



TÜRK CEZA HUKUKU VE İSLAM CEZA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE HIRSIZLIK SUÇUNDA HIRZ (KORUMA ALANI) KAVRAMINA KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ

Fatih VAROL^{1*}

¹Doktora Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul

*fatihvarol@yandex.com

+ORCID: 0000-0001-9285-8183

Öz- Hukuk sistemleri insana dair ortaya koydukları yaklaşımlarla temelde suçu engellemek, suçluyu ıslah etmek ve kamu vicdanını teskin etmek amacı ile hareket ederler. Her hukuk sistemi kendi iç dinamiğini ve kaynaklarını dikkate alarak birbirinden farklı veya benzer yaklaşımlar ortaya koymaktadırlar. Bu çerçevede Türk Ceza Hukuku ve İslam ceza hukuku açısından hırsızlık suçunun oluşumunda Hırz (Koruma alanı) kavramının karşılaştırılması önemli sonuçlar ortaya koymaktadır. Makalemizin konusu Hırz (Koruma alanı) konusunda her iki hukuk sisteminin karşılaştırılması yapılmıştır. Fiile farklı yaklaşımlar getiren iki hukuk sistemini cezalandırma noktasında ki farklılığının İslam Ceza Hukukunda suçla ilişkin cezanın geri dönülme imkânı olmayan Had cezası ile cezalandırılması ve İslam hukuk sisteminin genel yaklaşım olarak had cezalarını düşürmeye yönelik belirlenmesinden kaynaklı olduğu anlaşılmaktadır. 1400 yıldır üzerinde düşünce üretilerek gelişen İslam ceza hukuku geliştirdiği düşünce yapısı ile toplumun bu konudaki ihtiyacına cevap verebilir niteliktedir. Suçla mücadelede sosyolojik yapının önemi dikkate alındığında seküler bir hukuk yapısına sahip olsa da inançsal bağlamda İslam geleneğinin etkin olduğu coğrafyamızda suçla mücadele ederken Türk ceza hukuk yapıcılarında da önemli fikirler sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler- Hırsızlık Suçları, Türk Ceza Hukuku, Koruma Alanı, "Had" Cezası, İslam Ceza Hukuku.

A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON THE CONCEPT OF HIRZ (PROTECTED AREA) IN THE CRIME OF THEFT WITHIN THE FRAMEWORK OF TURKISH CRIMINAL LAW AND ISLAMIC CRIMINAL LAW

Abstract – Legal systems fundamentally operate with the aim of preventing crime, rehabilitating offenders, and soothing public conscience through the approaches they establish concerning human behavior. Each legal system, taking into account its internal dynamics and sources, puts forth different or similar approaches. Examining the diverse views and similarities among legal systems provides important perspectives for those involved in the fight against crime. A comparison of both legal systems has been made on the subject of Hırz (protection area), which is the subject of our article. It is understood that the difference in the punishment of the two legal systems, which bring different approaches to the act, is due to the fact that the punishment of the crime in Islamic Criminal Law is punished with the Had penalty and the Islamic legal system is determined to reduce the had penalties as a general approach. Indeed, with over 1400 years of development, Islamic criminal law has evolved offering a conceptual framework that can effectively address the societal needs in this regard. Taking into account the importance of the sociological structure in the fight against crime, even though Turkish Criminal Law has a secular legal framework, the influence of the Islamic tradition in our geography in terms of belief provides significant ideas to Turkish legal authorities when combating crime criminal law and the opinions put forward in terms of the Turkish Criminal Law system have been examined by supporting the Supreme Court decisions.

Keywords – Crime of Theft, Turkish Criminal Law, Protection Area, "Had" Penalty, Islamic Criminal Jurisprudence.

GİRİŞ

Edebi bir yaklaşım ile hırsızlık suçunun bütün suçlar içerisinde ne kadar temel bir noktada olduğunu ifade ederken The Kite Runner isimli eserinde Khaled Hosseini “Yalnızca bir günah vardır, tek bir günah. O da hırsızlıktır” (Hosseini, 2004, s. 19) şeklinde ifade ederek hırsızlık suçunun bütün suçların temelinde bulunduğu iddiasını ortaya koymuştur. Bu ifadenin ne kadar hukuki temelde bir doğruluk payı olmasa da hırsızlık suçunun mahiyeti ve önemini ortaya koyan çarpıcı bir cümledir. Buradaki günah kavramı TDK Güncel Türkçe Sözlükte dini bağlamda suç olarak tanımlanmaktadır.

Hırsızlık bütün dinler, medeniyetler ve kadim gelenekler tarafından kötü bir davranış ve suç olarak tanımlanmış ve bu fiille mücadele her dönemin en önemli konularından biri olagelmıştır. Bu çerçevede hırsızlık hem İslam Hukuku hem de Türk Hukuku çerçevesinde aynı şekilde suç olarak tanımlanmış bir eylemdir. Bütün bir hırsızlık suçunu tek bir makale konusu olarak almak doğru bir sonuca ulaşmayı engelleyeceğinden konuyu sınırlandırmak en doğru yaklaşım olarak durmaktadır. Bu sebeple işbu makalede hırsızlık suçunda “hırz” yani koruma alanı kavramı tanımlanacak hem Türk Hukuk’unda hem de İslam Hukuku’nda hırz ve zilyetlik kavramları karşılaştırmalı olarak incelenecek, İslam Hukuk düşüncesi çerçevesinde mezheplerin hırz kavramına bakışı ve mezkûr konudaki ihtilaflara yer verilecektir. Hırz kavramı incelenirken öncelikle İslam Hukuku’nda hırz kavramına bakışın incelenmesi, ardından Türk Ceza Kanunu bağlamında hırz kavramına bakışın incelenmesi ve karşılaştırma yapılması uygun görülmüştür. Yine bu bağlamda hırz kavramının suçun oluşumuna ve mezkûr suça ilişkin cezalandırmadaki farklılıklara ilişkin olarak ortaya koyduğu yaklaşımlar incelenecektir.

Netice olarak çalışmamız ilahi bir temele sahip ve yüzyıllar boyunca birçok hukukçu tarafından tartışılarak olgunlaşmış bir hukuk anlayışı ile kurumsal bir yapıya sahip Türk Ceza Hukuku açısından hırz kavramını inceleyerek günümüzdeki hırsızlık suçunu koruma alanı ve zilyetlik açısından değerlendirme amacını taşımaktadır. Bu konudaki hedefimiz konu ile alakalı çalışma yürüten ilgililere farklı düşünme alanları açarak ceza hukukunun en önemli gayesi olan suçu engellemek, suçluyu ıslah etmek ve kamu vicdanını teskin etmek noktasında ilgililere daha geniş bir açıdan bakma olanağı sağlamaktır.

1. İslam Ceza Hukuku ve Türk Ceza Hukuku Perspektifinde Hırsızlık Suçu ve Hırz Kavramının Yeri

Hırsızlık kavramı Arap dilinde (س ر ق) “Se-Ra-Qa” kökünden türemiş olan “Sirkat” kelimesi ile ifade edilir (Bardakoğlu 1998, s. 384-396). Bu kelime başkasına ait bir malı gizlice almak manasını karşılar. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta bu kelimenin gizlilik

manasını bünyesinde barındırmasıdır. Burada anlaşılması gereken, eylemin gizlice işlenebilen bir eylem olarak kelime içeriğinde de yer almasıdır. Kelime Yusuf, Mümtehine ve Maide surelerinde eylemin temel şekline vurgu yapar bir anlamda yer almışken Hicr suresi dikkate alındığında “isteraka’s-sem” şeklindeki kullanımla “iki kişi arasındaki konuşmayı gizlice dinlemek” yani kulak hırsızlığı manasını ihtiva eder şeklinde kullanılarak gizlilik unsuruna vurgu yapmaktadır¹. Terim karşılığı dikkate alındığında ise hırsızlık fiili kişinin başka bir kimsenin olduğu konusunda üzerinde şüphe bulunmayan ve hukuken cezalandırılmaya müsait özellikleri bünyesinde taşıyan ekonomik değeri ihtiva eden taşınabilir özelliğe sahip mal veya başkaca bir değer malikin rızası veya bilgisi dışında hırz (koruma alanı) altından cezalandırılabilme ehliyetine sahip birey veya bireylerce gizlice alınıp üzerinde zilyetlik inşa edilmesidir (Dağcı, 1996, s. 33-34). Bu tanıma Hanefi fıkıhçılar “malın bozulabilir olmaması” (Ebu Yusuf, 1973, s. 269) şartını eklerken Zâhiri mezhebi perspektifinde hareket eden fıkıhçılar ise bu kadar geniş bir tanımın yersiz olduğunu ifade etmekte ve “başka bir bireye ait herhangi bir malın sahibinden habersiz gizlice alınması” (İbn Rüşd, 1988, s. 225-229) şeklinde bir tanımla yeterli bulmaktadır. Tanım açısından ortaya çıkan bu kapsamlı yaklaşım ve görüş farklılıklarının en önemli sebebi fiil karşılığında faile uygulanacak yaptırımın ağırlığı sebebi ile yakın görünüme sahip fiillerden ayırt edilmesinin sağlanmaya çalışılmasıdır. Zira içerik bakımından tehdit, cebir ve şiddeti bünyesinde barındıran gasp ve yağma fiillerinden nisaba ulaşılmamış olması, fiile konu malın koruma altında bulunmaması veya zilyedinden habersiz alınması gibi durumlar dikkate alındığında zimmet, kapkaç ve dolandırıcılık gibi suç içerir fiillerden ayrıştırılması müeyyidesi farklı fiilleri birbirinden ayırmak mahiyet itibari ile önem arz etmektedir. Sözlük ve terim anlamları dikkate alındığında iki temel yaklaşım ortaya çıkmaktadır. Bu anlamlardan ilki Şâri’ tarafından fiilin yasaklanması iken diğeri fiili işleyen failin muhatap olacağı müeyyide şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

İlk görüşün dikkate aldığı nokta nisap miktarına ulaşmış olmasının bir ehemmiyeti bulunmadan başka bir kimsenin mülkiyetinde bulunan bir malın sahibinden habersiz bir şekilde alınmış olması olarak ifade edilirken, ikinci görüşe göre ise nisap miktarını ihtiva eden malın ceza ehliyetine sahip bir birey tarafından hırz altında iken habersizce alınması olarak ifade edilmektedir. (Udeh, 2012, s. 179-180).

Türk Ceza Kanunu açısından 765 sayılı eski kanun ile 5237 sayılı kanun arasında “mülkiyet” ve “zilyetlik” ve faydalanmak maksadı ile ifadesinin kendisine ve başkasına ifadesi ile daha kapsayıcı şekilde ifade edilen farklılıklar bulunsun da temel olarak fiile konu malın taşınır olması, başkasının zilyedinde bulunması, rıza dışı alınması ve

¹ bkz. Maide Suresi V/38; Yusuf Suresi 12/70, 78, 81; Mümtehine Suresi 60/12; Hicr Suresi XV/18

kendisine veya bir başkasına fayda sağlanması amacı şeklinde dört noktayı ön plana çıkarmaktadır. Hırsızlık suçu, İslam Ceza Hukuku bağlamında suç olarak düzenlenmiştir. İslam Hukuku perspektifinde hırsızlık suçunun cezası had cezası, yani elin kesilmesi ve çalınan malın mal sahibine iadesidir. Şayet çalınan mal telef olmuş ise bu durumda da oluşan zarar hırsız tarafından mal sahibine ödenmektedir. Şâfiî, Hanbelî, Ca'feriyye ve İbâziyye mezheplerinin görüşlerine göre failin maddi durumuna bakılmaksızın tazmin gerekirken Hanefî ve Zeydî fakihlere göre had cezası uygulanmış ise ayrıca tazmine lüzum yoktur. (Bardakoğlu, 1998, s. 384-396). Hırsızlık suçunda elin kesilmesi cezasına gerekçe olarak gösterilen, "Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah'tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir." şeklindeki ayettir.² İslam Ceza Hukuku'na göre hırsızlık suçunun had cezası ile cezalandırılması için gerekli olan suçun unsurlarından birisi de malın "hırz" altında iken alınmış olmasıdır (Yiğit, 2012, s. 69). Hırz oluşmadan hırsızlık olduğu takdirde fail had ile değil tazir cezası ile cezalandırılır. Burada haddin düşürülmesinden kasıt bir cezasızlık durumunu ifade etmemekte olup sadece daha ağır bir müeyyide olan haddin düşürülerek tazir cezası şeklinde cezalandırılmasıdır. Aralarındaki fark müeyyideyi belirleyenlerin değişkenlik göstermesi ve tazirde uygulanacak cezanın belli olmayıp maslahatı gerçekleştirecek şekilde kamu yöneticileri ve yargı mensupları tarafından belirlenmesidir (Başoğlu, 2011, s. 198-202). Her iki hukuk sistemi de malın korunaklı bir yerden alınmasına bir değer atfetmiş ancak bu konuya yaklaşımlarını suçun temel şekline etkisi veya ayrıcalıklı tutup nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi şeklinde belirlemişlerdir. Bu konudaki yaklaşımın İslam hukukunda daha titiz bir şekilde ele alınması yukarıda bahsettiğimiz üzere faile uygulanacak müeyyidenin bedeni olması ve telafisi mümkün olmayan bir neticeye isabet etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu titiz yaklaşımın modern anlayış ile ele alınmasının fiilin cezalandırılması noktasında önemli etkileri olacağı aşikardır. Aşağıda hırz kavramı detaylandırılmıştır.

2. "Hırz" Kavramı

Hırz kelimesi Arapça bir kelime olup (ح ر ز) "H-R-Z" kökünden gelen bir kelimedir ve İbn Faris bu kelime kökünde yer alan "Z" harfinin (س) "S" harfine bedel olduğunu dolayısı ile kelime kökeninin (ح ر س) H-RS yani koruma ve korunmayı ifade ettiğini belirtmektedir (İbn Faris, 1979, s. 38). Nas yani İmam Şâfiî'nin tanımlaması ile "Kur'an ve Sünnet'in açık ifadeleri"nde (Şâkir, 1938, s. 138) bu kelimenin manasının ve tanımının açıkça ifade edilmemesi sebebi ile gerekli yetkinliği sağlamış İslam alimlerinin muteber kararlarını ifade eden içtihatlar neticesinde varılan görüşler ile ortaya konulmaktadır. (Dirik, 2015, s. 137). Bu anlayıştan yola çıkarak terimsel

manada kelime barınan ev, çadır, ticari müesseseler, mal veya hayvanların korunması maksadı ile inşa edilmiş yerler ve herhangi bir koruma görevlisi tahsis edilerek korunan alanları kapsar (İbn Rüşd, 1992, s. 816). Bir diğer tanım ile de kısaca hırz, bir malın saklanmasına mahsus yerdir (Erdoğan, 2005, s. 193). Hırz kavramı, günümüzde kullanılan zilyetlik kavramını da karşılamaktadır. Yani literatürde hırz kavramı, bir malın korunaklı bir yerde bulunması şeklinde olabileceği gibi, malın malikinin gözetimi altında bulunması şeklinde de olabilir. Malın korunaklı yerde bulunması "hırz binefsih", malın koruyucunun gözetiminde bulunması ise "hırz bigayrih" olarak literatüre geçmiştir (Dirik, 2015, s. 139). İslam Ceza Hukuku perspektifinde hırsızlık suçunun oluşması ile kişiye had cezası verilebilmesinin unsurlarından birisi de malın korunaklı bir yerde bulunması ya da malın koruyucunun gözetiminde bulunması, yani malın hırz altında iken çalınmasıdır. İslam Hukukçularının çoğunluğunun bu konudaki görüşü hırzın niteliğine karşı oluşan ihtilafı görüşlere rağmen had söz konusu olduğunda hırzın gerekliliği noktasında olup bu konuda delil olarak şu hadislerle dayanmaktadırlar; "Meyvede ve ağacın diğer faydalı şeylerini almada el kesme cezası yoktur."³, "Her kim ki, bir ihtiyaç içinde olur ve gizlice olmaksızın bir şeyler alır, yer-içerse hakkında bir şey (hırsızlık haddi) gerekmez. Şayet o maldan bir miktar alırsa bedelini ödemesi gerekir. Harman ve sergi yerine getirildikten, kurutulduktan sonra çalarsa ve çaldığı miktar da bir kalkan kıymetinde ise, hakkında el kesme cezası uygulanır."⁴ Bu konudaki tek istisnayı İslam hukukçuları arasında Türk Ceza Hukuku anlayışına en çok benzeyen görüşü savunan Zâhiriler yapmaktadır.

Bu mezhep hukukçularına göre malın çalınmasında hırz'ın herhangi bir önemi olmayıp malın diğer unsurlar yerine getirilerek alınması kafidir. Bu konuda kesin ve kati bir görüşe sahip olan mezhep hukukçuları hırsızlık ayetinin bu konuda genel bir yaklaşım sergilediğini burada yalnız hırsızın konu alındığını dolayısı ile nisap miktarının yeterli olduğunu ifade etmektedirler (İbn Hazm, 2005, s. 415).

Bu konuya ilişkin Türk Ceza Hukuku yaklaşımını da TCK'nın 142. Maddesi ortaya koymakta ve malın koruma alanından alınmasını hırsızlık suçunun temel şekline göre daha nitelikli bir durum ortaya koyduğu kabulü ile maddenin "h" fıkrasında "Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında" (TCK m. 142/2-h) tanımını yaparak suçun nitelikli hali olarak değerlendirmek sureti ile daha fazla ceza verilmesi şeklinde ele almıştır (Noyan, 2007, s. 257). Bu madde dikkate alındığında İslam hukukçularının suçun temel şeklinin oluşması için gerekli gördüğü bir unsur TCK suçun temel şekli olarak değil nitelikli hali olarak

² bkz. Maide Suresi 5/58

³ Müslim, Hudûd, 5; Neseî, Sârik, 10

⁴ Buhârî, Hudûd, 13; Ebû Dâvud, Lukata, 11; Tirmizî, Büyü', 54

daha fazla ceza verilmesi noktasından hareketle dikkate almış ve bu durumun önemini ortaya koymuştur

2.1. Mezhepler Özelinde Hırz Binefsih Kavramı

Hırz binefsih, insanlar tarafından koruma alanı olarak kabul edilen, içine girişin yasak olduğu alana verilen isimdir. Bunlara örnek olarak ev, dükkân, sandık, kutu, çadır, dolap gibi materyaller verilebilir (Cessâs, 1994, 2/520-521).

Hırz binefsih, Hanefi mezhebine göre; malların korunması amacıyla yapılmış olan yapılar olup, bu mekanların fiziksel olarak yetersiz olmasının hırz sayılmasına bir etkisi yoktur. Yani mekânın duvarının kırık, delik, kapısının açık olması yahut kapısının olmamasının bir etkisi olmaksızın bu mekanlar hırz binefsih olarak kabul edilir. Ancak binanın koruma vasfını bozan bir durum olduğu takdirde o mekân hırz sıfatını kaybetmektedir. Dolayısıyla mekâna giriş izni bulunan birisi, örneğin bir misafir mekâna girerek hırsızlık yaptığı takdirde Hanefilere göre o kişiye had cezası uygulanmaz, zira hırz bozulmuş durumdadır. Bu sebeple hırz binefsih olarak kabul edilen binanın içinde malın sahibinin ya da bir koruyucunun bulunmasının da herhangi bir etkisi olmamaktadır. Giriş izni olan kişinin girmesi durumunda da hırz (Koruma alanı) niteliğini kaybeder ve had cezası uygulanamaz (Dirik, 2015, s. 139).

Maliki mezhebi de hırz ile ilgili olarak Hanefi mezhebine yakın görüşte olup, binanın fiziksel olarak yetersiz olmasının bir önemi olmadığını belirtmiştir. Ancak Maliki mezhebi hırz kavramına Hanefi mezhebinden daha geniş bakmış, bir yerin hırz olarak kabul edilmesi için bina gibi etrafı çevrili bir yapısı olmasını gerekli görmemiş ve ağıl, depo, harman yeri, ambar, develerin kiralandığı yerler gibi mekanları da koruma alanı olarak kabul etmiştir. Maliki mezhebi ile Hanefi mezhebi arasındaki bir diğer fark ise giriş izni ile bir mekâna girerek hırzı bozan kişiler olsa da, o evde malın maliki veya bir koruyucunun bulunması durumunda o yerin koruma alanı olduğunun kabulüdür. Yani Maliki mezhebine göre eve giriş izni ile giren misafir evden bir eşya çalmak isterse ve eşyanın maliki olan ev sahibi de evdeyse bu durumda koruyucunun bulunması sebebiyle o alan hırz olarak kabul edilir (Dirik, 2015, s. 140).

Şafii ve Hanbeli mezhepleri ise hırz konusunda birbirleriyle benzer, diğer mezheplerden farklı görüşlere sahiptirler. Bu mezheplere göre bir yerin hırz binefsih olarak nitelendirilmesi için o yerin etrafının çevrili olması ve meskûn mahal sınırları içerisinde yer alması şarttır. Meskûn mahalde bulunan etrafı kapalı alanlar koruyucu olmasa dahi hırz olarak kabul edilir. Ancak meskûn mahalde bulunmayan alanlar hırz olarak kabul edilmez. Ayrıca Şafii ve Hanbeli mezhepleri bir alanın hırz olarak kabul edilmesi için binanın fiziki yapısına önem vermektedir. Yani binanın kendini koruyan bir şekilde sağlam olması gerekmektedir. Şayet bir binanın kapısı yoksa, kapısı açıksa, duvarı delikse bu durumlarda o alan

hırz olarak kabul edilmesi için binanın içinde bir koruyucunun olması gerekmektedir. Koruyucu yoksa fiziken yetersiz olan bina hırz olarak kabul edilemez. Yine koruyucu alanın niteliğini bozacak bir şekilde girişine izin verilmişse, örneğin bir misafir giriş izni ile o alana girmişse ve alanda koruyucu varsa bu durumda o alan hırz bigayrih olarak kabul edilir (Şirazi, 1995, s. 356).

Şafii mezhebinde hırz binefsih kavramı konusunda birtakım istisnalar mevcuttur. Bu istisnalar toplumsal ihtiyaçlar göz önüne alınarak kabul edilmiş olup, binanın dışında olması halinde dahi bazı mallar koruma alanı içerisinde kabul edilmiştir. Örneğin bir aktarın kapı önünde tuttuğu aktariye malları, ya da kumaş boyacısı birinin müşterilerin görmesi için dükkânın önünde sergilediği kumaşlar ve binanın dışında kullanılan büyük yemek kazanı koruma alanında kabul edilmiş olup, gerekçe olarak bu eşyaların dükkânın içine alınmasının zor olduğu söylenmiştir. (Nevevi, 2005, s. 507).

Hemen belirtmek gerekir ki Zâhiri mezhebinin konuya bakışı daha farklıdır. Zâhiri mezhebi açısından malın hırzdan çalınması ile başka bir yerden çalınması arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Çalınan mal nisap miktarında olduğu sürece hırsız malı hırz dışında bir alandan çalsa dahi had cezası uygulanır. Çünkü Zâhiri mezhebine⁵ göre hırsızlığı konu edinen ayetlerde hırz kavramından bahsedilmemiş, yalnızca hırsızdan bahsedilmiştir. İbn Hazm bu konuda, Allah'ın, hırsıza had cezası uygulanması için malın hırzdan çıkarılması şartını koymuş olsa idi, mutlaka bir ayet ya da hadis vasıtasıyla bu konuyu insanlara tebliğ edeceğini, böyle bir ayet yahut hadis olmadığından hırz, yani korunaklı alan şartının mevcut olmadığını söylemiştir (İbn Hazm, 2005, s. 332).

2.2. Mezhepler Özelinde Hırz Bigayrih Kavramı

Hırz bigayrih ise hırz binefsih olmasa bile, yani malları koruyan kapalı bir alan olmasa bile bir koruyucunun gözetiminde tutulan malların korunaklı hale geldiği mekanlara verilen isimdir. Diğer bir deyişle hırz bigayrih, mal saklamak amacıyla yapılmayan, içine girmek için izin alınmasına gerek bulunmayan ve malların korunmasına imkân vermeyen yol, açık alan, mera, mescit, han gibi yerlere verilen addır (Udeh, 2012, s. 625-626).

⁵ Açıklama; Zâhiri mezhebi genel akım fihki (hukuki) mezheplere belli yönlerden eleştiri getirerek tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu fikri ayrılıklar Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi Zâhiriyye Maddesinde şu şekilde sıralanmaktadır; 1. Hukuka temel oluşturan kaynak nasların ortaya koyduğu zâhiri (görünen) manalardır. Ancak sahabe'nin icma ettiği görüşler nasa ilişkin manayı yansıtmaması sebebi ile delil olarak kabul edilebilir, tek tek sahabe görüşleri delil ifade etmez. 2. Re'y, ta'lil, kıyas, istihsan ve istislah gibi delil yöntemleri hüccet olarak kabul edilmez. Şahsi görüşün Şeriat koyucunun önüne geçmesi mümkün değildir. 3. Taklit içeren yaklaşımlar kesinlikle kabul edilmez. İbn-i Hazm gibi bazı İslam alimleri bu noktaları da dikkate alarak Zâhiriliğin bir mezhep olarak kabul edilmeyeceği kaygısını ifade etmişlerdir⁵. Ancak konuya ilişkin fikirlerinin önemli bir yekün tutması ve düşünce dünyasına katkıları sebebi ile akademik incelemeye değer bulunmaktadır.

Çalınan mala yakın bulunan ve o malı koruyabilecek bir koruyucunun bulunması halinde hırsızlık kavramından bahsedilir. Nitekim Hz. Peygamber de Safvan b. Ümmeyye'nin uyuduğu zaman örtüsünü çalan hırsızla had cezası, yani el kesme cezası uygulamıştır (Kurtubi, 1964, s. 163).

Hanefi mezhebi tarafından hırsızlık kavramı, kabul edilmesi için, malların başında malı koruma amacı olan bir koruyucunun olması yeterlidir. Mallara yakın olan ve onları koruma amacı güden bir koruyucu mevcutsa, koruyucu uykuda olsa da o alan hırsızlık kavramı olarak kabul edilmelidir (Kasani, 1986, s. 76).

Hanefi mezhebi, koruyucunun "koruma amacı" taşımasını şart koşmaktadır. Örneğin bir çobanın sürüsünden koyun çalındığı takdirde Hanefi mezhebi perspektifinde hırsızlık kavramı söz edilemez, zira çobanın görevi sürüyü korumak değil, otlatmaktır (Serahsi, 1993, s. 155).

Maliki mezhebi perspektifinde ise hırsızlık kavramı oluşabilmesi için koruyucunun temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Gayri mümeyyiz bir çocuk koruyucu olduğu takdirde o mekân hırsızlık kavramı kabul edilmez. Maliki mezhebine göre de koruyucunun uyanık veya uykuda olması fark etmemekte ise de şayet mal korunaklı bir alanda değilse, bu durumda koruyucu ile malın arasında devamlılığın sağlanması gerekmektedir olup, koruyucu uykuda olduğu takdirde hırsızlık kavramı söz edilemez (Zurkani, 2002, s. 176).

Şafii ve Hanbeli mezheplerinin perspektifinde hırsızlık kavramı söz edilemek için, kapalı alan özelliği taşımayan ve meskûn mahal dışındaki bir alan olması şarttır. Zira aksi takdirde hırsızlık kavramı oluşmuş olur. Şafii mezhebine göre hırsızlık kavramı oluşabilmesi için koruyucunun uyumaması ve malı koruyacak kudrette olması gerekmektedir. Şafii mezhebine göre hırsızlık kavramı oluşması için koruyucunun uyanık olması şarttır. (Şafii, 1990, s. 161 & Nevevi, 2005, s. 508) Hanbeli mezhebi ise bu konuda daha katı olarak koruyucunun mal ile göz temasını kesmemesi gerektiğini kabul etmiştir. (Serahsi, 1993, s.150)

3. Türk Ceza Hukuku Bağlamında Hırsızlık Suçunun Temel Şekli ve "Hırsızlık" Kavramı

Esasen Türk Ceza Hukuku'nda hırsızlık suçunun temel şeklinin oluşması için hırsızlık kavramı aranmamaktadır. Zira **Türk Ceza Kanunu'nun** özel hükümler kitabında "malvarlığına karşı işlenen suçlar" arasında düzenlenen "Hırsızlık" suçunun 141. Maddesi; "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." demektedir. Tanımda bir koruma alanından bahsedilmemiş, hatta "bulunduğu yerden alan"

demekle aslında malın nerede bulunduğu bir önemi olmadığına, dolayısıyla "koruma alanı'nda bulunmayan bir alanda bulunan mal çalındığı takdirde de hırsızlık suçunun oluştuğuna vurgu yapmıştır. İslam ceza hukuku bağlamında fakihlerin görüşlerine göre ise suçun temel şekli oluşmamış olmaktadır. Zira hırsızlık olmadan had cezası olmaz (Bilmen, 1968, s. 262-263). Ancak bu eylem Türk Ceza Kanunu bağlamında malın bulunduğu yere vurgu yapıldığından hırsızlık suçuna sebebiyet verir.

Esasen Türk Ceza Kanunu, "bulunduğu yerden alan" demekle hırsızlık kavramı söz etmemişse de "zilyedinin rızası olmadan" demekle hırsızlık kavramı yakın bir şart benimsemiş durumdadır. Zira hırsızlık kavramı zilyetlik ile birbirine çok yakın kavramlardır.

Zilyetlik, Türk Medeni Kanunu'nun "Zilyetlik kavramı ve türleri" kenar başlıklı 973. Maddesinin 1. Fıkrasında, "Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir." hükmü ile zilyetlik kavramı tanımlanmıştır. Burada zilyetlikten kasıt bir eşya üzerinde kurulan fiili hâkimiyettir (Aybay & Hatemi, 2014, s. 32) ve hakkın şahsi ve aynı olma niteliğine bakılmaksızın zilyetliğin mevcudiyetini fiili hâkimiyet ortaya koymaktadır (Reisoğlu, 1980, s. 21). Bu durumu açıklayan en açık örnek hırsızlık fiili neticesinde ele geçirilmiş olan malda hırsızlık kavramıdır (Serozan, 2014, s.114). Ancak TMK madde 973 "fiili Hâkimiyet" kavramını açıklamamakta kanun bunu bir sonraki maddede ifade etmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2021, s.47). Buradan fiili hâkimiyetin iradi bir eylem neticesinde ortaya çıktığı irade dışı elde edilen mallar üzerinde kurulan bir fiili hâkimiyetin kurulamayacağı anlaşılmaktadır (Nomer & Ergüne, 2020, s. 21).

Malın mülkiyet yahut zilyetlik aracılığıyla iradi bir şekilde elde bulundurulması İslam Hukuku'nda da "yed-i sahiha" olarak isimlendirilmiş olup çalınan mal mağdurun elinde mülkiyet, emanet ya da tazminat yoluyla bulunduğu takdirde mağdurun yed-i sahihasının bulunduğu kabul edilmesi ve faile had cezası verilmiştir (Zuhayli, 2018, s. 419).

4. Türk Ceza Hukuku Bağlamında Hırsızlık Suçunun Nitelikli Halleri Hırsızlık Kavramı İlişkisi

Türk Ceza Kanunu'nun 142/1-a bendi; "Hırsızlık suçunun; Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında işlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." denmektedir. İşbu hükümden hareketle hırsızlık suçunun; kamu kurum ve kuruluşlarında, ibadete ayrılmış yerlerde ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen bir eşya hakkında işlenmesi halinde cezada artırım yapılmaktadır. Bu madde metnini biraz açtığımız takdirde;

Kamu kurum ve kuruluşlarından kasıt, devletin; yargı, yürütme ve yasama faaliyetlerini yürüttüğü yerdir. Bu hükmün uygulanabilmesi için malın kime ait olduğunun bir önemi yoktur, kamu kurum ve kuruluşlarında bulunması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca madde metninde kamu kurum ve kuruluşunun içerisine girilmesinden söz edilmediği için failin dışarıdan elini uzatarak kamu kurum ve kuruluşundaki malı alması da bu kapsama girmektedir (Yaşar & Gökcan & Artuç, 2014, 4568-4569). Ve son olarak madde metninde kamu kurum ve kuruluşlarının eklentilerinden bahsedilmediği için kamu kurum ve kuruluşlarının eklentilerinde hırsızlık yapıldığı takdirde mezkûr hüküm uygulama alanı bulmayacaktır (Hatipoğlu & Parlar, 2007, s. 338).

Hırsızlık suçunun ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya hakkında işlenmesi incelenecek olursa, ibadethaneler tüm inanç sistemlerini kapsamaktadır. Yani camii, sinagog, havra, kilise, gibi alanların tamamı ibadethane olarak kabul edilir. Bu noktada da failin ibadethaneye girmesi veya girmeden malı çalması önem arz etmemektedir. Yine belirtmek gerekir ki ibadethanede bulunan malın kime ait olduğu da önemli değildir, cami içerisinde bulunan halının çalınması da ibadet etmeye gelmiş birisinin ayakkabısının çalınması da bu nitelikli halin oluşumuna sebebiyet verir ve yine madde metninde eklentilerden bahsedilmediğinden ibadethanenin eklentisi sayılan bir yerde hırsızlık yapıldığı takdirde nitelikli hal uygulama alanı bulmaz (Yaşar vd., 2014, s. 4568-4569).

Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde içtihatları mevcuttur. Aşağıda anlatımlarımıza ilişkin bir Yargıtay kararı sunuyoruz.

T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2020/255 E., 2020/2868 K. "Cami avlusu-bahçesine bırakılan bisikleti çalan sanığın hırsızlık yaptığı bahçenin içinde bulunan caminin TCK'nın 142/1-a maddesinde "Suça konu eşyanın kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunmasından" söz edilip eklentisinden açıkça söz edilmemesi karşısında, sanığın eyleminin suç tarihi itibarıyla TCK'nın 142/1-a maddesinde düzenlenen suç oluşturmayacağı" demekle yukarıdaki açıklamalarımıza örnek teşkil edecek bir karar vermiş bulunmaktadır.

Ve nihayet, suçun kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında işlenmesi incelendiğinde, hükmün uygulanmasında esas olan kavram "tahsis amacı" kavramıdır. Çeşmeler, trafik ışıkları, kulübeler veya banklar kamu yararına tahsis edilmiş eşyalara örnek olarak verilebilir (Yaşar vd., 2014, s. 4572).

Yargıtay artık hurda olmuş ve terk edilmiş olan eşyaların kamu yararına ve hizmetine tahsis edilen eşya olarak kabul edilemeyeceği, bu sebeple bu malların çalınması durumunda hırsızlık suçunun temel şeklinin oluştuğu ancak nitelikli halinin uygulanmasının söz konusu olamayacağı

yönünde karar vermiştir. Aşağıda anlatımlarımıza ilişkin bir Yargıtay kararı sunuyoruz.

T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2015/24266 E., 2017/5912 K.

"TCK'nın 142/1-a maddesinin hırsızlık eyleminin "kamu kurum ve kuruluşlarında", "kamu yararına veya kamu hizmetine tahsis edilen eşya hakkında" işlenmesi halinde uygulanabileceği, binanın müştemilatından alınması halinde bile bu maddenin uygulanamayacağı, katılan kuruma devredildiği anlaşılan alandaki hurda sandalyelerin kamu yararına veya kamu hizmetine tahsis edildiğinin de kabul edilmesinin mümkün olmadığı, sanığın eyleminin eski jandarma tabur komutanlığına ait bulunan ve katılan kuruma terk edilen ve binanın içi olarak değerlendirilemeyecek yerlerden kullanılmayan sandalyelerin alınması şeklindeki eyleminin TCK'nın 141/1. maddesi kapsamında kalan suç oluşturabileceği dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurularak sanığa fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiş" demekle ilgili konudaki görüşünü ortaya koymaktadır.

Bu husus da daha önce değindiğimiz gibi, hırz binefsih kavramında birtakım mezheplerin bakış açısına oldukça benzemektedir. Nitekim Şafii ve Hanbeli mezhebinin hırz binefsih kavramına bakışında da binanın sağlam, kapılarının pencerelerinin sağlam olması gerektiği, binanın malı korumaya müsait bir fiziksel yapısı olması gerektiği kabul edilmiştir.

İslam Ceza Hukuku bağlamında ise ibadethaneler kendiliğinden koruma alanı sayılan yerlerden değildir. Şayet başında bir koruyucu yoksa ibadethanelerden çalınan malın hırsızına had cezası uygulanmaz. Zira ibadethanelere girmek için izin alınması gerekmemektedir. İbadethanede bulunan bir mal yolun ortasında bırakılan bir maldan farksızdır. Ancak çalınan malın bir koruyucusu varsa bu durumda hırsıza had cezası verilir (İbnü'l-Humam, 1912, s. 241).

Yalnız ibadethanenin içinde bulunan ve ibadethanenin tefrişatında kullanılan süpürge, halı, lamba gibi malzemeler konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı mevcuttur. Hanefi ve Hanbeli mezhebine mensup hukukçular, herkesin bu mallardan faydalanma hakkı olduğu gerekçesiyle hırsıza had cezası uygulanmaması gerektiği görüşündedirler (İbnü'l-Humam, 1912, s. 242).

Şafii ve Maliki mezhebine mensup hukukçular, sırf insanların kullanımı amacıyla bulunan rahle, hasır, lamba gibi eşyaların çalınması durumunda had cezası uygulanmayacağını öngörmektedir. Ancak saydığımız husustaki eşyalar dışında ibadethanelerin inşası, tefrişi gibi amaçlar için kullanılan kapı, parmaklık, halı, örtü gibi eşyaların çalınması durumunda had cezasının uygulanacağını kabul etmektedirler. Daha önce de bahsettiğimiz gibi Zâhiri mezhebine göre had cezasının uygulanması için hırz oluşması şart değildir, dolayısıyla

Zahiri mezhebinin görüşü, ibadethanede yapılan bir hırsızlığa had cezasının uygulanması gerektiğidir (el-Buhûti, 1394, s. 139).

İslam Ceza Hukuku bağlamında kamu hizmetine tahsis edilmiş okul, kütüphane gibi herkese açık olan yerler de ibadethaneye ilişkin görüşlerle kıyaslanmaktadır. Zira bu yerler de herkesin girebileceği umuma açık yerlerdir. Ancak bu yerlerin kilitli olan depo ve odaları istisnadır (Udeh, 2012, s. 225).

Türk Ceza Kanunu'nun 142/1-c bendi, "Hırsızlık suçunun; halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında işlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." demektir. Aslında burada da İslam Hukuku'nda bulunan "hız binefsih" kavramına ve yukarıda bahsettiğimiz "kamu yararına tahsis edilen eşya" hakkındaki nitelikli hale uygun bir düzenleme mevcut olup, halkın yararlanmasına sunulan ulaşım aracının içinde ya da duraklarında bulunan eşya hakkında işlendiğinde cezanın artırılması öngörülmüştür. Yargıtay, bu konuda halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracından kastedilenin, "belirli bir yöne giden yolcuları ve eşyaları taşınması" olduğuna ilişkin karar vermiş ve ticari taksinin bu maddenin uygulama alanına girmediğini belirtmiştir.

Aşağıda anlatımlarımıza ilişkin bir Yargıtay kararı sunuyoruz.
T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2015/25084 E., 2017/5343 K.

... Hırsızlık eyleminin gerçekleştiği aracın, halkın yararlanmasına sunulmuş bir ulaşım aracı kabul edilebilmesi, vasıtanın umuma tahsis edilmesi ve/veya bir bedel karşılığında herkes tarafından kullanılabilir olması ile değil, belirli bir yöne giden yolcuları ve eşyayı nakletmesi ile anlaşılacağına göre, ticari taksinin halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı olarak kabul edilmeyeceği, suça sürüklenen çocuğun müştekiye ait ticari taksinin kilitli olduğuna ilişkin herhangi bir tespiti konu olmayan torpido gözünden para çalması şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 141/1. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiş...

Türk Ceza Kanunu'nun Türk Ceza Kanunu'nun 142/1-d bendi, "Hırsızlık suçunun bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek amacıyla hazırlanan eşya hakkında işlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur..." demektir. Bu madde kapsamında kanun koruma alanını korku veya kargaşa durumlarını dikkate alarak bu durumları kapsar bir şekilde belirlemiştir.

Yine Türk Ceza Kanunu'nun 142/1-e bendi, "Hırsızlık suçunun; Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." demektir. Bu

hususla da Türk Ceza Kanunu koruma alanını muhafaza alanına alınmamış eşyaları da dahil etmekle, daha önce bahsettiğimiz gibi Şafii mezhebinde de bu konuda istisnalar mevcut olup, niteliği gereği dışarıda bırakılması gereken veya içeri alınması zor olan eşyaların çalınması durumunda had cezası uygulanması gerektiği kabul edilmiş olup ilgili hükümlerle benzerlik bulunduğunu söylemek gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-a bendi, "...Suçun; kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur..." demektir. Görüleceği üzere bu durum aslında İslam Ceza Hukuku'ndaki birtakım kabullere taban tabana zıttır. Zira daha önce bahsettiğimiz gibi, Şafii mezhebinin kabul ettiği görüşe göre, hız bigayrih oluşabilmesi için koruyucunun malı koruyacak kudretinin bulunması gerekmektedir. Maliki mezhebinin kabulüne göre ise, koruyucunun temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Yine Hanbeli mezhebi de mal ile koruyucunun arasında göz temasının kesilmemesi gerektiğini kabul etmiş olup, bu husus da geniş yorumlandığı takdirde mezkûr hükümlerle zıt hükümler olduğu kabul edilebilir. Buradaki temel farklılık İslam hukukçularının bir yerin başkası vasıtası ile hız altında bulunabileceğini aksi takdirde bu mekânın hız sayılamayacağı görüşü ile alakalıdır. Bu çerçevede koruyucunun nitelikleri malı korumaya müsait olmalıdır. Aksi takdirde hız olmamış olacağından suçun temel şekli gerçekleşmemiş olacak ve had cezası uygulanamayacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-b bendi, "...Suçun; elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur..." demektir. Esasen bu hüküm halk arasında "kapkaç" olarak bilinen suça ilişkindir. Ancak devamındaki "özel beceriyle işlenmesi" kısmı yankesicilik suçunu oluşturur. Zira kapkaçtan bahsedebilmek için mağdurun üzerindeki malın, mağdurun hissedebileceği bir güçle alınması gerekmektedir. Aksi takdirde fiil yankesicilik olarak nitelendirilir (Koca, 2002, s. 167-196). Türk Ceza Kanunu'nda kapkaç ve yankesicilik yapmak hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olup daha ağır cezayı gerektirmektedir. Ancak İslam Hukuku perspektifinde kapkaç suçuna kural olarak had cezası değil tazir cezası uygulanır. Yankesicilik suçuna ise İslam Hukuku'nda had cezası verilmiştir (Kökçam, 2018, s. 20). Yankesicilik ve Kapkaç arasındaki fark tanımlarında ortaya çıkmaktadır. Son dönem İslam hukukçularının büyüklerinden Ömer Nasuhi Bilmen her iki suçu ayrı ayrı şu şekilde tanımlamaktadır. Yankesicilik; "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." (Bilmen, 1968, s.24) Kapkaç ise şu şekilde tanımlanmaktadır; "Bir malı sahibinin elinden veya evinden, gafletinden bilistifade, alenen süratle kapıp almaktır. İsmi "hulse" dir." (Bilmen, 1968, s.17) Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere ilk fark kapkaç suçunda eşya

mağdurun üzerinde bulunması gerekirken yankesicilikte bir gereklilik yoktur. Bir diğer fark ise fark yankesicilik tek faille işlenirken kapkaç birden çok faille işlenebilmektedir. Kapkaç suçunda istisna ise, gece yapılan kapkaçın cezası had cezası olarak kabul edilmiştir. Yani kapkaç gece yapıldığında faile had cezası uygulanır (Akgündüz, 2011, s. 649).

Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-d bendi, "Suçun; haksız yerde elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak veya kilitlenmesini engellemek suretiyle işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." demektir. Esasen burada kastedilen taklit anahtar ya da maymuncuk, toka, kredi kartı, tel gibi bir alet ile kapının açılmasıdır (Çelik, 2020, s. 105). Bu durumlar da Türk Ceza Hukuku'nda nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Burada bir kapının taklit anahtar veya sair bu işe yarayan bir cisimle açılması açısından İslam ceza hukuku açısından bir farklılığa işaret edilmemiş olup mekânın kilit altında bulunması hırz şartlarını taşıdığından kapının ne türlü açıldığına hırsızlık suçunun temel şekli için gerekli olan hırzdan çalma unsurunu taşıdığı görüşündeyiz.

Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-e bendi, "Suçun; bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle, işlenmesi hâlinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." demektir. Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesi'nin gerekçesinde bilişim sistemleri, "verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemler" olarak tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-f bendi, "Suçun; Tanınmamak için tedbir olarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak işlenmesi hâlinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." demekle yine koruma alanı genişletilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-g bendi, "Suçun; büyük veya küçük baş hayvan hakkında işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." hükmü gereği büyükbaş ve küçükbaş hayvanların çalınması durumunda da daha fazla ceza verileceği bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ancak daha önce bahsettiğimiz gibi, İslam Hukuku perspektifinde Zahiri mezhebi dışındaki mezheplerin kabulüne göre, başında koruyucusu bulunmayan hayvanların çalınması durumunda faile had cezası verilmez. Ayrıca Hanefi ve Maliki mezheplerinin ileri sürdüğü görüşlere göre, başında çoban bulunan sürüden mal çalınması durumunda da had cezası uygulanmaz. Zira çobanın sürüyü koruma amacı yoktur, yalnızca sürüyü gütmeye amacı vardır. Burada da Türk Ceza Kanunu İslam Hukuku'na göre daha geniş bakarak büyükbaş ve küçükbaş hayvanların çalınmasında nitelikli hal uygulanacağını öngörmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-h bendi, "Suçun; herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına

alınmış olan eşya hakkında, işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." demektir. Bu hüküm aşağıda zikrettiğimiz yaklaşımlar dikkate alındığında İslam Hukuku'ndaki kabul edilen görüşlerle uyusmaktadır.

Hanefi fukahasına göre malları koruma amacına uygun nitelikte inşa edilmiş ev, bina ve benzeri yapılar hırz binefsih kapsamında sayılırlar. Bu mekanların bu amaçla inşa edilmiş olması yeterli olup ayrıca bir koruma altında bulundurulmasına gerek duyulmamaktadır (Dirik, 2015, s. 139). Serahsinin yapıya ilişkin hırz bozulduğunda burada malın sahibinin veya korumakla görevli bir kimsenin olması yapıyı korunaklı mekân haline getirmez şeklindeki açıklaması da bu durumu destekler niteliktedir (Serahsi, 1993, s. 155). Şafii ve Hanbeli hukukçular konuya ilişkin birbirlerine benzer görüşlere sahiptirler. Bu hukukçulara göre bir yerin hırz sayılabilmemesinin iki şartı mevcuttur. Bunlardan ilki koruma alanının meskûn mahal dahilinde olması diğeri ise etrafının çevrili olmuş olmasıdır (Şafii, 1990, s. 161). Dört mezhep hukukçularına göre de bina ve eklentisi sayılan yerler hırz olarak değerlendirilmiş buralardan yapılacak hırsızlıklara had cezasının uygulanacağı görüşünü ortaya koymuşlardır. Aralarındaki dikkate değer farklılık Hanefi mezhebi hukukçularına göre hırzın bozulması durumunda koruyucunun bulunması hırz sağlamazken diğer üç mezhep hukukçularına göre hırz sağlanmış olmaktadır (Dirik, 2015, s. 139).

Bina, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında; "Başkasının girme hakkı bulunmayan, yanları yapı malzemesi ile örülmüş, üstü kapalı, dış dünyadan ayrılmış geçici veya sabit bir mekân."⁶ olarak, bina eklentisi ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında "Bina veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan bina dışındaki yapı ve yerler"⁷ olarak tanımlanmıştır (Çelik, 2020, s. 107). Bina kavramı tanımlanırken girişlerin izin kapsamında bir yer olması gerektiği dolayısı ile herkesin girme izni olan İş hanı, çay ocağı ve alışveriş yapılan mekanların bu tanımın dışında kaldığı öğretiler baskın görüş olarak yer almaktadır (Koca & Üzülmüş, 2017, s. 563). Bu görüşe göre eşyanın yapı içerisinde ayrıca muhafaza altında olması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre binanın niteliği önemli olmaksızın fiile konu eşyanın bina veya eklentileri içerisinde yer alması yeterli görülmektedir. Son olarak eşyanın binanın içerisinde olmasının yeterli olduğu ayrıca binanın kilit altında bulunmasının gerekmediği şeklinde ortaya konulan görüşlerde mevcuttur (Noyan, 2007, s. 267). Buralarda bulunan ve kilitlenen yahut muhafaza altına alınan eşyaların çalınması halinde, hırsızlık suçunun nitelikli halinin oluştuğu ve daha fazla cezaya hükmolunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu hüküm, İslam Hukuku'ndaki hırz binefsih kavramını karşılamaktadır. İslam Hukuku'nda Hanefi mezhebinin kabulüne göre izinle eve girildiği takdirde faile had cezası verilmez. Ancak Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre meskûn mahalde bulunan bir

⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.01.1993 tarih ve 2/347-7 sayılı kararı.

⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.1993 tarih ve 4/169-354 sayılı kararı.

binaya izinle girilse dahi hırsızlık yapıldığında faile had cezası verilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 143. Maddesi, "Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır." demektedir. Bu duruma benzeyen İslam Hukuku'nda kabul gören görüş ise, kapkaç suçunun cezasının tazir olması, ancak gece yapılan kapkaç suçunun cezasının had cezası olmasıdır. Bu yönüyle Türk Ceza Kanunu ve İslam Hukuku'ndaki görüşler birbirine benzemektedir.

SONUÇ

Hırsızlık suçu her hukuk sisteminde suç olarak tanımlanmış ve belli yaptırımlara tabi tutulmuştur. Çalışmamızda da hem İslam Hukuku hem de Türk Ceza Hukuku açısından bu suça ilişkin unsurlardan biri olan Hırz (Koruma alanı) karşılaştırılması yapılmıştır. Hırz kavramı, hırz bigayrih ve hırz binefsih olarak ikiye ayrılan, mezhepler arasında somut olayın özelliklerine göre hırz olup oluşmayacağı tartışmalı olsa da Zahiri mezhebi dışındaki mezheplere göre had cezasının uygulanması için gerekli olan bir kavramdır. Uyguladıkları yaptırımlardaki farklılıklar ve cezalandırma anlayışlarındaki farklılıklar sebebi ile kavramın kullanıldığı alanlar ve yaptırım şekilleri açısından bazı farklılıklar ve benzerlikler tespit edilmiştir.

Her iki hukuk sistemi de koruma alanından yapılan hırsızlık fiilini dikkate almış ve buna ilişkin hükümler vaz etmiştir. Buradaki en temel farklılık İslam Ceza hukukçularının hırz kavramını suçun temel şekli içerisinde ele almalarına karşın Türk Ceza yapıcılarının tarafından nitelikli haller arasında değerlendirilmesidir. Bu durumun temel sebebinin ise İslam Hukuku'ndaki had cezasının bedeni ceza olması ve infazdan sonra tafisi mümkün olmayan ağır müeyyideler olması sebebiyle, hırzın oluşması için hassas ve farklı şartlar öngörülmesi ve hırsızlık suçunda hırz kavramı daha hassas bir şekilde ele alınması olduğunu düşünmekteyiz. Ancak hürriyeti kısıtlayıcı ceza öngören Türk Ceza Hukuku bu konuda Hırz (Kapalı alan)'dan hırsızlığı nitelikli haller arasında sayarak daha fazla ceza takdir etmekte olduğu görülmektedir. Örneğin büyükbaş ve küçükbaş çalınması gibi durumlara hırsızlık suçunun temel halinden daha ağır ceza öngörmüştür. Ancak Hanefi ve maliki hukukçular başında çoban bulursa bile çobanın koruma amacı olmaması sebebi ile had cezası verilemeyeceği görüşüne sahiptirler.

Bu konuya ilişkin İslam hukukçularının yaklaşımlarını belirleyen en önemli noktanın fiili işleyen failin cezalandırılmaması değil Farklı suçlar oluşturması ve farklı cezalarla karşılanması sebebi ile cezanın takdirinin had cezası veya tazir cezası olması arasındaki farklılıktan kaynaklandığı görülmektedir.

Zira İslam hukuku anlayış olarak hem dünya hayatının düzeninin hem de ahiret hayatının kurtarılması amacı ile hareket etmekte ve verilen had cezasının şahıs üzerindeki

ahirete dönük sorumluluğunu da ortadan kaldırmaktadır. Bu konuda İbn Mace, Hudud, 34, II/868'de zikredilen "Kim bu dünyada bir günah/suç işler ve (bu suç karşılığı öngörülen) cezasını çekerse Allah, (adaleti gereği) aynı suç karşılığı kullarını (ahirette) ikinci kez cezalandırmaktan münezzehtir. Yine Allah (c.c.), bu dünyada işlediği bir günahını gizlediği ve affettiği bir kulunu ahirette (lütfu ve keremi dolayısıyla) cezalandırmaktan münezzehtir." Hadisi şerifini zikretmek konunun anlaşılması noktasında büyük öneme sahiptir. Konuya ilişkin aksi bakış açısına sahip fukahaya da bulunmaktadır.

Bu yaklaşım verilen cezanın niteliğini değiştirmekte ve inanç ekseninde kişinin bir yaklaşım sergilemesine ve ıslah olmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu konuda dini temelli İslam hukuku ile dini temel taşımayan Türk Ceza Hukuku doğal olarak temel birtakım farklılıklar ortaya koymaktadır. Diğer bir yaklaşımla ortaya çıkan farklılık ise İslam hukuku mal sahibine malı koruma yükümlülüğünü bir sorumluluk olarak yüklemiştir. Zira en önemli hadis kaynak kitabı olan Buhârî isimli kitabın Mezâlim başlığını taşıyan bölümünde 33. Hadisi şerifte "Malı uğruna öldürülen kimse şehittir"⁸ buyrulurken bu konuda ortaya konulacak koruma fiiline yönelik ehemmiyet ortaya konmuştur.

Hırz (Koruma alanı) kavramına ilişkin olarak mezhepler iki temel ayrıma gitmektedirler. Bunlardan ilki hırz binefsih kavramıdır. Burada mezhep fakihlerinin genel görüşü sahibinin izni dışında girişlerin yasak olduğu ve malı korumaya elverişli mekanların hırz binefsih sayılmasıdır. Hanefi fakihler yapının kilitli olup olmaması noktasında bir ayrıma gitmezken yaklaşık görüşe sahip Maliki fakihler daha geniş bir açıdan yaklaşarak harman yeri ve ağıl gibi mekanları da hırz binefsih olarak değerlendirmişlerdir. Bir diğer fark ise giriş izni ile girilen mekânda koruyucunun bulunması noktasındadır. Maliki fakihler koruyucunun varlığının hırzın devamına gerekçe görürken Hanefi fakihler hırzın bozulacağı görüşüne sahiptirler. Hanbeli ve Şafii fakihler açısından ise hırzın fiziki yapısı önem taşımaktadır. Yani hırz olan yapının fiziki olarak koruyucu özelliğe sahip olması ehemmiyet arz etmektedir. Örnek olarak kapısı olmayan, duvarları delik olan bir mekânın hırz olması mümkün değildir. Bu durumda Maliki mezhebinin bina dışı hırz anlayışı ile de farklılık arz etmektedir.

Diğeri ise hırz bigayrih kavramıdır. Hırz bir gayrih mezhep fakihlerine göre başkası sebebi ile yani koruma bulunmasından dolayı hırz sayılan yerlerdir. Bu noktada koruyucu niteliklerinden kaynaklanan farklılıklar mevcuttur. Hanefi ulemasına göre koruyucu olarak addedilen kişinin koruma amacına haiz bir şekilde arada olması gerekmektedir. Maliki fakihlerine göre ise koruyucunun mümeyyiz olması gerekmekte ancak uykudan ya da uyanık olması bir değişikliğe sebep olmamaktadır. Şafii ve Hanbeli fakihlere göre ise alanın hırz binefsih

⁸ Buhârî, Mezâlim, 34

dışında olması koruyucunun uyanık olması ve malı koruyacak kudrette olması gerekmektedir.

Türk Ceza Hukuku açısından ise suçun temel şekli açısından koruma alanında bulunması aranmamaktadır. TCK 141. Madde “bulunduğu yerden alan ifadesini kullanarak hırsız bigayrihten bahsetmemekle birlikte “zilyedinin rızası olmadan” ifadesini kullanarak hırsız bi nefsihe yakın bir yaklaşım benimsemektedir. Zilyetlik kavramı İslam hukuku çerçevesinde de “yed-i sahiha” olarak isimlendirilmekte ve yine Türk Ceza Hukuku değerlendirmesine yakın bir şekilde mülkiyet veya emanet şeklinde bir şahsın elinde bulundurması şeklinde anlaşılmaktadır. Bu durumda bulunan malların çalınmasına İslam hukuku çerçevesinde yine had cezası uygulanmaktadır. Bu durumda konuya ilişkin benzer yaklaşımların kabul edildiğini ancak cezalandırmada farklılıkların bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Netice olarak Türk Ceza Hukuk sistemi hırsız (Koruma alanı)’dan hırsızlık suçu yönünden sadece fail açısından bir değerlendirme yapmakta ve koruma alanına ehemmiyet arz etmekle birlikte sadece failin cezasını artırma noktasında bir irade ortaya koymaktadır. Karşılaştırmalı bir şekilde ortaya koymaya çalıştığımız bu görüşlerin insana dair ve insan için hareket eden sistemler üzerine çalışan ilgililere başka açılardan bakabilme perspektifi sunacağını umuyoruz.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, A. (2011), İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, C.I., İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *AYBAY/HATEMİ Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014
- Bardakoğlu, A. (1998), “Hırsızlık”, İslam Ansiklopedisi, C. XVII., (1. Baskı), Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- Başoğlu, T. (2011). Ta ‘zîr. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 40, 198-202.
- Bilmen, Ö. N. (1968), Hukuki İslâmiyye ve Istılâhat-ı Fıkhiyye Kamusu, C. III-IV, İstanbul: Bilmen Yayınevi.
- Cessâs, E. (1994). Ahkâmü'l-Kur'an, (thk. Abdü's-Selam Muhammed Ali Şahin). *Beyrut-Lübnan: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye*, 1415.
- Çelik, H. (2020), Türk Ceza Kanunu İle Mukayeseli Olarak İslam Ceza Hukukunda Hırsızlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siirt.
- Dağcı, Ş. (1996), İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar İle İlgili Özel Hükümler, Doçentlik Çalışması, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Dirik, M. (2015). “Hırsızlık Suçunda Koruma Alanı Şartı (Hırsızlık Kavramı)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 42: 127-175.
- Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim el-Ensârî (1973), Kitâbu'l-Harac, (İkinci Baskı), (Çev. A. Özek). İstanbul: İleri Sanat Matbaası.
- El-Buhûfî, Mansur b. Yunus b. İdris (1394), Kessâfî'l-Kinâ' an Metni'l-İkna, Mekke: Matbaatül'l-Hukûme.
- Erdoğan, M. (2005), Fıkıh ve Hukuk Terimleri, İstanbul: Ensar Nesriyat.
- Hatipoğlu, M. ve Parlar, A. (2007), 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hosseini, K. (2014), Uçurtma Avcısı, İstanbul: Merkez Yayıncılık.
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (1988), El-beyân ve't-Taahsil, Beyrut: Daru'l-Garbi'l-İslâmî.
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (1993), Bidâyetü'l-Müctehid, Kahire: el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ.
- İbn Fâris, Ebû'l Hüseyin el- Kazvîni er-Râzî (1979), Mu'cemü Misi'l-Lüğa, Beyrut: Darü'l-Fikr.
- İbni Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed (2005), el-Muhallâ bi'l-Asâr, IXI., Kahire: Mektebetü Dâri't-Türâs.
- İbnü'l-Hümmam, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid (1912), Serhu Fethi'l-Kadîr, Bulak: Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud el-Hanefî (1986), Bedâiü's-Sanâ'î fi Tertîbi's-Şerâi, I-VII., Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmîyye.
- Koca, M. (2002), “Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak Kapkaççılık”, *AÜEHFD*, VI(1-2): 167-196.
- Kökçam, E. S. (2018), Türk Ceza Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Hırsızlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya.
- Kurtubi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed (1964), el-Cami' li-Ahkâmî'l-Kur'an, Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmîyye.
- Nevevî, Ebu Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref (2005), Minhacü't-Talibin, Cidde: Dâru'l-Minhac.
- Nevevî, Ebu Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref, Minhacü't-talibin, Lübnan-Beyrut, 1426/2005.
- Nomer H N/Ergüne M S, *Eşya Hukuku (Zilyetlik-Tapu Sicili- Mülkiyetin Korunması Genel Hükümleri-Taşınır Mülkiyeti-Rehin Hakları-Taşınmaz İrtifakı- İntifa Hakkı)*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Noyan, E. (2007), Hırsızlık Suçları, (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Reisoğlu, S. (1980), Türk Eşya Hukuku (Cilt 1 Giriş-Zilyedlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu). *Altıncı Bası*, Ankara.
- Öztürk, M. (2021), “Buhârî'de Haksızlık Anlayışı (Kitâbu'l-Mezâlim Örneği)”, *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 27: 181-207.
- Serahsi, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl (1993), el-Mebsut, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife.
- Serozan, R. (2014). Eşya Hukuku-I, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul.
- Şafîi, Muhammed b. İdris, el-Ümm, Daru'l-ma'rife, Beyrut 1990/1410
- Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali el-Firuzabadi (1995), el-Mühezzeb fi Fikhi'l-İmam eş Şafî'i, Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmîyye.
- T.C. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2013/7582 E., 2014/2023 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- T.C. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2020/19350 E., 2021/8681 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- T.C. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 2013/28393 E., 2015/1197 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2015/25084 E., 2017/5343 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2015/24266 E., 2017/5912 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2018/1627 E., 2019/2951 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- T.C. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2020/255 E., 2020/2868 K. Sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (26.12.2023).
- Türk Ceza Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/> (26.12.2023).
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr> (26.12.2023).
- Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr> (26.12.2023).
- Udeh, A. (2012), Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku, I-II., (Çev. A. Şafak), İstanbul: Kayıhan Yayınları.
- Yaşar, O., Gökcen, T. H. ve Artuç, M. (2014), Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yiğit, Y. (2012), İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, (1. Baskı), Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık.
- Zuhaylî, V. (2018), İslam Fıkhi Ansiklopedisi. İstanbul: Risale Yayınları.
- Zurkani, Yusuf b. Ahmed (2002), Şerhu'z-Zurkani ala Muhtasari Halil, Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmîyye.

EXTENDED ABSTRACT

This article examines the concept of "Protection Area" (Hırz) within the framework of the Islamic Criminal Law, which derives from divine will, and the Turkish Criminal Law, which possesses an institutional structure. The focus is on the differing views that affect the fundamental form of the crime of theft within these legal frameworks. The natural maturity of the individual committing the crime inherently leads to significant implications for preventing the criminal act, taking into account the differing perspectives put forward in this regard. Examining each perspective will yield beneficial results for contemporary crime policy.

The concept of (Hırz), which is divided into two as "hırz bigayrih" and "hırz binafsih", is a concept that is necessary for the application of the prescribed punishment (hadd) according to sects other than the Zahiri sect, although it is controversial among sects whether hırz can occur depending on the characteristics of the concrete event. Here, it will also be useful to touch upon the position of the Zahiri sect among the Islamic sects. Zahiri generally emerged as a reaction to the existing fiqh schools by criticizing them in certain aspects. These intellectual differences are listed as follows in the Zahiriyeye Article of the Turkish Religious Foundation Islamic Encyclopedia; 1. The apparent meanings put forward by the source texts that form the basis of law. However, the opinions agreed upon by the companions (Sahaba) can be considered as evidence since they reflect the meaning of the text, but the individual opinions of the companions do not serve as evidence on their own. 2. Opinion (re'y), rationalization (ta'lil), analogy (kıyas), juristic preference (istihsan), and public interest consideration (istislâh), among other methods of evidence, are not accepted as valid sources. Personal opinions cannot supersede the legislator's authority in Sharia law. 3. Approaches involving imitation are categorically rejected. Some Islamic scholars, such as Ibn Hazm, have expressed concerns about the acceptance of Zahiriyya as a school of thought, considering these points. However, due to the significant influence of their ideas and contributions to the realm of thought, they are deemed worthy of academic examination.

Regarding the concept of "Hırz," although not explicitly labeled as such, the qualified circumstances outlined in Article 142 of the Turkish Penal Code under the heading "Qualified Theft" are significant. While certain aspects resemble the application of "Hırz" in Islamic Law, other aspects are contrary and broader in scope compared to Islamic Law practices. The reason for this is that the punishment prescribed by Islamic Law (hadd) is more severe, which necessitates precise and specific conditions for the occurrence of "Hırz." Consequently, the concept of "Hırz" in theft crimes covers a narrower scope compared to Islamic Law due to the stringent criteria established for its application. In contrast, the Turkish Penal Code has adopted a broader perspective on the qualified circumstances of theft compared to the viewpoint in Islamic Law. For instance, it imposes heavier penalties for situations such as theft of large or small livestock than for the basic form of theft.

The most crucial point determining the approach of Islamic jurists to this issue is not merely the non-punishment of the perpetrator but rather the distinction between the punishment being discretionary (tazir) or a prescribed punishment (hadd). Indeed, Islamic jurisprudence operates with the aim of both maintaining order in worldly life and ensuring salvation in the afterlife. The prescribed punishment (hadd) serves to fulfill the individual's accountability in the Hereafter, in addition to its function in maintaining societal order in this life. This approach indeed alters the nature of the punishment and can lead individuals to adopt a certain attitude based on their beliefs and to seek reform. Because the offender who seeks rehabilitation will also be relieved of accountability in the Hereafter, from a moral perspective, they will no longer carry the burden of the crime within themselves and will be more inclined towards self-acceptance as a clean individual. In this regard, Islamic law, with its religious foundation, differs significantly from Turkish criminal law, which does not have a religious basis. Indeed, an individual who is likely to refrain from criminal inclinations due to a conscientious approach may find it easier to change their mindset when they do not feel any accountability towards divine will. Another difference arising from another approach is that while Islamic jurisprudential schools consider the concept of a protected area (Hırz) as the fundamental form of the crime concerning the protection of property, they also take into account the responsibility of the property owner to protect their property and impose responsibility on the possessor (zilye) in this regard. In the section titled "Mezâlim" of Sahih al-Bukhari, which is the most important hadith collection, in the 33rd hadith, it is stated: "The one who is killed defending his property is a martyr," thus emphasizing the importance of the protective action that could be taken in this regard. In contrast, the Turkish Penal Code only makes an assessment from the perspective of the perpetrator in this regard, and while emphasizing the importance of the protection area by including it among the qualified forms of the crime, it only demonstrates an intention to increase the punishment for the perpetrator. We hope that the perspectives we are attempting to present comparatively will offer interested parties who study systems that concern humans and operate for the benefit of humans the opportunity to view them from different angles.