

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KADINLARIN ŞAHİTLİĞİ

Yaşar YİĞİT*

GİRİŞ

Jarihsel sürece baktığımızda gerek vahiy kaynaklı hukuklarda gerek beşeri hukuklarda toplumu meydana getiren bireylerin, hukuk tarafından koruma altına alınan ve günümüzde de temel haklar olarak nitelendirilen önemli hakları vardır. Yaygın anlayışa göre dinin, canın, aklın, ırzın(nesil) ve malın muhafazası bu hakların başlıcalarını teşkil etmektedir. Söz konusu haklar, İslâm hukuk doktrininde **zarûriyyât-ı dîniyye** (Dinin koruyup gözettiği vazgeçilmez temel değerler) şeklinde nitelendirilmiştir.¹

İnsanlara sağlanan bu hakların dokunulmazlığı vardır.² Başka bir ifadeyle bu haklara yöneltilen haksız saldırılara karşı hukuk tarafından nitelik ve niceliği değişse de çeşitli türden yaptırımlar konulma gereği duyulmuş ve tarih boyunca bu doğrultuda düzenlemeler yapılmıştır. Kişilerin belirtilen haklarına yapılan saldırılara karşı konulan yaptırımların devreye girebilmesi için herşeyden önce hukukun belirlediği ölçüler çerçevesinde yargı organlarında söz konusu saldırının ya da suçun ispat edilmesi gerekmektedir. Çünkü ortaya atılan her iddianın doğruluk ihtimali kadar yalan olma ihtimali de söz konusudur. Bu ihtimal göz önünde bulundurulmadan her türlü haksız saldırı iddiasında kişilere, hukuk tarafından konulmuş yaptırımları uygulamak telafisi imkansız sonuçlar doğurmaktan hiç de uzak değildir. Nitekim Hz. Peygamber'in, " İnsanlara (delile dayanmayan) her davaları sebebiyle (istedikleri) verilseydi, birtakım insanlar, bazı kimselerin mal ve canlarını (elde etmek için) iddiada bulunurlardı. Oysa davalıya yemin düşer."³ hadisiyle hukuki hiçbir delile dayanmayan sözlere istinaden hüküm vermenin ne derece sakıncalı ve riskli olduğuna işaret edilmiştir.

* Dr., D. İ. B., Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı. protokol@diyanet.gov.tr

¹ Bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât fi Usûli's-Şeria*, Beyrut 1994, II, 324; Gazzâlî, *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, Bulak, ty., I, 288; İbn Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi* (trc. Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan), İstanbul 1988, s. 151.

² Bkz. Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1987, s.82 vd.

³ Müslim, *Sahîh*, İstanbul 1992, "Akdiye", I.

İslâm'da, kişinin ne zulüm etmesi ne de zulüm görmesi tasvip edilmiştir. Bu durum "Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur."⁴ ifadesiyle kurallaştırılmıştır. Buna göre toplum bireyleri arasında adaletin sağlanması temel amaçtır. Haksızlığa uğrayan ve haksız saldırıyı gerçekleştiren, başka bir deyimle suçlu ve mağdûr taraf, zulme uğratılmaz. İşte bu nedenle İslâm yargılama hukukunda suçların ispatında tamamen objektif kistaslar esas alınmış, bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi vicdânî delil olgusu kabul görmemiştir. Zira suçsuz bir kimseye yanlış yere ceza vermektense, yanlışlıkla suçunun affi tercih edilmiştir. Nitekim Peygamber (s.a.s), "Elinizden geldiği kadar (en ufak bir şüphe bulunduğu), müslümanların cezalarını kaldırmaya çalışın. Onun için bir çıkış varsa, bırakın gitsin. Devlet başkanının (yetkili mercii) afa hata etmesi, cezalandırmada hata etmesinden hayırlıdır."⁵ sözüyle bunu güzel bir şekilde dile getirmiştir. Ancak şuna da işaret edelim ki, İslâm muhâkeme hukukunda ilke olarak her ne kadar objektif kistaslar esas alınmışsa da kişilerin vicdânî noktada da kendilerini sorgulamaları önerilmiştir. Nitekim Resûlullah (s.a.s), "Ben de bir insanım. Sizler aranızdaki anlaşmazlıkları (çözüme kavuşturmam için) bana getirmektesiniz. Olabilir ki, biriniz huccetini (delillerini) diğerinden daha iyi arzeder, ben de ondan işittiğim şekilde (haksız olduğu halde onun lehine) hükmedebilirim. Bu suretle kime bir şey veririm (bölersem), onu almasın. Zira bununla ona ancak ateşten bir parça vermiş (bölmüş) olurum."⁶ sözüyle bu gerçeği dile getirmekte ve kişilerin manevi noktada da kendilerini sorgulamalarını öğütlemektedir. Ancak bu tavsiye, sadece manevi boyutta önem arz etmektedir. Mahkeme tamamen objektif ölçütlere göre davayı hükme bağlamak durumundadır. Ancak taraflardan birisi gerçekte haksız olduğu halde delilleri sunmadaki beceri ve bilgisi sonucunda haklı konumuna gelebilir. İşte bu noktada İslâm, kişilere vicdânî bir sorgulama yükümlülüğü getiriyor ve her ne kadar mahkeme sizin lehinize hükmetse de, siz hakkı sahibine teslim edin demekten de geri kalmıyor.

Toplumsal hayattta meydana gelen anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, hakkı ihlal edilen tarafın (mağdûr) herşeyden önce yargı organlarında (mahkeme) dâva açması⁷ ve dâvasını hukuken geçerli kabul edilen deliller doğrultusunda ispat etmesi

⁴ Mecelle, madde 19.

⁵ Tirmizî, "Hudûd", 2;İbn Hanbel, *Müsned*, İstanbul 1992, V, 160. Açıklama için bkz. Mubârekfûri, *Tuhfetu'l-Ahvezi Şerhu Câmi'i'l-Tirmizî*, Kahire 1991, IV, 688.

⁶ Buhâri, *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul 1992, "Şehâdât", 27;Müslim, "Akdiye", 3;Ebû Davûd, *Sünen*, İstanbul 1992, "Akdiye", 7;Mâlik, *Muvatta*, İstanbul 1992, "Akdiye", 1;Nesâî, *Sünen*, İstanbul 1992, "Âdâbu'l-Kudât", 13

⁷ Hukuk terimi olarak dâva; bir kimsenin başka bir kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesi anlamına gelmektedir.(Bilmen, Ö.Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve İstilâhâtü Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, VIII, 80;Behnesî, A.Fethi, *el-Mevsûatü'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhu'l-İslâmî*, Beyrut, 1984, III, 44; Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar*, İstanbul 1973, s.88; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye (Kuveyt), XX, 270; Yavuz, Cevdet, "Dâva", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA) IX, 12; Zuhayfî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhû*, Dimeşk 1989, VI, 772.) Bir subjektif hakkın yargı yoluyla istenmesi yetkisine de dâva hakkı denilmektedir. (Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 1989, I, 229;Bayındır, Aziz, *İslâm Muhakeme Hukuku*, İstanbul 1986, s.67.) Hak isteminde bulunan şahsa davacı (müddeî), kendisinden istemde bulunulan şahsa davalı (müddeâ aleyh), istenilen şey ve hakka, dâva konusu (müddeâ ve müddeâ bih) terimleri kullanılmaktadır. (Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr fi Fıkhu Mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî*, Beyrut 1994, XVIII, 292;Bilmen, VIII, 81;Yavuz, "Dâva", DİA.) İslâm hukukunda suçlar, had, cinâyet ve ta'zir olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İşlenen suçlar bu ayırımında yer alan gruplardan birinin kapsamında ele alınmaktadır. Bu suçlarda mağdûr tarafı ya fert ya da kamu temsil eder. Ancak suç kime karşı işlenirse işlensin, mağdûr sadece ne ferttir ne de kamu. Çünkü suç ister kamuya karşı işlensin ister ferde karşı, bir yönüyle de diğer tarafa etki etmektedir. Fakat bu etkinin ağırlığına göre suçun fert ya da kamu hakkı ile ilgili oluşu tespit edilmekte ve dâva hakkı da bu temel üzerine oturtulmaktadır. Buna göre hadler gibi kamusal hakkın hakim olduğu suçlarda devlet, yetkili organları vasıtasıyla, herhangi bir fert tarafından dâva

gerekir. Burada ispat yükümlülüğü mağdûr tarafa düşmektedir. Çünkü İslâm hukukunda, "Beraat-i zimmet asıldır."⁸ ilkesi ile kişilerin suçsuzluğu kurallaştırılmıştır. Bu nedenle hemen hemen bütün hukuk sistemleri tarafından davaların mahkemede ispatı için belirli vasıtalar konulma ihtiyacı zaruret halini almıştır. Bu bağlamda Şahitlik, yemin ve yemin etmekten kaçınma (nukûl) İslâm muhâkeme hukukunda ispat vasıtaları olarak ele alınmaktadır.⁹ İkrar ise, bir ispat vasıtası değildir. Çünkü ispat, kabul edilmeyen bir iddianın doğruluğunu ortaya çıkarmak için yapılır. İkrar ise, kişinin suçunu veya hakkındaki iddiayı kabul etmesidir. İddia kabul edildikten sonra artık ispatına gerek kalmaz. Nitekim kodifikasyon hareketlerinin ilk örneğini teşkil eden *Mecelle*'de, "Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kâsıradır."¹⁰ denilmek suretiyle ikrarın ancak kişisel bazda kalan bir delil olduğu ifade edilmiştir.

Kadınların şahitliği geçmişte ve günümüzde İslâm hukukunda tartışılan konuların başında gelmektedir. İncelememizde kadınların şahitliğini ceza hukuku ekseninde ele alarak yer yer değerlendirme ve tercihlerde bulunacağız.

A. GENEL OLARAK ŞAHİTLİK VE ŞAHİTLERDE ARANAN NİTELİKLER:

Şahitlik; bir kimsenin başkasındaki hakkını ispat için Şahidin görerek bildiği şeyi, hakim in huzurunda ve tarafların karşısında, "şehadet ederim (gördüm)" sözüyle ifade etmesidir.¹¹

açılmaksızın kendiliğinden, taraf olarak suçlu hakkında, dâva açma hakkına sahiptir. Kamu hakkı ile ilgili suçlarda, aynı zamanda toplumun her ferdi de dâva açma hakkına sahiptir. (Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut 1986, VI, 277; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, Dimeşk 1986, s.145; Behnesî, *el-Mevsûa*, III, 48; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVII, 146; Bilmen, VIII, 229; Bayındır, s.133.) Öldürme ve yaralama suçları gibi kişisel hakları ilgilendiren ceza dâvalarında ise, yetkili mercin suçlu hakkında koşuşturma ve soruşturma yapılabilmesi için, mağdûrun mutlaka dâva açması gerekmektedir. Aksi takdirde suçlu hakkında cezai bir işlem yapılamaz. Ancak bazı hukukçuların belirttiği gibi, ölümle sonuçlanan fiillerde yetkili merci, kamu adına re'sen dâva açma hakkına sahiptir. (Kâsânî, VI, 277; İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s.145; İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-Ahkâm fi Usûli'l-Akdiyye ve Menâhici'l-Ahkâm*, Kahire 1986, II, 259; Bilmen, VIII, 229; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XX, 296; Bayındır, s.133.) Ta'zir suçlarında da işlenen suç niteliği itibarıyla ya fert ya da kamuya karşı işlenmiştir. Bu tür suçlarda da dâva açma hakkı mağdûra aittir. Geniş bilgi için bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr ala'd-Durri'l-Muhtâr*, Beyrut 1994, VIII, 285; İbn Ferhûn, I, 106; Tarablusî, Muînu'l-Hukkâm, Kahire 1973, s. 58; Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ankara, ty., 184; Bayındır, s.99; Behnesî, *el-Mevsûa*, III, 43; Üstündağ, I, 227.

⁸ Mecelle, madde 8.

⁹ İspat vasıtaları hakkında bkz. Kâsânî, VI, 266; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Beyrut, ty., XI, 416; Mevsilî, *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul 1951, II, 139; İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Beyrut, ty., VI, 446; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VIII, 46; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, Mısır 1985, IV, 426; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Beyrut, ty., IX, 393; İbn Ma'cûz, *Vesâilü'l-İsbât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, yy., 1984, s.21; Bilmen, VIII, 119; Nebhân, M.Farûk, *Mebâhis fi'l-Teşri'l-Cinâiyi'l-İslâmî*, Beyrut 1981, s.231; İbrâhimbey, A., *Turuku'l-İsbâti's-Şer'iyye meâ İhtilâfî'l-Mezâhibi'l-Fıkhiyye*, 1985, yy., s.112; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât fi'l-Fıkhi'l-Cinâiyi'l-İslâmî*, Beyrut 1983, s.17; Bayındır, *İslâm Muhâkeme Hukuku*, s.141; Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku*, İstanbul 1976, s. 128; Terhûnî, M.Ahmed, *Hucciyetu'l-Karâin fi İsbâti'l-Cinâi fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Bingazi 1993, s. 37; İdrîs, Abdülfettâh Mahmûd, *el-Kadâ bi'l-Eymân ve'n-Nukûl*, Kahire 1993, s.38; Bayındır, s.143.

¹⁰ Mecelle, madde 78.

¹¹ Serahsî, *el-Mevsûat*, Beyrut 1978, XVI, 111, 112; Kâsânî, VI, 266; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hukkâm fi Şerhu Gurri'l-Ahkâm*, İstanbul 1319, II,370; İbn Âbidîn, VIII, 172; İbnü'l-Hümâm, VI,446; Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl li Şerhu Muhâtasarı Halîl*, Beyrut 1992, VI, 150; Bilmen, VIII, 123; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 17; Terhûnî, *Hucciyetu'l-Karâin*, s. 37; Akgündüz, Ahmet, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, s. 742; Mecelle, madde 1683.

Şahitler usûlüne uygun bir şekilde ifadelerini verince, hâkimin Şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması (ta'dil ve tezkiye) ¹² yaptıktan sonra yapılan şahitliğe göre hüküm vermesi zorunludur.¹³

Şahitliğin hukuki dayanağını, Kitap, Sünnet ve icmâ delilleri teşkil etmektedir.¹⁴ Nitekim bu bağlamda İslâm hukukçuları birçok âyet¹⁵ ve hadisi¹⁶ şahitliğin meşrûiyeti için delil getirmektedirler. Kur'an-ı Kerim'de, bir borç ilişkisinde yapılması gerekenler anlatılırken, "...Erkeklerinizden iki şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için-iki kadın (olsun)."¹⁷ ifadesiyle, tarafların aralarında gerçekleştirdikleri hukuki işleme şahit tutması önerilmiştir. Aynı şekilde, "Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse, o kadınları ölüm alıp götürünceye yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde hapsedin."¹⁸ âyeti de şahitliğin delilleri arasındadır. Peygamber (s.a.s) de, davacı olan birisine "Ya iki şahit getirirsin yahut o (davalı) yemin eder. Bunlardan başka bir hakkın yoktur."¹⁹ buyurmuştur.

Şahitliğin meşrûluğu noktasında İslâm hukukçuları arasında da görüş birliği vardır.²⁰

İslâm hukukunda şahitlik meşrû görülmekle birlikte şahitliği ifa edecek kişilerde birtakım şartların bulunması gerekli görülmüştür. Âkil- bâliğ (akıllı-ergen) olmak, hürriyet, adalet, görme özürsü olmama (olayın vukuunda), olayı bizzat görmek, zabt (şahidin tanık olduğu olayı muhafaza edecek yeterlikte belleğe sahip olması), dilsiz olmamak gibi nitelikler şahitlerde bulunması gerekli görülen genel şartlardır.²¹ Fakihler arasındaki görüş farklılıklarını bir tarafa bırakırsak bu şartlara ilaveten meydana gelen olay ya da hukuki işlemin türüne göre şahidin müslüman olması, kazf suçundan dolayı cezaya çarptırılmış olması, erkek ya da kadın olması gibi nitelikler de şahitlerde bulunması gerekli görülen şartlardır.²²

¹² Bkz.Kâsânî, VI, 270;Mevsilî, II, 142;Molla Hüsrev, II, 372;Bilmen, VIII, 152; Bayındır, s. 181.

¹³ Kâsânî, VI, 282; Molla Hüsrev, II, 457;Makdisî, eş-Şerhu'l-Kebîr(el-Muğnî ile), XI, 423; Meydânî, *el-Lübâb fi Şerhu'l-Kitâb*, Beyrut 1985, IV, 54;Bayındır, s. 143.

¹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XII, 2;Makdisî, eş-Şerhu'l-Kebîr, XII,2;Terhûnî, s.39; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 18; Ferhat, M.Naîm, *et-Teşrû'l-Cinâiyü'l-İslâmî*, Cidde 1984, s.216; Ebû'l-Futûh, *en-Nizâmu'l-İkâbî'l-İslâmî*, Kahire 1976, s. 256;Akşit, s. 130.

¹⁵ Bkz. el-Bakara, 2/282; en-Nisâ, 4/15,135;el-Mâide, 5/8,106;et-Talak, 65/2;en-Nûr, 24/4, 6.

¹⁶ Bkz. Buhâri, "Rehn", 6, "Şehâdât", 1-14;Müslim, "Akdiye", 2, 9,Ebû Davûd, "Akdiye", 13-21; Tirmizî, "Şehâdât", 1-4;Muvatta, "Akdiye", 2-5.

¹⁷ el-Bakara, 2/282.

¹⁸ en-Nisâ, 4/15.

¹⁹ Buhâri, "Rehn", 6, "Şehâdât", 20.

²⁰ İbn Kudâme, XII, Makdisî, XII, 2;Terhûnî, s. 40;Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 19;Ferhât, M.Naîm, *et-Teşrû'l-Cinâiyü'l-İslâmî*, Cidde 1984, s. 217.

²¹ Bilgi için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 113;Kâsânî, VI, 266;Mevsilî, II, 141;İbnü'l-Hümâm, VI, 455;İbn Kudâme, XII, 27;İbn Rüşd, II, 385;Hattâb,VI, 150;Şirbînî, IV, 427;Meydânî, IV, 57;Bilmen, VIII, 125;Üdeh, Abdulkadir, *et-Teşrû'l-Cinâiyü'l-İslâmî Mukârenen bi'l-Kânûnî'l-Vad'i*, Beyrut, ty., 1,396;Terhûnî, s.40;Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 32;Ferhât, s. 217;Bayındır, s. 145;Akşit, s. 131;Akgündüz, s. 742.

²² Mevsilî, II, 140;İbn Hazm, IX, 395; İbn Kudâme, XII, 27;İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VIII, 178; İbn Rüşd, II, 385;Meydânî, IV, 55;İbn Kayyım, *et-Turuku'l-Hukmiyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyye*, Beyrut 1989, s. 126;a.mlf., *l'İlmu'l-Muvakkâin an Rabbi'l-Âlemîn*, Beyrut 1973, I, 92;Üdeh, II, 410;Bayındır, s. 158.

İslâm ceza hukuk doktrininde zina suçu dışındaki had ve kısas suçlarının ispatı için yukarıdaki nitelikleri taşıyan iki erkeğin şahitlikte bulunması şart koşulmuştur.²³ Zina suçunda ise, dört kişinin (erkek) şahitliği gerekli görülmüştür.²⁴ Hemen hemen bütün İslâm hukukçularına göre had ve cinâyet suçları dışındaki hukuki davalarda ise, bir erkekle birlikte kadınların şahitliği de kabul edilmiştir. Ancak bu tür davalarda, iki kadının yaptığı şahitlik, bir erkeğin şahitliğine denk kabul edilir. Doğum, bekâret gibi sadece kadınların muttali olabileceği hususlarda ise, kadınların aralarında erkek şahit bulunmaksızın tek başına şahitlik yapabilecekleri ifade edilmiştir.²⁵

İslâm hukukunda şahitlik, ihtiyaç duyulduğunda yerine getirilmesi (edası) farz (görev) kabul edilmiş bir ispat vasıtasıdır. Nitekim bu zorunluluk Kur'an-ı Kerim'de, "Şahitler (şehadetî edaya) çağırıldıklarında, gelmezlik etmesinler."²⁶, "Şahitliği gizlemeyin. Kim onu gizlerse, bilsin ki onun kalbi günahkârdır. Allah yapmakta olduklarınızı bilir."²⁷ ve "Şahitliği Allah için yerine getirin."²⁸ âyetleri ile dile getirilmiştir. Buna göre kişinin şahitliğine ihtiyaç duyulan hususlarda şahitlikten kaçınmaması bir görevdir. Hukuken belirlenen şartları taşıyan kişi, hakkın ortaya çıkmasını sağlayacak başka bir delil ya da tanık yoksa, şahitlik yapmak zorundadır.

Toplumsal perspektiften baktığımızda şahitliğin yerine getirilmesi, farz-ı kifayedir (kitlesele farz=görev), hatta eda safhalarına göre şahitlik, farz-ı ayn (kişisel farz =görev) konumuna bile gelmektedir. Ancak şunu belirtelim ki, şahitliğin yerine getirilmesindeki bu zorunluluk, daha çok mal ve can güvenliğine karşı işlenen suçlarda söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle, kişisel haklara karşı girişilen haksız saldırılarda tanıkların şahitlikten kaçınmaları İslâm hukuk terminolojisi ve hükümler hiyerarşisinde, farz-ı ayn olarak nitelendirilmektedir.²⁹ Şahısların mal veya can güvenliğine karşı işlenen suçlarda şahitlik zorunludur. Bu tür olaylara şahit olan ve belirli nitelikleri taşıyan kimsenin şahitlik yapmaması, yukarıda naklettiğimiz âyetlerden de anlaşılacağı gibi, İslâm'da tasvip edilmiştir. Zira burada şahitliğin gizlenmesi, başka bir şahsın hakkının zayi olmasına neden olmuş, dolayısıyla da şahitliği gizleyen kişi, bir anlamda zulme iştirak etmiştir. Bu da İslâm'ın tasvip etmediği bir tutumdur. Ancak İslâm ceza hukukunda had kapsamında ele alınan suçlarda, olaya tanık olan kimse, şahitlik edip etmeme noktasından serbesttir. Şunu belirtelim ki, bu tür suçlarda, şahitliğin gizlenmesi daha uygun ve faziletli görülmüştür.³⁰ Nitekim zina suçu işleyen Mâiz'i, Resûlullah'ın yanında ikrara teşvik eden Hazzâl isimindeki kişiye Hz. Peygamber'in "Keşke onu elbisenle örtseydin (de görmeseydin). Bu senin için

²³ Serahsî, XVI, 114;Kâsânî, VI, 277;Mevsilî, II, 140;İbn Kudâme, XI,421; İbnü'l-Hümâm, VI, 450;Molla Hüsrev, II, 371;Meydânî, IV, 55;Şirbînî, IV, 441;İbn Rüşd, II, 387;Bilmen, VIII, 124;Akşit, s. 133.

²⁴ Kâsânî, VI, 277;Mevsilî, II, 140;İbn Kudâme, XII,5; İbnü'l-Hümâm, VI, 450; Molla Hüsrev, II, 371;Meydânî, IV, 55;Şirbînî, IV, 441;İbn Rüşd, II, 387;Bilmen, VIII, 124; Akşit, s.133.

²⁵ Kâsânî, VI, 279;Mevsilî, II, 140;İbnü'l-Hümâm, VI, 451;İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 387;Şirbînî, IV, 442;Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1993, I, 684; Meydânî, IV, 56;İbn Kayyım, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, s. 128; Üdeh, II, 410;Akşit, s. 133; Bayındır, s. 158.

²⁶ el-Bakara, 2/282.

²⁷ el-Bakara, 2/283.

²⁸ et-Talak, 65/2.

²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 177;Kâsânî, VI, 282;Mevsilî, *el-İhtiyar*, II, 139;İbnü'l-Hümâm, VI, 447; İbn Kudâme, XII, 3;Şirâzi, *el-Mühhezzeb*, II, 323;Şirbînî, IV, 450;İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, yy., ty., I, 256;Hattâb, *Mevâhib*, VI, 194;İbn Kayyım, *l'âm*, I, 96;Meydânî, IV, 54; Bilmen, VII, 124; Atar, s. 192;Akşit, s. 134.

³⁰ Serahsî, XVI, 114;Kâsânî, VI, 282;Mevsilî, II, 139;İbnü'l-Hümâm, VI, 448;Meydânî, IV, 54; Hattâb, *Mevâhib*, VI, 164;Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl* (Mevâhib ile), VI, 166;Akşit, s. 135.

daha hayırlı olurdu."³¹ buyurması, bu çeşit suçların deşifre edilmemesine en güzel delil olsa gerek. Zira bazı suçların deşifre edilmesi, topluma, suçluya uygulanacak cezadan daha fazla zarar vermektedir. Ayrıca bu konuda Peygamber (s.a.s), "*Kim bir müslümanın ayıbını örterse, Allah'da kıyamet gününde onun ayıbını örter.*"³² ifadesiyle kul hakkı bulunmayan suçlarda, kusurların ifşa edilmemesinin önemini vurgulamıştır.

Şahitliği eda etmenin veya gizlemenin faziletli kabul edilmesinde, maslahat (fayda) ve mefsedet (zarar) dengesinin³³ gözetilmesi temel ölçüttür. Buna göre şahitlik, niteliği itibarıyla had suçu da olsa herhangi bir şahsın hakkının zayi olmasına neden olacak bir konuda ise, haliyle şahitlikte bulunmak daha faziletli ve makbul olacaktır. Örneğin hırsızlık suçunda, şahit hırsızlık olayını gördüğü halde gizlerse, bir hakkın zayi olmasına sebep olacaktır. Ancak burada mal sahibi mahkemede dâva açmazsa o zaman şahidin re'sen böyle bir suça şahitlik için müracaatı uygun olmayabilir. Bir de tanıklıkta, kaynaklarda ifade edildiği gibi, hırsıza el kesme cezasının uygulanmasını önlemek için formel manada suçun oluşumunu etkileyecek ancak malı çalınan kimsenin de mağdûr olmasına sebebiyet vermeyecek ifadelerin kullanılması daha uygun kabul edilebilir. Örneğin malın çalındığına tanık olan şahidin "malı çalarken gördüm" yerine "malı alırken gördüm" ifadesini kullanması gibi. Bu tarz bir ifadeyle, bir taraftan mal sahibinin hakkının zayi olması önlenirken, diğer taraftan da hırsıza el kesme cezası uygulanmasına mani olunmuş olur.³⁴ Ancak kişisel haklara zarar vermeyen sadece kamusal hak ile ilgili suçlarda şahitliğin gizlenmesi daha uygun olabilir. Örneğin içki içen bir şahıs, kamu düzenini bozucu nitelikte eylemlerde bulunmadığı sürece onun bu suçuna tanıklık etmek yerine gizlemek daha faziletli olabilir.³⁵

B. SUÇLARIN İSPATINDA KADINLARIN ŞAHİTLİĞİ

İslâm hukukunda kadınların şahitliği konusundaki tartışmalar daha çok ceza hukukunda odaklanmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukukçuların çoğunluğu tarafından kadınların had ve karşılığında kısas uygulanan cinâyet suçlarında şahitliği kabul edilmiştir. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle İslâm ceza hukukunda suçlar ve cezalar hakkında genel bir bilgi vermenin daha isabetli olacağı kanısındayız.

1. Genel Olarak Suç ve Cezalar:

İslâm ceza hukukunda suç; Allah Teala'nın had veya ta'zir cezalarıyla cezalandırıldığı hukuki yasaklar³⁶, mala veya cana karşı işlenen, şer'an haram kılınmış fiil³⁷, Allah'ın, yapılmasını yasakladığı bir şeyi yapmak, yapılmasını emrettiği bir şeyi yapmamak³⁸ ve yapılması halinde ceza verilen yasak fiilin işlenmesi ya da terkinde ceza verilen bir fiilin adı³⁹ şekillerinde tanımlanmıştır.

³¹ Ebû Dâvud, "Hudûd", 7; Muvatta, "Hudûd", 3; Müsned, V, 217.

³² Buhâri, "Mezâlim", 3; Müslim, "Birr", 58; Ebû Davûd, "Edeb", 38; Tirmizî, "Hudûd", 3.

³³ Maslahat ve mefsedet konularında bilgi için bkz. Bûtî, S. Ramazan, *Davâbitü'l-Maslahâ fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*, Dimeşk 1992, s. s.27.

³⁴ Mevsilî, II, 140; İbnü'l-Hümâm, VI, 450; Molla Hüsrev, II, 371; Meydânî, IV, 55.

³⁵ Benzeri yaklaşım için bkz. Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, VI, 165; Mevâk, *et-Tâc*, VI, 166.

³⁶ Mâverdi, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*, Beyrût 1990, s.361.

³⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 84.

³⁸ Ebû Zehra, *el-Cerime fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, yy., ty., s.24 ; Hasaneyn, İzzet, *en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Cerime*, yy., 1984, s.13.

³⁹ Üdeh, I, 66.

Ceza ise; Şâriin (Kanun koyucunun) yapılmasını emrettiği bir şeyin terki veya yapılmasını yasakladığı bir şeyin yapılması durumunda, failini caydırmak amacıyla koymuş olduğu yaptırıma denir.⁴⁰ Daha kapsamlı bir tanımı şöyle yapabiliriz: Şâriin fert ya da kamu menfaati gereği yapılmasını emrettiği fiillerin terki veya terkedilmesini istediği fiillerin yapılması durumunda, hukuken sorumlu şahıslara uyguladığı maddi ve manevi yaptırımlar topluluğuna ceza denir.

Günümüz ceza hukukunda ise suç; sorumlu bir şahıs tarafından, müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen, ceza tehdidini taşıyan bir kanundaki tarife uygun ve hukuka aykırı olan bir fiil şeklinde tanımlanmaktadır.⁴¹ Ceza ise; suç işleyen kişiye, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun ağırlığına göre uygulanan ve kişiyi belirli bazı yoksunluklara uğratan yaptırım şeklinde tanımlanmaktadır.⁴²

Suç ve cezanın kökeni insanlık tarihi kadar eskidir. Gerçek şu ki, insanın var olduğu yerde suç da vardır. Nitelik ve niceliği değişse de suçun işlendiği yerde ceza söz konusu olmuştur. Nitekim ilk peygamber ve ilk insan Hz. Adem ve eşinin kendilerine yasaklanmış bir davranışta bulunmaları ve bu davranış sonucunda cezalandırılmaları, suç ve ceza kavramlarının insanlık tarihi ile temellendirilmesi noktasında bize bir fikir vermektedir. Kur'an-ı Kerim'de, "Biz: Ey Âdem! Sen ve eşin beraberce cennette yerleşin; orada kolaylıkla istediğiniz zaman her yerde cennet nimetlerinden yiyin; sadece şu ağaca yaklaşmayın. Eğer bu ağaçtan yerseniz her ikiniz de kendine kötülük eden zalimlerden olursunuz, dedik."⁴³ âyeti ile dile getirildiği üzere Allah Teâla, Hz. Adem ve eşine uymaları gereken bir yasak koymuştur.⁴⁴ Hz. Adem ve eşinin bu yasağı çiğnemeleri ve cennetten çıkarılışları, hukuki anlamda bir suçun işlenmesi ve karşılığında bir cezanın verilmesinin ilk örneğini teşkil etmektedir.

İslâm ceza hukukunda suçlar ve karşılığında uygulanan cezalar genelde hadler, cinâyetler (öldürme ve yaralamalar) ve ta'zir cezaları olmak üzere üçlü bir ayırma tâbi tutulmaktadır. Bu ayırım, bütün suç ve cezaların adeta omurgasını teşkil etmektedir.

Bir İslâm hukuku terimi olarak had; Allah hakkı (kamu hakkı) olarak uygulanması gereken, miktarı belli cezalara denir.⁴⁵ Dolayısıyla had suçları da; "Şâri' tarafından karşılığında, kamu hakkı olarak uygulanması gereken, miktarı belli cezalar konulmuş suçlar" şeklinde tanımlanabilir.

Zina, hırsızlık, kazf (zina isnadı), yol kesme (eşkıyalık), içki içme, irtidad (dinden dönme) ve bağy (yasal düzene isyan) suçları ve bu suçlar karşılığında uygulanan cezalar, genelde had suçu ve had cezası olarak nitelendirilmiştir. Uygulanacak ceza miktarının belirli oluşu, hakimin takdir yetkisinin bulunmaması, affın geçersiz oluşu ve kamusal hak (Allah hakkı) gereği uygulanışları bu tür suç ve cezaların en belirgin özellikleridir.⁴⁶

⁴⁰ Behnesî, el-Mevsûatü'l-Cinâiyye, IV, 72.

⁴¹ Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1967, I, 316.

⁴² İçel-Kayihan, Ceza Hukuku, İstanbul 1993, I, 27.

⁴³ el-Bakara, 2/35.

⁴⁴ Âyetin tefsiri için bkz. Râzî, et-Tefsîru'l-Kebîr, Beyrut 1990, III, 3; İbn Kesîr, Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm, İstanbul 1986, I, 78; Elmalılı, Hak Dini Kur'an Dili, İstanbul, ty., I, 321; Ateş, Süleyman, Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri, İstanbul 1986, I, 129.

⁴⁵ Kâsânî, Bedâiu's-Sanâi, VII, 33; Mevsilî, el-İhtiyâr, IV, 79 ; İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, Beyrût, ty., V, 3; Behnesî, Medhal, s.21.

⁴⁶ Kâsânî, VII, 33; Mevsilî, IV, 79; İbnü'l-Hümâm, V, 3; İbn Âbidîn, VI, 3; Üdeh, I, 81; Cezîrî, Kitabu'l-Fıkh ala'l-Mezâhibi'l-Erbaa, Beyrût 1986, V, 9; Gâmidî, Esbâbu Sukûti'l-Ukûbe fî'l-Fıkhî'l-İslâmî, Mekke 1994, s. 25; Ebû

Söz konusu ayırımında yer alan cinâyet suçları ise; insanın canına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenmesi yasak olan fiillere denilmektedir.⁴⁷ İslâm ceza hukukunda insanın can ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar; kasten öldürme (*amden katl*), kasıt benzeri öldürme (*şibh-i amd*), hataen öldürme (*hataen katl*), kasten işlenen müessir fiiller (*yaralama ve sakatlamalar*), hataen işlenen müessir fiiller ve tesebbüben (dolaylı) öldürme ve yaralama şeklinde bir ayırıma tabi tutulmaktadır.

Cinâyet suçları ve karşılığında uygulanan cezalar, klasik kaynaklarda, "cinâyât (öldürme ve yaralamalar)", "cirâh (yaralamalar)" ve "diyât (diyetler)" başlıkları altında ele alınmaktadır.⁴⁸ Bu başlıklar altında daha çok kısas ve diyet cezalarını gerektiren suçlar işlendiğinden, bazı kaynaklarda bu suçlar, kısas ve diyet suçları şeklinde de isimlendirilmektedir. Bu tarz bir kullanımda büyük ölçüde, fakihlerin, "cinâyet" kelimesini bu fiillere ad olarak kullanmayı gelenekselleştirmelerinin etkisi vardır.⁴⁹ Kapsam olarak incelediğimizde, genel adıyla cinâyet, özel adıyla kısas ve diyet suçlarının, kişinin ya hayatına ya da vücut bütünlüğüne karşı işlenmiş suçlar olduğunu görürüz. Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar da günümüzde "Müessir fiil" terimi ile ifade edilmektedir. Müessir fiiller, ölümle sonuçlanmayan yaralama, herhangi bir organ ya da uzvun işlevini yitirmesine sebebiyet veren fiillerden ibarettir.⁵⁰ Cinâyet suçları karşılığında uygulanan kısas ve diyet cezalarında mağdûr veya mirasçıları, suçluyu af edebilir. Kul hakkı ile ilgili olmalarından dolayı, hak sahibi şahsın suçluyu affı geçerlidir.⁵¹ Suçlunun, hak sahibi tarafından af edilmesi durumunda kendisine kısas cezası uygulanmaz. Ancak yetkili merci, uygun görürse kamu menfaati gereği suçluya ta'zir cezası uygulayabilir. Nitekim önde gelen İslâm hukuk ekollerinden Maliki mezhebinin görüşü de bu doğrultudadır.⁵²

Ta'zir cezaları ise; had ve cinâyet suçları dışında kalan, yasaklığı bazen nasslarla ifade edilmekle beraber ceza miktarı belirtilmemiş olup takdir ve tayini yetkili mercie bırakılmış olan, kişi ya da kamu yararı adına uygulanması gereken cezalara denilmektedir.⁵³ Ta'zir suç ve cezalarının çerçevesi oldukça geniştir. Had ve cinâyet suçlarında olduğu gibi belirli bir sınır veya sayı söz konusu değildir. Yetkili merci, fert veya toplum zararına gördüğü herhangi bir fiili yasaklayıp, bu fiilin işlenmesi durumunda failine ceza uygulayabilir. Ta'zir suçları, cezalarının miktarının nasslarda takdir edilmemesi, affin geçerli

Zehra, *el-Ukûbe fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, ty., s.105; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1987, I, 125; Avvâ, *Fî Usûli'n-Nizâmi'l-Cinâiyi'l-İslâmî*, Kahire 1983, s. 123; Bardakoğlu, Ali, "Ceza", DİA

⁴⁷ İbn Kudâme, IX, 318; Mevsilî, V, 22; Bilmen, III, 27; eş-Şazeli, "Cinâyet", DİA.

⁴⁸ Bkz. Kâsânî, VII, 233; İbn Kudâme, IX, 318; İbn Rüşd, II, 330; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, Mısır 1967, VII, 247; Mevsilî, V, 22; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, ty, VIII, 326; Kâdızâde, *Netâicu'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr* (Şerhu Fethi'l-Kadir'le) IX, 137; Bilmen, III, 27; Husarî, *el-Kısas, ed-Diyât ve'l-İsyânü'l-Müsellağ fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire 1988, s.53; Zeydan, Abdülkerim, *el-Kısâs ve'd-Diyât fi'ş-Şerâti'l-İslâmiyye*, Beyrut 1998, s. 25; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VI, 215; Behnesî, *el-Cerâim fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire 1988, s. 215; Gâmidî, s.49; Üdeh, I, 79 ; Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum 1977, s.66; eş-Şazeli, "Cinâyet", DİA.

⁴⁹ Kâsânî, VII, 233; Kâdızâde, *Netâicu'l-Efkâr*, IX, 137.

⁵⁰ Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1996, s.41

⁵¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 154; İbn Âbidîn, X, 196; Buhûtî, *Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l-İknâ'*, Beyrût 1982, V, 542; Husarî, *el-Kısâs*, s.544; Rekbân, A. el-Alî, "el-Afv ani'l-Kısâs", M.A.Ş., sy.X, Riyad 1399, s.275; Üdeh, II, 157.

⁵² İbn Ferhûn, *Tebşiratu'l-Hukûm*, II, 259; Üdeh, I, 81; Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s.102.

⁵³ Kâsânî, VII, 63 ; Mâverdi, *el-Ahkâm*, s.386 ; Akşit, s.50.

olması ve hakimin takdir yetkisinin bulunması gibi özellikleriyle diğer suçlardan ayrılmaktadır.⁵⁴

2. Kadınların Şahitliği:

Yukarıda da belirttiğimiz gibi İslâm ceza hukukunda suç ve cezalar, had, cinâyet ve ta'zir şeklinde üçlü bir ayırıma tâbi tutulmuştur. Bu suçları işleyen kişilere her hukuk sisteminde olduğu gibi fert ve toplum düzenini korumak amacıyla belli yaptırımlar uygulanır. Kişilerin ikrarı dışında mağdûr tarafından yargı organlarına intikal ettirilen bu suçların ispat edilmesi gerekli görülmüştür. İspat vasıtalarının başında da şahitlik gelmektedir.

İslâm ceza hukukunda daha önce de belirttiğimiz gibi, fakihlerin çoğunluğuna göre, zina suçu dışındaki had ve kısas gerektiren cinâyet suçlarının ispatı için belirli nitelikleri taşıyan iki erkeğin şahitlikte bulunması şart koşulmuştur.⁵⁵ Bu tür suçların ispatında iki erkek şahidin tanıklığının gerektiği görüşünün hukuki dayanağını, "...Erkeklerinizden iki şahit bulundurun..."⁵⁶ âyeti teşkil etmektedir.⁵⁷ Ne hikmetse, bir borç ilişkisinde takip edilecek hukuki prosedürü dile getiren bu âyeti, zina dışındaki had ve cinâyet suçlarına uyarlayan hukukçuların çoğunluğu, bu âyetin kadınların şahitliğinin de hukuki dayanağını teşkil eden "...Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için-iki kadın (olsun)."⁵⁸ kısmını almamışlardır. Zina suçunda ise, dört erkeğin şahitliği gerekli görülmüştür.⁵⁹ Bu görüşün hukuki temeli ise, "Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse, o kadınları ölüm alıp götürünceye yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde hapsedin."⁶⁰ ve "İffetli kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin..."⁶¹ âyetlerine dayanmaktadır. İslâm hukukçuları bu âyetlere dayanarak zina suçunun ispatı için dört erkek şahidin tanıklığını gerekli görmüşlerdir. Burada konusu mal olan diğer hukuki davalarda olduğu gibi iki kadın şahit bir erkek şahit yerine kabul edilmez.⁶² Başka bir ifadeyle zina suçunda kadınların şahitliği geçersizdir. Hukukçuların yukarıda naklettiğimiz âyetlerin lafzî yorumlarını esas almaları böyle bir sonuca ulaşmalarında en önde gelen etkidir. Âyette geçen " *minkum*" lafzı Arap dil kurallarına göre erkekler için kullanılır. Bu lafzın kadınlar için kullanımı ise "*min-künne*" şeklindedir. Önde gelen İslâm hukuk ekollerinden Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhepleri başta olmak üzere İslâm bilginlerinin çoğunluğuna göre, kadınların had ve

⁵⁴ Bkz. Kâsânî, VII, 62;İbn Kudâme, X, 347; Şurunbulâli, *Gunyetu zevi'l-Ahkâm* (Dureru'l-Hukkâm ile), II, 74; Mâverdî, *el-Ahkâm*, s.387; İbn Kayyim, *l'âmû'l-Muvakkûin*, II, 118; Merdâvî, *el-İnsâf*, Beyrut 1957, X, 239;Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû'*, Cidde, ty., XXII, 304; Âmir, Abdülaziz, *et-Ta'zir fi's-Şeriatil-İslâmiyye*, Kahire 1969, s.52; Üdeh, I, 80 Avvâ, s. 257;Bardakoğlu, Ali, "Ceza", DİA.

⁵⁵ Serahsî, XVI, 114;Kâsânî, VI, 277;Mevsilî, II, 140;İbn Kudâme, XI,421; İbnü'l-Hümâm, VI, 450; Molla Hüsrev, II, 371;Meydânî, IV, 55;Şirbînî, IV, 441;İbn Rüşd, II, 387;Bilmen, VIII, 124; Akşit, s. 133.

⁵⁶ el-Bakara, 2/282.

⁵⁷ Kâsânî, VI, 279;Mevsilî, II, 140;Mergînânî, *el-Hidâye* (Fethu'l-Kadir'le), VI, 451;Molla Hüsrev, II, 371;Harezmi, *el-Kifâye*, VI, 451;Bâbertî, *Şerhu'l-İnâye ala'l-Hidâye*, VI, 451; Meydânî, IV, 55;Şirbînî, IV, 442.

⁵⁸ el-Bakara, 2/282.

⁵⁹ Serahsî, XVI, 114;Kâsânî, VI, 277;Mevsilî, II, 140;İbn Kudâme, XII,5; İbnü'l-Hümâm, VI, 450;Molla Hüsrev, II, 371;Meydânî, IV, 55;Şirbînî, IV, 441;İbn Rüşd, II, 387;İbn Kayyim, *l'âm*, I, 91;Bilmen, VIII, 124;Akşit, s. 133.

⁶⁰ en-Nisâ, 4/15.

⁶¹ en-Nûr, 24/4.

⁶² Kâsânî, VI, 277;Mevsilî, II, 140;İbn Kudâme, XII, 5;İbnü'l-Hümâm, VI, 450; Şurunbulâli, II, 371;Meydânî, IV, 55;Şirbînî, IV, 441;İbn Rüşd, II, 387;Bilmen, VIII, 124.

kıyas suçlarında hemcinsleri veya erkeklerle birlikte şahitliği geçersizdir.⁶³ Malikiler, kasten müessir fiillerde kadınların erkeklerle birlikte (iki kadın bir erkek) şahitliklerinin kabul edileceği görüşüyle çoğunluğun görüşünden ayrılmışlardır.⁶⁴ Hukukçuların çoğunluğu, kadınların bu tür suçlarda tanıklığını kabul etmemekle birlikte, bazı durumlarda kadınların şahitliğinin geçerli olabileceğini ancak suçluya kadınların şahitliğine dayanarak aslı cezanın⁶⁵ yerine bedel cezanın⁶⁶ uygulanabileceğini ifade etmişlerdir. Örneğin kadınlara ait hamamlarda meydana gelen öldürme olaylarında kadınların şahitliği ile her ne kadar kıyas cezası uygulanmazsa da suçlu, diyet ödemekle yükümlü tutulur.⁶⁷ Buna karşılık hemen hemen bütün İslâm hukukçularına göre, had ve cinâyet suçları dışındaki hukuki davalarda bir erkekle birlikte kadınların şahitliği de kabul edilmiştir. Bu tür davalarda kadının şahitliğinin geçerli kabul edilmesinin hukuki dayanağı ise, "...Erkeklerinizden iki şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için-iki kadın (olsun)."⁶⁸ âyetidir.⁶⁹ Doğum, bekâret gibi sadece kadınların muttali olabileceği hususlarda ise, kadınların tek başına şahitlik yapabileceği ifade edilmiştir.⁷⁰

Çoğunluğun görüşüne karşın başta Atâ b. Ebî Rebâh (ö.114/732)⁷¹, Hammâd b. Ebî Süleyman (ö.120/738)⁷² gibi tâbiînin büyükleri olmak üzere, Zahiriler ve bir kısım ilim adamı, hukukun diğer bölümlerinde olduğu gibi ceza hukukunda da kadınların (iki kadın bir erkek yerine kaim olmak üzere) erkeklerle birlikte şahitliklerinin kabul edileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir.⁷³ Bu görüş sahiplerine göre, zina suçu dışındaki suçlar ile hukukun her bölümünde bir erkekle birlikte iki kadının şahitliği yeterli ispat vasıtasıdır. Kadınların aralarında erkek olmaksızın şahitlikleri kabul edilmez. Zina suçunda ise, kadınların hemcinsleriyle birlikte (iki kadın = bir erkek olmak koşuluyla) yapacakları şahitlik geçerli-

⁶³ Mâlik, *el-Müdevenetü'l-Kübrâ*, Bağdat 1970, IV, 160;Şafii, *el-Ümm*, Beyrut 1973,VI, 14,15; Kâsânî, VI, 279;Mevsilî, II, 140;İbnü'l-Hümâm, VI, 451; İbn Rüşd, II, 387;Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, II, 333;Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VIII, 310;Şîrbînî, IV, 442;Cessâs, I, 684; Meydanî, IV, 56; İbn Kayyım, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, s. 128; Üdeh, II, 410;Akşit, s. 133.

⁶⁴ İbn Rüşd, II, 388;Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 185;İbn Ferhûn, *Tebîratü'l-Hukkâm*, I, 211 vd.;İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Beyrut 1968, s. 204,233.

⁶⁵ Aslı cezalar: Suçun doğrudan doğruya karşılığı olan cezalardır. Öldürme suçu için kıyas, hırsızlık suçu için el kesme cezaları gibi. Bkz. Üdeh, I, 632; Behnesî, *el-Ukûbe fi'l-Fıkhu'l-İslâmî*, Beyrût 1983, s.123.

⁶⁶ Bedel cezalar: Kanun koyucunun, suça karşılık koymuş olduğu asli cezanın, hukuki bir sebeple uygulanamaması durumunda, asli cezanın yerine geçen cezalardır. Örneğin, kıyasın uygulanamaması durumunda diyet, had ve kıyas cezaları tatbik edilemediğinde ta'zir cezasının uygulanması gibi. Bkz. Üdeh, I, 632.

⁶⁷ İbn Kayyım, *l'lâm*, I, 97;Bayındır, "Kadın", Kur'an Mesajı, c.II, sy. 13-15,İstanbul 199, s. 136.

⁶⁸ el-Bakara, 2/282.

⁶⁹ Mevsilî, II, 140;İbn Kudâme, XII, 10;İbn Rüşd, II, 387.

⁷⁰ Kâsânî, VI, 279;Mevsilî, II, 140;İbnü'l-Hümâm, VI, 451;İbn Kudâme,XII, 23;İbn Rüşd, II, 387; Molla Hüsrev, II, 372;Şîrbînî, IV, 442;Hattâb, VI, 181;Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 684; Meydanî, IV, 56;İbn Kayyım, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, s. 128;a.mlf., *l'lâmu'l-Muvaakkîn*, 92; Üdeh, II, 410;Bayındır, s. 158.

⁷¹ Tâbiî devri Mekke fıkıh mektebinin tanınmış temsilcisi, muhaddis ve müfessir zat.Bkz. Bilmen, *Büyük Tefsir Tarihi*, İstanbul 1973, I, 284;Cerrahoğlu, İsmail, *Tefsir Tarihi*, Ankara 1988, I, 163;a.mlf., "Atâ b. Ebû Rebâh", DİA.

⁷² Büyük İslâm hukukçusu Ebû Hanîfe'nin hocaları arasında yer alan ve Tâbiî devri Kufe şehrinin önde gelen fakihlerinden.bkz. Aras, M.Özgü, "Hammâd b. Ebû Süleyman", DİA.

⁷³ İbn Hazm, *el-Muhalâ*, IX, 395;İbn Kudâme, XII, 5;İbn Rüşd, II, 387;İbn Kayyım, *et-Turuku'l-Hukmiyye*, 128 vd.;Bilmen, VIII, 126;Üdeh, II, 411;Ebû Yahya, M.Hasen, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", Mecelletü'ş-Şerîa ve'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye, c.VI, sy. 14, Kuveyt 1989, s. 201; Ateş, I, 491.

dir.⁷⁴ Bu görüşte olan hukukçular, "...Erkeklerinizden iki şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için-iki kadın (olsun)."⁷⁵ âyetinden hareketle, erkeklerle birlikte kadınların şahitliğinin kabulüne mani herhangi bir engelin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu âyetin zâhiri anlamı söz konusu görüşün belli başlı delillerindedir.⁷⁶ Zira bu âyette erkeklerle birlikte kadınların şahitliği de kabul edilmiştir. Önde gelen İslâm hukukçularından İbn Hazm (ö.456/1063), çoğunluğun görüşünü tenkit ederek ceza hukuku da dahil olmak üzere bütün hukuki ilişkilerde kadınların şahitliğinin geçerli olması gerektiğini etraflıca tartışmıştır. Ayrıca ona göre, iki kadının şahitliği bir erkeğin şahitliğine eşit kabul edilmek koşuluyla (8 kadın = 4 erkek şahit) zina suçunda, kadınların tanıklığı caizdir.⁷⁷ Bu noktada Atâ b. Ebî Rebâh'tan da "Eğer sekiz kadın bir kadının zina suçu işlediğine şahitlik etseydi, onu recmederdim."⁷⁸ sözü nakledilmektedir.

Tazir suçlarında ise, kadınların şahitliği noktasındaki görüşler, çerçevesi oldukça geniş olan bu suçlar karşılığında uygulanacak ceza türüne göre değişmektedir. Dövme, hapis gibi bedenî (fiziki) cezalarda İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, kadınların erkeklerle ya da sadece hemcinsleriyle birlikte yapacakları şahitlikleri kabul edilmez.⁷⁹ Diğer bir kısım hukukçuya göre ise, bu tür ta'zir suçlarında kadınların erkeklerle birlikte şahitlikleri kabul edilir. Hanefi mezhebinin hakim görüşü de bu doğrultudadır.⁸⁰ Başta İbn Hazm olmak üzere diğer bir kısım fakih'e göre ise, fiziki ceza gerektiren ta'zir suçlarında da kadınların erkeklerle veya sadece hemcinsleriyle birlikte yapacakları tanıklıkları geçerlidir.⁸¹

Karşılığında para cezaları gibi malî ceza uygulanan ta'zir suçlarında ise, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, erkeklerle birlikte kadınların (bir erkek- iki kadın) şahitliği geçerlidir.⁸² Yine Hanefi, Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre, bu tür suçların ispatında kadınların aralarında erkek bulunmaksızın hemcinsleriyle yapacakları şahitlik geçerli değildir.⁸³ Buna karşın Maliki ve Zahirilere göre, kadınların aralarında erkek bulunmaksızın hemcinsleriyle yapacakları şahitlik geçerlidir.⁸⁴ İslâm hukukçuları had ve kısas suçlarında Gayr-i Müslim bir kadının müslüman aleyhinde şahitliğinin kabul edilmeyeceği noktasında görüş birliği içindedirler.⁸⁵

⁷⁴ Bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhalâ*, IX, 395; İbn Kayyım, *et-Turuk*, s. 129; a.m.f., *l'lâm*, I, 97; Bilmen, VIII, 126; Ebû Yahya, *agm.*, s. 201.

⁷⁵ el-Bakara, 2/282.

⁷⁶ İbn Kayyım, *et-Turuk*, 126; a.m.f., *l'lâm*, 92 vd.; Ebû Yahya, *agm.*, s.203.

⁷⁷ İbn Hazm, IX, 395; İbn Kayyım, *et-Turuk*, s.132.

⁷⁸ İbn Hazm, IX, 398; İbn Kayyım, *et-Turuk*, s.130.

⁷⁹ Kâsânî, VII, 65; Mahallî, *Şerh ala Minhâci't-Tâlibîn*, Kahire 1956, IV, 325; Kalyûbî, *Hâşiye*, IV, 325; İbn Dûyân, *Menâru's-Sebil fi Şerhi'd-Delîl*, Dimeşk 1979, II, 74; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s. 216.

⁸⁰ Kâsânî, VII, 65; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s. 215.

⁸¹ İbn Hazm, IX, 396; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s. 215.

⁸² Kâsânî, VII, 65; İbn Hazm, IX, 396; İbn Kudâme, VIII, 97; Dirdir, *Şerh*, IV, 187; Mahallî, IV, 324 vd.; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s. 217.

⁸³ Kâsânî, VII, 65; Mahallî, IV, 168, 325; İbn Kudâme, VIII, 8; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s.219.

⁸⁴ İbn Hazm, IX, 396; Dirdir, IV, 187; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s.219.

⁸⁵ Mevsîlî, II, 149; Şirbînî, IV, 427; Üdeh, II, 405; İbn Cüzey, s. 202; Ebû Yahya, "Hukmu Şehâdeti'n-Nisâ fi'l-Ukûbât", s. 192; Bayındır, s. 159.

DEĞERLENDİRME

Geçmişte olduğu gibi günümüzde de kadın, hemen hemen her boyutuyla tartışma konusu olmaktadır. Ahlak, hukuk ve diğer ilim dalları perspektifinden bakıldığında bu tartışmanın özellikle hukuk ve ahlak ekseninde yoğunlaştığını görmekteyiz.

İslâm muhâkeme hukuku açısından baktığımızda kadınların şahitliğinin kabulü ya da reddi noktasında yukarıda da belirttiğimiz gibi değişik görüşler ileri sürülmüştür. Zaman zaman belirtilen görüşler baz alınarak kadın-erkek eşitliği zaviyesinden İslâm'a karşı yersiz ve de tutarsız iddiaların gündeme getirildiğini görmekteyiz. Yine bazen söz konusu görüşlerden hareketle, İslâm'ın kadına yeterli ilgiyi göstermediği onu adeta ikinci sınıf bir yaratık statüsünde değerlendirdiği iddiaları ileri sürülmektedir. Aslında bu iddiaların bir kısmı hareket noktası itibarıyla kısmen de olsa tutarlı gözükmemektedir. Zira kadınların şahitliğinin reddedilmesinin veya tanıklıkta iki kadının bir erkeğe denk tutulmasının gerekçeleri açıklanırken bazı kaynaklarda hiç de makul ve de isabetli olmayan söz ve bilgilere yer verilmiştir. Örneğin kadınların dinlerinin ve akıllarının eksikliği, hafızalarının zayıf olduğu, erkekten yaratıldıkları için, erkeğin kadına nispetle daha üstün olduğu gibi görüşler vardır.⁸⁶ Bu söz ve bilgiler zaman zaman yaygın hadis kaynaklarında yer alan ve Peygamber'e (s.a.s) isnat edilen sözlerle de desteklenmiştir.⁸⁷ Bu kaynaklarda nakledilen yorumlar ya da görüşler, İslâm açısından bağlayıcı nitelik ve statüde değildir. Söz konusu görüşlerin tutarlılığı, İslâm'a başka bir ifadeyle onun ana kaynakları olan Kitap ve Sünnete uygunluğu ile ölçülür. Yöneltilen tenkidlerin isabeti de bu kaynaklardaki bilgiler esas alındığı sürece tutarlı olabilir ve İslâm'ı bağlayabilir. Aksi takdirde niteliği ve statüsü ya da İslâm dünyasında şöhreti ne derece yaygın olursa olsun herhangi bir ilim adamı veya mezhebin görüşü esas alınarak İslâm'a karşı yapılan tenkidler, tutarsız olacaktır. Dolayısıyla söz konusu tenkidler, tenkide konu olan görüşün temsilcisi ilim adamı veya mezhebi ilgilendirecektir.

İslâm'da, kadın herşeyden önce erkek gibi Allah'ın, "*Şüphesiz biz insanı en güzel şekilde yarattık*"⁸⁸ sözünün kapsamına giren bir varlıktır. O da erkek gibi Allah katında değerlidir. Hak ve görevleri noktasında denge vardır. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de, "*Kadınların erkeklerle karşı sorumluluklarına denk biçimde hakları vardır...*"⁸⁹ ifadesi bu gerçeği vurgulamaktadır. Söz konusu kaynaklardaki iddialar bir tarafa bırakılırsa, kadınlara verilen değeri ifade eden birçok âyet⁹⁰ ve hadis⁹¹ vardır. Bu bağlamda erkeklere eşleri ile iyi geçinmeleri tavsiye edilmiştir. "*...Onlarla güzellikle geçinin. Eğer onlardan hoşlanmıyorsanız, sabredin, hoşlanmadığınız bir şeyi Allah çok hayırlı kılmış olabilir.*"⁹² buyurulmuştur.

Kadınla erkek arasında psikolojik ve fizyolojik açıdan bazı farklılıklar bulunduğu da bir gerçektir. Eğer her konuda erkek kadın arasında bir eşitlik aranırsa o zaman yaratılan varlığı erkek ya da kadın şeklinde farklı iki kavramla ifade etmek yersiz olurdu. Nitekim

⁸⁶ Bkz. Serahsî, XVI, 113;Kâsânî, VI, 279;İbnü'l-Arabî, 253;Cessâs, I, 699.

⁸⁷ Buhârî, "Hayz", 6, "Şehâdât", 12;Müslim, "İmân", 132;Ebû Davûd, "Sünnet", 15;İbn Mâce, "Fiten", 19;Müsned, II, 67;Dârimî, "Vudû", 104.

⁸⁸ et-Tîn, 95/4.

⁸⁹ el-Bakara, 2/228.

⁹⁰ Örnek olarak bkz. en-Nisâ, 4/19.

⁹¹ Buhârî, "İlim", 31;Müslim, "Hac", 147;Ebû Davûd, "Menâsik", 57, Nikâh, 41;Tirmizî, "Radâ", 11;İbn Mâce, "Nikâh", 50,51; Dârimî, "Nikâh", 34; Müsned, II, 329.

⁹² en-Nisâ, 4/18.

çağımız düşünürlerinden Dr. Alexis Carrel, kadın-erkek arasındaki farklılığın sadece fizyolojik açıdan olmayıp bir çok sebeplerden ileri geldiğini belirttikten sonra sözlerine şöyle devam ediyor: "İşte bu esasları bilmemek feminizm öncülerini, her iki cinsin aynı terbiye, aynı meşgale, aynı yetki ve sorumlulukları alabilecekleri inancına sevk etmiştir. Gerçekte kadın erkekten önemli derecede farklıdır. Kadının vücudundaki hücrelerin her biri cinsinin izlerini taşır. Organik ve bilhassa sinir sistemleri için de durum aynıdır. Fizyolojik kanunlar da yıldızlar âleminin kanunları kadar sert ve merhametsizdirler. Onların yerine insani arzuları koymak imkansızdır. Onları oldukları gibi kabul etmek zorundayız. Kadınlar kabiliyetlerini kendi tabiatları istikametinde geliştirmeli, erkekleri taklit etmeye kalkmamalıdır. Medeniyetlerin ilerlemesinde kadınların rolü erkeklerinkinden daha yüksektir. Bu rolü terketmemeleri gerekir."⁹³

Kadın-erkek arasındaki psikolojik ve fizyolojik farklılıklar, haklar veya yükümlükler noktasında bir eksi ya da artı puan kazandırmaz. Şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, İslâm'da hak-yükümlülük dengesi her zaman korunmuştur. Bu dengenin sağlanması veya bozulmasında, cinsiyet temel bir ölçüt değildir. Kur'an-ı Kerim'de, "*Allah her şahsı ancak gücünün yettiği ölçüde yükümlü kılar.*"⁹⁴ âyeti sorumlulukta denge unsurunu en güzel şekilde dile getirmektedir. Şunu belirtelim ki, zaman, evrendeki hemen hemen herşeyi eskitmekte ve yıpratmakta, buna karşın bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında bir çok ilahî mesajı yenilemekte, onları daha açık ve anlaşılır hale getirmektedir. Dolayısıyla ilahî mesaj ekseninde ortaya atılan görüş ve yapılan yorumlar, daha tutarlı bir nitelik kazanmaktadır. Bu noktada, tarihsel süreç içinde ilmi ehliyetlerinden endişe etmediğimiz birçok bilgin tarafından, âyet ve hadis dayanaklı yorumlar ve ortaya atılan görüşler de değişmeye, yıpranmaya belki de yenilenmeye mahkumdur. Nitekim İslâm hukukunda, sadece alimlerin görüşleri değil hükümlerin de zamanla değişebileceği realitesi, "*Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkar olunamaz.*"⁹⁵ ifadesiyle formüle edilmiştir.⁹⁶ Ortaya atıldığı zaman diliminde, kişiler ya da toplum tarafından hiç de kabul görmeyen birkısım yorum ya da görüşlerin, zamanla daha tutarlı bir seviyeye ulaştığı ve kabul gördüğü de bir gerçektir. Buna karşılık yapıldığı dönemde toplum tarafından benimsenen ve makul kabul edilen görüş ve yorumların da zamanla tutarsız hale geldiğini görmek mümkündür. Dolayısıyla kişilere isnat edilen hiçbir görüş ya da yorum, değişmezlik veya tutarsız konumuna düşmeme nitelik ve masumiyetine sahip değildir. Ayrıca görüş veya yorumların isabeti, kişinin şöhretiyle değil ilgili oldukları alanda temel kabul edilen kaynaklara -ki İslâm için bunlar Kitap ve Sünnettir- uygunlukları ile ölçülür.

İslâm ceza hukukunda kadınların şahitliği konusundaki görüşleri, verdiğimiz bu genel bilgiler çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, İslâm ceza hukukunda had, karşılığında kısas uygulanan cinâyet suçları ve fiziki cezanın söz konusu olduğu ta'zir suçlarında kadınların şahitliği, çoğunluk hukukçular tarafından geçersiz kabul edilmiştir. Buna karşılık hemen hemen bütün İslâm hukukçularına göre had ve cinâyet suçları dışındaki hukuki davalarda, bir erkekle birlikte kadınların şahitliği

⁹³ Carrel, Alexis, *İnsan Denen Meçhul*, çev. Refik Özdek, İstanbul 1976, s.114.

⁹⁴ el-Bakara, 2/286.

⁹⁵ Mecelle, madde 39.

⁹⁶ Hükümlerin zamanla değişikliğe uğraması hakkında bilgi için bkz. Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1990, s. 15 vd; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 100; Zerkâ, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, Dimeşk 1989, s. 227.

de kabul edilmiştir. Örneğin kısas yerine diyet uygulanması gibi karşılığında mal (tazminat) söz konusu olan suçların ispatında aralarında erkek bulunmak koşuluyla kadınların şahitliği (iki kadın + bir erkek) kabul edilmiştir. Çoğunluğu temsil eden bu görüş sahipleri, kadınların şahitliğinin kabul edilmemesinde şahitlik ile ilgili âyetleri, bazen lafzî bir yoruma tâbi tutmuşlar, bazen de belirli bir konuda inen âyeti diğer konulara kıyas etmişlerdir. İslâm hukuk metodolojisi açısından bunda yadırganacak bir şey yoktur. Ancak bu kıyas ve lafzi yorum işleminin subjektif değil objektif ilkelere bağlanması ve bu doğrultuda seyretmesi gerekir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla kadınların şahitliği noktasında âyetler arasında yapılan kıyas ve lafzi yorumlarda, bu kurala uyulmadığını görmekteyiz. Örneğin zina suçunun ispatında dört şahit bulunması gerektiği ifade edilirken, "*Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirin...*"⁹⁷ âyetine dayanılmış, diğer suçların ispatında iki şahit gerekir görüşünün hukuki temeli ise, aslında borç ilişkisini düzenleyen "*...Erkeklerinizden iki şahit bulundurun...*"⁹⁸ âyetine dayandırılmıştır. Ancak bu âyetin, iki kadın ile bir erkeğin şahitliğinin de iki erkeğin şahitliğine denk tutulduğunu belirten, "*...Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkek ile -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için-iki kadın (olsun).*"⁹⁹ kısmı ne hikmetse had, cinâyet ve fiziki ceza gerektiren ta'zir suçlarının ispatında delil olarak alınmamıştır. Zina suçunun ispatında şahitlerin hepsinin erkek olması gerektiği görüşüne, âyetteki¹⁰⁰ "*...sizden*" anlamına gelen "*min-kum*" lafzının Arap dilinde erkekler için kullanıldığı tezinden hareket edilerek ulaşılmıştır. Kur'an'ın geneli açısından olayı değerlendirdiğimizde böyle bir tezle hareket etmemiz bizi içinden çıkamayacağımız birçok problemle karşı karşıya bırakır. Çünkü birçok âyette, ilke olarak Arap dilinde erkekler için kullanılan "*...kum*" lafzı kesin olarak kadınları da bu hitabın kapsamına almaktadır. Böyle bir yaklaşımla hareket edilirse, kadınlar İslâm'da farz ya da haram kabul edilen birçok yükümlülüğün dışında kalırlar. Kur'an-ı Kerim'de bu tür bir ifade kullanımı yanlış anlaşılmanın önüne geçmek içindir. Kur'an'ın genel üslubu içinde Arap dilinde normalde erkek muhataplar için kullanılan "*kum, hum vb.*" lafızlar aynı zamanda kadınları da kapsamına almaktadır. Aynı şeyleri kadınlar için kullanılan, "*...hünne, kunne vb.*" lafızlar için söyleme imkanımız yoktur. Söz konusu âyetlerde şayet bu tür lafızlar kullanılsaydı, hitabın kapsamı daraltılmış olurdu. Bu nedenle Kur'an'ın genel üslubu dikkate alındığında, erkekler için kullanılan zamir, emir ve nehiy kiplerinin kadınları da kapsadığı görülür. Örneğin orucun farzietini bildiren âyette, "*...size*" anlamındaki "*...aleykum*"¹⁰¹ lafzı kullanılmıştır. Yine zinanın haramlığını ifade eden âyette, "*Zinaya yaklaşmayın...*"¹⁰² ifadesi de Arap dil kurallarına göre erkeklere hitap şeklindedir. Ancak kadınlar da zina suçu işlememek ve oruç tutmakla yükümlüdürler. Dolayısıyla çoğunluğun suçların ispatı noktasında kadınların şahitliğinin reddi noktasında âyetlere getirmiş oldukları lafzî yorum, kanaatimizce isabetli değildir. Bu âyetler kadınların da erkekler gibi gerek had gerekse cinâyet suçlarında şahitliğine engel teşkil etmez. Görüldüğü gibi had, cinâyet ve ta'zir suçlarında erkeklerle birlikte kadınların şahitliğini yasaklayan ne bir âyet ne de bir hadis söz konusu değildir. Bu âyetler dışında çoğunluk fakihler, görüşlerini

⁹⁷ en-Nisâ, 4/15.

⁹⁸ el-Bakara, 2/282.

⁹⁹ el-Bakara, 2/282.

¹⁰⁰ en-Nisâ, 4/15.

¹⁰¹ el-Bakara, 2/183.

¹⁰² el-İsrâ, 17/32.

destek için sahabî ve tâbiîn söz ve uygulamalarından da istifade etmişlerdir. Ancak sahabî ve tabîlere atfedilen söz ve görüşlerde de farklılıklar vardır. Çoğunluğun, herhangi bir sahabî ya da tabîinin sözünü tercihteki ölçütü nedir bu net değildir.¹⁰³ Şöyle ki, önde gelen tâbiîn fakihlerinden Atâ b. Ebî Rebâh ve Hammâd b. Ebî Süleyman, had ve cinâyet suçlarında erkeklerle birlikte kadınların şahitliğini kabul etmektedirler. Hatta Atâ, zina suçunda iki kadın bir erkeğe eşit olmak koşuluyla sekiz kadının şahitliğinin kabul edileceğini belirtmiştir.¹⁰⁴ Daha sonraki dönemlerde de bu görüş bazı İslâm hukukçuları ve özellikle de Zahiriler tarafından kabul edilmiştir.¹⁰⁵ Zahiriler ve bir kısım ilim adamı hukukun diğer bölümlerinde olduğu gibi ceza hukukunda da kadınların (iki kadın + bir erkek olmak üzere) erkeklerle hatta zina suçunda hemcinsleriyle birlikte şahitliklerinin kabul edileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bu görüş sahiplerine göre, zina suçu dışındaki suçlar ile hukukun her bölümünde bir erkekle birlikte iki kadının şahitliği yeterli ispat vasıtasıdır. Kadınların aralarında erkek olmaksızın şahitlikleri kabul edilmez. Zina suçunda ise, iki kadın=bir erkek olmak koşuluyla sekiz kadın dört şahit yerine geçer. Sahâbî ve tâbiîler tarafından kadınların şahitliğinin reddi veya kabulü noktasında değişik görüşler ileri sürüldüğüne göre, bu konunun tartışmaya açık olduğu sonucuna varmaktayız. Şayet bu konuda açık ve kesin bir nass olsaydı, değişik görüşler ortaya atılmazdı.

Bazı kaynaklarda kadınların şahitliğinin reddi konusunda veya iki kadının şahitliğinin bir erkeğin şahitliğine denk tutulmasının nedeni açıklanırken ileri sürülen birkısım delil veya yorumları İslâm'la bağdaştırmak mümkün değildir. Örneğin iki kadının şahitliğinin bir erkeğin tanıklığına denk tutulmasının nedeni açıklanırken, onların akıllarının ve dinlerinin noksanlığı gündeme getirilmektedir.¹⁰⁶ Bu akıl ve din noksanlığı onların şahitliğinde iki kadının bir erkeğe denk tutulmaları sonucunu doğurmuştur. Hakikaten bazı kadınların akli melekeleri erkekler kadar gelişmemiş olabilir. Ama aynı şeyi bazı erkekler için söylemek de mümkündür. Dünyada yaşamını sürdüren "Bütün erkekler akıllıdır." gibi bir genelleme yapılamayacağı gibi, "Bütün kadınlar zayıf akıllıdır." şeklindeki bir genelleme de isabetsizdir. Aynı şekilde iki kadının şahitlikte bir erkeğe denk tutulmasındaki hikmet açıklanırken dinlerinin noksanlığının dile getirilmesi ve bu bağlamda da kadınların kendilerine özgü halleri gereği bazı zamanlar birkısım ibadetleri yapamamalarının gerekçe gösterilmesi İslâm'la bağdaşmamaktadır. Söz konusu iddialar, yaygın hadis kaynaklarında Hz. Peygamber'e nispet edilen hadislerle de desteklenmeye çalışılmıştır.¹⁰⁷ Ancak bu ve benzeri hadislerin, hangi ortamda, hangi amaçla söylendiği dikkate alınmalıdır. Peygamber (s.a.s) acaba insan olarak hiç mi latife yapmadı? O'nun her sözünü, hüküm kaynağı olarak mı alacağız? Bu iddialara mesned teşkil eden hadisin bazı eserlerde¹⁰⁸ yapılan açıklamalarını hiç de ikna edici bulmadığımızı ifadeyle yetinerek, bu tür rivâyetlerin dinin geneli açısından da süzgeçten geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bir insanın dininin bütünlüğü cinsiyeti ile mi takdir edilir? Kadın yaratılışı gereği, onu yükümlü tutan Yaratıcı'sının emirleri uyarınca bazı özel hallerde birkısım ibadetleri

¹⁰³ Uygulamadan örnekler için bkz. İbn Hazm, IX, 398; İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 129.

¹⁰⁴ İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 130.

¹⁰⁵ İbn Hazm, IX, 398; Behnesî, *Nazariyyetü'l-İsbât*, s. 114.

¹⁰⁶ Bkz. İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I, 335; Serahsî, XVI, 113; Kâsânî, VI, 279; İbnü'l-Arabî, 253; Cessâs, I, 699.

¹⁰⁷ Buhârî, "Hayz", 6, "Şehâdât", 12; Müslim, "İmân", 132; Ebû Davûd, "Sünnet", 15; İbn Mâce, "Fiten", 19; Müsned, II, 67; Dârimî, "Vudû", 104.

¹⁰⁸ Örnek olarak bkz. Aynî, *Umdetü'l-Kârî fi Şerhi'l-Buhârî*, Beyrut, ty., II, 269.

belirli zamanlar eda edememektedir. Burada kadın söz konusu ibadeti kendi heva ve hevesinden dolayı değil o ibadetin edasında gerekli görülen şartlar gereği terketmek zorunda kalmaktadır. Bu mantıkla hareket edildiği takdirde nisap miktarı mali güce sahip olmadığı için zekât veremeyen, hac yapamayan müslüman fakirin dini de noksan olacaktır. Böyle bir anlayışın da isabetli olmadığı izahtan vârestedir. Herşeyden önce Allah, hiçbir nefsi taşıyamayacağı yükü sorumlu tutmayacağını ifade etmektedir.¹⁰⁹ Yine İslâm'da üstünlüğün, fazilet ve saygınlığın başka bir ifadeyle dini bütünlüğün ölçütünün cinsiyet değil, takva olduğu, "Şüphesiz ki, Allah katında en değerli (saygın) olanınız, O'na karşı gelmekten en çok sakınanızdır...." âyetiyle dile getirilmektedir. Bu tür yorumların hiçbirisine katılmadığımızı ama buna karşılık kadınların genelde erkeklere nispetle yaratılış itibarıyla daha duygusal olduklarını ve bu duygusallığın hukuki olaylarda göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmek durumundayız. Örneğin, bir öldürme veya yaralama olayında genelde erkekler kadınlara göre daha soğukkanlı davranabilmekte ve olayı daha detaylıca gözlemleme imkanına sahip olabilmektedirler. Ancak bu durum kadınların bu tür olaylarda hiçbir şekilde şahitliklerinin kabul edilmemesini gerektirmez. Had suçu olarak kabul edilen zina, içki içme, hırsızlık gibi suçlarda kadınların aynı tavrı sergilediklerini ifade etmek zor olsa gerek. Bu tür suçlarda kadınların şahitliğini tamamen reddetme yerine, erkeklere nispetle dikkatli davranılmasının adaletin gerçekleşmesi açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Âyette¹¹⁰, şahitlikte iki kadının bir erkeğe denk tutulmasının gerekçesi, kadınlardan herhangi birisinin olayı unutmaması durumunda diğersinin hatırlatması şeklinde açıklanmaktadır. Söz konusu unutmama, şüphe konumunda değerlendirildiğinden, kadınların şahitliği ceza hukukunda özellikle had ve cinâyet suçlarında kabul edilmemiş veya kadınların şahitliği ile asli ceza değil bedel ceza uygulanması öngörülmüştür. Bu kapsamda yer alan suçların cezaları hakikaten ağır olduğundan bir yönüyle de bu tür suçların örtülmesi yolu tercih edilmiş veya ispat zorluğu getirilmiştir. Ancak bu anlayış, hukuki anlamda kadınların şahitliğinin reddini gerektirecek tutarlılıkta değildir. Zira aynı şüpheyi erkeklerin şahitliğinde de taşımak mümkün olabilir. Birçok ilim adamının da kabul ettiği gibi, kadınların geneli bakımından unutkanlık, erkeklere nispetle daha fazla söz konusu olmaktadır. Burada unutkanlığı zeka geriliğine veya akıl noksanlığına bağlamak yanlıştır. Elmalılı Hamdi Yazır'ın ifade ettiği gibi, nice zeki insanlar, duygusallıkları ve olaylardan fazlaca etkilenmeleri sebebiyle unutkandırlar.¹¹¹

Görüldüğü gibi kadınların şahitliğinin had, kısas ve fiziki ceza gerektiren ta'zir suçlarının ispatında reddi konusunda doğrudan bir nass bulunmamaktadır. Sahâbi ve tabiilere atfedilen sözlerde ise bir birlikteliğin olduğundan söz etmek imkansızdır. Bu noktada çok farklı sözler nakledilmiştir. Dolayısıyla bize düşen, tercih ettiğimiz ya da ileri sürdüğümüz görüşün herşeyden önce İslâm'ın ana kaynaklarına aykırılık arz etmemesi ve kamu maslahatını gerçekleştirir nitelikte olmasıdır. Başka bir ifadeyle tercih edilen ya da ileri sürülen görüşün, zamanımızda uygulanabilirlik nitelik ve gücüne sahip olması gerekmektedir. Örneğin bir cinayeti veya hırsızlık olayını gören ve gördüğü hadiseyi nakledebilecek akli yeterliliğe sahip kadının şahitliğini kabul etmediğimizde, elde edeceğimiz fayda veya

¹⁰⁹ el-Bakara, 2/286.

¹¹⁰ el-Bakara, 2/286.

¹¹¹ Elmalılı, II, 982.

uğrayacağımız zarar düşünölmeye değmez mi? Bu tür suçların ispatında kişilerin cinsiyetini, tanıklıklarının kabul veya reddinde yeterli bir ölçüt mü göreceğiz?

Çağımız koşullarını göz önünde bulundurduğumuzda Zahirilerin temsil etmekte oldukları ve tarihi kökeni itibariyle bazı tabiîn büyüklerine dayandırdıkları görüşleri kanaatimizce daha isabetli görünmektedir. Burada Zahirilerin görüşünü tercih ederken, hepsine saygı duyduğumuz çoğunluğun görüşünün tutarsız olduğunu söylemiyoruz. Kadının toplumdaki o günkü konumu itibariyle böyle bir görüşün benimsenmesi belki de zaruri idi. Ancak şartların ve kadının çağımız toplumlarındaki konumunun değıştiğı açıktır. Toplumsal hayatın hemen hemen her safhasında kadın, geçmişe nispetle daha etkin rol üstlenmiş durumdadır. Haklı ile haksızın ayırt edilmesi suretiyle adaletin gerçekleşmesini temin etmek şahitlikte temel amaçtır. Şahitlikte de kişinin muttali olduğu ya da gördüğü bir olayı aynen aktarabilecek derecede akli yeterliliğe sahip olması en önde gelen şarttır. Kadınların akli melekelerinin gelişmediğı, dolayısıyla gördükleri olayı aynen aktarabilecek yeterliliğe sahip olmadıkları tezinden hareketle şahitliklerini reddetmek, gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Geçmişteki birtakım örneklere odaklanarak kadınlar hakkında böyle bir genellemeye gitmek bizi çıkmaza sürükleyecektir. Zira çağımızda kadınlar hemen hemen hayatın her safhasında yer almaktadır. Eğitim, siyaset, ekonomi gibi konularda kadınlar da söz sahibi konumundadırlar. Dolayısıyla kadınların şahitliğinin reddi konusunda akli yetersizlik hukuki ve de tutarlı bir argüman olmaya uygun değildir. Bu noktadan hareket edersek gerçekten ilginç sonuçlarla karşılaşırız. Örneğin akli yetersizliğini gerekçe göstererek had veya cinâyet suçunun işlendiğine şahit olan üniversite hocası bayanın tanıklığını kabul etmeyeceğiz, ama aynı olaya tanık olan erkek öğrencisi (A)'nın şahitliğini kabul edeceğiz. Bütün bu ve benzeri örneklemeler bizi, şahitlikte cinsiyetin mi yoksa tanık olunan olay hakkında bilgi ve görgü sahibi olmanın mı temel dayanak kabul edilmesi gerektiğı sorusuna cevap bulmaya itmektedir. Klasik kaynaklarda nakledilen bilgi ve uygulama örneklerini göz önünde bulundurduğumuzda şahitlikte temel esasın, akli yeterlilik yanında olaya muttali olma (bilgi sahibi olma, görme, duyma vs.) olduğunu tespit edebiliriz.

Hukuk kurallarının veya görüşlerin isabetinde, zaman adeta laboratuvar misyonunu üstlenmiştir. Nitekim ideal hukuk denilen olması gereken hukukun ilkelerine insanlık, çağlar sonra nice uğraş ve tecrübeler sonucunda ulaşabilmiştir ve ulaşmaya devam edecektir de. Sürekli gelişim ve değışim içinde olan insanlık, geçmişte isabetli görünen ve isabeti noktasında asla şüphe duyulmayan birçok görüşün artık günümüzde yetersiz kaldığı düşüncesiyle sorgulanması gerektiğı inancını taşımaktadır. Bu durumu çok tabii karşılamak gerekir. Zira evrensel nitelikli mesajlar topluluğı olan Kur'an, hemen hemen her sûre ve hatta sahifesinde insanlığı düşünmeye, tefekküre, ders almaya sevk etmektedir.¹¹² İnsanların körükörüne ve bilinçsizce başkalarını taklidini de haklı olarak yermektedir.¹¹³ Bu bağlamda çoğunluk İslâm hukukçusu tarafından benimsenen, kadınların had, kısas ve ta'zir suçlarının ispatında şahitliğinin kabul edilmemesi görüşünün, büyük ölçüde konu ile ilgili nassların o günün sosyal ve toplumsal şartları doğrultusunda yorumlanmasından kaynaklandığını ifade edebiliriz. Genel olarak geçmişte kadının sosyal konumu

¹¹² Bkz. Abdulbâki, Muhammed Fuad, *el-Mu'cemu'l-Müfêhres li Elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerim*, İst. 1986, " F-k-r", " A-k-l", "A-b-r", "N-z-r", "D-b-r (Tedebbur)", "Z-k-r" mad.

¹¹³ el-Bakara, 2/170.

gereği bu görüş, şahitliğin temel espirisi açısından da isabetli gibi görünebilir. Ama herşeyden önce bu durum fikhî (hukukî) bir konudur. Fikhî bir görüşün tutarlılığı için de belirli hukuk normlarına uygun hareket etmek gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi artık çağımızda kadının toplumdaki konumu ile erkeğin konumu arasında fark kalmamıştır. Birçok erkeğin muttali olamadığı, olaya kadınlar tanık olabilmektedir. Böyle bir durumda cinsiyeti ön plana çıkararak kadınların tanık olduğu fert ve toplum haklarını ihlal eden bir çok olayda şahitliklerinin kabul edilmemesi, birçok olayın çözüme kavuşturulamaması sonucunu doğurur. Bu nedenle de birçok insan mağdûr olabilir. Din ve akıl noksanlığı gibi kendilerine izafe edilen birtakım eksiklikler gerekçe gösterilerek kadınların şahitliğinin şüphe konumunda değerlendirilmesi de isabetli gözükmemektedir. Ayrıca günümüzde her hangi bir suçun ispatında sadece şahitlerin sözlü ifadeleriyle yetinilmekte olayın çözümüne yardımcı başka adli deliller de toplanmaktadır. Örneğin öldürme suçunda kullanılan silahların balistik tetkiki, parmak izleri, adli tıp raporları vb. birçok maddi delil gündeme gelmektedir. Aynı şekilde zina suçunda D.N.A. testi gibi testler, suçların ispatında ve aydınlatılmasında göz ardı edilemeyecek boyutta önem kazanmıştır. Sonuç olarak ifade etmek gerekirse, çağımızda herhangi bir suçun görgü tanıkları, muhâkeme hukukunda ispat vasıtası olarak kabul edilmekle birlikte, bu ifadeleri test edecek nitelikte yardımcı adlî delilere başvurma ihtiyacı da duyulmaktadır. Bu durum adaletin gerçekleşmesinde daha etkin bir yoldur. Bu tür testlerin sonuçları, şahitlerin ifadeleri ile örtüş-tüğünde olayla ilgili ifadeler daha da güç kazanmaktadır. Olayla ilgili testlerin sonuçlarını ve adlî bulguları, ifade sahibi şahidin cinsiyetine göre değerlendirmek ve buna göre hüküm vermenin isabetli bir yol olmayacağı açıktır. Bütün bu anlattıklarımıza istinaden kadınların da erkekler gibi, şahitliğin şartlarını taşıdıkları sürece hukukun her bölümünde tanıklıklarının geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.