

T.C.
ÇANAKKALE ONSEKİZ MART ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

EBU HANİFE'YE GÖRE HIRSIZLIK SUÇU VE CEZASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

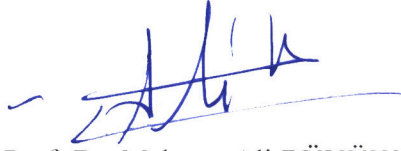
Tez Danışmanı
Doç. Dr. Tevhit AYENGİN

Hazırlayan
Metin BOR

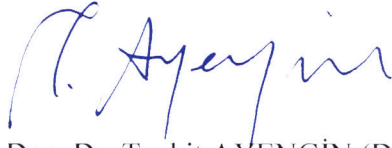
Çanakkale - 2009

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

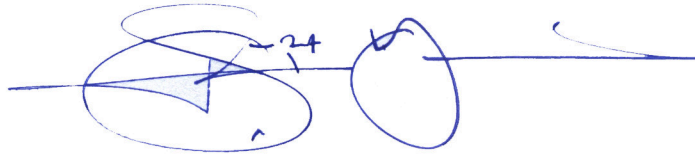
Metin BOR'a ait "Ebû Hanîfe'ye Göre Hırsızlık Suçu ve Cezası" adlı çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



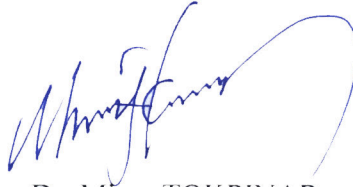
Başkan: Prof. Dr. Mehmet Ali BÜYÜKKARA



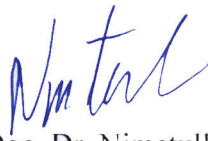
Üye: Doç. Dr. Tevhit AYENGİN (Danışman)



Üye: Doç. Dr. Şevket YAVUZ



Üye: Yrd. Doç. Dr. Mirza TOKPINAR



Üye: Yrd. Doç. Dr. Nimetullah AKIN

ÖZET

“Ebû Hanîfe’ye Göre Hırsızlık Suçu ve Cezası” adlı tezimide, insanlık tarihi kadar uzun bir geçmişi olan hırsızlık suçunun ve bu suça verilen cezanın İslâm ceza hukukundaki yerini ve Ebû Hanîfe’nin hırsızlık suçu ve cezasıyla ilgili görüşlerini ele aldık.

Tezimiz bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde, Ebû Hanîfe’nin hayatına ve İslâm hukukuyla ilgili temel görüşlerine kısaca yer verip bununla birlikte, hırsızlık suçunun tarihi gelişimine değindik.

Birinci bölümde, “hırsızlık suçu ve cezasının İslâm ceza hukukundaki yeri” konusu ve İslâm hukukunda “suç” ve “ceza” tabirleri üzerinde durduk.

İkinci bölümde, Ebû Hanîfe’nin, hırsızlık suçu ve cezası hakkındaki görüşlerini ortaya koyduk, zaman zaman karşılaştırma maksadıyla diğer İslâm hukukçularının fikirlerini de belirtmeye çalıştık.

ABSTRACT

In the thesis called “Crime and Penalty of Theft according to Abû Hanîfah”, we deal both with crime and penalty of theivery in the Islamic Criminal Law, and with what are the conceptions of Abû Hanîfah pertaining to these matters.

Hence, the study consists of one preamble and two chapters.

In the preamble, we shed, though in a general framework, light on the life of Abû Hanîfah and his basic ideas concerning Islamic Law. Furthermore, the study gives a glimpse of the nature and historical articulation of thievery and penalty for it.

In the first chapter, we discuss in details “Crime and Penalty of Theft in the Islamic Criminal Law” and define what “crime” and “penalty” is in Islamic Law.

In the second chapter, we further to concentrate on the circumstances of crime of theft and penalty for it, in accord with the jurisprudential outlook of Abû Hanîfah. At the same time, the study aims at exploring other ideas of Islamic lawyers in a comparative manner.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ÖNSÖZ.....	vii
GİRİŞ	1
HİRSIZLIK SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE EBÛ HANİFE	1
A. HİRSIZLIK SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	1
B. EBÛ HANİFE’NİN HAYATI VE İSLÂM HUKUKUYLA İLGİLİ TEMEL GÖRÜŞLERİ	4
BİRİNCİ BÖLÜM.....	13
HİRSIZLIK SUÇU VE CEZASININ İSLÂM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ	13
1.1. SUÇ.....	13
1.1.1. SUÇUN TANIMI.....	13
1.1.2. SUÇUN UMUMİ UNSURLARI	14
1.1.3. SUÇUN TAKSİMİ.....	17
1.1.3.1. HADD CEZASI GEREKTİREN SUÇLAR	17
1.1.3.2. KISÂS VE DİYET SUÇLARI	30
1.1.3.3. TAZİR SUÇLARI	33
1.1.4. SUÇLARIN TAKSİMİNDE HİRSIZLIK SUÇUNUN YERİ	34
1.2. CEZA	35
1.2.1. CEZANIN TANIMI	35
1.2.2. CEZALARA AİT UMUMİ PRENSİPLER	35
1.2.3. CEZALARIN GAYELERİ.....	37
1.2.4. CEZANIN DÜŞMESİ.....	38
1.2.5. CEZALARIN TAKSİMİ	39
1.2.5.1 HADD CEZALARI.....	39
1.2.5.1.1. Zina Cezası	39
1.2.5.1.2. Hırsızlık Cezası	40
1.2.5.1.3. Şarap İçme ve Sarhoşluk Cezası.....	41
1.2.5.1.4. Yağma ve Yol Kesme (Eşkîyalık) Cezası.....	42
1.2.5.1.5. İrtidat Cezası.....	43
1.2.5.1.6. Kazf Cezası.....	44
1.2.5.1.7. İsyân (Bağy) Cezası.....	45
1.2.5.2. KISÂS (CİNÂYET) CEZALARI.....	46
1.2.5.3. TAZİR CEZALARI	48
İKİNCİ BÖLÜM	50
EBÛ HANİFE’YE GÖRE HİRSIZLIK SUÇU VE CEZASI	50

2.1. HIRSIZLIK SUÇU	50
2.1.1. <i>HIRSIZLIK KAVRAMININ TANIMI VE MAHİYETİ</i>	50
2.1.2. <i>HIRSIZLIK ÇEŞİTLERİ</i>	53
2.1.2.1. HADD CEZASI GEREKTİREN HIRSIZLIKLAR	54
2.1.2.1.1. Basit Hırsızlık (es-Sirkatü's-Suğra)	54
2.1.2.1.2. Büyük Hırsızlık (es-Sirkatü'l-Kübra)	54
2.1.2.2. TAZİR CEZASI GEREKTİREN HIRSIZLIK	54
2.1.3. <i>HIRSIZLIK SUÇUNUN UNSURLARI</i>	55
2.1.3.1. MALIN GİZLİCE ALINMASI	55
2.1.3.2. FAİLİN SUÇ İŞLEME KASTININ BULUNMASI	60
2.1.3.3. ÇALINAN MALIN BAŞKASINA AİT OLMASI	62
2.1.3.3.1. Akrabaların Malının Çalınması	65
2.1.3.3.2. Eşlerden Birinin Diğerinin Malını Çalması	66
2.1.3.3.3. Alacaklının Borçludan Çalması	67
2.1.3.3.4. Ortaklardan Birinin Şirket Malını Çalması	68
2.1.3.3.5. Beytu'l-Mala (Devlete) Ait Malın veya Amme (Umum Halka ait) Malının Çalınması	69
2.1.3.3.6. Vakıf Malının Çalınması	70
2.1.3.3.7. Hırsızdan Çaldığı Malın Çalınması	70
2.1.3.3.8. Hırsızın Bir Malı İkinci Defa Çalması	71
2.1.3.3.9. Bir Malın Hırsızda Telef Olması veya Tüketilmesi	71
2.1.3.4. ÇALINAN ŞEYİN MAL OLMASI	72
2.1.3.4.1. Mal Menkul Olmalı	73
2.1.3.4.2. Mal Mütakavvim Olmalı	74
2.1.3.4.3. Mal İktisadî Bir Değer Taşımali	75
2.1.3.4.4. Mal Belli Bir Değerde (Nisap Miktarında) Olmalı	77
2.1.3.4.4.1. Nisap Miktarı	78
2.1.3.4.4.2. Çalınan Malın Değerini Tespitte Esas Alınacak Zaman	80
2.1.3.4.5. Mal Birinin Mülkiyetinde ve Hırs (Koruma) Altında Olmalı	81
2.1.3.4.5.1. Kendi Başına Hırs Sayılan Yerler	83
2.1.3.4.5.2. Başkası Sebebiyle Hırs Sayılan Yerler	83
2.1.3.4.6. Mal Biriktirilmeye Elverişli Olmalı, Çabuk Bozulacak Şeylerden Olmamalı	88
2.1.3.4.7. Mal Aslı İtibariyle Mübah Olmamalı	90
2.1.4. <i>HIRSIZLIK SUÇUNDA YARGILAMA USULÜ</i>	91
2.1.4.1. DAVA AÇMA HAKKI	92
2.1.4.2. SUÇUN İSPATI	93
2.1.4.2.1. Beyyine (Şehâdet)	94
2.1.4.2.1.1. Şahitlerde Aranılan Şartlar	94
2.1.4.2.1.2. Şehâdetin Geçerli Olma Şartları	97
2.1.4.2.2. İkrâr	98
2.1.4.2.2.1. Mukirde (İkrarda Bulunan Kimsede) Aranılan Şartlar	99
2.1.4.2.2.2. İkrârın Sıhhat Şartları	99
2.1.4.3. HIRSIZLIK SUÇUNUN İSPATININ NETİCELERİ	101
2.2. HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASI	101
2.2.1. <i>HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASININ HUKUKİ TEMELLERİ</i>	101
2.2.1.1. KUR'ÂN-I KERİM'DE HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASI	101
2.2.1.2. SÜNNETTE HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASI	102
2.2.1.3. SAHABENİN UYGULAMALARI	102
2.2.2. <i>HIRSIZLIK CEZASININ HİKMETİ</i>	103
2.2.3. <i>HIRSIZLIK SUÇUNUN HÜKMÎ NETİCELERİ</i>	104
2.2.3.1. ELİN KESİLMESİ	105

2.2.3.1.1. Manası ve Mahalli	105
2.2.3.1.2. Cezanın İnfazı	109
2.2.3.2. ÇALINAN MALIN İADESİ VE TAZMİNİ	110
2.2.4. <i>TEDÂHÜL CEZASI</i>	111
2.2.5. <i>CEZÂÎ SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR</i>	112
2.2.5.1. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ	112
2.2.5.2. KASIT VE TAKSİR	112
2.2.5.3. AKIL HASTALIĞI	113
2.2.5.4. SARHOŞLUK	113
2.2.5.5. İKRAH	113
2.2.6. <i>CEZANIN UYGULANMA ŞARTLARI</i>	114
2.2.6.1. HIRSIZLIK YAPANA AİT ŞARTLAR	114
2.2.6.2. ÇALINAN MALA AİT ŞARTLAR	114
2.2.6.3. MAĞDURA AİT ŞARTLAR	115
2.2.6.4. MALIN ÇALINDIĞI YER VE ZAMANA AİT ŞARTLAR	115
2.2.7. <i>HIRSIZLIKTAKİ CEZAYI DÜŞÜREN SEBEPLER</i>	116
2.2.7.1. ŞÜPHE	116
2.2.7.2. ZAMAN AŞIMI	118
2.2.7.3. HIRSIZIN ÇALDIĞI MALİ MÜLKÜ OLARAK İDDİA ETMESİ	119
2.2.7.4. HÜKÜMDEN SONRA ÇALINAN MALIN NİSABININ EKSİLMESİ	119
2.2.7.5. SUÇUN HARB ESNASINDA İŞLENMESİ	120
2.2.7.6. KESİLECEK UZVUN YOK OLMASI	121
2.2.7.7. TÖVBE	121
2.2.7.8. AF - ŞEFAAT	121
2.2.7.9. YALANLAMA	122
2.2.7.10. DAVADAN ÖNCE MALIN İADESİ	122
2.2.7.11. ÇALINAN MALA HIRSIZIN MALİK OLMASI	122
2.2.7.12. ÖLÜM	123
2.2.8. <i>TAZİR CEZASI</i>	123
SONUÇ	124
KAYNAKÇA	127

KISALTMALAR

bkz.	: Bakınız
b.	: İbn
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
h.	: Hicri
haz.	: Hazırlayan
H.z.	: Hazreti
mad.	: Madde
ö.	: Ölümü
(ra)	: Radıyallâhu anh
s.	: Sayfa
(sas)	: Sallalâhu aleyhi ve sellem
sy.	: Sayı
trc.	: Tercüme eden /Çeviren
t.y.	: Tarih yok
vb.	: ve benzeri
vs.	: ve sâire
yay.	: Yayınları

ÖNSÖZ

İslâm hukuku ortaya koymuş olduğu kural ve kaidelerle, toplum hayatında vazgeçilmez haklar olan (Makasîd-ı Şer‘iyye) beş unsuru koruma altına almıştır. Bunlar; can, din, mal, namus ve akıldır. Mala karşı işlenmiş ve insanlık tarihi kadar uzun bir geçmişe sahip bir suç olan hırsızlık fiili bütün toplumlarda suç sayılmış ve farklı müeyyidelerle cezalandırılmıştır.

Hırsızlık, suç olarak İslâm ceza hukukunda da yerini almış ve ceza olarak da ağır bir ceza olan, el kesme cezası öngörülmüştür. Böyle telafisi mümkün olmayan bir cezaya neden olan hırsızlık suçunun oluşması ve cezasıyla ilgili olarak İslâm hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

İslâm'da hukukî düşüncenin ve içtihat anlayışının gelişmesinde önemli bir yeri olan Ebû Hanîfe'nin de “hırsızlık suçu ve cezasıyla ilgili” önemli içtihatları bulunmaktadır. Tezimizin ana konusu da budur. Yani Ebû Hanîfe'nin, hırsızlık suçu ve cezasıyla ilgili görüşleridir.

Ebû Hanîfe'nin İslâm hukukundaki meselelerle ilgili görüşlerini ve usulünü toplayan, kendisi tarafından yazılmış bir kitabı mevcut değildir. Onun görüşleri ve meseleleri ele alış tarzı, talebeleri vasıtasıyla bize kadar ulaşmıştır.

Hırsızlık suçunun oluşma şartları ve suça uygulanacak müeyyide hususunda ortaya koymuş olduğu görüş ve fikirlerine gelince; bunlara birçok İslâm hukuku ve İslâm ceza hukuku kitaplarında dağınık olarak ve kısaca yer verilmiş, fakat düzenli ve sistematik bir şekilde tamamı bir araya getirilmemiştir. Yapmış olduğumuz bu çalışmayla, İslâm hukukunda hırsızlık suçu ve cezasıyla ilgili Ebû Hanîfe'nin görüş ve fikirleri, düzenli ve sistematik olarak, ulaşılabildiği kadarıyla bir araya getirilmeye çalışılmıştır.

Tez, bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde, İmâm Âzam Ebû Hanîfe'nin hayatına ve İslâm hukukuyla ilgili temel görüşlerine kısaca yer verilmiş, bununla birlikte, hırsızlık suçunun tarihi gelişimine de değinilmiştir.

Birinci bölümde, hırsızlık suçu ve cezası konusunun ve konuyu işlerken kullanılan kavramların daha iyi anlaşılması için İslâm ceza hukuku ana hatlarıyla ele alınmıştır. Bu şekilde bir bütünlük sağlanmaya çalışılmış ve hırsızlık suçu ve cezasının İslâm ceza hukukundaki yeri ortaya konmuştur.

İkinci bölümde, İslâm ceza hukukundaki “hırsızlık suçu ve cezası” konusundaki genel sistematik yapı çerçevesinde ana konu ele alınmış, Ebû Hanîfe'nin, hırsızlık suçunun oluşma şartları ve suça uygulanacak müeyyideler hususunda ortaya koymuş olduğu görüşlere yer verilmiş, gerektiğinde karşılaştırma maksadıyla diğer üç mezhep imâmının fikirlerine de değinilmiştir.

Bu çalışmamız sırasında, konunun tespitinde, tez çalışma planının hazırlanmasında ve değerlendirilmesinde bana yol gösteren, her zaman yardım ve ilgi gördüğüm kıymetli hocam, tez danışmanım Doç. Dr. Tevhit AYENGİN'e teşekkürü bir borç bilirim.

Metin BOR

Çanakkale 2009

GİRİŞ

HIRSIZLIK SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE EBÛ HANÎFE

A. HIRSIZLIK SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

İnsan, sosyal bir varlık olarak, bir toplum içinde dünyaya gelir. Başta ailesi olmak üzere gittikçe genişleyen, sosyal hayat içinde belli hak ve yükümlülükleri vardır. Fakat insan bazen bu hak ve yükümlülüklerini gerek kendi adına gerekse toplumun diğer fertleri adına yerine getirememiş, kendine özgü çıkar, ihtiyaç, arzu ve ihtiraslarıyla da haksız bir şekilde onların mülkiyet haklarına tecavüz edebilmiştir.

İşte hırsızlık suçu da bir başkasının mülkiyet hakkını ihlaldir. Bu suça karşı gerek ilahi dinlerin hükümlerinin, gerekse insan fitratının tabii bir sonucu olarak insanlık tarihi boyunca her toplum ve devirde farklı şekillerde de olsa hırsızlık suç sayılıp, cezaya çarptırılmıştır.

İnsanlık tarihi kadar uzun bir geçmişi olan hırsızlık suçunun ilk dönem toplumlarında nasıl karşılandığı ve cezalandırıldığı hakkında sağlam bilgiler bulunmamakla birlikte, hırsızlığın önceleri daha ferdî boyutta bir suç ve biraz da *şahsî öç alma aracı* bir eylem iken toplumsal yaşama geçilip mülkiyet düzeninin kurulmasından sonra kamu düzenini ihlâl eden bir suç sayılarak cezalandırılması cihetine gidildiği söylenebilir.¹

Eski Çin ve Hint'ten Asurlular ve Hititlere kadar kadim toplumlarda ve dinlerde (meselâ Brahmanizm, Konfüçyanizm) hırsızlığın büyük suç ve günahlardan sayıldığı ve değişik müeyyidelerle cezalandırıldığı, meselâ eski İran'da, Sümerlerde ve Hammurabi

¹ Şensoy, Naci, *Eski Devirlerde ve İslâm'da Hırsızlık Suçu*, İstanbul 1956, s. 161.

kanunlarında hırsızlığa karşı, çalınan malın birkaç katının ödenmesinden hırsızın öldürülmesine kadar çeşitli ağır cezaların öngörüldüğü bilinmektedir.²

Öte yandan; Roma hukukunda geniş bir anlam içeren *furtum*; hırsızlık suçunun yanı sıra dolandırıcılık, emniyeti suiistimal, zimmet ve ihtilas gibi mal aleyhine işlenen diğer suçları da kapsar. İlk dönemlerden itibaren, mabetlere ve devlete ait malın çalınması ile kişilere ait malın çalınması arasında ayırım yapılmış, ikinci nevi hırsızlık şahsî bir suç sayılarak suç mağduruna, uğradığı zararı tazmin ettirmekten faili köle edinmeye veya öldürmeye kadar varan bir dizi hak tanınmıştır. 12. Levha Kanunu'ndan sonra, suçüstü yakalanmasına ve köle olmasına da bağlı olarak hırsız ölümle cezalandırılabilir, değilse köle statüsüne geçirilebilir veya çaldığının iki katı ödetilebilirdi.³

Kaynaklarda hakkında pek az bilgi bulunan eski Türk hukukunda meselâ Hunlarda, hırsızın, sayısı yedi ile yedi yüz arasında değişen sopa cezasıyla veya çaldığının dokuz katını ödemekle cezalandırıldığı, at vb. şeyleri çalanların veya ikinci defa hırsızlık yapanların öldürüldüğü bilinmektedir.⁴

Vahiy esaslı dinlerde bu suç ve cezası önemli bir tarihsel ve teolojik durum olarak yer bulur. Nitekim Yahudi Kutsal Kitabı'nda yer alan on emirden biri “çalmayacaksın”dır.⁵ Hırsızlara verilen genel ceza çalınan malın misliyle ödetilmesidir.⁶ Eğer çalan kişinin malı yoksa köle olarak satılır.⁷ Burada “Seçilmiş millet” tasavvuru sebebiyle İsrâiloğulları kendilerine ve eti yenen hayvanlara karşı işlenen hırsızlık suçları üzerinde özellikle durulur. Tevrat'taki bu ilk öğeler Talmud hukukunda başka suçlarla

² Okandan, Recai, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul 1952, s. 68.

³ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 484-489.

⁴ Bardakoğlu, Ali, “Hırsızlık”, *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 384.

⁵ Kitab-ı Mukaddes, *Çıkış*, 20/15. Aslında Kitab-ı M. İfadesine gerek yok....yine de danışmanın kararına göre hareket et.

⁶ Kitab-ı Mukaddes, *Çıkış*, 22/1-5.

⁷ Kitab-ı Mukaddes, *Çıkış*, 22/3.

irtibatlandırılarak daha genişletilmiş, eğer kişi hırsızlığı Şabbat'ta (Cumartesi) yapmışsa o zaman ölüm cezasına kadar giden bir anlayış hâkim olmuştur.⁸

Hıristiyanlıkta da hırsızlığın yasak olduğu bildirilmekle beraber Yahudi Kutsal Kitabı'ndaki gibi açık bir ceza öngörülmemiş, Pavlus'un, "hırsızlık yapan artık hırsızlık yapmasın" şeklindeki dinî-ahlakî çerçevedeki öğüdü esas olmuştur.⁹ Kilise hukukunda başlangıçta Hıristiyan ahlak öğretisinin de etkisiyle, gizli hırsızlıkla tabii ihtiyaçları karşılamaya matuf basit ve alenî hırsızlığı birbirinden ayırıp ikinci tür hırsızlara şefkatle yaklaşma ve daha hafif ceza uygulama düşüncesi hâkim olmuştur.

Diğer yandan; Yeniçağlarda Roma ceza hukukuna, kanonik hukuka ve mahallî örf ve âdet hukukuna dayanan ve yaklaşık 18. yüzyılın ortalarına kadar süren müşterek Avrupa ceza hukukunda hırsızlık, ağır bir şekilde cezalandırılmış, hırsızın bazı organlarının kesilmesi ve damgalanması gibi cezalar getirilmiştir. Bu tarihten sonra Batı'da fikir akımlarının ve hürriyet mücadelesinin açık etkisiyle, biraz da bu ağır ceza uygulamasına tepki olarak hırsızlık suçunu daha hafif şekilde cezalandırma düşüncesi hâkim olmuş ve kanunlarda diğer birçok suç gibi bunun da prensip itibarıyla hapisle cezalandırılması yoluna gidilmiştir.¹⁰

İslâm'dan önceki Arap coğrafyasına bakılacak olursa şu genel parametreleri yakalamak mümkündür: Hicaz-Arap toplumunda da hırsızlık kural olarak ayıp ve suç sayılmakla birlikte merkezî bir siyasî otorite bulunmadığından suçun düzenli bir takibata ve cezalandırmaya maruz kaldığı söylenemez. Meselâ göçebe Araplar kabile fertlerine, dost kabilelere, mabetlere ve kamuya ait malın çalınmasını suç sayarken diğer kabilelerden çalınan malı ganimet sayar, bu tür eylemleri de *cesaret ve beceriyi simgeleyen davranışlar* olarak görürlerdi. Öte yandan hırsızın sosyal konumu ve kabilesinin gücü de cezalandırılmasında önemli farklılıklar doğuruyordu. Kaynaklar, Câhiliye Arapları arasında hırsızlığın bir hayli yaygın olduğundan söz eder. Öyle ki

⁸ Kitab-ı Mukaddes, *Yadayim Genevah*, 3/1-2.

⁹ Kitab-ı Mukaddes, *Efesoslular'a Mektup*, 4/28.

¹⁰ Şensoy, *Eski Devirlerde ve İslâm'da Hırsızlık Suçu*, s. 166.

hırsızlık, Araplarda sosyal hayatın aynası durumunda bulunan Arap edebiyatının da ana temalarından birini teşkil etmiş, Araplar arasındaki meşhur hırsızlar ve hırsızlık vakıaları etrafında oluşan çeşitli şiir, darb-ı mesel ve menkıbeyi konu alan bir literatür türü ortaya çıkmıştır. Câhiliye toplumunda da hırsızlığın hapis, dayak, kabile himayesinden çıkarma el kesme gibi çeşitli müeyyidelerle önlenmeye çalışıldığı ve *bu dönemde bazı münferit olaylarda hırsızın elinin kesildiği* bilinmekle birlikte bu uygulamanın uzunca bir geçmişinin bulunmadığı; hatta hırsızlık için el kesme cezasını ilk koyanın Abdülmuttalib veya Velîd b. Muğire olduğu rivâyetleri vardır.¹¹

B. EBÛ HANÎFE'NİN HAYATI VE İSLÂM HUKUKUYLA İLGİLİ TEMEL GÖRÜŞLERİ

İmâm Âzam yani “Büyük İmâm” lâkabıyla bilinen, Ebû Hanîfe (ö. 150/767) künyesiyle meşhur Numân b. Sâbit b. Zevta (Zûta) İslâm hukukunun önemli müctehitlerindendir. Fıkıhta Hanefi mezhebinin imâmıdır.¹²

Ebû Hanîfe, Kûfe'de hicrî 80 (699) yılında doğmuştur. Babası Sâbit Kûfe'de ipek ve yün kumaş ticaretiyle uğraşmıştır. İslâm'ın hâkim olduğu bir ortamda yetişen Numân b. Sâbit küçük yaşta Kur'ân-ı Kerîm'i ezberlediği, kırâat ilmini de yedi kurrâdan biri olarak tanınan İmâm Âsım'dan aldığı rivâyet edilmektedir. Numân gençliğini ticaretle geçirdikten sonra İmâm Şa'bî'nin tavsiye ve desteğiyle ilim tahsiline devam etmiştir. Arapça, edebiyat, sarf, nahiv ve şiir öğrenmiştir.¹³

Yetiştği Kûfe şehri ve bütün Irak bölgesi müslim, gayr-i müslim birçok düşüncenin, itikadî fırkaların bulunduğu, itikatla ilgili ateşli tartışmaların yapıldığı rey ehlinin yerleştiği bir şehirdi. Aynı zamanda buralar birçok fakih, dilci, edip, şair ve filozofun da bulunduğu birer ilim merkeziydi. Dindar bir ailede yetişen, ticaretle

¹¹ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 385.

¹² Uzunpostalcı, Mustafa, “Ebû Hanîfe”, *DİA*, İstanbul 1998, X, 130.

¹³ Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, (trc.: Osman Keskiöğlu), Ankara 2005, s. 23-32.

uğraşan, parlak bir zekaya sahip olan Ebû Hanîfe'ye çevresindeki âlimler yakın ilgi gösterdiler ve onu ilme teşvik ettiler.¹⁴ Ebû Hanîfe, Şa'bî (ö. 103/721)'nin kendisini ilme teşvikini şöyle anlatmaktadır:

Günün birinde Şa'bî'nin yanından geçiyordum. Beni çağırdı ve bana, 'nereye devam ediyorsun?' dedi. Ben de, 'çarşı pazara' dedim. O, 'Maksadım o değil, ulemâdan kimin dersine devam ediyorsun?' dedi. Ben, 'hiçbirinin' diye cevap verince Şa'bî, 'ilmi ve ulemâ ile görüşmeyi sakın ihmal etme. Ben senin uyanık ve aktif bir genç olduğunu görüyorum' dedi. Onun bu sözü benim içimde iyi bir etki yaptı. Ticareti bıraktım, ilim yolunu tuttum. Allah'ın inâyetiyle Şa'bî'nin sözünün bana çok faydası oldu.¹⁵

Kendisinin de belirttiği gibi Şa'bî'nin bu tavsiyesi onun için bir dönüm noktası olmuştur. Bundan sonra ticaret işini ortağı Hafs b. Abdurrahman'a devredecek, ara-sıra dükkânına uğrayacak, asıl işi ilim meclislerine devam etmek olacaktır. O zaman Numan henüz yirmi iki yaşındadır.¹⁶

Ebû Hanîfe'nin yaşadığı yer ve çağda itikadî fırkalar çoğalmış, birçok sapık fırka ortaya çıkmış, Emevi hükümdarlarının Ehl-i Beyt'e zulmü devam etmiştir. Mantiği çok kuvvetli olan Numân b. Sâbit hiçbir fırkaya bağlanmadan ilim tahsilini ilerletmiş ve kelâm ilmine yönelmiştir. Tartışmak (cedel) için sık sık Basra'ya gitmiş, ancak kelâm ve cedelin selefin yoluna aykırı olduğunu görerek fıkha yönelmiştir. Kendisi bunu şöyle anlatmaktadır:

Sahabe ve tâbiûn, bizim erişebileceğimiz şeylerin hiçbiri onlardan kaçmış değildi. Onlar bu hususta daha kuvvetli idiler. Meselelerin hakikatine vakıftılar. Bununla beraber kelam meselelerine dalmadılar. Aralarında sert münakaşa ve mücadele olmadı ve onlar fıkıh meclisleri ile halkı fıkha teşvik ettiler; fetvâ verdiler, birbirinden fetvâ sordular. Bunu anlayınca ben de münakaşa, cedel ve kelâmı bıraktım; selefin yoluna döndüm. Kelâmcıların selefin yolunda olmadığını; cedelcilerin kalpleri

¹⁴ Uzunpostalıcı, "Ebû Hanîfe", *DİA*, X, 130.

¹⁵ Bezzâzî, Hafuziddîn Muhammed b. Şihab el-Hârizmî: *Menâkibu Ebî Hanîfe*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1981, I, 111'den nakleden Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s.37.

¹⁶ Bezzâzî, Hafuziddîn Muhammed b. Şihab el-Hârizmî: *Menâkibu Ebî Hanîfe*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1981, I, 111'den nakleden Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s.37.

katı, ruhları kaba, nasslara muhalefetten çekinmeyen, verâ ve takvâdan uzak kimseler olduklarını gördüm.¹⁷

Ebû Hanîfe'nin Basra, Kûfe ve Irak bölgesinin ileri gelen üstatlarının hadis ve fıkıh meclislerine zaman zaman iştirak etmiş ve yüze yakın tâbiûnla görüşmüştür. Seyahatleri sırasında Atâ b. Ebî Rebâh (ö. 114/732), İkrime (ö. 105/723) ve Nâfi'den hadis dinlemiştir. Tabakat ve menâkıb müelliflerinin büyük çoğunluğu Ebû Hanîfe'yi tebeu't-tâbiûnden sayar. Fakat onun bazı sahabîlerle görüştüğünü ve onlardan hadis rivayet ettiğini ve dolayısıyla tâbiûndan olması gerektiğini ileri sürenler de vardır. Fakat en kuvvetli ihtimal Ebû Hanîfe'nin, Enes b. Malik (ö. 93/712)'i Kûfe'ye geldiğinde görmüş olmasıdır. Bu nedenle Ebû Hanîfe tâbiûnun küçüklerinden, etbâu't-tâbiûnin büyüklerindendir.¹⁸

Ebû Hanîfe'nin gençliğinde çağının bütün düşünce akımlarını izlediği, ihtilafları çok iyi tespit ettiği zikredilmektedir. Fıkıhta karar kılıp selefin yolunu izlemeye başladıktan sonra geleneğe uyarak kendisine bir üstad seçmiştir. On sekiz yıl Irak'ın büyük fakihî Hammâd b. Ebî Süleyman (ö. 120/737)'in derslerine devam etmiştir. Onun vekili olmuş ve on yıllık öğrencilikten sonra kendi kürsüsünü açmak istediye de, altmış kadar fetvasının kırkının Hammâd tarafından tasvip edildiği ve yirmisinin düzeltildiğini görünce bundan vazgeçerek onun ölümüne kadar vekâletinde bulunmuştur. Özellikle o sırada mevcut şu dört fıkıhı öğrendi: İstinbat, Hz. Ömer (ö. 23/644) fıkıhı, Abdullah b. Mes'ud (ö. 32/652) fıkıhı, Abdullah b. Abbâs (ö. 68/687) fıkıhı. Bunlar sırasıyla şu genel fikhî paradigmalara karşılık gelirdi: Birincisi şer'i hakikatleri araştırıp ortaya koymaya, ikincisi maslahata, üçüncüsü tahrice, dördüncüsü Kur'ân ilmine dayanan okuldu.¹⁹

Hocası olan Hammâd b. Ebî Süleyman; İbrahim en-Nehaî (ö. 96/714) ve Şa'bî (ö. 104/722) gibi iki büyük âlimden fıkıh okumuş; Abdullah b. Mes'ud ve Hz. Ali'nin fikhına sahip Kadı Şureyh, Alkame b. Kays (ö. 62/682), Mesrûk b. el-Ecda (ö.

¹⁷ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 34.

¹⁸ Uzunpostalıcı, "Ebû Hanîfe", *DİA*, X, 132.

¹⁹ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 38-39, 90.

63/683)'ın fıkından faydalanmıştır. Ebû Hanîfe'nin fıkında daha ziyade İbrahim en-Nehaî okulunun tesiri görülmektedir.²⁰

Ebû Hanîfe, “istihsân”ı sıklıkla kullanan bir fakihdir. Onun tacir olarak halkın günlük hayatıyla iç içe oluşu ve sık sık ilim merkezlerine seyahat edip birçok âlim ile düşünce alışverişinde bulunması, bu alanda saygınlığına sebep olmuştur. Hac seyahatlerinde tâbiûn âlimlerinin ileri gelenleriyle görüşmüş, ilmî sohbetlerde bulunmuş, onlardan hadis dinlemiştir. Kendisi şöyle der: “Hz. Ömer'in fıkını, Hz. Ali (ö. 40/641)'nin fıkını, Abdullah b. Mes'ud'un ve Abdullah İbn Abbâs'ın fıkını onların ashâbından aldım.”²¹

Ebû Hanîfe takva ve vakar sahibi, tefekkürü çok, konuşması az, dünya ehlinde uzak duran, faydasız ve boş sözlerden hoşlanmayan, sorulara az ve öz cevap veren, cömert, cesur, mütevazı ve çok zeki bir müçtehitir. Fıkı sistematiğe hale getirip bütün dünyevî meselelerin leh ve aleyhteki biçimlerini ortaya koyarak ve sağlam bir akîde esasî çıkararak, doktrinini meydana getirmiştir.²² Ebû Hanîfe'nin binlerce talebesi olmuş, bunların kırk kadarı müçtehit mertebesine ulaşmıştır. Müçtehit öğrencilerinden en meşhurları Ebû Yusuf (ö. 182/798), Muhammed b. Hasan es-Şeybânî (ö. 189/805), Yahya b. Zekeriyya (ö. 183/799), Esed b. Amr (ö. 190/806), Hasan b. Ziyâd (ö. 204/819), Kasım b. Maan (ö. 175/791), Ebû Mutî' el-Belhî (ö. 199/814.), Hibban b. Ali (ö. 171/787)'dir.²³

Ebû Hanîfe'nin fıkı, talebelerine verdiği dersler ile ondan fetvâ istemeye gelen halk için verdiği fetvalardan meydana gelmiştir. Ders verme usûlü şöyledir: Bir mesele ortaya atılır; bu mesele, talebeleri tarafından tartışılır ve herkes görüşünü söyler; en son olarak İmâm delil ve istinbat ile bir karara ulaşılmasını sağlar ve kararı delillerden ayırarak veciz cümleler halinde yazdırırdı. Bu sözleri en yakın müçtehit talebeleri

²⁰ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 91, 225.

²¹ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 39.

²² Uzunpostalcı, “Ebû Hanîfe”, *DİA*, X, 133.

²³ Demir, İsmet, *İmâm-ı A'zam Ebû Hanîfe*, İstanbul 2005, s. 323-340; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 77.

tarafından sonradan mezhebin fıkıh kaideleri haline getirilirdi. Onun ilim meclisi bir istişâre, bir diyalog yani karşılıklı fikir teati merkezi, bir hür düşünce okulu idi. Ebû Hanîfe'nin halkın sevgi ve saygısını kazanmasında; fetvâlarının her yerde haklı olarak tutulmasında; geniş ilmi, ihtilaflardan arındırıp halka selefin yaptığı gibi bilgi aktarması, fitnelere bulaşmaması ve takvası etkili olmuştur. Onun talebelerine verdiği öğütlerde, ilimde hür düşünce ve araştırmanın yollarının tutulması, câhil ve mutaassıplardan uzak durulması gibi önemli kayıtlar vardır: “Halka yaklaş, fâsıklardan uzaklaş. İnsanlığında kusur etme, kimseyi küçük görme. Bir meselede görüşünü sorana bilinen görüşü tekrarla ve sonra o meselede şu veya bu şekilde başka görüşler de bulunduğunu zikret. Halka yumuşak davran, bıkkınlık gösterme, onlardan biriymişsin gibi davran.” Ebû Hanîfe kimseye, “Benim görüşüm en doğrudur.” dememiş; hatta kendisinin de bir görüşü olduğunu ama daha iyi bir görüş getirene uyacağını söylemiştir. Yine o, talebelerine kendisinden her işittiğini yazmamalarını, çünkü yarın görüşünü değiştirebileceğini ifade ederdi.²⁴

Aktif bir şekilde olmasa da döneminin siyasî hareketlerine uzak kalmamış, hayatının bir bölümü Emevîlerin, bir bölümü Abbâsilerin hâkimiyetinde geçmiştir. Her iki dönemde de siyasal iktidara muhalefet etmiştir.²⁵ Onun siyasetini Ehl-i Beyt taraftarlığı belirliyordu. Ehl-i Beyt'e büyük muhabbeti vardı. Abbâsîler iktidara geldiklerinde Ehl-i Beyt'i gözetceklerini söylemişlerdi. Ancak iktidara geldikten bir süre sonra Ehl-i Beyt'e zulmetmeye devam ettiklerini görünce, onlara da karşı çıkmıştır. *Derslerinde fırsat buldukça iktidarı tenkit etmiştir.* Her iki siyasal iktidar devrinde de kendisinden şüphelenilmiş, onu kendi taraflarına çekmek, halk nezdindeki itibarından yararlanmak için kendisine kadılık görevini teklif etmişlerse de o, her iki dönemde de teklifleri reddetmiş ve bu sebepten işkenceye uğramış, hapsedilmiştir. Ebû Hanîfe açıkca halkı Ehl-i Beyt'e yardıma çağırdığı için hapsedilmiş ve her gün kırbaçlatılmıştır. Bunun sonucunda yetmiş yaşında vefat etmiştir. Zehirletildiği de rivâyet edilmektedir.

²⁴ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 101-103.

²⁵ Mustafa, Nevin Abdulhâlık, *İslâm Siyâsî Düşüncesinde Muhâlefet*, (trc: Vecdi Akyüz), İz yay., İstanbul 1990, s. 289-291.

Bağdat'ta, Hayruzan mezarlığına defnedilmiştir, cenazesinde binlerce insan hazır bulunmuştur.²⁶

Ölümünden sonra ders halkasını Ebû Yusuf sürdürmüştür. Vefâtından sonra fetvâları yazılıp, doktrini sistemleştirilmiştir. Hanefîlik, kanun ve asıllarıyla İslâm dünyasının dört bucağına yayılmıştır. Mezhebi sistematik hale getiren, İmâm Muhammed eş-Şeybânî'dir. *el-Asl*, *el-Câmiü's-Sağîr*, *el-Câmi'ü'l-Kebîr*, *ez-Ziyâdât*, *es-Siyerü'l-Kebîr* ve *es-Siyerü's-Sağîr*'i yazan odur. Bu kitaplar güvenilir rivâyetler olarak zikredilerek *Zâhirü'r-Rivâye* veya *Mesâilü'l-Usûl* adıyla mezhebin ana kaynakları sayılmıştır. Talebelerinin topladığı *el-Fıkhu'l-Ekber* de genel olarak Ebû Hanîfe'nin kabul edilir. Ehl-i sünnet akidesinin temel kitaplarından sayılır. Ayrıca *el-Fıkhu'l-Ebsât*, *Kitâbü'l-Âlim* ve *l-Müteallim*, *Kitâbü'r-Risâle*, *el-Vasiyye*, *el-Kasîdetü'n-Numâniye*, *Mârifetü'l-Mezâhib* adlı eserler de Ebû Hanîfe'den rivâyet edilmiştir. Birde Ebû Hanîfe'nin hadis rivayetlerinin bulunduğu *müsnedü'l-imâm Ebû Hanîfe* adlı eser vardır. Bunların yanı sıra kaynak ve araştırmalarda nüshaları bulunamayan başka eserlerden de söz edilmektedir.²⁷

Ebû Hanîfe içtihatlarını değerlendirirken kendisi şöyle demiştir: “Bu bizim reyimizle vardığımız bir sonuçtur. Kimseyi reyimize zorlamaz, kimseye 'bunu kabul etmeniz gerekir' demeyiz. Bizim gücümüz buna yetiyor, bize göre en iyisi budur. Bundan daha iyisini bulan olursa buyursun getirsin onu kabul ederiz.” Kendisine tâbi olacak kimselere de şu tavsiye ve ikazda bulunmuştur: “Nereden söylediğimizi (verdiğimiz hükmün delil ve kaynağını) tetkik edip bilmeden bizim reyimizle fetvâ vermek hiçbir kimse için helâl olmaz.”²⁸

Günümüze kadar varlığını sürdüren Ehl-i Sünnet mezheplerinden dördü arasında ilk tedvin edilen mezhep Hanefî mezhebi olmuştur. Irak'ta doğan bu mezhep hemen hemen bütün İslâm dünyasında yayılmıştır. Abbâsiler döneminde kadıların çoğu Hanefî

²⁶ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 44, 68-69.

²⁷ Uzunpostalcı, “Ebû Hanîfe”, *DİA*, X, 133; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 224, 452.

²⁸ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 80-83.

idi. Selçukluların, Harzemşahların mezhebi de Hanefilikti. Osmanlı döneminde de resmi mezhep Hanefilik olmuştur.²⁹

Ebû Hanîfe yetmiş yıllık ömrünü fetvâ vermek, ders halkasında talebe yetiştirmek, ilmî seyahatlerde bulunmak ve ibâdet etmekle geçiren, İslâm âleminin yetiştirdiği büyük müçtehitlerden biridir.

Ebû Hanîfe'nin usûlüne gelince; kendisi usûlünü şöyle açıklamıştır: “Rasûlullah (sas)'den gelen baş üstüne; sahabeden gelenleri seçer, birini tercih ederiz; fakat toptan terk etmeyiz. Bunlardan başkalarına ait olan hüküm ve içtihatlarla gelince, biz de onlar gibi ilim adamlarıyız.”³⁰

“Allah'ın Kitap'ındakini alır kabul ederim. Onda bulamazsam Rasûlullah'ın güvenilir, âlimlerce mâlum ve meşhur sünnetiyle amel ederim. Onda da bulamazsam ashâbından dilediğim kimsenin re'yini alırım... Fakat iş İbrâhim, Şâ'bi, el-Hasen, Atâ... gibi zevâta gelince ben de onlar gibi içtihat ederim.”³¹

Ebû Hanîfe'nin hafızasındaki hadis sayısı, meşhur muhaddislerinki kadar değildi; ama “İçtihat şûrâsı”nda bu konuda kendisine yardımcı olan hadis hâfızları vardı. İçtihadında, bizzat üstadlarından öğrendiği dört bin kadar hadis kullanmıştır. Bazı hadisleri Hz. Peygamber'e ait oluşunda şüphe bulunduğu, başka bir deyişle hadisin sıhhatini tespit için ileri sürdüğü şartlara uymadığı için reddetmiştir. Yoksa Ebû Hanîfe, değil sahih hadisleri reddetmek, mürsel ve zayıf hadisleri dahi kıyasa tercih ederek tatbik eylemiştir.³²

Sahabe kavillerine gelince; Ebû Hanîfe, “Allah'ın Kitabında ve Resulünün Sünnetinde bulamazsam ashâbın kavlinden alırım. Onlardan dilediğimin kavlini alır, dilediğimi bırakırım. Onların sözü yerine başkalarının sözünü almam. İbrahim Nehâî (ö. 96/714)'ye, Şa'bî (ö. 104/722)'ye, İbn Sîrin (ö. 110/729)'e, Hasan Basri (ö. 110/728)'ye,

²⁹ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 481.

³⁰ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 288.

³¹ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 264.

³² Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 286-300.

Atâ'ya ... gelince onlar içtihat yapmış kimselerdir. Onlar nasıl içtihat ettilerse ben de içtihat ederim.”

Bu söz açıkça gösteriyor ki, Ebû Hanîfe “Sahabe kavlini” delil olarak almakta, onlara uymayı vâcib saymaktadır. Sahabeden re'y olarak naklolunan bir mevzuda içtihat etmesi gerektiğinde, ashabın re'ylerinin içinden birini seçmekte, onların re'ylerinin dışına çıkmamakta, başkalarının re'yelerine bakmamaktadır. Ashabdan naklolunmuş bir re'y yoksa o zaman içtihat etmekte, tabîîlerin re'yine tâbi olmamaktadır. O tabiûn mukallidi değildir. Fakat sahabeyi taklit etmiştir.³³

Ebû Hanîfe, icmayı da bir delil saymış ve içtihadını gerektiği yerlerde onun üzerine bina etmiştir. Sehl b. Müzâhim onun hakkında şöyle demektedir: “Ebû Hanîfe'nin mesleği mevsuk olanların rivâyetlerini almak, çirkinden kaçmak, halkın muamelâtına bakmak, istikamet üzere yürüdükleri ve işlerinde salâh üzere birleştikleri şeyleri kabul etmektir.”³⁴

Kıyasa gelince; kıyas, sahabeden beri tatbik edilmiş ve diğer imâmlar da az veya çok miktarda bu metodu kullanmışlardır. Ebû Hanîfe: 1-Kıyası kâideleştirmiş, 2- Sık kullanmış, 3- Henüz vuku bulmamış hâdiselere de tatbik etmiştir.³⁵

Ebû Hanîfe, meseleleri olmuş gibi farz ederek takdîr fıkıh hükümleri ortaya koymuş, örfü ve istihsânı sık sık kullanmış, ticârî akitlerdeki içtihatlarında ilk defa ortaya hükümler çıkarmıştır. Onun en önemli özelliklerinden birisi, şahsî hak ve hürriyetleri savunmasıdır. Âkil bir insanın şahsî tasarruflarına hiç kimsenin müdâhale edemeyeceğini savunarak fıkıhta büyük bir reform yapmıştır. Âkile ve bâliğe bir kızın veya kadının evlenme hususunda velâyetinin kendisine ait olduğunu savunurken babası dahi olsa, hiç kimsenin şahsî velâyet hakkına müdâhalede bulunamayacağını söylemiştir.

³³ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 322.

³⁴ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 329.

³⁵ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 342.

Genç erkeğin nasıl hür velâyeti varsa, genç kızın da olması gerektiğini, maslahat dışında bu mutlaka şart olduğunu hükme bağlamıştır.³⁶

³⁶ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 377, 409.

BİRİNCİ BÖLÜM

HİRSİZLİK SUÇU VE CEZASININ İSLÂM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

1.1. SUÇ

1.1.1. SUÇUN TANIMI

İslâm ceza hukukunda suça, “cerime” veya “cürm” denilmektedir. Cerimenin eş anlamlısı olarak bazen “cinâyet” kelimesi de kullanılmaktadır.³⁷ Cinâyet kişinin işlediği veya kazandığı kötülükler anlamına gelir. Fakat daha çok yasaklarla ilgili olup diğer fiilleri ihtiva etmez. İslâm hukuku terminolojisine göre cinâyet şeriat tarafından yasaklanmış olan bir işi işlemektir.³⁸

Suç, Allah’ın hadd veya tazir cezasıyla yasakladığı fiillerdir³⁹. Suçlar ya yasak bir fiili yapmak ya da yapılması emredilen bir fiili terk etmekle gerçekleşir. Bir başka ifadeyle, İslâm hukukunun yasakladığı, hakkında ceza koyduğu müspet veya menfi fiil ya da hareketlerdir⁴⁰.

³⁷ İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisanü’l-Arab*, Darü’s-Sadir, Beyrut 1990, XII, 91.

³⁸ Şekerci, Osman, *İslâm Ceza Hukukunda Tazir Cezası ve Suçları*, Yeni Ufuk Neşriyat, İstanbul 1996, s. 13.

³⁹ Maverdî, Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-Basrî *el-Ahkâmü’s-Sultaniye*, (trc.: Ali Şafak), Bedir Yayınları, İstanbul 1976. s. 192.

⁴⁰ Udeh, Abdulkadir, *Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk*, (Trc. : Ruhi Özcan-Ali Şafak), Rehber Yayıncılık, Ankara 1990, I, 69.

1.1.2. SUÇUN UMUMİ UNSURLARI

İslâm ceza hukukunda bütün suçlara şamil unsurlar vardır. Her suçta bu sayacağımız unsurların bulunması gerekir. Bu unsurlar şöyledir;

a. Suçun Kanunilik Unsuru

Bir fiilin suç sayılabilmesi için bu fiili yasaklayan veya işlenmesinde ceza veren bir “hükmün varlığı” gereklidir. Bu hükmün de İslâm’ın teşrii kaynakları olan Kur’ân, Sünnet, icma, kıyasta yer alması gerekir. İşte buna bugün suçun kanunilik unsuru diyoruz⁴¹. Yani “Kanunsuz suç olmaz” kaidesini ifade etmektedir. Mesela, başkasına ait kıymetli bir malı, muhafaza altından, gizlice almak suç sayılmış ve bu suça bir ceza verilmiştir. Bu fiilin suç sayılması ve öngörülen ceza da âyet ve hadislerle kanunilik kazanmıştır.

b. Suçun Maddi Unsuru

Bir yasağın yapılması veya bir emrin terk edilmesi şeklinde, suç teşkil eden bir fiil yapmaktır. Yani sözle veyahut fiille tezahür eden bir hareket olmadıkça suç doğmaz.⁴²

Bir suçun fiil olarak ortaya çıkabilmesi için belirli safhaları vardır. Fiil hareketle yani suça teşebbüsle suçun neticesini içine alır. Hareketle netice arasında bir illiyet rabıtası da bulunmalıdır. Bu nedenle suçun birbiriyle bağlantılı iki safhası vardır.

Birincisi, düşünme ve azmetme safhası veya suça hazırlık teşkil eden hareketlerin bulunduğu safhadır. Bu safhada o kimseye hiçbir ceza uygulanmaz. Mesela, bir kimse içki içmek için evine şarap fıçısı tedarik etse, içtiği görülmeden yakalansa, ona içki içme cezası verilmez. Buna itiraz edenlere Ebû Hanîfe, “Dediğiniz gibi olacak olursa o adamı ilk önce recm etmeniz gerekir. Zira onda zina aleti hazır duruyor.” karşılığını vermiştir.

⁴¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 111.

⁴² Akşit, Mustafa Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Gaye Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 56.

Bununla suça hazırlığın cezalandırılmayacağını belirtmiştir.⁴³ Yine hırsızlık yapmaya niyetlenen bir kimse o malı almadıkça hırsızlık suçu oluşmaz.⁴⁴

İkinci olarak, icra safhası, bu safhada artık suçlunun fiilleri suç sayılmaya başlar. Eğer suçlu bu merhalede yakalanırsa işlemek istediği suçun cezası değil, tazir cezası uygulanır.⁴⁵ Mesela bir kimse birinin evine girse evdeki eşyayı toplasa, dışarı çıkacağı sırada, çıkarmadan yakalansa hadd cezası uygulanmaz.⁴⁶ Ancak mekân masuniyetini ihlal ettiği için tazir olunur.

c. Suçun Manevi Unsuru

Suçlunun suçtan sorumlu olmasıdır. Sorumluluk için kişinin sağ ve mükellef olması yeterlidir. Bu sebeple akıl-baliğ oluncaya kadar çocuklar herhangi bir suçtan sorumlu tutulmazlar. Rüştlerine erince artık sorumluluk terettüp eder.⁴⁷

Hadis-i şerifte “Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır: akıl baliğ oluncaya kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan, kendine gelinceye kadar deliden,”⁴⁸ buyrulmuştur.

Suç işlemeye zorlanan ve anlama kudreti olmayan da sorumlu tutulmaz. Hadiste şöyle buyrulur: “Ümmetimden hata, unutmaya ve istemedikleri halde zorlanarak yaptıkları şeylerden ötürü doğacak sorumluluklar kaldırılmıştır.”⁴⁹

İnsan sadece kendi suçundan sorumludur. İlgisi ne olursa olsun başka kimsenin işlediği suçtan sorumlu tutulmamaktadır. Allah (cc) : “Hiç bir günahkâr diğerinin günah yükünü çekmez. Gerçekten insan için kendi çalıştığından başkası yoktur.”⁵⁰ buyurur.

⁴³ Serahsî, Muhammed b. Ahmet, *el-Mebsût*, Mısır 1324, XXIV, 37.

⁴⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 195.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bak. Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 311-315.

⁴⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 147.

⁴⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 14.

⁴⁸ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahîh*, Hudûd, 22, İstanbul 1981; Ebû Dâvud, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, *es-Sünen*, Hudûd, 17, İstanbul 1992.

⁴⁹ İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *es-Sünen*, Talak, 16, İstanbul, 1981.

d. Hukuka Aykırılık Unsuru

Fiilin işlenmesi şer'an caiz olmamalıdır. Fiil, kanunî tarife uygun olsa bile hukuka aykırı değilse suç teşekkül etmez. Hukuka aykırılığı kaldıran bazı sebepler vardır, bunlara hukuka uygunluk sebepleri denir.⁵¹

Hukuka uygun fiillerden doğan zararlarla kişiler suçlanamaz. Aşağıdaki sebeplerle oluşan zararlar suç sayılmaz, bunlar şunlardır:

ca) Hakkın icrası: Doktorların tıbbi müdahalesi sonucu, uzuv kesme veya ölüm gerçekleşse, ilmi usullere uyulmuşsa suç yoktur⁵².

cb) Mağdurun rızası: Hırsızlık suçunda mağdurun rızası suçu kaldırır, el kesmeye hükmedilemez⁵³.

cc) Vazifenin ifası: Hırsızın elini kesen hâkim suç işlemiş olmaz, hatta hırsız bu sebeple ölse bile⁵⁴.

cd) Meşru müdafaa: Hayata, mala, ırz ve namusa yapılan haksız tecavüzlere karşı savunma meşrudur⁵⁵.

ce) Ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalan bir kimse, başkasının malını gasp edip yiyebilir, günahı yoktur⁵⁶.

⁵⁰ Necm Suresi, 53/38-39.

⁵¹ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 58.

⁵² Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi'ş-Şerâi*, Zekerîya Ali Yusuf Neşri, Mısır 1327, VII, 305.

⁵³ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 186.

⁵⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 64.

⁵⁵ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 60.

⁵⁶ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 61

1.1.3. SUÇUN TAKSİMİ

İslâm ceza hukukunda suçları; cezanın ağırlığı, kasıt bulunup-bulunmaması yönünden, vukua geliş zamanı ve işleniş metodu yönünden aşağıdaki gibi taksim etmek mümkündür:

Cezasının ağırlığına göre suçlar: 1- Hadd Suçları, 2- Kısâs ve Diyet Suçları, 3- Tazir Suçları.

Kasıt yönünden suçlar: 1- Kasıtlı Suçlar, 2- Kasıtsız Suçlar

Vukua geliş zamanına göre suçlar: 1- Meşhud Suçlar, 2- Gayr-ı Meşhud Suçlar

İşleniş metodu yönünden suçlar: 1- Müspet Hareketli Suçlar, 2-Menfi Hareketli Suçlar, 3- Basit Suçlar, 4- İtiyadı (sürüp giden) Suçlar

Özel mahiyetleri açısından suçlar: 1- Toplum Aleyhine İşlenen Suçlar (siyasi), 2- Şahıslar aleyhine İşlenen Suçlar (âdî).⁵⁷

Biz burada, ceza hukukundaki tasnifleri kısaca belirttikten sonra, İslâm hukukunda en genel ve en önemli tasnif olan birinci tasnif; yani cezanın ağırlığına göre suçların tasnifi konusunu ele alacağız.

1.1.3.1. HADD CEZASI GEREKTİREN SUÇLAR

Hadd cezasını gerektiren suçlar, had cezalarıyla cezalandırılan suçlardır. Hadd lügatte, men eden, bir şeyi diğerinden ayıran sınır, engel anlamına gelir⁵⁸. İnsanları, ilgili cezalara taalluk eden suçlardan men ettiği için, hadd ismi verilmiştir. İslâm Hukukunda ise, Allah'ın hakkı olarak tespit edilmiş ve yerine getirilmesi vacib olan bir cezadır. “Tespit edilmiş”ten maksat, cezanın sınırlarının tamamen belirtilmiş olmasıdır. Yani

⁵⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 79.

⁵⁸ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arab*, III, 143; Bilmen, Ömer Nasûhi, *Hukuku İslâmiyye ve İstılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, Bilmen Yayınları, İstanbul 1989, III, 14.

miktarı belli cezadır. “Allah hakkı” oluşundan maksat ise ne kişiler, ne de toplum tarafından düşürülmesinin, affının ve azaltılmasının mümkün olduğu bir hak demektir.⁵⁹ İslâm hukukunda, kamu yarar ve çıkarını ilgilendiren her cezada Allah hakkı söz konusudur. Kamu yararının sağlanması ancak insanların yapmak istedikleri kötülüklerden onları uzaklaştırmak ve insanların can, mal ve ırzlarını korumakla sağlanır. Bireye karşı işlenen her suçun zararı toplumdur. Çünkü birey toplumun bir parçasıdır. Şu halde suçluya verilen cezada sağlanan yarar yine topluma döner. İşlenen suça verilen ceza, toplumda huzuru sağlamak ve kötülükleri engellemek bakımından etkin bir sonuç meydana getirdiğinden bu şekildeki bir cezaya “Allah hakkı” denilmiştir.⁶⁰

Hadd cezasını gerektiren suçlar şunlardır:

Zina Suçu

Zina suçu, aralarında nikâh akdi bulunmayan bir erkekle kadının cinsi ilişkide bulunmasıdır.⁶¹ Erkeğin zinası, akit, evlilik şüphesi ve mülkiyet gibi bir bağ bulunmadan hayatta olan bir kadın ile önden cinsi münasebette bulunmaktır. Kadının zinası ise bu fiile rızasıyla imkân vermesidir.⁶²

İslâm hukukunda zina suçu, şahsın iffet ve namusuna yönelik suçlardan biri olarak kabul edilmiş, caydırıcı ve önleyici bir tedbir olarak da hadd cezasıyla cezalandırılmıştır. Bu suçu işleyen kimselerin evli veya bekâr olması suçu

⁵⁹ Merğînânî, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr b. Abdi'l-Celîl, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Dâru's-Selam, Kahire 2000, II, 94; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 33; Ebu Zehra, Muhammed, *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fî Fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1976, s. 54; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 81.

⁶⁰ Şekerci, Osman, *İslâm Ceza Hukukunda Tazir Cezası ve Suçları*, Yeni Ufuk Neşriyat, İstanbul 1996, s. 16.

⁶¹ Mevsilî, Abudllah b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, Dâru'l-Hayr, Dımaşk 1998, IV, 79.

⁶² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 33.

düşürmemektedir. Sadece suçun cezasının şeklini değiştirmektedir.⁶³ Zina suçu hakkında Allah (cc) şöyle buyurmaktadır:

“Zinaya yaklaşmayınız.”⁶⁴

“Zina eden kadın ve zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurunuz.”⁶⁵

Hız. Peygamber de konuyla ilgili şöyle buyurmuştur:

“Allah doğrusu onlar için bir yol koymuştur; bekârın bakireyle zinası yüz değnek ve bir yıl sürgündür. Evlinin evli ile zinası ise yüz değnek ve taşla recimdir.”⁶⁶

Bu hükümler, zina suçunu kesin olarak yasaklamakta ve zina suçunu işleyenlere sürgün, sopa ve recm cezası verilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Zina suçunu işleyenlere bu ağır ve bedensel cezaların uygulanabilmesi için suçun bütün unsurlarının teşekkül etmesi ve bununla birlikte suça dört şahit tarafından şahitlik edilmesi zorunlu görülmüştür. Şahitlerin bulunmaması durumunda zina suçunu işleyenlerin bu fiili bizzat işlediklerini dört defa ikrar etmeleri ve ceza infaz edilinceye kadar bu ikrarlarında sebat etmeleri gerekir.⁶⁷

Sonuç olarak, zina suçu üç şekilde sabit olur: Birincisi, tam ehliyetli, müslüman, erkek ve adil dört şahidin bizzat gördüklerini beyan etmeleridir ki bu çok zor bir yoldur. Şahitlerin şahitliklerinin kabul edilebilmesi için ayrıca suçun üzerinden uzun zaman geçmiş olmamalıdır. İkincisi, zina edenin dört defa suçu ikrar etmesiyledir. Üçüncüsü de karineyledir. Evli olmayan bir kadının gebe kalması karine olarak değerlendirilebilir.⁶⁸

Zina İftirası (Kazf) Suçu

⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, VIII, 94; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 33-34.

⁶⁴ İsra Suresi, 1 VII, 32.

⁶⁵ Nur Suresi, 24/2.

⁶⁶ Müslim b. El-Haccâc, Ebû'l-Hüseyin el-Kuşeyrî, *Sahîhu Müslim*, Hudûd, 12-16, İstanbul 1981.

⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 61.

⁶⁸ Halebî, Muhammed b. İbrahim, *Mülteka'l-Ebhâr*, Beyrut 1989, I, 334.

İnsanın yaşamını emniyet içinde onurlu bir şekilde sürdürebilmesi için vazgeçilmez kabul edilen temel hakları vardır. Din, can, akıl, namus ve mal güvenliği bu hakların en önde gelenleridir. İslâm hukuk doktrinde bu hak, *zaruriyyat*, yani dinin koruyup gözetdiği vazgeçilmez temel değerler, şeklinde nitelenmiştir. Bu haklar dokunulmazdır.⁶⁹

İşte bu haklardan olan namusun korunmasına İslâm büyük önem vermiş, ona yapılan saldırılar suç saymış ve bu suça karşı maddi ve manevi müeyyideler ön görmüştür. Bu müeyyidelerin başında kazf cezası gelmektedir.

Kazf, kelime olarak taş vb. şeyleri atmak fırlatmak manasına gelmektedir.⁷⁰ Istilah olarak, bir kimseyi ayıplama, tahkir etme ve sövme amacıyla zina isnat etmek manasında kullanılır. Kazf suçunu daha genel bir şekilde, cezâ ehliyetine sahip bir şahsın, iffetli bir kimseye, iffetini zedeleyecek veya onun nesebini reddedecek nitelikte sözlü olarak zina ya da zinaya delâlet edecek kelimeleri isnat etmesi şeklinde tanımlanır.⁷¹

Zina iftirasında bulunan kimseye “kâzif”, kendisine zina isnat edilen kişi yani mağdura “makzûf”, zina isnadı için kullanılan kelimeler için de “makzûfun bih” kavramları kullanılmaktadır.⁷² Kazf suçunun haramlığı Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir.

Bu hususla ilgili âyetler şunlardır: “Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlerden her birine seksen sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkârdırlar. Ancak bundan sonra tövbe edip ıslah olanlar müstesnadır. Çünkü Allah çok bağışlayıcı ve merhametlidir.”⁷³

⁶⁹ İbn Âşûr, Tahir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (trc.: Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan), İstanbul 1988, s. 151; Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1987, s. 82.

⁷⁰ İbn Manzûr, *Lisanü'l-Arab*, IX, 227.

⁷¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 93.

⁷² Bilmen, *Kâmus*, III, 229.

⁷³ Nur Suresi, 24/4-5.

“İffetli, habersiz, mü'min kadınlara zina isnat edenler dünya ve ahirette lanetlenmiştir. Kendi dilleri, ayakları ve elleri, yapmış olduklarına şahitlik ettikleri gün, onlar büyük bir azaba uğrayacaklardır.”⁷⁴

Hız. Peygamber (sas) de kazf suçunu kaçınılması gereken yedi büyük günahdan biri olarak zikretmiştir.⁷⁵

Kazf suçunun haddi gerektirmesi için bir takım şartlar vardır. Bunlar; ithamın zina veya nesep ile ilgili olması, iftira eden kişinin akıl- baliğ olması, bu fiili kasıtlı olarak yapması, iftiraya uğrayan kadının muhsan (aklı başında, ergen, hür, müslüman ve namuslu) olması ve ithamın (dört şahitle) ispat edilememesidir.⁷⁶

Şarap (Hamr) İçmek ve Sarhoşluk

Şarap içen veya diğer sarhoşluk veren içkileri içip sarhoş olan kişinin bu fiilinin suç olduğu nasslarla sabittir.

Şarapla ilgili olarak âyette: “Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar (putlar) ve fal okları şeytan işi birer pisliktir. Bunlardan kaçının ki, kurtuluşa eresiniz. Şeytan, içki ve kumarla sadece aranızda düşmanlık ve kin sokmak ve sizi Allah'ı anmaktan ve namazı kılmaktan alıkoymak ister. Artık vazgeçiyorsunuz değil mi?”⁷⁷ buyrulmuştur.

Hız. Peygamber'in de bu konuda bize ulaşan birçok kavli vardır. Bunlardan birinde şöyle buyrulmaktadır: “Her sarhoşluk veren şey şaraptır ve her sarhoşluk veren şey haramdır. Bir kimse şarabı dünyada içer de ona devam üzere iken tövbe etmeden ölürse âhirette kevser şarabını içemez.”⁷⁸

İslâm, içkinin içilmesini yasakladığı gibi, müslümanlar arasında ticaretini de yasaklamıştır. Hadis-i Şerifte, Hız. Peygamber şarap konusunda on kişiyi lanetlemiştir:

⁷⁴ Nur Suresi, 24/23-24.

⁷⁵ Buhârî, Hudûd, 44; Müslim, İman, 144.

⁷⁶ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2003, I, 183-184.

⁷⁷ Maide Suresi, 5/90-91.

⁷⁸ Müslim, Eşribe, 73; Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylû'l-Evtâr*, Kahire 1961, VIII, 175.

“Sıkan, kendisi için sıkılan, içen, taşıyan, kendisi için taşınan, içiren, satan, parasını yiyen, satın alan ve kendisi için satın alınan.”⁷⁹

Arapça’da hamr kelimesi aslında üzüm ve hurma suyundan yapılan şarap için kullanılmaktadır. İslâm hukukçuları bunların dışında kalan fakat azı veya çoğu içildiği zaman sarhoş eden içki ve şerbetlerin de hamra dahil olup olmayacağı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefilerin içinde bulunduğu bir guruba göre bu ikinci nevi içkilere ancak mecâzen hamr denilebilir. Nehaî, Servî, İbn Ebû Leylâ, İbn Şüreyym ve Ebû Hanîfe gibi Irak mektebi mensupları “Hamr dışındaki içkilerin kendilerinin değil, sarhoşluk veren miktarı haramdır.” demişlerdir.⁸⁰ Başta Hicaz mektebi mensupları olmak üzere müçtehitlerin çoğu da “Her sarhoşluk veren içki hamrdır ve azı olsun, çoğu olsun haramdır.” görüşünü benimsemişlerdir.⁸¹

Bu mevzudaki ihtilaftan çıkan netice şudur: Hamrın azını veya çoğunu içmek ittifakla haramdır. Bunun dışında kalan içkilerin sarhoşluk verecek miktarını içmek yine ittifakla haramdır. Sonuç olarak, şarap içen veya diğer sarhoşluk veren içkileri içip sarhoş olan kişinin hareketinin suç olduğu nasslarla sabittir.⁸²

Suçun hadd cezasını gerektirmesi için; suçlunun hür, müslüman, mükellef, özürsüz ve muhtar olması gerekir. Bir kimsenin sarhoş sayılabilmesi için de sarhoşluğunun dili dolaşacak ve kadınla erkeği birbirinden ayıramayacak derecede olması lazımdır. Fakat bir kimse şarap içmişse onda sarhoşluk şartı aranmaz.⁸³ Şarap içmenin ve sarhoş olmanın cezası Kur’ân’da yer almaz. Sonradan icma ile kabul edilmiştir. O da seksen sopadır.⁸⁴

⁷⁹ Tirmîzî, Muhammed b. İsa b. Serve, *Sünenü’t-Tirmîzî*, Büyû‘, 59, İstanbul 1981; İbn Mâce, *Eşribe*, 6.

⁸⁰ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 185.

⁸¹ İbn Rüşd, Ebû’l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, İstanbul-1985, I, 382.

⁸² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 186.

⁸³ Halebî, *Multeka’l-Ebhûr*, I, 340.

⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 30.

Şarap dışında şarap etkisi gösteren ve günümüzde çok yaygın olan diğer uyuşturucu maddelere gelince, Hz. Ömer (ra) içkiyle ilgili olarak “aklı perdeleyen her şey içkidir” demiştir. Buna göre insana aklını kaybettiren ve onun iyi ile kötüyü, hayırla şerri ayıramaz duruma gelmesine sebep olan her şey içki sayılır. Sıvı veya katı olması sonucu değiştirmez. Afyon, eroin ve benzeri bütün uyuşturucular aynı niteliktedir. Çünkü bunları kullanan kişilerde aklın fonksiyonları değişir; uzağı yakın, yakını uzak görür; olağan şeylerden ayrılarak, olmayan ve olmayacak şeyleri hayal etmeye ve rüyalar denizinde yüzmeye başlar. Bazı uyuşturucular da vücûdu durgunlaştırır, sinirleri uyuşturur, ruhsal çöküntülere yol açar, ahlakı yozlaştırır, iradeyi zayıflatır ve ferdi, topluma faydasız hâle getirir. İşte İslâm dini, fert ve toplum için faydalı olan şeyleri emrederken, zararlı olanları da yasaklamıştır. İslâm’ın yasakları tıp tarafından incelendiğinde, bunların fert ve toplum yararına olduğu açıkça görülür.⁸⁵

Hırsızlık Suçu

Hırsızlık, kelime olarak başkasının malını gizlice almak manasında olup, istilâhî olarak, akli başında ve buluğa ermiş bir kimsenin, başkasına ait, hemen bozulmayan, muayyen miktarda bir malı, gizlice, muhafaza altındaki yerden, her hangi bir şüphe bulunmadan almasıdır.⁸⁶

Tarife göre hadd cezasını gerektiren hırsızlık suçunun teşekkülü için şunların olması şarttır:

- a. Hırsız âkıl-bâliğ olacak.
- b. Çalınan mal başkasına ait bir mal olacak.
- c. Et, meyve ve sebze gibi çabuk bozulabilen mallardan olmayacak.
- d. Mal muayyen bir miktara ulaşmış olacak

⁸⁵ Kardâvî, Yusuf, *İslâm’da Helâl ve Haramlar*, (trc.: Mustafa Varlı), Ankara 1970, s. 50-53, 75-88).

⁸⁶ İbn Abidin, Muhammed Emin, *Reddu’l-Muhtâr*, Kahire 1307, III, 270; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 102; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 179.

e. Muhafaza altından alınmış olacak.

Bu şartların bulunması cumhurun (çoğunluğun) görüşüdür. Ancak bazı fakihler miktar, bazıları da muhafaza altından alınma şartını kabul etmemişlerdir.⁸⁷

Hırsızlık suçu ve bu suça uygulanacak ceza hususunda Kitap, Sünnet ve icma delili söz konusudur.

Kur'ân'da şöyle buyrulur: “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah'tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.”⁸⁸ Hırsızlık suçuna verilen ceza, suçun büyüklük ve ağırlığını ortaya koymaktadır.

Hız. Peygamber: “Kişiye kardeşinin malı helal olmaz, kendi rızasıyla verdiği müstesna.” buyurmuştur.⁸⁹

Hırsızlık konusu ana konumuz olması sebebiyle ileride geniş olarak ele alınacaktır.

Yağma ve Yol Kesme (Eşkîyalık) Suçu

Yağma ve yol kesme, İslâm hukuk literatüründe *hirâbe* olarak da geçmektedir. Hirâbe, genelde silahla veyahut başka bir şekilde zor kullanarak yol kesip veya baskın yapıp mala ve cana tecavüz, kamu düzenini ve asayiş i ihlal manasına gelmektedir. Açıkça mal gasp etmek ve seyahat özgürlüğünü ihlal etmek suçun en önemli unsurunu teşkil eder.⁹⁰ Bu suçun diğer unsurları da şöyledir: Silah ve kuvvet kullanmak; suçu yerleşim birimlerinin dışında işlemektir.

İslâm hukukçuları, suçun öldürücü silahlarla olup olmaması ile şehir içinde veya kır ve dağda işlenmiş olması arasında had cezası bakımından farklı içtihatlarla

⁸⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 373.

⁸⁸ Maide Suresi, 5/38.

⁸⁹ Ahmed b. Hanbel, III,423.

⁹⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 90-91; Bilmen, *Kâmus*, III, 288.

gitmişlerdir. Bazıları, öldürücü silah kullanılmamış bulunursa hadd cezası gerekmez, demişlerdir. Ama cumhura göre, suç ne ile işlenirse işlensin hadd cezası gerekir.⁹¹

Ebû Hanîfe, şehir içinde yapılan eşkıyalığın had cezası gerektirmeyeceği görüşündedir. Cumhur ise şehir içinde meydana gelecek suçun zararının daha çok olacağını ileri sürerek ceza bakımından şehir dışında olanla aynı cezaya tabi tutmuştur.⁹²

Terör, silahlı gasp, soygun ve isyan suçuna şamil bulunan ve bunlara verilecek hadd cezasını tayin eden âyet şöyledir:

“Allah ve Resulüne karşı savaşan ve yeryüzünde fesat çıkarmaya çalışanların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları yahut ayak ve ellerinin çaprazlama kesilmesi, ya da yeryüzünde başka bir yere sürgün edilmeleridir. Bu, dünyada onlar için bir zillettir. Ahirette ise onlar için büyük bir azap vardır. Ancak kendilerini yakalamanızdan önce tövbe edenler başka. Bilin ki Allah, çok bağışlayan ve çok merhamet edendir.”⁹³

Dinden Dönme (İrtidat)

İrtidat veya ridde bir müslümanın dinini terk etmesi veya başka bir dine dönmesidir. Mürted de dininden dönen kimseye verilen addır. İslâm dinden dönmeyi suç olarak kabul etmiş ve karşılığında bir ceza öngörmüştür. İrtidatın suç oluşu âyet ve hadislerle dayanmaktadır.

“...Sizden de her kim, dininden döner ve kâfir olarak can verirse artık onların bütün amelleri, dünyada ve ahirette boşa gitmiştir. İşte onlar, cehennemliklerdir. Onlar

⁹¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 380.

⁹² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 181.

⁹³ Maide Suresi, 5/33-34.

orada ebedi olarak kalacaklardır.”⁹⁴ âyetine dayanılarak bütün İslâm hukukçuları tarafından irtidatın bir suç olduğu ve cezâî müeyyide gerektirdiği kabul edilmiştir.⁹⁵

Âyette irtidâtın ahirete yönelik cezası ortaya konularak suç olduğu kesinleşirken, dünyevî cezası da Hz. Peygamber’in “Kim dinini değiştirirse onu öldürünüz.”⁹⁶ sözüyle ortaya konulmaktadır.

İrtidat suçuna ağır bir bedensel ceza öngörüldüğü için bu suçun oluşumunda failde aranan bir takım şartlar vardır, bu şartlar şunlardır:

a. Ergenlik

Bir kimsenin irtidât suçunun faili olarak kabul edilebilmesi için, ergenlik çağına girmiş olması gerekmektedir.

İmâm Şâfiî ve İmâm Zufer (ö. 158/775) Hz. Peygamber’in “Üç kişiden kalem kaldırılmıştır: Buluğa erinceye kadar küçükten...” hadisine dayanarak çocuğun müslümanlığının gerçek olmadığını ileri sürmektedirler. Çünkü çocuk, kalemin kaldırıldığı üç kişiden biri olarak kabul edilmiştir.⁹⁷

Ebû Hanîfe ve Ahmed b. Hanbel de mümeyyiz olan çocuğun irtidâtının geçerli olduğunu söylemişlerdir. Fakat bu çocuğa hadd cezası uygulanmaz, tövbe edip tekrar İslâm’a dönünceye kadar hapsedilir.⁹⁸

b. Akıl

İrtidatın suç sayılıp öngörülen cezaya çarptırılması için aranan en önemli şartlardan biri de failin akıllı olmasıdır. Failin akıl hastası veya sarhoş olması,

⁹⁴ Bakara Suresi, 2/217.

⁹⁵ Yiğit, Yaşar, “İnanç ve Düşünce Özgürlüğü Perspektifinden İrtidat Suç ve Cezasına Bakış”, *İslâmîyât*, Ankara 1999, II/2, s. 126.

⁹⁶ Buhârî, İ’tisam, 28; Tirmizî, Hudûd, 32.

⁹⁷ Samarrâî, Numân Abdurrezzak, *İslâm Fıkında Mürtedin Tâbi Olduğu Hükümler*, (trc.: Osman Soyuyiğit, Ahmet Tekin), Fatih matbaası, İstanbul 1970, s. 53-54.

⁹⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 139; İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, Daru’l-Fikr, Beyrut 1984, VIII, 133.

kendisinden cezâ sorumluluğu kaldıran bir durum olarak kabul edilmiştir. Dinin temel dayanağının akıl olması sebebiyle bu insanların İslâm dinini kabul edip etmeme yükümlülükleri de bulunmamaktadır.

Ebû Hanîfe, İmâm Mâlik ve Ahmed b. Hanbel de “sarhoş, hiçbir şeyi anlayamaz, idrak gücü olmayan deli gibi o da idrak edemez. Bu yüzden sarhoşun ve delinin irtidâtı geçerli olmaz”⁹⁹ derler.

Başka bir rivâyete göre, Ebû Hanîfe iradi ve ihtiyari olarak sarhoşlukla, zorla isteği dışında sarhoş edilen veya hastalığı sebebiyle zorunlu olarak aldığı ilaçtan dolayı sarhoş olan kişi arasında ayırım yapmış ve “kendi rızasıyla içki içen kimsenin irtidâtı geçerlidir ve affedilmez” diyerek farklı bir kanaat ortaya koymuştur.¹⁰⁰

İmâm Şâfiî de sarhoşun irtidâtının geçerli olduğunu belirterek Ebû Hanîfe’nin zikrettiğimiz son görüşünü benimsemiştir.¹⁰¹

c. İhtiyar

İrtidat ancak kişinin ihtiyar ve hür iradesiyle vuku’ bulduğunda mu’teber sayılır. Dolayısıyla zorlama ve baskı kullanarak irtidât ettirilen müslümanın mürted sayılmayacağı ve zorla müslüman olup da sonradan küfrünü açığa vuran kimselerin durumunun da aynı olduğu belirtilmiştir. Mezhep imâmları, irtidât eden kimsenin tekrar dinine dönmesi için zorlanacağı görüşünde de hem fikirlidir.¹⁰²

Üzerinde ihtilaf söz konusu olan bir diğer hususta irtidât eden kadının hukukî durumudur. Ebû Hanîfe, savaşta kadının öldürülmemesi konusundaki hadislere dayanarak “dininden dönen kadın öldürülmez, hapsedilir, sıkıştırılır, onun İslâm’a

⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 123; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 148.

¹⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 123.

¹⁰¹ Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, 1968, VI, 148.

¹⁰² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 134; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 123; Şâfiî, *el-Ümm*, I, 227.

dönmesi sağlanır.” der. Ona göre kadın kâfir iken öldürülmediğine göre müslüman olduktan sonra hiç öldürülmez.¹⁰³

İmâm Mâlik, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel ise, dininden dönen kimsenin üç gün aç ve susuz bırakılmaksızın hapsedileceği ve tövbe etmesi isteneceği, tövbe etmediği takdirde öldürüleceğini belirtmişlerdir. Bir kimse iman esaslarının tümünü değil de, sadece Hz. Peygamber’i inkâr etmesi durumunda fail yine aynı muameleye muhatap olur.¹⁰⁴

İmâm Şâfiî, “eğer yüz çevirirlerse onları tutun ve nerede bulursanız öldürün”¹⁰⁵ âyetini esas alarak hapis süresinin üç ile altı gün olabileceğini, tövbe etmezse erkek ya da kadın fark etmeksizin öldürüleceğini ileri sürmüştür.¹⁰⁶

Mürtedin mal varlığına gelince; bir kimse İslâm’ı terk ederek, küfrü seçer ya da Dâru’l-İslâm’ı terk ederek, dâru’l-harbe giderse, malı mülkü belli bir müddet kadar bir yerde muhafaza edilir. Eğer tekrar imana dönerse, malı olduğu gibi iade edilir. Eğer mürted olarak ölür veya öldürülürse bundan dolayı malları müsadere edilir. Borçlu ise borcu ödenir. Bütün mal varlığı varislerine taksim edilir. Vasiyeti kabul edilmez.¹⁰⁷

Ebû Hanîfe’ye göre, mürtedin yapmış olduğu akitler umumiyetle geçerlidir.¹⁰⁸ İmâm Şâfiî ise mürtedin tüm akitlerini geçersiz saymaktadır. Ancak İslâm’a tekrar döndüğünde geçerli olur.¹⁰⁹

İmâm Şâfiî’ye göre, dinden dönüp dâru’l-harbe iltihak eden bir kimsenin mal varlığı bekletilir. Eğer mürted olmadan önce borçlu ise borcu ödenir. Mülkiyetinin yok

¹⁰³ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 149; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 134.

¹⁰⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 123; Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 145

¹⁰⁵ Nisa Suresi, IV, 89.

¹⁰⁶ Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 145.

¹⁰⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 137.

¹⁰⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 138.

¹⁰⁹ Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 153.

olduğu sayılsa bile borç her şeyden önce gelir. Öldüğü takdirde varsa borcu ödenir, geriye kalan hazineye devredilir.¹¹⁰

Mürted kimse tövbe edip yeniden İslâm'a döndüğünü ikrar ve tasdik ederse tövbesi, hukuken İslâm'a döndüğünün göstergesi olarak kabul edilir. İmâm Mâlik ve Ahmed b. Hanbel tekrar tekrar din değiştirenin tövbesini, Nisa Suresi'nin 137. âyeti gereği kabul olmadığını ileri sürmektedirler. Hatta bu iki imâma göre, dinden dönen, fakat henüz İslâm'a dönmeyen kişiyi öldüren kimse ne diyet ne de kısısla sorumludur.¹¹¹

Yönetime Karşı Haksız İsyan (Bağy)

Müslümanlardan bir gurubun, ümmet çokluğuna, *ehlü'l-hal ve'l-akde* ve *şûrâ meclisine* rağmen, kendi kanaat ve içtihatlarına göre, yanlış yolda olan halifeye baş kaldırmalarına; onu devirmek, düzeni değiştirmek veya ayrı bir devlet kurmak istemelerine “bağy”, bunu yapmak isteyenlere de “bâğî”nin çoğulu “el-buğât” denilir.¹¹²

Bağyin suç olduğunu gösteren âyet ve hadisler şöyledir:

“Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, adil davrananları sever.”¹¹³

Bu âyet, müslüman bir gurubun başkalarına haksız olarak sataşmaları ve tecâvüz etmeleri durumunda, onları yola getirmek için devletin harekete geçmesini ve gerektiğinde savaşla onları yola getirmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁴

H. Peygamber de bir hadiste, “Kendisinden sonra görünüşte sıkı müslüman ve ehli Kur'ân oldukları halde gerçekte imanları sathi kişilerin ortaya çıkacağını, bunların

¹¹⁰ Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 151.

¹¹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 126.

¹¹² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 187.

¹¹³ Hucurât Suresi, 49/9.

¹¹⁴ Cessâs, Ebu Bekir Ahmet b. Ali er-Razi, *Ahkamu'l-Kur'an*, İstanbul 1335, III, 399.

ok yaydan fırladığı gibi dinden çıkacaklarını, müslümanların bunlarla savaşması ve vücutlarını ortadan kaldırmaları gerektiğini” ifade buyurmuşlardır.¹¹⁵

İşte bu nasslara dayanarak bâğîlik yapmanın suç olduğu ve bâğîlerle savaşmak gerektiği kanaatine varılmıştır.

1.1.3.2. KISÂS VE DİYET SUÇLARI

Kısâs kelimesi, izlemek, anlatmak veya kesmek manalarına gelen “kass” kökünden alınmıştır. Yaralama ve öldürme suçlarında tatbik edilen ceza için kullanılır. Suç ve ceza arasında benzerlik bulunduğu için cezaya kısâs denilmiştir¹¹⁶. Diyet ise, bir işe karşılık bedel olarak verilen şeydir. Cinâyet sebebiyle mağdurun kendisine veya mirasçılarına verilen bir çeşit tazminattır.¹¹⁷

Kısâs ve diyetin her biri, fertlerin hakkı olarak, yerine getirilmesi gereken muayyen cezalardır. Muayyen olmasından kasıt, ceza miktarında esneklik olmayan, bir tek şekilde ve miktarda verilebilen ceza demektir. Fertlerin haklarının olması sebebiyle mağdur kişi veya mirasçıları isterse suçluyu bağışlama hakkına sahiptir.¹¹⁸

Kısâs ve diyet cezasını gerektiren suçlar şunlardır:

a. Kasıtlı adam öldürme

Kasten ve taammüden adam öldürmenin kısâsı gerektireceği ittifakla sabit bir hükümdür. Bununla ilgili Kur’ân nassları şöyledir.

“Ey iman edenler, öldürülenler hakkında üzerinize kısâs yazıldı. Hüre hür, köleye köle, dişiye dişi. Bununla birlikte her kim kardeşi tarafından kısmen bağışlanırsa, o vakit görev, birinin geleneğe uyması birinin de ona borcunu güzellikle ödemesidir. Bu,

¹¹⁵ Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, III, 166-181.

¹¹⁶ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arab*, VII, 72.

¹¹⁷ İbn Manzur, *Lisanü'l-Arab*, XV, 383.

¹¹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 154; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 189; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 81.

Rabbinizden bir hafifletme ve bir rahmettir. Her kim, bunun ardından yine tecavüz ederse, artık ona pek elem veren bir azap vardır. Ey akıl sahipleri! Kısâsta sizin için hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız.”¹¹⁹

“Allah'ın haram kıldığı cana haksız yere kıymayın. Haksız yere öldürülenin velisine bir yetki tanımışsızdır. Artık o da öldürmekte aşırı gitmesin. Çünkü ona (dinin kendisine verdiği yetki ile) yardım olunmuştur.”¹²⁰

“Tevrat'ta, Yahudilere yazılı olarak bildirdik ki, canın karşılığı can, gözün karşılığı göz, burnun karşılığı burun, kulağın karşılığı kulak, dişin karşılığı diştir ve yaralamalarda da karşılıklılık (kısâs) ilkesi geçerlidir. Kim kısâs hakkını bağışlarsa bu onun günahlarına kefarettir olur. Allah'ın indirdiği âyetlere göre hüküm vermeyenler ise zalimlerin ta kendileridirler.”¹²¹

Hiz. Peygamber de “Kim kasten adam öldürürse bunun hükmü kısâstır.”¹²² buyurmuştur.

Bu delillere dayanılarak ittifak sabit olmakla beraber, kasıt ve taammüdün karinesi üzerinde görüş farklılıkları söz konusudur.

Ebû Hanîfe'ye göre bir uzvu vücuttan ayırabilecek bir silahla veya aletle icra edilen katl, amden ve kasten işlenmiş bir öldürme suçudur. Keskin demir, taş, ağaç vb. ile birini öldürmek gibi.¹²³

İmâm Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre, ister öldürücü bir aletle olsun ister arkasından ölüm gelen bir fiille olsun icra edilen öldürme suçu, kasten işlenmiş sayılır. Denize atmak, boğmak, yüksek bir yerden itmek, zehirlemek gibi. İmâm Şâfiî'ye göre

¹¹⁹ Bakara Suresi, 2/178.

¹²⁰ İsrâ Suresi, 17/33.

¹²¹ Maide Suresi, 5/45.

¹²² Ebû Dâvud, Diyât, 5.

¹²³ Serahsî, el-Mebsût, XVI, 159.

vücuda batan ve kesici aletlerle olduğu gibi umumiyetle ölüme sebep olan her hangi bir şeyle öldürmek kasten öldürmek içinde yer alır.¹²⁴

b. Kasta benzer adam öldürme

Kesici, delici, genellikle öldürücü aletlerle yapılmayan öldürme kasta benzer adam öldürme (şibhü'l-amd) adını alır. Bu öldürmede failin öldürme kastı değil, düşmanca bir fiil kastı mevcuttur.¹²⁵ Yani öldürme niyeti olmaksızın, düşmanlık kastıyla öldürücü bir fiilde bulunmaktır.¹²⁶

c. Hataen adam öldürme

Failde adam öldürme kastı bulunmaksızın tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya iş maharetlerindeki noksanlık sebebiyle, birinin ölümüne sebebiyet vermektir.¹²⁷

d. Yaralama ve sakatlama

Uzvu yaralanması, yerinden ayrılması, işlevini kaybetmesi, baş yaraları veya mafsalıdan kesilen veya kesilmediği halde işe yaramaz hale getirilen kollar ve bacaklar, kemiğe kadar dayanıp kemiği ortaya çıkaran yaralar da kısâsa tabidir.¹²⁸

Âyet-i Kerîmede bu konuyla ilgili şöyle buyrulmuştur:

“Tevrat'ta, Yahudilere yazılı olarak bildirdik ki, canın karşılığı can, gözün karşılığı göz, burnun karşılığı burun, kulağın karşılığı kulak, dişin karşılığı diştir ve yaralamalarda da karşılıklılık (kısâs) ilkesi geçerlidir. Kim kısâs hakkını bağışlarsa bu onun günahlarına kefarete olur. Allah'ın indirdiği âyetlere göre hüküm vermeyenler ise zalimlerin ta kendileridirler.”¹²⁹

¹²⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 190.

¹²⁵ Şekerci, *Tazir Cezası ve Suçları*, s. 18.

¹²⁶ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 34.

¹²⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuk*, II, 18.

¹²⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 296.

¹²⁹ Maide Suresi, 5/45.

Enes (ra)'dan rivâyet edilen bir hadiste; bir kadın bir cariye'nin dişini kırmış bütün ısrarlara rağmen cariye tarafı diyeti kabul etmemiş ve kısısta ısrar etmişti. Hz. Peygamber'in huzurunda sahabeden, Enes b. Nadr (ö. 4/625) kısısâsen dişin kırılmamasını isteyince Hz. Peygamber "Enes, Allah'ın Kitab'ında ceza kısıstır." buyurmuştur. Bunun üzerine cariye'nin sahipleri suçluyu affetmişlerdir.¹³⁰

1.1.3.3. TAZİR SUÇLARI

Tazir kelime olarak, menetmek, reddetmek, zorlamak, tahkir etmek, te'dib eylemek, tâzim etmek manalarına gelir¹³¹. Istılâhi olarak, Allah hakkı ve kul hakkı çerçevesinde, icrası gerekli bulunan ama cezası vahiy yoluyla belirlenmemiş yasak bir fiilin işlenmesine verilen cezadır.¹³² Örnek olarak, emanete hıyanet etme, faiz, sövme, rüşvet gibi.

Tazir suçlarında kanunilik esastır, ancak cezaların miktarı tespit edilmiş değildir. Üst hudut belirtilerek suçlunun kişiliğine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Tazir suçlarını genel olarak iki kısma ayırabiliriz¹³³:

Hakkında kanuni ceza bulunduğu halde, suçun unsurlarının tam gerçekleşmemesi sebebiyle kanuni cezası uygulanmayan fiiller.

Kanunda, yani Kur'ân ve sünnette cezası tayin edilmemiş bütün yasak fiiller.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir suç için eğer hadd cezası veya kısıs söz konusu ise tazire ihtiyaç yoktur. Fakat bazı uygulamalarda hadd veya kısıs ile birlikte tazirin de tatbik edildiği görünmektedir. Hanefîlere göre muhsan olmayan kişinin zinâsında hadd yüz değnektir. Buna sürgün hadd olarak ilâve edilmez; fakat fayda

¹³⁰ Şevkanî, *Neylû'l-Evtâr*, VII, 25.

¹³¹ Bilmen, *Kâmus*, III, 305.

¹³² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 63.

¹³³ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 66.

görülürse tazir olarak uygulanabilir. İmâm Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre hırsızlık suçunda kesilen kol tazir uygulaması olarak bir müddet boyunda asılabilir.¹³⁴

Cezası muayyen olmayan bir suç işlemek tazir için yeterlidir. Bu suçun, namaz ve orucu terk etmek gibi Allah'a; haksız olarak bir müslümanı fiil veya sözle incitmek, tecavüz etmek gibi kula karşı işlenmiş olması durumu değiştirmez.¹³⁵

1.1.4. SUÇLARIN TAKSİMİNDE HIRSIZLIK SUÇUNUN YERİ

Tasnifte de görüldüğü gibi hırsızlık, hadd cezası gerektiren suçlar arasında yer almaktadır ki bu tür suçlar Allah haklarına yönelik olup, Kitap ve Sünnet tarafından yasaklanan ve cezai müeyyidesi belirlenmiş olan fiiller kapsamında yer almaktadır.

İslâm hukuk literatüründe, hırsızlık suçu ve bu suça öngörülen cezayla ilgili hükümler, farklı başlıklar altında yer almaktadırlar. Bazen *ukûbât* ana başlığı altında *hudûd* bölümünde “bâbu’s-serika” başlığı altında, bazen de “kitâbu’s-serika” şeklinde ayrı bir bölümde incelenmiştir. Ayrıca bu suç, suçun işleniş şekliyle ilgili olarak, ikrah bölümünde ya da dava ve isnatla ilgili olarak devâi, kadâ, şehâdet, ikrar bölümlerinde ele alınmıştır.¹³⁶

¹³⁴ Âmir, Abdulaziz, *et-Tazir fi’ş-Şeriatî’l-İslâmiyye*, Mısır 1957, s. 39.

¹³⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 202.

¹³⁶ Menekşe, Ömer: *17. Ve 18. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası* (basılmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998, s. 21.

1.2. CEZA

1.2.1. CEZANIN TANIMI

Ceza kelimesi, sözlükte isim olarak, bir şeyin bedeli ve karşılığı; mastar olarak, iyi veya kötü bir davranışın tam ve yeterli karşılığını vermek anlamına gelir.¹³⁷ Türkçe’de daha çok *ukûbât* anlamında kullanılır.¹³⁸ Arapça olan *ukûbât* kelimesi, kötü davranışa verilen ceza veya azaptır.¹³⁹

Ukûbât, emrolunanı terk etmeyi, yasaklananı irtikap etmeyi önlemek için kanun vâzının koyduğu bir cezadır.¹⁴⁰

Başka bir tarifle, kanun koyucunun emrini çiğneyene karşı, toplumun menfaati için konulmuş müeyyidelerdir.¹⁴¹

1.2.2. CEZALARA AİT UMUMİ PRENSİPLER

Cezada kanunilik, şahsilik ve umumilik esastır.

Cezaların Kanuniliği

İslâm ceza hukukunda hangi suça ne çeşit ve ne miktar ceza verileceği kanunda açıkça belirtilmiştir. Suçlara, kanunda açıkça belirtilmemiş bir ceza verilemez.¹⁴²

Cezaların Şahsiliği

¹³⁷ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 68.

¹³⁸ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 72.

¹³⁹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 586.

¹⁴⁰ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 68.

¹⁴¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 609.

¹⁴² Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 69

İslâm ceza hukukunda, ceza yalnız suç işleyenler ile onlara iştirak edenlere tatbik edilir. Yani suçtan sadece suçu işleyen mesuldür, ne kadar yakın dost ve akraba olursa olsun bir kimse başkasının suçundan sorumlu değildir.¹⁴³

Kur’ân-ı Kerîm’in bazı âyetlerinde bu husus hükme bağlanmıştır. Bu âyetlerden bazıları şunlardır:

“Herkesin kazanacağı yalnız kendisine aittir. Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez.”¹⁴⁴

“Günah işleyen hiçbir nefis başkasının günahını çekmez.”¹⁴⁵

“Hakikaten insan için kendi çalıştığından başkası yoktur.”¹⁴⁶

“Kim iyi amel ederse kendi lehine, kim kötü bir amel ederse kendi aleyhinedir.”¹⁴⁷

Bu âyetleri güçlendiren hadislerde vardır.

“Bir kimse babasının ve kardeşinin kötülüğünden dolayı cezalandırılmaz.”¹⁴⁸

Bu kaidenin tek istisnası, “şibh-i amd veya hata yoluyla öldürme” suçunda “âkile”nin iştirakidir. Âkile, katilin usulü ve furûu ile bunların furûundan ibaret olan akrabasıdır.¹⁴⁹ Bu tek istisnanın nedeni ise mutlak adaletin gerçekleşmesidir.¹⁵⁰

Cezaların Umumiliği

¹⁴³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 211; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 24.

¹⁴⁴ Enam Suresi, 6/164.

¹⁴⁵ Fâtır Suresi, 35/18.

¹⁴⁶ Necm Suresi, 53/39.

¹⁴⁷ Fussilet Suresi, 4I, 46.

¹⁴⁸ Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali b. Şu’ayb, *es-Sünen*, Tahrim, 29, İstanbul 1992; Ebû Dâvud, Diyât, 2.

¹⁴⁹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 211.

¹⁵⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 24.

Cezaların umumiliğinden maksat, cezada eşitliktir. Kanun karşısında herkesin eşit olması, sosyal konum ve vaziyetin suçlular arasında ayırım yapmaya sebep teşkil etmemesidir.¹⁵¹ İşlenilen suçun cezası ne ise fark gözetmeksizin suçluyu o cezaya çarptırmaktır.¹⁵²

Eşitlik ilkesine örnek olarak ana konumuzla da ilgili olan şu hadisi zikredebiliriz:

“Eşraftan bir kadın hırsızlık yapmış ve had cezasına mahkûm olmuştu. Kadının yakınları, Hz. Peygamber’in sevdiklerinden olan Üsâme b. Zeyd’i şefâatçi kıldılar. Üsâme Hz. Peygamber ile konuştu ve şu cevabı aldı:

‘Üsâme! Seni, Allah’ın vazettiği bir cezanın tatbik edilmemesi için şefâat eder görmeyeyim’ sonra Resulullah (sas) bir hitabede bulunarak şunları söyledi:

“Sizden öncekilerin helak olmalarının sebebi, içlerinden asil bir kişi çalarsa onu serbest bırakmaları, zayıf bir kimse çalınca da onu kesmeleridir. Allah’a yemin ederim ki, eğer Muhammed’in kızı Fatıma da olsa aynı cezayı uygulardım.”¹⁵³

1.2.3. CEZALARIN GAYELERİ

İslâm hukukunda, cezalar belli bir amaca ulaşmak için uygulanır. Amaç, insanları korkutmak, ezmek, baskı altında tutmak, intikam almak ve işkence yapmak değildir. Cezaların gayesi, insanlığı ıslah, onları kötülük ve cehaletten korumak, eğri yoldan ve ilahi emirlere muhalefetten alıkoymak, kanunlara itaati sağlamak ve cemiyet düzeninin korunmasına sevk ve teşvik etmektir.¹⁵⁴

İslâm hukuku suçları tasnif ederek, hudûd, kısâs ve diyet suçlarını, doğrudan doğruya cemiyet nizamına karşı işlenmiş ve onu tahrifi hedef alan suçlar olarak kabul etmiş ve bunların cezasında suçludan ziyade cemiyet menfaatini gözetmiştir. Tazir

¹⁵¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 212.

¹⁵² Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 69.

¹⁵³ Müslim, *Hudûd*, 8.

¹⁵⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 20.

suçlarında ise suç ile mücadeleyi ve cemiyetin himayesini ihmal etmemekle beraber, daha ziyade suçlunun durumunu gözetmiş ve ıslahını hedef edinmiştir.¹⁵⁵

1.2.4. CEZANIN DÜŞMESİ

Cezayı düşüren bir takım sebepler vardır. Fakat bu sebepler bütün cezaları düşürmez. Bazıları cezanın çoğunu, bazıları da bir kısmını düşürür. Bu sebepler şunlardır:

Suçlunun ölmesi: Bedeni ve şahsi bütün cezaları düşürür, ancak mali cezaları düşürmez, bunlar ölünün mirasından alınır.

Kısâs edilecek uzvun yok olması: Kaza, hastalık gibi sebeplerle kısâs uygulanacak uzvun yok olmasıdır, bu durumda o uzuvla ilgili kısâs da düşmüş olur. Bu durumda mağdur veya velisi diyete hak kazanır.

Suçlunun tövbesi: Eşkîyalık ve soygunculuk suçunda tövbenin had cezasını düşüreceği konusunda âyet bulunması bu hususta ittifak yapılmasına sebep olmuştur.¹⁵⁶ Ancak diğer hususlarda içtihat farkları vardır. Ebû Hanîfe'ye göre tövbe eşkîyalık dışındaki hadleri düşürmez.¹⁵⁷

Sulh: Sadece kısâs ve diyet için düşürücü bir sebeptir.

Kısâs hakkına vâris olmak: Mesela baba katil olur, maktulün varisleri arasında da oğlu yer alırsa, bu durumda kısâs hakkı veraset yoluyla oğula geçer ama oğul babanın kısâsını talep edemez. Bu durumda kısâs düşer.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 210.

¹⁵⁶ Maide Suresi, 5/34.

¹⁵⁷ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 214.

¹⁵⁸ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 215.

Af: Hadlerde af geçerli değildir, kısâs ve diyet cezaları sadece mağdur veya velileri tarafından affedilebilir; tazir cezalarında gerek mağdur gerekse hâkim geniş af yetkisine sahiptir.¹⁵⁹

Zaman aşımı: Bu konuda görüş farklılıkları vardır. İmâm Mâlik, Şafî ve Ahmed'e göre zaman geçmesi tazir dışındaki suçları düşürmez. İmâm Ebû Hanîfe'ye göre, zaman aşımı, tazir suç ve cezasını düşürür; kısâs, diyet, kazif suç ve cezasını düşürmez. Bunların dışında kalan hadd sahasına giren suç ve cezaları düşürür.¹⁶⁰

1.2.5. CEZALARIN TAKSİMİ

İslâm ceza hukukunda cezalar, hadd cezaları, kısâs ve diyet cezaları ve tazir cezaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu taksim suçun ağırlığına göre yapılan bir taksimdir.¹⁶¹

1.2.5.1 HADD CEZALARI

Hadd cezaları, daha önce de değindiğimiz gibi, Allah hakkı olarak uygulanması gereken miktarı belli cezalardır. Mağdurun veya her hangi bir merciin had cezasını düşürme veya affetme hakkı yoktur.¹⁶² Bu cezalar, zina cezası, hırsızlık cezası, şarap içme ve sarhoşluk cezası, iftira (kazf) cezası, yol kesme (kat'u tarîk – hırâbe) cezası, irtidât cezası ve isyan (bağy) cezasıdır.

1.2.5.1.1. Zina Cezası

¹⁵⁹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 215.

¹⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 216.

¹⁶¹ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 70.

¹⁶² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 33.

Zina suçunun cezası, suçu işleyenlerin evli veya bekâr olmalarına göre değişmektedir. Zinanın cezası, evli (muhsan) için *recm*, yani taşıyarak öldürme, bekâr için *celd* yani deriye yüz kırbaç (değnek) vurulması şeklindedir.¹⁶³ Recm cezasının kaynağı hadislerdir. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur:

“Allah doğrusu onlar için bir yol koymuştur; bekârın bakireyle zinası yüz değnek ve bir yıl sürgündür. Evlinin evli ile zinası ise yüz değnek ve taşla recimdir.”¹⁶⁴

Celd cezasını ise, “Zina eden kadın ve erkeğin her birine yüz kırbaç (sopa) vurunuz...” âyeti belirtmektedir.¹⁶⁵

Zina suçunu işleyenlere bu ağır ve bedensel cezaların uygulanabilmesi için suçun bütün unsurlarıyla teşekkül etmesi ve bununla birlikte suça dört şahit tarafından şahitlik edilmesi zorunlu görülmüştür. Şahidin bulunmaması durumunda zina suçunu işleyenlerin bu fiili bizzat işlediklerini dört defa ikrar etmeleri ve ceza infaz edilinceye kadar bu ikrarlarından dönmemeleri gerekir.¹⁶⁶

1.2.5.1.2. Hırsızlık Cezası

Hırsızlığın cezası bunu vazetmek üzere indirilmiş olan şu âyete dayanmaktadır:

“Çalan erkek veya kadının yaptıklarına karşılık ve Allah’tan ibret verici bir ceza olmak üzere ellerini kesin...”¹⁶⁷

Âyetin değinmediği hususları yani teferruatı hadisler tamamlamıştır. Hırsızlık suçunun şartları teşekkül edince hırsızın sağ eli kesilir.

Hırsızlık yapanın cezası ilk defa yapanın sağ elinin bilekten kesilmesi, ikinci defa yapanın sol ayağının topuktan kesilmesi, yine hırsızlık ederse tövbe edinceye kadar

¹⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36.

¹⁶⁴ Müslim, *Hudûd*, 12; Tirmizî, *Hudûd*, 8.

¹⁶⁵ Nur Suresi, 24/2.

¹⁶⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 61.

¹⁶⁷ Maide Suresi, 5/38.

hapsedilmesi şeklindedir. Çalınan mal aynen duruyorsa geri verilir, aynen yoksa tazmin ettirilmez.¹⁶⁸ İleride ayrıntıya girileceği için konuyu burada daha fazla uzatmayacağız.

1.2.5.1.3. Şarap İçme ve Sarhoşluk Cezası

Şarap içen veya diğer sarhoşluk veren içkileri içip sarhoş olan kişinin bu fiilinin suç olduğu nasslarla sabit, yani kanuni olduğu halde bu suçun cezasının miktarı, Hz. Peygamber devrinde tayin edilmemiştir. Hadislere bakıldığında zaman bu suçu işleyenlere Hz. Peygamber'in verdiği cezanın onlara sopa attırma şeklinde olduğu görülür. Ancak sopa miktarı hakkında kesin bir bilgi söz konusu değildir. Bazı rivâyetlerde kırk olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁹

Bir hadiste şöyle rivâyet edilir: “Rasûlullah (sas)'a şarap içmiş bir adam getirdiler. Hz. Peygamber: “Ona hadd vurunuz” buyurdu. Ebû Hüreyre (ra) demiştir ki: Bizden bir kısmı eliyle, (bazıları da) ayakkabısı ve elbisesiyle onu dövdüler. (Dayaktan sonra) çekilip gidince: Allah seni rüsva etsin!’ dediler. Hz. Peygamber bunun üzerine: ‘Böyle söylemeyiniz, ona karşı şeytana yardım etmeyiniz’ buyurdu”¹⁷⁰

H. Ebû Bekir (ö. 13/634) kendi devrinde ceza miktarını kırk sopa olarak tatbik etmiştir. Hz. Ömer (ra) döneminde konu sahabe arasında istişare edilmiş ve nasslarla sabit olan asgarî haddin -o da kazif haddi- seksen sopa olduğu, sarhoşun da namusa dil uzatabileceği dikkate alınarak, bu suçun cezası seksen sopa olarak kabul edilip tatbik edilmiştir. Şu halde içki için ceza Hz. Peygamber'in kavliyle kesinleşmiş, ameliyle konulmuş, sahabenin icmasıyla kararlaştırılmıştır. Kararlaştırılan miktar seksen kırbaç (sopa) vurmaktır. Şayet bu suçu işleyen bir köle ise onun cezası da kırktır.¹⁷¹

Allah ve Rasûlü'nün bu suç için muayyen bir ceza tespit etmemiş olması ve farklı uygulamalar sebebiyle, bu suçta verilen cezanın tazir cezası olduğunu belirten

¹⁶⁸ Merginânî, *el-Hidâye*, II, 107; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 85-88; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 166.

¹⁶⁹ Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VII, 146.

¹⁷⁰ Buhârî, *Hudûd*, 4.

¹⁷¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 30; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 94.

İslâm hukukçuları da bulunmaktadır.¹⁷² Tatbik edilen cezanın tazir nev'inden olduğunu belirtenler, bu cezanın miktarının yeni durumlara göre yönetim tarafından tayin ve tespit edilebileceğini kabul etmektedirler. Hz. Peygamber ve Hz. Ömer'in uygulamalarını da şöyle açıklarlar: Hz. Peygamber'in uygulamasında miktarın kırk olduğuyla ilgili rivâyetler göz önüne alınarak sınırlanmış sayılırsa ceza had nev'indendir ve Hz. Ömer (ra)'in ilavesi tazirdir.¹⁷³

Şarap içmek ve sarhoş olmak suçunun haddi gerektirmesi için suçlunun hür, müslüman, mükellef, özürsüz ve muhtar olması ve sarhoşluğunun da dili dolaşacak ve kadınla erkeği birbirinden ayıramayacak derecede olması gerekir. Fakat bir kimse şarap içmişse onda sarhoşluk şartı aranmaz.¹⁷⁴

Bir kimse bir damla da olsa gönül rızasıyla şarap içip yakalandığında kokusu ağzında mevcutsa veya iki erkek içtiğine şahitlik ederse veya kendi içtiği konusunda ikrarda bulunursa, o kişiye had cezası uygulanır.¹⁷⁵

1.2.5.1.4.Yağma ve Yol Kesme (Eşkîyalık) Cezası

Terör, silahlı gasp, soygun ve isyanı konu edinen âyette şöyle denilmektedir: “Allah ve Resûlü’ne karşı savaşan ve yeryüzünde fesat çıkarmaya çalışanların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları yahut ayak ve ellerinin çaprazlama kesilmesi, ya da yeryüzünde başka bir yere sürgün edilmeleridir. Bu, dünyada onlar için bir zillettir. Ahirette ise onlar için büyük bir azap vardır. Ancak kendilerini yakalamanızdan önce tövbe edenler başka. Bilin ki Allah, çok bağışlayan ve çok merhamet edendir.”¹⁷⁶

Bu âyette cezalar belirtilmiştir. Fakat faillerin durumuna göre ceza dört şekildedir. Failler; yalnız mal almış, öldürmemişlerse sağ elleriyle sol ayakları

¹⁷² Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999, s. 197.

¹⁷³ Âmir, *et-Tazir fi’ş-Şeriatî’l-İslâmiyye*, s. 16.

¹⁷⁴ Halebî, *Mülteka*, I, 330.

¹⁷⁵ Halebî, *Mülteka*, I, 331.

¹⁷⁶ Maide Suresi, 5/33-34.

çaprazlama kesilir. Yalnız öldürmüş mal almamışlarsa öldürülürler. Hem mal almış hem öldürmüşlerse, hâkim vereceği kararda muhayyerd; isterse ellerini ayaklarını çaprazlama keser ve öldürür, isterse kesmeden öldürür veya asar. Mal almamış, öldürmemiş sadece korkutmuşlarsa, tövbe edinceye kadar hapsedilirler.¹⁷⁷

Ebû Hanîfe'ye göre, âyetteki cezalar suçun şekil, durum ve neticelerine göre ayarlanmıştır. Eğer birden fazla suç varsa, suça en ağır ceza uygulanınca, diğer cezaların uygulanmasına gerek yoktur.¹⁷⁸

Ahmed b. Hanbel, yol kesenler hem mal almış, hem adam öldürmüşlerse onlara iki haddin birlikte uygulanacağını belirtmiştir. Mal aldığı için failin önce elleri kesilir, sonra da öldürülür. İmâm Şafî de aynı görüştedir. Sebep olarak da, hadd cezaları nassla belirtildiği için mutlaka uygulanması gerekir, der. Onlara göre mesela bir hırsız önce mal çalsa, sonra yol kesip adam öldürse, daha sonra zina işlese bu kişi Allah hakkı olan değişik suçlar işlediğinden en hafif suçtan başlanarak en ağır suça doğru cezalandırılır. Yani bu misale göre, önce dövülür, sonra eli kesilir, sonra da öldürülür.¹⁷⁹

İmâm Şafî bu cezaların yalnız müslümana tatbik edileceğini, eğer yol kesen müslüman değilse sadece öldürüleceğini belirtmiştir.¹⁸⁰

Yol kesme suçunu işleyen kimseler yakalanmadan önce tövbe ederlerse, yani tutuklanmadan önce gelip teslim olurlarsa, onlardan şahsi haklar müstesna tüm amme cezaları düşer. Bu konuda ittifak söz konusudur.¹⁸¹

1.2.5.1.5. İrtidat Cezası

¹⁷⁷ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II, 409-412; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 195-199; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 93; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 113.

¹⁷⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 94.

¹⁷⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 288, 299.

¹⁸⁰ Şafî, *el-Ümm*, VI, 139.

¹⁸¹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 204; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 287; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Matbâatü's-Saade, Mısır 1323, XVI, 100; Şafî, *el-Ümm*, VI, 140.

İrtidat veya ridde bir müslümanın dinini terk etmesi veyahut başka bir dine dönmesidir. Mürted de dininden dönen kişiye verilen addır.

Âyette Allah bu konuyla ilgili şöyle buyurur: “...Sizden de her kim, dininden döner ve kâfir olarak can verirse artık onların bütün amelleri, dünyada ve ahirette boşa gitmiştir. İşte onlar, cehennemliklerdir. Onlar orada ebedi olarak kalacaklardır.”¹⁸² Bu âyete dayanılarak bütün İslâm hukukçuları tarafından irtidatın bir suç olduğu ve cezâî müeyyide gerektirdiği kabul edilmiştir.¹⁸³

Âyette irtidatın ahirete yönelik cezası ortaya konularak suç olduğu kesinleşirken, dünyevî cezası da sünnet ve icmaya dayanmaktadır. Hz. Peygamber “Kim dinini değiştirirse onu öldürünüz.”¹⁸⁴ buyurmuştur. Gerekli düşünme fırsatı verilip yeniden İslâm’a davet edildiği halde ısrar edenler üzerinde bu ceza tatbik edilmiştir.¹⁸⁵

Bu suçun cezası ölümdür. Şayet mürted kadınsa müslüman oluncaya, müslüman olmazsa ölünceye kadar hapsolunur. Ebû Hanîfe, savaşta kadının öldürülmemesi mevzuundaki hadislere dayanarak, dininden dönen kadın öldürülmez, hapsedilir ve tekrar İslâm’a dönmesi sağlanır, hükmünü vermiştir.¹⁸⁶ Cumhura göre ise kadınla erkek arasında bir fark yoktur.¹⁸⁷

1.2.5.1.6. Kazf Cezası

İslâm ceza hukukunda, kazf suçu için biri asli diğeri tebei olmak üzere iki tür ceza söz konusudur. Kazf cezasına delil teşkil eden âyetten de anlaşılacağı üzere asli ceza, celd (sopa)dir. Âyette şöyle denilmektedir;

¹⁸² Bakara Suresi, 2/217.

¹⁸³ Yiğit, “İrtidat Suç ve Cezası”, *İslâmiyât*, II/2, s. 126.

¹⁸⁴ Buhârî, İstîtâbe, 2; Tirmizî, Hudûd, 32.

¹⁸⁵ Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VII, 201.

¹⁸⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 98; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 134-135; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 140.

¹⁸⁷ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 187.

“Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkârdırlar. Ancak bundan sonra tövbe edip ıslah olanlar müstesnadır. Çünkü Allah çok bağışlayıcı ve merhametlidir”¹⁸⁸

Âyetten de anlaşılacağı üzere kazf suçunun asli cezası seksen sopadır. Buna ek bir ceza olarak da bu suçu işleyenlerin şahitliği kabul edilmemektedir. Bu cezalar nassla sabit olduğundan üzerinde ittifak vardır ve artırılıp eksiltilemez.

Âyetteki “...ancak tövbe edip, ıslah olanlar müstesna...” kısmının tefsirinde ise farklı içtihatlar vardır. Ebû Hanîfe’ye göre tövbe şahitliğin kabulünü gerektirmez, ancak fâsıklık sıfatını ortadan kaldırır.¹⁸⁹

İmâm Mâlik, Bu suçun cezası kısmen hadd kısmen de tazir olarak suçun safhalarına göre değişik şekillerde icra edilmektedir.¹⁹⁰

1.2.5.1.7. İsyân (Bağy) Cezası.

Bu suçun cezası kısmen hadd kısmen de tazir olarak suçun safhalarına göre değişik şekillerde icra edilmektedir.

Ehl-i sünnet ve’l-cemâat dışında bir inanç ve içtihadı sahip bulunmakla beraber bir yere toplanıp grup teşkil etmeyenlere ve devlete baş kaldırmayanlara dokunulmaz, diğer müslümanların yararlandığı haklardan onlar da yararlanırlar. Muhalifler müslümanların arasında bozuk inançların propagandasını yaparlarsa uyarılırlar. Bunda ısrar ederlerse devlet, şartlara uygun bir tazirle onları cezalandırır. Bir yerde toplanır fakat devlete itaate devam ederlerse, kendilerine dokunulmaz. Fakat devlete itâat da etmezlerse, önce itâate davet edilirler; baş kaldırırlarsa, onlara karşı savaş açılır ve savaşla yola getirilirler. Savaş halinde kaçanların arkasından gidilmez, yaralılar ve

¹⁸⁸ Nur Suresi, 24/4-5.

¹⁸⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 57.

¹⁹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 233.

esirler öldürülmez. Malları zapt edilmez ve çocukları esir edilmez. Harp zarureti bulunmadıkça evleri, bahçeleri, meyve ve mahsulleri tahrip edilmez çünkü maksat imhâ değil, yola getirmek, itâate mecbur bırakmaktır. Bu suçun cezası kısmen hadd kısmen de tazir olarak suçun safhalarına göre değişik şekillerde icra edilmektedir.¹⁹¹

1.2.5.2. KISÂS (CİNÂYET) CEZALARI

Kısâs, yaralama, sakatlama ve öldürme suçlarında uygulanan cezadır.¹⁹²

Kur’ân-ı Kerîm’de kısâsla ilgili zikredilen ayetler şöyledir: “Ey iman edenler! Öldürmede kısâs size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ama her kim, ölenin kardeşi tarafından bir şey karşılığı bağışlanırsa, o zaman örfe uyması, ona diyeti güzellekle ödemesi gerekir. Bu, Rabbiniz tarafından bir hafifletme ve bir rahmettir. Her kim bunun arkasından yine saldırırsa, artık ona acı veren bir azap vardır. Ey temiz akıl sahipleri! Kısâsta sizin için bir hayat vardır. Ümit edilir ki, korunursunuz.”¹⁹³

“Allah'ın haram kıldığı cana haksız yere kıymayın. Haksız yere öldürülenin velisine bir yetki tanımışsızdır. Artık o da öldürmekte aşırı gitmesin. Çünkü ona (dinin kendisine verdiği yetki ile) yardım olunmuştur.”¹⁹⁴

“Biz Tevrat'ta onlara, cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş ve yaralara karşılıklı kısas (ödeşme) yazdık. Bununla beraber kim kısas hakkını bağışlarsa, bu kendi günahlarına keffaret olur. Ve kim Allah'ın indirdiğiyle hükmetmezse, işte onlar zalimlerin ta kendileridir.”¹⁹⁵

¹⁹¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 140-143.

¹⁹² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 190.

¹⁹³ Bakara Suresi, 2/178-179.

¹⁹⁴ İsra Suresi, 17/33.

¹⁹⁵ Maide Suresi, 5/45.

H. Peygamber de “Kim kasten adam öldürürse bunun hükmü kısâstır.”¹⁹⁶ buyurmuştur.

Bu nasslara binâen bütün müçtehitler kasten öldürme suçunun kısâs ile cezalandırılacağında birleşmişlerdir. Ancak kan sahibinin kısâsı affetmesi müstesnâdır ki, bu takdirde kısâs uygulanmaz. Katilin hür, köle, kadın, erkek, zengin, fakir vb. olması kısâsa engel olmaz; köleyi öldüren erkek, köleyi öldüren hür şahıs da kısâs edilir.¹⁹⁷

Kısâs affedilirse, kâtil mağdura veya varislerine diyet öder. Diyet, can bedeli olan mal veya meblağdır. İmâm Mâlik ve Ebû Hanîfe’ye göre, mağdur veya varisleri ya kısâs ister ya da affeder. Kâtille diyet üzerine anlaşmadan kısâs affedilmişse diyet gerekmez. İmâm Şâfiî (ö. 204/820) ve Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) ve Dâvud ez-Zâhirî (ö. 270/883)’ye göre mağdur veya varisler muhayyerdir. Dilerlerse kısâs talep ederler ya da affedip diyet alırlar. Affetmek, kısâsın diyete inkılâb etmesi demektir. Bu durum kâtilin rızasına bağlı değildir.¹⁹⁸

Diyet olarak tespit edilen meblağ, Ebû Hanîfe’ye göre; yüz deve veya bin dinar (1 dinar yaklaşık: 4,25 gr) altın veya on bin dirhem (1 dirhem yaklaşık: 3, 2 gr) gümüşdür. İmâm Muhammed ve Ebû Yusuf’a göre yukarıdakilere ek olarak, iki yüz sığır veya iki bin koyun veya iki yüz takım elbisedir.¹⁹⁹

Velinin bağışlamasıyla diyete dönüşen kasten öldürmede ve hatâen öldürmede ceza olarak bir de kefaretdir. Kefaret, ceza ile ibâdet arasında bir şeydir.²⁰⁰ Kefaret,

¹⁹⁶ Ebû Dâvud, Diyât, 5.

¹⁹⁷ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 191.

¹⁹⁸ Şevkânî, *Neylû’l-Evtâr*, VII, 7.

¹⁹⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 241.

²⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 86.

imkân varsa bir köleyi hürriyete kavuşturmak, imkân yoksa iki ay oruç tutmaktır.²⁰¹ Ayrıca eğer kâtil, maktulün varislerinden biriye ceza olarak mirastan mahrum edilir.²⁰²

Yaralama ve sakatlama durumuna gelince; kısâs için gerekli şartlar varsa kısâs tatbik edilir. Bu nevi suçlarda af, kısâsın diyete dönüşmesini sağlar. Vücutta tek bulunan uzuvlar için tam diyet, çift olanların her biri için yarım diyet, dört tane olanların her biri için dörtte bir diyet gerekir.²⁰³

Yaralama ve sakatlama suçunda kısâs uygulanırken şunlara dikkat etmelidir: İki uzuv arasında eşitlik, eşitliği temin etmenin mümkün olması, daha eksik veya daha fazla uygulama ile zulmedilmemesi.²⁰⁴

Nassın tayin ve takdir etmediği durumlarda ödenecek bedeli, idareci ve hâkimler takdir eder ki buna *erş* denir.²⁰⁵

1.2.5.3. TAZİR CEZALARI

Tazir, ıstılâhi olarak, hakkında had ve kefarete bulunan suç ve günahlara ek olarak; cezası vahiy yoluyla belirlenmemiş bulunan suç ve günahlara karşılık olarak, Allah veya kul hakkı çerçevesinde icrâsı gerekli bulunan, miktar ve keyfiyetinin belirlenmesi ümmete bırakılmış cezadır.²⁰⁶

Bir kimsenin tazir ile cezalandırılabilmesinin tek şartı, kişinin akıllı olmasıdır. Yaş, bulûğ, cinsiyet ve hürriyet şart değildir. Çocuklar umûmiyetle ceza ehliyeti

²⁰¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 191.

²⁰² Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 73.

²⁰³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 191.

²⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 191.

²⁰⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 252.

²⁰⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 33.

taşımazlar; ancak tazir aynı zamanda te'dib ve terbiye mahiyetinde olduğundan onlara tazir uygulanabilir.²⁰⁷

Tazir cezasının miktarına gelince; bunun takdiri yöneticilere ve hâkimlere bırakılmış olmakla beraber, keyfilğin önüne geçmek için tazirin çeşitleri ve üst sınırı kanunla tespit edilmelidir.

Tazirin çeşitleri; kırbaç, hapis, sözlü ihtar ve kınamadır. Tazirin üst sınırının en az hadd miktarına vardiirilmaması genel ilke olmakla beraber bu hususta da ihtilafın var olduğu bilinmektedir.

Ebû Hanîfe'ye göre en az hadd kırk sopadır; tazirin bu miktarın altında olması gerekir. O da otuz dokuz sopayı aşmamak şartıyla dayak, kulak bükme, sert söz, yalancılığının ilanı, sürgün vb. olabilir.²⁰⁸

Ebû Yusuf'a göre asgarî hadd seksen sopadır. Âzami tazir de yetmiş beş sopadır. Ahmed b. Hanbel'e göre azami on sopa vurulur. İmâm Mâlik'e göre hukukun ve kamu düzeninin korunması, suç olan fiillerinin önlenmesi ne kadar cezayı gerektirirse o kadar ceza verilir. Buna ölüm cezası da dâhildir. Sahabe uygulaması da bunu göstermektedir.²⁰⁹

²⁰⁷ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 202.

²⁰⁸ Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, s. 76.

²⁰⁹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 203.

İKİNCİ BÖLÜM

EBÛ HANÎFE'YE GÖRE HIRSIZLIK SUÇU VE CEZASI

2.1.HIRSIZLIK SUÇU

2.1.1. HIRSIZLIK KAVRAMININ TANIMI VE MAHİYETİ

Hırsızlık kavramı, Arapçada *sirkat* ve *serika* kelimeleriyle ifade edilmiştir. Sirkat kelimesi lügatte; başkasına ait bir şeyi gizlice almak demektir.²¹⁰ Eski Türkçe’de *uğrulama*, diye ifade edilmiş, hırsız için eski Türkçede *uğru*, Arapça’da da *sârik* ve *liss* kelimeleri kullanılmıştır.²¹¹

Sirkat sözlük ve örfte “az olsun, çok olsun; haddi icap etsin etmesin başkasının malını gizlice alma, çalma” mânasında olup²¹² Kur’ân’da, bu anlam çerçevesinde mecâzi bir kullanım olarak “başkasının konuştuğunu gizlice dinleme” manasında *istirâku’s-sem’a* tabiri geçer.²¹³ Hadislerde de namazın rükün ve şartlarını eksik bırakmaya “namazdan hırsızlık”²¹⁴, Arap dilinde “kaçamak bakış” anlamında “bakış hırsızlığı”

²¹⁰ İbn Manzûr, *Lisanü’l-Arab*, X, 155.

²¹¹ Asım Efendi, *Kâmus Tercemesi*, İstanbul-1886, II, 925; Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 385; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 509.

²¹² İbn Manzûr, *Lisanü’l-Arab*, X, 155; Bilmen, *Kâmus*, III, 266; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 509.

²¹³ “Ancak kulak hırsızlığı eden müstesna, onun da peşine açık bir alev ateşi düşmüştür.”, Hicr Suresi, 15/18.

²¹⁴ Hz. Peygamber (sav) : “Hırsızların en kötüsü namazdan çalandır. Kendisine, kişi namazdan nasıl çalar, diye sorulunca; ruku’, secde ve kıraatını tam yapmaz .” buyurdu. (bak. Dârimî, *Salât*, 78; İbn Malik: *Sefer*, 27; Şevkânî, *Neylû’l-Evtâr*, II, 268.)

*müsâarakatü'n-nazar*²¹⁵ denilmesi, Arap edebiyatında bir şairin başkasının şiirini kendisininmiş gibi okuması “sirkat” kelimesinin hırsızlık için kullanıldığını gösteren örneklerdendir. Hırsızlığın ıstılâhi anlamına gelince; bir takım ayrıntılar göz ardı edilirse, hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde aynı olup, kelimenin sözlük ve örfteki anlamından farklı değildir.²¹⁶

Kur’ân-ı Kerîm’de, yukarıda değindiğimiz manalar çerçevesinde, hırsızlık kavramına bir kaç yönden temas edilir. Mesela, Hz. Yûsuf ile kardeşleri arasında geçen olaylar anlatılırken, su kabının çalınması ve hırsızın, mal sahibinin yanında alıkonması cezasına değinilir.²¹⁷ Ayrıca Mekke'nin fethedildiği gün inen âyette, İslâm'a girenlerin Hz. Peygamber'e yaptığı ve içinde “hırsızlık etmeme” taahhüdünün de bulunduğu biattan söz edilir.²¹⁸ Mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgili genel ilkelerden bahseden âyetler hariç tutulursa Mâide suresinin 38-39. âyetlerinde de hırsızlığın hukukî ve dinî hükmüyle ilgili özel açıklama getirilir ve bu âyetlerde şöyle buyrulur: “Hırsızlık yapan erkek ve kadının yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah'tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir. Kim bu zulmünden sonra tövbe eder ve durumunu düzeltirse şüphesiz Allah onun tövbesini kabul eder. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir”.²¹⁹

Peygamber Efendimiz (sav)’in sünnetinde de, hırsızlık dünyevî ve uhrevî bir dizi müeyyide ve sorumluluğu gerektiren ağır bir suç ve büyük bir günah olarak nitelendirilmiş, suçu sabit görülen hırsızlara câhiliye döneminde de var olan el kesme cezası uygulanmış, ayrıca suçun önlenmesi, oluşması, cezanın tatbik esasları konusunda birtakım hukukî ve insanî açıklamalar getirilmiş, uygulama örnekleri sergilenmiştir.²²⁰

²¹⁵ İbn Manzûr, *Lisanü'l-Arab*, 10/155.

²¹⁶ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, 1VII, 385.

²¹⁷ Yusuf Suresi, 12/70, 73, 77, 81.

²¹⁸ Mümtetine Suresi, 60/12.

²¹⁹ Maide Suresi, 5/37, 38.

²²⁰ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, 1VII, 385.

Hırsızlığın suç sayılması ve cezalandırılması yönünde toplumların öteden beri süregelen ortak tavrı, Kur’ân ve Sünnet’in bu konudaki özel hükümleri ve uygulama örnekleri, sahâbe ve tabiûn dönemlerinden itibaren, İslâm hukukçularının temel hareket noktası olmuş, bu süreç içinde ve toplumların örf, âdet, gelenek ve görenekleriyle de bağlantılı olarak gelişen İslâm hukukunda hırsızlık suç ve cezası ayrıntılı şekilde ele alınmış, suç ve cezada kanuniliği, adaleti ve hakkaniyeti temin gayesiyle suçun hangi şartlarda işlenmiş sayılacağı, cezanın uygulanma şartları; tekerrür, zorlama, af vb. durumların cezaya etkisi gibi konular ayrı ayrı tartışılmış ve konu etrafında zengin bir hukuk doktrini oluşmuştur. Hırsızlık suçu ve cezasıyla ilgili dinî hükümlerin müslüman hukukçuların müşahede, kültür birikimi ve doktriner yaklaşımıyla daha da genişlemiştir. İşte böyle bir durumun neticesi olarak, hırsızlık, İslâm hukukçuları tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Ebû Hanîfe birçok meselede diğer hukukçulardan farklı düşünmüş, meseleyi ince eleyip sık dokumuştur. Şimdi burada kısaca bu tanımlara yer verelim.

Ebû Hanîfe’nin hırsızlık suçuyla ilgili ortaya koymuş olduğu esaslar çerçevesinde, hırsızlığı şöyle tanımlayabiliriz. Hırsızlık, “aklı başında ve bulûğ çağındaki bir kimsenin, başkasına ait, mütekavvim, hemen bozulmayan, nisap miktarındaki (on dirhem gümüş para veya onun değeri) bir malı, gizlice, muhafaza altındaki yerden, şüphesiz olarak almasıdır.”²²¹

Karşılaştırma yapabilmek için diğer mezheplerin yapmış oldukları tariflere de bakmak gerekir.

Mâlikilere göre hırsızlık, “mükellef bir şahsın, küçüklüğünü akledemeyen hür bir kimseyi veya başkasının nisap miktarına ulaşmış bir malını gizlice, korunduğu yerden alıp götürmesidir.”²²²

²²¹ İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 208; Halebî, *Mülteka*, I, 344; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 779; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 363; Bilmen, *Kâmus*, III, 261; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 179.

²²² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 271.

Şâfiîlere göre hırsızlık, “Korunduğu yerde şüphe bulunmayan bir şeyi veya bir malı gizlice almaktır. Günah olabilmesi için kastın bulunması, çalınan malın tazmini için de malın değersiz olması, el kesme için de malın nisap miktarına ulaşması lazımdır.”²²³

Hanbelîlere göre hırsızlık, “Mükellef bir şahsın, masum (hırsızın malı almasını sağlayacak bir yorum veya bir şüphenin bulunmadığı) ve nisap miktarındaki bir malı kendi isteğiyle korunduğu yerden gizlice almasıdır.”²²⁴

Görüldüğü üzere, genel olarak tanımlar, mezheplerin kendi yaklaşımlarını ve eylemin had cezası gerektiren bir suç teşkil etmesi konusundaki özel şartlarını yansıtır tarzda olmuştur.

Hırsızlık suçunun ifade edilmesinde Ebû Hanîfe diğerlerinden farklı olarak, malın “bozulabilir cinsten olmaması” ve “mütekavvim olması”nı eklemiştir.²²⁵

İslâm hukukçularının hırsızlık suçunun tanımını bu kadar dikkatli ve kapsamlı ele almalarının sebebi, faile verilecek cezanın ağırlığı nedeniyle onu, benzer suç ve fiillerden ayırt etmeyi hedeflemeleridir. Bu tariflerle hırsızlık suçu; cebir, şiddet ve tehdit içermesi sebebiyle gasp ve yağmadan; ele geçirilen malın hırsızlık limitine ulaşmamış olması, malın muhafaza altında bulunmaması veya gizlice alınmış olmaması sebebiyle de kapkaç, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal ve zimmet suçlarından ayrı tutulmuş olmaktadır.

2.1.2. HIRSIZLIK ÇEŞİTLERİ

İslâm hukukunda genel olarak hırsızlık iki çeşittir: Hadd cezası gerektiren hırsızlık ve tazir cezası gerektiren hırsızlık.²²⁶

²²³ Şîrâzi, Ebû İshak İbrahim b. Ali, *el-Mühezzebe*, Kahire 1959, II, 277.

²²⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 10/239.

²²⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 65

²²⁶ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 179.

2.1.2.1. HADD CEZASI GEREKTİREN HIRSIZLIKLAR

Hadd cezasını gerektiren hırsızlık iki çeşittir: Basit hırsızlık (es-sirkatü's-suğra) ve büyük hırsızlık (es-sirkatü'l-kübra).²²⁷ Bu ayırım özellikle Hanefî literatüründe yer almaktadır.²²⁸

2.1.2.1.1. Basit Hırsızlık (es-Sirkatü's-Suğra)

Basit veya küçük hırsızlık, konumuzu teşkil eden ve daha önce de tarifini verdiğimiz, “Akli başında ve bulûğ çağındaki bir kimsenin, başkasına ait, mütekavvim hemen bozulmayan, nisap miktarındaki (on dirhem gümüş para veya onun değeri) bir malı, gizlice, muhafaza altındaki yerden, şüphesiz olarak almasıdır.”²²⁹ Bu şekilde cereyan eden bir hırsızlığa hadd cezası gerekmektedir.

2.1.2.1.2. Büyük Hırsızlık (es-Sirkatü'l-Kübra)

Başkasına ait bir malı elinden zorla almaktır. Buna “hirâbe” ismi de verilir. Silahlı gasp, eşkıyalık, yağma, soygun gibi suçlar bu gruba girmektedir.²³⁰

2.1.2.2. TAZİR CEZASI GEREKTİREN HIRSIZLIK

Hadd cezasını uygulama şartları tam bulunmayan veya bir şüphe yüzünden hadd cezası düşen ve aslında hadd cezası konulmuş tüm hırsızlıklar bu gruba girmektedir. Bununla beraber, başkasına ait malı, mağdurun gözü önünde, bilgisi dâhilinde fakat rızası olmaksızın ve kuvvet kullanmaksızın almak da tazir cezası gerektiren hırsızlıktır.

²²⁷ Bilmen, *Kâmus*, II, 261; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, IV, 82.

²²⁸ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 385.

²²⁹ İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 208; Bilmen, *Kâmus*, III, 261; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 179.

²³⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 179.

Dolandırıcılık, nehb (yağma) suçları gibi.²³¹ Bu gibi suçlardan söz ederken “ihtilas” kelimesi kullanılır.²³²

“Sirkat”, “serika” veya “hırsızlık” kelimeleri yalın olarak kullanıldıklarında kural olarak basit hırsızlık kast edilir.²³³

2.1.3. HIRSIZLIK SUÇUNUN UNSURLARI

Hırsızlık suçunun unsurları, yani hırsızlık suçunun teşekkülü için aranan şartlar konusunda Ebû Hanîfe ile diğer fakihler arasında görüş farklılıkları ve fıkıh literatüründe ayrıntılı bilgiler yer almaktadır. Bunun sebebi, had cezası gerektiren hırsızlık suçunu belirginleştirerek, onu benzeri fiillerden ayırmak ve cezalandırmada hukuki düzen ve istikrarı sağlamaktır.²³⁴ İslâm hukukunda hırsızlık suçunun işlenmiş sayılabilmesi için yani hadd cezası tatbik edebilmek için suçlu, çalınan mal, çalma eylemi, mağdur vb. ile ilgili bazı şartlar aranır.

Şimdi tek tek ele alacağımız bu şart ve unsurlar, hırsızlığın tarifinde de genel olarak yer almaktadır.

2.1.3.1. MALIN GİZLİCE ALINMASI

Malı gizlice almak, bir malı mağdurun bilgisi ve rızası bulunmaksızın almak anlamına gelir. Mesela bir kimsenin başkasına ait bir malı, onun evde bulunmadığı veya uykuda olduğu bir sırada alıp götürmesi gibi.²³⁵ Gizlice almak, hırsızlık suçunu mala karşı işlenen diğer suçlardan ayıran bir özelliktir.

²³¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 179.

²³² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 180.

²³³ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 385; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 180.

²³⁴ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 386

²³⁵ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 183.

H. Peygamber “Aşikâre zorla alan, aşikâre zorla kapıp kaçan ve emanetindekini çalan kimseye kesme yoktur” buyurmaktadır.²³⁶

Dolandırıcılık suçunda mağdur malı bizzat teslim eder, kapkaç suçu alenen gerçekleşir. Bu durumlarda faile hırsızlık haddi uygulanmaz. Ama yankesicilik ve cepçiliğe gelince, bu mal varlığına gizlice gerçekleştirilen bir suçtur. Çünkü hırsız mağdurun cebine veya çantasına elini gizlice sokar ve farkında olmadan eşyasını çalar. Cumhura göre bu suç hadd cezasıyla cezalandırılır.²³⁷ Fakat Ebû Hanîfe ve diğer Hanefî hukukçular buna bir istisna getirmiştir. Yankesici parayı, mağdurun yeneğinin içinden değil de dışındayken çaldıysa, suçun teşekkülü için gerekli olan gizlilik şartı yerine getirilmediği için faile hadd uygulanmaz.²³⁸

Ebû Hanîfe’ye göre “alma” fiilinin tam teşekkül etmesi gerekir. Bunun için de suçlunun elinin çalınan mala değmesi, dokunması yeterli değildir. Gizli almanın tam oluşması için üç şart vardır:

- a. Hırsızın malı normal olarak muhafaza edildiği yerden çıkarması
- b. Çalınmış malın mağdurun mülkünden, fiilen çıkması
- c. Malın hırsızın zilyetliğine geçmiş olması

Mesela, bir kimse hırsızlık kastıyla bir eve girse ve evden henüz bir şey almadan, eşyayı toplarken veya toplayıp da evden çıkmadan yakalansa, sanık hırsız sayılmaz, gizlice alıp götürme fiili teşekkül etmiş olmaz. Bu şartlardan her hangi biri yoksa almak da tam olarak yerine gelmiş olmaz ve o tür fiilin cezası da el kesmek değil, tazir olur.²³⁹

Zâhirîler, hırsızın mala el koyduğu fakat henüz bulunduğu yerden çıkarmadığı durumlarda da hadd cezası gerekir, derler.²⁴⁰

²³⁶ Darimî, Hudûd, 8; Tirmizî, Hudûd, 18.

²³⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 76.

²³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, VII, 160; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 76

²³⁹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 183.

²⁴⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 183.

Çalınan malın bulunduğu yerden yani *hırzından* ve mağdurun zilyetliğinden çıkışının hemen akabinde, durumun ne olacağı meselesine gelince;

Ebû Hanîfe'ye göre, bir malın bulunduğu yerden gizlice alınması, yani mâlikin mülkünden çıkması yeterli değildir, hırsızın mülk ve tasarrufu altına fiilen girmesi şarttır.²⁴¹ Mesela, bir kimse bir eve hırsızlık kastıyla girse, malları alıp evden dışarı atsa sonrada o malları almak için dışarı çıktığında başkasının onu kolladığını ve malı aldığını görse veya birisi mal çalmak için girdiği ahırdan malı salıverse sonrada dışarıda bu hayvanı bir başkasının çalıp götürdüğünü görse, işte her iki durumda ve benzerlerinde, Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan mal hırsızın zilyetliğine girmemiştir. Zira malın bulunduğu yerden yani hırz altından çıkarılmasıyla birlikte mâlikin zilyetliği son bulmakta ve devreye bir başkasının zilyetliği girmektedir.²⁴²

Hırsız bir malı bulunduğu yerden çıkarınca mâlikin zilyetliği kalkmakta ve bu durumda başka bir hırsızın malı alması, o malı bulunduğu yerden çıkaran asıl hırsızın zilyetliğini önlemekte ve dolayısıyla da mal onun zilyetliğine değil, ikinci hırsızın zilyetliğine geçmiş olmaktadır. Ebû Hanîfe bu nazariyeyi “zilyetliğin kesilmesi nazariyesi” olarak adlandırmakta ve bu fiilin sonucu olarak hırsızın elinin kesilmemesi gerektiğine aksine tazir cezası uygulanması gerekli olduğuna hükmetmektedir.²⁴³

Yine hırsız, çaldığı malı dışarı atar, sonrada o malı almak için dışarı çıkmadan yakalanırsa, bu şekilde çaldığı mal zilyetliğine geçmiş sayılmaz, zira dışarıya atarken henüz zilyetliği kesinleşmemiştir. Her ne kadar hırzından dışarı atılan mal dışarıda duruyor ve hiç kimse de zapt etmemişse de hırsız zapt edene kadar onun zilyetliğinden söz edilmez.²⁴⁴

Hırsız malı dışarı atar sonra da dışarı çıkıp malı ele geçirirse hakkında hadd cezası uygulanır. Fakat İmâm Züfer bu durumda da el kesme cezası verilmez,

²⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 147; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 185.

²⁴² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 185.

²⁴³ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 791; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 185.

²⁴⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 65.

demektedir. Delili ise malı hırzından çalmak demek ancak o malı dışarı çıkarmakla tamam olur. Dışarı atmak, çıkarmak manasına gelmez. Dışarı atılan malı da dışarıda iken almak hırzından almak demek değildir. Bu delil şöyle red olunur: Malı fiilen dışarı atmak hırsızın zilyetliğine geçmek demektir. Her ne kadar zilyetliği tam sabit değilse de dışarı çıktığında malı alınca mal üzerinde zilyetliği sübut bulmuş olur. Malı dışarı atmak, hırzından almaktan başka bir şey değildir.²⁴⁵

Diğer mezhep imâmlarına göre ise; mal, sahibinin zilyetliğinden çıkmasıyla, hırsızın zilyetliğine geçer. Bu sebeple onlar hadd cezası uygulanacağı görüşündedirler.²⁴⁶

Hırsız malı almak için hırzın dışına malı attıktan sonra ve kendisi de henüz o yerden çıkmadan önce yakalanırsa Ebû Hanîfe'ye göre yine alma işi tam olmaz. Çünkü her ne kadar mal mağdurun zilyetliğinden çıkmışsa da, hırsızın zilyetliğine girmemiştir.²⁴⁷

Hırsız çaldığı malı evin bir kısmından avlusuna veya arsasına çıkarırsa, oraya taşırsa alma fiili yine tam teşekkül etmiş olmaz. Çünkü evin tamamı bir hırzdır ve mal da hırzdan tam olarak çıkarılmış değildir. Fakat evin tamamı küçük küçük evler veya odalardan ibaretse (apartman ve otel gibi), onların her biri müstakil ev sayılır. Onların herhangi birinden malı çıkarmakla, hırsızlık tamam olur.²⁴⁸

Hırsız malı bulunduğu yerde telef ederse o zaman o kişi hırsız değil, haksız bir fiilin failidir. Fakat malın bir kısmını telef eder bir kısmını dışarı çıkarırsa, çıkardığı kısmın hırsız sayılır ve çalınan mal olarak sadece çıkardığı kısım değerlendirilir. Ancak Ebû Yusuf'a göre böyle bir durumda dışarıya çıkarılan mal nisaba ulaşsa bile hadd uygulanmaz. Sebebi ise, hırsız malın bir kısmına zarar verince, kıymetini ödemekle mükellef hale gelir. Tazmin edilen şeylerde kıymet ödendiğinde, o mala mâlik olunur.²⁴⁹

²⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 65.

²⁴⁶ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 186.

²⁴⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 65.

²⁴⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 66.

²⁴⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 70,71.

Gizlice alma fiili, doğrudan doğruya almak ve dolaylı almak şeklinde ikiye ayrılır. Doğrudan doğruya almak, hırsızın malı alması ve bizzat kendisinin o malı çıkarması veya yaptığı fiillerin doğrudan doğruya çıkmaya sebep olmasıdır. Mesela, bir kimsenin malın bulunduğu yere girip, çaldığı malı yüklenerek çıkması veya dışarı atması, elini malın korunduğu yere sokup ya da bir tahıl ambarını delip ürünü dışarı akıtması hep doğrudan doğruya alma türüne girer²⁵⁰

Fakat Ebû Hanîfe bu konuya bir takım istisnalar getirmiştir. Hırsız malın korunduğu yeri delip ürünün dışarı çıkmasını sağlayarak veya içeri elini sokarak ya da çomak gibi bir aletle malı korunduğu yerden dışarı çıkararak çalarsa, alma fiili tam olarak gerçekleşmediği için gizlice almanın şartları da tam teşekkül etmiş sayılmaz. Çünkü fail malın korunduğu yere girmemiş, hırsız da tam manasıyla ihlal etmemiştir. Fakat sandık ve çuval gibi içine fiilen girmek mümkün olmayan şeylerden tam manasıyla mal almak ise yalnızca el ile, kişinin girmesi gerekmez. Ebû Hanife ortaya koyduğu bu görüşünü “failin hırsız tam açıp, yarıp içeri girme nazariyesi” olarak isimlendirir.²⁵¹ Yani hırsız bizzat muhrez malın hırs mahalline girmezse, hırsıza hadd cezası uygulanmaz. Eimme-i selâse ile Ebû Yusuf, aksine failin malın korunduğu yere girip girmemesinin, suçun teşkiline engel olmadığı görüşündedirler. Çünkü onlara göre, hırsızlık malı korunduğu yerden almaktan ibarettir; dolayısıyla korunduğu mahalle girmek şart değildir. Bu bakımdan hırza girmeden malı almaya imkân veren her hareket hırsızlık suçunun oluşmasına sebeptir ve faillere hadd uygulanır.²⁵²

Dolaylı şekilde almak ise; hırsızın, çalınan malı bulunduğu yerden bizzat değil dolaylı bir yolla çıkarmasıdır. Malı bir hayvanın sırtına yükleyip veya akarsuya atıp korunduğu yerden dışarı çıkmasını sağlama, kuzuyu anasının peşinden getirerek çalma

²⁵⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 186.

²⁵¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 66.

²⁵² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 189.

gibi. Bu fiilin failine de hadd cezası uygulanır, ancak gizlice alma şartları gerçekleşmiş olmalıdır.²⁵³

Ebû Hanîfe burada da doğrudan almada olduğu gibi failin “hırsız açıp-yarıp içeri girmesi” nazariyesini uygular. Mesela, anası kullanılarak ahırın dışarısına çağrılıp sonra da çalınan yavrudan dolayı hadd tatbik edilmez. Çünkü hırsız, hırsızın içine bizzat girip gizlice almayı gerçekleştirmemiştir. Yine Ebû Hanîfe’nin zilyetliğin kesilmesi prensibinden yola çıkarak, akan suya bırakılarak çalınması amaçlanan bir malın başka bir hırsız tarafından çalınmasından dolayı da hadd gerekmez. Çünkü mal mağdurun zilyetliğinden çıkmış olsa da, hırsızın zilyetliğine girmeden başkasının zilyetliğine girmiştir.²⁵⁴

2.1.3.2. FAİLİN SUÇ İŞLEME KASTININ BULUNMASI

Kasıt, bir kimsenin bir fiili bilerek ve isteyerek işlemsidir. Ebû Hanîfe’ye göre, hırsızlık suçunun oluşması için de failin suç işleme kastını taşıması ve ayrıca bu kastın hukuken geçerliğinin bulunması gerekir.²⁵⁵ Yani hırsızlık suçunda, failin başkasına ait ve alması yasak olduğunu bildiği bir malı sahiplenme maksadıyla alması şartı aranır.²⁵⁶ Bu itibarla failin bir malı kendi malı veya mübah bir mal olduğu zannıyla ya da kullandıktan sonra geri verme veya tehlikeden koruma maksadıyla alması ve durumun da buna delâlet etmesi halinde, suç kastı bulunmadığından bu fiil hırsızlık sayılmaz.²⁵⁷

Ebû Hanîfe’ye göre, çalınmış şeyin hepsinde hırsızlık kastı bulunmalıdır. Bir kimse içinde, süt, gülsuyu veya yağlı ekmek gibi çalındığında el kesmeyi gerektirmeyen bir şey bulunan altın veya gümüş kabı çalsa hırsız sayılmaz. Çünkü burada çalınması kast edilen kapta olandır, kap değildir. Kastı kap olsaydı içindekileri tutmazdı. Kast

²⁵³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 198.

²⁵⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 197.

²⁵⁵ Menekşe, 17. ve 18. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, s. 24.

²⁵⁶ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 386.

²⁵⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 259; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79.

edilene ceza gerekmezse tâbi olana da gerekmez. Aynı şekilde boynunda değerli bir taş bulunan köpeği bir kimse çalsa, hırsız sayılmaz; çünkü hırsızlığı kast edilen köpekten dolayı hadd cezası uygulanmaz.²⁵⁸

Bunlarla birlikte Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan malın hırsızlık suçunda aranan nisap miktarına ulaştığı fail tarafından bilinmesi gerekir. Mesela, bir kimse, mağdurun nisap miktarına ulaşmayan elbisesini çalsa, fakat elbisenin içinde yüklü bir para çıksa, çalma kastı elbise olması sebebiyle faile hadd uygulanmaz.²⁵⁹

Şafiîlerde ise, failin hırsızlık kastı, suçun teşekkülü için yeterlidir. Değersiz bir mal çaldığını zannedip, sonradan malın değerinin nisaba ulaştığı ortaya çıksa yine de faile hadd cezası uygulanır. Çünkü hırsız suç kastından sorumludur, kıymetinin bilinmemesi zannına itibar edilmez.²⁶⁰

Ahmed b. Hanbel de Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir.²⁶¹ İmâm Mâlike gelince, failin çaldığı malın kıymetini bilip bilmemesine, malın niteliğine itibar olunur. Mesela nisap miktarına ulaşmayan bir pantolon çalınsa; fakat cebinden yüklü bir miktar para çıksa faile had uygulanır. Çünkü insanlar pantolonlarının cebinde para taşırlar. Fakat kıymeti hırsızlık suçunda aranan nisaba ulaşmayan bir baston veya kitap çalınsa fakat sonradan bunların içinden yüklü miktarda para çıksa, bu durumda had uygulanmaz. Çünkü failin çalma kastı malın kendisinedir.²⁶²

Ebû Hanîfe'nin ortaya koymuş olduğu bir diğer şart da çalınan malın, temellük kastıyla alınması gerekliliğidir. Temellükten maksat, çalınan malda mâlikinin sahip olduğu bütün imkân ve faydaları kullanabilmek arzu ve iradesidir. Mesela bir kimse, bir malı başkası için alır, yerini değiştirmek maksadıyla götürürse hırsız sayılmaz. Sadece mala karşı haksız fiil işlemiştir. Bir kimse yine bir malı olduğu yerde yer, bir meşrubatı,

²⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 152.

²⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 80; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 153.

²⁶⁰ Şirbinî, Muhammed b. Ahmed el-Hâtib, *Muğnî'l-Muhtâc*, Dâru'l-Kütübi'l-Arabiyyeti'l-Kübra, Mekke t. y. , VII, 467.

²⁶¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî* X, 279.

²⁶² Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, VI, 281.

içer veya bir kokuyu sürünürse hüküm yine böyledir. Ama yerinden çıkarıp, bu fiilleri işlerse hırsızlık yapmış olur.²⁶³

Yine bir kimse mülkiyeti kendisine ait bir malı alırsa hakkında ceza verilmez. Çünkü alma işini temellük kastıyla yapmıştır diyemeyiz; zira mal tamamen kendi mülküdür. Kiraya verilen, iâreye veya emanete verilen malı almak gibi.²⁶⁴

Ebû Hanîfe'ye göre, çalma fiilinin cezalandırılması için sadece gizlice alma ve suç kastının bulunması yeterli değildir, hırsızlığın bütün unsurlarının birlikte bulunması gerekir. Bu bakımdan malı mülk edinme veya suç kastıyla alan herkes cezalandırılmaz, hırsız sayılmaz. Failin kastının hukuken geçerliliği için, cezaî ehliyeteye sahip yani akıllı ve bulûğa ermiş, mükellef bir kimse olması gerekir. Hırsızlığın zorlama (ikrah) altında, ızdırâr (açlık – susuzluk vb.) halinde, umumi kıtlık zamanında yapılması halinde de kasıt unsuru tam gerçekleşmiş olmaz.²⁶⁵

2.1.3.3. ÇALINAN MALIN BAŞKASINA AİT OLMASI

Çalınan malın eylem esnasında başkasına ait olması, bu malda hırsızın mülkiyet cinsinden bir hakkının veya hak şüphesinin bulunmaması şarttır.²⁶⁶ Mal hırsıza aitse veya hırsızın o mala mâliklik şüphesi varsa fiil hırsızlık sayılamaz, yani had cezası gerekmez.²⁶⁷ Yalnız tazir cezası verilir. Babanın çocuğuna ait bir malı çalması gibi. Çünkü çocuğun malında babanın mülkiyet hakkı şüphesi vardır. Nitekim Hz. Peygamber “Sen de malın da babana aitsiniz”²⁶⁸ buyurmuştur. Bu hadise binaen, anne-baba, nine ve dedeler, çocuklarından ve torunlarından çaldıklarında hadd cezasına çarptırılmazlar.²⁶⁹

²⁶³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 259.

²⁶⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 259.

²⁶⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 140; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 260.

²⁶⁶ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 386.

²⁶⁷ Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, s. 97.

²⁶⁸ İbn Mâce, *Ticaret*, 64.

²⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 70.

Çalınan malın başkasına ait olması hususunda ittifak söz konusudur. Fakat çalınan malın mülkiyetine itibar vaktine gelince; Ebû Hanîfe diğer İslâm hukukçularından farklı olarak şu görüşe sahiptir: Hırsızın, çalınan maldaki mülkiyetine itibar vakti, hâkimin karar verme zamanıdır, yani hâkim olaya karar vermeden önce çalınan mala hırsızın mâlik olması, hırsız hakkındaki kesme cezasını düşürür. Ama hâkim davayı devam ettirebilir. Hüküm verildikten ama infazdan önce hırsız mala mâlik olursa, Ebû Hanîfe, hırsıza kesme cezası yine uygulanmaz, der. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre, kararın infaz safhası da o kararın bir parçasıdır. Hükümden önce hadd cezasına mani olan bir şey hükümden sonra da manidir.²⁷⁰

İmâm Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Zeydiler, yetkili makamın haberdar olmasından ve dava açılmasından önce mâlik olma durumuyla bunlardan sonraki mâlik olma durumunu birbirinden ayırırlar. Şayet mâlik olma yetkili makamın haberdar olmasından önceyse kesme cezası verilmez, tazir cezası uygulanır.²⁷¹

İmâm Ebû Hanîfe'nin bu görüşe sahip olmasındaki temel espri, kesme cezasının verilebilmesi için mağdurun çalınan malı dava yoluyla istemesini şart koşmuş olmasıdır. Çalınan mal dava yoluyla istenilmezse, suç üzerinde herhangi bir değerlendirme yapılmaz.²⁷²

İmâm Mâlik'e göre ise, sorumluluğun bulunmaması için, hırsız o mala, onu hırsızından çıkarmadan mâlik olması gerekir. Hırsızdan çıkardıktan sonra mâlik haline gelmişse bu durum onu cezai mesuliyetten kurtaramaz. Çünkü mal hırsızlık zamanında başkasının mülkiyetindeydi. Hırsızlık suçuna veya hadd cezasına hükmetmek için mağdurun dava açması veya çalınan malı istemesi şart değildir.²⁷³

Ebû Hanîfe'ye göre, kişinin maldan faydalanma hakkı varsa, mala mâlik olmasa da alma hali hırsızlık değildir. Mesela, kiracının kendisine kiraya verilen malı gizlice

²⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 88,89.

²⁷¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 243.

²⁷² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 243.

²⁷³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 243.

alması, ödünç isteyeninin istediği malı gizlice alması vb. mallar üzerinde, kararlaştırılan haktan faydalanma söz konusu olduğu müddetçe sözü geçen fiiller hırsızlık sayılmazlar.²⁷⁴

Bu durumun tam tersi olduğunda, mağdurun maldan faydalanma hakkı bulunduğu malı, o malın mâliki çalarsa yine hırsız sayılmaz. Mesela, kiralayan, kiracısındaki kiralık malını; ödünç veren, ödünç verdiği kişiden malını; malı gasp edilen gasp edenden; hırsızın çaldığı malı hırsızdan çalması vb. bütün bunlar hırsızlık değildir. Çünkü kendi mallarını almışlardır.²⁷⁵

Mülkiyete müsait olmayan şeylerin çalınması hırsızlığa konu teşkil etmez, yani çalınan malın mülkiyete konu olması gerekir. Mülkiyete konu değilse, hırsızlığa da konu değildir. Köleliğin kalkmasından sonra insan hırsızlığının mümkün olmaması gibi. Çünkü insanlar artık mülkiyete konu teşkil etmemektedirler. Mesela çocukların çalınması, dinine, rengine, cinsine bakılmaksızın hırsızlık sayılmaz.²⁷⁶ Ama İmâmı Mâlik bu görüşe muhaliftir. O'na göre, kandırılması kolayca mümkün küçük erkek ve kız çocuklarını gizlice kaçırmak hırsızlık suçudur.²⁷⁷

İmâm Ebû Hanîfe'ye göre, hırsızlık suçundan bahsetmek için çalınan malın bir başkasının mülkinde olması da yeterli değildir. Mal mâlikinin bilinmesi gerekir. Yani malın sahibinin meçhul olmaması lazımdır. Eğer mağdur bilinmiyorsa, hırsıza hadd cezası verilmez, isterse hırsız suçunu ikrar etsin. Çünkü hadd cezası mağdurun çalınan malı isteme ve bu konuda açacağı dava şartına bağlıdır. Eğer çalınan mal bir kimsenin mülkiyetinde değilse, mübah veya terk edilmiş bir mal ise veya *tâfihse* yani örfen önemsiz sayılan, başkaları tarafından alınması önemsiz olmayan bir şey ise o zaman, o kişinin bunu alması hırsızlık sayılmaz, isterse alma işi gizli olsun. Saman, odun, kireç,

²⁷⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 244.

²⁷⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 70.

²⁷⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 67.

²⁷⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 784; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 244.

kerpiç, kiremit gibi şeyleri çalmak haddi gerektirmez.²⁷⁸ Fakat İmâm Yusuf, ikrar halinde kesme cezası verilir, der.²⁷⁹ İmâm Mâlik bu konuda, malın başkasının mülkünde olmasını yeterli görür, mal sahibinin bilinmemesi önemli değildir. Mesela, sahibi belirsiz, tanınmayan bir malı veya fakirlere, öğrencilere veya kimsesizlere yapılan vakıflara ait malları çalmak gibi.²⁸⁰ Vakıf malların çalınması meselesi aşağıda müstakil olarak alınacaktır.

2.1.3.3.1. Akrabaların Malının Çalınması

Ebû Hanîfe'ye göre, kardeş, bacı, amca, hala, dayı, teyze gibi, *zevi'l-erhâm*'dan yani birbirine yakın akrabalar, birbirine nikâh düşmeyenler arasında meydana gelen hırsızlık suçuna hadd cezası verilmez. Çünkü onlardan bir kısmı diğer bir kısmının evine girme izni sebebiyle evlat yakınlığı derecesinde düşünülür ve bu cihetle hırsız da ortadan kalkmış olur. Bu sebeple zevi'l-erhamdan çalana hadd cezası uygulanmaz. Aynı zamanda, eğer hadd cezası verilecek olsaydı, aradaki akrabalık bağlarının kopmasına sebep olunacaktı ki, bu da haram ve yasaktır. Fakat akraba olup da nikâhı haram olmayan kişiler arasında hırsızlık cereyan ederse bu fiile hadd cezası verilir. Çünkü bunlar birbirlerinin evlerine izinsiz giremezler.²⁸¹

Akraba olmayıp da nikâhı birbirine haram olan, sütanne, sütkardeş, süt evlat gibi kişilerin arasındaki hırsızlığa gelince, Ebû Hanîfe'ye göre, bu fiile hadd cezası verilir. Ebû Yusuf'a göre ise, hadd cezası verilmez. Çünkü bir kimse sütannesinin evine geleneklere göre, izin almaksızın girebilir.²⁸²

Ebû Hanîfe'ye göre bir kimse, üvey annesinden, üvey babasından, gelininden, oğulluğundan, kayın validesinden mal çalarsa hakkında hadd cezası verilmez. Şayet

²⁷⁸ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 244; Bilmen, *Kâmus*, III, 268.

²⁷⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 83.

²⁸⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 244.

²⁸¹ Bilmen, *Kâmus*, III, 264; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 75; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 788.

²⁸² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 75.

hırsızlık, hırsızın akrabalık bağı bulunan birisinin mesela, babasının, annesinin, oğlunun veya karısının evinde olursa durum yine böyledir. Çünkü hırsız bunların evine izinsiz girebilmektedir. Bu da hırzı ortadan kaldırmaktadır.²⁸³

İmâm Mâlik’e göre, usulden birisi, fûruun malını çaldığında hakkında hadd cezası verilmez. Fakat fûru, usûlün malından çaldığında onlara hadd cezası verilir. Yani akrabalık sebebiyle hırsızlık suçunun cezası düşmez sadece usûle uygulanmaz. Bunun sebebi “Sen de malın da babana aitsiniz.”²⁸⁴ hadisidir.²⁸⁵

2.1.3.3.2. Eşlerden Birinin Diğerinin Malını Çalması

Ebû Hanîfe’ye göre, birbirinin malını çalan eşlerden herhangi birine, hadd cezası uygulanmaz. İsterse hırsızlık birlikte oturdukları bir evde isterse bir başka evde işlenmiş olsun. Çünkü eşlerden her birinin, evin sahibi hangisiyse, onun tarafından diğerinin evine girmesine izin verilmiş, demektir. Ayrıca örf ve âdete göre, biri diğerinin malından faydalanabilir. İşte böyle bir durum hırzı ortadan kaldırmaktadır.²⁸⁶

İmâm Mâlik’e göre, eğer mal karşı taraftan saklanmış veya bir yere kapatılıp kitlenmişse, girilmesine müsaade edilmiyorsa, işte böyle bir durumda eşlerden biri diğerinin malını çaldığında hadd cezası tatbik edilir.²⁸⁷

Karı-kocalık münasebeti bulundukça, taraflar arasındaki hırsızlığın hükmü böyledir. Taraflar fiilen evlenmeden yani ailevi ilişki yaşamadan önce talak vâki olur ve boşanırlarsa evlenme akdiyle boşanma zamanı arasında işlenen hırsızlıklarda faile hadd cezası verilmez. Çünkü hırsızlık zamanında karı-kocalık ilişkisi hukuken mevcuttur. Ama talâkın vukûundan sonra hırsızlıkta bulunulursa faile hadd cezası verilir. Çünkü kendisiyle ailevi münasebet yaşanmamış kadın için iddet söz konusu değildir. Âyette de

²⁸³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 75.

²⁸⁴ İbn Mâce, *Büyû*, 16

²⁸⁵ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 232.

²⁸⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 75; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 788.

²⁸⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 233.

“Ey inananlar! Mümin kadınlarla nikâhlanıp, onları, temasta bulunmadan boşadığınızda, artık onlar için size iddet saymaya lüzum yoktur. Kendilerine bağıştta bulunarak onları güzellekle serbest bırakın.”²⁸⁸ buyrulmuştur.

Şayet hırsızlık, *ric'i talak* ile boşanma halinde ve dolayısıyla iddet süresinde işlenmişse faile yine had cezası uygulanmaz. Çünkü iddet sonuna kadar evlilik ilişkisi devam eder. *Bâin talak* ile boşanma durumunda iddet süresi içerisinde hırsızlık olursa Ebû Hanîfe'ye göre yine hadd cezası verilmez. İddet durumunda burada da bir bakıma nikâh akdi devam etmektedir. Ebû Hanîfe'nin genel prensibi, nikâh akdinin herhangi bir şekilde bulunuşu hadd cezasının tatbikine engeldir. Bir bakıma nikâh akdinin bulunuşu veya tesirinin görülmesi şüphe uyandırır. Had cezaları da şüphe sebebiyle uygulanmaz.²⁸⁹

Eğer iddet bittikten sonra hırsızlık olayı olursa, hiç tereddütsüz, had cezası tatbik edilir. Biri diğerinin aleyhine hırsızlıkta bulunduktan sonra evlenirlerse Ebû Hanîfe'ye göre evlilik, suç hakkında hüküm verildikten sonra; fakat infazdan önce yapılırsa had cezası uygulanmaz. Çünkü hadler konusunda cezanın infazı, verilen hükmün bir parçası, tamamlayıcısıdır. Hükmün infazına sirâyet etmiş olan bir şüphe, sanki hükme sirâyet etmiş gibidir.²⁹⁰

2.1.3.3.3. Alacaklının Borçludan Çalması

Ebû Hanîfe'ye göre bir kimse borçlusundan, ödeme zamanı geldiği halde borcunu ödememesi, geciktirmesi veya inkâr etmesi durumunda, alacağı cinsten bir şey çalsa hadd cezası gerekmez. Eğer çaldığı şey, alacağı cinsten değilse; mesela, dirhem cinsinden alacağı olan bir kimse, dinar veya başka bir mal çalsa hadd cezası gerekir. Çünkü bu durumda sırf almakla alacağını ele geçirmiş, mâlik olmuş olmaz, ancak aldığı takas ettikten veya sattıktan sonra belki mâlik olur. Bu sebeple başkasının

²⁸⁸ Ahzâb Suresi, 33/49.

²⁸⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 76.

²⁹⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 76.

mülkünü çalmıştır. Fakat aleyhine açılan davada “ben onu rehin aldım” veya “alacağım vardı onu elde etmek için aldım” derse hadd düşer.²⁹¹

İmâm Mâlik’e göre ise, çalınan mal ister alacak cinsinden olsun, ister olmasın hadd gerekmez.²⁹²

Ebû Hanîfe’ye göre eğer alacak vadeliyse ve vadesi henüz gelmeden, alacaklı çalma fiilinde bulunduyorsa, kıyasa göre hadd cezası verilir. Borç eğer vadeliyse, vadesi gelmeden onu çalan kişinin alma hakkı bulunmamaktadır. Buna dayalı olarak yabancı bir kimse tarafından çalınmış gibi muamele yapılır ki bu durumda da hadd cezası uygulanır. Fakat Ebû Hanîfe, istihsânen burada hadd cezası uygulanmaz, der. Çünkü alma hakkını meşrulaştıran, vadenin girişi değildir. Asıl sebep, malı çalan adamın, borçlunun zimmetinde alacağının bulunmasıdır. Vade sadece borcun istenme zamanını uzatmaktadır. Zikredilen bu sebebin bulunuşu, hırsızlık işine şüphe katar. Şüphe de haddlerin uygulanmasına manidir.²⁹³

Ebû Hanîfe’ye göre hırsız kimse, borçlusunun babasına veya çocuğuna ait bir malı çalsa ve o baba veya çocuğun, borçlunun vekili veya varisi olduğu ispatlanmadıkça hadd cezasına çarptırılır.²⁹⁴

2.1.3.3.4. Ortaklardan Birinin Şirket Malını Çalması

Ebû Hanîfe’ye göre, hırsız kişi, mağdur ile ortak olduğu bir malı, ortağından veya ortaklarından habersiz, gizlice çalarsa hadd cezası gerekmez. Çünkü çaldığı mal üzerinde failin mülkiyet hakkı vardır. Yani çaldığı mala mağdurla birlikte iştirak halinde ortaktır ve bu durum hadd cezasını bertaraf eden bir şüphedir. İmâm Mâlik’e göre ise eğer hırsız kendi payından fazlasını çaldıysa ve bu fazlalık nisap miktarına ulaşıyorsa bu durumda hadd tatbik edilir. Çünkü hırsızın fazladan aldığı malda mülkiyet hakkı söz

²⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 178; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 72.

²⁹² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 247.

²⁹³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 248.

²⁹⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 72.

konusu değildir.²⁹⁵ Ebû Hanîfe, bu durumda da şüphe bulunması sebebiyle haddi gerekli görmez.

2.1.3.3.5. *Beytu'l-Mala (Devlete) Ait Malın veya Amme (Umum Halka ait) Malının Çalınması*

Burada müşterek bir malın çalınması söz konusudur. Ebû Hanîfe'ye göre, *beytu'l-mal*'dan çalan kimse ister hür ister köle olsun hadd cezasına çarptırılmaz. Çünkü bütün müslümanların hazinede hissesi ve hissedarlık şüphesi vardır. Eğer çalan kimse muhtaç durumdaysa ihtiyacını devlet karşılamalıdır. Bu hususta delil, Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin uygulamalarıdır.

Bir adam *beytu'l-mal*'dan hırsızlık yapmıştı. Sa'd b. Ebî Vakkâs durumu Hz. Ömer'e mektup yazarak bildirdi. Hz. Ömer de cevaben "Ona el kesme yoktur, çünkü *Beytu'l-mal*'de hakkı vardır, dedi."²⁹⁶ Yine ganimet malından miğfer çalan bir adam Hz. Ali'ye getirilmişti. Ancak devlet malının muayyen bir sahibinin bulunmayışı ve hırsızın da o malda hissesinin olması münasebetiyle hadd cezası tatbik edilmemişti.²⁹⁷ Ebû Hanîfe'ye göre, amme malında da yine müşterek bir hak vardır. Bu müşterek hak bulunduğu müddetçe, ondan hadd cezasını gideren, bertaraf eden bir şüphe söz konusudur.²⁹⁸

İmâm Mâlik de aksine, devlet malını veya ganimet malını çalma halinde hadd cezası gerektiği görüşündedir. Çünkü *beytu'l-mal*'daki mal muhrez bir maldır. Ve çalan kimsenin de onda hakkı yoktur. Şafilere göre ise, kamuya ait bir mal belirli bir topluluğa

²⁹⁵ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 246.

²⁹⁶ Abdurrazzak, Ebu Bekr b. Hemmam es-San'ânî, *el-Musannef*, Meclisu'l-İlmi, Beyrut 1980, X, 212.

²⁹⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 786; Serahsî, *el-Mebsût*, 9/ 188.

²⁹⁸ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 246.

tahsis edilmiş de başkaları oraya giremiyorsa, o zaman bunu çalma halinde hadd cezası verilir.²⁹⁹

2.1.3.3.6. Vakıf Malının Çalınması

Ebû Hanîfe'ye göre, herhangi bir amaç için kurulan vakıflara ait malların çalınması durumunda, hırsız mal kendisine vakıf yapılanlardan biriye, yani intifa hakkına sahip ise hadd cezası gerekmez. Eğer öyle birisi değilse hadd cezası gerekir. Çünkü malın sahibi bellidir. Vakfın tanımı da bunu gerektirir. Vakıf, bir malın mülkiyetini vakfedenin mülkünde tutup, menfaatini bir hayır cihetine bağışlamak, tasaddukda bulunmaktır.³⁰⁰

2.1.3.3.7. Hırsızdan Çaldığı Malın Çalınması

Ebû Hanîfe, malı çalınan kişinin muteber bir zilyetlik veya mülkiyetle çalınan mala hâkim olmasını, elde bulundurmasını şart koşar. Mesela, mülkiyet, zilyetlik, emanet, vediâ, gâsıptan (gasp eden) alınan tazminata zilyetlik, alış-verişte kabza yetkili kişinin kabzettiği şeyler de kâbız tarafından aynen ödenir. Ebû Hanîfe bu şartlardan şu sonucu çıkarır: Hırsızdan bir malı çalana hadd cezası verilmez. Çünkü hırsızın zilyetliği muteber bir zilyetlik değildir. Malın ne mâlikidir ve ne de kendisine emanet verilmiştir ve tazminat sorumlusu da değildir. Ancak birinci hırsızdan hadd cezası düşünce ikincisine kesme cezası verilir. Çünkü birincisi, hadden kurtulunca, o zaman çaldığı malı tazminle sorumludur ve tazminatla sorumlu olmak durumunda, onun zilyetliği sahih hale gelir. Ebû Hanîfe'ye göre, hırsıza kesme cezası verilince tazminatla sorumlu tutmaz. Yani kesme ve tazminat cezası bir arada uygulanmaz.³⁰¹

Mâlik'in yegâne şartı, çalınan malın bir başkasının mülkü olmasıdır. Hırsız da her halükarda bir başkasının malını çalmaktadır. Malı ister bir mâlikin elinden isterse bir

²⁹⁹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 247.

³⁰⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 245.

³⁰¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 80.

başkasının elinden çalsın fark etmez. Yani ikinci hırsıza hadd cezası uygulanır. Ahmed b. Hanbel'e göre, hırsızlık ve gâsıptan hırsızlık hallerinde, mal isterse muhrez bir yerde bulunsun, yine hadd gerekmez.³⁰²

2.1.3.3.8. Hırsızın Bir Malı İkinci Defa Çalması

Hırsız bir malı çalsa ve bu suçu yüzünden kendisine hadd cezası verilse, mal da sahibine iade olursa sonra aynı kişi aynı malı tekrar çalsa, Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan malın ilk hükmünü koruyup korumayışına göre hüküm değişir. Eğer ikinci kez çalınan şey birinci defa çalınıştaki hükmünü koruyorsa, kıyasa göre hadd cezası verilir ama istihsânen verilmez. Çünkü malın dokunulmazlığı, birinci hırsızlıkta sonra ermiş, sâkıt olmuştur. Her ne kadar birinci hırsızlıktan sonra geri vermekle dokunulmazlık geri dönerse de dokunulmazlığın olmadığı şüphesi vardır. Şüphenin olması da haddi düşürür. Eğer mal eski durumunu korumuyorsa, değişmişse ve yeni bir mal ismi altına girmişse bu durumda hadd cezası uygulanır. Mesela, birisi iplik çalsa, sonra bu iplik mâlikine geri verilse, sonra da mâlik bununla kumaş dokusa, o hırsız bu sefer gelip kumaşı çalsa fiili sebebiyle hadd cezası uygulanır.³⁰³

Mâlik, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre, ikici kez çalınan mal sebebiyle hırsıza yine hadd cezası tatbik edilir. Çünkü kesme cezası, hırsızlık sebebiyle ilgili bir cezadır. Fiilin tekerrürü cezayı da tekerrür ettirir.³⁰⁴

2.1.3.3.9. Bir Malın Hırzında Telef Olması veya Tüketilmesi

Hırsızın hırzda telef ettiği veya tükettiği şeylerin hırsız sayılmadığı hususunda tüm İslâm hukukçuları ittifak halindedir. Bu hareketler mala zarar vermek sayılır ve haksız fiile tazir cezası verilir.³⁰⁵

³⁰² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 249.

³⁰³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 787.

³⁰⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 250.

Ebû Hanîfe'ye göre, eğer bir kimse çaldığı malı hırzından çıkarmadan önce tazmin eder, yani öderse o kimseye hadd cezası gerekmez. Çünkü hırsız malı hırzından çıkarmadan ona mâlik olmuş gibi olur. Mesela, kumaş çalan birisi, kumaşı hırzından çıkarmadan önce parçalara ayırsa veya koyun çalan bir kimse, koyunu hırzından çıkarmadan önce kesse, sonra hırzından çıkarsa, bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre, kumaş hırsızlığında, hırsıza hadd cezası gerekir. Çünkü kumaş mağdurun mülkiyetindeyken, hırsızlık tamam olmuştur. Bu mülkiyet hakkı ancak mağdurun tazminat yolunu seçmesiyle son bulur. Tazminatı seçmeden önce mağdurun mülkiyeti devam ediyordu. Bu sebeple de hadd cezası verilir. Koyun hırsızlığında da durum böyledir. Fakat koyunu kesmeyle kalmayıp, et olarak çıkarırsa ve kumaşı tamamen elden çıkarır telef ederse hakkında hadd cezası verilmez. Çünkü bu fiiller, fiilin işleniş anından itibaren tazminatın kesinleşmesini gerektirir. Tazminat ise malın mülkiyetinin hırsızın eline geçmesi demektir.³⁰⁶

2.1.3.4. ÇALINAN ŞEYİN MAL OLMASI

Mal, hırsızlık suçunun maddi konusunu oluşturur. Ebû Hanîfe'ye göre, bir şeyin mal kabul edilmesi için iki temel unsura sahip olması gerekir. Birincisi, örf olarak insanlar arasında biriktirilip, saklanmaya sebep bir iktisadî-ticarî değer taşımasıdır. İkincisi de *ayn*, yani malın elle tutulur gözle görülür bir fiziksel varlığa sahip olmasıdır. Yani o şeyin insanlar tarafından mal edinilmesinin âdet haline getirilmiş olması gerekir. Mülk edinilmesinde şüphe olup insanlar arasında değer ve önem arz etmeyen şeyler ise mal kabul edilmeyeceklerinden ötürü hırsızlığa konu teşkil etmezler.³⁰⁷ Bu sebeple çalınan şeyin mal olması gerekir. Mesela köleliğin kaldırılmasından önce köleler ve cariyeler de İslâm hukukuna göre, bir yönüyle mal sayıldıklarından hırsızlığa konu

³⁰⁵ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 251.

³⁰⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 803; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 70,71.

³⁰⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79.

olabilirlerdi, çalınabilirlerdi. Ama köleliğin kaldırılmasıyla artık insanoğlu hırsızlığa konu olamaz.³⁰⁸

Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan bir mal sebebiyle, hadd cezasının tatbik edilebilmesi için o malda bulunması gereken bir takım şartlar vardır. Bu şartlar şunlardır;

- 1- Mal menkul olmalıdır.
- 2- Mal mütekavvim olmalıdır.
- 3- Çalınan mal iktisadî değer taşımalıdır.
- 4- Mal belli bir değerde (nisap miktarında) olmalıdır.
- 5- Mal birinin mülkiyetinde ve hırz (koruma) altında olmalıdır.
- 6- Mal biriktirmeye elverişli olmalı, çabuk bozulacak şeylerden olmamalıdır.
- 7- Mal aslı itibariyle mübah olmamalıdır.
- 8- Mal mâsum (dokunulmaz-haram) olmalıdır.

2.1.3.4.1. Mal Menkul Olmalı

Mallar, menkul ve gayr-i menkul diye ikiye ayrılırlar. Menkul, taşınabilir mal demektir. Bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olan her tür mal, para, eşya, hayvan ile *kıyemiyât* ve *misliyyât*tan olan benzeri şeylerdir.³⁰⁹ Sadece menkul mallar, hırsızlığa konu teşkil ederler.

Gayr-i menkul ise, akar denilen; ev, dükkân, arsa gibi bulunduğu yerden başka yere taşınması, alınıp götürülmesi mümkün olmayan şeylerdir.³¹⁰ Gayr-i menkul mallar hırsızlığa konu teşkil etmezler, çünkü bu tür malları ve eşyaları bir yerden diğer bir yere alıp götürme imkânı yoktur. Bu tür mallar, her ne kadar mülkiyete konu teşkil etseler de,

³⁰⁸ Kâsânî, *Bedâi*, X, 245

³⁰⁹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 361.

³¹⁰ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 155.

üzerlerinde mal sahibinin dışındaki biri tarafından yapılan izinsiz tasarruflar, hırsızlık haricinde değerlendirilirler.

Çalınan malın menkul olması gerekir. Çünkü hırsızlık fiili, bir malın bulunduğu yerden yani hırsızdan gizlice çıkarılıp taşınmasını, mağdurun zilyetliğinden hırsızın zilyetliğine geçmesini gerektirir. Bu da doğal olarak, menkul mallarda söz konusu olur.³¹¹

Ebû Hanîfe'ye göre, suçlunun fiiliyle taşınabilen her mal menkul mal sayılır. Aslı itibariyle taşınır olması zorunlu değildir. Suçlunun veya başkasının fiiliyle taşınabilir hale gelmesi yeterlidir. Mesela bir kimse çatının direklerini söker götürürse veya ağaçtan yapılmış duvarı yıkar, enkazını alıp götürürse veya maden ocağından cevheri alıp götürürse o kişi menkul mal çalmış demektir. Her ne kadar ev ve bina taşınmaz mal sayılırsa da direği ve duvarı söküp, yıkmayla ağaç ve tahtalar menkul hale gelmiştir. Bir kimse yine bir araziden, toprak, kömür, taş veya maden gibi şeyler alırsa o kişi de yine taşınır mal çalmış demektir.³¹²

2.1.3.4.2. Mal Mütekavvim Olmalı

“Mütekavvim mal” ifadesi, Ebû Hanîfe ve Haneî hukukçular tarafından kullanılan bir terim olup, hukuken ve şer'an kendisinden faydalanılması mubah olan mal manasına gelir. Diğer üç imâm ise “muhterem mal” ifadesini kullanmışlardır.³¹³

Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan malın hukuken ve şer'an mutlak manada bir değer ve kıymet ifade etmesi gerekir. Eğer malın kıymeti nisbî bir şey ise, bu malın çalınması durumunda hadd cezası gerekmez. Mesela, şarap, domuz eti gibi şeylerin müslümanlar açısından hiç bir kıymeti yoktur. Ancak gayr-i müslimler nazarında bir kıymeti vardır. Müslümanlar açısından kıymeti haiz olmayıp, gayr-i müslimler açısından kıymet ifade

³¹¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 203; Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 386.

³¹² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 68-69.

³¹³ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 154, İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 316; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 204.

eden bu tür mallar “nisbî” kıymet içeren mallar olarak isimlendirilir. İşte kıymetteki bu nisbîlik had cezasına engeldir. Sebebi ise nisbi durum şüphe taşır, şüphe de o şeyin mal olmayışı veya değeri bulunmayışıdır. Hadd cezaları da şüphe sebebiyle düşerler. Mal sahibinin veya hırsızın müslüman veya gayr-ı müslim olması önemli değildir, çünkü itibar mâlike veya hırsıza değil, malın kıyemî olup olmamasıdır.³¹⁴

Dini bir sembol olarak altın veya gümüşten yapılmış haçın çalınması veya altın veya gümüşten yapılmış putun, satranç takımının, şarap kaplarının çalınması durumunda Ebû Hanîfe’ye göre hadd cezası gerekmez. Çünkü bunlar altın ve gümüşten yapılmış olsalar bile kırılmak için çalınmış olma şüphesi bulunması sebebiyle, şüphe hadde engel olur.³¹⁵ Fakat üzerinde resim bulunan paraların çalınması halinde had cezası uygulanır. Çünkü bu tip resimler normal olarak önemsizdir, pek bir itibarı yoktur. Bunları almak onlara ibâdet yapmayı engellemek şeklinde yorumlanamaz³¹⁶

Ebû Hanîfe’ye göre, lâşeyi veya derisini çalma halinde hadd cezası gerekmez. Çünkü bunlar mal değildir. Köpeğin çalınmasında da durum böyledir. Oyun aletlerinin mesela, davul, tef, zurna vb. şeylerin çalınması durumunda da hadd cezası gerekmez. Bu gibi aletlerle uğraşmak mekruh sayıldığından mal oluşlarında bir noksanlık vardır.³¹⁷

2.1.3.4.3. Mal İktisadî Bir Değer Taşımalı

Ebû Hanîfe, malın kıyemî, yani mübah olma şartına ek olarak, çalınan malın, insanlarca mülk edinilip mal sayılarak biriktirilmesini de şart koşar. Çünkü bu durum malın kıymetini yani değerini ifade eder. Eğer bütün insanların elinde bol miktarda bulunan bir şeyse o mal değersizdir. İnsanların rağbet göstermediği bu tür mallar, literatürde *tâfih* olarak adlandırılır. Bu konuda Ebû Hanîfe’nin delili, Hz. Aişe validemizin rivâyette bulunduğu şu hadistir: “Hz. Peygamber zamanında, bolca bulunan,

³¹⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 68.

³¹⁵ İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 329, 331.

³¹⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 784; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 205.

³¹⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 67; Halebî, *Mülteka*, I, 345.

değersiz mallardan dolayı el kesme cezası verilmezdi.”³¹⁸ Değersizliği, Ebû Hanîfe malda şüphe olarak düşünür ve çalan kişiden hadd cezasını düşürür ve yerine tazir cezasını gerekli görür. Kerpiç, kamış, saman, odun gibi şeylerin çalınması durumunda had cezası gerekmez. Sebebiyse, insanlar normal olarak bu gibi şeylere mâlik olmayı pek düşünmezler, fazla bir değer vermezler. Çünkü bunların iktisadi bir değeri yoktur. Yine Ebû Hanîfe’ye göre, toprağın, çamurun, çakılın, kerpicin, tuğla, çanak ve testi gibi şeylerin çalınmasında da had cezası gerekmez. Bunların da iktisadi bir kıymet ve değerleri yoktur.³¹⁹

Bir malın iktisadî bir değerinin bulunup bulunmadığını açıklamakta, Ebû Hanîfe insanların örf ve âdetine bakar. Bununla birlikte Ebû Hanîfe şu hususu da göz önünde bulundurmaktadır; değeri düşük ve kıymetsiz olan bir şey bazen bir malzemenin yapımında kullanılabilir, onun ham maddesini oluşturabilir. Ok yapımında kamışın kullanılması gibi. İşte böyle bir işlem, kıymetsiz bir şeyi, kıymetli hale getirince, bunun çalınması halinde hadd cezası tatbik edilir.³²⁰

Yine Ebû Hanîfe’ye göre; Kur’ân-ı Kerîm, hadis, lügat, şiir ve edebiyat kitaplarının çalınması durumunda hırsıza hadd uygulanmaz. Çünkü bu tür eserler mal edinilebilmekten ziyade okumak için elde bulundurulurlar. Çalan kişinin de bunları okumak için almış olabileceği şüphesi haddi düşürür. Fakat Ebû Yusuf, sahibinin rızası hilafına çalınan malın kıymeti, nisap miktarına ulaşıyorsa hırsıza had cezası uygulanır, görüşündedir. Bu durum Kur’ân-ı Kerîm dâhil bütün kitaplar için geçerlidir. Hesap defterleri ve boş defterlere gelince, bunlar alım satıma konu olan iktisadî değere sahip mallardandır. Bunların çalınan miktarı nisaba ulaşmışsa bu durumda hırsıza had cezası uygulanır.³²¹

³¹⁸ Tirmizî, Hudûd, 19; Ebû Dâvud, Hudûd, 13; Nesâî, Katu’s-Sârik, 13.

³¹⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 69; Halebî, Mülteka, I, 345.

³²⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 68.

³²¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 68; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 152.

Ebû Hanîfe'ye göre çalınması halinde hadd cezası gerektirmeyen bir mala tâbi bulunan bir diğer malı çalma durumunda da hadd cezası gerekmez. Mesela, Kur'ân-ı Kerîm üzerindeki süs ve ziynetler gibi. Bunlar nisabı doldursa da had cezası verilmez.³²²

2.1.3.4.4. Mal Belli Bir Değerde (Nisap Miktarında) Olmalı

Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, çalınan malda aranan bir diğer unsur da çalınan malın belli bir değere yani nisap miktarına ulaşması gerekliliğidir. Nisaptan kasıt, hırsızlık suçunda hadd cezasının uygulanabilmesi için çalınan malın ekonomik değerinin hırsızlık suçunda aranan değer limitine ulaşmasıdır.³²³ Nisap şartında asıl kural, Hz. Peygamber'den rivâyet olunan hadisler, onun tatbikatı ve onlara dayanan sahabe uygulaması ve âsardır. Bu konuda Hz. Peygamber'den birçok rivâyet bulunmaktadır. Bu rivâyetlerde dikkat çeken en önemli husus, bir nisabın varlığıdır ama miktarı konusunda bir netlik yoktur. Şimdi bu hadislerden bir kaçına yer verelim;

İbn Ömer'in Hz. Peygamber'den rivâyet ettiğine göre, “Kıymeti çeyrek dinara ulaşan kalkan hırsızlığında, Rasulullah (sas) el kesme cezası vermiştir.”³²⁴

Hz. Aişe'nin Hz. Peygamber'den rivâyet ettiği bir hadiste, “Çeyrek dinar ve fazlasında el kesilir.”³²⁵ İfadesine rastlamaktayız.

Bir başka rivâyette, “Rasulullah (sas) zamanında hırsızın eli, çelik ya da deriden mamul bir kalkanın kıymetinden daha az değerinde bir şey için kesilmemiştir.”³²⁶ buyrulmaktadır.

İbn Mes'ûd (ra)'tan; “El ancak bir dinar ya da on dirhemde kesilir”³²⁷ ve Enes (ra)'ten; “Ebû Bekir döneminde bir adam, değeri beş dirheme ulaşan bir kalkan çaldı ve eli kesildi.”³²⁸ hadisleri rivâyet edilmektedir.

³²² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 69.

³²³ Bilmen, *Kâmus*, III, 21.

³²⁴ Buhârî, *Hudûd*, 13; Müslim, *Hudûd*, 6; Tirmizî, *Hudûd*, 16.

³²⁵ Müslim, *Hudûd*, 1-4; Nesâî, *Sârik*, 9; Ebû Dâvud, *Hudûd*, 33, 34.

³²⁶ Buhârî, *Hudûd*, 13; Tirmizî, *Hudûd*, 5; Nesâî, *Sârik*, 10.

İşte İslâm hukukçuların çoğunluğu hırsızlık suçunun teşekkülü konusunda çalınan malın nisaba ulaşmasını şart koşmuş, ancak nisabın miktarını tespitte, farklı rivâyetler sebebiyle, muhtelif kanaatlere varmışlardır. Nisap miktarını tespitte, geleneksel teamüle uyarak altın ve gümüşten basılan dinar ve dirhemi³²⁹ esas almışlardır.³³⁰

2.1.3.4.4.1. Nisap Miktarı

Ebû Hanîfe'ye göre, gerek altın ve gümüşün çalınması, gerekse bunlar haricindeki malların çalınması durumunda, hırsızlık suçunun oluşması için nisap, bir dinara eşit olan on dirhemdir. On dirhemden az ise hadd cezası uygulanmaz.³³¹ Deliller şu hadislerle dayanmaktadır:

İbn Mesut'un rivâyetinde bulunduğu hadis:

“El, ancak bir dinar ya da on dirheme kesilir.”³³²

Abdullah b. Amr b. Âs'ın rivâyetinde bulunduğu hadis:

“Hz. Peygamber, bir kalkan kıymetinden az olan bir malın çalınmasında kesme cezası vermezdi. O zamanda da kalkanın kıymeti, on dirheme eşitti.”³³³

İbn Abbas'ın rivâyetinde bulunduğu hadis:

“Rasulullah (sas), çaldığı malın kıymeti bir dinar ya da on dirheme ulaşan hırsızın elini kesti.”³³⁴ rivayetleridir.

³²⁷ Tirmizî, Hudûd, 16.

³²⁸ Nesâî, Sârik, 8.

³²⁹ Dînâr, on şer'i dirhem (yaklaşık 32. 5 gr) halis gümüş değerinde kabul edilen altındır. Dirhem, Muayyen ağırlıkta gümüş parçası (yaklaşık 2,979 gr)dır. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 104.

³³⁰ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 388.

³³¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 78; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 137.

³³² Tirmizî, Hudûd, 16; Nesâî, Sârik, 13.

³³³ Nesâî, Sârik, 10.

Hırsızlık suçunda aranan nisabın tespitinde itibar dinar değil, dirhemdir. Çalınan mal altın olsa bile kıymetinin on dirheme ulaşp ulaşmadığına göre hırsıza hadd uygulanır. Mesela, bir kimse, on dirheme denk, yarım dinar çalsa hadd cezası uygulanır. Bu dirhem de saf gümüşten madrup olması gerekir.³³⁵

Diğer mezhep imâmları da başka rivâyetleri göz önünde bulundurarak, nisabın üç dirhem, çeyrek dinar ve daha yukarısı olduğu görüşündedirler.³³⁶

Ebû Hanîfe'nin çalınan malın nisabını, üç dirhem, çeyrek dinar değil de, on dirhem gümüş olarak tespit etmesinin sebebi şudur: Limitin on dirhem olduğu konusunda selefin icmâi vardır. Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali ve İbn Mes'ûd gibi sahabelden ileri gelenlerin bu yönde görüşleri mevcuttur. Ayrıca limitin on dirhem olduğuyla ilgili rivâyet edilen merfu hadisler bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.³³⁷

Hz. Aişe'den rivâyet edilen, “Hırsızın eli, çeyrek dinar ve fazlasına kesilir.” hadisinin merfu olmadığı ifade edilmiştir. Başka bir rivayette de Hz. Aişe, “kıymeti bir kalkan kıymetinden düşük olan bir malın çalınmasında hırsızın eli kesilmez.” der. Bunun üzerine, Hz. Aişe'ye şöyle sorulur: ‘Bir kalkanın kıymeti nedir?’ O da ‘Çeyrek dinardır.’ der.”³³⁸ Hadislerde de geçtiği üzere “çeyrek dinar” ifadesi Hz. Peygamber'e ait bir ifade değil de, Hz. Aişe'ye ait bir takdir olduğu görünmektedir.³³⁹

Sonuç olarak, Rasulullah (sas)'tan rivâyet edilen hadisler ve sahabe uygulamaları dikkate alındığında, nisabın on dirhem olması ihtiyata daha uygun olandır. Çünkü “yasaklar, mübahlardan önce gelir” kaidesince limitin on dirhem olduğunu ifade eden merfu rivâyetler bunun altında olan değerlerde, faile hırsızlık haddinin uygulanmasını yasak eder. Ayrıca İslâm hukukçularının bu limit üzerinde ihtilaf etmiş olmaları, ihtimali

³³⁴ Ebû Dâvud, Hudûd, 12; Tirmizî, Hudûd, 16.

³³⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 77-78; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 138; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 319.

³³⁶ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 388.

³³⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 77; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 780.

³³⁸ Nesâî, *Sânk*, 10.

³³⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 138.

beraberinde getirmiştir. İhtimal, hadd cezasının uygulanıp uygulanmaması konusundadır. İhtimalde ise şüphe vardır, şüpheler ise hadleri düşürür. İşte nisap miktarını tespit ederken, bütün şüphelerden uzak kalmak için, merfu rivâyetler içinde en yüksek değer olan on dirhemi esas almak, ihtiyata daha uygun görülmüştür.³⁴⁰

2.1.3.4.4.2. Çalınan Malın Değerini Tespitte Esas Alınacak Zaman

Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan malın değerinin, suçun işlendiği andan cezanın infazına kadar geçen sürede, hırsızlık suçunda aranan nisap miktarının yani on dirhem üzerinde olması gerekir. Bu süre zarfında çalınan malda bir eksilme olursa, bu eksilmenin malın ayn'ında mı yoksa fiyatında mı olduğuna bakılır. Eğer eksilme çalınan malın ayn'ında ise hırsıza hadd uygulanır. Çünkü mal çalındıktan sonra artık failin zilyedine geçmektedir. Bu vakitten sonra malın ayn'ında meydana gelecek ayıp veya noksanlık failin tasarrufu veya kusuruyla gerçekleşir. Hırsızın zilyetliğine geçtikten sonra malın tamamının telef olması haddi düşürmediğine göre, bir kısmının eksilmesi veya telef olması da haddi düşürmez. Dolayısıyla çalınan malın ayn'ında meydana gelen eksilme ve kusurlarda, değer tespiti, suçun işlendiği zamana göre yapılır.³⁴¹

Çalınan maldaki azalma onun fiyatında ise mesela, çalınan mal on dirhem iken yedi dirheme düşmüşse bu durumda çalınan malın fiyatı, suçun işlendiği andan cezanın infazına kadarki süre zarfında, nisabın altına düşerse bu durumda hırsıza hadd cezası uygulanmaz. Çünkü çalınan malın ayn'ında bir eksilme olmaksızın fiyatının azalmış olması, bu malın, suçun işlendiği zamanda da nisap miktarında olmadığı şüphesini doğurur. Şüphe durumunda ise hırsıza hadd uygulanmaz.³⁴²

Yine Ebû Hanîfe'ye göre, çalınmış malın kıymetini takdir eden bilirkişiler, kıymet takdirinde ihtilaf etseler, bazısı nisaptan az, bazısı nisap miktarı şeklinde takdir etseler, o zaman hadd cezası verilmez. Delil de, Hz. Ömer'in tatbikatıdır. Hz. Ömer, bir

³⁴⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 77; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 137; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 319.

³⁴¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 319.

³⁴² İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 319.

hırsız hadd cezasına çarptıracağı sırada, Hz. Osman şöyle der, “Ancak sanık nisabı doldurmayan bir mal çalmıştır.” Bunun üzerine de Hz. Ömer (ra) cezayı uygulamamıştır.”³⁴³ Değerdeki belirsizlik şüpheye de sebeptir.

Birden fazla kimse tarafından, iştirak halinde, işlenen hırsızlıkta, çalınan mal katılanların her birine eşit bir şekilde bölündüğünde her birinin payına düşen miktar nisaba ulaşıyorsa faillerin her birine hadd cezası uygulanır. Ama pay nisabın altında kalıyorsa, hadd uygulanmaz.³⁴⁴

Ebû Hanîfe’ye göre, bir kimsenin maksadı, çaldığı vakit kesme cezası verilmeyen bir malı çalmak ise, o zaman hırsız hadd cezası verilmez. İsterse o malla birlikte bulunan ve nisabı dolduran başka bir mal da bulunsun.³⁴⁵

2.1.3.4.5. Mal Birinin Mülkiyetinde ve Hırz (Koruma) Altında Olmalı

Hırz, bir malın âdet üzere saklanmasına mahsus yerdir.³⁴⁶ Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için çalınan malın *muhrez* olması, yani geleneklere göre normal muhafaza edilebilen bir yerde bulunması şarttır. Ebû Hanîfe ve diğer İslâm hukukçularının cumhuru, bir malın hangi durumlarda koruma altında sayılacağı konusunda farklı görüşlere sahip olsalar da, suçun teşekkülü için, malın koruma altındayken çalınmış olması şartında ittifak etmişlerdir.³⁴⁷

Malın hırz altındayken çalınması şartı, Hz. Peygamber (sas)’ın şu hadislerine dayanmaktadır;

Amr b. Şuayb’den rivâyet edilen bir hadiste, “Dal üzerindeki meyvenin durumu” Rasulullah (sas)’a sorulmuş, O da şöyle buyurmuştur: “Her kim ki, bir ihtiyaç içinde

³⁴³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 240.

³⁴⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 781; Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 388; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 241.

³⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79.

³⁴⁶ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 193.

³⁴⁷ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 213.

olur ve gizlice olmaksızın bir şeyler alır, yer içerse hakkında bir şey gerekmez, o maldan bir miktar alırsa bedelini ödemesi gerekir. Harman ve sergi yerine getirilir, kurutulur ve burada çalınırsa, çalınan miktar da bir kalkan kıymetinde ise, hakkında el kesme cezası uygulanır.”³⁴⁸

Râfi b. Hadîc’den rivâyet edilen bir hadiste, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur; “Ağaçta bulunan meyve ve ağacın diğer faydalı şeylerini almada el kesme yoktur”³⁴⁹

Amr b. Âs (ö. 43/664)’dan rivâyet edilen bir hadiste ise, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Her kim, ihtiyacı olup da, bulunduğu yerde, gizlice alıp götürmeden yer, içerse ona bir şey gerekmez. Bir miktar alıp götürürse bedelini (değişik rivâyetlerde, iki mislini) ödemesi gerekir. Hırzından alıp götürdüğü bu miktar bir kalkan değerine ulaşırsa, eli kesilir.”³⁵⁰

Hz. Peygamber’den yapılan bu rivâyetleri dikkate alan Ebû Hanîfe ve diğer İslâm hukukçuları, daldaki meyvenin, dağdaki hayvanın çalınması halinde hadd cezasını gerekli görmezler. Bunlar sergi mahallerine veya ağullarına geldikten sonra çalınırlarsa ve kıymetleri de bir kalkan kıymetine ulaşırsa hadd cezası gerekir. İşte hadisler ve Hz. Peygamber’in tatbikatı göstermektedir ki hırsızlık suçunda hırz esaslı bir şarttır. Bunun yanında hırsızlık suçunun unsurlarından bir diğeri de gizlice almaktır. Hırz dışındaki bir şeyi alma, gizlice almaya ve gizlenmeye ihtiyaç göstermez.³⁵¹

İnsanlar değer ve önem verdikleri malları muhafaza altında bulundururlar. Koruma altında olmayan bir malın alınması, değeri nisap miktarına ulaşsa bile, hırz altında olmaması sebebiyle hadd cezasını gerektirmez, yani koruma altında olamayan bir malın çalınmasından söz etmek anlamsızdır.

Bir malın korunma şekli yani hırzı, zamana, mekâna ve malın çeşidine göre değişiklik arz edebilir. Hırz genel olarak iki kısma ayrılır.

³⁴⁸ Ebû Dâvud, Lukata, 11; Buhârî, Hudûd, 13; Nesâî, Katu’s-Sârik, 12.

³⁴⁹ Ebû Dâvud, Hudûd, 13; İbn Mâce, Hudûd, 27; Tirmizî, Hudûd, 19.

³⁵⁰ Tirmizî, Hudûd, 54.

³⁵¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 214.

1-Kendi başına hırz sayılan yerler, 2-Başkası sebebiyle hırz sayılan yerler

2.1.3.4.5.1. Kendi Başına Hırz Sayılan Yerler

Ebû Hanîfe'ye göre, bir yerin hırz oluşu, malı korumaya uygun ve ancak izinle girilmesi mümkün, normalde izinsiz girilmesi ve açılması yasak olan yerlerdir. Evler, hanlar, çadırlar, hayvan ve davar ağılları gibi yerler mekân yönünden birer hırzdır. Ebû Hanîfe bir yerin mekân yönünden hırz sayılabilmesi için o yerin bir yapı ve bina olmasını şart koşar. Kapısı ister açık, ister kapalı olsun, kapısı ister bulunsun ister bulunmasın, bekçisi olsun olmasın, buralar koruma vasfını devam ettirirler. Çünkü binanın yapılış tarzı nasıl olursa olsun kendisinden amaç, değerli eşyaları koruma altına almaktır.³⁵²

İmâm Mâlik, hayvan ağılı vb. yerlerin hırz olabilmesi için bina olmasını veya çitle çevrili olmasını şart koşmaz. O yerin, o malı korumak için hazırlanmış olmasını yeterli görür. İmâm Şâfiî ve Ahmet b. Hanbel ise bir yerin hırz sayılabilmesi için o yerin meskûn alan dâhilinde bulunmasını ve kapalı bir yer olmasını şart koşarlar.³⁵³

Ebû Hanîfe'ye göre, kendiliğinden koruma sayılan yerlerde, hırsızlık suçunun tam oluşması için, malın korunduğu yerden dışarı çıkartılmış olması ve hırsızın zilyetliğine tam olarak geçmesi şarttır.³⁵⁴

2.1.3.4.5.2. Başkası Sebebiyle Hırz Sayılan Yerler

Bu ayrım biçimi Ebû Hanîfe'ye aittir. Mal saklamaya müsait olmayıp, izin almaksızın girilebilen, kısmen veya tamamen umuma açık, rahatlıkla girilip çıkılabilen, mescit, yol, resmi daire vb. yerlerdir. Bu gibi yerlerin hükmü eğer bekçi yoksa herkese açık ve serbest olan sahra, kır ve mera hükmündedirler. Ama bekçi varsa bu yerler hırz

³⁵² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73; Halebî, *Mülteka*, I, 347, 348.

³⁵³ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 387; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 214.

³⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 66.

hükmündedir. Bekçi uykuda olsun uyanık olsun burası dolaylı olarak korunmuş yer sayılır.³⁵⁵

Safvân bin Ümeyye (ra)’ın rivâyeti buna örnektir:

“Başımın altında otuz dirhemlik bir abayla mescitte uyuyordum. Adamın biri onu çaldı. Ben hırsızı yakalayıp Rasulullah (sas)’a götürdüm. Rasulullah (sas) elinin kesilmesini emretti. Otuz dirhem için mi kesilecek, ben onu kendisine satmış olsam, dedim! Rasulullah (sas) da, neden hırsızı bana getirmeden bunu yapmadın, dedi.”³⁵⁶

Ebû Hanîfe’ye göre, kendiliğinden bizzat hırz sayılan yerin korunması için ayrıca bekçiye gerek yoktur. Buralardan yapılan hırsızlık haddi gerektirir. Çünkü buralara sahibinden izinsiz girilemez. Fakat mescit gibi, herkesin rahatlıkla izinsiz girip çıkabildiği yerler ancak bekçiyle hırz sayılır. Mesela, mescitteki hasır, kandil, süpürge, kilim, mushaf gibi eşyanın çalınması durumunda hırsıza kural olarak hadd cezası verilmez.³⁵⁷

Ebû Hanîfe diğer hukukçulardan farklı olarak, “bizzat hırz sayılan yerler” tabirini kullanır ve bizzat hırz sayılan yerlerle ilgili şu sonucu ortaya koyar: Bir yerin kendisi bizzat hırz ise ve burası ihlal edilirse, orası artık bekçiyle de hırz haline gelmez. Yani bizzat hırz sayılan bir yere girmesine izin verilen bir kimse için artık orası hırz olmaktan çıkmıştır. Orada fiilen bekçi dahi bulunsa hırsızın girmesine izin verildiğinde artık hırz değildir.³⁵⁸ Mesela, bir kimsenin şehirde bir evi bulunsa, oraya bir başkasının girmesine izin verse, giren kişi de oradan bir şeyler çalsa, Ebû Hanîfe’ye göre çalınan mal bekçiyle korunsunsa, sahibi üzerine yaslanarak uyusa bile hırsıza hadd cezası uygulanmaz. Sebebi ise evin bizzat kendisinin hırz olmasıdır. Bekçiyle hırz haline gelmemiştir. İzinle evin hırz olma durumu ortadan kalkmıştır. Orada bekçi bulunması, oraya ikinci bir hırzlık

³⁵⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 151; İbn Abidin, *Reddu’l-Muhtâr*, VIII, 320.

³⁵⁶ Ebû Dâvud, *Hudûd*, 15; İbn Mâce, *Hudûd*, 28.

³⁵⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 151.

³⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73-74.

kazandırmaz. Eğer bu ev şehirde değil de meskûn mahalden uzak bir yerde olsa da Ebû Hanîfe'ye göre durum yine aynıdır.³⁵⁹

İmâm Mâlik, Şâfiî, Ahmed b. Hanbel'e göre, bir yere girmeye izin vermek oranın hırzlığını iptal eder ama orası bekçiyle yine hırz haline gelebilir.³⁶⁰

İşverene ait bir malı çalan işçiye, çalıştığı evden çalan hizmetçiye, misafir bulunduğu evde, ev sahibinin malını çalan kişiye hadd cezası verilmez. Yine bir kimse mahrem hısımlarından veya eşinden bir şey çalsa hadd gerekmez. Çünkü bunlar hısımlarının bulunduğu yere izinsiz girebilirler.³⁶¹

Ebû Hanîfe'ye göre, bekçi sebebiyle hırz haline gelen bir yerden, çalınan mal bekçinin görebileceği bir yerde olmalıdır. Bekçinin uyanık veya uykuda olması fark etmez.³⁶²

Eğer bir mal bekçi sebebiyle hırz altındaysa ve üzerinde binicisi uyuyan bir deveyi çalma örneğinde olduğu gibi, birisi o malla beraber bekçiye de çalarsa, bu durumda hadd cezası uygulanmaz. Ebû Hanîfe bu durumu şöyle açıklar: Deve bekçisi sebebiyle muhrezdir. Deve, bekçisiyle birlikte götürülünce, durum tıpkı hırzın bazı parçalarını çalmak gibidir. Fakat deve binicisi indirilip de götürülürse hadd cezası gerekir.³⁶³

Herkesin ticaret yaptığı umumî yerler, mal muhafazasına uygun yerler, iş merkezleri, çarşılar, lokantalar, oteller, hamamlar gibi yerlerde iş saati içerisinde, yani girmeye izin verildiği sırada gerçekleşen hırsızlıklara, başında gözetleyen bulunsa bile, Ebû Hanîfe'ye göre hadd cezası uygulanmaz. Çünkü insanlar iş saatlerinde bu mekânlarda dolaşmaya mezdurlar. Ama izin verilmeyen bir zamanda, iş saati dışında hırsızlık suçu işlenirse, mesela kapalıyken veya geceleyin işlenirse hadd cezası

³⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73-74.

³⁶⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 220.

³⁶¹ Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, XVII, 387.

³⁶² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 73.

³⁶³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 74.

uygulanır.³⁶⁴ Diğer imâmlara göre bekçi varsa hadd cezası uygulanır. Yoksa uygulanmaz³⁶⁵

Mescit, Ebû Hanîfe'ye göre, mal korumaya uygun bir mahal yani bizzat hırz değildir. Ancak bekçiyle hırz haline gelir. Hatta mescidin kendisine ait, hasır, kandil, süpürge, yaygı gibi şeyler için de hırz değildir. Dolayısıyla bunlar çalındığında hadd cezası uygulanmaz. İmâm Mâlik ve Şâfiî'ye göre mescit bizzat kendisi asıl itibariyle hırz değildir fakat mescidin âlât ve edevâtı ve kendisine ait diğer eşyalar için mescit hırzdır. Gayr-i müslimlerin havra ve kiliseleri de mescitle aynı hükümdedir.³⁶⁶

Çadır da Ebû Hanîfe'ye göre, bizzat kendisi hırzdır.³⁶⁷ Mâlik de aynı görüştedir. Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre, çadırın bizzat kendisi hırz sayılmaz.³⁶⁸

Hırsız, hırzın kendisini veya hırza ait bir parçayı çaldığında, mesela, kurulu bir çadırı veya bir evin cümle kapısını, evin dış avlusunun bazı kısımlarını çalarsa Ebû Hanîfe'ye göre hadd cezası uygulanmaz. Diğer üç imâma göre, hırzın kendisinin çalınması durumunda da hadd cezası uygulanır.³⁶⁹

Ebu Hanife'ye göre, insanın giydiği veya üzerinde taşıdığı her şey (para vs.) bekçiyle muhrez hale gelmiş birer maldır. Bekçi de o insanın bizzat kendisidir. Mesela, bir kimse birinin cebindeki veya elbisesindeki parayı gizlice çalarsa, bu kimseye hadd cezası verilir.³⁷⁰

Hayvanın sırtındaki çuvalı veya haralı bir kimse deler ve içindeki malı çalarsa, Ebû Hanîfe'ye göre hırsıza hadd cezası verilir. Çünkü haral ve çuval, içinde bulunan

³⁶⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 74.

³⁶⁵ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 223.

³⁶⁶ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 223,224, 225.

³⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 74.

³⁶⁸ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 226.

³⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX,155; Bilmen, *Kâmus*, III, 273; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 226.

³⁷⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 227.

mala nispetle bir hırzdır. Fakat çuvalı yarmaksızın çalmışsa hadd cezası uygulanmaz. Sebebi de o kişi hırzın bizzat kendisini çalmıştır.³⁷¹

Ebû Hanîfe'ye göre, kervan bizzat hırz değildir. Bir kervanda, kervanı yeden kişi yalnızca eliyle tuttuğu devenin bekçisi sayılır. Diğer üç imâma göre, kervan sürücülere ve biniciler yüklerin bekçileridir ve kervan da bizzat hırzdır.³⁷²

Bir kimse otlaktaki deve, inek, koyun gibi bir hayvanı çalsa, Ebû Hanîfe'ye göre orada çoban bulunsun veya bulunmasın hırsıza hadd cezası tatbik edilmez. Ama davar ağıla veya argaç yerine gelir ve istirahatata çekilirse ve burada çalınır, hırsıza hadd cezası verilir. Çünkü ağıl ve argaçın bizzat kendisi davar için bir hırzdır. Meraların bizzat kendileri hırz değildir. Çoban orada beklemek için değil, otlatmak için bulunmaktadır. Ağıl ve avlusunun bizzat hırz sayılabilmesi için, etrafının çevrili olması ve bir kapısının bulunması şarttır.³⁷³

Daldaki meyveler, hasat olunmamış ekinler bu haldeyken çalınır, hadd cezası gerekmez. Meyveler toplandığında, ekinler hasat edildiğinde henüz sergiye veya ambara götürülmemişken çalınır, yine hadd cezası gerekmez. Bu konuda tüm imâmlar ittifak halindedir. Fakat bir arsada veya bir evin bahçesinde bulunan meyvelerin veya ekinlerin etrafı bir duvarla çevrili ise Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda çalınan meyve ve ekinler sebebiyle hadd cezası gerekmez. Fakat üç imâma göre hırz sayılan bir yerde biten ağacın meyvesini veya orda biten ekini çalmak hadd cezasını gerektirir.³⁷⁴

Mezardan kefen, altın diş gibi şeyler çalan kimseye Ebû Hanîfe'ye göre hadd cezası gerekmez. Çünkü mezarlıklar bizzat mal saklanan ve hırz sayılan yerler değildirler. Bunun yanında mezardaki mal kefen gibi değersiz bir mal sayıldığı gibi,

³⁷¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 74.

³⁷² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 227.

³⁷³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 74.

³⁷⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 229.

malın mülkiyet altında bir mal sayılıp sayılmayacağı da şüphelidir.³⁷⁵ Hanefilerden Ebû Yusuf ve üç imâma göre, mezar hırsızlarına da hadd cezası uygulanır.³⁷⁶

2.1.3.4.6. Mal Biriktirilmeye Elverişli Olmalı, Çabuk Bozulacak Şeylerden Olmamalı

Ebû Hanîfe'ye göre, biriktirilemeyen, depolanamayan, çabukça bozulabilen (mütesâriu'l-fesad), bir seneden diğer seneye kadar bâkî kalamayan şeyler çalındığında hadd cezası gerekmez. Üzüm, incir, nar, elma, baklagiller, ekmek, yaş veya kuru et, meşrubat, süt, yoğurt ve benzeri gıda maddeleri gibi. Bunlar uzun süre bekletmeye elverişli olmadığı için, hırz (koruma) altında olsun veya olmasın, bunları çalana hadd uygulanmaz. Delil Hz. Peygamber (sav)'in şu hadisidir: “Ağaçtaki meyve ve hurma gibi şeylerde el kesme yoktur.” Biriktirilip depolanmayan şeylerin insanlar nazarında önemi de azdır ve dolayısıyla kıymetsiz sayılır.³⁷⁷

Ebû Hanîfe yukarıdaki kuralı gayet geniş bir alanda uygular. Ona göre, ağaç üzerindeki meyvenin alınması halinde hadd cezası verilmez. İsterse o yer bir çit veya duvarla çevrili dahi olsa durum yine böyledir. Çünkü meyve dalda bulunduğu müddetçe kendisine fesat ve bozulma her zaman gelebilir. Ama toplanır da sepete, sergi yerine konursa ve bundan sonra da çalınırsa o zaman duruma bakılır. Şayet o meyve iyice kurumuşsa hadd cezası gerekir. Çünkü meyve kurutulup depolanabilir hale gelmiş ve kuruluğu sebebiyle bozulma tehlikesi kalmamıştır. Ama iyice kurumamışsa o meyve yine bozulabileceği gibi, bir yerde depolanıp biriktirilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla o tür meyveyi çalan hırsıza hadd cezası uygulanmaz.³⁷⁸ Ebû Hanîfe bu fikrini kuvvetlendirmek için Hz. Peygamber (sav)'in şu hadisini delil gösterir:

³⁷⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 76; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 155.

³⁷⁶ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 388.

³⁷⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 72; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 205.

³⁷⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 783; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 206.

“Ağaç meyvesi ile çiçeği vesaire faydalı kısmı koparılıp kurutma yerine, depolanma mahalline getirilmedikçe, çalındığında el kesme cezası yoktur. Ama kurutma yerine getirilir ve o sırada çalınır da kıymeti de bir kalkan kıymeti kadar ise o zaman el kesme cezası tatbik edilir.”³⁷⁹

Zirai mahsullere gelince; arpa, buğday, darı vs. Ebû Hanîfe’ye göre daldaki meyve gibidir. Bunlarda harmanlanmadığında veya tam olarak kurutulmadığı sürece çalındığında hırsıza had cezası verilmez.³⁸⁰ Bu hüküm, daldaki meyvenin durumu hakkında Hz. Peygamber’e sorulduğunda buyurduğu şu hadisle uyumaktadır:

“Her kim ki ihtiyaç içinde olur veya gizlice olmaksızın bir şeyler alır, yer içerse hakkında bir şey gerekmez, o maldan bir miktar alırsa bedelini ödemesi gerekir. Harman veya sergi yerine getirildiğinde ve burada kurutulduktan sonra çalarsa ve çalınan miktar da bir kalkan kıymetinde ise, hakkında el kesme cezası uygulanır.”³⁸¹

Bir yıldan ertesi yıla kadar bozulmadan kalan meyve vs. çalındığı zaman Ebû Hanîfe’ye göre, hırsıza hadd cezası uygulanır. Ama bir yıldan ertesi yıla kalmazsa hadd cezası gerekmez. Çünkü bu tür ve benzeri meyvelerin biriktirilip bekletilmesi mümkün değildir ve çabucak bozulur türdendir.

Tuzlanmış veya taze balığın çalınması halinde Ebû Hanîfe’ye göre hadd cezası gerekmez. Çünkü taze balık hemen bozulur. Tuzlu balık ise önemsizdir. Balık zaten aslı itibarıyla mübah bir maldır. Sütün çalınması durumunda hadd cezası gerekmez. Çünkü o da çabuk bozulur. Ancak sirke çalınırsa hadd cezası uygulanır. Çünkü sirke kolay kolay bozulmaz. Altın, gümüş, mücevher, inci, kuru hububatın her çeşidi, misk, öd ağacı gibi her türlü koku; her türlü pamuk, keten, yün, mensucat malı, demir, bakır, kurşun gibi

³⁷⁹ Buhârî, Hudûd, 13; Müslim: Hudûd, 5; Nesâî, Sârik, 10.

³⁸⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 69.

³⁸¹ Tirmizî, Büyû, 54; Nesâî, Katu’s-Sârik 12.

işlenmiş veya işlenmemiş ham madde şeklindeki maddeleri çalma durumunda hırsıza hadd cezası uygulanır.³⁸²

2.1.3.4.7. Mal Aslı İtibariyle Mübah Olmamalı

Bir şeyin aslı; kuş, odun, kâmiş, av hayvanı ve balık gibi mübah mallardan ise, Ebû Hanîfe'ye göre, bunlar Dâru'l-İslâm'da bulunuyorsa el kesme cezası uygulanmaz.³⁸³

Yine Ebû Hanîfe'ye göre, kuşun, ehli veya vahşi olsun bir av hayvanının çalınmasında avcılık öğretilmiş tazı, şahin, doğan gibi hayvanların çalınmasında da hadd cezası yoktur. Sebebiyse, kuşlar ve vahşi hayvanlar asıl itibariyle mübahtır. Normal olarak insanlar arasında zilyetliği tam olmaz. O mallar mübah bir yol olan avcılıkla zilyetliğe girmiştir. Buna ek olarak Hz. Peygamber (sav) hadislerinde “Av, onu yakalayanındır.”³⁸⁴ “Kuş hırsızlığında el kesme cezası yoktur.”³⁸⁵ buyurmuştur. İşte bu durum şüphe taşıdığından had cezasına engel olur.³⁸⁶

Eğer bir mal değersiz değilse, onun aslında mübahlığı hadde engel olmaz. Mesela, altın ve gümüş aslında mübah birer maldır. Ancak değersiz olmadıklarından, çalınmaları halinde hırsıza hadd cezası uygulanır. Ebû Hanîfe'de temel kural “malın değersizliği el kesmeye engeldir.”³⁸⁷

2.1.3.4.8. Mal Mâsum (Dokunulmaz-Haram) Olmalı

Çalınan malın mâsum yani dokunulmaz-haram olması şarttır. Bu konuda tüm İslâm hukukçuları ittifak halindedir. Şayet mal yasak, yani alınması haram değilse, o zaman herkes için alınması mübah bir mal olur ki onu çalma halinde hırsızlık suçu

³⁸² Halebî, Mülteka, I, 345; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 207.

³⁸³ Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, Dımaşk 1985, VI, 116.

³⁸⁴ Buhârî, Zebâih, 8; Ebû Dâvud, Edâhi, 21.

³⁸⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 83.

³⁸⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 68.

³⁸⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 69; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 208.

işlenmiş olmaz. Mesela, pasaportsuz girmiş, eman verilmemiş bir kimsenin malı gibi. Çünkü o kimselerin malı mübah hale gelmiştir ve alınması haram değildir. İsyankârlardan olmayan, devlete itâatkar kişilerin mallarını, isyankârlar çalsa onlara da hadd cezası verilmez. Harbî birisi, müslüman veya zimmî birisinin malını çalsa ona da kesme cezası uygulanmaz. Çünkü o kendi düşüncesine göre mübah bir şeyi almış ve İslâm ülkesinin hükümlerini seçmemiş, ona tabi olmamıştır.³⁸⁸

Ebû Hanîfe'ye göre, pasaportla giren harbî birinin malını çalana da istihsânen had cezası verilmez. Hâlbuki kıyasen had cezası gereklidir. Çünkü hırsız dokunulmazlığı bulunan masum bir malı çalmıştır. Sebebi ise, kendisine eman verilen harbînin her türlü dokunulmazlıktan istifade etmesidir. İstihsanen hadd cezasının verilmemesinin sebebi ise, pasaportla gelen o harbînin malında mübahlık şüphesi vardır. Çünkü aslen o harbînin malı mübahtır. Masumiyet geçicidir. Zimmîde durum tam aksinedir. Çünkü o *Dâru'l-İslâm* halkındandır, sürekli tanınan bir eman altındadır.³⁸⁹

2.1.4. HIRSIZLIK SUÇUNDA YARGILAMA USULÜ

Hırsızlık suçunun had suçları arasında yer alması ve Allah hakkına taalluk eden bir suç olarak nitelendirilmesi, kural olarak bu suçun takibinin bir şikâyetle bağlı olmasını ve suçlunun da kamu adına yargılanmasını gerektirir. Ancak hırsızlık suçu, netice itibariyle bir şahsın malına karşı işlendiğinden, bu suçun yargılanması için, malı çalınan veya hakkı ihlal edilen kişinin davacı olması gerekmektedir. Yani yargılamaya başlanabilmesi için davanın açılması şarttır.

³⁸⁸ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 253.

³⁸⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 71.

2.1.4.1. DAVA AÇMA HAKKI

Hırsızlık suçuyla ilgili yargılamaya başlamak için dava açılması gerektiğinden bahsettik. Peki, bu davayı açmaya kimlerin hakkı vardır?

Ebû Hanîfe'ye göre, bu konuda kural, çalınan mal üzerinde gerçek zilyetlik hakkı sahibinin dava açma hakkına sahip olmasıdır. Gerçek zilyetlik de mülkiyet, emanet, rehin, iâre (ödünç), tazminatla mükellef bulunma gibi yollarla olur. Bu nedenle mâlik, ödünç alan, emanetçi, gâsıp, alım-satıma yetkili olan, emek-sermaye şirketinde emek sahibi, rehin alan vb. kişiler dava açmaya yetkilidirler. Bunların dava açması, çalınan malın kendilerine iadesi, zilyetliğin teslimi ve ispatı konusunda geçerli olduğu gibi, kesme konusunda da dava geçerlidir. Çünkü onların davasıyla hırsıza had cezası uygulanır.³⁹⁰

İmâm Şafiî ise, dava açma hakkını malın esas sahibine ve vekiline verir. Rehın alan, kiralayan vb. kişiye dava açma yetkisi tanımaz.³⁹¹

Ebû Hanîfe'ye göre, zilyetlikte de haklı zilyetlik korunur ve haksız zilyetliğe dava açma hakkı tanınmaz. Mesela, bir kimse bir malı çalsa, daha sonra o çalınan maldan bir miktarını da başkası çalsa, Ebû Hanîfe'ye göre, ilk hırsızın dava hakkı yoktur. Çünkü o mal üzerinde onun zilyetliği geçerli değildir. O hırsızdan bu malı çalmak, yolda bir malı almak gibidir ki yoldan alınmış bir malın mâliki dava açma hakkına sahip değildir. Çünkü mal korunmaya mahsus yerinden alınmamıştır. Ancak malı geri isteme hakkı vardır. Sonuç olarak asıl hırsız dava açma hakkına sahip olmadığından, ikinci hırsızdan da hadd cezası düşer.³⁹²

³⁹⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 83.

³⁹¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 265-266.

³⁹² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 83-84; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 177.

2.1.4.2. SUÇUN İSPATI

İspat, ihtilaf mevzuu olan maddi veya hukukî bir olayın olduğu veya olmadığı hususunda hâkime kanaat verecek delil ve karineleri arz etmek demektir.³⁹³

Suçun ispatı, davanın karara bağlanması sürecinin önemli bir parçasını teşkil eder. İslâm ceza hukukunda hadler ağır cezalar olduğu için, Ebû Hanîfe hadd suçlarının ispatlanması için ortaya konulan kuralların sağlamlığına olağan üstü dikkat ve itina göstermiş, suçun tahkik ve ispatında açıklık ve sağlamlık aramıştır. Günahsız bir kimseye yanlışlıkla ceza vermektense, yanlışlıkla suçların affedilmesini tercih etmiştir.

Suçun ispatıyla ilgili olarak Allah (cc) şöyle buyurmuştur: “Ey iman edenler! Eğer bir fâsık size bir haber getirirse onun doğruluğunu araştırın. Yoksa bilmeden bir topluluğa kötülük edersiniz de sonra yaptığınıza pişman olursunuz.”³⁹⁴

Hiz. Peygamber (sas) de fahişe olduğuna dair karineler bulunan fakat hakkında delil ve ikrar bulunmayan bir kadın için “Eğer ben delilsiz olarak herhangi bir kimseyi recm edecek olsaydım, bu kadını recm ederdim”³⁹⁵ buyurmuşlardır. Bu da kesinliğe ulaşmadıkça cezaya hükmolunmayacağını göstermektedir.³⁹⁶

Hırsızlık suçunun tespitinde, kanunî deliller esas alınmış, ağır ceza gerektiren hadd cezasında suçun ispatı çok zor şartlara bağlanmıştır. Kişilerin prensip olarak, borçsuz ve suçsuz olduğu esas alınmış, suçun işlendiği kesinlikle ispat edilmedikçe kişinin cezalandırılmaması ilkesi konulmuştur. İslâm muhakeme hukukunda ispat yükü kural olarak davacıya aittir. Hiz. Peygamber de “iddiada bulunanın delil (beyyine)

³⁹³ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri* s. 260.

³⁹⁴ Hucûrat Suresi, 49/6.

³⁹⁵ Buhârî, Talâk, 182; Nesâî, Talâk, 143.

³⁹⁶ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 128-129.

getirmesi, davalının da yemin etmesi gerektiğini belirtmiştir.”³⁹⁷ Bu, yargılama hukukunda genel bir ilke olmuştur.³⁹⁸

Ebû Hanîfe’ye göre, hırsızlık suçu mahkemede iki delille ispatlanabilir. Bunlardan birincisi, “beyyine” (şahitlerin şehâdeti), ikincisi, hırsızın suçunu “ıkrar” etmesidir. Şâfiî uleması bu iki şarta “yemin”i de eklerler.³⁹⁹

2.1.4.2.1. Beyyine (Şehâdet)

Beyyine; delil, şahit, bir davayı ispat için ortaya konulan hüccet, vesika manasındadır.⁴⁰⁰ Hukukî işlemlerde beyyine, şehâdet manasında kullanılmıştır.⁴⁰¹ Beyyine delili, İslâm hukukunun nass ile sabit en önemli delillerinden bir tanesidir. Hırsızlık suçunun ispatında da başvurulacak yolların ilkidir.

Şahitlik terim olarak, hâkim huzurunda adil bir kimsenin, bir hakkın ispatı için şehâdet sözüyle ihbardır. Temel unsuru, tanığın “şuna şuna şahitlik ediyorum” sözüdür.⁴⁰² Hırsızlık suçunun ispatında beyyine, kural olarak en az iki şahidin suçun işlenişiyle ve failin kimliğini tespitle ilgili kesin isnat ve şahitliğinden ibarettir.⁴⁰³

2.1.4.2.1.1. Şahitlerde Aranan Şartlar

Ebû Hanîfe’ye göre, suçun ispatında tereddüde yer bırakmamak için şahitlerde şu şartlar aranır:

³⁹⁷ Buhârî, Rehin, 6; Tirmizî, Ahkam, 12.

³⁹⁸ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 389.

³⁹⁹ İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, IV, 86-87; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 46; Bilmen, *Kâmus*, III, 278.

⁴⁰⁰ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 58.

⁴⁰¹ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 389.

⁴⁰² İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, IV, 369.

⁴⁰³ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 389; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 263.

Akıl: “Uyanıncaya kadar uykuda olandan, reşit oluncaya kadar çocuktan ve akılı başına gelinceye kadar deliden kalem kaldırılmıştır.”⁴⁰⁴ hadisi gereğince şahitlerin de faydalıyı tanıyıp ona yönelecek, zararlıyı bilip ondan kaçınabilecek ölçüde temyiz kabiliyetine sahip olması gerekir.

Bulûğ: “Adamlarınızdan şahit olarak iki şahit getirin.”⁴⁰⁵ âyetinde şahitlerden “adam” diye söz edilmiştir. Ayrıca yukarıdaki hadiste de “reşit oluncaya kadar çocuktan kalem kaldırılmıştır.” denilmektedir. Bu sebeple hırsızlık konusunda çocukların şahitlik yapması uygun değildir.

Adalet (dürüstlük): Müslümanları, büyük günahlardan ve fuhuştan kaçınan kimseler olarak niteleyen “Onlar ki günahın büyüklerinden ve çirkin işlerden kaçınırlar, yalnız bazı küçük kusurlar hariç.”⁴⁰⁶ âyetiyle “İçinizden adalet sahibi iki kişiyi de şahit yapın.”⁴⁰⁷ âyetinde şahidin adalet özelliği vurgulanmaktadır. “Razı ve doğruluğuna emin olacağınız şahitlerden”⁴⁰⁸ âyetinde de razı olunan tanıktan maksat, adaletli tanıktır. “Ey iman edenler! Eğer bir fâsık size bir haber getirirse onun doğruluğunu araştırın. Yoksa bilmeden bir topluluğa kötülük edersiniz de sonra yaptığınıza pişman olursunuz.”⁴⁰⁹ âyetiyle de fâsık kimselerin getirdiği haber kabul edilmeyip araştırılması emredilmektedir.⁴¹⁰

Hürriyet: şahidin hür olması gerekir. Çünkü şahitlik, salâhiyet ve velâyet babındandır. Köle kendi şahsı üzerinde söz hakkına sahip değilken, başkası hakkında nasıl böyle bir salâhiyete sahip olabilir!

⁴⁰⁴ Ebû Dâvud, Hudûd, 17.

⁴⁰⁵ Bakara Suresi, 2/282.

⁴⁰⁶ Necm Suresi, 53/32.

⁴⁰⁷ Talak Suresi, 65/2.

⁴⁰⁸ Bakara Suresi, 2/282.

⁴⁰⁹ Hucurat Suresi, 49/6.

⁴¹⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VI, 270; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, IV, 372.

İslâm: şahidin müslüman olması şarttır, zira bunu Allah (cc) şart koşturmuş; zira “ve Allah kâfirler için mü'minler aleyhine asla bir yol vermeyecektir.”⁴¹¹ âyeti bunu göstermektedir.

Hıfz: Gördüğü veya duyduğunu hafızasında tutamayan kimsenin şahitliği şüphe doğurmaktadır. Şüphe ise haddlerin düşmesine sebep olduğundan, şahitlerin bu noksanlıktan uzak olmaları gerekir.

Erkek: Hırsızlık suçunda kadınların şahitlikleri kabul edilmez. Sebebi ise, duygusal davranmaları, etki altında kalmaları, algılama veya anlatım yanlışlığı yapmalarının erkeklere nispetle daha muhtemel olmasıdır ve aynı zamanda onlar taraflar arasındaki çekişmelerden uzak tutularak korunmak istenmişlerdir.⁴¹²

'Şehâdet ederim' lâfzını kullanmak: Bu şart Kur'ân'da şöyle emredilmektedir: “şahit bulundurun.”⁴¹³ Bu âyet şahitliği şahitten talep etmenin gerekliliğini sarîh olarak bildirmektedir. Öyle ise şahitliği 'şehâdet ederim' lafzıyla edâ etmek gerekir.

Görme: Âmânın şehâdeti kabul edilmez. Âma adam şahısları birbirinden seçip ayıramaz, işarette bulunamaz, hazırdağını değil de, gaiptekini aynı oranda tanıtamaz. Şahitlikte ise, hakkında şahitlik edilenin bizzat görülmesi gerekir. Başkaları aracılığıyla şehâdete ehil olunmaz.⁴¹⁴

Kelam: Dilsizin şehâdeti kabul edilmez. Çünkü şahitlik konuşarak yapılır. Oysa dilsiz konuşmaktan âcizdir.

Menfaat birliğinin olmaması: Eşlerden biri diğeri için şahitlik edemez. Çünkü bunlar arasında menfaat birliği vardır. Ortaklardan biri ortaklarıyla alâkalı bir iş davasında, ortakları lehine şahitlik edemez. Kişinin kendi çocukları ve aşığıya doğru

⁴¹¹ Nisa Suresi, 141.

⁴¹² Halebî, Mülteka, I, 344; Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 389.

⁴¹³ Bakara Suresi, 2/282

⁴¹⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VI, 266.

torunları lehine, çocukların da ana-babaları ve yukarıya doğru dede ve nineleri lehine şahitlik etmeleri kabul edilmez.

Zina iftirasında bulunmamış olmalı: “Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkârdırlar.”⁴¹⁵ buyrularak iftiracıların şahit olmaları kesinlikle yasaklanmıştır.

Hasım olmamalı: Aralarında dava bulunmamalıdır.⁴¹⁶

2.1.4.2.1.2. Şehâdetin Geçerli Olma Şartları

Ebû Hanîfe’ye göre şahitliğin geçerli olması için şu şartların olması gerekir: Şahitlik, mahkeme ve taraflar huzurunda topluca icra edilmelidir. Aynı ayrı gelir, birinden sonra diğeri tanıklık ederse kabul edilmez. Şahitlerin şahitlikte bulunabilmesi için mal sahibi veya malın zilyedi dava açmış olmalı; şahitler, mağdur veya dava hakkı sahipleri hepsi bir arada mahkemede hazır bulunmalıdırlar. Dava açılmamış, dava hakkı sahipleri veya mağdurlar hazır değilse, şahitlerin şahitliği kabul edilmez. Ancak şahitliğin kabul edilmemesi, şahitlerin hırsızlık hakkında verdikleri bilgiler üzerine sanığın tutuklanmamasına ve malın elinden alınmamasına engel değildir.⁴¹⁷

En az iki erkek şahit bulunmalıdır.⁴¹⁸ Her iki şahidin de ittifak etmeleri şarttır. Fiilde, suç aleti veya eşyada, suçun oluş şekli, zamanı ve yerinde ihtilaf ederlerse şahitlikleri kabul edilmez. Mesela, iki şahit, bir adamın sığır çaldıklarını söyler ama rengi konusunda ihtilaf ederlerse hadd uygulanmaz.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Nisa Suresi, 4/4.

⁴¹⁶ Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, s. 131-133.

⁴¹⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 81; Bilmen, *Kâmus*, III, 280.

⁴¹⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 781, Zuhaylî, *el-Fıkhul-İslâmî*, VI, 124.

⁴¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 162-163; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 367.

Şahitliğin zaman aşımı olmadan yapılması gerekir. Zaman aşımı had cezasını düşürür ama şahitlikle çalınan malın mülkiyeti ispatlanıyorsa zaman aşımı buna engel değildir. Suçluya tazir cezası verilir ve çaldığı malın kıymeti de kendisine ödetilir.⁴²⁰

Şahitlikte asâlet şarttır, niyâbet kabul edilmez. Yani şehâdet üzerine şehâdet kabul edilmez. Hâkimin hâkime yazması da kabul edilmez. Çünkü bu da şehâdet üzerine şehâdetdir ve şüpheden tamamen salim değildir.⁴²¹

Hâkim, re'sen, şahitlerin doğru, adil kişiler olup olmadıklarını araştırır. Şahitler tezkiye edilmedikçe had cezası icra edilmez.⁴²²

Ebû Hanîfe'ye göre, bu sayılan şartlardan biri ceza infaz olunmadan önce yok olursa, hadd cezası uygulanmaz, tazir cezası uygulanabilir. Çünkü infaz olmadıkça hüküm tamamlanmış değildir. İnfazdan önce hükme mani olan bir hal hükümden önce var sayılır ve hadd cezası düşer.⁴²³

Ebû Hanîfe'ye göre şahitlikten rücu da mümkün ve caizdir. Böyle bir durumda hadd cezası uygulanmaz. Çünkü şahitlerin rücu ya doğru veya yalan hükmünü akla getirir ve şüphe doğurur. Şüphayle de hadd kalkar, tazir verilebilir.⁴²⁴

2.1.4.2.2. İkrâr

İkrar, bir şeyi itiraf etmek manasına gelir. Istılâhi olarak, bir kimsenin kendisiyle ilgili olup, başkasına ait bulunan bir hakkı haber vermesidir.⁴²⁵

İkrarın hukukî bir delil oluşu, Kur'ân-ı Kerîm'de "Üzerinde hak olan da yazdırsın (borçlu borcunu ikrar etsin), Rabbi olan Allah (cc)'dan korksun, ondan hiçbir

⁴²⁰ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 263.

⁴²¹ Kâsânî, *Bedâi*, VI, 281.

⁴²² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 263; Bilmen, *Kâmus*, III, 279.

⁴²³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 62; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 176.

⁴²⁴ Akşit, *İslâm Ceza hukuku ve İnsani Esasları*, s. 136; Bilmen, *Kâmus*, III, 281.

⁴²⁵ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 242; Bilmen, *Kâmus*, IV, 189.

şeyi eksik bırakmasın.”⁴²⁶ âyetiyle bildirilmiştir. Hz. Peygamber (sas) de, zina yaptıklarını ikrar eden Ma’iz adındaki zat ile kadını recmettirmiştir.⁴²⁷ Bir şahsın kendi aleyhine yalan yere ikrarda bulunması mümkün değildir, başkalarına karşı itham sahibi olsa da kendi nefsi hakkında itham sahibi olamaz.⁴²⁸

İşte hırsızlık suçunun ispatında da ikinci yol, hırsızın bizzat ikrarda bulunup, suçlu olduğunu kabul etmesi veya itiraf etmesidir.⁴²⁹ Ebû Hanîfe’ye göre, hırsızlık suçu ikrârının geçerli olması için şu şartların mevcut olması gerekir.

2.1.4.2.2.1. Mukirde (İkrarda Bulunan Kimsede) Aranılan Şartlar

- a) Mukîr akıllı olmalıdır. Sarhoş, deli ve bunak kimsenin ikrarı kabul edilmez.
- b) Mukîr’in bâliğ olması gerekir. Çocukların herhangi bir suçu ikrarları sahih değildir. Çünkü çocuğun fiili suç olarak kabul edilmez.
- c) Konuşabiliyor olması gerekir. İşaret ve yazıyla yapılan ikrarlar kabul edilmez.

2.1.4.2.2.2. İkrârın Sıhhat Şartları

a) İkrar sarîh ifadelerle yapılmalı ve şüphe uyandıracak veya te’vile açık gizli lafızlarla olmamalıdır. Çünkü net olmayan ikrâr şüpheye sebebiyet verir. Şüphenin bulunması da haddi düşürür.

b) Bir defa ikrarda bulunulması yeterlidir. Deve çaldığını bir kez ikrar eden Semure’ye Hz. Peygamber’in el kesme cezası vermesi bu görüşün en kuvvetli delilidir.⁴³⁰ Ebû Yusuf ikrarın iki kez gerçekleşmesi gerektiği görüşündedir.⁴³¹

⁴²⁶ Bakara Suresi, 2/182.

⁴²⁷ Buhârî, Talâk, 169.

⁴²⁸ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 390.

⁴²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 182.

⁴³⁰ Nesâî, Sârik, 3.

⁴³¹ Kâsânî, Bedâi, VII, 82; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 780; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 266; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 181.

c) Suçlunun ikrarı tek başına yeterli değildir. Suçlunun ikrarına ilave olarak suç mağdurunun davacı olması da şarttır. Bu sebeple gaip bir kimsenin malını çaldığını ikrar eden kimseye bu ikrar üzerine hadd cezası verilmez. Ebû Yusuf davayı şart koşmaz. Delili de, kimse kendi aleyhinde ikrarda bulunduğunda ikrarından dolayı ithama maruz bırakılamaz. Ebû Hanîfe'nin delili ise, Semura bir deve çaldığını ikrar eyleyince, Hz. Peygamber mağdur kişilerin çağrılmasını emir buyurmuş, mağdurlar da “falan gece develerimizi kaybettik” demişlerdi. Bunun üzerine suçluya hadd cezası uygulanmıştır.⁴³²

d) İkrarın ihtiyari olması lazımdır. Cebren veya kerhen yapılan ikrar kabul edilemez. Nitekim Hz. Ömer (ra) “İşkence, tehdit ve hapis yoluyla kendi aleyhinde ikrarda bulunan şahsın aleyhindeki bu itirafına güvenilmez” demiştir. Şam'da hırsızlık ithamıyla yakalanan ve ikrar edinceye kadar dövülen şahsın durumu Abdullah b. Ömer (ra)'e ulaştınca o da, dövülmesinden sonra ikrar etmesinden dolayı bu şahsa hadd tatbik edilmeyeceğini belirtmiştir.⁴³³

e) Hırsızlık suçunu ispat ve şüpheleri izale edebilmek için ikrarın hakikate uygunluğu zorunludur.

f) İkrarın, hükmü verecek olan hâkim huzurunda yapılması gereklidir.

Bu şartlar gerçekleşikten sonra hâkim, çalınan malın miktarından, hırs durumundan ve hırzdan çıkarılmasıyla ilgili sualler sorar. Hâkim huzurunda hırsızlığın şartları ispatlanırsa, hadd cezasına hükmedilir.⁴³⁴

Suçlu kimse, suçunu önce ikrar eder sonra da ikrarından dönerse had cezası düşer. Çünkü ikrardan rücu, ikrarın doğruluğunda bir şüphe uyandırmıştır. Karardan rücu, sözle veya rücuyla delâlet eden bir hareketle, infaz bitinceye kadar mümkündür. Mesela, hırsızlığını ikrar ettikten sonra kaçan adam takip edilmez. Çünkü bu hareketi

⁴³² Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 267.

⁴³³ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 184-185; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 106. Bilmen, *Kâmus*, III, 279.

⁴³⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 81.

rücu ettiğine delâlet eder. Ama ilk ikrar sebebiyle tazir cezası verilebilir ve çaldığı malları ödemesine hükmedilir.⁴³⁵

2.1.4.3. HIRSIZLIK SUÇUNUN İSPATININ NETİCELERİ

Hırsızlık suçunun ispat edilip, hukuken sübûtu durumunda biri bedenî, diğeri malî olmak üzere iki neticesi vardır. 1. Bedenî netice; hırsıza el kesme cezasının uygulanmasıdır. 2. Mâlî netice; çalınan malın iadesi ya da zararın tazmin edilmesidir.⁴³⁶

2.2. HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASI

Hırsızlık büyük bir cinâyettir. Hırsızlığın cezası Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir. Bu da el kesme cezasıdır. Hz. Peygamber bu cezayı hırsızlık yapanlara kendi döneminde uygulamıştır. Hulefâ-i Râşidîn de kendilerine hiç itiraz edilmeksizin bu cezayı uygulamışlar ve bu konuda ümmetin icmaı oluşmuştur.

2.2.1. HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASININ HUKUKİ TEMELLERİ

2.2.1.1. KUR'ÂN-I KERİM'DE HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASI

Kur'ân-ı Kerîm'de hırsızlık suçu işleyenlerin ellerinin kesilmesi emredilmektedir. Ceza bizzat Allah (cc) tarafından şu âyette belirtilmektedir. “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah'tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.”⁴³⁷

⁴³⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 82; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 91-92.

⁴³⁶ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 390; Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 269.

⁴³⁷ Maide Suresi, 5/38.

2.2.1.2. SÜNNETTTE HIRSIZLIK SUÇUNUN CEZASI

Çalmak fiilinin haram olduğu ve bu suçu işleyene el kesme cezasının verilmesi gerektiği Hz. Peygamber'in söz ve fiillerinde de sabittir. Şimdi burada bir kaç tanesine yer verelim:

“Kişiye kardeşinin malı helal olmaz, kendi rızasıyla verdiği müstesna.”⁴³⁸

“Zâni, zina ettiği sırada mü'min olduğu halde zina edemez, hırsız, hırsızlık ettiği sırada mü'min olduğu halde hırsızlık yapamaz.”⁴³⁹

İslâm tarihinde, hırsızlık suçu nedeniyle Hz. Peygamber tarafından eli kestirilen ilk erkek, Hıyar b. Adıyy, ilk kadın da Mürre binti Safvan'dır.⁴⁴⁰

2.2.1.3. SAHABENİN UYGULAMALARI

Hülefâ-i Râşidin de hırsızlığı günah olarak görmüş ve had cezasını uygulamışlardır. Şimdi burada bir kaç vakiya yer verelim:

Yemen ahalisinden eli ve ayağı kesik bir adam gelip Hz. Ebû Bekir'e misafir oldu ve Yemen valisinin kendisine zulmettiğinden şikâyet etti. Bu adam gece namazı da kılıyordu. Hz. Ebû Bekir (durumu görünce): “Yemin ederim ki senin gecen, hırsızın gecesine gibi değildir” dedi. Sonra da Hz. Ebû Bekir'in hanımı Üveys binti Esmâ'nın gerdanlığını kaybettiler. Adam da onlarla beraber gerdanlığı arıyor ve:

“Ey Allah'ım! Şu güzel hayırlı aileye geceleyin baskın yapıp gerdanlığı alanın durumunu sana havale ediyorum” diye bedduada bulunuyordu.

⁴³⁸ Müslim, Hac 19.

⁴³⁹ Buhârî, Hudûd 6.

⁴⁴⁰ Kurtûbî, Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Câmi li Ahkâmi'l-Kur'ân*, Beyrut 1987, VI, 160.

Daha sonra gerdanlığı bir kuyumcuda buldular. Kuyumcu gerdanlığı eli ayağı kesik adamın kendisine getirdiğini iddia etti. O da suçunu itiraf edince ya da onun çaldığına delil bulununca, Hz. Ebû Bekir emir verdi ve adamın sol eli kesildi.

Hz. Ebû Bekir:

“– Vallahi bana göre adamın kendi hakkında bedduada bulunması hırsızlığından daha kötüydü.” dedi.⁴⁴¹

“Hz. Osman’ın halifeliği döneminde, 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 on iki dirhem bir dinar ediyordu.”⁴⁴²

Hırsızlığı bütün müslümanlar çirkin olarak görmüştür. Hülefâ-i Râşidîn döneminden günümüze kadar da hükmün devam etmesi, hırsızlık fiilinin haram oluşu hususunda icma’ın hâsıl olduğuna kuvvetli bir şekilde delâlet etmektedir.

2.2.2. HIRSIZLIK CEZASININ HİKMETİ

İslâm hukukunda cezalar belli amaçları elde etmek, belli gayelere ulaşmak için uygulanır. Cezalarda en önemli husus, insanlara zarar veren her türlü bozgunculuğu önlemek ve insanları bu durumdan sakındırmaktır.⁴⁴³

İslâm fert ve toplum hayatında vazgeçilmez haklar olarak beş unsuru koruma altına almıştır. Bunlar; can, din, mal, ırz ve akıldır. Burada hırsızlık suçuna konu olan ana unsur maldır. Malın korunması tecavüze uğramaması için, mala karşı işlenmiş olan hırsızlık suçuna böyle bir ceza Allah (cc) tarafından verilmiştir. Bu sebeple İslâm hukukçuları arasında mala karşı vaki olacak tecavüzlere karşı Kur’ân, Sünnet ve icma ile tespit edilmiş olan had cezası hakkında görüş birliği bulunmaktadır.

⁴⁴¹ Mâlik b. Enes, Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî, *el-Muvatta*, Beyrut 1083, Hudûd, 10.

⁴⁴² Mâlik b. Enes, Hudûd, 7.

⁴⁴³ İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 140.

Hırsızlık suçuna verilen el kesme cezasıyla, toplum ve devlet düzeninin adalet üzere korunması amaçlanmıştır. Buna binaen İslâm hukukunda hırsızlık için öngörülen el kesme cezası; işlenen suçun ağırlığına denk, ibret verici bir yönü bulunan, hem hırsızlığa teşebbüs ve niyet eden kimseyi bu suçtan uzaklaştıracak, caydıracak, ıslah edecek ve hem de toplumu bu yönde uyaracak ve gerekli tedbirleri almaya zorlayacak nitelikte bir cezadır.

Hırsızlık suçuna ceza uygulamak gaye değil belki son çaredir. Önemli olan, hırsızlığı besleyen ve kamçılayan sosyal dengesizliği, iktisadî ve manevi sıkıntıları, ihtirası, eğitimsizliği, ahlaki çöküntüyü, lüks ve israfı makul bir dereceye kadar azaltmaktır. Şartlar iyileştikten ve gerekli tedbirler alındıktan sonra işlenen hırsızlık suçunun cezalandırılması da adaletin gereğinin ve İslâm toplum düzeninin ve hakların himayesini sağlamadaki kararlılığını ifadesidir.

2.2.3. HIRSIZLIK SUÇUNUN HÜKMÎ NETİCELERİ

Hırsızlık suçu hem nefse hem de mala yönelik bir suçtur. Bu nedenle nefsi ilgilendiren kısmı hadd cezasıdır ki bu da elin kesilmesidir, malı ilgilendiren kısmı ise malın iadesiyle, şayet telef edilmişse, suçluya tazmin ettirilmesiyle neticelenir.⁴⁴⁴

Kesme cezasını ne mağdur ve ne de devlet reisi affedebilir. Af söz konusu değildir, daha hafif bir cezayla değiştirilemez. Bu hususta hukukî delil, Hz. Peygamber (sas)’den rivâyet olunan şu hadistir: “Cezaları aranızda en iyi bir şekilde uygulayınız. Cezanın tatbiki devlet yöneticisine düştüğünde Allah (cc) affetmedikçe ona affetme yetkisi yoktur.”⁴⁴⁵ Kesme cezasının infazını geciktirmek de doğru değildir.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *DİA*, XVII, 390.

⁴⁴⁵ Ebû Dâvud, *Hudûd*, 5.

⁴⁴⁶ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 272.

2.2.3.1. ELİN KESİLMESİ

Hırsızlık suçuna, had cezası olarak elin kesilmesi hükmü verilir. Kesme fiilinin esası, şu âyettir: “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah'tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.”⁴⁴⁷

Ebû Hanîfe'nin *Müsned*'inde geçen bir rivâyette hırsızlık suçuna uygulanacak ceza ile ilgili şöyle buyrulmaktadır:

İmâm Ebû Hanîfe, Müslim'den, o Saîd b. Cübeyr'den, onun da İbn Abbas'tan rivâyet ettiğine göre, “İslâm'da ilk hadd cezası, hırsızlık yapan, sonra da Hz. Peygamber'in huzuruna getirilen bir adama uygulandı. Hırsızın aleyhine delil bulunduğu için dolayı, Hz. Peygamber : ‘Onu götürün ve elini kesin’ buyurdu. Ceza infaz edilince, Hz. Peygamber'e baktıklarında sanki üzerine kül serpilmiş gibiydi. Beraberinde bulunanlardan birisi: ‘Ya Resulallah! Bu durum size çok ağır geldi galiba!’ deyince, Hz. Peygamber (sas) : ‘Sizin kardeşinize karşı şeytanın yardımcıları olmanız, nasıl olur da zoruma gitmez ki!’ buyurdular. Orada bulunanlar bu kez de ‘Peki onu serbest bıraksaydınız’ dediklerinde, Hz. Peygamber, ‘Bu durum suçluyu bana getirmeden önce olsaydı, olurdu, zira yöneticinin huzurunda sabit olmuş bir hadd cezasının infazına hiçbir kimse engel olamaz!’ buyurdu. Ardından şu âyeti okudular: ‘... Onları affetsinler ve bağışlasınlar!...’⁴⁴⁸”.⁴⁴⁹

2.2.3.1.1. Manası ve Mahalli

Ebû Hanîfe'ye göre, elin kesilme yeri, sağ el ile sol ayaktır. İlk hırsızlıkta sağ el kesilir. Hırsız kimse yine hırsızlık cürmünü işlerse sol ayağı, ayak bileği kısmından kesilir, bir daha tekrar yani üçüncü defa yine hırsızlık cürmünü irtikâp ederse artık

⁴⁴⁷ Maide Suresi, 5/38.

⁴⁴⁸ Nur Suresi, 24/22.

⁴⁴⁹ Ebû Hanîfe, *İmâm-ı Âzam Ebu Hanife Müsnedi: Haskef'i Rivayeti*, (trc.: Ali Pekcan) Armağan Kitaplar, Konya 2005, s. 167.

kesme cezası verilmez. Halini düzeltene, tövbe ve nedamet duyana veya ölene kadar hapsedilir ve çalınan malın tazminatı ödetilir.⁴⁵⁰

Bu konudaki deliller şunlardır:

Ebû Hureyre (ra)'den rivâyet olunan şu hadistir: Rasulullah hırsızlık hakkında şöyle buyurmuştur: “O hırsızlık ederse elini kesiniz. Sonra yine hırsızlık ederse ayağını kesiniz.”⁴⁵¹

Kur’ân-ı Kerîm’de geçen, “...her ikisinin de ellerini kesin...” emrinden maksat; yalnızca sağ eldir. Abdullah b. Mes’ûd’un bu âyeti, “...sağ ellerini kesiniz...” anlamına gelen kıraati bu konuda delildir. O’nun bu şekilde okuyuşu kendine mahsustur, denilmez. O’nun da mutlaka bir delil ve dayanağı vardır. Belki o bu nevi kıraati Nebi (sas)’den işitmiştir.⁴⁵²

Kesmek eğer iki elin kesilmesi manasına alınırsa, o zaman aynı cinsten iki organdan faydalanma durumu tamamen ortadan kalkar. İki ayağın kesilmesinde de durum böyledir. Böyle bir durum sonunda kişi bir şey yiyemez, içemez, temizlikte bulunamaz, bir ihtiyacını karşılayamaz, nefisini koruyamaz, yürüyemez.⁴⁵³

Hiz. Ömer (ra) ve Hiz. Ali (ra), hırsızın bir eli ve bir ayağından faydalanması için, bir el ve ayağından fazlasının kesilmeyeceği görüşündedirler. Nitekim Hiz. Ali’ ye hırsızlık yüzünden bir el ve bir ayağı kesilmiş birini getirmişlerdi. Hiz. Ali bu kişiye bir daha kesme cezası vermemiştir ve şöyle demiştir: “Tutunacağı bir eli ve yürüyebileceği bir ayağı ona bırakmamaktan, ona bunları çok görmekten Allah’a sığınır, O’ndan hayâ ederim.” Hiz. Ali’ye arkadaşları kesme cezası verilmesini işaret edince, o şöyle demiştir: “Hakkında ölüm cezası olmadığı halde onu öldürürsem ne olacak, yemeği ne ile

⁴⁵⁰ Halebî, Mülteka, I, 349.

⁴⁵¹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV 273.

⁴⁵² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 86.

⁴⁵³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 86.

yiyecek!” Hz. Ömer’e de eli ve ayağı kesik bir hırsız getirilir. Hz. Ali’nin yaptığına benzer açıklamalar yapar ve hırsızı hapseder.⁴⁵⁴

Ebû Hanîfe, sağ elin kesilmesi için, sol elin sağlam olmasını şart koşar. Şayet sol el kesikse veya sakatsa, başparmağı kesikse veya başparmak hariç iki parmağı kesikse o zaman bu hırsız kişinin sağ eli kesilmez. Çünkü hırsızlık suçu cezası, kişiyi o suçtan men etmek için konulmuştur. Yoksa onu helak etmek, hiç işe yaramaz biri haline getirmek için değil. Hırsız kişinin sol eli yoksa o zaman sağ eliyle faydalanabilir. Eğer sağ eli de kesilirse, o zaman her iki elinden faydalanma hali ortadan kalkmış olur. Bu da bir kimse için felaket gibidir. Sol el, bu durumda olduğunda hırsızın sol ayağı da kesilmez. Zira sol ayağın kesilmesi hali de iki şeyden birisinin hiç olmazsa tam ve sağlam olmasının ortadan kalkmasına yol açar. Bu durumda nefsin yok olma tehlikesi söz konusudur.⁴⁵⁵

Eğer, sağ ayak kesilmişse veya ayak sakatsa yahut yürümeye engel olacak şekilde topallık varsa yine sağ el kesilmez. Çünkü bu durumda da diğer yarı sağlam organlardan faydalanabilme durumu ortadan kalkmaktadır. Sağ ayağın total veya sakat olması durumunda sağlam olan sol ayak da kesilmez. Çünkü bu durumda hırsız ayaksız kalacak, yürüme imkânı ortadan kalkacaktır. Ama sağ ayağının sadece tüm parmakları kesikse ve bu haliyle ayakta durabiliyor, her iki ayağıyla yürüyebiliyorsa o zaman hırsızın sağ eli kesilir. Zira aynı cins organlardan faydalanma imkânı ortadan kalkmamıştır. Hırsız kimsenin her iki eli sağlam fakat sol ayağı kesikse veya sakatsa ya da parmakları kesikse o zaman sağ eli kesilir. Sebebi ise kesme ile elden faydalanma imkânı ortadan kalkmamaktadır. Hırsızın sağ eli sakatsa yahut başparmağı veya parmakları kesikse o el yine kesilir. Çünkü sağlam el, ceza olarak kesilince sakat el evleviyetle kesilir.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 86.

⁴⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 168; Halebî, *Mülteka*, I, 350.

⁴⁵⁶ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 275.

Ebû Hanîfe'ye göre, kesilmesi gereken organ, hırsızlık cürümünden sonra başka herhangi bir sebeple kesilmişse o zaman kesme cezası düşer. Fakat hırsızlık fiilinden önce kesilmesinin cezaya bir tesiri yoktur. Hırsızlık fiilinden sonraki durum ister bir kaza sebebiyle, ister bir kısâs veya cinâyet sebebiyle olsun fark etmez. Bir kimse kasten bir hırsızın elini kesmiş olsa, şayet bu kesme olayı hırsızlık davasından önce ise o zaman hırsızın elini kesen kişi kısâs cezasıyla cezalandırılır. Çünkü hırsızlıkta kesme cezası ancak o konuda dava açıldığında vacip hale gelir. Hâlbuki buradaki tecavüzün, yani hırsızın elinin kasten bir kimse tarafından kesilmesi sırasında el kesme cezası bir hak halinde doğmamış, teşekkül etmemiştir. Bu sebeple saldırgan kişi, dokunulmazlığı bulunan bir organı kesmiştir. Şayet bu durumda kesilen organ sağ el ise, o zaman kesme cezası sol ayağa geçer. Tıpkı sağ eli bulunmayan birinin hırsızlıkta bulunuşu gibi. Fakat o hırsız kişiye tecavüz ve elini kesme işi hırsızlık davasından sonra meydana gelmişse ve fiil hakkında henüz hüküm verilmemişse cevap yine yukarıdaki gibidir. Ancak burada hırsızın sol ayağını kesme söz konusu değildir. Çünkü dava açılmakla artık o sağ elin kesilmesi vacip olmuş, yani ondan sonra sanki yok hükmüne girmiştir. İşte o zaman da vacip olan kesme hakkı düşmektedir. Tıpkı tabîî bir afetle yok olma gibi. Ama hükümden sonra ve cezanın infazından önce tecavüz meydana gelmişse işte o zaman kesen kimseye kısâs cezası verilmez. Yapılan bu iş Allah (cc)'ın hakkı olan had cezasına mahsup edilir. Sanki o organ hırsızlık suçundan kesilmiş gibi sayılır.⁴⁵⁷ Kesilmiş olan el sağ el ise, hırsızdan had cezası düşer. Çünkü artık hırsıza kesme cezası verilmesi durumunda, aynı cinsten organın geri kalanından da faydalanma hakkını ortadan kaldıracaktır.⁴⁵⁸

Bir kimsenin hırsızlığı hakkında şahitlikte bulunulsa ve şahitlerin adaleti ve doğruluğu sebebiyle hâkim, hırsızı hapsetse ve o sırada cezayı infaz eden de onun elini kesse, sonra da şahitler şahitliklerinden vazgeçseler bu durumda, Ebû Hanîfe'ye göre, infazda bulunana kısâs cezası verilmez. Şayet şahitler, adil ve doğru kimseler değillerse

⁴⁵⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 88.

⁴⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 87.

yine de kısıs cezası verilmez. Çünkü bu gibi yerlerde şahitlerin doğruluğu söz konusudur, doğru olmamaları da muhtemeldir. Bu durumda şüphe doğmuş olur.⁴⁵⁹

Ebû Hanîfe'ye göre, devlet reisi veya cellât sağ el yerine yanlışlıkla sol eli keserse ceza yerine getirilmiş olur. Devlet reisi veya cellât bu işi kasten yaparsa, sünnete göre sağ elin kesilmesi gerektiğini bile bile sol eli keserse kasıttan dolayı tazir cezası uygulanır. Kesen kişi hakkında tazminata hükmolunur.⁴⁶⁰

2.2.3.1.2. Cezanın İnfazı

El kesme cezasını devlet reisi veya onun görevlendireceği bir hâkim infaz eder.⁴⁶¹ Hırsızın yargılama sırasında hayatı dokunulmazdır.⁴⁶² Suçlu cezaya güç yetiremeyecek derecede hasta ve zayıf ise cezanın hafifletilmesi veya tecili söz konusu olur. Hz. Peygamber zina eden çok zayıf ve ihtiyar bir sahabîye yüz celde yerine çok dallı bir ağaç parçası ile vurulmasını yeterli görmüş; başka bir defasında da âdet gören cariye'nin celde cezasını özür halinin sonuna kadar te'hir etmiştir.⁴⁶³

İnsan hayatının dokunmazlığı vardır. Hayati uzuvları da bu dokunmazlığın içindedir. Yani İslâm'da işkence yoktur. El kesme cezasının infazı bellidir. Bunun dışında keyfi bir ceza uygulanmaz, tarifi'nin dışına çıkılmaz.⁴⁶⁴

Ebû Hanîfe'ye göre, ilk defa hırsızlık yapan suçlunun hırsızlığı sabit olmuş, sol eli de sağlamsa sağ eli bilekten kesilir. İkinci defa hırsızlık yapan kimsenin, sağ ayağı sağlamsa, sol ayağı bilekten kesilir. İnfazdan sonra kesilen yer tedavi edilir.⁴⁶⁵ Kanama dursun diye kesilen yer dağlanır veya Hz. Peygamber'in emrettiği ve sahabe'nin

⁴⁵⁹ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 276-277.

⁴⁶⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 87.

⁴⁶¹ Bilmen, *Kâmus*, III, 283.

⁴⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 62.

⁴⁶³ Ebû Dâvud, *Hudûd*, 34; Bilmen, *Kâmus*, III, 284; Halebî, *Mülteka*, II, 349.

⁴⁶⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 48.

⁴⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 166, 177; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 86-87.

uyguladığı gibi kesilen organ kaynatılmış zeytinyağının içine batırılır. Hadiste Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Onu kesin ve dağlayın”⁴⁶⁶

İnfaz sırasında ve sonra mahkûm tahkir edilmez. Hz. Peygamber’e şarap içmiş bir adamı getirdiler. Cezalandırılmasını emretti. Ceza infaz edilince birisi mahkûma, “Allah seni rezil etsin” dedi. Bunu duyan Hz. Peygamber “böyle söylemeyin! Ona karşı şeytana yardım etmeyin,” buyurdu.⁴⁶⁷

Ebû Hanîfe’ye göre, cezanın infazı normal şartlar altında suçun işlendiği belde yapılr. Şayet suç mahallinde mahkeme yoksa mahkemenin bulunduğu en yakın beldeye gidilir. Cezanın infazı şu üç mekân dışında her yerde yapılabilir. Mescitler, çünkü mescitler ibâdet için bina edilmiştir. Mescid-i Haram ki bunun delili, “Kim oraya girerse emin olur.”⁴⁶⁸ âyetidir. Aynı zamanda Mescid-i Haram da bir mescittir. Üçüncüsü de dâru’l-harpte ceza infaz edilmez. Dâru’l-İslâm’da devlet reisinin yani imâmın velâyet hakkı vardır ve haddleri istediği gibi tatbik eder. Fakat dâru’l-harpte böyle bir yetkisi olmadığından haddlerin ikamesi imkânsızdır.⁴⁶⁹

2.2.3.2. ÇALINAN MALIN İADESİ VE TAZMİNİ

Ebû Hanîfe’ye göre, had cezası uygulandıktan sonra, çalınan mal elde bulunuyorsa bu malın sahibine iade edilmesi gerekir. Mal ister hırsızın elinde bulunsun, isterse bir başkasına devretmiş olsun, durum değişmez. Üçüncü şahsın, mala ödediği semen miktarınca hırsıza rücu hakkı vardır. Ama mal üçüncü şahsın elindeyken ortadan kalkıp helak olmuşsa ne ona ödetilir ne de hırsıza ödetilir.⁴⁷⁰

Ebû Hanîfe’ye göre, sanık aleyhinde suç sübût bulup kesinleşirse hırsız kişi çalınan malın kıymetini ödemekle sorumludur. Hırsız olduğu kesinlik kazanıp hırsızın

⁴⁶⁶ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Mısır 1313, III, 312.

⁴⁶⁷ Buhârî, *Hudûd*, 14.

⁴⁶⁸ Âl-i İmran Suresi, 3/97.

⁴⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 99-100.

⁴⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 85; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 374.

eli kesilirse, artık çaldığı malı tazminle yükümlü değildir.⁴⁷¹ Delili ise, Kur’ân hükmünün sırf kesme cezası konusunda nazil olduğudur. Abdurrahman b. Avf, Hz. Peygamber’den şu hadisi rivâyet eder: “Hırsızın eli kesildiğinde ayrıca bir tazminat yoktur.”⁴⁷²

Başka bir akli delil de, tazmin olunan şeylere, tazmin olunan malın ilk alındığı tarihte mâlik olunur. Tazminat ödenince veya tazminat yolu seçilince artık o mal alındığı gün alan kimsenin mülkiyetine girer. Mesela hırsız çaldığı malın kıymetini tazmin etse, o mala, çaldığı andan itibaren mâlik olmuştur. Sanki mülk edineceği şeyi almıştır. Bu durumda tazminatla beraber eli de kesilecek olursa kendi malından dolayı eli kesilmiş demektir. Hâlbuki kesme cezası başkasının mülkünü kesme, sona erdirmeye sebebiyle verilir.⁴⁷³

Eğer birden fazla mağdur varsa mağdurlardan herhangi birisine tazminat ödenmesi söz konusu değildir. Çünkü kesme cezası bütün hırsızlık fiilleri için vâki olmuştur.⁴⁷⁴

2.2.4. TEDÂHÜL CEZASI

Ebû Hanîfe’ye göre, kesme cezasının infazından önce hırsız birkaç kere hırsızlık yapmışsa bu durumda bir tek kesme cezası, bütün suçlar için yeterlidir. Bu şekilde suçlar ve cezaları tedâhül etmiş olmaktadır. Çünkü hırsızlık suçu, Allah (cc)’ın hakkı olan hadd suçlarındandır. Sebepler içtima edince, cezaları da tedâhül etmektedir. Bu konuda kural şudur: “Allah (cc)’ın hakkıyla ilgili hususlarda tedâhül söz konusudur; kul hakkını ilgilendiren hususlarda ise tedâhül yoktur.”⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 84-85; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 157.

⁴⁷² Nesâî, *Sânk*, 18.

⁴⁷³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 269.

⁴⁷⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 86.

⁴⁷⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 85; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 102.

2.2.5. CEZÂÎ SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR

Ebû Hanîfe, hırsızlık suçunda cezâî sorumluluğu etkileyen bir takım sebepler ortaya koymuştur. Bunlar şunlardır:

2.2.5.1. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Yaş küçüklüğü hırsızlıkta sorumluluğa tesir eden bir etkidir. Tam sorumluluk buluğa ermekle başlar. Kur'ân'da “Sizden olan hür çocuklar buluğ çağına ulaştığı zaman kendilerinden evvelkilerin izin istediği gibi izin istesinler.”⁴⁷⁶ âyeti buna işaret etmektedir. Hz. Peygamber (sas) de “üç kişiden kalem kaldırılmıştır; uyanmadıkça uyuyandan, buluğa ermedikçe çocuktan, akıllanmadıkça deliden.”⁴⁷⁷ buyurmuştur.

Bu konuda sahabenin icmaı vardır. Çocuk hırsızlık yaparsa hadd cezası gerekmez. Ebû Hanîfe'ye göre, erkek çocuğun buluğ yaşı asgari haddi on iki, kız çocuğun dokuzdur. Âzami haddi ise erkeklerde on sekiz kızlarda ise on yedidir. Bu yaşa kadar ihtilam olmazlarsa bile tam sorumluluk devri bu yaşlarda başlar.⁴⁷⁸

2.2.5.2. KASIT VE TAKSİR

İslâm hukukunda kusurun dereceleri vardır. En üst derecesi kasıttır. Kasıt, iradenin bir fiilin işlemeye veya bir neticeyi elde etmeye yönelmesidir. Kusurun en hafif derecesi de taksir diye ifade edilen, hatadır. Ebû Hanîfe'ye göre, kasıt yoksa hırsızlık suçu da yoktur. Hırsız sanılan bir kimse başkasının malını yanlışlıkla aldığını söylese, kasıt bulunup bulunmadığı konusunda şüphe ortaya çıktığından, bu kişiye hadd uygulanmaz.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Nur Suresi, 24/59.

⁴⁷⁷ Buhârî, Talâk, 169; Ebû Dâvud, Hudûd, 452; Tirmizî, Hudûd, 110.

⁴⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 184; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 244.

⁴⁷⁹ Akşit, *İslâm Ceza hukuku*, s. 89.

2.2.5.3. AKIL HASTALIĞI

Mecnun kimse hırsızlık yapsa hadd cezası düşer. Çünkü haddin uygulanabilmesi için âkil olmak lazımdır. Ancak mecnun yani delilerin sebep olduğu zararı tazmin sorumluluğu vardır. Akıl sağlığına kavuşan deli, bu sırada işlediği suçtan, yani hırsızlıktan sorumludur.⁴⁸⁰

Hükümden önce gelen delilik yargılamaya mani olduğu gibi, hükümden sonra gelen delilik de infazı durdurur. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre, hükümden sonra fakat infazdan önce gelen bir mani, hükümden önce bulunan bir mani gibidir.⁴⁸¹

2.2.5.4. SARHOŞLUK

Ebû Hanîfe'ye göre, sarhoş erkek ile kadın, yer ile göğü ayırt edemeyen kişidir. Sarhoş olan kimse bu sarhoşluğu, ızdırar veya ikrah sebebiyle ya da çok bal yemek, ilaç almak gibi mübah şeyleri yiyip içmekten doğmuşsa, bu sarhoşun tasarrufları muteber değildir. Bu sebeple yaptığı hırsızlığa hadd cezası verilmez. Kendi isteğiyle sarhoş olmuşsa hadd cezası uygulanır.⁴⁸²

2.2.5.5. İKRAH

İkrah, tehdit ve korkutmayla bir işi yaptırmaktan ibarettir. Yani ikrah olunanın rızası ve seçme imkânı olmaksızın bir işe zorlanmasıdır. Hz. Peygamber bir hadiste şöyle buyurur: “Şüphesiz Allah, ümmetimden hata, unutma ve üzerine zorlandıkları şeyin hükmünü kaldırmıştır.”⁴⁸³ İki türlü ikrah vardır: *Mülci* (tam) *ikrah* ve *gayr-ı mülci* (eksik) *ikrah*. Öldürmek, bir uzvun kesilmesi ve ölüm tehlikesi olan dövme ile

⁴⁸⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 67.

⁴⁸¹ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 74; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 195.

⁴⁸² Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 105.

⁴⁸³ Buhârî, *Talak*, 11.

korkutularak yapılan ikraha *mülci*, hapis, bağlama, can tehlikesi olmayan dövme gibi sadece gam ve üzüntü veren bir şeyle korkutularak yapılabilecek da *gayr-i mülci ikrah* denir. Ebû Hanîfe'ye göre tam ikrah varsa fiil ikrah edene nispet edilir. İkrâh edilen onun elindeki aleti nispetindedir. Dolayısıyla hırsızlık suçunda tam ikrah söz konusu olursa, hırsızlığı yapan kimseye hadd cezası uygulanmaz. Ama tam ikrah söz konusu değilse ikrah altındaki hırsıza, şüphe sebebiyle hadd cezası verilmez ama tazir cezası verilir.⁴⁸⁴

2.2.6. CEZANIN UYGULANMA ŞARTLARI

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsızlık cezasının uygulanabilmesi için; hırsızda, çalınan malda, malı çalınan kişide ve malın çalındığı yer ve zamanda bir takım şartlar vardır. Bu şartların bir kısmına daha önce “hırsızlık suçunun cezası” başlığı altında değinmiştik. Burada genel olarak tekrar üzerinde durulacağız.

2.2.6.1. HIRSIZLIK YAPANA AİT ŞARTLAR

Ebû Hanîfe'ye göre hırsızın; âkil, bâliğ, konuşabilir ve görebilir olması şarttır. Bu sebeple, çocukların, delilerin, dilsiz ve âmâların yapacakları hırsızlıktan dolayı onlara hadd cezası verilmez. Çocuk ve delinin hali malumdur. Dilsiz ve âmâların halleri ise şüpheden beri değildir. Hırsızda, hırsızlık kastı bulunmalıdır. Hırsız, malı çalınanın ortağı olmamalıdır. Hırsız ile mağdur arasında mahremlik, akrabalık ve zevciyet bulunmamalıdır. Hırsızın erkek, hür, müslüman olması şart değildir.⁴⁸⁵

2.2.6.2. ÇALINAN MALA AİT ŞARTLAR

Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan şey, mutlak mal olmalıdır. Yani mal olmasından şüphe duyulmayan, zenginleşmek ve mal edinmek için saklanan bir şey olması şarttır.

⁴⁸⁴ Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, 87-92; Serahsî, *Mebûsât*, XXIV, 93.

⁴⁸⁵ Bilmen, *Kâmus*, III, 263-266; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, VI, 100.

Çalınan şeyin, mütekavvim olması, bir sahibinin olması, bir mâliklik hakkı veya mâliklik te'vil veya şüphesi bulunmaması, *tâfih* (kıymetsiz, adi) olmaması, mâsum olmaması, mütesâriu'l-fesad (çabuk bozulur) olmaması gerekir. Hırsızlık için çalınması kastedilen şeyin haddi icab eden şeylerden olması, en az nisap miktarında olması (on dirhem), mutlak hırsız altında olması, hırsızdan gizlice alınmış olması ve alan hırsızın zilyedine girmiş olması şarttır.⁴⁸⁶

2.2.6.3. MAĞDURA AİT ŞARTLAR

Ebû Hanîfe'ye göre, mağdurun *yed-i sahiha* olması şarttır. Yani haklı olarak o mala sahip olan kimsenin malını çalmak haddi gerektirir. Hırsızla arasında mahremlik, akrabalık ve zevciyet bulunmamalıdır. Mağdur, gâib veya meçhul olmamalıdır.⁴⁸⁷

2.2.6.4. MALIN ÇALINDIĞI YER VE ZAMANA AİT ŞARTLAR

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsızlığın *dâru'l-âdl*de vuku bulmuş olması şarttır. Dâru'l-harpte veya *dâru'l-bâğy*de bulunan müslüman tüccarlar veya esirler arasında meydana gelen bir hırsızlık, hadd cezasını gerektirmez. Çünkü bu hırsızlık veliyyu'l-emrin velâyet ve kazası bulunmayan bir yerde yapılmıştır. Aynı zamanda hırsızlığın kıtlık seneleri haricinde yapılmış olması şarttır. Çünkü zaruret halinde, başkasının malından zaruret miktarı alınması mübahtır. Zaruret sebebiyle bir ihtimal ve şüphe söz konusu olduğundan hadd cezası verilmez.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Bilmen, *Kâmus*, III, 267-275; Zuhaylî, *el-Fıkhul-İslâmî*, VI, 102.

⁴⁸⁷ Bilmen, *Kâmus*, III, 276.

⁴⁸⁸ Bilmen, *Kâmus*, III, 262.

2.2.7. HIRSIZLIKTA CEZAYI DÜŞÜREN SEBEPLER

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsız hakkında kesme cezası hükmü kesinleşince cezanın infazından kaçınmak mümkün değildir. Ancak bazı sebeplerle ceza infaz edilmez, düşer. Bu sebepler genelde ya suçun oluşması ve ispatı için gerekli şartlarda bir kusurun ya da cezanın infazına engel bir durumun ortaya çıkması halinde söz konusu olur. Geriye dönüşü ve telafisi mümkün olmayan bir sonuç doğuran hırsızlık suçunun tespitinde son derece ihtiyatlı davranmak, insanların yok yere acı çekmelerine sebep olmamak gerekir. Zaten İslâm'da suç kesin olarak ortaya çıkmadıkça ceza vermemek esastır. Şimdi cezayı düşüren sebeplere yer verelim.

2.2.7.1. ŞÜPHE

Şüphe, sabit olmadığı halde, sabite benzeyen fakat kesinlik kazanmayan şeydir.⁴⁸⁹

Ebû Hanîfe'nin müsnedinde geçen bir rivâyet şöyledir;

Ebû Hanîfe Miksem'den, o da İbn Abbas'dan rivâyet ettiğine göre, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Şüpheler nedeniyle hadd cezalarını düşürünüz.”⁴⁹⁰

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsızlık suçunun unsurlarında ve ispatında herhangi bir şüphe ve tereddüdün bulunması veya infazından öncesinde her hangi bir kusurun ortaya çıkması durumunda hadd cezası düşer. Hz. Peygamber bu konuda şöyle buyurmuştur: “Elinizden geldiği ölçüde müslümanlardan cezaları kaldırın. Eğer onun için bir çıkar yol varsa hemen salıveriniz. Devlet başkanının affetmede hata etmesi cezalandırmada hata etmesinden daha hayırlıdır.”⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 36.

⁴⁹⁰ Ebû Hanîfe, *İmâm Âzam Ebu Hanife Müsnedi, Haskefi Rivayeti*, (trc.: Ali Pekcan), Armağan Kitaplar, Konya 2005, s.168.

⁴⁹¹ Ebu Dâvûd, *Salât*, 14; Tirmizî, *Hudûd*, 2.

Çalınan malda sanığa ait cüz'i de olsa bir mülkiyet hakkının bulunması, malın muteber bir koruma altında bulunmaması veya fâili bu suçu işlemeye sevk eden zorlayıcı bir dış baskının veya zaruret halinin mevcudiyeti yönündeki şüpheler fiilin suç olmasını önlediğinden, haddin de düşmesine sebep olmaktadır.⁴⁹²

Suçun işlenmesinden sonra çalınan malın mülkiyetinin hırsıza intikal etmesi de suçun unsurlarında bir şüphenin ortaya çıkması olarak görülür. Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda dava açılmış bile olsa dava sonuçlanıncaya kadar çalınan malın mülkiyeti hibe veya satın alma gibi bir yolla hırsıza geçse hadd cezası düşer.⁴⁹³

İşlenen bir suçun mahkeme huzurunda, hiçbir tereddüde yol açmayacak şekilde kesin delillerle ispat edilmesi şart olduğundan suçun ispatı safhasında ortaya çıkacak bir şüphe de hadd cezasını düşürür. Mesela, şahitlikte kullanılan lafızların manaya delâletlerinin kesin olması; şahitlerin ifadelerinin açık ve net olması gereklidir. Buna aykırı bir durum haddin düşmesine yol açar. Aynı şekilde şahitlerin suçluya karşı bir kin ve düşmanlık içinde olmaması, şahitliği yerine getiren ya da ikrarda bulunan kimselerin bu şahitlik veya ikrarlarından dönmemesi, haddin infazı anına kadar bunda ısrarlı olmaları esastır. Aksine bir durum hadd cezasının düşmesine sebep olur.⁴⁹⁴

Mesela, hırsız suçunu ikrar eylese fakat daha sonra bu ikrarından açıkça veya kapalı bir şekilde vazgeçmişse, şüphe meydana gelir ve kesme cezası düşer. İki kişi iştirak halinde hırsızlıkta bulunsalar da her ikisi de suçlarını ikrar etseler sonra yalnız birisi ikrarından vazgeçse Ebû Hanîfe'ye göre, ikisinden de hadd cezası düşer. Sebebi ise hırsızlık fiili tektir ve her ikisinin de bu fiilde iştirakleri ve irtikâpları söz konusudur. Bu durumda ikisinden birinin ikrarından dönmesi, diğer şerik hakkında şüphe uyandırır.⁴⁹⁵

⁴⁹² Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, XVII, 391.

⁴⁹³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 88-89.

⁴⁹⁴ Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, XVII, 391.

⁴⁹⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 88.

İki kişi bir adamın hırsızlık yaptığına şahitlik etseler, hırsız ise bu benim malımdır, ona emanet etmiştim, beni inkâr etti veya bu malı ondan satın aldım, gibi savunmalarda bulunursa, Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda hırsıza hadd cezası verilmez. Çünkü malı çalınan, hasım durumuna düşmüştür. İş husumete dönünce sırf Allah ve amme hakkı gereği olan hadd cezası uygulanmaz. Hırsızın bu şekilde davacı olması şüpheyi yol açmıştır.⁴⁹⁶

2.2.7.2. ZAMAN AŞIMI

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsızlık suçunun ispatından ve buna bağlı olarak hükmün verilmesinden sonra ve had cezasının infazından önce belli bir sürenin geçmesi yani cezanın yerine getirilmesinde geç kalınması, suçun oluşması ve ispatında bir şüphenin bulunması hükmünde olup haddin uygulanmasını engeller. Ebû Hanîfe'nin bu hükmü vermesi, olayın üzerinden belli bir süre geçmesi halinde suçun oluşum ve ispatında bir şüphe ve tereddüdün meydana gelebileceği endişesinden ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesine gösterdiği titizlikten kaynaklanmaktadır.⁴⁹⁷

Ebû Hanîfe, zaman aşımı için belli bir sınır tayin etmeyip bu konuda hâkime takdir hakkı tanımayı ve hâkimin her olayda haddi düşürücü zaman aşımı süresini şartlara göre tespit etmesini uygun görmüştür. Çünkü mazeretlerin, haklı sebeplerin ve şartların farklılığı, bu konuda belli bir süre vermeyi imkânsız hale sokmaktadır.⁴⁹⁸

Zaman aşımının haddi düşüren bir unsur olması, hadd cezasının yerine getirilmesinde gecikilmesiyle artık cezanın fertleri ıslah etme ve toplum düzenini sağlama rolünün zayıflaması, cezadan beklenen gayenin gerçekleşmemesi, aradan uzun

⁴⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 140, 188.

⁴⁹⁷ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 47; Serahsî, IX, 171.

⁴⁹⁸ Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, VII, 392; Bilmen, *Kâmus*, III, 280.

süre geçtikten ve suçun kamu üzerindeki menfi tesirleri kaybolup unutulduktan sonra suç ve cezanın tekrar gündeme getirilmesinin faydadan çok zarara sebep olmasıdır.⁴⁹⁹

2.2.7.3. HIRSIZIN ÇALDIĞI MALI MÜLKÜ OLARAK İDDİA ETMESİ

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsız, çaldığı malda mülkiyet iddia ederse, davasını delil için her hangi bir delil ikamesine ihtiyaç kalmadan, sırf bu iddiası sebebiyle hadd cezası düşer. Tazir cezası uygulanır. Çünkü çalınan malın mülkiyeti konusunda o malı çalınan kişi artık hırsızın hasmı durumundadır. Hırsız iddiada bulunur kendisinin olduğu için aldığını söylerse bu kez davalı durumundaki malı çalınan kişinin, malın kendisine ait olduğu hususunda deliller getirmesi gerekir. Delili yoksa bu defa yemin teklif edilecektir. Böylece dava karşılıklı olarak yemin-ispat-yemin-ısnat şeklinde uzayıp gidecektir ki böylece ortadaki şüpheyile de hadd cezası uygulanmayacaktır. Eğer, elinden mal çalınan kişi, çalınan malın mülkiyeti konusundaki yemini, hırsıza teklif etse, o da kaçınsa o zaman hakkında yeminden kaçınmakla hüküm olunur. Bu sefer hırsız yemini malı çalınana teklif etse o da yemin etse, o zaman onun yemini üzerine hüküm olunur. Çalınan malın mülkiyeti iddiası var iken hadd cezası vermek bir tarafın yemini diğer tarafın yemininden kaçınması durumunda hadd cezasının infazına yol açar.⁵⁰⁰

2.2.7.4. HÜKÜMDEN SONRA ÇALINAN MALIN NİSABININ EKİLMESİ

Ebû Hanîfe'ye göre, çalınan malın değerinin, suçun işlendiği andan cezanın infazına kadar geçen sürede, hırsızlık suçunda aranan nisap miktarının yani on dirhemini üzerinde olması gerekir. Bu süre zarfında çalınan malda bir eksilme olursa, bu eksilmenin malın ayn'ında mı yoksa fiyatında mı olduğuna bakılır. Eğer eksilme çalınan malın ayn'ında ise hırsıza hadd uygulanır. Çünkü mal çalındıktan sonra artık failin zilyedine geçmektedir. Bu vakitten sonra malın ayn'ında meydana gelecek ayıp veya

⁴⁹⁹ Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, XVII, 392.

⁵⁰⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 70-71; Bilmen, *Kâmus*, III, 286.

noksanlık failin tasarrufu veya kusuruyla gerçekleşir. Hırsızın zilyetliğine geçtikten sonra malın tamamının telef olması haddi düşürmediğine göre, bir kısmının eksilmesi veya telef olması da haddi düşürmez. Dolayısıyla çalınan malın ayn'ında meydana gelen eksilme ve kusurlarda, değer tespiti, suçun işlendiği zamana göre yapılır.⁵⁰¹

Çalınan maldaki azalma onun fiyatında ise mesela, çalınan mal on dirhem iken yedi dirheme düşmüşse bu durumda çalınan malın fiyatı, suçun işlendiği andan cezanın infazına kadarki süre zarfında, nisabın altına düşerse bu durumda hırsıza hadd cezası uygulanmaz. Çünkü çalınan malın ayn'ında bir eksilme olmaksızın fiyatının azalmış olması, bu malın, suçun işlendiği zamanda da nisap miktarında olmadığı şüphesini doğurur. Şüphe durumunda ise hırsıza hadd uygulanmaz.⁵⁰²

2.2.7.5. SUÇUN HARB ESNASINDA İŞLENMESİ

Ebü Hanîfe'ye göre, harp esnasında müslüman askerler arasında savaşa katılan kimselere had cezası uygulanmaz, yerine tazir cezası verilir.⁵⁰³ Bu meselede delil, Büsr b. Ertae'den rivâyet edilen harp esnasında hırsızlık yaparken yakalanan ve kendisine had cezası yerine sopa cezası verilen bir kimseyle ilgili hadistir.⁵⁰⁴

Harp esnasında cezanın infaz edilmemesinin sebebi, siyaseten olup, savaşta hadd uygulanacak askerin korkup düşman saflarına kaçması ile doğacak zararın önüne geçmek içindir. Savaştan dönlüldüğünde de ceza tatbik edilmez. Fakat haddin yerine getirilmemiş olması işlenen fiildeki cürümün niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu sebeple hapse atma, sopa uygulama veya devlet reisinin uygun göreceği başka bir ceza uygulanır.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 319.

⁵⁰² İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, VIII, 319; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 79-80.

⁵⁰³ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 80.

⁵⁰⁴ Tirmizî, *Hudûd*, 20; Nesâî, *Sârik*, 16.

⁵⁰⁵ Menekşe, *17. ve 18. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası*, s. 49.

2.2.7.6. KESİLECEK UZVUN YOK OLMASI

Ebû Hanîfe'ye göre, kesilmesi gereken organın hırsızlık fiilinden sonra herhangi bir sebeple yok olması halinde kesme cezası düşer. Hırsızlık fiilinden sonraki bu durum ister bir kaza sebebiyle ister bir kısâs veya cinâyet sebebiyle olsun fark etmez. Mesela bir kimse, hırsızlık suçundan sonra, belirtilen sebeplerden biriyle sağ elini kaybetse, hakkında terettüp edecek kesme cezası düşer, sol ayağının kesilmesine de geçilmez.⁵⁰⁶

2.2.7.7. TÖVBE

Ebû Hanîfe'ye göre, suça teşebbüs halinde olan bir fail, henüz suçu tamamlamadan veya icra hareketlerini bitirdikten ve netice gerçekleştikten sonra işlediği suçtan pişmanlık duyup malı iade edip tövbe ederse hadd cezası düşer. Çünkü hırsızlık her ne kadar hadd suçu ise de o aynı zamanda takibi şikâyeteye bağlı bir suçtur. Şikâyet edilmeden önce hırsızın pişman olup malı sahibine iade etmesi şikâyet etme imkânını ortadan kaldırır.⁵⁰⁷

2.2.7.8. AF - ŞEFAAT

Ebû Hanîfe'ye göre, hırsızlık suçu, devlet reisine veya yetkili makama ulaşmadığı müddetçe hırsız hakkında şefaatte bulunulabilir.⁵⁰⁸ Bu konuyla ilgili, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Aralarınızda cereyan eden hadd suçlarında birbirinizi afifkar davranın, şefaet edin. Ama iş bana intikal eder, ulaşırsa o zaman hadd cezası vacip olur.”⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 88.

⁵⁰⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 176; Kâsânî, *Bedâi*, VII, 96.

⁵⁰⁸ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 89; Atar, Fahrettin, “Af”, *DİA*, İstanbul 1998, I, 395.

⁵⁰⁹ Ebû Dâvud, *Hudûd*, 6; Nesâî, *Sârik*, 5.

Şefaât konusunda Zübeyr b. Avvam’dan rivâyet olunan bir hadiste şöyledir: “Şefaât işini ancak devlet reisinden başkası yapabilir. Ama iş devlet reisine ulaşınca Allah o hadd cezasını bağışlamamışsa, devlet reisinin affetme hakkı yoktur.”⁵¹⁰

Hız. Peygamber, Beni Mahzûm kabilesinden hırsızlık yapan bir kadına şefaate kalkışan Üsame b. Zeyd’e kızmış ve şöyle buyurmuştur: “Allah (cc)’ın hadd cezalarından bir hadd için mi şefaatte bulunuyorsun?”⁵¹¹

2.2.7.9. YALANLAMA

Yalanlamadan maksat, hırsızın hırsızlık cürümünü ikrarını mağdur kimsenin yalanlaması veya şahitlerin hırsızlık konusundaki şahitliklerinin mağdur tarafından yalanlanmasıdır. İşte bu yalanlama (tekzip) işi Ebû Hanîfe’ye göre, ikrarı da şahitliği de geçersiz hale getirir. Netice olarak cezanın düşmesine sebep olur. Yalanlama ister işin başında olsun isterse dava açıldıktan sonra hırsızlık iddiasından sonra olsun isterse cezanın infazından önce olsun fark etmez, hadd cezasını düşürür.⁵¹²

2.2.7.10. DAVADAN ÖNCE MALIN İADESİ

Ebû Hanîfe’ye göre, hırsız, çaldığı malı, dava açılmadan önce sahibine iade ederse hadd cezası düşer.⁵¹³

2.2.7.11. ÇALINAN MALA HIRSIZIN MALİK OLMASI

Hırsız, hâkimin hükmünden önce, çaldığı mala mâlik olursa hadd cezası düşer. Ebû Hanîfe’ye göre, hükümden sonra ve cezanın infazından önce mâlik olursa kesme cezası yine düşer.⁵¹⁴

⁵¹⁰ Ebû Dâvud, Hudûd, 5.

⁵¹¹ Buhârî, Fezâilü’l-ashab, 18; Müslim, Hudûd, 11; Ebû Dâvud, Hudûd, 16.

⁵¹² Kâsânî, *Bedâi*, VII, 88.

⁵¹³ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 280.

2.2.7.12. ÖLÜM

Ebû Hanîfe'ye göre ölüm bedenî ve şahsî bütün cezaları düşürür, ancak mâlî cezaları düşürmez. Bu sebeple hırsızlık suçunun bedenî bir cezası olan el kesme cezası da düşer, çünkü cezayı uygulama mahalli bulunmamaktadır. Hırsızlık suçunun mâlî cezasına gelince bu da ölmüş olan hırsızın mirasından alınır.⁵¹⁵

2.2.8. TAZİR CEZASI

Hadd cezasının uygulama imkânı bulunmayan veya bir şüphe nedeniyle hadd cezası düşen ve hakkında hadd cezası tayin edilmemiş olan hırsızlık suçu tazir cezasıyla cezalandırılır. Mesela, babanın oğlunun malını alması, şirket ortaklarından birinin şirketin malını alması gibi. Genel anlamda gasp, dolandırıcılık, nehb (yağma) ve kefen soyma fiilleri de gizlilik şartı taşımadığından hadd cezasına çarptırılmaz.

Tazir cezasının miktarı ve şekli tayin edilmemiş, zaman ve şartlara göre hâkime bırakılmıştır. Çeşitlerine gelince; hâkim suçlunun ancak dövülerek ıslah olacağına kanaat getiriyorsa, dövmesi vacip olur. Ya da suçlu istediklerini yapmaktan bir süre men edilerek bir yere kapatılır ve suç işlemesine engel olunur. Mal ile tazir de vardır ama Ebû Hanîfe bunu meşru saymaz.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Udeh, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, 281.

⁵¹⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 246; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 213.

⁵¹⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 86.

SONUÇ

İnsanlık tarihi kadar eski ve toplumsal hayatta en önemli şikâyet konularından biri olan ve yaygınlığından herkesin rahatsız olduğu hırsızlık suçu ve bu suçun cezâî müeyyidesinin keyfiyeti konusu, bütün hukuk sistemlerinin ve hukukla uğraşan herkesin ilgi alanına girmektedir. Dolayısıyla konu İslâm hukukunu ve İslâm hukukçularını da yakından ilgilendirmektedir. Çünkü İslâm'ın kendine özgü ve orijinal bir hukuk anlayışı vardır. İslam hukuk biliminin sistematikleşmesine önemli katkıları bulunan ve ilk İslam hukukçularından olan Ebû Hanîfe'nin bu konulara ilişkin görüşleri ise ayrı bir öneme sahiptir.

Ebû Hanîfe “İslam hukukçularının babası” olarak bilinmektedir. O genelde ceza hukukunun bütününde, özelde ise hırsızlık suçu ve cezası konusunda diğer müçtehitlerden pek çok noktada farklı içtihatlarla sahiptir. Bu ve benzer gerekçeler, onun hırsızlık suçu ve cezası hakkındaki görüşlerini araştırma konusu yapmamızın dinamiğini oluşturmaktadır.

Ebû Hanîfe cezanın ağırlığı ve telafisinin mümkün olmaması sebebiyle hırsızlık suçunun hangi şartlarda işlenmiş sayılacağı ve cezasının uygulama şartlarını en ince ayrıntılarıyla ele almış, adeta meseleyi ince eleyip sık dokumuştur. Ortaya koyduğu hüküm ve görüşlerde kanuniliği, adalet ve hakkaniyeti elden bırakmamıştır.

Ebû Hanîfe hırsızlıkla ilgili olarak, vereceği bir hükümde yanılarak da olsa hadd cezası vermekten kaçınmaya çalışmıştır. Böyle ağır bir neticeye gitme hususunda ihtiyatı elden bırakmamıştır.

“Şüpheler haddleri düşürür” prensibinden yola çıkarak, hırsızlık suçunun oluşumu konusunda en ufak bir şüphe sezmesi durumunda hadd cezasından vazgeçmiştir. Mesela, çalınan malda sanığa ait cüz'i de olsa bir mülkiyet hakkının

bulunması, malın muteber bir koruma altında bulunmaması veya fâili bu suçu işlemeye sevk eden zorlayıcı bir dış baskının veya zaruret halinin mevcudiyeti gibi.

Kendisi tarafından konulan “istihsân” delilini hükümlerinde göz önünde bulundurmuş, zahiren görünen kıyası terk etmiştir. Mesela, pasaportla Dârü'l-İslâm'a giren harbî birinin malını çalana, eman alarak ülkeye girdiği için kıyasen had cezası verilmesi gerekirken, istihsânen verilmeyeceği hükmüne varmıştır. Sebep olarak da şunu öne sürmüştür: Pasaportla gelen o harbînin malında mübahlık şüphesi vardır. Çünkü aslen o harbînin malı mübahtır. Masumiyet geçicidir.

Mülkiyetin şahsiliği düsturundan yola çıkarak, hırsızlıkla ilgili bir davanın açılabilmesi için çalınan malın sahibinin belli olması ve mağdurun bizzat dava açmasını da şart koşmuştur.

Ortaya koyduğu birçok görüşünde insanların örf ve adetlerini esas almıştır. Mesela, bir malın, iktisadî bir değerinin bulunup bulunmadığını, insanlar arasında biriktirilip, saklanmaya sebep bir iktisadî-ticarî değer taşıyıp taşımadığını, yani o şeyin insanlar tarafından mal edinilmesinin âdet haline getirilmiş olması gerekliliğini, bir şeyin mal olması için şart koşmuştur.

Cezanın uygulanması hususunda çok hassas davranmış, âdeti cezanın uygulanmaması için bir sebep bulunabilir mi diye çaba göstermiştir. Bu sebeple, hırsızlık için öngörülen cezanın düşme durumunu, cezanın infaz anına kadar uzatmıştır. Bunu da şöyle açıklamıştır: Ceza infaz olmadıkça hüküm tamamlanmış değildir. İnfazdan önce hükme mani olan bir hal hükümden önce var sayılır ve hadd cezası düşer.

Bir konuyla ilgili, Hz. Peygamber'den rivâyet edilen hadisler ve sahabe uygulamalarında bir ihtilaf söz konusu olduğunda ihtiyata en uygun olan nassı tercih etmiştir. Mesela, çalınan malın nisap miktarıyla ilgili olarak, birçok rivâyet vardır ama bunlardan ihtiyata en uygun olanı esas almış ve nisabı “on dirhem” olarak belirlemiştir.

Hırsızlık cezasıyla ilgili olarak da, cezanın konulma sebebinin kişileri o suçtan men etmek olduğunu, yoksa suçu işleyeni yok etmek, kan dökmek, hiç işe yaramaz,

başkalarına yük olan biri haline getirmek için konulmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, sağ elin kesilmesi için, sol elin sağlam olmasını şart koşmuş. Şayet sol el kesikse veya sakatsa, başparmağı kesikse veya başparmak hariç iki parmağı kesikse o zaman bu hırsız kişinin sağ eli kesilmez, hükmüne varmıştır.

Ebû Hanîfe, hırsızlık suçu için öngörülen “el kesme” cezasının uygulanmasını çok sıkı şartlara bağlamıştır. Onun ortaya koyduğu şartlar çerçevesinde hırsızın elini kesmek çok zordur; hatta nerdeyse imkansızdır. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda el kesme cezası, bir cezadan çok, tepede duran ve insanların bu suça niyet ve teşebbüslerine engel olan, onları bu suçtan uzaklaştıran, caydıran ve aynı zamanda toplumu bu yönde uyarak gerekli tedbirleri almalarını sağlayan şuur eksenli bir yaptırımdır.

KAYNAKÇA

ABDURRAZZAK, Ebû Bekr b. Hemmam es- San'ânî, *el-Musannef*, Meclisü'l-İlmî, Beyrut 1980.

AHMED B. HANBEL, *Müsned*, İstanbul 1992.

AKŞİT, Mustafa Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Gaye Vakfı Yayınları, İstanbul 2004.

ÂMİR, Abdulaziz, *et-Tazir fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Mısır 1957.

ARMAĞAN, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1987.

ASIM EFENDİ, *Kâmus Tercemesi*, İstanbul 1886.

ATAR, Fahrettin, “Af”, *DİA*, İstanbul 1998, I, 395.

AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999.

BARDAKOĞLU, Ali, “Hırsızlık”, *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 384.

BEZZÂZÎ, Hafuziddîn Muhammed b. Şihab el-Hârizmî, *Menâkibu Ebî Hanîfe*, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Beyrut 1981.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslâmiyye ve İstılâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, 3.Cilt, Bilmen Yayınları, İstanbul 1989.

BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahîh*, Çağrı yay., İstanbul 1992.

CESSÂS, Ebû Bekir Ahmet b. Ali er-Râzi, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, İstanbul 1338.

DÂRİMÎ, Ebû Muhammed Abdullah, *Sünenü'd-Dârimî*, İstanbul, 1981.

DEMİR, İsmet, *İmâm Âzam Ebû Hanîfe*, İstanbul 2005.

EBÛ DÂVUD, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, *es-Sünen*, Çağrı yay., İstanbul 1992.

EBÛ HANÎFE, *İmâm Âzam Ebu Hanife Müsnedi, Haskefi Rivayeti*, (trc.: Ali Pekcan), Armağan Kitaplar, Konya 2005

EBÛ ZEHRA, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, (trc.: Osman Keskiöglü), Türk Diyanet Vakfı yay., Ankara 2005.

_____, Muhammed, *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fî Fıkhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1976.

ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.

HALEBÎ, Muhammed b. İbrahim, *Mülteka'l-Ebhûr*, Beyrut 1989.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtâr alâ Durri'l-Muhtâr*, Kahire 1307.

İBN ÂŞÛR, Tahir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (trc.: Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan) İstanbul 1988.

İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984.

İBN MÂCE, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd el-Kazvinî, *es-Sünen*, Çağrı yay. İstanbul 1992.

İBN MANZÛR, Muhammed b. Mükerrer: *Lisânü'l-Arab*, Dâru's-Sadir, Beyrut t.y.

İBN RÜŞD, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, İstanbul 1985.

KARAMAN, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2003.

KARDÂVÎ, Yusuf, *İslâm'da Helâl ve Haramlar*, (trc.: Mustafa Varlı) Ankara 1970.

KÂSÂNÎ, Alauddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's-Şerâi*, Zekeriya Ali Yusuf Neşri, Mısır 1327.

KİTAB-I MUKADDES, *Eski ve Yeni Ahid*, Kitab-ı Mukaddes Şirketi, İstanbul 1991.

KURTÛBÎ, Muhammed b. Ahmed el-Ensari, *el-Câmi li Ahkâmu'l-Kur'ân*, Beyrut 1987.

MÂLİK B. ENES, Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî, *el-Muvatta'*, Çağrı yay., İstanbul 1992.

MÂVERDÎ, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-Basrî, *el-Ahkâmu's-Sultâniye*, Bedir Yayınları, İstanbul 1976.

MENEKŞE, Ömer, *17. Ve 18. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası* (basılmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998.

MERGİNÂNÎ, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr b. Abdi'l-Celîl, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi*, Dâru's-Selam, Kahire 2000.

MEVSİLÎ, Abdullah b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Dâru'l-Hayr, Dimaşk 1998.

MUSTAFA, Nevin Abdulhâlık, *İslâm Siyâsî Düşüncesinde Muhâlefet*, (Trc: Vecdi Akyüz), İz yay., İstanbul 1990.

MÜSLİM B. EL-HACCÂC, Ebû'l-Hüseyin el-Kuşeyrî, *el-Câmiu's-Sahîh*, Çağrı yay., İstanbul 1992.

NESÂÎ, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali b. Şu'ayb, *es-Sünen*, Çağrı yay., İstanbul 1992.

OKANDAN, Recai, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul 1952.

SAHNÛN, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Matbâatü's-Saade, Mısır 1323.

SAMARRAÎ, Numân Abdurrezzak, *İslâm Fıkında Mürtedin Tabi Olduğu Hükümler*, (trc.: Osman Soyyiğit, Ahmet Tekin) Fatih Matbaası, İstanbul 1970.

SERAHSÎ, Muhammed bin Ahmed, *el-Mebsût*, Mısır 1324.

ŞÂFÎÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, 1968.

ŞEKERCÎ, Osman, *İslâm Ceza Hukukunda Tazir Cezası ve Suçları*, Yeni Ufuk Neşriyat, İstanbul 1996.

ŞENSOY, Naci, *Eski Devirlerde ve İslâm'da Hırsızlık Suçu*, İstanbul 1956.

ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali, *Neylû'l-Evtâr*, Kahire 1961.

ŞİRÂZÎ, Ebû İshak İbrahim, *el-Mühezzeb*, Kahire 1959.

ŞİRBÎNÎ, Şemsuddîn Muhammed b. Ahmed el-Hâtib, *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Marifeti Meâni'l-Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kutûbi'l-Arabiyyeti'l-Kübrâ, Mekke t.y.

TİRMÎZÎ, Muhammed b. İsa b. Serve, *es-Sünen*, Çağrı yay., İstanbul 1992.

UDEH, Abdulkadir, *Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk*, (trc.: Ruhi Özcan-Ali Şafak), Rehber Yayıncılık, Ankara 1990.

UZUNPOSTALCI, Mustafa, “Ebû Hanîfe”, *DİA*, İstanbul 1998, X, 130.

YİĞİT, Yaşar, “İnanç ve Düşünce Özgürlüğü Perspektifinden İrtidat Suç ve Cezasına Bakış”, *İslâmîyât*, Ankara 1999, II/2, s. 126.

ZÜHAYLÎ, Vehbe, *el-Fıkhul-İslâmî ve Edilletühü*, Dımaşk 1985.