
Bayburt Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi /
Journal of Divinity Faculty of Bayburt University
ISSN 2148-6700 / e-ISSN 2630-595X
Sayı: 13 2021/1 - Haziran / June

**SON DÖNEM OSMANLI UYGULAMASINDA GASP
FİİLİNİN TEZAHÜRLERİ**

*The Act of Usurpation in the Last Period Ottoman
Practice*

Muhammed Emin KIZILAY

Dr. Arş. Gör., Bayburt Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Bayburt/Türkiye
PhD Research Assistant ,Bayburt University Faculty of Divinity,
Department of Islamic Law, Bayburt / Turkey
eminkizilayzade@hotmail.com.tr

ORCID ID: 0000-0002-2082-0597

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Type: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Date Received: 10 Mayıs / 10 May 2021

Kabul Tarihi / Date Accepted: 25 Haziran /25 June 2021

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Haziran / June

Atıf / Citation: Muhammed Emin Kızılay, Son Dönem Osmanlı
Uygulamasında Gasp Fiilinin Tezahürleri, Bayburt Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi Dergisi, 12 (Yaz) 2020) doi:10.47098/bayburt-
ilahiyat.935682

Öz

İnsanlar arasındaki çeşitli münasebetleri düzenleyen fıkıh ilminin amaçlarından biri, naslardan hareketle toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilmektir. Tarihi süreçte ihtiyaçlara verilen cevaplar belli bir birikim oluşturmuş ve bu birikim fakihler tarafından işlenerek bir hukuk nazariyesi meydana getirilmiştir. Bu nazari birikim günümüze kadar ulaşmıştır. Bugün fıkıh alanında yapılan çalışmalarda ise sadece nazari birikim üzerinde durmak, nazariyenin toplumdaki yansımalarını ve uygulamalarını da görmek gerekmektedir. Uygulama ve nazariye arasındaki ilişkiyi görebilmenin yolu ise bir konuyu belli bir dönem üzerinden ele almaktır. Çalışma bu ilişkiyi, son dönem Osmanlı hukukunda gasp fiilinin tezahürleri üzerinden görmeyi amaçlamaktadır. Hukuk alanında birçok değişimin yaşandığı bu dönemde gasp konusu Hanefi mezhebi çerçevesinde ele alınmıştır. Nazariyede tartışılan bu konunun uygulamada birkaç farklı şekilde tezahür ettiği, bir haksız fiil türü olan gasbın çoğu kez suç unsuruyla birlikte meydana geldiği görülmüştür. Bu sebeple gasp, borçlar hukukunun konusu olmasına rağmen, son dönem Osmanlı uygulamasında gasp ile ilgili verilere daha çok ceza mahkemelerine ait kayıtlarda rastlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gasp, Haksız Fiil, Osmanlı Hukuku.

Abstract

One of the aims of the science of fiqh, which regulates various relations between people, is to respond to the needs of the society based on the nass. In the historical process, the answers given to the needs have formed a certain accumulation. This accumulation has been processed by the scholars and a theory of law has been formed and this theory has reached today. Today, in the field of fiqh, it is necessary not only to focus on theoretical accumulation, but also to see the reflections and practices of theory in society. The way to see the relationship between practice and theory is to deal with a subject specific to a particular period. The study aims to see this relationship through the manifestations of the act of usurpation in the late Ottoman law. In this period when many changes were experienced in the field of law, the issue of usurpation was handled in accordance with the Hanafî sect. It has been observed that this issue discussed in the theory has manifested in several different ways in practice, and usurpation, which is a type of tort, often occurs together with the criminal element. For this reason, although usurpation is the subject of the law of obligations, in the last period Ottoman practice, the data about usurpation are mostly found in the records of criminal courts.

Keywords: Usurpation, Tort, Ottoman Law.

Giriş

İnsanlar arasında en sık meydana gelen münasebetlerden biri borç ilişkileridir. Borç; “kişileri birbirlerine karşı bir şey yapmak yahut vermekle yükümlü kılan hukuki ilişki veya bu ilişkinin doğurduğu yükümlülük” olarak tanımlanmaktadır.¹ Kişiler arasındaki bu türden hukuki ilişkiyi veya yükümlülüğü doğuran şeylere ise borcun kaynakları denilmektedir. Borcun kaynaklarından biri ise haksız fiillerdir. Haksız fiil, “hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına veya mal varlığına zarar veren fiil”² olarak tanımlanmaktadır. Buna göre fıkıh literatüründe ele alınan gasp, itlaf, hırsızlık, eşkıyalık ve öldürme yaralama gibi bazı müessir fiiller birer haksız fiildir. Bun-

¹ Mehmet Âkif Aydın, “Borç”, *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 6/285.

² Mehmet Âkif Aydın, “Haksız Fiil”, *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 15/210.

ların her birinin kendine has özellikleri ve hükümleri vardır. Bunlar içerisinde en ağır sorumluluk türü ise gasptir. Zira gasp sorumluluğu, gasp edilen malın ve bazı durumlarda bu maldan elde edilen menfaatlerin herhangi bir şekilde haksız fiile maruz kaldığı her durumu kapsamaktadır.³ Bu sebeple klasik literatürde gasp ile ilgili konular detaylıca ele alınmaktadır. Böylesi ağır bir sorumluluğa kaynaklık ettiğinden gasbı meydana getiren unsurlar da önem kazanmaktadır. Gasbın unsurlarından biri fiildir. Gasp fiili olarak adlandırılan bu fiil, genel olarak haksız fiil sorumluluğu için aranan unsurlardan biri olmakla beraber diğer haksız fiillerden ayrılan birtakım hususiyetlere sahiptir. Literatürde bu hususiyetler nazari olarak ele alınmakta ve detaylıca tartışılmaktadır.

Fıkıhta ele alınan konulara, uygulama ve nazariye arasındaki ilişki çerçevesinden yaklaşıldığında nazariyede ele alınan konuların uygulamada birden fazla tezahürü olduğu görülmektedir. Bu tür farklı tezahürler sosyal hayatın çeşitliliği içerisinde ortaya çıkmaktadır. Bunların tamamının literatürde ele alınması ise anlamsız olacaktır. Zira fıkıhın amacı sosyal hayat içerisinde normların nasıl uygulandığını ve ne şekilde tezahür ettiğini tespit edip kaydetmek değildir. Bu görev daha çok fıkıh araştırmacılarına, özellikle fıkıhın tarih içerisindeki işlevini görmeyi hedefleyen araştırmacılara aittir. Gasp konusuna da bu çerçeveden bakıldığında uygulamada gasp fiilinin birden çok tezahürü olduğu görülmektedir. Bu tezahür şekillerini bütün İslam tarihinde ele almak çalışmanın sınırlarını aşacaktır. Bu sebeple İslam tarihi içerisinde müstesna bir yere sahip olan Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde gasbın tezahür şekillerini görmeye çalışacağız. Osmanlı'nın son döneminden maksat da belirli bir tarih aralığından ziyade Tanzimat sonrası dönemdir.

1. Gasp

Gasp; “başkasının mütekavvim ve muhterem (dokunulmaz) olan malını hukuka aykırı bir şekilde almak”⁴ veya “malikin mütekavvim malından zilyetliğini açıkça ve zorla mala yönelik bir fiille gidermektir”⁵ şeklinde tarif edilmektedir. Mecelle ise gasbı “bir kimsenin izni olmaksızın malını ahz ve zapt etmektir” şeklinde tarif etmektedir.⁶ Gasp, bugün Türk pozitif hukukunda borcun kaynağı olarak kabul edilen haksız fiiller kapsamında değerlendirilmektedir.⁷

³ Muhammed Emin Kızılay, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Uygulamasında Haksız Fiil Sorumluluğu* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021), 193.

⁴ Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Marife, 1993), 11: 49; Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-talîl'i-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-Erkam, ts.), 2: 73.

⁵ Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986), 7: 143.

⁶ *Mecelle*, md. 881, Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 2/749-750; Âtif Bey, *Kitâbü'l-Gasb ve'l-İtlâf*, 2.

⁷ Aydın, “Haksız Fiil”, 15/211.

Gasbın borç kaynağı olarak sorumluluk doğurabilmesi için birtakım unsurların mevcut olması gerekmektedir. Bunlar; gasp fiili, gasp edilen mal ve açıktan/zorla almadır. Bu unsurlardan gasp edilen mal daha çok fikhin eşya tasavvuru ile alakalıdır. Zorla ve açıktan alma ise gasp fiilinin bir vasfı olup gasbı diğer haksız fiillerden ayıran bir alamettir. Zira bir malda sahibinin zilyetliği izale edildiğinde bunun gasp sorumluluğu doğurması için gasp fiilinin açıktan yapılmış olması gerekmektedir. Söz gelimi koruma altına alınmış bir mala gizlice el konulması gasp değil hırsızlık olarak değerlendirilir. El koyma fiilinin, yol keserek veya baskın yaparak gerçekleşmesi hâlinde ise eşkıyalık söz konusu olmaktadır. Hırsızlık ve eşkıyalık ise farklı hükümler doğuran haksız fiillerdir.⁸ Çalışmamızda son dönem Osmanlı uygulamasında sorumluluğun doğması için gereken unsurlardan gasp fiili ile ilgili örnekleri ele almaktayız.

2. Gasp Fiili

Gasp sorumluluğunun doğması için gasp fiilinin tahakkuku şarttır. Lakin mala yönelik her tecavüz gasp fiili olarak kabul edilmemektedir. Gasp fiilinin ne olduğu konusunda da fakihlerin ortak bir görüşü yoktur. Özellikle Hanefî mezhebinde gasp fiilinin söz konusu olması için gereken unsurlar hakkında görüş ayrılığı yaşanmıştır. Ebû Hanîfe (150/767) ve talebesi Ebû Yûsuf'a (182/798) göre gasp fiili bir malda sahibinin zilyetliğini gidermek ve o mal üzerinde hukuka aykırı olarak yeni bir zilyetlik tesis etmektir.⁹ Şeybânî'ye (189/805) göre ise gasp fiilinin gerçekleşmesi için malikin mal üzerindeki zilyetliğini ortadan kaldırmak yeterlidir.¹⁰ Malikin mal üzerindeki zilyetliğini ortadan kaldırmak mal sahibine yönelik bir fiildir. Gâsıbın bu mal üzerinde kendi zilyetliğini kurması ise mala yönelik bir fiildir. Dolayısıyla Şeybânî'ye göre bir fiilin gasp sayılması için mala yönelik herhangi bir eylemin mevcut olması gerekmemektedir.¹¹ Hanefî mezhebinde hâkim olan ve genel kabul gören görüş ise Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşüdür.

Gasp fiili konusundaki görüş ayrılığının pratiğe yansımaları, insanların mallarından istifadelerini engelleyecek şekilde hareket etmenin hükmünde ortaya çıkmaktadır. Örneğin başkasının sergi veya halısı üzerine oturarak sergi sahibinin kendi malından istifadesine mâni olma durumunda, sergiye oturarak istifadeye engel olan şahıs, sergi üzerinde bir zilyetlik tesis etmemiştir. Zira sergiyi başka bir yere nakletmemiş, sadece sahibinin sergiden

⁸ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 2/446.

⁹ Ali el-Haffî, *ed-Damân fi'l-Fikhi'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 2000), 83; Muhammed Ahmed Sirâc, *Damânu'l-Udvân fi'l-Fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: el-Müessesetü'l-Camiyye li'd-Dirâsât ve'n-Neşr, 1993), 196; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/446; Mehmet Âkif Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları* (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 240.

¹⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâî*, 7: 143; Ebu Muhammed b. Ğânim b. Muhammed el-Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, thk. Muhammed Ahmed Sirâc - Ali Cuma Muhammed (Kahire: Dâru's-Selâm, 1999), 1: 287; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Damad Efendi, *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur* (Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabî, ts.), 2: 455; Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1992), 6: 178.

¹¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâî*, 7: 143.

faidalanmasına engel olmuştur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre bu durumda bir tecavüz söz konusu ise de gasp fiili gerçekleşmediğinden gasp sorumluluğu meydana gelmemektedir.¹² Lakin Şeybânî'ye göre, salt istifadenin engellenmesi gasp fiili için yeterli olduğundan sergi üzerine oturan şahıs gâsıp hükmündedir.

Osmanlı uygulamasında gasp fiilinin unsurlarını görebileğimiz birkaç örnek olayı zikredebiliriz. İstanbul'a bağlı Terkos kazasında Nikoli isimli bir şahıs Apostol ve Manul isimli iki kişi tarafından silah zoruyla elleri bağlanarak cebren alıkonulmuştur. Şahıslar, Nikoli'nin iki yüz elli kuruşunu, tabancasını ve odun baltasını almışlardır. Bununla da yetinmeyip Nikoli'yi kaçırarak babasından fidye istemeye niyetlenmişlerse de Nikoli kendi imkânlarıyla ellerinden kaçmıştır. Failler belli bir zaman sonra yakalanmış lakin Manul yargılama gerçekleşmeden önce ölmüştür. Mahkeme yapmış olduğu incelemede mezkûr fiilin gasp olduğuna hükmetmiş, gasp edilen akçe ve eşyaların ise tazmin edilmesi ve Apostol isimli şahsın beş sene küreğe konulması gerektiğini belirtmiştir.¹³ Dava kaydında alıkonulan Nikoli'nin kendine ait akçe ve eşyaları bizzat kendisinin verdiği belirtilmektedir. Ancak bu verme fiilinde Nikoli'nin rızası bulunmamaktadır. Zira Apostol ve Manul bu yönde kendisini zorlamış ve tehdit etmişlerdir. Böylece Nikoli'nin akçe ve eşyaları üzerindeki zilyetliği cebren izale edilmiş ayrıca mallar üzerinde hukuka aykırı bir zilyetlik tesis edilmiştir. Bu sebeple ki dava ile ilgili kararda mezkûr eşyalar "eşya-ı mağsûbe" olarak nitelendirilmektedir.

İkinci bir örnekte, İstanbul'da bir şahıs para kesesini oturmuş olduğu kuyumcuda unutmuştur. Keseyi kuyumcudan istemiş olmasına rağmen, kuyumcu bunu inkâr etmiştir. Bunun üzerine kese sahibi yargı yoluna gitmiş, ilk davada getirmiş olduğu şahitlerin tutarsız ifadeleri sebebiyle mahkeme aleyhine karar vermiştir. Kese sahibi ise istinafa başvurmuş, yapılan incelemede kuyumcunun keseyi bulduğu anlaşılmıştır. Buna rağmen kese sahibi kesesini istediğinde inkâr etmiş, keseye bir müddet el koyduktan sonra içindeki paraları harcamıştır. Sonuç olarak kuyumcunun kesenin içindeki paraları tazmin etmesine hükmedilmiştir.¹⁴ Kuyumcunun, sahibi talep ettiği hâlde keseyi aldığını inkâr etmesi gasp fiilidir.

Önceki zilyetliğin izalesi veya yeni bir zilyetliğin tesisinin gasp fiili olarak değerlendirilebilmesi için bu iki fiilin hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz gelimi zilyetliğin tesisi, hukuka aykırı olarak el koyma gerçekleştiğinde gasp sorumluluğu doğurmaktadır. El koyma fiiline hukuka aykırılık vasfını kazandıran şey ise fiilin açıkça ve zorla gerçekleşmesidir.¹⁵ Aksine hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olması

¹² Şevket Topal, *İslam Hukukunda Zilyedlik* (İstanbul: Nizamiye Akademi, 2016), 204.

¹³ Vakâyi-i Zabtiyye, 34/2, Divan-ı Temyiz.

¹⁴ Ceride-i Mehâkim, 4/30-32, 15 Rabiülevvel 1290/13 Mayıs 1873.

¹⁵ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 7: 143; Muhammed b. Hüseyin b. Ali Tûrî, *Tekmiletü Bahri'r râik şerhi Kenzi'd-dekâik (Minhatü'l-hâlik ile Birlikte)* (Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.), 8: 123; Ali el-Haffî, *ed-Damân*, 83.

hâlinde, gasp fiili gerçekleşmemekte ve sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Örneğin bir mal üzerinde sahibinin izni ve rızası dahilinde zilyetlik tesis edildiğinde vedia veya hibe söz konusudur.¹⁶ Yine mal sahibinin rızasıyla bir malı rehin veya emanet olarak alma gasp fiili değildir. Cebri icra¹⁷, istimlak¹⁸ ve şuf'a¹⁹ sebebiyle bir mala el konulduğunda ise malikin rızası olmasa dahi yetkili makamın izni olduğundan gasp fiili tahakkuk etmemektedir. Her ne kadar malikin eli izale edilmekteyse de el koyanın fiilinde hukuka aykırılığı önleyecek sebeplerin varlığı, el koyanın zilyetliğini haklı bir gerekçeyle dayandırmaktadır.

3. Gasp Fiilinin Tezahürleri

Gasp bir haksız fiil türü olduğundan gasp sonucu daha çok hukuki sorumluluklar söz konusu olmaktadır. Klasik fıkıh kitaplarına baktığımızda gasbın hükmü konusunda verilen iade ve tazmin ile ilgili örnekler, cezai değil hukuki sorumluluk kapsamına giren örneklerdir. Lakin gündelik hayat içerisinde gasp fiilinin tezahürleri, cezai sorumluluğu da beraberinde getirecek şekilde gerçekleşebilmektedir. Son dönem Osmanlı hukuk pratiğinde gasp fiilinin birkaç farklı şekilde tezahür ettiği görülmektedir.

Son dönem Osmanlı mahkemelerine yansıyan gasp davalarına baktığımızda tazmin ve iade ile birlikte cezai yaptırımların uygulandığını görmekteyiz. Bu dönemde yargı alanında yapılan değişikliklerle beraber ceza ve hukuk davaları birbirinden ayrılmıştır.²⁰ Döneme ait hukuki ve adli kayıtlar incelendiğinde gasp teriminin daha çok suç unsurunu barındıran fiiller için kullanıldığı ve adli makamları daha çok bunların meşgul ettiği görülmektedir. Bundan dolayı gasp ile ilgili konulara daha çok ceza davalarında rastlanmaktadır.²¹ Zira gasp fiilinin vasfı olan zorla alma unsuru, bazı durumlarda suç kapsamına girecek dereceye varabilmektedir. Bu sebeple kasit, cebir, şiddet veya aldatmanın eşlik ettiği gasp fiilinin suç unsuru barındırdığı söylenebilir. Suç unsurunun varlığı ise gâsıb için cezai sorumluluğu da beraberinde getirmektedir. Bununla beraber sadece hukuki sorumluluk gerektiren gasp fiilleri de uygulamada farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Döneme ait kaynaklarda bu tür gasp fiilleri için gasp teriminden ziyade fuzûlî zapt/ahz/müdahale gibi ifadeler kullanılmaktadır.²² Son dönem Osmanlı uygulamasında gasp fiilinin tezahür şekillerini tek tek ele alacağız.

¹⁶ Sirâc, *Damânu'l-Udvân*, 196.

¹⁷ *Mecelle*, md. 998; md. 999, Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 3/89, 92.

¹⁸ *Mecelle*, md. 1216, Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 3/489-490.

¹⁹ *Mecelle*, md. 1036, Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 3/196.

²⁰ M. Macit Kenanoğlu, "Nizâmiye Mahkemeleri", *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33/186-187.

²¹ *Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Muhâkemat-ı Cezâiyye Dairesinden verilen gasp ile alakalı iki dava için bk. Cerîde-i Mehâkim*, 7/55-56; *Vakâyi-i Zabtiyye*, 23/3, *Dîvân-ı Temyîz*, 4 Cemazeyilevvel 1286/12 Ağustos 1869

²² Osmanlı Arşivi (BOA), *Sadaret Mektubi Kalemi Umum Vilayat Evrakı [A.MKT.U.M.]*, No. 493/1, Gömlek No. 95.

• Gasp fiilinin tezahür şekillerinden biri, fiilin şiddet veya aldatma gibi cezai sorumluluğu da beraberinde getiren bir sebeple gerçekleşmesidir. Bu tür el koyma fiiline son dönem Osmanlı uygulamasından bazı örnekler verebiliriz. İlk örnek olayda, İstanbul'dan Hereke'ye gitmek üzere yola çıkan Ahmet isimli şahıs, yolculuk esnasında kendisine eşlik eden iki kişi tarafından "cebr ve şiddet" kullanılarak gasp edilmiştir. Olay mahkemeye intikal etmiş olup yapılan inceleme sonucu mahkeme, Ahmet'ten gasp edilen paraların tazminine hükmetmiştir. Ayrıca gâsıpları kürek cezasına çarptırmıştır.²³ Örnek olayın aktarıldığı dava kaydında fiilin cebr ve şiddet icrası ile gasp şeklinde tanımlanması, açıktan ve zor kullanılarak gerçekleştiğini göstermektedir. Bir diğer örnek olayda Yunan vatandaşı oldukları belirtilen iki şahıs, İtalya vatandaşı olduğu ifade edilen bir ressamı kama ve bıçak göstermek suretiyle tehdit etmişler ve ressamın parasına el koymuşlardır. Olay mahkemeye intikal etmiş olup yapılan inceleme sonucu gasp edilen paranın tazmin edilmesine ve gâsıpların birer sene hapsine hükmedilmiştir.²⁴

Mal sahibini aldatarak malına el koymak da bir gasp fiilidir. Aldatılan şahıs her ne kadar malını kendi rızası ile teslim etmiş olsa da el koyma hukuka aykırı olarak gerçekleşmektedir. Ayrıca aldatma unsurunun varlığı sebebiyle dolandırıcılık da söz konusu olmaktadır. Örnek olayda, bir şahıs çalıştığı şirkette amirine ait gümüş nargileyi, amir nargileyi istedi diye almıştır. Nargileyi satarken de yakalanmıştır. Bu olayda nargile sahibinin eli izale edilip hukuka aykırı zilyetlik tesis edildiğinden gasp söz konusudur. Gasbın hükmü gereği ele geçirilen nargile, sahibine iade edilmiştir. Lakin mahkeme bununla yetinmemiş, dolandırıcılık suçuna mukabil, şahsa hapis ve nakdî para cezası vermiştir.²⁵

Diğer bir örnek olayda, bir şahıs zecriye memuru²⁶ gibi davranarak vergi adı altında iki bağcının bir miktar parasına el koymuştur. Sonradan yakalanan şahsın, hukuka aykırı olarak almış olduğu parayı tazmin etmesine hükmolünmüş ve kendisine cezai işlem uygulanmıştır.²⁷ Her iki örnekte mal sahipleri kendi rızaları ile mallarını teslim etmişlerdir. Ancak bu, aldatma ile meydana geldiğinden el koyma fiili hukuka aykırılık ifade etmektedir. Zahirde mal sahiplerinin rızası olsa da asıl itibarıyla hukuka aykırı bir fiil ile başkasına ait bir mala el koymak söz konusudur. Bu ise gasp olup gaspın hükmü gereği hukuka aykırı olarak el konulan malların iadesine veya tazminine hükmedilmiştir. Ayrıca aldatma, gasp fiiline suç unsurunu katmış olduğundan gâsıplara cezai işlem de uygulanmıştır.

²³ Vakâyi-i Zabtiyye, 2/2, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye.

²⁴ Vakâyi-i Zabtiyye, 2/3, Dîvân-ı Temyîz.

²⁵ Vakâyi-i Zabtiyye, 2/3, Meclis-i Temyîz-i Dersaâdet.

²⁶ Osmanlı Devleti'nde alkollü içeceklerden alınan vergiye zecriye, bu vergiyi toplamakla görevli memurlara da zecriye memurları denilmektedir. Bilgi için bkz. Derviş Tuğrul Koyuncu, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Alkollü İçeceklerin (Arak Ve Şarap) Üretimi, Ticareti Ve Tüketimi: 1792-1839 İstanbul Örneği* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019), 142-143.

²⁷ Vakâyi-i Zabtiyye, 3/4, Meclis-i Temyîz-i Üsküdar, 22 Safer 1286/3 Haziran 1869.

• Uygulamada gasp fiilinin tezahürlerinden bir diğeri, bir mala zorbalıkla el konulmasıdır. Burada herhangi bir şiddet söz konusu olmamakla birlikte haksız fiil sahibi maddi-manevi üstünlüğünü kullanarak başkasına ait bir mala el koymaktadır. 1268/1851 tarihli Siverek'te meydana gelen olayda, Hamza b. Ahmet isimli şahıs, kendi merkebinden dünyaya gelen yavru merkebi Mıtrıb Mahmut isimli şahsa satmıştır. Ömer b. Hakverdi isimli şahıs ise bu merkebi Mıtrıb Mahmut'tan *bi-gayri hakkın ahz eylemiş*, olay mahkemeye intikal etmiştir. Yapılan inceleme sonucu merkebin sahibine iade edilmesine karar verilmiştir.²⁸ Örnek olayda gasp fiiline herhangi bir şiddet olayının eşlik ettiğine dair bir bilgi yoktur. Anlaşıldığı kadarıyla Ömer b. Hakverdi, mezkûr merkebe zorbalıkla el koymuştur. Lakin bu olayda mahkeme herhangi bir suç unsuru tespit edemediğinden sadece hukuki sorumluluk söz konusu olmuş, merkebin iadesine hükmedilmiştir.

• Bir diğeri tezahür şekli, başkasına ait bir malın sahibinden habersiz istimal edilmesidir. Bu durumda herhangi bir şiddet veya zorbalık yoktur. Fakat haksız fiil sahibi, mal sahibinin haberi olmaksızın açıkça başkasına ait bir malı kullanmakta ve onun menfaatinden faydalanmaktadır. 3 Teşrinievvel 1326/16 Ekim 1910 Burdur'da meydana gelen olayda, Züleyha isimli şahsın mutasarrıfı olduğu arazinin bir bölümünü Şerife isimli şahıs gasben ziraat etmiştir. Mahkemede yapılan inceleme sonucu, Şerife'nin tarladan el çekmesine hükmedilmiştir.²⁹ Görüldüğü üzere örnek olayda herhangi bir şiddet veya zorbalık söz konusu değildir. Şerife başkasına ait bir mala, sahibinin haberi olmaksızın açıkça el koymuş, durumdan haberdar olan mal sahibi ise mahkemeye başvurarak haksız zilyetliğin izalesi ile malın kendisine iadesini istemiştir.

• Gasp fiilinin tezahür şekillerinin sonuncusu ise yed-i emanetin yed-i damâna dönüşmesi şeklinde gerçekleşen hükmî el koymadır. Burada mal üzerinde sonradan bir zilyetlik tesisinden ziyade meşru temele dayanan zilyetliğin haksız zilyetliğe dönüşmesi söz konusudur. Failin mal üzerindeki hakimiyeti, gasp fiili gerçekleşmeden önce de mevcuttur. Lakin malı emin olarak elinde bulunduran şahıs, emin sıfatına aykırı davranmaktadır. Emin sıfatına aykırı davranış ise mal üzerinde yeni ve haksız bir zilyetlik tesis etmek anlamına gelmektedir. Literatürde bu şekilde gerçekleşen haksız fiiller için hükmî gasp ifadesi kullanılmaktadır. *Mecelle*'de hükmî gasp: "İzale-i tasarrufta gasba müsavi olan hâl ve keyfiyet hükmen gasp kabilinden addolunur." şeklinde tarif edilmektedir. Örnek olarak da müstevdâ'n elindeki malı emaneten bulundurduğunu inkâr etmesi zikredilmektedir.³⁰ Emanet mal üzerinde müstevdâ'n, ödünç mal üzerinde müstefrin, ecir-i hâs ve mudâribin, yetim malı üzerinde vasinin hakimiyeti emin sıfatıyla bulunmaktadır. Bu malların muhafazasında veya istimalinde hukuka aykırılık

²⁸ Abdulnasır Yiner, *443 Numaralı Siverek Şer'iyeye Sicili (H. 1268-1269. M. 1851-1853)* (Şanlıurfa: Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1996), 68-69.

²⁹ Mecmûa-ı Mukarrerât-ı Temyiziyye, Hukuk Kısmı, (Dersaâdet: Selanik Matbaası, 1327), 1/22-23.

³⁰ *Mecelle*, md. 901, Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 2/833; Âtîf Bey, *Kitâbü'l-Gasb ve'l-İtlâf*, 16.

söz konusu olduğunda mallar üzerindeki zilyetlik, haksız bir zilyetliğe dönüşmektedir.³¹

Örnek olayda, Üsküdar'da bir kadın iskeleye gitmekte iken bohçasından değerli bir iğneyi düşürmüştür. Konu mahkemeye intikal etmiş, yapılan incelemede iğneyi bulan kişinin bölgedeki esnaftan birisi olduğu tespit edilmiştir. Sonuç olarak iğnenin kıymeti olan yüz seksen kuruş, bu esnafa tazmin ettirilmiştir.³² Örnek olayda iğnenin esnafa tazmin ettirilme sebebi, esnafın iğneyi hukuka aykırı olarak elinde bulundurmasıdır. Zira iğne *lukata* (buluntu mal) hükmündedir. Buluntu mala el koyan kişi bu malı elinde emin sıfatıyla bulundurmaktadır.³³ Bunun gereği olarak bulduğu malın sahibini araması ve malı zayi etmemesi gerekmektedir. Fakat kişi bu mala, kendi mülküne geçirmek niyetiyle el koyarsa mal üzerindeki hâkimiyeti yed-i damâna dönüşmektedir. Bu sebeple gâsıp hükmünde olmaktadır. Buluntu mala hangi niyetle el koyduğunun tespiti ise durumu adil iki şahit huzurunda beyan etmesidir.³⁴ Zira niyet sübjektif olup iyi niyeti gösterici birtakım objektif eylemlerde bulunmak gerekmektedir. Örnek olayda ise iğneyi bulan esnaf bu tür bir eylemde bulunmamış, iğneyi zayi etmiştir. Objektif olarak tezahür eden bu eylemi hukuka aykırılık ifade etmektedir. Bundan dolayı gâsıp hükmündedir ve gasbın hükmü gereği iğnenin kıymetini tazminle sorumludur. Burada görüldüğü üzere gasp fiilinde herhangi bir şiddet, zorbalık veya başkasına ait bir malı habersizce istimal etme durumu yoktur.

İncelediğimiz dönemde gasp fiili, cezai sorumluluğu gerektirecek şekilde meydana geldiği durumda davalar nizamiye mahkemelerinin ceza kısımlarında görülmüştür. Böylece suçun niteliğine göre ceza verilmiş, haksız fiilden doğan borcun da ödenmesine karar kılınmıştır. Gasbın hükmü gereği gasba konu olan mal yok olmamışsa iade edilmesine, aksi durumda mal mislî ise misliyle, kıyemi ise kıymet değeriyle tazmin edilmesine hükmedilmiştir.³⁵

Sonuç

Bir haksız fiil türü olan gasp, klasik literatürde daha çok hukuki sorumluluk çerçevesinde ele alınmaktadır. Son dönem Osmanlı uygulamasında ise cebirlik, aldatma ve şiddet gibi sebeplerle gasp neticesinde bazen cezai sorumluluğun da söz konusu olduğu görülmektedir. Hukuki sorumluluk gerektiren gasbın uygulamadaki en yaygın hâllerinden biri ise emaneten

³¹ Vehbe Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2018), 64.

³² Vakâyi-i Zabtiyye, 27/4, Meclis-i Temyîz-i Üsküdar, 18 Cemazeyilevvel 1286/26 Ağustos 1869.

³³ Mehmed b. Ferâmuz Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm şerhu gururi'l-ahkâm* (Dâr-u İhyai'l-Kütübî'l-Arabî, ts.), 2: 130; Zeynüddin İbn Nüceym, *Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik (Tekmiletü Târi ve Minhatü'l-hâlik ile Birlikte)* (Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.), 5: 163; Damad Efendi, *Mecmau'l-enhur*, 1: 704.

³⁴ Saffet Köse, "Lukata", *TDV İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/224.

³⁵ Kemal Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk* (İstanbul: İFAV, 2013), 43; Kızılay, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Uygulamasında Haksız Fiil Sorumluluğu*, 204-2015.

elde bulundurulan malın yed-i damâna dönüşmesini ifade eden hükmî gasptir. Tanzimat ile birlikte yargı alanında yapılan değişikliklerle ceza ve hukuk mahkemeleri ayrılınca, gasp ile ilgili konular cebir unsuruna şiddetin de eşlik etmesiyle daha çok ceza mahkemelerinde görülmüştür. Böylece fıkıh ilminin terminolojisi içerisinde dava kayıtlarının da kendine has bir terminolojisi olduğu söylenebilir. Örneğin dava kayıtlarında gasp için daha çok fuzûlî ahz ve zabt terimleri kullanılmaktadır. Yed-i emînin yed-i damâna dönüştüğü hükmî gasp durumlarında ise gasp terimi hemen hemen hiç kullanılmamaktadır.

Fıkıh ilmi bünyesinde tartışılıp ele alınan ve nazariyede yer edinen bir konunun uygulamada farklı tezahür şekilleri olduğu görülmektedir. Kimi zaman farklı hukuki işlemlerle birleşerek tezahür eden gasp fiili de bunun bir örneğidir. Gasp, her ne kadar bir borç kaynağı olup hukuki sorumluluk kapsamına girse de ele aldığımız dönemde sıkça suç kapsamında değerlendirilen yaralama, aldatma, adam kaçırmaya gibi fiiller ile birlikte meydana gelmiştir. Özellikle Osmanlı'nın son dönemine ait yargı kayıtlarında gasp ile ilgili konuların neden daha çok mahkemelerin ceza kısımlarında görüldüğünün cevabı da budur.

Kaynakça

- Ali el-Haffî. *ed-Damân fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 2000.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Borç". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 6/285-291. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Haksız Fiil". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 15/210-211. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Aydın, Mehmet Âkif. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Bağdâdî, Ebu Muhammed b. Ğânim b. Muhammed el-. *Mecmau'd-damânât*. thk. Muhammed Ahmed Sirâc - Ali Cuma Muhammed. 2 Cilt. Kahire: Dâru's-Selâm, 1999.
- BOA, Osmanlı Arşivi. *Sadaret Mektubi Kalemi Umum Vilayat Evraki [A.MKT.UM.]*. No. 493/1, Gömlek No. 95. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr>
- Damad Efendi, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman. *Mecmau'l-ehur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-İhyai't-Turasi'l-Arabî, ts.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî. *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2. Basım, 1992.
- İbn Nuceym, Zeynüddin. *Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik (Tekmiletü Tûri ve Minhatü'l-hâlik ile Birlikte)*. 8 Cilt. Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 9. Basım, 2014.

- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi*. 7 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2. Basım, 1986.
- Kenanoğlu, M. Macit. "Nizâmiye Mahkemeleri". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 33/185-188. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Kızılay, Muhammed Emin. *Tanzimat Sonrası Osmanlı Uygulamasında Haksız Fiil Sorumluluğu*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
- Koyuncu, Derviş Tuğrul. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Alkollü İçeceklerin (Arak Ve Şarap) Üretimi, Ticareti Ve Tüketimi: 1792-1839 İstanbul Örneği*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Köse, Saffet. "Lukata". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 27/223-225. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Mecmûa-ı Mukarrerât-ı Temyîziyye Hukuk Kısmı*, 6 Cilt. Dersâdet: Selanik Matbaası, 1327.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd el-. *el-İhtiyâr li-talîli'l-muhtâr*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Erkam, ts.
- Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmuz. *Dürerü'l-hükkâm şerhu gureri'l-ahkâm*. 2 Cilt. Dâr-u İhyai'l-Kütübî'l-Arabî, ts.
- Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Marife, 1993.
- Sirâc, Muhammed Ahmed. *Damânu'l-Udvân fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Beyrut: el-Müessesetü'l-Camiyye li'd-Dirâsât ve'n-Neşr, 1. Basım, 1993.
- Topal, Şevket. *İslam Hukukunda Zilyedlik*. İstanbul: Nizamiye Akademi, 1. Basım, 2016.
- Tûrî, Muhammed b. Hüseyin b. Ali. *Tekmiletü Bahri'r râik şerhi Kenzi'd-dekâik (Minhatü'l-hâlik ile Birlikte)*. 8 Cilt. Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, 2. Basım, ts.
- Vakâyi-i Zabtiyye Gazetesi, "Mehâkim-i Cinâyât" (15 Safer 1285 - 26 Şaban 1286/7 Haziran 1868 - 1 Aralık 1869) 1-50. sayılar.
- Yıldız, Kemal. *İslam Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*. İstanbul: İFAV, 2. Basım, 2013.
- Yiner, Abdulnasır. *443 Numaralı Siverek Şer'iyeye Sicili (H. 1268-1269. M. 1851-1853)*. Şanlıurfa: Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1996.
- Zuhaylî, Vehbe. *Nazariyyetü'd-Damân*. Beyrut: Dâru'l-Fikir, 10. Basım, 2018.