

ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

63376

Nuri KAHVECİ

İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNDA TAZMİNAT

DOKTORA TEZİ

TEZ YÖNETİCİSİ

Prof. Dr. Hamza AKTAN

ERZURUM - 1997

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

ÖZET
DOKTORA TEZİ
İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA TAZMİNAT
Nuri KAHVECİ

Danışman: Prof. Dr. Hamza AKTAN
1997, SAYFA: 261

Juri : Prof. Dr. Hamza AKTAN

.....
.....

Bu çalışmamızda, islâm hukuku kaynaklarında yer alan, tazminatla ilgili hukukî metinleri güncelleştirmeyi amaçladık.

Kısaca çalışmamız, sorumluluk, haksız fiil nazariyesi, maddî ve manevî zarar ile maddî ve manevî tazminat konularını kapsamaktadır. İslâm hukukunun, günümüz önemli hukukî problemlerinden olan, tazminat konusunda içerdiği hükümleri mümkün olduğu kadar güncelleştirmeye çaba sarfettik. Türk hukuk sistemiyle yaptığımız mukayeselerle de tazminat sahasında ortaya konulabilecek meseleleri değerlendirmeye çalıştık.

İlahî menşeli olan islâm hukukunun, teknoloji çağının sonuçları olan değişik şekillerdeki maddî ve manevî zararları tazmin etmede dayanak olabilecek nitelikte geniş kapsamlı hukukî normlara sahip olduğu sonucuna vardık.

ABSTRACT
DOCTORATE THESIS
THE COMPENSATION IN ISLAMIC LAW OF DEBTS
Nuri KAHVECİ

Supervisor: Prof. Dr. Hamza AKTAN
1997, Page: 261

Jury : Prof. Dr. Hamza AKTAN

.....

.....

In this work, we aimed to update the legal writings related to compensation which take place in origins of islamic law.

In short, this work includes the subjects of responsibility, theory unrighteous action, material and spiritual damage together with material and spiritual compensation. We endeavoured to update the judgements on compensation in islamic law which are of the most important legal problems of today. By making comparisons between islamic law and Turkish law, we tried to evaluate the issues that can be put forward on platform of compensation.

We concluded the islamic law which has a heavenly origin to have legal standards in a large scale to be dependable for compensating the material and spiritual damages caused by technology era in various ways.

Ö N S Ö Z

Bismillahirrahmanirrahim.

Hamd alemlerin rabbı olan Allah (c.c.)'a, selat ve selam O'nun kulu ve elçisi Hz. Muhammed (s.a.s.)'e, O'nun âline, ashabına ve kıyamete kadar O'na en güzel şekilde inananlara olsun.

Tarih boyunca insanlar birarada, topluluklar halinde yaşamış, bu yaşamları sırasında birbirleriyle bir takım ilişkileri ve münasebetleri olmuştur. Bu münasebetler her devirde toplulukların kendilerine has bazı kurallar çerçevesinde yapılagelmıştır.

Birarada, beraberce yaşayan insanların birbirleriyle olan münasebetleri sırasında isteyerek veya istemeyerek birbirlerini incittikleri ve zarar verdikleri bilinmektedir. Bu zararların çeşitli şekillerde telafi edilmesi cihetine gidildiği de tarihi vesikalarla tesbit edilmiştir. Geçmiş devirlerde zararların telafisi için uygulanan metodlar farklılıklar arzetsse, bazı hukukçulara göre, bugünkü manada tazminat gibi değerlendirilmemiş olsalar bile tazminatın dışında da düşünülmemelidirler.

Tazminat, insanlığın ilk devirlerinden beri varolagelen, hukukun önemli problemlerinden biri olarak bilinmektedir. Tazminatın önemi, gelişen ve değişen günümüz toplumları için daha da artmış bulunmaktadır. Zira gelişen teknoloji ve artan basın-yayın organları sonucunda ortaya çıkan maddî ve manevî saldırıların şekil ve sayılarının çoğaldığı bilinem bir gerçektir.

Kıyamete kadar insanlığa ışık tutacak özelliğe sahip islâm dininin ortaya koyduğu hukuk sistemi içerisinde tazminat hukukunun önemli yere sahip olduğunu kaynaklardan tesbit etmiş bulunuyoruz. Günümüz dünyası açısından önemli bir hukukî problem olması dolayısıyla *İslâm Borçlar Hukukunda Tazminat* adlı çalışma yapmayı amaçladık.

Bu çalışmamız ile, islâm borçlar hukukunda tazminat için genel bir çerçeve çizmeye çalıştık. Çalışmamızda daha çok islâm hukukunun aslî kaynaklarında yer alan nassların günümüzün tazminat problemlerine çözüm getirecek şekilde yorumlanmasına gayret gösterdik. Bu sınırlı çalışmamızla islâm borçlar hukuku içinde değerlendirilen islâm sorumluluk (tazminat) hukukunu bütün hatlarıyla ortaya koyduğumuz iddiasında değiliz. Ancak çalışmamızın, bir çok yönüyle islâm hukukunun tazminata verdiği önem ve islâm borçlar hukukunda genel manada tazminatın nasıl ve ne şekilde değerlendirildiği hususlarında yeterli malumat vereceğini düşünüyoruz.

İslâm borçlar hukukunda tazminat meselesini değerlendirmeye çalışırken, zaman zaman pozitif hukukla mukayese yaparak tazminatı ilgilendiren günümüz hukukî problemlerinin daha kolay anlaşılmasına ve islâm hukukunun bazı hususlardaki ayırıcı vasıflarına dikkat çekmeye çalıştık.

Çalışmamız iki ana kısımdan oluşmaktadır.

Bu çalışmamızın elbette bir takım noksanlıkları olacaktır. Amacımız değerli hocalarımız ve okuyucuların olumlu ve yapıcı tenkitleriyle daha mükemmele doğru ilerleyebilmektir.

Doktora çalışmalarım sırasında bana emeği geçen değerli hocalarım, Prof. Dr. Mustafa BAKTİR Beye, Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ Beye, yapıcı tenkitlerinden istifade etmiş olduğum Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU Beye, fakültede faydalandığım hocalarıma ve çalışmalarımın olgunlaşmasında benden değerli fikir ve düşüncelerini esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Hamza AKTAN Beye de teşekkürü bir borç bilirim

Gayret bizden tevfik Allah (c.c.)'tandır.

20 Aralık 1997

Nuri KAHVECİ

KISALTMALAR

b.	: Bin (ibn)
Bkz.	: Bakınız
b.y	: Baskı Yeri Yok
c.c.	: Celle Celaluh
Çev.	: Çeviren
E.Ü.İ.F.D.	: Erciyes Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi
h.	: Hicrî
Hz.	: Hazreti
İ.B.D.	: İstanbul Barosu Dergisi
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Miladî
mad.	: Madde
Mec.	: Mecelle
r.a.	: Radiyellahu Anh veya Anha
s.a.s.	: Sellaallahu Aleyhi ve Sellem
T.B.K.	: Türk Borçlar Kanunu
T.D.V.İ.A.	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
T.M.K.	: Türk Medeni Kanunu
t.siz.	: Tarihsiz
v.	: Vefatı
v.b.	: ve benzeri
v.d.	: ve devamı
v.s.	: ve saire

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
KISALTMALAR.....	III
ÖNSÖZ.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	VI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ KISIM

SORUMLULUK

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SORUMLULUK

1.1. SORUMLULUK KAVRAMI.....	4
1.1. SORUMLULUĞUN TARİHİ SEYRİ.....	6
1.2. SORUMLULUK TÜRLERİ.....	7
1.2.1. Şahıs İle Sorumluluk.....	7
1.2.2. Mal Varlığı İle Sorumluluk.....	10
1.2.2.1. Sınırsız sorumluluk.....	11
1.2.2.2. Sınırlı sorumluluk.....	11
1.2.3. Manevî Sorumluluk.....	12
1.3. SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI.....	14
1.3.1. Akdî Sorumluluk.....	14
1.3.2. Akit Dışı Sorumluluk (Geniş Anlamda Haksız Fiil Sorumluluğu).....	24
1.3.2.1. Kusur sorumluluğu (Dar manada haksız fiil sorumluluğu).....	26
1.3.2.2. Sebep sorumluluğu (Kusursuz sorumluluk).....	28
1.3.2.2.1. İslâm hukukuna göre kişinin yanındakilerden sorumlu olması.....	32
1.3.2.2.2. İslâm hukukuna göre kişinin maliki bulunduğu şeyden sorumluluğu.....	37
1.3.2.2.3. İslâm hukukuna göre kişinin hayvanlarından sorumlu olması.....	39
1.3.3. Hukuka uygun mudahaleden doğan sorumluluk.....	40
1.3.3.3.1. İslâm hukukunda meşru müdafaa.....	41
1.3.3.3.2. İslâm hukukunda ıztırar hali.....	42
1.3.3.3.3. İslâm hukukunda çatışan değerler.....	45

VII

1.3.3.3.4. İslâm hukukunda zarar görenin rızası.....	46
1.3.3.3.5. İslâm hukukuna göre bir hakkın icrası.....	47
1.3.3.3.6. İslâm hukukuna göre görevin ifası.....	47
1.4. SORUMLULUK AÇISINDAN FAİLİN DURUMU.....	48
1.4.1. Mübaşir.....	49
1.4.2. Mütesebbib.....	50
1.4.3. Failin Birden Çok Olması.....	53

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

2.1. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI.....	56
2.1.1. Fiil (Davranış).....	57
2.1.1.1. Tanım ve kavram.....	57
2.1.1.2. Fiil (Davranış) çeşitleri.....	58
2.1.1.2.1. Müsbet (olumlu) fiil.....	59
2.1.1.2.2. Menfi (olumsuz) fiil.....	59
2.1.2. Hukuka Aykırılık.....	60
2.1.2.1. Hukuka aykırılık kavramı.....	60
2.1.2.2. Hukuka uygunluk kavramı.....	62
2.1.3. Uygun İlliyet Bağı.....	63
2.1.3.1. Kavram ve tanım.....	63
2.1.3.2. Çok sebepli durumlarda illiyet.....	66
2.1.3.3. İlliyet bağını kesen sebepler.....	67
2.1.3.3.1. Mücbir sebep (umulmayan hal).....	67
2.1.3.3.2. Zarar görenin kusuru	68
2.1.3.3.3. Üçüncü şahsın kusuru	69
2.1.4. Kusur	69
2.1.4.1. Tanım ve kavram.....	69
2.1.4.2. Kusur ehliyeti.....	70
2.1.4.3. Sorumluluk açısından kusur türleri.	72
2.1.4.3.1. Kasıt.....	73
2.1.4.3.2. İhmal ve hata	75
2.1.5. Zarar.....	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HAKSIZ FİİLİN SONUÇLARI

3.1. MADDÎ ZARAR	79
3.1.1. Tanım ve Kavram.....	79
3.1.2. Maddî Zararın Unsurları.....	80
3.1.2.1. Mal varlığı	81
3.1.2.1.1. Malın mutekavvim olması	81
3.1.2.1.2. Malın memlûk olması	82
3.1.2.1.3. Malın muhrez olması	82
3.1.2.2. Mal varlığının eksilmesi	82
3.1.2.2.1. Fiili zarar (kıymet noksanı)	83
3.1.2.2.2. Kâr mahrumiyeti	84
3.1.2.3. Mal varlığındaki eksilmenin irade dışı olması	85
3.1.2. Maddî Zarar Çeşitleri	86
3.1.2.1. Şahsa verilen zarar (Cinayetler)	86
3.1.2.2. Mala verilen zarar (Nası ızrar)	88
3.1.2.2.1. İtlaf suretiyle mala verilen zararlar	89
3.1.2.2.1.1. Malın tamamen itlaf edilmesi	90
3.1.2.2.1.2. Malın kısmen itlaf edilmesi	90
3.1.2.2.1.3. Maldaki artışların itlafı.....	91
3.1.2.2.1.4. Malın özelliklerinin değişmesi	91
3.1.2.2.2. Gasb suretiyle mala verilen zararlar.....	92
3.1.2.2.2.1. Gasbedilen malın eksilmesi	95
3.1.2.2.2.2. Gasbedilen madaki artışların zarara uğraması	95
3.1.2.2.2.3. Gasbedilen malın menfaatlerinin zarara uğraması	96
3.1.2.2.2.4. Gasbedilen malın gasbedilmesi	97
3.1.2.3. Menfaatlere verilen zarar	97
3.1.2.3.1. Menfaatlerin hukukî statüsü	97
3.1.2.3.2. Menfaatlerin zarara uğraması	100
3.2. MANEVÎ ZARAR	100
3.2.1. Tanım ve Kavram	100

3.2.2. Manevî Zararın Unsurları	104
3.2.2.1. Şahıs varlığı	105
3.2.2.2. Şahıs varlığında meydana gelen eksilme	105
3.2.2.3. Şahıs varlığındaki eksilmenin irade dışı olması	106
3.2.2. Manevî Zarar Çeşitleri	108
3.2.2.1. Kişilik haklarına verilen zarar	108
3.2.2.1.1. Kişilik hakkı kavramı	108
3.2.2.1.1.1. Fizik (maddî) kişilik değerleri	109
3.2.2.1.1.2. Duygusal kişilik değerleri	111
3.2.2.1.1.3. Sosyal kişilik değerleri	112
3.2.2.1.2. Kişilik haklarının nitelikleri	117
3.2.2.1.3. Kişilik haklarının ihlali (Zarara uğraması)	118
3.2.2.2. Şeref ve haysiyete verilen zarar	119
3.2.2.2.1. Şeref ve haysiyet kavramı	119
3.2.2.2.2. Şeref ve haysiyet çeşitleri	120
3.2.2.2.2.1. İç ve dış şeref ve haysiyet	120
3.2.2.2.2.2. Hukukî ve ahlakî şeref ve haysiyet	122
3.2.2.2.2.3. Toplumsal şeref ve haysiyet	123
3.2.2.2.3. Şeref ve haysiyetin ihlali	124
3.2.2.3. Özel hayat hakkına verilen zarar	126
3.2.2.3.1. Özel hayat hakkı kavramı	126
3.2.2.3.2. Özel hayat hakkının ihlali	128
3.2.2.4. Şahsa verilen zararlar	130
3.2.2.4.1. Öldürme suretiyle şahsa verilen zararlar	131
3.2.2.4.2. Yaralama (müessir fiil) suretiyle şahsa verilen zararlar	132
3.2.2.4.3. Organların fonksiyon kaybı şeklinde zarara uğraması	133

İKİNCİ KISIM

TAZMİNAT

1. GENEL OLARAK TAZMİNAT KAVRAMI	134
1.1. İslâm Hukukunda Daman Terimi	136
1.1.1. Damanın tazminat anlamında kullanılışı	137
1.1.2. Damanın kefalet anlamında kullanılışı	138

2. TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ	139
3. TAZMİNATIN HUKUKÎ DAYANAĞI	143
3.1. Ayetler	143
3.2. Hadisler	145
3.3. Külli Kaideler	146
4. TAZMİNATIN KAPSAMI	150
4.1. Pozitif Hukuka Göre Tazminat Sebepleri	150
4.1.1. Kanun.....	150
4.1.2. Sözleşme (Akit).....	150
4.1.3. Kusur	151
4.2. İslâm Hukukuna Göre Tazminat Sebepleri	152
4.2.1. Sözleşme (Akit).....	153
4.2.2. Kusur.....	155
4.3. İslâm Hukukuna Göre Tazmin Şekilleri	158
4.3.1. Mislen tazmin	158
4.3.2. Kıymet olarak tazmin	163
4.4. Pozitif Hukuka Göre Tazmin Şekilleri	165
4.4.1. Ayn olarak tazmin	165
4.4.2. Nakit olarak tazmin	165
5. TAZMİNATIN ÖDENME BİÇİMİ	166
6. TAZMİNATIN İFA YERİ	167

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDÎ TAZMİNAT

1.1. MADDÎ TAZMİNATIN TANIMI ve AMACI	168
1.2. MADDÎ TAZMİNATIN HUKUKÎ DAYANAĞI	170
1.2.1. Ayetler	170
1.2.2. Hadisler.....	172
1.2.3. Külli Kaideler	173
1.3. MALA VERİLEN ZARARLARDA MADDÎ TAZMİNAT	174
1.3.1. Malın İtlafi Halinde Tazmini	174
1.3.1.1. Malın tamamen itlafi halinde tazmin	175
1.3.1.2. Malın kısmen itlafi halinde tazmin	176

1.3.1.3. Maldaki artışların itlafi halinde tazmin	176
1.3.1.4. Maldaki özelliklerin değişmesi halinde tazmin	177
1.3.2. Gasbedilen Malın Tazmini	178
1.3.2.1. Gasbedilen maldaki eksilmelerin tazmini	179
1.3.2.2. Gasbedilen maldaki artışların tazmini	181
1.3.2.3. Gasbedilen malın gelir ve menfaatlerinin tazmini	182
1.3.2.3.1. Vakıf malı	184
1.3.2.3.2. Yetim malı	185
1.3.2.3.3. Muaddun li'l-istiğlâl	185
1.3.2.4. Gasbedilen malın gasbedilmesi halinde tazmini	187
1.4. HAK ve MENFAATLERİN TAZMİNİ	188

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVÎ TAZMİNAT

2.1. MANEVÎ TAZMİNAT KAVRAMI	192
2.2. MANEVÎ TAZMİNATIN MAHİYET ve FONKSİYONLARI	195
2.2.1. Tatmin Etme	195
2.2.2. Cezalandırma	196
2.2.3. Telafi Etme	197
2.3. MANEVÎ TAZMİNATA DUYULAN İHTİYAÇ	199
2.4. MANEVÎ TAZMİNATIN AMACI	202
2.5. MANEVÎ TAZMİNATIN HUKUKÎ DAYANAĞI	204
2.5.1. Ayetler	204
2.5.2. Hadisler	205
2.5.3. Külli Kaideler	207
2.6. MANEVÎ TAZMİNATIN ŞARTLARI	207
2.6.1. Şahsiyet Haklarına Tecavüz Edilmiş Olmalı	207
2.6.2. Tecavüz Haksız Olmalı	208
2.6.3. Tecavüz Özel Bir Ağırlıkta Olmalı	208
2.7. ÖLÜM ve BEDENSEL ZARAR HALİNDE MANEVÎ TAZMİNAT	210
2.7.1. Diyet	210
2.7.1.1. Tam diyet	213
2.7.1.2. Erş	215

2.7.1.3. Ğurre	216
2.7.1.4. Hukûmet-i adl	217
2.7.1.5. Hukûmet-i elem (Erş-i elem)	218
2.7.1.6. Diyet-i muğallaza	219
2.7.1.7. Diyet-i muhaffefe	220
2.7.2. Kısasın Diyete Dönüştürülmesi	220
2.8. MANEVÎ TAZMİNAT ŞEKİLLERİ	221
2.8.1. Para Olarak Manevî Tazminat	221
2.8.2. Para Dışındaki Manevî Tazminat Şekilleri	227
2.8.2.1. Zarar verenin te'dibi	229
2.8.2.2. Zarar verenin takbîh ve tevbihi	231
2.8.2.3. Haksız fiilin teşhiri	232
2.8.2.4. Mağdurun faile cevap vermesi	234
2.8.2.5. Haksız ve yanlış şayiaların düzeltilmesi	235
2.9. MANEVÎ TAZMİNATIN MİKTARINI ve ŞEKLİNİ TAYİN YETKİSİ	237
2.10. MANEVÎ TAZMİNAT TALEBİNİN MİRASCILARA İNTİKALİ	240
2.11. MANEVÎ TAZMİNAT TALEBİ HAKKI OLANLAR	242
2.11.1. Mağdur	242
2.11.2. Ölenin Ailesi.....	243
2.11.3. Hükmi Şahıslar (Tüzel Kişilikler)	244
SONUÇ	246
BİBLİYOGRAFYA.....	250
ÖZ GEÇMİŞ.....	261

GİRİŞ

Tazminat, zararın varoluşuyla ortaya çıkmış hukukî bir mesele olmakla birlikte gün geçtikçe tazminata konu olan zararların çeşitli şekillerde arttığı görülmektedir. Gerek ilahî menşeli hukuk sistemlerinde, gerekse beşerin akıl ve tecrübesine dayanan hukuk kurallarında çeşitli tazminat şekilleri gündeme gelmiş ve tarihi seyri içerisinde değişik biçimlerde tatbik edilmişlerdir. Yani, insanlık tarihiyle birlikte varolan zararlar için hemen bütün hukuk sistemleri birer tazminat şekli kabul etmiş ve imkan ölçüsünde geliştirmeye çalışmışlardır.

Zamanın geçmesi, şartların değişerek gelişmesiyle müslümanların karşılaştıkları meselelere çözüm bulmak manasıyla, islâm alimlerinin Kitap, sünnet ve kıyas'a dayanarak yeni meseleler için hüküm çıkarmada gayret göstermeleri gerektiği hususunda, akıl sahibi hiç bir kimsenin karşı çıkması söz konusu olamaz. Toplumun ve hukukun önemli problemlerinden biri haline gelen tazminat kavramının yeniden irdelenmesi ve islâmın çizdiği sınırlar dahilinde ortaya konulması bir ihtiyaç halini almıştır. İslâm hukuku nassları arasındaki iç bağlantıyı iyi kurup, yeni meselelere, eskisinden farklı olabilen bazı metodlar geliştirip kullanarak, çözüm geliştirmek ve problemleri halletmeye gayret sarfetmek islâm hukukunun dinamizmi açısından önemlidir.

İslâm Borçlar Hukukunda Tazminat adlı çalışmayı yapmadaki gayemiz de, tazminatın günümüzün önemli toplumsal, iktisadî ve hukukî problemlerinden biri olmasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı islâm hukukunun aslî kaynaklarında yer alan gerek maddî zarar ve gerekse manevî zarar ifade edebilecek mana ve mahiyetteki nassların günün şartlarına göre yeniden değerlendirilmesi, bazı ayet ve hadislerin gerek işaret, gerekse delalet ettikleri manalara dikkat çekilmesi gerektiği kanaatiyle hareket ederek, maddî ve manevî tazminatın genel hatlarıyla hukukî sınırlarını tesbit etmeye, modern anlamıyla islâm sorumluluk hukukunun çerçevesini belirlemeye çalışacağız.

Çalışmamızda daha çok ayet ve hadislerin değerlendirilmesi hususunu ön plana alarak modern manada anlaşıldığı gibi sorumluluk hukukunu ilgilendiren meselelerin islâm hukukunun aslî kaynaklarındaki yerini ve bu kaynakların sorumluluk (tazminat) hukukuna bakışını ortaya koyma gayreti içerisine girdik.

Manevî zarar ve bunun tazminiyle ilgili olarak tesbit ettiğimiz ayet ve hadislerin pek çoğu klasik kaynaklarda bizim anladığımız manada değerlendirilmemiştir. Klasik kaynaklarda manevî tazminat başlığıyla bir bölüm de mevcut değildir. Fukaha manevî tazminatla ilgili meseleleri daha çok ta'zir bölümünde değerlendirmişlerdir. Bizim tesbit ettiğimiz ve manevî tazminatın hukukî kaynağını oluşturacak olan ayet ve hadisler klasik kaynaklarda bu şekilde değerlendirilmediğinden dolayı, manevî zarar ve tazmin ile ilgili pek çok meselede fukahanın muhtelif görüşlerini serdetme imkanından yoksun kaldık.

Çalışmamızı modern hukuktaki sistematiki esas alarak yapmaya çalıştık. Bizden önce, islâm sorumluluk hukuku sahasında bu sistematik içinde yapılan fazlaca çalışma olmaması meseleleri ortaya koymada zorlanmamıza neden oldu.

Ancak bu çalışmayı yaparken islâm hukuk dâirinde seçkin yere sahip, islâm hukukçularının telif ettikleri klasik kaynaklardaki hukukî yorumlarını da gözardı etmedik. Bu müelliflerin islâm hukukunun aslî kaynakları olan Kur'an ve sünnette yer alan nasslardan çıkardıkları hükümler ve nassları yorumlamaları araştırmamızda sıkça muracaat ettiğimiz kaynaklar arasında yer almaktadır.

Zaman zaman pozitif hukuk sistemi içerisinde tazminatın nasıl değerlendirildiğine müracaat etmiş olmamız, tazminat doğuran zararların bilinmesi, bu zararların ne şekilde tazmin edilmesi gerektiği anlayışının tebaruz ettirilmesi ve islâm hukukuyla beşerî hukukun genel bir mukayesesinin ortaya konulması yaklaşımından kaynaklanmıştır. Zira günün problemlerini yakalama ve anlamada pozitif hukuktan faydalanmadan meseleleri izah etme imkanından uzaktayız.

Muracaat ettiğimiz kaynaklar arasında yer alan çağdaş islâm hukuku müelliflerinin eserlerinden de faydalanarak genel anlamda bir *islâm sorumluluk (tazminat) hukuku* ortaya çıkarmaya çalışırken bir çok çağdaş islâm hukuku müellifinin bu konuda *daman* genel başlığıyla kaleme aldıkları eserlerinde, klasik fıkıh kitaplarında yer alan ifadelerden farklı bir yoruma yer vermediklerini müşahade ettiğimizi de ifade etmek isteriz.

Bu çalışmamıza *İslâm Borçlar Hukukunda Tazminat* ismini vermiş olmamız, zarar verici haksız fiil neticesinde meydana gelen zararların telafi edilmesi, zarar verene bir borcun yüklenmesi neticesini doğurduğundan, bu durumun islâm borçlar hukuku içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Kısaca tazminatın varlığı aynı zamanda mağdur ile fail arasında bir borç ilişkisinin varlığını ortaya koymaktadır. Borç ilişkileri ise şüphesiz borçlar hukuku içerisinde değerlendirilmektedir. Çalışmamızın odaklandığı nokta, haksız fiiller neticesinde

doğan borç münasebetleri, yani haksız fiillerden doğan, gerek maddî gerekse manevî zararların telafisi şeklinde olmuştur.

Modern manadaki ifadesiyle sorumluluk hukukunu ilgilendiren konulara kısaca değinerek çalışmamızı haksız fiillerden doğan sorumluluk etrafında şekillendirmiş bulunuyoruz.

Çalışmamızda zararları ve bu zararların tazmini için gerekli olan tazminatları değerlendirirken genel olarak *maddî* ve *manevî* diye iki ana bölüme ayırarak inceleyeceğiz. Ancak ne zararları, ne de zararların telafisi manasına gelen tazminatları objektif kriterlerle tam olarak maddî ve manevî diye bir birinden ayırmak mümkün değildir. Belki de bu zorluk ve meşakketten dolayı klasik fıkıh kitaplarında böyle bir ayırma gidilmemiştir. Zarar veya tazminatın ağırlıklı olarak hangi sınıfa dahil edilebileceğinden hareketle maddî ve manevî ayırımı yapmak sorumluluk hukuku açısından meseleyi daha anlaşılır kılacaktır.

Çalışmamızı, tezimizdeki metodumuz, kaynaklarımız ve tezimizin amacı hakkında kısa bir malumattan oluşan giriş bölümünden sonra, tazminat için zorunlu olan sorumluluk, haksız fiil, haksız fiilin sonuçları şeklinde maddî ve manevî zarar bölümlerinden oluşan birinci kısım ile, tazminat hakkında genel bilgi ile maddî ve manevî tazminat bölümlerinden oluşan ikinci kısım olmak üzere tertip etmiş bulunuyoruz.

Kısaca, tazminatın söz konusu olabilmesi için zorunlu olan zararı meydana getiren fiili tanıtılarak genel manada maddî ve manevî zararı haksız fiilin neticesi olarak ortaya koymaya çalışırken, maddî ve manevî tazminatı da tazminat kısmıyla izah etmeye gayret gösterdik.

BİRİNCİ KISIM

SORUMLULUK

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SORUMLULUK

1.1. SORUMLULUK KAVRAMI

Genel olarak, bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklı, devlet zoruyla alacağını veya alacağının yerine geçecek olan bir miktar parayı elde etmek hakkına sahiptir. Buna, modern manada, borçlunun sorumluluğu da denir. Borcun ifası hiç bir devirde sadece borçlunun arzusuna, iyi niyetine bırakılmış değildir¹. Alacaklıya, borçluyu zorlama imkanı vermeyen bir alacak hakkı, hukukî himayeden yoksun ve dolayısıyla borçlunun dürüstlük ve insafına bırakılmış eksik bir haktan başka bir şey ifade etmez².

Geniş anlamda sorumluluk ifadesi, bir kimsenin zarar veren bir olgudan ötürü bu zararı tazminle yükümlü olduğunu anlatır³. Hukukta geniş anlamda sorumluluk akit dışı sorumluluk ve akdî sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴. Her iki durumda da sorumluluk borç ilişkisinden bağımsız bir kavram olarak düşünülemez⁵.

Hukukta sorumluluk, bundan başka, mal ile sorumluluk - şahıs ile sorumluluk, sınırlı sorumluluk - sınırsız sorumluluk gibi ayrımlara da tabi tutulmaktadır.⁶

¹ . Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, Ankara, 1981, 7; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, t.siz, I, 86;

² . Eren, *Borçlar*, I, 86

³ . Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1978, 17; Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, İstanbul, 1995, 59

⁴ . Eren, *Borçlar*, II, 144

⁵ . Tekinay, 17

⁶ . Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961, 461; Tekinay, 18-22; Reisoğlu, 7; Eren, *Borçlar*, II, 144; Akıntürk, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1991, 14 -15; Karahasan, 60

Sorumluluğun pozitif hukukta yer alan diğer bir ifadesi de “...den sorumluluk” ve “...ile sorumluluk” kavramları şeklindedir. ...den sorumluluk, zarar verenin bir haksız fiilden, özen borcunun ihlalinden veya tehlike halinden ya da akdin ihlalinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünü anlatır.⁷ Yani başkasının zarar görmesini gerektiren bir şeyden ötürü ya da bir kimseden ötürü sorumlu bulunduğunu anlatır. Türk Borçlar Kanunundaki, *hayvan güdenin sorumluluğu*⁸ ile *yardımcı çalıştırmanın sorumluluğu*⁹ şeklindeki maddeler bunun örnekleridir. Burada bir zarar giderim (tazminat) borcu, meydana gelen zararı karşılama, tazmin etme yükümü söz konusudur.¹⁰

...ile sorumluluk ise, borçlunun bir şeyi ile sorumluluğunu anlatmaktadır.¹¹ Yani bu günkü anlayışa göre, borçlunun alacaklıya karşı mal varlığı ile sorumlu olması durumunu ifade eder.¹² ...ile sorumluluk bir yüküm değil, alacaklının hakkını elde edebilmesi için borçlunun malvarlığına el koyabilme hakkı demektir. Alacaklı borcun ifa edilmemesi durumunda, cebri icra yoluyla, borçlunun malvarlığına başvurabilir.¹³

Tazminat olan çalışmamızın konusunu haksız fiillerden doğan zararların tazmini şeklinde sınırlandırmak için, diğer sorumluluk çeşitleriyle beraber kısaca akdî ve akit dışı sorumluluk kavramları üzerinde duracağız. Gerek akdî sorumluluk, gerekse akit dışı sorumluluk amaç itibariyle bir şahsın başka bir şahsa vermiş olduğu zararı gidermeye yöneliktir. Burada hakim olan ilke *kimseye zarar verme* genel ilkesidir. Bu ilke temelini hukukî yükümlülük (ödev) fikrinde bulur. Hukukî ödev, hukuk düzeninin fertlere yönelttiği ve onlar tarafından uyulması gereken bir emirdir. Bu emir fertlere ya bir yasak veya bir buyruk şeklinde yönelir.¹⁴

Hukuktaki sorumluluk kavramlarını genel ifadeleriyle ortaya koyduktan sonra çalışmamızı, asıl konumuz olan akit dışı sorumluluğun sonuçlarından *tazminat* kavramına doğru yönlendireceğiz.

⁷ . Tekinay, 21; Eren, *Borçlar*, I, 87, II, 2; Karahasan, 59

⁸ . Türk Borçlar Kanunu (T.M.K. ile birlikte). Der Yayınları, İstanbul, 1993. mad. 56

⁹ . T.B.K. mad. 55

¹⁰ . Karahasan, 59

¹¹ . Tekinay, 21; Karahasan, 59

¹² . Eren, *Borçlar*, I, 87; Akıntürk, *Borçlar*, 14

¹³ . Tekinay, 20; Akıntürk, *Borçlar*, 14; Karahasan, 59

¹⁴ . Eren, *Borçlar*, II, 144

1.2. SORUMLULUĞUN TARİHİ SEYRİ

İlk çağlarda bir borcun üstlenilmesi anlamına gelen borç muamelesi ile sorumluluk doğuran sorumluluk muamelesi bir birinden ayrı idiler. Çok eski zamanlarda sorumluluk, alacaklıya bir rehine ya da rehin verilmek yoluyla kurulurdu. Sonraları borçlu bizzat kendisini rehine olarak sorumluluk altına sokuyordu. Bu aşamadan borç için kölelik merhalesi doğmuş oldu. Borç için borçlunun şahsının sorumlu tutulmasının daha hafif şekli borç için hapis olarak ortaya çıkmıştır. Bu da önceleri özel surette hapis, sonraları ise resmi surette hapis şeklinde uygulanıyordu¹⁵.

Eski Roma hukukunda, şahsî sorumluluk fikri hakimdi. Borcun yerine getirilmesini temin için çok sert müeyyideler mevcuttu ve bu durum alacaklının, borçlu olsun kefil olsun mesul olan şahsın cismine el koyma, alıp götürmek, satabilmek, köle olarak kullanabilmek, kısaca ona istediğini yapabilmek hakkı olarak uygulanmaktaydı¹⁶. Benzer uygulamalar Cahiliyye Araplarında da görülmekteydi. İslâm hukuku bu uygulamayı kaldırarak borçtan dolayı özellikle malî sorumluluk prensibini, bazı şartlar ve durumlarda da zimmet (şahsî) sorumluluk esasını getirmiştir¹⁷.

Haksız fiil açısından sorumluluk ise, öc alma fikrine dayanmaktaydı. Tarihin, kaynaklara geçmiş olan ilk devirlerinde, verilen zarara karşı öc alma fikrinin hakim olduğu görülmektedir. Buna göre, zarara uğrayan kişi zarar verene karşı uğradığı zarara benzer bir zarar verme hakkına sahip kabul edilmekteydi¹⁸. Ancak zamanla devlet gücünün artması sonucu kişisel öc alma yerine devlet kontrolünde değişik sorumluluk hallerinin tatbik edilmeye başlandığı görülmektedir.

Eski devirlerde uygulanan zarar verenin sorumluluğu hallerinden biri de bugünkü anlamıyla benzerlik arzeden, zarar verenin zarar görene, onun intikam hakkını satın alma

¹⁵ . Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1969, 23

¹⁶ . Koschaker - Ayiter, Paul - Kudret, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Ankara, 1975, 185

¹⁷ . Mahmasanî, Subhi, *Nazariyyetü'l-Amme li'l-Mucebât ve'l-Ukûd fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1972, II, 512, v.d; Atar, Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 1990, 37; Akman, Ahmet, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat*, (Doktora Tezi, Basılmamış) İstanbul, 1992, 84

¹⁸ . Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1987, II, 469

karşılığı bir miktar malî bedel ödemesi şeklinde anlaşılan zarar verenin verdiği zararı telafi etmesine benziyordu¹⁹.

Eski Roma hukukunda mağdurun veya mensup olduğu zümrenin başkasına zarar veren failin şahsını elde etmek ve ona istedikleri şeyleri yapabilmek onların hakkı olarak kabul edilmekteydi. Burada haksız fiil failine karşı intikam ve cebir kullanmak hukukî kabul ediliyordu. Sonraları şahsî öc alma yerine bir miktar mal tesbit edilmeye başlandı. Bu da zararlı fiili işleyen failin şahsî sorumluluğu yerine mal varlığı ile sorumlu olacağı anlayışının ortaya çıkması olarak değerlendirilmektedir²⁰.

Roma hukukunun inkişafı boyunca sorumluluk prensibi hususunda devamlı intikal ve değişimler olmuştur. Bilhassa Bizans devrinde eski metinler esaslı surette değiştirilmiştir. Eski ve klasik Roma hukukundaki sorumluluk meseleleri asrımızda zengin neşriyata sebep olmuştur²¹.

Geçmişte borçlunun sorumluluğu hem şahıs ile sorumluluk hem de mal varlığı ile sorumluluk şeklinde uygulandığı halde pozitif hukukta, günümüzde sorumluluk sadece mal varlığı ile sorumluluk şeklinde tatbik edilmektedir²². Tarih içinde şahıs ile sorumluluktan mal varlığı ile sorumluluğa geçildiği görülmektedir²³.

1.3. SORUMLULUK TÜRLERİ

1.3.1. Şahıs İle Sorumluluk

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi hukuk tarihinin akışı içinde ilk sorumluluk biçimi, şahıs ile sorumluluktur. Bu tür sorumluluğa, ilkel hukuk sistemlerinde rastlanır. Şahıs ile sorumluluk, kısaca, alacaklının borçlunun şahsına, yani vücuduna el koyması şeklinde algılanmaktadır. Buna göre, geçmiş devirlerde, edimini yerine getirmeyen borçluyu, alacaklı öldürebilir, köleleştirebilir, rehnedebilir veya hapsedebilirdi. Burada borçlunun bizzat

¹⁹ . Velidedeoğlu, Hifzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar*, İstanbul, 1960, 313

²⁰ . Koschaker - Ayiter, 259

²¹ . Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1974, 30

²² . Tunçomağ, 23; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, Ankara, 1981, 7; Eren, *Borçlar*, I, 88 - 89;

Akıntürk, *Borçlar*, 14

²³ . Tunçomağ, 23

şahsına el konulduğu, onun şahsî varlığı üzerinde alacaklıya tasarruf etme yetkisi tanındığı için, bu tür sorumluluğa, şahıs ile sorumluluk denilmektedir²⁴.

Şahıs ile sorumluluk zamanla biraz yumuşatılarak borçlunun alacaklı tarafından borcu oranında çalıştırılması, yani alacaklının kölesi haline gelmesi şekline dönüştürülmüştür. Bir süre sonra da borçlunun borcu için hapsedilmesi usulü geçerli olmaya başlamıştır²⁵.

Geçmişte şahıs ile sorumluluğun, hayat ve beden ile sorumluluk, borç için kölelik, borç için özel veya resmi hapis çeşitlerine rastlanmaktadır²⁶.

Pozitif hukukta bu gün artık borç için hapis veya şahıs ile sorumluluk esası geçerli değildir²⁷.

İslâm hukuku tatbikatında, sahabeden itibaren, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in *Ödeme gücüne sahip borçlunun borcunu ödemeyip geciktirmesi haksızlık ve zulümdür; bu davranışı onun kınanmasını ve cezalandırılmasını gerektirir*²⁸ ve *Zengin borçlunun borcunu geciktirmesi zulüm ve haksızlıktır*²⁹ hadislerine dayanarak, *Eğer (borçlu) darlık içindeyse bir kolaylığa ulaşıncaya kadar mühlet vermek gerekir*³⁰, ayeti de göz önünde bulundurup malı bulunan kişilerin borçlarını ödeyinceye kadar hapsedildiği uygulamasına rastlanmaktadır³¹. Ancak buradaki hapis, borcunu ödeme imkanı olan borçluyu edimini yerine getirmeye zorlamak için uygulanmaktadır. Bu manasıyla eski Roma hukukundan ve şahıs ile sorumluluğun uygulandığı diğer hukuk sistemlerinden farklıdır.

Emevî halifesi olan Ömer b. Abdilaziz (v.101 h.)'in uygulamasına göre, hür bir insan olan borçlunun borcunu ödemesi için çalışmasının hapsedilmesinden daha doğru olduğu ve borç mevzuunun borçlunun şahsına değil malına taalluk ettiği gerekçesiyle ödeme imkanı

²⁴ . Eren, *Borçlar*, I, 88; Akıntürk, *Borçlar*, 14

²⁵ . Akıntürk, *Borçlar*, 14,

²⁶ . Tunçomağ, 23

²⁷ . Reisoğlu, 7; Eren, *Borçlar*, I, 88; Akıntürk, *Borçlar*, 14

²⁸ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV,388; Buharî. Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Muğire, *es-Sahih*, İstanbul, t.siz, İstikraz, 13; Ebu Davud, Süleyman İbnu'l-Eş'asi's-Sicistanî, *es-Sünen*, Beyrut, 1988, Akdiye, 29; Nesai, Ebu Abdirrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali, *es-Sünen*, Beyrut, t.siz, Buyu', 100; İbn Mace, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, *es-Sünen*, Beyrut, 1975, Sadakât, 18

²⁹ . Ebu Davud, Buyu', 10

³⁰ . Bakara: 2 / 280

³¹ . Serahsî, Şemsu'l-Eimme Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl, *Kitabu'l-Mebhut*, Beyrut, 1986, XXIV, 57, Nevevî, *Mecmu'*, IX,159

bulunan borçlunun hapsinin meşru görülmeysi³² islâm hukukunda borçlunun şahıs ile sorumluluğunun zamana ve şartlara göre uygulanabilen ikinci derecede bir sorumluluk olduğu şeklinde değerlendirilmelidir. Zahiriler ve bazı müctehidler de Ömer b. Abdilaziz'in görüşünü esas almışlardır³³.

Geçmiş dönem islâm hukukçularının çoğunluğu ise, ödeme imkanı olan borçlunun hapsinin hukuka uygun olacağı kanaatindedirler³⁴. İslâm hukukunda ödeme güçlüğü içindeki borçluya mehil verilmesi prensip olmakla beraber Ebussuud Efendi'den itibaren Osmanlı tatbikatında bu durumda olan borçlunun hapisle tazyiki kabup edilmiş, ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunu isbat borçlu olan şahsa yüklenmiştir³⁵.

İslâm hukukundaki genel kanaat; borçlu ödeme gücüne sahip değilse hapsedilmez, eğer daha önce hapsedilmişse serbest bırakılır³⁶.

Görüldüğü gibi islâm hukukunda şahıs ile sorumluluk gerek eski Roma hukuku, gerekse cahiliyye araplarında olduğundan çok farklı olarak uygulama alanı bulmuştur. Böyle olmakla beraber, islâm hukukunda şahıs ile sorumluluk belirli şartlarda uygulanmıştır. Mesela, borçlunun borç mukabili bulunan manılın gizlenmesi gibi durumlarda ifaya zorlamak maksadıyla hapis ve meşru tazyik yolları sınırlı olarak kabul edilmiştir³⁷. İslâm hukuku tatbikatında borçlunun şahsına yönelik hapis gibi müeyyidelerin umumiyetle muayyen bir şeyin (ayn) verilmesi şeklindeki borçlarda önemli olduğu görülür. Hapis gerektiği durumlarda hakimin öncelikle mehil vermesi de esastır.

³² . Mahmasanî, II, 512; Atar, 38; Akman, 87

³³ . Mahmasanî, II, 512

³⁴ . Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 163; Kasanî, Alaaddin Ebi Bekr b. Mes'ud, *Kitabu Bedayi'i's-Senayi fi Tertibi's-Şerai*, Beyrut, 1986, VII, 169; Merğinanî. Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr b. Abdilcelil er-Reşedanî, *El-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mubtedi*, İstanbul, 1986, III, 230 - 232; İbn Rüşd, Kadı Ebi'l-Velid Muhammed b. Ahmed (Maruf İbn Rüşd el-Hafid), *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, İstanbul, 1985, II, 238; Şirbini, Şeyh Muhammed, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti'l-Meani*, İstanbul, 1959, II, 154

³⁵ . Mahmasanî, II, 513, v.d; Cin - Akgündüz, Halil - Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi, Özel Hukuk*, Konya, 1988, II, 207,

³⁶ . Merğinanî, III, 105; Senhurî, Aburrezzak, *Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1967, V, 136; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 536

³⁷ . Mahmasanî, II, 512, v.d; Cin - Akgündüz, II, 163

Hanımına veya her çeşit akrabasına karşı hukuken mecbur olduğu nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiler de bazı islâm hukukçularına göre hapsedilir³⁸.

İslâm hukukçuları borçlunun hapsedilmesi için borcun alt sınırını olmayacağı görüşündedirler. Buna göre, borç bir dirhemden az da olsa ifadan imtina eden borçlu hapsedilir. Kefil ve kefilin kefil de borçtan dolayı hapsedilirler. Hapsedilen kefil, asıl borçlunun da hapsedilmesini isteyebilir³⁹.

Aslında islâm hukukunun aslî kaynaklarında, edimini yerine getirmeyen borçlunun şahıs ile sorumlu tutulacağı konusuna doğrudan hukukî dayanak teşkil edecek mahiyette bir nass mevcut değildir.

1.3.2. Mal Varlığı İle Sorumluluk

İnsanın insana tutsak edildiği, öldürtüldüğü veya hapsettirildiği bir toplum, sağlam ve dengeli bir toplum değildir. Bu sebeplerle modern hukuk sistemleri, daha ekonomik ve kişi varlığına saygılı, diğer bir sorumluluk türünü, yani mal varlığı ile sorumluluğu geliştirmişlerdir. Bu uygulamaya Avrupa'da geçen asrın ikinci yarısında geçilmiştir⁴⁰.

Roma hukukunda önceleri şahıs ile sorumluluk esas iken daha sonraki devirlerde borçlunun mal varlığı ile sorumluluğu esas kabul edilmeye başlanmıştır⁴¹.

Mal varlığı ile sorumlulukta borçlu, borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı, devlet organları aracılığıyla borçlunun mal varlığına el koyabilmektedir⁴². Burada sorumluluğun konusu, borçlunun şahsı (vücudu) değil, mal varlığıdır. Zira modern borç teorisinde şahıs ancak borçlu, mal varlığı ise sorumlu olabilir⁴³.

Pozitif hukuka göre mal varlığı ile sorumluluk sınırsız ve sınırlı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁴.

³⁸ . Tarablusî, Alauddin Ebi'l-Hasan Ali b. Halil. *Mu'inu'l-Hükkam fima Yeteredduh beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkam*, Mısır, 1973, 197; Merğınanî, III, 105; İbn Humam, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid es-Sivasi, *Fethu'l-Kadir*, Beyrut, t.siz, VI, 381

³⁹ . Tarablusî, 197

⁴⁰ . Reisoğlu, 7; Eren, *Borçlar*, 89; Akıntürk, *Borçlar*, 14

⁴¹ . Koschaker - Ayiter, 185

⁴² . Tekinay, 20; Tunçomağ, 23; Akıntürk, *Borçlar*, 14

⁴³ . Eren, *Borçlar*, I, 89

⁴⁴ . Tekinay, 21; Tunçomağ, 23; Reisoğlu, 8; Eren, *Borçlar*, I, 89; Akıntürk, *Borçlar*, 14

1.3.2.1. Sınırsız sorumluluk

Borçlu borcundan kural olarak, bütün mallarıyla sorumludur. Alacaklı alacağını elde edemezse, borçlunun, bütün mal ve alacakları haczolunup paraya çevrilebilir⁴⁵. Başka bir ifadeyle alacaklı, borç ödenmediği takdirde borçlunun mal varlığının aktif kısmındaki bütün mallara ve haklara cebri icra yoluyla el koyabilir⁴⁶. Bu çeşit sorumluluğa doktrinde *tam sorumluluk* da denilmektedir. Ancak bazı ekonomik ve sosyal düşüncelerle borçlunun bütün mallarına el konulması ve dolayısıyla tam sorumluluk hukuk açısından sakıncalı bulunmaktadır⁴⁷.

Borçlunun mallarının tamamına cebri icra yoluyla el koyma işi, alacaklının alacağını karşılayacak miktar ile sınırlıdır. Yoksa belli bir miktar alacağı karşılayacak mala el konulduktan sonra ayrıca diğer mallara el koymaya gerek yoktur⁴⁸. Sınırsız sorumluluk kural olmakla beraber İcra ve İflas Kanunumuz borçlunun hayatını, ibadetini ve mesleğini devam ettirebilmesi için zorunlu olan malları bu sorumluluğun dışında tutmuştur⁴⁹.

Gerçekten bütün malları elinden alınmış bir borçlunun, gerek mesleki faaliyette bulunması, gerek insanca yaşaması mümkün değildir. Ekonomik faaliyette bulunabilmek, yani mal ve hizmet üretebilmek ve insanca yaşayabilmek için borçlunun bazı mallarının sorumluluk dışı bırakılması gerekir. Böylece, borçlu, kendisine bırakılan bu mallarla yeniden hayatını ve geçimini sağlama imkanlarını bulmuş olur⁵⁰.

1.3.2.2. Sınırlı sorumluluk

Borçlar hukukunda kural, borçlunun mal varlığı ile sınırsız sorumluluğu olmakla beraber, hukuk düzeni mal ile sorumluluğu bazı hallerde konu ve miktar bakımından sınırlandırmakla bu kurala istisnalar getirmiştir⁵¹. Şayet alacak, borçlunun veya sorumlu kişinin sadece belli mallarına veya mallarının belli bir kategorisine el konarak alınabilecekse

⁴⁵ . Tunçomağ, 23; Reisoğlu, 8

⁴⁶ . Tekinay, 21; Akıntürk, *Borçlar*, 15

⁴⁷ . Eren, *Borçlar*, I, 89

⁴⁸ . Tekinay, 21

⁴⁹ . Tunçomağ, 24; Reisoğlu, 8; Eren, *Borçlar*, I, 89; Akıntürk, *Borçlar*, 15

⁵⁰ . Eren, *Borçlar*, I, 89

⁵¹ . Tunçomağ, 24 - 25; Reisoğlu, 8; Eren, *Borçlar*, I, 90; Akıntürk, *Borçlar*, 15

sınırlı sorumluluk söz konusu olmaktadır⁵². Sınırlı sorumluluk ya sözleşme ile kararlaştırılır ya da kanunla tayin edilir. Sözleşmede veya kanunda böyle özel bir hüküm yoksa, borçlunun bütün mal varlığı ile sorumlu olması asıldır.

Doktrinde sınırlı sorumluluk ikiye ayrılır: Sınırlı şahsî sorumluluk ve sınırlı aynî sorumluluk. Şayet alacaklı borçlunun dilediği malına el koymak yetkisine sahip olmakla beraber bu yetki belli bir miktarla sınırlandırılmışsa sınırlı şahsî sorumluluk, buna karşı alacaklı, hakkını borçlunun ancak belli bir malından alabilecekse sınırlı aynî sorumluluk söz konusu olmaktadır⁵³.

İslâm hukukunda da mal varlığı ile sorumluluk, borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğunda, asıl sorumluluk şekli olarak benimsenmiştir. Zira, islâm hukukuna göre borç, borçlunun şahsını (bedenini) değil sadece zimmetini ve mallarını bağlar⁵⁴. Yani islâm hukukunda borçluluğun mahalli şahsın zimmeti, mesuliyetin mahalli ise mal olarak kabul edilmiştir⁵⁵. Bundan dolayı borçlu, borcuna karşılık şahsı ile değil zimmeti ve mal varlığı ile sorumludur. Zimmet sorumluluğu pozitif hukuktaki sınırsız mal varlığı sorumluluğuna tekabül eder.

İslâm hukukuna göre, borcunu ödeyecek miktarda malı bulunmasına rağmen borcunu ödemeyen kişinin malları hakim kararıyla satılarak alacaklıların tatmin edilmesi cihetine gidilebilir. Ancak bunun için borcun muaccel olması ve alacaklının bunu hakimden talep etmesi gerekir⁵⁶.

1.3.3. Manevi Sorumluluk

Bir başkasına zarar veren insan, inandığı ve benimsediği manevî değerlere göre Allah'a ve kendi vicdanına karşı bir pişmanlık duyar, acı ve elem hisseder. Ahirete iman gerek gizli gerekse aleni fiillerde insanlar için vicdani bir incelik taşır. Zira insanlar Allah (c.c.)'ın cezalandırmasından korkarlar. Hatta Allah (c.c.)'ın cezalandırmasının dünyevî cezadan daha şiddetli olduğunu bildiklerinden bu onları haksız fiilleri işlemekten

⁵² . Tekinay, 21

⁵³ . Tekinay, 21 - 22

⁵⁴ . Mahmasanî, II, 513, v.d; Atar, 38

⁵⁵ . Akman, 85

⁵⁶ . İbn Rüşd, II, 239

alıkoymada daha etkili olur⁵⁷. Bu durumu, Kur'an-ı Kerim'deki, *Kim bir mü'mini kasden öldürürse cezası içinde temelli kalacağı cehennemdir. Allah ona gazab etmiştir, lanetlemiş ve büyük azab hazırlamıştır*⁵⁸ ayetinde görmek mümkündür.

Şayet bir kişi dinine bağlı ise yaptığı zarardan dolayı ebedi hayatında ceza göreceği, kasıtlı olmaması halinde bile öteki dünyada, bu dünyada verdiği zararları manen ödeyeceği inancına dayalı olarak üzüntü ve endişe içerisinde kalacaktır⁵⁹. Zira Allah (c.c.)'a ve ahiret gününe inanan insanın başkalarına zarar verecek davranışlar içine girmesi çok zordur⁶⁰. Bu durum ise, insanın kendi kendisini, Allah'ın cezalandırmasından korkarak ıslah etmesi, kontrol altında tutması demektir.

İnsan Allah'ın kendisini heran murakebe ettiğini düşününce davranışlarında çok daha dikkatli olmaktadır⁶¹. Bu gibi durumlar islâm alimleri tarafından manevî sorumluluk olarak değerlendirilmiştir. Gerek toplum nizamının korunması bakımından, gerekse insan onur ve haysiyeti bakımından manevî sorumluluğun hukukî sorumluluktan daha önemli ve yüce olduğunu söyleyebiliriz.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Şüphesiz ne yerde ne de gökte olan hiçbir şey Allah'a gizli kalmaz*⁶² ayeti insanın manevî sorumluluğunun olduğunu ve davranışlarını kontrol altına alması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira Allah (c.c.), görevli melekleri aracılığıyla insanın her yaptığı hareketi kayıt altına almaktadır⁶³. Bu şekilde üstün özelliklere sahip olan bir varlığa o insanın inancı vardır. Bu inanç onu manevî sorumluluk altına sokmaktadır. Bu ayet otokontrol olarak isimlendirilen bir müessesenin varlığına da dikkat çekmektedir. Manevi sorumluluk için islâm alimleri, kişi kendisine zarar verilmesini istemiyorsa başkalarına da zarar vermemelidir, kendisinden zararın menini, haksızlığın defini isteyen kişinin aslında başkalarının malına zarar vermemesi gerekir, şeklinde izahlarda bulunmuşlardır⁶⁴.

⁵⁷ . Câd, Süleyman Hüseyinî, *el-Ukubetü'l-Bedeniyye fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, 1991, 89

⁵⁸ . Nisa: 4 / 93

⁵⁹ . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 468

⁶⁰ . Tarablusî, 212

⁶¹ . Zuhaylî, *Daman*, 251

⁶² . Alu İmran: 3/ 5

⁶³ . İnfitar: 82/ 11

⁶⁴ . Tarablusî, 212

İslâm hukukunda karşımıza çıkan manevî sorumluluk onu, beşerî hukuk sistemlerinden ayıran ve üstün kılan çok önemli vasıflarından sadece biridir. Beşerî hukukun böyle bir vasfı olmadığından dolayı tesbit edilemeyen, beyyinelerle kanıtlanamayan zarar verici fiiller zayıf bir vicdani sorumluluk müeyyidesi dışında yaptırımsız kalmaktadır.

1.4. SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

Çalışmamızın konusu olan tazminat, pozitif hukukta ...den sorumluluk kavramı içerisinde değerlendirilen *akit dışı sorumluluğun* bir bölümünü oluşturan *kusur sorumluluğuna* dayalı zararların tazminini kapsayacak şekilde biçimlenecektir. Pozitif hukukta kusur sorumluluğu veya haksız fiil sorumluluğu olarak isimlendirilen, konumuza giriş mahiyetinde üst kavramlar ve sorumluluğun kaynaklarını teşkil eden akdî sorumluluk ve akit dışı sorumluluk kavramlarının bilinmesi de gerekir.

1.4.1. Akdî Sorumluluk

Hukuktaki genel kural, akde taraf olan kişilerin (muteakideyn) karşılıklı olarak yükledikleri borçları, rızaları dışında hiçbir değişikliğe uğratmaksızın bütün gerekleriyle ifa etmeleridir. Borçlar hukuku ile ilgili düzenlemelerde yer alan emredici hükümler dışında, akit yapma ve muhtevasını tesbit etme bakımından genellikle serbestilik prensibi geçerlidir. Hukukî açıdan akitler, tarafların (muteakideyn) adeta yaptıkları kanun mesabesindedir⁶⁵.

Sorumluluk, mevcut bir borca aykırı hareket edilmesi sonucu ortaya çıkabilir. Bu tip sorumluluğa sözleşmeden doğan sorumluluk veya akdî sorumluluk adı verilir⁶⁶. Gerek islâm hukukunda gerek pozitif hukukta, borçlu sözleşmeden doğan bir borcunu yerine getirmediği zaman bir kusur içerisinde kabul edilmekte ve bundan dolayı da sorumlu olarak görülmektedir⁶⁷. Bu şekil sorumluluklara genel ifadesiyle akde bağlı sorumluluk veya sözleşmeden doğan sorumluluk denilmektedir.

Roma hukukunda akitten veya diğer bir sebepten doğan her borç, ifa edilmediği veya gerektiği gibi ifa edilmediği takdirde, borç münasebetinin esas muhtevasının yerine bu defa

⁶⁵ . Senhurî, VI, 17; Akman, 1

⁶⁶ . Tunçomağ, 268

⁶⁷ . Muhammed, Şeyh Ömer, *el-Akd ve'l-İradetü'l-Münferide*, Lübnan, 1972, 322; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 419

zararı tazmin mükellefiyeti geçer, bu hallerde zararın tazmini borçu borç münasebetinin ikinci derecede yani tali muhtevasıdır. Tazmin borcunun bu hallerdeki tamamlayıcı fonksiyonu Roma hukukunda, bugünkü hukuka nazaran çok daha önemlidir⁶⁸.

Pozitif hukukta akit (sözleşme), iki tarafın bir hukukî sonucu elde etmek üzere iradelerini karşılıklı ve bir birine uygun surette açıklamaları olarak tanımlanmaktadır.⁶⁹ Mesela, tarafların belli bir bedel karşılığında vasıfları belli bir malın mülkiyetinin devredilmesi hususunda anlaşmış olmaları pozitif hukuk açısından bir satış akdinin meydana geldiğini ifade etmektedir⁷⁰.

Akitler iki taraf arasında hukukî bir ilişki kurarlar; *borç ilişkisi* denilen bu hukukî ilişkiden de bir *borç* doğar. Ancak bir akitten (sözleşmeden) her zaman iki tarafa da borç doğmaz. Diğer bir deyişle, bazı akitlerden her iki taraf için de borç doğduğu halde, bazı akitlerden sadece taraflardan biri için borç doğar. Bu itibarla, akitler borç yüklenen tarafların sayısına göre *tek tarafa borç yükleyen akitler* ve *iki tarafa borç yükleyen akitler* şeklinde bir ayırıma tabi tutulurlar.⁷¹ Her iki akit tipinde de bir borcun doğduğu muhakkaktır.

Pozitif hukukta hukukî işlemler ve özellikle akitlerden doğan borç ilişkilerinin yüklediği davranışa (borca) aykırılık, yani borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması durumunda, borçlu zarar giderim ile yükümlüdür.⁷² Akde dayanan özel borç ilişkisinden doğan özel yükümlülükler, alacaklı ve borçlu arasında söz konusu olup, bunların ihlali halinde akdî sorumluluğun varlığı kabul edilir.⁷³ Akit yapıldıktan sonra taraflardan her biri, kendisine düşen edimi akde uygun olarak yerine getirdiği takdirde, borç ilişkisinden ileride her hangi bir sorumluluk doğmaz.⁷⁴

Akitten doğan özel yükümlülük, yani borç, yalnız borçlu tarafından ihlal edilebilir. Bu durumda ihlal eden için bir sorumluluk da doğmuş olur. İşte özel bir yükümlülüğe aykırı

⁶⁸ . Rado, 40

⁶⁹ . Akıntürk, *Borçlar*, 17

⁷⁰ . Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 1992, I/1. 78

⁷¹ . Tandoğan, *Borçlar*, I/1, 78; Akıntürk, *Borçlar*, 17 -18

⁷² . Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, 1975, 142; Eren, *Borçlar*, II, 144; Karahasan, 61

⁷³ . Eren, *Borçlar*, II, 144

⁷⁴ . Tekinay, 19

davranış sonunda borçlunun alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüne akdî sorumluluk denir.⁷⁵

Akdî sorumluluğun daha iyi anlaşılması için pozitif hukuktan iki akit örneğini ele alarak değerlendirmeye çalışacağız.

Mesela, pozitif hukuktaki satım akdi Türk Borçlar Kanununda, *satım öyle bir akittir ki, onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.*⁷⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Yani satım akdi tarafların bir bedel karşılığında belli bir malın mülkiyetinin devredilmesi hususunda anlaşmalarıyla meydana getirdikleri iki tarafa borç yükleyen bir akittir.⁷⁷ Satım akdini oluşturan tarafların bu akitten dolayı yerine getirmeleri gereken bir takım borçları oluşmaktadır. Mesela, satıcı satım akdini akdetmekle satılan malı teslim ve mülkiyeti devir borcu, ayıba karşı tekeffül borcu, zabta karşı tekeffül borcu gibi yükümlülükleri de yüklenmiş olur⁷⁸. Bunun gibi alıcı da bu akitle birlikte satılanı kabzetme borcu, tayin edilmiş semeni ödeme borcu gibi yükümlülükleri üstlenmiş olmaktadır⁷⁹. Gerek satıcının ve gerekse alıcının satım akdiyle yüklendikleri borçlarını ifa etmemiş olmaları diğer taraf için bir zarar meydana getirebilir. Alıcı ve satıcının temerrüdünde de bir zararın doğması mümkündür. Türk Borçlar Kanunu satıcının temerrüdü⁸⁰ ile alıcının temerrüdünü⁸¹ ayrı maddeler halinde düzenlemiştir. Satım akdinde satıcı ve alıcının bu akitle karşılıklı olarak yüklendikleri borçlarını yerine getirmemiş olmaları sonucunda bir zarar meydana gelirse o zaman akdî sorumluluk söz konusu olmaktadır.⁸²

Pozitif hukuktan bir başka örnek olarak kira akdini ele alalım. Kira akdi de iki tarafa borç yükleyen akitlerdendir. Kira akdiyle bir kimse (kiralayan), bir ücret (bedel) karşılığında bir şeyin kullanılmasını veya ondan yararlanılmasını belli bir süre için başka bir kimseye

⁷⁵ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 461; Tekinay, 19; Eren, *Borçlar*, II, 144; Karahasan, 61; Tiftik, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara, 1994, 33

⁷⁶ . T.B.K. mad. 182

⁷⁷ . Tekinay, 19; Tandoğan, *Borçlar*, I/1, 78; Akıntürk, *Borçlar*, 17

⁷⁸ . Tandoğan, *Borçlar*, I/1, 118 - 122; Akıntürk, *Borçlar*, 157

⁷⁹ . Tandoğan, *Borçlar*, I/1, 207 - 210; Akıntürk, *Borçlar*, 173 - 174

⁸⁰ . T.B.K. mad. 187, 188

⁸¹ . T.B.K. mad. 211

⁸² . Tekinay, 19; Karahasan, 63

(kiracı) bırakmayı taahhüt eder⁸³. Kira akdiyle kiralayan, akde uygun şekilde kiralanan şeyi teslim, zabta karşı tekeffül, vergi ve masrafları ödeme v.b. gibi yükümlülükleri üstlenmiş demektir. Kiracı da bu akitle kiralananı özenle ve tahsis gayesine uygun olarak kullanma, kira bedelini zamanında ödeme, kira müddeti sonunda kiralananı geri verme v.b. gibi borçlar altına girmiştir.⁸⁴ Gerek kiracı gerekse kiralayan akidden doğan borçlarını yerine getirmedikleri zaman akde muhalefetten söz edilir. Şayet ifa etmemekten dolayı bir zarar meydana gelmiş ise o zaman da akdî sorumluluğun varlığı söz konusudur. Mesela bir konut kirasında kiracı iki oda arasındaki duvarı kaldırmış olsa, kira akdinden doğan, kiralananı özenle ve tahsis gayesine uygun olarak kullanma yükümünü ihlal ettiği için akde muhalefet etmiş, dolayısıyla kiralayana zarar vermiştir. Bu zarar bir akdin varlığına dayandığı için akdî sorumluluk söz konusu olmaktadır.

İslâm borçlar hukukuna göre akdî sorumluluğu nassların değerlendirilmesinden ve fıkıh kitaplarında yer alan örnek ve ictehadî mutalaalardan çıkartarak ortaya koyacağız.

Akitler, islâm hukukuna göre de, borç kaynağı olan hukukî işlemlerin en önemlilerindendir. Akitler, hukuk tarihinde, mülkiyetin sebepleri arasında, *sahipsiz mala el koymadan* sonra ikinci sırayı almaktadır⁸⁵.

Akit Mecelle'de, *tarafeynin bir hususu iltizam ve teahhüt etmeleridir ki, icab ve kabulün irtibatından ibarettir*.⁸⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle islâm borçlar hukukuna göre akit, taraflardan birinden sadır olan icabın, akdin mevzuunda (ma'kudun aleyh) eseri zahir olacak şekilde diğer tarafın kabulü ile bağlanmasıdır.⁸⁷ Akitte tarafeynin (akdi yapan tarafların, akideynin) iradelerinin bir birine uygun olması gerekir.⁸⁸

Pozitif hukukta olduğu gibi, islâm borçlar hukukunda da akitle borç altına giren taraflar (akideyn) üstlendikleri borçlarını yerine getirmedikleri zaman bu durumu akdî

⁸³ . Tandoğan, *Borçlar*, I/2, 2; Akıntürk, *Borçlar*, 185

⁸⁴ . Tandoğan, *Borçlar*, I/2, 109 -183; Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri*, İstanbul, 1970, I, 387 - 423

⁸⁵ . Karaman, Hayrettin, *Akit*, T.D.V.İ.A. 2. Cilt, İstanbul, 1989, 251

⁸⁶ . Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1985, mad. 103

⁸⁷ . Senhurî, Abdurrezzak, *Mesadiri'l-Hak fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1967, I, 72; Abdulmun'im, Ferecu's-Siddeh, *Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şeriatü'l-İslamiyye ve'l-Kununi'l-Vad'i*, Kahire, 1990, 102; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 46

⁸⁸ . Ferec, Tevfik Hasan, *Nazariyyetü'l-Amme li'l-İltizam fi Mesadiri'l-İltizam*, Beyrut, t.siz, 37; Karaman, *Akit*, 252

sorumluluk olarak değerlendirebileceğimizi bazı muasır islâm hakukçuları da ifade etmektedirler.⁸⁹

İslâm borçlar hukukunda da akitler taraflardan (muteakideyn) her biri için akde bağlı olarak üzerine aldığı borcu diğerine karşı yerine getirmekle sorumludur.⁹⁰ Akitler islâm borçlar hukukunda sorumluluk gerektiren bir olgu olarak kabul edilmektedir.⁹¹ İslâm borçlar hukukuna göre akitlerde aslanan bağlayıcılıktır. Çünkü akitler akdin mevzuundan (ma'kudun bih veya ma'kudun aleyh) doğan maksad ve maslahata ulaşmak için meşru kılınmışlardır⁹². İslâm hukukuna göre, akdî sorumluluğun meydana gelebilmesi için, öncelikle akitten doğan bir borcun varlığı, bu borcun ihlal edilmesi ve bu ihlalden dolayı bir zararın meydana gelmiş olması gerekir⁹³.

İslâm borçlar hukukuna göre garar içeren akitler de sorumluluk ifade ederler. Gararı islâm hukukçuları değişik şekillerde ifade etmişlerdir. Serahsî, garar için, sonu bilinmeyen, örtülü (mestûru'l-akîbe) ifadesini kullanmıştır⁹⁴. Aslında, akdin konusuyla (muavaza akitlerinde her iki edimi ifade etmek üzere *ma'kudun aleyh*) ilgili belirsizliğin garar terimi ile ifade edilmesi daha uygundur⁹⁵.

İslâm hukuk nazariyatında akitlerle ilgili olan garar ve cehalet ifadeleri zaman zaman karma olarak kullanılmıştır. Cehaleti ma'kudun aleyhin bilinmezliği olarak tanımlarsak. Akitle ilgili bu iki kavramı bir birinden ayırmış oluruz. Bu kavramların içeriğini belirlemeye yönelik tanımların yazardan yazara değiştiği dikkate alınınca hangi durumlarda bu kavramlara ne gibi hukukî sonuçlar bağlanacağı hususunda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için getirilmek istenen yasağın asıl gerekçesini belirleyici bir tahlil yapma cihetine gidilmelidir⁹⁶.

⁸⁹ . Senhurî, *Mesadir*, VI, 138; Muhammed, 322; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 419; Ferec, 37; Karaman, *Akit*, 252

⁹⁰ . Senhurî, Abdurrezzak Ahmed, *Nazariyyetü'l-Akd*, Beyrut, t.siz, 63; Ferec, 44 - 45; Abdulmun'im, 102; Akman, 115

⁹¹ . Senhurî, *Akd*, 63, 68; Muhammed, 322; Karaman, *Akit*, 252

⁹² . Karafî, Şihabuddin Ebi'l-Abbas Ahmed b. İdris. *el-Furûk*, b.y, t.siz. IV, 16; Yusuf Musa. *el-Medhal li Diraseti'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, t.siz, 78

⁹³ . Akman, 115

⁹⁴ . Serahsî, *Mebcut*, XII, 194

⁹⁵ . Dönmez, İbrahim Kafi, *Garar*, T.D.V.İ.A. 13. Cilt, 1996, 366

⁹⁶ . Dönmez, 367

İslâm borçlar hukukuna göre muhayyerlik şartlarından birini taşıyan akitler geçerli olmakla beraber muhayyerlik süresince, muhayyer olan taraf için, bağlayıcı akitlerden kabul edilmezler.⁹⁷ Muhayyerlik taşıyan akitler ancak muhayyerliklerinin sona ermesiyle birlikte, muhayyer olan taraf açısından bağlayıcılık ve sorumluluk ifade ederler.⁹⁸

Akitlerin sıhhat şartlarından biri de akde konu olan şeyin zarara sesebiyet vermeden tesliminin mümkün olmasıdır. Akdin mevzuunun var olması, gerçekleşmesi konusundaki risk, belirsizlik ve şüphe (yani havadaki kuşun satışı gibi) olarak ifade edilen *garar* da akdî sorumluluğu gerektirir.⁹⁹

Kur'an-ı Kerim'deki akitle ilgili olan ve fukahânın akdin meşruluğuna delil gösterdikleri ayetlerden de akitlerin bağlayıcılık ifade ettiği anlaşılmaktadır. Mesela, *Ey iman edenler! Akitlere riayet ediniz*¹⁰⁰, *Sözünüzü tutunuz; çünkü sözün hesabı verilecektir.*¹⁰¹, *Sözleştiğiniz zaman Allah'a verdiğiniz sözünü tutunuz, Allah'ı kefil göstererek sağlamlaştırdıktan sonra yeminleri bozmayın.*¹⁰² v.b. gibi ayetler bunun örneklerindendir. Yine Hz. Peygamber (s.a.s.)'in *Emanete riayet etmeyene aman yoktur, sözünü tutmayanın dini yoktur.*¹⁰³ hadisi de akitlerde sorumluluğun ve bağlayıcılığın asıl olduğuna işaret etmektedir.

İslâm borçlar hukuku açısından akdî sorumluluğu bir kaç akit örneğiyle ortaya koymak meseleyi daha anlaşılır kılacaktır. Mesela, satım (bey') akdi genel manada islâm borçlar hukukunda *mutakavvim bir malın mutakavvim bir mal ile iktisab tarikiyle karşılıklı rizaya dayalı olarak mübadelesi* şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰⁴ Yani satım (bey')

⁹⁷ . Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, İstanbul, 1884, II,13; Ebu'l-Leyl, İbrahim Desukî, *el-Akd Gayru'l-Lazım*, Kuveyt, 1994, 5

⁹⁸ . İbn Teymiyye, Ebu'l-Abbâs Takiyuddîn, *Nazariyyetü'l-Akd*, Kahire, 1949, 225

⁹⁹ . Karaman, *Akit*, 254

¹⁰⁰ . Maide: 5 / 1

¹⁰¹ . İsra: 17 /34

¹⁰² . Nahl: 16 / 91

¹⁰³ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 135, 154

¹⁰⁴ . Mevsilî, II, 3; İbn Humam, VI, 246; Damad Efendi, Abdullah b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Multeka'l-Ebhur*, Beyrut, t.siz, II, 3; Meydanî, Abdulgani el-Ğanimî, *el-Lubab fi Şerhi'l-Kıtab*, İstanbul, t.siz, II, 3; Feyzullah, Muhammed Fevzi, *Nazariyyetü'd-Daman fi'l-İslamiyyi'l-Amm*, Kuveyt, 1986, 39

akdi semen (ivaz) mukabili mülkiyetin naklini ifade etmektedir.¹⁰⁵ İslâm borçlar hukukundaki bey' akdi ile satıcı (bayi') satılan malın (mebii) mülkiyetini nakıl ve malı teslim borcunu, istihkak (üçüncü kişinin hakkı) ve ayıblı (kusurlu) olmadan dolayı tazmin borcu gibi borçları üstlenmiştir. Alıcı (müşteri) da satılan malın bedelini (semen) ödemek, satılan malı (mebii) teslim almak (kabz etmek) v.b. gibi yükümlülükleri üstlenmiştir.¹⁰⁶ Burada gerek satıcının (bayi'), gerekse alıcının (müşteri) borçları aralarındaki satım (bey') akdinden doğmuştur. Dolayısıyla satıcı ile alıcının yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükleri bu bey' akdine dayanmaktadır.

Mesela, bey' akdiyle bayi mebii müşteriye teslim etme borcu altına girmişken teslimden önce (kable'l-kabz) mebii üçüncü bir şahsın fiiliyle helak olursa islâm borçlar hukukuna göre bey' akdi infisah olmayıp müşteri muhayyerdır, dilerse akdi fesh eder, dilerse mebii üçüncü kişiye tazmin ettirir¹⁰⁷.

İslâm hukukçularından Karafî, bey' akdinde bayinin mebii üzerinde başkasının hakkını gizlemesi halinde müşteri mebii almadan (kable'l-kabz), bu durumun ortaya çıkması sonucunda bayinin mebii tazmin edeceğini kaydetmiştir¹⁰⁸. Bey' akdiyle semeni teslim borcu altına girmiş olan müşteri bu borcunu yerine getirmez, yani semeni teslim etmezse bayi semeni alana kadar mebii hapsetme hakkına sahiptir. Semen bayinin kabz etmesinden önce helak olacak olursa bey' akdi infisah olmayıp semenin mislinin bayie verilmesiyle akitten doğan yükümlülükler tamamlanmış olur¹⁰⁹.

Kısaca islâm borçlar hukukuna göre bir bey' akdinde mebii müşteriye teslim edilmeden bayinin elinde helak olursa akit infisah olur (kendiliğinden sona erer) ve müşterinin akitten doğan semen ödeme yükümlülüğü düşer. Şayet bayi semeni kabzetmiş

¹⁰⁵ . Şirbinî, II, 2; Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedid (el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm)*, Dımeşk, 1963, I, 337; Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Daman*, Dımeşk, 1982, 235

¹⁰⁶ . Semerkandî, Alaaddin, *Tuhfetu'l-Fukaha*, Beyrut, 1984, I, 5 vd.; Merğınanî, III, 21 vd. ; İbn Rüşd, II, 103 vd. ; Kasanî, V, 133 vd.; Şirbinî, II, 2 vd.; Mevsilî, II, 3 vd.; İbn Humam, VI, 246 vd.; Ğamravî. Muhammed ez-Zuhri, *es-Siracu'l-Vehhac*, İstanbul, t.siz, 287 vd.; Zerka, *Fıkıh*, I, 337; Zuhaylî, *Daman*, 236; Ferrec, 45

¹⁰⁷ . Serahsî, *Mebusut*, XIII, 9; Kasanî, V, 238; Zuhaylî, *Daman*, 145, 236

¹⁰⁸ . Karafî, IV, 30

¹⁰⁹ . İbn Abidin, Muhammed Emin, *Hasıyetü Reddi'l-Muhtar*, İstanbul, 1984, IV, 561; Zuhaylî, *Daman*, 236

ise aynen müşteriye geri verir. Mebii müşterinin elinde helak olursa kendi malı helak olmuş, zarar görmüştür, bayinin bir sorumluluğu yoktur.¹¹⁰

İslâm borçlar hukukunda bey' akdi gibi muavaza (iki tarafa mali nitelikte borç yükleme) özelliği taşıyan akitlerde gararın etkisi görülmektedir. Ancak akit konusunun akit esnasında mevcut olmaması sözleşmenin karakteristik özelliğini teşkil eden meşruiyetine dair hususi delil bulunan selem ve istisna akitlerinde bu husus garar olarak değerlendirilmez¹¹¹.

Zuhaylî Mısır Medeni Kanununun 437. ve Suriye Medeni Kanununun 405. maddelerindeki *bayinin kusuru olmaksızın teslimden önce mebiin helak olması durumunda bey' akdi infisah olur...* şeklindeki ifadelerin islâm borçlar hukukunda benimsenen kaideyle aynı olduğunu ifade etmektedir.¹¹²

İslâm borçlar hukukundaki icare akdi ise, *menfaat ve ücret malum olmak üzere menfaat üzerine ivaz karşılığı yapılan akid olarak* tanımlanmaktadır.¹¹³ İcare akdinde menfaatin bir ivaz karşılığı temlik söz konusudur.¹¹⁴

İslâm borçlar hukukuna göre mun'akid ve nafiz olan bir icare akdi taraflara (muteakideyn) akde bağlı olarak bazı sorumluluklar yükler. Mesela, kiralayan (âcir) kiralananın (me'cur) menfaatini akde uygun bir şekilde kiracıya (müste'cir) nakletmek borcunu üstlenmiştir. Kiracı (müste'cir) de kiralananın (me'cur) menfaati karşılığı olan ücreti ödemek, kira müddetinin bitiminde de kiralananı (me'cur) kiralayana (âcir) teslim etmek gibi yükümlülükleri üstlenmiştir¹¹⁵. Fukaha me'curun müste'cirin yanında emanet olduğunu ve me'curda islâm borçlar hukukuna göre emanet hükümlerinin cari olacağını ifade etmiştir. Müste'cirin me'curu korumada ancak kusur ve teaddisi olması durumunda meydana gelecek zararı tazmin borcu doğacı islâm hukukunda fukahanın ittifakıyla kabul

¹¹⁰ . Feyzullah, 39

¹¹¹ . Dönmez, 369

¹¹² . Zuhaylî, *Daman*, 236

¹¹³ . Merğınanî, III, 231; İbn Humam, IX, 57; Şirbinî, II, 332; Ğamravî, 287; Meydanî, II, 88; Mec. mad. 405; Zerka, *Fıkh*, I, 337; Feyzullah, 62

¹¹⁴ . İbn Humam, IX, 57; Mevsilî, II, 88; Zerka, *Fıkh*, I, 337; Feyzullah, 62

¹¹⁵ . Merğınanî, III, 231, vd.; Kasanî, IV, 173, vd.; Semerkandî, I, 347, vd.; Mevsilî, II, 50, vd.; Şirbinî, II, 332, vd. Ğamravî, 287, vd.; Zuhaylî, *Daman*, 240 - 241; Feyzullah, 62 - 63

edilmiştir.¹¹⁶ Buna göre kiracının kusuruyla kiralanan telef olsa veya kıymetinde bir noksanlık meydana gelecek olsa burada islâm borçlar hukukuna göre akdî sorumluluktan söz edilir ve meydana gelen zarardan dolayı kiracı bir borç altına girmiş olur.¹¹⁷ Yine, bir kişi bir ev kiralamış, icare akdinde hiç bir şey isimlendirmemiş olsalar icare akdi caizdir. Bundan sonra kiracı oraya mal koysa veya hayvan bağlamış olsa bu fiil akdî sorumluluğu gerektirir ve kiracı bu fiili neticesinde tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer. Çünkü kiracının buna hakkı yoktur¹¹⁸. Mecelle'deki ifadeye göre müste'cirin hilaf-ı mutad davranışları teaddi olup bundan tevellüd eden zarar ve hasarı zamin olur¹¹⁹. Burada da akdî sorumluluğun varlığı söz konusu edilmektedir.

Bazı islâm hukukçularına göre, bir hayvana binilmek üzere yapılan icare akdi mutlak, (yani binecek olan şahıs belli değil) olarak yapılmış ise, bu hayvanı kiralayan kişi ona istediği şahısları, teaddi olmaksızın bindirebilir. Ancak belli şahısların binmesi üzerine şartlı olarak kiralanan hayvana bu şahıslardan başkasının bindirilmesi durumunda akdî sorumluluğun doğacağı ve zararı kiralayanın tazmin edeceği görüşü de akde muhalefetin gerektirdiği sorumluluğun örneğidir¹²⁰.

İslâm borçlar hukukuna göre iki taraf için bağlayıcılık ifade eden akitlerde taraflardan (muteakideny) her biri diğerine karşı yerine getirmesi gerekli ödevlerle sorumludur¹²¹.

İslâm borçlar hukukuna göre tek taraf için bağlayıcılık ifade eden akitlerde akdin bir tarafı diğerine karşı sorumludur. Böyle akitlerde bağlayıcılık açısından bir karşılıklı mübadele söz konusu değildir. İslâm borçlar hukukundaki hibe akitleri böyledir. Hibe aktinde hibe eden kişi (vâhib) hibe edilen şeyin (mevhûb) mülkiyetini diğer tarafa (mevhûb leh) devretme sorumluluğunu üstlenmiştir. Kendisine hibe yapılan kişi (mevhûb leh) için ise her hangi bir sorumluluk söz konusu değildir¹²². Vedit'a akitleri de hibe akitleri gibidir¹²³. Ancak vedit'a akdinde vedit'a mudi'nin elinde emanet olarak kabul edildiğinden islâm

¹¹⁶ . Kasanî, IV, 174; İbn Rüşd, II, 193; Semerkandî, I, 348; Şirbinî, II, 332; Mec. mad. 600; Zuhaylî, *Daman*, 163; Fezullah, 62

¹¹⁷ . Mec. mad. 602; Zuhaylî, *Daman*, 163

¹¹⁸ . Bağdadî, Ebu Muhammed b. Ğanim, *Kitabu Mecmau'd-Damanat*, Beyrut, 1987, 24

¹¹⁹ . Mec. mad. 603; Bağdadî, 24

¹²⁰ . *Fetevay-ı Hindiyeye*, Komisyon, Beyrut, 1980, IV, 487

¹²¹ . Ferec, 44 - 45

¹²² . Semerkandî, III, 166; Fezullah, 60; Ferec, 45

¹²³ . Ferec, 45

borçlar hukunda emanet için gerekli olan hükümler vedia için de caridir. Yani mudi' vedit'ayı muhafaza etmek zorundadır ve muhafazada bir kusuru olmamalıdır¹²⁴.

İslâm borçlar hukukunda akdî sorumluluğa dayanan tazminat yükümlülüğü ancak muvadaalı akitlerde mümkün görülmektedir¹²⁵. Hibe gibi teberru akitlerinde ise hibe eden (vâhib) hibe edilen şeydeki (mevhûb üzerinde) üçüncü kişinin hakkı bulunduğunu gizler veya hibe akdi ivazlı olur ise sonradan mevhûbda ortaya çıkan kusurları vâhib tazmin edeceği görüşü islâm hukukunda hakimdir. Hibe akdinde aslanan vâhib için mevhûbdaki kusurları tazmin sorumluluğunun olmayışdır¹²⁶. Ancak vâhib mevhûbdaki ayıpları kasıtlı olarak gizler veya tazmin etmeyi üstlenirse tazmin eder¹²⁷.

Akdî sorumluluk akdin bağlayıcılığı ile ilgili konuların ihlalleri durumunda ortaya çıkar. Akdî sorumluluk sahih bir akitle ilgili bağlayıcı durumların (yerine getirilmesi zorunlu olan yükümlülükler) ihlali halinde söz konusu olur. Buna göre akdî sorumluluğun tahakkuk etmesi için akitten doğan bir bağlayıcılığın ihlali gerekmektedir.

Şayet akdin kıyamından önce veya inkıtasından sonra bir zarar meydana gelirse bu akdî sorumluluğun kapsamı dışında kalır¹²⁸. Mesela, bir işçi akde konu olan işi yapıp bitirdikten sonra iş esnasında vakıf olduğu, önceki iş sahibine ait sırları, ifşa eder veya yeni patronuna anlatırsa bu durum akdî sorumluluğun ihlali olarak değerlendirilemez. Ancak akdin devam ettiği esnada sırları ifşa etmesi durumu akdin bağlayıcılığını ihlaldir ve akdî sorumluluk söz konusudur.

Akdî sorumluluk için sadece sahih akdin varlığı yeterli değildir. Akdî iltizamın ihlalinin meydana gelmiş olması belirgin bir şekilde olmalı ve bir de akdin tenfiz edilmemesinden dolayı bir zararın doğmuş olması da gerekir¹²⁹. Şayet zarar, akdin adem-i tenfizine itibar olunmayan bir fiilden dolayı meydana gelirse bu durumda da akdî sorumluluktan söz edilemez¹³⁰.

¹²⁴ . Semerkani, III, 171

¹²⁵ . Kasani, VI, 131

¹²⁶ . Kasani, VI, 168; Zuhayli, *Daman*, 162

¹²⁷ . Kasani, VI, 131; Ferec, 53

¹²⁸ . İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman, *el-Kavaid fi'l-Fıkhı'l-İslâmi*, Kahire, 1972, 37; Ferec,

¹²⁹ . Senhurî, *Akd*, 960

¹³⁰ . Ferec, 364

Akdî sorumluluğun taraflardan (muteakideyn) birine isnad edilebilmesi için akitten doğan zarar ile muteakideynden biri veya her ikisinin akitle ilgili fiilleri ihlali arasında bir illiyet bağının mevcut olması da zorunludur.¹³¹

1.4.2. Akit Dışı Sorumluluk (Geniş Anlamda Haksız Fiil Sorumluluğu)

Sorumluluk, kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi sonunda da ortaya çıkabilir¹³². Pozitif hukukta genel davranış kurallarını, hukuka aykırı ve kusurlu olarak ihlal eden ile bu ihlalden dolayı zarara uğrayan arasında bir borç ilişkisinin doğduğu kural olarak kabul edilmektedir¹³³. Bunun sonucu olarak zarar veren kişi giderim (tazmin) borcu ile yükümlü tutulmaktadır¹³⁴.

Pozitif hukuka göre, fertlerin davranışlarını uydurmak zorunda oldukları hukukî yükümlülükler genel yükümlülükler, özel veya nisbî yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır. Genel yükümlülükleri ihtiva eden hukuk kuralları, adından da anlaşıldığı gibi, genel, objektif ve soyut nitelikte olup, herkesi bağlar mahiyettedir. Toplum içinde yaşayan herkes bu yükümlülüklerin içerdiği emir ve yasaklara uymak zorundadır. Başka bir deyimle genel yükümlülük koyan hukuk kuralları emredici hukuk kurallarıdır. Mesela, *kimseyi öldürme*, *kimseye zarar verme* gibi kurallar herkese yönelmiş genel ödevleri (objektif yükümlülükleri) kapsayan emredici mahiyetteki hukuk kurallarıdır. Bu emredici, genel mahiyetteki kurallar ihlal edilerek birinin malına zarar veren veya birini öldüren kimse, bu ihlalden doğan zararları tazmin etmek zorundadır¹³⁵.

Pozitif hukukta geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak da ifade edilen akit dışı sorumluluk¹³⁶ Türk Borçlar Kanununda da *haksız muameleden doğan borçlar* başlığı altında düzenlenmiştir¹³⁷.

¹³¹ . Senhurî, *Akd*, 960; Ferec, 370

¹³² . Tunçomağ, 268

¹³³ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 4; Eren, *Sorumluluk*, 142; Tekinay, 419; Akıntürk, *Borçlar*, 13; Karahasan, 62; Tiftik, 33

¹³⁴ . Saymen - Elbir, Ferit Hakkı - Halit Kemal, *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, İstanbul, 1958, I, 1; Tekinay, 19; Akıntürk, *Borçlar*, 57; Karahasan, 62

¹³⁵ . Tekinay, 420; Eren, *Borçlar*, II, 144

¹³⁶ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 10; Eren, *Borçlar*, II, 1; Akıntürk, *Borçlar*, 57; Tiftik, 34

¹³⁷ . T.B.K. mad. 41, vd.

Akit dışı sorumlulukta genel ödevin ihlalden önce zarar veren ile zarar gören (mağdur) arasında nisbî bir hukukî ilişki mevcut değildir. Böyle bir ilişki ancak zarar verici olayın gerçekleşmesinden sonra doğmaktadır¹³⁸. Akit dışı sorumluluktan doğan borç ilişkisinde alacaklı, zarar gören kişidir; zarar veren kimse de borçludur. Bu borç ilişkisi, zarar gören kişiye *alacak hakkı* kazandırırken zarar veren kişiye de *zarar giderim edimi* (*zararı tazmin yükümü*) yükler¹³⁹.

İslâm hukuk doktrininde önemli yere sahip klasik kaynaklarda bir bölüm olarak akit dışı sorumluluğa rastlayamıyoruz. Akit dışı sorumluluğu açıkla mahiyette genel bir kaide de bulamıyoruz¹⁴⁰. Ancak bu kaynaklardaki değişik bölümlerde ifade edilen hususlardan islâm borçlar hukukundaki akit dışı sorumluluğu ortaya koymaya çalışacağız.

Genel yükümlülüklerle ilgili bir çalışma yapan Tefik Hasan Ferec, akit dışı sorumluluğun pozitif hukukta olduğu gibi genel bağlayıcılıkların terettüb ettiği durumların ihlal edilmesinde söz konusu olacağını ifade etmektedir¹⁴¹. Muasır islâm hukukçularının *taksirî mes'uliyet* diye ifade ettikleri akit dışı sorumluluk *başkasına zarar vermeme* umumi yükümlülüğün ihlali sonucunda ortaya çıkmaktadır¹⁴².

Buna göre islâm borçlar hukukunda genel bir yükümlülüğün (el-vacibu'l-âmm) ihlali fiillerinde akit dışı sorumluluk söz konusu olmaktadır. Bu da hatalı durumları ifade eder. Akit dışı sorumluluk hallerindeki hata ise, genel olarak bir kişinin yapması gerekli şeyi ihlal etmesidir. Burada kişinin yapması gerekli yükümlülükler ya nass ile veya ittifakla kabul edilen yükümlülüklerdir¹⁴³. Özel haller bunun dışındadır. Bunun tesbitine, bir kişiye zarar vermiş olma veya fertlerin özel maslahatlarında gözetilmesi gerekli ölçüyü ihlal zaviyesinden bakılır¹⁴⁴.

İslâm hukukuna göre, hakların Allah (c.c) hakkı ve kul hakkı diye ayırma tabi tutulmasından hareket eden Senhurî, kul haklarının ihlal edilmesini akit dışı sorumluluk

¹³⁸ . Tekinay, 419; Eren, *Borçlar*, II, 144 - 145; Karahasan, 62

¹³⁹ . Akıntürk, *Borçlar*, 57; Karahasan, 62

¹⁴⁰ . Senhurî, *Akd*, 64

¹⁴¹ . Ferec, 364

¹⁴² . Ferec, 363

¹⁴³ . Huseynî, Abdullatif, *el-Mes'uliyetü'l-Medeniyye*, Beyrut, 1987, 25; Ferec, 364

¹⁴⁴ . Huseynî, 25

içerisinde değerlendirerek kul haklarının karşılığının hususi bir ceza veya tazminat olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁵

Hukuk doktrinindeki kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu ve hukuka uygun mudahaleden doğan sorumluluk kavramlarını akit dışı sorumluluğun alt başlıkları olarak incelemek konunun daha iyi anlaşılmasına yardım edecektir.

1.4.2.1. Kusur sorumluluğu (Dar manada haksız fiil sorumluluğu)

Sorumluluk türlerinden en yaygın ve en geniş kapsamlı olanı kusur sorumluluğudur. Buna dar anlamda haksız fiil sorumluluğu da denilmektedir. Bu sorumluluk gereği, bir kimse diğerine verdiği maddî ve manevî zararı giderme ile yükümlü tutulmaktadır¹⁴⁶. Burada sorumluluk, zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanmaktadır. Bununla birlikte zarar verici fiil belirli bir kişiye bağlandığı için hukuk doktrininde kusur sorumluluğu yerine *subjektif sorumluluk* deyimi de kullanılmaktadır. Kusur sorumluluğundan maksat dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur¹⁴⁷.

Pozitif hukuk açısından kusur sorumluluğunun meydana gelebilmesi için failin mutlaka kusurunun bulunması gerekir¹⁴⁸. Bu durum Türk Borçlar Kanununda, *gerek kasden, gerek ihmal veya teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur*¹⁴⁹ şeklinde hükme bağlanmıştır.

Roma hukukuna göre, haksız fiil işleyen kişinin, bu haksız fiilinden ötürü sorumlu tutulabilmesi için sadece nesnel (objektif) olayların yeterli olmayacağını bu fiili işleyen kişinin özel durumunun, yani öznel (subjektif) nedenlerinin de dikkate alınması gerektiği öne sürülmektedir. Bu görüşe göre, eğer haksız fiil işleyen kişi, özel durumu, öznel nedenleri dolayısıyla da kınanabiliyorsa ancak o zaman bu fiilinden ötürü sorumlu tutulabilir. Şayet fiili işleminin özel nedenleri bu kişiyi bağışlatacak nitelikte ise bu fiilden ötürü sorumlu tutulmaması gerekir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ . Senhürî, *Akd*, 65, 66, 67

¹⁴⁶ . Tunçomağ, 269

¹⁴⁷ . Eren, *Borçlar*, II, 4, 7; Aybâ, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1975, 75; Akıntürk, *Borçlar*, 57; Tiflik, 45

¹⁴⁸ . Eren, *Borçlar*, II, 2;

¹⁴⁹ . T.B.K. mad. 41

¹⁵⁰ . Karadeniz, 286

Tazminat ödeme yükümlülüğü sadece kusur sorumluluğuna dayanmaz. Zarar verici olgu kusurlu insan davranışı dışında kalan olaylar da olabilir¹⁵¹.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hali olması müstesna mallarınızı batıl (haksız) yere aranızda yemeyin...*¹⁵², *Yetim mallarını haksız yere yiyenler karınlarına ancak ateş tıkmış olurlar...*¹⁵³, *...insanların mallarını batıl yolla (haksızlıkla) yemelerinden ötürü...*¹⁵⁴ v.b. gibi ayetlerin değerlendirilmesi sonucu islâm borçlar hukukunda kusur sorumluluğuna delil olabilecekleri kanaatine varmaktayız. Zira bu ayetlerde geçen *batıl (haksız) yere*, *haksız yere* ve *batıl yolla (haksızlıkla)* ifadeleri bu günkü anlamıyla kusur sorumluluğunun dayandırıldığı hukukî metinlerdeki manalara da işaret etmektedirler.

İslâm hukukunda kusur sorumluluğunu ifade edebilecek mahiyette bazı hadislerin de mevcudiyeti söz konusudur. Mesela, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in, *El (kişi) aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur*¹⁵⁵ ve *Sizden biriniz arkadaşının malını ne şaka olarak ne de cidden almasın. Bu şekilde arkadaşının esasını bile alan varsa onu geri versin*¹⁵⁶ gibi hadisleri buna örnek teşkil edecek mahiyettedir.

Mecelle'deki, *Bila sebebi meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz değildir*¹⁵⁷ şeklindeki külli kaide de pozitif hukuktaki kusur sorumluluğunu ifade edecek mahiyettedir. Zira buradaki *bila sebebi meşru* ifadesi hukukî olmayan tasarrufları kapsayacak mahiyette bir kavramdır. Hukuka aykırı davranışlar da genel ifadesiyle *kusur sorumluluğu* içerisinde değerlendirilmektedir.

İslâm borçlar hukukuna ait klasik kaynaklarda yer alan gasb ve itlaf gibi bölümlerde de bu günkü manada kusur sorumluluğuna dayanan zararlar anlatılmaktadır¹⁵⁸. İslâm borçlar hukukuna göre kusura dayanan sorumluluğu sadece gasb ve itlaf fiilleriyle sınırlamak da doğru değildir. Zira bu konuda Ebu Ğanime, bir kişinin hukukun kendisine

¹⁵¹ . Eren, *Borçlar*, II, 2; Tiftik, 46

¹⁵² . Nisa: 4 / 29

¹⁵³ . Nisa: 4 / 10

¹⁵⁴ . Nisa: 4 / 161

¹⁵⁵ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 8, 12,13; Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevre, *es-Sünen*, Beyrut, t.siz, Buyu', 39; İbn Mace, Sadakat, 5

¹⁵⁶ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 221; Ebu Davud, Edeb, 85

¹⁵⁷ . Mec. mad. 97

¹⁵⁸ . Zerka, *Fıkıh*, I, 473; Senhurî, *Akd*, 68

tanıdığı hakkını kullarırken başkalarına zarar verecek şekilde kullanması, mesela, apartman dairesinde oturan kişinin alt veya üst komşularını rahatsız etmesi gibi durumların da islâm borçlar hukuku açısından kusur sorumluluğu olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir¹⁵⁹.

Abdurrezzak Senhurî ve Tevfik Hasan Ferec'e göre kusur sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için kusur sorumluluğuna dayanan bir zararın meydana gelmiş olması zorunludur¹⁶⁰.

İslâm borçlar hukukuna göre kusur sorumluluğu neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması halinde ancak zarar veren kişinin zimmetinde bir ta'viz (tazminat) yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır¹⁶¹.

Tevfik Hasan Ferec, Mısır ve Irak Medeni Kanunlarındaki *her hata ki, başkası için zarara sebebiyet verir, onu irtikab eden için bir karşılık (ta'viz) gerektirir* şeklindeki maddenin kusur sorumluluğunu (subjektif mesuliyet), yani taksirî mesuliyeti anlattığını ifade etmektedir¹⁶².

1.4.2.2. Sebep sorumluluğu (Kusursuz sorumluluk)

Sebep sorumluluğu, ilke olarak zarara sebep olma düşüncesine dayanmaktadır¹⁶³. Batı hukukunda öteden beri hakim olan *kusura dayanan subjektif sorumluluk ilkesi* son birkaç yüzyılda, özellikle sanayi inkılabı, üretim ve taşıma araçlarının makineleşmesi, güçlü enerji kaynaklarının bulunması gibi sebeplerle yetersiz kalmaya başlamış ve onun yerine, failin kusurundan ziyade mağdurun uğradığı zararı telafiye yönelik bir *objektif sorumluluk*, diğer bir ifadeyle *kusursuz sorumluluk* veya *sebep sorumluluğu* fikri gelişmeye ve yerleşmeye başlamıştır¹⁶⁴. Çünkü teknik ilerlemenin sebep olduğu zararlarda bir kusurun bulunup bulunmadığının veya kusurun kime ait olduğunun tesbiti çoğu zaman güç, hatta bazı hallerde imkansızdır. Bunun gibi kusuru ispat edememenin olumsuz sonucunun hukuken

¹⁵⁹ . Ebu Ğanime, Abdulaziz, *ed-Darure fi'l-Muamelat fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1988, 401

¹⁶⁰ . Senhurî, *Akd*, 68; Ferec, 364

¹⁶¹ . Ferec, 370

¹⁶² . Ferec, 369

¹⁶³ . Erën, *Borçlar*, II, 8

¹⁶⁴ . Geniş Bilgi İçin bkz. Tandoğan Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981

mağdura yükletilmesi de hiç bir zaman adalet anlayışıyla bağdaşmayan ve hukukî esprisi olmayan bir durumdur¹⁶⁵.

Roma hukukuna göre, sebep sorumluluğunda haksız fiilden ötürü sorumlu tutulmakta sadece nesnel (objektif) olaylar değerlendirilmektedir. Buna göre, bir kimsenin hukuka aykırı ve zarar doğuran bir fiil işlemiş olması, o kişinin sorumlu tutulması için yeterlidir. Çünkü hukuka aykırı bir fiil işlenmiş ve bir zarar ortaya çıkmıştır. Bu fiili işlemiş olan kişi zararın meydana gelmesine sebep olduğu için sorumludur. Buna *sonuç sorumluluğu* da denilmektedir¹⁶⁶.

Sebeb sorumluluğun gerçekleşmesi için sorumluluğu doğuran olayla meydana gelen zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı yeterli kabul edilmektedir¹⁶⁷. Kusur, sebep sorumluluğunda tazminat için kurucu unsur olmaktan çıkmaktadır. Burada sorumluluk, kusur yerine kanunun öngördüğü belirli bir olguya, objektif bir olaya bağlanmaktadır¹⁶⁸. Mesela, objektif özen ödevinin ihlali, tehlikeli bir işletmeye veya şeye sahip bulunmak, sebep sorumluluğunu gerektirebilir. Bu tür olaylar ile zarar arasında uygun illeyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterli kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Sebeb sorumluluğuna doktrinde, *kusursuz sorumluluk*, *objektif sorumluluk*, *tehlike sorumluluğu*, *hakkaniyet sorumluluğu* gibi isimler de verilmiştir¹⁷⁰. Bütün bunlar sebep sorumluluğunun dayanağını tesbit edebilmek amacıyla yapılan çalışmaların sonucunda ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte pozitif hukuk doktrininde sebep sorumluluğu, diğer bir ifadeyle kusursuz sorumluluğun dayanağı konusunda, görüş birliği de yoktur¹⁷¹.

Tüm sebep sorumluluğu hallerini kapsayacak şekilde pozitif hukukta genel bir kural konulması mümkün görülmemektedir. Ancak sebep sorumluluklarını düzenleyen pozitif hukuk kurallarından hareket ederek bunların bazı ortak yönleri ortaya konulabilir.

¹⁶⁵ . Bardakoğlu, Ali, *Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu*, E.Ü.İ.F.D. 6. Sayı, Kayseri, 1989, 43

¹⁶⁶ . Rado, 28; Karadeniz, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 1986, 296; Umur, Ziya, *Roma Hukuku, Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul, 1967, 181

¹⁶⁷ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 8; Eren, *Borçlar*, II, 8; Tiftik, 36

¹⁶⁸ . Eren, *Borçlar*, II, 8; Karahasan, 78

¹⁶⁹ . Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 7; Karahasan, 78; Tiftik, 38

¹⁷⁰ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 89; Eren, *Borçlar*, 10; Karahasan, 78

¹⁷¹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 96; Karahasan, 78

. Sebep sorumlulukları, genellikle, başkasının fiillerinden sorumluluğu ifade eder. Başkasının fiillerinden sorumluluk da, çoğu zaman yardımcı kişilerden sorumluluk olarak ortaya çıkar¹⁷². Yardımcı kişilerden sorumluluk Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir¹⁷³. Bazı durumlarda yardımcıları dışındaki kişilerin fiillerinden sorumluluk da söz konusudur. Bu durum ise Türk Medeni Kanununda düzenlenmiştir¹⁷⁴.

. Sebep sorumluluğu, zarara sebebiyet vermekten sorumlulukta, insan davranışlarına inhisar etmez; zarar doğuran olay, umulmayan bir halden de ileri gelse, sebep sorumlusu, zararı tazmin etmekle yükümlü tutulur. Bundan dolayı sebep sorumluluğuna pozitif hukukta umuymayan hal sorumluluğu da denilmektedir¹⁷⁵. Mesela, motorlu taşıt işleten kişinin gözüne toz kaçması sonucu bir kazaya sebebiyet vermiş olması durumunda bile sorumluluktan kurtulamaz¹⁷⁶.

. Sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun bir unsuru olmadığı için, sorumlu kişinin veya fiillerinden sorumlu olduğu kimselerin temyiz kudretine haiz bulunmaması, pozitif hukuk açısından, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan, mesela objektif özen ödevinin ihlaline dayanan sebep sorumluluklarında, sorumluluğun doğması için, özen eksikliğinin kusur derecesini bulmasına gerek yoktur¹⁷⁷.

Türk Borçlar Kanunundaki sebep sorumluluğu halleri şunlardır: Adam kullananın sorumluluğu (mad. 55), hayvan güdenin sorumluluğu (mad. 56), yapı ya da inşa eseri malikinin sorumluluğu (mad. 58).

Türk Medeni Kanununda da bazı sebep sorumluluğu hallerinden bahsedilmiştir. Mesela, aile reisinin sorumluluğu (mad. 320), taşınmaz malikinin sorumluluğu (mad. 656), gibi maddeler bunun örnekleridir.

Motorlu araç işletenin sorumluluğu da, pozitif hukukta, sebep sorumluluğu kavramı içinde değerlendirilmektedir. Mesela, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa, motorlu aracın işleteni bu zarardan sorumlu tutulur. Burada işletilme halinde olan araçların oluşturduğu tehlike dikkate alınarak özel bir

¹⁷² . Tiftik, 38

¹⁷³ . T.B.K. mad. 55

¹⁷⁴ . Türk Medeni Kanunu, (T.B.K. ile birlikte), Der Yayınları, İstanbul, 1993, mad. 320

¹⁷⁵ . Eren, *Borçlar*, II, 11; Tiftik, 39

¹⁷⁶ . Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 11

¹⁷⁷ . Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 11; Tiftik, 38

sorumluluk hali ön görülmüştür. Buradaki sorumluluk tehlike esasına dayanan objektif bir sorumluluk türüdür¹⁷⁸.

Motorlu araç işletenin sorumluluğunda, sorumlu olan şahsın aracın sürücüsü olması veya aracın kullanılmasına yardımcı olan kişinin olması şartı yoktur. Burada sorumluluğun muhatabı işleten kişidir. İşleten, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına yardımcı olan kişinin kusuruna dayanan haksız fiillerden kendi kusuru gibi sorumlu kabul edilmiştir.

İşletenin sorumluluğu esas itibariyle tehlike esasına dayanan bir objektif sorumluluktur. İşleten kural olarak aracın işletilmesinden doğan zararlardan sorumludur. dolayısıyla işletenin sorumluluğu bakımından kazanın meydana geldiği sırada aracın kimin tarafından kullanıldığının veya aracın kullanılmasına kimlerin katıldığının ya da aracın kendiliğinden kaza yapmış olmasının önemi yoktur¹⁷⁹. Pozitif hukukta, sebep sorumluluğu halleri kusura dayanan sorumluluğa kıyasla istisnaidirler. Binaenaleyh bir kusursuz sorumluluk olayının gerçekleşmediği her yerde, sorumluluğun mutlak şartı, kusur olarak kabul edilmektedir¹⁸⁰.

İslâm hukukunda aslolan şahsî sorumluluktur ve herkesin yalnızca kendi günah, suç¹⁸¹ ve haksız fiilinin neticesine katlanmak mecburiyetinde bulunduğu bir prensip¹⁸² olarak kabul edildiğine göre haksız fiilin meydana getirdiği zararlardan da failin mesul olması, başkasının sorumlu olmaması genel bir kaidedir. Ancak zaman ve şartların değişmesiyle bu genel prensipten istisnalar yapılmaya başlanmıştır¹⁸³. İslâm hukukuna ait klasik kaynaklarda sebep sorumluluğu başlığıyla olmasa bile sebep sorumluluğunu ifade eden meseleler yer almaktadır. Bu kaynakların değerlendirilmesi neticesinde kusursuz sorumluluk genel olarak üç başlık altında toplanabilir. Bunlar; kişinin yanında bulundurdıklarından sorumlu olması (köle, çocuk, işçi v.b.), maliki bulunduğu şeylerden sorumlu olması ve sahibi bulunduğu hayvanın meydana getireceği zararlardan sorumlu olması şeklinde özetlenebilir¹⁸⁴.

¹⁷⁸ . Nomer, Haluk N., *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu*, İ.B.D. Cilt, 66, Sayı, 1 - 2 - 3, İstanbul, 1992, 63

¹⁷⁹ . Nomer, 53 - 54

¹⁸⁰ . Tunçomağ, 270

¹⁸¹ . Tûr: 52 / 21; Nur: 24 / 11; Fâtır: 35 / 18; Necm: 53 / 39

¹⁸² . Ebu Davud, Edeb, 35; Tirmizî, Kıyame, 51; Zuhaylî, *Daman*, 252; İnan, Yusuf Ziyi, *İslâm'da Mesuliyet*, İstanbul, t.siz, 52

¹⁸³ . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 514

¹⁸⁴ . Bardakoğlu, *Hayvanın Verdiği Zarar*, 44

1.4.2.2.1. İslâm hukukuna göre kişinin yanındakilerden sorumlu olması

İslâm borçlar hukukunda tabi olanın hatasından metbu'un sorumlu olması¹⁸⁵ olarak ifade edilen bu durum işçi çalıştıran kişinin işçilerinden sorumlu olması gibi halleri kapsar. Bu tür sorumlulukta islâm hukukuna göre, tabi olanın metbu' hesabına çalışıyor olması gerekir.

Metbu'un tabi olanın zararından sorumlu olabilmesi için tabiin kendisine verilen iş yaparken ve kendisine isnad edilebilen bir hatasıyla zararın doğmuş olması gerekir. Şayet zarar tabiin işle alakalı olmayan, mesela, temizlik yapması istenen bir kişinin işini bırakarak bahçedeki ağacın dalına konmuş kuşa taş atıp komşunun camını kırması gibi bir fiilden meydana gelmiş olması halinde zaman zarardan metbu' sorumlu olmaz¹⁸⁶. İslâm borçlar hukukuna göre metbu'un sorumluluğundan bahsedebilmek için tabiin fiili neticesinde bir zarar doğmuş olmalı, fiili vazifesiyle ilgili olmalı ve zarar ile fiili arasında illiyet rabitasının bulunması gerekir¹⁸⁷.

Serahsî, Kasanî ve Merginanî'nin ifadelerine göre, kölelik hukukunun cari olduğu dönemlerde, kölenin işlediği fiiller neticesinde doğan zararlardan efendisinin sorumlu olması¹⁸⁸ durumu ile, klasik kaynaklardaki ecir-i müşterek¹⁸⁹, yani herkes adına çalışan sanat ve meslek erbabı mesela, terzi, saatçi, kuyumcu, taksici, köy çobanları gibi¹⁹⁰, meselesi de sebep sorumluluğunun örneklerindendir.

İmam Ebu Hanife ve İmam Züfer (r.a.)'e göre ecir-i müşteriye bırakılan mal onun yanında emanet hükmünde olduğu için o malda emanet hükümleri caridir. Dolayısıyla ecir-i müşteregin malın zarar görmesinde kusur ve teaddisinin bulunması halinde tazmin borcu doğar. Kusur ve teaddisinin olmadığı hallerde ise, tazmin sorumluluğu da olmaz. İmameyne (İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammad) göre ise, ecir-i müşteriye bırakılan malı korumada bir kusuru olmadığını isbat eder veya korunulması mümkün olmayan, umulmayan haller

¹⁸⁵ . Buharî, Cuma, 11, Nikah, 91, Ahkam, 1, Itk, 19; Müslim, Ebu Huseyn Müslim b. el-Haccac el-Kuşeyrî, *es-Sahih*, Beyrut, 1955, İmare, 30; Tirmizî, Cihad, 17

¹⁸⁶ . Serahsî, *Mebhut*, XVI, 11; Zuhaylî, *Daman*, 257; Muntasır, Suheyr, *Mes'uliyetü'l-Metbu' an Ameli't-Tabi Esasuha ve Netakuha*, Kahire, 1990, 20, 45

¹⁸⁷ . Zuhaylî, *Daman*, 255; Muntasır, 50

¹⁸⁸ . Serahsî, *Mebhut*, XXVII, 26; Kasanî, VI, 208; Merginanî, IV, 169

¹⁸⁹ . Serahsî, *Mebhut*, XV, 11; Semerkandî, I, 352; Damad Efendi, II, 391

¹⁹⁰ . Semerkandî, I, 352; Damad Efendi, II, 391; İbn Receb, 27; Mec. mad. 422

dışındaki zararları ecir-i müşterek tazmin etmelidir¹⁹¹. İbn Ferhun da, *Tebisretü'l-Hükkam* adlı eserinde ecir-i müşteregin kusur ve teaddisinin olmadığı durumlarda malı tazmin etmeyeceği görüşünü kaydetmiştir¹⁹². Ecir-i müşteregin yanında çalışan çırağın işle ilgili vermiş olduğu zararları tazmin borcu ise ecir-i müşterege aittir¹⁹³. Çırağın sorumluluğunun ecir-i müşterege ait olması islâm borçlar hukuku açısından kusursuz sorumluluğa verebileceğimiz örneklerdendir.

Yine sadece müste'cire çalışmak üzere tutulan ecir-i hâs¹⁹⁴ gibi kişilerin görev alanlarına giren işleri yaparken, kusur ve teaddileri olmadan, sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı sorumlu olmamaları da böyledir¹⁹⁵. Mesela ecir-i hâs hükmündeki bir çoban, koyunları güderken meydana gelen zararları, Sa'id b. Museyyeb, Hasan Basrî, Evzai ve İmam Malik (r.a.)'e göre, ancak kusur ve teaddisinin bulunması durumunda tazmin eder¹⁹⁶. Sa'id b. Museyyeb, Hasan Basrî ve Evzai ecir-i müşterek hükmündeki çobanın kusur ve teaddisinin dışındaki zararları da tazmin edeceği görüşündedirler¹⁹⁷. İmam Ebu Hanife ve İmam Züfer de bu görüştedirler¹⁹⁸.

Tarablusî'deki, ücretle yol üzerine kuyu kazdıran kişi doğan zararları tazmin etmelidir. Kuyuyu kazan kişinin tazmin sorumluluğu yoktur¹⁹⁹ şeklindeki ifade de klasik kaynaklarda yeralan kusursuz sorumluluğa örnek olacak mahiyettedir. Zira burada da kişinin yanında çalıştırdıklarından çalışanın değil de çalıştırının sorumluluğu, yani işverenin işçilerinden sorumluluğu söz konusudur.

¹⁹¹ . Semerkandî, I, 352; İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed b. Cüzey el-Kelbî el-Gırnatî, *Kavaninu'l-Fıkhiyye*, Tunus, 1982, 341; Tarablusî, 200; Daman Efendi, II, 391; Bağdadî, 27; Hüseyin, Hamid Hasan, *Nazariyyetü'l-Maslaha fi'l-Fıkhu'l-İslâmî*, Kahire, 1981, 76, 77

¹⁹² . İbn Ferhun, Burhanuddin Ebi'l-Vefa İbrahim b. Şemsiddin Ebi Abdillah, *Tebisretü'l-Hükkam fi Usulî'l-Akdiyye ve Menafiu'l-Ahkam*, Beyrut, t.siz, II, 227

¹⁹³ . Serahsî, *Mebhut*, XVI, 11; Zuhaylî, *Daman*, 256

¹⁹⁴ . Semerkandî, I, 352; Damad Efendi, II, 393; Mec. mad. 422; İbn Receb, 28

¹⁹⁵ . Semerkandî, I, 352; İbn Cüzey, 341; Tarablusî, 201; Damad Efendi, II, 393; İbn Receb, 28; *el-Mevsu'atu'l-Fıkhiyye*, Kuveyt, 1989, XIII, 277; Feyzullah, 174;

¹⁹⁶ . Tarablusî, 201

¹⁹⁷ . Tarablusî, 201

¹⁹⁸ . Semerkandî, I, 352; İbn Cüzey, 341; Tarablusî, 200; Hayreddin Remlî, Hayruddin b. Ahmed b. Ali b. Zeynuddin b. Abdilvehhab el-Eyyubî el-Farukî, *el-Feteve'l-Hayriyye fi Nef'i'l-Beriyye*, b.y, t.siz, II, 138; Hüseyin, 77

¹⁹⁹ . Tarablusî, 210

İslâm hukukuna göre, emrin salih olacağı (geçerli kabul edileceği) her durumda, meydana gelen zararlar için, tazminat borcu memura (emrolunana) değil amire (emredene) ait kabul edilmiştir. Mesela, bir kişi başkasına, aralarında üst-ast ilişkisi olmadan, üçüncü kişinin malını istihlak etmeyi emretse emredilen kişi de bunu yapmış olsa tazmin borcu istihlak fiilini işleyene ait olur²⁰⁰. Bunun gibi bir kişi ecirine (parayla çalıştırdığı işçi) avlusunda kuyu kazmasını emretmiş olsa bu kuyudan mutevellid zararları emreden kişi tazmin eder²⁰¹. Böyle durumlarda islâm borçlar hukukuna göre tazmin yükümlülüğünün işverene yüklenmesi, işçinin işinin menfaatinin işverene raci olması mantalitesine dayanır²⁰².

Emredenin emretmeye salih olmaması durumlarında sorumluluk emredene (amir) değil emrolunana (memur) yüklenmektedir. Bir kişinin diğerine tarık-ı âmda, ücret ödemeksizin, bir kuyu kazmasını emretmesi durumunda tazmin sorumluluğunun amire değil kuyuyu kazan kişiye (hafır) ait olması gibi²⁰³.

İslâm hukukuna göre çocuk ve diğer temyizden yoksun kişilerin (matuh ve mecnun gibi) doğrudan meydana getirdikleri zararlardan bizzat kendileri sorumludur²⁰⁴. Çocuğun bu zararı tazmin edecek malının bulunmaması durumunda mal sahibi olacağı zamana kadar (hal-i yüs) beklenir, çocuğun zararı velisine tazmin ettirilmez²⁰⁵. Çocuğun sebebiyet verdiği zararı kendisinin tazmin etmesi gerektiğine dair Serahsî'den, üzerinde kendi başına durabilecek kadar bir yapıdaki çocuğun, üzerinde bulunduğu hayvanın bir kişiyi ezerek öldürmesi durumunda ölenin diyetini çocuğun akilesinin ödemesi gerektiği örneğini almaktayız²⁰⁶.

İslâm hukukçuları çocuk, matuh ve mecnun gibi temyizden yoksun kişilerin kasten işlemiş oldukları fiilleri de hata kavramı içerisinde değerlendirmişlerdir. Kasten veya hataen bir kişinin ölümüne sebebiyet vermeleri halinde sadece diyet gerekir. Bunu çocuğun akilesi

²⁰⁰ . Şeybanî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasan (Maruf, İmam Muhammed), *Kıtabu'l-Asl (ma'ruf el-Mebsut)*, Beyrut, 1990, IV, 517; Tarablusî, 210; İbnu's-Şihne, Ebu'l-Velid Lisanuddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *Lisanu'l-Hükkam fi Ma'rifeti'l-Ahkam*, Mısır, 1973, 276; Mec. mad. 89

²⁰¹ . Şeybanî, *Asl*, IV, 517; Kasanî, VII, 277

²⁰² . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 517

²⁰³ . Kasanî, VII, 277

²⁰⁴ . Kasanî, VII, 168

²⁰⁵ . İbnu's-Şihne, 277; Mec. mad. 916, 960

²⁰⁶ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 187

öder. Akilenin bulunmadığı durumlarda ise, islâm hukukunda kabul gören görüşe göre, diyet devlet hazinesinden ödenir²⁰⁷. Bu da zararın tazminsiz bir şekilde bırakılmaması açısından önemli bir husustur.

İslâm borçlar hukukuna göre bazı durumlarda çocuğun verdiği zararlardan velisi veya başkaları (çocuktan bir iş yapmayı isteyen) sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu istisnai durum, velinin veya başkasının çocuğa bir iş yapmayı emretmiş olması gibi şartlara bağlıdır²⁰⁸. Mesela, bir baba çocuğuna kendi arazisinde ateş yakmasını söylese, çocuk ateşi yakınca komşu araziye sıçrayarak zarara sebebiyet verse, zararı tazmin yükümlülüğü babaya ait olur. Çünkü bu durumda baba emredince çocuğun fiili ona intikal eder ve sanki baba bizzat bu fiili işlemiş gibi kabul edilir²⁰⁹. İbnu's-Şihne'nin ifadesine göre, başkasının çocuğuna, ailesinin izni olmadan, bir iş yapmayı emreden kişi doğacak zararı tazmin eder²¹⁰.

Birisinin emriyle çocuğun işlemiş olduğu zararlı fiillerin neticesini çocuk tazmin ederse islâm hukukuna göre, çocuğun amire rucu hakkı vardır²¹¹.

Çocuğa emredene çocuğun, ödediği tazminattan dolayı rucu edebilmesi için amirin emri ile çocuğun zarar doğuran fiilinin birbiri ardınca gelmesi, aralarında bitişik (muttasıl) bir münasebetin bulunması gerekir²¹². Mesela, atın üzerinde durabilen ve idraki yerinde olan bir çocuğa birisi ata binmesini emretmiş olsa, çocuk atı sürerken at birilerine zarar verse, ata bin emriyle zarar fiili arasında bitişik bir münasebet bulunmadığı için çocuğun zararı tazminattan dolayı amire rucu hakkı olmaz²¹³.

Rola hukukunda aile evlatlarının ve kölelerin haksız fiillerinde sorumluluk, mesuliyet prensibi itibarıyla şahsi bir mesuliyettir ve herkesin kendi işlediği fiilden mesul tutulması gerekir. Ancak hakimiyet altındaki kimselerin ve kölelerin işledikleri suçlar bakımından bu prensibin bazı hususi neticeleri ve suçtan zarar gören bakımından doğurduğu bazı

²⁰⁷ . Udeh, Abdulkadir, *et-Teşriu'l-Cinaiyyu'l-İslâmî*, Kahire, 1977, II, 179

²⁰⁸ . Şeybanî, *Asl*, IV, 493; Mahmasanî, I, 224; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 515

²⁰⁹ . Şeybanî, *Asl*, IV, 493; Bağdadî, 162; Mahmasanî, I, 227

²¹⁰ . İbnu's-Şihne, 277

²¹¹ . İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrahim, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Dımeşk, 1986, 338 - 339; Mahmasanî, I, 228

²¹² . Mahmasanî, II, 228; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 516

²¹³ . Damad Efendi, II, 664; Mahmasanî, I, 228

mahzurlar vardı. Burada bahis konusu olan suçlar hususi suçlardır. Zira devlet tarafından takip edilen ve *crimina publica* denilen amme suçları için gerek aile evladının gerekse kölenin doğrudan doğruya magistralar tarafından cezalandırılması her zaman mümkündür. Hususi suçlar için mecburi diyet usulünün tatbik edildiği tarihi devirlerden itibaren - ki bu aşağı yukarı XII Levha devrine rastlar- aile reisi hakimiyeti altındaki kimselerin işledikleri suçlardan prensip itibariyle mesul olmadığını biliyoruz. Burada sorumlu olan bizzat hakimiyet altındaki *filius familias* (aile evladı) veya köledir. Yalnız şu var ki hakimiyet altındaki kimse hür bir Roma vatandaşı olduğu halde köle efendisinin mamelekine dahil bir mal durumunda idi. Fakat her ikisi de yaptıkları hukuki muamelelerden borçlandıkları gibi işledikleri haksız fiillerden de mesul oluyorlardı. Yani nakdî cezayı ödeme borcu altına giriyorlardı. Hatta kölelerin haksız fiillerinden doğan borçları, akitlerinden doğan borçlardan farklı olarak *obligatio naturalis* değil fakat *obligatio civilis* mahiyetindeydi. Yani dava ile takip edilebilirdi. Ancak suçtan zarar görenin köleye karşı dava açabilmesi için o kölenin azat edilmesini beklemesi gerekirdi. Aile evladına ise dava açılabilirdi halde, bu davanın pratik bir değeri yoktu çünkü hakimiyet altında bulunduğu müddetçe şahsi malı, mameleki olmayan *filius familias*ın (aile evladı) suçun neticesi olan para cezasını ödemesine maddeten imkan yoktur. Zarar görenin birşey edle edebilmesi için kölenin azad edilmesini beklediği gibi, *filius familias*ın da *sui iuris* (zenginleşmesi) duruma gelmesini beklemesi lazımdı. Halbuki böyle bir şartın bazen hiç tahakkuk etmemesi ihtimali de mevcuttu²¹⁴.

Bu durumda suçlunun tabii olduğu aile reisinin veya efendinin hakimiyeti ile suçtan zarar gören kimsenin menfaatleri çatışıyor ve asıl zarar gören de bu sonuncusu oluyordu. diğer taraftan Gaius'un da dediği gibi evlatların ve kölelerin babalarına ve efendilerine kendi vücutlarının değerinden fazla bir zarar vermeleri de haksızlık olacağından, daha erken devirlerden itibaren suçtan zarar gören kimsenin aile reisinden veya efendiden ya suçlunun kendisine teslimini veya suçun karşılığı olan para cezasının ödenmesini isteyebileceği esası kabul edilmiştir. Bu davanın tatbik sahası pretorların faaliyeti ile büsbütün genişlemiş ve her ceza davasının bu şekilde aile reisi veya efendiye karşı açılabilirdi esası yerleşmiştir²¹⁵.

Böyle durumlarda Roma hukukuna göre, aile reisi veya efendinin bir seçme imkanı vardır; isterse suçluyu zarar görene teslim eder, yani onun üzerindeki hakimiyet hakkından

²¹⁴ . Rado, 208

²¹⁵ . Rado, 209

feragat eder veyahut da suçlu tarafından ödenmesi gereken para cezasını öder. Mesela bir filius familias veya köle başkasının parasını çalmış veya hayvanını öldürmüşse zarar gören kimse suçluya karşı açabileceği davaları *noxalis* şeklinde aile reisine veya efendiye karşı açarak çalınan şeyin değerinin iki mislini veya öldürülen hayvanın son yıl içinde eriştiği en yüksek değeri ödemesini veyahut da suçluyu kendisine teslim etmesini (*noxae deditio*) isteyebilirdi²¹⁶.

1.4.2.2.2. İslâm hukukuna göre kişinin maliki bulunduklarından sorumlu olması

İslâm hukukuna ait klasik kaynaklarda bununla ilgili örnekleri *el-haitu'l-mail* başlığı altında değerlendirilen konular arasında bulabiliriz²¹⁷. İslâm hukukçuları, ilk yapılışı itibariyle yıkılabilecek şekilde hatalı yapılmış olan bir duvarın herkesin kullandığı yola (tarik-ı âmm) veya başkasının mülküne doğru meyilli olmasından dolayı yıkılması sonucunda meydana gelen zararlardan duvar sahibinin sorumlu olduğu hususunda ittifak halindedirler²¹⁸. İslâm hukukçularına göre hiç kimsenin, âmmeye veya başkalarına ait boşluğu kullanma ve kendisine ait duvar v.b. gibi şeylerle burasını tehlikeye maruz bırakmaya hakkı yoktur²¹⁹. Bu şekilde davranan kişinin davranışı avlanmak üzere tuzak kuran kişinin davranışına benzetilmektedir²²⁰.

İslâm hukukçularının kanaati olan bu hüküm sadece duvarlarla ilgili olmayıp yıkılma tehlikesi gösteren binalara, başkasının veya âmmenin mülküne doğru yapılan balkon, sundurma v.b. çıkıntılara da şamildir²²¹.

²¹⁶ . Rado, 209 - 210

²¹⁷ . Semerkandî, III, 127; Kasanî, VII, 283, v.d; Merğinanî, IV, 195, v.d; Mevsilî, V, 45, v.d; İbn Humam, X, 321, v.d; Meydanî, III, 167

²¹⁸ . Kasanî, VII, 283; Merğinanî, IV, 195; Mevsilî, V, 45; İbn Humam, X, 321; Meydanî, III, 168; Erdebilî, Yusuf, *el-Envar li A'mali'l-Ebrar*, Mısır, t.siz, II, 285; Mahmasanî, I, 249; Zuhaylî, *Daman*, 260; Feyzullah, 179

²¹⁹ . Merğinanî, IV, 195; Mevsilî, V, 45; İbn Humam, X, 321

²²⁰ . İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Mahmud. *el-Muğni*, Beyrut, 1972, IX, 571; Babertî, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud, *Şerhu'l-İnaye ale'l-Hidaye (Fethu'l-Kadir ile Beraber)*, Beyrut, t.siz, X, 321; Mahmasanî, I, 249; Feyzullah, 179

²²¹ . Gazali, Muhammed b. Muhammed Ebi'l-Hamid, *el-Veciz*, Kahire, t.siz, II, 91; İbn Humam, X, 321; Babertî, X, 321

Sahibi tarafından düzgün ve sağlam yapılmış olan duvar veya bina bilahere yıkılmış ve bundan da bir zarar meydana gelmiş olması durumunda zarardan dolayı sorumlu olup olmayacağı hususunda islâm hukukçuları arasında görüş farklılıkları vardır.

Şafii mezhebine mensup islâm hukukçularına göre, duvar veya bina yıkılmadan önce, sahibine yıkma teklifi yapılmış olup olmaması halleri müsavi olarak hiç bir şekilde tazminat gerekmez. Çünkü kişi duvar veya binayı kendi mülkü üzerine düzgün ve sağlam bir şekilde yapmıştır. Sonradan eğilip yıkılmasında onun bir kusuru ve bundan mütevellid zararlara dahli yoktur²²².

Hanefilerin de kabul ettiği fukahânın çoğunluğunun görüşüne göre ise, sorumluluğun duvar sahibine yükletilebilmesi için, duvar sahibinin önceden duvarını yıkma konusunda ikaz edilmiş olması şarttır²²³. Buna göre, başlangıçta sağlam ve düzgün yapılan duvarın sonradan yıkılacak duruma gelmesi (mail-i inhidam) halinde sahibinin bu durumu düzeltmesi için ikaz edilmeden duvar yıkılarak bir zarara sebebiyet vermesi durumunda zararı tazmin borcu sahibine yüklenemez. İkaz, Mecellede, tekadüm olarak ifade edilerek, *mazarratı melhuzanın def'i ve izalesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir*²²⁴ şeklinde tarif edilmiştir. Duvar sahibinin duvarı yıkıp tehlikeyi önleyecek kadar bir zaman önce ve ikaza hakkı olanlar tarafından ikazın yapılmış olması durumunda, bu ikaza aldırmayan, duvar sahibi doğacak zararları tazmine mecburdur²²⁵. İkaza (tekadüm) hakkı olanlar; duvar komşunun mülküne eğilmiş ise, o mülkün sahibi, hususi bir yola (tarik-i hâs) eğilmiş ise, bu yoldan geçiş hakkı olan kişi, umumi yola eğilmiş ise (tarik-i âmm) her hangi bir kişidir²²⁶.

Bazı hanbeli fıkıhçılara göre ise, duvar veya bina tehlike arzettikten sonra, sahibi duvarı yıkması veya düzeltmesi için ikaz edilse de, ikaz edilmese de yıkılmadan mütevellid zararları sahibinin tazmin etmesi zorunludur. Çünkü duvarı eğilmiş halde bırakmakla haksız bir davranış içerisine girmiştir. Bu kusuru ile sanki duvarı başlangıçta eğik yapmış gibi kabul

²²² . Şirazî, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Firuzabadî, *el-Mühezzebe fi'l-Fıkhı'l-İmami's-Şafii*, Mısır, t.siz, II, 207; Erdebilî, II, 285

²²³ . Serahsî, *Mebhut*, XXVII, 9; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 571; Kasanî, VII, 283; Merğinanî, IV, 196; İbn Humam, X, 322; Babertî, X, 322;

²²⁴ . Mec. mad. 889

²²⁵ . Serahsî, *Mebhut*, XXVII, 9; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 572; Kasanî, VII, 284; Mevsilî, V, 47; İbn Humam, IX, 322; Babertî, IX, 322

²²⁶ . Mec. mad. 928; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, t.siz, VII, 387 - 388

edilir²²⁷. Bu anlayışın zararların karşılıksız bırakılmaması mantığına uygun olduğu ve bu gün için tercihe şayan bulunabileceği söylenebilir.

Muasır isâm hukukçularından bazıları da, hanbeli fıkıhçılarından bir kısmının görüşü, olarak verdiğimiz görüşün âmme menfaatine, adalet ve hakkaniyete daha uygun olduğundan tercihe şayan olacağını belirtmişlerdir²²⁸.

İslâm hukukuna göre kişi sahip olduğu menkul malların verdiği zarardan da bazı şartlarda sorumlu tutulmaktadır. Mesela, bir kişi duvarına veya evinin çatısına bir şeyler koysa, bu eşyalar rüzgar gibi bir amille düşerek birilerine zarar verecek olursa kusur ve teaddi olmadığı için tazmin sorumluluğu yoktur. Zira ev ve duvar malikinin buralara eşya koyma hakkı vardır. Ancak konulan şeyler düşebilecek şekilde konulmuş olur veya bir şey koymaya hakkı olmadığı yere koyarsa, o zaman bu eşyaların düşmesinden mutevellid zararları tazmin etmelidir²²⁹.

1.4.2.2.3. İslâm hukukuna göre kişinin hayvanlarından sorumlu olması

Hayvanın verdiği zarar, insanın kullandığı bir alet ve makinenin yol açtığı zarardan biraz daha farklıdır. Çünkü alet ve makinenin hareketi, kullanan kimsenin başlatmasına veya yönlendirmesine tam bağımlı olup meydana gelen zararın bu makina ve aleti kullanana yüklenmesi çok kolaydır. Bu bir bakıma fiili bizzat işleme (mübaşeret) sayılacağından klasik doktriner düşünceye göre failin kast ve teaddisi gerekmez. Fakat hayvanları bir makine veya alet gibi kabul edemeyiz.

Hayvanlar, bazan bakıcısının veya sahibinin iradesi dışında hareket edip zarar verebildiğinden bu durum ancak ilgili şahıs açısından zarara sebebiyet verme olarak değerlendirilebilir. İslâm hukukuna göre hayvanların verdikleri zararlarda hayvan sahibinin veya bakıcısının kasdı veya birinci derecede bir kusuru varsa, zarara sebebiyet verme açısından bu şahsın sorumlu tutulması mümkündür²³⁰.

İslâm hukukuna göre hayvanların ika ettiği zararlardan sorumlu olan şahıs, hayvanın sahibi olabileceği gibi onun vekili, onun emanetçisi, onun çobanı, hayvanı ariyet olarak

²²⁷ . İbn Kudame, *Muğni*, IX, 572; Mahmasanî, I, 249; Zuhaylî, *Daman*, 263; Feyzullah, 180 - 181

²²⁸ . Mahmasanî, I, 252; Zuhaylî, *Daman*, 283; Feyzullah, 183; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 527

²²⁹ . Şirazî, II, 207; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 577; Bilmen, VII, 384; Mahmasanî, I, 252; Zuhaylî, *Daman*, 258; Feyzullah, 183 - 184

²³⁰ . Bardakoğlu, *Hayvanın Verdiği Zarar*, 45

alan, kiralayan veya hayvanı gasbeden kişiler, olabilir. Burada önemli olan ihmal ve tedbirsizlik gibi zarara sebebiyet veren şahıstır, hayvanın sahibi değil²³¹. Ancak hayvanların verdiği zararlarda ilk akla gelen de onun sahibi olmaktadır.

Bu konu fıkıh kitaplarında *cinayetü'l-behime* başlığı altında incelenmektedir²³². Bu konuda Hz. Peygamber (s.as.)'den sadır olmuş hadis-i şerifler de mevcuttur. Bunlardan birinde Hz. Peygamber (s.a.s.), *kim hayvanını umuma ait bir yol üzerinde veya insanların alış-veriş ettikleri çarşı, pazar gibi yerlerde bekletirse hayvanın verdiği zararları tazmin eder* buyurmuştur²³³.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, başboş bırakılan hayvanla, üzerine binilmiş, yedeğe almış veya arkadan sevk edilen hayvan, sebebiyet verdikleri zararlar açısından farklı olarak değerlendirilmiş, hayvanın üzerine binen (rakib), hayvanı yedeğine alarak önden çeken (kaid) veya hayvanı arkadan sevkeden (saik) kimsenin hayvanın verdiği zararlardan kural olarak sorumlu olacağını kabul etmişlerdir²³⁴.

1.4.2.3. Hukuka uygun mudahaleden doğan sorumluluk

Hukuka uygun mudahaleden doğan sorumluluğun mana ve mahiyetini anlayabilmek için her şeyden önce *mudahale* kavramını tanımlamak gerekir.

Mudahale, kısaca, başkasına ait hukukî bir varlığın (mal ve şahıs varlığı gibi) insan davranışıyla ihlal edilmesine denir²³⁵.

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi mudahale, hukuka uygun olabileceği gibi hukuka aykırı da olabilir. Buradan hareketle, şayet hukuk düzeni her hangi bir hakkın ihlalini tasvib ediyorsa hukuka uygun mudahalenin, tasvib etmiyorsa hukuka aykırı mudahalenin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

Bir mudahalenin hukuka uygun olması, hukuk kuralının yasakladığı eylemin yapılmasına ya da buyurduğu eylemin yapılmamasına ve dolayısıyla koruduğu değerlerin

²³¹ . Mahmasanî, I, 245; Feyzullah, 178

²³² . Semerkandî, III, 123, v.d; Nevevî, Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref, *el-Minhac(Siracu'l-Vehhac ile birlikte)*, İstanbul, t.siz, 539; Kasanî, VII, 280, v.d; Merğinanî, IV, 197, v.d; Mevsilî, V, 47, v.d; İbn Humam, X, 325, v.d; Şirbinî, IV, 204, v.d; Ğamravî, 539; Erdebilî, II, 341, v.d; Bilmen, VII, 389, v.d

²³³ . Darekutnî, Ali b. Muhammed, *es-Sünen*, Kahire, 1966, Hudud, Diyat ve Gayrihi, 285

²³⁴ . Bardakoğlu, *Hayvanın Verdiği Zarar*, 54

²³⁵ . Eren, *Borçlar*, II,18

çiğnenmiş olmasına karşın, davranışın hukuka aykırılığını engelleyen olguların mevcut olmasıyla ortaya çıkmaktadır²³⁶.

Zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru, umulmayan hal, üçüncü şahsın kusuru, bir hakkın kullanılması, çatışan menfaatlerden birinin üstün tutulması, v.b. gibi²³⁷ durumlar pozitif hukukta hukuka uygun mudahale kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

İslâm hukuk dâirinde de hukuka uygun mudahalelerin örnekleri üzerinde durulmuş, bu meseleler değişik isimlerle fıkıh kitaplarında yer almıştır. Muasır çalışmalar ve pozitif hukuktan hareketle islâm hukukuna göre hukuka uygun mudahale çeşitlerini tesbit etmeye çalışacağız.

1.4.2.3.1. İslâm hukukunda meşru mudafaa

Bir kişinin canına, malına veya namusuna (ırz) yönelen saldırıyı kendi gücünü kullanarak def etmektir²³⁸. Mesela saldırganı def etmek maksadıyla işlenen fiiller meşru mudafaa olarak değerlendirilirler. Bazı islâm hukukçuları meşru mudafaaya, Kur'an-ı Kerim'deki, *Size karşı kim haddi aşarsa siz de ona misli ile karşılık verin*²³⁹ ayetini hukukî dayanak olarak göstermektedirler²⁴⁰. İslâm hukukundaki hukuka uygun mudahaleler aslında bu hukukun gayesindeki maslahat prensibine dayandırılmaktadır. Zira zararın ve zorluğun def'i, menfaatin celbi islâm hukukunun genel gayelerindendir²⁴¹.

Maliki, Şafii ve Hanbeli hukukçularına göre, üzerine saldıran köpek, deve v.b gibi hayvanlardan kurtulmak maksadıyla onların ölümüne sebebiyet veren kişinin tazminden sorumlu olmayacağı²⁴², Hanefi hukukçularına göre ise, tazmin sorumluluğun düşmeyip,

²³⁶ . Karahasan, 124

²³⁷ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 31, 318, 461; Reisoğlu, 144; Aybay, 79 - 80; Eren, *Sorumluluk*, 139, 176, 187, 201; Eren, *Borçlar*, II, 19, 101, 148; Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, 179; Karahasan, 126, 134, 137, 140; Tiftik, 99, 107, 149, 157

²³⁸ . Udeh, I, 473; Fezzullah, 195

²³⁹ . Barara: 2 / 194

²⁴⁰ . Udeh, I, 473

²⁴¹ . İzmirli, İsmail Hakkı, *İlm-i Hilaf Dersleri*, İstanbul, t.siz, 66; Hallaf, Abdolvahhab, *Mesaduru't-Teşri'i'l-İslâmî fima la Nasse fih*, Kuveyt, 1970, 75; Kamil Musa, *el-Medhal ila'teşri'i'l-İslâmî*, Beyrut, 1989; Hüseyin, 69 Fezzullah, 195

²⁴² . İbn Kudame, Abdullah b. Ahmed Muhammed el-Makdisî, *el-Umde fi'l-Fıkhi'l-Hanbelî*, Beyrut, 1991, 278 - 279; Karafî, IV, 178; İbn Abdilber, Ebu Ömer Yusuf b. Abdillâh b. Muhammed en-

sadece cezai müeyyidenin uygulanmayacağı²⁴³ görüşleri fıkıh kitaplarındaki hukuka uygun mudahale olarak kabul edebileceğimiz meşru mudafaanın örneklerinden sadece bir tanesidir.

Meşru mudafaanın islâm hukuku açısından hukuka uygun mudahale kabul edilebilmesi için, saldırının haksız olması, başka türlü kurtuluş çaresinin bulunmaması, savunmanın saldırının devam ettiği anda yapılmış olması ve mudafaa sınırlarını aşmaması, yani mudafaada bulunan kişinin saldırıyı def etme sınırını geçmemesi gibi şartları haiz olmalıdır²⁴⁴. Şayet kişi meşru mudafaa sınırını aşacak olursa aşan kısım için gerekli tazminatı öder²⁴⁵. Bu ölçüler içinde yapılan meşru mudafaa esnasında meydana gelen zarardan failin sorumlu olmayacağı islâm hukukçuları tarafından kabul edilmiştir²⁴⁶. Bu durum, *zaruretler memnu' olan şeyleri mubah kılar*²⁴⁷ şeklindeki genel kaide ile de ifade edilmektedir.

1.4.2.3.2. İslâm hukukunda ıztırar hali

İslâm borçlar hukuku açısından hukuka uygun mudahalelerden kabul edilebilecek bir başka durum da ıztırar, yani zaruret halidir. Zaruret hali darda kalmayı, başka çare bulamamayı, şiddetle ihtiyaç duymayı ifade eden bir kavramdır²⁴⁸. İslâm hukukçularından bazıları zarureti, kendisinden kaçınılması mümkün olmayan bir zarar olarak da ifade etmektedirler²⁴⁹.

Nemirî el-Kurtubî, *Kıtabu'l-Kafi fi'l-Fıkhı Ehli'l-Medineti'l-Malikî*, Riyad, 1980, II, 851; İbn Ferhun, II, 250; Ebu Ğanime, 199; Udeh, I, 476; Ali Hafif, *ed-Daman fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, 1971, II, 230

²⁴³ . Atif Bey, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyyeden Kavaidi Külliye Şerhi*, İstanbul, 1327, 27; Ali Haydar, *Dureru'l-Hükkam Şerhu Mecelliti'l-Ahkam Şerhu Kavaidi'l-Külliye*, İstanbul 1330, 77; Ahmed Zerka, *Şerhu Kavaidi'l-Fıkhıyye*, Beyrut, 1989, 185; Baktır, Mustafa, *İslâm Hukukunda Külli Kaideler*, (Basılmamış), Erzurum, 1988, 123

²⁴⁴ . Ali Hafif, I, 229; Kaya, Ali, *İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini*, (Dotrora Tezi, Basılmamış), Bursa, 1991, 75

²⁴⁵ . Kaya, 107

²⁴⁶ . Kasanî, VII, 274; Bağdadi, 172; Karafî, IV, 183; Şirazi, II, 225; İbn Kudame, *Muğni*, VIII, 331; İbn Receb, 37; Şevkanî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylu'l-Evtar Şerhu Munteka'l-Ahbar min Ehadisi's-Seyyidi'l-Ehyar*, Beyrut, t.siz, V, 367 - 369

²⁴⁷ . Mec. mad. 21

²⁴⁸ . Serahsî, Şemsu'l-Eimme Ebu Bekir Muhammed b. Sehl, *Usûlu's-Serahsî*, Beyrut, t.siz, II, 50

²⁴⁹ . Baktır, Mustafa, *İslâm Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, 1981, 12

Iztırar halinin hukuka uygun mudahale olduğuna dair Kur'an-ı Kerim'de de bazı ayetler mevcuttur²⁵⁰. Zaruret haline islâm hukuk metodolojisinde ise, *ruhsat* denilmektedir²⁵¹. Kur'an-ı Kerim'deki bu ayetler de usûl-u fıkıh kitaplarında ruhsat için delil olarak ortaya konulmaktadır²⁵².

Zaruretiler memnu' olan şeyleri mubah kılar²⁵³, Zaruretiler kendi mikdarlarınca takdir olunur²⁵⁴, Iztırar gayrın hakkını ibtal etmez²⁵⁵. gibi külli kaideler de islâm hukukundaki ıztırar halini ifade eden prensiplerdendir.

Hukuken yapılması memnu' (yasak) olan bir fiilin işlenmek zorunda kalınması olarak ifade edilen ıztırar halini bazı islâm hukukçuları açlık ve susuzluk gibi semavi veya içten gelen ıztırar hali ile ikrah halinde olduğu gibi dıştan kaynaklanan ıztırar hali veya gayr-ı semavi ıztırar hali olarak ikiye ayırmaktadırlar²⁵⁶.

Iztırar halinde ölçülü bir şekilde, zaruret miktarını aşmadan, başkasının mal varlığını oluşturan maddi değerlerde izinsiz tasarrufta bulunmak (her hangi bir yiyecek maddesini tüketmek, bir elbiseyi giymek, v.b gibi) suretiyle başkalarının mal varlığının eksilmesine sebebiyet vermek islâm hukukunda hukuka uygun mudahalelerden kabul edilmektedir. Yalnız ıztırar halinin bahane edilerek haddi aşacak şekilde davranmak ise hukuka uygun mudahale kavramının kapsamı dışına taşmaktadır²⁵⁷. Zaruret halinde işlenen fiillerin helal olup olmayacağı ve ıztırar halindeki kişinin ölçülü bir şekilde fiilin zararı tazmin borcunu düşürüp düşürmeyeceği islâm hukukçuları arasında tartışmalıdır²⁵⁸.

²⁵⁰ . Bakara: 2 / 173; Nahl: 16 / 106; En'am: 6 / 119

²⁵¹ . Neseî, Ebu'l-Berekat Abdullah b. Ahmed, *Kesfu'l-Esrar Şerhu'l-Musannif ale'l-Menar*, İstanbul, 1986, I, 298; Molla Cüyûn, İbn Ebi Said b. Ubeydillah, *Şerhu Nuri'l-Envar ale'l-Menar*, İstanbul, 1986, I, 298; Yavuz, Yunus Vehbi, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İstanbul, 1981, 126; Baktır, *Zaruret*, 196

²⁵² . Hudarî, Muhammed, *Usulu'l-Fıkh*, Beyrut, 1991, 68; Zeydan, Abdülkerim, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, İstanbul, 1979, 38; Hallaf, Abdülvahhab, *İlmü Usulu'l-Fıkh*, Kuveyt, 1986, 122; Şaban, Zekiyuddin, *Usulu'l-Fıkh / İslâm Hukuk İlminin Esasları*, (Çev. İbrahim Kafi Dönmez), Ankara, 1990, 222;

²⁵³ . Mec. mad. 21

²⁵⁴ . Mec. mad. 22

²⁵⁵ . Mec. mad. 33

²⁵⁶ . Ali Haydar, 89

²⁵⁷ . Atıf Bey, 29; Ahmed Zerka, 187

²⁵⁸ . Baktır, *Zaruret*, 257

Malikî, Şafî ve Hanbelî hukukçular, ıztırar halinde başkasına ait yiyeceği ölçülü bir şekilde tüketen kişinin bunu tazmin yükümlülüğünün olmayacağı görüşündedirler²⁵⁹. Hanefî hukukçularına göre ise, ıztırar halinde başkasının mülkünde izinsiz tasarruf eden kişinin bu tasarrufu hukuka uygun olmakla beraber, bu tasarruf tazmin yükümlülüğünü düşürmeyip sadece cezai müeyyideyi düşürür²⁶⁰. Hanefî hukukçular bu görüşlerini *ıztırar gayrın hakkını ibtal etmez*²⁶¹ şeklindeki külli kaide ile de kodifike etmişlerdir.

Gayr-ı semavi ıztırar olarak isimlendirilen ikrah (zorlama) hali de islâm hukukçularının tayin ettikleri belirli ölçüler dahilinde hukuka uygun mudahale olarak kabul edilir. İkrah islâm hukuk metodolojisinde *ikrah-ı mülci* ve *ikrah-ı gayr-i mülci* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İkrah-ı mülci; öldürme, bir organı yok etme gibi tehditleri ihtiva eden ikrahtır. Bu çeşit bir ikrah kişinin ihtiyarını bozar ve rızasını ortadan kaldırır. İkrah-ı gayr-ı mülci ise, öldürme veya bir organı yok etme tehdidini havi olmayan ikrahtır. Bu çeşit ikrah da rızayı ortadan kaldırır fakat ihtiyarı bozmaz²⁶².

İkrah altında işlenen fiiller konusunda islâm hukukçuları arasında farklı görüşler vardır. Hanefî ve bazı Hanbelî hukukçular, ikrahın ikrah-ı mülci olması halinde, zararı zor kullanan kişinin (mükrih) tazmin etmesi gereceği, zor kullanılan kişinin (mükreh) tazminatla sorumlu olmayacağı görüşündedirler. Bu görüşte olanlara göre mükreh mükrihin elindeki bir alet gibidir. Aletin de tazminatla sorumlu olması düşünülemez²⁶³. Şafîi hukukçular ikrah halinde doğan zararın mükrih ile mükreh arasında ortaklaşa tazmin edilmesi görüşündedirler. Zira bu durumda mükreh fiili bizzat işleyen kişi, mükrih ise fiile tesebbüb

²⁵⁹ . Karafî, IV, 178; İbn Kudame, *Umde*, 279; İbn Receb, 37; Ebu Ğanime, 199; Udeh, I, 476

²⁶⁰ . Kasanî, VII, 271; Karafî, IV, 179; Kırkağaci, Süleyman, *Şerhu Hatemi-i Kavaidi'l-Usul*, İstanbul, t.siz, 17; Atıf Bey, 28; Ali Haydar, 89; Ahmed Zerka, 213; Baktır, *Külli Kaideler*, 123; Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Darureti's-Şer'iyye Mukareneten Me'a'l-Kanuni'l-Vad'i*, Beyrut, 1982, 281

²⁶¹ . Mec. mad. 33

²⁶² . Semerkandî, III, 273; Ensarî, Abdul'ali Muhammed b. Nizamuddin *Fevatihu'r-Rahmut bi Şerhi Müsellemi's-Subut fi Usuli'l-Fikh*, Mısır, 1324, (Gazali'nin Mustesfa'sıyla Beraber), I, 166; Şakiru'l-Hanbeli, *Usulu'l-Fikhü'l-İslâmî*, Suriye, 1948, 384; Bilmen, VII, 270; Hudarî, 106; Şaban, 256; Zeydan, *Veciz*, 111; Ebu Zehra, Muhammed, *Usulu'l-Fikh / İslâm Hukuku Metodolojisi*, (Çev. Abdulkadir Şener), Ankara, 1986, 307

²⁶³ . Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 39; Semerkandî, III, 273; Kasanî, VII, 179; Ensarî, I, 166; Şakiru'l-Hanbeli, 387; Ebu Ğanime, 200; Zuhaylî, *Daman*, 266; Zuhaylî, *Darure*, 282; Feyzullah, 205

yoluyla ortak olan kişidir²⁶⁴. Malikî ve Zahirî hukukçular ise, tazminat borcunun mükrehe yükleneceği, çünkü mükrehin burada ıztırar halinde olduğu dolayısıyla verdiği zararı kendisinin tazmin etmesi gerektiği görüşündedirler²⁶⁵.

İkrahın gayr-ı mülci olması durumunda mükrehin fiiliyle meydana gelecek zararları mükrihin değil de mükrehin tazmin etmesi gerektiği konusunda islâm hukukçuları arasında görüş birliği vardır. Zira böyle durumlarda ikrah kişinin ihtiyarını ortadan kaldırmaz.²⁶⁶

İkrahın Hz. Peygamber (s.a.s.)'in, *Allah ümmetinden hataen, unutarak ve zor kullanılarak yaptıklarının sorumluluğunu kaldırmıştır*²⁶⁷ hadisiyle de hukuka uygun mudahalelerden olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu hadiste ifade edilen sorumluluğun uhrevî sorumluluk olduğu görüşü ağırlıktadır.

İkrahın mülci veya gayr-ı mülci olduğunun belirlenmesi subjektiflik arzetmektedir. Bu durum mükrehin zann-ı galibine göre tayin edilir. Zira, tehdidin gerçekleşmesinin tayını şahıstan şahısa değiştirebilir. Çünkü insanların vücut yapılarının tehdit ve tehlikelere tahammül güçleri farklıdır²⁶⁸. Gerek mülci gerekse gayr-ı mülci ikrahın varlığının kabul edilebilmesi için mükrihin ikraha gücünün yetiyor olması da şarttır²⁶⁹.

1.4.2.3.3. İslâm hukukunda çatışan değerler

İslâm hukukundaki *Zararı âmmı def' için zararı hâs ihtiyar olumur*²⁷⁰, *Zararı eşed zararı ehaf ile izale olumur*²⁷¹, *İki fesad tearuz ettikde ehaffi irtikab ile a'zaminin çaresine bakılır*²⁷², *Ehven-i şerreyn ihtiyar olumur*²⁷³, gibi külli kaidelerden hareketle çatışan değerlerden düşük değer irtikabıyla büyüğünü ortadan kaldırmanın mümkün olduğu durumlarda bu fiili işlem hukuka uygun kabul edilebilir sonucuna varıyoruz. Burada

²⁶⁴ . Ebu Ğanime, 200; Şaban, 259; Zuhaylî, *Daman*, 266; Zuhaylî, *Darure*, 282

²⁶⁵ . Ebu Ğanime, 200; Zuhaylî, *Daman*, 267; Feyzullah, 207

²⁶⁶ . Zuhaylî, *Daman*, 267

²⁶⁷ . İbn Mace, Talak, 14, 16

²⁶⁸ . Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 49; Semerkandî, III, 277; Kasanî, VII, 176; Şakiru'l-Hanbelî, 387

²⁶⁹ . Semerkandî, III, 288; Mevsilî, II, 104; Meydanî, IV, 107; Mahmasanî, II, 455

²⁷⁰ . Mec. mad. 26

²⁷¹ . Mec. mad. 27

²⁷² . Mec. mad. 28

²⁷³ . Mec. mad. 29

verdiğimiz külli kaideler islâm hukukçuları tarafından da benzer sonuca varacak şekilde şerh edilmişlerdir²⁷⁴.

1.4.2.3.4. İslâm hukukunda zarar görenin rızası

İslâm hukukuna göre, hukuka uygun mudahalelerden biri de zarar görenin zarara, zarar meydana gelmeden önce, rıza göstermiş olması halidir. Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hali olması müstesna...*²⁷⁵ ayeti de rıza gösterme olayını istisna kılmaktadır. Kişinin malvarlığının eksilmesi sonucunu doğuran islâm hukukundaki hibe, vasiyyet gibi muameleler buna örnek olabilecek mahiyettedir²⁷⁶.

Bir kişinin emir ve musaaadesiyle kendi mülkünde yapılan tasarruflar islâm hukukuna göre hukukî olarak kabul edilmektedirler²⁷⁷. İslâm hukukçularına göre, eşyaya ilişkin zararlarda, malikinin izni fiildeki haksızlığı ortadan kaldıracak bir durumdur. Bundan dolayı malının telef edilmesine izin veren malikin bu teleften doğan zararı için tazminat talebi hakkının düşeceği kabul edilmiştir²⁷⁸. Mesela, bir kişi kendisine ait olan kitap için başkasına benim kitabımı telef edebilirsin demiş olması ve diğerinin de bunu yapmış olması halinde bu fiili irtikab eden kişinin tazmin borcunun olmayacağı gibi²⁷⁹.

İslâm hukukçularının kabul ettiği malikin izni, organlara ve bedene yönelik zararlı fiilleri hukuka uygun hale getirirken, (tedavi maksadıyla bir uzva veya vücudun her hangi bir bölgesine cerrahi müdahale ya da bedeni kurtarmak için bir organın kesilmesi gibi fiiller için verilen izin) bir kişinin kendisini öldürmesi için başkasına musaaade etmesi durumunu içermez. Çünkü islâm hukukuna göre hiç kimse kendisini öldürecek bir fiilin işlenmesine izin verme hakkına sahip değildir. Böyle bir izin hukuken geçerlilik ifade etmez. Böyle bir izne dayanarak birisini öldüren kişi, kısas edilmese de, tazminle yükümlü olur²⁸⁰.

²⁷⁴ . Ali Haydar, 83, 84, 85, 86; Ahmed Zerka, 197 - 202; Baktır, *Külli Kaideler*, 116 - 118

²⁷⁵ . Nisa: 4 / 29

²⁷⁶ . Hibe ve Vasiyet için bkz. Semerkandî, III, 159, v.d, 205, v.d; Merğınanî, III, 223, v.d, IV, 231; Meydanî, II, 170, v.d, IV, 167, v.d

²⁷⁷ . Ali Haydar, 200; Ahmed Zerka, 461; Feyzullah, 199

²⁷⁸ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 135; İbn Kudame, *Muğni*, V, 245; Kasanî, VII, 168; Mahmasanî, I, 176

²⁷⁹ . Feyzullah, 200

²⁸⁰ . Semerkandî, III, 102; Kasanî, VII, 236; Şirazî, II, 187; Mahmasanî, I, 176

1.4.2.3.5. İslâm hukukuna göre bir hakkın icrası

Asıl itibariyle islâm hukukuna göre başkasına zarar verecek mahiyetteki her fiil hukuka aykırı kabul edilmektedir. Ancak böyle bir fiil hakkın kullanılması şeklindeki bir hukukî izne dayanıyorsa hukuka aykırı olarak değerlendirilmez. Böyle olmakla beraber hakların kötüye kullanılması hukuka aykırılığı ifade eder²⁸¹. Hakkın kullanılmasının hukuka uygun fiillerden kabul edilebilmesi için hukukî sınırlar içinde kullanılması gerekir.

İslâm hukukunda hakkın kullanılmasına örnek olarak, babanın evladını terbiye etmek amacıyla, öğretmenın öğrencisini eğitmek amacıyla, ustanın çırağı öğretmek maksadıyla dövmesi gösterilebilir. Ancak islâm hukukçuları öğretmenın veya ustanın dövmesinin meşru kabul edilebilmesi için çocuğun velisinin, bu konuda izninin olması gerektiği şartını ortaya koymaktadırlar²⁸².

Bazı islâm hukukçularına göre bir hakkın normal ölçülerinde kullanılıp kullanılmadığının ölçüsünü örf belirler²⁸³. Buna göre, küçük sanayi erbabının bulunduğu bir merkezde bir kişinin elektrik kaynağı yaparken cihazın çıkardığı ses, örfen mutad kabul edildiğinden bundan dolayı sorumluluğunun olmaması hakkın icrasına örnektir.

1.4.2.3.6. İslâm hukukuna göre görevin ifası

İslâm hukukuna göre hukuka uygunluk nedenlerinden birisi de görevin ifasıdır. Yani görevin ifası sorumluluk doğuran bir fiildeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Buna göre, bir vazifenin ifa edilmesi sırasında meydana gelecek zararlardan görevli memur sorumlu olmaz. Mesela cezaların infazı, bir görevin ifası kapsamı içerisinde değerlendirildiğinden dolayı, islâm hukukuna göre, kısas veya hadd gereği bir cezayı infaz eden, mahkumun bu cezanın infazından uğrayacağı zararlardan sorumlu tutulamaz²⁸⁴. Çünkü memurun buradaki fiili hukuka uygun bir fiildir.

İslâm hukukuna göre, görevin ifası fiilini hukuka uygun kabul edebilmek için, görevin hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yapılması gerekir. Bir memurun hakimın verdiği yanlış

²⁸¹ . Ebu Ğanime, 401; Zuhaylî, *Daman*, 52; Musa, 80; Kaya, 72; Benli, Abdullah, *İslâm Hukukunda Manevi Tazminat*, (Doktora Tezi, Basılmamış), Kayseri, 1997, 55

²⁸² . Serahsî, *Mebhut*, XVI, 13; Kasanî, VII, 305; İbn Kudame, V, 527; Tarablusî, 204

²⁸³ . Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuh*, Dımeşk, 1989, IV, 35

²⁸⁴ . Kasanî, VII, 305; İbn Kudame, *Muğni*, VII, 789; Ebu Hayf, Ali Sadık, *ed-Diye fi'ş-Şeriatil-İslâmiyye*, Mısır, 1932, 46, 47

karar sonucu cezayı infazından dolayı sorumluluğunun olmaması²⁸⁵ da islâm hukukuna göre görevin ifasının hukuka uygun olduğunun örneğidir. Klasik kaynaklardaki, veliyyu'l-emrin izniyle umuma ait yol üzerine bir şey koyan veya kuyu kazanın sorumlu olmayacağı²⁸⁶ meselesi de görevin ifasıyla alakalıdır.

1.5. SORUMLULUK AÇISINDAN FAİLİN DURUMU

Hukuk sistemlerince kabul edildiği gibi borç ilişkisinin kaynaklarından biri de haksız fiillerdir. Haksız fiiller, hukuk düzenlerinin uygun bulmadığı başkaları için zarar doğurucu mahiyetteki fiillerdir. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar vermiş olması durumunda haksız fiilleri varlığı kabul edilmektedir. Bunun sonucunda bu kişi ile zarara uğramış olan mağdur arasında bir borç ilişkisi doğar. Bu borç ilişkisi dolayısıyla da zarar veren, zarara uğrayanın zararını giderme, tazmin etme borcu altına girer²⁸⁷. Burada zarara uğrayan kişinin de zarar veren nezdinde bir alacak hakkı doğmuş olmaktadır.

İslâm hukukuna göre, haksız fiiller, doğrudan doğruya zarar meydana getiren haksız fiiller ve sebebiyet yoluyla zarar doğuran haksız fiiller olmak üzere ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Her iki çeşit haksız fiil de tazmine tabi tutulmaktadır ancak faillerinin durumları, haksız fiil sorumluluğunu yüklenme açısından farklılık arz etmektedir.

Doğrudan zarar doğuran haksız fiilin failine islâm hukukunda *mübaşir*, sebebiyet verme yoluyla zarar doğuran haksız fiilin failine de *mütesebbib* denilmektedir.

İslâm hukukuna göre zararın haksız fiilden doğmuş olması, başka bir ifadeyle, haksız fiil ile zarar arasında sebep-sonuç bağlantısının bulunması zorunlu olarak kabul edilmiştir. Bundan dolayı islâm hukukçuları zararlar neticelenen haksız fiillerin faillerini ikiye ayırarak incelemenin daha uygun olacağı görüşündedirler²⁸⁸.

²⁸⁵ . Mec. mad. 919; Feyzullah, 200 - 201; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 488; Benli, 58

²⁸⁶ . Bağdadî, 149

²⁸⁷ . Akıntürk, *Borçlar*, 57

²⁸⁸ . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 499

1.5.1. Mübaşir

İslâm hukukuna göre mübaşir, zararlı neticenin doğmasını haksız fiiliyle bizzat kasteden ve isteyerek bu sonucun meydana gelmesini sağlayan kişi olarak ifade edilmektedir. Böyle durumlarda bir malın bizzat zarara uğratılması söz konusu edilmektedir²⁸⁹.

Mübaşeretden zarar vermede mübaşir, yani haksız fiil faili ile zarar arasında başka bir ihtiyarî fiil daha yoktur²⁹⁰. Mesela, elindeki çekiçe kristal bir vazoya vurarak onu kıran kişinin bu fiili ile vazanın kırılmasıyla ortaya çıkan zararlı netice arasında başka bir fiilin olmayışı mübaşeretden zarar vermenin bir örneği olarak kabul edilebilir.

Mübaşeretden zarar verme durumunda mübaşirin fiili ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Illiyet bağının bulunması demek zararı tazmin borcunun mübaşire yüklenmesi anlamına gelmektedir. Mübaşeretden zarar vermede failin fiili işlerken kullandığı alet ile zarar arasında tam bir sebep-sonuç ilişkisi mevcut olmalıdır²⁹¹. Aksi halde İslâm hukukuna göre mübaşeretden zarar verme söz konusu olamaz.

İslâm hukukuna göre, doğrudan zarar doğuran fiillerde failin, yani mübaşirin tazminat borcunu yüklenme açısından kusuru aranmamaktadır. Bu durum Mecelle’de, *Mübaşir muteammid olmasa da zamin olur*²⁹² şeklindeki külli kaide ile ifade edilmektedir. Bu kaideden de anlaşılacağı gibi mübaşirin zararlar neticelenen haksız fiillerinde kusur şartı aranmaksızın zararı tazmin etme mükellefiyeti vardır. Mübaşirin haksız fiilinde tazminat açısından kusur mefhumu içinde değerlendirilen kasıt unsurunun bulunmaması ondan sadece cezaî müeyyideyi ve uhrevî sorumluluğu düşürür. Onun zararı tazmin yükümlülüğünü düşürmez²⁹³.

İslâm hukukuna göre başkasına ait bir malı kendi malı zannıyla tüketen veya değişik şekilde onu zarara uğratan kişi mübaşeretden zarar vermiş kişi durumunda kabul edildiğinden kusur şartı aranmaksızın zararı tazmin sorumluluğu ona yüklenmektedir²⁹⁴. Bu gibi

²⁸⁹ . Mec. mad. 887

²⁹⁰ . Ali Haydar, 190; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 490

²⁹¹ . Kâsanî, VII, 165

²⁹² . Mec. mad. 92

²⁹³ . Ali Haydar, 194, 195; Ahmed Zerka, 453

²⁹⁴ . Mec. mad. 914; Ahmed Zerka, 453

durumlarda da cezaî sorumluluğun düşeceği ama hukukî sorumluluğun ise sabit kalacağı açıktır.

İslâm hukukuna göre, doğrudan zarar verme durumlarının çoğunda zarar ve zarar veren kişi belli olduğundan bu çeşit zararları tazmin sorumluluğunun kime ait olacağı konusunda da ihtilaf yoktur. Böyle durumlarda zararı tazmin sorumluluğunun mübaşeretden haksız fiili işleyene ait olacağı açıktır.

İslâm hukuk doktrininde önemli yere sahip kaynaklarda mübaşeretden zarar verme ve bununla ilgili meselelere fazlaca rastlanmaz. Bunun sebebi, bu çeşit zararların ve faillerinin açıkca bilinmesindendir. Böyle durumlarda münakaşa ve ihtilafa mahal kalmadığından islâm hukukçuları bu mesele üzerinde fazlaca durmayıp konuyu genel hatlarıyla değerlendirmekle yetinmişlerdir. İslâm hukuk doktrininde mübaşeretden zarar verme ile ilgili meselelere az rastlanır olması, mübaşeretden zarar doğuracak fiillerin nadiren işlendiği anlamına gelmez. Özellikle islâm ceza hukuku sahasına giren ve suç oluşturan fiillerin çoğunluğu mübaşeretden işlenen fiillerdir. Yine islâm hukukuna göre, tazminat doğuracak haksız fiillerin pek çoğu da mübaşeretden işlenen fiillerdendir²⁹⁵. Başkasına ait bir vazoyu kırmak, elbiseyi yırtmak, başkasının bahçesindeki çiçekleri tahrib etmek gibi haksız fiillerin tamamı, kısaca doğrudan zarar doğuran fiillerin tamamı mübaşeretden işlenmiş haksız fiillere örnek teşkil etmektedir.

Bazı islâm hukukçularına göre, mübaşeretden işlenen haksız fiillerin bazıları hukuka uygun müdahale durumunda olduğundan dolayı faillerine tazmin sorumluluğu yüklenmez. Mesela, bu anlayışı benimseyen islâm hukukçularına göre, bir kişi malına veya canına yönelen saldırıyı def etmek için mübaşeretden işlemiş olduğu haksız fiillerden, zarar doğmuş olsa bile, tazminat borcu ile sorumlu tutulmamalıdır²⁹⁶.

1.5.2. Mütsebbib

İslâm hukukuna göre, her hangi bir fiiliyle zararın doğmasına sebebiyet veren kişiye mütsebbib denir²⁹⁷. Failin belirli bir maksat için işlediği fiili neticesinde maksadının dışında

²⁹⁵ . Mahmasanî, I, 182

²⁹⁶ . İbn. Kudame, *Umde*, 278; Merdavi, Alaaddin Ebi'l-Hasan Ali b. Süleyman, *el-İnsaf*, Beyrut, 1957, VI, 243; Ahmed Zerka, 454

²⁹⁷ . Mec. mad. 888

bazı zararların meydana gelmiş olmasına da islâm hukukunda tesebbüben zarar verme denilmektedir²⁹⁸. Bir kimsenin umuma ait yolu kazması sonucu oraya düşen arabanın aks milinin kırılmasına sebep olması tesebbüben zarar vermenin bir örneği olarak değerlendirilebilir.

İslâm hukukçularına göre, haksız fiil faili ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadıkça tazminat borcunun faile yüklenmesi, belirli istisnaları dışında, mümkün değildir. Ancak zararlar sonuçlanan bir takım haksız fiillerde bazı islâm hukukçularına göre faille zarar arasında illiyet bağı mevcut iken bazılarına göre bu bağ mevcut değildir²⁹⁹. Yani faille zarar arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı subjektif bir durum arz etmektedir. Mesela, bir kişinin başkasına ait bir kafesin kapısını açmasından sonra kafesteki muhabbet kuşunun kaçıp kaybolması durumunda kafesin kapısını açma fiilini işleyen kişinin bu fiili ile kuşun kaçmasıyla meydana gelen zarar arasında bazı islâm hukukçularına göre sebep-sonuç ilişkisini anlatan illiyet bağı vardır. Bu görüşte olan islâm hukukçularına göre kafesin kapısını açmak kuşun kaçıp kaybolmasına sebebiyet vermek demektir. Çünkü kapısı açık olan kafesten kaçmak kuşun tabiatında vardır. Dolayısıyla burada sebebiyet verme yoluyla bir zarar verme söz konusudur.

Diğer bazı islâm hukukçuları ise, kafesin kapısını açan kişinin fiili ile kuşun kafesten kaçmasıyla meydana gelen zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığını anlatan illiyet bağı yoktur. Çünkü kafesin kapısının açılması kuşun kaçıp kaybolmasına sebebiyet vermek olarak değerlendirilmemelidir. Bu durumda failin fiili ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla zararı tazmin sorumluluğu faile yüklenemez³⁰⁰.

İslâm hukukuna göre, mütesebbibin işlediği fiillere bağlı olarak ortaya çıktığı iddia edilen zararları tazmin mükellefiyetinin mütesebbibe yüklenebilmesi için mütesebbibin işlediği fiillerde kusur unsurunun bulunması şarttır.

Mütesebbibin işlediği iddia edilen fiillerde kusur unsuru yoksa doğan zararları tazmin borcu da mütesebbibe aittir denilemez. Bu konuyu ifade eden Mecelle maddesi, *Mütesebbib*

²⁹⁸ . Mahmasanî, I, 182

²⁹⁹ . Mahmasanî, I, 183

³⁰⁰ . Kâsanî, VII, 166; Mahmasanî, I, 183

*muteammid olmadıkça zamin olmaz*³⁰¹ şeklindedir. Bu maddeden de anlaşıldığı gibi mütesebbibin zararlar neticelenen haksız fiilinde, tazminat için gerekli olan kusur unsuru yoksa, o zararı tazmin borcu mütesebbibe yüklenemez³⁰². Çünkü mütesebbibin zarar kastı taşımayan fiilleri tek başına zararın doğması için gerekli illeti oluşturma konusunda yeterli değildir³⁰³. Bundan dolayı zararı tazmin borcu da mütesebbibe ait olmaz.

Başkasına ait bir malın alıkonulup sahibinin de malı ile ilgilenmesine engel olunması sonucunda doğan zararlar islâm hukukçuları tarafından tessebbüben zarar verme olarak değerlendirilmektedir. Bundan dolayı bu tür zararların tazmin borcu mütesebbibin fiilinde tazminat için şart olan kusur unsurunun varlığı kabul edilerek mütesebbibe yükletilmesi uygun görülmektedir³⁰⁴. Mesela, bir kişiden, başka bir kişinin hayvanı korkup kaçarak kaybolması neticesinde meydana gelen zararı tazmin borcu hayvanın korktuğu kişiye yüklenemez. Çünkü hayvanın korkup kaçtığı kişinin hayvanı korkutmada kastı yoktur. Burada kusur unsuru bulunmadığından tazmin borcu da o kişiye yüklenmemelidir³⁰⁵. Bu olayda mütesebbibin fiili ile zarar arasında tam bir illiyet bağı bulunmamaktadır. İlliyet bağının bulunmadığı durumlarda tazminat borcunun yükleneceği bir failin de bulunmaması gerekir³⁰⁶.

Kendi bağında veya bahçesinde bağ bahçe artıklarını yakan kişinin havanın rüzgarlı, ateşin yayılıcı özelliğinin bulunduğunu gözönüne almadan, tedbirsizce, yaktığı ateşin komşusunun bağına sıçrayarak orasını yakması sonucu zarara sebebiyet vermesi durumunda tessebbüben zarar verme söz konusu olmaktadır. Bu durumda rüzgarlı havada ateşin kontrolünün zor olduğu ve komşu bağa sıçrama ihtimalinin kuvvetli olduğundan kendi arazisinde ateş yakmakla komşusunun zarara uğramasına sebebiyet veren kişinin bu fiilinde tazminat için gerekli olan kusur unsurunun bulunduğu kabul edilerek tazminat borcu, ateş yakma fiilini işleyen mütesebbibe yüklenir³⁰⁷.

³⁰¹ . Mec. mad. 93

³⁰² . Ali Haydar, 195

³⁰³ . Ahmed Zerka, 455

³⁰⁴ . Merdavi, VI, 128 - 129; Mahmasani, 185

³⁰⁵ . Ali Haydar, 196

³⁰⁶ . Mahmasani, I, 183; Tandoğan, *Mesuliyet*, 71; Eren, *Borçlar*, II, 52

³⁰⁷ . Ali Haydar, 196

1.5.3. Failin Birden Çok Olması

Zararla neticelenen haksız fiilin faili bir kişi olabileceği gibi birden çok kişi de olabilir. Birden çok kişinin zarar doğuran haksız fiili irtikablarında zararı doğrudan meydana getirme, zararın doğmasına yardım etme, zararın doğmasına sebebiyet verme bakımından aynı veya ayrı vasıflar taşımaları mümkündür.

Zarar doğuran haksız fiili işleyen birden çok failin hepsi de doğrudan zarar vermeyi kast etmiş olmaları durumunda sorumlulukta ve zararı tazmin borcunu yüklenmede de ortak kabul edilmeleri gerekir. Mesela, birden çok kişi bir kişinin vücut bütünlüğüne karşı haksız bir fiil işlemeleri durumunda faillerin hepsi de sorumlu kabul edilmelidirler³⁰⁸. Kur'an-ı Kerim'deki, *Herkesin kazanacağı yalnız kendisine aittir*³⁰⁹ ayetinin de ifade ettiği gibi kişilerin birbirlerine bağlı olmaksızın fiillerinin neticelerinden sorumlu olacakları İslâm hukukunda kabul edilen bir prensiptir. Zararla sonuçlanan haksız fiili birden çok failin işlemesi durumunda, genel kaide, mağdurun zararı faillerden dilediğine tazmin ettirme hakkına sahip olmasıdır. Zararı tamamen tazmin eden fail de bu fiilde ona ortak olan diğer faillelere muracaatla onların hissesi olarak ödediği tazminat miktarını onlardan talep etme hakkına sahip kabul edilir³¹⁰.

Birden çok failin tessebbüben zarar verici fiili işlemeleri durumunda, fiili işleyen bütün faillerin fiillerinde kusur unsuru mevcut ise, sorumluluğu yüklenme ve zararı tazmin etme borcunu üstlenmede de eşit kabul edilmeleri gerekmektedir³¹¹.

İslâm hukukuna göre, mübaşeret veya tessebbüb bakımından haksız fiil failleri ortak vasıf taşımaları durumunda sorumluluğu ve zararı tazmin borcunu yüklenme konusunda da eşit olacaklarının kabul edilmesi gerektiği açıktır³¹². Ancak zarar verici fiilin birden çok faili, vasıfları itibariyle farklı iseler, sorumluluk açısından mübaşir mütesebbibden önce gelir. Mecelle'deki, *Mübaşir yani bizzat fail ile mütesebbib müctemi oldukça hüküm ol faile*

³⁰⁸ . Behnesi, Ahmet Fethi, *Nazariyat fi'l-Fıkhı'l-Cinaiyyi'l-İslâmî*, Kahire, 1979, 92; Demini, Musfir Garmullah, *el-Cinaye Beyne'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kanunı'l-Vad'i*, Cidde, t.siz, 84

³⁰⁹ . En'am: 6 / 164

³¹⁰ . Mec. mad. 910, 912

³¹¹ . Mahmasanî, I, 187

³¹² . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 495

(*mübaşir*) *muzaaf kılınır*³¹³ şeklindeki külli kaide de bu durumu ifade etmektedir. Mesela, yetkili mercilerin emir ve izni olmadan umuma ait bir cadde veya sokağa kazmış olduğu derin çukura bir başkasının üçüncü bir kişiye ait eşyayı düşürerek zarara uğratması durumunda İslâm hukukuna göre eşyayı çukura düşüren kişi mübaşir, yani bizzat zarar verici fiili işleyen kişi olarak kabul edildiğinden meydana gelen zararı tazmin borcu da o kişiye yüklenmektedir. Zira izinsiz çukur kazma fiili tek başına bu zarara sebebiyet vermiş olarak kabul edilemez³¹⁴.

İslâm hukukçularının böyle durumlarda mütesebbibi tazminat borcundan muaf olarak değerlendirmeleri fikrini, onun fiilinin tek başına iş görmez, zarar veremez oluşuna dayandırmaktadırlar. Sebep tek başına zarar doğuracak durumda ise o zaman mütesebbib de sorumluluğa ve tazminata ortak kabul edilmelidir. Böyle durumlarda sebebin önemi büyüktür³¹⁵.

Bazı hallerde tazminat borcu sadece mütesebbibe yüklenebilir. Mesela, yetkili makamların emir ve izni olmaksızın cadde üzerine bir kişinin koyduğu engele takılan kişi üçüncü şahsa ait bir malın üzerine düşerek zarar verecek olsa, zarar verme fiilini bizzat işleyen kişi malın üzerine düşen kişi olmasına rağmen engel koyma süretiyle bu zararın doğmasına sebebiyet veren kişi mütesebbib olarak zararı tazmin borcunu yüklenmelidir³¹⁶. Bu olayda mübaşir olarak görülen kişinin ise tazmin sorumluluğu yoktur.

İslâm hukukuna göre, zarar verici fiilin faili bu fiili mübaşeretten işlemiş olması durumunda mütesebbib ile birleşmiş olsalar bile genel kaide, sorumluluğun mübaşire ait olması şeklindedir. Çünkü zararın meydana gelmesinde onun fiili ağır basmaktadır. Bunun istisnası olarak, mütesebbibin fiilinin zararın doğmasında bizzat müessir olması durumu görülmektedir. Bu durumda da mütesebbib, zararı tazminle sorumlu kişi olarak kabul edilmelidir³¹⁷.

Zarar verici fiili işleyen birden çok olduğunun kabul edilebilmesi için, enaz iki mümeyyiz ve mükellef kişinin varlığı söz konusu olması gerekmektedir. Bu kişilerin zarar

³¹³ . Mec. mad. 90

³¹⁴ . Gazalî, *el-Veciz*, II, 91; Ali Haydar, 191

³¹⁵ . Mahmasanî, II, 191

³¹⁶ . Damad Efendi, II, 652

³¹⁷ . Mahmasanî, I, 193

verici fiilden önce veya o fiili işlemleri sırasında birbirleriyle anlaşmak suretiyle bilerek, isteyerek bir başkasına zarar vermiş olmaları gerekir³¹⁸.

İslâm hukukçuları zarar verici fiili işlemesi için mümeyyiz olmayan bir kişiyi başkasının teşvik ve azmettirmesi durumunda zararlı sonucu doğuran fiilin failinin teşvik ve azmettiren kişi olacağını kabul etmiş olmaları böyle durumlarda zarar verici fiilin failinin birden çok olmadığının kabûlü anlamına gelmektedir³¹⁹.

³¹⁸ Eren, *Borçlar*, II, 403

³¹⁹ Udeh, I, 367; Behnesi, *Nazarıyat*, 57; Demini, 95

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

2.1. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Genel anlamıyla haksız fiil, bir hukuk kuralını ihlal eden, ona aykırı olan fiil demektir. Bu itibarla buna hukuk literatüründe *hukuka aykırı fiil* de denilmektedir³²⁰. Buna göre, hukuka aykırı ve kusurlu olan fiiliyle başkasına zarar veren herkes, bu zararı tazminle yükümlü kılınmaktadır³²¹. Kısaca varolan bir borç ilişkisine aykırılığın dışında hukuksal değerlerin zarara uğratılmasının sonuçları haksız muameleden doğan borçlar olarak ifade edilir³²². Biz bu çalışmamızda dar manada haksız fiil sorumluluğu üzerinde duracağız.

Kur'an-ı Kerim'deki, *...mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin...*³²³ v.b gibi ayetlerin haksız fiilden doğan sorumluluğu ifade edecek manada geniş kapsamlı olduğu ve islâm hukuku açısından haksız fiil sorumluluğuna delil teşkil edecek mana taşıdığı anlaşılmaktadır. Mecelle'deki, *Bila sebebi meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz olmaz*³²⁴ külli kaidesindeki ifadeden de haksız fiil sorumluluğunun islâm hukukundaki yerini ve önemini tesbit edebiliriz.

Türk Borçlar Kanununun 41. maddesi kusur ilkesini genel bir kural olarak ifade etmiştir. Bu maddede yer alan “...*haksız bir surette...*” ifadesi, hukukçulara göre, haksız fiil sorumluluğunu anlatmaktadır.

İslâm hukukunda ve Türk Borçlar Kanununda ifade edilen *haksız fiil sorumluluğu* ilkesi, haksız fiil neticesinde bir borç münasebetinin doğacağını anlatmaktadır.

Haksız fiil neticesinde zarar gören şahıs, bir alacak hakkı kazanır. Buradaki alacak tazminat alacağıdır. Zarar veren şahıs ise, bir borç altına girer. Bu borç da tazminat

³²⁰ . Velidedeoğlu, 309; Akıntürk, *Borçlar*, 13

³²¹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 11; Akıntürk, *Borçlar*, 13; Karahasan, 99; Tiftik, 45

³²² . Kaneti, Selim, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1990, 29

³²³ . Bakara: 2 / 188

³²⁴ . Mec. mad, 97

borcudur³²⁵. Haksız fiil sorumluluğu ilkesine dayanarak tazminat talep edilebilmesi için beş unsurun bulunması gerekmektedir. Bunlar; fiil, hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı, kusur ve zarar unsurlarıdır.

2.1.1. Fiil (Davranış)

2.1.1.1. Tanım ve kavram

Pozitif hukuk açısından fiil, insanın bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinç denetimine tabi, irade ile yönlendirilen ve irade ürünü bir hareket tarzıdır³²⁶. Fiil, şuurlu iradeye müstenid bir davranıştır³²⁷. Bir başka tanımla fiil, esas itibarıyla insan bedeninin bir işidir. İradenin sinir sistemi aracılığıyla adalelere ve organlara yaptırdığı işlerin bütünüdür³²⁸.

Haksız fiil sorumluluğunun ilk kurucu unsuru insan fiilleridir³²⁹. Hukukî değerlerin ihlali ve bundan doğan zarar, haksız fiil sorumluluğunda insan davranışına dayanmaktadır³³⁰. Haksız fiiller, ya bir şahsın mal varlığı aleyhine veya vücut bütünlüğüne karşı işlenirler³³¹.

Fiil, söz, yazı ve diğer adeli hareketler şeklinde de olabilir. Hatta fiil, bazan bir başkış şeklinde bile olabilir. Bir kelime ile de olsa iradenin dış alemde açığa vurulmasını sağlayan her şey fiil olarak değerlendirilir³³².

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere insan fiili maddî ve manevî olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. İnsan fiilinin maddî unsuru, müsbet yada menfî şekilde dışa yansıyan vücut hareketidir. İnsan fiilinin manevî unsuru ise, dışa yansıyan bu hareketin bir irade ürünü olmasıdır.

Pozitif hukuk doktrininde kabul edilen görüşe göre, haksız fiil sorumluluğunda, ancak iradenin denetim ve egemenliği altında bulunan, irade tarafından yönlendirilen bir davranış

³²⁵ . Velidedeoğlu, 309

³²⁶ . Eren, *Borçlar*, II, 30; Kaneti, 33

³²⁷ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 12

³²⁸ . Dönmezer-Erman, Sulhi - Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul, 1987, I, 358

³²⁹ . Eren, *Borçlar*, II, 31

³³⁰ . Feyzullah, 71; Eren, *Borçlar*, II, 32

³³¹ . Kâsanî, VII, 233; İbn Rüşd, II, 330; Mevsilî, V, 22

³³² . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 484; Dönmezer-Erman, I, 358

faile sorumluluk yükleyen bir fiil olarak kabul edilmiştir. Buna göre, refleks hareketler ve uyku halindeki hareketler sorumluluk gerektirmezler³³³.

İslâm hukukuna göre ise bir fiilin failine tazminat sorumluluğu yüklemesi için iradî olması şartı yoktur. Zira islâm hukukçuları uyuyan kişinin, uyku halindeyken, yuvarlanarak verdiği zararlardan sorumlu olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Böyle durumlar için de *hata yerine kaim olan fiil* ifadesini kullanmışlardır³³⁴. Bu durumda uyuyan kişiye yüklenen sorumluluk uyumadan önce uyku halinde sebebiyet verebileceği zararlar için tedbir alması gerektiği esasına dayanmaktadır.

H. Peygamber (s.a.s.)'in buyurduğu, *Allah ümmetimin kalplerine gelen kötülükleri, yapmadıkça ve konuşmadıkça affetmiştir*³³⁵ hadisinde bir kişiye sorumluluk yükleyebilmek için, islâm hukukuna göre de, fiilin şart olduğu ifade edilmiştir.

Sorumluluk hukuku açısından fiil, yapma ve yapmama eylemlerini birlikte kapsayan bir kavramdır³³⁶. Buna göre haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından olan fiillerin bir olumlu, bir de olumsuz olma gibi iki yönünün olduğu anlaşılmaktadır.

2.1.1.2. Fiil (davranış) çeşitler

Bir kimsenin tazminatla mükellef kılınabilmesi için başkasına zarar veren bir fiilin mevcudiyeti lazımdır. Zarar, umumiyetle bir fiilin yapılmasından husule gelebileceği gibi ihmali bir fiilden, bir yapmamadan da meydana gelebilir³³⁷.

İnsan fiillerini çeşitli yönlerden ele alıp incelemek, değişik tasniflere tabi tutmak mümkündür. Mesela, kusurlu-kusursuz davranış, hukuka uygun-hukuka aykırı davranış, müsbet-menfi davranış, ihtiyarî-cebrî davranış, iradî-irade dışı davranış gibi. Ancak haksız fiil sorumluluğunu ilgilendiren insan davranışı müsbet ve menfi davranış şekilleri olarak kabul edilmektedir.

³³³ . Eren, *Sorumluluk*, 131; Eren, *Borçlar*, II, 32; Karahasan, 101

³³⁴ . Merğınanî, IV, 159; Mevsilî, V, 26; İbn Humam, X, 214; Babertî, X, 214; Meydanî, III, 143

³³⁵ . Buharî, İtk, 6, Talak, 11, Eyman, 15; Müslim, İman, 201, 202; Ebu Davud, Talak, 15; İbn Mace, Ahkam, 14, 17, Ticarat, 43

³³⁶ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 13; Eren, *Sorumluluk*, 130; Eren, *Borçlar*, II, 31; Dönmezer - Erman, I, 358; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara, 1988, 57

³³⁷ . İmre, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İ.Ü.H.F.M, Cilt, XIII, İstanbul, 1947, 1483

2.1.1.2.1. Müsbet (olumlu) fiil

İnsan fiili çoğu kez, bir şeyi yapma, etme gibi olumlu bir davranış, icabî bir fiil³³⁸ aktif bir eylem şeklinde tezahür eder. Haksız fiil, olumlu bir davranış yani bir şeyi yapma, aktif bir hareket, bir eylemle işlenebilir. Özellikle *haksız fiil sorumluluğunda* zararlı neticeyi meydana getiren sebep çoğunlukla olumlu bir fiil olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁹.

Olumlu fiil, insan vücudunun bir faaliyetinden ibarettir. Bu tür fiilde, irade harekete geçirici sınırlar üzerine etki eder ve bunlarda kasları faaliyete geçirirler³⁴⁰. Olumlu fiil, dış dünyada farkedilen bir eylemdir. Olumlu fiilde, fiilin maddî unsuru olan vücut hareketi aktif bir şekilde tezahür eder³⁴¹. Olumlu fiilde vücut pasif bir şekilde hareketsiz değildir. Az da olsa olumlu fiil için vücudun bir hareketi söz konusudur.

İslâm hukukuna ait klasik fıkıh kitaplarında verilen, bir kişinin av zannıyla atıp insana isabet ederek ölümüne sebebiyet vermesi durumunda diyet olarak isimlendirilen tazminatın gerekeceği örneğinde³⁴² atan kişinin bir aktif hareket halinde olduğunu görüyoruz. Burada atıcı vücudunu aktif halde kullanmaktadır.

2.1.1.2.2. Menfî (olumsuz) fiil

Haksız fiil menfî bir insan davranışı ile de oluşabilir. Menfî, yani olumsuz hareket, yapılması mümkün olan bir hareketi yapmamaktır³⁴³.

Olumsuz davranışa hukuk doktrininde *ihmal* adı da verilmektedir³⁴⁴.

Olumsuz fiiller, hukuk kuralları gereğince, bazı kişilere veya şeylere gözetimde bulunmak ya da bir tehlikeyi önlemek görevi yüklenen kimselerin, bu görevlerini yerine

³³⁸ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 12; Dönmezer-Erman, I, 364

³³⁹ . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 484; Eren, *Sorumluluk*, 134; Eren, *Borçlar*, II, 34

³⁴⁰ . Toroslu, 58

³⁴¹ . Eren, *Sorumluluk*, 135; Eren, *Borçlar*, II, 34

³⁴² . Merginanî, IV, 159; İbn Humam, X, 213; Mevsilî, V, 25; Meydanî, III, 142

³⁴³ . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 484; Eren, *Borçlar*, II, 34

³⁴⁴ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 13; Eren, *Sorumluluk*, 135; Eren, *Borçlar*, II, 35; Dönmezer-Erman, I, 356; Toroslu, 60; Tiftik, 46

getirme hususunda hareketsiz kalmaları şeklinde ortaya çıkabilir³⁴⁵. Olumsuz davranış, aslında hiçbir şey yapmamak değil, yapılması gereken davranış yerine başka davranışta bulunmak manasına da gelir³⁴⁶.

Müsbet davranışın zarar verici fiil özelliğini haiz olacağı hukuk doktrininde istisnasız kabul edildiği halde, menfi davranışın bu şekil bir niteliğe sahip olup olamayacağı tartışmalıdır³⁴⁷. Ancak menfi davranışın da zararlı sonuçlar doğurduğu durumlar mevcuttur. Mesela, geceleyin yol üzerinde arıza yapan araç sahibinin ön ve arka taraftan belirli mesafede uyarıcı işaretler koyması gerekirken, bunu yapmaması halinde, yapılması gereken bir davranışı yapmadığı için bir kazaya sebebiyet vermiş olması o kişi için menfi bir fiildir. O kişinin bu menfi fiili de zararlı sonuç doğuran bir davranış olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir kişinin genel maksatlı kullanılan caddeye tecavüz eder mahiyette yaptığı duvarı yıkmaya gerekirken yıkma işini geciktirmesi nedeniyle işlemiş olduğu bu menfi fiil, bir başkasının duvara çarpması neticesinde bir kazaya sebebiyet vermesi durumunda o kişinin bu menfi davranışı tazminatı gerektiren zararlı bir netice doğurmuş olacağı islâm hukukçularının pek çoğu tarafından kabul edilmektedir³⁴⁸. İslâm hukukçularının bu mutaallalarında yapması gereken işi yapmayan kişinin hareketsiz kaldığı, olumsuz bir davranış içerisinde olduğu açıktır.

2.1.2. Hukuka Aykırılık

2.1.2.1. Hukuka aykırılık kavramı

Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır³⁴⁹. Genel manada hukuka aykırılık, hukuk düzenine ters düşen onun tarafından reddedilen bir fiili ifade eder. Bu açıdan hukuka aykırılık, hukuk düzenlerinin bir davranışla ilgili olumsuz değer yargısıdır. Böyle bir davranışta bulunan kişi, zarara uğrayan kişinin hukukî varlığını korumaya hizmet eden hukuk düzeninin yazılı veya yazılı olmayan emir ve yasaklarını ihlal

³⁴⁵ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 12; Tiftik, 46

³⁴⁶ . Toroslu, 60

³⁴⁷ . Eren, *Borçlar*, II, 34

³⁴⁸ . Serahsî, *Mebsut*, XXVII, 9; Merğinanî, IV, 195; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 571; Mevsilî, V, 45; Meydanî, III, 162

³⁴⁹ . Velidedeoğlu, 309; İmre, 1487; Eren, *Borçlar*, II, 124; Kaneti, 38; Tiftik, 47

etmektedir³⁵⁰. Böylece sorumluluk (tazminat) hukuku açısından hukuka aykırılık kavramı, belirli bir hak ve hukukî varlığı zarar verici mudahaleden korumayı amaçlayan hukuk normalarının ihlaliyle sınırlıdır³⁵¹. Yani zarar doğurmayan fiilleri, sorumluluk hukuku açısından hukuka aykırı olarak nitelendiremeyiz. Hukuka aykırılık kavramı sorumluluğun sınırlandırılması için kendisine başvurulacak bir kavramdır³⁵².

Türk Borçlar Kanununun 41. maddesindeki, “...haksız bir surette diğer kimseye zarar ıka eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.” ve Türk Medeni Kanununun 24. maddesindeki “şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse hakimden tecavüzün menini isteyebilir.” hükümleri hukuka aykırılığı ifade etmekteiler.

İslâm hukukçularının kullandığı *teaddi* terimi de islâm hukukunda hukuka aykırılığı ifade edecek bir kavram olarak değerlendirilebilir. Bu terimle kastedilen mana, haksız yere, düşmanca davranış (‘udvan)³⁵³, hakkını aşmak, başkalarının hakkına tecavüz etmek ve zulümdür³⁵⁴. Bu terimin Kur’an-ı Kerim’de de hukuka aykırılığı ifade edecek şekilde kullanıldığını görüyoruz³⁵⁵. Bazı islâm hukukçuları teaddiyi, cürm ve cinayet manasında, bazıları ise, bir âyanın menfaatinin istilası manasında kullanmaktadırlar³⁵⁶.

Kasânî’nin, haksız bir surette (bi gayr-ı hakk)³⁵⁷ şeklinde kullandığı ifade hukuka aykırılığı anlatmaktadır. İslâm hukukçuları tarafından değişik manalarda kullanılan teaddi terimi genel anlamıyla, nassların veya hak sahibinin yapılmasına cevaz vermediği fiillerin işlenmesini ifade eder³⁵⁸. Bu manasıyla da hukuka aykırılığın karşılığı olmaktadır.

³⁵⁰ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 18; Aybay, 78; Eren, *Borçlar*, II, 128; Akıntürk, *Borçlar*, 58; Kılıçoğlu, Ahmed, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1993, 225; Ayan, 167; Karahasan, 106

³⁵¹ . Eren, *Borçlar*, II, 128

³⁵² . Tandoğan, Haluk, *Hukuka Aykırılık Bağı*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1990, 5

³⁵³ . İbn Kudame, *Muğni*, VII, 823

³⁵⁴ . Mahmasanî, I, 173; Ali Hafif, II, 121; Sırac, Muhammed Ahmed, *Damanu’l-Udvan fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, Beyrut, 1993, 98

³⁵⁵ . Bakara: 2 / 194

³⁵⁶ . İbn Cüzey, 331; Mahmasanî, I, 173

³⁵⁷ . Kasânî, VII, 251

³⁵⁸ . Zuhaylî, *Daman*, 20

Bu tanımlarda da görüldüğü üzere islâm hukukuna göre hukuka aykırılık, hukuken yasak (haram) bir fiil ile nassların himaye ettiği değerlere zarar verecek davranışları kapsamaktadır. Mesela, Kur'an-ı Kerim'deki, *Allah'ın haram kıldığı cana haksız yere kıymayın*³⁵⁹ ayetiyle, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in, *Kanlarınız, canlarınız, mallarınız ve ırzlarınız bir birinize haram kılınmıştır*³⁶⁰ hadisleri nassların himaye ettiği hukukî değerleri ifade etmektedir. Bu hukukî değerlere karşı yapılacak saldırılar ise hukuka aykırılık teşkil eder. Zira yine Kur'an-ı Kerim, hataen başkasının canına kıyan kişinin bu zararı diyet olarak tazmin etmesi gerektiği hükmünü havidir³⁶¹.

Kur'an ve sünnetteki hükümler ile islâm hukukçularının verdikleri örneklerden de anlaşıldığı gibi islâm hukukuna göre, haksız fiilin unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır. Zira bir fiilde hukuka aykırılık yoksa, yani nasslarla tayin edilen sınırların dışına çıkmıyorsa o fiil islâm hukukuna göre de haksız fiil kabul edilmeyip, failine zararı tazmin yükümlülüğü yüklenmez.

2.1.2.2. Hukuka uygunluk kavramı

İslâm hukukunun asli kaynakları Kur'an ve sünnetteki nassların çizdiği çerçeve içerisinde kalmak kaydıyla insanların fiilleri, genel anlamıyla, hakuka uygun fiiller olarak nitelendirilirler. İslâm hukukçularının bu konuyla alakalı olan mütalaalarının birinde; başkasının bahçesine izinsiz girip orada bulunan taş, demir v.b gibi malzemelere takılarak düşen veya bahçede bulunan kuyuya düşerek ölenin diyeti için bahçe sahibinin her hangi bir sorumluluğunun olmayacağı, çünkü onun, mülkiyeti kendisine ait olan bahçesine bu gibi malzemeleri koyma, kuyu kazma gibi haklarının olduğunu ifade etmişlerdir³⁶². Bu ifadeden de anlaşıldığı gibi, islâm hukukuna göre, kişinin kendi mülkünde yaptığı tasarrufları hukuka uygunluk kavramı içerisinde değerlendirilirler.

³⁵⁹ . İsrâ: 17 / 33

³⁶⁰ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 230; Buhârî, İlim, 37; Müslim, Hac, 147; Darimî, Abdullah b. Abdîrrahman es-Semerkandî, *es-Sünen*, Beyrut, 1987, Menasik, 36; Tirmizî, Fiten, 6; Nesâî, Kudat, 38; İbn Mace, Menasik, 76;

³⁶¹ . Nisa: 4 / 92

³⁶² . İbn Kudame, *Muğni*, VII, 823; Kasanî, 272; Araf Bey, 99

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre hakların meşru sınırlar içerisinde kullanılması da hukuka uygunluk ifade eder. Dolayısıyla bir hakkın kullanılmasından kaynaklanan zararları hak sahibi tazmin etmez. Mesela, umuma ait yollardan istifade etmek herkesin hakkıdır. Bir kimse aynı yolu kullanan bir başkasının, gerekli özeni gösterdiği halde, kendisine çarpması sonucu doğacak zararı tazmin etmekle yükümlü değildir. Yine mescidde namaz kılan bir kişiye çarparak düşen kişinin bundan mütevellid zararlarını namaz kılan kişi tazmin etmez³⁶³. Bir kişi hukukun kendisine tanıdığı hakkını kullanırken meşru sınırların dışına çıkarsa zararın meydana gelmesi kaçınılmaz olur ve zararı hakkı kötüye kullanan kişi tazmin eder³⁶⁴.

Yukarıdaki müzakerelerden de anlaşılacağı gibi islâm hukukuna göre bir fiilin haksız fiil sayılabilmesi için hukuka aykırı fiillerden olması gerekir. Hukuka uygun fiiller ise, genel mana itibariyle, sorumluluk gerektirmezler.

2.1.3. Uygun İlliyet Bağı

2.1.3.1. Kavram ve tanım

Haksız fiilin unsurlarından biri de, gerçekleşen zararla olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine verilen isim olan, uygun illiyet bağının bulunmasıdır³⁶⁵. İlliyet, fiil ile neticeyi bir vahdet halinde yek diğerine bağlayan nazım bir prensiptir. Bu sebeptendir ki, bir çok şartların topluca tesiriyle husule gelen bir neticenin hakiki müessiri arandığı, yani hangi fiilin yahut fiillerin bu neticeyi doğurduğu tesbit olunmak istendiği zaman muhakkak illiyet meselesi ortaya çıkar³⁶⁶.

Sorumluluğu doğuran olay veya davranış, olayların normal akışı ve yaşam deneylerine göre gerçekleşen zarar çeşidinden bir sonucu ortaya çıkarmaya genellikle elverişli ise, bu sonuç o olay veya davranışın uygun sonucu sayılmalıdır³⁶⁷.

³⁶³ . Kasanî, 279

³⁶⁴ . Ali Hafif, *Daman*, II, 92 - 95

³⁶⁵ . İmre, 1485; Karadeniz, 282; Eren, *Sorumluluk*, 1; Kaneti, 36; Tiftik, 53

³⁶⁶ . Honig, Richard, *İlliyet Nazariyesine Dair*, (Çev. M. Yavuz Abadan), İ. Ü. H. F. M. İstanbul, 1936, Cilt. II, Sayı, 5-6, 169

³⁶⁷ . Tandoğan, *Hukuka Aykırılık*, 7

Hukukî sorumluluğu doğuran unsurlar arasında illiyet bağı büyük önem taşır. İlliyet bağı sorumluluğun aslî şartı³⁶⁸, tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görülür³⁶⁹. Hukukî sorumlulukta sorumluluk ister akdî sorumluluk olsun isterse akit dışı sorumluluk olsun, illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. İlliyet bağı hukukî sorumluluğun sadece kurucu şartı olmayıp, aynı zamanda tazminatın kapsam ve şumulünü tayinde de büyük önem taşır³⁷⁰. Dış dünyada meydana gelen değişikliğin bir insana bağlanabilmesi için bu değişikliğin o insanın davranışından kaynaklanması gerekir³⁷¹. Bu durum ise illiyet bağıyla anlaşılabilen bir özellik ifade eder.

Zararla fiil arasında illiyet rabitasının mevcut olması, zararın fiilin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani fiil olmadan zararın meydana gelemeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi demektir³⁷². İlliyet bağı, temel ve niteliği ne olursa olsun her türlü sorumlulukta büyük önem taşımaktadır³⁷³. Bu açıdan illiyet bağı hukukî sorumluluğun olduğu kadar, cezaî sorumluluğun da temel şartlarından birini oluşturmaktadır.

Fiille zarar arasında böyle bir rabitanın mevcut olup olmadığı herşeyden önce mantık kurallarına göre tayin edilir. İnsanın düşünme tarzı, mantığı, her hadiseyi başka bazı olayların neticesi olarak görmesini gerektirir³⁷⁴. İnsanlar dünyada cereyan eden olayları daima bir sebep-sonuç münasebeti içinde tasavvur ederler.

Kur'an-ı Kerim'deki, *...kim bunları yaparsa günahını (karşılığını) bulur*³⁷⁵, *Ey iman edenler! ihramlı iken avı öldürmeyin, içinizden onu kim kasten öldürürse öldürdüğü hayvanın dengi ona karşılık (ceza) vardır.*³⁷⁶ gibi ayetlerde, v.b. diğer pek çok ayette illiyet bağının gerekliliği açıkça ifade edilmektedir. İslâm hukukuna göre başkasının

³⁶⁸ . Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1974; I, 289; Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, t.siz, 43

³⁶⁹ . Eren, *Borçlar*, II, 51

³⁷⁰ . Eren, *Sorumluluk*, 2 - 3; Karahasan, 182

³⁷¹ . Karahasan, 179; Toroslu, 76

³⁷² . Tandoğan, *Mesuliyet*, 71; Tekinay, 696

³⁷³ . Eren, *Borçlar*, II, 52

³⁷⁴ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 72; Tiftik, 53

³⁷⁵ . Furkan: 25 / 68

³⁷⁶ . Maide: 5 / 95

malını izinsiz itlaf eden kişinin bu fiilinden doğan zararı tazminle yükümlü kılınması³⁷⁷ hadisesinde de illiyet bağının varlığı ve zararlı fiilin neticesinin faile yüklenebilmesi için önemli olduğu ortadadır.

İslâm hukukçularının, müeyyide gerektiren fiilleri mütaalalarında illiyet bağını sorumluluğun şartlarından kabul ettikleri görülmektedir. Mesela, bir şahıs diğer bir şahsın vücut bütünlüğüne karşı müessir bir fiil işlemiş fakat bu müessir fiil ile yaralanan kişi yaşayabilecek durumda iken bir başka şahıs da yaralı şahsın ölümü ile sonuçlanan bir fiil işleyecek olsa öldürme fiili ile ölen şahsı önceden yaralayan değil bizzat öldürme fiilini işleyen sorumlu tutulmaktadır. Bu misalde yaralama fiilinden sonra yaralanan kişinin yaşama imkanı yok iken bir başkası gelip ona karşı öldürücü bir fiil işlemiş olsa ölüm olayından birinci şahıs sorumlu tutulur. Zira ikinci kişi ölüye karşı haksız fiil işlemiş kabul edilir³⁷⁸. Bir kişi başkasına ait bir malın bir kısmını zarara uğrattıktan sonra doğal bir afet sonucu malın tamamının telef olması durumunda mala karşı haksız fiil işleyen kişi malın tamamını tazmin etmekle sorumlu tutulamaz. Ancak zarar verdiği oran kadar tazminle sorumludur. Çünkü malın tamamının telef olmasıyla sonuçlanan zarar ile mala karşı haksız fiil işleyen kişinin fiili arasında tam bir illiyet bağı mevcut değildir³⁷⁹. Burada fail illiyet bağının gerektirdiği kadar zararı tazmin etme durumundadır.

Türk Borçlar Kanununun 41. maddesindeki “...diğer bir kimseye zarar veren o zararın tazminine mecburdur.” ifadesi bu kanunun illiyet bağının gerekliliğine verdiği önemi anlatmaktadır.

Meydana gelen zarar ile fiil arasında bir illiyet bağının bulunmadığı durumlarda sorumluluk o fiilin failine aittir denilemez. Kısaca ifade etmek gerekirse illiyet bağının bulunmadığı durumlarda her hangi bir kişiye yüklenebilecek sorumluluk da yoktur³⁸⁰. Mesela, bir kişinin malına karşı haksız fiil işlemeye kalkışan kişi henüz bu fiili zararlar neticelenmeden doğal bir afet sonucu bu malın zayı olması durumunda bu fiilin failine zararı

³⁷⁷ . İbn Ebi Tağlib, Abdulkadir b. Ömer eş-Şeybanî, *Neylu'l-Me'arib bi Şerhi Delili't-Talib*, Kuveyt, 1983, II, 448; Zuhayli, *Daman*, II, 75; Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damanu'l-Mutlefat fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1985, 68

³⁷⁸ . Kâsanî, VII, 238; Erem. I, 291

³⁷⁹ . Kâsanî, VII, 238

³⁸⁰ . Akşit, 43; Karahasan, 182

tazmin sorumluluğu yüklenemez³⁸¹. Çünkü o şahsın fiili ile zarar arasında illiyet bağı bulunmamaktadır.

2.1.3.2. Çok sebepli durumlarda illiyet

Birden çok sebebin hukukta nazara alınabilmesi için bunların her birinin gerçekleşen sonucun uygun sebebi olması gerekir. Bu itibarla hukukta sebeplerin çokluğundan bahsedildiği zaman gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli birden çok sebebin varlığı kastedilir.

Hiç biri tek başına yeterli bulunmayan birden çok nedenin birleşmesiyle zararlı sonuç meydana gelmiş ise, bu durumda, ortak nedensellik söz konusu olmaktadır. Burada sebeplerden yalnız biri sonucu doğurmaya yetmez. Böyle olduğu için de, bu durum, zorunlu toplanma diye nitelenir³⁸². Mesela, iki hırsızın tek başına taşıyamayacakları bir şeyi birlikte çalmaları, alıp götürmeleri durumunda ortak illiyet bağı vardır.

Birden çok kişinin ortak kusur sorumluluğunun doğması için, üç şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlar; birlikte sebep olma, ortak kusur ve tek zarar şartlarıdır. Çok sebepli durumlarda zarar verenlerin haksız fiile katılmalarının şekli önemli değildir. Birden çok zarar veren, haksız fiile asıl fail, müşevvik ve yardımcı sıfatıyla katılabilir. Pozitif hukuka göre fail, müşevvik ve yardımcı, ilke olarak aynı şekilde sorumludurlar. Zira haksız fiil ve dolayısıyla zarar, bunların hepsinin işbirliği, yani zarar verici olaya maddi ve manevi katkılarıyla gerçekleşmektedir³⁸³.

İslâm hukukçularının kabul ettiği gibi, bir kişiyi birden çok kişinin kasten öldürmesi durumunda faillerin hepsine birden kasten adam öldürme cezası olan kısasın uygulanacağı³⁸⁴ meselesinde çok sebepli durumlar söz konusudur. Burada sonuç, illiyet bağından hareketle, birden çok kişiye yüklenmektedir. Sonucu birden çok sebebin meydana getirmesi halinde çözümlenmesi gereken sorun, zararın nasıl ve kimler arasında paylaştırılacağı sorunudur.

³⁸¹ . Eren, I, 291

³⁸² . Eren, *Borçlar*, II, 402; Karahasan. 186

³⁸³ . Eren, *Borçlar*, II, 404 - 405

³⁸⁴ . Kasanî, VII, 235; Bilmen, III, 67

2.1.3.3. İlliyet bağıını kesen sebepler

2.1.3.3.1. Mücbir sebep (Umulmayan hal)

İlliyet bağıını kesen ve dolayısıyla zararvereni sorumluluktan kurtaran sebeplerden biri mücbir sebeptir. Mücbir sebep, özellikle pozitif hukuk doktrininde çok tartışma konusu olan bir kavramdır³⁸⁵.

Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır³⁸⁶.

Mücbir sebebi teşkil eden olay, tabii, sosyal veya hukukî bir olay olabileceği gibi, insana bağlı (beşerî) bir olay, bir davranış da olabilir. Yıldırım düşmesi, don olayları, deprem, aşırı fırtına v.s gibi olaylar tabii olaylara örnektir. Savaş hali, toplu isyan, ihtilal v.s gibi olaylar ise beşerî olayları teşkil eder. Siyasi amaçlı genel grevler sosyal olaylardır. İthalat ve ihracatla ilgili sınırlamalar, gümrüklerin kapatılması v.s gibi durumlar ise hukukî olaylara örnek gösterilebilir

İlliyet bağının kesilmesinden söz edebilmek için mücbir sebep teşkil eden olay nedeniyle zarar veren kişi genel bir hukuk kuralını veya sözleşmeden doğan bir borcunu ihlal etmiş olmalıdır³⁸⁷.

Mesela, normal bir havada yola çıkan bir şoförün yolculuk esnasında aniden bastıran şiddetli bir fırtına ve dolu sonucunda üzerinden geçmekte olduğu köprünün yıkılarak bazı yolcuların ölümüne sebebiyet vermesi halinde fırtına ve dolu illiyet bağıını kesen mücbir sebep olarak nitelendirilir ve soföre sorumluluk yüklenmez.

İslâm hukukunda mücbir sebebi anlatacak nitelikteki bir misalde Damad Efendi ve Bağdadî, bir kimsenin umuma ait yol üzerine izinsiz olarak koyduğu taşı, rüzgar veya sel taşıyarak birşeyleri kırması durumunda taşı koyanın tazmin yükümlülüğünün olmayacağı. Zira rüzgar ve sel suları onun sorumluluğunu zail ettiğini ifade etmiştir³⁸⁸. Bu misalde de görüldüğü gibi mücbir sebep olarak kabul edilen tabii bir olay islâm hukuku açısından illiyeti kesen sebep olarak ifade edilmiştir.

³⁸⁵ . Nomer, 75

³⁸⁶ . Eren, *Sorumluluk*, 176; Nomer, 75

³⁸⁷ . Eren, *Sorumluluk*, 180

³⁸⁸ . Damad Efendi, II, 653; Bağdadî, 149

İslâm hukukçuları gasbedilen mallarda mücbir sebebi illiyeti kesen ve sorumluluğu kaldıran bir etken olarak kabul etmemişlerdir³⁸⁹. Bu durum, Mecelle'deki, mal-ı mağsubu gasıb istihlak ettikde zâmin olması lazım geldiği gibi gerek anın teaddisi ile ve gerek bila teaddi telef veya zayi olduğu takdirde dahi zâmin olur³⁹⁰. şeklinde ifade edilmiştir. Burada gasb, bizzat haksız fiil kabul edilerek ona bağlı zararlı neticelerin hepsinde gasıbın taksirinin varlığı kabul edilmiştir.

2.1.3.3.2. Zarar görenin kusuru

Meydana gelen her hangi bir zararda zarar görenin kusurunun bulunmuş olması hukuken illiyet bağıını kesen sebeplerden biri olarak kabul edilmektedir. Zarar görenin kusuru illiyet bağıını kesecek şekilde ise, zarar veren kişi sorumluluktan kurtulur. Bu takdirde zarar görenin tam kusurunun varlığı söz konusu olmaktadır. Zarar görenin kusurlu davranışının illiyet bağıını kesmiş olmasından bahsedebilmek için onun fiilinin mahiyet itibariyle zararlı sonucu doğurmaya tek başına elverişli olması gerekir³⁹¹.

Zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesmesi durumuna islâm hukukçularının mütalaalarında da rastlıyoruz. Hanefî hukukçulardan Hamevî, zarar görenin rızasının tazminat sorumluluğunu düşüreceğini ifade etmiştir³⁹². Yine, Serahsî'nin verdiği, atın üzerinde yolda giden bir kişinin atına birşey dörterek veya vurarak atın tepmesi sonucu kendisinin yaralanmasına veya ölmesine sebep vermesi durumunda atın binicisinin sorumlu olmayacağı örneğinde³⁹³ zarar görenin kusurunun illiyeti kestiğinin ifadesidir. At üzerinde onu umuma ait yolda süren kişinin normal şartlarda atın verdiği zararı tazmin etmesi gerekirken³⁹⁴ burada tazmin sorumluluğunun olmaması illiyetin kesilmesi esasına dayandırılmaktadır. Keza, umuma ait yol üzerine kuyu açan veya kaygan birşey döken kimse, bunların üzerine bilerek, kasten gidip mutazarrır olan kimseden sorumlu değildir³⁹⁵.

³⁸⁹ . Karafî, II, 288; İbn Abdilber, II, 842; İbn Receb, 218

³⁹⁰ . Mec. mad. 891

³⁹¹ . Eren, *Sorumluluk*, 187

³⁹² . Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Gamzu Uyuni'l-Besair Şerhu Kitabî'l-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, 1985, III, 209

³⁹³ . Serahsî, *Mebhut*, XXVII, 2

³⁹⁴ . Damad Efendi, II, 659

³⁹⁵ . Bağdadî, 180

Burada da zarar görenin fiili umuma ait yol üzerine kuyu kazan kişinin bu kusurlu fiili ile netice arasındaki illiyet bağına kesmiştir.

2.1.3.3.3. Üçüncü şahsın kusuru

Üçüncü şahsın kusurlu davranışı, illiyet bağına kesecek yoğunlukta olduğu takdirde ancak illiyetin kesilmesi söz konusu olur ve fail sorumluluktan kurtulur. Zira üçüncü şahsın kusurlu davranışı illiyet bağına kesecek yoğunlukta değilse, yani tek başına, mevcut ilk sebebi bertaraf edecek, geri plana itecek yeterlikte olmazsa o zaman failden sorumluluğu düşürmez³⁹⁶.

İslâm hukukçuları da bu durumu ifade edecek mahiyette benzer mütalalarda bulunmuşlardır. Mesela, bir kişinin umuma ait yol üzerine izinsiz olarak kazdığı çukurun yakınına diğer bir kişinin taş v.b birşey koymuş olması durumunda taşla takılıp kuyuya düşerek zarar gören kişinin zararının tazminini taşı koyan kişiye ait olacağı meselesi³⁹⁷ üçüncü şahsın kusurunun illiyeti kesmesine örnek teşkil edecek şekildedir. Bu misalde taş koyma işi olmamış olsaydı zararı tazmin yükümlülüğü izinsiz çukur açan kişiye ait olacaktı³⁹⁸. Burada üçüncü kişinin kusurlu davranışı illiyeti kesmekte ve sorumluluğu çukur kazma haksız fiilini irtikab eden kişiden kaldırmaktadır.

2.1.4. Kusur

2.1.4.1. Tanım ve kavram

Kusur, haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsurudur³⁹⁹. Ancak kusurun, sorumluluğun doğması yanında tazminatın kapsamını tayinde de önemli rolü vardır. Bu manada kusurun, sorumluluğu sınırlayıcı bir rol üstlendiği kabul edilmelidir⁴⁰⁰.

Genel anlamıyla kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimidir⁴⁰¹. Kusur, hukukî bakımdan beklenen bir davranıştan ayrılmış olmayı, bu yoldaki bir iradeyi ifade eder. Bu nedenle kusurun insan iradesini ilgilendiren ruhsal bir durum

³⁹⁶ . Eren, *Sorumluluk*, 202 - 203

³⁹⁷ . Gazalî, *Veciz*, II, 91; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 565; Bağdadî, 180

³⁹⁸ . Damad Efendi, II, 653

³⁹⁹ . İmre, 1491; Aybay, 82

⁴⁰⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 106; Karahasan, 54; Tiftik, 55

⁴⁰¹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 44; Eren, *Borçlar*, II, 107; Kaneti, 40; Karahasan, 54; Tiftik, 56

olduğu söylenebilir. Hukukî anlamda kusur, hukuken tespit edilmiş olan belli davranış kurallarına uyma konusundaki irade tersliği ya da irade eksikliği olarak da ifade edilir⁴⁰².

Kusur, herşeyden önce, hukuka aykırı bir davranışı gerektirir. Bu sebeple, kusurlu olan bir davranış daima hukuka aykırı bir davranıştır. Kur'an-ı Kerim'deki, *...mallarınızı aranızda batıl (haksız) sebeplerle yemeyin...*⁴⁰³ ayetinde geçen *batıl (haksız)* ifadesi islâm hukuku açısından kusur kavramına işaret etmektedir. İslâm hukukunun ikinci asli kaynağı olan hadisteki, *...kim izinsiz olarak başkasının tarlasını ekerse...*⁴⁰⁴ ifadesinde de sorumluluk hukuku açısından, kusura bir işaret vardır. Bu örnekler, hukuka aykırı bir davranış olan kusurun islâm hukukunun asli kaynaklarında yer aldığını göstermektedir.

Hukuk düzeni, herkesin belirli davranış biçimlerine göre yaşamasını, hareketlerini buna uydurmasını ister. Kusura dayalı sorumluluk hukukunda benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçiminin niteliği, kusur olarak adlandırılmaktadır⁴⁰⁵. Kusur, müsbet olarak yapılan bir fiil dolayısıyla mevcut olabileceği gibi, yapılmayan bir iş dolayısıyla da mevcut olabilir⁴⁰⁶.

2.1.4.2. Kusur ehliyeti

Kusurlu hareket etmeye ehil olanlar, bu çeşit bir hareketten dolayı sorumlu tutulabilen kişiler için ancak kusur söz konusudur. Şu halde kusur, failin normal bir fikrî durumda bulunmasını ve hukuk düzeninin emirlerine uyabilme yeteneğinin olmasını gerektirir. Kusur, aslında bir irade eksikliğidir. Bu nedenle, haksız fiili işleyen kusurlu sayılabilmesi, fiili işlediği anda, iradesinden ötürü sorumlu tutulmasına imkan verecek ruhsal durumda bulunmasına bağlıdır⁴⁰⁷. Kusur ehliyeti, medeni hukuktaki fiil (medeni hakları kullanma) ehliyetinin bir çeşididir⁴⁰⁸. Medenî hakları kullanma ehliyetine, islâm hukuk metodolojisinde

⁴⁰² . Tunçomağ, 278; Karadeniz, 287

⁴⁰³ . Bakara: 2 / 188

⁴⁰⁴ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 365, IV, 141

⁴⁰⁵ . Eren, *Borçlar*, II, 107; Karahasan, 54

⁴⁰⁶ . Umur, 176

⁴⁰⁷ . Karahasan, 156 - 157

⁴⁰⁸ . Tunçomağ, 278

eda ehliyeti olarak bilinen bu ehliyet, genel olarak, kişinin hukuken muteber sayılacak tarzda fiiller ortaya koyabilmesi olarak ifade edilmektedir⁴⁰⁹.

Kusur ehliyetinin şartı, sadece temyiz kudretidir. Yani, bir haksız fiilin bir kişiye yükletilebilmesi için temyiz kudretinin bulunması zorunludur⁴¹⁰. Temyiz kudreti, makul surette hareket etme iktidarı olarak tanımlanabilir. Türk Medeni Kanununa göre, küçüklük veya hacir altında bulunma bu ehliyeti sınırlayamaz⁴¹¹. Hacir, yalnız hukukî muamele yapma ehliyetini etkiler. Makul surette hareket etmeye, yani fiillerinin anlam ve önemini kavramaya muktedir olan kimse, kusur ehliyetine sahiptir. Başka bir deyimle fiillerinin hangi sonuçları doğurabileceğini ve hangi vasıtalarla amacına erişebileceğini muhakeme edebilen kimse, mümeyyizdir. Temyiz kudreti izafî bir kavram olup ancak belli olaya nisbet edilerek takdir edilir. Diğer taraftan temyiz kudreti karine olarak var sayılır, yokluğunu öne süren iddiasını isbatla yükümlüdür⁴¹².

İslâm hukukçularının değerlendirmelerine göre, çocuk ve onun gibi temyiz kudretinden yoksun kişilerin (matuh, mecnun v.b. gibi) doğrudan (mübaşeret) meydana getirdikleri zararlardan doğan sorumlulukları bizzat kendilerine aittir⁴¹³. İslâm hukuk metodolojisinde eda ehliyetinden yoksun olan, temyiz kudreti bulunmayan çocuk ve mahut gibilerin cana ve mala karşı işlemiş oldukları fiillerden sorumlu tutulacakları kabul edilmiştir⁴¹⁴. Çocuğun fiili neticesinde doğan zararı tazmin edecek malının bulunmaması durumunda mal sahibi olacağı zamana kadar (hal-i yüs) bekleneceği, çocuğun zararının velisine tazmin ettirilemeyeceği de islâm hukukçularının görüşlerindendir⁴¹⁵. Çocuğun işlemiş olduğu kusurlu fiilinden kendisinin sorumlu olacağına dair islâm hukukçularının verdiği bir örnekte; üzerinde kendi kendisine durabilecek kadar bir yapıya sahip çocuğun, üzerinde bulunduğu hayvanın bir kişiyi ezerek öldürmesi durumunda ölenin diyetini çocuğun akilesinin ödemesi gerektiği görüşü ortaya konulmuştur⁴¹⁶. İslâm hukukçuları

⁴⁰⁹ . Hallaf, *Usul*, 136; Şaban, 250

⁴¹⁰ . Karahasan, 157

⁴¹¹ . T.M.K. mad. 13, 16

⁴¹² . Tunçomağ, 279

⁴¹³ . Kasanî, VII, 168

⁴¹⁴ . Hallaf, *Usul*, 137

⁴¹⁵ . İbnu's-Şihne, 277; Mec. mad. 916, 960; Hallaf, *Usul*, 137

⁴¹⁶ . Serahsî, *Mebhut*, XXVI, 187

çocuk, matuh ve mecnun gibi temyiz kudretinden yoksun kişilerin kasten işlemiş oldukları fiilleri de hata mefhumu içerisinde değerlendirmişlerdir. Buna göre, kasten veya hataen bir kişinin ölümüne sebebiyet vermeleri halinde, karşılık olarak sadece diyet gerekir. Bunlara kasten adam öldürme müeyyidesi uygulanmaz. Zira eda ehliyetinden yoksun kişiler, işledikleri fiillerden dolayı bedenlen olmasa da malî bakımdan sorumludurlar⁴¹⁷. Eda ehliyetinden yoksun olanların fiilleri neticesinde doğan zararlar için gerekecek olan diyeti çocuğun akilesi öder⁴¹⁸. Akilenin bulunmadığı durumlarda ise, diyet, devlet hazinesinden karşılanmalıdır. Kusurlu fiilin meydana getirdiği zarar hiç bir zaman karşılıksız bırakılmamalıdır. Zira islâm hukukunun prensipleri ve genel gayesi bunu gerektirir.

2.1.4.3. Sorumluluk açısından kusur türleri

Sorumluluk hukuku açısından kusur, kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir. Bu ayırım ceza hukukundaki kadar büyük önem taşımaz. Fail ister kasten, ister ihmal göstermek suretiyle bir zarara sebebiyet vermiş olsun, bu zararı tazmin borcuyla yükümlü kılınır⁴¹⁹. Bu bakımdan en küçük bir ihmal dahi sorumluluğun sebebi olan kusur unsuru içerisinde değerlendirilir⁴²⁰.

Ceza hukukunda ihmali durumlar her zaman cezaî sorumluluğu gerektirmez. Ceza hukukunda, cezaî sorumluluk için, sorumluluk hukukundakinden farklı olarak daha çok kasıt unsuru aranmaktadır.

Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal mefhumlarını içine alacak şekilde, ceza hukukundaki manasından daha kapsamlı bir anlam ifade etmektedir. Zira ceza hukukunda failin cezalandırılabilmesi için ihmali fiillerde bile kasıt unsuru aranmaktadır⁴²¹.

Ceza hukukunda durum böyleyken zararlı neticeyi doğuran fiillerde, tazminat sorumluluğunun faile yüklenebilmesi için kasıt ve ihmal unsurları eşit olarak değerlendirilmektedir.

⁴¹⁷ . Hallaf, *Usul*, 137

⁴¹⁸ . Udeh, II, 179

⁴¹⁹ . Velidedeoğlu, 310; Tunçomağ, 280; Tandoğan, *Mesuliyet*, 46; Eren, *Borçlar*, II, 112; Kılıçoğlu, 229; Karahasan, 159; Tiftik, 56

⁴²⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 113

⁴²¹ . Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 148; Dönmezer-Erman, II, 157; Erem, I, 479; Toroslu, 102

Mecele'deki, *Mübaşir, müteammid olmasa da zâmin olur*⁴²², şeklindeki külli kaide ile, islâm hukukuna göre, tazminat yükümlülüğü açısından sorumluluk doğuran davranışta kasıtlı olmanın şart olmadığı ifade edilmiştir.

İslâm hukukçuların yapmış olduğu hakların, Allah hakkı-kul hakkı şeklindeki taksiminde kul hakları kapsamına giren, bir şahsa ait her hangi bir mala zarar verme olayında kasıt, hata ve ihmal mefhumlarının zararı tazmin sorumluluğunu yüklenme açısından yeterli kabul edildiği görülmektedir⁴²³.

2.1.4.2.1. Kasıt

Kasıt, failin, hukuka aykırı sonucu bilerek, kendi iradesiyle istemesidir. Kasıтта, zarar verenin iradesi hukuka aykırı bir neticeye yönelmiş olarak kabul edilmektedir⁴²⁴. İslâm hukukunda kastın esası; insanın, manasını ve neticesini idrak eylediği, haram (yasak) fiili seçerek işlemesi ve sonucunu yüklenmesi şeklinde ifade edilmiştir⁴²⁵.

Kasıтта, hukuken, iki unsurun varlığı kabul edilmiştir. Hukukî açıdan bunlar, tasavvur ve irade unsurları olarak değerlendirilmektedir⁴²⁶.

Tasavvur unsuru, hukuka aykırı sonucun, fail tarafından düşünülmesini, tasarlanmasını, bilinmesini, öngörülmesini ifade eder.

İrade unsuru ise, bu sonucun fail tarafından istenmesi, kabul edilmesi demektir. Böylece kasıтта, failin, hem fiili hem de hukuka aykırı sonucu istemiş olduğu kabul edilmektedir⁴²⁷. Fail tarafından istenilen zarar yanında, başka zararların da doğmuş olması kastı ortadan kaldırmaz. Fail arzu etmese bile kasıtlı davranışın öngörülebilecek sonuçlarından da sorumlu olur.

⁴²² . Mec. mad. 92

⁴²³ . Abdulaziz Buharî, Alaaddin Abdülaziz b. Ahmed el-Buharî, *Keşfu'l-Esrar an Usuli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Beyrut, 1994; IV, 626; Mahmasanî, I, 197; Senhuri, *Akd*, 65; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 499

⁴²⁴ . İmre, 1500; Tunçomağ, 280; Tandoğan, *Mesuliyet*, 46; Aybay, 82; Eren, *Borçlar*, II, 113; Kaneti, 52; Karahasan, 159; Kılıçoğlu, 229; Toroslu, 102; Ayan, 101; Tiftik, 56

⁴²⁵ . Demini, 80

⁴²⁶ . Demini, 80; Tandoğan, *Mesuliyet*, 46; Eren, *Borçlar*, II, 113; Karahasan, 159; Tiftik, 56

⁴²⁷ .Eren, *Borçlar*, II, 114

İslâm hukukçuları suçun manevî unsuru olan kasıt unsurunu ceza hukuku alanında gereği kadar değerlendirmiş ve cezaî sorumluluğu bu unsurun bulunması şartına bağlamışlardır. Mesela, av zannıyla bir adamı öldüren veya muharebe sırasında savaşı iki birlik arasında kalan müslümanı düşman zannıyla öldüren kişiye, kasıt unsuru bulunmadığından, kasten adam öldürme cezası olan kısas cezasını uygulamanın doğru olmayacağını ifade etmişlerdir⁴²⁸. Böyle durumlarda islâm hukukuna göre, cezaî sorumluluğun faile yüklenmesi mümkün görülmemiştir.

Ancak bu ve benzeri olaylarda tazminat açısından kusur unsuru içinde değerlendirilen hata veya ihmal söz konusu olduğundan, cezaî sorumluluk düşmüş olsa bile, tazmin sorumluluğu düşmez. Bu durumda meydana gelen zararı karşılamak için, islâm hukukunda miktarı belirlenmiş ve diyet diye isimlendirilen maddî bir karşılık ödenmesi gerekir⁴²⁹.

İslâm'da sorumluluk hukuku kapsamında değerlendirilecek olan kasıt unsuruna islâm hukukçularının gereken önemi verdiği bilinmektedir. Mesela, bir kimsenin tahliye borusundan suyu tahliye etme hakkı vardır. Fakat suyun aktığı yerde başkasına ait eşyanın bulunduğunu bildiği halde suyu tahliye ederek o kişinin eşyasının zarara uğramasına sebebiyet verilmesi durumu sorumluluk hukuku açısından kasıt unsuru taşıyan durum olarak değerlendirileceği için tazminat borcunun faile yükleneceği kabul edilmiştir⁴³⁰.

Damad Efendi ve Bağdadî'nin, iki tarafından ipi çeken insanları düşürmek kastıyla ipi keserek çekenlerin düşüp zarar görmesine sebep olan kişi bu zararı öder. Ancak sulh maksadıyla ipi keserse tazmin etmez⁴³¹, şeklinde verdikleri örnekte de tazminat açısından islâm hukukçularını kasıt unsuruna verdikleri önemi anlaşılmaktadır. Kastın varlığının kabul edilebilmesi için, hukuka aykırı sonucun istenilmiş olması yeterlidir. Fiilin doğuracağı diğer sonuçların da, mesela zararın da istenilmiş olması kaide olarak aranmaz. Çünkü, haksız fiillerin işlenmesinde fail hukuka aykırı sonucu istemiştir⁴³². Hukuka aykırı sonucun istenmesi ise sorumluluk açısından kastın meydana gelmesi için yeterlidir.

⁴²⁸ . Serahsi, *Mebcut*, XXVI, 66 - 67; Abdulaziz Buhari, IV, 625 - 626; Meydanî, III, 143

⁴²⁹ . Merğınanî, IV, 159; Meydanî, III, 143

⁴³⁰ . Serahsi, *Mebcut*, XXVII, 231; İbnu's-Şihne, 281

⁴³¹ . Damad Efendi, II, 661; Bağdadî, 168

⁴³² . Tunçomağ, 281

2.1.4.2.2. İhmal ve hata

Failin hukuka aykırı neticeyi istememesine rağmen böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesine hukuk dilinde ihmal denir⁴³³. Başka bir ifadeyle ihmal, zararlı sonucun doğmasını önlemek için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu göreve aykırı hareket etmek, gerekli tedbirleri alma konusunda hassas davranmamaktır⁴³⁴. Burada irade, hukuka aykırı bir neticeye yönelmemiş olmasına rağmen, gerekli dikkat ve özen gösterilmediğinden zararlı fiil meydana gelmiştir.

İhmalin ölçüsü objektif olarak kabul edilmektedir⁴³⁵. Burada orta seviyede, akli başında, normal bir kişinin, somut bir olayda durumun özellik ve gereklerine göre alması gerekli tedbirlere, göstereceği özene, harcayacağı çabaya göre ihmal değerlendirilmektedir. İhmalin tesbitinde ve değerlendirilmesinde, sorumlu kişinin yani failin kişiliği veya şahsi durumları dikkate alınmaz⁴³⁶.

İhmal, failin göstereceği dikkat ve özen görevinin derecesine göre ağır veya hafif ihmal şeklinde değerlendirilir. Fail, her akli başında, normal insanın benzer durumda gösterdiği en basit normal özen görevini yerine getirmezse ağır ihmal vardır. Ağır olduğu kabul edilmeyen her çeşit ihmal ise, hafif ihmal olarak değerlendirilmektedir⁴³⁷. Sorumluluk hukukunda ihmal büyük ehemmiyeti haizdir. Kusur denildiği zaman genellikle ihmal anlaşılır⁴³⁸.

İhmal halinde bir haksızlık, hukuka aykırılık niyeti ve kastı yoktur. Fakat, kafi dikkat ve itina gösterilmemiş, haksız neticenin meydana gelmesini önlemek için lüzumlu dikkat ve ihtimam sarfedilmemiştir. Ariyet verilen veya emanet olarak bırakılan şeylere dikkat edilmez, bunlar kaybedilir veya çalınmalarına meydan verilir, mesela ariyet alınan kitap vapurda veya tramvayda unutulur vedia olarak tevdi edilen mücevherler açıkta bırakıldığı için çaldırılır. Bütün bu hallerde yeterli dikkat ve itina gösterilmemiş, hukuka aykırı

⁴³³ . İmre, 1500; Tandoğan, *Mesuliyet*, 48; Aybay, 82; Eren, *Borçlar*, II, 114; Kaneti, 52; Kılıçoğlu, 229; Karahasan, 160; Ayan, 102; Tiftik, 57

⁴³⁴ . Honig, *İlliye*, 186; Tunçomağ, 281; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 501

⁴³⁵ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 50; Kılıçoğlu, 229; Karahasan, 162; Tiftik, 58

⁴³⁶ . Eren, *Borçlar*, II, 114; Ayan, 102

⁴³⁷ . Tunçomağ, 281; Eren, *Borçlar*, II, 119; Kılıçoğlu, 229; Ayan, 103; Tiftik, 58

⁴³⁸ . İmre, 1501

neticenin, zararın meydana gelmesini önlemek için lazım gelen tedbirler alınmamıştır. Yani ortada bir ihmâl vardır⁴³⁹.

İslâm hukukçuları, tazminat açısından ihmali dikkate alarak değerlendirmiş ve adeta haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru olarak kabul etmişlerdir. Mesela, fidyeye maksadıyla veya daha başka maksatlarla kaçırılan bir çocuğun, gereği gibi korunmadığı için, kendisini öldürmesi veya yüksek bir katın penceresinden atması sonucu ölmesi durumlarında çocuğu kaçıran kişinin bu ölüm olayında ihmali bulunduğundan cezaî sorumluluğun yanında tazmin sorumluluğu da vardır⁴⁴⁰. Keza, çocuğunu yüzme öğretmesi için yüzme hocasına teslim eden bir babanın, çocuğunun boğulması halinde yüzme öğretene hocadan tazminat talep etme hakkı vardır⁴⁴¹. Bu durumda yüzme öğretene hocanın ihmalinin söz konusu olduğundan tazminat ödeme yükümlülüğünün de ona ait olacağı kabul edilmiştir.

Sorumluluk hukuku, açısından ihmâl büyük önem taşır ve kusur kavramıyla çoğunlukla ihmâl kastedilmektedir⁴⁴². Sorumluluk hukukunda hafif kusur denilince genellikle, hafif ihmâl, ağır kusur denilince ise, ağır ihmâl anlaşılmaktadır⁴⁴³. Ancak çoğunlukla ağır kusur kavramı içerisinde kasıt unsurunun da dahil edildiği görülmektedir.

Gerçeğin yanlış tasavvur edilmesi veya doğru olmayan yargı olarak tanımlanan hata⁴⁴⁴ ile tedbirsizlik ve dikkatsizlik gibi durumlar da sorumluluk hukuku açısından ihmâl kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

İslâm hukukçularının ifadelerinden, tedbirsizlik ve dikkatsizlik mefhumlarını haksız fiil sorumluluğunun unsurları arasında kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Mesela, bir kimse rüzgarlı bir havada kendi arazisinde ateş yakıp, ateşin sıçrayıcı ve yayılıcı özelliğine karşı tedbir almamış olması sonucunda ateşten sıçrayan kıvılcımlarla komşusunun evinin veya tarlasının yanmasına sebebiyet verirse doğan zararları tazmin sorumluluğu tedbirsizce ateş yakan kişiye ait olur. Çünkü bu kişi, ateşin rüzgarlı havada sıçrayıcı ve yayılıcı özelliğine karşı bir

⁴³⁹ . Rado, 31

⁴⁴⁰ . Serahsî, Mebsut, XXVI, 186; Kâsanî, VII, 167

⁴⁴¹ . İbn Kudame, *Muğni*, IX, 577; Gazalî, *Veciz*, II, 91

⁴⁴² . Tandoğan, *Mesuliyet*, 48

⁴⁴³ . Tunçomağ, 282 - 283; Tiftik, 57

⁴⁴⁴ . Edis, Seyfullah, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdın Lüzumlu Vasıflarında*

Hata, Ankara, 1973, 3 - 4

tedbir almamıştır⁴⁴⁵. İslâm hukukçularının verdiği bu misalden de anlaşılacağı gibi tedbirsizlik, islâm hukukuna göre, sorumluluk doğuran, haksız fiilin kurucu unsurları arasında değerlendirilmektedir.

Bilerek işlenen bir fiilin istenmeyen, arzulanmayan şekilde sonuçlanması şeklinde de tanımlayabileceğimiz hata, islâm hukukçularının değerlendirmelerine göre de haksız fiilin kurucu unsurları arasında görülmektedir. İslâm hukukçuları hatayı iki şekilde değerlendirmişlerdir. Birincisi kasıтта hata, diğeri ise, fiilde hatadır. Mesela, bir şahsa av zannıyla atmak kasıтта hatayı, her hangi bir hedefe atarken insana isabet etmiş olmak da fiilde hatayı ifade eder⁴⁴⁶.

2.1.5. Zarar

Pozitif hukuk açısından genel manada zarar, hukuken korunan maddî veya manevî varlıklara karşı yapılan tecavüzün vukuundan önceki ve sonraki halleri arasındaki objektif farktır⁴⁴⁷. Başka bir ifadeyle zarar, kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmelerdir⁴⁴⁸.

İslâm hukukçularına göre zarar, bir şahsın malına, şahsına, canına, namusuna veya iffetine karşı yapılan her türlü eziyet ve haksızlık olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁹. Kısaca zarar, zarar verici fiilin başkaları aleyhine, onların iradeleri hilafına, vuku bulmasıdır⁴⁵⁰. İslâm borçlar hukukuna göre zarar, ister malî zarar olsun, isterse şahsa taalluk eden manevi zarar olsun sorumluluğun tahakkuku için gerekli şartlardan biri olarak kabul edilmiştir. Bazı islâm hukukçuları zararın varlığından söz edebilmek için fiilin teaddi ve taksirli olması gerektiğini şart olarak kabul etmişlerdir⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ . Serahsî, *Mebsut*, VII, 23; İbn Kudame, *Muğni*, V, 453; Gazalî, *Veciz*, II, 91; İbn Ferhun, II, 243; İbnü's-Şihne, 281

⁴⁴⁶ . Merğinanî, IV, 159; Mevsulî, V, 25; İbn Humam, X, 213; Abdulaziz Buharî, IV, 625

⁴⁴⁷ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 63; Kılıçoğlu, 225

⁴⁴⁸ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 63; Eren, *Borçlar*, II, 37; Kaneti, 41; Akıntürk, *Borçlar*, 59; Tiftik, 51

⁴⁴⁹ . Senhûrî, *Mesadir*, VI, 168; Mahmasanî, I, 165; Zuhaylî, *Daman*, 23

⁴⁵⁰ . Zerka, *Fıkıh*, II, 971

⁴⁵¹ . Ivaz, Ahmed İdris, *ed-Diyetü Beyne'l-Ukûbe ve't-Ta'vid fi'l-Fıkıh'l-İslâmî el-Mukaren*, Beyrut, 1986, 142; Feret, 383

Zarar, haksız fiil sorumluluğunun ve dolayısıyla tazminat borcunun önemli unsurlarından biridir⁴⁵². Haksız fiil failinin tazminat açısından sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırılığı kabul edilen bu fiilin sonucunda bir zararın doğmuş olması zorunluluğu vardır⁴⁵³. Dar anlamda haksız fiilin diğer unsurları gibi zarar unsuru da mevcut olmadan faile tazminat sorumluluğu yüklenemez.

Ceza hukukunun aksine, tazminat hukukunda salt tehlike, sorumluluk doğurmaz. Oysa ceza hukukunda suça teşebbüs failin cezalandırılması için yeterli sebep olarak kabul edilmiş iken tazminat hukukunda zarar vermeye teşebbüs, tazminat borcunu doğurmaz. Zira tazminat hukukunun amacı cezalandırmak değil, gerçekleşmiş olan zararı karşılamak, telafi etmek, yani tazmin etmektir⁴⁵⁴. Zararla sonuçlanmayan hiçbir haksız fiil sahibine tazminat sorumluluğunu yüklemeyiz. Zira zarar da, diğer unsurlar gibi, haksız fiilin kurucu unsurlarından, zorunlu şartlarından biridir. Lübnan Medeni Kanununun 134. maddesi de zararı sorumluluğun ve tazminatın şartı olarak kabul etmiştir⁴⁵⁵.

Hukuk doktrininde zarar, çeşitli tasniflere tabi tutularak incelenmektedir. Biz bundan sonraki bölümlerde zararı, tazminatın daha kolay tayin ve tesbiti açısından maddî ve manevî zarar olarak iki ayrı bölümde genişçe inceleyeceğiz.

İslâm hukuk doktrininde önemli yere sahip klasik kaynaklarda zarar, islâm hukukçuları tarafından maddî ve manevî zarar olarak ele alınmış değildir. Klasik kaynaklarda zarar gibi tazminat da maddî ve manevî tazminat olarak değerlendirilmiş değildir. Ancak klasik kaynaklarda böyle bir ayırımın yapılarak ayrı bölümler halinde zarar ve tazminatın incelenmemiş olması böyle bir değerlendirmenin yapılamayacağı anlamına gelmez. Bu durum hem zararı hem de tazminatı kesin ölçülerle maddî ve manevî diye ayırma tabi tutmanın imkansız olduğu kanaatinden kaynaklanmaktadır⁴⁵⁶. Durum böyle olmakla beraber zarar ve tazminat, ağırlıkla hangi gruba giriyorsa o grup içerisinde değerlendirilmesinin bazı pratik faydaları olacağı kanaatindeyiz.

⁴⁵² . Feyzullah, 71; Eren, *Borçlar*, II, 37; Karahasan, 170; Tiftik, 51

⁴⁵³ . İvaz, 142; Ferec, 383; Tunçomağ, 283; Akıntürk, *Borçlar*, 59; Tiftik, 51

⁴⁵⁴ . Eren, *Borçlar*, II, 37

⁴⁵⁵ . Huseynî, 138

⁴⁵⁶ - Bilmen, VII, 274; Mahmasanî, I, 170 - 171; Ferec, 386 - 387

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLİN SONUÇLARI

3.1. MADDÎ ZARAR

3.1.1. Tanım ve Kavram

Bir kimsenin iradesi dışında, rızası hilafına mal varlığında meydana gelen eksilmeye kısaca maddî zarar denir⁴⁵⁷. Maddî zarar, genel anlamıyla, bir kimsenin mal varlığına ilişkin zararlar olarak ifade edilir. Maddî zarar, para veya maddî bir değerle ölçülebilen bir özellik taşır. Bir kişinin mal varlığındaki maddî eksilmenin telafisi için maddî zararın nasıl ve ne kadar olduğunun iyice tesbit edilmesi gerekir.

Maddî zararın tazminat borcu doğurabilmesi için fahiş, yani çok açık bir zarar olması gerekmez, bazan basit gibi görünen ama maddî kayıplara sebep olan zararların da tazminat borcu doğurdukları görülmektedir⁴⁵⁸.

İslâm borçlar hukukuna göre, dar anlamda haksız fiil (amel-i gayr-i meşru') ile başkasının malına zarar verilmesi halinde fail için tazminat yükümlülüğü doğacağı kabul edilmiştir. Maddî mallar üzerindeki zarar, islâm borçlar hukukuna göre, genel olarak gasb veya itlaf şeklinde ortaya çıkar⁴⁵⁹. Gasb ve itlafı ilgili fıkıh katiplerinde genişçe malumat vardır⁴⁶⁰. Gelecek bölümlerde bunlar üzerinde duracağız.

İslâm borçlar hukukuna göre maddî zarar, özellikle maddî tazminat borcunun doğması için gerekli ve zorunlu unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir⁴⁶¹. Zira maddî zararın söz konusu olmadığı yerde maddî tazminat yükümlülüğünün varlığı kabul edilemez.

Kur'an-ı Kerim'deki, malların batıl yere ve haksızlıkla yenilmesini yasaklayan ayetlerde⁴⁶² de maddî zararın varlığının söz konusu edildiği açıktır.

⁴⁵⁷ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 63; Tunçomağ, 284; Aybay, 83; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 468; Tekinay, 683; Eren, *Borçlar*, II, 38; Karahasan, 170; Tiftik, 51

⁴⁵⁸ . Akıntürk, *Borçlar*, 59

⁴⁵⁹ . Kâsanî, VII, 164 - 165; Mahmasanî, I, 170; Senhurî, *Akd*, 68

⁴⁶⁰ . Semerkandî, III, 77; İbn Rüşd, II, 265; Kâsanî, VII, 164 - 165; Damad Efendi, II, 455; İbn Abidin, V, 527; Şevkanî, V, 355; Gamravî, 266; Mahmasanî, I, 170

⁴⁶¹ . Mahmasanî, I, 170; Senhurî, *Akd*, 68; Zuhaylî, *Daman*, 67; Ivaz, 142; Ferec, 386

Sünnetteki, *Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.*⁴⁶³, *Müslümanın kanı, malı ve ırzı diğer müslümanlara haramdır.*⁴⁶⁴ *Kim başkasına ait bir araziye ekerse...*⁴⁶⁵ v.b ifadelerde de maddî zararın varlığına işeret edilmiştir.

Maddî zarar, insanın sadece mal varlığına karşı değil, vücut bütünlüğüne ve benzer hukukî varlıklarına karşı işlenen haksız fiiller neticesinde de ortaya çıkabilir⁴⁶⁶. Bir kişinin vücut bütünlüğünü hedef alan haksız bir fiil neticesinde maddî bir zararın meydana gelmesi o kişinin vücut bütünlüğünün zarara uğramasına, mal varlığını oluşturan maddî değerlerden her hangi birine karşı işlenen haksız fiiller sonunda doğan zarar da mal varlığının maddî zarara uğramasına verilecek örneklerdir.

Maddî zarar, akde bağlı sorumlulukların yerine getirilmeyişinden doğabileceği gibi, akit dışı sorumluluk kabul edilen taksirli fiillerde de ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁷. Biz çalışmamızı taksirli fiillerin neticesi olarak sınırlandırdığımız için akdî sorumluluğun yerine getirilmeyişinden kaynaklanan maddî zararlar üzerinde durmayacağız.

3.1.2. Maddî Zararın Unsurları

Yukarıda izah etmeye çalıştığımız maddî zararın tanımından da açıkça anlaşılacağı gibi maddî zararın varlığından söz edebilmek için bir takım unsurların bulunması gerekir. Bu unsurların, kısaca da olsa, bilinmesinde, maddî zararın karşılanması olan maddî tazminatın tayin ve tesbiti açısından önemli faydalar olduğu kabul edilmiştir.

Bu çalışmamızda maddî zararın unsurlarını üç genel başlık altında toplayarak inceleme imkanı bulacağız. Zira maddî zararın unsurlarının üç ana başlık altında incelenmesi bu meselenin daha kolay ve rahat anlaşılması için yeterli olacaktır.

⁴⁶² . Bakara: 2 / 188, Nisa: 4 / 29, Nisa: 4/10, Isra: 17 / 34

⁴⁶³ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 313, V, 337; İbn Mace, Ahkam, 17

⁴⁶⁴ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 5, 54, 55; Buhârî, Cemaat, 11, Cenaiz, 32, İstikrah, 20, Vesaya, 9, İtik, 17, 19, Nikah, 81, Ahkam, 1; Müslim, İmare, 20; Ebu Davud, İmare, 13; Tirmizî, Cihad, 27

⁴⁶⁵ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 365, IV, 141

⁴⁶⁶ . Kâsânî, VII, 233; Zuhaylî, *Daman*, 68; Ivaz, 142; Huseynî, 138; Ferec, 387; Feyzullah, 71

⁴⁶⁷ . Senhûrî, *Mesadîr*, VI, 123; Senhurî, *Akd*, 959

3.1.2.1. Mal varlığı

Kişinin mal varlığı, onun ekonomik değer arzeden, para ile ölçülebilen hukukî değerlerinin meydana getirdiği bir bütündür⁴⁶⁸. Diğer bir ifadeyle, kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümüdür⁴⁶⁹.

Sorumluluk hukuku açısından mal varlığı, geniş manada anlaşılmalıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar, yani mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklar⁴⁷⁰, nisbî nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddî mallar üzerindeki fikrî ve sınaî haklar, bu manada mal varlığının önemli unsurlarını oluştururlar⁴⁷¹.

Pozitif hukukta hakim olan görüşe göre, zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de mal varlığını oluşturan değerler arasında kabul edilmektedir⁴⁷². Kişilik hakkı veya bu hakkı oluşturan hukukî varlıklar ilke olarak mal varlığı kapsamına girmemekle beraber bazan mal varlığını etkileyebilecek özellik taşırlar⁴⁷³.

İslâm hukukçularına göre, maddî değere haiz her hangi bir şeyin, müslüman açısından mal varlığını oluşturan değerler arasında kabul edilebilmesi için şu özelliklerini taşıması gerekir:

3.1.2.1.1. Malın mutekavvim olması

Yani her hangi bir malın, islâm hukukuna göre kendisine kıymet biçilebilir bir özellik taşıması gerekir⁴⁷⁴. Mesela, müslümanların tüketimini sağlamak amacıyla domuz eti, şarap, ölü hayvan⁴⁷⁵ gibi mallar islâm hukuku açısından, müslümana göre, kıymet ifade etmezler. Bu çeşit malların biriktirilmiş olması mal varlığı olarak değerlendirilmez. Ancak bu ve

⁴⁶⁸ . Eren, *Borçlar*, II, 38

⁴⁶⁹ . Tunçomağ, 284; Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, Ankara, 1989, 34

⁴⁷⁰ . Karaman, *İslâm Hukuku*, III, 10; Akıntürk, *Medeni*, 31

⁴⁷¹ . Eren, *Borçlar*, II, 38

⁴⁷² . Tandoğan, *Mesuliyet*, 65; Eren, *Borçlar*, II, 38; Karahasan. 174

⁴⁷³ . Eren, *Borçlar*, II, 38

⁴⁷⁴ . Kâsanî, VII, 167

⁴⁷⁵ . Bkz. Bakara: 2 / 173

benzeri malların gayri müslimlere satılması ve bu maksatla biriktirilmiş olunması durumu bunun istisnasıdır.

3.1.2.1.2. Malın memlûk olması

Mal şayet islâm hukukunun mubahat kabul ettiği cinsten ise, yani hiç bir kimsenin sahip olmadığı herkesin istifadesine sunulan cinsten ise mal varlığı içerisinde değerlendirilemez. Mesela, av hayvanı cinsinden olan havadaki kuş, denizdeki balık, nehirden akan su⁴⁷⁶, havadaki oksijen gibi mallar hayat açısından önemli değerlere sahip olduğu halde, islâm hukukuna göre memlûk olmadıkları için, her hangi bir kişinin mal varlığı değerleri arasında kabul edilemezler. Yani bu özellikteki mallar özel mülkiyete konu olma özelliğine haiz değildir.

3.1.2.1.3. Malın muhrez olması

İslâm hukukuna göre bir malın mal varlığını oluşturan değerler arasında kabul edilebilmesi için koruma altına alınmış mallardan olması gerekir. Mesela, savaşan iki taraf arasında kalan, korunma ihtimali olmadığı gibi emniyetle yanına gidilebilme imkanı da bulunmayan, ayrıca savaş sonunda nerede kalacağı belli olmayan bir mal mal varlığı içinde değerlendirilemez⁴⁷⁷. Yine avcının vurup peşini bıraktığı av hayvanı, sahibi tarafından terkedilmiş hayvanlar gibi mallar da islâm hukukuna göre onları terkeden kişilerin mal varlığı değerlerinden kabul edilemezler.

3.1.2.2. Mal varlığının eksilmesi

Maddî zarar, aynı zamanda mal varlığında meydana gelen bir azalmadır. Bu azalma ya mal varlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi ya da pasif değerlerin artması şeklinde ortaya çıkar. Aktif değerler üzerindeki haklardan her hangi birinin yok olması veya değerinin azalması yahut pasif değerlerin (borçların) artması hallerinde de maddî zarar

⁴⁷⁶ . Kâsanî, VII, 168

⁴⁷⁷ . Kâsanî, VII, 168

meydana gelir⁴⁷⁸. Pozitif hukuk açısından mal varlığındaki eksilmenin mevcut olup olmadığının tesbiti için, mağdurun mal varlığının mevcut şu anki durumu ile zarar verici fiil meydana gelmeseydi arzedeceği durumu mukayese etmek gerekir⁴⁷⁹. Bundan dolayı pozitif hukukta zarar, mağdurun mal varlığının bu iki durumu arasındaki fark olarak da ifade edilmektedir.

Şu halde tazminat açısından zararın tesbiti için, zarar görenin mal varlığının gösterdiği iki durum karşılaştırılarak aradaki fark bulunmalıdır. Mal varlığının her iki durumu arasındaki fark zarar görenin kaybolmuş menfaatidir. Dolayısıyla tazminatın doğru bir şekilde hesaplanması için bu menfaatin gözönünde bulundurulması gerekir.

İslâm hukukuna göre, zararlı fiil meydana gelmeseydi mal varlığının ifade edeceği muhtemel durum zarar olarak dikkate alınmaz. Kişinin mal varlığı içinde değerlendirilen mallardan her hangi birinin itlaf edilmesi yani kullanılamaz hale getirilmesi veya maksadının dışına çıkarılmış olması ya da bir kısmının tüketilmiş olması mal varlığının aktifinde meydana gelen eksilmenin bir örneğidir⁴⁸⁰. Yine bir kimsenin mal varlığı içinde kabul edilen her hangi bir malın gasbedilmesi⁴⁸¹ de mal varlığının aktifinin eksilmesi demektir.

Mal varlığının zarar görmesi demek olan mal varlığındaki eksilme genel olarak iki şekilde meydana gelir.

3.1.2.2.1. Fiili zarar (Kıymet noksanı)

Zarar verici fiil neticesinde kişinin mal varlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir çoğalma olması haline fiili zarar veya kıymet noksanı denir⁴⁸². Mal varlığının aktifini, aynî haklar, alacak hakları, gayri maddî mallar⁴⁸³ üzerindeki haklar teşkil eder. Zarar aktive dahil olan bu hakların kaybı veya kıymetlerinin azalması şeklinde olabilir. Bilhassa aynî hak konusu olan şeyin telef olması⁴⁸⁴ veya hasara uğraması gibi durumlarla zararı bertaraf etmek

⁴⁷⁸ . Eren, *Borçlar*, II, 39

⁴⁷⁹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 64; Eren, *Borçlar*, II, 39

⁴⁸⁰ . Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 740

⁴⁸¹ . Zeylaî, Osman b. Ali, *Tebyinu'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-Dekaik*, Beyrut, t.siz, IV, 139

⁴⁸² . Tandoğan, *Mesuliyet*, 64; Eren, *Eren*, II, 43; Kılıçoğlu, 225

⁴⁸³ . Karaman, *İslâm Hukuku*, III, 10, 11; Akıntürk, *Medeni*, 31

⁴⁸⁴ . Kâsanî, VII, 164; Feyzullah, 86

yahut artmasını önlemek için yapılan masraflar, zararın failini bulmak için, örfen cari olması durumunda, ödenen mükafatlar da mal varlığının aktifinin azalması şeklinde kendini gösteren fiili zarar türlerindendir⁴⁸⁵.

Mal varlığının pasifinde meydana gelen artışlar da fiili zarardır⁴⁸⁶. Bu artış bir borcun doğması veya artması şeklinde tezahür edebilir. Mesela islâm hukukuna göre, kişinin elinde bulunan, rehin ve emanet mala vereceği zararlar onun mal varlığının pasifinin azalmasını ifade eder⁴⁸⁷. Bu durum ise, hukukî açıdan fiili zarar, yani kıymet noksanı olarak değerlendirilir.

3.1.2.2.2. Kâr mahrumiyeti

Olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre mal varlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalma pozitif hukuk açısından kâr mahrumiyeti olarak ifade edilir⁴⁸⁸. Böyle durumlarda zarar verici fiilin vukuundan sonra mal varlığında bir azalma söz konusu değildir. Ancak zarar verici fiil meydana gelmeseydi mal varlığında bir çoğalma olacaktı. Bunun için kâr mahrumiyeti, farazi bir hesaba isnad edilmektedir. Burada mal varlığının gelecekte çoğalma ihtimali nazarı dikkate alınarak zarar verici fiilin bu çoğalmaya mani oluşu üzerinde durulur⁴⁸⁹. Mesela, yaralanan kimsenin iş ve gücünden geri kalmasında uğradığı zarar, yangın nedeniyle dükkanın bir süre açılammaması ya da hasar verilen otonun bir süre çalıştırılmamış bulunması sonucu uğranılan zarar kâr mahrumiyetine örnek verilebilir⁴⁹⁰.

Kâr mahrumiyeti, farazi bir hesaba dayandığından dolayı her farazi hesapta olduğu gibi mahrum kalınan kârın tespitinde de net bir miktar belirlenmesine imkan yoktur. Mesela, ticerethanesi kundaklanan kişinin yeni bir işyeri açıncaya kadar eski işyerinde elde

⁴⁸⁵ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 64

⁴⁸⁶ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 64; Kılıçoğlu, 224

⁴⁸⁷ . Semerkendî, III, 177; Gazalî, *Veciz*, I, 98; İbn Receb, 182 - 183

⁴⁸⁸ . Eren, *Mesuliyet*, II, 43; Karahasan, 173

⁴⁸⁹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 65; Tunçomağ, 284; Karahasan, 176

⁴⁹⁰ . Karahasan, 174

edebileceği mutad gelirlerinin ne kadar olacağının tam tesbitini yapmak imkansızlığı örneğinde olduğu gibi.

Bazı islâm hukukçularının, bir kişiyi çalışacağı işten, hapis veya benzeri şekilde, alıkoymak suretiyle kazancının engellenmesi durumunda, temin edeceği kazancın alıkoyan tarafından tazmin edilmesi gerekir şeklindeki görüşleri⁴⁹¹ kâr mahrumiyetini ifade eder mahiyette olsa da islâm hukukçularının çoğunluğuna göre, kâr mahrumiyeti mutlak olarak tazminata konu olacak şekilde değerlendirilmemiştir⁴⁹².

3.1.2.3. Mal varlığındaki eksilmenin irade dışı olması

Bir haksız fiilden sonra maddî zarardan söz edebilmek için zarar görenin menfaat kaybı onun iradesinin dışında meydana gelmelidir. İrade dışındaki bu azalma aynı zamanda zarar görenin rızasına muhalif olarak meydana gelmelidir. Kişinin mal varlığının azalması sonucunu doğuran olay zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi, doğal bir afet de olabilir⁴⁹³.

Mal varlığındaki eksilme bizzat mal sahibinin iradesiyle meydana gelen bir eksilme, temlik, istihlak veya her hengi bir harcama olabilir. Bütün bunlar iradeye bağlı olduğundan, tazminata konu olacak şekilde maddî zarar olarak kabul edilmezler⁴⁹⁴. Hanefî hukukçulardan Hamevî, zararın mağdurun rızası hilafına ve iradesi dışında meydana gelmesi gerektiğine dikkat çekmiştir⁴⁹⁵.

Aynı şekilde, başkasının borcunu kendi rıza ve iradesiyle üstlenen bir kişinin pasifini oluşturan değerler artarak mal varlığı azalmakla birlikte burada da bir zarar söz konusu değildir⁴⁹⁶. Ancak korkutma (ikrah) veya aldatma (garûr) neticesi başkasının borcunu üstlenip ödeme yapma yahut her hangi bir masrafa katlanma durumlarında mal varlığında meydana gelen eksilmeler irade dışı olduğundan zarar olarak kabul edilirler.

⁴⁹¹ . Merdavî, VI, 128 - 129

⁴⁹² . İmam Şafii, Muhammed b. İdris, *el-Umm*, Beyrut, t.siz, IV, 58; İbn Abidin, VI, 586

⁴⁹³ . Eren, *Borçlar*, II, 42

⁴⁹⁴ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 68; Eren, *Borçlar*, II, 42

⁴⁹⁵ . Hamevî, III, 209

⁴⁹⁶ . Eren, *Borçlar*, II, 42

İslâm hukukçularına göre, ikrah-ı mülci, yani ölüm tehdidiyle veya bir organını kaybetme tehdidiyle kişinin karşı karşıya kalması durumu, hem hür hareket etmeyi engelleyen, hem de rızayı ortadan kaldıran sebep olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Dolayısıyla bu gibi durumlarda yapacak oldukları tasarruflar rızaları hilafına olduğundan mal varlıklarında oluşan eksilmeler onlar için maddî bir zarar meydana getirecek nitelikte kabul edilmiştir.

İslâm hukukçularına göre aldatma (garûr) neticesinde insanların yapacakları harcamalarda da tam bir rıza ve irade olmadığından, bu çeşit harcamalar mal varlığında bir eksilme meydana getirebilecek nitelikte değerlendirilmektedir⁴⁹⁸. Bu durumun ise, maddî zarar kavramı içinde mutalaa edilmesi gerekir.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Mallarınızı aranızda batıl (haksız) yere yemeyin...*⁴⁹⁹, *...karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı batıl (haksız) yere aranızda yemeyin...*⁵⁰⁰ v.b ayetlerin ifadelerinden de irade dışı ve rıza hilafına olma unsurlarının islâm borçlar hukuku açısından dikkate alınması gerektiğine işaret vardır.

3.1.2. Maddî Zarar Çeşitleri

Maddî zararı değişik şekillerde tasnife tabi tutmak, bir çok çeşite ayırmak mümkündür. Ancak maddî zarar çeşitlerini çalışmamız açısından uygun olacak şekilde üç ana başlık altında inceleyeceğiz.

3.1.2.1. Şahsa verilen zarar (Cinayetler)

Ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda kişinin mal varlığında meydana gelen maddî eksilmeler, şahsa verilen zararı oluşturur⁵⁰¹. Bu çeşit zararlara cismanî zarar adı da verilmektedir. Zira bu durumda bir insanın hayatına, fizik ve ruh bütünlüğüne vaki ihlal sonucunda uğranılan maddî zarar söz konusudur. Vücut bütünlüğünün ihlalinin zararlı bir

⁴⁹⁷ . Ensârî, I, 166; Şakîrî'l-Hanbelî, 384; Hudarî, 106; Şaban, 256

⁴⁹⁸ . Ahmed, 78

⁴⁹⁹ . Bakara: 2 / 188

⁵⁰⁰ . Nisa: 4 / 29

⁵⁰¹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 69; Eren, *Borçlar*, II, 45; Kılıçoğlu, 225; Tiftik, 52

sonuç doğurmadığı durumlarda veya haksız fiilin zarar olarak nitelenemediği hallerde şahsa verilen zarardan bahsedilemez⁵⁰².

İnsanın anatomik yapısının bozulması veya hayatının son bulması şeklinde ortaya çıkan bu zararlar, insana yönelik bir saldırı fiilinden kaynaklanır. İslâm hukuku kaynaklarında bu şekildeki haksız fiiller “*el-Cinayât*” bölümlerinde değerlendirilmişlerdir.

İslâm hukukçularının değerlendirmelerine göre şahsa verilen zararlar, şahsı öldürme şeklinde olabileceği gibi onu yaralama veya bir organını kaybetmesine sebep verme şeklinde de olabilir⁵⁰³. Şahsa, yaralama şeklinde yapılan haksız saldırılara hukuk dilinde *müessir fiil* denilmektedir. Şahsa verilen zararlar islâm ceza hukukunda genişçe ele alınmış ve çeşitli yorumlamalarla beraber geniş bir platformda değerlendirilmiştir. Gelecek bölümlerde manevî tazminat açısından sorumluluk hukukunu ilgilendirdiği kadar üzerinde durulacaktır.

İslâm hukukunun aslî kaynaklarında yer alan müeyyideler insan hayatının hukukun koruması altına alındığının ifadeleridir. Mesela, kasten adam öldürme fiiline karşı Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında sizin için kısas yazıldı*⁵⁰⁴ şeklindeki hüküm insan hayatına karşı işlenecek fiillerin hukuka aykırılığının açık delillerinden biridir.

Yine hadisteki, *Şu üç şeyden biri olmaksızın müslümanın kanının akıtılması helal olmaz. Bunlar: Muhsan olup zina eden kişi, haksız yere bir cana kıyan ve dinini terk edip bozgunculuk yapan kişilerdir*⁵⁰⁵ ve *Müslümanın müslümana, kanı, malı ve ırzı haram kılınmıştır*⁵⁰⁶ gibi hükümler de islâm hukuku kaynaklarında yer alan ve insan hayatının korunması gerektiğine dikkat çeken ifadelerdendir.

Yukarıdaki ayet ve hadisler şahıs aleyhine haksız fiillerin işlenmesi karşılığında bir takım müeyyidelerin olacağına da hukukî dayanak teşkil etmektedirler. Şahsa verilen zararlarda zarar verici fiil şahsın azalarından birini hedef almış olabilir. Mesela, bir şahsın

⁵⁰² . İvaz, 142; Huseynî, 139; Eren, *Borçlar*, II, 45; Kaya, 34

⁵⁰³ . Kâsanî, VII, 133, v.d

⁵⁰⁴ . Bakara: 2 / 178

⁵⁰⁵ . Buharî, Diyat, 6; Müslim, Kasame, 25; Ebu Davud, Hudud, 1; Tirmizî, Hudud, 15, Diyat, 10,

⁵⁰⁶ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 5, 54; Buharî, Cemaat, 11, Cenaiz, 32, Vesaya, 9, İtk, 17, 19, Ahkam, 1; Müslim, İmare, 20; Ebu Davud, İmare, 13; Tirmizî, Cihad, 27

her hangi bir uzvunu kesme, yaralama veya vücudun her hangi bir bölgesini tahrib etme⁵⁰⁷ fiillerinde durum böyledir.

Şahsı yaralayacak şekilde vuku bulan müessir fiil kişinin mal varlığında maddî bir eksilmeye sebebiyet vermişse maddî zarar söz konusudur. Yaralama fiilinin zararlı bir sonuç doğurmadığı durumlarda şahsa verilen maddî bir zararın varlığından bahsetmek mümkün değildir.

Bir kişinin yaralanması neticesinde doğal olarak ortaya çıkan tedavi masrafları onun mal varlığında bir eksilme meydana getirmektedir. Bu kişi yaralanma neticesinde hiç iş kaybına uğramamış olsa bile tedavi masrafları onun için maddî bir zarar doğurmaktadır. İslâm hukukçularına göre bu tedavi masraflarının tazmin edilmesi, şahsın uğradığı maddî zararın giderilmesi zorunluluğu vardır⁵⁰⁸.

3.1.2.2. Mala verilen zararlar (Nası ızrar)

Mala verilen zarar, maddî malların hasara uğratılması, tahribi, zayi edilmesi veya tüketilmesi gibi ihlalleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlardır⁵⁰⁹.

Kişinin mal varlığını oluşturan mallardan maddî değer taşıyan ve islâm hukukunun bir şeyin mal varlığını oluşturan maddî mallardan sayılabilmesi için koyduğu hükümleri haiz olan şeylerin gasbedilmesi veya çeşitli şekillerde itlaf edilerek⁵¹⁰ zarara uğratılmasını islâm hukukçuları mala verilen zarar olarak değerlendirmişlerdir.

Bazı islâm hukukçuları mala karşı işlenen zarar verici fiillere gasb ve itlafın dışında hırsızlık ve yol kesme gibi cürümler ile iradeyi ve rızayı ortadan kaldıracak niteliğe olan ikrahı da ilave etmektedirler⁵¹¹. Bunun gibi, islâm hukuku kaynaklarında geçen, ta'yib (ayıplı kılma), tağyir (özellikliğini değiştirme), tağyib (gizleme, saklama), ihtilat (karıştırma)

⁵⁰⁷ . İbn Rüşd, II, 339; İbn Humam, X, 203; Şirbinî, IV, 2; İbn Abidin, VI, 527; Ğamravî, 477

⁵⁰⁸ . İmam Şafii, VI, 204; İbn Abidin, VI, 586; Merdavi, VI, 129

⁵⁰⁹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 69; Eren, *Borçlar*, II, 45; Kılıçoğlu, 225; Tiftik, 52

⁵¹⁰ . Kâsanî, VII, 164; İbn Humam, IX, 315; Damad Efendi, II, 435; Senhurî, *Akd*, 68; Mahmasanî, I, 170; Kaya, 24

⁵¹¹ . Abdusselam, Sa'id, *et-Ta'vid an Dararı'n-Nef'i fi'l-Kanuni'l-Vad'i ve'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'd-Duvelî'l-Arabî*, İskenderiye, Mısır, 1990, 109

gibi durumlar da mala verilen zararlar arasında değerlendirilirler. Çalışmamızda ağırlıklı olarak itlaf ve gasb meselesini değerlendirirken bu sözcüklere de yeri geldikçe, zaman zaman değineceğiz.

3.1.2.2.1. İtlaf suretiyle mala verilen zararlar

İtlaf, yeme veya benzeri şekilde birşeyi tüketmek, bir şeyin tükenmesi, tüketilmesi⁵¹², helak edilmesi, işe yaramaz hale getirilmesi ve heder edilmesi⁵¹³ gibi sözlük manalarına gelir. İslâm hukukçularının hukukî bir terim olarak ifade ettikleri itlaf ise, bir şeyi adeten istifade edilecek durumunun dışına çıkartarak ya hiç faydalanılamaz veya az faydalanılabilir hale getirmektir⁵¹⁴. İslâm hukukçuları itlafi, cemadât, hayvanât ve insan gibi varlıkları da kapsayacak şekilde geniş bir platformda değerlendirmişlerdir⁵¹⁵. Biz insanı bu sınıflamanın dışında değerlendirmeye çalışacağız.

İslâm hukukçuları itlafın hem mübaşeret, hem de tesebbüb olmak üzere iki şekilde meydana gelebileceği üzerinde önemle durmuşlardır.

Mübaşeret itlaf, kişinin bir şeyi bizzat kendisinin telef etmesi demektir.

Tesebbüb itlaf ise, kişinin bir fiili işleyip bu fiilin neticesinde arzu edilmeyen bir şeyin telef edilmesidir⁵¹⁶. Telefin, mübaşeret olduğu gibi doğrudan doğruya meydana gelmesi ile, tesebbübde olduğu gibi sebep olunarak meydana gelmesinde zararın doğması açısından fark yoktur⁵¹⁷. Her iki durumda da tazminat borcunu doğuracak olan zararın varlığı söz konusu olmaktadır.

⁵¹² . Zamahşerî, Ebu'l-Kasım Mahmud b. Ömer. *Kitabu Esasi'l-Belağa*, b.y, 1882, I, 55; Cevherî, İsmail b. Hamad, *es-Sihah, Ta'cu'l-Luğa ve's-Sihahi'l-Arabî*, Beyrut, 1990, IV, 1333; Mustafa-Zeyyat-Abdulkadir-Nebbaz, İbrahim-Ahmed Hasan-Hamid-Muhammed Ali, *el-Mu'cemu'l-Vasît*, İstanbul, 1986, I, 87

⁵¹³ . İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem el-Misrî, *Lisanu'l-Arab*, Beyrut, t.siz, IX, 18

⁵¹⁴ . Kasanî, VII, 164; 'İci, Muhammed Abdulmun'im, *Nazretü'l-Kur'an İle'l-Cerime ve'l-İkab*, Kahire, 1988, 140; Zuhaylî. *Fıkh*, V, 740; *el-Mevsu'atü'l-Fikhiyye*, XXXI, 229; Abdusselam, 111

⁵¹⁵ . Kasanî, VII, 164; İbn Receb, 218; *el-Mevsu'atü'l-Fikhiyye*, I, 222; Ahmed, 67

⁵¹⁶ . Kasanî, VII, 164; Mec. mad. 887, 888; *el-Mevsu'atü'l-Fikhiyye*, I, 223; Abdusselam, 112

⁵¹⁷ . Kasanî, VII, 164; İbn Cüzey, 337; *el-Mevsu'atü'l-Fikhiyye*, I, 223; Zuhaylî, *Fıkh*, V, 741 .

3.1.2.2.1.1. Malın tamamen itlaf edilmesi

Mala verilen zararların en belirgin olanı, o malın tamamen yok edilmesi şeklinde ortaya çıkan zararlardır. İslâm hukuku açısından bu çeşit zararlar tamamen tazmine konu olurlar. Mesela, bir elbiseyi yakmak, hayvanı öldürmek, yiyecek maddesini yiyerek tüketmek⁵¹⁸, v.b gibi zararlarda malın tamamen telefi söz konusudur.

İslâm hukukçularına göre, bir şeyin tamamen itlafında hakikaten ve hükmen itlaf olmak üzere iki itlaf söz konusudur. Hakikaten itlaf, bir eşyanın gözle görülecek şekilde yok edilmesi, yiyecek maddesinin yenilip tüketilmesinde olduğu gibi. Hükmen itlaf ise, bir eşyanın aslı mevcut olmakla birlikte kullanılmasına veya faydalanılmasına engel olacak bir durumun oluşmasıdır. İare akdinde aynu'l-mestearın talepten sonra veya müddetin sona ermesinden sonra mu'ire teslim edilmeyip alıkonulması durumunda olduğu gibi⁵¹⁹.

Kısaca, bir malın tamamen itlafi şeklinde zarara uğratılması, onu bütün parçalarıyla ortadan kaldırmak veya kullanma imkanı bırakmayacak bir şekilde tasarrufta bulunarak o malı hizmet dışına itmektir.

3.1.2.2.1.2. Malın kısmen itlaf edilmesi

Kısmen itlaf, bir malın zarar verici fiilden sonra kalan parçalarının işe yarar, kullanılabilecek şekilde olmasıdır.

İslâm hukukçuları kısmî itlaf için *noksan* veya *fesad* gibi terimleri kullanmışlardır. Bir malın kısmen itlafi da, malın değerinde veya yapısında bir eksilme meydana getirdiği için, islâm hukukuna göre, tazmine konu olan durumlardandır. Kısmen itlaf halinde ödenmesi gereken tazminat zarar miktarı kadardır. Böyle durumlarda malın tamamının tazmini söz konusu değildir⁵²⁰.

Bir maldaki kısmî itlafi, islâm hukukçuları malın gördüğü zarara göre az eksilme (*fesad-ı yesir* veya *noksan-ı yesir*) ve çok eksilme (*noksan-ı fahiş* veya *fesad-ı kebir*) olmak üzere iki kısımda değerlendirmişlerdir. Mesela bazı islâm hukukçularına göre bir malın

⁵¹⁸ . Karafî, IV, 30; Eklil, Muhammed el-Emir el-Kebir, *Şerhu Muhtasari'l-Halil*, Kahire, t.siz, 190; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XIII, 266; Abdusselam, 111

⁵¹⁹ . Kasanî, VII, 149; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, I, 217; Kaya, 25

⁵²⁰ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 85; İbn Rüşd, II, 267; Kasanî, VII, 155; İbn Kudame, *Muğni*, V, 247

dörtte biri veya daha az bir kısmı itlaf edilmiş ise, noksan-ı yesir söz konusudur. Bu durumda mala zarar veren kişi noksan kıymeti tazmin eder⁵²¹.

Malikî hukukçuları maldaki kısmî itlafı *fesad* terimiyle ifade ederler. Onlara göre haksız fiile maruz kalan malda meydana gelen az bir eksilme küçük bir ifsaddır. Büyük ifsad ise, maldaki bir kısım menfaatlerle birlikte malın varlığındaki asıl gayeyi de yok edecek şekilde eksilmelerdir⁵²².

Günlük hayatta eşyaya ilişkin zararlardan en çok karşılaştığımız zarar şekli malların kısmen itlafıdır.

3.1.2.2.1.3. Maldaki artışların itlafı

Mal varlığını oluşturan mallarda kendiliğinden meydana gelen bir takım artışlar olmaktadır. İslâm hukukunda *nema* veya *ziyade* olarak isimlendirilen bu artışların her hangi bir haksız fiil sonucu eksilmeleri de zarar doğuracak mahiyettedir.

İslâm hukukçuları, mallarda meydana gelen artışları (*nema*, *ziyade*) mala bitişik artışlar ve maldan ayrı artışlar olmak üzere iki kısma ayırırlar. Hanefî kaynaklarda bunlar *ziyade-i muttasıl* ve *ziyade-i munfasıl* olarak ifade edilmiştir⁵²³. Diğer bazı islâm hukukçuları ise *nema-ı muttasıl* ve *nema-i munfasıl* isimlerini kullanmaktadırlar⁵²⁴. Bazı islâm hukukçuları ise mala bitişik olan artışları *nema* olarak, ayrı olan artışları ise *ğalle* olarak isimlendirmişlerdir⁵²⁵.

Maldaki artışlar ister mala bitişik olsun, isterse ayrı olsun bunlara karşı işlenen haksız fiiller neticesinde bunlarda meydana gelecek eksilmelerin islâm hukukuna göre bir zarar teşkil edeceği açıktır.

3.1.2.2.1.4. Malın özelliklerinin değişmesi

Malın özelliklerinin değişmesi durumu, her hangi bir haksız fiile maruz kalan malın bazı vasıflarının yok olması veya değişmesi sonucu meydana gelen değer kayıplarını ifade

⁵²¹ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 86; Kasanî, VII, 158; İbn Cüzey, 338; Mec. mad. 900

⁵²² . İmam Malik, Malik b. Enes, *el-Mudevvenetü'l-Kübra*, Beyrut, t.siz, V, 341; İbn Rüşd, II, 267; İbn Abdilber, II, 842; İbn Cüzey, 337

⁵²³ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 54; Kasanî, VII, 160

⁵²⁴ . İbn Kudame, *Umde*, 166; İbn Receb, 172; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 237

⁵²⁵ . İbn Rüşd, II, 269

eder. Malın fiziki yapısında hiçbir eksilme olmadığı halde niteliklerinin kısmen veya tamamen telef olması o mal için ekonomik anlamda bir değer kaybı olabilir. Mesela, meyve gibi malların kurutularak vasıflarının değişmesi, kumaşın boyanarak renginin değişmesi, bir hayvanın yedirilip içirilmeyerek zayıflatılması⁵²⁶ gibi durumlarda bir kıymet değişimi söz konusu olmaktadır.

İslâm hukukuna göre maldaki vasıf değişiklikleri şayet onda bir zarar meydana getirecek şekildeyse o zaman malın özelliklerinin değişmesiyle zarara uğraması söz konusu olur. Vasıf değişikliğinden bir kıymet artışı meydana gelmiş ise, bu durum, islâm hukukçuları tarafından daha farklı mütalaa edilmiştir⁵²⁷.

3.1.2.2.2. Gasb suretiyle mala verilen zararlar

Gasb, sözlük manası itibariyle, bir şeyin zorla ve haksızlıkla alınması⁵²⁸, cebir ve zulümle bir nesnenin alınması⁵²⁹ gibi anlamlara gelmektedir. İslâm hukuku terimi olarak gasb ise, bir kimsenin mütekavvim ve muhterem bir malını haksız yere elinden almak yahut tasarrufundan çıkarmaktır⁵³⁰. Bir başka ifadeyle, zor kullanmak suretiyle başkasının malını istila etmek veya o mal üzerinde haddi aşmaktır⁵³¹. Gasb, birisinin akardan veya menkul maldan doğan hakkını haksız yere, zorla istila etmek⁵³² veya kıymet ifade eden, hukukî

⁵²⁶ . Kasanî, VII, 156 - 157; İbn Receb, 158; Şirbinî, II, 291; Mec. mad. 897, 899, 900; Eklil, 346; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238

⁵²⁷ . Bkz. Maldaki artışların itlafi başlıklı konu

⁵²⁸ . Zamahşerî, II, 110; Nekkî, Abdunnebi b. Abdürresul el-Ahmed, *Camîu'l-Ulum fî Istılahatî'l-Funun*, Beyrut, 1975, III, 5; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 228

⁵²⁹ . İbn Manzur, I, 648; Mustafa b. Şemsiddin, *Ahter-i Kebir*, Daru't-Teba'ati'l-Amire, 1302, 729

⁵³⁰ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 54; Kâsanî, VII, 143; İbn Kudame, *Umde*, 166; Merğinanî, III, 58; Şirbinî, II, 275; Bağdadî, 117; *Fetevay-ı Hindîyye*, V, 119; Erdebilî, I, 353; Bilmen, VII, 327; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 707

⁵³¹ . Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas Ahmed b. Hamza b. Şihabiddin (Meşhur bi's-Şafii's-Sağır), *Nihayetu'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhac*, Mısır, 1967, V, 144; İbn Cüzey, 334; Hısnî, Takıyuddin Ebi Bekr b. Muhammed el-Huseynî eş-Şafii, *Kifayetu'l-İhtiyar fî Halli Ğayeti'l-İhtisar*, Beyrut, 1996, 339; Eklil, 344; Kenanî, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdillâh b. Selmun, *Kitabu'l-Akdî'l-Muzam li'l-Hukkam fima Yecrî Beyne Eydihim Mine'l-Ukud ve'l-Ahkam*, Beyrut, t.siz, II, 70; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 228

⁵³² . Abdulhak el-Bağdadî, Safiyuddin Abdulmu'min b. Kemaliddin el-Hanbelî, *Kavaidu'l-Usul ve Menakidu'l-Fusul*, Beyrut, t.siz, 131

değere haiz, maddî özellik taşıyan her hangi bir malını alıp zapt etmek⁵³³ şeklinde de tanımlanmıştır.

Taberî gasbı, “başkasının malını zorla (kahren), mülke galebe çalarak ya da kuvvet kullanarak almak” şeklinde ifade etmiştir⁵³⁴. Görüldüğü gibi gasb sözcüğü islâm hukukunda mezheplere göre, hatta yazardan yazara göre değişebilen manalarda kullanılmaktadır. Böyle olmakla beraber en geniş manasıyla gasb, bir malı sahibinin veya yetkili kimsenin izni olmadan açıkça ve zorla alarak malikinin zilyedliğini gidermek ve yerine haksız bir zilyedlik kurmak şeklinde tanımlanabilir⁵³⁵.

Başkasına ait bir malı gasbetmek suretiyle onun mal varlığında maddî bir eksilme meydana getirileceği açıktır. Bu gibi durumlarda maddî bir zararın varlığı da kaçınılmaz olacaktır. Bu şekilde meydana gelen zararların ise, islâm hukukçularına göre tazminat borcunu doğuracağında şüphe yoktur⁵³⁶. Bu durumda meydana gelen tazminat borcunu da zararlı fiili işleyen faile yüklemek gerekmektedir.

İslâm hukukunun aslî kaynağı Kur'an-ı Kerim'de **...onların arkasında her (sağlam) gemiyi gasbetmekte olan bir kral vardı**⁵³⁷ ayetinde geçen gasb kelimesinin özünde, bir malın sahibinin rızasının hilafına zorla ele geçirilmesi veya alıkonulması şeklinde bir anlamın bulunduğu görülür⁵³⁸. Yine, Kur'an-ı Kerim'deki, **Ey iman edenler! karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı aranızda haksız yere yemeyin...**⁵³⁹ ve **Yetimlerin mallarını haksız yere yiyenler karınlarına ancak ateş tıkmış olurlar...**⁵⁴⁰ v.b gibi ayetler de gasb olayının kişilerin mal varlığında maddî zarar meydana getirecek haksız

⁵³³ . Fikri Yavuz, Ali, *İslâm Fıkhı ve Hukuku*, İstanbul, 1970, 227

⁵³⁴ . Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir, *İhtilafu'l-Fukaha*, Beyrut, t.siz, 170

⁵³⁵ . Aydın, Mehmet Akif, *Gasb*, T.D.V.İ.A. 13. Cilt, 1996, 387

⁵³⁶ . Merğınanî, III, 59; İbn Rüşd, II, 265; Şirbinî, II, 275; Meydanî, II, 188; Erdebilî, I, 353; Abdusselam, 109

⁵³⁷ . Kehf: 18 / 79

⁵³⁸ . Aydın, 387

⁵³⁹ . Nisa: 4 / 29

⁵⁴⁰ . Nisa: 4 / 10

fiillerden olduğuna delil olarak kullanılabilecek mahiyettedir. Bundan dolayı bu ayetler, islâm hukukçuları tarafından gasbın gayr-ı meşruluğu için delil olarak gösterilmektedir⁵⁴¹.

Hukuka aykırı fiillerden olan gasb durumunu ifade edecek mahiyette sünnette de bazı hükümler mevcuttur. Mesela, gasbla ilgili olduğu kabul edilen bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.), *Bu gününüz, bu ayınız ve bu beldenizin haram olduğu gibi kanlarınız ve mallarınız da birbirinize haramdır*⁵⁴² buyurmuştur. Bir başka hadiste de, *Kim başkasının arazisine izinsiz bir şey ekerse ektiğinden kendisine bir hak yoktur, bu onun nafakası kabul edilir*⁵⁴³ buyurulmaktadır. Gasbla ilgili başka bir hadiste ise, *Müslüman bir kimsenin malı başkasına ancak rızasıyla helal olur*⁵⁴⁴ hükmü ifade edilmiştir. Bu konuyla alakalı olan diğer bir hadiste ise, *Kim haksız yere başkasının arazisinden bir şey alırsa...*⁵⁴⁵ buyurulmuştur. Bu ve benzeri gibi hadisler islâm hukukçularının gasbın gayr-ı meşruluğu için delil olarak kabul ettikleri hadisler arasında yer almaktadır⁵⁴⁶.

Yukarıdaki hadislerden de açıkça anlaşılacağı üzere, başkasına ait bir araziye izinsiz birşey eken veya bina gibi bir yatırım yapan kişi o araziye sahip olamayacağı gibi, bazı islâm hukukçularına göre hiçbir hak da talep edemez⁵⁴⁷.

Mecelle’de gasb için bir bölüm ayrılması islâm hukukunun gasb suretiyle mala zarar verme konusuna verdiği ehemmiyeti göstermektedir. Mecelle’de olduğu gibi islâm hukukuna ait klasik kaynakların hemen hepsinde *kitabu’l-gasb* veya *babu’l-gasb* adlarıyla müstakil bölümler bulunmaktadır. Bunlar da gasb fiilinin islâm hukukçuları tarafından mal varlığında zarar meydana getiren haksız fiillerden kabul edildiğinin çok açık bir şekilde ortaya koyduğu gibi islâm hukukçularının meseleye verdiği ehemmiyetin açık delilleridir.

⁵⁴¹ . Taberî, *İhtilaf*, 169; Bacurî, Şeyh İbn İbrahim, *Haşiyetü’l-Bacurî ala Şerhi’l-İzzî*, Beyrut, t.siz. II, 11; Zekerîyya Ensarî, Ebu Yahya Zekerîyya, *Şerhu Minhaci’t-Tullab*, Mısır, 1950, III, 109; Mevsilî, III, 59; Hısnî, 338; Kevserî, Muhammed Zahid b. Hasan, *en-Nuketü’t-Tarîfe fi’t-Tehaddüs an Rudûd İbn Ebi Şeybe ala Ebi Hanîfe*, Kahire, 1365, h. 151; *el-Mevsu’ukü’l-Fıkhiyye*, XXXI, 230

⁵⁴² . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 313, 480, IV, 86

⁵⁴³ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 365, IV, 141

⁵⁴⁴ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 72; Buharî, Vesaya, 8

⁵⁴⁵ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 99; Buharî, Mezalim, 13; Müslim, Maslahat, 138, 139, 140

⁵⁴⁶ . Şirazî, II, 374; Bacurî, II, 11

⁵⁴⁷ . San’anî, Muhammed b. İsmail, *Subulu’s-Selam Şerhu Buluği’l-Meram min Cem’i Edilleti’l-Ahkam*, Beyrut, 1988, III, 138

3.1.2.2.1. Gasbedilen malın eksilmesi

Gasbedilen mal gasıbın (malı gasb eden kişi) elindeyken, mağsubda (gasbedilen mal) bir eksilme söz konusu olabilir. Bu eksilme gerek gasıb tarafından gerekse üçüncü kişiler tarafından meydana getirilmiş⁵⁴⁸ olsun her halükarda mağsubda bir kıymet noksanı oluşur.

Gasbedilen maldaki noksanlıklar islâm hukukuna göre, tamzinata konu olacak şekilde bir zarar olarak kabul edilmiştir⁵⁴⁹. Hanefî hukukçularına göre, gasbedilen maldaki eksilmeler dörtte bir ve dörtte birden daha fazla olmak üzere iki şekilde değerlendirilmiştir. Her iki durumdaki eksilmeler tazminata konu olacak şekilde ifade edilmiştir. Bu çeşit eksilmelerde gasıbın taksiri bulunup bulunmaması durumu müsavî olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁰.

İslâm hukukçuları gasbedilen malda gasıbın bir mudahalesi olmaksızın mağsubun piyasa fiyatındaki düşmeleri malda meydana gelen eksilmeler sınıfına sokmamışlardır⁵⁵¹. Zira bir malın piyasa değerindeki fiyat hareketlerinin malın aslıyla alakası bulunmamaktadır. Bundan dolayı gasbedilen malın piyasa fiyatındaki değer kayıpları islâm hukukuna göre, zarar olarak kabul edilmemiştir.

Gasbedilen mal gayr-ı menkul mallardan ise, yanlış veya hatalı kullanımdan dolayı malda meydana gelen eksilmeler de islâm hukukçuları tarafından zarar olarak nitelendirilmiştir⁵⁵². Ancak hanefî hukukçularına göre gayr-ı menkul mallarda, belli şartlar haricinde, gasıbın cari olmadığı görüşü hakimdir⁵⁵³. Bu mesele üzerinde çalışmamızın ikinci kısmı olan tazminat kısmında durulacağı için burada fazlaca değinmeye ihtiyaç duyulmamıştır.

3.1.2.2.2. Gasbedilen maldaki artışların zarara uğraması

Gasbedilen malda gasıbın hiç bir mudahalesi ve tasarrufu olmadan meydana gelen bir takım artışlar olabilir. Mesela gasbedilen bir koyunun verdiği süt, yavrusu kendiliğinden

⁵⁴⁸ . İbn Abdilber, II, 842

⁵⁴⁹ . İmam Malik, *Mudevvene*, IV, 389; İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, *el-Muhalla*, Beyrut, t.siz, VIII, 144; Şirazi, II, 376; Zekerîyya Ensârî, III, 110; İbn Kudame, *Umde*, 166; Ebu'l-Leys Semerkandî, Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim, *Uyunu'l-Mesail*, Bağdad, 1967, II, 231

⁵⁵⁰ . İbn Abidin, VI, 181; Mec. mad. 903 Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 728 - 729

⁵⁵¹ . Mec. mad. 900

⁵⁵² . Çamravî, 268; Mec. mad. 905

⁵⁵³ . Merğınanî, IV, 12; Damad Efendi, II, 458

meydana gelen artışlardandır. Bunlar hukuken mağsubun minhe (malı gasbedilen) aittir. Bundan dolayı maldaki artışların gasıb tarafından tüketilmesi mağsubun minh için bir zarar olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁴.

Gasbedilen mal gasıbın yanındayken onda meydana gelen artışlar haneî hukukçuların görüşlerine göre emanet olarak kabul edilerek bu artışlar üzerinde emanet mallara uygulanan hükümler uygulanmalıdır. Yani, gasbedilen mallardaki artışların eksilmesi, fesada uğraması veya telef olması gibi durumlarda gasıbın kusur ve teaddisi varsa bir zararın varlığı söz konusu olmakta, kusur ve teaddisi yoksa zarar söz konusu olmamaktadır⁵⁵⁵.

Malikî, şafii ve hanbelî hukukçulara göre, gasbedilen maldaki (mağsub) artışlar gasbedilen malın kendisinden bir parça olarak kabul edilir⁵⁵⁶. Bu hukukçular gasbedilen maldaki artışlara verilen zararları gasbedilen malın kendisine verilmiş gibi telakki etmişlerdir.

3.1.2.2.3. Gasbedilen malın menfaatlerinin zarara uğraması

Gasbedilen malın menfaatlerinde meydana gelen eksilmelerin zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği islâm hukuk doktrininde tartışmalı meselelerdendir. Bu ihtilaf mefaatlerin mallar gibi kabul edilip edilmeyeceği esasına dayanmaktadır.

Haneî hukukçularına göre gasbedilen malın menfaatlerinin zarara uğramış olması ancak malın mal-ı mevkuf, mal-ı yetim veya mu'addun li'l-isti'lal (kiraya verilmek üzere hazırlanmış mal) olması durumlarında kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Diğer hallerde gasbedilen malın menfaatleri için bir zararın varlığı kabul edilmemiştir⁵⁵⁸. Ancak gasbedilen maldan gasıbın faydalanmasının helal olmayacağı görüşü haneîler arasında yaygındır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ . Semerkandî, III, 93; Merdavî, VI, 160; Seyyid Bey, *Fıkah Usulü Dersleri*, İstanbul, 1328, 128

⁵⁵⁵ . Mevsilî, III, 64; Damad Efendi, II, 465; Seyyid Bey, 128; Zuhaylî, *Fıkah*, V, 712

⁵⁵⁶ . İbn Rüşd, II, 296; Nevevî, Ebu Zekerriyya Muhyeddin b. Şeref, *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut, t.siz, XIV, 248; İbn Kudame, *Umde*, 166; Şirbinî, II, 291; Merdavî, VI, 160; Ğamravî, 273; Zuhaylî, *Fıkah*, V, 712

⁵⁵⁷ . İbn Abidin, VI, 46, 176 ; Mec. mad. 459, 596; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238; Zuhaylî, *Daman*, 121

⁵⁵⁸ . Semerkandî, III, 90; Debbusî, Ubeydullah b. Ömer, *Te'sisu'n-Nazar*, Kahire, t.siz, 86; Mevsilî, III, 64; İbn Humam, IX, 354; Damad Efendi, II, 467; Seyyid Bey, 129

⁵⁵⁹ . Taberî, *İhtilaf*, 177; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238; Sabık, Seyyid, *Fıkhu's-Sünne*, Byrut, 1992, III, 236

Malikî, Şafii ve Hanbelî hukukçularına göre, her hangi bir malı gasbeden kişi gasbedilen maldan menfaatlenmesi veya menfaatlenmeyip malı atıl bırakılmasını ya da gelir getirmek üzere kiraya vermesi hallerini müsavî kabul etmek üzere her halükarda zararın meydana geleceği esasını kabul etmişlerdir⁵⁶⁰.

3.1.2.2.4. Gasbedilen malın gasbedilmesi

Gasbedilen bir malın gasıbın elindeyken başkası tarafından gasbedilmesi de zarara konu olan bir durumdur. Ancak buradaki zarar gasıb için değil mağsubun minh içindir. Zira gasıbdan gasbedilen mal gasıbın mülkü olmadığı için onun zarara uğraması söz konusu değildir. Böyle olmakla beraber islâm hukukuna göre, birinci gasıb, malın kendisinden gasbedilmesinden dolayı, zararı tazmin borcundan kurtulmuş kabul edilmez⁵⁶¹.

Mal-i mağsubun gasıbdan gasbedilmesi durumunda islâm hukukçuları mağsubun minhin zararını tazmin için muhayyer olduğunu, yani gasıbların her ikisine de mağsubu tazmin ettirebileceğini kabul etmektedirler⁵⁶².

3.1.2.3. Menfaatlere verilen zararlar

3.1.2.3.1. Menfaatlerin hukukî statüsü

Menfaatlere karşı işlenen haksız fiillerin, mallarda olduğu gibi, zarar doğurup doğurmayacağı islâm hukuk doktrininde ihtilaflı meselelerdendir.

Hanefî hukukçulara göre, menfaatler mallar gibi değerlendirilmemişlerdir. Çünkü menfaatler sadece ortaya çıktıkları anda mevcut olup biriktirilmeleri, işgal edilmeleri ve ihrazları mümkün görülmemektedir. Menfaatler belirli zamanlarda ortaya çıkarlar, ortaya çıkmadan önce ise, hukukî ifadesiyle, *madum*'durlar ve elde edilmekle de tekrar yok olacaklardır. Aynı zamanda menfaatleri mal edinme (temevvül) mümkün olmadığından mal olma sıfatları da düşünülemez⁵⁶³.

⁵⁶⁰ . Taberî, *İhtilaf*, 176; Şirazî, II, 374; İbn Rüşd, II, 269; Debbusî, 86; İbn Kudame, *Umde*, 166; Nevevî, *Mecmu'*, XIV, 274; Şirbinî, II, 286; İbn Abdilber, II, 844; Ğamravî, 270; Kenanî, II, 72; Hısnî, 339; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 735

⁵⁶¹ . İbnu's-Şihne, 283; Mec. mad. 910

⁵⁶² . İbnu's-Şihne, 283; Mec. mad. 910; Zuhaylî, *Daman*, 138

⁵⁶³ . Serahsî, *Mebcut*, XI, 79; Kasanî, VII, 145; Zeylaî, V, 234; Debbusî, 86; Zeydan, Abdülkerim, *el-Medhal li Diraseti's-Şeriat'l-İslâmiyye*, Bağdad, 1969, 219; Ali Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-*

İslâm hukukuna göre bir malın mutekavvim oluşundan, kendisinden faydalanmanın mübahlığı, değil de *mal-ı muhrez* olması kastediliyorsa, haneî hukukçulara göre, menfaatlerde mutekavvimlik vasfı da yoktur. Ayrıca menfaatin madumiyeti de mutekavvim olmasına manidir. Bundan dolayı haneî mezhebinde *menfaatler tek başına mutekavvim mal sayılmazlar* şeklinde bir kaide konulmuştur⁵⁶⁴.

Haneî hukukçulara göre, mutekavvim mal sayılmayan ve satışları caiz olmayan menfaatler, icare, ariyet, vakıf gibi akitlere konu teşkil etmesi durumu, menfaatin *mülk* olduğu ve akitle mütekavvimlik kazanacağı şeklinde izah edilmiştir⁵⁶⁵. Zira menfaatlerin akde konu olması gerektiği hususunda nasslar vardır, örf ve adet caridir, zaruret söz konusudur. Bu hukukçuların görüşüne göre, menfaatler üzerinde iki tarafın (muteakideyn) rızası bulunursa o zaman menfaatler mutekavvim mallar gibi değerlendirilerek akitlere konu olabilirler⁵⁶⁶.

Çoğunluğu teşkil eden islâm hukukçularına (cumhur) göre ise, menfaatler hem mal, hem de mutekavvim mal olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁷. Çünkü maddî mallar insanların faydalanmaları için yaratılmış olan şeylerdir. Menfaatler de böyledir. Bir aynın kendisinden istifade edilebiliyorsa o ayn mal olarak kabul edilir. Zira mallardan istifade etmek esastır. Fayda temin edilmeyen ve istifade olunamayan şeyler ise mal kabul edilmezler⁵⁶⁸. Mecelle’de menfaatlerin tazmini kabul edilmemekle beraber⁵⁶⁹, menfaatler mülk olarak kabul edilmişlerdir⁵⁷⁰.

Menfaatlerin mal olduğunu kabul eden islâm hukukçularına göre menfaatler hem hakikaten, hem hükmen hem de örfen maldır.

Menfaatler hakikaten (aslen) mal olarak kabul edilir. Çünkü mal insanoğlunun maslahatı (faydalanıp ihtiyaçlarını gidermesi) için yaratılmıştır. Mashalat ise aslında eşyanın (malın) kendisiyle değil ama menfaatleriyle kaimdir. Aynın mal olması da ancak menfaatleri

Şerîyye, Kuveyt, t.siz, 26; Zuhaylî, *Daman*, 120; Bardakoğlu, Ali, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, (Doktora Tezi, Basılmamış), Erzurum, 1882, 35

⁵⁶⁴ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 79; Zerka, *Fıkh*, III, 145; Bardakoğlu, *İcare*, 35

⁵⁶⁵ . Serahsî, *Mebhut*, XI, 79; Ali Hafif, *Muamelat*, 45; Zuhaylî, *Daman*, 120

⁵⁶⁶ . Zeylaî, V, 234; Zeydan, *Medhal*, 219; Zuhaylî, *Daman*, 120

⁵⁶⁷ . Şirbinî, II, 286; Debbusî, 86; Seyid Bey, 130

⁵⁶⁸ . İbn Rüşd, II, 184; Zeylaî, V, 234; Seyid Bey, 130; Zeydan, *Medhal*, 219; Zuhaylî, *Daman*, 122

⁵⁶⁹ . Mec. mad. 596

⁵⁷⁰ . Mec. mad. 125

itibariyledir. Bundan dolayı bir şeyin kıymeti menfaatinin derecesine eşittir⁵⁷¹. Mesela, müslümanlar açısından kullanılmak suretiyle bir menfaat temin edilemeyecek olan şarabın değerinin olmaması, müslümanlar için mal kabul edilmemesi durumu böyledir.

Menfaatler örfe mal olarak kabul edilmektedir. Çünkü islâm hukukuna göre her hangi bir şeyi kiralamak ticaretin çeşitlerinden kabul edilmiştir. Ticaret ise, genel bir ifadeyle, malı mal ile mübadele etmekten ibarettir. Bir şirketin ticaret yapmakla görevlendirdiği ortağı bir şey kiralama hakkına da sahiptir. Şayet menfaatler mal olarak kabul edilmeseydi, ticaretle görevli şirket ortağının bir şeyi kiralama hakkına sahip olmaması gerekirdi. Zira ticaretle görevlendirilmiş olan şirket ortağı bir malı mal olmayan bir şey ile değiştirme hakkına sahip değildir⁵⁷². Mesela, ticaret yapmakla görevlendirilen, müslümanlara et ticareti yapan şirketin ortağı, şirketin parasını vererek domuz eti satın alma hakkına sahip değildir.

Menfaatler hükmen de mal olarak kabul edilir. Çünkü çoğunluğu oluşturan islâm hukukçularına göre menfaatler nikah aktinde mehir olarak kabul edilmektedir⁵⁷³. Onların bu görüşleri, Kur'an-ı Kerim'deki, *...Bana iki yıl çalışmana karşılık bu iki kızdan birini sana nikahlamak istiyorum...*⁵⁷⁴ ayetiyle, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in *...seni Kur'an'dan yanında (ezberinde) olan karşılığı evlendirdim*⁵⁷⁵ ve *Seni ona Kur'an öğretmen karşılığı onunla evlendirdim*⁵⁷⁶ şeklindeki hadisleridir. Kur'an-ı Kerim'deki, *...Bunlardan başkasını namuslu olmak ve zina etmemek üzere mallarınızla (mehirlerini vererek) istemeniz size helal kılındı. Onlardan faydalanmanıza karşılık kararlaştırılmış olan mehirlerini verin...*⁵⁷⁷ ayetiyle de mehirlerin mal olduğu ifade edildiğine göre menfaatler de hükmen mal olarak kabul edilmelidir⁵⁷⁸.

⁵⁷¹ . Seyid Bey, 130

⁵⁷² . Seyid Bey, 131

⁵⁷³ . İmam Şafii, VIII, 223; Cezirî, Abdurrahman, *Kıtabu'l-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erba'a*, Mısır, 1969, IV, 106 - 107; Ahmed Ferec, Seyyid Ahmed, *ez-Zevac ve Ahkamuhu fi Mezhebi Ehli's-Sünne*, Daru'l-Vefa, 1989, 164; Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle İslâm Hukuku*, İstanbul, 1983, 290

⁵⁷⁴ . Kasas: 28 / 27

⁵⁷⁵ . Darimi, Nikah, 19; Buhari, Fedailu'l-Kur'an, 21, Nukah, 37, 40; Ebu Davud, Nikah, 17; Tirmizi, Nikah, 17; İbn Mace, Nikah, 17

⁵⁷⁶ . Müslim, Nikah, 77

⁵⁷⁷ . Nisa: 4 / 24

⁵⁷⁸ . Seyid Bey, 131

Menfaatler mutekavvim olarak da kabul edilebilecek özelliktedirler. Zira mutekavvim olma işi aziz (değerli) ve muhterem olmaktan ibarettir. Menfaatler de insanlar arasında değerlidir. Bundan dolayı insanlar aynları alıp satarak değiştirirler. Malları mutekavvim kılan şeyin menfaat olduğu açıktır. Kendisi mutekavvim olmayan bir şeyin başkasını mutekavvim yapması da mümkün olmadığından menfaatlerin mutekavvim olduğu açıkça anlaşılmaktadır⁵⁷⁹.

3.1.2.3.2. Menfaatlerin zarara uğraması

Yukarıda hukukî statülerini belirlemeye çalıştığımız menfaatlere karşı vuku bulan haksız fiiller neticesinde zararın doğup doğmayacağı da mezhepler arasında ihtilafıdır. Mesela, hanefî hukukçulara göre, hayvan veya ev gasbeden kişi ondan faydalansa veya kiraya vermiş olup ücretini almış olsa bile, mağsubu salim bir şekilde teslim etmesi halinde, mağsubun minhe verilmiş bir zararın varlığı söz konusu değildir⁵⁸⁰.

Menfaatleri maddi mallar gibi kabul eden cumhura göre ise, menfaatlere karşı yapılan haksız saldırılar neticesinde zararın doğacağı görüşü hakimdir. Mesela, ev veya hayvan gasbeden kişi yahut bunlar gibi gelir getirebilecek şeyleri gasbeden kişi onlardan faydalanmış olmasa bile mağsubun minhe için bir zararın varlığı söz konusudur⁵⁸¹.

3.2. MANEVÎ ZARAR

3.2.1. Tanım ve Kavram

Kelime manası itibariyle zarar, faydanın zıddı, mal ve enfüste meydana gelen eksilme⁵⁸², ziyan⁵⁸³ gibi manalara gelir. Kelime manasından hareketle zarar teriminin hem maddî hem de manevî zararı ifade edecek şekilde mutlak kullanıldığı sonucu çıkmaktadır⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ . Seyid Bey, 132

⁵⁸⁰ . Taberî, *İhtilaf*, 177; Debbusî, 86; Kenanî, II, 72 - 73 *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI,238; Ali Hafif, *Muamelat*, 408

⁵⁸¹ . Taberî, 176; Şirazî, II, 377, 381; İbn Kudame, *Umde*, 166; Nevevî, *Mecmu'*, XIV, 274; Merdavî, VI, 128; Bacurî, II, 13; İbn Abdilber, II, 844; Hısnî, 339;

⁵⁸² . Zavî, et-Tahir Ahmed, *Tertibu'l-Kamusi'l-Muhit ala Tarikati'l-Misbahi'l-Munir ve Esasu'l-Belağa*, Beyrut, 1973, III, 19; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXIX, 223

⁵⁸³ . Mustafa b. Şemsiddin, 598

⁵⁸⁴ . Zamahşerî, II, 32; Ebu Ceyb, Sa'di, *Kamusu'l-Fıkhi Lugaten ve Istilahen*, Şam,1988, 223

Maddî varlıklara verilen zararlar maddî zarar olarak değerlendirildiği gibi maddî olmayan varlıklara verilen zararlar da manevî zarar olarak değerlendirilmektedir⁵⁸⁵. Zarar denildiği zaman bir kişiye verilen eza ve cefa gibi haksız saldırılar da bu ifadenin kapsamına girmektedir⁵⁸⁶.

Hemen bütün hukukçular, yaşam veya bedensel bütünlüğe karşı haksız saldırılar gibi, manevî zararın kişilik haklarına objektif bir tecavüzü gerektirdiği konusunda hemfikirdirler. Bazı pozitif hukukçular, mağdurun tecavüzü hissedebilecek olması gerektiği gibi buna subjektif bir öge de eklemektedirler⁵⁸⁷. Bu unsurun zararın varlığından söz edebilmek için önemli olduğunu söyleyebiliriz.

Roma hukukunda da manevî zarar, bir kimsenin diğer kimse aleyhine yapmış olduğu haksız ve yolsuz fiilleri teşkil eder. Bu yolsuzluklar diğer kimsenin doğrudan doğruya şahsına müteveccih olabilecekleri gibi onun şerefine, hürriyetine karşı da yapılabilirler⁵⁸⁸. Manevî zarar, Roma hukukunda başkasının şahsını kasten kale almamak olarak da ifade edilmiştir. Bu da kişinin vücuduna tesir edecek şekilde hareket etmekle veya sözle, doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde olabilir. Manevî zarar, Roma hukukunda *iniuria* tabiri içinde değerlendirilmektedir⁵⁸⁹. *Iniuria*, eski Roma hukukunda bilinmiyordu. 12 Levha kanunun müeyyideye bağladığı *iniuria* suçu, sadece kişilerin maddî (fizik) varlıklarının bütünlüklerine yönelik saldırıları kapsadığı halde klasik hukuk döneminde hukukçuların faaliyetleri sonucunda kişilere karşı girişilen her türlü maddî ve manevî saldırıları içine alacak ölçüde genişletilmiştir⁵⁹⁰.

İslâm hukukunun aslî kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de geçen bazı ayetlerin ifadelerindeki zarar mefhumu, mutlak olarak zikredilmiştir. Bu mutlak ifadelerden hareketle Kur'an'ın zarar içeren ayetlerinin hem maddî, hem de manevî zararı ihtiva edecek şekilde

⁵⁸⁵ . Mahmasanî, I, 171; Ivaz, 142; Huseynî, 139; Tunçomağ, 284

⁵⁸⁶ . Ali Hafif, *Daman*, II, 46; Sirac, 117

⁵⁸⁷ . Zen-Ruffinen, Piermarco, *İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevî Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler*, (Çev. Haluk Burcuoğlu), İ.B.D. Cilt, 59, Sayı, 4 - 5 - 6, İstanbul, 1985, 367

⁵⁸⁸ . Honig, Richard, *Roma Hukuku Dersleri* (Çev. Şemseddin Talib), İstanbul, 1935, 151 - 152; Karadeniz, 282

⁵⁸⁹ . Koschaker - Ayiter, 276

⁵⁹⁰ . Karadeniz, 282

olduğu sonucuna varılır. Mesela, Kur'an-ı Kerim'deki, *Deki: Size zarar da fayda da vermeye gücü yetmeyen, Allah'tan başka birine mi kulluk ediyorsunuz?*⁵⁹¹ ayetinde geçen zarar mutlak bir ifade olup her iki zarar çeşidine de şamildir denilebilir.

Ömer Nasuhi Bilmen'in tanımından⁵⁹² hareketle manevî zararı, bir kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen objektif bir eksilme veya diğer bir ifadeyle, maddî mülke, cismani ve iktisadi bir varlığa müteallik olmayan, ruha eziyet veren, şeref ve haysiyeti ihlal eden, sıhhat ve hürriyeti kısıtlayan her hangi bir olay olarak tanımlayabiliriz.

Pozitif hukuk açısından, bir kişinin kişiliğini, yani şahıs varlığını oluşturan hukukî değerlerin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıpların⁵⁹³ hepsi manevî zarar mefhumu içerisinde değerlendirilmektedir. Her hangi bir saldırı sonucu manevî acı duyan, ruhsal dengesi bozulan zevklerinde ve sevincinde azalma hissedenden kişi manevî zarara uğramış kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Roma hukukunda da bir kişinin manevî varlığına ilişkin zararlar manevî zarar mefhumu içinde değerlendirilmiştir⁵⁹⁵.

Bir kimsenin mal varlığında bir eksilmeye sebebiyet vermek maddî bir zarar olacağı gibi, bir şahıs hakkında şeref ve haysiyetini rencide edecek şekilde kötü bir söz söylemek veya ruhunu incitecek şekilde eza ve cefada bulunmak da manevî zarar meydana getirmektedir. Kur'an-ı Kerim'deki, *Onlar size, incitmekten (ezadan) başka bir zarar veremezler*⁵⁹⁶ ayetinin de manevî zararı ifade eder mahiyette olduğunu görüyoruz. Nitekim tefsirciler de ayetin metninde geçen *eza* lafzını, ta'n ve tehdit gibi az bir zarar, dilleriyle rahatsız etmek ve incitmek şeklinde ifade etmişlerdir⁵⁹⁷.

İslâm hukuku açısından değerlendirildiği zaman manevî zararın aynı zamanda, kişinin namus, şeref, haysiyet, özel hayat hakkı, isim ve benzeri diğer manevî varlıklarına karşı işlenen haksız fiillerin bir neticesi olduğu, bazı islâm hukukçularını kanaati olarak

⁵⁹¹ . Maide: 5 / 76

⁵⁹² . Bilmen, VIII, 271

⁵⁹³ . Aybay, 83; Eren, *Borçlar*, II, 49

⁵⁹⁴ . Tekinay, 522; Kılıçoğlu, 245; Karahasan, 88

⁵⁹⁵ . Karadeniz, 282

⁵⁹⁶ . Alu İmran: 3 / 111

⁵⁹⁷ . Beyzavî, Nasruddin Ebi Said Abdullah b. Ömer b. Muhammed, *Envaru't-Tenzil ve Esraru't-Te'vil*, Beyrut, 1990, I, 280; Sabunî, Muhammed Ali, *Safvetu't-Tefasir*, Beyrut, 1981, I, 122

bilinmektedir⁵⁹⁸. Kişilerin şahıs varlıkları arasında yer alan bu tür değerlerini korumak ise islâm hukukunun genel gayeleri arasında yer almaktadır⁵⁹⁹.

Kişinin şahıs varlıkları diye ifade edeceğimiz, namusuna, şeref ve haysiyetine, özel hayat hakkına, ismine karşı işlenen haksız fiillerin manevî zarar doğuracağını islâm hukukunun aslî kaynağı Kur'an-ı Kerim'deki bazı ayetlerin ifadelerinden çıkarabiliriz. Mesela, konuyla ilgili olduğunu düşündüğümüz bir ayette, *İffetli kadınlara zina isnad edip de dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun, ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin...*⁶⁰⁰ şeklinde buyurulmaktadır. Bir başka ayette ise, *İnanan erkek ve kadınları yapmadıkları bir şeyden dolayı incitenler, şüphesiz iftira etmiş ve apaçık bir günah yüklenmiş olurlar*⁶⁰¹ buyurularak bazı haksız saldırıların manevî zarar doğurabileceğine işaret edilmiştir. Bu ayetlerden hareketle kişilerin namus, şeref ve haysiyetlerine karşı yapılan haksız saldırıların islâm hukukuna göre, manevî zarar doğuracak nitelikte olacağı değerlendirilmesini yapabiliriz.

Hız. Peygamber (s.a.s.)'in hadislerinden bazılarında yer alan ifadelerden hareketle sünnetin de manevî zararı havi olduğu sonucuna varılabilir. Mesela, bir hadiste yer alan, *Bir kişiye müslüman kardeşini hakir görmesi şer olarak yeter*⁶⁰² şeklindeki ifade başkasını hakir görmenin onun şahs-ı manevîsine haksız bir saldırı olacağı ve manevî bir zarar oluşturacağı değerlendirilmesi yapılabilir.

Yine manevî zararlar ile ilgili olduğu değerlendirilmesi yapılabilecek bir başka hadiste, *İnsanların gizli hallerini araştırırsanız onları ya bozarsınız veya bozmaya yaklaştırırsınız*⁶⁰³ şeklindeki ifade bizi insanların özel hayat haklarına karşı yapılan haksız saldırıların manevî zarar doğuracağı sonucuna ulaştırmaktadır. Bu hadis insanların, dokunulması hukukî olmayan, özel hayat haklarına sahip oldukları hükmünü havi olarak da değerlendirilebilir.

⁵⁹⁸ . Ali Hafif, *Daman*, II, 55; Sirac, 118

⁵⁹⁹ . Şatibî, Ebu İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvafakat li Usuli's-Şeri'a*, Beyrut, t.siz, II, 331; Şakiru'l-Hanbeli, 16; Hallaf, *Usul*, 199; Zeydan, *Veciz*, 323

⁶⁰⁰ . Nur: 24 / 4

⁶⁰¹ . Ahzab: 33 / 58

⁶⁰² . Müslim, Birr, 32; Ebu Davud, Edeb, 35; Tirmizî, Birr, 18; İbn Mace, Zühed, 23

⁶⁰³ . Ebu Davud, Edeb, 37

İzah etmeye çalıştığımız gibi insanı küçük düşürme, korkutma ve tehdit etme suretiyle yapılan eziyet ve cefalar islâm hukukunda zarar olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁴. Yukarıdaki ayet ve hadislerden de anlaşılacağı gibi sadece ruhu müteessir edecek olan her hangi bir hadise bile islâm hukukuna göre zarar kavramı içerisinde değerlendirilmiştir⁶⁰⁵. Bu çeşit zararlar maddî bir varlığa karşı vuku bulmadığından bunları maddî zarardan ayırmak ve manevî değerlere karşı işlenmiş haksız fiillerin neticesine manevî zarar demek şüphesiz daha doğru olacaktır.

Muasır islâm hukukçularının bazıları manevî zarar kavramını *ed-dararu'l-edebi* deyimiiyle ifade etmektedirler⁶⁰⁶. Bu deyim de pozitif hukuktaki manevî zarar kavramına eşdeğer bir kavramdır. Bazı muasır islâm hukukçuları da doğrudan *manevî zarar* tabirini kullanmayı tercih etmektedirler⁶⁰⁷.

3.2.2. Manevî Zararın Unsurları

Maddî zararlarda olduğu gibi, manevî zararların da varlığından söz edebilmek için bir takım unsurların bulunması gerekir. Bu unsurların bulunmaması halinde, tazmine konu olacak şekilde, manevî zararın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Manevî zararın tesbiti ve dolayısıyla manevî zararın tazmini olarak adlandırılan manevî tazminatın belirlenmesi konusunda önemli rolleri olan bu unsurları üç genel başlık altında toplayarak değerlendirmenin konumuzu anlamak açısından doğru olacağını düşünüyoruz.

3.2.2.1. Şahıs varlığı

Genel ifadesiyle şahıs varlığı, bir kişinin kişi olarak haiz olduğu, hukukça korunan değerleridir. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref ve haysiyet, namus, ticari itibar gibi değerler kişinin kişilik haklarını meydana getiren manevî değerlerdir⁶⁰⁸. Kısaca bir kişinin sahip olduğu manevî değerlerin tümüne şahıs varlığı denilmektedir.

İslâm hukuku açısından şahıs varlığının önemi büyüktür. Zira islâm hukuku insanı değerli ve şerefli bir varlık olarak kabul etmektedir. Kur'an-ı Kerim, *Şüphesiz biz insanı en*

⁶⁰⁴ . Ali Hafif, *Daman*, II, 55; Sirac, 118

⁶⁰⁵ . Bilmen, VIII, 272

⁶⁰⁶ . Ali Hafif, *Daman*, I, 55; Zuhaylî, *Daman*, 53; İvaz, 494; Abdusselam, 1

⁶⁰⁷ . Bilmen, VIII, 271; Mahmasanî, I, 171; Feyzullah, 92

⁶⁰⁸ . Bilmen, VIII, 271; Sirac, 118; Eren, II, 49

*güzel surette yarattık*⁶⁰⁹ şeklindeki ayetiyle insanın, dokunulması hukuken meşru olmayan bir şahıs varlığını ifade ettiğini düşünüyoruz. Yine Kur'an-ı Kerim'deki, *Rabbın meleklerle, ben yeryüzünde bir halife var edeceğim demişti*⁶¹⁰ ayeti de insanın yeryüzünde şariin halifesi olduğunu ve dolayısıyla onun şahıs varlığına karşı işlenecek hiç bir haksız fiilin hukuka uygun sonuçlarının olamayacağını bir ifadesi olabilecek mahiyettedir.

Kur'an-ı Kerim'de geçen ve yukarıda verdiğimiz ayetlerin dışında, kişilerin şahıs varlıklarının muhteremliğini ifade edecek mahiyette başka ayetler de mevcuttur. Mesela, Kur'an-ı Kerim'de ifade edilen, hoşlanılmayan lakaplarla insanların çağırılmaması⁶¹¹, başkalarının gizli hallerinin araştırılmaması, sevmedikleri özellikleriyle kişileri vasfetmemek⁶¹², başkalarının namusuna mesnedsiz iftirada bulunmamak⁶¹³ ve haksız yere başkasının vücut bütünlüğünü ihlal etmemek⁶¹⁴ gibi ifadelerin islâm hukuku açısından şahıs varlığının sınırlarını tayin ve tesbitte ölçü verdiği bir gerçektir.

Hz. Peygamber (s.a.s.)'in *müslüman, müslümanların dilinden ve elinden emin olduğu kimsedir*⁶¹⁵ şeklindeki hadisi de insanların dokunulmaması gereken şahıs varlıklarına sahip olduklarına işaret etmektedir. Yine Hz. Peygamber (s.a.s.)'in insanların şahıs varlıklarına delalet bulduğumuz hadisinde, *bana dünyaları verseler hiç bir insanı hoşlanmayacağı şekilde vasfetmem*⁶¹⁶ şeklinde buyurulmuştur. Bu ifade bize islâm hukuku açısından şahıs varlığının önemi üzerinde durulması gerektiğini vurgulamaktadır.

3.2.2.2. Şahıs varlığında meydana gelen eksilme

Manevî zararın varlığından bahsedebilmek için, genel bir ifadeyle, zarar verici, haksız bir fiilin meydana gelmesinden sonra kişinin şahıs varlığında, yani manevî değerlerinde bir

⁶⁰⁹ . Tîn: 95 / 4

⁶¹⁰ . Bakara: 2 / 30

⁶¹¹ . Hucurât: 49 / 11

⁶¹² . Hucurât: 49 / 12

⁶¹³ . Nur: 24 / 4, 23

⁶¹⁴ . İsra: 17 / 33

⁶¹⁵ . Darimî, Rıkak, 4; Buharî, İman, 45, Rıkak, 26; Müslim, İman, 64, 65; Ebu Davud, Cihad, 2; Tirmizî, Kıyame, 52; Nesai, İman, 8

⁶¹⁶ . Ebu davud, Edeb, 35; Tirmizî, Kıyame, 51

azalma meydana gelmiş olmalıdır⁶¹⁷. Şayet zarar verici haksız fiilin meydana gelmesinden sonra kişinin şahıs varlığında her hangi bir azalma meydana gelmemişse bu durumda manevî zararın varlığından bahsedilemez.

İslâm hukukuna göre bir kişinin iffetli ve namuslu olması onun şahıs varlığını oluşturan değerleri arasında kabul edilir. İslâm hukukunun aslî kaynağındaki *İffetli kadınlara zina isnad edip te sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun, ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkmış kimselerdir*⁶¹⁸ şeklindeki ifade makzûfün şahıs varlıkları arasında yer alan iffetli ve namuslu olma durumunun ihlal edildiğine, onun manevî değerlerine haksız bir saldırının yapıldığına delalet etmektedir. Bu ayetteki hükme istinaden, bir kişiyi homoseksüellikle itham etmek de islâm hukukçuları tarafından *kazif* olarak değerlendirilmiştir.⁶¹⁹ Buna göre homoseksüellik ithamı da kişinin şahıs varlığına zarar verme olarak değerlendirilecektir.

Bir kişinin şahıs varlığını hedef alan haksız fiilin vukuundan sonra, şahıs varlığını oluşturan değerlerde meydana gelmesi muhtemel bir azalma manevî zarar olarak kabul edilemez. Şahıs varlığındaki eksilmenin manevî zarar olarak kabul edilebilmesi için, zararın belirli olması ve kesinlik ifade etmesi gerekir. Muhtemel zararlar tazmin borcu doğracak nitelik taşımadığından doğması muhtemel bir manevî zarar da manevî tazminat borcu doğurmaz. Zira varlığı kesinlik kazanmamış, belli olmayan bir şeyin nasıl tazmin edileceği de bilinemez. Bundan dolayı bunları zarar olarak nitelendirmek hukuken doğru değildir.

3.2.2.3. Şahıs varlığındaki eksilmenin irade dışı olması

Şahıs varlığını oluşturan değerlere karşı yapılan haksız saldırılar ve bu değerlerin ihlal edilmesi objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Ancak bu eksilmenin kişinin iradesi hilafına meydana gelmiş olması şarttır. Zira kişi kendi iradesiyle şahıs varlığını oluşturan değerlerde bir azaltma meydana getirmişse bu durumda manevî zararın varlığı söz konusu olamaz. Mesela bir kişi kendisinin homoseksüel olduğunu açıkça söyleyip, kendisine bu şekilde yapılacak vasıflandırmadan hoşlanacağını ifade ettikten sonra onu, başkasının da homoseksüel olarak vasıflandırmış olması manevî zarar olarak kabul edilemez.

⁶¹⁷ - Eren, II, 49

⁶¹⁸ . Nur: 24 /4

⁶¹⁹ . Nevevî, *Mecmu'*, XX,58

İslâm hukukunun zina ithamını yasakladığını, bunun müeyyidelerinden birisinin de **şahitliğin ebediyyen kabul edilmeyeceği**⁶²⁰ olduğunu bildiği halde kişinin başkasına zina ithamında bulunup şahıs varlığını oluşturan değerlerden kabul edilen sözüne güvenilir olma niteliğini kendi iradesiyle eksiltmiş olması da manevî zarar olarak nitelendirilemez. Zira bu durumda zarar verici fiil kişinin iradesi dışında değil aksine iradesiyle meydana gelmiştir.

Manevî zararın mevcudiyeti ancak kişinin iradesi dışında ve rızası hilafına şahıs varlığında bir eksilme meydana gelmesi durumlarında kabul edilebilir. Başkaları tarafından kişinin ticari itibarının sarsılması, namus, şeref ve haysiyetinin haleldar edilmesi durumlarına kişinin rızası yoksa manevî zararın varlığı söz konusu olmaktadır. Kur'an-ı Kerim'deki, **İnanan erkek ve kadınları, yapmadıkları bir şeyden ötürü incitenler, şüphesiz iftira etmiş ve apaçık bir günah yüklenmiş olurlar**⁶²¹ ayetinin ifadesinden, kişilerin iradeleri dışında ve rızaları hilafına şahıs varlıklarına karşı yapılan haksız bir saldırının varlığını anlaşılmaktadır. Yine, Kur'an-ı Kerim'deki, **Onların söz ve inkârları Meryem'e büyük bir iftiradır**⁶²² ayeti de Hz. Meryem'in şahıs varlığına O'nun iradesi dışında yapılan bir saldırıyı anlatmaktadır. Haksız ve Hz. Meryem'in iradesi dışında olan bu saldırının O'na zarar verceği de bu ayetin delaletiyle anlaşılmaktadır. Burada olduğu gibi maddî niteliğe sahip olmayan zararların manevî zarar olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bir kişinin manevî şahsiyetine karşı yapılan haksız saldırıların ona manevî zarar vereceğine işaret edecek mahiyette sünnette de bazı ifadeler vardır. Mesela, Hz. Peygamber (s.a.s.) bir hadiste, **İnsanlarda doğru olmayan iki zaafiyet vardır. Birincisi, başkalarına neseplerinden dolayı taan etmek, diğeri ölünün arkasından bağırıp çağırmaktır**⁶²³ buyurmuştur. Bu hadisteki ifadeden de anlayacağımız gibi insanları soyları dolayısıyla küçük düşürmeye çalışmak onların manevî şahsiyetlerini haleldar etmek demektir. Bu durumun onlar için manevî bir zarar oluşturacağı ise açıktır. Ölülerin arkasından dövünerek, feryad ederek mubalağalı bir biçimde keder izharı da islâma göre tasvib edilmeyen bir davranıştır. Ancak hadisin bu bölümünün konumuzla doğrudan alakası olmadığından üzerinde durmuyoruz. Yine Hz. Peygamber (s.a.s.) annesinden dolayı bir kişiyi ayıplayan

⁶²⁰ . Nur: 24 / 4

⁶²¹ . Ahzab: 33 / 58

⁶²² . Nisa: 4 / 156

⁶²³ . Müslim, İman, 121

sahabiye, *şüphesiz sende cahiliyye ahlakı (adeti) var*⁶²⁴ diyerek adeta bu şekilde başkalarının şahıs varlıklarına karşı girişilen haksız saldırıların hukuk dışı olduğunu ortaya koymuşlardır. Bu hadislerle izah etmeye çalıştığımız, kişilerin şahıs varlıklarına yönelen haksız fiillerin, mağdurun rızası hilafına ve iradesi dışında meydana geldiği açıktır.

İslâm hukukuna göre, manevî zarardan bahsedilebilmesi için bir kişinin şahıs varlığını oluşturan manevî değerlerine karşı yapılan haksız saldırının o kişinin iradesi dışında ve rızası hilafına meydana gelmiş olması yeterli kabul edildiğini söyleyebiliriz. Zira bir kişinin manevî değerlerindeki objektif eksilmenin varlığını ancak bu şekilde tesbit etmemiz mümkün görülmektedir. Bir kişi kendisine şerefsiz denilmesinden hoşlanıyorsa, başkalarının da onu bu özelliği ile vafsetmiş olmalarına rıza gösterdiği açık olduğundan böyle bir durumda o kişinin manevî değerlerinde objektif bir eksilmeden söz edilmesi mümkün değildir.

3.2.2. Manevî Zarar Çeşitleri

3.2.2.1. Kişilik haklarına verilen zararlar

İslâm hukukçuları tarafından, kişilik hakları bu günkü anlamıyla ele alınıp tetkik edilmediğinden dolayı, bu konuyla ilgili ayet ve hadisler üzerinde teferruatlı görüşlerin ortaya çıkmadığı bir gerçektir. Bu sebeple, bu ve benzeri şekilde, kişilerin şahsiyet haklarını oluşturan değerler, islâm hukukçularının değişik görüşleri açısından incelenme imkanından uzaktır.

Manevî zarar çeşitleri başlığıyla kişilik haklarını ortaya koymaya çalışırken, modern hukuktan faydalanarak, doğrudan veya dolaylı olarak, Kur'an ve sünnette yer alan bazı hükümleri veya Kur'an ve sünnetin genel esprisini göz önünde bulundurup bir takım değerlendirmelerde bulunacağız.

3.2.2.1.1. Kişilik hakkı kavramı

Genel manada kişilik hakkı, kişisel varlıklar üzerinde söz konusu olan, şahsa bağlı bir mutlak haktır⁶²⁵. Hayat, sağlık, hürriyet, özel yaşam, isim⁶²⁶ gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik haklarını ifade eder.

⁶²⁴ . Buhârî, İman, 22, Edeb, 44; Müslim, Eyman, 38 - 40; Ebu Davud, Edeb, 124

⁶²⁵ . Kılıçoğlu, 4; Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslam'da Şahsiyet Hakları*, Ankara, 1996. 23

⁶²⁶ . Bilmen, VIII, 271; Eren, *Borçlar*, II, 389; Akıntürk, *Medeni*, 34; Kılıçoğlu, 4

Bu değerlendirme islâm hukukunun genel prensiplerine ters düşmeyecek bir yaklaşım olarak ifade edilebilir. Bir şahsın, kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişiliğine bağlı hakka kişilik hakkı denir. Kişi kavramı hem gerçek kişileri hem de tüzel kişileri içine alacak şekilde geniş bir kavramdır⁶²⁷. Kişilik hakları kişisel varlıklar üzerindeki haklar olduğundan bu varlıklara yönelen saldırılar kişilik haklarının ihlali sonucunu doğuracağı, eksilmeye sebep olacağı açıktır. Kişisel varlıklar ve bunlara saldırı şekilleri zamana, teknik gelişmelere ve günün ihtiyaçlarına göre değişebilen niteliktedir.

İslâm hukukunda şahsın hayat, beden bütünlüğü, şeref ve haysiyet, meslek icra edebilme, ekonomik varlık sahibi olabilme v.s. gibi şahsiyet haklarının konusunu teşkil eden değerler, farklı nitelikteki müeyyidelerle korunmuştur⁶²⁸. İslâm'da insanın Allah (c.c.)'ın yeryüzündeki halifesi⁶²⁹, yaratılmışların en şerefli⁶³⁰ olduğunun beyan edilmiş olması, her ne suretle olursa olsun başkalarına eza edilmesinin yasaklanması, şahsiyet hakkı kavramını zımnen ifade edecek şekildedir.

Kişilik hakları çeşitli kişilik değerlerinden oluşur. Bu değerler hukukî korumanın konusuna göre üçe ayrılırlar.

3.2.2.1.1.1. Fizik (maddî) kişilik değerleri

Fizik kişilik değerleri daha çok gerçek kişiler, yani insanlar için söz konusu olan değerlerdir. Fizik kişilik değerleri arasında insanın hayat, vücut bütünlüğü, sağlık hakkı ile serbest hareket hakkı sayılabilir. İnsanın vücut bütünlüğü hakkı, beden bütünlüğü hakkıyla ruh bütünlüğü hakkını içermektedir⁶³¹. Bu anlamıyla fizik kişilik değerleri, bazı nasslara ve islâm hukukunun genel esprisine uygunluk arz etmektedir.

Bir insanın maddî kişilik değerlerinden kabul edilen sağlık hakkı islâm hukukunda bir takım müeyyidelerle hukukî koruma alanında değerlendirilen kişilik değerleri arasında yer almaktadır. Sağlık hakkıyla ilgili olan bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.), *Ehliyetli olmadığı halde hastaya mudahale eden kişi, verdiği zararı tazmin eder*⁶³² buyurmuştur. Bu

⁶²⁷ . Eren, *Borçlar*, II. 388

⁶²⁸ . Gökmenoğlu, 69

⁶²⁹ . Bakara: 2 / 30

⁶³⁰ . Tin: 95 / 4

⁶³¹ . Eren, *Borçlar*, II, 389

⁶³² . Ebu Davud, Diyat, 23; İbn Mace, Tıb, 16; Nesai, Kasame, 41

hadisten de anlaşılacağı gibi islâm hukukuna göre, gerekli bilgi ve ehliyetle sahip olmayan kişilerin hastaya müdahale sonucu doğacak zararları tazmin etmeleri gerekmektedir. Kişilerin sağlık haklarına karşı yapılan her türlü haksız saldırının onların şahıs varlıklarını oluşturan değerlerde manevî bir eksilmeye sebebiyet vereceğine dair örnekler islâm hukuku kaynaklarında değişik şekillerde ifade edilmiştir.

Nasslarda yer alan benzer ifadelerden de anlayacağımız üzere islâm hukukuna göre, gerekli bilgiye sahip olmayan her hangi bir kişinin hastaya müdahalesi veya bir tıp doktorunun ihtisas sahası dışındaki hastaya tıbbi müdahalesi sonucunda hastanın ölmesi yahut hastalığında bir artışın olması hallerinde meydana gelen zararı, müdahale eden kişinin tazmin etmesi gerekir. Zira, iddialı bir ifade olmakla beraber, bir kişinin bilgisi olmadığı sahaya, bilgisi varmış gibi, müdahalede bulunması bazı islâm hukukçularına göre bazı hallerde kasıt olarak değerlendirilmiştir⁶³³.

İslâm hukukundaki mevcut bazı hükümlerden hareketle insanların maddî kişilik değerleri arasında kabul ettiğimiz hayat hakkının, kişiye ait dokunulması hukukun sınırları dışına çıkmayı gerektiren bir durum olduğu sonucuna varıyoruz. Böyle bir sonuca varmamızı gerektiren Kur'an-ı Kerim'deki bir ayette, *...kim bir kimseyi, bir kimseye veya yeryüzünde bozgunculuğa karşılık olmadan öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de onu ölümden kurtarırsa (diriltirse) bütün insanları diriltmiş gibi olur*⁶³⁴ şeklinde buyurulmuştur. Bu ayetin mefhumundan hareketle insanın hayat hakkının islâm hukuku açısından önemli şahsiyet haklarından olduğu neticesine varıyoruz. Bundan dolayı kişinin hayat hakkına karşı vaki bir saldırının hukuka aykırı olacağı ve kişi için manevî bir elem ve zarar doğuracağı açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu konuyla ilgili örnek hükümlerden bir diğeri de Kur'an-ı Kerim'deki, *...rızık endişesiyle çocuklarınızı öldürmeyin. Sizin ve onların rızığını veren biziz*⁶³⁵ ifadesidir. Kur'an-ı Kerim'de beyan edilen bu hüküm ile Hz. Peygamber (s.a.s.)'in ana rahmindeki çocuğun (cenin) düşürülmesi halinde gerekecek, maddî karşılığın (ğurre), tam diyetin yirmide biri olduğunu hükme bağlamış olması⁶³⁶ islâm hukukuna göre doğmamış çocukların bile hayat hakkına sahip olduklarını anlatmaktadır.

⁶³³ . Sâbık, II, 490

⁶³⁴ . Maide: 5 / 32

⁶³⁵ . Ena'am: 6 / 151

⁶³⁶ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 535; Darimî, *Diyat*, 21; Buharî, *Diyat*, 26; Müslim, *Kasame*, 32; Ebu Davud, *Diyat*, 19; Nesâî, *Kasame*, 39

İslâm hukuku kaynaklarında, kişilerin vücut bütünlüğünü hedef alan haksız saldırıların o kişiler için zarar doğuracağına, nassların delaleti mevcuttur. Nitekim, Kur'an-ı Kerim'in ihtiva ettiği ve vücut bütünlüğüyle ilgili hükümlerden biri, ***Ey inananlar! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hür ile hür insan, köle ile köle ve kadın ile kadın. Öldüren, ölenin kardeşi tarafından bağışlanmışsa, kendisine örfe uymak ve bağışlayana güzellikle diyet ödemek gerekir...***⁶³⁷ şeklindedir. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi bir kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılacak her hangi bir haksız saldırının, islâm hukuku nasslarıyla müeyyidelendirildiği görülmektedir. Kur'an-ı Kerim'deki diğer bir ayetin ifadesi ise, ***Onlara orada cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş ve yaralara karşılık kısas (ödeşme) yazdık.***⁶³⁸ şeklindedir. Kur'an-ı Kerim'deki bu ifade Yahudiler için Tevrat'ta yer alan hükümdür⁶³⁹. Ancak bazı islâm hukukçuları Yahudiler için Kur'an-ı Kerim'de yer alan bu hükmün islâm hukuku açısından da delil olacağı kanaatindedirler⁶⁴⁰. Bu görüşte olan islâm hukukçularına göre, insanın vücut bütünlüğünü oluşturan azalara karşı yapılan haksız bir saldırının islâm hukuku açısından hukuk dışı kabul edilmesine bu ayetin de delil olarak gösterilmesi uygundur.

3.2.2.1.1.2. Duygusal kişilik değerleri

Bunlar, kişinin toplumda birlikte yaşadığı yakınlarıyla kurmuş olduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkı ile evlilik ilişkisinin kabul edilmesi ve ailesini sevmeye hakkından ibarettir⁶⁴¹.

Kur'an-ı Kerim'deki ifadelerden hareketle, islâm hukuku açısından, kişinin yakınlarını sevmeye ve onlarla iyi ilişkiler kurma hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bu konuyla irtibatlandırabileceğimiz bir ayette, ***Deki: Ben sizden buna karşı yakınlarla sevgiden başka bir ücret istemem***⁶⁴² şeklinde bu duruma işeret edildiği görülmektedir. Bu ayetten de anlaşılacağı gibi kişiler yakınlarını sevmeye hakkına sahiptirler. Başka bir ayette de, ***...ana-babaya, yakınlara, yetimlere, düşkünlere, yakın komşuya, uzak komşuya,***

⁶³⁷ . Bakara: 2 / 178

⁶³⁸ . Maide:5 / 45

⁶³⁹ . Yazır, Elmalî'lı Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, t.siz, III, 1690

⁶⁴⁰ . Kâsanî, VII, 237; Mevsilî, V, 24; Yazır, III, 1691

⁶⁴¹ . Eren, *Borçlar*, II, 389

⁶⁴² . Şûra: 42 / 23

*yanınızdaki arkadaşta, yolcuya ve elinizin altında bulunan kimselere iyilik edin...*⁶⁴³

şeklinde buyurulmuştur. Bu v.b. gibi nassların mefhumları, islâm hukuku kaynaklarından kişilerin yaşadığı toplumdaki diğer insanları sevmek ve onlarla iyi ilişkiler kurma hakkına sahip olduğu hükmünü istinbat edilebileceğimize delalet eder.

Gerek islâm hukukunda, gerekse batıdan tercüme edilen Türk Medeni Hukukuna dayalı olan Türk Medeni Kanununda nikah akdi hukuka uygun akitler arasında kabul edilerek bu akitle ilgili bir takım hukukî şartlar ortaya konulmuştur. İslâm hukukuna göre nikah akdinin şartlarından biri, bu akdin şahitlerin huzurunda yapılmasıdır. Bundan maksat ise, yapılan nikah akdinin hukukîğinin başkalarına beyan edilmesidir⁶⁴⁴. Hukukî olduğu toplumun diğer fertleri tarafından bilinen bir evlilik ilişkisine toplumdaki bütün insanların saygı duymasını istemek de evlenen çiftler için bir hakktır. Hukukun tanıdığı bu şekildeki bir hakkın ihlal edilmesi manevî zarar meydana getirebilecek mahiyette değerlendirilmelidir.

Hiz. Peygamber (s.a.s.)'in insanlara sıla-i rahmi⁶⁴⁵, yani yakın akrabayla olan ilişkilerini samimi sıkı tutmalarını tavsiye etmiş olması da kişilerin yakınlarıyla kurması gereken ilişkilerinin hukuka uygun ilişkiler ve haklardan olduğuna işaret etmektedir.

3.2.2.1.1.3. Sosyal kişilik değeri

Genel olarak bir kişinin namus, isim, şeref ve haysiyet hakkı ile özel hayat hakkına sahip olması onun için, hukuken sosyal kişilik değerlerini oluşturan haklardan kabul edilmiştir⁶⁴⁶. Sosyal kişilik değerleri arasında düşüncesini açıkça ifade edebilme, fikrî ürünler, orijinal keşif ve icatlar üzerindeki haklar, dilediği yerde ikamet etme hakkı, dilediği mesleği seçme, yani ekonomik hürriyet hakkı da sayılabilir⁶⁴⁷.

Burada sosyal kişilik değerlerinin islâm hukukundan temellendirilmesine çalışacağız. İslâm hukukuna göre, bir şahsın sosyal kişilik değerlerinden addedilen namus hakkının hukuken korunması gereken kişilik haklarından kabul edildiğini Kur'an ve sünnette yer alan bazı ifadelerin işaret ve delaletlerinden anlamaktayız. İslâm hukukuna göre, korunmasının lüzumu kabul edilen bu kişilik hakkına karşı yapılan haksız saldırının kişiyi manevî zarara

⁶⁴³ . Nisa: 4 / 36

⁶⁴⁴ . Merğinanî, I, 190; Meydanî, III, 3

⁶⁴⁵ . Buhârî, Edeb, 10,11,12; Müslim, Birr, Sıla ve Adab, 6; Tirmizî, Birr ve Sıla, 10

⁶⁴⁶ . Akıntürk, *Medeni*, 34; Kılıçoğlu, 5

⁶⁴⁷ . Eren, *Borçlar*, II, 389

uğratacağı açıktır. Bizi bu sonuca ulaştıran ayetlerden biri, *Namuslu, habersiz mümin kadınlara zina isnad edenler dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir. Onlar için büyük azab vardır*⁶⁴⁸ şeklindedir. Bu ayetin de delalet ettiği gibi bir kişinin namusuna karşı girişilen haksız saldırılar o kişi için manevî zarar doğuracak mahiyettedir. Bu ayet, islâm hukukuna göre, kişilerin namus haklarının ihlalinin hukuka aykırılığı gerektireceğine işaret etmektedir.

Her insana ait bir isim varken isimlerini bir tarafa bırakarak, onlara hoşlanmayacakları, değişik lakablar izafe etmek isim hakkına karşı yapılan haksız saldırının bir çeşit örneği olduğunu islâm hukuku nasslarından istinbat etmemiz mümkündür. Zira, *...birbirinizi kötü lakaplarla çağırmayın.*⁶⁴⁹ şeklindeki ayetin bu duruma işaret ettiğini söyleyebiliriz.

İslâm hukukuna göre, her insan şeref ve haysiyet gibi manevî değerlere sahip olarak da kabul edilmektedir. Bu sonucu çıkardığımız bir ayette, *Şüphesiz biz insanı en güzel surette yarattık*⁶⁵⁰ şeklinde buyurulmuştur. İslâm hukukuna göre şerefli ve onurlu bir varlık olduğu kabul edilen⁶⁵¹ insanın şeref ve haysiyetine karşı yapılacak haksız saldırıların onun manevî şahsiyet açısından mevcut durumunu eksilteceği için böyle durumların manevî zarar olacağı açıktır. İslâm hukukuna göre, şeref ve haysiyeti haleldar edecek her türlü fiilin haksız fiillerden kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim, Kur'an-ı Kerim'deki, *Kimse kimseyi arkadan çekiştirmesin*⁶⁵² şeklindeki ayetin delalitenden hareketle kişilerin şeref ve haysiyetlerini inciten fiillerin hukuka aykırı olduğu neticesine varıyoruz.

İslâm hukukuna ait nasslarda yer alan ifadeler ve genel prensipler, islâm hukukuna göre, kişinin özel hayat hakkına sahip kabul edildiğinin ifadesi olarak değerlendirilebilir. İslâm hukukunda özel hayatın bütün halleri, ayet ve hadislerle açıkça ifade edilerek tanzim edilmemiştir. Bazı haller ve yeni ortaya çıkan pek çok durum genel hümlerden istifadeyle tanzim edilecektir⁶⁵³.

İslâm hukukuna göre kişinin sahip olduğu özel hayat hakkı onun aynı zamanda hukuken dokunulmaması gereken kişilik değerlerinden olduğu sonucunu ortaya koyar. Zira

⁶⁴⁸ . Nur: 24 / 23

⁶⁴⁹ . Hucurât: 49 / 11

⁶⁵⁰ . Tîn: 95 / 4

⁶⁵¹ . Yazır, VIII, 5936

⁶⁵² . Hucurât: 49 / 12

⁶⁵³ . Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 1987, 93

özellikle *tecessüs* olayı üzerinde ehemmiyetle duran Kur'an-ı Kerim'de bu durum, *Birbirinizin ayıplarını araştırmayın*⁶⁵⁴ şeklinde ifade edilmiştir. Bunun gibi, *Çocuklarınız ergenlik çağına girdiklerinde öncekiler (büyükler) izin istedikleri gibi onlarda izin istesinler...*⁶⁵⁵, v.b. ayetlerin ifade ettiği manadan hareketle özel hayat hakkına karşı saldırıların hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Kişilerin özel hayat hakkının haksız bir şekilde ihlal edilmesinin hukuka aykırı olduğu fikrini hukuken istinbat edebileceğimiz mahiyetteki bir hadiste de, *İnsanların gizli saklı hallerini araştırmaya çalışırsanız onları huzursuz edersiniz...*⁶⁵⁶ şeklinde buyurulmuştur. Sünnette yer alan ve bu konuyla ilgili bulduğumuz, diğer bir ifade de ise, *Ortada olanlarla yetinin müslümanların gizli hallerini araştırmayın*⁶⁵⁷ şeklindedir.

Kişilerin hukuken korunması gereken eğitim hakkına da sahip oldukları islâm hukuku nasslarındaki hükümlerden çıkarılabilecek bir durumdur. İslâm hukukunda öğrenme hakkı fukahânın değişik isimlerle ve farklı başlıklarla üzerinde durdukları mevzulardandır. İslâm hukukçuları genel olarak, müslümanların okuma, öğrenme, bilgilerini ve görgülerini artırmaları gerektiğini, bunun teşvik edilmesi hususunda azami hassasiyetin gösterilmesinin lüzumunu değişik şekillerde vurgulamışlardır. Nitekim, Kur'an-ı Kerim'deki, *Deki: Hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?*⁶⁵⁸ ayetiyle sünnetteki, *İlim öğrenmek her müslüman erkek ve kadına farzdır*⁶⁵⁹ ifadeleri kişilerin eğitim hakkına sahip olduklarına dair nasslarda yer alan örneklerdendir. İlk inen Kur'an ayetinin *oku* şeklinde olması da pek çok islâm alimi tarafından islâmın öğrenmeye verdiği önem ve bunun teşvik edildiği şeklinde yorumlanmıştır⁶⁶⁰. İslâm hukuku nasslarında yer alan hükümlerden hareketle ifade etmeye çalıştığımız, kişilerin sahip oldukları, eğitim haklarının engellenmesi insanların sosyal kişilik değerlerinin ihlali ve manevî zararın varlığı sonucunu doğurur.

Kişiler, dilediği gibi seyahat etme ve dilediği yerde ikamet etme haklarına da sahiptirler. Yani islâm hukuku, kişilere serbest dolaşım hakkı ve istediği yerde ikamet etme

⁶⁵⁴ . Hucurât: 49 / 12

⁶⁵⁵ . Nur: 24 / 59

⁶⁵⁶ . Ebu Davud, Edeb, 37

⁶⁵⁷ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 421, 424

⁶⁵⁸ . Zümer: 39 / 9

⁶⁵⁹ . İbn Mace, *Mukaddime*, 17

⁶⁶⁰ . Armağan, 153

hakkını vermiştir. Kişilerin seyahat hürriyetlerinin varlığı Kur'an-ı Kerim'de insanların yer yüzünde, ibret almak maksadıyla, gezmeleri şeklinde tavsiye edilerek anlatılmaktadır⁶⁶¹. Kur'an-ı Kerim'deki, *...oralarda geceleri, gündüzleri emin bir şekilde gezin, dolaşın dedik*⁶⁶² şeklindeki ayet de kişilerin serbestçe dolaşım hakkına sahip olduğunun açık ifadesi olarak görülmektedir. Kur'an-ı Kerim geçmiş milletlerin bıraktığı tarihi kalıntıların ibret nazarıyla gezilip görülmesini de tavsiye etmiştir. Bu durumu ifade eden Kur'an ayetlerinden biri, *Deki: Yeryüzünde gezip dolaşın da sizden öncekilerin akibetleri nice oldu görün...*⁶⁶³ şeklindedir. Kur'an-ı Kerim'de benzer manadaki daha pek çok ayet insanların serbest dolaşım ve dolayısıyla ikamet edeceği yeri serbestçe seçme hakkına sahip olduğuna işaret etmektedir. Kur'an-ı Kerim'de bu, bir haktan öte yapımlası teşvik ve tavsiye edilmiş bir husus olarak görünmektedir. Kişilerin bu haklarının çeşitli nedenlerden dolayı hukukî olmayan bir şekilde engellenmeye çalışılmasının islâm hukukuna göre, zarar olarak yorumlanması gerekir.

İslâm hukukuna göre de kişi geçimini temin etmek için hukukî olmak şartıyla dilediği mesleği seçme, yani ekonomik hürriyet hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu durumun hukukîliğine işaret den Kur'an ayeti, *...namaz kılınca artık yeryüzüne dağılın ve Allah'ın lütfundan isteyin...*⁶⁶⁴ şeklindedir. Bu ayet insanların, hukukî engeller olmadığı müddetçe, ticaret yapmak ve kazanç temini için serbest olduklarını anlatmaktadır⁶⁶⁵. Kişilerin serbestçe ticaret yapmalarının engellenmesi, onların dilediği mesleği seçme haklarının ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsanların ekonomik geleceklerini seçme hakkı da, pozitif hukuka göre, kişilik değerleri arasında değerlendirilmiştir. Durum islâm hukuku açısından da değerlendirilebilir. İslâmiyet, çalışmayı teşvik etmiş, tembelliği ve yanlış tevekkül anlayışını yermiştir. İslâmiyetteki çalışmaya teşvik, bazı ayetlerde açık, bazılarında ise, dolaylı olarak ifade edilmiştir. Mesela, Kur'an-ı Kerim'deki, *İnsan ancak çalıştığına erişir*⁶⁶⁶, *Sizi yeryüzüne*

⁶⁶¹ . En'am: 6 / 11, Nahl: 16 / 36, Ankebut: 29 / 20.

⁶⁶² . Sebe: 34 / 18

⁶⁶³ . Rûm: 30 / 42

⁶⁶⁴ . Cuma: 62 / 10

⁶⁶⁵ . Yazır, VII, 4990

⁶⁶⁶ . Necm: 53 / 39

*yerleştirdik ve orada size geimlikler yarattık, yleyken pek az şükrediyorsunuz*⁶⁶⁷, *...rızkınızı Allah katında arayın...*⁶⁶⁸, *Rabbın rızkı dilediğine bol verir dilediğine daraltır...*⁶⁶⁹ v.b. gibi ayetler ile, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in *Hiç bir kimse elinin emeği ile kazandığından daha hayırlı bir lokma yememiştir*⁶⁷⁰, şeklindeki sözlerinden de anlaşılacağı gibi islâm hukuku nasslarında, kişilerin ekonomik hürriyet hakkına sahip oldukları hususuna işaret edecek manada ifadeler yer almaktadır.

Yukarıda izah edmeye çalıştığımız bu haklar hukukî olmayan hiç bir şekilde kısıtlanamazlar ve engellenemezler. Kısıtlanmaya çalışılması kişilerin bu haklarına karşı haksız saldırı olarak kabul edilir ve böyle haksız saldırılar kişilerin sosyal kişilik değerlerini eksiltten, onlarda objektif bir azalmaya sebep olan nitelik taşıdıklarından manevî zararlar sonulanacaklardır.

Nasslarda yer alan bazı ifadelerin delaletinden de anlaşılacağı gibi kişilerin din ve vicdan hürriyeti hakkına sahip olduklarının islâm hukukuna göre de kabul edilmesi gerekir. Bu durum kişilerin düşüncelerini ve inançlarını açıkça ifade edebilme hakkı olarak da anlaşılmaktadır. Kur'an-ı Kerim'deki, *Dinde zorlama yoktur...*⁶⁷¹ ayeti kişilerin inanç ve vicdan hürriyeti hakkına sahip olduklarının islâm hukuku kaynaklarında yer alan örneklerindendir. Bu ayet insanlara dini inançlarını değiştirmeleri için baskı yapılamayacağını anlatmaktadır⁶⁷². Bu nassın işaretinden, her hangi bir baskı veya haksız saldırının yapılması hallerinin islâm hukukuna göre, hukuka aykırı, haksız fiil olacağı halini ifade edebiliriz. Yine Kur'an-ı Kerim'in, Hz. İbrahim'e inancından ve inandığını açıkça ifade etmesinden vazgeçmesi için işkence yapılması ve ateşe atılması durumunu⁶⁷³ bizlere misal olarak vermiş olmasını Hz. İbrahim'in kişilik haklarına haksız saldırı olarak nitelendirebileceğimize bir işarettir. Benzer şekilde Kur'an-ı Kerim'de Hz. Musa'nın gösterdiği inanç esaslarına inananların inançlarını açıkça ifade etmelerine⁶⁷⁴ karşı Fravun'un

⁶⁶⁷ . A'raf: 7 / 10

⁶⁶⁸ . Ankebut: 29 / 17

⁶⁶⁹ . İsrâ: 17 / 30

⁶⁷⁰ . Buhârî, Buyu', 15; İbn Mace, Ticarât, 1, Nesai, Buyu', 1

⁶⁷¹ . Bakara: 2 / 256

⁶⁷² . Yazır, II, 860 - 861

⁶⁷³ . Enbiya: 21 / 67, 68, 69

⁶⁷⁴ . A'raf: 7 / 120, 121, 122

baskı kullanmaya kalkışması ve *mutlaka ellerinizi ve ayaklarınızı çaprazlama keseceğim, sonra da hepinizi asacağım*⁶⁷⁵ demiş olması kişilerin inancını açıkça ifade etme haklarına karşı girişilen saldırının islâm hukukuna göre haksız fiil olarak kabul edileceğinin bir başka işaretidir.

İslâm hukukuna göre kişilerin inandığını açıkça ifade edebilme hakkına sahip oldukları hükmünü havi Kur'an-ı Kerim'deki başka bir ayet, *Sizin dininiz size, benim dinim bana*⁶⁷⁶ şeklindedir. Bu ayetteki ifadede de anlaşılacağı gibi kişi inançlarını açıkça söyleme hakkına sahiptir. Diğer kişilerin ayrıca bunlara inanmaları için baskı yapma hakları yortur⁶⁷⁷. Kişilerin inandıklarını açıkça ifade edebilmelerinin islâm hukukuna göre, hukukî sınırlarının belirlenmesinde fayda olacağı kanaatindeyiz. Zira konuda Hz. Peygamber (s.a.s.), *...dinden çıkıp bozgunculuk yapanlar...*⁶⁷⁸ şeklindeki ifadesiyle kişilerin inandıklarını açıkça ifade ederken toplumda bozgunculuk yapmamaları gerektiği şeklinde bir sınırın çizilmesini istemiş olması bunun delili olarak kabul edilebilir. Zira bir takım hakların kullanılması uğruna hukukun bütün kurallarının altüst edilmesine göz yummanın hukukî olamayacağı açıktır.

3.2.2.1.2. Kişilik haklarının nitelikleri

Kişilik hakları, kişisel varlık yani şahıs varlığı üzerindeki haklardır. Bundan dolayı bu haklar kişiye bağlı olup ondan ayrı olarak düşünülemezler. Bu nedenle gerçek kişilerde doğumla, tüzel kişilerde kuruldukları andan itibaren her hangi bir kazandırıcı işleme gerek olmadan kazanılırlar. Gerçek kişilerde ölümle, tüzel kişilerde tüzel kişiliğin son bulmasıyla sona ererler⁶⁷⁹. Ölümle birlikte sona erdiklerinden miras yoluyla başkalarına geçmeleri düşünülemez. Ölümünden sonra ölenin kişilik haklarından ve bunlara saldırıdan da söz edilemez. İslâm hukukuna göre de, şahsî haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır bu hakları başkalarına devretme veya başkalarının kullanması söz konusu olamaz.⁶⁸⁰ Ölünün

⁶⁷⁵ . A'raf: 7 / 124

⁶⁷⁶ . Kâfirun: 109 / 6

⁶⁷⁷ . Yazır, IX, 6230 - 6231

⁶⁷⁸ . Buhârî, Diyat, 6; Müslim, Kasame, 25, 26, Ebu Davud, Hudud, 1; Tirmizî, Hudud, 15, Diyat, 10; Nesâî, Kasame, 6, Tahrim, 5; İbn Mace, Hudud, 1

⁶⁷⁹ . Karaman, *İslâm Hukuku*, I, 174; Gökmenoğlu, 49 - 50

⁶⁸⁰ . Zeyd, Zeyd b. Abdilkerim b. Ali, *el-Afyu Ani'l-Ukûbe fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Riyad, 1410, 494

şahsî haklarına saldırının ona zarar vermesi imkansız olmasına rağmen islâm hukukunun aslî kaynaklarından sünnette, *Ölülere sövmeyin. Çünkü onlar ahirete götürdükleriyle başbaşa kalmışlardır*⁶⁸¹ şeklinde bir ifade yer almaktadır. İslâm hukukunun ölülerin manevî şahsiyetlerine saldırıyı hukuka aykırı kabul etmiş olması, ölünün manevî şahsiyetinin zarar göreceği esasına dayanmaz. Çünkü ölünün manevî varlığına yapılacak haksız saldırının ölüyü manevî zarara uğratması söz konusu olamaz. İslâm hukuku nasslarında bu şekilde bir ifadenin yer almış olması, ölüye yapılan haksız saldırılar dolayısıyla ölünün varislerinin manevî zarara uğrayabilecekleri şeklinde yorumlanmalıdır. Zira ölünün manevî şahsiyetine yapılan haksız saldırılar, dolaylı olarak onun yakınlarına verilen bir zararı ihtiva eder.

Bir ölünün manevî şahsiyetine yapılan haksız saldırının dolaylı olarak yakınlarına manevî zarar vermesi durumunda zarar gören kişiler haksız fiilin kendilerine yönelmiş olması açısından manevî şahsiyetlerinin rencide edildiğini iddia ve dava edebilmeleri islâm hukukuna göre, hukukî olarak, kabul edilebilecek bir durumdur.

Pozitif hukuka göre, kişilik hakları, şahsa bağlı haklardan olduğundan bunlar başkalarına devredilemezler. Kural olarak kişilik haklarından vaz geçilemez, bunlar zaman aşımına uğramazlar, her hangi bir borç için rehin de verilemezler⁶⁸².

İslâm hukukuna göre, kişilik haklarına yapılan haksız saldırılardan maddî zararların da doğması mümkündür. Mesela bir tüccarın sahtekâr olduğuna dair bir yayın organında yapılan yayın onun direkt olarak kişilik haklarına yapılan bir saldırıdır. Böyle bir saldırının mağdurun kişilik haklarını doğrudan manevî zarara uğrattığı açıktır. Bunun yanında tüccarın ticari ilişkilerinde de bir takım kayıplar meydana gelir. Bu ticari kayıpları da onun için maddî zararlar sınıfında değerlendirilir.

Türk Medeni Kanunu da kişilik haklarına yapılan saldırılardan maddî tazminatın doğabileceği hükmünü ihtiva etmektedir⁶⁸³.

3.2.2.1.3. Kişilik haklarının ihlali (zarara uğraması)

Kişilik hakları hukukî bir işlem nedeniyle ihlal edilebileceği gibi haksız bir fiil ile de ihlal edilebilir. Kişilik haklarının haksız fiil ile ihlali maddî bir fiile dayanabileceği gibi söz,

⁶⁸¹ . Buharî, Cenaiz, 97, Rıkak, 42; Müslim, Fedailu's-Sahabe, 221; Ebu Davud, Sünnet, 10; Tirmizî, Birr, 51; Nesai, Cenaiz, 52

⁶⁸² . Akıntürk, *Medeni*, 34 - 35; Kılıçoğlu, 7

⁶⁸³ . T.M.K. mad. 24

yazı veya belge gibi maddî olmayan bir fiile de dayanabilir. Maddî bir fiille bir kişinin maddî kişilik değerinin ihlal edilebileceği Kur'an-ı Kerim'deki, *...kim bir kimseyi bir kimseye veya yeryüzünde bozgunculuğa karşılık olmadan öldürürse...*⁶⁸⁴ şeklindeki ayetin delaletiyle ortaya konulabilir. İslâm hukuku nasslarının genel değerlendirilmesinden, kişilik haklarının, maddî bir fiil ile ihlal edilebileceği anlaşılmaktadır.

Maddî olmayan bir fiille kişilik haklarının ihlalinde saldırıya uğrayan kişinin cismani varlığına yönelik fiili bir saldırı söz konusu değildir. Bu saldırı sonucunda genellikle maddî olmayan kişisel varlıklar ihlal edilirler⁶⁸⁵. Kur'an-ı Kerim'deki, *İffetli habersiz mümin kadınlara zina isnad edenler...*⁶⁸⁶ ayetinde ifade edildiği gibi maddî olmayan bir fiille kişilik haklarına saldırının söz konusu olacağı muhakkaktır. Bunun gibi kişiye homoseksüellik ithamında bulunmanın⁶⁸⁷ da maddî olmayan bir fiille kişilik haklarının ihlaline islâm hukukundan vereceğimiz bir başka örnektir.

Bazan maddî olmayan bir fiille kişilik haklarına yapılan saldırılar maddî kişisel varlığın ihlali sonucunu doğurabilir. Mesela bir kişinin soyu dolayısıyla haksız saldırıya maruz kalması halinde maddî olmayan bir fiille kişilik haklarının ihlali söz konusu olmaktadır. Bu ve benzeri gibi durumların islâm hukuku kaynaklarında gayr-ı meşru⁶⁸⁸ olarak ifade edilmiş olması, bunları haksız fiil olarak nitelendirilebileceğimize işaret eder. Bu şekilde maddî olmayan bir fiille birisine karşı yapılacak haksız saldırı sonucu o kişinin bundan dolayı üzüлüp hastalanarak sağlığının bozulması maddî kişisel varlığının ihlali neticesini doğurur.

Günümüzde radyo, televizyon, gazete ve dergi gibi kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarına saldırıya sık sık rastlamak mümkündür. Hatta zaman zaman basının bu tür saldırılardan dolayı ödemek zorunda kaldığı manevî tazminatlara da şahit olmaktadır.

3.2.2.2. Şeref ve haysiyete verilen zarar

3.2.2.2.1. Şeref ve haysiyet kavramı

İnsanın doğuştan kazandığı saygınlık ve itibarı dışında bir çok değerleri sonradan kazanabilir. İslâm hukukuna göre kişinin insan olarak doğması ona manevî bir değer

⁶⁸⁴ . Maide: 5 / 32

⁶⁸⁵ . Kılıçoğlu, 9

⁶⁸⁶ . Nur: 24 / 23

⁶⁸⁷ . Nevevî, *Mecmu'*, XX, 58; İbn Abdilber, II, 1075; Tarablusî, 188

⁶⁸⁸ . Buharî, Edeb, 22; Müslim, Eyman, 38 - 40; Ebu Davud, Edeb, 124

kazandırmaktadır. Kur'an-ı Kerim'deki bir ayette, *Biz insanı en güzel surette yarattık*⁶⁸⁹ buyurulmuştur. Bu ayette yer alan ifade insanın, doğuştan kazandığı, şeref ve haysiyete sahip olduğuna delalet etmektedir.

Bunun yanında kişiye, ait olduğu toplum tarafından zorunlu sayılan ahlakî niteliklere sahip olduğu veya sahip görüldüğü için verilen bazı değerler de vardır⁶⁹⁰. Bu tür değerlerin toplumda yaşayan herkes için geçerli olduğuna dair karine mevcuttur⁶⁹¹. İslâm hukukuna göre toplumda yaşayan herkes, şeref ve haysiyetlerini haleldar edecek bir davranışta bulunmadıkları sürece, şeref ve haysiyet sahibi kabul edilir. Bu konuyu delillendirebileceğimiz mahiyetteki külli kaidelerinden biri, *Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*⁶⁹² şeklindedir. Bu maddenin ifadesine göre bir şey bir zamanda hangi haldeyse o halinin hilafına delil bulunmadığı müddetçe o şeyin yine aynı hal üzere bulunduğunun kabul edilmesi gerekir⁶⁹³. Buna göre şerefli olarak dünyaya gelen bir kişinin şerefının haleldar olduğuna dair bir delil ve işaret yoksa o kişi yaşadığı toplum tarafından şerefli bir kişi olarak kabul edilmelidir.

Genel olarak, kişinin gerek doğuştan kazandığı ve gerekse yaşadığı toplum tarafından kendisine verilen değerlerin hepsine birden şeref ve haysiyet diyoruz.

İslâm hukukuna göre de, kişilik hakları arasında kabul edilen şeref ve haysiyet hakkı para veya maddî bir değer ile kesin olarak ölçülemeyen, paraya çevrilemeyen, sahibi için manevî değeri olan haklardandır. Bu manada şeref ve haysiyet hakları subjektif bir durum arz etmektedirler⁶⁹⁴. Ancak şeref ve haysiyetin ihlali sonucu objektif bir zarar doğar.

3.2.2.2.2. Şeref ve haysiyet çeşitleri

3.2.2.2.2.1. İç - dış şeref ve haysiyet

Pozitif hukuka göre, iç şeref ve haysiyet, subjektif şeref ve haysiyet olarak da isimlendirilir. Burada bir kişinin bizzat kendisi hakkındaki değer yargısı söz konusudur⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ . Tîn: 95 / 4

⁶⁹⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 389; Gökmenoğlu, 131

⁶⁹¹ . Kılıçoğlu, 61

⁶⁹² . Mec. mad. 5

⁶⁹³ . Ali Haydar, 41

⁶⁹⁴ . Akıntürk, *Medeni*, 34

⁶⁹⁵ . Akıntürk, *Medeni*, 32

Kişi kendisine ne kadar saygı duyuyor ve ne kadar güveniyorsa iç şeref ve haysiyet açısından o kadar şerefli kabul edilir. Bunun ölçüsü kişiye bağlı olduğundan subjektif olarak kabul edilmiştir.

Dış şeref ve haysiyet ise, bir kimseye yaşadığı toplum tarafından verilen değer yargısıdır⁶⁹⁶. Genel anlamda şeref ve haysiyetle kastedilmek istenen de dış şeref ve haysiyettir⁶⁹⁷. Günlük hayatta sık sık duyduğumuz ve zaman zaman da kullandığımız *çok şerefli ve haysiyetli kişi* ifadesiyle de kastedilen dış şeref ve haysiyet kavramıdır.

İç şeref ve haysiyet kişiyle sıkı ilişkili olduğundan dış şeref ve haysiyette olduğu gibi yere ve zamana göre değişiklik göstermez. İç şeref ve haysiyet aynı zamanda başkalarına karşı ileri de sürülemez. Bundan dolayı üçüncü kişiler tarafından iç şeref ve haysiyetin ihlali düşünülemez. Böyle olduğundan dolayı iç şeref ve haysiyetin hukuken korunması diye bir şey söz konusu değildir. Ancak dış şeref ve haysiyetin hukuken korunmasının gerekir.

Genel manasıyla, kişinin yaşadığı toplum vasıtasıyla sahip olduğu değerler şeref ve haysiyet kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu durum islâm hukukuna göre de böyle kabul edilebilir. Zira, şeref ve haysiyet kavramı içinde kabul edebileceğimiz bütün hukukî değerlerin haksız saldırılara karşı korunması gerektiği hükmü islâm hukuku nasslarından istinbat edilebilecek bir durumdur. Bu konuya işeret eden bir ayette, *Allah'tan başka ibadet ettiklerine sövmeyin...*⁶⁹⁸ şeklindedir. Bu ayet, yaşadıkları toplumda, ilahî olmayan dine uymalarından dolayı kendilerine kazandırılan, şeref ve haysiyete karşı haksız saldırının yapılmaması gerektiği hükmünü havi olarak değerlendirilebilir. Zira bu ayetteki ifade, yanlış değerlerden kaynaklanan şeref ve haysiyetlerin bile hukuka uygun kabul edileceği sonucuna varmamızı gerektirir. Yine islâm hukukçuları, gayr-ı müslim vatandaşlara (zimmi ve müste'minler) karşı yapılan, kötü söz, namus ve iffetleriyle alakalı, sataşmaların hukuka aykırı olduğunu ifade etmişlerdir⁶⁹⁹.

İslâm hukukuna göre başkalarının şeref ve haysiyetini haleldar edecek hiçbir fiil ve davranış hukukî kabul edilmez. Bu duruma delil ise sünnetteki, *Mümin hiç kimseye kusur isnad etmez, kimseyi lanetlemez, kimseye çirkin ve edepsiz söz söylemez*⁷⁰⁰ ifadesidir. Bu

⁶⁹⁶ . Gökmenoğlu, 131

⁶⁹⁷ . Kılıçoğlu, 64

⁶⁹⁸ . En'am: 6 / 108

⁶⁹⁹ . Kasanî, VII, 111; Karafî, III, 11

⁷⁰⁰ . Ahmed b. Hanbel. *Müsned*, I, 405, 416; Tirmizî, Birr, 48

hadise dayanarak başkalarının şeref ve haysiyetlerine karşı, maddî olmayan haksız fiillerle, saldırmanın hukukî olmayacağını ifade edebiliriz.

3.2.2.2.2. Hukukî ve ahlakî şeref ve haysiyet

Genel ifadesiyle, bir kişinin hukukî yükümlülüklerini yerine getirmesinden ve hukuk kuralları karşısındaki davranışlarından doğan toplumsal değerlerin tamamı hukukî şeref ve haysiyeti oluşturmaktadır⁷⁰¹. İslâm hukukuna göre hukukî bir müeyyideyle karşılaştığına dair delil bulunmayan, toplumdaki herkes hukukî şeref ve haysiyete sahip kabul edilir. İslâm hukukunda bu konunun izahı mahiyetteki külli kaidelerden biri, *Bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bakasıyla hükmolunur*⁷⁰² şeklindedir. Bu külli kaideden anlayacağımız üzere hiç bir hukukî müeyyideyle karşılaşmayan her hangi bir kişinin hukukî müeyyide ile karşılaştığına dair bir delil bulunmaması durumunda eski haline, yani şeref ve haysiyet sahibi olduğuna hükmetmek gerekir⁷⁰³. Yani hukukî müeyyide ile karşılaşmayan ve hukukî müeyyidelerden kurtulmak için değişik yollar denemeyen herkes hukukî şeref ve haysiyet sahibidir. Bir kişiye, asılsız bir şekilde, bu kişi zinadan dolayı hadd cezasıyla cezalandırılmış kişidir demek, onun hukukî şeref ve haysiyetine saldırı olarak kabul edilir.

Ahlakî şeref ve haysiyet, hukuken müeyyidelendirilmemiş, fakat toplum tarafından kabul edilen bazı ahlak kurallarına uygun davranışlar sonucu elde edilen toplumsal değerlerdir. Burada hukuka aykırı olmamakla birlikte toplumun ahlak anlayışına ters düşen davranışlar nedeniyle kişi hakkında verilen bir değer yargısı söz konusudur⁷⁰⁴.

İslâm hukukuna göre, mûrisin terekisi borçlarını ödemiyorsa varislerin mûrisin terekeden fazla olan borcunu ödememeleri durumunda karşılaşacakları hiç bir hukukî müeyyide yoktur⁷⁰⁵. Ancak varisler zengin iseler islâm ahlak anlayışına göre bu borcu ödemeleri ahlakî bir vazifedir. Böyle bir durumda mûrisin borcunu ödeyen varis başkaları tarafından bu borcu ödememiş olmakla itham ediliyorsa bu, o varisin ahlakî şeref ve haysiyetine karşı yapılan haksız saldırı olarak değerlendirilebilir.

⁷⁰¹ . Kılıçoğlu, 64

⁷⁰² . Mec. mad. 10

⁷⁰³ . Ali Haydar, 53

⁷⁰⁴ . Akıntürk, *Medeni*, 8; Kılıçoğlu, 65

⁷⁰⁵ . Berki, Ali Himmet, *İslâm Hukukunda Feraiz ve İntikal*, (Sadeleştiren, İrfan Yücel) Ankara, 1986, 155; Aktan, Hamza, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, Erzurum, 1988, 60;

3.2.2.2.3. Toplumsal şeref ve haysiyet

Bir kimse hakkında hukukî ve ahlakî değer yargısı verilmesi dışında, onun bulunduğu çevrede bazı niteliklerinin başkaları tarafından değerlendirilmesine, genel manada toplumsal şeref ve haysiyet diyoruz. Burada kişiye faal olduğu çevre (siyaset, meslek, spor, vs.) tarafından verilen değerler söz konusudur. Bu değerler kişinin bedensel ve zihinsel nitelikleriyle ilgili olabileceği gibi yetenekleriyle de alakalı olabilir⁷⁰⁶.

Kişilerin yaşadıkları toplumda sahip oldukları yetenek ve özellikleri birbirinden farklıdır. Çünkü bunlar bedene, zekaya, mal varlığına, kişinin işgal ettiği makama, mesleğine ve benzeri şeylere ilişkin olmaktadır. İslâm hukukuna göre şeref ve haysiyete yapılan haksız saldırılarda toplumsal şeref ve haysiyetin önemi büyüktür. Bazı islâm hukukçularına göre vali veya hakimlik gibi makamlara sahip kişilerle hiç bir makamı ve özelliği olmayan kişinin şeref ve haysiyet bakımından eşit kabul edilmeleri doğru değildir. Hakimlik, valilik veya devlet başkanlığı gibi hassas mevkilerde bulunanların makamları dolayısıyla kazandıkları şeref ve haysiyetlerine yapılacak haksız saldırılar karşılığindeki müeyyidenin diğer insanlarınkiyle aynı kabul edilmesi doğru değildir⁷⁰⁷. İslâm hukukçularının bu durumu ifade edecek şekildeki örneği, kadı'nın bineğinin kuyruğunu kesen kişinin hayvanın tamamının menfaatini fevt ettiğine dair görüşleridir⁷⁰⁸.

İslâm hukukuna göre, kişilerin toplumsal şeref ve haysiyetlerinin yanında toplumların ve toplumdaki sosyal gurupların da topluluk olarak (tüzel kişilik) şeref ve haysiyetlerinin varlığı kabul edilmelidir. Zira, islâm hukukuna göre toplumun şeref ve haysiyetine saldırı toplumun manevî sarsılmasına sebep olacağından böyle bir fiilin işlenmesi hukuka aykırı kabul edilmiş olmalıdır. Bu sonucu çıkarabileceğimiz ayetlerden birinde, *Müminler arasında hayasızlığın yayılmasını isteyenler için muhakkak dünya ve ahirette can yakıcı bir azab vardır*⁷⁰⁹, diğer bir ayette ise, *Ey inananlar! Bir topluluk bir diğerini alaya almasın, belki onlar kendilerinden daha iyidirler...*⁷¹⁰ şeklinde buyurulmuştur. Bu ayetlerin delaliyetiyle, toplumsal şeref ve haysiyet halini islâm hukuku açısından değerlendirmemiz mümkündür. Bu ayetlerin içeriğinden de anlaşılacağı üzere toplumların

⁷⁰⁶ . Kılıçoğlu, 65; Gökmenoğlu, 131

⁷⁰⁷ . Ahmed, 615 - 616

⁷⁰⁸ . Karafî, IV, 32; Ahmed, 615

⁷⁰⁹ . Nur: 24 / 19

⁷¹⁰ . Hucurât: 49 / 11

ve sosyal gurupların da gurup (tüzel kişilik) olarak sahip oldukları şeref ve haysiyetlerine karşı yapılan haksız saldırıların manevî zarar doğuracağı açıktır. Böyle saldırılarla toplumu manevî zarara itenlerin müeyyidesiz bırakılması islâm hukukunun anlayışıyla bağdaşmaz.

3.2.2.3. Şeref ve haysiyetin ihlali

Genel manada şeref ve haysiyet, toplum tarafından bir kimseye verilen objektif değer yargıları olduğundan dolayı şeref ve haysiyetin tayininde kişilerin subjektif değer yargıları ölçü olamazlar⁷¹¹. Ancak kişinin toplumdaki davranışları ve yaşantı biçimi toplumun onun hakkında verecek olduğu değer yargısında etkin bir rol oynar. Burada kişinin kendisine fazla değer vermiş olması toplumun da o kişiye fazla değer vermesi gerektiği sonucunu doğurmaz. Çünkü toplum ona dış dünyaya yansıttığı davranışlarına göre değer vermektedir.

Şeref ve haysiyet, şahsın içinde yaşadığı toplumun onda aradığı ahlakî niteliklerin mevcudiyeti ile ilgili bir kavram⁷¹² olduğuna göre, genel kaide olarak herkes toplumun bu değer yargısına sahip kabul edilmektedir. Buna yeni doğmuşlar kadar yaşlılar, eğitim görmüşler kadar eğitimsiz ve kültürsüz kişiler de dahildir. Böyle olmakla beraber şeref ve haysiyetin kapsamı ve bunlara yönelen saldırılar kişiden kişiye farklılık gösterir. İslâm hukuk doktrinindeki yaygın kanaate göre insanlar toplumda sahip oldukları hassas mevkilere göre durumları diğerlerinden farklılık arzeder. Durumları farklılık arzeden kişilere Kur'an-ı Kerim'in verdiği örneklerden biri, *Ey peygamber hanımları! Sizden biri açık bir hayasızlık yapacak olursa, onun azabı iki kat olur*⁷¹³ şeklindedir. İnsanların bulundukları konumları gereği birbirlerinden farklı değerlendirilmelerinin lüzumunu izah eden diğer bir örnek ise, *Rabbimiz biz yöneticilerimize ve büyüklerimize itaat etmiştik, fakat onlar bizi yoldan saptırdılar. Rabbimiz onlara iki kat azab ver onları büyük bir lanete uğrat derler*⁷¹⁴ ayetiyle ortaya konulmuştur.

Buradan hareketle toplumdaki konumu diğer insanlara göre farklı olan kişilerin şeref ve haysiyet bakımından da farklı olarak değerlendirilmeleri gerekeceği sonucuna varmaktayız.

⁷¹¹ . Kılıçoğlu, 61; Gökmenoğlu, 131

⁷¹² . Eren, *Borçlar*, II, 389; Gökmenoğlu, 131

⁷¹³ . Ahzab: 33 / 30

⁷¹⁴ . Ahzab: 33 / 67 - 68

İslâm hukukuna ait önemli ilkelerden biri de *Külfet nimete ve nimet külfete göredir*⁷¹⁵ şeklinde olup bu konuya açıklık kazandıracak mahiyettedir. İslâm hukukçuları bu prensibi genelde bu şekilde yorumlamamış olmalarına rağmen bu kaidenin toplumdaki yerleri ve konumları farklı olan insanların durumlarının değerlendirilmesinde bize yol gösterici mahiyette olduğunu belirtmek isteriz.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Deki: Hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?*⁷¹⁶ ayeti de kişilerin toplumda bulundukları konumlarının farklılık arzedeceğini ifade edecek mahiyette olduğunu söyleyebiliriz. Kur'an-ı Kerim'deki bu ifadeden kişilerin sahip oldukları makamları, ilmi kariyerleri ve sosyal mevkileri dolayısıyla şeref ve haysiyetlerinin farklı olacağı hükmünü çıkarmamız mümkündür.

İslâm hukuku kaynaklarının da ifade ettiği gibi, toplumun kendileri hakkında verdiği değer yargısı diğerlerine göre farklı olan kişilerin, işlemiş oldukları suçlara verilecek olan uhrevî cezalar sıradan kişilere verilecek cezalardan farklı olarak değerlendirilmiştir. Buradan hareketle onların şeref ve haysiyetlerinin ihlali sonucunu doğuracak haksız fiillerin onlarda açacak olduğu manevî yaranın toplumdaki sıradan fertlere göre daha fazla olacağı neticesine varmaktayız. Toplumun insanlar hakkında verdiği değer yargılarının kişiden kişiye farklılık göstermesi onların şeref ve haysiyetlerine yapılan haksız saldırıların onlarda meydana getireceği manevî zararların da farklı olacağı neticesini ortaya koymaktadır. Böyle bir değerlendirmenin islâm hukukuna aykırılık ifade etmeyeceği görülmektedir.

İslâm hukuku, hukuken suç kabul edilen fiilleri irtikab etmiş olan kişilerin de şeref ve haysiyet sahibi olduğunu kabul etmektedir. İslâm hukukuna göre, suçlunun şeref ve haysiyetini ihlal edecek her türlü fiilî veya sözlü sataşmalar haksız fiil olarak kabul edilmektedir. Nitekim, Hz. Peygamber (s.a.s.) bir uygulamasıyla suçluların şeref ve haysiyetlerinin varlığını ortaya koymuştur. Bir gün Hz. Peygamber (s.a.s.)'e bir suçlu getirdiler. Hz. Peygamber (s.a.s.) suçlunun cezasına hükmedip cezanın infaz edildiği sırada birisi suçluya, "*Allah seni rezil etsin.*" şeklinde sözlü bir saldırıda bulundu. Bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.s.) sataşmada bulunan kişiye, *böyle söylemeyin! Ona karşı şeytana yardım etmeyin*⁷¹⁷ şeklinde çıktı. Yine Hz. Peygamber (s.a.s.), suçluluğu ispatlanmış bir

⁷¹⁵ . Mec. mad. 88

⁷¹⁶ . Zümer: 39 / 9

⁷¹⁷ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 115; Buharî, Hudud, 5

suçluyu lanetleyen kişiye *ona lanet etmeyiniz*⁷¹⁸ buyurmuştur. Bu hadislerdeki ifadelerden hareketle suçlu kişilerin de şeref ve haysiyet sahibi olduğu ve onların şeref ve haysiyetlerine de haksız saldırıların hukuka aykırı olacağı sonucuna varıyoruz.

İslâm hukuku kişilerin kendi fiilleriyle kendi şeref ve haysiyetlerini haleldar etmiş olmalarının bile toplumda ifşa edilmesini doğru bulmamaktadır. Bu konuyla irtibatlandırabileceğimiz hükümlerden birinde Hz. Peygamber (s.a.s.), *Kim bir müslümanın ayıbını örterse, Allah da kıyamet gününde onun ayıbını örter*⁷¹⁹ şeklinde buyurmuştur. Bu hadisten de anlaşıldığı gibi kişiye yaşadığı toplum tarafından verilen değer yargılarını kişi bizzat kendi fiiliyle haleldar edecek olsa bile başkalarının onun kendisi tarafından haleldar olan şeref ve haysiyetini, aynı ölçüde haleldar etmeye kalkışmalarının her hangi bir müeyyidesi olmasa dahi, islâm hukukuna göre toplumun huzuru için doğru olmadığı açıktır.

3.2.2.3. Özel hayat hakkına verilen zarar

3.2.2.3.1. Özel hayat hakkı kavramı

İslâm hukukçuları tarafından klasik kaynaklarda bu ve benzeri meseleler gerektiği şekilde ele alınıp incelenmiş değildir. Pozitif hukukta, *Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması* şeklinde ifade edilen özel hayat hakkı meselesi ile ilgili olduğunu düşündüğümüz, bu duruma hukukî dayanak teşkil edebilecek özellikte, Kur'an ve sünnette bazı hükümler mevcuttur.

İslâm hukukçuları tarafından bu konunun incelenip değerlendirilmemiş olması, ilgili ayet ve hadisler üzerinde geniş ve teferruatlı görüşlerin ortaya çıkmaması neticesini doğurmuştur. Bundan dolayı, özel hayat hakkı konusunu, islâm hukukçularının farklı görüşleri, değişik yorumları açısından incelemek ve değerlendirmek imkanımız hasıl olmamıştır⁷²⁰.

İslâm hukuku açısından, bir toplumda yaşayan herkesin özel hayat hakkına sahip olarak kabul edilmesi bu hukukun gayesine ve genel prensiplerine uygun olarak tesbit edilebilir. Zira bir kişi sırf kendisini ilgilendiren, kendisiyle ilgili olay ve bilgilerin başkaları tarafından duyulmasını, bilinmesini, hatta konuşulmasını istemez. Herkes yaptığı,

⁷¹⁸ . Buharî, Hudud, 5

⁷¹⁹ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 159

⁷²⁰ . Armağan, 90

düşündüğü, söylediği şeylerin kendi özel ve gizli alanında kalmasını arzular⁷²¹. Pozitif hukuka göre de toplumun bütün fertleri hukuken diğerlerinin özel hayat hakkına saygı duymak zorundadır⁷²².

Bir kişinin dışarıya aksettirilmesinden hoşlanmayacağı ve topluma yansıdığına manevî zarar görebileceği her türlü duygu, düşünce ve davranışlarını özel hayat hakkını oluşturan değerler olarak kabul ederiz. İslâm hukuku nasslarının ihtiva ettiği pek çok hüküm kişilerin hukuken korunması gereken özel hayat hakkına sahip bulunduğuna işaret etmektedir. Kur'an-ı Kerim'deki, *...birbirinizin ayıplarını araştırmayın...*⁷²³ ayeti kişilerin özel hayat haklarının dokunulmazlığına işaret eden islâm hukuku nasslarından biri olarak kabul edilebilir.

Özel hayat hakkının hukukî statüsünü tesbit etmede bize ışık tutacak nitelikte, Kur'an-ı Kerim'de bazı ayetler mevcuttur. Bunlardan birinde, *Ey iman edenler! Kendi evinizden başka evlere, geldiğinizi farketirip (izin alın) ev halkına selam vermedikçe, girmeyin. Bu sizin için daha hayırlıdır. Her halde düşünüp anlarsınız. Orada hiçbir kimse bulamadıysanız, size izin verilinceye kadar oraya girmeyin. Eğer size geri dönün denilirse, hemen dönün. Çünkü bu sizin için daha nezih bir davranıştır*⁷²⁴ yani, karşıdaki insanların kalpleri rahata kavuşmayacak bir ortam varsa geri dönülmesi uygun görülmelidir⁷²⁵. Ayetlerdeki ifadeler kişilerin başkaları tarafından bilinmesini, görülmesini, anlaşılmasını istemedikleri özel hayat hakkına sahip olduklarının işareti olarak değerlendirilebilirler. Başkasının evine izinsiz girmek onun pek çok gizli hallerine muttali olma sonucunu doğurabileceğinden⁷²⁶ yukarıdaki nasslarda da ifade edildiği gibi islâm hukukuna göre haksız fiillerden kabul edilebilecek özelliktedirler. Özel hayat hakkıyla irtibatlandırabileceğimiz, bunun için hukukî mesned niteliğine haiz bir başka ayette de, *Çocuklarınız ergenlik çağına girdiklerinde, kendilerinden öncekiler (büyükler) izin*

⁷²¹ . Gökmenoğlu, 127

⁷²² . Kılıçoğlu, 68

⁷²³ . Hucurât: 49 / 12

⁷²⁴ . Nur: 24 / 27 - 28

⁷²⁵ . Sabunî, Muhammed Ali, *Revai'ul-Beyan Tefsiru Ayati'l-Ahkam mine'l-Kur'an*, Mekke, t.siz, II, 126, v.d

⁷²⁶ . Yazır, V, 3497 - 3498; Gökmenoğlu, 124

*istedikleri gibi onlar da izin istesinler...*⁷²⁷ şeklinde buyurulmuştur. Bu ayet, kölelerin, cariyelerin ve çocukların büyüklerinin yanlarına girerken bile izin istemelerinin gereğini anlatmaktadır⁷²⁸. Bu durum ise, kişilerin kendi çocukları ve aile fertleri tarafından bile bilinmesini, görülmesini, duyulmasını istemedikleri sırf, kendi şahıslarıyla ilgili, kendi gizli dünyalarında kalmasını arzuladıkları hususlar için özel hayat hakkına sahip olduklarına delalet etmektedir.

3.2.2.3.2. Özel hayat hakkının ihlali

Kişilerin kendi şahıslarıyla ilgili olup, başkaları tarafından bilinmesini istemedikleri şeylerin başkalarına aktarılması ve anlatılması özel hayat hakkının ihlali sonucunu doğurur. Özel hayat hakkının ihlali sonucunu doğuracak olan haksız fiillerden biri olarak kabul edebileceğimiz gıybet islâm hukuku nasslarında yer alan, *Biriniz diğerinin gıybetini yapmasın*⁷²⁹ şeklindeki yasak ile insanların özel hayat haklarının da islâm hukukuna göre her türlü ihlale ve haksız saldırılara karşı korunması gerektiğine işaret etmektedir.

Gıybetin, özel hayat hakkının ihlali sonucunu doğurabilecek niteliğe sahip olduğu sünnetteki ifadelerden de anlaşılmaktadır.

Hiz. Peygamber (s.a.s.)'in sahabeye gıybet konusundaki tavsiyelerini Ebu Hureyre şöyle anlatıyor:

Hiz. Peygamber (s.a.s.): Gıybet nedir? Bilir misiniz? diye sordu.

Ashab:

-Allah ve resulu daha iyi bilir. Dediler. Hiz. Peygamber (s.a.s.) de:

- Kardeşini onun hoşlanmayacağı şekilde anlatman ve vafsetmendir. Diye tarif ettiler.

- Kardeşimizde söylediğimiz özellik varsa ne buyursunuz? Şeklinde sorulması üzerine, Hiz. Peygamber (s.a.s.):

- Eğer söylediğiniz hususiyet kardeşinizde varsa işte o zaman gıybet olur. O özellik onda yoksa iftira etmiş olursunuz. Buyurdu⁷³⁰.

⁷²⁷ . Nur: 24 / 59

⁷²⁸ . Sabunî, II, 202

⁷²⁹ . Hucurât: 49 / 12

⁷³⁰ . İmam Malik, *Muvatta*, Kelam, 10; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 384, 386; Darimî, Rıkak, 6; Müslim, Birr, 70; Tirmizî, Birr, 23

Hız. Peygamber (s.a.s.)'in bu ifadeleriyle islâm hukukuna göre, gıybetin özel hayat hakkını ihlal eden haksız fiil çeşitlerinden biri olarak kabul edilebileceğine işaret olunmuştur.

İslâm hukukuna göre başkasını görülmesini istemediği şekilde görmeye çalışmak onun özel hayat hakkına tecavüzün bir şekli olarak kabul edilebilir. Bu değerlendirmeye delalet eden ayetlerden biri, **(Resulum) Müminlere gözlerini haramdan sakınmalarını söyle**⁷³¹ şeklindedir. Bu ayetin islâma göre gayr-ı meşru olan şeyleri gözetmenin yasak olduğunu beyan eden hükmünün yanında aynı zamanda başkalarının gizli saklı hallerini görmeye çalışmayı da yasaklar mana taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Hız. Peygamber (s.a.v)'in başkalarını istenmeyen durumlarda görme durumuyla karşı karşıya gelen kişilere, **böyle durumlarda gözlerinizi sakının**⁷³² şeklinde ikazda bulunması da islâm hukuku kaynaklarında yer alan özel hayat hakkının sınırlarını tayin etmede islâm hukukçularına kaynak olabilecek mahiyettedir.

Bir kişinin evini gözetlemek, kapının anahtar deliği gibi evin çeşitli yerlerinden içeriye bakmaya çalışmak halleri de islâm hukukçularına göre özel hayat hakkına karşı yapılmış haksız saldırı olarak değerlendirilmektedir⁷³³. Bu konuyla ilgili hüküm ifade eden bir hadiste, **Şayet insanların gizli hallerini araştırıp ortaya koyarsanız onların huzurlarını bozarsınız..**⁷³⁴ buyurulmaktadır. Bir başka hadiste de, **Ortada olanlara göre değerlendirme yapınız, müslümanların gizli saklı hallerini araştırmayın**⁷³⁵ şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hadisler kişilerin özel hayat haklarına karşı işlenen fiillerin zarar verici nitelikte haksız fiillerden olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmamıza delil teşkil etmektedirler.

İslâm hukukuna göre iyice araştırılıp doğruluğu kesinlik kazanmayan her hangi bir sözün söylenmesinin bile zararlı neticeler doğurabileceği gözardı edilmemelidir. Zira doğruluğu kesin olmayan sözlerin söylenmesi durumunda başkalarına manevî zarar verme ihtimali bulunmaktadır. Bu şekilde bir değerlendirme yapmamıza dayanak teşkil eden bir ayette, **Ey iman edenler! Eğer bir fasık size bir haber getirirse onun doğruluğunu**

⁷³¹ . Nur: 24 / 30

⁷³² . Nesâî, Sehv, 10

⁷³³ . Sâbık, II, 486

⁷³⁴ . Ebu Davud, Edeb, 37

⁷³⁵ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 421, 424

*araştırın. Yoksa bilmeden bir topluluğa kötülük edersiniz de sonra yaptığınıza pişman olursunuz*⁷³⁶ buyurulmuştur. Başka bir ayette de, *Hakkında bilgin bulunmayan şeyin ardına düşme*⁷³⁷ şeklinde buyurulmuştur. Bu mesele için dayanak oluşturacak bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.), *Kişiye her işittiğini anlatması yalan olarak yeter*⁷³⁸ buyurmaktadır.

Bir kişiye ait söz ve davranışların hukukî bir zorunluluk yokken başkalarına anlatılması, aktarılması islâm hukukuna göre, onun özel hayat hakkına saldırı olarak değerlendirilebilir. İslâm hukukunun kaynaklarında bu durumu ifade eden hüküm Hz. Peygamber (s.a.s.)'in, *Söz gezdiren kişi cennete giremez*⁷³⁹ hadisleriyle belirtilmiştir.

İslâm dini kişilerin özel hayat haklarına karşı işlenen haksız fiillerin uhrevî cezalarının kaçınılmaz olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Özel hayat hakkına tecavüzün uhrevî karşılığının varlığı Kur'an'da ve Hz. Peygamber (s.a.s.)'in bir çok hadisinde ifade edilmiştir. İslâm hukuku kaynaklarında özel hayat hakkına karşı yapılan haksız saldırıların uhrevî müeyyidelerinin varlığından bahsedilmiş olması bu çeşit fiillerin dünyada da zarar verici fiil özelliği taşıdıklarının delili olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

İslâm hukukunda benzeri pek çok meselede uhrevî müeyyidenin belirtilip dünyada nasıl bir karşılığın uygulanması gerektiğinin ifade edilmemiş olması bu tür haksız fiillerin dünyada müeyyidesiz kalacağı anlamına gelmez. Böyle durumlarda zamana ve şartlara göre haksız fiillerin dünyaya dönük karşılıklarının tayin ve tesbiti işinin kamu otoritesini elinde bulunduranlara bırakılmasının lüzumunun islâm hukukun gayesine de uygun düşeceğini söyleyebiliriz.

3.2.2.4. Şahsa verilen zararlar

Genel anlamıyla her insanın yaşama hakkı vardır. Kişiler ve devlet organları şahsın varlığına ve hürriyetine, hukukî durumlar dışında, dokunamazlar. Onun maddî ve manevî şahsiyetinin gelişmesine ve hürriyetine müdahale edemezler. İnsanın maddî ve manevî hayatının dokunulmazlığı hususunda ilk akla gelen durum kişinin *yaşama hakkına* sahip bulunmasıdır; hiç kimse bir diğerini öldüremez. Kişilerin dokunulmazlıkları, hem maddî,

⁷³⁶ . Hucurât: 49 / 37

⁷³⁷ . İsrâ: 17 / 36

⁷³⁸ . Ahmed b.Hanbel, eş-Şeybanî, *ez-Zühed*, Beyrut, 1983, 59

⁷³⁹ . Müslim, İman, 168

hem de manevî hayat bakımından söz konusudur. Bu meyanda insanlara haksızlık yapılması, hukukî olarak kabul edilemez⁷⁴⁰.

Pozitif hukuka göre ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda kişinin mal varlığında meydana gelen maddî eksilmeler, şahsa verilen zararı oluşturur⁷⁴¹. Bu çeşit zarara cismanî zarar adı da verilmektedir. Zira bu durumda bir insanın hayatına, fizik ve ruh bütünlüğüne vaki ihlal sonucunda uğranılan maddî zarar söz konusudur. Vücut bütünlüğünün ihlalinin zararlı bir sonuç doğurmadığı durumlarda şahsa verilen zarardan bahsedilemez⁷⁴².

İslâm hukukçularına göre şahsa verilen zararlar, şahsı öldürme şeklinde olabileceği gibi onu yaralama, bir organını kaybetmesine sebep verme veya bir organının fonksiyon kaybı şeklinde de olabilir. Şahsa, yaralama şeklinde yapılan haksız saldırılara *müessir fiil* denilmektedir. Şahsa verilen zararlar islâm ceza hukukunda genişçe ele alınmış ve çeşitli yorumlamalarla beraber geniş bir platformda değerlendirilmiştir.⁷⁴³

Çalışmamız tazminat olduğundan dolayı ceza olarak değerlendirilen ve sırf ceza amacı taşıyan fiil ve durumlar üzerinde durmayacağız.

3.2.2.4.1. Öldürme suretiyle şahsa verilen zarar

Burada pozitif hukuka göre, kişinin ölümüyle neticelenen zarar verici fiilin vuku bulmasıyla o kişinin mal varlığında meydana gelen eksilme söz konusudur. Kişinin ölümüne sebebiyet veren şahıs bu fiilini ya kasten veya hata sonucu işlemiş olabilir.

İslâm hukukuna göre, şahıs aleyhine işlenen fiiller bir takım karşılıklarla müeyyidelendirilmiştir. Mesela, kasten adam öldürme fiiline karşı Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas yazıldı*⁷⁴⁴ şeklindeki hüküm insan hayatının koruma altına alındığının delillerinden biridir. Hadisteki, *Şu üç şeyden biri olmaksızın müslümanın kanının akıtılması helal olmaz. Bunlar: Muhsan olup zina*

⁷⁴⁰ . Armağan, 85

⁷⁴¹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 69; Eren, *Eren*, II, 45; Kılıçoğlu, 225; Tiftik, 52

⁷⁴² . Eren, *Borçlar*, II, 45

⁷⁴³ . Kâsanî, VII, 133 vd.

⁷⁴⁴ . Bakara: 2 / 178

*eden kişi, haksız yere bir cana kıyan ve dinini terkedip bozgunculuk yapan kişilerdir*⁷⁴⁵ ve *Müslümanın müslümana, kanı, malı ve ırzı haram kılınmıştır*⁷⁴⁶ gibi hükümler de islâm hukuku kaynaklarında yer alan ve insan hayatının hukukun koruması altında olduğunun ifadelerindendir. Yukarıdaki ayet ve hadisler şahıs aleyhine haksız fiillerin işlenmesi karşılığında bir takım müeyyidelerin olacağını ifade etmektedirler.

Şahıs aleyhine işlenen haksız fiilin hata neticesi meydana gelmiş olması durumunda islâm hukukçuları mağdurun zarara uğradığını kabul etmektedirler. Kur'an-ı Kerim'deki, *...hataen bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azad etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gerekir*⁷⁴⁷ şeklindeki hüküm kişi aleyhine işlenen haksız fiil neticesinde zararın doğacağını açıkça ifade etmektedir. Sünnetteki, *Mümin bir kişiyi öldürene velisinin rızası dışında kisas gerekir. (Velisinin rızasıyla hüküm diyete dönüşürse), bir canın diyeti deve cinsinden yüz devedir...*⁷⁴⁸ şeklindeki hükümde de şahıs aleyhine işlenen bazı fiillerin zarar doğuracak nitelikte olduğuna delalet vardır.

3.2.2.4.2. Yaralama (müessir fiil) suretiyle şahsa verilen zarar

Burada kişiyi yaralayacak şekilde neticelenen zarar verici bir fiilin meydana gelmesiyle kişinin mal varlığını oluşturan hukukî değerlerde bir azalma olması durumu söz konusudur. Şahsa verilen zararlarda zarar verici fiil şahsın azalarından birini hedef almış olabilir. Mesela, bir şahsın her hangi bir uzvunu veya vücudunun bir bölgesini kesme veya yaralama⁷⁴⁹ fiillerinde durum böyledir.

Şahsı yaralayacak şekilde vuku bulan müessir fiil kişinin mal varlığında maddî bir eksilmeye sebebiyet vermişse maddî zarar söz konusudur. Yaralama fiilinin zararlı bir sonuç doğurmadığı durumlarda şahsa verilen maddî bir zararın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bir kişinin yaralanması neticesinde doğal olarak ortaya çıkan tedavi masrafları onun mal varlığında bir eksilme meydana getirmektedir. Bu kişi yaralanma neticesinde hiç iş

⁷⁴⁵ . Buharî, Diyat, 6; Müslim, Kasame, 25, 26; Ebu Davud, Hudud, 1; Tirmizî, Hudud, 15, Diyat, 10,

⁷⁴⁶ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 5, 54; Buharî, Cemaat, 11, Cenaiz, 32, Vesaya, 9, İtk, 17, 19, Ahkam, 1; Müslim, İmare, 20; Ebu Davud, İmare, 13; Tirmizî, Cihad, 27

⁷⁴⁷ . Nisa: 4 / 92

⁷⁴⁸ . Darimî, Diyat, 1; Ebu Davud, Fiten, 6; Nesaî, Kasame, 47

⁷⁴⁹ . İbn Humam, X, 203; Şirbinî, IV, 2; İbn Abidin, VI, 527

kaybına uğramamış olsa bile tedavi masrafları onun için maddî bir zarar doğurmaktadır. İslâm hukukçularına göre bu tedavi masraflarının müessir fiile maruz kalan kişi için maddî zarar olacağı kabul edilmiştir⁷⁵⁰.

3.2.2.4.3. Organların fonksiyon kaybı şeklinde zarara uğramaları

Fonksiyon kaybindan maksat, insan vücudundaki bir organın her hangi bir fizikî değişikliğe uğramaksızın görevini tam olarak yerine getiremez hale gelmesidir⁷⁵¹. Organlara gerçek anlamını kazandıran fizikî varlık ile fonksiyon bütünlüğünün birlikte bulunmasıdır. Sağlam bir insan için ruh ne ise bir organ için de fonksiyon odur. Ruhunu kaybeden insan nasıl ceset halini alıyorsa fonksiyonunu kaybeden organ da bir şekilden ibaret kalır⁷⁵².

İslâm hukukçuları genellikle fonksiyonu, görme, işitme, koklama, tatma, dokunma gibi duyular ve bunların bağlı oldukları organlar olarak ifade etmektedirler. Duyu organlarıyla doğrudan ilgili olan bu fonksiyonların yanında tutma, konuşma, akıl yürütme gibi her hangi bir duyu organıyla doğrudan ilgili olmayan fonksiyonlar da mevcuttur⁷⁵³. Kısaca, islâm hukukuna göre organların fonksiyon kaybına sebebiyet verecek şekildeki haksız saldırılar manevî zarar doğuracak fiillerden addedilmiştir⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ . İmam Şafii, VI, 204; İbn Abidin, VI, 586

⁷⁵¹ . Semerkandî, III, 109; Udeh, II, 205 - 206

⁷⁵² . Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Füller*, Ankara, 1996, 223

⁷⁵³ . Serahsî, *Mebhut*, XXVI, 69; Kasanî, VII, 311

⁷⁵⁴ . Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, *Kütübü'l-Asâr*, Kahire, t.siz, 219 - 220; Tahavî, Ebu Ca'fer, Ahmed b. Muhammed b. Selameti't-Tahavî, *Muhtasarü't-Tahavî*, Kahire, 1370; 245; Serahsî, *Mebhut*, XXVI, 69; Derdir, Ebu'l-Berekat Ahmed, *Şerhu'l-Kebir*, b.y, t.siz, IV, 272; Dessukî, Şemsuddin Muhammed, *Haşiyetü'd-Dessukî ale's-Şerhi'l-Kebir*, b.y, t.siz, IV, 272; Ebu Hayf, 72

İKİNCİ KISIM

TAZMİNAT

1. GENEL OLARAK TAZMİNAT KAVRAMI

Genel manada tazminat, bir hak sahibine ait maddî veya manevî her hangi bir hukukî varlığın zarar verici haksız fiile maruz kalması neticesinde, zarar verici haksız fiilden önceki durumu ile sonraki durumu arasında meydana gelen, objektif farkın giderilmesi için ödenmesi gereken değerler olarak ifade edilmektedir⁷⁵⁵.

Zararın varlığını kabul eden bütün hukuk sistemleri, tazminatın da varlığını kabul etmiş ve tazminat için çeşitli hukukî statüler belirlemişlerdir. İslâm hukukunda her çeşit zararın varlığı kabul edilmiş ve bunların telafisi anlamına gelen tazminat için de değişik hukukî esaslar belirlenmiştir. Tazminatı hukukî bir mesele olarak ele alan islâm hukukçuları klasik kaynaklarında *daman* başlığı altında değerlendirmişlerdir. İslâm hukukçularına ait klasik kaynaklarda bu maksatla *kitabü'd-daman*, *babü'd-daman* gibi bölümler yer almaktadır.

Tazminat kavramı, pozitif hukukta, “...ile tazmin” ve “...den tazmin” olmak üzere iki ayrı manada kullanılmaktadır. “...ile tazmin”, borcunu tam veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun malvarlığına, alacaklının yetkili devlet organları aracılığı ile el koyması durumunu ifade eder. “...den tazmin” ise, bir kişinin hukuk düzeninin koymuş olduğu genel bir hukuk görevine ya da hukukî bir ilişkiden, mesela bir sözleşmeden doğan özel bir yükümlülüğe aykırı davranıştan doğan tazmini ifade eder. “...den tazmin”de bir kişinin diğer bir kişiye vermiş olduğu akdî veya akıt dışı zararlardan doğan tazmin söz konusudur⁷⁵⁶.

İslâm hukukunda şariin hüküm koyarken gözettiği genel maksadı, insanların zaruriyat, haciyat ve tahsiniyat nevinden ihtiyaçlarını teminat altına almak şeklinde değerlendirilmiştir⁷⁵⁷. İslâm hukukuna göre zaruriyat nevinden kabul edilen ihtiyaçlar,

⁷⁵⁵ . Velidedeoğlu, 313

⁷⁵⁶ . Tekinay, 21; Eren, *Borçlar*, I, 87, II, 2; Karahasan, 59

⁷⁵⁷ . Gazalî, Ebu Hamid b. Muhammed, *el-Mustesfa min İlmi'l-Usul*, Mısır, h. 1322, I, 287; Şatibî, II, 331; Şakiru'l-Hanbeli, 16; Ebu Ğanime, 21; Zeydan, *Veciz*, 322; Hallaf, *Usul*, 197

insanların hayatlarını devam ettirmeleri için karşılanması zorunlu olan ihtiyaçlardır. Dinin, canın, aklın, neslin ve malın muhafazası için yerine getirilmesi gereken ihtiyaçlar zaruriyat nevinden kabul edilmektedir. Hacıyat nevinden ihtiyaçlar, insanların rahat yaşam sürebilmeleri için varolan zorlukların ortadan kaldırılması hususunda gerekli olan ihtiyaçlardır. Kişilerin dinî ve şahsî hürriyetlerinin teminat altına alınması gibi ihtiyaçlar haciyat nevinden ihtiyaçlar arasında kabul edilir. Tahsiniyat nevinden ihtiyaçlar ise, insanların mutlu, huzur ve güven içinde bir hayat sürmeleri için gerekli olan ihtiyaçlardır. Bu ihtiyaçlar insanlar için zorunlu olarak kabul edilen maslahatların aslını gerçekleştirmediği gibi onlar için bir tedbir mahiyetinde de değildir. İnsanların şeref ve haysiyetlerinin korunması gibi ihtiyaçları bu gurubun içine girer⁷⁵⁸.

İslâm hukukunun genel amacı, insanlara bu dünyada menfaatler sağlamak, çeşitli zararlardan korumak suretiyle onların faydalanabileceği toplum düzenini gerçekleştirmektir⁷⁵⁹.

İslâm hukukunun teminat altına aldığı zaruriyat nevinden olan maslahatları, din, can, akıl, nesil (ırz ve namus), ve maldır⁷⁶⁰. İslâm hukuku bu beş maslahatı koruma altına alabilmek için kısas, hudud, tazminat, ta'zirat nevinden pekçok hüküm ihtiva etmektedir⁷⁶¹.

İslâm hukukçularının üç ana başlık altında topladıkları insan ihtiyaçlarından her hangi birine karşı işlenen zarar verici fiil neticesinde bunlarda meydana gelen eksilmeyi vazettiği hükümlerle telafi ettirmek islâm hukukunun gayeleri arasında belirgin bir yere sahiptir.

Hukuken koruma altına alınmış varlıklara verilen zarar ya maddî zarar şeklinde ya da manevî zarar şeklinde olur. Kişilerin maddî değerlerine karşı işlenen haksız fiiller neticesinde meydana gelen zararların telafisine genel manada *maddî tazminat* denilmektedir. Manevî değrelere karşı işlenen haksız fiiller sonucu kişilerin manevî varlıklarında bir eksilme meydana gelmesi durumunda şahısların manevî varlıklarındaki eksilmeyi telafi etmeye, onları manen tatmin olmuş hale getirmeye de genel anlamıyla *manevî tazminat* denir.

⁷⁵⁸ . Gazalî, *Mustesfa*, I, 288 v.d; Yusuf Musa, 79; Kamil Musa, 44

⁷⁵⁹ . Şakiru'l-Hanbeli, 16; Bilmen, I, 202; Zeydan, *Veciz*, 323; Yusuf Musa, 77; Ebu Zehra, *Usul*, 314; Kamil Musa, 43; Hallaf, *Usul*, 199

⁷⁶⁰ . Gazalî, *Mustesfa*, I, 286; Şakiru'l-Hanbeli, 16; Zeydan, *Veciz*, 323; Hallaf, *Usul*, 199

⁷⁶¹ . Bilmen, I, 202

Çalışmamızda, kişilerin maddî değerlerinde meydana gelen zararların tazminini maddî tazminat bölümünde, manevî değerlerdeki eksilmenin giderilmesini de manevî tazminat bölümünde inceleyeceğiz. Zararda olduğu gibi tazminatta da maddî ve manevî tazminat kesin ölçülerle birbirinden ayırmak mümkün değildir. Ancak zarar gören hukukî değerlerin maddî yönü daha fazlaysa bunların tazminleri maddî tazminat bölümünde değerlendirilmeli, şayet zarara uğrayan hukukî değerlerin manevî yönü daha fazlaysa bunların tazminleri de manevî tazminat bölümünde değerlendirilmelidir.

Tazminat, islâm hukukçuları tarafından *daman* terimi kapsamında değerlendirildiğinden önce daman kelimesinin kapsamının tesbit edilmesi gerekir. Zira bütün islâm hukukçuları daman mefhumuna aynı manayı yüklemiş değillerdir.

1.1. İslâm Hukukunda Daman Terimi

Kelime olarak, kefil olma, üstlenme⁷⁶², bir borcun altına girme⁷⁶³ gibi anlamlara gelen daman bazan da bağlayıcılık (iltizam) manasında kullanılmaktadır⁷⁶⁴. İslâm hukukunda daman genel bir başlık olup bu başlık altında tazminat, kefalet gibi kavramlar işlenmiştir. Bazan daman ile karşılık (ta'vid) da ifade edilmiştir.

Malikî, Şaffî ve Hanbelî hukukçuları damanı daha çok kefalet anlamında kullanmışlardır. Kısaca, islâm borçlar hukukuna göre değerlendirmeye çalışacağımız tazminat da, klasik kaynaklarda, *daman* genel başlığı altında ifade edilmektedir⁷⁶⁵. İslâm hukuku literatüründe borcu ödeme veya ödenmesi gereken borç anlamında kullanılan *garamet* terimi de zaman zaman tazminat manasında kullanılmaktadır. Garim kelimesi islâm hukukçuları tarafından hem alacaklı hem de borçlu manasına kullanılmıştır. Ancak bu sözcük islâm hukukunda daha çok malî cezaları ifade edecek şekilde kullanılmaktadır⁷⁶⁶.

Garamet ve gurm kelimeleri islâm borçlar hukuku alanında, daman teriminde olduğu gibi hem zilyedlikten hem de zararlı fiilden kaynaklanan ödeme veya zarara katlanma sorumluluğunu ifade etmektedir⁷⁶⁷.

⁷⁶² . Zamahşerî, II, 36; Zavî, II, 39; Nekrî, II, 270

⁷⁶³ . İbn Manzûr, XIII, 257; Cevherî, VI, 2155

⁷⁶⁴ . *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXIX, 219

⁷⁶⁵ . Aktan, Hamza, *Daman*, T.D.V.İ.A. 8. Cilt, İstanbul, 1993, 450

⁷⁶⁶ . Bardakoğlu, Ali, *Garamet*, T.D.V.İ.A. 13. Cilt, 1996, 359

⁷⁶⁷ . Bardakoğlu, *Garamet*, 359

1.1.1. Daman'ın tazminat anlamında kullanılışı

Daman kelimesinin islâm hukukunda terim olarak kullanılan anlamlarından biri de tazminat anlamıdır. Daman terimi islâm hukukçuları tarafından zaman zaman kazadan sorumluluk anlamında da kullanılmıştır⁷⁶⁸. Bazı islâm hukukçuları daman terimini tazminat anlamını ifade edecek şekilde tanımlamışlardır. Ancak daman sözcüğünün tazminat teriminden daha kapsamlı bir anlam ifade ettiğini de belirtmek gerekir⁷⁶⁹.

İmam Muhammed'e göre *daman*, genel manada zarara uğrayan bir malın zarar görmemiş haliyle sahibine iadesidir⁷⁷⁰.

Hanefi hukukçularından Hamevî'ye göre ise, *daman*, bir şeyi zarara uğratan kişinin o şeyin mislini veya kıymetini eda etmesinden ibarettir⁷⁷¹.

Yine hanefi hukukçularından Şevkanî'ye göre *daman*, her hangi bir şeyi telef eden kişinin bundan dolayı yükleneceği borçtur⁷⁷².

Mecelle'de de *daman*, tazminat manasında, şu şekilde tanımlanmıştır: Tazminat, bir şeyin misliyattan ise mislini ve kıymiyattan ise kıymetini vermektir⁷⁷³.

Mustafa Zerka da Mecelle'nin *cevaz-ı şer'i damana* (tazminata) *münafi olur*⁷⁷⁴ şeklindeki külli kaidesini açıklarken tazminat için şöyle bir tanımlama yapmaktadır: *Daman*, başkasına verilen zarardan dolayı mali bir karşılık yüklenmektir⁷⁷⁵.

Günümüz İslâm hukukçularından Vehbe Zuhaylî ise *daman* için şu tanımlı yapmaktadır: Her hangi bir mala zarar veren veya menfaati zayeden ya da insanın vücut bütünlüğüne verilen cüzi veya külli zararlardan dolayı kişinin kendisini borç altına sokmasıdır⁷⁷⁶.

⁷⁶⁸ . Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*, (Doktora Tezi, Basılmamış), İstanbul, 1994, 129

⁷⁶⁹ . Aktan, *Daman*, 450

⁷⁷⁰ . Şeybanî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasan, *el-Cami'u'l-Kebir*, Kahire, t.siz, 342

⁷⁷¹ . Hamevî, II, 297

⁷⁷² . Şevkanî, V, 299

⁷⁷³ . Mec. mad. 416

⁷⁷⁴ . Mec. mad. 91

⁷⁷⁵ . Zerka, *Fıkıh*, II, 1026

⁷⁷⁶ . Zuhaylî, *Daman*, 15

Diğer mezheblere mensub islâm hukukçularından bazıları da *damam* tazminat manasında kullanmışlardır⁷⁷⁷.

Bu tanımlardan hareketle tazminatın, kişinin zimmetine yüklenen bir borç olduğunu ve yükümlünün bu borçtan kurtulabilmesi için gereken maddî veya manevî karşılığı ifa etmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Kısaca tazminatı, bir kimsenin mal veya şahıs varlığında meydana gelen eksilmelerin giderimi gayesiyle ödenmesi gereken para veya aynı mallar şeklinde tanımlayabiliriz.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı gibi islâm hukukunda *daman* terimi tazminat manasında kullanılmıştır. Buradaki tazminat hem maddî, hem de manevî tazminatı içine alacak şekilde mutlak bir ifadedir.

1.1.2. Daman'ın kefalet anlamında kullanılması

Daman sözcüğü islâm hukukçuları tarafından kefalet anlamında da kullanılmıştır⁷⁷⁸. Daman sözcüğünü kefalet manasında kullanan hukukçuların kitaplarında bunun için *kitabü'd-daman* başlığı kullanılmıştır⁷⁷⁹.

Malikî, Şafii ve Hanbelî hukukçular tarafından *daman* sözcüğünün daha çok kefalet anlamını taşıyacak şekilde tanımlandığına dikkat çekmiştik. Islâm hukukunun bu ekollerine mensup hukukçuların daman için yaptıkları tanımlardan bir kaçını burada vermekte fayda olacaktır.

Eklîl, *daman* için, bir hak dolayısıyla başkasının zimmetinin meşgul edilmesidir⁷⁸⁰ şeklinde bir tanım yapmıştır.

Dessukî'ye göre, *daman*, bir şahsın zimmetinin başkasına ait bir borçla meşgul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle kişinin zimmetinin ödenmesi gereken bir borçla yüklenmesidir.⁷⁸¹

Bazı islâm hukukçularına göre ise *daman*, zimmeti zimmete katmak olarak tanımlanmıştır⁷⁸².

⁷⁷⁷ . Kaya, 2

⁷⁷⁸ . Yaran, 129

⁷⁷⁹ . Şafii, III, 229; Şirazi, II, 346; Nevevî, *Minhac*, 240; Ğamravî, 240

⁷⁸⁰ . Eklîl, 344

⁷⁸¹ . Dessukî, III, 347

Abdülhak el-Bağdadî'ye göre *daman*, dâminin zimmetinin medmûn anının zimmetine eklenmesidir⁷⁸³.

Şafililerin benimsediği genel tanımıyla *daman*, başkasının zimmetinde sabit bir hak için sorumluluk yüklenmek veya her hangi bir şahsın istenildiği anda teslim edilme mükellefiyetini üzerine almak ya da her hangi bir borcu yüklenmektir⁷⁸⁴.

Hanbelî hukukçularından İbn Kudame'ye göre *daman* ise, bağlayıcı bir haktan dolayı dâminin zimmetini medmûn anının zimmetine katmaktır⁷⁸⁵.

Yukarıdaki tanımların da ifade ettiği gibi özellikle üç ekole mensup islâm hukukçuları *daman* terimini kefalet manasına kullanmış olmalarına rağmen bu kavrama bazan tazminat manasını da vermişlerdir. Mesela, bu ekollere ait kaynaklarda geçen *damanü'l-gasib*⁷⁸⁶, *damanü'l-müşteri*⁷⁸⁷ gibi terkipler bunun örneklerindendir.

Daman hususunda sonuç olarak, bazı islâm hukukçuları tarafından da belirtildiği gibi, *daman* sözcüğü, islâm hukuk literatüründe bazan tazminat, bazan kefalet, az da olsa bazan da sorumluluk anlamını taşıyacak şekilde geniş ve kapsamlı bir hukuk terimi olarak kullanılmıştır⁷⁸⁸. İslâm hukuk literatüründe kapsamlı bir terim olarak kullanılan *daman* genel ifadesinin sadece tazminata hasredilmesi uygun değildir. Ancak biz *daman* kavramı içinde yer alan, haksız fiiller neticesi meydana gelen zararların islâm hukukuna göre tazminini incelemeye çalışacağız.

2. TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ

İnsanlık tarihinin ilk devirlerinden beri zarar, insanlar arasında problem olmuş, bunun telafisi için çeşitli yollar denenmiş, farklı metotlar uygulanmıştır. Tazminat hukuku, zamanın akışı içinde sosyal, kültürel ve ekonomik gelişmelere uygun olarak çeşitli aşamalardan

⁷⁸² . Rekbî, Battal, *en-Nazmu'l-Müzta'zib*, (Mühezzeb kenarında), Mısır, t.siz, II, 346; Hısnî, 318; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXIX, 220

⁷⁸³ . Abdülhak Bağdadî, 121

⁷⁸⁴ . Şirbînî, II, 198; Ğamravî, 240; Erdebilî, I, 312

⁷⁸⁵ . İbn Kudame, *Muğni*, IV, 534

⁷⁸⁶ . İbn Cüzey, 340; Erdebilî, I, 320

⁷⁸⁷ . İbn Receb, 67

⁷⁸⁸ . Şeybanî, *Cami'*, 198; Taberî, *İhtilaf*, 186; Feyzullah, 14

geçmiş ve değişmelere uğramıştır. Özellikle gelişen dünya şartlarında zarar doğuracak fiiller çok değişik hale gelmiştir. Böyle olmasına rağmen zarar olduğu hükmüne varılan her fiil için yeni yeni tazminat şekilleri ortaya konulur olmuştur.

İnsanlığın iptidai devirlerinde sorumluluk meselesi hukuk ve cemiyeti pek fazla ilgilendirmiyor; doğrudan doğruya zarar veren ve zarar gören şahısları alakadar ediyordu. Güçsüz olan zarara katlanıyor, güçlü ise öc alarak zararını telafi ediyordu. Tarih içerisinde öc alma duygusunun giderek yerini tazminat fikrine terk ettiği görülmektedir.

Önceleri, verilen zarara karşı öc alma fikri hakimdi. Buna göre zarar gören kişi zarar verene karşı uğradığı zarara benzer bir zarar verme hakkına sahipti⁷⁸⁹. Ancak zamanla devlet gücünün artması sonucu kişisel öc alma yerine devlet kontrolünde değişik tazmin şekilleri uygulanmaya başlandı. Geçmiş devirlerde uygulanan tazminat şekillerinden biri de bugünkü tazminatla benzerlik arzeden, zarar verenin zarar görene, onun intikam hakkını satın alma karşılığı bir miktar malî karşılık ödemesi şeklinde telakki ediliyordu⁷⁹⁰. Bu tazminat şekli, zarar görenin zarar verene karşı öc alma hakkına sahip olur fikrine dayanmaktaydı.

Roma hukukunda da önceleri aynlara karşı işlenmiş olan haksız fiillerde ceza tazminat vazifesini görüyordu. Sonraları tazminatlar cezalardan ayrı olarak mutalaa edilmeye başlandı. Yine eski Roma hukukunda mağdurun veya mensup olduğu zümrenin failin şahsını elde etmek ve ona istediklerini yapmak hakkıydı. Burada intikam ve cebir kullanmak meşru kabul ediliyordu.

Sonraları şahsî öc alma yerine bir miktar mal tesbit edilmeye başlandı. Failin şahsî öcünden kurtulmak için tesbit edilen bu maddî değeri ödemesi gerekiyordu. Bu durum sonraları suçtan doğan borçlar olarak telakki edilmeye başlanmıştır. Bu tür borçlardan dolayı da fail şahsen mesul kabul edilmekteydi⁷⁹¹.

Batı hukukunda önemli yere sahip olan, hatta pek çok hukukun kaynağını teşkil eden Roma Hukukun'da, pozitif hukuka göre, sorumluluğun kurucu unsuru olan kusur unsuruna fazlaca rastlanmamaktadır. Ancak Roma hukukunda, en eski devirlerden beri objektif

⁷⁸⁹ . Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 469

⁷⁹⁰ . Velidedeoğlu, 313

⁷⁹¹ . Koschaker - Ayiter, 259

mesuliyet prensibi kabul edilmiştir⁷⁹². Bunun yanında Fransız hukuku ise haksız fiil sorumluluğunun temelini kurusda (la fauti) görmektedir. Fransız Medeni Kanununun 1382, 1283. maddeleri kusurdan bahsetmektedir⁷⁹³.

Roma hukukunda haksız fiillerin neticesi ekseriyetle zarar görene ödenen hususi bir para cezası (poena) idi ve bu suretle de zarar gören taraf çoğu zaman, haksız fiil neticesi gördüğü zarardan daha fazla bir miktar elde ederdi. Bununla beraber, bazı hallerde haksız fiillerden dolayı bir zararın tazmini borcu da doğabiliyordu.

Nitekim suçlunun ölümü halinde mirasçılara karşı açılacak dava ancak tazmin davası olabilirdi. Bundan başka klasik devirde ceza davası mahiyetinde olan bazı haksız fiil davaları, Justinianus hukukunda tazmin davası veya muhtelit dava (actio mixta) denen hem ceza hem tazmin davası karakterini kazanmışlardır⁷⁹⁴.

İslâm hukuku, hukuk tarihindeki önemli yerini aldığı sırada tazminat yerine henüz öc alma fikrinin hakim olduğu dönemde *zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur*⁷⁹⁵ şeklindeki genel bir prensip vaz ederek zararların tazmininde, yani zarar görenin zararının telafisinde adeta yeni bir dönemi başlatmıştır. Öc alma hakkının belirli maddî karşılıklarla satın alınması belki bizim anladığımız manada tazminata benzer⁷⁹⁶ gibi görülse de zarar neticesinde öc alma hakkının doğduğunu kabul etmenin hukukî bir mantığı olmadığı islâm hukukunun vazettiği ilkeyle ortaya konulmuş oldu.

Toplum düzenlerinin, medeniyetlerin gelişmesi ve modern devletlerin kurulmasıyla cezaî sorumluluk hukukî sorumluluktan ayrılmıştır. Ceza verme yetkisi devlete tanınmış, şahısların birbirlerine ceza vermeleri ilkesi hem islâm hukuku, hem de günümüz batı hukuku anlayışında yer almamıştır. Toplum düzenini sağlamak, kişilerin menfaatlerini korumak devlet görevleri arasında yer aldığından toplum düzenini ve şahıs çıkarlarını ihlale yönelen fiillere karşı uygulanacak müeyyideyi devletin belirlemesi zorunlu olmuştur. Bundan dolayı hukuka aykırı bir fiille başkalarının haklarını ihlal eden failin bu fiili aynı zamanda toplum menfaatlerini, kamu yararını ve toplum düzenini de ihlal ediyorsa onu cezalandırmak yetkisi

⁷⁹² . Rado, 30

⁷⁹³ . Kaneti, 48

⁷⁹⁴ . Rado, 39 - 40

⁷⁹⁵ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 313, V, 337; İbn Mace, *Ahkam*, 17

⁷⁹⁶ . Eren, *Borçlar*, II, 22

devlete tanınmıştır. Bu gelişmeler neticesinde cezaî mesuliyet hukukî sorumluluktan ayrılmış⁷⁹⁷ ve sadece üçüncü şahsa verilen zararı telafi etme ve zarar göreni tatmin etme amacını taşıyan sorumluluk (tazminat) hukuku doğmuştur.

Sorumluluk hukuku için önemli gelişmelerden biri olarak kabul edilen maddî ve manevî zararların birbirinden tefriki ve özellikle manevî zarar ile bunların tazmini meselesi Fransa'da 17. ve 18. yüzyıllarda hukukçuların eserlerinde geniş bir şekilde yer almaktadır. O dönemde manevî tazminatın maddî tazminatla aynı formül dahilinde değerlendirilmekte olduğu görülmektedir.⁷⁹⁸

Sorumluluk hukuku açısından önemli bir fonksiyona sahip olan uygun illiyet bağı teorisi de batıda 1888 yılında ilk defa Von Kries tarafından ileri sürülmüştür⁷⁹⁹.

Ondokuzuncu yüzyıldan itibaren başlayan kodifikasyon hareketleri batıda tazminat hukukunun tarihi gelişiminde önemli bir aşama olarak görülmektedir. Bu dönemde Avrupa medeni kanunları haksız fiile (kusur mesuliyeti) ilişkin genel şart ve kuralları bağımsız bir bölüm halinde düzenlemeye başlamışlardır. Nitekim 1803 tarihli Fransız Medeni Kanunu 1382. maddesinde *kusur sorumluluğunu* genel bir ilke olarak düzenlemiş, daha sonra Alman, İsviçre ve diğer ülkelerin medeni kanunları bunun etkisinde kalarak aynı düzenlemeyi kabul etmişlerdir⁸⁰⁰.

Pozitif hukuk açısından sorumluluk (tazminat) hukukundaki en büyük gelişme *sebeplî sorumluluğun* kabulü olmuştur. *Kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk* bazan *tehlike sorumluluğu* da denilen sebeplî sorumluluğun özelliği üçüncü bir kişiye verilen zararın tazmin edilebilmesi için zarar verenin kusurunun aranmamasında görülür. Burada kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından zarar veren, ister kusurlu, ister kusursuz olsun başka bir kişiye vermiş olduğu zararı gidermek, tazmin etmek zorundadır. Sebeplî sorumluluğunda sorumluluğun doğması için, sorumluluğun bağlanmış olduğu fiil veya olgu ile zarar arasında illiyet rabitasının mevcut olması yeterli kabul edilir⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ . Eren, *Borçlar*, II, 22

⁷⁹⁸ . Saymen, Hakkı Ferit, *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*, İstanbul, 1940, 23

⁷⁹⁹ . Eren, *Sorumluluk*, 62

⁸⁰⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 22

⁸⁰¹ . Tandoğan, *Mesuliyet* 8; Eren, *Borçlar*, II, 23; Karahasan, 467; Tiftik, 36,38

Sebeup sorumluluğu veya objektif sorumluluk ilkesi avrupada ancak ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren bilimsel doktrin ve uygulamada giderek hakim olmaya başlamıştır⁸⁰².

3. TAZMİNATIN HAKUKÎ DAYANAĞI

3.1. Ayetler

Damanın meşruluğu için fukahanın delil olarak tesbit ettiği ayetlerin yanında gerek maddî, gerekse manevî tazminatın kapsamını tayinde ve tazminatı ifa şeklini belirlemede bize yol gösterecek mahiyetteki ayetlerden bazılarının bilinmesinde fayda olacaktır.

*Mallarınızı aranızda batıl (haksız) sebeplerle yemeyin. Kendiniz bilip dururken insanların mallarından bir kısmını haram yollardan yemeniz için o malları hakimlere vermeyin*⁸⁰³ Bu ayette ifade edilen *batıl sebepten* maksadın başkalarına ait mallarda hukukî olmayan tazminat doğuracak zararlardan hali olmayacağına işaret ettiği görülmektedir⁸⁰⁴.

*Haram ay haram aya mukabildir. Hürmetler karşılıklıdır, o halde size saldırana siz de, size saldırdığı kadar karşılık verin. Allah'tan korkun. Biliniz ki Allah muttakilerle beraberdir.*⁸⁰⁵ Bu ayet birinci manasıyla savaş halinden bahsetmiş olmakla, islâm hukukçuları bu ayeti, başkasına ait her hangi bir maddî varlığa zarar veren kişiden zarar verdiği malın mislinin tazminat olarak alınması konusunda da delil olarak kullanmaktadırlar⁸⁰⁶.

*Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı batıl (haksız) yere aranızda yemeyin ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah sizi esirgeyecektir*⁸⁰⁷. Bu ayette beyan edilen hükmün umumî oluşu, islâm

⁸⁰² . Eren, *Borçlar*, II, 23

⁸⁰³ . Bakara: 2 / 188

⁸⁰⁴ . Taberî, Ebu Ca'fer Mmuhammed b. Cerir, *Cami'u'l-Beyan an Te'vili'l-Ayi'l-Kur'an*, Beyrut, 1988, II, 183; Ateh, Nureddin, *Tefsiru'l-Ahkami'l-Kur'an*, Şam, 1989, 319

⁸⁰⁵ . Bakara: 2 / 194

⁸⁰⁶ . Kurtubî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Cami li'l-Ahkami'l-Kur'an*, Beyrut, t.siz, II, 356; Kasanî, VII, 146; Zuhaylî, *Daman*, 16

⁸⁰⁷ . Nisa: 4 / 29

hukukçularını çoğunluğuna göre, gayr-ı meşru olan bütün tasarruflara şamil olarak değerlendirilmiştir⁸⁰⁸.

*Yetim mallarını haksız yere yiyenler karınlarına ancak ateş tıkmış olurlar*⁸⁰⁹. Bu ayette yetimlerin mallarındaki gayr-ı meşru tasarrufların islâm hukukuna göre, müeyyidesiz kalmayacağı ifade edilmiştir⁸¹⁰.

*Yetimin malına, ergin çağa ulaşana kadar, en güzel şeklin dışında yaklaşmayın. Ahdi de yerine getirin, doğrusu verilen ahidde sorumluluk vardır*⁸¹¹. Bu ayette de hukuka aykırı fiillere işaret edilmiştir.

*Faiz almaları ve insanların mallarını batıl yere yemelerinden ötürü kendilerine helal kılınan temiz şeyleri onlara haram kıldık*⁸¹².

*Bir mümini yanlışlıkla öldürenin bir mümin köle azad etmesi ve öldürülenin ailesi bağışlamadıkça ona diyet ödemesi gerekir*⁸¹³. Bu ayette geçen diyet, islâm hukukçularına göre, hataen öldürülenin varislerine, ölen kişinin kan bedeli olarak vermeleri gereken mali karşılıklar olarak tanımlanmıştır⁸¹⁴.

İslâm hukukçuları diyeti haksız fiili irtikab eden kişi için bir ceza, haksız fiil neticesi vücut bütünlüğü zarara uğrayan kişi (mağdur) için de mali bir karşılık olarak telakki etmişlerdir⁸¹⁵.

*Onlar size incitmekten başka bir zarar veremezler*⁸¹⁶.

*İffetli kadınlara zina isnad edip de dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun; ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin. İşte onlar fasıkların ta kendileridir*⁸¹⁷.

⁸⁰⁸ . Ateh, 319

⁸⁰⁹ . Nisa: 4 / 10

⁸¹⁰ . Taberî, *Cami'*, IV, 273

⁸¹¹ . İsrâ: 17 / 34

⁸¹² . Nisa: 4 / 161

⁸¹³ . Nisa: 4 / 92

⁸¹⁴ . Kurtubî, V, 315; Merğinanî, IV, 35; İbn Humam, X, 270; İbn Abidin, VI, 573; Damad Efendi, II, 638; Meydanî, III, 153

⁸¹⁵ . Muhammed Zuhaylî, *Nazariyatu'l-Fıkhiyye*, Beyrut, 1993, 55

⁸¹⁶ . Alu İmran: 3 / 111

⁸¹⁷ . Nur: 24 / 4

***İffetli habersiz mümin kadınlara zina esnad edenler dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir*⁸¹⁸.** Bu ayetlerde geçen *iffetli kadınlar* ifadeleri, islâm hukukçuları tarafından iffetli olarak bilinen kadın erkek bütün insanlara şamil olacak şekilde değerlendirilmiştir⁸¹⁹.

***İnanan erkek ve kadınları, yapmadıkları bir şeyden ötürü incitenler, şüphesiz iftira etmiş ve apaçık bir günah yüklenmiş olurlar*⁸²⁰.**

Hiz. Davud ve Hiz. Süleyman (a.s.)'ın kendilerine intikal eden bir zarar davası hakkında verdikleri hükümden bahseden ayetler de tazminatın hukukîliğine Kur'an-ı Kerim'den getirebileceğimiz delillerdendir⁸²¹.

Bunlardan başka, gerek zarara gerekse tazminata delalet edecek mahiyette ayetler de vardır. Sonraki bölümlerimizde yeri geldikçe onlara da değinilecektir.

3.2. Hadisler

Hiz. Peygamber (s.a.s.)'in gerek zararı, gerekse tazminatı anlatan bazı hadisleri de tazminatın meşruluğu hususunda bizim için delil olacak mahiyettedirler.

***Zarar vermek ve zarara zararlar mukabele etmek yoktur*⁸²².**

Hiz. Peygamber (s.a.s.)'in hanımlarından Safiyye (r.a.) Peygamber, diğer hanımı Aişe (r.a.)'in yanındayken onlara bir kabla birlikte yemek göndermişti. Aişe yemek çanağını ayağıyla kırdıktan sonra Peygamber'e, "Ya Resulellah! Yaptığının keffareti nedir?" diye sorunca, Hiz. Peygamber (s.a.s.) de, ***kırılan kab gibi bir kab, dökülen yemek gibi bir yemek*** diye buyurmuştur⁸²³.

Bir hadiste de Hiz. Peygamber (s.a.s.), ***sizden hiç biriniz kardeşinin malını ne cidden ne de şaka olarak almasın. Kardeşinin atasını bile alan varsa, onu geri versin***⁸²⁴ buyurmuştur.

⁸¹⁸ . Nur: 24 / 23

⁸¹⁹ . Kurtubî, XII, 172

⁸²⁰ . Ahzab: 33 / 58

⁸²¹ . Enbiya: 21 / 78 - 79

⁸²² . İmam Malik, Malik b. Enes, *el-Muvatta'*, Beyrut, t.siz, Akdiye, 31; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 327

⁸²³ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 148; Ebu Davud, Buyu', 89; Tirmizî, Ahkam, 23; Nesai, Nisa, 4

⁸²⁴ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 221; Ebu Davud, Edeb. 85; Tirmizî, Fiten, 3

Harac (menfaat, gelir) daman mukabelesindedir⁸²⁵.

El aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur⁸²⁶.

Bir gün Bera b. Azib'in devesi bir bahçeye girmiş ve orada ifsada sebebiyet vermişti. Bu durum Hz. Peygamber (s.a.s.)'e sorulunca O, ***gündüzleri bahçe sahibinin bahçesini korumakla mükellef olduğu, şayet ifsad gece olursa o zaman hayvan sahibinin zararı tazmin etmesi gerektiği*** şeklinde bir ifade buyurmuştur⁸²⁷.

Özel hayat hakkına saldırıyla alakalı olduğunu düşündüğümüz bir hadiste, ***Müslümanların gizli, saklı hallerini araştırmaya kalkışmanız onların durumunu bozarsınız⁸²⁸*** buyurulmuştur.

Manevî zararın varlığına delalet eden bir başka hadiste ise, ***Bir kişiye müslüman kardeşini hakir görmesi şer olarak yeter⁸²⁹*** ifadesi yer almaktadır.

Sahabeden Ebu Zerr el-Ğifârî'nin, bir kişiyi annesinin siyahî olmasından dolayı ayıplaması üzerine, Hz. Peygamber (s.a.s.) Ebu Zerr'e: ***Şüphesiz sen cahiliye adeti olan bir kişinin⁸³⁰*** buyurarak onu takbih etmiştir. Buradaki takbih, annesi dolayısıyla ayıplanarak manevî zarara uğrayan kişi için bir manevî tatmin ve tazmin olarak değerlendirilebilir.

Şüphesiz tazminat için ele alınması gereken hadisler bunlarla sınırlı değildir. Gelecek bölümlerde yeri geldikçe konumuzla alakalı başka hadileri de değerlendirmeye çalışacağız.

3.3. Külli Kaideler

Külli kaideler islâm hukukçuların ekseriyeti tarafından tek başlarına bir hukukî hüküm için dayanak teşkil etmezler. Bi şeyin hukukî mesnedi aslında bu külli kaidelerin de me hazını oluşturan nassların ifadeleri, delaletleri veya işaretleri olmakla beraber, her hangi bir meselenin hukukîliğini güçlendirmek maksadıyla bu umumî prensiplere muracaat edilebilir.

⁸²⁵ . Ebu Davud, Buyu', 71; Tirmizî, Buyu', 53; İbn Mace, Ticarat, 43

⁸²⁶ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 13; Ebu Davud, Buyu', 90; İbn Mace, Sadakat, 3

⁸²⁷ . İmam Malik, *Muvatta*, Akdiye, 37; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 436; İbn Mace, Ahkam, 13; Şevkanî, V, 364;

⁸²⁸ . Ebu Davud, Edeb, 37

⁸²⁹ . Müslim, Birr, 32; Ebu Davud, Edeb, 35; İbn Mace, Zühd, 23; Tirmizî, Birr, 18

⁸³⁰ . Buharî, İman, 22, Edeb, 44; Müslim, Eyman, 38, 40; Ebu Davud, Edeb, 124

*Zarar izale olunur*⁸³¹. Bu külli kaideyi şerh eden islâm hukukçuları manevî zararın manevî bir tazminatla izalesinden bahsetmemişlerdir. Ancak zararın izalesi prensibi manevî zararların da izale edilmesinin zorunluluğunu ve bu kaidenin manevî zararları kapsayacak mahiyette olduğunu düşünüyoruz. İslâm hukukçuları, vuku bulan zararların izale edilmesi, ortadan kaldırılması, telafi ve tazmin edilmesini zorunlu olarak görmekte-dirler⁸³². Bu külli kaide aynı zamanda devam etmekte olan zararların durdurulmasını da ifade eder şeklinde yorumlanmıştır. Mesela, bir kişinin umuma ait yolu işgal etmesinden doğan zarar, alış-verişte satın alınan ayıplı malların iadesi gibi durumlar da islâm hukukçularına göre bu külli kaide kapsamında değerlendirilmiştir⁸³³.

*Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın başka bir kimsenin tasarrufla bulunması caiz değildir*⁸³⁴. Vekalet, velayet, vesayet gibi hukukî tasarruflar veya herhangi bir şekilde zaruret olmadan başkasına ait bir mal üzerinde fiilî veya sözlü tasarrufla bulunmak islâm hukukuna göre haksız fiil olarak kabul edilir⁸³⁵.

*Bila sebebi meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz değildir*⁸³⁶. Hukukî olmayan bir şekilde başkasının malını, şaka yapmak maksadıyla bile olsa, almak ve kullanmak islâm hukukçuları tarafında gayr-ı meşru olarak addedilmiştir⁸³⁷.

*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır*⁸³⁸. Bir kimsenin hiçbir hukukî salâhiyeti olmadan başkasına, üçüncü bir şahsın mülkünde tasarrufla emretmesi, islâm hukukuna göre hukuka aykırı olarak değerlendirilir⁸³⁹. Kendisine üçüncü şahsın mülkünde tasarrufla emredilen kişi, emreden hiçbir hukukî salâhiyetinin olmadığını bildiği halde herhangi bir tasarrufla bulunursa bunun sonucunda doğacak zararları tazminle yükümlü kılınır⁸⁴⁰.

⁸³¹ . Mec. mad. 20

⁸³² . Ali Haydar, 85; Ahmed Zerka, 179

⁸³³ . Kırkağacı, 50; Zerka, *Fıkıh*, II, 976; Bâz, Selim Rüstem, *Şerhu Mecelle*, Beyrut, 1986, 29

⁸³⁴ . Mec. mad. 96

⁸³⁵ . Bağdadî, 145; Ali Haydar, 199; Ahmed Zerka, 461

⁸³⁶ . Mec. mad. 97

⁸³⁷ . Ahmed Zerka, 465

⁸³⁸ . Mec. mad. 95

⁸³⁹ . Bâz, 61

⁸⁴⁰ . Ali Haydar, 198; Ahmed Zerka, 459; Zerka, *Fıkıh*, II, 1033-1034

Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur ⁸⁴¹. Bu külli kaideye göre, haksız fiili bizzat işleyen kişinin bu haksız fiilinde başkalarına zarar verme kastı bulunmasa bile işlemiş olduğu bu fiilin neticesinde bir zarar meydana gelirse bu zararı tazmin borcunu da yüklenmiş olur. Haksız fiili zarar verme kastıyla irtikab etmiş olması halinde ise haliyle tazminat borcu kendisine ait olacaktır⁸⁴².

*Aslın ifası kabil olmadığı takdirde bedeli ifa olur*⁸⁴³. İslâm hukukuna göre tazminatta aslolan bir malın mevcut olması halinde aynen geri iade edilmesi, mal mevcut değil ama misli bulunan mallardan ise mislinin verilmesidir. Bir kişiye malını gasbetmek suretiyle zarar verilmiş ve gasbedilen mal da ortada aynıyla mevcut ise tazminat olarak bedelinin verilmesi, iki tarafın rızasının dışında, islâm hukukçularına göre, hukukî bir tazmin şekli olarak kabul edilmemiştir⁸⁴⁴. Bu kaidenin manevî tazminat için çıkar yol gösterdiğini de düşünüyoruz. Zira, manevî zararları aslıyla tazmin etmek mümkün değildir.

*İztırar gayrın hakkını batıl etmez*⁸⁴⁵. Zor durumda kalan kişiye islâm hukuku, aşırı gitmemek şartıyla, başkasının mülkünde tasarruf etme hakkını tanımıştır. Ancak bu durum mülkünde tasarrufta bulunulan kişinin uğradığı zarara razı olması anlamına gelmez. Zor durumda kalıp başkasının mülkünde izinsiz tasarrufta bulunan kişinin bu tasarrufu neticesinde meydana getirdiği zararı tazmin etme zorunluluğu vardır⁸⁴⁶.

*Zarar bikaderil imkan def' olur*⁸⁴⁷. Her hangi bir haksız fiil neticesi doğan zararların tazminatla tamamen ortadan kaldırılması mümkün değilse de mağduru en az zararla kurtarmak ve onun zararını mümkün olan en iyi şekilde telafi etmek gerekir. İslâm hukukçularına göre, gasbedilen veya telef edilen malın ancak kıymet olarak tazmin edilebilmesi bunun bir örneğidir⁸⁴⁸.

⁸⁴¹ . Mec. mad. 92

⁸⁴² . Ali Haydar, 194; Ahmed Zerka, 453; Bâz, 60

⁸⁴³ . Mec. mad. 53 .

⁸⁴⁴ . Ali Haydar, 121; Ahmed Zerka, 287; Bâz, 41

⁸⁴⁵ . Mec. mad. 33

⁸⁴⁶ . Kırkağacî, 16-17; Ali Haydar, 89; Ahmed Zerka, 213

⁸⁴⁷ . Mec. mad. 31

⁸⁴⁸ . Ali Haydar, 87-88; Ahmed Zerka, 207

İslâm hukukuyla mukayese yapabilmek açısından, Türkiye’de uygulanan hukuk sisteminin tazminatla ilgili hukukî mesnedlerinin hangi kaynaklara dayandığının bilinmesi faydalı olacaktır. Türkiye’de uygulanmakta olan hukuk sisteminde tazminatın hukukî dayanağı, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunlarında ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanununda, mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz mahcurlar (M.K. Mad. 16, 359), şahsiyet haklarının ihlali (M.K. Mad. 24), ismin ihlali (M.K. Mad. 25), boşanma (M.K. Mad. 143), vesayet uzuvları (M.K. Mad. 409), başkasının arsası üzerine inşaat (M.K. Mad. 649), hukukî tağyir ve iki malın birbiriyle karışması veya birleşmesi (M.K. Mad. 699-700), başkasının gayr-ı menkulüne tecavüz (M.K. Mad. 676-677), kaynaklar (M.K. Mad. 680), intifa hakkı (M.K. Mad. 724), kanuni ipotek (M.K. Mad. 811), zilyetliğin ihlali (M.K. Mad. 895-896) gibi konularda tazminatla ilgili düzenlemeler getirilmiştir.

Türk Borçlar Kanununda, umumi vaadden rucu (B.K. Mad. 8), zati kusur neticesinde hata (B.K. Mad. 26), hiyle ve ikrah (B.K. Mad. 29,31), selahiyeti bildiren vesikanın geri alınmaması (B.K. Mad. 36), selahiyetsiz temsil (B.K. Mad. 39), haksız fiiller (B.K. Mad. 41-60), borçların ödenmemesi (B.K. Mad. 96-100), başkasının fiilini taahhüt edenin bunu yerine getirmemesi (B.K. Mad. 110), ücret tevkifi (B.K. mad. 157), borcun nakli (B.K. Mad. 178) hususlarında, ayrıca alım-satım, trampa, hibe, icar, ariyet, hizmet, istisna, vekalet ve sair bütün akitlerde tazminatla ilgili hükümler dercedilmiştir.

Türk Ticaret Kanununda, bütün şirketler ve kıymetli evrakla ilgili hukuk ihlallerinde tazminattan söz edilmiştir.

Bunlardan başka diğer kanunlarda, himaye edilen sınaî ve fikrî mülkiyet ihlallerinde de tazminat bahis mevzuu edilmektedir.

Tazminat Türkiye’de uygulanmakta olan hukuk sistemi içerisinde özel hukukun önemli ve geniş konularından biri olarak kabul edilmiş olup, çeşitli kanunlarla tanzim edilmiştir⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ . Velidedeoğlu, 313

4. TAZMİNATIN KAPSAMI

4.1. Pozitif Hukuka Göre Tazminat Sebepleri

4.1.1. Kanun

Pozitif hukuka göre, bir zararın tazminat sebebinin kanun olabileceği kabul edilmiştir. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu da 51. maddesinde bir kanun veya kanun hükmünün sorumluluk sebebi olabileceği hükmünü ihtiva etmektedir. Kanunun sorumluluk sebebi olduğu hallerde, zararın başka bir kişiye yükletilmesi için, bunun kusurlu bir davranış veya sözleşmeden doğması gerekmez. Gerçekleşen zarar, kusur ve sözleşmeden bağımsız olarak kanun gereği başka bir kişiye yükletilir.

Pozitif hukuka göre, sorumluluk sebebinin bir kanun veya kanun hükmü olduğu hallerde örnek olarak sebep ve tehlike sorumluluğu halleri ile sigorta akitlerinin hukukî dayanağına teşkil eden kanun hükümleri gösterilebilir⁸⁵⁰.

4.1.2. Sözleşme (Akit)

Pozitif hukuka göre, sözleşmeler borçların kaynaklarından kabul edilmektedirler. İki tarafa da sorumluluklar yükleyen sözleşmeler, sorumlulukların yerine getirilmeyişiyle bazı zararların ortaya çıkmasına sebep olur⁸⁵¹.

Roma hukukuna göre de borç kaynaklarının en önemlisi akitlerdir. Romalılara göre akit, borç münasebeti tesis eden bir hukukî muameledir. Akit yerine latince *contractus* tabiri kullanılır. Bu tabir de taraflar arasında iradelerin uyuşması suretiyle meydana gelen anlaşmaları ifade eder⁸⁵².

Türk Borçlar Kanunu da 51. maddesiyle akitlerin tazminat sebebi olabileceği hükmünü ihtiva etmektedir. Bu maddede bir kimsenin başkasının uğrayacağı zararı tazmin etme borcunu üzerine alabileceği durumu hükme bağlanmıştır. Bu durumlarda zararı yüklenen kişi veya kurumun zararın doğmasında kusurlu davranmış olması aranmaz. Türk Borçlar Hukukuna göre sorumluluğu ve dolayısıyla zararı giderme borcunu doğuran sözleşmelerin başında sigorta sözleşmeleri gelmektedir⁸⁵³.

⁸⁵⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 5

⁸⁵¹ . Akıntürk, *Borçlar*, 17; Karahasan, 61

⁸⁵² . Rado, 53

⁸⁵³ . Eren, *Borçlar*, II, 5

4.1.3. Kusur

Kusur, kısaca hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi olarak ifade edilir⁸⁵⁴. Pozitif hukuka göre kusur, haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir⁸⁵⁵. Bundan dolayı tazminatın kapsamını tayinde kusur unsurunun önemli rolü vardır⁸⁵⁶. Türk Borçlar Kanununun 41. maddesindeki, *gerek kasten, gerek ihmal ve taseyyüb yahut tedbirsizlikle* tabirleri zarar verici haksız fiili işleyen kişide kusurun varlığının aranması gerektiğini göstermektedir.

Kusur, her şeyden önce hukuka aykırı bir davranışı gerektirir. Bu sebeple kusurlu olan bir davranış daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmiştir⁸⁵⁷. Pozitif hukuka göre, benzer durum ve şartlar altında normal kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden ayrılan ve sapan her davranış, kusurlu davranış olarak nitelendirilmiştir⁸⁵⁸. Kusur mefhumunu şu misalle biraz daha açmaya çalışalım. Mesela, bir kimsenin diğerini yaralamak maksadıyla ona bir taş parçası fırlatması ve başını yarmasında kasıt; damda kiremit aktarırken bir taş parçasını kazara düşürüp yoldan geçen bir kimsenin kafasına isabet ederek yaralaması durumunda ise tedbirsizlik vardır. Bunların her ikisi de tazminat açısından kusur mefhumu içerisinde değerlendirilir. Kasıтта arzu, tedbirsizlikte ise, ihmal söz konusudur. Bundan dolayı çoğu kere, kasıt, ağır kusur, ihmal ise hafif kusur olarak isimlendirilmektedir⁸⁵⁹.

Neticede her iki durum da kusur unsuru içine girmektedir. Burada kişinin kasıtlı veya ihmali davranışı sonucu doğan zarar, onun fiilinin neticesi olduğundan tazmin borcunun da şüphesiz o kişiye yüklenmesi gerekir.

Pozitif hukuk açısından başkasına zarar vermek amacıyla yapılan kusurlu davranışlar sonucunda zarar meydana gelmişse tazminat için gerekli sebebin teşekkül ettiği kabul edilmiştir⁸⁶⁰.

⁸⁵⁴ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 44; Eren, *Borçlar*, II, 107; Kürdî, Ahmed Hacı, *el-Medhalu'l-Fıkhî (el-Kavaidu'l-Külliye ve'l-Mueyyidatu's-Şer'iyye)*, Şam, 1990, 105; Tiftik, 56

⁸⁵⁵ . Eren, *Borçlar*, II, 107; Tiftik, 55

⁸⁵⁶ . Tiftik, 55

⁸⁵⁷ . Eren, *Borçlar*, II, 107

⁸⁵⁸ . Tiftik, 56

⁸⁵⁹ . Velidedeoğlu, 310

⁸⁶⁰ . Hatemi, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976, 20

4.2. İslâm Hukukuna Göre Tazminat Sebepleri

Hukukî açıdan bir olgu diğer bir olgunun veya bir olayın sebebi olarak kabul edilir. Bunun gibi tazminatın sebebi de tazminat ödemeyi gerektiren ve zarar doğuran fiildir.

İslâm hukuk literatüründe tazminat sebepleri farklı sayılarda ve değişik isimlerle ifade edilmiştir. Mesela, Hanbelî hukukçulardan İbn Receb'e göre, akid, vaz'u'l-yed ve itlaf olmak üzere tazminat için üç sebep vardır⁸⁶¹. Hanefî hukukçulardan Kasanî de itlaf, gasb ve akit olmak üzere üç tazminat sebebinden söz eder⁸⁶². Malikî hukukçulardan Karafî'ye göre de tazminat sebepleri üçtür. Fakat O, bunları, 'udvan, tesebbüben itlaf ve vaz'u'l-yed olarak ifade etmiştir⁸⁶³.

Şafîi hukukçularından İmam Suyutî de, el-Eşbah ve'n-Nezair adlı eserinde, tazminat sebeplerinin akit, vaz'u'l-yed, itlaf ve haylûlet olmak üzere dört olduğunu kaydetmiştir⁸⁶⁴.

Muasır islâm hukukçularından Vehbe Zuhaylî de klasik kaynaklardaki tazminat şekillerini benimseyip, akit, vaz'u'l-yed ve itlaf olmak üzere üç tazminat sebebinin varlığından söz etmektedir⁸⁶⁵. Muhammed Fevzi Feyzullah, ilzamu's-şari', iltizam bi'l-akd ve ızrâr (zarar verme) olmak üzere üç durumun⁸⁶⁶ tazminata sebep olacağına dikkat çekmiştir. Ali el-Hafif bunlara vaz'u'l-yed'i⁸⁶⁷ ilave ederek tazminat sebeplerini dörde çıkarmaktadır. Ahmed Hacı el-Kürdî, tazminatın sebeplerinin akit ve hata şeklinde iki olduğu kanaatindedir⁸⁶⁸. Süleyman Muhammed Ahmed, yukarıdaki tazminat sebeplerine ğarûr ve haylulet gibi iki sebebi daha ilave etmiştir⁸⁶⁹.

İslâm hukukçularının tazminat sebepleri olarak ifade ettikleri sebeplerin isimlerinde farklılık olmasına rağmen hepsinin kapsam bakımından aynı olduğu görülmektedir. Bundan dolayı akdin dışında kalan sebeplerin hepsini kusur kavramı içerisinde değerlendirmek mümkündür.

⁸⁶¹ . İbn Receb, 218, v.d

⁸⁶² . Kasanî, VII, 164

⁸⁶³ . Karafî, II, 227, IV, 30

⁸⁶⁴ . Suyutî, Celaluddin Abdirrahman, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, 1983, 362

⁸⁶⁵ . Zuhaylî, *Daman*, 63

⁸⁶⁶ . Feyzullah, 19

⁸⁶⁷ . Ali Hafif, *Daman*, II, 16, 39, 40

⁸⁶⁸ . Kürdî, 105

⁸⁶⁹ . Ahmed, 72, 78

Modern hukuktaki yaklaşıma göre, islâm hukukundaki tazminat sebeplerini, fukahanın yaptığı tesbitleri de göz önünde bulundurarak, *sözleşme* ve *kusur* genel başlığı altında izah edebiliriz. Pozitif hukukta tazminat sebeplerinden biri olarak kabul edilen kanun ise, tehlike sorumluluğu ve motorlu taşıt işletenin sorumluluğu ile daha çok sigorta akitlerinin dayanağını ifade ettiğinden burada onun üzerinde durmayacağız.

4.2.1. Sözleşme (Akit)

İslâm hukuku terimi olarak akit, Mecelle'deki ifadesiyle, *tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüd etmeleridir ki, icab ve kabulün irtibatından ibarettir*⁸⁷⁰. Yani akde taraf olanların hür iradeleriyle belli bir yükümlülük altına girmelerine akit denilmektedir. Akit terimi yerine Türkçe'de daha çok *sözleşme* sözcüğü kullanılmaktadır. Pozitif hukukçulardan bazıları özellikle sözleşme deyimini tercih etmektedirler.

İslâm hukukuna göre tazminat sebeplerinden biri de akitlerdir⁸⁷¹. Zira akitler borçların kaynakları olan hukukî işlemlerden biridir⁸⁷². Kişilerden sadır olan ve hukukî sonuçlar doğuracak özellikteki her şey *hukukî tasarruf* mefhumu içinde değerlendirildiğine göre akitler de şüphesiz bir hukukî tasarruf çeşididir.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey iman edenler! Akitlere riayet ediniz*⁸⁷³. *Ahdinizi yerine getiriniz; çünkü ahitler sorumluluğu gerektirir*⁸⁷⁴. *Ahidleştığınız zaman, Allah'ın ahdini yerine getiriniz, Allah'ı kefil göstererek sağlamlaştırdıktan sonra yeminleri bozmayın*⁸⁷⁵ gibi ayetler akitlerin bozulması halinde sorumluluğun gerekeceğine delil olarak gösterilmektedirler.

İslâm hukukuna göre akitlerin genel hükümlerinin yanında tarafların (muteakideyn) karşılıklı rızalarıyla belirledikleri şartlara uymamak da tazminat için bir sebep oluşturmaktadır. Bu durum, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in, *helal haram veya haramı helal*

⁸⁷⁰ . Mec. mad. 103

⁸⁷¹ . Kasanî, VII, 164; İbn Receb, 37; Senhurî, *Akd*, 63 Ali Hafif, *Daman*, 16; Zuhaylî, *Daman*, 63; Ferec, 364; Feyzullah, 19;

⁸⁷² . Karaman, *Akit*, 251

⁸⁷³ . Maide: 5 / 1

⁸⁷⁴ . İsrâ: 17 / 34

⁸⁷⁵ . Nahl: 16 / 91

*yapacak şartlar müstesna müslümanların kendi aralarında tesbit ettikleri şartlara uymaları gerekir*⁸⁷⁶ hadisiyle ifade edilmiştir.

İslâm hukuk doktrininde hukukçuların ittifak ettiği hususlardan biri de akdin genel ve özel hükümlerinin ihlal edilmesi halinde sorumluluğun doğacağı meselesidir⁸⁷⁷.

Pozitif hukukta hukuka uygun olarak yapılmış akitleri bozarak zarara sebebiyet vermenin dışında, bir kimse belli bir akitle bir başkasının uğrayacağı zararı gidermeyi taahhüt edebileceği esas kabul edilmiştir. Yani bir kişi, başkasının tazmin yükümlülüğünü üzerine alabilir⁸⁷⁸.

Bazı islâm hukukçuları da bu şekildeki akitleri belirli ölçülerle hukukî olarak kabul etmektedirler. Böyle bir sorumluluğun varlığının kabul edilebilmesi için bir şahsın diğerine şu yolu takip edersen bu yol senin için emin yoldur, bu yolu takip ettiğin sürece uğrayacağın zararları tazmin etme sorumluluğu bana aittir gibi bir takım taahhütlerde bulunması gerekir. Başkasına ait işler için taahhütlerde bulunan kişinin bu taahhütlerinin islâm hukukuna göre hukukîliğinin kabul edilmiş olması da gözden uzak tutulmamalıdır. Bu ve benzeri durumlarda bazı islâm hukukçuları doğacak zararı tazmin borcunu, sorumluluğu üzerine alan kişiye yüklemenin hukukî olduğu kanaatindedirler⁸⁷⁹. Kur'an-ı Kerim'deki ...*ben buna kefilim*⁸⁸⁰ ayetinin de buna delil olabileceği üzerinde durulmuştur.

Tazmin borcunun akitle başkasına aktarılması meselesine islâm hukukundaki kefalet akdi anlayışıyla yaklaşıldığında bir problem doğmamaktadır. Fakat akitle tazmin yükümlülüğünün başkalarına transferinin yoğun olarak görüldüğü sigorta akitleri için islâm hukukunda aynı rahatlıktaki hukukî statüye rastlamamaktayız. Zira sigorta akitleri islâm hukukçuları arasında tartışmalı meselelerden olup bazı islâm hukukçuları tarafından birtakım hukukî şartlarla caiz olacağı kabul edilmektedir⁸⁸¹.

⁸⁷⁶ . Buhârî, İcare, 14; Ebu Davud, İcare, 12; Tirmizî, Ahkam, 17

⁸⁷⁷ . Serahsî, *Mebsut*, XIII, 23; Kasanî, VI, 210; İbn Kudame, *Muğni*, VI, 386; Zuhaylî, *Daman*, 63

⁸⁷⁸ . Eren, *Borçlar*, II, 5

⁸⁷⁹ . İbn Abidin, IV, 170

⁸⁸⁰ . Yusuf: 12 / 72

⁸⁸¹ . Sigorta konusunda geniş bilgi için bkz. Hayrettin Karaman, *İslâma Göre Banka ve Sigorta*, İstanbul, 1992; Dalgin, Nihat, *İslâmın Işığında Sigortacılık*, Trabzon, 1996

4.2.2. Kusur

İslâm hukuku literatüründe yer alan ve biraz önce de değindiğimiz gasb, itlaf, garûr gibi terimlerle ifade edilen tazminat sebepleri modern ifadesiyle kusur mefhumu içinde değerlendirilebilir. Bu şekildeki değerlendirmenin islâm hukukuna aykırı olduğu da söylenemez. Burada klasik kaynaklarda ifade edilen ve genel anlamıyla kusur kavramı içerisine dahil edebileceğimiz terimler üzerinde kısaca durmak gerekir.

Klasik kaynaklardaki gasb, kelime manası itibariyle, bir şeyin haksızlıkla ve zorla alınması⁸⁸², cebir ve zulümle bir nesnenin alınması⁸⁸³ gibi anlamlara gelmektedir. İslâm hukukçuları ise gasbı, bir kimsenin mütekavim ve muhterem bir malını haksız yere elinden almak yahut tasarrufundan çıkarmak anlamında kullanmışlardır⁸⁸⁴. Bir başka ifadeyle gas, zor kullanmak suretiyle başkasının malını istila etmek veya o mal üzerinde haddi aşmaktır⁸⁸⁵. Gasb, birisinin akardan veya menkul maldan doğan hakkını haksız yere, zorla istila etmek⁸⁸⁶ şeklinde de tanımlanmıştır. Taberî ise gasbı, “başkasının malını zorla (kahren), mülke galebe çalarak ya da kuvvet kullanarak almaktır” şeklinde ifade etmiştir⁸⁸⁷.

İslâm hukukundaki gasb hadisesi, islâm hukukçularına göre, doğrudan tazminat gerektiren bir durumdur⁸⁸⁸. Gasb, islâm hukukçularına göre, tazminat sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir. Zira islâm hukukunda gasb, başlı başına haksız fiil olarak değerlendirilmiştir⁸⁸⁹.

Fukahanın tazminat sebeplerinden kabul ettiği itlaf da, kelime manası itibariyle, yeme veya benzeri şekilde bir şeyi tüketmek, bir şeyin tükenmesi, tüketilmesi anlamlarda kullanılır⁸⁹⁰.

⁸⁸² . Zamahşerî, II, 110; Nekerî, III, 5; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 228

⁸⁸³ . İbn Manzûr, I, 648; Mustafa b. Şemsiddin, 729

⁸⁸⁴ . Serahsî, *Mebûs*, XI, 54; Kâsanî, VII, 143; İbn Kudame, *Muğni*, V, 374; Merğinanî, III, 58; Zeylaî, V, 221; Şirbinî, II, 275; Bağdadî, 117; *Fetevay-ı Hindîyye*, V, 119; Erdebilî, I, 353; Bilmen, VII, 327; Zuhaylî, *Fıkḥ*, V, 707

⁸⁸⁵ . İbn Cüzey, 334; Hısnî, 339; Eklil, 344; Kenanî, II, 70; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 228

⁸⁸⁶ . Abdülhak Bağdadî, 131

⁸⁸⁷ . Taberî, *İhtilaf*, 170

⁸⁸⁸ . Gazalî *Veciz*, I, 111

⁸⁸⁹ . Taberî, *İhtilaf*, 170; Kasanî, VII, 143; Mec. mad. 891; Feyzullah, 157;

⁸⁹⁰ . Zamahşerî, I, 55; Cevherî, IV, 1333; Mustafa-Zeyyat-Abdulkadir-Nebbaz, I, 87

İslâm hukukçularının hukukî bir terim olarak ifade ettikleri itlaf ise, bir şeyi adeten istifade edilecek durumunun dışına çıkartarak ya hiç faydalanılamaz veya az faydalanılabilir hale getirmektir⁸⁹¹.

Daha önce de izah ettiğimiz gibi itlaf, mutlak zarar doğuran haksız fiillerden olduğundan dolayı bütün islâm hukukçuları tarafından tazminat sebepleri arasında kabul edilmiştir⁸⁹².

İslâm hukukçuların tazminat sebepleri arasında zikrettikleri *vaz'u'l-yed* (el koyma) teriminin yerine *isbatü'l-yed*, *yed* ve bazan da *gasb* ifadelerinin kullandığı görülmektedir. Genel ifadesiyle başkasına ait her hangi bir mala el koymak veya onu elde tutmak demek olan *vaz'u'l-yed*,⁸⁹³ islâm hukukunda kusur gelen başlığıyla ifade edebileceğimiz tazminat sebepleri arasında kabul edilecek nitelik taşımaktadır

Burada elin emin olup olmaması arasında islâm hukukuna göre bir fark yoktur. Emin el, şer'i velayetten kaynaklanan ve emanet akitlerine dayanan ellere denir. Emin olmayan el ise, sahibinin izi olmaksızın çalma gibi bir fiille malına zarar veren ve bayiin kabzdan önce mebiî üzerindeki elinde olduğu gibi tazminat akitlerine (ukudu'd-daman) dayanan ellere denir⁸⁹⁴. İbn Receb *vaz'u'l-yed* için harbîlerin müslümanların mallarını istila etmesini örnek olarak vermiştir. Çünkü, islâm hukukuna göre, harbîler istila ile mallara memlûk olurlar⁸⁹⁵.

Hanefî hukukçularına göre *vaz'u'l-yed*'in tazminat sebeplerinden kabul edilebilmesi için el konan malın menkul mallardan olması gerekir. Zira onlar bir şeye el koymadan maksadın onun alınması olduğu kanaatindedirler. Gayr-ı menkul mallardaki el koyma aslında, malı almak olmayıp, sahibini uzaklaştırmak şeklinde olur. Burada haksız fiil gayr-ı menkul mala değil de sahibine karşı işlenmiş kabul edilir⁸⁹⁶. Gasb ile *vaz'u'l-yed* çoğu

⁸⁹¹ . Kasanî, VII, 164; İci, 140; Zuhaylî, *Fıkḥ*, V,740; *el-Mevsuatü'l-Fıkḥiyye*, XXXI, 229; Abdusselam, 111

⁸⁹² . Kasanî, VII, 164; İbn Abdilber, II, 842; Karafî, II, 227; İbn Receb, 218; İbn Nuceym, Zenuddin b. İbrahim, *el-Eşban ve'n-Nezair*, Dimeşk, 1986, 339; Fudaylat, Mahmud, *Sukut 'l-Ukubât fi'l-Fıkḥi'l-İslâmî*, Beyrut, 1987, IV, 121; Ahmed, 67

⁸⁹³ . Karafî, II, 227; İbn Receb, 218; *el-Mevsu'atü'l-Fıkḥiyye*, XXIX, 222; Ahmed, 53; Zuhaylî, *Daman*, 65; Feyzullah, 66

⁸⁹⁴ . Karafî, II, 227; İbn Receb, 220; Ali Hafif, *Daman*, II, 102; Ahmed, 53; Zuhaylî, *Daman*, 65 - 66; Feyzullah, 67

⁸⁹⁵ . İbn Receb, 220

⁸⁹⁶ . Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Fi'lu'd-Dâr ve'd-Daman fih*, Beyrut, 1988, 25

zaman aynı manada kullanılmıştır. Ancak bazı kaynaklarda vaz'u'-yed sözcüğünün kullanılmış olmasından dolayı ayrıca zikredilmesi, meselenin anlaşılması açısından şüphesiz faydalı olacaktır.

Haylûlet (tasarrufu engelleme) de, islâm hukukuna ait klasik kaynaklarda yer alan ve kusur mefhumu içerisinde ifade edilebilecek bir terimdir. Haylûlet, islâm hukukçuları tarafından, mal ile sahibinin arasını ayırmak suretiyle, malın malikinin malını kullanmasına engel olmak olarak ifade edilmiştir⁸⁹⁷. Mesela, bir kişinin kendisine emanet olarak bırakılan veya kullanmak üzere aldığı malı inkar etmesi haylûlete örnek olarak gösterilebilir.

Haylûlet daha çok şafii ve hanbelî hukukçular tarafından tazminat sebebi olarak değerlendirilmiştir. Onlara göre, bir mal itlaf edilmemiş olsa bile sahibinin o malı kullanmasına engel olduğu andan itibaren tazmine konu olur⁸⁹⁸. Haylûlette, insanın malından menfaatlenmesinin engellenmesi söz konusu olduğundan mutlak olarak zararlı sonucu doğurduğu kabul edilmiştir. Zira malik malından menfaatlenemediği zaman onun için bir zararın varlığı kabul edilerek bunun giderilmesi için tazminat zorunlu olarak görülmüştür⁸⁹⁹.

Bazı fıkıh kitaplarında yer alan garûr (aldatma) terimi de modern manadaki kusur kavramıyla ifade edilebilecek manadadır. Bu kelime, Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey insanoğlu! Kerim olan rabbine karşı seni aldatan nedir?*⁹⁰⁰ ayetinde aldatmak manasında kullanılmıştır. Bu onun sözlük anlamıdır. Zira sözlükte garûr, aldatma ve kendisinde zarar bulunan bir faydayı izhar etmek⁹⁰¹ olarak ifade edilmiştir.

İslâm hukukçuları garûr sözcüğünü, bir kimseyi, yanlış bilgi vererek veya aldatıcı bir fiil ile zarara uğrayacağı her hangi bir tasarrufta bulunmasını sağlayacak şekilde davranmaya sevk etmek olarak ifade etmişlerdir⁹⁰².

Garûrun islâm hukukuna göre tazminat için sebep olacağını Süleyman Muhammed Ahmed, *Zarar vermek ve zarara zararla mukabele etmek yoktur*⁹⁰³ hadisini delil göstererek ifade etmektedir⁹⁰⁴.

⁸⁹⁷ . Merdavî, VI, 128 - 129; Ahmed, 72

⁸⁹⁸ . Hisnî, 339

⁸⁹⁹ . Ahmed, 73

⁹⁰⁰ . İnfitar: 85 / 6

⁹⁰¹ . Nekkî, III, 5

⁹⁰² . Ahmed, 78

Garûr daha çok muvazaali akitlerde söz konusu olmaktadır⁹⁰⁵. Nitekim Mecelle'deki, *akd-ı muvazaa zımından bir kimse biniri aldatmış olsa zararını zâmin olur*⁹⁰⁶, şeklindeki madde de bunu ifade eder.

Garûr, fiilî olabileceği gibi sözlü de olabilir. Mesela bir kişinin gasb ettiği veya çaldığı bir malın kendisine ait olduğunu söyleyerek başkasına satması veya kiralaması gibi sözlü aldatma yapılabilir. Daha yüksek bir fiyata satabilmek için, satışa çıkardığı ineğin sütünün bol olduğunu göstermek maksadıyla sütü sağmayıp müşteriyi kandırmak da fiilî aldatmaya örnek olarak gösterilebilir⁹⁰⁷. Aldatmanın tazminata sebep olabilmesi için aldatılanın aldatıldığını bilmemesi ve öğrenebilecek bir durumda da olmaması gerekir.

Yukarıda anahatlarıyla incelemiş olduğumuz tazminat sebeplerine ta'yir (değiştirme), ta'yib (ayıplı kılma) gibi fiilleri de ilave edebiliriz. Fakat bütün tazminat sebepleri teker teker ele alındığında aralarında fazla bir farkın olmadığı görülecektir. Bundan dolayı klasik kaynaklarda yer alan bütün bu tazminat sebeplerin modern ifadesiyle kusur kavramı içinde değerlendirilebileceği, bu değerlendirmenin de daha derli toplu olacağı bir gerçektir.

4.3. İslâm Hukukuna Göre Tazmin Şekilleri

İslâm hukuku doktrinindeki klasik kaynakları incelediğimiz zaman, islâm hukukçularının *mislen tazmin* ve *kiymet olarak tazmin* olmak üzere iki ayrı tazmin şeklini kabul ettikleri görülmektedir.

4.3.1. Mislen tazmin

İslâm hukukunda tazminat açısından aslolan zarara uğratılan hukukî değerın mümkün mertebe aynıyla yerine getirilmesidir⁹⁰⁸. Bir kişinin başkasına ait bir malı gasbetmiş olması durumunda bu mal mevcut ise gasbeden kişi malı, gasbettiği yerde, sahibine iade etmek zorundadır. Böyle durumlarda gasıb malı aynıyla iade etmekle ancak tazminat

⁹⁰³ . İmam Malik, *Muvatta*, Akdiye, 31; İbn Mace, Ahkam, 17

⁹⁰⁴ . Ahmed, 79

⁹⁰⁵ . Karaman, *Akit*, 254

⁹⁰⁶ . Mec. mad. 658

⁹⁰⁷ . Kaya, 17

⁹⁰⁸ . İbn Kudame, *Muğni*, V, 374; İbn Rüşd, II, 312

sorumluluğunu yerine getirmiş kabul edilmektedir⁹⁰⁹. Bu durumun delili olarak islâm hukukçuları Hz. Peygamber (s.a.s.), *Kişi aldığı şeyden onu geri verinceye kadar sorumludur*⁹¹⁰ hadisini göstermektedirler. Malı gasbedilen kişinin (mağsub minh) hakkı, gasbedilmiş olan mala (mağsub) sıkıca bağlıdır. Gasbedilmekle zarara uğrayan bu hakkın tam olarak yerine getirilmesi, ancak mevcut olan malın aynen mağdura (mağsub minh) iadesiyle mümkün olacağı muhakkaktır⁹¹¹.

Gasbedilmek suretiyle veya başka bir şekilde alınan malın aynen iadesinin zorunluluğuna delalet eden hadislerden birinde Hz. Peygamber (s.a.s.); *Sizden hiç biriniz arkadaşının malını ne şaka olarak ne de cidden almasın. Bu şekilde arkadaşının arasını bile alan varsa onu geri versin*⁹¹² buyurmuştur. Bu hadisten de anlaşılacağı gibi başkalarının mal varlıklarına zarar verme durumunda mal mevcut ise o malın mağdura geri verilmesi islâm hukukuna göre kâmil tazminat şekli olarak kabul edilmektedir⁹¹³.

Gasbedilen malın gasbedildiği mahalde sahibine iadesi durumu, nakliyesi ücret ve meşekkat gerektiren mallarda, gasb süretiyle mal varlığı zarara uğrayan kişiyi zarara ve meşakkate uğratmamak hususunda, tazminat için daha adilane bir yol olarak kabul edilmiştir⁹¹⁴.

Mal aynen mevcut olduğu halde gasbeden kişi (gasıb) mal-ı mağsubu değil de malın misli başka bir malı veya malın kıymetini vermeyi teklif etmesi durumunda gasb hadisesinden dolayı mal varlığı zarara uğrayanın rızası aranır. Mal varlığı zarara uğrayan kişinin bu duruma rızası yoksa malı gasb eden şahsın bu teklifi kabul olunmaz⁹¹⁵.

Malın mevcut olması durumu ancak gasb veya hırsızlık şeklinde mal varlığına verilen zararlarda söz konusu olmaktadır. Bunların dışında bir kişinin mal varlığı içinde kabul edilen her hangi bir maddî değere zarar verilmesi durumunda ise zarara uğrayan malın durumuna göre tazmin ettirilmesi gerekir.

⁹⁰⁹ . İbnu'l-Bezzaz, Hafizuddin Muhammed b. Muhammed b. Şihab, *Fetevay-i Bezzaziye*, (Fetevay-i Hindiyye'nin kenarında), Beyrut, 1980, V, 327

⁹¹⁰ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 8, 12, 13; Tirmizî, *Buyu'*, 39; İbn Mace, *Sadakat*, 5

⁹¹¹ . Zekerîyya Ensârî, III, 110; İbn Cüzcü, 335; Ahmed, 586; Fikri Yavuz, 227

⁹¹² . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 221; Ebu Davud, *Edeb*, 85

⁹¹³ . Bağdadî, 117; Zerka, *Daman*, 25

⁹¹⁴ . Ahmed, 568 - 569; Abdusselam, 111

⁹¹⁵ . Merğinanî, IV, 12; İbn Kudame, V, 375; Ali Hafif, *Daman*, II, 122

İslâm hukukuna göre gasb, telef, vb. gibi haksız fiiller neticesinde zarara uğrayan mal piyasalarda benzeri ve dengi bulunan mislî mallardan ise bu malın mislinin zarara uğrayana verilmesiyle tazmin edilmesi en doğru yol olarak kabul edilmiştir⁹¹⁶. Mislî malları misliyle tazmin etmek islâm hukukunda tazminat için kabul edilen prensiplerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorunluluk halleri dışında bu kaideye uyulması da tazminatın gayesi açısından uygun olarak görülmüştür⁹¹⁷.

İslâm hukukunun aslî kaynağı Kur'an-ı Kerim'de misliyle mukabele edilmesi gerektiğine dair pek çok ayet mevcuttur. Bu ayetler ilk bakışta tazminatla alakalı olarak kabul edilmeseler bile, bazılarının misliyle tazminat için delil olabileceği kabul edilmiştir. Bu manaya delalet eden ayetlerden birinde, *...kim bir kötülükle gelirse ona sadece misliyle karşılık verilir. Onlar haksızlığa uğratılmazlar*⁹¹⁸ ifadesi yer almaktadır. Bir başka ayette, *Kötülük kazanmış kişiler için karşılık olarak kötülüğün misli vardır*⁹¹⁹. Diğer bir ayette de, *Kim bir kötülük işlerse onun karşılığı ancak misli ile dir*⁹²⁰. Misilen tazmin için hukukî dayanak olabilecek nitelikteki başka bir ayette, *Bir kötülüğün karşılığı onun misli bir kötülüktür...*⁹²¹. Bu manayı andıran başka bir ayette ise, *Size karşı kim haddi aşarsa siz de ona misli ile karşılık verin*⁹²² buyurulmuştur. Bu ayetleri islâm hukukçuları daha çok islâm ceza hukukuna hukukî dayanak teşkil edecek şekilde değerlendirmişlerdir⁹²³. İslâm ceza hukukuna göre bu ayetler delil olarak gösterilerek her hangi bir suçluya suçuna muadil bir cezanın verilmesinin zorunluluğu ifade edilmiştir. Bu ayetlerin misli ile mukabele etme hükmünü ihtiva etmiş olmaları haksız fiiller neticesinde meydana gelen zararların tazmininde islâm hukukunda tazminat açısından da bir ölçü olacaklarını düşünüyoruz. Bu ayetler islâm sorumluluk (tazminat) hukuku açısından değerlendirildiğinde, zarara uğrayan

⁹¹⁶ . İmam Malik, *Mudevvene*, V, 353; Taberî, *İhtilaf*, 183 - 184; Serahsî, *Mebhut*, XI, 50; İbn Hazm, VIII, 144; Kâsanî, VII, 148; Karafî, II, 226; Merğınanî, IV, 11; Remlî, V, 158; Şirazî, II, 374; İbn Abdilber, II, 840; Mevsilî, III, 58; Zekerîyya Ensarî, III, 117; Hısnî, 340; İbn Ferhun, II, 229; Meydanî, II, 188; İbn Cüzey, 335; İbnu's-Şihne, 283

⁹¹⁷ . Ahmed, 598

⁹¹⁸ . En'am: 6 / 160

⁹¹⁹ . Yunus: 10 / 27

⁹²⁰ . Mü'min: 40 / 40

⁹²¹ . Şûra: 42 / 40

⁹²² . Bakara: 2 / 194

⁹²³ . Hısnî, 340; Ahmed, 569; Feyzullah, 16

malın mislen tazmin edilebilecek niteliği olması halinde, misliyle tazmin edilmesi gerektiğini anlamak doğru bir değerlendirme olacaktır. Nitekim bazı islâm hukukçuları bir malın misliyle tazminini bu ayetlere dayandırmaktadırlar⁹²⁴. Bu ayetler aynı zamanda maddî zararlar karşılığında ödenecek olan maddî tazminatların zarara denk ve zararı tam karşılayacak şekilde olması gerektiğini de ifade etmektedirler. Zira tazminat, zararın hiç bir etkisinin bırakılmadan tam olarak giderilmesini amaçlamaktadır.

Maddî zararların misli ile tazmini konusunda Hz. Peygamber (s.a.s.)'in, *Kırılan kab gibi bir kab, dökülen yemek gibi bir yemek verilmelidir*⁹²⁵ hadisi de delil olarak kullanılmaktadır⁹²⁶. Yukarıdaki ayetlere ve bu hadise dayanarak zarara uğrayan malın piyasalarda misli bulunan mallardan olması halinde mislinin zarara uğrayana verilmesi şeklinde zararın tazmini islâm hukukçularının tazminat konusunda gözönünde bulundurmaları gereken ilk ilke olmuştur⁹²⁷ denilebilir.

Zarara uğrayan malın mislen tazmin edilmesi maddî tazminatın amacına daha uygun görülmüştür⁹²⁸. Zira tazminatın gayesi, mağdurun zararını eksiksiz ve en iyi şekilde ortadan kaldırmaktır. Mislen tazmininde ise bu amacın en güzel surette gerçekleşeceği göz ardı edilmemelidir⁹²⁹. Mesela, bir arabanın camının kırılması durumunda aynı marka ve özelliklerde bir camın kırılan cam yerine taktırılmasında olduğu gibi veya kırılan bir bardağın yerine aynı özelliklerde bir bardağın alınıp mağdura verilmesinde olduğu gibi. Misliyle tazmin durumunda zarara uğrayan kişiye ayrıca bir külfetin de yüklenmemiş olması maddî tazminatın amacına uygunluğunu artırmaktadır.

Zarara uğrayan malın misli mallardan olması durumunda mislinin mağdura verilmesiyle tazmin edilmesi esası Mecelle Heyeti'nin de kabul ettiği bir esastır⁹³⁰.

İslâm hukukunda misliyle tazmin etmenin prensip olarak kabul edilmesinin amacı ise, zarara uğrayan malın mislinin o malın yerini doldurmada, işlevini yerine getirmede,

⁹²⁴ . İbn Hazm, VIII, 144

⁹²⁵ . Ebu Davud, Buyu', 89; Tirmizî, Ahkam, 23; Nesai, Nisa, 4

⁹²⁶ . Feyzullah, 15

⁹²⁷ . Kâsanî, VII, 148; Merğinanî, IV, 11; Mevsilî, III, 58; Bağdadî, 117; Meydanî, II, 188; Ahmed, 598; Abdusselam, 111

⁹²⁸ . Kılıçoğlu, 235

⁹²⁹ . Ali Hafif, *Daman*, II, 121

⁹³⁰ . Mec. mad. 890, 891, 892

fonksiyonlarını icra etmede en doğru seçenek olması, mağduru tatmin ve zararını tazminde de şekil ve mana bakımından en uygun tazminat şekli olması anlayışından kaynaklanmaktadır⁹³¹.

Taberî, misli bulunamayan mallar için mağduru rızasıyla onun yerine başka bir mal verilebileceği kanaatindedir. Mesela, buğday yerine arpa verilebilir⁹³².

Bütün bunlarla beraber, bazı hallerde zarara uğrayan malı misliyle tazmin etmek mümkün değildir⁹³³. Mesela, antika bir vazanın kırılması halinde, benzeri bulunmayan bir yarış atının yerine mislinin verilmek suretiyle tazmin edilememesi durumunda olduğu gibi.

İslâm hukukuna göre, ceviz, yumurta v.b. gibi ölçülebilen, tartılabilen ve sayılabilen bazı mallar, hukukî açıdan mislî mallardan kabul edilmiştir⁹³⁴. Zarara uğrayan mal bu şekilde, hukuken, misli mallar arasında kabul edilem mallardan ise misliyle tazmin edilmesi gerekir şeklindeki genel prensip de her zaman uygulanamayabilir. Zira zarara uğrayan mal islâm hukukuna göre mislî mallardan olmakla beraber mislini piyasada bulmak mümkün değilse o mal hukuken misli mallardan olsa dahi mislen tazmini zorunluluğu ortadan kalkar⁹³⁵. Böyle durumlarda islâm hukuku zarara uğrayan malın misli mallardan kabul edilmemesi hükmünü de ihtiva eder⁹³⁶.

Zarara uğrayan mal mislî mallardan olup, piyasalarda da mislinin bulunmasına rağmen zarar veren ve zarar gören kişiler, zararın kıymet olarak tazmini hususunda anlaşılırsa zarar verenin zarar verdiği, islâm hukukuna göre mislî mallardan olan malı, misliyle tazmin etme sorumluluğu rızaya bağlı olarak düşer⁹³⁷.

İslam hukukçularının mütalaalarından birinde, malı zarara uğrayan kişi, zarara uğrayan malın piyasada mislinin olup olmadığını tam olarak araştırmadan, zarara uğrayan malın kıymetini tazminat olarak zarar veren kişiden almasından sonra zarar gören malın mislinin piyasada bulunabileceğini öğrenmesi halinde kıymet olarak aldığı tazminat bedelini

⁹³¹ . Ahmed, 570

⁹³² . Taberî, *İhtilaf*, 184

⁹³³ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 255; Güleç, Sema, *Maddi Tazminat Hesapları*, Ankara, 1986, 83

⁹³⁴ . İbn Abdilber, II, 841; Mec. mad. 1119; Ali Hafif, *Muamelat*, 33

⁹³⁵ . Merdavi, VI, 191; Sırac, 398

⁹³⁶ . Mec. mad. 146

⁹³⁷ . Şirbinî, II, 282; Ahmed, 573

iade edip zararının mislen tazmin edilmesini isteme hakkını hukuken kaybetmiş olacağı görüşü benimsenmiştir⁹³⁸.

4.3.2. Kıymet olarak tazmin

İslâm hukukuna göre zarara uğrayan malın aslının iadesinin mümkün olmadığı veya asıl malda hukukî bir tağyir meydana gelip mülkiyetinin gasıba geçtiği yahut mağsubda esaslı bir eksilme (noksan-ı fahiş) görülüp de mal sahibinin tazminat olarak malın bedelini tercih ettiği durumlarda tazminatın kıymet olarak ödenmesi cihetine gidilebileceği gibi⁹³⁹, malın mislinin bulunamaması veya mislen tazminin imkansız olması durumlarında maddî tazminatta ikinci tazmin şekli olarak kıymetiyle tazmin etme hükmü kabul edilmiştir⁹⁴⁰. Bu durumu ifade eden Mecelle Maddesi, *Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olur*⁹⁴¹ şeklindedir. Bu külli kaideden de anlaşıldığı gibi gasbedilen bir mal, gasb eden kişinin yanında mevcut ise o malın aynen geri verilmesiyle tazmin edilmesi gerekir. Hatta mal mevcut olduğu halde mağdurun ve gasıbın rızası olmadan tazminat olarak gasbedilen malın bedelinin ödenmesine hükmedilemez. Bu şekildeki tazminatı islâm hukukçuları *eda-i kâmil* olarak isimlendirmişlerdir. Yukarıdaki maddeden de anlaşılacağı gibi bir şeyin aslını yerine getirmenin mümkün olmadığı durumlarda misliyle tazmini cihetine gidilmelidir. Bir şeyin misliyle tazminine islâm hukukçuları *kaza-i kâmil* adını vermektedirler. Mislen tazmin edilemeyen mallar da kıymet olarak tazmin edilirler. Bir malın kıymet olarak tazminine ise, islâm hukukçuları *kaza-i kâsır* adını vermektedirler⁹⁴².

Bir şeyin kıymetiyle tazmini onun hem şeklen hem de manen tazmin edildiği anlamına gelmez. Bir şeyin bedelinin verilmesiyle tazmin edilmesinde, verilen bedelin zarara uğrayan mal için manen tazmin olduğu, ancak bu durumda şeklen bir tazminin gerçekleşmediği görülmektedir⁹⁴³.

⁹³⁸ . Şirbinî, II, 283; Ahmed, 573

⁹³⁹ . Aydın, 389

⁹⁴⁰ . İmam Malik, *Mudevvene*, V, 353; Serahsî, *Mebsut*, XI,51; Kâsanî, VII, 148; Merğinanî, II, 283; İbn Kudame, *Muğni*, V, 375; İbn Rüşd, II,266; Remlî, V, 159; Şirbinî, II, 283; Merdavî, VI, 191; Mevsilî, III, 58; Zekerîyya Ensârî, III, 117; Hısnî, 340; Meydanî, II, 188

⁹⁴¹ . Mcc. mad. 53

⁹⁴² . Serahsî, *Mebsut*, XI, 50; Ali Haydar, 121 - 122

⁹⁴³ . Ahmed Zerka, 287; Ali Hafif, *Daman*, II, 125

Haksız fiillerden doğan zararların mümkün mertebe aynen tazmin edilmeleri gerekir⁹⁴⁴. Zararı tazminden sonra zarar gören için hiç bir zarar kaybının olmaması tazminatın gayesine ulaşması açısından önemlidir. Maddî zararların tazmininde bazan zarara uğrayan malın aynen tamir edilmesi de mümkündür. Mesela başkasının bahçe duvarını yıkan kişiye o duvar önceki durumu gibi tamir ettirilir⁹⁴⁵. Bu da zarara uğrayan duvarın tazmin edilmesi anlamındadır.

İslâm hukukuna göre, araziler, evler ve hayvanlar gibi mallar genel ifadesiyle kıyemi mallardan kabul edilmiştir. Bunların itlafi halinde kıymetleriyle tazmin edilmeleri gerekir⁹⁴⁶. Kısmî zarar vermelerde de zarar veren kişi zarar verdiği oran kadar zararı tazmin borcuyla yükümlüdür⁹⁴⁷.

İslâm hukukuna göre müslümanlar için kullanılması veya kullanmak üzere bulundurulması hukukî olmayan, yabancılara ait şarap, domuz eti gibi mallara zarar veren müslüman bunları misliyle değil kıymetiyle tazmin etmek zorundadır⁹⁴⁸. Böyle durumlarda müslümana, zimmiye ait şaraba zarar verdiği için, şarabın mislinin piyasada bulunmasına rağmen, şarabı misliyle tazmin etmesi konusunda hiç bir hukukî müeyyide uygulanamaz⁹⁴⁹.

Kıymet olarak tazmininde, zarar görenin mal varlığındaki eksilmenin tamamen telafi edilmesi, gözönünde bulundurulması gereken önemli bir husustur. Zira zarar görenin mal varlığı zarar verici fiil meydana gelmeseydi hangi durumda bulunacak idiye kıymet olarak tazminle o duruma getirilmesi gerekir⁹⁵⁰.

İlk bakışta nakden tazmin tazminatın gayesine daha uygun⁹⁵¹ gibi görülse de islâm hukuku zararı tazmin konusunda zarara uğrayan malın cinsine göre tazmin şeklinin belirlenmesi esasını kabul etmiştir. İslâm hukukunda bu konuyla ilgili prensip, *zarara uğrayan mal misliyiattan ise mislinin ödenmesiyle, kıyemiyattan ise kıymetinin ödenmesiyle*

⁹⁴⁴ . Gazalî, *Veciz*, I, 111 - 112

⁹⁴⁵ . Nevevî, Ebu Zekeriya Yahya b. Şeref, *Fetevayi el-İmam en-Nevevî*, Kahire, 1981, 91; Hamevî, III, 209

⁹⁴⁶ . Ali Hafif, *Muamelat*, 34

⁹⁴⁷ . İbn Abdilber, II, 842; Abdülhak Bağdadî, 133; Fudeylat, IV, 121

⁹⁴⁸ . Taberî, *İhtilaf*, 184; İbn Nuceym, 507; Abdülhak Bağdadî, 131

⁹⁴⁹ . Taberî, *İhtilaf*, 184

⁹⁵⁰ . Sirac, 407

⁹⁵¹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 255

tazmin edilir ilkesidir⁹⁵². İslâm hukukçularının tazminatta esas alınmak üzere ortaya koydukları bu prensip maddî zararlarda tazminat için önemli bir ölçü teşkil etmektedir.

4.4. Pozitif Hukuka Göre Tazminat Şekilleri

4.4.1. Ayn olarak tazmin

Genel olarak, paradan başka olan tazmin şekillerine aynî tazminat veya aynen tazmin denilmektedir. Aynen tazmin ile zarar sorumlusu, zarara uğrayan mal varlığını eski haline getirmeyi borçlanır. Zararın tazmini ile güdülen amaç, en iyi biçimde aynen tazmin ile gerçekleşebileceği göz ardı edilmemelidir⁹⁵³.

Maddî zararın ayn olarak tazmininde ihlal edilen hak veya hukukî değere tekabül eden durum ya aynen, fiilen yeniden kurulur ya da böyle bir hak veya hukukî değer düzeltilmek yahut benzer bir değer verilmek suretiyle zarar görenin mal varlığı tekrar tesis edilmiş olur⁹⁵⁴. Mesela, çalınan malın sahibine geri verilmesi ya da kırılan bir şeyin onarımıyla eski durumunun geri getirilmesi gibi. Pozitif hukuka göre, hakim, mal sahibini, bedeli haksız fiili işleyen kimse tarafından ödenmek üzere, zarara uğrayan malını tamir ettirmeye yetkili kılmıştır⁹⁵⁵.

Maddî zararın ayn olarak tazmini pozitif hukuka göre, zarar verici fiil meydana gelmeseydi zarara uğrayan kişinin mal varlığı hangi durumda bulunacak idiyse o durumun aynen, fiilen yeniden kurulması gerektiği şeklindedir⁹⁵⁶.

4.4.2. Nakit olarak tazmin

Pozitif hukukta kabul edilen tazmin şekillerinden biri olan nakden tazmin, haksız fiiller neticesinde meydana gelen maddî zararlar için ödenmesi gereken bedellerin para olarak ifasıdır. Burada haksız fiil meydana gelmeseydi zarara uğrayanın malvarlığının arzedeceği durum ne olacak idiyse zarar karşılığı verilen parayla aynı duruma ulaştırılır⁹⁵⁷.

⁹⁵² . İmam Malik, *Mudevvene*, V, 353; Serahsî, *Mebhut*, XI, 50 - 51; Kâsanî, VII, 148 - 164; Remlî, V, 158 - 159; Zekerîyya Ensârî, III, 117; Bağdadî, 117

⁹⁵³ . Tiftik, 63

⁹⁵⁴ . Eren, *Borçlar*, II, 358; Karahasan, 94

⁹⁵⁵ . Reisoğlu, 141; Tiftik, 63

⁹⁵⁶ . Eren, *Borçlar*, II, 358

⁹⁵⁷ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 255; Reisoğlu, 141; Eren, *Borçlar*, II, 359; Tiftik, 65

Çoğunlukla basit hesaplanabilmesi ve kolay uygulanma imkanı vermesi dolayısıyla, maddî tazminatın günümüzde en çok görülen şekli para olarak tazmindir⁹⁵⁸.

Başka bir ifadeyle kıymetiyle tazmin, mağdurun mal varlığının zarar verici fiilin meydana gelmesinden önceki haliyle sonraki hali arasındaki farkın para ile giderilmesi, telafi edilmesidir⁹⁵⁹.

Pozitif hukuka göre kabul edilen nakden (para ile) tazminat, bir defada, topluca (sermaye olarak) yapılabileceği gibi, gelir mahiyetinde (irat biçiminde) de olabilir⁹⁶⁰.

Amerikan hukuku, Fransız hukuku, Roma hukuku gibi çeşitli hukuk sistemlerinde de nakten tazminin tercih edildiği görülmektedir⁹⁶¹.

5. TAZMİNATIN ÖDENME BİÇİMİ

Gerek haksız fiillerden doğan ve gerekse akde muhalefetten meydana gelen zararlar için ödenmesi gereken tazminat ya peşin ödenir veya vadeli olarak ödenir. İslâm hukukunda bu iki ödeme şeklinin de kabul edildiği görülmektedir. Fakat hangi zararların peşin, hangilerinin vade ile ödeneceği islâm hukukçuları tarafından her hangi bir kurala bağlanmış değildir. Böyle olmakla beraber, mala verilen zararların tazminatı, taraflar arasında başka türlü bir anlaşma yapmamış işeler, peşin olarak ödenmesi uygun görülmüştür⁹⁶².

İslâm hukukunda cismani zararların, yani kişiye ilişkin zararların tazminatı ise haksız fiilin durumuna göre peşin veya taksitle ödenebilir. Kural olarak diyet, ve erş gibi miktarı nasslarla belirlenen zararlar kasıtlı bir fiilden kaynaklanmış ise peşin ve bizzat zarar veren fail tarafından ödenir. Fakat hatalı bir fiilden doğan ve islâm hukukuna göre, âkile tarafından ödenmesi öngörülen diyet ve erş ise üç çit taksit halinde üç yılda ödenebilir⁹⁶³.

Türk Borçlar Hukukunda para ile ödenen tazminatlar peşin (sermaye) veya gelir bağlama (irat) şeklinde ödenebileceği kabul edilmiştir⁹⁶⁴.

⁹⁵⁸ . Kılıçoğlu, 235; Tiftik, 65

⁹⁵⁹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 255; Eren, *Borçlar*, II, 359; Güleç, 83; Karahasan, 94; Tiftik, 65

⁹⁶⁰ . Reisoğlu, 141; Tiftik, 69

⁹⁶¹ . Tiftik, 67

⁹⁶² . Kasanî, VII, 144

⁹⁶³ . Kasanî, VII, 255, v.d; Udeh, I, 671, v.d

⁹⁶⁴ . Tiftik, 69, v.d

6. TAZMİNATIN İFA YERİ

Malların fiyat ve değerleri bölgelere, şehirlere ve zamana göre değişiklik gösterdiği için bir malı gasbeden kişinin ödeyeceği miktarı tayinde gözönüne alınacak ödeme yerini ve zamanını tesbit etmek önemlidir.

İslâm hukukçuları gasbedilen malın zayi edilmesi durumunda hangi zamana göre kıymet tesbit edileceği konusunda ihtilaf etmişlerdir. Mecelle'nin ifadesine göre gasbedilen mal gasbedildiği yerde ve gasbedildiği günkü bedeliyle tazmin edilmelidir⁹⁶⁵. Bazı islâm hukukçularına göre ise gasbedildikten sonra zayi edilen mal gasbedildiği andan zayi edildiği veya dava edildiği zamana kadar geçen müddet içerisinde kıymet olarak ulaştığı en yüksek değer üzerinden tazmin edilmesi uygun görülmüştür⁹⁶⁶. Bu görüşün enflasyonun yüksek olduğu, malların piyasa fiyatlarında aşırı dalgalanmaların bulunduğu dönemlerde tazminat için daha uygun olacağı düşünülebilir.

İslâm hukukuna göre zarara uğrayan malın durumuna göre tazminatın ifa yerinin önem taşıdığı bilinmektedir. Bu durum gerek gasbedilen malın başka beldeye taşınmış olması veya itlaf edilerek failin başka beldeye gitmiş olması durumlarında söz konusu olmaktadır.

Gasbedilen malın misliyle tazmini hususunda da malın gasbedildiği yerde mağdura (mağsub minh) verilmesi gerektiği görüşü islâm hukukçuları tarafından benimsenmiştir⁹⁶⁷. Mağdurun rızasına uygun olarak zarara uğrayan mal, zarar verene de, fazladan bir külfet getirmeyecekse diledikleri yerde tazmin etmeleri islâm hukukuna göre uygun görülmüştür⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ . Mec. mad. 891

⁹⁶⁶ . Gazali, *Veciz*, 123; Rcmli, V, 159; Şirbini, II, 284

⁹⁶⁷ . İbnu'ş-Şihne, 283

⁹⁶⁸ . Fikri Yavuz, 227

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDÎ TAZMİNAT

1.1. MADDÎ TAZMİNATIN TANIMI ve AMACI

Genel olarak maddî tazminat, maddî zararın yani bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında ve rızası hilafına meydana gelen eksilmelerin telafisi için bu eksilmeden sorumlu olan şahıs tarafından yerine getirilmesi gereken eda şeklinde ifade edilmektedir⁹⁶⁹. Maddî tazminatı, bir kişinin maddî değerlerine karşı işlenmiş haksız fiiller neticesinde hukuken korunan bu değerlerde meydana gelen azalmanın, sorumluluk şartlarının oluşması durumunda, azalmaya sebebiyet veren failin bu azalma dolayısıyla maddî değer kaybına uğrayan kişinin bu kaybindan dolayı borç altına girmesi şeklinde tanımlayabiliriz.

Sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde zarar verenin, zarara uğrayanın mal varlığında meydana gelen eksilmeyi giderme, zararını tazmin etme zorunluluğu vardır⁹⁷⁰. Yani meydana gelen maddî zarardan dolayı, bu zarara sebebiyet veren fiili işleyen kişinin, sorumlu olabilmesi için gerekli olan şartlar gerçekleşmiş ise bu zararı tazmin borcunu faile yükleyebiliriz. Haksız fiilin unsurları olarak da ifade edilen sorumluluğun şartlarının gerçekleşmediği durumlarda sorumluluğu her hangi bir kimseye yüklemek mümkün değildir. Maddî zararlardan doğan tazminatı zarara uğrayan kişinin başkalarından talep edebilmesi için talep edilecek kişide sorumluluğun şartlarının bulunması gerekir.

Pozitif hukuka göre, maddî tazminatın amacı, genel manada, zarar verici fiil vuku bulmasaydı, zarara uğrayan şahıs mal varlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulması olarak değerlendirilmiştir⁹⁷¹. Bu anlayışa göre, bazı hallerde maddî zararları karşılamak için tam bir hesap çıkarmak zordur. Zira kişilerin mal varlıklarına karşı işlenen haksız fiillerin kişileri mal varlığı açısından hangi duruma getirecekken alıkoymuş olduğu her zaman tam olarak tesbit edilemez.

Zararla tazminat arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu açıdan maddî tazminat, zarara uğrayan kişinin mal varlığındaki eksilmeyi karşılamalı, zararın tamamını gidermelidir.

⁹⁶⁹ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 252; Tiftik, 61

⁹⁷⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 343

⁹⁷¹ . Eren, *Borçlar*, II, 343; Kılıçoğlu, 235; Tiftik, 61

Ancak tazminat maddî zararın azami miktarıyla sınırlı olmalı, hiç bir zaman bu miktarı aşmamalıdır. Zira tazminatın asıl amacı ne zarar vereni cezalandırmak, ne de zarara uğrayan kişiyi zararın fevkinde bir karşılıkla zenginleştirmek, aksine haksız fiiller neticesinde ortaya çıkmış olan maddî zararı tam olarak gidermektir.

Tazminatın asıl amacının yanında, onun zararın meydana gelmesini önleyici bir özelliği de vardır. İslâm hukukunun tazminat açısından gayesi ve bir hukuk olarak görevi, sadece ortaya çıkmış olan zararın karşılanması sağlayıcı hükümler ihtiva etmek değildir. İslâm hukukunda aynı zamanda zararın meydana gelmesini önleyici hükümler de mevcuttur.

Önleme düşüncesi, genel olarak kişileri başkalarına zarar verici davranışlardan vaz geçirmeyi ve böylece ortaya çıkabilecek muhtemel zararlara engel olmayı amaçlamaktadır. Bu düşüncenin hukukî hükümlerin vazedilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu düşünüyoruz.

Maddî tazminatın önleyici amacı, başkalarının mal varlıklarının kaybına sebep olabilecek zararlı fiillerin meydana gelmesine engel olmanın yanında bu fiillerin artmasına da engel teşkil edecek bir nitelik arzettir⁹⁷².

Zararın telafisinde tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanışı bazı haksız sonuçlar doğurabilir. Zararla neticelenen olayda gerçekleşen bazı özel nedenler, tazminat borcunu yükleyeceğimiz kişinin bu borcundan bazı indirimler yapılmasının gerekliliğini haklı kılabilir⁹⁷³. Böyle durumlarda tazminat borcu yüklenen kişinin bu borcu ile zarara uğrayan kişinin mal varlığında meydana gelen maddî eksilme arasında eşitlik aranmaz. Zira burada tazminatla sorumlu tutulan kişinin zararlı fiilinin ötesinde zararı artırıcı nedenler mevcuttur.

Zararlı neticenin meydana gelmesinde zarara uğrayanın kusurunun olması veya umulmayan olayların zararın meydana gelmesine katkıda bulunmuş olması durumlarında tazminattan bir miktar indirim yapmanın uygun olacağı islâm hukukuna göre de kabul edilmiştir. Zira islâm hukuku nasslarında yeralan, *Herkesin kazanacağı yalnız kendisine aittir*⁹⁷⁴ ve *Hiç bir günahkâr başkasının günahını yüklenmez*⁹⁷⁵ gibi hükümler kişilerin fiillerini aşan durumlarda sadece kendi fiillerinin neticelerinden sorumlu olacaklarına delil

⁹⁷² . Tiftik, 62

⁹⁷³ . Eren, *Borçlar*, II. 343

⁹⁷⁴ . En'am: 6 / 164

⁹⁷⁵ . Fatı: 35 / 18

oluşturacak ifadelerdir. Bu durum ise, zarar verici fiil neticesinde failin davranışını aşan bir zararın meydana gelmesi halinde, yani fiilin yanında başka nedenlerin de zarara etki etmesi durumunda failin sadece kendi fiilinin neticesinden sorumlu tutularak zarardan kendisine düşen kısmı tazmin etmesi gerektiğini anlatmaktadır.

İslâm hukukuyla mukayese yapabilme imkanı vermesi için zaman zaman atıfta bulunduğumuz Türk Borçlar Kanunu da bazı durumlarda tazminattan indirimlerin yapılabileceği hükmünü içermektedir.

1.2. MADDÎ TAZMİNATIN HUKUKÎ DAYANAĞI

1.2.1. Ayetler

Maddî tazminatın hukukî dayanağını tayin ve tesbit ederken göz önünde bulundurulması gereken bazı ayetler vardır. Bu ayetlerin bazıları tazminat gerekecek zararı doğrudan doğruya ifade eder, bazıları ise delalet veya işaret yoluyla tazminatın mevcudiyetini ortaya koyarlar. Bunlar:

Mallarınızı aranızda batıl (haksız) sebeplerle yemeyin. Kendiniz bilip dururken insanların mallarından bir kısmını haram (hukukî olmayan) yollardan yemeniz için o malları hakimlere vermeyiniz ⁹⁷⁶. Bu ayette yeralan *batıl sebeplerle* ve *haram yolla* ifadelerinden hareketle maddî mallar üzerinde hukukî olmayan tasarrufların mal varlığını oluşturan değer için bir zarar oluşturacağı neticesi çıkmaktadır⁹⁷⁷. Bu ayete göre başkasının mal varlığını oluşturan değerler üzerinde yapılacak tasarrufların bazıları zarar doğurucu mahiyettedir⁹⁷⁸. Bu ayetlerin pek çok islâm hukukçusu tarafından gasb fiilinin gayr-i meşruluğu için delil olarak gösterildiğine daha önce işaret etmiştik.

Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı batıl (haksız) yere aranızda yemeyin ve kendinizi öldürmeyin... ⁹⁷⁹ Bu ayette önceki ayet gibi başkalarına ait maddî mallar üzerindeki bazı tasarrufların zarardan hali olmayacağına işaret etmektedir.

⁹⁷⁶ . Bakara: 2 / 188

⁹⁷⁷ . Atch, 319

⁹⁷⁸ . Taberî, *Cami'*, II, 183

⁹⁷⁹ . Nisa: 4 / 29

Bu ayetler başkasının maliki olduğu malları hem haksız yere kesbetmeyi hem de o mal üzerinde hukuka aykırı tasarrufta bulunmayı yasaklama hükümleri ihtiva eder⁹⁸⁰.

*Yetimlerin mallarını haksız yere yiyenler karınlarına ancak ateş tıkmış olurlar. Zaten onlar çılgın aleve atılacaklardır*⁹⁸¹. Bu ayet, yetimlerin mallarının hukuka aykırı bir şekilde kullanılması durumunda onlara verilen zararın varlığına delalet etmektedir⁹⁸². Bu ayette mal varlığına zarar vermenin uhrevî bir müeyyide ile cezalandırılacağına açık bir şekilde ifade edilmiş olması, maddî zararların zarara sebebiyet veren açısından karşılıksız kalmayacağını beyan anlamına gelmektedir.

*Faiz almaları ve insanların mallarını batıl yolla yemelerinden ötürü helal kılınan temiz şeyleri onlara haram kıldık. Onlardan inkâr edenlere elem verici azab vardır*⁹⁸³. Bu ayette de mallara karşı işlenen haksız fiilin varlığı söz konusu edilmiştir.

*...kim bir kötülükle gelirse ona sadece misliyle karşılık verilir. Onlar haksızlığa uğratılmazlar*⁹⁸⁴, *Kötülük kazanmış kişiler için karşılık olarak kötülüğün misli vardır*⁹⁸⁵, *Kim bir kötülük işlerse onun karşılığı ancak misli iledir*⁹⁸⁶, *Bir kötülüğün karşılığı onun misli bir kötülüktür...*⁹⁸⁷, *Size karşı kim haddi aşarsa siz de ona misli ile karşılık verin*⁹⁸⁸ v.b gibi ayetlerin de maddî tazminatın şeklini tayinde delil niteliğini haiz ayetler arasında değerlendirilmeleri gerektiği kanaatindeyiz. Zir bu ayetlerde denk bir karşılıkla muamele edilmesine dikkat çekilmiştir.

1.2.2. Hadisler

Maddî tazminatın hukukîliği tesbit edilirken sünnetten de bazı dayanak noktalarının bilinmesinde fayda vardır. Ayetlere göre sünnetteki ifadeler biraz daha tazminat mefhumunu kapsayacak şekildedir. Yani sünnette doğrudan tazminat ifadesine rastlamak mümkündür.

⁹⁸⁰ . Yazır, II, 1341

⁹⁸¹ . Nisa: 4 / 10

⁹⁸² . Taberî, *Cami'*, IV, 273

⁹⁸³ . Nisa: 4 / 161

⁹⁸⁴ . En'am: 6 / 160

⁹⁸⁵ . Yunus: 10 / 27

⁹⁸⁶ . Mü'min: 40 / 40

⁹⁸⁷ . Şûra: 42 / 40

⁹⁸⁸ . Bakara: 2 / 194

*El (kişi) aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur*⁹⁸⁹ Mustafa Zerka, bu hadisin, zararın tamamen tazmin edilene kadar zarar verenden sorumluluğun düşmeyeceğini ifade edeceği görüşündedir⁹⁹⁰.

Hiz. Aişe (r.a.)'nın başkasının getirdiğı, içinde yiyecek olan kaba vurup kırması sonucu doğan zarar için Hiz. Peygamber (s.a.v)'e işlediğı fiilin karşılığının ne olacağını sorması üzerine Hiz. Peygamber (s.a.s.), *Kırılan kab gibi bir kab, dökülen yemeğın misli bir yemek* şeklinde bir hüküm vermiştir⁹⁹¹. Hiz. Peygamber (s.a.s.)'in verdiği bu hükümde tazminatın varlığı doğrudan anlaşılmaktadır. Bu hadiste, hem maddî zararın varlığını hem de zararın nasıl ve ne şekilde tazmin edileceğini açıkça görüyoruz.

*Hiç bir kimseye kardeşenin malını şaka olarak veya cidden alması helal olmaz*⁹⁹². Bu hadisten de haksız fiilin varlığını ve hukuka aykırılığını anlamamız zor değildir. Zira islâm hukukuna göre helal yani meşru olmayan şeylerden maksat hukuka aykırı şeylerdir.

*Müslümanın müslümana kanı, malı ve ırzı (namusu) haramdır*⁹⁹³. Bu hadiste de cana ve mala karşı işlenecek fiillerin hukuka aykırılığı ifade edilmiştir. Bu hadisinin işaret ettiği gibi kişilerin canlarına ve mallarına karşı yapılacak haksız saldırılar onlar için zararlı sonuçlanacak mahiyettedir.

Maddî tazminata delil olabilecek başka bir hadiste Hiz. Peygamber (s.a.s.), *Kim umuma ait bir yolda veya insanların alış-veriş yaptıkları pazarlarda hayvanını bekletir de hayvan oralarda bir şeylere zarar verirse bu zararı hayvan sahibi öder*⁹⁹⁴ buyurmuştur. Bu hadiste hem maddî zararın varlığı hem de bunun tazmininin zorunluluğı ifade edilmiştir.

İslâm hukukçularının genelde tabi olandan metbu'un sorumlu olması diye ifade ettikleri, pozitif hakukta sebep sorumluluğı veya objektif sorumluluk olarak bilinen sorumluluk çeşidinin hukukî dayanaklarından birini de bu hadis teşkil etmektedir⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 8, 12, 13; Tirmizî, *Buyu'*, 39; İbn Mace, *Sadakat*, 5

⁹⁹⁰ . Zerka, *Dârr*, 25

⁹⁹¹ . Ebu Davud, *Buyu'*, 89; Tirmizî, *Ahkam*, 23; Nesaî, *Nisa*, 4

⁹⁹² . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV, 221; Ebu Davud, *Edeb*, 85

⁹⁹³ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 5, 54, 55; Buharî, *Cemaat*, 11, *Cenaiz*, 32, *Vesaya*, 9, *İtk*, 17, 19, *Nikah*, 81, *Ahkam*, 1; Müslim, *İmare*, 20; Ebu Davud, *İmare*, 13; Tirmizî, *Cihat*, 27

⁹⁹⁴ . Darekutnî, *Hudud*, *Diyyat ve Gayrihi*, 285

⁹⁹⁵ . Zuhaylî, *Daman*, 255; Feyzullah, 173

Bera b. Azib adında bir kişinin devesi başkasının bahçesine girip bahçeye zarar vermesi üzerine durum Hz. Peygamber (s.a.s.)'e anlatılınca O'da, *Bahçe sahibinin gündüzleri bahçeyi koruması gerektiğine, zararın gece meydana gelmesi halinde hayvan sahibinin zararı bahçe sahibine ödemesi gerektiğine hükmetti*⁹⁹⁶. Bu rivayetle anlatılan olayda, hem maddî zararın varlığı hem de bu maddî zararın tazmini hükmünün mevcut olduğu görülmektedir.

Tabiblik ve cerrahlık gibi meslek erbabı olmadığı halde tabib ve cerrahmış gibi davranarak bir kimsenin vücut bütünlüğünü ihlal edip onun ölümüne sebebiyet veren kişinin durumunu anlatırken Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur; *Ehliyetli olmadığı halde hastaya mudahale eden kişi verdiği zararı tazmin eder*⁹⁹⁷. Bu hadiste de bizzat daman (tazminat) sözcüğü Hz. Peygamber tarafından telafuz edilmiştir.

1.2.3. Külli Kaideler

İslâm hukukunda külli kaideler tek başlarına delil olarak kullanılsalar da, maddî tazminat için hukukî dayanak tesbit ederken bazı külli kaileri göz önünde bulundurmanın doğru olacağı kanaatindeyiz.

*Zarar izale olur*⁹⁹⁸.

*Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın başka bir kimsenin tasarrufla bulunması caiz değildir*⁹⁹⁹.

*Bila sebebi meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz değildir*¹⁰⁰⁰.

*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır*¹⁰⁰¹.

*Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur*¹⁰⁰².

*Aslın ifası kabil olmadığı takdirde bedeli ifa olur*¹⁰⁰³.

⁹⁹⁶ . İmam Malik, *Muvatta*, Akdiye, 37; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 436

⁹⁹⁷ . Ebu Davud, Diyat, 23; İbn Mace, Tıb, 16; Nesai, Kasame, 41

⁹⁹⁸ . Mec. mad. 20

⁹⁹⁹ . Mec. mad. 96

¹⁰⁰⁰ . Mec. mad. 97

¹⁰⁰¹ . Mec. mad. 95

¹⁰⁰² . Mec. mad. 92

¹⁰⁰³ . Mec. mad. 53

*İztırar gayrın hakkını batıl etmez*¹⁰⁰⁴.

*Zarar bikaderil imkan def' olunur*¹⁰⁰⁵.

1.3. MALA VERİLEN ZARARLARDA MADDÎ TAZMİNAT

Çalışmamız, islâm borçlar hukukuna göre haksız fiiller neticesinde meydana gelen zararların tazminiyle sınırlı olduğundan dolayı islâm hukukuna göre mala verilen zararları da haksız fiiller kapsamında değerlendirerek *itlaf* ve *gasb* olmak üzere iki başlık altında ifade etmiştik. Mala verilen zararlarda olduğu gibi tazminlerini de *itlaf* ve *gasb* başlıkları altında değerlendirmeye çalışacağız.

1.3.1. Malların İtlafi Halinde Tazmin

İtlaf, bir malı adeten kendisinden sağlanmak istenen menfaatin dışına çıkartarak ya tamamen veya kısmen faydalanılamaz hale getirmek¹⁰⁰⁶ olduğundan, itlaf halinde mala zarar verildiği açıktır. Bu zarara ise, mal varlığı zarara uğrayan mağdurun katlanmasını ve razı olmasını beklemek islâm hukukuna uygun düşmez. Bu durum aynı zamanda islâm hukukunda hassasiyetle üzerinde durulan adaletle hükmetme anlayışına da ters düşer. Buradan hareketle, mala itlaf şeklinde verilen zararların, mal sahibine tazmin edilmek suretiyle izale edilmesi zorunluluğu kaçınılmaz olmaktadır. İslâm borçlar hukukuna göre telef edilen malın, telef eden kişinin kasıtlı olup olmayışına bakılmaksızın, mutlak olarak malı telef eden tarafından tazmin edilmelidir¹⁰⁰⁷. İtlaf şeklinde vuku bulan haksız fiillerde tazminat hukuken kaçınılmaz bir sonuçtur. Çünkü itlaf, islâm hukukçularına göre, bir tecavüz, haddi aşma ve mutlak bir zarardır¹⁰⁰⁸. Zararın izalesi¹⁰⁰⁹ ise islâm sorumluluk hukukunun ana ilkelerinden biridir. Çünkü zarar karşı tarafa yapılan bir haksızlık ve zulüm olup bu haksızlığın giderilmesi ise islâm hukukuna göre vacib yani zorunluluk arzeder¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁴ . Mec. mad. 33

¹⁰⁰⁵ . Mec. mad. 31

¹⁰⁰⁶ . Kâsanî, VII, 164; İbn Ebi Tu'leb, 448; 'İci, 140; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 740

¹⁰⁰⁷ . Kâsanî, VII, 164; Şirbinî, II, 277; İbn Nuceym, 340 'İci, 140; Mec. mad. 912; Fikri Yavuz, 227

¹⁰⁰⁸ . İbn Recceb, 218; Ahmed, 67

¹⁰⁰⁹ . Mec. mad. 20

¹⁰¹⁰ - Ali Haydar, 75

1.3.1.1. Malların tamamen itlafi halinde tazmin

İslâm hukukçularının ortaya koydukları, bir elbiseyi yakmak, hayvanı öldürmek, yiyecek maddesini yemek¹⁰¹¹, v.b gibi mutalaalarında genellikle malın tamamen itlafi söz konusu edilmektedir. Kısaca malın tamamen itlafi, bir malın ya tamamen ortadan kaldırılmış olması veya hiçbir fonksiyon icra edemez hale getirilmesi durumunu ifade eder. Malın tamamen yok edilmesi veya işe yaramaz hale getirilmesi durumu, islâm hukukçularına göre maddî tazminat doğuran sebeplerdendir.

İbn Receb'e göre, bir kişinin kiraladığı hayvanı haddinden fazla yük yükleyip hayvanın ölmesine sebebiyet vermesi, bir elbisenin başkası tarafından tamamen yakılması durumlarında tazminat zorunludur¹⁰¹². Kasanî'ye göre, istihlak edilen malın ya mislen veya kıymet olarak tazmin edilmesi gerekir¹⁰¹³. Bağdadî'ye göre bir kişiye ait çek veya sened gibi kıymetli evrakı yırtan veya yakan, başka ispat vasıtası olmadığı durumda hakkın zayı olmasına vesile olan kişinin, üzerinde yazılı miktarı tazmin etmesi, zimmiye ait şarabı yere döken kişinin onu kıymet olarak tamzin etmesi gerekir¹⁰¹⁴. Gerek İbn Receb'in, gerek Kasanî'nin ve gerekse Bağdadî'nin ifadelerinin hepsinde de malın tamamen itlafi ve bunun tazmini söz konusu edilmiştir.

Fetevay-ı Bezzaziye'de İmam Azam'ın görüşü olarak yer alan ifadeye göre, çamaşırcının yanında, çamaşırcı işini bitirdikten sonra, bir elbisenin kaybolması durumunda çamaşırcının ücret alamayacağı, ancak İmameyne göre, çamaşırcının bu elbiseyi tazmin edeceği şeklindeki izahda da malın tamamen itlafi halindeki tazmini söz konusu edilmektedir¹⁰¹⁵.

Malın tamamen itlafi halinde tazmini için göz önüne alınması gereken durum o malın hukuken hangi mallardan kabul edildiğidir. Zira İslâm hukukuna göre, bir mal misli mallardan ise ancak mislinin verilmesiyle, kıyemi mallardan ise ancak kıymetinin verilmesiyle tazmin edileceği bir prensiptir¹⁰¹⁶.

¹⁰¹¹ . Karafî, IV, 30; Eklil, 190; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XIII, 266; Abdusselam, 111

¹⁰¹² . İbn Receb, 218, 223

¹⁰¹³ . Kasanî, VII, 149

¹⁰¹⁴ . Bağdadî, 146

¹⁰¹⁵ . İbnu'l-Bezzaz, V, 86 - 87

¹⁰¹⁶ . Taberî, *İhtilaf*, 183 - 184; Kasanî, VII, 148; İbn Ebi Tu'leb, I, 446; Hısnî, 340; Ali Hafif, *Muamelat*, 33; Sırac, 397

1.3.1.2. Malların kısmen itlafı halinde tazmin

Maddî mallarda meydana gelen kısmî itlafı da, malın kıymetinde veya yapısında bir değişme ve eksilme meydana getirdiği için, islâm hukukuna göre, tazmine konu olan hususlar arasında kabul edilmişlerdir. Kısmen itlaf halinde ödenmesi gereken tazminatın miktarı zarara eşit olmalıdır. İslâm hukukuna göre kısmî itlaf hallerinde zarara uğrayan malın tamamının tazmini söz konusu değildir¹⁰¹⁷. Ancak malikî hukukçularına göre, malda meydana gelen kısmî zararın miktarı ne olursa olsun, yani ister küçük ve basit bir zarar olsun isterse büyük bir zarar olsun her iki halde de mal sahibi muhayyerdir. Dilerse zarara uğrayan malı zarar verene bırakarak mislî mallardan ise mislini kıyemî mallardan ise malın tamamının kıymetini tazminat olarak talep edebilir¹⁰¹⁸.

Hanefî hukukçularına göre, bir malın dörtte biri veya daha az bir kısmı itlaf edilmiş ise, noksan-ı yesir olarak isimlendirilen bu durumda mal sahibi sadece noksanlaşan kıymeti tazmin ettirebilir. Ancak malın dörtte birinden daha fazla kısmı itlaf edilmiş ise o zaman mal sahibi muhayyerdir. Dilerse noksan kıymeti zarar veren tazmin ettirir dilerse zarara uğrayan malını faile bırakarak malın tamamının kıymetini tazminat bedeli olarak alır¹⁰¹⁹.

Bir kısmı yıkılan bahçe duvarının yıkılan kısmının yıkan kişiye tamir ettirilmesi veya tamir masraflarının ona ödettirilmesi¹⁰²⁰ de kısmî itlafın tazmini olarak değerlendirilebilecek niteliktedir.

1.3.1.3. Maldaki artışların itlafı halinde tazmin

Genel itibariyle islâm hukukçuları, mallarda meydana gelen artışları (nema, ziyade) mala bitişik artışlar (ziyade-i muttasıla) ve maldan ayrı artışlar (ziyade-i munfasıla) olmak üzere iki kısma ayırırlar. Mesela, islâm hukukçularına göre, koyunun sütü, yünü, ağacın meyvesi gibi maldaki artışları itlaf eden kişinin tazmin etmesi gerekir¹⁰²¹. Ancak İbn Receb mala bitişik olan yavru, süt, yün gibi nemaların maldan ayrılmasından sonra meydana gelmesi halinde bu nemaların (ziyade) mala tabi olmayacağını, bunların ayrı olarak

¹⁰¹⁷ . Serahsî, *Mebsut*, XI, 85; İbn Rüşd, II, 267; Kasanî, VII, 155; İbn Kudame, *Muğni*, V, 247

¹⁰¹⁸ . İmam Malik, *Mudevvene*, V, 341; İbn Abdilber, II, 842

¹⁰¹⁹ . Serahsî, *Mebsut*, XI, 86; Kasanî, VII, 158; İbn Cüzey, 338; Mec. mad. 900

¹⁰²⁰ . Nevevî, *Feteva*, 91

¹⁰²¹ . Serahsî, *Mebsut*, XI, 54; Kasanî, VII, 160; *Fetevay-ı Hindiyeye*, V, 121; Abdulhak Bağdadî, 131; *el-Mevsu'tü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 237

değerlendirileceğini ifade eder. Böyle olmakla onların itlafi halinde de tazminatın gerekeceğine hükmetmiştir¹⁰²². Malikî hukukçuların, genellikle ğalle olarak isimlendirdikleri, mallardaki artışların itlafi halinde tazmin edileceği şeklindeki görüşleri de islâm hukukçularının malın artışlarının zarara uğraması halinde tazmin edilmelerinin zorunluluğu hususunda ittifak halinde olduklarını göstermektedir.¹⁰²³

Kısaca maldaki artışlar ister mala bitişik olsun, isterse mala bitişik olmayıp da malın kendisinden kaynaklanan artışlar şeklinde olsun, bunlara karşı işlenen haksız fiiller neticesinde meydana gelecek azalmaların islâm hukukuna göre tazmine konu olmaları gerekir.

1.3.1.4. Mallardaki özelliklerin değişmesi halinde tazmin

Mallardaki özelliklerin değişikliğe uğratılması, mallardaki bazı vasıflarının tamamen yok olması yahut kısmen değişmesi şeklinde meydana gelir ve mal sahibi için bir değer kaybı olarak ifade edilir. Malın fiziki yapısında hiçbir eksilme olmadığı halde niteliklerinin kısmen veya tamamen telef olması o mal sahibi için iktisadî manada değer kaybı teşkil edeceği muhakkaktır. Bu şekildeki değer kayıplarını islâm hukukçularının, tazmin edilmeleri zorunlu değerlerden addettikleri eserlerindeki örneklerden anlaşılmaktadır. Mesela, Mecelle'deki meyvenin kurutulurken vasıflarının değişikliğe uğratılması durumunda mal sahibinin muhayyer olacağı, dilerse maldaki vasıf değişikliğinden kaynaklanan noksan kıymeti tazmin ettirmesi, dilerse malı zarar verene bırakıp malın aslî haliyle kıymetini tazmin ettermesi şeklinde yapılan değerlendirme bunun bir örneğidir¹⁰²⁴.

Yine islâm hukukçularının hemen hepsinde rastladığımız kumaşın boyanarak renginin değişmesi, bir hayvanın yedirilip içirilmeyerek zayıflatılması gibi hususlarda noksanlaşan kıymetin tazmin ettirilmesinin gereği¹⁰²⁵ şeklindeki ifadeleri mallardaki özelliklerin değiştirilerek meydana gelen zararların islâm hukukuna göre tazmine konu olan hususlardan olduğunun örneklerindendir.

¹⁰²² . İbn Receb, 172

¹⁰²³ . İbn Rüşd, II, 269; Remlî, V, 182; *Fetevay-ı Hindîyye*, V, 121

¹⁰²⁴ . Mec. mad. 897

¹⁰²⁵ . İmam Malik, *Mudevvene*, IV, 389; Kasanî, VII, 156 - 157; İbn Hazm, VIII, 144; İbn Receb, 158; Ebu'l-Leys Semerkandî, II, 231; Şirbinî, II, 291; *Fetevay-ı Hindîyye*, V, 121; Mec. mad. 899, 900; Eklil, 346; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238

İslâm hukukçularının değerlendirmelerine göre mallarda meydana getirilen vasıf değişiklikleri şayet mallar üzerinde bir kıymet kaybına sebebiyet veriyorsa bu değişikliğin tazmin edilmesi gerekir. Ancak mallarda meydana getirilen vasıf değişikliğinden sonra malda kıymet artışının meydana gelmesi söz konusu olursa, mesela, boyanan kumaşın değerinin artması gibi, böyle durumları islâm hukukçularının daha farklı mütalaa ettiklerine şahit olmaktadır¹⁰²⁶.

Malın özelliğinin değişmesinden meydana gelen kıymet artışları için bazı islâm hukukçuları mal sahibinin muhayyer olacağı esasını kabul etmişlerdir. Böyle bir durumda mal sahibi dilerse malı alıp fazla kıymeti faile verir, dilerse kendi malının kıymetini tazminat olarak alıp malı faile bırakabilir¹⁰²⁷. İmam Ebu Hanife (r.a)’ye göre ise, bu durumda, fail ile mal sahibi malda ortak olurlar¹⁰²⁸.

1.3.2. Gasbedilen Malın Tazmini

Hanefî hukukçulara göre, gasbedilen bir nesnenin tazmine konu olabilmesi için onun mal olması gerekir. Bu hukukçulara göre mal ise, insanlar arasında iktisadî değeri olan ve insan tabiatının meylettiği maddî varlıklar olarak tanımlanmaktadır¹⁰²⁹. Buna göre iktisadî bir değeri olmayan ölü hayvan etini ve dabaklanmamış derisini, kan ve benzeri nesneleri ve hanefîlerce maddî bir varlığı olmayan menfaatleri gasbetmek mümkün değildir. Aynı şekilde mal kabul edilmediği için hür bir çocuğun kaçırılması da gasb olarak kabul edilmez¹⁰³⁰. Hanefî hukukçulara göre bir malın gasbedilerek tazmine konu edilebilmesi için o malın mutekavvim bir mal, dokunulmaz (muhrez) mal ve menkul mal olması gibi şartları taşıması gerekir¹⁰³¹.

İslâm hukukunun tazminat konusunda ortaya koyduğu ana prensibe göre gasbedilen mal eğer mevcut ise aynen geri verilerek tazmin edilir. Gasbedilen malın mevcut olmaması veya asıl malda hukukî bir tağyir meydana gelmesiyle mülkiyetinin gasıba geçmesi yahut mağsubda esaslı bir eksilme (noksan-ı fahiş) görülüp de mal sahibi (mağsub minh) bedelini

¹⁰²⁶ . Taberî, *İhtilaf*, 178; İbn Abdilber, II, 847

¹⁰²⁷ . İmam Malik, *Mudevvene*, IV, 389; İbn Abdilber, II, 847

¹⁰²⁸ . Taberî, *İhtilaf*, 179

¹⁰²⁹ . Zerka, *Fıkıh*, III, 131

¹⁰³⁰ . Aydın, 388

¹⁰³¹ . Zerka, *Fıkıh*, III, 143, v.d, Aydın, 388

tercih ettiği durumlarda malın bedelinin ödenmesi şekliyle tazmini cihetine gidilir¹⁰³². Böyle hallerde de malın durumuna göre tazmin ettirilmesi gerekir. Gasbedilen mal islâm hukukuna göre, kiyemî mallardan kabul ediliyorsa kıymet olarak tazmin ettirilmesi gerekir.

Şayet gasbedilen mal (mal-ı mağsub), islâm hukukuna göre, mislî mallar (ölçülebilen, tartılabilen) arasında kabul edilen mallardan ise mislen tazmin ettirilmesi uygun görülmüştür¹⁰³³.

Gasbedilen malın mevcut olması durumunda bunun malı gasbedilmek suretiyle mal varlığı zarara uğrayan kişiye aynen geri verilmesi gerektiği, *El (kişi) aldığı şeyden onu geri verene kadar sorumludur*¹⁰³⁴ ve *Sizden biriniz başkasının malını ne cidden ne de şakayla almasın. Kardeşinin esasını bile alan varsa onu sahibine geri versin*¹⁰³⁵ hadisleriyle kayıt altına alınmıştır.

Gasbedilen mal, gasbedildikten sonra ister gasbın fiiliyle isterse üçüncü bir şahsın fiiliyle zayı olsun veya zarara uğramış olsun doğan zararı tazmin borcu gasıba aittir¹⁰³⁶. Gasbedilen mal, malı gasbedilmek suretiyle zarara uğrayan kişiye (mağsub minh) mali bir külfet yüklememek için gasbedildiği yerde sahibine iade edilmelidir. Şayet malı gasb eden kişi gasbettiği malı başka bir beldeye götürür, malı gasbedilen kişi de o beldede olduğu halde gasbedilmiş malını bulundukları yerde değil malın gasbedildiği yerde teslim almak isterse gasbedilmiş malın gasbedildiği yere getirilmesindeki geri verme ve nakil masraflarını islâm hukukuna göre, malı gasb eden kişi öder¹⁰³⁷.

1.3.2.1. Gasbedilen maldaki eksilmelerin tazmini

Gasbedilin malda meydana gelen eksilmeler ister gasbının kendi fiiliyle olsun isterse başkasının fiiliyle olsun, noksanlık ister mağsubun kendisinde olsun isterse vasıflarında olsun

¹⁰³² . Aydın, 390

¹⁰³³ . Kâsanî, VII, 148; Merğinanî, IV, 11; Şirazî, II, 374 - 375; Nevevî, *Feteve*, 267; Mevsilî, III, 59; Bacurî, II, 11; Tahavî, IV, 100; Gaznevî, Siracuddin Ebî Hafs, *el-Ğurretu'l-Munîfe*, Beyrut, 1986, 109; İbn Ebi Tu'leb, I, 444 - 445; Meydanî, II, 188;

¹⁰³⁴ . Ahmed b. Hanbel. *Müsned*, V, 8; Tirmizî, Buyu', 39; İbn Mace, Sadakat, 5

¹⁰³⁵ . Ahmed b. Hanbel. *Müsned*, IV, 221; Ebu Davud, Edeb, 85

¹⁰³⁶ . Merğinanî, IV, 13; Damad Efendi, II, 458; *Fetevay-ı Hindiyeye*, V, 121; İbn Ebi Tağlib, I, 445; Meydanî, II, 189

¹⁰³⁷ . Mec. mad. 890; Fikri Yavuz, 227

islâm hukukuna, göre bu eksilmelerden kaynaklanan kıymet farkını gasıb tazminat olarak ödemelidir¹⁰³⁸.

İslâm hukukuna göre mal-ı mağsubda meydana getirilen eksilmeler gasıbın dışında üçüncü bir şahsın fiiliyle olmuşsa, mağsub minh muhayyerdir, dilerse noksanlaşan kısmın tazminini gasıbdan, dilerse haksız fiiliyle mağsubu zarara uğratan kişiden talep eder. Şayet noksan kısmı gasıb tazmin ederse, haksız fiiliyle mağsub mala zarar veren kişiye rucu eder. Şayet haksız fiiliyle mağsub mala zarar veren kişi noksanlaşan kısmı tazmin ederse gasıba rucu hakkı yoktur¹⁰³⁹.

Gasbedilen maldaki kıymet noksanlaşması islâm hukukuna göre mutlak olarak tazminat yükümlülüğü doğuran durumlardan kabul edilmiştir¹⁰⁴⁰. Hanefî hukukçuları, gasbedilen maldaki eksilmeler dörtte bir ve dörtte bire ulaşmayan eksilmelerle, kıymet olarak malın tamamına oranla dörtte birden daha fazla olan değer kayıpları olmak üzere iki şekilde değerlendirilmişlerdir. Bu iki ayrı durumdaki eksilmeler başlı başına tazminata konu olmakla beraber birinci durumda mal sahibinin ancak noksanlaşan kıymeti tazmin ettirme hakkının bulunduğunu, ikinci durumda ise mağdurun (mağsub minh) malını gasıba bırakarak malın sağlam haliyle olan kıymetini alma hakkı olduğu gibi malıyla birlikte noksanlaşan kıymeti de alma hakkının olduğu görüşündedirler¹⁰⁴¹.

Malikî hukukçular ise, maldaki noksanlaşmadan doğan kıymet kayıplarının az yada çok olmasının dikkate alınmayarak her iki halde de mağsub minhin isterse malını alıp noksan kıymeti tazmin ettirebileceği, isterse malını gasıba bırakıp malın tamamının kıymetini tazmin ettirme hakkının olacağı görüşündedirler¹⁰⁴².

İslâm hukukçularına göre, gasbedilen malda malı gasb eden kişinin (gasıb) her hangi bir mudahalesi olmaksızın mağsubun piyasa fiyatında meydana gelen düşüşleri malda meydana gelen eksilmeler gurubunda değerlendirmemişlerdir¹⁰⁴³. Yani gasbedilen malın piyasa fiyatında, malı gasbeden kişinin hiç bir mudahalesi olmaksızın sırf kendiliğinden

¹⁰³⁸ . Taberî, *İhtilaf*, 183; Şirazi, II, 376; Bacurî, II, 11; Karafî, II, 228; İbn Abdilber, II, 842; İbn Cüzey, 336; Eklîl, 346; Hısnî, 339; *Fetevay-ı Hindiyeye*, V, 121; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 729

¹⁰³⁹ . *Fetevay-ı Hindiyeye*, V, 121

¹⁰⁴⁰ . Şirazi, II, 376; İbn Kudame, *Umde*, 166

¹⁰⁴¹ . İbn Abidin, VI, 181; Mec. mad. 903; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 728 - 729

¹⁰⁴² . İbn Abdilber, II, 842

¹⁰⁴³ . Mec. mad. 900

meydana gelen, düşmeler islâm hukukuna göre, hiç bir zaman, fail için tazminat yükümlülüğü doğurmazlar.

Gayr-ı menkul malların gasbedilmesi halinde ise, yanlış veya hatalı kullanımdan doğan eksilmeler de islâm hukukçuları tarafından tazminat yükümlülüğü gerektiren durumlar arasında kabul edilmiştir¹⁰⁴⁴.

1.3.2.2. Gasbedilen maldaki artışların tazmini

Gasbedilen maldaki artışlardan maksat, gasıbın mağsuba hiç bir mudahalesi olmadan ve mağsub üzerinde hiç bir tasarrufta bulunmadan, sırf kendiliğinden meydana gelen artışlardır. Mesela, bir kişinin gasbettiği koyundan elde ettiği yün, süt, yavru, tavuk veya ördeğin yumurtası gibi menfaatler islâm hukukçularına göre kendiliğinden meydana gelen artışlar olarak değerlendirilmiştir.

Gasbedilen mallarda bütün bu kendiliğinden meydana gelen artışlar islâm hukukuna göre, hukuken malı gasbedilen kişiye (mağsubun minh) ait kabul edilirler. Bundan dolayı maldaki bu şekil artışlar gasıb tarafından başkasına devretme, satma, istihlak etme, telef etme suretiyle veya başka bir şekilde tüketilmesi halinde, gasıb bu fiilinden doğan zararları mutlak olarak tazmin etmelidir¹⁰⁴⁵.

Mal-ı mağsub gasıbın elindeyken o malda meydana gelecek artışları hanefî hukukçular emanet mallar gibi değerlendirerek emanet mallara uygulanan hükümlerin bu şekil artışlar için de cari olduğu kanaatindedirler. Yani bu artışların noksanlaştırılması durumunda gasıbın kusur ve teaddisinin bulunması ona tazminat yükümlülüğü gerektireceği, kusur ve teaddisi yoksa zararı tazmin sorumluluğunun da söz konusu olmayacağı hanefî hukukçuların kabul ettikleri görüştür¹⁰⁴⁶.

Malikî, Şafii ve Hanbelî hukukçular ise, gasbedilen malda (mağsub) meydana gelen artışları gasbedilen malın bir cüzü olarak değerlendirmektedirler. Yani, bu ekollere mensup hukukçular, gasbedilen maldaki artışlarda emanet hükümlerinin cari olması yerine, istihlaki veya başka şekilde zarara uğratılmaları halinde mutlak olarak tazminatı gerektireceği, bu

¹⁰⁴⁴ . İbn Cüzey, 336; Ğamravî, 268; Mec. mad. 905

¹⁰⁴⁵ . Semerkandî, III, 93; İbn Abdilber, II, 844; Remlî, V, 182; İbn Receb, 183; Merdavi, VI, 160; *Fetevay-ı Hindiyye*, V, 121; Seyyid Bey, 128; Aydın, 391

¹⁰⁴⁶ . Mevsilî, III, 64; Damad Efendi, II, 465; Seyyid Bey, 128; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 712

şekilde mallarda meydana gelen artışlara karşı haksız fiil işleyen faile sorumluluk yükleyeceği görüşündedirler¹⁰⁴⁷.

İslâm hukukuna göre, gasbedilen bir mal (mağsub) üzerinde malı gasbeden kişi (gasıb) kendi mal varlığından bir harcama yaparak mağsub malın evsafında kıymetini artırıcı değişiklik meydana getirmesi durumunda malı gasbedilerek mal varlığı zarara uğratılan kişi (mağsub minh) isterse malını gasb eden şahsa bırakarak gasbedilen malının değerini tazminat olarak alır. İsterse gasbedilen malını (mağsub) gasıbtan geri alarak gasb edenin yaptığı masrafları ona tazmin eder¹⁰⁴⁸.

1.3.2.3. Gasbedilen malın gelir ve menfaatlerinin tazmini

Daha önce de değindiğimiz gibi islâm hukukunda menfaatlerin tazmini meselesi tartışmalıdır. İslâm hukukundaki genel kanaate göre bir şeyin tazminata konu olabilmesi için mutekavvim olması gerekir¹⁰⁴⁹. Ancak çoğunluğu oluşturan Maliki, Şafii ve Hanbeli hukukçularına göre gasbedilen maldan gasıb faydalansın veya faydalanmasın, yani ister malı kendisi kullansın ister kiraya versin isterse malı kullanmayıp atıl bıraksın, her durumda normal şartlarda malın sağlayacağı menfaatleri gasıbın tazmin edeceği görüşü kabul edilmiştir¹⁰⁵⁰.

Maliki'lerin tercih edilen görüşünü belirten İbn Abdilber, ev, hayvan v.b gibi gelir getirebilen veya menfaat sağlayan şeyleri gasb eden kişinin gelir ve menfaatlerini mağsuba vermesi gerektiğini belirterek, bunlardaki değer takdirinin de ücret veya kira şeklinde olacağını ifade etmiştir¹⁰⁵¹.

Şafii hukukçular da, gasbedilen bir evde kullanılmaksızın meydana gelen noksanlıklarla beraber menfaatinin de tazmin edileceği görüşündedirler. Noksanlaşan kıymet için erş (maldaki zararın karşılığı) ve menfaat için de ücret şeklinde tazmin

¹⁰⁴⁷ . İbn Rüşd, II, 296; Nevevî, *Mecmu'* XIV, 248; İbn Kudame, *Umde*, 166; Remlî, V, 182; Zencanî, Ebu'l-Menakib Şihabuddin Mahmud b. Ahmed, *Tahricu'l-Furu' ale'l-Usûl*, Dimeşk, 1962, 109; Şirbinî, II, 291; Merdavi, VI, 160; Ğamravî, 273; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 712

¹⁰⁴⁸ . İbn Rüşd, II, 268; Bağdadi, 138; Mec. mad. 898; Meydanî, II, 193

¹⁰⁴⁹ . Yaran, 136

¹⁰⁵⁰ . Taberî, *İhtilaf*, 176; Şirazi, II, 374; İbn Rüşd, II, 269; Debbusî, 86; İbn Kudame, *Umde*, 166; Nevevî, *Mecmu'*, XIV, 274; Şirbinî, II, 286; İbn Abdilber, II, 844; Ğamravî, 270; Kenanî, II, 72; Hısnî, 339; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 735

¹⁰⁵¹ . İbn Abdilber, II, 844

edileceğini ifade etmişlerdir¹⁰⁵². Hatta Nevevî, para gasb edip bununla alış-veriş ederek kazanç sağlayan kişinin bu kazancının gasbedilen maldaki nema ve artışlar gibi değerlendirilerek mağsuba verilmesi gerektiği görüşündedir¹⁰⁵³.

Hanbelî hukukçular da gasbedilen malın gelir getirecek ve menfaat temin edecek cinsten mal olması durumunda gasbın bu malı elinde bulundurduğu müddet için ecr-i misil (emsal değer) olarak menfaatini tazmin etmesi gerektiğini ifade etmişlerdir¹⁰⁵⁴.

Hanefî fukahasının çoğunluğu, gasbedilen malın menfaatlerinin gasbedilen müddet içerisinde tazmin edilmeyeceği esasını kabul etmişlerdir. Zira islâm hukukunda, genel prensip olarak, mütekavvim mallar tazmine konu olurlar. Mütekavvim mal, fiilen mülk edinilebilen, hukuken kendisinden faydalanılabilen maldır. Mütekavvim olmayan mal ise, bu özelliklere haiz değildir. Zaruret halleri dışında kendisinden faydalanma imkanı da yoktur¹⁰⁵⁵. Hanefilerde, *bir şeyin nef'i damanı mukabelesindedir*,¹⁰⁵⁶ prensibi de menfaatlerin tazminini sınırlayan külli kaidelerdendir. Bu külli kaideye göre, bir malı elinde tazmin sıfatıyla bulunduran, yani bir malın telefinden mesul olan kimse, onun menfaatlerine de sahip olur. O malın aynen iade veya misli yahut kıymetiyle tazmin edilmesi halinde, elde edilen menfaat, malın muhtemel tazmin riski ile elde bulundurmanın bir karşılığı olarak tazmin edilmeyecektir¹⁰⁵⁷. Yine, gasbedilen maldan her hangi bir menfaat temin edilmese dahi *ücret ile daman birleşmez*¹⁰⁵⁸ kaidesi de gasbedilen malın telef olmasına mukabil, tazminat dışında ve ona ilaveten, elde bulundurma müddeti karşılığı olmak üzere, bir ücretin ödenmesine engel teşkil edecek mahiyettedir.

Hanefî ekolüne mensup islâm hukukçularından bazıları ise, gasbedilen malın mal-ı mevkuf (vakıf malı), mal-ı yetim (yetim malı) ve muaddun li'l-istiğlal (gelir getirmek üzere kiraya verilmek için hazırlanmış mal) olması durumları dışında mağsubun (gasbedilen mal) menfaatlerinin tazminini kabul etmemişlerdir¹⁰⁵⁹. Bunun sebebi olarak da menfaatlerin

¹⁰⁵² . Nevevî, *Minhac*, 270; Remlî, V, 184; Debbusî, 86; Şirbinî, II, 286; Ğamravî, 270

¹⁰⁵³ . Nevevî, *Mecmu'*, XIV, 248

¹⁰⁵⁴ . İbn Kudame, *Umde*, 166

¹⁰⁵⁵ . Merğınani, IV, 16; Mec. mad. 127; Akman, 31

¹⁰⁵⁶ . Mec. mad. 85

¹⁰⁵⁷ . Akman, 32

¹⁰⁵⁸ . Mec. mad. 86

¹⁰⁵⁹ . Semerkandî, III, 90; Mevsilî, III, 64; Subkî, Tacuddin Abdulvehhab b. Ali b. Abdulkâfi, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, 1991, II, 276; İbn Abidin, VI, 186; Senhurî, *Mesadir*, VI, 174

mutekavvim mal olamayacağı görüşünü delil göstermişlerdir¹⁰⁶⁰. Ancak istihsanen, menfaatlerin satışı olarak kabul edilen, kira aktinin menfaatlerin tazmin edilmeyeceği görüşündeki islâm hukukçuları tarafından da kabul edildiği görülmektedir¹⁰⁶¹.

1.3.2.3.1. Vakıf malı

İslâm hukukuna göre, genel olarak vakıf, bir malın mülkiyeti Allah(c.c.)'a bırakılarak, menfaatlerinin belirli bir zümre için tayin edilmesi olarak tanımlanmıştır¹⁰⁶². İşte haneffî hukukçularına göre böyle menfaatleri tüm müslamanlara veya belirli bir zümreye hasredilen malların gasbedilmeleri halinde menfaati kendilerine hasr edilmiş olan kişiler menfaat kaybına uğrayacaklarından dolayı onların bu kaybını önlemek için mal-ı mevkûfun gasbı halinde menfaatlerinin tazmin edilmesi gerektiği esasını, menfaatlerin tazmini konusunda bir istisna olarak, kabul etmişlerdir¹⁰⁶³.

Haneffilere göre vakıf mallarını haksız olarak elinde bulunduran kimse bu malı kullansın veya kullanmasın bu malın menfaatlerini tazmin eder. Te'vili mülk (mülkiyet şüphesi) veya te'vili akd (akit şüphesi) gibi vakıf malına iyi niyetle de olsa bir kişinin zilyed olması menfaati tazmin bakımından sorumluluğu değiştirmez¹⁰⁶⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken husus mal-ı mevkûfun hiç bir değişikliğe uğramaksızın sadece mefaatinin fevt edilmesi halidir. Yoksa gasbedilen mal-ı mevkûf istihlak, kullanım hatası, inhidam gibi her hangi bir şekilde zarara uğrarsa ayrıca bu zararın tazmin ettirilmesi gerekir¹⁰⁶⁵.

Mal-ı mevkûfta haneffî hukukçuların görüşleri, gözle görülüp kıymet takdir edilecek şekildeki maddî zararların dışında kalan sırf menfaat kabilinden kabul edilebilecek durumların fevtinde de tazminin gerekeceği şeklindedir. Özellikle muteahhirin haneffîlerin vakıf malları için böyle bir istisna kabul etmiş olmalarının esprisi, vakıf mallarına verdikleri ehemmiyetten kaynaklanmaktadır.

¹⁰⁶⁰ . Mevsilî, III, 64; Senhuri, *Mesadir*, VI, 175

¹⁰⁶¹ . Serahsî, *Mebhut*, XV, 74; Merğınanî, III, 231; Mevsilî, II, 50; Meydanî, II, 88

¹⁰⁶² . Ali Hafif, *Muamelat*, 45

¹⁰⁶³ . İbn Abidin, VI, 186; Mec. mad. 596; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238

¹⁰⁶⁴ . Aydın, 389

¹⁰⁶⁵ . *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238

1.3.2.3.2. Yetim malı

Yetim malları hususunda Kur'an-ı Kerim'de yer alan, *Yetim mallarını batıl yolla yiyenler karınlarına ancak ateş tıkmış olurlar*¹⁰⁶⁶ ve *Yetim malına, ergin çağa ulaşana kadar, en iyi şeklin dışında yaklaşmayın.*¹⁰⁶⁷ gibi ayetlerin de ifade ettiği gibi yetimlerin malları korumasız olduğundan dolayı bunların korumaları adeta hukuka devredilmiştir. Yetim mallarının gasbedilmesi halinde tazminlerinin gerekeceği şeklindeki hanefi hukukçuların görüşünün malları gasbedilmek suretiyle mağdur olan yetimin menfaatlerinin tazmin ettirilerek tatmin edilmeleri gibi bir mantığa dayandığını ifade edebiliriz.

Bazı hanefi hukukçularına göre yetim malı (mal-ı yetimin) gasbedilmesi halinde mutlak olarak tazmin edilmesi gerekir. Ayrıca zarara uğramış olması şartı aranmaz¹⁰⁶⁸. Yani yetim mallarını haksız olarak elinde bulunduran kişiler bu malları kullansın veya kullanmasın menfaatlerini tazmin etmelidirler¹⁰⁶⁹.

1.3.2.3.3. Muaddun li'l-istiğlal

Mecelle'nin tarifiyle, muaddun li'l-istiğlal, kiraya verilmek üzere idad (hazırlanmış) ve tayin olunmuş şeydir ki, filasl kiraya verilmek üzere yapılmış ya alınmış han, hane, hamam ve dükkan gibi akarat ile kira arabası ve kira beygiri misli şeylerdir. Ve bir şeyin alettevali (aralıksız) üç sene icar olunması muaddun li'l-istiğlal olduğuna delildir. Bunun gibi bir kişinin nefsi (kendisi) için yaptırmış olduğu bir şeyin muaddun li'l-istiğlal olduğunu nâsa (insanlara) ihbar ve ilam ile muaddun li'l-istiğlal olur¹⁰⁷⁰.

Mecelle'deki tarifiyle ifade etmeye çalıştığımız muaddun li'l-istiğlal olan bir şeyin gasbedilmesi halinde bazı hanefi hukukçularına göre menfaatinin tazmin edilmesi gerekir¹⁰⁷¹. Bu tür mallarda menfaatin tazmin edilmesi, böyle bir malı kullanmanın fasıd kira olarak kabul edilmesi sebebiyledir. Malın kiralık olması aleni bir icap teşkil etmekte, mala

¹⁰⁶⁶ . Nisa: 4 / 10

¹⁰⁶⁷ . İsrâ: 17 / 34

¹⁰⁶⁸ . İbn Abidin, VI, 186; Mec. mad. 596; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238; Sırac, 135; Zuhaylî, *Daman*, 121

¹⁰⁶⁹ . Aydın, 389

¹⁰⁷⁰ . Mec. mad. 417

¹⁰⁷¹ . İbn Abidin, VI, 186; Mec. mad. 596; Sırac, 135; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238; Zuhaylî, *Daman*, 121

gasıb tarafından el konulması da kabul yerine değerlendirilmektedir. Bu şekilde oluşan bir kira akdi ücret bilinmediğinden fasid kira akdi olmakta ve kira akdinin ücreti olarak ecr-i misil gerekmektedir¹⁰⁷². İslâm hukukuna göre, ecir-i misil, bir akde dayanmaksızın faydalanılan veya sahibinin faydalanmasına engel olunan bir mefaat karşılığında ödenen değer kira bedeli şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰⁷³.

Burada hanefiler gelir için hazırlanan malın gasbedilmesi halinde gasb müddeti içinde gelirden yoksun kalınacağı esasını dikkate almışlardır. Muaddun li'l-istiğlal olan bir malı gasbeden kişi, gasb müddetince geçen zaman esnasında sanki kira akdi ile o malı elinde bulunduruyormuş gibi emsal değer (ecr-i misil) öder. Böyle durumlarda malı gasb eden kişi maldan menfaatlensin veya menfaatlenmesin hüküm aynıdır¹⁰⁷⁴. Buna göre mesela, otomobil kiralayan firmanın bir otomobilini gasbeden kişi, bu otomobil islâm hukukuna göre muaddun li'l-istiğlal kabul edildiğinden emsal kira bedeli (ecr-i misil) öder.

Gelir getirmek maksadıyla bulundurulan mala (muaddun li'l-istiğlal) te'vil-i mülk veya te'vil-i akd ile el konulmuşsa bu durumda elde bulundurulan süre için her hangi bir şey ödenmez¹⁰⁷⁵. Mesela, bir kişi ortağı olduğu ve gelir getirmek maksadıyla (muaddun li'l-istiğlal) bulundurulan evde diğer ortağın izni olmaksızın bir müddet müstakilen kendi mülkumdür diye iskan eylese, hanefi hukukçularının görüşüne göre, geçmiş süreler için, tazminat kabilinden kira ödemeye zorlanamaz¹⁰⁷⁶. Bunun gibi ortak dükkânı ortaklardan birinin, diğer ortağın rızası olmadan, satması ve satın alan kişinin de bir müddet dükkânı kullanmış olması, sonra da diğer ortağın satışa rıza göstermeyip hissesini alması halinde, her ne kadar dükkân muaddun li'l-istiğlal olsa bile, geçmiş günler için bu hisseye ait kira bedeli talebinde bulunamaz. Çünkü müşteri dükkânı tevil-i akd (bilinmeden satın alınan gasbedilmiş bir malın meşru sahibi çıkarak geri istemesi halinde, o malı elinde bulunduran kişinin “bu malı satın aldım” demesi gibi durumlar. Yani akit şüphesi) ile kullanmış, yani bey' akdi ile bu dükkânda mutasarrıfım diye kullanmış olduğundan dolayı menfaatin tazmini gerekmez. Keza bir kişi bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey' akdiyle satıp teslim ettikten müşteri de bu değirmeni bir müddet kullandıktan sonra, başka bir kimse değirmene

¹⁰⁷² . Aydın, 389

¹⁰⁷³ . Aydın, 391

¹⁰⁷⁴ . Yaran, 137

¹⁰⁷⁵ . Mec. mad. 596

¹⁰⁷⁶ . Mec. mad. 597; Senhurî, *Mesadir*, VI, 173; Aydın, 389

müstehik (değirmen üzerinde hak sahibi) çıkıp bunu ispatladıktan sonra müşteriden değirmeni kullandığı süre için kira bedeli olarak hiç bir şey talep edemez. Çünkü müşteri değirmeni tevil-i akd olarak kullanmıştır¹⁰⁷⁷.

Hanefî hukukçularına göre, gelir getirmek üzere hazırlanmış olmayan bir malın gasbedilmesi halinde, sahibi kendisinden menfaatlenmediğinden dolayı, gasb fiiliyle bir menfaat kaybına uğramasının söz konusu olmayacağı görüşü kabul edilmiştir. Hanefilere göre, muaddun li'l-istiğlal olmayan malların gasbedilmesi durumunda gasıbın ta'zirle cezalandırılması yeterli olarak görülmüştür.

1.3.2.4. Gas edilen malın gasbedilmesi halinde tazmini

Mal-ı mağsub gasıbın yanındayken başkası tarafından yeniden gasbedilmesi de tazminat yükümlülüğü doğuran durumlardan biridir. Ancak burada problem, malı kimin tazmin edeceği meselesidir. Zira gasıbın elinden gasbedilen mal gasıbın mülkü olmadığı için gasıb için tazminat talep hakkı olacak mıdır? Yine bunun gibi mağsub birinci gasıbın elinden çıktığı için tazminat sorumluluğundan kurtulacak mıdır?

İslâm hukukçularına göre bu soruların cevapları; mal-ı mağsubun ikinci gasıb tarafından gasbedilmesi durumunda birinci gasıbın ikinciden tazminat talep etme hakkının olmayacağı, çünkü mağsub malı gasb etmekle ona malik olunamayacağı, mal-ı mağsubun birinci gasıbın elinden çıkmakla onun sorumluluktan kurtulamayacağı şeklinde olmuştur.¹⁰⁷⁸

Zira, islâm hukukçuları, mal-ı mağsubun gasıbdan ikinci kez gasbedilmesi durumunda, mağsubun minhin zararını tazmin için muhayyer olduğunu, yani gasıbların her ikisine de mağsubu tazmin ettirebileceği gibi dilerse bir kısmını birine bir kısmını da diğerine tazmin ettirme hakkına sahip olduğunu kabul etmişlerdir¹⁰⁷⁹. Şayet mağsub malı (gasbedilmiş mal) birinci gasıb tazmin edecek olursa ikinciye rucu hakkının olacağı, ikinci gasıbın tazmin etmesi halinde birinciye muracaat edemeyeceği de islâm hukukunda kabul edilmiştir¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ . Mec. mad. 598; Senhurî. *Mesadir*. VI. 173; Aydın. 389 - 390

¹⁰⁷⁸ . İbnu'ş-Şihne, 283; Mec. mad. 910

¹⁰⁷⁹ . İbnu'ş-Şihne, 283; Mec. mad. 910; Zuhaylî, *Daman*, 138

¹⁰⁸⁰ . Mec. mad. 910

İslâm hukukçularına göre, ikinci gasıb mal-ı mağsubu birinci gasıba reddetse (aynıyla verse) sadece kendisi, mağsub minhe reddetmiş olsa iki gasıb birden tazmin yükümlülüğünden kurtulmuş olur¹⁰⁸¹.

1.4. HAK ve MENFAATLERİN TAZMİNİ

Menfaatlerin tazmin edilip edilmeyeceği hususunun, islâm hukuk doktrinde tartışmalı meseleler arasında yer aldığına daha önce dikkat çekmiştik. Zira bazı islâm hukukçularına göre, zatında mutekavvim olmayan için uğradığı zarardan dolayı ta'vid gerekmez. Bu durum bazı islâm hukukçularına göre menfaatlerin tazmin edilmeyeceği esasını gerektirir¹⁰⁸². İslâm hukukçularının bazıları zarara uğramaları durumunda menfaatlerin tazmin edilemeyeceği görüşündedir. Ancak çoğunluğu oluşturan islâm hukukçularının görüşüne göre menfaatler de maddî mallar gibi kabul edilerek zarara uğramaları durumunda tazmin edilmelidirler¹⁰⁸³.

İslâm hukukçuları arasındaki bu ihtilaf, menfaatlerin maddî mallar gibi mutekavvim olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundaki ihtilaftan kaynaklanmaktadır. Menfaatlerin tazminini zorunlu olarak görmeyen islâm hukukçularına göre menfaatler ile maddî mallar arasında ne şekil ne de mana itibariyle benzerlik olmadığından dolayı menfaatler maddî mallar gibi kabul edilemez¹⁰⁸⁴. Bundan ötürü haksız saldırılara maruz kalan menfaatlerin zarar görmeleri durumunda maddî bir değerle karşılanmaları mümkün olmadığından menfaatleri zarara uğratan kişi için tazmin yükümlülüğü doğmaz.

Menfaati maddî mallar arasında kabul etmeyen islâm hukukçularına göre bir şeyin mal olabilmesi için maddî özelliğe sahip olması şartı vardır. Menfaatlerin ise maddî bir yönü olmadığından menfaatleri maddî mallar arasında kabul etmezler¹⁰⁸⁵. Bu görüşte olan islâm hukukçularına göre malın elde edilmesi, iktisabı, ihtiyaç zamanı için biriktirilebilmesi mümkündür. Menfaatler ise, kazanılıp biriktirilebilir özellik arz etmezler. Çünkü menfaatler bir vasıftan ibarettir. Uzun zaman kalmazlar. Daha önce mevcut değilken sonradan ortaya

¹⁰⁸¹ . Mec. mad. 911

¹⁰⁸² . Senhurî, *Mesadîr*, VI, 171

¹⁰⁸³ . Seyid Bey, 127; Zuhaylî, *Daman*, 120

¹⁰⁸⁴ . Seyid Bey, 127

¹⁰⁸⁵ . Zuhaylî, *Daman*, 120

çıkılmışlardır ve tekrar kaybolma özelliği taşımaktadırlar. Kaybolma özelliği gösteren şeyler de mal olarak kabul edilmezler¹⁰⁸⁶. Bu görüşte olan islâm hukukçularına göre her ne kadar menfaatler mal sayılmazlarsa da istihsanen akitle mal haline gelirler ve akde konu olabilirler. İcare akdi gibi¹⁰⁸⁷ akitler bunun örnekleridir. Zira menfaatlerin akte konu olması gerektiği hususunda nasslar vardır, örf ve adet caridir, zaruret söz konusudur. Şayet iki tarafın rızası olursa o zaman menfaatler mutekavvim mal olarak kabul edilir¹⁰⁸⁸. Böyle durumlarda menfaatler aslen mal olarak kabul edilmeyip ancak hükmen mal kabul edilmişlerdir¹⁰⁸⁹. Menfaatler, insanlara ayanlardan faydalanma imkanı verirler yoksa kendileri mal değillerdir¹⁰⁹⁰.

Menfaatlerin maddî mal olamayacağı görüşünde olan islâm hukukçularına göre menfaat kabilinden sayılan haklar da maddî mallar gibi kabul edilmişlerdir. Yani bu görüşte olanlara göre malla ilgili olan geçit hakkı, hakk-ı şirb, hakk-ı hıdane, sükna hakkı gibi gayr-ı menkullere bağlı haklar maddî mallar gibi kabul edilemezler¹⁰⁹¹.

Menfaatleri mutekavvim mal olarak kabul etmeyen islâm hukukçuları bunun tabii sonucu olarak menfaatlerin fevtinde tazminat borcunun doğacağını da kabul etmezler. Zira menfaatlerin zayı olması durumunda tazminat borcunun doğacağına dair islâm hukuku kaynaklarında ne bir nass vardır, ne de her hangi bir nassın delaleti söz konusudur¹⁰⁹².

Menfaatler konusunda Debbusî, İmam Ebu Hanife (r.a.)'ın görüşü olarak, bir kişi bir ev gasb etmiş olsa içinde de bir müddet iskan etmiş olsa, bu iskandan kendisine sağladığı menfaat için bir tazminat ödemez¹⁰⁹³. Yine İmam Ebu Hanife (r.a.)'ye göre, bir kişi bir hayvanı gasb edip icarlarsa veya ev gasb edip kiraya verse gasıbın aldığı ücret mağsub minhe (malı gasbedilen) verilmez, bu gasıbındır. Ancak gasıbın bu ücreti tasadduk etmesi gerekir¹⁰⁹⁴. Burada *ücret ile zaman müctemi' olmaz*¹⁰⁹⁵ kaidesi geçerlidir.

¹⁰⁸⁶ . Zeylaî, V,234; Zeydan, *Medhal*, 219; Zuhaylî. *Daman*, 120

¹⁰⁸⁷ . Serahsî, *Mebsut*, XV, 74; Merğınanî, III, 231; Debbusî, 86; Mevsilî, II, 50; Zebidî, 83; Meydanî, II, 88

¹⁰⁸⁸ . Zeylaî, V, 234; Zeydan, *Medhal*, 219; Zuhaylî. *Daman*, 120

¹⁰⁸⁹ . Serahsî, *Mebsut*, VI, 171

¹⁰⁹⁰ . Ali Hafif, *Muamelat*, 26

¹⁰⁹¹ . Kâsanî, VI, 189; Zeydan, *Medhal*, 218

¹⁰⁹² . Seyid Bey, 127

¹⁰⁹³ . Debbusî, 86

¹⁰⁹⁴ . Taberî, *İhtilaf*, 177

Hanefi hukukçularına göre, insanın işgücü de ancak icare akdi gibi bir akde konu olursa tazminat doğurabilir, akde konu olmamışsa tazminat borcu da doğurmaz. Mesela bir köleyi gasb edip zorla çalıştıran veya hür bir insanı zorla hapseden veya bir yerde tutan kişi bu fiilinden dolayı bir tazminat ödemez. Şayet bu kişi köleyi çalıştırarak bir gelir edle etmiş ise, elde ettiği gelir diyaneten kendisine helal olmazsa bile hukuken kendisininindir. Kölenin çalışmasından doğan geliri kendiliğinden kölenin sahibine verip onunda almış olması durumu caiz görülmüştür¹⁰⁹⁶.

Ancak Ali Hafif hür kişiyi zorla çalıştıran kişinin emsal değer (ecr-i misil) ödeyeceği şeklindeki görüşün hanefi hukukçularının görüşü olduğunu da ifade etmektedir¹⁰⁹⁷.

Çoğunluğu teşkil eden islâm hukukçularına göre ise, menfaatler hem mal, hem de mutekavvim olarak kabul edilmişlerdir¹⁰⁹⁸. Çünkü maddî mallar insanların faydalanmaları için yaratılmış olan şeylerdir. Menfaatler de yararlanma açısından böyledir. Bir aynın kendisinden istifade edilebiliyorsa o ayn mal olarak kabul edilir. Zira mallardan istifade etmek esastır. Fayda temin edilmeyen ve istifade olunamayan şeyler ise mal kabul edilmezler¹⁰⁹⁹.

Menfaatlerin mal-ı mutekavvim olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda islâm hukuk doktrinindeki tartışma, menfaatlerin haksız saldırılara maruz kalmaları halinde tazminat yükümlülüğünün doğup doğmayacağı ihtilafını ortaya çıkarmıştır. İhtilafın neticesi olarak kısaca, menfaatlerin mal olduğunu kabul etmeyen islâm hukukçuları zarara uğratılmaları halinde tazminat borcunun doğmayacağı görüşündedirler¹¹⁰⁰. Menfaatleri mutekavvim mal olarak kabul eden islâm hukukçularına göre ise, diğer maddî mallar gibi haklar ve menfaatlerin her hangi bir haksız saldırıya maruz kalmaları neticesinde meydana gelecek zararlarda fail için tazminat yükümlülüğünün doğacağı görüşündedirler¹¹⁰¹. İslâm hukukçuları menfaatlerin icare akdi gibi her hangi bir akde konu olmaları halinde mal ile

¹⁰⁹⁵ . Mec. mad. 86

¹⁰⁹⁶ . Merğinanî, IV, 14; Zeylaî, V, 225; Senhurî, *Mesadir*, VI, 174

¹⁰⁹⁷ . Ali Hafif, *Daman*, I, 61

¹⁰⁹⁸ . Zencanî, 110; Şirbinî, II, 286; Seyid Bey, 130

¹⁰⁹⁹ . İbn Rüşd, II, 184; Zeylaî, V, 234; Seyid Bey, 130; Zeydan, *Medhal*, 219; Zuhaylî, *Daman*, 122

¹¹⁰⁰ . Taberî, *İhtilaf*, 177; Debbusî, 86; Kenanî, II, 73; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XXXI, 238; Ali Hafif, *Muamelat*, 26

¹¹⁰¹ . Taberî, *İhtilaf*, 176; Debbusî, 86; İbn Abdilber, II, 844; Kenanî, II, 72

tazminlerinin zorunlu olacağı hususunda ittifak etmişlerdir. Bu ittifak, insanların menfaatlerin akde konu olmasına ihtiyaç duymalarından kaynaklanmaktadır¹¹⁰².

Bize göre, son dönem bazı islâm hukukçularının da tercih ettikleri gibi¹¹⁰³, günümüz sosyal ve ekonomik düzeyi açısından hukukî meselelere daha rahat çözüm getirebilmek için hak ve menfaatlerin maddî mallar gibi kabul edilip zarara uğramaları durumunda tazminat borcu doğacağını esas kabul etmek gerekir.

Günümüzün değişen ve gelişen şartları içinde ve insanların ihtiyaçlarının arttığı bir ortamda menfaatlerin tazmin edilmeyeceği hükmünü kabul edecek olursak, bir çok kişiye istismar yolunu açmış¹¹⁰⁴, bunun neticesi diğer pek çok kişinin adeta zarara razı olmaları gerektiğini kabul etmiş oluruz. Bu durum ise, haksızlığa yol açar. İslâm hukukunun aslî kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de ise adaletli olmak övülmüş¹¹⁰⁵, haksızlık ve zulmetmek ise yerilmiştir¹¹⁰⁶.

Günümüzde ortaya çıkmış olan fikrî haklar, sinaî haklar, telif hakları gibi pek çok hak ve menfaatin korunabilmesi ve hak sahiplerinin zarara uğramamaları için de hak ve menfaatlerin maddî mallar gibi mal kabul edilmeleri gerektiği görüşünün hukukî açıdan daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Kısaca mallar, bir zarara uğradıkları zaman nasıl bu zararın tazmini zorunlu olup, mala zarar veren şahsa tazminat borcu yükleniyorsa hak ve menfaatlerin de ihlalinden sonra meydana gelen zararların tazmin edilmeleri gerekir¹¹⁰⁷. Yani menfaatlere ne surette olursa olsun zarar veren kişi mağdur lehine tazminat ödemekle mükellef kılınmalıdır.

¹¹⁰² . Serahsî, *Mebsut*, XV, 74; İbn Rüşd, II, 193; Merginanî, III, 231; Mevsilî, II, 50; Şirbinî, II, 332; Ğamravî, 287; Meydanî, II, 88; Seyid Bey, 132; Senhûrî, *Mesadir*, VI, 237; Ali Hafif, *Muamelat*, 26; Zuhaylî, *Daman*, 163; Feyzullah, 65

¹¹⁰³ . Seyid Bey, 138; Zeydan, *Medhal*, 220

¹¹⁰⁴ . Seyid Bey, 138

¹¹⁰⁵ . Maide: 5 / 42

¹¹⁰⁶ . Alu İmran: 3 / 57

¹¹⁰⁷ . Seyid Bey, 132

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVÎ TAZMİNAT

2.1. MANEVÎ TAZMİNAT KAVRAMI

Genel manada manevî tazminat, zarara uğrayan kişinin şahıs varlığını oluşturan değerlerde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesi demektir¹¹⁰⁸. Manevî zararı ifade eden tecavüzlerde mağdurun tecavüzü hissetmiş olması gibi subjektif unsurun bulunması, zararın gideriminin konusunu da anlatmaktadır¹¹⁰⁹.

Manevî zararın varlığını kabul eden hukuk sistemlerinde manevî zararın kişilik haklarına objektif bir tecavüzü ifade ettiği belirtilmiştir. Manevî zararın kabulünün tabii sonucu olarak manevî tazminatın da kabul edilmesi gerekmektedir. İslâm hukukunun aslî kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve sünnette manevî zararın varlığına işaret eden delillerin varlığından daha önce söz etmiştik. Mesela, Kur'an-ı Kerim'deki, *Onlar size incitmekten başka bir zarar veremezler*¹¹¹⁰ ayetinde incitme, eza verme işi zarar olarak nitelendirilmiştir. Yine Kur'an-ı Kerim, insanların bir birlerini küçük düşürecek olan lakab takmayı¹¹¹¹, birbirlerinin ayıplarını araştırmalarını¹¹¹², başkasına zina ithamında bulunmayı¹¹¹³, bir topluluğu küçük görmeyi¹¹¹⁴ ve daha pek çok manevî zarar doğuracak niteliğe sahip davranışın varlığını değişik ayetlerle ifade etmiştir.

Hizmet Peygamber (s.a.s.) de bazı sözleriyle manevî zarar doğuracak fiil ve davranışlara dikkat çekmişlerdir. Mesela, *Bir müslümana sövmek fışk, onunla savaşmak küfürdür*¹¹¹⁵, *Bir kimseye şer olarak müslüman kardeşini hakir görmesi kafidir*¹¹¹⁶ ve *Bir mümin*

¹¹⁰⁸ . Tunçomağ, 310; Eren, *Borçlar*, II, 364; Karahasan, 94

¹¹⁰⁹ . Zen-Ruffinen, 367

¹¹¹⁰ . Alu İmran: 3 / 111

¹¹¹¹ . Hucurât: 49 / 11

¹¹¹² . Hucurât: 49 / 12

¹¹¹³ . Nur: 24 / 4

¹¹¹⁴ . Hucurât: 49 / 11

¹¹¹⁵ . Buharî, İman, 36, Edeb, 44, Fiten, 8; Müslim, İman, 116; Tirmizî, Birr, 51; İbn Mace, Fiten, 24; Nesai, Tahrim, 27

¹¹¹⁶ . Müslim, Birr, 32; Ebu Davud, Edeb, 35; Tirmizî, Birr, 18; İbn Mace, Zühed, 23

*kimseyi zemmetmez, lanetlemez, hayasızlık etmez, çirkin ve edepsiz söz söylemez*¹¹¹⁷ şeklindeki hadisler manevî zararın varlığını ifade edecek mahiyetteki hadislerden bazıları olarak değerlendirilebilir.

Daha önce, Kur'an-ı Kerim ve sünnetteki hükümlerden hareketle manevî zararın varlığını ve manevî zarar doğuracak nitelikteki fiillerin hukuka aykırı olduklarını ortaya koymaya çalıştık. Ancak bazı islâm hukukçuları manevî tazminatın tayin ve tesbitinin çok zor olduğunu ve hatta maddî bir karşılıkla manevî zararların izale edilmesinin imkansız olduğunu düşünerek manevî zararların karşılığı olarak manevî bir tazminatın gerekebileceği hükmünü kabul etmemişlerdir¹¹¹⁸.

İslâm hukukçularından bazılarının kendi dönemlerinde karşılığını tayin ve tesbit konusunda hakkaniyete uyulamama veya başka endişelerinden dolayı manevî tazminatı kabul etmemiş olmaları Kur'an-ı Kerim ve sünnette manevî zarara delalet edecek şekilde fiillerin hukuk dışı kabul edilmeyerek her hangi bir müeyyide uygulanmayacağı anlamına gelmez. Zira islâm hukukunda başkasını zina yapmış olmakla itham etme manasına gelen kazifin manevî zarar doğuracak cinsten davranış olduğu açıktır. Bu durum için ise Kur'an-ı Kerim'de çok ağır bir hadd cezasının konulmuş olması¹¹¹⁹ manevî zarar doğuracak nitelikteki diğer haksız fiillerin de müeyyidesiz kalmayacağı, bunların müeyyidelerinin zamana bırakılması gerektiği şeklinde anlamak daha doğrudur. Nitekim bazı islâm hukukçularının yaralama olmaksızın sadece elemle neticelenen dövme olayları sonucu failin mağdura hukûmet-i adl cinsinden bir karşılık ödemesi gerektiği şeklindeki görüşleri islâm hukuk doktrininde manevî tazminatın varlığının kabul edildiğine dair örnekler¹¹²⁰. Bu görüşün kişilik değerlerini korumada ve islâm hukukunca kabul edilen manevî zararın izalesi hususunda dikkate alınması gereken ve günümüz şartlarına uygun tazminat şekilleri arasında değerlendirilebilecek özellikte olduğunu düşünüyoruz.

Batı avrupa ülkelerinde de manevî tazminatla ilgili meseleler yakın zamanda ele alınarak bunlar için hukukî hükümler ihdas edilmiştir¹¹²¹.

¹¹¹⁷ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 405, 416; Tirmizî, *Birr*, 48

¹¹¹⁸ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 81; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 665

¹¹¹⁹ . Nur: 24 / 4

¹¹²⁰ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 81; Kâsanî, VII, 316; Zeylaî, VI, 138

¹¹²¹ . Eren, *Borçlar*, II, 365

Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu da çeşitli maddelerinde manevî zarar ve tazminatı düzenlemişlerdir.

Manevî tazminat, insanın manevî şahsiyetini, kişilik hak ve değerlerini etkili bir şekilde korumak maksadıyla hukuk düzenlerinin kabul ettiği karşılık, bir müeyyide olarak değerlendirilmelidir.

İslâm hukukunda her zararın kendine mahsus adilâne bir tarzda tazmin ve izale edilmesi önemli bir husustur¹¹²². Bundan dolayı islâm hukukunda *zarar izale olunur*¹¹²³, *Zarar bi kaderil imkan def olunur*¹¹²⁴ gibi bir takım aslî prensipler konulmuştur. Her hangi bir sebepten dolayı meydana gelen bir zararın meşru sınırlar içerisinde izalesine çalışmak islâm hukuk sistemi içinde önemli bir yer tutar.

Şahsiyet haklarında haksız saldırıya uğrayan kişi maddî zararın yanında manevî bir zarara da uğramış olabilir. Ya da böyle bir saldırı dolayısıyla sadece manevî bir zarara maruz kalmış olabilir¹¹²⁵. Mesela, bir kişinin aile mahremiyetine karşı yapılmış saldırılar böyledir. Gerçekten her hangi bir yayın organında şeref ve haysiyetini küçültücü yayın yapılan bir kimse bundan dolayı büyük bir üzüntüye düşebilir, ruhî bir sarsıntı geçirebilir, tanıdıklarına karşı büyük bir mahcubiyetin içine girebilir. Bütün bu durumlarda bu şahsın tatmin edilmesi, elem ve acılarının giderilmesi gerekir. Bunları gidermenin karşılığı da manevî tazminattır.

Manevî tazminatın kabulü ile güdülen gaye, sadece muayyen bir şeylerle uğranılan manevî zararın karşılanması değil, aynı zamanda şahsiyet haklarına vaki tecavüzlerin hukuken takbih edilmiş olduğunun bilinmesi¹¹²⁶ ve koruma altına alınmış olmasıdır.

İslâm hukukunca şerefli kabul edilen¹¹²⁷ insanın kişilik değerlerinin korunması için manevî tazminatın kabulü zorunlu olarak görülmektedir. İslâm hukukuna ait klasik kaynaklarda islâm hukukçularının tazminatı maddî ve manevî tazminat olarak bir ayırımı tabi tutmuş olduklarına rastlanmamaktadır. Geçmiş dönemlerdeki islâm hukukçuları maddî ve manevî tazminatı genelde birlikte değerlendirmişlerdir. Bunun nedeni, maddî ve manevî tazminatı birbirinden ayıran kesin bir ölçünün olmayışdır. Zira her hangi bir zararın az yada

¹¹²² . Bilmen, VIII, 272; Zuhaylî, *Darure*, 49

¹¹²³ . Mec. mad. 20

¹¹²⁴ . Mec. mad. 31

¹¹²⁵ . Eren, *Borçlar*, II, 366; Akıntürk, *Medeni*, 126

¹¹²⁶ . Akipek, Jale, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Şahıs Hukuku*, Ankara, 1966, 156

¹¹²⁷ . Tîn: 95 / 4

çok hem maddî hem de manevî sonuçlarının olduğu bir gerçektir. Mesela, bir kişinin park halindeki değerli otomobiline bir başka arabanın çarpmış olması maddî bir zarar ortaya çıkarır. Ancak bu olayda sadece maddî bir zarar vardır denilemez. Zira otomobiline çarpılan kişi bu olaydan üzülmüş, yani manevî bir zarara da uğramış olabilir. Yine bir doktora bilgisiz, yeteneksiz, insafsız gibi yakıştırmalar yapılarak kişilik haklarına yapılan bir saldırı manevî tazminatı gerektirir. Ancak doktor bu saldırıdan dolayı bazı hasta müşterilerini kaybedeceği için aynı zamanda bu olaydan dolayı maddî bir zarara da uğramış olma ihtimali vardır¹¹²⁸.

Yukarıdaki misallerden de anlaşılacağı gibi, haksız bir fiilin neticesinin sadece maddî zarar veya sadece manevî zarar doğuracağı kesin hatlarıyla ortaya konulamaz. Ancak haksız bir fiilin sonucunun maddî zarar yönü ağır basıyorsa maddî zarar ve maddî tazminat gurubuna dahil edilmesi, manevî zarar yönü daha fazlaysa manevî zarar ve manevî tazminat gurubu içerisinde değerlendirilmesi hukuken daha makul görülür¹¹²⁹.

2.2. MANEVÎ TAZMİNATIN MAHİYET ve FONKSİYONLARI

2.2.1. Tatmin Etme

Günümüz hukukçularının ileri sürdüğü bu görüşe göre, manevî tazminat, meydana gelmiş olan manevî zararın telafi edilmesi veya zarar verenin cezalandırılması değil, zarar gören kişinin uğramış olduğu manevî zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa hafifletip azaltacak bir tatmin fonksiyonu görür. Bu görüşe göre, zarar görene manevî tazminat adıyla verilen karşılık manevî zarara uğrayan kişide manevî zararı kısmen veya tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu meydana getirmiş olur¹¹³⁰. Ancak bir kişinin şahıs varlığında meydana gelen zarar maddî bir değerle ölçülüp tam olarak karşılanamaz. Zira pozitif hukukta tazminat çok kere maddî bir karşılık olarak değerlendirilmektedir¹¹³¹. Bu durumda maddî bir değer manevî bir değeri tam olarak karşılaması mümkün kabul edilemez¹¹³². Ancak manevî zararlara mukabil ödenen maddî

¹¹²⁸ . Bilmen, VIII, 273

¹¹²⁹ . Bilmen, VIII, 274

¹¹³⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 368

¹¹³¹ . Serahşi, *Mebsut*, XXVI, 81; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 665

¹¹³² . Mahmasanî, I, 171; Saymen, 92; Tekinay, 522; Karahasan, 94

değerler mağdurun acısını bir dereceye kadar tahfifletir ve tehvin eder. Burada zarar ve ziyarı tamir edicilik değil tatmin edicilik esas alınır¹¹³³. Zira manevî varlıkların değerlerini eksiksiz bir şekilde, özellikle de maddî karşılıklarla tayin etmek imkansız gibi bir şeydir. Böyle olmakla birlikte mağdurun alacağı maddî karşılıklar kendi tabiatına göre kendisinde tatlı hisler temin ederek acı hisleri ve ıztırapları bir nevi telafi etmiş olacaktır.

Manevî zararların tam olarak karşılanıp giderilebileceğinin aklen ve mantıken kabul edilmesi de doğru değildir. Ancak manevî tazminatın, kişilik hakları zarara uğrayan kişinin ruhi yaralarının sarılmasında, fizik ve psikolojik acılarının belirli bir oranda giderilmesinde önemli fonksiyonlar gördüğü de gözden uzak tutulmamalıdır¹¹³⁴.

Pozitif hukuk açısından manevî tazminatın tatmin fonksiyonu nazariyesine göre, hakimın vazifesi acı ve ıztırapları tatmin ve telafi etmeğe kafi gelecek para miktarını takdir etmekten ibarettir¹¹³⁵. Ancak manevî zararın tazmin için, tek geçerli sebep sadece maddî değerler değildir. Manevî zarar neticesi meydana gelen acı bir duyguyu tatlı bir duygu ile tatmin edebilecek diğer yollar da manevî tazminat için müracaat edilebilecek hukukî hususlardandır.

2.2.2. Cezalandırma

Geçmişte bir çok müellif manevî zararın kabul etmekle birlikte, zararın meydana gelmesine sebep olan failin bu zararın tazmin etmesi gerekmediğini ancak failin cezalandırılması gerektiğini iddia ediyorlardı. Böyle olmakla beraber bu cezanın mahiyeti diğer cezalardan farklı olup bundan istifade edecek olan devlet değil mağdur olacaktır görüşündeydiler. Yani manevî tazminat mağdur lehine bir ceza olup Ceza Kanununun boşluklarını doldurmak ve bazı hakları teyid etmek gayesini istihdaf eder¹¹³⁶.

Pozitif hukuk açısından hukukî değerlendirmeler yapan bazı hukukçulara göre, manevî tazminat olarak ödenen maddî karşılıklar cezalandırma fonksiyonu görmektedirler¹¹³⁷. Buna göre manevî tazminat cezalandırıcı ve önleyici bir özellik taşımaktadır. Pozitif hukuk açısından burada bir nevi özel cezalandırma yani özel hukuk

¹¹³³ . Saymen, 92

¹¹³⁴ . Tekinay, 522; Reisoglu, 151; Eren, *Borçlar*, II, 368; Karahasan, 94

¹¹³⁵ . Saymen, 93

¹¹³⁶ . Saymen, 83

¹¹³⁷ . Eren, *Borçlar*, II, 369

cezası söz konusudur¹¹³⁸. Haksız eylem failinin cezalandırılması imkanı da manevî giderimde belli bir tatmin duygusu sağlamaktadır¹¹³⁹. Manevî zarar doğuran haksız fiili işleyen kişiden bir miktar maddî değer alınmak suretiyle o kişi cezalandırılmış olmakta bu durum zarar görende oluşabilecek intikam duygusunu tatmin etmektedir¹¹⁴⁰. Buradaki cezalandırma kamu lehine değil, zarar gören şahıs lehine bir cezalandırmadır.

Ceza görüşüne göre, manevî tazminata hükmetmek için önemli olan mağdurun durumu değil failin kusurudur. Mağdurun durumundan hareket edilecek olursa onun elem ve üzüntüsünü ölçmek zordur. Halbuki failin kusurunu ölçmek daha kolaydır¹¹⁴¹.

Manevî tazminatın az da olsa ceza fonksiyonu gördüğü de gözden uzak tutulmamalıdır. Mesela, islâm hukukundaki kazif olayında olduğu gibi başkasını zina yapmış olmakla itham eden kişinin cezalandırılması¹¹⁴² bu şekilde manevî zarara uğrayan kişinin zararının telafisini buna örnek verebiliriz. Ancak fiillerin ceza yönleriyle ceza hukuku ilgileneceği için manevî tazminatı incelerken haksız fiillerin cezayı gerektiren yönlerini fazlaca dikkate alacak değiliz.

2.2.3. Telafi Etme

Bu görüşe göre, manevî tazminatın tamir edici, onarıcı bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir¹¹⁴³. Manevî zarara uğrayan mağdura tanınan tazminat hakkı onun çektiği acıları giderici bir tatmin duygusu sağlamalıdır¹¹⁴⁴. Manevî tazminat, uğranılan manevî zararın ayn veya nakit olarak telafi edilmesi amacını taşımaktadır. Pozitif hukuka göre, manevî zarar, çok nadir de olsa aynen tazmin ve telafi edilebileceği gibi nakden de tazmin edilebilir. Manevî zararın aynen tazmininde ihlal edilen hak veya hukukî değere tekabül eden durum aynen kurulmakta, haksız fiilin vukuundan önce zarara uğrayan kişinin şahıs varlığı, kişilik hakları hangi durumda ise o durum fiilen tekrar sağlanmaktadır¹¹⁴⁵. Mesela,

¹¹³⁸ . Kılıçoğlu, 242

¹¹³⁹ . Zen-Ruffinen, 369

¹¹⁴⁰ . Eren, *Borçlar*, II, 369; Kılıçoğlu, 241

¹¹⁴¹ . Kılıçoğlu, 242

¹¹⁴² . Nur: 24 / 4

¹¹⁴³ . Kılıçoğlu, 242

¹¹⁴⁴ . Zen-Ruffinen, 369

¹¹⁴⁵ . Eren, *Borçlar*, II, 370

bir hakaret veya iftiraya uğrayan kişinin durumunun failin hakaret ve iftirayı aynen geri almasıyla düzelmesi, sağlık durumu ihlal edilen kimsenin tamamen tedavi edilmesinde olduğu gibi.

Ancak bunlar tam bir telafi niteliği taşımaz. Zira iftira edildikten sonra iftiranın meydana getirdiği elem ve üzüntüyü iftirayı alenen geri almakla tam olarak ortadan kaldırmanın mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Böyle durumlarda tam olarak, aynen düzeltmek mümkün değilse de mümkün mertebe eski haline yaklaştırmak düşüncesi mevcuttur.

Pozitif hukukçuların çoğunluğunun kabul ettiği gibi manevî tazminatın sadece şahıs varlığı zarara uğrayan kişiyi tatmin fonksiyonu gördüğü görüşü¹¹⁴⁶ tek başına kabul edilebilecek bir görüş değildir. Zira manevî tazminatı değişik yönlerden ele aldığımızda yukarıdaki fonksiyonların hepsini ihtiva ettiğini görüyoruz.

İslâm hukukunda manevî tazminat niteliği taşıyan *İffetli kadınlara zina isnad edip de sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun, ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkmışların ta kendileridir*¹¹⁴⁷ ayetinde bir kişiyi zina yapmış olmakla itham etmek suretiyle onu manevî zarara uğratan fail açısından durumu değerlendirdiğimizde, manevî tazminatın bir ceza şeklinde teessüs ettirileceği görülüyor. Burada fail için öngörülen ceza, mağdurun temiz olduğunun bir nevi isbatı olduğu için mağdurun iffetli oluşu durumunun tekrar telafi edildiği de açıktır. Ayrıca failin yerilmiş olması aynı zamanda mağdurun tatmin edilmiş olacağının bir ifadesi olarak kabul edilebilir.

Görüldüğü gibi islâm hukuku açısından manevî tazminatın fonksiyonunu değerlendirdiğimizde manevî tazminatın ceza, telafi ve tatmin fonksiyonlarını beraberce ihtiva ettiği anlaşılmaktadır. Ancak manevî tazminat doğuran haksız fiil aynı zamanda bir cezayı gerektiriyorsa haksız fiilin bu yönü islâm ceza hukukuna bırakılır. Cezayı müeyyideye hükmetme işi islâm sorumluluk hukukunun kapsamı dışında kalır.

İslâm hukuku açısından manevî zararların tazminindeki hikmet böyle olayların meydana gelmesini azaltmak, haleldar olan şeref ve haysiyeti tamir etmek meydana gelen ruhi ızdırab ve acıları mümkün mertebe düzeltmek ve dindirmektir.

¹¹⁴⁶ . Eren, *Borçlar*, II, 370

¹¹⁴⁷ . Nur: 24 / 4

2.3. MANEVÎ TAZMİNATA DUYULAN İHTİYAÇ

İslâm hukukunun aslî kaynakları olan Kur'an ve Sünnet, insanların manevî şahsiyetlerine yönelik haksız fiillerin varlığına çeşitli şekillerde işaret etmiştir. Buradan çıkaracağımız sonuca göre, kişilere yönelik haksız saldırıların kişilerin şahıs varlıklarını zarara uğratacak nitelik taşıyabileceği şeklindedir. Kur'an-ı Kerim ve sünnetteki bazı nassların manevî zararı beyanlarından ilk bakışta sanki, kişinin şahıs varlığına karşı yapılan haksız saldırının sadece uhrevî bir müeyyidesinin olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimize göre toplum düzeninin temini ve sosyal hayatın huzuru için manevî zararların tamamının dünyevî müeyyidesi olan manevî tazminatın uygulanması zorunlu olmalıdır.

Manevî zararın varlığını gerek doğrudan, gerek işaret ve delalet yoluyla ifade eden Kur'an-ı Kerim'deki ayetlerden ve Hz. Peygamber (s.a.s.)'in hadislerinden bazılarını bu açıdan değerlendirdiğimizde, bu kanaatimizin islâm hukuk sistemine ters düşmediği görülecektir. Mesela, Kur'an-ı Kerim'deki, *Allah ve resulünü incetenlere, Allah dünyada ve ahirette lanet etmiş ve onlar için horlayıcı bir azab hazırlamıştır. İnanan erkek ve kadınlara, yapmadıkları bir şeyden ötürü eza edenler, şüphesiz iftira etmeş ve apaçık bir günah yüklenmiş olurlar*¹¹⁴⁸ şeklindeki ayette başkalarına karşı yapılan sözlü veya fiili haksız saldırıların dünya ve ahirette karşılıklarının olacağı ifade edilmiş, fakat dünyadaki müeyyidenin ne şekilde olacağı beyan edilmemiştir. Bu durum insanların haksız sataşmalar neticesinde uğradıkları manevî zararlara dünyada razı olmaları gerektiği anlamına gelmez. Bu ayetten, dünyada uygulanması gereken müeyyidenen şekil ve niteliğinin tayin ve tesbitinin zamana ve şartlara bırakıldığı sonucunu çıkarabiliriz.

Kur'an-ı Kerim'de benzer başka ayetler de mevcuttur. Mesela,

*Ey inananlar bir topluluk diğerini alaya almasın belki de onlar kendilerinden daha hayırlıdır*¹¹⁴⁹.

*Birbirinizin ayıbını araştırmayın*¹¹⁵⁰.

*Öyleyse yetimi sakın hor görme*¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁸ . Ahzab: 33 / 57 - 58

¹¹⁴⁹ . Hucurât: 49 / 11

¹¹⁵⁰ . Hucurât: 49 / 12

¹¹⁵¹ . Duha: 93 / 9

***İnsanlara zulmedenler ve yeryüzünde haksız yere taşkınlık edenler için can yakıcı azab vardır*¹¹⁵²**

***İnsanları arkalarından çekiştiren, gözle kaşla alay edenlerin vay haline*¹¹⁵³** gibi manevî zararın varlığını ifade eden ayetlerin hiç birinde bu zarar dolayısıyla dünyada her hangi bir karşılığın, yani manevî tazminatın varlığını açık bir şekilde bulamıyoruz.

Hiz. Peygamber (s.a.s.) de pek çok hadislerinde manevî zararın varlığını ifade etmişlerdir. Bunlardan bazılarını değerlendirmek ve manevî zararı ifade eden hadislerin aynı zamanda manevî tazminatı da ihtiva ettiğini ortaya koymak manevî tazminata duyulan ihtiyacı daha iyi bir şekilde izah edecektir.

***Müslümanların gizli hallerini araştırmaya kalkışırsanız onların mevcut hallerini ya bozar veya bozmaya yaklaştırırsınız*¹¹⁵⁴**.

***Bir kişiye, müslüman kardeşini hakir girmesi, şer olarak yeter*¹¹⁵⁵**.

***Ortaya çıkmış olana göre amel edin, müslümanların gizli hallerini araştırmayın*¹¹⁵⁶**

***Başkalarının duyulmasını istemedikleri şeyleri dinlemeye çalışmayın*¹¹⁵⁷** gibi hadislerde de manevî tazminat açıkça ortaya konulmuş değildir. Ancak bu hadislerinde ifade ettiği gibi haksız saldırılar karşındaki şahıslar için manevî zarar doğuracak niteliktedir. Bu durum göz önünde bulundurularak manevî zararların tazminine çalışılmasının islâm hukuk sistemine aykırı olmayacağını söyleyebiliriz.

Manevî zararlar için dünyada bir müeyyidenin uygulanmayacağı hükmü Kur'an-ı Kerim ve sünnetten istinbat edilemez. Zira zina ithamı için Kur'an-ı Kerim'de ağır bir müeyyidenin konulmuş olması¹¹⁵⁸ zina ithamı dışında kalan ve kişilik haklarını rencide eder nitelikte olan ve manevî zarar tevliid eden haksız saldırıların karşılıksız kalmayacağı, ancak bunlar için belirlenecek karşılıkların değişen ve gelişen zamana bırakılacağı sonucu

¹¹⁵² . Şura: 42 / 42

¹¹⁵³ . Hümeze: 104 / 1

¹¹⁵⁴ . Ebu Davud, Edeb. 37

¹¹⁵⁵ . Müslim, Birr, 32; Ebu Davud, Edeb. 35; Tirmizî, Birr, 18; İbn Mace, Zühed, 23

¹¹⁵⁶ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV. 421, 424

¹¹⁵⁷ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 504; Darimî, Rıkak, 3; Buharî, Riya, 45; Ebu Davud, Edeb,

88; Tirmizî, Libas, 19

¹¹⁵⁸ . Nur: 24 / 4

çıkarılabilir. Bu şekildeki hukukî değerlendirmenin genel manada islâm hukukunun gayesine de uygun olacağı söylenebilir.

Genel anlamda islâm hukukunun gayesi, insanlara bu dünyada menfaatler sağlamak ve onların zararlarını gidermek suretiyle onlar için faydalı olabilecek hayat nizamını gerçekleştirmektir¹¹⁵⁹.

İslâm hukukunun bu genel gayesinden hareketle insanların manevî zararlarının bu dünyada tazmin edilmelerinin gerektiği sonucuna varılabilecektir. Manevî tazminat müessesesi kabul edilmeyecek olsa o zaman bir kişinin şeref ve haysiyetinin haleldar olması neticesinde uğrayacağı üzüntü ve utanç duygusuyla ömrünü tamamlaması doğru, bir müellifin yıllarını vererek kaleme aldığı eserini başkalarının izinsiz yayınlamış olması normal kabul edilecektir¹¹⁶⁰. Bir kişinin sahip olduğu aile albümünün yakılması neticesinde kaybolan manevî değerlerin bu kaybı normal görülecektir. Manevî tazminatın kabul edilmemesi kişilerin manevî değerlerine yapılan her türlü haksız saldırının normal karşılanması gerektiği sonucunu doğuracağından hukuk sistemlerinde, özellikle evrensel yapıya sahip islâm hukukunda böyle durumların hukukî olarak kabul edilebileceği düşünülemez.

Yukarıdaki ayet ve hadislerle varlığına işaret edilmiş manevî zararların karşılıklarının sadece ahirete bırakılacak olması kanaatimize göre islâm hukukunun genel gayesine uygun düşmez. Ayet ve hadislerde ifade edilen manevî zararların belirli ölçüler gözetilerek, aşırıya kaçmadan adaletli olmak şartıyla, tazmin edilmesi sosyal hayatın huzur ve refahı için de zorunludur.

Manevî zararlara hükmedilirken dikkat edilmesi gereken en önemli husus adil olunmasıdır. Zira Kur'an-ı Kerim bu hususta pek çok ölçü koymuştur. Mesela, *Şüphesiz Allah adaleti emretti*¹¹⁶¹, *Deki: Rabbim adaleti emretti*¹¹⁶², *...aralarında adaletle hümket*¹¹⁶³ gibi ayetler manevî tazminata hükmetme konusunda ölçü olarak göz önünde bulundurulacak ayetlerden bazıları olarak değerlendirilebilir.

¹¹⁵⁹ . Şatibî, II, 331; Ebu Ganim. 22; Şakiru'l-Hanbeli, 16; Hallaf, *Usul*, 198; Hallaf, *Mesadir*, 75; Ebu Zehra, *Usul*, 322; Zuhaylî, *Darure*, 49; Kamil Musa, 44; Musa, 77; ..

¹¹⁶⁰ . Senhûrî, *Mesadir*, VI, 123

¹¹⁶¹ . Nahl: 16 / 90

¹¹⁶² . A'raf: 7 / 29

¹¹⁶³ . Maide: 5 / 42

İslâm hukukunun aslî kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'in adil olunması gerektiğine bu kadar önem vermiş olmasının ve Allah (c.c.)'in adil olmasının bir neticesi adaletin bu dünyada da yerine getirilmesi kaçınılmaz bir sonuç olarak ortadadır. Manevî tazminat müessesesinin kabul edilmesi ise adaletin bu dünyada noksansız tesis edilmesinde çok önemli bir fonksiyon üstleneceği için, manevî tazminatın hukukî statüye kavuşturulmasının gerekliliği islâm hukuku kaynaklarındaki nasslardan istinbat edilebilecek önemli hususlardandır.

2.4. MANEVÎ TAZMİNATIN AMACI

İslâmiyetin bütün mahlûkat için rahmet dini olmasının tabii sonucu olarak dünya ile ahiret, fert ile toplum, iman-ibadet-ahlak ile hukuk arasında denge ve bütünlük kurmuş, ferdin yaratıcı ile münasebetlerinin yanısıra sosyal münasebetlerini de anahatlarıyla ele alıp tanzim ve ıslah etmiş, çok defa genel, gerektiğinde de özel hükümlerle ictimâî, iktisadî ve hukukî hayatı geliştirmeyi ve korumayı kendisine hedef tayin etmiştir. Cahiliyye devri Arap toplumu da dahil kendinden önceki ilahî din ve hukuk düzenlerinde yer alan müeyyidelerle ilgili mevcut aşırılık ve dengesizlikleri kaldırmış, haksız fiillerin önlenmesinde dinî ve ahlakî zemini ön plana çıkarmış formel adalet yerine hakkaniyet esasına dayalı bir uygulamayı gündeme getirmiş, niyet, kasıt ve saiki devreye sokmuş, belli fiiller için makul, tatminkar, önleyici ve uslandırıcı müeyyideler vazetmiştir¹¹⁶⁴.

Manevî tazminatın amacı, her hangi bir haksız fiil neticesinde şahıs varlığında zarar meydana gelen kişinin bu zararını gidermek ve onu mümkün mertebe hiç zarara uğramamış bir hale getirmeye çalışmaktır. Şahsiyetin dışı karşı tam anlamıyla korunabilmesi için manevî tazminat müeyyidesinin islâm hukukuna göre zorunlu olması gerektiği kanaatindeyiz.

Manevî tazminat, mağdur tecavüz fiili meydana gelmeseydi içinde bulunacak olduğu duruma tekrar getirilemeyeceğinden (kişilik hakları zarar gören kişinin eski haline iadesi mümkün olmadığından), onarımı imkansız acıları karşılama amacını güder¹¹⁶⁵.

¹¹⁶⁴ . Bardakoğlu, Ali, *Ceza*, T.D.V.İ.A., 7. Cilt. İstanbul, 1993, 472

¹¹⁶⁵ . Zen-Ruffinen, 370

Pozitif hukuk açısından manevî tazminatın amacı, onun hukukî özelliğine verilecek cevaba göre değişir¹¹⁶⁶. Bundan dolayı manevî tazminatın amacının ya faile ceza uygulamak veya mağduru tatmin etmek ya da mağdurun şahıs varlığındaki eksilmeyi telafi etmek gibi çeşitli amaçlarının olduğu söylenebilir.

Genel anlamda manevî tazminatın amacı, manevî zarar doğuracak nitelikteki haksız fiilleri mümkün mertebe azaltmak, zarara uğrayan şeref ve haysiyeti düzeltmek, haksız fiiller neticesinde ortaya çıkan psikolojik acıları gidermek ve toplumun güzel ahlak üzere yaşamasını temine çalışmaktır¹¹⁶⁷.

Manevî tazminatın amaçlarından biri de kişilik haklarının saldırıya uğraması nedeniyle duyulan elem ve acıyı ortadan kaldırarak mağdurun bozulan ruhsal dengesini yeniden kurmak olarak kabul edilmektedir¹¹⁶⁸.

Manevî tazminatın amacı, Kur'an-ı Kerim'deki bazı ayetlerden istinbat edilebilir. Mesela, *...kimse kimseyi çekiştirmesin, hangi biriniz ölü kardeşinin etini yemekten hoşlanır? Ondan tiksiniyorsunuz*¹¹⁶⁹ ayetinde başkasını çekiştirmek suretiyle onun şahıs varlığına manevî zarar veren kişinin uhrevî bir ceza ile cezalandırılacağı bildirilmesi insanları böyle davranışlardan uzak durmaya sevkedeceğinden manevî tazminat, toplumun huzurlu yaşaması amacını yerine getirmiş olmaktadır diyebiliriz.

Yine Kur'an-ı Kerim'deki, *İffetli kadınlara zina isnad edip de sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Ebediyyen onların şahitliklerini kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkmışların ta kendileridir*¹¹⁷⁰ ayetinden manevî tazminatın hemen bütün amaç ve fonksiyonlarını istinbat etmek mümkündür. Zira bir kişiye zina ithamında bulunmak suretiyle onun şahıs varlığını manevî zarara uğratan kişi bu haksız fiili karşılığında cezalandırılır. Bu durum manevî zararın faili açısından manevî tazminatın ceza amacı güttüğünü, manevî zarara sebebiyet veren kişinin ceza görmüş olması, zarar görenin iffetli olduğunun isbatı olduğundan şahıs varlığında zarara uğrayan kişinin bu zararı telafi edilmiş olacağını ifade eder. Bu açıdan manevî tazminatın manevî zararı izale ve telafi etme amacını taşıdığı görülür. Haksız fiil failinin ayette yerilmiş olması mağdurun psikolojik olarak tatmin

¹¹⁶⁶ . Kılıçoğlu, 241

¹¹⁶⁷ . Bilmen, VIII, 274; Tekinay, 522; Reisoğlu, 151

¹¹⁶⁸ . Kılıçoğlu, 243

¹¹⁶⁹ . Hucurât: 49 / 12

¹¹⁷⁰ . Nur: 24 / 4

edilmesi amacına matuftur diyebiliriz. Bu durumda da, islâm hukukuna göre, manevî tazminat, manevî zarara uğrayan şahısları tatmin etme amacını yerine getiren bir niteliğe sahiptir görüşü ortaya konulabilir.

2.5. MANEVÎ TAZMİNATIN HUKUKÎ DAYANAĞI

2.5.1. Ayetler

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi manevî tazminatın varlığını, doğrudan doğruya hükme bağlayan Kur'an-ı Kerim'de her hangi bir ayet mevcut değildir. Ancak gerek işaret ve gerekse delalet yoluyla kendisinden manevî tazminatın varlığını istinbat edebileceğimiz mahiyette ayetler vardır. Bunlardan bazılarını buraya alacağız.

*Allah ve resulünü incitenlere, Allah dünyada ve ahirette lanet etmiş ve onlar için horlayıcı bir azab hazırlamıştır. İnanan erkek ve kadınlara, yapmadıkları bir şeyden ötürü eza edenler şüphesiz iftira etmiş ve apaçık bir günah yüklenmiş olurlar*¹¹⁷¹. Bu ayetlerde geçen *incitme* v *eza* verme fiillerinin kişiler için manevî zarar olarak değerlendirilebileceği ve dünyada lanetlemenin ise manevî tazminat şeklinde algılanabileceğini düşünüyoruz.

*Ey inananlar! Bir topluluk diğerini alaya almasın, belki de onlar kendilerinden daha hayırlıdırlar. Kadınlar da başka kadınları alaya almasınlar belki onlar kendilerinden daha hayırlıdırlar. Kendi kendinizi (bir birinizi) ayıplamayın, bir birinizi kötü lakapla çağırmayın, inandıktan sonra yoldan çıkmış olmak ne kötü bir addır*¹¹⁷².

*Ey inananlar! Zannın çoğundan sakının, zira zannın bir kısmı günahtır. Bir birinizin ayıbını araştırmayın, bir birinizi çekiştirmeyin (gıybetini yapmayın), hangi biriniz ölü kardeşinin etini yemekten hoşlanır? Ondan tiksiniyorsunuz. Allah'tan sakının*¹¹⁷³.

*Onlar size ezadan başka zarar veremezler*¹¹⁷⁴. Bu ayette eza verme olayının zarar olarak ifade edilmiş olması, eziyet verecek nitelikteki bütün fiillerin manevî zarar

¹¹⁷¹ . Ahzab: 33 / 57 - 58

¹¹⁷² . Hucurât: 49 / 11

¹¹⁷³ . Hucurât: 49 / 12

¹¹⁷⁴ . Alu İmran: 3 / 111

doğurabilecek nitelikte olacağı şeklinde bir değerlendirme yapmanın hukukî dayanağı olarak anlaşılabilir.

İnsanları arkadan çekiştiren, gözle kaşla alay edenlerin vay haline ¹¹⁷⁵.

Asıl soyu kesik olan, süphesiz sana kin besleyendir ¹¹⁷⁶.

İffetli kadınlara zina isnad edip de dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun, ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin, işte onlar yoldan çıkmış kimselerin ta kendileridir ¹¹⁷⁷.

Namuslu, kötülüklerden habersiz kadınlara zina isnadında bulunanlar, dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir ¹¹⁷⁸.

Sebeb-i nüzûlü ifk olayı olan, *O yalanı uyduranlar içinizden bir gürühtür. Bunu kendiniz için kötü sanmayın, o sizin için hayırlı olmuştur. O kimselerden her birine kazandığının karşılığı vardır. İçlerinden elebaşılık yapana ise büyük azab vardır. Onu işittiğiniz zaman, erkek kadın mü'minlerin hüsnü zanda bulunup da: "Bu apaçık bir iftiradır" demeleri gerekmez miydi?* şeklindeki ayetlerin de manevî tatmin ve tazminat açısından delil olabileceği düşüncesi göz ardı edilmemelidir.

İki yüzlülerin içinde "O her şeye kulak kesiliyor" diyerek peygamberi incitenler vardı. De ki: "O kulak, Allah'a inanan ve mü'minlere inanan, sizin için hayırlı olan, içinizden inanan kimselere rahmet olan bir kulaktır". Allah'ın resulünü incitenlere can yakıcı azab vardır ¹¹⁷⁹.

Zulme uğradıktan sonra hakkını alan kimselere, işte onların aleyhine bir yol yoktur. İnsanlara zulmedenler ve yer yüzünde taşkınlık edenler için karşılık vardır. İşte can yakıcı azab bunlarıdır ¹¹⁸⁰.

2.5.2. Hadisler

Manevî tazminata hukukî dayanak aranırken islâm hukukunun aslî kaynakların arasındaki hadislerde yer alan bazı ifadelerin göz önünde bulundurulması, bu hadis

¹¹⁷⁵ . Hümeze: 104 / 1

¹¹⁷⁶ . Kevser: 108 / 3

¹¹⁷⁷ . Nur: 24 / 4

¹¹⁷⁸ . Nur: 24 / 23

¹¹⁷⁹ . Tevbe: 9 / 61

¹¹⁸⁰ . Şura: 42 / 41 - 42

metinlerinin işaret ve delaletlerine dikkat edilmesi gerekir. Manevî zararın hukukî dayanağını tesbitte göz önünde bulundurulması gereken hadislerin hemen hepsinde uhrevî bir karşılığın varlığından söz edilmektedir. Bu durum, manevî zarara sebebiyet veren fiillerin vukuunda meydana gelen manevî ızdırap ve üzüntülerin dünyada mümkün mertebe telafi edilmesinin gerektiğine işaret ettiği şeklinde değerlendirilebilir.

*Karşılığında bana dünyayı verseler bile, bir insanı hoşlanmayacağı bir özelliği ile tavsif etmeyi sevmem*¹¹⁸¹.

*Bir müslümana sövmek fık, onunla savaşmak ise küfürdür*¹¹⁸².

*Ölümlere sövmeyin, ayıplarını söylemeyin. Çünkü onlar ahirete götürdükleri iyi veya kötü amellerin karşılığına erişeceklerdir*¹¹⁸³.

*Müslüman, dilinden ve elinden diğer müslümanların zarar görmediği, emin olduğu kişidir*¹¹⁸⁴.

*Bir kişi insanlara kendisine yapılmasını istediği şeyi yapsın*¹¹⁸⁵.

*Müslümanların ayıplarını, gizli hallerini araştırmaya kalkışırsanız, onların durumlarını bozar veya bozmaya yaklaştırırsınız*¹¹⁸⁶.

*Bir kimseye şer olarak müslüman kardeşini hakir görmesi yeter*¹¹⁸⁷.

*Nesebe ta'an etmek ve ölü üzerine feryad ederek ağlamak gibi iki özellik insanlar için hoş özellik değildir*¹¹⁸⁸.

*Bir mümin kimseye ta'an etmez (sözlü sataşmada bulunmaz), lanetlemez, kötülük yapmaz, çirkin ve edepsiz söz söyleyerek yermez*¹¹⁸⁹.

¹¹⁸¹ . Ebu Davud, Edeb, 35; Tirmizî, Kıyame, 51

¹¹⁸² . Buharî, İman, 36, Edeb, 44, Fiten, 8; Müslim, İman, 116; Tirmizî, Birr, 51; İbn Mace, Fiten, 24; Nesai, Tahrim, 27

¹¹⁸³ . Buharî, Cenaiz, 97, Rıkak, 42; Müslim, Fedailu's-Sahabe, 221; Ebu Davud, Sünnet, 10; Tirmizî, Birr, 51; Nesai, Cenaiz, 52

¹¹⁸⁴ . Darimî, Rıkak, 4; Buharî, İman, 45, Rıkak, 26; Müslim, İman, 64 - 65; Ebu Davud, Cihad, 2; Tirmizî, Kıyame, 52; Nesai, İman, 8

¹¹⁸⁵ . Müslim, İmaret, 46

¹¹⁸⁶ . Ebu Davud, Edeb, 37

¹¹⁸⁷ . Müslim, Birr, 32; Ebu Davud, Edeb, 35; Tirmizî, Birr, 18; İbn Mace, Zühd, 23

¹¹⁸⁸ . Müslim, İman, 121

¹¹⁸⁹ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 405, 416; Tirmizî, Birr, 48

2.5.3. Külli Kaideler

Manevî zararın varlığının kabul edilmesi bunun doğal sonucu olan manevî tazminatın da kabul edilmesini gerektirir. İslâm hukukunda mevcut olan külli kaidelerden;

*Zarar izale olunur*¹¹⁹⁰

*Zarar bi kaderil imkan def olunur*¹¹⁹¹

*Aslın ifası kaabil olmadığı halde bedeli ifa olunur*¹¹⁹² gibi prensipler maddî zararlar gibi manevî zararların da izale edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Zarar izale olunurdan maksat, zararın vukuundan sonra izalesinin zorunlu olduğunun anlaşılmasıdır. Çünkü zarar karşı tarafa yapılmış bir haksızlıktır¹¹⁹³.

Bir kişinin hukuka aykırı veya hukuka uygun bir fiil nedeniyle başkalarına maddî veya manevî olarak verdiği zararların telafi ve tazmin edilmesine çalışılması islâm hukukunu gayelerinden kabul edilmiştir¹¹⁹⁴.

2.6. MANEVÎ TAZMİNATIN ŞARTLARI

2.6.1. Kişilik Haklarına Tecavüz Edilmiş Olmalı

Her hangi bir haksız saldırıdan dolayı hukuken manevî tazminatın varlığının kabul edilebilmesi için şahıs varlığını oluşturan değerlere, yani kişilik haklarına karşı objektif bir tecavüzün meydana gelmiş olması şarttır. Kişilik hakkı ise, kişisel varlıkların korunması hususunda her ferde tanınmış önemli bir haktır¹¹⁹⁵.

Kişilik haklarına karşı girilen bu tecavüz neticesinde maddî bir zararın doğmuş olması gerektiğine itibar edilmez. Yani maddî bir zarar doğmamış olsa bile manevî tazminatın varlığı söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle manevî zararın varlığı manevî tazminat için gerekli sorumluluğun şartı olarak kabul edilebilir¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁰ . Mec. mad. 20

¹¹⁹¹ . Mec. mad. 31

¹¹⁹² . Mec. mad. 53

¹¹⁹³ . Ahmed Zerka, 179; Zerka, *Fıkıh*, II, 976

¹¹⁹⁴ . Subkî, I, 41

¹¹⁹⁵ . Tunçomağ, 310

¹¹⁹⁶ . Ivaz, 142

Daha önce de genel olarak değindiğimiz gibi, iffetli ve namuslu bir kişiye zina ithamında bulunulması¹¹⁹⁷ gibi kişinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilerek kişilik değerlerinin zarara uğratılması durumu manevî tazminatın varlığından behsedebilmek için şart olarak kabul edilir. Zira kişilik değerlerini ihlal etmeyecek derecedeki haksız saldırılar manevî tazminat tevliid eder mahiyette kabul edilmezler.

2.6.2. Tecavüz Haksız Olmalıdır

Kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle manevî tazminatın varlığının kabul edilebilmesi için, tecavüz fiilinin hukuka aykırı (haksız) bir özellik taşıması gerekir. Bir görevin ifası olarak, polisin mahkeme kararına dayanarak her hangi bir şahsı tutuklaması, ceza yiyen kişiye infaz memurunun cezayı tatbiki¹¹⁹⁸, bilimsel ve objektif nitelikte bir eleştiride bulunulması¹¹⁹⁹ gibi hallerde hukuka aykırı bir davranış olmadığı için manevî tazminatın varlığından da söz edilemez. Zira hukuka dayalı olarak her hangi bir hakkın kullanılması gibi haller, belirli sınırlar dahilinde, manevî zarar doğurmazlar.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Onlara, "insanların inandıkları gibi siz de inanın" denilince, "biz hiç sefihlerin (beyinsiz ve ahmak) inandıkları gibi inanır mıyız?" derler. İyi bilin ki, asıl sefihler (beyinsizler) kendileridirler, fakat bilmezler*¹²⁰⁰ ayetiyle işaret edildiği gibi kişilik haklarına yapılan saldırıların haksız saldırılar olmalısı gerekir.

Manevî zararın ve dolayısıyla manevî tazminatın varlığının kabul edilebilmesi için ihlal fiilinin mutlaka hukuka aykırı, yani haksız fiil olması şarttır. Mesela, kişinin kendisine yapılan şerefsiz ve haysiyetsiz yakıştırmalarına kişinin rızası durumlarında da manevî tazminat için şart olan haksız fiil söz konusu değildir.

2.6.3. Tecavüz Özel Bir Ağırılıkta Olmalıdır

Kişilik haklarına yapılan her tecavüz hukuka aykırı da olsa, tazminat borcu doğurabilmesi için yeterli değildir¹²⁰¹. Bir kişinin şahıs varlığını oluşturan manevî değerlere karşı girişilen haksız saldırıların manevî tazminatı gerektirebilmesi için mutlaka belirli bir

¹¹⁹⁷ . Nur: 24 / 4, 24

¹¹⁹⁸ . Kasanî, VII, 305 İbn Kudame, *Muğni*, VII, 789; Ebu Hayf, 47

¹¹⁹⁹ . Tunçomağ, 310; Reisoğlu, 157

¹²⁰⁰ . Bakara: 2 / 13

¹²⁰¹ . Tunçomağ, 312

ağırlıkta olması zorunludur. Zira kişilerin şahıs varlıklarına karşı yapılan her haksız saldırı aynı zamanda manevî tazminat gerektirir denilemez. Tecavüzün ağırlığı tecavüz edilen şeydeki menfaatin büyüklüğüne göre takdir olunur. Menfaatten ari, afakî ve mücerred bir şey hukukî bir kıymet ifade etmez. Tecavüzün ağırlığı bu kıymete göre anlaşılır¹²⁰². Mesela, sanat ve mesleğinin icrası için şeref ve itibarına muhtaç olan bir kimsenin haysiyetine karşı vaki tecavüz, alelade ve sıradan kişilerden birine karşı vaki hakarettten çok ağırdır.

Manevî tazminata hükmolunabilmesi, ancak çektiği üzüntülerin ağırlıkları itibariyle, bir kimsenin, yargıca başvurmadan önce, tek başına dayanabileceği üzüntüleri aşıyorsa mümkündür. Önemsiz olaylar manevî zarar için giderime hak kazandıracak nitelik taşımazlar. Bunun yanında mağdurun manevî ızdırabının derecesi de dikkate alınır. Böylece hakim mağurun kişiliğini dikkate almış olur¹²⁰³.

Kısaca, kişilik haklarını hedef alan her haksız tecavüz manevî tazminatın varlığı için gerekli ve yeterli şart olarak kabul edilemez. Haksız saldırının mutlaka karşı tarafa zarar verecek nitelikte bir ağırlıkta olması gerekir¹²⁰⁴. Mesela, Kur'an-ı Kerim'deki, ***İffetli kadınları zina isnad edip de, sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun; ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkmış kimselerin ta kendileridir***¹²⁰⁵ ayetinden de istinbat edebileceğimiz gibi, kişilerin namuslarına karşı girişilen haksız saldırıların bir müeyyide gerektirebilmesi için, kişilik hakları saldırıya uğrayan kişide belirli bir ağırlıkta manevî elem ve üzüntü meydana getirecek nitelikte olması şarttır.

Bedensel zararlar söz konusu olduğu zaman, mağdurun yakınlarında ve kendisinde derin bir iz bırakan acılara yol açan bir tecavüze maruz kalması halinde üzüntülerin derecesi yeterli sayılmaktadır. Mağduru bir organdan yoksun bırakan veya bir organını işlevini göremez hale getiren tecavüzler için de durum aynıdır¹²⁰⁶.

¹²⁰² . Saymen, 111

¹²⁰³ . Zen-Ruffinen, 371

¹²⁰⁴ . Reisoğlu, 157 - 158

¹²⁰⁵ . Nur: 24 / 4

¹²⁰⁶ . Zen-Ruffinen, 371

2.7. ÖLÜM ve BEDENSEL ZARAR HALİNDE MANEVÎ TAZMİNAT

2.7.1. Diyet

Diyet, islâm hukukçularına göre, genel olarak, bir kişinin can bedeli olarak ödenmesi gereken mali karşılıklar şeklinde ifade edilmiştir¹²⁰⁷. Diğer bir ifadeyle diyet, şahsa karşı işlenen haksız fiiller neticesinde mağdura veya onun yakınlarına verilen muayyen bir mal yahut paradır¹²⁰⁸.

Diyetten anlaşılması gereken, onun insanın canı veya her hangi bir uzvu karşılığında ödenmesi gereken tazminat oluşudur¹²⁰⁹. Diyet, islâm hukukunda çoğu zaman ceza olarak telakki edilmiş ise de bu anlayış diyetin bedel ceza yani tazminat oluşunun bir ifadesi olarak algılanmalıdır¹²¹⁰. Yoksa diyet, insan vücudu için tayin edilmiş satınalma bedeli değildir.

Allah, diyeti kasıtlı öldürmelerde zecr/zevacir (engelleme, yaptırım, caydırma) için, hataen öldürmelerde cebr/cevabir (zararın giderimi) için, akileye ödettirilmesi durumunda da hata yapan kişiye merhametinden dolayı farz kılmıştır denilebilir.

Diyetin ceza mı yoksa tazminat mı olduğu öteden beri tartışılmakla birlikte diyet, kan bedeli ve tazminat olma özelliğini daima korur. Onun ceza olma yönü, ödemesiyle failin şahsen borçlu olduğu kasdî, kısmen de kasıt benzeri cinayetlerde daha belirgindir. Akilenin ve üçüncü şahısların ödemeyi üstlendiği durumlarda ise artık diyet bir cezadan çok sosyal sigorta ve tazminat görünümündedir¹²¹¹.

Diyet, modern ceza hukukundaki ağır para cezasından ziyade öldürme ve müessir fiillerde mahkemece takdir edilen destekten yoksun kalma tazminatına, maddî ve manevî

¹²⁰⁷ . Serahsî, *Mebhut*, XXVI, 59; Zeylâi, VI, 126; Şirazî, II, 196; Merğinanî, IV, 35; İbn Humam, X, 270; İbn Abidin, VI, 573; Damad Efendi, II, 638; İbn Abdilber, II, 108; Hısnî, 550; Abdulhak Bağdadî, 192; Meydanî, III, 153; Kamatî, Hamid Muhammed, *el-Ukubetu'l-Maliyye beyne's-Şeria ve'l-Kanun*, Bingazi, 1986, 27; Ebu Zehra, Muhammed, *el-Cerime ve'l-Ukubet fi'l-Fıkhı'l-İslâmî (el-Ukubet)*, Beyrut, t.siz, 565; Behnesî, Ahmet Fethi, *el-Ukubet fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, 1983, 150; Behnesî, Ahmet Fethi, *ed-Diye fi's-Şeriatı'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1984, 9; Husarî, Ahmed, *el-Kisas-ed-Diyat-el-'Isyanu'l-Musleh fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1973, 719; Zeyd, 302

¹²⁰⁸ . Nevevî, Ebu Zekeriyâ Yahya b. Şeref, *Ta'riru Elfazı't-Tenbih ev Lugatu'l-Fıkh*, Beyrut, 1988, 303; Şafak, Ali, *Mezheblerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum, 1977, 66

¹²⁰⁹ . İbn Humam, X, 270; Ebu Hayf, 25

¹²¹⁰ . Bardakoğlu, *Ceza*, 473

¹²¹¹ . Bardakoğlu, Ali, *Diyet*, T.D.V.İ.A. 9. Cilt, İstanbul, 1994, 478

tazminat alacaklarına benzerlik arzeder. Bununla birlikte ödeme yükümlülüğü, miktar, hak sahipliği gibi açılardan belli farklılıklar gösterir¹²¹².

İslâm hukukçuları diyeti, hem malûm fiili işleyene ceza hem de mağdura ödenen mali bir karşılık olarak telakki etmektedirler¹²¹³. Yani diyet, haksız fiili işleyen (canî) açısından ceza, mağdur (mecna aleyh veya yakınları) için bir ta'vid olarak anlaşılmalıdır¹²¹⁴.

Çalışmamızın tazminat olması dolayısıyla diyetin ceza yönünü islâm ceza hukukuna bırakarak diyeti tazminat açısından değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Tazminat açısından diyet, hem maddî hem de manevî tazminatı kendisinde toplayan bir mana taşır. Zira diyet, insanın can bedeli olarak ödendiğinden dolayı insana sanki maddî bir değer biçilmiş gibi kabul edilebilir. Fakat diyetin diğer, yani manevî tazminat yönü biraz daha ağır basmaktadır. Çünkü diyet, öldürülen kişinin yakınlarını manevî üzüntüden kurtarmak ve onların elemelerini hafifletmek gibi bir gaye görülmektedir.

Diyet, tek başına bir karşılık olarak değil, mecna aleyhin (mağdur) duyduğu eziyet, acı ve ıztırapları şeklindeki manevî bir zararın telafisi için konulmuştur. Diyetin meydana gelen zararı tamamen ortadan kaldırıp kardırmayacağı tartışılabilirse de manevî zararları tam olarak gideremeyeceği açıktır¹²¹⁵.

Özellikle günümüz islâm hukukçularının çoğunun anlayışına göre diyetin hem tazminat hem de ceza yönü vardır¹²¹⁶.

Diyet, bir çok kimseyi ihtiyatlı davranmaya sevk etmesi, diyet gerekecek fiilleri işlemekten alıkoyacak bir müeyyide kuvvetinde olması yönüyle ceza olarak kabul edilse de, diyet gerektirecek davranışlar sebebiyle birçok kişi manevî üzüntü ve kedere maruz kalırken diyet sayesinde bu zararların mümkün mertebe tamir ve teskini yoluna gidilmiş, manevî ızdırıp ve üzüntüler bir dereceye kadar giderilmiş olacağından dolayı diyet, tazminat olarak da değerlendirilmiştir¹²¹⁷.

¹²¹² . Bardakoğlu, *Diyet*, 478

¹²¹³ . Zeyd, 311; Muhammed Zuhaylî, 55

¹²¹⁴ . Zeyd, 308; Ivaz, 19

¹²¹⁵ . Ebu Hayf, 140 - 141

¹²¹⁶ . Senhurî, *Mesadîr*, I, 50; Mahmasanî, I, 153; Bilmen, III, 35; Udeh, I, 668 - 669; Zeyd, 308, 311; Ivaz, 559; Ebu Hayf, 32; Ali Hafif, *Daman*, II, 161; Sabık, II, 466

¹²¹⁷ . Bilmen, III, 37; Ebu Hayf, 31; Ali Hafif, *Daman*, II, 163

Diyetin mali cezalar gibi devlet hazinesi yerine mağdura (mecna aleyh veya varislerine) verilmesi onun tazminat yönünün ağır bastığının delili olarak kabul edilmelidir¹²¹⁸.

Kısaca, diyetin özel bir ceza yönü vardır. Çünkü diyet, şeran miktarı ve şekli tayin edilmiş ve meydana gelen her olayda gerçek zarara bakılmaksızın herkes için aynı diyet miktarına hükmedildiği gibi diyetin miktarında hakim veya devlet başkanı varislerin izni ve rızası olmadan bir indirimde bulunamaz¹²¹⁹. Diyet, aynı zamanda tazminatı da kapsamaktadır. Çünkü, diyet, islâm hukukunda, bütün mirasçılar tarafından sahip olunan bir hak olarak benimsenmiştir. Varislerden birinin ölümü halinde diyetten alacağı pay kendi mirasçılarına intikal eder, bunun gibi diyete hak kazanan kimseler kendi hakları oranında haklarından vaz geçebilecekleri gibi sulh yapmaları da caiz görülmüştür¹²²⁰. Varislerin diyet gereken fiili affetmeleri dolayısıyla mecna aleyhten diyet borcunun düşeceğinin islâm hukukçularınca kabul edilmiş olması da diyetin tazminat yönünün daha fazla ağır bastığının delilidir¹²²¹.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Hataen bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azad etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gerekir*¹²²² şeklindeki ayette diyet mutlak olarak zikredilmiştir. Burada diyetin ne maddî tazminat ne manevî tazminat ne de ceza yönünün varlığı açıkça ifade edilmiş değildir. Buradaki mutlak ifadeden hareketle de diyetin maddî ve manevî tazminat fonksiyonu icra ettiği gibi cezai bir fonksiyona sahip olduğunu söyleyebiliriz.

Hz. Peygamber (s.a.s.) de diyet gerekecek durumu ve diyetin miktarını Yemen'e gönderdiği mektuptaki, *Kim bir mümini hataen öldürürse maktûlün velisinin rızası müstesna öldürene diyet gerekir. Diyet, deve cinsinden yüz devedir...*¹²²³ ifadesiyle izah etmişlerdir. Bu hadiste de diyet, mutlak bir ifade olarak görülmektedir. Bu nedenle diyetin tazminat fonksiyonuna sahip olduğunu söylemek islâm hukuku nasslarına ters düşmez.

¹²¹⁸ . Udeh, I, 668

¹²¹⁹ . Udeh, I, 669

¹²²⁰ . Şeybanî, *Asl*, IV, 469; Abdulhak Bağdadî, 190; Mahmasanî, I, 154; Zeyd, 195

¹²²¹ . Udeh, I, 669; Zeyd, 195

¹²²² . Nisa: 4 / 92

¹²²³ . İmam Malik, *Muvatta*, Ukul, 1

İslâm hukuku kaynaklarında diyet, şahsa verilen zararlarda, genel bir bölüm olarak ele alınmıştır. Diyet konusunu daha geniş manada izah edebilmek için islâm hukukçuları diyeti çeşitli şekillerde değerlendirmelere tabi tutmuşlardır. Bu anlamda diyet bazı bölümlere de ayrılmaktadır.

2.7.1.1. Tam diyet

Tam diyet, islâm hukukuna göre ölümle sonuçlanan haksız fiillerde, can bedeli olarak ödenen malî karşılıklar olarak bilinmektedir¹²²⁴. Diğer bir ifadeyle, cismanî tamamîyetin ihlalinin doğan zarar bedeli olarak ödenen para veya maldır. Yani maktûlün mirasçılara verilmesi gereken mali bir bedeldir¹²²⁵.

İslâm hukukunda can karşılığı olarak verilen bedele diyet denildiği gibi kesilen, yarılan, kırılan veya koparılan bir aza (organ) karşılığında verilen tazminata da diyet dinilir¹²²⁶.

Tam diyetin miktarı sünnette, *deve cinsinden yüz deve*¹²²⁷ olarak ifade edildiği gibi diyet olarak verilecek malın cinsine göre değişebileceği islam hukuk doktrininde kabul edilen bir görüştür. Mesela, altundan bin dinar, gümüşten onbin dirhem, sığırdan ikiyüz, koyun cinsinden ise, bin adet koyun gibi¹²²⁸. Zahiriler tam diyetin miktarının deve cinsinden 100 deve olduğu görüşünü kabul etmişlerdir¹²²⁹. Ancak diyet, Şafii hukukçulara göre gümüşten, onikibin dirhem olarak kabul edilmiştir¹²³⁰. Tam diyetin miktarı islâm hukukunun aslî kaynaklarındaki nasslarla tesbit edildiğinden islâm hukukuna göre, bu miktar üzerinde gerek devlet başkanı (kamu otoritesini elinde bulunduran şahıs veya kurum), gerekse hakim değişiklik yapma yetkisine sahip kabul edilmemişlerdir¹²³¹.

¹²²⁴ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 59; Abdulhak Bağdadî, 192; Şirbinî, IV, 53; Meydanî, III, 153; Hısnî, 550; Zeyd, 302; Udeh, I, 669; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 565; Behnesî, *Ukûbe*, 150; Behnesî, *Diyet*, 9; Ivaz, 19; *el-Mevsu'atü'l-Fıkhiyye*, XX, 44

¹²²⁵ . Mahmasanî, I, 154

¹²²⁶ . Fikri Yavuz, 276

¹²²⁷ . İmam Malik, *Ukul*, 1

¹²²⁸ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 77; Kâsanî, VII, 254; Abdulhak Bağdadî, 193; Şirazî, II, 195; İbn Humam, X, 275; İbn Abidin, VI, 574; Hısnî, 551; Husarî, 719; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 566, v.d.

¹²²⁹ . İbn Hazm, X, 388

¹²³⁰ . Şirazî, II, 195; Husarî, 719; Kamatî, 28 - 29

¹²³¹ . Udeh, I, 669; Muhammed Zuhaylî, 59

İslâm hukukuna göre, tam diyet, canın bedeli olarak kabul edildiği gibi vücûtta tek olan bazı azaların karşılığı olarak da ifade edilmiştir. Mesela, islâm hukukçuları, insan vücudunda tek olarak bulunan burun, erkeklik organı ve dil gibi organlarla iki el iki kulak iki göz gibi organlarda da tam diyet gerekeceği hususunu kabul etmişlerdir.

Bunlar gibi insan aklının, koku alma duyusunun, işitme özelliğinin, cima kuvvetinin yok edilmesinde de islâm hukukuna göre tam diyet gerekeceği kabul edilmiştir¹²³². İmam Şafi'ye göre, bir kişinin kadına tecavüz etmesi neticesinde ifdâ' meydana gelmesi durumunda tam diyet gerekeceği görüşü de can bedeli dışında tam diyete verilecek örneklerdendir¹²³³.

Bugünkü hukuk sistemindeki anlayışa göre para ödemeye mahkum edilen kişi parayı kamuya ödüyorsa ceza, şahıslara ödüyorsa tazminat olarak değerlendirilmektedir. İslâm ceza hukuku kasten adam öldürme suçunu takibi şikayete bağlı şahsî suçlardan kabul ettiği için kisası dava etme hakkına sahip olan kişiler bu davadan belirli bir bedel karşılığı vazgeçebilir¹²³⁴. Bu vazgeçmenin karşılığında ödenmesi gereken malî karşılık da kisası dava etme hakkına sahip olan kişilere verilir. Batı menşeli hukuk sistemlerinde ise adam öldürme suçu kamu suçlarından kabul edilmektedir. Bundan dolayı bu hukuk sistemlerinde adam öldürme suçu işleyen kişiyi maktûlün yakınlarının, sulh yoluyla veya başka yollarla affetme yetkileri yoktur.

Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu mağdurun çalışma gücünün kısmen kaybolması veya iyileşene kadar kazanç kaybına uğraması durumlarında zarar verene ödettirilecek tazminatın irad şeklinde olmasının tazminatın gayesine ulaşması için daha uygun olduğu bazı hukukçular tarafından kabul edilmektedir¹²³⁵. Ancak islâm hukuku bir çok durumda tazminatın sermaye şeklinde bir defada verilmesi esasını kabul etmektedir.

Adam öldürmelerde ödenecek tazminat yani can bedeli olan diyet bazı durumlarda sermaye olarak bir defada ödenmesinin islâm hukukunda da kabul edilmesi mağduru tatmin etmede tazminatın gayesine uygun düşmektedir.

¹²³² . Ebu Yusuf, *Asâr*, 220 v.d; İbn Hazm, X, 431 - 434; Ebu'l-Leys Semerkandî, II, 276; Abdulhak Bağdadî, 194; İbn Abdilber, II, 1111; Derdir, IV, 272; Dessukî, IV, 272; İbn Cüzey, 356; Hısnî, 554; Kamatî, 28 - 29; Ebu Hayf, 61, 63.m 72 - 73

¹²³³ . Şirazî, II, 209

¹²³⁴ . Keskioglu, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara, 1988, 264

¹²³⁵ . Tandoğan, *Mesuliyet*, 294; Tiftik, 81

İslâm hukuku bazı hallerde ise diyet olarak tesbit edilen tazminatın üç yıl gibi bir zamana dağıtılarak irat şeklinde ödenmesi hükmünü de kabul etmektedir. Bazı islâm hukukçuları diyetin her halükarda irat olarak üç yılda ödenmesi gerektiği kanaatindedirler¹²³⁶.

İslâm hukukunun irat şeklinde kabul ettiği diyette fail kastı aşan bir fiilden dolayı bu tazminatı ödemek zorunda kalmıştır. Burada failin yükünü hafifletme söz konusu olmaktadır¹²³⁷.

2.7.1.2. Erş

İslâm hukukçuları genel anlamda uzuvların diyetini *erş* diye isimlendirmişlerdir¹²³⁸. İnsanın vücut bütünlüğünü tamamlayan uzuv kesilmesi veya yaralanması neticesinde doğan zararlara karşılık, diyet cinsinden miktarı islâm hukuku nasslarında belirlenmiş, olan malî değerler verilir. İslâm hukukçuları erş konusundaki geniş yorumlarıyla çeşitli şekillerde erşin izahını yapmışlardır.

Bazı islâm hukukçuları, insan vücudunda birden çok ve mümasalet mümkün olan uzuvlara karşı hataen işlenen haksız fiillerde ödenmesi gereken karşılığı erş olarak ifade etmişlerdir¹²³⁹. Erş, kısaca uzuv diyeti olarak bilinmektedir. Yani zarara uğrayan uzuvların para veya mal cinsinden tesbit edilen ve miktarları nasslarda yer aldığı için değiştirilemeyen maddî karşılıklardır¹²⁴⁰. Bu ifadeden de anlaşıldığı gibi uzuv kaybına neden olunması durumunda ödenmesi gereken maddî karşılıklara erş denilir. Mesela, bir kişinin hataen veya bir iş kazası sonucu elinin kesilmesi neticesinde doğan zarar için ödenmesi gereken erş miktarını, islâm hukukçuları tam diyetin yarısı olarak tesbit etmişlerdir¹²⁴¹.

İnsan vücudundaki bütün uzuvlar için her zaman erşe hükmedilmez. Bazı uzuvlar insan vücudunda tek olarak bulundukları için bunlar islâm hukuku nasslarındaki değerlendirmelere göre tam vücut gibi kabul edilmektedirler. İnsan vücudunda tek olarak

¹²³⁶ . Kamatî, 38

¹²³⁷ . Kâsanî, VII, 255 vd.

¹²³⁸ . Kâsanî, VII, 323; Mevsilî, V, 44; İbn Hümam, X, 279; Meydanî, III, 157

¹²³⁹ . Behnesî, *Ukûbe*, 150

¹²⁴⁰ . Udeh, I, 671; Behnesî, *Diyet*, 10; Muhammed Zuhaylî, 56; İvaz, 19

¹²⁴¹ . Meydanî, III, 258

bulunan uzuv kaybı durumunda islâm hukukuna göre tam diyet¹²⁴² gertiğine yukarıda değinmiştik. Bu durum Hz. Peygamber (s.a.s.)'in Amr b. Hazm'a gönderdiği mektupta, *...burnun tamamı kesilmesi durumunda diyeti deveden yüz devedir*¹²⁴³ şeklinde ifade edilmiştir. Yukarıdaki hadisin de ifade ettiği gibi erşin miktarı önceden tayin ve tesbit edilmiştir.

Biz bu başlık altında sadece erş-i mukadder (miktarı belirlenmiş erş) üzerinde duruyoruz. Zira erş-i gayr-ı mukaddere (miktarı belirlenememiş erş) islâm hukukçuları aynı zamanda hukûmet-i adl dediklerinden dolayı bunu ayrı bir başlık olarak değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

2.7.1.3. Ğurre

Ğurre, islâm hukukunda, hukukî terim olarak, kısaca ceninin diyeti olarak isimlendirilir¹²⁴⁴. Hamile kadına karşı yapılan her hangi bir haksız saldırı neticesinde kadının hamile olduğu çocuğunu düşürmesi halinde ödenmesi gereken malî karşılığa islâm hukukunda ğurre adı verilmektedir¹²⁴⁵.

Ğurrenin miktarı, islâm hukuku kaynaklarında tam diyetin yirmide biri (nisfu örşü'd-diye) olarak belirtilmiştir¹²⁴⁶. Cenin için gerekecek olan diyeti belirten bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.), *Ceninin diyeti ğurredir...*¹²⁴⁷ şeklinde buyurmuştur. Aslında ğurre, köle veya cariye demektir. Bu hadiste de ceninin diyeti köle veya cariye bedeli olarak ifade edilmiştir¹²⁴⁸. Ancak bu isim islâm hukukunda zamanla ceninin diyeti manasında kullanılan bir terim haline gelmiştir. Ceninin diyeti tam diyetin yirmide biri (nisfu örşü'd-diye) olduğuna göre tam diyetin altun cinsinden bin dinar olduğu durumlarda ceninin diyeti elli dinar olarak tesbit edilir.

¹²⁴² . Merğinanî, IV, 179; Mevsilî, V, 37; Meydanî, III, 154;

¹²⁴³ . İmam Malik, *Muvatta*, Ukul, 1

¹²⁴⁴ . İmam Malik, *Mudevvene*, VI, 400; İbn Hazm, XI, 29

¹²⁴⁵ . İmam Malik, *Mudevvene*, V, 400; Abdulkhak Bağdadî, 193; Şirazî, II, 198; İbn Hazm, XI, 29; Ğamravî, 509; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 575; Behnesî, *Diyet*, 147

¹²⁴⁶ . Kâsanî, VII, 326; Mevsilî, V, 44; Şirbinî, IV, 103; Bağdadî, 300; Meydanî, III, 170; Kamatî, 31; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 576; Behnesî, *Diyet*, 147; Husarî, 732

¹²⁴⁷ . Ahmed b. Hanbel, *Müsne'd*, II, 535; Darimî, Diyat, 21; Buharî, Diyat, 26; Müslim, Kasame, 32; Ebu Davud, Diyat, 19; Nesai, Kasame, 39

¹²⁴⁸ . İmam Malik, *Mudevvene*, VI, 401; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 576

Hamile kadına karşı yapılan haksız saldırı neticesinde kadın hamile olduğu yavruyu canlı olarak düşürür ve bir müddet yaşadktan sonra yavru ölürse ozaman onun diyeti cenin diyeti olarak kabul edilen ğurre deĝildir. Bu durumda düşük olarak doĝan yavru tam bir insan olarak dünyaya gelmiş kabul edileceĝinden onun diyeti de tam vücut bütünlüğüne sahip insan diyeti gibi tam diyettir¹²⁴⁹.

Yine, bir kişi hamile kadına vurup çocuğunu ölü olarak düşürdükten sonra kadının kendisi de ölmüş olması durumunda da o kişi ceninin diyeti olan ğurreyle birlikte kadının diyetini ödemilidir. şayet önce kadın ölür sonra da cenin düşerse sadece kadının diyetini ödemesi gerekir¹²⁵⁰.

2.7.1.4. Hukûmet-i adl

İslâm hukukunda genel bir ifadeyle sınırları önceden çizilemeyen ve karşılığı tam diyet ve erş gibi belirlenemeyen yaralamalarda ödenmesi gereken mali karşılıklara *hukûmet* veya *hukûmet-i adl* denir. Başka bir ifadeyle tam diyet ve erşin dışında kalan ve mümaselet oluşmayan yaralamalarda ödenmesi gereken malî karşılıklara islâm hukukunda hükûmet-i adl denilmiştir¹²⁵¹. Mesela, bir kişinin dirsekten ařaĝı kolunun iş kazası neticesi veya hataen kesilmesi durumunda bilekten ařaĝı kısmı için erş gerekir, diĝer kısım için ise gerekecek olan malî karşılık hükûmet-i adl olarak ifade edilmektedir¹²⁵².

Hükûmet-i adl olarak isimlendirilen malî karşılıkların sınırlarını ve miktarlarını tayin ve tesbit işi islâm hukukuna göre, hakim veya bilir kişi heyetine bırakılmıştır. Hükûmet-i adlin miktarı erşin miktarından daha az olur hiç bir zaman, deĝer olarak erşin kıymetine ulaşamaz¹²⁵³. Hükûmet-i adl, eşr olarak karşılığı tayin edilemeyecek kadar az olan zararlarda söz konusu olmaktadır. Mesela bir kişinin karın bölgesinden yaralanması, bıçakla yaralama, yaralama neticesinde iş kaybı durumlarında islâm hukukuna göre hükûmet-i adle hükmedilir¹²⁵⁴.

¹²⁴⁹ . Bağdadî, 300; Husarî, 733

¹²⁵⁰ . İmam Malik, *Mudevvene*, VI, 400; Behnesî, *Diyet*, 15; Husarî, 733

¹²⁵¹ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 74; Tarablusî, 184; Kamatî, 31; Muhammed Zuhaylî, 56

¹²⁵² . Mevsilî, V, 40; Meydanî, III, 159

¹²⁵³ . Kâsanî, VII, 323; Merĝinanî, IV, 182; Udeh, II, 286; Kamatî, 34

¹²⁵⁴ - İmam Şafii, VI, 59

Bazı islâm hukukçuları, hukûmet-i adlin hesaplanması için, yaralama şayet bir kölede olsaydı yaralı halinin önceki durumuyla mukayese edilerek aradaki kıymet farkının hukûmet-i adl olarak takdir edilmesi şeklinde bir ölçü geliştirmişlerdir¹²⁵⁵.

Bir kişinin uzuvlarından birinin geçici bir müddet fonksiyon kaybına sebebiyet verilen durumlarda, yaralama neticesinde meydana gelen tedavi masraflarının karşılanmasında, uğranılan iş kayıplarında takdir edilecek tazminat miktarları islâm hukukunda hep hükûmet-i adl kavramı içinde değerlendirilmiştir¹²⁵⁶.

İslâm hukuk doktrinde, tazminat açısından vücut bütünlüğüne yönelen saldırıların yaralamayla veya iş kazalarının yaralamayla sonuçlanması durumlarında maddî tazminat olarak ödenmesine hükmedilen karşılıklar önemli yer işgal etmektedir. Bütün bu durumlarda ödenmesi gereken maddî karşılıkları islâm hukukçuları hükûmet-i adl kavramı içerisinde değerlendirmektedirler.

2.7.1.5. Hukûmet-i elem (Erş-i elem)

Bazı islâm hukukçularına göre, acı ve ıztıraplar ile tedavi masrafları cismani zararların tazmini kapsamında değerlendirilmiştir. Acı ve ıztıraplar için ödenmesi gereken tazminata bu islâm hukukçuları *hukûmet-i elem* veya *erş-i elem* adını vermektedirler¹²⁵⁷. Fakat hukûmet-i elem ve erş-i elem tabirleri islâm hukukunda pek yaygın tabirler değildir. Acı ve ıztıraplar için ödenmesi gereken tazminat daha çok hukûmet-i âdl terimiyle ifade edilmektedir. Kısaca hukûmet-i adl şeklindeki tazminat kavramı içinde, acı ve ıztıraplarla kemal ve güzelliğin fevti gibi durumlar ve tedavi masrafları da ifade edilmiştir. Sadece acı ve ıztırapların tazmini söz konusu olduğu zaman, islâm hukukçularının bazıları tarafından hukûket-i elem tabirinin kullanıldığı anlaşılmaktadır¹²⁵⁸.

İslâm hukukçularının ekseriyetine göre, zararlı bir fiil veya olaya maruz kalan kişinin, tazminat talebinde bulunabilmesi için, bedeni üzerinde fiilden sonra bir iz kalmış olmalıdır. Ayrıca bu izin maddî ölçülerde değer taşınması aranır. Buna göre, acı ve ıztıraplar kalıcı ve iz bırakıcı özelliğe sahip değildir. Bundan dolayı, islâm hukukçularının çoğunluğuna göre,

¹²⁵⁵ . Kamatî, 33

¹²⁵⁶ . İmam Şafii, VI, 58; İbn Abidin, VI, 586; Kamatî, 32

¹²⁵⁷ . Serahsî, *Mebhut*, XXVI, 81; İbn Abidin, VI, 586; Bilmen, III, 15; Behnesî, *Ukûbe*, 151; Behnesî, *Diyyet*, 132

¹²⁵⁸ . Kaya, 193

mameleki etkilemedikleri sürece tazminata konu olacak nitelikte zarar olarak kabul edilmemişlerdir. Bununla birlikte bazı islâm hukukçuları haksız fiil neticesi çekilen acı ve ızdıraplar ile tedavi masraflarının tazminata konu olacağını kabul etmektedirler¹²⁵⁹. Mesela, yaranın hiç bir iz bırakmaması halinde İmam Ebu Yusuf'a göre erş-i elem yani hukûmet-i adl, İmam Muhammed'e göre ise, ilaç ve tedavi masraflarıyla iyileşene kadar nafakası gerekir¹²⁶⁰. Yine Ebu Yusuf'un görüşüne göre, saç tıraş edilip yeniden yerine gelen kişiye erş-i elem gerekir¹²⁶¹. Bu görüş mameleki mahiyette olmayan sadece güzelliğin geçici bir müddet fevti halinde de islâm hukukuna göre tazminat gerekeceğini ifade etmektedir.

Bazı islâm hukukçularına göre haksız fiile maruz kalan kişinin her hangi bir yerinde morarma veya kızarma meydana gelmesi hallarinde de hukûmet gerekir¹²⁶². Bu gibi durumlarda insanın kemal ve cemalinin fevti söz konusudur.

Kanaatimize göre belirlenen zararlar, islâm hukukunun esas aldığı prensipler gereği tazmine konu olmalıdır. Çünkü cismanî zarar görüp bir de tedavi masrafı ödeyen kişinin bu giderlerine onu yaralayan kişi sebep olmuştur. Bu kişi yaralanmamış olsaydı böyle bir masraf ödemek zorunda kalmayacaktı. Bunun yanında insanın maruz kaldığı her acı ve ızdırabın mameleke yansıyan bir yönünün olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bazı zararların tazmin edilmemesi islâm hukukunun genel prensipleri ve gayesine uygun düşmez.

İslâm hukukunda diyet aynı zamanda keyfiyeti, yerine getirmekle mükellef olanlar ve vucûbunun sebepleri yönüyle diyet-i muğallaza (ağırlaştırılmış diyet) ve diyet-i muhaffefe (hafifleştirilmiş diyet) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹²⁶³.

2.7.1.6. Diyet-i muğallaza

Bir kişinin vücut bütünlüğünün ihlalinde ihlal fiilini irtikab eden kişinin kastı olması durumunda bu kişi diyeti kendi malından öder. Bu ödemede ona kimse yardımcı olmaz. Bu şekildeki diyete islâm hukuku kaynaklarında *diyet-i muğallaza* denilmektedir. Diyet-i muğallazada (ağırlaştırılmış diyet), başkasının vücut bütünlüğünü ihlal eden kişi diyet

¹²⁵⁹ . İbn Abidin, VI, 586; Behnesî, *Diyet*, 132

¹²⁶⁰ . İbn Abidin, VI, 586

¹²⁶¹ . Kasanî, VII, 316; Behnesî, *Diyet*, 132

¹²⁶² . Şirazi, II, 210; İbn Abdilber, II, 1116

¹²⁶³ . Serahsî, *Mebhut*, XXVI, 77; Udeh, I, 670; Muhammed Zuhaylî, 57

miktarı olarak ödenmesi gereken yüz devenin sayısında değil, yaşında ve cinsiyetindeki farklılıktan değer olarak daha yüksek bir diyet ödemek durumunda bırakılır.

2.7.1.7. Diyet-i Muhaffefe

Diyeti-i muhaffefe (hafifletirilmiş diyet), adam öldürme suçunun kastı aşan bir fiille meydana gelmesi durumunda söz konusu olan diyetdir. Burada haksız fiili işleyen kişinin, tam diyet olarak ödeyeceği yüz devenin yaş ve cinsiyetlerinde hafifletme yapılarak maktülün velilerine, katilin akilesinin ödemesi gerektiği diyet söz konusu olmaktadır¹²⁶⁴.

İslâm hukukunda diyet için yapılan bu ayırım daha çok ödeme mükellefiyetiyle ilgili olduğundan dolayı, diyetin bu şekilde değerlendirilmesi üzerinde durmuyoruz.

2.7.2. Kisasın Diyete Dönüştürülmesi

Kisas, sözlük itibarıyla, denklik, eşitlik manalarına gelmektedir¹²⁶⁵. İslâm ceza hukuku sahasına giren kisas ise, görevin ifası gibi, hukukî hiç bir neden bulunmadan kasten başkasını öldürmenin karşılığı, öldüren kişinin öldürülmesi şeklinde telakki edilmektedir¹²⁶⁶. Kısa ve özlü ifadeyle kisas, kasten adam öldürmenin cezasıdır¹²⁶⁷.

Kisas, Kur'an-ı Kerim'de, *Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında sizin için kisas yazıldı...*¹²⁶⁸ şeklinde ifade edilmiştir. Bu ayette kisas cezası, kasten adam öldüren kişiye verilecek, suçuna denk bir ceza olarak anlatılmaktadır¹²⁶⁹.

İslâm ceza hukuku kisas cezasını bazı durumlarda uygulamayıp, cezanın diyet olarak ifa edilmesini istemektedir¹²⁷⁰. Kisasın diyete dönüştürülebilmesi için İslâm hukukuna göre bazı şartların bulunması gerekir. Bunlar:

. Cinayeti işleyen kişinin sabi (çocuk) veya mecnun olması halinde¹²⁷¹.

¹²⁶⁴ . Serahsî, *Mehsûl*, XXVI, 77 vd. ; Udeh. I, 671 vd.

¹²⁶⁵ . Nevevî, *Lugat*, 293; Ebu Ceyb, 304

¹²⁶⁶ . Semerkandî, III, 99; Zebidî, Muhammed Murteza, *Kitabu Ukudu'l-Cevahiru'l-Munife*, Beyrut, 1985, II, 197

¹²⁶⁷ . Serahsî, *Mehsûl*, XXVI, 59; Kâsanî, VII, 241; İbn Rüşd, II, 339

¹²⁶⁸ . Bakara: 2 / 178

¹²⁶⁹ . Cassâs, Ebu Bekir Ahmed b. Ali, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut, 1985, I, 165; Sâbunî, *Ayati'l-Ahmad*, I, 171; Sâyes, Muhammed Ali, *Tefsiru Ayati'l-Ahmad*, Mısır, 1953, I, 38

¹²⁷⁰ . Merğînanî, IV, 158

¹²⁷¹ . Şeybanî, *Asl*, IV, 493

. Usûlün furua karşı işlediği cinayetlerde¹²⁷².

. Veliyyu'd-demin (kisas talebi hakkına sahip olan kişi) affettiği durumlarda¹²⁷³.

Yukarıda verdiğimiz kisas ayetinin devamında da, *...Ancak her kimin cezası kardeşi (öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık (tararflar) hakkaniyete uymalı ve (öldüren) ona (gereken diyeti) güzelliikle ödemelidir...*¹²⁷⁴ ifade edildiği gibi veliyyu'd-demin (kan sahibi, kisas talebinde bulunacak kişi) bağışlaması durumunda kisas cezası, islâm hukukuna göre tazminata dönüştürülebilmektedir.

Diyet, İslâm hukukuna göre, genel anlamıyla kan bedeli¹²⁷⁵ olarak ifade edildiğinden ve maktûlün yakınlarına ödenerek onları içine düştükleri manevî elem ve acıdan kurtarmak, manen tatmin etmek manasıve galesi taşıdığından diyetin islâm hukukunda manevî tazminat bölümü içerisinde değerlendirilmesi maksada daha uygun olacaktır.

2.8. MANEVÎ TAZMİNAT ŞEKİLLERİ

2.8.1. Para Olarak Manevî Tazminat

Pozitif hukukta benimsenen ve günümüzde manevî tazminatın en çok uygulanan biçimi, zarar veren kişinin zarara uğrayan şahsa bir miktar para ödemesi şeklinde görülmektedir¹²⁷⁶. Her ne kadar para, bozulan ruh dengesini tam olarak yerine getiren bir araç değilse de manevî zarara uğrayan kişinin acısını bir dereceye kadar dindirip onu yatıştırmaya hizmet eden bir araç olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır¹²⁷⁷. Manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi, şu iki sebepten dolayı zarara uğrayanı kısmen de olsa, tatmin eder. Birincisi, mağdura verilen para, mal varlığını çoğaltır ve bu kendisine birçok teselli yollarını açar. İkinci olarak, mağdurun almış olduğu bu paranın zarar verenden alınmış olması da ona ayrıca sevinç verir. Zira bu suretle intikam hissini bir parça olsun tatmin etmiş olur¹²⁷⁸. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de, kasten bir kişiyi öldürmenin

¹²⁷² . Behnesî, *Ukûbe*, 151

¹²⁷³ . Ebu Hayf, 39; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 564; Behnesî, *Ukûbe*, 151

¹²⁷⁴ . Bakara: 2 / 178

¹²⁷⁵ . Kurtubî, V, 315; Muhammed Zuhaylî, 59

¹²⁷⁶ . Tunçomağ, 312; Eren, *Borçlar*, II, 382; Akıntürk, *Medeni*, 126; Kılıçoğlu, 254

¹²⁷⁷ . Velidedeoğlu, 313; Kılıçoğlu, 254

¹²⁷⁸ . Tunçomağ, 310

müeyyidesi kısasen öldürölmek¹²⁷⁹ olduğu belirtilmişken, yukarıda da ifade edildiği gibi, tarafların belirli bir maddi değer karşılığında anlaşarak sulh yoluyla kısastan vaz geçebilecekleri gibi, yine veliyyu'd-demin affetmesiyle de cezanın diyete çevrilmesi esası kabul edilmiştir. Böylece maktölün varislerinin maddi bir karşılıkla tatmin olabilecekleri hükmü islâm hukukuna göre gözardı edilmemiştir.

İslâm hukukunda zararların adilâne izalesi esas olduğundan para ile izale edilmesi mümkün olan manevî zararların tazminatlarının para olarak ödenebileceği esas da kabul edilmiştir. Ancak her türlü manevî zararın maddi bir ivazla tazmin edilmesi mümkün değildir. Zira tazminat maddi bir karşılık olduğu zaman manevî zararı tam olarak karşılayamayacağı için birisine hakaret etmek veya elem vermek suretiyle manevî zarara uğamasına sebep olan kişiden manevî tazminat olarak malî bir karşılığın alınması bazı islâm hukukçularına göre doğru bir tazmin yolu olarak kabul edilmemiřtir¹²⁸⁰. Böyle olmakla birlikte bazı islâm hukukçuları bir takım manevî zararların tazminlerinin parayla ödenebileceği görüşünü kabul etmişlerdir. Mesela elem verme karşılığında maddi ivaz olan hükümet-ı adl ve hükümet-i elem veya erş-i eleme hükmedilmesi gerektiği görüşünde olan islâm hukukçularının bu görüşleri bir takım manevî tazminatların para olarak ödenebileceğinin örneklerindendir¹²⁸¹.

Bir kişinin haksız fiil sonucu yaralanması ve yarasının derinleşmesi halinde güzelliğini bozacak bir iz kalması durumunda manevî tazminat olarak kabul edilebilecek olan hükümet-i adl veya erş-i elem cinsinden bir miktar maddi karşılığın fail tarafından mağdura ödenmesi gerekir¹²⁸². Mesela bazı islâm hukukçularına göre, bir kişinin işe yaramaz fazla (altıncı) parmağının kesilmesi, hiçbir fonksiyon icra edemeyen elinin kesilmesi durumlarında maddi karşılık olarak hükümet-i adlın gerekmesi gibi¹²⁸³. Yine bazı islâm hukukçularına göre saçın tıraş edilip yeniden bitmesi gibi eser kalmayacak şekildeki durumlarda da hükümet-i elemnin gerekmesi¹²⁸⁴ manevî tazminatın para olarak ödenebileceği hususunda islâm hukukçularının mütalaaları arasında görmekteyiz.

¹²⁷⁹ . Bakara: 2 / 178

¹²⁸⁰ . Serahsî, *Mebisut*, XXVI, 81; İbn Kudame, *Muğni*, IX, 663 - 665

¹²⁸¹ . İmam şafii, VI, 85; Kasanî, VII, 316; İbn Abidin, VI, 586; Behnesî, *Diyet*, 132

¹²⁸² . Kâsanî, VII, 320; İbn Abidin, VI, 586; Behnesî, *Diyet*, 132

¹²⁸³ . Ebu Yusuf, *Asâr*, 220; Derdir, IV, 277; Dessukî, IV, 277

¹²⁸⁴ . Behnesî, *Diyet*, 132

Bazı islâm hukukçuları haksız fiil sonucu iz bırakmayacak şekilde yaralama veya dövme neticesinde mağdurda oluşan elem ve acıyı gidermek veya hafifletmek yahut mağduru tatmin etmek amacıyla manevî tazminat olarak, bilir kişilerin tayin ve tesbit edecekleri bir miktar maddî ivaz mağdura ödenmesi gerektiği görüşündedirler¹²⁸⁵.

Vücut bütünlüğünün ihlali neticesiyle sonuçlanan haksız fiillerin doğurduğu zararların telafisi için islâm hukukunda kabul edilmiş olan diyetin daha önce manevî tazminat olarak değerlendirilebileceğine işaret etmiştik. Zira diyetin manevî tazminat yönünün daha ağır bastığı açıktır. İslâm hukukçularına ait klasik fıkıh kitaplarında tam diyet, insan vücuduna karşılık ödenen malî değer¹²⁸⁶ veya insan vücudu için tazminat olarak ödenmesi gereken bedel¹²⁸⁷ şeklinde ifade edilmiştir. Ancak diyet sadece insan vücudunun maddî bir karşılıkla ölçülmesi değildir. Zira ölenin varislerine ödenen diyetin, ölüm hadisesinden dolayı onlarda oluşan acı ve elemelerini dindirme amacı da taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. İşte bu açıdan diyete bakıldığı zaman diyet para şeklinde ödenen manevî tazminat olarak da değerlendirilebilir.

İslâm hukukçuları, insanın güzel görünüşünün ihlalinde manevî tazminatın diyet ve hükûmet-i adl olarak malî bir karşılığın ödenmesi gerektiği kanaatinde dirler. Mesela, bir kişinin saçlarını her hangi bir şekilde, bir daha çıkmayacak durumda, dökerek onun güzel görünümünü bozan kişi saç dökülerek manen rencide edilen kişiye manevî tazminat kabilinden diyet veya hükûmet-i adl kavramı içinde değerlendirilebilecek malî bir karşılık ödemelidir¹²⁸⁸ görüşü islâm hukukçularının çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. Yine, kırıldıktan sonra yapışan, kemik kırılmalarında ve insana hiç bir mefaati olmayan uzuvların haksız bir şekilde kesilmesinde islâm hukukuna göre hükûmet-i adl gerekmesi¹²⁸⁹ de bazı durumlarda manevî tazminatın para olarak ödenebileceğinin örneğidir.

Evlenme vaadi olan nışandan dönme durumunda karşı tarafın manevî zarara uğrayacağı ve bu zararın tazmin ve telafi edilmesinin zorunlu olduğu hükmü Türk Medeni

¹²⁸⁵ . Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 81; Kâsanî, VII, 316; Zeylâi, VI, 138

¹²⁸⁶ . Mevsilî, V, 35; Damad Efendi, II, 637; Meydanî, III, 152

¹²⁸⁷ . İbn Humam, X, 271

¹²⁸⁸ . Ebu Yusuf, *Asâr*, 218; Serahsî, *Mebsut*, XXVI, 71; Merginânî, IV, 180; Mevsilî, V, 42; Damad Efendi, II, 641; İbn Abidin, VI, 577; Behnesî, *Diyet*, 132

¹²⁸⁹ . Abdulhak Bağdadî, 195; Hısnî, 559

Kanunu tarafından, nişandan dönmelerde manevî tazminat gerekir şeklinde, kabul edilmektedir¹²⁹⁰.

Bu durum benzer şekliyle islâm hukukçularının konuyu değerlendirmeleriyle ortaya konulmuştur. Böyle durumlarda manevî tazminat olarak malî karşılıkların ödenebileceği esasî islâm hukuku açısından kabul edilebilir. Aslında mutlak olarak evlenme vaadinden dönmek her hangi bir zarar doğurmaz ve manevî tazminatı da gerektirmez gibi görünmektedir. Çünkü taraflar (hatib ve mehtube) için evlenme vaadinden dönmek, hukukun onlara tanımış olduğu bir hak olarak değerlendirilmektedir. Hukukun kişilere tanımış olduğu hakların kullanılması ise, istisnai durumlar haricinde, hiç bir zaman tazminat sebebi olarak kabul edilemez¹²⁹¹.

Evlenme vaadi (hitbe) şeklinde ifade edilen nişanlanma islâm hukukunca da resmileştirilen ve hukukîliği kabul edilen bir müessese olarak bilinmektedir¹²⁹². Nişanlanmanın neticesi evlilikle noktalanırsa her hangi bir zararın varlığından bahsedilemez¹²⁹³. Nişandan dönme işi gerek hatib (erkek olan taraf) gerekse mehtûbe (kız olan taraf) tarafından olabilir. Ancak özellikle erkeğin haksız yere nişandan dönmesi durumu nişanından dönülen kızı terketmekle manevî bir zarara sebebiyet verdiği düşünülür¹²⁹⁴. Zira evlenmeye hazırlanan kızın hiçbir meşru sebep yokken terkedilmiş olması, örfî açıdan, onu üzüntüye ve manevî ızdıraba sevkedeceği bir gerçektir. Bu durum belki nişanından dönülen kızın şahıs varlığının toplum nezdinde zedelenmesine sebebiyet verecektir. Böyle bir durumun ise manevî zarar olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. O halde bu manevî zararın tazmin ettirilmesi zorunluluğunun da kabul edilmesi gerekir.

İslâm hukukunda hitbe diye isimlendirilen nişan olgusundan dönmelerde aynı zamanda karşı tarafı aldatma da söz konusudur. Aldatma ise, islâm hukukçularına göre tazminat doğuran sebepler arasında kabul edilmektedir. Zira islâm hukuku hakkın kötüye kullanılmasına ve başkasının mutazarrır edilmesine prensip olarak karşıdır¹²⁹⁵. Bu aynı

¹²⁹⁰ . T.M.K. mad. 85

¹²⁹¹ . Ebu Zehra, Muhammed, *Ahvalu's-Şahsiyye*, Beyrut, T.siz, 37; Ahmed Ferec, 67; Hallaf, Abdulvahhab, *Ahkamu'l-Ahvali's-Şahsiyye fi't-Teşri'i'l-İslâmiyye*, Kuveyt, 1990, 21

¹²⁹² . İbn Rüşd, II, 3; Ahmed Ferec, 67

¹²⁹³ . Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ahkamu'l-Usre fi'l-İslâm*, Beyrut, 1983, 86

¹²⁹⁴ . Ebu Zehra, *Şahsiyye*, 37; Şelebî, 86; Ahmed Ferec, 68

¹²⁹⁵ . Ahmed, 78; Ahmed Ferec, 68; Döndüren, 175

zamanda akıl ve mantığın kabul ettiği sonuçlardan biri olarak da telakki edilmelidir¹²⁹⁶. İslâm hukukuna göre hitbeyi nikahla sonlandırmak hatib ve mahtûbenin haklarındanandır. Böyle olmakla beraber islâm dininin müslümanlara kazandırdığı ahlakî anlayışa dayalı olarak hitbenin, akde mani meşru bir sebep yoksa, nikah aktiyle neticelendirilmesi gerekir. Bu durum müslümanlardan diyaneten beklenen neticedir¹²⁹⁷.

İslâm hukukunda nişandan bir merhale daha ileri olan halvet ve duhul vaki olmayan mutlak bir nikah aktinin talakla neticelenmesi halinde manevî tazminat olarak değerlendirebileceğimiz, nikah akti esnasında kararlaştırılmış mehrin yarısının boşanan kadına verilmesi hukuken zorunlu olarak kabul edilmektedir¹²⁹⁸.

Nikah aktinde, islâm hukukuna göre nikah aktinin şartlarından kabul edilen mehir¹²⁹⁹ kararlaştırılmamış, halvet ve duhul olmadan boşama olmuşsa o zaman manevî tazminatın malî karşılık olarak ödenmesi şeklinde kabul edilen, kocanın boşanan kadına vereceği, muta gerekir¹³⁰⁰. Muta, islâm hukukçularının benimsediği anlamda olmak üzere, gar-i menkul mal, menkul mal, para veya elbise cinsinden verilebilir¹³⁰¹. Ödenen bu malî karşılıklar hiç bir maddî varlığa tekabül etmeden sadece boşanan kadının şeref ve haysiyetinin zarar görmesinden dolayı ödenen manevî tazminat bedelleri olarak değerlendirilebilir.

İslâm hukukuna göre nikahtan sonra zevci münasebet vaki olmazsa bile halvet, yani zevci münasebete uygun bir ortamın oluşması durumundan sonra ayrılık söz konusu olursa, kadın için nikah akti esnasında kararlaştırılmış olan mehrin tamamı kadına verilmesi¹³⁰² hukuken zorunluluk ifade eder. Hatta nafile oruçlu oldukları halde halvet meydana gelmiş olsa bile mehrin tamamı gerekir¹³⁰³. Ödenmesi zorunlu olan bu malî karşılığın kadında meydana gelen manevî zararın tazmini olarak değerlendirilmesinin hukukî olacağını

¹²⁹⁶ . Ebu Zehra, *Şahsiye*, 37

¹²⁹⁷ . Ahmed Ferec, 68

¹²⁹⁸ . Merğinanî, I, 204; Mevsilî, III, 102; Meydanî, III, 15; Abdulhamid, Muhammed Muhyiddin, *el-Ahvalu's-Şahsiyye fi Teşri'i'l-İslâmiye*, Beyrut, 1984. 145; Hallaf, *Şahsiyye*, 86; Hinn, Mustafa Said, *Eseru'l-İhtilaf fi'l-Kavaidi'l-Usûliyye fi İhtilafi'l-Fukaha /İslâm Hukukunda Yöntem Tartışmaları*, (Çev. Halit Ünal), Kayseri, 1993, 37, 301

¹²⁹⁹ . Semerkandî, I, 121

¹³⁰⁰ . Mevsilî, III, 102; İbn Humam, III, 322; Meydanî, III, 15; Abdulhamid, 149; Döndüren, 289

¹³⁰¹ . Abdulhamid, 150; Döndüren, 290

¹³⁰² . Abdulhamid, 143; Ahmed Ferec, 175

¹³⁰³ . İbn Teymiyye, 239

söyleyebiliriz. Zira gerçek manada bekâretin izalesi söz konusu değildir. Sadece karşı tarafın manevî şahsiyeti rencide edilmiştir. Bundan dolayı şahıs varlığını oluşturan manevî değerlerde bir eksilme meydana getirilmiştir. Ödenen bu mali ivaz da eksilen şahıs varlığının telafi ve tazmin edilmesi amacına matuf olarak kabul edilmelidir.

Hz. Peygamber (s.a.s.)'in otlakta kaybolan deveyi bulup gizleyen kişinin deveyi sahibine iadesiyle birlikte ayrıca mislini de deve sahibine ödemesine hükmettiğine dair gelen rivayette¹³⁰⁴, deveyi saklayan kişinin bu fiilinin cezalandırılması açıkça belli iken, devesi kaybolan kişinin bu olaydan mutevellid aldığı malî karşılığın çektiği üzüntü ve elem mukabili olduğunu, manevî acı ve elemelerini dindirme mahiyeti taşıdığı şeklinde değerlendirilebileceğini, dolayısıyla manevî zararların bazı şartlarda maddî karşılıklarla tazmin edilebileceğini söyleyebiliriz.

İslâm hukuku kaynaklarında yer alan çalınan ve telef edilen malların bazı durumlarda iki katıyla ödettirilmesi¹³⁰⁵ şeklindeki görüşlerde manevî tazminatın maddî değerlerle ifa edilebileceği anlaşılmaktadır. Zira bu durumda ödenen fazlalık şayet devlet hazinesine ödenmiş olsaydı ceza olarak değerlendirileceği açıkça belliydi. Ancak bu malî değer mağdura ödenmektedir¹³⁰⁶. Bundan dolayı bunun manevî tazminat olarak değerlendirilmesi hukuken daha doğru olacaktır.

Çoğunluk islâm hukukçularının karşı çıkılarına¹³⁰⁷ rağmen bazı islâm hukukçularına göre kazften dolayı makzûfun (ithama maruz kalan kişi) ibra etmesi veya bir bedel karşılığında anlaşma yoluna gitmesinin caiz¹³⁰⁸ görülmesi de manevî zararların maddî ivazlarla tazmin edilebileceği şeklinde değerlendirilebilir.

Bazı islâm hukukçularına göre bir kişinin haksız fiil neticesi mesininin, dolayısıyla sulbünün kesilmesi ve cima gücünün kaybolması durumunda iki tam diyet gerekir¹³⁰⁹ şeklindeki görüşleri de para olarak manevî tazminatın ödeneceğine işaretir.

¹³⁰⁴ . Ebu Davud, Lukata, 17; Şevkanî, V, 158

¹³⁰⁵ . Nesai, Kat'u's-Sarik, 12

¹³⁰⁶ . Esen, Hüseyin, *İslâm Hukukunda Malî Cezalar*, (Yüksek Lisans Tezi, Basılmamış), İstanbul, 1996, 149

¹³⁰⁷ . Zeyd, 371; Esen, 149

¹³⁰⁸ . Kasanî, VII, 56

¹³⁰⁹ . Derdir, IV, 272; Dessukî, IV, 272; Ebu Hayf, 73

Ebu Hanife'ye göre annesinin cariyesine kendisine, helaldır zannıyla vatı'da bulunan kişinin sadece mehir ödemesi¹³¹⁰ de manevî tazminatın bazı şartlarda para olarak ödenebileceğine bir başka örnektir.

İslâm hukukçularından bazılarının bir kadına zorla tecavüz edip zina yapan kişiye zina haddi ile birlikte mehir gerekeceğine dair görüşlerinde¹³¹¹ de manevî tazminatın varlığına ve malî bir bedel olarak ödenmesi gerektiğine rastlıyoruz.

Bazı islâm hukukçularına göre darb veya benzeri bir müessir fülle bir genç kızın bekâretinin izalesine neden olan kişinin bekâreti zail olan kızın mehri misli tutarında bir tazminle mükellef olması gerektiği görüşünün ileri sürülmüş olması¹³¹² manevî zararın maddî bir karşılıkla telafi edilebileceği görüşünün islâm hukukuna yabancı bir görüş olmadığını ortaya koyar.

Manevî zararların maddî karşılıklarla tazmini hem islâm hukukunda hem de batı kaynaklı olan Türk Hukuk Sisteminde kabul edilmiştir. Gerçi maddî değerler uğranılan manevî ızdırapların, zarar gören kişilik haklarının tam bir karşılığı olamaz. Fakat maddî değerlerin özellikle günümüz toplumunda bir çok teselli yolları temin eden bir özelliğe sahip oldukları düşünülürse bu değerlerin manevî zararları tam olarak karşılamadığı kabul edilecek olsa bile, hafiflettiği muhakkaktır.

Manevî tazminatta en önemli mesele, hükmedilecek olan manevî tazminatın miktarının ne kadar olacağıdır. Bunu da hakim ve bilir kişi heyetine bırakmak hukuken en doğru yoldur.

2.8.2. Para Dışındaki Manevî Tazminat Şekilleri

Manevî tazminatın amacı, haksız fiil sebebiyle ruhsal incinme neticesi şahıs varlığı zarara uğrayan kişinin, ruhsal yönden tatmin edilmesi ve manevî zararının giderilmesi olduğuna göre manevî tazminatın maddî karşılıklar dışında bazı yollarla da yerine getirilmesinin hukuken mümkün olacağı bir gerçektir.

İslâm hukukçularının genel anlamda ceza hukukunun ta'zir bölümünde ele aldıkları te'dib, kınama ve teşhir gibi uygulamalar manevî tazminat açısından değerlendirildiği zaman

¹³¹⁰ . Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, *İhtilafu Ebi Hanife ve İbn Ebi Leyla*, Mısır, 1357 h. 224

¹³¹¹ . İbn Ferhun, II, 174

¹³¹² . İbn Humam, III, 323; Dessukî, IV, 278; Bilmen, VIII, 278

her birinin manevî tatmin yönünün olduğu görülmektedir. Bundan dolayı bu çeşit müeyyideleri manevî tazminat bölümünde değerlendirmek modern manada sorumluluk hukukuyla bağdaşır mahiyettedir.

Türk Borçlar Kanunu da “*hakim bu tazminatın ifası yerine diğer bir tazmin sureti ikame yahut ilave edebilir*”¹³¹³ hükmünü ihkiva etmektedir. Buna göre hakim manevî tazminat olarak bir miktar para ödenmesi yerine veya parayla birlikte para dışında bir tazmin şekline hükmedebilir.

Manevî tazminatın her zaman para ile yerine getirilmesi, bu tazminatın amacı açısından da doğru bir yol olarak kabul edilemez. Bundan dolayı bazı batı hukukçuları da manevî tazminatın para ile ifasını esasen uygun bulmamaktadırlar. Zira ihlal edilen şeref ve haysiyetin para gibi maddî bir karşılık ile tazmin edilmesinin çok kere insan nefesine ters düştüğünü, şeref ve haysiyeti küçük düşürdüğünü ve bazı hallerde de ahlaksız hareketlere sebep olabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir¹³¹⁴.

Gerçekten ihlal edilen şeref ve haysiyet hiç bir zaman bir miktar paranın mağdura verilmesiyle telafi edilmiş olamaz. Manevî zararların daima para ile tazmini cihetine gidilmesi bazan kötü anlayışların artmasına yol açabilir. Bazı mütecavizler bu durumdan cesaret bulabilirler¹³¹⁵. Başkalarına verdiği manevî zararın maddî karşılığını ödemede sıkıntıya düşmeyecek olan kişiler bakımından manevî zarara maddî tazmin müeyyidesi uygulanmasının caydırıcı olmayacağı ve tazminatın fonksiyonunu yerine getirmede yetersiz kalabileceği tartışılabilir.

Manevî tazminatın para olarak ifasının belirli bazı manevî zararlara hasredilmesi hukukun gayesi açısından daha uygun görülmelidir. Bundan dolayı islâm hukukunda manevî zararların para ile tazminine çok fazla yer verilmemiştir.

Manevî tazminatın para şeklinde ödettirilmesi üzerinde ısrarcı olmak, manevî zararın bu şekilde tazmin edilmesini arzu etmeyen mağdurun çektiği ruhî acı ve ızdırapları dindirmek yerine daha da artırmak olabilir. Bu durum ise manevî tazminatın amacına aykırı düşer. Manevî tazminata hükmedecek olan hakimin bu durumu göz önünde bulundurması gerekir.

¹³¹³ . T. B. K. mad. 49

¹³¹⁴ . Bilmen, VIII, 279

¹³¹⁵ . Bilmen, VIII, 279

Manevî zararların misliyle tazmini mümkün olmadığından, manevî zararın tesbitinden sonra dikkat edilmesi gereken şey, mağdurun elem ve acılarının telafi edilmesi, hafifletilmesi ve mağdurun tatmin edilmesine çalışmak olmalıdır. Bundan dolayı hakim çeşitli manevî tazmin şekilleri arasından, davacının talep ettiği şekle bağlı kalmadan, mağduru en iyi şekilde teskin ve tatmin edeceğine ve zararı hafifleteceğine inandığı manevî tazminat şekline hükmetmede serbest olmalıdır. İslâm hukukundaki ta'zir mantığında da bunu görmekteyiz¹³¹⁶.

Para dışındaki manevî tazminat şekillerini belirli kalıplara sokmak da zordur. Bunların takdîrini ve uygulanış biçimlerini hakim ve bilirkişi heyetlerine bırakmanın en doğru yol olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte islâm hukukunca kabul edilebilecek olan bazı manevî tazminat şekillerinin genel olarak izahını yapmanın faydalı olacağı da bir gerçektir.

2.8.2.1. Zarar verenin te'dibi

Namuslu, iffetli ve dürüst bir kişiye zina isnadında bulunulması onun şeref ve haysiyetini küçük düşüreceği, onu manen sarsacağı bir gerçektir. Bundan dolayı hukuken o kişi şahıs varlığı açısından manevî bir zarara uğramış kabul edilecektir. Böyle bir töhmet altında kalan kişinin manevî zararının para veya diğer maddî ivazlarla tazmin ve telafisi mümkün görülemez. Bu gibi durumlarda zarar verenin te'dip edilmesi onun bu isnadı haksız yere yaptığının isbatı olacak ve bu durum aynı zamanda zarar verenin ithamında yalancı olduğunu da ortaya koyacaktır. Manevî zararın doğmasına sebebiyet veren kişinin mahkemece te'dip edilmesi, mağdurun böyle bir fiili işlemediğinin delili olacağından mağdurun toplumda sarsılan itibarını geri getirecek, zedelenen şeref ve haysiyetini, belli ölçüde, tatmin ve telafi etmiş olacaktır.

Kur'an-ı Kerim bu konuyu şöyle ifade etmektedir: *İffetli kadınlara zina isnad edip de sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun, ebediyyen onların şahitliğini kabul etmeyin, işte onlar yoldan çıkmış kimselerin ta kendileridir.*¹³¹⁷ Ayetteki erkeğe olan hitabın, islâm hukukçularınca kadına da şamil olduğu ifade edilmiştir¹³¹⁸. Bu ayetle ortaya konulmuş olan hukukî meselede, hem kamu hakkı hem de şahsî hak karışık olarak

¹³¹⁶ . Benli, 309

¹³¹⁷ . Nur: 24 / 4

¹³¹⁸ . İbn Ferhun, II, 178; Ebu Zehra, *Ukûbe*, 106

yer almaktadır. İslâm hukukçularından bazıları bu ayetle ifade edilen durumda kamu hakkının (Allah hakkı) ağırlıklı olduğunu söylemişlerdir¹³¹⁹. Böyle olmakla beraber her iki durumda da şahsın manevî zararının tazmin edildiğini görmek mümkündür.

İslâm hukuk doktrinde genellikle ta'zir bölümünde ele alınan zarar verenin te'dibi başkasına sövmek, onu küçük düşürme, her hangi bir şekilde iftira atma ve bunun gibi fiillerde uygulanmaktadır¹³²⁰.

Her hangi bir haksız fiille şahıs varlığı zarara uğrayan kişinin bu manevî zararının, para ödeme dışında zarar verenin te'dib edilerek manevî tazmin ve tatmin edilebileceği esası islâm hukukunca kabul edilebilir bir nitelik taşımaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir kişi zina iftirasının dışında başkasının şeref ve haysiyetinin zedelenmesine, zarara uğramasına sebep olacak bir davranışta bulunursa bu kişi islâm hukukuna göre hakimin takdir edeceği bir şekilde te'dip edilir. Mesela, bir kişiye yalancı, fasık, hırsız vs. gibi iftirada bulunan kişi, iftirada bulunulan kişinin durumu da göz önüne alınarak, hakimin takdir edeceği bir şekilde te'dip edileceği islâm hukukçuları tarafından kabul edilen bir esastır¹³²¹. Zarar verenin te'dib edilmesi zarar görende söylediklerinden hiç birinin bulunmadığının isbatı manasını taşıyacağından zarar görenin manevî zararı tazmin edilmiş, mağdur manen tatmin edilmiş olacaktır.

İffetli bir ölüye yapılan haksız iftiralarla dolayı manevî zarara uğrayan ölünün yakınları islâm hukukuna göre bu ithamı yapan kişi aleyhine te'dib muamelesinin yapılmasını mahkemeden talep etme hakları vardır¹³²². Bu şekilde manevî tazminat talep etme hakları miras ve intikal yoluyla değil bu iftiradan dolayı kendilerinin de manevî zarara uğramış olmalarından kaynaklanmaktadır¹³²³.

İslâm hukukunda kabul edilen bu durumu Hz. Peygamber (s.a.s.) şu şekilde ifade etmiştir: *Öülere sövmeyin...*¹³²⁴. Bu hadis metninin ifadesinden de anlayacağımız gibi

¹³¹⁹ . Fudaylat, II, 174

¹³²⁰ . Maverdî, Ebu Hasan Ali b. Muhammed b. Habib el-Basrî el-Bağdadî, *el-Ahkamu's-Sultaniyye ve'l-Vilayatu'd-Diniyye*, Beyrut, 1985, 293; Ferra, Ebu Ya'la Muhammed b. Huseyn, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Beyrut, 1983, 279; Kâsanî, VII, 64; Keskioglu, 269; Behnesî, *Ukûbe*, 137

¹³²¹ . Kâsanî, VII, 63; İbn Humam, V, 347

¹³²² . Ferra, 281; Tarablusî, 189; Bilmen, VIII, 280

¹³²³ . Bilmen, VIII, 280

¹³²⁴ . Buharî, Cenaiz, 97, Rıkak, 42; Müslim, Fedailu's-Sahabe, 221; Ebu Davud, Sünnet, 10; Tirmizî, Birr, 51; Nesai, Cenaiz, 52

ölüler için yapılan her hangi bir itham onları rencide etmez. Fakat onların geride kalan yakınlarını rencide ederek manen acı ve ızdırıp çekmelerine sebep olacak özellik taşır. Bu durum ise itham edilen ölünün yakınlarının şeref ve haysiyetlerinin haleldar olması sonucunu doğurmaktadır. Şeref ve haysiyetin ihlali ise manevî zarar olarak değerlendirilmektedir. Hz. Peygamber (s.a.s.)'in ölülerle ilgili söylediği sözünden hareketle ölülere yapılan ithamların onların yakınları için manevî zarar teşkil edeceği ve bu manevî zararların dünyaya dönük hukukî neticelerinin olabileceği anlaşılmalıdır.

2.8.2.2. Zarar verenin takbih ve tevbihi

Manevî zararların tazmini hususunda mahkemenin alacağı zarar vereni kınama cezası da islâm hukukuna göre manevî tazminat olarak değerlendirilebilir¹³²⁵. İslâm tarihinde *ifk olayı* olarak bilinen ve Hz. Aişe (r.a.) hakkında yapılan iftira ve ithamda bulunanların Kur'an-ı Kerim'deki ayetlerle kınanmış olması¹³²⁶ islâm hukukuna göre manevî zarar veren kişinin kınanmasının manevî tazminat olarak değerlendirilebileceği sonucunu ortaya koyar.

Yine, Kur'an-ı Kerim'deki, *İffetli, kötülüklerden habersiz mümin kadınlara zina isnadında bulunanlar, dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir*¹³²⁷ ayetinde yer alan dünyada lanetlenmiş olmak ifadesi de, bazı durumlarda, manevî zarara sebebiyet verenlerin dünyadaki hukukî müeyyidelerinden biri olarak kınama ve lanetlemenin islâm hukuku açısından manevî tazminat olarak değerlendirilebileceği esasına işaret etmektedir. Ayette ifade edilen bu durum ise, şahıs varlıkları zarara uğrayanlar için manevî tazminat olarak kabul edilebilecek bir olgu olarak değerlendirilebilir.

Bazı manevî zararlar için hakim zarar verenin ve şahıs varlığı zarara uğrayanın durumunu gözönünde bulundurarak takbih ve tevbihe karar verebileceği islâm hukukçuları tarafından kabul edilmiştir¹³²⁸. Bu durumda hakim zarar verenin mağdur aleyhine işlemiş olduğu haksız fiilin kötü bir davranış olduğuna ve failin kınanmasına karar vermiş olması mağdurun manen tatmin edildiği manasını taşır.

Bir kişinin diğerine sözlü veya fiili sataşması neticesinde meydana gelen manevî zarardan dolayı hakime müracaat etme hakkı sahip olduğu islâm hukukunda kabul

¹³²⁵ . Bilmen, VIII, 281; Akıntürk, *Medeni*, 126; Kılıçoğlu, 259

¹³²⁶ . Nur: 24 / 11 - 12

¹³²⁷ . Nur: 24 / 23

¹³²⁸ . Şirbinî, IV, 192; Behnesî, *Ukûbe*, 202; Muhammed Zuhaylî, 66; Fudaylat, IV, 134

edilmiştir. Bu durumda hakim ise, satışmada bulunan kişinin kınanmasına karar verebilir¹³²⁹. Hakimin verdiği bu kınama kararının mağdur için manevî tazminat niteliği taşıyabileceği durumu islâm hukukunun zararın izalesi hususundaki genel prensiplerine uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Hiz. Peygamber (s.a.s.), birisini annesinden dolayı ayıplayan Ebu Zerr el-Ğifari'ye, *Şüphesiz sende cahiliyye adeti var* diyerek bu şekilde başkasına haksız saldırıda bulunan kişiyi takbih ve tevbih etmiş¹³³⁰ olması islâm hukuku nasslarında yer alan manevî tazminata hukukî dayanak teşkil eden ifadelerden biridir.

Bir şahıs hakkında hakaret içeren yazı yazılması veya söz söylenmesi durumunda, zarar görenin müracaati üzerine, hakim, bu sözü söyleyenin yaptığı işin çirkin bir iş olduğuna karar verebilir. Bu kararın yayınlanması işi yüphesiz zarar görenin manevî zararını tazmin olarak görülmelidir¹³³¹. Böyle durumlarda hakimin uygun göreceği bir manevî tazminat şekline hükmetme yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi islâm hukuku açısından da doğru bulunmaktadır¹³³².

Takbih ve tevbih hususunda islâm hukukçuları değişik önerilerde bulunmuşlarsa da bu durum zamana, şartlara ve şahıslara göre değişiklik gösterebilecek bir husus olarak görülmelidir. Burada önemli olan mağdurum tatmin edilmesi, mütecavizin de te'dib ve ıslah edilmesidir. Böyle durumlarda *suçlunun değil suçun düşmanı olmak gerekir* prensibinden hareket ederek hakimin suçluyu değil, suçlunun işlemiş olduğu haksız fiili kınaması en doğru olanıdır¹³³³.

2.8.2.3. Haksız fiilin teşhiri

İslâm hukukuna göre manevî tazminat şekillerinden biri de meydana gelen haksızlığın teşhir edilmesi ve bu haksızlığın düzeltilmesi şeklinde kabul edilebilir¹³³⁴.

¹³²⁹ . İbn Nuceym, 217

¹³³⁰ . Buharî, İman, 22, Edeb. 44; Müslim, Eymen, 38, 40; Ebu Davud, Edeb, 124

¹³³¹ . Bilmen, VIII, 281

¹³³² . Maverdî, 293; Ferra, 279; İbn Humam, V, 347; İbn Ferhun, II, 201

¹³³³ . Benli, 312

¹³³⁴ . Serahsî, *Mebhut*, XVI, 145; İbn Ferhun, II, 304; Şirbinî, IV, 192; Bilmen, VIII, 281; Behnesî,

Toplumda güvenilir olarak bilinen bir kişinin yalancı ve hilekâr diye itham edilmiş olması şüphesiz onun şeref ve haysiyetini zarara uğratacaktır. Böyle bir durumun asılsız olduğunun hakim tarafından ilan edilmesi ve bu iftirayı yapanın halka teşhir edilmesi¹³³⁵ şeref ve haysiyeti zarara uğrayan kişi için manevî bir tazmin kabul edilebilecek özelliğe haiz olduğu söylenebilir.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Mؤمنlerden bir gurub da onlara uygulanan cezaya şahit olsun*¹³³⁶ ayeti teşhir etme işinin hukukî dayanağını ifade etmektedir¹³³⁷. Hz. Peygamber (s.a.s.)'in bir gurub insanın önünde başkasının manevî değerlerine haksız saldırıda bulunan kişiye, *Şüphesiz sende cahiliyye adeti var*¹³³⁸ diyerek onun kötü halini teşhir etmiş olması da buna islâm hukuku kaynaklarından verilebilecek bir başka örnektir. Bu durum ise, manevî değerleri haksız saldırıya uğrayarak manevî zarar gören kişi için manevî tazminat olarak değerlendirilecek niteliğe sahiptir. Resulullah (s.a.s.)'in yapmış olduğu uygulamada başkasının manevî değerlerine haksız saldırıda bulunan kişinin kötü olan yönünün teşhir edildiği görülmektedir. Bu kişiyi uyarma ve teşhir olayı aynı zamanda ondaki kötü huyun ıslahı anlamına da gelmektedir.

Hz. Ömer (r.a.)'in yalan yere şahitlik eden kişiyi Medine sokaklarında dolaştırarak teşhir etmiş olmasını da islâm hukukçuları, teşhir için islâm hukukunun tatbikine dair örnekler arasında zikretmektedirler¹³³⁹.

İslâm ceza hukukunun ta'zir bölümünde ele alınan teşhir¹³⁴⁰, her hangi bir kişinin şahıs varlığını oluşturan değerlere karşı yapılan haksız saldırıların veya şahsiyeti rencide eden sözlü veya fiili sataşmaların mesnedsiz olduğunu topluma anlatmak, dolayısıyla şeref ve haysiyeti zarar gören kişinin masumiyetini ilan etmek anlamına gelir.

İşte bu yönüyle teşhir manevî tazminat şekillerinden biri olarak değerlendirilebilir. Zira teşhirde fail için zecr/zevacir (engelleme, yaptırım, caydırma), mağdur için ise, cebr/cevabir (zararın giderimi) söz konusudur.

¹³³⁵ . Muhammed Zuhaylî, 66; Fudeylat, IV, 154

¹³³⁶ . Nur: 24 / 2

¹³³⁷ . Sabûnî, *Ahkam*, II, 40

¹³³⁸ . Buharî, İman, 22; Müslim , Eyman, 38; Ebu Davud, Edeb, 124

¹³³⁹ . Serahsî, *Mebsut*, XVI, 145

¹³⁴⁰ . Keskioglu, 270

İslâm hukukunda yer alan teşhir hükmü, Türkiye’de uygulanmakta olan hukuk sistemince kabul edilen kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin mahkemede alınan düzeltme kararının yayımıyla¹³⁴¹ benzerlik arz etmektedir.

İslâm hukukuna göre bir kimse aleyhine yalan ihbar ve şehadette bulunmuş olanların mahkeme kararıyla teşhir edilmeleri de manevî tazminatın bir şekli olarak kabul edilebilecek özelliğe haizdir¹³⁴². Kur’an-ı Kerim yalan söylemeyi, *yalan sözden sakının*¹³⁴³ ayetiyle yalan yere şahitliği de *onlar yalan yere şahitlik etmezler*¹³⁴⁴ ayetiyle ifade etmiştir. Bu ayetlerdeki ifadelerden hareketle yalan söz ve şahitliğin islâm hukukuna göre, zarar doğurabilecek nitelikte haksız fiillerden kabul edilebileceği sonucuna varmaktayız.

Günümüzde teşhir klasik fıkıh kitaplarında ifade edildiği gibi ilkel şekillerle değil, teknolojik gelişmelere uygun olarak yapılmalıdır. Mesela televizyon, radyo, gazete, dergi, broşür ve benzeri diğer görüntülü veya yazılı basın aracılığıyla yapılacak olan teşhirin mağdur için daha tatminkar bir yol olduğunu söyleyebiliriz.

2.8.2.4. Mağdurun faile cevap vermesi

Bir kişinin şahıs varlığını oluşturan değerlere karşı yazılı veya sözlü olarak yapılan saldırı o kişi için manevî acı ve ızdıraba sebebiyet verebilecek niteliğe sahip olabilir. Bu durumda yazılı veya sözlü saldırıya uğrayan kişinin manevî zararının tazmin edilmesi gerekir. Bu tazmin şeklinin saldırıda bulunan kişiye mağdurun cevap vermesi şeklinde olabileceği hukuken kabul edilebilecek bir durumdur. Bir kimsenin, aleyhine söylenen sözlere veya yazılan yazılara cevap vermeye hakkının bulunması, kendi hukukunu korumaya ve hakkını savunmaya yardımcı olacağı için tazminat şekli olarak kabul edilebilir.

İslâm hukukunda cevap hakkına ait deliller Kur’an ve sünnetten istinbat edilmektedir. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de, *Kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülüktür*¹³⁴⁵, *Kim size saldırırsa siz de ona misli ile mukabele edin (ileri gitmeyin)*¹³⁴⁶ şeklindeki ifadenin de

¹³⁴¹ . Velidedeoğlu, 313; Eren, *Borçlar*, II, 382; Akıntürk, *Medeni*, 126; Kılıçoğlu, 259

¹³⁴² . Şirbini, IV, 192; Bilmen, VIII, 282

¹³⁴³ . Hac: 22 / 30

¹³⁴⁴ . Furkan: 25 / 72

¹³⁴⁵ . Şura: 42 / 40

¹³⁴⁶ . Bakara: 2 / 194

işaret ettiği gibi ileri gitmemek, haddi aşmamak şartıyla islâm hukukuna göre, zarara uğrayan kişi karşı tarafa cevap verme hakkına sahip olarak kabul edilmiştir.

Cevap hakkıyla ilgili olduğunu düşündüğümüz bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.) de, ***Sövüşenlerin günahı, mazlum olan kişi haddi aşmadığı müddetçe ilk sövene aittir***¹³⁴⁷ buyurmuştur. Bu hadiste mağdurun, kendisine haksız saldırıda bulunan kişiye karşılık verme hakkına sahip olduğu ve bu işten diyaneten meydana gelecek sorumluluğun da haksız şekilde saldırıda bulunan kişiye ait olacağı ifade edilmiştir.

Ancak islâm hukukunda mağdura tanınan cevap verme hakkı ruhsata istinaden verilmiş bir hüküm olarak kabul edilmiştir. Böyle durumlarda aslolan kötülüğe karşı cevap vermemektir. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de, ***Bir kötülüğün cezası ona denk bir kötülüktür. Kim bağışlar ve barışı sağlarsa, onun mükafaatı Allah'a aittir***¹³⁴⁸ buyurularak haksızlığa maruz kalan kişilerin affedici olmaları teşvik edilmiştir. Böyle olmakla birlikte mağdur af yolunu değil de, cevap verme hakkını kullanacak olursa, haddi aşmamak, aşırı gitmemek kaydıyla, sorumluluğunun olmayacağı Kur'an-ı Kerim'deki, ***Kim zulme uğradıktan sonra hakkını alırsa, böyle hareket edenlerin aleyhine bir yol (mesuliyet) yoktur***¹³⁴⁹ ayetiyle ifade edilmiştir.

Pozitif hukukta bir nevi manevî tazminat şekli olarak kabul edilen mağdurun faile cevap vermesi islâm hukukunda da uygulama imkanı bulabilecek nitelikte olup, Kur'an ve sünnette yer alan nasslarla desteklenmiş, manevî zararlara karşı tatbiki mümkün manevî tazminat şekillerinden kabul edilebilir.

Mağdur durumda olan kişi, şahsına karşı söylenilen hakaretli ve gurur kırıcı sözlerden dolayı, islâm hukukuna göre, tazir kapsamında mahkemeye muracaat edebilir¹³⁵⁰.

2.8.2.5. Haksız ve yanlış şayiaların düzeltilmesi

Bir insanı yaşadığı toplumda küçük düşüren, hakkında kin ve nefret duygularının beslenmesine sebep olan ve bundan dolayı şeref ve haysiyet sahibi insanların gözünde şahsiyet itibarıyla küçültülmesine yol açabilecek şekilde yapılan mesnedsiz ve yanlış isnadların mahkeme kararıyla düzeltilmesi şüphesiz mağdurun bu isnadlar dolayısıyla çektiği

¹³⁴⁷ . Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 235; Muslim, *Birr*, 69; Ebu Davud, *Edeb*, 39; Tirmizi, *Birr*, 51

¹³⁴⁸ . Şura: 42 / 40

¹³⁴⁹ . Şura: 42 / 41

¹³⁵⁰ . Bilmen, VIII. 282

manevî acı ve ıztırapları hafifletecek, kırılan onurunu bir nebze de olsa tamir edecek, zedelenen şeref ve itibarının yeniden eski haline dönmesine vesile olacaktır.

İslâm hukukunun aslî kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de kişiler hakkında kullanılan yanlış ifadelerin düzeltilmesi manasında ayetler mevcuttur. Mesela, peygamberler hakkındaki yanlış isnadlardan bahseden ayetlerde, *Onlardan önce Nuh'un kavmi de yalanladı. Hem de kulumuzun yalancı olduğunda ısrar ederek "O delirdi" dediler*¹³⁵¹, *Fırahn ordusuyla birlikte yüz çevirmiş ve "(Musa'ya) sihirbazdır veya bir delidir" demişti*¹³⁵², *Dediler ki, ey kendisine Kitap indirilen! Sen mutlaka bir delisin*¹³⁵³ gibi ifadelerle bu durum izah edilmiştir. Bunun gibi peygamberlere şair¹³⁵⁴, sihirbaz¹³⁵⁵, deli¹³⁵⁶ v.s haksız isnadlarda bulunduğu da Kur'an-ı Kerim'deki ayetler tarafından beyan edilmiştir. Ayetlerle ifade edilen bu haksız isnadlar şüphesiz o peygamberlerin manevî şahsiyetlerini hedef almaktaydı. Bundan dolayı Allah Teala bu haksız isnadları düzeltir mahiyette, değişik zamanlarda farklı ayetler göndermiştir. Mesela, *Arkadaşınız (Muhammed) asla deli değildir*¹³⁵⁷, *(Ey Muhammed)! Öğüt ver; rabbinin nimetiyle sen, ne kahinsin ne de delisin*¹³⁵⁸, *Deli bir şair yüzünden tanrılarımızı mı bırakalım? Derlerdi. Hayır, O, gerçeği getirmiş ve peygamberleri doğrulamıştı. Süphesiz siz can yakıcı bir azabı tadacaksınız*¹³⁵⁹ bu ayetler tamamen peygamberlerin şahıs varlıklarına yönelik haksız isnadların düzeltilmesi manasını taşımaktadır. Buradan hareketle haksız isnadların düzeltilmesinin islâm hukukuna göre kabul edilebilecek bir manevî tazminat şekli olduğunu söyleyebiliriz.

Kısaca, yalan ve yanlış isnadlara karşı yetkili makamlar tarafından, söz konusu isnadların asılsız olduğuna dair yapılacak beyanların, yanlış isnadlar sebebiyle şahıs varlığı zarara uğrayan kişinin manevî olarak tatmin edileceği muhakkaktır. Bundan dolayı yanlış

¹³⁵¹ . Kamer: 54 / 9

¹³⁵² . Zariyat: 51 / 39

¹³⁵³ . Hicr: 15 / 6

¹³⁵⁴ . Saffat: 37 / 36; Tûr: 52 / 30

¹³⁵⁵ . Yunus: 10 / 2; Mu'min: 40 / 24; Zariyat: 51 / 52

¹³⁵⁶ . Hicr: 15 / 6; Şuara: 26 / 27; Duhan: 44 / 14; Kamer: 54 / 9; Kalem: 68 / 51

¹³⁵⁷ . Tekvîr: 82 / 22

¹³⁵⁸ . Tûr: 52 / 29

¹³⁵⁹ . Saffat: 37 / 36 - 38

isnadların mahkeme kararıyla düzeltilmesinin manevî tazminat olarak değerlendirilmesi mümkün görülmektedir.

Yukarıda izah ettiğimiz manevî tazminat şekillerinden başka, zarar veren ve zarar görenin sosyal mevkilerine, şahsî durumlarına, meslekî kariyerlerine, toplumun kendileri hakkında verdiği değer yargılarına göre değişik manevî tazmin şekillerini uygulamak yetkisinin hakimlere tanınmasının gerekliliği islâm hukukunun evrensellik özelliğiyle bağdaşır bir durum arzemektedir¹³⁶⁰.

2.9. MANEVÎ TAZMİNATIN MİKTARINI ve ŞEKLİNİ TAYİN YETKİSİ

Pozitif hukukta kabul edildiği gibi, Türk Borçlar Kanunu da manevî tazminatın şeklinin ve miktarının tayin işini tamamen hakime bırakmıştır¹³⁶¹. Borçlar kanunundaki ilgili maddeden anlaşılan ifadeye göre, hakim manevî tazminat olarak belirli bir miktar para ödenmesinin yerine zarar verenin mağdurdan özür dilemesine, yazdıklarını tekzib etmesine, yapılan haksız filin kınanmasına ve bunlara benzer hükümlere karar vermeye yetkili görülmektedir¹³⁶².

Türkiye’de uygulanmakta olan kanunlarda manevî tazminat için ne alt sınır ne de bir üst sınır belirlenmiş değildir. Takdir tamamen hakimlere bırakılmıştır. Bu durumun bazı sakıncaları olacağı ve bazı hallerde istismar edilebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Mesela şeref ve haysiyete hakaret için bir mahkeme sadece özür dilenmesine karar verirken diğer mahkeme yüklü bir para olarak manevî tazmine hükmedebilir. Böyle bir durumun haksızlık oluşturacağı ise açıktır. Bazı hukukçular hakimin bu geniş yetkisinin, hakim para olarak manevî tazminin yanında ancak diğer manevî tazminat şekillerine hükmetmelidir, görüşleriyle belirli bir sınır içerisinde sokulmasının, yani disipline edilmesinin doğru olacağı kanaatindedirler¹³⁶³.

Manevî tazminatın tayin ve tesbiti her şeyden önce, manevî zararın varlığına hükmetmeyle alakalıdır. Zira manevî zararı tam olarak tesbit edmeden manevî tazminatın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Manevî zararın tesbitinden sonra ancak manevî

¹³⁶⁰ . Ferra, 280; İbn Humam, V, 347; Velidedeoğlu, 313; Kılıçoğlu, 259

¹³⁶¹ . T.B.K. mad. 49

¹³⁶² . Velidedeoğlu, 313; Eren, *Borçlar*, II, 382; Akıntürk, *Medeni*, 126; Kılıçoğlu, 255.

¹³⁶³ . Eren, *Borçlar*, II, 382

zararın tayin ve tesbitine çalışılır. Manevî zararlar mücerred olduklarından ve maddî olarak kıymetlendirilmelerinin hemen hemen imkansız olmasından dolayı manevî tazminatın takdir ve tesbitini de zorlaştırmaktadır. Hatta manevî zararların bu özellikte olmasından dolayı klasik fıkıh kitaplarında, bu çeşit zararların tazminatına değinilmemiştir. Bundan dolayı da bir kısım hukukçular islâm hukukunda manevî tazminatın olmayacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir¹³⁶⁴.

İslâm hukukunun temel ilkelerine göre, tazminatın mümkün olduğu kadar, zarara denk olması, zarar göreni zenginleştirme gibi bir amaca yönelmemesi gerekir¹³⁶⁵. Zararla tazminat arasında denklik sağlamak maddî zararlarda kolay olmasına rağmen manevî zararlar için bu kolaylıktan bahsetmek mümkün değildir. Zira, kişinin manevî değerleri ile şeref ve itibarına yönelik manevî zararlarda zararlar tazminat arasında tam bir eşitlik sağlamak, imkansızlık derecesinde, zor ve meşakkatlidir. Böyle olmakla beraber bu durum, islâm hukukuna göre, manevî tazminatın takdirine engel de teşkil etmemelidir¹³⁶⁶.

İslâm hukukuna göre, manevî tazminat, miktarı ve şekli nasslarla tayin edilmiş olan manevî tazminat ve nasslarla tayin edilmiş olmayan manevî tazminat olmak üzere iki kısma ayrılarak değerlendirilebilir. Bu maksada matuf olmak üzere islâm hukukçuları *erş-i makadder* ve *erş-i gayr-ı mukadder* tabirlerini kullanmışlardır¹³⁶⁷.

Meydana gelen manevî zararların mahiyeti esasen herkes hakkında aynı ölçülerle sınırlı ise bunlardan dolayı gerekecek olan manevî tazminat miktarı, islâm hukukuna göre, hakimnin yetkisine bırakılmayıp nasslarla muayyen hale getirilmiştir¹³⁶⁸. Mesela, hataen adam öldürme durumunda ödenecek olan tazminat manevî tazminat olarak değerlendirildiği zaman herkes için aynı olacağı görülmektedir. Bu durumu Kur'an-ı Kerim, ***Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin mümin bir köle azad etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gerekir***¹³⁶⁹ ayetiyle hükme bağlamıştır. Zina ithamında zarar veren kişiye uygulanacak olan hüküm de Kur'an-ı Kerim'de tayin ve tesbit edilen manevî tazminat

¹³⁶⁴ . Benli, 285 - 286

¹³⁶⁵ . Bu konuda bkz. Bakara: 2 / 194; Nahl: 16 / 126; Şura: 42 / 40; Abdusselam, 118

¹³⁶⁶ . Abdusselam, 75

¹³⁶⁷ . Kamatî, 31

¹³⁶⁸ . Bilmen, VIII, 284

¹³⁶⁹ . Nisa: 4 / 92

şekillerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁷⁰. Bu ayetlerden de anlaşılacağı gibi bir kısım manevî zararlar için hükmedilebilecek manevî tazminatların sınırları islâm hukukunun aslî kaynaklarıyla tayin ve tesbit edilmiştir. Bu gibi durumlarda ayrıca hakime bir takdir yetkisi tanınmamıştır.

İslâm hukukuna göre sınırları belirlenmemiş manevî tazminat türleri, şahıslara, şartlara ve haksız fiillere göre değişiklik arzedecek durumda olanlardır. Bunların miktarlarını ve sınırlarını tayin etme yetkisi hakime ve bilirkşi heyetine bırakılmıştır¹³⁷¹. Bu tür manevî tazminat şekilleri zamanın, bölgenin, insanların durumlarına göre değişiklik gösterir özelliktedir¹³⁷². Zira islâm hukukunun kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve sünnette sınırları kesin olarak belirtilmeyen hükümlerin zamanın değişmesiyle değişebileceği esası islâm hukuçularının islâm hukukundaki nassların genel mefhumundan çıkartarak ortaya koydukları külli kaideyle kabul edilen bir hukukî durumdur¹³⁷³.

İslâm hukukçuları, modern hukuk anlayışında da olduğu gibi, insanların toplumda sahip oldukları makam ve mevkilerine göre şeref ve haysiyetlerine karşı yapılan haksız bir saldırıdan dolayı uğrayacakları zararların farklı olacağı kanaatindedirler. Bundan dolayı belli bir makam ve mevki sahibinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi durumunda uğrayacağı manevî zarar ile, hiç bir makam ve mevkiye sahip olmayan, ilmî ve meslekî bir kariyeri de bulunmayan, sıradan şahısların şeref ve haysiyetinin ihlali neticesinde uğrayacakları zararlar aynı ölçülerde zarar olarak kabul edilmeyip tazminatları için de aynı ölçülerin geçerli olacağı esası uygun görülmemiştir¹³⁷⁴.

Mesela, bir islâm hukukçusu olan Karafî'nin ifadesine göre, kadının bineğinin kuyruğunu kesen kişi, noksan kıymet yerine, hayvanın tamamının değerini tazmin etmelidir. Çünkü böyle bir hayvana binmek kadı için şeref ve itibarını zedeleyen bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Burada kadının binekten sağlayacağı menfaatin tamamen fevti söz konusu olmaktadır¹³⁷⁵.

¹³⁷⁰ . Nur: 24 / 4

¹³⁷¹ . Ferra, 280; İbn Humam, V, 347

¹³⁷² . Ali Hafif, *Daman*, II, 619

¹³⁷³ . Mec. mad. 39

¹³⁷⁴ . İbn Humam, V, 345; Şirbini, IV, 191; Ğamravî, 535; Erdebilî, II, 341

¹³⁷⁵ . Karafî, IV, 32

İslâm hukukuna göre, hakim ve bilirkişi heyetine bırakılan manevî tazminat şeklinin tayininde ölçü olarak kabul edecekleri kıstasların neler olabileceğinin daha fazla detayına girmeyeceğiz.

2.10. MANEVÎ TAZMİNAT TALEBİNİN MİRASÇILARA İNTİKALİ

Manevî tazminat hukuken subjektif bir hak olarak değerlendirilmiştir. Bundan dolayı bu hak objektif kriterlere bağlı olarak kullanılamaz. Kural olarak bütün alacakların temliki kabildir. Bu alacakların mukaveleden, haksız fiilden veya vasiyetten meydana gelmiş olması dolayısıyla farklılık arzetmezler. Ancak alacağın mahiyeti icabı olarak temliki caiz olmayan bazı alacaklar vardır. Manevî tazminat da bu kabil alacaklardandır¹³⁷⁶.

Manevî tazminat, kısaca bizzat yaşanan acı ve elemnin karşılığıdır. Bu durum ise, onun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunun ifadesi şeklinde değerlendirilmelidir. Bundan dolayı manevî tazminat talebinin, maddî tazminat talebinde olduğu gibi başkalarına devredilmesi düşünülemez. Manevî tazminatın devir ve temlik edilmesi, bizzat zarara uğrayan kişi için tatmin özelliğini kaybedeceği değerlendirmesi de yapılmaktadır¹³⁷⁷. Oysa maddî tazminat talebi memleki nitelikte bir alacak hakkı olduğundan başkalarına devredilmesi, rehin olarak verilmesi mümkündür¹³⁷⁸. Kısaca manevî tazminat talebi hakkı, şahsa bağlı subjektif nitelikte bir hak olduğundan devredilmesi, islâm hukukuna göre, hukuken mümkün görülemez.

Aslında pozitif hukuka göre, terekeye dahil alacakların, davaların ve mülkiyet haklarıyla sair hakların mirasçılara intikal edeceği esas kaide olarak kabul edilmektedir. Yani müteveffanın bütün hakları ve davaları mirasçıya intikal etmekle beraber, kanunda açıkça yazılı istisnalar ile mameleke dahil olmayan haklar da mirasçılara intikal etmez. Binaenaleyh manevî tazminat davasını müteveffa namına mirasçılar ikame edemezler. Bunun sebebi, manevî tazminat davasının şahsî bir dava olmasıdır¹³⁷⁹.

Türk Medeni Kanunu da manevî tazminat talebinin başkasına devrini genel bir ilke olarak kabul etmemektedir. Türk Medeni Kanununda yapılan son değişiklik bunu şöyle

¹³⁷⁶ . Saymen, 217.

¹³⁷⁷ . Tunçomağ, 313

¹³⁷⁸ . Bilmen, VIII, 283

¹³⁷⁹ . Saymen, 220

hükme bağlamıştır. *manevî tazminat talebi karşı tarafca kabul edilmedikçe devredilemez*¹³⁸⁰. Bu maddeye göre böyle bir alacağın bir başkasına temlik edilebilmesi için, manevî tazminatın, hak sahibi tarafından öne sürülmüş olması, bu amaçla dava açılmış olması veya avukatına vekalet vermiş olması ya da manevî tazminatın borçlusu tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Bu hallarin dışında tazminat alacaklısı bunu bir başkasına temlik ve devir edemez¹³⁸¹. Burada manevî tazminat davasının mirascılara intikali hususunda kanunun getirdiği bir istisna söz konusudur¹³⁸².

Mahkemece kararlaştırılan, maddî nitelikteki manevî tazminat, borçlusu tarafından kabul edilince, bu tazminat subjektif olmaktan çıkıp, üzerinde malikine objektif menfaat sağlayan haklar arasına girmiş olarak değerlendirilir. Bundan dolayı bu gibi hallerde manevî tazminatın başkasına devir, temlik ve mirascılara intikali mümkün görülmüştür.

Bazı islâm hukukçularına göre ölenin, şahsına bağlı, objektif olmayıp, sadece subjektif tercihlere bağlı olan hakları varislerine geçmez¹³⁸³. Bu durumda manevî zararlardan doğan alacak haklarının varislere miras yoluyla geçmesi mümkün değildir. Bazı islâm hukukçuları ise, mirasçılardan, miras birakanın sahip olduğu bütün haklara sahip olacağı görüşündedirler¹³⁸⁴.

İslâm hukuku açısından maddî tazminata yakın olan manevî tazminatların talep hakkının miras yoluyla mirascılara geçmesinin kabul edilmesi, fakat sırf manevî özelliğe sahip olup, tazminatında da maddî bir karşılığa hükmedilemeyen manevî tazminat talep haklarının mirascılara intikalinin kabul edilmemesinin maksada daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

İslâm hukuk doktrinde bunun örneklerine de rastlamak mümkündür. Mesela, islâm hukukçularının görüşlerine göre, birisi tarafından dövülüp karşılığında manevî tazminat talebinde bulunmayan kişi daha sonra başka bir nedenden dolayı ölecek olsa varisleri artık onu yaralayandan manevî tazminat talep etme hakkına sahip değildirler¹³⁸⁵.

¹³⁸⁰ . T.M.K. mad. 24

¹³⁸¹ . Tunçomağ, 313 - 314; Kılıçoğlu, 262

¹³⁸² . Saymen, 220

¹³⁸³ . Aktan, *Miras*, 53

¹³⁸⁴ . Aktan, *Miras*, 53

¹³⁸⁵ . Kâsanî, VII, 238

Yine islâm hukukçularına göre, bir kişi kendisine yöneltilen zina ithamından dolayı dava etmeden ölecek olursa varislerin ithamda bulunan kişi aleyhine manevî tazminat davası açma hakları yoktur¹³⁸⁶. Sahih bir nikahın var olduğu zannıyla veya başka bir müessir fiille bekâreti izale edilen kızın varisleri manevî tazminat olarak kabul edilebilecek olan mehr-i misli talep hakkına sahip¹³⁸⁷ olmaları islâm hukukunda manevî tazminat talebi hakkının bazı durumlarda miracılara intikal edebileceğinin örneğidir.

İslâm hukukuyla mukayese yapabilmek açısından zaman zaman atıflarda bulunduğumuz, pozitif hukukun bir mahsulü olan, Türk Medeni Kanununun sadece nişanın bozulması durumunda manevî tazminat talebinin mirascılara intikal edeceği istisnasını kabul ettiği görülmektedir¹³⁸⁸.

2.11. MANEVÎ TAZMİNAT TALEBİNE HAKKI OLANLAR

2.11.1. Mağdur

Mağdurdan maksat, haksız fiilin eksiklik meydana getirdiği manevî şahsiyet sahibi kişidir. Diğer bir ifadeyle mağdur, şahıs varlığı haksız fiil neticesi zarar gören kişidir. Başka birisine karşı ika edilen manevî zarar dolayısıyla tazminat davası ikame etmek imkansızdır. Böyle bir davanın ikamesi için bizzat mağdur vaziyetinde bulunmak lazımdır¹³⁸⁹. Bu husustaki genel kaide; haksız fiil nedeniyle tazminat isteme hakkı haksız fiilden doğrudan doğruya bir zarara uğramış olana ait olmasıdır¹³⁹⁰. Mesela, islâm hukukuna göre kendisine kazifte bulunulan¹³⁹¹, ismiyle alay edilen¹³⁹², özel hayatına tecavüz edilen¹³⁹³ kişi, bu olaylar neticesinde manevî eleme maruz kaldığından dolayı, yakınlarının, onun adına manevî tazminat talep etme hakları olamaz. Çünkü şahıs varlığı haksız saldırıya uğrayan kişi manevî

¹³⁸⁶ . Tarablusî, 185; Zuhaylî, *Fıkıh*, V, 70 vd

¹³⁸⁷ . Bilmen, VIII,283

¹³⁸⁸ . T.M.K. mad. 24

¹³⁸⁹ . Saymen, 179

¹³⁹⁰ . Tunçomağ, 315

¹³⁹¹ . Nur: 24 / 4

¹³⁹² . Hucurat: 49 / 11

¹³⁹³ . Hucurat: 49 / 12

elem ve ıztırapları bizzat kendisi çektiğinden onun acı ve elemeleri için başkalarının tazminat talebinde bulunmaları düşünülemez.

Maddî zararların tazmininde mağdurun şahsiyetinin önemi olmamasına karşılık manevî zararların tazmininde, meseleye hakim olan unsur sanki mağdurun şahsiyeti gibi görünmektedir. Haksız fiillerden dolayısıyla zarara uğramış olanlar, mesela, o kimsenin alacaklıları, borçlunun mal varlığının ve çalışma kabiliyetinin eksilmesi sebebiyle bir tazminat davası açamazlar¹³⁹⁴. Zira manevî tazminatın gayesi mağdurun elem ve ıztırabını teskin, tehvin ve şahıs varlığını oluşturan değerlerde meydana gelen eksilmeyi nakdî veya diğer bir şekilde elde edeceği tatmin ve haz ile telafi etmek olduğundan, manevî tazminatın miktarı ve şekli şahıstan şahısa değişebilir¹³⁹⁵.

Zararın husulünde mağdurun kusurunun bulunup bulunmadığı hususu da manevî tazminat miktarını tayinde rol oynayacağı gibi, mağdurun tazminat talep edip edemeyeceğini de etkileyecektir. Mağdurun toplumdaki yeri ve sosyal mevkiinin de manevî tazminat talebi konusunda etkili olabileceği göz ardı edilmemelidir.

2.11.2. Ölenin Ailesi

Bir kimsenin ölümü ile husule gelen manevî ıztıraba düşer olanların sayısı pek çoktur. Mesela, ölünün hısım ve akrabaları, eşi, çocukları, dostları ve hatta ölünün hayatı, ilmi ve siyasi mesaisi ile yakından alakadar olanlar bundan dolayı müteessir olurlar. Ancak hukukçular bu silsilenin tahdid edilmesi gerektiği kanaatinde dirler. Çünkü haksız fiil failine bu kadar ağır bir sorumluluk yüklemek adalete uygun düşmez. Bu sınırın çizilmesi için bazı hukukçular, ölüye karşı nafaka talebi hakkına malik olanlar, ancak ölüm halinde manevî tazminat talebinde bulunabilirler. Bazı hukukçular ise, tazminat talebine hakkı olanları isimleriyle tahdid ederek bunların haricindeki kişilerin tazminat talep edemeyeceklerini kabul etmektedirler¹³⁹⁶.

Ölüm halinde ölen kişinin ailesinin manevî tazminat isteyebileceği hükmünün kabul edilmiş olmasıyla aile kelimesinin hukukî anlamıyla algılanmaması gerektiği hususuna dikkat çekilmiştir. Zira burada aile terimi, ölen kişi ile geriye kalanlar arasındaki hukukî bağılılık

¹³⁹⁴ . Tunçomağ, 316

¹³⁹⁵ . Saymen, 181

¹³⁹⁶ . Saymen, 185

derecesine göre yorumlanmalıdır¹³⁹⁷. Yoksa aile kavramından anlaşılmak istenen husus karışıklığa sebep olabilir.

Bir kimsenin öldürülmesiyle, onun yakınları, yardımcılarını kaybetmiş olurlar. İşte bu durumda Türk Borçlar Kanunu onlara bu ölüm sonucu uğradıkları zararları tazmin ettirme hakkını tanımıştır¹³⁹⁸. Buradaki manevî tazminat talebi ölenin şahsından geçmez, bizzat ölenin yakınlarının şahsında doğar. Bundan dolayı miras hakkından bağımsızdır. Yani tazminat alacaklısının mirasçı olup olmamasının veya mirası reddetmiş bulunmasının bir önemi yoktur¹³⁹⁹.

İslâm hukukunda, Kur'an ayetiyle sabit olan, ölenin ailesine (ehline) diyet ödenmesi¹⁴⁰⁰ de ölüm olayında ölenin yakınlarının manevî tazminatı talep etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. İslâm hukukçuları, Kur'an-ı Kerim'de diyetin verileceği kişileri ifade etmek için kullanılan *ehl* kavramının varisler, ölenin mirasını paylaşacak olanlar, olduğu kanaatindedirler¹⁴⁰¹.

2.11.3. Hükmi Şahıslar (Tüzel Kişiler)

Hükmi şahısların manevî tazminat talep edebilip edemeyecekleri meselesi bir müddet hukukçuları meşgul etmiş ve bir hayli münakaşalara sebep olmuştur. Önceleri İsviçre'de Zeit Stoos hükmi şahısların acı ve ızdırıp çekemeyeceklerini mülhaza ederek bunların hiç bir şekilde manevî tazminat talebinde bulunamayacaklarını, A. Martin ise, hükmi şahısları ikiye ayırarak bir taraftan anonim bir mahiyet arzeden ve üyeleri arasında şahsî bir münasebet bulunmayıp sırf malî ilişkilere istinad eden hükmi şahısların manevî tazminat talebine hakkı olmayacağını, diğer taraftan devlet, cemiyet ve vakıflar gibi gayr-ı iktisadi bir gaye güden ve gayr-ı maddî varlıklara sahip olan hükmi şahısların ise, böyle bir talepte bulunabileceklerini kabul etmektedir.

Bu gün hemen bütün hukukçular tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi manevî tazminat talebinde bulunabilecekleri görüşündedirler¹⁴⁰².

¹³⁹⁷ . Tunçomağ, 316

¹³⁹⁸ . T.B.K. mad. 45

¹³⁹⁹ . Tunçomağ, 316

¹⁴⁰⁰ . Nisa: 4 / 92

¹⁴⁰¹ . Yazır, II, 1418; Mahmasani, I, 154

¹⁴⁰² . Saymen, 192

Türk Medeni Kanunu hükmî şahısların, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak insana has olanlardan maada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebileceği¹⁴⁰³ hükmünü içermektedir. Burada şeref, namus ve haysiyetin gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de şahsiyet haklarından kabul edilebileceği ve bu itibarla Türk Borçlar Kanununun 49. maddesine göre, manevî tazminat talep edebilecekleri zimnen kabul edilmiştir. Bundan başka tüzel kişiler ismin himayesinden de istifade edebilmektedirler.

Tüzel kişiler manevî tazminat talebinde bulununca üyelerinden her birinin maruz kaldığı manevî zararın değil, belki de temsil ettiği kollektif ve ortaklaşa menfaatlara karşı girişilen haksız saldırının tazminini talep etmektedir. Bir toplumun, sosyal ya da iktisadî teşekkülün hiç bir üyesi şahsen mutazarrır olmadan toplumun bizzat kendisinin manevî zarara duçar olması da mümkündür¹⁴⁰⁴.

Bir tüzel kişiliğin kendisinin mutazarrır olmasıyla üyeleri o tüzel kişiliğe mensup bulunmaktan dolayı manevî zarara uğrayabilirler. Bu durumda üyelerden her biri tüzel kişilik adına değil kendi adlarına tazminat talebinde bulunabilirler.

Kur'an-ı Kerim'deki, *Ey inananlar! Bir topluluk değerini alaya almayın, belki onlar kendilerinden daha hayırlıdır*¹⁴⁰⁵. ayetinin işaret ettiği manadan hareketle sosyal ve iktisadî grupların kendilerince sahip oldukları manevî şahsiyetlerinin rencide edilmemesi gerektiği, saldırılar karşısında onlara da bazı hakların tanınabileceği değerlendirilmesi yapılabilir.

¹⁴⁰³ . T.M.K. mad. 46

¹⁴⁰⁴ . Saymen, 193

¹⁴⁰⁵ . Hucurat: 49 / 11

SONUÇ

İnsanlık tarihinin ilk devirlerinden günümüze kadar uygulanagelmış hukuk sistemleri içerisinde bugünkü manasıyla sorumluluk (tazminat) hukukunun da şüphesiz yeri olmuştur. Değişen zamana ve gelişen dünya şartlarına göre insan aklında ve ruhunda meydana gelen adalet telakkileri nisbetinde sorumluluk hukukunun da gelişip değiştiği bilinen bir gerçektir.

İslâm borçlar hukuku içerisinde önemli yere sahip olduğunu tesbit ettiğimiz sorumluluk hukuku, pozitif hukuk açısından da önemi gittikçe artan bir özelliğe sahiptir.

Hemen bütün hukuk sistemlerinde yerini alan tazminat, gelişen ve değişen dünya şartlarında üzerinde titizlikle durulması gereken önemli hukukî problemlerden biri olma özelliğini artırarak muhafaza etmektedir.

Kişilerin zararlarının bir hukuk sistemi içerisinde giderilmesi, zarara uğrayanların tatmin edilmesi ve zarar verenlerin de zararlı netice doğuracak nitelikteki fiillerinde daha dikkatli olmalarını sağlayacak özellikteki düzenlemeyle adalet anlayışına uygun ve toplum düzeninin sağlanabildiği bir hukuk telakkisini islâm borçlar hukuku içerisinde değerlendirmeye çalıştığımız tazminat kavramının kapsamı dahilinde bulabileceğimizi ifade etmek isteriz.

İslâm borçlar hukukunda tazminat meselesini incelemeden önce, tazminat için önemli unsurlardan biri olan sorumluluğun bilinmesi zorunlu olduğu için, sorumluluğun genel bir değerlendirilmesinin yapılması kaçınılmazdır. Çalışmamızın başında değerlendirmeye çalıştığımız sorumluluk, islâm hukuku kaynaklarında yer alan ve islâm hukukçularının sorumluluk adıyla olmasa bile zaman zaman temas ettikleri hukukî bir meseledir. Hukukî açıdan sorumluluk denildiği zaman akla gelen, kişinin şahsı ile sorumluluğu, malı ile sorumluluğu, bir akitten meydana gelen sorumluluk, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk gibi kavramlar olmaktadır. Bu kavramların hukuk doktrininde ayrı ayrı değerlendirmesi yapılmıştır.

Şahıs ile sorumluluk, eski Roma hukukunda ve cahiliyye Araplarında borcunu ödemeyen kişinin alacaklısı tarafından hapsedilmesi, köle edinilmesi, borcunu ödeyene kadar alacaklısına çalışması gibi şekillerde uygulama alanı bulmuştur. İslâm hukukçuları ise, kural olarak şahıs ile sorumluluğu kabul etmemekle beraber, borcunu ödeyebilecek malî güce sahip olanların, kasten borçlarını ödememelerinden dolayı, borcu ödemeye zorlamak maksadıyla kamu otoritesini elinde bulunduranlar tarafından hapsedilebileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bu gün artık pozitif hukukta da şahıs ile sorumluluk mevcut değildir.

Mal ile sorumluluk ise kişinin borcuna karşılık mal varlığı ile sorumlu olmasıdır. Bu gün geçerli olan sorumluluk şekli de budur. İslâm hukukunda da kural olarak kabul edilen kişinin borcuna karşılık mal varlığı ile sorumlu olmasıdır. Mal varlığı ile sorumluk sınırlı ve sınırsız sorumluluk olmak üzere genelde ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir.

Bir akitten meydana gelen sorumluluk, tarafların aralarında oluşturdukları akdin çeşidine ve konusuna göre, yerine getirmeleri gereken yükümlülükleri ifade eder. Muteakideynden birinin üzerine aldığı yükümlülüğü yerine getirmediği zaman akde bağlı, yani akdî sorumluluktan bahsedilir. Bu durum gerek islâm hukukunda gerekse, pozitif hukukta aynı şekilde ifade edilmiştir.

Kusur sorumluluğu, kişinin sorumluluk hukuku açısından kusurlu fiilinden sorumlu olması esasına dayanmaktadır. Kusursuz sorumluluk ise, islâm hukukçularının da değerlendirmelerine göre, kişinin maliki bulunduğu şeylerden, yanında çalıştırdıklarından, sahibi bulunduğu hayvanlarından sorumlu olması gibi durumları kapsamaktadır.

Tazminatın kapsamının tayin edilebilmesi için akla gelen hukukî olgulardan biri de şüphesiz, haksız fiil nazariyesidir. Genel ifadesiyle haksız fiil, hukuk düzenlerince veya toplum tarafından, tayin ve tesbit edilmiş olan, uyulması zorunlu genel kurallara aykırı hareket etmeyi anlatır. Haksız fiilin, insanın müsbet veya menfi olarak ortaya koyduğu *davranışı*, hukuk düzenince veya kültür olarak ortaya konulmuş, uyulması gerekli bir kurala aykırı hareket etmeyi ifade eden *hukuka aykırılık*, haksız fiilin irtikabıyla meydana gelen zarar arasındaki ilintiyi anlatan *illiyet bağı*, haksız fiilin hukukî hiç bir dayanağının olmadığını ortaya koyan *kusur* ve haksız fiilin işlenmesiyle meydana gelen *zarar* gibi bir takım unsurları mevcuttur.

Genel bir değerlendirmeye islâm hukuku, her hangi bir haksız fiilden meydana gelen bir zararın tazmininde ne zarar göreni zenginleştirme ve ne de zarar vereni sadece cezalandırma gayesine matuf hükümler ihtiva etmez. Bu hukuk sisteminde zararın, adalet kriteri, gözönünde bulundurularak, telafi edilmesinin yanında zarar görenin tatmin edilmesi esası da kabul edilmiştir.

İslâm hukukunun aslî kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'deki nasslarda çok defa zararın varlığının ifade edilerek tazmin miktarının ve şeklinin belirtilmemiş olması halini değişen ve gelişen dünya şartlarına göre, hukukîlik ölçüsünde yeniden değerlendirilebilecek şekilde elastikiyet arzettiği şeklinde anlamak ve yorumlamak islâm hukukunun genel gayesi ve prensipleri açısından daha doğrudur.

Bu çalışmamızda maddî ve manevî tazminatı ayrı bölümler halinde ele almış olmamız islâm hukuk sisteminin aslî kaynaklarında yer alan nassları değerlendirmemizden çıkardığımız bir sonuç ve günümüz hukuk anlayışının bu çerçevede oluşmasıyla birlikte son devir islâm hukukçularının böyle bir ayrımı kabul etmiş olmaları ve tazminat problemlerinin bu şekildeki ayrımla daha kolay anlaşılacağı anlayışımıza dayanmaktadır.

İslâm hukukuna göre de uygun olabilecek genel ifadesiyle, maddî zarar, kişilerin mameleki mahiyetteki mal varlıklarına karşı yönelen haksız fiiller neticesinde bu mal varlıklarını oluşturan maddî değerlerde meydana gelen eksilme şeklinde anlaşılmaktadır.

Manevî zarar ise, kişilerin kişi olarak sahip oldukları bir takım manevî değerlerine karşı girilen haksız saldırılar neticesinde kişilik hakları diye ifade edilen bu manevî değerlerde meydana gelen eksilmeler olarak ifade edilebilir.

Gerek maddî zararın gerekse, manevî zararın varlığından söz edebilmek için bir takım unsurların bulunması hukuken kaçınılmazdır.

İslâm sorumluluk (tazminat) hukukunun aslî kaynağı Kur'an-ı Kerim ve sünnet olduğundan bu kaynaklarda yer alan bazı hususlarda islâm hukukçuları ittifak etmekle beraber ictihada açık bir çok mesele bulunduğundan islâm hukuk doktrinini oluşturan klasik kaynaklarda tazminatla ilgili pek çok problemin tartışmalı olduğunu çalışmamızda ortaya koymaya gayret gösterdik.

Zaman zaman yaptığımız mukayeselerle çalışmamızın değişik bölümlerinde de ifade etmeye gayret sarfettiğimiz gibi pozitif hukuktaki tazminat anlayışıyla islâm borçlar hukukundaki tazminat değerlendirmelerinin pek çok meselede benzerlik arzettiği ortaya çıkmıştır.

İslâm hukukunun kaynaklarında yer alıp manevî şahsiyetin dokunulmazlığını ifade eden nasslar, geçmiş devirlerdeki islâm hukukçuları tarafından pek çok meselede, bizim anlayışımız doğrultusunda manevî zarar ve bu zararların tazmininde delil olacak şekilde değerlendirilmemiştir. Ancak bazı ayet ve hadislerin manevî tazminat açısından hukukî dayanak oluşturabilecek niteliğe sahip olduğuna değinerek bunların değişik şekilde yorumlanabileceği hususunu ön plana çıkarttık. Buradan hareketle manevî tazminatı ayrı ve müstakil bir bölüm olarak ele aldık. Bu nassları yorumlayıp değerlendirmenin neticesinde islâm sorumluluk (tazminat) hukukunun manevî şahsiyete, yani kişilik değerlerine gereği gibi önem verdiği anlaşılmıştır.

Gün geçtikçe, trafik kazaları, iş kazaları, v.b. gibi olaylarla artan maddî kayıplar toplum gündeminde önemli yer işgal etmektedir. Bu araştırmamızla maddî kayıpların giderilmesi, doğrudan zarar verenlerin veya zarara sebebiyet verenlerin meydana getirdikleri maddî zararları tazmin etmelerinin islâm borçlar hukuku içerisinde değerlendirmeye çalıştığımız, sorumluluk (tazminat) hukuku açısından zorunlu olduğu ortaya çıkmış oldu.

Aynı şekilde günümüzde yaygın olan gazete, dergi, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarıyla veya değişik şekillerde başkalarının kişilik değerlerine karşı yapılan haksız saldırılar neticesinde meydana gelen manevî elem ve ıztırapların giderilmesinin islâm hukukunun gayesine göre manevî acı ve ızırabı giderebilecek özellikteki bir manevî tazminat şekliyle tazmin edilmesinin zorunlu olduğu sonucuna da ulaştığımızı ifade etmeliyiz. Buradaki manevî tazminat şekline hakim ve bilir kişi heyetinin karar vermesi gerektiğinin islâm hukukunda kabul edilen hukukî çözüm yolu olduğu belirlenmiş oldu.

Bu çalışmamızda Kur'an-ı Kerim ve sünnette yer alan sorumluluk hukukuyla ilgili olduğu kanaatine vardığımız nassları değerlendirerek bazı meseleleri ortaya koymuş bulunuyoruz. Bu konuda iddialı değiliz. Zira en doğrusunu Allah (c.c) bilir.

B L İ Y O Ğ R A F Y A

Kur'an-ı Kerim,

Abdulaziz Buharî, Alaaddin Abdulaziz b. Ahmed, (v. 730 h.), *Kesfu'l-Esrar an Usuli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Beyrut, 1994

Abdulahak el-Bağdadî, Safiyuddin Abdulmu'min b. Kemaliddin el-Hanbelî, *Kavaidu'l-Usul ve Menakidu'l-Fusul*, Beyrut, t.siz

Abdulhamid, Muhammed Muhyiddin, *el-Ahvalu's-Şahsiyye fi Teşri'i'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1984

Abdumun'im, Ferecu's-Siddeh, *Nazariyyetü'l-Akd fi's-Şeriatî'l-İslamiyye ve'l-Kununi'l-Vad'i*, Kahire, 1990

Abdusselam, Sa'id, *et-Ta'vid an Dararı'n-Nefi fi'l-Kanuni'l-Vad'i ve'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'd-Duveli'l-Arabî*, İskenderiye, 1990

Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damanu'l-Mutlefat fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire, 1985

Ahmed b. Hanbel, eş-Şeybanî, (v. 241 h.), *el-Müsned*, Beyrut, t.siz

-----, *ez-Zühd*, Beyrut, 1983

Ahmed Ferec, Seyyid Ahmed, *ez-Zevac ve Ahkamuhu fi Mezhebi Ehli's-Sünne*, Daru'l-Vefa, 1989

Ahmed Zerka, Ahmed b. Mmuhammed, *Şerhu Kavaidi'l-Fıkhîyye*, Beyrut, 1989

Akıpek, Jale, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri -Şahıs Hukuku-*, Ankara, 1966

Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, 1989

-----, *Borklar Hukuku*, Ankara, 1991

Akman, Ahmet, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat*, (Doktora Tezi, Basılmamış) İstanbul, 1992

Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, t.siz

Aktan, Hamza, *Daman T.D.V.İ.A.*, 8. Cilt, İstanbul, 1993

-----, *Mukayeseli İslam Miras Hukuku*, Erzurum, 1989

Ali Hafif, *ed-Daman fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Beyrut, 1971

-----, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şerîyye*, Kuveyt, t.siz

Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam (Şerhu Kavaidi'l-Küllîye)*, Üçüncü Baskı, İstanbul, 1330

- Amidî, Seyfuddin Ebi'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-İhkam fî Usuli'l-Ahkam*, Beyrut, 1985
- Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 1987
- Atar, Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 1990
- Ateh, Nureddin, *et-Tefsiru'l-Ahkami'l-Kur'an*, Şam, 1989
- Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyyeden Kavaidi Külliye Şerhi*, İstanbul, 1327
- Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991
- Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1975
- Aydın, Mehmet Akif, *Gasb*, T.D.V.İ.A. 13. Cilt, 1996
- Babertî, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmûd, *Şerhu'l-İnaye ale'l-Hidaye (Fethu'l-Kadir ile Beraber)*, Beyrut, t.siz
- Bacurî, Şeyh İbn İbrahim, *Haşiyetü'l-Bacurî ala Şerhi'l-İzzî*, Beyrut, t.siz
- Bağdadî, Ebu Muhammed b. Ğanim, (v. 1620 m.), *Kitabu Mecmau'd-Damanat*, Beyrut, 1987
- Baktır, Mustafa, *İslâm Hukukunda Külli Kaideler*, (Basılmamış) Erzurum, 1988,
- , *İslâm Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, 1981
- Bardakoğlu, Ali, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, (Doktora Tezi, Basılmamış), Erzurum, 1882
- , *Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu*, E.Ü.İ.F.D. 6. Sayı, Kayseri, 1989
- , *Garamet*, T.D.V.İ.A. 13. Cilt, 1996
- , *Ceza*, T.D.V.İ.A. 7. Cilt, İstanbul, 1993
- , *Diyet*, T.D.V.İ.A. 9. Cilt, İstanbul, 1994
- Bâz, Selim Rustem, *Şerhu Mecelle*, İlaveli Üçüncü Baskı, Beyrut, 1986
- Behnesî, Ahmed Fethi, *Nazariyat fî'l-Fıkhı'l-Cinaıyyi'l-İslâmî*, Kahire, 1979
- , *el-Ukûbe fî'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, 1983
- , *ed-Diye fî's-Şeriatı'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1984
- Benli, Abdullah, *İslâm Hukukunda Manevi Tazminat*, (Doktora Tezi, Basılmamış), Kayseri, 1997
- Berki, Ali Himmet, *İslâm Hukukunda Feraiz ve İntikal*, (Sadeleştiren, İrfan Yücel) Ankara, 1986
- Beyzavî, Nasruddin Ebi Said Abdullah b. Ömer b. Muhammed, *Envaru't-Tenzil ve Esraru't-Te'vil*, Beyrut, 1990

- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, t.siz
- Buharî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Muğire, (v. 256 h.), *es-Sahih*, İstanbul, t.siz
- Câd, Süleyman Hüseyinî, *el-Ukubetü'l-Bedeniyye fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, 1991
- Cassas, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razi, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut, 1985
- Cevherî, İsmail b. Hamad, *es-Sahih, Ta'cu'l-Luğa ve's-Sihahi'l-Arabî*, Beyrut, 1990
- Cezirî, Abdurrahman, *Kitabu'l-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erba'a*, Mısır, 1969
- Cin - Akgündüz, Halil - Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi, Özel Hukuk*, Konya, 1988
- Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fıiller*, Ankara, 1996
- Dalgın, Nihat, *İslâmın Işığında Sigortacılık*, (Doktora Tezi), Samsun, 1994
- Damad Efendi, Abdullah b. Muhammed b. Süleyman, (v. 1078 h.), *Mecmau'l-Enhur fi Şerhu Multeka'l-Ebhur*, Beyrut, t.siz
- Darekutnî, Ali b. Muhammed, (v. 385 h.), *es-Sünen*, Kahire, 1966
- Darimî, Abdullah b. Abdurrahman es-Semerkandî, (v. 255 h.), *es-Sünen*, Beyrut, 1987
- Debbusî, Ubeydullah b. Ömer, *Te'sisu'n-Nazar*, Kahire, t.siz
- Deminî, Musfir Ğarmullah, *el-Cinaye Beyne'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kanuni'l-Vad'i*, Cidde, t.siz
- Derdir, Ebu'l-Berekât Ahmed, *Şerhu'l-Kebir*, b.y, t.siz
- Dessukî, Şemsuddin Muhammed, *Haşiyetu'd-Dessukî ale's-Şerhi'l-Kebir*, b.y, t.siz
- Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle İslâm Hukuku*, İstanbul, 1983
- Dönmez, İbrahim Kafi, *Garar*, T.D.V.İ.A. 13. Cilt, 1996
- Dönmezer-Erman, Sulhi-Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Onuncu Bası, İstanbul, 1987
- Ebu Ceyb, Sa'di, *Kamusu'l-Fıkh Lugaten ve Istılahen*, İkinci Baskı, Şam, 1988
- Ebu Davud, Süleyman İbnu'l-Eş'asî's-Sicistanî, (v. 275 h.), *es-Sünen* Birinci Baskı, Beyrut, 1988
- Ebu Ğanime, Abdulaziz, *ed-Darure fi'l-Muamelat fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1988
- Ebu Hayf, Ali Sadık, *ed-Diye fi's-Şeriatı'l-İslâmiyye*, Mısır, 1932
- Ebu'l-Leyl, İbrahim Desukî, *el-Akd Gayru'l-Lazım*, Kuveyt, 1994
- Ebu'l-Leys Semerkandî, Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim, *Uyunu'l-Mesail*, Bağdad, 1967
- Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, *Kitabü'l-Asar*, Kahire, t.siz
- , *İhtilafu Ebi Hanife ve İbn Ebi Leyla*, Mısır, 1357 h.

- Ebu Zehra, Muhammed, *Ahvalu's-Sahsiye*, Beyrut, t.siz
- , *Usulu'l-Fıkıh / İslâm Hukuku Metodolojisi*, (Çev. Abdulkadir Şener), Ankara, 1986
- , *el-Cerime ve'l-Ukubet fi'l-Fıkıh'l-İslâmî (el-Ukubet)*, Beyrut, t.siz
- , *Ahvalu's-Sahsiyye*, Beyrut, t.siz
- Edis, Seyfullah, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdın Lüzumlu Vasıflarında Hata*, Ankara, 1973
- Eklil, Muhammed el-Emir el-Kebir, *Şerhu Muhtasari'l-Halil*, Kahire, t.siz
- Ensârî, Abdul'ali Muhammed b. Nizamiddin, *Fevatihu'l-Rehmut bi Şerhi Müsellemi's-Subut*, Mısır, 1324 h.
- Erdebilî, Yusuf, *el-Envar li A'mali'l-Ebrar*, Mısır, t.siz
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1974
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İkinci Baskı, Ankara, t.siz
- , *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, 1975
- Esen, Hüseyin, *İslâm Hukukunda Malî Cezalar*, (Yüksek Lisans Tezi, Basılmamış), İstanbul, 1996
- Ferec, Tefik Hasan, *Nazariyetü'l-Amme li'l-İltizam fi Mesadiri'l-İltizam*, Beyrut, t.siz
- Ferra, Ebu Ya'la Muhammed b. Hüseyin, (v. 458 h.), *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Beyrut, 1983
- Fetevay-ı Hindîyye*, Komisyon, Beyrut, 1980
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdın Muhtelif Nevileri*, İstanbul, 1970
- Feyzullah, Muhammed Fevzi, *Nazariyatü'd-Daman fi'l-İslâmiyyi'l-Amm*, İkinci Baskı Kuveyt, 1986
- Fikri Yavuz, Ali, *İslâm Fıkıhı ve Hukuku*, İstanbul, 1970
- Fudeylat, Mahmud, *Sukutu'l-Ukubat fi'l-Fıkıh'l-İslâmî*, Beyrut, 1987
- Gazalî, Muhammed b. Muhammed Ebi'l-Hamid, *el-Veciz*, Kahire, t.siz
- , *el-Mustesfa min İlmi'l-Usul*, Mısır, 1322
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslam'da Şahsiyet Hakları*, Ankara, 1996
- Güleç, Sema, *Maddi Tazminat Hesapları*, Ankara, 1986
- Ğamravî, Muhammed ez-Zuhrî, *es-Siracu'l-Vehhac*, İstanbul, t.siz
- Ğaznevî, Siracuddin Ebi Hafis, *el-Ğurretu'l-Munife*, Beyrut, 1986
- Hallaf, Abdulvehhab, *İlmu Usuli'l-Fıkıh*, Beyrut, 1986

- , *Mesadiru't-Teşri'i'l-İslâmî fima la Nasse fih*, Kuveyt, 1970
- , *Ahkamu'l-Ahvali's-Şahsiyye fi't-Teşri'i'l-İslâmiyye*, Kuveyt, 1990
- Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Gamzu Uyuni'l-Besair Şerhu Kitabı'l-Eşbah ve'n-Nezair*, Birinci Baskı, Beyrut, 1985
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976
- Hayreddin Remlî, Hayruddin b. Ahmed b. Ali b. Zeynuddin b. Abdilvehhab el-Eyyubî el-Farukî, *el-Feteva'l-Hayriyye fi Nef'i'l-Beriyye*, b.y, t.siz
- Hısnî, Takıyuddin Ebi Bekr b. Muhammed el-Huseynî eş-Şafii, *Kifayetü'l-İhtiyar fi Halli Gayeti'l-İhtisar*, Beyrut, 1996
- Hınn, Mustafa Said, *Eseru'l-İhtilaf fi'l-Kavaidi'l-Usûliyye fi İhtilafi'l-Fukaha / İslâm Hukukunda Yöntem Tartışmaları*, (Çev. Halit Ünal), Kayseri, 1993
- Honig, Richard, *İlliyet Nazariyesine Dair*, (Çev. M. Yavuz Abadan), İ. Ü. H. F. M. İstanbul, 1936, Cilt. II, Sayı, 5-6
- , *Roma Hukuku Dersleri* (Çev. Şemseddin Talib), İstanbul, 1935
- Hudarî, Muhammed, *Usulu'l-Fıkıh*, Yedinci Baskı, Beyrut, 1991
- Husarî, Ahmed, *el-Kisas-ed-Diyat-el-'Isyanu'l-Musleh fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire, 1973
- Huseynî, Abdullatif, *el-Mes'uliyetü'l-Medeniyye*, Beyrut, 1987
- Hüseyin, Hamid Hasan, *Nazariyyetü'l-Maslaha fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire, 1981
- 'Ivaz, Ahmed İdris, *ed-Diyetü Beyne'l-Ukube ve't-Ta'vid fi'l-Fıkhi'l-İslâmî el-Mukaren*, Beyrut, 1986
- İbn Abidin, Muhammed Emin, (v. 1252 h.), *Haşiyetu Reddi'l-Muhtar*, İstanbul, 1984
- İbn Abdilber, Ebu Ömer Yusuf b. Abdillâh b. Muhammed en-Nemirî el-Kurtubî, *Kitabu'l-Kafi fi'l-Fıkhi Ehli'l-Medineti'l-Malikî*, Riyad, 1980
- İbnu'l-Bezzaz, Hafizuddin Muhammed b. Muhammed b. Şihab, *Fetevay-i Bezzaziye*, (Fetevay-i Hindiyeye'nin kenarında), Beyrut, 1980
- İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed b. Cüzey el-Kelbî el-Gırnatî, *Kavaninu'l-Fıkhiyye*, Tunus, 1982
- İbn Ebi Tağlib, Abdulkadir b. Ömer eş-Şeybanî, *Neylu'l-Mearib bi Şerhi Delili't-Talib*, Birinci Baskı, Kuveyt, 1983
- İbn Ferhun, Burhanuddin Ebi'l-Vefa İbrahim b. Şemsiddin Ebi Abdillâh, *Tebisiretü'l-Hükkam fi Usuli'l-Akdiyye ve Menafiu'l-Ahkam*, Beyrut, t.siz
- İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, (v. 456), *el-Muhalla*, Beyrut, t.siz

- İbn Humam**, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid es-Sivasî, (v. 861 h.), *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Beyrut, t.siz
- İbn Kudame**, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, (v. 630 h.), *el-Muğni*, Beyrut, 1972
- , *el-Umde fi'l-Fıkhı'l-Hanbeli*, Beyrut, 1991
- İbn Mace**, Ebu Abdillan Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, (v. 275 h.), *es-Sünen*, Beyrut, 1975
- İbn Manzur**, Ebu'l-Fadl Cemaleddin Muhammedb Mükerrerem el-Mısırî, *Lisanu'l-Arab*, Beyrut, t.siz
- İbn Nuceym**, Zeynuddin b. İbrahim, (v. 970 h.), *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Dımeşk, 1986
- İbn Receb**, Ebu Ferec Abdurrahman, *el-Kavaid*, Kahire, 1972
- İbn Rüşd**, Kadı Ebi'l-Velid Muhammed b. Ahmed (Maruf İbn Rüşd el-Hafid), (v.595 h.), *Bidayetu'l-Müctehid ve Nihayetu'l-Muktesid*, İstanbul, 1985
- İbnu's-Şihne**, Ebu'l-Velid Lisanuddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *Lisanu'l-Hükkam fi Ma'rifeti'l-Ahkam*, Mısır, 1973
- İbn Teymiyye**, Ebu'l-Abbas Takiyuddin, *Nazariyyetü'l-Akd*, Kahire, 1949
- İ'ci**, Muhammed Abudlmun'im, *Nazretü'l-Kur'an ile'l-Cerime ve'l-'Ikab*, Kahire, 1988
- İmam Malik**, Malik b. Enes, *el-Muvatta*, Beyrut, t.siz
- , *el-Mudevvenetu'l-Kübra*, Beyrut, t.siz
- İmam Şafii**, Muhammed b. İdris, (v. 204 h.), *el-Umm*, Beyrut, t.siz
- İmre**, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İ.Ü.H.F.M, Cilt, XIII, İstanbul, 1947
- İnan**, Yusuf Ziya, *İslâm'da Mesuliyet*, İstanbul, t.siz
- İzmirli**, İsmail Hakkı, *İlm-i Hilaf Dersleri*, İstanbul, t.siz
- Kamatî**, Hamid Muhammed, *el-Ukubetu'l-Maliyye beyne's-Şeria ve'l-Kanun*, Bingazi, 1986
- Kamil Musa**, *el-Medhal ila'tTeşri'i'l-İslâmî*, Beyrut, 1989
- Kaneti**, Selim, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1990
- Karadeniz**, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 1986
- Karafi**, Şihabuddin Ebi'l-Abbas Ahmed b. İdris, *el-Furûk*, b.y, t.siz
- Karahasan**, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku Birinci Kitap Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, İstanbul, 1995

- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1987
- , *İslâm'a Göre Banka ve Sığorta*, İlaveli Üçüncü Baskı, İstanbul, 1992
- , *Akit*, T.D.V.İ.A. 2. Cilt, İstanbul, 1989
- Kâsanî, Alauddin Ebu Bekir b. Mes'ud, (v. 587 h.), *Kitabu Bedayi'u's-Senayi fi Tertibi's-Şerai*, Beyrut, 1986
- Kaya, Ali, *İslâm Hukukunda Cismani Zararların Tazmini*, (Dotrora Tezi, Basılamamış), Bursa, 1991
- Kenanî, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdillâh b. Selmun, *Kitabu'l-Akdi'l-Muzam li'l-Hukkam fima Yecrî Beyne Eydihim Mine'l-Ukud ve'l-Ahkam*, Beyrut, t.siz
- Keskioğlu, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara, 1988
- Kevserî, Muhammed Zahid b. Hasan, *en-Nuketü't-Tarîfe fi't-Tehaddüs an Rudûd İbn Ebi Şeybe ala Ebi Hanife*, Kahire, 1365, h.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hakuki Sorumluluk*, İkinci Baskı, Ankara, 1993
- Kırkağaci, Süleyman, *Şerhu Hatime-i Kavaidi'l-Usul*, İstanbul, t.siz
- Koschaker - Ayiter, Paul - Kudret, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Ankara, 1975
- Kurtubî, Abu Abdillâh Muhammed b. Ahmer el-Ensârî, *el-Cami li'l-Ahkami'l-Kur'an*, Beyrut, T.siz
- Kürdî, Ahmed Hacı, *el-Medhalu'l-Fikhi*, Şam, 1990
- Mahmasanî, Subhi, *en-Nazariyatü'l-Amme li'l-Mucebat ve'l-Ukud fi Şeriatü'l-İslâmî*, İkinci Baskı Beyrut, t.siz
- Maverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Mmuhammed b. Habib, (v. 450 h.), *Ahkamu's-Sultaniyye ve'l-Vilayeti'd-Diniyye*, Beyrut, 1985
- Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Hakmet Yayınları, İstanbul, 1985
- Merdavî, Alauddin Ebu'l-Hasan Ali b. Süleyman, *el-İnsâf*, Beyrut, 1957
- Merğinanî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekir b. Abdulcelil er-Reşedanî, (v. 593 h.), *el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mubtedi*, İstanbul, 1986
- Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, (v. 638 h.), *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, İstanbul, 1984
- el-Mevsu'atu'l-Fikhiyye*, Kuveyt, 1989
- Meydanî, Abdulgani el-Ğanimî, (v. 1289 h.), *el-Lubab fi Şerhi'l-Kitab*, İstanbul, t.siz

- Molla Cuyûn, İbn Ebi Said b. Ubeydullah, *Şerhu Nuri'l-Envar ale'l-Menar*, İstanbul, 1986
- Muhammed, Şeyh Ömer, *el-Akd ve'l-İradetü'l-Münferide*, Lübnan, 1972
- Muhammed Zuhaylî, Muhammed, *Nazariyatu'l-Fıkhıyye*, Birinci Baskı, Beyrut, 1993
- Muntasır, Suheyr, *Mes'uliyetü'l-Metbu' an Ameli't-Tabi Esasuha ve Netakuha*, Kahire, 1990
- Mustafa b. Şemsiddin, *Ahter-i Kebir*, Daru't-Teba'ati'l-Amire, 1302
- Mustafa-Zeyyat-Abdulkadir-Nebbaz, İbrahim-Ahmed Hasan-Hamid-Muhammed Ali, *el-Mu'cemu'l-Vesît*, İstanbul, 1986
- Müslim, Ebu Huseyn Müslim b. el-Haccac el-Kuşeyrî, (v. 261 h.), *es-Sahih*, Birinci Baskı, Beyrut, 1955
- Nekrî, Abdunnebi b. Abdirresul el-Ahmed, *Camii'l-Ulum fi Istilahati'l-Funun*, Beyrut, 1975
- Nesaiî, Ebu Abdirrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali, (v. 279 h.), *es-Sünen*, Beyrut, t.siz
- Nesefî, Ebu'l-Berekat Abdullah b. Ahmed, *Keşfu'l-Esrar Şerhu'l-Musannif ale'l-Menar*, İstanbul, 1986
- Nevevî, Ebu Zekeriya Yahya b. Şeref, *el-Mecmu' Şerhu'l-Muhezzeb*, Beyrut, t.siz
- , *Fetevayi İmam en-Nevevî*, Kahire, 1981
- , *el-Minhac(Siracu'l-Vehhac ile birlikte)*, İstanbul, t.siz
- , *Ta'riru Elfazi't-Tenbih ev Luğatu'l-Fıkh*, Beyrut, 1988
- Nomer, Haluk N., *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu*, İ.B.D. Cilt, 66, Sayı, 1 - 2 - 3, İstanbul, 1992
- Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1974
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, Ankara, 1981
- Rekbî, Battal, *en-Nazmu'l-Müzta'zib*, (Mühezzeb kenarında), Mısır, t.siz
- Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas Ahmed b. Hamza b. Şihabiddin (Meşhur bi'ş-Şafii's-Sağır), *Nihayetu'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhac*, Mısır, 1967
- Sabık, Seyid, *Fıkhü's-Sünne*, Beyrut, 1992
- Sâbunî, Muhammed Ali, *Revidu'l-Beyan Tefsiru Ayati'l-Ahkam mine'l-Kur'an*, Mekke, t.siz
- , *Safvetu't-Tefasir*, Beyrut, 1981
- San'anî, Muhammed b. İsmmail, (v.1182 h.), *Subulu's-Selam Şerhu Buluği'l-Meram min Cem'i Edilleti'l-Ahkam*, Birinci Baskı, Beyrut, 1988

- Sayes, Muhammed Ali, *Tefsiru Ayati'l-Ahkam*, Mısır, 1953
- Saymen, Ferit Hakkı, *Manevî Zarar ve Tazmini Sureti*, İstanbul, 1940
- Saymen - Elbir, Ferit Hakkı - Halit Kemal, *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, İstanbul, 1958
- Semerkindî, Alauddin, (v. 593 h.), *Tuhfetu'l-Fukaha*, Beyrut, 1984
- Senhurî, Abdurrezzak, *Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire, 1967
- , *Nazariyyetü'l-Akd*, Beyrut, t.siz
- Serahsî, Şemsu'l-Eimme Ebu Bekir Muhammed b. Ebi Sehl, (v. 483 h.), *Kitabu'l-Mehsut*, Beyrut, 1986
- , *Usulu's-Serahsî*, Beyrut, t.siz.
- Seyyid Bey, *Fıkıh Usulu Dersleri*, İstanbul, 1328
- Sirâc, Muhammed Ahmed, *Damanu'l-'Udvan fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Birinci Baskı, Beyrut, 1993
- Subki, Tacuddin Abdulvehhab Ali b. Abdulkâfi, (v. 771 h.), *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, 1991
- Suyutî, Celaluddin Abdirrahman, (v. 911 h.) *el-Eşban ve'n-Nezair*, Beyrut, 1983
- Şaban, Zekiyuddin, *Usulu'l-Fıkıh / İslâm Hukuk İslinin Esasları*, (Çev. İbrahim Kafi Dönmez), Ankara, 1990
- Şafak, Ali, *Mezheblerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum, 1977
- Şakiru'l-Hanbelî, *Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Suriye, 1948
- Şatibî, Ebi İshak İbrahim b. Mûsa, *el-Muvafakat li Usuli's-Şeri'a*, Beyrut, T.siz
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ahkamu'l-Usre fi'l-İslâm*, Dördüncü Baskı, Beyrut, 1983
- Şevkanî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, (v. 1250 h.), *Neylu'l-Evtar Şerhu Muntaka'l-Ahbar*, Mısır, T.siz
- Şeybanî, Ebu Abdillah Muhammed b. Hasan (Maruf İmam Muhammed), *Kitabu'l-Asl (ma'ruf el-Mehsut)*, Beyrut, 1990
- , *el-Cami'u'l-Kebir*, Kahire, t.siz
- Şirazî, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Firuzabadî, *el-Mühezzeb fi'l-Fıkhı'l-İmami's-Şafi'i*, Mısır, t.siz
- Şirbinî, Şeyh Muhammed, (v. 977 h.), *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meani' Elfazı'l-Minhac*, İstanbul, 1959
- Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir, (v. 310 h.), *Camiu'l-Beyan an Te'vili'l-Ayi'l-Kur'an*, Beyrut, 1988

- , *İhtilafu'l-Fukaha*, Beyrut, t.siz
- Tahavî, Ebu Ca'fer, Ahmed b. Muhammed b. Selameti't-Tahavî, *Muhtasaru't-Tahavî*, Kahire, 1370
- Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961
- , *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 1992
- , *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981
- , *Hukuka Aykırılık Bağı*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1990,
- Tarablusî, Alauddin Ebi'l-Hasan Ali b. Halil, *Mu'inu'l-Hükkam fima Yeteredduh beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkam*, Mısır, 1973
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1978
- Tiftik, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara, 1994
- Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevre, (v. 297 h.), *es-Sünen*, Beyrut, t.siz
- Toroslul, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara, 1988
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1969
- Türk Boçlar Kanunu, (T.M.K. ile birlikte), Der Yayınları, İstanbul, 1993
- Türk Medeni Kanunu, (T.B.K. ile birlikte), Der Yayınları, İstanbul, 1993
- Udeh, Abdulkadir, *et-Teşri'u'l-Cinaiyu'l-İslâmî Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i*, Kahire, 1977
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku, Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul, 1967
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar*, Yedinci Baskı, İstanbul, 1960
- Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*, (Doktora Tezi, Basılmamış), İstanbul, 1994
- Yavuz, Yunus Vehbi, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İstanbul, 1981
- Yazır, Elmalı'lı Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, t.siz
- Yusuf Musa, *el-Medhal li Diraseti'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, t.siz
- Zamahşeri, Ebu'l-Kasım Mahmud b. Ömer, *Kitabu Esasi'l-Belağa*, b.y, 1882
- Zavî, et-Tahir Ahmed, *Tertibu'l-Kamusi'l-Muhit ala Tarikati'l-Misbahi'l-Munir ve Esasu'l-Belağa*, Beyrut, 1973
- Zebidî, Muhammed Murteza, *Kitabu Ukudi'l-Cevahiri'l-Munife*, Beyrut, 1985
- Zekeriyya Ensarî, Ebu Yahya Zekeriyya, *Şerhu Minhaci't-Tullab*, Mısır, 1950

- Zencanî**, Ebu'l-Menakib Şihabuddin Mahmud b. Ahmed, *Tahricu'l-Furu' ale'l-Usûl*, Dimeşk, 1962
- Zen-Ruffinen**, Piermarco, *İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevî Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler*, (Çev. Haluk Burcuoğlu), İ.B.D. Cilt, 59, Sayı, 4 - 5 - 6, İstanbul, 1985
- Zerka**, Mustafa Ahmed, *el-Fıkh-ı İslâmî fi Sevbihî'l-Cedid (el-Medhalu'l-Fıkhıyyu'l-Âmm)*, Dimeşk, 1963
- , *el-Fi'lu'd-Dâr ve'd-Daman Fih*, Beyrut, 1988
- Zeyd**, Zeyd b. Abdilkerim b. Ali, *el-Afyu Ani'l-Ukûbe fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Riyad, 1410
- Zeydan**, Abdülkerim, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, İstanbul, 1979
- , *el-Medhal li Diraseti's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Bağdad, 1969
- Zeylaî**, Osman b. Ali, *Tebyinu'l-Hakaik Şerhu Kenzu'd-Dekaik*, İkinci Baskı, Beyrut, t.siz
- Zuhaylî**, Vehbe, *el-Fıkhı'l-İslâmî ve Edilletuh*, İkinci Baskı, Dimeşk, 1989
- , *Nazariyatü'd-Daman*, Dimeşk, 1982
- , *Nazariyyetü'd-Darûreti's-Şer'iyye Mukareneten Me'a'l-Kanuni'l-Vad'i*, Beyrut, 1982

ÖZ GEÇMİŞ

1963 yılında Trabzon ili Akarlı ilçesine bağlı Yalıboyu Köyünde doğan Nuri KAHVECİ, ilköğrenimini köyünde, orta öğrenimini ilçesindeki Araklı Ticaret Lisesinde tamamladıktan sonra, 1981 yılında Karadeniz Üniversitesi Rize Meslek Yüksek Okulunun İşletmecilik - Muhasebe Bölümüne girdi. 1983 yılında buradan, İktisadi ve İdari Programlar Bölümü İşletmecilik-Muhasebe Programı Ünvanıyla mezun oldu.

1984 yılında girdiği üniversite sınavları neticesinde Atatürk Üniversitesi İlâhiyat Fakültesine girmeye hak kazandı. 1989 yılında ilâhiyat fakültesinden mezun oldu. Aynı yıl Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünün açtığı yüksek lisans imtihanlarını kazanarak İslâm Hukuku Bilimdalında yüksek lisans eğitime başladı. 1990 yılında Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı olarak imam-hatiplik görevi aldı. 1991 yılında Yüksek lisans tezi olarak , *Türk Ceza Kanunu ile Mukayeseli Olarak İslâm Ceza Hukukunun Ayırıcı Özellikleri* adlı çalışmayı yaparak *İlâhiyat Bilim Uzmanı* ünvanını aldı. O yıl girdiği doktora sınavlarını da kazanarak aynı branşta doktora eğitime başladı. 1992 yılında öğretmenliğe atandı. *İslâm Borçlar Hukukunda Tazminat* adlı doktora tezini hazırladı.

Halen Erzurum Merkez İmam-Hatip Lisesinde öğretmen olarak görev yapan Nuri KAHVECİ, evli ve bir çocuk babasıdır.