

**T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

İSLAM HUKUKUNDA KAPKAÇ

Yüksek Lisans Tezi

Mutlu GÜL

**Danışman
Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN**

Bursa 2006

TC.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

..... ait
.....
..... adlı çalışma, jürimiz
tarafından Anabilim /
Anasanat Dalı, Bilim Dalında Yüksek Lisans/
Doktora/ Sanatta Yeterlik
tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan
Akademik Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Üye (Danışman).....
Akademik Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Üye.....
Akademik Unvanı, Adı Soyadı

İmza

**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI İSLÂM HUKUKU BİLİM
DALI
İSLAM HUKUKUNDA KAPKAÇ
MUTLU GÜL
(Yüksek Lisans Tezi)**

ÖZET

“İslam Hukukunda Kapkaç” adlı tezimiz, son günlerde ülkemizde oldukça yaygınlık kazanmış olan kapkaç suçunun İslam hukuku açısından tanımını ve mahiyetini ortaya koymak için yapılmış bir çalışmadır.

Tezimiz, kısa bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, kapkaç suçunun tanımı ve mahiyeti modern hukukla da mukayeseli olarak yapılmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde, kapkaç suçuyla İslam hukukunda benzerlik arz eden suçlardan ayrıntılı olarak bahsedilmiş ve bu suçlarla kapkaççılığın benzer ve farklı yönleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde de İslam hukuku açısından kapkaç suçunun failine uygulanabilecek olan yaptırımlardan söz edilmiştir.

Sonuç olarak, kapkaç suçunun İslam hukukundaki diğer mala karşı cürümlerden farklı olduğu ve günümüzde işlenen şekliyle yeni bir suç tipi olduğu belirtilmiştir.

Yazarı: Mutlu GÜL
Tezin Adı: İslam Hukukunda Kapkaç (*Yüksek Lisans Tezi*)
Danışmanı: Prof. Dr. Hamdi Döndüren
Sayfa Sayısı: XI+135
Anahtar Kelimeler: Kapkaç, Hırsızlık, İslam Hukuku /Fıkıh

**THE DEPARTMENT OF BASIC ISLAMIC SCIENCES THE BRANCH OF
ISLAMIC JURISPRUDENCE**

THE PURSE-SNATCHING IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

Mutlu GÜL
(Master Thesis)

SUMMARY

Our thesis, “The Purse-snatching in İslamic Jurisprudence”, aims to describe the definition and nature of this crime that spread in our country at last days from the perspective of islamic jurisprudence.

Our study has a short introduction and three main chapters. In the first chapter, it was tried to explane the definition and nature of crime “purse snatching” in comparison to modern law.

In the second chapter, both the crime “purse snatching” and the crimes resembling it were handled in detail from the point of islamic jurisprudence.

In the third chapter, the sanctions and the punishment for that crime was discussed again from the point of islamic jurisprudence.

Consequently, it had been clear that purse snatching is a recent and different crime from other stealing cases.

Writer: Mutlu GÜL
Title: The Purse-Snatching in Islamic Law (*Master Thesis*)
Advisor: Prof. Dr. Hamdi Döndüren
Pages: XI+135
Key words: The purse-snatching, Theft, Islamic Jurispurdence/Fıqh

ÖNSÖZ

İnsanların dünya ve ahiret saadetini gerçekleştirmek amacıyla gelmiş olan İslam dini, bu gayeye ulaşmak için, bu dünyada kişinin din, mal, can, akıl ve neslini koruma altına almış, bu değerlere saldırı niteliği taşıyan her türlü fiili de yasaklamıştır. Bunlardan araştırmamızın konusunu teşkil eden, mala hatta cana saldırı özelliği olan kapkaççılık suçu, son günlerde ülkemizde oldukça yaygınlık kazanmış bulunmaktadır. Bu suç sebebiyle özellikle büyük şehirlerde insanlar cadde ve sokaklarda rahat dolaşamaz hale gelmişlerdir. Kapkaç suçlarının bir diğer ve kanaatimizce daha tehlikeli yönü de, suç faili olarak ceza ehliyetine sahip olmayan küçük çocukların kullanılıyor olması ve bu çocukların küçük yaşta adeta bir suç makinesine dönüştürülmesidir. Bu sebeple bir an önce bu suçun önüne geçilmesi ve kapkaç suçunun bu kadar yaygınlık kazanmasına sebep olan sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki önlemlerin alınması gerekmektedir.

Bizi böyle bir konuyu seçmeye sevk eden nedenlerden biri de, bu alanda yapılmış bir araştırmanın bulunmaması ve günümüzde işlenen şekliyle yeni bir suç tipi sayılan kapkaççılığın İslam ceza hukuku açısından konumunu tespit etmeye çalışmak olmuştur. Önümüzde örnek alacağımız bir çalışmanın bulunmaması, tezimizi hazırlarken karşılaştığımız büyük bir zorluk olmasına rağmen, bu konunun bizi İslam ceza hukukunun, gerek genel gerekse özel kısmı olsun, pek çok konusuna bakmaya sevk etmesi ve yeni bir suç tipi olması sebebiyle modern ceza hukukunun ilgili konularını da araştırmaya yöneltmesi bakımından yararlı olmuştur. Bu açıdan çalışırken karşılaştığımız bazı zorluklara rağmen, araştırmamızın şahsımız adına eğitici ve zevkli bir çalışma olduğunu söyleyebiliriz.

Son olarak bu araştırmamızda her türlü destek ve yardımını esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Hamdi Döndüren'e müteşekkir olduğumu belirtmek isterim. Ayrıca kaynak temin etme konusunda kendisinden istifade ettiğim Dr. Ali Pekcan hocama, öneri ve tavsiyelerinden faydalandığım sayın Murat Şimşek'e ve çalışmamın bu aşamaya gelmesinde yardımları dokunan tüm dostlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

26.07.2006

Mutlu GÜL

Meram- Konya

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
SUMMARY	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi

GİRİŞ

I- KONUNUN ÖNEM VE AMACI	2
II- KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	4
III- KONUNUN SUNULMASI	5

BİRİNCİ BÖLÜM

KAPKAÇ SUÇUNUN HUKUKİ MAHİYETİ

I- ÜLKEMİZDEKİ KAPKAÇ OLAYLARINA GENEL BİR BAKIŞ	8
II- KAPKAÇ SUÇUNUN TANIMI	10
III- KORUNAN HUKUKİ YARAR	12
IV- SUÇUN UNSURLARI	13
A- Kanunilik Unsuru	13
B- Maddi Unsurlar	15
1- Fiil	16
2- Konu	17
3- Fail	17
4- Mağdur	18
5- Sonuç	19
C- Manevi Unsurlar	19
1- Kasıt	19
2- Amaç	20
V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	21
A- İştirak	21

1- Müşterek Faillik.....	22
a- Doğrudan Fail	22
b- Dolaylı Fail.....	24
2- Azmettirmek	26
3- Yardımcı Olmak	28
B- Teşebbüs	28
C- Gönüllü Vazgeçme	31
D- İçtima (Tedâhül)	33
VI- SUÇUN KOVUŞTURULMASI.....	36
A- Şikayet	37
B- Dava Zamanaşımı	38
VII- CEZAYI AĞIRLAŞTIRICI NEDENLER	40
A- Suçun Geceleyin İşlenmesi.....	40
B- Mağduru Yaralamak Suretiyle İşlenmesi	41
C- Suçta Tekerrür Hali.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

KAPKAÇ BENZERİ SUÇLAR

I- KAPKAÇ VE HIRSIZLIK ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR.....	48
A- Tanım ve Mahiyet Açısından	48
B- Korunan Hukuki Yarar Açısından	49
C- Suçun Unsurları Açısından	50
1- Kanunilik Unsuru Açısından	50
2- Maddi Unsurları Açısından	51
a- Başkasına Ait Bir Mal Olması.....	51
b- Malın Mütakavvim Olması.....	52
c- Malın Nisap Miktarına Ulaşmış Olması	53
d- Malın Koruma (Hırz) Altında Bulunması	57
da- Kendi Başına Hırz Sayılan Yerler	58
db- Başkası Sebebiyle Hırz Sayılan Yerler.....	58
e- Malın Gizlice Alınması.....	61

3- Manevi Unsurları.....	62
a- İsnat Yeteneği	62
b- Kasıt.....	63
4- Yasal Durum Açısından	65
II- KAPKAÇ VE HİRÂBE (EŞKIYALIK) ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR.....	68
A- Tanım ve Mahiyet Açısından	68
B- Korunan Hukuki Yarar Açısından Farklar.....	70
C- Suçun Unsurları Açısından Farklar.....	71
1- Suçun Faili Açısından.....	71
2- Mala Ait Şartlar Açısından	73
3- Suçun İşlendiği Yere Ait Şartlar Açısından Farklar.....	73
4- Suça Uygulanan Yaptırım Açısından	76
III- KAPKAÇ VE GASP ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR	80
A- Tanım ve Mahiyet Açısından	81
B- Korunan Hukuki Yarar Açısından	83
C- Suçun Unsurları Açısından	83
1- Suç Fiili Açısından	84
2- Suçun Konusu Açısından	85
3- Suçun Zor Kullanarak Ve Açıkta İşlenmesi Açısından.....	87
4- Suçun Manevi Unsuru Açısından.....	89
IV- KAPKAÇ VE İHTİLÂS SUÇU ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR .	90
A- Tanım ve Mahiyet Açısından	90
B- Korunan Hukuki Yarar Açısından	91
C- Suçun Unsurları Açısından	91
1- Suç Fiili Açısından	92
2- Suçun Konusu Olan Mal Açısından	92
3- Manevi Unsuru Açısından.....	93
D- Suça Uygulanacak Yaptırım Açısından.....	94
V- KAPKAÇ VE İNTİHÂB SUÇLARI ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR	96

A- Tanım Ve Mahiyet Açısından.....	96
B- Korunan Hukuki Yarar Açısından	97
C- Suçun Unsurları Açısından	97
VI- KAPKAÇ VE YANKESİCİLİK (TARRÂRLİK) ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR.....	99
A- Tanım Açısından.....	99
B- Suçun Unsurları Açısından	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAPKAÇ SUÇUNA ÖNGÖRÜLEN CEZA

I- İSLAM HUKUKUNDA CEZA KAVRAMI	104
A- Kaynak Açısından İslam Ceza Hukukunun Değerlendirilmesi	104
B- Cezanın Tanımı.....	105
C- İslam Hukukunda Cezalandırmanın Amacı	105
D- Cezalandırma İlkeleri	107
1- Kanunilik	107
2- Şahsilik	107
3- Genellik	107
4- Suç-Ceza Dengesi.....	108
5- Cezalandırmada Adalet ve Hakkaniyet	108
E- Cezaların Tasnifi ve Çeşitleri.....	109
1- Had	110
2- Kısas	111
3- Ta'zir	112
a- Celde Cezası	113
b- Hapis Cezası	114
c- Sürgün Cezası (Nefy, Tağrîb).....	115
d- Kınama ve Teşhir Cezası.....	115
e- Öldürme Cezası (Siyaseten Katl).....	116
II- İSLAM HUKUKUNDA KAPKAÇ SUÇUNA ÖNGÖRÜLEN CEZA	118
A- Kapkaç Suçunu İşleyene Uygulanabilecek Cezalar	120

1- Suç Failine Uygulanabilecek Yaptırmalar	121
2- Doğrudan İştirakçiyeye Uygulanabilecek Yaptırmalar	122
3- Dolaylı Faile (Fer'î Şerike) ve Zorlayana (Mükrihe) Uygulanabilecek Yaptırmalar	122
B- Bazı Kapkaç Eylemlerinin Eşkivalık Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilmeyeceği	123
C- Borçlar Hukuku Açısından Kapkaç Suçunun Hukuki Sonuçları	124
SONUÇ	125
BİBLİYOGRAFYA	127

KISALTMALAR

age	Adı geçen eser
agm	Adı geçen makale
agmd	Adı geçen ansiklopedi maddesi
agtz	Adı geçen tez
ay	Aynı yer
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	İbn, bin
bk	Bakınız
c.	Cilt
çev.	Türkçeye Çeviren
DEÜİFD	Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
DİB	Diyanet İşleri Başkanlığı
hz	Hazırlayan
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
s	Sayfa
sy	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SDÜSBE	Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
SÜSBE	Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ŞİA	Şâmil İslam Ansiklopedisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
thk	Tahkik eden
ty	Tarih yok
UÜSBE	Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
v	Vefatı
vb.	ve benzeri
yay	Yayınları
yy	Yayın yeri yok

GİRİŞ

I- KONUNUN ÖNEM VE AMACI

İnsanların ve sosyal hayatın var olduğu her yerde mutlaka bir takım ihlaller ve suçlar da var olacaktır. Bu durum toplum olmanın ve bir arada yaşamının bir sonucudur. Çünkü her insanın aynı karakterde ve aynı yapıda olması düşünülemez. Bu sebeple suçların ve ihlallerin olmadığı bir toplum düşünmek, bir ütopya ve temenniden öte bir şey olmayacaktır. Asr-ı saadet olarak kabul edilen ve o dönemden sonra gelecek olan insanların kurtuluşunun temellerinin atıldığı Hz Peygamber döneminde dahi, bugün karşılaştığımız suçların birçoğunun benzerinin görülmüş olması bunun açık bir delilidir. Bu güne kadar gelip geçmiş bütün toplumlarda, ister bir devlet yapısına sahip olsun isterse iptidaî bir yaşayışa sahip bulunsun, mutlaka suç ve ceza telakkisi hep olagelmıştır. Zaten hukukun en temel amaçlarından biri de, toplumdaki suç oranlarını sıfırlamak ve suç işlemeyen bir toplum meydana getirmek değil, bu oranı mümkün olduğunca en alt seviyeye çekmektir. Bu sebeple hukuk ilmi, sürekli bir gelişme göstererek çağındaki hukuk ihlallerini ve suç tiplerini en düşük düzeye düşürmenin yollarını aramak zorundadır. Şayet böyle olmazsa hukuk, asıl varlık sebebi olan adaleti sağlama ve toplum huzurunu temin etme görevini yerine getirmemiş olur.

Hukukun korumak zorunda olduğu en önemli temel haklardan ikisi, kişilerin güvenlikleri ve mal varlıklarının korunmasıdır. Bu sebeple hemen her hukuk sisteminde adam öldürme ve insanlara zarar vermek gibi kişi güvenliğine; hırsızlık, gasp ve dolandırıcılık gibi mal varlığına karşı tehdit oluşturan bu tür hareketler suç olarak kabul edilmiş ve bu fiillerin önüne geçmek için çeşitli yaptırımlar uygulanmıştır. Tüm insanlığın kurtuluşu, dünyada ve ahirette rahat ve huzur içerisinde yaşaması için gelmiş olan İslam Dini'nde de bu tür fiiller suç sayılmış, gerek Kur'an-ı Kerim'de gerekse Hz Peygamber'in sünnetinde bu tür suçları engellemek için hukuki ve ahlaki esaslar vaz' edilmiştir.

İşte genellikle mala karşı, bazen de kişi güvenliğine karşı bir tehdit oluşturan kapkaççılık suçu da, özellikle son günlerde toplumumuzda bir hayli yaygınlık kazanmış durumdadır. Hem tek kişiyle hem iştirak halinde hem de örgütlü olarak işlenmesi mümkün olan kapkaç suçu, giderek yaygınlaşmakta, kişilerin can ve mal güvenliklerine karşı ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Bu suçun başka bir önemli boyutu da, basın ve

yayından da takip ettiğimiz üzere, suç faili olarak genelde ceza ehliyetine sahip olmayan küçük çocukların kullanılması ve adeta bu çocukların küçük yaştan itibaren bir suç makinesi olarak yetiştiriliyor olmasıdır. Bu sebeple bu olayların önlenilmesi ve en az seviyeye indirilmesi için acil önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu da kapkaç suçlarının artmasına sebep olan sosyal, ekonomik ve hukuki sebeplerin doğru tespit edilip, doğru ve gerekli önlemlerin alınmasıyla mümkündür.

Bugün karşı karşıya olduğumuz ve basın-yayından takip ettiğimiz kapkaççılık suçu, yeni bir suç tipi sayılır. Bu sebeple bu çalışmayı yaparken hedeflenen amaçlardan en önemlisi, İslam hukuku açısından suçun doğru bir tanımının yapılması ve mahiyetinin ortaya konulmaya çalışılmasıdır. Bunun için de suç unsurlarının neler olduğunun, suçun özel görünüş şekillerinin, mala karşı işlenen diğer cürümlerin benzer ve farklı yönlerinin tespit edilmesi ve en sonunda da suça uygulanacak olan suç failini caydırıcı ve ıslah edici yaptırımın neler olacağına ortaya konması önem arz etmektedir. Biz de konuyu bu sayılanları göz önünde bulundurarak işlemeye çalıştık.

Hukuk sistemlerinin hiçbirisinin gayesi suçluyu cezalandırmak değildir. Asıl hedef, suçluyu ıslah edip topluma yeniden kazandırmak, suçluya verilen ceza ile toplumda suç işlemeye meyilli olanlara karşı bir caydırıcılık unsuru oluşturmak, ıslahı mümkün olmayan suçluları da toplumdan bir şekilde uzaklaştırıp halkın huzur ve güven içerisinde yaşamasını temin etmektir. Çalışmamızda hedeflenen amaçlardan biri de, İslam hukuku açısından kapkaç suçunun faillerine uygulanacak olan yaptırımı, cezadan beklenen gayeyi de gerçekleştirecek bir şekilde, tespit etmeye çalışmaktır. Cezaların varlığı, kimsenin yaptığına yanına kar kalmaması, suç işleyenin cezasını çekmesi ve insanların güvenli bir toplum düzeninde yaşadıklarını hissedebilmeleri için gerekli ve kaçınılmazdır. Bunun için de ceza hukuku, gerekli önlemleri alıp toplumu rahatlatmak ve suçların önüne geçmek zorundadır.

İslam hukuku, dinamik ve esnek yapısı sayesinde, her konuda olduğu gibi ceza hukuku alanında da değişen dünya şartlarına paralel çözümler üretmeye elverişli bir hukuk sistemidir. Hatta sarıh nasrlara ve değişmez prensiplere aykırı olmadığı sürece, diğer hukuk sistemlerindeki çözümlere de kapalı değildir. Bu da onun evrenselliğini kanıtlamakta ve her asırda uygulanabilirliğini ortaya koymaktadır. Nitekim günümüzde

karşılaşmış olduğumuz genetik kopyalama, organ nakli vb pek çok probleme İslam hukuku açısından çözüm getirilebilmesi de bunu açıkça göstermektedir.

II- KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

“İslam Hukukunda Kapkaç” başlığı altında çalışılmış müstakil bir araştırma bulunmamaktadır. Ayrıca klasik İslam hukuku kaynaklarında da ayrı bir başlık altında “bir kişinin malını hızla alıp uzaklaşmak” şeklinde gerçekleştirilen bir suçtan da bahsedilmemektedir. Sadece “Kitâbü’s-Serika” bölümlerinde, İslam hukukunda kapkaç suçuna en çok benzeyen suç tipi olan, bir kişinin üzerindeki veya yanındaki bir malını dalgınlığından istifade etmek suretiyle alıp kaçmak anlamındaki “ihtilâs” suçuna yer verilmiştir. Bu suç da ilgili bölümünde de belirtildiği üzere tez konumuz olan kapkaç suçuyla tam olarak örtüşmemektedir.

Çalışmamızın amacı İslam ceza hukuku açısından kapkaç suçunun ne olduğunu, mala karşı cürümlerden hırsızlığa mı, eşkıyalığa (hirâbe, kat’ı tarîk) mı, gasp suçuna mı, yankesiciliğe mi (tarrâriyet), ihtilâsa mı yoksa intihâba mı benzediğini açıklamak olduğu için, İslam hukukunda bu konularla ilgili yazılmış eserlerden, kaynak kitapların bu konularla ilgili bölümlerinden, ansiklopedi maddelerinden ve makalelerden istifade etmeye çalıştık. Özellikle yukarıda saydığımız konuları ayrı başlıklar altında inceleyen Abdülkâdir Üdeh’in *et-Teşrîü’l-Cinâi’l-İslâmî Mukârenen bi’l-Kânûni’l-Vad’i* adlı eserinin, M. Ebû Zehrâ’nın *el-Cerîme ve’l-Ukûbe fi’l-Fıkhî’l-İslâmî* adlı eserinin ve Ahmed Fethi Behnesî’nin *el-Mevsûatü’l-Cinâiyye fi’l-Fıkhî’l-İslâmî* adlı eserinin ilgili bölümlerinden geniş ölçüde istifade etmeye çalıştık.

5237 sayılı yasa ile kabul edilen yeni Türk Ceza Kanunu, 142. maddenin 2. fıkrasının “b” bendinde, hırsızlığın “*elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi*” halini düzenlemektedir. Bu bendin kapsamına, yankesicilik veya kişisel çeviklikle işlenen hırsızlık halleri girdiği gibi, konumuz olan “kapkaççılık” da dahil olmaktadır. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu, konumuz olan kapkaç suçuyla ilgili direkt olarak bir hüküm belirttiği ve düzenlemeye gittiği için, çalışmamızda modern hukukla ilgili çalışmalardan da oldukça faydalandık. Özellikle Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi’nde yayınlanan Mahmut Koca’ya ait “*Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak ‘Kapkaççılık’*” adlı makale, kapkaç

suçunun tanımlanmasında ve modern hukukun kapkaç suçlarına yaklaşımında bize oldukça faydalı oldu. Bunun yanında, Erdal Noyan'a ait, yeni Türk Ceza Kanunu'na göre hırsızlık ve yağma cürümlerini işleyen "*Hırsızlık ve Yağma Suçları*" adlı eserden ve Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı'nda yapılan Süleyman Köksaldı'nın hazırlamış olduğu "*Türk Hukukunda Yağma Cürümleri*" adlı yüksek lisans çalışmasının da konumuzla ilgili bölümlerinden (s.102-112) de istifade ettiğimizi söyleyebilirim.

III- KONUNUN SUNULMASI

Çalışmamız kısa bir giriş ile üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, kapkaç suçunun tanımı yapılmaya çalışılmış, suçun unsurlarından, kapkaç suçlarında saldırıya uğrayan hukukî değerden, suçun özel görünüş şekillerinden, suçun kovuşturulması ve suçun cezasını ağırlaştırıcı sebeplerden bahsedilmiş ve bu konular TCK ile karşılaştırmalı olarak verilmeye çalışılmıştır.

"Kapkaç Benzeri Suçlar" adlı ikinci bölümde de İslam hukuku açısından kapkaç suçuyla benzerlik arz eden hırsızlık, eşkıyalık, gasp, ihtilâs, intihâb ve yankesicilik suçlarından ayrıntılı olarak bahsedilmiş ve bu suçlarla kapkaç suçunun tanım, unsurlar, korunan hukuki değer ve suça uygulanan yaptırımlar açısından benzer ve farklı yönleri izah edilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise kapkaç suçunu işleyenlere uygulanabilecek müeyyideler ele alınmıştır. Bu bölümde suçun failine uygulanacak olan müeyyideye geçmeden önce, İslam hukukunda ceza kavramından, cezalandırmanın amacından, İslam hukukunda cezalandırma ilkeleri ile cezaların tasnifinden bahsedilmiş ve kapkaççıya uygulanacak olan yaptırım ta'zir grubuna giren cezalardan olduğu için, ta'zir cezaları ve çeşitleri daha ayrıntılı olarak işlenmiştir.

Hukuk dilinde kapkaççılık isminde bir suç olmadığı için, bu ifade tezimizin bazı yerlerinde tırnak içerisinde verilmiştir. Çünkü yürürlükteki Ceza Kanunu kapkaç suçunu "*hırsızlığın nitelikli hali*" olarak değerlendirmektedir. Kapkaççılık ise bu suçun zabıta ve polis dilindeki adını ifade etmektedir. İslam hukuku açısından da bu suçu, günümüzde işlenen şekliyle, yeni bir suç çeşidi saymak mümkündür.

Tezimizde geçen, İslam hukukuyla modern hukukun tanımlama açısından farklılık arz ettiği konulardan biri de “gasp” ve “yağma” terimleri arasındaki ayırmadır. Modern hukukta kapkaç, hırsızlığın nitelikli hali olarak adlandırıldığı ve bir hukuk terimi olarak kullanılmadığı gibi, gasp da yağma suçunun polis dilindeki adı olarak kabul edilmekte ve bir hukuk terimi olarak kullanılmamaktadır. Biz tezimizde, yağma suçunu da içine alacak Şekilde, İslam hukukunda kullanılan gasp terimini kullanmaya çalıştık. Fakat gerekli görülen yerlerde yağma kelimesini de kullandık.

BİRİNCİ BÖLÜM
KAPKAÇ SUÇUNUN HUKUKİ MAHİYETİ

I- ÜLKEMİZDEKİ KAPKAÇ OLAYLARINA GENEL BİR BAKIŞ

İslam'ın korunmasını amaçladığı ve “zarûriyyât”tan saydığı; dinin, canın, malın, aklın ve neslin korunması olan “beş temel ilke”den (el-usûlu'l-hamse, ed-darûrâtü'l-hamse) biri de malın korunmasıdır.¹ Aynı şekilde modern hukukta, ceza hukuku tarafından korunan çeşitli bireysel varlıklardan birisi de mamelekî varlıklardır. Bu tür varlıklara karşı cürümler, Türk Ceza Hukuku'nun ikinci kitabının onuncu babında toplanmıştır.

Bir ülkede mala karşı işlenen suçlar, diğer suçlara oranla her zaman daha yüksek olmuştur. Bu durum sadece ülkemiz için değil, diğer ülkeler için de geçerlidir. Mal varlığına yönelik suçlar, pek çok yabancı ülkede de genel suçluluk oranı içinde dikkat çeken bir kabarıklık arz eder.²

Son günlerde ülkemizde, mala yönelik saldırının bir şekli olan “kapkaççılık” olaylarının hızla arttığı görülmektedir. Yazılı ve görsel basında sık sık görmekte olduğumuz kapkaç olayları, özellikle bayanların çantalarının hızla kapılıp kaçılması ve mağdurun direnmesi halinde ona zarar verici ve bazen de sonu ölümlle biten bir şiddetle karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle gençlerin, fiziki çevikliklerini de kullanarak, kendilerini savunamayacak durumda olan insanların çantalarını, cüzdanlarını, cep telefonlarını veya üzerlerindeki diğer eşyaları hızla alıp kaçmaları şeklinde gerçekleşen kapkaç eyleminin, yargıya da önemli ölçüde intikal ettiği görülmektedir.³

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal ve Kriminolojik Araştırmalar grubu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof Dr Bahri Öztürk başkanlığında “kapkaç” konulu kriminolojik bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Bu araştırma, 609'u kadın olmak üzere 3557 kişi üzerinde yüz yüze görüşmek suretiyle yapılmış ve 2003 yılının Nisan ayında tamamlanmıştır. Araştırmaya katılanların yüzde 5.78'nin de bizzat kapkaç veya gasp olaylarına maruz kaldığı tespit edilmiştir.⁴

¹ Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gaye Problemi*, Rağbet Yay, İstanbul 2003, s.195.

² Şensoy,Naci, *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*, İÜHFYay, İstanbul 1963, s.6.

³ Koca, Mahmut, “Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak ‘Kapkaççılık’”, AÜEHFD, c. VI, sayı 1-2, Erzincan 2002, s.168.

⁴ [http:// www.ntvmsnbc.com/search/res.all.asp](http://www.ntvmsnbc.com/search/res.all.asp). 09.11.2005.

Bu araştırmada; “Kapkaç eylemine maruz kalan kişi ne yapmalıdır?” şeklindeki bir soruya katılımcıların yüzde 51.29’u “Çantayı veya alınmak istenen eşyayı bırakıp kaçmalıdır.” yanıtını verirken, yüzde 26.80’i “Faile karşı direnmelidir, bu sebeple de insanların yakın dövüş öğrenmeleri faydalı ve gereklidir.” şeklinde yanıt vermiştir. Hiçbir fikrim yok diyenler yüzde 16.97 oranındayken, yüzde 4.94’lük bir kısım da “Kapkaççı ikna edilmeye çalışılmalıdır.” yanıtını vermiştir.

“Kapkaç eylemlerinin önüne geçebilmek için ne gibi tedbirler alınmalıdır?” sorusuna, araştırmaya katılanların yüzde 52.74’ü “Bu tür suçların işlenebileceği veya işlendiği yerlere, caydırıcı olması açısından görevli bir polisin bulundurulması gerektiği ve olaya hemen müdahale olanaklarının geliştirilmesi gerektiği” şeklinde yanıt vermiştir. Bunu çok az bir oranla, “Omuzda veya elde çanta ile dolaşmamalı”, “İssız ve bu tür suçların sıklıkla işlendiği bilinen yerlerden mecbur kalmadıkça geçilmemelidir” yanıtları takip etmiştir.

Araştırma da: “Hırsızlığın cezası altı aydan üç yıla kadar hapis, cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilen hırsızlık demek olan yağma suçunun cezası ise on seneden yirmi seneye kadar hapistir. Şiddet kullanılarak yapılan kapkaç eylemlerinin önlenbilmesi için bu suç yağma sayılmalı ve cezası ağırlaştırılmalı mıdır?” şeklinde bir soruya, katılımcıların yüzde 57.22’si “Evet” yanıtını verirken, yüzde 26.99’u “Evet ama bu fiiller yine de yağma suçundan farklı olduğu için ceza, hırsızlıkla yağma suçunun cezası arasında bir miktar olmalıdır” şeklinde yanıt vermiştir. Araştırmaya katılanların yüzde 6.99’u bu soruya “Hayır” derken, yüzde 8.80’i de “Fikrim yok” karşılığını vermiştir.

“Kapkaç eylemlerinin artmasının sebebi nedir?” şeklindeki bir soruya da, katılanların yüzde 57’si “Ekonomiktir, yoksulluktur, gelir dağılımındaki bozukluktur.” şeklinde yanıt verirken, yüzde 16.71’i “Çalışmadan gelir sağlama düşüncesidir.”, yüzde 15.10’u “Polisin yeterli tedbiri almamasıdır”, yüzde 10.13’ü de “Cezaların düşük olmasıdır.” yanıtını vermiştir.⁵

Polis dilinde “kapkaççılık” olarak nitelendirilen bu tür eylemler, beşeri hukukta henüz bağımsız bir suç olarak değerlendirilmemekte ve ileride de açıklanacağı üzere,

⁵ Köksaldı, Süleyman, *Türk Hukukunda Yağma Cürümleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE, Konya 2004, s.104.

Yeni Türk Ceza Kanununun 142. maddesinde “hırsızlığın nitelikli hali” olarak adlandırılmaktadır.

İslam hukukunda da benzer ve farklı yönleri bulunan bir takım suçlar bulunmasına rağmen “kapkaç” suçunun tam bir karşılığı yoktur. Bu sebeple “kapkaç” suçunun ne olduğunun anlaşılabilmesi için öncelikle kapkaççılık kavramının çerçevesinin iyi çizilmesi, tanım ve mahiyetinin iyi bir şekilde belirlenmesi önem arz etmektedir.

II- KAPKAÇ SUÇUNUN TANIMI

İslam hukukundaki özellikle “ihtilas” ve “intihâb” suçlarıyla yakın bir benzerliğe sahip olan kapkaç suçu, 765 sayılı eski TCK mad. 491/1’de ele alınan basit hırsızlığın zabıta dilindeki isimlerinden biridir.⁶

Basit hırsızlığın kapkaççılık suretiyle işlenmesi ise: “*Kalabalık yollarda ve mahallerde mağdurun elinde bulunan, mesela bir çanta veya paketi veya sair bir şeyi ani olarak kapıp kaçmak ve böylece ortadan kaybolmak suretiyle vaki olması*” şeklinde tanımlanmıştır.⁷

Bu tanımın yeterince kapsayıcı olduğu söylenemez. Çünkü kapkaç eylemi kalabalık yerlerde işlenebildiği gibi, kimsenin görmeyeceği تنها mahallerde de işlenebilmektedir. Bu sebeple kapkaççılık için herhangi bir yer kaydının konulmasına gerek yoktur. Aynı şekilde kapkaçın konusunu oluşturan eşyanın mağdurun elinde bulunması da zorunlu değildir. Çünkü kapkaç olaylarında, mağdurun elindeki eşya alınabildiği gibi, kolundaki çantaya, omzundaki, hatta sırtındaki eşyalara bile kapkaç suretiyle el konulabilmektedir. Dolayısıyla kapkaç olaylarında malın mağdurun üzerinde bulunması yeterlidir. Bu sebeple, mağdurun vücuduyla bağlantılı bir şekilde bulunmayan bir eşyanın alınması, kapkaççılık olarak nitelendirilemez.⁸

Kapkaç fiilinin, malın gizli bir şekilde alınması şeklinde gerçekleştirilen yankesicilik eyleminden ayırt edilebilmesi için, eşyanın mağdurun hissedebileceği bir kuvvetle üzerinden alınması gerekmektedir. Yankesicilik, mağdurun mal üzerindeki her

⁶ Koca, *agm*, s.168.

⁷ Şensoy, *age*, s.87.

⁸ Koca, *agm*, s.168.

türlü uyanıklığını ve dikkatini aşabilecek biçimde el çabukluğu ve maharetle, şahıs üzerinden bir şeyin çalınması şeklinde tanımlanmıştır.⁹

Bu itibarla fail yankesicilikte, mağdura hissettirmeksizin bir eşyayı gizlice çalmaktadır. Halbuki kapkaççılıkta fail, mağdurdan el çabukluğu ve özel bir maharetle eşyayı almadığı gibi, mağdur da üzerindeki eşyasının alındığını açık bir şekilde hissetmektedir. Nitekim İslam hukukçularının çoğunluğu yankesicinin (tarrâr) hırsız hükmünde olduğunu ve suçun diğer şartları da oluştuğunda faile had cezasının uygulanacağını söylemişlerdir.¹⁰ Aynı şekilde Yargıtay da kapkaççılığın yankesicilik suretiyle hırsızlık değil, basit hırsızlık olduğuna karar vermiştir.¹¹

Kapkaççılıkta, mağdurun üzerinde bulunan eşyanın türü önemli değildir. Yani hırsızlığın konusu olabilen ve mağdurun üstünde taşınması mümkün olan, para, çanta, cep telefonu, ceket vb her türlü eşya kapkaç fiilinin konusu olabilir.¹²

Kapkaç eylemiyle gasp arasında da ince bir çizgi bulunmaktadır. Gaspta failin, mağdurun malına cebir ve şiddet uygulayarak el koyması söz konusu iken, kapkaççılıkta her ne kadar mağdurun hissedebileceği bir şekilde malın alınması gerekiyorsa da zorla ve şiddet kullanarak alınması söz konusu değildir. Aksi takdirde eylem kapkaççılıktan gasp suçuna dönüşmüş olur.

Bu değerlendirmeler ışığında kapkaççılığı şu şekilde tanımlamak mümkündür: *“Mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır.”*¹³

İslam hukukunda “ihtilâs” ve “intihâb” suçları, her ne kadar kapkaççılığın yukarıda verilen tarifıyla benzerlik arz ediyorsa da tam olarak örtüşmemektedir. Nitekim ileride bunların açıklaması gelecektir.

⁹ Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşrîu'l-Cinâi'l-İslâmî Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vad'î*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1979, I, 191.

¹⁰ el-Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (v.587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IX, 308; ez-Zeylaî, Osman b. Ali (v.743/1342), *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000, IV, 44; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn (v.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr ala'd- Dürri'l-Muhtâr Şerhi Tenvîri'l-Ebsâr*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, VI, 166.

¹¹ Koca, *agm*, s.171.

¹² Koca, *agm*, ay.

¹³ Koca, *agm*, s.169.

III- KORUNAN HUKUKİ YARAR

İslam hukukunun korumayı amaçladığı temel değerler bulunmaktadır. Gerek fertlerin durumu, gerekse de toplumun huzur ve güven içinde yaşaması, yukarıda da ifade ettiğimiz zaruriyât-ı hamse denilen beş temel değer üzerine kuruludur. İslam hukuku, beş asıl kabul ettiği dini canı, malı, aklı ve nesli korumaya özel bir itina göstermiş, bunların zarar görmeden ayakta durabilmeleri ve sürekliliğini sağlayabilmeleri için hükümler koymuştur.¹⁴ Bu değerlerden biri olan ve toplumun devamlılığını sağlayan malın korunması için de helal kazanç teşvik edilmiş, hırsızlık, gasp, itlaf gibi bu değere bir saldırı oluşturan filler de yasaklanmıştır.¹⁵

Beşeri hukuklarda da kanun koyucu, korunması gereken hukuki değerleri, suç şeklinde bir hukuka aykırılık alanı oluşturmak suretiyle, o suç tipinde somutlaştırır. Bu nedenle, her suç en az bir hukuksal değerle ilişkilidir.¹⁶

Kanun koyucunun suçu düzenlemekle hangi hukuksal değeri ya da değerleri korumayı amaçladığını, kanunu düzenlerken o suça hangi bölümde yer verdiğine bakarak bulabiliriz. Örneğin hırsızlık cürümleri yürürlükteki Ceza Kanunu'nun "Mal Aleyhine İşlenen Suçlar" bölümünde yer alır. Buradan şu anlaşılır: Bu bölümde kanun koyucu mal varlığını korumayı amaçlamıştır ve hırsızlık suçlarında, bu değere kişisel özgürlük değerinden daha çok önem vermiştir.¹⁷

Kapkaç yoluyla işlenen suçlarda, yukarıda verdiğimiz tanım dikkate alınarak söylenecek olursa, her ne kadar kişinin üzerindeki eşyanın çekilip alınması söz konusu olsa da fiil kişiye değil eşyaya karşı olmaktadır. Dolayısıyla kapkaç suçlarında kişiye yönelik cebir ve şiddetten söz edemeyiz. Şayet suçun işlenmesi esnasında mağdura yönelik bir saldırı ve zorlama olacak olursa, o zaman bu suç kapkaççılık olarak değil gasp olarak değerlendirilecektir.¹⁸

Ayrıca kapkaççılık suretiyle bir eşyanın alınması halinde, eşyaya yönelik bir cebir ve şiddetten de söz edilemez. Çünkü eşya üzerindeki cebir ve şiddet, eşyanın

¹⁴ M. Ebû Zehrâ, *el-Cerîme ve'l-Ukübe fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, ty, I, 36; Zeydan, Abdülkerim, *Mecmûatü Buhûsin Fıkhiyyetin*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1402/1982, s.127.

¹⁵ Koşum, Adnan, "İslam Hukukunda Hırsızlık Konusunda Yeni Yaklaşımlar", *Diyanet İlmî Dergi*, c.37, sy.3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2001, s.87.

¹⁶ Köksaldı, *agtz*, s.29.

¹⁷ Köksaldı, *agtz*, s.30.

¹⁸ Koca, *agm*, s.179.

tahribi, yapısının değiştirilmesi veya zarar görmesi demektir. Bu nedenle, bir eşyanın bir kimsenin elinden veya üzerinden aniden çekilip alınması, “cebiri kullanarak” alma sayılmaz. Çünkü eşyanın cebirle alınması, mağdurun eşyayı vermemek için gösterdiği mukavemetin kırılmasını ve irade özgürlüğüne yönelik bir tecavüzü gerektirir.¹⁹

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, kapkaççılık yoluyla bir eşyanın aleni olarak alınması halinde saldırıya uğrayan değer, genelde zilyetliktir, dolayısıyla korunan hukuki yarar da zilyetliktir diyebiliriz.

Fakat burada kapkaç olaylarının, mağdurun zilyetliğinin yanında, toplumun huzuruna da zarar verdiği, kamu vicdanını rahatsız ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü özellikle son günlerde toplumumuzda kapkaç suçlarının yaygınlık kazanmasıyla, halk sokakta ve kaldırımlarda yürürken, bilhassa geceleri tedirgin olmaktadır. Bu açıdan biz, kapkaç suçlarına verilecek cezalarda sadece mağdurun zilyetliğinin korunmasının değil; toplum huzurunun sağlanmasının da göz önünde bulundurulması, müeyyidenin de ona göre düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

IV- SUÇUN UNSURLARI

A- Kanunilik Unsuru

Kanuni unsur, işlenmiş bir fiilin ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına (suç kalıbına) tam olarak uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir. İşlenmiş bir fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, kanuni unsur var kabul edilir.²⁰

İslam hukukunda, kapkaççılık suretiyle işlenen suçların cezasını özel olarak belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Kur’an ve Sünnette geçen ve haksız olarak kazanç elde etmenin yasak olduğunu belirten ayet²¹ ve hadislerden hareketle, kapkaççılığın da İslam hukuku açısından haram olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁹ Koca, *agm*, s. 179; Köksaldı, *agtz*, s.107.

²⁰ Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa- Özbek, Veli, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.27; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2001, s.13.

²¹ Bakara 2/282; Nisâ 4/29; vd.

Kur'an-ı Kerim'de ve Sünnette belirlenen; hibe, ticaret, vasiyet, miras vb helal kazanç yollarından birisi dışında müslüman bir kimsenin malını almak helal değildir. Yukarıda verdiğimiz ayet-i kerimeler de buna hukuki dayanak teşkil etmektedir.

Nitekim Hz Peygamber de, bu yolla mal elde etmenin haram olduğunu çeşitli hadislerinde bildirmiştir. Örneğin Hz Peygamber'in:

*“Kim zulmen başkasına ait bir araziden bir karış yer alırsa kıyamet gününde o arazi yedi kat yerin dibinden itibaren boynuna dolanır.”*²²

*“Başkasının malını alan el (zilyed), o malı sahibine geri verinceye kadar sorumludur.”*²³ hadis-i şerifleri ve Veda Hutbesi'ndeki: *“Şüphesiz ki sizin kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız size, şu beldeniz, şu ayınız ve şu gününüzün haram olması gibi haramdır”*²⁴ buyruğu da her çeşit haksız mal etme şeklinin İslam'da yasak olduğunun bir göstergesidir.

Modern hukukta ise kapkaç suçunun kanuni unsuru şu şekilde bir seyir takip etmiştir: Türk Ceza Kanununun mehz kanunu olan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 406. maddesi yağma suçunu düzenlemektedir. Bu maddenin 1. ve 2. fıkraları, eski ceza kanunumuzun 495. maddesine 1. ve 2. fıkra olarak aynen alınmıştır. Birinci fıkrada yağma, ikinci fıkrada ise hırsızlıktan dönüşen yağma suçu düzenlenmektedir. Mehz kanunun ikinci fıkrasındaki cebir ve şiddet, İtalyan hukukçu Majno'ya göre el çabukluğuyla yapılan hırsızlıkla (yankesicilik), şiddet kullanılarak yapılan hırsızlık arasında kalmakta, cezası da basit hırsızlıktan ağır, ancak yağma cürmünden daha az cezayı gerektiren bir fiil olmaktadır.²⁵

1930 yeni İtalyan Ceza Kanunu ise, yankesiciliği düzenlediği 625. maddenin dördüncü bendine bir fıkra daha eklemek suretiyle, bir şahsın elinden veya üzerinden (herhangi bir el çabukluğu veyahut özel bir maharet söz konusu olmaksızın) bir şey alınması halini ve bu suretle cebir ve şiddete varmayan ve fakat basit bir hırsızlıktan da farklı bulunan bir durumu, nitelikli hırsızlık saymıştır.²⁶

²² Buhâri, *Mezâlim*, 13; Müslim, *Müsâkât*, 142.

²³ Tirmizî, *Büyû*, 39; İbn Mâce, *Sadakât*, 5.

²⁴ Buhârî, *Edep*, 43; İbn Mâce, *Menâsik*, 76.

²⁵ Koca, *agm*, s.169'dan naklen: Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Ankara 1981, IV, 209.

²⁶ Koca, *agm*, s. 170.

Bizim kanunumuzda ise, ne mehzaz kanundaki ne de 1930 İtalyan Ceza Kanunu'ndakilere benzer bir hüküm bulunmakta idi. Şayet TCK'da bu hükümlerden birisi bulunmuş olsaydı, kapkaççılık olaylarına uygulanma kabiliyeti mümkün olabilecekti. Böyle bir düzenleme mevcut yasada bulunmadığı için bir eşyanın bir kimsenin üzerinden aniden çekilip alınması, hırsızlık ve yağma suçları arasında tartışılmakta idi.²⁷

5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesi "Nitelikli Hırsızlık" suçlarına ilişkin hükümleri kapsamaktadır. 142. maddenin ikinci fıkrasının "b" bendinde de "*elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle*" işlenmesi hali öngörülmüştür. Yankesicilik veya kişisel çeviklik ile işlenen hırsızlık halleri bendin kapsamına girdiği gibi, yolda giden birisinin çantasını kapıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık da bu bent kapsamında mütalaa edilmiş ve "*Suçun işlenmesi halinde üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın b bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.*" denilerek suçun kanunilik unsuru belirlenmiştir.²⁸

Bu maddenin kapsamına, mağdurun direncini kırma amacıyla ona karşı cebir kullanma durumu girmemektedir. Aksi takdirde yağma suçu oluşur ki, onun cezası bu suretle işlenen suçtan daha ağırdır.²⁹

Sonuç olarak, İslam hukukundaki kapkaç suçunun kanunilik unsurunun, günümüzde ortaya çıkan pek çok meselenin çözümünde olduğu gibi, İslam hukukunun kaynağını oluşturan nassların genel anlamlarından çıkarıldığını, teferruatın ise günün şartlarına göre hakimin takdirine bırakıldığını söyleyebiliriz.

B- Maddi Unsurlar

Kapkaççılık eyleminde suçun maddi unsurlarını, suçun yukarıda vermiş olduğumuz tanımından hareketle şöyle sıralayabiliriz: Fiil (hareket, suçun işlenmesi), suçun üzerinde gerçekleştiği konu, fail (suçu işleyen kişi) ve mağdur (suça maruz kalan

²⁷ Koca, *agm*, s.170.

²⁸ Ok, Sinan-Keleşoğlu, Mutahhar, *Karşılaştırmalı, Gereçekli Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, Adalet Yayınevi, s.281.

²⁹ Koca, *agm*, s.171.

kişi)'dur. Bir fiilin kapkaç olarak adlandırılabilmesi için, maddi olarak bu unsurları içermesi gerekmektedir.

1- Fiil

Kapkaç eyleminin tanımını yukarıda şu şekilde vermiştik: “Mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır.”³⁰

Kapkaç suçu icraî davranışla işlenen bir suçtur. Suçun tanımından hareketle, kapkaç suçundaki maddi bir unsur olan eylemin, mağdurun üzerinde bulunan eşyasının, alıp kaçma eylemini mağdura hissettirecek tarzda, fakat cebir ve şiddet kullanmadan hızlı bir şekilde kapıp kaçmak olduğunu söyleyebiliriz.

Almak hareketi nasıl hırsızlığın en önemli unsurunu oluşturuyorsa,³¹ malın zor kullanmadan ve mağdura hissettirecek tarzda hızla alınıp kaçılması da kapkaççılığın en önemli unsurunu oluşturmaktadır.

Kapkaç olaylarındaki alma eyleminin, İslam hukuku kaynaklarında, bir kimsenin üzerindeki veya yanındaki bir malını dalgınlığından istifade etmek suretiyle almak olarak tanımlanan “ihtilas” ve zor kullanarak bir kimsenin malına el koymak veya askerin alması kendisine yasak olmayan at ve silah gibi ganimet mallarına el koyması şeklinde tarif edilen “intihâb” suçlarındaki alma eylemleriyle benzerlik arz ettiğini söyleyebiliriz. Fakat kapkaççılıkta sadece mağdurun üzerindeki eşyaların alınması söz konusu iken, ihtilas ve intihâb suçlarında eylem, mağdurun üzerindeki mala yapılabileceği gibi üzerinde olmayıp yanında duran bir eşya hakkında da gerçekleşebilir.³²

Kapkaç eylemindeki alıp kaçma, hareket ettirilebilen her şeyi içine alır. Çünkü alıp kaçma eylemi bir malın bulunduğu yerden başka bir yere nakledilmesi demektir. Buradan hareketle kapkaç fiilinin, sadece menkul mallar için söz konusu olabileceğini söyleyebiliriz.

³⁰ Koca, *agm*, s.168.

³¹ Noyan, Erdal, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*, Ankara 2005, Bilge Yayınevi, s. 68.

³² Behnesî, Ahmet Fethi, *el-Mevsûatü 'l-Cinâiyye fi 'l-Fıkhi 'l-İslâmî*, Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1991, I, 76; Kaya, Ali, “*İhtilâs*”, *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 570.

2- Konu

Kapkaççılığın konusunu, tanımında da ifade edildiği gibi, mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyası oluşturur. Bu eşyanın mağdurun elindeki veya kolundaki çanta ya da cüzdan olmasıyla, omzunda ya da sırtında taşıdığı bir eşya olması arasında bir fark yoktur.

O halde eşyanın mağdurun vücudu üzerinde ve kapıp kaçmaya elverişli bir şekilde bulunması gerekir. Mağdurun vücuduyla bağlantılı bir şekilde bulunmayan bir eşyanın alınması kapkaççılık olarak nitelendirilemez.³³

Kapkaççılığa konu olan malın, mağdurun üzerinde olması gerektiği gibi, malın maddi veya manevi bir değeri de bulunmalıdır. Yani bu maldan maddi ya da manevi olarak faydalanma mümkün olmalıdır. Ayrıca, failin malın belirtilen şekilde yararlanmaya uygun bir değerinin olduğunu sanması da, teşebbüs bakımından yeterli sayılmalıdır.³⁴

Faydalanma kastı, suç failinin haksız yere elde etme düşüncesi içerisinde, başkasına ait olduğunu ve mal sahibinin de rızasının bulunmadığını bildiği halde bir maldan istifade etme niyetini taşımasıdır.³⁵

Örneğin yolda giden birisinin kolundaki bir çantayı, içerisinde varsaydığı para ya da değerli eşyalardan dolayı kapıp kaçan bir kimse yakalansa ve çantadan da para vb değerli bir eşya çıkmasa, bu kimse yine kapkaççı olarak adlandırılır ve cezası da ona göre verilir.

3- Fail

Fail, suç olarak kabul edilen fiili yapan kişidir.³⁶ Kapkaççılık suçunda bu suçun faili, malı mağdurun üzerinden alan gerçek kişidir.

Kapkaççılık suçunun failleri, yetişkinler olabildiği gibi çocuklar ve kadınlar da olabilir. Suçu işleyenin dışında, failin yanında ayrıca azmettiren veya yardım eden üçüncü kişiler de rol alabilirler.

³³ Koca, *agm*, s.168.

³⁴ Noyan, *age*, s.70.

³⁵ Şensoy, *age*, s.66. “...şu halde faydalanmak tâbiri geniş bir manada anlaşılmalı, fâilde istifade emelinin, intifâ niyetinin mücerred mevcudiyeti kâfi addedilmek lazımdır.” Şensoy, *ay*.

³⁶ Toroslu, *age*, s.41.

Günümüzde basın ve yayından da müşahede ettiğimiz üzere, kapkaç olaylarının genelde münferiden ya da birkaç kişilik gruplar tarafından değil de organize gruplar tarafından düzenlendiğini ve genelde de ceza ehliyetine sahip olmayan çocuklar tarafından yaptırıldığını görmekteyiz.

Bu şekilde işlenen suçlar, genel ceza hukukunun suça iştirak bölümünün konusu olduğu için, ileride kapkaç suçuna iştirak konusunda ayrıca ele alacağız.

4- Mağdur

Kapkaççılık fiilinde suçun mağduru, sahip veya zilyet olduğu taşınır malı rızası dışında alınması sebebiyle haksızlığa uğrayan kişidir.³⁷ Bu kişiye haklı zilyet de diyebiliriz.

Hanefi mezhebi hukukçularının, gâsıbın elindeki malı gasp eden kişiye, “izâle-i yed-i muhikka” gerçekleşmediği, yani malı elinde bulunduran kişinin o mal üzerinde haklı zilyedi bulunmadığı; hırsızın elindeki malı çalan kişiye de, mağdurun çalınan malda tam mülkiyetinin olmadığı gerekçesiyle, gasp ve hırsızlık suçlarının tam gerçekleşmediğini³⁸ söylemelerine dayanarak, biz de kapkaççının elindeki malı kapıp kaçan kişinin işlediği fiilin kapkaççılık olarak nitelenemeyeceğini söyleyebiliriz. Çünkü bu durumda, suça maruz kalan kişi haklı zilyet olmamaktadır.

Modern hukukta kapkaç suçlarında mağdurun durumu, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde, “*Elde ve üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır*”, denilerek göz önüne alınmış ve cezayı ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilmiştir.

TBMM Genel Kurulu görüşmeleri sırasında, Adalet komisyonunun kabul ettiği metindeki ilgili maddenin ikinci fıkrasına ekleme yapılmasına ilişkin önerge gerekçesi şöyle açıklanmıştır: “*Toplumda “kapkaççılık” olarak bilinen surette hırsızlık suçunun, örneğin yaşı veya sakat olması sebebiyle beden veya ruh bakımından kendisini*

³⁷ Toroslu, *age*, s.42.

³⁸ Kâsânî, *age*, IX, 323; Zeylâî, *age*, VI, 314.

savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesinin daha etkin bir yaptırımla karşılanmasına gerek duyulmuştur.”³⁹

5- Sonuç

Kapkaççılık suçunun neticesinin, haklı zilyedin, malı üzerindeki tasarruf imkânını kaybetmesi, suçun failinin de tasarruf imkânına kavuşması olarak söyleyebiliriz.⁴⁰

Neticenin meydana gelmesi, suçun tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti açısından önemlidir.⁴¹ Suçun neticesi oluşmamışsa, o suçun henüz tamamlanmamış olduğunu ve teşebbüs halinde kalmış olduğunu anlarız.

C- Manevi Unsurlar

Kapkaççılık suçunun manevi unsurları, malın başkasının olduğunu bilerek alma ve o maldan faydalanma isteğini taşıyan kasıt ve amaçtır.

Kapkaççılık suçu taksirle işlenen bir suç değildir. Bu suçun oluşumunda hem kasıt hem de amaç mevcuttur.⁴²

1- Kasıt

Sözlükte “*yönelmek, bile bile yapmak, azmetmek; orta ve doğru yolu tutmak*”⁴³ gibi anlamlara gelen kasıt (kasd), ceza hukukunda failin suç teşkil eden eylemi bilerek ve sonucunu isteyerek yapmasını ifade eder. Bu sebeple kasıt ağır bir dinî ve uhrevî sorumluluğu gerektirdiği kadar suç hukukunun da adeta omurgasını oluşturmaktadır.⁴⁴

İslam hukukunda kasıt, hata ve hataya benzer suçlarda değil, bile bile (amden) gerçekleştirilen suçlarda aranır.⁴⁵

Ceza hukukunda kastî suçtan söz edebilmek için, failin hukuken suç sayılan hareketi önceden tasavvur etmiş, onun suç olduğunu bilmiş ve onu yapmış olmayı istemiş olması şartları aranmaktadır. Bunların bulunması halinde kasıt geçerli; akıl

³⁹ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.283.

⁴⁰ Koca, *agm*, s.192.

⁴¹ Noyan, *age*, s.68.

⁴² Koca, *agm*, s.187.

⁴³ Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, “Kasd”, Aydın Kitabevi, Ankara 2000, s.492.

⁴⁴ Behnesî, *age*, IV, 235; Şafak, Ali, “*Kasıt*”, DİA, İstanbul 2001, XXIV, 559.

⁴⁵ Behnesî, *age*, IV, 243.

hastası, gayr-ı mümeyyiz küçük, tam ikrah altındaki şahıs gibi iradeleri hukuken yok sayılan kimselerin kastı ise geçersiz sayılır. Buna göre de suç için öngörülen cezaların uygulanması farklılık arz eder.⁴⁶

Türk Ceza Kanunu'nun "Kast" başlıklı 21. maddesi kastı şu şekilde tanımlamaktadır: "*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*" Bu sebeple kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.⁴⁷

Kapkaççılık fiilinde failin kastı ise, mağdurun üzerindeki bir malı, onun zilyetliğinde olduğunu bilerek ve onun rızası dışında alıp kaçmasıdır. Bu itibarla kapkaç suçu da gasp ve hırsızlık suçları gibi özel kasıtle işlenebilen bir suçtur.⁴⁸

Suç sayılan bir fiilin icrası sırasında kastın başka bir şekle dönüşmesi de mümkündür. Özellikle kapkaç suçlarında fail, kapkaç kastıyla mağdurun üzerindeki bir malı alıp kaçmaya niyet etmişken, mağdurun bunu fark etmesi ve malını savunmaya çalışması durumunda, şayet kapkaççı mağdurun o mukavemetini kıracak ve etkisiz hale getirecek bir müdahalede bulunacak olursa fiil gasp olarak gerçekleşmiş olur. Aynı şekilde kapkaççılık kastıyla mağdurun malını almaya çalışan kişi, mağdurun fiilî hareketi hissetmeyeceğini anlayarak eşyasını sessizce çekip alırsa bu sefer de yankesicilik suçunu işlemiş olur.⁴⁹

2- Amaç

Kapkaç fiilinde amacın o maldan faydalanmak isteği olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü kapkaççılık fiili, genelde mağdurun mal üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olabilmek için işlenmektedir.

Faydalanmak amacının yokluğu halinde ise bu fiilin gerçekleşmeyeceğini söyleyebiliriz. Örneğin, failin amacı mağdurun üzerinden alıp kaçmaya çalıştığı maldan faydalanmak değil de o mala zarar vermek ise ve eylemini de bu amaca uygun olarak gerçekleştirmişse, o zaman bu fiil kapkaç olarak adlandırılmaz.

⁴⁶ Şafak, *agmd*, s.560.

⁴⁷ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.50.

⁴⁸ Koca, *agm*, 187.

⁴⁹ Koca, *agm*, s.172.

Nitekim yürürlükteki Türk Ceza Kanunu, başkasının taşınır veya taşınmaz malına zarar vermek fiilini ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.⁵⁰

Kapkaççının, malı yalnız kendisine değil, başkasına yarar sağlamak maksadıyla alıp kaçması suçun bu unsurunun oluşmasını engellemez. Yukarıda da değindiğimiz gibi, kapkaççılık suçu münferit olarak değil, genelde organize olarak işlenen bir suçtur.

V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Kapkaççılık suretiyle işlenen suçun özel işleniş şekilleri olarak, iştirak, teşebbüs, gönüllü vazgeçme ve içtimanın olabileceğini söyleyebiliriz.

A- İştirak

Kapkaççılık suçuna iştirak mümkündür. Hatta şunu da söyleyebiliriz ki, kapkaççılık suçu genelde tek kişiyle değil, iştirak halinde işlenen bir suçtur.

Sözlükte “*bir işe ortak olmak, katılmak*”⁵¹ anlamındaki iştirak, ceza hukukunda bir suçun işlenmesine birden fazla şahsın katılmasını ifade eder.⁵²

İştirak; kaza, zina, içki içme, irtidat gibi suçlardan ziyade cinayet ve hırsızlık gibi birden fazla kimsenin katılması mümkün olan suçlarda söz konusudur. İslam hukukuna dair yazılmış klasik kaynaklarda ceza hukukunun diğer genel hükümleri gibi, iştirak konusu da ayrı bir başlık altında işlenmemiş, hırsızlık ve cinayet suçları kısımlarında genelde örnekler üzerinden bu konuya temas edilmiştir.⁵³

İslam hukukçuları, suçun işlenmesinde hangi tür fiilin ve failin etkili olduğunu ve dolayısıyla cezayı belirlemede suçun doğrudan işlenmesi (mübaşeret) ve işlenmesine sebebiyet verilmesi (tesebbüb) ayrımı yaptıklarından, suça iştiraki de bu ikili ayrım içinde değerlendirmişlerdir.⁵⁴ Mübaşeret, kural olarak suçun maddi unsurunun icrasına katılmayı, tesebbüb ise, bu icranın dışındaki yardımcı fiillerin işlenmesini ve sonucun gerçekleşmesine katkıda bulunmayı ifade eder.⁵⁵

⁵⁰ TCK md. 151.

⁵¹ Devellioğlu, *age*, s.466.

⁵² Akgündüz, Ahmet, “*İştirak*”, DİA, İstanbul 2001, XVII, 442.

⁵³ Songur, Haluk, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak Teorisi –Mukayeseli Bir İnceleme-*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, SDÜSBE, Isparta 2001, s.124.

⁵⁴ Behnesî, *age*, I, 132.

⁵⁵ Songur, *agtz*, s.125; Akgündüz, *agmd*, s. 442.

İslam hukukunda, mübâşirin (suça bizzat katılan kişinin) suçu işleyen fail gibi işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı konusunda ittifak vardır. Bazı müctehidler, mütesebbibin de aynı cezayla cezalandırılacağı görüşünde olsalar da çoğunluk, mütesebbibin ta‘zir cezasıyla cezalandırılacağını söylemiştir.⁵⁶

Modern hukukta iştirak hali şu şekilde tarif edilmiştir: “Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişilerin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi halinde failer arasında iştirak bulunmaktadır ve bu şekilde işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denilir.”⁵⁷

Kapkaççılık suçunda iştirak halini, müşterek faillik, azmettirmek ve yardımcı olmak başlıkları altında inceleyebiliriz.

1- Müşterek Faillik

Suçun işlenmesine madden iştirak edenle, suçun maddi unsurunun icrasına iştirak etmeyi birbirinden ayırt etmek için, maddi unsuru bizzat irtikâp edene doğrudan iştirakçi (doğrudan fail), suçu bizzat icra etmeyene de dolaylı iştirakçi denilir. Bu ayrımın esası şudur: Birincisinde suçun maddi unsurunun icrasını bizzat yaparak suça dolaysız bir biçimde iştirak varken, ikincisinde teşvikle, yardımla suça sebep olma, fakat suçun maddi unsurunu icraya bizzat katılmama vardır.⁵⁸

a- Doğrudan Fail

Suç işlemek kararını birlikte alanlar ve işleyenler suçun doğrudan faili sayılırlar.⁵⁹ İslam hukukçuları, suçun failleri arasında böyle bir ortaklıktan söz edebilmek için, şeriklerin fiilleri arasında bir uygunluğun bulunmamasını ve şerikler arasında da bir anlaşmanın (temâlû) var olmasını zorunlu görürler. Uygunluk; daha önce aralarında bir anlaşma olmaksızın, suçlulardan her birinin iradelerinin suça yönelmesi ve her birinin şahsî bir sevk ve sonradan hasıl olan bir düşünce tesiriyle hareket etmesidir. Temâlû (anlaşma) ise, bir suçu işlemek hususunda ortakların kendi aralarında önceden anlaşmaları demektir.⁶⁰

⁵⁶ M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 461; Behnesî, *age*, 132.

⁵⁷ Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yay, İstanbul 1999, II, 513.

⁵⁸ Üdeh, *age*, I, 357

⁵⁹ Songur, *agtz*, s.126.

⁶⁰ Üdeh, *age*, I, 360; Akgündüz, *agmd*, s.443.

Örneğin, öldürme fiiline iki veya üç kişi katılır ve her birisi mağdura ateş ederken öldürücü bir kurşun mağdura isabet edecek olsa, ateş edenlerin hepsi suça doğrudan iştirak etmiş sayılırlar.⁶¹ Aynı şekilde, bir grup başkasına ait malları bulunduğu yerden çıkararak çalacak olsa her biri hırsız sayılır. Çünkü suçu işlemek için önceden anlaşmışlar ve birlikte o suçu işlemişlerdir. Ancak çalınan malın bu durumda hırsızların sayısına bölündüğünde nisap miktarına ulaşmış olması gereklidir.⁶²

Modern hukukta ise suça iştirak hali, yürürlükteki Ceza Kanununun 37. maddesinin 1. fıkrası gereğince, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte işleyen kişilerden her birinin fail olarak sorumlu olacağı şeklinde tanımlanmıştır.

37. maddenin birinci fıkrası, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda yeniden düzenlenen maddelerdendir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda, “aslî” ve “fer’î iştirak” ayrımı kabul edilmiş ve aslî iştirak de “aslî maddî iştirak” ve “aslî manevî iştirak” olarak ikiye ayrılmışken, yeni düzenlenen maddenin birinci fıkrasına göre, suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulmuştur.⁶³

Müşterek failliğin var kabul edilebilmesi için aranan şartlar, madde gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

1- Failler arasında birlikte suç işleme kararı bulunmalıdır.

Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında değerlendirilmiştir.

2- Fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulmalıdır.

Fiil üzerinde ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığı, suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve suça katkıları göz önünde bulundurularak tespit edilir. Bu durumda, fiilin icrası ve sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin, suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru

⁶¹ el-Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî (v.450), *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1985, s.290.

⁶² el-Merginânî, Bürhânüddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl (v. 593/1197), *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut ty, II, 363; Zeylaî, *age*, IV, 19; el-Meydânî, Abdülğani el-Gânimî (v.1289/1881), *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb*, Mektebetü Merzûk, (thk. Beşşâr Bekrî Arâbî), Şam 2003, s.571.

⁶³ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.85.

etkisiz hale getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmuş sayılırlar.⁶⁴

Buradan hareketle, kapkaççılık suçunda da suçu işlemeyi önceden kararlaştıran ve kapkaç eylemi üzerinde, fiilin gerçekleşmesi ya da sonuçsuz kalmasına etkisi bulunan iştirakçileri suçun faileri kapsamında değerlendirebiliriz.

Örneğin, kaldırımda yürüyen bir yayanın kolundaki çantayı çekip almak için önceden anlaşılan ve motosikletle mağdura yaklaşip kolundaki çantayı kapıp kaçan iki kişiden, motosikletin sürücüsü de mağdurun kolundaki çantayı alan kişi de suçun doğrudan failidir. Çünkü kapkaç eyleminin gerçekleşmesinde ikisinin de ortak hâkimiyeti söz konusudur. Aynı şekilde, yol kenarında beklemekte olan mağdurun elindeki cep telefonunu kapıp kaçmayı önceden planlayan ve birisi mağdurun dikkatini dağıtmak için oyalarken diğerinin de elindeki telefonunu alıp kaçan iki kişi de suçun “müşterek doğrudan faili” sayılır.

b- Dolaylı Fail

İslam hukukunda “dolaylı fail”, fer’î şerîk veya müteebbib olarak adlandırılmaktadır.⁶⁵

Cezayı gerektiren bir fiili işleme konusunda başkasıyla ittifak eden, başkasını tahrik ve teşvik eden ve başkasına bu fiil için yardımda bulunan kişi, suça fer’an ve dolaylı olarak iştirak etmiş sayılır. Ayrıca bu kimsenin dolaylı fail sayılması için suça katılmayı (ittifak), tahriki, teşviki (tahrîd) veya yardım etmeyi (iâne) kastetmiş olması gerekmektedir.⁶⁶

Modern hukukta ise dolaylı fail şu şekilde tarif edilmiştir: *“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”*⁶⁷

⁶⁴ Noyan, *age*, s.77; Ok-Keleşoğlu, *age*, s.86.

⁶⁵ Kâsânî, *age*, IX, 275.

⁶⁶ Üdeh, *age*, I, 366; Songur, *agtz*, s.138.

⁶⁷ TCK, 37. maddenin 2. fıkrası.

İslam hukukunda fer'î şerik olarak adlandırılan suç ortağı, görüldüğü üzere modern hukukun kabul etmiş olduğu dolaylı failden farklıdır. İslam hukukunun fer'î iştirak olarak kabul ettiği suç ortaklığı, modern hukukta azmettirmek ve yardımcı olmak şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁸

Günümüz hukukunda dolaylı faillikte arka plandaki kişinin, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmakta olduğu ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulması gerektiği benimsenmiştir. Kusur yeteneği bulunmayanların araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek cezanın artırılmasına gelince, bu durumda dolaylı failin sadece tek bir suç işlemediği, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişileri de istismar ettiği de kabul edilmiştir.⁶⁹

İslam hukukuna göre bir işi yapan bizzat kendisi sorumludur. Ona bu fiili yapmasını emreden kişi, zorlayıcı olmadıkça yapılan fiilden dolayı sorumlu tutulmaz.⁷⁰ Mecelle'de bu hüküm şu şekilde kaideleştirilmiştir: “*Bir filin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.*” (mad. 89)

Bu sebeple İslam hukukunda sorumluluk şahsidir. Örneğin, bir kimsenin; “filanın malını itlaf et” şeklindeki emrini yerine getiren kişi, o malı tazminle sorumlu olur. Emreden kişiye bir şey gerekmez. Çünkü başkasının mülkünde tasarrufta bulunmayı emretmek batıl olup, emreden bu hükmü yok hükmündedir.⁷¹ Bu nedenle İslam hukukçuları emir ve ikrah durumlarını birbirinden ayırmışlardır. İslam hukukunda emir, emredilen kişinin iradesine tesir etmez. Dolayısıyla, o kişi istenilen suçu işleyebilir de işlemeyebilir de. Zorlanan kişi (mükreh) ise böyle değildir. Çünkü ikrah, zorlanan kişinin iradesini etkiler. Mükreh bu durumda ya emredilen şeyi yapacak, ya da tehdit edildiği şeyi kabul edip sabır gösterecektir.⁷²

Suçun işlenmesini emreden kişinin, zorlanan (mükreh) üzerinde herhangi bir nüfuzu varsa, babanın çocukları üzerindeki otoritesi gibi, bu durumda emir, zorlama (ikrâh-ı mülcî) derecesinde düşünülmüş, her hangi bir nüfuzu yoksa o zaman bu durum

⁶⁸ TCK md. 38, 39.

⁶⁹ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.87.

⁷⁰ Üdeh, *age*, II, 22; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, I, 211.

⁷¹ Ali Haydar, *Düreru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1298, I, 102; Yıldırım, Mustafa, *Mecelle'nin Küllî Kaideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İzmir 2001, s.181.

⁷² Üdeh, *age*, I, 368; Zeydan, *Bühûs*, s.142.

basit tahrik (ikrâh-ı gayr-ı mülcî) olarak değerlendirilmiştir. Böyle bir tahrik netice verebileceği gibi vermeyebilir de.⁷³

Aynı şekilde İslam hukukçuları, emredilen kişinin mümeyyiz olup olmaması durumunu da birbirinden ayırmışlardır. Zorlanan kişi gayr-i mümeyyiz ise ve karşı gelmesi de mümkün değilse, her ne kadar suçu bizzat işlese de emreden elinde bir alet olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda emreden kişi, fer'î şerik değil aslî şerik kabul edilmiştir.⁷⁴

Bu bilgiler ışığında şu değerlendirmelerde bulunabiliriz:

Kapkaççılık suçunda suçun icrasını faillerden bizzat isteyen ve fer'î şerik olarak kabul edilen kişi yani dolaylı fail, failer üzerinde herhangi bir şekilde ikrah gücüne sahipse ya da failer gayr-ı mümeyyiz çocuklar ise o zaman suçun asıl failinin (aslî şerikin, modern hukukun tanımıyla dolaylı failinin) suçun işlenilmesini emreden kişi olduğunu söyleyebiliriz.⁷⁵

Yukarıda da değindiğimiz gibi, kaçakçılık suçu günümüzde genelde organize suç örgütleri tarafından işlenmekte ve bu suçlarda çocuklar da kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu suçlarda asıl failer, bu çocukları kullanan kimseler olmaktadır. Hatta bu failerin, küçük çocukları suça zorladıkları ve teşvik ettikleri için, suçun asli cezasından daha ağır bir müeyyideyle cezalandırılmaları, tıpkı modern hukukta olduğu gibi, İslam hukukuna göre de gerekmektedir. Çünkü çocuklarda suçu işleme noktasında bir kusur yeteneği yoktur.

2- Azmettirmek

Kapkaççılık suçunu işleyen fail, biri tarafından azmettirilmiş olabilir. Bu durumda failin işlediği suçla, azmettiren kişinin onu bu suça iten davranışı arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁷⁶

Azmettirmek, aslî maddî failin düşünmediği bir suçu işlemek hususunda onu etkileyerek onda suç işleme niyet ve kararını oluşturmak demektir. Azmettirmede,

⁷³ Kâsânî, *age*, IX, 283; Zeylaî, *age*, VI, 232; Meydânî, *age*, s.667.

⁷⁴ İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed (v.620/1223), *el-Muğnî maa'ş-Şerhi'l-Kebîr*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut ty, IX, 331; eş-Şîrâzî, Ali b. Yusuf el-Fîruzâbâdî (v.476/1083), *el-Mühezzep fi'l-Fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Dâru'l-Fikr, yy ve ty, II, 177.

⁷⁵ İkrâh altındaki suç failinin cezaî sorumluluğu için bk. Üdeh, *age*, I, 574–577; M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 467.

⁷⁶ *Dönmezer-Erman*, *age*, II, 519.

failde azmettirilmeden önce suçu işlemek hususunda bir niyet ve karar bulunmamalıdır.⁷⁷

İslam hukukunda bir suça azmettiren kişi, suçu işleyen asıl fail olmadığı için işlenen suçun cezasıyla cezalandırılmaz. Çünkü önceden takdir edilmiş cezaların yalnızca suçun asli failine verilmesi ve fer'î şerike verilmemesi, yukarıda da değindiğimiz gibi İslam hukukunda genel bir kuraldır.⁷⁸ İştirak sebebi ister anlaşma, ister tahrik ve teşvik, isterse de yardım etmek şeklinde olsun durum değişmez. Fakat azmettirici ta'zir cezasıyla cezalandırılır.⁷⁹

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda ise, "Azmettirme" başlıklı 38. maddede yer alan hükümlerden hareketle, kapkaç suçuna failleri azmettirenler de bu suçun cezasıyla cezalandırılmaktadırlar.

Ayrıca "*Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.*" denilerek, ceza ehliyetini haiz olmayan çocukların bu suçu işlemeleri halinde, şayet azmettirme durumu söz konusu ise azmettirene suçu işleyen failden daha ağır cezanın verileceği belirtilmiştir. Bu durum Türk Ceza Hukukunun izlediği suç politikasından kaynaklanmaktadır. Çünkü bu durumda, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade ettiği kabul edilmiştir.⁸⁰

İslam hukuku açısından kapkaç suçunu işlemeye faili azmettiren kişiye suç failine uygulanan cezanın aynısı uygulanamaz. Çünkü suçu işleyen o değildir. Fakat kendisinin yaptığı hareket ve teşvik de bir suç olduğu için hakim ona ta'zir cezası verebilir.

⁷⁷ Noyan, *age*, s.80.

⁷⁸ Mecelle'de bu kural şu şekilde kaideleşmiştir: "*Mübâşir yani bizzat fail ile mütesebbib müctemi' oldukta hükm ol faille muzaf kılınır.*" md. 90.

⁷⁹ Üdeh, *age*, I, 373.

⁸⁰ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.88.

3- Yardımcı Olmak

İslam ceza hukukunda yardım, daha önce aralarında her hangi bir anlaşma olmaksızın bir kimsenin suç işleyen şahsa suçu kolaylaştırıcı fiillerle katkıda bulunması şeklinde tarif edilmiştir.⁸¹

Önceden suçun işlenmesi konusunda kendisiyle ittifak edilmemiş dahi olsa, suçun işlenmesinde başkasına yardımda bulunan şahıs, suça dolaylı olarak iştirak etmiş sayılır. Örneğin katil veya hırsız için yolu gözetleyen kimse ona yardımda bulunmuş sayılır. Suçlunun çaldığı eşyanın taşınması amacıyla hırsızlık mahallinin dışında bekleyen şahıs, aynı şekilde hırsıza yardımcı olmuş sayılır.⁸²

Modern hukukta ise suça yardım şu şekilde tarif edilmiştir:

“Suçun yapıcı davranışlarına (icra hareketlerine) doğrudan doğruya katılmamakla birlikte, suçun işlenmesi için iş ve vasıta tedarik etmek, suçun işlenmesini kolaylaştıran davranışlarda bulunmak, suç işlenmeden önce suç işleme kararını teşvik etmek, kuvvetlendirmek, talimat vermek veya suç işlendikten sonra yardım için söz vermek, olay yerinde bulunup asli faile destek sağlamak suretiyle eyleme ikinci derecede katılmaktır. Ve bu fer’i iştirak olarak adlandırılmıştır.”⁸³

Malikîler dışındaki İslam hukukçuları, suçu fiilen icra etmediği takdirde yardımcı kişiyi her durumda fer’î şerik saymışlardır. Malikîler ise, failer arasında şayet bir anlaşma varsa yardımcıyı da aslî şerik kabul etmişlerdir.⁸⁴

Yukarıda da ifade edildiği üzere İslam hukuku açısından, herkes bizzat kendi işlediği fiilden dolayı sorumludur. Fakat iştirakle işlenen suçlarda, suçun icrasına bizzat katılan ve suçluyu suç için bir alet olarak kullanan şahıslar da doğrudan fail (asıl iştirakçi) sayılmışlar ve işlenen suçun cezasından aynen fail gibi sorumlu tutulmuşlardır.

B- Teşebbüs

Suçta teşebbüs, fiilin icra hareketlerine başlanmış olmasına rağmen failin elinde olmayan sebeplerle neticenin meydana gelmemesi demektir.⁸⁵

⁸¹ Üdeh, *age*, I, 368.

⁸² Üdeh, *age*, I, 367.

⁸³ Noyan, *age*, s.83.

⁸⁴ Üdeh, *age*, I, 330.

⁸⁵ Songur, *agtz*, s.99.

Kapkaç suçuna teşebbüs mümkündür. İslam hukukunda teşebbüs halinde kalmış suçlar hakkındaki kural, tam suçlarla eksik suçların aynı cezalarla cezalandırılmayacağı ve teşebbüs halinde kalan fiiller hangi tür suç olursa olsun had ve kısas cezasıyla değil ta'zir cezasıyla cezalandırılacağı şeklindedir.⁸⁶ Bu kural Hz Peygamber'in şu hadisine dayanır: *"Had suçu işlemeyene had cezası veren haddi aşan müteceviz sayılır."*⁸⁷

Bu sebeple, nasıl zinaya teşebbüsün cezası recm edilmek, hırsızlığa teşebbüsün cezası elin kesilmesi değilse, kapkaç suçuna teşebbüsün cezası da tamamlanmış bir kapkaç fiilinin cezası olamaz.

İslam hukukunda suçun üç safhada işlendiği kabul edilmiştir. Bunlar: düşünme ve azmetme safhası, hazırlık safhası ve suç icra safhası. Bunlardan düşünme ve azmetme devresi ile hazırlık devresinin suç sayılmayacağı konusunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır. Çünkü suça teşebbüs de olsa, İslam hukukunda bir fiilin cezalandırılabilmesi için onun suç oluşturması gerekir. Suça niyet etmek ve suç vesilelerini hazırlamak ise toplum veya kişilerin haklarına açık bir tecavüz oluşturmamaktadır. Bu sebeple cezalandırılmazlar.⁸⁸

İcraya konulup da tamamlanmamış suçların cezasına gelince, şayet o safhaya kadar yapılan eylemler herhangi bir suç oluşturuyorsa onlar cezalandırılır. Cezası da devlet başkanının tayin edeceği ta'zir cezasıdır. Şayet icra safhasındaki eylemler herhangi bir suç oluşturacak nitelikte değilse, hakim sanığı serbest bırakır.⁸⁹

Modern hukukta teşebbüs hali, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 61 ve 62. maddelerinde eksik teşebbüs ve tam teşebbüs olarak düzenlenmekteydi. Yürürlükteki 5137 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesiyle "eksik teşebbüs-tam teşebbüs" ayrımı terk edilmiş ve şu şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir:

"(1) Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur."

⁸⁶ M. Ebû Zehrâ, *age*, I, 355; Üdeh, *age*, I, 314.

⁸⁷ Buhârî, *Hudûd*, 42; Müslim, *Hudûd*, 40.

⁸⁸ M. Ebû Zehrâ, *age*, I, 354; Üdeh, *age*, I, 346.

⁸⁹ Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum 1977, s.169.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.”

Maddenin birinci fıkrasından da anlaşılacağı üzere suça teşebbüs, failin suçu tamamlamak üzere hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememesidir. Buna göre hakim, suça teşebbüs halinde önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak, daha sonra da bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken de, somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirlenen sınırlar arasında bir ceza belirlenecektir.⁹⁰

Maddede icra hareketlerinin başlangıcıyla ilgili olarak, “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiş olup, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlandığı kabul edilmiştir.⁹¹

Kapkaç suçlarında suçun teşebbüste kalıp kalmadığını tespit için, modern hukukta, taşınır mal üzerindeki sahibinin zilyetliğini ortadan kaldırılması ve o maldaki kullanma hakkının olanaksız duruma getirilmesi esası getirilmiştir. Yani kapkaççılık suçunda fiil, failin mağdur üzerindeki malını çekip aldıktan sonra tamamlanmış sayılır. Herhangi bir sebepten dolayı fail malı mağdurun üzerinden çekip alamazsa, suç teşebbüs halinde kalmış demektir.⁹²

Nitekim kanuna göre kişilerin üzerinden yapılan hırsızlıklarda, malın alınmasıyla failin egemenlik alanına girip sahibinin veya zilyedinin alanından çıkmış olacağından suçun almakla tamamlanmış olacağı ifade edilmiştir.⁹³

İslam hukuku açısından kapkaççılığın, mağdurun elindeki ya da üzerindeki bir malı ondan çekip almakla tamamlanmış olacağını ve failine de bu suçun cezanın uygulanacağını söyleyebiliriz. Suçun, failerin amaçlarına uygun bir şekilde

⁹⁰ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.80.

⁹¹ Noyan, *age*, s. 85.

⁹² Noyan, *age*, s.88; Koca, *agm*, s.193.

⁹³ Noyan, *age*, ay.

gerçekleştirilemediği durumlarda ise, şayet o ana kadar yapılan eylem herhangi bir suç oluşturuyorsa, suçun teşebbüs halinde kaldığını ve faillerine ta'zir cezasının verileceğini, herhangi bir suç oluşturmuyorsa bir şey gerekmeceğini söyleyebiliriz.

Örneğin kaldırırda yürüyen mağdura araba ile yaklaşp elindeki çantayı almak isteyen, fakat mağdurun direnmesiyle çantayı alamadan olay yerinden kaçan kişilere, kapkaççılık suçuna teşebbüsten dolayı ta'zir cezası uygulanır. Çünkü her ne kadar kapkaççılık eylemini gerçekleştiremeseler de, mağdura zarar vermeleri bağımsız bir suç olarak değerlendirilir. Hakim bu gibi kişilere, uygun gördüğü ta'zir cezasını uygulayabilir.

C- Gönüllü Vazgeçme

Planladığı suçun icrasına başlayan sanık, suçu ya tamamlar ya da tamamlayamaz. Bu da, ya yukarıda sözünü ettiğimiz gibi, suçun teşebbüs halinde kalmasıyla, yani herhangi bir engel sebebiyle failin suçu sonuçlandıramamasıyla ya da failin isteyerek suçu işlemekten vazgeçmesiyle gerçekleşir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi de ya pişmanlığın dışında bir sebeple gerçekleşir, örneğin suçlunun yaptığı fiil ile yetinmesi veya herhangi bir endişe dolayısıyla suçu daha uygun bir zamanda işleyeceğini düşünerek o anda vazgeçmesiyle yahut failin yaptığına pişmanlık duyarak tevbe etmesi ve Allah'tan af dilemesiyle olur.⁹⁴

İslam hukukunda suçlu, yukarıda sayılan durumlardan sadece sonuncusu sebebiyle işlediği suçtan dolayı sorumlu olmaz. Şayet pişmanlık duyuncaya dek işlediği fiil herhangi bir suçun kapsamına giriyorsa, fail o suçun sorumluluğunu yüklenir. Çünkü vazgeçmesi tevbe ve pişmanlık sebebiyle değildir.⁹⁵

Tevbe ve pişmanlığın Allah hakkını ihlal eden suçların cezasını düşüreceği, fakat kul hakkını ihlal eden fiillerin cezasını düşürmeyeceği konusunda İslam hukukçuları arasında ittifak vardır.⁹⁶ Mesela mağdurların sadece mallarına el koyan eşkıyaların tevbe etmeleri durumunda, kendilerinden had cezası düşse de aldıkları malları sahiplerine teslim etmekle yükümlüdürler. Şayet hem mal almış hem de mağdurlardan bazısını öldürmüşlerse, yaptıkları tevbeden dolayı üzerlerinden had cezası

⁹⁴ Üdeh, *age*, I, 351; M. Ebû Zehrâ, *age*, I, 364; Behnesî, *age*, I, 396.

⁹⁵ Dalgın, Nihat, *İslam'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, Etüt Yay, Samsun 1999, s.122.

⁹⁶ Dalgın, *age*, s.178.

düşer, fakat öldürülen kişi ya da kişilerin mirasçıları affetmedikçe kısas cezası düşmez.⁹⁷

Aynı şekilde, hırsızlık kastıyla bir eve girip de ceza korkusu sebebiyle hırsızlıktan, yani içerideki malı almaktan vazgeçen kişiye hırsızlık suçunun cezası verilemez, yalnızca eve girmesi (konut dokunulmazlığını ihlal etmesi) sebebiyle ta'zir cezası verilir.⁹⁸

Modern hukuk da İslam hukukundaki gibi, gönüllü vazgeçme halini, suça teşebbüsün aksine, failin başladığı suçtan herhangi bir engel ya da sonuçlandıramama sebebiyle değil, kendi isteğiyle vazgeçmesi halinde kabul eder.⁹⁹

Gönüllü vazgeçmeyle ilgili Türk Ceza Kanunu'nun 36. madde metni şu şekildedir:

“(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticesinin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

Buna göre vazgeçmek, şu üç şekilde fail lehine netice sağlar:

- 1- Suçun icra hareketlerinden vazgeçerse,
- 2- Suçun tamamlanmasını önlerse,
- 3- Neticenin gerçekleşmesini engellerse.

Şayet, suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması halinde, artık gönüllü vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur.¹⁰⁰

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmede ise, gönüllü vazgeçmenin yalnızca vazgeçen hakkında uygulanmasına dair Türk Ceza Kanunu'nun 41. maddesi düzenleme getirmiştir. Gönüllü vazgeçenin vazgeçme anına kadarki fiilleri bağımsız bir suç oluşturuyorsa, iştirakçi sadece o suçtan dolayı sorumlu tutulur.¹⁰¹

⁹⁷ Üdeh, *age*, I, 317; M. Ebû Zehrâ, *age*, I, 370.

⁹⁸ Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl (v.483/1090), *Kitâbü'l-Mebsût*, Dâru'l-Kütübi'l-'İlmiyye, Beyrut 2001, IX, 147; Kâsânî, *age*, VII, 238; M. Ebû Zehra, *age*, I, 365.

⁹⁹ Noyan, *age*, s.97.

¹⁰⁰ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.84.

¹⁰¹ Noyan, *age*, s.98.

Bu bilgiler ışığında İslam hukukuna göre, kapkaççılık suçunda gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu, fakat bu vazgeçmenin kendi rızasıyla olması ve sonucunda failin tevbe edip Allah'tan bağışlama dilemesi şeklinde olması şartıyla kabul edilebileceği söylenebilir.

Örneğin, yolda giden bir kadının çantasını kolundan çekip almaya çalışan motosikletli iki kişiden arkada bulunan ve kadının çantasını çekecek olan suç ortağı, kadına yaklaştıktan sonra bu fiili işlemekten vazgeçse, fakat bu haldeyken kadına da çarpıp onu yere düşürse kapkaç suçunun cezasıyla değil, kadına verdiği zarardan dolayı cezalandırılır. Bu sebeple kendisine ta'zir uygulanır.

Kapkaç suçları genelde hızlı ve el çabukluğuyla işlendiği için, hırsızlık ve yol kesme suçlarında olduğu gibi pişmanlıktan dolayı bu suçtan vazgeçmenin pratikte mümkün olmayacağı söylenebilir. Fakat bu durum, böyle bir şeyin hiç gerçekleşmeyeceği anlamına da gelmez. Şayet suç fiilini icraya başlamadan önce fail kapkaç suçunu işlemekten vazgeçecek olsa, fiil niyet aşamasında kalacağı için her hangi bir hukuki sorumluluk da doğurmayacaktır.

D- İctima (Tedâhül)

Suçların bir araya gelmesi, bir şahsın birden fazla suç işlemesi haline “*ictimâ-ı cerâim*” (suçların içtimaı) denir.¹⁰²

İslam hukukunda içtima müessesesi daha çok “tedâhül” kavramıyla ifade edilmiştir.¹⁰³ Sözlük anlamı itibariyle tedâhül, iki ya da daha fazla şeyin birbiri içine girmesi, karışma gibi anlamlara gelir.¹⁰⁴ İslam hukuku açısından ise, birden fazla suçun işlenmesi halinde, bu suçlar için belirlenmiş olan yaptırımların birbiri içerisine girerek tek bir cezanın infaz edilmesi halidir. Tedâhül teorisinin esası; sebep, hüküm ve amaç birliği bulunan çok sayıda suç karşılığı, faile sadece tek bir cezanın uygulanmasından ibarettir.¹⁰⁵

Prensip itibariyle, kanuni tarife uygun olarak gerçekleştirilen her netice ayrı ve bağımsız bir suç oluşturur ve fail suç sayılan hareketiyle ne kadar netice meydana

¹⁰² Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay, İstanbul 1998, s.177.

¹⁰³ Erturhan, Sabri, *İslam Ceza Hukukunda İctima*, Rağbet Yay, İstanbul 2003, s.28,70.

¹⁰⁴ Devellioğlu, *age*, s.1052; Erdoğan, *age*, s.444.

¹⁰⁵ Üdeh, *age*, I, 747; Erturhan, *age*, s.207.

getirmişse o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden ayrı ve bağımsız cezalara çarptırılır.¹⁰⁶ İslam hukuku açısından asıl olan, her suç karşılığı mutlaka müstakil bir cezanın uygulanması olmasına rağmen, İslam hukukçuları içtimanın yerleşik kural olan kıyastan bir istisna olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁰⁷

Ceza hukuku açısından, suçların içtimai ve cezaların içtimai olmak üzere iki ayrı birleşme durumu vardır. Suçların birleşmesi suç teorisini, cezaların birleşmesi de ceza bahsini ilgilendiren bir konudur.¹⁰⁸

Suçların içtimai, fikrî içtima, müteselsil suçlar ve görünüşte içtima şeklinde üç kısma ayrılmaktadır.¹⁰⁹ Cezaların içtimainda ise üç sistem vardır:

1- Toplama sistemi, yani suçların cezalarının ayrı ayrı toplanarak hepsinin çektirilmesi sistemi. Bu sistemin kusurlu yanı cezalarda aşırıya gitmesidir.

2- Yutma (erime) sistemi, en ağır cezanın uygulanmasıyla yetinilmesi sistemi. Bu sistem de cezalarda hafifliğe ve yumuşaklığa sebep olduğu için kusurlu görülmüştür.

3- Hukukî içtima sistemi ya da karma sistem. Bu da en ağır olan cezaya diğer cezalardan kanunun tayin ettiği bir nispet miktarınca eklenmesi şeklinde gerçekleştirilir.¹¹⁰

İslam hukuku, cezaların içtimainı tedâhul ve erime nazariyesine göre ele almış ve hak taksimini (Allah-toplum hakkı, kul hakkı, her ikisinin de bulunduğu hak) esas alarak belirlemiştir. Örneğin kısas, diyet vb suçlarda genellikle içtima kabul edilmemiş ve içtima halinde, kul hakkına taalluk eden cezaların infazına öncelik verilmesi konusunda da ittifak edilmiştir.¹¹¹

Şöyle ki, suçlu aynı suçu birkaç defa işleyecek olsa cezalar birbirine karışır ve suçlu sanki bir tek suç işlemiş gibi hakkında yalnız bir ceza uygulanır. Aynı şekilde suçlu farklı farklı suçları işlemiş olsa ve bu suçların hepsine verilecek olan ceza aynı menfaati koruma amacına yönelik bulunsa yine hepsine birden bir tek ceza verilir.¹¹²

¹⁰⁶ *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, II, 373.

¹⁰⁷ Erturhan, *age*, s.29.

¹⁰⁸ *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, II, 374.

¹⁰⁹ Erturhan, *age*, s.30.

¹¹⁰ Üdeh, *age*, II, 297; Erturhan, *age*, s.54-59.

¹¹¹ Şafak, *age*, s.168; Erturhan, *age*, s.207.

¹¹² M.Ebû Zehrâ, *age*, II, 269; Behnesî, *age*, I, 274.

İçtima eden suçlar farklı iseler, cezaları da bir maksatta birleşmiyorsa örneğin, zina, kısas, rüşvet suçlarının hepsini birden işleyen kimsede olduğu gibi, böyle durumlarda cezalar tedâhül etmez. Her bir suçun cezası ayrı ayrı verilir.¹¹³

İslam hukukunda erime sistemi sadece ölüm cezalarında tatbik edilir. Ölüm cezasının tatbikiyle diğer cezaların uygulanması mümkün olamayacağı için ölüm diğer cezaları eriten tek cezadır. Fakat İmam Şafii erime sistemini kabul etmez. Suçluya diğer cezalar tatbik edildikten sonra öldürüleceğini savunur.¹¹⁴

Cezaların içtimai ile tekerrürü arasında fark vardır. İçtimâda suçlu, kendisi hakkında hüküm verilmeden önce birçok cürüm işler, bu sebeple de kendisine bir tek ceza verilir. Çünkü suçluya ceza vermede asıl maksat, onu ıslah etmek ve benzeri bir suç başkalarının da işlemesinin önüne geçmektir. Bu da suçların tedâhülü durumunda cezaların da tedâhülü sistemi ile gerçekleşmiş olur.¹¹⁵ Tekerrür ise, suçluya bir suçtan dolayı ceza verildikten sonra ikinci bir suç işlemesi durumunda söz konusu olur.¹¹⁶

Örneğin, kendisine had cezası uygulanmadan önce birden fazla hırsızlık suçu işleyen sanığa sadece bir el kesme cezası uygulanır. Pek çok defa içki içen kişiye ya da zina suçunu işleyen kimseye de bir had uygulanır. Yine bir kişi üst üste birkaç kez eşkiyalık suçunu işleyecek olsa, kendisine bir tek ceza uygulanır.¹¹⁷

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda suçların içtimâna ilişkin hükümler, 42, 43 ve 44. maddelerde düzenlenmiştir. 42. maddede “bileşik (mürekkep) suç”, 43. maddede “zincirleme (müteselsil) suç”, 44. maddede de “fikri içtima” hakkında hükümler yer almaktadır.¹¹⁸

Kapkaç suçu, had ve kısas cezasını gerektiren suçlar kapsamına girmediği için, birden çok kapkaç suçunun içtimai hali, ta'zir grubuna giren cezaların içtimai kapsamında değerlendirilecektir.

Ta'zir cezalarının içtimai konusunda İslam hukukçuları arasında temel iki yaklaşım bulunmaktadır. Birincisi Hanefî mezhebi hukukçularının yaklaşımıdır ki,

¹¹³ M. Ebû Zehrâ, *age*, ay; Behnesî, *age*, I, 278.

¹¹⁴ Üdeh, *age*, II, 299; Behnesî, *age*, I, 280.

¹¹⁵ Serahsî, *age*, IX, 199; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VII, 467; İbn Kudâme, *age*, X, 268.

¹¹⁶ Güleç, Hasan, “İslam Hukukunda Suçta Tekerrür”, DEÜİFD, İzmir 1989, sy.5, s.251; Erturhan, Sabri, *İslam Ceza Hukukunda Tekerrür*, Dilek Matbaacılık, Sivas 2001, s.7.

¹¹⁷ Mâlik, *Hudûd*, 30; Kâsânî, *age*, IX, 343.

¹¹⁸ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.93, 96.

bunlar Allah hakkı kapsamına giren ta'zir cezalarının içtimainı mümkün görürken, kul hakkı kapsamına girenlerde tedâhül sisteminin uygulanmayacağını ve bu fiillerin tamamının cezasının tatbik edileceğini söylerler.¹¹⁹ Örneğin, Ramazan ayında kasten, birden fazla oruç bozan kişiye sadece bir tek ta'zir cezasının uygulanacağı, fakat birden fazla gerçekleştirilen sövme suçunda faile her bir sövmeye (şetm) karşılık ayrı ayrı ta'zir cezası uygulanması gerektiği görüşündedirler.¹²⁰

İkinci yaklaşım ise Hanbelîlere aittir. Hanbelî mezhebi hukukçuları, gerek aynı gerek farklı türden olsun, gerek kul gerekse kamu hakkına taalluk eden ta'zir cezalarının tedâhül edeceğini söylerler. Örneğin, ister bir kişiye isterse bir topluluğa karşı söven kişiye hakim sadece bir ta'zir cezası uygular. Çünkü ta'zir cezasıyla ulaşılmak istenen hedef suçlunun uslandırılmasıdır, bu da bir infazla mümkündür.¹²¹

Bu ikili taksimde Hanefîlerin görüşü, kul hakkının korunması açısından daha isabetli gözükmektedir.

Kapkaç suçu ise genelde kamu hakkının galip geldiği bir suçtur. Failin mağdura kastı aşan bir hareket sonucunda zarar verme durumunda ise, kul hakkı da çiğnenmiş olacaktır. Örneğin, motosikletle yolda yürüyen bir kadının omzundaki çantayı almak isterken ona çarpan failler, işlemek istedikleri kapkaç fiili nedeniyle kamu hakkını, mağdura verdikleri zarar sebebiyle de kul hakkını çiğnenmiş olurlar.

Bu değerlendirmeler ışığında, suç esnasında kul hakkının da ihlal edildiği kapkaç suçlarının içtima etmeyeceğini, normal hallerde ise cezanın tedâhül edeceğini söyleyebiliriz.

VI- SUÇUN KOVUŞTURULMASI

Suçun kovuşturulması ve takibi meselesi genel ceza hukukunun konusudur. İslam hukukunda, klasik fıkıh kitaplarında ceza hukukunun genel hükümleri ayrı bir başlık halinde incelenmemiş, daha ziyade cinâyât, hudûd, ta'zir, diyât ve keffârât bölümlerinde yeri geldikçe değinilmiştir.¹²² Bu sebeple biz de genel ceza hukukunun bir

¹¹⁹ Kâsânî, *age*, IX, 274; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, I-VIII, İstanbul 1970, III, 328.

¹²⁰ Mâverdî, *age*, s.295; İbn Âbidîn, *age*, VI, 123.

¹²¹ M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 271; Erturhan, *age*, s.186.

¹²² Erturhan, *age*, s.20.

konusu olan suçun kovuşturulması bahsini, genel kısma giren diğer ilkelerde yaptığımız gibi, modern ceza hukukuyla mukayeseli olarak ele alacağız ve kapkaç suçlarında suçun nasıl takip edilip karara bağlanacağını açıklamaya çalışacağız.

A- Şikayet

Türk Ceza Kanunu kapkaççılığı hırsızlık kapsamında değerlendirdiği için, basit ve nitelikli hırsızlığın hükümlerini içeren 141 ve 142. maddelerde geçen her bir suçun kovuşturulmasının şikâyete gerek olmadan kendiliğinden yapılabileceğini söylemiştir. Hakkında kovuşturma yapılabilmesi mağdurun şikayetine bağlı olan suçlar ise “*paydaş ve elbirliği ile malik olunan mal üzerindeki hırsızlık suçları ve hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla hırsızlık suçları*” ile kanunun 167. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen, akrabalara karşı işlenen hırsızlık suçlarıdır. Aynı şekilde yağma suçları da şikayete ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden soruşturulur ve kovuşturulur.¹²³

İslam hukukunda ise hırsızlık suçunun klasik literatürde hadd suçları kapsamında değerlendirilmesi ve kamu hakkıyla alakalı bir suç olarak nitelendirilmesi, kural olarak bu suçun takibinin şikayete bağlı olmasını ve suçlunun da kamu adına yargılanmasını gerektirir.¹²⁴

Ancak sonuç itibariyle hırsızlık suçu bir şahsın malına karşı işlendiğinden, Malikî mezhebi dışında kalan İslam hukukçularının çoğunluğu bu suçun yargılanmasını, malı çalınan veya hakkı ihlal edilen kişinin davacı olmasına bağlamayı tercih etmişlerdir.¹²⁵ Hırsızlık suçuyla ilgili yargılamaya başlanabilmesi için dava açmaya yetkili olan kişi, Ebû Hanife’ye göre haklı zilyettir (yani malda yed-i sahihası bulunan kişidir). Bunlar da çalınan malın sahibi veya emanet, rehin ya da ödünç şeklinde akde dayalı bir ilişki sonucu malı elinde bulunduran kişilerdir. Bu hususta diğer Hanefî mezhebi imamları da aynı görüştedirler.¹²⁶

Şafii mezhebine göre dava açmaya, sadece mal sahibi ya da onun vekili durumunda olan kişinin hakkı vardır. Rehin alan veya o malı kiralayan kişinin dava

¹²³ Noyan, *age*, s.107.

¹²⁴ Kâsânî, *age*, IX, 333; Zeylaî, *age*, IV, 52; Dâmâd, Şeyhzâde Abdullah b. Muhammed b. Süleyman (v.1078/1667), *Mecmaü'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Matbaayı-ı Âmire, İstanbul 1316, I, 624; İbn Âbidîn, *age*, VI, 174.

¹²⁵ Bardakoğlu, “*Hırsızlık*”, DİA, İstanbul 1998, XVII, 389.

¹²⁶ es-Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed (v.538/1144), *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1405/1984, III, 155; Kâsânî, *age*, VII, 81; Bilmen, *age*, III, 281.

açmaya hakkı yoktur.¹²⁷ İmam Malik ise suçun takibini kamu davası niteliğinde gördüğünden, dava açma hakkının sadece malı çalınan ya da hakkı ihlal edilen kişiyle sınırlandırılmasını uygun görmemiştir. Hanbelî mezhebinde ise bu konuda biri Malikî diğeri de Şafîî mezhebi doğrultusunda iki görüş mevcuttur.¹²⁸

Bu görüşlerden anlaşılan şu ki, fakihlerin çoğunluğu hırsızlık suçunun cezasının suçluya uygulanabilmesi için mağdur şahsın davacı olmasını şart koşmuşlardır. Bu görüş, onların el kesme cezasının tatbikini sıkı şartlara bağlama ve cezanın uygulama alanını imkan ölçüsünde daraltma temayülüyle alakalıdır.¹²⁹

Kapkaçılık suçu, her ne kadar bazı hallerde kul hakkını ilgilendiren bir suç olsa da, tıpkı hırsızlık suçunda olduğu gibi içerisinde kamu hakkının galip olduğu bir suçtur. Bu nedenle tıpkı hırsızlık suçlarında olduğu gibi suçun takibi şikayete bağlı olmalıdır. Şikayet hakkının da sadece mağdur olan şahsa değil, İmam Malik'in görüşünde belirttiğimiz gibi, kamuya ait olması daha doğrudur. Çünkü bu suçtan mağdur ne kadar zarar görmekteyse kamunun vicdanı da o nispette zarar görmektedir. Dolayısıyla kamu adına her bir ferдин dava açma hakkı mevcut olmalıdır.

Nitekim Osmanlı ceza hukukunda, bazı dönemlerde hırsızlık suçunu görüp bilen herkesin ihbar yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmiş, suçtan haberdar olup da ihbar etmeyenlere ta'zir cezasının uygulanacağı bildirilmiştir. Fatih Kanunnamesi, Birinci fasıl, 12. maddeye göre: "...uğruluğu bilip, gelip demese 15 akçe cürm alına", II. Bayezid Kanunu 10. maddeye göre "...zinayı bilip ihbar etmese cürm yok, uğruluğu bilip demese 10 akçe cürm alına"¹³⁰ denilerek, hırsızlık suçundan haberdar olanların bu suçu mahkemeye taşıma zorunlulukları bulunduğu hükme bağlanmıştır.¹³¹

B- Dava Zamanaşımı

İslam hukukunda tekâdüm-i ahd, tekâdüm-i zemân olarak adlandırılan dava zamaşımı (mürûr-ı zaman), bir olaydan sonra takibat yapılmaksızın belirli bir vaktin

¹²⁷ eş-Şafîî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs (v.204/819), *el-Ümm*, Dâru'l-Ma'rife, Lübnan 1973, VI, 141.

¹²⁸ Sehnûn, İbn Saîd (v.252/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ li'l-İmâm Mâlik b. Enes*, Dâru Sâdır, Mısır 1323, VI, 266.

¹²⁹ İbn Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid (v.861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, Matbaatü Mustafa Muhammed, Kahire 1319, IV, 252.

¹³⁰ Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yay, İstanbul 1992, IV, 267.

¹³¹ Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkubbe Yay, İstanbul 2004, s.259.

geçmesi demektir. Zamanaşımı, hakkın kendisini değil sadece dava edilmesi hakkını düşürür.¹³²

Türk Ceza Kanununda dava zamaşımının belirlenmesinde 66. maddedeki hükümler dikkate alınmaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasının “d” ve “e” bentlerinin metni şu şekildedir:

“(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası,

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl,

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer.”

Aynı maddenin ikinci fıkrası da şu şekildedir:

“(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.”

“Kapkaç suretiyle işlenen hırsızlık suçu” da nitelikli hırsızlık kapsamında değerlendirildiği ve bu suçu işleyenlere üç yıldan yedi yıla kadar, aynı suçun “*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır*” hükmüne göre, kapkaç suçlarında Türk Ceza Kanunu’na göre dava zamaşımının suçun işlenmesine göre sekiz yıl ya da on beş yıl olduğunu söyleyebiliriz.

İslam hukukunda, hırsızlık suçlarında zaman aşımının etkili olup olmayacağı, müçtehitler arasında ihtilafli bir konudur. Hanefiler’e göre şahitliğin kabul edilebilmesi için suçun işlenmesinin üzerinden uzun bir sürenin geçmemiş olması şarttır. Fakat bu süre belirli bir zaman ile sınırlandırılmamış ve hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hanefilerin bu görüşü, suçun üzerinden geçen sürenin suçun ispatı konusunda bir şüphe doğuracağı endişesinden kaynaklanmaktadır.¹³³ Ancak buradaki tanıklığın düşmesi had cezalarına nispetlidir. Aynı şahitlikle sanığa ta‘zir cezası verilir ve çaldığı malın

¹³² Behnesî, *age*, I, 390; Erdoğan, *age*, s.449.

¹³³ M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 223; Behnesî, *age*, I, 390; Bardakoğlu, *agmd*, s.389.

kıymeti de kendisine tazmin ettirilir. Diğer mezhep hukukçuları ise zaman aşımının ceza davalarındaki şahitlik üzerinde bir etkisinin olmadığı görüşündedirler.¹³⁴

Kapkaççılık suçu, had gurubuna giren suçlardan olmadığı, Hz Peygamber'in, "Had cezalarını şüpheler sebebiyle düşürünüz"¹³⁵ hadisinin de kapsamına girmeyeceğinden dolayı, zaman aşımının dava açılmasında herhangi bir etkisi olmayacağı söylenebilir. Üstelik cumhura göre dava zamanaşımı, yukarıda da değindiğimiz üzere, had cezaları sebebiyle bile olsa ceza davalarının açılmasında söz konusu değildir.

VII- CEZAYI AĞIRLAŞTIRICI NEDENLER

A- Suçun Geceleyin İşlenmesi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 492. madde 1. fıkrasının 1 sayılı bendindeki geceleyin bina veya eklentisinden yapılan hırsızlık suçu, 5237 sayılı Ceza Kanununun 143. maddesinde ayrı bir maddede ve bina eklentisi sınırlaması kaldırılarak hırsızlık suçlarının tümüne etki eden cezayı artırıcı bir sebep (nitelikli hal) olarak düzenlenmiştir.¹³⁶

Maddenin metni şöyledir: "Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar artırılır."

Yürürlükteki Ceza Kanunu daha önce de değindiğimiz gibi kapkaççılık eylemini hırsızlığın nitelikli hali olarak yorumlamıştır. Bu sebeple geceleyin kapkaç suretiyle işlenen hırsızlık suçlarına Türk Ceza Kanununa göre üçte bir oranında ziyadeli ceza verilmektedir. Çünkü hırsızlık fiilinin geceleyin işlenmesini, kanun nitelikli hal olarak ele almıştır.

Kanun 6/1-e maddesinde, gece vaktinin güneşin batmasından bir saat sonra başlayacağını ve güneşin doğmasından bir saat öncesine kadar devam edeceğini söylemiştir. Suçun gece sayılan zaman diliminde işlenip işlenmediği araştırılıp saptanmadan uygulama yapılması da yasaya aykırı kabul edilmiştir.¹³⁷

¹³⁴ Üdeh, *age*, II, 612; Behnesî, *age*, I, 388.

¹³⁵ İbn Mâce, *Hudûd*, 5.

¹³⁶ Noyan, *age*, s.258.

¹³⁷ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.25.

İslam hukukunda da suçun gece yarısı işlenmesi ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. Örneğin Hanefî mezhebi hukukçularından Ebu Yusuf, gündüz vakti şehir içinde silahla ve zorla işlenen hırsızlık eylemini eşkıyalık kapsamında değerlendirmiştir. Fakat geceleyin işlenen eşkıyalık suçlarında, failler ister silahlı olsun ister olmasın, bu suçların da eşkıyalık olarak değerlendirileceğini ifade etmiştir. Sonraki dönem Hanefî fakihleri arasında da Ebu Yusuf'un bu görüşü kabul edilmiştir.¹³⁸

Biz de Ebu Yusuf'un bu görüşünden hareketle, geceleyin işlenen kapkaççılık suçlarına daha ağır bir müeyyidenin uygulanacağını söyleyebiliriz. Çünkü gece vakti insanları daha korumasız bir hale getirir. İnsanların özellikle gece vaktinde güvenli bir ortama daha fazla ihtiyaçları vardır. Kişi تنها bir sokakta yalnızdır ve yardım isteme imkânından gündüz vaktine göre daha mahrumdur. Bütün bu etkenler, suç işleme kastı olanların gece vaktini tercih etmelerindeki önemli etkenlerdir. Bu sebeple geceleyin işlenen kapkaç eylemlerine daha ağır bir müeyyidenin uygulanmasının, suç işleme eğiliminde olanlara karşı önleyici bir tedbir olacağını söyleyebiliriz.

B- Mağduru Yaralamak Suretiyle İşlenmesi

Türk Ceza Kanununda, mağduru yaralamak ya da zarar vermek şeklinde işlenen hırsızlık cürmüne verilecek cezadan bahsedilmemiş, buna mukabil yağma suçunda bazı şartlarla mağdurun yaralanmasının yağma cürmünün cezasının artırılmasında etkili olacağı belirtilmiştir.¹³⁹

Yağma suçunun meydana gelmesi için, cebrin yaralama boyutuna ulaşmış olması gerekmez. Aynı şekilde fail yağma suçunu işlerken, Türk Ceza Kanunu'nun "Kasten Yaralama" başlıklı 86. maddede yer alan yaralamalardan biri meydana geldiğinde fail sadece yağma suçunun cezasıyla cezalandırılır. 86. maddenin metni şu şekildedir:

"(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

¹³⁸ Bilmen, *age*, III, 298; Bardakoğlu, "Eşkîya", DİA, İstanbul 1995, XI, 464.

¹³⁹ Noyan, *age*, s.376.

b) *Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*

c) *Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,*

d) *Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*

e) *Silahla,*

işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(2) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikayeti üzerinde, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

Yağma suçunun işlenmesi sırasında yürürlükteki Türk Ceza Kanununun “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” başlıklı 87. maddesinde belirlenen şekillerde bir yaralama meydana geldiğinde ise, sanığa yağma suçu yanında ayrıca anılan madde uygulanarak da ceza tayin edileceği belirtilmiştir.¹⁴⁰

Maddenin tam metni şu şekildedir:

“(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) *Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,*

b) *Konuşmasında sürekli zorluğa,*

c) *Yüzünde sabit ize,*

d) *Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,*

e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,*

neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya firen hallerde beş yıldan az olamaz.

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) *İyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,*

b) *Duyulardan veya organlardan birisinin işlevini yitirmesine,*

c) *Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,*

d) *Yüzünün sürekli değişikliğine,*

e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,*

¹⁴⁰ Noyan, *age*, s.380.

neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Kasten yaralama sonucunda, ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”¹⁴¹

Türk Ceza Hukukuna göre mağdura herhangi bir şiddet ya da cebir uygulandığında kapkaç (hırsızlığın nitelikli hali) yağma eylemine dönüşeceğinden dolayı, mağduru yaralamak suretiyle işlenen kapkaççılık da yağma kapsamında değerlendirilecektir. Bu sebeple, böyle bir suç durumunda, yukarıda metinlerini aynen aktardığımız 86 ve 87. maddelerin hükümleri uygulanacaktır.

Fakat burada yağma cürümüyle kapkaççılık suçunun sınırlarını iyi belirlemek gerekmektedir. Yağma suçunda, hukuki konuları birbirinden farklı iki suç (cebir kullanma ve hırsızlık) birleşerek, bu iki suçtan bağımsız ayrı bir cürüm oluşturmaktadırlar. Yağma suçu, hem kişi özgürlüğünü, hem de zilyetliği aynı anda tahdit eden bir cürüm olmaktadır. Dolayısıyla bir eylemin yağma suçunu oluşturabilmesi için, her iki hukuki değer de saldırıya uğraması gerekmektedir.¹⁴²

Cebir, şiddet veya tehdit, kişinin irade oluşturma, iradi karar verme veya hareket etme özgürlüğüne yönelik bir tecavüz oluşturur. Şayet kapkaççılık şeklindeki almada irade özgürlüğü değeri saldırıya uğramamışsa eylemi yağma olarak kabul etmek mümkün değildir. Genelde kapkaççılık suçunda kişinin özgürlüğüne yönelik bir saldırı söz konusu değildir. Failin hedefi mağdurun zilyetliğinde bulunan malıdır.¹⁴³

İşte cebir ve şiddet kavramının yağma cürümünde taşıdığı ve yukarıda belirtilen anlamı dikkate alındığında, bir kimsenin elindeki bir eşyanın ani olarak çekilip alınmasının yağma cürümünü oluşturmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Her ne kadar bir kimsenin elindeki bir şeyi ani olarak çekip almada eşyaya değil, kişiye yönelik bir

¹⁴¹ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.173, 176.

¹⁴² Koca, *agm*, 178.

¹⁴³ Köksaldı, *agtz*, s.107.

saldırı bulunuyorsa da, bu saldırı cebir ve şiddet niteliğinde değildir ve bu tür bir eylem yağma suçunu oluşturmaz.¹⁴⁴

İslam hukukunda ise, suça teşebbüs konusunu işlerken değindiğimiz üzere, suçların ayrılığı prensibi esas alındığı için, şayet suçun unsurlarının dışında bir saldırı, cebir kullanma, yaralama, sakat bırakma ya da ölüme sebep olma gibi mağdura herhangi bir zarar verilecek olsa, failin kastını da göz önünde bulundurarak, bu durumda faile kısas, diyet veya ta‘zir nevinden kapkaççılık suçunun cezasından ayrı bir ceza daha uygulanır.¹⁴⁵

Şayet fail mağduru, üzerindeki eşyasını vermediği için bilerek yaralayacak olursa, o zaman suç fiili kapkaççılıktan gasp suçuna dönüşecektir. Şehir merkezlerinde işlenen gasp suçlarının, İslam hukuku açısından eşkıyalık suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ise tezimizin ileriki bölümlerinde ayrı bir başlık halinde inceleyeceğiz.

C- Suçta Tekerrür Hali

Bir kimsenin işlediği bir suç sebebiyle cezalandırılmasına ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suç işlemesine tekerrür denir.¹⁴⁶

Failin mahkum olduktan sonra tekrar suç işlemiş olması, ilk suçundan dolayı ceza mahkumiyeti almış olmasının onu uslandırmamış ve suç işlemekten alıkoymamış olduğunu gösterir. Bu sebeple de yeni işlediği suçun cezasının ağırlaştırılması gerekir. Tekerrür bütün suçlarda genel ağırlaştırıcı bir sebeptir.¹⁴⁷

Klasik fıkıh kitaplarında genel bir ceza teorisi müstakil olarak ele alınmadığı için, suçların tekerrürünün cezalara etkisini her suçun alt başlığında bulmak mümkündür. İslam hukukunda ilk zamanlardan beri tekerrür sebebiyle cezanın ağırlaştırılmış olması örnekleri, tekerrür teorisinin varlığına delalet etmektedir.¹⁴⁸

Kasten adam öldürme suçunda, öldürmekle meşhur olmuş birinin mağdurun yakınları affetmiş olsa bile, cezanın o kişiden düşmeyeceği, kamu yararı için ta‘zir edileceği, hatta bu ta‘zir cezasıyla failin idamına bile hükmedilebileceğini savunan

¹⁴⁴ Koca, *agm*, s.179.

¹⁴⁵ Üdeh, *age*, I, 350.

¹⁴⁶ Güleç, *agm*, s.251; Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda Tekerrür*, s.7.

¹⁴⁷ M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 280; Erturhan, *age*, s.8.

¹⁴⁸ Behnesî, *age*, IV, 78; Erturhan, *age*, s.35.

fakihler vardır.¹⁴⁹ Osmanlı uygulamasında kasten adam öldürme suçunda tekerrür veya itiyad hali “sâi bi'l-fesâd” olarak değerlendirilip siyaseten katli cezası verildiğine dair örnekler vardır.¹⁵⁰

Hırsızlık suçunda da, suç ikinci kez işleyen kimsenin sol ayağının kesileceği hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği mevcuttur. Failin kesilmiş olan elinin yanında suçu ikinci kez işlediğinde ayağının kesilmiş olması, bu suçun ağırlaştırılmış hali olarak düşünülebilir. Çünkü bu durumda failin göreceği zarar, daha ağır ve daha çoktur. Bazı İslam hukukçuları, kötülüğü meşhur ve fesadı çok olan hırsızın siyaseten ölüme mahkum edilmesi gerektiğini söylemişlerdir.¹⁵¹

Osmanlı'da da tekerrür ağırlaştırıcı bir sebep olarak görülmüş, birkaz kez de olsa hırsızlığı sabit olanın siyaseten katli emredilmiştir. Aynı şekilde şer'î hukuka göre idam cezası gerektirmeyen bir kısım suçları itiyat edinenlerin (âdet-i müstemirresi olanların) sâi bi'l-fesâd sayılarak idam edilecekleri belirtilmiştir.¹⁵²

Modern hukukta ise mükerrirler hakkında yürürlükteki Ceza Kanununun 58. maddesindeki tekerrür hükümleri uygulanmaktadır. Kanunun “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar” başlıklı 58. maddesi şu hükümleri içermektedir:

“(1) Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

(2) Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b) Beş yıl veya daha uzun süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl,

geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

(3) Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur.”

¹⁴⁹ M. Ebû Zehra, *age*, II, 526; İbn Âbidîn, *age*, VI, 110.

¹⁵⁰ Avcı, *age*, s.78.

¹⁵¹ Serahsî, *age*, IX, 166; Zeylaî, *age*, III, 223-225; İbn Âbidîn, *age*, VI, 169.

¹⁵² Avcı, *age*, s.256; Menekşe, Ömer, *XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası*, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, s.112.

“(5) Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.

(6) Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrirler hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır”

Sanığın mükerrir olup olmadığı, adli sicil kaydının ve varsa önceki mahkûmiyetlerine ilişkin kararların getirilip incelenmesiyle tespit edilmesi gerekir.¹⁵³

Tüm bu verilenler ışığında, kapkaççılık suçlarında da tekerrürün geçerli olduğu, fail hakkında önceden bu suçtan dolayı her hangi bir sicil kaydı var ise, önceden verilmiş olan cezanın suçun failini ıslah etmede yetersiz kaldığı düşünülerek, daha ağır bir müeyyidenin uygulanmasına karar verilebilir.

Günümüzde de kapkaççılığın örgütlü bir şekilde ve bir takım gruplar veya çeteler tarafında organize edildiği düşünüldüğünde, kapkaç suçlarında tekerrürün suçun cezasının ağırlaştırılmasında öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiğini söyleyebiliriz.

¹⁵³ Noyan, *age*, s.325.

İKİNCİ BÖLÜM
KAPKAÇ BENZERİ SUÇLAR

I- KAPKAÇ VE HIRSIZLIK ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

A- Tanım ve Mahiyet Açısından

Arapçada “*sirkat*” ve “*serika*” kelimeleriyle ifade edilen hırsızlık terimi; “*başkasına ait bir malı gizlice alma ve çalma*” manasında olup, Kur’an’da da bu anlam çerçevesinde mecazi bir kullanım olarak “*istirâku’s-sem’a*”¹ yani “başkasının konuştuğunu gizlice dinleme” manasında geçer.² Yine aynı şekilde Arap dilinde “kaçamak bakış”; “*müsârakatu’n-nazar*” (bakış hırsızlığı) olarak ifade edilir.³ Hadislerde de namazın rükün ve şartlarının eksik olarak yapılması, “namazdan hırsızlık” olarak ifade edilmiştir.⁴

Hukukî bir terim olarak hırsızlığın İslam hukukundaki tarifi kısaca şu şekilde yapılmıştır: “*Başkasına ait bir malın mülk edinme kastıyla muhafaza edildiği yerden gizlice alınmasıdır.*”⁵ Klasik fıkıh literatüründe tanımla ilgili olarak yer verilen “*cezaî ehliyeti haiz olan kimsenin, nisap miktarı mütekavvim bir malı, mülkiyet şüphesi bulunmaksızın kendi isteğiyle alması*” gibi ilave kayıtların, suçun oluşması için aranan şartların tanıma dahil edilme çabasından kaynaklandığı söylenebilir.⁶

Bu tanımdan hareketle İslam hukuku açısından hırsızlık suçunun unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Failin ceza ehliyetine sahip olması, malın başkasına ait olması, malın nisap miktarına ulaşmış olması, malın mütekavvim (hukukça korunmaya değer) ve çabuk bozulmayan mallardan olması, failin çaldığı malda mülkiyet şüphesinin bulunmaması, malın koruma altında (muhrez) olması, failin malı mülk edinme kastıyla almış olması, kendi isteğiyle alması ve gizlice almasıdır.⁷

¹ el-Hicr 15/18.

² el-İsfehânî, Râgıb (v.325), *Müfredâtü Elfâzi’l-Ku’ran*, (thk. Safvân Adnan Dâvûdî), Dârü’l-Kalem, Şam 2002, s.408.

³ İbn Manzûr, Cemâlüddîn Muhammed b. Mükrim (v.711/1311), *Lisânu’l-Arab*, Dâru Sâdır, Beyrut 1990, X, 155; Fîruzâbâdî, Yakup b. Muhammed (v.817/1415), *el-Kâmûsü’l-Muhît*, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut 1987, s.1153.

⁴ Dârimî, *Salât*, 78.

⁵ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi’*, IX, 275.

⁶ Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, III, 261; Bardakoğlu, Ali, “*Hırsızlık*”, DİA, XVII, 385.

⁷ Bardakoğlu, *agmd*, s.385.

Başta Hanefî Mezhebi fıkıh kaynaklarında olmak üzere İslam Hukukçuları hırsızlığı, “büyük hırsızlık” (es-serikatü’l-kübrâ) ve “küçük hırsızlık” (es-serikatü’s-suğrâ) olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Büyük hırsızlıktan kasıt, eşkıyalık (hırâbe), silahlı gasp ve soygun suçları; küçük hırsızlıktan kastedilen de basit hırsızlıktır. Ancak “sirkat” ve “serika” kelimeleri yalın olarak kullanıldığında daha çok basit hırsızlık anlaşılır.⁸

Modern hukukta ise hırsızlık suçu şu şekilde tanımlanmaktadır: “Başkasının zilyetliğindeki taşınabilir bir malı, zilyedin rızası olmaksızın ve faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanmadan almaktır.”⁹

Bu tanıma göre, modern hukukta hırsızlık suçunun oluşması için şu unsurların varlığı gerekir: Malın başkasına ait olması, taşınabilir olması, mal sahibinin (zilyedin) rızasının bulunmaması, malın alınması ve maldan faydalanma kastı.

Kapkaççılığın tanımını da yukarıda: “Mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır.”¹⁰ şeklinde vermiştik.

Her iki suçun tanımına baktığımızda, aralarında hem tanım ve mahiyet açısından hem de suçu oluşturan unsurlar açısından farkların olduğu görülmektedir. Modern hukukun kapkaç suçlarını hırsızlığın nitelikli hali olarak değerlendirmesine gelince, bunun İslam hukuku açısından mümkün olmadığını söyleyebiliriz.

B- Korunan Hukuki Yarar Açısından

İslam hukukunda hırsızlık suçlarına verilen cezalarda korunan hukuki değer, insanların mülkiyet hakkı yani zilyetlikleridir.¹¹ Osmanlı dönemindeki bir fetva kitabında geçen şu ifadelerden de bu anlaşılmaktadır: “Hıfz-ı emvâl-i ibâd için te’sis buyrulan hadd-i sirkat...”¹² Bu sebeple, mal üzerinde haksız bir zilyetliğe sahip olan hırsızın elindeki malı ondan çalan diğer bir hırsıza, had cezası yerine ta’zir cezası uygulanır.¹³

⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 155; Dâmâd, *Mecmau’l-Enhur*, I, 613.

⁹ Noyan, Erdal, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*, s.52.

¹⁰ Koca, Mahmut, “Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak ‘Kapkaççılık’”, s.169.

¹¹ Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrîü’l-Cinâi’l-İslâmî*, II, 518.

¹² Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, s.332.

¹³ Kâsânî, *age*, VII, 69; İbn Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, IV, 242; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 188.

Modern hukuka göre de hırsızlık suçlarına verilen cezalarla korunmak istenen hukuki yarar, kişilerin mal varlıkları yani zilyetlikleridir. Hırsızlık suçunda, malın mağdurun rızası dışında elinden çıkarılması ve haksız menfaat sağlanması cezalandırılmaktadır.¹⁴

Birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, kapkaççılık yoluyla bir eşyanın aleni olarak alınması halinde saldırıya uğrayan değer, mağdurun zilyetliğinin yanında kamunun da huzur ve selametidir. Çünkü kapkaç suçlarında mağdurların mallarına haksız olarak el koyan failer, bazen mağdura da zarar verebilmektedirler. Bu sebeple kapkaç suçu sadece mağdurun zilyetliğine karşı bir saldırı değil, aynı zamanda mağdura da bir saldırıyı içermektedir. Dolayısıyla bu suçta verilecek cezada korunan hukuki yarar, mağdurun zilyetliğiyle birlikte toplumun huzur ve sükunu olmaktadır.

Bu bilgiler ışığında, İslam hukuku açısından hırsızlık suçlarında saldırıya uğrayan hukuki yarar ile kapkaç suçlarında saldırıya uğrayan hukuki yararın tam olarak aynı olmadığını söyleyebiliriz.

C- Suçun Unsurları Açısından

1- Kanunilik Unsuru Açısından

Hırsızlık suçunun kanuni unsuru, Mâide suresinde geçen şu ayet-i kerîmedir: *“Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah’tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.”*¹⁵

Bu ayet-i kerimede, hırsızlığın yasak olduğunun muhataplar tarafından bilindiği farz edilmiş ve sadece cezası belirtilmiştir. Yani suçun unsurları üzerinde durulmamış, sadece yaptırımını açıklanmıştır.

Hırsızlık suçu, İslam hukukunda had cezasını gerektiren suçlar grubuna dahildir. Buna göre, bu suçun cezası kanun koyucu tarafından belirlenmiş olup, hakim takdir yetkisine bırakılmış değildir. Bu suçta azaltma ve artırma yapılamaz ve suçun kovuşturulması başlandıktan sonra ne devlet başkanının ne de mağdurun af yetkisi vardır.¹⁶

¹⁴ Noyan, *age*, s.52.

¹⁵ Mâide 5/38.

¹⁶ M. Ebû Zehrâ, *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I, 92.

Kapkaç suçunun kanunilik unsurunu, naslarda geçen ve haksız olarak kazanç elde etmenin haram olduğunu bildiren genel nitelikli hükümler olduğunu birinci bölümde ifade etmiştik.

Dolayısıyla, suçun kanunilik unsuru açısından da her iki cürmün birbirinden farklı olduğunu söyleyebiliriz.

2- Maddi Unsurları Açısından

Hırsızlık suçunun maddi unsurlarının suçun konusunu oluşturan mal, malın gizlice alınması olan hırsızlık fiili ve suç faili; manevi unsurlarının da isnat yeteneği, kasıt ve amaç olduğunu söyleyebiliriz.¹⁷

Hırsızlık suçun konusu olan malın şartlarını da şöyle sıralayabiliriz: Çalınan malın başkasına ait olması, malın mütekavvim (hukukça korunmaya değer) ve çabuk bozulmayan bir mal olması, nisap miktarına ulaşmış olması, hırs (koruma) altında olması ve gizlice alınmasıdır.¹⁸

a- Başkasına Ait Bir Mal Olması

Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için failin aldığı malın başkasına ait olması şarttır. Hanefî, Şafiî ve Hanbelî mezhebi hukukçularına göre, ortak olduğu malı alan kimseye had cezası uygulanmaz.¹⁹ Malikî mezhebi hukukçularına göre, şayet alınan mal müşterek bir hırs (koruma) dışında ve ortağın hissesinden bir dinarın dörtte biri oranında fazla olacak olsa faile had cezası uygulanır.²⁰

Buna göre bir kişi, beytü'l-malden bir şey çalacak olsa, Hanefî ve Hanbelîlere göre eli kesilmez. Ancak bu kişinin müslüman olması şarttır, zengin ve fakir olması önemli değildir. Çünkü bütün Müslümanların beytü'l-malda hakları vardır ve bu hak da aynen iki ortak arasında olduğu gibi, çalınan malda bir şüphe meydana getirir. Dolayısıyla bu şüpheyle de hadd cezası düşer.²¹ Maliki ve Şafii hukukçulara göre ise beytü'l-maldan çalmak hadd cezasını gerektirir. Çünkü bu kişinin çaldığı o eşyada mülkiyet şüphesi çok zayıftır ve ihtiyaç hali dışında o maldan almaya hakkı yoktur.²²

¹⁷ Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, s.159.

¹⁸ Bardakoğlu, *agmd*, s.385.

¹⁹ Kâsânî, *age*, IX, 286; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 114; Zeylaî, *Teybîn*, III, 18.

²⁰ Sehnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru's-Sâdır, Mısır 1323, VI, 266.

²¹ Serahsî, *age*, IX, 188; Merginânî, *age*, II, 115; İbn Âbidîn, *Reddî'l-Muhtâr*, III, 208.

²² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 887.

Kapkaç suçlarında ise, mağdurun üzerindeki malın genelde faile ait olma şüphesi yoktur. Şayet böyle bir şüphe varsa, yani kapkaççı mağdurun üzerinden alıp kaçtığı malın kendisine ait olduğunu iddia etse ve bu iddiasını da bir beyyine (şahit) ile ispatlarsa, o zaman bu onun için hafifletici bir sebep olmuş olur. Hakim, uygun görürse ona ta'zir nevinden hafif bir ceza uygulayabilir.

Modern hukukta ise, yürürlükteki Ceza Kanununun 144 maddesi, ortak olunan malların çalınması durumunda, faile daha az cezanın verileceğini söylemiştir. Söz konusu maddede:

“(1) Hırsızlık suçunun;

a) Paydaş veya elbirliğiyle malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

işlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

denilerek, hırsızlık suçunun cezasının bu durumda azaltılacağı hükmünü vermiştir.

Aynı kanun, kapkaççılığı nitelikli hırsızlık olarak tanımladığı için, “hırsızlık suçunun konusu olan malın başkasının zilyetliğindeki bir mal olması” unsuru kapkaççılığın da unsuru olmaktadır.²³

Sonuç olarak, suça konu olan malın başkasına ait olması açısından, hırsızlık suçuyla kapkaç suçunun unsurlarının birbirine benzediğini söyleyebiliriz.

b- Malın Mütekavvim Olması

Çalınan malın şartlarında geçen “*mütekavvim mal*” ifadesi, Hanefî hukukçuların kullandığı bir ifadedir. Diğer üç mezhebin imamı bu manada “*muhterem mal*” ifadesini kullanmışlardır. Zeydîler de malın, temellükü mümkün bir mal olmasını şart koşarlar. Zahirîler ise kıymet taşıyan mal ve kıymet taşımayan mal şeklinde bir ayrıma gitmişlerdir.²⁴

İslam hukukunda haklara konu olan mallar, mütekavvim mallardır. Buna karşılık, kendilerinden faydalanmanın şer'an caiz ve serbest olmayan gayri mütekavvim

²³ Noyan, *age*, s.69.

²⁴ el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, Kuveyt 1990, XXIV, 308.

mallar, haklara konu teşkil etmediği için mülkiyeti de koruma altında değildir. Çalınsa veya gasp edilse tazmin edilmezler.²⁵

Kapkaç suçlarında, mağdurun üzerindeki bir malın alınması esas olduğu için, fail genelde mağdurun üzerindeki değersiz bir eşyayı bile bile kapıp kaçmaya kalkışmaz. Kapkaç fiillerinde failin kastı genelde; mağdurun elindeki cep telefonu veya para, boynundaki gerdanlık, kolundaki bilezik, kulağındaki küpe ya da elindeki, kolundaki yahut sırtındaki çanta gibi değerli bir eşyadır.

Birinci bölümde kapkaç fiilinin manevi unsuru olan “suçun amacı” başlığı altında da değindiğimiz gibi, failin suçun konusu olan maldan ille de yararlanmış olması gerekmez. Manevi unsur olarak, yararlanmak amacının varlığı da suçun oluşması için yeterlidir.²⁶ Örneğin, kapkaççı mağdurun elindeki çantayı alıp kaçsa ve çantadan da değerli bir eşya çıkmasa, yine de bu suçun cezasıyla cezalandırılır.

Modern hukukta da hırsızlığa konu olan malın maddi veya manevi bir değerinin bulunması gerektiği ve çalınan maldan maddi veya manevi olarak faydalanmanın mümkün olması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde, failin malın zikredilen şekilde yararlanmaya uygun bir değerinin olduğunu sanması da teşebbüs bakımından yeterli görülmüştür.²⁷

c- Malın Nisap Miktarına Ulaşmış Olması

İslam hukukçularının hırsızlık suçunun oluşum şartlarını ele alırken üzerinde durdukları bir diğer konu da, çalınan malın mali değerinin belirli bir miktarda (nisap) veya bundan daha fazla olmasıdır. İslam hukukçuları, bu nisap miktarı malı belirlerken altın ve gümüşü esas almışlardır.²⁸

Hırsızlık suçunun oluşumunda nisap miktarının gerekli olduğu konusunda müçtehitler arasında görüş birliği vardır.²⁹ Buna delil olarak da Hz Peygamber'den rivayet edilen hadisleri ve ashabın bu konudaki icmaı bulunduğunu öne sürerler.³⁰ Fakat Hasan-ı Basrî gibi bazı bilginler ve Hariciler, Mâide suresindeki hırsızlıkla ilgili ayetin

²⁵ Bardakoğlu, *agmd*, s.386; Döndüren, Hamdi, “*Hırsızlık*”, ŞİA, Şâmil Yayınevi, İstanbul 1990, II, 402.

²⁶ Şensoy, *age*, s.66; Noyan, *age*, 74.

²⁷ Noyan, *age*, s.70.

²⁸ Bilmen, *age*, III, 271; Bardakoğlu, *agmd*, s.388; Döndüren, *agmd*, II, 402.

²⁹ İbn Rüşd, *age*, s.883.

³⁰ Kâsânî, *age*, IX, 312.

mutlak olduğunu ileri sürerek, çalınan mal nisap miktarına ulaşmasa da hırsızın elinin kesileceğini söylemişlerdir.³¹

Nisap şartında ve miktarında asıl kural, Hz Peygamber'den rivayet edilen hadis-i şeriflerdir. Rivayet edilen hadislerin farklılıklarına göre literatürde de çok farklı görüşler oluşmuştur.

Buna göre Hanefî ve Zeydî hukukçular açısından, çalınan malın değerinin en az bir dinar (4.25gr altın) ya da bunun değerine eşit olan on dirhem gümüş olması lazımdır.³² Bu miktardan daha az değerinde olan malın çalınmasından dolayı el kesme cezası verilemez. Bu görüşlerine delil olarak Hz Peygamber'in: "On dirhemden aşağısında el kesilmez."³³, "El, bir dinar veya on dirhem miktarı olan hırsızlıkta kesilir."³⁴, "El, ancak kalkanın kıymetine denk bir miktardaki hırsızlıkta kesilir."³⁵ mealindeki hadislerini esas almışlardır. Son olarak zikredilen hadisteki kalkanın değeri konusunda bilginler arasında görüş farklılıkları vardır. Bazısı üç dirhem, bazısı dört, bazısı da on dirhem olduğunu söylemiştir. Hanefiler, az olan miktarda hadd cezasını düşüren bir şüphenin bulunduğunu söyleyerek, on dirhemi esas almışlardır. Çünkü el kesme cezası ve diğer bütün hadd cezaları, ancak kesin bilgi (yakîn) ile verilebilen cezalardır.³⁶

Diğer mezhep hukukçuları, hırsızın elinin kesilmesini gerektiren nisabın üç dirhem veya çeyrek dinar, yahut daha yukarısı olduğu görüşündedirler. Bu hukukçulardan, çeyrek dinar veya üç dirhem olduğunu söyleyen İmam Malik'tir.³⁷ Delili de Hz Aişe'den rivayet edilen, çeyrek dinar değerinde veya bundan daha fazla bir mal olmadıkça hırsızın elinin kesilmeyeceği şeklindeki hadistir.³⁸ Şafîî, hukukçuları arasında, çalınan malın nisabının çeyrek dinar ya da bunun değerinde bir mal olduğu

³¹ Serahsî, *age*, IX, 160; Kâsânî, *age*, IX, 309.

³² Serahsî, *age*, IX, 161; Kâsânî, *age*, IX, 315;

³³ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 204.

³⁴ Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 12; Tirmizî, *Hudûd*, 16.

³⁵ Buhârî, *Hudûd*, 13; Müslim, *Hudûd*, 5.

³⁶ Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed (v.321/933), *Şerhu Meâni'l-Âsâr*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2001, III, 55; Serahsî, *age*, IX, 162; eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed (v.1255/1841), *Neylü'l-Evtâr Şerhu Müntekâ'l-Ahbâr min Ehâdîsi Seyyidi'l-Ahyâr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1414/1994, VII, 274.

³⁷ Sehnûn, *age*, VI, 266; Şevkânî, *age*, VII, 273; es-San'ânî, Muhammed b. İsmâil el-Yemenî (v.1182/1770), *Sübülü's-Selâm Şerhu Büluġu'l-Merâm*, Dâru'l-Hadîs, Kahire 1421/2000, IV, 26.

³⁸ Buhârî, *Hudûd*, 13; Müslim, *Hudûd*, 2.

konusunda görüş birliği vardır.³⁹ Onların bu konudaki delili de yine Hz Aişe'den rivayet edilen: “*Hırsızın eli ancak çeyrek dinar miktarında ve daha fazlasında kesilir.*”⁴⁰ hadisi şerifidir.⁴¹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, buradaki ihtilaf, daha ziyade Hz Peygamber'in hadisinde geçen “kalkan”ın değerinden kaynaklanmaktadır. İbn Rüşd, çalınan maldaki nisabın üç dirhem olarak belirlenmesi, her ne kadar hırsızlık suçunu önleme açısından daha uygun görülse de, on dirhem olarak belirlenmesi, değersiz bir şey karşılığında, hayatı ve bütün azaları çok şerefli olan insanın çok lüzumlu bir uzvu olan elinin kesilmemesi gerektiği düşüncesine daha uygun olduğunu söylemiş ve Hz Aişe ve İbn Ömer'in rivayet ettiği hadisleri telif etmeye çalışmıştır.⁴² Üstelik Rasulüallah döneminde, bir kalkanın değerinin on dirhem olduğuna dair İbn Abbas'tan da gelen bir rivayet vardır.⁴³

İslam hukukçuları arasında, çalınan malın nisap miktarına ulaşmış olması şartı yanında, bu şartın ne zaman gerçekleşeceği konusunda da ihtilaf vardır.

Hanefilerden İmam Muhammed ve diğer üç mezhebin imamına göre, çalınan malın değerinin tespitinde suçun işlendiği zaman dikkate alınır. Hanefî hukukçulardan çoğunluğu ise, çalınan malın değerinin suçun işlendiği andan cezanın infazına kadar geçen sürede nisap miktarının altına düşmemesi gerektiği, eğer düşecek olursa oluşacak şüpheden dolayı hadd cezasının da düşeceği kanaatindedirler.⁴⁴ Hanefî hukukçularının bu görüşü, şüpheli durumdan sanığın faydalandırılması prensibine dayanır.⁴⁵ Şayet çalınan malın kıymeti, bedelin eksilmesi değil de aynın (malın kendisinin) eksilmesi yönünden olursa, mesela bir ayıp meydana gelmesi veya bir kısmının helak olması şeklinde eksilirse, hadd cezası uygulanır. Çünkü malın kendisinin eksilmesi, onun bir kısmının helak olması demektir. Hırsızın elinde helak olan maldan dolayı eli kesildiğine

³⁹ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 158.

⁴⁰ Buhari, *Hudûd*, 13; Müslim, *Hudûd*, 3; Ebû Davut, *Hudûd*, 11.

⁴¹ Günümüzde nisap miktarının daha yukarıya çekilmesi gerektiği şeklinde bir görüş için bk. Yazır, Elmalılı Hamdi (v.1942), *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstilâhları Sözlüğü*, (hz. Sıtkı Güllü), Eser Neşriyat, İstanbul 1997, IV, 503.

⁴² İbn Rüşd, *age*, 883.

⁴³ Nesâî, *Kat'u's-Sârik*, 10; Dârimî, *Hudûd*, 4.

⁴⁴ Kâsânî, *age*, IX, 320; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühû*, Dâru'l-Fıkr, Şam 1989, VI, 105.

⁴⁵ Bardakoğlu, *agmd*, s.388.

ve hadd cezası düşmediğine göre, bir kısmı helak olduğunda da el kesme cezası düşmez.⁴⁶

Osmanlı kanunlarında, nisap miktarına ulaşmayan hırsızlıklar için ta'zir olarak para cezası öngörülmüştür.⁴⁷

Modern hukukta da, hırsızlık suçlarında malın değerinin azlığı, suçluya cezanın verilmesinde cezayı hafifletici bir etken olarak kabul edilmektedir. Konuyla ilgili Türk Ceza Kanunu'nun 145. maddesinin metni şu şekildedir:

“(1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

Maddede, malın değerinin azlığı soyut bir şekilde ifade edilmiş olup, bu boşluğun yargı tarafından doldurulması istenmiştir.⁴⁸ Aynı şekilde hırsızlık suçlarında malın suç tarihindeki değeri esas alınmış ve mağdurun zengin veya fakir olmasının suça konu olan malın değerinin tespitinde göz önünde bulundurulmayacağı belirtilmiştir.⁴⁹

Sonuç olarak hakime böyle bir durumda iki seçenek sunulmuştur:

1- Hakim değer azlığına dayanarak cezadan indirim yapabilir. Fakat kanunda cezadan yapılabilecek indirim oranı belirlenmemiş olup, indirim miktarını belirleme yetkisi hakime aittir.

2- Hakim değer azlığına dayanarak ceza vermekten vazgeçebilir.

Yürürlükteki Ceza Kanununa göre kapkaççılık, nitelikli hırsızlık olarak tanımlandığı için, hakim uygun görürse alınıp kaçılan malın değerinin azlığı sebebiyle kapkaççıya daha hafif bir ceza uygulayabilir.

Fakat yukarıda bahsetmiş olduğumuz maldan yararlanmak amacının varlığı, malın nisap miktarına ulaşıp ulaşmaması noktasında da önemlidir. Çünkü kapkaççılık, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hırsızlıktan mahiyet açısından farklı bir suçtur. Bir kapkaççı, genelde değerinin nisap miktarından az olduğunu tahmin ettiği bir malı alıp kaçmaya çalışmaz. Hırsızlıkta ise failin belirlenebilme ihtimali kapkaççılıktan daha az

⁴⁶ Kâsânî, *age*, IX, 321.

⁴⁷ Bardakoğlu, *agmd*, s.394; Avcı, *age*, s.240; Menekşe, Ömer, *XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası*, s.83.

⁴⁸ Noyan, *age*, s.266.

⁴⁹ Noyan, *age*, s.267.

olduğu için, bazen hırsız, kimsenin görmediği bir yerden az miktardaki bir malı çalabilir.

Sonuç olarak, kapkaççılık şeklinde mala yönelik işlenen suçta faildeki suç işleme kastı hırsızdakinden daha kuvvetli olduğu için, malın değerindeki azlık sebebiyle her zaman kapkaç suçunun failine daha az cezanın verileceği söylenemez. Örneğin, mağdurun kolundaki bir çantayı alıp kaçan bir kapkaççı yakalansa ve çantanın içinden de nisap miktarına ulaşacak bir mal çıkmayacak olsa, faile kapkaç suçunun cezası aynen uygulanmalıdır.

d- Malın Koruma (Hırz) Altında Bulunması

Hırz, sözlükte “bir şeyin korunduğu yer” demektir.⁵⁰ Terim olarak ise, genelde insanların mallarını korumak için kullandıkları ve malın o hırz içindeyken kayıp ya da çalınmış sayılmadığı yerdir.⁵¹ Bir malın koruma altında olması, o malın sahibinin izni olmadan girilemeyen bir yerde olmasını veya bir bekçi tarafından korunmakta oluşunu ifade eder. Buna göre açıkta bulunan bir malın alınması veya koruma altında olmayan bir malın çalınması, fiil her ne kadar diğer şartları taşıyor olsa bile hırsızlık kapsamına alınmaz ve bu fiile el kesme cezası uygulanmaz. Nitekim Hz Peygamber: “*Ağaçtaki meyve ve hurma gibi şeylerde el kesme yoktur.*”⁵² hadisiyle bunu ifade etmiştir.

İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, bir malın hangi durumda koruma altında sayılacağı konusunda farklı görüşlere sahipse de suçun oluşmasında malın koruma altında iken alınmış olması şartının gerekliliğinde ittifak etmişlerdir.⁵³ Çünkü koruma altında olmayan malın çalınmasında, sahibinin kusuru vardır. Bu kusur da hırsızdan hadd cezasını düşürür. Yukarıda çalınan malın nisap miktarına ulaşması şartında da olduğu gibi, Zahirîlerle ehl-i hadisten bir grup, hırsızlıkla ilgili ayetin mutlak olduğunu ve bu ayeti takyîd eden bir nassın da bulunmadığını söyleyerek, hırz şartını kabul etmezler.⁵⁴

⁵⁰ Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali (v.770/1368), *el-Misbâhu 'l-Münîr*, Mektebetü Lübnan, Beyrut 1990, s.50; Kal'acı, Muhammed Ravvâs-Kuneybî, Hâmid Sâdık, *Mu'cemü Lüğati 'l-Fukahâ*, Dârü'n-Nefâis, Beyrut 1410/1988, s.178.

⁵¹ İbn Hümâm, *Fethu 'l-Kadîr*, IV, 241.

⁵² Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, III, 464.

⁵³ Kâsânî, *age*, IX, 300; İbn Rüşd, *age*, s.885.

⁵⁴ Üdeh, *age*, II, 554.

İslam hukukçularına göre hırsız, kendi başına hırsız sayılan yerler ve başkası sebebiyle hırsız sayılan yerler olmak üzere iki çeşittir.

da- Kendi Başına Hırsız Sayılan Yerler

Bunlar, malları korumak için hazırlanan ve izinsiz girilmesi ve açılması yasak olan ev, dükkan, han, kasa ve sandık gibi yerlerdir. Bu yerlerde bekçi bulunsun veya bulunmasın, kapı açık veya kapalı olsun hırsız niteliği devam eder. Çünkü bütün bunlar hırsız amacıyla yapılmıştır.⁵⁵

Ebû Hanife, mekan yönünden bir yerin hırsız sayılabilmesi için, o yerin bir yapı olması gerektiğini şart koşar. Kapısı ister bulunsun ister bulunmasın, ister açık ister kapalı olsun. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi binanın yapılmasından amaç, hırsız teşkil etmesidir.⁵⁶ İmam Şafî ve Ahmed b. Hanbel ise bir yerin hırsız sayılabilmesi için o yerin meskun bir alan içinde bulunmasını ve koruma altında olması gerektiğini söylerler.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, malın korunduğu yere girme izni bulunan kimseler için o yerin hırsız olma vasfı ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla işverene ait bir malı çalan işçiye, çalıştığı evden çalan hizmetçiye ve misafir olarak bulunduğu evden çalan kişiye el kesme cezası uygulanmaz. Bunların yapacakları eylemler hırsızlık olarak değil “hıyanet” olarak adlandırılır. İslam hukukunda da haine el kesme cezası verilmez. Ama bu kimseler izin verilmeyen saatlerde buralara girip bir şey çalacak olsalar, bunlara da hadd cezası uygulanır.⁵⁷

db- Başkası Sebebiyle Hırsız Sayılan Yerler

Bunlar, mal saklanmak için yapılmış yerler olmayıp, izinsiz olarak girilebilen, kısmen ya da tamamen umuma açık olan mescid, yol, çarşı ve resmi daire gibi mekanlardır.⁵⁸ Bu gibi yerlerin hükmü, şayet bekçisi yoksa herkese açık olan kır, sahra ve meraların hükmüne tabidir. Bekçi bulunursa, ister uykuda olsun ister uyanık olsun,

⁵⁵ Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'an*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, II, 523; Kâsânî, *age*, IX, ay.

⁵⁶ İbn Hümâm, *age*, IV, 240; Üdeh, *age*, II, 555.

⁵⁷ Kâsânî, *age*, IX, 301; Bilmen, *age*, III, 272.

⁵⁸ Kâsânî, *age*, IX, 301.

hırs şartı gerçekleşmiş sayılır.⁵⁹ Çünkü Hz. Peygamber, Mescid-i Nebî’de uyumakta olan Safvan b. Ümeyye’nin ridasını çalan hırsıza hadd cezasını uygulamıştır.⁶⁰

İslam hukukçularına göre bir kimse, mahrem hısımlarından ya da eşinden bir şey çalacak olsa kendisine hadd cezası uygulanmaz. Çünkü genelde kişi bu derece yakını olduğu hısımlarının bulunduğu yere izinsiz girebilir. Dolayısıyla bu yerler o kişi için hırs niteliğinde değildir.⁶¹ Hanefî hukukçularının bu görüşüne, bazı istisnalar dışında İslam hukukçularının büyük çoğunluğu katılmaktadır. Katılmayanlar da genelde bu görüşü, sadece kişinin ana babası ve eşiyle sınırlandırmaktadırlar. Onlara göre birbirlerine ne kadar yakın da olsalar mahrem olan hısımlar arasında hırsızlık suçu gerçekleşecek olsa, hırsıza hadd cezası uygulanır.⁶²

Hanefî ve Maliki hukukçulara göre, başkası sebebiyle hırs sayılan yerlerde işlenecek olan hırsızlık suçuna hadd cezasının verilebilmesi için, hırsızın malı bekçinin görebileceği bir alandan alması şarttır. Hırsızın uykuda olmasıyla uyanık olması arasında bir fark yoktur.⁶³

İslam hukukçularından, hadd cezasının uygulanabilmesi için hırs şartını kabul edenler, o yerin bizzat kendisinin yani hırsın çalınması durumunda el kesme cezasının verilip verilmeyeceğiyle ilgili farklı görüşlere sahiptirler.

Ebû Hanife’ye göre hırsız, hırsın tamamını veya bir kısmını çalacak olsa ona hadd cezası uygulanmaz. Çünkü hırsızlık cezasının oluşum şartlarından olan çalınan malın hırs sayılan yerden çıkarılmış olma şartı bu durumda gerçekleşmemiştir. Örneğin bir kimse bir evin kapısını, bir duvarın taşlarını ya da kurulu olan bir çadırı çalacak olsa Ebû Hanife’ye göre o kimseye hadd cezası uygulanamaz. Ama kurulu olan çadırın yanında bekçisi varken çalacak olsa, o kimsenin eli kesilir.⁶⁴

Diğer üç mezhebin İmamına göre, hırsın tamamını veya bir kısmını çalan kimsenin eli kesilir. Çünkü bu hukukçulara göre, malın korunduğu yer (hırs) bizzat kendisi ayakta durduğu sürece muhrez (korunmuş mal) hükmündedir.⁶⁵

⁵⁹ İbn Hümâm, *age*, IV, 241; Kâsânî, *age*, IX, 301.

⁶⁰ Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 14; Nesâî, *Kat’u’s-Sârik*, 5.

⁶¹ Kâsânî, *age*, IX, 306; Merginânî, *age*, II, 156.

⁶² Bardakoğlu, *agmd*, s.388.

⁶³ Kâsânî, *age*, ay; İbn Âbidîn, *age*, VI, 162.

⁶⁴ Kâsânî, *age*, IX, 30; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 105; İbn Âbidîn, *age*, VI, 143.

⁶⁵ İbn Rüşd, *age*, s.887.

Yürürlükteki Ceza Kanununa göre, çalınan malın koruma altında olması hırsızlık suçunun unsurlarından sayılmamaktadır. Dolayısıyla koruma altında olmayan bir malı çalan kimseye de hırsızlık cezası uygulanmaktadır. Hatta Ebû Hanife'ye göre, mescitlerden bir şey çalan kimseye, ancak orada bekçinin bulunması şartıyla hadd cezası uygulanırken,⁶⁶ Türk Ceza Kanununun 142. maddesinin 1. fıkrasının "a" bendine göre, kamu kurul ve kuruluşlarında ve ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşyaların çalınması nitelikli hırsızlık olarak değerlendirilmiştir.

Kapkaç suçlarına gelince, bu tür suçlarda mağdurun üzerindeki bir malın kapıp kaçılması esas olduğu için, mağdurun üzerinde bulunan eşyanın İslam hukukundaki muhrez mal kapsamına girdiğini söyleyebiliriz. Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Hz. Peygamber, Mescid-i Nebî'de uyumakta olan Safvan b. Ümeyye'nin üzerine örttüğü ridasını çalan hırsıza hadd cezasını uygulamıştır. Buradan hareketle, mağdurun elinde bulunan para veya cep telefonu gibi, kolunda yahut sırtında bulunan çanta vb eşyaların İslam hukukunda korunmuş mallardan sayılacağını söyleyebiliriz. Fakat yukarıda kapkaççılığın tanımını verirken söylemiş olduğumuz, kapkaç suçlarında asıl olan mağdurun üzerindeki malın alınmasıdır kaydı, her ne kadar kapkaç suçunun bir unsurunu oluştursa da, İslam hukukundaki çalınan malın koruma altında olması unsurundan farklı bir durumdur. Çünkü malın hırsızlık altında olmaması, İslam hukukçularına göre mağdurun bir kusuru olarak değerlendirilmiş, bu kusurun da failden had cezasını kaldıracağı belirtilmiştir. Nitekim ihtilâs ve intihâb suçlarına had cezasının uygulanmayacağını söyleyen İslam hukukçuları, mağdurun malını koruma imkanının olmasını ve malın hırsızlık altında olmayışı gibi sebepler ileri sürmüşlerdir.⁶⁷

Sonuç olarak, alınıp kaçılan malın koruma altında olması açısından, kapkaç suçuyla hırsızlığın birbirine benzemediğini söyleyebiliriz. Çünkü mağdurun üzerinde bulunan malın koruma altında sayılıp sayılmaması, kapkaç suçunun unsurlarından değildir. Malın mağdurun üzerinde bulunması yeterlidir.

⁶⁶ Serahsî, *age*, IX, 179; İbn Âbidîn, *age*, VI, 156.

⁶⁷ Zuhaylî, *age*, VII, 388.

e- Malın Gizlice Alınması

İslam hukukuna göre hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, mal sahibinin bilgisi ve rızası olmaksızın gizlice alınması ve hırsız sayılan yerin dışına çıkartılması şarttır.⁶⁸

Hırsızlığın tam oluşmuş sayılabilmesi için, gizlice alma fiilinin tam olarak gerçekleşmesi gerekir. Bu şartın gerçekleşmediği ve teşebbüs halinde kalmış hırsızlıkta faile had cezası değil ta‘zir cezası uygulanır.⁶⁹ İslam hukukuna göre, hırsızlık suçunda alma fiilinin tamamlanması için şu üç şartın bulunması gerekir: Hırsızın malı hırsız olarak sayılan yerden çıkartması, çalınan malın mağdurun mülkünden fiilen çıkmış olması ve malın hırsızın zilyetliğine geçmiş olması.⁷⁰

Örneğin, hırsızlık kastıyla bir eve giren hırsız aldığı malları evden çıkartmadan üzerindeyken yakalanacak olsa veya ahıra girip de çaldığı hayvanı henüz ahırdan çıkarmadan yakalanacak olsa, bu durumlarda fiil teşebbüs halinde kalmış sayılır, failine de had cezası değil ta‘zir cezasının verilmesi gerekir.⁷¹

İslam hukukunda, hırsızlık suçunun “malın hırsız sayılan yerden gizlice alınması” unsuru, hırsızlık fiilini kendisine benzeyen diğer suçlardan ayıran en önemli etkidir. İslam hukukunda hırsızlık suçu bu unsuru sebebiyle; başkasının malının açık bir şekilde ve zorla alınması şeklinde gerçekleştirilen gasp suçundan, mağdurun dalgınlığından yararlanmak suretiyle üzerindeki bir eşyasının el çabukluğu maharetiyle aşırılması şeklinde gerçekleştirilen yankesicilik (tarrâriyet) suçundan ve kendisine emanet edilen veya ödünç verilen bir malın bir kısmına yahut tamamına el koyma şeklinde gerçekleştirilen hıyânet suçundan ayrılmaktadır.⁷²

Yukarıda adı geçen suçlarda olduğu gibi, kapkaççılıkla hırsızlık suçunu farklı kılan en önemli unsur, hırsızlık suçlarında malın gizlice alınmasının şart koşulmuş olmasıdır. Kapkaççılık, yukarıda tanımında da geçtiği üzere açık surette işlenen bir cürümdür. Kapkaç suçlarında her ne kadar eylemin başlangıcında bir gizlilik olsa da, mağdurdan malın çekilip alınması açık bir şekilde gerçekleştirilmektedir.

⁶⁸ Kâsânî, *age*, IX, 275; Merginânî, *age*, II, 112; Mevsilî, *age*, IV, 103; İbn Âbidîn, *age*, VI, 138.

⁶⁹ Zeylaî, *age*, IV, 20.

⁷⁰ Üdeh, *age*, IV, 183.

⁷¹ İbn Kudâme, *age*, X, 250; İbn Hümâm, *age*, IV, 240.

⁷² Mevsilî, *age*, IV, 108; Bilmen, *age*, III, 263; Zuhaylî, *age*, VI, 94.

Modern hukukta, İslam hukukunun aksine hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için malın gizli bir şekilde alınma şartı yoktur.⁷³

3- Manevi Unsurları

İslam hukukuna göre hırsızlık suçunun manevi unsurlarının isnat yeteneği, kasıt ve amaç olduğunu söyleyebiliriz.

a- İsnat Yeteneği

Hırsıza hadd cezasının uygulanabilmesi için suçu işleyen kişinin akıllı, bülüğ çağına erişmiş (ceza ehliyetine sahip), konuşma ve görme duyularına sahip olması lazımdır. Bu şartlar sebebiyle, mecnunların, çocukların, dilsizlerin ve körlerin yapacakları hırsızlık fiillerine el kesme cezası uygulanmaz.⁷⁴

Çocukların ve delilerin fiilleri cinayetle vasıflandırılmadığı için onlara hadd cezası verilemez. Buna Hz Peygamber'in şu hadis-i şerifi delil getirilmiştir: *“Üç kişiden yükümlülük kaldırılmıştır: Bülüğa erinceye kadar çocuktan, akledebilir hale gelinceye kadar mecnundan, uyanıncaya kadar da uyuyandan.”*⁷⁵ Suç sayılan bir fiili işlediklerinde bunlara hadd cezasının uygulanacağını iddia etmek yukarıda zikredilen hadis-i şerife aykırıdır.

Dilsizlerin ve körlerin halleri ise şüpheden uzak değildir. Şüphe de hadd cezalarını düşürür. Ama çaldıkları mal tazmin ettirilir. Çünkü çalınan malın tazmini için bu şartlar gerekli değildir.⁷⁶

Modern hukukta ise suç oluşturan fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını bitirmemiş olan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiş ve bu durum çocuk açısından kusurluluğu mutlak surette ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir.⁷⁷ Şayet suçu işleyen fail, on iki ile on beş yaş arası veya on beş ile on sekiz yaş arası çocukluktan gençliğe geçiş döneminde bulunan biri ise, çocuk

⁷³ Koca, *agm*, 182.

⁷⁴ Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, s.282; Kâsânî, *age*, IX, 282; Dâmâd, *Mecmau'l-Enhur*, I, 614; Bilmen, *age*, III, 263.

⁷⁵ Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 16.

⁷⁶ İbn Âbidîn, *age*, VI, 140.

⁷⁷ Ok-Keleşoğlu, *Karşılaştırmalı, Gerekçeli, Yeni Türk Ceza Kanunu*, s.70.

hakimlerinin mahkemeye sunacakları, kusur yeteneğine sahip bulunup bulunmadıkları ile ilgili rapora göre, kendileri hakkında indirilmiş cezaya hükmedilebilir.⁷⁸

Akıl hastalarıyla ilgili olarak da Türk Ceza Kanununun 32. maddesi, ceza ehliyetine sahip olmadıkları için ceza verilmeyeceğini, ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabileceğini hükme bağlamıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de rahatsızlığı akıl hastalığı derecesinde olmayıp da “*davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi*”ye de indirilmiş ceza uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere failin durumunun cezaya etkisi, İslam hukukunda da modern hukukta da göz önüne alınmış ve failin kusur yeteneğine sahip olup olmamasının ona suç isnadında göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir.

İslam hukuku açısından yedi yaşına gelmemiş olan çocuklar (sabî gayri mümeyyiz), temyiz kudreti ve akli yok kabul edildiği için ceza ehliyetine sahip değildirler. Had, kısas ve ta‘zir grubundan hiçbir ceza bu çocuklara uygulanamaz. Fakat itlaf ettiği mallar varsa kendi malından tazmin ettirilir. Yedi ile on beş yaş arası çocuk (sabî mümeyyiz) ise işlediği suçlardan dolayı cezaen sorumlu sayılır. Had ve kısas cezası uygulanmasa da ta‘zir olarak nasihat etme, te‘dip, terbiye ve hatta dövme cezası bile uygulanabilir. İmama Malik ve Ebû Hanîfeye göre bülûğ yaşı on sekizdir. Çocuk âkil-baliğ olduktan sonra ise ceza ehliyetine tam sahip olur ve işlediği her suçtan sorumlu tutulur. Had ve kısas cezasını gerektiren bir suç işlediğinde cezasını çeker.⁷⁹

Hırsızlık suçunda olduğu gibi kapkaç suçunu işleyen çocuk da şayet âkil-baliğ değilse ve yedi yaşından da büyükse, yukarıda bahsettiğimiz öğüt verme, tedip, terbiye ve dövme gibi cezalar kendisine uygulanabilir.

b- Kasıt

Kasıt, bir kişinin bir fiili bilerek ve isteyerek işlemesi demek olduğundan, hırsızlık fiilinde suç kastının bulunması demek, suçlunun yasak olan bir malı çaldığını

⁷⁸ TCK mad. 31.

⁷⁹ Üdeh, *age*, I, 601; Ebû Zehrâ, Muhammed, *Usûlü'l-Fıkh*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1958, Basım yeri yok, s.332; Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1422/2001, s.95.

bile bile işleme demektir. Fail, mağdurun rızasının ve bilgisinin bulunmadığını bilerek sahiplenmek kastıyla bu fiili işlediğinde suç kasıt yönünden işlenmiş sayılır.⁸⁰

Failin hırsızlık fiilinde suç kastının bulunması için çalınan şeyin temellük kastıyla alınması gerekir. Failin bir malı, kendi malı veya mubah bir mal olduğu zannıyla ya da kullandıktan sonra geri verme amacıyla alması ve halin de buna delalet etmesi durumunda suç oluşmaz.⁸¹

Maddi ve manevi zorlama (ikrah) ile hırsızlık işlendiğinde de hırsıza el kesme cezası uygulanmaz. Mesela bir kimse bir malı çalmak için madden zorlanır veya çalmadığında ölümle tehdit edilir ve sonucunda malı çalarsa bu fiili tesir altında işlediği için yine el kesme cezası verilmez.⁸² Aynı şekilde zor durumda kalmış ve hırsızlık yapmış olan kişiye de hadd uygulanmaz. Bakara suresinde geçen ve kanın, domuz etinin, ölünün ve Allah'tan başkası adına kesilen kurbanların zor durumda (muzdarr iken) yenilmesine izin veren ayet-i kerime bunun delilidir.⁸³ Neticede bir kimse öldürücü derecedeki açlığını veya susuzluğunu gidermek için bir mal çalarsa el kesme cezası uygulanmaz.

Umumi kıtlık zamanlarında, birisi, mecbur kalmadıkça bir yiyecek çaldığında el kesme cezasıyla değil, ta'zirle cezalandırılır. Ama bu hüküm, kişinin o şeyi satın alacak parasının bulunmaması durumunda geçerlidir. Aksi halde hadd cezası uygulanır.⁸⁴

Kapkaççılık fiilinde failin kastı ise, mağdurun üzerindeki bir malı, onun zilyetliğinde olduğunu bilerek onun rızası dışında alıp kaçmasıdır. Hırsızlık fiilinde olduğu gibi kapkaç suçlarında da temellük kastı mevcuttur. Fail kendisi faydalanmak için değil de başkası için bu suçu işleyecek olsa, yine suçun cezasından sorumlu tutulur. Nitekim birinci bölümde suçun manevi unsuru olan “amaç” kısmında buna değinmiştik.

Sonuç olarak kapkaç suçunda da hırsızlık suçunda da suç failinin amacının mağdurun malına haksız olarak sahip olmasıdır diyebiliriz.

⁸⁰ İbn Âbidîn, *age*, VI, 141; Üdeh, *age*, I, 409.

⁸¹ Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed (v.321/933), *Muhtasaru't-Tahâvî*, Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, Kâhire 1370, s.271; Üdeh, *age*, II, 610.

⁸² Üdeh, *age*, I, 570, Zeydan, *Bühûs*, s.207.

⁸³ Bakara 2/173.

⁸⁴ Serahsî, *age*, IX, 166; Üdeh, *age*, I, 575; Bilmen, *age*, III, 176; Zeydan, *age*, s.204.

4- Yasal Durum Açısından

İslam hukukunda, hukuken sabit olan bir hırsızlık suçunun biri bedeni diğeri de mali olmak üzere iki hükmü bulunmaktadır. Bedeni hüküm, hırsıza el kesme cezasının uygulanması, mali sonuç ise, çalınan şeyin iadesi ya da zararın tazmin edilmesidir.⁸⁵

İslam hukukunda hırsızlık yapan suç failine suçu sabit olduğunda uygulanacak bedeni ceza, “*Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah’tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.*”⁸⁶ ayet-i kerimesinde ifade edildiği üzere, elinin kesilmesidir. Hz Peygamber’in ve sahabenin de uygulamaları aynı yönde olduğu için, klasik dönem İslam hukukçularının çoğu bu hüküm üzerinde ittifak etmişlerdir.⁸⁷

Ceza sabit olduğunda bu cezayı ne mağdur ne de devlet reisi affedebilir. Çünkü had cezalarında af söz konusu değildir, daha hafif bir ceza ile de değiştirilemez.⁸⁸ Hz. Peygamber bu hususta, “*Cezaları aranızda en iyi bir şekilde uygulayınız. Cezanın tatbik işi devlet reisine düştüğünde, Allah affetmedikçe onu af etme yetkisi yoktur*”⁸⁹ buyurmuştur. Yine Hz Peygamber, Safvân b Ümeyye’nin ridâsını çalan hırsızın elinin kesilmesini emrettiğinde Safvân, “Ben böyle olmasını istemedim, ridâm ona sadaka olsun” demiş, bunun üzerine Hz Peygamber: “Bunu bana getirmeden önce yapsaydın ya” demiştir.⁹⁰

Hırsıza el kesme cezası uygulandıktan sonra çalınan mal elde bulunuyorsa, bu malın sahibine iade edilmesi gerektiği hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği mevcuttur. Hırsız ister zengin olsun ister fakir, ister mal hırsızın elinde olsun isterse başkasının elinde olsun durum değişmez. Çünkü Hz Peygamber, Safvan b. Ümeyye’nin ridâsını, hırsıza el kesme cezasını uyguladıktan sonra geri iade ettirmiştir.⁹¹

Yine müçtehitler arasında, herhangi bir şüpheden dolayı hırsıza had cezasının uygulanmadığı durumlarda, hırsızın malı tazmin etmekle yükümlü olduğu konusunda

⁸⁵ Kâsânî, *age*, IX, 334; Bilmen, *age*, III, 282.

⁸⁶ Mâide 5/38.

⁸⁷ Merginânî, *age*, II, 119; Mevsilî, *age*, IV, 102; İbn Âbidîn, *age*, VI, 170.

⁸⁸ Kâsânî, *age*, IX, 344; Üdeh, *age*, II, 629.

⁸⁹ Ebû Dâvud, *Hudûd*, 4-5.

⁹⁰ Ebû Dâvud, *Hudûd*, 5; İbn Mâce, *Hudûd*, 28.

⁹¹ İbn Âbidîn, *age*, VI, 179; Üdeh, *age*, II, 618.

herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Hırsız, şayet mal mislî ise misliyle sahibine o malı öder. Kıyemî ise malın kıymetini verir.⁹²

Fakat malın telef olduğu ve hırsıza da had cezasının uygulandığı durumlarda, suçlunun malı tazminle yükümlü olup olmadığı hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır.⁹³

Hanefiler ve Zeydîler'e göre, hırsızlık için öngörülen had cezası uygulanmışsa hırsız ayrıca tazminle yükümlü tutulmaz. Çünkü hırsızlıkla ilgili ayet-i kerimede "...yaptıklarına karşılık bir ceza olarak ellerini kesin" buyrulmuş ve "el kesme" cezası hırsız için yeterli ceza olarak belirtilmiştir. Şayet hırsıza el kesme cezasıyla birlikte tazmin cezası da yüklenirse, el kesme cezası yeterli ceza olarak görülmemiş olur. Halbuki el kesme, ayette yeterli ceza olarak belirtilmiş ve başka bir ceza da zikredilmemiştir.⁹⁴ Bir hadis-i şerifte de: "*Kendisine had uygulanan kişiye çaldığı mal ödetilmez*"⁹⁵ buyrulmuş ve tazmin açıkça yasaklamıştır. Ayrıca, hırsızın malı tazminle yükümlü kılmak, çalınan malın, çaldığı andan itibaren hırsızın malı olduğu anlamına gelir ki bu durumda ona hırsız diyemeyiz, had cezası da uygulayamayız. Çünkü kendi malını çalan kişiye had cezası tatbik edilmez.⁹⁶

Malikî mezhebi hukukçularına göre, hırsızın mali durumu iyi ise hırsıza hem had cezası uygulanır hem de çaldığı mal tazmin ettirilir. Mali durumu müsait değilse had cezasıyla yetinilir.⁹⁷

Şâfiî ve Hanbelî'lere göre hırsız ister zengin olsun isterse fakir, had ve tazmin cezası birlikte uygulanır. Çünkü bu iki mezhep hukukçularına göre, hırsızlık suçunu işleyen kimse iki hakkı birden ihlal etmiştir. Biri Allah hakkıdır ki cezası, el kesmedir. Diğeri de kul hakkıdır ki cezası, çalınan malın sahibine geri ödenmesidir.⁹⁸

Kapkaç suçuna verilen ceza ise had kapsamına giren cezalardan değildir. Çünkü İslam hukukunda had cezaları belirli ve sınırlı sayıda suçta verilmektedir. Bu suçlar ve cezaları da ayet ve hadislerle belirlenmiştir. Bunlarında dışında kalan suçlara verilecek

⁹² İbn Rüşd, *age*, s.887; İbn Âbidîn, *age*, VI, 181.

⁹³ İbn Rüşd, *age*, s.888.

⁹⁴ Mâverdî, *age*, s.283; Merginâni, *age*, II, 123; San'ânî, *age*, IV, 34.

⁹⁵ Nesâi, *Kat'ü's-Sârik*, 18.

⁹⁶ Serahsî, *age*, IX, 107; Cessâs, *age*, II, 523; İbn Hümâm, *age*, V, 414; Kâsânî, *age*, IX, 294.

⁹⁷ İbn Rüşd, *age*, s.888; Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum 1977, s.168.

⁹⁸ Şirâzi, *el-Mühezzeb*, II, 284; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 279; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 609.

cezalar ise, kapkaç suçunun cezası gibi, ta'zir nevinden cezalar olup zamana ve şartlara göre değişebildiği gibi, hakimin uygun gördüğü hallerde hiçbir ceza vermemeye de yetkisi vardır.⁹⁹

Buradan hareketle, hırsızlık ve kapkaç suçunun, cezaya verilecek müeyyide açısından birbirine benzemediğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak hırsızlık ve kapkaççılık suçu, gerek tanımları, gerek unsurları, gerekse de müeyyidesi açısından farklı suçlardır. Bu farkları da özet olarak şöyle sıralayabiliriz.

1- İslam hukukundaki görüşe göre, hırsızlık suçlarında malın gizlice alınması esas iken, kapkaç olaylarında malın gizlice değil açıktan alınması söz konusudur.

2- Hırsızlık suçunda koruma (hıız) altındaki bir malın alınması esas iken, kapkaççılıkta, kişinin üzerinde bulunan bir eşyanın alınması söz konusudur.

3- Hırsızlık suçlarında gizlilik esas olduğu için mağdurun direnmesi yahut yardım istemesi mümkün değildir. Fakat kapkaç olaylarında mağdur çevreden yardım isteyebileceği gibi, faile de direnebilir. Hatta bu direnme sonucunda fail mağdura karşı onun iradesini yok edecek bir cebir kullanacak olursa, fiil kapkaççılıktan gasp suçuna dönüşür.

4- Hırsızlık suçları gizli işlendiği için mağdurun tespit edilebilmesi, takip edilebilmesi mümkün değilken, kapkaç fiilinde faili tespit etme ve takip edip yakalama imkânı mevcuttur.

5- Hırsızlık suçunun cezası had grubuna giren cezalardandır. Kapkaç suçunu işleyen faile ise ta'zir cezası uygulanır.

6- Hırsızlık suçları direkt mala karşı yani mal sahibinin zilyetliğine karşı işlenen bir suç iken, kapkaç olaylarında fiilin mağdura karşı işlenebilmesi de kuvvetle muhtemeldir. Çünkü mağdur şayet faile direnecek olsa ve fail de malı onun üzerinden alıp kaçmak için cebir kullanacak olsa, o zaman suç gaspa dönüşmüş, dolayısıyla hem mala hem de mağdura karşı işlenmiş sayılır.

Yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, kapkaç suçlarını her ne kadar nitelikli hırsızlık olarak tanımlasa da İslam hukuku açısından, kapkaççılığın hırsızlık suçu olarak kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

⁹⁹ Mâverdî, *age*, s.275; Üdeh, *age*, I, 635; Bilmen, *age*, III, 306.

II- KAPKAÇ VE HİRÂBE (EŞKIYALIK) ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

Kamu düzeninin, emniyet ve asayişin sağlanması, kişilerin mal ve canları ile seyahat özgürlüklerinin korunması, İslam'ın gözetilmesini zorunlu gördüğü temel ihtiyaçlardan oldukları için, insanların bu haklarına ve özgürlüklerine müdahale eden eşkiyalık suçu, dinen büyük günahlardan ve hukuken de Allah hakkı (kamu hakkı) kapsamına giren büyük suçlardan sayılmıştır. Kur'an-ı Kerim'de ve sünnette bu suçun cezası belirlendiği için eşkiyalık suçu, had cezasını gerektiren suçlar kapsamına girmektedir. Bu suçu işleyenlerin Kur'an'da, Allah ve Resulüne karşı savaş açanlar olarak nitelendirilmesi suçun ağırlığını, dünyevî ve uhrevî cezasının da ağır olacağını vurgulamak içindir.¹⁰⁰

Kur'an'da bu hususta, “Allah ve Resulü'ne karşı savaşanların ve yeryüzünde düzeni bozmaya çalışanların cezası öldürülmeleri yahut asılmaları veya el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu onların dünyadaki rezilliğidir. Âhirette ise onlar için büyük bir azap vardır”¹⁰¹ hükmü yer almaktadır. Bu ayetin nüzûl sebebi olarak, tefsirlerde birkaç eşkiyalık hadisesi zikredilmiştir.¹⁰² İslam hukukçuları arasındaki genel kanaate göre ayet-i kerime, İslam ülkesinde yol kesip baskın yapan müslümanlar ve zimmîler hakkındadır.¹⁰³

Hz Peygamber'in bu suçu işleyenleri, ayette açıklandığı üzere cezalandırdığıyla ilgili hadis kaynaklarında da rivayetler mevcuttur.¹⁰⁴

A- Tanım ve Mahiyet Açısından

“Hirâbe” Arapça bir kelime olup “*harb*” kelimesinden türemiştir ve barış anlamına gelen “*silm*” kelimesinin zıddıdır. Bir kimse birinin malını zor kullanarak

¹⁰⁰ Cessâs, *age*, II, 510; Yazır, Muhammed Hamdi (v.1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Azim Basım, İstanbul ty, III, 328.

¹⁰¹ Mâide 5/33.

¹⁰² İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 91.

¹⁰³ Bardakoğlu, “*Eşkîya*”, DİA, İstanbul 1995, XI, 463.

¹⁰⁴ Buhârî, *Hudûd*, 15-18; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 3.

elinden aldığında, “*Hârabe fülânen mâlehû*” tabiri kullanılır ki, “*O kimse onun malını gasp etti.*” anlamına gelir.¹⁰⁵

Istilahî olarak hırâbe kelimesi, “*kat’u tarîk*” ya da “*sirkat-i kübrâ*” olarak adlandırılmakta olup şu şekilde tanımlanmıştır: İslam ülkesinde müslümanların ya da zimmîlerin mallarını, ellerinden, genelde silah kullanarak yahut başka bir şekilde zor kullanarak açıkça almak, insanların mallarına ve canlarına tecavüz ederek kamu düzenini ve asayişini ihlal etmektir.¹⁰⁶ Mâlikî ve Zâhirî mezhebi hukukçuları, ırza tecavüz suçunu da eşkıyalık kapsamında değerlendirmektedirler. Hatta İbn Arabî (543/1148) bu şekilde işlenen suçun eşkıyalığın en ağır şekillerinden biri olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁷

Bu tanıma göre, İslam hukuku açısından, yolcuların mallarını gizlice alıp kaçan kimselerle onları dolandırarak mallarını ellerinden alan kimseler, eşkıya kapsamında sayılmazlar. Çünkü bu gibi kimseler, eşkıyalık suçunu işleyebilecek güçte görülmemişlerdir.¹⁰⁸

Eşkıyalık suçu, her ne kadar şahıs ve mal aleyhine işlenen bir takım suçları içerse de, bu suçta ağırlıklı olan vasıf toplum aleyhine işlenmiş olmasıdır. Benzeri suçlara oranla eşkıyalık suçuna daha ağır bir cezanın verilmesi de, toplumun huzur ve emniyetine yönelik bir suç olma özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Kapkaççılığın tanımını ise yukarıda: “*Mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır.*”¹⁰⁹ şeklinde vermiştik.

Görüldüğü üzere her iki suç da tanım ve mahiyet açısından aralarında önemli farklar taşımaktadır. Örneğin, kapkaççılıkta mağdurun üzerinde bulunan malın alınması söz konusu iken, eşkıyalık suçunda böyle bir şart yoktur. Kapkaç suçu tek bir kişi ile de işlenebilen ve mağdura karşı cebir ve şiddetin uygulanmadığı bir suçtur, fakat eşkıyalık

¹⁰⁵ Cevherî, İsmâil b. Hammâd (v.393/1002), *es-Sihâh*, (thk. Ahmed Abdülğafûr Atâr), Dâru’l-İlmi li’l-Melâyîn, Beyrut 1404/1984, I, 108; Feyyûmî, *Misbâhu’l-Munîr*, s.49; Fîruzâbâdî, *el-Kâmûsü’l-Muhît*, s.93.

¹⁰⁶ Kâsânî, *age*, IX, 360; İbn Kudâme, *age*, VIII, 287; Bilmen, *age*, III, 288.

¹⁰⁷ İbn Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah (v.543/1148), *Ahkâmü’l-Kur’ân*, Mektebetü’l-İlmiyye, I-IV, Beyrut ty, II, 95; Bardakoğlu, *agmd*, ay.

¹⁰⁸ Şirbinî, Muhammed el-Hatîb (v.977/ 1570), *Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Meâni Elfâzi’l-Minhâc*, Dâru’l-Fikr, Şam, ty, IV, 180; Bilmen, *age*, III, 288.

¹⁰⁹ Koca, *agm*, s.194.

suçunda faillerin güç ve kuvvet sahibi olmaları şarttır. Bu açılardan kapkaççılık ve eşkıyalık suçunun farklı cürümler olduğunu söyleyebiliriz.

B- Korunan Hukuki Yarar Açısından Farklar

Hırâbe (eşkıyalık, yol kesme) suçunun faillerine verilen cezada korunan hukuki yararlar; kamu düzeni ile emniyet ve asayişin korunması, yol ve ulaşım güvenliği (seyahat özgürlüğü), insanların can, mal ve ırzlarının muhafazasıdır diyebiliriz.¹¹⁰

Ömer Nasuhi Bilmen'in şu ifadelerinden de, eşkıyalık suçuna verilen cezada korunan hukuki yararın toplumun huzur ve güvenliğinin temin edilmesi olduğu anlaşılmaktadır: “...İşte hırsızlar da, yol kesiciler de istikametten ayrılarak halkın hukukuna tecavüz ettikleri, içtimaî hayatı tehlikeye düşürdükleri için bu kıymet ve ismet nimetinden (insanın hayatına ve uzuvlarına verilen kıymet ve korunmuşluk nimetinden) mahrum kalmaya müstahik olmuşlardır.”¹¹¹

Malikiler ve Zahiriler, kız ve kadın kaçırma ile bu surette ırza geçmeyi de “yeryüzünde fesat çıkarma” sayarak, eşkıyalık kapsamında değerlendirmişlerdir. Çünkü onlara göre ırz ve namusa tecavüz, mala tecavüzden daha ağır ve hiçbir kimsenin tahammül edemeyeceği bir suçtur. Aynı şekilde devlet erkânına yapılan suikast de Maliki mezhebi hukukçularına göre eşkıyalık kapsamında değerlendirilmiştir.¹¹²

Osmanlı döneminde kişi özgürlüğü ve ırz güvenliği de, eşkıyalık suçuna verilen had cezası ile korunmaya çalışılmıştır. Örneğin, iştirak halinde işlenen bakire bir kızın ırzına geçme suçunda, failer “sâi bi'l-fesâd” sayılarak idam edilmişlerdir.¹¹³

Birinci bölümde kapkaç suçlarına verilen cezalarda korunan hukuki yararın zilyetlik olduğunu, bunun yanın da toplum huzurunun ve kamu vicdanının da teskin edilmesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştik. Görüldüğü üzere eşkıyalık ve kapkaç suçları, korunan hukuki yarar açısından birbirine tam olarak benzememektedirler. Fakat eşkıyalık suçuna verilen cezadaki kişilerin mallarının ve toplum huzurunun korunması değerleriyle, kapkaç suçlularını cezalandırmadaki zilyetlik ve kamu huzurunun temin edilmesi değerleri birbirine benzemektedir. Ama bu

¹¹⁰ Bilmen, *age*, III, 294; M. Ebu Zehra, *age*, I, 96; Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, s.305.

¹¹¹ Bilmen, *age*, ay.

¹¹² İbn Arabî, *age*, II, 95.

¹¹³ Avcı, *age*, s.306.

her kapkaç suçu için de söz konusu değildir. Bu açıdan, eşkıyalık suçunda saldırıya uğrayan değer ile bazı kapkaç suçlarında saldırıya uğrayan hukuki değer birbirine benzediğini söyleyebiliriz.

C- Suçun Unsurları Açısından Farklar

1- Suçun Faili Açısından

İslam hukukuna göre hirâbe (eşkıyalık) suçunun oluşabilmesi için; failin baliğ ve (Hanefîlere göre) erkek, mağdurların müslüman veya zimmî olması, mağdurlardan alınan malın zilyetliğinin sahih, malın mütekavvim ve nisap miktarına ulaşmış olması, fail ile mağdurlar arasında akrabalık bağının (*zî rahm-i mahrem*) olmaması, suç yerinin yerleşim yeri dışında bir mekan olması gerekir. İslam hukukçuları arasındaki bir takım farklı görüşlere rağmen, bu unsurlardan biri eksik olacak olursa suç had cezası olmaktan çıkar ve ta'zir cezasıyla cezalandırılır.¹¹⁴

Kanunilik unsuru açısından, eşkıyalık ve kapkaç suçu birbirine benzememektedir. Eşkıyalık suçunun kanuni unsuru Kur'an-ı Kerim'de geçen şu ayet-i kerimedir: “*Allah ve Resulü'ne karşı savaşan ve yeryüzünde fesat çıkarmaya çalışanların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının 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 olursa; bilin ki Allah çok bağışlayan ve çok merhamet edendir.*”¹¹⁵ Ayrıca, yukarıda mealini verdiğimiz ayetlerin inmesinin de sebebi olarak gösterilen Ureynelilerle ilgili hadis, eşkıyalık suçunun kanuni unsuru olarak fıkıh kitaplarında örnek olarak verilmiştir.¹¹⁶

İslam hukukunda, kapkaççılık suretiyle işlenen suçların cezasını özel olarak belirten bir hüküm bulunmadığını, fakat Kur'an ve Sünnette geçen ve haksız kazanç elde etmenin yasak olduğunu belirten ayet ve hadislerden hareketle, kapkaççılığın İslam hukukuna göre haram olduğunu, yukarıda kapkaç suçunun kanunilik unsurunu açıklarken söylemiştik.

¹¹⁴ Kâsânî, *age*, IX, 375; Bardakoğlu, *agmd*, XI, 464.

¹¹⁵ Mâide 5/33, 34.

¹¹⁶ Buhâri, *Hudûd*, 17; İbn Rüşd, *age*, s.891; İbn Kudâme, *age*, VIII, 286.

İslam hukukunda eşkıyalık suçunun işlenmiş sayılabilmesi için suç faili ile ilgili bir takım şartlar öne sürülmüştür. Bunlar: Yol kesen eşkıyaların akıllı, ergen,¹¹⁷ erkek,¹¹⁸ silahlı,¹¹⁹ müslüman veya zimmî olmalarıdır.¹²⁰ Hanefî ve Hanbelî mezhebi hukukçularına göre, faillerin üç ya da daha çok kişi olması şartı da aranır.¹²¹

Kapkaç suçunda ise, birinci bölümde suçun faili kısmında da ifade ettiğimiz üzere, suç failinin çocuk olması suçun oluşması için bir engel oluşturmamaktadır. Bu durum sadece suçun neticesinde faile verilecek müeyyideyi etkiler. Aynı şekilde faillerin erkek olması, silahlı olmaları, müslüman ya da zimmî olmaları ve birden çok sayıda olması gibi şartlar da kapkaç suçunun gerçekleşmesi için zorunlu değildir. Başka bir ifadeyle, bu şartlar olmasa kapkaç suçu gerçekleşmemiştir diyemeyiz.

İslam hukukçularının, eşkıyalık suçunun faillerine had cezasının uygulanması için bir takım şartlar öne sürmelerinin, muhtemelen, had cezalarının geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurmasından, en ufak bir şüpheyle had cezalarının düşeceği gibi düşüncelerden kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Klasik İslam hukuku kaynaklarında, eşkıyalık suçunun gerçekleşmesi ve suçu işleyenlerin de eşkıya olarak adlandırılabilmesi için, suçun mağdurunda da iki şartın bulunması gerektiği zikredilmiştir. Bunlar: Müslüman veya zimmî olmaları ve el konulan malda mağdur olanların haklı zilyedlerinin bulunmasıdır.¹²²

Mağdurun mal üzerinde haklı zilyedinin bulunmasının, hırsızlık, eşkıyalık ve gasp gibi mala karşı işlenen suçlarda suç failine had cezasının verilebilmesi için gerekli şart olduğunu yukarıda açıklamıştık. Mağdurun müslüman veya zimmî oluşuna gelince, İslam hukukçularına göre mağdur olan şahıs, kendisine vize verilmiş ve İslam ülkesinde bir süreliğine serbest dolaşma iznine sahip bulunan bir turist (müste'men) ya da harbî olursa yol kesen eşkıyalara had cezası uygulanmaz. Çünkü onların malları, mutlak olarak İslam ülkesi tarafından koruma altında değildir. Üstelik mallarında mübahlık şüphesi mevcuttur.¹²³

¹¹⁷ Kâsânî, *age*, IX, 361.

¹¹⁸ Tahâvî, *Muhtasar*, s.277; İbn Âbidîn, *age*, VI, 190.

¹¹⁹ Meydâni, *el-Lübâb*, s.577; Bilmen, *age*, III, 288.

¹²⁰ İbn Rüşd, *age*, s.891; İbn Âbidîn, *age*, VI, 284; Bilmen, *age*, III, 295.

¹²¹ Kâsânî, *age*, IX, 374; Zeylaî, *age*, IV, 75.

¹²² Bilmen, *age*, III, 296; Bardakoğlu, *agmd*, XI, 464.

¹²³ Kâsânî, *age*, IX, 362; Bardakoğlu, *agmd*, ay.

Mağdurun el konulan mal üzerinde haklı zilyedinin bulunması, eşkıyalık suçunda olduğu gibi kapkaç suçu için de gerçekleşme şartıdır. Nitekim bunu birinci bölümde belirtmiştik. Mağdurun müslüman ya da zimmî olması şartına gelince, bu kapkaç suçu için geçerli değildir.

2- Mala Ait Şartlar Açısından

İslam hukukçuları, eşkıyalığa maruz kalan yani yağmalanan malın, hırsızlık suçunda olduğu gibi mütekavvim, muhafaza altında ve mülkiyet şüphesinden uzak bir mal olması, belli bir seviyenin üzerinde bir mali değere (nisap) sahip bulunması gibi şartlar ileri sürmüşlerdir.¹²⁴ Fakat bu şartlar, genelde suçun oluşması için değil ağırlaştırıcı sebep konumunda olan eşkıyalık suçunun gerçekleşmesi ve suçluya daha ağır bir cezanın verilebilmesi için öne sürülmüştür.¹²⁵

Eşkıyalılık suçundaki nisap miktarı, el konulan malın sadece on dirhem ya da değerinde bir mal olması değil, suça iştirak edenlerden her birine bu miktarda bir malın isabet etmesidir. Şayet suçu işleyen her bir kişiye düşen miktar on dirhem değerinde değilse faillerden hiçbirisine had cezası uygulanmaz.¹²⁶ Yalnız Hanefî'lerden Hasan b. Ziyad (v.204/819)'a göre eşkıyalık nisabı en az yirmi dirhemdir. Çünkü eşkıyalık suçunda iki uzvun birden kesilmesi söz konusudur. Bu durumda nisap da iki kat olmalıdır.¹²⁷

Yukarıda hırsızlık konusunu işlerken belirttiğimiz üzere, kapkaç suçlarında failin kapıp kaçtığı malın azlığı, suçun oluşması için bir engel değildir. Üstelik failin çaldığı maldan yararlanmak amacının varlığı da, suçun oluşması için yeterlidir.

3- Suçun İşlendiği Yere Ait Şartlar Açısından Farklar

Eşkıyalık suçunun tam olarak gerçekleşmiş sayılabilmesi için, Hanefî mezhebi hukukçularına göre bu suçun İslam ülkesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İslam ülkesi dışında işlenen yol kesme suçlarına had cezası uygulanmaz. Çünkü bu cezayı uygulayacak olan İslam ülkesinin devlet reisidir, onun da dâru'l-harpte bir yetkisi ve

¹²⁴ Tahâvî, *age*, s.277; Kâsânî, *age*, IX, 363.

¹²⁵ Bardakoğlu, *agmd*, XI, 465.

¹²⁶ Kâsânî, *age*, IX, 363; Molla Hüsrev (v. 885/1480), *Dürerü'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, Muhammed Esad Matbaası, İstanbul 1299, I, 377.

¹²⁷ İbn Âbidîn, *age*, VI, 190.

hükmü söz konusu değildir.¹²⁸ Diğer üç mezhep imamı ve Zâhirîler'e göre ise, ister İslam ülkesinde olsun isterse İslam ülkesi haricinde olsun, eşkıyalık suçu bir müslüman ya da zimmîye karşı işlenmişse faillere had cezası uygulanır.¹²⁹

Kapkaç suçlarında ise devlet otoritesini kabul etmeme diye bir şey söz konusu değildir. Bu suçlar daha ziyade mağdurların mallarına karşı işlenen hırsızlık ve gasp gibi suçlardandır. Eşkîyalık gibi örgütlü suçlardan değildir. Fakat günümüzde kapkaç suçları, yukarıda da değindiğimiz gibi, örgütlü olarak da işlenebilmekte ve özellikle de ceza ehliyetinin olmaması sebebiyle küçük çocuklar bu suçlarda kullanılabilirler. Bu gibi durumlarda şayet hakim uygun görürse çocuklara da emniyet tedbiri uygulanabilmeli ve suçun asıl failleri yakalanıp siyaseten bu kişilere ağır cezalar verilebilmelidir. Nitekim bu konuya tezimizin üçüncü bölümünde de değineceğiz.

Suçun şehir merkezi dışında işlenmiş olması şartına gelince, Ebû Hanîfe, Süfyân es-Sevrî (v.161/778) ve bazı Hanbelî mezhebi hukukçuları ile Şia'dan Zeydiyye mezhebi, eşkıyalık suçunun ancak köy, kasaba ve şehir gibi yerleşim bölgelerinin dışında işlenebileceği, meskun mahallerde işlenen benzeri suçların ise gasp, hırsızlık ya da ihtilâs olarak adlandırılması ve buna göre ceza verilmesi gerektiği görüşündedirler.¹³⁰ Çünkü eşkıyalık suçunun meydana gelebilmesi yolun tamamen kesilmesi ve insanların da yardım istemekten mahrum durumda olmaları durumunda olur. Bu ise şehir ve diğer meskûn mahallerde mümkün değildir.

İmam Mâlik, İmam Şâfî, Ahmed b. Hanbel, Hanefîlerden Ebû Yusuf ve Zâhirîler'e göre ise, şehirlerde yapılan baskın ve yağma suçlarını da yukarıdakine benzer bir imkansızlık içinde bulunulması durumunda eşkıyalık kapsamında değerlendirmek gerekir. Çünkü eşkıyalıkla ilgili ayet-i kerime şehir içi ya da şehir dışı diyerek bir ayırım yapmamış, mutlak olarak gelmiştir. Hatta bazı hukukçular şehirlerde yapılan eşkıyalığı kamu haklarını ihlal yönünden daha ağır bir suç olarak değerlendirmişlerdir.¹³¹

¹²⁸ Kâsânî, *age*, ay; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 127; Zeylaî, *age*, IV, 67. Üdeh, *age*, II, 644; Bilmen, *age*, III, 299.

¹²⁹ Üdeh, *age*, II, 646; Bilmen, *age*, III, 299.

¹³⁰ Serahsî, *age*, IX, 236; Kâsânî, *age*, IX, 364; İbn Âbidîn, *age*, VI, 184.

¹³¹ Serahsî, *age*, IX, 237; İbn Hümâm, *age*, IV, 275; İbn Arabî, *age*, II, 95; İbn Rüşd, *age*, II, 445.

Hanefî mezhebinde fetvaya esas olan görüş Ebû Yusuf'un görüşüdür. Hanefî mezhebi hukukçuları arasındaki bu görüş ayrılığı, Ebû Hanîfe dönemiyle Ebû Yusuf dönemi şartlarının gerektirdiği bir durumdur. Çünkü Ebû Hanîfe zamanında halk genelde şehir içinde de silahlı dolaştığı için, açık bir şekilde malların çalınması ya da talan edilmesi sadece şehir dışlarında vuku buluyordu. Ebû Yusuf zamanında ise bu suç şehirlerde de işlenir bir hale gelmiş halkın huzur ve güvenliğini tehdit etmeye başlamıştır.¹³²

İslam hukukçularının eşkıyalık suçunun şehir merkezlerinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkındaki ihtilafları, daha ziyade mağdurların yardım isteme imkanlarının bulunup bulunmamasına göre değişmektedir. Mağdurların şehir dışı da olsa şayet çevreden yardım isteme imkanı varsa, suçun failleri eşkıya sayılmamış, şayet çevreden yardım isteme imkanı yoksa, şehir merkezi de olsa faillere hırâbe suçunun cezasının verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.¹³³

Osmanlı döneminde de Hanefîlerin yukarıdaki görüşlerine göre fetva verilmiştir.

“İki şehir ve iki karye mâbeynlerinde yola çıkıp, mal alıp, mâbeynlerinde taksim edip her birine nisâb-ı şer’î miktarı mal düşse, yâhut katl-i nefis eyleseler hükm-i şer-i şerîf nicedir?”

Elcevap: *Mal tazmin olunup te’dîp ve habs olunurlar. Katl-i nefis ve cerh evliyâ-i katîl ve evliyâ-i mecrûha müfevvazdır, dilerse af ederler. Amma İmam Ebû Yusuf’tan rivayet vardır ki: Eğer mısırdaki dahi silah ile kat’a kast ederlerse kuttâ’-i tarîk olurlar...”*¹³⁴

*“Eşkıyadan birkaç kimseler geceleyin Zeyd’in menziline basıp, malını nehb ve gâret edip, aldıkları, mezburların beynlerinde kısmet olunduğu takdirce, her birinin hissesine nisap miktarı isabet etse, lakin katl-i nüfûs etmiş olmasalar, mezburların aldıkları mevcut ise alıvermek, sağ ellerini bilekten, sol ayaklarını topuktan kesmek lazım olur.”*¹³⁵

¹³² Serahsî, *age*, ay; Kâsânî, *age*, IX, 365; İbn Âbidîn, *age*, VI, 184.

¹³³ Kudûrî, *et-Tecrîd*, Dârü’s-Selâm, Kahire 2004, XII, 6073.

¹³⁴ Düzdağ, M. Ertuğrul, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, İstanbul 1972, s.151.

¹³⁵ Avcı, *age*, s.312’den naklen Dürrizâde, Şeyhülislam M, Arif b. Muhammed, *Netîcetü’l-Fetevâ*, İstanbul 1265, s. 126.

Kapkaç suçları, hirâbe suçunun şehir merkezinde ve silahsız olarak işlenebileceğini kabul eden fakihlere göre, bu suçla benzerlik arz etmektedir. Özellikle failin mağdura karşı cebir ve şiddet kullanması sonucunda gasp fiiline dönüşen kapkaççılık eylemlerinin, bu fakihlere göre, eşkıyalık olarak değerlendirilmesi için hiçbir engel yoktur. Çünkü Ebû Yusuf, Ebû Hanîfe'nin talebesi olmasına rağmen kendi döneminin şartlarının hocasının yaşadığı dönemdeki şartlardan farklı olduğu gerekçesiyle, şehir merkezlerinde işlenen silahlı gasp suçlarının eşkıyalık kapsamında değerlendirileceğini söylemiştir. Gerekçe olarak da, artık o dönemde insanların şehirlerde, hocasının zamanında olduğu gibi, silahla dolaşmadıkları, eşkıyalık suçlarının şehir merkezlerinde de işlenir hale geldiği, hatta şehir merkezlerinde işlenen eşkıyalık suçlarının diğerlerinden daha tehlikeli olduğu gibi deliller ileri sürmüştür. Nitekim yukarıda bunlara değinmiştik.

Bu sebeple biz de özellikle silahlı olarak işlenen ve gasp suçuna dönüşen kapkaç eylemlerinin eşkıyalık suçu kapsamında değerlendirileceği, suçun diğer unsurlarının da oluşması halinde suç faillerine had cezasının uygulanabileceği kanaatindeyiz.

4- Suça Uygulanan Yaptırım Açısından

İslam hukukunda eşkıyalık suçunun cezası oldukça şiddetlidir. Bu da eşkıyalık suçunun, diğer şahıs ve mal aleyhine münferiden işlenen suçlardan daha ziyade kamu düzen ve güvenliğini ihlal etmesi ve İslam dininin bunların korunmasına verdiği önem sebebiyledir.¹³⁶

Kur'an-ı Kerim'de bu konuyla ilgili ayet-i kerime şöyledir: *“Allah ve Resulü'ne karşı savaşan ve yeryüzünde fesat çıkarmaya çalışanların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının 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 olursa; bilin ki Allah çok bağışlayan ve çok merhamet edendir.”*¹³⁷

Bu ayette, hukuken gerçekleşen eşkıyalık suçuna, dört çeşit cezanın tatbik edileceğinden söz edilmektedir: öldürme, asılma, el ve ayakların çaprazlama kesilmesi ve sürgün edilme. İslam hukukçuları, bu suçu işleyen kimselere hangi cezanın verileceği

¹³⁶ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İlâmü'l-Muvakûn*, II, 58; Bilmen, *age*, III, 294.

¹³⁷ Mâide 5/33, 34.

konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu ihtilaf da, ayette geçen cezaların birbirine “veya, yahut, ya da” anlamına gelen bir edatla bağlanmış olmasından kaynaklanmıştır. Ayrıca suçun hangi türüne hangi cezanın uygulanması gerektiği ve hakimin suçlular için bu cezalardan birini seçme hakkının bulunup bulunmadığı konularında da İslam hukukçuları farklı görüşlere sahiptirler.¹³⁸

Hanefî, Şafîî ve Hanbelîler’e göre ayette geçen “ev” edatı tahyîre değil tertibe delalet eder. Yani ayet-i kerimede seçimlik dört tür cezadan değil, suçun dört kademesine uygun düşen dört çeşit cezadan söz edilmektedir.

İmam Mâlik’e göre ise devlet başkanı (hakim) bu cezalardan birini seçme hakkına sahiptir. Ama hakim bu kararı verirken mağdur kişinin ve kamunun hakkını gözetmek zorundadır. İşlenen suç için dengi cezadan daha aşağısını veremez. Buna göre devlet, adam öldüren eşkıyaya ölüm, yağma edene el ve ayağının çaprazlama kesilmesi, sadece yol kesip insanları korkutan ve yol emniyetini ihlal eden suçluya da sürgün cezası vermek zorundadır. Ancak hakim gerekli gördüğü yerde amme menfaatini muhafaza için suçluya daha ağır bir ceza da verebilir. Sahabeden İbn Abbas da bu görüştedir.¹³⁹

Yukarıda İslam hukukçularının çoğunluğunun görüşü olarak verdiğimiz suçun dört kademesine uygun düşen dört müeyyide şunlardır:

1- Yolcuların mallarına ya da canlarına herhangi bir zarar vermeyip sadece onları korkutmak suretiyle bu cezayı işleyenlerin cezası, Ebû Hanîfe ve Ahmed b. Hanbel’e göre sürgündür. Şâfîîler’e göre ise sürgün ya da ta‘zir cezası verilebilir. Onlar, cezanın süresi ve nasıl uygulanacağı belirtilmediği için, sürgünü de ta‘zir cezası gibi değerlendirmişlerdir.¹⁴⁰

Hanefî ve Mâlikî hukukçularına göre, sürgünden maksat hapis cezasıdır. Şâfîî mezhebine göre sürgün, suçluları herhangi bir yere kaçmalarına engel olabilecek şekilde gözetim altında bulundurmaktır. Ahmed b. Hanbel ise sürgünden maksat, suçluları şehirden dışarı çıkarıp başka bir şehre gitmelerine engel olmak ve ıslah olduklarına kanaat getirinceye dek bu hali devam ettirmektir.¹⁴¹

¹³⁸ Üdeh, *age*, I, 647; M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 151.

¹³⁹ İbn Rüşd, *age*, s.891; Şafak, *age*, s.176.

¹⁴⁰ Kâsânî, *age*, IX, 373; İbn Kudâme, *age*, X, 313.

¹⁴¹ İbn Rüşd, *age*, s.892.

Dört mezhebe göre sürgünün (hapsin) müddeti, ayet-i kerimede sürgün cezası mutlak olarak geçtiği ve herhangi bir süre belirtilmediği için sınırsızdır. Suçluda faal nedamet ve tövbe hali görülünceye dek hapis cezası devam eder.¹⁴²

2- Eşküyalar sadece yağmada bulunarak yolcuların mallarına el koyar ve canlarına bir zarar vermezlerse, Ebû Hanîfe, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre sağ el ve sol ayakları çaprazlama kesilir. Bu cezanın verilebilmesi için de suçluların herhangi bir sebeple (kisas ve had cezası gibi) el ayaklarının kesilmemiş olması ve bu azalarının sağlam bulunması lazımdır. Çünkü bu durumda suçluları ıslah ve cezalandırma maksadı aşılmış ve onlara haksızlık yapılmış olur.¹⁴³

3- Eşküyalık suçunu sadece adam öldürme şeklinde işleyenlerin cezası, Ebû Hanîfe, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre asılmaksızın öldürülmeleridir.¹⁴⁴ Hatta bunlardan sadece biri bir yolcuyla öldürecek olsa, hepsi hakkında öldürme cezası uygulanır. Buna delil olarak Hz Ömer'in şu uygulaması örnek verilmiştir:

Hz Ömer'in hilafeti sırasında San'alı bir kadın dostu ile anlaşarak kocasının oğlunu birlikte öldürmüşlerdi. San'a valisi Ya'lâ b. Ümeyye bir karara varamayınca konuyu Hz Ömer'e bildirdi. Halife de bir kişiye karşılık sadece bir kişinin kisas edileceğini söyleyerek öldürenin öldürülmesi kararına vardı. Hz Ali ise şöyle diyerek Hz Ömer'e itiraz etti: "Bir grup insan bir deveyi birlikte çalıp kesse onların her birine hırsızlık cezasını uygulamaz mıydın?" Hz Ömer: "Evet" deyince, Hz Ali: "İşte bu da onun gibidir" dedi. Bunun üzerine Hz Ömer valisine şu emri gönderdi: "*İkisini de öldür. Eğer bu cinayete bütün San'a halkı katılmış olsaydı hepsini öldürürdüm.*"¹⁴⁵

4- Eşküyalık suçunu işleyenler, yolcuların hem mallarını alır hem de canlarına kast ederlerse İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Zeydiler'e göre, kendilerine öldürme ve asma cezaları birlikte uygulanır. Hanefî'lerden Ebû Yusuf ve İmam Muhammed de bu görüştedirler. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre hakim, isterse suçluların önce el ve ayaklarını çaprazlama keser sonra asar ya da öldürür, isterse de el ve ayaklarını çaprazvari kesmeksizin asmadan öldürür ya da asarak idam eder.¹⁴⁶

¹⁴² Üdeh, *age*, I, 649.

¹⁴³ İbn Rüşd, *age*, ay.

¹⁴⁴ Üdeh, *age*, I, 648; M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 152.

¹⁴⁵ Buhârî, *Diyât*, 21; Mâlik, *Ukûl*, 13.

¹⁴⁶ Kâsânî, *age*, IX, 374; İbn Kudâme, *age*, X, 307.

Eşküyaya verilecek asma cezası cezayı ağırlaştırıcı, suçluyu bu cezadan engelleyici, kamu vicdanını yatıştırıcı ve toplumda suçun işlenmesini önleyici bir rol oynayacağı için, bu müeyyide ancak bu amaçları gerçekleştirecek bir tarzda uygulanmalıdır.

Hanefî mezhebi hukukçularına göre, suç esnasında yolcularla çatışıp öldürülen eşkıyaların ölüsü yıkanır fakat başkalarına ibret olması için cenaze namazları kılınmaz. Suçu işleyip yakalandıktan sonra kısas yahut had cezası sebebiyle öldürülen eşkıyaların ise namazları kılınır.¹⁴⁷

Yol kesme esnasında eşkıyayı yolculardan birisi öldürecek olursa dört mezhep imamına göre de öldüren kişiye kısas cezası uygulanmaz. Fakat cezayı uygulayacak olan yetkili makamı tanımadığı için, hakim isterse bu kişiye ta'zir cezası verebilir. Saldırgana verilen bu ceza suçluyu öldürmüş olmasından değil, amme otoritesini tanımayıp ihkak-ı hak yolunu tercih ettiği içindir. Zâhirîler ve Zeydîlere göre, yol kesiciyi öldüren yolcuya kısas cezası uygulanır.¹⁴⁸

Eşküyaya, işlediği suçtan dolayı ayette belirtilen cezalardan birinin verilmiş olması, yolcuların mallarına vermiş olduğu zarar ve ziyandan doğan hukuki sorumluluğu ondan kaldırmaz. Yolculardan almış olduğu mal elinde bulunuyorsa, o malı sahibine iade etmesi gerektiği konusunda müctehidler arasında görüş birliği mevcuttur. Fakat yağma ettiği malı tüketmiş ise, bu durumda tazminle yükümlü bulunup bulunmadığı hususunda İslam hukukçuları farklı görüşlere sahiptirler. Hanefî, Mâlikî ve Zeydîler'e göre, had cezasıyla tazminat aynı şahısta birleşmeyeceği için kendisine had cezası uygulanan eşkıyaya yağmaladığı mal tazmin ettirilmez. Fakat İmam Mâlik'e göre, bu suçu işleyen kimseler şayet zengin iseler aldıkları mal kendilerine tazmin ettirilir. Şâfiî ve Hanbelî mezhebi hukukçularına göre ise, had ve tazmin cezaları ayrı ayrı cezalar oldukları için, suçlulara ister had cezası uygulanmış olsun ister uygulanmamış olsun, suçlular ister zengin olsun isterse fakir olsun verdikleri zarar kendilerine tazmin ettirilir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Serahsî, *age*, IX, 231; Kâsânî, *age*, IX, 367; Bilmen, *age*, III, 292.

¹⁴⁸ Üdeh, *age*, II, 656.

¹⁴⁹ Zeylaî, *age*, IV, 74; İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed (v.970/1562), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-IX, Beyrut 1418/1997, V, 117.

Kapkaç suçunun cezası, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ise had grubuna giren cezalardan değildir. Bu sebeple kapkaç suçuyla hırâbe suçunun bu açıdan birbirine benzemediklerini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak diyebiliriz ki eşkıyalık ve kapkaççılık; işleniş şekli, suçun unsurları ve suça verilen ceza açısından birbirinden farklı suçlardır. Bu farkları kısaca şöyle özetleyebiliriz:

1- Eşkıyalık suçu, genelde silahla ve cebir kullanarak işlenen bir suçtur. Kapkaççılıkta failin cebir kullanması ise genelde mağdurun eşyasını vermemek için direnmesi durumunda söz konusudur. O zaman da suç eşkıyalık olmaktan çıkıp gasp suçuna dönüşmüş olur.

2- Eşkıyalık suçları, başlangıç ve bitiş itibarıyla alenen işlenen suçlardır. Kapkaççılık suçlarında ise her ne kadar suç sonradan aleniyet kazansa da mağdurun üzerindeki eşyanın alınması esnasında gizlilik vardır.

3- Eşkıyalık suçları, tek failli suçlardan olmadığı halde, kapkaççılık çok faille işlenebildiği gibi tek faille de işlenebilmektedir.

4- Eşkıyalık suçları, İslam hukukçularının çoğunluğunun görüşüne göre, silahla işlenen bir suçtur. Kapkaççılıkta ise genelde silah kullanma yoktur.

5- Eşkıyalık suçu, bazı mezheplerin farklı görüşlerine rağmen, şehir dışında işlenen bir suçtur. Kapkaç suçları ise, şehir dışında işlenebildiği gibi genelde şehir merkezinde işlenen bir suçtur.

6- Eşkıyalık suçunda, suçun oluşabilmesi için el konulan malın belirli bir nisaba ulaşması şarttır. Kapkaç suçlarında ise nisap şartı yoktur.

Bunun yanında, korunan hukuki yarar açısından, her iki suçta da mala yönelik bir eylem olması açısından ve kapkaççılığın bazı işleniş şekilleri bakımından iki suçun birbirine benzemekte olduğunu söyleyebiliriz.

III- KAPKAÇ VE GASP ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

İslam hukukunda “gasp” başlığı altında ele alınan suç tipi, modern hukukta farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Şöyle ki, ilk olarak suçun adı gasp şeklinde değil “yağma” olarak isimlendirilmiştir. İslam hukuku kaynaklarında mala yönelik haksız

fiiller kategorisinde değerlendirilen gasp suçu, günümüzde borçlar hukuku olarak adlandırılan, “muamelât” konuları içerisinde ele alınmaktadır.¹⁵⁰ Her ne kadar gasp suçunu işleyen faile ta‘zir şeklinde bir ceza öngörülse de, failin ele geçirdiği malı tazmin yükümlülüğü bulunduğu için veya da bugün bizim anladığımız şekilde bir gasp suçu o zamanlar yaygın olmadığı için, gasp suçu klasik kaynaklarda ceza hukukunun konuları arasında işlenmemiştir.

1537 sayılı yürürlükteki Ceza Kanununda ise yağma suçlarıyla ilgili hükümler, 2. Kitap 1. Kısımda “Kişilere Karşı Suçlar” kısım başlığı altındaki “Mal Varlığına Karşı Suçlar” adını taşıyan 10. bölümün 148, 149 ve 150. maddelerinde yer almaktadır. 168. maddede de yağma suçlarına uygulanacak olan etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir.

Bu değerlendirmeden hareketle, İslam hukukunda ele alınan gasp cürmünün bugün bizim anladığımız, zabıta dilinde gasp olarak adlandırılan ve modern hukukta da yağma diye isimlendirilen gasp suçunun aynısı olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü modern hukuk, yağma suçlarını yukarıda da belirttiğimiz üzere, kişilere ve mala karşı işlenmiş bir suç olarak ele almakta, bu suça uygulanan hukuki yaptırımında korunan hukuki değer de mülkiyet ve zilyetlikle birlikte kişi özgürlüğü ve güvenliği olduğunu kabul etmektedir.¹⁵¹ İslam hukukunda ise gasp suçu, daha ziyade mala karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte İslam hukukçularından çoğunluğu, gayr-ı menkullerde de gaspın gerçekleşeceğini kabul etmektedir.

Bu değerlendirmeden sonra kapkaç suçuyla gasp suçunun benzer ve farklı yönlerini incelemeye geçebiliriz.

A- Tanım ve Mahiyet Açısından

Gasbın sözlük anlamı, “*bir şeyi haksız olarak ve zorla almak*” demektir. Diğer bir tarife göre de, “*bir kimseye üstün gelmek ve bir şeyi haksızca ve zorla almak*” demektir.¹⁵²

¹⁵⁰ Mesela Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin sekizinci kitabı “*Kitâbü’l-Gasb ve’l-İtlâf*”tır. Bilindiği üzere Mecelle, ceza hukukuna ait konuları kapsamamakta, faiz konusu gibi bir takım eksikliklere rağmen, İslam hukukunun muâmelât kısmını içine almaktadır.

¹⁵¹ Köksaldı, Süleyman, *Türk Hukukunda Yağma Cürümleri*, s.106.

¹⁵² İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arap*, II, 140; Feyyûmî, *el-Misbâhu’l-Münîr*, s.170.

Bir hukuk terimi olarak gasp kelimesinin ifade ettiği anlam ise mezheplere ve mezhep içindeki müctehidlere göre değişmektedir. Hanefî mezhebi hukukçularından Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre gasp, bir malın sahibinin ya da yetkili kimsenin izni olmaksızın, malikin o maldaki zilyetliğini gidermek ve yerine haksız bir zilyetlik kurmak suretiyle almak demektir. İmam Muhammed'e göre ise gasbın gerçekleşmesi için mala yönelik bir fiile gerek yoktur.¹⁵³ Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf ile İmam Muhammed arasındaki görüş ayrılığı, gayr-ı menkul mallarda gasbın mümkün olup olmadığı ve gasp sorumluluğunun doğup doğmadığı noktasında önem kazanmaktadır.

Gasbın tanımı noktasında Hanefî mezhebindeki hakim görüş, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un tarifi doğrultusunda ve şöyledir: “*Gasp, dokunulmazlığı olan mütekevvim ve taşınabilir bir malı, sahibinin veya yetkili kimsenin izni olmaksızın açıkça ve zorla alarak, malikin zilyetliğini gidermek ve yerine haksız bir zilyetlik kurmaktır.*”¹⁵⁴

İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre gasp, “*başkasının malında onun izni olmaksızın haksız bir zilyetlik kurmaktır.*”¹⁵⁵ Malikî mezhebi hukukçuları ise gasbı, “*bir malı zorla ve düşmanca, fakat yol kesip çarpışmaksızın almaktır.*”¹⁵⁶ şeklinde tarif etmişlerdir.

Bu üç mezhebin hukukçularına göre gasbın gerçekleşmiş olması için, maldan sahibinin zilyetliğinin giderilmesi şart koşulmamıştır, malda haksız zilyetliğin ikamesi yeterlidir. Bu ayrım da gasbedilen maldaki ziyadelerin ve menfaatlerin gasp sorumluluğuna dahil olup olmaması noktasında önem kazanmaktadır.¹⁵⁷

Yürürlükteki Ceza Kanununda ise “bileşik suç” olarak kabul edilen yağma suçu şu şekilde tarif edilmiştir: “*Başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malı, zilyedin rızası olmadan faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanmak suretiyle almaktır.*”¹⁵⁸ Yağma suçları bunun yanında, “zor yoluyla hırsızlık”, “cebir veya tehdit kullanılarak yapılan hırsızlık” olarak da tanımlanmıştır.

¹⁵³ Zeylaî, *age*, VI, 315; İbn Nüceym, *age*, VIII, 196.

¹⁵⁴ Aydın, Mehmet Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yay, İstanbul 1996, s.239.

¹⁵⁵ İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed b. Muhammed (v.630/1223), *el-Muğnî maa ş-Şerhi'l-Kebîr*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty, V, 374; Remlî, Hamza İbn Şihâbüddîn(v.1004), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984, V, 144.

¹⁵⁶ Zuhaylî, *age*, V, 708.

¹⁵⁷ Bilmen, *age*, VII, 330; Aydın, *age*, s.239.

¹⁵⁸ Noyan, *age*, s.289.

Yürürlükteki Ceza Kanununa göre yağma suçlarında, hırsızlık suçunda bulunan unsurların yanında, cebir (fiziksel baskı) veya tehdit (manevi baskı) unsuru da fiilin işlenmesinde kullanılmalıdır. Bu sebeple failin malı almak için mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması, yağma suçlarını hırsızlıktan ayıran bir ölçüt olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁹

Kapkaççılığın tanımını yukarıda: “Mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır.”¹⁶⁰ şeklinde vermiştik.

Her iki suçun tanımından da anlaşıldığı üzere, gasp ve kapkaç suçları birbirine tam olarak benzememektedirler.

B- Korunan Hukuki Yarar Açısından

Gasp suçunda korunan hukuki yarar mağdurun zilyetliği ve kişi özgürlüğüdür. Çünkü gasp suçlarında saldırıya uğrayan hukuki değer bu iki unsurdur.¹⁶¹ Bu suç, zor kullanarak bir kişinin malına açıkça el koymak olduğu için, mağdurun hem kişiliğine hem de malına bir saldırı bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla eylemin gasp suçunu oluşturabilmesi için her iki hukuki değer de saldırıya uğraması şarttır.¹⁶²

Kapkaç suçlarında ise, birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, saldırıya uğrayan hukuki değer sadece mağdurun zilyetliğidir. Dolayısıyla bu açıdan gasp suçundan ayrılmaktadır. Çünkü kapkaç suçlarında genelde kişinin özgürlüğüne yönelik bir saldırı söz konusu olmadığı için, mağdurun “irade özgürlüğü” değeri saldırıya uğramamaktadır. Fail, mala karşı bir eylemde bulunmaktadır ve mağdurun üzerindeki bir eşyayı aniden alıp kaçmaktadır.¹⁶³

C- Suçun Unsurları Açısından

Yukarıda verilen tanım ışığında İslam hukukunda gasp suçunun maddi unsurlarının, gasp fiili, gasbedilen mal ve açıktan, zor kullanarak alma olduğunu söyleyebiliriz.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Noyan, *age*, ay.

¹⁶⁰ Koca, Mahmut, “*Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak ‘Kapkaççılık’*”, s.192.

¹⁶¹ Koca, *agm*, s.178.

¹⁶² Koca, *agm*, ay.

¹⁶³ Köksaldı, *agtz*, s.106.

¹⁶⁴ Eroğlu, Mustafa, *İslam Hukukunda Gasp ve Tazmini*, Tekin Kitabevi, Konya, 2005, s.77.

1- Suç Fiili Açısından

İslam hukukunda *gasp* fiilinden şu üç farklı durum anlaşılır: Malikin zilyetliğinin giderilmesi (*izâle-i yed-i muhikka*), gâsıbın zilyetliğinin tesis edilmesi (*isbât-ı yed-i mubtila*) ve bu ikisinin de bir arada bulunması.¹⁶⁵

İslam hukukçularına göre, bir fiilin *gasp* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bu üç duruma göre belirlenir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Hanefî mezhebinde hâkim olan görüşe göre, bir fiilin *gasp* sayılabilmesi için bu üç unsurun da o fiilde bulunması zorunludur. Buna göre *gasp* fiili, mağdura karşı cebir ve şiddet kullanarak malikin zilyetliğini gidermek ve aynı zamanda gâsıbın zilyetliğini tesis etmektir. Bu unsurlardan biri eksik olacak olursa *gasp* fiili gerçekleşmiş sayılmaz.¹⁶⁶

İmam Muhammed'e göre, mal sahibinin zilyetliğini giderip onu sahibinin kullanım alanından çıkarmak da *gasp* kapsamında sayıldığı için, taşınır mallarda nakletmek suretiyle, taşınmazlarda da el koymak suretiyle bu fiil gerçekleşmiş sayılır.¹⁶⁷

Aynı şekilde Hanefiler'in yaptığı bu tanıma göre, "tabiî semereler" ve "gasbedilen malda meydana gelen artışlar" da (zevâid-i mağsûp) *gasp* kapsamında değerlendirilemez. Çünkü bu artışlar malın sahibinin elinden çıkmasından sonra gerçekleşmiştir. Yani bunlarda mal sahibinin zilyetliği hiç tahakkuk etmemiştir. Bu nedenle bu tür artışlarda mal sahibinin zilyetliğini iptal söz konusu olmadığı için *gasp* fiilinin bir unsuru eksik kalmakta, dolayısıyla da *gasp* fiili gerçekleşmemektedir.¹⁶⁸

Diğer üç mezhebe göre, *gasp* fiili, *gasp* edilen malda gâsıbın haksız zilyetliğini tesis etmek olduğu için, *gaspta* mala yönelik bir fiilin gerçekleşmiş olması şart değildir. Buna göre, taşınmazların *gaspsı* bu üç mezhebe göre mümkündür. Mal sahibinin zilyetliğini sona erdirmek aranmadığı için de malda meydana gelen ziyadeler ve menfaatler de *gasp* kapsamına girer. Hanefî mezhebi müctehidlerinden Züfer b. Hüzeyl (v.158/778) de bu görüştedir.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde (v.1935), *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1330, II, 786.

¹⁶⁶ Zeylâî, *age*, VI, 314; Aydın, Mehmet Akif, "Gasp", *DiA*, XIII, 387, İstanbul, 1996.

¹⁶⁷ İbn Nüceym, *age*, VIII, 198; İbn Âbidîn, *age*, IX, 262.

¹⁶⁸ Ali Haydar, *age*, II, 790.

¹⁶⁹ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 275; İbn Kudâme, *age*, V, 400; İbn Âbidîn, *age*, IX, 260.

Kapkaç fiilinin ise gayrimenkullere karşı işlenilmesi düşünülemez. Çünkü kapkaç suçunda mağdurun malının hızla alınıp kaçılması esastır. Bu sebeple bu suçun konusunu menkul mallar oluşturur. Fakat mağdurun mal üzerindeki zilyetliğinin sona erdirilmesi ve failin haksız zilyetliğinin o mal üzerinde tesis edilmesi, gasp suçlarında olduğu gibi kapkaç fiilinin tamamlanmış sayılması için de geçerlidir. Örneğin kapkaç suçunun faili, mağdurun malını alıp kaçarken yakalanacak olsa tamamlanmış bir kapkaç suçundan söz edemeyiz. Bu durumda suç, teşebbüs halinde kalmış sayılır.

2- Suçun Konusu Açısından

İslam hukukçuları açısından gasp fiilinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, gasba konu olan nesne mal olmalıdır.¹⁷⁰ Hanefiler'e göre mal, "*insanlar arasında iktisadi değeri olan maddi varlık*" olarak tanımlanmıştır.¹⁷¹ Mecelle'de mal, "*İnsan tabiatının mâil olup, vakt-i hâcet için iddihar olunabilen (saklanılabilen) şeylerdir ki menkûle ve gayrimenkûle şâmil olur.*"¹⁷² şeklinde tanımlanmıştır.

İslam hukukçularına göre bir malın gasp fiiline konu olabilmesi için malda bir takım nitelik ve özelliklerin bulunması gerekmektedir. Yukarıda hırsızlık ve eşkıyalık suçlarına konu olan mal için söylediğimiz şartlar ve nitelikler gasp suçu için de geçerlidir.

Buna göre, gasba konu olan mal mütekavvim olmalı, yani şer'an kendisinden faydalanılması mübah olan mallardan olmalıdır. Mecelle'de mütekavvim mal iki anlamda kullanılmıştır: Biri intifâî mübah olan mal, diğeri de saklanan (*muhrez*) maldır.¹⁷³ Bu sebeple dinen kullanılması caiz olmayan şarap ve domuz eti gibi mallar mütekavvim sayılmazlar. Böyle bir malın zorla alınması durumunda gasp suçu tahakkuk etmez ve failin fiili veya kusuruyla zayi olsa bile tazmin borcu doğmaz.¹⁷⁴

İkinci olarak, malın dokunulmaz (muhterem) olması gerekmektedir. Bir malın dokunulmaz olması demek onun, İslam hukukunca koruma altına alınmış olması demektir. Bir İslam ülkesinde bütün müslümanların, gayr-ı müslimlerin ve müste'menlerin malları İslam hukukunca koruma altındadır. Haksız olarak el konulması

¹⁷⁰ İbn Rüşd, *age*, s.761; İbn Âbidîn, *age*, IX, 261.

¹⁷¹ İbn Âbidîn, *age*, IX, ay.

¹⁷² Mecelle, md. 126.

¹⁷³ Mecelle, md. 127.

¹⁷⁴ Şirbinî, *age*, II, 285; eş-Şîrâzî, Ali b. Yusuf el-Feyruzâbâdî (v.476/1083), *el-Mühezzep fi'l-Fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Dârü'l-Fikr, Yy ve ty, I, 374; İbn Kudâme, *age*, V, 443.

durumunda şeriat buna müdahale eder. Buna göre dâru'l-harpte harbîlerin mallarına el koyan müslümanlar gâsıp sayılmazlar. Çünkü İslam hukukuna göre onların malları korunmuş ve dokunulmaz değildir. Harpte ganimet olarak ele geçirilen mallar da bu şekildedir.¹⁷⁵

Üçüncü olarak, malın menkul olması şart koşulmuştur. Menkûl mal, bir yerden başka bir yere nakli mümkün olan maldır. Mecelle'de menkul mal şöyle tarif edilmiştir: “Bir mahalden mahal-i âhara nakli mümkün olan şeydir ki, nukût (paralar) ve urûza (para ve tartılabilen eşyanın dışındaki şeyler), hayvanât ve mekîlât (arpa, buğday gibi hacim ölçüsüyle ölçülen şeyler) ve mevzûnâta (tartılabilen şeyler) şâmil olur.”¹⁷⁶

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf, yaptıkları gasp tanımının bir sonucu olarak gayr-ı menkullerde gaspın gerçekleşmeyeceği görüşündedirler. Hanefilerden İmam Muhammed ve Züfer ile Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhebi hukukçularına göre gasp, hem menkul hem de gayr-ı menkul mallarda gerçekleşir.¹⁷⁷

Bu ihtilaf, zorla el konan gayr-ı menkul malların bir mücbir sebeple zayi olması veya üçüncü bir şahsın haksız bir fiiliyle itlaf edilmesi halinde önem kazanır.¹⁷⁸

Dördüncü olarak ileri sürülen şart da, özellikle Hanefî mezhebi hukukçularına göre, gasp fiiline konu olan mal, maddi bir mal olmalıdır. Nitekim menfaatlerin Hanefîler göre mal sayılmadığı, bu sebeple de gasp fiilinin konu olmadıkları şeklindeki görüşlerini ve diğer mezheplerin de farklı görüşlerini yukarıda ifade etmiştik.

Son dönem Hanefî mezhebi hukukçuları, Hanefîlerin menfaat karşısındaki bu görüşlerinin mal sahiplerini zaman zaman mağdur ettiğini görmüşler, bunu önlemek için de gerektiği gibi korunamayan vakıflar, yetim malları ve kiraya verilmek üzere belirlenmiş ve hazırlanmış (*müaddün li'l-istiğlâl*) malları bu hükümden istisna etmişler ve bunların tazmin edilmesi gerektiğini söylemişlerdir.¹⁷⁹

İslam hukukçularının gasp fiilinin gerçekleşmesi için malda aradığı şartlar kapkaç suçu için de geçerlidir. Nitekim birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, kapkaç konu olan mal; maddi, menkul, başkasına ait ve hukuk tarafından korunmuş (*muhterem*)

¹⁷⁵ İbn Nüceym, *age*, VIII, 226; Özel, Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislâm Darulharb*, İz Yayıncılık, İstanbul 1998, s.246.

¹⁷⁶ Mecelle, md. 128.

¹⁷⁷ İbn Rüşd, *age*, s.763; Şirbinî, *age*, II, 275; İbn Kudâme, *age*, V, 395.

¹⁷⁸ Aydın, *age*, s. 388; Döndüren, Hamdi, “*Gasb*”, ŞİA, Şamil Yayınevi, İstanbul 1990, II, 218.

¹⁷⁹ İbn Âbidîn, *age*, IX, 272; Aydın, *agmd*, XIII, 388.

bir mal olmalıdır. Bu saydığımız özellikler, aynen gasp fiiline konu olan mallar için de geçerlidir.

Modern hukukta da, İslam hukukundaki gibi, yağma suçuna konu olan malın taşınabilir (*menkul*) olması şart koşulmuştur.¹⁸⁰ Yürürlükteki Ceza Kanunu, hukuken korunmuş olmayan yani haksız zilyedin elindeki mallarda da yağma suçunun gerçekleşeceğini kabul etmektedir.¹⁸¹ Bunun haricinde malın ekonomik bir değere sahip olması ve başkasına ait bir mal olması açısından da İslam hukukuyla modern hukuk örtüşmektedir.

3- Suçun Zor Kullanarak Ve Açıktan İşlenmesi Açısından

Gasbın üçüncü unsuru, gasbedilen malın mal sahibinin izni olmaksızın açıktan ve zorla alınmış olmasıdır. Gasp suçunun bu unsuru şu iki unsurun birleşmesinden meydana gelmiştir: Başkasının malının hukuka aykırı bir şekilde, mal sahibinin, yetkili bir makamın veya İslam hukukunun izni olmadan alınması ve bu almanın da özel bir şekilde ve açıkça yapılmasıdır.¹⁸²

Gasp suçunun en önemli unsuru, mala el koymanın zorla ve açıktan yapılmasıdır. Çünkü bu özelliği sebebiyle gasp suçu, hırsızlık, yankesicilik ve ihtilâs gibi kendisine benzeyen pek çok suçtan ayrılır.

Gasp suçu aynı şekilde bu unsuru sebebiyle kapkaç suçundan da ayrılmaktadır. Çünkü kapkaç suçlarında, fiil her ne kadar aleni işlenmekte ise de başlangıçta bir gizlilik bulunmaktadır. Şöyle ki, fail önce mağdura üzerindeki malı alacağını hissettirmeden yaklaşmakta, mağdurun üzerindeki eşyayı çekip aldıktan sonra fiil alenileşmektedir.

Gasp suçunu kapkaçılıktan ayıran bir başka husus da, kapkaç suçlarında cebir ve şiddet, mağdurun malını vermemek için direnmesi durumunda kullanılmakta iken, gasp suçunda, cebir mağdura malını vermek için yapılmakta ve mağdurun bu zorlama karşısında malını vermesi sağlanmaktadır. Zaten kapkaç suçlarında mağdurun direnmesi

¹⁸⁰ Noyan, *age*, s.301.

¹⁸¹ Köksaldı *agtz*, s. 11. “*Bu anlamda, örneğin hırsızlıkla ya da kendi işlediği yağma suçu ile malı elde etmiş birisinden zorla bu malı almak da yeni bir yağma suçu oluşturur. Zilyedin zilyetliğinin meşru olup olmadığı, yağma cürümleri bakımından bir ön şart değildir.*”

¹⁸² Aydın, *age*, s.260.

üzerine fail, bu direnci kırmak için her hangi bir şiddet uygulayacak olsa fiilin kapkaççılıktan gasba dönüşeceğini birinci bölümde ifade etmiştik.

Örneğin, bir otomobille kaldırımda yürümekte olan mağdurun arkasından yaklaşarak kolundaki çantasının üzerinden sıyırmak suretiyle alınması halinde eylem, kapkaççılık olarak değerlendirilecekken, mağdurun elinde tuttuğu veya boynunda asılı olan çantasının alınmaya çalışılırken, mağdurun direnmesi üzerine zorla mağdurun üzerinden sökülmesi halinde ise eylem gasp olarak nitelendirilecektir.¹⁸³

Kapkaç suçlarında her ne kadar mağdurun elinden çanta, cüzdan, cep telefonu vb. bir şeyi ani olarak çekip almada eşyaya değil kişiye yönelik bir saldırı bulunuyorsa da, bu saldırı gasp suçundaki cebir ve şiddet niteliğinde değildir. Çünkü mağdur kendisine yönelik bir saldırı olacağını bilmediği için mukavemet göstermeyecek ve fail de hali hazır bir mukavemeti kırmaya yönelik bir cebir uygulamayacaktır.¹⁸⁴

Buna karşın mağdur, eğer önceden böyle bir saldırıyı hesaba katarsa, örneğin güvenli bir yolda gitmediğini düşünerek elindeki eşyasını olağandan daha sıkı bir şekilde tutar ve fail de bu dirence karşılık bir cebir gösterecek olursa, o zaman hali hazır bir mukavemeti kırmaya yönelik bir teşebbüs olacağı için, suç kapkaç olarak başlamış, sonradan da gaspa dönüşmüş olur.¹⁸⁵

Görüldüğü üzere gasp suçlarında eşyanın zorla alınması, mağdurun eşyasını vermemek için gösterdiği direncin kırılmasını ve irade özgürlüğüne yönelik bir engellemeyi içermektedir. Burada önemli olan bir cebrin varlığı ya da yokluğudur. Failin mağdura karşı uyguladığı hareketin cebir olduğu belirlendikten sonra, gasp suçunun varlığı için, o hareketin ağırlığına veya hafifliğine bakılmaz.¹⁸⁶

Bu değerlendirmelerden çıkan sonuç, kapkaç ve gasp suçunun suç esnasında uygulanacak olan cebir ve şiddet unsuru açısından farklı olduklarıdır. Fakat her ne kadar farklı olsalar da bu iki suç arasında ince bir çizginin bulunduğu da açıktır. Çünkü kapkaç olarak başlayan bir eylemin her an gasp suçuna dönüşme ihtimali vardır.

¹⁸³ Koca, *agm*, s.188.

¹⁸⁴ Köksaldı, *agtz*, s.107.

¹⁸⁵ Köksaldı, *agtz*, ay.

¹⁸⁶ Köksaldı, *agtz*, s.108.

4- Suçun Manevi Unsuru Açısından

Gasp suçu da kapkaç suçu gibi özel kasıt ile işlenebilir, taksirle işlenemez. Gasp fiilindeki özel kasıt, failin cebir ve şiddet kullanarak malı faydalanmak maksadıyla almasıdır.¹⁸⁷

Gasp suçu hem mala hem de kişi özgürlüğüne yönelik bir suç olması sebebiyle, suç kastının bu iki unsuru da içermesi, yani failin bu iki unsura yönelik saldırıyı istemesi gerekir. Başka bir ifadeyle fail, cebir, şiddet veya tehdit kullanarak, malı aldığını bilecek ve isteyecektir.¹⁸⁸

Kapkaç suçlarında her ne kadar gasp suçundaki özel kasıt mevcutsa da, failin başlangıçta mağdura karşı cebir ve şiddet kullanma kastı bulunmamaktadır. Kapkaç suçlarında failin kastı, genelde mağdurun üzerindeki bir eşyayı en kolay bir şekilde alıp olay yerinden uzaklaşmaktır. Görüldüğü üzere kasıt açısından burada kişiye karşı herhangi bir zarar verme isteği veya mağdura şiddet uygulama kastı bulunmamaktadır. Gasp suçunda ise kastın cebir ve şiddeti de kapsamı zorunludur. Çünkü gasp suçları gayri muayyen bir kasıtle işlenemez. Fail bu suçu işlerken, mağdurun üzerindeki malı almak için cebir ve şiddet kullandığını bilmeli ve istemelidir.¹⁸⁹

Kapkaç suçunun faili suça başlamadan önce, mağdura zarar verebileceğini fiilen tasavvur etmiş ve meydana gelecek olan belirsiz sonuçları kabullenmiş ise, suç da ona göre değerlendirilmelidir. Örneğin, otomobil veya motosikletle mağdura yaklaşp üzerindeki bir eşyayı almaya çalışan bir kapkaççı, aracın kontrolünü kaybederek mağdura çarpsa ve onun yaralanmasına veya ölmesine sebep olsa, failin bu neticeyi tasavvur edip etmemesine göre cezayı belirlemek gerekir.

Görüldüğü üzere kapkaç suçuyla gasp suçunu birbirinden ayıran unsurlardan biri de, suçun manevi unsuru olan kasıttır. Fakat fail, kapkaç suçuna başlamadan önce mağdura cebir ve şiddet uygulamayı kastetmese bile şayet mağdur direnecek olsa ve fail de mağdurun bu direncini kırmak için cebir ve şiddet uygulayacak olsa fiil kapkaçtan gaspa dönüşür.

¹⁸⁷ Koca, *agm*, s.186.

¹⁸⁸ Noyan, *age*, s.303.

¹⁸⁹ Koca, *agm*, s.187.

IV- KAPKAÇ VE İHTİLÂS SUÇU ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

İslam hukuku açısından kapkaç suçuna en çok benzeyen suç tipi ihtilâstır. Hz Peygamber döneminde de örnekleri yaşanan bu suç tipi, klasik İslam hukuku kaynaklarında hırsızlık bahsi (*Kitabü's-Serika*) içerisinde işlenmiştir.

Şimdi bu suçun kapkaç suyla benzer ve farklı yönlerine geçebiliriz.

A- Tanım ve Mahiyet Açısından

Sözlük anlamı itibariyle “*kapıp almak, fırsatını kollayıp bir malı alıp kaçmak*”¹⁹⁰ gibi anlamlara gelen ihtilâs kelimesinin fıkıh ıstılahındaki karşılığı: “*Özel bir koruma altında bulunmayan menkul bir malı, sahibinin ya da yetkili bir kimsenin izni olmaksızın el çabukluğuyla alıp kaçmak*”¹⁹¹tır. “İhtitâf” kelimesi de fıkıh kitaplarında ihtilâsla aynı anlamda kullanılmıştır.¹⁹²

Ömer Nasuhi Bilmen, ihtilâs kelimesinin fıkıh ıstılahındaki anlamını şu şekilde vermiştir: “*Bir malı sahibinin elinden veya evinden, gafletinden bilistifade, alenen süratle kapıp almaktır. İsmi “hulse” dir.*”¹⁹³ Benzer bir anlama sahip olan “ihtitâf” kelimesinin anlamı da şu şekilde verilmiştir: “*Bir malı sahibinin elinden veya hanesinden alenen kapıp kaçmak demektir. Sürat ifade eder, belki hatıf denilmesi bu itibar ile dir.*”¹⁹⁴

Bu fiili işleyene “*muhtelis*” denir. “*Muhtelis, bir kimsenin üzerinde, evinde veya dükkânında bulunan bir malını onun dalgınlığından yararlanarak alıp kaçan kimsedir.*”¹⁹⁵

İhtilâs, daha çok açıktaki ve kolayca taşınabilen malların alınıp kaçırılması şeklinde gerçekleştirilen bir suçtur. Dolayısıyla bu suçtaki çalma eylemi, hırsızlıktaki gibi gizli olarak değil açıktan işlenmektedir.

¹⁹⁰ Feyyûmî, *age*, s.68; Fîruzâbâdî, *age*, s.697.

¹⁹¹ Zeylaî, *age*, IV, 32; İbn Nüceym, *age*, V, 93.

¹⁹² İbn Nüceym, *age*, ay.

¹⁹³ Bilmen, *age*, III, 17.

¹⁹⁴ Bilmen, *age*, III, 17.

¹⁹⁵ Kaya, Ali, “*İhtilâs*”, s.570.

Suçun tanımından da anlaşılacağı üzere, eylemin odağında malın açıktan alınması niteliği bulunmaktadır, bu sebeple de malın korunma altında olması şart koşulmamıştır.¹⁹⁶

Kapkaç suçunun tanımını ise yukarıda: “*Mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır.*”¹⁹⁷ şeklinde yapmıştık.

Görüldüğü üzere her iki suç tanım ve mahiyet açısından, diğer mala karşı cürümlerde olduğu kadar değilse de bir takım farklar taşımaktadırlar.

B- Korunan Hukuki Yarar Açısından

Kapkaç suçlarına verilen cezalarda korunan hukuki yararın ziyetlik olduğunu, bunun yanında toplum huzurunun sağlanması ve kamu vicdanının teskin edilmesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini birinci bölümde ifade etmiştik.

İhtilâs suçlarında ise saldırıya uğrayan değer genelde mağdurun ziyetliğidir. Bu tür suçlarda, toplum huzurunun rahatsız edilmesi kapkaç suçlarındaki kadar belirgin değildir. Çünkü kapkaççılıkta her an mağdurun kendisinin de saldırıya maruz kalabilmesi mümkün iken, ihtilâs suçlarında bu ihtimal daha zayıftır. Çünkü ihtilâs suçu, kapkaççılık gibi mağdurun üzerinden bir malı söküp almak şeklinde değil, mağdurun gafletinden yararlanarak elindeki veya yanındaki malını alıp kaçmak şeklinde gerçekleşmektedir. Nitekim basın yayından da, kapkaç suçlarına mağdur olan kişilerin birçoğunun malını vermek istemediğinde, yere düşüp yaralandıklarını, hatta aracın arkasında metrelerce sürüklendiklerini görmekte ve öğrenmekteyiz.

Kanaatimizce kapkaççılık suçu, bu açıdan ihtilâs suçundan daha ağır bir suç olarak görünmektedir.

C- Suçun Unsurları Açısından

İhtilâs suçunun maddi unsurlarını suç fiili, fail ve çalınan mal; manevi unsurunu da suç işleme kastı oluşturmaktadır.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Kaya, *agmd*, ay.

¹⁹⁷ Koca, *agm*, s.194.

¹⁹⁸ Kaya, *agmd*, s. 570.

1- Suç Fiili Açısından

İhtilâs suçunun en önemli unsuru, mağdurun malının her hangi bir cebir kullanmadan ve açıktan alınmasıdır.¹⁹⁹ Bu unsur, ihtilâs suçunu gasp suçundan, eşkıyalıktan, yankesicilikten, hırsızlıktan, hainlikten ve intihâb suçundan ayırmaktadır.

İslam hukukçuları, ihtilâs suçunun bu unsuru sebebiyle, muhtelise hırsızlık suçunun cezası olan el kesme cezasının değil ta'zir cezasının verileceğini ifade etmişlerdir. Bu hükmün illeti olarak da, ihtilâs suçunda mağdurun çevresinden yardım isteme imkânının olması ve failin belirlenip kolluk kuvvetlerine teslim edilmesinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir.²⁰⁰

Hırsızlık suçunda ise failin belirlenme imkânı yoktur. Bu da kötü niyetli kişilere bir tür teşvik mahiyeti taşımaktadır. Kanun koyucu bu sebeple, hırsızlık suçunun cezasını had grubuna dahil etmiş ve bu kötü fiilden insanları vazgeçirmeye çalışmıştır.²⁰¹ Sonuç olarak, İslam hukukunda muhtelisin verdiği zarar hırsızın verdiği zarar kadar ağır kabul edilmemiş, cezası da ona göre belirlenmiştir.

Kapkaç suçu, malın zor kullanmadan ve açıktan alınması unsuru açısından ihtilâs suçuna benzemektedir. Her iki suçta da fiil başlangıçta gizli olsa da, daha sonra alenileşmektedir. Aynı şekilde, her iki suçta da fiilin, suç mağdurunun eylemden bilgi sahibi olacak bir şekilde alınması esastır.

Kapkaç ve ihtilâs suçları, suçu işleyen faile ait şartlar açısından da birbirine benzemektedir. Çünkü her iki suçta da suç faili, suçun bir unsuru değil, ön şartıdır ve bu durum suçluya verilecek cezada göz önünde bulundurulur.

2- Suçun Konusu Olan Mal Açısından

İhtilâs ve kapkaç suçlarını birbirinden ayıran en önemli unsurlardan biri de suçun konusu olan maldır.

İhtilâs suçunun konusu, mağdurun üzerinde veya yanında bulunan ya da kendisi de yanında bulunduğu halde evinde veya dükkânında bulunan eşyadır. Gayrimenkuller

¹⁹⁹ Behnesî, *el-Mevsûatü'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, I, 77; Üdeh, *age*, II, 515.

²⁰⁰ İbn Kayyim el-Cevziyye, *age*, II, 54; Zuhaylî, *age*, VII, 389; Behnesî, *age*, I, 79.

²⁰¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *age*, ay.

ihtilâs suçunun konusu olmazlar. Çünkü ihtilâs suçu, daha çok açıktaki ve kolayca taşınabilen malların alınıp kaçırılması şeklinde gerçekleştirilen bir suçtur.²⁰²

Kapkaççılığın konusunu ise, yukarıda tanımında da belirttiğimiz gibi mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşya oluşturur. Mağdurun vücuduyla bağlantılı bir şekilde bulunmayan bir eşyanın alınması kapkaççılık olarak nitelendirilemez.²⁰³

Kapkaççılığa konu olan malın, mağdurun üzerinde olması gerektiği gibi, malın maddi veya manevi bir değerinin de bulunması gerektiğini, birinci bölümde ifade etmiştik. Aynı şekilde, failin malın belirtilen şekilde yararlanmaya uygun bir değerinin olduğunu sanmasının da, teşebbüs bakımından yeterli sayılacağını söylemiştik.²⁰⁴

İhtilas suçun da, kapkaç suçunda olduğu gibi malın eylem esnasında başkasına ait bulunması, mütekavvim ve mülkiyet altında bir mal olması şarttır. Çünkü mütekavvim olmayan ve mubah olan mallar hukuken koruma altında olmadığı ve dokunulmazlık taşımadığı gibi, failin başkasına ait bir malı kendi malı zannederek veya daha sonra iade etmek üzere alması ihtilâs sayılmaz.²⁰⁵

Sonuç olarak suça konu olan malın, mağdurun üzerinde bulunup bulunmaması açısından kapkaç ve ihtilâs suçlarının birbirlerinden ayrıldıklarını söyleyebiliriz.

3- Manevi Unsuru Açısından

Kapkaç suçu taksirle işlenen suçlardan değildir. Çünkü fail, mağdurun üzerinde bulunan bir malı sahiplenmek için bilerek ve isteyerek harekete geçmekte, fiilini de bu amacı gerçekleştirmek için kullanmaktadır.

Kapkaççılık fiilinde failin kastı, mağdurun üzerindeki bir malı, onun zilyetliğinde olduğunu bilerek, rızası dışında alıp kaçmasıdır. İhtilâs suçunda da failin aynı kastı taşıdığını söyleyebiliriz.

Her iki suçta da kastı aşan bir hareket olacak olursa, bu suçun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak değil ayrı bir suç olarak değerlendirilir. Örneğin, yolda yürümekte olan hamile bir bayanın kolundaki bir çantayı alıp kaçmak isteyen bir kapkaççı, çantayı eline geçirdikten sonra mağdurun direnmesi üzerine kadını yere düşürse, bu sebeple de

²⁰² Kaya, *agmd*, s. 570.

²⁰³ Koca, *agm*, s.168

²⁰⁴ Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*, s.70.

²⁰⁵ Kaya, *agmd*, s. 570.

kadının karnındaki bebek düşse ve ölse faile hem kapkaç suçunun cezası hem de çocuğun düşmesine sebep olduğundan dolayı diyet (*ğurre*) cezası verilir. Çünkü fail kapkaç suçunu işlemeyi düşündüğünde, böyle bir şeyin de olacağını göz önüne almış olmaktadır. Dolayısıyla da, kastı aşan bu hareketinin cezasını çeker. Fakat bu durum ihtilâs suçundan ziyade kapkaç suçları için geçerlidir.

D- Suça Uygulanacak Yaptırım Açısından

İslam hukukunda ihtilâs suçu her ne kadar hırsızlık olarak değerlendirilmese de, hırsızlık suçuna yakın bir suçtur. Nitekim bu benzerliğinden dolayı da Hz Peygamber: “*Hâin, müntehib ve muhtelise el kesme cezası uygulanmaz*”²⁰⁶ buyurmuş ve ihtilâs suçunun hırsızlıktan ayrı bir suç olduğunu, dolayısıyla failine de had cezasının uygulanmayacağını bildirmiştir.²⁰⁷

İslam hukukunda muhtelise uygulanacak ceza, hakimin takdirine bırakılmış olan ta‘zir grubuna giren cezalardandır. Hırsızlık suçunun cezası olan el kesme cezası, yukarıda mealini verdiğimiz hadis-i şeriften dolayı muhtelise uygulanmaz.

İslam hukukunda had grubuna giren cezalar sınırlı olduğu için, kapkaç suçuna verilecek ceza da ta‘zir cezası olacaktır. Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kapkaç suçu had cezasını gerektiren hırsızlık ve hirâbe suçunun unsurlarını bünyesinde taşımamaktadır. Bu sebeple kapkaç ve ihtilâs suçlarının, ta‘zir cezasının uygulanabilmesi açısından birbirlerine benzediklerini söyleyebiliriz.

Görüldüğü üzere ihtilâs ve kapkaç suçları birbirine her ne kadar benzeseler de aralarında hem tanım ve mahiyet hem de suçun unsurları açısından bir takım farklar bulunmaktadır. Bu farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

1- Kapkaç suçunda alıp kaçılan malın mağdurun üzerinde olması gerekirken, ihtilâs suçunda eşyanın mağdurun üzerinde bulunması şart değildir.

2- Kapkaç suçundaki suç işleme kastı ihtilâs suçuna göre daha kuvvetlidir. Şöyle ki, kapkaç suçlarında fail, şayet eşyayı mağdurun üzerinden çekip alamazsa onu sürüklemeyi hatta yaralamayı göze alabiliyorken, böyle bir durum ihtilâs suçu için pek geçerli değildir.

²⁰⁶ Ebû Davud, *Hudûd*, 13; Tirmizî, *Hudûd*, 18; Nesâî, *Kat’u’s-Sârik*, 13; Tahâvî (321/933), *Şerhu Meâni’l-Âsâr, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye*, Beyrut 2001, III, 65.

²⁰⁷ Zeylâî, *age*, IV, 31; İbn Nüceym, *age*, V, 93; İbn Âbidîn, *age*, VI, 156.

3- İhtilâs suçu tek faille işlenen bir suç olduğu halde, kapkaç suçları tek faille işlenebileceği gibi birden fazla faille de gerçekleştirilebilir.

4- Kapkaççılık topluma verdiği zarar açısından ihtilâs suçundan daha ağır bir suçtur. Şöyle ki, bu suç genelde münferit olarak değil yukarıda da ifade ettiğimiz gibi organize işlenen bir suçtur. Hatta basın ve yayından izlediğimiz üzere, kapkaç suçlarında genelde ceza ehliyetine sahip olmayan küçük çocuklar kullanılmakta, mağdurlar da kadınlardan ve yaşlı kimselerden oluşmaktadır.

Bu sebeple Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu 142. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde, *“Elde ve üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır”*, denilerek bu durumu göz önüne almış ve cezayı ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilmiştir.

TBMM Genel Kurulu görüşmeleri sırasında, Adalet komisyonunun kabul ettiği metindeki ilgili maddenin ikinci fıkrasına ekleme yapılmasına ilişkin önerge gerekçesi şöyle açıklanmıştır: Toplumda “kapkaççılık” olarak bilinen surette hırsızlık suçunun, örneğin yaşı veya sakat olması sebebiyle beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesinin daha etkin bir yaptırımla karşılanmasına gerek duyulmuştur.²⁰⁸

Her iki suçun birbirine benzer yönlerini de şu şekilde sıralayabiliriz:

1- İki suçun tanımından da anlaşıldığı üzere kapkaççılık ve ihtilâs suçları mağdura yönelik değil mala yönelik cürümlerdir.

2- Her iki suç da gizli olarak başlamakta daha sonra alenileşmektedir.

3- Her iki suçta da malın hırsızlık altında olma şartı aranmamaktadır.

4- Gasp suçundakinin aksine, her iki suçta da cebir ve şiddet kullanma söz konusu değildir.

5- Kapkaç suçunda da ihtilâs suçunda da, alınan malın nisap miktarına ulaşma şartı yoktur.

6- Her iki suç da had cezasını gerektiren suçlardan değil ta‘ziri gerektiren suçlardandır.

²⁰⁸ Ok-Keleşoğlu, *age*, s.283.

V- KAPKAÇ VE İNTİHÂB SUÇLARI ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

İslam hukukuna ait klasik kaynaklarda ihtilâs suçuyla birlikte hırsızlık bölümü içerisinde işlenen intihâb suçunun, modern hukuktaki, zabıta dilinde adına “gasp” denen, yağma cürmüne çok benzediğini söyleyebiliriz.

Birinci bölümde de ifade ettiğimiz gibi tez konumuz olan kapkaç suçuyla yağma suçu arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. İntihâb suçu da ihtilâs suçunun cebren ve zorla işlenen bir şeklidir diyebiliriz. Şimdi bu suçla kapkaç suçu arasındaki benzer ve farklı yönlerin incelenmesine geçebiliriz.

A- Tanım Ve Mahiyet Açısından

Sözlükte, “*bir şeye zorla el koymak*” anlamına gelen intihâb kelimesi, “*n-h-b*” kökünden türemiştir. İsim hali de ganimet anlamına gelen “*en-nehbü*” kelimesidir.²⁰⁹ İntihâb suçu, fıkıh istilâhında kelime anlamına yakın olarak şöyle tarif edilmiştir: “*Birinin malını açıktan ve zor kullanarak almaktır.*”²¹⁰

Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslamiyye Ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu adlı eserinde bu suçu şu şekilde tarif etmiştir: “*Bir şehirde veya köyde bulunan bir şeyi kahren ve alenen ahz etmektir. “Nehb” de bu manada kullanılır. Maamañih dileyenin kapıp aldığı ganimet malına da “nehb” denir. Bunu böyle dileyenin kapıp alması ise intihabdır.*”²¹¹

İslam hukuku kaynaklarına baktığımızda, intihâb adını alan birkaç çeşit fiilden bahsedildiğini görürüz.

İlk olarak ele alınan, bizim konumuzla ilgili olan intihâb fiilidir ki, bu da yukarıda tanımını vermiş olduğumuz, birisinin malına zorla el koymak anlamına gelen intihâb suçudur. İkinci olarak, intihâb kelimesi Araplar arasında gelin ve damadın yanında davetlilere ikram edilmek üzere ayrılmış olan mala el konulması anlamında da kullanılmıştır ki, İslam hukukçuları bunu kapmanın suç olup olmadığı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Üçüncü olarak da, ganimet mallarının dağıtılmasından önce silah ve

²⁰⁹ Cevherî, *es-Sihâh*, I, 229; Feyyûmî, *age*, s.239; Fîruzâbâdî, *age*, s.179.

²¹⁰ İbn Âbidîn, *age*, VI, 156.

²¹¹ Bilmen, *age*, III, 17.

yiyecek gibi alınması askerlere yasak olmayan şeylere el konulmasıdır ki, bu da İslam hukukçuları tarafından suç olarak kabul edilmemiştir.²¹²

İslam hukukundaki intihâb suçuna çok benzeyen yağmanın tanımı, modern hukukta şu şekilde yapılmaktadır: *"Başkasının zilyetliğindeki taşınabilir bir malı, zilyedin rızası olmadan faydalanmak amacıyla cebir ve tehdit kullanmak suretiyle almaktır."* Yağma suçu kısaca *"zor yoluyla hırsızlık"* olarak da tanımlanmıştır.²¹³

Kapkaççılığın tanımını ise, mağdurun hızla alıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirebilecek şekilde ve şiddet kullanmadan ani olarak kapıp kaçmaktır, şeklinde vermiştik.

Görüldüğü üzere intihâb suçu tanım olarak kapkaç suçundan ziyade yağma suçuna benzemektedir. İntihâb suçu, İslam hukukundaki gasp suçuna tanım olarak benzese de, gasp suçunda mağdura el koyduğu malın tazmin ettirilmesi yönünden, cumhura göre gayrimenkullerde de gasp suçunun gerçekleşeceğinin kabul edilmesi açısından ve intihâb suçlarının daha ziyade ganimet mallarında gerçekleşmesi açısından gasp suçundan ayrılmaktadır. Bunlara ilaveten gasp suçu, sadece alınması yasak olan şeyler için geçerli iken, intihâb fiili, alınması yasak olmayan, failin faydalanmasının mubah olduğu mallar için de geçerlidir.²¹⁴

B- Korunan Hukuki Yarar Açısından

Kapkaç suçlarında korunan hukuki yarar, mağdurun zilyetliği ve toplumun huzuru iken, intihâb suçunda mağdurun zilyetliği ve kişiliğinin korunmasıdır.

Kapkaç suçlarında, mağdura karşı her hangi bir şiddet ve zor kullanma mevcut değildir. İntihâb suçunda ise mağdurun elindeki bir mala zorla el konulması, fiilin mal ile birlikte mağdura da yöneldiğini göstermektedir.

Dolayısıyla korunan hukuki yarar açısından kapkaç ve intihâb suçlarının birbirine benzemediğini söyleyebiliriz.

C- Suçun Unsurları Açısından

İntihâb suçu, başkasına ait bir mala zorla el koymak olduğuna göre, suçun maddi unsurlarının da; zorla el koymak anlamına gelen *"nehb"* fiili, fail ve suça konu olan mal

²¹² el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, *"İntihâb"*, Kuveyt 1983, II, 318.

²¹³ Noyan, *age*, s.289.

²¹⁴ el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, *agmd*, ay.

olduğunu söyleyebiliriz. Suçun manevi unsuru ise, mağdurun malını zorla sahiplenme kastıdır.

Kapkaç suçunda suç fiili, mağdurun üzerinde bulunan bir malı mağdura hissettirebilecek bir şekilde fakat cebir ve şiddet kullanmadan almaktır. İntihâb suçu ise, mağdurun malına zorla el koymak suretiyle işlenen bir suçtur. Dolayısıyla iki suçun icrâ hareketleri birbirinden farklıdır.

Suçun faili açısından ise, intihâb suçu da kapkaç suçu gibi tek faille işlenebileceği gibi birden fazla faille de işlenebilir. Yani intihâb suçuna iştirak mümkündür. Aynı şekilde bu suçu işleyenler arasında, kapkaç suçlarında olduğu gibi çocuk ve kadınlar da bulunabilir ve bu durum suçun oluşması için bir engel teşkil etmez. Dolayısıyla suça iştirak ve suçun failleri açısından kapkaç ve intihâb suçlarının birbirine benzediklerini söyleyebiliriz.

Suçta konu olan mal açısından da intihâb suçu kapkaç suçuna benzemektedir. Çünkü ihtilâs ve kapkaç suçlarında olduğu gibi, intihâb suçunda da malın herhangi bir ekonomik değere sahip olması şart değildir. Yani hırsızlık ve eşkıyalık suçlarındaki nisap miktarı bu suçlarda aranmaz.

Suçun manevi unsuru olan mağdurun malını zorla sahiplenme kastı açısından ise, her iki suç birbirinden ayrılmaktadır. Çünkü kapkaç suçlarında, birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere, mağdurun malını zorla sahiplenme kastı mevcut değildir. Kapkaççının amacı genelde mağdurun malını üzerinden alıp olay yerinden uzaklaşmaktır. Şayet suç esnasında kastı aşan bir hareket yapılacak olursa, fail ayrıca o suçundan dolayı sorumlu tutulur.

Buraya kadar yaptığımız değerlendirmeler ışığında sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Günümüzde gerçekleştirilen kapkaç eylemleri gerek korunan hukuki yarar açısından, gerek suçun temel unsuru olan malın mağdur üzerinden zor kullanmadan alınması açısından, gerekse de failin kastı açısından İslam hukukundaki intihâb suçuyla örtüşmemektedir.

VI- KAPKAÇ VE YANKESİCİLİK (TARRÂRLİK) ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

İslam hukuku kaynaklarında, mala karşı işlenen cürümler arasında ele alınan bir diğer suç tipi de yankesiciliktir. Yankesicilik suçu, klasik fıkıh kitaplarında genelde “*tarrâr*” (yankesici) yani yankesicilik suçunu işleyen fail ve buna verilecek olan ceza açısından ele alınmıştır.

Şimdi bu suçun konumuz olan kapkaç suçuyla benzer ve farklı yönlerini inceleyebiliriz.

A- Tanım Açısından

“Tarrâr” kelimesi Arapça olup “طرر” fiilinden mübâlağalı ism-i fâil vezninde bir isimdir. Fiil olarak elbiseyi kesmek, yırtmak gibi anlamlara gelir.²¹⁵ Fıkıh ıstılahında tarrâr ise, kişilerin ceplerindeki veya ellerindeki eşyasını, onların dalgınlıklarından faydalanarak el çabukluğu marifetiyle alan kimsedir.²¹⁶

Ömer Nasuhi Bilmen, yankesiciliği şu şekilde tarif etmiştir: “*Tarrâriyet, yankesicilik demektir. Yankesiciye, yani uyanık bir kimsenin hıfz etmek istediği bir malını gafletinden bi'l-istifade bir hile ile çalan şahsa “tarâr” denir ki, sârik hükmündedir.*”²¹⁷

Kapkaççı ise, mağdurun üzerindeki bir eşyasını, etkisini mağdura hissettirebilecek bir şekilde alıp kaçan kişidir. Kapkaç suçunda, yankesicilik suçunda olduğu gibi suçun işlenmesinde bir gizlilik varsa da bu gizlilik fiilin başlangıcında olmakta fakat daha sonra aleniyet kazanmaktadır. Bu açıdan her iki suç da birbirinden farklılık arz etmektedir.

B- Suçun Unsurları Açısından

Yankesicilik suçunun maddi unsurlarını, suç faili, çalma eylemi ve çalınan mal, manevi unsurunu da suç işleme kastı oluşturur.

²¹⁵ Feyyûmî, *Misbâhu'l-Münîr*, s.140; Fîruzâbâdî, *age*, s.552; *Mucemü Lüğati'l-Fukahâ*, s.289.

²¹⁶ İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 150; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 206.

²¹⁷ Bilmen, *age*, III, 24.

Yankesicilik suçunda ihtilâs ve intihâb suçlarında olduğu gibi fâilin akıl bâliğ olması, suçun oluşması için değil, faile suçun cezasının uygulanabilmesi için bir ön şarttır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kapkaç suçunda da suç failinin akıl bâliğ olması suçun oluşum şartları arasında değildir. Bu açıdan her iki suçun birbirine benzediğini söyleyebiliriz.

Yankesicilik ve kapkaç suçunun tanımını yaparken de ifade ettiğimiz gibi, bu iki suçu birbirinden ayıran en önemli unsur, suçun gizli bir şekilde ve el çabukluğuyla işlenmesi olan alma eylemidir. Kapkaç suçlarında alıp kaçma açık bir şekilde işlenirken, yankesicilikte eylem mağdura hissettirmeksizin gerçekleştirilmektedir. Yoksa suç yankesicilikten ihtilâsa dönüşmüş olur.

Çalınan mal hususunda İslam hukukçularının diğer mala karşı cürümler hakkında ileri sürdükleri, çalınan şeyin mal olması, malın mütekavvim olması, belirli bir değerinin bulunması, şer'an alınmasının haram (muhterem) olması, başkasına ait olması, failin aldığı malda mülkiyet şüphesinin bulunmaması gibi şartlar yankesicilik (tarrâriyet) suçu için de geçerlidir. Nitekim yukarıda bu unsurların kapkaç suçu için de geçerli olduğunu söylemiştik.

Yankesicilik suçunun manevi unsuru olan suç işleme kastının, failin mağdur üzerindeki bir eşyasını sahiplenmek kastıyla ve bilerek alması olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, şayet fail mağdurun üzerindeki bir malı kendisinin zannederek alacak olursa, bu kişi yankesici sayılmaz. Çünkü burada failin suç işleme kastı yoktur, sadece kusuru vardır. Fail suç fiiline başlamadan önce mağdurun malını hissettirmeden almayı amaçlasa, daha sonra mağdurun veya çevredekilerin fark etmesi üzerine malı alıp kaçsa o zaman yankesici değil muhtelis olarak adlandırılır.

Kapkaç suçlarında ise failin kastı genelde mağdurun üzerindeki malı söküp almaktır. Bu suçu işlerken de mağdurun yaralanabileceğini ve zarar görebileceğini de hesaba katmaktadır. Dolayısıyla kasıt açısından kapkaç suçları yankesicilik suçuna göre daha ağır gözükmektedir. Bu sebeple kapkaç suçlarında failde, suç işleme kastının daha kuvvetli olduğunu söyleyebiliriz.

Bazı unsurları açısından kapkaç ve yankesicilik suçlarının birbirine benzedikleri söylenebilirse de, suçun asıl unsurunu oluşturan fiil açısından her iki suç birinden ayrılmaktadır. Bu sebeple, kapkaç suçunun yankesicilik kapsamında

değerlendirilemeyeceği açıktır. Nitekim İslam hukukçularının çoğunluğu yankesiciyi hırsız olarak değerlendirmiş ve bu suçu işleyene el kesme cezasının verileceğini söylemiştir.²¹⁸

Sonuç olarak kapkaççılık, günümüzde ortaya çıkan bir suç olduğu için, klasik fıkıh kitaplarına baktığımızda, onunla tam olarak örtüşen bir suça rastlayamamaktayız.

Her ne kadar yürürlükteki ceza kanunu kapkaç suçunu “nitelikli hırsızlık” olarak kabul etse de, İslam hukuku açısından gerek tanımı gerekse unsurları bakımından her iki suç da aralarında bariz farklar taşımaktadır.

Aynı şeyi, şekil bakımından kapkaç cürmüne çok benzemesine rağmen gasp suçu için de söyleyebiliriz. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, kapkaç eyleminde mağdurun direnmesine karşılık failin onun direncini kırmak ve iradesini zayıflatmak için cebre başvurduğunda, kapkaççılığın yağmaya dönüşeceğini kabul etmiş, suçun müeyyidesinin de ona göre verileceğini belirtmiştir. İslam hukukuna baktığımızda ise, gasp fiilinin gayr-ı menkullerde ve emanetin geri verilmemesi gibi durumlarda da gerçekleştiğini görürüz. Dolayısıyla kapkaç suçu İslam hukukundaki gasp suçuyla da tam olarak örtüşmemektedir.

İslam hukukunda kapkaççılığa en çok benzeyen cürüm ihtilâstır. Fakat ihtilâs suçu da kapkaç suçunun tam olarak karşılığı olmamaktadır. Çünkü, kapkaç suçu sadece mağdurun üzerindeki mal ya da para gibi şeylerin alınmasında söz konusu iken, ihtilâs suçlarında kişinin üzerinde olmayıp yanında bulunan eşyalar da bu suçun konusunu oluşturabilir. Bunun yanında kapkaççılık ihtilâs suçuna göre kasıt açısından ve hareket açısından daha tehlikeli bir suçtur. Nitekim günümüzde işlenen kapkaç suçlarında da bu durumu görmekteyiz.

İslam hukuku kitaplarında hirâbe, kat'-ı tarîk diye adlandırılan eşkıyalık suçunun da kapkaç suçuyla benzer ve farklı yönleri vardır. Bu iki suç arasındaki en önemli farklardan biri, eşkıyalık daha ziyade şehir dışlarında veya şehirlerarası yollarda gerçekleştirilirken, kapkaç eylemi şehir merkezlerinde gerçekleştirilmektedir. Fakat Ebû Yusuf ve Malikiler gibi bazı İslam hukukçuları, eşkıyalığın şehir merkezlerinde de gerçekleştirilebileceği görüşünde olup, şehirlerde halktan zorla mal gasp eden kişilere de hırsızlık suçunun cezasının verileceğini söylemişlerdir. Üstelik yağma suçunun en

²¹⁸ Döndüren, Hamdi, “Hırsızlık”, ŞİA, II, 403.

önemli unsurlarından olan faillerin silahlı, erkek, akıl-bâliğ ve örgütlenmiş olmaları, kapkaç suçları için geçerli değildir. Kapkaç suçunun faillerinde bu belirtilen hususlar bulunduğunda, suç şehir merkezinde işlenmiş bile olsa, fiilin kapkaç değil eşkıyalık olarak nitelendirileceğini, suç faillerine de had cezasının uygulanacağını yukarıda belirtmiştik.

Yankesicilik cürmüyle de kapkaççılığın benzer ve farklı tarafları vardır. Yankesicilik fiilinde esas olan, mağdurun üzerindeki malı ona hissettirmeden almaktır. Kapkaç suçunda ise başlangıçta yankesiciliğe benzese de mağdur, malı üzerinden alındıktan sonra fiilin farkına varmakta ve direnmeye çalışmaktadır. Hatta bazen malını failden kurtarabilmekte, bazen de yere düşüp yaralanabilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAPKAÇ SUÇUNA ÖNGÖRÜLEN CEZA

I- İSLAM HUKUKUNDA CEZA KAVRAMI

A- Kaynak Açısından İslam Ceza Hukukunun Değerlendirilmesi

İslam ceza hukukunun klasik yapısı Kur'an, Sünnet ve İslam hukukçularının içtihatları şeklinde kategorik olarak üç aşamada şekillenmiştir. Bu sebeple İslam dininin ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet, İslam ceza hukukunun da asli kaynakları olup, bu alandaki temel prensipleri ve amaçları belirlerler. İslam hukukçuları ve hukuk ekolleri de bu esaslar ve amaçlar ışığı altında, kendi devirlerinde günlük hayatta karşılaşılan ve karşılaşılabilecek olan problemlere çözüm üretmeye çalışmışlardır.¹

Eğer müçtehitler arasında her hangi bir suça belirli bir cezanın verileceği konusunda konsensüs oluşmuşsa, ki da İslam hukukunda icmâ olarak adlandırılır, bu da İslam ceza hukukunun asli kaynaklarından sayılır.

Kıyas ise zannî bir delil olduğu ve cezaların illetini de kesin olarak tespit etmek mümkün olmadığı için İslam ceza hukukunda delil olarak kullanılamaz, kıyas ile ceza veya suç tayin edilemez.²

İslam hukukçuları tarafından ittifakla kabul edilen Kur'an, Sünnet ve icmânın yanında kanunnameler de, özellikle ta'zir cezaları alanında, İslam ceza hukukunun bir diğer kaynağını oluşturmaktadır. Örneğin, Babür Sultanlarından Alemgir Hân (XVI. yy) tarafından, Osmanlı Sultanlarından da Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni tarafından düzenlenen ceza kanunlarını bunlar arasında zikredebiliriz. Bunlardan 926/1519 yılında hazırlanan Kanuni Sultan Süleyman'ın Ceza Kanunu, çok az değişikliklerle 1255/1839 tarihli Ceza Kanunu'na kadar yürürlükte kalmıştır.³

Bu bilgiler ışığında İslam ceza hukukunun kaynaklarının Kur'an, Sünnet, icmâ ve kanunnameler olduğunu söyleyebiliriz.⁴

¹ Bardakoğlu, Ali, "Ceza", DİA, İstanbul 1993, VII, 472.

² Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrîü'l-Cinâi'l-İslâmî*, I, 157; Akşit, Mustafa Cevat, *İslam Ceza Hukuku Ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, Yy ve ty, s.29.

³ Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, OSAV, İstanbul 1995, I, 300; Aydın, M. Akif, "Ceza", DİA, İstanbul 1993, VII, 478.

⁴ Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Hars Yayıncılık, İstanbul 2005, s.144.

B- Cezanın Tanımı

Arapça bir kelime olan “ceza”, işlenen bir fiile verilen karşılık anlamına gelmektedir. Kur’an ve Sünnette de, hem mükâfat hem de mücâzât şeklinde “karşılık” anlamında kullanılmıştır.⁵ Türkçede ise bu kelime, Arapçadaki anlamının bir kısmını kapsayacak şekilde “Suç kusur veya yanlış hareket sonucunda tatbik edilen müeyyide”⁶ anlamında kullanılmaktadır.

Hukuk ıstılahında ceza: “Suç işleyen kişiye, çeşitli yapıcı amaçları gerçekleştirilmesi için uygulanan ve esasında kişiyi bir takım yoksunluklara tabi kılan bir müeyyidedir”.⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Arapçada bu anlamı ifade etmek üzere “ukûbe” kavramı kullanılmaktadır. İslam hukukunda ukûbe kavramı, Şâri’ tarafından yasaklanan şeyleri işlemeye, emredilen şeyleri de terk etmeye engel olmak için konulmuş olan müeyyideyi ifade eder.⁸

C- İslam Hukukunda Cezalandırmanın Amacı

İslam hukukunda cezalandırma, amaç değil, zarureten başvurulmuş bir çaredir. Bu sebeple cezalar zaruret ölçüsünde belirlenmiştir. Cezalandırmanın amacı, genel olarak suçun alenileşmesine ve yayılmasına engel olarak toplumsal vicdanı ve yapıyı korumak, özel olarak da suçu önleyerek suçluyu te’dib ve ıslah etmektir.⁹ Bazı İslam hukukçuları, özel amacı, yani suçlunun ıslahını yakın hedef, toplumun himayesi olan genel amacı da uzak hedef olarak isimlendirmişlerdir.¹⁰

Bu sebeple suçluya verilecek ceza, toplumun hukukunu ve ortak değerlerini koruyacak, suçun işlenmesine ve tekrarına engel olacak, suçluyu uslandıracak, mâşerî vicdanı tatmin ederek mağdurun intikam alma hissini dindirecek ölçüde ve şekilde olmalıdır. İslam hukukunda cezalar, sadece suçlunun suç işlemesine engel olma ve toplumu himaye etmek için değil, aynı zamanda toplumu cehaletten kurtarma,

⁵ Ayetler için bk. Abdülbâkî, Muhammed Fuâd, *el-Mu’cemü’l-Müfehres li Elfâzi’l-Kur’ani’l-Kerim*, Dârü’l-Hadîs, Kahire 1417/1996, 207-208; Hadisler için bk. A. J. Wensinck, *Concordance et Indices la Tradition Musulmane (el-Mu’cemü’l-Müfehresli Elfâzi’l-Hadîsi’n-Nebevî)*, İstanbul 1986, I, 245-247.

⁶ Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, s.139.

⁷ Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, *Nazarî Ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, I, 5.

⁸ M. Ebû Zehra, *el-Cerîme ve’l-Ukûbe fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, II, 6; Behnesî, Ahmet Fethi, *el-Mevsûatü’l-Cinâiyye fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, IV, 72. Ukûbe kelimesi: “Suç işlenmeden önce caydırıcı bir önlem, suç işlendikten sonra da te’dip edici bir cezadır.” şeklinde de tanımlanmıştır: “ bk. Behnesî, ay.

⁹ M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 25; Üdeh, *age*, I, 189; Bardakoğlu, *agmd*, s.472.

¹⁰ Behnesî, *age*, IV, 75.

sapıklıklardan doğru yola iletme ve insanları itaate sevk etmek için de konulmuşlardır. Bu sebeple Cenab-ı Allah, “*Kısasta sizin için hayat vardır.*”¹¹ buyurmuş, Hz Peygamber de “*Allah’ın koyduğu cezalardan birinin infazı, yer yüzüne kırk sabah yağmur yağmasından daha hayırlıdır*”¹² şeklinde haber vermiştir.

Cezalar, bir nevi hastayı sağlığına kavuşturmak için acı reçete gibidir. İbn Kayyim el-Cevziyye (v.751/1350) bu konuda şöyle demektedir: “*İnsanlar arasında meydana gelen can, beden, ırz ve mallara taalluk eden öldürme, yaralama, iftira, çalma... gibi suçlara dair Allah’ın meşru kıldığı cezalar, O’nun insanlara rahmeti olarak değerlendirilir. Bu suçlardan caydırıcı ve alıkoyucu tedbirleri son derece sağlam bir şekilde vaz’etmiş, suç işlemeye engel olma maslahatını ihtiva eden en mükemmel usûlleri koymuş; bu arada da suçluyu engellerken gereğinden daha fazla ceza da öngörülmemiştir. Örneğin, yalan söylemekten dolayı dili kesme veya ölüm cezası, zindan dolayı içdiş etme, hıslılıktan dolayı da suçluyu idam etme cezasını vermemiştir. Aksine felaketler ortadan kalsın, kimse zulüm ve düşmanlık yapma hevesi taşımasın, herkes yaratıcısı ve maliki olan Allah Teala’nın kendisine verdiği kanaat edip başkasının hakkını gasp etmeye kalkışmasın diye yüce sıfatlarının gerektirdiği hikmet, rahmet, lütuf, ihsan ve adalete uygun müeyyide ve cezaları meşru kılmıştır.*”¹³

İzz b. Abdisselam’ın (v.660/1262) cezaların amacı ile ilgili değerlendirmesi de şu şekildedir: “*Bazen maslahatların sebepleri mefsedetler olur. Bu da mefsedet olduğu için değil, maslahata götürücü olduğu için emredilir veya mübah kılınır. Örneğin el kesme cezası gibi. Bunların maslahat olarak isimlendirilmesi mecazen olup, sebebin müsebbeble isimlendirilmesi kabilindedir.*”¹⁴

Buraya kadarki ifadelerimizden anlaşılan şudur: Cezalar her hukuk sisteminde adaletin temini, suçlunun uslandırılması, toplum huzurunun sağlanması, mağdurların ve yakınlarının teskini için zorunlu olan müeyyidelerdir. İslam hukuku açısından da, kanun koyucu olan Şâri’nin insanlara bir rahmeti ve lütfudur.

¹¹ Bakara 2/179.

¹² İbn Mâce, *Hudûd*, 3.

¹³ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lâmü’l-Müvakkûn*, Dâru’l-Hadîs, Kâhire 2004, II, 83.

¹⁴ İzz b. Abdisselam, Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülaziz, *Kavâidü’l-Ahkâm fî Mesâlihi’l-Enâm*, Müessesetü’r-Rayyân, Beyrut 1410/1990, I, 32.

D- Cezalandırma İlkeleri

İslam ceza hukukunda cezaların ayırt edici vasıfları şunlardır:

1- Kanunilik

İslam ceza hukukunda cezaların kanuniliği temel prensiptir.¹⁵ Ta'zir gerektiren suçlara Kur'an ve Sünnet tarafından belirli bir cezanın öngörülmemiş olması, bu suçlarda kanunilik ilkesinin bulunmadığı anlamına gelmez.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, siyasi otoritenin (ulü'l-emr) ta'zir gerektiren suçlarda kanun koyma yetkisinin olması, İslam ceza hukukuna bir esneklik kazandırmakta, üstelik bu suçlarda mutlak kanunilik (formalizm) ilkesinin dışına çıkarak değişen toplum şartlarına ve suç failinin durumuna uygun cezalar tertip edilmesini sağlamaktadır.¹⁶

Kur'an'da, cezalandırmanın geçmiş suçları kapsamayacağını değişik vesilelerle ifade edilmesi,¹⁷ sorumluluk için tebliğ ve risâletin ölçü alınması da¹⁸ İslam ceza hukukundaki kanunilik ilkesini tekit etmektedir.¹⁹

2- Şahsilik

İslam hukukunda herkes kendi yaptığı fiilden sorumludur yani cezaların şahsiliği esastır.²⁰ İslam ceza hukukunda bir ilke olarak benimsenmiş olan âkile ve kasâme sistemleri ise birinin işlediği bir suçun başkasına ödettirilmesi şeklinde değil, sosyal bir kontrol mekanizmasının oluşturulması ve mağdurun korunması olarak anlaşılmalıdır.²¹

3- Genellik

İslam hukukunda cezaî müeyyideler umumi olduğu için, suçu işleyen kim olursa olsun ayırım yapılmaksızın herkese tatbik edilir. Hiçbir zümreye dokunulmazlık veya ayrıcalık tanınmamıştır.²²

İslamiyet, başlangıcından itibaren bütün insanların eşit olduğunu, üstünlüğün ise sadece takvada bulunduğunu²³ vurgulamıştır. Nitekim Hz Peygamber, hırsızlık yapan

¹⁵ Üdeh, *age*, I, 203; Zeydan, *Buhûs*, s.391.

¹⁶ Dağcı, Şâmil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, DİB Yayınları, Ankara 1999, s.35.

¹⁷ Bakara 2/275; Nisâ 4/22-23; Mâide 5/95; Enfâl 8/38.

¹⁸ İsrâ 17/15.

¹⁹ Bardakoğlu, *agmd*, s.475.

²⁰ En'am 164; İsrâ 15; Fâtır 18. Ayrıca; Ebû Dâvûd, *Diyât*, 2; İbn Mâce, *Diyât*, 23.

²¹ Üdeh, *age*, I, 393; Dağcı, *age*, s.35; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.191; Bardakoğlu, *agmd*, ay.

²² Üdeh, *age*, I, 630; Zeydan, *age*, s.394.

soylu bir kadının affedilmesi yönünde ashâptan gelen bir talebi şiddetle reddetmiş, geçmiş milletlerin helak olmalarının başlıca sebeplerinden birinin de bu olduğunu bildirmiştir.²⁴

İslam hukukunun cezalandırmadaki bu özelliği sebebiyle mağdur, kendi hakkının devlet eliyle suçludan alınacağını bildiği için, taraflar arasındaki intikam hislerinin başlamasına baştan engel olunmakta, daha çok bedevî toplumlarda görülen ihkâk-ı hak uygulamasının da baştan önüne geçilmektedir.²⁵

4- Suç-Ceza Dengesi

İslam hukukunda suç ile mukabilinde uygulanan ceza arasında makul bir denge vardır. Kur'an-ı Kerim'de bu husus: "*Bir kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülüktür*"²⁶ şeklinde ifade edilmiş ve suç ceza dengesine vurgu yapılmıştır.²⁷

Özellikle kısas ve diyet suçlarında, failin mağdura verdiği zararın misliyle cezalandırılması ilkesi esastır ve suç-ceza dengesi bu cezalarda mümkün olduğu ölçüde korunmaya çalışılmıştır. Had grubuna giren suçlarda ise, toplum hakkının da ciddi bir şekilde ihlal edildiği göz önünde bulundurularak daha ağır cezalar öngörülmüştür. Örneğin birden fazla kişinin bir kişiyi öldürdüğü bir cinayet suçunda, mağdura karşılık suça iştirak eden herkesin öldürülebilmesi, kamu düzenini sağlama ve suçu önlemeye yönelik bir uygulamadır.²⁸

Aynı şekilde yakınıyla zina fiilini işleme, işkence ederek öldürme, suçta tekerrür ve suçların içtimaı gibi hususlar, cezalandırmada ağırlaştırıcı sebepler arasında sayılırken; hata, şüphe, bilgisizlik, ilk defa işlemiş olma, çalınan malın değerinin az olması gibi faktörlerin cezayı hafifletici sebeplerden sayılması da İslam hukukundaki suç-ceza dengesinin tabii bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.²⁹

5- Cezalandırmada Adalet ve Hakkaniyet

İslam hukukunda, sınırı naslar tarafından belirlenmiş olan had ve kısas cezaları, her hangi bir kimsenin azaltma ve affetme yetkisinin olmadığı, suç sabit olduğunda uygulanmasının zorunlu olduğu, faile uygulandığında da geri dönüşü mümkün olmayan

²³ Hucurât 49/13.

²⁴ Buhârî, *Hudûd*, 12; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 4.

²⁵ Dağcı, *age*, s.36; Aydın, *age*, s.191; Bardakoğlu, *agmd*, s.475.

²⁶ Şûrâ 42/40

²⁷ Zeydan, *age*, s.388.

²⁸ Bardakoğlu, *agmd*, ay.

²⁹ Behnesî, *age*, IV, 108-117; Bardakoğlu, *agmd*, ay.

cezalardan oldukları için, bu suçların ispatında ve cezayı düşüren sebeplerin devreye sokulmasında genelde suçlu lehine titizlik gösterilmiş, şüpheden sanığın faydalandırılması esas alınarak, cezalandırmada adalet sağlanmaya çalışılmıştır.³⁰

Hz Peygamber de: “*Elinizden geldiği ölçüde müslümanlardan cezaları kaldırınız. Eğer onun için bir çıkar yol varsa hemen salıveriniz. Devlet başkanının affetmede hata etmesi, cezalandırmada hata etmesinden daha hayırlıdır*”³¹ buyurarak, sanık lehine titizlik gösterilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Kanunu bilmemenin belli durumlarda mazeret sayılması, ceza hukukuyla ilgili olan nasların geçmişe şamil olmaması, herkesin aslen suçsuz olduğunun bir ilke olarak kabul edilmesi, cezalar ağırlaştıkça ispat vasıtalarının da ağırlaşması, suçluya işkence edilmesinin yasaklanması, İslam hukukunda cezalandırmada adaletin göz önünde bulundurulduğunun ve haksızlığın mümkün olduğunca önlenilmeye çalışıldığının delilleridir.³²

E- Cezaların Tasnifi ve Çeşitleri

İslam hukukunda cezaî müeyyideler çeşitli açılardan farklı ayrımlara tabi tutulmuşlardır.

Suçun doğrudan doğruya karşılığı olan cezalara “*aslî cezalar*”, aslî cezaları infaz imkânı olmayınca onun yerine geçen cezalara “*bedel cezalar*”, aslî cezaya ilave uygulanan cezalara da “*ek cezalar*” denilir. Bu ek cezalara “*tâbî cezalar*” da denilir. Örneğin, ta‘zir cezaları ta‘zir suçlarında asıl cezalardır. Ama her hangi bir hukuki sebepten dolayı had veya kısas cezası düştüğünde onun yerine verilen ta‘zir cezası had veya kısas cezasının yerine geçen bedel cezadır. Kazf suçunu işleyen kimseye verilen had cezası, aslî cezadır. Bununla birlikte kâzifin şahitliğinin kabul edilmemesi ise ek cezadır.³³

Hedef aldıkları hak ve menfaatlerin mahiyetleri itibariyle cezalar; hayata, bedene, şahsiyete, mal varlığına veya ferdin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin olabilir. Kasten adam öldürenin kısas olarak öldürülmesi hayata, hırsızlık yapan kişinin elinin kesilmesi bedene, kazf cezasını işleyen kimsenin bir daha şahitliğinin kabul edilmemesi şahsiyete,

³⁰ Bardakoğlu, *agmd*, s.476.

³¹ Tirmizî, *Hudûd*, 2.

³² Bardakoğlu, *agmd*, ay.

³³ Üdeh, *age*, I, 632; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, 309; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.192.

kasta benzer bir şekilde adam öldüren kimsenin diyet ödemeye mecbur bırakılması mal varlığına, vârisini öldüren kimsenin mirastan mahrum bırakılması da ferdin temel hak ve hürriyetlerine yönelik cezalardandır.³⁴

İşlenen suçun ihlal ettiği hakkın mahiyetine göre cezalar, Allah-toplum hakkına taalluk eden cezalar, şahsi haklarla ilgili cezalar ve her iki hakkın da bulunduğu cezalar şeklinde üç gruba ayrılır.

Cezaların en çok bilinen tasnifi ise, Şâri‘ tarafından belirlenip belirlenmemesine göre yapılan ve suçun türünü de dikkate alan had, kısas ve ta‘zir cezaları şeklindeki ayrımdır.³⁵

1- Had

Kelime olarak had, (ç. Hudûd) engellemek, iki şeyin arasını ayırmak, tanım, sınır gibi anlamlara gelir.³⁶ Terim olarak ise, Allah hakkı olmak üzere, miktarı Şâri‘ tarafından belirlenen cezalardır. Kısas cezaları kul hakkını ilgilendirdiği, ta‘zir cezaları da her hangi bir sınırı olmadığı için had olarak isimlendirilemezler.³⁷

Kur’an-ı Kerim’de bu gruba giren dört cezadan bahsedilir: Zina suçunu işleyene yüz sopa, iffetli bir kadına zina iftirasında bulun kimseye seksen sopa (celde) vurulması,³⁸ hırsızın elinin kesilmesi,³⁹ eşkıyalık suçunu işleyenlerin öldürülmeleri, asılmaları, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi veya sürgün edilmeleri⁴⁰ cezalarıdır.

Şarap içene, sayı konusunda ihtilaf olmakla birlikte, sopa cezasının verilmesi, zina suçuna verilen cezada muhsan ve bekar ayrımına gidilmesi ve zina eden bekara ayrıca sürgün cezasının tatbik edilmesi ise Sünnetle sabit olmuş cezalardır.⁴¹ Dinden dönme (irtidad) cezasının had grubuna girip girmediği ise İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bazı hukukçular mürtede verilen cezanın had cezası olduğunu, bazıları ise

³⁴ Aydın, *age*, s.192.

³⁵ Üdeh, *age*, I, 633.

³⁶ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arap*, III, 143; Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-Münîr*, s.48.

³⁷ Zeylâî, *Teybînü'l-Hakâik*, III, 538; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 89.

³⁸ Nûr 24/2, 4-5.

³⁹ Mâide 5/38.

⁴⁰ Mâide 5/33-34.

⁴¹ Buhârî, *Hudûd*, 2, 4, 21, 30; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 23, 36.

Hız Peygamber'in bu cezayı had cezası olarak değil, devlet başkanı sıfatıyla uyguladığı idari-siyasi bir ceza olarak kabul etmiştir.⁴²

Kıyas ve diyet cezalarıyla birlikte hadler, İslam'ın muhafaza edilmesini esas aldığı beş temel değer olan dinin, canın, aklın, ırzın ve malın korunması ilkesleri önemli bir parçasını teşkil eder. Bunlardan kıyas ve diyet cezaları insan hayatını, şarap içme ve sarhoş olma için öngörülen ceza aklı, zina ve kazf suçlarına uygulanacak cezalar ırzı, hırsızlık suçuna verilecek ceza malı, irtidada verilecek ceza dini, eşkıyalık (hırâbe, kat'-u tarîk) ve terör (bağy) suçlarına verilecek cezalar da canı, malı ve toplum huzurunu temin etmeye ve korumaya yöneliktir.⁴³

2- Kıyas

Kıyas, kelime olarak, birinin yaptığı bir işin aynısını yaparak karşılık vermek, kesmek ve iki şeyin arasını ayırmak gibi anlamlara gelir.⁴⁴ Fıkıh ıstılahındaki anlamı ise, bir kişinin işlediği bir suçun aynısıyla cezalandırılmasıdır. Kıyas, kasten yaralama, sakat bırakma ve öldürme olaylarında suçlunun, işlediği bir fiile denk bir ceza ile (mukabele bi'l-misl) cezalandırılma ilkesi⁴⁵ olarak da tanımlanmıştır. Kıyas ile aynı anlama gelmesine rağmen "kaved" kelimesi klasik fıkıh literatüründe daha çok kullanılmaktadır.

Kıyas ve diyet cezasının esasları Kur'an ve sünnettir. Kur'an-ı Kerim'de kıyasın farz kılındığı ve kıyasta hayat olduğu ifade edilmiş⁴⁶, Hz Peygamber de: "Kim bir mümini öldürürse aynı fiil ile kıyas edilir. Ancak öldürülenin mirasçıları razı olursa kıyas edilmez"⁴⁷ buyurmuş ve İslam öncesinde kin ve intikam esasına dayanan kıyas cezasını, adalet esasına dayanan ve sınırları belirli bir devlet müessesesi haline getirmiştir.⁴⁸

⁴² Üdeh, *age*, I, 634; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, I, 179-189; Bardakoğlu, *agmd*, s.473.

⁴³ Bardakoğlu, Ali, "Had", DİA, İstanbul 1996, XIV, 549; Had cezaları ve özellikleri konusunda daha geniş bilgi için bk. Behnesî, *age*, II, 207-259; Çalışkan, İbrahim, *İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Had Cezaları*, AÜİFD, c.XXXI, Ankara 1989, s.45-67.

⁴⁴ Cevherî, *age*, III, 1052; Feyyûmî, *age*, s.193.

⁴⁵ Üdeh, *age*, I, 665; Bilmen, *age*, III, 19; M. Ebû Zehra, *age*, I, 335; Dağcı, Şâmil, "Kıyas", DİA, İstanbul 2002, XXV, 489.

⁴⁶ Bakara 2/178-179.

⁴⁷ Ebû Dâvûd, *Fiten*, 6; Dârimî, *Diyât*, 1; Nesâî, *Kasâme*, 47.

⁴⁸ Dağcı, *age*, s.89.

İslam hukukunda kisas cezası, “*kısâs fi’n-nefs*” (kasıtlı adam öldürme fiillerinde) ve “*kısâs fi-mâ dûne’n-nefs, kısâs fi’l-etrâf*” (müessir fiillerde) olmak üzere iki kısma ayrılmakta olup, her iki şekliyle de ilke olarak Kur’an’da yer almaktadır.⁴⁹

Kisas, içerisinde Allah-toplum hakkı bulunmakla birlikte şahsi hakkın ihlalinin daha çok olduğu bir cezadır. Bu sebeple, kısısta eşitlik ve adalet esastır ve faile infaz edilecek ceza mağdurun uğradığı bedensel zarardan daha ağır bir zarara yol açmamalıdır. Zira böyle bir durumda suçluyu cezalandırmada haddi aşmama ile, mağdurun hakkının korunması ilkeleri çatışmış olur. Bu sebeple suç-ceza dengesinin tam olarak sağlanmasının imkansız görüldüğü yüzde ve kafada meydana getirilen yaralamalarda İslam hukukçuları, kisas cezasından vazgeçilip faile diyet ödettilerini söylemişlerdir.⁵⁰

3- Ta‘zir

Kelime olarak ta‘zir, bir şeyi engellemek, geri çevirmek, yardım etmek, te‘dip, ta‘zim ve düşmanına karşı bir kişiyi savunmak gibi anlamlara gelir.⁵¹ Kur’an-ı Kerim’de, mü‘minlere Hz Peygamber’i düşmanlarına karşı savunmayı emreden bir ayette ta‘zir ifadesi kullanılmıştır.⁵² Ta‘zir cezalarına da kişiyi suçtan alıkoyduğu, suçluya karşı mağdura yardım ettiği için bu ad verilmiştir.⁵³

Fıkıh ilminde ta‘zir: Gerek Allah-toplum hakkı gerekse kul hakkı olsun, had ve kefarete grubuna girmeyen, miktarı belirlenmemiş ve her türlü suç için uygulanabilme imkanı olan cezalar olarak tanımlanmıştır.⁵⁴

Ta‘zir cezaları temelde iki çeşittir. Birincisi, hakkında had ve kisas cezası bulunduğu halde suçun unsurlarının tam olarak gerçekleşmemesi sebebiyle had ve kisas cezasının düştüğü durumlarda uygulanan ta‘zir cezaları, ikincisi de, had ve kisas grubuna girmeyen ve düzenlemesi de devlet otoritesine (ulü’l-emr) bırakılan ta‘zir cezalarıdır.⁵⁵

⁴⁹ Bakara 2/178-179; Mâide 5/45; İsrâ 17/33.

⁵⁰ Zuhaylî, Muhammed, *en-Nazariyyâtü’l-Fıkhiyye*, Dârü’ş-Şâmiyye, Beyrut 1993, s.52; Dağcı, *agmd*, s.490.

⁵¹ Feyyûmî, *age*, s.155; Fîruzâbâdî, *el-Kâmûsü’l-Muhît*, s.563; Râğıb el-İsfehânî, *Müfredâtü’l-Elfâzi’l-Kur’an*, s.564.

⁵² Fetih 48/9.

⁵³ Bilmen, *age*, III, 305.

⁵⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; İbn Hümâm, *Fethü’l-Kadîr*, VII, 119.

⁵⁵ Cin-Akgündüz, *age*, I, 326; Döndüren, Hamdi, “*Ta‘zir*”, ŞİA, Şâmil Yayınevi, İstanbul 1994, VI, 134.

İslam ceza hukukunda ta'zir suç ve cezaları, çağdaş ceza kanunlarında olduğu gibi ayrı ayrı tespit edilerek belirtilmemiştir. Bunda da hakime geniş bir takdir yetkisinin bırakılmış olması düşünülebilir. Fakat buradan, hakimin veya ulü'l-emrin tamamen serbest bırakıldıkları şeklinde bir sonuç da çıkarılmamalıdır. Çünkü ta'zir cezaları tespit edilirken uyulacak esaslar ve önemli ta'zir cezaları ile bunların alt ve üst sınırları klasik İslam hukuku kaynaklarında belirtilmiştir.⁵⁶

Ta'zir cezaları, suçların ve suçluların durumlarına ve mevkilerine göre, suçlunun mükerrir olup olmamasına göre, nasihatte bulunmak gibi en hafif cezadan hapis, dövme ve hatta bazı müçtehitlere göre suçlunun öldürülmesi (siyaseten katl) gibi cezalara kadar varan geniş bir uygulama alanına sahiptir. Yukarıda da değindiğimiz gibi hakimin ta'zir cezalarında, suça, suçlunun durumuna, ruh haline ve sabıkasına uygun cezanın seçiminde, geniş bir takdir yetkisi vardır.⁵⁷

Bu cezalar her ne kadar teker teker tespit edilmemişse de, en çok uygulanan ve bilinen ta'zir cezaları şunlardır:

a- Celde Cezası

İslam ceza hukukunda celde (sopa) cezası asli cezalardan biridir. Bu ceza, her ne kadar hadler için konulmuş ise de ta'ziri gerektiren suçlarda da celde cezasının uygulanabileceği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır. Bu konuda ihtilaf edilen nokta, vurulacak olan sopanın miktarı hususundadır.⁵⁸

İmam Mâlik'e göre, sopada üst sınırı belirleme yetkisi devlet başkanına aittir. Bu sebeple had cezalarında her ne kadar sopa cezasının sınırı yüz değnek ise de, ta'zir cezalarında suçluya hakim uygun gördüğü taktirde yüz değnekten fazla da vurdurabilir.⁵⁹ Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre üst sınır, otuz dokuz değnek, Ebû Yusuf'a göre ise yetmiş beş değnektir.⁶⁰ Şâfiî ve Hanbelî mezhebi hukukçuları da ta'zirin üst sınırı hususunda Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'le aynı görüşe sahiptirler. İslam

⁵⁶ Üdeh, *age*, I, 686; Bilmen, *age*, III, 306.

⁵⁷ Bilmen, *age*, III, 311; Zuhaylî, Muhammed, *age*, s.64.

⁵⁸ Üdeh, *age*, I, 690; Bilemen, *age*, III, 308; Zuhaylî, *age*, s.65.

⁵⁹ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, s.294.

⁶⁰ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, IX, 271; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 360; Zeylaî, *age*, III, 236.

hukukçularının bu konuda esas aldıkları delil: “*Had cezaları dışında her kim had cezası sınırını aşarsa aşırıya gitmiştir*”⁶¹ hadis-i şerifidir.

Dayak cezası her ne kadar insan onuruna aykırı bir ceza gibi gözükse de, bu husus bütün cezalar için söz konusudur. Çünkü İslam dini ferdin şahsiyetini korumaya önem verdiği kadar, toplumun huzurunu ve güvenliğini korumaya da önem vermiştir. Sopa cezası da bu amaca hizmet eden müeyyidelerden birdir.⁶²

Osmanlı döneminde de sopa cezasının uygulama örnekleri mevcuttur. Şu hüküm buna bir örnek teşkil eder: “*Eğer bir kişinin atı veya katırı ekine girüp zarar ve ziyan eylese, davar başına sahibine beş çomak vurup beş akçe alına*”⁶³

b- Hapis Cezası

İslam devletinde hapishaneyi ilk inşa ettiren, ikinci halife Hz Ömer’dir. Hz Osman ve Hz Ali de aynı şekilde suçluları cezalandırmak için hapishaneler inşa ettirmişlerdir. İslam hukukunda hapis cezaları, muvakkat (sınırlı süreli) ve müebbet (ömür boyu) hapis olmak üzere iki çeşittir.⁶⁴ Bir de “habs-i meçhul” denilen gayr-ı muayyen (süresi belirsiz) hapis cezası vardır ki, bu da suçlunun halini ıslah edinceye dek süresi belirtilmeksizin verilen hapis cezasıdır. Dinden dönen kadınların öldürülmeyip, hapishanede müslüman oluncaya dek alıkonulmaları ve serbest bırakılmamaları bu tür hapis cezasına bir örnektir.⁶⁵

Muvakkat hapis, suçlunun ıslahına yetecek kadar, belirli bir süreliğine hapsedilmesidir. En azı bir gündür, çoğunun sınırı ise ulü’l-emr tarafından takdir edilir. İmam Şâfiî, hapis cezasının bir seneden fazla olamayacağı görüşündedir. Muvakkat hapis cezası, İslam hukukunda sopa cezasından daha hafif bir suç olarak kabul edilmiş ve daha ziyade ağır ve çok hafif olmayan suçlar için uygulanmıştır.⁶⁶

Müebbet hapis cezası ise, ağır suçları alışkanlık haline getirme ve normal cezaların suçluyu ıslah etmeye yetmediği durumlarda söz konusudur. Bu durumda suçlu, şayet cezalandırma aşamasında yaptıklarından pişman olup tövbe eder ve halini düzeltirse

⁶¹ Buhârî, *Hudûd*, 42; Müslim, *Hudûd*, 40.

⁶² Bilmen, *age*, III, 309.

⁶³ Cin-Akgündüz, *age*, I, 328.

⁶⁴ Bimen, *age*, III, 306; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletühû*, VII, 473; Zuhaylî, Muhammed, *age*, s.65.

⁶⁵ Merginânî, *age*, II, 406; Meydânî, *el-Lübâb*, s.692.

⁶⁶ Mâverdî, *age*, s.293; Üdeh, *age*, I, 693; Bilmen, *age*, III, 306.

serbest bırakılır. Durumunu değiştirmese ölünceye dek toplumdan uzak bir şekilde hapsedilir.⁶⁷

c- Sürgün Cezası (Nefy, Tağrîb)

Ta'zir olarak sürgün cezasının verilebileceği Kur'an,⁶⁸ Sünnet⁶⁹ ve sahabenin icmasıyla⁷⁰ sabittir.

Sürgün cezası, suçlunun bulunduğu bir beldeden başka bir beldeye uzaklaştırılmasından ibarettir. Uzaklaştırma süresini de hakim belirler.⁷¹ Sürgün cezaları genelde ırza tecavüz ve muhsan olmayanların zina etmeleri halinde celde cezasından ayrı olarak verilir.

Sürgün cezasından kastedilen amaç, bir taraftan kötü insanları toplumdan uzaklaştırmak diğer taraftan da suçluyu gittiği yerde topluma yeniden kazandırmak, orada yeni bir hayata başlamasına vesile olmaktır. Bu sebeple suçlu, suç işlediği çevrenin baskısından uzaklaşmış olmakta, gittiği yerde de işlediği suçun ezikliliğini yaşamamaktadır. Bu da onun topluma yeniden adapte olmasına sebep olmaktadır.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, hakim suçluya uygun gördüğü takdirde istediği kadar sürgün cezası verebilir. Bazı Şâfiî ve Hanbelî mezhebi fıkıhçalarına göre ise sürgün cezasının süresi bir yıla ulaşmamalıdır. Çünkü zina suçunda sürgün cezası had olarak konulmuştur ve süresi de bir yıldır. Dolayısıyla o süreyi geçemez.⁷² Osmanlı uygulamasında görülen kürek ve kal'abendlik cezaları da bu esasa dayandırılmıştır.⁷³

d- Kınama ve Teşhir Cezası

Ta'zir olarak İslam hukukunda uygulanan kınama cezası, hakim suçluya karşı sert sözler söyleyerek, suçluyu yaptığı fiilden dolayı azarlamasıdır.⁷⁴

⁶⁷ Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, VIII, 20; İbn Âbidîn, *age*, III, 260; Üdeh, *age*, I, 697.

⁶⁸ Mâide 5/38.

⁶⁹ Ebû Dâvûd, *Edep*, 61. Hz Peygamber, Medine'de kadınlara benzemek isteyen bir muhannesî Nakî' denilen bir yere sürgün olarak göndermiştir.

⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 45; Zeylaî, *Teybîn*, IV, 174. Hz Ömer'in Nasr b. Haccâc adındaki bir genci, yakışıklılığı sebebiyle kadınları fitneye sevk etmemesi için Medine'den sürmesi, buna örnek olarak gösterilebilir.

⁷¹ Bilmen, *age*, III, 307.

⁷² İbn Rüşd, *age*, s.872; Üdeh, *age*, I, 699.

⁷³ Cin-Akgündüz, *age*, I, 329.

⁷⁴ Bilmen, *age*, III, 309; Üdeh, *age*, I, 703.

Hakim, suçlunun ıslahı ve yaptığı fiilden vazgeçmesi için yeterli görürse ona bu cezayı verebilir. Nitekim Hz Peygamber de Ebû Zerr (ra)'a Bilâl-i Habeşî'nin annesine karşı bir ayıplamada bulunduğu için: “*Ey Ebû Zerr! Senin bu hareketin şüphesiz cahiliye devrinin kötü bir âdetidir*”⁷⁵ buyurarak onu kınamıştır.

Teşhir ise, işlenen suçun ve failinin bir ilan vasıtasıyla halka duyurulması demektir. Önceden teşhir, çarşı, pazar ve umumi yerlerde suçluyu ve işlediği suçu yüksek sesle bağırarak yapılırdı. Günümüzde bu ceza, gazetelerde veya umuma ait olan yerlerde ilanlar asmakla ya da görsel yayın organlarında yayınlamakla da yapılabilir.⁷⁶

Suçlunun teşhiri daha çok, yalancı şahitlik ve hileli ticaret yapmak gibi halk tarafından kendisine güvenildiği konularda suç işlemesi halinde uygulanabilecek bir cezadır.⁷⁷

e- Öldürme Cezası (Siyaseten Katl)

İslam hukukunda siyaset tabiri, genelde ta‘zir suretiyle verilen cezalar için kullanılmıştır, fakat ta‘zirden daha genel bir anlama sahiptir.⁷⁸ Siyaseten katl ise, hükümdarın ta‘zir hakkına ve mutlak otoritesine dayanarak verdiği ölüm cezasıdır.⁷⁹

İslam hukukçularının çoğunluğunun ta‘zir olarak kabul ettikleri bu ölüm cezasına, Hanefiler siyaseten katl adını vermiş, soygun, yol kesme, cemiyet nizamını bozarak fesat çıkarma, tekerrür eden hırsızlık suçu ve benzeri suçlarda ölüm cezasının verilebileceğini ifade etmişlerdir. Bu suçların yanında fikirlerinin propagandasını yapan bidatçilere ve düşman lehine casusluk yapanlara ölüm cezasının verilip verilmeyeceği de klasik fıkıh kitaplarında tartışılmıştır.⁸⁰

İslam hukukunda cezalandırma ilkesi olarak asıl olan, ta‘zir cezalarının uslandırma amaçlı oluşudur. Bu sebeple suçluya ta‘zir olarak ölüm cezasının uygulanması uygun değildir. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de: “*Haksız yere Allah’ın haram kıldığı cana kıymayın*”⁸¹ buyrulmuş, Hz Peygamber de: “*Bir müslümanın kanı şu üç şey dışında helal değildir: Muhsan olan bir kişinin zina etmesi halinde, kısas uygulanması halinde ve*

⁷⁵ Buhârî, Edep, 38.

⁷⁶ Üdeh, *age*, I, 704.

⁷⁷ Bilmen, *age*, ay.

⁷⁸ Bilmen, *age*, II, 22.

⁷⁹ Mumcu, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, AÜHFY, Ankara 1963, s.51.

⁸⁰ Üdeh, *age*, I, 687; Cin-Akgündüz, *age*, I, 328; Döndüren, *age*, VI, 135.

⁸¹ En’am 6/151.

dinden dönmesi halinde.”⁸² buyurarak İslam dininde ölüm cezasının belirli suçlar dışında verilmeyeceğini belirtmiştir.

Fakat İslam hukukçularının çoğunluğu, şayet toplum huzurunun sağlanması ölüm cezasının konulmasını gerektiriyorsa veya suçlunun topluma verdiği zarar ancak ölümle giderilebilecekse suçlunun siyaseten öldürülmesini caiz görmüşlerdir. Buna delil olarak da Hz Peygamber’in bu üç sebep dışında, mesela hayvanla veya hemcinsiyle ilişki kuran sapıklara, müslümanlar arasında fitne ve fesat çıkaranlara, suç işlemekte ısrar edip ceza ile uslanmayan hırsıza ölüm cezasını uygulattığı şeklindeki rivayetleri⁸³ delil olarak göstermişlerdir.⁸⁴

Ta‘zir olarak ölüm cezasının verilebileceğini kabul eden İslam hukukçuları, mücerred ilâmdan başlayarak ta‘zir çeşitlerini şiddet derecesine göre sayıp, son olarak katli gösterir ve onu da şöyle tarif ederler: “*Bu da fesâdı itiyâd edip başka surette müncezir olmayan her hangi bir şeririn öldürülmesinden ibarettir... ki memlekette fesâda sa’y eden her hangi bir şahsın emr-i veliyyülemr ile siyaseten katl edilmesi demektir.*”⁸⁵

İslam hukukçularının suçluya siyaseten katli cezasının uygulanacağını kabul etmelerinin bir takım nedenleri vardır. Suç işlemeyi alışkanlık haline getirerek topluma zarar veren ve diğer cezalarla da ıslahı mümkün olmayan kimselerin suç işlemekten alıkonulmaları için, toplum yararının ve düzeninin sürekliliği için, devlet başkanının suçluya siyaseten öldürme cezasını verebileceğini söylemişlerdir.⁸⁶

Tatbikatta Hanefî mezhebini benimseyen Osmanlı Devleti’nde de “*maslahat-ı âmm*”, “*nizâm-ı memleket*”, “*ıslah-ı âlem*”, “*emn-i bilâd*”, “*terfih-i hâl-i ibâd*”, “*asayiş-i ibâd*”, “*siyâneten li’l-ibâd*” veya “*ibreten li’s-sâirîn fesâda sa’y edenleri men*” gibi amaçlarla halkın güvenliğini ve emniyetini sağlama gibi amaçlarla aynı suçu tekrar tekrar işleyenlere ve verilen cezalarla uslanmayanlara kamu yararı gereği siyaseten katli cezası verilmiştir.⁸⁷

İslam hukukunda ve onun pratiğe geçirilmiş bir uygulaması olan Osmanlı hukukunda siyaseten katli cezasının verildiği bazı suçlar şunlardır:

⁸² Buhârî, *Diyât*, 6; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 1; İbn Mâce, *Hudûd*, 1; Dârimî, *Hudûd*, 1-2.

⁸³ Nesâî, *Kat’u’s-Sârik*, 14, 15; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 29; İbn Mâce, *Hudûd*, 12, 13, 17, 20.

⁸⁴ Üdeh, *age*, I, 688; Zeydan, *age*, s.322.

⁸⁵ Mumcu, *age*, s.48.

⁸⁶ Bilmen, *age*, III, 309; Üdeh, *age*, I, 789; M. Ebû Zehra, *age*, II, 281; Döndüren, *agm*, VI, 135.

⁸⁷ Menekşe, Ömer, *XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası*, s.126;

- Veliyyülemrin meşru emirlerine, İslam hükümetinin kamu rahatı için çıkardığı kanun ve nizamlara aykırı cürümler şayet çok ağır iseler,⁸⁸

- Kamunun selameti aleyhine çalışan ve casusluk suçunu işleyenler hakkında,⁸⁹

- Eşkıyalar gibi, halkın malını çalıp etrafta zulüm yapan kimseler hakkında,⁹⁰

- Resmi makamlara gerçeğe aykırı ihbar ve gammazlıkta bulunanlar, çeşitli ta'zir cezalarından sonra uslanmazlar ise,⁹¹

- Memurluk nüfuzunu kötüye kullanan ve yargıç tarafından çeşitli ihtarlara rağmen bu hallerine devam edenler hakkında,⁹²

- Gayr-ı meşru fiilleri, gayr-ı meşru nikahı ve şenî fiilleri işleyenler ve bu fiilleri işlemeyi alışkanlık haline getirmiş kimseler hakkında,⁹³

siyaseten katl cezası verilebilir.

Bunların dışında fıkıh kitaplarında zikredilen ta'zir cezaları arasında; suçluya öğüt verme (va'z), tehdit, görevden alma, bazı kamu haklarından mahrumiyet, müsadere (el koyma), nakdî ceza, Osmanlı devletinde uygulanmış olan kürek, prangabendlik ve kal'abendlik cezaları da mevcuttur.⁹⁴

İslam hukukunda cezalarla ilgili bu genel değerlendirmelerden sonra şimdi de kapkaç suçunu işleyenlere verilebilecek cezalara geçebiliriz.

II- İSLAM HUKUKUNDA KAPKAÇ SUÇUNA ÖNGÖRÜLEN CEZA

İslam hukukunda suçluya uygulanan cezaî müeyyide, suçlunun birtakım ferdî ve ictimai hakları ihlal etmesine karşılık uygulanan zorlayıcı bir tedbir ise de, yukarıda da

⁸⁸ Bilmen, *age*, III, 314; Mumcu, *age*, s.52.

⁸⁹ Bilem, *age*, III, 315; Mumcu, *age*, ay. "... Kezalik; harbilere casusluk eden, onların önlerine düşüp İslam beldelerini bastıran kimseler de veliyyü'l-emrin emriyle katl edilirler" Bilmen, ay.

⁹⁰ Bilmen, *age*, ay; Mumcu, *age*, s.53. "... Mesela, tahdidini ikaa kadir olup da bazı kimseleri onu bunu öldürmeğe, veya onun bunun mallarına sirkat ve gasba cebren sevk etmekte bulunan bir şahıs, tekerrür eden bu cürümlerinden dolayı siyaseten katl suretiyle ta'zire müstahik olur" Bilmen, ay.

⁹¹ Bilmen, *age*, III, 314; Mumcu, *age*, s.52. "... onun bunun hakkında bazı cürümler isnadıyla zabıtaya gammazlıkta bulunan kimse, bundan men ve şediden ta'zir olunur. Bunu itiyad ettiği takdirde katl bile olunabilir" Bilmen, ay.

⁹² Mumcu, *age*, s.52.

⁹³ Bilmen, *age*, III, 320; Mumcu, *age*, s.53. "... Behîmeye, meytete takarrüb eden kimseler, birbiriyle sihakte bulunan kadınlar... livata fiilini işleyenle, hakkında bu vechile ta'zir cezası tertib edilir. Böyle bir hareketi itiyad eden bir şahsın siyaseten katli de caizdir." Bilmen, ay.

⁹⁴ Tazir cezaları hakkında daha geniş bilgi için bkz: Gelişgen, Ahmet, *İslam Ceza Hukuku Prensipleri ve Ta'zir Cezaları*, SÜSBE, Konya 1993, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 79-100; Yurtseven, Yılmaz, *Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları*, SÜSBE, Konya 2001, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.36-93.

belirttiğimiz üzere, suçlunun cezalandırılması İslam ceza hukukunun bir gayesi değildir. Cezalandırma sadece yüksek ahlaki değerleri, fert ve toplum yararlarını himaye amacına yönelik bir vasıtaadır.⁹⁵

İslam ceza hukukunda suçlara verilen cezalarla, toplumsal yaşantının bu suç işlemeğe elverişli olması ve insanları o suç işlemeğe iten saiklerin varlığı arasında ters bir orantı vardır. Yani toplumda bir suç işlemeğe kişileri sevk eden nedenler ne kadar fazla ise, cezalar da o nispette hafifler. Çünkü İslam hukuku, insan hayatını bir bütün olarak ele alır ve müesseselerini de ona göre işler.⁹⁶ Örneğin, zina suçunu işleyenlere İslam hukukunun belirlediği cezanın uygulanabilmesi için, isteyenlerin helal yoldan evlenebilmelerinin kolaylaştırılmış olması ve içlerindeki bu kötü duyguların dışa vurulmasını engelleyen İslamî bir toplumun varlığı gereklidir.⁹⁷

Hz Peygamber'in: "*Kolaylaştırınız zorlaştırmayınız...*"⁹⁸ hadisini de bu açıdan anlayabiliriz. Aynı şekilde Hz Ömer'in kıtlık yılında hırsızlık suçunu işleyenlere, suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle had cezasını tatbik etmemesi de insanlardan zorluğu kaldırmak ve İslam hukukunda asıl amacın suçluyu cezalandırmak değil ıslah etmek olduğunu göstermek içindir.⁹⁹ Fakat yine de bu durum suç işleyenlerin cezasız kalacakları anlamına da gelmez.

İslam ceza hukukunda, hukuki himayenin konusunu fert ve toplum hayatı için son derece önem arz eden zaruri maslahatlar oluşturmaktadır. Karşılığında cezaî müeyyideler konularak himaye edilmeye çalışılan bu maslahatlar da, din, can, akıl, ırz ve mal olmak üzere beş ana başlık altında toplanmıştır.¹⁰⁰

Bu sebeple şahsın mal varlığına, bazen de can emniyetine yönelik suçlardan biri olan kapkaççılık suçu da suçun çeşidine ve derecesine, suçlunun durumuna göre birtakım cezaî müeyyidelerle önlenilmeye çalışılmalıdır.

⁹⁵ M. Ebû Zehra, *age*, II, 26.

⁹⁶ Zeydan, *age*, s.323.

⁹⁷ M. Ebû Zehrâ, *age*, II, 27; Karadâvî, Yusuf, *Şeriatü'l-İslâm: Hulûdühâ ve Salâhuhâ li't-Tatbîk fî Külli Zemân Mekân*, çev. Ahmet Yaman- Yusuf Işıcık, *İslam Hukuku Evrensellik-Süreklilik*, Marifet Yay, İstanbul 1999, s.207.

⁹⁸ Buhârî, *Edep*, 35.

⁹⁹ Hz Ömer'in bu uygulamasının bir değerlendirmesi için bk. Köse, Saffet, "*Hz Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi*", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya 2006, VII, 33.

¹⁰⁰ İbn Kayyim el-Cevziyye, *age*, II, 84; Şâtîbî, *el-Muvâfâkât*, II, 9; Üdeh, *age*, I, 99-100.

Kapkaç suçları, cezası nasslarla belirlenmiş suçlardan olmadıkları için ta'zir cezasını gerektiren suçlar kapsamına dahil olmaktadır. Fakat bazı hallerde, özellikle geceleyin işlenen kapkaç suçlarının, şehir merkezlerinde eşkıyalık suçunun işlenebileceğini kabul eden İslam hukukçularına göre, hırâbe suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini ilgili konu başlığı altında işleyeceğiz.

A- Kapkaç Suçunu İşleyene Uygulanabilecek Cezalar

Birinci bölümde, yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "kapkaç" suçunu hırsızlığın nitelikli hali olarak değerlendirdiğini, bu suçu işleyene de cezaî müeyyide olarak üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğünü belirtmiştik.

İkinci bölümde, benzeri suçlar konusunu işlerken, İslam hukukunda kapkaççılık suçunun hırsızlık suçu olarak kabul edilemeyeceğini, her iki suçun temel unsurları açısından birbirinden farklılıklar taşıdığını ifade etmiştik. Dolayısıyla buradan hareketle, kapkaç suçunu işleyenlere İslam hukukundaki, karşılığı failin sağ elinin bilekten kesilmesi olan had cezasının verilemeyeceğini söyleyebiliriz. Görüldüğü üzere modern hukuk bu suça hırsızlık suçundan daha fazla ceza ve yaptırım uygulamayı ön görmektedir. İslam hukukunda ise, hırsızlık fiilini işleyene ilgili nass gereği had olarak el kesme cezası uygulanmakta, gasp, ihtilas, intihâb ve kapkaç suçlarına ise ta'zir grubuna giren cezaların uygulanacağı belirtilmektedir.

Kapkaç suçunu işleyene uygulanacak yaptırımı belirlerken, sadece tek bir çeşit suç fiilinden hareket ederek bunu tespit etmemiz mümkün değildir. Çünkü kapkaç eylemlerinin farklı farklı görünüş şekilleri vardır. Örneğin kapkaççılık, tek faille işlenebileceği gibi, çok faille de işlenebilen bir suçtur. Bazı kapkaç suçlarında suç fiili mağdurun üzerindeki eşyaya olabileceği gibi, bazılarında da mağdura olabilmektedir. Birinci bölümde de değindiğimiz üzere, bazı kapkaç eylemlerini örgütlü suçlar kapsamında da değerlendirebiliriz. Çünkü basın yayından da takip ettiğimiz üzere kapkaççılık, sadece paraya ihtiyacı olan bir veya birkaç kişinin yolda giden her hangi birinin üzerindeki bir eşyasını alıp kaçmak şeklinde değil, özellikle büyük şehirlerde organize olarak yapılmakta ve ceza ehliyetine sahip olmayan küçük çocuklara işletilmektedir.

Bu sebeple biz kapkaç fiilini işleyene uygulanacak yaptırım, suçun failine, suça iştirak edenlere ve kapkaç suçuna azmettirenere uygulanabilecek cezaî müeyyideler şeklinde ayrı ayrı ele alacağız.

1- Suç Failine Uygulanabilecek Yaptırımlar

Kapkaç suçunu işleyenlere uygulanabilecek cezanın ta'zir grubuna giren cezalardan olacağını yukarıda ifade etmiştik.

Sokakta yürümekte olan veya caddede beklemekte olan mağdurun elindeki veya kolundaki bir eşyasını hızla alıp kaçmak şeklinde gerçekleştirilen kapkaç eylemleri, insanların hem mallarına hem can güvenliklerine hem de dışarıda rahatça dolaşabilmelerine karşı bir tehdit oluşturmaktadır. Özellikle de son günlerde ülkemizde bu suçun giderek yaygınlaştığını düşünecek olursak kınama, ihtar, öğüt verme vb hafif ta'zir cezalarının bu suçlara karşı önleyici bir tedbir olmayacağı açıktır. Çünkü günümüzde zaten bu suçu işleyen ve ceza ehliyetine sahip olanlara, yürürlükteki Ceza Kanununun 142. maddesi gereği üç yıldan yedi yıla hapis cezası verilmektedir. Buna rağmen bu suçların oranında azalma değil, aksine günden güne artma görülmektedir. Bu da yukarıda değinmiş olduğumuz İslam dininin toplumdaki her ferde aşlamaya çalıştığı temel ahlaki değerlerin yokluğundan ve gelir dağılımındaki adaletsizlikten kaynaklanmaktadır.

Kanaatimize göre, ceza ehliyetine sahip olan kapkaççıya suçun şiddeti ve suçlunun durumu da göz önünde bulundurularak uygulanabilecek ta'zir cezası, miktarını hakim belirleyeceği celde veya hapis cezasıdır. Hatta hakim uygun görürse suçluya sürgün cezası da verebilir.

Ceza ehliyetine sahip olmayan çocuklara ise hakim, yine suçlunun durumuna göre azarlama, tehdit, nasihat etme vb diğer ta'zir cezalarını uygulayabilir. Burada cezalandırmada asıl amaç, suçlunun ıslahı ve uslandırılması olmalıdır. Yoksa suç işlemekten vazgeçer zannıyla çak ağır cezalar verip, suçluyu topluma daha zararlı hale getirmek ve toplumdan kopuk bir kişiliğe sahip olmasına yol açmak İslam ceza hukukunun benimseyeceği bir yöntem olamaz.

2- Doğrudan İştirakçiye Uygulanabilecek Yaptırımlar

İslam hukukunda suça iştirak edenlerin aslî şerik (mübâşir, doğrudan iştirakçi) ve fer'î şerik (mütesebbip, dolaylı iştirakçi) olarak ikiye ayrıldıklarını yukarıda ifade etmiştik.¹⁰¹

İslam ceza hukukunda asıl olan, suç sayılan fiilin cezasının ferî şerike değil, suça bizzat katılan mübâşire uygulanmasıdır.¹⁰² Bu sebeple yukarıda kapkaç suçunun faili için uygulanacak müeyyidelerin, suçun icrasına bizzat katılan aslî şerik için de uygulanabileceğini söyleyebiliriz.

Zaten kapkaç suçunun cezası ta'zir grubuna giren cezalardan olduğu için, hakim suçu birlikte işleyen ortaklara da uygun gördüğü cezayı verebilir. İslam hukukçuları, iştirak halinde şeriklere suç failine uygulanan cezanın aynısının uygulanıp uygulanmayacağı konusunu daha çok had ve kısas cezasını gerektiren suçlarda ele almışlardır. Çünkü bu tür suçların cezası genelde ağırdır ve geri dönüşü de yoktur.

3- Dolaylı Faile (Fer'î Şerike) ve Zorlayana (Mükrihe) Uygulanabilecek Yaptırımlar

Birinci bölümde, İslam hukukunda fer'î şerik veya mütesebbib olarak, modern hukukta da dolaylı fail olarak adlandırılan suç ortağına uygulanacak müeyyidenin her iki hukuk sisteminde farklı olarak ele alındığını belirtmiştik.¹⁰³

İslam ceza hukukunda, şayet suç ortağının fail üzerinde bir yaptırım gücü yoksa suçun müeyyidesinden suç failinin sorumlu olacağı benimsenmiştir. Modern hukukta ise dolaylı faillikte arka plandaki kişinin, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmakta olduğu ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulması gerektiği benimsenmiştir. Hatta kusur yeteneği bulunmayanların araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek cezanın artırılacağı da ifade edilmiştir.¹⁰⁴ Dolayısıyla, modern hukukun dolaylı fail olarak adlandırdığı kişi, İslam hukukundaki mükrihe eşit olmaktadır.

İslam hukuku açısından mütesebbibe uygulanacak müeyyide, şayet mükrih değilse, suç failine uygulanacak olan yaptırımdan daha hafiftir. Şayet faili o suça zorlayan

¹⁰¹ Kâsânî, *age*, IX, 278.

¹⁰² Üdeh, *age*, I, 363.

¹⁰³ bk. Tez 15. sayfa.

¹⁰⁴ TCK 37. maddenin 2. fıkrası.

kişinin fail üzerinde bir yaptırım gücü varsa, örneğin babanın çocuk üzerindeki hakimiyeti gibi, o zaman faili o suça zorlayan da failin işlediği suçun cezası verilir.¹⁰⁵

Bu açıdan küçük çocukları veya mümeyyiz çocukları bu suça zorlayan kişilere, hakimin ta'zir olarak suç faillerinden daha ağır bir ceza verebileceğini söyleyebiliriz. Hatta hakim, küçük çocukları bir suç makinesine dönüştüren bu kişilere, toplumun menfaatini gözeterek siyaseten ölüm cezası bile verebilir. Nitekim bunun örneklerinin, İslam hukukunun pratik bir uygulaması olan Osmanlı tatbikatında görüldüğünü daha önce de belirtmiştik.¹⁰⁶

B- Bazı Kapkaç Eylemlerinin Eşkıyalık Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilmeyeceği

İkinci bölümde eşkıyalık ve kapkaç suçları arasındaki benzerlik ve farklılıkları işlerken, eşkıyalık suçunun gerek işleniş şekli açısından, gerek suçun unsurları açısından, gerekse de suça uygulanacak yaptırım açısından kapkaççılıktan ayrı bir suç olduğunu; bunun yanında, korunan hukuki yarar açısından, her iki suçta da mala yönelik bir eylem olması sebebiyle ve kapkaççılığın bazı işleniş şekilleri bakımından birbirine benzerlik arz ettiğini söylemiştik.

İslam hukukunun eşkıyalık olarak kabul ettiği suç tipi, örgütlü olarak işlenen, mağdurların yollarını kesip ellerindeki malları zorla alma esasına dayanan ve toplumun huzur ve güvenliğini diğer mala karşı cürümlerden daha çok tehdit eden bir suçtur. Bu sebeple de bu suça uygulanacak olan yaptırım, diğer mala karşı işlenen suçların cezasından daha ağırdır.

Kapkaç suçlarını, bu şekilde işlenen eşkıyalık suçundan farklı kılan en önemli etken, mağdurların üzerlerindeki malı zor kullanarak alma unsurunun bu suçlarda bulunmamasıdır. Fakat yukarıda tezimizin değişik yerlerinde de ifade ettiğimiz gibi, bazı kapkaç suçlarında suç failleri mağdurlara karşı şiddet uygulayabilmekte ve bu sebeple de fiil kapkaççılıktan gasp suçuna dönüşmektedir.

¹⁰⁵ Üdeh, *age*, I, 368, Zeydan, Abdülkerim, *Mecmûatü Buhûsin Fıkhiyyetin*, s.206.

¹⁰⁶ Mumcu, *age*, s.53,136; Menekşe, Ömer, *agtz*, s.125-130. Mumcu, bu uygulamanın İslam hukukuna aykırı bir hüküm olduğunun ve Osmanlı'da örfi hukukun İslam hukukundan daha üstün bir yere sahip olduğunun bir ispatı olarak değerlendirse de, siyaseten katl hükmü İslam hukukçularının ekseriyetinin kabul ettiği siyaset-i şer'iyye esaslarına uygun bir hükümdür. bk. Menekşe, s.127.

Bu değerlendirmelerden sonra failin mağdura Şiddet ve cebir uygulamasıyla kapkaçılıktan gasp fiiline dđnüşen eylemlerin eşkıyalık suçu olarak kabul edilebileceğini söyleyebilir miyiz?

Malikî mezhebi hukukçularına ve Hanefîlerden Ebu Yusuf'un görüşüne göre, ki daha sonra mezhepte fetvaya esas olan görüş (müftâ bih kavil) de budur, Şehir merkezlerinde işlenen silahlı gasp suçları eşkıyalık kapsamına girmektedir. Hatta gece yarısı işlenen gasp suçlarında Ebû Yusuf'a göre failler, silahlı olmasalar da eşkıya sayılırlar.

O halde biz, birkaç kişinin birleşmesiyle veya bir örgüt tarafından organize edilen kapkaç eylemlerinin, Şayet failer mağdurun üzerindeki malını almak için zor kullanacak olurlarsa yani kapkaç suçu gasp suçuna dđnüşecek olursa, bu suçun faillerine İslam hukuku açısından, suçun diğer unsurlarının da oluşması halinde, had cezasının uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Aynı Şekilde gece yarısı işlenen veya gündüz vakti faillerin mağdurları silahla tehdit ederek işledikleri kapkaç eylemlerinin de eşkıyalık kapsamında değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz.

C- Borçlar Hukuku Açısından Kapkaç Suçunun Hukuki Sonuçları

Borçlar hukuku açısından kapkaç suçunun hukuki neticelerinin gasp suçunun hukuki neticesiyle aynı olduğunu söyleyebiliriz.¹⁰⁷ Bu da, Şayet mal kapkaççının elinde aynen duruyorsa malın sahibine geri iade edilmesi, mal kapkaççının elinde iken telef olmuşsa, kapkaççının mala el koyduğu günkü değeri üzerinden malın tazmin etmesidir.

Gasp suçlarında, mal gaspçının elinde aynen mevcut ise failden malın bedelinin ödenmesi istenemez. Malda bedelinin ödenmesini gerektirecek ölçüde bir eksilme veya değişiklik olmadıkça da bedelinin tazmini cihetine gidilemez.¹⁰⁸ Çünkü haksız olarak alınan bir malın mümkün olduğu müddetçe sahibine geri iade edilmesi bir hukuk prensibidir. Aslını veya aynını geri verme imkanı ortadan kalkmadıkça onun yerini tutan bir bedel verilemez.¹⁰⁹ Aynı Şeyin kapkaç suçları için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁰⁷ Gasp suçunun borçlar hukuku açısından hukuki neticeleri için bk. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, II, 770-830; M. Âkif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s.260-280; Mustafa Eroğlu, *İslam Hukukunda Gasp ve Tazmini*, s.102-165.

¹⁰⁸ Bilmen, *age*, VII, 358, 362.

¹⁰⁹ Mecelle'de bu kaide Şöyle ifade edilmiştir: "Aslın ifâsı kâbil olmadığı halde bedeli ifâ olunur." md. 53.

SONUÇ

İslam hukuku açısından kapkaç suçunun mahiyetinin ve konumunun belirlenmesi amacıyla hazırlanmış olduğumuz araştırmamızda ulaştığımız sonuçları şöylece sıralayabiliriz:

1. Haksız mal edinme yollarından biri olan kapkaççılık, İslam hukuku açısından yasak bir fiildir.

2. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu, kapkaç suçunu “hırsızlığın nitelikli hali” olarak kabul etmektedir. İslâm hukuku açısından kapkaççılık her ne kadar, mağdurun malına rızası dışında el koyma özelliği bakımından nitelikli hırsızlığa benziyorsa da, suçun tanımı, unsurları ve hukuki sonuçları itibariyle tam olarak örtüşmemektedir.

3. Kapkaç suçunun, suçun icra safhasında mağdura karşı her hangi bir cebir ve şiddet unsuru içermediği için gasp suçu kapsamında da değerlendirilmesi pek mümkün görülmemektedir. Şayet suçun faili olan kapkaççı, mağdurun üzerindeki eşyayı alırken her hangi bir şiddet ve zor kullanacak olsa o zaman suç kapkaçtan gaspa dönüşecektir.

4. Kapkaççılığın eşkıyalık kapsamında değerlendirilmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü eşkıyalık suçu, örgütlü, silahlı ve mağdurlara karşı zor kullanılarak gerçekleştirilen bir suçtur. Bu şekilde icra edilen kapkaç suçlarının ise eşkıyalık olarak değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz.

5. Kapkaç suçu, İslam hukukundaki, mağdurun dalgınlığından yararlanarak elindeki veya yanındaki malını hızla alıp kaçmak anlamına gelen ihtilâs suçuna çok benzemektedir. Fakat kapkaç suçunun konusunu sadece mağdurun üzerindeki malların oluşturması ve failde suç işleme kastının daha kuvvetli olması gibi sebeplerle kapkaççılığın, ihtilâstan daha ağır bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

6. Kapkaç suçu, mağdurun üzerindeki eşyasını kendisine hissettirmeden, el çabukluğu ile almak anlamına gelen yankesicilik (tarrârlık) suçu olarak da nitelendirilemez. Çünkü kapkaç suçlarında mağdur, üzerinden eşyasının alındığını hissetmekte ve çoğu zaman malını kapkaççıya kaptırmamak için direnmektedir.

7. Yukarıda saymış olduğumuz değerlendirmeler ışığında, kapkaç suçunun günümüzde işlenen şekliyle yeni bir suç tipi olduğunu söyleyebiliriz.

8. Kapkaç suçunu işleyen faile uygulanacak olan yaptırımın ta'zir grubuna giren cezalardan olduğunu ve bu cezanın, suçu birlikte işleyen mübaşire (doğrudan fail) de aynı şekilde uygulanabileceğini söyleyebiliriz.

9. Günümüzde basın ve yayından da izlediğimiz üzere kapkaç suçları, genelde ceza ehliyetine sahip olmayan küçük çocuklar veya gençler tarafından işlenmektedir. Hatta bu suçların küçük çocuklara zorla işletilmekte olduğunu da söyleyebiliriz. Bu sebeple kapkaç eylemlerinin önüne geçmek için suçun arkasındaki azmettiricilerin ve çocukları bu suçu işlemeye zorlayan (mükrih) kimselerin tespit edilmesi ve bu kişilere caydırıcı nitelikte ağır cezaların verilmesinin uygun olacağını söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, bu tür suçların önüne geçebilmenin, suç işleyenlerin cezalandırılmasından çok, bu suçun işlenmesine yol açan sebeplerin ortadan kaldırılmasının daha uygun olacağını söylemek mümkündür. Bunun da, gelir dağılımındaki adaletsizliğin giderilmesi, insanlardaki ahlaki seviyenin yükseltilmesi ve özellikle gençler arasındaki işsizlik oranının asgari seviyeye çekilmesiyle mümkün olabileceğini söyleyebiliriz.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdülbâkî,** Muhammed Fuâd, *el-Mu‘cemü’l-Müfehres li Elfâzi’l-Kur’ani’l-Kerîm*, Dârü’l-Hadîs, Kahire 1417/1996.
- Ahmed b. Hanbel,** Ebû Abdillâh eş-Şeybânî (v.241/855), *el-Müsned*, Çağrı Yay, İstanbul 1981.
- Akgündüz,** Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yay, I-VIII, İstanbul 1992.
- _____, “İştirak”, DİA, XXIII, İstanbul 2001, s.442-444.
- Ali Haydar,** Hoca Emin Efendizâde (v.1935), *Dürerü’l-hukkâm şerhu Mecelleti’l-ahkâm*, Matbaayı Ebu’d-Diyâ, I-IV, İstanbul 1330.
- Akşit,** M. Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, yy ve ty.
- Avcı,** Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkuşbe Yayınları, İstanbul 2004.
- Aydın,** M. Âkif Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul 1996.
- _____, *Türk Hukuk Tarihi*, Hars Yayıncılık, İstanbul 2005.
- _____, “Ceza”, DİA, VII, İstanbul 1993, s.478-482.
- _____, “Gasp”, DİA, XIII, İstanbul 1996, s.387-392.
- Bardakoğlu,** Ali, “Ceza”, DİA, VII, İstanbul 1993, s.470-478.
- _____, “Eşkîya”, DİA, XI, İstanbul 1995, s.463-466.
- _____, “Had”, DİA, XIV, İstanbul 1996, s.547-551.
- _____, “Hırsızlık”, DİA, XVII, İstanbul 1998, s.384-396.
- Behnesî,** Ahmed Fethi, “*el-Mevsûatü’l-Cinâiyye fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*”, Dârü’n-Nehdati’l Arabiyye, I-IV, Beyrut 1412/1991.

- Bilmen,** Ömer Nasuhi (v.1970), *Hukukî İslâmiyye ve Istilâhâtü Fıkhiyye Kâmusu*, Bilmen Yayınevi, I-VIII, İstanbul 1970.
- Buhârî,** Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl (v. 256/869), *el-Câmiu's-Sahîh*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.
- Cessâs,** Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'an*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-III, Beyrut 1424/2003.
- Cevherî,** İsmâîl b. Hammâd (v.393/1002), *es-Sihâh*, (thk. Ahmed Abdülğafûr Attâr), Dâru'l-İlmi li'l-Melâyîn, I-VI, Beyrut 1404/1984.
- Cin,** Halil-Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, I-II, İstanbul 1995.
- Çalışkan,** İbrahim, *İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Had Cezaları*, AÜİFD, c.XXXI, Ankara 1989, s.45-67.
- Dağcı,** Şâmil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, DİB Yay, Ankara 1999.
- _____, “Kıyas”, DİA, XXV, İstanbul 2002, s.488-495.
- Dalgın,** Nihat, *İslam'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, Etüt Yay, Samsun 1999.
- Dâmâd,** Şeyhzâde Abdullah b. Muhammed b. Süleyman (v.1078/1667), *Mecmaü'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Matbaay-ı Âmire, I-II, İstanbul 1316.
- Dârimî,** Ebû Muhammed Abdullah b. Abdirrahîm (v.255/869), *es-Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.
- Devellioğlu,** Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara 2000.
- Döndüren,** Hamdi, “Gasb”, ŞİA, Şâmil Yayınevi, I-VI İstanbul 1990, II, 217-220.
- _____, “Hırsızlık”, ŞİA, Şâmil Yayınevi, I-VI, İstanbul 1990, II, 401-404.
- _____, “Ta'zîr”, Şâmil İslam Ansiklopedisi, Şâmil Yayınevi, I-VI, İstanbul 1994, VI, 134-136.
- Dönmezer,** Sulhi-Erman Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (Genel Kısım), Beta Yayınları, I-II, İstanbul 1999.

- Düzdağ,** M. Ertuğrul, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, İstanbul 1972.
- Ebû Dâvûd,** Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî el-Ezdî (v.275/889), *es-Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.
- Ebû Zehrâ,** Muhammed (v.1974), *el-Cerîme ve'l-Ukûbe fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire ty.
- _____, *Usûlü'l-Fıkh, Dâru'l-Fikri'l-Arabî*, Kahire 1377/1958.
- El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye,** (Vezâratü'l-Evkâf ve Şûnü'l-İslâmiyye tarafından hazırlanmaktadır.), I-XLI, Kuveyt.
- Erdoğan,** Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul 1998.
- Eroğlu,** Mustafa, *İslam Hukukunda Gasp ve Tazmini*, Tekin Yayınevi, Konya 2005.
- Erturhan,** Sabri, *İslam Ceza Hukukunda Tekerrür*, Dilek Matbaacılık, Sivas 2001.
- _____, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2003.
- Feyyûmî,** Ahmed b. Muhammed b. Ali (v.770/1368), *el-Misbâhu'l-Münîr*, Mektebetü Lübnan, Beyrut 1990.
- Fîruzâbâdî,** Yakup b. Muhammed (v.817/1415), *el-Kâmûsü'l-Muhît*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1987.
- Gelişgen,** Ahmet, *İslam Ceza Hukuku Prensipleri ve Ta'zir Cezaları*, SÜSBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1993.
- Güleç,** Hasan, "İslam Hukukuna Göre Suçta Tekerrür", DEÜİFD, sy.5, İzmir 1989, s.251-262.
- İbn Âbidîn,** Muhammed Alâuddîn (v.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhi Tenvîri'l-Ebsâr (maa "Tekmileti" necli'l-müeellif XI-XIV)*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-XIV, Beyrut 1415/1994.
- İbn Arabî,** Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah (v.543/1148), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Mektebetü'l-İlmiyye, I-IV, Beyrut ty.

- İbnü'l-Hümâm,** Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid (v.861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, Matbaatü Mustafa Muhammed, I-VII, Kahire 1319.
- İbnü'l Kayyım,** Ebû Abdillâh Şemsüddîn el-Cevziyye (v.751/1350), *İ'lâmü'l-Müvakkîn an Rabbi'l-âlemîn*, Dâru'l-Hadîs, I-II, Kâhire 2004.
- İbn Kudâme,** Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed (v.620/1223), *el-Muğnî*, (İbn Kudâme el-Makdisî (682/1283)'nin *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Muknî*'si ile birlikte), I-XII, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty.
- İbn Mâce,** Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd (v.275/888), *es-Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.
- İbnü'l Manzûr,** Cemâlüddîn Muhammed b. Mükrim (v.711/1311), *Lisânu'l-Arab*, Dâru Sâdır, I-XV, Beyrut 1410/1990.
- İbn Rüşd,** Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (v.595/1199), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, (hz. Sâlim el-Cezâîrî), Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1325/2004.
- İsfehânî,** Râğîb (v.325/937), *Müfredâtü Elfâzi'l-Ku'ran*, (thk. Safvân Adnan Dâvûdî), Dâru'l-Kalem, Şam 1423/2002.
- İzz b. Abdisselam,** Ebû Muhammed İzzüddîn Abdülaziz (v.660/1262), *Kavâidü'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm*, Müessesetü'r-Rayyân, I-II, Beyrut 1410/1990.
- Kal'acı,** Muhammed Ravvâs-Kuneybî, Hâmid Sâdık, Mu'cemü Lüğati'l-Fukahâ, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1408/1988.
- Karadâvî,** Yusuf, *Şerîatü'l-İslâm: Hulûdühâ ve Salâhuhâ li't-Tatbîk fî Külli Zemân ve Mekân*, (çev. Ahmet Yaman- Yusuf Işıcık), Marifet Yayınları, İstanbul 1999.
- Karaman,** Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, I-III, İstanbul 2001.
- Kâsânî,** Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (v.587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-X, Beyrut 2003.
- Kaya,** Ali, "İhtilâs", DİA, XXI, İstanbul 2000, s.569-571.
- Koca,** Mahmut, "Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak 'Kapkaççılık'", AÜEHFD, c. VI, sayı 1-2, Erzincan 2002, s.167-196.

- Koşum,** Adnan, “İslam Hukukunda Hırsızlık Konusunda Yeni Yaklaşımlar”, Diyanet İlmi Dergi, c.37, sy.3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2001, s.85-116.
- Köse,** Saffet, “Hz Ömer’in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, VII, Konya 2006, s.13-50.
- Köksaldı,** Süleyman, *Türk Hukukunda Yağma Cürümleri*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), SÜSBE, Konya 2004.
- Kudûrî,** Ebu’l-Hüseyin Ahmed b. Muhammed (428/1037), *et-Tecrîd (Mevsûatü’l-Kavâidi’l-Fıkhiyyeti’l-Mukârene)*, Dâru’s-Selâm, I-XIV, Kahire 1424/2004.
- Mâverdü,** Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed (v.450/1058), *el-Ahkâmü’s-Sultâniyye ve’l-Vilâyâtü’d-Dîniyye*, Dâru’l-Kütübî’l-‘İlmiyye, Beyrut 1405/1985.
- Menekşe,** Ömer, *XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası*, MÜSBE, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1998
- Merginânî,** Ebu’l-Hasen Ali b. Ebî Bekr (v.593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî*, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, I-IV, Beyrut 1415/1995.
- Mevsilî,** Ebu’l-Fadl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd (v.683/1284), *el-İhtiyâr li Ta’lîli’l-Muhtâr*, Çağrı Yay, I-V, İstanbul 1996.
- Meydânî,** Abdülğani el-Ğânimî (v.1289/1881), *el-Lübâb fî Şerhi’l-Kitâb*, (Thk. Beşşâr Bekrî Arâbî), Mektebetü Merzûk, Şam 1324/2003.
- Molla Hüsrev,** Muhammed b. Ferâmûz (v. 885/1480), *Dürerü’l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri’l-Ahkâm*, Muhammed Esad Matbaası, İstanbul 1299.
- Mumcu,** Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, AÜHF Yayınları, Ankara 1963.
- Müslim,** Ebu’l-Hüseyin Müslim b. El-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbûrî (v.261/874), *el-Câmiu’s-Sahîh*, Çağrı Yay, İstanbul 1981.
- Nesâî,** Ahmed b. Şuayb b. Ali (v.303/915), *es-Sünen*, Çağrı Yay, İstanbul 1981.

- Noyan,** Erdal, *Hırsızlık Ve Yağma Suçları*, Bilge Yayınevi, Ankara 2005.
- Ok,** Sinan-Keleşoğlu, Mutahhar, *Karşılaştırmalı, Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.
- Özel,** Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislâm Darulharb*, İz Yayıncılık, İstanbul 1998
- Öztürk,** Bahri-Erdem, Mustafa-Özbek, Veli, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Pekcan,** Ali, *İslam Hukukunda Gaye Problemi Zarûriyyât-Hâciyyât-Tahsîniyyât*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2003.
- Remlî,** Hamza İbn Şihâbüddîn (v.1004/1595), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Dâru'l-Fikr, I-VII, Beyrut 1984.
- San'ânî,** Muhammed b. İsmâîl el-Yemenî (v.1182/1770), *Sübülü's-Selâm Şerhu Bülûğu'l-Merâm*, Dâru'l-Hadîs, I-IV, Kahire 1421/2000.
- Sehnûn,** İbn Saîd et-Tennûhî (v.240/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru's-Sâdır, I-VI, Mısır 1323.
- Semerkandî,** Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed (v.538/1144), *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-III, Beyrut 1405/1984.
- Serahsî,** Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (v.483/1090), *Kitâbü'l-Mebsût*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-XXX, Beyrut 2001.
- Shaban,** Fekri M.E.M., *İslam Hukukunda Hirâbe (Eşkîyalık) Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 2002.
- Songur,** Haluk, *İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak Teorisi –Mukayeseli Bir İnceleme-*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), SDÜSBE, Isparta 2001.
- Şafak,** Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum 1977.
- _____, “Kasıt”, DİA, XXIV, İstanbul 2001, s.559-561.
- Şafî,** Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs (v.204/819), *el-Ümm*, Dâru'l-Ma'rife, Lübnan 1973.

- Şâtıbî,** Ebû İshâk İbrahim (v.790/1388), *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şerîa*, (thk. Muhammed Muhyiddîn Abdülhamîd), Matbaatü'l-Medenî, I-IV, Kahire 1969.
- Şensoy,** Naci, *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1963.
- Şevkânî,** Muhammed b. Ali b. Muhammed (v.1255/1841), *Neylû'l-Evtâr Şerhu Müntekâ'l-Ahbâr min Ehâdîsi Seyyidi'l-Ahyâr*, Dâru'l-Fikr, I-IX, Beyrut 1414/1994.
- Şîrâzî,** Ali b. Yusuf el-Fîruzâbâdî (v.476/1083), *el-Mühezzep fî'l-Fikhi'l-İmâm eş-Şâfî*, Dâru'l-Fikr, I-II, yy ve ty.
- Şirbinî,** Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (v.977/ 1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Fikr, I-IV, Şam ty.
- Tahâvî,** Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed (v.321/933), *el-Muhtasar*, (Tahk. Ebu'l-Vefâ el-Efeğânî), Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, Kahire 1370.
- _____, *Şerhu Meâni'l-Âsâr*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-IV, Beyrut 2001.
- Tirmizî,** Ebû İsâ Muhammed b. İsâ (v.279/892), *el-Câmiu's-Sahîh*, Çağrı Yay, İstanbul 1981.
- Toroslu,** Nevzat-Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara 2000.
- _____, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2001.
- Ûdeh,** Abdülkadir (v.1954), *et-Teşrû'l-Cinâi'l-İslâmî Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vad'î*, Müessesetü'r-Risâle, I-II, Beyrut 1409/1989.
- Wensinck,** A. J., *Concordance et Indices la Tradition Musulmane (el-Mu'cemü'l-Müfehres li Elfâzi'l-Hadîsi'n-Nebevî)*, my, I-VIII, İstanbul 1986.
- Yazır,** Elmalılı Hamdi (v.1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Azim Basım, I-X, İstanbul ty.
- _____, *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh Istılâhları Sözlüğü*, (hz. Sıtkı Güllü), Eser Neşriyat, I-VI, İstanbul 1997.

- Yıldırım,** Mustafa, *Mecelle'nin Külli Kâideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir 2001.
- Yurtseven,** Yılmaz, *Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları*, SÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2001.
- Zeydan,** Abdülkerim, *Mecmûatü Buhûsin Fıkhiyyetin*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1402/1982.
- _____, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1416/1996.
- _____, *el-Medhal li Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1424/2003.
- Zeylaî,** Fahrüddîn Osman b. Ali (v.743/1342), *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, I-VII, Beyrut 1420/2000.
- Zuhaylî,** Muhammed, *en-Nazariyyâtü'l-Fıkhiyye*, Dâru's-Şâmiyye, Beyrut 1993.
- Zuhaylî,** Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühû*, Dâru'l-Fıkr, I-IX, Şam 1989.

Özgeçmiş

1981 yılında Kütahya'nın Çamlıca köyünde dünyaya geldim. İlkokul tahsilimi köyümde tamamlayıp ardından Kütahya İmam Hatip Lisesi'ne kaydımı yaptırdım. 1999 yılında bu liseden mezun olup aynı sene Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakülte'sini kazandım. 2003 yılında bu fakülteden mezun olup Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalında Prof. Dr. Hamdi Döndüren danışmanlığında "İslam Hukukunda Kapkaç" adlı yüksek lisans tezinin çalışmaya başladım.

Mutlu GÜL