

FIKHU'L-MUKARENE AÇISINDAN GASB VE TAZMİN SORUMLULUĞU



İsa ATCI*

Özet:

Gasbın suç oluşu ve bu suçun tabii bir sonucu olarak ortaya çıkan tazmin sorumluluğu, kitap, sünnet ve icma ile sabittir. Bu konuda ihtilaf yoktur. Bir malda gasb suçunun tahakkuk edebilmesi için Hanefilere göre o malın; maddi bir mal olması, mütekavvim olması, muhterem olması ve menkul olması gerekir. Hanefilerin dışında kalan cumhura göre ise; menfaatler de mal kapsamında olup, malın maddi bir mal olması zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla cumhura göre menkul olmayan mallarda da gasb tahakkuk edebilir.

Tazmini gereken mal misli ise misli ile kıyemî ise kıymeti ile tazmin edilmelidir. Ancak misli malın misli bulunamazsa kıymeti ile tazmin edilebilir.

Zimmîlere ait gayrı mütekavvim malların telefinde Hanefî ve Malikîlere göre tazmin gerekirken; Şafîler, Hanbelîler ve Zahirîlere göre hiçbir tazmin gerekmez.

Anahtar Kelimeler: Gasb, Mislî, Mal, Kıyemî Mal, Telef, Tazmin.

According to the Comperativ Islamic Law Extortion and the Responsibility of Compensation

Abstract:

Extortion as a crime and the responsibility of compensation occurring as a natural result of this crime, is fixed with Quran, Sunnah

* *Diyanet İşleri Başkanlığı, Diyanet İşleri Uzmanı*

and Ijma. There is no dispute about this matter. For the crime of extortion to occur in a property, according to Hanafîs; this property must be tangible, valued, respected and movable. According to majority Scholars out of Hanafîs; benefits within the scope of the goods and the goods does'nt need to be a tangible property. So, according to Scholars, extortion may occur in non-marketable properties.

The property that must be compensated, should be compensated; with an exactly identical (if available) or with it's value (if not available).

If worthless goods of Zimmis is destroyed, should be compensated according to the Hanafîs and Malikîs, but to Shafiis, Hanbalis, and Zahiriyas no compensation is required.

Key Words: Extortion, Available property, Valueble property, Destroy, Compensation.

GİRİŞ

İslam dini Müslümanların kardeş olmalarını, huzur ve barış içinde yaşamalarını istemektedir. Yine İslam bütüncül bir bakış açısıyla, güzel şeylerin yapılmasını isteyip buna teşvik ederken; kötü ve zararlı şeylerin yapılmasını ise yasaklamaktadır. Ne var ki yasaklanmış olan fiilleri işleme meyli insanoğlunun üstesinden gelemediği bir olgu olarak onun karakterini ve davranışlarını şekillendirebilmiştir. Bunun neticesi olarak; zina etmek, içki içmek ve hırsızlık yapmak gibi, “gasb” suçunu işlemek de böylesi insanların ilgi alanına girebilmiştir.

“Ezmânın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkâr edilemez.” kaidesi değişen zaman ve toplum şartlarına göre Müslümanların ahkâm boyutunda kendilerini sürekli kontrol altında tutmaları ve yenilemeleri gerektiğini ifade etmektedir. Yüzyıllar önce tarım toplumunda yaşamış olan insanların karşılaştıkları problemler ile günümüz teknoloji toplumunda yaşayan insanların karşılaştıkları problemler arasında ciddi karakter farklılıkları vardır. Bu da yeni çözümler üretilmesini zorunlu kılmaktadır.

Geçmişte belki de çok az karşılaşılmış olan mafya olgusu günümüzde ciddi boyutlara ulaşmış olup, toplumu oldukça huzursuz eden bir vakıa hâlini almıştır. Aynı şekilde sokakta dolaşan insanların can ve mal güvenliklerini tehdit eden kapkaç terörü de çözülmeyi bekleyen bir problem olarak karşımızda durmaktadır.

Bu ve benzeri birçok yeni suçun, hangi suçlar kapsamında değerlendirileceği, üzerinde durulması gereken bir problemdir.

1. FIKHU'L-MUKARENE AÇISINDAN GASB

1. 1. Gasb Kavramı

1. 1. 1. Gasbın Tanımı

a. Lügat Anlamı: Gasbın istilâh manasında mezhepler arasında bazı farklılıklar olmasına rağmen lügat manası üzerinde adeta görüş birliği etmişlerdir. Biz bu tanımların bir kaçını vermekle yetineceğiz.

“Gasb; kanunsuz sahip olma, gayrimeşru keyfi davranış ve zorlama gibi anlamlara gelir.”¹ “Bir şeyi bir kimseden haksızlıkla ve zorla almaktır.”² “Başkasına ait bir şeyi kullanmak üzere düşmanlık ve teğallüp yolu ile alıvermektir. O şey gerek mal olsun gerek olmasın.”³ “Bir şeyi haksız yere zulmen almaktır.”⁴ “Başkasının malına haksız yere, kahren el koymaktır.”⁵

b. İstilah Anlamı: Mezheplerin önde gelen âlimleri şer’î manada gasbı farklı tanımlamışlardır. Bu farklı anlamalar gasb ile ilgili meseleleri çözerken farklı içtihat-larda bulunmalarına sebep olmuştur. Söz konusu farklılık mal olmayan şeylerde de gasbın tahakkuk edip etmediği konusundadır. Biz bu tanımlardan bazılarını vererek farklılıklara işaret etmeye çalışacağız.

Hanefilerin önde gelen fakihlerinden olan Mevsilî (h. 683) gasbı şöyle tanımlamaktadır:

“Başkasının mülkiyetinde bulunup, kıymet ifade eden ve harbî malı olmayan bir malı mütecâvizâne bir tarzda almaya gasb denir.”⁶

Aynî’ye (h. 855) göre ise gasb: “Mütekavvim ve muhterem bir malı sahibinin izni olmaksızın almaktır.” Tanımda “mütekavvim” kaydıyla şarap, ”muhterem” kaydıyla ise harbînin malı kapsam dışında bırakılmıştır.⁷

Hanefilere göre gasb, lügat anlamının aksine şer’î istilâhta sadece mütekavvim mallar için kullanılır.⁸

1 Mutçalı, Serdar, *Dağarcık Arapça-Türkçe Sözlük*, İstanbul 1995.

2 Sarı, Mevlüt, *el-Mevârid*, İstanbul 1982, 1096.

3 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-u İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiye Kamusu*, İstanbul 1970, VII, 327; Serahsî, İmam, Şemsüddin, Ebu Bekr Muhammed, *Mabsût*, Beyrut 2000, VI, 42.

4 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, Endülüsi, *Muhalla bi'l-Asar*, Beyrut ts, VI, 429; Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *Kütübü'l-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, Beyrut 1998, III, 73; Küheci, *Zadü'l-Muhtac Şerhi'l-Minhaç*, Beyrut 1988, IV, 303.

5 İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *Muğni*, Kahire 1996, V, 31; İbn Kudâme, Ebû Muhammed, Abdullah b. Muhammed, *Kâfi*, Beyrut 1970, III, 499.

6 Mevsilî, *İhtiyar*, III, 73.

7 Aynî, Ebû Muhammed, Mahmud b. Ahmed, *Binaye fi Şerhi'l-Hidaye*, Beyrut 1990, X, 211.

8 Serahsî, *Mabsut*, VI, 42.

Şafîî ve Hanbelî âlimlerinin önde gelenlerinden bazılarının gasb tanımları ise şöyledir:

Şafîî Fakihlerinden Şirbini'ye (h. 977) göre gasb, düşmanlıkla başkasının hakkını istilâ etmektir. Ona göre gasbı, "başkasının malını istilâ etmektir" şeklinde tanımlamak yanlıştır. Zira böyle bir tarifte, menfaatler, köpek, meyte'nin derisi, zimmînin şarabı vb. şeyler kapsam dışında bırakılmış olmaktadır. Bu ise doğru değildir.⁹

Hak, mal olan veya olmayan her şeydir. Bu yüzden tanımda "mal" kelimesinin yerine "hak" kelimesi kullanılmıştır.¹⁰

Yukarıda verdiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı üzere Hanefîlerin, menfaatleri mal kapsamında değerlendirmemeleri gasb tanımlarında da kendisini göstermiş ve diğer mezheplerin aksine gasbı "malın istila edilmesi" şeklinde tarif etmişlerdir. Oysa Şafîî ve Hanbelîlere göre hak olarak kabul edilen ve akitlere konu olabilen menfaatler de gasb kapsamına dâhil edilmiş ve gasb, "hakkın istila edilmesi" olarak tanımlanmıştır.

1. 2. Gasb Suçunu İspat Eden Şer'i Deliller

Gasbın haram oluşu hususunda mezhepler arasında ihtilaf yoktur.¹¹ Maverdî (h. 350), gasb suçunu helal sayarak işleyen kimsenin kâfir, helal saymaksızın işleyen kimsenin ise fasık olacağını söylemiştir.¹²

a. Ayet-i Kerimeler:

"Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hâli olması müstesna, mallarınızı batıl (haram ve haksız yollar) ile aranızda alıp vererek yemeyin."¹³ (Nisa, 4/29)

"Yetimlerin mallarını zulüm yolu ile yiyenler, karınlarında ateş yerler ve yakında çılgın bir ateşe gireceklerdir."¹⁴ (Nisa, 4/10)

"Bir de aranızda mallarınızı batıl sebeplerle yemeyin. İnsanların mallarından bir kısmını bile bile günah ile yemek için, o malları hâkimlere rüşvet olarak vermeyin."¹⁵ (Bakara, 2/188)

"Erkek ve kadın hırsızın, yaptıklarına ceza ve Allah'tan bir azap olmak üzere ellerini kesin! Allah güçlüdür, hikmet sahibidir."¹⁶ (Maide, 6/38)

9 Şirbinî, Şemsüddin, Muhammed b. Muhammed el- Hatip, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhac*, Kahire ts., III, 293; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 31.

10 Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 303.

11 Mevsilî, *İhtiyar*, III, 73.

12 Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 293.

13 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 430; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 32; Serahsî, *Mebcut*, VI, 42; Aynî, *Binaye*, X, 213.

14 Kârâfî, İmam Şehabettin, Ebi'l-Abbas, Ahmed b. İdris b. Abdurrahman, Mısri, Meşhûr bi'l-Kârâfî, *Zehîra fî Furu'i'l-Mâlikîyyeti*, Beyrut 2001, VII, 96; Serahsî, *Mebcut*, VI, 42.

15 Aynî, *Binaye*, X, 213; Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 303; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 32.

Hırsızlığın cezasından bahseden bu ayet-i kerimeyi de gasbın haramlığına delil olarak kabul eden Hanbelîler, “Hırsızlık da gasbın bir çeşididir.”¹⁶ demişlerdir.

“Alışverişlerinde hile yapanların vay hâllerine.” (Mutaffîfin, 83/1)

Şafîî âlimlerinden Şirbinî, ayette geçen “tatfif” (hile) lafzı ile az olan gasbın kastedildiğini belirtmiştir.¹⁷

b. Hadis-i Şerifler:

Gasbın haram oluşu hususunda sünnetten de birçok delil mevcuttur. Bu konuda Peygamber Efendimiz (s.a.s.) şöyle buyurmuştur:

“Muhakkak ki kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız, bu şehrinizde, bu ayda, bu gününüzün haram oluşu gibi birbirinize haramdır.”¹⁸

“Her bir Müslüman’ın diğer bir Müslümana malı, kanı ve ırzı haramdır.”¹⁹

Başka bir hadis-i şeriflerinde ise Efendimiz (s.a.s.),

“Gönül rızası olmadıkça bir Müslümanın malını yemek helal olmaz.”²⁰ buyurmuştur.

Müslim’in (h. 261) naklettiği diğer bir hadis’i şeriflerinde ise Efendimiz (s.a.s.),

“Kim (gasben) başkasının arazisine bir karış tecavüz ederse yedi kat yerin dibine kadar boynuna dolandırılarak cezalandırılır.”²¹ buyurmuştur.

Zahîrîlerin bu hadis’in yanı sıra gasbın haramlığına delil olarak zikrettikleri bir diğer hadis-i şerifte ise Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur:

“Kim dinimize muvafık düşmeyen bir amelde bulunursa bilsin ki, o merduttur.”²²

İbnu'l-Munzir (h. 319), İslam âlimlerinin icma ettikleri hükümleri tespit ettiği “el-İcma” isimli eserinde, gasbın haramlığı ve hırsızlık nisabına ulaşmasa bile büyük bir günah olduğu üzerinde âlimlerin icma ettiklerini söylemiştir.²³

16 İbn Kudâme, *Muğni*, V, 31.

17 Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 293-294.

18 Buhârî, İlim, 9, 37; Ayrıca bkz., Kârâfî, *Zehîra*, VII, 96; Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 303; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 32; Serahsî, *Mebcut*, 6, 42; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 499; İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 429.

19 Müslim, *Birr* 32; Tirmizi, *Birr*, 18; Ayrıca bkz., Serahsî, *Mebcut*, VI, 42.

20 Ahmed, 5, 72; Ayrıca bkz., Serahsî, *Mebcut*, VI, 42.

21 Müslim, *Müsâkât*, 142; Ayrıca bkz., Kârâfî, *Zehîra*, VII, 96; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 32; İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 442; Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 303; Aynî, *Binaye*, X, 213.

22 Buhârî, *Sulh*, 5; Müslim, *Akdiye*, 17, 18; Ayrıca bkz., İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 430b.

23 İbnu'l-Münzir, *İcma*, Beyrut 1988, s., 78; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 293; Zuhaylî, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, Çev., Komisyon, İstanbul 1994, VII, 194; İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 442; Aynî, *Binaye*, X, 213; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 499; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 32.

İslam âlimlerinin delil olarak zikrettikleri naslara bakıldığında “Gasb” lafzının ne ayetlerde ne de sahih hadislerde açıkça zikredilmediği görülmektedir. Zikredilen deliller bütüncül bir bakış açısıyla “Müslümanların mallarının, izinleri olmaksızın birbirilerine haram olduğunu ifade etmektedirler”. Gasb suçu da bu genel kapsama dâhil edilerek haram kabul edilmiştir.

1. 3. Gasbın Çeşitleri

İster kasten isterse hataen olsun, başkasının bir eşyasını alan onu en kısa zamanda geri iade etmelidir. Aldığı eşyaya bir noksanlık gelirse veya tamamen telef olursa tazmin etmesi gerekir.²⁴ Kasten gasbın günah olduğu ve tazmini gerektirdiği, buna mukabil hataen gasbın günah olmayıp sadece tazmini gerektirdiği hususunda mezhepler arasında ihtilaf yoktur.

a. Kasten Gasb

“Gasb suçunu ispat eden şer’î deliller” başlığı altında zikrettiğimiz delillerin hepsi kasten işlenen gasb suçunun haram oluşu ile ilgilidir.

Başkasının malını bilerek gasb eden gasıp (gasb eden) hem günahkâr olur, hem de tazminle sorumlu olur.²⁵ Bu durumda gasbın balığ ve mümeyyiz olması gerekir.²⁶

Mecellenin bu konudaki hükmü şöyledir: “Bir sabi, diğerinin malını itlaf etse, kendi malından daman lazım gelir. Malı yoksa hal-i yüsüne intizar olunur; velisine tazmin ettirilmez.” (Mecelle md: 916)²⁷

Şu kadarını belirtelim ki gasb, tazir²⁸ suçları grubuna girmekte zaman ve zemine göre ceza sorumluluğun şeklini belirlemek devlet başkanına veya hâkime bırakılmış bulunmaktadır²⁹

Gasbın uhrevi hükmü ise günahdır, azaba istihkaktır. Çünkü insanların muhterem ve mütekavvim olan mallarına her türlü tecavüz yasaklanmıştır. Bir ayet-i kerimede

24 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 429.

25 Merginânî, Şeyhu’l-İslam, Burhaneddin, Ebi’l-Hasan, Ali b. Ebi Bekr b. Abdi’l-Celil, Reşdanî, *Hidaye fi Şerh-i Bidayeti’l-Mübtedî*, Beyrut ts., III, 296; Aynî, *Binaye*, X, 213.

26 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 429.

27 Akgündüz, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukûku Külliyyatı*, s., 537.

28 Ta’zir: Hakında had ve keffaret nev’inden cezalar bulunmayan suç ve günahlarda Allah ve kul hakkı olarak yerine getirilen, miktar ve keyfiyeti Ulu’l-Emre bırakılmış olan cezalardır. Bkz., Karaman, Hayrettin, *Ana Hatlarıyla İslam Hukûku*, İstanbul ts., I, 233. Hanefî, Şâfiî ve Hanbelilere göre, ta’zir cezası, şer’î had cezalarının en alt sınırına ulaşmamalıdır. Bunun anlamı şudur: Gasb, hırsızlığa benzediği için hırsızlığın cezası el kesmek iken gasbın cezası ta’zir olup, bu ceza el kesme kadar ağır olamaz. Malikîlere göre ise, ta’zir cezası şer’î had cezalarından daha ağır da olabilir.

29 Aydın, Mehmet Akif, *İslam ve Osmanlı Hukûku Araştırmaları*, s., 262.

“Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin.” (Bakara, 2/188) buyrulmuştur. Bir hadisi şerifte ise “Müslümanın malı kendi rızası ile vermedikçe kimseye helal olmaz.”³⁰ buyrulmuştur.³¹

Mağsup (gasb edilen şey), sirkat nisabına ulaşmasa da gasb büyük günahlardandır. Maverdî, gasbı helal sayarak yapan kimsenin kâfir olduğu, onu helal saymadan yapan kimsenin ise fasık olduğu hususunda icma olduğunu söylemiştir.³²

b. Hataen Gasb

Bilmeden, hataen başkasının bir şeyini almış olan kimse gasıp sayılmaz. Ancak aldığı şeyi geri iade etmesi veya elinde iken bir kusur sirayet etmiş ya da helak olmuşsa tazmin etmesi gerekir. Bu durumdaki bir insan günahkâr olmuş olmaz.³³ Çünkü hataen işlenen günahlardan muafiyet vardır.³⁴ Bu konuda Peygamber Efendimiz (s.a.s.) “Allah Teâlâ hazretleri ümmetimin hata, unutma ve mecbur edilme (ikrah) hâllerini affetmiştir.”³⁵ buyurmuştur.

Aynı şekilde ehliyet sahibi olmayan kimsenin de böyle bir fiil işlemesi onu günahkâr kılmaz. Ancak hataen gasbta olduğu gibi o da tazminle sorumlu olur.³⁶

Hataen gasb Mecelle’de şöyle ifade edilmektedir: “Bir kimse kendi malı zannıyla diğerin malını itlaf etse, dâmin (tazmin etmekle yükümlü) olur.”(Mecelle md: 914)³⁷

Mesela, bir kimse başkasının koyununu kendi koyunu zannederek kesip yedikten sonra ona bir müstahik (onda hakkı olan biri) çıksa dâmin olur.³⁸

1. 4. Gasb ile Sirkat’in (Hırsızlık) Farkı

Gasb ile sirkat (hırsızlık) arasındaki farkları izah etmeye geçmeden önce, sirkat hakkında biraz bilgi vermek yerinde olacaktır.

Sirkat iki kısma ayrılır.

a. Sirkat-i Suğra (Hırsızlık): Akıllı ve balığ bir kimsenin muayyen bir miktarda (nisap miktarı) para veya malı haksız olarak saklandığı yerden gizlice almasıdır. Bir kimseye hırsız denilebilmesi için bir malı saklandığı yerden gizlice alması gerekir.

30 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 425.

31 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 333.

32 Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 303.

33 Aynî, *Binaye*, X, 213; İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 429; Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 333.

34 Merginânî, *Hidâye*, III, 296; Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 333.

35 İbn Mace, *Talak*, 16.

36 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 429.

37 Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukûku Külliyyatı*, 537.

38 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 378.

Hırsızlığın haram oluşunun delili, “Hırsızlık yapan erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık Allah’tan bir ceza olarak ellerini kesin! Allah daima üstündür, hikmet sahibidir.” (Mâide, 6/38) ayetidir.

El kesme cezasının tatbik edilebilmesi için iki âdil şahidin şahitlik yapması ve hâkimin de, sorgulaması (muhakemesi) neticesinde suçun sabit olduğuna kanaat getirmesi gerekir. Deli ve çocuk mükellef değildir. Bunlar hırsızlık suçunu işleseler dahi hırsızlık cezası ile cezalandırılmazlar. Ancak çocuk imam tarafından tazir edilir.³⁹

b. Sirkat-i Kübra (Yol kesicilik): Şer’î istilahta “hirâbe” olarak da tanımlanmaktadır. Bu işi yapan kimseye ise “Muhârib” denmektedir. Bu hususta Cenâb-ı Hak: “Allah ve Peygamberleriyle savaşta bulunanların ve yerde fesada çalışanların cezaları ancak öldürülmeleri veya asılmaları veya ellerinin ve ayaklarının çaprazca kesilmeleri veya o yerden sürülmeleridir. Bu onlar için dünyada bir zillettir ve onlar için ahirette pek büyük bir azap vardır.”(Mâide, 6/33) buyurmuştur.

Tefsircilerin çoğunluğu ve fakihler ayette geçen, “harb”in anlamı hususunda, bir selb (zorla alma) manasını içine alması bakımından bu savaştan maksadın yol kesmek demek olduğunu beyan etmişler ve buna “büyük hırsızlık” adını vermişlerdir. Bazıları da gerek şehir dışında gerek içinde açıktan hırsızlığa kalkışmak olarak tanımlamışlardır. Bu manada ise müste’min (emân alarak İslâm ülkesinde bulunan gayrimüslim), zımmî (gayrimüslim vatandaş), harbî (müste’min ve zımmî olmayan gayrimüslim), kâfirlerden vaki olabileceği gibi, fasık Müslümanlar tarafından da olabilir.⁴⁰

Sonuç olarak, buraya kadar verdiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı gibi İslam âlimlerinin genel kabulüne göre, birbirlerine benzemekle beraber; gasb, sirkat ve hirâbe mahiyet ve hüküm açısından farklı suçlardır.

Yol kesicilik (hirâbe), lugaten bir gasb ise de hususi ahkâma tabi olduğundan ıstılah itibari ile gasb değildir. Yani hirâbi’nin istilası gasb değildir. Sirkat da gasb değildir. Çünkü bunlarda ‘kahr’ yoktur.⁴¹

Hırsızlık fiilinde başkasının eşyasını ‘gizlice’ almış olmak gerekir.⁴² Hâlbuki gasbın mücahereten yani alenen yapılmış olması şarttır.⁴³

Yine hırsızlık sadece menkul mallarda söz konusu olabilirken; gasb, mezhepler arasında ihtilaf olmakla beraber gayrimenkul mallarda da olabilir.

39 Sabûnî, *Ahkâm Tefsiri*, I, 489.

40 Elmalılı, Yazır, Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur’an Dili*, İstanbul ts, III, 229.

41 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 327.

42 Sabûnî, *Ahkâm Tefsiri*, I, 489.

43 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 327.

Hırsızlık ve gasb meskûn mahallerde meydana gelirken, hirâbe dağ başında yani şehir dışında meydana gelir.

İmam Malik'e (h. 179) göre, muharip, yol kesen, bir adamın evini basıp eşyasına büyülenerek el koyan ya da bir adama bir yolda rastlayıp da onu döverek veya kılıç vb. bir şeyle tehdit ederek eşyasından men eden kimsedir.⁴⁴

Malikîlerin, başkasının mülkiyetine silah zoruyla yapılan tecavüz ve gasbı diğer mezheplerden ayrı olarak gasb kapsamında değil de hirâbe olarak değerlendirmeleri, gerçekten de kayda değer bir ayrıntıdır. Günümüzde yaygın olan kapkaç, mafya ve silahlı çeteleri hirâbe kapsamında değerlendirebilmemize imkân vermektedir.

Gasbın dünyadaki cezasının tazir olduğunda İslam âlimleri hem fikirdirler.⁴⁵ Fakat Hanefî, Şafî ve Hanbelîlere göre, tazir cezası, şer'î had cezalarının en alt sınırına ulaşmamalıdır.⁴⁶

Sirkat-i suğra (hırsızlık) suçunu işleyen kimsenin, elinin kesilmesi; sirkat-i kübra (yol kesme) suçunu işleyenlerin ise öldürülmeleri, asılmaları, el (sağ) ve ayaklarının (sol) çaprazlama kesilmeleri veya buldukları yerden sürülmeleri ayet-i kerimelerle sabit olup, dünyevi akıbetleri dahi bu derece ağır iken, gasb suçunun dünyadaki cezası naslarda ifade edilmemiş ve gasbın gasb ettiği şeyi tazmin etmesi buna ek olarak gasp için şer'î had cezalarının en alt sınırına ulaşmayacak bir tazir cezası öngörülmüştür. Oysa hırsız, çaldığı şeyi iade etse de suçunun cezası olarak eli kesilmektedir. Zira bu konuda nass vardır.

Örneğin bir kimse bir başkasının evine girip nisap miktarı (5-6 tane) altın bileziğini şahsa zarar vermeksizin gizlice çalsa, suçu sabit olduğu takdirde eli kesilecektir. Oysa bu kişi beline silah takıp, sahibinin gözü önünde bilezikleri alıp götürseydi veya arabasını götürseydi, hatta evini elinden alsaydı olay gasb kapsamına girerdi ki, sadece aldığını iade ve tazir cezası ile karşılaşırdı. Yani en azından bu kişinin eli kesilmezdi.

Yine mesela bir yankesici sizin cebinizden gizlice nisap miktarı para çekse, sirkat hükmü tatbik edilecek ve eli kesilecektir. Oysa sizi bir tenhada kısırtıp boğazınıza bıçak veya alınınıza silah dayayarak paranızı zorla alsanız gasb kapsamında değerlendirilecek ve paranızı iade ederek tazirle serbest bırakılacaktır. Cenab-ı Hak'tan af dileyecektir.

44 İbn Sahnûn, Ebû Abdullah, Muhammed b. Abdu's-Selâm b. Said, *Müdeveneti'l-Kübra li'l-İmam Mâlik b. Enesi'l-Esbahî*, Beyrut 1994, IV, 185.

45 Aydın, "Gasb" D.İ.A., 13, 388.

46 Karaman, *Ana Hatırlarıyla İslam Hukuku*, I, 235.

Günümüzde bir hayli yaygın olan mafyalar, çeteler vb. suç örgütleri cumhur ulemanın sınırlarını belirlediği bir tazir cezası ile cezalandırılırlarsa, alacakları ceza güçsüz kimselerden zorla aldıkları haksız kazançlarının yanında çok hafif kalacaktır. Böyle bir suça karşılık böyle bir cezanın caydırıcılık vasfından söz etme imkânımız yok gibi gözükmektedir.

Kuşkusuz bu suçun bir uhrevi cezası olacaktır fakat özellikle bu suçu işleyenler nezdinde uhrevi cezalar caydırıcı da olmamaktadır. Kaldı ki uhrevi ceza zarara uğrayanların dünyalık zararlarını gidermediği gibi zarara uğraması muhtemel diğer insanlar üzerinden de bu ihtimali kaldırarak bir etki sağlamamaktadır.

Bunların yanı sıra son zamanlarda çokça şahit olduğumuz kapkaç suçları hususunda İslam Hukukunun bakış açısıyla ilgili olarak “haram” ve “günah” kelimelerini kullanmak haricinde cezai müeyyide olarak zikredebileceğimiz gerçek manada caydırıcı olacak bir hüküm de yoktur. Oysa ne mafyanın ne kapkaççılık ve ne de yankesiciliğin mağduriyete sebep olma açısından hırsızlıktan geri kalır bir yanı yoktur.

Malikîlere göre ise, İslâm devleti, had cezasına eşit ya da bu cezanın altında veya üstünde tazir cezası verebilir.⁴⁷

Kanaatimizce bu konuda en tutarlı ve günümüz açısından maslahata en uygun görüş, Malikîlerin ve onlarla aynı kanaati taşıyanların görüşüdür. Eğer Cumhurun görüşü alınacak olursa, yukarıda verdiğimiz örnektekilere benzer bir tablo karşısında, adaletle muamele etme imkânı olmayacak ve daha ağır suçlara daha hafif cezalar verilmiş olacaktır. Örneğin yolda yürüyen bir bayanın çantasını ‘habersizce’ delip içinden nisap miktarı altın çalan hırsızın eli kesilecek; buna mukabil, bayanın ‘gözü önünde’ çantasını (içi dolu olduğu hâlde) elinden alan, hatta onu yerlerde sürükleyen kapkaççı el kesme sınırına ulaşmayan bir tazir ile cezalandırılmış olacaktır. Oysa tazir’in üst sınırı konusunda Malikîlerin görüşü alınırsa problem kalmayacak ve her suça ağırlığı nispetinde gerekirse hadlerin üstünde ceza verme imkânı doğacaktır. Bu suç işlemeyi önleme maksadına daha muvafık gözükmektedir.

2. TAZMİN SORUMLULUĞU

2. 1. Telefin Tanımı ve Tazminata Sebep Oluşu

İtlaf (telef etmek): Bir şeyi âdeten kendisinden sağlanmak istenen menfaatin dışına çıkartarak yararlanılamaz duruma getirmektir. Böyle bir iş tazminatı gerektiren bir sebeptir. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.s.) bir hadis-i şeriflerinde şöyle buyurmuştur:

47 Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, I, 235.

“İslam’da zarar da yoktur, zarara zararlar karşılık vermek de yoktur.”⁴⁸

Gerek mislî bir mal, gerekse kıyemi bir mal olsun; ister gasbın kendisi telef etmiş olsun ister başkası telef etmiş olsun fark etmez. Her halükârda mal sahibinin malı tazmin edilmek zorundadır.⁴⁹ Peygamber Efendimiz (s.a.s.), “El aldığını geri vermedikçe yükümlüdür.”⁵⁰ buyurmuştur.

Mağsup gasbın elinde bir afetle veya telef ile yok olursa onu tazmin eder. Bu konuda icma vardır.⁵¹ Çünkü bu malda sahibinin hakkı vardır ve bu hak ancak gasbın onu geri vermesi ile sahibine döner. Eğer gasıp malı telef eder ve böylece aslını iade etme imkânı bulamazsa onun yerini tutacak bir şeyle ödeme yapması gerekir.⁵²

2. 2. Tazminatın Şekli

2. 2. 1. Mağsubun Mevcut Olması Halinde Ayn ile Geri Verilmesi

Mağsubun gasb edildiği hâli ve evsafıyla mevcut olması hâlinde, olduğu gibi yani ayn ile iade edilmesinin gerekliliği hususunda müçtehit imamlar arasında ihtilaf yoktur. Mağsubun aynen, yani alındığı gibi iade edilmesi, sahibinin hakkının korunması ve bu hakkın kendisine tekrar iade edilmiş olması açısından önemlidir. Fukaha, hakkın yerini bulması için bunun daha uygun olduğu görüşündedir.⁵³ Bir hadis-i şeriflerinde Efendimiz (s.a.s.) bu konuda “Sizden kimse, ne şaka ne de ciddi olarak kardeşinin değneğini almasın. Kim kardeşinin değneğini almışsa hemen ona geri versin.”⁵⁴ buyurmuştur.

Gasbın gasb ettiği şeyi iadesinde zahmet olsa bile, mümkünse mağsubu iade etmesi gerekir.⁵⁵ Yerlerin değişikliği dolayısıyla kıymetlerde değişeceğinden, gasb edildiği yerde iade edilmelidir. İade etmenin gerektireceği masraf gasb edene aittir. Geri vermek suretiyle gasb eden kişi tazminattan kurtulur.⁵⁶

48 Nesei, İstiska, 17.

49 Remlî, Şemseddin, Muhammed b. Ebi Abbas, Ahmed b. Hamza, İbn. Şihabuddin, *Nihayetü'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhac*, Beyrut 1984, V, 150.

50 Tirmîzî, 1266.

51 Küheci, *Zadu'l-Muhtac.*, II, 305.

52 İbn Kudâme, *Muğni*, V, 32–33; Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 376.

53 İbn Rüşd, İmamü'l-Kâdî, Ebû'l-Velid, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, Kurtûbî, Endelüsî, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Beyrut 2004, s., 699; Serahsî, *Mebcut*, VI, 42; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 94; Aynî, *Binaye*, X, 219; Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 305; Merginânî, *Hidaye*, III, 296; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 499.

54 Ebû Davud, Edeb, 85, Ayrıca bkz., Aynî, *Binaye*, X, 219; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 94; Serahsî, *Mebcut*, VI, 42; Merginânî, *Hidaye*, III, 296.

55 Küheci, *Zadu'l-Muhtac.*, II, 305.

56 Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, Çev., Komisyon, İstanbul 1994, VII, 205.

2. 2. 2. Mağsubun Telef Olması Halinde Tazmini

Gasb edilen malın aslının iadesinin mümkün olmadığı veya asıl malda hukukî bir taşıyıcı meydana gelip mülkiyetinin gasıba geçtiği veyahut da mağsup malda esaslı bir eksilme (noksan-ı fahiş) meydana gelip de mal sahibinin bedelini tercih ettiği durumlarda bedelin ödenmesi cihetine gidilir. Malın aslının iade edilememesi, gasp 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.⁵⁷

Mağsup misli⁵⁸ bir mal ise misliyle, kıyemî⁵⁹ bir mal ise kıymetiyle tazmin edilir. Bu kuralın bir istisnası, gayrimüslimlere ait şarap vb. misli bir malın bir Müslüman tarafından gasb edilip tazmin borcunun doğması hâlidir. Müslümanlar, kendileri için gayri müteakvim bir mal olan şarap gibi bir malı satın alıp mislen ödeyemeyeceklerinden değeriyle öderler. Piyasada bulunmayan misli mallar da gayri misli kabul edilir ve değerinin tazmini cihetine gidilir.⁶⁰

2. 2. 3. Misli Malın Tazmini

Mezahib-i Erbaa fakihleri telef edilmiş olan misli malların mümkün olması hâlinde misliyle tazmin edilmelerinin gerektiği hususunda ittifak etmişlerdir. Onlara göre misliyle tazmin mümkün olmazsa kıymete intikal edilir.⁶¹

Tazmine esas olacak kıymetin tespiti hususunda Hanefiler ve Hanbelîler, mislinin piyasada bulunmadığı günün kıymetini esas alırken, Şafîiler, gasb edildiği vakit ile mislinin piyasada bulunmadığı vakit arasındaki en düşük kıymeti esas almışlardır. Malikîler ise, gasb edildiği zaman ki kıymeti esas alınır demişlerdir.⁶²

2. 2. 4. Kıymî Malın Tazmini

Telef edilmiş olan kıymî malların kıymetleri ile tazmin edileceği hususunda Mezahib-i erba arasında ihtilaf yoktur. Hanefiler ve Malikîler, gasb gününün kıyme-

57 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukûku Araştırmaları*, s., 276.

58 Çarsıda pazarda eşi ve benzeri bulunan maldır. Bkz., Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri I*, İstanbul 1999, s., 49.

59 Çarsıda pazarda eşi bulunmayan, satılmayan maldır. Mesela yazma bir kitap kıymî olduğu hâlde aynı kitabın matbu baskıları mislidir. Bkz., Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri I*, İstanbul 1999, s., 49.

60 Aydın, "Gasb" D.İ.A, 13, 391.

61 Şeybânî, İmamü'l-Hafız, Müctehid, er-Rabbanî, Ebü Abdillâh, Muhammed b. Hasan, *Camiu's-Sağir*, Beyrut 1986, 465–466; Merginânî, *Hidâye*, III, 296; Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 359; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 304–308; Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 178, 189; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 35.

62 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 359; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 304–308; Merdâvi, Alaaddin, ebül-Hasan, Ali b. Süleyman b. Ahmed, *İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râccihi mine'l-Hilâf*, Beyrut 1997, VI, 180–181; Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 178.

ti esas alınır derken, Şafîiler gasb edildiği vakit ile mislinin piyasada bulunmadığı vakit arasındaki en düşük kıymeti esas alınır demişlerdir.⁶³

Zâhirîler; mezahib-i erbea'nın mağsup malların tazmininde misli ve kıyemî ayırımına gitmelerine karşı çıkarlar. Onlara göre, misli olsun kıyemî olsun tüm mağsup mallar misilleri ile tazmin edilirler. Eğer misli bulunmazsa mal sahibi muhayyer olur. Dilerse misli bulunana kadar bekler, dilerse de kıymetini tazmin ettirir.⁶⁴

2. 3. Mağsup Üzerinde Meydana Gelen Değişiklikler

2. 3. 1. Mağsubun Artması

Tabîî semereler ve gasb edilen malda meydana gelen artışlar olarak ifade edebileceğimiz ziyadelerde (zevaid-i mağsup) gasb fiilinin gerçekleşip gerçekleşmemesi de bu fiilin tarifıyla yakından ilgilidir. Ziyadeler malda gasbtan sonra meydana gelen artışlar ve yine gasbtan sonra oluşan tabîî semereler olduğundan, Hanefîler ziyadelerde gasbın tahakkukunu kabul etmezler.⁶⁵ Zira bu tür mallarda mal sahibinin zilyetliği hiç tahakkuk etmemiştir ki gasp tarafından giderilmesi mümkün olsun. O hâlde ziyadelerde mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi şartı gerçekleşmemekte, bu gerçekleşmeyince de gasb fiili ve netice olarak gasb gerçekleşmemektedir. Daha sonra belirtileceği üzere bunlar mevcutsa iade edilir, değilse ancak gasp için bir itlaf sorumluluğu oluşabilen durumlarda tazmin sorumluluğu doğar.⁶⁶ Yani şayet gasb eden kişi telef etmek, yemek veya satmak ya da sahibi onu istediği hâlde vermeyip engellemek suretiyle bu fazlalığa herhangi bir tecavüzde bulunacak olursa, tazminatını öder.⁶⁷

Hanefî hukukçularına göre ziyadelerde ağır gasb sorumluluğunun tahakkuk etmemesi gasbın bunlardan hiç sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Gasb edildikten sonra malda meydana gelen ziyadelerin mevcut malla birlikte iade edilmesi gerekir. İade bakımından ziyadeler için bir ayırım söz konusu olmadığı gibi bu konuda mezhepler arasında ihtilâf da yoktur. Çünkü ziyadeler gasb sorumluluğu altına girmese bile mal sahibinin mülkiyetindedir ve bunlara gasp tarafından el konulması mümkün değildir.⁶⁸

İmam Şafîî ve Ahmed b. Hanbel'e (h. 241) göre ise; gasb fiili, esasen mağsup mal üzerinde gasbın haksız zilyetliğinin kurulması (ispat-ı yed-i muhtla) olup, ayrıca

63 Merginânî, *Hidâye*, III, 296; Şeybânî, *Camîu's-Sağîr*, s., 465–466; Küheci, *Zadu'l-Muhtac.*, II, 309, 311; Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 178; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 33.

64 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 437.

65 Tahavî, *Muhtasar*, s., 118.

66 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukûku Araştırmaları*, s., 242–243.

67 Zuhaylî, *İslam Fıkhı*, VII, 199; Aydın, "Gasb" D.İ.A, 13, 391.

68 Aydın, "Gasb" D.İ.A, 13, 391.

mal sahibinin zilyetliğinin giderilmesi (izale-i yed-i muhikka) gerekmediğinden, ziyadelerde de gasb fiil ve sorumluluğu gerçekleşir. Zira ziyadelerde de bunlar oluştuğu andan itibaren haksız zilyetlik gerçekleşmektedir.⁶⁹

Hanbelîlere ve Şafîlilere göre; mağsup gasıbın elinde artarsa ziyadeliğler Malikîdir. Gasıba çalışmasının karşılığı olarak bir şey verilmez. Çünkü gasıp buna yetkili değildir.⁷⁰ Bu ziyadeler telef olur veya noksanlaşırlarsa, aslın hükmüne tabii olurlar.⁷¹

Daha tercih edilen görüşlerinde Malikîler şöyle demektirler: Allah'ın fiili ile meydana gelen artış, yağ ve büyüme gibi gasb edilene bitişik olup ayrı değil ise, gasıp aleyhine tazminat altında olmazlar. Şayet bu artış, gasb edilenden ayrı ise, gasb eden kişinin kullanımından başka sebeplerden dolayı meydana gelmiş olsa dahi -süt, yün, ağacın meyvesi gibi- bunlar telef oldukları veya tüketildikleri takdirde gasıbın aleyhine tazminat altındadır. Bu gibi şeylerin asıl gasb edilen ile birlikte sahibine verilmesi icap eder.⁷²

Şafîiler ve Hanbelîler ziyadeler konusunda Hanefîlerden farklı görüştedirler. Bunlara göre ziyadeler gasb sorumluluğu altında olan bir maldan türediklerinden ve gasıpta mal sahibinin rızası dışında bulduklarından gasb sorumluluğuna dâhildirler. İade edilmediği her durumda ister ayrı ister bitişik ziyadeler grubundan olsunlar tazmin edilirler. Malikîler bu konuda Hanefîler gibi düşünmekte ve ziyadelerin gasıbın fiil ve kusuru olmaksızın zayi olması hâlinde tazmin sorumluluğu doğurduğunu kabul etmemektedirler.

Hanefî ve Malikî hukukçuların gasbtan sonra gasıbın elinde meydana gelen ziyadelerin hükmü hususunda ittifak ettikleri ve meseleyi daha çok gasıp lehine değerlendiren bu ziyadeleri gasb edilmiş mal olarak değerlendirmedikleri anlaşılmaktadır. Onlar mal sahibinin istediği zaman gasıptan, kendi gasb edilmiş malından doğan bu ziyadeliğleri isteyebileceğini, ancak vermediği takdirde bunların gasb edilmiş sayılacağını söylemektedirler. Mal sahibi ziyadeliğleri gasıptan istemediği zaman bunlar gasıbın elinde emanet hükmünde olup hataen helak olmaları durumunda gasıp tazminle sorumlu olmayacaktır. Oysa gerçekte malı, baskı, tehdit vb. bir korkutma ve zorlamayla elinden alınan mağdur bir mal sahibinin -gasb edilmiş malını gasıbın elinden alamazken- cesaretini toplayıp da malından doğan ziyadeliğleri istemek için gasıbın kapısına varması zor bir ihtimal gibi görünmektedir. Kanaatimizce başkasına

69 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukûku Araştırmaları*, s., 242-243.

70 Şafîî, İmam Muhammed b. İdris, eş-Şafîî, *Ümm*, Beyrut 1993, VII, 129; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 504.

71 Merdâvi, *İnsaf*, VI, 151.

72 Zuhayli, *İslam Fıkhi*, VII, 199.

ait bir malı zorla elinden alan ve onu mağdur eden kişi her halükarda sonuçlarına katlanmalıdır. Şafî ve Hanbelîlerin bu husustaki görüşleri mağduriyetlerin giderilmesi açısından daha doğru gibi görünmektedir.

2. 3. 2. Mağsubun Eksilmesi

Gasıp tarafından vuku bulan değişiklik ile mağsubun kıymeti eksilse ekser fukahaya göre, mal sahibi muhayyerdir. Dilerse, mağsubu gasıba terk ederek bedelini tazmin ettirir. Veya dilerse, mağsubu aynen alıp, gasıptan bir şey isteyemez.⁷³

Gasb edilen şeyin gasıbın elinde eksilmesi bazen manevî, bazen de hissî ve manevî olabilir. Böyle bir durum aşağıda belirtilecek dört şekilde olur:

a) Piyasada fiyatların düşmesi sebebiyle eksikliğin meydana gelmesi: Gasb edilen ayn'ın, gasb yerine geri verilmesi durumunda bu eksikliğin tazminatı yoktur. Çünkü fiyatların düşmesi ayn'ın bir parçasının yok olmasıyla gasb edilen şeyde meydana gelen maddî bir eksiklik değildir. Böyle bir şey, Yüce Allah'ın iradesi ile etki altında kalan rağbetlerin azalması sebebiyle meydana gelir ve bunda kulların yaptığı bir şey yoktur.⁷⁴

b) Hayvanın zayı olması, semiz hâle gelmesi, körleşmesi, bazı organlarının felç olması, topallaması, bir gözünün kör olması, organlarından birinin düşmesi gibi, o mala rağbeti arttıran niteliklerden birinin ortadan kalkması sebebiyle meydana gelen eksiklik: Gasb eden kişinin riba (faiz) cereyan edebilen mal dışındakilerde bu eksikliğin tazminatını ödemesi ve Malikîn de gasb edilen ayn'ı alması icap eder. Çünkü ayn olduğu durumda kalmaktadır.⁷⁵

Malikîlere göre; bu durumda mal sahibi muhayyerdir. İsterse kıymetini tazmin ettirir. Veya isterse ayıplı olarak hayvanını geri alır.⁷⁶

c) Ayn'da rağbeti arttıran manevî özelliklerden birisinin ortadan kalkması sebebiyle eksiklik: Gençken yaşlanmak, kaçmak, mesleği unutmak gibi durumlarda eksikliğin tazminatının ödenmesi icap eder.⁷⁷

d) Elbisenin yırtılması hâlinde olduğu gibi, gasb edilen ayn'ın bir parçasının yok olması sebebiyle eksikliğin meydana gelmesi: Bu gibi bütün hâllerde tazminat icap eder.⁷⁸

73 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 366.

74 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 213; Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 366; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 499.

75 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 213; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 70.

76 Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 181–182.

77 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 213; Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 366.

78 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 213.

Fakat bu eksiklik, elbisedeki basit bir yırtık gibi önemsiz olursa, bizatihi ayn kalmaya devam ettiği için, Malikîn gasıba eksiklik kıymeti kadar tazmin ettirmekten başka bir hakkı yoktur.⁷⁹

Şayet eksiklik -elbisedeki büyük yırtık gibi- bütün menfaatlerini aksatacak şekilde fahiş (ileri derecede) ise, malik onu alıp noksanlığının tazminatını ödettirmek ile bütün kıymetini alıp gasıba bırakmak arasında serbesttir. Çünkü gasb edilen şey bir bakıma tüketilmiş gibi olur.⁸⁰ Hanefîlere göre ise fahiş yırtıkta malik elbiseyi gasıba bırakarak tüm kıymetini tazmin ettirir.⁸¹ Yesir ve fahiş, farkın ölçüsü ile ilgili olarak ortaya konulmuştur.

Yesir: Ondan sağlanan menfaati herhangi bir şekilde ortadan kaldırmayıp sadece bir eksikliğe sebep olan kusurdur.

Fahiş: Ayn'ın da, menfaatin bir kısmının gitmesine sebep olan kusurdur.⁸²

Mecelle, yesir olan kusuru, “gasb edilenin kıymetinin dörtte birine ulaşmayan”; fahiş kusuru ise “gasb edilenin kıymetinin dörtte birine eşit veya daha fazla olan” (Mecelle md: 900) diye takdir etmiştir.⁸³

Zahiriler bu konuda Hanefîleri sert bir dille eleştirirler ve şöyle derler; ehl-i İslam'dan herkes elbisenin ancak sahibi için biçileceğini herkesin ununun kendi buğdayından yapılacağını ve her kızartılan etin sahibinin eti olduğunu kabul ettikleri hâlde; gasb, zulüm ve zorbalık Müslümanın malını helal kılar demekle buna ters düşmektedirler.⁸⁴

2. 3. 3. Mağsubun Değişmesi

Asıl malda bir değişikliğin ve eksikliğin meydana gelmesi veya gasb edilen taşınmazda birtakım eklentilerin yapılması hâlinde iade mükellefiyetinin hangi şartlarla yerine getirileceği şöyle ele alınabilir.

Hanefî hukukçularına göre gasb edilen mal, ismi değişecek ve önceki fonksiyonlarının birçoğunu yerine getiremeyecek ölçüde bir değişikliğe uğramışsa artık o mal gasıbın mülkiyetine girmiştir; mal sahibi ancak bedelini isteyebilir. Buğdayın un hâline getirilmesi, ipliğin dokunup kumaş yapılması gibi. Burada haksız zilyedin iyi niyetli veya meydana gelen katma değer için asıl maldan daha kıymetli olup olmadığı dikkate

79 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 213; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 499.

80 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 213; Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 169; Aynî, *Binaye*, X, 257–258.

81 Merginânî, *Hidâye*, III, 301; Aynî, *Binaye*, X, 257–258.

82 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 214.

83 Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s., 175.

84 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 440.

alınmaz. Fazla değişikliğe uğramayan malda ise bu değişiklik ister meyvenin kuru-
ması gibi kendiliğinden olsun, ister bezin boyanması gibi gasıbın fiiliyle meydana
gelsin mal sahibi muhayyerdir. Dilerse bu malı alır, dilerse gasıba değerini tazmin
ettirir. Bezin boyanması gibi gasıbın bir değer ilâvesiyle değişiklik yaptığı mallarda
da sahibinin bu seçim hakkı bulunmaktadır. Ancak malını aldığı takdirde gasıbın yap-
tığı ilâvenin değerini öder veya dilerse malının gasb anındaki değerini tazmin ettirir.⁸⁵

Hukukî tağyir konusunda Malikîler de Hanefîler gibi düşünmektedirler.⁸⁶

Hukukî tağyiri bir mülkiyet sebebi saymayan Şafîiler ve Hanbelîler ise malda ne
ölçüde bir değişiklik olursa olsun Malikin mülkiyet hakkının zayi olmadığı görüşün-
dedirler. Değişikliğe uğrayan malda bir eksilme olmuşsa mal sahibi gasıba bunları
da tazmin ettirir. Aksine malda bir değer artışı olmuşsa mal sahibinin bunları tazmin
etme mecburiyeti bulunmamaktadır.⁸⁷

Konuya genel olarak mezheplerin görüşlerini aktararak başladıktan sonra bazı ör-
nekler vermek yerinde olacaktır.

Bir kimse başkasının buğdayını gasb eder de öğütür un hâline getirirse, demirden
kılıç ve kaplar yapsa ve ya yünü ip yapsa;

Hanefîlere göre; gasb edilmiş olan mal, ismi değişecek bir surette değişikliğe uğ-
radığı için sahibinin Malikiyeti düşer ve gasıp bu mala bedelini tazmin etmek sureti
ile sahip olur. Çünkü bir şeyde ismin tebeddülü aynın tebeddülü hükmündedir. Binae-
naleyh mağsubun minh o malı aynen istirdada (geri almaya) kıyam edemez.⁸⁸

Hanbelîlere göre; gasıbın gasb ettiği şeyleri değiştirmesi ile sahibinin Malikiyeti
düşmez. Gasıbın bunları malike geri vermesi gerekir. Çalışmasının karşılığı olarak
kendisine bir şey de verilmez. Çünkü başkasının malında izinsiz olarak çalışmıştır.
Bununla birlikte eğer gasıbın amelinden dolayı malda eksilme olduysa gasıp bunu
tazmin eder. Artma olduysa tıpkı elbisenin boyanmasında olduğu gibi mal üzerinde
ortak olurlar. Koyunu kesip kızartması, tahtayı kesip kapı veya tabut yapması vb.
durumlarda da hüküm böyledir.⁸⁹

Önde gelen Malikî âlimi İbnu'l-Kasım'a göre, buğdayı öğütüp un hâline getiren
gasıbın o buğdayı misli ile tazmin etmesi gerekir.⁹⁰

85 Aydın, "Gasb" D.İ.A., 13, 390.

86 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, s., 702.

87 Aydın, "Gasb" D.İ.A., XIII, 390.

88 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 362; Aynî, *Binaye*, X, 239.

89 İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 504; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 70.

90 İbn Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 185.

Şafîilere göre ise; gasıbın unu öğütüp pasta yapması veya unu lapa yapması gibi mağsubu telefe götürecektir bir değişiklikte bulunması -ki bu hükmi teleftir- onu mağsuba malik kılar. Bununla birlikte sahibine misli ise mislini kıymetini ödemedikçe ondan faydalanamaz.⁹¹

2. 3. 4. Mağsubun Kullanılması

Aslında bu başlık altında inceleyeceğimiz hususlar bir yönüyle mağsubun artışı konusuyla ilintilidir. Gasb edilmiş olan arazinin ekilip dikilmesi, üzerine ev vb. yapılar yapılması, kerestenin inşaatta kullanılması gibi meseleler mağsubun artması kapsamında değerlendirilebileceği gibi kullanılması kapsamında da değerlendirilebilir. Klasik kitaplarımızda genelde bu ve benzeri meseleler “mağsubun artışı” başlığı altında incelendiği hâlde biz tezimizde bu başlık altında başka örneklere yer verdiğimiz için bu örnekleri de aynı yerde vererek konuyu uzatmak istemedik. Dolayısıyla bu gibi meseleleri detaylarıyla ele almak gayesiyle ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Gasb edilen arazi üzerine inşaat yapmak yahut orayı ekmek veya ağaç dikmek:

Dört mezhep imamı, gasıbın gasb ettiği şeyi, orada yaptığı bina, ektiği ekin veya diktiği ağaçları ortadan kaldırarak gasb ettiği günkü hâliyle sahibine iade etmesini ve bir zarar meydana geldiyse tazmin etmesini ilke olarak kabul etmişlerdir.⁹² Çünkü Peygamber (s.a.s.) bu konuda, “Zalim bir kökün her hangi bir hakkı yoktur.”⁹³ buyurmuştur.

Hanefî ve Şafîîler, arsa sahibinin sökülmüş hâldeki değerini vermek şartıyla; binanın, ekilen veya dikilen şeylerin arsasında kalmasını istemesi durumunda gasıp ile bu konuda anlaşmasının caiz olduğunu söylemişlerdir.⁹⁴

Bir kimse başkasının tahtalarını, taşlarını, kiremitlerini veya tuğlalarını gasb eder de bunları bina yapımında kullanırsa:

Hanefîlere göre; gasıbın bunların kıymetlerini tazmin etmesi gerekir. Mal sahibi malını almak için binayı yıktıramaz. Çünkü bu durumda gasıp zarara uğramış olacaktır. Hâlbuki gasıp mal sahibine malının kıymetini verdiği için hem kendisi zarara uğramamış olacak, hem de Malikîn zararı bi kaderi'l-ilmân giderilmiş olacaktır.⁹⁵

91 Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 316.

92 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 215; Ayrıca bkz., Şafîî, *Ümm*, VII, 129; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 39; Mergenani, *Hidaye*, III, 301; İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 442; İbn Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 189; Merdavi, *İnsâf*, VI, 126.

93 Tirmizî, *ahkâm*, 38; Muvadda, *akdiye*, 26.

94 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 338; Aynî, *Binaye*, X, 262; Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 320.

95 Bilmen, *Hukûk-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 364; Merginânî, *Hidaye*, III, 300.

Hanefî hukukçularından Aynî'ye göre: Eğer tahtanın kıymeti binanınkinden fazla ise, gasıbın tahtayı söküüp geri vermesi gerekir. Fakat binanın kıymeti tahtanınkinden fazla ise, malikin tahtadaki hakkı sakit olur ve gasıba kıymetini tazmin ettirir. Şafîî, Malik ve Ahmet'e göre, binanın değeri tahtadan fazla da olsa sahibi onu alabilir.⁹⁶

Şafîilere göre; mal sahibi kendi malını alabilir. Eğer malında noksanlık meydana geldiyse onu da tazmin ettirir. Piyasada benzeri için kira alınıyorsa gasıp, ecr-i misil de vermelidir.⁹⁷

Malikîlere göre; gasıp bir kimsenin kerestesini gasb eder de inşaatta kullanırsa, sahibi tahtasını alabilir. Taş vb. de tahta gibidir. Ancak eğer bunlar ustaların elinde işlenip değişikliğe uğradılarsa; gasıp, kıymetini öder. Böylece emeği de boşa gitmemiş olur.⁹⁸

Hanbelîlere göre ise; bu gibi şeylerin gasb edilip kullanılmaları durumunda bu malzemelerin yıpranmış olup olmamalarına bakılır. Mesela taş kırılmışsa veya ip yıpranmışsa bir nevi helak olmuş kabul edilir ve gasıba bunların kıymeti tazmin ettirilir.⁹⁹

Tahtanın gasb edilmesi hususunda da Hanbelîler tahtanın sağlam olarak durup durmadığına bakmaktadırlar. Eğer sağlam ise, binanın yıkılmasına sebep olacak olsa bile çıkarılıp sahibine verilmesi gerekir. Çünkü o iadesi mümkün bir mağsup maldır.¹⁰⁰ Eğer mağsup bir sanatkârın elinde işlenip değer kazandıysa olduğu gibi sahibine iade edilir. Gasıba bir şey verilmez. Değer kaybettiyse gasıp noksanını tazmin eder.¹⁰¹

Sonuç olarak; Hanefîler gasıbın da zarara uğramaması gerektiğini düşünerek inşaatta kullanılan bir mağsup malın artık sahibinin mülkiyetinden çıktığını ve gasıbın onun kıymetini sahibine vererek ona sahip olabileceğini söylemektedirler. Oysa Şafîî, Malikî ve Hanbelîlere göre her halükarda mal sahibinindir. Mevcutsa gasıbın onu geri vermesi gerekir.

Kanaatimizce, bu hususta Cumhurun görüşü daha tutarlı ve günümüz açısından maslahata daha uygun görünmektedir. Başkasının değerli bir malını zorla elinden alan bir gasıbın onun üzerine kıymetli bir mülk bina etmiş olma bahanesi ile o mala sahip olması hem mal sahibinin zarara uğramasına yol açacak hem de bu tür gasb fiillerini arttıracaktır. Her ne kadar gasıp bu malın mislini veya kıymetini tazmin ediyorsa da hiç bir benzer tam olarak aslının yerini tutamaz.

96 Aynî, *Binaye*, X, 251.

97 Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 322; Şafîî, *Ümm*, VII, 129; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 321-322.

98 İbn Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 187; Kârâfî, *Zehîra*, VII, 158.

99 İbn Kudâme, *Muğni*, V, 96.

100 İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 511.

101 Merdâvi, *İnsaf*, VI, 137.

Örneğin, yaz günü ev yapmak için inşaat malzemesi almış olan bir insan, zalim bir gasıbın zulmüne uğrayacak olur ve malzemeleri elinden alınırsa, gasıbı mahkemeye verecek ve 2–3 belki de 8–10 ay davanın sonuçlanmasını bekleyecektir. Bu süre zarfında belki de kış gelecektir. Dolayısıyla o sene ev yapamayacak ve ailesi ile türlü sıkıntılar çekecek. belki de uzun bir süre ev kiralamak durumunda kalacaktır. Öte yandan onun hakkını yemiş olan gasıp ise bu müddet boyunca gasb ettiği şeylerden faydalanmak suretiyle istediğine kavuşacak, başkasının sırtından en azından o anki sıkıntısını gidermiş olacaktır.

Cumhurun görüşüne göre ise; gasıp yaptıklarının cezasını çekmekle sorumlu tutulmuştur. Gasbın suç olduğunu ve mal sahibi istihkak davasını kazandığında malını geri alacağını bilen bir gasıp, başkasının malını gasb etmemeli, gasb ettiyse bile o malın üzerine sonradan zarara uğrayacağı (yıkacağı) bir mülk inşa etmemelidir. Eğer böyle bir şey yaptıysa sonucuna da katlanmalıdır. Aksi takdirde suçlu adeta mükâfatlandırılmış, mâsum ise cezalandırılmış olacaktır. Ayrıca meseleye bu şekilde hükmetmenin bu tür gasb fiillerini azaltacağı kanaatindeyiz.

2. 3. 5. Mağsubun Gelir ve Menfaatleri

Menfaat denince bununla iki şey kastedilmektedir; birincisi bir malı bizzat kullanma; ikincisi kira vs. bir yolla hukukî semerelerinden faydalanma. Buna göre menfaat hukukî 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.¹⁰²

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

Hanefilere göre, gasıp malı iade edecek, bir eksilme olmuşsa tazmin edecektir. Ancak elde ettiği menfaat karşılığında herhangi bir tazminat (ecr-i misil) ödemeyecektir. Gasb edilen malı kullanmamış atıl bekletmişse, durum evleviyetle böyledir. Aynı şekilde gasıp malı senelerce kiraya vermiş, hukukî semerelerinden istifade etmişse bu durumda da herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.¹⁰³ Çünkü menfaatler Malikin elinde değil, gasıbın elinde onun çalışması ile meydana gelmiştir ve onun olmuştur. Sonuç olarak kişi kendi malını tazmin etmez.¹⁰⁴

102 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s., 251.

103 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s., 251–253.

104 Aynî, *Binaye*, X, 291.

Diğer mezhep hukukçularına göre ise menfaat da ayn (maddî mal) gibi bir maldır. İmam Şafîî malı; ‘Satıldığında bir değeri olan, zarar verildiğinde tazmin ettirilen şey.’ diye tarif etmektedir. Bu tarifte menfaatleri dışarıda bırakan herhangi bir kayıt yoktur. Ayrıca Şafîî’ye göre maddî 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 menfaatler Hanefî hukukçularca mehir olarak kabul edilmektedir. Mehrin mütekavvim mal olması gerektiğine göre, belirli tür menfaatleri bazı hukukî işlemlerde mal kabul edip diğerlerinde etmemek fazla tutarlı değildir. Şafîîlerin ileri sürdükleri bir diğer gerekçe de şudur: Bütün hukukçularca bir şeyden yararlanmayı, yani menfaati konu edinen kira akdi geçerlidir. Dolayısıyla Hanefîler kira akdinde menfaati mal kabul etmektedirler. Onlar bu görüşlerine gerekçe olarak burada menfaati, kira akdinin mütekavvim bir mal hâline getirdiğini ileri sürmektedirler. Hâlbuki akdin mütekavvim olmayan bir malı mütekavvim hâle getirmesi mümkün değildir. Meselâ şarap ve domuz etinin herhangi bir akde konu olarak mütekavvim hâle gelmesi mümkün değildir. O hâlde menfaat herhangi bir akde bağlı olmaksızın kendiliğinden mütekavvim bir maldır. Bunun sonucu olarak bir mal gasb edildiğinde, gaspı malı ister bizzat kullanmış, ister kiraya verip hukukî semerelerinden yararlanmış olsun, İsterse 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. Hanbelîler menfaatlerin tazmini konusunda.¹⁰⁵ aynen Şafîîler gibi düşünmekte ve “Eğer mağsup kendisinden gelir sağlanan bir şey ise gasbın hem mağsup malı hem de elinde tuttuğu müddet için ecr-i mislini ödemesi gerekir.” demektedirler.¹⁰⁶

Malikî hukukçular menfaatlerin tazmini konusunda bu iki farklı görüş arasında yer alan orta bir görüşü benimsemişlerdir. Malikî hukukçular gasb edilen malı bu bakımdan ikiye ayırırlar; hayvan ve köle gibi gasp için sürekli masrafı olanlar ve ev vb. gibi böyle sürekli bir masraf gerektirmeyenler. Malikîler birinci gruptaki mallardan elde edilen menfaati, ona yapılan masrafa mukabil tutarlar. Bu sebeple de bu grup mallar için menfaatin tazminini kabul etmezler. İkinci grup mallarda ise gasp elde

105 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s., 253–254.

106 İbn Kudâme, *Muğni*, V, 94; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 516.

ettiği menfaati tazmin etmek zorundadır. Eğer herhangi bir menfaat elde etmemişse ödeyeceği bir tazminat da yoktur derler.¹⁰⁷

Zahirilere göre; gasıbın ağaçtan aldığı ürünü ve hayvandan aldığı süt, yün vb. gelirler ve akardan aldığı kirayı mal sahibine iade etmesi gerekir.¹⁰⁸

Menfaatlerin mal sayılıp sayılmaması ve tazminleri ile mağsubun gelirleri hakkında mezheplerin görüşlerini zikrettikten sonra, bazı meseleler üzerinde konuyu incelemek yerinde olacaktır.

Gasb edildikten sonra ekilen araziden elde edilen mahsulün durumu:

Hanefîlere göre; eğer arazi ekilmekle noksanlaşırsa gasıp noksanı tazmin eder. Hasat ettiği üründen ektiği tohumu ve noksanı (işlemekle araziye verdiği zararı) karşılayacak miktarı alır, kalanını tasadduk eder. Bu, Ebu Hanîfe ve İmam Muhammed'in görüşüdür. Ebû Yusuf'a göre ise, kalanı tasadduk etmez.¹⁰⁹

Şafîilere göre; arsaya yapılan bina ve dikilen ağaçlar sökülmelidir.¹¹⁰ Gasıp sökmeden dolayı meydana gelen zararı da tazmin eder. Eğer malik kıymetini vererek onlara sahip olmayı veya ücret karşılığı onların arazisinde kalmasına izin vermeyi isterse; gasıp bu teklifi kabul etmek zorunda değildir. Çünkü bedelsiz olarak onları sökme imkânı vardır. Eğer mağsup kiraya verilebilen mallardan ise gasıp, elinde bulundurduğu müddet için ecr-i misil vermelidir.¹¹¹

Malikîlere göre; bir kimsenin arazisini gasb edip onu eken hem kirasını öder hem de araziye iade eder. Ev için de hüküm aynıdır. Hayvanın gasb edilmesinde ise durum farklıdır. Mal sahibi gasıptan kira alamaz. Çünkü hayvan arazi ve evden farklıdır. Şöyle ki; gasıp ev ve arsa üzerine yaptığı ilaveleri iade ederken alabiliyorken, hayvanı iade ederken onu besleyip büyütme için sarf ettiği yem, su vb. şeyleri geri alamamaktadır.¹¹²

Sahnûn'a (h. 240) göre; araziye gasb edip ekmeyen ve evi gasb edip içinde oturmayan kira alınmaz.¹¹³ İmam Şafîî ye göre ise; her halükârda kira alınır.¹¹⁴

Hanbelîlere göre; gasıp, araziye ekip biçse toprağın kirasını ve noksanlık (zarar) olduysa noksanını tazmin eder. Ekin ise gasıbın olur. Çünkü bu kendi tohumunun nemasıdır (artışı). Eğer malik ekin biçilmeden yetişirse muhayyerdır. Dilerse, gasıptan

107 Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukûku Araştırmaları*, s., 253–254.

108 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 430.

109 Aynî, *Binaye*, X, 228.

110 Şafîî, *Ümm*, VII, 129.

111 Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 320.

112 İbn Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 182.

113 İbn Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 180.

114 Şafîî, *Ümm*, VII, 128.

tarlanın kirasını alarak ekini ona bırakır veya da dilerse, ekini kendisi alır ve gasıba nafakasını (çalışma ücretini) verir. Aksi takdirde gasıbı ekini kaldırmaya zorlayamaz.¹¹⁵

2. 4. Gayr-ı Mütakavvim Malların Gasbı ve Tazmin Sorumluluğu

Müslümanlara ait olup, dinen kullanılması caiz olmayan şarap ve domuz eti gibi mallar mütakavvim sayılmaz. Bu hususta Mezhepler arasında ihtilaf yoktur. Böyle bir malın zorla alınması durumunda gasb tahakkuk etmez ve failin fiili veya kusuruyla zayi olsa bile tazmin borcu doğmaz.

Hanefî ve Malîkîlere göre bu malların Gayrimüslimlere ait olması durumunda ise onların dinine göre yasak olmayan mallar grubunda yer aldığından mütakavvim mal sayılır. Şâfiî ve Hanbelî hukukçularına göre ise şarap ve domuz gayrimüslimler için de mütakavvim sayılmaz ve bunların gasbı hâlinde tazmin borcu doğmaz.¹¹⁶

2. 4. 1. Gayrimüslimler (zimmîler)'in Malları

Hanefîlere göre; bir Müslüman bir zimmînin şarabını gasb edip telef etse kıymetini tazmin etmesi gerekir. Eğer gasıp da zimmî ise misli ile tazmin eder.¹¹⁷ Domuz da böyledir. İçki bizden önceki şeraitlerde mütakavvim bir maldı. Nitekim bizim şeraitimizin evvelinde de böyledi. İçkiyi yasaklayan;

”Ey iman edenler! Muhakkak ki şarap, kumar, putlar ve kısmet için çekilen zarlar şeytanın işinden olan murdar bir eylemdir. Artık ondan kaçınınız ki, felâh bulabilesiniz.”.(Maide, 6/90) ayetinde zimmîler kapsam dışında tutulmuştur. Bu da şarabın onlar açısından mütakavvim olduğuna delildir.¹¹⁸ Kan ve meyte ise böyle değildir. Müslüman olsun zimmî olsun herkese haramdır.¹¹⁹

Zimmîlerdeki domuz ve şarabın durumu bizdeki koyun ve sirkenin durumu gibidir. Aynı zamanda biz onları kendi dinî inançlarında serbest bırakmakla emrolunmuşken ve muahede ile kılıçlar indirilmişken, onlara müdahale hakkımız yoktur. Bununla birlikte her ne kadar şarap misli bulunan şeylerden ise de sadece kıymeti ile tazmin gerekir. Çünkü Müslümanlar zimmînin şarabı mukabilinde yine şarap alıp verseler, şaraba izzet vermiş olurlar ki, şarabın alınıp satılması İslam'da haramdır. Ancak zimmîler kendi aralarında misli ile tazmin edebilirler.¹²⁰

115 İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 510.

116 Aydın, ”*Gasb*” D.İ.A, 13, 388.

117 Tahavî, *Muhtasar*, s., 119.

118 Serahsi, *Mebusut*, VI, 86; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, II,755.

119 Aynî, *Binaye*, X, 296.

120 Merginânî, *Hidâye*, III, 305.

Malikîler de, Hanefîler gibi düşünmektedirler. Onlara göre de şarap zimmîler açısından değerli bir maldır. Kıymeti ile tazmin edilmelidir.¹²¹

Şafîî ve Hanbelîlere göre; zimmînin şarabı telef edilirse tazmin gerekmez. Çünkü onun bir kıymeti yoktur. Mütekavvim bir mal değildir.¹²² Bunu telef edenin Müslüman veya zimmî olması arasında da fark yoktur. Nebiz de böyledir.¹²³ Onlara göre bu gibi şeylerin bey’i helal olmadığı için tazmin edilmeleri gerekmez. Peygamber Efendimizin (s.a.s.)’in,

“Muhakkak ki Allah, şarabın, ölü hayvan etinin, domuzun ve putların satışını yasakladı.” hadisini delil getirirler.¹²⁴ Bununla birlikte onlara göre, zimmînin gasb edilmiş olan şarabı telef olmadıysa gasbın onu iade etmesi gerekir. Çünkü zimmî onu edinmek ve içmek hususunda serbesttir.¹²⁵

Zahirilere göre ise; bir Müslüman veya zimmînin şarabını döken kimseye tazmin gerekmez. Zira İslam’ın Müslüman için olduğu gibi kâfir için de gerekli olduğu ve Allah Resulü’nün bize olduğu gibi kâfirlere de Peygamber olarak gönderildiği hususunda ihtilaf yoktur. Bize haram olan onlara da haramdır. Bu hususta Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

“Kendilerine kitap verilmiş olanlardan olup da Allah Teâlâ’ya ve ahiret gününe iman etmeyen ve Allah Teâlâ ile Resulü’nün haram kıldığı şeyleri haram tanımayan ve hak dini din edinmeyen kimselerle zeliller olarak kendi elleriyle cizye verecekleri zamana kadar muharebede bulunun.”¹²⁶ (Tevbe, 9/29)

Zimmîlere ait olan haç, put vb. şeylerin telef edilmesi durumunda:

Ebu Hanife’ye göre; tazmin edilmeleri gerekir.¹²⁷

Şafîîlere göre; hiçbir tazmin gerekmez. Ancak def gibi kullanımı caiz olan aletlerde tazmin gerekir. Bununla birlikte parçalarına ayrıldığında faydalı bir amaç için kullanılabilen bir şey ise ve kırıldığında kullanılamıyorsa ayrılmış hâli ile kırık hâli arasında ki kıymetini tazmin etmesi gerekir. Çünkü kıymeti olan bir şey, kırılmakla telef edilmiş olur. Parçalarına ayrıldığında da faydalı bir amaç için kullanılamıyorsa tazmine gerek yoktur.¹²⁸

121 İbn Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 190.

122 Şafîî, *Ümm*, VII, 130; Şirbinî, *Muğni’l-Muhtac*, III, 308.

123 Küheci, *Zadu’l-Muhtac*, II, 312; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 121.

124 Müslim, *Müskat*, 71; Buhârî, *Buyu’*, 112, Ayrıca bkz., İbn Kudâme, *Muğni*, V, 123.

125 İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 521; Şirbinî, *Muğni’l-Muhtac*, III, 309.

126 İbn Hazm, *Muhalla*, VI, 447.

127 İbn Kudâme, *Muğni*, V, 123.

128 Şirbinî, *Muğni’l-Muhtac*, III, 309; Şafîî, *Ümm*, VII, 130.

Hanbelîlere göre; bey'i helal olmadığı için tazmin edilmeleri de gerekmez. Meyte gibidir.¹²⁹

2. 4. 2. Müslümanların Gayr-ı Mütakavvim Malları

Müslümanlara ait olan şarap, domuz, meyte, vb. mallar hususunda mezhep imam-ları ittifak ederek, "Müslüman açısından kıymeti olmadığı için tazmin gerekmez" de-mişlerdir.¹³⁰

Hanefîlere göre; bir Müslümana ait şarabı gasb eden mevcut olması hâlinde aynen iade etmelidir. Eğer telef olduysa kıymetini tazmin etmesi gerekmez.¹³¹

Şafîîlere göre; Müslümanın şarabı, sirke yapacak olma ihtimaline binaen dökül-memelidir. Ancak bilinen bunun aksine ise dökülebilir ve tazmin söz konusu olmaz.¹³²

Hanbelîlere göre; Müslümanın şarabını gasb ederse dökmesi gerekir. Eğer Müs-lümanın veya Zimmînin şarabı gasbın elinde sirkeye dönüşürse sahibine iade eder. Sirkeyi telef ederse tazmin eder.¹³³

Çalgı aletlerinin telefinde ise:

Ebu Hanife'ye göre; tazmin gerekir. Çünkü alınıp satılmaları caizdir. Sakıncalı ta-rafları onları gayr-ı mütakavvim (değersiz) yapmaz. İmameyne göre ise tazmin gerek-mez. Çünkü bunlar gayr-ı mütakavvimdirler ve alınıp satılmaları da caiz değildir.¹³⁴

Malikîler, Şafîîler ve Hanbelîlere göre de; çalgı aletlerinin telefinde tazmin gerek-mez.¹³⁵ Ancak Şafîîlere göre def'in telefinde tazmin gerekir.¹³⁶

Kanaatimizce çalgı aletleri hususunda özellikle günümüz açısından düşündüğümüz-de; Ebû Hanife'nin görüşü daha tutarlıdır. Çalgı aletleri her ne kadar çoklukla masiyet, zevk ve sefa için kullanılıyorsa da, bireyi Allah'a yaklaştırmayı amaç edinen "dinî mu-siki" veya "tasavvuf musikisi" olarak adlandırılan müzik tarzı için de kullanılmaktadır.

Eğer zararlarından dolayı bazı eşyayı reddedersek durum içinden çıkılamaz bir hâl alacaktır. O zaman kendisi ile cinayet işlendiği için bıçağı, ahlaksız sitelere girilebil-diği için interneti vb daha birçok şeyi değersiz saymak ve haram kabul etmek gere-kecektir. Osmanlıların mehter marşı ile düşmanlarının yüreklerine korku saldıklarını

129 İbn Kudâme, *Muğni*, V, 123.

130 Küheci, *Zadu'l-Muhtac*, II, 312; İbn Kudâme, *Muğni*, V, 119.

131 Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 755; Bilmen, *Hükük-u İslamiye Kâmûsu*, VII, 332.

132 Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 309.

133 Merdâvî, *İnsâf*, VI, 117; İbn Kudâme, *Kâfi*, III, 522.

134 Aynî, *Binaye*, X, 312-316.

135 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VII, 202-203.

136 Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 309.

da unutmamak gerekir. Her şeyden öte çalgı aletlerinin teleflerinde tazmini gereksiz kılsak bu durum toplumda bu tür aletlere karşı gasb eylemlerini arttıracak, özellikle bu tür aletlerin kullanımının oldukça yaygın olduğu günümüz toplumunda can ve mal güvenliğini ortadan kaldıracak, anarşi, bunalım ve karışıklıklara sebep olacaktır. Bu ise şüphesiz İslam'ın tasvip etmediği bir durumdur.

SONUÇ

Gasbın suç oluşunda hemfikir olan İslam âlimleri, temelde çok büyük görüş ayrılıkları olmamakla beraber bazı hususlarda ihtilaf etmişlerdir. Malikîlerin dışında kalan Cumhur ulema gasb suçunu tazir cezası gerektiren suçlar kapsamında değerlendirmiş ve taziri de şer'î had cezalarını aşmayacak bir ceza olarak uygulamışlardır. Oysa Malikîler maksada daha uygun bir görüş serdederek, gasbı hirâbe (yol kesicilik) kapsamında değerlendirmiş ve gasba yol kesen kişiye uygulanan cezanın uygulanması gerektiğini savunmuşlardır.

Malikîler haricindeki cumhur ulemanın bu görüşleri karşımıza; gizlice 3-5 bilezik çalan kişinin (hırsız) elinin kesilmesine mukabil, silah zoruyla 1 külçe altın çalan kişinin (gasıp) eli kesilmeksizin tazir cezasına çarptırılması gibi tuhaf bir hüküm çıkarmaktadır. Kanaatimizce problem, cumhurun yukarıda zikrettiğimiz örnekteki gibi bir gasb fiilini hırsızlıktan daha hafif görmelerinden değil, tazir cezasını “şer'i had cezasını aşmamak” kaydıyla sınırlandırmalarından ve gasbı hirâbe kapsamında değil de tazir kapsamında değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır.

Cumhur ulemanın aksine Ebu Hanife ve öğrencisi Ebu Yusuf'un gayrimenkullerin ve maddi bir mal olmayan menfaatlerin gasb edilebilirliğini kabul etmeyişleri dikkate değer bir ayrıntıdır.

Zimmîlerin ellerinde bulunan gayrı mütekavvim malların tazminleri hususunda Hanefî ve Malikîler daha ılımlı bir tavır sergilerken, Şafiî, Hanbelî ve Zahirîler daha sert bir tutum takınmışlardır.

Klasik hukuk müdevvenatımızda tabii olarak rastlayamadığımız “mafya”, “kapkaç” vb. terimlere İslam hukuku üzerine yazılmış olan günümüz İslam hukuk eserlerinde de maalesef çok fazla rastlayamadık. İslam Hukukunun “gasb” gibi devlet ve toplumun huzur ve nizamı açısından son derece önem arz eden bir konusunun güncelleştirilememiş olmasını müşahade ettik. Oysa bu gibi suçların günümüzde toplumları perişan ettiği, birçok insanın bu suçları işleyenlerin kurbanı olarak can verdiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu konuların İslam hukuku ile ilgili kaleme alınan eserler de ele alınması ve güncellenmesi temennimizdir.

Makalemizin bazı bölümlerinde kendi görüş ve kanaatlerimizi zikrettik. Maksadımız asla sahip olduğumuz ilmî müktesebatı kendilerine borçlu olduğumuz ulemayı hafife almak değildir. Sadece konu ile ilgili kendi kanaatlerimizi belirtmek istedik. Hiçbir çalışmanın hatadan ve eksikten âri olamayacağını ifade ederek Cenab-ı Hak'tan hata ve kusurlarımın affını diliyorum.