

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ EDEBİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI  
PUBLICATIONS OF THE FACULTY OF LETTERS, ISTANBUL UNIVERSITY

# İSLÂM TETKİKLERİ DERGİSİ

(REVIEW OF ISLAMIC STUDIES)

Kurucusu :  
Ord. Prof. Dr. Z.V. Togan

Müdür — Editor  
Prof. Dr. Mahmut KAYA

*Prof. Dr. Nihad M. Çetin*  
*Hatıra Sayısı*

CİLD — VOLUME : IX

EDEBİYAT FAKÜLTESİ BASIMEVİ  
İSTANBUL — 1995

## İSLAM HUKUKUNDA GASP

*M. Akif AYDIN*

### G İ R İ Ő

İslam hukuku meseleci (kazuistik) bir metodla doğmuş ve gelişmiş bir hukuk sistemi olduğu için bütün haksız fiil nevelerini içine alan genel bir haksız fiil nazariyesine sahip değildir. Bunun yerine muhtelif haksız fiil türleri teker teker ele alınmış ve incelenmiştir. Bu bakımdan ister şahsa, ister mala yönelik olsun haksız fiiller İslam hukuku kitaplarının farklı bölümlerinde bulunmaktadır.

Mala yönelik haksız fiiller içerisinde gasbın ayrı bir yeri vardır. Bu hem gasbın müstakil bir haksız fiil olmasından hem de diğer bazı haksız fiillerin hukuki sorumluluğunun esas itibariyle gasp hükümleri göz önüne alınarak düzenlenmiş bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan İslâm hukuku kitaplarında bu haksız fiil, bazen müstakil olarak «Kitabu'l-Gasb» başlığı altında<sup>1</sup> bazan da mala yönelik diğer bir haksız fiil türü olan itlafla birlikte «Kitabu'l-Gasb ve'l-İtlaf» başlığı altında<sup>2</sup> ele alınmakta ve incelenmektedir. Biz de bu incelememizde bu haksız fiil türünü müstakil olarak ele alıp inceleyeceğiz.

---

1 İslâm hukukunun ilk bilgi kaynaklarından itibaren gasbın müstakil bölüm olarak ele alındığı görülmektedir. Mesela bk. Muhammed b. Hasan eş-Şeybani, el-Camiu's-Sagir, Beyrut 1406/1986, s. 465-468; Muhammed b. İdris eş-Şafii, el-Üm, Bulak 1321-1326, III, 218-231.

2 Mesela Mecelle-i Ahkam-ı Adliyyenin sekizinci kitabı Kitabu'l-Gasb ve'l-İtlaf'tır.

## I. GASBIN TARİF ve UNSURLARI

*Tarifi*

Hanefi hukukçu Serahsi'ye (ö. 483.1090) göre gasp «başkasının malını hukuka aykırı bir şekilde almaktır»<sup>3</sup>. Mavsili'ye (ö. 683.1284) göre ise gasp «başkasına ait dokunulmaz (muhterem) ve mütekavvim bir malı hukuka aykırı bir şekilde almaktır»<sup>4</sup>. Kasani'nin gasp tarifi ise daha geniştir. «Gasp malikin mütekavvim malından zilyetliğini açıkca ve zorla mala yönelik bir fiille gidermektir»<sup>5</sup>. Bu tanım Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşlerine uygun olarak yapılmıştır. İmam Muhammed'e göre gasbın gerçekleşmesi için mala yönelik bir fiille gerek yoktur<sup>6</sup>. İlerde görüleceği üzere Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'la Muhammed arasındaki görüş ayrılığı taşınmazlarda gasbın mümkün olup olmadığı, dolayısıyla gasp sorumluluğunun doğup doğmadığı noktasında önem kazanmaktadır. Sonraki asır hukukçuları tarafından gasbın daha teferruatlı ve daha tam tarifleri yapılmıştır<sup>7</sup>. Bütün bu tarifler ışığında gasbı Hanefilerdeki hakim görüşe göre şu şekilde tarif edebiliriz. «Gasp dokunulmazlığı olan mütekavvim ve taşınabilir bir malı, sahibinin veya yetkili bir kimsenin izni olmaksızın açıkca ve zorla alarak malikin zilyetliğini gidermek ve yerine haksız bir zilyetlik kurmaktır»<sup>8</sup>. Burada yetkili bir kimseden kasıt vakıf mütevellisi veya cebri icraya ve müsadereye izin veren

3 Serahsi, el-Mebsut, İstanbul 1983, XI, 49.

4 Abdullah b, Mahmud el-Mavsili, el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, Kahire 1951, III, 58

5 Kasani, Bedai'u's-Sanai fi Tertibi's-Şerai, Beyrut 1982, VII, 143.

6 Kasani, VII, 143.

7 Bu tarifler için bk. Ebu Muhammed b. Ganim el-Bağdadi, Mecma'u'd-Damanat, Kahire 1308, s. 117; Kadızade Şemsuddin Ahmet, Netaicü'l-Efkar, Kahire 1970, IX, 316-317; Ali Haydar, Dürerü'l-Hükkam Şerh-i Mecelletü'l-Ahkam, İstanbul 1319, VIII, 3; Atıf Bey, Mecelle-i Ahkem-ı Adliyye Şerhi Kitabü'l-Gasb ve'l-İtlaf, İstanbul 1319, s. 3; Reşid Paşa, Ruhü'l-Mecelle, İstanbul 1319, V, 83. Mecelle de gasbı «bir kimsenin izni olmaksızın malını ahz ve zapdetmektir» (MAA, 881) şeklinde tarif etmektedir ki bu tarif kısa ve özlü olmakla birlikte yeterli açıklıktan mahrumdur.

8 Benzer bir tarif için bk. Subhi Mahmesani, en-Nazariyyetü'l-Amme li'l-Mucebat ve'l-Ukud, Beyrut 1948, I, 156-157.

hakimdir. Mütevelli ve hakimın izniyle bir malın zilyetliğinin el değıştirmesi durumunda ortada bir gasp yoktur.

Diğer mezheplerin tariflerine gelince Şafii ve Ahmed b Hanbel'e göre gasp «başkasının malına haksız olarak el koymaktır»<sup>9</sup>, diğer bir ifadeyle «başkasının malında onun izni olmaksızın haksız bir zilyetlik tesisidir»<sup>10</sup>. Görülmektedir ki bu hukukçulara göre gasbın tahakkuku için zilyetliğin giderilmesi şart değildir. Bu farklı görüş gasbedilen maldaki ziyadelerin (zevâid) ve menfaatların gasp kapsamına ve sorumluluğuna dahil olup olmaması noktasında önem kazanmaktadır.

### *Unsurları*

Gasbın unsurlarını verilen tarifleri ışığında şu şekilde sayabiliriz :

#### *A. Gasp fiili*

Gasbın birinci unsuru gasp fiilidir. İslâm hukukçuları gasp fiili denince bundan üç farklı durum anlamaktadırlar. Malikin zilyetliğini gidermek (izale-i yed-i muhıkka), gasıbın zilyetliğini tesis etmek (isbat-ı yed-i muhtıla) ve bir arada olarak her ikisi Gasp fiili konusundaki bu üç farklı anlayış gasbın kapsamı konusunda da farklılıklar doğurmaktadır.

Hanefi mezhebinde hakim görüş olarak kabul edilen Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un içtihadına göre gasp fiili malda bir fiille malikin zilyetliğini gidermek ve aynı zamanda gasıbın zilyetliğini tesis etmektir. Bu unsurlardan birisi eksik olursa gasp fiili tahakkuk etmez. Bu iki hukukçunun gasbın tarifinde geçen «mala yönelik bir fiille» ifadesiyle kasdettikleri malı alıp başka bir yere taşımaktır. Mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi ve gasıbın zilyetliğinin tesisi gasba konu olan mal başka yere taşınarak olursa gasp fiili gerçekleşmiş olur. Aksi duruma örnek olarak doktrinde mal sahibi tarafından serilmiş halı, kilim gibi bir sergi üzerine başka-

9 İbn Kudame, el-Muğni. Kahire ts., V, 238; Ali el-Hafit, ed-Daman fi'l-Fıkh'l-İslami, Kahire 1971, I, 110.

10 Kasani, VII, 143.

sının zorla oturması gösterilmektedir. Burada sergi üzerine zorla oturan ve sahibinin istifadesine engel olan kimse onu kaldırıp başka yere nakletmedikçe gasp fiilini gerçekleştirmiş olmaz. Çünkü mala yönelik bir fiili (taşımaya) olmamıştır<sup>11</sup>. Başkasının hayvanına zorla binen, fakat henüz hareket ettirmeyen kimse de aynı durumdadır. Hareket ettirmedikçe zorla binmiş olması gasp fiilinin ve dolayısıyla gasbın gerçekleşmesi için yeterli değildir<sup>12</sup>. Diğer Hanefi hukukçu Muhammed'e göre ise gasp fiili mala yönelik bir fiile, diğer bir ifadeyle malın taşınmasına gerek olmaksızın mal sahibinin zilyetliğini gidermektir<sup>13</sup>. Diğer üç mezhebe göre ise gasp fiili mağsup malda gasıbın zilyetliğini tesistir<sup>14</sup>. Gasp fiilindeki bu farklılık belirtildiği üzere gasbın kapsamına giren mallar konusunda da farklılık doğurmaktadır. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un tariflerine göre gasbın kapsamına sadece maddi menkul mallar girmekte, gayrimenkuller, gasbedilen malda meydana gelen ziyadeler (zevaid) ve gasbedilen maldan elde edilen menfaatler bunun dışında kalmaktadır. Diğer hanefi hukukçu Muhammed'e göre ise gayrimenkuller de gasbın kapsamına girmektedir. Şafii ve Hanbelilerin tarifine göre de menkul ve gayrimenkullerin yanısıra menfaatler ve ziyadeler gasp kapsamına dahil olmaktadır.

Burada şu noktanın açıklığa kavuşturulması gerekir. Gasp kapsamına girmek ne demektir? Böyle olmayanlar, mesela Hanefilerdeki hakim görüşe göre gayrimenkuller başkaları tarafından zorla el konulduklarında sahiplerine iade edilmeyecek, bir haksız fiille zarara maruz kaldıkları zaman tazmine konu olmayacak mıdır?

Gasba konu olan mallar gasıp için ağır bir gasp sorumluluğu doğururlar. Gasp sorumluluğu daha sonra üzerinde durulacağı üzere gasıba, zorla alınan malın mevcutsa iade edilmesi, tüketilmiş veya zayi olmuşsa her halükarda tazmin edilmesi mecburiyetini yükler. Malın tüketilmesinde veya zayi olmasında gasıbın

11 Kasani, VII, 148; Bağdadi, 117; Kadızade, IX, 318; İbn Abidin, Reddül-Muhtar ala Dürri'l-Muhtar, Kahire 1966, VI, 177.

12 Bağdadi, 123.

13 Kasani, VII, 145-146.

14 Kasani, VII, 145-146.

her hangi bir rolü veya kusuru bulunsun bulunmasın sonuç değişmez. Mücbir sebep altında malın zayi olması bile gasıbı sorumluluktan kurtarmaz. Gasbın unsurlarının gerçekleşmediği ve bu sebeple gasbın tahakkuk etmediği zorla el koyma olaylarında mesela Hanefilere göre gayrimenkullere zorla el koyma durumunda ise böyle ağır bir gasp sorumluluğu doğmaz; malın zayi olması veya tüketilmesi durumunda gasıbın sorumluluğu daha hafif olan itlaf sorumluluğu çerçevesinde şekillenir. Yani bu tür mallara zorla el koyanlar bu malları zayi ettikleri veya tükettikleri takdirde şartları oluşmuşsa itlaf sorumluluğu çerçevesinde tazmin etmekle yükümlüdürler<sup>15</sup>. Bunun dışında gasp tahakkuk etsin etmesin başkası tarafından haklı bir sebebe dayanmadan alınan bir malın iade mecburiyeti doğurduğunda tereddüt yoktur. Mecelle'nin ifadesiyle «Bila sebep-i meşru birinin malını bir kimsenin ahz etmesi caiz olmaz.» (MAA, 97).

### *Gayrimenkuller*

Yukarda belirtildiği üzere Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesinde malda bir fiilin varlığını şart koşmaları gayrimenkulleri gasba konu olan mallar listesinden çıkarmıştır. Zira bu iki hukukçunun «mala yönelik bir fiille» ifadesiyle kasdettikleri malın taşınmasıdır. Gayrimenkullerde bu mümkün değildir. Bu tür mallara zorla el konduğunda fiile maruz kalan mal değil, mal sahibidir; onun taşınmazına girmesine ve ondan yararlanmasına engel olunmaktadır. Bununla da gasp fiilinin unsurları gerçekleşmiş olmaz. Bu gerçekleşmeyince gasp dediğimiz haksız fiil meydana gelmez<sup>16</sup>. Diğer hanefi hukukçu Muhammed'e göre mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesinde mala yönelik bir fiilin varlığına, dolayısıyla malın taşınabilir olmasına gerek yoktur. Önemli olan malın gasıb tarafından mal sahibinin kullanım alanından çıkarılmasıdır. Bu taşınırlarda nakil ile, taşınmazlarda el koymakla olur<sup>17</sup>. Netice olarak İmam Muhammed'e

15 İtlaf sorumluluğu konusunda geniş bilgi için bk. M. Akif Aydın, «Eski hukukumuzda bir haksız fiil türü olarak itlaf», Hukuk Araştırmaları, V. 1-3, s. 67-85.

16 Serahsi, XI, 74; Kadızade, IX, 326; Atıf Bey, Gasb, 3, Reşid Paşa, V. 82.

17 Kasani, VII, 145-146; İbn Abidin, VI, 178; Ali Haydar, VII, 21-22, 174, Atıf Bey, Gasb, 3.

göre gayrimenkuller de zorla el konulduklarında gasıp için ağır gasp sorumluluğu doğururlar.

Diğer üç mezhep hukukçularına göre de gasp fiili demek gasbedilen malda gasıbın haksız bir zilyetlik kurması demek olduğu ve bunun dışında bir şart aranmadığından gayrimenkuller de gasba konu olan mallar kapsamına girmekte ve gasp sorumluluğu doğurmaktadır<sup>18</sup>.

### *Maldaki Ziyadeler (Zevaid-i Mağsub)*

Tabii semerler ve gasbedilen malda meydana gelen artışlar olarak ifade edebileceğimiz ziyadelerde (zevaid-i mağsub) gasp fiilinin gerçekleşip gerçekleşmemesi de bu fiilin tarifiyle yakından ilgilidir. Ziyadeler malda gasptan sonra meydana gelen artışlar ve yine gasptan sonra oluşan tabii semereler olduğundan Hanefiler ziyadelerde gasbın tahakkukunu kabul etmezler. Zira bu tür mallarda mal sahibinin zilyetliği hiç tahakkuk etmemiştir ki gasıb tarafından giderilmesi mümkün olsun. O halde ziyadelerde mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi şartı gerçekleşmemekte, bu gerçekleşmeyince de gasp fiili ve netice olarak gasp gerçekleşmemektedir<sup>19</sup>. Daha sonra belirtileceği üzere bunlar mevcutsa iade edilir, değilse ancak gasıp için bir itlaf sorumluluğu oluşabilen durumlarda tazmin yükümlülüğü doğar (MAA. 903).

İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise gasp fiili esasen mağsub mal üzerinde gasıbın haksız zilyetliğinin kurulması (isbat-ı yed-i muhtıla) olup ayrıca mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi (izale-i yed-i muhtılka) gerekmediğinden ziyadelerde de gasp fiil ve sorumluluğu gerçekleşir. Zira ziyadelerde de bunlar olduğu andan itibaren haksız zilyetlik gerçekleşmektedir<sup>20</sup>.

### *Menfaatler (Menafi-i Mağsup)*

Hanefiler aynı gerekçelerle menfaatları da gasp sorumluluğu doğuran mallar arasına almazlar. Bu hukukçulara göre men-

18 İbn Kudame, V. 241; Kasani, VII. 145-146; İbn Abidin, VI, 178.

19 Kadızade, IX, 348-349; Hafif, I, 109; Ali Haydar, VIII, 24.

20 Ali Haydar, VIII, 24; Atif Bey, Gasb, 2.

faat mal olmamasının yanısıra üzerinde gasp fiili gerçekleşmeye elverişli de değildir. Zira menfaat, maddi bir maldan (ayn) bizat veya hukuki semerelerle faydalanma şeklinde anbean gerçekleşen bir olaydır. Bir diğer ifadeyle her anın menfaati o anda meydana gelir ve sona erer. Dolayısıyla zorla el konan mallarda o ana kadar sahibinin elde ettiği menfaat gasp anında bitmekte, gasıbın elindeki her an için başka bir menfaat meydana gelmektedir. Böyle olunca gasıb elde ettiği menfaati mal sahibinin zilyetliğini gidererek elde etmemekte, yani mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi (ibtal-i yed-i muhikka) söz konusu olmamakta, dolayısıyla gasp fiili gerçekleşmemektedir<sup>21</sup>. Şafiilere ve Hanbelilere göre ise mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi şart olmadığından ziyadelerde olduğu gibi menfaatlarda da gasp tahakkuk etmektedir. Zira bunlarda da gasıbın haksız zilyetliği meydana gelmektedir<sup>22</sup>.

### B. Gasbedilen Mal (Mağsub)

İkinci unsur gasba konu olan nesnenin mal olmasıdır. Malın klasik ve modern İslam hukuku eserlerinde bir çok tarifleri verilmiştir. Bunlardan burada sadece çağdaş bir İslâm hukukçusu olan Zerka'nın Hanefilerin görüşüne göre yapılmış olan tarifi verilecektir. Bu tanıma göre «Mal insanlar arasında iktisadi bir değeri olan maddi bir varlıktır.»<sup>23</sup>. Bu tarif iktisadi bir değeri olmayan

21 Kasani, VII, 145; Seyyid Nesib, «Daman-ı menfaat meselesinde Hanefiyye ve Şafiyye'nin münazara-i içtihadıyyesi ve müçtehidin-i Hanefiyye'den Kemal b. Hüman'ın galebe-i gasbda menafiin alelittlak mazmuniyeti ile iftanın lüzumu hakkındaki kavli», CA, sy. 30, s. 1497; Osman, «Menafi-i mağsubun zamanına dair», CA, sy. 144, s. 7124.

22 Kasani, VII, 145; Seyyid Nesib, 1497; Osman, 7124.

23 Mustafa Ahmed ez-Zerka, el-Fıku'l-İslâmi fi Sevbihî'l-Cedid, Dımeşk 1968, s. 118. Mecelle ise malı «tab-ı insani mail olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayrimenkule şamil olur.» (MAA, 126) diye tarif etmektedir. Tarifdeki insan tabiatının meylettığı ifadesiyle anlatılmak istenen malın iktisadi bir değeri olmasıdır. Genelde insan -manevi değeri olan nesnelerin kişiler nezdinde farklı değerleri olsa da- iktisadi bir değeri olan şeye meyleder. İhtiyaç zamanı için biriktirilebilir olması ile de malın fiziki bir varlığının olması kastedilmiştir. Malın İslâm hukukçuları tarafından yapılan diğer tarifleri için bk. Zerka, III, 113-117, Muhammed Ebu Zehra, el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akd, Kahire 1967, s. 47-48.



ölü hayvan eti ve derisini, kan ve benzeri nesnelere ve maddi bir varlığın olmayan menfaatları mal kapsamı dışına çıkarmaktadır<sup>24</sup>. O halde bu tür nesnelere zorla alınması gasp değildir. Aynı şekilde mal kabul edilmediği için hür bir çocuğun kaçırılması da gasp sayılmaz. Kaçırıldıktan sonra çocuğun başına bir zarar gelmesi, ölmesi veya yaralanması durumlarında ise kaçırana için belirli şartlarla tazminat (diyet) borcu doğmaktadır<sup>25</sup>.

Sahibi olmayan malların gasba konu olmayacağı ise aşikardır. Bu tür mallara malik olma kasdıyla el konmuşsa bu bir ihraz teşkil eder ve bir mülkiyeti kazanma sebebidir (MAA, 1248-1250).

Her türlü mal gasba konu olmaz. Gasbedilen malda bir takım niteliklerin bulunması gerekmektedir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir :

#### *a. Malın Mütekavvim Olması*

Mecelle mütekavvim malı iki anlamda kullanır : «Biri intifai mübah olan şeydir, diğeri mal-ı muhrez demektir.» (MAA, 127). Bizi burada birinci mana ilgilendirmektedir; henüz ele geçmemiş (muhrez olmamış) bir nesnenin gasbı zaten düşünülemez. O halde gasp bakımından malın mütekavvim olması demek dinen kullanılmasına izin verilen bir mal olması demektir. Buna göre dinen kullanılmasına izin verilmeyen şarap ve domuz gibi mallar mütekavvim sayılmaz. Bunun neticesi olarak bu tür bir malın zorla alınması durumunda gasp tahakkuk etmez ve isterse failin fiili veya kusuruyla zayı olsun tazmin borcu doğurmaz. Yalnız Hanefi ve Malikilere göre belirtilen hüküm bu tür malların bir müslümana ait olması durumuna göredir. Çünkü bu mallar, müslümanlara göre gayri mütekavvimdir<sup>26</sup>. Bunların gayrimüslimlere ait olması durumunda ise hüküm değişmektedir. Gayrimüslimler bir zimmet andlaşmasıyla İslâm devletinde yaşamakta ve bu antlaşma gereği din ve vicdan hürriyetine sahip olmaktadır. Şarap ve domuz eti

24 Kasani, VII, 147; Bağdadi, 130-131.

25 İbn Nüceym, el-Eşbah ve'n-Nezair, Dımeşk 1983, s. 146 İbrahim Halebi, Mülteka'l-Ebhur, İzmir 1303, s. 215.

26 Sahnun b. Said et-Tenuhi, el-Müdevvenetü'l-Kübra, Kahire 1323, V, 369; Kasani, VII, 147; İbn Kudame, V, 299.

gayrimüslimlere (hristiyanlara) kendi dinlerince yasak değildir. Böyle olunca bu mallar onlar bakımından mütekavvim bir maldır. Dolayısıyla gasba konu olabilirler ve olduklarında da mevcutsa iade, zayi olmuşsa tazmin edilirler<sup>27</sup>.

Şafii ve Hanbeli hukukçulara göre ise şarap ve domuz gayrimüslimler için de mütekavvim sayılmaz. Onlar bu konuda İslâm hukukuna tabidirler. Bu malları kullanmanın zimmet andlaşmasıyla ve onlara tanınan din ve vicdan hürriyetiyle bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla bu kimselere ait şarap ve domuz eti de gasp veya itlaf edildiklerinde tazmin borcu doğurmaz<sup>28</sup>.

#### *b. Malın Dokunulmaz (Muhterem) Olması*

Gasbedilen malın dokunulmaz olması demek İslâm hukukunca korunmaya alınmış olması demektir. İslâm ülkesi dışındaki yerlerde (darü'l-harb) harbilere ait olan mallar dokunulmaz değildir. Dolayısıyla bu malların zorla alınması, mesela bir harpte ganimet olarak ele geçirilmesi durumunda gasp meydana gelmiş olmaz<sup>29</sup>.

#### *c. Malın Menkul Olması*

Hanefilerdeki hakim görüşe göre gasba konu olan malın taşınabilir olması gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere taşınmazlarda gasp fiili gerçekleşmediği için gasp da tahakkuk etmez. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un bu görüşüne mukabil Hanefi hukukçulardan Muhammed ile Maliki, Şafii ve Hanbeli hukukçulara göre ise gayrimenkuller de gasbedilebilir ve gasp sorumluluğuna konu olabilirler. Bu görüş ayrılığı özellikle zorla el konan gayrimenkullerin bir mucbir sebeple zayi olmaları veya bir üçüncü şahsın haksız fiiliyle itlaf edilmeleri hallerinde tazmin sorumluluğunun doğup doğmayacağı veya kimin için doğacağı noktasında farklı hüküm-

27 Sahnun, V, 369; Serahsi, XI, 53, 102; Kasani, VII, 147; İbn Kudame, V, 299.

28 Serahsi, XI, 102; İbn Kudame, V, 299; Hafif, I, 49-50.

29 Ali Haydar, VII, 13; Reşid Paşa, V, 79; Hafif, I, 110; Ahmet Özel, İslâm Hukukunda Milletlerarası İlişkiler ve Ülke Kavramı, İstanbul 1982, s. 210-211. Darü'l-harb ve harbi kavramları için bk. aynı eser, s. 69 v.d.

ler doğurmaktadır. Yine yukarda belirtildiği üzere gasbedilen evin zelzele, sel v.b. mucbir bir sebeple veya üçüncü şahsın haksız bir fiiliyle yıkılması durumunda Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre bu taşınmaza zorla el koyan için bir tazmin sorumluluğu doğmaz, diğerlerine göre doğar. Özellikle bu örnekle Hanefilerdeki hakim görüşe göre gayrimenkul malikini gasıba karşı sadece malın taşınmaz olduğu gerekçesiyle korumamak haklı olmasa gerektir. Gerçi burada karşı görüş olarak gayrimenkulün sahibinin elinde de yıkılacağı bu sebeple kaçınılması imkansız bulunan bir neticeden gasıbı sorumlu tutmanın çok sert olduğu ileri sürülebilir. Fakat unutmamak gerekir ki aynı sertlik menkuller için de söz konusudur. Esasen İslâm hukukunda «ismet-i emval» prensibi gereği gasıplara hiç de yumuşak davranılmadığı ve mal sahibinin menfaatinin birinci planda tutulduğu bilinmektedir. Ne var ki taşınmazın gasbını kabul etmeyen Hanefi hukukçular haksız fiil mala yönelik değil, mal sahibine yöneliktir gibi çok teorik bir izahtan hareketle aynı fiile maruz kalan ve malikin kullanım alanından çıkan iki malı taşınır-taşınmaz olma özelliklerine bakarak farklı sorumluluklar altında değerlendirmektedirler. Bunun haklılığı ve tutarlılığı tartışmalıdır.

Bu durum gayrimenkulün bir üçüncü kişinin haksız fiiline maruz kalması halinde daha belirgin olarak karşımıza çıkmaktadır. Yerinde görüleceği üzere gasbedilen menkul bir mal üçüncü bir şahsın gasbına veya itlafına maruz kaldığı zaman mal sahibi muhayyerdir. Gasbı halinde malını dilerse birinci, dilerse ikinci gasıba, itlafı halinde ise isterse gasıba isterse itlaf edene tazmin ettirebilir. Bunun için ilk gasıbın fiiline veya kusuruna gerek yoktur. Fakat gasbedilen mal eğer gayrimenkulse durum değişmektedir. Bu durumda fiili ve kusuru yoksa gasıp sorumluluktan kurtulmakta, sadece itlaf eden kimse -ikinci gasıp veya üçüncü bir şahıs- mal sahibine karşı sorumlu olmaktadır<sup>30</sup>. Halbuki malikin elinden çıkıp haksız fiil faillerine karşı korumasız hale gelme noktasında malın menkul veya gayrimenkul olması arasında hiç bir fark yoktur.

<sup>30</sup> Ali Haydar, VIII, 182; Vehbe ez-Zuhayli, Nazariyyetü'd-Daman, Dımeşk 1982 s. 119.

Gayrimenkullerin gasba isnadı mümkün bir fiille zayi olması veya hasara uğraması durumunda bunun ayrı bir haksız fiil (itlaf) teşkil ettiği ve tazmin borcu doğurduğunda ise hukukçular görüş birliği içerisindeyler. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'la diğer hukukçular arasında gayrimenkullerin gasbı konusunda var olan farklı görüşleri belirli ölçüde telif edebilmek için bazı hukukçular gasbı ikiye ayırmaktadırlar : 1. İade borcu doğuran gasp, 2. Tazmin borcu doğuran gasp. Buna göre gayrimenkuller birinci, menkuller ikinci guruba girmektedirler<sup>31</sup>. Ne var ki pratik bakımdan farklı bir sonuç doğurmayan bu ayırım hukukçuların çoğunluğu tarafından kabul görmemiştir. Muhtemelen bu ayırımın önemli faydası gasp tahakkuk etmediği halde gayrimenkullere zorla el koymanın hukuki esaslarının neden gasp bölümünde incelendiği ve neden bu fiille gasp ve faile gasp dendiğine belirli ölçüde cevap teşkil etmesidir.

Gayrimenkullerin gasbı konusunda Hanefi hukukçular arasında mevcut farklı görüşlerden Mecelle'nin tercih ettiği görüşe gelince 881. maddede yapılan gasp tarifinden bu iki görüşten hangisinin tercih edildiği açıkca anlaşılmamaktadır. İkinci faslın başlığının «Gasb-ı akara müteallik mesail beyanındadır» olmasından ilk nazarda Mecelle'de İmam Muhammed'in görüşünün tercih edildiği zannedilmektedir. Nitekim böyle zanneden hukukçular da olmuştur<sup>32</sup>. Ne var ki bu fasıldaki hükümlerin yakından incelenmesi sonucu mezkur başlığa rağmen Mecelle'de Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşlerinin benimsendiği görülmektedir<sup>33</sup>.

31 Kadızade, IX, 324; İbn Abidin, VI, 178; Ali Haydar, VIII, 23; Reşid Paşa, V, 114-115.

32 Mesela bk. Vehbe ez-Zuhayli, el-Fırku'l-İslâmi ve Eedilletühü, Dımeşk 1985, IV, 49.

33 Akarın gasbın bahseden 905. madde gasbedilen akarın iade edilmesinden ve gasbın haksız fiiliyle (gasbın sun' ve fiili ile) bir eksiklik meydana gelmişse bunun tazmin edilmesinden bahsetmektedir. Müteakip maddelerde de bu geri verilmeyle ilgili hükümler tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bu maddelerde gasbın sun' ve fiili olmadan meydana gelen zararlardan bahis yoktur. Halbuki gasbedilen menkullerin tazmin esaslarını düzenleyen 891. madde gasbın hukuka aykırı fiili (teaddi) sonucu olsun veya olmasın malda meydana gelen zararları tazmin mükellefiyetini açık bir şekilde hükme bağlamaktadır. Aynı tür bir sorumluluk 905. maddede gayrimenkuller için öngörülmemiştir. Gayrimenkullerde «gasbın sun' ve fiiliyle» olan zararlar konumuş dışındadır. Bunlar başlı başına

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşleri mal sahiplerinin mağduriyetlerine yol açtığı için İslâm hukuk tarihinde zamanla sayıları artan bir istisnalar zinciri vücuda getirmiş ve bu istisnai durumlarda taşınmazlarda gasbı kabul eden Muhammed'in görüşü fetva ve kazaya esas olmuştur. Bu istisnalar şu şekilde sıralanabilir :

1. Zorla el konan gayrimenkul gasıp tarafından bir üçüncü şahsa satılıp teslim edildiğinde<sup>34</sup>. Bunun sebebi satım akdi ve teslimle mal sahibinin gasıptan malını geri alma imkanının kaybolmuş olmasıdır. Böylece bu satım ve teslimle gasıbın ayrı bir haksız fiili meydana gelmekte ve böylece onun için tazmin borcu doğmaktadır.

2. Sahibi tarafından başkasına emanet edilen gayrimenkul geri istendiği halde iade edilmeyip red ve inkar edildiği durumlarda<sup>35</sup>. İslâm hukukunda malik sıfatıyla olmayan zilyetlik iki tür sorumluluk doğurur. Ya gaspta olduğu gibi zilyet mala gelen her türlü zarardan sorumludur (yed-i daman); veyahut mal kendisinde emanet hükmündedir (yed-i emanet). Bu durumda zilyet kendi haksız fiiliyle meydana gelen zarardan sorumlu, sun' ve taksiri olmadan meydana gelenlerden ise sorumlu değildir (MAA, 768-771). Emanet sorumluluğu altında bulunan bir mal sahibi tarafından istendiğinde haklı bir sebebe dayanmadan iade edilmezse emanet sorumluluğundan çıkar, tazmin sorumluluğu altına girer. Bir diğer ifadeyle o ana kadar emanet hükmünde olan mal artık gasp hükmünde olur<sup>36</sup>. İşte sahibinin talep anına kadar vedia bı-

bir itlaf teşkil eder ve itlaf sorumluluğu esasları ışığında tazmin borcu doğurur. O halde aşikardır ki başlığa rağmen gayrimenkullerin gasbını Mecelle kabul etmemiştir. Esasen Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi Mecelle'deki gasbın tarifinde yer alan «ahz» (alma) kelimesinin gasbın gayrimenkullerde değil ancak menkullerde mümkün olduğunu ifade etmek için kullanıldığını söylemektedir (Dürrü'l-Hükkam, VIII, 16-17). İkinci faslın başlığındaki gasp kelimesi ya hukuki manasında değil, lügat manasında kullanılmıştır; veya ikili gasp ayrımına uyarak bununla sadece iade borcu doğuran bir gasp kastedilmiştir.

34 Alaaddin Haskefi, Dürrü'l-Muhtar (Reddü'l-Muhtar'la birlikte), Kahirre 1966, VI, 187; İbn Nüceym, 340; Bağdadi, 126; Ali Haydar, VIII, 176-177.

35 Bağdadi, 126; İbn Abidin, VI, 187; Ali Haydar, VIII, 176-177.

36 Bu durum Mecelle'nin 901. maddesinde açıkça belirtilmiştir: «Nitekim müstevda vediayi inkar etse gasıp hükmünde olur ve ondan sonra yedinde vedia bila teaddi telef olsa zamin olur».

rakılanın (müstevda) elinde emanet hükmünde olan gayrimenkul iade edilmezse bu talep anından itibaren gasp hükmünde olmakta ve her türlü zayi olma durumunda tazmin borcu doğurmaktadır.

Burada vedia olarak başkasına bırakılan sonra da müstevda (vedia bırakılan) tarafından iade edilmediği için gasp hükmüne giren gayrimenkulle başlangıçtan itibaren zorla el konan gayrimenkul arasında ne farkın bulunduğu suali hatıra gelmektedir. Zira bilindiği gibi vedianın inkarı durumunda gasp olayını doğuran vakıa, talep anından itibaren sahibinin rızasının yok olması ve bu sebeple vedia bırakılan kimsenin haksız fiil işlemiş duruma düşmesidir<sup>37</sup>. Burada rızanın bulunmayışı ve fiilin bu sebeple hukuka aykırı oluşu vedianın inkarında olduğu gibi gayrimenkulün doğrudan gasbında yok mudur? Arada ne fark vardır ki zorla el konduğunda gasp sorumluluğu altına girmeyen gayrimenkuller talep ve reddeden sonra böyle bir sorumluluk altına girmektedirler? Aynı şekilde burada şu soru de hatıra gelmektedir : Vedianın inkârıyla gayrimenkul taşınır hale mi gelmiştir ki bu ana kadar gasp sorumluluğu altına girmeyen mal bu andan itibaren böyle bir sorumluluk altına girmektedir. Netice itibariyle getirilen bu istisna ile taşınmazın gasbını kabul etmeyen görüş içinde bir tutarsızlığın meydana getirildiği inkâr edilemez.

3. Gayrimenkul bir vakfa aitse<sup>38</sup>.

4. Bir yetime aitse<sup>39</sup>.

5. Muaddün li'l-istiğlal ise<sup>40</sup>.

Son üç istisna menfaatların gasbında da karşımıza çıkacaktır. Taşınmazın muaddün li'l-istiğlal olması demek kiralık olması,

37 Malikin rızasının bulunmayışının sorumluluğun esası olduğu Mecelle'nin 771. maddesinde genel emanet sorumluluğu belirtilirken açıkça ortaya konmuştur: «Bir kimsenin nezdinde diğerinin malı kazaran telef olduğu surette eğer sahibinin izni olmaksızın almışsa behemehal zamin olur. Ve eğer sahibinin izni ile almışsa yedinde emanet olmakla zamin olmaz».

38 Bağdadi, 126; İbn Abidin, VI, 186; Ali Haydar, VIII, 176-177; Reşid Paşa, V, 116; Atıf Bey, Gasb, 18.

39 Ali Haydar, VIII, 176; Atıf Bey, Gasb, 18; Reşid Paşa, V, 116.

40 Ali Haydar, VIII, 176-177; Bilmen, VII, 337.

hukuki semerelerinden yararlanmak üzere ayrılmış bulunması demektir. Bu kavram üzerinde menfaatların gasbı incelenirken ayrıca durulacaktır.

#### *d. Malın Maddi Bir Mal Olması*

Hanefilere göre gasbedilen malın maddi bir mal olması gerekir. Diğer mezheplere göre ise teferruatta aralarında farklılıklar olmakla birlikte gasbedilen malın maddi bir mal olması gerekmez. Hanefilerin ileri sürdükleri bu şart menfaatları gasbın kapsamı dışında bırakmaktadır. Böylece gasıp, mağsub malı mevcutsa iade etmek, değilse tazmin etmek zorundadır. Fakat isterse gasbedilen malı senelerce kullanılmış olsun elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği menfaatlar karşılığında her hangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.

#### *Menfaat Kavramı ve Gasp*

Menfaat denince bununla iki şey kastedilmektedir. Birincisi bir malı bizzat kullanma; ikincisi kira v.s. bir yolla hukuki semerelerinden faydalanma. Buna göre menfaat hukuki semerelerden daha geniş bir kavram olmakta ve bizzat kullanmayı da içine almaktadır. Tabiatıyla burada sadece elde edilen istifade değil, elde edilmesi ihmal edilen istifade de menfaat kavramı içerisinde yer almaktadır.

Hukuki çerçevesini bu şekilde çizmeye çalıştığımız menfaati Hanefi hukukçular mal olarak kabul etmezler. Bunun sonucu olarak da istisnaları olmakla birlikte menfaati konu edinen hukuki işlemleri tanımadıkları gibi, menfaatin gasba konu olması durumunda tazminini de kabul etmezler.

Hanefi hukukçuların menfaatların gasbını ve tazminini kabul etmemeleri malın tarifiyle yakından ilgilidir. Mecelle'nin 126. maddesinde yer alan mal tarifinde ihtiyaç zamanı için biriktirmeden bahsedilmektedir. Biriktirilebilen şeylerse fiziki varlıklardır; menfaatlar biriktirilmezler. Daha önce de üzerinde durulduğu üzere her anın menfaati o anda meydana gelir ve sona erer. O halde bu tarife göre menfaatlar mal sayılmazlar. Kirada oldu-

ğu gibi istisnaen akitlere konu olursa da kural olarak hukuki işlemlere ve haksız fiillere konu olmazlar. Hanefilerin menfaatin gasbını kabul etmeme konusunda ileri sürdükleri diğer gerekçeler şu şekilde özetlenebilir :

Birincisi; daha önce de belirtildiği üzere Hanefilerdeki gasp tarifine uygun olarak menfaatlarda gasp fiilinin ve gasbın gerçekleşmemesidir. Bu gerçekleşmeyince tabiatıyla bundan bir tazmin borcu doğmamaktadır.

İkinci gerekçe de şudur : Gasbedilen mal gasbın «yed-i daman»ında bir diğer ifadeyle gasp sorumluluğu altındadır. Malın zayi olması veya hasara uğraması durumunda bunun sebebi ne olursa olsun gasp tarafından tazmin edilmek zorundadır. Bir diğer ifadeyle kullandığı süre içerisinde maldaki bir eksilme meydana gelmişse gasp zaten bunu tazmin edecektir. Bu durumda kullandığı veya kullanmayı ihmal ettiği süre için bir de ücret (ecr-i misil) öderse bu ücret ile tazminatın birleşmesi anlamına gelecektir. Hanefi hukukçular aynı hukuki olay için iki tür tazminatın istenemeyeceği görüşündedirler<sup>41</sup>. Buna göre burada menfaatin ayrıca tazmini söz konusu değildir. Ne var ki bu gerekçe menkul malların menfaati için geçerli olsa bile gayrimenkul malların menfaati için geçerli değildir. Zira gayrimenkuller gasp sorumluluğu altında değildir. Bu sebeple Serahsi menfaatların tazmin edilmesini bu gerekçeyle değil, gasp fiilinin gerçekleşmemesi esasına dayanan birinci gerekçeyle izah etmektedir<sup>42</sup>.

Hanefi hukukçuların bu konuda ileri sürdükleri bir diğer gerekçe de maddi mal (ayn) ile menfaatlar arasında bir benzerliğin bulunmayışıdır. Aralarında bir benzerlik olmayınca da menfaatin mal ile tazmini mümkün değildir. Zira tazminin misliyle olması esastır. Bu gerçekleşmeyince menfaatin mal ile tazmini kabul edilemez<sup>43</sup>.

İşte saydığımız bu gerekçelere dayanarak Hanefi hukukçular menfaatin tazminini kabul etmezler. Gasıp malı iade edecek, bir

41 Mecelle bu hükmü şu şekilde kanunlaştırmaktadır: «Ücret ile zaman müctemi olmaz» MAA, md. 86.

42 Serahsi, XI, 78.

43 Merginani, IX, 354-357; Mavsili, III, 64-65; Kadızade, IX, 356.



eksilme olmuşsa tazmin edecektir. Ancak elde ettiği menfaat karşılığında her hangi bir tazminat (ecr-i misil) ödemeyecektir. Gasbedilen malı kullanmamış atıl bekletmişse durum evleviyetle böyledir. Aynı şekilde gasıp malı senelerce kiraya vermiş, hukuki semerelerinden istifade etmişse bu durumda da her hangi bir tazminat ödemek zorunda değildir<sup>44</sup>. Mecelle'nin mağsub taşınırların tazmin esaslarını düzenleyen 890 ve 891. maddeleri, keza gayrimenkulleri düzenleyen 905 ve 907. maddeleri, menfaatin tazmininden bahsetmez. Sadece iade ve diğer tazmin esaslarını düzenler. Burada menfaatin tazmin edilmeyeceği anlaşıldığı gibi, ikinci kitabın sekizinci babının birincisi faslı da müstakil olarak menfaatin tazminine (zaman-ı menfaat) ayrılmış bulunmaktadır. Burada menfaatin tazmin edilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır<sup>45</sup>.

Diğer mezhep hukukçularına göre ise menfaat de ayn (maddi mal) gibi bir maldır. İmam Şafii malı «satıldığında bir değeri olan, zarar verildiğinde tazmin ettirilen şey.» diye tarif etmektedir<sup>46</sup>. Bu tarifte menfaatları dışarda bırakan her hangi bir kayıt yoktur. Ayrıca Şafii'ye göre maddi mallar bizatihi kendisinden dolayı değil, sağladığı faydadan dolayı ve bu fayda oranında değer kazanmaktadır. Bir anlamda mal demek sağladığı fayda demektir. Faydasız olan bir şey genelde mal olarak da kabul edilmez. Bu durumda fiziki varlıkları sağladığı menfaatten dolayı mal kabul edip, bizzat menfaati mal kabul etmemek mümkün değildir. Ayrıca belirli tür menfaatlar Hanefi hukukçularca mehir olarak kabul edilmektedir. Mehrin mütekavvim mal olması gerektiğine göre belirli tür menfaatları bazı hukuki işlemlerde mal kabul edip diğerlerinde etmemek fazla tutarlı değildir. Şafiilerin ileri sürdükleri bir diğer gerekçe de şudur. Bütün hukukçularca bir

44 Mavsili, III, 64-65; Halebi, 176; Ali Haydar, II, 130-135, 486; VIII, 50-51, 163; Feyzioğlu, 39. Kötü niyetli zilyedin elde ettiği hukuki semereleri mal sahibine iade edeceği şeklindeki karşı görüş için bk. «Ahmet Akgündüz, «İslâm hukukunda ecr-i misil müessesesi ve günümüz hukukuna tesiri», DÜHFD, s. 2, s. 365.

45 «Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa gasb kabilinden olarak menafiiini ödemek lazım gelmez», MAA, 596. Açıktır ki istimal etmemişse öncelikle tazminat gerekmemektedir. Keza kötü niyetli zilyedin ödemesi gerekmezince iyiniyetli zilyedin ödemesi de tabiatıyla gerekmemektedir.

46 Hafif, I, 48; Mahmesani, I, 9.

şeyden yararlanmayı, yani menfaati konu edinen kira akdi geçerlidir. Dolayısıyla Hanefiler kira akdinde menfaati, mal kabul etmektedirler. Onlar bu görüşlerine gerekçe olarak burada menfaati kira akdinin mütekavvim bir mal haline getirdiğini ileri sürmektedirler. Halbuki akdin mütekavvim olmayan bir malı mütekavvim hale getirmesi mümkün değildir. Mesela şarap ve domuz etinin her hangi bir akde konu olarak mütekavvim hale gelmesi mümkün değildir. O halde menfaat, her hangi bir akde bağlı olmaksızın kendiliğinden mütekavvim bir maldır<sup>47</sup>. Bunun sonucu olarak bir mal gasbedildiğinde gasıp malı ister bizzat kullanmış, ister kiraya verip hukuki semerelerinden yararlanmış olsun, isterse malı hiç kullanmayıp atıl bir şekilde bekletmiş bulunsun malda meydana gelen hasarın tazmininden ayrı olarak bu mal eğer gelir getirmesi mümkün bir mal ise elinde bulundurduğu süre için bir tazminat ödemek zorundadır. Bunun için malın daha önce fiilen gelir getirip getirmediği veya mal sahibinin bundan istifade edecek durumda olup olmadığı dikkate alınmaz. Objektif olarak malın gelir getirecek yapıda olması menfaatin tazmini için yeterlidir<sup>48</sup>. Hanbeliler de menfaatların tazmini konusunda hemen aynen Şafiiler gibi düşünmektedirler<sup>49</sup>.

Maliki hukukçular menfaatların tazmini konusunda bu iki farklı görüş arasında yer alan orta bir görüşü benimsemişlerdir. Maliki hukukçular gasbedilen malı bu bakımdan ikiye ayırırlar. Hayvan ve köle gibi gasıp için sürekli masrafı olanlar, ev v.b. gibi böyle sürekli bir masraf gerektirmeyenler. Malikiler birinci gruptaki mallardan elde edilen menfaati ona yapılan masrafa mukabil tutarlar. Bu sebeple de bu gurup mallar için menfaatin tazminini kabul etmezler. İkinci gurup mallarda ise gasıp elde ettiği menfaati tazmin etmek zorundadır. Eğer her hangi bir menfaat elde etmemişse ödeyeceği bir tazminat da yoktur, derler<sup>50</sup>.

47 Seyyid Nesib, 1501-1502, 1577.

48 Muhammed b. İdris eş-Şafii, el-Üm, byy. 1968, III, 222; Merginani, IX, 354-357; Mahmesani, I, 161-162.

49 Geniş bilgi için bk. İbn Kudame, V, 246, 262, 292, 30.

50 Sahnun, V, 356; Merginani, IX, 354-357; Bağdadi, 126; Mahmesani, I, 162.

### *İstisnalar*

Hanefilerin menfaat konusundaki bu görüşleri İslâm ve Türk hukuk tarihinde mal sahiplerini zaman zaman mağdur etmiş ve gasıplara cesaret vermiştir. Uzun zaman gasıbın elinde kalmış ve kullanılmış olan bir malın iade edilmesi sırasında sadece meydana gelen hasarın tazminiyle yetinilmesi, hele gasbedilen mal tarla, ev gibi fazla gelir getiren fakat az yıpranan bir mal ise mal sahibinin büyük ölçüde mağduriyetine yol açtığı ve gasıp için haksız bir kazanç meydana getirdiği inkar edilemez. İşte bu durumu bir ölçüde önlemek için sahipleri veya yetkili görevlileri tarafından gerektiği gibi korunamayan vakıflara ve yetimlere ait mallarla muaddün li'l-istiğlal olan mallar bu hükümden istisna edilmiş ve bunların menfaatlarının da tazmin edilmesi esası benimsenmiştir.

### *Vakıf Mallar*

Mütevellilerin vazifelerini gerektiği gibi yapmamaları veya yapmamaları sonucu vakıf mallar İslâm hukuk tarihinde şahıslara ait mallardan çok daha sıkça gasba konu olmuşlardır. Böyle bir gasp halinde de gasıplar vakfa ait malları ya bizzat kullandıkları veya hukuki semerelerinden yararlandıkları halde menfaatin mal sayılmaması ve gasp durumunda tanzim edilmemesi sebebiyle çoğu kez seneler sonra asıl malı iade ve meydana gelen hasarı tazminle bütün yükümlülüklerden kurtulmuşlardır. Neticede haksız zilyetler bu durumda büyük faydalar elde ettikleri halde vakıflar çok zarara uğramışlardır. Üstelik bu durum bazı kimsele- rin kötü niyetlerini korumasız durumdaki vakıf malların üzerine çekmiştir. İşte bu durumu önleme düşüncesiyle bu konudaki Hanefi ihtihadı terkedilerek vakıf mallarda Şafii ve Hanbeli görüşler istikametinde menfaatların tazmini cihetine gidilmiştir<sup>51</sup>.

Burada üzerinde durmamız gereken iki nokta vardır. Bunlardan birincisi, vakıf malın haksız zilyedi ister iyi niyetli ister kötü

51 Kadızade, IX, 357; Ali Haydar, II, 484, Mecelle'nin konuyla ilgili 596. maddesinde de konuyla ilgili olarak «Fakat mal-ı vakıf ya mal-ı sagir ise her halde ve muaddün li'l-istiğlal ise tevil-i mülk ve akd olmadığı halde zaman-ı menfaat yani ecr-i misil lazım olur.» hükmü getirilmiştir.

niyetli olsun bu mal kendisinde bulunduğu sürece bunun menfaatini tazmin etmesinin gerektiğidir. Kendi mülkü zannıyla (tevil-i mülk) veya kötü niyetli bir zilyetten satın alması sebebiyle (tevil-i akd) vakıf mala iyi niyetle zilyet olması menfaati tazmin bakımından sorumluluğunu değiştirmez<sup>52</sup>. İyi niyet, vakıf ve küçüklere ait mallarda değil, belirli şartlarla sadece «muaddün li'l-istiğlal» olan mallarda dikkate alınmaktadır. İkincisi, vakıf malı kullanmasa veya hukuki semerelerinden istifade etmese de gasıbın malı elinde bulundurduğu süre için tazminat ödemesi mecburiyettir<sup>53</sup>.

### *Küçüklerin Malları*

Vakıf mallar için getirilen istisna aynı şartlarda küçüklerin malları için de geçerlidir. Yani küçüğün malının haksız zilyedi malı iyi niyetle de ele geçirmiş olsa menfaati tazmin etmek zorundadır. Aynı şekilde bunun için malı kullanmasına veya hukuki semerelerinden yararlanmasına ihtiyaç yoktur. Her halükarda tazmin borcu altındadır<sup>54</sup>.

### *Muaddün li'l-İstiğlal Mallar (Kiralık Mallar)*

Getirilen üçüncü istisna muaddün li'l-istiğlal mallar içindir. Mecelle muaddün li'l-istiğlal malı «kiraya verilmek üzere i'dad ve tayin olunmuş şey» (md. 417) olarak tarif etmektedir. Bir malın kiralık olup olmadığını tayin konusunda Mecelle üç ölçü getirmektedir. Birincisi, malın kiraya verilmek üzere satın alınmış veya inşa edilmiş olması, ikincisi, aralıksız üç sene sahibi tarafından

52 İbn Abidin, VI, 208; Ali Haydar, II, 488-489; Feyzioglu, 41-42. Fetava-yı Feyziyye'deki şu fetva «tevil-i akd» sebebiyle iyi niyetli sayılması lazım gelen haksız zilyedin dahi vakıf mallarda menfaati tazmin borcu olduğunu açıklıkla belirtmektedir: «Zeyd mütevellisi olduğu vakıf menzili Amr'a bey ve teslim edip Amr dahi bir müddet menzil-i mezburede sakin olduktan sonra Zeyd fevt olup yerine Bekir mütevellisi olsa Bekir menzili Amr'dan aldıķta müddet-i mezburede süknaşıçün Amr'dan ecr-i misil almağa kadir olur mu? El-Cevab: Olur». Feyzullah Efendi, Fetva-yı Feyziyye, İstanbul 1266, s. 462-463.

53 İbn Abidin, VI, 209; Ali Haydar, II, 486.

54 İbn Nuceym, 340; ayrıca ilgili iki fetva için bk. Feyzullah Efendi, 461-462.

kiraya verilmiş bulunması, üçüncüsü de kullanmak üzere yaptırdığı malın sahibi tarafından kiralık olduğunun ilan edilmiş olması (MAA, 417)<sup>56</sup>. Bu üç ölçüden birisiyle kiralık olduğu sabit olan bir malın mutlaka gayrimenkul olması şart değildir. Mecelle'nin de verdiği örneklerden anlaşıldığı üzere menkul mallar da muaddün li'l-istiğlal olabilir<sup>56</sup>.

Vakıf ve küçüklerin mallarını koruma düşüncesiyle getirilen iki istisnaya kiralık malların da katılması, böyle bir malı kullanmanın fâsit bir kira olarak kabul edilmesi yüzündendir<sup>57</sup>. Feyzioğlu'nun ifadesiyle malın kiralık olması herkese yönelik aleni bir icab teşkil etmekte, mala gasıp tarafından el konulması da kabul yerine geçmektedir<sup>58</sup>. Bu şekilde oluşan kira akdi, ücret meşhul olduğu için fâsit kira olmakta (MAA, 450) bu yüzden de ecrimisil gerekmektedir<sup>59</sup>.

Kiralık bir malın gasbedilmesi durumunda elde edilen veya edilmesi ihmal edilen menfaatin tazmin borcu doğurması vakıf ve küçüklere ait mallarda olduğu gibi her halükârda değildir. Böyle bir malı kullanan kimsenin menfaati tazminle yükümlü olması için, bunu bir mülk veya akit ihtimaline dayanmadan kullanmış olması gerekmektedir. Müştereken sahip oldukları bir malı ortaklardan birisinin bir müddet müstakil olarak kullanması durumunda olduğu gibi ortada bir mülk ihtimali (tevil-i mülk) varsa (MAA, 597) veyahut müştereken sahip oldukları bir dükkanı ortaklardan birisinin tek başına satması ve diğer ortağın icazet veremeyerek kendi hissesindeki satışı iptal etmesi durumunda satın alanın mevkuf akde dayanarak bu malı kullanması durumunda olduğu gibi bir akit ihtimali (tevil-i akd) varsa (MAA, 598) bu durumda gasba konu olan menfaat tazmin edilmez. Bunun hariçindeki durumlarda kiralık malların gasbı menfaatin tazmin edilmesini de gerektirir.

55 Ayrıca bk. İbn Abidin, VI, 207-208.

56 İbn Abidin, VI, 208; Ali Haydar, II, 24.

57 Atıf Bey, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'den Kitabu'l-İcarat, İstanbul 1330, s. 127; Ali Haydar, II, 486.

58 Feyzioğlu, 43.

59 Atıf Bey, İcarat, 127; Ali Haydar, II, 486.

Görüldüğü gibi burada iyi niyet belirli ölçüde dikkate alınmakta ve korunmaktadır. Yalnız buradan bu tür malların haksız zilyet tarafından iyi niyetle her kullanılışında bu niyetin korunduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Ali Haydar Efendi'nin açıkça belirttiği gibi, kiralık bir malı gasıbdan bilmeyerek satın alan kimse- nin buradaki iyi niyeti korunmaz; kullandığı süre için ecr-i misil ödemek zorundadır<sup>60</sup>. Buradan şu neticeyi çıkarmak mümkündür : Tevil-i akd'e dayanarak menfaati tazminden kurtulmak için bu akdin, malın sahibinin elinden çıktığı anda mevcut olması gerekmektedir<sup>61</sup>. Başlangıçta böyle bir akit bulunmaz, mal doğrudan gaspla sahibinin elinden çıkarsa bunun bir akitle iyi niyetli bir üçüncü şahsa geçmesi, «tevil-i akd» olarak kabul edilmez ve üçüncü şahsın iyi niyeti burada korunmaz.

Menfaatin tazmin edilmemesi kuralına getirilen ve menkul - gayrimenkul her türlü mala ve bu arada mülk araziye de şamil olan bu istisnaların miri ve gayri sahih vakıf arazilerde geçerli olmadığını burada belirtelim. Mutasarrıfı mümeyyiz veya gayri mümeyyiz küçük olan veya sahibi tarafından kiraya verilerek faydalanılan miri arazi gasba konu olduğunda gasıbın iadedden ayrı olarak bir de ecr-i misil ödeme borcu yoktur. Arazi Kanunname- sinin 21. maddesi küçük, akıl hastası ve matuha ait miri arazide ecr-i mislin gerekmediğini açıkça belirttiği gibi, muaddün li'l-istiğlal miri arazi hakkında ecr-i mislin gerektiğine dair bir istisna da getirmiş değildir<sup>62</sup>.

#### *Menfaatin Mal Sayılması Konusunda Getirilen Değişiklikler*

Getirilen bu istisnaların büyük bir ihtiyaca cevap verdiği aşık- ar olmakla birlikte bir eşitsizliğe yol açtığı da inkâr edilemez. Aynı durum ve şartlardaki iki maldan birisi küçüklere veya vak-

60 Ali Haydar, II, 496.

61 Fuzulinin (vekaletsiz iş gören) mevkufl bir akdine dayanarak bir malı satın alan ve kullanan kimsenin bu kullanımının (menfaat) akde icazet veril- memesi üzerine, tevil-i akde dayandığı için tazmin borcu doğurmaması hakkın- daki bir fetva için bk. Ali Efendi, Fetava, İstanbul 1243, II, 675.

62 Geniş bilgi için bk. Halis Eşref, Külliyyat-ı Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstan- bul 1315, s. 211 v.d.; Atıf Bey, Arazi Kanununname-i Hümayunu Şerhi, İstanbul 1330, s. 96-97.

fa ait diye elde edilen veya edilmesi ihmal edilen menfaati tazmin etmek, bu ikisinin dışındakilere aitse ve kiralık da değilse tazmin etmemek haksız bir farklılığa yol açmaktadır. Ne var ki Mecelle bu konuda cesaretli bir adım atarak menfaati her halükârda mal sayma cihetine gidemmiştir<sup>63</sup>. Bu yönde bir düzenleme Mecelle'nin hazırlanmasından ancak yaklaşık yarım asır sonra yapılabilmiş ve Usul-ı Muhakeme-i Hukukiyye Kanununun 64. maddesi 30 Nisan 1914 tarihli bir kanunla değiştirilerek tedavülî alışa gelmiş hak ve menfaatlar mütekavvim mal kapsamına dahil edilmiş ve akitlere konu (ma'kudun aleyh) olabileceği kabul edilmiştir<sup>64</sup>. Burada şu soru hatıra gelebilir : Mütekavvim mal konusundaki bu değişiklik haksız fiillere de yansımış ve menfaatin gasbında tazmin esası getirilmiş midir? Bunun aksini düşünmek için bir sebep yoktur. Menfaati, akitler bakımından mal sayıp haksız fiiller bakımından mal saymamak mümkün değildir. Esasen bu değişiklikten yaklaşık bir yıl kadar önce miri arazi mutasarrıfının haksız zilyetten araziye elinde bulundurduğu süre için ecri misil isteyebileceği esası getirilmiş<sup>65</sup> ve menfaatin tazmini bu tür arazide kabul edilmişti. Malikin menfaati miri arazi mutasarrıfının menfaatından korunmaya daha layıktır. Bu yüzden Usul kanununun 64. maddesindeki değişiklikle gasbedilen menfaatin de tazmini esasının getirildiğini kabul etmek gerekmektedir.

### C. Açıktan ve Zorla Alma

Gasbın üçüncü unsuru, gasbedilen malın sahibinin izni olmaksızın açıkca ve zorla alınmış olmasıdır. Mecelle'nin tarifinde geçen «bir kimsenin izni olmaksızın» ifadesini, geniş manada yorumlamak ve yetkili bir makamın müsadese veya doğrudan İslâm

63 Bu konuda devrin hukukçularınca menfaatin mal sayılmasının gerekli olduğu yolunda kanaatler izhar edilmiştir. bk. Osman, «Menafi-i mağsubun zamanına dair», Ceride-i Adliyye, sy. 144, s. 7127.

64 Kanunun metni için bk. Düstür, II, T. VI, 653-654. Ayrıca bk. Sıddık Sami Onar, «Osmanlı İmparatorluğunda İslâm hukukunun bir kısmının codification'u, Mecelle», İÜHF, XX, 1-4, 84-85.

65 Değişikliği getiren 12 Nisan 1913 (30 Mart 1329) tarihli Emval-i gayrimenkulenin tasarrufu hakkında kanun-i muvakkat metni için (md. 14) bk. Düstür, İkinci Tertip, V, 239-243; Sergiz Karakoç, Tahşiyeli Kavanin, İstanbul 1341-1339, 1341, I, 479-497; ayrıca bk. Cin, Toprak, 192-193.

hukukunun vermiş olduğu izinle almayı da mal sahibinin izniyle alınmış gibi kabul etmek ve gasp saymamak gerekmektedir. Esasında bu unsur iki ayrı unsurun birleşmesinden meydana gelmiştir denebilir. Birincisi, başkasının malının hukuka aykırı bir şekilde alınmasıdır. Mal sahibinin veya yetkili bir makamın veyahut İslâm hukukunun izni olmadan birisinin malının alınması durumunda hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olmaktadır. İkincisi, bu alınmanın özel bir şekilde açıkça olması gerekmektedir. Bu dü-ruma göre ariyet, vedia, rehinde alma fiili gerçekleştiği halde bu, malikin rızasıyla olduğu için gasp sayılmaz. Keza bir malın cebri icra yoluyla satılması durumunda (MAA, 998-999) da gasp gerçekleşmez. Burada mal sahibinin rızası yok, fakat onun yerini alan yetkili bir makamın izni vardır. Aynı şekilde istimlak (MAA, 1216) ve şuf'ada (MAA, 1008-1044) da mal sahibinin izni bulunmamakta fakat mahkemenin kararı bulunmakta ve bu durum gasbın tahakkukunu engellemektedir. İslâm hukukçuları ihtiyaç içerisindeki bir babanın çocuğunun nafaka cinsinden malını onun izni olmadan alması durumunda da «cevaz-ı şer'i» mevcut olduğu için gasbın gerçekleşmediği görüşündedirler<sup>66</sup>.

Bütün bu örneklerde hukuka aykırılık bulunmadığı için haklı zilyetliğin giderilmesi (izale-i yed-i muhikka) gerçekleşmekte, fakat yerine kurulan zilyetlik haksız olmadığı için «isbat-ı yed-i muhtıla» gerçekleşmemekte ve dolayısıyla gasp tahakkuk etmemektedir<sup>67</sup>.

Ayrıca belirtildiği üzere gasbın tahakkuku için malın koruma altına alınan bir yerden gizlice alınmamış olması da gerekmektedir. Koruma altına alınan bir yerden gizlice alınması durumunda gasp değil, hırsızlık gerçekleşmiş olur. Hırsızlığın hem cezai ve hem de hukuki sorumluluğu gasptan farklıdır. Keza mal sahibinin izni kandırılarak alınmışsa bu durumda da gasp değil, dolandırıcılık tahakkuk etmiş olur.

Netice olarak şunu söyleyelim. Gasbın üç unsurundan (gasp fiili, mağsub mal, açıkça ve zorla alma) birinin eksik olması durumunda bu haksız fiil tahakkuk etmemektedir. Görülmektedir

66 Ali Haydar, VIII, 4; Reşid Paşa, V, 78-79.

67 Ali Haydar, VIII, 6; Atıf Bey, Gasb, 2.



ki bu unsurlar arasında gasbın tam veya eksik bir ehliyete sahip olması bulunmamaktadır. İslâm hukukunda sözlü tasarruflarda (hukuki işlemlerde) ehliyet aranmaktaysa da fiili tasarruflarda aranmaz. Gasp da bir fiili tasarruf olduğu için bir ehliyetsizin veya eksik ehliyetlinin yapmış olması durumunda da tam ehliyetlinin gasbının hukuki sonuçlarını doğurur. Genel olarak fiili tasarruflar ve bu cümleden olmak üzere haksız fiiller kişideki eda (fiil) ehliyetine değil, vücut (hak) ehliyetine dayanmaktadır. Vücut ehliyeti de hür olarak doğan her kimsede tam olarak vardır.

## II. GASBIN HÜKMÜ

Gasbın hükmüyle bu haksız fiilin doğurduğu hukuki sonuçlar kastedilmektedir. Gasbın doğurmuş bulunduğu cezai sorumluluk, inceleme alanımız dışında kalmaktadır. Şu kadarını belirtelim ki gasp, tazir suçları gurubuna girmekte, zaman ve zemine göre cezai sorumluluğun şeklini belirlemek devlet başkanına veya hakime bırakılmış bulunmaktadır. Hukuki sorumluluğu ise esas itibarıyla gasbedilen mal mevcutsa iade etmek, zayi olmuşsa veya bir eksilme meydana gelmişse tazmin etmektir. O halde burada iki önemli hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır: iade ve tazmin. Bu iade ve tazmin de gasbedilen malda, ziyadelerde ve menfaatlarda farklı hükümler doğurmaktadır. O halde gasbın hükmünü bu tür mallarda ayrı ayrı ele almak gerekir.

### A. *Asıl Mal*

#### a. *İade*

Gasbedilen mal aynen duruyorsa sahibine red ve iade edilmelidir. Mal mevcutken bedelinin ödenmesi cihetine gidilemez. Aynı şekilde bedelinin ödenmesini gerektirecek ölçüde bir eksilme veya değişiklik olmadıkça mal sahibi mal yerine bedelinin ödenmesini isteyemez. Zira iadeyle menfaatlar hariç sahibinin zararları giderilmiş olmaktadır.

İadeye konu olan asıl mal, menkul olabileceği gibi gayrimenkul de olabilir. Zorla el konan gayrimenkulün iade edilmesi gerektiği konusunda hukukçular arasında görüş ayrılığı yoktur<sup>68</sup>.

Mal, ya sahibinden veya kiracıdan veyahut ariyet, vedia ve rehin alan sıfatıyla zilyet olan kimseden gasbedilmiş olabilir. Her halükârda gasıba karşı sitihkak davasını, mal kendisinden gasbedilen zilyet (mağsubun minh) açar. Buna malik olmayıp sadece haklı zilyet olanlar tek başlarına veya mal sahipleriyle birlikte sitihkak davasını açabilirler. Fakat mal sahibi haklı zilyet olmadan gasıba karşı sitihkak davasını açamaz (MAA, 1637).

Buraya kadar söylenenler asıl malda bir değişikliğin ve eksikliğin olmadığı durumlar için geçerlidir. Böyle bir değişiklik veya eksikliğin meydana geldiği veya gayrimenkul söz konusu olduğunda bir takım eklentilerin yapıldığı durumlarda iade mükellefiyeti nasıl ve hangi şartlarla yerine getirileceği üç durumda ayrı ayrı ele alınmalıdır.

### *Asıl Malın İadesinde Karşılaşılan Özel Durumlar*

#### *Hukuki Tağyir Hali*

Gasbedilen malın az veya çok bir değişikliğe uğraması durumunda uygulanacak iade ve tazmin esaslarının belirlenmesinde meydana gelen değişikliğin türü önem kazanmaktadır. Böyle bir hukuki tağyir durumunda Hanefi hukukçulara göre gasbedilen mal, ismi değişecek ve önceki fonksiyonlarının bir çoğunu yerine getiremeyecek ölçüde değişmeye uğramışsa artık o mal gasıba aittir; mal sahibi ancak tazminat isteyebilir<sup>69</sup>. Burada haksız zilyedin iyi niyetli bulunup bulunmadığı veya meydana gelen katma değer in asıl maldan daha kıymetli olup olmadığı dikkate alınmaz. Buna göre buğdayın un haline getirilmesi veya tarlaya to-

68 Mecelle'nin 890. maddesi gasbedilen menkul malların iade mecburiyetini düzenlerken 905. madde de gayrimenkullerin iadesini düzenlemektedir: «Mağsub eğer akar kabilinden ise gasib onu tağyir ve tenkus etmeyerek sahibine red-detmesi lâzımdır».

69 Merginani, IX, 331; Mevsili, III, 62; Ali Haydar, VIII, 123 v.d.; Atif Bey, Gasb, 13; Reşid Paşa, V, 106-107.

hum olarak ekilmesi; ipliğin dokunup kumaş haline getirilmesi; etin kavurma yapılması durumlarında mal ismi değişecek ve eski fonksiyonlarından bir çoğunu yapamayacak ölçüde bir değişikliğe uğramıştır<sup>70</sup>. Böylece eski mal yok olmuş, yerine başka bir mal gelmiştir. İşte bu durumda hukuki taşıyır sebebiyle değişiklik anından itibaren mal ilk malikin mülkiyetinden çıkmakta, gasıbın mülkiyetine girmektedir<sup>71</sup>. Gasıbın kötü niyetli olması veya katma değerinin asıl maldan az olması sonucu etkilemez.

Hukuki taşıyır konusunda Hanefilerde genel kural bu olmakla birlikte, teferruatta yani bu genel kuralın olaylara uygulanmasında hukukçular arasında farklı görüşlere rastlanmaktadır. Mesela külçe altın ve gümüşün gasıb tarafından altın ve gümüş para olarak darbedilmesi veya ev veya süs eşyası haline çevrilmesi durumlarında Ebu Hanife'ye göre altın yukarıda belirtilen ölçüde bir değişikliğe uğramamıştır. Mal sahibi bunları olduğu gibi alır. İleride geleceği üzere emeği karşılığında gasıba her hangi bir şey ödemek zorunda da değildir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise burada hukuki taşıyır teşkil edecek bir değişiklik vardır. Bu sebeple bunların sahibi artık gasıbtır. Eski mal sahibi sadece külçe altınların değerini talep edebilir<sup>72</sup>.

Bu ölçüde bir değişikliğe uğramayan malda ise bu değişiklik ister meyvenin kuruması gibi kendiliğinden olsun, ister bezin boyanması gibi gasıbın fiiliyle meydana gelsin mal sahibi muhayyerdir. Dilerse meyveyi olduğu gibi alır, dilerse gasıba terkederek değerini tazmin ettirir (MAA, 899)<sup>73</sup>. Bezin boyanması gibi gasıbın bir mal ilavesiyle değişiklik yaptığı mallarda da sahibinin yine bir seçim hakkı vardır. Dilerse malı olduğu gibi alır, fakat bu durumda gasıbın ilave ettiğinin değerini öder. Çünkü ilave edilen bu mal -örneğinizde boya- mütekavvim bir maldır Bedeli ödenmeden alınırsa mal sahibi için haksız bir iktisab teşkil eder. Dilerse bez v.s. malı gasıba bırakır ve gasp anındaki değerini tazmin ettirir (MAA, 898)<sup>74</sup>.

70 Kasani, VII, 148-149.

71 Ali Haydar, VIII, 132-139; Reşid Paşa, V, 106-107.

72 Serahsi, XI, 101; Merginani, IX, 337; Ali Haydar, VIII, 130.

73 Kadızade, IX, 332-333.

74 Serahsi, XI, 84.

Hukuki tağyir konusunda Malikiler de Hanefiler gibi düşünmektedirler<sup>75</sup>. Şafiiler ve Hanbeliler ise hukuki tağyiri bir mülkiyet sebebi saymazlar. Buna göre malda ne ölçüde bir değişiklik olursa olsun malikin mülkiyet hakkı zayi olmaz. Değişikliğe uğrayan malda bir eksilme olmuşsa mal sahibi gasıba bunları da tazmin ettirir. Bir değer artışı olmuşsa mal sahibi bunları tazmin etmek zorunda değildir<sup>76</sup>.

#### *Asıl Malın Eksilmesi Hali*

Asıl malda gasıbın kullanması sonucu veya buna bağlı olmayarak bir takım eksiklikler meydana gelebilir. Böyle bir eksiklik durumunda asıl malın iade edilmesi nasıl olacaktır? Meydana gelen ne tür eksiklikler tazmin edilecektir? Bütün bu sorulara cevap vermek için önce burada eksiklikle neyin kastedildiğini bilmek gerekir.

İslâm hukukunda eksiklik denince bununla bir malın özünde veya değer ve niteliğinde meydana gelen azalmanın kastedildiği söylenebilir. Malda -menkul malda- meydana gelen eksiklikler İslâm hukukunda esas itibariyle ikiye ayrılmakta ve gasp sorumluluğu bakımından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Birincisi; malın özünde ve niteliklerinde bir değişiklik olmadan piyasa değerinin düşmesidir. Söz gelimi gasbedilen malın o andaki değeri 20 milyon lira iken piyasadaki değişiklikler sonucu 15 milyon liraya düşmesi gibi. Bu durumda aldığı malı iade eden gasıptan bu değer kaybı talep edilemez. Çünkü bu kayıp malın özünde veya niteliğindeki bir eksilmeden değil, tamamen harici şartlardan ve ekonomik sebeplerden kaynaklanmıştır. Haksız zilyet bundan sorumlu değildir<sup>77</sup>. Mal sahibi asıl mal yerine gasp anındaki değerinin ödenmesini de isteyemez (MAA, 900). Aslen ifanın mümkün olduğu durumlarda bedelin ifası cihetine gidilemez (MAA, 53). Aldığının aynısını iade etmekle gasıbın hukuki sorumluluğu sona ermiştir (MAA, 892). Yalnız bu hüküm gasbedilen malın gasp mekânın-

75 Sahnun, V, 363 v.d.

76 Şafii, III, 219; Serahsi, XI, 94-95; Merginani, IX, 332; İbn Kudame, V, 263-265.

77 Kasani, VI, 155; Bağdadi, 133; Ali Haydar, VIII, 138.

da iade edilmesi durumunda geçerlidir. Mal sahibi malını gasp mekanı dışında ele geçirir de onun bu yerdeki değeri gasp mekanındaki değerinden az olursa bu durumda mal sahibi malı alabileceği veya gasp yerine iade edilmesini isteyebileceği gibi, gasp mekanındaki değerini de talep edebilir<sup>78</sup>. Mal sahibi bu durumda malın kabulü için zorlanamaz.

İkincisi, gasbedilen malın özünde veya niteliğinde bir azalmanın meydana gelmesidir<sup>79</sup>. Gasbedilen eşyanın her hangi bir şekilde hasara uğraması, hayvanın hastalanması veya sakatlanması, buğdayın rutubetlenip bozulması, kölenin ihtiyarlanması, bilmekte olduğu bir sanatı gasıbın elinde iken uzun süre yapmamış olması sebebiyle unutulması gibi. Bu tür bir eksiklemenin hukuki sonucunu, iade ve tazminin hangi esaslara göre yapılacağını belirler-

78 Kasani, VII, 158-159; Mavsili, III, 61; Reşid Paşa, V, 98-99.

79 Bu tür eksiklikleri hukukçular genelde üç ayrı eksiklik halinde ele alır ve değerlendirirler : 1. Malın özünde (Cüz-i aynında) eksiklik, 2. VASF-ı mergubunda eksiklik, 3. Mana-yı mergubunda eksiklik. Böylece maldaki eksiklikler iki değil dört kısma ayrılmış olmaktadır (bk. İbn Abidin, VI, 188; Ali Haydar, VIII, 138 v.d.; Atif Bey, Gasb, 15-16; Reşit Paşa, V, 110-111). Ne var ki bu ayırımın sınırları her zaman çok net değildir ve pratik değerinin olduğu da tartışmalıdır. Gasbedilen hayvana bir hastalık gelmesi, gözünün kör olması bir malın özünde (cüz-i aynında) bir eksiklik, bir kölenin gözünde, kulağında, elinde bir hastalık veya sakatlık meydana gelmesi vASF-ı mergubunda bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir (Ali Haydar, VIII, 141-149). Keza bir kölenin gasıbın elinde sanatını unutulması bazı kaynaklarda mana-yı mergubunda (İbn Abidin, VI, 188; Ali Haydar, VIII, 150), bazılarında ise vASF-ı mergubunda (Zuhayli, Nazariyyetü'd-daman, 129) bir eksiklik olarak görülmektedir. Görüldüğü gibi bu üçlü ayırımın sınırları net değildir. Bu ayırımın pratik bir sonucunun olduğu da tartışmalıdır. Bazı hukukçular bu üçü arasında bir fark gözetmeksizin üzerinde faiz cereyan etmeyen mallarda eksikliğin ayrıca tazmin edilmesini kabul etmekte, faiz cereyan edenlerde kabul etmemektedirler (Kasani, VII, 155; Bağdadi, 133; Ali Haydar, VIII, 139-150; Zuhayli, Nazariyyetü'd-Daman, 135). Diğer bir kısım hukukçular ise faizli mallarla faizli olmayan malların ayrı hükümlere tabi tutulmasını sadece gasbedilen malın vASF-ı mergubunda bir eksikliğin olması durumunda aramakta, diğerlerinde böyle bir ayırım yapmamaktadırlar (Kadıza, IX, 328; İbn Abidin, VI, 188; Atif Bey, Gasb, 15-16; Reşid Paşa, V, 110-111). İşte üçlü ayırımın pratik sadece bu son gurupta vardır. Biz bu ayırımın çok net olmadığını göz önüne alarak ve faizli mallar bakımından üçünün arasında fark gözetmeyen görüşe meylederek bu üç tür eksikliği bir tür olarak değerlendirdik.

ken Hanefi hukukçular bu malları üzerinde faiz cereyan eden ve etmeyen mallar diye ikiye ayırmaktadırlar<sup>80</sup>.

Hanefilere göre üzerinde faiz cereyan eden malların gasıbın elinde bir eksikliğe uğraması durumunda malikin elinde iki imkan vardır. Ya eksilmeye uğrayan malı hiç almayacak ve gasp anındaki değerini gasıba ödecektir. Veyahut malı olduğu gibi alacak, fakat ayrıca meydana gelen eksilmeyi tazmin ettiremeyecektir. Mesela bir altın veya gümüş kupanın gasıb elinde ezildiğini, kırıldığını, hasara uğradığını var sayarsak faizli mallardan olan bu kupayı mal sahibi ya gasıpla bırakacak ve gasp anındaki değerini tazmin ettirecektir. Veya olduğu gibi alacak, ayrıca bir tazminat talep edemeyecektir. Tazminat talebi Hanefilerce faize yol açtığı endişesiyle reddedilmiştir<sup>81</sup>.

Eğer eksilmeye uğrayan mal faizi, mallardan değilse bu durumda eksikliğin esaslı bir eksiklik (noksan-ı fahiş) mi, yoksa önemsiz-basit bir eksiklik (noksan-ı yesir) mi olduğu önem kazacaktır. Hakim görüşe göre gasbedilen malın değerinin dörtte birine ulaşan veya aşan eksiklikler esaslı eksiklik sayılır Bu durumda mal sahibi muhayyerdir. Dilerse malı gasıba bırakarak tamamının değerini tazmin ettirir; dilerse malı bulunduğu şekliyle kabul ederek sadece meydana gelen eksikliği tazmin ettirir. Eğer eksiklik bu ölçüde değilse bu durumda mal sahibinin seçim hakkı yoktur; gasbedilen malı alır ve meydana gelen eksikliğin tazmin edilmesini ister (MAA, 900)<sup>82</sup>.

Menkul malda meydana gelen bu eksiklikler ya gasıbın ayrı bir haksız fiiliyle veya böyle bir fiil olmaksızın mesela bir mücbir sebeple veyahut da üçüncü şahsın haksız fiiliyle meydana gelmiş olabilir. Her üç durumda da gasıp, meydana gelen eksikliği (cüz-i aynda eksiklik) tazmin etmek zorundadır. Bu bakımdan Mecelle'nin 900. maddesinde geçen «gasıbın istimali ile mağsubun kıyme-

80 Üzerinde faiz cereyan eden ve etmeyen mallar mezheplere göre farklıdır ve İslâm hukukunun en çok münakaşa edilen konularından birisidir. Geniş bilgi için bk. Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1982, II, 208-216.

81 Serahsi, XI, 88; Kasani, VII, 159; Mavsili, III, 61; Kadızade, IX, 329, 333; Bağdadi, 133; İbn Abidin, VI, 194.

82 Mavsili, III, 62-63; Ali Haydar, VIII, 148-149.

tine noksan gelse» kaydı ihtirazi bir kayıt değildir<sup>83</sup>. Yalnız eksikliğin üçüncü bir şahsın kusuruyla olması durumunda mal sahibi eksikliğin tazminini bu kimseden isteyebilir. Ne var ki bu durumda gasıp da eksiklikten aynı derecede sorumludur. Mal sahibi dilediğinden tazminat talep edebilir. Eksikliği gasıptan talep etmesi durumunda onun haksız fiilin failine karşı rücu hakkı vardır<sup>84</sup>.

Gasbedilen malın gayrimenkul olması durumunda meydana gelen eksikliğin az veya çok olması önemli değildir. Her halükarda gayrimenkul sahibine iade edilir ve eksilmeden dolayı meydana gelen zarar tazmin ettirilir. Bu eksiklik gasbedilen arazide tarım yapmak suretiyle toprağın uğrayacağı verim kaybı şeklinde meydana gelebileceği (MAA, 907) gibi sair bir şekilde de olabilir<sup>85</sup>. Yalnız burada eksikliğin bir tazmin borcu doğurabilmesi için bulunması gereken önemli bir şart vardır ki o da bu eksikliğin gasıbın «sun' ve fiili» ile meydana gelmesidir (MAA, 907).

Mecelle'nin 907. maddesi esasları dahilinde getirilen «noksan-ı arzı»nın tazmin edilmesi hükmü mülk arazi için geçerlidir. Miri arazi ve bu hükümde olan gayrisahih vakıf arazisi için gerek emval-i gayrimenkulenin tasarrufu hakkında kanun-ı muvakat ile tadilinden önce (Arazi Kanunu, 21) ve gerekse tadilden sonra (mezkur kanun, 14) noksan-ı arzın tazmin edilmesi esası kabul edilmiştir. Söz konusu tadil sadece ecr-i misil konusundaki hükmü değiştirmiştir. Noksan-ı arz konusundaki hükümler aynen kalmıştır<sup>86</sup>.

### *Haksız İnşaat Yapma, Ağaç Dikme ve Tarım Yapma Hali*

Gasbedilen malın arazi olması ve gasıp tarafından burada haksız inşaat yapılması, ağaç dikilmesi veya tarım yapılması durumunda iadenin nasıl olacağı konusu bina ve ağaçlar ayrı, zirai ürünler ayrı ele alınarak değerlendirilmiştir. Bina ve ağaçlar ko-

83 Ali Haydar, VIII, 141; Reşid Paşa, V, 109-110.

84 Ali Haydar, VIII, 143.

85 Başkasının arazisini kazıp kerpiç yapan kimsenin tazminat borcu hakkında bir fetva için bk. Ali Efendi, II, 699; keza bk. MAA, 905'deki örnekler.

86 Geniş bilgi için bk. Halis Eşref, 21 v.d.; Atıf Bey, Arazi, 95 v.d.; Cin, Toprak, 189-193.

nusunda İslâm hukukunda başlıca üç görüş vardır. Birinci görüşe göre arsa üzerindeki bina ve ağaç her halükarda yıkılıp sökülerek arsa sahibine iade edilir. Bu görüşte bina ve ağaçların kıymetinin arsadan fazla olması veya haksız zilyedin iyiniyetli bulunması sonucu değiştirmez<sup>87</sup>.

İkinci görüşe göre binanın yıkılması ve ağacın sökülmesi arsaya zarar vermiyorsa bunlar kaldırılarak arsa sahibine iade edilir. Bunların kaldırılması arsaya zarar veriyorsa bu durumda bunların iyi niyetle yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın değeri az olan çok olana tabi olur. Şöyleki bina ve ağaçların kıymeti arsadan fazla ise gasıp arsanın bedelini verip ona malik olur. Arsanın değeri fazla ise bu defa arsanın sahibi bina ve ağaçların değerini vererek onların mülkiyetini kazanır<sup>88</sup>. Hanefi hukukçulardan Kerhi'ye ait olan bu görüşte haksız zilyedin iyi niyetli olup olmadığı dikkate alınmaksızın değeri az olanın çok olana tabi olması tenkit edilmiş ve bunun gasıplara cesaret verdiği haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>89</sup>.

Mecelle'nin de kabul ettiği üçüncü görüşe göre ise bunların kaldırılması arsaya zarar vermiyorsa kaldırılır ve arsa sahibine iade edilir. Buraya kadar önceki görüşle aralarında bir farklılık yoktur. Zarar veriyorsa değeri az olan çok olana tabi olmaz. Bina ve ağaçların değeri ne olursa olsun arsa sahibi değerlerini vererek bunlara sahip olur (MAA, 906). Burada mal sahibi bina ve ağaçlara sahip olmak istiyorsa bunların halihazırdaki değerlerini değil, «müstahıkku'l-kal» değerlerini ödemek zorundadır. «Müstahıkku'l-kal» değer demek bunların sökülmüş ve yıkılmış haldeki değerlerinden söküm ve yıkım masrafları çıktıktan sonra geride kalan değer demektir (MAA, 885). Bir arazideki ağaçların söküldükten sonraki değeri 10 milyon lira söküm masrafları da 5 milyon lira ise «müstahıkku'l-kal» değer 5 milyon liradır. Keza bir binanın sökümünden sonraki malzeme değeri 20 milyon lira söküm masrafları da 15 milyon lira ise «müstahıkku'l-kal» değer 5 milyon liradır. Burada açıkça görülmektedir ki Mecelle gasıplara karşı çok sert davranmakta, onların uğrayacakları zararı adeta

87 Ali Haydar, VIII, 193-194.

88 Bağdadi, 127; Ali Haydar, VIII, 193-194.

89 İbn Abidin, VI, 192.



hiç nazara almamakta ve sadece mal sahiplerinin menfaatlarını gözetmektedir.

Yalnız haksız zilyet başkasının arsasına kendi mülkü zannıyla (sebeb-i şer'i zu'muyla) bina yapmış veya ağaç dikmişse binanın ve ağaçların değerinin arsanın değerinden fazla olduğu durumlarda bu iyi niyet dikkate alınır ve iyi niyetli zilyet arsanın değerini ödeyerek ona sahip olur (MAA, 906)<sup>90</sup>. Ancak arazinin bir vakfa ait olması durumunda ister iyi niyetle (sebeb-i şer'i zu'muyla) ister kötü niyetle bina yapmış, ağaç dikmiş olsun ve isterse bina ve ağaçların değeri arazinin değerinden fazla bulunsun haksız zilyet bedelini ödeyerek vakıf araziye sahip olamaz<sup>91</sup>.

Miri arazide ise gasıbın yapmış olduğu bina ve dikmiş olduğu ağaçlar kaldırılarak arazi mutasarrıfına iade edilir (Arazi Kanunu, 35). Yıkım ve sökümün araziye zarar verdiği durumlarda Arazi Kanunu Mecelle'nin 906. maddesine benzer bir hükmü kabul etmemiştir. Yani mutasarrıf «mustahıkkı'l-kal» değerlerini vererek bunlara sahip olamaz<sup>92</sup>. Maamafih Emval-i gayrimenkulenin tasarrufu hakkında kanun-ı muvakkat sonradan bunu kabul ederek bu konuda Mecelle'yle bir paralellik sağlamıştır (md. 11). Bina ve ağaçların iyi niyetle yapılması ve dikilmesi durumlarında ise mülk arazide olduğu gibi miri arazide de değeri az olan çok olana tabi olur (Arazi Kanunu, 35)<sup>93</sup>. Metruk arazide yapılan bina ve dikilen ağaçlar ise her halukarda kaldırılır ve arazi eski şekline getirilir (Arazi Kanunu, 97). Haksız zilyedin iyi niyetli oluşu sonucunu etkilemez<sup>94</sup>.

90 Osmanlı Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesinin konuyla ilgili 20 Kanun-ı Evvel 1326 tarih ve 2859 numaralı ilamı için bk. CA, sy. 33 (1327/1329), s. 1672.

91 Ali Haydar, VIII, 188, 200 v.d.; Atıf Bey, Arazi, 136. Maamafih bu konuda Ziyaeddin MAA, 906. maddenin mutlak zikredilmesinden hareket ederek aksi fikri savunmakta ve Mecelle'nin 906. maddesi çerçevesine vakıf arazinin de girdiğini ileri sürmektedir; bk. H. M. Ziyaeddin, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye Şerhi, İstanbul 1311, s. 497.

92 Halis Eşref, 260; Atıf Bey, Arazi, 135; Feyzioğlu, 37, Halil Cin bu yoruma katılmamaktadır, bk. Cin, Toprak, s. 194-195.

93 Geniş bilgi için bk. Halis Eşref, 257-263; Ali Haydar, VIII, 196 v.d.; Atıf Bey, Arazi, 132-139, Cin, 193-195.

94 Ali Haydar, VIII, 203; Ebul ula Mardin, Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947, s. 88; Halil Cin, Türk Hukukunda Mer'a, yaylak ve Kışlaklar, Diyarbakır 1983, s. 34.

Menkul bir malı ismi değişecek ölçüde değişikliğe uğratan gasıp, mal sahibinin rızasına bağlı olmadan ona sahip olduğu ve sadece mağsub malı tazmin borcu altına girdiği halde aynı kuralın gayrimenkullerde uygulanmaması ve gasbettiği arsaya isterse tamamını kaplayacak şekilde bina yapan kimsenin iyi niyetli olduğu istisnai durumlar dışında sahip olamaması, üzerine bina yapılarak ve ağaç dikilerek arazinin ismi değişecek ve asli hüviyeti kaybolacak ölçüde değişikliğe uğratılamaması ve eski hale iadesinin mümkün olması sebebiyledir<sup>95</sup>.

Gasbedilen tarlaya bu arada buğday v.s. ekilmiş ve henüz mahsul kaldırılmadan tarla iadeye konu olmuşsa, bu durumda ürünün akibeti üç safhada ayrı ayrı değerlendirilmektedir.

1. Ürün yetişmiş, olgunlaşmış fakat henüz toplanmamışsa bu durumda tarla sahibi ürünü kaldırtarak tarlasını geri alabilir. Tarlasında bir eksilme (noksan-ı arz) meydana gelmişse tazmin edilmesini talep edebilir. Buna mukabil, ürünün kaldırılmasını engelleyemez ve ondan bir pay isteyemez<sup>96</sup>.

2. Ürün meydana çıkmış fakat henüz olgunlaşmamışsa haksız zilyetle mal sahibi hasat zamanına kadar belirli bir bedel karşılığında ürünün tarlada kalması için anlaşabilirler. Anlaşamadıkları takdirde mal sahibi ürünü söktürüp tarlasını geri alabilir, tarlada bu ekim sebebiyle bir verim kaybı olmuşsa bunu da tazmin ettirir. Ancak tarlasında yetişmiş olduğu gerekçesiyle ürüne el koyamaz (MAA, 1246). Buna mukabil gasıp da mal sahibinin rızası olmadan ecr-i misil ödeyerek ürünü hasada kadar tarlada tutamaz. Kira müddetinin hasaddan önce sona ermesi durumunda kiranın ecr-i misille uzatılması (MAA, 526), tarım için ariyet verilen arazinin hasaddan önce istenmemesi hali (MAA, 832) burada uygulanmaz<sup>97</sup>.

3. Tohum yeni ekilmiş ve henüz bitmemişse bu durumda mal sahibinin üç seğeneği bulunmaktadır. Ya ürünün yetişip olgunlaşmasını bekler ve hasattan sonra tarlasını geri alır (Birinci Durum). Veya ürünün biraz büyümesini bekler ve sökülecek sevi-

95 Kasani, VII, 149.

96 Ali Haydar, VIII, 205; Reşid Paşa, V, 119-120.

97 Ali Haydar, VIII, 207; Reşid Paşa, V, 119-120.

yeye geldiğinde söktürerek geri alır (İkinci Durum). Veyahut da tohumun ekilmiş haldeki kıymetini ödeyerek tohuma ve dolayısıyla ürüne sahip olur (Üçüncü Durum). Ebu Yusuf bu durumda tohumun ekilmiş haldeki değerinin değil, mislinin ödeneceği, böylece ekim için sarfedilen emeğin tazmin edilmeyeceği görüşündedir<sup>98</sup>.

Miri ve gayrisahih vakıf arazide de birinci ve üçüncü durumda ürünün sökülüp tarlanın mutasarrıfa teslimi esası getirilmiştir (Arazi Kanunu, 22). Arazi Kanunu ikinci durum için bir hüküm getirmemiştir. Daha sonra 15 Cemaziyevvel 1302 (1885) tarihli bir zeyl ile bu halde tohumun mislinin gasıba verilerek mutasarrıfın buna sahip olması esası kabul edilmiştir<sup>99</sup>. Böylece gasbedilen miri araziye ekilen tohumun tazmini konusunda Ebu Yusuf'un görüşü benimsenmiş olmaktadır. Ali Haydar Efendi ve Reşid Paşa benzer durumdaki mülk arazide tohumun ekilmiş haldeki kıymetinin değil, mislinin ödenmesinin daha uygun olacağı, böylece her iki hüküm arasında bir paralelliğin sağlanacağı görüşündedirler<sup>100</sup>.

### *İadenin Yeri ve Şekli*

Gasıp, mağsub malı iade ettiği durumlarda kural olarak bunu gasp mekanında yapacaktır (MAA, 890). Ne var ki mal sahibi gasıbı ve zorla aldığı malı bir başka şehirde ele geçirirse orada da geri alabilir. Yalnız bu durumda mal sahibinin malını mutlak olarak geri alma mecburiyeti yoktur; gasıbı «mekan-ı gasb»da iadeye zorlayabilir. Bu türlü iadede malın nakliye v.s. masrafları (meunet-i red ve sükna) gasıba aittir (MAA, 890). Mecelle mezkur maddede «mal-ı mağsub» diye genel bir ifade kullanmakta ve bundan da başka yerde iadenin yapıldığı her durumda mal sahibinin malı kabulden kaçınma hakkının bulunduğu manası çıkmakta ise de doktrinde bu konuda ikili bir ayırım yapılmaktadır.

98 Ali Haydar, VIII, 208; Reşid Paşa, V, 119-120.

99 Geniş bilgi için bk. Halis Eşref, 216 v.d.; Atıf Bey, Arazi, 99-100; Cin, Toprak, 193-194.

100 Ali Haydar, VIII, 208; Reşid Paşa, V, 119-120.

Gasbedildiği yere taşınması külfetli ve masraflı olan malları teslim almaktan mal sahibi kaçınabilir ve gasıbı gasp yerinde iadeye zorlayabilir. Para v.b. taşınma masrafı ve külfeti olmayan malları ise mal sahibi başka bir yerde teslim almaktan kaçınamaz ve gasıbı «mekan-ı gasb»da iadeye zorlayamaz<sup>101</sup>. Yalnız bu durum mal sahibi için her zaman elverişli olmayabilir. Mesela teslim yerinin güvensiz bir yer olması durumunda da mal sahibi yine gasbedilen malı kabul etmeme hakkına sahiptir (MAA, 894). Hatta gasbedilen yerde güvenin ortadan kalkması durumunda da mal sahibinin malı kabul etmeme hakkı bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Gasıp gasbedilen malı doğrudan teslim edebileceği (redd-i hakiki) gibi, alabileceği şekilde önüne de koyabilir (redd-i hükmi) ve bununla mal sahibi almamış bile olsa iade borcu sona ermiş olur. Ama malın iadesi değil de bedelin ödenmesi durumunda bizzat mal sahibine verme mecburiyeti vardır; önüne konmuş olması sorumluluğu ortadan kaldırmaz (MAA, 892, 893). Kendisine verildiği halde gasbedilen malın bedelini almayı kabul etmeyen mal sahibine karşı bunu temin için gasıp hakime müracaat etme hakkına sahiptir (MAA, 895).

### *İadenin Yapılacağı Kimse*

Malı gasbedilen kimse tam ehliyetli olabileceği gibi eksik ehliyetli ve ehliyetsiz de olabilir. Bu durumda iadenin eksik ehliyetli ve ehliyetsizlere yapılıp yapılamayacağı problemi karşımıza çıkmaktadır.

Gasbedilen malın geri alınması mal sahibi için tamamen leh-te bir hukuki tasarruf olarak görünmekte ve bu yönüyle eksik ehliyetlilerin de bunu yapabilecekleri ve bunlara yapılan iadenin geçerli olduğu ilk nazarda hatıra gelmekte ise de Mecelle'nin konuyu düzenleyen 896. maddesinde bu hususta önemli ve faydalı bir kayıt daha getirilmektedir ki iadenin yapıldığı mümeyyiz küçükün onu korumaya ehil olacak yaşta olmasıdır. Gasbedilen büyük baş bir hayvan veya son derece kıymetli bir pırlantanın 7-8 yaşlarındaki mümeyyiz küçük sahibine iade edilmesi durumunda

101 Ali Haydar, VIII, 55

102 Ali Haydar, VIII, 109

onun bunu korumaya ehil olmayacağı aşıkardır. Bu durumda böyle bir kimseye yapılan iade geçerli olmayacaktır. Bunun geçerli olması için kanuni temsilcisine yapılması gerekmektedir.

Mümeyyiz olmayan küçüklere yapılan iade geçerli değildir. 896. maddenin mefhum-ı muhalifinden bu anlaşılmaktadır. İade bunların yerine kanuni temsilcilerine yapılmalıdır. Burada da iade yapılamayacak kimseler olarak sadece gayrı mümeyyiz küçüklükler düşünülmemeli, onlar gibi ehliyetsiz durumda bulunan akıl hastaları da buraya dahil edilmelidir. Esasen Mecelle'nin metnindeki «mümeyyiz» ifadesi bu durumda olmayan akıl hastalarını iade yapılacak kimseler kapsamından çıkarmaktadır<sup>103</sup>. Netice olarak bu guruptakilere yapılan iade geçerli değildir ve gasıbı sorumluluktan kurtarmaz.

#### *Mağsub Mal İçin Yapılan Masraflar*

Gasıp zorla aldığı mala ve ziyadelerine muhafaza veya sair bir gayeyle bir takım masraflar yapmış olabilir. Mağsubu iade anında gasıp yapmış olduğu bu masrafları geri alabilecek ve bunları alıncaya kadar bir hapis hakkına sahip olacak mıdır?

İslâm hukukunda haksız zilyetlik altında bulunan mala yapılan masraflar zaruri, faydalı ve lüks masraflar diye üçe ayrılmaz. Bunun pratik bir sonucu da yoktur. Çünkü zaruri ve lüks masraflar farklı hükümlere tabi tutulmuş değildir. Buna göre gasbedilen mal için yapılan hiç bir tür masraf tazminata konu olmaz<sup>104</sup>. Elinde bulunduğu sürece gasbettiği hayvanın her türlü ihtiyaçlarını karşılayan haksız zilyet iade anında yapmış olduğu masrafları talep edemez. Hatta gasbettiği hayvanı iadeye razı olan fakat bu arada mal sahibi kaybolduğu için iade edecek makam bulamayan kimsenin bu andan sonra, bir diğer ifadeyle iadeye razı olduğu andan sonraki masraflarını dahi talep hakkı yoktur<sup>105</sup>. Aynı şekilde bir bahçeyi gasbeden ve bahçedeki meyve ağaçlarının bakımlarını yaparak kurumalarının, verim kaybına uğramalarının önüne geçen haksız zilyet bunlar karşılığında mal sahibinden bir para

103 Ali Haydar, VIII, 91

104 Serahsi, XI, 85; Kasani, VI, 162; Mavsili, III, 61-62.

105 Ali Haydar, VIII, 91; Reşid Paşa, V, 103; Bağdadi, 121.

talep edemez. Başkasının malına onun izni olmadan masraf yapan kimse teberruda bulunmuş gibidir<sup>106</sup>. Gasbedilen malın iade ve tazmin esaslarını düzenleyen Mecelle yapılan masrafların ödemesi konusunda her hangi bir hüküm getirmiş değildir. Ayrıca gasbettiği tarlayı nadas eden kimsenin bu emeği karşılığında mal sahibinden bir şey talep edemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır (MAA, 908). Böyle olunca gasıbın yapmış olduğu masrafları mal sahibinden geri alıncaya kadar elinde bulundurduğu mal için bir hapis hakkından da bahsedilemez.

Mecelle'nin zaruri masrafların dahi tazminini kabul etmemesi ilk bakışta çok sert görülebilirse de bu menfaatin mal sayılmaması ve tazmin edilmemesiyle dengelenmektedir. Böylece gasbettiği mal için yapmış olduğu zaruri masraflarını dahi geri alamayan haksız zilyet bunun karşılığında mağsubu kullandığı ve hukuki semerelerinden istifade ettiği süre için bir tazminat ödemek zorunda kalmamaktadır. Bu esaslar dahilinde aksi bir çözüm kabul edilseydi yani gasıp menfaatlardan karşılıksız istifade ettiği halde bir kısım masraflarının tazmin ettirebilseydi bu durum mal sahibi için kabulü mümkün olmayan haksız sonuçlar doğururdu. Bu yüzden masraflar ile menfaatlar konusundaki düzenlemelerin birbirlerini dengeledikleri söylenebilir. Ne var ki aynı dengelenme mağsubun bizzat kullanılacak değil, tabii semerelerinden istifade edilecek bir mal olması halinde söz konusu değildir. Mesela gasp edilen malın meyve bahçesi, süt veren bir hayvan olması durumunda bunlar için masraf yapan gasıp bunların tabii semerelerinden (zevaid-i münfasıla) yararlanamaz. Zira mal sahibine ait olan bu semerler gasıp tarafından istihlak edildiği veya satıldığı zaman tazmin borcu doğurmaktadır<sup>107</sup>. Yalnız bu semereler gasıbın fiil ve kurusu olmadan zayı olur veya hasara uğrarsa gasıbın tazmin borcu yoktur.

Masraflar konusunda haksız zilyedin kötü veya iyi niyetli oluşu sonucu etkilemez; iyi niyetli zilyet de malı iade anında masraflarını mal sahibinden isteyemez. Esasen menfaatlardan karşılıksız yararlanma hakkına iyi niyetli zilyet de sahip olduğundan -tabii semerler hali müstesna- mağdur duruma düşmeyecektir.

106 Kasani, VII, 162; Bilmen, VIII, 344-345.

107 Kasani, VII, 162.

### b. Tazmin

Gasbedilen malın aslının ödenmesinin mümkün olmadığı veya asıl malda hukuki bir tağyir meydana gelip mülkiyetinin gasıba geçtiği veyahut da mağsub malda esaslı bir eksilme (noksan-ı fahiş) meydana gelip de mal sahibinin bedelini tercih ettiği durumlarda bedelin ödenmesi cihetine gidilir. Malın aslının iade edilememesi, gasıp tarafından tüketilmesi veya itlaf edilmesi sebebiyle olabileceği gibi, gasıbın fiili veya kusuru olmaksızın bir üçüncü şahsın haksız fiiliyle, hatta tabii bir afet gibi mücbir sebeple telef olması şeklinde de olabilir. Bütün bu durumlarda gasıbın, zayi olan malı (menkul mal) tazmin borcu vardır (MAA, 891)<sup>108</sup>. Burada açıkça görülmektedir ki gasıbın sorumluluğu ağır bir sorumluluktur. Gasbedilen malın üçüncü bir kimsenin haksız fiiliyle zayı olması durumunda bu kimsenin de tazmin borcu altına gireceği tabiidir. Fakat bu durum dahi gasıbı sorumluluktan kurtaramaz. Bu durumda mal sahibi bir seçim hakkına sahiptir : Dilerse gasıba, dilerse haksız fiil failine malını tazmin ettirebilir<sup>109</sup>.

### *Tazminat Miktarını Belirlemede Uyulacak Esaslar*

Malı gasbedilen kimseye bu mal iade edilemiyorsa kural olarak mal sahibinin meydana gelen zararlarının giderilmesi gerekir. Bu da gasbedilen malın değerinin ödenmesidir. Mahrum kalınan menfaatin ve ziyadelerin tazminini bir tarafa bıraksak bile mağsub malın değerini ödemek her zaman sahibinin zararlarını karşılamamaktadır. Bu noktada tazminatın kapsamını genişletmek ve gasp dolayısıyla mal sahibinin uğradığı dolaylı zararları da tazminata dahil etmek mümkün müdür? Bu konuda fıkıh kitaplarında dikkate değer bir örnek vardır. Henüz annesinden süt emmekte olan bir buzağı gasbedilir de bu sebeple annenin sütü kurursa gasıbın sorumluluğu sadece iade edemediği buzağının değerini ödemekle bitmez. Kaynaklarda açık olarak belirtildiği üzere bununla birlikte annenin sütünün azalmasından meydana gelen zararın

108 Kasani, VII, 148; Mavsili, III, 59; Ali Haydar, VIII, 58; Reşid Paşa, V, 92-93.

109 Serahsi, XI, 172; Kasani, VII, 165.

da tazmin edilmesi gerekmektedir<sup>110</sup>. Gasp sorumluluğunun gasbedilmeyen anneye kadar uzanması gasbın unsurları bakımından mümkün görünmemekte ise de muhtemelen zararların izalesi esasına (MAA, 20) dayalı bu tazmin şekli dolaylı zararları da içine alması bakımından önemli bir örnektir. O halde tazminatın kapsamına muhtemel zararları sokmak mümkün değilse de en azından belirli bazı dolaylı zararları sokmak mümkün görünmektedir.

İslâm hukukunda mağsubun tazmininde nakden ve aynen tazmin esaslarının birlikte uygulandığı söylenebilir. Şöyle ki mağsub misli bir mal ise misli, gayrı misli bir mal ise değeri ile tazmin edilecektir (MAA, 891)<sup>111</sup>. Bu kuralın bir istisnası şarap v.b. gayrimüslimlere ait misli bir malın bir müslüman tarafından gasbedilip tazmin borcunun doğması durumunda mislinin değil, değerinin ödenmesidir. Zira müslümanlar için gayrimütekavvim bir mal olan şarap ve benzeri bir malı bir müslümanın satın alıp da mislen ödemesi mümkün değildir<sup>112</sup>. Piyasada bulunmayan misli mallar da gayrı misli kabul edilir ve değerinin tazmini cihetine gidilir<sup>113</sup>.

Değerinin ödendiği durumlarda bu defa hangi yer ve zamanın esas alınarak bu değerın hesap edileceği problemi karşımıza çıkmaktadır. Tazmine esas olacak yer konusunda hukukçular hemen hemen görüş birliği içerisinde. Bu gasp mekanıdır. İhtilaf tazmine esas olacak zaman konusundadır. Mecelle bu konuda gasp zamanını esas almaktadır (MAA, 891). Doktrinde ise aslen gayrı misli olanlarla misli iken piyasada bulunmaması sebebiyle gayrı misli hükmünde kabul edilenler arasında bir ayırım yapıldığı gibi, mağsub malın zayı oluş şekline göre de bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre aslen gayrı misli (kiyemi) olan mallar telef olurlarsa bütün Hanefi hukukçulara göre gasp zamanı ölçü alınır. Gasıp tarafından tüketilirse Ebu Hanife'ye göre tazminat bedelinin tesbitinde yine gasp zamanı ölçü alınır. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise bu durumda artık gasp zamanı değil, istihlak zamanı esas alınır. Çünkü bu bir itlaftır; itlaf edilen malın tazmininde ise itlaf

110 İbn Abidin, VI, 181; Ali Haydar, VIII, 26.

111 Serahsi, XI, 51; Kasani, VI, 150; Mavsili, III, 59; İbn Abidin, VI, 183.

112 Serahsi, XI, 53, 103, 104; Ali Haydar, VIII, 13; Reşid Paşa, V, 79.

113 Kasani, VII, 151; Mavsili, III, 59; İbn Kudame, V, 270.



zamanı esastır<sup>114</sup>. Aslında misli olduğu halde piyasada bulunmadığı için gayrı misli hükmünde kabul edilen mallarda ise Ebu Yusuf'a göre gasp zamanı esastır. Muhammed'e göre ise gayrı misli hale geldiği, yani piyasada bulunmaz olduğu zaman esas alınır. Zira o ana kadar gasıp mislini ödeme borcu altındadır. Ebu Hanife'ye göre ise bu durumda hüküm anı esas alınır<sup>115</sup>. Çünkü aslında misli olan mal, hakimin hükmü ile gayrı misli hale dönüşecek ve değerinin ödenmesi cihetine gidilecektir. O halde değerinin tesbitinde de bu hüküm anı esas alınmalıdır.

Gasıbın elindeki malın bir üçüncü şahıs tarafından itlaf edilmesi durumunda mal sahibinin gasıp ve üçüncü şahıstan dilediğinden tazminat talep etme hakkının bulunduğu daha önce belirtilmişti. İşte böyle bir durumda mal sahibinin seçimine göre de ölçü alınacak zaman değişmektedir. Mal sahibi eğer gasıba tazmin ettirmeyi tercih ederse değer belirlenmesinde gasp zamanı esas alınacak, haksız fiil failine tazmin ettirmeyi tercih ederse bu durumda da itlaf zamanı esas olacaktır<sup>116</sup>.

Gasp edilen malın taşınmaz olması ve tazmin borcu doğurması durumunda tazmine esas olacak zamanın gasp zamanı değil, itlaf zamanı olması gerekir. Zira taşınmazlara verilen zararlar gasp değil, itlaf sorumluluğu esaslarına göre belirlenmektedir. O halde tazmine esas olacak zaman konusunda da itlaf kurallarına uymak gerekir. İtlafta esas alınacak zaman ise zararın meydana geldiği zaman olan itlaf zamanıdır. Zorla el konulan gayrimenkullerde meydana gelen zararlar ev ve ağaçların kısmen veya tamamen tahrip edilmesi, ziraat dolayısıyla toprağın uğradığı verim kaybı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ev ve ağaçların tamamen tahrip edilmesi durumunda gasp evin «mebniyyen», ağaçların «kaimen» kıymetlerini tazmin etmek zorundadır. Mecelle ev ve ağaçların buldukları yerdeki kıymetleri olarak tarif etmekte ve bunların değerlerinin tesbiti için de şu usulü getirmektedir. Asra ve araziye bir defa üzerinde bina ve ağaç varken bir defa da yokken

114 Mavsili, III, 59; İbn Abidin, VE, 183; Ali Haydar, VIII, 69.

115 Serahsi, XI, 50; Kasani, VII, 151; Merginani, XI, 319-320; Mavsili, III, 59.

116 Serahsi, XI, 72.

değer biçilir. İkisi arasındaki fark binanın mebniyyen ve ağaçların kaimen kıymetleri olur (MAA, 882-883).

Bina ve ağaçların kısmen tahrip edilmesi durumunda ise menkuller için geçerli olan esaslı noksan, esaslı olmayan noksan (noksan-ı fahiş - noksan-ı yesir) ayırımı burada da uygulanır. Dörtte bir ve daha fazla olan değer eksikliklerinde mal sahibi sadece eksikliğin tazminini isteyebileceği gibi malı gasıba terkederek tazmin edilmesini de isteyebilir<sup>117</sup>. Yalnız mal sahibi tamamen veya kısmen tahrip hallerinde meydana gelen zararın tazminini isteyebilirse de gasp tarafından eski haline getirilmesini isteyemez<sup>118</sup>.

Mağsub arazide ziraat yapılması ve bu sebeple bir verim kaybının ortaya çıkması durumunda bu tür eksiklik (noksan-ı arz) de tazmin edilecektir (MAA, 907).

#### *Tazmin Edilen Malın Ortaya Çıkması*

Belirtildiği üzere gaspta aslolan malın aslının iadesi, bu mümkün olmazsa değerinin tazminidir. Bazan öyle durumlar olmaktadır ki gasbedilen mal mevcut olmadığı için tazmin edilmekte, fakat daha sonra ortaya çıkmaktadır. Gasbedilen hayvanın kaçması ve tazmin edildikten sonra geri dönmesi buna bir örnektir. İşte böyle aslının ifasının imkan dahiline girmesi durumunda gasbın hükmü ne olacaktır?

Hanefi hukukçular burada hangi tarafın talep ettiği tazminat bedelinin ödenmiş olduğuna göre iki farklı çözüm getirmektedirler. Eğer yukarda belirtilen usuli esaslar çerçevesinde gasbın iddia ettiği bedel ödenmişse bu durumda mal sahibinin seçim hakkı vardır. Dilerse malını alır, tazminat bedelini iade eder; dilerse tazminat bedeline razı olur ve mal gasıpta kalır. Aksi olmuş da mal sahibinin talep ettiği bedel ödenmişse bu durumda mal sahibinin seçim hakkı yoktur. Tazminat bedeli kendisinin, mal gasıbidir<sup>119</sup>.

117 Ali Haydar, VIII, 179.

118 Ali Haydar, VIII, 181.

119 Serahsi, XI, 61; Merginani, IX, 347; Ali Haydar, VIII, 87-88; Hafif, I, 219.

### B. Ziyadeler (Zevaid-i Mağsub)

Hanefi hukukçularının unsurlarındaki eksiklikten dolayı ziyadelerde gasbın tahakkukunu kabul etmediğini yukarda belirtmiştik. Fakat bu, gasbın bunlardan asla sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Çeşitli durumlara göre haksız ziyedin yine de belirli bir sorumluluğu vardır. Bunu belirlemeden önce ziyade terimiyle eski hukukumuzda neyin kastedildiğini görmek gerekir.

Kelime anlamı itibariyle ziyade malda meydana gelen artışları ifade eder. Mecelle'nin ziyadelerin iade ve tazmin esaslarını düzenleyen 903. maddesi bir tarif vermemiş, sadece misallerinde bugün tabii semereler olarak ifade edilen hayvanın sütü, yavrusu, ağacın meyvesi, arının balı gibi semereleri zevaid örnekleri olarak saymıştır. İslâm hukukundaki genel anlayış çerçevesinde ziyadeyi malın niteliklerinde meydana gelen müsbet anlamdaki değişme ve tabii semereler olarak tarif etmemiz mümkündür. Buna göre ziyade İslâm hukukunda ikiye ayrılmaktadır :

1. Mala bitişik olup onun bir parçası olan ziyadeler (zevaid-i muttasıla). Bir hayvanın kilo alması, hasta ise iyileşmesi, görme-yen gözünün görür hale gelmesi, kolenin güzelleşmesi, gelişip güçlenmesi bütün bunlar bir değer artışı ifade ettiklerinden ve asıl maldan ayrılmaları söz konusu olmadığından bitişik ziyade olarak değerlendirilmiştir.

2. Mala bitişik olmayan veya bitişik olsa da ayrılması mümkün olan ziyadeler (Zevaid-i munfasıla). Bir hayvanın sütü, yavrusu, yünü, bir ağacın meyvesi, arının balı bu tip ziyadeler cümlesindedir<sup>120</sup>. Açıktır ki zevaid-i muttasılayı tabii semere kavramıyla ifade etmek imkanı yoktur. zevaid-i munfasıla ise bugün tabii semere dediğimiz şeydir. O halde genel olarak ziyade karşılığında tabii semere veya sadece semere dememiz mümkün değildir. Aralarında umum-husus farkı vardır. Gerçi İslâm hukukçuları ziyadeleri bir de «zevaid-i mütevellide» ve «zevaid-i gayrı mütevellide» diye ikiye ayırmakta ve zevaid-i mütevellide ile bahsettiğimiz ziyadeleri, gayrı mütevellide ile de menfaatları kastetmek-

<sup>120</sup> Serahsi, XI, 53-54; Kasani, VII, 160; Zuhayli, Nazariyetü'd-Daman, 123-124; Osman, 7083.

tedirler. Ama ziyedeler terimi ile doktrinde hemen hemen daima mütevellide olan ziyadeler kastedilmiştir. Kaldı ki menfaatlar bizzat kullanmayı da içine aldığından onu ziyade içinde mütalaa etmek bile yine de ziyadeye tam karşılık olarak semere diyemeyiz. Bu durumda da umum-husus farkı ortadan kalkmamaktadır.

Gasbedildikten sonra malda meydana gelen ziyadeler, ister bunlar bitişik ziyade, isterse ayrı ziyade cinsinden olsun mevcut malla birlikte iade edilmek zorundadır. Bir diğer ifadeyle istihkak davasının kapsamına ziyadeler de dahil olmaktadır. İade bakımından ziyadeler için bir ayırım söz konusu olmadığı gibi bu konuda mezhepler arasında bir ihtilaf da mevcut değildir. Bu ziyadelerin mal sahibinin mülkiyetinde bulunduğu şüphe yoktur. Başkasının malına onun izni olmadan el koymak caiz olmadığından (MAA, 97) bunlara gasıp tarafından el konulması mümkün değildir. Problem ziyadelerin her hangi bir sebeple zayı olması durumunda ortaya çıkmakta ve hukukçuların ihtilafı bu noktada başlamaktadır.

Ziyadelerde de gasbın tahakkuk ettiğini ve gasp sorumluluğunun meydana geldiğini kabul eden hukukçular -Şafii ve Hanbeli hukukçular- ziyadelerin her türlü zayı olması durumunda gasbın tazmin mükellefiyeti olduğunu ileri sürerler. Ziyadelerde gasbın tahakkuk ettiğini kabul etmeyen Hanefi hukukçular ise bunların ancak gasıp tarafından istihlak veya itlaf edilmesi durumunda tazmin borcu doğurduğunu ileri sürerler<sup>121</sup>. Hanefilere göre ziyadelerde gasp tahakkuk etmeyince, bir diğer ifadeyle gayrimenkullerde olduğu gibi bunlar üzerinde de daman zilyetliği (yed-i daman) gerçekleşmeyince emanet zilyetliği (yed-i emanet) gerçekleşmekte, kısaca bunlar gasbın elinde emanet hükmünde olmaktadır<sup>122</sup>. Sorumluluğu da Mecelle'nin 777 ve sonraki maddeleri çerçevesinde şekillenmektedir. Buna göre ziyadelerin istihlak veya telef olması başlıca üç şekilde gerçekleşmektedir.

Birincisi bizzat gasbın ziyadeyi tüketmesi veya itlaf etmesidir. Mağsub hayvanın sütünü içmesi, yavrusunu satması, keza gas-

121 Halebi, 176; Zuhayli, Nazariyyetü'd-daman, 123-124.

122 Merginani, IX, 348; Mavsili, III, 64; Atif Bey, Gasb, 17; Bilmen, VII, 343-344.

bedilen bahçenin meyvelerini tüketmesi veya satması örneklerinde bu tür bir itlaf veya tüketim söz konusudur. Bu durumda gasıp emanet sorumluluğunun şartlarına riayet etmediği için meydana gelen zararı, yani ziyadeleri tazminle sorumludur (MAA, 777). Mecelle gasıbın bu sorumluluğunun açıkca da ifade etmiştir : «Ve gasıp anı (zevaidi) istihlak ederse zamin olur.» (MAA, 903). Bu duruma göre gasıp topladığı semerelerden sorumlu olmakta, fakat toplamayı ihmal ettiklerinden sorumlu bulunmamaktadır. Demek ki gasbettığı bahçenin meyvelerini toplamaz da ağaçların üzerinde kurumaya terkederse bunları tazmin borcu bulunmamaktadır.

İkincisi ziyadelerin bir üçüncü şahıs tarafından tüketilmesi veya itlaf edilmesi halidir. Bu durumda itlaf veya istihlak eden için bir tazmin borcunun doğduğu aşıkardır. Onun bakımından bu ayrı bir haksız fiil olan itlaftır. Bu durumda gasıbın bir sorumluluğu yoktur. Dolayısıyla malik asıl malın iade ve tazminini gasıptan isteyebilirse de ziyadelerinin tazminini isteyemez. Yalnız bu durumda da gasıbı mutlak olarak sorumsuz saymamak gerekir. Madem ki o emanet sorumluluğu altındadır; o halde en azından emin sıfatıyla malı elinde bulunduranın sorumlu olduğu durumlarda gasıbı da sorumlu saymak gerekir. Şöyle ki gasıbın «sun ve teaddisi» ve muhafazadaki kusuru sebebiyle zayi olması durumunda (MAA, 777) bu, üçüncü bir şahsın fiilinden neşet etmiş bile olsa gasıbı da burada sorumlu saymak gerekecektir. Aynı şekilde ziyadeler hakkında sahibinin razı olmayacağı şeyi yapmayı da teaddi saymak ve bu durumda da gasıbı sorumlu tutmak gerekir.

Üçüncüsü ziyadelerin bir mucbir sebeple zayi olması halidir. Sel, yangın v.b. bir mücbir sebeple ziyadelerin zayi olması durumunda gasıbın tazmin sorumluluğu yoktur. Halbuki aynı durumda zayi olan asıl mal için bu sorumluluk vardır. Meseleyi şöylece misallendirebiliriz. Mağsub inek ve sonradan olan yavrusu bir sele kapılırsalar gasıp asıl mal olan ineği tazmin edecek, ziyade olan yavruyu etmeyecektir.

Hanefi hukukçular ziyadeler konusundaki bu görüşlerine iki istisna getirirler. Birincisi ziyadelerin başkasına satılıp teslim edilmesi, ikincisi sahibi tarafından talep edildiği halde iadede kaç-

nılması halidir. Bu iki halde de gasp artık asıl malın her türlü ziyandan sorumlu olduğu gibi ziyalardan de sorumludur.

Ziyadeler gasıbın elinde emanet hükmünde olduğundan yanında bulunan vediyayı satan ve teslim eden vedia alanın bundan sorumlu olması gibi ziyadeleri ister asıl malla birlikte ister ayrı olarak satıp teslim eden gasp da bundan sorumludur. Çünkü bu satış ve teslimle gasp mal sahibinin bunu kendisinden geri alma imkanını ortadan kaldırmış ve böylece hukuka aykırı bir fiil işlemiştir<sup>123</sup>. Bu bir anlamda «zevaid-i mağsub»u istihlak anlamını taşımaktadır. Zevaidi istihlak eden ise MAA, 903. madde hükmünce zamin olur. Böyle bir satış durumunda mal sahibi dilerse gasıba, dilerse satın alana ziyadeleri tazmin ettirebilir.

Sahibi tarafından istendiği halde ziyadelerin iade edilmediği durumlarda bu andan itibaren gasp sorumluluğuna tabi olması da yine o ana kadar tabi olduğu emanet sorumluluğunun (yed-i emanet) gereğidir. MAA 794. maddenin ikinci fıkrasında vedianın mudi tarafından istendiği halde geri verilmemesi durumunda her halükarda tazmin edileceği hükme bağlanmıştı. Emanet kitabındaki bu hüküm Gasb ve İtlaf kitabında da biraz değişik bir biçimde tekrar edilmektedir (MAA, 901)<sup>124</sup>. Yalnız gayrimenkullerde olduğu gibi ziyadelerde de talep anından itibaren gasp sorumluluğunun işlemeye başlaması sanki o ana kadar ziyadeler gasıbın elinde mal sahibinin rızası ile duruyormuş gibi bir intiba yaratmaktadır ki böyle bir şey mevcut değildir. Mal sahibinin rızası asıl malda ve ziyadelerde başlangıçtan itibaren yok saymak gerektiğinden iade talebinin bu durumda ne gibi bir değişiklik meydana getirdiği anlaşılammaktadır. Belki bu çözüm şekli iyi ve kötü niyetli zilyet ayırımı yapıldığında ve iyi niyetli zilyet ancak talep anından itibaren her türlü zarardan sorumlu tutulduğunda bir haklılık kazanmaktadır. O zaman kötü niyetli zilyet ile iyi niyetli zilyet arasında ziyadeler bakımından makul bir ayırım yapılmış olmaktadır. Ne var ki böyle bir ayırımın yapıldığına rastlanmamaktadır.

123 Serahsi, XI, 71-72; Kasani, VII, 143; İbn Abidin, VI, 204; Ali Haydar, VIII, 165; Osman, 7084.

124 Ayrıca bk. Serahsi, XI, 55-56; Kasani, VII, 143; Merginani, IX, 348; Haskefi, VI, 204, Halebi, 176.

Yukarıda belirtilen iki istisnada her halükârda tazmin edilmesi kabul edilen ziyadeler tabii semere de diyebileceğimiz zeva-id-i munfasıladır<sup>125</sup>. Bitişik ziyadelerin ayrıca iade edilmesi mümkün olmadığından talep edildiği halde iade edilmemesi durumu onlar hakkında geçerli değildir<sup>126</sup>. Asıl malla birlikte başkasına satıldığı durumlarda Ebu Hanife'ye göre bunlar yine tazmin edilmez. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bunlar da tabii semereler gibi tazmin edilir<sup>127</sup>. Bu durum gasbedilen malın tazmininde esas olarak alınacak zamanla yakından ilgilidir. Tazminat miktarını belirlemede esas olarak gasp zamanı ölçü alınınca mağsub malda meydana gelen müsbet gelişmeler nazara alınmıyor demektir. Mecelle tazmininde gasp zamanını ölçü aldığından anlaşılıyor ki ziyade-i muttasılada Ebu Hanife'nin görüşünü benimsemiş ve bunların tazminini kabul etmemiştir. Muhtemel ki 903. maddenin örneklerinde bu tür ziyadeden hiç bahsedilmemiş olması bu sebeplerdir. Ebu Hanife ile iki talebesinin bu konudaki görüş ayrılıklarının pratik sonucu şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Gasıp mağsub malı bir üçüncü şahsa satarsa mal sahibi dilerse gasıptan, dilerse satın alandan tazminat talep edebilir. Ebu Hanife'ye göre mal sahibi gasıptan talep ederse gasp anındaki değerini talep edecektir. Halbuki Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre gasıptan talep ederse gasp zamanındaki değerine ilave olarak satış anına kadar malda ziyade-i muttasıla cinsi bir artış olmuşsa onu da talep edebilir<sup>128</sup>. Bir örnek verecek olursak 1 milyon lira değerindeki bir buzağıyı gasbeden bir kimse iki sene sonra bunu değeri 5 milyon liraya ulaştığında bir üçüncü şahsa satsa, mal sahibi buzağının değerini gasıptan talep ederse 1 milyon lira talep edecek, müşteriden isterse 5 milyon lira isteyecektir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise bu arada meydana gelen artış da tazminat kapsamına dahildir ve mal sahibi gasıptan istediğinde de 5 milyon lira isteyecektir. İşte Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bitişik ziyadelerin satış sebebi ile tazmin edilmesi bu demektir.

İki görüş arasındaki fark şu noktada önem kazanmaktadır. Örneğimizdeki buzağıya gasıp elinde bulundurduğu süre içinde

125 Kasani, VII, 143; Ali Haydar, VIII, 162.

126 Atıf Bey, Gasb, 17; Osman, 7085.

127 Kasani, VII, 144; İbn Abidin, VI, 204; Ali Haydar, VIII, 162, 165-166.

128 Kasani, VII, 143.

bir takım masraflar yapmakta ve bu masraflar sonucu hayvan gelişip 5 milyon liralık bir değere ulaşmaktadır. Daha önce gördüğümüz üzere gasıp bu masrafları mal sahibinden tahsil edememektedir. Bu duruma göre buzağıyı satış durumunda Ebu Hanife'nin görüşüne uygun olarak gasıbın sadece gasp anındaki değerle sorumlu olması kendi bakımından daha lehte, fakat masrafları bu yolla tahsil ettiği için bu konudaki genel kurla bir tezat etmektedir. Ebu Yusuf ve Muhammed'in görüşüne uygun olarak gasıbın satış anında ziyadeleri de tazmin etmesi ise kendisinin aleyhinde olmakta fakat masrafların tahsil edilmemesi ilkesiyle bir paralellik arz etmektedir.

Şafiiler ve Hanbeliler ziyadeler konusunda Hanefilerden farklı görüştedirler. Bunlara göre ziyadeler gasp sorumluluğu altında olan bir maldan türediklerinden ve gasıpta mal sahibinin rızası dışında bulduklarından gasp sorumluluğuna dahildirler. İade edilmediği her durumda ister ayrı ister bitişik ziyadeler gurubundan olsunlar tazmin edilirler<sup>129</sup>. Malikiler bu konuda Hanefiler gibi düşünmekte ve ziyadelerin gasıbın fiil ve kusuru olmadan zayi olması halinde tazmin sorumluluğu doğurduğunu kabul etmemektedirler<sup>130</sup>.

Netice olarak şu söylenebilir ki ziyadeleri gasp sorumluluğu altına almayan Hanefi ve Maliki hukukçuların görüşü mal sahibini, her halükarda bu sorumluluk altına sokan Şafii ve Hanbeli hukukçuların görüşü ise iyi niyetli haksız zilyetleri mağdur etmektedir. Bu durumda karma bir çözüm şekli yani kötü niyetli zilyetler için Şafii ve Hanbeli görüşünü, iyi niyetli zilyetler içinse Hanefi ve Maliki görüşünü uygulamak daha uygun olabilir.

### C. Menfaatların Tazmini ve Ecr-i Misil

Genel olarak menfaatin tazminini kabul etmeyen Hanefilerin ihtiyaçların zorlamasıyla üç konuda bu kurallarına istisna getirdikleri yukarda belirtildi. İşte Hanefiler menfaatin tazmin edildiği bu durumlarda ecr-i misil ödenmesini kabul etmişlerdir. Ecr-i

129 Şafii, III, 219; İbn Kudame, V, 255-260; Serahsi, XI, 53-55; Marghani, IX, 348.

130 Sahnun, V, 346, 352; İbn Kudame, V, 258-260.



misili Mecelle «bi garaz ehl-i vukufun takdir ettikleri ücrettir» diye tarif etmiş ise de onu daha etraflı olarak «bir akde istinad etmeksizin yararlanılan veya sahibinin yararlanmasına engel olunan bir menfaat karşılığında ödenen değer kiradır» diye tarif etmek mümkündür. Ecr-i misil hem akit sorumluluğunda hem de haksız fiil sorumluluğunda söz konusu olmaktadır.

Yukarda belirtilen üç durumda Hanefilerce ödenmesi kabul edilen ecr-i mislin belirlenmesinde gasbedilen menkul ve gayri-menkulün bulunduğu yer ve kullanıldığı zaman esas alınmakta ve aynı durum ve şartlardaki mallar için ödenmekte olan değer kiranın tesbitine çalışılmaktadır<sup>131</sup>. Bunun belirlenmesinde ehl-i vukuftan faydalanabileceği gibi İslâm hukukundaki genel isbat vasıtalarından da yararlanılabilir. Bir diğer ifadeyle davacının iddia ettiği miktarı davalının kabulüyle, şahitlerle ve şartları gerçekleştiginde davalının yeminli beyanıyla bu ücret tesbit edilebilir<sup>132</sup>.

Bir vakfa, veya yetime ait olan veya kiralık bulunan bir malı gasbeden kimse bunu kullansa da atıl olarak bekletse de ecr-i misil ödemek zorundadır. Aynı durum mağsub malın kiraya verilmesi halinde de geçerlidir. Yalnız bu durumda gasıbın almış olduğu kira (ecr-i müsemma) ecr-i misilden çoksa bu halde aldığı kira bedelini ödeyecektir. Ama ecr-i misilden azsa ödenecek miktar alınan kira bedeli değil, ecr-i misildir<sup>133</sup>. Kullanım sırasında taşınır veya taşınmaz mağsub malda bir eksilme meydana gelse Hanefi hukukçulara göre hem bu eksilmenin ve hem de menfaatin tazmini mümkün değildir. Bu durumda «bedel-i noksan» ile ecr-i misilden hangisi yüksekse o ödenir, diğeri düşer<sup>134</sup>. Halbuki Şafii ve Hanbelilerde bu ikisi birbirine karıştırılmaz; her ikisi de ayrı ayrı tazmin edilir<sup>135</sup>. Bunun mal sahibinin daha lehine olduğu aşıkardır. Miri arazide «noksan-ı arz» hiç bir şekilde tazmin edilmediğinden ecr-i mislin ödenmesini düzenleyen tadilden sonra sadece ecr-i misli ödenmesi söz konusu olmaktadır.

131 Ali Haydar, II, 18; Atif Bey, İcarat, 8; Feyzioglu, 47.

132 Ali Haydar, II, 21.

133 İbn Abidin, VI, 209; Ali Haydar, II, 496.

134 Ali Haydar, VIII, 208.

135 İbn Kudame, V, 262.

Gasbedilen mal tarla ise ve bulunduğu bölgede bu tip tarla kiralalarında yetişen ürünün belli bir miktarının kira olarak verilmesi mutad ise ecr-i misil olarak bu ürün de verilebilir. Böyle bir örf yoksa veya özellikle vakıf mallar için nakden ecr-i misil daha karlı ise o tercih edilir<sup>136</sup>.

*D. Gasbedilen Malın Elden Çıkması  
Durumunda İade ve Tazim*

Gasbedilen malın gasıbın elinden çıkması iki şekilde mümkün olabilir. Birincisi mağsub malın tekrar bir gasba konu olması; ikincisi de gasbedilen malın gasıp tarafından satım, vedia, kira ve hibe gibi bir hukuki işlemle başkasına devredilmesidir. İslâm hukukunda bir malın başkasının eline hukuka aykırı bir şekilde geçmesi durumunda iyi niyetli - kötü niyetli zilyet ayrımı yapılmamakta ve her iki halde de haksız zilyedin iade ve tazmin borcu bulunmakla birlikte yine de nihai hükümler bakımından aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Bu bakımdan meselenin ayrı ayrı ele alınıp incelenmesi gerekir.

*Mağsubun Bir İkinci Gasıbın (Gasıbu'l-gasıb)  
Eline Geçmesi Hali*

Gasbedilen malın bir başkası tarafından tekrar gasbedilmesi durumunda ikinci gasıp (Gasıbu'l-gasıb) ilk gasıbın yukarıda belirtilen iade ve tazmin yükümlülüğüne aynen tabidir (MAA, 910). Dolayısıyla mal aynen duruyorsa iade etmek, kendi fiiliyle olsun veya olmasın zayı olmuş veya hasar görmüşse tazmin etmek zorundadır.

Mağsub malın tekrar gasbedilmesi durumunda mal sahibinin elinde iki imkan vardır. Gasbedilen mal aynen duruyorsa mal sahibi ikinci gasıptan bunun iadesini isteyebilir. İstihkak davası ancak malın halıkazırdaki zilyedine karşı açıldığından (MAA, 1635), ilk gasıba karşı bir istihkak davası açamaz. Yalnız mal sahibi kendisi için daha elverişli ise ilk gasıba karşı bir tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bu durumda gasıp gasıbın genel

136 İbn Abidin, VI, 195-196; Fezyioğlu, 36.

hükümleri çerçevesinde zorla aldığı malı tazmin etmek zorundadır (MAA, 891). Mağsub mal her hangi bir sebeple itlaf edilmiş veya zayi olmuşsa, bu durumda mal sahibi dilerse birinci, dilerse ikinci gasıba malını tazmin ettirme hakkına sahiptir (MAA, 910). Birinci gasıp malın kendisinden de gasbedilmiş olduğunu ileri sürerek önce ikinci gasıptan tazminat talebinde bulunulmasını, bu mümkün olmazsa kendisinden talep edilmesini isteyemez. Şu kadar var ki mal sahibi dilerse malın değerinin bir kısmını birinci gasıptan, kalanını ikinci gasıptan talep edebilir (MAA, 910).

Mağsub malın gayrı misli bir mal olması veya o hükümde kabul edilmesi durumunda tazminat istenecek şahsa göre bu tazminatın miktarı farklı olabilecektir. Çünkü iki gasıp da malın kendi zamanlarındaki değerini ödeyeceklerdir<sup>137</sup>. Özellikle iki gasıp zamanı arasında uzun bir fasıla olduğu hallerde farklı değerlerle sorumlu olmaları mümkündür.

Mal sahibi ilk gasıba tazmin ettirmişse bu da ödediği tazminat miktarı için ikinciye rücu edebilir. Çünkü bedelini ödemekle gasbettiği malın artık sahibi durumuna geçmiştir. İkinci gasıbın tazmin etmesi durumunda ise ikinci gasıp birinciye rücu edemez (MAA, 910). Çünkü bu durumda ilk gasıbın ikinciye karşı bir haksız fiili söz konusu değildir<sup>138</sup>. İyi niyetli ile kötü niyetli zilyet arasında farklılık olan noktalardan biri burasıdır. Daha sonra belirtileceği üzere ikinci haksız zilyedin iyi niyetli olması durumunda belirli şartlarla birinciye rücu etmesi mümkün olabilecektir.

Gasbedilen malın ikinci defa gasbedilmesi durumunda meydana gelen tazmin sorumluluğuyla ilgili bazı usuli problemleri bu arada belirtmek gerekir. Mal sahibi iki gasıptan birini tercih etmiş ve ona tazmin ettirmiş veya bunun için mahkemeden bir hüküm almışsa artık diğerinden tazminat talebinde bulunamaz (MAA, 1651). Ama mal sahibi gasıplardan biri aleyhine tazminat davası açmış, fakat henüz sonuçlanmamışsa veyahut birinden tazminat talebinde bulunmuş o da bunu kabul etmiş, fakat henüz tediye bulunmamışsa mal sahibi bundan vazgeçip diğerinden tazminat talebinde bulunabilir mi? Ebu Hanife ve Muhammed

137 Ali Haydar, VIII, 215; Reşid Paşa, V, 123.

138 Atif Bey, Gasb, 22; Reşid Paşa, V, 124-125; Bilmen, VII, 351.

mal sahibinin dava ettiği veya talep edip de kabul gördüğü gasıptan vazgeçip diğerinden tazminat talebinde bulunamayacağı görüşündedirler. Hatta talep ve davadan sonra gasıbın iflas etmiş ve ödeyemez duruma gelmiş olması halinde dahi mal sahibi diğer gasıptan tazminat talebinde bulunamaz. Ebu Yusuf'a göre ise mal sahibi hakkını almadıkça diğerinden olan talep hakkı sakıt olmaz<sup>139</sup>.

Gasbedilen malın sahibine iadesi veya tazmini ister birinci gasıp ister ikinci gasıp tarafından yapılmış olsun bununla diğer gasıbın sorumluluğu da sona ermiş olmaktadır. İkinci gasıp iade ve tazmini mal sahibine değil de birinci gasıba yaparsa bu durumda da mal sahibine karşı sorumluluktan kurtulmuş olacak mıdır? İkinci gasıp ilk gasıba gasbettiği malı iade etmişse bununla mal sahibi karşısındaki sorumluluğunun da sona erdiğinde tereddüt yoktur (MAA, 911). Yalnız ikinci gasıp gasbedilen malı değil de bedelini ödüyorsa Ebu Hanife ve Muhammed'e göre ilk gasıba yapılan ödeme ikinciye mal sahibine karşı sorumluluktan kurtarır. Ebu Yusuf'un bir görüşüne göre ise ilk gasıba yapılan bu tazmin hakimin hükmüyle olmalıdır; aksi halde mal sahibine karşı ikinci gasıbın sorumluluğu devam eder<sup>140</sup>. Mağsub malda ilk veya ikinci gasıbın elinde iken «munfasıl» bir ziyade meydana gelir de gasıbın bir fiiliyle bu ziyade zayi olursa asıl maldan ayrı olarak bu ziyade de genel hükümler çerçevesinde haksız zilyet tarafından tazmin edilecektir.

Burada ikinci gasıbın ilk gasıba yapmış olduğu iade ve tazmin, ilk gasıbın ikrarından başka bir delille isbat edilmiş olmalıdır. Zira ilk gasıbın ikrarı kendi hakkında hüküm doğurur ve mal sahibine tazminat ödemesi durumunda ikinci defa gasıbu'l-gasıba rücuunu önlerse de mal sahibi hakkında hüküm doğurmaz ve onun ikinci gasıptan tazminat istemesini önleyemez. Yalnız bu durumda ikinci defa tazminat ödemek durumunda kalan gasıbu'l-gasıb ilk gasıbın ikrarına dayanarak başkaca bir isbat vasıtasına gerek olmaksızın ilk ödediğini ondan geri alır<sup>141</sup>.

139 Bağdadi, 119; Ali Haydar, VIII, 219; Atif Bey, Gasb, 22; Reşid Paşa, V, 124.

140 Ali Haydar, VIII, 215; Reşid Paşa, V, 123.

141 Bağdadi, 119; Atif Bey, Gasb, 24; Reşid Paşa, V, 125.

*Mağsubun Bir Hukuki İşlemler Elden Çıkması*

Gasbedilen malın satış, kira, vedia, hibe gibi bir hukuki işlemle gasıbın elinden çıkması ve iyi niyetli bir üçüncü şahsın eline geçmesi durumunda gasbın hükümlerinde bir farklılık olacak mıdır? Önce şu noktanın açıklığa kavuşturulması gerekir. Hanefi hukukçuların eserlerinde çoğu kere mutlak olarak satış, kira, ariyetten bahsedilmekte ve karşı tarafın iyi niyetli olup olmadığı açıkça belirtilmemekte ise de burada esas itibariyle iyi niyetli zilyet kastedilmektedir. Zira iyi niyetli haksız zilyedin mal sahibine ödediği tazminat için asıl gasıba rücuu «tağrir» esasına dayanmaktadır (MAA, 658). Tağrirden bahsedebilmek için ise belirtilen hukuki işlemlere taraf olan kimsenin bu malın gasbedilmiş olduğunu bilmemesi gerekir. Maamafih bu konu Hanefi fıkıh kitaplarında tamamen meskut geçilmiş de değildir. Vedia alanın vediayı tazmin etmesi halinde aldanmış olduğu için vedia bırakan gasıptan tazmin edilmesini talep edeceği<sup>142</sup>, gasbedilen malın kiraya verilmesi ve orada da telef olması halinde kiracının tazmin etmek zorunda kaldığı mecurun bedelini gasıptan ancak gasbı bilmemesi, yani iyi niyetli olması halinde isteyebileceği kaynaklarda açıkça belirtilmektedir<sup>143</sup>. Mecelle'nin kiralık (muaddün li'l-istiğla) mallardaki menfaatin tazmini esasını düzenleyen 598. maddesi «bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey ve teslim ile...» diyerek gasıbın kendisini malik gibi göstermesi, müşterinin de onu malik sanması durumunda menfaatin tazmin edilmeyeceği esasını getirmektedir. Bununla birlikte sadece satış akdi söz konusu olunca gasbedilen malı alan müşterinin iyi veya kötü niyetli oluşu mağsubu tazmin ve gasıba rücu bakımından bir farklılık yaratmaz<sup>144</sup>.

İslam hukuku genel olarak gasbedilmiş bir malın iyi niyetli üçüncü şahsın eline geçmesi durumunda da ilk planda mal sahibinin menfaatlarını korumaktadır. Bu bakımdan iyi ve kötü niyetli zilyet arasında bir fark yoktur. Ne var ki iyi niyetli zilyedi mal sahibine karşı korumayan İslâm hukuku gasıba karşı koru-

142 Serahsi, XI, 98.

143 Ali Haydar, VIII, 225-226.

144 Hafif, I, 149.

muştur. Bu sebeple mal sahibine tazminat ödediği bir çok durumda gasıba karşı rücu hakkı tanımıştır. Maamafih istisnaen mal sahibine karşı koruduğunun örnekleri de vardır. Menfaatların gasbında gördüğümüz üzere kiralık malların iyi niyetle kullanılması bir diğer ifadeyle «tevil-i mülk» ve «tevil-i akd»e dayanarak kullanılması durumlarında haksız zilyet menfaati tazmin borcundan kurtulmuştur. Halbuki aynı tür malların iyi niyete dayanmayan kullanılmasında menfaatin tazmin edilmesi esastır.

Bu genel hükümler çerçevesinde gasbedilen malın hukuki bir işlemle elden çıkması halinde tâbi olduğu iade ve tazmin esaslarını şu şekilde belirleyebiliriz. Malı gasbedilen ve bir hukuki işleme icazet verecek ve onu geçerli kılacaktır. Bu durumda kendisi hukuki işlemlerin tarafı durumuna geçecek ve gasıptan satış veya kira bedelini istirdad edecektir<sup>145</sup>. Veyahut bu işleme icazet vermeyip gasbedilen malın iadesi veya tazmini cihetine gidecektir. Gasbedilen mal iyi niyetli zilyedin elinde mevcutsa mal sahibi bir istihkak davasıyla malını ondan geri alabilir. İyi niyetli olmak burada malın iadesini önleyici bir rol oynamaz. Bu durumda şayet mal sahibi için daha elverişli ise malın iadesini talep yerine ilk gasıba karşı tazminat davası da açabilir<sup>146</sup>. Bu durumda gasıp asıl malı ve meydana gelen munfasıl ziyadeleri tazmin zorundadır. Çünkü gasbedilen malı ve ziyadeleri satmakla hem mal hem de ziyadeler için gasp sorumluluğu altına girmiştir. Ziyadelerin gasıba veya iyi niyetli zilyede isnadı mümkün olmayan bir fiille zayi olması durumunda bu iyi niyetli zilyedin sorumluluk kapsamını daraltırsa da gasıbinkini daraltmaz. Bu tazminle gasıp geçmişe etkili olarak mağsub malın sahibi durumuna geçer ve yapmış olduğu hukuki işlemler geçerli hale gelir<sup>147</sup>.

Gasbedilen malın iyi niyetli zilyet elinde telef olması durumunda ise mal sahibinin tazminat konusunda yine iki seçeneği bulunmaktadır. Ya doğrudan gasıptan veya haksız zilyetten malın kendi sorumluluklarının başladığı andaki değerini ister<sup>148</sup>. Taz-

145 Ali Haydar, VIII, 223; Atıf Bey, Gasb, 22-23; Reşid Paşa, V, 126; Bilmen, VII, 256-257.

146 Ali Haydar, VIII, 223.

147 Ali Haydar, VIII, 223-224; Atıf, Gasb, 22-23.

148 Kasani, VII, 145; Ali Haydar, VIII, 89-90, 223-224; Atıf Bey, Gasb, 22-23.

minatı iyi niyetli zilyet öderse bu durumda gasıpla arasındaki hukuki işlemin nevine göre gasıp rücu hakkına sahip olur veya olmaz. Bu meseleyi bu hukuki işlemin cinsine göre teker teker ele almak gerekir.

Mağsub mal bir satım akdiyle haksız zilyedin eline geçmişse malı iade veya bedelini tazmin durumunda haksız zilyet asıl gasıptan vermiş olduğu satış bedelini geri alabilecektir. Şu kadar var ki bedelin tazmini halinde malın kendi elini geçtiği andaki değerini ödeyen haksız zilyet, gasıba satış bedeliyle rücu edebilecektir<sup>149</sup>. Malın değerinin satış bedelinden yüksek olduğu durumlarda daha yüksek bir tazminat bedeli ödeyen zilyedin ancak satış bedeli oranında rücu edebilmesi mezkur zilyet bakımından haksız bir durumun ortaya çıkmasına yol açacaktır. Halbuki ıvazlı akitlerde tağrir esasını düzenleyen Mecelle'nin 658 maddesi «Akd-i muvazaa zımnında bir kimse birini aldatmış olsa zararını zamin olur» diyerek zararın tamamının karşılanması esasını getirmiştir. Nitekim Şafii ve Hanbelilerde benzer durumlarda ödenen tazminat bedelinin tamamı için iyi niyetli zilyede gasıba yönelik olarak bir rücu hakkı tanınmıştır<sup>150</sup>. Hanefilerin böyle bir sonucu kabul etmeleri muhtemel ki satış bakımından iyi niyetli-kötü niyetli zilyet ayırımı yapmamış olmaları yüzündendir.

Mağsubun bir kira akdiyle iyi niyetli kişilerin eline geçtiği durumlarda kiracı için asıl mal sahibine tazminat ödemesi halinde kiralayan durumundaki gasıba karşı rücu hakkı doğmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere bu rücu için kiracının iyi niyeti şarttır. Tabiatıyla buradaki teleften kiracının haksız fiili sonucu olmayan bir zayi olma kastedilmektedir. Böylece başlı başına bir itfal teşkil eden haksız fiil durumlarında kiracının asıl gasıba ödediği miktar için rücu hakkı söz konusu değildir. Hatta bu durumda tazminatı asıl gasıp ödese dediği bu miktar için kiracıya karşı rücu hakkına sahip olur<sup>151</sup>. Aynı çözüm vedia için de geçerlidir. Vedia bırakılan kendisine bırakılan mağsup malın telef olması ve mal sahibine tazminat ödemesi durumunda kendisine

149 Kasani, VII, 145; Ali Haydar, VIII, 223-224.

150 Şafii, III, 219-220; İbn Kudame, V, 263.

151 Ali Haydar, VIII, 225-226.

isnadı mümkün olan bir haksız fiil söz konusu değilse ödemiş olduğu tazminat bedeli için gasıba rücu eder (MAA, 787)<sup>152</sup>.

Gasbedilen malın iyi niyetli zilyede hibe yoluyla geçmesi de mümkündür. Bu durumda telef olan mağsubun bedeli hibe yapılan kimse tarafından ödendiği durumlarda onun bu bedel için gasıba rücu mümkün değildir<sup>153</sup>. Hibe ivazlı bir akit olmadığından MAA, 658'deki tağrir kuralı burada uygulanmaz.

Netice olarak denebilir ki İslâm hukuku iyi niyete fazla bir önem vermemiş, asıl olarak malikin menfaatini korumuştur. Menfaatla hakkaniyetin çatıştığı yerde ahlakı tercih etmiştir<sup>154</sup>. «Def-i mefasid celb-i menafiden evladır» (MAA, 30) genel prensibi de İslâm hukukunun bu konudaki bakış açısını ortaya koymaktadır.

---

152 Serahsi, XI, 98; Ali Haydar, VIII, 228.

153 Serahsi, XI, 81; İbn Abidin, VI, 197-198.

154 Feyzioglu, 31.