

Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna aykırı hükümler

Doç. Dr. Coşkun Üçok

GİRİŞ: 3. Kasım 1839 (26. Şaban 1255) tarihli Hattı Humayun'un Mustafa Reşit Paşa tarafından Gülhane'de okunmasının üzerinden tam altı ay geçtikte Tanzimat'ın ilânından sonra çıkarılan kanunların ilki olan 3 Mayıs 1840 (1. Rebi I. 1256) tarihli «Kanun-i Ceza» çıkarılmıştı (1). Bir mukaddime on üç fasıl ve bir hatimededen (2) ibaret olan bu kanun, esas itibariyle İslâm hukukundan pek ayrılmazsa da İslâm hukukunda bulunmayan birçok yenilikleri de içine almaktadır. İslâm hukukuna pek aykırı olmamakla beraber Tanzimat'dan sonra çıkarılmış olan ilk kanunun bir ceza kanunu olması bir tesadüf eseri değildir; zira daha önceleri Fatih Sultan Mehmed, Kanunî Sultan Süleyman ve diğer hükümdarlar zamanlarında çıkarılmış olan kanunnamelerde de kısmen olsun İslâm ceza hukukundan ayrılmak yolu tutulmuştur. Gerçek İslâm Devleti, İslâm'ın çıktığı VII. yüzyılda ve onu kovuşturan yüzyıllarda başdöndürücü bir sür'atle genişlemeğe başlayınca Kuran'ın ve Sünnet'in tespit etmiş olduğu hukuk kuralları bu büyük devletin ve onu teşkil eden büyük insan topluluklarının bütün ihtiyaçlarını karşılayamaz bir duruma girmiş, bunun için de bir yandan Kıyas ve İcma yoluyla İslâm hukukunun boşlukları doldurulmaya çalışılmış, öbür yandan da ister istemez yerli örf ve âdet hukukuna yer verilmiştir. Bir çok noktalarda çok ileri düşüncelere dayanan İslâm ceza hukukunun da bazı suçlara tâyin etmiş olduğu cezaların çok ağır olması ve bazı suçluların cezalandırılması için koştuğu şartların o suçluların neticede az bir ceza ile kurtulmalarını sağlaması, iç hayatlarını düzenlemek isteyen

(1) Bk. Ahmed Lûtfi, Mir'at-i Adalet, S. 127 v. öt.

(2) Türk Tarih Kurumundaki yazma nüshada (No. 10) hatime yerine 3 maddelik bir «Zeyl-i 14. fasıl» vardır ki kalpazanlık ve evrak sahtekârlığından bahsetmektedir.

birçok İslâm devletlerini, daha çok erken bir zamanda türlü noktalardan İslâm ceza hukukunu terketmek ve ya onun hükümlerini yeni kurullarla tamamlamak zorunda bırakmıştır; öyle ki 20. yüzyılın ilk on yıllarında, İslâm dinini her yönde aynıyla uygulamaya çalışan Saudi Arabistan bir yana bırakılırsa İslâm ülkelerinin çoğunda İslâm ceza hukuku ya kısmen ya tamamen bırakılmış bulunuyordu. Daha önceleri Fatih Sultan Mehmed gibi henüz Halife olmayan ve Kanunî Sultan Süleyman gibi üstelik Halife de olan Osmanlı Padişahları da İslâm ceza hukukuna aykırı hükümleri, çıkartmış oldukları kanunnamelere koymaktan çekinmemişlerdi.

İşte bu yazımızda türlü padişahlar zamanında çıkarılmış olan kanunnamelerin bazılarında İslâm ceza hukukuna aykırı ne gibi hükümler bulunduğunu, ne gibi hususlar için ne gibi yeni hükümler konulmuş olduğunu tespit etmek istiyoruz. Bunun için önce İslâm ceza hukukuna toplu olarak bakmayı faydalı buluyoruz. Bu suretle hem Arap harflerini bilmiyen veya yabancı bir dil anlamıyan arkadaşlarımıza İslâm ceza hukuku hakkında toplu bilgi vermek imkânını elde etmiş, hem de Osmanlı kanunnamelerindeki hükümlerin ne gibi hususlarda İslâm ceza hukukundan ayrıldıklarını daha iyice göstermek fırsatını bulmuş oluruz.

Osmanlı kanunnamelerinden incelemek üzere seçtiklerimiz şunlardır:

- 1) *Fatih Sultan Mehmed Kanunnamesi* (MOG, I. 1921, S. 19 ve ö.t.).
- 2) *Kanunî Sultan Süleyman Kanunnamesi* (TOEM, 16 - 19. sayılara ek).
- 3) *Bosna Kanunnamesi* (Glasnik Zémaliskog Muzeja u Bosni i Hercegovini, XXXVIII, 1916, 3/4 S. 448 ve ö.t.).
- 4) *IV Mehmed zamanında (1648 - 1687) yürürlükte olan ceza kanunnamesi* (Ahmed Lûtfi, Mir'at-i Adalet, S. 78 ve ö.t.).

I. — **İSLÂM CEZA HUKUKU:** İslâm'da ceza hukukuna «Ukubat» denir. İslâm dinine göre hayatta insanların işledikleri eylemler ceza hukuku bakımından yediye ayrılır:

- 1) *Farz olan eylemler:* Bunlar öyle eylemlerdir ki Allah'ın bunların yapılmasını emrettiği hakkında ayetler ve mütevatir, sarîh hâdisler vardır: Msl. namaz kılmak, oruç tutmak, zekât vermek gibi. Bunların yapılması gerektiğine inanmayanlar kâfir sayılırlar. Bu eylemleri yapmayanlar ise öbür dünyada belli cezalara çarptırılırlar.

- 2) *Vacib olan eylemler*: Bu gibi eylemlerin yapılmasını da Allah'ın emrettiği hakkında ayetler ve müevvel hâdisler vardır. Msl. Şeker bayramında sadaka vermek veya Kurban bayramında kurban kesmek gibi. Bu gibi eylemleri yapmayanlar da öbür dünyada cezalandırılırlarsa da bu eylemlerin vacip olmadığına inananlar kâfir sayılmazlar.
- 3) *Sünnet olan eylemler*: Bunlar Peygamber'in çokça yapmış olduğu eylemlerdir: Msl. toplu olarak ibadet gibi. Bu gibi eylemleri yapmayanlar azarlanırlar ve öbür dünyada cezalandırılmazlarsa da Peygamber'in şefaatine de güvenemezler.
- 4) *Mustahab (veya nafl veya mandûb) eylemler*: Bunlar Peygamber'in arasına yaptığı veya bu eylemleri yapan kimselere bunların mükâfatlandırılacaklarını söylediği eylemlerdir. Msl. farz olmayan ibadetler ve sadakalar. Bu eylemleri işleyenler sevap kazanırlar, işlemiyenler azarlanmazlar.
- 5) *Mubah olan eylemler*: Bunlar öyle eylemlerdir ki yapılmaları mükâfatlandırılmadığı gibi yapılmamaları da günah sayılmaz: Msl. konuşmak, uyumak, yürümek gibi.
- 6) *Haram olan eylemler*: Bunlar Allah'ın kesin olarak menettiği eylemlerdir: Msl. zina işlemek, adam öldürmek vsr. gibi. Haram bir eylemi yapan ve yaptığına pişman olmayan kimseler öbür dünyada cezalandırıldığı gibi bazı durumlarda pişman olsun veya olmasın bu dünyada da cezalandırılırlar. Haram bir eylemin haram olmadığını söyleyenler ise kâfir sayılırlar.
- 7) *Mekruh olan eylemler*: Bunlar öyle eylemlerdir ki bunları işleyenlerin öbür dünyada ceza görmesinden korkulur ve işlemiyenler sevap kazanır: Msl. uygunsuz bir zaman veya yerde ibadet etmek, camide sadaka vermek gibi (3).

İşte İslâm ceza hukuku bu eylemlerin haram olanları ile uğraşır. Bu gibi eylemlerin işlenmesine engeller koymaya çalışır; işleyenleri ise cezalandırır.

İslâm ülkesinde yani İslâm hukukunun, İslâm kanunlarının uygulanabildiği yerlerde yaşayan ve yaşamak isteyen Müslüman ve Ehl-i Kitap kimselerin (Zimmi olsun Müste'min olsun) hayatı, malı, ırzı ve şerefi İslâm ceza hukuku tarafından eşit olarak korunur. Bunlara dokunanlar ise aynı hukuka uyularak cezalandırılır. Hürler gibi

(3) Eylemlerin taksimi hakkında fazla bilgi için Bk. Mehmet Zihni, Kitab-ül-Tahare, S. 4 v. ö. orada eylemler sekize ayrılmaktadır.

kullar da İslâm ceza hukuku tarafından korunurlar, yalnız bazı durumlarda gerek kula karşı işlenen suçlara gerek kulların işlediği suçlara daha hafif cezalar verilir. Müslüman olsun Zimmî veya Müste'min olsun bir kimsenin cezalandırılabilmesi için ise o kimsenin ergin (baliğ) olması gerekir. Erginlik alâmetleri kendisinde gözükken erkek ve kadınlara ergin denir, ancak kızlar 9 uncu erkekler 12 inci yaşlarından önce ergin sayılamazlar. 15 inci yaşlarını geçirmiş olan kızlar ve erkekler ise erginlik alâmetleri kendilerinde görülme bile ergin sayılırlar.

Bir kimsenin cezaya çarptırılabilmesi için ayrıca aklı başında olması gerekir. İradesini sarhoşluk gibi bir sebeple geçici bir zaman için kaybetmiş olanlar bu durumda işledikleri suçlardan ötürü sorumlu sayılırlar.

İslâm Ceza hukukuna göre cezalandırılması gereken «Haram» eylemler başlıca şu şekilde sıralandırılabilirler:

İnsanın «aklı» na karşı işlemiş olduğu eylemler. Msl. sarhoş edici içki içmek ve sarhoşluk gibi.

Neseb'e karşı işlenmiş eylemler; zina gibi.

Başka birisinin malına karşı işlenmiş olan eylemler. Msl. hırsızlık ve yol kesme gibi.

Başkasının ırz ve şerefine karşı işlenmiş olan eylemler; zina iftirası (Kazf) gibi.

Başkasının canına veya vücut sağlığına karşı işlenmiş olan eylemler; öldürme ve yaralama gibi.

Dar-ül-İslâm'da oturanların genel olarak rahat ve barış içinde yaşamalarına karşı işlenmiş olan eylemler; yalan yere tanıklık, küfür, dövme vsr. gibi.

Suç işliyen kimselerin cezalandırılmasını istemek hakkı İslâm ceza hukukuna göre ya Allah'a (Hakk Allah) ya zarar gören kişiye veya varislerine aittir (Hakk-i Âdemî). Bu yarım bir bakıma bugünkü modern ceza hukukundaki «Resen kovuşturma» «şikâyete bağlı kovuşturma» ayrımına benzemekte ise de her noktada bu ayrımlar birbirine uymazlar. Hakk Allah'a giren suçları kovuşturmak ve faillerini cezalandırmak genel olarak İslâm devletinin reisine veya onun tâyin etmiş olduğu yargıca aittir; Hakk-i Âdemî'ye giren bir suçun kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını istemek hakkı ise zarar gören tarafa veya mirasçılara düşer, Ne Hakk-i Âdemî'ye ne de Hakk Allah'a giren suçları işlemiş olan kimseleri affetmek hakkı devlet reisine verilmemiştir. Çünkü birisi insanın mamelek hukuku

çerçevesine diğeri ise tanrı hukuku çerçevesine girmektedir. İslâm devleti reisinin ise ne biri ne diğeri üzerinde tasarrufa hakkı yoktur.

İşlenen suçlar ya Hakk Allah'ı yahut da Hakk-i Âdemi'yi ihlâl edebileceği gibi her ikisini de ihlâl etmiş olabilir; buna göre fıkıhçılar suçları şu şekilde taksim ederler:

1) Yalnız Hakk Allah'a giren suçlar. Bunlar İslâm camiasının menfaatlerine dokunan suçlardır, zina işlemek, şarap içmek, sarhoş olmak ve yol kesme gibi. Bu gibi suçları işleyenlerin cezalandırılması için zarar görmüş olan yanın şikâyeti gerekmez, zira bu suçların işlenmesi ile Allah yanından, insanların bir arada yaşamaları için kurulmuş olan düzen bozulmuş ve böylece Allah'a karşı gelinmiştir. Allah kendisi böyle suçların cezalandırılmasını istiyemeyeceği için bu gibi suçları kovuşturmak vazifesi Devlet reisine veya onun yargıcına düşer, ve her iyi Müslüman'ın böyle suçları haber vermek vazifesidir. Ancak gene Allah böylece hakkını arıyamadığı içindir ki yukardaki suçlardan biri ile sanık bulunan kimse duruşma sırasındaki ikrarını geri alabilir ve zamanaşımı ile dava düşer. Buna rağmen bu gibi suçlardan zarar görenler de davaya karışabilirler ve yargıç işlenen suçtan haberdar edilmeden önce suçluyu affederek cezadan kurtarabilirler.

2) Yalnız hakk-i Âdemi'ye giren suçlar. Bunların işlenmesi ile yalnız tek tek fertlerin menfaatleri ihlâl edilmiş olur. Bu gibi suçların kovuşturulması için zarar gören kimsenin şikâyeti şarttır.

3) Hem Hakk Allah'a hem de Hakk-i Âdemi'ye giren suçlar. Bunlar da iki kısma ayrılırlar:

a) Daha çok Hakk Allah'ı ihlâl etmiş olmakla beraber Hakk-i Âdemi'yi de ihlâl etmiş olan suçlar. Msl. zina iftirası (= Kazf) gibi. Bu suçu işleyen kimsenin kovuşturulması için zarar gören yanın şikâyeti gerekir. Suçunu ikrar eden suçlu ikrarını geri alamaz, çünkü ikrar ile zarar gören yanın elde etmiş olduğu hakları suçlu bir yanlı olarak ortadan kaldıramaz ve duruşmada zamanaşımı ileri sürülemez.

b) Daha çok Hakk-i Âdemi'yi ihlâl etmiş olmakla beraber Hakk Allah'ı da ihlâl etmiş olan suçlar. Msl. Kısas'a uyruk olan suçlar gibi. Burada verilen Kısas cezası da ilâhi bir karakter taşımakla beraber ceza verilmesini istemek zarar görenin hakkıdır ve bu ceza malî cezaya da dönerek miras konusu da olabilir. Bundan ötürü de bu gibi suçların kovuşturulabilmesi için zarar gören yanın şikâyeti şarttır. Zarar gören kimsesizse ve ölmüşse o zaman malları Beyt ül -

Male kalacağından bu gibi durumlarda suçlunun cezalandırılmasını istemek hakkı da İslâm Devleti reisine verilmiştir (5).

İslâm ülkesinde oturanların genel olarak rahat ve barış içinde yaşamalarına karşı işlenmiş olan suçlar da kovuşturma bakımından Hakk-i Âdemi'ye girerlerse de birçok sebeplerle Hakk Allah'ı da ihlâl etmiş olabilirler.

Haram olan eylemlere uygulanması gereken cezalara gelince, bunlar ya Kur'an, Sünnet veya İcma-i Ümmet ile tespit edilmişlerdir ve değişmezler (Ukûbe-i Mukaddere) veya bunların tâyini İslâm devleti reisine veya onun yanından konulmuş olup onun yerine yargı işlerine bakan yargıçlara bırakılmıştır (Tazir). Bunlar suçlunun durumuna, suçun işleniş şekline göre değişebildiği halde birinciler hiç bir suretle değişmezler, yani birinciler de cezaları çoğaltıcı veya azaltıcı şahsî veya takdirî sebeplere yer verilmemiştir. Suçlu ya belli olan cezaya çarptırılır veya beraet eder.

Verilen cezalar bakımından ise şu taksim yapılabilir: 1) Hakk Allah'a giren belli ve değişmez cezalar; bunlar zina, zina iftirası, şarap içme, sarhoşluk, hırsızlık ve yol kesmeden ötürü verilen cezalar (Hadd) dan ibarettir. 2) Hakk-i Âdemi'ye giren belli ve değişmez cezalar; bunlar ise kısas ve Diyet'dir.

Değişmez (Hadd, Kısas, Diyet) olsun değişir (Ta'zir) olsun cezalar şunlardan ibarettir:

Suçlunun suçu işlemiş olduğunu yüzüne karşı söylemek.

Suçluyu yalnızca azarlamak, veya kulağını çekmek, teşhir etmek vsr. ile birlikte azarlamak.

Mali cezalar.

Sürgün.

Hapis.

Sopa dayacağı.

El, ayak veya her ikisini birden kesme.

İdam (kılıçla, taşlayarak veya salbederek).

Mirastan mahrumiyet.

Ergin ve akli başında olmak şartıyla İslâm ülkesinde oturan herkesin işlediği suçun cezasını çekmek mecburiyetinde olduğunu söylemiştik. Bu kuralın hiçbir istisnası yoktur. İslâm devleti reisi de işlediği suçların cezasını çeker, yalnız Hakk Allah'ı ihlâl eden suçlardan ötürü İslâm Devleti reisi cezaya çarptırılmaz. Zira bu gibi

(4) Bk. Krcsmarik, bibliyografiyada adı geçen eser S. 91 v. ö.

(5) Bk. 1267 tarihli ceza kanunu I. Fasil 12. madde.

suçları işliyenleri cezalandırmak Devlet Reisi'nin vazifesidir, halbuki hiç kimse bir cezayı kendi kendine uygulayamaz.

İslâm ceza hukukunda «Herkes işlediği suçun cezasını kendisi çekecektir» ileri ilkesi kabul edilmiş, yani ceza şahsileştirilmiş olmakla beraber bu ilkenin tam uygulanmadığı durumlar da vardır. Msl. öldüren bulunmadığı hallerde ölünün bulunduğu yerde ve oraya belli bir yakınlıkta oturan ergin erkeklerin bu suçtan ötürü sorumlu sayılmaları (Kasame) veya bilmiyerek ve istemiyerek bir kimseyi öldürenlerin vermesi gereken Diyet'i suçlunun «Âkile» denilen erkek kan hısımlarının veya mevlâlarının ödemesi gibi.

Bir kimsenin bir cezaya çarptırılması için ergin ve akli başında olması yetmez o suçu bilerek ve istiyerek işlemiş olması ve dıştan gelen bir basınçla işlememiş olması gerekir. Sanığın suçu işlemiş olduğu ya sanığın ikrarı ile veya tanıklarla sabit olur. Bazı fıkıhçılara göre bir suçun ispat edilebilmesi için kaç tanık gerekiyorsa sanığın da ancak o kadar defa suçunu ikrar etmesinden sonra suçu işlemiş olduğu sabit olur.

Hakk Allah'ın ihlâl edilmiş olmasından ötürü ceza verilebilmesi için yalnız erkekler tanıklıkta bulunabilirler, çünkü kadınlar içtimaî durumları dolayısıyla bu gibi olaylar hakkında doğru bilgi edinemezler.

Tanıklar tanıklıkta bulunmaya mecbur değildir, isterlerse söylerler isterlerse susarlar.

İslâm hukukunda «Takadüm-i zaman ile hak sakıt olmaz» (6) ilkesine karşılık «Takadüm-i zaman ile Hadd sakıt olur» (7) ilkesi yer almıştır. Yani zamanlaşımına uğramış olan suçlara Hadd cezası verilmez, zira zamanlaşımı bulunan meseleler hakkında yargıç tanık dinliyemeyeceği gibi verilmiş olan cezaları da uygulayamaz. Takadüm-i zaman ile hak sakıt olmadığı için ise suçu işliyen suçunu ikrar ederse cezasını çekmesi gerekir; ancak ikinci ilkeye uyularak bu gibi durumlarda yargıç, şikâyetçinin şikâyetini ve tanıkları dinlemekten menedilmiştir. Zamanlaşımının süresi suçlara göre değişmektedir ve bu hususta fıkıhçılar birbirinden ayrılmaktadırlar. Hakk Allah'a karşı işlenen suçlarda zamanlaşımı bazılarına göre bir ay bazılarına göre ise altı aydır. Şarap içmeden ötürü verilecek olan ceza, içenin ağzında şarap kokusu kalmayınca zamanlaşımına uğramış olur ve artık suçlu suçunu ikrar da etse cezalandırılmaz. Zira iftirası ise zamanlaşımına uyruk değildir.

(6) Bk. Mecelle. Md. 1674.

(7) Bk. Mevkufat, I, 361.

Hakk-i Âdemî'yi ihlâl eden suçlar da zamanlaşımına uyrukturlar. Ancak burada verilen cezalar netice itibariyle mamelek haklarını ilgilendirdiği için özel hukukta bu hususta kabul edilmiş olan zamanlaşımını süreleri burada da uygulanır.

Kıyas dışında verilen cezaları uygulamak İslâm Devleti reisinin ödevidir; Devlet reisi isterse bu ödevini tâyin etmiş olduğu yargıçlar aracılığıyla da yerine getirebilir. Ancak bazı durumlarda özel kişiler de, kendileri bir cezaya çarptırılmaksızın başkalarına karşı cebir kullanabilirler. Zira her Müslümanın suç işlemekte olan bir kimseyi bundan menetmesi vazifesidir. Bunun için haram bir eylemi işlemekte olan bir kimseyi gören bir Müslüman kuvvet kullanarak onu bu işten vazgeçirtebilir ve bunu yapmış olduğu için cezalandırılmaz. Bir kimsenin kendi nefesine karşı olan bir hücumu da kuvvet ve cebirle savması da tabiidir ki cezalandırılmaz. Baba, çocuklarını; koca, karısını; efendi, kullarını ve öğretmen, öğrencilerini cezalandırabilirler. Ancak burada belli sınırlar çizilmiştir, bu sınırları aşanlar da işledikleri eylemlerden ötürü sorumludurlar: Msl. baba, çocuğunu veya efendi, kulunu yaralayamaz. Buna karşılık zina işlerken karısını yakalayan koca ve malını çalarken hırsız yakalayan mal sahibi için bu suçluları cezalandırma bakımından bir sınır konulmamıştır. Bir de Kıyas'a uyruk olan suçlarda yargıcın uygulanmasına hüküm verdiği cezaları zarar gören yan isterse kendi uygulayabilir.

Genel olarak İslâm Ceza hukuku hakkında bunları gördükten sonra şimdi bu hukukun koymuş olduğu cezaları ve suç saydığı eylemleri görelim.

A) *Hakk Allah'a giren değişmez cezalar (Hadd, Hudud)*: Hadd lügatte «Menetme, engel olma» anlamına gelir. Allah'ın yapılmamasını emrettiği eylemleri kişilerin işlemesine engel olduğu ve işleyenleri tekrar işlemekten menettiği için Hakk Allah'a giren cezalara da bu isim verilmiştir. Beş Hadd vardır: Zina, zina iftirası (= Kazf), şarap içme (şurb-i hamr), hırsızlık (sarika veya sirkat), yolkesme (Kat'ül-tarik) (8).

1) *Zina*: Zina'ya karşı konulmuş olan cezanın gayesi İslâm camiasında «Neseb» doğruluğunu temin etmektir. Bundan ötürü ancak nesebi ilgilendiren haram bir eylem işlenmişse zina haddi uygulanır, yoksa yalnız öpmek, okşamak, yalnızca konuşmak vsr. gibi eylemlere bu ceza uygulanmaz. Zina işleyenlere verilecek olan ceza suçluların

(8) Bazıları sarhoşluk «Hadd» ini de ayrıca saydıkları için bazı kitaplarda Hadd'in sayısı altıdır.

«Muhsan» olup olmamalarına göre değişir. Aklı başında, ergin, evli ve Müslüman olan her hür kadın veya erkek ise «Muhsan»dır (9). Bir defa evlenmiş olup sonra herhangi bir sebeple evliliği sona ermiş olan kimseler de «Muhsan» sayılırlar. Bekârlar (10) Müslüman olmıyanlar, kullar, ergin olmıyanlar ve aklı başında olmıyanlar ise «Muhsan» sayılmazlar.

Muhsan olan erkek veya kadının işledikleri zina suçunun cezası «Recm» yani taşlanarak öldürülmektir. Muhsan olmıyanlara ise yüz değenek vurulur. Kullar bu cezanın yarısına çarptırılırlar. Kur'anda zina için tâyin edilmiş olan ceza yalnız yüz değenektir ve suçlunun Muhsan olup olmamasına göre bir ayırım yapılmamıştır (11). Muhsan olanlara verilen «Recm» cezası İslâm hukukuna sonradan Yahudî hukukunun tesiriyle girmiş olmalıdır (12). Peygamber'in recm cezasını uygulamış olduğu hakkında nakledilen hâdislerin de doğru olduğu kesin olarak tesbit edilmemiştir.

Zina işliyenlerin cezalandırılabilmeleri için suçluların bilerek ve isteyerek ve hiç bir basınç altında kalmadan suçu işlemiş olmaları ve işledikleri eylemin suç olduğunu bilmiş bundan şüphe etmemiş olmaları gerekir. Çünkü şüphe halinde ceza uygulanamaz: Msl. oğlunun malını kullanmak hakkı İslâm hukuku tarafından kendine tanınmış olan baba bu hakka dayanarak oğlunun cariyesi ile cinsî münasebette bulunmuşsa bu durumda bu babaya zina cezası uygulanmaz, çünkü baba böyle bir hakkı olduğunu sanmıştır. Babasının kabını kacağını, eşyasını kullanan bir oğul cariyesi ile de cinsî münasebette bulunabileceğini sanar ve bu yolda hareket ederse oğul da cezalandırılmaz. Birbirleriyle evlenmeleri yasak olan bir kadın ve erkek de bu yasağı bilmiyerek birbirleriyle evlenmişlerse bunlar da zinadan ötürü cezalandırılmazlar, zira bunlar sahîh bir evlenme ile bağı olduklarını sanmışlardır. Bunun gibi bir erkek kendisiyle zina işlediği kadının, karısı olduğunu iddia ederse, iddiasını ispat edemese bile cezalandırılmaz, zira o kadının kendi karısı olduğunu sanmıştır. Buna karşılık zinadan sonra evlenen kimseler cezadan kurtulamazlar. Suçlulardan biri bir şüphe tesiriyle suçu işlediğini iddia ederse diğer suçlu da cezadan kurtulur.

(9) İmam Şafî'ye göre Muhsan sayılmak için Müslüman olmak gerekmez.

(10) Bk. Krçsmarik, a. g. e., S. 102 de herhalde yanlışlıkla dulları da Muhsan olmıyanlar arasında saymış olacak.

(11) Bk. Kur'an, XXIV. Sure. 2 Ayet.

(12) Tevrat, İkileme (Tesniye) XXII. 21 - 24.

Dıştan gelen basınç (tehdit, cebir gibi) altında suçu işlemiş olduklarını iddia eden suçlular iddialarını ispat etmek ödevindedirler.

İslâm hukukunun uygulanmadığı bir ülkede işlenmiş olan zina suçu da cezalandırılmaz.

Zina suçu ya ikrar ile yahut ta tanıklarla sabit olur. Suçun tanıkla ispat edilebilmesi için dört erkek tanığın aynı zamanda ve birlikte, zina suçuna gözleriyle gördükleri hakkında açıkça tanıklıkta bulunmaları gerektir. Ayrıca yargıcın tanıklara ayrı ayrı, gördükleri eylemin mahiyetini, şeklini, nerede ve ne zaman kiminle işlendiğini sorması gerekir, çünkü tanıkların gördükleri eylem zinadan başka bir şey olabilir, İslâm ülkesinin dışında işlenmiş olabilir, işlendikten sonra zamanaşımına uğramış olabilir ve kadın erkeğin karısı veya cariyesi olabilir veya erkek bundan şüphe etmiş bulunabilir (13).

Tanıklardan biri görüldüğü gibi tanıklıkta bulunmazsa veya tanıkların sayısı dörtten aşağı olursa yalnız sanıklar beraet etmezler, tanıklar zina iftirasından dolayı cezalandırılırlar. Bu dört tanıktan birisi zinayla sanık bulunan kadının kocası da olabilir.

Tanıkların sözleriyle suç sabit görülüp ceza uygulandıktan sonra tanıklardan birisinin sözlerinin hukukî bir sebepten ötürü yerinde veya mutaber olmadığı anlaşılırsa suçlunun Muhsan olup olmasına göre başka başka sonuçlar doğar: suçlu recm cezasına çarptırılmışsa veresesi Beytülmal'den Diyet isteyebilir. Suçlu degenek cezasına çarptırılmışsa bir şey isteyemez. Recm cezası yerine getirildikten sonra tanıklardan birisi sözlerini geri alırsa «Kazf» cezasına çarptırılır ve ölenin Diyetinin 1/4 ini ödemek mecburiyetinde kalır. Recm cezası uygulanmadan önce tanıklardan birisi sözlerini geri alırsa recm cezası infaz edilmez buna karşılık tanıkların dördü de «Kazf» cezası ile karşılaşılırlar. Tanıklar dörtten artık idiyse, dörtten artık tanıkların sözlerini geri almaları hiç bir hukukî sonuç doğurmaz.

Zina suçu sabit görülüp yargıç tarafından Recm cezasına hükmedilir edilmez cezanın infazı gerekir: bunun için hükümlü bir meydana götürülür, taşıyacak olanlar da camideymiş gibi sıra olurlar. Hükümlü kadınsa yarı beline kadar toprağa gömülür. Gebe kadınlar doğurduktan ve lohusalıktan kalktıktan sonra recmedilirler. Doğan çocuğa bakacak kimse yoksa ceza, çocuğun anasına ihtiyacı kalmıyacağı zamana kadar geri bırakılır. İlk taşları tanıklar atmak mecburiyetindedirler, onlardan sonra hükmü veren yargıç ondan sonra da

(13) Bk. Mevkufat. I, S. 361 ve öt.

halk taşları atarlar. Halktan kimse taş atmak istemezse Beytülmal'den ödenmek üzere bu işi için ücretle adam tutulur. Tanıklar suçluyu taşlamaktan çekinirler veya infaz yerine gelmezlerse veya bunlardan biri ölmüş bulunursa ceza uygulanmaz, çünkü tanıkların, ceza uygulanıncıya kadar sözlerini geri almaları mümkündür. Recm cezası infaz edildikten sonra suçlu bütün diğer Müslümanlar gibi gömülür.

Değenek cezasına hükmedilmiş ise erkek suçlular iç çamaşırlarından başka elbiselerini çıkarırlar ve ceza ayakta infaz edilir. Kafa, yüz gibi kolay incinir yerler hariç vücudun türlü yerlerine vurulur. Darbeler ne çok şiddetli ne de çok hafif olmamalıdır. Kırbaçla vuruluyorsa kırbaç düğümsüz olmalıdır. Yüz darbeden ellisi bir günde diğer ellisi de ertesi gün vurulmalıdır. Kadınlar kürk gibi darbelerin bütün kuvvetini kesen elbiselerden başka elbiselerini çıkarmazlar ve bunlara ceza otururken uygulanır.

Zina suçu ikrar ile de sabit olabilir. Ancak tanıklarla ispata eşit sonuçlar doğurması için hem erkeğin hem kadının ikrar etmesi gerekir. Bunlardan yalnız birinin ikrarda bulunması ikrar edenin bile cezaya çarpılması sonucunu doğurur. Yalnız ergin ve akli başında olanların ikrarları muteberdir; sarhoşların ikrarı muteber sayılmaz. Tanıkla ispatta dört erkek tanık gerekmesine karşılık suçlunun da ayrı ayrı duruşmalarda suçunu dört kere ikrar etmesi gerekir. Her ikrarda yargıç suçluya, ikrarın muteber olması için dört defa tekrarlanması icap ettiğini söyler. Buna rağmen suçlu dört kere ikrar ederse, tanıklara sorulan sorular suçluya da sorulur ve ancak bunlara da tatmin edici cevap aldıktan sonra yargıç cezaya hükmeder. Yargıcın suçluya suçu ne zaman işlediğini sorması icap etmez, zira zamanaşımı yargıcı yalnız tanıkları dinlemekten meneder, ikrara tesir etmez.

Suçlu her zaman ikrarından geri dönebilir, hattâ fıkıhçılar, bunu suçluya hatırlatmasını yargıca tavsiye bile ederler. Suçlu cezanın infazından önce veya infazı sırasında bile ikrarından dönerse serbest bırakılır. Cezanın infazından önce kaçan suçlu da artık kovuşturulmaz, çünkü suçlunun kaçması ikrarını geri almış olduğuna karine teşkil eder. İkrar da geri almakla birdir.

İkrar sonucunda recm'e hüküm giymiş olan suçluya ilk taşı yargıç atar ondan sonra halk atar.

Zina hakkına bütün bu gördüklerimizden bu suçun çok güç şartlar altında sabit olabileceği ve cezaya hükmedip uygulamanın hemen hemen imkânsız olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten zina'dan ötürü

cezaya hükmedildiğini, hele recm'e hükmedildiğini tarih kitapları çok nadir olarak kaydetmektedirler.

2) *Kazf*: Zina iftirasında bulunan kimselerin cezalandırılması keyfiyeti XXIV. Surenin 4. Ayetine dayanmaktadır: «Dört tanık göstermeksizin namuslu bir kadını zina ile suçlandıranlara seksen değenek vurulacaktır». Bu ayete göre yalnız kadınlara zina iftirasında bulunanların cezalandırılması gerekteyise de yorumcular bu ayeti ,erkeklerle karşı aynı suçu işliyenleri de aynı ceza ile cezalandırmak gerekir diye yorumlamışlardır (14). Fıkıhçılara göre her kim «Muhsan» (15) olan bir kadına veya erkeğe açıkça (sarih), veya, kızgınlık halindeyse, iki anlamlı veya kapalı sözlerle zina isnat ederse ve bu sözlerini, zina suçunda gördüğümüz üzere, dört erkek tanıkla ispat edemezse zina iftirasında bulunmuş sayılır ve suçlu hürse Kur'an'da yazılı olan seksen değeneğe (celde), kulsa kırk değeneğe hüküm giyer. Müslüman olmıyanlara karşı işlenmiş olan kazf suçlarını ise yargıç münasip bir şekilde Tazir'le cezalandırır.

Birçok fıkıhçılara göre bir kimsenin arkasından da ona zina isnat etmek kazf sayılırsa da esas itibariyle kazf suçunun yüze karşı işlenmiş olması gerekir, yoksa bir kimsenin arkasından ona zina isnat edecek şekilde konuşmak kötü dedikodu sınırlarını aşmaz. Böylece «Muhsan» olan bir kadının yüzüne karşı zina işlemiş olduğunu söyleyen kimse kazf suçu işlemiş sayıldığı halde aynı kimsenin arkasından aynı sözü söyleyen kimse aynı suçu işlemiş sayılmaz. Bir kimsenin Kazf'den ötürü cezalandırılabilmesi için ayrıca, isnat ettiği zina öyle bir zina olmalıdır ki, sözünü ispat edebildiği takdirde karşı taraf hakikaten zina suçunun cezasına çarptırılabilsin, yani isnat edilen zina şüphe vsr. den arık olmalıdır.

Yukarda Kazf suçunun daha çok Hakk Allah'ı ihlâl etmekle beraber Hakk Âdemi'yi de ihlâl ettiğini söylemiştik, bundan ötürü suçlunun kovuşturulması bakımından zina ile Kazf suçlarının farkı vardır: Kazf'ten ötürü bir kimsenin yargılanabilmesi için Kazf'e uğramış olan kimsenin şikâyeti gerekir. İmam Şafii'ye göre Kazf'ten ötürü suçlunun cezalandırılmasını istemek hakkı Kazf'e uğrayan kimse öldüğü takdirde mirasçılara geçer. Ebu Hanife ise, Kazf suçu daha çok Hakk Allah'ı ihlâl etmiş olduğu için, bunu kabul etmez.

(14) Burada Kıyas yoluna gidilmemiştir, çünkü yeniden bir Hadd cezası tesbit etmek için Kıyas yolu yetmez. Bk. Krcsmarik. a. g. e. S. 316.

(15) Zina iftirasına uğrıyan kimsenin Muhsan sayılması için evli olması gerekmez.

Hattâ Hanefiler'e göre Kazf'e uğrayan kimse suçlu cezalandırıldığı sırada bile hayatta bulunmalıdır. Zarar görmüş olan kimse suçlunun cezalandırılmasından önce veya cezalandırıldığı sırada ölürse ceza artık uygulanmaz. Bir ölü Kazf'e uğrarsa o zaman onun Âsebesinin suçlunun cezalandırılmasını istemek hakları vardır. Bu hak mirastan ötürü değildir, zira Msl. murisini öldürmüş olan varisler mirastan mahrum oldukları halde bu hakka sahiptirler.

İki kişi karşılıklı olarak birbirlerine zina isnat etmişlerse, her ikisi de ayrı ayrı cezalandırılır.

Suçlu ile zarar görenin ceza hakkında anlaşmaları, Msl. Kazf'e uğrayanın suçludan tazminat alarak suçluyu affetmesi caiz değildir. Hattâ tazminat almadan da affetmenin caiz olmadığını söyleyenler vardır. Ancak şikâyetçinin şikâyetini geri almasına da bir engel yoktur.

Bir Müslüman'a zina isnat eden Müste'min'e de Kazf Haddi uygulanır. Suçlu Müste'min kanunu bilmediğini ileri süremez, çünkü zina bütün ülkelerde yasaktır, onun için bir kimseye sebepsiz yere zina isnat eden Müste'min de cezalandırılır. Kazf'de sanık suçunu ikrar ederse diğer Hadd'a uyruk suçların aksine olarak ikrarından dönemiyeceğini görmüştük. Suçunu ikrar etmiyen sanığa, yargıç zina isnadını ispat etmesini söyler. Sanık eğer dört erkek tanıkla veya zina isnat ettiği kimsenin bildiğimiz şekilde ikrarları ile iddiasını ispat ederse beraet eder ve müddeaaaleyh zina suçundan ötürü yargılanır. Aksi takdirde sanık Kazf'ten ötürü cezalandırılır. Sanık, duruşma başlayınca, tanıkları hemen dinletebilecek durumda olmalıdır, çünkü tanıkları getirmesi için dava yeri bırakılmaz ve sanık cezaya hüküm giyer. Sanığın bir kefil bırakarak tanıkları bulup getirmesi yolundaki isteğini de yargıç yerine getiremez, ancak sanığı hapsederek başka birisini tanıkları bulup getirmeğe memur eder.

Ceza uygulanırken suçlunun yalnız elbiseleri çıkartılır, çamaşırları soyulmaz. Suçluya başka Hadd cezaları da uygulanacaksa — Msl. şarap içtiğinden ötürü — o zaman önce Kazf'den ötürü giymiş olduğu ceza uygulanır, çünkü Kazf'le yalnız Hakk Allah değil biraz da Hakk-i Âdemî ihlâl edilmiştir. Hakk-i Âdemî'nin ihlâl edilmiş olmasından ötürü verilen cezalar da diğerlerinden önce uygulanır. Diğer cezaların sırasını tâyin etmek, yargıcın takdirine bırakılmıştır. Bir kimse birkaç kişiye birden zina iftirasında bulunmuşsa o zaman her bir iftira için ayrı ayrı cezaya çarptırılmaz çünkü aynı suçtan ötürü ancak bir defa Hadd cezası uygulanabilir. Bunun gibi bir kim-

seye zina isnad ettiğinden ötürü cezalandırılmış olan birisi o kimseye tekrar zina isnat etse de artık cezalandırılmaz, zira iftiraya uğrayan kişinin şerefi iftiracının bir kere cezalandırılması ile korunmuştur.

Kazf'ten ötürü cezalandırılmış olan bir kimse bütün hayatınca bir daha tanıklıkta bulunamaz (16).

3) Şurb: Hanefiler'e göre her kim şarap veya sarhoş olacak kadar başka içki içerse cezalandırılır (17). Şarap içmek İslâm'ın ilk çıktığı zamanlarda yasak edilmemişti. Hattâ Kur'an'ın XVI. Suresinin 69. Ayetinde şarabın methedildiği görülmektedir: «Meyveler arasında hurma ve üzüm vardır ki onlardan lâtif yiyecekler ve sarhoş edici içkiler elde edilir, bu düşünen kavim için ibret vericidir». Ancak sarhoşluğun sebep olduğu kötülükler üzerinedir ki, şarap içmeyi kötülüyen ve yasaklayan ayetler inmiştir. Bu yolda ilk inen ayet II. Surenin 216. ayetidir: «Şarap ve kumar hakkında senden soracaklardır. Onlara de ki her ikisinin de insanlar için zararı faidesinden çoktur.» Bu ayet de, görüldüğü üzere, henüz şarap içme hakkında kesin bir yasak koymamıştır. IV. Surenin 46. Ayeti ise yalnız ibadet sırasında sarhoşluğu yasakladığına göre, şarap içmenin henüz kesin olarak yasaklanmadığı anlaşılır: «Ey müminler sarhoş olduğunuz vakit namaz kılmayınız, söylediğinizi anlayabilecek hale gelmenizi bekleyiniz». En son şarap içmeyi kesin olarak yasaklayan ayet V. Surenin 92. ayetidir: «Ey müminler şarap, kumar, putlar ve ok ile fala bakmak şeytanın icadettiği işlerdir. Bunlardan kaçınınız, felâh bulursunuz». Bu ayetle şarap içmek yasaklanmış olduğu halde Zina ve Kazf'de olduğu gibi buna karşı konulmuş olan ceza Kur'an'da tesbit edilmemiştir. Şarap içmenin haram olduğu hakkında birçok Hadisler nakledildiği halde, bunun cezasını seksen değenek olarak tâyin eden bir hadis nakledilmemiştir. Yalnız Peygamber'in ve Eubekir'in şarap içenleri kırk değenek ile cezalandırdıkları hakkında Hadisler nakledilmiştir. Nihayet şarap içmenin cezasının seksen değenek olarak tesbiti Ömer zamanında olmuş ve bunu bütün mezhepler kabul etmişlerdir, yalnız Şiiiler Peygamber'e uyararak kırk değenekte ısrar etmişlerdir (18).

Şu halde kim şarap içerse — isterse bir damla olsun — bir suç işlemiş sayılır ve yakalandığı zaman ağız hâlâ şarap kokuyorsa ce-

(16) Bk. XXIV. Sure. 5. Ayet: «Ve öylelerin tanıklıklarını ebeden kabul etmiyeceksiniz».

(17) Hanefi Mezhebinden başka Mezheplerde spirtolu içkilerle şarap arasında bir ayırım yapılmamıştır.

(18) Bk. Handwörterbuch des İslâm. S. 301. Satır. 2.

zalandırılır. Cezanın verilebilmesi için ayrıca iki erkeğin tanıklığı veya sanığın ayıkken suçunu ikrar etmiş olması gerekir (19). Sanıktan şarap kokusu gelmiyorsa ne tanıkla ne de ikrar ile cezalandırılmasına hükmedilemez, zira şarap içme de kokunun kaybolması ile suç zamanlaşımına uğramış sayılır.

Şaraptan başka bir içkiden sarhoş olacak kadar çok içen kişiler de aynı şekilde cezalandırılırlar. Ebu Hanife'ye göre sarhoş, erkekten kadını, gökten yeri ayırmıyan kimsedir. İmameyn'e göre ise konuşması makul olmıyan ve sözlerini birbirine karıştıran kimse sarhoştur. Ancak burada kokunun geçmesiyle değil sarhoşluğun geçmesiyle suç zamanlaşımına uğramış sayılır (20).

Cezaya hükmetmeden önce suçlunun isteyerek mi yoksa zorla mı içtiğini, ne zaman içtiğini ve nerede içtiğini yargıcın sorması gerekir. Çünkü suçlu şarabı veya diğer içkiyi zorla içmiş olabilir; içtikten sonra zamanlaşımına uğramış olabilir (21) ve nihayet suçlu suçu İslâm ülkesi dışında işlemiş olabilir.

Ceza, suçlu kendine geldikten sonra ve zina da olduğu gibi uygulanır.

İslâm ülkesine yeni yerleşmiş olan Müslümanlar veya İslâmı yeni kabul etmiş olan kimseler şarap içmenin suç olduğunu bilmediklerini ileri sürerek cezadan kurtulabilirler. Müslüman olmıyan kimseler ise hiçbir suretle şarap veya başka içkiler içtiklerinden ötürü cezalandırılmazlar.

4) *Sirkat, Sarika* (Hırsızlık): İslâm ceza hukukunda hırsızlık, küçük hırsızlık (= Sirkat al — sugra) ve büyük hırsızlık (= Sirkat al — kübra) diye ikiye ayrılmaktadır. Biz ilkönce asıl hırsızlık olan küçük hırsızlığı göreceğiz.

Hırsızlık yapanlar da Hakk Allah'ı ihlâl etmiş olurlar ve bundan ötürü Kur'an'ın V. Suresinin 42. ayetinde belirtilmiş olan Hadd cezası ile cezalandırılırlar: «Kadın ve erkek Sârik'in yaptığına ceza olarak ellerini kesiniz onlara Allah'ın verdiği ceza budur». Ne bu Ayet'de ne de başka bir ayet'de hırsızlığın ne olduğu tarif edilmemiştir. Sonradan fıkıhçılar daha çok Hadislere dayanarak ve kıyasa baş vurarak hırsızlığı şöyle târif etmişlerdir: kim kendisinin olmıyan

(19) Ebu Yusuf'a göre iki kere ikrar etmesi gerekir. Bk. Mevkufat, I. 369.

(20) Bk. Mevkufat, I. 369.

(21) Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre suçun işlendiği yer ile Mahkeme birbirinden uzak değilse kokunun kaybolmasıyla suç zamanlaşımına uğrar. İmam Muhammed'e göre burda da zamanlaşımı 1 aydır. Bk. Mevkufat, I. 369.

ve başkasının muhafazası altında bulunan ve değeri 10 gümüş dirhemi aşan bir malı gizlice alırsa hırsızlık etmiş olur.

Bu tariftten ötürü hırsızlık «gasb» ile karıştırılmamak gerektir. Çünkü Gasb'da gizlilik unsuru olmadığı gibi Gasb'in konusu bir hak da olabilir. Meselâ kendisinin olmayan bir evi, sahibinin izni olmaksızın, kendi menfaatini sağlayacak şekilde kiraya veren bir kimse bu hakkı gasbetmiş olur. Hırsızlık için İslâm hukuku ceza tâyin etmiş olduğu halde Gasb için bir ceza tâyin etmemiştir; gasbeden kimse yalnız öbür dünyada cezalandırılır, bundan başka gasbettiği şeyi sahibine geri vermek veya değerini ödemek mecburiyetindedir. Gasberen zilyed olduğu halde üçüncü kişilere karşı da korunmaz.

Hırsızlıkla dolandırıcılığı da birbirine karıştırmamak gerekmektedir; çünkü dolandırıcılıkla suçlu bir malı hile kullanarak sahibinin rızası ile elde etmektedir. Dolandırıcılık için İslâm Ceza hukukunda belli bir ceza yoktur. Bu suç Tazir ile cezalandırılır.

Hırsızlığın tarifinden de anlaşılacağı üzere eylemin gizlice işlenmiş olması suçun en önemli unsurlarından birisidir. Bundan başka, bir kimsenin hırsız sayılabilmesi için, çalınmış olan malın muhafaza (Hîrz) altında bulunmuş olması şarttır. Bundan ötürü gereken şekilde muhafaza edilmeyen bir malın alınmış olması hırsızlık sayılmaz. Hangi malların muhafaza altında sayılacağı ise duruma göre değişmektedir: malın sahibi, sahibinin kulu veya vekili malı bizzat gözlerinin altında tutuyorlarsa veya malı muhafaza edilebileceği bir yere koymuşlarsa o mal muhafaza altında (Muhraz) sayılır. Bundan ötürü iki türlü muhafaza vardır: muhafız ile muhafaza (Hafız ile muhraz) ve yer ile muhafaza (Mekân ile muhraz). Yer ile muhafaza muhafız ile muhafazadan üstün tutulur. Mal çöl gibi, kır gibi bir yerde veya insanların mal saklıyamıyacıkları cami gibi bir bina içinde ise yer bakımından muhafaza altında sayılmaz, bu gibi durumlarda malı, sahibinin veya vekilinin göz altında tutması gerekir. Buna karşılık kapalı bir yerde bulunan bir malı sadece ara-sıra gözetmek malın muhafaza altında sayılması için yeter. Çölde veya camide uyuyan bir kimse elbiselerinin üstünde uyuyorsa veya mallarını başının altına koymuşsa bu mallar muhafaza altında sayılır; ancak o kimse uykuda kayarak veya yuvarlanarak mallarından ayrılmışsa mallar artık muhafaza altında sayılmazlar.

Ahır hayvanların muhafaza edilmesi için uygun bir yerdir, fakat ev eşyası için değildir. Onun için ahırdan Msl. bir tencere çalmış olan kimse hırsızlık yapmış sayılmaz. Bunun gibi bir evin av-

lusu eşyanın saklanması için uygun bir yer olduğu halde orada bulunan para ve mücevherler muhafaza altında sayılmazlar.

Bir malın gereken şekilde muhafaza altında sayılabilmesi için o malın sahibinin veya bekçisinin, hırsızın hücumunu kuvvetle veya başkalarını çağırarak suretiyle savacak durumda olmaları gerekir. Bunun için şehirden uzakta bulunan bir ev, içinde uyumayan ve kuvvetli bir bekçi bulunduğu müddetçe uygun bir muhafaza yeri sayılabilir. Evin kapısının kapalı veya açık olmasının buna hiçbir tesiri yoktur. Buna karşılık şehirdeki bir evin kapısı kapalı olur ve içinde bir bekçi bulunursa, bekçi uyusa bile ev uygun bir muhafaza yeri sayılır. Ancak böyle bir evin kapısı açık olduğu halde bekçi de uyuyorsa ev uygun muhafaza yeri olmaktan çıkar.

İslâm Ceza hukukuna göre hırsızlığın cezası el, ayak kesme ve haptistir. Kur'an'da yalnız el kesme yazılı olduğu halde sonradan ayak kesme ve hapis cezaları buna eklenmiştir. Hanefiler'e göre hırsızın birinci hırsızlıkta sağ eli, ikincide sol ayağı kesilir, üçüncüde ise tövbe edinceye kadar hapsedilir (22). El bilekten kesilir, ancak suçlunun bir eli daha önce kesilmişse veya çolaksa veya diğer elin başparmağı veya iki parmağı yoksa veya sağ ayağı sakatsa veya daha önce kesilmişse eli de kesilmez. Yara çabuk iyileşemeyeceği ve suçlunun hayatı tehlikeye gireceği için ceza çok sıcak veya çok soğuk havalarda uygulanmaz.

Hırsızlığın ispatı için ya iki erkek tanığın tanıklığı veya suçlunun suçunu ikrar etmiş olması gerekmektedir. Bütün Hakk Allah'a giren suçlarda olduğu gibi ikrardan dönülebilir ve cezanın infazından önce suçlunun kaçması ikrarını geri aldığına karine sayılır. Yargıç tanıklara suçlunun neyi çaldığını, nerde ve ne zaman çaldığını, çaldığı malın değerinin ne olduğunu ve kimin malını çaldığını sormakla ödevlidir. Suçu, suçlu ikrar ediyorsa yargıç aynı soruları ona sorar, yalnız burada ne zaman çaldığını sorması gerekmez, çünkü suçlu suçunu ikrar ederse hırsızlıkta zamanasını bahse konu olamaz (23).

Muhafaza edilemeyen veya çok miktarda bulunduğu için muhafazaya değmiyen malları çaldığı için hırsız Hadd cezası ile karşılaşmaz. Bu gibi mallara «Tâfih» denir. Bunlar kuru odun, ot, çayır, kamış, balkılar, av hayvanları, kireç vsr. gibi şeylerdir. Hanefiler'e

(22) İmam Safii'ye göre ikinci defada sol eli dördüncü defada ise sağ ayağı kesilir, Bk. Mevkufat, I. 378.

(23) Bk. Kccsmarik. a. g. e. S. 328.

göre süt, et, meyva gibi çabuk bozulan şeylerin çalınmasından ötürü de suçlunun eli kesilmez.

Karı kocasının, koca da karısının mallarını çalsalar, bu İslâm ceza hukukuna göre hırsızlık sayılmaz. Çünkü ikisinin malını iyice birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bunun gibi kul efendisinin veya efendisinin karısının, misafir ev sahibinin malını çalsalar, bu suçlar da hırsızlık sayılmaz. Çalınan mal bir yabancıнын malı da olsa yakın hısımdan çalmak hırsızlık değildir. Halbuki bir yabancıнын muhafazası altında bulunan hısım malını çalan hırsızın eli kesilir.

Ekonomik hayatta değeri olmıyan bir eşyanın çalınmasından ötürü — bu eşyanın ayrıca büyük bir değeri de olsa — de hırsız cezalandırılmaz. Meselâ sarhoş edici içkiler bu türlü eşyadan sayılırlar. Ancak bu gibi eşyanın bir Müslüman'dan çalınmış olması gerekir, bir gayrimüslim'den çalınırsa eli kesilir, çünkü Gayrimüslimler için o eşyanın ekonomik değeri de vardır. Değerli maddelerden yapılmış haçlar, Kur'an nushaları, oyuncaklar ve hür çocuklar da bunlardan sayılır.

Emniyeti kötü kullanmaktan ötürü de el kesilmez, çünkü burada hırsızlık suçunun unsurları tam değildir. Ölülerin yüzüklerinin veya altın dişlerinin çalınması da hırsızlık değildir, çünkü mezarlarda bulunan şeyler muhafaza altında sayılmazlar.

Çalınan malın bir başkasının malı olması, hırsızlık suçunun en önemli unsurlarından biri olduğu için çalınan malda hırsızın en küçük bir payı bile olsa işlenmiş olan eylem hırsızlık sayılmaz. Bunun için henüz paylaşılmamış olan ganimet veya Devlete ait olan malları çalmak Hadd cezası ile cezalandırılmazlar, çünkü henüz paylaşılmamış olan ganimette sefere katılmış olan kimsenin, kamu malında da devleti teşkil eden bütün kişilerin küçük de olsa bir payı vardır. Bu husus edebiyatımızda da yankılar uyandırmaktan geri kalmamıştır: Sünbülzade Vehbi (Ölm. 1224/1809) nin Suhen kasidesinde söylemiş olduğu meşhur

*«Sirkat-i şîr edene kat-i zeban lâzımdır
Böyledir şer'-i belâkette fetava-i suhen»*

beytine karşılık Şeyh Galib (1171/1757 - 1213/1798) Hüsn-i Aşk'ında

*«Esrarını Mesnevi'den aldım
Çaldımsa da mirî malı çaldım»*

beytini söylemiş ve böylece Mesnevi gibi bir eserin yalnız yaza-

rına değil kamuya ait olduğunu ve ondan mısralar veya fikirler çalmanın — Sünbülzadenin dediği gibi şiir hırsızlığında İslâm hukukuna uyulsa bile — dil kesmekle cezalandırılmıyacağını anlatmak istemiştir. Burada şunu da eklemek isteriz ki, İslâm hukukunda kamu malını ne çalmak ne de ihtilâs etmek mubah değildir yalnız yukarıda söylediğimiz sebepten ötürü Hadd cezası ile cezalandırılmaz. Bunun gibi bir borçludan alacaklısının bir mal çalması da, borç henüz muaccel olmasa ve çalınan malın değeri borcun değerini aşsa bile Hadd cezası ile cezalandırılmaz.

Hırsız çaldığı şeyi ancak alıp götürdükten sonradır ki suç tamamlanmış sayılır. Bundan ötürü bir malı çalıp da malı bulunduğu yerden götürmeyen veya çaldığı malı dışarda bulunan ortağı aracılıkla uzaklaştıran hırsızın da eli kesilmez. Ancak malı bulunduğu yerden dışarı atmış ve sonra uzaklaştırmışsa o zaman eli kesilir.

Hırsız ancak zarar gören yanın isteği ile cezalandırılabilir. Yalnız, yargıç hükmünü verdikten sonra davacı suçluyu affettiğini bildirerek cezanın uygulanmasının önüne geçemez; çünkü hırsızlıkla Hakk Allah ihlâl edilmiştir. Buna karşılık zarar gören yan çalınmış olan malın hırsızın malı olduğunu söyliyerek cezanın infazına engel olabilir.

Dava başlamadan önce hırsız çalınan malı geri verirse veya bu mal hukukî bir yoldan (Msl. Hibe gibi) kendi malı olursa cezadan kurtulur. Çalınan malın kendi malı olduğunu sanan hırsız bu sanısının doğruluğuna yargıcı kandırabilirse cezalandırılmaz, çünkü Zina'da gördüğümüz üzere şüphe ile Hadd sakıt olur. Hattâ çaldığı malın kendisinin olduğunu iddia eden hırsız bu iddiasını ispat bile edemese gene cezalandırılmaz (24).

Birlikte hırsızlık edenler ya hep birlikte hüküm giyerler veya hepsi beraat ederler. Bu suretle birlikte hırsızlık etmiş olan iki hırsızdan her ikisi de suçlarını ikrar etseler, fakat bunlardan birisi çaldıkları malın kendisine ait olduğunu sandığını söylese her iki suçlu da beraat ederler. Birlikte hırsızlık edenlerin cezalandırılabilmeleri için çaldıkları eşya hırsızlar arasında paylaşıldığı zaman her birine en aşağı on gümüş dirhem değerinde eşya düşmelidir.

Hırsız Hadd cezasına hüküm giyerse ve eli kesilirse ayrı çaldığı için tazminat vermek mecburiyetinde değildir, çalınan mal duruyorsa o sahibine geri verilir. Önce çalmış olduğu bir maldan ötürü eli kesilmiş olan hırsız aynı malı tekrar çalacak olursa bir defa daha

(24) Bk. Kırcsmarik. a. g. e. S. 331.

cezaya çaptırılmaz. Çalınan malın değeri araştırılırken bu malın hem çalındığı hem de cezanın uygulandığı sıradaki değerini tesbit etmek gerekir: çalınan mal çalındığı gün on gümüş dirhem değerinde değildiye o zaman bu hırsızlıktan ötürü dava açılmaz; eğer çalındığı zaman on gümüş dirhem veya daha artık değerinde olan malın değeri, cezanın uygulanacağı zaman, on gümüş dirhemden aşağı düşmüşse bu takdirde ceza yerine getirilmez.

5) Yolkesicilik (= Kat' ül-tarik): İslâm ceza hukukunda yolkesicilik, yukarda da görmüş olduğumuz gibi hırsızlığın daha ağır bir cezaya uyruk tutulan bir şekli sayılmaktadır. Gerçekten hırsızlıkta aranan unsurlar burada da bulunmak gerektir: şöyle ki, yolkesenin de aldığı mal on gümüş dirhemi geçmelidir; bu mal muhafaza altında olmalı (Muhraz) ve gizlice alınmış olmalıdır. Yolkesicilikte bu unsurların hepsi bulunamayacağı için bunların varlığı yapıntı yolundan gidilerek kabul edilir; çünkü yoldaki bir yolcuyu durdurup cebirle mallarını almak demek olan yolkesicilikte gizlilik unsuru bulunamaz. Bunun için şöyle düşünme yolu tutulmuştur: bütün uyruklarının ve bilhassa yolcuların can ve mallarının emniyetini temin etmek İslâm Devleti reisinin ve adamlarının vazifesidir. Yolkesenler Devlet reisinin veya onun tâyin etmiş olduğu zabıta memurlarının haberi olmadan suçlarını işledikleri için suçlarını gizlice işlemiş sayılırlar. Bundan ötürü devlet kuvvetlerine karşı gelecek şekilde adam öldüren ve soyanlar yolkesici değil âsi sayılırlar (25).

Ayrıca İslâm ülkesi dışında işlenen yolkesicilik suçlarına ve İslâm Devleti uyruklarından başkalarına karşı işlenen veya İslâm Devletine uyruk olmıyanlar tarafından işlenmiş olan yolkesicilik suçlarına ceza uygulanmaz, çünkü İslâm ülkesi dışında işlenen eylemlere İslâm hukuku uygulanamayacağı gibi İslâm Devleti tarafından korunmıyan kimselere karşı işlenen veya eylemleri İslâm Devleti tarafından kontrol edilemiyen kimler tarafından işlenmiş olan suçlara da İslâm hukuku uygulanamaz.

Yolkesiciliğe verilmesi gereken ceza Kur'an'da V. Suresinin 37. Ayetinde tâyin edilmiştir. Bu ceza türlü türlüdür: Yolkesen yalnız mal alıp götürmüşse sağ eli ve sol ayağı kesilir. Tabiidir ki alınan malın değeri 10 gümüş dirhemi aşmalı, yolkesenler birden çok ise suçluların sayısı kere 10 gümüş dirhemi aşmalıdır. Yolkesen mal almaksızın yalnız adam öldürmüşse kendisi de öldürülür. Burada verilen ölüm cezası Hadd olduğu için öldürülen kimsenin veresi

(25) Bk. Krcsmarik. a. g. e. S. 333.

suçluyu affedemez veya onunla Kisas yerine Diyet vermek yolunda bir anlaşma yapamaz.

Yolkesen hem mal almış hem de adam öldürmüştü verilecek ceza hakkında tartışma vardır: bazıları suçlunun önce sağ eli ve sol ayağının kesilmesinin sonra da öldürülmesinin gerektiğini söylerler. Bazıları ise suçlunun salbedilmesi gerektiğini ileri sürerler, gerçekten Kur'an'da «Katli ve salb edersiniz» diye yazılıdır. Suçlu ya öldürüldükten sonra salbedilir yahut ta öldürülmeden salbedilir ve karnı bir mızrak ile deşilir. Üç gün salipte kaldıktan sonra indirilir ve gömecek olanlara teslim edilir.

Yolkesen ne mal almış ne de adam öldürmemişse gene cezasız kalmaz, bu gibiler sürgüne gönderilir veya nefislerini düzeltinceye kadar hapsedilirler. Bu gibi suçlular yolkesiciliğe teşebbüs etmiş oldukları için değil yolların emniyetini bozdukları için cezalandırılırlar; çünkü İslâm ceza hukukunda teşebbüs cezalandırılmaz.

Yolkesici birden artık ise ve bunlar birlikte yolkesmişlerse hepsi birden cezalandırılırlar, hattâ bunların içinden yalnız birisi adam öldürmüş veya mal almış veya her iki eylemi birden işlemiş olsa bütün suçlular bu suçlunun çarptırılacağı cezaya çarptırılırlar yani yolkesicilerden yalnız birisi adam öldürmüş olsa diğerleri de ölüm cezasına çarptırılırlar. Yalnız mal almaktan ötürü hepsinin sağ el ve sol ayaklarının kesilebilmesi için, yukarıda da söylediğimiz gibi, alınmış olan malın değeri suçluların adedi kere on gümüş dirhem değerinde olmalı veya bu değeri aşmalıdır.

Yolkesen birisinin malını almış ve onu yaralamışsa, yol kesip mal aldığı için Hakk Allah'ı ve adam yaraladığı için de Hakk'i Âdemî'yi ihlâl etmiş olur. Böyle bir suçlu yolkesicilikten ötürü cezalandırılırsa artık adam yaralamış olmaktan ötürü cezalandırılmaz, çünkü Hadd ile Hakk-i Âdemî düşer (26). Eğer herhangi bir sebepten ötürü suçluya Hadd cezası uygulanamazsa o zaman yaralamadan ötürü cezalandırılabilir. Adam öldürüp de yakalanmadan önce tövbe eden yolkesiciye de V. Surenin 38. ayetine uyularak Hadd cezası verilemez, ancak bu gibi suçlular Kisas'a uyruk tutulurlar.

Yolkesici çetesi içinde ergin veya akli başında olmıyan bir kimse bulunursa, bunlar cezalandırılmıyacağı için diğer suçlular da cezalandırılmazlar, çünkü çete üyeleri işledikleri suçtan ötürü hep birlikte sorumludurlar, bunların içinden birisine Hadd uygulanması gerekince nasıl diğerlerine de aynı Hadd uygulanıyorsa, birisine uy-

(26) Bk. Mevkufat, I, 381.

gulanmadığı takdirde hiç birine uygulanmaz. Yolkesicilerden birisi hücumu uğrıyan kişilerden birisinin yakın akrabası (= zu rahim mahram) ise, hırsızlıkta olduğu gibi burada da Hadd cezası uygulanamaz.

Yolda bulunan bir kafilenin bazı yolcuları, soymak kasdiyle diğer yolculara hücum etseler ve adam öldürseler, bu eylem de yankesicilik sayılmaz ve Hadd cezasına uyruk tutulmaz, çünkü kafiye bir ev gibidir ve hücum edenler kafilenin içinde olduklarından, oraya girmiş sayılmazlar.

Yolkesiciler suçu gece işlemişlerse gene Hadd cezası ile karşılaşmazlar, çünkü zabıta kuvvetleri geceleri yolların emniyetini temin edemezler.

Yolkesiciler bir şehirde veya iki birbirine yakın şehir arasında suçlarını işlemişlerse gene Hadd cezası ile karşılaşmazlar çünkü bu gibi yerlere yardım yetişmesi imkânı vardır. Ancak bir şehirde suç işliyen yolkesiciler silâhlı idiyeler Hadd ile cezalandırılırlar. Ellerinde taş veya sopa bulunan yolkesiciler ise silâhlı sayılırlar.

Bu gibi Hadd cezasının uygulanmadığı durumlarda yaralanmış olan yolcular veya öldürülmüş olan yolcuların veresesi suçluyu kovuşturarak Kısas cezasının uygulanmasını veya Diyet alınmasını istiyebilirler, isterlerse de suçluyu affedebilirler.

Yolkesici de Hırsız gibi, aldığı mal duruyorsa onu sahibine geri vermekle ödevlidir. Eğer bu mal mevcut değilse yolkesici de tazmin ile ödevlendirilemez. Malın kendi kendine yok olmasının veya suçlu tarafından yok edilmiş olmasının burada bir önemi yoktur. Suçlu Hadd cezasına çarptırılmazsa o zaman aldığı malı tazminle ödevlidir.
