

YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKU VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA
HIRSIZLIĞIN HÜKMÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Yard.Doç. Dr. Selahattin KIYICI

Davud OKÇU

VAN-1995

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından
.....Anabilim Dalı'nda
YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

İmza

Başkan:

Üye (Danışman):

Üye:

Üye:

Üye:

Onay: Yukardaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

.../.../1995

.....

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	VI
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1-5

BİRİNCİ BÖLÜM

1. Sirkat'ın Tanımı , Hükümü ve Suç Delilleri	6
1.1. Sirkat'ın tanımı	6
1.1.1. Sirkat'ın lugat manası	6
1.1.2. İslam mezheplerine göre sirkat'ın ıstılahi tarifi	7
1.2. Hırsızlığın hükümü	10
1.2.1. Kur'an-ı Kerim'e göre hırsızlığın hükümü	10
1.2.2. Sünnet'ten deliller	12
1.2.3. Sahabe'nin uygulamaları	13
1.3. Hırsızlık suçunu ipat yolları	14
1.3.1. Beyyine	14
1.3.2. İkrar	20
1.3.3. Yemin	23
1.3.4. Dava açma hakkı	24

İKİNCİ BÖLÜM

2. Hırsızlığın Rükünleri (Unsurları)	25
2.1. Gizlilik	25
2.1.1. Hırsızlık fiili ispatlanabilmelidir	25
2.1.2. Çalınan şey, gizli bir şekilde alınmış olmalıdır	26
2.1.3. Alınan şey, suç kasdı ile alınmış olmalıdır	27

2.2. Hırsızda bulunması gereken şartlar.....	28
2.2.1. Cezai ehliyeti bulunmalıdır	29
2.2.2. Sarık helal ve haramı bilmelidir	30
2.2.3. Suç, serbest irade ile işlenmiş olmalıdır.....	30
2.2.4. Çalınan malda, hırsızın alma hakkı veya alma izni bulunmamalıdır.....	31
2.3. Çalınan malda bulunması gereken şartlar.....	32
2.3.1. Çalınan şey muhterem bir mal olmalıdır	32
2.3.2. Çalınan şey başkasının malı olmalıdır	33
2.3.3. Çalınan mal muhrez olmalıdır	40
2.3.4. Çalınan mal nisap miktarında olmalıdır.....	53
2.3.5. Çalınan mal çabucak bozulabilen cinsten olmamalıdır.....	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. Had ve Ta'zir Cezaları ve Bu Cezaların Düşmesi.....	63
3.1. Had cezaları	63
3.1.1. Had'din Tanımı	63
3.1.2. Had cezasının meşruiyeti.....	64
3.1.3. Had cezasının uygulanışı.....	66
3.1.4. Hırsızlık suçunun tekerrürü.....	76
3.1.5. Tazminat	78
3.2. Ta'zir cezası.....	80
3.2.1. Ta'zir cezasının tanımı.....	80
3.2.2. Ta'zir cezasının meşruiyeti.....	81
3.2.3. Ta'zir cezasının sıfatı ve çeşitleri.....	84
3.3. Had ve ta'zir cezalarında şefaaf	86
3.4. Haddi sirkati düşüren sebepler.....	90
3.4.1. Af sebebiyle cezanın düşmesi	92
3.4.2. Şehadet, ikrar ve tezkiyeden rucu' sebebiyle cezanın düşmesi	93

3.4.3. Hastalık, kesilecek uzvun bulunmaması ve zaman aşımı sebebiyle cezanın düşmesi	98
3.4.4. Müessir bir bilginin zuhuru nedeniyle cezanın düşmesi	100
3.4.5. Savaş esnasında suç'un işlenmesi	102
3.4.6. Cezai ehliyetin bulunmaması	102

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

<i>4. Türk Ceza Hukukuna Göre Hırsızlığın Hükmü</i>	<i>104</i>
<i>4.1. Türk ceza hukuku</i>	<i>104</i>
4.1.1. Türk Ceza Kanununda hırsızlık	105
4.1.2. TCK' da cezai ehliyet	107
4.1.3. TCK' da hırs anlayışı	108
4.1.4. Hapis Cezası	108
<i>SONUÇ</i>	<i>110</i>
<i>ABSTRACT</i>	<i>111</i>
<i>BİBLİYOGRAFYA</i>	<i>112</i>

ÖNSÖZ

İslam Hukuk Sistemi canın yongası olan malı mülk edinmek için takip edilecek meşru ve gayri meşru yolları göstermiştir. Hile ve aldatmaya başvurmadan dürüst ticaret, emek, miras gibi vasıtalarla kazanılan mal meşru; sahibinin izni ve rızası olmadan (hırsızlık, yolsuzluk, gasb, vb.) ve alınterinin sömürülmesiyle elde edilen malı da gayri meşru saymıştır.

Gayri meşru kazanç arttıkça toplumun huzur ve emniyeti kalmaz. Mal emniyetinin sağlanabilmesi için büyük masraf ve tedbirlere ihtiyaç duyulur. Manevi ve ahlaki eğitim ile hukuki müeyyideler caydırıcı olamıyorsa, toplumun değerli malları hırsızların iştahını kabartır. Çünkü karakteri icabı hırsızlar açgözlüdür. İnsanlarla ilişkilerini keser, onlara avcının avına bakması gibi bakarlar. Günümüzün yürürlükteki ekonomik sistemleri insanlarımızı zenginlik, para ve lüks uğruna meşruiyyetin dışına itmiştir. Öyle ki, soygun, yolsuzluk ve hırsızlık olayları efkârı umumiye'nin gündeminden düşmemektedir. "Temiz toplum" yediden yetmişe herkesin özlemi ve dillerindeki nağme olmuştur.

Kamu vicdanını rahatsız eden bu toplumsal hastalığın tedavisi için sunulan reçeteler ve çözüm önerilerinin tartışlageldiği bu ortamda güncelliği ve önemine binaen "İslam Hukuku ve Türk Ceza Hukukuna Göre Hırsızlığın Hükmü" konusunu incelemeyi uygun gördük.

Çalışmamızda konumuzu dört bölümde inceledik. Birinci bölümde hırsızlığın tanımı, hükmü ve suç delilleri ile ilgili bilgiler sunduk. İkinci bölümde fiilin cezayı gerektirebilecek hırsızlık sayılabilmesi için gerekli unsurlar açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise, İslam hukukunun sirkat suçları için öngördüğü cezai müeyyideler, delilleriyle birlikte izah edildi. Türk Ceza Hukukunun hırsızlık eylemini değerlendirmesi ve cezai müeyyideleri dördüncü bölümde sunulmuştur. Fıkhi ekollerin görüşleri temel kaynaklarından aktarılmış ve ayet mealleri için merhum Hasan Basri Çantay'ın "Kur'an-ı Hâkim ve Meali Kerim"i esas alınmıştır.

Bu vesileyle yolumuzu aydınlatan İslam alimlerini rahmet ve minnetle anar, yardımlarını esirgemeyen danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Selahattin Kıyıcı ve diğer hocalarıma şükranlarımı arz ederim.

Davut OKÇU

KISALTMALAR

(ra)	radıyallahu anhu
(sav)	sallallahu aleyhi ve sellem
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.y.	adı geçen yer
A.Ü.İ.F.	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
b.	ibn
bk.	bakınız
Çev.	Çeviri
D.İ.A.	Diyanet İslam Ansiklopedesi
D.İ.B.Y.	Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları
D.İ.E.	Devlet İstatistik Enstitüsü
dn.	dipnot
h.	hicri
m.	miladi
md.	Madde
s.	sayfa
T.C.K.	Türk Ceza Kanunu
vb.	ve benzerleri
vd.	ve devamı
vs.	ve saire

GİRİŞ

İslam Hukukunda Malın Önemi

Yüce Allah, muhtelif şekillerdeki emvali, insanların ihtiyacını karşılayabilecek, yaşamlarına vesile olacak ve mülk edinmelerine uygun bir tarzda yaratmıştır. Mal insan hayatının ayrılmaz bir parçasıdır. Onların karnını doyurur, bedenlerini soğuktan korur, fakirlere ihsan ve muhtaçlara infak ile sevap ve fazilet kazanmalarına yardımcı olur. Lakin gayri meşru kazanç ve sarfiyat hevesi, zaman zaman yüz kızartıcı suç işlemeye, hem dünya hem de ahirette rusvay ve helak olmaya sebep olur.

Devletler mal zenginliği vasıtasıyla ordularını techiz edip düşmanlarının şerrinden korunur, vatandaşlarına maddi refah kazandırır. Zira mal dünya hayatının payandasıdır. Onunla alay edilmez, hafife alınmaz. Cömertliğin vasıtası, insan hayatının süsü, güzelliğidir. Meşru ölçülerde sarfedildiğinde toplum nezdinde itibar kazandırır.

Rüşvet, yolsuzluk, dolandırıcılık, hırsızlık vb. İslam'ın razı olmadığı yollardan kazanılan mal, genellikle kötü yollardan sarfedilir ve pişmanlık hissi uyandırır. Çünkü hay'dan gelen huy'a gitmeye mahkumdur. Miras olarak bırakıldığında evlatlarınca değer verilmez, nihayet hüsrana yol açar. Bu sebeptendir ki, İslam dini helal kazancın önemine işaret etmiş, insanlığın huzuru için helal yollardan kazanmanın ve rızık temini için çalışmanın önemine işaret buyurmuştur. Bu bağlamda Yüce Allah "Artık o namazı kılınca yer(yüzün)e dağılın, Allah'a fazlından(nasip) arayın. Allah'ı çok zikredin. Ta ki umduğunuza kavuşasınız."¹ fermanı ile sair inanç sistemlerindeki gibi tatil yapmayı da emir buyurmamıştır. Ne varki, çalışma ve kazancın da gözetlendiğini ve helal olması gerektiğini de ihtar etmiştir. Nitekim "De ki: (Dilediğinizi) yapın. Çünkü hareketinizi Allah da, Resûlü de, müminler de görecektir..."² amellerimizden dolayı değil ilahi huzurda hesaba çekileceğimiz hatırlatılıyor.

¹ Cuma, 62/10.

² Tevbe, 9/105.

"O mal, o oğullar (hep) dünya hayatının zinetidir..."³ ayeti kerimesinde önce mal zikredilmiştir. Çünkü mal insan hayatının devamı için zorunludur. Fakat evlatlar insan cinsinin devamına sebep teşkil eder. İslam dini helal kazancı her vesileyle teşvik etmiştir. Evlatların fakr ve zaruret içine düşmemeleri için kendilerine miras bırakılmasını, eş ve çocukların dünyevi ihtiyaçlarının karşılanmasını, Allah yolunda cihad için techizat teminini, hayır kurumları inşasının teşviki vb. öğütler meşru kazanç ve meşru sarfiyatın önemini de ortaya koymaktadır. Aksine davrananların elim bir azab ile cezalandırılacakları "...Altını ve gümüşü yığıp ve biriktirip de onları Allah yolunda harcamayanlar (yok mu?), işte bunlara pek acıklı bir azabı muştula! O gün ki bunlar, üzerlerinde (yakılacak) cehennem ateşinin içinde kızdırılacak da o kimseleri, alınları, böğürleri ve sırtları bunlarla dağlanacak, -işte bu (denilecek), nefisleriniz için toplayıp sakladıklarınız! Artık saklayıp istifçilik ettiğiniz bu nesnelere (n acısını haydi) tadın! -"⁴ ilahi buyruğuyla ikaz edilmektedir.

Mala Tecavüz

İslam meşru yollarla mal kazanmaya ve hayırlı işlerde infak etmeye büyük önem verir. Başkasının malına göz diken tamahkarları, hırsızları ve art niyetlileri bu tavırlarından vazgeçirmek ve onları topluma kazandırmak için dünyada had ve tazir, ahirette ise büyük bir ceza ile tehdit etmiştir. Buna rağmen halkı müslüman ülkelerde de mala yönelmiş tecavüzlerde artışlar görülmektedir. Faiz bu tecavüzlerin en tehlikelisi ve yaygın olanıdır. Faiz getirisi ile helal kazanç arasındaki farka Kur'an-ı Kerim de işaret buyurmaktadır. "Allah riba'nın bereketini tamamen giderir, sadaka(sı verilen mal)ları ise artırır."⁵ Bir başka ayette "Ey iman edenler, (gerçek) müminler iseniz Allah'tan korkun, faizden (henüz alınmamış olup ta) kalanı bırakın (almayın). İşte (böyle) yapmazsanız Allah'a ve Peygamberine karşı harb (e girmiş olduğunuzu) bilin. Eğer (tefeciliğe) tevbe ederseniz mallarınızın başları (sermayeleriniz) yine sizindir. (Bu suretle) ne haksızlık yapmış, ne de haksızlığa uğratılmış olmazsınız"⁶

Yetimlerin ve güçsüzlerin mallarına tecavüz edenler de dünya ve ahiret cezalarıyla tehdit edilmişlerdir. "Gerçek yetimlerin mallarını haksız (ve haram) olarak yiyenler karınlarına ancak bir ateş yemiş olurlar. Onlar çılgın bir ateşe (cehenneme)

³ Kehf, 18/46.

⁴ Tevbe 9/34,35.

⁵ Bakara 2/276.

⁶ Bakara, 2/278,279.

gireceklerdir."⁷ Zayıf ve güçsüzlükleri nedeniyle kadınların malları da iştah açmaktadır. Bu nedenle Kur'an, "(Aldığınız) kadınların mehirlerini yürekten isteyerek ve (Allah'ın) bir atıyye(sı) olarak verin. Bununla beraber eğer ondan birazını gönül hoşluğu ile size bağışlamış olurlarsa onu da içinize sine sine yeyin"⁸ kadınların mallarına yaklaşmanın ölçüsünü koymuştur.

Bir menfaat temini, bir hizmetin ifası veya gayrı meşru bir muamelenin yapılabilmesi için devlet memurlarına rüşvet verilmesi veya bizzat memurların çıkarları için evrakta sahtekarlık yapması asrımızın önemli bir problemi haline gelmiştir. Yüce Allah, "Aranızda (birbirinizin) mallarını haksız sebeplerle kumar, hırsızlık, cebir, çapulculuk, emanetle hıyanet gibi) yemeyin ve kendiniz bilip dururken insanların mallarından bir kısmını günah(ı mucib suretler)le (yalancı şahitlik, yalan, yemin rüşvet) yemeniz için onları (o malları) hakimlere aktarma etmeyin."⁹ fermanı ile gayrı meşru kazanç yollarını kapatmaktadır. Ayrıca, "Hz. Peygamber rüşvet veren ve rüşvet alana lanet etti."¹⁰ hadisiyle açıkça ihtarda bulunmaktadır. Keza Yüce Allah, toplumun sağlığını bozan içki, haksız kazanca yol açan kumar ve inanç sömürüsüne işaret etmektedir. "Ey iman edenler, içki, kumar (tapmaya mahsus) dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın amelinden birer murdardır. Onun için bun(lar)dan kaçının ki muradınıza eresiniz. Şeytan, içkide ve kumarda ancak aranıza düşmanlık ve kin düşürmek, sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık siz (hepiniz) vaz geçtiniz değil mi?"¹¹

Haksız kazancın bir vasıtası da toplumun huzurunu ifsad eden yalan yere şahitliktir. Çünkü böylece malın yalan ve iftira ederek Allah'ın haram kıldığı bir şekilde müstehak olmayana verilmesi sağlanmaktadır. Büyük günahlar arasında sayılan yalancı şahitlikten kaçınmak ilahi bir emirdir.¹² Şahitliğin hakkaniyetle yapılması ise övgüye değer bulunmuştur.¹³

⁷ Nisa, 4/10.

⁸ Nisa, 4/4.

⁹ Bakara, 2/188.

¹⁰ Ebu Davud, Akdiye 5.

¹¹ Maide, 5/90,91.

¹² Hac, 22/30.

¹³ Furkan, 25/72.

Tarih Boyunca Hırsızlık

İnsanların mallarına yönelen tecavüzlerden biri olan hırsızlık bütün dinlerde yasaklanmış ve failleri için ağır cezalar öngörülmüştür. İslam dininde de zarurat-ı hamse olarak bilinen nefsin, dinin, malın, ırzın ve aklın korunması özel önem arzeder. Bu anlayış gereği mala yönelik suçlar kısas cezasından bir derece hafif olan had cezasını gerektirir.

En eski hukuk sistemlerinden olan Yakupoğullarının şeriatına göre hırsızlık yapan kişi çalınan malın sahibi tarafından bir süre alıkonurdu. Kur'an-ı Kerim Yusuf kıssasında o dönemin uygulamalarına işaret ediyor. "Şimdi dediler, yalancılar iseniz (çalının) cezası nedir? Onun cezası yükünde (hırsızlık malı) bulunan kimsenin kendisidir. İşte o kimse (şahsen) bunun cezasıdır. Biz (memleketimizde) zalimleri (hırsızları) böyle cezalandırırız, dediler. Bunun üzerine (Yusuf), kardeşinin kabından evvel onların kablarını (aramaya) başladı. Nihayet onu kardeşinin kabından çıkardı. İşte biz Yusuf için böyle bir tedbir kullandık. Yoksa o, padişahın dinine göre kardeşini (esir olarak) tutabilecek değildi..."¹⁴

Yahidilerin amentüsü niteliğindeki "On emir" de de hırsızlık yapılmaması ihtar edilmektedir. Ahdi Atik'te yer alan nasihatlerin bir kısmında "sirkat etmeyesin, komşunun aleyhinde yalan şahitlik yapmayasın, komşunun hanesine tamah etmeyesin, komşunun zevcesine, ya kuluna, ya cariyesine, ya öküzüne, ya merkebine ve komşunun hiçbir şeyine tamah etmeyesin"¹⁵ denilmektedir. Bilahere yasaklanan bu hırsızlıkların cezaları sıralanıyor, "Bir adam sirkat eden, onu satmış olsun yahut elinde bulunsun mutlaka katl olunacaktır. Bir adam bir öküz yahut bir koyun sirkat edip boğazlar, yahut satar ise, bir öküze bedel beş öküz ve bir koyuna bedel dört koyun verecektir..."¹⁶

Semavi dinlere mensup olmayan iptidai toplumlarda da mülkiyete önem verildiği bilinmektedir. Mülkiyete yapılan saldırılar için ağır cezalar vaz' olunmuştur. Mesela Afrika kıtasındaki kabilelerde hırsızlar hapis, nefiy, dayak, el veya ayak kesme cezasıyla cezalandırılırlar. Uzakdoğu'da ise, hırsızlık büyük suçlardan sayılır ve hırsızlara ölünceye kadar dayak atılır. Hırsızlığı suç saymayan toplumlara da rastlamak

¹⁴ Yusuf, 12/74,75,76

¹⁵ Kitabı Mukaddes (Ahdi Atik), Huruc 22/92,93, Boyacıyan Agop Matbaası, İstanbul, 1885.

¹⁶ Adi Atik, Huruc 21/93 vd.

mümkündür. Ancak bu toplumlar da, kabile ve cinslerinden olmayan yabancılardan çalmayı mübah karşılarlar.¹⁷

İslamdan önceki cahiliyye toplumunda da mülkiyete büyük önem verilirdi. Hırsızların sosyal konumuna göre ölüm, el veya ayak kesme ve diğer elem verici cezalar tatbik edilirdi. Velid b. Muğire'nin cahiliyye döneminde bir hırsızın elini kestiği bilinmektedir. İslami yönetimin tesisyle birlikte ilk tatbik edilen el kesme cezası Hıyar b. Adiy b. Nevfel hakkında tatbik edilmiştir. Eli kesilen ilk kadın ise Mahzumoğullarından Mürre binti safvan'dır.¹⁸

Osmanlı ceza hukukunda kısas ve diyet suçlarına islam hukukunda öngörülen cezaların verildiği, bu cezaların herhangi bir sebeple verilmemesi halinde ise ta'zir çerçevesinde zamana göre değişen cezaların uygulandığı bilinmektedir.¹⁹ Nitekim II. Bayezid dönemine ait Aydın ili Siyasetnamesinde, adı geçen sancakta İslam hukukuna göre sabit olan hırsızlıklarda "emr-i şer' nice ise" onun uygulanması, bu şekilde sabit olmayan yani örf ile sabit olan hırsızlık suçlarının ise Siyasetname gereği cezalandırılması hususu yer almaktadır.²⁰ Keza Kanuni Sultan Süleyman dönemi ceza kanunnamesinde kovan, koyun ve kuzu hırsızlığında çalınan mal nisap miktarına göre ta'zir, ulasırsa had cezasının verileceği açıkça zikredilmektedir.²¹

- "التسريق" "Hırsızlığa nispet etti, anlamında kullanılmaktadır."²³
- "(سرق) منه مالا" "O'ndan mal çaldı.
- "سارق" "Hırsız, çoğulu" "سراق" veya "سرق" olarak gelir
- "(سرق) صوته" "Sesi kesildi, sesi kısıldı, sesi boğuk oldu.
- "سرق" "Gizledi, manalarında kullanılır."²⁴
- "السرقه" "Alma hakkı bulunmadığı halde, başkasına ait muayyen miktardaki malı, korunduğu yerinden gizlice almak demektir. "السرق والسرقه" kelimeleri de ipek manasında kullanılmaktadır.²⁵

"Sirkat" kelimesi Kur'an-ı Kerim'in Maide: 38; Yusuf: 70,77,181. ayetlerinde adi hırsızlık, Hıcr suresi 18. ayetinde ise "kulak hırsızlığı", yani gizlice dinlemek şeklinde meallendirilmiştir.

"Serika", bir malı gizlice almaktır. Kulak hırsızlığı anlamına gelen "istirak'us-sem'a" bu kelimedenden türemektedir. Yine Arapçada bu kelimedenden türeyen göz hırsızlığı manasına gelen "müsarakât'ün-nazar" deyimini sıkça kullanılmaktadır.²⁶ Malı çalınan kimseye "mesrukun minh", çalınan malın hırsızlıktan önceki yerine "mesrukun fih", çalınan mala da "mesruk" denilir.

1.1.2. İslam mezheplerine göre sirkat'in ıstılahi tarifi

İslam hukukçuları bağlı buldukları mezheb veya içtihadlarının çerçevesini çizerek tarifler yapmaya çalışmış, hırsızlığın şartları ile ilgili görüşlerini mümkün olabildiğince anlamlı, kısa ve veciz bir biçimde tariflerinde ifade etmişlerdir. Hatta yaptıkları tarifler hangi mezhebin görüşünü benimsediklerini ortaya koymaktadır.

²³ Firûzâbâdi, Mecduhin Ebu Tahir Muhammed b. Yakub, el-Kamûsu'l- Muhît, s. 1153, 1154, Beyrut, 1993.

²⁴ Mustafa-İbrahim-Ziyat, Ahmet Hasan-Abdulkadir-Hamid, el-Mu'cemul-Vasit, I/427,428, Çağrı Yay., İst., 1989; Karahisari, Şemseddin, Ahteri Kebir, I/399, Matbaa'i Amire, Tarihsiz.

²⁵ İsfahani, Ragıp, Müfredat Elfaz'il-Kur'an, I/408, Beyrut, 1992.

²⁶ İbni Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, el-Muğni, VIII/240, Beyrut, 1972.

1.1.2.1. Hanefi Mezhebi

Hanefi mezhebinin hırsızlığın sübûtu ile ilgili olarak şart koştuğu unsurları tarifinde toplayan İbni Abidin'e göre sirkat; akıllı, baliğ, dilsiz ve kör olmayan bir kimsenin, başkasına ait kısa zamanda bozulmayan, muayyen miktardaki malı, gizlice bir şekilde muhafaza edildiği yerden, herhangi bir unsurda şüphe olmayacak biçimde almasıdır.²⁷

Kâsânî'ye göre, Allah (c.c.) ayeti kerimede sirkati, bir sözü gizlice dinlemek anlamında da kullanmıştır.²⁸ İstilahta ise, bir malı bizzat hırsızından gizlice alıp çıkarmak manasındadır.²⁹

Kamus sahibi Bilmen, mükellef bir şahsın en az nisabı sirkat miktarı tafih* ve mütesari'ül fesad** olmayan mütekavvim bir malı, mahfuz bulunduğu yerden gizlice alıp çıkarmasını sirkat olarak değerlendirmektedir.³⁰

Elmalılı M.Hamdi Yazır, bu tarifi biraz daha netleştirerek izahını yapar. O'na göre, hırsızın çoğunlukla göz diktiği, çalmak istediği mal, rağbet edilen mallardan olur. Yoksa alınması adet olarak normal karşılanan şeylerin alınmasını örf tam manasıyla bir hırsızlık saymaz. Hırsızlığın mahiyetinde mal sahibinin koruma ve gözetimini çalmaya kalkışmak manası vardır.³¹

1.1.2.2. Şafii Mezhebi

Sirkat, etrafı çevrili olan bir yerden, belirli miktar kıymete ulaşan, başkasına ait bir malı, âkil, baliğ bir şahsın gizlice almasıdır. Alan kimse malın başkasına ait olduğunu, bulunduğu yerin malın korunması için yapıldığını biliyor, etrafı çevrili olduğu hususunda şüphesi de yoksa işlediği fiil hırsızlıktır.³²

²⁷ İbni Abidin, Muhammet Emin, Haşiyetü Reddu'l-Muhtar, IV/82,83, İstanbul, 1306 h.

²⁸ Hicr: 15/18.

²⁹ Kâsânî, Alaaddin Ebi Bekir b. Mesud, Bedai'us-Sanai, VII/65, Beyrut, 1974.

* Tafih: Hakir olan, örfen ehemmiyetsiz sayılan, başkaları tarafından alınması hususunda müsamaha gösterilen şey demektir. Kıymetsizliğe -tefahet-denir.

** Mütesari'ül Fesad: Süratle bozulan şeyler.

³⁰ Bilmen, Ömer Nasuhi, "Hukuki İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye" Kamusu, III/261, Bilmen Yay. İstanbul, 1989.

³¹ Elmalılı, M. Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, III/235, Azim Yay., İstanbul, 1992.

³² Maverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammet b. Habib, el-Ahkam'us-Sultaniyye, s.256, (Çev. Ali Şafak), Bedir Yay., İst., 1976.

Şafii mezhebinin seçkin hukukçularından Şirbini'ye göre sirkat, başkasına ait bir malı emsallerinin muhafaza edildiği yer(hırz)'den zulmen almaktır.

Hırsızlığın subuta ermesi için şart koşulan unsurları ihtiva eden diğer bir tarife göre sirkat; mal addedilen nisap miktarı bir şeyi, emsallerinin korunduğu yerden, gizlice, günahı gerektirecek şekilde kasden ve zulmen, şüpheye yer bırakmayacak biçimde alınmasıdır. Bu eylemde sarık, mesruk, sirkat ve hırz'dan oluşan dört rükûn mevcuttur.³³

1.1.2.3. Maliki Mezhebi

Sirkat, kendisine emanet olarak verilen şeyin dışında, başkasına ait bir malı gizlice almaktır.³⁴

Maliki mezhebi hukukçularının tarifleri biraraya getirildiğinde ortaya çıkan tanımda şu unsurlar mevcut olmaktadır. Hür, mükellef, âkil ve baliğ bir kimsenin başkasına ait nisap miktarı bir malı, hırzinden gizlice çıkartmasına sirkat denir.³⁵

1.1.2.4. Hanbeli Mezhebi

Başkasının malı olan, gereği gibi muhafaza altında bulundurulmuş (hırz) ve ziya'a terkedilmeyen bir şeyi almaya sirkat denir.³⁶ Muasır hukukçulardan Abdurrahman el Maliki'ye göre sirkat: Mülkiyeti ve mütekavvim oluşunda şüphe bulunmayan, nisap miktarında bir malın, emsallerinin de korunduğu hırzinden dışarı çıkarılmasıdır.³⁷

Ehli Sünnet olarak tabir edilen dört mezhebin dışında kalan ve hukuki ölçülerini nassların zahirine dayandıran Zahiriler, hırsızlığın şartlarından nisap miktarı ve hırzı kabul etmezler.³⁸ Yani çalınan malın azlığına ve çokluğuna bakılmaksızın, mutlak olarak çalma fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Ayrıca çalınan malın korunmuş olması gerektiğine de itibar etmezler.

³³ Kalyubi ve Amîre, Haşiyeta Kalyubi ve Amîre, IV/186 Mısır, Tarihsiz.

³⁴ İbni Rüşd, Muhammed b. Ahmed, Bidayet'ül Müçtehid, II/448, Beyrut, 1988.

³⁵ İbni Rüşd, a.g.e. II/448,449.

³⁶ Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukuku Metodolojisi, s. 129, (Çev. Abdukadir Şener). A.Ü.İ.F. Yay., Ankara, 1973.

³⁷ el-Mâliki, Abdurrahman, Nizamü'l-Ukûbat, s. 60, Beyrut, 1990.

³⁸ İbni Rüşd, a.g.e. II/373.

1.2. Hırsızlığın Hükümü

Nefis ve mal olmak üzere toplumun iki yönde menfi olarak zarar gördüğü bir afettir hırsızlık. Bu nedenle nefsi ilgililendiren kısmı had olarak tezahür eder ki, karşılığı "el kesme" cezasıdır. Mala taalluk eden kısmı ise, malın iadesini, şayet telef edilmişse hırsıza tazmin ettirilmesiyle neticelendirilir.

İslam hukuku fert ve toplum hayatında vazgeçilmez haklar olarak görülen beş zaruri unsur korumakla mükelleftir. Bu unsurlar; canın, dinin, malın, ırzın ve aklın muhafazasıdır. Arap kültüründe zikredilen "mal canın öz kardeşidir", Türk kültüründe dilden dile dolaşan "mal canın öz yongasıdır" şeklindeki atasözleri malın sosyal hayattaki yerine ve dolayısıyla emniyetinin sağlanmasına önem verilmesi gerektiğini ihsas ettirmektedir. Binaenaleyh İslam hukukçuları arasında mala karşı vaki olabilecek tecavüzlere karşı Kur'an, Sünnet ve İcma ile tespit edilmiş olan had cezası hakkında görüş birliği bulunmaktadır.

1.2.1. Kur'an-ı Kerim'e göre hırsızlığın hükmü

Şüphe yok ki, hırsızlık; kitap, sünnet ve icma ile yasaklanmış büyük günahlardandır. Şartları olduğu takdirde, karşılık olarak verilecek cezanın meşruluğuna dair en kuvvetli delil, "Hırsızlık yapan erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık Allah'tan bir ceza olarak ellerini kesiniz. Allah daima üstündür, hikmet sahibidir"³⁹ ayeti kerimesidir.

Şayet hırsızlık suçu, büyük günahlardan sayılmasaydı Allah(c.c.), karşılığında insanın önemli bir uzvu olan elini bedel olarak kestirmezdi. Kaldı ki, bu bir dünyevi cezadır. Bu çirkin fiili irtikab eden kimse, yaptığı kötülükten dolayı tevbe etmez ise, ahirette de büyük bir cezaya muhatap olacağı ihtar edilmektedir.

Sirkat ayeti, yağma ve yol kesme ayetinden sonra geldiği ve gizlilik konusunda ortak özellikleri bulunduğundan bazı fakihler tarafından aynı kategoride sayılmışlardır. Basit hırsızlıktan ayrı olarak mevsuf hırsızlık (yağma ve yol kesme gibi ağır filler), devlet otoritesinden gizlenerek başkasının malını zorla elinden almaktır ki, buna

³⁹ Maide: 5/38.

"hırab" de denilir. Bu ortak özelliklerinden dolayı her iki suç ta had ile cezalandırılır.⁴⁰

Hırsızlık suçunu işlemek hususunda erkeklerin daha etkin ve uygun olması nedeniyle, zina ayeti⁴¹'nin aksine sirkat ayetinde önce erkekler zikredilmiştir.

Kurtubi, erkeklerin mala daha fazla rağbet ettiğini, bayanların ise zina suçunun işlenmesinde erkeklere göre daha etkin ve yönlendirici olmalarından dolayı ayeti kerimelerde öncelikli olarak zikredildiklerini iddia etmektedir.⁴²

Hakikatte zina suçu büyük ölçüde kadının rızasına ve teslimiyet ölçüsüne bağlı olarak gerçekleşebilir. Ancak sirkat suçunun işlenebilmesi kurnazlık, cesaret ve hile yollarını bilmeyi gerektirir. Bu özellikler de daha çok erkeklerde bulunur.

Yüce Allah'ın "Onların ellerini kesiniz" fermanını İbni Mesud, "Onların sağ ellerini kesiniz" şeklinde yorumlamıştır. Esasen tatbikatta da hep böyle olmuştur. Cezanın infaz edilmesi hususunda yetkili muhatap, müslümanların ülu'l-emri'dir. Belli merkezlerde bu otoriteye bağlı mahkemeler, adaleti tesis etmekle görevlendirilir.⁴³

"Cezaen bimâ kesebe nekâle", ifadesiyle hırsızlık suçu işleyen kimselere, bu fiillerine karşılık olarak Allah indinden eylemlerine ve ihanetlerine karşılık el kesme cezası takdir edilmiştir. Zekat ve sadaka gibi infak hükümleriyle insanların çaresizliği ve mazlumluğu önlenir. Çünkü, "Onların (zenginlerin) mallarında dilenci ve yoksullar için bir hak vardır"⁴⁴ buyurularak zaruret halleri haramlardan istisna edilmiştir. Bundan sonradır ki, Allah(c.c.) hırsızlığın cezasını emretmiştir.

"Allah hem aziz (üstün), hem de hakim (hikmet sahibi)dir." O'nun emrine karşı gelinmez, hükmünü hikmetle verir. Şu halde suç ile cezasında bir denklik yok zannedilmesin. Zira bu ceza yalnız malın karşılığı değil, gizli bir hainlik ve Allah'ın izzetine bir tecavüz olan hırsızlık fiilinin cezasıdır. Bu cezanın tatbik edildiği sosyal toplumda hırsızlığın kökü kesilir.⁴⁵

⁴⁰ Udeh, Abdulkadir, et-Teşriu'l-Cinaiyil-İslami, II/514, Beyrut, 1985.

⁴¹ Nur, 24/2.

⁴² Kurtubi, Muhammed b. Ahmet el-Ensari, el-Cami' li Ahkamil-Kuran, VI/175, Beyrut, 1987.

⁴³ Kurtubi, a.g.e. VI/160.

⁴⁴ Zariyat, 51/19.

⁴⁵ Elmalılı, a.g.e. III/238.

Sirkat ayetini takip eden "fakat yaptığı o haksız hareketinden sonra tövbe eder, kendisini düzeltirse..."⁴⁶ ayeti kerimesinin, hırsızlık yaptığı için Hz. Peygamber tarafından eli kestirilen bir kadın hakkında nazil olduğu ifade edilmektedir. Ancak ayet umuma hitap etmektedir. Hz. Peygamber, cezasını çektikten sonra müracaat ederek tövbe etmek isteyen kadının durumuyla ilgili alarak bu ayeti kerimeyi okumuştur. İslam alimleri de, dünyevi cezasını çekenlerin pişmanlık duyarak tekrar bozulmamak üzere tövbe, etmeleri halinde, işledikleri suçtan ötürü ahirette cezalandırılmayacakları hususunda ittifak etmişlerdir.⁴⁷

1.2.2. Sünnet'ten deliller

Çalmak fiilinin haram olduğu ve bu fiili işleyenlere el kesme cezasının verilmesi gerektiği, Hz. Peygamberin söz ve uygulamalarıyla da sabittir. Bu delillerin bir kısmı aşağıya alınmıştır.

a. Ebu Hureyre rivayet ediyor. Resulullah buyurdu ki: "Allah şu hırsıza lanet etsin ki, o, bir yumurta çalar da eli kesilir, bir ip çalar da o şey ile eli kesilir." Hadis-i şerifte kasıt, hırsızlık yapanı Allah'ın rahmetinden tard ve lanetiyle korkutmaktır. Yumurta ve ipten maksat ise, örfte bilinen cinsler değildir.⁴⁸

b. Hz. Peygamber (sav) buyuruyor, "Kişiye kardeşinin malı helal olmaz, kendi rızasıyla verdiği müstesna."⁴⁹

c. Hz. Muhammet (sav), "Zani, zina ettiği sırada mümin olduğu halde zina edemez. Hırsız, hırsızlık ettiği sırada mümin olduğu halde hırsızlık yapamaz"⁵⁰ buyurmuştur.

d. İslam tarihinde hırsızlık suçu nedeniyle Hz. Peygamber tarafından eli kestirilen ilk erkek, Hıyar b. Adiyy, bayanlardan Mürre binti Safvan'dır.⁵¹

⁴⁶ Maide: 5/39.

⁴⁷ İbni Hüman, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid es-Sivasi Şerhu Fethu'l-Kadir, II/39,40, Mısır, 1970.

⁴⁸ Şevkani, Muhammed b. Ali, Neylu'l-Evtar, VII/124, Kahire; San'ani, Muhammed b. İsmail, Subulu's-Selam, IV/20, Kahire, 1960; Askalani, Muhammed b. Hacer, Fethu'l-Bari, XII/83, Kahire, 1987.

⁴⁹ Buhari, Mağazi. 77; Müslim, Hac 19.

⁵⁰ Buhari, Hudud 6.

⁵¹ Kurtubi, a.g.e., VI/160.

1.2.3. Sahabenin uygulamaları

a. Yemen ahalisinden eli ve ayağı kesik bir adam gelip Hz. Ebu Bekir'e misafir oldu ve Yemen Valisi'nin kendisine zulmettiğinden şikayet etti. Bu adam gece namazı da kılıyordu. Hz. Ebu Bekir (durumu görünce): "Yemin ederim ki senin gecen, hırsızın gecesi gibi değildir." dedi. Sonra da Hz. Ebu Bekir'in hanımı Üveys kızı Esmâ'nın gerdanlığını kaybettiler. Adam da onlarla beraber gerdanlığı arıyor ve:

"-Ey Allah'im! şu güzel hayırlı aileye geceleyin baskın yapıp gerdanlığı alanın durumunu sana havale ediyorum" diye bedduada bulunuyordu. Daha sonra gerdanlığı bir kuyumcu da buldular. Kuyumcu gerdanlığı eli ve ayağı kesik adamın kendisine getirdiğini iddia etti. O da suçluluğunu itiraf edince, ya da onun çaldığına şahit bulununca, Hz. Ebu Bekir emir verdi, adamın sol eli de kesildi.

Hz. Ebu Bekir:

"-Vallahi bana göre adamın kendi aleyhine bedduada bulunması hırsızlığından daha kötüydü" dedi.⁵²

b. Hz. Ömer, Abdurrahman b. Semure'nin kardeşi ibni Semure'nin elini kestirmiştir. Bu haberde muhaddislerin ihtilafı ve hadisin sıhhatine itirazları mevcut değildir.⁵³

c. Hz. Osman'a turunç çalan bir hırsız getirildi. Hz. Osman da, çalınan mala fiyat biçilmesini emir buyurdu. Üç dirhem takdir edilince, hırsızın elini kestirdi. O zaman oniki dirhem bir dinar ediyordu⁵⁴

Başkasının malına haksız yere sahip olmak anlamına gelen hırsızlığı, bütün müslümanlar çirkin görmüştür. Keza Hulefâi Raşidin döneminden günümüze kadar

⁵² Muvatta, Hudud 10.

⁵³ Kurtubi, a.g.y.

⁵⁴ Muvatta, Hudud 7.

hükümünün yürürlükte olması, sirkat fiilinin haram oluşu hususunda icma'nın da hasıl olduğuna kuvvetli bir şekilde delalet etmektedir.

1.3. Hırsızlık Suçunu İspat Yolları

Cemiyet hayatında insanlar arasında birtakım ihtilaflar ve hadiseler meydana gelmekte ve bunların ekserisi çözüm için dava olarak kaza mercilerine (mahkemelere) intikal ettirilmektedir. Bu ihtilaf ve hadiselerin hakkaniyet ölçüleri içinde tespit edilip, adaletin tam olarak tecelli ettirilebilmesi için dava edilen hakkın ispat edilmesi icab eder. Çünkü mahkemelere intikal ettirilen davaları hakim, ancak tarafların getireceği ve serdedeceği delillere bağlı olarak hükme bağlar. Bir hak, hakim önünde haklılığı ispat olunmadığı takdirde, o hak elde edilemez. Nice haklar bu yüzden kaybolup giderler.⁵⁵

Hanefi, Hanbeli ve Maliki mezhebine göre, hırsızlık suçu mahkemede iki delil ile ispatlanabilir. Bunlardan birincisi, beyyine (şahitlerin şehadeti), ikincisi, hırsızın suçunu ikrar etmesi. Ancak bir kısım Şafii uleması bu iki şarta ilave olarak "yemin"i de hırsızlığın ispatı için üçüncü delil olarak kabul ederler.⁵⁶

1.3.1. Beyyine (Şehadet)

Beyyine delili, İslam hukukunun nass ile sabit en önemli delilerinden birisidir. Hırsızlık suçunun ispatı için de başvurulacak yolların ilkidir. Beyyine; delil, şahit, bir davayı ispat için ibraz edilen hucdet, vesika manasınadır. Bu tarife göre adaletli kimselerin şehadetlerine "beyyine-i âdile" denilir.⁵⁷ Hukuki işlemlerde beyyine, şehadet manasında kullanılmıştır. Şehadetin meşru olduğuna dair Kur'an ve Sünnette birçok delil mevcuttur."

"Allah, şu hakikatı: Kendinden başka hiç bir Tanrı olmadığını, adaleti ayakta tutarak (delilleriyle, ayetleriyle) açıkladı"⁵⁸ kerimesinde "şehide" kelimesi ve "Şahitliği

⁵⁵ Atar, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, s. 190, D.İ.B.Y., Ankara, 1979.

⁵⁶ İbni Abidin, a.g.e., IV/86,87; Serahsi, Muhammet b. Ebi Sehl Ahmet, Mabsut, IX/181,195, Beyrut, 1993, İbni Kudame, a.g.e. VIII/278,282; Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/196,197.

⁵⁷ Bilmen, a.g.e., I/15.

⁵⁸ Ali İmran, 3/18.

gizlemeyin. Kim onu gizlerse hakikat şu ki onun kalbi bir günahkardır"⁵⁹ ayeti kerimesinde geçen (eş-şehade) kelimeleri bildirdi, açıkladı anlamında kullanılmıştır.

Istılahta ise, kişinin bildikleri ve gördüklerini mahkeme huzurunda "şehadet ediyorum" ve "şahit oldum" ifadeleriyle hakikatı ortaya çıkarmak maksadıyla anlatmasıdır.⁶⁰ Şahitliğin hırsızlığı vesair hukuki meseleleri aydınlatmak maksadıyla meşru bir yol olduğuna dair birçok ayet ve Hadis zikredilmiştir.

1.3.1.2. Kur'an-ı Kerim'den deliller

a. " **واشاهدوا شـيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرئتان ممن ترضون من الشهداء** " .⁶¹

"Erkeklerinizden iki de şahit yapın. Eğer erkek bulunmazsa o halde razı olacağımız şahitlerden bir erkekle iki kadın yeter."⁶¹

b. " **واشهدوا نوى عدل منكم** " "İçinizden adalet sahibi iki kişiyi de şahit yapın."⁶²

c. " **واشهدوا اذا تبايعتم** " "Alışveriş yaptığımız vakit te şahit tutunuz."⁶³

d. " **ولا ياب الشهادة انا ما دعوا** " "Şahitler (şehadeti edaya) çağırıldıkları vakit kaçınmasın."⁶⁴

e. " **ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه** " "Şahitliği gizlemeyin. Kim onu gizlerse hakikat şu ki onun kalbi bir günahkardır."⁶⁵

⁵⁹ Bakara, 2/283.

⁶⁰ San'ani, a.g.e., IV/126.

⁶¹ Bakara, 2/282.

⁶² Talak, 65/2.

⁶³ Bakara, 2/282.

⁶⁴ Bakara, 2/282.

⁶⁵ Bakara, 2/282.

Bu ayeti kerimelerde şahitler, gördükleri ve bildiklerini açıklamakla emrolunmaktadır. Ayrıca şahitlerin şahitlikten kaçınmaları ve bildiklerini gizlemelerinin büyük bir günah olduğu vurgulanmaktadır.

1.3.1.3. Sünnet'ten deliller.

Hz. Peygamber'e dava geldiğinde, taraflardan evvela şahitlerini huzura getirmelerini istiyordu.⁶⁶ Hakların özellikle şahitler vasıtasıyla ispatlanabileceği konusunda ittifak bulunmaktadır. Hz. Peygamber'den günümüze kadar başvuru en önemli delil olarak devam edegelmesi, şahitlik müessesinin meşruiyetine delil teşkil eder. Ayrıca "Şahitlerin en iyisi kendisinden şehadet etmesi istenmediği halde şehadet eden kimsedir"⁶⁷ hadisi şerifi de şahitliği teşvik edici mahiyettedir.

Muhakemenin durumuna göre fakihlerin ekseriyeti şahitliğin farz-ı kifaye veya farz-ı ayn olduğuna hükmetmişlerdir. Ancak Kurtubi, şahitliğin mendup olması gerektiğini savunmuştur.⁶⁸

Şüphesiz şahitliğin teşviki, insanların haklarını zayi olmaktan kurtarmak ve zayıfın hakkını kuvvetliye kaptırmamak gibi, hakların adil bir şekilde tevziine matuftur.

Hırsızlık suçunun ispatı hususunda şahitlikte bazı şartlar aranır. Buna göre;

a. Şahitlerin "şehadet ettim" veya "şehadet ediyorum" lafızların kullanmaları şahitliğin sıhhati için lüzümlüdür. Malikiler "şehadet ettim", cumhuru fukaha ise "şehadet ediyorum" ibaresini tercih etmişlerdir.

b. " وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا " ⁶⁹ ayeti kerimesi doğrultusunda şahitliğin, ilim,

işitme ve görmeye dayanması gereği ve insanların şahitliklerinden dolayı mesul buldukları vurgulanmaktadır. Zan ile şahitlik makbul değildir.⁷⁰

⁶⁶ Buhari, Musakat 6.

⁶⁷ Tirmizi, Şehadet 1.

⁶⁸ Kurtubi, a.g.e., III/399.

⁶⁹ İsrâ, 17/36.

⁷⁰ San'ani, a.g.e., IV/130.

c. Çalınan malın mahiyeti, keyfiyeti, kıymeti, nasıl çalındığı, hırsızlığın yeri ve zamanı ile malı çalınan kişi hakkında şahitlerin mahkemeyi aydınlatmaları talep edilir.⁷¹

d. Kadı şahitlerin güvenilirliğinden şüphe ederse onları tezkiye etmek maksadıyla araştırma yaptırır.

e. Şahitlik mahkeme ve taraflar huzurunda icra edilir.

1.3.1.4. Şahitlikte nisap

Kur'an-ı Kerim ceza davalarının (hırsızlık suçu gibi) ispatı için erkek şahit getirmenin şart olduğunu beyan eder.⁷²

Cumhuru fukaha'ya göre bu kesin nassa binaen hırsızlık suçu iki şahidin tanıklığıyla ispatlanır. Bir erkek ve iki kadın veya bir erkek ile beraber davacının yemini, suçun subutu için kafi değildir. Fakat Ata ve Hammad b. Ebi Süleyman gibi fakihler, mala müteallik davalarda bir erkek ve iki kadının şahitliğini yeterli kabul ederler.⁷³

1.3.1.5. Şahitlere ilişkin şartlar

Hırsızlık suçunun ispatı hususunda tanıklık edecek şahitlerde bulunması istenen şartlardan bir kısmı üzerinde ittifak olduğu halde, bazı şartlar üzerinde ihtilaf mevcuttur. Fakihlerin ittifakıyla şahitlerde bulunması gereken şartlar şunlardır.

a. Akıl: "Uyanıncaya kadar uykuda olandan, reşit oluncaya kadar çocuktan ve akli başına gelinceye kadar deliden kalem kaldırılmıştır"⁷⁴ hadisi şerifi gereğince şahitlerin de, faydalıyı tanıyıp ona yönelebilecek, zararlıyı bilip ondan kaçınabilecek ölçüde temyiz özelliği bulunmalıdır.

b. Bulûğ: Ayeti kerimede "Adamlarınızdan şahit olarak iki kişi getirin."⁷⁵ Şahitlerden 'adam' diye sözedilmiştir. Bu cümleye çocukların dahil edilmesi zahiren

⁷¹ İbni Kudame, a.g.e. VIII/279; Serahsi, a.g.e., IX/142.

⁷² Bakara, 2/282.

⁷³ İbni Kudame, a.g.e., VIII/198

⁷⁴ Ebu Davud, Hudud 17.

⁷⁵ Bakara, 2/282.

mümkün değildir. Bir önceki maddede de baliğ olmayanlarda sorumluluğun da bulunmadığından söz edilmiştir. O halde mal ile ilgili olarak şahit sayılamayan kimselerin hırsızlık konusunda da şahitlik yapması uygun değildir.⁷⁶

c. Adalet: Kur'an-ı Kerim, "Ufak suçlar hariç olmak üzere, günahın büyüklerinden ve fuhuştan kaçınanlardır."⁷⁷ ayeti kerimesiyle müslümanları büyük günahlardan ve fuhuştan kaçınan kimseler olarak niteleyip, "İçinizden adalet sahibi iki kişiyi de şahit yapın."⁷⁸ buyruğuyla şahitlikte bu sıfatları taşıyan adil kimselere yönelmeyi tavsiye ediyor. "Şahitliklerinden razı olacağınız..."⁷⁹ ayetinde de, kendilerinden razı olunacak kimselerin şahitliğine müracaat edilmesi gereğinden bahsedilirken, "Bir fasık size bir haberle geldiğinde onu araştırınız"⁸⁰ ayetiyle fasık kimselerin şahitliğine rıza gösterilmemesini ve araştırılmalarını emir buyurmaktadır. İşte bu ayetin ışığında hakimler şahitleri tezkiye etmek hakkına sahiptirler.

d. Hıfz: Gördüğü ve duyduğunu hafızasında tutamayan kimsenin şahitliği şüphe doğurur. Şüphe ise hadlerin düşmesine sebebiyet vereceğinden, şahitlerin bu noksanlıklardan azade olması gerektiği fakihlerin ortak görüşüdür.⁸¹

Şahitlerde bulunup bulunmaması hususunda İslam hukukçularının ihtilaf ettiği şartları beş başlık altında toplamak mümkündür.

a. İslam; "Kendi adamlarınızdan iki kişiyi şahit tutunuz"⁸² ayeti kerimesinde, müslümanların şahitlerini kendi aralarından seçmeleri amirdir. Ancak İbni Teymiyye ve talebesi İbni Kayyim el-Cevziyye; bazı durumlarda yemin ile beraber zımmilerin müslümanlar ile ilgili meselerde şahitlik yapabileceklerini ifade eder.⁸³

b. Hürriyet: Kölelerin sirkat davalarında şahitlik yapmalarının hükmü hakkında fakihler arasında görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu farklılıkları üç grupta toplamak mümkündür.

⁷⁶ İbni Rüşd, a.g.e., II/457.

⁷⁷ Necm, 53/32.

⁷⁸ Talak, 65/2.

⁷⁹ Bakara, 2/282.

⁸⁰ Hucurat, 45/6.

⁸¹ İbni Kudame, a.g.e., IX/167.

⁸² Bakara, 2/282.

⁸³ Cevziyye, İbni Kayyim, et-Turuku'l-Hikmiyye, s. 233, Beyrut, 1989.

ba. Zahiriler ve İbni Kayyim, hür kimselerin şahit olabileceği her davada, kölelerin de şahitlik yapabileceğini savunur. İddialarını ise "Onların kazandığı kendilerinin, sizin kazandığınız da sizin, onların işlemiş olacaklarından mesul değilsiniz"⁸⁴ ve "Adamlarınızdan iki kişiyi şahit olarak getirin"⁸⁵ ayetleriyle temellendirirler. Çünkü bu ayetlerdeki hitap umumidir, köleleri bu cümleden ayırmak için bir gerekçe mevcut değildir.⁸⁶

bb. Alimlerin çoğunluğu ise kölelerin şahitlik yapmalarına cevaz vermez. "Şahitlik için çağrıldığımızda (şahitlik yapmaktan) yüz çevirmeyiniz."⁸⁷ Ayeti kerimesinde şahitlik yapmak üzere mahkemeye gitme kudreti hür kimselere mahsustur. Halbuki köleler efendilerine hizmetle görevli bulduklarından ancak onların izniyle gidebilmeleri mümkün olur. O halde kölelerin şahitliği makbul değildir. "Allah şöyle bir mesel irad etti: Hiçbir şeye gücü yetmeyen memluk bir kul, bir de (hür) bir zat ki kendisine tarafımızdan güzel bir rızık nasip etmişiz de o, bundan gizli ve aşikâr harcıyı duruyor. Bunlar hiç müsavî olur mu?..."⁸⁸ ayeti kerimesi de kölelerin iktidarsız kimseler olduğunu teyid eder. Esasen bütün bu delillerden sonra kölelere şahitlik yaptırmak şüpheye sebebiyet vereceğinden doğru değildir.

bc. Hanbelilere göre, kısas ve hudud davaları dışındaki davalarda kölelerin şahitlik yapmalarında sakınca yoktur.⁸⁹

c. Kelam: Hanbeli, Hanefi ve Şafiilerin bir kısmı dilsizin şahadetini caiz görmez. Çünkü dilsizler ancak işaretlerle meramlarını anlatabilirler. Halbuki bu şekilde alınacak ifadelerde şüphe bulunur. Şüphenin mevcudiyeti subut bulduğunda ise dava düşer. Maliki ve Şafiilerden bir grup ise, ifadesinin anlaşılması halinde dilsizin şahitliğinde bir beis görmezler.⁹⁰

d. Görme: Hanbeliler görme ve işitme özürlülerin şahitliğini caiz görmezler. Ancak Hanefi fakihlerinden Ebu Yusuf, işitme özürlünün şahitliğini caiz addeder.⁹¹

⁸⁴ Bakara, 2/134

⁸⁵ Bakara, 2/282.

⁸⁶ Cevziyye, a.g.e., s. 193,194.

⁸⁷ Bakara, 2/282.

⁸⁸ Nahl, 1675.

⁸⁹ İbni Kudame, VIII/199; İbni Rüşd, a.g.e., II/458.

⁹⁰ İbni Rüşd, a.g.e., II/458.

⁹¹ İbni Abidin, a.g.e., VI/27.

Hanbeliler ise, dava konusu olaydan sonra gözünü kaybedenlerin mahkemede şahit olabileceklerini, çünkü şahitlikle ilgili bilgilere sahip olduğunu iddia ederler. Ayrıca böyle bir durumun şüpheye de sebebiyet vermediği görüşündedirler.⁹²

e. Erkeklik: Malik ve Şafii'ye göre kadınların had davalarında şahitliği kabul edilmez. Ancak bir erkekle beraber veya aynı cinsten çok sayıda olmaları müstesna.⁹³ Cumhuru fukaha ise, kadınların hudud davalarında şahitlik yapmalarını caiz görmez.⁹⁴

1.3.2. İkrar

Lugatte ispat etmek, mütezelzil olan bir şeyi yerinde durdurarak, bir şeyi itiraf eylemek manasına gelir. Istılahta "Bir kimsenin kendisiyle alakalı olup başkasına ait bulunan bir hakkı haber vermesidir." Mesela; Bir kimse, kendisinin veya vekilinin elinde bulunan bir malın filan şahsa ait olduğunu haber verse, bu bir ikrar olur.⁹⁵

Hukuk ve ceza davalarında hüküm mesnedlerinden biri sayılan ikrar, bir kimsenin kendisine atf ve isnad olan suçu veya borcu kabul edip itiraf etmesi demektir.⁹⁶

Fakihlerin ekseriyeti aşağıdaki şartlar mevcut olmadıkça, ikrar ile suçun subut bulamayacağına ittifak etmişlerdir. İkrarın sağlıklı ve geçerli olabilmesi için hukukçuların ittifakla mevcudiyetini istedikleri şartlar şunlardır.

a. İkrar sarih ifadelerle yapılmalı ve şüphe uyandıracak veya tevile açık gizli lafızlarla olmamalıdır. Çünkü net olmayan ikrarlar şüpheye sebebiyet verir, şüphenin bulunması da hadlerin düşmesine yol açar.⁹⁷

b. Had cezasını ispat ve şüpheleri izale edebilmek için ikrarın hakikate uygunluğu zorunludur.

c. İkrarın haddi ikame edecek, hüküm verecek olan hakimin huzurunda yapılması gereklidir.

⁹² İbni Kudame, a.g.e., IV/189.

⁹³ Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/197; İbni Rüşd, a.g.e., II/458.

⁹⁴ İbni Kudame, a.g.e., IX/148; Serahsi, a.g.e., IX/169.

⁹⁵ Bilmen, a.g.e., VIII/37.

⁹⁶ Mecelle, 1572. md.

⁹⁷ Alemgir, Nizam, Feteva'yı Hindiyye, VI/231, Bulak, 1310 h.

İkrarda bulunup bulunmaması hususunda fakihlerin ihtilaf içinde olduğu bir takım unsurlar da mevcuttur.

d. Ebu Hanife, Şafii ve Maliki Mezhebi, ikrarın bir defa gerçekleşmesini yeterli görürler. Nesei'nin süneninde, deve çaldığını bir kez ikrar eden Semure'ye Hz. Peygamber'in el kesme cezası vermesi bu görüşün en kuvvetli delilidir.⁹⁸

Hanbeli ve İmamiye Şiası ise ikrarın bir defa icra edilmesiyle iktifa etmezler. Bilakis ikrar en az iki kez tekrarlanmalı ve iki ayrı mecliste tekerrür etmelidir. Delilleri şunlardır:

a. Ebu Davud'un Süneninde yer alan Ebu Umeyye'den mervi hadiste, Hz. Peygamber'e gelerek hırsızlık yaptığını itiraf eden kimseye iki veya üç defa ikrarının tekrar ettirilmesi.⁹⁹

b. Zina ve hırsızlık suçları müştereken had ile cezalandırılır. Zina suçunda sanığa ikrarın tekrarı zorunlu ise, neden hırsızlık suçunun ispatı için şart olmasın?

c. Zina suçunda zorunlu şahit adedince ikrar yaptırıldığına göre hırsızlık suçunda da zorunlu şahit sayısı kadar, yani sanığın en az iki kez ikrarı şarttır.¹⁰⁰

1.3.2.1. İkrarın şartları

a. Mukır (ikrarda bulunan kimse) akıllı olmalıdır. Sarhoş, deli ve bunak kimsenin ikrarı geçerli değildir.

b. Mukır'rin buluş çağına ulaşmış olması gereklidir. Çocukların ikrarları makbul sayılmaz.

c. Dilsizlerin ikrarları geçerli değildir. Hadler dışındaki davalarda işaret ve yazı ile yaptıkları ikrar kabul edilir.

d. İkrarın ihtiyari olması lazımdır. Cebren veya kerhen yapılan ikrar delil addedilmez.

⁹⁸ Nesei, Sarık 3; Şevkani, a.g.e., VII/134; Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/196; Serahsi, a.g.e., IX/81.

⁹⁹ San'ani, a.g.e., III/23.

¹⁰⁰ İbni Kudame, a.g.e., VIII/280.

Bu şartların mevcudiyetinden sonra hakim, çalınan malın miktarından, hırsız durumundan ve hırsızından çıkarılmasıyla ilgili sualler sorar. Hakimin huzurunda hırsızlığın şartları ispatlanırsa o zaman had cezasına hükmedilir.¹⁰¹

Fakihler, ikrarın bulunmasına rağmen ayrıca dava açılmasının da şart olup olmadığı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Ebu Hanife, Şafii ve Ahmed ikrarla beraber dava açılmasını şart koşarlar. Yani suç evvela ikrar ile subut bulur. İkrardan dolayı dava açılır. İkrarın delillerle ispatına çalışılır.¹⁰²

Gaipte olan veya meçhul birinin malını çaldığını ikrar edenin eli kesilmez. Ancak dava hakkı sahibinin, dava açmasından sonra kesme cezası verilir. Bu durum beyyinelerle (delillerle) suçun ispatı gibidir. Ebu Yusuf, ikrarın mevcudiyeti durumunda dava açılmasını şart koşmaz. Bineanaleyh meçhul veya gaipteki birinin malını çaldığını ikrar eden kişi hakkında, dava açmaya gerek kalmaksızın kesme cezası verilir. Bu konudaki delili ise, bir kimsenin kendi aleyhinde ikrar ve itirafında bulunduğu takdirde ikrar ve itirafından dolayı ithama maruz bırakılmıyacağı şeklindedir.¹⁰³ Ebu Hanife ve O'nun gibi düşünenlere göre ise; Semure Hz. Peygamber'e gelip bir deve çaldığını itiraf ve ikrar edince, Resulullah(sav), mağdur kişilerin huzura getirilmesini emir buyurmuş, mağdurlar da, "falanca gecede develerimizi kaybettik" demişlerdir. Bunun üzerine Hz. Peygamber de suçlunun elini kestirmiştir.¹⁰⁴ Sünnet kişinin ikrarıyla yetinmediğine göre, sadece ikrar ile iktifa edilmez.

Fakihler arasınada, ikrarın el kesmeden sonra meydana gelmesinin kıymetinin bulunmadığı ve ikrarın hüküm verilmeden önce vuku bulmasıyla haddin düşeceği hususunda ihtilaf yoktur. İhtilaf ikrarın, hüküm verilip henüz el kesme işlerinin vaki olmasından önce meydana gelmesi durumundadır. Bu konuda iki değişik fetva mevcuttur.

a. Cumhur'u fukaha'ya göre, mukirrin eli kesilmeden önce (infazdan önce) ikrarından dönmesi karara tesir eder ve ceza düşer. Hz. Peygamber'in huzuruna getirilen ve hırsızlığını ikrar eden adama, "Ben senin hırsızlık yaptığını sanmıyorum"¹⁰⁵

¹⁰¹ Kâsâni, a.g.e., VII/49; Malik b. Enes, el-Müdevvenet'ül-Kübra, IV/426, Beyrut, 1980.

¹⁰² Ensari, Ebi Yahya Zekeriyya, Şerhu Ravdu'l-Talib min Esna'l-Metalib, IV/150, Kahire, 1369 h. Şirbini, a.g.e., IV/186.

¹⁰³ Kâsâni, a.g.e., VII/81,82.

¹⁰⁴ Müsned'ü Ahmed, I/436.

¹⁰⁵ Nesei, Sarık 3.

diyerek ikrarından rucu'unu istemesi bu görüş sahiplerinin en kuvvetli delilidir. Ayrıca hukukullah'a ait meselelerde ikrardan dönmenin sahih olduğunu savunurlar. Fakat kul haklarında ikrardan rucu sahih değildir.¹⁰⁶ Ancak ikrar ettirmek maksadıyla sanığı dövmek, İslam hukukunun hilafıdır. Dövmekle fetva verilemez. Çünkü fetva şer'an (hukuken) tatbikat gerektirir.¹⁰⁷

b. Şafiilerden bir grup ile Zahirilere göre, ikrardan rucu'un ikrar üzerinde herhangi bir tesiri olmaz. Suçlu kimse ikrarından dönse bile yapmış olduğu ikrardan dolayı sorumluluktan kurtulamaz. Hırsızlık suçu kul hakkını ilgilendirdiğinden ikrardan dönme makbul değildir. Ayrıca Zahiriler genel kural olarak şüphelerden dolayı hadlerin düşmesini kabul etmezler.¹⁰⁸

1.3.3. Yemin

Şafii mezhebi hukukçularından bir grubun görüşüne göre, hırsızlık suçu reddolunan bir yeminle ispatlanabilir. Yani merdud yeminle suç sabit görülürse itham edilen kişiye kesme cezası verilir.¹⁰⁹

Yemin, hukuk davalarında hükümlere mesned olacak delillerden biridir. Resulullah(sav) "delillerle davasını ispat etmek davacıya, yemin ise iddiayı reddedene düşer"¹¹⁰ hadisi şerifiyle yeminin hangi tarafa tevcih edileceğine açıklık getirilmiştir. Mağdur kişi, malını sanığın çaldığını söyler de kuvvetli delil getiremez ise, iddiayı reddetmek üzere sanığa yemin etmek gereklidir. Sanık yeminden kaçınırsa bu kez yemin etme teklifi mağdura yöneltilir. Mağdur da sanık aleyhine yemin ederse, sanığın elinin kesilmesine hükmedilir. Çünkü yeminden kaçınmak, ikrar ve beyyine gibi ispat yollarından birinden kaçmak mesabesindedir. Herhangi birisiyle suç subut bulunca suçluya kesme cezası verilir.¹¹¹

¹⁰⁶ Bilmen, a.g.e., VIII/58.

¹⁰⁷ Bilmen, a.g.e., VI/231.

¹⁰⁸ Ensari, a.g.e., IV/150.

¹⁰⁹ Şirbini, a.g.e., IV/155.

¹¹⁰ Tirmizi, Ahkam 12.

¹¹¹ Udeh, a.g.e., II/617.

Şafii mezhebinin kuvvetli görüşüne göre ise, kesme cezası ancak suçun deliller veya ikrar ile kesinlik kazanmasından sonra verilir. Yeminden kaçınmakla yalnızca çalınan malın tazmini konusu ispatlanır, tazminata hükmedilebilir.¹¹²

Hanefi mezhebi hukukçuları, yeminin ispat için değil, müdafaa için bir delil olduğunu ve ancak davalıya düştüğünü kabul ederler. Şafii mezhebi hukukçuları ise, yeminin hem ispat ve hem de müdafaa için bir delil olabileceğini söyleyerek, yeminin hem davacıya ve hem de davalıya teklif edilebileceğini savunurlar. Hukukçuların çoğunluğuna göre hüküm vermede bir şahit ve yemin ile iktifa edilebilir. Ancak bu durum mal ve benzeri ihtilaflarda caizdir. Şafiiiler bu görüşü sirkat hadiselerine de teşmil ederler.¹¹³

1.3.4. Dava açma hakkı

Kişi haklarını ilgilendiren konularda şahadeti ve sair delillerin geçerli olabilmesi için davanın mahkemeye intikali şarttır. Aksi halde şahitlik makbul sayılmaz. Ve sırf şahitliğe bianaen dava açılmaz. Hanefi ve Şafii hukukçulara göre hırsızlık suçundan dolayı dava açmaya mağdur, yani malın gerçek sahibi yetkilidir. Malın vekili de hırsızlık konularında dava açma hakkına sahiptir. Fakat malı rehin alma, kiracının ve emanetçinin dava açma yetkileri yoktur. İmam Malik, kesme konusunda dava açılmasını, çalınan malın geri istenilmesini prensip olarak şart koşmaz. Hanbeli mezhebinin bu konu ile ilgili olarak iki farklı görüşü mevcuttur. Birincisi, Şafii mezhebinin diğeri de, Maliki hukukçularının görüşüne uygundur.¹¹⁴

Hukuku ilahiye*yi ilgilendiren davalarda her müslüman hasım olabileceğinden, ihbar anında dava hükmen açılmış kabul edilir ve muhbirin şahadeti dinlenir. Hz. Peygamber(sav)'in "Şahitlerin en iyisi kendisinden şahadet etmesi istenmediği halde şahadet eden kimsedir"¹¹⁵ hadisiyle teşvik ettiği bu tür şahitliğe "şahadet-i hisbe" adı verilir.

¹¹² Ensari, a.g.e., IV/150

¹¹³ İbni Rüşd, a.g.e., II/463; Kâsânî, a.g.e., VI/225; Şan'ani, a.g.e., IV/132.

¹¹⁴ Ensari, a.g.e., IV/138; Kâsânî, a.g.e., VII/83.

* "Hukuku İlahiye" beşeri hukuklarda "Amme Hukuku" olarak ifade edilir.

¹¹⁵ Tirmizi, Şehadet 1.

İKİNCİ BÖLÜM

2. HIRSIZLIĞIN RÜKÛNLERİ (UNSURLARI)

Hırsızlığın tanımları incelendiğinde, üç unsurun bütün tariflerde yer aldığı görülür. Bu ortak unsurların birincisi, hırsızlığın gizliliği, ikincisi, hırsızda bir takım şartların bulunmasının gerekliliği ve üçüncüsü, çalınan malın konumu, kıymeti ile özelliğidir.

2.1. Gizlilik

Hırsızlık; bir kimsenin malını bilgisi ve rızası bulunmaksızın almaktır. Veya bir kimsenin, başkasına ait bir malı, onun evde bulunmadığı bir sırada veya mal sahibi uykudayken alıp götürmesidir. Veya harman yerinden buğday vs. mahsulü, sahibi orada yokken veya uykudayken alıp götürmesidir. Alıp götürme mağdurun huzurunda ve kuvvet kullanmadan vaki olursa bu fiil ihtilas'tır, hırsızlık değildir.¹¹⁶

Bir malı gizlice almak hırsızlık fiilinin bir rüknüdür. Yüce Allah şöyle buyuruyor, "Ancak kulak hırsızlığı müstesna, onun da peşine açık bir alev sütunu düşmüştür."¹¹⁷ Bu ayette Allah(c.c) duyulabilecek bir sesin izinsiz olarak gizlice dinlenmesini de "sirkat" ifadesiyle tesmiye etmiştir.¹¹⁸

Bir hırsızlık fiilinde gizlilik vasfının bulunabilmesi için haiz olması gereken şartlar şunlardır.

2.1.1. Hırsızlık fiili ispatlanabilmelidir

Suç delillerinin (beyyine, ikrar, yemin) yardımıyla suçun ispatı mümkün olmalıdır. İtham ve zanna binaen cezaya hükmedilmez.

¹¹⁶ Udeh, a.g.e., II/518.

¹¹⁷ Hicr, 15/18.

¹¹⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/65.

2.1.2. Çalınan şey, gizli bir şekilde alınmış olmalıdır.

Gizlice almak ya "doğrudan doğruya almak" veya "dolaylı almak" şeklinde ikiye ayrılır. Doğrudan alma, hırsızın malı bizzat dışarı çıkarması veya yaptığı eylemle dışarı çıkmasını sağlamasıyla gerçekleşir. Mesela, bir kimsenin malın bulunduğu yere girerek malı sırtlayıp çıkarması veya pencereden dışarı attıktan sonra gidip yüklenmesi doğrudan almaktır.¹¹⁹ Şayet hırsız, çalınan malın korunduğu yerden çıkarılmasına dolaylı bir şekilde sebep oluyorsa, mesela, yükü hayvanın sırtına bağlayıp dışarı çıkmasını sağlaması dolaylı hırsızlık addedilir. Dolaylı surette almak doğrudan almak gibi işleme tabi tutulur.¹²⁰

Hukukçular gizliliğin oluşması bakımından gizliliğin vaktini de dikkate almışlar. Şayet hırsızlık gündüz yapılmışsa çalınan şeyin alınmasının başlangıcı ve sonu esas alınır. Gündüz, yatsı vaktine kadar olan zaman dilimini kapsar. Hırsızlık gece ise, gizlilik sadece almanın başlangıcı itibariyle gözönünde bulundurulur. Öyle ki, hırsız bir eve geceleyin girse , sonra da malı alenen alsın, mal sahibiyle mücadeleden sonra bile olsa istihsanen eli kesilir. Çünkü malın alındığı vaktin son kısmı gecenin gizliliği ölçüsünde dikkate alınır, gece yapılan hırsızlıkların çoğunda el kesme cezasını uygulama imkanı olmaz. Zaten vaktin sonuna kadar mal ele geçirilir ve imdadın yetişme imkanı kalmaz.

Gizlilik konusunda, hırsızın ev sahibinin kendisinden haberdar olmadığını iddia etmesi mi, yoksa ev sahibinin hırsızdan haberdar olmadığını iddiası mı muteber olur? Hanefilerden bir gruba göre, iki taraftan birinin gizliliğin mevcudiyetini iddia etmesi haddin uygulanması için kafidir. Diğer bir görüşe göre hırsızın iddiası muteber değildir. Ev sahibinin gizlilik iddiasında bulunması veya her iki tarafın hırsızlıktan karşı tarafın haberdar olmadığını itiraf etmesi halinde kesme cezasına hükmedilir.¹²¹

Ulema kendisine emanet edilen mala hıyanet etme, intihab ve ihtilas hakkında ihtilaf etmişlerdir. İhtilafın sebebi hırsız unsurunun mevcut olup olmadığı hakkındadır.

Ahmet b. Hanbel, Hariciler ve İshak; hain, müntehib ve muhtelis için hırsız kabul etmezler. Dolayısıyla kesme cezasının verilmesi gerektiğini iddia ederler. Diğer

¹¹⁹ İbni Kudame, a.g.e., VIII/241.

¹²⁰ Ensari, a.g.e., IV/148, Kahire.

¹²¹ İbni Abidin, a.g.e., IV/84.

fakihler ise hırs ve gizlilik unsurları mevcut olmadığından had cezasının verilemeyeceğini savunurlar.¹²²

İhtilas: Mal sahibinin gafil anını yakaladığında aniden malı kapıp hızlıca ve aşikar bir şekilde kaçmak demektir. Muhtelis, başkasının malını alıp kaçmayı amaçlar.

Hıyanet: Zahiren emniyetli görüldüğü halde içindeki kötü niyete binaen emaneti zimmetine geçirmekdir. Hain, malı korur görüldüğü halde gizlice sahibinden mal kaçırmayı maksat edinmiş kimsedir.

İntihab: Kelimenin aslı olan nehbe, baskın yapmak, soymak manasına gelir. Başkasına ait malı zorbalık ve kaba kuvvetle almak demektir. Müntehib, baskın yaparak, zorla başkasının malını ele geçirmeyi gaye edinmiştir.¹²³

Muhtelis, hain ve müntehib'in fillerinde gizlilik bulunmamaktadır. Bu nedenle gizlilik unsuru eksik olan bu cürümler hırsızlık ile aynı çerçevede mütalaa edilmemiştir.

2.1.3. Alınan şey suç kasdı ile alınmış olmalıdır.

Başkasının malını gizlice alan kimse bu fiili suç kasdıyla yapmış olmalıdır. Suçlu, yasak olan bir malı, çaldığını bile bile alıyorsa, o zaman suç kasdının bulunması açısından bu davranış tarzı yeterlidir. Madem ki, mağdurun rızasının ve bilgisinin bulunmadığını bilerek kendisi sahiblenmek niyetiyle bu fiili yapmıştır, o halde bu fiil her yönüyle suç teşkil eder. Bir kimse kendi düşüncesine göre, mübah veya terkedilmiş bir malı alırsa suç kasdı bulunmadığından hakkında cezai işlem gerekmez. Zira o kimse mübah zannettiği şeyi almıştır. Her kim ki, mülk edinmek kasdı bulunmadan bir şeyi, mesela onun hakkında bilgi sahibi olmak, kullandıktan sonra geri iade etmek maksadıyla veya şaka yoluyla alırsa veya mağdur kişinin almaya razı olduğuna inanarak o malı alırsa, işte bütün bu hallerdeki alma işi, suç kasdı bulunmadığından, hırsızlık sayılmaz.¹²⁴

¹²² San'ani, a.g.e., IV/22.

¹²³ İbni Kudeme, a.g.e., VIII/256.

¹²⁴ Udeh, a.g.e., II/608.

Kasıt unsuru bulunmazsa veya suçun kasdiliği ispatlanamazsa, o zaman suça, kasdi suçun cezasını vermek de mümkün olmaz. Kasıtsız suçta ancak ihmal veya tedbirsizlik dikkate alınır. Böylece gayri kasdi suçun cezası hafif olur.

Suç kasdı bulunmayan kişi, yasak fiili işlemeye niyetli ve istekli değildir. Fakat hatası sonucu suç oluşmaktadır.¹²⁵

Hataları iki başlık altında toplamak mümkündür. Birincisi; suçlu, suça yol açan fiili kasetmiş ama suçu kasetmemiştir. Bununla beraber suçlu, hataen bunu işlemiş neticeyi meydana getirmiştir. Fail burada ya fiilin kendisinde hata etmiştir; taşı bir hedefe atarken, attığı taşın başka bir kimseye isabet etmesi gibi. İşte burada fiil kasden işlenilmiş, ancak sonuç arzulanmamıştır. Ya da suçlu zannında hata yapmıştır. Şöyle ki, fail gördüğü karartıyı hayvan zannederek atış yapar, ancak o karartının insan olduğu ortaya çıkar ve onu öldürmüş olur. Yani suçlu, fiilinde veya zanında hatalı davranması sonucu suçu işlemiş olmaktadır.¹²⁶

İkincisi: Suçlu, suçu veya fiili kasetmektedir. Fakat fiil, ihmalkarlığı, tedbirsizliği veya ihtiyatsızlığı neticesi vuku bulmaktadır. Mesela insanların geçtiği bir yerde kuyu kazan birisinin, gerekli tedbirleri almaması sonucu yoldan geçenlerin o kuyuya düşüp zarar görmesine sebebiyet vermesi gibi.¹²⁷

Hırsızlık eyleminin subuta ermesi için suçlunun hem suçu hem de fiili kasetmesi gereklidir. İki unsurdan birisinin bulunmaması halinde sirkat'in şartları tamamlanmış sayılamayacağından el kesme cezasına hükmedilmez.

2.2. Hırsızda bulunması gereken şartlar

İslam alimleri hırsızlığı büyük günahlardan saymışlardır. Çünkü sadece mallara zarar vermekle neticelenmez. Bazen masum hayatlara da yönelir ve birçok ocağın sönmesiyle sonuçlanır. Özellikle büyük çaplı soygun ve uyuşturucu kaçakçılığında takdir edilecek cezanın da caydırıcı ve emniyeti temin edici mahiyette olması zorunludur. İslam hukuku bu bataklığı kurutmayı hedef edinmiştir.

¹²⁵ Kâsâni, a.g.e., VII/233.

¹²⁶ Kâsâni, a.g.e., VII/234.

¹²⁷ Kâsâni, a.g.e., VII/235.

Esasen Kur'ani hükümler her halukarda insanlar için şifa ve hidayet kaynağıdır. Toplumun ahlaki, manevi ve ekonomik olgunluğunun sağlanması için mümkün olan faaliyetler gerçekleştirildikten sonra da hırsızlık suçu işlenirse, faillerine el kesme cezası tatbik edilir. Ancak bu suçu işleyenlerin cezalandırılabilmesi için aşağıya çıkarılmış bulunan şartlara haiz bulunup bulunmadıkları araştırılır.

2.2.1. Cezai ehliyeti bulunmalıdır

Hırsızın elinin kesilmesi için akıllı ve baliğ olması lazımdır. Çocuk ve delinin eli kesilmez. Hadisi şerifte Hz. Peygamber, "Ümmetimden üç kişinin üzerinden kalemin hükmü kaldırılmıştır: Bülûğ çağına varıncaya kadar çocuktan, akli başına gelene dek deliden, uyanıncaya kadar uyuyandan" buyurmuştur.¹²⁸ Çünkü elin kesilmesi bir cezadır, ortada bir cinayetin (suçun) bulunmasını gerektirir. Halbuki çocuk ve delinin fiili suç olarak değerlendirilemez.¹²⁹ Dilsiz ve körlerin halleri ise hükmetme hususunda şüphe doğurduğundan çaldıkları şeyler tazmin ettirilir. Ayrıca durumlarına göre ta'zir cezasına da müstehak olurlar.¹³⁰

Bir grup akıllı ve baliğ kimseyle beraber çocuk ve deliler de hırsızlık işine müştereken katıldıkları takdirde imam Ebu Hanife ve İmam Zufer'e göre onların hepsine de el kesme cezası verilmez.

İmam Ebu Yusuf'a göre ise, eşyayı kimin çıkardığına göre ceza verilir. Eğer çocuk veya deli çıkardıysa hepsinden had düşürülür. Şayet başkası çıkardıysa onların eli kesilir, çocuk veya delininki kesilmez. Çünkü hırsızlıkta aslanan malın muhafaza edildiği yerden (hırz) çıkarılmasıdır. Yardım etmek ise tabi olanların hükmündedir.

İmam Ebu Hanife ve Zufer'e göre, ortada tek bir hırsızlık vardır. Eli kesilmesi icab eden ve icab etmeyen kimseler tarafından yapılmış olduğu için hiçbirinin elini kesmek lazım gelmez. Bu durum birkaç suça kasden katılan kişi ile hata yoluyla katılan kimsenin haline benzemektedir. Çalınan malın çıkarılması manevi yönden herkes tarafından gerçekleştirilmiştir.¹³¹

¹²⁹ Zuheyli, Vehbe. el-Fıkhü'l İslami ve Edilletuhu, VI/101, Dimeşk, 1989

¹³⁰ Bilmen, a.g.e., III/263.

¹³¹ Kâsâni, a.g.e., VII/67.

2.2.2. Sarık helal ve haramı bilmelidir

İnsanların kanunlar karşısındaki mesuliyetleri; bilme, öğrenebilme ve haber alabilme imkanları ile birlikte telakki edilir. Bilme imkan olmadığı için bilemeyen veya kanunu anlamakta yanılığa düşeni cezalandırmak, insanı gücü yetmeyen şey ile sorumlu tutmak olur. Halbuki Kur'an-ı Kerim, "Allah hiçbir kimseye gücünün yeteceğinden başkasını yüklemes."¹³² hitabıyla, mükellefiyetin kişinin gücü ve kudretiyle mütenasib olduğunu açıklamaktadır. Uygulamada da İslam, insana hiçbir zaman güçlük yüklemes.¹³³ Öyleyse, "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz, bir ülkede yaşayanlar, o ülke kanunlarını biliyor farzedilir, kanunları ihlal edenler cezalandırılırlar" şeklindeki klasik anlayış, İslam Ceza Hukukunda muteber sayılmaz.¹³⁴

Helal ve haram konusunda cahil olanlar mazur görülür. Onların bu özürü haklarında had cezasını uygulama açısından şüpheye sebebiyet verir. Şüpheler de hadleri düşürdüğünden, bilmediği için yaptığı fiil hırsızlık kapsamında olan kimseye el kesme cezası verilmez. Nitekim "Biz bir resul gönderinceye kadar (hiçbir kimseye) azab edici değiliz"¹³⁵ ayeti kerimesi, sorumluluğun ancak tebliğden sonra olabileceğini vurgular.

Hız. Peygamber zamanında da bilmeyenlerin özürü sayıldığı bilinmektedir. Bir adam Resulullah(sav)'a bir kırba şarap hediye etti, adama: "Sen Allah'ın onu haram kıldığını bilmiyormusun?" diye buyurdu. Adam bu kez şarabı yanındakilere satmak istedi. Resulullah(sav) ona: "İçilmesini haram kılan, satılmasını da haram kıldı" buyurunca, adam kırbayı yere döktü. Resulullah ona bir ceza vermedi.¹³⁶ Çünkü adam şarabın içilmesi ve alışverişinin suç olduğunu bilmiyordu.

2.2.3. Suç, serbest irade ile işlenmiş olmalıdır

Bir fiilin hırsızlık sayılabilmesi için, eylem kerhen, zorlamayla veya açıkl korkusuyla yapılmamış olmalıdır. Bu tür mazeretleri bulunanların özürü sayılacakları

¹³² Bakara, 2/286.

¹³³ Hac, 22/78.

¹³⁴ Akşit, M. Cevat, 83, Kül. Bas. Yay. B., İstanbul.

¹³⁵ İsra, 17/15.

¹³⁶ Muvatta, Eşribe 5.

"Oysa Allah, çaresiz yemek zorunda kaldığınız dışında, haram kıldığı şeyleri size açıklamıştır."¹³⁷ ayeti kerimesi ile sabittir.

Hata iki türdür. Bunlardan öldürme, bir uzvun kesilmesi ve ölüme yolaçabilecek dövme ile korkularak yapılan ikraha" tam ikrah" veya "ikrahi mülcü", hapis, bağlama, can tehlikesi olmayan dövme gibi sadece keder ve üzüntü veren bir şeyle korkularak yapılana da "nakıs ikrah" veya "gayri mülcü" denir.¹³⁸ Binaenaleyh, "Hata, unutmaya ve yapmaya zorlandıkları şeylerin sorumluluğu ümmetinden kaldırıldı."¹³⁹ hadisi şerifi mucibince had cezası verilmez.

Bir kimse öldürücü derecedeki açlığın ve susuzluğunu gidermek için bir mal çalarsa kesme cezası verilmez. Ancak umumi kıtlık zamanlarında mecburiyet bulunmadığı halde yiyecek çalana kesme cezası değil, tazir cezası verilir. Satınalmak istediği şeyi veya onu satınalacak kudretinin bulunmaması halinde kesme cezası verilmez.¹⁴⁰

2.2.4. Çalınan malda, hırsızın alma hakkı veya alma izni bulunmamalıdır

Bir kimsenin alma hakkına sahip olduğu bir şeyi alması esas itibarıyla bir suç oluşturmaz ve bir cezayı da gerektirmez. Tevil ve şüphe yoluyla da olsa alma hakkına sahip olduğu bir şeyi almak da böyledir. Halbuki hırsızlık suçunun tam teşekkülü için zilyedliğin* mağdurdan suçluya geçmesi şarttır. Öyle ki, maddi ve manevi unsurlarıyla geçmesi gereklidir. Mülkiyet ve intifa'dan birisi geçer, diğeri geçmezse hırsızlık gerçekleşmiş olmaz. O iki unsurdan birisi haksız yere geçmiş ise fiil hırsızlık sayılmaz. Malını kiraya veren, kiraya verdiği menkul malını kiracının haberi olmadan gizlice çalarsa veya malını ödünç olarak (iare) veren, iare'ye verdiği malını ödünç alandan gizlice çalarsa, asıl malik kendisi olduğundan fiili hırsızlık hükmünde telakki edilmez. Çünkü çaldıkları şey, zilyedlik ve intifa'dır. Halbuki bir eylemin hırsızlık sayılabilmesi için mülkiyetin her iki unsurunun tahakkuk etmesi şarttır.¹⁴¹ Suçlunun kendi malını veya alma izni bulunan bir malı gizlice alması had cezasını gerektirmez.

¹³⁷ En'am, 6/119.

¹³⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/175.

¹³⁹ İbni Mace, Talak 16.

¹⁴⁰ Udeh, a.g.e., II/609,610.

* Zilyedlik: Bir malı, bir gayri menkulu elinde tutan, bu malı -sahibi kendisi olsun veya olmasın- kullanmakta bulunan.

¹⁴¹ Kâsâni, a.g.e., VII/70,72; San'ani; a.g.e., IV/138.

2.3. Çalınan malda bulunması gereken şartlar

2.3.1. Çalınan şey muhterem (mütekavvim)* bir mal olmalıdır.

İslam Hukukunda mallar mütekavvim ve mütekavvim olmayan mallar şeklinde ikiye ayrılır. Bu makamda mütekavvimin manası, insanlar arasında bir kıymeti olan şey değil, İslam hukukunun istilahındaki manasıdır. Yani intifa, hukuken (şer'an) mübah olan demektir. Mütekavvim olmayan ise, hukuken intifa mübah olmayan maldır.¹⁴² İçki ve domuz ile yenilen hayvanlardan olup ta boğularak veya başına vurularak, şer'i usul ile kesilmeden, öldürülen hayvanlar gibi. Ömer Nasuhi Bilmen ise Kamus'unda mütekavvim malı; "şer'an alınması, yararlanılması mübah olan mallar" şeklinde tanımlamaktadır.¹⁴³

Müslümanlar açısından mütekavvim olmayan malların (şarap, domuz vs.) çalınmasından dolayı had cezası uygulanmaz. Öyle ki, o şeyin maliki bir müslüman olsa, tazminle mükellef olmaz.¹⁴⁴

Ehli sünnet mezheplerine göre, had cezasının tatbik edilebilmesi için çalınan malın kıymeti haiz bir mal olması şart koşulur. Malın cinsi, şarap ve domuz eti gibi müslümanlar nazarında değersiz sayılan bir şey ise, böyle bir şeyin çalınmasından dolayı el kesme cezasına hükmedilemez, tazir cezası verilebilir. Bu tür malların gayri müslimler nazarında kıymeti bulunduğu için kıymet takdirinde farklı yorumlar ortaya çıkmaktadır. Kıymet takdirindeki bu farklar, özellikle nisabın tayininde şüpheye sebebiyet verir. Şüphe ise hadleri düşürdüğünden ancak tazir cezasına başvurulabilir. Zahiriyeye mezhebi farklı olarak, her türlü malın çalınmasında haddin lazım geldiğini, çalınan şeyin tafih (değersiz) olup olmadığının önemli olmadığını, çalınmanın yerde, ağaçta ve sergide bulunmasının da önemli olmadığını, süratle bozulur olmasının da kesme cezasını kaldıramayacağını savunur.¹⁴⁵

* "Mütekavvim mal" ifadesini Hanefiler, diğer üç mezheb ise "malı muhterem" ifadesini kullanırlar.

¹⁴² Mecelle, 127.md. (Heyet), Ankara. 1959.

¹⁴³ Bilmen, a.g.e., III/267.

¹⁴⁴ Zerka, Mustafa Ahmet. Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku, Çev. Servet Armağan, III/859, Timaş Yay., İst., 1993.

¹⁴⁵ Kâsani, a.g.e., VII/69; Sanani, a.g.e. IV/139; İbni Kudame a.g.e.VII/273.

Hz. Aişe'den rivayet olunan "Hz. Peygamber zamanında bolca bulunan,değerli mallardan dolayı el kesme cezası verilmezdi."¹⁴⁶hadisine istinaden değersizlik ve bolluk Ebu Hanife'ye göre malda şüphe doğurur. Dolayısıyla had düşer ancak tazir cezası verilir.Yani; kerpiç, kamyş, saman, odun ve benzeri şeylerin çalınmasından dolayı el kesme cezasına karar verilmez. Zira insanlar normal olarak bu tür şeylere malik olmak için çaba göstermezler.¹⁴⁷

Ebu Hanife, bir malın mütekavvim olup olmadığını insanların örf ve adetine dayandırmaktadır. Bununla beraber değeri düşük ve kıymetsiz olan bir şey bazen bir şeyin yapımında kullanılabilir. Mesela tahta değersizdir ancak işlendikten sonra kapı, pencere veya sanat eseri olarak kıymet kazanabilir. Kıymet kazandıktan sonraki durumunda çalınırsa haddi gerektirir.¹⁴⁸

Ebu Hanife'nin dışındaki mezheb imamları "malın değersizliği el kesmeye engeldir" kaidesini kabul etmezler. Onlara göre; mülkiyete konu olabilen, satıldığında bedel olabilen, takası mümkün olan malların çalınması halinde el kesme cezası gerekir.¹⁴⁹

Şafii ve Maliki mezhebi hukukçularına göre, mükiyete konu olmuş her nevi malın çalınmasında, kıymeti nisap miktarına ulaşıyorsa kesme cezası verilir. İsterse çalınan bu mal odun, sap-saman, toprak gibi kıymetsiz bir mal, isterse yiyecekler ve meyveler gibi kısa sürede elden çıkarılan bir mal olsun.¹⁵⁰

2.3.2. Çalınan şey başkasının malı olmalı

Hırsızlık cezası İslam hukukunun korunmasını zaruri gördüğü beş temel unsurdan biri olan malı korumak içindir. Öyleyse bir insanın kendi malını çalması hırsızlık olmadığı gibi, malik olması şüphesi varsa da had cezası uygulanamaz. Zira hırsızlık suçunun varlığı için çalınan malın başkasının mülkiyetinde olması şarttır. Mal hırsıza aitse eylem hırsızlık sayılmaz. Veleve ki suçlanan o malı gizlice almış olsun.

¹⁴⁶ Ebu Davud, Hudud 13.

¹⁴⁷ Kâsâni, a.g.e., VII/67.

¹⁴⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/68.

¹⁴⁹ İbni Rüşd, a.g.e., II/453.

¹⁵⁰ San'ani, a.g.e., IV/141; İbni Rüşd, a.g.e., II/454.

Çalınan malın mülkiyeti, hırsızlık anına göre değerlendirilir. Bu mala sahipken hırsızlıktan önce satar sonra gider çalarsa kesme cezası verilir. Ancak hırsızlık anında mülkiyetine geçirmişse bir cezai müeyyide terettüp etmez. Hırsızlık anında mala veraset yoluyla sahip olması gibi. Özetle malın mülkiyetinin hırsızlık anında suçluya intikal edip etmediğine göre hükmedilir.¹⁵¹

Ebu Hanife'ye göre, hüküm verilmeden önce hırsızın mala malik olması, hakkındaki kesme cezasını düşürür. Ancak hakim davayı devam ettirir. Karar verildikten sonra ve infazdan önce mala malik olursa Ebu Hanife ve Muhammed'e göre hırsıza kesme cezası uygulanamaz. Çünkü kararların infazı da karar aşamalarından sayılır. İnfazdan önce kararı etkileyen husus, hüküm vermeden önce de karara etki eder. Ebu Yusuf ise farklı görüştedir. Safvan olayından hareketle, karardan sonra çalınan mala malik olmanın infaza etki edemeyeceğini savunur. Gerekçesini şöyle temellendirir. Hz. Peygamber, Safvan'ın ridasını çalan kişiye kesme cezası verince Safvan der ki:

"-Elinin kesilmesini istemedim, bu örtü ona sadaka olsun. "Bunun üzerine Resulullah(sav), "Keşke bunu, bana gertirmeden önce yapsaydın" buyurdu.¹⁵² Bu hadisi şerif gösteriyor ki, hüküm verildikten sonra meydana çıkacak olan temellük hali kesme cezasını düşürmek için sebep teşkil etmez.¹⁵³

Çalınan şeyde hırsızın mülkiyet hakkı veya mülkiyet şüphesi bulunmamalıdır. Çünkü bu takdirde sirkat suçu tamamen meydana gelmiş, sirkatin rüknü olan malı istihfa (gizlice) yoluyla elde etmek keyfiyeti tamamen tahakkuk etmiş olmaz.¹⁵⁴

Mülkiyete müsait olmayan şeylerin çalınması hırsızlığa konu teşkil etmez. Köleliğin kalkmasından sonra insan hırsızlığının mümkün olmaması gibi. İnsanlar artık eskisi gibi mülkiyete konu teşkil etmemektedir. Çocukların çalınması, dinine, rengine, cinsine bakılmaksızın hırsızlık sayılmaz. İmam Malik dışındaki üç mezhep imamı da bu düşüncededir. Ancak İmam Malik'e göre, kandırılması kolay olan küçük kız ve

¹⁵¹ Ensari, a.g.e., IV/139.

¹⁵² Ebu Davud, Hudud 10; Muvatta, Hudud 9.

¹⁵³ Kâsâni, a.g.e., VII/88,89.

¹⁵⁴ Bilmen, a.g.e., III/267.

erkek çocuklarını gizlice çalmak çeşitli sebeplere binaen mümkün olabilmektedir. Bu fiili işleyenler hakkında kesme cezasına hükmedilir.¹⁵⁵

Binaenaleyh at, saman, kamyş, odun, kömür gibi şeyleri çalmak, haddi gerektirmez. Çünkü halk, bunları tafih sayar. Kireç, kerpiç, kiremit, cam bardak, balçıkdan testi gibi şeyleri sirkat de haddi icab ettirmez. Zira halk bunları da tafih sayar. Fakat ahşaptan yapılan şeyler bunun hilafıdır. Çünkü sanat, ahşabı tefahetten çıkarır.¹⁵⁶

Şafii ve Hanbeli mezhebine göre, sahibi meçhul olan bir malı gizlice almak hırsızlıktır. Lakin bu hırsıza kesme cezası verilmez. Çünkü ceza verilebilmesi için davacının dava açması zorunludur. Mağdur kişi bilinmiyorsa o zaman istirdat (geri isteme) davası da açılmayacaktır. Vakıftan yapılan hırsızlık bu hükmün dışında tutulmuştur. Hırsız, vakıftan faydalanma durumunda ise, ortaklarından mal çalan kimsenin hükmüne tabi olur. Ancak vakıftan istifade edenlerden değise hakkında kesme cezası verilir.¹⁵⁷

Ebu Yusuf'a göre, mağdur bilinmiyorsa da, hırsızın ikrarı halinde kesme cezası verilir. Hırsız, kendisine mal vakfedilenlerden biriye yine el kesme cezası verilmez. Aksi halde had cezasına hükmedilir.

Cumhur'a göre, vakıf menfaati veya vakıf malı da çalsa her iki durumda da başkasının mülkünü çalmıştır. Vakıftan yararlanma hakkı bulunmadığı sürece eylemin hırsızlık niteliğinde olduğu hususunda ittifak vardır. Ancak mağdurun kullanım ve istifade hakkı bulunan maldan mülk sahibi çalarsa hırsızlık sayılmaz. Yani ödünç veren (mûir), ödünç veridiği kimseden (müsteir) o malını, rehin verenin, malını rehin verilenden, malı gasbedilen, malını gasbedenlerden gizlice almış olsalar dahi, maliki buldukları mallarından aldıkları için bu filleri hırsızlık hükmünde değildir.¹⁵⁸

Hz. Peygamberin "Sen ve malın, babana aitsiniz"¹⁵⁹ hadisi şerifi gereğince eimme-i erbaa'ya göre, ana-baba, nine ve dedeler, çocuklarından ve torunlarından

¹⁵⁵ Ensari, a.g.e., IV/139; Kâsâni, a.g.e., VII/67.

¹⁵⁶ Bilmen, a.g.e., III/268.

¹⁵⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/277,278; Ensari, a.g.e., IV/139.

¹⁵⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/70; İbni Kudame, a.g.e., VIII/253; Ensari a.g.e., IV/138.

¹⁵⁹ İbni Mace.Hudud 60.

çalıklarında kesme cezasına çarptırılmazlar.¹⁶⁰ Malikilerin dışındaki eimme-i selase, çocukların ebeveynlerinden çalmasında kesme cezasının verilemeyeceği görüşündedirler.¹⁶¹

Hanefi ve Şafilere göre kardeş, bacı, amca, hala, dayı ve teyze gibi zevil'erham'dan kimselerin evlerine girme izni sebebiyle evlat yakınlığı derecesinde düşünülürler ve bu cihetle hırs da ortadan kalkmıştır. Binaenaleyh zevil'erham'dan çalana kesme cezası verilmez.¹⁶²

Maliki ve Hanbeliler ise, bu akrabalarından mal çalmasının kesme cezasını gerektirdiğini savunurlar. İmam Ebu Yusuf, yalnız zi rahmi mahrem* hakkında had icra edilemeyeceği görüşündedir.¹⁶³

2.3.2.1. Eşlerden birinin diğerinden çalması

Şafilere göre, kadının nafakasını temin görevi eşine aittir. Şayet ihtiyaç kasdıyla kocasının malından alırsa, alacaklının borçludan malını vadesi geldiği için çalmasına kıyas yapılarak kesme cezasına hükmedilemez. Hırsızlık anında zevcenin kocasının malında hakkı bulunmaz ise kesme cezası verilir.¹⁶⁴ Ancak İmam Şafii, şüphe bulunması nedeniyle el kesilmemesi görüşüne daha fazla temayül eder.¹⁶⁵ Üçüncü görüşlerinde ise, karısından mal çalması durumunda kocanın eli kesilir. Kocasından mal çalması durumunda ise kadının eli kesilmez. Çünkü o, kocasından giysi ve nafaka alma hakkına sahiptir. Kocasından çalması halinde çaldığı malda kendisinin de istihkakının bulunacağı şüphesinden ötürü eli kesilmez. Ama bu hüküm koca için sözkonusu değildir. Zira kocanın, karısının malında hakkı yoktur. Ceziri'ye göre tercihe şayan görüş şudur; Eşlerden birisi diğerinin muhafaza altına aldığı malını çalarsa eli kesilir.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Kâsâni, a.g.e., VII/70.

¹⁶¹ Ceziri, Abdurrahman, Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı VII/3130,3131, Çev. M. Keskin, Çağrı Yay., İst., 1992.

¹⁶² Şirbini, a.g.e., IV/162.

* Zi rahm-i mahrem: Nikahları haram olan nesebi akraba (usûl, fûrû, oğlan ve kızkardeş ve bunların evladı, amca, hala, teyze dayı gibi. Amca, dayı ve teyze evladı zi-rahm ise de mahrem değildir.)

¹⁶³ Bilmen, a.g.e., III/264.

¹⁶⁴ Şirbini, a.g.e., IV/162,163.

¹⁶⁵ Şafii, Muhammet , b. İdris, el-Umm, VI/139, Beyrut.

¹⁶⁶ Ceziri, a.g.e., VII/3134.

Hanbelilere göre ise, eşlerden biri diğèrinin hırs sayılmayan malını çalarsa kesme cezası yoktur. Şayet mal hırs konumunda ise iki ayrı görüş beyan ederler. Birincisi; Hz. Ömer'in efendisinin malını çalan köleye ceza vermemesinden hareketle, hırsın bulunmamasından dolayı kesme cezasının verilemeyeceği şeklindedir. Hanefiler de aynı görüştedirler. İkincisi; Ayetin zahirine uyup imam Malik ve Ebu Sevr paralelinde kesme cezasının verilebileceğini uygun görürler.¹⁶⁷

Hanefiler eşlerden birinin diğèrinden çalması halinde elinin kesilmeyeceğine hükmederler. Hırsızlığın özel ev veya birlikte kaldıkları evlerden olması bu hükmü değiştirmez. Birbirlerine bedenlerini açtıklarına göre mallarını kapatmaları düşünülemez. Ayrıca birbirlerinin varisi durumunda bulunmaları da bu hükmün doğruluğunu tekid eder.¹⁶⁸

2.3.2.2. Beytu'l-Mal (Devlet Malı)'dan çalmak

Günümüzde özellikle tekelci devlet anlayışı sebebiyle devlet hazineleri külliyetli bir mal varlığına sahip bulunmaktadır. Öyle ki, milyonlarca işçi, memur ve sözleşmeli personel devlet hazinesinden maaş almakta, devlet malını çalıştırmaktadır. Şüphesiz bütün vatandaşlar devlet hazinesinden hisse sahibidir. Ancak zaman zaman İSKİ, CİVANGATE benzeri büyük yolsuzluklar devlet malına yönelik olduğu için hem gündemi işgal etmekte hem de tedbirler üzerine teoriler üretilmektedir. Öyle görünüyor ki, ekonomik sistemlerin hukuki ve ahlaki müeyyidelerle paralel düşünülmediği ve suça göre cezai yaptırımlar ihdas edilmediğinde mal emniyetinin sağlanması imkansız hale gelmektedir.

İslam hukukçuları, bugünkü ekonomik yapılara benzer biçimde geniş, zengin ve yaygın olmayan devlet hazinesine karşı işlenen cürümleri genellikle kesme cezası ile tecziye etmekten yana değildirler. Bu görüşü benimseyenlerden Hanefiler; Beytu'l-Mal'dan çalan kimseyi hür veya köl olsun kesme cezasına mahkum etmezler. Çünkü bütün müslümanların hazinede hissesi veya hissedarlık şüphesi bulunmaktadır. Eğer muhtaç durumda ise, ihtiyacını devlet karşılamalıdır. Delilleri ise, Hz. Ali'nin uygulamasıdır. Zira ganimet malından miğfer çalan bir adam Hz. Ali'ye getirilmişti.

¹⁶⁷ İbni Kudame, a.g.e., VII/275,276.

¹⁶⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/74,75.

Ancak devlet malının muayyen bir sahibinin bulunmayışı ve hırsızın da o malda hissesinin olması münasebetiyle kesme cezası verilmemişti.¹⁶⁹

Hanefiler, bu örnekten hareketle ganimet ve hazinede payı olan kimselere kesme cezasının uygulanamayacağı görüşündedirler.

Hanefiler; Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin de uygulamalarına dayanarak Beytül-Mal'dan çalan müslümana kesme cezasının verilemeyeceği görüşünü kabul ederler. İbni Mace'nin İbni Abbas tarikiyle rivayet ettiği, bir kölenin ganimetten çalmasından sonra Hz. Peygamber tarafından had cezasıyla cezalandırılmaması olayını delil gösterirler. Ancak bir kimsenin hakkının bulunmadığı humustan çalmasına kesme cezasının verilebileceği görüşündedirler.¹⁷⁰

Malikiler; Beytül Mal'dan nisap miktarı mal çalanın elinin kesileceğine hükmederler. Çünkü Beytül Mal'daki mal muhrez bir maldır. Çalan kimsenin de onda hakkı yoktur. Keza ganimet malı toplandıktan sonra askerler, -çok olsun az olsun-hakkından fazlasını alırlarsa ve aldıkları mal kıymet itibariyle nisap miktarını aşıyorsa kesme cezasıyla cezalandırılırlar. Malikilerin bir kısmı da, ganimetten mal çalanın mutlak surette elinin kesilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir.¹⁷¹

Şafiiler; Beytül Mal'dan çalan kimsenin, usul ve furu'unun ondan hissesi mevcutsa ve çalınan mal özel kimselere tahsisli değilse (düşkünlere, mücahitlere vs.) eli kesilmez. Binaenaleyh hırsızın o malda hakkı bulunmaktadır. Şayet çaldığı mal, kendisi, usul ve furu'u içinde bulunmayan kimselere pay edilmişse, o zaman kesme cezasıyla cezalandırılır. Zira bu tür hırsızlıkta haddi iskat edecek bir şüphe yoktur. Özetle, çalınan malda hırsızın hakkı bulunmadıkça kesme cezası gerekir. Şafiilerin diğer bir görüşü de, sair malların çalınmasındaki hüküm gibi beytül-mal'dan yapılan hırsızlığın had ile cezalandırılması gerektiği doğrudur.¹⁷²

¹⁶⁹ Serahsi, a.g.e. . IX/188

¹⁷⁰ İbni Kudame, a.g.e., VII/277.

¹⁷¹ Ceziri, a.g.e., VII/3125,3126; İbni Hüman, Kemalüddin Muhammed Abdülvahid, Şerhu Fethu'l-Kadir .V/379, Mısır, 1970.

¹⁷² Ensari, a.g.e, IV/139

2.3.2.3 Alacaklının borçludan çalması

Hırsızın çaldığı mal, alacağının cinsinden ise, yani on dirhem alacağına karşılık on dirhem çalmışsa ve borcun ödeme zamanı da gelmişse had cezasına hükmedilmez. Çünkü bu mal kendisine mübahtır. Hatta kendi hakkından daha fazla bir miktarı da alsın eli kesilmez. Zira hırsızın malı borçlunun malında dağınık bir vaziyette durmaktadır. Şirket malında olduğu gibi hisseli bir hakkı çalmaktan ötürü had cezası verilmez. Şu var ki, borcun vadesi gelmemişse de istihsan deliline göre el kesilmez, kıyas deliline göre kesilir.

Kıyas cihetine göre; borc eğer vadeli ise, vadesi gelmeden onu çalan kişinin alma hakkı bulunmamaktadır. Buna dayalı olarak yabancı bir kimse tarafından çalınmış gibi muamele yapılır ki, o takdirde hırsızın eli kesilmez.

İstihsan yönünden izahı şu şekildedir; Her ne kadar vadesi gelmeden alacağı tahsil etme hakkı sabit olmaz ise de, borçludan alacağını alma hakkının sabit oluşu sebebi mevcuttur. Vade ise, borcun düşmesinde değil, alacağı talep etmeği ertelemeye etkili olmaktadır. Zikredilen bu sebebin bulunuşu bir şüphe doğurmaktadır. Şüphe ise hadlerin uygulanmasına mani olur.¹⁷³ Kâsâni, Bedai'inde, bir kimse alacağı cinsten değil de farklı bir cinsten çalarsa, mesela dirhem cinsinden alacaklı iken, dinar cinsinden veya başka cins bir malı çalması halinde kesme cezası ile tecziye edilmesi gerektiğini savunur. Zira bu durumda sırf almakla alacağını ele geçirmiş, malik olmuş olmaz. Aldığını takas etikten sonra veya sattıktan sonra belki malik olabilir. Lakin başkasının mülkünü çalmıştır. Ancak o kişi aleyhine açılan hırsızlık davasına karşı "alacağım vardı, onu elde edebilmek için aldım" şeklinde savunmada bulunursa, bazı fakihlere göre bu durumda kesme cezası verilmez. Çünkü bu tür alma fiilinde te'vil mevcuttur. Yani alacağı da, almış olduğu da nihayet mal cinsinden, lakin suretleri farklıdır. Bütün bu cinsler mal sayılmak bakımından bir tek cinstir. Yorumu bu mealde yapıldığında, hırsız alacaklıya kesme cezası verilmez.¹⁷⁴

Ebu Yusuf 'a göre alacaklı kişi, alacağından farklı olarak hakkı olmayan bir mal da alsın yine kesme cezası verilmez. Ne var ki, Hanefî mezhebinin rağbet edilen görüşü bu görüşün aksidir.

¹⁷³ İbni Hümmam, a.g.e., V/377; Şirbini, a.g.e., IV/162.

¹⁷⁴ Kâsâni, a.g.e., VII/71,72.

Hırsız, burçlusunun babasına veya çocuğuna ait bir malı çalsa ve o baba veya çocuğun, burçlunun vekili veya varisi olduğunu ispatlamadıkça kesme cezasına çarptırılır.¹⁷⁵

Şafii mezhebinin bu konuyla ilgili iki farklı görüşü mevcuttur. Birincisi, İmam Malik'in görüşü gibidir. Hırsız kişi çalınan malın benzerlerinin örf ve adete göre korunduğu bir yerden, bir hırzden çalmıştır ki, bu nedenle kesme cezası verilir. İkinci görüşleri ise Ahmed'in görüşü gibidir. Mal, mal malikinin razı olmadığı bir yerden, bir hırzden alınmıştır ve bu yüzden o hırz, o yer, ne malike ne de naibe aittir.¹⁷⁶ Dolayısıyla had cezası gerekmez.

Hanbeli mezhebine göre, malı çalan kişi malik veya onun yerine geçebilecek birisiyse bu durum kaybolan mala kıyas edilir. Hırsızla kaybolmuş malı alan kişi arasındaki fark, hırsız kişinin malik veya naibinin zilyedliklerini ortadan kaldırmasıdır. Malı da hırzdan almıştır. Böylece hırsızlığın diğer şartları da mevcutsa malik veya naibinden mal çalma halinde kesme cezası verilir. Fakat hırsızlık veya gasıbtan hırsızlık hallerinde, mal isterse muhrez bir durumda bulunsun ve hırzdan çalınmış, yine kesme cezası gerekmez.¹⁷⁷

2.3.3. Çalınan mal muhrez olmalı

Hırz; lugatte, malın korunduğu mahal olarak tanımlanır. İstilahta ise, geleneklere göre malın korunduğu yere hırz denilir. Bir diğer ifadeyle hırz, "bir malın adet üzere saklanmasına mahsus mahal" olarak tarif edilir.¹⁷⁸

Hırz, malın cinsine göre farklı mütalaa edilir. Mesela altının ve gümüşün korunması kasalar veya özel sandıklar vasıtasıyla sağlanır. Bu mallar şehirlerde kilitli mekânların içindeki kilitli kasalar yardımı ile korunurken, köylerde böyle korumayı hırz olarak şart koşmak doğru değildir. Ayrıca zamanın değişikliği ve devlet otoritesinin etkinlik durumuna göre de farklı anlayışlar ortaya çıkar. Bütün bu farklı anlayış ve uygulamalar nedeniyle hukukçular hırz için kesin bir tarif yapmaktan kaçınmışlardır.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Kâsâni, a.g.e., VII/72.

¹⁷⁶ Ensari, a.g.e., IV/138.

¹⁷⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/254,255.

¹⁷⁸ Bilmen, a.g.e., III/262; Kâsâni, a.g.e., VII/73.

¹⁷⁹ Ebu Zehra, Muhammet, el-Cerimet'ul-Ukube fi'l-Fıkhil-İslami; II/128, Dar'ul-Fikr-el-Arabi.

Cumhuru fukaha, eimme-i erbaa, Zühri ve Ömer b. Abdülaziz'e göre, bir hırsızlık suçunda el kesme cezasının verilebilmesi için malın muhrez olması, yani örf'e uygun olarak emsallerinin korunduğu bir yerde bulundurulması şarttır.¹⁸⁰

Söz konusu genel mutabakata muhalefet eden Zahiriler ve bir grup Ehl-i Hadis'e göre ise, hırsız hırzinden veya başka bir yerden malı çaldığında nisap miktarına ulaşıyorsa eli kesilir. Hırz şartı yoktur. Çünkü ilahi hükümde hırz şartı zikredilmemiştir.¹⁸¹

Hırsızlık cezası' (el kesme) nin tatbik edilebilmesi için "hırz"ın şart olduğunu iddia edenlerin başlıca delilleri şunlardır.

a. Buhari hariç diğer kütübü sitte sahiplerinin Rafi b. Hadic tarikiyle Resulullah'tan yapılan rivayetlerinde, "ağaçtaki meyve ve hurma göbeğinin çalınmasından dolayı el kesme cezası yoktur."¹⁸² şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Bir diğer hadis-i şerifte Hz. Peygamber konu ile ilgili açıklamalarını sürdürüyor ve buyuruyor ki, "Her kim bir ihtiyaç içinde bulunur ve gizlice olmaksızın birşeyler alır, yer-içerse, hakkında had cezası gerekmez. O maldan bir miktar alırsa bedelini ödemesi gerekir. Harman ve sergi yerine getirildikten, kurutulduktan sonra çalarsa ve çaldığı miktar da bir kalkan kıymetinde ise, hakkında el kesme cezası uygulanır.¹⁸³

Fakihlerin büyük bir çoğunluğuna göre, Hz. Peygamber(sav) daldaki meyvenin, dağdaki hayvanın çalınması halinde el kesme cezasını uygulamamış ve yasaklamıştır. Ancak bu mallar sergi ve ağıllarından çalınırsa ve değerleri bir kalkan nispetindeyse had cezası uygulanır. Çünkü Hz. Peygamber(sav), meyveler için sergi yerini, hayvanlar için ağılları hırz olarak yorumlamıştır. Hadis-i şerifler ve sahabe'nin tatbikatları bu doğrultuda vaki olmuştur. Binaenaleyh el kesme cezasının uygulanabilmesi için malın hırz'dan alınması şarttır. Had cezası, mal sahiplerinin mallarının güvenliği ve korunması için vacib kılınmıştır. O halde hırsızların o mallara karşı duydukları hırs ve arzunun önüne hırz ile geçilmelidir. Hırzinde bulunan mala karşı normal olarak, adetlere göre bir tehlike mevcut değildir.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/186.

¹⁸¹ Kalyubi ve Amire, a.g.y.; İbni Rüşd, a.g.e., II/452.

¹⁸² Muvatta, Hudud 32; Ebu Davud, Hudud 13; Nesei, Sarık 13 .

¹⁸³ Ebu Davud, Lukata 11; Muvatta, Hudud 11.

¹⁸⁴ Kâsânî, a.g.e., VII/73; Ensari, a.g.e. IV/141; İbni Kudame a.g.e., VIII/249; Bâci, Ebu'l Velid, Şerhu'l-Münteka al'al-Muvatta, VII/158.159, Mısır, 1983.

b. İnsanlar değerli şeylere rağbet eder ve ihtimam ile korurlar. Emsallerinin korunduğu yerlerde muhafaza etmeye çalışırlar. Hırz'de bulunmayan şey için değersizliğine hükmedilir. Demek ki, hırzde olmayan değersiz addedilmiştir ve değersiz olandan dolayı el kesilmez. O halde değerli malların korunması için hırz bir ihtiyaçtır. Bir mal ancak hırzinden çalındığında el kesme cezası sözkonusudur.¹⁸⁵

c. Kamus sahipleri sirkati tarif ederlerken "gizlice gelip başkasına ait bir malı hırzinden almak" ifadesini kullanırlar. Yani, malın hırzinden çıkarılmasını hırsızlığın bir şartı saymışlardır.¹⁸⁶

d. Zahiriler ve Ehli Hadis'ten bir grup dışında, hırzin hırsızlık için şart olduğunu savunanların büyük bir çoğunluk teşkil etmesi, bu hususta icma'a yakın bir görüş birliğinin mevcudiyetine delil teşkil etmektedir. Bu ittifak hırzın şart olması görüşünü tercih etmek için yeterli bir sebeptir.¹⁸⁷

Zahiriler ise, "Hırsızlık yapan erkek ve kadının ellerini kesiniz."¹⁸⁸ ayeti kesimesinin mücerred olarak hırsızlığı zikrettiğini ve hırzdan sözedilmediğini ileri sürerek, malın koruma altında olmasını hırsızlığın bir şartı olarak kabul etmezler. Ayrıca muhaliflerinin delil gösterdikleri Mahzumlu kadın ve Safvan olaylarının hırz ile bağlantılı olmadığını iddia ederler.¹⁸⁹

Hız. Peygamber, "Kimin malının yanına (gasbetmek veya çalmak için) gidilir, bu maksatla mal sahibiyle mukatele edilir ve mal sahibi öldürülürse, o kimse şehit olur"¹⁹⁰ hadisi bu gerçeği dile getirmektedir. Esasen İslam hukuku, içinde malın korunması maddesi de bulunan zarurat-ı hamse'yi emniyette tutmayı temel amaçlar arasında zikretmiştir. Çünkü toplumun huzuru ve can emniyeti, mal emniyetinin teminiyle sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır. Cazibesinden dolayı mal sahibi olmak insanları birtakım meşru ve gayri meşru yollara sevkeder. Gayri meşru yolların başında ise hırsızlık gelmektedir. Bu yüzden hukukçular, değerli malların iştah kabartacak şekilde muhafazasız olarak ortalıkta bulunmasından mal sahibini sorumlu

¹⁸⁵ Zübir, Halifetu'l-Berahim, Mükafehu Cerimet'us-Serika Fi'l-İsam, s. 53,54, Mektebet'ul-Maarif-Riyad, 1980.

¹⁸⁶ İbni Manzur, a.g.e., IV/ 245, 246; İsfahani, a.g.e, I/408.

¹⁸⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/248.

¹⁸⁸ Maide, 5/38.

¹⁸⁹ İbni Hümmam, a.g.e., V/380.

¹⁹⁰ Canan, İbrahim, Kütüb-i Sitte Muhtasarı, XVII/319, Akça Yay., Ankara, 1993.

tutmuşlardır. Hatta malın kıymeti arttıkça hırzin de daha sağlam bir şekilde tanzimi zorunlu hale gelmiştir. Böylece hırsızlık suçunun yaygınlaşmasını önlemek bakımından hırz caydırıcı bir unsur hükmünde telakki edilmektedir.

2.2.3.1. Hırzin sıfatı

Fakihler bir şeyin muhrez ve gayrı muhrez olmasını geleneklerin ölçüleriyle belirler. Yani odun ve ağaç gibi değeri az olan şeyler için muhkem sığınaklara ihtiyaç yoktur. Bilakis kime ait olduğunu ihsas ettirecek biçimde bir mahalde bulundurulması kafidir. İşte bu durumdaki malın çalınması hırzdan alındığı için cezayı gerektirir. Ancak kıymeti yüksek olan mücevher, altın ve gümüşün hırsızlığı ancak kilit altına alınmak ile önlenabilir. Bu iki cins arasında kalan kumaş ve buğday misali şeylerin ise dağıtılmadan, düzenli bir şekilde anbarında muhafazası gereklidir.¹⁹¹

Ebu Hanife, malların cinsine göre sığınaklarının de değişebileceğini kabul etmez. Azı için hırz konumunda olan bir makam, çoğu için de hırz olabilir. Mekan yönünden bir yerin hırz sayılabilmesi için o yerin bir yapı, bir bina olması şarttır. Kapısı ister açık, ister kapalı olsun farketmez. Çünkü binanın yapılış tarzı nasıl olursa olsun, hırz teşkil etmesi maksadıyla yapılmıştır.¹⁹²

Hanefilerin bu görüşleri birkaç yönden cumhurun görüşüne aykırıdır.

- a. Hanefilerde malın cinsi ve kıymeti için ayrı bir hırz anlayışı mevcut değildir.
- b. Beldelerin değişikliğinden dolayı, mesela köy ve şehirler için hırzın farklı olabileceği dikkate alınmamıştır.
- c. Zamanın değişikliği, yani huzur ve anarşizm farklı ortamlar oluşturur. Mal emniyetinin sağlanması güç veya kolay olur. Böylesine değişik ortamlar için hırzın esnekliği ve değişkenliği sarfi nazar edilmiştir.

d- Hakimin ve adalet sisteminin ağır-aksak işlemesi veya adaleti tevzi edememesi hırsızlık suçlarının artmasına zemin hazırlayabilir. Bu durumda tedbir

¹⁹¹ Zûrir, a.g.e., s. 58.

¹⁹² Kâsâni, a.g.e., VII/73.

olarak mal muhafazası için inşa edilen sığınakların daha sağlam tutulmasına ihtiyaç duyulur. Halbuki Hanefiler böyle bir varsayımı da düşünmezler.¹⁹³

2.3.3.2. Hırzin çeşitleri- Binefsihi Hırz (Bizzat Hırz)

Ebu Hanife'ye göre, bir yerin hırz olabilmesi için, malı korumaya müsait ve ancak izinle girilmesi mümkün, normal şartlarda girilmesi yasak olan bir mekan olmalıdır. Evler, hanlar ve çadırlar mekan yönünden birer hırz hükmündedirler.¹⁹⁴

İmam Malik, bir yerin mal muhafazası için hazırlanmasını, örf ve adete göre malın korunduğu yerleri hırz sayılmaları için kafi görür. Böylece malın korunması ve çalınmasına engel olmak amacı güdülmüştür.¹⁹⁵

Hanbeli ve Şafilere göre, bir makamın hırz sayılabilmesi için, malları korumak maksadıyla meskun mahaller içindeki evlerin, dükkanların ve ağılların etrafı çevrili ve kapalı olması gerekmektedir.¹⁹⁶ Bir yerin hırz sayılabilmesi için birtakım şartları haiz olmalıdır.

a. Hırz'in gerçekleşebilmesi için meskun mahaller içinde inşa edilmesi şarttır. Meskun yerler, köyler ve binalardan uzakta, müstakil ve bahçeler arasında bulunsa da hırz sayılmaz.

b. Şayet kapısı açık veya kapısız ise veya çürük duvarlarla çevrili kapalı bir bina da olsa hırz niteliğini kazanmaz. Bir yerin hırz sayılabilmesi için örf ve adete göre, bir yapı biçimi ve yapı malzemesiyle yapılmış bulunması yeterlidir. Buna göre evler; taş, kerpiç veya ahşapla yapılır. Hayvan ağılları ise, bazen kerpiçle bazen ahşapla yapılabilir.¹⁹⁷

2.3.3.3. Biğayrihi hırz (Başkasıyla hırz)

İnsanların izin almaksızın girebildiği, mal muhafazası maksadıyla yapılmayan mescidler, yollar, oteller ve hanlar gibi yerlerdir. Eğer buralarda muhafız bulundurulmaz ise sahra hükmünde mütalaa edilirler. Şayet bekçi bulundurulursa hırz

¹⁹³ Zûrir. a.g.e., 59.

¹⁹⁴ Kâsâni. a.g.e., VII/73.

¹⁹⁵ İbni Rüşd. a.g.e., II/452; Bacî. a.g.e., VII/176.

¹⁹⁶ İbni Kudame. a.g.e., VII/250; Ensari. a.g.e., IV/141.

¹⁹⁷ İbni Kudame. a.g.e., VIII/249; Ensari. a.g.e., IV/141.142.

hükmüne geçerler ve "biğayrihi hırz" şeklinde isimlendirilirler. Bu tarife sahabeden Safvan olayı kaynaklık teşkil eder. Muvatta' olayı şöyle nakleder: Safvan b. Umeyye'ye hicret etmezse helak olacağı söylenince o da Medine'ye gelmişti. Mescit'te uyurken ridasını başının altına koymuştu. Bir hırsız gelip ridasını çalmış, ardından Safvan hırsızı yakalayıp Hz. Peygamberin huzuruna getirmişti. Resulullah(sav) hırsızın elinin kesilmesin emretti..."¹⁹⁸

Ahmed, Şafii ve Maliki'ye göre bekçiyle oluşan hırz, evler gibi bizzat hırz olan yerler hükmüne geçer. Yani bekçi tayin edilmesi halinde mescidler, yollar ve sahralar hırz sayılır.¹⁹⁹ Ancak hırz saydıkları bu mekanların kapısının açık tutulması, duvarlarının delinmesi veya girme izni verilmesi gibi davranışlar o yerin hırz olma özelliğini ortadan kaldırır. Şayet bu durumlarla birlikte bekçi tayin edilirse hırzlığını muhafazaya devam eder.²⁰⁰

Hanefilere göre, başkasıyla hırz haline gelen bir yerden çalınan mal, başkasının görebileceği, kontrol edebileceği bir yerde olmalıdır. Bu durumda bekçinin uyank veya uyuyor olması bir anlam ifade etmez. Bekçinin bulunması şartıyla her iki halde de hırz şartı salim sayılır.²⁰¹ Hanefi ve Malikiler, bekçinin malı başında uyuması halinde de bekçi sayılacağını, sözü edilen Safvan hadisesine kıyasla iddia ederler. Çünkü örf de bu şekildedir. Şayet muhafız çocuk veya deli ise, bir malın başında bulunmasıyla hırzin oluştuğuna kanaat getirilmez. Onların kontrolündeki mallar da muhrez sayılmaz. Böyle bir genel kuraldan hareketle, çocuk ve delinin korumasına verilen sürüden koyun çalanın eli kesilmez. Davarların dağınık ve otlama anında muhafaza edilebilmelerinin güçlüğü nedeniyle bu sonuca varılmaktadır. Malikilerin bu yorumundan farklı olarak Hanefiler, çobanların sadece otlatmak için tutulduğunu bu nedenle bekçi hükmünde olmadıklarını gerekçe gösterirler.²⁰²

İmam Şafii'ye göre bir yerin muhafız sebebiyle hırz haline gelebilmesi için, bekçi güçlü kuvvetli olmalı, olay sırasında imdat isteyebilecek durumda bulunmalı ve yardım istediğinde duyulabilecek bir mesafede seyretmelidir. Bekçi daima malı tarassut altında bulundurarak gaflet ve dalgınlığa sebep olacak durumda olmamalıdır. Örf ve

¹⁹⁸ Muvatta, Hudud 9.

¹⁹⁹ Kâsâni, a.g.e., VII/73; İbni Kudame, a.g.e., VIII/251; Ensari a.g.e., IV/141.

²⁰⁰ İbni Kudame a.g.e., VIII/252; Ensari, a.g.e., IV/147.

²⁰¹ İbni Abidin, a.g.e., IV/99; Mekke; Kâsâni, a.g.e., VII/73.

²⁰² İbni Hümam, a.g.e., V/384,385.

adet, çobanların arada bir sürülerinden uzaklaşmalarını, bir takım şeylerle meşgul olmalarını sakıncalı görmez. Bu durumda meydana gelen hırsızlıktan dolayı kesme cezası verilir. Zira bir anlık ayrılık veya dalgınlık hırsı iptal etmez. Fakat bekçi hırsızı göremeyecek kadar uzak ve uzun süreli ayrılırsa mal muhrez sayılmaz, hırsıza da had cezası verilmez. Binaenaleyh Şafiiler, bekçinin uykuda iken beklediği malları muhrez kabul etmez. Bir şeye yaslanarak uyuya kalması müstesna sayılmıştır. Ayrıca muhafızın malı görmesine engel olacak kalabalık da koruma altındaki malın muhrez sayılmasını engeller.²⁰³

Hanbeli ve Şafii hukukçulara göre, meskun mahallerden uzaktaki bağ ve bahçelerde, yaylak ve kışlaklardaki tek evler, etrafları çevrili ve kilitli olsalar dahi bizatihi hırsız vasfını taşımazlar. İçinde sahipleri bulunduğu kilitli ve açık bulunmalarına bakılmaksızın biğayrihi hırsız hükmüne geçerler. Şayet kapıları kilitli ve içinde sahipleri uyuyorsa bu durumda yine muhrez sayılırlar. Kilitli değil de içinde bekçi uyuyorsa hırsız niteliğinde değildir. Evler hakkındaki bu hüküm aynı konumdaki anbarlar, ahırlar ve davar ağılları için de geçerlidir. Bu tür yerler ancak muhafız ile hırsız sayılabilirler.²⁰⁴

Her iki mezhep te çadırları, ağılları ve benzeri yerleri her ne kadar hırsız saymazlarsa da bekçiyle hırsız durumuna geçtiklerini kabullenirler. Delilleri örf ve adettir. Bu demektir ki, bir çadır kurulur ve içinde nöbet için görevlendirilen bekçi uyuyorsa dahi hırsız tahakkuk etmiştir. Şayet dışında muhafız bulunuyorsa yine hırsız sayılır. Fakat içinde bekçisi olmaz ve dışında da muhafızı bulunmazsa hırsız addedilmez.²⁰⁵

Ebu Hanife ve Malik ise, sırf çadırları bile hırsız sayarlar. Yani herhangi bir yere çadır kurulur da içinden mal çalınırsa hırsıza kesme cezası verilir. Çadırın içinde veya dışında bekçinin bulunup bulunmaması bu hükmü değiştirmez.²⁰⁶

Hırsızlığın şartları arasında hırsızın mevcudiyetini de kabul eden hukukçular arasında, bizzat hırsız'a vaki olacak tecavüzler hakkında farklı görüşler mevcuttur. Ebu Hanife, hırsız sayılan yerin bizzat kendisinin çalınmasına (hırsızın çalınmasına) sirkat

²⁰³ Ensari, a.g.e., IV/148.

²⁰⁴ İbni Kudame, a.g.e., VIII/249,250.

²⁰⁵ Ensari, a.g.e., IV/144; İbni Kudame, a.g.e., VIII/252.

²⁰⁶ Kâsânî, a.g.e., VII/74.

nazarıyla bakmaz. Çünkü hırsızlıktan kasıt, bir şeyin bir yerden çıkarılmasıdır. Hırz ise, bir yerden çıkarılma durumunda değildir. Yani bir evin taşları, kapısı, çatısı çalınsa sirkat sayılmaz. Kurulu çadırın bizzat kendisi dahi çalınsa faile kesme cezası verilmez. Fakat kurulu çadırın bekçisi olduğu halde çalınırsa kesme cezası verilir. Ceza, çadır bekçi ile muhrez konumuna geçtiği için takdir edilir.²⁰⁷

Hanefiler dışındaki eimme-i selase'ye göre, hırzin tamamı veya bir kısmını alana kesme cezası verilir. Evler ve çadırlar bina edildikten sonra hem hırz hem de muhrezdirler. Bu nedenle binanın herhangi bir aksamını veya kurulu çadırın kendisini çalan kimseye, Ebu Hanife'ye aykırı olarak kesme cezasının verileceğine hükmederler.²⁰⁸

Ticaret ve iş merkezlerinden mesai dahilinde, yani giriş-çıkış'a izin verildiği sırada birisi hırsızlık yaparsa, bu hırsızlığa Ebu Hanife'ye göre kesme cezası verilmez. Bu merkezlerde bekçi bulunması hükmü değiştirmez. Hırsızlık fiili mesai saatleri dışında, çarşı kapalı iken veya geceleyin yapılırsa kesme cezası verilir.²⁰⁹ Diğer üç imama göre ise, giriş izni verildiğinde bekçi bulunuyorsa ve buna rağmen hırsızlık yapılmışsa, hırsıza el kesme cezası verilir. Bekçi yoksa bu ceza verilmez. Maliki ve Şafii hukukçuları, ticaret merkezlerinin civarında bulunan ticarethanelerden çalanlara da had cezasının uygulanmasına hükmederler. Çünkü örfe göre bu dükkanlar komşularının gözetiminde bulunurlar ve dolayısıyla muhrez sayılırlar.²¹⁰

Hırsızlık bir grup tarafından yapılır ve çalınan mal, herbirisine nisap miktarı düşecek kıymette ise, herbirinin eli kesilir. Bu görüşte ulemanın ittifakı hasıl olmuştur. İhtilaf çalınan malın tek kişi için nisap miktarına ulaşması, fakat hırsızların birden fazla olması durumundadır.²¹¹

İmam Şafii ve Ebu Hanife'ye göre, herbir hırsız için nisap miktarını doldurmuyor, bir kişi için nisap miktarını dolduruyorsa hiçbir sarık'ın eli kesilmez. Bu durum herbirinin tek başına nisaptan az miktarda bir malı çalması gibidir. Zira Resulullah(sav) "Hırsızın eli ancak çeyrek dinar ve daha fazla miktarlar için kesilir"

²⁰⁷ İbni Hümam, a.g.e. V/389; Kâsâni, a.g.e., VII/74.

²⁰⁸ Ensari, a.g.e., IV/147; İbni Kudame, a.g.e., VIII/250.

²⁰⁹ Kâsâni, a.g.e., VII/74; İbni Hümam, a.g.e., V/388.

²¹⁰ Ensari, a.g.e., IV/143; Ensari, Haşiyet'ul Cemal ala Şerhi'l-Menhec, s. 144, Dar'u İhyau't-Turasi'l-Arabi.

²¹¹ İbni Kudame; a.g.e., VIII/282.

buyurmaktadır.²¹² Bu hadise göre, katılanlardan herbirisine nisap miktarı pay düşecek şekilde bir tek nisaptan daha fazla bir mal çalacak olurlarsa elleri kesilir.²¹³

Hanbeliler fiili doğrudan işleyen ile yardımda bulunanların hepsinin cezalandırılması gerektiğini savunur. Herbirinin çaldığı malın nisap miktarına ulaşması dikkate alınmaz. Hepsinin çıkardığı malın bir tek nisabı doldurması yeterlidir.²¹⁴

İmam Malik, İmam Şafii ve İmam Muhammed'e göre çalınan şeyin hırzdan çıkarıldığı sıradaki kıymetine itibar olunur. Diğerleri hükmün verildiği zamanı kıymet tayini için esas kabul ederler.²¹⁵

Hırzden yararlanma hakkı bulunan kimsenin durumu, hırze girmesine izin verilen kimsenin durumu gibidir. Yani işverenler fabrikalarını işçilerine açtıklarından ve bu şekilde hırz ortadan kalktığından onların çalmalarına kesme cezası verilmez. Mesela kiracı, kiraladığı evden mülk sahibine ait bir malı çalsa hakkında had gerekmez. Çünkü kiracılar için o mekanlardan yararlanma hakkı bulunduğundan hırz ortadan kalkmıştır. Bu hakka binaen hırze girmeye me'zundurlar. Ancak, kiraya veren, kiraya verdiği evinden kiracısına ait bir malı çaldığında had cezası tatbik edilir. Bu görüş dört mezheb ve Zeydiyye mezhebi hukukuçularının ortak görüşüdür. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf ise, hırz sahibinin girme izni olabileceği süphesinden dolayı kesme cezasını benimsemezler.²¹⁶

Hırz gasbedilmiş bir yer ise, gerçek sahibinin oraya girme izni bulunur. Gasbedilmiş eve gasıb tarafından mal konulsa ve gerçek sahibi gider de oradan çalsa, bu fiil hırzden yapılmış bir hırsızlık sayılmaz. Çünkü gasb fiili, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Keza kiracı süresi dolduğu halde evi terketmiyorsa gasıb hakkında uygulanacak hükümlere tabi olur.²¹⁷

²¹² Nesei, Sarık 8,9.

²¹³ Ensari, Esna'l Metalib, IV/138; Kâsâni, a.g.e., VII/78; Şirbini, a.g.e., IV/159,160.

²¹⁴ İbni Kudame, a.g.e., VIII/282,283.

²¹⁵ Bacı, a.g.e., VII/158; Kâsâni, a.g.e., VII/79.

²¹⁶ Kâsâni, a.g.e., VII/74,75; Ensari, a.g.e., IV/146,149; İbni Kudame, a.g.e., VIII/253,254.

²¹⁷ Ensari, a.g.e., IV/146; İbni Kudame, a.g.e., VIII/257; Kâsâni, a.g.e., VII/75.

2.3.3.4. Emaneti inkar edenin hükmü

Emaneti inkar (cehdul-âriye) eden kimselerin hüümü ile ilgili olarak fıkıhçılarımız iki ayrı görüşü savunmuşlardır. Hanefi, Şafii ve Malikilere göre, nisap miktarı kadar veya daha fazla da olsa, aleyhinde tespit edilmiş olan emaneti inkar edene kesme cezası verilmez. Esasen Kur'an²¹⁸ ve Sünnet'te²¹⁹ hırsızlık yapana kesme cezasının verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Emaneti inkar eden kimse ise hırsız değildir.²²⁰

Hanbeliler ise, emaneti inkar eden kimseye hırsızlık haddinin tatbik edilmesi gerektiğini savunurlar. Emaneti inkar ameliyesini de bir çeşit hırsızlık olarak yorumlarlar. Delilleri ise İbni Ömer'den nakledilen Mahzum kabilesine mensub bir kadın hakkında varid olan hadis-i şeriftir. "Mahzum kabilesine mensub bir kadın iğreti olarak halktan eşya alır, sonra da bu eşyaları aldığı inkar ederdi. Peygamber (sav) kadının elinin kesilmesini emretti."²²¹

Hakikatte Mahzum kabilesine mensup bu kadına Resulullah(sav)'ın el kesme cezası vermesi hırsızlık suçunu alışkanlık haline getirmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü kadın, kendisine bırakılan emanetleri geri iade etmemekte ve almış olduğu ödünç şeyleri sahibine geri vermemekle meşhurdu. Bu yüzden bazı Hanbeli hukukçular kadının hırsızlığının bu tür bir hırsızlık olduğunu sanmışlardır. Ancak ekseriyet, kadının hırsızlığının bu tür hırsızlık olmadığı inancındadır. Yapılan fiil örf ve adete göre muhafaza altında olan başkasına ait bir malın gizlice alınmasıdır. Zaten huyu ve ahlakı bu ölçüde bozuk olan bu kadın için hırsızlık bir vasıf sayılmıştır. Bu nedenle kesme cezasına hükmedilmiştir.²²²

Hz. Peygamber (sav) hadis-i şerif'in devamında şefaahat için gelenleri "Allah'ın tayin etmiş olduğu hadlerde (cezalarda) neden bazıları şefaahatçı oluyor? Sizden öncekileri helak eden durum şu idi: Onların içinde ileri gelen şerefli bir kimse hırsızlık yaptığı zaman ona ceza vermeyip salıveriyorlar, ama zayıf tabakadan bir kimse hırsızlık yaptığı zaman onun elini kesiyorlardı. Allah'a yemin ederim ki, Muhammed'in

²¹⁸ Maide, 5/38.

²¹⁹ Nesei, Sarık 13.

²²⁰ Şevkani a.g.e., VII/131,132.

²²¹ Şevkani, a.g.y.; Nesei, Sirkat 5.

²²² Askalani, a.g.e., XII/91 vd; Ebu Zehra, a.g.e., II/135,136.

kızı Fatıma bile çalmış olsaydı, Muhammed onun elini keserdi." hitabı ile müslümanları uyarmış ve Mahzumlu kadının fiilini hırsızlık olarak zikretmiştir. Müslim'in Sahih'inde sözü edilen kadının ayrıca Hz. Peygamber'in evinden de kadife içinde saklanmış ziynetleri çaldığı da rivayet edilmektedir.²²³

2.3.3.5. Tarrar (Yankesici)'in hükmü

Tarrar veya Neşsal, uyanık bir kimsenin hıfzetmek istediği bir malını gafletinden bilistifade bir hile ile çalan kimsedir.²²⁴

Giydiği ve üzerinde taşıdığı para, takılar vs. gibi şeyler açısından kişinin hırs sayılması ittifakla kabul görmektedir. Yani insanın giydiği herşey veya taşıdığı para, takılar bekçiyle hırs ve muhrez haline gelmişlerdir. Bekçi ise insanın bizzat kendisidir.²²⁵

İslam hukukçuları arasında tarrar (yankesici)'in hükmü hakkında üç farklı görüş mevcuttur.

a. Malik, Şafii ve Hanefilerden Ebu Yusuf'a göre tarrar; başkasının malını gizli bir şekilde, cebini yahut kesesini yırtıp yere düşürürken veya düşürdükten sonra aldığı için had cezasına çarptırılır. Çünkü tarrar'ın eyleminde hırsızlığın şartları mevcuttur. Fazladan olmak üzere hırsız uykuda bulunan veya uzakta bulunanın malını çaldığı halde, tarrar hırzda ve bedeni üzerinde bulunanı, sahibi uyanık iken çalmaktadır. Öyleyse kesme cezasını daha çok hak etmiştir.

b. Tarrar da muhtelis'e kıyas edilir ve had cezasına hükmedilmez. Bu görüş bazı Hanbeli hukukçularına aittir.²²⁶

c. Hanefiler ise, şayet tarrar cep veya keseyi parçalayıp dışarıya döküleni almışsa kesme cezasının verilmeyeceğine, elini cep veya para kesesinin içerisine koyup çalmışsa kesme cezasının verileceğine hükmederler. Çünkü birincisinde olay hırsın dışında, ikincisinde ise hırsın içinde cereyan etmektedir.²²⁷

²²³ Müslim, Hudud 10: San'ani, a.g.e., IV/20,21.

²²⁴ Bilmen, a.g.e., III/263.

²²⁵ Udeh, a.g.e., II/570.

²²⁶ İbni Kudame, a.g.e., VIII/256.

²²⁷ İbin Abidin, a.g.e., IV/100,101.

Zuhayli böylesine tehlikeli hırsızların zararlarını def etmek ve mal emniyetini sağlamak maksadıyla cumhur'un görüşüne tabi olmayı tercih etmiştir.²²⁸

2.3.3.6. Araba veya içindekileri çalmak

Nakliyecilik geçmişe göre kemiyet ve keyfiyet itibariyle büyük değişikliğe uğramıştır. Günümüzde taşımacılık araba, uçak, gemi ve trenlerle yapılmaktadır. Bu nedenle İslam hukukunun bu taşıtları veya yüklerini çalma hususundaki hükümlerine değinmek, bu husustaki merakların tatmini açısından verimli olacaktır. Konu ile ilgili olarak görüşlerini ifade eden hukukçular, daha çok deve ve develerden çalmak hususundaki geçmişte verilen fetvalara kıyas yapmayı tercih etmişlerdir.

Yerleşim alanlarının dışında ve yanında muhafızı bulunduğu halde, sözkonusu vasıtalara veya içindekilere bir tecavüz vaki olursa, hırzdan çalınmış addedilir. Çalınan şey nisap miktarını dolduruyorsa bu durumda muhrez sayılmaz ve meydana gelecek hırsızlık ta şer'i şartlara göre el kesme cezasını gerektirmez.²²⁹

Araç, yerleşim alanlarının dışında yüklü olarak seyrediyorsa ve bu durumda istila veya imha etme şeklinde zorbaca bir tecavüz vaki olursa, eylem büyük hırsızlık hükmünde mütalaa edilir. Büyük hırsızlığa İslam hukukunda hırabe (yol kesme ve yağma) denir. Hırabe'nin cezasına ilişkin hüküm, "Allah'a ve Resûlüne karşı savaşılanların ve (hak) düzeni bozmaya çalışanların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut ta buldukları yerden sürülmeleridir"²³⁰ ayeti kerimesiyle açıklanmıştır.

Yerleşim alanları dışında yüklü ağır vasıtalar, özellikle yokuşlarda yavaş seyretmektedir. Bunu fırsat bilen hırsızlar arabaya binerek üzerindeki yükten istediklerini aşağıya atmakta, sonrada inip attıklarını toplamaktadırlar. Bir diğer yeni hırsızlık biçimi de, hareket halindeki vasıtaya bir diğer vasıtayla yaklaşmak suretiyle icra edilmektedir. İki vasıta aynı hizaya geldiklerinde hırsız, yüklü araca atlayarak diğerine mal sevkeder. Genellikle bu tür hırsızlıklar birden fazla kişiyle yapılır. Bu durumda çalınan mal muhrez sayıldığı için hırsızlara, çaldıkları mal nisap miktarına ulaşıyorsa kesme cezası verilir. Ebu Hanife ve Şafii'ye göre her birine düşen miktar

²²⁸ Zuhayli, a.g.e., VI/113.

²²⁹ Ceziri, a.g.e., VII/3129.

²³⁰ Maide, 5/33.

nisap miktarını aşmalıdır.²³¹ Hanbelilere göre bir kişi için tayin edilen nisap miktarı malı çalmışlarsa hepsinin eli kesilir.²³²

Meskun mahaller dahilinde bulunan bir arabanın bütünü veya bazı cihazları (tekerlek, müzik seti vs.)ni çalan kimseye kesme cezası verilir. Çünkü meskun mahallerde bir yere bağlı olan devenin hırz sayılmasına kıyaslandığında²³³, ancak arabanın kapıları kilitlememiş ise içinde bulunan aksesuar hırz sayılmaz ve çalana kesme cezası verilmez. Şayet kapıları kapalı ve içinde para veya mücevherat gizlenmişse bu durumda kamil bir hırzdan söz edilemez. Zira geleneklere göre araba, para ve mücevherat için hırz hükmünde değildir. Fakat uydurma anahtarlarla veya camları kırarak otomobilden nisap miktarı çalana kesme cezası verilir. Çünkü gelen-geçen ve belde halkı vasıtayı gördüğü için muhrez olarak mülhaza edilmiştir.²³⁴

2.3.3.7. Mescidlerden çalmanın hükmü

Mescidler konumları ve işlevleri itibariyle bizzat hırz sayılmazlar. Ebu Hanife'ye göre, böyle yerler ancak bekçi tayini ile hırz haline gelebilirler. Dolayısıyla koruma altında olmadıkları için mescidin kapılarını, kandillerini, halılarını vb. malzemesini çalana had cezası uygulanamaz. Şu var ki, bekçi tayin edilmiş ve buna rağmen çalınmışsa, hırsıza kesme cezası verilir. Mal korumaya uygun olmayan bekçisiz mescidlere, gözetmeyi düşünmeksizin eşya bırakan kimsenin malı çalındığında da had tatbik edilmez. Çünkü hırz şartına uyulmamıştır. Ancak sahibinin muhafazası altında bulunduğu halde çalınırca, sarıka had cezası uygulanır.²³⁵

Malikilere göre, mescid bizzat hırz sayılmaz. Fakat mescidin âlât ve edevatı ile içinde kullanılmak üzere bulundurulmuş hasır, halı, kandil vb. açısından bir hırz hükmündedir. Mescidin duvarı, kapısı, çatısı vb. ise bizzat hırz sayılır. Öyleyse kandiller vb. de birer hırzdirler. Her kim binanın aksamından bir şeyi veya kullanılmak üzere bulundurulmuş şeyi çalarsa, hırzden çalmış gibidir. Geçici bir süre için mescide konulan mallar bu hükmün dışındadır.²³⁶

²³¹ Kâsâni, VII/78; Şirbini, IV/160.

²³² İbni Kudame, VIII/282.

²³³ Ceziri, a.g.e., VII/3129,3130.

²³⁴ Zürrir, a.g.e., s. 72,73.

²³⁵ İbni Hümmam, a.g.e., V/369; Kâsâni, a.g.e., VII/74; Ceziri, a.g.e., VII/3127.

²³⁶ Kurtubi, a.g.e., VI/165; İbni Rüşd, a.g.e., II/457; Udeh, a.g.e., II/567.

İmam Şafii, mescidler ve içindeki malzemelerin hırs kabul edilmesi hususunda İmam Malik ile hemfikirdir. Ancak takdir edilecek hüküm açısından farklı görüşlere sahiptir. Bir kimse mescid binasına ait bir malzemeyi çalarsa, bizzat mekanla hırs haline gelmiş yerden çaldığına hükmedilir. Sadece müslümanların istifadesi için konulmuş sergi, kandiller, mushaflar vb. mallardan dolayı had cezası uygulanmaz. Tayin edilmiş bir bekçi bulunsa da hüküm böyledir. Çünkü bu mallar, herkesin yararlanması için konulmuştur ve onlarda hırsızın da intifa hakkı mevcuttur. İşte bu şüphe haddin düşmesine yol açar.²³⁷

Hanbelilerin bir görüşü Hanefilerin bu konudaki görüşleri gibidir. İkinci görüşleri de Şafiielerinkine muvafiktir. Yani sabit olmayan şeyler, müslümanların istifadesine sunulduğundan ve intifa hakları bulunduğundan çalana kesme cezası verilmez. Lakin çalan zımni olursa intifa hakkı bulunmadığından had cezasıyla cezalandırılır.²³⁸

2.3.4. Çalınan mal nisap miktarında olmalıdır

Hırsızlık suçundan dolayı kişiye had cezasının verilebilmesi için çalınan malın ölçüsü hakkında hukukçular ihtilaf etmişlerdir. Cumhuriyet fukaha, kesme cezasının verilebilmesinde çalınan malın nisap miktarına ulaşmasını şart koşarlar. Hasanul-Basri, Hariciler ve İbni Hazm dışındaki Zahiriler ise, ekseriyete muhalefet ederek kesme cezasının verilebilmesinde nisap şartını kabul etmezler.²³⁹

Çalınan şeyin azlığına veya çokluğuna bakılmaksızın hırsıza had cezasının verilmesi gerektiğini savunanların delillerini üç bölümde toplamak mümkündür.

a. Ayeti kerimede geçen "Erkek hırsızla kadın hırsızın, yaptıklarına karşılık, ceza ve Allah'tan ibret verici bir ukubet olmak üzere ellerini kesiniz. Allah mutlak galiptir, yegane hüküm ve hikmet sahibidir."²⁴⁰ emrini mutlak kabul ederler. Binaenaleyh bu hüküm gereğince çalınan şeyin azlık veya çokluğuna bakılmaksızın hırsızın had cezası ile cezalandırılacağına hükmederler.

²³⁷ Şirbini, a.g.e., IV/163; Ensari, a.g.e., IV/140.

²³⁸ İbni Kudame, a.g.e., VIII/253; Udeh, a.g.e., II/568.

²³⁹ İbni Rüşd, a.g.e., II/450.

²⁴⁰ Maide, 5/38.

Cumhur bu iddiaya karşılık, "Kendi hevasından söylemez O. O, kendisine ilka edilegelen bir vahiyden başkası değildir"²⁴¹ ayetiyle Hz. Peygamber(sav)'in mücmelleri açıkladığını ve ilahi hükümleri yorumlayıp tatbik ettiğini savunur. Sirkat ayetinin yorumu ve tatbiki hususunda yegane ölçü sünnet ve hadistir.

b. Ebu Hureyre'den rivayet olunan "Allah yumurta çalan hırsıza lanet etsin. O'nun eli kesilir. Urgan çalan hırsıza da lanet etsin. O'nun da eli kesilir."²⁴² hadisi şerifinde Resulullah(sav), değeri çok düşük iki nesneyi zikrederek, el kesme cezasının verilebilmesi için çalınan malın hududunu çizmemiştir.

Buhari'nin şârihlerinden İbni Hacer, Fethu'l-Bâri isimli eserinde, hadisi şerifin kastedilen zahiri manasında varid olmadığını ifade etmiştir. Kurtubi'ye göre mübalağa kasdıyla, İyad'a göre hırsızlık fiilini zemmetmek maksadıyla, İbni Kuteybe'ye göre ise bida ile miğfer ve urgan ile gemilerin kullandığı kalın urgan'a işaret olunmuştur. Nitekim İbni Ebi Şeybe'nin naklettiği bir hadis'te Hz. Ali miğfer çalan bir hırsızın elini kestirmiştir.²⁴³

c. Hırzdan alındığı kesinleştikten sonra yaptığı eylem bakımından çok çalan hırsız ile az çalan arasında herhangi bir fark mevcut değildir.²⁴⁴

Hırsızlık cezasına hükmedebilmek için nisap miktarı malın çalınmasının şart olduğunu savunan cumhurun delilleri şunlardır;

a. Hz. Aişe'den rivayet olunduğuna göre, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur. "Hırsızın eli ancak dörttebir dinar veya daha fazla kıymetteki malı çalması halinde kesilir."²⁴⁵

b. Ahmet b. Hanbel'in Hz. Aişe tarikiyle naklettiği bir hadisi şerifte, Hz. Peygamber: "-Kıymeti dörttebir dinara ulaşan malda hırsızın elini kesiniz- O sıralarda ise dörttebir dinar üç dirheme eşitti. Buna göre bir dinar oniki dirhem değerindeydi." buyurmuştur.²⁴⁶

²⁴¹ Necm, 53/3,4.

²⁴² Müslim, Hudud 7; Buhari, Hudud 7,13.

²⁴³ İbni Hacer, a.g.e., XII/84,85.

²⁴⁴ İbni Kudame, a.g.e. VIII/242; San'ani, a.g.e., IV/18.

²⁴⁵ Nesei, Sarık 9; Müslim, Hudud 2,5.

²⁴⁶ Ahmed, VI/104, II/204.

c. Hz. Peygamber (sav) buyurdu ki, "Kıymeti bir kalkan kıymetinden düşük olan bir malın çalınmasında hırsızın eli kesilmez." Hz. Aişe (ra)'ye denildi ki; Bir kalkanın kıymeti nedir? O da, "dörttebir dinar" demiştir.²⁴⁷

d. İbni Mesud'un rivayetine göre Nebi (sav) şöyle buyurmuştur. "Bir dinar veya on dirhem kıymetindeki malın çalınmasında el kesilir."²⁴⁸

e. Hz. Ömer (ra) "Beş (dirhem) olmadan beş (parmak) kesilmez" diyerek elin kesilebilmesi için beş dirhem kıymetinde bir malın çalınmasını şart koşmuştur.²⁴⁹

Sözü edilen hadisleri teyid eder mahiyette daha birçok rivayet mevcuttur. Nisap şartı hepsinde müşterek olarak zikredilmiştir.

f. Sahabe-i Kiram'ın da, hırsızlıkta nisap miktarını şart ittihaz ettikleri bilinmektedir.²⁵⁰

Nisabı hırsızlığın şartı saymakta ittifak eden cumhur, nisabın miktarını tayin etmede farklı görüşlere sahiptir.

Bütün hadis ravileri Resulullah(sav)'ın bir kalkan değerinde malın çalınması durumunda el kesme cezasının gerektiğini, ittifakla rivayet ederler.²⁵¹

Hukukçuların tespit ettiği yirmiye yakın farklı ölçüden başlıcaları şunlardır.

a. Malik, İshak ve Hanbelilerden bir taifeye göre, kesme cezasına hükmedebilmek için çalınan şey, gümüş olarak üç dirhemden, altın olarak dörttebir dinardan aşağı bir kıymette bulunmamalıdır. Çalınan mal altın ise altın cinsinden, gümüş ise gümüş cinsinden kıymetlendirilir. Her iki cinsten farklı şeyler için gümüş ölçü olarak kabul edilir. Değeri üç dirhem gümüşe ulaşıyorsa ve diğer şartlar da mevcutsa kesme cezasına hükmedilir. Malikilerden başka bir gruba göre, çalınan malın

²⁴⁷ Ebu Davud, Hudud 13; Nesei, Sarih 10; Muvatta, Hudud 22; Tirmizi, Hudud 16.

²⁴⁸ Nesei, Sarih 10.

²⁴⁹ Nesei, Sarih 10.

²⁵⁰ İbni Kudame, a.g.e., VIII/242; Kâsâni, a.g.e. VII/77.

²⁵¹ Müslim, Hudud 6; Ebu Davud, Hudud 12; Tirmizi, Hudud 16; Nesei, Sarih 8,10; İbni Mace, Hudud 22; Ahmed, II/6,54; Buhari, Hudud 13.

kiymeti o memlekette en çok kullanılan paraya göre değerlendirilir. Mezhebin bilinen en yaygın görüşü birincisidir.²⁵²

b. Şafii ve Evzâi, Fukaha-i Seb'a, Hz. Ömer, Hz. Ali ve Hz. Aişe'ye göre kesme cezası için çalınan malın kıymeti gümüşten üç dirhem ve altından dörttebir dinar olmalıdır. Eşyanın kıymetlendirilmesinde asıl olan altındır. Mesruk malın kıymeti dörttebir dinar altın veya bu ölçüde altının kıymetine eşitse kesme cezası verilir. Dörttebir dinardan aşağı miktarlar için had cezasına hükmedilmez. Şayet dinar ile kıymetlendirmede güçlük bulunursa, dirhem cinsinden değeri bulunur, sonra da dinar olarak kıymetlendirilir.²⁵³

c. Ebu Hanife ve iki arkadaşı İmam Muhammed ve Ebu Yusuf, Sufyan ve Ata'ya göre, kesme cezasına hükmedebilmek için çalınan malın değeri en az bir dinar veya on dirhem kıymetine ulaşmalıdır. Delilleri Ahmed, Nesei ve Darimi'nin hadis kitaplarında yer alan aynı mealdeki hadislerdir.²⁵⁴ Bu hadislerin birinde Nesei'nin naklettiğine göre Hz. Peygamber(sav) buyurdu ki; "Bir dinar veya on dirhem kıymetindeki malın çalınmasında el kesilir." Ebu Hanife'ye göre çalınan malın değeri on dirheme ulaştığında el kesme cezasının verileceğinde icma vardır. Kıymeti on dirhemden az ise, rivayetlerin ihtilafı olması nedeniyle fakihler de ihtilaf etmişlerdir. İhtimalden dolayı kesme cezası gerekmez. Aksi takdirde karara şüphe karışacaktır.²⁵⁵

Nisap şartı nedeniyle, malın kıymeti esas alınan miktardan aşağı düşünce kesme cezası verilmez. Çalınan nisap miktarı malın bütünüyle hırdan çıkarılması da şarttır. Evlerde ve işyerlerinde hırdan sınırı konumuna göre farklı mütalaa edilmektedir.²⁵⁶

Nisap miktarının tayininde ölçü olarak dikkate alınacak dirhem ve dinarın madrub (basılmış, dökülmüş) veya külçe olması hakkındaki farklı görüşleri başlıca iki başlık altında toplamak mümkündür. Birincisi, insanların alışverişlerinde kullandıkları revaçta olan ölçüyü esas alan Ebu Hanife'nin görüşüdür. Ticari muamelelerde ister külçe halinde, isterse madrub haldeki dirhem kullanılsın, çalınan şey on dirhem

²⁵² Kurtubi, a.g.e., VI/100-101; Bacı, a.g.e., VII/157; İbni Kudame, a.g.e., VIII/242,243.

²⁵³ Şirbini, a.g.e., IV/158,159; Ensari, a.g.e., IV/137; Buceyremi, Süleyman b. Ömer, Buceyremi ala'l-Hatib, IV/165, Beyrut, 1978.

²⁵⁴ Ahmed, Hudud II/204; Nesei, Sarık 9,10; Darimi, Hudud 4.

²⁵⁵ Serahsi, a.g.e. IX/137; Kâsâni, a.g.e., VII/77.

²⁵⁶ Ensari, a.g.e., IV/149; Kâsâni, a.g.e., VII/77; İbni Kudame, VIII/248.

değerine baliğ olunca hırsıza kesme cezası verilir. İkincisi, İmameyn, Kerhi ve Cumhur'un görüşüdür. Hadisi şeriflerde geçen dirhem kelimesinin, örf'e göre madrub olan para için kullanılmasından hareketle dirhemlerin de madrub olması gerektiğini savunurlar. Şayet hırsız, değeri madrub olarak on dirhemden daha düşük bulunan bir külçe veya nukra* yı çalsa eli kesilmez. Ancak çalınan malın kıymeti, madrub on dirhem ve daha fazla bir miktara ulaşıyorsa eli kesilir.²⁵⁷

2.3.4.1. Çalınan malın kıymetlendirilme zamanı

Çalınan malın, çalındığı zaman itibariyle kıymetine göre hüküm verilir. Çalındığı zaman itibariyle kıymeti nisap miktarını aşarsa hukukçuların ortak görüşü gereğince had cezası tatbik edilir.

Hanefi mezhebi hukukçuları da gerek eylem sırasında gerekse hüküm verileceği zaman itibariyle mesrukun değeri nisap miktarının altına düşmemesi halinde cumhurun görüşüne iştirak etmektedirler. Ancak mahkeme kararı sırasında çalıntının kıymeti nisabın altına düşmüş ise, ya fiyatta veya çalınan şeyin aynında bir eksilme olmuştur. Ayn'ın eksilmesi suretiyle, mesela bir kusurun meydana gelmesi veya bir kısmının telef olması şeklinde eksilirse, had cezası verilir. Ayn'ın eksilmesi, çalıntının bir kısmının helak olması haddi düşürmediğine göre, bir kısmının eksilmesi pekala haddi düşürmez. Ayn'daki bu eksilme hırsızın veya bir başkasının bu malı kullanmasından kaynaklansa da, bu durum karara tesir etmez.²⁵⁸

Hırsız hakkında kesme cezası verildikten sonra, infaz sırasında fiyatta düşme olursa Zahirür-Rivaye'ye göre el kesilmez. Çünkü fiyattaki bu eksiklik, suçun işlendiği sırada da çalıntıda bir noksanlığın bulunabileceği şüphesini doğurur. "Şüphe bulunan yerde had bertaraf edilir." kaidesi gereğince kesme cezası düşürülür. Hanefilerin bu görüşlerinin kaynağı Hz. Ömer'in tatbikatıdır. Fiyatı on dirhemi bulan bir elbise çalan kimsenin cezası infaz edileceği sırada Hz. Osman, çalıntının nisap miktarına ulaşmadığını ikaz etti. Bunun üzerine Hz. Ömer'de cezayı düşürdü.²⁵⁹

* Nukra: Eritilmiş haldeki altın veya gümüş parçası. Zuhayli, a.g.e., VI/104.

²⁵⁷ Serahsi, a.g.e. IX/138; Kâsâni, a.g.e., VII/78; Şirbini, a.g.e., IV/158.

²⁵⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/79.

²⁵⁹ Kâsâni, a.g.e., VII/77,79.

İmam Şafii, Malik ve İmam Muhammed'e göre, ayn'ın hırzinden çıkarıldığı sıradaki kıymetine itibar olunur. Çalındığında nisabı doldurduyorsa sanığa kesme cezası verilir. Malın çalınmasından sonra fiyatında meydana gelebilecek eksilme veya artma dikkate alınmaz.²⁶⁰

Hırsızın, çaldığı malın kıymetini bilip bilmemesinin cezasının takdirine tesiri hususunda da farklı görüşler mevcuttur. Şafiiler, çaldığı malın kıymetini bilmesini şart koşmaz. Suç kasdı bulunduktan sonra, değeri az zannederek çaldığı elbisenin içinden değerli bir şey çıkar da, nisabı aşarsa had cezasına hükmedilir. Yahut içinde kıymetli şeyler bulunduğunu zannettiği bir sandığı çalar da, sandık boş çıkarsa kesme cezası verilmez.²⁶¹

Hanefilerin bu konuda iki farklı görüşü mevcuttur. Bunlardan birincisi Şafiilerin görüşü gibidir. Diğer kavillerine göre ise, hırsız çaldığı malın kıymetini bilmelidir. Çaldığı elbisenin içinde değerli şeyler olduğunu bilmiyorsa had cezası uygulanmaz. Ancak içindeki değerli malzmeden dolayı elbise, çuval, sandık vs. yi çalmasından dolayı kesme cezasına hükmedilir.²⁶²

Hanefi hukukçular, birden çok hırzdan çalınan malların toplamı nisab miktarını dolduruyorsa had cezasının gerekmeyeceğini savunurlar. Şayet tek bir hırzdan alınan nisabı dolduruyorsa had tatbik edilir. Aynı hırzdan iki defada toplam on dirhem kıymetinde mal çalarsa yine eli kesilmez.²⁶³

2.3.4.2. Nisap şartının hikmetleri

Mal canın yongasıdır lâkin, insanlar basit mallarından başkalarına sadaka veya hibe niyetiyle bağış, yapmayı hoş görürler. Keza bu basit malları kayb olduğunda veya telef olduğunda fazla önemsemezler. Ancak zayı ettikleri malın miktarı fazla olursa o zaman canları sıkılır ve üzülürler. Kaybolan mallarını bulmak için büyük çaba sarfeder, çeşitli mercilerden yardım talep ederler. Şüphesiz insanlar nazarında malın çokluğu ve fazlalığı farklı biçimlerde değerlendirilir. Bunun içindir ki, hırsızlıkta cezayı

²⁶⁰ Bâci, a.g.e., VII/158.

²⁶¹ Ensari, a.g.e., IV/137,138.

²⁶² Kâsânî, a.g.e., VII/79,80.

²⁶³ İbni Abidin, a.g.e., IV/85.

gerektirecek ölçü sünnet ile belirlenmiştir. Nisap, bir ailenin bir günlük ihtiyacının dinar veya dirhem olarak karşılığı olarak anlaşılmıştır.²⁶⁴

Bu ölçü Türkiye'de her yıl tayin edilen "asgari ücret" ile benzerlik arz etmektedir. Normal bir ailenin bir aylık ihtiyacını karşılamak maksadıyla çeşitli kesimlerin sunduğu tekliflerin en uygun haddi, bir yıl süreyle yürürlükte kalmak üzere para cinsinden tayin edilir. Böylece işçi ücretlerinde bu miktar hukuki bir hüviyet kazanır. Nitekim memurlarla ilgili hukuki davalarda katsayı ve göstergenin çarpımından çıkan meblağ ölçü olarak dikkate alınır.

Şari'(kanun koyucu), tecavüzkar (zalim) el ve tecavüze uğramış (mazlum) olan eli farklı bir şekilde değerlendirmiştir. Tecavüzkar eli dörttebir dinar miktarı hırsızlık için kesilmeye mahkum ederken, tecavüze uğramış (mazlum) eli iffet ve masumiyeti dolayısıyla beşyüz dinara eşdeğer tutmuştur.²⁶⁵

İslam hukukunun bu ölçüsünde de büyük hikmetler ve adalet mevcuttur. Çünkü tecavüze uğrayıp, kesilen elin diyeti de dörttebir dinar ölçüsünde tutulsaydı, insanların âzâlarına karşı saldırıların sayısı artacaktı. Zira saldırganlar böyle bir cezayı ödemekte güçlük çekmezdi. Yani suça karşılık ceza etkisiz kalacaktı. Aksine hırsızlık (el kesme) suçunun cezası için konulan nisap beşyüz dinar olsaydı, bu kez de mala karşı vukubulacak tecavüzlerin önüne geçilemeyecekti. Hırsızlar beşyüz dinarın altındaki ($4.25 \times 500 = 21.250$ gram altın) hırsızlıkla iktifa edecekti. İşte bu sebeple her iki olayda da suç ve ceza arasında bariz bir uyum hissedilmektedir.²⁶⁶

2.3.4.3. Nisap miktarının gram ve lira cinsinden karşılığı.

İslam mezhepleri hırsızlığın bir şartı olarak kabul ettikleri nisap miktarını belirlemek üzere dinar ve dirhem ölçü olarak kabul etmişlerdir. Ne var ki, zaman ve mekan içinde farklı değerler benimenmiş, farklı uygulamalar süregelmiştir. Dinar, İslam dünyasında genel olarak altın para karşılığında kullanılmıştır. Ağırılığı bir miskal olarak darbedildiğinden bu isimle de anıldığı zamanlar olmuştur. Özellikle Abdülmelik b. Mervan döneminden sonra dinarın resmi ölçüsü 4.25 gram ağırlığındadır.²⁶⁷

²⁶⁴ Zûrir, a.g.e., s.190.

²⁶⁵ Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/176.

²⁶⁶ Askalani, a.g.e., XII/100; Zûrir, a.g.e., s. 191.

²⁶⁷ İslam Ansiklopedisi, Dinar maddesi, T.D.V.Yay. 1994.

İslam hukukçularından büyük çoğunluğun kabul ettiği dörttebir dinar ölçüsü bu durumda $4/25:4=1.06$ gram altına tekabül etmektedir. Ekonomik durum dolayısıyla altın fiyatları istikrarsız bir şekilde seyretmektedir. Bu nedenle 1.06 gram altının 08. Ağustos 1995 tarihi itibarıyla karşılığı $590.000.-TL \times 1.06 \text{ gram} = 625.400.-TL$ 'dir.

Dirhem'in İslam toplumlarında kullanıldığı bölge ve zamana göre ölçüsü değişmiştir. Gümüşten darbedilir. Geleneksel İslam kaynakları şer'i dirhemi 14 kırat olarak nakleder. Miskal (dinar) 20 ve dirhem 14 kırat kabul edilince aralarında daima 7/10 oranı mevcut olur.²⁶⁸

Dinara kıyas yapıldığında, dirhem'in gram cinsinden ağırlığı $4.25 \text{ (Dinar)} \times 7:10=2.975$ gram olur. Had cezasının uygulanabilmesi için üç dirhem'in çalınmasını şart koşanların görüşüne göre bu ölçü $2.975 \times 3=8.925$ grama karşılık gelmektedir. 8.925 gram gümüşün para olarak karşılığı ise; 8 Ağustos 1995 tarihi itibarıyla 80.325.-TL'dir.

Görülüyor ki, nisap ölçüsü olarak alındığında altının kıymeti gümüşün kıymetinin yaklaşık 7.5 katıdır. Fakihler geçmişte her ne kadar gümüşü de baz olarak kabul etmişlerse de günümüzde gelinen nokta ihtiyatlı davranmayı gerektirmektedir. Zira gümüş ile amel edilmesi halinde hem nisap çok değersiz bir meblağı ifade edecek, hem de ticari ilişkilerdeki konumu dolayısıyla gün be gün alım gücü düşecektir. Bu durum adil davranma hususunda şüphe doğuracağından altın ile amel etmenin daha isabetli olabileceği anlaşılmaktadır.

2.3.5. Çalınan mal çabucak bozulabilen cinsten olmamalıdır

Çabuk bozulabilen mallar için uygulanacak cezai müeyyide hususunda hukukçuların görüşleri iki grupta mütalaa edilebilir.

a. Ebu Hanife, Muhammet ve bir rivayetinde Ebu Yusuf'a göre, çabuk bozulan şeyleri çalana kesme cezası verilmez. Üzüm, nar, hurma gibi taze meyveleri çalmak had cezasını gerektirmez. Bu meyvelerin duvarlarla çevrili bahçelerde ağaç üzerinde

²⁶⁸ İslam Ansiklopedisi. (DİA). Dirhem Maddesi.

ve bekçi kontrolünde olması da hükmü değiştirmez. Henüz başaklarda bulunan buğday, arpa ile et ve ekmek çalınan da eli kesilmez. İddialarının delilleri şunlardır.

aa. Rafi' b. Hadic'den rivayet olduğuna göre Hz. Peygamber(sav)'in "Semer* (meyve) ve keser** (hurma yağı)dan dolayı el kesilmez"²⁶⁹ hadisi şerifinin zahirinden anlaşıldığına göre ağaçtaki meyveyi ve hurma yağını çalana had cezası uygulanmaz. Dikkat edildiğinde çabuk bozulma her iki nesnenin ortak özelliğidir. Bu duruma göre çabuk bozulan şeylerin çalınmasında kesme cezası yoktur.

ab. Meyve ve keser'in fiyatı düşüktür. Uzun süreli saklanıp ihtiyacı karşılamaları da mümkün değildir. Çünkü bir süre sonra çürüyecek, değeri eksilecek ve nisabın altına düşme şüphesi meydana gelecektir. İşte bu sebeptendir ki, had sakıt olur.

ac. Depolanıp muhafaza edilmeleri imkansız olan bu tür nesnelere mal ve muhrez olmayacağından hırsızla had cezası uygulanamaz.²⁷⁰

b. Şafii, Hanbeli, Maliki ve bir görüşüyle Ebu Yusuf'a göre, çabuk bozulması mümkün olan şeyleri çalana diğer şartlar da olgunlaşmışsa kesme cezası verilir. İddialarının delilleri aşağıya çıkarıldığı şekilde maddelenebilir;

ba. "Erkek hırsızla kadın hırsızın ellerini kesiniz."²⁷¹ ayeti kerimesi mutlak olarak hırsızın elinin kesilmesinden söz etmektedir. Çalınan şeyin çabuk veya geç bozulabilen cinsten olmasına dair bir ayrıcalığı zikretmemiştir. Bu umumi ifadede çabuk bozulan maddeleri istisna kılacak bir açıklama veya işaret te mevcut değildir.²⁷²

bb. Amr b. As'tan rivayet olduğuna göre, Hz. Peygamber(sav)'den ağaçtaki meyve ile ilgili olarak sorulduğunda şöyle buyurdu: "Her kim ki, ihtiyaç içinde olur ve gizlice olmaksızın bir şeyler alır, yer-içerse hakkında bir şey gerekmez, o maldan bir miktar alırsa bedelini ödemesi gerekir; harman veya sergi yerine geldikten sonra

* Semer: Toplanıp korumaya alınmadan önce ağaçta duran hurma için kullanılır. Yaş ve kuru hurma ve üzüm gibi şeyler için de kullanılır.

** Keser: Hurma tomurcuğu veya hurma ağacının lifsiz bölümünde yer alan yağlı bölümü demektir. San'ani, a.g.e., IV/23.

²⁶⁹ Muvatta, Hudud 11; Ebu Davud, Hudud 13; Nesei, Sarık 13; Tirmizi, Hudud 19.

²⁷⁰ Serahsi, a.g.e., IX/153; Şevkani, a.g.e., VII/127; San'ani, a.g.e., IV/23.

²⁷¹ Maide: 5/38.

²⁷² İbni Hümmam, a.g.e., V/367,368; Kâsâni, a.g.e., VII/69.

çalınır ve çalınan miktar da bir kalkan kıymetinde ise, hakkında kesme cezası uygulanır.²⁷³

bc. Rivayet olduğuna göre, Hz. Osman zamanında bir hırsız turunç çalmıştı. Hz. Osman turunç'un değerinin takdir edilmesini emretmiş ve üç dirhem olduğu bildirilince; hırsızın elini kestirmişti.²⁷⁴

bd. Mütakavvim bir malın çalınmasından dolayı had uygulanacağı hususunda ihtilaf yoktur. Mütakavvim olmasının delili ise; alışverişinin yapılabilmesi, gasbeden veya telef edenden bedelinin tazmin edilebilmesidir. Hırs niteliğinde bulunan bir yerden emsali çalındığında kesme cezası verileceğine göre, meyve veya çabuk bozulabilen diğer değerli mallar aynı şartlardaki hırsızdan çalındığında neden kesme cezası verilmesin? Kaldı ki, meyvelerin bir kısmı özellikle sahiplerince muhafaza altında tutulmaktadır. Çünkü insanların bu mallara rağbeti diğer çabuk bozulmayan mallardan farklı değildir.²⁷⁵ İmam Şafii, "Meyveden ve hurma yağından dolayı el kesilmez"²⁷⁶ şeklindeki hadis-i şerifin o devirdeki, Medine halkının adetlerine uygun olarak varid olduğunu ifade ediyor. O devirde hurma bahçeleri duvarlarla çevrilip muhafaza altına alınmış değildi, yani hırs anlayışı yoktu. Şayet bahçelerle çevrili ise, o zaman koruma altına alınmış diğer mallar gibi olurlar.²⁷⁷

Bir sene süreyle bozulmadan durabilen kuru meyveler, hububat, yağlar, sirke ve pekmez gibi şeyler süratle bozulmadıkları ve tafih sayılmadıkları için bunların çalınmasında kesme cezasına hükmedileceği ittifakla sabittir.²⁷⁸

²⁷³ Ebu Davud, Lukata 1; Buhari, hudud 13; Nesci, Sarık 12; Tirmizi, Hudud 19.

²⁷⁴ Muvatta', Hudud 7.

²⁷⁵ İbni Kudame, a.g.e., VIII/247.

²⁷⁶ Hadisin kaynakları için bk. dn. 247.

²⁷⁷ San'ani, a.g.e., IV/23.

²⁷⁸ Kâsâni, a.g.e., VII/69.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. HAD ve TA'ZİR CEZALARI ve BU CEZALARIN DÜŞMESİ

3.1. Had Cezaları

3.1.1. Had'din tanımı

Had lugatte men' manasınadır. İnsanları girip-çıkılmaktan men ettiği için kapıcıya ve gardiyana "haddad" denilmiştir. Bir şeyin mahiyetini tarif ve tayin eden şeye de had denir ki, cem'i "hudud" gelir. Gayrı menkullerin nihayetlerine yani, sınırlarına da "hudud" denilir. Çünkü bunlar, gayrı menkullerin, arazilerin sahalalarını tayin ve başkalarına karışmalarını men eder. İşte bu münasebetle bir kısım cezalara da hudud adı verilmiştir.²⁷⁹ Aynı zamanda el koyan, mani olan manasında, bir şeyin ismi olarak ta kullanılır. İnsanları ilgili cezalara taalluk eden suçlardan men ettiği için "hudud" şeklinde isimlendirilmiştir.²⁸⁰ Zira bu cezalar, mazarratları bütün beşeriyete dokunan birtakım fena hareketlerden insanları zecr ve men eder. Bunlar, mücrimler hakkında birer ukubet olduğu gibi müşahidler hakkında da birer ibret ve intibah vesilesi teşkil eder ve ammenin menfaatlerini tazammun bulunur.²⁸¹ Had kelimesi Kur'an-ı Kerim'de de aynı meallerde kullanılmıştır.²⁸²

Had kelimesi istulahta ise, Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gerekli (vacib) bulunan sınırlı ve belli cezadır.²⁸³ Tariften anlaşılacağı gibi had, Allah hakkı içinde mütalaa edilen bir cezadır; yani amme menfaati ile alakalıdır. Ayrıca nasların takdir ettiği; yani miktar ve sınırını açıkladığı cezalardır. "Kıyas" kul hakkı ile alakalı olduğu, "tazir" ise nasların miktarını tayin etmediği cezalar olduğu için had'dan ayrılmaktadır. Haddi gerektiren suçlar "hırsızlık, yol kesmek, veya eşkiyalık, zina, kazf (iffete iftira), şarap içmek, irtidat ve-görüş farkı bulunmakla beraber-isyandan ibarettir.²⁸⁴

²⁷⁹ Bilmen, a.g.e., III/14.

²⁸⁰ Zerka, a.g.e., II/454.

²⁸¹ Bilmen, a.g.y.

²⁸² Bakara, 2/187,229,239; Nisa, 4/13; Tevbe, 9/97, 112; Mücadele, 58/4; Talak, 65/1; Nisa, 4/14.

²⁸³ Kâsâni, a.g.e., VII/33.

²⁸⁴ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, I/125, Nesil Yay., İstanbul.

3.1.2. Had cezasının meşruiyeti

Hırsızlığın Kur'an ve Sünnet'te haram olduğunu zikrettikten sonra bu suçun irtikap edenler hakkında Kur'anda kesin bir cezanın belirlendiği ifade edildi.²⁸⁵ İşte bu cezanın azaltılması veya artırılması kulların kudretinde değildir. Keza birtakım tevillerle bu hükmü değiştirmek veya yeni bir şekle sokmak, delil niteliğindeki birçok tatbikat dolayısıyla mümkün değildir.

Ayeti kerimede²⁸⁶ geçen "ellerini kesiniz" ifadesinden mutlak kesmek anlaşılmalıdır. Nitekim Lisan'ul Arap sahibi de kesmek filini, bir uzvun cesedden ayrılması ameliyesi olarak nitelemektedir.

" القَطْعُ بَانَةٌ بَعْضُ أَجْزَاءِ الْجِسْمِ مِنْ بَعْضِ أَضْغَانِهِ ، وَالْقَطْعُ مَصْدَرٌ قَطَعْتَ الْحَبْلَ قَطْعًا ، وَالْأَقْطَعُ الْمَقْطُوعُ الْيَدُ وَيَدٌ قَطْعًا أَيْ مَقْطُوعَةٌ

287"

O halde hırsızlık yapanın elini çizmekle veya darbetmekle ilahi hüküm icra olunmaz

Günümüz araştırmacılarından bir gurubun iddiasına göre, sirket ayetinde geçen "hırsız" ve "kadın hırsız" kelimeleri fiil değil iki vasıftır. Bir fiilin ancak tekerrürü halinde vasıf (nitelik) olabileceğinden hareketle bir defa hırsızlık yapanlara cezanın tatbik edilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Çünkü bir defa çalana "hırsız", bir defa yalan söyleyene "yalancı" denilemez. Tevbenin de ancak fiil işlendikten sonra sözkonusu olacağına göre, had cezası ancak tevbesine sadık olmayanlar hakkında uygulanabilir. Halbuki mevcut nakil ve haberlerde bu araştırmacıları teyid edecek hiçbir işaret ve tatbikat bulunmamaktadır. Hz. Peygamber(sav)'de had cezasına hükmettiğinde, sanığın daha önce suç işleyip işlemediğine dair hiçbir tatbikat yapmamıştır. Fıkıh bilginleri ilk defa hırsızlık yapan kimseye şartlarının mevcut olması halinde kesme cezasının verileceğinde ittifak etmişlerdir. İslam hukukunun yürürlüğe girmesinden

²⁸⁵ bk. (1.2.1.) ve (1.2.2.) no'lu açıklamalar.

²⁸⁶ Maide, 5/38.

²⁸⁷ İbni Manzur, a.g.e., X/149.

bugüne kadar başka bir müctehidin sözü edilen iddiayla ortaya çıkmamış olması da bu görüşün reddi için yeterli bir sebep arz eder.²⁸⁸

Kesme cezasının Hz. Peygamber(sav) ve Hulefa-i Raşidin döneminde tatbik edildiğine dair birçok rivayet mevcuttur. Bunların buşlıcaları şunlardır:

a. Bir cemaatin İbni Ömer'den rivayet ettiğine göre Hz. Peygamber(sav), değeri üç dirhem (bir başka rivayette bir dirhem) olan bir kalkan çalan adamın elini kestirmiştir.²⁸⁹

b. Kalabalık bir ravi grubu tarafından Hz. Aişe'den rivayet olduğuna göre Hz. Peygamber(sav); "Hırsızın eli, dörttebir dinar veya daha fazlasını çalması halinde kesilir."²⁹⁰

c. Ümeyye oğlu Safvan "hicret etmeyen kurtuluşa eremez" denilince, Medine'ye hicret edip âbâsını yastık edinerek mescidde uyudu. Bir hırsız gelip âbâsını aldı. Safvan da hırsızı yakalayıp Resulullah(sav)a götürünce, Hz. Peygamber: "Bunun âbâsını sen mi çaldın?" diye sordu. Hırsız: "Evet" deyince Resulullah, hırsızın elinin kesilmesini emir buyurdu.²⁹¹

d. Rivayet olduğuna göre, "Hz. Peygamber, halktan ödünç meta alıp sonra da inkar etmeyi alışkanlık haline getiren kadını had cezasıyla cezalandırdı."²⁹²

e. Mahzum kabilesinden Ebu Umeyye'nin rivayetine göre, Hz. Peygamber(sav)'in huzuruna bir hırsız getirildi ki, suçunu itiraf ettiği halde yanında çalıntı mal mevcut değildi, Hz. Peygamber, "senin çaldığını zannetmiyorum" deyince, adam "evet ben çaldım" dedi ve bu durum iki veya üç kez tekerrür etti. Bunun üzerine Hz. Peygamber " (adamın) elini kesiniz" diye emir buyurdu. Had cezası tatbik edildikten sonra adam getirildi. Resulullah "Allaha tevbe ve istiğraf getir" diye emir buyurunca tevbe etti. Bilahere Hz. Peygamber "Allahım tevbesini kabul buyur" diye dua etti.²⁹³

²⁸⁸ Ebu Zehra. a.g.e.,II/134,135.

²⁸⁹ Buhari, Hudud 13; Muvatta, Hudud 7; Ebu Davud, Hudud 12; Nesei, Sarık 8.

²⁹⁰ Buhari, Hudud 13; Muvatta, Hudud 7; Ebu Davud, Hudud 12; Nesei, Sarık 9.

²⁹¹ Muvatta, Hudud 9; Nesei, Sarık 5; Muvatta, Hudud 9.

²⁹² Nesei, Sarık 56; Ebu Davud, Hudud 16.

²⁹³ Nesei, Sarık 3; Ahmed, V/ 293.

Bu sahih hadislerin tümü, hırsızlık suçuna karşılık el kesme cezasının uygulandığına delalet eder. Bu cezanın sebebi hırsızlıktır. Mal varlığının zekat'a, tan ağarmasının sabah namazına sebeplik teşkil ettiği gibi.

Had cezası ile İslam Hukuku, hırsızlık gibi çirkin bir hastalıktan fert ve toplumu kurtarmayı, bu hastalığı tedavi etmeyi amaçlamıştır. Tedavi usullerinin kimi; fakr'ü zarureti ortadan kaldırmak; kimi, ahlaki ve manevi eğitimle dürüst insan yetiştirmek, kimisi de, ibreti âlem olmaya yol açan psikolojik ve fiziki ceza olan kesme cezasıyla caydırıcılığı sağlamaktır.

Had cezaları bizzat naslarla tespit edilen cezalardır. Bunların tatbiki hem adaleti sağlar, hem de ictimai hayatı nizam içinde tutar. Ayet-i Kerime'de "kısasta sizin için hayat var"²⁹⁴ buyurulmuştur. İslama göre ictimai hayatın baş dinamiği adalettir. Bu sebeple onun uygulanmasını, Resulullah, kırk gece aralıksız yağın yağmurdan bereketli saymıştır.²⁹⁵

3.1.3. Had cezasının uygulanışı

Şühesiz had cezasının tatbik edilmesi devlet reisi veya vekilinin yetkisi dahilindedir. Bu yetkiler ihtiyaca binaen taşrada görev yapan kadı (hakim)lara devredilir.²⁹⁶ Şahsi öc alma yasaktır. Hatta şahsi hak olan kısası, hak sahibi kendisi infaz etse, hakkını aşmamış olsa bile tazir cezası ile cezalandırılabilir.²⁹⁷ Hırsızın hür veya köle olması durumunda da yine haddin hâkim tarafından uygulanması gerektiği Hanefi, Hanbeli ve Şafilerin ortak görüşüdür. Ancak Hanbeli ve Şafilerden bir grup kölelere cezanın efendisince verilmesini tasvib etmiştir. Bu durumdaki efendinin hür, mükellef, adil, haddi bilen kimselerden olması ayrıca hırsızlığın da ikrar veya beyyine ile sabit olması şarttır.²⁹⁸ Kölelerin hırsızlık yapması halinde uygulanacak ceza hususunda çok söz söylenmiştir. Fakat günümüzde böyle bir sosyal yapı bulunmadığından konuya girilmeyecektir.²⁹⁹

²⁹⁴ Bakara, 2/179.

²⁹⁵ Canan, a.g.e., XVII/315.

²⁹⁶ Kâsâni, a.g.e., VII/57.

²⁹⁷ Aksit, a.g.e., s. 35.

²⁹⁸ İbni Kudame, a.g.e., VIII/176; Kâsâni, a.g.e., VII, 58.

²⁹⁹ Geniş bilgi için bk. Kâsâni, a.g.e. VII/58 vd.; İbni Kudame, a.g.e., VIII/178 vd.; İbni Hümam .a.g.e., V/35,36.

3.1.3.1. Kesme yeri

İslam hukukçuları ilk defa hırsızlık suçunu işleyene sağ elinin kesilmesi cezasının verilmesi hususunda ittifak etmişlerdir. Gerekçesi; "Erkek hırsız ile kadın hırsızın irtikap ettiklerine karşılık ceza ve Allah'tan insanlara ibret verici bir ukubet olmak üzere ellerini kesin..."³⁰⁰ ayeti kerimesidir.

Ayeti kerimede karşılığı net olarak ifade edilen hırsızlık suçundan ötürü kesme cezasını ne mağdur (malı çalınan kişi) ve ne de devlet reisi, affedebilir. Had cezalarında af ta sözkonusu değildir. Daha ağır veya daha hafif bir cezaya dönüştürülemez. Bu husustaki deliller Hz. Peygamber(sav)'in hadis ve uygulamalarıdır. Örnek olması bakımından Ebu Davud'un sünnetinde yer alan bir hadisi şerifinde Hz. Peygamber buyuruyorki: "Cezaları aranızda en iyi şekilde tatbik ediniz. Cezanın uygulanması işi devlet reisine düştüğünde Allah affetmedikçe onun af yetkisi yoktur."³⁰¹ Keza had cezaları erkek, kadın, hür, köle, müslüman, kafir herkese eşit bir şekilde tatbik edilir.

İslam tarihinde had cezasının ilk defa Muaviye tarafından terk edildiği iddia edilir. Rivayete göre, Hz. Muaviye'ye bir grup hırsız getirilmiş, O da hepsini cezalandırmış, son bir kişi kalmış, O da cezalandırılmak üzere huzura getirilince şu şiiri okumuştur.

"Ey Emir'el Mü'minin! Gözönünde tatbik edilen cezadan sağ elimin kurtulması için affına sığınıyorum.

Elim kesilip örtüldüğünde evet güzel olacak ama sen böyle kesilip güzel olan eli kötülükler yapan bu ele tercih etme.

Sağı ayrılan sol el ile dünyanın hayrı yoktur. Ve artık kötü gelir."

Bunun üzerine Muaviye,

"Arkadaşlarının elini kesmişken seni nasıl affedebilirm"der. Hırsızın annesi;

³⁰⁰ Maide, 5/38.

³⁰¹ Ebu Davud, Hudud 5.

"Onun bu günahını da Allah'a tevbe edeceği günahları arasına bırak." der. Muaviye de onu cezalandırmaz.³⁰²

Şia-ı Zeydiyye alimlerine göre, devlet başkanı kamu yararı sebebiyle insanların bazısına had cezasının tatbikini durdurup, düşürebilir. Amme menfaati gerektirdiğinde bir başka zamana bırakabilir. Keza mağdur kişinin affetmesi halinde de kesme cezası düşer.³⁰³

Hukukçular haddin tatbiki esnasında kesme yeri hususunda ihtilaf etmişlerdir. İhtilaflarının sebebi "...ellerini kesin..."³⁰⁴ ayetini farklı tefsirleri ve konu ile ilgili hadisi şeriflerin sıhhat dereceleridir. Ata b. Ebi Rebah'a göre, hırsızın birinci hırsızlığından dolayı eli kesilir, sonra yine hırsızlık yaparsa artık kesme cezası verilmez. Yani hırsızlık suçunun cezası, ilk hırsızlığında sağ elinin kesilmesidir. Daha sonraki hırsızlıklarda tazir cezasıyla cezalandırılır. Ata'nın delili; "... her ikisinin de ellerini kesin..."³⁰⁵ ayeti kerimesidir. Şayet Allah(cc) ayağın kesilmesini dilemiş olsaydı onu da emrederdi. Allah bir hükmü koymayı unutucu değildir."³⁰⁶

Ebu Hanife, Zeydiyye ve Hanbeli mezhebindeki tercihe değer görüşe göre, kesme yeri; sağ el ile sol ayaktır. İlk hırsızlıkta sağ el kesilir. Hırsız kişi yine hırsızlık cürmünü işlerse sol ayağı kesilir, tekrar hırsızlık yaparsa artık kesme cezası verilmez. Halini düzeltene, tevbe ve nedamet duyana veya ölene kadar hapsedilir. Konu ile ilgili delilleri;

a. Kur'an-ı Kerim'de geçen "... her ikisinin de ellerini kesin..." emrinden maksat, yalnızca sağ el'dir. Abdullah b. Mesut'un ayeti "... sağ ellerini kesiniz..." anlamına gelen kıraatı bu görüşün delilidir. Abdullah b. Mesut'un bu okuyuşunun mutlaka bir dayanağı vardır. Bu şekildeki okuyuşu sebepsiz değildir. Tefsir kaynaklarındaki bu okuyuşunun Hz. Peygamber'e dayanması muhtemeldir.

b. Şayet iki elin kesilmesi manasında yorumlanırsa, o zaman da aynı cinsten iki organdan faydalanma durumu ortadan kalkar. İki elin kesilmesi yemeyi, içmeyi ve temizlenmeyi engeller. İki ayağın kesilmesi de yürümeye mani olur.

³⁰² Maverdi, a.g.e., s. 258.

³⁰³ Kâsânî, a.g.e., VII/75.

³⁰⁴ Maide, 5/38.

³⁰⁵ Maide, 5/38.

³⁰⁶ Kurtubi, a.g.e., VI/172,173.

c. Hz. Ömer ve Ali (ra), hırsızın bir el ve bir ayağından faydalanması için, bir el ve bir ayağından fazlasının kesilmemesinden yanadırlar. Nitekim Hz. Ali'ye, hırsızlıkta bulunmuş bir el ve bir ayağı kesik birini getirmişler. Bir daha ceza vermeyi uygun görmeyen Hz. Ali; "Tutunacağı bir eli ve yürüyebileceği bir ayağı ona bırakmamaktan, ona bunları da çok görmekten dolayı Allah'a sığınır, O'ndan haya ederim." demiştir. Aynı şekilde Hz. Ömer'e eli ve ayağı kesik bir hırsız getirilir. O da yukarıdaki ifadelere benzer ifadeler kullanarak ceza vermekten imtina etmiştir.³⁰⁷

Şafii ve Malikiler ile Hanbeli mezhebinin ikinci görüşüne göre, had cezası her iki el ve her iki ayağa tatbik edilebilir. Önce sağ el kesilir. Hırsızlık tekerrür ederse çaprazlamasına sol ayak kesilir. Üçüncü kez aynı suçu işlerse sol eli kesilir. Dördüncü kez hırsızlıkta bulunursa bu kez de sağ ayağı kesilir. Bu durumda da hırsızlık suçunu işlemekten pişmanlık duyuncaya kadar yahut tevbe edinceye kadar hapsedilir. Delilleri şunlardır;

a. Allah(cc) "... her ikisinin ellerini kesin..." buyurmuştur. Buradaki Arapça "eydi" (eller) kelimesi çoğul isimdir. İki ve daha fazla sayıları içerisine alır.

b. Ebu Hureyre (ra) Nebi(sav)'den şöyle rivayette bulunmuştur. "Hırsız mal çalarsa ellerini kesin. Sonra yine çalarsa ayağını kesiniz. Yine çalarsa elini ve yine çalarsa ayağını kesiniz."³⁰⁸

c. Hz. Ebu Bekir (ra), halifeliği zamanında hırsızlık suçlarında ceza olarak iki el ve iki ayağı kestirmiştir.³⁰⁹ Bu örnekler gösteriyor ki, hırsızlık cezasının tekerrüründen dolayı hırsız caydırıncaya dek iki el ve iki ayağı kesilir.³¹⁰

Ebu Hanife sağ elin kesilebilmesi için, sol elin sağlam olmasını şart koşar. Sol el kesik veya sakatsa, baş parmağı kesik veya baş parmak hariç iki parmağı kesikse, o zaman bu hırsızın sağ eli kesilmez. Çünkü hırsızlık suçuna kesme cezasının takdir edilmesi suçun ortadan kalkmasını sağlamaktır. Yoksa kişiye zarar verip, toplum dışına itmek değildir. Sağ eli olmayan sol eliyle işini görebilir. Ama iki eli olmayan kimse hangi vasıtyla ihtiyacını karşılar? Sağ ayak kesilmişse veya ayak sakatsa yahut

³⁰⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/264; Kâsâni, a.g.e., VII/86.

³⁰⁸ Buhari, Hudud 15,17.

³⁰⁹ Muvatta, Hudud 11.

³¹⁰ Ensari, a.g.e., IV/152,153.

yürümeye engel olacak şekilde topallık var ise yine sağ el kesilmez. Çünkü bu durumda da diğer yarı sağlam organlardan yararlanabilme imkânı ortadan kalkmaktadır. Yani sağ ayağın total yahut sakat olması halinde sağlam olan sol ayak da kesilmez. Zira o zaman hırsız kişi ayaksız kalacak, ayaklarından istifade, yürüme imkânı kalmayacaktır. Hırsızın aynı cins iki organdan faydalanma durunu sözkonusu olduğunda ikisinden birine kesme cezası uygulanabilir. Had cezası uygulanacak olan uzvun (el veya ayak) sakat ise yine de ceza uygulanır. Çünkü sağlam el veya ayağa kesme cezası uygulamakta sakınca olmayınca, arızalı uzva aynı cezayı uygulamak evleviyetle caizdir.³¹¹

Hanbeli mezhebi, kendisinden faydalanma imkanı büyük ölçüde kalmamış uzvu (el veya ayak) yok sayıp saymama hariç, diğer hususlarda Hanefilerle aynı görüşleri paylaşır. Ahmed, serçe parmağı veya yüksük parmağı yahut baş parmağı bulunmayan eli "hiç yok" hükmünde saymaz. Halbuki Hanefiler, baş parmak hariç diğer iki parmağın kesik olduğu eli veya yalnızca başparmağın kesik olduğu eli "yok" sayar. Zira bu durum O'na göre, el ile tutunma ve faydalanmaya manidir. Hanbelilerin farklı bir görüşüne göre, sakat el hiçbir zaman kesilmez. Bu durum sabit ise akabinden gelen organa geçilir. Yani sağ el sakatlsa o zaman sol ayağa geçilir. Bir diğer görüşlerine göre de, sakat elin kesilmesi hususu ehli vukufa sorulur. O, kesilebileceğine dair uygun mütalaada bulunursa kesilir, kanın durdurulamıyacağı tehlikesi varsa o takdirde kesilmez. Bir diğer görüşe göre, elin bütün parmakları kesikse, o el kesilmez.³¹²

Şafii ve Malikiler, her iki el ve her iki ayağın kesilebileceği hususunda aynı görüştedirler. Ancak Malik, sakatlığı bariz olan el ve ayağın kesilemeyeceğini savunurken, Şafii sakat olan el ve ayağın kesileceği görüşündedir. Malik, el ve ayağın parmaklarının yarıdan fazlasının sakat olması halinde bu uzuvların sakat el ve sakat ayak niteliğinde sayılacağını ifade eder.³¹³

Hırsızlık fiilini işleyen kişinin henüz cezası infaz edilmeden, herhangi bir sebeple kesilecek uzvu telef olursa, fıkıhçıların ittifakıyla kesme cezası düşer. Hırsızlık fiilini irtikap etmeden önce sözkonusu uzvunu kaybetmesinin cezaya bir tesiri yoktur.

³¹¹ Kâsâni, a.g.e., VII/87.

³¹² İbni Kudame, a.g.e., VIII/268,269.

³¹³ Ensari.a.g.e., IV/152,153.

Uzvuun telef olmasına ister kaza, ister kısas veya cinayet sebep olsun, hüküm değişmez. Yani hırsızlık suçundan sonra hırsız kişi, belirtilen sebeplerden biriyle sağ elini kaybetse, hakkındaki kesme cezası düşer, sol ayağın kesilmesine de geçilmez. Mesela bir kimse hırsızlık suçundan sonra, birisinin de sağ elini kesse ve o hırsız kişinin, işlediği cinayet sebebiyle kısasen sağ elinin kesilmesine hükmedilse ve ceza da infaz edilse artık hırsızlık suçu sebebiyle verilecek kesme cezası düşer, sol ayağının kesilmesine geçilmez. Fakat kısas cezası verilen suç bir hırsızlık suçundan önce işlenmişse o zaman kesme cezası sol ayağa geçer.³¹⁴

Kasten kesilmesi lazım gelen organ kesilecek olursa, kesme cezası düşer. Kesilmesi gereken organı kesene bu fiilinden dolayı ta'zir cezası verilir. Zira kesilmesi lüzumlu organ hırsızlıktan sonra meydana gelen bir sebeple ortadan kalkmıştır. Kesen kişi de gayrı masum bir organı kesmiştir. Ne var ki, kasten kesen kişi, devlet otoritesine tecavüz ettiğinden, tazir cezasıyla cezalandırılır. Bu durumun hırsızlığın subutundan önce veya kesme cezasına hükmettikten sonra olması karara tesir etmez, kesme işinin hırsızlık fiilinden sonra olması yeterlidir. Bu görüşler Maliki, Şafii ve Hanbelilerin ortak görüşleridir.³¹⁵

Hanefilere göre, tecavüz hırsızlık davasından önce ise o zaman hırsızın elini kesen kişi kısas cezasıyla cezalandırılır. Çünkü hırsızlıkta kesme cezası ancak o konuda dava açıldığında vacip hale gelir. Ancak burada tecavüzün vukuu sırasında el kesme cezası bir hak halinde doğmamış, teşekkül etmemiştir. O halde saldırgan kişi, dokunulmazlığı bulunan bir organı kesmiştir. Kesilen organ sağ el ise, kesme sırası sol ayağa geçer. Tıpkı sağ eli bulunmayan birinin hırsızlıkta bulunuşu gibi. Ancak o hırsız kişiye tecavüz ve elini kesme işi hırsızlık davasından sonra meydana gelmişse ve henüz konu hakkında hüküm verilmemişse, mütecavizin henüz masum olan bir uzva saldırdığına hükmedilir. Bu durumda hırsız kişinin sol ayağını kesmek te söz konusu değildir. Çünkü, dava açılmakla artık o sağ elin kesilmesi vacip bir durum almış, yani sanki o andan itibaren yok hükmüne girmiştir. O zaman da vacip olan kesme hakkı düşmektedir. Tabii afet sebebiyle yok olmanın hükmü de bu şekildedir. Şayet hükümden sonra ve cezasının infazından önce kesilmiş, tecavüz meydana gelmişse o

³¹⁴ Ensari.a.g.e., IV/153; İbni Kudame, a.g.e., VIII/269; Kâsâni, a.g.e., VII/88.

³¹⁵ Ensari, a.g.y.; İbni Kudame, a.g.e., VIII/267; Kâsâni, a.g.y.

zaman kesen kişiye, kısas cezası verilmez. Yapılan eylem had cezasına mahsup edilir.³¹⁶

Eimme-i Selase, hırsızlık hakkında şahitlikte bulunulsa ve şahitlerin adaleti, doğruluğu sebebiyle hakim hırsız hapsetse, o sırada infaz memuru da onun elini kesse, sonra da şahitler şahitlikten vazgeçseler, eli kesene kısas cezası verilmez. Ancak şahitler adil, doğru kişiler değilse kısasen ellerinin kesilmesi gerekir. Hanefiler bu hükme muhalefet eder ve kısası kabul etmez. Çünkü bu tür davalarda şahitlerin doğruluğu da yalnlığı da muhtemeldir. Bu da şüpheye sebebiyet verir.³¹⁷

Hırsızlık filinden sonra, hırsıza saldırıda bulunup onun el veya ayağını kasden veya hataen kesene, kasden işlemişse kısasen aynı organları kesilir hataen kesmişse diyet cezası verilir.³¹⁸

Ebu Hanife, Ahmet ve Zeydiyye mezhebine göre, sağ elinin kesik olması hırsızdan kesme cezasını düşürür. Zira diğer elin kesilmesi halinde aynı cins organlardan yararlanma imkânı kalmayacaktır. Malik ve Şafii aynı görüşte değildirlir. Çünkü her ikisine göre de, ceza tatbiki her iki el ve ayak kesilinceye kadar devam eder. Bu durumda hangi uzuv yoksa sıra ile öbürüne geçilir. Daha önce de zikredildiği gibi Hanefi ve Hanbeliler ancak bir el ve bir ayağın kesilebileceğini savunurlar.³¹⁹

İnfaz memuru hataen sağ el yerine sol eli keserse ceza da yerine gelmiş olur. Kesene kişiye tazminat cezası verilmesi hususunda farklı görüşler mevcuttur. Malik ve Şafii'ye göre infaz memuru kasden sağ yerine solu kesmişse had uygulanmış sayılmaz. İnfaz memuru kısas edilir ve hırsızın sağ eli kesilir. Ebu Hanife'ye göre ise, kasden diğer eli kesene infaz memuruna ta'zir cezası verilir, kısas edilmez. Çünkü sol el sağ el yerine geçmiştir. Hanbeliler, Hanefilere genelde iştirak etmekle beraber bir kısmına göre, kasden farklı el kesene infaz memuru kısas edilir. Ayrıca bir hırsızlık için iki elin kesilmesine yol açacağından hırsıza ikinci kez el kesme cezası tatbik edilmez.³²⁰

³¹⁶ Kâsâni, a.g.e., VII/88.

³¹⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/269,270; İbni Abidin a.g.e., III/278.

³¹⁸ Ensari.a.g.e., III/153.

³¹⁹ Kâsâni, a.g.e., VII/87; Ensari, a.g.y.; İbni Kudame, a.g.e., VIII/270.

³²⁰ İbin Kudame, a.g.y.; Ensari.a.g.y.; Kâsâni, a.g.e., VII/87; Malik, a.g.e., V/421,422.

3.1.3.2. Kesme noktası

Hırsızlık suçundan dolayı had cezası evvela sağ elin kesilmesi bilahere sol ayağın kesilmesi şeklinde uygulanır. Bu cezaların tatbikinde ihtilaf yoktur. Kesme noktası el ve ayak için farklı mütalaa edilmiştir. Bu farklılıklar el ve ayak için ayrı ayrı incelendiğinde;

a. El için kesme noktası: Cumhuru Fukaha, Zeydiyye, Zahiriyye ve Eimmei Erbaa'ya göre kesme cezasının uygulanmasında el bilekten kesilir. Bilek ifadesini İmamiyye, parmakların el ile birleştiği nokta olarak anlamışlardır. Yani dört mezheb imamı, elin avuç kısmının kol ile birleştiği kısmın esas alınmasını savunurken, İmamiyye avuç bölümünün parmaklarla birleştiği noktayı kesme noktası olarak kabul etmişlerdir. Zühri ve Hariciler ise, kesme noktasını omuz olarak kabul ederler. Kolun omuz ile birleştiği mafsala kadar uzanan kısmı el olarak düşünürler.³²¹

b. Ayak için kesme noktası: Cumhuru fukaha, Zahiri ve Zeydiyye mezheplerine göre ayak için kesme noktası, topuktan aşağıdaki eklemidir. İmamiyye'ye göre ise, ayak bölümü ortadan kesilir. Kişinin yürüyebilmesi amaç edinilmiştir. Hariciler "yed" kelimesinin omuza kadar bölümü kapsadığını savunurlar. Hz. Peygamber zamanında da el ve ayak için cumhurun görüşü doğrultusunda tatbikat yapıldığına dair kuvvetli deliller zikredilmiştir.³²² Darekutni ve Beyhaki sünenlerinde zikrettikleri hadisler ile kesme noktasının el ve ayak bilekleri olduğuna dair rivayetlerde bulunmuşlardır.³²³

3.1.3.3. Had cezasının uygulanacağı mekan.

Normal şartlarda ceza suçun işlendiği beldede ikame edilir. Şayet suç mahallinde mahkeme mevcut değilse mahkemenin bulunduğu en yakın beldede yarğılama ve infaz ameliyesi gerçekleştirilir. Hükümün infazı üç mekan hariç insanların bulunduğu her yerde yapılabilir. İhtilaf konusu mekanlar şunlardır.

³²¹ İbni Kudame, a.g.e. VIII/260; Kâsâni, a.g.e., VII/88; İbni Rüşd, a.g.e., II/447; Kurtubî, a.g.e., VI/171; Şafii, a.g.e., VI/150.

³²² İbni Kudame, a.g.e., VIII/259,260; Kurtubi, a.g.e., VI/171; Kâsâni, a.g.e., VII/78; San'ani, a.g.e., IV/27

³²³ Darekutni, Ali b. Ömer, Sünenü'd-Dâre Kutni, II/277, Delhi, 1310 h.; Beyhaki, Ebu Bekr Ahmed, Sünenü'l-Kübra, VIII/270,271, Haydarabad, 1352.

a. Mescidler: Cumhuru fukaha'ya göre mescidlerde had ikame edilemez. Çünkü mescidler ibadet için bina edilmiştir. Bu mekanlarda haddin infaz edilmesi izdihama, kanın dağılmasına dolayısıyla kirliliğe neden olur. Mescidlere yakışmayan bu görüntüler sebebiyle mescidlerde haddin uygulanması hoş karşılanmamış ve nehyedilmiştir.³²⁴

b. Mescidi Haram (Haramu'l Mekki): "...Onlar Mescid-i Haram yanında sizinle doğuşmedikçe siz de onlarla doğuşmeyin. Fakat (orada) sizi öldürürlerse siz de onları öldürün. Kafirin cezası böyledir"³²⁵ ayeti kerimesi ancak karşılık olmak üzere bu mekanda silah kullanılabilceği ifade edilmektedir. Denilmiştir ki, şayet had ve kısas cezaları harem dolayısıyla tatbik edilmezse fesat çoğalır.³²⁶ Bu delillerin yorumundan yola çıkan Maliki ve Şafii'ler Harem'ul Mekki'de de had ve kısas cezalarının uygulanmasını, Hanefi ve Hanbeliler ise uygulanmamasını savunmuşlardır.³²⁷ En kuvvetli delilleri ise "Kim oraya girerse (taarruzdan) emin olur"³²⁸ ayeti kerimesidir. Mescidi Haram'ın da bir mescid hükmünde olduğu ve "Resulullah aleyhissalatu vesselam mescidlerde had uygulamasını yasakladı"³²⁹ hadisinin pekala genel anlam ifade ettiğini savunurlar.

c. Dar'ul harb'de hadlerin ikamesi: İslam bir bütündür ve bütün olarak tatbik edildiğinde hadeflenen sosyal adalet ve huzura ulaşmak mümkün olur. Aksine bir kısmını uygulayıp bir kısmını ihmal etmek dar'ul-harb için sözkonusudur ve bu durum zulme sebep olur, Binaenaleyh Resulullah(sav): "Dar'ul harb'de hadler uygulanmaz"³³⁰ hadisi şerifiyle konuya açıklık getirmiştir. Ebu Hanife'ye göre, Dar'ul-İslam'da imamın velayet hakkı vardır. Hadleri istediği gibi tatbik eder. Dar'ul Harb'te böyle bir yetki olmadığından hadlerin ikamesi de imkansız olur.³³¹

Dar'ul Harb'te yaşayan bir müslüman İslami hadleri ikame etmeye kalkışsa bile Dar'ul Harb'teki küfür ahkamı buna müsaade etmez. Esasen İslam, zulmün her çeşidine karşı savaş açmış bir sistemdir. Hz. Muhammed(sav)'in Dar'ul Harb'te

³²⁴ Kâsâni, a.g.e., IV/70,71; San'ani, a.g.e., IV/32.

³²⁵ Bakara, 2/191.

³²⁶ Şevkani, a.g.e., VII/41,44.

³²⁷ San'ani, a.g.y.

³²⁸ Âl-i İmran, 3/97.

³²⁹ Canan, a.g.e., XVII/322.

³³⁰ İbni Hümmam, a.g.e., V/46; Serahsi, a.g.e., IX/99,100.

³³¹ İbni Hümmam, a.g.y.

hadlerin ikame edilemeyeceğini ortaya koyan hadisinde bunu farketmek mümkündür. Şöyle ki, İslam iktisat nizamının tatbik edilmediği bir Dar'ul Harb beldesinde haddi sirkatı uygulamaya kalkışmak zulüm olur. Çünkü İslam, hırsızlığı yasalarken ve hırsızlık için bir had ortaya koyarken bununla birlikte hırsızlığa giden bütün yolları da kapatmıştır. Amma Dar'ul Harb'te hırsızlığa giden bütün yollar açıktır. İslam iktisat nizamını tatbik etmemek demek; hırsızlığın kapısını açmak demektir. Hem hırsız hırsızlığa alıştıracaksın ve kendisine yardım edeceksin ve hem de hırsızlığı cezalandıracaksın. İşte bu bir zulümdür. İslam dini bu zulmü "Dar'ul Harb'te hadler uygulanmaz"³³² nebevi hadisi ile ortadan kaldırmıştır.³³³

Had cezaları aleni olarak tatbik edilir. "Müminlerden bir zümre de bunların azabına (bu cezalarına) şahit olsun."³³⁴ ayeti kerimesi bu konuda delil hükmündedir. Bu zümre Celaleyn'e göre en az, üç veya zina şahadetinin nisabı olan dört mümindir.³³⁵ Hz. Peygamber ve Hulefai Raşidin döneminde de hadler alenen uygulanmıştır. Çünkü gizli olması, hem haddin uygulanıp uygulanmadığında şüpheye hem de caydırıcı olması bakımından insanlara etkisi olmayacaktır. Ebu Hureyre'den rivayet olduğuna göre, Maiz el Eslemi Hz. Peygamber'e gelerek zina yaptığını dört kez ikrar ettikten sonra açık havaya çıkarılarak taşlanmak suretiyle recma edildi.³³⁶ Görülüyor ki, bazen telkinler, tavsiyeler ve eğitimden ziyade böylesi cezaların aleni tatbiki daha etkili olmaktadır. Böylesine musibetler diğer insanlar için ders niteliğindedir. Nitekim "Eğer Allah insanların bir kısmını diğer kısmı ile önleyip savmasaydı yer(yüzü) muhakkak fesada uğrardı. Fakat Allah, alemlere karşı büyük fazl (-u inayet) sahibidir"³³⁷ ayeti kerimesi bu gerçeği gözler önüne sermektedir.

3.1.3.4. Kesme işleminin keyfiyeti

Had cezası sevimli bir ceza değildir. Cezaya hükmetmek kadı için de zor bir karardır. Kesme cezasını tatbik edecek olan haddad'(infaz memuru)n bu işi iyi bilmesi zorunludur. Yaptığı göreve inanması da şarttır. İnfaz esnasında havanın çok sıcak olmaması veya şiddetli bir soğğun bulunmaması tercih edilir. Kesme cezasına maruz

³³² İbni Hümmam, a.g.y.; Serahsi, a.g.y.

³³³ Çelik, Mustafa, Dar'ul Harb Fıkhı, I/64,65, Ölçü Yayınları, İstanbul, 1993.

³³⁴ Nur, 24/2.

³³⁵ el-Mahalli-Suyuti, Celaleddin, Tefsiru'l-Celaleyn, II/51, Salah Bilici Kitabevi, İst., 1972.

³³⁶ Şevkani, a.g.e., VII/102.

³³⁷ Bakara, 2/251.

kalan suçlunun hasta, hamile, lohusa halinde olması haddin uygulanmasına mani olur. Bu sebeple suçlunun sıhhatine kavuşması beklenir. Çünkü had cezalarından maksat terbiye etmek ve caydırmaktır, yoksa bir uzvu veya insanı telef etmek değildir. Ta ki, o kimse topluma faydalı bir hale gelsin.

İnfaz sırasında suçlu kesilecek uzvunu memurun önüne uzatır ve kendisi de, oturur. Günün teknik imkanlarından istifade ile acının azaltılması, kan kaybının önlenmesi ve çabuk iyileşmenin sağlanmasına çalışılmıştır. Bu demektir ki, günümüzün bütün tıbbi gelişmelerinden yararlanmak teşvik edilmiştir.

Kesilen uzvun kişinin boynuna asılarak teşhir edilmesi fakihlerin çoğunluğunun görüşüdür. Ancak kimisi bir saat, kimisi bu sürenin üç gün olmasını tercih etmiştir. Fudale b. Ubeyd'den rivayet olduğuna göre, "Hz. Peygamber(sav)'e bir hırsız getirildi. O da elinin kesilmesini, sonrada boynuna asılmasını emretti."³³⁸ İnfazdan sonra kesilen yer tedavi ettirilir. Ölüm korkusu mevcut ise kesme cezası tatbik edilmez. Ölüm tehlikesinin olup olmadığı ve yaraların iyileştirilmesi tabiblerin faaliyet alanına girer.³³⁹

3.1.4. Hırsızlık suçunun tekerrürü

İslam Hukukçuları, ilk hırsızlığında hırsızın sağ elinin, ikinci defa hırsızlık yaptığında sol ayağının kesileceğinde ittifak etmişlerdir. Üçüncü hırsızlığında sol elinin, dördüncü hırsızlığında sağ ayağının kesilmesi hususunda iki farklı görüşü savunmuşlardır.

a- Hanefiler³⁴⁰, Hanbeliler³⁴¹ Zahiriler ve Şiilere göre, sağ el ve sol ayak kesildikten sonra kesme cezası verilmez. Şayet hırsız üçüncü ve dördüncü kez hırsızlık yapacak olursa hapis veya dayak cezası ile cezalandırılır.³⁴² Rivayet olduğuna göre, Hz. Ali, ilk defa hırsızlık yapanın sağ elini, ikincisinde sol ayağını kestirdi. Üçüncü kez hırsızlık yaptığında düzelineye kadar hapsedirirdi ve "Tutunacağı bir eli ve yürüyebileceği bir ayağı ona bırakmamaktan, ona bunları çok görmekten dolayı

³³⁸ Ebu Davud, Hudud 22; Nesei, Sarık 18; Tirmizi, Hudud 17

³³⁹ İbni Kudame, a.g.e., VIII/260; Ensari,a.g.e., IV/153; Kurtubî, a.g.e., VI/173.

³⁴⁰ Serahsi, a.g.e., IX/166.

³⁴¹ İbni Kudame, a.g.e., VIII/264.

³⁴² İbni, Kudame, a.g.y.

Allah'a sığınır, O'ndan haya ederim" derdi.³⁴³ Kâsâni ise, "sağ el'den sonra sol ayağın kesilmesinde icma vardır. Ayrıca ayeti kerimede 'Eydiyehuma' ibaresi de iki uzva işaret ettiğine göre üçüncü uzvu kesilmez. Kesilmiş haliyle kişinin yemesi, içmesi, yürümesi ve temizlenmesi engellenmiş olur ki, şeriatın böyle bir gayesi yoktur."³⁴⁴ yorumunda bulunur.

b. Şafii ve Malikilere göre, üçüncü kez hırsızlık yapanın sol eli, dördüncü defa sağ ayağı kesilir. Sirkat ayetinde geçen "Eydiyehuma" ifadesinin iki el anlamına geldiğini ve bir el bir ayak şeklinde açıklanamayacağını iddia ederler. Maliki ve Şafiiiler ayrıca Ebu Davud ve Nesei'nin sünenlerinde yer alan ve Hz. Peygamberin ve bilahare Hz. Ebu Bekir'in bir hırsızın iki el ve iki ayağını kestirdiklerini ifade eden hadisi de delil kabul ederler.³⁴⁵ Ayrıca Muvatta'da yer alan ve Hz. Ebu Bekir'in yemenli bir kimsenin üçüncü hırsızlığı sebebiyle sol elini kestirdiği de rivayet olunur.³⁴⁶

Hüküm giymeden önce aynı cinsten birden fazla suç işleyen faile, ağırlaştırılmaksızın bir tek ceza verilir. Diğer cezalar bunun içinde çektilmiş olur. Buna TEDAHUL yani kaynaşma esası denir.³⁴⁷ Suçlar ve cezaları tedahul etmiş olmaktadır. Ancak tedahul Allah'ın hakkı ile ilgili hususlarda sözkonusudur. Kul hakkını ilgilendiren hususlarda tedahul yoktur.³⁴⁸ Ceza uygulamadan maksat caydırmak ve ıslah etmektir. Bu da bir tek had ile olur. Suçluya, hiç çekmediği için etkisinde kalmadığı bir cezayı ard arda birkaç defa uygulamaktan faydasızlık ihtimali vardır. Böyle bir ihtimalle ceza uygulamak caiz olmaz.³⁴⁹

Tedahul iki durumda meydana gelebilir. Birincisi; Aynı cezayı gerektiren sebepler birleşince yani işlenen farklı suçlara rağmen aynı ceza veriliyor, cezasında birleşiliyorsa, zina iftirası suçu ile içki içme suçu gibi ki, ikisinin de suçu seksen değnektir. Hırsızlık yaptıktan sonra birisinin sağ elinin kesilmesine sebep olan kimsenin hem hırsızlık suçundan dolayı hem de kısas dolayısıyla sağ elinin kesilmesi gerektiğinden ve her iki suçun aynı cezayı gerektirmesinden dolayı tedahul yapılır. Yani had ve kısas cezaları birleştirilerek suçlunun sağ eli kesilir. Bu tür aynı cezayı

³⁴³ Darekutni, a.g.e. II/333.

³⁴⁴ Kâsâni, a.g.e., VII/86.

³⁴⁵ Ebu Davud, Hudud 22; Nesei, Sarık 15.

³⁴⁶ Muvatta, Hudud 10.

³⁴⁷ Akşit, a.g.e., s. 117.

³⁴⁸ İbni Kudame VIII/268; Ensari, a.g.e., IV/152,157; Kâsâni, a.g.e., VIII/85.

³⁴⁹ Serahsi, a.g.e., IX/71,102.

gerektiren suçlardan ötürü sanığa verilecek ceza, diğer cezaları düşürür. Bir suçtan ötürü ceza uygularken diğerlerine de niyet etmek şart değildir. Bu ayrı ayrı suçlara mukabil farklı cezaların var olduğunu bilip bilmemek kararı etkilemez. İkincisi; Had cezası uygulanmadan aynı suçun mükerreren işlenmesi halidir. Bazı Hanbeliler aykırı olarak, bir topluluğun malını çalan hırsız, mağdurlar ayrı ayrı dava ederlerse tedahülün mümkün olamayacağını savunurlar. Bu iddialarını da kazf (zina iftirası) suçunun cezasına kıyaslamaktadırlar. Ancak kesme cezası Allah'ın haklarını, kazf cezası kul haklarını ilgilendirmektedir. Her iki suçta da mağdurların talebiyle dava açılır. veya af etmeleri halinde, mahkemeye intikalinden önce ceza düşer.³⁵⁰

3.1.5. Tazminat

Hırsızlık fiilinin sübüt bulması halinde ortaya iki sonuç çıkar. Hırsızın işlediği fiile karşılık el kesme cezası ve çalınan malın kendisini veya kıymetini mağdur kişiye ödeme. Tazminat'tan murat, çalınan malın aynen duruyor ise iadesi, telef olmuşsa kıymetinin iadesidir. Hukukçular özetlediğimiz hükümlerde görüş birliği içerisinde. Hırsıza el kesme cezası verildikten sonra, Mesruk mal istihlak edilmişse tazmin etmenin gerekliliği hususunda üç farklı görüş ortaya çıkmıştır.

a. Ebu Hanife, Zeydiyye ve Sevri'ye göre, kesme cezasıyla tazminat bir arada uygulanamaz. Hırsızın eli kesildikten sonra, çaldığı mal istihlak edilmiş olsa da olmasa da iade edilmez. Çünkü Kur'an-ı Kerim'in hükmü sadece kesme cezasını kapsamaktadır. Darekutni, Beyhaki ve Nesei'nin sünenlerinde yer alan bir hadis-i şerifte Abdurrahman b. Avf'ın rivayetine göre Hz. Peygamber(sav): "Eli kesilen hırsız için tazminat yoktur."³⁵¹ buyurmuştur. Akıl yürütme yoluyla tazminatın kesme ile birlikte olamayacağını da iddia etmişlerdir. Zira tazmin olunan şeylere malın çalındığı sırada malik olur. Halbuki iade edilince veya tazmin edilince sanki o sırada mülkiyet meydana gelmiştir. Bir hırsız çaldığı malın kıymetini tazmin etse, o mala çaldığı andan itibaren malik olmuştur. Mülk edineceği malı almış gibi olur. O halde tazminatla beraber eli de kesilirse, sanki kendisine ait bir malı çaldığı için had cezasına çarptırılmış gibi olur. Halbuki kesme cezası, başkasının malı üzerindeki mülkiyetini, zilyedliğini sona erdirmek sebebiyle verilir. Ancak Hanefilerden bazıları, çalınan malın, kesme cezasından önce veya sonra malı tüketmişse kasdi bir eylem olduğundan çaldığı malı

³⁵⁰ İbni Kudame, a.g.e., VIII/262.

³⁵¹ Nesei, Sarık 18; San'ani, a.g.e., IV/24.

ödemesi gerekir. Kesme cezasından önce tüketmişse çaldığı malı tazmin etmesi gerekmez. Zira haddin uygulanmasından sonra da mal suçlunun yanında duruyorsa, o mal emanet konumundadır. Malın mağdur kişiye iadesi gereklidir. Emanet hükmündeki o malı tüketirse kıymeti ödettirilir.³⁵²

Mal sahibinin gerek haddin uygulanmasından önce ve gerekse sonra çalınmış bulunan malını geri isteme hakkı sabittir. Çalıntının hırsızda bulunması veya başkasına devredilmiş olması bu genel kuralı değiştirmez. Şayet üçüncü bir şahsa devredilmiş ise, o zaman da çalıntının aynı bedel ile hırsıza iadesi gereklidir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, mağdur kişi malını tazmin ettirme davasını açmayla hırsızlık davasını açma hakkı arasında muhayyerdir. Allah'ın hakkını yani el kesme cezasını ifa halinde tazminat ta sözkonusu olur. Tazminatın düşmesinin sebepleri hırsızlık davasıdır. Ebu Hanife ise bu görüşün aksini savunur. O'na göre, mağdurlardan herhangi birine tazminat ödenmesi sözkonusu değildir. Çünkü kesme cezası bütün hırsızlık fiilleri için amirdir. O halde mağdur için sadece kesme cezası vardır.³⁵³

b. Şafii, Hanbeli ve Zahirilere göre, kesme cezasıyla tazminat talebi bir arada bulunabilir. Çünkü hırsızlık fiilinde hem el kesmeyi gerektiren çirkin bir eylem, hem de masum bir mala karşı işlenmiş bir cinayet vardır ki, bu cinayetin izalesi zararın def'iyle yani tazminat ile mümkündür. Hırsızlık iki çeşit hakka birlikte vaki olan bir saldırı olduğuna göre hem kesme hem de tazminata karar verilir. Bu haklardan biri. Allah'ın hakkını ihlal ve çiğnemedir. Zira Allah(c.c) hırsızlık fiilini yasaklamıştır. Amme hukuku bu fiilden zarar görmektedir. Zarar gören ikinci hak ise, kul hakkıdır. Kulun hakkı, haksız bir vesileyle elinden alınmış, malı telef edilmiştir. O halde her iki hakkın da, çiğnenmesinden ötürü iki yönlü ceza bir zorunluluktur. Çalınan mal aynen hırsızda duruyorsa, onu iade etmekle mükelleftir. Şayet malın tamamı veya bir kısmı telef edilmişse, telef olan kısmın bedelinin tazmini gereklidir.³⁵⁴ Esasen "Kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülük(misilleme)tür."³⁵⁵ ayeti kerimesi de hırsızın yaptığı eylemde bulunan tecavüzlerin, (Hakkullah ve Hakkulibad) misliyle cezalandırılması gerektiğine işaret etmektedir. "Kim sizin üzerinize saldırırsa siz de, tıpkı onların

³⁵² Kâsâni, a.g.e., VII/84, 85; Serahsi, a.g.e., IX/156,157.

³⁵³ Kâsâni, a.g.e., VII/84, 85; Serahsi, a.g.e., IX/157; İbni Kudame, a.g.e, VIII/269.

³⁵⁴ Serahsi, a.g.y.

³⁵⁵ Şûra, 42/40.

üstünüze saldırdıkları gibi, ona saldırın"³⁵⁶ ayeti kerimesi de bu manayı teyid etmektedir.

Çalınan mal hırsızın elinde duruyorsa bunu, mağdur kişiye aynen iade eder elden çıkarmış veya telef etmişse kıymetini veya benzerini ödemek durumundadır. Hırsızın mali durumunun iyilgi veya kötülüğü, haddin uygulanmış olması veya olmaması bu hükmü değiştirmez. Hırsızın mali durumunun iyi olması, o kimse de malı bedel ile iade eder.³⁵⁷

c. Malikilere göre şayet hırsız mal sahibi bir kimse ise, çaldığı malı Şafii ve Hanbelilere göre iade eder. Malikiler bu hükmün devamında ayrılığa düşerler. Mal sahibi olmayan ve maddi durumu namüsaıt olan kimseden tazminat istendiğinde ceza kaldırılmayacak boyutlara ulaşır. İşte bu durumdaki kimseler için tazminat zorunluluğunu kabul etmezler.³⁵⁸ Ayrıca hırsız hakkında sebebi ne olursa olsun (nisap hırsız vb.) el kesme cezasına hükmedilmediği müddetçe, çalınan malın tazmini zorunludur. Malı telef etmişse o zaman da kıymetini ödemekle mükelleftir. Malın telef olmasının iradi veya gayri iradi olması farketmez. Hırsızın mali durumunun iyi olması, her halukarda çalıntının iadesini gerektirir. Çünkü çaldığı mal elindeymiş gibi tasavvur olunur.³⁵⁹

3.2. Ta'zir Cezası

3.2.1. Ta'zir cezasının tanımı

Tazir kelimesi tabiri eddad(karşıt anlamlı)'dandır. Lugatte men', red', icbar, tahkir, te'dib, hak üzere tevkif manalarını ifade ettiği gibi tasarruf, iane, takviye, tevkir ve ta'zim manalarını da ifade eder.³⁶⁰ İstilah'ta ise, hakkında cezaları konulmamış kötü işlerin yapılması halinde yaparı edeplendirmek için konulan cezalardır.³⁶¹ Tazir kelimesi, "Ki (hepiniz ey insanlar) Allah'a ve Peygamberine iman edesiniz, ona yardım edesiniz, onu büyük tanıyasınız, sabah ve akşam O'nu tesbih ve tenzih edesiniz"³⁶²

³⁵⁶ Bakara, 2/194.

³⁵⁷ Ensari, a.g.e., IV/152; San'ani, a.g.e., IV/25.

³⁵⁸ İbni Rüşd, a.g.e., II/455.

³⁵⁹ İbni Kudame, a.g.e., VIII/269,271; Kurtubi, a.g.e., VI/165,166.

³⁶⁰ Bilmen, a.g.e., III/24.

³⁶¹ Maverdi, a.g.e., s. 267.

³⁶² Feth, 48/9.

ayeti kerimesinde nusret, yardım etmek anlamında, "...Celalim hakkı için eğer namazı kılar, zekatı verir, Peygamberlerime inanır, onlara kuvvetle yardım eder, Allah'a güzel bir ödünç ile ikraz (infak) ederseniz..."³⁶³ ayeti kerimesinde de Peygamberlerine -yardım ederseniz veya düşmanların saldırısından men ederseniz- anlamlarında kullanılmıştır. Ayeti kerimelerde geçen manaları esas alınarak fakihler tarafından yapılan tanımlarda tazir; Hakkında kısas, had ve keffaret gibi cezalar belirlenmemiş kötü fiillere karşı insanları tedib maksadıyla takdir edilen cezalardır.³⁶⁴

3.2.2. Ta'zir cezasının meşruiyeti

Ta'zir cezasının meşru olduğu Kur'an, Sünnet, İcma ve akli delillerle ispatlanmıştır. Buna göre;

a. "... Şerlerinden, serkeşliklerinden yıldığınız kadınlara gelince: Onlara (evvela) öğüt verin (vaz geçmezlerse) kendilerini yataklarında yalnız bırakın. (Yine kâr etmezse) döğün. Size itaat ederlerse aleyhlerinde bir yol aramayın. Çünkü Allah çok yücedir."³⁶⁵ ayeti kerimesinde sınırı belirlenmeyen tedrici bir şekilde muhtelif cezaların tatbiki teşvik edilmektedir. Bu tür cezalar fıkhıta ta'zir cezası olarak bilinir.

b. Ebi Bürde b. Ensari, Hz.Peygamber'den şöyle işittiğini rivayet ediyor, "Allah'ın hudutları dışında 20 değnek'ten fazlasıyla cezalandırma olmaz"³⁶⁶ Ancak Şafii ve Hanefilere göre hür ve köle kimselere en çok 39 değnek vurulabilir. Kurtubi'nin tefsirinde yer alan "Asanı ehline karşı kaldırma" hadisi ve benzerleri ta'zir cezasının meşruiyetine delalet eder.³⁶⁷

c. Bazı hırsızlıklar var ki, bunların had ile cezalandırılması ya nisap sebebiyle yahut hırz nedeniyle ya da bir başka sebeple mümkün olmaz. Bu cürümleri işleyen kimselerin ceza almaması ve serbest bırakılmaları kamu vicdanını rahatsız eder. İşte bu sebeple ta'zir cezasına müracaat edilir. Esasen ta'zir cezası da bu alanda büyük bir boşluğu doldurmaktadır.

³⁶³ Maide, 5/12.

³⁶⁴ Kâsâni; a.g.e., VII/23; İbni Kudame, a.g.e., VIII/324.

³⁶⁵ San'ani, a.g.e., IV/37; Şevkani, a.g.e., VII/149,150; İbni Kudame, a.g.e., VIII/324.

³⁶⁶ Nisa, 4/34.

³⁶⁷ Kurtubi, a.g.e., VI/174.

Hırsızlık genelde had ile cezalandırılan ve ta'zir ile cezalandırılan hırsızlık olmak üzere iki çeşittir. Had cezasının uygulama imkanı bulunmayan veya bir şüphe nedeniyle had cezası düşen ve hakkında had cezası tayin edilmiş olan hırsızlık ta'zir cezasıyla cezalandırılır. Babanın oğlunun malını alması ve şirket ortaklarından birinin şirketin malını alması bu tür cezayı gerektirir. Had cezasını gerektiren hırsızlığın tarifi ise daha önce yapıldı.³⁶⁸ Genel anlamda gasb, dolandırıcılık ve nehb fiilleri de hırsızlık başlığı altında mütalaa edilir. Ancak gizlilik şartı taşımayan mağdurun malının gözü önünde alınması, gasbedilmesi had cezasını gerektirmez. Hz. Peygamber'in "Kefen soyucunun, nehb ve gâret(yağma, çapul)'te bulunanın, yankesicinin eli kesilmez"³⁶⁹ hadisi şerifi bu uygulamaya kaynak teşkil eder.

İslam Hukukçuları da normal olarak "sirkat" veya "serikat" kelimesini, fiiller arasında bir ayırım yapmaksızın hepsi hakkında kullanıyorlar. Hırsızlık ve hükümlerinden söz ederken bununla basit hırsızlığı kastediyorlar. Mevsuf (ağır) hırsızlıktan söz ederken de "hırabe"(yağma) ve "yol kesme" terimlerini karşılık olarak kullanıyorlar. Bunun dışındaki fiiller, nehb, gasb ve dolandırıcılık için genellikle "ihtilas" deyimini kullanmaktadırlar.³⁷⁰

Ta'zir cezası başlıca şu konularda sözkonusu olur;

- a. Nisap miktarını doldurmayan hırsızlık olayında
- b. Hırs sayılmayan bir mekandan mal çalmada
- c. Borcun inkar edilmesinde
- d. Çocuğun çalmasında
- e. Eşlerin birbirlerinden çalmasında
- f. Diyet, kısas ve had gerektirmeyen dövme olaylarında
- g. Yalancı şahitlikte

³⁶⁸ Bk. Kâsâni, a.g.e., VII/65; Maverdi, a.g.e., s.256.

³⁶⁹ Ebu Davud, Hudud 14; Tirmizi, Hudud 18; Nesei, Sarık 13.

³⁷⁰ Udeh, a.g.e., II/516.

- h. Rüşvet almak ve rüşvet vermekte
- ı. Riba ile amel etmekte
- j. Emanete hıyanet etmekte
- k. Alışveriş'te hile yapmakta
- l. Suçluyu gizlemek ve yataklık yapmakta
- m. Vacib olan ibadetleri terketmekte. Zekat, namaz vb.
- n. Kazf dışında insanlara iftira etmek ve küfür etmekte.

Ta'zir cezası devletin hakkı, idarenin varlığını kuvvetlendirmenin, kabul ettirmenin bir hükmüdür. İnsanların hakkına ait ceza değildir. İdare makamını işgal eden, işleri yürüten şahıslar, affetme ve ta'zir cezasıyla cezalandırmaktan hangisini uygun görürse onu uygular.³⁷¹

Tazir ve Had cezaları arasında bir takım ortak özellikler bulunmaktadır. Her iki ceza da te'dib, ıslah ve kötülüklerden men etmeyi ve toplumu bu afetlerden temizlemeyi amaçlar. Suçların farklı olmasına paralel olarak farklı ağırlıkta ve şiddette cezayı öngörürler. Her iki cezada da hakkullah ve hakkulibad ayrı ayrı zikredilir. Tazir ve had cezaları arasındaki farkların bir kısmını özetle maddeleyecek olursak;

a. Ta'zir cezası tayin edilmiş olmamakla beraber had cezalarının miktarı şari tarafından tayin edilmiştir.

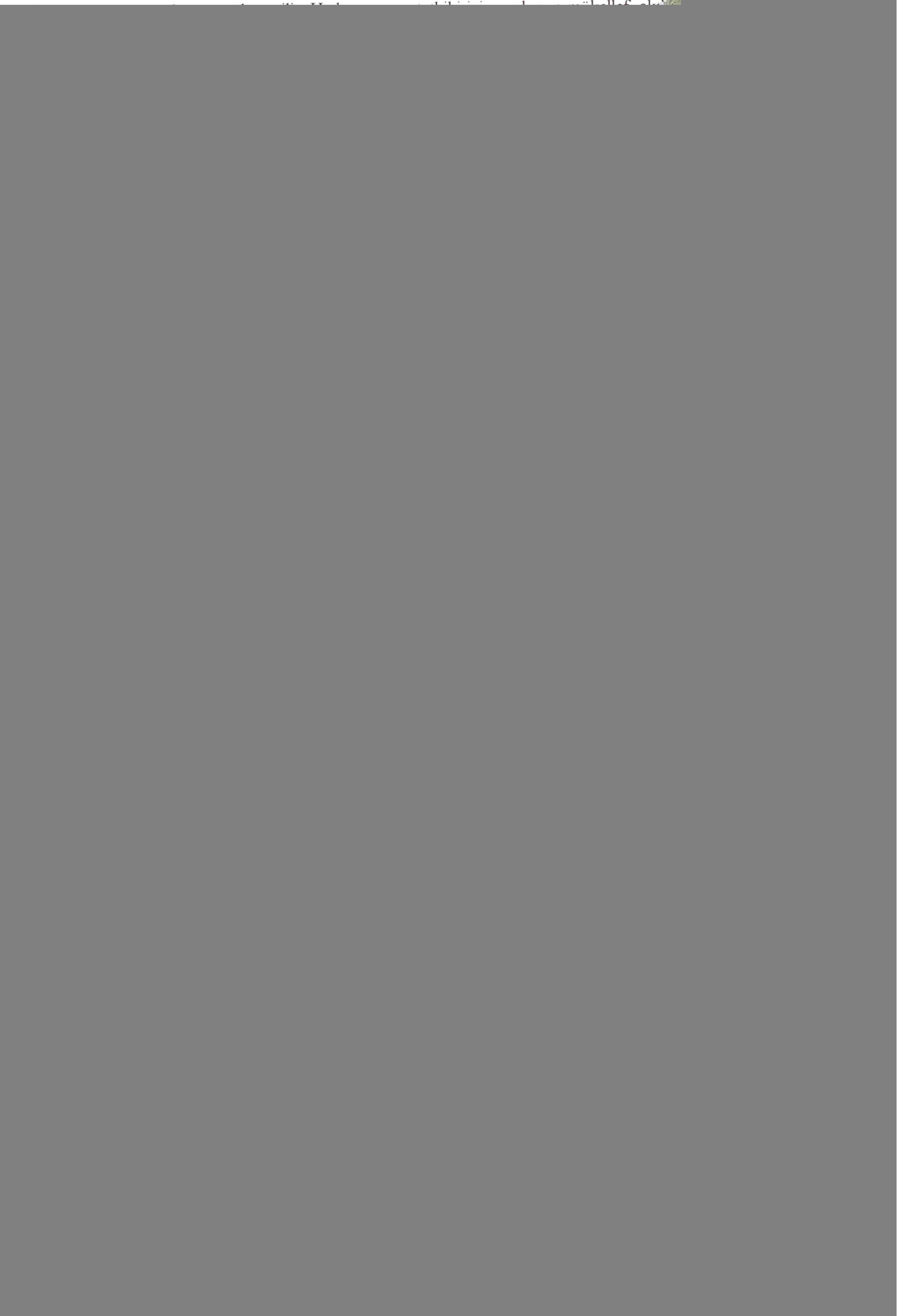
b. Ta'zir cezası hakkullah ile ilgili ise, imamın af yetkisi bulunmaktadır.³⁷² hakkulibad ile ilgili tazir cezalarını mağdur affedebilir. Ancak had cezalarının eksiltmeye, ağırlaştırmaya veya düşürmeye hiç kimsenin yetkisi yoktur.

c. Had'ler şüphe hasıl olduğunda düşer. Ta'zir cezaları ise şüpheye rağmen uygulanabilir. Hadler ikrar ve beyineler vasıtasıyla ispatlanır. Ta'zir cezası ise şüphe, karine ve ahval yardımıyla ortaya çıkan netice üzerine takdir edilir.

³⁷¹ Maverdi, a.g.e., s. 269.

³⁷² San'ani, a.g.e., IV/37.

d. Ta'zir cezası ıslah ve te'dib maksadıyla çocuk ve akli dengesi yerinde



3.2.3.2. Dövme ile ta'zir

Dövme yoluyla ta'zir etme hem kitap³⁷⁷ hem de sünnet³⁷⁸ ile sabittir. Asrı saadet ve sonraki dönemlerde tatbik edilmiştir.

Hanefiler ve Malikiler dediler ki; Hakim, suçlunun ancak dayakla ıslah-ı nefis edeceğini kuvvetle zannederse, onu dövmesi vacib olur. Başka yolla ıslah-ı nefis edeceğini kuvvetle zannederse, onu dövmesi vacib olmaz. Cenab-ı Allah'a ta'zim edip isyan etmemek için böyle yapması gerekir. Suçluyu, gerekirse acıtıcı bir dayakla dövmek gerekir. Ta ki, suçlu bu fiilin çirkin olduğunu hatırlasın, geçmişte bundan dolayı yediği dayağın acısını unutmasın ve Rabbinden bağışlanma dileğinde bulunsun diye onu ta'zir etmek vacib olur.

Şafiiiler dediler ki: Hakimin ta'zir etmesi vacib değildir. Çünkü gelecekte işlenecek suçlar bu şekilde önlenemez. Uygulanan ta'zir dayağının acısı gelecek zamana kadar devam etmez.

Hanbeliler dediler ki: Kişi işlediği fiilden dolayı ta'ziri hakkederse, ta'zir olunur. Aksi takdirde ta'zir olunması vacib olmaz.³⁷⁹

Mezhep imamları ta'zir cezasının alt ve üst sınırı ile hür ve köle'ye hangi ölçülerde uygulanacağı hususunda ithilaf etmişlerdir.³⁸⁰

3.2.3.3. Hapis cezası ile ta'zir.

Hapis, suçluyu istediklerini yapmaktan men etmek üzere bir mekana kapatılarak bir süre suç işlemesine engel olmaktır. Hapis cezası İslam Hukukuna göre ta'zir cezası addedilir. Hapis cezasının meşruluğuna dair birçok delil mevcuttur. Hz. Peygamber Behz b. Hakim'in rivayetine göre, şüphe ve itham üzerine bir adamı hapsedmiş daha sonra serbest bırakmıştır.³⁸¹ Ancak beşeri hukuk kısas, had ve diyet cezasını hapis cezasında birleştirmiştir. Hapis cezalarının sınırı ayrıca kanun koyucu meclisler tarafından belirlenir.

³⁷⁷ Nisa, 4/34.

³⁷⁸ Buhari, Mağazi 77.

³⁷⁹ Ceziri, a.g.e., VIII/3444, 3445.

³⁸⁰ Geniş bilgi için bk. San'ani, a.g.e., IV/37; İbni Kudame, a.g.e.; VIII/324.

³⁸¹ Şevkani, a.g.e., VII/150.

Hırsızlık fiilinde nisap, hırs vb. şartlar şüpheye yol açarsa hakim tazir cezasına ve tazir cezalarından olan hapis cezasına hükmedebilir. Ancak hapishanelerin insan psikolojisi üzerindeki olumsuz etkisi, ekonomik ve sosyal sakıncaları yönünden bu ceza türü tercih edilmemiştir.³⁸²

3.2.3.4. Mal ile ta'zir

Mal ile ta'zir etmenin meşruluğu tartışma konusudur. Hanefiler meşru saymazken, Malikilerin meşhur görüşü ve Şafililerden bir grup ve bazı Hanefiler meşruiyetini kabul etmişlerdir.

Mal ile ta'zir, hakim suçu işleyen kimseyi bu fiilden caydırmak üzere bir miktar malını elinden alması, tevbe edip durumunu düzelttikten sonra da sahibine iadesi şeklinde olur.³⁸³

Ayrıca itlaf yoluyla da cezalandırma cihetine gidilmiştir. Mesela içki satan dükkanın yakılması ile süte su katan kabın parçalanması gibi.

Haram sayılan put suretlerinin değişikliğe uğratılması veya oyun aletlerinden madeni olanların şekillerini eritme veya başka bir yol ile değiştirmek, tağyir suretiyle ta'zir sayılır.

Temlik yoluyla ta'zir ise mal ile ta'zir'in üçüncü çeşididir. Hırsızlık sayılmayan bir fiile karşılık bedel ödemek şeklinde tezahür eder. Ağaçtaki meyvenin çalınmasından dolayı had cezasının lazım gelmediği hadisi şerif ile sabittir.³⁸⁴ Alınan meyvenin bedelini bilahere ödetmek temlik yoluyla ta'zir olarak nitelendirilir.³⁸⁵

3.3. Had ve ta'zir cezalarında şefaaf

Sirkat cezalarını ancak devlet başkanı veya naibi uygular veya temsilcileri vasıtasıyla uygulatır. Çünkü onlar ümmetin çobanı ve gözetleyicileri konumundadır. Had cezaları da hakkullah ile ilgilidir. Allah'a ait hakları da ancak yeryüzündeki halifeleri takip eder, yetkiyi kullanır. Ta'zir cezalarını da bu mantık ile değerlendirmek

³⁸² Zührir, a.g.e., s. 262.

³⁸³ Zührir, a.g.y.

³⁸⁴ Muvatta, Hudud 7; Tirmizi, Hudud 19.

³⁸⁵ Zührir, a.g.e., s. 265.

mümkündür. Müslümanların velisi umumi olarak imam olduğuna göre onların haklarını da gözetir. Bu durumun en bariz hikmeti, imamın kuvvetli oluşudur. Çünkü hırsızların veya cezalandırılan kimselerin intikam için devlet başkanlarına zarar verme korkusu bulunmaz. İmamın bu pozisyonu, müslümanlara güven vermiş "şeriatın kestiği parmak acımaz" sözünü sartaç ettirmiştir.

Fakihler, hırsızlık suçu devlet reisine ulaşmadığı müddetçe hırsızın mağdur tarafından affedilmesinde sakınca görmezler. Çünkü mahkemeye intikalinden önce kul hakkı durumunda olan suç, mahkemeye intikal ettikten sonra Allah hakkı olur. Mahkemeye intikal ettikten sonra hırsızın affedilmezliği ile ilgili en anlaşılır delil Safvan olayıdır. Safvan'a "hicret etmeyen kurtuluşa eremez" denilince, Medine'ye hicret edip abasını yastık edinerek mescit'te uyudu. Bir hırsız gelip abasını aldı. Safvan da hırsızı yakalayıp Resulullah(sav)'a götürünce, Hz. Peygamber:

"-Bunun abasını sen mi çaldın?" dedi. Hırsız:

"- Evet" deyince, Resulullah(sav) elinin kesilmesini emretti. Bunun üzerine Safvan:"

"- Elinin kesilmesini istemedim, bu ona sadaka olsun," denyince,

Resulullah(sav):

"-Keşke bunu hırsızı, bana getirmeden önce yapsaydın" buyurdu.

Hadis-i Şerif'in zahirinden de anlaşılacağı üzere mağdurun mahkemeye intikaldan önce çalınan şeyi hırsıza sadaka etmesinin mümkün olduğu, mahkemeye intikaldan sonra ise mağdurun sadaka sayma, hibe etme vb. talepleri geçersiz sayılmaktadır.

Hırsıza şefaate konusunda Hz. Peygamber(sav) "Aranızda vuku bulan had suçlarında birbirinize karşı iffetli olun, şefaate edin. Ama iş bana ulaşır ve intikal ettirilirse o zaman had cezası vacip olur"³⁸⁶ buyurmuştur. Zübeyir b. Avam'dan da aynı paralelde bir rivayet mevcuttur. "Şefaate işini ancak devlet reisinden başkası yapabilir. Ancak konu devlet başkanına intikal edince, Allah(c.c.) o had cezasını bağışlamamışsa devlet reisinin affetme yetkisi yoktur."³⁸⁷ Muvatta'da yer alan şekli ile, Zübeyir b.

³⁸⁶ Nesei, Sarık 5; Ebu Davud, Hudud 6.

³⁸⁷ Ebu Davud, Hudud 5.

Avam hırsız yakalayıp hakime götürmek isteyen adama hırsız bırakması için şefaati oldu. Fakat adam:

"-Hayır hakime götürmeden davamdan vazgeçmem" dedi. Bunun üzerine Zübeyir:

"-Onu hakim huzuruna götürünce, Allah onu kurtarmaya çalışana da ve bunu kabul edene de lanet etsin. (Huzura çıktıktan sonra davandan vazgeçsen de eli kesilir)" dedi.³⁸⁸

Sirkat davası hakime ulaşırsa, artık o kişiye şefaati etmenin caiz olmadığı hususunda fakihler ittifak etmişlerdir. Çünkü aksi bir karar Allah'a ait bir hakkın düşürülmesi anlamına gelir. İmam Malik, bu aşamada kimsenin şefaata yetkili olmadığını, hırsızın şer ve kötülükleriyle meşhur birisi olması halinde de cezasının infaz edilmesi için kendi halinde bırakılması gerektiğini benimser. Nitekim Hz. Peygamber(sav), Beni Mahzum kabilesinden hırsızlık yapan bir kadına şefaata yeltenen Usame b. Zeyd'e kızmış ve "Allah'ın had cezalarından bir had için mi şefaata bulunuyorsun?"³⁸⁹ buyurarak tepkisini ızhar etmiştir.³⁹⁰

İslam Hukukçuları mahkemeye intikal etmeden önce mağdurun hırsızla bağışlamasını uygun görmüş ve "mendub " hükmünde olduğunda ittifak etmişlerdir. İddialarının delilleri şunlardır:

a." Hz. Peygamber(sav) buyurdu "Aranızda meydana gelen had olaylarında affedici olunuz."³⁹¹

b. Hz. Peygamber (sav), had cezasının kaldırılmasını sağlamak için çalınan abasını hırsıza sadaka olarak verdiğini söyleyen Safvan b. Umeyye'ye "Bana getirmeden önce yapsaydın ya?"³⁹² buyurarak bir anlamda affedici olmayı teşvik etmiştir.

c. İbni Abbas (ra) anlatıyor: Resulullah aleyhissalatu vesselam buyurdular ki: "Kim müslüman kardeşinin ayıbını örterse, Kıyamet günü Allah da onun ayıbını örter.

³⁸⁸ Muvatta, Hudud 9; Askalani, a.g.e. XII/90.

³⁸⁹ Müsnedü Ahmed, III/356; Tirmizi, Hudud 6; Buhari, Fazaili Ashab 18; Müslim, Hudud 11.

³⁹⁰ İbni Kudame, a.g.e., VIII/281.282.

³⁹¹ Ebu Davud, Hudud 6.

³⁹² Nesei, Sarık 5; Ebu Davud, Hudud 6.

Kim de müslüman kardeşinin aybını açarsa Allah da onun aybını açıp evinin içinde bile rezil eder."³⁹³

Yüz kızartıcı ve mal emniyetini sarsan bir fiil olan hırsızlığın bu yönü gözönüne alındığında, şefaahat edilmesi veya suçunun örtbas edilmesinin bazı durumlarda ki, özellikle alışkanlık derecesinde kötülüğe batmış olanlar hakkında sakıncalı addedilmiştir. Nitekim Hz. Pegamber bir kadına şefaahatçi olarak huzuruna gelen Usame'ye; "Aziz ve celil olan Allah'ın hadlerinden birini (tatbik etmemem için) üzerinde niye bu kadar ısrar ediyorsun? Muhammed'in nefsinin kudret elinde tutan Zat-ı Zücelal'e yemin olsun! Eğer o kadının tenezzül ettiği şeye (hırsızlığa) Muhammed'in kızı Fâtıma tenezzül etseydi Muhammed (hiç çekinmeden) onun elini mutlaka keserdi."³⁹⁴ buyurmuştur.³⁹⁵ Yine hadlerin ikamesiyle ilgili bir diğer ikazında Resulullah(sav): "Siz Allah'ın had cezalarını(akrabalık ve diğer hususlarda size) yakın olan hakkında da uzak olan hakkında da tatbik edin. Allah'ın hükmünü uygulamaktan sizi hiçbir ayıplayıcının ayıplaması alıkoymasın" buyurmuştur.³⁹⁶ Ta'zir cezasını gerektiren hırsızlık olaylarında ise mahkemeye intikaldan önce ve sonra mağdurun hırsız affetmesi uygundur.³⁹⁷

Sirkat suçunun subutundan sonra had cezası herhangi bir sebeple düşerse, çalınan malın akibetiyle ilgili olarak iki farklı görüş mevcuttur. Birincisi; Çalınan mal hırsızın zimmetindedir, dolayısıyla tazminiyle mükelleftir. Hırsızın malı telef etmesi, elden çıkarması, fakir olması vb. durumlar bu karara mani olmaz. Malın iadesine tek engel had cezasıdır. Had cezası düştüğüne göre malın tazmini zorunlu hale gelmiştir. İkincisi; Mal helak olmuş, tüketilmiş veya elden çıkarılmışsa da aynen veya kıymetinin iadesi şarttır. Ancak hırsızın çaldığı malı, yetkili makamın bilgi sahibi olmasından önce iade etmesi halinde tazminat sözkonusu olmaz. Hırsızlıktan sonra çaldığı mala malik olması halinde de tazminat ta, iade de mevzubahis olmaz.³⁹⁸

³⁹³ Canan, a.g.e., XVII/316.

³⁹⁴ Müsnedü Ahmed, III/356; Tirmizi, Hudud 6.

³⁹⁵ San'ani, a.g.e., IV/20,21.

³⁹⁶ Canan, a.g.e., XVII/315.

³⁹⁷ San'ani, a.g.y.

³⁹⁸ Kâsâni, VII/89; İbni Kudame, a.g.e., VIII/280,281.

3.4. Haddi Sirkati Düşüren Sebepler.

İdeal bir toplumun kurulması maksadıyla ilahi emirler Kur'an-ı Kerim vasıtasıyla Hz. Peygamber(sav)'e ulaştırılmış, Hz. Peygamber'de tatbikatını bizzat nefsinde yaparak bütün insanlığa numune olacak bir ferdi ve ictimai hayat tarzı sunmuştur. Allah(c.c.) "...İyilik etmek, fenalıktan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın. Günah işlemek ve haddi aşmak üzerinde yardımlaşmayın. Allah'tan korkun. Şüphesiz ki Allah, cezası çok çetin olandır."³⁹⁹ ayeti kerimesinde sosyal münasebetlerin ölçüsünü bildirmekte, lakin aykırı davrananları başkasının hakkına tecavüz edenleri ikaz etmektedir. Nitekim "Erkek hırsızla kadın hırsızın -o irtikap ettiklerine bir karşılık ve ceza ve Allah'tan (insanlara) ibret verici bir ukubet olmak üzere- ellerini kesin. Allah mutlak galiptir, yegane hüküm ve hikmet sahibidir."⁴⁰⁰ ayetiyle haddi aşanlara karşı cezalarını ifade edip korkuturken, "Fakat yaptığı o haksız hareketinden sonra tevbe (ve rücu) eder, kendisini düzeltirse şüphesiz ki Allah onun tevbesini kabul eder. Çünkü Allah çok bağışlayıcı, çok esirgeyicidir."⁴⁰¹ ayetiyle tevbe kapısının açık tutulduğu izah edilmektedir. Hz. Peygamber(sav)'de aynı doğrultuda hakimleri uyarak "Gücünüz yettiği ölçüde, yolu mevcut ise müslümanların üzerinden had'leri bertaraf ediniz. İmamların af etmekte hata yapmaları, ceza vermede hata yapmalarından daha hayırlıdır."⁴⁰² buyurmuştur.

İslam Hukuku nazarında insanlar tarağın dişleri gibi eşittirler. Büyüğün küçükten, güçlünün zayıftan hiçbir farkı yoktur. Zayıf olan kimse çiğnenmiş olan hakkı kendi lehine geri alınıncaya kadar şeriatın hükmünde güçlü kimsedir. Güçlü olan ise çiğnemiş olduğu hak kendisinden geri alınıncaya kadar şeriatın karşısında zayıftır. İnsanlar kötü ve çirkin şeyleri işlemekte birbirlerine karşı imtiyaz sahibi değillerdir. Aksine hukuk karşısında eşit, fakat Allah indinde takvaları nispetinde üstündürler. İşledikleri suçlara verilecek ceza bakımından mevkileri imtiyazlı olmalarını sağlayamaz. Nitekim müminlerin emiri Hz. Ömer'in, oğluna içki içtiği için, içki içme haddi uygulanmıştır. Halife Ömer, oğlunun cezasını Hattab ailesine ibret olsun diye ağır olarak uygulamıştır. Bu uygulamadan maksat hem Halife'nin adil olduğunun ilan

³⁹⁹ Maide, 5/2.

⁴⁰⁰ Maide, 5/38.

⁴⁰¹ Maide, 5/39.

⁴⁰² Beyhaki, a.g.e., VIII/238.

edilmesi hem de adalete olan güvenin tesisi idi. İnsanlar ancak, hadlerin Allah'ın hükmü olması bakımından yerine getirildiğinde itaatkar davranırlar.⁴⁰³

İslam'a göre ulu'l-emr'in, uygulanması gerekli hale gelmiş, hakim huzurunda ilgili cürmün işlendiğinin sabit olduğu belli olan bir cezayı uygulamayıp düşürme yetkisi yoktur. Aksine davranış Allah'ın koymuş olduğu hadleri iptal etmek anlamına gelir. Bu durum İslam hukukunun ahkâmını toptan ve ayrıntılarıyla uygulamamaya vesile haline gelir.⁴⁰⁴

Hiz. Ömer'in hırsızlık yapan iki kişinin sabit olan suçlarına ait cezayı düşürdüğünü, dolayısıyla devlet başkanlarının maslahatlar gereği farz olan ahkâmın bir kısmını uygulamayabileceği iddia edilir. Halbuki Hiz.Ömer'in bu uygulamasının çok önemli gerekçeleri mevcuttur.⁴⁰⁵ Ancak iddialarını farz ve diğer haramlara da teşmil ederler.Oysa Allah(c.c.) Kur'an-ı Kerim'de "şayet (faiz hakkında söylenenleri) yapmazsanız Allah ve Resul'u tarafından (faizcilere karşı) açılan savaştan haberiniz olsun"⁴⁰⁶ buyruğuyla haram ve helali karıştıranlar Allah ve Resulune savaş açmış sayılmaktadır.

Gerçek şu ki Hiz. Ömer, suçü ispat edilmiş, şartları mevcut ve uygulanması için herhangi bir engelin bulunmadığı haddi asla düşürmemiştir. Tersine onun uygulamadığı had de, haddin uygulanmasına engel olan, birtakım hususlar mevcuttur. Halife hırsızlık yapan söz konusu kölelerin şiddetli bir açlık içinde olduklarını biliyordu. Onların aç oldukları kendi ifadelerinden, çaldıkları deveyi kesip yemiş olduklarından ve içinde bulunulan yılın da kıtlık yılı olmasından anlaşılıyordu. Köle sahibinin de kölelerini aç bıraktığı biliniyordu. Bütün bu unsurlar haddin düşürülmesine imkan hazırlıyordu. Köleler bu eylemi isteyerek değil, şiddetli açlığın zorlamasıyla yapmışlardı. Zorlamayla yapılan fiillerden dolayı sorumluluk yoktur. Nitekim Allah(c.c.) "Kim gönülden günaha yönelmemiş olmak üzere açlık halinde dara düşerse (haram etlerden yiyebilir.)Çünkü Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir."⁴⁰⁷ aç kalan kimsenin haram olan yiyecekleri bile yemesine ruhsat

⁴⁰³ Ebu Zehra, a.g.e., II/273.

⁴⁰⁴ Ebu Zehra, a.g.e., II/289

⁴⁰⁵ Ebu Zehra,a.g.y.,

⁴⁰⁶ Bakara, 2/279.

⁴⁰⁷ Maide, 5/3.

vermiştir.⁴⁰⁸İşlediği cürümden dolayı uygulanması gereken haddi düşüren sebepleri altı ana başlık altında incelemek mümkündür. Buna göre;

3.4.1. Af sebebiyle cezanın düşmesi

3.4.1.1. Hakkullah ve hakkulibad açısından cezanın affedilebilir olması

İslam Hukukçuları sirkatın kul hakkı mı, Allah hakkı mı, olduğunda, ihtilaf etmişlerdir. Kesme cezasının uygulanması hususunda dava açılmasının şart olup olmadığı da tartışılmıştır. Farklı görüşleri başlıca iki kısımda mütalaa etmek mümkündür. Birincisi: Malın çalınması kul hakkını ilgilendirir ve haddin uygulanması için dava açılması şarttır. Mahkemeye intikal ettikten sonra kul hakkı olmaktan çıkar ve Allah hakkı durumuna geçer. Bu görüşü savunan Hanefiler bu aşamadan sonra affetmenin sözkonusu olmayacağını savunur. İkincisi: Sirkat suçunda Allah'ın hakkı ağır basar. Bu nedenle mağdurun dava açmasını şart olarak kabul etmezler. Şafiiilerin savunduğu bu görüşe göre sirkat haddinde af yoktur.⁴⁰⁹

3.4.1.2. Sirkat cezası ne zaman affedilebilir?

Sirkat suçunda iki türlü hakkın varlığından sözedildi. Bu haklardan Allah hakkı ağır basar. Ancak dava mahkemeye intikal ettikten sonra Kul hakkı sona erer. Hukukçuların büyük çoğunluğu dava açılmadan önce hırsızın affedilmesi konusunda fikirbirliği içerisindeyler. Sözü edilen fikirbirliğinin delilleri şunlardır.

a. Ömer b. Şuayb'ın babasından, onunda dedesinden rivayet ettiğine göre Hz. Peygamber(sav): "Hudud konusunda aranızda bağışlayıcı olun, zira bana ulaştığında uygulamam vacib olur"⁴¹⁰ buyurmuştur.

b. Safvan b. Ümeyye eli kesilecek hırsıza cezanın düşmesi karşılığında ridayı bağışlayarak şefaahatçi olunca, Hz. Peygamber(sav): "Hırsız bana getirmeden bağışlasaydın ya?" hadisiyle uyarıda bulunmuştur.⁴¹¹

⁴⁰⁸ Ebu Zehra, a.g.e, II/289,290.

⁴⁰⁹ Şatibi, Ebu İshak, Muvafakat, I/163, Çev. Mehmet Erdoğan, İz Yay., İst., 1990.

⁴¹⁰ Darekutni, III/113; Ebu Davud, Hudud 6.

⁴¹¹ Muvatta, Hudud 9; Nesei, Sarık 4.

c. Zübeyir b. Avam'(ra); "Valiye ulaşmadan şefaatte bulununuz. Vali'ye ulaştıktan sonra vali affetse de Allah affetmez."⁴¹² buyurmuştur.

d. Muvatta'da yer alan bir hadiste Zübeyir b. Avvam, hırsız hakime götürülen bir adam'a: "Hırsız hakimin huzuruna çıkardıktan sonra Allah'ın laneti şefaate eden ve şefaate edilene olsun" diyerek bu aşamadan sonra affetmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.⁴¹³

Bu delillerden sonra görülüyor ki, müslümanların ayıplarını örtüp mahkemeye intikal etmeden önce cezalarını düşürmek daha sevimlidir. Fakihler bu görüşü icma derecesinde benimsemişlerdir.⁴¹⁴

Bilindiği gibi hadler mahkemeye intikal ettikten sonra af sebebiyle cezaların düşmesi mümkün olmaz. Mezhep imamları da bu konuda ittifak halindedir. Mahkemeye intikal eden suçların af suretiyle düşmesinin caiz olmadığı daha önce zikredilen ibni Ömer⁴¹⁵, Safvan b. Umeyye⁴¹⁶, Usame b. Zeyd⁴¹⁷ ve Abdulvehhab'ın İbni Ömer'den⁴¹⁸ zikrettiği hadisler ile sabittir.

3.4.2. Şehadet, ikrar ve tezkiye'den rücû' suretiyle cezanın düşmesi

3.4.2.1. Şehadet'ten rücû'un veya şahitliğin noksan olması

a. Şahitlerin fasık olduğunun anlaşılmasıyla haddin düşeceği Hanefiler ve Şafililerin tercih edilen görüşü, Hanbeli, Maliki ve Zahirilerin ortak görüşüyle kabul görmektedir.⁴¹⁹ Adil olmayan kimsenin şahitliğine itibar edilemeyeceğine dair Kur'an-ı Kerim'den de pek çok ayet delil olarak gösterilmektedir.⁴²⁰ Ayrıca Hz. Peygamber (sav)'in: "Hain erkek ve hain kadının, zinakar erkek ve zinakar kadının ve şahit olunanla adaveti bulunan kimselerin şahitliği caiz olmaz"⁴²¹ hadisi şerifi fasık olan

⁴¹² Darekutni, III/205.

⁴¹³ Muvatta, Hudud, 9.

⁴¹⁴ Fudaylat., Cebr Mahmut, Suku'ul-Ukubat Fi Fikhi'l-İslam, III/13,14,15, Dar'u Ammar, Amman, 1987.

⁴¹⁵ Nesei, Sarık 5; Ebu Davud Hudud 6.

⁴¹⁶ Nesei, Sarık 5; Ebu Davud Hudud 6.

⁴¹⁷ Tirmizi, Hudud 6; Müslim, Hudud 11.

⁴¹⁸ Beyhaki, VIII/332.

⁴¹⁹ Malik, a.g.e.,IV/409; Kâsâni, a.g.e. VI/270.

⁴²⁰ Talak, 65/2; Bakara, 2/282, 283; Hucurat, 49/6; Sad, 38/26.

⁴²¹ Müsnedü Ahmed, II/204.

kimselerin şahitliği ile hüküm verilemeyeceği, böyle bir şahitle verilen cezanın ise düşeceği kabul edilmektedir. Ancak mal hususunda fasık kimselerin şahitliğine müsamaha edilmiştir.⁴²²

b. Şahitlerin ehli küfür olduğu anlaşıldığında ceza düşer. Çünkü kafirlerin müslümana şahit olması makbul değildir. Beyyine konusu incelendiğinde şahitliğin şartları açıklanmıştır.⁴²³ " ولاتؤمنوا الا لمن تبع دينكم " "Ve dininize tabi olandan başkasına aman vermeyin (inanmayın)"⁴²⁴ ayeti kerimesiyle müslümanlara hitap edilmekte, küfür milletine güvenilemeyeceği vurgulanmaktadır. Şahitlik bir çeşit velayettir. Halbuki Allah(c.c) kafirlerin müslümanlara veli olamayacağını da ihtare etmektedir...Allah kafirlere, inananlar اهل البيت اleyhinde asla fırsat vermeyecektir"⁴²⁵. Şayet şahitlikten sonra tanığın küfrü anlaşılırsa şahitlik düşer ve küfrünü gizleyen şahitler ta'zir cezasına müstehak olur.⁴²⁶

c. Şahitlerin köle olduğunun anlaşılması Hanefi, Maliki ve Şafilere göre şehadetin düşmesine sebebiyet verir. Çünkü had cezalarında kölelerin şahitliği makbul değildir.⁴²⁷ Köleler kendi nefisleri için veli olmadıkları halde, bir çeşit velayet olan şahitliğe de yetkili olmazlar. Başkasına asla veli olamazlar.⁴²⁸ Ancak Hanbeliler ve Zahiriler kölelerin şahitliğini uygun görürler. Zira Allah(c.c.) Kur'an-ı Kerim'de " ان اكرمكم عند الله اتقاكم " "... Şüphesiz ki sizin Allah nezdinde en şerefliiniz takvaca en ileride olanınızdır..."⁴²⁹ üstünlüğü takvaya bağlamıştır.

d. İslam Hukukçularının ekseriyetine göre, hüküm verilmeden önce şahidin şahitlikten çekilmesini, kendi nefisine yalan itham etmek anlamına geldiği için düşürürler. Ebu Sevr ise şahitlik düşse bile hakim beyyinelerden istifade ile neticeye ulaştığına göre, rücu' eden şahidin de ifadesini değerlendirebilir.⁴³⁰

⁴²² Fudaylat, a.g.e. III/22,23.

⁴²³ Fudaylat, a.g.y.

⁴²⁴ Ali İmran, 3/73.

⁴²⁵ Nisa, 4/141.

⁴²⁶ Fudaylat, a.g.e. III/23.

⁴²⁷ İbni Kudame, a.g.e. VIII/199.

⁴²⁸ İbni Kudame, a.g.y.

⁴²⁹ Hucurat, 49/13.

⁴³⁰ Serahsi, a.g.e., IV/103, 104.

e. Şahitlerin karar ve infaz arasında rücû' etmesi ile ortaya çıkan yeni durum iki kısımda mütalaa edilmiştir.

ea. Sarık'a haddin uygulanmasını gerektiren Allah'a ait haklarda, şayet şahit infazdan önce şahitlikten rücû ederse, şahitlik düşer ve dolayısıyla had uygulanmaz. Hanefi, Şafii, Hanbeli, Zahirî ve Malikîlerden bir grubun savunduğu bu görüşün en kuvvetli delili rücû ile şüphenin ortaya çıkmasıdır. Zira şahitlerin rücû'u kuvvetli bir şüphedir.⁴³¹ Malikîlerden bir grup ise hüküm iptal edilmez, ancak rücû' eden şahide eğer kesme cezası uygulanmışsa diyet, uygulanmamışsa tazminat verilir.⁴³²

eb. Şahitlerin rücû' halinde kul hakkı olan mal ile ilgili kararın mahiyeti konusunda farklı görüşler mevcuttur. Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbelilere göre, şahitlerin rücû'u ile kul hakkı sakıt olmaz. Çünkü kul hakkı şüphe üzerine düşmez. Mal sahibine iade edilir. Rücû mal sahibinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Şafiiilerden bir grup ise, şahitlerin rücû'u ile kararın düşeceğini, fakat malın iade olunamayacağı görüşündedir. Mal sahibi şahitler vasıtasıyla bilindiğine göre, şahitlerin rücû'u ile malın mülkiyetinde belirsizlik söz konusu olur. Bu durumda malın iadesi de mümkün olmaz.⁴³³

f. Şahitlerin infazdan sonra rücû etmesi. Bu durum haddin iskatinin imkansız olduğu dönemi ifade eder. Had uygulanmış el kesme işlemi tamamlanmıştır. İşte bu aşamada şahitlerin tanıklıktan çekilmesiyle mağdur duruma düşen kimsenin (eli kesilenin) hukuku sözkonusu olur. Şahitler hakkında diyet veya kesme cezası verilebilir mi? Hukukçuların birçoğuna göre şahitler hata ettiklerini, şüpheye düştüklerini ifade ederlerse haklarında kesme cezasına hükmedilmez. Fakat bizzat kendi mallarından diyet ödemeye mahkum edilirler.⁴³⁴ Şahitler, yalan yere ve kasden yanlış bilgi verdiklerini ikrar ederlerse bu durumda çoğunluğun görüşüne haklarında kısas cezası verilir. Yani elleri kesilir. Delilleri ise Hz. Ali'nin uygulamasıdır.⁴³⁵ Şayet şahitler neticesinin nasıl olacağını bilmeden, amden yalan söyseler bu durumda tercih edilen görüşe göre diyet cezası ile cezalandırılırlar.⁴³⁶

⁴³¹ Serahsi, a.g.e. IX/169.

⁴³² İbni Kudame, a.g.e., VIII/246.

⁴³³ İbni Kudame, a.g.e., VIII/245,246.

⁴³⁴ Alemgir, Nizam, Fetevayı Hindiyeye, IV/99, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yay. Ankara.

⁴³⁵ İbni Kudame, a.g.e., VIII/247; Askalani, a.g.e., XII/183, Darekutni, II/364; Beyhaki, VIII/41.

⁴³⁶ Fudaylat, a.g.e., III/32.

3.4.2.2. Mukır (ikrar eden)'rin rücû'u

Hırsızın hırsızlık cürmünü ikrarını, malı çalınan kişinin yalanlaması ikrarı geçersiz hale getirir. Yani, hırsızlık yaptığını iddia eden kimseyi mal sahibinin tezkibi ve malının çalınmadığını ifade etmesi ikrarı düşürür. Bu görüş Ebu Hanife'ye aittir. Mağdurun ikrarda bulunan kişiyi yalanlaması ister işin başında olsun, isterse dava açıldıktan ve hırsızlık iddiasından sonra olsun farketmez. Ancak hırsızlıkta dava açmayı şart olarak kabul etmeyen İmam Malik bu görüşte değildir. Malikilere göre, suç sabit iken hırsızın ikrarını mağdur yalanlayamaz ve dolayısıyla olabilecek böyle bir yalanlama da cezayı düşüremez. Buradaki yalanlamadan maksat, hırsızın müsaadesidir. Ortada mevcut fiil ile de bağdaşmayacak bir haldedir. Dava açıldıktan veya hırsızlık iddiasından sonra vukubulan yalanlama hakkında Şafii ve Almed'in görüşü de böyledir. Yalanlama daha işin başında vaki olursa, bu durumda kesme cezası düşer. Çünkü kesme cezası ancak dava açmakla gerekli hale gelir. İşin başındayken yalanlama ise davayı önler ve bu durumda dava açılmaz.⁴³⁷

Sirkat olayı ile ilgili olarak, delil yönünden sadece hırsızın ikrarı var ise ve kendisi de sonradan bu ikrarından açıkça veya kapalı bir şekilde vazgeçmişse o zaman kesme cezası düşer. İkrardan dönmenin kesme cezasını düşüreceği hususunda hukukçuların mutabakatı bulunmaktadır. Zahiriler ile bazı Şafiler ise, ikrardan rücû ile kesme cezasının düşmeyeceğini iddia ederler.⁴³⁸

Malik, Şafii ve Ahmed'e göre, iki kişi beraberce hırsızlıkta bulunsalar ve her ikisi suçlarını da ikrar etseler, sonra da birisi ikrarından vazgeçse, sadece ikrarından dönenin kesme cezası düşer. Ebu Hanife'ye göre, diğerinden de kesme cezası düşer. Birlikte hırsızlık yaptıkları sabit olduğu halde, birisinin ikrardan vazgeçmesi diğeri hakkında de şüpheye sebebiyet verir. Ancak iki ortaktan birisi hırsızlık suçunu ikrar ederken, diğeri inkar ederse o zaman mukir'in bu ikrarı diğeri hakkında delil oluşturamaz. Bu durumda hukukçuların ittifakıyla yalnızca ikrarda bulunana kesme cezası verilir. Ancak Hanefi mezhebi hukukçularından Ebu Yusuf'a göre, ikrarda bulunana kesme cezası verilmez. Çünkü ikrarda bulunan, kendisi ile inkarda bulunan ortağı arasında müştereken yapılmış bir suçtu itiraf etmektedir. Hırsızlıktaki ortaklık nedeniyle, birisinin inkarı sebebiyle ortağı hakkında suçun sabit olmama durumu

⁴³⁷ Şirbini, a.g.e., IV/175; Kâsâni, a.g.e., VII/88.

⁴³⁸ Ensari, a.g.e., IV/150,151

arkadaşına da tesir eder. Yani fiili ortak yapmışlardır. Birincisinin suçsuz olması diğerinin de suçsuz olabileceği ihtimalini gündeme getirir. Ebu Yusuf karşıtları ise, hırsızlıkta iştirakin varlığı hususundaki ikrarı ortaklardan herbirisi hakkında hırsızlık cürmünün varlığını ikrardır. Binaenaleyh ortaklardan birisinin hırsızlık suçunu inkarı durumunda da hırsızlık fiili yalnızca inkarda bulunan hakkında kesinleşmiş olur. Fiilin, o sanık hakkında kesinleşmemesi veya yokluğu, o fiilin, ortağı tarafından işlenmiş olabileceğine tesir etmez. Bu nedenle inkar edenin de hukuki sorumluluğu devam eder.⁴³⁹

3.4.2.3. Müzekki (şahitleri tezkiye eden) lerin rücû'u

Hakim tanığın adaletli olup olmadığını, hadlerde ve kısasta soruşturur. Tezkiye edilirse tanık beyanlarına göre hüküm verir. Çünkü ancak şartları gerçekleşen tanıklık, hakkı ispat eder.⁴⁴⁰ Şahitleri tezkiye eden müzekkilerin rücû etmeleri iki aşamada sözkonusu olabilir.

a. Müzekkilerin infazdan önce şahitler hakkındaki ifadelerinden geri dönmeleri infazı durdurur, sonra da haddi düşürür. Çünkü bu durumda şahitlerin adil olmasında şüphe hasıl olmuştur. Şüpheler de had cezalarını bertaraf eder. İnfazdan önce vuku bulunduğu ve herhangi bir zarar ve kesme gerçekleşmediğinden hukukçuların ittifakı ile tezkiyeden rücû edenlere ceza terettüp etmez.⁴⁴¹

b. Müzekkilerin kararın infazından önce şahitleri tezkiye ederek "Bu şahitler adildir, haklarında iyilikten başka birşey bilmiyoruz" dedikleri halde, kararın infazından sonra "Bu şahitleri tanımıyoruz kötülükleri ve fisklarını da bilmiyoruz" demeleri bu rücû'un bir çeşididir. Ne var ki, had tatbik edilmiş hırsızın eli kesilmiştir. Bu durumda tezkiyeden geri dönen kimselere uygulanacak işlem hakkında farklı görüşler mevcuttur. Ebu Hanife, Şafii ve Malikilerden bir gruba göre, müzekkiler tezkiyelerinden rücû ettikleri için tazminat ödemekle cezalandırılır. Zira kesme cezasının takdir edilmesinde birinci derecede rol oynamazlar. Hanefilerden İmam Muhammet ve Ebu Yusuf, Malikilerin tercih olunan görüşü ile bazı Şafiilere göre, müzekkilerin tezkiyelerinden rücû etmeleri herhangi bir cezai müeyyideyi gerektirmez.

⁴³⁹ Kâsânî, a.g.e., VII/88; Ensari, a.g.e., IV/150,151.

⁴⁴⁰ Akşit, a.g.e., s. 132.

⁴⁴¹ Şirbini, a.g.e., IV/457.

Hanbelilerden bir grup ise çok daha farklı bir biçimde durumdan hakim'i sorumlu tutmakta ve tazminat ödemekle tecziyesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁴⁴²

3.4.3. Hastalık, kesilecek uzvun bulunmaması ve zaman aşımı sebebiyle sirkat haddinin düşmesi

Fakihler, iyileşmesi umulan hastaların kesme cezasının ertelenmesi hususunda ittifak etmişlerdir. Ancak cezası nefse müteallik olmayan kazf, zina ve sirkat cezası olması halinde erteleme sözkonusudur.⁴⁴³ Çünkü bu durumda olan hastalar hamile kadınlara nispet edilir. Nasıl ki hamile olan kadınlara vurma, cezası çocuklarını dünyaya getirinceye kadar ertelenirse, hastaya had cezasının ertelenmesi de caizdir. Zira Hz. Peygamber Ğamidoğullarından bir kadına hamile olduğu için had cezasını ertelemiştir.⁴⁴⁴ Keza konumuzu aydınlatan bir hadisi şerifte Hz. Ali(ra): "Resulullah'ın cariyesi zina suçu işlemiştir. Hz. Peygamber haddi uygulamamı emretti. Cariye'ye geldiğimde henüz nifas kanı görmeye başlamıştı. Ölmesinden korktuğum için kendisini dövmedim. Bilahere durumu Resulullah'a anlattım. -Emsallerinin durumuna (iyileşinceye) gelinceye kadar bekletmekle iyi ettin buyurdu"⁴⁴⁵ demiştir.

Muhammet Ebu Zehra, cezaları uygulayan vali'nin vurulması yasak olan hastaya had uygulamasını uygun görmez. Şayet hasta had cezasına dayanamayıp ölürse, vali'nin diyet ödeme mecburiyeti doğar. El kesme cezası da sopa vurma cezasına kıyas edilir. Eli kesilince ölmesi muhtemel bir hastalığa yakalanan kimseye had uygulanmaz. Çünkü elin kesilmesi hastanın sıhhatini daha da bozacaktır.⁴⁴⁶

Eimmei Erbaa'ya göre, iyileşmesi umulmayan hastaya, helakine sebep olmak endişesinden dolayı kesme cezası uygulanmaz.⁴⁴⁷ Bu durumdaki hastanın affedilip affedilmeyeceği tartışılmıştır. İmam Serahsi hapsedilmesini savunurken fakihlerin çoğu haddin uygulanmasına engel durumların ortadan kalkmasını beklemeyi tercih ederler.⁴⁴⁸

⁴⁴² Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/233; Şirbini, a.g.e., IV/457; Malik a.g.e., IV/424.

⁴⁴³ İbni Kudame, a.g.e., VIII/261.

⁴⁴⁴ Müslim, Hudud 22; Ebu Davud, Hudud 23; Darimi, Hudud 17.

⁴⁴⁵ Şevkani, a.g.e., VII/112.

⁴⁴⁶ Ebu Zehre, a.g.e., II/330.

⁴⁴⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/216.

⁴⁴⁸ Serahsi, a.g.e., IX/100.

3.4.3.1. Had uygulanacak uzvun bulunmaması

Sol elin felçli veya sakat olması halinde bile sağ elin kesilmesi gerektiği Şafii, Maliki ve Hanbelilerden bir grup tarafından iddia edilmiştir. Kesme cezasında her iki el ve her iki ayağın bir sıra dahilinde kesilmesini öngördükleri için sol elin sakat olmasını sağın kesilmesine engel olarak görmezler.⁴⁴⁹

Hanefiler ve Hanbelilerden bir grup ise, sol eli sakat olan kimsenin sağ elinin kesilmeyeceği fikrindedir. Esasen kesme cezasının sadece bir el ve bir ayağa uygulanabileceğini savundukları için sol elin sakat olması halinde sağ elin kesilemeyeceğini savunurlar.⁴⁵⁰

Hanefiler, Hanbeli ile Şafii ve Malikiyelerden bir grup infaz sırasında sağ el yerine hataen sol el kesilirse bu ceza ile iktifa edilmesi lazım geldiğini kabul ederler.⁴⁵¹ Şafiiiler ve Hanbelilerden bir grup ise aksine sol el hataen kesilmişse de sağ el üzerine tatbik edilmesi lazım gelen haddin düşmeyeceğini iddia ederler.⁴⁵²

Hırsızlık sebebiyle hakkında kesme cezası verilen kimsenin infazdan önce, kısas sebebiyle ve tabii afet nedeniyle kesilecek uzvunun kesilmesi halinde had cezasının düşeceğinde hukukçular ittifak etmişlerdir. Yani hükümden sonra sözü edilen sebeplerden dolayı eli kesilenin cezası düşer. Ayrıca kesme cezası uygulanmaz.⁴⁵³

Sirkat fiilinden önce sağ eli herhangi bir sebeple kesilen kimse hakkında hırsızlık suçundan dolayı kesme cezası verilirse sol ayağı kesilir. Çünkü bütün mezheblere göre sağ el'den sonra sol ayağın kesilmesi uygun görülmüştür.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ Şirbini, a.g.e., IV/178,179; Bâci, a.g.e., VII/167; İbni Kudame a.g.e., VIII/259,260.

⁴⁵⁰ Merğınani, Ebu'l Hasan Ali b. Ebi Bekr. El-Hidaye Şerhu Bidayet'il Mübtedi, II/264 Çev., Ahmet Meylani, Kahraman Neşriyat, İst., 1992; Şerahsi, a.g.e., IV/175.

⁴⁵¹ Serahsi, a.g.e., IX/176; Merğınani, a.g.e., II/265 .

⁴⁵² Şirbini, a.g.e., IV/179.

⁴⁵³ Serahsi, a.g.e., IX/175; Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/200; Malik, a.g.e., IV/424.

⁴⁵⁴ Kâsâni, a.g.e., VII/86; İbni Kudame, a.g.e., VIII/264, Şirbini, a.g.e., IV/178; İbni Rüşd, a.g.e., II/456.

3.4.3.2. Zaman aşımı sebebiyle had cezasının düşmesi

Hırsızlık fiiline şahit oldukları halde bilinmeyen sebeplerle durumu mahkemeye intikal ettirmeyen tanıkların uzun zaman sonra şikayet ve şahitlikte bulunmaları halinde hırsıza had cezasının verilir verilemeyeceği hususu hukukçular tarafından tartışılmıştır. Serdedilen görüşleri iki kısma ayırmak mümkündür. Birincisi: Hanefiler ve Hanbelilerin görüşüdür. Uzun zaman geçtikten sonra konu mahkemeye intikal ederse şahitlerin şahitliğine itibar edilmez ve ceza düşer. Çünkü şahitliği gizlemeleri itibarlarına hanel getirmiştir. Nitekim Allah(c.c.) "...Şahitliği gizlemeyin. Kim onu gizlerse hakikat şu ki onun kalbi bir günahkardır..."⁴⁵⁵ onları günahkarlar olarak nitelemiştir.⁴⁵⁶ İkincisi: Maliki, Şafii ve Hanbeliler nezdinde tercih edilen görüşe göre, şahitlik muteberdir ve had cezası ikame edilmelidir. Zira müminlerin Allah için şahitlik yapması teşvik edilmiştir.⁴⁵⁷

3.4.4. Müessir bir bilginin zuhuru nedeniyle cezanın düşmesi

3.4.4.1. Akrabalarından çaldığının anlaşılması

İslam hukukçuları malları aynı hızda bulunan, aynı yerde korunan akrabaların birbirlerinden çalmasına had cezası verilemeyeceğini hükme bağlamışlardır. Çünkü hırs şartı mevcut değildir.⁴⁵⁸ Ancak malları birbirlerine karşı koruma altına alınmışsa bu durumda Hanefiler ile Şafii ve Malikilerden bir gruba göre kesme cezası verilir.⁴⁵⁹ Çalıntının akrabalar arasında müşterek bir hızda bulunmayışı kesme cezasını gerektirir. Bu görüşü Şafiiler ve Malikilerin mürecceh görüşü ile Hanbeliler savunurlar.⁴⁶⁰

Cumhuri fukaha'ya göre hırsızın çaldığı malın furu'una ait olduğu ortaya çıkarsa ceza düşer. Ebeveynler ve cedler aynı konumdadır.⁴⁶¹ Çünkü ebeynin çocuklarının üzerinde hakları vardır. Onları iyilikle kollamalı ve onlara "öf" bile

⁴⁵⁵ Bakara, 2/283.

⁴⁵⁶ Serahsi, a.g.e., IX/169; İbni Kudame, a.g.e., VIII/207.

⁴⁵⁷ Talak, 65/2.

⁴⁵⁸ Şirbini, a.g.e., IV/162; Kalyubi ve Amire, a.g.e., IV/188; İbni Kudame a.g.e., VIII/276.

⁴⁵⁹ Kāsāni, a.g.e., VII/70.

⁴⁶⁰ Bâci, a.g.e., VII/184; İbni Kudame, a.g.e., VIII/277.

⁴⁶¹ Serahsi, a.g.e., IX/188, İbni Kudame, a.g.e., VIII/275, Kurtubi, a.g.e., VI/170.

dememeli iken⁴⁶² mallarını almaktan dolayı kesme cezasına çarptırılmaları uygun düşmez.

Hanefi, Şafii ve Hanbelilere göre hırsızın, ebeveynine ait bir malı çaldığı anlaşılırsa ceza sakıt olur, uygulanmaz. Çünkü Allah(c.c.) çocukların ebeveynlerine ait mülklere izinsiz girilmesine müsaade etmiştir.⁴⁶³ Böylece olunca hırsız sayılmayan bir yerden aldıklarından ötürü kesme cezasıyla cezalandırılmazlar. Malikiler ise, furu'un (çocukların) usulden (ebeveyn)den çaldığı ortaya çıkarsa da kesme cezasının düşmeyeceğini iddia eder.⁴⁶⁴

Ebu Hanife diğer üç mezhepten farklı olarak hırsızın zi'rahmi mahrem'(Nikahları haram olan yakın akrabalar. Erkek ve kız kardeş ve bunların evladi, amca, hala, teyze, dayı gibi. Amca, dayı ve teyze çocukları zi-rahm ise de zi-rahmi mahram değildirler)⁴⁶⁵e ait bir malı çaldığı anlaşılırsa kesme cezası düşer.

3.4.4.2. Çalınan malın temlik edilmesi

Hırsızlık meselesinde dava açma mülkiyet iddiası temeline dayanır. Cezanın yerine getirilebilmesi için davanın açılması şarttır. Cezanın infazı için de açılan davanın geçerliliğinin sürekli olması gereklidir. Dava açan kimse çalınan malın hırsızın malı olduğunu itiraf ederse dava şartı ortadan kalkar. Bu durumda kesme cezası batıl olur, düşer. Çünkü davanın sürekliliği bulunmadığı gibi mülkiyet te mevcut değildir.⁴⁶⁶

Fakihlerin ekseriyetine göre, mahkeme hükmünü verdikten sonra hırsıza temlik edilse had düşmez. Safvan olayı bu iddiaya delil teşkil eder.

Şafii, Hanefi ve Hanbelilere göre, hırsızın ortağı bulunduğu bir şirketten çaldığı anlaşıldığında had cezası düşer.⁴⁶⁷ Malikilere göre şirketin malını çalmış olması haddi düşürmez.⁴⁶⁸

⁴⁶² Nur, 24/58.

⁴⁶³ Nur, 24/61.

⁴⁶⁴ Kurtubi, a.g.e., VI/276.

⁴⁶⁵ Devellioğlu, a.g.e., s. 1430.

⁴⁶⁶ Ebu Zehra, a.g.e., II/293.

⁴⁶⁷ İbni Kudame, a.g.e., VIII/283; Şirbini, a.g.e., IV/162.

⁴⁶⁸ Malik, a.g.e., II/418.

3.4.4.3. Çalınan malın nisabı doldurmadığının anlaşılması

Cumhuru fukaha'ya göre had cezasının uygulanabilmesi için çalınan malın nisap miktarını doldurması gereklidir. Ancak nisap miktarı farklı mezheplerde farklı miktara tekabül eder. Malın nisap miktarında olmadığı anlaşıldığında Hanefilere göre ceza düşer.⁴⁶⁹ Eimmei Selase'ye göre had cezası tatbik edilir. Çünkü çalındığı sıradaki kıymeti esas kabul edilir. Bilahere meydana gelen düşüşler kararı etkilemez.⁴⁷⁰

3.4.5. Savaş esnasında suç işlenmesi

Resulullah(sav)'ın savaşlarda hadleri uyguladığına dair sağlıklı bir bilgi mevcut değildir. Sahabe de bu sünnete uyarak savaş sırasında hadleri uygulamamıştır. Kadisiyye fethi sırasında şarap içen askerlere had cezası yerine Sa'd b. Ebi Vakkas tarafından hapis cezası verilmiştir. Aynı şekilde Hz. Ömer'de savaş sırasında hadlerin uygulanmasını yasaklamıştır. Ayrıca hukukçuların büyük bir çoğunluğu tazir cezası uygulandığından had cezasının Dar'ul-İslam'a döndükten sonra da tatbik edilemeyeceği görüşündedir.⁴⁷¹ Malikilerin tercih edilen görüşü ve bazı Şafilere göre, savaşta ve dar'ul harp'te de hadler uygulanmalıdır. Çünkü Resulullah(sav)'ın her yerde hadlerin tatbik edilmesi hususunda hadisi bulunmaktadır.⁴⁷²

3.4.6. Cezai ehliyetin bulunmaması

Hz. Peygamber (sav), uykuda olan, akli başında olmayan ve çocuk olanların mesul olmadığını ifade etmiştir.⁴⁷³ Bu sebeple bu tür arızaların ortaya çıkması kesme cezasını düşürür. Bu konuda hukukçular ittifak içerisindeyler.

Ammar b. Yasir'in durumu ile ilgili olarak nazil olan ayeti kerimede⁴⁷⁴ kalben istemeyerek zorla yaptırılan fiillerden dolayı insanların sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır. O halde kerhen hırsızlık olayına karıştığı belirlenen kimsenin cezası sakıt olur.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ Kâsâni, a.g.e., VII/79.

⁴⁷⁰ Malik, a.g.e., IV/420; Şirbini, a.g.e., IV/158; İbni Kudame, a.g.e., VIII/270.

⁴⁷¹ Ebu Zehra a.g.e., II/295,296; Kurtubi, a.g.e., VI/171; Şevkani a.g.e., VII/137.

⁴⁷² Şevkani, a.g.e., VII/137; Canan, a.g.e., XVII/315.

⁴⁷³ Ebu Davud, Hudud 17.

⁴⁷⁴ Nahl, 16/106.

⁴⁷⁵ Kurtubi, a.g.e., VI/180.

Had cezasını gerektiren hırsızlık fiilini işleyen kimselerin bilgi sahibi olmamaları halinde cezasının düşeceğine hükmedilmiştir.⁴⁷⁶ Ancak ilim adamlarına göre cehalet ancak üç şekilde mazur görülebilir:

a. Yeni müslüman olduğu halde müslümanlar arasında ikamet etmeyen kimselerin cahilliği mazur görülür.

b. Haberleşme imkanının bulunmadığı uzak bir yörede yaşayanın mazereti makbuldür.

c. Deli olduğu halde iyileşen kimsenin henüz haram olduğunu öğrenmeden suç işlemesi özür kabul edilir.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ İbni Kudame, a.g.e., VIII/177.

⁴⁷⁷ Kalyubi ve Amire IV/180.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. TÜRK CEZA HUKUKUNA GÖRE HIRSIZLIĞIN HÜKMÜ

4.1. Türk Ceza Hukuku

Toplumun koymuş olduğu kurallara uygun hareket etmemek suretiyle toplumun düzenini bozan kimseler bulunabilir. Fakat, bilindiği üzere hukuk kurallarının ayırıcı vasıflarından birisi, bunların Devletin maddi cebir kuvveti ile desteklenmiş olmalarıdır. Hukuk kurallarına aykırı hareket edenlerin bu fiilleri ile toplum düzeni bazen o kadar şiddetli bir şekilde bozulur ki, düzen bozucu hareket faillerinin ceza yaptırımına çarptırılmaları gerekir. Devlet bunu önceden çıkaracağı kanunlarla tayin eder. Buna kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi denilmektedir. Suç ve cezaı tayin eden kanunların herkes tarafından bilindiği farz olunur. Bu itibarla kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.⁴⁷⁸

Modern ceza hukukunda hakim olan telakkiye göre ceza verme yetkisi toplumun meşru müdafaası kavramına dayanmaktadır. Ceza hukukunu genel ceza hukuku, özel ceza hukuku ve milletlerarası ceza hukuku olmak üzere üç ayrı bölümde inceleme olanağı vardır.

Bir topluma bağlı bütün kişiler hakkındaki suç ve cezaları belirleyen genel ceza hukukunun kuralları 1 Temmuz 1926 da yürürlüğe girmiş bulunan Türk Ceza Kanununda bulunmaktadır. Ceza kanununa göre suçlar Cürüm ve Kabahat olmak üzere ikiye ayrılır. Cürümler, toplum düzenini ve birey çıkarlarını ağır şekilde sarsan ve tehlikeye sokan suçlardır. Cürümlerde genel olarak kasıt veya ağır kusur aranır. Bu itibarla cürümlere verilecek cezalar da oldukça ağırdır.

Kabahatlar ise, toplum düzenini sarsma bakımından daha hafif olan suçlardır. Kabahatlarda kasıt aranmaz; belki sadece kusur aranır. Bu nedenle, kabahat, suçlarının cezaları da hafif hapis, hafif para cezası, vb. cezalardır.

Ceza gibi, suçun da kanun tarafından belirlenmiş olması gerekir. O halde suç, kanunun işlenmesini, ceza tehdidi altında yasakladığı fiillerdir.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ T.C.K. md. 46, 47.

⁴⁷⁹ Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, s. 137, 138, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 1983.

4.1.1. Türk Ceza Kanununda Hırsızlık

Madde 491-(6123/1-9.7.1953) Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa altı aydan üç seneye kadar hapsolünür.

(EK: 3756/12-6.6.1991) Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır.

Hırsızlık:

1. Resmî dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan Devlete ait mal ve evrak veya umumî müesseselerde muhafaza olunan yahut diğer mahallerde bulunup menafii umuma ait olan eşya hakkında vukubulursa;

2. Âdet muktezası olarak yahut tahsis ve istimalleri itibariyle umumun tekafülü altında bulunan eşya hakkında işlenirse;

3. Hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadı suiistimal neticesi olarak siyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenirse;

4. Gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilâtına girilerek işlenirse;

5. Mandıra, ağıl gibi hayvanata mahsus yerlerde bulunan yahut lüzumuna göre açık yerlerde veya kırlarda bırakılan ve haklarında 492 inci maddenin 9 uncu fıkrasında tatbiki mümkün olmayan hayvanları bu yerden almak suretiyle işlenirse;

cezası bir seneden beş seneye kadar haptir. (Sulh Ceza)

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işleminde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse cezasının aşağı haddi iki sene haptir. (Sulh Ceza)

Madde 492-(6123/1-9.7.1953) Hırsızlık:

1. Geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilâtında işlenirse;

2. Kanunen veya Hükümetin emri ile resmen mühür altına alınmış şeyler hakkında işlenirse;

3. Çalınan şey umumî bir felâket ve musibetin tesir ve neticesini gidermek veya hafifletmek maksadiyle hazırlanmış eşya hakkında olur yahut umumî musibet veya heyecandan yahut mal sahibinin uğradığı hususî bir felâketten mütevellit kolaylıktan istifade suretiyle yapılırsa;

4. Mezarlıkların veya mahfuz mezarların muhafaza veya tezyini için konulmuş yahut cesetle gömülmüş eşya hakkında işlenirse;

5. İbadet olunan yerde mâbede ait eşya hakkında işlenirse;

6. Her nev'i nakil vasıtaları içinde seyahat eden yolcuların eşya ve parası hakkında yahut umuma mahsus nakliye vasıtalarını işletmekte bulunan idarelerin dairelerinde veya istasyon ve iskele ve meydanlarında veya mâbetlerin içinde yapılırsa;

7. Yankesicilik suretiyle işlenirse;

8. Ormanlarda kesilmiş odunlar ve istif edilmiş kereste ve ağaçlar ve sair yerlerde koparılmış veya biçilmiş ve lüzumuna göre açıkta bırakılmış olan mahsuller ve tarlalarda bırakılmış ziraat aletleri hakkında işlenirse;

9. Meskûn bir hanenin doğrudan doğruya müştemilâtından olan veya duvarla çevrilmiş bulunan yerlerdeki hayvan hakkında işlenirse;

Suçlu iki seneden beş seneye kadar hapsolunur.

EK FIKRALAR: (1490/13-28.9.1991)

Hırsızlık enerji naklini veya haberleşme tesislerinin irtibatını sağlayan tel, kablo veya benzeri iletkenler hakkında işlenirse fail üç seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse cezanın yukarı haddi verilir. (Asliye Ceza)

Madde 493-(6123/1-9.7.1953) Hırsızlık:

1. Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut sunî vasıtalarla veya şahsî çeviklik sayesinde bertaraf edilebilen mâniyeleri kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlere girmek suretiyle işlenirse;

2. Cürmü işlemek veya çalınmış eşyayı başka yere kaldırmak için taklit anahtar yahut sair aletler kullanarak veya sahibinin terk veya kaybettiği anahtarı elde ederek yahut haksız yere elinde bulundurduğu asıl anahtarla bir kilidi açarak işlenirse;

3. Kıyafet değiştirerek işlenirse;

4. Selâhiyeti olmaksızın resmi sıfat takınarak yapılırsa;

(2248/20-12.6.1979) Cezası üç seneden sekiz seneye kadar haptir.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse veya sıvı yahut gaz halindeki yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından işlenirse cezanın yukarı haddi verilir. Yakıt boru hatlarının yakıtın kaybına yol açacak şekilde delinmiş veya tahrip edilmiş olması halinde fiil tamamlanmış sayılır. (Asliye Ceza)

Madde 494-(3756/1-6.6.1991) Hırsızlık;

1. Geçici olarak kısa bir süre kullanıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan veya iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılan ve ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmiş olmayan özel bir ulaşım aracı,

2. Failin müşterek veya iştirak halinde mülkiyetine sahip olduğu mal,

3. Zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal,

4. Hasadı veya bozumu yapılmış veya mahsulü toplanmış olmakla beraber henüz tamamı ile kaldırılmamış olan tarladaki başaklar veya bağ kütüklerinde yahut ağaçlarda kalmış mahsuller,

Hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. (Sulh Ceza)

Yukarıdaki bentlerde yazılı hallerde cürmün kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

Görüldüğü gibi suçlu için öncelikle hapis cezası öngörülmüştür.

4.1.2. Cezai ehliyet

Bir kimseye ceza verilmesi, onun cezaya ehil olmasına bağlıdır. Bu duruma göre sanık akıl malulu, saralı ve uyur-gezer olmamalıdır. Bu illetler mevcut ise cezada indirim yapılır.⁴⁸⁰ Ancak ihtiyari sarhoşluk istisna tutulmuştur.⁴⁸¹

Türk Ceza Kanunu yaş durumuna göre de ceza indirimini öngörmektedir. Sanıklar, tam ehliyetsizlik aşaması, tam ehliyet aşaması ve sınırlı ehliyet aşaması olarak nazarı itibare alınır.⁴⁸² Kanun, temyiz yeteneklerinin ve irade güçlerinin daha ağır ve zor geliştireceği düşüncesiyle sağır ve dilsizler için ayrı hükümler koymuştur.⁴⁸³

⁴⁸⁰ T.C.K md. 46, 47.

⁴⁸¹ T.C.K. 48.

⁴⁸² T.C.K. 53, 54, 55.

⁴⁸³ T.C.K. 57, 58.

4.1.3. T.C.K. de hırsız anlayışı

Mevsuf hırsızlıkla ilgili TCK Md. 491/2, 5., 492. Maddenin 9. fıkrasının hükümlerinde görüldüğü gibi, hırsız için kesin bir kural konulmamıştır. Bazen geleneklere göre, bazan de umurunun tekafülü gibi bir durum hırsız için yeterli, görülmektedir.⁴⁸⁴

TCK' Md. 492'de mevsuf hırsızlıkla ilgili olarak 5., 7., ve 8.bend hükümlerinde malın durumuna göre hırsızın anlamı değişmekte, geleneklere göre kapsam genişletilmektedir.⁴⁸⁵ Genel olarak bir hırsız tarifinden ziyade çalınan malın geleneklere göre, bulunması gereken yerler hırsız sayılmıştır.

4.1.4. Hapis Cezası

Türk Ceza Kanunu her türlü cürüm ve kabahat için hapis cezasıyla ıslah etmeyi benimser. Ancak hapis cezası nedeniyle bir takım ekonomik, psikolojik ve ahlaki problemlerin ortaya çıktığı müşahade edilmektedir. İşlenen suçun şiddetine paralel olarak hapis cezasının da süresi artmakta, cezanın mahpuslar üzerindeki menfi etkisi de giderek daha çok hissedilmektedir. Hapis cezasının sebep olduğu rahatsızlıkların başlıcaları şunlardır.

a. Mahkumların ifsadı: Her ne kadar suçluların ıslahı maksadıyla hapis cezası takdir ediliyorsa da tatbikat ibrenin aksi istikamette ilerlediğini göstermektedir. Çünkü adi suç işleyen kimseyle siyasi suç işleyen kimse, profesyonel bir hırsız ile uzmanlaşmış bir kalpazan aynı mekanlara kapatılır. Bir tek sahada mahir olan bu insanlar teşriki mesaide buldukları cezaevi arkadaşlarının sayesinde birkaç konuda ihtisas yapmış olarak hapisshaneden ayrılıp topluma karışırlar. Suç işlemeye tevbeli olması beklenen bu insanların aksine daha çok maharetli oldukları bilinir. Bu sebeptendir ki, faili meçhul olayların failleri evvela bu sabıkahılar arasından araştırılır. Binaenaleyh birer ıslah yuvası olarak düşünülen cezavelerinin birer fesad okulu konumuna düştüğü tartışılmakta, toplum bu okul mezunlarına potansiyel suçlu gözüyle bakmaktadır.

b. Sorumluluk hissini azaltması: Mahpusların yeme, içme, barınma, giyinme ve tedavi ihtiyaçları mahkumiyetleri zarfında devlet tarafından karşılanır. Mahkumların görevi ise, problem çıkarmadan uslu uslu istirahat etmektir. Ancak bu tavır mahkumlarda sorumluluk duygusunun azalmasına neden olur. Öyle ki, bazı

⁴⁸⁴ Udeh, Makayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, IV/218.219. Çev. Ali Şafak Rehber Yay. Ankara, 1990.

⁴⁸⁵ Udeh, a.g.e., IV/219.

mahkumlar sırf bu karşılıksız ve zahmetsiz hayata geri dönmek için suç işler. Uzun süre işlemeyen demirin pas tutması gibi, toplumsal hayattan uzak kalan bu insanların sosyal hayata adapte olmakta sıkıntı çektikleri bilinmektedir.

c. Sıhhi ve ahlaki rahatsızlığa sebep olması: Çeşit suçlardan mahkum, farklı kültürel ve ahlaki yapıdaki insanların yaşadığı hapisanelerde hak ve hürriyetler kısıtlanır. Eşlerin uzaklaştırılması, ailenin dağıtılması bedeni ve ahlaki huzursuzluğa yol açar. Cezaevlerindeki sağlık şartları ise bitmek tükenmek bilmeyen şikayetlerin konusudur. Bu hastalıkların büyük bir kısmı bulaşıcı veya uzun süreli cinsten hastalıklardır.

d. Devlet hazinesine yük teşkil etmesi: 1991 yılı istatistiklerine göre, Türkiyede faaliyet gösteren 646 cezaevi ve bu cezaevlerinde kadrolu olarak görev yapan 21752 personel bulunmaktadır.⁴⁸⁶ Yine aynı istatistiklere göre, 1991 yılında cezaevlerinde bulunan mahkum sayısı 72.885'tir.⁴⁸⁷ Binaların yapımı, bakımı ve onarımı, personelin özlük hakları, mahkumların işe, ibate ve sağlık gideri ile cezavelerinin güvenliğinin sağlanmasına yıllık olarak trilyonları aşan bir masraf yapılmaktadır. Üstelik bu masrafi karşılayanlar arasında mağdur ve mazlum vatandaşlarda mevcuttur.

⁴⁸⁶ Adalet istatistikleri s. 171, 172, T.C. Başbakanlık D.İ.E. Ankara, 1993.

⁴⁸⁷ Adalet istatistikleri, s. 5.

SONUÇ

İslam hukuku hak ve adaletin en feyizli kaynaklarından ve en medeni milletlerin ihtiyaçlarına asırlarca cevap vermiştir. İlahi kaynaklı bu hukuk sistemi sayesinde insanlık hürriyet, adalet ve müsavat meşalesiyle aydınlatılmıştır. Bu meşale toplumun can, mal, inanç, namus ve aklını güvence altına alır. İnsanların bu kutsal haklarına tecavüzün önlenmesi maksadıyla her insan emri bil maruf nehyi anil münker ile sorumlu tutulur. Ahlaki ve manevi eğitim ile suç işlemeye yol açan sebeplerin ortadan kaldırılmasına çalışılır. Ancak bütün bu önlemlere rağmen suç işleme ihtimaline binaen muhtelif cezalar öngörülmüştür. İslam dini mala karşı işlenen cürümleri büyük günahlardan sayar. Zira bazen hırsızlık fiili masum hayatlara da yönelir ve birçok ocağın sönmesiyle sonuçlanır. Toplum huzurunu bozan, güven ve emniyeti tehlikeye sokan hırsızlık suçunu irtikab edenlere psikolojik ve fiziki ceza mahiyeti bulunan had cezası uygulanır.

Beşeri hukuk sistemlerinde suç ve ceza kavramları dünyevidir. Suç işlemeye mani olacak ahlak ve maneviyat eğitimi gözardı edilmektedir. Binaenaleyh insanlarda ebedi hayat ve hesaplaşma yurduna, suçlardan arınmış olarak gitme sevdası gelişmez. Zerre miktarı iyilik ve kötülüğün karşılık bulduğu ahiret hayatına geçmeden önce mahkemelere müracaat ederek işlediği cürümlerin karşılığını bu dünyada çekmek isteyen insan tipine beşeri hukuk ve eğitimin hâkim olduğu sistemlerde rastlamak olağan değildir. Can ve mal emniyetinin sağlanması ancak bürokrasi ve üstün teknolojinin yardımıyla mümkün olur. Lâkin manevi boşluk içinde bulunan insanlar, teknolojinin bir an devre dışı kalmasıyla birlikte (elektrik kesilmesi gibi) ruh haletlerini dışarı yansıtır toplu yağmalama eylemleri gerçekleştirirler. Beşeri hukukun yegane tecziye biçimi olan hapis cezalarının ise, caydırıcılığı yeterli ölçüde değildir. İslahevî olarak düşünülen cezaevlerinin zaman zaman fesat yuvaları gibi çalıştığı bilinmektedir. Kaldı ki, devletin mahpuslar için yaptığı harcamalar, eğitimleri için yapılan harcamalarla kıyas kabul etmeyecek meblağlara ulaşır.

Hukuki sistemlerin başarısı uygulandıkları toplumda huzur ve selameti sağlama derecesiyle ölçülür. İslam hukuku da Medine İslam Devletinin kurulmasından günümüze kadar uygulanagelmıştır. İslami eğitim ile bütünlük içinde bulunduğu dönemlerde suç nispetinin asgariye düştüğü görülür. Cürüm ve kabahatlerin failleri uygun cezaları ile cezalandırılmaz ise, hem mağdur hem de toplum bu durumdan zarar görür. Onun içindir ki, nush ile uslanmayı emeli tekdir, tekdir ile uslanmayanın hakkı kötüdür.

ABSTRACT

In this research which consists of four parts, Theft and its sanctions have been studied comparatively in both Turkish Criminal Code and Islamic Law

In the first part the concept of theft as a crime, is defined in general. The elements which constitute theft crime are described according to Islamic Law in the second part.

In the third part of this research the contents and scope of this crime and the punishments to be given for this crime are evaluated according to Islamic Law.

Theft crime is studied according to Turkish Criminal Code in the fourth part of this work and the research is concluded with a summary part.

BİBLİYOGRAFYA

- ADALET İSTATİSTİKLERİ 1991, T.C. Başkanlık Devlet İstatistik Enstitüsü,
Ankara, 1993
- AHMED, İbn Hanbel, (Ö. 241/855)
el-Müsned, Beyrut, 1969
- AKGÜNDÜZ, Ahmed
Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, Osmanlı
Araştırmaları Vakfı Yay. 1990-1992
- AKŞİT M.Cevat
İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Kül. Bas. Yay.Bir.
İstanbul, Tarihsiz
- ALEMGİR Nizam (Ö. 1118/1707)
el- Fetevay-ı Hindiyye, Bulak, 1310 h.
- el-ASKALANİ Şihabu'ddin Ebu'l Fazl Ahmed b. Ali b. Hacer (Ö.852/1449)
Fethu'l-Bari, Daru'r-Reyyan, Kahire, 1987
- ATAR Fahrettin
İslam Adliye Teşkilatı, D. İ. B. Y., Ankara, 1979
- el-BÂCİ Ebu'l-Velid Süleyman (Ö. 403/1120)
el-Münteka Şerhu Muvatta'li İmam Malik, Mısır, 1983
- el-BEYHAKİ Ebu Bekr Ahmed b. Hüseyin (Ö. 458/1065)
es-Sünenu'l-Kübra, Haydarabat, 1344
- BİLGE Necip
Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1983
- BİLMEN Ömer Nasuhi (Ö.1971)
«Hukuku İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye» Kamusu,
Bilmen Yay., İstanbul, 1989
- el-BUHARİ Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail (Ö. 256/869)
el-Camiu's-Sahih, Çağrı Yay., İstanbul, 1992
- BÜCEYREMİ Süleyman b. Ömer
Büceyremi ala'l-Hatib, Beyrut, 1978

- CANAN İbrahim
Kütübü Sitte Muhtasarı, Akçağ Yay., Ankara, 1993
- el-CEVZİYYE Şemseddin Ebi Abdillan Muhammed b. Kayyim(Ö. 751)
et-Turuku'l-Hikmiyye fi's-Siyaseti's-Şeriyye, Beyrut, 1989
- CEZİRİ ABDURRAHMAN
Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı, (Çev. Mehmet Keskin)
Çağrı Yay., İst., 1991
- ÇANTAY Hasan Basri
Kur'an-ı Hakim ve Meal-i Kerim, İstanbul, 1985
- ÇELİK Mustafa
Daru'l Harb Fıkhı, Ölçü Yayınları, İstanbul, 1993
- ed-DEREKUTNİ Ali b. Ömer (Ö. 385/995)
Sünenu'd-Darekutni, Kahire, 1966
- ed-DARİMİ Ebu Muhammed Abdullan b. Abdurrahman (Ö. 255/868)
es-Sünen, Dimaşk, 1339
- DEVELLİOĞLU Ferit
Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Doğuş, Yayınları
Ankara, 1970
- EBU DAVUD Süleyman b. el-Eş'a's es-Sicistani (Ö. 275/888)
Sünenü Ebi Davud, Çağrı Yay., İst., 1992
- EBU ZEHRA Muhammed
-el-Cerimetu'l-Ukubet fi'l-Fıkh'l-İslami, Tarihsiz
-İslam Hukuku Metodolojisi, (Çev. Abdulkadir Şener)
A.Ü.İ.F. Yay., Ankara, 1973
- ELMALILI Ahmet Hamdi Yazır
Hak Dini Kur'an Dili, Azim Dağıtım, İstanbul, Tarihsiz
- ENSARİ Ebu Yahya Zekeriyya
-Şerhu Ravdu't-Talib min Esna'l-Metalib, Kahire, 1369
-Haşiyetu'l-Cemel ala Şerhi'l-Menhec, Beyrut, Tarihsiz
- FİRUZÂBÂDİ Mecduddin Muhammed b. Yakub (Ö. 817/1414)
el-Kamusu'l-Muhit, Beyrut, 1993
- FUDAYLAT Cebr Mahmud
Sukutu'l-Ukubat fi' Fıkh'l-İslami, Amman, 1987

- İBNİ ABİDİN M. Emin, (Ö.1252/1836)
-Reddü'l-Muhtar alad-Dürri'l Muhtar, İstanbul,1306
- İBNU'L-HUMAM Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid es-Sivasi (Ö.861/1457)
Şerhu Fethi'l-Kadir, Mısır, 1970
- İBNİ KUDAME Ebu Muhammed Abdillal b. Ahmed (Ö. 620/1223)
el-Muğni, Beyrut, 1972
- İBNİ MACE Ebu Abdillal Muhammed b. Yezid el-Kazvini (Ö.275/888)
es-Sünen, Çağrı Yay. İstanbul, 1992
- İBNİ MANZUR Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem el-Ensari (Ö.711/1211)
Lisan'ül Arab, Bulak, 1300
- İBNİ RÜŞD Abdu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi (Ö.505/1198)
Bidayetu'l-Müctehid ve Nihayetu'l-Muktesid, Beyrut, 1988
- el-İSFAHANİ Rağıb (Ö. 502/1108)
Müfredatu Elfazı'l-Kur'an, Beyrut, 1992
- İSLAM ANS. T.D.V. Yayınları
- KALYUBİ-AMİRE Şihabuddin-Şeyh
Heşiyeta Kalyubi ve Amîre, Daru İhyau'l-Kütubu'l-
Arabiyye, Tarihsiz
- KARAMAN Hayrettin
Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yayınları, İstanbul, 1992
- KARAHİSARİ Şemseddin
Ahter'i Kebir, Matbaa'i Amire, İstanbul, Tarihsiz
- el-KÂSÂNİ Alauddin Ebu Bekir b. Mesud (Ö.587/1191)
Kitabu Bedai'us-Sena' fi Tertibi's-Şerai, Beyrut, 1974
- KİTABİ MUKADDES Ahdî Atik ve Ahdî Cedid, Boyacıyan Agop Matbaası İst.,1885
- KURTUBİ Ebu Abdillal Muhammed b. Ahmed el-Ensari, (Ö.380/990)
el-Cami'li Ahkami'l-Kur'an, Beyrut, 1987
- MAHALLİ, SUYUTİ Celaleddin
Tefsiru'l-Celaleyn, Salah Bilici Kitabevi, İst., 1972
- MALİKİ Abdurrahman
Nizamu'l-Ukubat, Beyrut, 1990

- MAVERDİ Ali b. Muhammed b. Habib al-Basri, (Ö.450/1057)
el-Ahkamu's-Sultaniyye, (Çev. Ali Şafak), Bedir Yay., İst.,
1976
- MECELLE (Heyet), Ankara
el-MERĞİNANİ Şeyhu'l-İslam Burhanneddin Ali b. Bekr, (Ö.593/1197)
el-Hidaye, (Çev. Ahmet Meylani), Kahraman Neşr., İst., 1992
- MUSA, Yusuf
Fıkh-ı İslam Taihi, (Çev. Ahmet Meylani), Arslan Yay.,
İst. 1973
- MUSTAFA-İBRAHİM-ZİYAD, Ahmet Hasan-Adulkadir-Hamid
Mu'cemu'l-Vasit, Çağrı Yay., İstanbul, 1989
- MÜSLİM İbn Haccac Ebu'l-Hüseyin el-Kuşeyri en-Nisaburi, (Ö.261/874)
el-Camiu's-Sahih, Çağrı Yay. İst., 1992
- es-SAN'ANİ Ebu Bekir Abdurrezzak, (Ö.211/826)
Sübülü's-Selam Şerhu Bulugu'l-Meram min Edilleti'l-Ahkam,
Kahire, 1960
- eş-ŞAFİİ Ebu Abdullah Muhammed b. İdris, (Ö.204/819)
el-Umm, Beyrut, 1393
- eş-ŞATİBİ Ebu İshak İbrahim b. Musa, (Ö. 790/1388)
el-Muvafakat fi Usuli'l-Ahkam, (Çev. Mehmet Erdoğan), İz
Yayınları, İst., 1990
- eş-ŞEVKANİ Muhammed b. Ali b. Muhammed (Ö.1250/1834)
Neylu'l-Evtar Şerhu' Münteka'l-Ahbar, Kahire, 1971
- eş-ŞİRBİNİ Muhammed (Ö. 971 h.)
Muğnil'l-Muhtac ila Marifeti Maani Elfazi'l Minhac, Mısır, 1958
- et-TİRMİZİ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevre (Ö.279/892)
el-Camiu's-Sahih, Çağrı Yay., İst., 1992
- TCK Türk Ceza Kanunu
- UDEH Abdulkadir
-et-Teşriu'l-Cinaiyi'l-İslami, Beyrut, 1985
-Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, (Çev. Ali Şafak),
Rehber Yay., Ankara, 1990

- ez-ZERKA -Muhammed
Çağdaş Yaklaşımında İslam Hukuku, (Çev. Servet Armağan),
Timaş Yay. İst., 1993
- ez-ZUHAYLİ Vehbe
el-Fıkhü'l-İslam ve Edilletuhu, Dımeşk, 1989
- ez-ZÜRİR Halifetu'l Berahim es-Sahih
Mukafehetu Cerimeti's-Serika fi'l-İslam, Riyad. 1980