar ancak kamu menfaati söz konusu olduğu vakit siyasi otorite tarafından sınırlandırılabilir. Kul haklarının ihlalinde dava yetkisi mağdur taraftadır. Bu tip davalarda hâkim, kamu haklarında olduğu gibi resen davaya bakamaz. Bu tür davalarda şüphe, cezayı düşürmediği gibi hâkim de kendi bilgisiyle davayı hükme bağlayabilir. Zina davalarının aksine ikrar ile dava hükme bağlandıktan sonra ikrardan dönme de söz konusu değildir.⁶⁹

Kul hakları üç bölümde incelenir. Birincisi şahıs varlığı hakları, şahsın bünyesinde ancak mâlî olmayan haklardır. Örneğin; kefil olma, vekil tâyin etme, talâk hakkı gibi. İkincisi mal varlığı hakları, şahısların malları veya kendisinden mal kastedilen sorumluluk ve yetkileri ifade eder. Bunlar da milk, hukuk ve ibaha şeklinde

⁶⁶ Vehbe ez-Zuhaylî, el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletuhu, 16.

⁶⁷ Muhammed Hâlid Mesud, *İslam Hukuk Teorisi*, (İslamabad: İz Yayıncılık, 1977), 243.

⁶⁸ Vehbe ez-Zuhaylî, el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletuhu, 16.

⁶⁹ Günay – Hoyladı, *İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme*.771.

üş gurupta toplanır. Üçüncü şahıs ve mal varlığı özelliği bulunduran haklardır. Bunlar da milkü'l-fikr ve milkü'l-nikâh gibi haklardır.⁷⁰

1.1.2.2.1 Tecavüz Suçunun Kul Haklarından Sayılmasının Değerlendirilmesi:

1. Tecavüz davalarında mağdur kadının dava açabilme hakkının olması için tecavüz suçunun kul hakkı alanında yer alması önemlidir.

2. Kadın için mehir kadının kendisine ait özel mal statüsündedir.⁷¹ Toplumda bekâr kadının ve evlibekar kadının mehri aynı kabul edilmemektedir. Böyle olunca tecavüze uğrayan kadın aynı zamanda mâlî zarara da uğramış olacaktır. Bu yönüyle de şahsın menfaatinin himayesi anlamını taşıyan kul hakkı alanı tecavüz suçu için daha uygun bir alandır.

3. Milkü'n-Nikâh hakkı aile kurma yönüyle şahıs varlığı hakkını, nafaka, mihir ve miras gibi mâlî yükümlülükleri içermesi sebebiyle mal varlığı hakkını içermektedir.⁷² Ancak burada ismi geçen mihir konusu erkeğin kadının mut'ası üzerinde milk nitelikli yetkilerin kurulmasını sağlayan bir anlam ifade etmektedir. Kadının yaratılışı itibariyle Allah tarafından ona sunulmuş olan mihir hakkını tam olarak ifade etmez. Bu sebeple kul hakları bölümünde milkü'l-mihir adı altında kadının nikâh, boşanma, veraset ve tecavüz durumlarında sahip olacağı mihir hakkından bahseden bir başlık oluşturulması kanaatimizce gereklidir.

1.1.2.2.3. Müşterek Haklar

Bu haklar Allah hakkı galip kul hakkı ve kul hakkı galip Allah hakkı olmak üzere iki guruba ayrılır. Birinci grup olan Allah hakkı galip kul haklarında Allah hakkının galip sayılmasının sebebi, bu hakların özüne dokunulamaması ve bu haklar sebebiyle Allah'a karşı kulun bir sorumluluğunun olması sebebiyledir. Serahsi (ö.

⁷⁰ Günay – Hoyladı, İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme, 772-775

⁷¹ Mehmet Akif Aydın, “Mihir” TDV İslam Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 2003), C.28/389-391.

⁷² Günay – Hoyladı, İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme, 788.

571/1176) kişiler bu hakları kendi tasarruflarıyla ıskat edemez ve bunlar üzerinde diledikleri tasarrufta bulunamazlar demiştir.⁷³ Vesayet hakkı, milkü'n-nikâh vb.

İkinci gurup olan kul hakkının galip olduğu Allah haklarında kul hakkının galip sayılmasının sebebi ise kula af veya ıskat yetkisi verilmesi ve bu yetkinin veraset yolu ile intikal ediyor olmasıdır.⁷⁴

1.1.2.2.3.1 Tecavüz Suçunun Müşterek Haklardan Sayılmasının Değerlendirilmesi:

Müşterek hakların her iki gurubunda da Allah haklarının bulunması ve tecâvüz suçunun başta belirttiğimiz gibi Allah haklarından sayılamayacak olması sebebiyle konumuzun müşterek haklarda da yer alması mümkün görünmemektedir.

1.1.3. Suçun Unsurları

Medenî hukukta, suçun var kabul edilebilmesi için biri bütün suçlar için ortak genel prensiplerin diğeri ise suç tiplerini birbirinden ayıran özel bir unsurun bulunması gerekir.⁷⁵ Her suçta bulunması gereken genel prensipler, suç genel teorisinde tipiklik, hukuka aykırılık, suçu gerçekleştiren için kusurluluk hali olarak sıralanabilir.⁷⁶

İslam hukûkunda sınıflandırmak suretiyle birbirinden ayrılması gereken hususlar sadece Allah hakkı-toplum hakkı konuları değildir. Suçların sahip oldukları maddî unsurlarının göstermiş olduğu özelliklerin farklı olması sebebiyle tipiklik de oluşturulmamıştır. Başta da belirttiğimiz gibi İbn-i Rüşt (ö. 595/1198) sonrası hiçbir sınıflandırma çalışmasının yapılmamış olması Muhammed Ebû Zehre (1898-1974) tarafından “İslâm’ın emirleri cüzî değil küllîdir” diyerek yorumlanmış ve sınıflandırmaya karşı çıkmıştır.⁷⁷ Bunu İslam Hukukunun özelliği olarak kabul etmemiz halinde, İslam hukukunda sınıflandırmanın bulunduğunu ve ortaya çıkartılması gerekliliğini reddetmiş oluruz. Halbuki Hz. Peygamberin her dâvâya ayrı

⁷³ Sarahsi, Mebsut, 9/36.

⁷⁴ Günay – Hoyladı, İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme, 785.

⁷⁵ İzzet Özgenç (ed.), *Ceza Hukukuna Giriş* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Web-Ofset, 2012), 5.

⁷⁶ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 151.

⁷⁷ Ebû Zehre, *İslam Hukukunda Suç ve Cezâ*, 112.

uygulama yapması⁷⁸, âyetlerin suçun bir vasfının değişmesiyle hükmünün değişeceğini ortaya koyması⁷⁹, asıl İslam hukukunda tipikliğin olduğunu bize işaret etmektedir.

Bu noktada zina suçunu tek bir suç olarak görüp, gizli zinanın itirafla ortaya çıkması dâvâlarını bütün diğer zina davaları için örnek olarak kabul ettiğimizde, alenî zinada gizlilik vasfının olmadığını kamufle etmemiz gerekir. Nitekim Serahsî (ö. 571/1176), zina suçunda Allah-ü Teâla'nın kullarının ayıplarını örtmeyi istediği için dört tanık istediğini, bununla örtme anlamının gerçekleştiği ve kötülüğün yayılmasını arzulayanların yerildiği olarak yorumlamıştır.⁸⁰ Bu yorum Serahsî'nin aleni olan zina suçunda Allah hakkı konularında bulunan gizlilik vasfının bulunmadığının farkında olduğunu göstermektedir. Ancak ayette suçun ispatı için dört şahit istenmesi ile Allah hakkı konularında olan örtme anlamının (gizlenme vasfının) gerçekleştiğini savunmuştur. En-Nûr Suresi 2. ayette cezanın infazı noktasında

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢﴾

“Zina eden kadın ile zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurun. Allah’a ve âhiret gününe inanıyorsanız, Allah’ın dinini uygulama hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın. Mü’minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.”

Burada, *“Allah’n emrini yerine getirme hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın”*⁸¹ diye buyurularak suça uygun cezanın tereddütsüz infazı emredildiğini görebiliriz. Diğer yönden bu yorum, Peygamber Efendimizin yeryüzünde işlenen suçlara karşı hukukî bir ceza uygulanmasının önemiyle ilgili

⁷⁸ Osman Nedim Yektar, “Hz. Peygamber’in Suçlar Hakkında Uyguladığı Temel Prensipler”, *Namık Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/ 1 (2015), 58-102.

⁷⁹ Kur’an’da iffete iftira suçunun başkaları hakkında işlenmesi durumunda uygulanacak ceza; had cezası, şahitliğin kabul edilmemesi, fâsıklık vasfının yüklenmesi, laneti hakketmesi olarak belirlenmiştir(en-Nûr 18/4, 23). Ancak kişi aynı suçu eşine karşı işlediğinde bu suç “özü suçlar” kapsamında sayılmış ve cezası değişiklik göstermiş mulâane olmuştur (en-Nûr 18/6-9). Bkz. Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, 246.

⁸⁰ Serahsi, *Mebcut*, 9/38.

⁸¹ Nûr:2 Kur'an Yolu Tefsiri C. 4/ 50-51.

hadisine ve suç, ceza, adalet ilişkisine aykırı bir yorum olmuştur. Çünkü şâhidi olmayan gizli zinada suç Allah’a karşı işlenirken aleni zinada topluma karşı tecavüzde ise kadının bedenine, onuruna, mihir hakkına karşı işlenmiş bir suçtur. Allah topluma ve bireye karşı işlenen suçların cezasının dünyada tatbik edilmesini adâletin gerçekleşmesi için emretmiştir.

İslam hukukunda genel ve özel unsurların değerlendirmeleri her bir suçu incelerken ele alındığından ayrı bir başlığa ihtiyaç duyulmamıştır.⁸² Bunun yanında yine çağdaş İslam hukuku âlimlerinden Abdulkâdir Üdeh (1907-1954) kanunî unsur, maddî unsur ve manevî unsur şeklinde üçlü tasnifi ele alırken,⁸³ Abdülfettâh Hıdır maddî unsur, manevî unsur şeklinde ikili tasnifi benimsemiş, Ebû Zehre ise suçun unsurunun sadece suçu oluşturan fiilden yani maddî unsurdan ibaret olduğunu savunmuştur.⁸⁴ Biz de burada suçun unsurlarını Üdeh’in yapmış olduğu gibi, üçlü tasnifle ele alacağız.

1.1.3.1. Kanunîlik (Suçun Nasla Tanımlanması)

Günümüz özel hukukunda kullanılan kanunsuz suç ve ceza yoktur (nullum crimen nulla poena sine lege) ilkesinin köklerinin 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) olduğu söylenmektedir.⁸⁵ Kanunîlik ilkesi ve diğer pek çok hukuk ilke ve prensibini bundan çok daha önce bir tarihte İslam hukukunun ayet ve hadislerden hüküm çıkartma metodu olarak sistemleştirdiğini görüyoruz.⁸⁶ Nitekim Kur’an-ı Kerim’de “ O (Allah) size haram kıldığı şeyleri

⁸² Boynukalın , “Suç”, 39/453-457.

⁸³ Abdulkâdir Üdeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, 1/ 128.

⁸⁴ Boynukalın , “Suç”, 39/453-457.

⁸⁵ Ezgi Aygün Eşitli, Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi (Ankara: *Tbb dergisi*, 2013), 225. <http://tbbdergisi.barobirlik.org>.

⁸⁶ Bu konuda Prof. Dr. M. Hamidullah diyor ki: “İslam’dan evvel hukuk ilminin olmayışı sizi hayrete düşürmesin. Tekrar söylüyorum. Bu Hukuk ilmi İslam’dan önce mevcut değil idi. Babillerin, Çinlilerin, Hinduların, Yunanların, Romalıların ve diğerlerinin ancak kanunları vardı fakat hareket sınırlarını belirleyen bu kanunların dışında Hukuk ilimleri yoktu. Bu hukuk ilmi; kanunun kaynakları, hukukun felsefesi, teşri metodları tefsir, tatbik gibi meseleleri ele alır. Dünyada bu konuda yazılmış en eski eser İmam Şafî’nin Hukuk’un Kökleri (Usûl’ül-Fıkh) olarak adlandırdığı er-Risale adlı eseridir. Ona göre bu ilim Usûl’ül-Fıkh (kökleri), kanun kaideleri ise fûruu (dalları) teşkil eder.”Bkz. Osman Şekerci, *İslam ceza hukukunda tazir suçları ve cezaları* (İstanbul: Yeni ufuklar neşriyet, 1996),129.

açıklamıştır⁸⁷ buyrulması sebebiyle İslam ceza hukukunda nassa ve kanuna dayanmayan bir cezanın bulunması mümkün değildir.

Suç teşkil eden fiiller ve bu fiillere verilecek olan cezaların kişi ya da kişiler tarafından bu fiiller işlenmezden evvel suç olarak kanunlarla belirlenmesi olarak tanımlayabileceğimiz bu ilkenin kaynağı; Müslüman toplumlarda ayet ve hadisler olarak belirlenmiştir.⁸⁸ Şârî tarafından delalet-i katî nas ile hükmü belli olan bir konuda hâkime rey kullanma hakkının verilmiyor olması cezalandırmada keyfiliği önlemiş kanuniliği sağlamıştır. Ayrıca kıyas yasağı⁸⁹, ülkesellik (mülkîlik)⁹⁰ ve cezaların şahsiliği⁹¹ prensiplerinin de hukuk güvenliğini sağlayıcı tamamlayıcı unsurlar olduğunu söyleyebiliriz.⁹²

Medenî hukukta kanunîlik ilkesi sadece kanunsuz suç yoktur düşüncesinin neticesi olarak kanunların geçmişe yürümemesi şeklinde anlaşılırken İslam hukukunda hükümlerin (suçun) naslarla delillendirilmesi olarak daha geniş bir anlam ve muhtevayı ifade etmiştir.

İslam Hukukçularının hicrî II. Asrın sonlarından itibaren Kur'an ve hadisi daha iyi anlamak ve içinde barındırdığı hükümleri ortaya koymak amacıyla tedvin ettikleri fıkıh usulü, nasların barındırdığı mânâ ve hükümlerin en iyi şekilde anlaşılmasına yönelik yapılmış, insanlığa örnek teşkil etmiş çalışmalardır. Bu çalışmalar, günümüz hukukçularının da kanunları anlayıp yorumlayabilmeleri için çok kıymetli bilgilere hâizdir. Bu zengin birikime çağdaş İslam hukukçularından Hallaf (1888-1956) ve

⁸⁷ El-En'am, 6/119.

⁸⁸ El-Bakara, 2/275; en-Nisâ, 4/22-23; Mâide, 5/95; Enfâl, 8/38

⁸⁹ Ebu Bekr Cessas, *Fusûl fi'l-Usûl*, (Kuveyt: Vezarati'l-Evgâf, 1994), 1/301 (Haneffî) ; لَا يَجُوزُ الْقِيَاسُ إِذَا مَنَعَ مِنْهُ نَصٌّ أَوْ إِجْمَاعٌ وَمِنْهَا: أَنْ تَكُونَ الْعِلَّةُ مُتَقَبَّضَةً , وَهُوَ أَنْ تُوجَدَ وَلَا حُكْمَ مَعَهَا , الدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهَا عِلَّةٌ مُسْتَنْبَطَةٌ , فَإِذَا وَجِدَتْ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ بَقَسَادِهَا , أَصْلُ ذَلِكَ الْعِلَلُ الْعَقْلِيَّةُ Arabistan: Daru İbn-i Cevzî, 1999), 1/522.

⁹⁰ Ülkesellik: İşte bir ülkede bulunan herkese bulundukları ülkenin hukuk kurallarının uygulanmasını esas alan ilkeye, mülkîlik ilkesi denir. Tanzimat Fermanına kadar İslam hukukunda ülkeselliğe rastlanmaz. Bu tarihe kadar kanunların şahsiliği ilkesi benimsenmiştir.

⁹¹ El-En'am, 6/164; Fâtır, 35/18; Necn, 53/38-39. Ayetlerde hiçbir kimsenin başkasının işlediği suçun sorumluluğunu yüklenmeyeceği belirtilirken Hz Peygamber de "babasının suçundan evladın, evladının suçundan babasının ceza görmeyeceğini bildirmiştir. Ebu Dâvud, "Diyât",2; İbn Mâce, "Diyât", 23.

⁹² Cüneyt Toraman, "Ceza Hukukunda "Kanunsuz Suç olmaz, Kanunsuz Ceza Olmaz" Prensibinin, Müslüman toplumlarda izdüşümü ", *İslam Ceza Hukuku*, ed. Abdurrahman Eren (İstanbul: Lale Yayıncılık, 2017), 119.

Zeydan (1921-2014) eserlerinde değinmiş, fıkıh usulünün kanun maddelerinin anlama ve yorumlama çalışmalarında kullanılabileceğini belirtmişlerdir.⁹³ Cumhuriyet dönemi hukukçularından Ali Himmet Berki (1882-1976) dönemindeki Hukuk Fakültelerinden fıkıh usulü dersini çıkartılması ile oluşan boşluğu fark etmiş ve fıkıh usulü kurallarının kanun metinlerinin anlaşılması ve yorumlanması noktasında metodolojisinden ve hukuk mantığından istifade edilebileceğine dair Hukuk Mantığı ve Tefsir isimli eserini kaleme almıştır.⁹⁴

1.1.3.2. Suçun Maddî Unsuru

Medenî hukukta suçun maddî unsurları fiil, netice ve nedenselliktir. Fiilin suç olarak kabul edilip ceza verilebilmesi için yasaklanan fiillerin eyleme dönüşmesi ve bu eylemin bir netice doğurması gerekir. Ayrıca, fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağının bulunması gerekir.⁹⁵

İslam hukukunda ise dinî ve ahlâkî kâideler hukuk sisteminin bir parçasını teşkil etmesi sebebiyle suçun maddî unsuru sadece fiil değildir. Eğer fiil sır çevresi içinde işlenmiş ve fiilden etkilenen ikinci veya üçüncü şahıslar bulunmuyor ise bu sadece günahıdır. Yalan söylemek gibi. Fiil dünyevî bir ceza tatbik etmek için gerekli olan unsurdur. Ancak yeterli değildir. Namaz kılmayan kişi suç fiilini işlemiştir ancak bu fiiliyle bir kişi ya da toplum hakkına tecavüz etmemiştir. Dünyevi bir ceza tatbiki için, fiilin kişinin sır çevresinin dışında bireye ve toplum ahlâkına karşı işlenmiş bir suç olması gerekir.⁹⁶ İslam hukukunda suçun niteliği Allah’a, kula ve topluma karşı işlenmesine göre şekil değiştirir. Şöyle ki; Allah hakkı sayılan şerrî hükümler üç kısma ayrılır, amelî, itikadî ve vicdanî (ahlakî) emirler. Bu emirlerin yerine getirilmesi farz, ihlal edilmesi haramdır. Yasak olan bu amelî, itikadî ve ahlakî emirlerin ihlal edildikleri her durumda günah-suç işlenmiş olup cezası uhrevîdir. Ancak Allah ile kul

⁹³ Mehmet Boynukalın, “Fıkıh Usulüne Dair Modern Tartışmalar”, *Modern Çağda Fıkıhın Anlam ve İşlevi-Tebliğ ve Müzakereler Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantısı* (İstanbul: Sakarya Üniversitesi Yayınları, 2019), 19-20.

⁹⁴Fatih Yücel, “Fıkıh Usulünün Medenî Kanunun Yorumlanmasına Katkısı –Ali Himmet Berki’nin Hukuk Mantığı ve Tefsir İsimli Eseri Örneğinde”, *Diyanet İlmî Dergi* ed. Huriye Martı (Ankara: DİB Yayınları 2021) s.2 c.57, 595.

⁹⁵ Göktürk, N. - Özgenç, İ. - Üzülmüş, İ. , “*Ceza Hukukuna Giriş*”, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları,2012), 20.

⁹⁶ Abdullah Al Mamun, *İslam Ceza Hukuku Çerçevesinde Karşılaştırmalı Hukuk*, ”, çev. Osman Burak Çağ, *İslam Ceza Hukuku*, ed. Abdurrahman Eren (İstanbul: Uluslar Arası Hukukçular Birliği, 2017), 2/16-29.

arasında olan bu fiillerin dünyevî bir ceza ile cezalandırılabilmesi için öncelikle itirafla ortaya çıkması ve topluma ya da kişiye karşı işlenmiş bir suç statüsüne dönüşmesi gerekir. Bunu ceza gerektiren suçların topluma ve kişiye karşı işlenmiş suçlar olmasından anlıyoruz.

Örneğin itikâdî emirlerden iman konusunda kâfir olan kişi sulh zamanında zimmi vasfıyla Müslümanların arasında bütün hakları İslam devletinin garantisi altında hür olarak yaşayabilirken, Müslümanlara karşı savaşması halinde kanı helâl sayılmıştır. Bu hüküm değişikliği, kişinin küfrünü fiiliyata geçirmesi sebebiyle dinî ve itikâdî bir suçun, topluma karşı işlenen bir suç statüsü kazanması sebebiyledir.

Zina konusunda ise olay biraz daha karmaşıktır. İslam hukukunda zina yasaklanmış bir fiil olmakla beraber kişinin özel alanında işlenmesi halinde, kulun ayıbı statüsünde Allah'la kul arasında kalan bir günah kabul edilmiştir. Mülkiyetin dokunulmazlığı esasıyla gizlide işlenen zina fiilinin ortaya çıkarılması yasaklanmıştır. Kişilerin özel alanına girebilecek tek kişi olan eşler için ise hüküm kazf suçundan ve gizli zinadan farklılık gösterir. Eşin eşe karşı zina etti iddiası mülâane⁹⁷ ve boşanma ile sonuçlanır. Çünkü suç Allah ile kul arasında olmaktan çıkmış eşe karşı yani kula karşı işlenmiştir. Alenî işlenen zina fiilinde ise yasak fiilin işlendiğini bir, iki, üç şahidin görmesi cezalandırmak için yeterli görülmemiştir. Dört şahidin görmediği bir zina fiilinin cezalandırılması, kazf suçu nitelemesiyle yasaklanmıştır. Yasak fiili cezalandırmak için dört şahidin istenmesi bu fiilin ancak topluma karşı işlenmiş bir suç statüsü kazandığı vakit cezalandırılabilceği anlamı taşıdığı kanaatindeyiz.

Bir kişinin başka bir kişi hakkında iffetsizlik yaptığına dair düşüncelerini kişinin gıyabında çevresindeki kişilerle paylaşması halinde bu yapılan fiil dedikodu ve gıybet olması sebebiyle günah kabul edilirken cezası ahirete bırakılır. Çünkü Allah hakkıdır hesabını Allaha verecektir. Kişinin bu iddiasını bireyin yüzüne söylemesi halinde ise sözünü dört şahit ile ispatlayamaması durumunda kezif suçunu işlemiş yani bireye namus iftirası atmış kabul edilir. Buradan şöyle bir mana anlaşılabilir. Kişinin

⁹⁷ Li'an: Lugatta, lânetleşmek, uzaklaşmaktır. İslam hukuku ıstılahında ise, karısına zina isnad eden yahut çocuğunun nesebini reddetmek isteyen erkek bu iddialarını dört şahit ile ispat edemezse hâkim huzurunda karısıyla hususi bir şekilde ve karşılıklı yemin etmelerine "li'an" veya "mülâane" denir. (Hukuki dayanağı için bkz: Nur Suresi, 24/6-8; Zebîdî, Tecrid-i Sarih, Hadis no: 1771-1772).

işlediği zina fiilini eşin görmesi halinde bireyler arasında nikâh bağı ve sorumluluğu bulunması sebebiyle kazf haddi düşmüştür. Ancak yabancı bir kişi, işlenen zinayı görmüş bile olsa zina failinin ona karşı bir sorumluluğunun bulunmaması sebebiyle iddiasını ispat edemediği takdirde, bireyin iffetine karşı işlenen bu suç seksen sopa ile cezalandırılır. Her iki durumda da aynı fiil işlenmesine rağmen fiilin cezai müeyyideye dönüştürülmesinin sebebi fiilin bireye karşı işlenmiş bir suç statüsü kazanmış olmasıdır. Adem Yıldırım bireyin iffetine karşı işlenen bu suça uygulanacak olan yaptırımın, bireyin kim olduğuna göre de şekil değiştirdiğini savunmuştur. Eğer iftira eşe karşı yapılıyorsa tatbik edilecek ceza kazf değil mülâanedir.⁹⁸ Kişiye seksen sopa vurulmaz zina ettiğini iddia ettiği eşiyile karşılıklı yemin edip “yalancı isem Allah’ın laneti üzerime olsun” dedikten sonra eşler boşanırlar. Burada da olayın ilâhî adâlete bırakıldığını görebiliriz.

Tecavüz suçuna, elimizde bulunan bütün bu misaller doğrultusunda baktığımızda tecavüz her ne kadar gizlilikte işlenen bir zina görüntüsüne sahip olmuş olsa dahi suç fiilinin kişi haklarına karşı işlenmiş olması suçun dünyevi ceza ile cezalandırılmasını gerektiren maddi unsurunun oluşmasına sebep olmuştur. Kanaatimizce kadının zinaya (tecavüze) rızasının olmaması işlenen suçu Allah hakkı olmaktan çıkartacak ve kul hakkına dönüştürecektir. Çünkü olay kişinin sır çevresinde işlemiş olduğu günah olmaktan çıkıp, kişilik haklarına beden dokunulmazlığına mehir hakkına karşı işlenmiş bir suç hüvviyeti kazanmıştır.

1.1.3.3. Manevî Unsur

“Kusurluluk” olarak da ifade edilen manevi unsur isnat yeteneği ve kusurluluk olarak ikiye ayrılır. Isnat yeteneği fâilin anlama ya da davranışlarını yönlendirme yönüyle kusurlu davranmaya ehil olması durumudur.⁹⁹ İslam hukukçuları el-mahkûm aleyh’in mükellef sayılabilmesi için ehliyeti temel şart olarak kabul etmişlerdir. Kişinin dinî-hukukî sorumluluk taşımaya elverişli olmadığı akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, cebir, ikrâh, ve zaruret hallerinde İslam âlimleri, fâilin ceza-i ehliyetinin

⁹⁸ Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, 247.

⁹⁹ Boynukalın, “Suç”, 39/453-457.

olmayacağına ya da azalacağına hükmetmişlerdir.¹⁰⁰ Bunun yanında ayırt etme gücüne sahip kısıtlanmış kişilerin İslam hukukunda da medenî hukukta da isnat yeteneğinin olduğu durumlar mevcuttur.

1.2. Kavramsal Olarak Ceza

Arapça kökenli olan ceza kelimesi, sözlükte isim olarak “bir şeyin bedeli ve karşılığı”, masdar olarak da “iyi veya kötü olan bir fiil ve davranışın ona uygun karşılığını vermek” anlamına gelir.¹⁰¹ Ceza kelimesi Türkçede sadece olumsuz manada, kötü olan fiil ve davranışa uygun caydırıcı karşılığın verilmesi anlamında kullanılır. Ayetlerde ceza kelimesinin olumlu ve olumsuz manada kullanıldığı örnekleri bulunmaktadır. Bunlar dünyevî ve uhrevî manada özendirici veya caydırıcı karşılıklardır. İslam hukukunda kişinin işlediği suça karşılık öngörülen cezayı ifade eden kelime “ukubat”¹⁰² kelimesidir.¹⁰³ Fıkıhta ceza hukuku konuları el-fıkh’ul-cinâî veya et-teşrî’l-cinâî başlıkları altında yer alır.¹⁰⁴

Cezanın terim anlamı Ayhan Önder tarafından “*Uygulanış şekli ve türleri günümüzde değişmiş olsa dahi, toplumun kınama duygusunu açıklayan, kusur ile orantılı olarak verilen, uygulandığı kişi üzerinde acı ve ızdırap veren, bozulmuş olan toplum düzenini eski haline getirmeyi amaçlayan yaptırım cezadır*”¹⁰⁵ şeklinde tanımlanır. Bu cezanın hukukî esası ve uygulamadaki amacı gözönüne alınarak yapılmış bir tanımdır.

Suat Erdoğan cezalandırmada suç ceza uygunluğunu esas alan bir yaklaşımla “*Suçun karşılığında tür, miktar, süre ve şekil nitelikleri suça göre belirlenen ve her yönüyle suça denk gelen, onu karşılayan yaptırım*” şeklinde kişinin yaptığı ile cezalandırılmasını esas alan bir tanım ortaya koymuştur.¹⁰⁶

¹⁰⁰ İmam-ı Şafîî, *el-Ümm*, 6/5.

¹⁰¹ Adil Bebek, “Günah”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001), 39/282-285.

¹⁰² Ukubat, dünyevî bir ceza manasını ifade ederken aynı kökten gelen İkâb Kâfirlere ve ilâhî emirlere uymayan kimselere verilen uhrevî ceza anlamında bir terimdir.

¹⁰³ Bebek “Günah”, 282-285.

¹⁰⁴ Suat Erdoğan, *Kur’an ve Sünnet Işığında Suç-Ceza Uygunluğu* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2014), 44.

¹⁰⁵ Önder, “Ceza Hukuku Dersleri”, 7.

¹⁰⁶ Erdoğan, *Kur’an ve Sünnet Işığında Suç-Ceza Uygunluğu*, 46-84.

İslam ceza hukuku özel hükümleri (suça karşı dünyevî bir ceza tatbiki), suçun kişiye ve topluma karşı işlenmiş maddî bir suça dönüşmesi ile oluşturulmuştur. Bu yönü ile kişiye karşı işlenen cinayet suçunda kısas ve diyet cezası tatbik edilirken iftira suçunda kazif, hırsızlık suçunda kat-u yed cezası uygulanır. Topluma karşı işlenen zina suçunda had, hırabe suçunda idam ve Müslümanlarla harp suçunda cihad uygulanır. Öldürme ve yaralamalarda kısas ve diyet uygulanır. Had ve kısas'ın dışında kalan cezalarda ise sınırları belli olmadığı için tazir uygulanır.¹⁰⁷

Kisas cezasının dışında kalan cezalar, cezanın sınırları Allah tarafından belirlenmiş olması sebebiyle genel manada had cezaları olarak isimlendirilirler. Kısas cezasına had denmez çünkü o kul hakkıdır.¹⁰⁸

1.2.2. Suçun Ağırlığına Göre Cezalar

1.2.2.1. Had Cezaları

Allah'ın kur'an ve sünnette ilahî olarak öngördüğü ceza türlerini ifade etmek için “had” terimi kullanılır. Haddin çoğulu “hudûd “ kelimesi dilsel anlamı uç noktası, sınır manasındadır.¹⁰⁹ İşlenmesi halinde yerilecek ceza Allah tarafından belirlenmiş olan fiillere, İslam hukukunda “hudûd”(hadler) denilmiştir. İbn Huzeyme'ye göre Şârî, hakkında ceza belirlemiş olmasa dahi Allah'ın kınadığı herşey had diye isimlendirilir.¹¹⁰

İslam hukukunda cezaların tamlayanlarla ifade edilmesi adet olmuştur. Çünkü Allaha karşı ihlal edilen yükümlülükler (vacipler) cezanın sebebidir. Zina haddi, kazf haddi, hırâbe haddi, sarîka haddi gibi tamlamalarda kişinin ihlal ettiği vacibe karşılık

¹⁰⁷Ceza hukuku özel hükümlerine “Kitâbu'l-Harâc”, “el-Ahkâmu's-Suldâniyye”, “es-Siyâsetü's-Şer'iyye”, “Hisbe” türü eserlerde değinilmektedir.

¹⁰⁸ Sarahsi, *Mebisûd*, 9/59

¹⁰⁹ الحد – حُدُود iki şey arasını ayıran sınır engel, mani. Birşey'in muntahası, limiti, sonu. Herşey'in keskin yeri. Keskinlik, ukûbat ceza. Bkz. Mevlût Sarı, “El- Mevârid”, (İstanbul: İpek Yayın, 1984), 280.

¹¹⁰ Ebu Bekr Muhammed b. İshâk b. Huzeyme es-Sülemî en-Nîsâbûrî (ö.311/924), *Sahîhi İbn Huzeyme*, m. Muhammed Mustafa El-Azamî, (Beyrut: Mektebü'l-İslâmî, 1431), 1/161.

gelen Allah hakkının ön planda olduğu cezalar kastedilir. Bu sebeple gerekli olan ceza miktarı Allah tarafından belirlenmiştir.¹¹¹

Had cezalarında suçun bireye ya da topluma karşı işlenmiş olması sebebiyle amaç zecr ve men, diğer bir ifadeyle bozulan toplum düzeninin telafisi ve suçların işlenmesini engellemektir.¹¹² Had cezalarının toplumun huzurunda infaz edilmesinin istenmesindeki etken sebep; bu suçların genelde toplumu hedef alan, toplum hakkına karşı işlenmiş suçlar olmasıdır.

Had suçlarının ne olduğu, ayet ve hadislerle belirtilen suçlarla sınırlı olduğu gibi verilecek cezaların sınırları da bellidir. İslam ceza hukukunda kıyas yasağı dediğimiz bu kural sayesinde cezalar artmaz eksilmez ve değiştirilemez.¹¹³ İslam hukukunda Allah hakkı kabul edilen had suçları için ortaya koyulan bu yaklaşımla, medeni hukukta da olduğu gibi cezaların kıyasla çoğaltılmasının önüne geçilmiş ve suçlar hukuk güvencesi altına alınmıştır.¹¹⁴

İhlal edilen vâcibin Toplum hakkı olması sebebiyle câni, hâkim huzuruna çıkıp, suçu sabit olduktan sonra af caiz olmaz.

Had cezalarının neler olduğu hususunda çeşitli görüşler vardır. Çoğunluk 7 had cezası (hırsızlık, zina, yol kesme-hırabe, iftira-kazif, sarhoşluk, irtidat, silahlı isyan) olduğu görüşündedir. Hanefî mezhebi had cezalarını, hakkında katî delil (ayet - hadis) bulunan teklifi hükümlerle sınırlı saymıştır. Bu sebeple zina, kazf (asılsız zina isnadı), hırsızlık, hırâbe (terör) suçlarının had suçları olduğunda ihtilaf yoktur. Ancak silahlı

¹¹¹ Serahsî, *Mebsûd*, 9/59.

¹¹² Şükrü Selim Has, *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi: İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese* (Kayseri: Erciyes Üniversitesi Yayınları, 2016), 88.

¹¹³ Ceza hukukunda, cezaların kıyasla arttırılması yasak olmasına rağmen İslam ceza hukukunda bilerek ya da bilmeyerek cezalarda kıyas yoluna gidilmiştir. Hâkimin olası hukuk boşluğunu doldurmak, uyuşmazlığı çözmek için kullandığı kıyas yönteminin ceza hukuku konularında kullanılabileceğine dair İslam hukukunda bir emir ya da tavsiye bulunmamaktadır. (bkz. Cüneyt Toraman, *Ceza Hukukunda "Kanunsuz suç olmaz, Kanunsuz ceza olmaz" Prensibinin, Müslüman toplumlarda İzdüşümü, İslam Ceza Hukuku*, Ed. Abdurrahman Eren- Refik Korkusuz (İstanbul: Lale yayıncılık, 2017), 2/146.

¹¹⁴ Ali Bardakoğlu, "Had", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001), 14/547-551. <https://islamansiklopedisi.org.tr/had>

isyan, ridde (dinden dönme), ve sarhoşluğu/şarap içme suçlarında ihtilaf bulunduğundan bu suçlar tâzir olarak kabul edilmiştir.¹¹⁵

İslam hukukunda had olarak kabul edilen bu dört suçu dikkatlice ele aldığımızda bunların kendilerine mahsus ispat şartlarıyla ispatlanmamış şekillerinin aslında kulun ayıbı niteliğine sahip, tabiatında gizlilik olan ve günah sayılan ahlakî suçlar olduğunu görebiliriz. Şöyleki; İslam hukukunun zinayı en büyük bir suç olarak kabul ettiği algısı, Mâiz, el-Ğâmidiyeli kadın ve al-Âsife uygulanan recim cezası kaynaklıdır. Bir suça ölüm cezası veriliyor ise elbette bu, en büyük suç ve verilebilecek en yüksek seviyedeki bir cezadır. Bunun yanında zina suçunun ispatı için dört şahit istenmesi Allah Teâlâ Hazretlerinin kullarının ayıbını örtmeyi sevmesi sebebiyle suçun ispatlanabilmesi için gerekli şahit sayısını arttırdığı şeklinde yorumlanmıştır.¹¹⁶ Halbuki bu olaylar ispat değil itirafıdır. Uygulanan recm de bizim anladığımız gibi dünyevî bir ceza değil kefarettir. Nûr suresindeki ayette dört şahit ile ispatlanan zina suçunun cezası yüz sopa olarak belirlenmiştir.¹¹⁷ Dört şahitle ispatlanmamış zina suçunun dünyevî bir cezası yoktur. Müminin ayıbı ve örtülmesi gerekir. Şöyle ki; bir kişi alenen zina yapıldığını görmüş olsa ve etrafta kendisinden başka bir kişi olmasa, yapması gereken en doğru hareket dönüp gitmek ve bu olayı kimseye söylememek olmalıdır. Çünkü söylediği takdirde dört şahit getiremediği için mü'mine iftira atmış yani kazf suçu işlemiş olacağı için seksen sopa cezasına çarptırılacaktır. Bu da bize gizli zinanın sanılanın aksine İslam hukukunda adam öldürmeye denk en büyük suçlardan biri değil ahlakî bir suç olduğunu gösterir.

Hanefî mezhebi dünyevî cezaların ahiret azabını düşürmeyeceğini belirtirken İmam-ı Şafîî el-Umm kitabında hadlar Müslümanların günahları için kefarettir demektedir.¹¹⁸ Mâiz olayında Peygamber Efendimizin Mâiz'in arkasından

¹¹⁵ Suat Erdoğan, *İslam Ceza Hukuku Eleştirel ve Farklı Bir Yaklaşım* (Ankara: Akademisyen Kitapevi, 2021), 49.

¹¹⁶ İhtiyar kitabında bu görüşün delili olarak Ebu Hureyre' nin rivayet ettiği bir hadiste Hz. Peygamberin şöyle buyurmuştur: “ Her kim bir Müslüman'ın ayıbını örtecek olursa Allah Teâlâ Hz. Onun dünyada ve ahirette ayıbını örter. Kişi din kardeşinin yardımında olduğu müddetçe Allah da onun yardımcısıdır.(Sünenü't-Tirmizi, Kitabu'l-Hudud bab: es-Setru ale'l-Müslim)

¹¹⁷ Nur: 2

¹¹⁸ Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris b. Abbâs eş- Şâfiî (ö 204), *el-Umm* (Beyrut: Dâru'l-Marife,1990), 5/291.

konuşanları uyardığını ve onun günahsız olarak ahirete gittiğini söylediğini biliyoruz. Mâiz işlediği günahın pişmanlığı ile Peygamber Efendimize gelmiş ve ahiretteki azaptan kurtulmak için bir çare istemiştir. Bu da recm cezasının aslında bir kefaretniteliği taşıdığını ispatlamamıza yeterli olacaktır. Muhafaza altına alınmayan, bulunduğu yerden gizlice alınmamış, belli bir ekonomik değere sahip olmayan, başkasına ait malı¹¹⁹ çalmanın küçük hırsızlık sayılması ve cezasının olmaması gibi bir insanın arkasından yapılan dedikodunun da dünyevî bir cezası yoktur. Ne zaman ki bu suçlar Allah ile kul arasında olmaktan çıkıp bireye veya topluma karşı işlenen bir suç vasfı kazandığında bunlara ceza öngörülmüştür. Kimin işlediği hususunda en küçük bir şüphe dahi bırakmayacak delillendirme metodu kullanılarak, tabiatında gizlilik olan bu tip suçlar sebebiyle olası mağduriyetlerin önüne geçilmiştir.

Buradan da İslam hukukunun mutlak adâleti hedeflediğini çıkarabiliriz. Bir olay Allah'ın mükellefe sorumluluk olarak yüklediği bir görev ise ve mükellef bu görevini yapmak ya da yapmamak noktasında insanların bilemeyeceği şekilde bir suç işlemiş ise bunun cezası ahiret hayatında kula tatbik edilerek mutlak adâlete ulaşılacaktır. Ancak kul Allah hakkı sayılan bir konu ile dünyada kişi veya toplum hakkına girmiş ise bunun ahiretteki bedeli mahfuz olmak kaydıyla dünyada kişi ve toplum hakkına mukabil Allah'ın belirlediği had cezası ile cezalandırılır. Böylelikle bir taraftan mutlak adâlet eksiksiz olarak gerçekleşmiş olduğu gibi bir taraftan da birey ve toplum hayatının düzen içinde devam etmesi, gelecekte işlenecek muhtemel suçlara engel olması yönü ile cezalandırmadan faydacı bir yarar sağlanacağı söylenebilir.

Toplum ve bireye karşı işlenen belirli suçlara, belirli delil kurallarına sahip cezaların Şârî tarafından verilmiş olması, suçları yalnız had suçlarıyla sınırlı tutmak anlamına gelmemelidir. Bunlar belirli suçlara belirli cezalardır. Gün geçtikçe toplumlarda oluşan suç çeşitliliği artarken uygulanacak cezanın aynı kalması ne fâil ne de mağdur için âdil olmayacaktır. Had suçları dışında kalan suçların tazir olarak tanınması ve tazir cezalarının had cezalarından daima daha hafif olması terörizm, tecavüz, vatana ihanet, casusluk, pedofili ve günümüzde oluşmuş pek çok suç tipi için

¹¹⁹ Serahsî, Mebsûd, 9/225.

avantajlı bir konum olacak, mağdurun hakkı korunmadığı gibi suçluya da gerekli ceza tatbik edilememiş olacaktır.

1.2.2.2. Kisas

Kisas kelimesi Arapçada قص- قصصا “ardından gitmek, iz sürmek, yaptığı işte birinin yolunu takip etmek, kesmek, eşitlemek ve misilleme yapmak” mânalarında masdar olarak kullanılır.¹²⁰ İsim olarak kullanıldığında “mutlak eşitlik, bir şeyin iki tarafının birbirine denk olması, işlenen fiile ona denk bir fiille mukabele edilmesi” anlamlarına gelir.¹²¹ Kisasın terim manası; Öldürme, yaralama, uzvun yok edilmesi ve işe yaramaz duruma getirilmesi şeklinde işlenen suçların fâillerinin, olanak elverdiği takdirde, işlediği suçun aynısı ile cezalandırılmasıdır.¹²² Hukuk dilinde, bir cinayete eşitlik veya âdil misilleme kanunu anlamında kullanılır.¹²³

Kisas kul hakkı galip, Allah hakkı konularındandır. Kul hakkının galip olması sebebiyle had cezalarından ayrılır.¹²⁴ Aynı zamanda Allah hakkı olması sebebiyle cezalandırmadaki amaç aynı suçun bir daha işlenmesini önleyecek zecr ve mendir. Kul hakkı olan cezalarda ise amaç tamir- telafi etmektir.¹²⁵ Çift taraflı bir yapı arz eden kısasta verilecek cezanın belirleyici unsuru mağdurun veya mağdurun velisinin kararıdır. Eğer işlenen suç adam öldürme ise mağdurun velisine, eğer işlenen suç müessir fiil ise mağdurun kendisine sorulur. İster kendi başına gelen musibetin başkalarının başına gelmemesi için fâilin işlediği suçun misliyle cezalandırılmasını yani zecr ve meni (kisas) tercih eder.¹²⁶ İsterse de uğradığı maddî ve manevî zararın telafisi (cebr) için diyeti tercih eder. Burada Şârî suçluyu işlediği fiilin misliyle cezalandırmak suretiyle toplum adına elde edilecek faydalarla, mağdurun velisinin uğradığı maddi ve manevi zararın telafisini eşit tuttuğunu görüyoruz. Birinde

¹²⁰ Mevlût Sarı, *El- Mevârid* (İstanbul: İpek Yayın, 1984), 1234.

¹²¹ Şamil Dağcı, “Kisas”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001), 25/488-495. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kisas>

¹²² Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 34.

¹²³ Noor, *Rape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law*, 418.

¹²⁴ Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsîlî (ö. 683/1284), *El-İhtiyar li-Ta'lili'l-Muhtâr* (İstanbul: Muallim Neşriyat, 2015), 480.

¹²⁵ Sarahsî, “Mebsûd”, 9/59.

¹²⁶ Buna, mağdurun velisinin kisası talep etme (mutalebe) ve uygulama (istifa) hakkı yani milku'l-kisas denmiştir bkz. Günay - Hoyladı, “İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme, 755 – 799.

toplumun faydası, diğerinde birey ve ailenin menfaati gözetilmiş olacaktır. Şayet veli kısastan ve diyetten vaz geçerek kâtili affetse âhirette günahlara kefâret olacağı umulur. Ayette karşılıksız af tavsiye edilerek (el-Mâide 5/45; eş-Şûrâ 42/40) yüksek ahlâkî duyguların hâkim olduğu bir toplumsal yapı amaçlanmıştır.¹²⁷

Müessir fiillerde mağdurun kısas istemesi halinde, kısas uygulanacak azalar sadece ayette¹²⁸ geçen göz, burun, kulak ve diş ile sınırlı değildir.¹²⁹ Ancak kısasta eşitlik ve adalet esas olduğundan fâilin yarasının mağdurun yarasından daha ağır ya da hafif olmaması gerekir. Bu yüzden suç ceza dengesinin sağlanmasının çok zor olduğu yüz ve kafada oluşan yaralanmalarda kısas istenmiş bile olsa bu talep fâile diyet ödenmesi olarak değiştirilir.¹³⁰

Kısas cezası sadece toplum ve bireyin menfaatini değil suç işleyen fâilin de menfaatini gözetir. Şayet işlenen cinayete karşılık verilen ceza ne fazla ne eksik olmaksızın suça uygun eşit bir ceza olmasaydı, mağdur yakınları, cahiller, taassup sahipleri katili öldürür veya öldürme girişiminde bulunur ya da işlenen cinayetten daha fazlasını uygulamak suretiyle öc almaya çalışırlardı. Herkesin kendi adâletini sağlamaya çalıştığı bir toplumda, fesat çıkması kaçınılmaz olurdu.¹³¹

1.2.2.3. Tazir

Arapça “ kınamak, azarlamak, önlemek, saygı göstermek ve ıslah etmek anlamlarında ki “عزر” kökünden gelen ”تعزیرا“ sözlükte “ engellemek, te’dir etmek; desteklemek, saygı göstermek” mânalarında kullanılır.¹³² Fıkıhta had suçları ve cinayetlerdeki gibi belirli cezası bulunmayan ancak Şer’i Şerifte işlenmesi suç olarak belirlenmiş fiillerin veya sultan veya kadının uygulanmasında kişi ve toplum menfaati

¹²⁷ Dağcı, “Kısas”, 25/488-495.

¹²⁸ El-Mâide 5/45

¹²⁹ Ebû Abdillâh (Ebû'l-Fazl) Fahreddin Muhammed b. Ömer b. Hüseyin er-Râzî et-Taberistânî (ö.606/1210), *Tefsîru'l-Kebîr* (Beyrut: Dâru İhyâu't-Trâsî'l-Arab, 1420), XII/ 369.

¹³⁰ Dağcı, “Kısas”, 25/488-495.

¹³¹ İmam Mevsîlî (ö. 683/1284), *El-İhtiyar li-Ta'lîli-i-Muhtâr*, 480.

¹³² Mevlût Sarı, *El- Mevârid*, 997.

gördüğü emirlerin uygulanmaması halinde verilecek, miktarı ve uygulanması yöneticiye veya hâkime bırakılmış cezaları ifade eder.¹³³

Hâkimin takdirine bırakılmış olan cezalara Şer'i Şerif de bir yer verilmemesi sebebiyle "had" cezalarından ayrılır.¹³⁴ Bu özelliği de ta'zire büyük bir esneklik vermiştir. Ta'zir suçlarının had suçlarından ayrıldığı birçok nokta daha vardır. Bunlardan bazıları; ta'zir cezaları te'dip amaçlı çocuklara da uygulanabilir; tövbe ve afla düşebilir; suçlunun haline ve mevkiine göre farklılık gösterebilir; cezanın infazı esnasında suçlu ölür ya da yaralanırsa tazmin gerekir. Hâkim kendi bilgisine göre hüküm verebilir. Şâhitlik sayı ve şartları aranmaz. Şüphe cezayı düşürücü değildir. Hadlarda kazf dışında hepsi Allah hakkı galip iken tazir suçları hem Allah hakkı hem de kul hakkı aleyhine işlenebilir.¹³⁵

Tazir cezalarında amaç te'dip ve ıslah olması sebebiyle tecavüz gibi çeşitli suç dallarını içinde barındıran adi suçlar için, tazir cezası ile cezalandırılmanın hiç de âdil olmayacağını söyleyebiliriz.

1.2.3. Muhakeme (Yargılama) Hukuku

"Bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesi." Mecelle, md. 1613'da dava olarak tanımlanmıştır. Mahkemeye getirilen bir davanın dinlenip sonuca bağlanma işlemine ise muhakeme denilir. Muhakemenin amacı suçlunun belirlenmesidir. Bu yolda, belirli suçlarda kullanılacak belirli ispat metotlarını da şeriat kendi belirlemiştir. Ceza muhakemelerinde kıyas yasağı bu noktada çok önemlidir. Şeriatin belirlediği bir suç için belirlenen ispat metodu ve uygulanacak ceza bir başka suç için (kıyas edilerek) kullanılamaz.

Başta da belirttiğimiz gibi İslam hukukunda davanın maddi konusu yani ihlal edilen hak sahibinin kim olduğu konusu da önemlidir. Suç Allah'a karşı mı kula karşı mı işlenmiştir. Ceza hukukunun sınırlarının özel hayatın dokunulmazlığı ile başladığı

¹³³ Tuncay Başoğlu, "Ta'zir", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001. 40/198-202. <https://islamansiklopedisi.org.tr/tazir>

¹³⁴ İmam Mevsilî (ö. 683/1284), *El-İhtiyar li-Ta'lili'i-Muhtâr*, 480.

¹³⁵ Başoğlu, Ta'zir, 40/198-202.

İslam ceza hukuku, sınırların ihlal edildiği her konuda adâleti tahsis edecek uygulamalara öncülük etmiştir.

İslam Hukuku'nun kazuistik yapısı, konuların birbirine girift ve çeşitlilik arz ediyor olması, klasik dönem fıkıh kitaplarında ceza davası hukuk davası ayrımının yapılamamasına sebep olmuştur. İbn. Kayyum (ö. 751/1350) ve İbn. Ferhun (ö. 799/1397) ise davaları davanın konusu yönünde ceza ve hukuk davaları olarak ikiye ayırmıştır.¹³⁶ Yapılan bu ayrımla tek tip bir dava açma sistemi oluşturulmak istenmiş olsa da ceza davalarının kısas ve diyet gerektiren şahsi davalar ve had gerektiren kamu davaları olması sebebiyle bu pek de mümkün olmamıştır. Bunun yanında ceza ve hukuk davalarının usul ve işleyişleri de birbirinden farklılık arz eder.

1.2.3.1. Hukuk Davaları

Şahısların birbirleriyle olan meşru, mübah ve caiz ilişkilerinde oluşan haksız fiil ve tecavüzlerin çözüme kavuşturulması ile ilgili davalardır. Hukuk davaları şahsî davalardır ve tarafların talebi olmaksızın açılmaz, kimse de dava açmaya zorlanamaz. Hukuk davaları bir dilekçe (dava), bir davacı (mudd'a) ve bir sanık (mudd'a aleyh) içerir. Müddei davasını ispatla mükelleftir. İslam hukukunda “davasını delil ile ispat etmek davacıya, yemin ise iddiayı reddeden davalıya düşer.” Nitekim أنكر من على واليمين “Beyyine iddia sahibine gerekir, yemin ise inkâr edene aittir”¹³⁷ hadisi hukuk davaları için önemli bir kriter olarak kabul edilmiştir. Sahip Beroje Kur'an'ın hukuk davalarında problemi çözmek için hangi yöntemleri tavsiye ettiğini incelediği çalışmasında, ayetlerin borç konularında ve medeni ilişkilerimizde ispat araçlarını önceden hazırlamamızı istediğini yönündeki tespitini dile getirmiştir.¹³⁸ Davacı sunduğu delillerle hâkime davasını ispat edemediği durumda hâkim davalının yemin etmesini ister. Davalı yemin etmek ya da etmemek hususunda serbesttir.

1.2.3.2. Ceza Davaları

¹³⁶ Erbay, *İslam Ceza Muhakeme Hukukunda İspat Vasıtaları*, 29.

¹³⁷ Ebû Bekr Ahmed b. Hüsyn b. Alî Beyhâki, *Sünenü'l-Kübrâ “Şehâdet”* (Beyrut: Dâru'l-Kitâbü'l-İlmiyye, 2003), 6/20537. ; Müslim, Sahih, c.3/1336.

¹³⁸ Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 39.

Mahkemeye, bir hukuk ihlâli olduğuna dâir hisbe memurları tarafından yapılan ihbar ya da şahitlerin iddianın neticesinde İslam hukukunun yasakladığı bir fiilin ya da hak ihlalinin kişiye karşı mı, Allaha ve topluma karşı mı, ya da devlete karşı mı, işlenmiş bir hak ihlâli olduğunun tespiti yapılır. Kul ya da toplum hakkının ihlal edildiğinin tespit edilmesi neticesinde suçu işleyenlere hadlerle belirlenmiş olan cezanın verildiği davalara, ceza davaları denir.

Maverdî, Ahkâmu'l-Sultâniyye adlı kitabında cezâ dâvâlarının hangi durumda açılabileceğini izah etmiştir.¹³⁹ Ceza davalarına kadılar ya da hâkimler re'sen bakarlar. Aynı zamanda bu davaları olayı gören herkes de şikâyet ve ihbar yoluyla açabilir. Hukk'ullah ile ilgili davalarda dilekçe sahibi yani hakkı ihlal edilen Allah'tır. Bu sebeple hakku'ullah ile ilgili davalarda her Müslüman Allah'ın hakkının ihlal edildiği söylemiyle davada taraf olabilir ve davanın takibini yapabilir.¹⁴⁰ Ancak İslam Hukuku zina, içki içme, bazı farzların terki gibi konularda bu tür suçların setrini daha uygun gördüğü için dava açmakla yetkili makam dava açmayı gerektirecek yeterli şüphe ve deliller olsa bile toplum ve fert maslahatı açısından dava açmayı sakıncalı görüyor ise dava açmayabilir.¹⁴¹ Bununla birlikte sadece belli kişilerin değil, bütün toplumun aleyhinde işlenen terör, uyuşturucu ve bazı siyasi suçlarda kamu davasının mecburiliği ilkesinin uygulanması gerektiğini söyleyen âlimler olmuştur.¹⁴²

Hâkimin davayı açması durumunda had davalarının ispatı, kanunî delillerle sınırlıdır. Yani had davası kabul edilen zina davalarında dört şahit bulunmadıkça dava ispat edilmiş olmayacaktır. İslâm ceza hukukunda şahidin önemini belirtmek için Mîknasi'nin (ö. 1213/1799) "*Şâhit gerçek bir kadıdır, kadı ise basit bir uygulayıcıdır*" sözünde olduğu gibi şahidin beyanının karşısında ne hâkime görüş bildirme ne de sanık için müdafaa söz konusu değildir denmiştir. Cumhurun ceza davalarında hâkimi kanunî delille sınırlandırmış olması, zina davaları için doğru ancak tecavüz davaları

¹³⁹ Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb Basrî el-Bağdadî, *Ahkâmu's-Süldâniyye* (Kâhire: Dâru'l Hadis, 1431-2010), 322.

¹⁴⁰ Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* (Ankara: D.İ.B.Yayınları, 1979), 80.

¹⁴¹ İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî (ö. 728/1328), *Es-Siyâsetü's-şer'iyye* (Beyrut: Dar-u İbn Hazm, 2019), 68.

¹⁴² Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 126.

için adâletin gerçekleşmesine mani olan bir uygulama olmuştur. Bu konuyu, ispat vasıtaları başlığında daha geniş ele alacağız.

Ebu Hanîfe (ö. 150/767) hâkim'in borç ikrarı, had ve kısas davalarında sanığı hapsettirebileceğini söylemiştir.¹⁴³ Mahkemeye intikal etmiş bir ceza davasında af söz konusu edilemez. Davanın neticesi suç ispat edilmiş ise ceza infaz edilir.

1.2.4. İspat Vasıtaları

Muhakemenin iki önemli vazifesinden ilki, maddi bir vakıa olarak mahkemede dava konusu edilen ihlâl edici fiilin işlendiğinin veya işlenmediğinin tespitini yapmaktır. Hucurat suresinde “ Ey iman edenler, bir fâsık size bir haber getirirse onu araştırınız” *فَتَّبِنُوا* buyurulmaktadır.¹⁴⁴ Bu sebeple davaya temel oluşturan ihlâl edici fiilin vaki olup olmadığına dair hâkimin hüküm verebilmesi için yapacağı araştırmaya “et-tebyîn”, sonuçta elde edilen hakikati ortaya çıkaran veriye ise “beyyine” denir.¹⁴⁵ Kur'an'da çokça geçen beyyine kelimesinin içeriğine bakacak olursak بَانَ fiilinin ismi-i fâili olan kelimenin açık aşikâr sarîh belirti manalarına geldiğini, hakkı batıldan ayırmak, doğru bilgi ile yanlış bilgiyi birbirinden ayırt edebilmek anlamlarında kullanıldığını söyleyebiliriz. İslam'ın ilk yıllarında bu manayı hâiz olarak beyyine terimi kullanılırken günümüzde hakikati arayanların daha sebatkâr olması anlamında bu olaya ispat denilmektedir. İspat kelime olarak اثبت fiilinden mastardır ve bir şeyi yerinde bırakmak, ispat etmek manalarına gelir.¹⁴⁶ Davacıya ait bir sorumluluk olduğu sünnetle sabit olan “beyyine külfeti” tabiri ile “ispat faaliyeti” kastedilmektedir.¹⁴⁷

Toplum hayatında kişinin haksızlıklara uğramasının engellenmesi noktasında Kur'anın cahil bir topluma beyyine'nin önemini hayatlarına yerleştirecek önemli ipuçları verdiğini görüyoruz. Müdayene ayetiyle borç ilişkisinde ve alışveriş esnasında şâhit ve belge edinmek; Nisâ suresinde yetim mallarıyla ilgili yine şâhit tutmak; Mâide suresinde boşanma ile ilgili şâhit tutmak tavsiye edilmiş ve öğretilmiştir. Kişinin

¹⁴³ Burhânüddîn (Burhânü's-Şeria) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö. 616/1219), *el-Muḥîṭü'l-Burhânî ve el-Muḥîṭü'l-Burhânî fi'l-fıkhî'n-Nu'mânî* (Beyrut/Lübnan: Dâr'l-Kitâbu'l-İlmiyye, 2004), 8/243.

¹⁴⁴ Hucûrât: 49/6, Nisâ: 4/94.

¹⁴⁵ Beroje, *İslam Ceza Muhakemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 83.

¹⁴⁶ Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311), *Lisanül Arabî ve'l-Misbâh* (Beyrut: Dâru's-Sâdır, 2010), 2/79-80.

¹⁴⁷ Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat vasıtaları*, 177.

günlük hayatta hakları ile ilgili delil olabilecek bilgi ve veri kaynaklarını edinmesi ve biriktirmesi o gün için şahit tutmak yazılı belge oluşturmak vb. bugün için tapu sicili oluşturmak noterde tescilletmek suretiyle mümkün iken ceza muhakemesinde kullanılacak ispat delillerinin önceden edimi mümkün değildir. Çünkü hukuk davaları hak konularıyla, ceza davaları ise olaylarla ilgilenir. Bu sebeple Kur'an ceza davalarında delil niteliği taşıyacak argümanlara bir sınır koymamıştır. Ceza konusu olaylar genelde ani gelişir ve suç işleyen kişi işlediği suçun sonucunda ceza alacağını bilincinde olduğu için delilleri saklama ve yakalanmama gayreti içerisinde olması, suç çeşitliliğini giderek arttırmaktadır. Suçluların cezadan kurtulmak için çok çeşitli yollar bulabileceğini dile getiren Ömer b. Abdulaziz (ö. 101/720) “*İnsanların icat ettiği suçlar ve suç işleme yöntemleri kadar çözüm yolları icat edilmesi, gerekir*”¹⁴⁸ derken, hâkimin delilleri bulmak konusunda daha dikkatli ve her türlü yönteme açık olması gerektiğini dile getirmiştir.

Ömer b. Abdulaziz'den (ö. 101/720) günümüze kadar gelen süreçte, İslam muhakeme hukukunda beş şey delil olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁹

1.Şâhitlik

2. Yemin

3. İtiraf-İkrar

4.Yeminden İmtina (Nukûl) ¹⁵⁰

5. Diğer Vasıtalar

a. Karîne ve Emareler

b. Bilirkişi Mütalaası

c. Hâkimin Şahsi Bilgisi

¹⁴⁸ Ebü'l-Hasen Alâüddîn Alî b. Halîl et-Trablusî (ö. 849/1445), *Mu'inü'l-Hükkâm Fî mâ Yetereddedü Beyne'l-Haşmeyni Mine'l-Ahkâm* (Beyrut: Dâr'l-Fikr, 2010), 177.

¹⁴⁹ Hasan Doğan, “İslam Muhakeme Hukukunda Ta'dil ve Tezkiye”, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi* 29 (2017), 9-20.

¹⁵⁰ Mecelle: 1742.

d. Yazılı Belgeler.

e. Keşif.

Cumhurun görüşü hadiste bahsi geçen beyyine ile kast edilenin şahitlik olduğudur.¹⁵¹ Yine de kitaplarında muhakeme hukukunda kullanılan ispat yollarını yani delilleri tek tek zikretmişlerdir. İspat vasıtalarını kat-i delil,¹⁵² zayıf delil ayırımına tabi tutan âlimler, Hukuk davalarında şahitlik, ikrar ve yeminden nukul'un kullanılabileceğini ceza davalarında ise bunun sadece ikrar ve şahitlikle sınırlı olduğunu söylemişlerdir.¹⁵³ Asıl şahitten naklen yapılan şahitlik, yemin, yeminden nükûl, hâkimin şahsi bilgisi gibi delillerin had cezası davalarında kullanılamayacağını belirtmişlerdir.

İslam'ın oluşturduğu kendi terminolojisi içerisinde şahitlik, itikadî, askeri, hukukî ve siyasi çağrışımları olan çok geniş bir yelpazeye sahip, önemli bir ispat delili olduğunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda şahitlikteki hakkı görüp anlatmak vazifesi hâkimin en önemli vazifesi olduğunu savunan bir takım âlimler, beyyine'ye sadece şahit manası verilmesi suretiyle delil sınırlandırılmasına gidilmesinin suçların failinin bulunamamasıyla neticeleneceğini bunun da İslam'ın korumak istediği hakların zayi olmasına sebep olacağını belirtmişlerdir. İbn. Hazm (ö. 456/1064) (Zahiri), İbn Teymiye (ö. 622/1225), İbn. Kayyum (ö. 751/1350), malikilerden İbn Ferhun (ö. 799/1397), hanefî Trablusî (ö. 849/1445'ten sonra), İbn. Hacer Askalânî (ö. 852/1449) ve İbn. Recep el-Hanbelî (ö. 795/1393) gibi âlimler beyyinenin iki şahitten ibaret olmadığını müddei'nin davasının sıhhatini ve davacının doğruluğunu ortaya koyan her türlü verinin beyyine olduğunu savunmuşlardır.¹⁵⁴

¹⁵¹ Beroje ye göre cumhurun klasik kitaplarda beyyine ile kast edilenin şahitlik olduğu yönündeki görüşlerinin bu kitaplarda şahit konusuna detaylarıyla değinilip karine ve şevâhid-i Hal delillerine yeterince ihtimam gösterilmemesi sonucunu doğurmuştur. Bkz. Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 24.

¹⁵² “bir hakkın veya kendisine hukuki sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan delil kat'i delildir.” Bkz. Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 17.

¹⁵³ Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hukâm fî şerh-i Dureri'l-Ahkâm* (Kâhire: Dâru ihyâ-i Kütüb'l-Arabî, tsz), II, 404.

¹⁵⁴ Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 18.

Günümüz ceza muhakemesinde serbest delil sistemi hâkim olduğundan, maddi gerçeği tam olarak yansıttığından emin olunmayan, ikrar da dâhil hiçbir delil, delil olarak kabul edilmez.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKÛKUNA GÖRE TECAVÜZ ZİNA AYRIMI

Teklifi hükümler içerisinde Şâri' tarafından cezası belirlenmiş olan birkaç suç çeşiti olduğunu yukarda belirtmiştik. Zina suçu da bunlardan biridir. Fıkıhta tecavüz suçunun zina suçunun alt başlığı olarak yer alması sebebiyle önceliğimiz, tecavüzün ne olmadığının tam olarak anlaşılabilmesi için, zinanın tanımının ve hükmünün ne olduğunu tespit etmektir. Daha sonra fâkihlerin bu hükümlere ulaşmak için kullandıkları katî ve zannî delillerin üzerinde duracağız. Zina ile ilgili hükümlere delil olarak kabul edilen hadislerden çıkarılan, tecavüz suçu için de kullanılabilecek bir hüküm olup olmadığını araştıracağız. Zira bu iki suç tipinin aynı sayılabilmesi için yeterli delilin olup olmadığının netleştirilmesi gerekir.

2.1.Fıkıh Usûlüne Göre Zinanın Tanımı

2.1.1. Sözlük Anlamı

Arapça زنا kökünden aynı anlama gelen زناء mastarından alıntıdır. Arapça zenâ زنا “gayrimeşru cinsel ilişkiye girdi” fiilinin mufa’ala vezni (III) mastarıdır. İbranice ve Aranice/Süryanice aynı anlama gelen זני kökü ile eş kökenlidir.¹⁵⁵

Hadislerde yer alan göz zinası el zinası gibi ifadeler mecazî anlamda kullanılmıştır.¹⁵⁶ Zina ile ilgili ayette “zina etmeyin” yerine “Zinaya yaklaşmayın”¹⁵⁷ ifadesinin kullanılmış olması bunların tam anlamıyla bir zina olduğu manasında değildir. Ancak harama bakmak, harama dokunmak, suretiyle başlayan bir sürecin zina ile neticelenebileceğine dair ihtimal sebebiyle bu tip davranışların da haram olduğu Peygamber lisaniyle ifade edilmiştir.¹⁵⁸

2.1.2. Terim Anlamı

Semavî dinler başta olmak üzere bütün kültürlerin günah ve suç olarak kabul ettiği zinanın tanımı hakkında pek çok görüş sarf edilmiştir. Toplumun din merkezli ya da hukuk merkezli yapısına göre bu görüşler farklılık gösterir.¹⁵⁹ Genel manada İslam hukukunda, zinanın ıstılah manası evlilik dışı cinsel ilişkidir. Yemin ve nikâh şüphesi olmaksızın kurulan bütün haram cinsel ilişkiler ümmetin icmasıyla zina kabul edilir.¹⁶⁰ Burada dışardan bir bakışı da ele alacak olursak wikipedia zinayı şöyle tanımlar: Zina yasa dışı ilişkiye atıfta bulunan İslâm Hukuku terimidir. Geleneksel hukuka göre zina, fuhuş, tecavüz, sodomi, ensest ve hayvanlarla cinsel ilişkiye girmeyi içerebilir.¹⁶¹

Zina eden erkeğe “zâni” kadına ise “zâniye” denir. Kendi ihtiyarı olmayan erkeğe “mezniyyün bih” kadına da “mezniyye” denir ki bu da zorla zina edilen kadın

¹⁵⁵ Sarı, el-Mevârid, 997.

¹⁵⁶ Mehmet Boynukalın, *İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası* (İstanbul: M.Ü.S.B. Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1995), 26. ; Hüseyin Esen, “Zina”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/440.

¹⁵⁷ İsrâ:17/32.

¹⁵⁸ “Gözlerin zinası bakmak, kulağın zinası dinlemek, ellerin zinası tutmak, ayakların zinası yürümektir; nefiste bunu arzular; ancak cinsel uzuv bunlar onaylar veya yalancı çıkarır” bu hadis Buharî, İsti’san 12; Müslim, Kader 20; Ebû Davud es-Sicistânî, Süleyman b. el-Eş’as b. İshâk (1409/1988). es-Sünen (Beyrut: Mektebtü’l-Asriyye, 1431-2010), Nikâh 43 de geçmektedir.

¹⁵⁹ Esen, “Zina”, 44/440.

¹⁶⁰ Ebû’l-Feth Alâüddîn Muhammed b. Abdilhamîd b. Hüseyin el-Üsmendî es-Semerkandî (ö. 552/1157), *Tarikatü’l hilaf* (Mısır/kahire: Mektebetü Daru’l Teras, 2007), 383.

¹⁶¹ <http://en.wikipedia.org/wiki/zina> adresinden 17.03.2022 tarihinde alınmıştır.

manasındadır.¹⁶² Fıkıh kitaplarında “mezniyye”, “mezniyyün bih” ifadelerinin tecavüz konuları için kullanıldığını görüyoruz.¹⁶³ Ancak zina fiilinin her iki tarafında rızası ve bilfiil iradesi ile gerçekleşen bir olgu olduğunun ifade edildiği Nûr suresi 3. ayet¹⁶⁴ mezniyye ve mezniyyün bih ifadelerinin kullanımının hatalı olacağını göstermektedir.

2.1.3. Mezheplerin Zina Tanımları

Zinayı Hayrettin Karaman *Mukayeseli İslam Hukuku* kitabında erkeğin zinası ve kadının zinası şeklinde ikili bir tanımlamayla şöyle tarif etmiştir.

Erkeğin zinası: Evlilik şüphesi ve mülkiyet gibi bir bağ bulunmadan hayatta olan bir kadın ile önden cinsi münasebette bulunmaktır.

Kadının zinası: “yukarıda tarif edilen fiile rızasıyla imkân vermesidir.”¹⁶⁵

Bu tanım, evlilik şüphesi derken batıl ve fâsit nikâhla kurulan ilişki ve mülkiyet bağı derken, cariye gibi kişinin mülkü olma vasfına sahip olmayan bir kadınla kurulan ilişki, canlı bir kadın derken de ölüyle ve hem cinsle yapılan ilişkileri istisna etmektedir. Aynı zamanda kadının zinasını ayrı tutmakla Hanefî mezhebinin kadının zinada edilgen bir rol üstlendiği yönündeki görüşüne atıfta bulunmaktadır. Kanaatimizce bu tanım mezheplerin bütün düşünce yapısını kuşatıcı kapsamlı bir tanım olmuştur.

Hanefiler ise had gerektiren zinayı “İslamî hükümlerle yükümlü bulunan bir erkeğin, kendisine cinsel istek duyulacak yaştaki diri bir kadınla, İslam ülkesinde nikâh akdine veya cariyelik gibi haklı bir nedene dayanmaksızın önden cinsel ilişkiye girmesi veya kadının bu fiile imkân vermesi”¹⁶⁶ şeklinde tanımlamışlar. Nikâh şüphesine veya tecavüz fiilindeki kadının rızasının olmaması koşuluna tanımda yer vermemişlerdir.

¹⁶² Ömer N. Bilmen (1976), *Hukuku İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976), 27; M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili* (İstanbul: Yenidoğan Yayın D. 2001), c.IV/ 3468.

¹⁶³ İbrahim, Halebî (1311), *Mülteka'l-Ebhur*, mtc. Mustafa Ünsal (Konya: Uysal Yayınları, 1989), 261.

¹⁶⁴ Nûr: 3.

¹⁶⁵ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), c.1/200.

¹⁶⁶ İbn. Abidin, *Reddu'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr*, 4/6.

Hanefî mezhabine göre zinada kadına had cezası zâniye olduğu için değil, zânî olan erkeğin zina fiiline rıza gösterdiği için vurulur. Çünkü kadın, durumu itibariyle zina fiilinde fâil değil mefuldür. Kur'an da kadın için zinâ eden ifadesinin kullanılması gerçek manada değil mecazî manadadır.¹⁶⁷

Yine aynı şekilde Şafî¹⁶⁸ ve Hanbelîler¹⁶⁹ de benzer tanımları yaparken önden olması şartını kaldırmakla ters ilişkiyi de zina kapsamına almışlardır. Mâlikî¹⁷⁰ ve Zahirîler¹⁷¹ ise kasıt şartını öne çıkartmakla erkeğin zinaya zorlanma durumunu istisna etmiş, mülkü olmayan yanında çıplak durulması haram olan kişiyle cinsel ilişkiye girilmesi şeklinde tanımlayarak ayetteki mahremiyet sınırlamasına işaret etmişlerdir.

Buradan anlaşılan dört mezhep de rızası olmaması durumunda kadın için had cezasının gerekmeceğini, tanımın dışında tutarak dile getirmişlerdir.

Bilinen mezhep tanımlarının aksine günümüzde İsmail Karagöz *Farklı Anlaşılan Ayetler* adlı kitabında Kur'an da zinanın tanımının yapıldığını Nisa 2. ayetin bir tanım cümlesi olduğunu dile getirmiştir.

*“Zina eden bir erkek ancak zina eden ya da müşrik bir kadın ile cinsel ilişkiye girer. Zina eden kadın da ancak zina eden ya da müşrik bir erkekle cinsel ilişkiye girer. Bu mü'minlere haram kılınmıştır.”*¹⁷²

Ayetteki nikâh kelimesinin cinsel ilişki manasında kullanılmakta olduğunu, ileride kanunilik maddesinde detaylı olarak izah edeceğiz. Buna göre mücmel bir lafız olan zina kelimesinin ayetle belirlenen manası “Kişinin mü'min ya da müşrik bir kişiyle kurduğu, meşru olmayan ancak rızaya dayalı heteroseksüel cinsel ilişkidir”

¹⁶⁷ İbn kesir Ebû'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâîl b. Şihâbiddîn Ömer b. Kesîr b. Dav' b. Kesîr el-Kaysî el-Kureşî el-Busrâvî ed-Dımaşkî eş-Şâfiî, *Hadislerle Kur'an-ı Kerim Tefsiri* (İstanbul: Çağrı Yayınları 1986) 11/5705; Serahsî, Mebsûd, 9/

¹⁶⁸ Nevevî Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref (ö. 676.), *El-Minhêcû'd-Dâlibîn* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2005), 295.

¹⁶⁹ Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâîlî el-Makdisî (ö. 620/1223), *El-Kâfî Fî Fihhi'l- İmâm Ahmed* (Lübnan/Beyrut: Dâru'l-Kitâbu'l-İlmiyye, 1994), 4/85.

¹⁷⁰ Şemseddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdurrahmâ Tırablusî el-Mağramî Haddâb (ö 954), *Mevâhibü'l- Celîl fî Şerh-i Muhtasari'l-Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1992), 6/291.

¹⁷¹ Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), *Muhallâ bi'l-Âsâr* (Beyrut: Dâru'l Fikr, 2010), 12/164.

¹⁷² Nur 2

denilebilir. Tek tarafın rızası ve iradesi olmayan bütün gayrimeşru cinsel birliktelikler böylelikle zina tanımının dışına çıkmış olur. Ayrıca bu ayetin tanım ayeti olması fıkıh kitaplarında çokça zikredilen kadının zinası erkeğin zinası ayrımının İslam hukukunda yerinin olmadığını ortaya koymaktadır. Din ve ahlak kurallarında yasaklanmış olan zina fiilinin eşit niteliklerde iki fâili vardır. Bu Kur'an'da geçen kelimelerden açıkça görülebilmektedir. Arapça dilinin özelliği olan iki şahıs ifadesi yerine teker teker zina eden kadın ve zina eden erkek denilerek zina fiilindeki kadının ve erkeğin etken faktörünün eşit olduğuna vurgu yapılmıştır.

2.1.4. Zina Suçunun Nasla Delillendirilmesi

2.1.4.1. Zina ile İlgili Ayetler

Zinanın haram olduğuna delalet eden ilk ayet isra suresi 32. ayettir.¹⁷³ Bu ayette zinaya yaklaşmayınız ifadesi kullanılarak kesin bir dille zinanın haram olduğu ifade edilmiştir. Burada zinanın haram olduğu hükmü subûtu ve delateti katî bir delille karşımıza çıkmıştır.

Mümteherine 12.¹⁷⁴ ayette kadınlardan alınan biat esnasında Allah'a şirk koşmayacaklarına, hırsızlık yapmayacaklarına, zina etmeyeceklerine şeklinde biatın üçüncü şartı olarak büyük günahlar arasında anılır.

Nûr Sûresi, 2. ayetinde ise “*Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüz sopa vurun; Allah'a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah'ın dininde (hükümlerini uygularken) onlara acıyacağınız tutmasın. Müminlerden bir gurup da onlara uygulanan cezaya şahit olsun*” buyurulmaktadır.

Ayette “ve’z-zâniyetü ve’z-zânî” olarak geçen ifadenin âm olmasından dolayı 100 sopa hükmünün hem evliler, hem de bekârlar için olduğunu söyleyebiliriz.¹⁷⁵ Ancak fıkıh âlimleri gizli zinanın itirafla ortaya çıkması ile verilen recm cezalarında Hz Peygamber’in evli muhsan ayrımına gitmiş olmasını; dört şahidin görmesiyle ispatlanan aleni zina olayıyla bir tutmak suretiyle, Hz Peygamberin bu uygulamasının

¹⁷³ İsra 32

¹⁷⁴ Mümteherine: 12.

¹⁷⁵ Ali Bakkal, “Zina Suçu ile İlgili Nasların Tedricilik Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Ceza Hukuku*, ed. Abdurrahman Eren - Refik Korkusuz (İstanbul: Lale Yayıncılık, 2017), 1/384.

ayeti tahsis ettiğini söylemişlerdir. Ayrıca burada da yasaklanmış olan filin cezası olan celdenin miktarı sayı olarak verilmek suretiyle belirli bir suça belirli bir ceza takdir edilmiştir. “*Onlara acımayın*” ifadesi haddi belirlenmiş olan suçların cezalarında değişiklik yapılmasının mümkün olmadığını bize bildirir. “*Mü’minlerden bir gurup da onlara uygulanan cezaya şahit olsun*” ifadesinde ihlal edilen toplum hakkına karşılık cezanın infazının toplumun önünde gerçekleşmesi suça uygun bir ceza olmuştur.¹⁷⁶ Buradan had suçlarındaki amacın, zecr ve men, yani bozulan toplum düzeninin telafisi ve suçların işlenmesini engellemek olduğunu da anlayabiliriz.

Zina cezası ile ilgili ilk ayetler Nisa suresinin 15-16 ncı ayetleridir. Ancak âlimler bu ayetlerin livata suçu için mi zina suçu için mi indiği hususunda ihtilaf etmişlerdir. Tabiin müfessirlerinden Mücahid ayette bahsedilen kadınların sevice (lezbiyen) olduklarını söylemiş Ebû Hanîfe ve Ebu Müslim el-Horasanî (ö. 137/755) de bu görüşü benimsemişlerdir.¹⁷⁷ Nisa suresi 25. Ayette ise “*cariyeler evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa, onlara hür kadınların (muhsanat) cezasının yarısı uygulanır*”¹⁷⁸ buyurulmuştur.

2.1.4.2. Zina ile İlgili Hadisler

Zina Eden iki Yahudi Hadisi:

Hadislerde zina ile ilgili ilk rivayet, zina eden iki Yahudi’den bahseden rivayettir. Abdullah b. Ömer (r.a.) anlatır: "Yahudiler Hz. Peygamber (s.a.v.)'e gelip kendilerinden bir erkekle bir kadının zina ettiğini söylediler. O da: "Tevrat'ta Recim konusunda ne buluyorsunuz?" buyurdu: "Onları teşhir ederiz, bir de değnek cezası uygulanır" dediler. Bunun Üzerine Abdullah b. Selâm (r.a.)¹⁷⁹ : "Yalan söylediniz, muhakkak ki Tevrat'ta recim cezası vardır" dedi. Tevrat'ı getirip açtılar, bu sırada birisi elini recim ayetinin üzerine koydu ve ayetin öncesini ve sonrasını okudu. Abdullah b. Selâm (r.a.): "Elini kaldır!" dedi. Elini kaldırdı baktı ki orada recim ayeti var. Bunun

¹⁷⁶ Suat Erdoğan, *Kur'an ve Sünnet Işığında Suç ve Ceza Uygunluğu*, 173.

¹⁷⁷ Bakkal, *Zina Suçu ile İlgili Nasların Tedricilik Açısından Değerlendirilmesi*, 385.

¹⁷⁸ Nisa: 4/25

¹⁷⁹ Müslüman olmuş eski bir Yahudi âlimi olan Abdullah b. Selâm tevatür'te zinanın cezasının recmedilmek olarak geçtiğini biliyordu.

üzerine: "Ey Muhammed, Abdullah doğru söyledi. Tevrat'ta recim ayeti vardır." dediler. Rasûlullah (s.a.v.) emir buyurdu, recim edildiler."¹⁸⁰

Hadisden çıkartılan hükümler:

1. Burada Resûlullah İslâm'a göre değil, Tevrat'a göre hükmetmiştir. Hz. Peygamber'in bu uygulamasının ardında Enam 90. Ayette son peygamber olarak onların hidayetine uyup aynı evrensel hakikati devam ettirmesinin emredilmiş olması yatmaktadır. Bundan sebep hakkında bir hüküm bildirilmemiş ise Peygamber efendimiz önceki dinlerin hükmüne göre hüküm vermeyi sürdürmüştür.¹⁸¹ Görüldüğü gibi hadisten tecavüzle ilgili çıkartılan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Mâiz Hadisi; Hz. Büreyde (radiyallâhu anh) anlatıyor: "Resûlullah (aleyhissâlâtu vesselâm)'a, Mâiz İbnu Mâlik el-Eslemî (radiyallâhu anh) gelerek:

"- Ey Allah'ın Resûlü, ben nefsiime zulmettim, zinâ günahını işledim, beni temizlemeni istiyorum" dedi. Resûlullah (aleyhissâlâtu vesselâm) onu reddetti (geri çevirip meselenin üzerine gitmedi). Ancak Mâiz ertesi gün tekrar geldi. Yine:

"- Ey Allah'ın Resûlü, ben zinâ fazihasını irtikab ettim!" diye ikinci sefer itirafta bulundu. Adamı ikinci sefer geri çeviren Resûlullah (aleyhissâlâtu vesselâm) adamın kavmine birisini yollayarak:

"Onun aklında bir noksanlık biliyor musunuz, normal bulmadığınız bir davranışına rastladınız mı?" diye tahkik ettirdi. Ancak hep beraber:

"Biz onu gördüğümüz kadarıyla, aramızdaki sâlih kişilere denk akıl (ve feraset) sahibi biliyoruz" dediler. Mâiz üçüncü sefer müracaatta bulundu. Hz. Peygamber (a. v.s.) onlara yine birini göndererek adam hakkında sordurdu. Yine ne kendinde, ne aklında bir kusur olmadığını söylediler.

¹⁸⁰ Buhârî, Hudûd 24,37; Müslim, Hudûd 26,28; İbn Mâce, Hudûd10; Ebû Dâvûd, Hudûd,25; Tirmizî, Hudûd 10; Beyhâkî, Sünen,8/214-15, 231, 249.

¹⁸¹ Enam ﴿٩٠﴾ اُولَٰئِكَ الَّذِينَ هَدَىٰ اللّٰهُ فَبِهُدَاهُمِ اقْتَدِهْ ۚ قُلْ لَا اَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ اَجْرًا ۚ اِنْ هُوَ اِلَّا ذِكْرٌ لِّلْعَالَمِينَ

Adam dördüncü sefer müracaat edince, ona bir çukur kazdırdı. Taşlanmasını emretti ve taşlandı.¹⁸²

Hadisten çıkarılan hükümler:

1. Zina itirafı ile gelen kişiden hâkim yüz çevirir. Kişi ısrarla bu gûnahtan temizlenmek istediğini beyan etmesi ve bunu dört kere tekrar etmesi halinde bir kefarete olarak recm tatbik edilir.
2. Peygamber efendimizin Mâiz'in deli olup olmadığını araştırması sebebiyle delinin itirafının geçerli olmayacağına hükmedilir.
3. Hadisin Müslimdeki rivayetinde Mâiz'in recm sırasında kaçtığı ve Peygamber Efendimizin "keşke onu bıraksaydınız"¹⁸³ Allah onun tevbesini başka türlü kabul ederdi dediği rivayeti vardır. Buradan da tevbe'nin recmin haricinde de kabul edilebileceği hükmü çıkartılmıştır. Ancak âlimler "recm kefaretinin tatbiki ile günahlar kesinlikle silinirken, tevbe'nin makbuliyeti hakkında böyle bir yakın elde edilemez, kabul edilebileceği umulur" demişlerdir.¹⁸⁴ İmam Nevevî de Müslim Şerhinde tevbeyle yetinmeyip illa recm kefaretinin tatbik edilmesini isteyen Mâiz ve Gâmidîyyeli kadının durumunu, kesinlikle "Tevbe kabûl edilmiştir" denemeyecek olması sebebiyle gûnahtan temizlendikleri hususunda emin olmak istedikleri şeklinde açıklar.¹⁸⁵
4. Zina ettiğini itiraf eden kişinin bu itirafından dönme hakkı vardır.¹⁸⁶ Çünkü recm tatbiki kişi için bir kefarete niteliği taşıdığından mütevellit, kişinin kendi isteği ve arzusu üzerine uygulanıyor olmalıdır. Bu davalardaki ikrardan dönebilme hakkı bu uygulamanın bir ceza değil bir kefarete olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.
5. Bu olayda tecavüz suçuna kıyas yapılabilecek bir bulgu görülmemiştir.

Görüldüğü gibi hadisten tecavüzle ilgili çıkartılan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

¹⁸² Buhârî, *Hudûd*, 21,25; Müslim, *Hudûd* 17, 18, 20-23; İbn Mâce, *Hudûd* 10; Ebû Dâvûd, *Hudûd* 7, 23; Tirmîzî, *Hudûd* 5; Nesâî, *Cenâiz* 63; Beyhâkî, *Sünen*,8/221, 214, 218-21, 225-28.

¹⁸³ Ebû Davud, "*Hudûd*", 23; "*Diyyât*", 10; Nesâî, "*Tahrîm*", 9; İbn Mâce, "*Hudûd*", 9.

¹⁸⁴ İmâm-ı Ahmed b. Hanbel, *Müsned* 38/29, 22949.

¹⁸⁵ Ebû Zekerîyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Seref Nevevî (676/1277), *el-Minhâc Serhi Sahihi Müslim b. ElHaccac* (Beyrut: Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, 1392h.), XI/ 199.

¹⁸⁶ İmâm-ı Şâfiî, *el-Umm*, 7/193. ;Serahsî, *Mebsût*, 30/168.

Gâmidiyeli Kadın Hadisi: Râvi der ki: Gâmidiyeli bir kadın gelerek:

"Ey Allah'ın Resûlü, ben zina fazîhasını işledim. Beni temizle!" dedi. Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm), onu da geri çevirdi. Ertesi gün gelen kadın:

"Ey Allah'ın Resûlü, beni niye reddediyorsun. Görüyorum ki, beni de Mâiz gibi geri çevirmek istiyorsun. Allah'a kasem olsun ben hamileyim de!" dedi. Hz. Peygamber (aleyhissalâtu vesselâm):

"Öyle ise hayır, Sen git ve çocuğu doğurunca gel" dedi. Kadın gitti, çocuğu doğurunca, bir beze sarılmış olarak çocukla geldi."İşte çocuk, doğurdum!" dedi. Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm):"Git, süttten kesinceye kadar emdir, sonra gel!" buyurdu. Kadın gitti, o çocuğu süttten kesince çocukla birlikte geldi. Çocuğun elinde bir ekmek parçası vardı.

"Ey Allah'ın Resûlü, işte çocuk, süttten kestim, yemek de yedi" dedi. Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm) çocuğu alıp, Müslümanlardan birine teslim etti. Sonra bir çukur kazılmasını emir buyurdu. Göğsüne kadar derinlikte bir çukur kazıldı. Bundan sonra halka taşlamalarını emretti. Herkes taşıladı. Hâlid İbnu Velid (radıyallâhu anh) elinde bir taş ilerledi, başına attı. Kan yüzüne fışkırmıştı, kadına küfretti. Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm) Hâlid'in kadına küfrettiğini işitince:

"Ey Hâlid ağır ol!" dedi ve ilâve etti:

"Nefsimi kudret elinde tutan Zât-ı Zülcelâl'e kasem olsun, bu kadın öyle bir tevbe yaptı ki, şâyet alışverişte sahtekârlık yapanlar aynı tevbe ile tevbe yapsalardı, onların bile mağfiretine yeterdi!"

Sonra Resûlullah (tekfîn) emretti. Kadının üzerine namaz kıldırıldı ve defnedildi.¹⁸⁷

Hadisten çıkarılan hükümler:

¹⁸⁷ Müslim, Hudûd 22-24; Ebû Dâvûd, Hudûd 24, 25, (4434, 4441); Tirmizî, Hudûd 9; Nezâî, Cenâiz 64; Beyhâkî, Sünen, 8/214, 218, 221, 225, 226, 229; İbn Hanbel, Müsned, 4/429-30, 435, 437, 440.

1. Hanefîler ve Hanbelîler bu hadise göre zina ikrârının dört ayrı mecliste olması gerektiğine hükmeder.¹⁸⁸
2. Zina ettiğini itiraf edip günahından arınmak isteyen kadına çocuğunu doğurmadan recm kefareti tatbik edilmez.
3. Her iki hadiste de (Mâiz ve Gâmidîyyeli kadın hadisi) zina eden kişinin beni bu “günahtan temizle” dediği rivayeti vardır. Bundan da anlaşılan recm için kişinin günahtan temizlenme isteğinin galip olduğu kanaati hâsıl olmalıdır.
4. Günahını itiraf edip recm edilmek isteyen kişinin ailesi tarafından kötü söz ve davranışa uğramasına mani olunur.
5. Öldükten sonra da namazı kılınır ve arkasından kötü konuşulmaz. Günahsız olarak ahirete gittiğine inanılır.¹⁸⁹
6. Bu olayda tecavüz suçuna kıyas yapılabilecek bir bulgu görülmemiştir.

Görüldüğü gibi hadisten tecavüzle ilgili çıkartılan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Âsif Hadisi: Ebû Hüreyre ve Zeyd İbnu Hâlid el-Cühenî (radıyallâhu anhümâ) anlatıyor: "Bir bedevî, Hz. Peygamber (aleyhissalâtu vesselâm)'e gelerek:

"- Ey Allah'ın Resûlü, Allah aşkına, hakkımda Allah'ın kitabıyla hükmet!" diye yemin verdi. Bundan daha fâkih olan bir diğeri de:

"- Evet, aramızda Kitabullah'la hükmet bana da izin ver!" talebinde bulundu. Aleyhissalatu vesselam Efendimiz:

"- Meramını söyle! (seni dinliyorum)" dedi. Adam:

"- Oğlum bunun yanında işçi idi. Karısıyla zinâ yaptı. Bana, "Oğlum için recm gerekir" dediler. Ben de hemen oğlum namına yüz koyunla bir cariyeyi fidyeye verdim. Sonra bir de ilim adamlarına sordum. Bana: "Oğluna yüz değnek ve bir yıl sürgün cezası gerekir; bu adamın karısına da recm cezası icap eder" dediler" dedi. Resûlullah (a s):

¹⁸⁸ İbn Kudame, Muğnî, 9/65

¹⁸⁹ İmâm-ı Ahmed b. Hanbel, Müsned 38/29, 22949

- “ Ruhumu kudret elinde tutan Zât'a yemin olsun ikinizin arasını Kitabullah'a uygun şekilde hükme bağlayacağım: Cariye ve koyunlar sana geri verilecek. Oğluna yüz sopa ve bir yıl sürgün tatbik edilecek" buyurdu. Sonra, Eslemli bir adama seslendi:

"- Ey Üneys! Bu zâtın hanımına git, eğer zinâyı itiraf ederse onu recmet gel!"

Üneys, kadına vardı. O suçunu itiraf etti. Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm) emretti ve kadın recmedildi."¹⁹⁰

Hadisten çıkarılan hükümler:

1. Hâkim gerekli durumlarda kişinin yanına gidebilir.
2. Maliki ve Şafiî âlimleri Peygamberimizin Üneyse itirafın dört kere olması gerektiğini tembihlememesi sebebiyle bir kere itirafın da recm için yeterli olacağı hükmünü çıkartmışlardır.¹⁹¹ Bizim için itirafın dört kere olması gerektiğinin tembihlenmemiş olması, gizli zina ve aleni zina ayırımına işaret eden açık bir delildir.
3. Adamın oğlunun zinayı işlediğini gören dört şahitten bahsedilmediğine göre bu bir itiraf vakasıdır. Peygamberimizin Üneysi kadına göndermesi kadının cezalandırılması için değil oğlanın doğru söyleyip söylemediğinin anlaşılması içindir. Şayet kadın zina etmediklerini söylemiş olsa oğlana kazf haddi uygulanırdı. Çünkü Allah hakkı konularında hâkim zanlıyı itirafa zorlamaz.
4. Kadının itiraf etmesi ve ancak bu günahı arınmak istediğini söylemesine karşılık recm cezası uygulanmıştır.
5. Bu hadis ayrıca bekarlar'a uygulanan had cezasına sürgün cezasının eklenmesinin gerektiğini savunan Şafi mezhebinin de delili olmuştur.¹⁹² Ancak Hanefî mezhebi bunu ayetin hükmüne ziyade olarak gördükleri için sürgün hükmünü tâzir olarak kabul etmiştir.
6. Şerri hadler sulh ya da fide karşılığı düşürülemez.

¹⁹⁰ Buhârî, Hudûd 30, 34, 38, 46, Vekâlet 13, Şehâdât 8, Sulh 5, Şurût 9, Eymân 3, Ahkâm 39, Haberu'l-Vahid I, İ'tisâm 2; Müslim, Hudûd, 25 (1697, 1698); Muvatta, Hudûd 6 (2, 822); Tirmizî, Hudud 8 (1433); Ebû Dâvud, Hudûd 24 (445); Nesâî, Kudât 22; İbnü Mâce, Hudûd 7 (2549).

¹⁹¹ Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâîlî el-Makdisî (ö. 620/1223), *El- Muğnî*, (Sûdî Arabistan: Dâru âlenü'l-Kitab, 1997), 9/65.

¹⁹² Serahsî, *Mebsûd*, 9/44. Ahmed b. Hanbel, *Musned*, IV/115; Buhârî, *Sulh* 5; Müslim, *Hudûd* 25; Tirmizî, *Hudûd* 8; İbn Mâce, *Hudûd* 7.

7. Bu olayda tecavüz suçuna kıyas yapılabilecek bir bulgu görülmemiştir.

Görüldüğü gibi hadisten tecavüzle ilgili çıkartılan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Hilal İbn Ümeyye Hadisi: Bu hadis furû kitaplarında zina cezası konularının içinde zikredilmemiştir. Ancak biz bu konuyu da zina davalarının arasında gördüğümüz için zikretme gereği duyduk. İslam hukukunda ilk Lian olayı Enes İbn Malik (r.a.) den rivayetle şöyle nakledilmiştir.

Hilal İbn Ümeyye karısını Şerik İbn Şehmâ ile gördüğünü iddia ederek Peygamber Efendimize geldi. Peygamber efendimiz dört şahit getiremezse kendisine kazf sopası atılacağını bildirdi. Bu olayın akabinde Allah'tan Nûr suresi 6-10 ayetler nazil oldu. Hz. Peygamber Hilal'i çağırarak zina isnadında doğru söylediğine dair dört kere yemin etmesini istedi. Beşincisinde eğer yalan söylüyorsan Allah'ın laneti üzerinedir buyurdu. Sonra Allah Rasulü kadını çağırdı ve aynı şekilde ona da yemin ve lian yaptırttı. Kadın beşinci şehadete gelince duraladı ve “bu beşinci şehâdet azabı vacip kılıcıdır” dediler. İbn Abbas “kadın döndü ve duraladı. Biz şehadetten vazgeçeceğini sandık” der. Sonra kadın “kavmimi diğer günlerde rüsvây etmeyeceğim” diyerek beşinci şehadeti etti. Allah rasulü (s.a.) karı ile kocayı ayırdı. Akabinde Hz. Peygamber (s.a.) “onu gözetleyin” buyurdu. Kadın Şerîk İbn Sahma'ya benzeyen bir çocuk doğurdu.¹⁹³

Hadisten çıkarılan hükümler:

1. Zinaya şâhit olan eş mağdur sıfatıyla kul hakkı davası açmıştır.
2. Eşlerden birinin diğeri hakkında ortak meskende üçüncü bir şahısla işlenmiş zina iddiasında bulunması halinde iddiasını yemin ile ispat etmesi istenir.
3. Davanın neticesinde eşlerin ayrılmasına hükmedilir.
4. Çocuğun babasının adıyla çağırılmamasına
5. Çocuğa zina isnad edilmemesine
6. Çocuğa veya annesine zina isnad edilirse ona ceza uygulanmasına hükmedilir.

¹⁹³ Buharî, *Talak* 28, *Şehâdât* 21; Ebû Davûd, *Talak* 27 (2254, 2255, 2256); Tirmizi, *Tefsir*, Nur, 3178.

7. Mezhepler; karı koca arasındaki nikâh, ölüm ya da talak sebebi ile bozulmamış olduğundan, mesken barındırılma ve geçiminin koca üzerine olmadığına hükmetmiştir.¹⁹⁴ Ancak davanın hukuk davası olması ve hâkimin (hz. Peygamber'in) kanaati kadının yalan söylediği yönünde olduğu için kadının hak mahrumiyetine hükmedildiğini de söyleyebiliriz.
8. Doğan veya doğacak olan çocuğun nesebi, baba yönünden reddedilmiş sayıldığı için artık bu koca ile çocuk arasında miras ve nafaka hukuku cereyan etmez. Çocuk sadece annesine bağlanır.¹⁹⁵

Görüldüğü gibi hadisten tecavüzle ilgili çıkartılan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

2.1.4.3. Bazı Müfessirlerin Zinanın Tanımı Olarak Kabul Ettiği Ayet

Bilindiği gibi Kur'an bir anayasa kitabı olmadığı gibi yerine getirilmesi istenen ve yapılması yasaklanan fiiller hakkında genelde çok detaylı bir tanım zikretmemiştir. Ayetlerin bir kısmı zahir, nass, müfessir ve muhkem gibi manası kısmen açık lafızlardan oluşurken bir kısmı da hafî mücmel ve müşkil gibi manası kapalı lafızlardan oluşur.¹⁹⁶ Dolayısıyla hafî, mücmel ve müşkil lafızla emredilen veya yasaklanan fiillerin açıklanması Peygamber Efendimiz tarafından yapılmış ve daha sonra bütün bu delillerden hüküm çıkartma yöntemleri onun ashabı tarafından nakledilmiştir. Tabii dönemindeki icmâlî delillerden tafsîlî hükümlerin çıkartılması olarak tanımlanan usûlü'l-fıkh çalışmalarını bir sonraki aşamada fukahâ metodunu¹⁹⁷ takip eden âlimler tarafından fûrû üretirken kullanılacak usulün tespiti çalışmaları takip etmiştir ki bu da mezheplerin oluşumu anlamına gelir.

¹⁹⁴ İbn. Kudâme, *Muğnî*, 11/152, 1331.bab

¹⁹⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 97-98; İbn Kudame, *Muğnî*, 11/160, 1333.

¹⁹⁶ Pezdevi, I, 54; Serahsî, *Mebisud*, I/168; Abdullah Kavalcıoğlu, “Debûsî ve Semerkandî'nin Fıkıh Usulünde “Kapalı Lafızlar”Konusuna Yaklaşımları ve Görüşlerinin Mukayesesi”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* ISSN: 2148-5011 cilt: 5, sayı: 1 (2018): 61 – 85.

¹⁹⁷ Fıkıh usûlü kitaplarının yazımında “Fukaha metodu” ve “Mütekellimun metodu” olmak üzere iki metod takip edilmiştir. Fukaha metodu Hanefî metodu olarak bilinip temel özelliği tümevarım yani fikhî örneklerden kurallara gitmesidir. Daha çok bir fıkıh mezhebinin fûrû hükümlerini temellendirmeye ve bunların ayet ve hadislerden elde ediliş yöntemini açıklamaya yönelik yapılan çalışmaların adıdır.

Fıkıh usulünde zahir, nass, müfessir ve muhkem lafızlardan hüküm çıkartma konusunda hiçbir sıkıntıyla karşılaşılmaması ile beraber manası kapalı olan hafî¹⁹⁸, müşkil¹⁹⁹ ve mücmel lafızlarda ihtilaflar mevcuttur.

Mücmel lafız konusunda âlimler Şârî tarafından açıklamanın yapılmasının beklenmesi şayet bir açıklama yapılmamış ise muradın ne olduğunun düşünülmesi ve araştırılması gerektiğinde hemfikirdirler. Mücmel lafız şayet Şârî tarafından açıklanmış ise müfesser adını alır ve onunla amel etmek vacip olur.²⁰⁰

Bu noktada, konumuz olan tecâvüz suçunun bir çeşit zinâ olarak kabul edilmesi sebebiyle tecavüzün zina olup olmaması konusunda zinanın ne olduğunun belirlenmesi, tezimiz için çok önemli bir argüman olacaktır.

Mezheplerin herbirinin ayrı ayrı zina tanımları ürettiğini düşünecek olursak, mezheplerin zinâ kelimesini Şârî tarafından açıklanmamış mücmel lafız olarak kabul ettiklerini ve bu doğrultuda kendi fûrû fikhını oluştururken kullanacakları usul yöntemine uygun tanımlar ürettiklerini söyleyebiliriz. Fikir ayrılıklarından kurtulma çabasıyla üretilen bu tanımlar fûru meselelerine yansımış ve yeni fikir ayrılıkları oluşmuştur. Mezheplerin görüş farklılıklarında daima ahâd hadislerin etkisi ön plana çıkarılırken tanım cümlelerinin etkisi daha büyük olmasına rağmen arka planda kalmıştır.

Konumuz olan zina fiilinin yasaklandığı İsrâ suresi 32. ayette; “Zinâyâ yaklaşmayın. Zira zina yapmak bir hâyâsızlık olup çok kötü bir yoldur” buyurulmuştur. Ayet sübutu ve delâleti kat’î delillerdendir. Ancak ayetin bahsettiği zinâ fiilinin ne olduğu tefsire muhtaçtır. Elbette zinanın ne olduğu konusunda en doğru bilgi yine Allah’ın kelâmında bildirmesi ile bilinebilir. “Tercümânü’l-Kur’ân”²⁰¹

¹⁹⁸ HAFÎ الحفی Mânaya delâleti açık olmakla birlikte hâricî bir sebepten dolayı kapsamındaki fertlerin bir kısmına delâletinde kapalılık bulunan lafız anlamında usûl-i fıkıh terimi.

¹⁹⁹ MÜŞKİL المشكل Sığasında bulunan kapalılıktan dolayı kendisiyle kastedilen mânanın başka deliller yardımıyla veya derinlemesine düşünme yoluyla anlaşılabilirdiği lafız anlamında usûl-i fıkıh terimi.

²⁰⁰ Ebû Bekr Fahrü’l-islâm Muhammed b. Ahmed b. el-Hüseyn eş-Şâfi el-Fârikî (ö. 507/1114). *Usulü’ş-Şâfi* (Beyrut: Darul Kütübil Arabiyye, trs), c.1/76. ; Mehmet Cengiz, *İslam Hukuku Usulünde Beyan Teorisi* (Konya: N. E. Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora tezi, 2019), 36.

²⁰¹ İbn Sa’d, Ebû Abdillâh Muhammed, *et-Tabakâtü’l-Kübrâ*, thk. İhsan Abbas (Beyrut: Dâru Sâdır, 1968), c. II/366. ; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Büyük Tefsir Tarihi* (İstanbul: Semerkand Yayınevi, 2018), 93.

övgüsüne mazhar olan Abdullah b. Abbas'ın (ö. 68/687-88) Nûr suresi 3. ayet hakkındaki rivayet ve görüşleri bizi Kur'an da zina'nın tanımının var olduğu gerçeğine götürmektedir.

Şöyle ki:

Nûr Suresinin 3. ayetinde:

الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة و الزانية لا ينكحها الا زان او مشرك و حرم ذلك على المؤمنين

“ Zina eden erkek ancak zina eden ya da Allah'a ortak koşan bir kadınla cinsel ilişkide bulunur. Zina eden kadınla da ancak zina eden veya Allah'a ortak koşan bir erkek cinsel ilişkide bulunur. Zina müminlere haram kılınmıştır”²⁰² buyurulmuştur.

Süfyan es-Sevrî'nin Abdullah b. Abbas'tan (r.a.) rivayetine göre; İbn Abbas bu ayet hakkında şöyle demiştir: Bundan maksat nikâh evlenme değildir. Bu, ancak cinsel ilişkidir ki; onunla ancak zina eden bir erkek veya müşrik bir erkek cinsel ilişki kurabilir. İbn Abbas'tan gelen bu rivâyetin isnâdı sahihtir.²⁰³ Buna göre ayette zinanın haram olduğu bildirilmiş ve zina fiilinin sınırları çizilmek suretiyle zina fiilinin mahiyeti hakkında bir tanımlama yapılmıştır. Ayete göre zânî olan kişinin bu fiili kendisi gibi zina fiilini işleme arzusunda olan bir zâniye ile ya da zinayı haram olarak görmeyen müşrik bir kadın ile işleyeceği açıkça ortaya konulmuştur.²⁰⁴

Konuyu biraz daha derinleştirecek olursak “Nikâh” kelimesi “ birleştirme, bir araya getirme; evlenme, evlilik; cinsel ilişki” gibi anlamlara gelen bir kelimedir.²⁰⁵ İbn Manzûr (ö. 711/1311), *Lisânü'l-Arap* adlı eserinde nikâh kelimesinin evlilik ve cinsel ilişkiyi de içine alacak şekilde pek çok manada kullanılan müşterek bir sözcük olduğunu göstermiştir.²⁰⁶ Hanefî fakihler zina ile sıhriyet oluşacağı yönündeki

²⁰² İsmail Karagöz, *Kur'an'ın Anlamı ve Tefsiri Açıklamalı ve Kırık Meâli* (Ankara: KAR Yayınları, 2020), c.V/81-87 ; Fahreddin Razî, *Mefatihil Gayb = Tefsiri'l Kebir* (Beyrut, Daru'l İhyâü'l Terâsi'l Arabî, 1420), 23/319. Fahreddin Razî ayetin bu manasını dördüncü bir ihtimal olarak almıştır.

²⁰³ İbn Kesir, *Hadislerle Kur'an-ı Kerim Tefsiri* (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1986), 11/5690.

²⁰⁴ İsmail Karagöz, *Farklı Anlaşılan Ayetler* (Ankara: K. A. R, 2021), 141-145.

²⁰⁵ Fahrettin, Atar. “Nikâh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33/112-117.

²⁰⁶ Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311), *Lisânü'l-Arap* (Beyrut: Dâru Sâdir, 2010), 1/360-639.

görüşlerini delillendirmek için Nisâ 22. ayetteki nikâh lafzının, hakikat ve mecaz anlamları birlikte kapsayacak nitelikte (umûmu'l-mecaz) olduğu yönünde de değerlendirmeler ortaya koymuşlardır. Buna göre âyet-i kerîmede geçen “نكح” fiili, zifaf manasında hakikat olup akit anlamını da ihtiva etmektedir.²⁰⁷ Fıkıh terminolojisinde, aralarında evlenme engeli bulunmayan bir erkek ve bir kadının hayatlarını birleştirme akdini ve bu akit sayesinde eşler arasında meydana gelen evlilik ilişkisini ifade etmek üzere tahsise uğramıştır.²⁰⁸ Nikâh kelimesinin fıkıh kitaplarında daha çok evlilik akdi manasında tahsise uğramış şeklinin kullanılması sebebiyle “cinsel ilişki” manası geri planda kalmış, işlevselliğini yitirmiştir.

En dikkat çekici olan ise nikâh kelimesini evlilik manasında düşünüldüğünde ayetin işlevsiz kalmasıdır. Hanefî, Şafîî, Malikî ve Hanbelî mezhebi âlimlerinin çoğu iffetli mümin bir kadın zina eden mümin bir erkekle, iffetli mümin bir erkekte zina eden kadınla evlenemez, evlenirse nikâhı feshedilir görüşüne katılmamışlardır²⁰⁹ ve ayetin hükmünün nesh edildiğini söylemişlerdir.²¹⁰ Sahabeden ileri gelen Hz Ali, Hz Ayşe, Abdullah b. Mes'ud, Berâ b. Âzib gibi kişilerin ayetin zina edenlerle evlenmeyi yasakladığı²¹¹ görüşüne rağmen mezheplerin bu tutumunun ardında böyle bir uygulamanın hayat pratiğine uymaması gösterilebilir. Şöyle ki zina eden bir kişinin evlenmek için zina eden bir kadın arayışına girmesinin abes oluşu kadar iffetli bir kadının evleneceği erkeğin daha önce zina edip etmediğini bilmesinin imkânsızlığı da ortadadır.

Son olarak Kur'an ayetlerinin birbiriyle çelişmeyeceğini düşünersek, Bakara suresinin 221. ayetinde:

وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ

²⁰⁷ Ali Kumaş - Muharrem Yılmaz, "Sihriyetin Oluşmasında Zinanın Etkisi", *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5. 2: 51-68.

²⁰⁸ Atar, Nikâh, 33/112.

²⁰⁹ Karagöz, Farklı Anlaşılan Ayetler, 144.

²¹⁰ Said b. Müseyyeb (ö.94/713) nur suresi 3. Ayetin hükmünün yine nur suresi 32. (aranızdaki bekârları evlendirin) ve nisa 3. (size helal olan kadınlardan nikâhlanın) ayetleriyle nesh olduğunu yani hükmünün kaldırıldığını söylemiştir; Abdurrahman el-Cezeri, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı* (İstanbul: Bahar Yayınevi,1981), 7/221.

²¹¹ Taberi, Hazin, Kurtubi ve Yazır nur 24/3

“İman etmedikleri sürece Allah’a ortak koşan kadınlarla evlenmeyin”²¹²

buyurularak bir müminin bir müşrikle evlenmesi yasaklanmış olduğuna göre, bu ayette zina eden bir müminin bir müşrikle evlenmesinden değil, cinsel ilişki kurmasından bahsediliyor olması gerekir. Nikâh kelimesine evlilik manasının verilmesi bu bağlamda ayetler arasında çelişki olmasına sebep olacaktır. Ayrıca evlilik manasının verilmesi ayetin kendi içinde de çelişmesine de sebep olur. Zina eden ancak zina eden ile evlenebilir dedikten sonra “bu (evlilik) müminlere haram kılındı” manasındaki son ayet ilk iki cümle ile çelişmiş olur.²¹³

İsmail Karagöz Hocanın da değindiği gibi ayette bir olgu tespit edilmektedir. Mü’minlere haram kılınan zina fiili ancak zina fiilini kendi arzusıyla işleyen bir erkek ve zina fiilini kendi arzusıyla işleyen bir kadın arasında vukû bulur. Burada zina fiilinin bir kadın bir erkek arasında vaki olduğu ve iki tarafın da suçun faili olduğu olgusu tespit ve tebyin edilmektedir. Böylelikle mücmel bir lafız olan “zina” kelimesi ayet ile tefsir edilmek suretiyle müfesser lafıza dönüşmüştür. Müfesser lafızla amel etmek vaciptir.²¹⁴ Bu ayeti zinanın tanım ayeti olarak kabul ettiğimizde bunun fıkha yansımaları nasıl olacaktır?

2.1.4.3.1. Nisâ 2. Ayetin Fıkha Etkileri

1. İlk olarak “zina” fiili için yapılan ayetteki bu tanım mezheplerin furû fıkhıta kullanmak için oluşturdukları tanım cümlelerinin hükmünü düşürecektir.

2. Zâni ve zâniye kelimeleri Arapça’da ism-i fâil sigasından gelmektedir. Bu da işi yapanı gösteren isimdir. Âyet’in zina fiilinin fâillerini zâni, zâniye ve müşrike olarak sınırlaması mezniye tanımını tamamen devre dışı bırakacaktır. Yani iş kendi üzerinde işleneni gösteren ism-i meful sigasından gelen mezniye tanımlaması ayette

²¹² Hayreddin Karaman vd., Kur’an Yolu Tefsiri (Ankara: D.İ.B.Yayınları, 2020), C. 1/ 350-352.

²¹³ Karagöz, *Farklı Anlaşılan Ayetler*, 145.

²¹⁴ Abdulazîz Buhârî, *Keşfü’l-Esrâr*, 1/45.

belirtilmemesi sebebiyle tecavüzün bir çeşit zina olduğu görüşünün hatalı kıyas olduğu ispatlanmış olacaktır.²¹⁵

3. Taraflardan birinin iradesinin olmadığı çocukla temas, ölüyle temas, hayvanla temas, deli ile temas konuları zina konusunun dışına çekilmek suretiyle Allah haklarından sayılmayacak ve Allah haklarında geçerli olan kulun ayıbı olması sebebiyle örtülmesi ortaya çıkartılmaya çalışılmaması ilkesi bu suçlarda uygulanmayacaktır. Yine bu suçlarda dört şahidin olayı bilfiil görme zorunluluğu ortadan kalktığı gibi suç, fâilin aleyhine karinelerle de ispatlanabilecektir.

4. Tecavüz suçunun Allah haklarından sayılmaması tecavüz mağduruna dava açma hakkı kazandıracaktır.

5. Yine aynı şekilde tecavüz suçunun kişi haklarına karşı işlenmiş bir suç sayılması durumunda mağdurun mehir zararının telafisine imkân sağlanacaktır. Ayrıca maddî olduğu gibi manevî tazminat hakkını da elde edecektir.

6. Gizli tecavüz suçunun gizli zina sayılmaması ve tecavüz suçunun karinelerle ispatlanabilir bir suç haline gelmesiyle, kadınların namuslarını korumak için evden çıkarılmaması uygulamaları son bulacak, kadının namusu şeriatin güvencesi altına girecektir.

7. Ayette zina için iki cinsten bahsediliyor olması hemcinslerle olan cinsel ilişkilerin zina kapsamından çıkarılması anlamını taşıyacaktır. Bu noktada ise İmam-ı Azam'ın Nisa suresi 15. 16. ayetlerinin livata ile ilgili olduğuna dair görüş bildirdiği rivayet edilmiştir.

Görüldüğü gibi ayette geçen nikâh kelimesine cinsel ilişki manasının verilmesi tecavüz başta olmak üzere İslam hukukunda pek çok tartışmalı konunun ve sorunun Kur'an kaynaklı çözüme kavuşturulmasına sebep olacaktır. O ilk dönemde başta İbn Abbas olmak üzere Mücahid, İkrime, Saîd İbn Cübey, Urve ibn Zübeyr, Dahhak, Mekhûl, Mukâtîl İbn Hayyân ve birçoklarından rivayet edilen bu görüş, sahabenin bir

²¹⁵ Hanefî mezhebinin zinada kadının etken değil edilgen olduğunu iddia etmesi, ayette geçen زانية kelimesi için "Allahu Teala'nın kadına "zina eden" demesi de "kendisi ile zina edilen" anlamına yorulur" şeklinde açıklaması, kadının zina ve tecavüz vakalarının her ikisinde de edilgen konumda olduğu ve bu sebeple tecavüzün de bir zina olduğu anlayışından doğan bir yaklaşımdır. (Bkz. Serahsî, Mebsûd, 9/55.

kısımının aynı fikirde olmaması sebebiyle değerlendirilememiş ve bu sebeple fikhî uygulamalara tesir ettirilmemiştir. Nikâh kelimesine, günümüzde bilinen tek anlamı olan, nikâh manası verilmek suretiyle nes kabul edilerek, fikhin dışında bırakılan bu ayet, İslâm'ın kınandığı pek çok alana ışık tutabilecek öneme sahiptir.

2.2. Zina Suçunun Unsurları

2.2.1. Zina Suçunda Maddî Unsur

İslam hukukunda suçun maddi unsurunun sadece fiil olmadığını dünyevî bir ceza tatbiki için fiilin, kişinin sır alanının dışında bireye ve toplum ahlâkına karşı işlenmiş bir suç olması gerektiğini birinci bölümde izah etmiştik. İşlenen fiilin neticesinin kişi ya da toplum mağduriyeti doğurması İslam hukukunda suçun maddi unsurunu oluşturur.

Zina suçunun iki fâilinin olması ve her ikisinin de bu fiili ortak rıza ve arzularıyla işlemeleri sebebiyle resmi olmayan cinsel ilişkinin, suçun iki tarafı açısından doğurduğu bir mağduriyet yoktur. Ancak taraflardan birinin evli olması halinde eşe karşı sadakatsizlik söz konusu olacağından eş veya eşler için bir mağduriyet söz konusu olmaktadır. Bu sebeple İslam hukuku eşin şahit olduğu gizli zina vakalarında eşin mağdur sıfatıyla hukuk davası açmasına izin vermiştir. Mahkeme neticesi hâkimin kanaati doğrultusunda mağdur tarafın hakları muhafaza edilmelidir.

Mezheplerin eşin şahit olduğu gizli zina davalarında, kadının boşanmasının talak ya da ölüm sebebiyle olmadığını gerekçe göstererek, kadına nafaka ya da mihir verilmeyeceğine yönelik fetvası, erkeğin kötü niyetli olması, karısını mehir ve nafaka vermeksizin boşamak istiyor olması durumunda kadının mağdur olmasına sebep olacak bir yaklaşımdır.

Bilindiği gibi Hukuk davalarında hâkim kanaatine göre hüküm verebilir ve Hz. Peygamber (a.s.) da böyle yapmıştır. Kadının yeminden nükûl ettiğini gördüğü için kadına bir mehir verilmesine hükmetmemiştir. Hâkim kadının mağdur edildiğini anladığı ve kanaat ettiği durumda kadının nafaka ve mehir hakkını eda etmelidir.

Meskûn alan dışında işlenen aleni zina vakıalarında ise toplumsal ahlâk ve hayâ duygusuna yönelik bir suç işlenmektedir. Buradan anlayacağımız gibi mağdur toplumdur. Medenî hukuk hayâsızca hareketler suçunu “genel ahlaka karşı hareketler suçu”²¹⁶ bölümünde düzenlenmiş olup, bu suça aynı zamanda “teşhircilik suçu” da denmektedir.

İlk dönem kitaplarında bir de, zorla zina konusu işlenmiştir. Bu da erkeğin üçüncü bir kişinin zorlaması altında zina fiilini işlemeye mecbur bırakılması konusudur ki İmam-ı Yusuf bunda sadece sultân’ın (hüküm sâhibinin) zorlamasını erkek için mağduriyet sebebi saymıştır.²¹⁷

Kadının sahibi konumundaki üçüncü şahıs kanalıyla zinaya zorlanması meselesi ise Nûr suresi 33.²¹⁸ ayette konu edilmiş iffetli kalmak isteyen cariye kadının mal hırsıyla zinaya zorlanmaması emredilmiş ve aksi durumun kadın için bağışlanma sebebi olacağı bildirilmiştir.

2.2.2. Zina Suçunda Kanunî Unsur (Tipiklik)

2.2.2.1. Gizli Zina

İki kişinin ortak irade ve tercihiyle gerçekleşen zina suçunun mesken dokunulmazlığı²¹⁹ çatısı altında ya da kamusal alanda dört kişinin görmesiyle aleniyet vasfı kazanmamış haline gizli zina diyebiliriz. Burada ihlal edilen hak Allah hakkıdır. Kişi işlemiş olduğu günahın hesabını yalnızca Allah’a verir.

Peygamber efendimiz kişinin sır alanı ve bu alanda işlenen günah ve ayıpların araştırılmaması (tecessüs) konusuna büyük ihtimam göstermiştir. Bu hususta, evine giren çıkanın belli olmaması sebebiyle zina yaptığı herkes tarafından bilinen bir kadının cezalandırılması için suçüstü yakalama cihetine gitmeyerek, “*Şayet delilsiz*

²¹⁶ Türk Ceza Kanununun 225. Maddesinde yer almaktadır.

²¹⁷ Ebû Yûsuf Ya’kûb b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa’d el-Kûfî (ö. 182/798), *İhtilâfû Ebû Yûsuf ve İbn Ebî Leylâ* (Hind: Lücnatü İhyâü’meârif, 2012), 226.

²¹⁸ Dünya hayatının geçici menfaatlerini elde etmek için iffetli olmak isteyen cariyelerinizi fuhşa zorlamayın. Kim onları buna zorlarsa bilinmelidir ki hiç şüphesiz onların zorlanmasından sonra Allah (onları) çok bağışlayıcıdır, çok merhametlidir. (Diyanet işleri meali)

²¹⁹ Nûr: 27.

olarak bir kimseyi recmetmiş olsaydım, mutlaka falan kadını recm ederdim. Çünkü kadının konuşması, tavır ve davranışları, o kadının yanına (sürekli) giren-çıkan erkeklerin bulunması şüphe uyandırmaktadır”²²⁰ hadîsiyle gizli işlenen zina suçuna delillerle ispat edilmediği sürece asla ceza uygulanamayacağını görüyoruz. Biz Müslümanlar tarafından bu ilke “beraat-i zimmet esastır” bir başka deyişle “suçsuzluk esastır”²²¹ şeklinde benimsenmiştir. Böylelikle suçu ispat etmek maksadıyla işlenen tecessüsün yanlış bir yöntem olduğunu vurgulamış, suçun ispatı esnasında oluşabilecek her türlü şüpheden sanığın yararlanması emredilmiştir.

Bazı İslam âlimleri ispat açısından suçüstü halinde keşfedilen suçlar arasında zina suçunu da saymışlardır.²²² Ancak İslam’ın hukuka kattığı değerlerden biri olan mülkiyetin dokunulmazlığı ilkesi Nur suresi 27-29. ayetlerde açıkça insanların evlerine izinsiz girilemeyeceğini taahhüt etmektedir. Bu sebeple gizli zinanın suçüstü haliyle keşfedilmeye çalışılması hem ayetin hem de peygamberin uygulamasına uymamaktadır.²²³ Gizli zinanın şâhidi yalnızca Allah’tır. Allah hakkı olarak saydığımız bu suçun cezası ahirette Allah tarafından kula takdir edilecektir.

İslam hukukunda 1, 2 ve 3 kişinin gördüğü zina vakaları da gizli zina statüsündedir. Burada şöyle bir gerçek açığa çıkmaktadır. Gizli zina davaları adam öldürmek, hırsızlık yapmak, iftira atmak gibi ispatlanması zorunlu davalar değildir. Allah kişinin sır alanı içerisinde günah işleme tercihinine karışılmamasını ve bundan dolayı kınanmamasını emretmiştir. Bu sebeple çağımızın teknolojik kanıt ve delil yöntemleri zina davalarında kullanılamaz. (Tecâvüz davaları ile ilgili bulgu ve görüşlerimizi ilgili maddede dile getireceğiz.)

2.2.2.2. Eşlerden Birinin Gördüğü Zina

²²⁰ İbn Mâce, *Hudûd*, 11, II/855; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VII/123.

²²¹ Mecelle 8.

²²² İbrahim Hamamî, “İslam Hukukunda Suç ve Ceza”, ed. Refik Korkusuz, *İslam Ceza Hukuku* (İstanbul: Lale yayıncılık, 2017), 1/153.

²²³ Recm cezası Osmanlıda sadece bir kere uygulanmıştır. O da 1680’de IV. Mehmet döneminde Aksaraylı Abdullah Çelebi’nin Müslüman eşi ve bir Yahudi hakkında Rumeli Kazaskeri Beyazizade Ahmet Efendi tarafından mahalle sakinlerinin yeniçerinin evine suçüstü yapması neticesinde “zina halinde buldukları” gerekçesiyle recm cezasıyla hükmedilmiştir. (Bkz. Cüneyt Toraman, *Ceza Hukukunda “Kanunsuz suç olmaz, Kanunsuz ceza olmaz”* Prensibinin, Müslüman toplumlarda İzdüşümü, Ed. Refik Korkusuz, *İslam Ceza Hukuku* (İstanbul: Lale yayıncılık, 2017), 2/125.

Gizli zinada belirttiğimiz mesken dokunulmazlığı bu zina çeşidi için de geçerlidir. Dışarıdan birinin, eşlerden biri hakkında zina ettiğine dair yemin ya da şahitliği kazf suçu niteliği taşıyacakken, aynı meskende bulunma hakkı olan eşin zina fiiline tanıklık etmesi ve yemin etmesiyle

Nûr 6. ayette:

وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾

*Eşlerine zina suçlamasında bulunup da kendilerinden başka tanıkları olmayanların her birinin tanıklığı, dört kere, doğru söylediğine Allah'ı tanık göstermesi; beşinci olarak da, “eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetine uğramasını” söylemesidir.*²²⁴

Gizliliğin kalkıp aleniyetin gerçekleşmesi için gerekli dört şahit şartının gerçekleşmiş olacağı ayette belirtilmektedir. Bu durumda eşler birbirlerinin günahını ve ahlaksızlığını şehadetle ortaya çıkartmaktadırlar. Eşler arasında nikâh bağı ile kurulan sadakat ilkesi sarsılmış işlenen zina fiili kul hakkına karşı işlenmiş bir suç hüviyeti kazanmıştır. Bu sebeple eşler birbirlerine karşı mağdur sıfatıyla hukuk davası açarlar. Eşlere kul hakkı davalarında olduğu gibi yemin ettirilir. Kişinin sır çevresinde işlenen bir suç olması sebebiyle Allah hakkı davalarında olduğu gibi ceza Allaha havale edilir. Bu konuda el-Merğînânî (ö. 593/1197) yalan yere yeminin Allah'ın gazabını çekeceği ve bunun da had cezası yerine geçeceğine dair görüş bildirmiştir.²²⁵ İslam hukuku erkeğe karısının ihaneti sebebiyle onu öldürme hakkı tanımaz. Sadece eşlerin, ayrılmasına hükmedilir. Kanaatimizce mahkemenin bir hukuk mahkemesi olması sebebiyle hâkim kendi görüşüyle hükmedebilir. Hâkim eğer kocayı haklı görüyorsa kadının mesken, barındırılma ve geçiminin koca üzerine olmadığına hükmedecektir. Aynı şekilde kadının doğru söylediği yönünde bir kanaati oluşursa kadının bütün haklarının verilmesi yönünde hükmedebilmelidir.

2.2.2.3. Alenî Zina

²²⁴ Hayreddin Karaman vd., *Kur'an Yolu Tefsiri* (Ankara: D.İ.B.Yayınları, 2020), Cilt: 4/ 55-56.

²²⁵ Ekmeleddin Ebu Abdullah İbn Şeyh Şemseddin El-Bâbertî, *El-İnaye Şerhü'l-Hidaye* (Lübnan: Daru'l-Fikr, 1970), 4/279.

Kişinin sır alanının dışında mesken dokunulmazlığı olmayan alanda işlenen zina fiilidir ki buna günümüzde kamusal alanda işlenen “genel ahlaka karşı hareket suçu” “teşhircilik” denilmektedir. İslam hukuku kamusal alanda işlenen zina suçunun cezalandırılması için dört şahidin olayı görmesini şart koşturmuştur. Çünkü kamuya açık bir yerde işlenen fiil üçten fazla kişi tarafından fark ediliyorsa aleniyet var demektir.

Ayette belirtilen dört şahitle ispatlanma şartındaki kasıt zina fiilinde aleniyetin gerçekleşmesidir. Kamusal alanda işlenen bir zina fiilini eğer dört kişiden az kişi görececek olursa, gizli zina vasfı devam edeceğinden dolayı bu kişiler hakkında bir ceza davası açılması kişilerin özel hayatına müdahale sayılmıştır. Bu kişiler cezalandırılmadığı gibi bu konuyu mahkemeye ileten kişiler kazf cezası alırlar. Burada akla şöyle bir soru gelebilir. Eşin gördüğü gizli zinada eşe dava açma hakkı verilirken bir kişinin gördüğü zinada dava hakkı neden yoktur? Eşin gördüğü gizli zinada kişinin eşine karşı bir sorumluluğu var iken tek kişinin gördüğü zina vakasında kişinin gören kişi üzerine hiçbir sorumluluğu yoktur. Bunun yanında toplumun bütün bireylerinin topluma karşı bir sorumluluğu vardır. Bu sebeple dört kişinin göreceği şekilde aleni işlenen bir zina suçu topluma karşı işlenmiş bir suç hüviyeti kazanmış olur. Aleni zina ancak hisbe şahitliği ile sabit olur.²²⁶ Ebû Hanife’nin (ö. 150/767) 1-2-3 kişinin gördüğü zina vakalarını, zina bile sayılmaması, zinayı gördüğünü söyleyen eksik sayıdaki kişilere kazf cezası uygulanması bu tespitimizi doğrular niteliktedir.

Aleni zinanın cezası ayetle belirlenen yüz sopa’dır. Bu konuda muhsan olma şartı ayette aranmamıştır. Yüz sopa cezası toplum hakkının ihlaline karşılık verilen bir ceza olması sebebiyle kişinin üzerinden Allah hakkını düşürmez kişi ahirette zina günahının cezasını çekecektir.

2.2.2.4. İtirafı Ortaya Çıkan Gizli Zina

Yukarıda da belirttiğimiz gibi gizli zina Allah haklarından olup, cezası ahirette Allah tarafından verilecek ispatı mümkün olmayan bir suçtur. Suç fiilinin işlendiğinin Allahtan başka bir şahidi daha vardır ki bu da kişinin kendisidir. Kişi eğer işlemiş olduğu günahı pişmanlık duyar ve ahirette bu günahla gitmek istememekte kararlı

²²⁶ Ebû Zehre, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, 1-68.

olursa, işlemiş olduğu zina suçunu hâkimin karşısında itiraf eder ve günahının kefareti öder. Peygamber efendimiz “ *Yeryüzünde, işlenen bir suça karşı hukukî bir ceza uygulanması, yeryüzü halkı için kırk sabah yağmur yağdırılmasından daha hayırlıdır*”²²⁷ buyurarak huzur ve asayişin sağlanması için ortaya çıkan suçların cezasız bırakılamayacağını bunun adaletin tecellisi için şart olduğunu dile getirmiştir.

Bilindiği gibi Hristiyanlıkta gizlide işlenen günahlar günah çıkartma ritüeli denilen bir işlemle kişinin günahını râhibe itiraf etmesi suretiyle affedilir. İslam bu hatalı uygulamanın Allah’ın dininde yeri olmadığını, kişinin tövbesinin kabul olduğundan emin olmasının ancak recm kefareti ödemesiyle mümkün olabileceğini göstermiştir.

Hiz. Peygamber döneminde vuku bulan iki zina vakası (Mâiz, Gumadiyeli kadın,) da bu gurupta sayabileceğimiz vakalardır. Suçun sanıkları kendi iradeleriyle Peygamberimizin yanına gelmekte ve hiçbir zorlama olmaksızın işlemiş oldukları suç-günahı itiraf etmektedirler. Ve Hiz. Peygamberden bu günahı kurtulmak için bir çare istemektedirler. Burada Peygamber efendimiz olaya hem hâkim kimliği ile hem de peygamber kimliği ile yaklaşmış tövbelerinde samimi olduklarına inandığı bu kulların ahirete kesinkes günahsız olarak ulaşmaları için recmedilmelerine hükmetmiştir. Bunun bir pişmanlık-tövbe neticesi kefare- cezası olduğunu Hiz. Peygamberimizin Mâiz’in recmedilmesi esnasında kaçmasına karşılık “*Keşke bıraksaydınız belki Allah onun tövbesini başka bir şekilde kabul ederdi*”²²⁸ sözünden anlayabiliyoruz. Bu tıpkı ramazanda bilerek orucunu bozan kişiye verilen iki ay oruç tutma kefareti gibi hem bir ceza hem de kişinin işlemiş olduğu ramazanda oruç bozma günahına bir kefarettir.²²⁹ Bu hükme tam bir cezadır diyemememizin sebebi kişi son anda itirafından dönecek olsa kişiden recm hükmünün düşecek olmasıdır. Ceza kişinin kendi istek ve arzusuyla üzerinden düşüremeyeceği bir hükümdür. Bu da gösteriyor ki

²²⁷ İbn Mâce, *Hudûd*, 3.

²²⁸ Ebû Davud, “Hudûd”, 23; “Diyât”, 10; Nesâî, “Tahrîm”, 9; İbn Mâce, “Hudûd”, 9.

²²⁹ Keffâret: Belli bir suç/günahı yok etmek için Şer’in köle azadı, oruç tutma, yemek yedirme ve benzeri bir şeyi vâcib kıldığı tasarruftur; İmâm-ı Gazali, *el-Mustasfa*, 400.

İslam hukukunda itiraf edenlere uygulanan recm bir ceza değil kefarettir.²³⁰ Pişmanlık içerisinde olmayan kişilere recm hükmü verilmesi sünnete uygun değildir.

Yaşadığı pişmanlık neticesinde zina suçunu itiraf ederek hakkında recm cezasına razı olan kişi için ahirete bir günah kalmamıştır. Hadisler bu kişilerin ahirete günahsız olarak gideceğini teyit etmektedir. Ancak pişmanlık sebebiyle ikrar islam hukukunda cazayı düşürücü ya da hafifletici bir sebep değildir. Sanığa bu itirafından dolayı daha az bir ceza tatbik edilmez.

Yine de Peygamber efendimiz ümmetine şöyle buyurmuştur: “*Ey insanlar! Sizin için Allah’ın belirlediği suçlardan sakınma zamanı geldi. Kim şu çirkin şeylerden birini işlerse açığa vurmasın. Allah’ın gizlemesiyle gizlensin. Zira kimin suçu bizim tarafımızdan duyulursa, biz de Allah’ın Kitabı’nı kendisine tatbik ederiz*”.²³¹

Değerlendirme:

Mugâtil b. Süleyman (ö. 150/767) gizli aşikâr ayırımına gitmeksizin Hristiyanlarda zina suçunun cezasının yalnız celde Müslümanlarda celde ve recm olduğunu yazmıştır.²³² Görüldüğü gibi gizli aşikâr ayırımına gidildiğinde Hristiyanlıkta gizli zina için günah çıkartma, aleni zina için celde uygulanırken Müslümanlıkta gizli zina’nın itirafı ortaya çıkması yani fâilin bu günahı arınmayı talep ediyor olması durumunda recm, aleni zina için celde uygulamasının olduğunu İslâm’ın sadece günah çıkartma uygulamasında bir değişikliğe gittiğini görebiliriz.

2.3.2.1. Zina itirafı

²³⁰ İbn Abidin Cevheri de bir kimsenin gaib olan kadınla zina ettiğini ikrar etmesi halinde had vurulmayacağından bahsettiğini dile getirmiştir. Çünkü kadın geldiğinde zinayı inkâr edip kazf davası açabilir ya da nikâhlı olduğunu davâ edip mihir talep edebilir. Bunlar bir şüphe olduğundan had davası düşecektir. İbn Âbidîn, Alâüddîn Muhammed b. Muhammed Emîn b. Ömer el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1306/1889). *İbn-i Âbidîn=Kurretü ’uyûni’l-ağyâr li-tekmileti Reddi’l-muhtâr* (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983), 174. ancak Peygamber Efendimiz Mâiz’e kadının gelmesini beklemeden had vurdurtmuştur. Çünkü Mâiz’in tövbesinde samimi olduğuna kanaat etmiş, günahına kefaret olarak recmedilmesini emretmiştir.

²³¹ Muvatta, Hudûd, 2.

²³² Ebü’l-Hasen Mukâtil b. Süleymân b. Beşîr el-Ezdî el-Belhî (ö. 150/767), *Tefsir-i Mukâtil b. Süleymân* (Beyrut: Dâru İhyâu’t-Trâs, 2010), 1/482.

İtiraf ve ikrar kelimeleri ikisi de aslında “kişinin kendi aleyhine bir başkasına ait hakkı haber vermesi” manasında kullanılır. mirâs, aile, borçlar gibi Medenî hukukla ilgili davalarda ikrar kullanılırken; zina, hırsızlık, kazf gibi suçlarda itiraf terimi öne çıkar. Günümüzde ise bu terimler “sanığın kendisine yapılan isnadı kabul etmesi “ya da “suçun işleyen tarafından açıklanması “manalarında kullanılır.²³³

Mustafa Reşit Belgesay (1887-1969) ise itirafın tanımını ceza muhakemesini de kapsayacak şekilde “bir kimsenin kendi aleyhine hukuki netice husûle getirebilen bir vakıanın doğruluğunu kabul etmesidir” olarak yapar.²³⁴

Muhakeme hukukunun birinci gayesi sanığı korumaktır. İslam hukukunda suçun ispat edilinceye kadar davalı sanık mecellenin beraat-i asliye²³⁵ maddesine göre suçsuzdur ve muhakeme sanığın suçunun ispatlanası gayesiyle yürütülür. Had cezalarının tatbiki için ayırım yapılmaksızın ya sanığın itirafı ya da 4 adil şâhidin olay anını bil fiil gördüklerine dair beyan niteliğinde ifadelerinin olması gerektiğini düşünürsek bu minvalde ikrar şehadetten daha kuvvetli ve sanığın suçluluğunun sübutu açısından ortaya koyulabilecek en güçlü delildir. Bu sebeple sanığın suçunu itiraf etmesi ispat vasıtalarından sayılmıştır

Ancak ikrar Abdulaziz Bayındıra göre bir ispat vasıtası değildir. Çünkü ispat kabul edilmeyen bir iddianın doğruluğunu ortaya koymak için yapılır. İkrar ise karşı tarafın iddiayı kabul etmesidir. İddia kabul edildikten sonra artık ispatına gerek kalmaz²³⁶ demiştir.

Ceza muhakemesi hukukçuları için, had cezalarında itirafın en güçlü delil olmasına karşılık, sanığın suç işlediğinden emin olunabilmesi için öncelikle sanığın akli dengesinin yerinde ve buluğa ermiş olduğunun tespitinin yapılması, işlediğini itiraf ettiği suçun mahiyetini bilip bilmediğini sorgulanması²³⁷ ve dahi cezaya konu

²³³ Çetintaş, “Hadler Bağlamında İslam Ceza Hukukunda İtirafın Dönme ve Hâkimin Sanığa bu Konuda Telkini”, 1705-1738. <https://doi.org/10.18505/cuid.331642>

²³⁴ Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, 179.

²³⁵ Mecelle 8

²³⁶ Abdulaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015), 143.

²³⁷ Serahsi, Mebsûd, 9 /38.

olan fiili nerede²³⁸ ve kimle²³⁹ işlediğinin sorulması gerekir. Ancak hâkim, ne zaman işlediğini sormaz çünkü had cezalarında zaman aşımı yoktur.²⁴⁰ Yine de fiili buluşa ermeden önce işlemiş olma ihtimali de olabileceğinden ne zaman işlediği de sorulur diyenler olmuştur. Zina ettiğini ikrar eden kişinin bu ikrarı hâkim ya da kadının huzurunda yapması şarttır.²⁴¹ Aynı zamanda dört ayrı mecliste zina fiilini işlediğini tekraren ikrar etmesi gerekir diyenler de olmuştur. Âlimlerden bir kısmı dört kere ikrarın yeterli olacağını ayrı ayrı meclislerde ikrar etmenin şart olmadığını savunurlar. Her defasında hâkim suçluyu görmeyeceği şekilde ikrarını reddeder. Hatta Hz Peygamberin “Sanmıyorum hırsızlık yapmamıştır”²⁴² hadisinde olduğu gibi suçluya telkinde bulunmak da caizdir. Yine de sanık ikrarında ısrar eder ve ikrar sayısı dörde ulaşırsa hâkim bunu gizli suçun ortaya çıkartılması için yeterli bir delil olarak kabul eder ve suçun sabit olduğuna hükmeder.²⁴³

Hz Peygamberin huzurunda Mâiz’in zina fiilini işlediğini üç kere itiraf etmesine karşılık Hz Ebu Bekir “Eğer dördüncü defa itiraf edersen Rasulullah seni recmeder” demesi ve Mâiz’in dördüncü itirafına karşılık Hz Peygamberin recm cezasına hükmetmesiyle âlimler her bir itirafın bir şahit sayılacağına dair ictehad etmişlerdir.²⁴⁴ Ancak bu hadis ihtiyar kitabında itirafın kabul edilmesi için yeter sayısının dört olduğu şeklinde yorumlanmıştır.²⁴⁵ Ancak zina ettiğini itiraf eden şahsın hâkimin huzurunda farklı mekânlar da dört kere itirafını tekrarlaması kendi aleyhine zina suçunun ispatı için yeterli şahit olarak kabul edenler de vardır.²⁴⁶ İşlediği zina

²³⁸ Nerede işlendiğinin sorulması Hanefî mezhebinde daru’l-harpte işlenen zina fiiline, kâfir olan yöneticinin Müslüman olan sanığa ceza verme yetkisinin bulunmayacağından dolayıdır. (Bkz. Serahsi, *Mebusud*, 9/169.)

²³⁹ Kimle işlendiğinin sorulması Peygamber Efendimizin Mâiz’e “dört kere ikrar ettin peki kiminle zina ettin” diye sorması ve kadınla evlilik ya da evlilik şüphesinin olmadığından emin olunabilmesi içindir. (Serahsi, *Mebusud*, 9/167. ; İbn Ebu Şeybe, *Musannef*, V/538; Ahmed b. Hanbel, *Musned*, V/216; Ebu Davud, *Hudud* 24.)

²⁴⁰ Had suçlarında dava zaman aşımını kabul etmeyen çoğunluğa karşılık Ebû Hanife ve İmameyn'e göre davalar zaman aşımıyla düşer. Mısır Ceza hukukunda zamanaşımı ilke olarak kabul edilmiş, bedene uygulanan suçlarda suçun işlendiği tarihten itibaren 10 yıldır. Bkz. Osman Şahin, *İslam Hukukunda Zaman Aşımı* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016), 106. ; Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverî (ö. 450/1058), *el-Ahkâmü's-Sultâniyye* (Kâhire: Dâr'l-Hadîs, 2010), 329.

²⁴¹ İkrar ve şehadetin hâkimin huzurunda yapılması, ikrarın kayda alınması için elzemdir. Bkz. İmâm-ı Şafîî, *el-Umm*, 6/227.

²⁴² Ebu Dâvud, 4380; İbn Mâce: 2597.

²⁴³ İmâm Mevsilî, *El-İhtiyar*, 3/492; İbn Kudame, Muğnî, 9/64.

²⁴⁴ Hasan Karaman, *İslam Hukukunda İctihad* (Ankara: D.İ.B.V.Yayınları,1979), 44.

²⁴⁵ İmâm Mevsilî. *El-İhtiyar*, 3/478.

²⁴⁶ Serahsi, *Mebusud*, 9 /155.

değildir.²⁵² Şöyle ki; Mâiz hadisinden istidlal edilerek çıkartılan hükme göre itiraftan dönmek caizdir demiştik. Kişi o dört kişinin yanında zina ettiğini itiraf etmiş olsa bile, hâkimin karşısında inkâr ettiğinde itiraftan dönmüş olur. Bu sebeple şahitlerin şahitlikleri kabul edilemez. Şehadet ancak suçunu ilk andan beri inkâr eden aleyhinde kabul edilir.²⁵³

Yine dilsiz olan kişinin işaretle itiraf etmesi de geçerli değildir. Zina fiilini gerçekleştirmesine bedensel bir engeli olan kişinin de itirafına itibar edilmez.²⁵⁴

2.2.3. Manevî Unsur

İsnat yeteneği ve kusurluluk olarak tanımlanan manevî unsur klasik dönem kitaplarında zinaya zorlama başlığı altında konu edilmiştir. Bu hüküm erkekler için farazi bir hükümdür. İnsanların arasında yaygın olan bir davranış değildir. Zina suçunun kadın ve erkeğin iradesiyle gerçekleşen bir eylem olduğunu düşündüğümüzde taraflardan birinin ya da her ikisinin de üçüncü şahısların zorlaması altında bu fiili gerçekleştirmesi olarak değerlendirilebilir. Hanefi mezhebi bu konuyu erkek odaklı düşünmüş, erkeğin isnat yeteneğinin ortadan kalktığı ve kusurluluğunun oluştuğu, üçüncü şahıs tarafından zor altında bırakılmayı, haddi düşürücü sebep saymıştır.²⁵⁵

Cariyelerin zinaya zorlanması hakkında ise Nur Suresinde ayet nazil olmuştur. Ayette “ namuslu yaşamak isterlerse, dünya hayatının geçici menfaatini elde etmek için cariyelerinizi fuhuş yapmaya zorlamayın. Kim onları zorlarsa, bilsinler ki böyle zorlanmalarından sonra onlara Allah rahmet ve mağfiretle muamele edecektir. Bilinsin ki Allah onların zorlamaları sebebiyle bağışlayıcıdır, esirgeyicidir.”²⁵⁶ Ayette zorlamanın kadın için de bir kusurluluk ve isnat yetkisi eksikliğini oluşturacağı açıkça ifade edilmektedir.

²⁵² Serahsi, *el-Mebsût*, 30/168.

²⁵³ Serahsi, *el-Mebsût*, 30/168.

²⁵⁴ İmam Mevsîlî, *El-İhtiyar*, 3/493.

²⁵⁵ Ebu Hanîfe bir kadınla zina etmeye zorlanan erkeğe had cezası uygulanır demiştir. Sonra bu görüşüne eğer zorlayan sultan ise had cezası gerekmez şerhini düşmüştür. Ebu Yusuf {rh.a.} ve Muhammed'e {rh.a.} sultandan başkası zorladığında da had gerekmez demişlerdir. Serahsi'ye göre İmam ve talebelerinin bu görüş ayrılığının sebebi dönemsel olup İmam-ı Azam'ın döneminde en otoriter figür sultandır. Serahsi, *Mebsud*, 9/101.

²⁵⁶ Nur:33

2.2.2.1. Fâil.

Fâilde aranılan şartlar:

Akıl ve buluğ şartı: Zina eden kişinin had cezası alması için akıllı ve buluğ çağına gelmiş bir birey olması zorunluluğu vardır. Çünkü Peygamber efendimiz “ Üç kişiden kalem kaldırılmıştır. Büyüyünceye kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan, iyileşinceye kadar akıl hastasından”²⁵⁷ buyurmuştur.

Heteroseksüellik şartı: Ebu Hanife’nin (ö. 150/767) ileri sürdüğü bu şart livata homoseksüellik-lezbiyenlik gibi fiillerin zina olmadığı düşüncesine dayanır. Nisa:15,16 ayetlerin livata ile ilgili olduğunu düşünen Ebu Hanife bu fiilin had cezası gerektirmediğini savunur. İmam Ebû Yûsuf, İmam Muhammed ve Diğer mezhepler ise livâtayı zina kabul ederler. Aynı şekilde ölüyle teması Hanefiler zina saymazken diğer mezhepler zina kabul ederler.²⁵⁸

Zina tarafların rızasıyla olmalıdır: çoğunluğun görüşüne göre (sultan tarafından) zinaya zorlanan kişiye erkek olsun kadın olsun had uygulanmaz

Zina bir şüpheyeye dayalı olmamalıdır: Ebu Hanîfe’ye göre batıl ve fasit nikâhlara dayalı cinsel ilişkilerde had düşer. Ancak diğer mezhepler bâtil nikâhla fasit nikâh ayrımına gitmişler sadece fâsit nikâhtan sonra cinsel ilişkiler sebebiyle had gerekmeceğini ortak kanaate bağlamışlardır. Muvakkat nikâh, velisiz veya şahitsiz nikâh, bâin talakla boşadığı kadının iddet süresi içinde kız kardeşini nikâhlamak fasit nikâhlara örnek olarak sayılabilir.²⁵⁹ Kişinin eşi zannederek yabancı bir kadınla cinsel temas kurması da haddi düşürücü sebeplerdendir.

Muhsan olma şartı: Zina eden kişiler için evli olanlara bekârlardan daha ağır cezalar verilmektedir. Muhsan olma terimi bir erkek veya kadına recm cezası uygulanabilmesi için bunlarda şer’an bulunması gereken özellikleri ifade eder. Erkeğe muhsan kadına muhsana denir. Muhsan olmanın şartları akıllı, ergin, hür, Müslüman olmak sahih nikâhla evlenmiş bulunmak ve nikâhtan sonra eşiyle guslû gerektirecek

²⁵⁷ Ebu Davud, “Hudud”, 17.

²⁵⁸ İmam Mevsilî, *El-İhtiyar*, 3/514

²⁵⁹ Alaaddin Semerkandî, *Tuhfet’l Fukaha* (Beyrut/Lübnan; Daru’l Kitabu’l İlmiyye, 1994), 3/139.

şekilde ilişkide bulunmak. Ancak bu özelliklerin aynısı eşinde de olmalıdır yani eşi akıllı ya da bağıli değil ise veya cariyeye ya da kâfir ise kocasıyla eşit şartlarda tekrar cinsel ilişkide bulunmadıkça kişi muhsan olmaz ve recm edilemez. İmam-ı Şafiî ve Ahmed b. Hanbel gayri müslimler ve Müslümanlarla evli olanları da muhsan saymışlardır. Muhsanlık sıfatı boşanma ile ortadan kalkmaz hayatında bir kere evlenmiş bile olsa kişi artık muhsandır.²⁶⁰

Zina edilen kişi ergin veya kendisine cinsel istek duyulan bir yaşta olmalıdır: Hanefî mezhebine göre kız ya da erkek çocukla zina durumunda tam anlamıyla vad gerçekleşmeyeceği için had gerekmemektedir. Ta'zir cezasıyla cezalandırılır.²⁶¹

2.3. Zina Suçunun Muhakeme Usûlü (İspat ve ceza süreci)

Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber uygulamalarının zina suçu ile ilgili bütün suç tiplerini ve bunların nasıl muhakeme edileceğini tek tek ortaya koyduğunu görüyoruz. Zina davalarında kanunî delil kullanılmasını zorunlu hale getiren bu durumda, hâkimin bilgisine ya da kanaatine yer verilmemiştir. Bu noktada şâhidi olmayan ya da en fazla üç kişinin şâhit olduğu gizli zina suçu muhakeme hukukunun konusu edilmezken dört kişinin şâhit olduğu aleni zina, ceza muhakemesi usulünce hisbe şahitliği yoluyla muhakeme edilir. Eşin şâhit olduğu gizli zina da ise eşin eşe karşı bulunduğu suç iddiası sebebiyle bir hukuk mahkemesi söz konusu olacaktır. Kişinin itirâfiyle ortaya çıkan gizli zina suçunda ise hâkimin kanaatine yer verilmemesi, sanığın itiraftan dönmesi ile cezanın düşecek olması bu muhakemenin sanığın vicdanıyla yapıldığı kanaatini ortaya koymaktadır. Ancak mahkemeye ortaya çıkmış olan bir suçu cezasız bırakmama sorumluluğu düşer.²⁶²

2.3.1. Zina Davası

Zina davası dört şekilde açılır. Birincisi hisbe memurlarının ya da aleni zina işlendiğini gören dört adil şâhidin bildirmesiyle ceza davası açılır. İkincisi eşlerden birini iddiası ile hukuk davası açılır. Üçüncüsü kişinin kendi itirâfiyle ceza davası açılır. Dördüncüsü devlet başkanı tarafından soruşturma açılır. Örneğin Basra valisi

²⁶⁰ İmam Mevsilî, *El-İhtiyar*, 3/509.

²⁶¹ Serahsî. *Mebsûd*, 9/55.

²⁶² İmam Mevsilî, *El-İhtiyar*, 3/482 ; İbn Mâce, *Hudûd*, 3.

Muğire b. Şube'nin zina ettiğinin haberi Hz. Ömer'e gelince, hemen onun hakkında hukuku amme davası açtı ve mahkemeyi faaliyete geçirerek zanlı hakkında gerekli soruşturma yapılmıştır.²⁶³ Ceza davalarında, cezayı gerektiren bir fiilin mücerret vukuu, fâiline gereken cezanın verilmesi için hâkimi resen harekete geçirir.²⁶⁴

2.3.2. Zina Davasında İspat Şartları

Cumhura göre had cezası uygulanacak zina suçu, ancak şu üç delil kullanılarak ispat edilebilir.

1. Şehâdet
2. İkrar
3. Karîneler

Bu delillerin her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz. Ancak burada geçen karineden kastın, hamilelik karinesi olması ve bunun, zina fiilinde sadece bir taraf olan kadının tek başına suçlu çıkartılıp cezalandırılmasına sebep olacak olması, karinenin ispat konusu sayılabilmesinin önünde engel teşkil etmiştir. Bu konuda mezheplerin ihtilafları da düşünüldüğünde, cumhurun kabul ettiği zinanın ispat şartlarını, sadece şâhit ve ikrar olarak saymak daha doğru olacaktır.²⁶⁵

2.3.2.2. Zina Şâhitliği (Beyyine)

İslam Muhakeme hukukunda, zina şâhitliği konusundan önce şâhitliğin ne olduğu ve şartlarına değinmemiz konunun daha iyi anlaşılması açısından, isabetli olacaktır. Hukuk ve ceza davalarında detaylarıyla birlikte anlaşılması ve çözülmesi gereken maddi problemin oluşumu esnasında olay mevkiinde hazır bulunması sebebiyle olayın mahiyetine tanık olmuş ya da öyle olduğu varsayılan kişinin, maddi hakikatin ortaya çıkartılmasıyla görevli ve yetkili yargı makamına uyumazlık konusu

²⁶³Muhammed b. Muhammed'l-Muhtar Şengaydî, Şerh-ı Zâdi'l-Müstegne', (<http://www.islamweb.net.1009>), 5/377.

²⁶⁴Hacı Mehmet Günay, "Yargılama Hukuku", Ed. Tâlip, Türkan. *İslâm Hukuku El Kitabı* (Ankara: Grafiker Yayınları, 2012), 404.

²⁶⁵İbn Kesir, *Hadislerle Kur'an-ı Kerim Tefsiri*, 11/5741.

olayla ilgili olan bilgilerini paylaşması, anlatmasına şahitlik denir.²⁶⁶ Hüküm mesnetlerinden en önemlisi kabul edilen şahitlik Mecelle’de “Bir kimsenin ahar (başka) kimsede olan hakkını ispat için huzuru hâkimde ve tarafların muvacehelerinde (karşısında) şehadet lafsıyla yani şehâdet ederim diye haber vermesidir.” diye izah edilir. ²⁶⁷ Şâhitlerin şahitliklerini huzuru hâkimde gerçekleştirmeleri şart olduğu gibi şehadetten dönmeleri de hâkimin huzurunda olmalıdır.²⁶⁸ Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi (1837-1903) hüccet kelimesinin hem şâhit hem ikrar hem de yeminden nükûlü içine alırken “hüccet-i kaviyye” kavramı sadece şahitliği kapsamaktadır²⁶⁹ demiştir.

Şâhitlik İslam muhakeme hukukunda en önemli ispat şartı olması sebebiyle hâkim şahidin çevresinde âdil bir kişi olarak tanınmasıyla yetinmeyip, şahidin adâlet vasfına sahip olup olmadığını tespit etmesine “tezkiye“ denir. Bunun için İslam adliye teşkilatlarında “müzekki” diye adlandırılan özel memurlar bulunmaktadır. Müzekki şâhit olarak mahkemede bulunan şahısların adalet vasfının tam olup olmadığını yaptıkları gizli soruşturma neticesinde hâkime bildiren kişilerdir.²⁷⁰

İlk olarak zina şahitliği konusuna, gizli zinadan başlayacak olursak adından da anlaşılacağı gibi gizli zina mülkiyet sınırları içinde işlendiğinde şahidi yoktur. Kamuya ait açık alanda işlendiğinde ise dört kişi görmediği sürece, kişinin özel hayatının dokunulmazlığı devam edeceği için gören kişiler şâhit sayılmayacaklardır. Ebû Hanife (ö. 150/767) üç kişinin gördüğü zinayı suç saymamış ve mahkemeye başvuran kişilere kazf cezası tatbik etmiştir.²⁷¹ Bu sebeple kişinin özel hayatına giren suçlarda günümüz teknolojisini kullanarak kamera ya da başka şekillerde zina suçunu ispatlamak, kanunsuz delil toplamak anlamına gelecektir.

İkinci olarak eşin gördüğü zina davalarında eşlerden biri diğeri hakkında zina ettiği iddiasıyla davacı olur. Ancak bu bir şahitlik değildir çünkü kişi hem şâhit hem davacı olamaz.²⁷² İslam muhakeme usulünde beyyine külfeti davacıya yemin davalıya düşer. Bu gibi durumlarda eşlerden her ikisi de davacı ve davalı konumunda olacağı

²⁶⁶ Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, 59.

²⁶⁷ Mecelle md.1684.

²⁶⁸ Mecelle 1731.

²⁶⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü’l-Hukkâm*, (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020), 3118.

²⁷⁰ Erbay, *İslam Ceza Muhakeme Hukukunda İspat Vasıtaları*, 80

²⁷¹ Mâverdi, *el-Ahkâmü’s-sultânîyye*, 329.

²⁷² Karagöz, Farklı anlaşılan ayetler, 147.

için eşlerin yapmış oldukları yemin davalı vasfıyla yapılan bir yemindir. Bu bir şâhitlik değildir.

Aleni zina şahitliği ise ancak dört âdil kişinin zina fiilini işlediklerini gördüklerine dair şâhit oldum sözüyle yaptıkları şehadet ile sabit olur. Zina davalarında şahısların zina suçunu işlediklerine dair şâhit sayısının dört olarak sınırlandırılması Nur suresinin 4. ayetinde “*Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup sonra (ispat için) dört şâhit getirmeyenler*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Şevkânî (ö. 1250/1834), ispat vasıtalarının nassla belirlenmiş ve değişmez (taabbudi) konulardan sayılması durumunda dava konusu uyuşmazlığın Kitap ve Sünnet'te belirtilmiş delillerle sınırlı olduğunu, nassla belirlenmemiş olması durumunda ise gerçeğe ulaştıracak her türlü vasıta ile ispat edilebileceğini söylemiştir.²⁷³ Zina suçunun alenî olarak işlendiğinin dört şâhit ile ispatlanması, ayetin hükmü olduğundan mütevellit, aleni zina dört şâhidin görmesi dışında suç sayılamaz.

İslam Fıkıh Akademisi'nin 21-26.10.1422 H./05.01. 2002 tarihinde, Mekke'de gerçekleştirdiği 16. Oturum 7 nolu kararında DNA testinin suçların ispatında delil olmaması için bir engel bulunmadığı, ancak hadlerin şüphe ile düşürülmesini ifade eden hadise göre DNA sonucuna istinaden hadd ve kısas cezalarının infaz edilemeyeceğine hükmedilmiştir.²⁷⁴ Gerekçeli kararda “hadların şüphe ile düşürülmesi” konusu gerekçe olarak gösterilmiş olsa dahi Ali el-Kâbî'nin belirttiği cumhurun ispat vasıtalarının nassla belirlenmiş olması şartı, bizce gerekçe olarak daha uygundur.²⁷⁵ Çünkü iki tarafın da rızası ile gerçekleşen zina suçu özel hayatın gizliliği esasınca, cezası şartların ihlaline bağlanmış bir suçtur. Bu yaklaşım, tecavüzü zina kabul eden anlayışın, adalet noktasında tecavüz mağdurunun haklarını savunamama sorunsalının kaynağını teşkil etmektedir. Ancak salt zina suçunu ve özel hayatın dokunulmazlığı ilkesini düşündüğümüzde doğru bir yaklaşımdır.

Şâhitlik İslam muhakeme hukukunda en önemli ispat şartı olması sebebiyle hâkim şahidin çevresinde âdil bir kişi olarak tanınmasıyla yetinmeyip, şâhidin adâlet

²⁷³ Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, 7/178.

²⁷⁴ Sabri, Erturhan. *Fıkîhî Açından Nitelikli Cinsel Saldırı* (Irza Geçme), 40.

²⁷⁵ Ka'bi, Halife Ali, *el-Basmatû'l-verâsiyye ve eseruhâ ale'l-ahkâlmî'l-fıkhıyye*, Amman, 2006, s. 307-311.akt. Sabri, Erturhan. *Fıkîhî Açından Nitelikli Cinsel Saldırı* (Irza Geçme), 40.

vasfına sahip olup olmadığını tespit etmesine “tezkiye“ denir. Bunun için İslam adliye teşkilatlarında “müzekki” diye adlandırılan özel memurlar bulunmaktadır. Müzekki şâhit olarak mahkemede bulunan şahısların adalet vasfının tam olup olmadığını yaptıkları gizli soruşturma neticesinde hâkime bildiren kişilerdir. Müzekkiler şahitlerin adâlet vasfını araştırırken hâkim zina şüphelisini hapseder.²⁷⁶ Böylelikle İslam adliye teşkilatı hem şüphelinin kaçmasını hem de yalancı şâhit beyanlarıyla oluşabilecek yanlış ve adaletsiz hükümleri engellemiş olur.

2.3.2.3. Zina Suçunda Yemin

Zina davaları genelde ceza davaları olduğu için bu davalarda hâkim taraflardan yemin istemez²⁷⁷ ancak, Hz Peygamber zamanında Hilal b. Ümeyye’nin açtığı davanın tam bir hukuk davası olduğunu söyleyebiliriz. Kişinin özel hayatının içinde gerçekleşen günah fiili diğer eşin dört kere yemin etmesi ile aleni suç vasfı kazanmıştır. Nûr 6. ayette:

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦٧﴾

“Eşlerine zinâ suçu isnat edip de kendilerinden başka şâhitleri bulunmayan kimseler var ya, onların her birini şâhitliği şüphesiz kendilerinin kesinlikle doğru söyleyenlerden olduklarına dâir, dört defa Allah adına yemin ederek şâhitlikte bulunmaktadır.”²⁷⁸

Buyurularak bu mana teyit edilmektedir. Eşini gördüğünü söyleyen kişinin yemini iddiasının doğruluğunu ispatlamak için yapılan bir yemindir. Diğeri ise ortaya atılan iddianın doğruluğunu çürütmek ve müdafa için yapılan bir yemindir. Şafîî fakihlere göre hem davalıya hem davacıya yemin ettirilebilir.²⁷⁹ Bu sebeple yeminden

²⁷⁶ Serahsi, *Mebsud*, 9/39, 65.

²⁷⁷ Sevrî ve evzârî had suçlarında yemin olmadığını söylediler. Bkz. et-Tahâvî (ö. 321/933), *Muhtaşaru İhtilâfî'l-‘ulemâ* (Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâm, 2010), 3/327, 1455.

²⁷⁸ Karagöz, *Kur’ân’ın Anlamı ve Tefsiri Açıklamalı ve Kırık Meâli*, 81.

²⁷⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid ve nihâyetü'l muktesid*, 2/429.

nükûl davacının davasını ikrar etmek anlamını taşır. Lânetleşme eşlerin birinden kazf cezasını diğer eşten ise zina haddini düşürür.²⁸⁰

2.3.2.4. Zina Karinesi

İslam Hukukunda zina suçunun ispatı sadece beyyine denilen dört şâhitin şehâdeti ve itiraflardır. Karineyi²⁸¹ zina davalarında ispat vasıtalarından saymak yaygın bir düşünce değildir. Hanefî mezhebi hamileliği zina işlendiğinin delili olarak saymamıştır. Hamilelik karinesini zina suçunun işlendiğine ispat vasıtası olarak kabul eden bir takım görüşler olmasına rağmen, Hanefîler hamileliğin zina dışında tecavüz ya da kadının söyleyemeyeceği enses benzeri suçlar sebebiyle gerçekleşmiş olma olasılığı, bir şüphe oluşturduğundan bu delilin kati delil statüsünde tutulamayacağını söylemişlerdir.²⁸²

Hiz. Ömer'in (ö. 73/693) halifeliği döneminde kocası bulunmadığı halde hamile kalmış bir kadına hamilelik karinesiyle şahit ve ikrar bulunmadığı halde Hiz. Ömer had uygulamıştır.²⁸³ Ancak sahabeler Hiz. Ömer'e bu konuda itiraz etmemişlerdir. Ancak mezhepler hamilelik karinesi hakkında Hiz. Ömer'le hemfikir olmamıştır. İmam-ı Şafî (ö. 204/819), Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve cumhur ulema beyyine ve itiraf olmadığı müddetçe ister bekâr ister yalnız ister tecavüz iddiasında olsun had tatbik edilmez demişlerdir.²⁸⁴ Peygamber efendimizin şüphe ile hadları düşürün tavsiyesi günümüz hukukunda da geçerlilik bulmuştur ve şüpheden sanık yararlanır. Kadına çocuğun babası sorulduğunda kadın falancadır diye cevap verse, adam ise kadınla bir ilişkisinin olduğunu inkâr etse bu bir şüphedir ve kadından had cezası düşer.²⁸⁵ Malikî

²⁸⁰ Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısri et-Tahâvî (ö. 321/933), *Ahkâmü'l-Kur'anü'l-Kerîm*, (İstanbul: Türk Diyanet Ansiklopedisi İslami Araştırmalar Merkezi, 2010), 2/435.

²⁸¹ Karine, sözlükte, "bir şeyin yanında ve yakınında olmak, ona eşlik etmek, onunla bir arada bulunmak" anlamındaki 'قرن' kökünden türemiş olup "belirli bir birliktelik sebebiyle bir başka şeye delalet eden durum, maksada işaret eden ipucu, alamet, emare" anlamına gelir. Fıkıh ıstılahında ise karine, "yargılamada iki farklı olay arasında ekli çıkarsama yoluyla bağlantı ve sebebiyet ilişkisi kurularak elde edilen ve bilinmeyen bir durumun ispatına yarayan delildir. Bkz. Davut Yaylalı, "Karîne", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24/492.

²⁸² Ebû Muhammed Abdulvahhâb b. Ali b. Nasru's-Sa'lebî el-Bağdâdî el-Mâlikî(ö.466), *Uyûnü'l-Mesâil*, (Lübnan: Dâru İbn Hazm, 2005), 465-1076.

²⁸³ Buharî, *Hudût*, 8/168, 6829. ; İbn Kayyim, *Turuk*, 6.

²⁸⁴ Udeh, *et-Tesrîu'l-Cinâi'l-İslâmî*, II. 440-441; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İspât*, 196 akt. Sabri, Erturhan. Fikhî Açından Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme), 38. ; Nevevî, *Minhâc*, 11/192.

²⁸⁵ Serahsî, *Mebsûd*, 9/99, 167.

mezhebinde normalde zina davalarında dilekçe hakkı olmayan kadına durumunu mahkemeye bildirmesi ve olası bir hamilelik durumunda bu durumun kişinin aleyhine hüküm verilmemesi için bir delil teşkil etmesi adına dilekçe hakkı verilmiştir. Eğer kadın böyle bir başvuru yapmaksızın hamileliği ortaya çıkarsa hamilelik karinesi sebebiyle recmedilir.²⁸⁶

2.4. Zina Suçu Cezası

Mezheplerin zina suçunu tek bir suç olarak kabul etmesi sebebiyle zina suçunun cezası dört mezhebe göre de muhsan kişiler için recm, bekârlar için yüz sopadır.²⁸⁷ Bunun için de “benden alın benden alın. Allah onlar için bir yol koymuştur. Bâkirenin bakire ile zinası yüz sopa ve sürgündür, evlinin evliyle zinası yüz sopa ve taşla recimdir “hadisini gerekçe gösterirler. Hanefiler hadisin birinci kısmındaki sürgün ifadesini ayetin hükmüne ziyade kabul eder ve reddeder.²⁸⁸ Ancak ikinci kısmında recm edilerek öldürülecek kişi için ayetin hükmü olan yüz sopa ifadesinin, hadisin ayeti tahsis etmesi sebebiyle nesh olduğunu söylerler.²⁸⁹ Hâriciler ve Mutezilenin bir kısmı ayette recmden bahsedilmemesi sebebiyle bu görüşe katılmaz.²⁹⁰ Ancak Hz. Peygamberin yapmış olduğu uygulamalardan yola çıkarak yapmış olduğumuz kısımlandırmanın neticesinde varmış olduğumuz sonuç dört kişinin görmesi ve gördüklerine şehâdet etmeleriyle aleni zina işlediği sabit olan kişilerin cezası (Nûr, 34/2) ayetinde 100 sopa olarak belirlenmiştir. Kur’an-ı Kerimde bu ayet şöyle geçer: *”Zina eden kadın ve zina eden erkekte her birine yüz değnek vurun. Eğer Allaha ve ahiret gününe inanıyorsanız bunları Allah’ın dinini uygulama hususunda acıyacağınız tutmasın. Mü’minler’den bir topluluk da onların cezasına şahit olsun.”* Ayette dört şahidin gördüğü aleni zinadan bahsedilmektedir. Şâhidin olmadığı gizli zinanın cezası ahirete bırakılır. Recm cezası-kefareti işlemiş olduğu gizli zinayı Allah korkusu ile itiraf eden tövbesinin kabul olduğunu kesin olarak

²⁸⁶ el-Bağdâdî el-Mâlikî, *Uyûnü’l-Mesâil*, 465, 1076.

²⁸⁷ Suğdî, *en-Nüteffî’l-Fetâvâ* (Beyrut/Lübnan: Darul Furgan, 1984), 1/268.

²⁸⁸ Abdül Aziz Buhari, *Keşfü’l-Esrar Şerhi Usulü Pezdevî*. 3/66. da hadisin birinci kısmının Hz. Ömer tarafından Rum diyarına sürgün edilen bir kişinin, mürted olarak dönmesine karşılık nefy edildiğini belirtmiştir.

²⁸⁹ İmam-ı Şafî peygamber efendimizin recmettirdiği kişilere celde vurdurmamış olduğunu delil olarak alır ve recmedilecek kişilere celde vurulmasını uygun bulmaz. (Bkz. İmam Şafî, *Tefsir-i İmam Şafî* 3/1106.)

²⁹⁰ قرر أهل السنة حد الرجم - في حق الزاني المحصن - في عقائدهم كما جاءت بذلك الأدلة الثابتة، خلافاً للحرورية وبعض المعتزلة (Abdul Kâdir Segâfî, *Mevsûati’l-Akîdiyye*, (dorar.net) المنكرين للرجم)

bilmek isteyen muhsan kişiye tatbik edilir ve ahirete günahsız olarak gitmesi temin edilir.

Bir görüşe göre ise recm ayeti vardır lafzı kalkmış hükmü bakidir. Lafzı kalkmış bir ayetin hükmünü devam ettirmek için lafzı baki bir ayetin hükmünü kaldırmak ne kadar doğru olur *Allah* daha iyi bilir.

Günümüzde recm cezasının İslam'da yeri olmadığını savunan görüşler mevcuttur.²⁹¹ Gerekçe olarak recm cezasının Kur'an'da yer almadığını ve bu konudaki haberlerin ahad haber niteliğinde olduğunu gösterirler. Bu haberlerin tamamen uydurma olduğunu savunanlar da vardır. Bir kısmı ise recmin tazir niteliğinde, yani şartlara göre devletin tazir yetkisi dâhilinde uygulanan bir ceza olduğunu savunurlar. Biz recm'in bir ceza değil işlediği günahı itiraf eden kişinin bu gûnahtan arınma isteği sebebiyle uygulanan bir arınma şekli olduğunu düşünüyoruz. Buna göre, ayette geçen celde cezası ise yapılan zinanın toplumun bir kısmının yani dört kişinin görebileceği şekilde aşikâre işlenmesi neticesinde, gizlisi Allah hakkı olan bu suçun toplum düzeni ve kurallarına karşı işlenmiş bir suç hüviyeti kazanması sebebiyle tatbik edilen dünyevi bir ceza oluyor. Bu cezanın ahiretteki azabı düşürücü olmadığı kanaatindeyiz.

Hanefi mezhebi hasta olan kişi zina yaptığı sabit olduğunda muhsan bir kişi olup recmedilmesine hükmedildi ise bu ceza hastalıktan iyileşmesi beklenmeksizin tatbik edilir. Ancak muhsan değil ve celde cezasına hükmedildi ise celdenin tatbiki onu ölüme götürebileceği için hükmün infazı hastanın iyileşmesine ertelenir.²⁹² görüşündedir.

3.1. Tecavüzün Tanımı

3.1.1. Tecavüzün sözlük anlamı

²⁹¹ Hayrettin Karaman 29.08.2010 tarihinde Yeni Şafak gazetesindeki köşesinde “İslam'da recm yoktur” başlıklı bir yazı kaleme almış ve orada 1972 yılında Libya da yapılan İslam Âlimleri toplantısında Ebû Zehre'nın bu çıkışından bahsetmiştir. Bkz. İslam'da Recm Yoktur, <https://surmelihaber.com/islamda-recm-yoktur-256yy.htm>, Erişim 19.10.2022.

²⁹² El-Mevsili, *el-İhtiyar*, 3/504.

Arapça جوز kökünden gelen tecavüz “geçme, aşma, haddini veya ölçüsünü aşma, azma” sözcüğünden alıntıdır. Arapça جار geçti aştı fiilinin tefâul vezni mastarıdır.

İslam hukukuna göre tecavüz; zina fiilinin cebir, ikrah veya ızdırar halinde işlenmiş şeklidir. Yani tecavüz suçu zinanın bir türü olarak kabul edilmiş, bir erkeğin güç kullanarak zorla bir kadınla zina etmesine tecavüz denilmiştir.²⁹³

Bu sebeple klasik dönem İslam hukuku eserlerinde tecavüz diye bir suç bulunmamaktadır. İlk dönem kitaplarında bu konunun zina konusunun içinde ele alındığını görüyoruz. Klasik fıkıh eserlerinde tecavüz yerine genelde "el-İkrah ale'zzina" ve "el-iğtisab" gibi kavramlar kullanılmıştır. Erkeği zinada etken kadını edilgen gören bu ilk dönem kitaplarında tecavüzden değil de daha az rastlanan “zinaya zorlama” koşullarından bahsedildiğini söyleyebiliriz.²⁹⁴ Bu da zinada etken kabul edilen, erkek cinsinin üçüncü kişiler tarafından zinaya zorlanması manasında ele alınmıştır.

İslam hukukunda zina ve tecavüz suçlarının aynı kabul edilmesi sebebiyle tecavüz fiili hakkında ortak bir kavram üzerinde anlaşılamamıştır. Bu da, suç fiilinin tanımlanmasında çeşitli terkip ve isimlerin kullanılmasına sebep olmuştur. Mesela, ilk dönem fıkıh kitaplarında tecavüz fiili için “ifda, iğtisab, ez-zina bi'l-gahr, üstekrehe ale'z-zina gibi kavramlar kullanılır. Daha sonra cebr ile tasarruf, gasben ahz, cebren fiili şen'i, cebren zina gibi kavramlar kullanılmaya başlamıştır.²⁹⁵ Günümüzde bu suçun Arapça karşılığı olan “iğtisab” kavramı yerine hukuk dilinde karşılığı olan nitelikli cinsel saldırı suçu terimi kullanılmaktadır.²⁹⁶

²⁹³Erturhan, Fıkhi açıdan nitelikli cinsel saldırı suçu, 27.

²⁹⁴Kendini zor kullanan birine sunan kadına gelince, Ebu Hanife'ye (rh.a) göre, (adamın yanına) uzansa bile ona had cezası gerekir. Ancak Ebû Yûsuf (rh.a) "Ben zor kullanan hakkında Ebu Hanîfe'den (rh.a.) hiçbir şey bellemedim" demiştir. Çünkü zor kullanılanın, zinaya kalkması yasaktır. Buna kalkıştığında yaptığı fiil zina olur. Dolayısıyla kadın da, kendini ona sunmakla zina etmiş olur. Dolayısıyla ona had cezası gerekir. (Serahsi, *Mebûd*, 9/57.)

²⁹⁵ Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, 227.

²⁹⁶ Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102 ila 105. maddelerinde düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı, vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği, tecavüz ve tecavüze yeltenmeyi içine alır. Cinsel dokunulmazlığa dair suçlar TCK'da; 102. maddede cinsel saldırı, 103. maddede çocukların cinsel istismarı, 104. maddede reşit olmayanlarla cinsel ilişki, 105. maddede cinsel taciz başlıklarında işlenmiş ve cezaları belirlenmiştir.²⁹⁷

3.1.2. Tecavüzün Zina Olarak Kabul Edilmesi

Tecavüzün zina olarak kabul edildiğine ilk olarak Bâbilliler'e ait Hammurabi kanunlarında rastlanmaktadır.²⁹⁸ İslam ceza hukukunun temellerine inildiğinde, Hz. İbrahim'in kurucusu olduğu Mezopotamya uygarlığının, Hz. Musa'nın kurucusu olduğu İbrani Uygarlığının, Hz. İsa'nın kurucusu olduğu Roma Uygarlığının izlerine rastlayabiliriz. Bu sebeple Mezopotamya uygarlığının tesiri altında kalan Arap dünyasının da, zina ve tecavüz suçlarını aynı algılaması kaçınılmaz olmuştur.

İnsan bedenine karşı işlenen suçların en ağırlarından biri olan tecavüz, kişinin rızası olmaksızın cinselliğini iğfal etmek üzere işlenen bir saldırı suçudur. Ancak İslam hukuku tecavüz suçuyla zina suçunu aynı kabul ederken, yerleşmiş anlayışa tabi olmuş ve gizli tecavüzün, gizli zina gibi Allah hakkı olduğunu var saymıştır. Bu da farkında olmadan tecavüzcünün korunması sonucunu doğurmuştur.

3.1.3. Tecavüz ve Zina Arasındaki Benzerlik ve Farklar

İslam hukukunun tecavüzü zina olarak kabul etmesinde iki suç arasındaki benzerlikler etkili olmuştur. Örneğin tecavüz de zina gibi nikâhsız, gayri resmi bir ilişkidir. İkinci olarak ikisinde de suç gizli (şâhitsiz) ve nadiren aleni işlenir. Hanefi mezhebi, zinada erkeği etken kadını edilgen kabul eden görüşleri sebebiyle, yine aynı şekilde gayri resmi bir ilişki olan tecavüz suçunda, kadının rızasının olmayışını kadın için cezadan muaf tutulmaya bir sebep saymakla yetinmiştir. Ancak ikinci ortak özellik olan iki suçun da gizlide işlenen şeklinin bulunması; gizli zinanın kulun ayıbı niteliğinde gizlenmesi gereken ve cezası ahirete bırakılan bir suç olması, gizlide işlenen tecavüz suçu için de dünyevi bir cezanın olmaması sonucunu doğurmuştur. İşte

²⁹⁷TCK, m.102-105.

²⁹⁸ Eldar Hasanov, "Zina", *T.D.V. İslam ansiklopedisi* (İstanbul: T D V Yayınları, 2013), 44/444-445.

bu da tecavüzün zina olmadığının birinci delilini oluşturur. Çünkü hiçbir hukuk sistemi tecavüz gibi ağır bir suça sessiz kalmamıştır.²⁹⁹

Bilindiği gibi suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafları fâil ve mağdurdur. Fâil kelimesi Arapçada ism-i fâil sigasından gelmektedir ve işi yapanı ifade eder. Ceza ilişkisinde suç sayılan fiili gerçekleştiren taraftır. Mağdur ise yine Arapçada ism-i meful sigasından gelmektedir ve fâilin işlediği suç sebebiyle haksızlığa uğramış zarar görmüş kişi olarak tanımlanır. Gizli işlenen zina fiilinde kadın erkek her iki taraf da fâildir ve Allah’a karşı suç işlenmiştir. Aleni işlenen zina fiilinde ise suç topluma karşı işlenmiştir ve mağdur olan taraf toplumdur. Ancak tecavüz suçunda bir fâil bir de mağdur vardır. Suç, gizli işlenen bir günah olmak yönüyle hem Allah’a karşı, hem de kişisel hakları tecavüz ve istismar edilen kişiye karşı işlenmiştir.

Tecavüz ve zina arasındaki farkları sıralayacak olursak:

1. Zina fiili rıza altında işlenirken tecavüz fiili ikrah, cebr ve ızdırar altında işlenir.
2. Zina fiilinde iki fâil var iken, tecavüzün bir fâili, bir de mağduru vardır.
3. Zina fiilinde fâillerinin her ikisi de akıllı ve reşit kişilerden oluşurken, tecavüz fiilinde fâilde kusurlar olabileceği gibi mağdur da ergen olmayan, akıllı olmayan kişiler olabilir.
4. Zina fiilinde kadın hakkı olan mehirden, kendi rızasıyla vaz geçerken, tecavüz fiilinde kadının mihir hakkı, doğacak çocuğunun nesep ve miras hakkı gasp edilmektedir.
5. Zina hisbe şahitliği ile dava konusu edilirken, tecavüz mağdur kadının bildirmesiyle dava edilir.
6. Zinanın ispatında kanunî delil kullanılırken, tecavüzde hakkın ortaya çıkması adâletin gerçekleşmesi için günümüzde delil serbestliği kullanılmaktadır.

²⁹⁹ Eski hukuk sistemlerinde tecavüz suçuna verilen cezalar hakkında Bkz. Konan, *Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu*, 150.

7. Zina suçundaki recm bir kefarettir, tecavüz suçundaki recm bir cezadır.

3.1.4. Tecavüzün Zina Kabul Edilmesinin Hukukî Sonuçları

Gizli işlenen tecavüz vakalarında kadın, uğramış olduğu tecavüz sebebiyle tecavüzcüden şikâyetçi olması halinde, İslam hukukunda zina suçunun, bütün cinsel suçları içine alan tek bir suç kabul edilmesi ve had suçlarında kanunî delil getirme sınırılması bulunduğundan kadından iddiasını ispat etmek için dört şahit getirmesi istenir.³⁰⁰ Gizlide işlenen tecavüz vakası için kadın, şahit getiremediğinde ise kadına erkeğe iftira attığı gerekçesiyle kazf haddi uygulanmasına hükmedilir.³⁰¹ Kanaatimize göre bu yaklaşım şu açılardan doğru bir yaklaşım olmamıştır;

1. Ayette belirtilen dört şahit zina suçunun aleni işlenmesi suretiyle, topluma karşı suç işlendiğinin ispatı niteliğini taşımaktadır. Gizlide işlenen bir suç için, aleniyetin ispatında kullanılan ispat şartını istemek anlamsızdır.

2. Kazif yani zina iftirası ile ilgili ayette dört şahit bulunmayan, gizli zina ile ilgili konuşulması yasaklanmıştır. Kişinin özel alanının korunması niteliğinde olan bu cezanın tecavüz suçunda da geçerli kabul edilmesi, mağdurun susturulması ve cezalandırılması sonucunu doğurmuştur.

3. Kazif ayetinde zina iftirasından bahsedilmektedir. Nûr 3. ayetin zinayı tanımladığını kabul edersek kadının şikâyeti ile ortaya çıkan tecavüz davası bir had davası değil, ceza ve hukuk davasıdır. Ancak tecavüz, zina olarak kabul edildiğinde, bu bir had davası kabul edilecektir. Hanefî mezhebi had davalarında, kadını zinada taraf olmakla nitelendirdiği için kadına, mağdur sıfatıyla dava açma hakkı vermemiştir. Çünkü had davaları hisbe şahitliği ile açılabilir.³⁰²

4. Yine bu olayda, tecavüzün zina kabul edilmesi ve zinanın da had davası olması sebebi ile kadının iddiasını ispatlamak için karine-i kâtî'a kullanmasına izin

³⁰⁰ Nisa 4/15; Nûr 24/4,13.

³⁰¹ Maverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, XITI, 230-231. akt, Erturhan, *Fıkhi Açıdan Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu*, 32.

³⁰² Azam, “*Competing Approaches to Rape in Islamic Law*”, 371.

verilmez. Had davalarında sadece beyyine denilen dört erkek şâhidin şâhitliği ya da itiraf geçerlidir.³⁰³

Bu olay öyle büyük bir meseledir ki olayın vehâmetini anlatmak için şöyle bir mizansen ortaya koyabiliriz. Etrafında dört kişinin bulunduğu bir ev düşünelim. Bir erkek bir kadını zorla sürükleyerek o eve soksa, kapıyı kilitlese, içerden çığlık sesleri gelse, kapı açıldığında kadının üstü başı dağınık ve tecavüze uğradığını söylüyor olsa, ancak erkek ben bir şey yapmadım demiş olsa, kadın kanunî delil olan dört erkek şâhit getiremediği için erkeğe hiçbir şekilde had cezası uygulanmaz. Ne kadının sürüklendiğini gören dört kişinin şâhitliği, ne çığlık sesleri ne de kadının ifadesine bakılmaksızın olayı bilfiil gören bir kişi olmadığından sebeple kadına kazf cezası bile tatbik edilebilir. İşte bu da tecavüzün zina olmadığına ikinci delilini oluşturur. Osmanlılar devrinde, hukukun tıkandığı bu nokta görülmüş ve “namus padişahındır” diyerek dört şahidin bulunmadığı tecavüz davaları için özel kanunlar çıkartılmıştır. Örneğin şâhitlerin olayı bilfiil görmediği durumlarda, Osmanlı davayı had davasından tazir davasına düşürmüş ve fâile tazir cezası vermiştir.³⁰⁴

Tecavüzün aleni işlenen şeklinde ise olayın zina mı tecavüz mü olduğu şâhitlerin kanaatine bırakılmıştır. Olaya tanık olan dört şahit kadının direndiğinde hem fikir oldularsa, erkeğe had cezası vurulur. Şâhitlerden ikisi direndi ikisi direnmedi derse Ebû Hanife’ye göre her ikisinden de had cezası düşer.³⁰⁵

Kişinin itirafı ile ortaya çıkan gizli tecavüz suçunda ise aynı zinada olduğu gibi sanığın recmedilmesine hükmedilir. Ancak burada Hanefi mezhebine göre erkeğin kadına bir mehir bedeli ödemesine gerek yoktur çünkü olay zinadır. Şafî mezhebi ise İbn Ömer’in uygulamasını delil göstererek kadına mihri misil verilmesini kabul eder.³⁰⁶

Zina konusunu ele alırken, Nûr suresi 3. ayetin sahabe döneminde baskın olan görüş çizgisinde yorumlanması sebebiyle nesh kabul edildiğini anlatmıştık. Sahabenin

³⁰³ El-Mevsili, *el-İhtiyar*, 3/482.

³⁰⁴ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukûkî tahlilleri* (İstanbul: Fay Vakfı Yayınları, 1993), 242.

³⁰⁵ Sarahsi, *Mebsud*, 9/68, 115.

³⁰⁶ İmam-ı Şafî, *el-Umm*, 5/101.

diğer bir kesiminin görüşü olan; ayetin zina suçunun mahiyetinin tanımlandığı, bir tanım ayeti olduğu düşüncesinin daha isabetli olacağını delilleriyle ortaya koymuştuk. Bu aynı zamanda tecavüz konusunun zina konusundan ayrılması sonucunu doğuracağı için İslam hukuku adına çok önemli bir tespittir.

Bu tespitle zina ve tecavüz suçunu birbirinden tamamen ayırdığımızı kabul ettiğimizde, tecavüz suçu için zina suçunun tanımlandığı ayet ve hadisleri kullanmak anlamsız olacaktır. Bu durumda Kur'an ve sünnette tecavüz suçu hakkında delil olarak ortaya hangi ayet ve hadisleri sunabiliriz?

Kur'an'da zina suçundan bahseden pek çok ayet olmasına karşılık bugünkü anlamda tecavüz konusu sadece Yusuf suresinde bahsedilmektedir. Bu da akla kıssalardan hüküm çıkartılabilir mi sorusunu getirmektedir. Âlimlerden bir kısmı kıssalardan hüküm çıkartılmasına olumlu bakmıştır.³⁰⁷

3.2.Tecavüz Suçunun Nasla Delillendirilmesi

3.2.1. Tecavüz ile İlgili Ayetler

Fıkıh usulünün kullandığı delil sisteminde tecavüz suçunun delili olabilecek ayetler Nûr suresinde değil Yusuf suresinde geçen ayetlerdir.

Yusuf suresinde Hz. Züleyha melikin kendisini Hz. Yusuf ile yakalaması üzerine Hz Yusuf'un kendisine sahip olmak istediğini, ancak kendisinin ondan kaçtığını iddia ederek Hz. Yusuf'un kendisine tecavüze yeltendiğini söyledi.³⁰⁸

“İkisi de kapıya doğru koştular. Kadın onun gömleğini arkadan yakalayıp yırttı. Kapının önünde kocasıyla karşılaştılar. Kadın kocasına dedi ki: “senin ailene

³⁰⁷ Abdullah Acar, “Bir İctihad Kaynağı Olarak Kur'an Kıssaları”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, c.9, 2007, 97-152.

³⁰⁸ Ömer Faruk Harman, "Yûsuf", DİA, TDV İslam Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/1-5. ; İbn. Arabî Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî (ö. 543/1148), Ahkâmü'l-Kur'ân (Beyrut: Dâru'l-Kitâbu'l-İlmiyye, 2003), III/47. ; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî (ö. 671/1273), Ahkâmü'l-Kur'ân (Kâhire: Dâru'l-Kitâbu'l-Mısırî, 1964), 9/162-170. ; Ebû Muhammed Muhyissünne el-Hüseyn b. Mes'ûd b. Muhammed el-Ferrâ' el-Begavî (ö. 516/1122), Meâlimu't-Tenzîl (Riyat: Dâru Tayyibe, 1997), IV/227-235.

kötülük etmeye kalkışanın cezası, ancak zindana atılmak veya ağır fiziksel cezaya çarptırılmak olmalıdır.”³⁰⁹

Hz Yusuf bunun üzerine “*asıl kendisi benimle birlikte olmak istedi “ dedi. Kadının akrabasından biri şöyle bilirkişilik yaptı: “Eğer adamın gömleği önden yırtılmışsa, kadın doğru söylemiştir; adam yalancıdır.” “ Eğer gömleği arkadan yırtılmışsa, kadın yalan söylemiştir; adam doğru söylemektedir.”*³¹⁰

1. Görüldüğü gibi ayet tecavüz gibi gizlilikte işlenen bir suçun ispatı için bilirkişi ifadesi ve karine-i katı’a kullanılabileceğini göstermektedir.

2. Kadının şikâyetiyle bir muhakemenin oluşturulması bu tip davaların hukuk davası karakteri taşıyacağını gösterir. Çünkü kadın erkekten gasp ettiği haklarını istemektedir.

3. Ayrıca iddia edilen suç bir yeltenme olup cinsel bir birliktelik gerçekleşmediği halde teşebbüs için de aynı şekilde suç muamelesi yapılmıştır.

4. Biliyoruz ki Yusuf as.’a yapılan inceleme sonucu suçsuz çıkmış ancak şehirdeki kadınların dedikodu yapması üzerine, melikin karısını suçsuz göstermek amacıyla tecavüze teşebbüs suçuna verdikleri cezayı vererek Hz Yusuf’u hapse atılmışlardır.³¹¹

5. Ayette Züleyha valide hapis ve elem verici bir azaptan bahsetmektedir. Teşebbüsün cezasını hapis olarak düşünecek olursak, suç fiilinin sonuca ulaşmış halinin cezasının, elem verici bir azap olması gerektiğini düşündürmektedir. Ancak burada recm cezasından bahsedilmemektedir.

Ayrıca Kur’an’da Enbiyâ 91.ayet, Mü’minûn 5.ayet, Nur 30-31.ayet, Ahzâb 35.ayet, Tahrîm 12.ayet, Meâric 29.ayetlerde iffet ve namusun titizlikle korunması gerekliliğinden bahsedilmiştir.

³⁰⁹ Yusuf, 12/25

³¹⁰ Yusuf, 26-27; İbn Arabî burada şahitlerin dört tane olduğundan bahseder. 1. Gömlek 2. Züleyha’nın amcasının oğlu 3. Aziz’in arkadaşı 4. Beşikteki bebek bkz. İbnü’l-Arabî, *Ahkâmu’l-Kur’ân*, c. III/48.

³¹¹ el-Kurtubî, *Ahkâmu’l-Kur’ân*, c. 9/172-184.

3.2.2. Tecavüz ile İlgili Hadis Rivayetleri

Tecavüz suçunda delil olarak kullanılabilecek hadisler ise Mâiz, Ğamadiyeli kadın ya da Âsif hadisi değil, namaza giden kadın hadisi olmalıdır.

Camiye giden kadın hadisi: Vâil İbnu Hucr İbni Rebîa (radıyallahu anh) anlatıyor: "Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm)'ın sağlığında, namaz kılmak maksadıyla bir kadın evinden çıkmıştı. Yolda ona bir erkek rastladı. Kadına çullanıp ihtiyacını giderdi. Kadın bağırdı, adam ise sıvıştı gitti.

(Çılgılığı üzerine) kadının yanına bir erkek ulaştı. Ona başından geçeni anlatıp, bir adam bana böyle böyle yaptı dedi. Sonra, bir grup muhacire rastladı, başından geçeni onlara da anlatıp: "Bir adam bana böyle yaptı!" dedi. Hep beraber yürüyüp, kadının kendisine tecavüz ettiği kimseyi yakalayıp kadına getirdiler. Kadın:"- Evet bu odur?" dedi. Sonra adamı Hz. Peygamber (aleyhissalâtu vesselâm)'in yanına götürdüler. Resûlullah o adamın recmedilmesini emrettiği sırada, kadına tecavüz etmiş olan kimse kalkıp:

"- Ey Allah'ın Resûlü, suçlu benim!" diye itirafta bulundu. Resûlullah (aleyhissalâtu vesselâm) kadına:

"- Git. Allah günahlarını affetti" dedi. Zan altında kalmış olan kimseye de güzel sözler söyleyip (gönlünü aldı). Mütecavizin recmedilmesini emretti ve recmedildi.

Sonra Resûlullah şunu söyledi:

"- Bu adam öyle bir tevbe ile tevbe etti ki, böyle bir tevbeyi Medine ahalisi yapsaydı kabul edilirdi." Tirmizî, şu ziyadede bulunmuştur: "Vâil (radıyallahu anh) Hz. Peygamber (aleyhissalâtu vesselâm)'in kadına mehir takdir edip etmediğini zikretmedi." ³¹²

Hadisten Çıkarılan Hüküm:

³¹² Tirmizî, *Hudud*, 22, (1452); Ebû Dâvud, *Hudud*, 7

1. Bu hadis hakkında muhaddisler hadisin bir takım şüpheler barındırdığını söylemişlerdir. Birinci adamın recmedilmesine ikrar ya da beyyine (dört şahit) olmaksızın hükmedilmesini hadisçiler muhakeme usulüne aykırı bulurlar.³¹³

Halbuki gizlilikte işlenen tecavüzün en etkili tanığı mağdurdur. Ayrıca Hz Peygamber Allah'ın emrini tatbik etmek suretiyle bizlere tebliğ edendir. Onun hakkında, dört şahit bulmaksızın nasıl hüküm verir denmemesi gerekir. Demek ki bu olay zina değil ve Hz Peygamber tecavüz suçlarında karine-i kâtia ile hüküm verilebileceğini bizlere göstermiş olabilir.

Hadisin Değerlendirilmesi:

1. Tirmîzî'de (ö. 279/892) Vâil b. Hucr'un babasından rivayetine göre Hz. Peygamber tecavüz tecavüz vakasında fâile recm cezası tatbik ettirmiştir.³¹⁴ Bu hadisten zina günahından kurtulmak için uygulanan recm kefaretinin tecavüz suçunun günahından kurtulmak için de uygulanabileceği sonucunu çıkarabiliriz.

2. Tecavüz gibi tek tarafın iradesiyle gizlilikte işlenen bir suçun kadından başka şahidi olmayacağı için tecavüz suçlarında karine-i kâtî'a³¹⁵ ile birlikte kadının ifadesiyle hüküm verilebilir.³¹⁶

3. Dört şahidin gördüğü aleni zina suçunun hukukî cezası yüz sopa iken, tecavüz suçunun cezası recm olabilir. İki olaydaki fark zina günahı itirafında tatbik edilen recm

³¹³ İbrahim Canan, Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi (İstanbul: Akçağ Yayınları, 1995), 6: 221-222 akt. Adem Yıldırım, "İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi", 231.

³¹⁴ Tirmîzî, Hudûd, 22.; İbn Mâce, Hudûd, 30.

³¹⁵ Hocaeminefendizade Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hukkam* (İstanbul: D.İ.B.Yayıncılık, 2020), 4/3133. Karine-i katî'a, karine-i vazıhıdır ki ukûbattan misal, bir kimse elinde kana bulaşmış bir bıçak olduğu halde havf ve telaş içinde bir evden çıktığı anda o eve girilip henüz boğazlanmış bir kişi görülse, o kimsenin bu şahsın katili olduğunda şüphe duyulmaz.

³¹⁶ Hadisten çıkarılabilecek bu hüküm son derece ataerkil bir toplum olan Arap toplumu için bir erkeğin bir kadının sözüyle ceza alması sonucunu doğuracağı için sahabe âlimleri tarafından göz ardı edilmiştir. Hz Ömer hilafeti döneminde had suçlarında kadınların şahitliğinin kabul edilmemesini emretmiş ve bu da özellikle tecavüz vakalarında kadının susturulması sonucunu doğurmuştur. Bu hadis Peygamber efendimizin dört erkek şahit aramaması sebebiyle pek çok muhaddis tarafından zayıf hadis olarak kabul edilir. Ayette zina suçlarında dört şahit istendiği bu suçun zinadan farklı bir suç olduğu dikkatten kaçmış olmalıdır. Sahabenin içindeki bir kısım çevrenin zina ve tecavüz suçunu birbirinden ayrı görmeyen bakış açılarında Mezopotamya uygarlıklarından olan Bâbilliler'e ait Hammurabi kanunlarının ve eski Yahudi din hukukunun bu iki suçu aynı kabul etmesinin etkisi büyüktür. (Bkz. Hasanov, "Zina", *T D V. İslam ansiklopedisi*, 444-445.) Ancak İslam dini bu iki suçun ayrı olduğunu ortaya koymaktadır.

kefareet iken tecavüz suçunda tatbik edilen recm hukukî bir ceza olacaktır. Çünkü cezalar, tevbe olmadığı müddetçe ahiretteki azabı düşürmez.

4. Bu olayda kadına mihir takdir edilip edilmediğinin bilinmemesi ve zina ve tecavüz suçlarının aynı kabul edildiği anlayış sebebiyle, zinanın Allah hakkı kabul edilmesi ve Allah hakkı konularının kişinin lehine mülkiyet kazandıramıyacağı ilkesi gereği hanefî mezhebi tecavüz davalarında kadına mehr-i misil verilmesini hukukî karşılamamıştır. Ayrıca Serahsi tecavüz davalarında kadına mehr-i misil verilmemesinin gerekçesini zina yapan ya da zinaya zorlanan cariye hakkında efendisine bir ödeme yapılmasının gereğine dair bir hüküm bulunmamasına kıyas etmiştir.³¹⁷ Eğer tecavüze uğrayan kadına bir bedel ödenmesi gerekseydi zina eden cariyenin efendisine de böyle bir ödeme yapılması gerekirdi demiştir.

Hız Alinin Tecavüz Davasını Çözmesi Rivayeti:

Hız Ömer döneminde bir kadın Hız Ömer'e gelerek bir gencin kendisine tecavüz ettiğini iddia eder. Delil olarak da elbisesindeki ve bacaklarındaki meniye benzer sıvıyı gösterir. Hız Ömer kadınların durumu incelemesini ister ancak onlar da sıvının meni olduğunu düşündüklerini söylerler. Hız Ömer genci cezalandırmak istese de genç ısrarla iftiraya maruz kaldığını söylemektedir. Bunun üzerine Hız Ömer durumu Hız Ali'ye danışır. Hız Ali meni olduğu iddia edilen sıvıyı inceledikten sonra, kaynar su ister. Elbisenin üzerine kaynar suyu döktüğünde sıvı katılaşır ve beyazlar ve bu sıvının yumurta akı olduğu anlaşılır.³¹⁸

Rivayetten Çıkarılabilecek Hükümler:

1. Rivayette gördüğümüz en önemli detay, eğer o dönemde tecavüz suçu zina olarak kabul edilseydi ve ispatı için sadece kanunî delil sınırlaması geçerli olsaydı, Hız Ömer kadından beyyine olarak dört şahit getirmesini isterdi.

2. Hız Ömer kadının gösterdiği delili katî delil olarak kabul etmemiş ve kadının iddiasını ispatlamasını kendisinden beklememiş araştırma yoluna gitmiştir. Hatta bu

³¹⁷ Sarahsî, *Mebsud*, 9/61.

³¹⁸ İbnu'l-Kayyim, *Turuk*, 57-58.

konuda bilirkişi olarak Hz Ali’yi görevlendirmiştir. (Hâkimin şahsî bilgisini kabul etmeyen cumhura göre had suçlarında bilirkişi kullanılamaz³¹⁹.)

3. Hz Ömer kadının dört şahit getirememesi durumunda erkeğe yemin ettirip davayı had davalarından tazir davasına çevirmemiştir.

4. Zina davalarında kanunî delil kullanılırken, tecavüz davasında delil serbestliği sisteminin uygulanmış olması bize ilk dönemde tecavüz – zina ayrımının mevcudiyetini de ispatlar niteliktedir.

Değerlendirme:

Muhaddislerin garip hadis olarak saydığı birinci hadiste, asıl gariplik dört şahit bulunmaksızın recme hükmedilmesi değil, az önce kadına tecavüz eden adamın suçsuz bir kişinin recmedileceğini görünce itirafla ortaya çıkmasıdır. Hadisi rivayet eden sahabenin zina ve tecavüzü aynı şey olarak düşünmesi ve tecavüzün de zina gibi dört şahit ya da ikrarla ispat edilebileceğini sanması neticesinde, Hz. Peygamberi “dört şahit bulmaksızın adamı recmettirdi” suçlamasından kurtarmak için böyle bir ekleme yapmış olma ihtimali de değerlendirilebilir. Yine de Hz Peygamberin birinci hadiste, kadının saldırıya uğramış hali ve kadının “bana saldıran buydu” demesi neticesinde, birinci adamın recmedilmesini emretmesi ve ikinci hadiste Hz Ali’nin kadının iddiasını araştırmak için yaptıklarını değerlendirdiğimizde, Hz Peygamber döneminde, tecavüz suçlarında delil serbestliğinin uygulandığını ve hâkimin kanaatiyle hükmettiğini söyleyebiliriz.

3.3. Tecavüz Suçunda Korunan Hukuksal Değer

Tecavüz suçunda, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukukî değer veya menfaatin tespit edilmesi önemlidir. Öncelikle bu suçun hangi değer ve menfaati ihlal ettiğini tespit etmemiz gerekir. Tecavüz suçunun ihlal ettiği hak birincil olarak mağdur kadının iffet ve şerefidir. İkinci beden dokunulmazlığıdır. Üçüncü kendisine nikâh kıyılmış olsa doğacak mehir hakkının gasp edilmiş olmasıdır. Dördüncü olarak tecavüzden hamile kalması durumunda doğacak çocuğun nesep bağı ve miras hakkının

³¹⁹ Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, 236.

da ihlal edilmesidir. Beşinci olarak bu fiilde, öldürmeye ya da yaralamaya teşebbüs vardır.

3.3.1. Kadının İffet ve Şerefine Karşı İşlenmiş Bir Suç Olduğu

İslamî kaynaklarda iyi bir Müslüman sayılabilmek için iffetin muhafaza edilmesinin gerekliliği gerek ayet gerek hadislerle defalarca anlatılmış, telkin edilmiştir. Kişinin şehvet gücünün dengeli işleyişiyle gerçekleşen bir erdem olan iffet'in kişinin rızası olmaksızın elinden alınması ile milk niteliğindeki helal malının elinden alınması arasında fark yoktur. Bu sebeple bu suç bir hak gaspıdır.

Hanefî mezhebi tecavüz fiilinde kadını her şekilde zinaya karışmış bir birey kabul ettiğinden rızasının olmaması sebebiyle had cezasından muaf tutulmasını kadın için yeterli bir imtiyaz kabul etmiştir. Zahiru'r-rivayede, zinaya zorlanan kadının muhsanlığının düşeceği görüşüne rağmen Ebû Yusuf (ö. 182/798) kadının muhsanlığının düşmeyeceğini söylemiştir.³²⁰ Burada Ebû Yusuf'un görüşünün isabetli olduğunu söylemek daha doğru olur. Peygamber efendimiz "Allah, benim için, ümmetimin hata ile unutarak veya baskı ve tehdid altında işlemiş olduğu günahları bağışlamıştır"³²¹ buyurarak tecavüze uğrayan kadının uğradığı bu muamele sebebiyle günahsız olacağını bildirmiştir.

Kur'an'da "*İffetli, saf ve mümin kadınlara zina iftirasında bulunanlar, dünyada ve ahirette lanetlenmişlerdir ve onlar için büyük bir azap vardır.*"³²² buyurulmaktadır. İffetli bir kadının iffetine iftira atmak, bu denli büyük bir suç ise, Allah'ın korunmasını emrettiği iffete karşı yapılan bir saldırı, Müslümanın ayıbı katagorisinde örtülmesi gereken bir suç-günah olarak görülemez. Bu konuda oluşan hukukî boşluğu tespit eden Osmanlı uleması "İffet Padişahındır" diyerek iffete karşı işlenen suçlara ağır cezalar vermiştir.

3.3.2. Kadının Beden Dokunulmazlığına Karşı İşlenmiş Bir Suç Olduğu

³²⁰ Serahsî, Mebsûd, 9/115.

³²¹ İbn-i Mace, Talâk, 16.

³²² en-Nûr, 24/23

İslam'dan önceki Kitabî dinlerde olduğu gibi İslam'da da kadın bedeni mahrem kabul edilerek, örtünmesi farz kılınmıştır. Buradaki amaç Müslüman kadının toplum içerisinde hem Müslüman olarak tanınması hem de mahrem alanda korunaklı olmasıdır. Ahzap suresi 59. ayetinde bahsedilen eziyet görmemeniz için size tesettür emredildi ifadesinde, kadının vücut dokunulmazlığının korunması amacıyla tesettürün emredilmiş olduğu açıktır. Kadın tesettüre bürünmüş de olsa, bürünmemiş de olsa, Allah'ın korunmasını emrettiği bir değer olarak kadının bedenine yabancı bir erkeğin kadının izni olmaksızın teması İslam dininde yasaklanmıştır ve bu İslam'ın korunmasını emrettiği değerlerden biridir.

Osmanlıda kadın bedenine rızası olmaksızın yapılan taciz türü temaslar dahi, tazir cezasıyla cezalandırılmıştır.

3.3.3. Kadının Mihir Hakkının Gasp Edilmiş Olduğu

İslam dini Kur'ân-ı Kerîm'de kendileriyle evlenilen kadınlara mehirlerinin verilmesi gerektiğini belirtmiştir.³²³ İslam dininin kadına vermiş olduğu bu hak, özel hukukta bulunmayan çok özel bir haktır.

Özel Hukukta geline son nokta, Jellinek'in klasikleşen anlayışına göre negatif statü hakları olarak adlandırılan haklardır. Negatif statü hakları, devlet tarafından bile aşılamayacak kişinin toplum içerisindeki özel alanının sınırlarını çizen “koruyucu” haklardır. T.C. 1982 Anayasası'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bu hak ve hürriyetler, İslam dini ve diğer bütün dinlerin, muhafazasını esas aldığı beş temel esas akıl, din, can, ırz ve malın korunması esasının özel hukuka yansımaları kabul edebileceğimiz bir düzenleme olduğu görüşündeyiz.

Özel haklarda geçen mal varlığı hakkı, paraya çevrilebilen haklar iken kişilik hakları para ile ölçülemeyen, paraya çevrilemeyen sahibi için sadece manevi bir değeri olan haklardır. Bu bağlamda kadın cinselliği, İslam'ın ona tanıdığı mehir hakkı ile kıymetlendirilebilen bir mülkiyet hakkına dönüşmüştür. Böylelikle kadının kendi

³²³ el-Bakara, 2/236-237; en-Nisâ, 4/4, 24, 25; el-Mâide, 5/5

cinselliği üzerinde tam bir mülkiyet hakkı oluşurken evlenmek ve kocasından mehir almak suretiyle erkek de kadının cinselliği üzerinde intifa hakkına sahip olur.³²⁴

Mehir ile ilgili fikhî hükümler, hadislerde yer almış, ayrıca evlenmeyi zorlaştıracak tarzda mehir miktarında aşırıya kaçılmaması öğütlenmiştir. Yine de alacağı mehri belirleme hakkı tamamen kadına verilmiş bir haktır. Mehrin kadın için manevî kıymete haiz bir değeri, maddi bir hak haline dönüştürmek olduğunu az önce söylemiştik. Kişinin maddî kıymete çevirebildiği her hak üzerinde, bir de koruma hakkı bulunacağı malumdur. Allah kadına böyle bir hak verirken elbette onu koruma imkân ve hakkını da verecektir. Kadının evlilik sebebiyle alacağı mehir güzelliği, ailesi, zenginliği, bekâr oluşu vb çeşitli toplumsal kriterler yoluyla değişkenlik gösterir. Bekâr bir kadının mihri ile evli-bekâr bir kadının mehri toplumda aynı kabul edilmemektedir. Tecavüze uğrayan kadın evli-bekâr kabul edileceği için isteyebileceği mehir miktarı da bekâretini kaybetmemiş olduğu halden daha düşük olacaktır. Olaya bu noktadan bakan Mâlikî ve Şafiî mezhebi, kadının uğramış olduğu maddî zararın telafisi için kadına ukur bir nevî mehr-i misil ödenmesi gerekliliğine hükmetmiştir.³²⁵

3.3.4. Doğacak Çocuğun Nesep ve Miras Hakkının Gasp Edilmiş Olduğu

İslam Hukukuna göre veled-i zina, âlimlerin büyük çoğunluğuna göre, asla biyolojik babanın nesebine katılamaz.³²⁶ Bu hüküm, kadının kiminle zina ettiği kesin olarak bilinemeyeceği düşüncesinin hâkim olduğu bir döneme ait bir hükümdür. Kaldı ki kadın sadece bir kişiyle zina etmiş olsa ve baba da çocuğun kendisine ait olduğunu itiraf ediyor bile olsa, âlimlere göre, baba ile çocuk arasında bir nesep bağı kurulamaz. Böyle olunca tecavüzü zina kabul eden bakış açısına göre tecavüze uğrayan kadının çocuğu da tıpkı zinada olduğu gibi nesebe bağı hükümler bakımından yabancı hükmündedir. Biyolojik babasının mirasına asla katılamayacaktır.³²⁷

³²⁴ Azam, Competing approaches to rape in islamic law, 359-374

³²⁵ İmam-ı Şafiî, el-Umm, 7/365. ; İbn Kudame, el-Muğnî, 12/171.

³²⁶ İbn Kudâme, Muğnî, II, 269; Nevevî, Mecnû, VI, 222.akt. Hüseyin Esen, *İslam Hukukunda Veled-i Zina* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007), 55.

³²⁷ Esen, *İslam Hukukunda Veled-i Zina*, 59.

Bazı âlimler,³²⁸ kadının firaş³²⁹ olmama durumunda babanın çocuğu nesebine katmak istemesi halinde, çocuğun babanın nesebine geçeceğini ve miras hakkına sahip olacağını söylemiştir.³³⁰

Bugün artık DNA testiyle, çocuğun babasının kim olduğu tespit edilebilmektedir. Bu da İslam Hukukunda bu yönde yeni hukukî düzenlemeler getirecek, mezheplerin kimisinin olur verdiği, kimisinin vermediği konularda en doğru hükmü tespit etmemize yardımcı olacak önemli bir aşamadır.

3.3.5. Kadını Öldürmeye ya da Yaralamaya Teşebbüs Olduğu

Hanefî mezhebi tecavüz suçunda kadının bedenine zarar verilmesi halinde işlenen suç müessir fiil kabul ederek kadına verilecek diyeti (tazminatı) tayin eder.³³¹ Hanefî mezhebi tecavüz olaylarında tazminatla haddin cem edilemeyeceğini savunurken, yaralanma sebebiyle gerekli olan diyet yükümlülüğünü ayrı tutmuştur.³³² Şayet kadın bedeninde ifdâ³³³ meydana gelmiş ve bu sebeple kadın idrarını tutamıyor ise kadına tam diyet ödenir.³³⁴ İdrarını tutabiliyor ise üç de bir diyet ödenir. Nasıl ki kişinin dili kesildiğinde konuşma kabiliyetini kaybetmesi, gözü çıktığında görme

³²⁸ Bu âlimler, İshâk b Râhûye, Atâ b. Ebî Rebâh, Urve b. Zübeyr, Süleyman b. Yesâr, Hasanü'l-Basrî, İbn Şîrîn, İbrahim en-Nehaî, İbn Kayyim.

³²⁹ Kelimenin kökeni arapça olup "Firaş", yatak, döşek, yaygı, yuva gibi anlamlara gelmektedir. Nesebi belirlemede en etkili delil olarak kullanılan firaş kavramı hadiste "çocuk kimin firâşında doğdu ise onundur" şeklinde geçer. Genellikle, bir erkek için çocuk yapmak üzere belirlenen evli kadını veya cariyeyi ifade için kullanılır. (Bkz. İbn Manzûr, *Lisânü'l-arab*, "Frş" (Beyrut: Dâru's-Sâdır, trs), c. VI/329-331.)

³³⁰ Esen, *İslam Hukukunda Veled-i Zina*, 317.

³³¹ Hanefî mezhebi söz konusu cinsel ilişkiye girilmeyecek yaştaki bir kız çocuğu olduğunda zina eyleminin bütün unsurlarıyla tamamlanmamış olduğundan zina sayılamayacağına ve had cezasının düşeceğine hükmetmiştir. Ayrıca had cezasının caydırmak için olduğunu hiç kimsenin böyle bir ilişkiye meyletmeyeceği için had cezasını gerekli görülmediğini de belirtmişlerdir. Bkz. Seraksî, *Mebsûd*, 9/321.

³³² Serahsî, *Mebsûd*, 9/53, 90.

³³³ İfdâ: Klasik fıkıh kaynaklarında ifdâ "maddî darbe veya tecavüzün, idrar ve cinsi temas yolunu yırtıp tek yol hâline getirmesi veya ferç ile dübür arasındaki et parçasının yırtılması şeklinde bir sonuç meydana getirmesi" şeklinde tanımlanır.

³³⁴ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâî*, 7/317.akt. Yıldırım, "İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, 233.

kabiliyetini kaybetmesi sebebiyle ayrıca bir tazminata hükmedilmediği gibi bu durumda da ikinci bir tazminatı gerekli görmemişlerdir.³³⁵

3.4. Tecavüz Suçunun Unsurları

3.4.1. Tecavüz Suçunda Maddî Unsur

İslam Hukukunda Medenî Hukuk'un aksine, tek başına fiilin, suçun maddi unsurunu oluşturmadığından, kişinin sır alanının dışında bireye ve toplum ahlâkına karşı işlenmiş bir suç olması gerektiğinden bahsetmiştik. İşlenen fiilin neticesi Kur'an'ın korunmasını emrettiği ırz değeri zarar görmüş, kişi ve toplum mağduriyeti oluşmuştur. Bu doğrultuda tecavüz fiilinin doğurduğu mağduriyetler; kadının iffeti, kadının mihir hakkı, kadının beden dokunulmazlığının ihlali, doğacak çocuğun nesep ve soy hakkı, toplum düzeninin sarsılması olarak sıralanabilir.

Görüldüğü gibi kadının maddî ve manevî haklarına karşı işlenmiş bir suç olma vasfı daha galiptir. Bu sebeple yeni TCK'de "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar"ın içinde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden herkes tecavüz suçunun faili olabilir.

3.4.1.1. Fiil (İkrah – İzdırar- Cebr)

Tecavüz fiilinde, mağdurun rızası olmadan onun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye yönelik bir cinsel davranış ya da davranışların gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu da kişiyi ikrah altında bırakmakla mümkündür. İkrah: Cebr ve tehdit kullanarak kişiyi rıza göstermeyeceği bir söz veya davranışa zorlamak manasında fıkıh terimidir.³³⁶ İkrah'ın terim anlamı: Yaptırım gücüne sahip bir otoritenin, bireyi

³³⁵ Ebû Hasan Alî b. Muhammed b. Habîb'l-Basrî el-Bağdâdî, "Havî'l-Kebîr Fî Fıkhi Mezhebi İmâmî 'ş-Şâfi Şerh-i Muhtasar' l-Meznî" (Lübnan/Beyrut: Dâr' l Kitâbu'l-İlmiyye, 1999), 12/293. ; Yıldırım, "İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, 234.

³³⁶ Ali Bardakoğlu, "İkrah", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 2001), c. 22/30-37. <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrah>

korkutmak suretiyle, iradesini devre dışı bırakarak yapmak istemediği bir fiili doğrudan yapması için zorlamasıdır.³³⁷ Zorlayana mükrih zorlanana mükreh denir.

Mecellenin 949. maddesi, ikrahı iki kısma ayırmıştır ikrâh-ı mülcî, ikincisi ise ikrâh-ı ğayr-ı mülcîdir. İkrâh-ı mülcî; mükrehin canına, vücut bütünlüğüne yahut malını itlâfa yönelik tehditle yapılan zorlamadır. İkrâh-ı ğayr-ı mülcî ise dövme ya da hapis tehtidiyle yapılan zorlamadır. Bu ikrâhın diğer bir adı da “nâkıs ikrah”tır.³³⁸ Ebu Hanife zina suçunda mükrihin tehditini yapabilecek konumda olmasını yani sultan olmasını şart koşturmuştur.³³⁹ Şafiî mezhebi mutezilenin aksine, mükrehin bazı durumlarda zorlandığı şeyi yapmak zorunda olmayacağını savunur.³⁴⁰

3.4.1.2. Netice

Zina suçunda suçun oluşması bakımından fâilin fiilinin neticeye ulaşmış olması yani cinsel tatmin olmuş olması zorunlu iken, tecavüz suçunda böyle bir zorunluluk yoktur. Failin cinsel nitelikteki bir davranışla mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesiyle suç tamamlanır. Fâilin tatmin olması gibi bir netice aranmaz. Fiil neticeye ulaşmasa bile teşebbüs³⁴¹, tecavüz suçları için ceza gerektiren bir suçtur.

Buradan Hanefî mezhebinin çocuğa karşı işlenen tecavüz vakalarında çocuğun temâsa elverişi olmaması halinde zina fiili tam olarak gerçekleşmeyeceğinden dolayı fâile had cezası gerekmeyeceği yönündeki içtihatlarının hatalı içtihad olduğunu

³³⁷ Abdulaziz Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, 632.

³³⁸ Ali Haydar, Efendi, Hocaeminefendizade. *Dürerü'l-Hukkam şerhi Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: D.İ.B.Yayını, 2020), c. 3/18.

³³⁹ Serahsî, *Mebûd* c. 24/43, 62. c. 9/59, 100.

³⁴⁰ Mutezile kişiden, ancak yapmaya zorlandığı fiil sahih olur demiştir; dolayısıyla ona seçme hakkı kalmaz.

Şafiî bu görüşe katılmaz; Çünkü kişi, bunu terketmeye muktedirdir. Bu yüzdendir ki, eğer bir müslümanı öldürmeye zorlanmışsa, zorlandığı şeyi terketmesi vacibtir; yılanı öldürmeye zorlanmışsa öldürmesi vacibtir; şarabı yere dökmeye [1,91] zorlanmışsa, bunu yapması vacibtir. Bu açıktır, fakat yine de bunda bir derinlik ve incelik vardır. Şöyle ki; emre uymanın (imtisal), tâat olabilmesi için, emre uyma düşüncesinin itici gücünün, ikrah değil, emir ve teklif olması gerekir. Eğer kişi, zorlayanın (mükrih) kılıcından kurtulmak için emre uymaya yönelmişse, bu takdirde, Şefin sevkedici çağrısına (dâi'ş-Şef) icabet etmiş olmaz. Eğer bir İşi, şefin sevkedici çağrısı sebebiyle, ikrah olmasa da zaten yapacak idiyse ve hatta terkine zorlansa bile yine de yapacak idiyse, bu fiilin tâat olarak meydana gelmiş olması imkânsız değildir. Fakat her ne kadar, korkutma, biçimsel olarak var ise de, bu kişi mükreh olmaz. Bu inceliğe dikkat edilmelidir. (Bkz. Gazali, *el Mustasfa*, 159.)

³⁴¹ Fâilin suçu elinde olan veya olmayan sebeplerle gerçekleştirememesi durumunda suç tamamlanmadığı için teşebbüs söz konusu olur.

görebiliriz. Ebû Hanîfe neticeye ulaşmayan zina fiilinin yok hükmünde olduğunu belirtmiştir. Bu hüküm zina için doğrudur. İslam hukukçuları had ve kısas suçlarında kasıt ve kasıtsızlık durumunu çok önemsemiş ancak fâilin suçu tamamlamadığı durumda bu suçları tazir suçu kapsamında değerlendirmişlerdir.³⁴² Yani had ve kısas suçlarında teşebbüs suçu yer almaz.³⁴³ Ancak Ebû Hanîfe'nin zina suçuna kıyasla çocuğa karşı işlenen tecavüz suçlarına hüküm bulma çabası, bu denli ağır bir suçun had cezalarından düşürülmesiyle neticelenmiştir. Şia'nın Zeydî kolunun görüşü de Ebû Hanîfe ile aynıken Şâfiîler ve Zâhirîler ise temas fiilen vaki olduğu müddetçe herhangi bir kayda bağlı tutmamış had cezasını düşürmemişlerdir.³⁴⁴ Bugün fâil cinsel tatmine ulaşsın, ulaşmasın ilgilinin rıza göstermeye ehil olmadığı durumda, bireyin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmişse, suç fiili oluşmuştur diyebiliyoruz. Yani burada isabetli görüş Şâfiîlerin ve Zâhirîlerin görüşü olmuştur.

3.4.2. Tecavüz Suçunda Kanunî Unsur (Tipiklik)

Yapmış olduğumuz çalışmada zina ve tecavüz suçlarının kanuni unsurlarının birbiriyle örtüşmemekte olduğunu tespit ettik. Zira, tecavüz suçunun oluşabilmesi için, vücut dokunulmazlığının ihlalini içeren fiilin ilgilinin rızası dışında gerçekleştirilmesi gerekir. Zina suçunu anlatırken, iki kişinin de rızasıyla oluşan zina suçunun Allah hakkının, kul hakkının ve toplum hakkının ihlal edildiği üç kategorisinin bulunduğu bahsetmiştik. Tecavüz suçunda, ihlal edilen haklar bireyin kişilik ve milk haklarını da içine alacak şekilde zina suçundaki haklarla birebir örtüşmeyen haklardır.

Tecavüz suçu için zina suçunda suçun maddi konusuna göre oluşturduğumuz gizli zina, aleni zina, eşin gördüğü zina ve gizli zinanın itirafla ortaya çıkması şeklindeki suç tiplerini oluşturamayacağımızı gördük. Şöyle ki tecavüz suçu için gizli tecavüz, aleni tecavüz dediğimizde bunun ispat ve hükümlerinde değişiklik olduğunu tespit etmiş olmamız icap ederdi. Ancak tecavüz suçu için gizli ve aleni olmasında ispatının kolaylığından başka bir fark olmadığını gördük. Bunun yanında müessir fiille sonuçlanan tecavüz davaları, diyet gerektiren suçlar kısmına gireceği için tecavüz suçu

³⁴² İmam Mevsilî, İhtiyar, 491.

³⁴³ Boynukalın, "Suç", 4/7.

³⁴⁴ İbn Kesir, Hadislerle Kur'an-ı Kerim Tefsiri, 11/5741.

için tek bir suç tipi vardır diyemeyiz. Bu konunun hırsabe suçları içinde mi yoksa müstakil bir alanda mı olması gerektiği ve buna bağlı tipikliğin oluşturulması uzun bir çalışmayı gerektirecektir.

3.4.3. Tecavüz Suçunda Manevî Unsur

Tecavüz suçu ancak, kasten işlenebilen bir suçtur. Türk Ceza Kanunu, taksirle işlenebilen suçları saymak suretiyle belirlerken, taksirle işlenmesi mümkün olmadığı için tecavüz suçunu saymamıştır. İslam hukukunun bu suçun fâilinde aradığı şartlar ise akıl baliğ olması erkek olması ve koca olmaması yönündedir.

Akıl baliğ olması: Ancak akıl sahibi buluğa ermiş bir erkek ya da kadın akli olmayan buluğa ermemiş ya da uyuyan bir kadın veya erkekle zina etmesi halinde akıllı ve baliğ olan kişiye had cezası uygulanmıştır.³⁴⁵

Erkek olması: Mezheplerin tecavüz tanımlarına göre tecavüz fâili yalnızca erkek olabilir. Kadının bu suçun fâili olamayacağı açıktır.

Koca olmamak: Mezheplerin tecavüzü tanımlarken kullanmış oldukları ”kendi mülkü olmamak”³⁴⁶ tabiri evlilik birliği içerisindeki eşler için tecavüz suçunun düşünülemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır. Bu sebeple kocanın kendi mülkü sayılan karısı ile zorla cinsel ilişki kurması tecavüz suçu kabul edilmez.

İslam hukukçuları aralarında nikâh bağlantısı olmayan her türlü cinsel birlikteliği zina olarak kabul etmelerinden dolayı deliyle, ölüyle, çocukla hayvanla olan yasak ilişkileri de zina kabul etmişlerdir.³⁴⁷

Kannatimizce zina fiilinde iki fâilin olması ve deli, ölü, çocuk ve hayvanda isnat yeteneğinin bulunmaması da bunlarla kurulacak yasak birlikteliklerin zina olmayacağının ispatıdır. Bu ilişkilerin tek taraflı bir iradeyle olması sebebiyle doğru ifade tecavüz suçu olarak adlandırmaktır.

³⁴⁵ İmam Mevsilî, *İhtiyar*, 491.

³⁴⁶ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c.1/200.

³⁴⁷ İbn Kesir, *Hadislerle Kur'an-ı Kerim Tefsiri*, 11/5714.

Türk ceza kanununda beden veya ruh bakımından kendisini koruyamayacak durumda bulunan kişiye yani çocuk ve deliye karşı işlenen tecavüz suçu, suçun nitelikli halini oluşturur. İlgili kanunun, 102/3-a-b-c-d-e bentlerinde sayılan hallerde verilen cezalar yarı oranında artırılmaktadır.

3.4.3.1.Çocuk ve Deli ile Temas

Çocuk ve deli, aklı yerinde bir kadınla zor kullanarak ilişkiye girse her ikisinde de isnat yeteneği olmadığından bu fiil zina olarak kabul edilemez.³⁴⁸ Had cezası vurulabilmesi için çocuğun buluğa ermesi delinin akıllanması gerekir. Eğer çocuk mümeyyiz ise çocuğa tazir cezası uygulanabilir.³⁴⁹

İmâm Mâlik’e ve Ebû Hanife’ye göre büyümüş deli bir kadına ve temas edilir durumdaki kız çocuğuna temas eden erkeğe had vurulur. Mâlikî ve Hanefî mezheplerinin ayrıldığı nokta; Malikî mezhebi küçük kız çocuğu ile temas edilebilir olmasını had cezası için yeterli görürken Hanefî mezhebi genel olarak çocuğun temasa elverişli olmasını had vurulabilmesi için gerekli görmüştür.³⁵⁰ Her iki mezhep de içtihatlarını cinsel ilişki fiilinin tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği noktasına odaklanmışlardır. Temasa uygun olmayan çocuklarla zina (tecavüz)³⁵¹ suçunun cezası olarak tâzir cezasının yeterli olacağı hükmüne varmışlardır.³⁵² Nikâhsız her türlü cinsel ilişkiyi zina kabul eden bu görüşün çocuğa ve deliye karşı işlenen suçun zina olmadığı gerçeğini görememesi böyle çirkin bir tartışma içerisine düşmelerine sebep olmuştur. Halbuki Nûr 3. ayetin ifade ettiği gibi iki fâili olan zina fiili için isnat kâbiliyyeti olmayan deli ve çocuk ile kurulan cinsel ilişki zina değil tecavüzdür.

³⁴⁸ Sarahsi, Mebsud, 9/93; Semerkandî, *Tuhfet’l Fukaha*, 3/138.

³⁴⁹ İmam Mevsilî, İhtiyar, 517.

³⁵⁰ İbn kesir, *Hadislerle Kur’an-ı Kerim Tefsiri*, 11/5713.

³⁵¹ Fıkıh kitapları reşit olmayan çocuklarla ilişkiyi zina olarak adlandırırsa dahi, kanımızca bu zina değil tecavüzdür. Bu suç (TCK md.103) de “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde cinsel istismar suçu olarak nitelenir.

³⁵² Konuyla ilgili “Fıkî Açıdan Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)” isimli makalede Sabri Erturhan reşit olmayan çocuklara tecavüz suçunun cezası olarak tâzir suçunun yeterli olmayacağını, bu tür fiilleri işleyen fâillere had cezasının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Müellifin konu ile ilgili içtihadı, reşit olmayan çocuklara tecavüz suçunun bir zina suçundan daha ağır bir suç olması ve İslam hukukunda bilinen en ağır cezalandırmanın had suçlarında tatbik ediliyor olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak had suçlarının ispat şartlarının ağırlığı sebebiyle bu konuda ayrı bir suç kategorisinin oluşturulması birey ve toplum vicdanında yeni içtihatlarla duyulan ihtiyacın sebebidir.

(Bu konuda bk. Sabri Erturhan, “Fıkî Açıdan Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)”, 54.)

Tecavüz suçunun tâzir suçundan başka bir suç kategorisi olduğunu daha önce de belirtmiştik.

Yine Nûr suresi 3. ayeti zinanın tanımı olarak ele aldığımızda oluşacak sonuçlara şöyle bir göz atalım:

1. Çocukla temas konusu, çocuğun cinsel ilişkisinin ne olduğunu bilmemesi ve bilmediği bir konuda iradesi de olamayacağı için zina konusunun dışına çıkacaktır.

2. Çocukla temas tek taraflı iradenin söz konusu edilebileceği tecavüz suçu kapsamına girecek ve kul haklarından sayılarak, buna göre muhakeme edilebilecektir.

3. Çocuğun uğradığı bu muamele dört şahitle değil karinelerle ispatlanabilir olacaktır.

4. Fâile, çocuğun ve ailesinin uğradığı maddî ve manevî zararı diyet hükümleri gereğince, tazmin etme cezası verilebilecektir.

5. Fâil, öldürmeye teşebbüsten yargılanabilecektir.

3.5. Tecavüz Suçunda Muhakeme Usulü

Ceza muhakemesinde asıl olan suçluların belirlenmesi için gerekli araştırma ve kovuşturmanın (ispat), hukukun belirlediği esaslara uygun olarak yapılmasıdır. Tecavüz fiilinin nerede, ne zaman, kim tarafından işleneceği belli olmayan bir suç olması sebebiyle önceden ispat delili hazırlama imkânı bulunmamaktadır. Bu noktada, kişinin sır alanının dokunulmazlığına ihtimam gösteren İslam hukuku, zina suçunda iki tarafın rızasıyla oluşan bir suç olması sebebiyle kullanılacak delilleri kanunî delillerle sınırlarken, tecavüz suçu için delil serbestliği metodunu kullanmıştır. Tespit ettiğimiz bulgulara göre, tecavüz suçunun nasıl muhakeme edileceğine dair, sahabenin tatbiki ile cumhurun görüşleri ne yazık ki birbiriyle örtüşmemektedir.

Sahabe, konusu tecavüz olan davalarda; bir delikanlının kendisine tecavüz ettiğini iddia eden kadınla ilgili hadiste olduğu gibi davayı delil serbestliğinden ve

hâkimin ferasetinden yararlanarak çözüme yoluna gitmiştir.³⁵³ Konusu zina olan davalarda ise Hz Ömer valinin zina ettiği iddiasına karşılık üç şahit bulunup, dördüncünün bulunamaması sebebiyle, suçun ispatında kanunî delil sınırlandırmasından çıkmayarak, davayı düşürmüştür.³⁵⁴ Ancak o tarihten sonra zina-tecavüz ayırımına gitmeksizin bütün had suçlarında kanunî delil uygulanması, cumhur âlimler tarafından kabul görmüştür. İslam muhakeme hukukunun hâkimlere takdir hakkı vermemesindeki derin siyaset, bu tür suçlarda en ufak bir yanılmaya yer vermek istememelerinden kaynaklanır.³⁵⁵ Ancak başta da belirttiğimiz gibi ahlâkî bir suç (günah) için bu doğru bir siyaset iken tecavüz gibi bir suç için suçlunun korunması ve kadınların mağdur edilmesiyle neticelenmiştir.³⁵⁶

Cumhurun had suçlarında kanunî delil ısrarı İbn-i Kayyim gibi bazı muhakkik İslam âlimleri tarafından tenkit edilmiştir. Sahip Broje “İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfet ve İspata Hâkim Esaslar” isimli çalışmasında “İster cinayet davaları gibi kamu güvenliğini ilgilendiren suçlar olsun, isterse bir haramın işlenmesi şeklinde Allah hakları ile ilgili suçlar olsun, takibi kamu adına devlete tevdi edilmiş olan suçlar, devletin kamu adına takibinde lüzum gördüğü suç davalarında, beyyine külfeti yerine kollektif ispat esaslarının hâkim kılınmasının İslam Ceza Muhakemesinin ruhuna daha uygun olduğunu düşünmekteyiz”³⁵⁷ derken, yenilikçi bir bakış açısını ortaya koyuyor görünse de, zina-tecavüz ayırımına gitmemiş olması, insanların sır alanının devletin gözetimine girmesi anlamını taşıyacağından, savunmuş olduğu düşünce, Kur’an ve sünnetin çizgisinden çıkmayı celp edecek bir yaklaşım olmuştur. İslam dininde insanların sır alanı içerisinde günah işlemeye hakkı vardır ancak suç işlemeye hakkı yoktur. Bu sorunun çözümünü, hukuken zinayı tecavüzden ayırmak, ve cinayet ve tecavüz gibi başka insanların hayat hakkına ve beden dokunulmazlığına saldırı suçlarında beyyine külfeti yerine kollektif ispat esaslarının hâkim kılınması olarak gördüğümüzü söyleyebiliriz.

³⁵³ İbnü’l-Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zürâî ed-Dımaşkî el-Hanbelî (ö. 751/1350), *Et-Turugu’l-Hukmiyye* (Kuveyt: Mektebetü dâru’l-Beyan, 2010), 44.

³⁵⁴ Muhammed b. Muhammed’l-Muhtar Şengaydî, *Şerh-ı Zâdi’l-Müstegne*, 5/377.

³⁵⁵ Erbay, *İslam Ceza Muhakeme Hukukunda İspat Vasıtaları*, 48.

³⁵⁶ Azam, *Competing approaches to rape in islamic law*, 359-374

³⁵⁷ Beroje, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 81.

Günümüzde, bilimde elde edilen gelişmeler, ceza muhakemesi hukukuna yardımcı olacak ölçüdedir. Bu da klasik fukahânın delil ve ispat anlayışını yeniden yapılandırmamızı elzem hale getirmiştir.

3.5.1. Tecavüz Davası

Tecavüz suçu, gizli işlenen bir günah olmak yönüyle hem Allah’a karşı, hem de kişisel haklara tecavüz ve istismar etmek suretiyle, kul hakkına karşı işlenmiş bir suçtur. Bu sebeple, kadının tecavüz fâiline hukuk davası açması ve hâkimin de bozulan toplum düzeninin telafisi için kamu davası yürütmesi gerekir. Tecavüz davaları hem mağdurun şikâyeti ile hem de hâkimin re’sen dava açmasıyla görülebilecek davalardır. Konunun had suçlarından olmaması sebebiyle serbest delil ve hâkimin kanaati, muhakemenin kullanacağı en önemli argümanlardır. Mahkeme neticesi hâkimin kanaati doğrultusunda mağdur tarafın hakları muhafaza edilmelidir.

Tecavüz suçlarında Hanefî mezhebine göre tecavüz mağdurunun işlenen suçun bir tarafı olmakla dilekçe hakkı ve saldırgana dava açmasının hiçbir yolu yoktur. Bu bir zina davası sayıldığı için zina davaları Allah hakkı galip davalardır, ancak zina fâilinin itirafı ya da olayı gören şahısların veya hisbe memurlarının bildirmesiyle dava açılabilir.³⁵⁸ Malikî mezhebi ise tecavüzde iki hak vardır demiştir. Biri Allah hakkı diğeri, mülk gasbını ve kaçırmayı konu alan kul hakkı. Bu iki haktan biri diğeri düşürmez.³⁵⁹ Malikî mezhebinin tecavüz suçuna böyle bir tanımlama getirmesi tecavüz mağduruna dilekçe hakkı kazandırmıştır ki bu da olası bir hamilelik durumunda kadının mağduriyetini ortaya koyan bir delil niteliğinde sayılmış, mağdur kadının zina faili olma suçlamasıyla had cezasından muaf tutulmasını sağlamıştır.

Zina suçunda bir davalı ya da davacı söz konusu olmamakla birlikte zina kabul edilen tecavüz suçunda da kadın davacı değil, zinaya iştirak eden bir bireydir. Rızasının olmadığını ispatlayabilirse cezadan muaf tutulacaktır. Kadının rızasının olmadığını ispat edebilmesi için dört âdil erkeğin, kadının direndiğini belirten, görgü şâhitliğine ihtiyacı vardır. Bu da kadınları uğradıkları tecavüz vakalarında susmaya saklamaya iten, önemli bir sebeptir. Allah’ın kitabında ve Peygamberin sünnetinde

³⁵⁸ Azam, *Competing approaches to rape in islamic law*, 359-374.

³⁵⁹ İbn Rüşt, *Bidayetül Müctehid*, 680.

yeri olmayan bu hatalı yaklaşım İslam toplumlarında kadınların, başlarına bir şey gelirse ispatlanamaz korkusuyla, evden çıkartılmaması gerektiği yönünde bir anlayışı doğurmuştur.

Günümüzde, bilimde elde edilen gelişmeler, ceza muhakemesi hukukuna yardımcı olacak ölçüdedir. Bu da klasik fukahanın delil ve ispat anlayışını yeniden yapılandırmamızı elzem hale getirmiştir Eşin gördüğü zina davasında hukuk davası açılabilirdiği gibi tecavüz mağduru da hukuk davası açabilmelidir. Klasik dönemdeki Beyyine külfeti yerine kollektif ispat yönteminin kullanılması, tecavüz davalarında karine ve emarelerin yani kriminilastik deliller, adlî deliller, sorgulama teknik ve taktikleriyle delil toplama yolunu bize açacaktır.

3.5.2.Tecavüz Suçunda İspat

3.5.2.1. Karine

Arapça (ك ر ن) kökünden gelen karine kelimesi, “bir şeyin yanında ve yakınında olmak, ona eşlik etmek, onunla bir arada bulunmak” anlamına gelir. Günlük hayatta ise genellikle bir başka şeyin varlığına ve yokluğuna delil eden durum, alamet ve emareler olarak tarif edilir.³⁶⁰ İslâm hukukunda, yargılama hukukunun yardımcı ispat vasıtalarından biri olarak kullanıldığını gördüğümüz karine ne yazık ki meseleci bir metotla telif edilmiş klasik fıkıh kitaplarında, müstakil kitap ve bab başlıkları altında, açık bir yer verildiğine rastlanmaz.³⁶¹ Halbuki karine ile hükmedildiğine dâir Kur'an ve sünnette çeşitli örnekler bulunmaktadır.

3.5.2.1.1. Karinenin Delil Oluşu ile İlgili Kur'an'da Örnek

Kur'an da hâkimin karine ile hüküm vermesinin câiz olduğunun birinci delili Yusuf suresinde Yusuf (as)'ın masumiyetinin karine kullanılarak ortaya çıkartılması hâdisesidir. Kısayı hatırlayacak olursak; vezirin karısı Hz Yusuf'u elde etmek isterken eşine yakalanmasına karşılık Hz. Yusuf'un kendisine cinsel tacizde bulunduğunu iddia eder. Hz. Yusuf bunun doğru olmadığını söylemesine karşılık, bu gün için bilirkişi

³⁶⁰ Davut Yaylalı, "Karine", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2001), 24/492-493.

³⁶¹ Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 249.

sayılabilecek, vezirin ailesinden feraset sahibi bir kişi, kimin doğru söylediğinin gömleğin nerden yırtılmış olduğuna bakılması ile anlaşılabilirliğini söyler.³⁶²Böylelikle karineden hareketle Hz. Yusuf'un masumiyeti ispat edilmiş olmuştur.³⁶³ İbn. Kayyim bu olayda karinenin kuvvet bakımından şahit sayısının önüne geçtiğini söylemektedir.³⁶⁴

Burada dava, tecavüze teşebbüs davası olmasına karşılık şahit bulunmadığından sebep, dava düşürülmüş ve de tecavüz tam anlamıyla gerçekleşmemiş olması sebebiyle dava reddedilmiş değildir. Bilakis tecavüz davalarının zina davalarından ayrı tutulması gerekliliğinin örneği, veciz bir olayla Kur'an da örneklendirilmiştir. Tıpkı kanunî delille ispatlanması istenen zina davalarının bütün tür ve çeşitleri örneklendirildiği gibi serbest delil sisteminin nasıl uygulanacağı da güzel bir örnekle gösterilmiştir.

3.5.2.1.2. Karinenin Delil Oluşuyla İlgili Hulefâ-i Râşidin'den Örnek:

Hz. Peygamber devrinde tecavüzcülerin recmedildiğine dair hadisler bulunmasına karşılık namaza giden kadın hadisinin muhaddisler tarafından garip hadis olarak kabul ediliyor olması bu davaların nasıl hükme bağlandığına dair tam ve sağlıklı bir bilginin bizlere ulaşmasının önünü kesmiştir. Muhaddislerin tecavüzü zina kabul eden bakış açılarının bir ürünü olan bu değerlendirme Hz Peygamberin tecavüz davalarında karine ile hükmettiğinin göstergesi olacak önemli bir delilin muğlel kabul edilmesine sebep olmuştur. Ancak halifelerin tecavüz davalarını zina davalarından ayrı tuttuklarının göstergesi olacak bir tane dava örneği daha elimizde bulunmaktadır. Bu da, Hz Ömer zamanında bir kadının Hz. Ömer'e gelip bir gencin kendisine tecavüz ettiğini söylediği hadistir. Tecavüzle ilgili hadisler bölümünde bahsettiğimiz bu hadiste Hz. Ömer bilirkişi konumunda gördüğü Hz Ali'ye başvurmuş o da kadının meni olarak gösterdiği sıvının yumurta akı olduğunu ispatlayarak kadının yalan

³⁶² Yusuf: 26/28

³⁶³ İbn Kayyim, *Et-Turugu 'l-Hukmiyye*, 6.

³⁶⁴ Atiyye b. Muhammed Sâlim (ö. 1420), *Şerh-ı Erbeîne'n-Nebeviyye* (<http://www.islamweb.net>), 9/74.

söylediğine hükmetmiştir. Delil olarak gösterdiği sıvının meni olmaması, kadının iddiasında yalancı olduğunun karinesi sayılmıştır.³⁶⁵

3.5.2.2. Günümüzde Kullanılan Delil Toplama Yöntemleri

3.5.2.2.1. Kriminalistik (Delillendirme Bilimi)

Kriminalistik kısaca; işlenen bir suçla ilgili elde edilen maddi delillerin, bilimsel usullerle incelenmesi ve değerlendirilmesi suretiyle, suçu aydınlatılma ve suçluyu bulma tekniğidir.³⁶⁶ Krim arapça م ج ر suç kelimesinden İngilizceye geçmiş bir kelimedir. Bu sebeple kriminalistik için suç analizi ya da iz bilimi diyebiliriz.

Hz Peygamber dönemi ve sonrasında kıyafet ilmi olarak adlandırılan bu ilim o dönemde nesebin tespiti, eşyanın sahibinin tespiti ve cinayetin fâilinin tespiti konularında kullanılmaktadır. Bu esnada batıda sadece itiraf, suçun ispatı için geçerli bir delil olarak kullanılıyordu. 19. Yy.'dan sonra batıda ortaya çıkan teknolojik gelişmelerle, kriminalistik suçun ispatında önemli bir teknik olarak karşımıza çıkmıştır.

Günümüzde kriminalistik bilimi pek çok iz incelemesi yapabilmektedir. Bu izlerin konusunu ise parmakizi (Daktiloskopi), balistik, iz incelemeler ve grafoloji olarak sayabiliriz.³⁶⁷

3.5.2.2.2. Adlî Tıp Bilimleri

Günümüz biliminin geldiği noktada, fen bilimlerinin çoğu maddî suçun fâil ve mağdurunun bulunabilmesi, adlî olayların çözümüne katkı sağlayabilmek için çeşitli alt disiplinler oluşturmuşlardır. Bunlardan adlî biyoloji, adlî diş hekimliği ve daktiloskopi kimlik tespiti yapmak üzere hukuka yardımcı ilimlerdir.

³⁶⁵ Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 89.

³⁶⁶ <http://grafolojiuzmani.com/kriminalistik-nedir.html> (erişim 27.08.2022). Önder A. *Ceza Hukukuna Giriş*. 26. ; Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 266.

³⁶⁷ Veysel Dinler, *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması* (Ankara: Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2009), 31.

Adlî biyoloji de DNA analizi sonuçları %99,9 doğruluk oranına sahiptir. Nitelikli cinsel saldırı esnasında kadının tırnak aralarında bulunan dokudan yahut vücudunda bulunacak meni ve benzeri sıvılardan fâilin kimlik tespiti yapılabilecektir.

Adlî diş hekimliği yoluyla fâil ya da mağdurun vücudunda oluşan diş izinin sahibi tespit edilebilir.

Daktiloskopi ile mağdurun evine izinsiz ve gizlice girilmesi durumunda giren kişinin bıraktığı parmak izlerinden kimlik tespiti %100 oranında yapılabilecektir.

Yine de yaşanan bir tecavüz vakasında kadının rızasının olup olmadığını tespit etmek hiç kolay değildir. Kadının çocuk ya da kız olması durumunda, oluşacak olan yaralanma tecavüzü ispat ederken evli ya da dul kadınlarda kadının rızasının olmadığını gösteren yan deliller olması şarttır. Osmanlı kararnamelerinde gördüğümüz gibi kadının evine zorla girilmiş yahut kadının kaçırıldığını bir gören olmuşsa bu tecavüzü ispat eden bir yan delildir.³⁶⁸ Örneğin kadın çalıştığı iş yerinde içeceğine uyutucu madde eklenmek suretiyle bayıltılmış olsa, kanda ortaya çıkan bu madde yine bir yan delil olacaktır.³⁶⁹ Günümüzde suç ve suç işleme yöntemlerinin giderek arttığını düşünürsek, kişide baygınlık etkisi yapacak ancak kan ve saç telinde ortaya çıkmayacak kimyasal maddelerin de varlığını inkâr edemeyiz. Bu noktada sorgulama teknikleri devreye girmelidir.

3.5.2.2.3. Sorgulama Teknikleri ile Delil Toplama

Kriminal ve adlî incelemelerin yetersiz ya da sonuçsuz kaldığı yerde kesin sonuca ulaşabilmek adına sorgulama taktik ve tekniklerine başvurmak kaçınılmazdır. Gerek soruşturma gerek kovuşturma esnasında sanığın şiddet ve işkenceye maruz bırakılarak usulsüz sorgulanması yasaktır. Bunun yerine günümüz deneyim ve tecrübelerine dayanan soruşturma teknikleri mevcuttur.

Çapraz sorgu denilen özel yöntemle sanığın ilk anda ki vermiş olduğu bilgiler ve sonraki bilgilerin birbiriyle örtüşüp örtüşmediği varsa başka sanıklarla ifadelerinin

³⁶⁸ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukûkî tahlilleri*, 242.

³⁶⁹ Beroje, *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*, 278.

çelişip çelişmediği incelenir. Sanık şayet suçu işleyen kişi ise suçunu gizlemek amacıyla hata yapacaktır. Bu yönüyle adli psikiyatriden de yararlanılabilir.³⁷⁰

3.5.2.2.4. Bilir Kişi

Muhakemeyi yöneten hâkimin, hukukî uyumsuzluk ve ispat konusunda özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyması durumunda uzmanlığına başvurulmuş üçüncü kişi veya kişiler, bilirkişi ya da ehl-i vukuf olarak nitelendirilirler.³⁷¹

Kur'an'da işinde uzman sayılabilecek kişilerin bilgi ve deneyimine değer atfedilmesi gerekliliği “ eğer bir konuda bilgi sahibi değil iseniz, onu bilgi sahiplerine sorunuz”³⁷² ayetiyle tavsiye edilmiştir. Bu konuda ayrıca Yusuf suresinde geçen davanın aydınlatılabilmesi için bilirkişi tayinini emreden ayetler tasvip niteliğinde örnek davalar olmuştur. Tecavüz gibi fâilin suç delillerini saklama ihtiyacı duyacağı bir suç için Kur'an'ın tavsiyesi üzere mahkemenin bilirkişiye danışması bir zorunluluktur.

Sahabe döneminde Hz Ömer'in Hz Ali'yi bilirkişi olarak görevlendirmesi de bu tip davalar için bize emsal teşkil etmelidir.

Osmanlı döneminde cumhur ulemanın, had suçlarının sadece beyyine olarak kabul edilen şahit ve ikrarla ispatlanabileceği görüşü sebebiyle, had suçlarında kullanılmamış, bilirkişiye sadece hukuk davalarında başvurulmuştur.

CMK md. 63'e göre, “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına ...” karar verilebilir denmektedir.

Günümüzde bilirkişinin önemini şöyle izah edebiliriz. Soruşturma argümanlarından olan “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi”³⁷³ gibi işlemler doğrudan bir delil özelliği bulunmayan, delilleri değerlendirmede kullanılan

³⁷⁰ Beroje, İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar, 288.

³⁷¹ Ali Şafak, “Ehl-i Vukuf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 10/ 531-533.; Erbay, *İslam Ceza Muhakeme Hukukunda İspat Vasıtaları*, 229.

³⁷² Nahl, 16/43.

³⁷³ Gözlem altına alma, şüpheli veya sanığın bilincinin; ölünün adli muayenesi cansız bedeninin dış görünüşünün; otopsi ise, cansız bedeninin içinin incelenmesidir. Keşif ise, olay yerinin, olaya ilişkin hususların inceleme konusu yapılmasıdır.

araçlardır. Ancak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri var olan delillerin tespitine yöneliktir. Bu da soruşturma safhasında hâkim ve savcının koruma tedbirleri gereği, hiçbir koşula bağlı olmaksızın bilirkişi incelemesi istemesiyle elde edilebilir. (CMK. md. 75/1, md. 76/1).³⁷⁴ Yani bilirkişi var olan bir delilin ortaya çıkartılmasında çok önemli bir rol oynar.

3.6.Tecavüz Suçunun Cezası

Tarih boyunca cinsel suçlar, ahlaka ve aile yapısına karşı işlenmiş suçlar olarak kabul edilmiştir. Geçmişte tecavüz, zina, sadome vs. ayrımının olmaması tecavüz suçunun da topluma karşı işlenmiş suçlar kapsamına alınmasına sebep olmuştur. Ancak günümüzde bu suç, topluma değil kişiye karşı işlenmiş suçlar arasında kabul edilmektedir.³⁷⁵

İslam hukukunun tecavüzü zina kabul etmesi sebebiyle dört şahidin gördüğü tecavüz fiilinin cezası evli için recmedilmek bekâr için yüz sopadır. Adem Yıldırım “Kur’an’da ceza suça göre belirlenir.”³⁷⁶ Bir suçun maddi ve manevi unsurları değiştikçe yeni oluşan suçun içerdiği vasıflara göre yeni bir ceza belirlenmesi gerekir” demiş ve “evli zina fâili için öngörülen cezanın tecavüz faili için de aynen uygulanması nisbeten yeterli görülse de tecavüz failinin bekâr olması durumunda öngörülen celde cezasının yeterli bir ceza olarak değerlendirilmesi hukuken ve ahlaken mümkün değildir” diyerek bekâr olan tecavüz failine verilecek celde cezasına karşı çıkmıştır.³⁷⁷

Tecavüze uğrayan kadının hakları hususunda ilk dönem eserlerinde sadece cariyelerin uğradığı tecavüz olaylarından bahsedilmektedir. İbni Ömer tecavüze uğrayan cariyenin efendisine ukur³⁷⁸ ödenmesine hükmederken, Ebu Hanife, tecavüz

³⁷⁴Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek" , *Journal of Istanbul University Law Faculty* 70/1 (Mayıs 2012), 19-38.

³⁷⁵ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Savaş Yayınevi 2009),74-75.

³⁷⁶ Suç-Ceza denkliği ile ilgili ayet numaraları: 2/194; 4/123; 6/160; 10/27; 16/126; 22/60; 27/90; 28/84; 40/40; 42/40.

³⁷⁷ Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, 245.

³⁷⁸ Mut'a: menfeattir. Akd-i sahîh esnasında, mehir tesmiye edilmediği veya edilip de, işbu tesmiye tamamen fâsid olduğu takdirde, yaklaşma ve gerçek halvetten önce, talâk vâki' olsa, mehr-î mislin yarısını geçmemek üzere verilen mala, menfeate denir. Bkz. Abdülvehhâb-ı Şa'rânî, *Mizanül Kübra*, Dört Hak Mezhebin Büyük Fıkıh Kitabı ve Tasavvufî Yorumları (İstanbul: Furkan Yayınevi, 1980), 1/ 515.

sebebiyle kadının lehine bir maddi tazminat hakkı verilmesini Şariî'in hükmüne ziyade olacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Çünkü zina da kadına verilecek bir mehirden bahsedilmemektedir. Serahsî Mebsud kitabında kadına tecavüz sebebiyle bir mehir verilecek olsaydı zina eden kadın kölenin efendisine de bir mehir ödenmesi hükmü olurdu diyerek, verilen bu fetvayı açıklamaya çalışmıştır. Ancak Şafiî mezhebi ibn Ömer'in tecavüze uğrayan kadına mehr-i misil ödenmesi yolundaki uygulamasını örnek göstererek kadına tazminat hakkı vermiştir.³⁷⁹

Hanefî mezhebine göre kadın tecavüz sebebiyle yaralanmış ise diyet ödenmesi gerekir.³⁸⁰ Ancak İmam-ı Şafiî ve Malikî kadında bir yaralanma olmasa dahi, kadına manevî bir tazminat ödenmesi gerekliliğini savunmuştur.³⁸¹

Tektaş üniversitesinden Hina Azam, mezhepler arasındaki bu ayrımı, tescilli cinsel etik³⁸² ve teosentrik cinsel etik³⁸³ olarak adlandırmıştır. Mezheplerin görüş farklılıklarını Hanefî ve Malikî ekolü üzerinden ele aldığı çalışmasında, mezheplerin teomerkezci ve mülkiyete ilişkin kaygılarının çatıştığını, birinin herhangi bir cinsel eylemde Tanrının haklarını korumaya çalışırken diğerinin insan katılımcıların haklarını muhafazaya çalıştığını belirtmiştir. Yasa dışı bir zina eylemi olarak tecavüze bedensel cezanın yeterli olduğunu savunan teosentrik ilkelere göre para üzerinde oluşturulacak bir tartışmanın bu ahlaki muhasebede yeri yoktur. Bununla beraber

³⁷⁹ İmam-ı Şafiî, el-Umm, 7/365; Bir kimse, hür bir kadını zinaya zorlasa bu durumda Şafiî mezhebine göre, zorlayan kişiye (mükrih) hadd vurulur ve kadına mehir ödemesi gerekir. Ebü'l-Menakıb Şihabeddin ez-Zencani (ö. 656/1258), trc Davut İltaş, *Fıkhi Hükümlerin Usûlî Dayanakları =Tahrîcî'l-Fürû ale'l-usûl* (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2015), 192. ;

Hanefî mezhebine göre, Serahsî'nin tecavüze uğrayan kadına mehir vermek gerekseydi, gönüllü zina eden cariye'nin efendisine de bir miktar mehir vermek gerekliliği olurdu, şeklinde yapmış olduğu kıyas, hatalı bir kıyas olmuştur. (Bkz. Serahsî, Mebsûd, 9/53.) Çünkü zina yoluyla kadından cinsel yönden yararlanmanın maddi bir ederi yoktur. Cinsel yararlanmanın, ancak evlilik sözleşmesi veya sözleşme şüphesi bulunduğu bir ederi olur ki, tecavüz durumunda kadının evlilik sözleşmesi yapma hakkı gasp edilmiş olduğu için adalet, bütün hakların korunmasını gerektirir.

³⁸⁰ Kasânî, Bedâiu's-Sanâî, 7/319.

³⁸¹ İbn Kudame, el-Muğnî, 12/171. ; Manevi tazminatın cezadan madud olup olmaması konusu için bkz. Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve Istilahâtı Fıkhiyye Kamusu*, 6302.

³⁸² Kadın cinselliğinin paraya çevrilebilen bir meta veya intifa hakkı olarak tasarlandığı, sahiplik satın alma ve hırsızlık gibi kavramların bir anlam ifade ettiği, tüm mezheplerce onaylanan bir kavram (bkz. Azam, "Competing Approaches to Rape in Islamic Law", 333.)

³⁸³ Hanefî mezhebinin tescilli cinsel etik kavramına alternatif olarak sunduğu bir kavramdır. Buna göre bir cinsel eylemin meşruiyeti ve kadına verilen mehir hakkı eylemin kadının rızasıyla gerçekleşmiş olup olmadığı ile değil, Tanrı tarafından belirlenen ahlaki gerekliliklere uygun olup olmadığı ile ölçülmüştür. Yani kadının mehir hakkı cinsel birlikteliğin ilahi onaya bağlı olarak gerçekleşmesi ile mümkündür. Bu da evliliği fuhuştan ayırt etmeyi sağlar demişlerdir.(bkz. Azam, "Competing Approaches to Rape in Islamic Law", 333.)

tescilli yaklaşım da tecavüzün bir mülkiyet suçu, cinsel sermayenin gaspı olarak muamele görmesi ve bedensel cezaya ek olarak parasal bir tazminat talep etmesinin gerekliliğini savunmuştur. Ancak bu iki görüşün de kadına para ile fuhuş yapma izni vermeme noktasında birleştiğini dile getirmiştir.

Bize göre iki mezhep arasındaki bu fikir ayrılığının temelinde de yine tecavüzün zina kabul edilmesindeki sınıflandırma problemi yatmaktadır. Hanefî mezhebi zina suçuna ek bir ceza getirmek istememekte haklıdır. Ancak ayetler zinadan bahsetmektedirler, tecavüzden değil. Bu noktada Mâlikî mezhebi'nin tecavüz mağdurlarının mağduriyetini giderme çabası da doğru bir yaklaşım olmuştur. Tecavüz sebebiyle kadına verilen tazminat her ne kadar bir çeşit mehir olarak görülse de, mehir-i misil değildir. Hadislerde ukur olarak zikredilmiştir. Bu da bir çeşit manevî tazminattır.

Serahsî, aleni işlenen tecavüz-zina suçunun ispat ve cezası hakkında şöyle bir açıklama getirmektedir. “Dört şahit, bir erkekle bir kadının zina ettiğine tanıklık etse, kadın erkeğin kendisini buna zorladığını söylese, ama şahitler kadının gönüllü olduğunu buna imkân verdiğini söyleseler, Hanefî mezhebine göre ikisine de had cezası uygulanır, çünkü kadının gönüllü olduğunu inkâr etmesi, eylemin kendini inkâr etmesinin ötesinde bir şey değildir. Tanıklar onun zina ettiğine tanıklık ettikten sonra ise kadının bu eylemi inkâr etmesinin bir yararı yoktur.”³⁸⁴

Mâlikî ve Hanbelîlere göre zimmî bir erkek Müslüman bir kadına tecavüz ederse zimmet anlaşmasını bozmuş kabul edilir ve idam edilir.³⁸⁵

Tecavüz suçu kişinin gizli milk niteliğindeki mehir hakkına el koyma niteliğinden dolayı hırsızlık suçuna, bedeninde oluşacak hıtk-ı ırz yaralanmaları sebebiyle kısas suçuna, kadının iffetine ve onuruna haksız bir saldırı olması sebebiyle kazif suçuna benzerlikleri içinde barındıran komplike³⁸⁶ bir suçtur.

³⁸⁴ Serahsî, *Mebsûd*, 9/89, 3175.

³⁸⁵ Boynukalın, *İslam hukukunda zina suçu ve cezası*, 42.

³⁸⁶ Öğelerinin ya da gerekli işlemlerinin sayısının çokluğu, çeşitliliği nedeniyle anlaşılması, yapılması zor olan (şey).

Beden dokunulmazlığına karşı işlendiği için kısas suçuna, mehir hakkına karşı işlendiği için hırsızlığa benzetilebilir. Nitekim Osmanlıda tecavüz fâillerine uygulanan hadım etme cezası,³⁸⁷ şahsın korunmuş malına karşı işlenen hırsızlık suçunun cezasının kat-u yed olması hükmüne göre bina edilmiştir. Hırsızlık suçunda da korunmamış malın çalınması sadece günah iken korunmuş malın çalınmasına dünyevî ceza tatbikinin olduğunu görüyoruz.

3.6.1. Tecavüz Suçunu Cezalandırmada Osmanlı Uygulamaları:

İslam ceza muhâkemesinde bilhassa had cezası gerektiren suçlarda kanunî delil sınırlamasının olması ve bunun da hâkime takdir hakkı tanınamaması, hâkimin maddî hakikatı gün yüzüne çıkartacak delillere başvurmasına engel teşkil etmiştir.³⁸⁸ Osmanlı “hakikat” ve “adâlet” ilkelerine ulaşılabilmesine engel oluşturmaması açısından had suçlarında ispat şartını tamamlamayan durumları tazir suçu kapsamına alarak hem serbest delil kullanımının hem de hâkimin görüş bildirme yetkisinin önünü açmıştır. Böylelikle tecavüze uğrayan mağdur tarafın devlet eliyle himayesi ve gözetimi amaçlanmıştır.³⁸⁹

Tecavüz suçu hakkında ilk yapılan düzenleme Kanunî Sultan Süleyman dönemi Rûm eyaleti Kanunnamesinde şu şekildedir:

Ahkam'üz-Zina ve ma Yete'allaku Bihi

13. Ve her kim bir eve girse zina kasdına ve yahud yapıssa veya öpse, ol öpülenin rızası olmasa zina cürmü alına ve eğer rıza ile ise girdiği ve yapıştığı yerden beş altun alına.

³⁸⁷ Cerrâhî kastrasyon (hadım) cezası Osmanlı Kanunnamelerinde tecavüz fiiline karşı verilen bir cezadır. Günümüzde bazı Avrupa devletlerinde bu ceza cerrâhî hadım şeklinde değil de kimyasal hadım şeklinde tatbik edilmektedir. Âdem Yıldırım İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi adlı makalesinde Kur'an ceza hukuku dikkatlice incelendiğinde tecavüz suçunun cezasının cerrâhî kastrasyon olması gerektiğini savunmuştur.

³⁸⁸ Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, 52-53.

³⁸⁹ Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, 41.

Burada zorla eve girme durumunu tecavüz suçu için bir ispat kabul etmiş ancak dört şahit olmadığı için suçunu had cezasından tazir cezasına çevirmek suretiyle para cezasına hükmetmiştir.

14. Ve eğer kız uydursa uydurana vermeyeler; uydurandan zina cürmü alına. Ve eğer kız rıza ile uydu ise atasından veya karındaşından on iki altın alına. Ve eğer güc ile uydursa kız atasından almayalar; uydurandan iki cânibün cürmü alına.

Burada yine tazir cezalarında delil serbestliği uygulandığından sebep, hâkim kızın yalan söylediğine dair bir kanaate sahip olmuşsa cezayı kıza ödetecektir.

15. Ve bir nice kişi ittifak ile kız kapsalar bile varanın her birinden sekizer altın alına.

Kaçırma olayı tecavüz suçu için bir ispat kabul edildiğinden dört şâdidin bulunamaması halinde yine had cezası tazir cezasına çevrilmek suretiyle para cezasına hükmedilir.

Der Husûs-ı zânî ve gayrihî

33. “Ve eğer avrat veya kız sen bana zina kıldın dese er inkâr eylese bunların sözüne itibar etmiyeler ere and vereler avratı kadı tazir ede iki ağaç başına bîr akça cerime alına ve eğer avrata ben sana zina kıldım deyüp avrat münkire olsa avrata and vereler eri kadı tazir eyleyüp iki ağaç başına bir akça cerime alına.”

Burada ne eve zorla girme ne de kaçırma gibi kızın rızasının olmadığı iddiasını destekleyecek bir delil bulunmadığından sebep iddiasını ispatlayamayan tarafa tazir olarak para cezasına hükmedilir.

30. maddede: Ve eğer bir kimesnenin evine girse, zina kasdına, evlû ise evlû cürmin ve ergen ise ergen cürmin vere.

Burada kişinin evine izinsiz girilmesini, kadının rızasının olmadığını destekleyecek bir delil kabul etmiş ve tazir cezasına hükmedilmiştir.

34. Kız ve oğlan çeken kimesnenin ve hiyânet ile bir ecnebinin evine giren kimesnenin ve avret ve kız çekmeğe bile varan kimesnenin içmeği kesile. ³⁹⁰

Yukarda kız kaçırma olayına sekiz altın ceza verilirken burada kadın ve kız kaçırın kişinin hadım edilmesinden bahsedilmiştir. Tecavüz suçunun nitelikli halleri düşünüldüğünde olayın sadece kaçırmak olmayıp tecavüz fiilinin gerçekleşmesi durumunda verilen bir karar olduğunu söyleyebiliriz.

Görüldüğü gibi Osmanlıda, had davalarında kanunî delil sınırlandırmasına sadık kalmak suretiyle, adâletin gerçekleşmesini sağlamak maksatlı tâzir cezası kullanılmıştır. Bu iyi niyetli uygulama dahi Melike Karabacak'ın "İrzımı İsterim" adlı makalesinde anlattığı gibi kadın mağduriyetlerinin önüne geçememiştir.

3.6.1. Tecavüz Suçunu Cezalandırmada Modern Eğilim:

Tecavüzü cezalandırmada modern eğilim, tecavüzü haddü'l-Hırabeye³⁹¹ olarak kabul etmekten yanadır. Böylelikle tecavüzcü toplumun huzur ve güvenliğini tehdit eden azılı suçlular katagorisine girecektir. Bu görüşü destekleyen modern yazarlar şeyh Muhammed Ali al-Hanootî, Asife Qureishi, Muhammed Shalhât al-Jundî, Al-Sayyid Abdul Aziz al-Hindî, Muhammed Tayyib al-Najjâr ve Muhammed Sâlim al-Awwâ dir. Mısır din konseyi ise zorla cinsel ilişkiye girmenin hırabeye suçu olduğuna dair fetva yayınlamıştır.³⁹² Taberi fesadı mal ve namus gasbı da içinde olacak şekilde yeryüzünde her türlü fitne çıkarmak olarak yorumlar.³⁹³ İbn-i Arabî (ö. 543/1148) namusa tecavüzün mal almaktan daha ciddi bir suç olduğunu açıklamıştır.³⁹⁴

Tecavüzün hırabeye suçunda bulunan pek çok saldırı unsurunu barındırması, bazı tecavüz vakalarında zor kullanma, gasp, işkence unsurlarının bulunması, ispatında dört şahidin aranmaması, ikincil delil ve bilirkişi şahitliğinin de kabul ediliyor olması, bir

³⁹⁰ Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukûkî tahlilleri, 242.

³⁹¹ Kur'an da hırabeye suçundan maide suresi 33. Ayette bahsedilmektedir. "Allah ve Rasulüne karşı savaşanların ve yeryüzünde bozgunluk çıkaranların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları veya ellerinin ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi ya da topraktan sürülmeleridir. Bu onların bu dünyadaki rezilliğidir. Ahirette ise onlara büyük bir azab vardır."

³⁹² Statement of Dâr İfta No:276,1985. Akt. Noor, *Pape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law*, 417-438.

³⁹³ Teberi, *Câmiul beyan*, 257.

³⁹⁴ İbn Arabî, Abû Bekr Muhammed İbn Abdullah, *Ahkâm el-Kur'ân*, (ed.) Muhammed Abdulkâdir Ata (Beyrut: Dârul-Kutub el-İlmiyye, 1997), 594.

takım hukukçuları bu yöne itmiştir. Asifa Qureishi, tecavüz suçunun hırabe kapsamına alınması gerekliliğinden bahsederken şöyle diyor: Geleneksel İslami şariat'ın üstün körü bir incelemeyle zinanın alt kategorisi kabul ettiği suçun daha ziyade hırabeye yakın bir şiddet suçu olduğu mantıklıdır. Çünkü tecavüz; İslam'ın hem erkek hem de kadın için temel bir hak kabul ettiği cinsel özerklik, kişinin elinden zorla alınmaktadır. Asifaya göre zina yüksek bir kanıt standardı gerektirir, hırabe ise zinadan farklı olarak dört şahit gerektirmez ve ikincil deliller, bilirkişi tanıklığı da kovuşturma için kullanılan deliller olacaktır. Modern bir hırabe tecavüz kovuşturmasında görgü tanığı ifadesi, tıbbî verileri ve uzman ifadesini kullanmanın yanı sıra Adî tıp ve DNA testi gibi teknolojik gelişmelerden de yararlanılacaktır. Sonuç olarak tecavüzün hırabe olarak sınıflandırılması Kur'an ayetlerinde yer alan kadının iffet ve onurunun korunması ilkesine hizmet eder. Bir hırabe kovuşturmasının odak noktası tecavüz mağdurunun rızasını tahmin etmekten ziyade tecavüzle suçlanan kişinin niyeti ve fiziksel eylemleri olacaktır. Ayrıca hırabe haddi söz konusu olduğunda kişinin medenî hali de dikkate alınmaz.³⁹⁵

Azman Mohd Noor bu görüşün tüm iyi yönleri düşünüldüğünde bir te'vil olarak tartışılabileceğini söylemiş ancak sakıncalarını da şöyle dile getirmiştir. “ Her suçu hırabe kapsamına almak yanlış bir yorumlama olabileceği için doğru değildir. Sonuç olarak bu geçerli bir şariat kuralı değil kişisel bir hukukî görüş olarak kabul edilecektir. Bu tehlikeli bir eylemdir. Çünkü insanlar herhangi basit bir hatayı dahi hırabe olarak göreceklidir. Art niyetli bir otorite bu eğilimi bir cezalandırma aracı olarak kullanırsa, sorun daha da büyüyecektir.

Ayrıca hırabenin kapsamını genişletmenin Allah'ın emrine uygun olup olmadığı tartışılabilir. Sonuçta hırsızlık, zina, iftira gibi her biri bir şiddet sayılabilecek suçlara ayrı ayrı cezalar belirlenmiş yeryüzünde fesat çıkartma anlayışıyla hırabe kapsamına alınmamışlardır. Bu sebeple tecavüz farklı bir kavram olması ve mahiyetinin de farklı olması sebebiyle hırabe sayılmamalıdır”³⁹⁶ demiştir.

³⁹⁵ Noor, Pape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law,417-438.

³⁹⁶ Noor, Pape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law,417-438.

SONUÇ ve ÖNERİLER:

Bilindiği gibi İslam Hukuku temelde ilahî vahye dayanmakla birlikte oluşumunda insanî unsurlara da (içtihatlar, kamu yararı, adetler vb.) yer vermektedir. İnsanın olduğu her yerde bir nebze de olsun hata payı mevcuttur. Mecellenin, âdil kişiyi “hasenatı seyyiatına galip kimse” olarak tarif etmesi gibi İslam hukuku da hasenatı seyyiatına galip çok özel bir hukuk sistemidir.

Hz Peygamber sonrası mezheplerin kuruluş döneminde, İmam-ı Azam’ın hukukî yapıyı gözler önüne serme adına ortaya koymuş olduğu ikili sınıflandırma diğer mezhepler tarafından da çok sevilmiş, İslam hukukunun adeta karakteristik özelliği olarak kabul görmüştür. Artan suç çeşitliliğine karşılık ikili sınıflandırmanın dışına çıkmayan uygulamalar İbn Rüst’ün sınırları belirli bir had suçu olan zina suçunu, bütün cinsel suçları içine alan bir suç olarak tanımlamasıyla netleşmiştir. İslam’ın en kâmil şekliyle bu ilk dönemde anlaşılıp yaşandığını ve bize sadece onları taklit etmekten başka bir sorumluluğun düşmediğine inanan çevrelerce, İslam hukukunun bu ikili sınıflandırmanın dışında bir metotla anlaşılıp icra edilmesi imkânsız sayılmıştır. Bu tutucu yaklaşıma İslam hukukunda bir sınıflandırma probleminin olduğunu kabul etmek şöyle dursun çözüm önerilerine de kayıtsız kalmaktadır. Osmanlıyı batıdan ceza hukuku getirmek zorunda bırakan bu tutucu yaklaşım İslam hukukunun çağın sorunlarına ışık tutmasına da izin vermemektedir.

Tezimizde bugün artık zinadan tamamen ayrı bir suç olduğu hukuk çevrelerince kabul edilmiş olan tecavüz suçunun İslam hukuku bünyesinde yerini bulmaya çalıştık.

Kur’an’da ceza suça göre belirlenir ve suçun maddi ve manevi unsurları suçun kimlik kartı mesabesindedir. Maddî ve manevî unsurlarda görülen değişiklik bahsi geçen suçların birbirinden ayrı suçlar olduğunu ispat eder niteliktedir. Zina ve tecavüz suçlarının unsurlarını karşılaştırdığımızda, elde ettiğimiz bütün veriler zina suçu ile tecavüz suçunun birbirinden ayrı suçlar olduğu ve bu sebeple tecavüz suçunun kul

hakkı galip, Allah hakkı konusunu oluşturduğu, dolayısıyla zina haddi sınıfından sayılamayacağı yönünde olmuştur.

Zina suçunun bir had suçu olduğu yönündeki tespitlerimiz mezheplerle hemfikir olmakla birlikte, zinanın tanımı hakkında mezheplerle aynı görüşü benimseyebilmiş değiliz. Nitekim Nisa 3. Ayette geçen nikâh kelimesine akit manası vererek ayeti nesh kabul etmek yerine vad (cinsel ilişki) manası vererek bu ayeti zinanın tanım ayeti olarak kabul etmek, ayeti işlevsizleştirmek yerine, bugün bizi hukukî çıkmazlardan kurtaracak bir çözüm olarak değerlendirmek daha doğru olabilir. Kaldı ki bu şimdi akla gelmiş bir tespit değil sahabe döneminde sahabenin âlimlerinden bazılarının görüşü olup azınlıkta kaldığı için doğru kabul edilmeyen bir görüştür. Bugün artık tecavüz ve zinanın ayrı suçlar olarak kabul ediliyor olması ve ayetteki ifadenin bugünün bakış açısıyla örtüşüyor olması, geçmişte azınlıkta kalan görüşün bugün çoğunluğun görgüsü haline geldiğini ortaya koymaktadır.

Bu noktada Kur'an'da ki tanımın esas alınması yönünde tespitlerimizi tezimizde dile getirdik. Mezheplerin zina tanımlarının, Kur'an'da ki tanımın dışına çıktığını, bütün cinsel suçların zina kabul edilmesinin, zina dışındaki suçlarda hak mahrumiyetlerine sebep olduğunu söyleyebiliriz. Bu da bizi, ceza muhâkemesi hukuku açısından farklı bir ispat hukukunun düşünülmesi gerektiği kanaatine götürmüştür. Cumhurun “bir suç had suçuysa ispatında sadece kanunî delil geçerli olabilir, bunun harici deliller kabul edilemez” kuralının neticesi olarak, tecavüz gibi adi bir suç dört şâhitle ispat edilmek zorunda bırakılmıştır. Osmanlı kadınların uğramış olduğu bu mağduriyeti gidermek için tazir cezalarını kullanmış olsa dahi, mezheplerin takınmış olduğu bu katı tutum İslam dinine mâl edilmiş ve İslam Hukuku tecavüzcüleri korumakla suçlanmıştır.

Problemin çözümü olarak ilk görüşümüz zinanın tanımının Kur'an'da ki tanımıyla sınırlandırılmasıdır. Zira insanlığın geldiği bu günkü noktada dahi zina, Kur'an da olduğu gibi dinî ve ahlâkî bir suçtur. Tecavüz ise kamusal bir suç olarak zinadan tamamen ayrılmalı, kadınlara Allah tarafından verilen mehir hakkı, milk haklar arasında sayılarak, korunması gereken haklar statüsü kazandırılmalıdır. Böylelikle tecavüz suçunun ispatında, serbest delil sistemi kullanılarak kadın mağduriyetlerinin önüne geçilmelidir.

Tespit ettiğimiz konulardan biri de tecavüzü bir kamu hukuku konusu olarak düşündüğümüzde İslam hukukundaki kamu hukukunun Allah hakkı konularından değil, kul ve toplum hakkı konularından oluşması gerektiği olmuştur.

Tecavüz suçunun cezası hususunda, tecavüz suçunun hırabe suçu sayılması tecavüz suçunun nitelikli bir suç olması ve hırabe suçlarında bu özelliği karşılayabilecek bir yapının bulunması sebebiyle genel teammüle daha uygun görünmektedir. Ancak Azman Mohd Noor'un çekinceleri iyi değerlendirilmeli istismara açık yönünün kapatılma imkânının olup olmadığı ve bu konuda nasıl bir çalışma yapılabileceği iyi hesaplanmalıdır.

Tazminat konusunda Şaffi ve Hanbelîlerin yaklaşımı mağdurun lehine bir yaklaşımdır. Hanefîlerin benimsediği teosentrik etik tecavüzü zina kabul etmeleri sebebiyle oluşan bir düşüncedir. Halbuki tecavüz- zina ayırımına giden bir yaklaşım teosentrik etiği çürüteceğini görebiliriz. Yani Hanefîlerin, zina eden kadının efendisine mehir ödenmediğinden yola çıkarak, tecavüz mağduruna bir tazminat ödenmesinin, Allah'ın şeriatine ekleme yapmak olduğu yönünde geliştirdikleri yaklaşımın, birbirinin aynı olmayan iki hükmü birbirine kıyas etmek suretiyle hatalı kıyas olduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle tecavüz mağduru kadına tazminat ödenmesinin İslam şeriatine göre hiçbir mahsûru kalmayacaktır.

KAYNAKÇA

Acar, Abdullah. “Bir İctihad Kaynağı Olarak Kur'an Kıssaları”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, c.9, 2007, 97-152.

Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel. *el-Müsned*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 1431/2010.

Alahmad Jaber, Zinâ ve hirâbe Hadları Bağlamında Tecavüz Suçu. Yalova: Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Arapça), 2019.

Alzuhili, Muhammed. ”İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, çev. Osman Güman. *İslam Ceza Hukuku*. ed. Abdurrahman Eren. 1/400-441. İstanbul: Uluslar Arası Hukukçular Birliği, 1. Basım, 2017.

Atar, Fahrettin. *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*. Ankara: D.İ.B.Yayınları, 1. Baskı, 1979.

Atiyye, b. Muhammed Sâlim (ö. 1420/1999). Şerh-ı Erbeîne'n-Nebeviyye. <http://www.islamweb.net> , Şamilede yayınlanma tarihi, 8 zilhicce 1931.

Aydın, Mehmet Akif. “Mihir” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 46 cilt. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

Azam, Hina. ”Competing Approaches to Rape in Islamic Law”. *Feminism, Law and Religine* Chapter 14, (2016), 359-374.

Bâbertî, Ekmeleddin Ebu Abdullah İbn Şeyh Şemseddin. *El-İnaye Şerhü'l-Hidaye*. 10 Cilt. Lübnan: Daru'l-Fikr, 1970.

Bağdadî, Hatip. *el-Fakîh ve'l-Mütefakkîh*. 2 cilt. Suudî Arabistan: Daru İbni Cevzî, 2. Baskı, 1999.

Begavî, Ebû Muhammed Muhyissünne el-Hüseyn b. Mes'ûd b. Muhammed el-Ferrâ' (ö. 516/1122). *Me'âlimü't-tenzîl*. 8 cilt. Riyat: Dâru Tayyibe, 4. Bası, 1997.

Bakkal, Ali. "Zina Suçu ile İlgili Nasların Tedrîcîlik Açısından Değerlendirilmesi". *İslam Ceza Hukuku*. edr. Abdurrahman Eren - Refik Korkusuz. 1/382-399. İstanbul: Lale Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.

Bardakoğlu, Ali. "Had". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. Ankara: TDV Yayınları, 2001. <https://islamansiklopedisi.org.tr/had>

.....Ali. "İkrah". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. Ankara: TDV Yayınları, 2001. <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrah>

Başoğlu, Tuncay. "Ta'zir". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 40/198-202. Ankara: TDV Yayınları, 2001. <https://islamansiklopedisi.org.tr/tazir>

Bayındır, Abdulaziz. *İslam muhakeme hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*. İstanbul: Süleymaniye vakfı yayınları, 2. Baskı, 2015.

Bebek, Adil. "Günah" , *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. Ankara: TDV Yayınları, 2001.

Beroje, Sahip. *İslam Ceza Muhâkemesi Hukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar*. Erzurum: A.Ü.S.B. Enstitüsü, Doktora tezi, 1999.

Beyhâki, Ebû Bekr Ahmed b. Hüsyn b. Alî Beyhâki. "Sünenü'l-Kübrâ "Şehâde". 24 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kitâbü'l-İlmiyye, 1. Baskı, 2003.

Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuku İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*. 8 cilt. İstanbul: Bimen Yayınev, 1. Baskı, 1976.

....., Ömer Nasuhi. "*Büyük Tefsir Tarihi*". 2 cilt. İstanbul: Semerkand Yayınevi, 2. Baskı, 2018.

Boynukalın, Mehmet. "Suç". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.

..... Mehmet. “*Fıkıh Usulüne Dair Modern Tartışmalar*”, Modern Çağda Fıkıhın Anlam ve İşlevi-Tebliğ ve Müzakereler Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantısı. İstanbul: Sakarya Üniversitesi Yayınları, 2019.

.....Mehmet. “*İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası*”. İstanbul: M.Ü.S.B.Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, 1995.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl. *Sahîhü'l-Buhârî*. 9 cilt. Mısır: Madbatü'l-Kübrâ es-Süldâniyye, 1. Baskı, 1422/2001.

Buhârî, Alâüddîn Abdülazîz b. Ahmed. *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997.

Büyükbaş, Nazım. “Klasik İslam Hukuku Literatüründe “SUÇ”. *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 9/42 (Şubat 2016), issue:1307-9581. Doi numarası: <http://dx.doi.org/0.17719/jisr.20164216285>

....., Nazım. "İslam Cezâ Hukukunda Keffâret İlkesi." *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 4.1 (2016), 37-62.

Cengiz, Mehmet. İslam Hukuku Usûlünde Beyân Teorisi. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *el-Fusûl fî'l-Usûl*. thk. Uceyl Câsim en-Neşemî. 4 Cilt. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûnü'l-İslâmiyye, 2. Basım, 1414/1994.

Ceyhan, Semih. “Ubudiyet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. İstanbul: TDVYayınları, 2013. <https://islamansiklopedisi.org.tr/ubudiyet>

el-Cezeri, Abdurrahman. “*Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*”. 7 cilt. İstanbul: Bahar Yayınevi, 1. Basım, 1981.

Çetintaş, Recep. “Hadler Bağlamında İslam Ceza Hukukunda İtiraftan Dönme ve Hâkimin Sanığa bu Konuda Telkini. *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 21(3), (2017), 1705-1738. <https://doi.org/10.18505/cuid.331642>

Dağcı, Şamil. “Kıyas”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. Ankara: TDV Yayınları, 2022. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kıyas>

Dil, Fatmanur. *İslam Hukuku'na Göre Tecavüz Uğrayan Kadının Hak Ve Sorumlulukları*. Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020.

Dinler, Veysel. *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması*. Ankara: Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Doğan, Hasan. İslam Muhakeme Hukukunda Ta'dil ve Tezkiye. *İslam Hukuku Araştırma Dergisi* 29 (2017), 9-20.

Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090), *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1431-2010.

Ebû Davud es-Sicistânî, Süleyman b. el-Eş'as b. İshâk (1409/1988). *Es-Sünen*. 4 cilt, Beyrut: Mektebtü'l-Asriyye, 1431-2010.

Ebû Muhammed Abdulvahhâb b. Ali b. Nasru's-Sa'lebî el-Bağdâdî el-Mâlikî(ö.466), *Uyûnü'l-Mesâil*. Lübnan: Dâru İbn Hazm, 1. Baskı, 2005.

Ebû Zehre Muhammed.“*İslam Hukukunda suç ve ceza*”. 2 cilt. İstanbul: Merhaba Ofset Yayınları, 1994.

En-Nevevî, Ebû Zekerıyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref (ö. 676.), *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*. 9 cilt. Beyrût: Dâru'l-Fıkr, aslı, 1431.

....., Ebû Zekerıyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref (ö. 676.). *El-Minhêcü'd-Dâlibîn*. 1 cilt. Beyrut: Dâru'l- Fıkr, 1. Baskı, 2005.

Erbay Celal. “*İslam Ceza Muhakeme Hukukunda İspat Vasıtaları*”, 1 cilt. İstanbul: M.Ü.İ.F.Vakfı Yayınları, 1999.

Erdoğan, Suat. “Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı ve İslami Cezalar”. *Ankara Üniversitesi İ. F. Dergisi* 58/1(2012).

....., Suat. Erdoğan.” Kur’an ve sünnet ışığında suç ve ceza uygunluğu”. 1 cilt. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2014.

Erturhan, Sabri. ”Fıkḥî Açından Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)”. *C.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16/2 (2012), 21-71.

..... Sabri. "Kişisel Boyutlu Suçların Gizlenmesinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5/2 (2001), 259-292.

Esen, Hüseyin.” Zina”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.

Eşitli, Ezgi Aygün. "Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 104 (2013), 225-246.

Fahreddin Razî, Ebû Abdillâh (Ebû'l-Fazl) Fahreddin Muhammed b. Ömer b. Hüseyin er-Râzî et-Taberistânî (ö.606/1210), ” *Mefatihil Ğayb = Tefsîri'l Kebir*”. 12 cilt. Beyrut: Dâru İhyâu't-Trâsî'l-Arab, 1420.

Gazzâlî, Ebû Hâmid Hüccetü'l-İslâm Muhammed b. Muhammed. *el-Müstasfâ min 'ilmi'l-usûl*. thk. Hamza b. Züheyr Hâfız. 4 Cilt. Cidde: Şerîketü'l-Medîneti'l-Münevvera li't-Tıbaâ ve'n-Neşr, ts.

.....Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed (505 ö), *el-Vesît fi'l-mezheb*, 7 cilt. Beyrut: Daru's-Selâm, 1. Basım, 1431-2010.

Göktürk, Neslihan - Özgenç, İzzet - Üzülmaz İlhan. ”*Ceza Hukukuna Giriş*”. Eskişehir: E Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı. Mayıs 2012.

Günay, Hacı Mehmet - Hoyladı, Adnan. ” İslam Hukukunda Hakların Tasnifi Üzerine Analitik Bir İnceleme”. *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 20/2 (2020), 755-799. <https://doi.org/10.33415/daad.728251>

..... Hacı Mehmet. *Yargılama hukuku*. Ed. Tâlip Türcan. *İslâm Hukuku El Kitabı*. Ankara: Grafiker Yayınları, 1. Baskı, 2012.

Habîb el-Basrî el-Bağdâdî, Ebû Hasan Alî b. Muhammed b.” *Havî'l-Kebîr Fî Fıkhi Mezhebi İmâmi 'ş-Şâfiî Şerh-i Muhtasari 'l-Meznî*”. 19 cilt. Lübnan/Beyrut: Dâr'İ Kitâbu'l-İlmiyye, 1. Basım, 1999.

Haddâb Şemseddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdurrahmâ Tıرابلسî el-Mağramî (ö 954). *Mevâhibü'l- Celîl fî Şerh-i Muhtasari 'l-Halîl*. 6 cilt. Lübnan: Dâru'l-Fıkr, 1.Basım, 1992.

Halebî, İbrahim b. Muhammed b. İbrahimü'l-Halebi el-Haneî (1311). *Mülteka 'l-Ebhur*. Trc. Mustafa Uysal. 4 cilt. İstanbul: Dizerkonca Matbaa, 1968.

Hamâmî, İbrahim. “İslam Hukukunda Suç ve Ceza”. ed. Refik Korkusuz. *İslam Ceza Hukuku*. 2 cilt. İstanbul: Lale yayıncılık, 1. Basım, 2017.

Has, Şükrü Selim. “ *Cezalarda Caydırıcılık İlkesi: İslam Hukuku ve Modern Hukuk Arasında Bir Mukayese*”. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Yayınları, 2016.

Hasanov, Eldar.” *Zina*”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 46 cilt. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.

İbn Huzeyme, Ebu Bekr Muhammed b. İshâk b. Huzeyme es-Sülemî en-Nîsâbü'rî (ö.311/924). *Sahîhi İbn Huzeyme*. Thk. Muhammed Mustafa El-Azamî. 4 cilt. Beyrut: Mektebü'l-İslâmî, 1431.

İbn Âbidîn, Alâüddîn Muhammed b. Muhammed Emîn b. Ömer el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1306/1889). *İbn-i Âbidîn=Kurretü 'uyûni 'l-ağyâr li-tekmileti Reddi 'l-muhtâr*. 18 cilt. İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983.

İbn Arabî, Abû Bekr Muhammed İbn Abdullah, Ahkâm el-Kur'ân, (ed.) Muhammed Abdulkâdir Ata, 4 cilt, Beyrut: Dâru'l-Kutub el-İlmiyye, 1997.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064). *Muhallâ bi'l-Âsâr*. 12 cilt. Beyrut: Dâru'l Fıkr, 2010.

Hocaeminefendizade, Ali Haydar. *Dürerü'l-Hukkam*. 4 cilt. İstanbul: D.İ.B.Yayını, 1. Basım, 2020.

İbn. Ferhûn, Burhaneddin Ebu'l-Vefâ İbrahim b. Muhammed b. Ferhûn (799/1397). *Tabsiratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm*. 2 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Basım, 2007.

İbn. Kesir, Ebü'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâîl b. Şihâbiddîn Ömer b. Kesîr b. Dav' b. Kesîr el-Kaysî el-Kureşî el-Busrâvî ed-Dımaşkî eş-Şâfiî (ö. 774/1373). *Hadislerle Kur'an-ı Kerim Tefsiri*. 11 cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1. Basım, 1986.

İbn. Kudame, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâîlî el-Makdisî (ö. 620/1223). *El- Muğnî*. 10 cilt. Sûdî Arabistan: Dâru âlenü'l-Kitab, 3. Baskı, 1997.

İbn. Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zürâî ed-Dımaşkî el-Hanbelî (ö. 751/1350). *Et-Turugu'l-Hukmiyye*. 2 cilt. Kuveyt: Mektebetü dâru'l-Beyan, 4. Basım, 2010.

İbn. Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî. *Sünen*. thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî. 2 Cilt. Kâhire: Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-'Arabiyye, ts.

İbn. Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311). *Lîsânü'l-Arap*. 10 cilt. Beyrut: Dâru Sâdir, 3. Basım, 2010.

İbn Rüşt el-Hafîd, Ebu'l Velid Muhanned bin Ahmed bin Reşidül Kurtubî. *Bidayetül müctehid*. 4 Cilt. Kahire: Daru'l Hadis, 2004-1465.

İbn Sa'd, Ebû Abdillâh Muhammed. *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, thk. İhsan Abbas, I-VIII, Beyrut: Dâru Sâdir, 1. Baskı, 1968.

İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî (ö. 728/1328). *Es-Siyâsetü's-şer'iyye*. 1 cilt. Beyrut: Dar-u İbn Hazm, 1. Basım, 2019.

İlim ve Medeniyet. “Modern Hukuk Sistemleri”. Erişim 12. 07. 2021.
<https://www.ilimvemedeniyyet.com/modern-hukuk-sistemleri>.

html#:~:text=Ya%C5%9Fad%C4%B1%C4%9F%C4%B1m%C4%

B1z%2021.%20yy'da%20modern,Hukuk%20ve%20Sosyalizm%20Hukuku'd
ur.

İmam Mevsilî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsilî (ö. 683/1284). ”*El-İhtiyar li-Ta'lili'i-Muhtâr*”. 4 cilt. İstanbul: Muallim neşriyat, 1. Basım, 2015.

İmam-ı Şafîî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs eş-Şâfiî (ö. 204/820). “*el-Ümm*”. 8 cilt. Beyrut: Daru'l Marife, 2. Baskı, 1990.

.....,Şafîî.” Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs eş-Şâfiî (ö. 204/820). *Tefsir-i İmam Şafîî*. 3 cilt. Suudî Arabistan: Dar Tadmuriyyah, 1. Baskı, 2006.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy. “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek*”. Journal of Istanbul University Law Faculty 70/1 (2012): 19-38.

Johansen, Baber. “Secular and Religious Elements in Hanefite Law. Function and Limits of the Absolute Character of Government Authority”. Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim fiqh. Leiden, E.J. Brill (1999): 189-218.

Karabacak Melike, “İrzımı İsterim”: 19.Yüzyılda Cinsel Saldırı Davaları Üzerine Bir Vaka İncelemesi”, *O.M.A.Dergisi* 6/14 (Mart 2019), 189-212.
<http://dx.doi.org/10.17822/omad.2019.119>

Karagöz, İsmail. “ *Dini Kavramlar Sözlüğü*”, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005.

....., İsmail. *Farklı Anlaşılan Ayetler*. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2021.

....., İsmail. *Kur'ân'ın Anlamı ve Tefsiri Açıklamalı ve Kırık Meâli*, I-VIII, Kar Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2020.

Karakehya, Hasan - Usluadam Kamer, Asena. Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, *Dergipark*. 3/2 (Mart 2015), 1-24.

Karaman, Hayteddin. *İslam Hukukunda İctihad*. Ankara: D.İ.B.V.Yayınları, 3. Baskı, 1979.

.....Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 4 cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.

....., Hayreddin vd. *Kur'an Yolu Tefsiri*. 5 Cilt. Ankara: D.İ.B.V.Yayınları, 1. Basım, 2020.

Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed (ö. 587/1191). *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*. 7 cilt. Beyrut: Daru'l-Kitâbu'l-Âlemiyye, 2. Baskı, 1986.

Kavalcıoğlu, Abdullah, "Debûsî ve Semerkandî'nin Fıkıh Usulünde "Kapalı Lafızlar "Konusuna Yaklaşımları ve Görüşlerinin Mukayesesi", *KaradenizTeknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, ISSN: 2148-5011, cilt: 5, sayı: 1(2018), 61 – 85.

Konan, Belkıs. "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu". *O.T.A.M.Dergisi* 29/29 (Mart 2011), 149-172.

Kumaş, Ali, - Yılmaz, Muharrem. "Sıhriyetin Oluşmasında Zinanın Etkisi". *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5/2 (Haziran 2020): 51-68.

Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebû Bekr b. Ferh (ö. 671/1273). *el- Câmi' li-aḥkâmi'l-Ḳur'ân*. 20 cilt. Kahire: Daru'l-Kitâbu'l-Mısırî, 2. Baskı, 1964.

Al Mamun, Abdullah. “İslam Ceza Hukuku Çerçevesinde Karşılaştırmalı Hukuk,” çev. Burak Çağ, *İslam Ceza Hukuku*, ed. Abdurrahman Eren, 2 cilt. İstanbul: Uluslar Arası Hukukçular Birliği, 2017.

Maverdi, Ebu’l Hasan Ali Bin Muhammed Habib Basrî el-Bağdadî. *Ahkâmu’s-Süldâniyye*, 1 cilt. Kâhire: Dâru’l Hadis, 1431-2010.

Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes. *el-Muvatta’*. thk. Muhammed Fuad Abdulbâki. 2 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-’Arabî, 1406/1985.

Mergînânî, Burhânüddîn (Burhânü’ş-Şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî (ö. 616/1219). *el-Muĥîttü’l-Burhânî ve el-Muĥîttü’l-Burhânî fî’l-fıkĥi’n-Nu’mânî*. 8 cilt. Beyrut/Lübnan: Dâr’l-Kitâbu’l İlmiyye, 2004.

Mesud, Muhammed Hâlid. *İslam Hukuk Teorisi*. çev. Muharrem Kılıç, İslamabad: İz Yayıncılık, 1977.

Midilli Muharrem. “Allah Hakkı ve Kul Hakkı Arasında Hanefî Ceza Hukukunun Kamusalılığı”. *Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/1 (2017), 73.

Molla Hüsrev, *Dürrü’l-ĥükkâm fî şerĥi Ğureri’l-aĥkâm*. 2 cilt. Kâhire: Dâru İhyâ-i Kütüb’l-Arabî, 2. Baskı, 2010.

Mukâtil b. Süleymân, Ebû’l-Hasen Mukâtil b. Süleymân b. Beşîr el-Ezdî el-Belhî (ö. 150/767). *Tefsir-i Mukâtil b. Süleymân*. 5 cilt. Beyrut: Dâru İhyâu’t-Trâs, 1.baskı, 2010.

Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Suayb (303/915–916). *es-Sünen*. thk. Abdulgaffâr Süleymân el-Bindârî vdğ. 6 cilt. Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-ilmiyye, 1991.

Nevevî, Ebû Zekerîyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Seref (676/1277). *el-Minhâc Serhi Sahihi Müslim b. El-Haccac*, 11 cilt. Beyrut: Daru İhyai’t-Turasi’l-Arabi, 3. Baskı, 1392-1971.

....., Ebû Zekerîyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref (ö. 676.), *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*. 9 cilt. Beyrût: Dâru'l-Fikr, 1431-2010.

Noor, Azman Mohd. ” Rape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law”. *ArabLaw, Quarterly: Brill*, Vol.24, No.4(2010), 417-438.
<http://www.jstor.org/stable/27896105>

Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992.

Özafşar, Mehmet Emin (ed.). *Hadislerle İslam*. 7 Cilt. İzmir: D.İ.B. Yayınları, 4.Baskı, 2020.

Özgenç, İzzet. (ed.), *Ceza Hukukuna Giriş*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Web-Ofset 2012.

Pezdevî, Fahrü'l-İslâm Alî b. Muhammed. *Usûlü'l-Pezdevî*. thk. Said Bekdaş. Medine: Dârü's-Sirâc, 1437/2016.

Sarı, Mevlût. “El- Mevârid”. İstanbul: İpek Yayın, 1984.

Schacht, Josaph. *İslam Hukukuna Giriş*. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986.

Segâfî, Abdul Kâdir. *Mevsûati'l-Akıdiyye*, (dorar.net)

Semerkindî, Alaaddin (ö 538). *Tuhfetü'l Fukaha*, 3 cilt. Beyrut/Lübnan: Dâru'l-Kütübü'l-Almiyye, 2. Baskı, 1994.

es-Senhuri Abdurrezzak, (1391/1971). *Masâdiru'l-Hak fî Fikhi'l-İslamî*. 1 cilt Kahire: Camiatü'd-Devli'l-Arabiyye, 1954.

Serahsî, Ebû Bekr Ahmed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1409/1989.

Suğdî, Ebü'l-Hasen (Hüseyn) Rüknu'lislâm Alî b. el-Hüseyn b. Muhammed es-Suğdî (ö. 461/1068). *en-Nütef fi'l-fetâvâ*. thk. Salahuddin Nâhî. 2 cilt. Beyrut/Lübnan: Darul Furgan, 1984.

Şafak, Ali. “Ehl-i Vukuf”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 46 cilt. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

Şaşı, Ebû Bekr Fahrü'l-islâm Muhammed b. Ahmed b. el-Hüseyn eş-Şâşî el-Fârikî (ö. 507/1114). Thk. Nizâmüddîn Ebû Alî Ahmed b. Muhammed b. İshâk. *Usûlü'ş-Şâşî*. 1 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003.

Şahin, Osman. *İslam Hukukunda Zaman Aşımı*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2016.

Şa'rânî, Abdülvehhâb. *Mizanül Kübra - Dört Hak Mezhebin Büyük Fıkıh Kitabı ve Tasavvufî Yorumları*, 2 Cilt, İstanbul: Furkan Yayınevi, 1980.

Şekerci, Osman. “İslam ceza hukukunda tazir suçları ve cezaları”. İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1996.

Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed eş-Şevkânî es San'ânî el-Yemenî (ö. 1250/1834). *Neylül-evtâr*. 8 cilt. Mısır: Dâru'l-Hadîs, 1.baskı, 1993.

Tahavî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933), Muhtaşaru İhtilâfî'l-'Ulemâ, 5 cilt. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâm, 2. Baskı, 2010.

..... Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî et-Tahâvî (ö. 321/933). *Ahkâmü'l-Kur'anü'l-Kerîm*. 2 cilt. İstanbul: Türk Diyanet Ansiklopedisi İslami Araştırmalar Merkezi, 2010.

Trablusî, Ebû'l-Hasen Alâüddîn Alî b. Halîl et-Trablusî (ö. 849/1445'ten sonra). *Mu'inü'l-hükkâm fî mâ yetereddedü beyne'l-haşmeyni mine'l-aḥkâm*. Lübnan: Dâr'l-Fikr, 2010.

Tirmizi, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre (Yezîd) et-Tirmizî (ö. 279/892). *el-Câmi'u'l-Kebir*. 6 cilt. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1.basım, 2010.

Toraman, Cüneyt. “Ceza Hukukunda “Kanunsuz Suç olmaz, Kanunsuz Ceza Olmaz” Prensibinin, Müslüman toplumlarda izdüşümü” . edr. Abdurrahman Eren-Refik Korkusuz. *İslam Ceza Hukuku*. 2 cilt. İstanbul: Lale Yayıncılık 2017.

Üdeh, Abdülkâdir (ts.). *İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*. 4 cilt. Beyrut: Dâru'l- Kâtibi'l Arabî, 1431-2010.

Üsmendî, Ebü'l-Feth Alâüddîn Muhammed b. Abdilhamîd b. Hüseyin el Üsmendî es-Semerkandî (ö. 552/1157). ” *Tarikatü 'l hilaf*”. Mısır/kahire: Mektebetü Daru'l Teras, 2. Basım, 2007.

Yektar Osman, Nedim. “Hz. Peygamber’in Suçlar Hakkında Uyguladığı Temel Prensipler”. *Namık Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/ 1 (2015), 58-102.

Yıldırım, Adem. ”İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası Ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XLVII (2018), 225-261.

Yiğit, Yaşar. “İslam Hukukunda Suç-Ceza Dengesinin Adâletle ilişkisi”. *Diyanet İlmi Dergi*.56 (2020), 67-94.

Yücel, Fatih. “Fıkıh Usûlünün Medenî Kanunun Yorumlanmasına Katkısı –Ali Himmət Berki’nin Hukuk Mantığı ve Tefsir İsimli Eseri Örneğinde”. ed. Huriye Martı. *Diyanet İlmi Dergi*. s.2 c.57, 595. Ankara: DİB Yayınları, 2021.

Zeynüddîn Zebîdî, Ahmed b. Abdulladîf eş-Şercî. *Tecrîdü's-Srî li ehâdîsi el-Câmiu's-Sarîh*. 10 cilt. Suriye /Dımaşk: Müessesetü Risâletü'n-Nâşirûn, 2009.

Zencani Ebü'l-Menakıb Şihabeddin, (ö. 656/1258) trc Davut İltaş, *Fıkhi Hükümlerin Usûlî Dayanakları =Tahrîcü'l-Fürû ale'l-usûl*, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2015.

Zorbozan Seda, *İslam Hukukunda Hakların Allah Hakkı ve Kul Hakkı Olarak Ayrılması ve Bu Ayrımın Muamelata Yansımaları*. Elazığ: Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Zühaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletüh*. 8 Cilt. Dımaşk: Dârü'l-Fıkr, 2. Basım, ts.