

Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen İtlâf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Mehmet Akman*

Legal Characteristic of Common Liability for Compensation of Anonymous Destruction of Property in Ottoman Law

Islamic law recognizes two types of torts towards property: Wrongful appropriation and destruction which is divided into two parts. Wrongful appropriation consists of taking and keeping the property of another, without that person's permission. Direct destruction consists of the destruction of a thing by a person himself. The person destroying the thing is called the actual doer of the act (mubashir). Indirect destruction consists of being the cause of the destruction of a thing. The person performing such act is called the person causing the destruction (mutesebbib). There is no record in fikh books and modern essays relating to common liability for compensation of anonymous destruction of property. On the other hand, qasâma application is not carried out for goods and animals. In spite of this clarity, after Tanzimat period, the Ottoman administrators had some tendency to extend the scope and nature of qasâma regulation. To indemnify villager's damages occurred in arson cases, eight decrees were promulgated between 1867 and 1902. In this essay, the legal characteristic of that kind of common liability for compensation of destruction by an unknown doer will be examined.

Key words: Qasâma, tort, destruction

İslâm hukukunda haksız fiiller şahsa ve mala yönelik olmak üzere ikiye ayrılır. Şahsa yönelik haksız fiiller ukûbât denilen ceza hukuku bölümünde ele alınmıştır. Bu haksız fiil türünde cezaî ve hukukî sorumluluk ayrımı net değildir. Diğer bir ifadeyle vücut bütünlüğüne zarar verilen mağdura, uğradığı zarar mukabilinde nakdî bir ödeme (diyet) yapıldığı durumlarda bu ödeme hem bir ceza hem de bir tazminat karakteri taşımaktadır. Mala yönelik haksız fiillere gelince bunlar fıkıh kitaplarının ukûbât ve muamelât bölümlerinde işlenmiştir. Hırsızlık haddi gerektiren suçlardan olduğu için ukûbât kısmında ele alınmış ve burada aynı zamanda hırsızın cezaî sorumluluğuyla birlikte hukukî sorumluluğu da incelenmiştir. Diğer mala yönelik haksız fiil türlerinden gasp ve itlaf muamelât bölümünde ele alınmıştır. Gasp, -mütekavim ve- menkul bir malı izinsiz olarak açıkça ve zorla alarak malikin zilyetliğini gidermek ve yerine haksız bir zilyetlik kurmaktır (MAA, md. 881). İtlaf, doğrudan veya dolaylı bir eylemle hukuka aykırı olarak bir kimsenin malına tazmin sorumluluğu doğacak şekilde zarar vermektir (MAA, md. 887, 888).

Fıkıh kitaplarında ve modern çalışmalarda¹ faili bilinmeyen itlaf hallerinde, zarar görenin zararının kollektif olarak tazmini yoluna gidilmesine dair bir kayıt bulunmamaktadır. Fiil, zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve dolaylı itlaf hallerinde kusur,

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Makaleyi okuyup katkıda bulunan Doç. Dr. Fethi Gedikli'ye teşekkür ederim.

itlafın unsurlarıdır. Failin belli olması ve tazmin sorumluluğunun doğrudan (mübaşir) ya da dolaylı faile (mütesebbib) ait olması itlaf konusunun temelidir. Bu itibarla zararın ortak giderilmesi konusunun bu alandaki çalışmalarda ele alınmaması yadırganmamalıdır. Yapmama şeklinde tezahür eden, menfi bir fiille ortaya çıkan itlafın tazmin borcu doğurup doğurmadığı elbette fıkıh kitaplarında ele alınmıştır. Ancak menfi bir fiilin tazmin borcu doğurabilmesi için failin bir yapma yükümlülüğünün olması şarttır. Böyle bir yükümlülüğün olmadığı durumlarda menfi fiil itlaf olarak görülemez. İslam hukukunda dolaylı sorumluluk öngörülen istisnai durumlar velinin sorumluluğu, işverenin sorumluluğu ve sahip olunan hayvanın meydana getirdiği zararlardan sorumluluk şeklinde belirlenebilir². Konumuz bakımından bunlar uygulanabilir nitelikte değildir.

Meselenin ceza hukuku alanındaki simetrisi sayılabilecek kasâmenin sadece insanlar için uygulanan bir tazmin şekli olduğu kitaplarda açıkça belirtilmiştir. Buna göre mal ve hayvanlar hakkında kasâme cari olmaz. Çünkü kasâme ile diyetin lüzumu insanoğlu hakkında sabit olduğundan bu usul başka davalarda uygulanamaz³.

Bu açıklığa rağmen Osmanlı yöneticilerinde -tereddütlü olmakla birlikte- ihtiyaca karşılık geldiği için kasâmenin mahiyet ve kapsamını genişletme çabası dikkati çekmektedir. Bir yandan fıkıh kitaplarındaki düzenlemelere uygun olarak mesela yanan değirmen bedelinin kasâme suretiyle tazmin edilmesinin uygun görülemeyeceği⁴, faili bulunamayan hayvan hırsızlığında hayvanların bedelinin köylülerden tazmin ettirilemeyeceği ve buna uygun olarak hayvan hırsızlarına karşı tedbir alınması⁵, çukurların tesviye olunmamasından dolayı işçilerin kasâme suretiyle tazminata mahkum edilmesinin kanunlara uygun olmadığı⁶ şeklinde düzenlemelere rastlanırken, diğer yandan telgraf hattında kırılan fincanların kasâme usulüyle tazmininden başka çare olmadığı⁷, tahrip edilen otluk ve samanlıkların bedelinin köylülerden kasâme suretiyle tazmini usulüne dut, erik, zeytin ve incir bahçelerini tahrip edenlerin de tabi tutulması⁸ şeklindeki düzenlemelere de rastlanabilmektedir.

1 M. Âkif Aydın, "Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf", *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996, s. 81-82; a.mlf., "İslâm Hukukunda Gasp", *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996, s. 238; a.mlf., "İtlaf", *DİA*, XXIII, 466-469; a.mlf., "Gasp", *DİA*, XIII, 387-392.

2 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. II, İstanbul 1982, s. 514.

3 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi fi tertibi's-şerâi*, Beyrut 1996, c. VII, s. 425-426. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, Beyrut 1994, c. X, s. 324. Ö. Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul t.y., c. III, s. 159.

4 "Cisr-i Mustafapaşa kazası Sarıyer karyesinde yanan değirmen bedelinin kasâme suretiyle tazmin edilmesinin uygun görülemeyeceği", BOA, DH.TMIK.S., dosya no: 50, gömlek no: 18 (18 Şevval 1321/7 Ocak 1904).

5 "Faili ve mütecâsirleri bulunamayan mesrûk hayvanların bedelleri karye ahalisinden tazmin ettirilemeyeceğinden hayvan hırsızlarına karşı tedbir alınması", BOA, DH.MUİ, dosya no: 55/1, gömlek no: 37 (6 Muharrem 1328/18 Ocak 1910).

6 "Meyan kökü ihracı için icra edilen hafriyattan oluşan çukurların tesviye olunmamasından dolayı bütün amelenin kasâme suretiyle tazminata mahkum edilmesi Aydın vilayetinden bildirilmişse de kanunlara uygun olmadığı", BOA, DH.MUİ, dosya no: 63, gömlek no: 2 (26 Muharrem 1328/7 Şubat 1910).

7 "Üsküb Mitrovica arasındaki telgraf hattında kırılan fincanların kasâme usulüyle tazmininden başka çare olmadığı ve bu hatların köy beççileri tarafından muhafazası", BOA, DH.MUİ, dosya no: 45/2, gömlek no: 29, (24 Rebiülevvel 1328/5 Nisan 1910).

8 "Otluk ve samanlıkların bedelinin kura ahalisinden kasâme suretiyle tazmini usulüne dut, erik, zeytin ve incir bahçelerini tahrip edenlerin de tabi tutulması", BOA, DH.İD, dosya no: 146/2, gömlek no: 7 (7 Receb 1331/12 Haziran 1913).

Bilinen anlamıyla kasâme, üzerinde öldürülme belirtileri bulunan katili meçhul bir ceset bulununca, maktûlün yakınlarının dava etmeleri üzerine köy veya mahalle halkından elli kişiye maktûlün kendilerinin öldürmediğine ve öldüreni de bilmediklerine dair yemin ettirilmesi ve akabinde tazminat ödettilmesidir. Bu tanım Hanefî görüşüne uygun olarak yapılmıştır. Kasâmenin Malikî yorumuna göre ise yemini mahalle sakinleri değil maktûlün yakınları öldürme iddiasını ispatlamak için yaparlar⁹. Kasâme son yıllarda özellikle batılı araştırmacıların dikkatini çeken bir uygulamadır. Patricia Crone kasâmenin her iki yorumunu da Yahudi hukukuyla ilişkilendirirken¹⁰, Peters bu görüşe karşı çıkmakta ve kurumun Medine (Malikî) ve Irak (Hanefî) versiyonlarının birbirlerinden ayrı ve bağımsız olarak ortaya çıktığını, kurumun kökeninin de İslâm öncesi Arap kabile kültüründe aranması gerektiğini söylemektedir¹¹. Biz de kasâmenin Osmanlı Devleti'nde uygulanması konusunda yayımladığımız çalışmada kurumun Osmanlı Devleti'nde aldığı görünüm ve özellikle İstanbul'da uygulanıp uygulanmadığı hususlarına temas etmiştik¹². Bu defa kasâme benzeri bir sürecin kıyasen mala yönelik haksız fiiller alanına taşınmasını inceleyeceğiz.

Köylerde cereyan eden faili meçhul kundaklamalar sonucu tahrip olan meyve bahçeleri, samanlık ve otlaklardan doğan zararın kasâme yoluyla tazmin edilmesi amacıyla çeşitli vilayetlerden gelen talepler doğrultusunda 1867-1902 yılları arasında sekiz irade-i seniyye ısdar edildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerin oldukça geç bir döneme rastlamasına rağmen aşağıda yer aldığı üzere kazuistik yöntemle yapıldığı dikkati çekmektedir. Gerçi 1869-1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle'de de bu yöntemden tamamen uzak kalınamaması hatırlandığında devrin hukuk anlayışının daha fazlasına elvermediği görülecektir.

1. 22 Şaban 1284/19 Aralık 1867 tarihli "Tuna vilayetinde faili meçhul kalan otlak ve samanlık ihrakında diyet-i fesat usulünün icrası hakkında irade-i seniyye"¹³. Diğerlerinden oldukça önce çıkarılan bu iradede kasâme kavramına ek olarak yüklenen yeni mânâ ve muhtevanın nüvesi görülebilmektedir. Diyet-i fesat deyişi giderek diyet-i kasâme kavramı haline gelecek ve zamanla hukuk kurum ve kurallarının değişme ve gelişmesine bir örnek olacaktır.

2. 23 Zilkade 1310/8 Haziran 1893 tarihli "Köylerde 1000 kuruşu müteceviz kıymeti hâiz otlak ve samanlık ihrâkında dahi kasâme suretiyle köy ahalisine tazmin ettirilmesi hakkında irâde-i seniyye"¹⁴.

9 İslam hukukunda kasâme konusunda en geniş Türkçe kaynak olarak bk. Cemalettin Şen, *İslam Hukukunda Kasame*, y. lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 1996. S. S. Beyyumi, *el-Kasâme ve ahkâmüha fi'ş-şeriatî'l-islâmiyye*, Kahire 1990.

10 Patricia Crone, "Jahili and Jewish Law: The Qasama", *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, 4 (1984), s. 153-201.

11 Rudolf Peters, "Murder in Khaybar: Some Thoughts on the Origins of the Qasama Procedure in Islamic Law", *Islamic Law and Society*, 9-2 (2002), s. 132-167.

12 Mehmet Akman, "Osmanlı Hukukunda Kasâme", *TÜRKLER*, Ankara 2002, c. 13, s. 789-794.

13 Sarkis Karakoç, *Külliyât-ı Kavânin*, TTK Kütüphanesinde yazma, belge no: 4767. Düstûr'da kaydına rastlanılamamıştır.

14 Karakoç, *Külliyât-ı Kavânin*, belge no: 1531. Düstûr'da kaydına rastlanılamamıştır.

3. 25 Zilhicce 1315/17 Mayıs 1898 tarihli “Köylerde faili meçhul harîk maddelerinde câri kasâme usulünün dutluklara da teşmili hakkında irade-i seniyye”¹⁵. Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatasında şahsi husumet üzerine dut bahçelerinin tahribine cür’et edenlerin bilinmemesinden dolayı zarara uğrayan köy ahalisinin perişan olduğu, bu itibarla bu zararın kasâme diyeti yoluyla tazmin edilmesinin uygun görüldüğü ifade edilmiştir. Üç üyenin muhaletiyle düzenlemenin padişaha arz edilmesi kararı oy çokluğuyla alınmıştır¹⁶.

4. 12 Recep 1316/26 Kasım 1898 tarihli “Köylerde faili meçhul harîk maddelerinde câri kasâme usulünün zeytinliklerle üzüm bağlarına ve incirliklere de teşmili hakkında irade-i seniyye”¹⁷. Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatasında, düşmanlık saskısıyla bazı kişiler tarafından üzüm bağları, incirlik ve zeytinliklerin geceleri kesildiği ve bunun adet haline getirildiği, yüzlerce dönüm büyüklüğündeki bu tarım alanlarının tahribinin hazineye ve ahaliye olan zararından bahisle dut bahçelerine şamil olan kasame diyeti usulünün bahsi geçen üzüm bağlarıyla incirlik ve zeytinliklere de teşmil edilmesi gerektiği anlatılmaktadır¹⁸.

5. 7 Rebiülevvel 1317/16 Temmuz 1899 tarihli “Köylerde faili meçhul harîk maddelerinde câri kasâme usulünün erik bahçelerine de teşmili hakkında irade-i seniyye”¹⁹. Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatasında önceki düzenlemelerde gerekçe olarak zikredilen hususlar tekrar edilmiş ve kasâme usulünün erik bahçelerine de teşmilinde “muhassehat görüldüğü” ifade edilmiştir.

6. 21 Rebiülevvel 1317/30 Temmuz 1899 tarihli “Köylerde faili meçhul harîk maddelerinde câri kasâme usulünün fındık bahçelerine de teşmili hakkında irade-i seniyye”²⁰. Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatasında, Trabzon vilayeti idare meclisinin Daireye başvurduğu, bu başvuruda fındık bahçelerinin diğer vilayetlerdeki zeytinliklere muadil olduğu, bunların tahribinin mahalli servetin imhasını mucip olacağına beyan edildiği ve kasâme usulünün buralarda da geçerli olmasının istenildiği görülmektedir²¹.

7. 25 Rebiülevvel 1317/3 Ağustos 1899 tarihli “Köylerde faili meçhul harîk maddelerinde câri kasâme usulünün hurma eşçarına da teşmili hakkında irade-i seniyye”²². Bu düzenlemenin Bağdat vilayetinden gelen başvuru üzerine yapıldığı görülmektedir²³.

8. 15 Şaban 1320/17 Kasım 1902 tarihli “Köylerde faili meçhul harîk maddelerinde câri kasâme usulünün cehri ve badem ve armut ve fıstık bahçeleriyle kavaklara da

15 Düstur, I. Tertip, Ankara 1941, c. VII, s. 197.

16 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 198.

17 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 208.

18 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 209.

19 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 285.

20 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 286.

21 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 286-287.

22 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 305.

23 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 306.

teşmili hakkında irade-i seniyye²⁴. Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatasından bu defa talebin Halep vilayetinden geldiği anlaşılmaktadır.

Bu son irade-i seniyyede diğerlerinde yer almayan Meclis-i Mahsus-i Vükelâ'nın ek mazbatasının önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Ek mazbatada kayda değer hususlara değinilmiş ve öteden beri uygulana gelen bu usulün aslında hukuka aykırı olduğu ancak bu gibi suçların önünü almak için bir tehdit vasıtası kabilinden olmak üzere kabul edildiği belirtilmiştir: "... böyle ahvalde kura ahalisine tazmini muvafık-ı kanun ve madelet olmayıp bu gibi cerâimin faili hakkında takibat ve mukteziyât-ı kanuniyenin icrası lüzumu dermeyeran kılınmış ve eğerci kasâme usulünün bu misillü hususâtta tatbik ve icrası esasen gayri münasip bulunmuş ise de bazı eşcâr ve fidanlıkların kasâme suretiyle kura ahalisine tazmin ettirilmesi kararlaştırılmış olmasına nazaran şimdi istenilen cehri ve badem ve armut ve fıstık bahçeleriyle kavaklıkların istisna edilmesine bir sebep görülemediğinden ... fail ve matecâsirlerin taharrîsi hakkında icap eden muamele tamamıyla ifa ve icra olunduktan sonra faili bulunmadığı veya kura ahali tarafından haber verilmediği takdirde mücerred bu misillü eşhas-ı mütecâsire ve muzırrayı meydana çıkarmak ve bu münasebetle bu gibi cerâimin önü alınmak için bir vasıta-i tehdidiye kabilinden olmak üzere ... Dahiliye Nezaretî'ne havalesi ekseriyetle tezekkür kılındı"²⁵.

Bunların dışında konuyla ilgili sayılabilecek diğer bir düzenleme de 19 Zilhicce 1305/27 Ağustos 1888 tarihli "Girit vilayetince eşcâr ve fidanlara ika olunan ziyan hakkında nizamnâme"dir²⁶: "Her bir nahiye kendi dairesi dahilinde eşcar ve bağlara vesair çok senelik fidanlara kesmek ve kabuğunu sökmek ve aşu kalemlerini mahvetmek suretiyle veya sair suretle ika olunan ziyanın tazmininden dolayı mesul olacaktır" (md. 1). Burada kasâme ibaresi geçmemekte ise de içerik olarak önceki düzenlemelere benzemektedir.

Osmanlı kanunnamelerinde bu uygulamaya temel teşkil edebilecek hükümlere rastlanmaktadır.

1. "Ve bir nice köy arasında konan kervanın davarın uğurlasalar kim ettiği bilinmese, tehdidat edüb hırsız bulduralar veyahud diyet salalar." (Aydıneli Siyasetnamesi, 898/1493)²⁷.

2. "Ve dahi köy kurbunda konan kişinin gece ile malı uğurlansa hırsız elbette köylüye bulduralar. Ve eğer bulunmaz ise köylüye tazmin etdüreler." (Kanuni'nin Umumi Kanunnamesi, 929/1523)²⁸.

3. "Ve eğer mahallede ve köy içinde adam ölse veya karban basılıb veya köy arasında uğurluk ve harâmilik olsa elbetde bulduralar. Müttehem kimesne var ise teftiş edüb tazmin etdüreler. Müttehem bulunmaz ise ahali-i mahalle ve köy halkına tazmin etdüreler"²⁹.

24 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 925.

25 Düstur, I. Tertip, c. VII, s. 926.

26 Düstur, I. Tertip, c. VI, s. 132.

27 Akgündüz, II, 170.

28 Akgündüz, IV, 302.

29 Akgündüz, IX, 500.

4. Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesi'nde yukarıdakilere benzer düzenlemeler içeren satırların hemen yanına muhtemelen nişancılar tarafından düşülen haşiyeye dikkati çekmektedir: *"Bütün bunlarda emr-i şer' muteberdir. Şer' ile tazmin var ise etdürülür ve illâ felâ. Ve hem uğurlandığı sabit gerek. Sabit olmazsa mücerred dava ile nesne lazım gelmez"*³⁰.

Fıkıh literatüründen yararlanarak mevcut kavramı ortak illet nedeniyle genişletme çabasının bir kafa karışıklığı değil, belki söz konusu faili meçhul itlafı yaptırımsız bırakmayarak toplumsal huzuru sağlama isteği diye yorumlamak hale daha uygun olabilir. Burada bilinçli bir tercih ve bir çözüm arayışı endişesi sezilmektedir. Hukukun devingen bir yapı arzemesinin diğer bir örneği olarak da okunabilir. Adam öldürme halinde kasameye gitmenin gerekçesi ne ise o gerekçeyi şimdi Osmanlı hukukçusu itlafa taşımaktadır. Adam öldürme ile itlaf, eylem niteliği bakımından -birincisi ağır, ikincisi hafif- karşılaştırılmaz ise de varılan sonuç bakımından -ortaklaşa tazmin/ cezalandırılma- arada nitelik farkı yoktur. İlkinde de suç işlememiş olan yakınında işlenen bir suç yüzünden "ceza" görmektedir, ikincisinde de. Yukarıda birkaç örneği sunulan Osmanlı kanunnamelerinde de bunun daha belirsiz ve sınırları iyi tarif edilmeden müracaat edilen bir çözüm olması devletin suç siyasetiyle bağlantılı olarak örfi hukukla ilişkilendirilebilir. Belki de suçların artışı gösterdiği, savaş sebebiyle toplumsal bozulmalar döneminde ve diğer toplumsal huzursuzluk dönemlerinde kasame diyetinin tatbik edilmesinin suçları önleyici bir etkisinin olacağı varsayılmıştır. İslam hukuku zararın giderilmesini sağlamada çok isteklidir³¹. Yine bu sebeple, Osmanlı hukukçusu da bir veya birkaç kişinin gördüğü zararı suçun işlendiği yer ahalisine dağıtarak mali yükü daha kolay katlanılır hale getirmekte ve ahali arasında dinin de teşvik ettiği yardımlaşmayı bu vesileyle ve bu kapsamda kanunileştirmektedir.

30 Akgündüz, III, 92-93.

31 Zarar izâle olunur. (MAA, md. 20). Zarar bi-kaderi'l-imkan def' olunur (MAA, md. 31). Bir kimse diğeri gerek kendisinde ve gerek emîni yedinde olan malını gerek kasden gerek mingayri kasdin itlaf etse zâmin olur (MAA, md. 912).