

53614

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA İŞÇİNİN TAZMİN BORCU VE SINIRLARI

(Yüksek Lisans Tezi)

Recep ÖZDİREK

Danışman:

Prof. Dr. Mehmet ERKAL

İSTANBUL
1996

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	VII

GİRİŞ

KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	1
KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	2

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞÇİ VE SORUMLULUK KAVRAMLARI

I- İŞÇİ KAVRAMI VE KAPSAMI	4
A) GENEL OLARAK İŞÇİ KAVRAMI	4
1) Ecîr-i Has	5
a) Hanefi Mezhebinde	5
b) Şafii Mezhebinde	5
c) Hanbeli Mezhebinde	6
d) Değerlendirme	6
2) Ecir-i Müsterek	7
a) Hanefi Mezhebinde	7
b) Şafii Mezhebinde	8
c) Hanbeli Mezhebinde	8
3) Çırak	9
B) İŞÇİ KAVRAMININ UNSURLARI	10
1) Bir Akde Dayanması	10
2) Bir İşte Çalışma	11
3) Ücret Karşılığında Çalışma	11
4) Bağımlı Olarak Çalışma	12

II- SORUMLULUK KAVRAMI	13
A)TANIMI.....	13
B) SORUMLULUK KAYNAKLARI.....	14
1) Hukuki İşlem (İltizam, Damanü'l-Akd)	15
2) Haksız Fiil (Damanü'l-İtlaf)	16
3) Zilyedlik (Damanü'l-Yed).....	17
4) Kanun(İlزامü'ş-Şari')	18

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİNİN HAKSIZ FİİLİNİN UNSURLARI

I) HAKSIZ FİİL KAVRAMI.....	19
II) HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI.....	21
A) FİİL.....	21
1) FİİLİN UNSURLARI.....	21
a) İrade Unsuru:.....	21
b) Hareket Unsuru.....	22
2) FİİLİN ÇEŞİTLERİ	22
a) Olumlu Fiil.....	22
b) Olumsuz Fiil.....	22
B) HUKUKA AYKIRILIK	25
1) HUKUKA AYKIRILIĞIN TANIMI VE KAPSAMI	25
2) HUKUKA AYKIRILIĞI TESBİT YOLLARI	26
a) Akde Muhalefet Sebebiyle Hukuka Aykırılık.....	27
a1) İşverenin Sarih Emrine Muhalefet Şeklinde Ortaya Çıkan Hukuka Aykırılık.....	27
a2) İşverinin Delaleten Olan Emrine Muhalefet Şeklinde Ortaya Çıkan Hukuka Aykırılık	28
b) Haksız Fiil Sebebiyle Hukuka Aykırılık	30
c) Hukuka Aykırılığın (Teaddinin) Ölçüsü.....	30
3) HUKUKA AYKIRILIĞIN (TEADDİNİN) KASITLI OLUP OLMAMASINA GÖRE TASNİFİ.....	33
a) Kasdi Teaddi	33

b) Hataen Teaddi.....	34
4) HUKUKA AYKIRILIK İLE HAKSIZ FİİLİ YAPANIN EHLİYETİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	34
5) HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER (HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ).....	35
a) Meşru Müdafaa.....	35
b) Mal Sahibinin İzni (Mağdurun Rızası).....	39
c) Yetkili Makamın Emrini Yerine Getirme (Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması).....	44
d) Zaruret (İztırar) Hali.....	46
e) Özel Hukuk Hakkının Kullanılması	49
C) ZARAR.....	55
1) TANIMI VE ÇEŞİTLERİ.....	55
a) Maddi Zarar.....	57
b) Maddi olmayan Zarar (Manevi Zarar).....	58
2) ZARAR MAHALLİNDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR	58
a) Mal veya Mütakavvim Olması.....	58
b) Memluk Olması	59
c) Muhterem Olması	59
3) ZARARIN VASFI	59
a) Gerçekleşmiş Zarar	59
b) Umulan Zarar	60
D) İLLİYET BAĞI.....	60
1) DOĞRUDAN İTLAF VE İLLİYET BAĞI.....	60
2) DOLAYLI İTLAF VE İLLİYET BAĞI.....	61
3) DOĞRUDAN VE DOLAYLI İTLAFIN BİRLEŞMESİ HALİNDE İLLİYET BAĞI.....	62
4) İLLİYET BAĞINI KESEN SEBEPLER	62
a) Mücbir sebep.....	63
b) Zarar görenin kusuru.....	65
c) Üçüncü Şahsın kusuru	67
E) KUSUR	67
1) KUSUR TANIMI VE ÇEŞİTLERİ.....	68
a) Kusurun Tanımı.....	68

b) Kusurun Sınırları	68
b1) Doğrudan İtlaf ve Kusur	68
b2) Dolaylı İtlaf ve Kusur	70
b3) Kusurun Sınırlarını Tesbit etmede Örfün Önemi	70
c) Kusurun Çeşitleri	71
c1) Kasıt	71
c2) İhmal	72
c3) Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik	73
c4) Meslek ve Sanatta Yetersizlik	73
2) KUSURU İSBAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	74
a) Ecir-i Hâsda Kusuru İsbat Yükümlülüğü	75
b) Ecir-i Müşterekte Kusuru İsbat Yükümlülüğü	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN ZARARIN TAZMİNİ

I-TAZMİNAT KAVRAMI	79
II- TAZMİNAT DAVASININ UNSURLARI	81
A) TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR	81
1) Davacı	81
2) Davalı	81
B) DAVA KONUSU (TAZMİNAT)	82
1) TAZMİNATIN HESAPLANMASI	82
a) Eşyanın Yok Olması Durumunda Zararın Hesaplanma	83
a1) Telef olan veya gasbedilen mal mislî ise	83
b2) Telef Olan veya Gasbedilen Mal Kıyemî ise	85
b) Malın Eksilmesi Durumunda Zararın Hesaplanması	85
2) TAZMİNATTA TENKİS SEBEPLERİ	87
C) İFÂ YERİ	87
III) TAZMİNAT TALEBİNİN ZAMAN AŞIMINA UĞRAMASI	88
SONUÇ	91
KAYNAKLAR	93

ÖNSÖZ

Dünyadaki mahlukat içerisinde akıl nimetiyle temayüz eden insan, bu nimetin külfeti olarak da bir takım sorumlulukları yüklenmek durumundadır. İnsanın belki de en önemli özelliği sorumluluk alıp bunu yerine getirebilmesidir. İnsan sorumluluklarını yerine getirirse mükafatlandırılmakta en azından bunun müsbet neticelerini görmekte, sorumluluklarını yerine getiremez ise bunun menfi neticelerine katlanmak durumundadır. İnsanın sorumluluklarının en başında geleni Allah'a karşı sorumluluklarıdır. Dünyaya imtihan için gönderilen insan eğer bu mesuliyetini idrak eder ve gereğini hakkıyla yerine getirirse bunun mükafatını cennet ile görecek, buna karşılık mesuliyetinin gereklerini yapmazsa bu sefer de cehennem ile cezalandırılacaktır.

İnsanın ailesine, çevresine, arkadaşlarına, vatanına vs. karşı da sorumlulukları vardır. Bu sorumlulukları yerine getirenler hüsnü kabul görürken bunları ihmal edenler toplum tarafından dışlanmakta ve reddedilmektedir. İnsanlar geçimlerini sağlamak için birbirleriyle iş ilişkileri kurarlar. Bu ilişkide bazen müşteri bazen satıcı, bazen işçi ve bazen de işveren konumunda bulunurlar. Yüklenilen bütün bu rollerin gerektirdiği bir takım sorumluluklar vardır. Bu sorumlulukların neler olduğunu belirten, gereğinin yapılmasını kamu gücüyle teminat altına alan sosyal düzen kurumu hukuktur. Hukuk insanların hak ve sorumluluklarını belirtmek suretiyle toplumda bir düzen ve uyum meydana getirir.

İnsanlar iradelerini kullanarak ihtiyaçlarını karşılamak üzere birbirleriyle akitler yapar ve bu akitlerle üstlendikleri bir takım yükümlülükleri yerine getirmeye çalışırlar. Fakat herkes üzerine düşen görevi, yapmayı üstlendiği şeyleri her zaman yerine getirmeyebilir veya getiremez. Bu durumda karşı taraftaki hak sahipleri mağdur olabilir. Böyle durumlarda hukuk devreye girer ve insanları sorumluluklarını yerine getirmeye zorlar. Böylece insanlar hukuk sayesinde haklarının korunmasını teminat altına almış olurlar. İnsanların yaptıkları akit sebebiyle sorumlu olmalarına akdi sorumluluk denilir. Hukuka uygun olarak düzenlenmiş her akit hukuki himaye ve desteğe sahiptir. Bu akdi ihlal edenlere karşı kamu gücü mağduru korur.

Bazen de insanlar isteyerek veya istemeden başkalarına zarar verirler. Bu durumda mağdur olan kişinin zararının karşılanması gerekir. Fakat mağdur her zaman hakkını

alacak güç ve kuvvette olmayabilir. O zaman yine hukuk üstün gücüyle devreye girer ve mağdurun hakkını alarak onu himaye eder. Haksız ve zararlı bir fiille başkalarına zarar verenlerin meydana gelen zararları tamir etmeleri ve bunun maddi faturasına katlanmaları gerekir. Bu durumda da haksız fiilden kaynaklanan bir sorumluluktan söz edilir. Kamu gücü, haksız fiil ile başkasına zarar vereni sorumlu tutar ve mağdurun zararının karşılanmasını ister. Bu durumda da mağdurun temel hakları kamu gücü tarafından korunmuştur.

Biz bu çalışmamızda toplumun büyük bir kesimini teşkil eden işçilerin, yaptıkları iş akdinden veya icra ettikleri haksız fiilden kaynaklanan tazmin sorumluluklarını belirlemeye ve bu sorumluluğun sınırlarını tesbit etmeye çalıştık. İşçilerin tazminle sorumlu tutulabilmeleri için gerekli şartları, bu şartların nasıl tahakkuk ettiğini, sorumluluğu ortadan kaldıran sebepleri ayrı ayrı inceledik.

Çalışmamız bir giriş, üç ana bölüm ve bir sonuçtan meydana gelmektedir. Giriş bölümünde kaynakların değerlendirilmesi, konunun sınırlandırılması ve işçinin tazmin borcunun hukuk sistematigi içindeki yerinin tesbiti konuları işlenmiştir. Birinci bölümde işçi ve sorumluluk kavramları incelenmiştir. İkinci bölümde, haksız fiil kavramı ve onun unsurları olan, fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı, kusur konuları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise haksız fiilden doğan zararların tazminiyle ilgili, tazminat davası, tazminatın hesaplanması, ifa yeri ve tazminatın zaman aşımına uğraması konuları tetkik edilmiştir. Sonuçta ise bu çalışma ile ulaştığımız netice belirtilmiştir.

Fakültede öğrencilik yıllarımdan bu yana yakın alakasını üzerimden eksik etmeyen ve beni fıkıh çalışmalarına yönlendiren, eserin hazırlanması sırasında kadirşinas yardımlarını ve yakın alakasını asla unutamayacağım değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Erkal beye, çalışmanın planı ve sınırlandırılması konusunda kendilerine sık sık başvurduğum değerli hocalarım Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın ve Prof. Dr. Ali Bardakoğlu'na, ilmi çalışmalar yapmak için bize her türlü imkanları hazırlayan İLAM yetkililerine, tezle ilgili sık sık fikirlerine başvurduğum değerli araştırmacı arkadaşlarım Adnan Koşum, Tuncay Başoğlu ve Hüseyin Esen'e teşekkürü bir borç bilirim.

Recep ÖZDİREK
Küçükçamlıca 1996

KISALTMALAR

b.		Bin veya İbn
bkz.		Bakınız
DİA		Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
mad:		Madde
sh:		Sahife
vb.		Ve benzeri
vd.		Ve devamı
yay.		yayınları
Yay. y. y.		Yayın yeri yok
ts.		Tarihsiz
s.a.v.		Sallallâhü Aleyhi Ve sellem
H.z.		Hazreti

GİRİŞ

KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İslam hukukçularının sorumluluk konusu ile ilgili ele aldıkları hususların, kabul ettikleri temel prensip ve yaklaşımların genellikle batı hukuk sistematigine yakın olduğu görülmektedir. Ancak bu meseleler şu ana kadar müstakil bir eserde veya özel bir bölümde ele alınmış değildir. Aksine çeşitli konular içerisinde serpiştirilmiş bir haldedir. Biz bu çalışmamızda Hanefi, Şafii, Maliki, Hanbeli ve Zahiri mezheplerinin muteber fıkıh kitaplarının konu ile ilgili bölümlerinden istifade etmeye çalıştık. Zamanın değişmesiyle meselelerin ve onlara verilen fetvaların da değişebileceğini hesaba katarak farklı dönem fıkıh kitapları arasında konu ile ilgili mevcut farklılıklara dikkat çektik. Hanefi fıkıh kitapları içinden Fetâvâyı Hindiyeye ve onun kenarında basılmış olan Fetava Haniyye ve Bezzaziye, müteahhir dönem fıkıh kitaplarından da İbn Abidin en çok istifade ettiğimiz eserlerdir. Özellikle örfün değişmesiyle hükümlerin de değişeceği, bir örfe binaen konulan bir hükmün o örfün uygulamadan kalkması durumunda veya böyle bir örfün oluşmadığı yerlerde geçerli olamayacağı hususları ile ilgili pek çok örneğe tesadüf ettik.

Sorumluluk ile ilgili fıkıh kitaplarındaki dağınık bilgileri ilk defa biraraya getiren hanefi hukukçusu, Zenbillizade Fudayl (ö:1583/991) efendidir. Fudayl efendi genel olarak sorumluluk konusu ile ilgili fıkıh kitaplarında bulunan malzemeyi fıkıh hablarını esas alarak biraraya getirmiş ve “**damanat**” adlı eserini yazmıştır. Yazma olması ve tesbit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca İstanbul kütüphanelerinde mevcut olması sebebiyle söz konusu eser İslam alemi tarafından bilinmemektedir. Bazı bibliyoğrafik eserlerde eser hakkında malumat varsa da Arap aleminde (tesbit edebildiğimiz kadarıyla) kaynak olarak kullanan yoktur. Türkiyede ise yalnızca Dr. Ahmet Akman doktora tezinde eserden istifade etmiştir. Özellikle işçilerle ilgili 120 sayfalık bilgi vermesi eseri kaçınılmaz olarak birinci derece kaynaklarımız arasına sokmuştur. Fudayl Efendiden 40 sene sonra vefat etmiş olan Ganim Bağdadi’in (ö:1032/1623) yazdığı “**mecma’u’d-damanat**” adlı eser de yine aynı teknikle daman konusunda fıkıh kitaplarında bulunan dağınık bilgileri biraraya getirmiştir. Eser işçilerin tazmin sorumluluğu ile ilgili 27 sayfalık bilgi vermektedir. Matbu olan eser tüm dünyada tanınmış olup sorumluluk ile ilgili eser yazan

hemen herkes esere atıfta bulunmuştur. Çalışmamız boyunca bu eserden büyük ölçüde istifade ettik.

Klasik dönem fıkıh alimlerimiz müstakıl bir akit nazariyesi ortaya koymadıkları gibi müstakıl bir akdî sorumluluk nazariyesi incelemesi de yapmamışlardır. Fakat onların düşüncelerinde müstakıl bir akdî sorumluluk nazariyesinin mevcut olduğunu konuyu ele alış biçimlerinden ve verdikleri örneklerden hareketle tespit edebiliyoruz. Fukaha akdin muhtelif nevileri olarak isimlendirebileceğimiz her bir müstakıl akit çeşidi içinde o akitle ilgili sorumluluğu incelemişlerdir. Bizler bu sorumlulukları biraraya getirerek müstakıl bir akdi sorumluluk nazariyesi oluşturabiliriz. Niketim, bu konuda Dr. Ahmet Akman tarafından hazırlanan “İslam Hukukunda Akdi Mesuliyetten Doğan Tazminat” adlı doktora çalışması bunu önemli ölçüde ortaya çıkarmıştır. Tezimizin akdi mesuliyetle ilgili kısmında bu çalışmanın sistematiginden istifade ettik. Haksız fiil sorumluluğu konuları klasik fıkıh kitaplarında, haksız fiil türleri olan gasp ve itlaf müstakıl bölümlerde incelemişlerdir. Bu bölümlerdeki malumatlar biraraya getirilerek müstakıl bir haksız fiil nazariyesi oluşturulabilir. Nitekim Prof. Dr. M. Akif Aydın beyin bu konuyla ilgili kaleme aldığı “Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf” ve “İslam Hukukunda Gasp” adlı iki makalesi fıkıh kitaplarındaki gasp ve itlaf konularını modern hukuk sistematigine göre ele alan iki önemli çalışmadır. Tezimizin haksız fiil sorumluluğu ile ilgili kısımlarında bu iki çalışmaya sık sık başvurduk. Son dönem İslam hukukçuları tarafından genel olarak sorumluluk ve sorumluluğun şartlarıyla ilgili pek çok müstakıl çalışma yapılmıştır. Ayrıca kendisine sorumluluk teorisi diyebileceğimiz müstakıl çalışmaların meydana getirildiği de görülmektedir. Özellikle, Ali Hafî⁶’ın ed-Daman fi’l-fıkhi’l-İslami, Vehbe Zuhayli’nin Nazariyetü’l-d-daman, Muhammed Fevzi Feyzullah’ın Nazariyetü’l-d-Daman, Süleyman Muhammed Ahmed’in Damanü’l-mütlefât adlı eserleri konuyu kavrama açısından sürekli başvurduğumuz eserlerdir.

KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İşçilerle ilgili hukuki malumatlar fıkıh kitaplarının “icare” bölümü içinde “icaretü’l-âdemî” alt başlığı içinde incelenmiştir. Menfaat üzerine kurulan bir akit olması ana özelliği gözönünde bulundurularak hizmet sözleşmesi, ücret karşılığı emeğini kiraya vermek olarak düşünülmüştür. Bu yönüyle hizmet sözleşmesinde kira akdinin temel kural ve kaidelerinden istifade edilmiştir.

İşçilerin tazmin borcunu doğuran sebepler ikidir. Hizmet akdi ile ortaya çıkan akdi mesuliyetleri ve bunları yerine getirmemelerinden doğan tazmin sorumluluğu ile işçilerin gasp ve itlaf gibi bir haksız fiili işlemleri sebebiyle haksız fiilden doğan tazmin sorumluluğudur. Hem akdi sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğu ortaya çıkaran fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur gibi unsurlar ortak olduğu için ayrı ayrı incelemeye tabi tutulmamış ortak özellikleri sebebiyle beraber incelenmiş yalnız haksız fiil ile akde muhalif haksız fiil arasındaki farklılıklara dikkat çekilmiştir. Bu yönüyle tezimizin hukuk sistematigindeki yeri borçlar hukukunun akdi mesuliyet kısmı ile haksız fiillerin kusur sorumluluğu kısmının işçiler açısından tetkikidir.

İşçilerin akdi sorumlulukları ve bunun sınırlarının tesbiti ayrı müstakil bir çalışmaya konu olacak kadar geniş olduğu için ihtiyaç ölçüsünde değinilmiştir. Fakat haksız fiil sorumluluğunun unsurları ve bu unsurların gerçekleşmesi için gerekli şartlar detaylı olarak incelenmiş ihtiyaç ölçüsüne göre bir veya bir kaç misal ile delillendirilmiştir. Bu yönüyle çalışmamız haksız fiil sorumluluğu açısından işçinin durumunu tetkiki şeklindedir.

İş hukuku son yarım yüzyılda borçlar hukukundan ayrı müstakil bir hukuk sahası haline geçmiştir. Bu da onun daha da gelişmesine ve ilerlemesine sebep olmuştur. Bununla beraber sorumluluk hukuku da borçlar hukukundan müstakil bir hukuk branşı olma yolundadır. Bizim tez konumuz borçlar hukuku içinde önemli bir yeri olan bu iki sahanın keşistiği bir noktadadır. İşçinin sorumluluğu konusu hem iş hem de sorumluluk hukukunu ayrı ayrı çalışmayı gerektirmiştir. İşçi kavramının ve işçinin akdi mesuliyetinin neler olduğunun tesbiti gibi konularda iş hukukundan istifade edilmiştir. Hizmet sözleşmesi (iş akdi) borçlar hukukunda müstakil bir akit nevi olduğu için akdin muhtevası ve akde ait özellikler yönüyle de borçlar hukukunun sisteminden istifade edilmiştir. İşçinin tazmin sorumluluğunda isbat mükellefiyeti konusunda yargı hukukunun temel prensiplerinden yararlanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞÇİ VE SORUMLULUK KAVRAMLARI

I- İŞÇİ KAVRAMI VE KAPSAMI

A) GENEL OLARAK İŞÇİ KAVRAMI

Lügatte ecîr (أجير) kelimesi (مفاعلة) babından gelmekte olup (فعليل) vezninde (مفاعل) manasında sıfat-ı müşebbehe olup ücretle iş yapan kişi manasına gelir.¹

İslam hukukçuları yazmış oldukları eserlerinde hizmet sözleşmesini “icâre” başlığı altında, karşılıklı rızaya dayanan, ferdi bir akit olarak ele almışlardır. İslam hukukunda ayn menfaatini ele alan kira sözleşmesi ile insan menfaatini konu alan hizmet sözleşmesi “icâre akdi” çatısı altında birlikte ele alınmış, her iki akit nevi de menfaat üzerine kurulduğundan ortak kaide ve çözümler getirilmiştir. Buna karşılık kaynaklarda hizmet akdi icâre bölümünün sonunda “icâretü'l-ademî” adıyla ayrıca ele alınmış, bu sözleşmede üzerine akit kurulan işçiye ise “ecîr” denilmiştir.² Kısaca ecîr: Muayyen bir meblağ karşılığı başkası hesabına çalışan kişidir.³ Mecellede ise “Ecîr nefsinı kiraya veren kimsedir” şeklinde tarif edilmiştir.⁴ İslam Hukukçuları işçiyi (ecîri) a) işverenden başkası için çalışıp çalışmayacağı b) akdin kuruluşunda iş ve sürenin esas alınmasına göre işçi ecîr-i has ve ecîr-i müşterek olarak iki kısma ayırırlar.

1. İbn Manzur, *Lisanü'l- Arab*, 4/10; Firuzabadi, *Kamusu'l-muhit*, 1/362; Muhammed b. Ebi Bekir b. Abdilkadir er-Razi, *Muhtaru's- sıhah*; İbn Hümam, *Fethulkadir*, VIII/61

2. Ali Bardakoğlu, “İslamda işçi işveren Münasebetleri,” sh:190

3. M. Rawwaâs Qal'aji & Hâmid Sâdiq Qunaibî, *Mu'cem Lugatü'l-fukaha*, Ecir Mad., Sadî Ebu Ceyb, *Kamusu'l-fikhi*, Ecir mad.

4. *Mecelle-i Ahkamı Adliye*, Mad: 413

1) Ecîr-i Has

Ecîr-i Has: Bunu bazı hukukcular “ecîr-i vâhid”⁵, “ecîr-i münferid”⁶ “ecîr-i vahd”⁷ olarak da ifade etmişlerdir. İslam hukukçuları ecîri mana olarak pek farklı olmasa da lafız olarak farklı şekilde tarif etmişlerdir. Bunları özetle şu şekilde verebiliriz.

a) Hanefî Mezhebinde

Mebhut: Ecîr-i vahid; bir kişi diğer birisini bir aylığına hizmet etmesi veya kendisiyle beraber Mekke veya benzeri bir yere gitmesi için kiralamasıdır ki (bu süre zarfında) ecîrin bizzat (başkası adına iş yapması) mümkün değildir. Kısaca; ecîr-i vahid akid kendi menfaati (emeği) üzerine kurulan kimsedir ki bu menfaati ancak (çalışacağı) müddetin veya (gideceği) mesafenin belirtilmesi ile malum olur (bilinir hale gelir).⁸

Hidaye: (Akit) müddeti esnasında çalışmasa da nefsinin teslim ile (işverenin vereceği işi yapmaya hazır olmakla) ücrete hak kazanan kişidir.⁹

Seyyid Şerif Cürcânî: Ecîr-i has, (üzerinde anlaşılan) müddet içinde ister çalışsın ister çalışmasın nefsinin teslim etmekle ücrete hak kazanan kimsedir, koyun çobanı gibi.¹⁰

Mecelle: Yalnız müstecire işlemek üzere tutulan kimsedir. (mad: 422)

b) Şafîî Mezhebinde

Nevevî: Münferid (ecîr); bir işi yapmak üzere muayyen bir müddet kendini kiraya veren kimsedir ki bu süre içinde benzer bir işi kabul etmesi mümkün değildir.¹¹

5 Şeyh Bedreddin b. Kadî Simavne, *Camîu'l-fusuleyn*, II/172

6 Nevevî, *Ravzatü't-talibin*, V/228

7 İbn Bezzaz el-Kerderî, *Fetava Bezzaziye*, V/87; *Mecmau'l-Enhur*, II/393; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istahatı Fıkhiyye Kamusu*, VI/157

8 Serahsî, *Mebhut*, XV/80

9 Merginani, *Hidaye*; III/245

10 Seyyid Şerif Cürcânî, *Tarifat*., Beyrut, ecîr-i has mad.

11 Nevevî, *Ravzatü't-talibin*, V/228

Bazıları da şöyle tarif etmişlerdir: Kendisine iş ve mevzu (mahallü'l-akd) tayin olunan kimsedir.¹² Çalışma yeri işçinin isteğine bırakılmayıp işveren tarafından belirlenmektedir.

c) Hanbeli Mezhebinde

İbn Kudame: Ecîr-i has; kendisiyle belli bir süre üzerine akit yapılan kişidir. Kiralayan, (işçinin) bütün menfaatinden (iş gücünden) istifade etmeye hak kazanır. Bir gün, bir ay gibi bir süre hizmet için veya duvar örmesi için veya hayvan gütmesi için tutulan kişi gibi. Buna ecîr-i has (özel işçi) denilmesinin sebebi bu belirlenen süre içinde menfaatini (işini, çalışmasını) diğer insanları hariç tutarak müstecirine tahsis etmesidir.¹³

d) Değerlendirme

İslam hukukçularının yaptıkları ecîr-i has tarifinde göze çarpan unsurun işçinin yalnızca işverene çalışabileceği, akit müddetinde başkası için çalışamayacağıdır. Eğer ecîr-i has bu müddet zarfında çalışmamışsa yine ücrete hak kazanır mı sorusu aklımıza gelmektedir; zira işveren (müstecir) işçiye (ecîri) akit müddetince başka bir iş yapmaktan alıkoymuştur. Bu soruya müsbet cevap verilince bu sefer de şu akla gelmektedir, eğer işçi çalışmış olsaydı onun yaptığı iş aldığı ücretin karşılığı olacaktı, yani edimi belli bir işi yapmak olacaktı, fakat işçi çalışmayınca bu ücreti neye karşılık olarak almaktadır, yani işçinin edimi nedir? İşte bu soru sebebiyle alimler ecîr-i hasın ediminin bir işi yapmak değil "kendini teslim etmesi" olduğunu belirtmektedirler. İş sözleşmesi, tıpkı kira sözleşmesi gibi menfaat üzerine kurulan bir akittir. Menfaat ise ancak çalışmakla ortaya çıkar. Bir kimse ortada mevcut olmayan menfaatini işverene teslim edemeyeceğine göre menfaatin kaynağı olan kendini (nefsini) teslim etmekle menfaati teslim etmiş olur. Burada nefis zikredilmiş menfaat kastedilmiştir. Müstecir ister işçinin emeğinden istifade etsin ister etmesin o ücrete hak kazanmaktadır. İşçinin nefsinin teslim etmesi veya nefsinin kiralaması tabiri günümüzde yanlış anlaşılabilir. Bu yüzden biz İslam hukukçularının kasedettikleri manayı da ihtiva edecek şekilde yeni bir tanım yapmayı uygun bulduk.

12 Nevevi, *Ravzatü't-talibin*, VI/ 228

13 İbn Kudame, *Muğni*, VI/117-118

Ecîr-i Has: Akit müddetinde kendi emeğinden (menfaatinden) işverenin istifade edebilmesi için onun emrine amade (istihdamına hazır) olan kimsedir.

Ecîrin has veya müşterek şeklindeki tasnifinde, işçinin yalnız işveren için çalışması gerektiğini söylemiştik; bu işveren gerçek bir kişi olabileceği gibi, birden çok kişinin biraraya gelmesiyle oluşmuş hükmi şahsiyet olan tüzel kişi de olabilir. Klasik fıkıh kitaplarında verilen bir köy halkının öğretmen, imam, çoban olarak tuttuğu kişi ile günümüzde bir şirkette sürekli çalışan işçiler hep ecîr-i hasdır.¹⁴

Ecîr-i hasın tarifinde “belli müddet” tabiri önemlidir. Zira akit mahalli (konusu) malum olmalıdır. Halbuki menfaat somut (zahir) olmayınca onun yerine geçecek zaman (müddet) akdin malum olması için önem kazanmıştır. İster işçi ister işveren yapılacak işi süreye bağlamakla belli (malum) hale getirirler. Bazen işin tabiatı icabı süre vermek mümkün olmayabilir; bu durumda da onun yerine geçecek malum bir şey beyan edilir. Serahsi'nin tarifindeki Mekke'ye gidene kadar tabirinden bunu anlamaktayız. Burada belirli olan saat, gün olarak süre değil oraya varana kadar geçecek bir süre daha doğrusu mesafedir. Nitekim Mecelle'de “arabayla falan yere varana kadar başka yolcu alma” şeklinde şoförle yapılacak akit de bu nevinden bir sözleşme örneği olarak zikredilmiştir¹⁵. Ayrıca belli bir işin yapılıp bitirilinceye kadar başkasına çalışmama şeklinde bir akit de yapılabilir ki bu durumda bilinen şey o işin yapılıp bitirilmesidir. Şu evi yapıp bitirene kadar başkasına çalışmamak üzere seni istihdam ettim şeklinde yapılacak sözleşme gibi.

2) Ecir-i Müşterek

a) Hanefi Mezhebinde

Mebhut: Ecîr-i müşterek; belirli bir şey üzerinde (makudun aleyh üzerinde) iş yapmak üzere akit yapılan kişiye denir.¹⁶

14 Hamdi Döndüren, “İşçi-İşveren Münasebetleri” (İslamda Emek adlı eserdeki makale) sh:371

15 Mecelle, mad: 422

16 Serahsi, *Mebhut*, XV/80

Hidaye: Ecîr-i müşterek; işi bitirmeden ücrete hak kazanamayan kişidir. Boyacı, çamaşırcı* gibi.¹⁷

Seyyid Şerif: Birden çok kişi için çalışan kimsedir, boyacı gibi.¹⁸

Mecelle: Müstecirden başkasına işlememek kaydıyla mukayyet olmayan ecîrdır.¹⁹

b) Şafii Mezhebinde

Nevevi: Terzilerin ve boyacıların yaptığı gibi bir işi zimmetine kabul eden kimsedir. (Bunlar) yalnız bir kişinin işini yapmayı üzerine alabileceği gibi başka (muhtelif) kişilerin de işlerini taahhüt edebilir.²⁰

Bazıları da şöyle tarif etmişlerdir; nerede çalışacağı konusunda görüşü alınan kişidir.²¹ Yani hangi mekanda çalışacağıyla ilgili olarak mal sahibi ve işçi karşılıklı olarak anlaşmaktadır, işverenin mutlaka şurada çalışacaksın şeklinde bir yer tayin etmesi söz konusu değildir.

c) Hanbeli Mezhebinde

İbn Kudame: Kendisiyle muayyen bir şeyi yapmak üzere akit yapılan kişidir. Mesela bir elbise dikmek, bir duvarı örmek, belli bir mekana bir şeyi taşımak, veya bir müddet üzerine akit yapamaktır ki bütün menfaatini (emeğini) oraya harcaması (tahsis etmesi) gerekmez, göz doktoru, tabib gibi. Buna ecîri müşterek denilmiştir zira insanlar bunun emeğinden istifade etmede ortaklırlar.²²

* قِصَار kelimesi çamaşırı vurmak suretiyle beyazlatan veya yıkayan kişi manasına gelmektedir. Biz bundan sonra bu kelime için çamaşırcı ıstılahını kullanacağız.

17 Merginani; *Hidaye*; III/ 244

18 Seyyid Şerif, *Tarifat*, Eciri müşterek mad.

19 Mecelle, mad: 422

20 Nevevi, *Ravzatü'l-talibin*, VI/ 228

21 Nevevi, *Ravzatü'l-talibin*, VI/ 228

22 İbn Kudame, *Muğnî*, VI/ 117

İslam hukukçuları ecîr-i müşteregi tarif ederken, işçinin borcunun sonuçlandırma borcu olduğu üzerinde durmuşlardır. Ecîri müşteregin aldığı ücrete hak kazanabilmesi ancak bu işi yapıp bitirmesi ile mümkündür. Bazı tariflerde ise selbi bir ifade kullanılmış ve bir kişinin ecîr-i has olmaması, yalnız bir kişiye çalışmayan veya birden çok kişiye çalışabilen diye tarif edilmiştir. Bu ikinci tür tarif, ecîr-i müşteregin ecîr-i hasdan farkını belirtmeyi yani ikisi arasındaki farkı ortaya koymayı hedeflemiştir. Ecîr-i has'da bağımlılık varken ecîr-i müşterek'de bağımlılık şartının olmadığını ifade etmektedir.

3) Çırak

Çırak; bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişiye denir.²³

Ecir-i müşterekler işlerini yaparken kendisine yardım etmek üzere çırak, usta, kalfa çalıştırabilirler. Bu durumda ecir-i müşterek işveren olarak kabul edilir. Çalıştırdıkları kişiler de çalışmalarının şekline göre genellikle ecir-i has bazen de ecir-i müşterek olabilir.²⁴

Ecir-i müşteregin yanında çalışan çırak ve ustaları ecir-i hasdır. Zararın meydana gelmesinde teaddileri olmadığı müddetçe tazminle sorumlu olmazlar. Meydana gelen zararın tazmin sorumluluğu işveren olan ecir-i müşterege aittir.²⁵

Bir kişinin istihdam ettiği çok sayıda ecir-i has olabilir. Bunlardan birisi işveren tarafından diğerlerinin başına görevli olarak tayin edilirse bu kişi işveren olmaz, ancak işverenin vekili kabul edilebilir.

Ecir-i has kendisinin yapması gereken işleri başkasına yaptırıp yaptıramayacağı konusu önemlidir. İşin niteliği veya sözleşme gereği bizzat kendisinin yapması mutlaka gerekli olmadığı durumlarda o işi başka bir işçiye yaptırabilir.

İşçinin kendisine teslim edilen malzemeyi bir başka işçiye verip veremeyeceği fukaha arasında tartışmalıdır. İşçi mahallü'l-akdi bir başka kişiye verdiği takdirde bu

23 Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, sh:45

24 İbn Abidin, "*Reddül-muhtar ala dürrül-muhtar*" VI/79; Ömer Nasuhi Bilmen, *İstilahat*, VI/235

25 İbn Abidin, *Reddül-muhtar ala dürrül-muhtar*, VI/79; Ömer Nasuhi Bilmen, *İstilahat*, VI(235

malzeme telef olursa tazmin sorumluluğunun kime ait olacağı ve kime karşı dava açılacağıнын tesbiti özel bir öneme sahiptir. Buna göre işçi kendisine teslim edilen malzemeyi işverenin izni olmadan bir başka işçiye veremez, vermesi halinde birinci işçinin sorumlu olur. İkinci işçinin sorumluluğu ise işi bitirmeden telef olması halinde olur. İş bitirdikten sonra malzeme bu ikinci işçi elinde emanet olduğundan tazmin sorumluluğu olmaz. Mesala; bir kimse işlenmiş bilezik yapması için kuyumcuya altın verir, (bu usta işleme yapamadığı için) ikinci ustaya götürür, altın ikinci adamdan çalınır, eğer birincisi ikinci ustaya sahibinin haberi olmadan vermişse ve ikinci de birincinin eciri veya çırağı değilse İmam Ebu Yusufa göre malik isterse birinciden isterse ikinciden tazmin talep edebilir. Ebu Hanifeye göre ise birinci tazmin eder. İkinci ise eğer iş tamamlandıktan sonra çalınmış ise tazmin etmez çünkü mal vedia olur, eğer iş devam ederken çalınmışsa işçi tazmin eder, zira başkasının malında izni olmadan çalışmaktadır.²⁶

B) İŞÇİ KAVRAMININ UNSURLARI

1) Bir Akde Dayanması

Bir kişinin yaptığı faaliyetin iş sayılabilmesi için bir akde dayanması gerekir. Tam teşekkül etmemiş akid ile yapılan faaliyetler, neticesi itibariyle iş sayılmayabilir. Bu tür fasit akidlerin tashihi mümkün olanlar ve olmayanları vardır. Tashihi mümkün olanlar sahîh hale getirilirse bir akid teşekkül eder. Aksi takdirde taraflar arası ilişki sebepsiz zenginleşme veya hibe sayılacak ve ilgili işlemlerin ahkâmı uygulanacaktır.

Yapılacak işin hizmet akdine dayanması, herşeyden önce ortada hür iradeyle kabul edilmiş hukuki bir borç ilişkisinin bulunmasını gerektirir. Buna göre esirlere, ceza evindeki tutuklu ve hükümlülere yaptırılan iş serbest iradeye dayanmadığı için bunlar işçi sayılmazlar.²⁷ Aynı şekilde fıkıhçılardan borcunu ödeyemeyen kimselerin çalıştırılarak borcunu ödemesi gerektiği kanaatinde olanlar vardır.²⁸ Bu durum da rıza unsurunun olmaması sebebiyle bir aktin bulunduğu söylenmesi mümkün görülmemektedir.

26 Ganim Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:47

27 Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, sh:38

28 Bu konuda geniş bilgi için bakınız, Abdülaziz Amir, *et-Tazir fi'ş-şeriatil-İslamiyye*, 1969, sh:425; Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, sh:269

2) Bir İşte Çalışma

Belli bir çalışmanın ve faaliyetin yapılması gerekir. İslam hukukçularının büyük çoğunluğu menfaati mal saydıkları için bir menfaatin teminini de iş olarak kabul etmişlerdir. Yapılan faaliyetin bedeni bir iş olması gerekli değildir. Belli bir fikir üretme eser yazma, danışma hizmetinde bulunma vs. gibi faaliyetler de iş kabul edilmiştir.

3) Ücret Karşılığında Çalışma

Yapılan işten bir ücret alınmazsa bu faaliyet iş akdi olmaz. Burada ancak hibe, yardım vs.den sözedilebilir. Hibe ile hizmet sözleşmesinin hükümleri farklı olduğu için meccanen çalışan kişiyle hizmet sözleşmesine dayanarak çalışan kişinin sorumluluk durumları farklıdır.²⁹

İki kişi arasında akid yapıldığına dair sarıh bir konuşma olmadan taraflardan biri diğerine bir iş yapsa, yapılan bu işin hukuk nazarında da bir hizmet sözleşmesi mi yoksa iane (yardım) mi sayılacağı ile ilgili alimler farklı kanaatler serdetmişlerdir. Bu durumda İmam-ı Azam'a göre işi yapan taraf menfaatini ivazsız temlik etmiş sayılmalıdır, zira menfaat karşılığında ücret alabilmek için mutlaka akit gerekir. Burada akit yapılmadığı bilindiğine göre işi yapan kişi ücret talep edemez, fakat mal elinde zarar görmesi durumunda sorumluluk emanet ahkâmına göre sonuçlandırılır. Çünkü kural olarak, taraflardan birisi aramızda akit vardı diğeri hayır akit yoktu sen bu işi meccanen (ivazsız) yaptın derse bu durumda akit yok diyenin sözünün tasdik edilmesi gerekir.³⁰ Çünkü akdin varlığını iddia eden bu konuda delil getirmelidir. Nitekim fıkıh kitaplarında, sen bu kumaşı ücretsiz diktin diğeri de hayır ücretle diktim diyen iki kişiden kumaş sahibinin İmam-ı Azam'a göre ücret ödemeyeceği kanaatinde olduğunu belirtilmiştir.³¹ Buna karşılık İmam Muhammed ve İmam Malik'e göre, işi yapan kişinin bu sanatı ücret karşılığı yaptığı biliniyorsa örfen bir akdin var olduğu kabul edilir ve kumaş sahibi ecr-i misil öder.³² İmam Ebu Yusuf ise bu iki kişi arasında önceden de alış veriş ilişkisi varsa

29 Bu konuda özet bir bilgi için bkz. Ahmet AKMAN, *Akdi Mesuliyetten Doğan Tazminat*, basılmamış doktora tezi, İstanbul, 1992, sh: 283

30 Kasani, *Bedâi'u's-Sanayi fi tertibi's-şerâif*, IV/222

31 Merginani, *Hidaye*, III/249; Kasani, *Bedâi'*, IV/222 ; İbn. Hümmam, *Fethü'l-kadir*, VIII/82

32 Sehnun, *el-Müdevvenetü'l-kübra*, IV/451; İbn. Hümmam, *Fethü'l-kadir*, VIII/82-83; Kasani, *Bedâi'*, IV/222

aralarında bir örfün meydana geldiği farzedilerek bir akdın varlığının kabul edilebileceği görüşündedir.³³ Böyle bir durumda mala bir zarar gelirse, tazmin sorumluluğu icare akdinin akdî sorumluluk prensiplerine göre tesbit edilir.

4) Bağımlı Olarak Çalışma

İşçi işverene hizmet akdiyle bağlıdır. Özellikle ecîr-i hasda işverene bağımlılık unsuru daha belirgindir. Üzerinde anlaşıkları süre içinde işçi işverene bağımlıdır. Onun emrine amade olması ve onun kendisinden isteyeceği işleri yapması gerekir. Hatta bazıları ecîr-i hasın ediminin işverenin emrine amade olması ve vereceği işleri yapmaya hazır olmasıdır demişlerdir.³⁴

Ecîr-i müşterek de ise bağımlılık unsuru yoktur. İşçinin edimi belli bir işi yapmak onu tamamlamaktır yani sonuçlandırma boudur.³⁵ Bu yüzden bağımlılık unsurunun iki işçi nevini birbirinden ayıracı bir özelliği vardır. Günümüzde iş hukukunda tanımlanan işçi de işverene bağımlı olandır ki bu da ecîr-i hasa tekabül etmektedir.

33 Merginani, *Hidaye*, III/249; Kasani, *Redâi*, IV/222; İbn. Hümmam, *Fethü'l-kadir*, VIII/82

34 Fudayl Efendi, *Damanat*, sh: 601

35 Fudayl Efendi, *Damanat*, sh:599; Abdurrahman Efendi Damad, *Mecmau'l-enhur şerhu Mülteka'l-ehhur*, Matbaayı Amire, İstanbul, H: 309, II/391.

II- SORUMLULUK KAVRAMI

A)TANIMI

Günlük konuşma dilinde sorumluluk çeşitli anlamlara gelir. Sonuçları bakımından önemli bir görevi yüklenmek anlamında “falan işin sorumluluğunu ben taşıyorum” denir. Üstlenilen işin veya görevin gereklerini bilmek , hissetmek ve bu gereklere uygun olarak hareket etmek zorunluluğunu da çok defa “sorumluluk” sözcüğü ile ifade ederiz. “sorumluluk şuuruna sahip olmak” yada “sorumluluk duygusu ile hareket etmek” deyimlerinde olduğu gibi. Nihayet sorumluluk, bir başarısızlığın veya kötü bir davranışın sonuçlarına katlanma gereğini anlatır. “Bu işin başarısızlığa uğramasında tek sorumlu ben değilim”³⁶ cümlesinde olduğu gibi.

Kadim İslam hukuku kaynaklarında sorumluluk (mesuliyet) kavramı “daman” lafziyle ifade edilmiştir.³⁷ Günümüzde yaygın olarak kullanılan “mes’uliyet” kavramı klasik İslam hukuku eserlerinde hemen hiç kullanılmamıştır.³⁸

“Daman (ضمان) kelimesi lügatta kefalet, garanti, borç³⁹, bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme⁴⁰ manalarına gelmektedir.

İslam Hukukunun tedvin sürecinde daman, sözlük anlamıyla da bağlantılı olarak “şahsi ve mali kefalet, borcun nakli, bir borç veya ifayı üstlenme, bedene veya mala verilen zararın karşılanması, zilyedlik veya akidden doğan mali sorumluluk gibi anlamlarda kullanılmıştır. Hanefilerin dışındaki fıkıh ekolleri damanı kefalet manasında

36 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Öztoprak/Tekinay *Borçlar Hukuku*, sh: 18

37 Vehbe Zuhayli, *Nazarîyyetü’l-Damân ev ahkâmî’l-mesûliyyeti’l-medeniyyeti fi’l-fıkhî’l-İslamî*, sh: 6; Hamza Aktan , “*Damân.*”,sh: 450, DİA

38 Muhammed Şehhat el-Cündi, *Damân*, sh: 11; Nitekim fıkıh kitaplarının incelediğimiz kısımlarında çağdaş hukuktaki sorumluluk anlamında “mesuliyet” kelimesinin kullanıldığına tarafımızdan da rastlanılmamıştır.

39 İbn Mansur, *Lisanü’l-Arab*; Râzi, *Muhtaru’s- sıhah*, Fîrûzâbâdi, *Kamusu’l-muhîr*; ضامن maddesi.

40 Hamza Aktan, “*Damân.*”, sh: 450

kullanmaktadırlar. Furu fıkıh kitaplarında kefaletle ilgili bölümün adı da “daman” dır.⁴¹ Bununla birlikte bu terim hukuk doktrinde giderek “kişinin mali sorumluluğu” şeklinde geniş bir anlam kazanmıştır.⁴² Fıkıh kitaplarının çalışmamızla alakalı bölümlerinde daman kelimesi daha ziyade haksız fiilin borçlar hukukuyla ilgili müeyyidesi olan “sorumluluk” ve sorumluluk neticesinde tazminat ödeme yükümlülüğü olan “tazmin” manasında kullanılmıştır.

B) SORUMLULUK KAYNAKLARI

İnsanlar prensip olarak kişi ve mal varlığında meydana gelecek zararlara katlanmak durumundadırlar, bu ilke insan olmanın bir neticesidir. İnsan yolda yürürken ayağı kaysa ve düşüp gözlüğü kırılırsa meydana gelen zarara bizzat katlanmak zorundadır. Ancak bazı durumlarda bu ilkenin uygulanması hak ve adalet duygusuna aykırı olur. Mesela umumi bir yolda birisi hak ve yetkisi olmadan çukur kazmışsa ve başka birisi de geceleyin bu yoldan geçerken çukuru farketmemiş ve çukura düşmüş gözlüğü kırılmışsa bu durumda çukura düşüp gözlüğü kırılan kişi hak ve yetkisi olmadan çukur kazan ve insanların buraya düşmemesi için de önlem almayan bu kişiden zararının giderilmesini (tazminini) isteyebilir. İşte bu yüzden hukuk sistemleri her zarara mağdurun katlanması ilkesine istisnalar getirmişlerdir. Zararın başkalarına yüklenilmesini haklı gösteren sebeplere “sorumluluk sebepleri” veya sorumluluk kaynakları denilir. Bu sebeplerden birisinin olması halinde zarar gören bir başkasından zararının telafisini isteyebilir.⁴³

İslam hukukçuları sorumluluk sebeplerini tasnif ederken daman kelimesine verdikleri anlamla da alakalı olark farklı sebepler zikretmişlerdir.⁴⁴ Biz bu çalışmamızda daha önceki çalışmaları da gözönünde bulundurmak suretiyle daman sebeplerini dört olarak gösteren yaygın muasır görüşü esas kabul ettik.⁴⁵

41 Örnek olarak bkz. Muvaffakuddin ibn. Kudame, *Muğni*, V/70; Şevkani, *Neylül-evtar*, Mektebetü Külliyyâtü'l-Ezher, 1250h., Kahire, VI/403; Hattab, *Mevahibü'l-celil*, VII/30

42 Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mütlefat*, sh:30 vd.; Hamza Aktan, “*Damân.*”, sh:450

43 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/3; burada misal konuya uygun şekilde değiştirilmiştir.

44 Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mütlefat*, sh: 41 vd. ; Hamza Aktan, *Damân*; sh:451; Vehbe Zuhayli eserinde bu kanaati savunan alimleri ve eserlerini detaylıca vermektedir, *Nazariyyetü'd-Damân*, sh:63 vd.

45 Dörtlü taksimi esas alan görüş için bakınız; Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhi'l-İslami*, I/9 vd.; Fevzi Feyzullah, *Nazariyyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslami*, sh:19 vd.

Çağdaş İslam hukukçularının kabulüne göre sorumluluğu ortaya çıkaran sebepler yani sorumluluğun kaynakları şunlardır:

1) Hukuki İşlem (İltizam, Damanü'l-Akd)

Damanın birinci sebebi olan iltizam, hem nezir ve bazı mali taahhüt nevileri gibi tek taraflı irade ile kurulan işlemleri hem de iki taraflı irade ile kurulan akdi ifade eder.⁴⁶ Akitler daman açısından üçlü taksime tabi tutulurlar. Daman akitleri, emanet akitleri, çift vasıflı akitler.

Borcun yerine getirilmesi borçlunun dürüstlüğüne ve arzusuna bırakılamaz. Alacaklıya borçluyu zorlama imkanı vermeyen bir alacak hakkı, hukuki himayeden yoksun ve dolayısıyla borçlunun dürüstlük ve insafına bırakılmış eksik bir haktan başka bir şey ifade etmez. Bu sebeptir ki, hukuk düzenleri, ilke olarak her borç ilişkisinde borç yanında bir de sorumluluk unsurunun varlığını zorunlu görmüştür. Bu yüzden **sorumluluğun borcun müeyyidesi**⁴⁷ olması temel bir kuraldır. Karşılıklı rızalarıyla bir borç ilişkisi kurup hak edinen ve borç altına giren taraflar bu borçların gereğini yerine getirmek zorundadırlar. Akdin gereği yerine getirilmediği zaman bir akdi kusur meydana gelir ve kusuru yapan taraf bundan dolayı sorumlu olur.⁴⁸ Bazen akdin ifası gereği el değiştiren mal, teslim alanın tazmin mesuliyeti altına girer. Bu mesuliyetten anlaşılması gereken zilyedi olunan maldan doğan hasar ve zararın o kimseye ait oluşudur.⁴⁹ Başka bir ifadeyle damanü'l-akd; makudun aleyh olan malın telef olması veya akitte öne sürülen bir şartın ifa edilmemesi suretiyle taraflar arasındaki akit (ilişkisi) sebebiyle meydana gelebilecek mali bir zararı gidermek (tazmin etmektir).⁵⁰ Tarafların akitlerle yüklendiği

46 Fevzi Feyzullah, *Nazarîyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh: 25; Ali Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, I/16; Vehbe Zuhayli, *Nazarîyyetü'd-Damân*, sh:63; Hamza Aktan, *Damân*, sh:451; Muhammed Şahhat el-Cündi, *Damânü'l-akd evi'l- mesuliyeti'l- akdiyye*, sh:20-21

47 Fikret Eren, *Borçlar hukuku*, C:1; sh:98.

48 Ahmet Akman, *Akdi mesuliyet*, sh:2 vd.

49 Akman, *Akdi mesuliyet*, sh:202; Hukukçuların kullandığı akdi sorumluluk kavramı İslam hukukçularının kullandığı damanü'l-akd tabirinden farklı bir manadadır. Hukukçular akdi sorumlulukla akdin ifa edilmemesi veya akdin gereği olarak yapması gereken bir şeyi yapmamayı ifade ederken İslam hukukçuları damanül akd tabirini akde konu olan şeyin daman vasfıyla elinde bulunan kişi elinde telef olması durumunda içine alacak şekilde kullanmaktadırlar.

50- Fevzi Feyzullah, *Nazarîyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:66

borçların neler olduğu ve bu borcun müeyyidesi olan sorumluluğunun ne olduğu akit çeşidine göre farklılık arz etmektedir.⁵¹

Fıkıh kitaplarında geçen akdiden doğan daman, satım (bey') akdinde olduğu gibi ya mutlak olarak olur, veya emanet akitlerinde olduğu gibi düşmanlık sebebiyle olur⁵² ifadesiyle anlatılmak istenen; mal daman akitlerinden birisi ile kişinin zilyedliğinde bulunurken telef olursa -ister bunda bir kusuru olsun isterse olmasın- zilyed bunu tazmin etmek zorundadır. Çünkü mal tazmin vasfıyla elinde bulunmaktadır. Emanet akitlerinden birisi ile bir malı elinde bulunduran kimsenin zilyedliğinde iken mal telef olmuşsa bakılır, bu kişi özen gösterme borcunu yerine getirmişse bu malı tazmin etmez, eğer özen göstermemişse tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.

2) Haksız Fiil (Damanü'l-İtlaḥ)

Damanın en yaygın bilinen kaynağı zararlı fiildir.⁵³ Zararlı fiilden doğan ödeme sorumluluğuna damanü'l-itlaḥ denilir.⁵⁴

Kişilerin mal edinme ve bu mallar üzerinde tasarruf yapma hakkı vardır. Devletin görevi bu en tabii hakkı korumaktır. Kişinin mal güvenliğine yönelen haksız fiillerin bertaraf edilmesi ve meydana gelecek zararların tazmini bu hakkı ihlale yönelmiş haksız fiilin müeyyidesidir. Meydana gelen zararların kişilerce tazmin edilmesi zarar verenin iradesine bırakılamaz. Kişinin devlet tarafından korunmuş olan mal masuniyeti (dokunulmazlığı), gayri meşru bir şekilde ihlal edilirse devletin yetkili mercileri aracılığıyla bunun müeyyidesi olarak zarar veren tarafından meydana gelen zararın giderilmesini istenir. Bir kişinin haksız bir fiili ile meydana gelecek zarardan dolayı sorumlu olmasına haksız fiil sorumluluğu denilir. Mallara yönelmiş haksız ve zararlı fiillerin müeyyidesi meydana gelen zararların giderilmesi yani tazmin edilmesidir.

51 Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Ahmet Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazmin sorumluluğu*, sh: 1-12

52 Vehbe Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Damân*, sh:65

53 Bu borç kaynağını bazı hukukçular haksız fiil bazıları zararlı fiil şeklinde isimlendirirken bazı hukukçular da daha farklı isimler kullanmışlardır. Bu konuda geniş bilgi için tezimizin II. bölümünde "haksız fiil ve unsurları" kısmında inceledik bkz. sh: 19 vd.

54 Ali Hafif, *Ed-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, 1/40; Fevzi Feyzullah, *Nazariyyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, sh:71; Vehbe Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Damân*, sh: 67; Hamza Aktan, *Damân*, sh:451

İslam hukukunda mevcut muhtelif haksız fiiller incelendiğinde, bunların iki kısımda toplandığı görülür. Şahsa yönelik haksız fiiller ve mala yönelik haksız fiiller. Mala yönelik başlıca haksız fiil neveleri gasp ve itlafdır.⁵⁵ Tazmin sorumluluğu daha ziyade itlaf durumunda meydana gelir. Gasb tek başına tazmin sorumluluğunun kaynağı olmaz, gaspla beraber, tağyir, itlaf, istihlak gibi bir fiil de meydana gelmesi gerekir ki bunlar geniş anlamda itlaf içerisine dahil olur. Bu yüzden fukahanın daman sebeplerinden biri olarak ele aldıkları itlaf, haksız fiil manasını da kapsamak üzere geniş manadaki itlafdır.⁵⁶

3) Zilyedlik (Damanü'l-Yed)

Malı elinde bulunduran kimsenin daman açısından sıfatı ya “emin” veya “dâmin” olmasıdır. Burada söz konusu edilen emin sıfatı, mala gelecek zarardan kasıt ve kusur durumu hariç kural olarak sorumlu olmamayı, dâmin sıfatı ise kural olarak sorumlu olmayı ifade eder. Ancak bu sıfatlar şahıstan ziyade “yed-i daman” şeklinde ele izafe edilir; bununla malın zilyedlik altında bulunması kastedilmektedir.⁵⁷

Bir kişinin zilyedlik emin mi yoksa dâmin mi olduğu çok önemlidir. İslam Hukukçularının konumuzla ilgili eserlerinde tartışmaların odak noktalarından birini bu tartışmalar almaktadır. Eğer bir işçi çeşidi yed-i emin ise kural olarak onun elinde meydana gelen zarardan sorumlu olmaz, burada onun kasıt kusur ihmal gibi tazminini gerektiren bir durumunun olduğunu isbat etme malı telef olan karışı tarafa düşmektedir. Buna mukabil eğer işçi yed-i daman ise o zaman da kural olarak meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Kendisinin tazminini gerektirecek kusur, kasıt, ihmal gibi bir durumun olmadığını isbat mükellefiyeti bu sefer de kendisine düşmektedir. Yukardaki ifadelerden de anlaşıldığı üzere fukaha yed-i emanet ve yed-i daman ıstılahlarını isbat mükellefiyetinin kime ait olacağı dolayısıyla da sorumluluğun kime ait olacağıyla ilgili bir kural olarak tesbit etmişlerdir.⁵⁸

55 Mehmet Akif Aydın, “Eski Hukukumuzda Bir Haksız fiil Türü Olarak İtlaf” Hukuk Araştırmaları, c:5, sayı: 1-3, Ocak-Aralık 1990, sh:67

56 M. Akif Aydın, *İtlaf*, sh:68

57 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh: 25; Ali Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, 1/16; Zuhayli, *Nazariyetü'd-Damân*, sh: 63 vd.; Hamza Aktan, *Damân*; sh:451; Ahmet Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat.*, sh:196

58 Zilyetlik ile isbat mükellefiyeti arasındaki ilişki için bkz. sh: 75 vd.

4) Kanun(İlzamü's-Şari')

Daman sebeplerinden birisi de şariin mükelleflere bir borç yüklemesi ve onlardan mali bir ödemeyi yapmalarını istemesi şeklinde olur. Şariin özel hükmünün yüklediği mali yükümlülüklerin arasında keffaretler, ihramlının avlanması, harem bölgesinde avlanma veya haccın ifası sırasında yapılan ihlaller için öngörülen mali cezalar, nafaka, diyet ve erş yükümlülükleri gelir.⁵⁹ Şariin insanları ödemekle yükümlü tuttuğu bu borçlar ya yemin, zihar keffaretleri ... gibi bir haram fiili işlemenin cezası olarak veya zekat sadakayı fıtır gibi kişilere yüklediği bir vecibeyi yerine getirme şeklinde olmaktadır.

⁵⁹ Ali Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, I/11 vd.; Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:21 vd.; Hamza Aktan, *Damân*; 451

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİNİN HAKSIZ FİİLİNİN UNSURLARI

1) HAKSIZ FİİL KAVRAMI

Bir fiili işleyen kimseyle o fiilden zarar gören kimse arasında hiç bir hukuki ilişki bulunmadığı halde, fiili işleyen bu fiili ile diğer bir kimse aleyhine, hukuka aykırı olarak bir zarar meydana getirmesidir.⁶⁰ Kısaca, hukukun yasakladığı ve işlenmesi durumunda başkasına zarar verip tazmini gerektiren fiiller için haksız fiil tabiri kullanılmaktadır.⁶¹ Hukuk doktrinde kanunun yasakladığı ve işlenmesi durumunda başkasına zarar verip tazmini gerektiren fiiller için genellikle haksız fiil tabiri bazen de haksız muameleler, zararlı fiiller, caiz olmayan fiiller, yasak eylemler, şeklinde ifade edilmektedir.⁶² Herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükümlülüğüne de “haksız fiil sorumluluğu” denir.⁶³

Bütün hukuk sistemleri toplumun düzen ve güvenliğini sağlamak için birtakım kurallar koymuştur. Toplum ile bireylerin veya bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen bu kurallara uymak zorunluluğu vardır. Bu kuralları ihlal edenlere karşı uygulanan bir takım müeyyideler vardır. Ceza ve tazminat bu müeyyidelerin en başta gelenleridir. Hukuk kurallarını ihlal edenlere tatbik edilecek müeyyidenin ne olacağını tesbit ederken çeşitli hukuk sistemleri farklı özellikleri gözönünde bulundurarak farklı tasnifler yapmışlardır.

Türk hukuk sisteminde yasaklanmış fiiller ikiye ayrılır. Topluma zarar veren fiillere “suç” denir ve bunların müeyyidesi ceza kanunlarıyla düzenlenip öncelikle hapis ve para

60 Yusuf Ziya Binatlı, *Türk Borçlar Hukuku*, sh:109

61 Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıparmak, *Tekinay borçlar hukuku*, sh: 474 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/29;

62 Hayreddin Karaman, *Mulayeseli İslam Hukuku*, II/468

63 *Tekinay Borçlar Hukuku*, sh:475

cezaları şeklinde ortaya çıkar. Şahsa zarar vermekle birlikte suç niteliği taşımayan fiillere ise “haksız fiil” denir ve bunların müeyyideleri medeni ve borçlar kanunlarıyla düzenlenir, bu fiillerin müeyyideleri daha ziyade tazminat şeklindedir.⁶⁴

İslam hukukunda insanın can ve beden bütünlüğüne yönelen haksız fiiller ile mallara yönelen haksız fiiller farklı bölümlerde ele alınmıştır. İnsanın can ve beden bütünlüğüne yönelen haksız fiillerin özel isimleri vardır ki bunlar kısas, diyet, erş vs. dir.⁶⁵ İnsanların mallarına yönelen haksız fiiller ise gasp, itlaf, ifsat, ihlak, haksız istihlak... vb. İnsanların mallarına yönelen bu davranışlar müstakil bir borç kaynağıdır. Bu borç kaynağının isminin ne olması üzerinde hukukçular farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bazı hukukçular haksız fiil ifadesini tercih ederken bazı İslam hukukçuları aynı terimi haksız muameleler, zararlı fiiller, caiz olmayan fiiller şeklinde kullanmışlardır.⁶⁶ Ahmed Zerka zararlı fiil ifadesini tercih etmiştir ve Ürdün medeni kanunu da bu ifadeyi kullanmıştır.⁶⁷ Bu farklılığın sebebi konuya sebep veya sonuç açısından bakmak olduğu anlaşılmaktadır.

64 Ali Kaya, *İslam Hukukunda cismani zararların Tazmini*, basılmamış doktora tezi, Bursa, 1991, sh:56

65 Ali Kaya, *İslam Hukukunda cismani zararların Tazmini*, sh:56

66 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/468

67 Mustafa Ahmed Zerka ise “*el-fi'lüd-dar ve'd-daman fihi*”, sh:59 vd.; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* adlı eserinde Haksız fiiller başlığı altında zararlı fiiller diye bir alt bölüm açmış ve zararlı fiil ve haksız fiillerin aynı anlama geldiğini ifade eden izahlarda bulunmuştur. Mustafa Ahmed Zerka ise “*el-fi'lüd-dar ve'd-daman fihi*” adlı eserinde haksız fiil ile zararlı fiil ifadelerinin farklı olduğunu kendisinin zararlı fiil ifadesini tercih ettiğini belirtiyor ve tercih sebeplerini zikretmektedir. Geniş bilgi için bkz. sh:60 vd.

II) HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

A) FİİL

İnsanın şuurlu iradesine dayanan ve dış alemde değişiklik meydana getiren harekete “fiil” denir. Bir fiil üç unsurdan meydana gelir. İrade, hareket, sonuç.

1) FİİLİN UNSURLARI

a) İrade Unsuru:

Bir tür beyin faaliyeti olup insanın dışa yansıyan davranışını ona bağlayan ruhi bir unsurdur. İrade insanın hedeflediği sonucu gerçekleştirmek için giriştiği zihinsel bir çabayı anlatır. Bu zihinsel çaba dışarıya aksetmediği müddetçe hareket sayılmaz dolayısıyla da buna bir hukuki netice bağlanamaz.⁶⁸

Bilinçli bir iradeye dayanmayan fiil veya harekete cezai sonuç bağlanmasa da hukuki bir takım neticeler bağlanmaktadır. Uyuyan bir kişinin davranışları bir iradeye dayanmadığı için yuvarlanıp bir kişinin üstüne düşmesi ve onu öldürmesi durumunda cezai müeyyide olan kısas ona uygulanmasa da hukuki bir müeyyide olan diyet ödetilir.⁶⁹

İrade bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücünü ifade eder. Bu güce sahip olmayanların davranışlarının bir irade mahsulü olduğu söylenemez. Akıl hastaları ve çocukların iradeleri olmadığı için yaptıkları fiiller sebebiyle cezalandırılmazlar fakat verdikleri maddi zararları tazmin etmeleri istenir.⁷⁰ Haksız fiil sorumluluğunda irade unsuruna hemen hiç önem verilmez, zira haksız fiil sorumluluğu durumda öncelikle gözetilen zarar görenin zararının karşılanmasıdır.

68 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/32

69 Ali Kaya, *İslam Hukukunda cismani zararların Tazmini*, sh:67

70 Süleyman Muhammed Ahmed, *Damâni'l-müttlefât*, sh:233 vd.

b) Hareket Unsuru

İnsan davranışının dışa yansıyan kısmına hareket denir ki sözlerimiz de buna dahildir. Bir kişi aleyhine yalancı şahitlikte veya ona iftirada bulunmuş ve bu da ona bir zarar vermişse bu zararın tazmin edilmesi istenir.⁷¹ Şafiilere göre bir kişinin sözü sebebiyle insan bir zarara düşerse bunu tazmin ettirebilir. Sözelimi; bir kişi bir sarrafa gidip danışma ücretini de vererek elindeki dirhemlerin sahte olup olmadığını sorsa, sarraf da bunların gerçek olduğunu söylese bilahere bunların sahte (kalp) olduğu ortaya çıksa sarrafa ücret ödediği için sarrafın tazmin sorumluluğu vardır, şayet danışma bedel mukabili olmasaydı tazminat gerekmecekti.⁷² Sarrafa ücret vermesiyle sarrafın o kişiye doğru bilgi vermesi bir borç haline gelmiştir. Eğer ücret vermeseydi doğru bilgi vermesi hukuki yaptırımı olmayan bir vicdan ve ahlak vecibesi olurdu.

2) FİİLİN ÇEŞİTLERİ

a) Olumlu Fiil

İnsan fiilleri çoğu kere bir işi yapma, müsbet bir davranış gösterme, aktif bir eylem şeklinde kendini gösterir. Kusur sorumluluğunda zararlı sonuç doğuran sebep çoğunlukla olumlu bir davranıştır.⁷³ Olumlu davranış, dış dünyada etkisi görülen bir özelliğe sahip olması yönüyle objektiftir. Bu yüzden fiile sorumluluğun objektif unsuru denilmektedir.

b) Olumsuz Fiil

Fiil bir şeyi yapma, işleme şeklinde (müsbet) olabileceği gibi yapmama şeklinde (menfi, selbi) de olabilir. Her ne kadar eylemsizlik dış dünyanın akışında bir değişiklik yapmasa da hukuk düzeni belli bir davranışın gösterilmesini emreder ve bu gösterilmediği zaman da zarar meydana gelebilir.⁷⁴ Ceza hukukunda buna “ihmal suçu” adı verilir. Fakat borçlar hukukunda bu tazminat sebebi olur. Olumsuz fiille “hiç bir şey yapmama” değil

71 *Mecelle*, mad:1729; en-Nazariyyetü'l-amme li'l-mucebat ve'l-ukud, Subhi Mahmasani, I/169; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/484

72 Ali el-Hafif, *Ed-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, I/207

73 Fikret Eren, *Borçlar hukuku*, II/33;

74 Mahmasani, en-Nazariye, I/169; Deschenaux- Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, çev. Salim Özdemir, Ankara, 1983, sh:12

de yapması gereken “bir şeyi yapmama” kastedilmektedir.⁷⁵ Tarafların aralarında yaptıkları akit gereğince yapmayı üstlendikleri ve yerine getirmek zorunda oldukları bir edimi yerine getirmezlerse hukuka aykırılıktan söz edilir.⁷⁶ Örneğin, nehrin fazla suyunun tarlasını basmaması için set yaptırmak üzere tutulan işçinin seti yapmaması neticesinde su tarlayı basıp mahsule zarar verirse işçi bunu tazmin eder.⁷⁷ Çünkü işçi akid gereği yapması gereken bir işi yapmamaş bunun neticesi olarak zarar meydana gelmiştir.⁷⁸

Hanbeli kitaplarından Keşşafu'l-Kına adlı eserde işçinin akdin hemen akabinde işe başlamasının gereği ifade edilmektedir. Çünkü akdin eseri (gereği) işçiden yapmayı üstlendiği işin yapılmasının istenmesidir. İşçi, özürlü olmaksızın borçlandığı işi yapmayı terk eder yani yapılması gerekli bir işi yapmazsa bu da zarara sebebiyet verirse, işçi sorumlu olur.⁷⁹

Bir kişinin akit gereği veya yerine getirmekle yükümlü olduğu bir görev⁸⁰ sebebiyle ictinab edemeyeceği durumlar haricinde ahlaklı ve vicdan sahibi bir kişinin kaçınamayacağı durumlar vardır. Bu durumdaki birinin, hukuken bir kişiyi zarardan kurtarmak veya onun yardımına koşmak gibi bir görevinin olup olmadığı tartışmalıdır. Maliki ve Zahirî mezhebi dışında kalan cumhur fukaha bu durumda yapmamayı bir sorumluluk sebebi kabul etmezler. Mesela; bir kimse diğer birinin malının yandığını görse ve onu yanmaktan kurtarabilecek durumda olsa ve fakat o malı kurtarmasa tazminle sorumlu değildir. Çünkü o kişinin mübaşeretle bir zarar vermesi söz konusu olmadığı gibi tessebbüben de bir zarar verme söz konusu değildir.⁸¹

Maliki ve Zahirîler başkasının malını imkan varken kurtarmayan veya ona yardım etmeyen kimselerin sorumlu olacağı kanaatindedirler; zira bunlara göre, bir müslümanın

75 Fikret Eren, *Borçlar hukuku*, 11/34

76 Tekinay *Borçlar Hukuku*, sh: 484

77 Ali el-Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, 1/18

78 Ali el-Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, 1/18

79 Ali el-Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, 1/18

80 Bir anaokulu öğretmeninin çocukları gözetme görevi, bir polisin kavga edenleri ayırma görevi gibi...

81 Ali el-Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, 1/40

diğer müslümanın malını koruma ve yok olmasını önleme şeklinde bir borcu vardır ve bu borcun yerine getirilmemesi durumunda tazminat ortaya çıkar.⁸²

Yukardaki açıklamalar ışığında menfi davranış yönünden şu sonuca varmak mümkündür. Bir şahsın, hukuken hareketsiz kalmaması gereken bir durumda, hareketsiz kalması zararlı sonuç doğuruyorsa, buna mukabil yapması gereken hareketi ifa etmesi zararın meydana gelmesini önleyecekse, yapmama şeklindeki menfi davranış, zararlı sonucu doğuran bir fiil sayılmalıdır. Başka bir ifadeyle belirli bir hareket, aktif bir eylem yapılmasaydı sonucun gerçekleşmesi önlenecek idiyse, yapmama (menfi davranış), zararlı sonuç için fiil (davranış) değerini taşır. Yani haksız fiil açısından yapmamada, menfi davranışın yerine yapılması tasavvur edilen başka bir davranış ikame edilmektedir.⁸³

82 Ali Hafif, *Ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, I/41; M. A. Aydın, *ittaf*, sh:69-70

83 Fikret Eren, *Borçlar Hukuk*, II/36

B) HUKUKA AYKIRILIK

1) HUKUKA AYKIRILIĞIN TANIMI VE KAPSAMI

Kusur sorumluluğunun kurucu unsurlarından birisi de hukuka aykırılıktır. Hukuk düzeninin kişilerin mal ve şahıs varlığını korumaya yönelmiş yazılı ve yazılı olmayan kurallarına aykırı fiiller hukuka aykırı fiillerdir.⁸⁴ Başka bir ifadeyle hukuk düzeninin yapılmasına izin vermediği, başkalarının hukukca korunmuş bulunan meşru menfaatlerini doğrudan doğruya ihlale yönelen her fiil hukuka aykırıdır.⁸⁵ Süfyan es-Sevri de hukuka aykırılığı (teaddi), kişinin mezun olmadığı (hukuken yapmasına izin verilmeyen) bir şeyi yapması⁸⁶ olarak tarif etmiştir.

İslam hukuku kaynaklarında hukuka aykırılık, genel olarak “teaddi” kelimesi ile ifade edilmiştir. Yine bu manayı ifade etmek üzere haksız olan davranış (bi gayri hakk), düşmanca davranış (udvan) istilahları da kullanılmıştır.

İslam hukukcuları tazminatın ortaya çıkması için yalnızca maddi unsur yani hukuka aykırılığı (teaddi) yeterli görürlerken, diğer hukukcular mesuliyetin doğması için buna bir de manevi unsur yani isnat kabiliyetinin gerekli olmasını ilave etmişlerdir.⁸⁷ Bu yüzden kendilerine kusur isnadı mümkün olmayan ehliyetsizler ve eksik ehliyetliler (küçükler ve akıl hastaları) kendi fiilleriyle meydana gelen itlaftan sorumlu olurlar.⁸⁸ Bu haksız fiil sorumluluğunun mutlak olarak var olduğunu ifade eder. Akdi sorumluluğun doğabilmesi için ise ehliyetsiz ve eksik ehliyetlilerin akde taraf olup olamayacaklarının tesbiti gerekir. İcare akdinin kurulabilmesi için ehliyetin bulunması şarttır.⁸⁹ Hanefiler mümeyyiz küçüğün yaptığı akdin kâr ve zarara muhtemil olması durumunda veli veya

84 Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, sh:130

85 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/486; M. Akif Aydın, “*hikaf*”, sh:71; Tekinay *Borçlar hukuku*, sh:482

86 *Mevsuatü fikh-ı Süfyan es-Sevri*, sh:78

87 Zuhayli, *Nazarıyetü'd-Daman*, sh:50-51;

88 Mecelle, mad:916, M. Akif Aydın, “*hikaf*”, sh:72

89 Mecelle, mad.444

vasisinin iznine bağı olarak mevkuf olduğunu onun muvafakatı ile yürürlük kazanacağını söylemişlerdir.⁹⁰ Dolayısıyla Hanefiler veli veya vasisinin iznini almış küçüklerin akdi bakımından mesul tutulabileceğini de kabul etmişlerdir. Buna karşılık Şafiiler akdin inikadı için bülüğün şart olduğu kannatindedirler⁹¹ ve baliğ olmamış ehliyetsiz ve eksik ehliyetlilerin akdi bakımından mesul tutulamayacağı görüşündedirler.

Hukuka aykırı davranışın bir tazminat talebine esas olabilmesi için haksız fiilden zarar gören kimsenin, ihlal edilen hukuk kuralı ile doğrudan doğruya korunması amaçlanan bir şahıs olması gerekir.⁹² Sözgelimi, bir kimsenin atı haksız bir fiil neticesinde öldürülürse bu atın sahibi mal varlığının dokunulmazlığı ilkesinin ihlali sebebiyle dava açabilir. Bu ilke bizzat kanun tarafından mal sahibinin mülkiyet hakkını korumak için konulmuştur. Fakat bu atı terbiye edip bakımını üstlenen seyis atın ölmesi sebebiyle işsiz kaldığını beyanla uğradığı zararın tazminini isteyemez, zira ihlal edilen hukuk kuralında seyise yönelik bir hukuka aykırılık yoktur.

Eğer bir fiil hukuk bakımından caiz ve serbest ise yani hukuka aykırı değilse bunun sebep olduğu zararın tazmin konusu olması düşünülemez. Bu yüzden hukuka aykırılığın ne olduğunun tesbit edilmesinin ayrı bir önemi vardır. Bir fiilin hukuka aykırı olduğunu tesbit için çeşitli yollar vardır.

2) HUKUKA AYKIRILIĞI TESBİT YOLLARI

Tazminat taleb hakkının doğabilmesi için zarar görenin zararı hukuka aykırı bir şekilde meydana gelmelidir. Hukuka aykırılık bir sözleşme neticesinde doğan bir borç menfaatinin ihlali ile olabileceği gibi herkese karşı korunan bir mutlak hak menfaatinin de ihlali olabilir.⁹³ Buna göre hukuka aykırılığı tesbit için taraflar arasındaki ilişkinin çeşidine bakılır. Eğer taraflar arasındaki ilişki bir akit ilişkisiyse bundan doğan

90 Kasani, Bedayi, IV/176; Zekiyüddin Şaban, *Usûlü'l-Fıkh* (trc. İ. Kafî Dönmez), sh:251-252; Hüseyin Halef Cüburi, *Avarizü'l-ehliye*, sh:120

91 Nevevi, Ravza, V/173, Bardakoğlu, *İslam Hukukunda ve Müderrn Hukuktalcare akdi -Özellikle Personel İstihdâmı-*, Basılmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1982, sh:28

92 Reisoğlu, *Borçlar hukuku*, 131, 3 no'lu dipnot.

93 Hüseyin Hatemi, *Sözleşme dışı sorumluluk hukuku*, sh:22

sorumluluk akdî sorumluluk olur. Eğer taraflar arasında bir haksız fiil ilişkisi varsa bundan doğan sorumluluk da haksız fiil sorumluluğu olur.⁹⁴

a) Akde Muhalefet Sebebiyle Hukuka Aykırılık

Tarafların bir akitle yapmayı üstlendikleri şeyleri yapmamaları şeklinde olur. Hukuka aykırılığı tebit ederken dikkat edilecek husus, akdin taraflarını oluşturan kişilerin arasındaki sözleşmeyle yapmayı taahhüt ettikleri yükümlülüklerini yapmamaları veya ileri sürdükleri şartlara aykırı davranmalarının tesbitidir. Nitekim Mecellede “teaddi, ecirin teaddisi müste’cirin sarahaten veya delaleten emrine muhalif hareket etmesidir”⁹⁵ şeklinde ifade edilmiştir. Bundan kasdedilen işverenin sarahaten şu işi şöyle yapma şeklindeki nehyi veya şöyle yap şeklindeki emridir.

O halde işverenin emrine muhalefet sarahaten ve delaleten olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

a₁) İşverenin Sarih Emrine Muhalefet Şeklinde Ortaya Çıkan Hukuka Aykırılık.

İşverenin sarih (açık) bir ifadeyle yapılmasını istediği bir emrinin yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Mesela, Bir kişi yüzüğünü nakkaşa verip yüzüğün kaşına ismini naksetmesini istese, nakkaş da başkasının ismini yazarsa yüzüğü tazmin eder.⁹⁶

Bazen işverenin isteği emir değil yasaklama (nehiy) de olabilir, bu durumda işverenin sarih nehyine muhalefet sebebiyle hukuka aykırılık ortaya çıkar. Örneğin, çamaşırcıya elbiseleri yırtmadan (tokmakla vurarak) yıkaması şart koşulsa o da döverek

⁹⁴ Çağdaş hukukçularından Vehbe Zuhayli’nin hukuka aykırılığı, nasların ve hak sahiplerinin yapılmasına izin vermediği fiiller şeklindeki tarifinde de iki unsur olduğu görülmektedir. Bu unsurlardan, “nas” tabiri Kur’an ve sünnette yapılmasına izin verilmeyen davranışları ve devletin yasakladığı fiilleri ifade eder. Hak sahibi ifadesinin ise akde muhalif davranmak suretiyle ortaya çıkan hukuka aykırılığı ifade ettiğini söyleyebiliriz. Zuhayli, *Nazariyyetü’l-d-Daman*, sh:20

⁹⁵ Mecelle, mad 608, Bilmen, *Istilahat*, C:6, sh:232

⁹⁶ Bağdadî *Mecmau’l-Damanat*, sh:47

yıkayıp çamaşırı yırtarsa tazmin eder.⁹⁷ Çünkü işverenin açık bir nehyine aykırı davranmış ve elbiseye zarar vermiştir. Bir başka örnekte ise çobanın hayvanların güdüleceği yer konusunda mal sahibine muhalefet edip onun yasakladığı bir yerde hayvan gütmesi durumunda meydana gelecek zararı tazmin edeceği belirtilmiştir.⁹⁸

a2) İşverenin Delaleten Olan Emrine Muhalefet Şeklinde Ortaya Çıkan Hukuka Aykırılık

Delalet sarîh ifade yerine kaimdir. Sarîh sözün bulunmadığı durumlarda delalet-i hale itibar edilir. “Tasrîh mukabelesinde delalete itibar yoktur” prensibi gereğince açık (sarîh) ifadelerin bulunduğu durumlarda bunun gereğine göre hareket edilir. Fakat sarîh ifadenin bulunmadığı durumlarda delalete göre hareket edilir. İşçinin işverenin emrine muhalefetine delalet yoluyla tesbitinde şu esaslara uyulur.

a) Bir konuda işçinin neyi yapması gerektiği ve neyi de yapmaması gerektiğini tesbitte örfে itibar edildiği durumlar vardır. Bu takdirde hukuka aykırılık örfün delaletiyle anlaşılır. Boyacı kumaşı boyadıktan sonra diğer elbiselerle beraber bir ağacın üstüne veya ipe asarsa ve kumaş telef olursa elbisenin asıldığı mekan tetkik edilir, eğer asılan mekan dükkanın haricinde değilse tazmin etmez, dükkanın haricindeyse tazmin eder⁹⁹ Zira onun elbiseyi dükkan dışına asması örfе binaen teaddi kabul edilir. Başka bir örnekte de şöyle denilmiştir. Değirmenci buğdayları karıştırdığı zaman tazminle sorumlu olur. Ancak örfen karıştırmaya izinli sayıldığı yerlerde sorumlu olmaz.¹⁰⁰

b) Bir konuda işçinin neyi yapıp neyi de yapmaması gerektiği akdın tabiatından anlaşılır. Bu durumda hukuka aykırılık akdın delaletiyle tesbit edilir. Normal şartlarda işçinin yapmaması gereken bir şeyi işçi yapmışsa tazmin sorumluluğu ortaya çıkar. Mesela; ecir-i has olan çoban koyuna vurup gözünü çıkarır veya ayağını kırarsa tazmin

97 İbn Bezzâz el-Kerîdî, *Fetâvâ Bezzâziye*, V/88; Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh: 42

98 Sehnun, *el-Müdevvenetü'l-kübra*, IV/441; Hattab, *Mevahibü'l-celil*, VII/557; Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh:30

99 Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh:46

100 Fudayî Efendi, *Damanat*, sh:620; Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*:51.

sorumluluğu vardır, çünkü ecir-i has akde aykırılık¹⁰¹ durumunda tazminle sorumlu olur. Misalimizde çobanın koyunlara vurması icareye akdinin bir gereği olmayan bir davranıştır. Onun akitle yapmayı üstlendiği şey koyunları gütmektir. Koyunları gütmeye ise örfen onlara vurmadan bağırarak, elini çırpma şeklinde bir takım fillerle yapılabilir.¹⁰² Eğer çoban bir sopayla vurarsa yine tazmin eder. Fakat koyunlar sulama veya otlatma esnasında helak olursa tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaz, çünkü eciri has akde aykırı davranmadıkça tazminle sorumlu tutulmaz ve bu durumda da akde aykırı davranmamıştır, zira çobanların koyunları sulaması akdın muhtevasıdır. Çobanın eciri müşterek olması halinde koyunlardan ölen olursa mal sahibi ve çoban koyunun kendiliğinden öldüğü konusunda hem fikir olurlarsa veya çoban koyunun kendiliğinden öldüğüne dair delil getirirse çoban ittifaken tazmin etmez, çünkü koyun kendiliğinden ölmüştür, ve bundan da sakınmak mümkün değildir. Fakat çoban koyunun kendiliğinden öldüğünü iddia ederse mal sahibi de inkar ederse Ebu hanifeye göre çobanın beyanı esas alınır çünkü o emindir, imameyne göre ise mal sahibinin beyanına itibar olunur.¹⁰³

c) Bazen bir kişinin davranışının hukuka aykırı olması zararın meydana gelmesiyle anlaşılır. Zarar varsa hukuka aykırılık da var denilir. Burada da hukuka aykırılık zararın meydana gelmesiyle delaleten anlaşılır. Mesela çamaşırcının kumaşa tokmakla vurarak onu temizlemesi sırasında kumaşı yırtılırsa çamaşırcı kumaşı tazmin eder, her ne kadar çamaşırcı ben mutat bir şekilde vurdum benim teaddim yoktu dese de kumaşın yırtılmasından normal olmayan bir şekilde vurduğu anlaşılır.¹⁰⁴ Bazı İslam hukukçuları da ecirin (ister ecir-i has olsun ister ecir-i müşterek) zilyedliğindeki gıda maddelerinin (mekulat ve meşrubat) telef ve zayi olması durumunda da bunların helak olmasının teaddiye delalet edeceğini söylemişlerdir.¹⁰⁵ Ömer Nasuhi Bilmen bazı durumlarda zararın tahakkukuyla teaddinin de varlığını kabul etmenin sebebi olarak, insanların bu mallara olan meylini gösterir. Ona göre eğer bazı malların telef ve zayi olması halinde

101 Burada akde muhalefet için الخلاف tabiri kullanılmıştır. Bu terimin akde muhalefet manasında kullanıldığını başka kitaplarda da tesbit ettik, bu konuda da değişik örnekler için bakınız, Serahsi, *Mebhut*, XVI/10;

102 İbn Kadı Simavne, *Camiü'l-fusûleyn*, II/172, Fudayl Efendi, *Damanat*, sh:600

103 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:29

104 İbn Abidin, *Reddül-muhatar*, VI/70

105 Bilmen, *İstilahat* VI/236

tazmin şartı konulmazsa insanların bunlara el uzatabilir ve bunları muhafazada yeterli ihtimamı göstermezler.¹⁰⁶

b) Haksız Fiil Sebebiyle Hukuka Aykırılık

Bir kişinin diğer kişinin malvarlığına zarar vermesi durumunda bu iki kişi arasında hukuka aykırı fiil sebebiyle bir hukuki ilişki doğar ve bu ilişkinin neticesi olarak da zarar veren kişiden bu zararı izale etmesi istenir. Bir örnek vermek gerekirse, bir kimse başkasının arazisinde veya umumi yolda izin almadan bir çukur açtırır ve üçüncü bir kişinin hayvanı bu kuyuya düşüp de ölürse, kuyuyu kazan kimse tazminle sorumludur¹⁰⁷ Çünkü hukuk tarafından korunmuş mutlak bir hak olan mal dokunulmazlığı hakkı hukuka aykırı bir davranışla ihlal edilmiştir. Kuyu kazması için kiralanan kişinin bu kuyuyu kazmaması gerekirdi, o bu davranışıyla “gayrin mülkünde tasarrufla emretmek batıldır”¹⁰⁸ umumi kuralını ihlal etmiştir. İşçi kuyuyu kazarken arazinin kendisini kiralayan kişiye ait olmadığını bilerek bu işi yapmışsa kendisi tazmin eder, eğer arazinin işverenin malı olduğunu zannederek kuyuyu kazmışsa meydana gelen zararı tazmin etmekle beraber işverene rücu hakkı vardır.¹⁰⁹

c) Hukuka Aykırılığın (Teaddinin) Ölçüsü

İşçinin bir davranışıyla zarar meydana gelirse onun bu davranışının teaddi olup olmadığının araştırılması gerekir. Buna göre teaddiyi tesbit ederken şunlara dikkat ederiz.

1) Normal bir insanın göstermesi gereken dikkat ve itinayı göstermeyen kişi hukuka aykırı davranmıştır (teaddisi vardır). Gerekli dikkat ve itinayı göstermesine rağmen bir zarar meydana gelse bile hukuka aykırılık yoktur. Bunda ölçü alınan husus normal bir insanın gidişatı, davranışdır. O kişiden fevkalade veya bir sahada uzman olmuş insanın davranışı beklenmez.¹¹⁰ Mutad, yani normal bir insanın davranışını tesbit ederken ise örfden istifade edilir. Bu ölçüye uygun olanlar hukuka uygun, aykırı olanlar ise hukuka aykırı kabul edilir. Bazı hukukçular bu ölçüyü ifade ederken kıstas olarak, aynı şartlar

¹⁰⁶ Bilmen, *stılahat*, VI/236

¹⁰⁷ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/517

¹⁰⁸ Mecelle, mad. 95

¹⁰⁹ Ahmed Zerka, *Şerhu'l-kanuni'l-fikhiyye*, 444

¹¹⁰ Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:93

altında akıllı bir kişinin yapmayacağı hareketi yapmak teaddidir demişlerdir.¹¹¹ Bu konuyla ilgili bir örnekte şöyle denilmektedir; yemek taşımak için tutulan adama falan yoldan taşıyacaksın denilse, o başka bir yoldan giderken yemek helak olursa, yollar arasında farklılık yoksa tazmin etmesi gerekmez. Buna mukabil yol, bozukluk, uzaklık vs. gibi özellikleri sebebiyle (normal yoldan) farklı ise ve halk da bu yoldan gitmiyorsa işçi tazmin eder.¹¹² Burada yemek taşımak için kiralanan kişinin normal bir insanın gittiği yoldan gitmesi halinde meydana gelecek zarardan dolayı tazmin mükellefiyeti düşerken, bu itinaı göstermeyen kişinin tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

2) Üstün özellikleri sebebiyle istihdam edilen işçinin bu özelliklerin gereği olan işi yapmaması teaddidir. Bazı durumlarda işveren, üstün becerisi, işi yapma tarzı, hüneri vs. sebebiyle belli bir işçiye istihdam eder, bu kişiden sıradan mutad insandan beklenenin aksine üstün bir gayret beklenir, bu kişinin bu gayreti göstermemesi onun teaddisi sayılmıştır.¹¹³ Mesela, anahtar kaybolmuş kilidi açması için kiralanan demirci (haddad) kilidi açmak için uğraşırken kilidi kırarsa bunu tazmin eder.¹¹⁴

3) Bir davranışın hukuka aykırılığını tesbitte örfden istifade edilir. Bir davranış bir yerin örfüne göre hukuka aykırı iken başka bir yerin örfüne göre hukuka aykırı değildir. Bunun neticesi olarak da aynı olay hakkında bir yerde tazminle hükmedilirken başka yerde beraatla hükmedilebilir. Bu durumda hukuka aykırılığı tesbitte en önemli rol örfte düşmektedir. Tamir edilmesi için ayakkabıcıya bırakılan çarığı usta geceleyin dükkanda bıraksa ve çarık çalınsa, dükkanda veya çarşıda muhafız varsa ayakkabıcının tazmin sorumluluğu yoktur. Muhafız yoksa tazmin sorumluluğu vardır. Zahirüddin Merginani bu gibi durumlarda mutlak olarak beraatle hüküm veriyordu. Bu konuyla ilgili bazı fukahalar tarafından örfte itibar edileceği belirtilmiştir yani eğer örfte göre muhafız ve bekçi olmadan eşyalar dükkanda bırakılıyorsa dükkana sahibi sorumlu olmaz, eğer örfte eşyalar gece dükkanda bırakılmazsa dükkana sahibi sorumlu olur. Aynı şekilde evin veya

111 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fıkhü'l-İslamî*, sh:94

112 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:37

113 Ali Bardakoğlu, *İcare*, sh:230

114 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:47

dükkanın kapısını açık bırakmak (o belde halkının) örflerinde varsa dükkan sahibi sorumlu olmaz.¹¹⁵

4) Hukuka aykırılık aynı zamanda akde aykırılık da olduğu durumlarda tarafların akitte belirlemediği yükümlülükler örfе göre tesbit edilir. Taraflar akdi yaparken her iki tarafında yükümlülüklerini belirlerler, tarafların belirlemediği bir konuda ihtilaf çıkarsa mesele örf ve adete göre çözüme kavuşturulur. Nitekim bu prensip Mecellede de “Beynet-tüccar ma’ruf olan beyinlerinde şart koşulmuş gibidir”¹¹⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Örfün hukuka aykırılığı dolayısıyla da sorumluluğu tesbitte nekadar önemli bir rol oynadığı şu misalden de anlaşılabilir. Necmü’l-Eimme Hikemi’ye ücret karşılığı güdülmesi için kendisine at teslim edilen bir çobanın kendi işiyle uğraşması sebebiyle atları kendi halinde bırakması ve onların da kaybolması durumunda çobanın tazmin edip etmeyeceği sorulduğunda O, bu terketme işinin çobanlar arasında örf olması halinde tazmin etmeyeceğini aksi takdirde tazmin edeceğini söylemiştir.¹¹⁷ Bir başka örnekte de şöyle denilmiştir. Ayakkabıcıya teslim edilen deri vs.yi ayakkabıcı geceleyin dükkanda bırakır da çalınırsa oranın örfüne göre çarışığı bekleyecek bekçi muhafız vs. olmadan eşyalar dükkanlarda bırakılıyorsa dükkan sahibi sorumlu olmaz, örfе göre eşyalar gece dükkanda bırakılmıyorsa ayakkabıcı sorumlu olur.¹¹⁸

5) Üzerinde çalışma yapılmak üzere işçiye bırakılan malzemeleri, veya işleyip hazır hale getirdikleri eşyayı işçilerin veya kalfa, çırak gibi maiyyetinin işverenin izni olmadan kullanması da hukuka aykırıdır. Kullanım esnasında bu eşyalara bir zarar gelirse zararı veren bunu tazmin eder. Sözelimi, taban çakmak için aldığı çarığı giyen ayakkabıcı giymiş olduğu süre zarfında meydana gelen zarardan sorumlu olur, ayakkabıyı çıkardıktan sonra zayi olursa tazmin etmez.¹¹⁹

115 Bağdadi, Mecmau'd-Damanat sh:50

116 Mecelle, mad:44

117 Bağdadi, Mecmau'd-Damanat sh:30

118 Bağdadi Mecmau'd-Damanat, sh:46

119 Bağdadi, Mecmau'd-Damanat sh:50

3) HUKUKA AYKIRILIĞIN (TEADDİNİN) KASITLI OLUP OLMAMASINA GÖRE TASNİFİ

Teaddinin fail tarafından kasıtlı olarak planlanıp azmedilmiş bir şekilde yapılması ile zararın meydana gelmesini istemediği halde hataen oluşması durumunda zararın tazmin sorumluluğunun kime ait olacağı önemlidir. İslam hukukçuları failin verdiği zararı bu açıdan tetkik ederlerken, teaddinin kasıtlı yapılmasını tek başına incelemekten ziyade zararın mübaşeretten veya tesebbüben meydana gelmesini de hesaba katmışlardır.

a) Kasdi Teaddi

Teaddi neticesi meydana gelen sonucun niyet edilmiş ve istenmiş olması durumudur.¹²⁰ Bir kişi hukuka aykırı bir davranışı bilerek kasden yapıyorsa, bu kişi meydana gelen zarara katlanmak zorundadır. Kasıt unsuru teaddiyi ağırlaştıran bir sebeptir. Hatta bazen hukuka aykırı olmayan durumları dahi hukuka aykırı hale getirir ve tazmin borcunun doğmasına sebep olur. Mübaşeretten itlaf durumlarında bir kişinin kasıtlı olarak bir zarar vermesi ile hataen zarar vermesi açısından fazla bir fark olmamasına rağmen, tesebbüben itlaf durumunda bu ayrımın neticesi daha iyi ortaya çıkmaktadır.

Zararın mübaşeretten olması durumunda teammüd olmasa bile tazmin sorumluluğu ortaya çıkar. Mecellenin de belirttiği gibi “mübaşir müteammid olmasa da zâmin olur.”¹²¹ Bunun manası zararlı fiili yapanın ister kasden ister hataen olsun verdiği zararı tazmin etmekle sorumlu olduğudur. Fukahaya göre mübaşeret başlı başına bir illet olup kasdın bulunup bulunmaması ile sakıt olmaz.¹²² Mübaşirin müteammid olması halinde tazmin dışında başka bir yaptırım olmamasına rağmen diyaneten sorumlu olur yani günahkar olur.¹²³

Zararın tesebbüben olması durumunda eğer teammüd yoksa tazmin sorumluluğu da yoktur. Nitekim Mecelle de “Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz”¹²⁴

120 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fukhi'l-İslamî*, sh:95

121 Mecelle, mad:92 ve ayrıca mad:912, mad:213

122 Bakır Mustafa, *Külli Kaideler*, basılmamış doçentlik çalışması, Erzurum, 1988, sh:156

123 Hilmi Ergüney, *Mecelle Külli kaideleri*, sh:136

124 Mecelle, mad:93

şeklinde ifade edilmiştir. Tesebbüben bir zarar ortaya çıktığı zaman bu zararın mütesebbibe izafe edilebilmesi için onun teammüdünün bulunması yani kasden yapmış olması ve haksız olarak yapılmış olması gerekir.

Doğrudan haksız fiili işleyenle dolaylı haksız fiili işleyen ictima ederse bu durumda esas olan “mübaşir yani fail ile mütesebbib müctemi oldukta hüküm ol fâile muzaf kılınır”¹²⁵ kaidesinde izah edildiği üzere mübaşir tazminle sorumlu olur. Fakat Zerkanın da ifade ettiği gibi bunun bir takım istisnaları olup bunların başında da mütesebbibin zarar verme teammüdünün olması ve kötü niyetli olması buna mukabil mübaşirin iyi niyetli olması gösterilmiştir.¹²⁶

İslam hukukçuları ecir-i hasın zarar verme kasdının mevcut olduğu durumlarda ittifaken tazmin sorumluluğunun ortaya çıkacağına aksi takdirde sorumlu olmayacağı kanaatinderiler.¹²⁷ Eciri hasın elindeki mallar emanet hükmündedir. Bu mallara zarar verme teammüdünün olması onun emanete riayet etmemesi şeklinde yorumlanmıştır.

b) Hataen Teaddi

Teaddiye sebep olan fiil kasdedilmiş ve fakat netice kasdedilmemiş olduğu durumdur.¹²⁸ Ceza hukukunda hataen bir kimsenin öldürülmüş olması ile kasden öldürülmüş olmasının farklı sonuçları vardır fakat, tazminat yönünden mübaşeretden itlaf durumunda bu ikisi arasında bir fark yoktur. Fark uhrevi cezası yönünden olup, hataen teaddi sebebiyle verilen zarar günaha sebep olmaz.

4) HUKUKA AYKIRILIK İLE HAKSIZ FİİLİ YAPANIN EHLİYETİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hukuka aykırı bir fiili işleyen kimsenin bu fiilinden dolayı sorumlu olabilmesi için failin ehliyetinin önemli olup olmadığı konusunda İslam hukukçuları ile diğer hukukçular arasında görüş farklılığı vardır. İslam hukukçuları genelde ehliyetin bulunmamasının bu kişinin zararlı fiilinde kasıtlı olmadığına delalet ettiğini, fakat bunun tazmin

¹²⁵ Mecelle, mad:90

¹²⁶ Mustafa Zerka, *el-Fi'lüd-Dârve'd-daman fihi*, sh:93

¹²⁷ İbn Bezzaz el-Kerderi, *Fetâvâ Bezzâziye*, V/87; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:28

¹²⁸ Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:95

sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kanaatini benimsemişlerdir. Vehbe Zuhayli de bu konuyla ilgili olarak; teaddide dikkat edilmesi gereken şey sorumluluğun üzerine bina edildiği bir maddi vakıadır, yani zarar görenin zararının karşılanması zaruretidir. Bu durumda hukuka aykırı iş yapanın (müteaddinin) ehliyetine bakılmamaktadır.¹²⁹ Özellikle mallara yönelik sorumlulukta kişinin hatalı ve kasıtlı olup olmadığına, onun yaşının küçüklüğüne ve büyüklüğüne bakılmamakta zarar görenin zararının tazmini düşünülmektedir.¹³⁰

5) HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER (HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ)

Bir zararlı fiilin tazminata sebep olabilmesi için hukuka aykırı olarak meydana gelmesi gerekir. Eğer fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak bir sebep varsa bu fiili işleyen kişi tazminle sorumlu olmaz.¹³¹ Hukuka aykırılığın ortadan kaldıran durumlara aynı zamanda hukuka uygunluk sebepleri de denir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz.

a) Meşru Müdafa

Meşru müdafa, insanın kendisinin veya başkasının canına malına veya ırzına haksız şekilde yapılan tecavüzü (hücumu) onunla münasib bir şekilde def etmesidir.¹³²

Meşru müdafa, insanın kendisinin veya üçüncü bir kişinin şahıs veya malvarlığına yönelmiş bir saldırıyı bertaraf etmek için yaptığı savunmadır. Burada meşru müdafa meydana gelebilmesi için, insanın kendisinin veya üçüncü bir kişinin şahıs veya malvarlığına yönelmiş saldırının olmasının gereği ifade edilmiştir.¹³³ Şahsa ilişkin saldırı, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, ırzına yönelik olabilir.¹³⁴

¹²⁹ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, sh: 18; İbn Nüceym, *Eşbah ve Nezair*, sh: 413

¹³⁰ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, sh: 18; İbn Rüşt, *Bidayetül müctehid*, C:2, sh: 211; Abdülaziz Buhari, *Kesfu'l-esrar*, IV/452

¹³¹ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, sh: 20, Süleyman M. Ahmed, *Damanü'l-Müttefat*, sh: 298; M. Akif Aydın, *"İhtak"*, sh: 73

¹³² Mustafa Baktır, *İslam hukukunda zaruret hali*, 168

¹³³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/153

¹³⁴ Fevzi Feyzullah, *Nazariyyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:195, Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/153

Meşru müdafanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olup olmadığı tartışmalıdır.¹³⁵ Cumhur ulema meşru müdafa durumunda tazminat gerekmeyeceği kanaatindedir.¹³⁶ Buna mukabil Hanefiler saldıranın bir insan olması durumunda meşru müdafayı kabul ederler bunun gerekçesinin bir şahsın tecavüzünde bunun bir haksız fiil olduğu ve buna karşı koymanın haklılığının aşikar olduğu belirtilmiştir. Fakat saldıranın hayvan olması durumunda onun sahibinin doğrudan bir haksız fiili mevcut değildir. Bu sebeple uğradığı zarara katlanmasını beklemek haklı değildir. Günümüz hukukçu Mehmet Akif Aydın bu durumda meşru müdafayı zaruret saymanın ve ismet-i emval prensibine bu ölçüde bağlı olmanın haklılığına katılmadığını ifade etmektedir.¹³⁷

Şafiye göre kişi kendisine yönelen bir ezayı def etmek ve Allahın muhafazasını istediği can güvenliğini savunmak için ve kendinize tehlikeye atmayın ayeti mucebince kendisine saldıran hayvanı öldürebilir ve tazmin gerekmez.¹³⁸

Hanbelilere göre bir kişi saldırgan bir hayvanı ezasını def etmek için öldürmüştü bu durumda tazminat gerekmez, bu hayvanın bu kişinin bizzat kendisine veya ailesine veya çocuğuna veya bir malına zarar vermek üzere saldırması arasında fark yoktur.¹³⁹

Hanefiler meşru müdafa durumunda da tazminat gerekeceği kanaatindedirler, zira onlar meşru müdafayı zarurete benzetmektedirler.¹⁴⁰ Nitekim mecelle şarihlerinden Atıf Efendi zaruretle ilgili 33. maddeyi izah ederken şu misali vermektedir. Bir âdemin kudurmuş devesi diğer bir kimsenin üzerine hücum edip de deveyi öldürmekten başka bir şekilde kendini kurtarması mümkün olmasa o kişi deveyi öldürebilir. Böyle ıztırar ve mecburiyet üzerine öldürdüğünden kâtile ceza lazım gelmez. Fakat devenin kıymetini

135 Süleyman M. Ahmed, *Damanü'l-Müttlefât*, sh:344; M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:74

136 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, sh:196; Bu kanaatin delilleri için bkz. Süleyman M. Ahmed, *Damanü'l-Müttlefât*, sh:344, Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, sh: 20; M. Akif Aydın, "İtlaf", 74

137 M. Akif Aydın, "İtlaf", 74-75

138 Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, I/231

139 Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, I/231

140 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, sh:196; Süleyman M. Ahmed, *Damanü'l-Müttlefât*, sh:344;

tazmin eder. Çünkü ıztırar gayrin hakkını iptal etmez.¹⁴¹ Meşru müdafa durumunda cezai sorumluluk sözkonusu olmadığı gibi diyaneten de kişinin bir vebal altında kalmayacağı yani günahkar olmayacağı hususunda bütün fukaha ittifak etmiştir. Yalnız Hanefiler medeni sorumluluğun devam edeceği kanaatindedirler.

Meşru müdafada cumhur ulema müdafa edilecek malın az veya çok olması arasında bir fark gözetmezken, Malikiler tazminin ortadan kalkması için malın çok olmasını yani nisap miktarına ulaşmış olmasını şart koşmuşlardır.¹⁴²

Makasidu's-şeria insanın can, mal, namus, din, akıl vb. temel haklarını korumak üzere konulmuştur. Devletin bu hakları koruma görevi olduğu gibi kişiler bizzat kendileri de bunları korumalıdır. Kişi bu hakları durum ve şartlara göre ne ile koruyabilirse o imkanları kullanmalıdır. Bir fiilin meşru müdafa niteliğini kazanabilmesi için şu şartların tahakkuk etmesi şarttır.

a₁) Hukuka aykırı bir tecavüz olmalıdır. Meşru müdafa sorumluğu ortadan kaldırabilmesi için hukuka aykırı bir tecavüze karşı yapılıyor olması gerekir.¹⁴³ Kendisine karşı meşru müdafada bulunulacak şahsın fiili hukuka aykırı değilse, meşru müdafadan sözedilemez. Görevini yapan veya hakkını kullanan bir kişiye karşı meşru müdafa diye bir hak yoktur.¹⁴⁴ Meşru müdafaada bulunan kişi haddi aşarsa buna karşı yapılacak kendini savunmanın meşru müdafa sayılıp sayılmayacağı önemlidir. Temyiz kudreti bulunmayan akıl hasataları vs. ye karşı da meşru müdafa sözkonusudur. Zira meşru müdafa kişiye karşı değil fiile karşı yapılmaktadır.¹⁴⁵

a₂) Saldırı devam etmelidir. Meşru müdafa başlamış veya başlaması çok yakın bir saldırıya karşı olması gerekir. Fukaha tehlike şartında mutlaka saldırının başlamış olmasını değil başlama ihtimali yüksek olması durumunda da savunanın fiilinin

¹⁴¹ Mecelle Mad: 33, *Kavaidi külliyyenin izahı*, Atıf Bey, sh:40

¹⁴² İbn Kudame, *Muğni*, 10/351-352; Şevkânî, *Neylü'l-evtar*, VII/87; Fevzi Feyzullah, *Nazarîyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:196; Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i fi'ş-şeriatü'l-İslamiyye*, sh:121

¹⁴³ Davud Attar, *Ed-difau's-şer'i*, sh:31

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, *Borçlar hukuku*, sh:483

¹⁴⁵ Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, sh: 87

meşru müdafa sayılması gerektiğini söylemişlerdir.¹⁴⁶ Saldırının fiilen sona ermemiş olması yani devam ediyor olması gerekir.¹⁴⁷ Saldırı fiili sona erdikten sonra meşru müdafa yapılamayacağı gibi meydana gelmesi şüpheli bir tehlikeyi önlemek için de savunma yapılamaz.¹⁴⁸ Saldırı bittikten sonra yapılacak davranış savunma değil misilleme olur. Bundan dolayı zarar meydana gelirse tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.¹⁴⁹

a₃) Saldırı hukuka aykırı olmalıdır. Saldırıya karşı girişilecek müdafa için meşru olabilmesi için onun hukuka aykırı olması gerekir. Görevinin yapan polise, cellata, bekçiye karşı meşru müdafa yapılmaz. Bunlara karşı yapılacak mukavemet görevli memurun görevini yapmasına engel olma gibi yeni bir suçu ortaya çıkarır. Buna mukabil saldıranlar devlet memuru vs. de olsa bir yetkiye dayanmadan iş yapıyorlarsa davranışları hukuka aykırı olduğu için yine bunlara karşı meşru müdafadan söz edilebilir.¹⁵⁰ Zaruret halindeki kişiye karşı yapılacak davranış da meşru müdafa olmaz.¹⁵¹

a₄) Savunma ile saldırı arasında uygun bir denge (orantı) olmalıdır. Saldırının önleme amaç ve sınırını aşan savunma fiilleri hukuka aykırıdır. Meşru savunma kendisine haksız saldırı yönelen bir kişiye verilmiş bir haktır ve saldırıya uğrayanın kendine yönelen saldırıyı defetmesi için meşru kabul edilmiştir. Yoksa saldırıyı cezalandırma gayesi ile meşru kılınmamıştır. Bu yüzden bu hakkın kötüye kullanılması (suistimali) caiz değildir.¹⁵² Kişinin kendine yönelen saldırıyı savmada amaç-araç dengesine dikkat etmesi gerekir. Kendini koruma esnasında kullanacağı vasıtalar tederrücen, yani hal ve muktezaya göre olmalıdır. Kişi tehdit, ikna gibi sözle kendini koruyabiliyorsa saldırgana vurma ve onunla kavga etme yoluna baş vurmamalıdır, eğer kavga ve vurma ile kendini savunabiliyorsa bu durumda yaralamaya varabilecek bir şekilde savunamaz, saldırganı yaralamakla kendini koruyabiliyorsa bu durumda

146 Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, 47

147 Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, sh:49

148 Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, sh: 53

149 Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, sh: 54

150 Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, sh:34

151 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/153-4

152 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/154, Davud Attar, *ed-Difau's-şer'i*, sh:73 vd.

saldırganı öldüremez.¹⁵³ Çünkü İslam hukuku ehveni şerreynin ihtiyar olunmasını¹⁵⁴, ayrıca zararı eşedin zarar ehaf ile izale olunmasını¹⁵⁵, zararın imkan ölçüsünde giderilmesini¹⁵⁶ kaide olarak tesbit etmiştir. Ayrıca kişi devlet kuvvetlerine kendisine yönelen saldırıyı haber verebilecek imkan ve şartlara sahipse bu durumda kendisi kuvvete baş vurmamalıdır.¹⁵⁷

a5) Savunma fiili saldırıgana karşı kullanılmalıdır. Saldırganın arkadaşına, yakın akrabasına vs. karşı girişilen davranış meşru müdafa sayılmaz. Bir kişinin saldırısından korunmak için bir başkasına verilen zarar meşru müdafa sayılmaz ancak ıztırar hali sayılır.¹⁵⁸ Bir kişinin saldırısından kaçarken başka birisine zarar vermenin örneği kendisine silahla saldıran birinin kurşunundan kurtulmak için bir dükkanın camını kırıp içeriye girme şeklinde olabilir.

b) Mal Sahibinin İzni (Mağdurun Rızası)

Hak, hukuk düzeninin fertlerin iradesine tanımış olduğu yetkidir. Bu nedenle her fert kendisine tanımış olan bu yetkiden ilke olarak vazgeçebilir. Bir kişinin kendi hakkından vazgeçmesi hukuk düzeninin kendisine tanımış olduğu korumadan vazgeçme anlamına gelip böylece onu yasal korumadan mahrum bırakır. Zarara rıza göstermek tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için bunun geçerlilik şartlarını haiz olması gerekir. Bunlar arasında fiil ehliyeti, irade sakatlığının bulunmaması, rızanın hukuka ve ahlaka uygun olması gibi şartlar en başta aranır.¹⁵⁹

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden birisi de mağdurun rızası (mal sahibinin izni)dir. Mağdurun failin davranışına razı olması kural olarak failin davranışının hukuka aykırı sayılmasına engel olur. Bu temel kural Mecelle’de “bir kimsenin mülkünde

153 Fevzi Feyzullah, *Nazarıyetü’l-Damân fi’l-fıkhi’l-İslamî*, sh:195

154 Mecelle mad:29

155 Mecelle mad:27

156 Mecelle mad:31

157 Fevzi Feyzullah, *Nazarıyetü’l-Damân fi’l-fıkhi’l-İslamî*, sh:196

158 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 484

159 Eren, *Borçlar hukuku*, II/150

onun izni olmaksızın başka bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir”¹⁶⁰ şeklinde tarif edilmiştir. Hukuka aykırılık hak sahibinin izni olmadan onun mülkünde tasarrufta bulunmak olduğu için mal sahibinin izniyle yapılan bir fiil hukuka aykırı sayılamaz. Dolayısıyla da hak sahibinin iznini alarak hareket eden bir kişinin bu fiili neticesinde meydana gelecek zararın hukuka aykırılık sebebiyle tazmini istenemez, çünkü mağdurun rızası (mal sahibinin izni) hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden birisidir. Mesela; baytar, sahibinin izniyle hayvandan bir danik kan alsa ve hayvan ölse baytarın bunu tazmin etmesi gerekmez¹⁶¹ zira mağdur olan hayvan sahibinin baytarın kan almasına izni vardır.

Mal sahibinin izninin hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için açıkça belirtilmiş veya rızaya delalet eder bir tarzda ortaya konulması gerekir. Malına yönelik bir tecavüzde sahibinin susması izin vermiş anlamına gelmez.¹⁶² Mal sahibinin izni sarıh olabileceği gibi, akdın muhtevassından anlaşılabilir veya beldenin örfüne göre de tesbit edilebilir. Eğer mal sahibinin irade beyanı örfe muhalif ise irade beyanına itibar edilir. Mesela; nakışçının evine bezi bırakan dokumacının kumaşı geceleyin çalınsa, ev elbiseleri çalınma vs.ye karşı koruyacak kadar sağlam (muhkem) ise dokumacı tazmin etmez, eğer muhkem değilse ve benzer (durumda) elbiseler bu gibi evlerde bırakılmıyorsa tazmin eder. Fakat elbise sahibi kumaşın oraya bırakılmasına razı olursa dokumacı tazmin etmez, (elbise sahibi razı) olmazsa (dokumacı) tazmin eder.¹⁶³ Burada dokumacı bezi nakış yapan başka bir işçiye işlettireceğinden ona teslim edecektir. Fakat nakışçıya teslim ettikten sonra bir zarar meydana gelirse bunun tazmini için o yörenin örfüne bakılır. Kumaşlar geceleyin nakışçıların evinde veya dükkanında bırakılmıyorsa ve de nakkaş kumaşı evinde veya dükkanda bırakmışsa tazmin sorumluluğu nakkaşa aittir. Fakat her ne kadar örfen kumaş geceleyin evde bırakılmıyorsa da mal sahibinin açık izni sebebiyle evde bırakılmış ve neticede de bir zarar meydana gelmişse mal sahibi buna katlanmak zorundadır. Zira “tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur”.¹⁶⁴ dolayısıyla bu durumda

¹⁶⁰ Mecelle, md:96

¹⁶¹ Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:48

¹⁶² Mahmesani, *en-Nazarıyyetü'l-amme li'l-mucebat ve'l-ukud*, 1/176; M. Akif Aydın, “*hılaq*”, sh:73

¹⁶³ Mahmud Özcendi, *Fetava Kadıhan*, 11/341; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:38

¹⁶⁴ Mecelle, mad:13

örfe göre değil mal sahibinin izni gözönünde bulundurularak işçinin beraatine karar verilir.

Hak sahibinin rızası tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için bundan rücu etmenin mümkün olup olmadığı da oldukça önemlidir. İslam Hukukçuları rızadan rücunun sorumluluğu kaldırıp kaldırmamadaki etkisiyle ilgili olarak rücunun zarar meydana geldikten sonra veya önce olmasına önem atfetmişlerdir. Mal sahibinin itlafa önceden izin vermesi veya razı olması halinde bunun hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağına tereddüt yoktur. Fakat itlaftan sonra razı olmanın hukuka aykırılığı önleyip önlemediği konusunda farklı görüşler vardır. Hanefilerdeki hakim görüşe göre itlafa daha genel bir ifadeyle hukuka aykırılığa sonradan rıza, akitler gibi sözlü tasarruflarda caiz ise de itlaf gibi fiili tasarruflarda mümkün değildir. Bu sebeple itlafa sonradan icazet veren kişi bilahere failden tazminat talebinde bulunursa bu talebi hukuken kabul edilir.¹⁶⁵ Malikilerde ise icazet fiili tasarruflarda da geçerlidir ve tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırır.¹⁶⁶

İşçinin; verdiği zarar sebebiyle tazmin sorumluluğunun ortaya çıkmaması ve izin verenin sorumlu olabilmesi için verilen iznin sınırlarının aşılmaması yani izin verilirken ileri sürülen şartlara riayet edilmesi gerekir. Eğer işçi, işi yaparken mal sahibinin isteğine aykırı hareket eder ve bu da zarara sebebiyet verirse işverenin buna rızası olmaması durumunda işçinin tazmin sorumluluğu ortaya çıkar. Buna mukabil, kendisinden istenen bir işi belirtilen sınırlar içinde yaparken bir zarar meydana gelirse tazmin sorumluluğu yoktur. Mesela; dişini çekmesi için hacamatçıya giden birisinin ağrımayan dişi çekilir de hacamatçı ağrıyan dişi çektiğini iddia ederse diş sahibinin beyanına itibar olunur. Hacamatçı dişin erşini tazmin eder. Dişçi çekilmesini emrettiği dişi çekse bu dişe bitişik bir başka diş de beraberinde çıksa dişçinin herhangi bir sorumluluğu yoktur.¹⁶⁷ Konuyla ilgili ilginç bir misal de şöyledir. Satılmak üzere kendisine verilen bir malı sevm-i şira ile bir adama veren tellal daha sonra kime verdiğini unutursa; mal sahibinin sevmi şira ile başkasına vermeye izin vermesi durumunda sevmi şira ile vermek teaddi sayılmaz

165 M. Akif Aydın "İtlaf", sh:73; İbn Nüceym, 338

166 Mahmasani, *Nazarıyyetü'l-amme*, 1/ 177; M. Akif Aydın, "İtlaf", 73

167 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:48

dolayısıyla da tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaz. Amma bu konuda kendisine izin verilmemişse tazmin eder.¹⁶⁸

İşveren işçinin işi nasıl yapacağını ifade ederse bu durumda beyan olunan söze göre hareket edilmelidir. Fakat bazen sözü söyleyenin neticelerini iyi düşünmeden kendini ifade etmesi veya iç iradenin dışarıdaki yansıması olan irade beyanına uymadığı ve bunun da anlaşılabilirdiği hallerde sorumluluğun yine beyan olunan söze göre olması haksızlığı ortaya çıkarabilir. Mesela; bir adam terziye dese ki, “şu kumaşa bak eğer bana gömlek çıkarsa kes ve bir dirheme dik.” Terzi de evet çıkar dese ve kesse kestikten sonra yeterli olmayacağını görerek bundan gömlek çıkmaz dese terzi kumaşın kıymetini tazmin eder. Çünkü mal sahibi terziye yetmesi halinde kesip dikmeye izin vermiştir. Eğer kumaş sahibi terziye “bak (bakalım) bana bir gömlek çıkar mı?” dese, terzi de evet çıkar derse kumaş sahibi de “onu kes” derse terzi kesince yetmediği ortaya çıksa terzi bir şey tazmin etmez. Çünkü o kesmeye mutlak olarak izin vermiştir Eğer terzi yeter dese kumaş sahibi de “o halde kes, öyleyse kes” dese ve kesince de yetmese o zaman tazmin eder çünkü kumaşın sahibi izni bir şarta bağlamıştır.¹⁶⁹ Burada sorumluluğun işçiye ait olabilmesi için işverenin eğer bu kumaş yeterli olursa biç aksi takdirde biçme gibi açık bir şekilde sözlü ifadesinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Eğer kumaş sahibinin böyle bir şarta bağlamadan terzinin gömlek çıkar lafzına binaen “onu Zira kumaşı veren önce bu kumaştan gömlek vs. çıkıp çıkmayacağını sormaktadır. Terzi çıkacağını söyleyince de “onu kes” demektir. Burada madem gömlek çıkar o halde kes demek istediği açıktır. Kumaşın yeterli olmaması durumunda ise terzinin mal sahibini aldatması ve onu zarara uğratması söz konusudur. Bu durumda mutlaka “eğer gömlek çıkarsa kes” diye ifade etmesinin gerekli olduğunu aksi takdirde iç iradesinin önemli olmadığını söylemek özellikle de kişinin niyeti hal ve karineden de anlaşılıyorsa ona itibar etmemek kanaatimce aşırı lafızcılıktır ve makul değildir.

İşçinin fiili sebebiyle tazmin sorumluluğunun meydana gelebilmesi için işçinin fiilinin işverenin rızasına aykırı olması gerekir. Eğer işçi işverenin emrine uygun hareket ediyorsa o zaman da kendine atfı mümkün bir kusurunun da olmaması gerekir. Her ne kadar mağdurun rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırırsa da işçinin kusurlu

¹⁶⁸ Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:53

¹⁶⁹ Özcendi, *Kadıhan*, II/342

davranması sorumluluğun ortaya çıkması için yeterli olabilir. Nitekim bir misalde şöyle denilmektedir. Çoban koyunlara sahiblerinin izni ile ve fakat normal vurulması gerekenden fazla (gayr-ı mutad) vurması sebebiyle hayvana bir zarar gelirse tazmin sorumluluğu vardır. Buna mukabil mal sahibinin izni olmamasına rağmen çobanların vurdukları yerlerine (mutad yerlere) vurarsa Ebu Hanifeye göre tazmin etmez İmameyne göre ise tazmin sorumluluğu meydana gelir.¹⁷⁰ Burada Ebu Hanifenin tazmin gerekmiyeceğiyle hükmetmesi onun kusurun sorumlulukta etkisinin az olduğuna inandığı için değildir. Ebu Hanifeye göre çoban hayvanları akde dayanarak gütmektedir ve bu akde dayanarak çoban koyunların mutad yerlerine vurabilir. Yani burada bir hukuka aykırılık yoktur. Halbuki İmameyne göre koyunlara vurmak hukuka aykırı sayılmalıdır. Zira koyunlar vurmanın dışında başka şekilde de güdülebilirler. Çoban sahibinin iznini de almadan böyle hareket ederek kusur işlemiştir.¹⁷¹

İşçinin işi yaparken işverenin belirttiği özellikleri gözönünde bulundurmaması veya onun tarif ve tavsifine muhalif yapması durumunda akde muhalefet sebebiyle sorumluluk ortaya çıkacaktır, fakat işveren istemediği şekilde yapılan bu işe razı olursa veya rızasına delalet eder bir tavır takınırsa tazmin sorumluluğu ortadan kalkar. Mesela; Bir kişi terziye gömlek dikmesi için kumaş verse terzi kötü (kumaş sahibinin beğenmeyeceği) bir gömlek dikse mal sahibi bunu bilmesine rağmen onu giyirse işçiye tazmin ettiremez. çünkü razı olarak onu giymiştir.¹⁷² Bu misalde işçinin mal sahibinin istemediği bir gömlek dikmesi tazminatı ortaya çıkarmasına rağmen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olan mal sahibinin razı olması sorumluluğu ortadan kaldırmıştır. Bu rıza hernekadar hukuka aykırılık ortaya çıktıktan sonra meydana gelse bile akdi muamelelerde sonradan rıza da mal sahibinin tazminat talebini düşürebilmektedir. Mal sahibi rızasını sözlü ifade edebileceği gibi hal ve karinelere de onun razı olduğu anlaşılabilir. Nitekim burada da mal sahibinin rızası karine ile anlaşılmaktadır.

Bazen üzerinde çalışılan malın kullanıma uygun hale gelebilmesi için bir kaç usta (işçi) tarafından işlenilmesi gerekir. Bir usta kumaşı dokurken bir başka usta da nakış vs. başka işin yapar. Bu durumda işçilerden birisi mal sahibini doğrudan muhatap olduğu

170 Özcendi, *Kadıhan*, II/337

171 Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, 29

172 İbn Kadı Simavne, *Camiu'l-fisuleyn*, II/180

sanatkar olurken ikinci sanatkarla dolaylı bir bağlantı vardır. Böyle bir durumda üzerinde iş yapılan mal telef olur veya zarar görürse bunun tazmini nasıl olacaktır.

İşlenmiş bilezik yapması için kuyumcuya (külçe halinde) altın verilir, altını bilezik haline getiren usta üzerinin işlemlerini yapmadığı için bilezikleri ikinci ustaya götürür, fakat altın ikinci ustadan çalınır, ilk usta ikinciye sahibinin haberi olmadan vermişse ve ikinci usta da birincinin eciri veya çırağı değilse, İmam Ebu Yusuf'a göre altının sahibi isterse birinci ustadan isterse ikinciden tazmin ettirir. Ebu Hanifeye göre ise birinci ustaya tazmin ettirmesi gerekir. Bilezik iş tamamlandıktan sonra çalınmış ise ikinci usta sorumlu olmaz çünkü mal onun elinde vedia olur, eğer iş devam ederken çalınır, ikinci tazmin eder, zira başkasının malında izni olmadan çalışmaktadır.¹⁷³

Zorda kalan kimsenin kendisine yönelen bir zararı defetmek için bir başkasının malına zarar vermesi durumunda da ıztırrar hali sözkonusu olur. İstarar halini tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul etmeyen fukahaya göre mağdur meydana gelen zarara rızası olmazsa tazmin sorumluluğu ortaya çıkar. Bu mesele hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biri olan “zaruret hali” bölümünde işlenecektir.

c) Yetkili Makamın Emrini Yerine Getirme (Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması)

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden birisi de yetkili makamın emrini yerine getirmedi. Mecellede “cevaz-ı şeri damana münafi olur” mad.91 şeklinde ifade edilen cevaz-ı şeri kapsamına yetkili makamın izni de dahildir.¹⁷⁴ Su, kanalizasyon vb. bir sebeple yetkili makamlardan izin alıp umumi yollarda çukur açan başka insanların buraya düşmemeleri için gerekli uyarıyı yapan kimselerin bu kuyuya düşüp bir zarar görenlerin zararını tazmin etmesi gerekmez.¹⁷⁵ Bu konuyla ilgili kaynaklarda geçen bir örnek de şöyle denilmiştir. Veliyyü'l-emrin izniyle yolları düzenleme ve ıslah etmek için görevlendirilen bir işçi yola toprak çakıl vs. dökse, yoldan geçen bir hayvanın ayağı bu çakıllara takılsa ve hayvan helak olsa bu durumda o kişi bundan sorumlu olmaz, çünkü o

¹⁷³ Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:47

¹⁷⁴ İslam hukukçularının cevaz-ı şeri ile kasdettikleri, hukukun yapılmasına izin verdiği her şeydir. buna hakkın kullanılması, mağdurun razı olması, özel hukuk hakkının kullanılması da dahildir.

¹⁷⁵ M. Akif Aydın, “*İlaf*”, sh:72

kişi bu işi yolu ıslah için yapmaktadır, ve veliyyü'l-emrin işçisidir. Yani yaptığı iş hukuka aykırı değildir. Yoldan geçenlere zarar verme kasdı yoktur. Yolu ıslah etmek için yola su döken ve bu sudan ayağı kayan bir hayvanın telef olması durumu da bunun gibidir.¹⁷⁶

Eğer emri veren yetkili değilse zararı veren kimse verdiği zararı tazmin eder. Mesela; bir yolcu aşırı fırtınada geminin yükün hafifletip batma ihtimalini azaltmak için gemi kaptanından gemideki bir miktar yükü denize atmasını istese ve kendisinin bunları ödeyeceğini söylese kaptan da yükleri denize atsa yolcudan denize atılan malların tazmini istenemez¹⁷⁷ çünkü fiil falime izafe edilir, mücbir olmadıkça amirine izafe edilmez, ayrıca gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır.¹⁷⁸ Emir batıl olunca da emreden kişinin tazmin borcu doğmaz zira batıla hüküm bina edilmez.¹⁷⁹

İslam hukukçuları ıztırar halinde kalan kişilerin yetkili makamın iznini almadan yapacakları fiiller neticesinde meydana gelecek zarardan sorumlu olacakların söylemişlerdir. Mesela; evleri yakarak ilerleyen büyük bir yangını durdurmak için ateşin önündeki bir evi sahibinin emri ve izni olmadan yıkan bir kişi ayrıca idareci vali veya hakimden de izin almamışsa diyaneten günahkar olmasa bile bu evi yıktığından dolayı meydana gelen zararı tazmin eder. Evi yıkmakla yangın sönmesi tazminatı düşürmez.¹⁸⁰ Kanaatimce burada somut olayın adeletini temin için bu kişinin iyi niyetli olması ve evi yıkmak suretiyle yangını sönmesi de gözönünde bulundurularak tazminle sorumlu tutulmaması gerekir.

İslam hukukuna göre müslümanın görevlerinden birisi de emri bi'l-ma'ruf ve neyhi ani'l-münkerdir. Bu vazife özel bir görevlendirme olmadan da her müslüman tarafından yapılabilir. Bu görevi ifa sadedinde gerçekleştirilen fiiller yetkili makamın emri ile yapılmış gibi telakki edilmiştir. Mesela; bir müslümanın bir zimminin içkisini dökmesi veya domuzunu itlaf etmesi durumunda Şafii, Hanbeli ve diğer bazı alimlere

¹⁷⁶ Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fikhi'l-İslami*, I/77

¹⁷⁷ Bilmen, *stilahat*, VI/234

¹⁷⁸ Mecelle, mad:95

¹⁷⁹ Zerka, *Şerhu Kavaidü'l-küllîye*, sh:443

¹⁸⁰ Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fikhi'l-İslami*, I/228

göre müslüman bu malı tazmin etmez. Çünkü bu alimler içki ve domuzu itlaf etmeyi yıkılmaya yüz tutmuş bir duvarı kâdînin emriyle yıkan kişinin durumuna benzetmişlerdir. Kadının iznini alarak duvarı yıkan kişi nasıl tazminle sorumlu olmuyorsa domuzu veya içkiyi itlaf eden kişi de bunları tazminle sorumlu tutulamaz. Zira İslam hukuku içkinin dökülmesini ve domuzun imhasını emretmiştir. Bu malları itlaf edenler de bu fiilleriyle bu hükme dayanmışlardır.¹⁸¹ Bu konuyla ilgili genel olarak şunu söyleyebiliriz. Bir müslümanın diğer bir müslümana ait içkiyi itlafı durumunda itlaf eden bütün müctehitlere göre içkiyi tazmin etmez. Çünkü onun bu fiili şeriat tarafından makbul ve matlup bir fiildir, yani emri bilmaruf nehyi anılmünker kabilinden bir davranıştır. Ayrıca bunlar İslam hukukunda mal kabul edilmezler. Domuz da aynı şekildedir.¹⁸² Fakat Hanefi mezhebine göre müslümanın zimminin domuz veya şarabını helak etmesi durumunda kıymetini tazmin etmesi gerekir. Zira bunlar her ne kadar müslümanlar için mal değilse de onlar için maldırlar ve bunun telef edilmesi durumunda ücretinin tazmin edilmesi gerekir zira müslümanın bunları satın alması caiz değildir.¹⁸³

Yetkili makamın emrini icra eden kişi bu emri yerine getirirken suistimal etmez ve görevini kötüye kullanmazsa her hangi bir sorumluluğu yoktur. Nitekim Fetavayı Haniyyede şöyle denilmiştir. İmam bir kişiye tazir veya haddi (tatbik) için vurarsa ve o kişi de ölürse tazmin etmez.¹⁸⁴

d) Zaruret (İztırar) Hali

Zururet, insanın nefsine, uzvuna, ırzına, aklına, malına veya bunların tabilerine bir zararın veya eziyetin gelmesinden korkulan tehlike veya şiddetli meşakketle karşılaşma halidir.¹⁸⁵

İztırar durumunda kalan bir kişinin fiilinin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı oldukça önemlidir. İslam hukukçuları genel olarak zaruret halinin hukuka aykırılığı

181 Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fıkhı'l-İslami*, 1/227

182 Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fıkhı'l-İslami*, 1/227

183 Haddadi, *Cevheretü'n-neyyire*, sh:445

184 Özcendi, *Kadıhan*, II/ 337

185 Vehbe Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Darureti's-Şer'iyye*, 67-68

ortadan kaldıran sebeplerden birisi olduğu kanaatindedir.¹⁸⁶ Fakat bu hukuka aykırılık tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Fevzi Feyzullah'a göre hukuka aykırılık iki temel prensip sebebiyle ortadan kalkar; bunlardan birincisi umumi bir maslahat için hakim'in izin vermesi, diğeri ise hususi bir maslahatı gerçekleşmesidir ki bu hususi maslahat ıztırar durumunda meydana gelir.¹⁸⁷

Zaruret hali ile meşru müdafa arasında çok yakın bir ilişki vardır. Bazı alimler bu ikisinin tazmin yönünden arasında bir fark görmezken¹⁸⁸ bazıları arada fark olduğu kanaatindedirler. Nitekim arada fark bulunduğu kanaatinde olan İbn Receb bu konuyla ilgili şöyle demektedir. Kendisine zarar veren bir şeyi telef eden kişi bunu tazmin etmez. Kendisine isabet eden bir zarar sebebiyle ondan kurtulmak için başka bir şeyi telef eden ise bunu tazmin eder.¹⁸⁹ Türk hukuk doktrininde de bu kanaatin benimsendiği görülmektedir. Hüseyin Hatemi bu iki ıstılah arasındaki farkı şu şekilde açıklamaktadır. Meşru müdafada tecavüz zarar görenden (mağdurdan) gelmiştir. ıztırar halinde ise; tehlike mağdurdan değil bir başka yönden gelmiş, bu tehlikeden korunmak isteyen kimse, başkasına zarar vermiştir.¹⁹⁰

İslam hukukçuları zaruret halinin hukuki neticelerini incelerken öncelikle zaruret halinde işlenen fiillerin haramlığının kalkıp kalkmadığını tetkik etmişlerdir. Bu açıdan fiiler şu şekilde tasnif edilebilir. 1) ıztırar durumunda kalan kişinin fiilinin mübah ve vacib olduğu durumlar vardır. Zorda kalanın ölmeyecek kadar yemesi gibi. 2) Zorda kalanın yapmasına ruhsat verilen hususlar da vardır kalbi imanla mutmain olan kişinin küfür kelimesini söylemesi gibi. 3) Zorda kalanın yapmasının haram olduğu fiiller de vardır, başkasını öldürmek gibi.

186 M. Akif Aydın ıztırar durumunun kul hakkıyla ilgili konularda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biri olarak kabul edilmediğini belirtmektedir. Buna mukabil zaruret sebebiyle cezai ve dini mesuliyetin kalktığını da gözönüne alırsak zaruret halinin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olduğunu ve fakat tazmin sorumluluğunu kaldırmadığını söyleyebiliriz. Nitekim Türk hukuk doktrininde de ıztırar hali hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakla beraber hakkaniyet ilkesi gereğince tazmin sorumluluğunun ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Hüseyin Hatemi, sh:37-38

187 Fevzi Feyzullah, *Nazarîyetü'd-Damân fi'l-fıkhî'l-İslamî*, 66

188 M. Akif Aydın, *"İhtıf"*, sh:74

189 İbn Receb, *el-kavâid*, kaide:26, sh:36

190 Hüseyin Hatemi, *Sözleşme dışı sorumluluk hukuku*, sh:37

Yukardakilere ilaveten ıztırar halinde bir kişinin malını telef eden veya onu tüketen (istihlak eden) kişinin bu fiili neticesinde ortaya çıkan zararı tazmin edip etmeyeceği ile ilgili iki farklı kanaat vardır.¹⁹¹

1) Hanefi, Şafii ve Hanbelilere ve Malikilerin sahih görüşüne göre; ıztırar halindeki kişinin tükettiği gıda maddelerini veya itlaf ettiği malları tazmin etmesi gerekir.¹⁹² Nitekim “ıztırar gayrin hakkını ibtal etmez”¹⁹³ buyrulmuştur. Bu konudaki “zaruretlar memnu olan şeyleri mübah kılar”¹⁹⁴ külli kaidesi zaruret durumunda kalan kişinin fiilinin haramlığının ortadan kalkacağını gösterir. Onun fiili neticesinde meydana gelecek zarardan dolayı sorumluluğunun kalktığını göstermez.¹⁹⁵ ıztırar sebebiyle başkasının malını telef etmiş olan kişi günahkar olmadığı gibi cezai bir müeyyide ile de karşılaşmaz, onun sorumluluğu verdiği zararın tazmininden ibarettir. Nitekim bir misalde şöyle denilmektedir. Bir mahallede büyük bir yangın olsa ve evleri yakarak ilerlese bunu önlemek için bir kişi ateşin önündeki bir evi sahibinin emri ve izni olmadan, idareci vali veya hakimden izin almadan yıksa ve böylece yangın sönsen bile bu evi yıkan kimse bu evin ücretini tazmin eder, fakat günahkar olmaz.¹⁹⁶ Yalnız doktrinde aynı yangın örneğinde, evin kasden değil de üzerine çıkan insanların ağırlığı sebebiyle yıkılması durumunda zaruret hali dikkate alınmakta ve bu kimselere yıkılan evi tazmin borcu yüklenmemektedir.¹⁹⁷

2) Hanbeli ve Malikilerden bazı alimler ise bu durumda tazmin sorumluluğunun olmayacağını söylemişlerdir.¹⁹⁸ Nitekim aç kalan bir kişinin yediği yiyeceğin ücretini tazmin edip etmeyeceğiyle ilgili şöyle denilmiştir. Malikilerin zaruret halinde başkasının

191 Süleyman Muhammed Ahmed, *Damanü'l mütlefat*, sh:291; Mustafa Bakır, *İslam hukukundia zaruret hali*, sh: 261

192 Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Darureti's-Şer'iyye*, sh:305, Karafî, *furuk*, I/196; *Damanü'l-müttelefat*, sh:291-292

193 Mecelle, mad:33

194 Mecelle, mad:21

195 Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Darureti's-Şer'iyye*, sh:305

196 Ali el-Hafif, *ed-Daman fi'l-Fikhi'l-İslami*, I/228

197 M. Akif Aydın, “İtlaf”, sh:74

198 Karafî, *furuk*, I/196; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damanü'l-müttelefat*, sh:292; Kurtubi, *el-Cami' li ahkami'l-Kur'an*, II/225

malına zarar veren kişinin tazmin sorumluluğunun devam edeceği kanaatiyle sorumluluğun kalkacağı şeklindeki bu iki kanaati bazı alimler tarafından uzlaştırılmış ve şu neticeye ulaşılmıştır. Zorda kalan kimsenin yanında yediği gıda maddesinin ücretini ödeyecek kadar parası varsa bunu öder aksi takdirde ödeme sorumluluğu yoktur.¹⁹⁹ Nitekim İbn Hazm da açlık sebebiyle başkasının gıda maddesini tüketen kişinin parası varsa ödemesi gerektiğini eğer yoksa ödeme sorumluluğunun olmadığını söylemektedir.²⁰⁰

Bir kişiye bir hayvan saldırırsa o kişi ancak o hayvanı öldürmekle kendini kurtarabilecekse ve o hayvanı öldürse bu durumda onu tazmin etmez. çünkü bu meşru müdafa şeklinde meydana gelmeş bir itlafdır.²⁰¹

e) Özel Hukuk Hakkının Kullanılması

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden birisi de özel hukuk hakkının²⁰² kullanılmasıdır. Hak; hukukun bir yetki veya yükümlülük olmak üzere benimsediği bir aidiyettir (ihtisas).²⁰³ Bir kişiyi hakkı olan bir şeyi yaptığından dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir, zira haklar sahipleri tarafından kullanılmak üzere vardır. Aksi takdirde bu kişiden hakkını kullanmamasını istemek gerekecektir. Bir kimsenin kullanamayacağı bir hakka sahip olmasının her hangi bir avantajının olmayacağı açıktır. Başka bir ifadeyle böyle bir hakka sahip olmakla olmamak arasında bir fark görülmemektedir. İşte bu yüzden insanların haklarını kullanmaları ve bunun neticelerinden istifade etmeleri gayet tabiidir. Eğer hak sahiplerinin bu haklarını kullanmaları başkalarına zarar veriyorsa yine de hakkını kullanmalı mıdır? Başka bir ifadeyle hak sahibinin hakkını kullanmasına bir

199 Zuhayli, *Nazariyyetü'l-Darura*, sh:306; Kurtubi, *el-cami' li ahkami'l-Kur'an*, 11/226

200 Zuhayli, *Nazariyyetü'l-Darura*, sh:306

201 Mevsuatü'l-Fikhi'l-İslami, 1/218,219;

202 Burada özel hukuk hakkı denilmesinin sebebi akitten doğan vs. haklardan ayrı olarak kanunen tanınmış bir hak ve yetkiden sözedilmesi sebebiyledir. Akitten doğan bir yetkinin kullanılması durumunda sorumluluğun ortadan kalkıp kalkmayacağı kusur esasının araştırılmasına göre tesbit edilir.

203 Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet hakkı ve servet Dağılımı*, sh:72, Zerka, medhal, 10

sınır getirilebilir mi? İslam hukukçuları bu konuyla ilgili üç farklı kanaat belirtmişlerdir.²⁰⁴

1) İnsan mülkünde tasarruf konusunda hürdür, bu hakkını kullanması başkalarına zarar verse bile bu hürriyeti sınırlandırılmaz. Dolayısıyla “cevaz-ı şerî zamâna münafidir”²⁰⁵ külli kaidesi esas olup bu kaideyi hakkın kullanıyla ilgili sınırlayan bir başka bir kaide kabul edilemez dolayısıyla hakkını kullanan kimse verdiği zarardan dolayı tazminle sorumlu olmaz. Bu kanaati Ebu Hanife, Şafii ve Davud ez-Zahiri savunmuşlardır. Yalnız Ebu Hanife’ye göre mülkiyet hakkının zarar vermeye bir sebep olarak kullanılması diyaneten sahih değildir.²⁰⁶ Bu görüşü savunanlar hakkın kullanımı ile ilgili olarak mutlak hak nazariyesi taraftarı olduklarından hakkın kullanımı sebebiyle kimseye bir hukuki müeyyide uygulanamayacağını belirtmişlerdir.²⁰⁷

2) Diğer insanlara fahiş bir zarar vermemek kaydıyla kişi mülkünde tasarruf konusunda mutlak hürdür. Zira “zarar verme ve zarara mukabil zarar vermek yoktur”, “zarar izale edilir”, “zararın izale edilmesi maslahatın temininden mukaddemdir” gibi pek çok temel hukuk kuralı, insanların birinci dereceden görevlerinin başkalarını zarara uğratmadan haklarını ifa etmek olduğunu ortaya koymaktadır.²⁰⁸ Bir kişinin hakkının sınırı, diğer kişinin hakkının başladığı yerde biter. İşte bu yüzden insanlar haklarını kullanırken başkalarının haklarını ihlal etmemeye veya diğer insanlara zarar vermemeye özen göstermek zorundadırlar. Nitekim mutlak hak nazariyesi taraftarı olarak kabul edilen Ebu Hanife bile bu kanaatinden komşuluk ilişkilerini hariç tutmuştur. Özellikle alt kat üst kat komşular arasındaki ilişkilerde hakların kullanılmasının diğer insanlara zarar vermemeye kayıtlı olduğunu belirtmiştir.²⁰⁹ Bu kanaati İmam Muhammed ve Ebu Yusuf ile müteahhir Hanefiler savunmuştur.

204 Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, 1/96; Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, 22; M. Akif Aydın, “İlâf”, 75

205 Mecelle, mad:91

206 Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, 21

207 M. Akif Aydın, “İlâf”, 75.

208 Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, 22

209 Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, 22

3) Başka kişilere zarar verme kasdı olmadan veya doğrudan (mübaşir) fiili neticesinde bir zarar ortaya çıkmaması kaydıyla kişi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Eğer zarar verme kasdı ortaya çıkarsa veya fiili neticesinde zarar vaki olursa zararın izale edilmesi gerekir. Çünkü Peygamberimiz “zarar ve zarara mukabil zarar vermek yoktur” buyurmuşlardır. Bu temel kural gereği kişinin hakkını kullanırken başkalarına zarar vermemesi en azından zarar vermeyi kasdetmemesi gerekir. Bu kanaati bir görüşüne göre Ebu Hanife ve kuvvetli görüşüne göre Ebu Yusuf, İmam Malik ve Ahmed b. Hanbel savunmuştur.²¹⁰ Mecellede geçen bir misal de de bu kanaatin kanunlaştığı görülmektedir. Söz konusu örnekte şöyle denilmektedir. Av için ateş eden bir avcının silahının gürültüsünden bir hayvan ürker ve kaçarken düşüp zayi olur veya sakatlanırsa avcı için tazmin sorumluluğu yoktur zira bu kişinin av sahasında avlanması hukuka aykırı değildir, fakat silahını hayvanı ürkütüp ona zarar vermek kasdıyla yaparsa tazminle sorumlu olur.²¹¹ Bu misalde hukuka uygun bir durum failin zarar verme kasdı sebebiyle hakkın suistimali olarak telakki edilmiş ve dolayısıyla da tazmin sorumluluğunu ortaya çıkarmıştır.

İnsanların haklarını kullanırken başkasına zarar verme kasdının bulunması durumunda tazmin sorumluluğunun ortaya çıkacağı kannatini destekler mahiyette Hanefi fakihlerin verdikleri fetvalar da üçüncü görüşü kuvvetlendirmektedir. Nitekim sorumlulukla ilgili müstakil eserinde Bağdadi müstakil iki bölümde hakkın kullanımının başkasına zarar vermemeye bağlı olduğunu göstermiştir.²¹² Mesela; bir kişi kendi mülkünde olan bir suyu akıtsa ve fakat su bu kişinin mülkünü aşıp başka birisinin arazisine taşsa ve zarar verse kıyas gereği tazminle sorumlu olmaz çünkü kendi mülkünde su akıtması mübahdır (hakkın kullanılmasıdır). Fakat bu suyu akıtırken taşıp komşusuna zarar vereceğini bilmesi durumunda ise sorumlu olur.²¹³ Yine benzer şekilde kişinin

²¹⁰ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, 22-23

²¹¹ Mecelle mad:923, M. Akif Aydın, “*İlaf*”, sh:72

²¹² Bağdadi Ateşle başkasına zarar veren kimse ile suyu taşıdığı için başkasına zarar veren kimselerin sorumluluk durumlarını işlerken kasdın sorumluluk doğuracağını göstermiştir. Bk. sh:161-165

²¹³ Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, 162; bu konuyla ilgili Bağdadi müstakil bir fasıl ayırmıştır. Meselenin farklı durumları için bk. 162 vd.

kendi tarlasında bulunan yabancı otları yakması durumundada hükmün ayın olacağı ifade edilmiştir.²¹⁴

Hakkın kullanılması ile ilgili olarak fıkıh kitaplarında sıklıkla rastladığımız ve hatta müstakil bir alt başlık altında incelenen kuyu vs kazanların tazmin meselesi orjinal bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu başlık altında, kazılan çukurun kişinin mülkü içinde olunca tazmin sorumluluğunun doğup doğmadığı eğer mülkü haricinde olması durumunda işçinin bunu bilip bilmemesinin işçinin tazmin sorumluluğuna olan etkisi üzerinde durulmaktadır. Konuyla ilgili misal şu şekildedir. Bir kişi bahçesinin dışında bir yeri kazması için işçi tutsa, işçi burasının işverenin mülkü olduğunu zannederek kazarsa tazmin sorumluluğu işverene aittir. Eğer buranın işverenin yeri olmadığını biliyorsa işçi tazmin eder.²¹⁵ Misalin birinci kısmında işçinin tazmin sorumluluğunu kaldıran sebep kazılan arazinin işverene ait olduğu kanaatidir. İşçi bu araziye işverenin mülkü zannetmektedir. Bu durumda işçide hasıl olan kanaat şudur, kişinin mülkünde tasarrufta bulunması onun hakkıdır ve bu hakkını orada kuyu kazdırarak kullanmak istemiştir, böylece de işverenin hakkının bulunması yaptığı bu fiili hukuka aykırılıktan çıkarmıştır. Buna karşılık misalin ikinci kısmında işçi arazinin işverene ait olmadığını bilirse tazmin sorumluluğu kendisine ait olur, zira “gayrin mülkünde tasarrufla emretmek batıldır” temel kuralına aykırı davranmış olacaktır. Böylece yapacağı hukuka aykırı davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak bir sebep de bulunmadığından tazminle sorumlu tutulacaktır. Buna benzer başka misallerde de işverenin, “benim için kuyu kaz, duvarımın dibini kaz” vs. gibi sözleri fukaha tarafından mülkiyet hakkının ifadesi olarak telakki edilmiştir. Böylece işveren, burası benim mülkümdür ve ben bu hakka istinad ederek sana bu işi yaptırıyorum demektedir. Bu beyana göre çalışan işçinin tazmin sorumluluğunun olmadığı zira burada işçinin işverenin hakkını kullandığını zannettiği ifade edilmiştir.²¹⁶ İşçinin sorumluluğunun ortaya çıkması için üzerinde çalışılan şeyin işverene ait olup olmaması ve bunu işçinin bilip bilmemesi yukarda da ifade edildiği gibi önem arzeder bu konuyla ilgili bir misalde şöyle denilmektedir. Koyun gasbeden birisi kasaba bunu kesmesini emretse, kasap da bu koyunun gasbedilmiş olduğunu bilmiyorsa,

214 Bağdadi/Mecmau'd-Damanat, 161

215 Mahmud Hamzâvi, *Resail Fıkhiyye*, sh:9

216 Misaller için bkz. Mahmud Hamzâvi, *Resail*, sh: 10,11 12, Zerka, *Şerhu Kavaninil Fıkhiyye*, 444

koyunu gasheden kişi tazmin eder çünkü kasap mübaşir olmasına rağmen koyunun çalmış olduğunu bilmemektedir.²¹⁷

Anne-babanın çocuk üzerinde tedip hakkı vardır. Şafiiler ve Ebu Hanife tedip maksadıyla babanın çocuğunu ve eşini, öğretmenin öğrencisini dövmesi durumunda bir zarar meydana gelirse babanın ve öğretmenin tazmin sorumluluğu olduğunu kabul etmişlerdir. Zira tedip mübah bir iştir ve zarar vermemesi (selamet) şartına bağlanmışır. Eğer bu şart ihlal edilirse tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.²¹⁸ Zira tedip dövmenin dışında başka şekillerde de gerçekleştirilebilir.²¹⁹ Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise bu hak sebebiyle gerektiği durumlarda anne-babanın tedip maksadıyla çocuğunu dövebileceği ifade edilmiştir. Buna karşılık öğretmen ve ustanın aynı hakka sahip olmadığı ifade edilmişir. Bu yüzden de bunların tedip ve terbiye maksadıyla öğrenci ve çıraklarını dövmeyeceğini ancak babanın izni veya emri ile mutad sınırı aşmamak kaydıyla çocuğu dövebileceğini belirtmişlerdir.²²⁰ Bu durumda çocuk bir zarar görürse babanın tedip ve terbiye hakkına dayanarak öğretmene izin vermesi durumunda sorumluluk ortadan kalkmakta aksi takdirde öğretmen sorumlu olmaktadır.²²¹ Konuyla ilgili bir misal şu şekildedir. Öğretmen öğrencisine, sanatkar üstad (usta) çırağına vurarsa, eğer babasının veya vasisinin emriyle mutad ölçüde ve vurulması mutad yerlerine vurarlarsa sorumlu olmazlar,²²² eğer mutad olmayan şekilde vurarlarsa sorumlu olurlar. Eğer babasının veya vasisinin izni olmadan vurarlarsa, ister mutad yerlerine ve mutad ölçüde vursunlar ister gayr-ı mutad yerlerine veya gayr-ı mutad şekilde vursunlar sorumlu olurlar.²²³

217 Suyuti, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, sh:179

218 Vehbe Zuhayli, *el-fikhü'l-İslami ve edilletühü*, Beyrut, Darul-fikr,1989, Dimeşk, VI/211; Neylü'l-Evtar, VII/140-5; Muğni'l-Muhtac, IV/199; Mebsut, XVI/13

219 Ebu Yahya Zekeriya el-Ensari, *Esna'l-metalib şerhu ravzu'l-Talib*, II/427

220 İbn Kudame, *şerhu'l-kebir*, VI/147; Özcendi Kadıhan, II/337

221 Bu misali hak sahibinin izni başlığı altında da inceleyebilirdik fakat hakkın kullanılmasının sorumluluğa etkisinin bu başlık altında daha doğru olacağını düşündüğümüzden misali burada vermenin daha uygun olacağına kanaat getirdik.

222 Özcendi, *Kadıhan*, II/337, bu fetvayı şeyhülimam Ebu Bekir Muhammed b. Fadl vermiştir

223 Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh: 54

Fukaha babaya tedip hakkı tanımışsa da bu hakkın kötüye kullanılması durumunda da sorumluluğun ortaya çıkacağını da belirtmiştir. Bir misalde şöyle denilmektedir. Eğer baba veya vasi çocuğa vurarlarsa bundan dolayı çocuk ölür veya zarar görürse sorumlu olmazlar.²²⁴ Zira baba ve vasinin çocuğu tedip hakkı vardır. Bu hakkı kullanması sebebiyle sorumlu tutulmamaları gerekir. Yalnız burada da hakkın kullanılmasında aşırıya gidilmesi ve hakkın suistimali durumunda sorumlu olacakları açıktır.²²⁵

İşçinin haklarından birisi de üzerinde çalıştığı malı habs etme hakkıdır. İslam hukukçuları bu hakkı tesbit ederken bütün işçilerin bu hakka sahip olmadığını belirtmişlerdir. İşçinin üzerinde çalıştığı mal iş neticesinde temel vasfında veya özelliklerinde bir değişikliğe uğruyorsa başka bir ifadeyle akit konusu olan iş, mal üzerinde kaim bir vasıfı mal sahibi razı olmasa bile bu mal üzerinde habs hakkı da ortaya çıkar. Buna mukabil sözkonusu mal da bir değişiklik olmuyorsa yani akit konusu olan iş mal üzerinde sürekli kalmıyorsa habs hakkı da yoktur.²²⁶ Eğer malı hapseder de mal telef olursa Ebu Hanifeye göre işçinin teaddisi bulunmadığından dolayı tazmin sorumluluğu da yoktur dolayısıyla da mal elinde emanet olmuş olur, buna mukabil işçi ücret de alamaz. Çünkü akde konu olan malı işverene teslim etmemiştir. Sorumluluğun ortadan kalkma sebebi ise işçiye bu hakkı veren hukuki kuraldır ve bu yüzden “cevazı şeri damana münafidir” kuralı burada da geçerli olur.²²⁷ Ebu Yusuf ve Muhammede göre habs hakkını kullanan işçinin elinde telef olan mal tazmin ettirilir, zira nasıl habs edilmeden önce malın zarar görmesi durumunda tazmin sorumluluğu mevcut idiye hapsedildikten sonra da sorumluluk devam eder. Bu durumda mal sahibi telef olan malı dilerse gayri mamül olarak tazmin ettirir ve ücret ödemez dilerse de mamul olarak tazmin ettirir ve fakat ücretini de verir. Çünkü bir eşyanın kıymeti zamanın veya mekanın değişmesiyle farklılık arzedebilir, işveren bunlardan işine gelenini seçmede muhayyerdir.²²⁸

İşçi tarafından habs hakkının kullanılabilmesi için ücretin müeccel olmaması gerekir. İşçi ücreti müeccel olan bir işi yaptığı takdirde ücretini alıncaya kadar işverenin

224 Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh: 54

225 Oğuzman, *Borçlar hukuku*, sh:482

226 İbn Hümam, *Fethü'l-kadir*, VIII/ 31

227 Bilmen, *İstilahat*, VI/192-193

228 İbn Hümam, *Fethü'l-kadir*, VIII/ 30-31

malının hapsedme hakkına sahip değildir. Şayet hapseder de mal işinin elinde telef olursa onun teaddi veya taksiri bulunmasa da işçi sorumlu olur zira bu şekilde habs etmekle gâsıp olarak kabul edilir,²²⁹ dolayısıyla da meydana gelen zararı tazminle mükellef olur.

C) ZARAR

1) TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

Haksız fiilin tazmine konu olabilmesi için gerekli unsurlardan birisi de zarardır. Hukukçular zararı değişik şekillerde tarifler etmişlerdir.

Zarar, karşılığında bir menfaat elde edilmeksizin şahsın patrimuvanında hasıl olan eksilmedir.²³⁰ Zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır.²³¹ Malvarlığının zarar verici fiil gerçekleşmeden önce bulunduğu durumla fiil sonunda aldığı durum arasındaki fark, zararı teşkil eder.²³² Bu tarifler gözönünde bulundurulursa zararın tarifi için şunlar söylenebilir. Zarar, kişinin malvarlığında bir azalma şeklinde olur ve bu azalmaya zarar görenin rızası yoktur. Bir kimsenin mal varlığında rızası ile vuku bulan azalma zarar değildir. Bir akitle borç yüklenmesi, mallarını birisine hibe etmesi, hakkından feragat etmesi gibi.²³³ Meydana gelen azalmaya mukabil kişinin bundan bir kazancı da sözkonusu değildir. Özellikle ticari ilişkilerde satılan veya satın alınan mal kişinin malvarlığında bir azalma şeklinde görülürse de buna mukabil aldığı ücret veya mal da bir kazanç olarak görülür. Kişinin malvarlığında zarar meydana gelmeden önceki durum ile meydana geldikten sonraki durum arasında objektif bir şekilde tesbit edilebilecek bir fark vardır. Buna hukukçular maddi zarar demektedirler. Buna karşılık manevi zararların objektif bir şekilde tesbiti bir hayli zor olduğundan manevi zarar diye bir şeyin olup olmayacağı ve varsa bu zararın miktarının dolayısıyla da tazminatın nasıl tesbit edileceği konusu hukukçular arasında tartışmalıdır.

²²⁹ Bilmen, *İstılahat*, VI/ 192-193

²³⁰ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam hukuku*, II/468

²³¹ Oğuzman, *Borçlar hukuku*, sh:491

²³² Oğuzman, *Borçlar hukuku*, sh:491

²³³ Oğuzman, *Borçlar hukuku*, sh:492

Haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için zararın meydana gelmesi yeterli değildir. Sorumluluğun doğabilmesi için zararlar beraber diğer şartların da tahakkuk etmesi şarttır. Ceza hukukunun aksine sorumluluk hukukunda salt tehlike, sorumluluk doğurmaz. Diğer taraftan ceza hukukunda suça teşebbüs, failin cezalandırılması için yeterli olduğu halde, sorumluluk hukukunda zarar vermeye teşebbüs, tazminat borcu doğurmaz. Zira sorumluluk hukukunun amacı cezalandırmak değil, gerçekleşen zararı karşılamak, yani tazmin ettirmektir.²³⁴

Bir kimse hukuka aykırı bir fiili ağır bir kusurla işlemiş olsa bile, eğer ortada bir zarar mevcut değilse, tazmin yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır. Mesela, taban çakmak için kendisine bırakılan çarğı giyen ayakkabıcı giymiş olduğu süre zarfında zarar meydana gelirse sorumlu olur. Eğer çarğı çıkardıktan sonra zayi olursa tazmin etmez.²³⁵ Burada ayakkabıcı hukuka aykırı bir şekilde kendisine bırakılan çarğı giymiş ve fakat bir zarar gelmemiştir, zarar gerçekleşmeyince sorumluluk da gerçekleşmemiştir. Buradaki "ayakkabıyı çıkardıktan sonra zayi olsa" ifadesi mutlak olarak zikredilmekle beraber "ayakkabıyı çıkardıktan sonra herhangi bir kusur ve kasıt ve ihmali olmadan zayi olursa" şeklinde anlaşılmalıdır. Zira daha sonraki kusuru sebebiyle de tazmin sorumluluğu meydana gelir.

Meydana gelen zarar hukuka aykırı bir fiil ile meydana gelmiyorsa bu durumda da tazmin sorumluluğundan bahsedemeyiz. Mesela; aynı sokağa ikinci bir bakkal dükkanı açan kişinin, birincinin müşterilerinde dolayısıyla da kazancında bir azalmaya sebep olacağı dolayısıyla ona zarar vereceği açık olmasına rağmen birinci bakkalın zarar sebebiyle tazmin davası açması mümkün değildir.²³⁶ Zira burada da hukuka aykırılık yoktur.

Hukukçular meydana geliş şekline göre zararı maddi ve manevi olmak üzere iki kısımda incelemişlerdir. Fakat İslam hukukçuları zararları, maddi, manevi kısımlarına ayırmamışlardır. Dolayısıyla bu zararlara ait tazminatları da maddi ve manevi tazminat diye tasnif etmeye gerek görmemişlerdir. Daha doğrusu her hangi bir zararın az çok hem

234 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, 11/37

235 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:50

236 Tekinay, *Borçlar hukuku*, sh:547

maddi hem de manevi tesirleri mevcut olduğu düşünülürse böyle bir ayrıma neden gidilmediği daha iyi anlaşılabilir.²³⁷ Fakat çağdaş İslam hukukçuları zararı maddi ve manevi diye ikiye ayırmış ve bu esasa göre incelemişlerdir. Bunun sebebi bazı elem ve acıların mutlaka cezalandırılmasının gereğidir. Nitekim Mahmasani de böyle bir yol izlemiştir.²³⁸

a) Maddi Zarar

Filî zarar (malî zarar, malvarlığı zararı): Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığının maruz kaldığı para ile ölçülebilen eksilmedir. Bu maddi zarar da iki türlü olabilir.

a) Fiili Zarar (Malın İtlafi). Zarar, zarara uğrayanın mevcut mallarında bir eksilme meydana getirebilir. Bu şekildeki zarara “malvarlığını eksiltten zarar” da denilir.²³⁹ Bir kimsenin malını telef etme gibi. Bu durumda meydana gelen zararı tesbit etmek oldukça kolaydır. Zira kişiye ait bu malın telef olmadan önceki hali ile telef olduktan sonraki hali arasındaki fark fiilî zararı oluşturur. Yani bu zarar objektif bir şekilde tesbit edilebilir.

b) Mahrum Kalınan Kâr. Malvarlığına dokunulmamış olmakla birlikte, zararlı bir olay malvarlığının artmasına engel olduğu takdirde zarar bir kar kaybından ibarettir, buna “malvarlığının çoğalmasına engel olan zarar” adı verilebilir. Yaralanmış bir kişinin işe gidememesi yüzünden uğradığı zarar kâr kaybından ibarettir. İşçinin işi zamanında yapmaması sebebiyle işverenin zararı da bir kar kaybıdır.²⁴⁰

İçinde Ebu Hanife'nin de bulunduğu ekseri fukahaya göre menfaatin mal sayılmaması ve tazmine konu olmaması sebebiyle mahrum kalınan kar ve muhtemel zararlar tazmin edilmez.²⁴¹

c) Muhtemel Zarar. Fiilen meydana gelmemekle beraber olayların akışından ilerde meydana gelme ihtimali yüksek olan zarardır. İslam hukukçuları bir zarar sebebiyle

²³⁷ Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, sh: 68

²³⁸ Mahmasani, *en-Nazarü'l-amme*, 1/171

²³⁹ Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, sh:67

²⁴⁰ Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, sh:67

²⁴¹ M. Akif Aydın, “İtlaf”, sh:70

tazminata hükmedilebilmesi için zararın fiilen vuku bulmuş olması gerektiğini belirtmişlerdir. Sorumluluğun doğmasında ilerde olacak veya olması muhtemel zararlar dikkate alınmaz.²⁴²

b) Maddi olmayan Zarar (Manevi Zarar)

Bu zarar çeşidi, maddi değerler yönünden değil, fakat manevi değerler yönünden bir eksilmeyi ifade eder. Mesela, şeref, haysiyet aleyhine yapılan tecavüz yüzünden bedeni ve ruhi acılar çekilmesi, heyecanlara maruz kalınması gibi.²⁴³ İslam hukukçuları mal olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan, birine vurmak, hakaret etmek, iz kalmayacak şekilde yaralamak gibi davranışların borçlar hukuku açısından tazmin sorumluluğunu doğurmayacağı kanaatindedirler.²⁴⁴ Zira bu haksız fiil ne vücutta faydalı bir uzva zarar vermiş ne de güzelliği eksiltmiştir, geriye çekilen acı kalmıştır ki bunun maddi karşılığı olamaz.²⁴⁵ Buna karşılık İmam-ı Muhammedin ictihadına göre darp ve yaralamaya maruz kalan kimsenin çektiği acı ölçüsünde takdir tazminat (hukûmetü'l-adl kabilinden) gerekir. Ebu Yusuf'un ictihadına göre ise bu tür bir fiile maruz kalan kişi suçludan doktor ve ilaç bedelini talep edebilir.²⁴⁶

2) ZARAR MAHALLİNDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR

a) Mal veya Mütakavvim Olması

Maddi değeri olmayan şeylerin veya dinen mal kabul edilmeyen şeylerin zarar görmesi durumunda tazmin sorumluluğundan sözedilemez. Bir müslümanın mülkiyetin elindeki şarap, domuz, leş gibi maddeler dinen mal kabul edilmediği için hukuken de bir koruma altında değildirler. Bir müslümanın bunları telef etmesi durumunda tazmin sorumluluğunun olmayacağı konusunda görüş birliği vardır. Hanefiler bu malların gayr-ı müslimlere ait olmaları durumunda kıymetinin tazmininin gerekli olduğunu zira onlara göre bu maddelerin mal olduğunu belirtmekle birlikte cumhur ulema bunların müslümanlar için mal olmaması ve din tarafından da domuzun öldürülmesi ve şarabın

242 Ali Hafif, *ed-Darûn fi'l-Fıkhi'l-İslami*, 1/46; Akif Aydın, "İhtlaf", sh:70

243 Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, sh:67

244 Ahmet Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:158

245 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 11/477

246 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 11/477; Serahsi, *Mebhut*, XXVI/81

dökülmesi emredildiğini sebep göstererek tazmin sorumluluğunun olmayacağını söylemektedirler.²⁴⁷

b) Memluk Olması

Herhangi bir kişinin mülkiyeti altında olmayan şeylere verilecek zarardan dolayı bir kişinin tazminat davası açması sözkonusu olamaz. Denizdeki balık, havadaki kuş vs. gibi şeyler kimsenin mülkünde olmadığından bunları avlamak veya yakalamak şeklinde suretiyle herkes kendi mülkiyetine alabilir.²⁴⁸ Mülkiyeti elde etme yollarından birisi üzerinde tahakkuk eden mübah mallar artık mal olmuş olur ve bunlara verilecek zarar sebebiyle tazmin sorumluluğu sözkonusu olur.

c) Muhterem Olması

Bir malın tazmine konu olabilmesi için hukuk tarafından korunuyor olması gerekir. Hukukun muhafaza etmediği şeylere verilecek zararların tazmini talep edilemez. Mesela bir haribinin malının telef edilmesi durumunda bunun tazmini istenemez. Ayrıca İslam hukukunda mali ceza olarak ifade edebileceğimiz içine su karıştırılmış sütün yetkili makamlarca dökülmesi, hatalı veya standartlara uymayan bir şekilde imal edilmiş kumaş vs. nin itlafı durumunda da tazminat davası açılmaz, zira bu mallar da hukuk tarafından korunmamaktadır.²⁴⁹ Aynı şekilde zararlı fikir ve düşünceleri ihtiva eden eserlerin imha edilmesi durumunda da tazminat davası açılmaz.²⁵⁰

3) ZARARIN VASFI

a) Gerçekleşmiş Zarar

Bir malın itlafı sonucu ortaya çıkan ve bir tazmin borcu doğuran zararın fiilen meydana gelmiş olması gerekmektedir. İlerde olacak veya olması muhtemel zararlar dikkate

²⁴⁷ Kasani, *Bedayi*, VII/147

²⁴⁸ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/183

²⁴⁹ Hamid Muhammed Kamâtî, *el-Ukubâtü'l-Maliye*, sh:70

²⁵⁰ İbn Kayyim, *et-Turuku'l-Hükmiyye*, sh: 270

alınmaz.²⁵¹ Tazmin sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için zararın fiilen vaki olmuş olması gerekir.²⁵²

b) Umulan Zarar

Bir zararın fiilen vuku bulmamış olması, yani ilerde meydana gelecek veya gelmesi muhtemel olması durumunda tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaz.²⁵³ Yalnız bu durumlarda zararın meydana gelmemesi için tedbirler alınabilir, veya zararı meydana gelmeden zararın meydana geleceği ilgili taraf uyarılarak gerekli tedbirleri alması sağlanabilir.

Mahrum kalınan kar gibi muhtemel zararların tazminine de İslam hukukçuları sıcak bakmamışlardır.²⁵⁴ Özellikle Hanefiler menfaati mal kabul etmedikleri için menfaat kaybını da zarar olarak kabul etmemişlerdir. Fakat diğer hukukçular menfaatin kaybı şeklindeki zararın tazminini kabul etmişlerdir.

D) İLLİYET BAĞI

Genel anlamda illiyet, iki olay arasındaki sebep sonuç ilişkisinden ibarettir. Bir olay diğer bir olayın doğumuna esas olmuşsa onun sebebi sayılır.²⁵⁵

Haksız fiil sonucu meydana gelen zararın faile isnad edilebilmesi için, fiille zarar arasında bir illiyet bağının bulunması, yani zararın fiilin tabii neticesi olarak ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Zararı meydana getiren failin fiiliyle zarar arasına başka bir fiilin girip girmemesine göre illiyet bağının da tesbiti farklı olacaktır. Fiilin meydana gelişine göre illiyet bağının tesbiti şu şekillerde olur.

1) DOĞRUDAN İTLAF VE İLLİYET BAĞI

Failin fiili ile zarar arasına başka bir fiil girmiyorsa başka bir ifadeyle failin fiili doğrudan bir zarara sebep oluyorsa meydana gelen zarara mübaşeretle zarar (itlaf) denir.

²⁵¹ M. Akif Aydın, "İtlaf" sh:70,

²⁵² Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, 1/46

²⁵³ M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:70

²⁵⁴ M. Akif Aydın, "İtlaf", sh: 70

²⁵⁵ Tekinay, *Borçlar Hukuku*, sh:567; Eren, *Borçlar Hukuku*, sh:55

İslam hukukçularının benimsediği genel prensibe göre bir fi'lin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.²⁵⁶ İslam hukukçuları fiilin mübaşeretden olmasının tazmin sorumluluğu için yeterli olduğunu ayrıca bir de kusur unsurunun tetkinin gerekmeceği kanaatindedirler²⁵⁷, zira mübaşir fiil illettir ve hükümler illetlere bina edilir. Fıkıh kitaplarında doğrudan doğruya meydana gelen zararlara ait bahisler kısadır ve örnekler daha azdır; bunun sebebi doğrudan zararların açık olması bunların tazmini gerektirmesi konusunda görüş ayrılığının ve izaha muhtaç tarafların bulunmamasıdır.²⁵⁸ Fukaha mübaşeretden itlaf manasını ifade etmek üzere farklı ifadeler kullanmışlardır.²⁵⁹

2) DOLAYLI İTLAF VE İLLİYET BAĞI

Failin fiiliyle zararın arasına başka bir fiil girmesi durumunda meydana gelen zarara dolaylı zarar (itlaf) denir. Failin yaptığı hareketin sonucu ile araya giren fiilin sonucu birleşmiş ve zarar meydana gelmişse bu durumda prensip olarak mübaşir olan sorumlu olur.²⁶⁰ Mütesebbibin sorumlu olabilmesi için zarar verme kasdının bulunması gerekir.²⁶¹

Aynı kolaylık dolaylı itlaf hallerinde mevcut değildir. Bu tür itlaflarda zarar, fiilin doğrudan ve tabii bir sonucu olarak meydana gelmemekte araya başka bir fiil de girmektedir. Bu bakımdan tessebbüben itlaf hallerinde illiyet bağının varlığının tespiti ayrı bir önem kazanmaktadır.²⁶²

²⁵⁶ Mecelle, mad: 89

²⁵⁷ Mecelle, mad: 92; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/500

²⁵⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/491; M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:77

²⁵⁹ Bunlardan en fazla kullanılanlar şunlardır. cinayetü'l-yed (جناية اليد) tabirini bazen de yalnızca cinayetühü (جنايته) tabirini kullanmışlardır. Bazen zararın doğrudan olduğunu ifade etmek üzere (حصل من فعله) tabiri de kullanılmıştır

²⁶⁰ Mecelle, mad: 90

²⁶¹ Mecelle, mad: 93

²⁶² M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:77

Doğrudan itlaf hallerinde olduğu gibi dolaylı itlaf hallerinde de illiyet bağının bulunması gerekir. Bu konuda hukukçular arasında görüş birliği vardır.²⁶³ Fakat bu genel esası mesele ve örneklere uygularken hukukçular bazı meselelerde sebebiyetin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda farklı görüşler belirtmişlerdir.²⁶⁴

Tesebbüben itlaf hallerinde tazmin borcunun mütesebbib için doğup doğmadığı konusundaki ihtilaflar çoğunlukla illiyet bağının mevcut olup olmadığı noktasındaki farklı içtihatlardan kaynaklanmaktadır. Bazıları bir olayda fiil ile zarar arasında sebebiyet verme şeklinde illiyet bağı bulunduğunu kabul ederken bazıları aynı meselede sebebiyetin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.²⁶⁵

3) DOĞRUDAN VE DOLAYLI İTLAFIN BİRLEŞMESİ HALİNDE İLLİYET BAĞI

Bazı itlaf hallerinde mübaşeret ve tesebbüp halleri birleşmektedir. Bu durumda fukahanın benimsediği genel prensibe göre mübaşeretten zarar veren sorumlu olur.²⁶⁶ Bazen (özellikle de haksız fiili yapmaya iştirak ve yardım etme gibi durumlarda) sebebiyet veren mübaşir fail ile birlikte tazminata katılır.²⁶⁷ Bazen (zarar verenin kaçması gibi) failin tazmininin mümkün olmadığı, veya mevcut bulunmadığı yahut bilinmediği için ikinci derece sorumlu olan mütesebbib öne geçmekte ve tek başına sorumlu olmaktadır.²⁶⁸ İşçilerle ilgili bu konuda misal bulamadığımızdan bu konuyu detaylı olarak incelememeyi uygun bulduk.

4) İLLİYET BAĞINI KESEN SEBEPLER

İslam hukukunda bazı durumlarda fiil zararlı sonucu meydana getirdiği ve böylece fiille zarar arasında bir illiyet bağı mevcut olduğu halde, fail tazminat ödemekle sorumlu

²⁶³ M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:76

²⁶⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 491

²⁶⁵ M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:77

²⁶⁶ Mecelle, mad: 90

²⁶⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/495

²⁶⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 496

tutulmamıştır. Bunlara illiyet bağıını kesen sebepler denir. Genel olarak illiyet bağıını kesen sebepleri üçe başlık altında incelenmektedir.²⁶⁹

a)Mücbir sebep

Mücbir sebep;²⁷⁰ 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 olaydır.²⁷¹

Tariften hareketle bir olayın mücbir sebep sayılması için gerekli şartlar olarak şunları sayabiliriz.

1) Borçlunun iradesi dışında meydana gelmesi. Borçlunun sebep olduğu ve fakat zararın bu kadar büyük olacağını tahmin etmediği durumlarda da yine bu kişi sorumlu olur. Kendi tarlasındaki zararlı otları yakan bir kişinin, ateşin rüzgar sebebiyle komşu tarlaya sıçraması halinde komşuya zarar verme kasdının olmadığı biliniyorsa tazmin sorumluluğu yoktur. Buna mukabil komşusunun tarlasının bir kısmına zarar vermek kasdıyla hareket eden ve fakat daha sonra yangının önüne geçemeyip bir kaç kişinin tarlasına zarar veren kişi meydana gelen zararların hepsinden sorumlu olur.²⁷²

2) Kaçınılmaz bir şekilde meydana gelmesi. Meydana geliş ile ilgili olarak insanların aldıkları tedbirlerin onu önleyememesi gerekir. Yangın, sel, deprem, toprak kayması vs. gibi. Abdurrahman Çelebinin de belirtildiği üzere insana atfı mümkün bir kusurdan değil tamamen onun iradesi dışında olmalıdır.²⁷³ Eğer tedbir vs. almakla önüne geçilebiliyorsa ve fakat gerekli tedbirler alınmamışsa bunun mazeret kabul edilip edilmeyeceği dolayısıyla da tazmin sorumluluğu doğurup doğurmayacağı alimler arasında

269 Senhuri, *Masadirü'l-Hak*, VI/177; M. Akif Aydın, "*İhtıf*", sh:78

270 Mücbir sebep kavramı daha ziyade hukukçuların tercih ettiği bir ıstılahdır. İslam hukukçuları mücbir sebep kavramını ifade etmek üzere el-kuvvetü'l-kahira, es-Serikatü'l-galip, el-adüvvü'l-kâbir vs. gibi ıstılahları kullanmışlardır.

271 Eren, *Borçlar Hukuku*, II/97; Mahmasani, *en-Nazariyyetü'l-amme*, I/208

272 Bağdadi, *Mecma'ud-danana*, sh:161

273 Damad, *Mecmaü'l-Enhur*, II/392. geminin dalga ve rüzgar sebebiyle batması durumunda kaptanın sorumlu olmayacağını fakat kaptanın gemiyi kullanmasındaki hatası sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu olacağını ifade etmektedir.

ihtilaflıdır. İşçi ecir-i has ise tüm alimlerin ortak kanaati tazminatın gerekmeyeceği yönündedir. Fakat işçinin ecir-i müşterek olması durumunda İmam-ı Azam'a göre özüre itibar edilir ve tazmin sorumluluğu ortadan kalkar. İmameyne göre ise, işçi öngörmesi ve önceden de tedbir alması gereken durumlarda yahut yapamayacağı işi üstlenmesi halinde sorumlu olur. Mesela, sürüden kaçan bir ineğin peşinden gittiği takdirde diğer hayvanların zayi olmasından korkup onun peşinden gitmeyen çoban (ecir-i has ise) kaçan hayvanın zayi olması halinde icmaen tazmin etmez. Eğer çoban ecir-i müşterekse İmam-ı Azam'a göre tazmin etmez zira çobanın diğer hayvanların zayi olmasından korkması gibi bir özürü vardır. Fakat İmameyne göre çoban sorumlu olur. Çünkü çobanın görünürde bir özrü varsa da bu kendisinden kaçınılması mümkün bir özürdür. Zira çoban çok paraya tamah etmiş ve çok sayıda hayvanı gütmeyi üstlenmiştir ve bunların hepsini gütmeye gücü yetmemiştir, bu da hükmen cinayet-i yedidir (mübaşeretden hayvanlara zarar vermiş sayılır).²⁷⁴

3) Daha önceden tahmin edilemeyen ve önlenemez olması nisbi olan durumlar. Zaman ve mekanın durumuna göre önlenemez olan hadiseler vardır. Kurdun birden fazla olması sebebiyle kendisiyle mücadele etme mümkün olmadığından bazı alimler tarafından mücbir sebep sayılmıştır.²⁷⁵ Hırsız ve yol kesici eşkiyanın devletin zayıflığından yararlanarak milletin mallarına el uzatmaları buna karşı devletin önleyici ve vatandaşının yol emniyetini sağlayamadığı durumlarda bu soyguncular mücbir sebep sayılmıştır.²⁷⁶ Fakat bunların mücbir oluşu nisbidir. Zira örneğimizdeki önlenemez olan birden fazla sayıdaki kurt teknik ilerlemelerle ortaya çıkan silah, av tüfeği vs. ile önlenebilir bir hal almış dolayısıyla bu nisbi önlenemezlik de ortadan kalkmıştır. Fakat bir yörede hemen hiç kurt görülmediği için çobanların silah vs. taşımazlarsa bir şekilde o yöreye gelen kurtlar süreye saldırırsa bu durumda önlenemezlik yine nisbi olarak devam ettiğinden çobanların her hangi bir sorumluluğu yoktur.

4) Meydana geldiği zaman kaçınılması mümkün olmaması. Bir kişinin daha önceden gerekli tedbirleri alması halinde bu tür bir zararın meydana gelmesi engellenebilir ise İmameyne göre bu mücbir sebep sayılmaz. Dolayısıyla da tazmin

²⁷⁴ İbn Kadı Simavne, *Camii'l-fisuleyn*, II/173; Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*, sh: 31;

²⁷⁵ İbn Bezzaz el-Kerderi, *Fetâvâ Bezzâziye*, V/85; Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:29-30

²⁷⁶ Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*, sh:36

sorumluluğu düşmez. Nitekim bir misalde fırıncının fiili dışında başka bir sebeple meydana gelen zararla alakalı Ebu Hanife tazmin sorumluluğunun olmayacağını belirtmiştir. Fakat İmameyne göre kendisinden sakınmak mümkün bir durumda olursa tazmin gerekir, aksi takdirde gerekmez.²⁷⁷

Mücbir sebep ve fevkalade halin her ikisi de, borcun hiç yahut gereği gibi ifa edilmemesinde borçlu dışında meydana gelen ve onun tarafından önceden öngörülmesi mümkün olmayan önlenemez hadiselerdir. Bunlar fırtına, çığ gibi tabii bir hadise olabileceği gibi sürüye kurt saldırması gibi bir hâdise de olabilir. İkisi arasındaki fark, fevkalade halde hadisenin önlenemez oluşu nisbidir. ve yalnızca borçlu tarafından önlenemez bir mahiyet arzeder. Halbuki mücbir sebepte, hadisenin önlenemez oluşu mutlaktır ve herkes bakımından geçerlidir.²⁷⁸ Borçlu borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin fevkalade hal yahut mücbir sebepten ileri geldiğini ispat etmelidir.²⁷⁹

Bir koyun sürüsüne sadece bir kurt saldırdığı zaman bunun önlenemez oluşu nispidir. Ancak kurt sürüsünün saldırması, yangın, geminin batması, devlet başkanının emri yahut hukuki düzenlemesi, hayvanın kayması, soğuk, kuraklık, susuzluk ve bulaşıcı hastalıklar mücbir sebep (semavi afet) olarak kabul edilmektedir.²⁸⁰ Bunlar insan iradesi dışında Allaktan geldiği ve önüne geçmenin mümkün olmadığı hadiselerdir.²⁸¹

b) Zarar görenin kusuru

İlliyyet bağımlı kesen ikinci sebep zarar görenin kusurudur. Zarar bizzat zarara uğrayanın kendi kusurlu hareketi neticesinde meydana gelmişse, kusuru ölçüsünde borçlunun tazmin mesuliyetini ortadan kaldırır.²⁸²

277 *Fetâvâ Bezzâziye*, V/87; *Camii'l-Fusuleyn*, İbn Kadi Simavne, II/171; Bağdadî, *Mecmau'd-damanat*, sh:49; Damad, *Mecmau'l-Enhur*, II/391; Senhuri, *masadirü'l-hak*, VI/178

278 Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:185

279 Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:185

280 Senhuri, *Masadir*, VI/177-178; Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:186;

281 Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:186

282 Serahsi, *Mebhut*, XXVII/2; Senhuri, *Masadir*, VI/131vd.; Zuhayli, *Nazariyyetü'l-damanat*, sh: 251; Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:185

Eğer zarar gören mutlak manada kusurlu ise ve zarar kendisinden kaynaklanıyorsa bütün zarara katlanmak zorundadır. Nitekim çantasını taşımak için hamal tutan bir kişi yolda kendiliğinden yırtılan çantanın ve içinden düşüp telef olan malların tazminini isteyemez çünkü kusur sağlam olmayan bir çantayı aldığından kendisinindir.²⁸³ Aynı şekilde çürük ipe yük taşıyan kişi de ipin kopması sebebiyle meydana gelen zararın tazminini isteyemez zira kusur kendisinindir.²⁸⁴ Fakat ip hamala ait ise hamalın kusuru sebebiyle tazmin sorumluluğu vardır.²⁸⁵

Bir malın işçinin zilyedliğine geçmeden veya işçi tarafından teslim alınmadan telef olması durumunda tazmin sorumluluğunun mal sahibinde olacağı konusu açıktır. Fakat işçi malı teslim aldıktan sonra mal sahibi huzurunda veya mal sahibinin de iştirak ettiği bir fiille mal telef olsa tazmin sorumluluğunun kime ait olacağı konusunda alimler arasında ihtilaf vardır. Hamal yağ tulumunu yüklense ve yolda indirse tekrar yüklenmek için mal sahibinden yardım istese ve tulum ellerinden kayıp yırtılsa hamal tazmin eder zira hamalın zilyedliğinden çıkmamıştır ve hamal da yed-i daman vasfıyla malı elinde bulundurmaktadır. Fakat hamal tulumu sırtından yere indirmek için mal sahibinden yardım istese ve o bir tarafından tutup indirmeye çalışırken tulum yırtılsa Ebu Hanifeye göre hamal tazmin eder. İmam Muhammed önceleri bu kanaatte iken daha sonra bundan rücu etmiş ve tulumun bir tarafından mal sahibinin tutmasının teslim sayılacağını dolayısıyla da hamalın tazmin sorumluluğunun olmayacağını belirtmiştir.²⁸⁶

Eğer işçi ile zarar görenin kusurları eşitse bunlar zararın yarı yarıya karşılırlar. Ebu Leys yukardaki meseleyle alakalı olarak kendisine sorulan soruya verdiği fetvasında hamalla beraber mal sahibinin yükü indirirken ellerinden kayan tulumun telef olması durumunda zararın yarı yarıya tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve meşayihimizin çoğu da bu şekilde fetva vermiştir zira burada mal sahibi kendi kusuru ölçüsünde zarara katlanmak durumundadır demiştir. Ebu Leys'in bu fetvasının dayanağı hamalın kusuru ile

283 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:35

284 İbn Abidin, *Reddii'l-muhtar ala durr-i'l-muhtar*, VI/69, Özcendi, *Kadıhan*, II/335

285 Derdir, *Şerhu's-sağir*, VI/ 303; İbn Kadı Simavne, *Camiu'l-fusuleyn*, II/177; Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh: 35

286 Mecma4, sh: 34-35

mal sahibinin kusuru eşit olmasıdır. Bu yüzden ona göre de zarar yarı yarıya bölüşülmelidir.²⁸⁷

c) Üçüncü Şahsın kusuru

Üçüncü şahsın kusuru da belli durumlarda illiyet bağıını kesen bir sebeptir.²⁸⁸ Bir kişi başkasının malına ister itlaf, ister menfaatini yok etme, ister aynın bir kısmını yok etme şeklinde bir zarar verirse meydana gelen zararı gidermekle sorumludur.²⁸⁹ Bir elbise boyacısı kendisine bırakılan elbiseyi kendisi boyayabileceği gibi çırağına da boyatabilir. Ustanın izniyle çalışan çırak bir zarar meydana getirirse bundan usta sorumlu olur. Fakat ustanın izni olmadan ve onun talimatlarına aykırı bir şekilde çırağın vereceği zarar üçüncü kişinin kusuru gibi telakki edilir ve çırağın tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.²⁹⁰ Mecma'u'd-damanat adlı eserde geçen şu misal de üçüncü kişinin kusurunu göstermektedir. Elbise boyayan usta bir kişiye hatasını başkasının kumaşını verse o da onu biçip elbise dikse kumaşın asıl sahibi kumaşını isterse boyacıya tazmin ettirir isterse onu biçene tazmin ettirir. Boyacı tazmin etse bile kumaşı biçip diken kişiye rücu hakkı vardır.²⁹¹

E) KUSUR

Haksız fiillerde kusurun bir unsur olup olmadığı hukuk sistemlerine ve haksız fiil nevelerine göre değişiklik göstermektedir. Daha önce sayılan dört unsurun yanı sıra bir de kusurun varlığını şart koşanlar, kusur sorumluluğunu benimsemişler ve bunun bulunmadığı yerde faili zarardan sorumlu tutmamışlardır. İlk dört unsuru yeterli gören ve failde kusurun var olup olmadığına dikkat etmeyenler sebep ve hakkaniyet sorumluluğu dediğimiz sorumluluğu benimsemişler ve bunun teşekkülü için haksız fiilin zararlı sonucu doğurmasını yeterli saymışlardır. İslam hukuku farklı haksız fiil nevelerinde her iki sorumluluk çeşidine de bünyesinde yer veren katma bir sisteme sahiptir. Buna göre

²⁸⁷ Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:34-35

²⁸⁸ Senhuri, *Masadir*, VI/136; Mahmasani, *en-Nazariyye III Umme*, I/208; M. Akif Aydın, "İtlaf", sh:78

²⁸⁹ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman*, sh:252

²⁹⁰ Zuhayli *Nazariyyetü'd-Daman*, sh:256

²⁹¹ Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh: 43-44

doğrudan itlaf hallerinde sebep sorumluluğu, dolaylı itlaf hallerinde de kusur sorumluluğu esas olmaktadır.²⁹²

1) KUSUR TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

a) Kusurun Tanımı

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince kullanmamaktır (ihmal).²⁹³

b) Kusurun Sınırları

Kusurun sınırlarının tesbit edilmesi sorumluluğun doğmasında başlıca unsur olan zararın mübaşeretten veya tesebbüben meydana geldiğinin tesbitine bağlıdır. Zira kusurun hem mübaşeretten ve hem de tesebbüben meydana gelen itlaf durumlarında aynı ölçüde etkili olup olmadığının tesbiti gerekir. Kusur sübjektif bir unsur olduğu için bunun kişiden kişiye ve durumdan duruma farklılık arz etme ihtimali vardır. Bu durum da kusurun tesbitini zorlaştıracaktır. Bu yüzden kusurun tesbitinde mutad davranışın tesbiti ve buna aykırı olanın kusur sayılması gibi bir yol izlenecektir. Bu tesbiti yapmada bize yardımcı olacak olan örfdür.

b₁) Doğrudan İtlaf ve Kusur

Bir genel hüküm olarak kavaid-i külliye kitaplarında ve bunu kanunlaştıran Mecelle'de açıkça ifade edildiği üzere doğrudan itlaf hallerinde failin ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Fail ister kusurlu olsun ister olmasın hukuka aykırı fiilin zararlı sonucu doğurması sorumluluğun teşekkülü için yeterlidir.²⁹⁴ "Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur"²⁹⁵. O halde doğrudan itlaf hallerinde esas olan sebep sorumluluğudur.

Doğrudan itlaf hallerinde kusurun aranmamasının iki gerekçesi olduğu söylenebilir.

²⁹² Mehmet Akif Aydın, "İtlaf", sh:79

²⁹³ Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, sh:504

²⁹⁴ Zuhayli, *Nazarîyyeti'd-Daman*, sh: 75; M. Akif Aydın, "İtlaf" sh: 79

²⁹⁵ Mecelle, mad:92

1) Bu tür itlaflarda fiil ile zarar çok yakın bir irtibat içerisinde dirler. Zarar haksız fiilin doğrudan sonucu olarak meydana gelmiştir. Böyle kuvvetli bir irtibatın bulunduğu ortamda bir de failin mutlaka kusurlu olmasına gerek görülmemiştir.²⁹⁶

2) Burada çarpışan iki menfaat söz konusudur. Failin menfaati ve zarar görenin menfaati. Failde kusuru şart koştuğumuzda ve bu mevcut olmadığında onu sorumlu tutmadığımızda bir başka kusursuz kimseyi, zarar göreni cezalandırmış olmaktadır. Halbuki zarar görenin doğrudan itlaf halinde kusuru olmadığı gibi, bir fiili de mevcut değildir. Bunun her zaman hakanî bir sonuç verdiğini söylemek zordur. Bu durumu göz önüne alan İslam hukuku burada mağdurun menfaatini haksız failin menfaatine tercih etmiştir. Bu alanda son zamanlarda meydana gelen değişimler kusur sorumluluğunun terkedilip sebep sorumluluğuna doğru gittikçe artan bir temayülün ortaya çıktığını göstermektedir.²⁹⁷

Yola bakan duvarını yıkması için kiralanan marangoz duvarı yıkarken, duvardan fırlayan bir parça yolda yürüten bir adamın üstüne düşüp onu öldürse marangoz sorumlu olur.²⁹⁸ Burada marangozun tazmin borcunu doğuran onun doğrudan bir fiili neticesinde yoldan geçen adamın zarar görmesidir.

Mübaşeretden itlaf durumunda tazmin sorumluluğunun meydana gelmesiyle ilgili olarak şu misalleri verebiliriz. Mükari (ücret karşılığı hayvanlarıyla nakliye yapan kişi) ağızları bağlı iki tulumdan oluşan yükü hayvanın sırtına yerleştirirken, tulumun birisini atın (veya devenin) bir tarafına koyup diğer tulumu hayvanın diğer tarafına yerleştirmek için atsa ve bu atmasından dolayı tulum yırtılıp içindekiler telef olursa. Mükari telef olanı tazmin eder çünkü bu onun cinayet-i yedidir (mübaşeretden itlafıdır.)²⁹⁹

Fırat'tan testiyle su taşınması için kiralanan birisi yolun yarısında düşüp elindeki testi kırarsa, mal sahibi dilerse testinin suyu doldurduğu yerdeki kıymetini tazmin ettirir

296 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 500

297 Mehmet Akif Aydın, "İtlaf", sh: 79

298 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:51

299 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:37

ve işçiye taşıma ücreti ödemez, dilerse de testinin kırıldığı yerdeki kıymetini tazmin ettirip yolun hesabına göre taşıma ücretini verir.³⁰⁰

b₂) Dolaylı İtlaf ve Kusur

Dolaylı itlafta haksız fiilin zararlı sonucu doğurması sorumluluk için yetmemekte, failin ayrıca kusulu olması da gerekmektedir. “Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz”³⁰¹ temel prensibi de bunu göstermektedir. Dolaylı itlaf hallerinde haksız fiille zarar arasında doğrudan itlafta olduğu kadar kuvvetli bir irtibat mevcut değildir. Bu yüzden sorumluluğun teşekkülü için failin kusurlu olması da ayrıca aranmıştır.³⁰² Burada ifade edilen müteammid lafzı kusur çeşitlerinden birisi olan teammüddür. Bu kaideyi teammüd (kasıt) dışında diğer kusur çeşitleri olan, tedbirsizlik ve ihmali de ihtiva eder bir şekilde anlamak gerekir.

b₃) Kusurun Sınırlarını Tesbit etmede Örfün Önemi

Bir davranışın kusurlu olup olmadığını değerlendirirken, zarar veren, yani fail değil objektif bir tip ele alınmaktadır. Bu tip failin mensup olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tipidir. Bu tipin davranışı, örnek (model) davranış olarak ele alınmakta ve bununla failin davranışı kıyaslanmakta ve karşılaştırılmaktadır. Eğer zarar veren failin davranışı bu örnek davranıştan sapıyor ve ona uymuyorsa, bu sapma kusur olarak nitelendirilmektedir.³⁰³ Hukuka aykırılığı tesbitte örfe istinad edildiği durumlarda bu hüküm o örfün cari olduğu yerler için geçerlidir. Başka bir belde o davranış örfen hukuka aykırı sayılmayabilir. Mesela, belli vasıfta bir ekmek pişirmek üzere kiralanan işçinin pişirdiği ekmek yansa meydana gelen zarar fırıncının uzun süre bekletmesi sebebiyle meydana gelmişse kusuru sebebiyle fırıncı tazmin eder. Ekmeği fırında bekletmenin normal süresi bilirkişiyeye ile tesbit edilir. Malik ve diğer bazı müctehitler de bu kanaattedir.³⁰⁴ Kusurun tesbitinde örfün önemini gösteren bir husus da örfe mebni verilen hükümlerin o örfün cari olmadığı yerde geçerli olmamasıdır. Bağdadının verdiği bir misal bu yönüyle çok çarpıcıdır. Ağ yapan bir işçi

300 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:34

301 Mecelle, mad: 93

302 M. Akif Aydın, “İtlaf”, sh: 79

303 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, II/112

304 Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/501

ağı dükkanda asılı bırakıp dükkandan dışına gitse ve ağ zarar görse veya çalınsa, bu zarar Buharada ve gündüz vakti olmuşsa dükkân sahibi sorumlu olur. Fakat Harezmde olmuşsa ister gece ister gündüz olsun ustanın sorumluluğu yoktur.³⁰⁵

Boyanması için kendisine kumaş verilen boyacı bunu boyadıktan sonra kuruması için diğer kumaşlarla beraber bir ağacın üstüne veya bir ipe asar ve kumaş buradan kaybololursa boyacı tazmin eder mi şeklindeki bir suale Şeyhülislam Ata b. Hamza³⁰⁶ şöyle cevap vermiştir. Eğer bu asılan mekan dükkânın dışında ise tazmin eder yoksa etmez.³⁰⁷ Burada da Ata b. Hamza bulunduğu yerin örfünü gözönünde bulundurarak kusurun var veya yok olduğunun söylenebileceğini ifade etmiştir. Zira oranın örfünde dükkânın dışında bir yere ağ asmak kusurdur.

Konuyla ilgili bir başka misalde örfün belirleyici olması daha da açıktır. Deve kervanıyla yük taşıyan birisi kervanı nehirden karşıya geçirirken develer nehrin derin kısmında suya düşüp gömülse ve üzerindeki mallar telef olsa Şeyhü'l-İslam Ebu kasım'a göre insanların o mevsimde nehri geçiyor olmaları halinde kervancı tazmin etmez.³⁰⁸ Deve kervancısının kusurlu olduğunun tesbiti onun nehri geçtiği mevsimde o beldedeki insanların nehri geçip geçmediğinin tesbitine bağlıdır.

c) Kusurun Çeşitleri

c₁) Kasıt

Kasıt hukukta genel olarak failin hukuka aykırı bir iş yaptığını bilmesi ve bunu istemesi veya sonuçlarını tasavvur edebilmesi şeklinde tarif edilmektedir.³⁰⁹ Kusurun en ağır türü olan kasıtlı başkasının malına dolaylı bir fiille zarar veren kimsenin bu davranışında eğer hukuka aykırılık da varsa dolaylı itlafın bütün unsurlarını gerçekleştirmiş olur.

305 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:50

306 Hayatı için bkz. Ahmet Özel, *Hanefi Fıkah Alimleri*, sh: 51

307 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:46

308 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:37

309 Mehmet Akif Aydın, *"İtlaf"*, sh:80

Failin fiili neticesinde bir zarar meydana geleceğini bilmesi onun zarar verme kasdının olduğuna delalet ediyor kabul edilir ve zararı tazmin sorumluluğu ortaya çıkar. Mesela; satması için kendisine bırakılan elbiseyi zalim bir kişiye veren tellal bu kişiden ne elbiseyi ne de parasını geri alamıyorsa bu zalim de bilinen birisiyse tellal bu elbiseyi tazmin eder.³¹⁰ Burada zalim kişiye malı veren tellal bu fiilin neticesinde mal sahibinin zarara gireceğini biliyor ve istiyor kabul edilmelidir, en azından bu sonucun meydana geleceğini tasavvur edebilmektedir.

Bir hamala taşınması için verilen bir yük onu taşımak için kullandığı ipin kopması durumunda hamal meydana gelen zararı tazminle sorumludur, zira o yükü çürük ipe taşımaya kalkmıştır ve bu da onun kusurudur. Bazıları hamalın başkasına ait sağlam olmayan çantayı taşıırken çantanın yırtılması veya kulpunun kopması durumunda da hamalın tazmin sorumluluğunun olacağını iddia etmişlerdir, fakat Şeyh Bedreddin bunun yanlış bir kıyas olacağını zira birinci misalde çürük ipin hamalın olması sebebiyle kusurunun bulunduğu ve bu yüzden tazmin sorumluluğunun meydana geldiğini halbuki ikinci çantanın yırtılmasında hamalın bir kusurunun bulunmadığını dolayısıyla da tazmin sorumluluğunun da bulunmaması gerektiğini ifade etmiştir. Hatta hamalın yükü taşıdığı ipin mal sahibine ait olması durumunda da ipin kopmasında hamalın her hangi bir kusurundan sözedilemeyeceğinden tazminle de sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir.³¹¹

c2) İhmal

İnsanların hukuken mecbur oldukları bir çok işleri, vazifeleri, mükellefiyetleri vardır. Bunları yerine getirmediği, yahut gevşeklik gösterdiği, ihmal ettiği takdirde bu davranışının neticesinden sorumlu olur.³¹²

İnsanların yüklerini ipeyle taşıyan hamal taşıma işinde kullandığı ipin eskimesi, yıpranması vs. gibi durumlarda yeni bir ip alıp onunla taşıma yapmalıdır. Her ne kadar bu

310 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:52

311 İbn Kadî Simavne, *Camiül-fusuleyn*, II/177; Fudayl Efendi de Fakih Leys'in çantanın yırtılmasının ipin kopmasına kıyas edilmesinin yanlış olduğunu dolayısıyla hamalın tazmin sorumluluğunun ortaya çıkmayacağı kanaatinde olduğunu rivayet etmektedir. *Damanat*, sh: 608; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:35,

312 Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/501

ip eskimişse de bu sefer de yükü taşır deyip yolda ipin kopması durumunda ihmali sebebiyle kusur tahakkuk etmiş sayılır ve tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.³¹³

Elbisesini çamaşırcıya gönderip yıkayıp bitirmeden elbiseyi elinden yere bırakmamasını şart koşan birinin bu şartının bir önemi yoktur. Aynı şekilde çamaşırcıya işi iki gün içinde bitirmesi şart koşulsa o da bitiremezse sahibi de malı defaatle istese ve fakat yine de çamaşırcı elbiseleri yıkayıp bitirmezse bu arada mal çalınsa çamaşırcı sorumlu olmaz. Bu konuyla ilgili Buhara imamlarından fetva istenince onlar tazmin etmesi gerektiğini söylemişlerdir.³¹⁴ Burada akde muhalefet edilmiştir eğer çamaşırcının işi bitirmesi mümkün olmasaydı tazminle sorumlu olmayacaktı demekki işçi ihmali sebebiyle işi bitirmedi, o halde ihmalinin neticesine de katlanmak mecburiyetindedir.

c3) Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik

Sebebiyet yoluyla meydana getirilen zararlarda aranan kusur faktörünün önemli bir çeşidi de tedbirsizlik ve dikkatsizliktir. Burada fail, irade ve ihtiyariyle bir fiilde bulunmakta, bir iş yapmakta, fakat bunun doğuracağı zararlı neticeyi yeterince hesaplamamakta, hukuk ve örfün insanlardan beklediği dikkat ve basireti göstermemektedir.³¹⁵ Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sebebiyle meydana gelecek zararı fail tazminle yükümlüdür.

Değirmenci değirmenden çıkar ve suya bakmaya gider, bu sırada buğdaylar çalınır, eğer kapıyı açık bırakmış ve uzaklaşmışsa tazmin eder.³¹⁶

c4) Meslek ve Sanatta Yetersizlik

Hemen her meslek ve sanatta belli bilgilerin edinilmiş, denemelerin yapılmış, maharetin kazanılmış olmasını gerektirir. Bu sayede insanlar mal ve canları bakımından güvenlik içinde olurlar. Ehliyetsiz tabib, sahtekar bilgin gibi zararı umumi olan meslek

313 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:35

314 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:45

315 Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/502-3

316 Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:51

sahiplerinin meslekten menedilmesi amme menfaati icabı görülmüştür ve bu menfaat onların hususi menfaatlinin haleldar olmasından üstün tutulmuştur.³¹⁷

İşçilerle ilgili en çok karşılaşılan tedbirsizlik ve dikkatsizlik şekli meslek ve sanatta bilgisizlik ve ehliyetsizlikten kaynaklanmış olanıdır. Bir meslek ve sanatta bilgisiz ve yetkisiz işçinin tazmin borcunun olacağı Peygamberimizin tıp sahasında mahareti ile bilinmeyen bir kimsenin tedaviye kalkışıp zarara sebep olması halinde tazminle sorumlu olacağını ifade buyurdıkları hadisleridir.³¹⁸

Bir kişinin bilmediği bir sahada biliyorum iddiasıyla ortaya çıkıp zarara sebep olması halinde meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Mesala; ziyafet yemeği pişirmek için tutulan aşçı yemeği yakarak veya iyice pişirmeyerek ifsat etse zararı tazmin eder.³¹⁹

Burada dikkat edilmesi gereken husus tazminatı gerektiren bilgisizlik ve ehliyetsizlik apaçık ve önemli olanıdır. Başka bir ifade ile vasat bir usta ve meslek erbabında aranan ve varlığı kabul edilenin altında olan ehliyetsizliktir. Yoksa normal sayılan ve kaçınılması pek de mümkün olmayan önemsiz hatalar genellikle sorumluluğu mucib değildir.³²⁰ Bu sebeple Hanefiler unutarak veya yanılarak hükmünde hata eden hakimin tazmin sorumluluğu bulunmadığını ancak haksızlık etmek üzere kasten yanlış hüküm verenin sorumlu olacağını açıkca ifade etmişlerdir.³²¹

2) KUSURU İSBAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İslam hukukunda ispat yükü (külfeti) ile ilgili “davasını delil ile isbat etmek davacıya (müddeî’ye), yemin ise iddiayı reddedene (müddea aleyhe) gerekir” prensibi gereğince davacıya düşer.³²² bu yüzden bir kimsenin fiili neticesinde zarar gördüğünü

317 Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/501

318 Ebu Davud, *Diyyât*, 23; Mahmasani, *en-Nazarîyyetü'l-amme*, I/204; Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/501;

319 İbn Kadı Simavne, *Camii'l-fusuleyn*, II/185, Fudayl Efendi, *Damanat*, sh: 618; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:49;

320 Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/505

321 Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/505

322 Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, sh:194

iddia eden hem zararı, hem hukuka aykırılığını ve hem de zarar ile fail arasındaki illiyet bağını isbat etmelidir.

İşçinin aralarında akit ilişkisi bulunmayan birine zarar vermesi durumunda onun işçi veya başka bir vasıfta kişi olması arasında bir fark yoktur ve haksız fiil sebebiyle mağdur dava açar ve zararını isbat ederse tazmin ettirilmesi cihetine gider.

İşçi ile işveren arasında akdi bir ilişki varsa ve işçi işini yaparken veya yaptıktan sonra bir zarar meydana gelirse isbat mükellefiyeti nasıl olacaktır. Bunu tesbit etmek için işçinin ecir-i has veya ecir-i müşterek olduğunun tesbiti gerekir. Malı elinde bulunduran kimsenin daman açısından sıfatı ya “emin” veya “dâmin” olmasıdır. Burada söz konusu edilen emin sıfatı, mala gelecek zarardan kasıt ve kusur durumu hariç kural olarak sorumlu olmamayı, dâmin sıfatı ise kural olarak sorumlu olmayı ifade eder. Bu sıfatlar şahıstan ziyade ele izafe edilir; bununla malın zilyedlik altında bulunması kastedilmektedir.³²³ İslam Hukukçularının konumuzla ilgili eserlerinde tartışmaların odak noktalarından birisi bu tesbitin yapılmasıyla alakalıdır. Eğer işçi yed-i emin ise kural olarak onun elinde meydana gelen zarardan sorumlu olmaz, burada onun kasıt kusur ihmal gibi tazminini gerektiren bir durumunun olduğunu isbat etme işverene düşmektedir. İşveren bunu isbat edebilirse işçi sorumlu olur isbat edemezse sorumluluk da olmaz.

Eğer işçi yed-i daman ise o zaman da kural olarak meydana gelen zararı işçinin tazmin etmesi gerekir. İşçinin tazminini gerektirecek kusur, kasıt, ihmal gibi bir durumun olmadığını isbat mükellefiyeti bu sefer de kendisine düşmektedir. Yukardaki ifadelerden de anlaşıldığı üzere fukahanın yed-i emanet ve yed-i daman şeklindeki tasnifi, isbat mükellefiyetinin kime ait olacağının dolayısıyla da sorumluluğun kime ait olacağının tesbitinde önemli bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu genel bilgilerden sonra İşçinin isbat mükellefiyetiyle ilgili olarak şunları söyleyebiliriz.

a) Ecir-i Hâsda Kusuru İsbat Yükümlülüğü

³²³ Fevzi Feyzullah, *Nazarıyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, sh: 25; Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, 1/16; Zuhayli, *Nazarıyyetü'd-Daman*, sh: 63 vd.; Hamza Aktan, *Daman*, sh: 451; Ahmet Akman, *Akdi mesuliyetten doğan tazminat*, sh:196

Hanefi ve Malikilere göre ecir-i has emindir ve kendi elinde telef olan malı tazmin etmez. Ecir-i hasın tazmini ancak kusuru durumundadır.³²⁴ Buradan anlaşılması gereken ecir-i hasın tazmin kusursuzluğunu isbat mükellefiyeti yoktur. Ecirin kusurunu isbat mükellefiyeti onun kusurlu olduğunu iddia eden işverene düşer. Nitekim Malikiler, çobanın hayvanın derisiyle gelmesi ve onun öldüğünü söylemesi durumunda sözünün kabul edileceğini ve sorumlu tutulmayacağını söylemişlerdir.³²⁵

Ahmed b. Hanbel'e göre ise ecir-i has olan çoban tazminle sorumludur. Fakat çobanın salih (güvenilir) bir kişi olarak tanınması durumunda tazmin sorumluluğu, dolayısıyla da isbat mükellefiyeti yoktur.³²⁶

Malikilere göre de ecir-i has emindir elinde meydana gelen zarar tazmin etmez; eğer kendisini kasıtlı itlaf etmekle suçlanırsa yemin eder.³²⁷ Yalnız yiyecek ve deri konusu bundan istisnadır. İnsanların bunlara olan aşırı düşkünlükleri sebebiyle bunlarda tazmin sorumluluğu vardır.³²⁸

İşçi ile işveren arasında çalışma yeri hakkında ihtilaf meydana gelse işverenin beyanına itibar olunur; zira işçi onun dediği yerde işi yapmakla sorumludur. İşçi sözünün doğruluğunu isbatla mükelleftir. Mesala; Çoban ile mal sahibi koyunu otlatma yeri hakkında ihtilaf etseler mal sahibine yemin ettirilir ve onun beyanına itibar edilir. Çoban icmaen tazmin eder.³²⁹

İşçi ile işveren yapılacak işin vasfında ihtilaf ederlerse Şafii ve Malikilere göre yemin etmesi şartıyla mal sahibinin beyanına itibar edilir. İşçinin sözünün doğruluğunu

324 Sehnun, *el-Müdevvenetü'l-kübra*, IV/439; *Şerhu Kebir* VI/141; İbn Hazm, *el-Muhalla*, VIII/28 *Mecmau'd-Damanat* sh:46; Damad, *Mecmau'l-Enhur*, II/391; Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, sh: 115

325 Sehnun, *el-Müdevvenetü'l-kübra*, IV/440; İbn Kudame, *Şerhu Kebir*, VI/141

326 İbn Kudame, *Şerhu Kebir*, VI/141

327 Derdir, *Şerhus Sağir ala akrabil Mesalik*, V/301

328 Derdir, *Şerhus Sağir ala akrabil Mesalik*, V/300

329 İbn Kadı Simavne, *Camiül-fusuleyn*, II/173; Bağdadi, *Mecmaü'd-damanat*, sh:30; Feyzullah Nafiz Efendi, *Dürretü'l-muhakemat şerhu melcei'l-kudat inde tearu:ü'l-beyyinat*, sh: 76

isbat etmesi gerekir.³³⁰ Ahmed b. Hanbel ve İbn Ebi Leyla'ya göre ise işçinin beyanına itibar edilir. İşverenin işçiye tazmin ettirebilmesi için onun kusurunu isbatı gerekir.³³¹

b) Ecir-i Müşterekde Kusuru İsbat Yükümlülüğü

Ecir-i müşterek Ebu Hanifeye göre yed-i emindir bu yüzden elindeki malın çalındığını veya helak olduğunu söylerse yeminiyle beraber tasdik edilir.³³² O halde ecir-i müşteregin elinde bir zarar meydana gelmesi durumunda işçi meydana gelen zarardan sorumlu olmaz. Onun sorumlu tutulabilmesi için isbat mükellefiyeti işverene düşmektedir. Ebu Hanife işçinin kendi fiiliyle meydana gelen zararı tazmin edeceği konusunda Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ile hem fikirdir. Fakat işçinin elinde meydana gelen zararın işçinin fiiliyle olduğunu isbat konusunda onlardan ayrılmaktadır. Zararın işçinin fiiliyle meydana geldiği ya bizzat işçinin ikrarı ile veya işverenin bunu isbatı ile mümkündür. İşçi benim fiilimle meydana gelmedi derse işverinin bunu isbat etmesi gerekir.³³³ İmam Züfer de bu kanaattedir.³³⁴

Ebu Yusuf, İmam Muhammed³³⁵, Hanbeliler³³⁶, İmam Malik ve İbn Ebi Leylaya³³⁷ göre göre ecir-i müşterek yed-i damandır, elindeki bir mal telef olursa tazmin etmesi gerekir. delil getirmeden sorumluluğu düşmez.

Ebu Hanifeye göre ecir-i müşterek işi yaparken örnek olması veya yaptığı işin ebatlarını tesbit için bırakılan malzeme emanet hükmündedir bunlar işçinin kusuru olmadan zarar görürse işçi tazmin etmez.³³⁸ Mesala; kın yapması için kılıç, kılıf yapması

330 Nevevi, *Ravzül't-Talib*, II/429; Nevevi, *Ravzatül't- Talibin*, V/236-237; İbn Kudame, *Şerhu Kebir*, VI/ 147-148

331 İbn Kudame, *Şerhu Kebir* , VI/ 147-148

332 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*, sh: 28

333 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*, sh:50

334 İbn Kudame, *Muğni* , VI/ 118

335 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*, sh: 28;

336 İbn Kudame, *Muğni*, VI/ 119; Nevevi, *Mecmu'*, XV/351

337 İbn Kudame, *Şerhu kebir*, VI/ 139; Mevsuatül Fıkhiyye, I/207

338 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat*, sh: 49-50

için mushaf bırakılması gibi... Ebu Yusuf ve İmam Muhammede göre ise tazmin ederler.³³⁹ Ebu Hanife ecir-i müştareği yed-i emin kabul ettiği için tazmin sorumluluğunu dolayısıyla da isbat mükellefiyetini işverene yüklemiş, İmameyn ise işçiye yüklemiştir.

³³⁹ Mahmud Özcendi, *Kadıhan*, II/341; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:47-50

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİLDEN DOĞAN ZARARIN TAZMİNİ

I-TAZMİNAT KAVRAMI

Hukukçular tazminatı, zararın karşılanması ve giderilmesi (telafisi) için zarar görene verilmesi gereken şeyi veya miktarı ifade eder³⁴⁰ diye tarif ederler. Bazı fakihler de tazminatı helak olan şeyin mislini veya kıymetini ödemek³⁴¹ olarak tanımlarlar. Bazılarına göre ise tazminat telef edenin telef ettiği şeyi borçlanmasıdır.³⁴² Bu tariflerden şu neticeler çıkarılabilir. Tazminatta mutlaka zararın izale edilmesi, zarar görenin maruz kaldığı eksilmenin giderilmesi ve kişinin malvarlığının zarar meydana gelmeden önceki durumuna gelmesi gerekir.³⁴³

Mallara yönelik meydana gelen zararın giderilmesi tazminatla olur. Zira tazminatla zararın kötü ve istenmeyen neticesi ortadan kaldırılabilir ve zarar görenin mali durumu zarar gerçekleşmeden önceki duruma döner. Buna karşılık zarar verenin maddi varlığında zarar verdiği miktar kadar bir azalma olur. Zarar veren haksız fiili yaparken aslında bunu kendi malvarlığına karşı yaptığını bilmelidir. Zira verdiği zarar kadar bir miktar tazminat olarak kendi mülkünden azalmakta ve diğer tarafa geçmektedir. Bu şekliyle o sanki kendi malını itlaf etmektedir. Tazminatın insanların mallarına yönelcek haksız fiillere karşı bir caydırıcılığı vardır.

340 Tekinay, *Borçlar Hukuku*, sh:581

341 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, sh: 160

342 Şevkani, *Neylül-Evîtar*, V/253, Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, sh: 160

343 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fıkhi'l-İslamî*, sh: 160

Tazminatın uygulanmayıp onun yerine zarar verenin zararına mukabil bir zarar verilmesi mantıklı değildir. Çünkü itlaf şeklinde meydana gelen zararlarda, zarar görenin zarar verenin denk bir malını telef etmesinde bir menfaat yoktur, hatta bir malın daha yok olması ile zararı ikiye katlamış olur.³⁴⁴ Bu yüzden mecellede de belirtildiği gibi “Bir kimse mazlum olmakla ahar’a zulm etmeğe selahiyetli olamaz.”³⁴⁵ Ayrıca “İslamda zarar ve zarara mukabil zarar yoktur” prensibi temel bir kuraldır. Bu kural gereğince mukabil zarar verilmez. “Zarar izale olunur” kaidesi gereğince zararların izalesi yoluna gidilir. Bütün bu temel prensipler gözönünde bulundurulduğu takdirde tazminat prensibinin amacının mal dokunulmazlığını korumak ve bu dokunulmazlığın ihlal edilmesi halinde de zararı katlayarak artırmak değil zarar verenin mülkünden bunu karşılayarak onu bir daha bu tür bir davranıştan sakındırmaktır.

344 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh: 159

345 Mecelle, mad:921

II- TAZMİNAT DAVASININ UNSURLARI

A) TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR

1) Davacı

Tazminat davasında davacı, haksız fiilden zarara uğradığını iddia eden kimsedir. Kural olarak ancak zarara uğrayanların dava hakkı vardır.³⁴⁶

Haksız fiilden zarara uğrayan kimse tazminat isteme hakkını başkasına devredebilir. Haksız fiilden zarara uğrayan kimse ölmüş vs. ise onun mirasçıları tazminat davası açabilirler.³⁴⁷

2) Davalı

Tazminat davası doğrudan fiili yapana karşı açılır. Birden çok fail varsa, dava müteselsil sorumlululardan bir kaçına veya hepsine karşı açılabilir.³⁴⁸ Eğer fail aldatılmışsa kendisine haksız fiili emredene rücu hakkı vardır.³⁴⁹

Haksız bir fiil neticesinde zarara uğrayan kişinin bu zararın tazmini için öncelikle zararı verene karşı dava açacağı açıktır. Fakat bu mal haksız fiili yapan kişinin elinden çıkmış ve üçüncü bir kişinin elinde zarar görmüşse genel olarak fukaha mal sahibine malını bu ikisinden dilediğine tazmin ettirme hakkı vermiştir. Nitekim fıkıh kitaplarındaki gâsıbü'l-gâsıb adlı müstakil bir bölümde, gâsıbın elindeki malın bir üçüncü kişi tarafından itlaf edilmesi durumunda mal sahibinin gâsıp ve üçüncü şahıstan dilediğinden tazminat talep etme hakkının bulunduğu açıkça ifade edilmektedir. Mağdur olan kişi bu iki kişiden herhangi birinden malının tazminini isteyebilir.³⁵⁰ Yalnız mağdur bu haksız faillerden

346 Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, sh:515

347 Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, sh:515

348 Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, sh:515

349 Ahmed Zerka, *Şerhu'l-kavaidi'l-fıkhiyye*, sh:378

350 M. Akif Aydın, *“İslam Hukukunda Gasp”*, İslam Tetkikleri Dergisi, C:IX, İstanbul, 1995, sh:202

birisinden tazmin talebinde bulunmaya karar verise, tazminatın tesbitinde gözönünde bulundurulacak zaman tazminat talebinde bulunulan davalı tarafa göre farklı olacaktır. Eğer gasıptan tazminat talep ederse onun eline geçme zamanı esas alınacaktır, eğer itlaf edenden talep ederse onun eline geçme zamanı esas alınacaktır.³⁵¹

İş akdine dayanarak ustaya bırakılan bir aynın mal sahibinin izni olmadan üçüncü bir kişiye verilmesi ve onun elinde malın telef olması durumunda, mal sahibinin davayı isterse üçüncü kişiye karşı, isterse de işçiye karşı açma muhayyerliği vardır. Nitekim bir misalde, kuyumcuya bilezik yapması için külçe altın verilip onun altını bilezik haline getirdikten sonra işlenmesi için başka bir ustaya götürmesi halinde, altın ikinci ustadan çalınırsa izlenecek yol şudur. Birinci usta bileziği ikinciye sahibinin haberi olmadan vermiş, ikinci usta da birincinin eciri veya çırağı değilse İmam Ebu Yusuf'a göre mal sahibi isterse birinci ustadan isterse ikinci ustadan tazmin ettirebilir. Ebu Hanife ise birinci ustanın tazmin etmesi gerektiği kanaatindedir.³⁵² Mal sahibinin davayı, ister altını teslim ettiği birinci ustaya isterse bilezik elinden çalınan ikinci ustaya karşı açma hakkı vardır.

B) DAVA KONUSU (TAZMİNAT)

Yargı hukukunda davacının davalı aleyhine mahkemeden talep ettiği şeye dava konusu veya talep adı verilir. Haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararlarda dava konusu meydana gelen zararın tazminidir. Daha önce tazminat ödeme yükümlülüğünün nasıl ortaya çıktığını tesbit ettiğimizden burada tazminatın nasıl hesaplanması gerektiği üzerinde duracağız.

1) TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazminatının hesaplanması için izlenilecek yol zararın tesbit edilmesi ile başlar. Hakimin ilk yapması gereken şey, haksız fiil neticesinde zarar gören malın ne ölçüde hasara uğradığının tesbitidir. Haksız fiil neticesinde eşya tamamen yok olmuş, hasara uğramış veya malın özünde, vasf-ı merğubunda, manayı merğubunda eksiklik meydana gelmiş olabilir.

351 Serahsi, *Mehsut*, XI/72; M. Akif Aydın, "Gasp", sh:202

352 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:47

İslam hukukçuları Hz. Peygamberin (s.a.v.) “herkes aldığı geri verene kadar tazminiyle sorumludur”³⁵³ hadisini esas alarak ele geçirilmiş bir malın mevcutsa aslının verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.³⁵⁴ Eğer bu mümkün olmazsa telef olan misli ise mislinin, kıyemî kıymetinin tazmin edilmesi esasını kabul etmişlerdir.³⁵⁵

a) Eşyanın Yok Olması Durumunda Zararın Hesaplanma

Bir eşyanın tamamen yok olması durumunda meydana gelecek maddi zararın hesaplanması hususunda malın gasbedilmesi veya itlaf edilmesinden, mahkemede tazminata hükmedilinceye kadar geçen süre içinde hangi zamanki kıymetinin esas alınacağı problemi vardır. Fukahanın bu tesbit için başvurdukları yollar düşünülürse onların malın misli mi yoksa kıyemi mi olduğuna dikkat ettiklerini görürüz. Buna göre tazminatla ilgili şunları söyleyebiliriz.³⁵⁶

a₁) Telef olan veya gasbedilen mal misli ise;

İslam hukukçuları Kur'an-ı kerimdeki “eğer ceza vermek isterseniz size yapılanı aynıyla mukabele edin”³⁵⁷ ayetinin tazminatta esas olanın misli tazmin prensibi olduğunu belirtmişlerdir.³⁵⁸ Bu prensibe göre itlaf edilen veya zarar gören bir malın misli mallardan olması durumunda onun mislinin tazminat olarak verilmesi gerekir. Bu prensibin tek istisnası gayr-ı müslim zimmlere ait olan ve müslümanlar tarafından mal kabul edilmeyen şeylerdir. Gayr-ı müslimlere ait içki, domuz vs.nin müslüman birisi tarafından itlaf edilmesi durumunda İslam hukukuna göre mislini tazmin sözkonusu değildir. Zira müslümanların bunları satın alacak bir akit yapması meşru değildir. Bu yüzden gayr-ı müslimler için mal sayılan bu şeylerin haksız bir fiil neticesi zarar görmesi durumunda

353 Ebu Davud, Büyü, 88; Tirmizi, Büyü, 39

354 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:161

355 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh: 161, Subhi Mahmasani, *en-Nazariyyetü'l-ammetü li'l-mucebat ve'l-ukud*, 1/215

356 Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fikhi'l-İslamî*, 1/125-6; Fevzi Feyzullah, *Daman*, sh:162-163

357 Nahl,126 وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به

358 Fevzi Feyzullah, *Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslamî*, sh:160

İmam-ı Azam kıymetinin tazmin edilmesi gerektiği kanaatindedir. Ebu Yusuf ve İmam Şafii ise müslümanın o malların kıymetini de tazmin etmeyeceği kanaatindedir.³⁵⁹

İslam hukukçuları tazmin edilmesi gereken bir malın kıymetini tesbitte neyin esas alınması gerektiği ile ilgili farklı kanaatler serdetmişlerdir.

1) Ebu Yusuf'a göre telef olan malın gasp edildiği zamanki kıymetine itibar edilir. Çünkü mal bu tarihte piyasadan çekilmiştir.

2) İmam Muhammed'in kanaatine göre malın ortadan kalktığı (telef olduğu) zamanki kıymeti esas alınır. Çünkü bir mal gasbedilmekle gasıbın zimmetinde ödenmesi gereken misli bir borç olur, fakat bunun telef olması durumunda gasıbın zimmetinde mislilikten kıymetîğe dönüşür. Bu yüzden de ortadan kalktığı zamanki kıymetine itibar olunmalıdır. İmam Malik de bu kanaattedir.³⁶⁰

3) Ebu Hanife'nin kanaatine göre yargıya intikal edip hükme bağlandığı günkü kıymeti esas alınır. Çünkü esas olan gasıbın malın mislini vermesidir. Bu mislilik malın mücerret ortadan kalkmasıyla kıyemiye dönüşmez. Mal gâsıbın zimmetinde misli bir borç olarak kalır. Bu borcun mislilikten kıymetîğe dönüşmesi mahkemede kıymetinin ödenmesine hükmedilmesi ile olur, bu yüzden mahkemede hükme bağlandığı günündeki kıymeti esas alınmalıdır.³⁶¹

4) İmam Şafinin müftâ bih olan kanaatine göre, tazminatın miktarı hesaplanırken gasp veya telef edilen malın, kabzedildiği sürenin başlangıcından yargıda tazminata hükmedildiği zamana kadar ulaştığı en yüksek meblağın ödenmesi esas alınmalıdır.³⁶² İmam bu şekilde hükmetmekle bir nevi haksız fiil sahibini cezalandırmayı düşünmüş ve insanları haksız fiilden vazgeçirmeyi amaçlamış olmalıdır.

359 Kasani, *Bedayi*, V/143

360 Hattab, *Mevahibü'l-celil*, VII/557

361 Kasani, *Bedayi*, VII/151

362 İsnevi, *Nihayetü'l-muhtac*, V/163-4

b₂) Telef Olan veya Gasbedilen Mal Kıyemî ise;

Zarar gören bir malın mislini tazmin mümkün olmadığı durumlarda onun kıymeti tazmin edilir.³⁶³ Bağdadi verdiği bir misalde misli tazminatın mümkün olmadığı durumda kıyemi tazminatın gerektiğini gayet açık bir ifadeyle belirtmiştir. İlgili misalde kazma, batla gibi bir alet yapması için demirciye demir veren kişinin demirinin itlaf olması halinde demircinin demirin mislini tazmin etmesi gerektiği mislî tazminatın mümkün olmadığı durumda kıyemî tazminatın sözkonusu olabileceği belirtilmektedir.³⁶⁴

Bir malın tazmin edilmesi esnasında kıymetini tesbit ederken hangi zamanın esas alınması gerektiği ile ilgili fukaha farklı kanaatler ortaya koymuşlardır.

1) Gasb günündeki kıymeti esas alınmalıdır. Hanefiler ve Malikiler bu kanaattedir.³⁶⁵ Zira gasb günü tazminatı gerektiren sebebin ortaya çıkma zamanıdır. Tazmin borcu malın gasbedilmesi ile doğmuştur.

2) Kıyemî malın gasp ve itlaf edildiği tarihten mahkemede tazminata hükmedildiği tarihe kadar geçen süre içinde ulaştığı en yüksek meblağla tazmin edilmelidir. İmam-ı Şafii bu kanaattedir.³⁶⁶ Şafii bu kanaatinde misli mallarda olduğu gibi haksız fiil sahibini cezalandırmayı amaçlamış olmalıdır.

b) Malın Eksilmesi Durumunda Zararın Hesaplanması

Haksız fiil neticesinde eşyada bir takım eksiklikler meydana gelmişse bunun tazmininde takip edilecek yolu tayin için eksikten neyin kastedildiğinin ortaya konulması gerekir.

İslam hukukunda eksiklik denince bir malın özünde, değer veya niteliğinde meydana gelen azalmanın kestedildiği söylenebilir. Malda meydana gelen eksiklikler esas itibariyle ikiye ayrılabilir ve bunlar sorumluluk açısından da farklı neticeler ortaya çıkarır.

363 Ali Kaya, *İslam Hukukunda cismani zararların tazmini*, sh:204; Karafi, II/206; Kasani, *Bedi'i*, VII/150

364 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:47

365 M. Akif Aydın, *"Gasp"*, sh:201

366 İsnevi, *Nihayetü'l-muhtac*, VI/164

1) Malın özünde ve niteliklerinde bir değişiklik olmadan piyasa değerinin düşmesidir. Söz gelimi, gasp anındaki değeri 20 milyon TL.olan malın fiyatının piyasadaki değişiklikler sonucu 15 milyon TL.ye düşmesi gibi. Bu durumda aldığı malı iade eden gasıptan bu değer kaybı talep edilemez. Çünkü bu kayıp malın özünde ve niteliğindeki bir eksilme değil tamamen harici şartlardan ve ekonomik sebeplerden kaynaklanmıştır. Haksız zilyet bundan sorumlu değildir.³⁶⁷ Mal sahibi asıl mal yerine gasp anındaki değerinin ödenmesini isteyemez.³⁶⁸ Zira aslen ifanın mümkün olduğu durumlarda bedelin ifası cihetine gidilmez.³⁶⁹ Aldığı malın aynısını iade etmekle gasıbın hukuki sorumluluğu sona ermiştir.³⁷⁰

2) Gasbedilen malın özünde ve niteliğinde meydana gelen azalmadır. Gasbedilen eşyanın her hangi bir şekilde hasara uğraması, hayvanın hastalanması veya sakatlanması gibi. Bu tür bir eksilmenin hukuki sonucunu, iade ve tazminin hangi esaslara göre yapılacağını belirlerken hanefi hukukçular bu malları faiz cereyan eden ve etmeyen diye ikiye ayırmaktadırlar.³⁷¹

2a) Üzerinde faiz cereyan eden malların gâsıbın elinde bir eksikliğe uğraması durumunda malikin elinde iki imkan vardır. Ya eksilmeye uğrayan malı hiç almayacak ve gasp anındaki değerini gâsıba ödecek veya malı olduğu gibi alacak, fakat ayrıca meydana gelen eksilmeyi tazmin ettiremeyecektir.³⁷²

2b) Eksilmeye uğrayan mal faiz cereyan eden mallardan değilse bu durumda eksikliği esaslı bir eksiklik (noksan-ı fahiş) mi, yoksa önemsiz bir eksiklik (noksan-ı yesir) mi olduğunun tesbiti önem kazanacaktır. Hakim görüşe göre gasbedilen malın değerinin dörtte birine ulaşan veya aşan eksiklikler esaslı eksiklik sayılır. Bu durumda mal sahibi muhayyerdir. Dilerse malı gasıba bırakarak tamamının değerini tazmin ettirir; dilerse de malı bulunduğu şekliyle kabul ederek sadece meydana gelen eksikliği tazmin

367 Bağdadi *Mecmau'd-Damanat*, sh:133; M. Akif Aydın, ““Gasp””, sh: 189

368 Mecelle, mad: 900

369 Mecelle, mad: 53

370 Mecelle, mad: 892

371 M. Akif Aydın, ““Gasp””, sh:191

372 Kasanî, *Bedayi*, VII/159; M. Akif Aydın, ““Gasp””, sh:191

ettirir. Eğer eksiklik bu ölçüde değilse mal sahibinin seçim hakkı yoktur; gasbedilen malı alır ve meydana gelen eksikliğin tazmin edilmesini ister.³⁷³ Nitekim Bağdadi, kendisine verilen ipliklerden kumaş dokuyan ve ayıplı olarak sahibine teslim eden dokumacının kumaşındaki ayıbın fahiş olması durumunda sahibinin muhayyer olduğunu; dilerse ipliğin mislini tazmin ettirip kumaşı dokuyana bırakabileceğini dilerse de kumaşın normal hali ile ayıplı hali arasındaki noksanını tazmin ettirebileceğini belirtmektedir.³⁷⁴

2) TAZMİNATTA TENKİS SEBEPLERİ

Hukukçular tazminatı tenkis eden sebep olarak çeşitli şeyler söylemişlerdir. Bunlardan başlıcaları şunlardır. Zarar vererin kusurunun hafifliği, zarar görenin zarara razı olması, zarar görenin şahsi kusuru, zararın doğumuna yardım eden ortak kusur, zararın artmasına yardım eden ortak kusur, tazminat ödenmesinin zarar verenin mali durumunu kötüleştirilmesi.

İslam hukuku eserlerinde tesbit edebildiğimiz kadarıyla bu sebeplerden yalnızca iki tanesi görülmektedir. Zarar görenin şahsi kusuru ve zarar görenin zarara razı olup normal fiyat ile kusurlu haldeki fiyat arasındaki kıymet farkının tenkis edilmesi halleri. Zarar görenin şahsi kusuruyla ilgili bir örnekte mağdurun da fail kadar kusurlu olduğuna dikkat çekilmekte ve bu durumda zararın yarı yarıya tenkis edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bununla ilgili tesbit edebildiğimiz bir misalde hamalın sırtındaki tulumu yere indirmesine mal sahibinin de yardım etmesi ve indirirken tulumun ellerinden kayarak yere düşüp yırtılması halinde meydana gelen zararın tazminiyle ilgili Ebu Leys ve son dönem alimleri zararın taraflar arasında yarı yarıya paylaşılmasının gerektiği zira zararda her ikisinin de kusurunun bulunduğu kanaatindedirler.³⁷⁵

C) İFÂ YERİ

Tazmin yerinin önem kazanması özellikle misli malların tazmininde önem arz etmektedir. Zira bu malların teslimi veya bir yerden başka bir yere nakli için nakliye

373 Mavsili, *İhtiyar*, III/62-63; Mecelle, mad: 900; Mahmasani, *en-Nazariyyetü'l-amme*, I/216; M. Akif Aydın, ""*gasp*""", sh: 191

374 Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:40

375 İbn Kadı Simavne, *Camii'l-fusuleyn*, II/6177; Fudayl Efendi, *Damanat*, sh:607; Bağdadi, *Mecmau'd-Damanat* sh:34-35;

ücreti gerekmektedir. Özellikle de iş sözleşmesinin nakliye, ve taşıma üzerine yapıldığı durumlarda tazmin yeri ayrı bir önem kazanmaktadır.

İslam hukukçularının tazmin yeri ile ilgili ortaya koydukları temel prensip zarar gören malın zarar gördüğü yerde tazmin edilmesinin gerekli oluşudur. Fakat nakliye sözleşmelerinde telef olan malın tazmin yeri ile ilgili zarar görene muhayyerlik verilmiştir. Buna göre zarar gören isterse taşımacının (hamal veya mükari) taşıyacak malı teslim aldığı yerdeki kıymetiyle tazmin ettirir ve fakat ücret vermez; isterse de taşımasını istediği yerde tazmin ettirir fakat taşımacı da ücreti haketmiş olur. Bununla ilgili bir misalde; testiyle Fırat'tan su taşıması için tutulan işçinin elindeki testiyle beraber yolun yarısında düşüp testiye kırması durumunda mal sahibinin testinin su doldurulduğu yerdeki kıymetini tazmin ettirip ücret ödememek ile testinin kırıldığı yerdeki kıymetini tazmin ettirip suyu taşıdığı yolun hesabına göre ücretini vermek arasında muhayyer olduğu belirtilmektedir.³⁷⁶ Mükarinin tazmin yerinin tesbitiyle ilgili olarak da şu misal bize yol gösterici mahiyettedir. Eşğiyle yükünü taşıması için bir hamal tutan kişinin; yükü bağladıkları ipin kopması sebebiyle yolun bir kısmında yükün yere düşüp zarar görmesi halinde mal sahibi, yükün taşınmamış kıymeti ile taşınmış haldeki kıymetini tazmin ettirme arasında muhayyerdir. Malı taşınmış halde tazmin ettirilmesi durumunda üç imama göre, mal sahibinin nakliye ücretini vermesi gerekmektedir. Buna mukabil İmam Züfere göre hamal mutlaka taşınmış olarak tazmin etmelidir ve bunda muhayyerlik sözkonusu değildir. İşçi de taşımasına karşılık ücret alır.³⁷⁷

III) TAZMİNAT TALEBİNİN ZAMAN AŞIMINA UĞRAMASI

Belli bir zamanın geçmesi sonunda bir hakkın kazanılması yahut kaybedilmesi, yahut da borcun düşmesi müruruzamanın tesir ve neticesi olmaktadır. Müruruzamanın neticesi bir mülkiyet hakkının veya başka bir aynî hakkın kazanılması, elde edilmesi şeklinde olursa buna kazandırıcı (iktisabî) müruruzaman denilmekte, bu netice şahsî veya aynı bir hakkın düşmesi sonucunu doğurursa buna da düşürücü (iskatî) müruruzaman ismi verilmektedir.³⁷⁸

³⁷⁶ Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:34

³⁷⁷ Fudayl Efendi, *Damanat*, sh:607; Bağdâdî, *Mecmau'd-Damanat* sh:38

³⁷⁸ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 562

İslam hukukçuları “tekadüm-i zaman ile (zaman aşımıyla) hak sakıt olmaz”³⁷⁹ temel kaidesi gereğince zamanın geçmesi ile hakkın kaybolmayacağı konusunda müttefiktirler. Ancak Hanefiler ve Malikiler, muayyen bir müddetin geçmesini yalnızca, alacak ve hak davasının kabul edilmemesine sebep olarak görmüşlerdir.³⁸⁰

İslam hukukunun başlangıç döneminde müruruzamandan bahsedilmezken bilahere davaların reddi bakımından Maliki ve Hanefi mezheplerinde müruruzaman kabul edilmiştir. Müruruzamanın müddeti otuzüç, otuz, yirmi sene gibi farklı müddetler belirtilmiştir.³⁸¹ Nihayet Mecelle’de bu süre 15 seneye indirilmiştir.³⁸²

Müruruzaman süresinin başlangıcı hak ve alacak sahibinin bunu talep ve dava etme selahiyetine sahip olduğu zamandır. Bu zamanın başlamasından sonra arada müruruzamanı durduran sebeplerden birisi meydana gelmemelidir.

Müruruzamanı durduran sebepler, ehliyetin bulunmaması, kayıplık hali, korku hali, boçlunun iflasıdır. Bu sebepler bulunursa müruruzaman süresinin işlemesi durar bunların ortadan kalkmasıyla da tekrar yürümeye devam eder.³⁸³

Müruruzaman süresi geçtikten sonra davacı mahkemeye başvuramaz. Fakat boçlunun mahkemede borcunu ikrar etmesi, veya borçlunun yazılı ve mühürlü senedinin bulunması gibi durumlarda dava tekrar yürümeye başlar. Müruruzaman prensibinin kabul edilme sebebi aradan bu kadar uzun bir müddet geçtikten sonra davanın isbat edilmesinin zorluğu, mahkemelerin bu tür isbatı zor davalarla meşgul edilmesinin önüne geçerek diğer davaların daha erken çözülmesidir.

Tazminat talebinde de müruruzamanın geçmiş olması dava açma imkanını ortadan kaldırır. Fakat tazminat alacaklısının bu hakkını düşürmez. Tazminat alacaklısı borçluya borcunu ikrar ettirirse, veya ondan borcunu kabul ettiğine dair mühürlü, imzalı bir senet

379 Mecelle, mad: 1674

380 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 563

381 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 562,

382 Mecelle, mad: 1660

383 Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/ 566-7

almışsa ve bunu mahkemeye ibraz edebilirse dava yürür ve alacaklı borcunu tahsil edebilir.



SONUÇ

İslam hukukunda işçinin tazmin borcu ve sınırları adlı çalışmamızda ulaştığımız neticeleri şu şekilde sıralamak mümkündür.

İşçi; akit müddetinde kendi emeğinden (menfaatinden) işverenin istifade edebilmesi için onun emrine amade (istihdamına hazır) olan kimsedir. Buna göre işçi kavramının, akde dayanması, bağımlı olması, ücretle çalışması, iş sayılan bir faaliyeti yerine getirmesi gerekir.

Sorumluluk kavramı, İslam hukuku eserlerinde daman kelimesiyle ifade edilmektedir. Sorumluluk kaynakları olarak, hukuki işlem, haksız fiil, zilyetlik ve kanun kabul edilebilir.

Haksız fiilin unsurları, fiil, hukuka aykırılık, illiyet bağı, zarar, kusurdur. Fiil "yapmak" şeklinde müsbet olabileceği gibi yapması gereken bir şeyi yapmamak şeklinde menfi de olabilir. Hukuka aykırılık en genel şekliyle, kanun koyucunun, tarafların iradelerinin veya örf ve adetin çizdiği sınırları aşmaktır. Hukuka aykırılığı tesbit için bu sınırların iyi tesbit edilmesi gerekir. Haksız bir fiil ile üçüncü bir kişiye zarar verilmesi durumunda İslam hukukçuları zararın izalesine önem verdiklerinden failin ehliyet durumuna pek itibar etmemişlerdir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden olan meşru müdafa durumunda kalan işçi ile ilgili misal tesbit edemedik. Mağdurun rızası ile ilgili bol miktarda misal bulduk. Yetkili makamın emrini yerine getirme konusu ise kamu görevinde çalışan işçi kavramıyla daha yakından eğilme ihtiyacını hissettirdi. Konumuzun sınırlarını aşacağı için çalışmamızda buna çok fazla değinemedik. Kamu işçileri ile ilgili müstakil çalışma yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. İztırar hali ile ilgili özel çalışmalar yapılmasına rağmen borçlar hukuku sahasında ıstırar hali sayılabilecek hususların tesbiti ile ilgili pek fazla bilgi verilmediği dikkatimizi çekmiştir. Bu saha da müstakil bir çalışmaya ihtiyaç hissettirmektedir. Özel hukuk hakkının kullanılması ile ilgili de pek çok misale rastladık. Özel hukuk hakkının kullanımı sırasında özellikle hakkın suistimaliyle ilgili başarılı

çağdaş çalışmalar yapıldığı için tezimizde bu konuya yalnızca bir kaç cümleyle değinmekle yetindik.

İslam hukukçuları zarar maddi manevi şeklinde bir tasnife tabi tutmamışlarsa da bu tür bir ayırımın İslam hukukunun ruhuna aykırı olmadığını söyleyebiliriz. İslam hukukçuları, sınırlı durumlarda mahrum kalınan karın tazminini kabul ederken, muhtemel zarar sebebiyle tazmin sorumluluğunu kabul etmemişlerdir.

Sorumluluğun ortaya çıkması için fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının tesbiti konusunda fukaha oldukça titiz davranmış ve mübaşeret ve tessebbüs itlaf kavramlarını ortaya atarak bunun teorisini tartışmışlardır. Buna göre doğrudan verilen zararlarda fail sorumlu olur. Dolaylı verilen zararlarda ise zarar verme kastının olması gerekir. Mücbir sebep, zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru gibi sebeplerle illiyet bağı kesildiği için fail sorumlu tutulmaz.

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya istememekle beraber meydana gelmemesi için gerekli gayret^{ve özeni} göstermemek şeklinde olur. Doğrudan bir fiil neticesinde meydana gelen gelen zararda kişinin kusurlu olması önemli değilken, dolaylı bir fiil neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmek için kusurun önemi büyüktür. Kusur sayılabilecek fiillerin tesbiti konusunda örf ve adete, akdın muktezasına ve şariin koyduğu kanunlardan istifade edilebilir. Kusuru, kasıt, ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta yetersizlik şeklinde bir sıralamaya tabi tutabiliriz.

KAYNAKLAR

Kur'an-ı Kerim

Abdurrezzak Senhuri, Masadiru'l-hakk, Daru'l-Fikir, 19553

Abdülaziz Amir, *et-Tazir fi'ş-şeriatı'l-İslamiyye*, 1969

Abdülaziz el-Buhari, Keşful esrar, darü'l-kitabi'l-arabi, Beyrut, 1991

Ahmed ez-Zerka, Şerhu'l-kavaidi'l-fikhiyye, Daru'l-kalem, Dimeşk, 1989

Akman, Ahmet, İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat, (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1992

Aktan, Hamza, "Daman", DİA

Ali el-hafif, ed-Daman fi'l-fikhi'l-İslami, C: I-II, Yay. y.y., 1971

Atar, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara, 1991

Atar, Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 1990

Atıf Bey, Kavaidi külliyyenin izahı,

Aydın Mehmet Akif, "İslam Hukukunda Gasp" İslam Tetkikleri Dergisi, C:9, İstanbul, 1995

Aydın, Mehmet Akif, "Eski Hukukumuzda bir Haksız Fiil Türü Olarak İTLAF" Hukuk Araştırmaları, C:5, Sy: 1-3, İstanbul, 1990

Baktır, Mustafa, İslam hukukunda zaruret hali, 168

Baktır, Mustafa, Külli Kaideler, basılmamış doçentlik çalışması, Erzurum, 1988, sh:156

Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi İşveren Münasebeti" İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986

- Bardakoğlu, Ali**, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi -Özellikle Personel İstihdamı-, (Basılmamış Doktora Tezi); Erzurum, 1982
- Bilmen, Ömer Nasuhi**, Hukuk-ı İslamiye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yay., İstanbul, 1986
- Binatlı, Yusuf Ziya**, Türk Borçlar Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966
- Çelik Nuri**, İş Hukuku Dersleri, Beta Yay., İstanbul 1994
- Damad, Şeyhzade Muhammed b. Süleyman**, Mecmau'l-enhur fi şerhi mülteka'l-ebhur, Matbaayı Amire, İstanbul, H: 309, II/391
- Davud Attar**, Ed-difau's-şer'i, Daru'l-İslamiyye, 1981
- Demir, Fahri**, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara, 1993
- Derdir, İbn Berekat Ahmed b. Muhammed**, Şerhu's-sağır ala akrabi'l-mesalik, Kahire, 1953
- Deschenaux/Tercier**, Sorumluluk Hukuku, (Terc. Salim Özdemir), Ankara, 1983
- Döndüren Hamdi**, "İslamda İşçi ve İşveren Münasebetleri" İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986
- Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî**, Sünenü Ebi Davud, İstanbul, 1992
- Ebu Yahya Zakeriyya el-Ensari**, Esna'l-metâlib şerhu Ravzu't-talib, Yay.y.y., Ts.
- Erdoğan, İhsan**, "Haksız fiilde Kusurlu Sorumluluk Özellikle Kusur Unsuru", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 3, Sayı: 1, 1990, Konya
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku, Beta yay., İstanbul, 1994
- Ergüney, Hilmi**, Mecelle Külli Kaideleri, Yenilik Basımevi, İstanbul, 1965
- Fahraddin Hasan b. Mansur el-Özcendi**, Fetava Kâdihan (Fetava Hindiye kenarında), Beyrut, 1986

Feyzullah Nafiz Efendi, Dürretü'l-muhakemat şerhu melcei'l-kudat inde tearuzü'l-beyyinat,sh: 76

Fîrûzâbâdî, Mecdüddin Muhammed b. Yakub, el-Kamusu'l-Muhit, Beyrut, 1987

Fudayl b. Ali el-Cemali (Zenbillizade), Damanat, Süleymaniye ktp., Halet Efendi no:129(yazma)

Gânim b. Muhammed el-Bağdadi, Mecmau'd-damanat, Daru'l-kütübi'l-İslami, Kahire, 1308/1890

Haddadi, cevheretü'n-neyyire şerhu muhtasari'l-Kudurî (Lübab şerhi ile birlikte), Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1978

Hatemi, Hüseyin, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994

Hattab, Ebu Abdillah Abdurrahman, Mevahibü'l-celil li şerhi muhtasari Halil, Daru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1995

Heyet, Fetava'l-Hindiyye, Beyrut, 1986.

Heyet, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Hikmet yay. İstanbul, 1985

İbn Abidin, Muhammed Emin, Haşiyetü Reddi'l-muhtar ale'd-dürri'l-muhtar şerhu tenviri'l-ebsar, Mısır, 1984

İbn Bezzaz el-Kerderi, Hafızuddin Muhammed b. Şihab, Fetava Bezzaziye (Fetava Hindiye kenarında), Beyrut, 1986

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali, el-Muhalla bi'l-asar fi şerhi'l-mücella bi'l-iktisar, Daru'l-fikr, Beyrut, 1988

İbn Kadı Simavne, Burhaneddin Mahmud b. İsmail, Camiü'l-Fusuleyn, Mısır, 1300

İbn Kayyim el-Cevzi, et-Turuku'l-Hükmiyye, Daru ihyau'l-ulum, Beyrut,

İbn Kudame el-Makdisi, Şemsüddin Ebu'l-Ferec, eş-Şerhu'l-Kebir (el-Muğni ile birlikte) Beyrut, 1984

İbn Kudame, Muvaffakuddin Ebu Muhammed, el-Muğni, Beyrut, 1984

İbn Manzur, Ebu'l-Fadl Muhammed b. Mukrim, Lisanü'l-Arab, Beyrut, 1300

İbn Nüceym el-Hanefi, el-Eşbah ve'n-Nezair, Daru'l-Fikr, Dimeşk, 1986

İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi, Bidayetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid, İstanbul, 1985

İbn-i Receb el-Hanbeli, Ebu'l-Ferec Abdurrahman el-Kavaid fi'l-Fikhi'l-İslami, Daru'l-kütüb'il-İlmiyye, Beyrut, 1992

İbnü'l-Hümmam, Kemalüddin Muhammed b. Abdülvahid, Fethu'l-kadir, Beyrut, 1986

Kamâtf, Hamid Muhammed, el-Ukubâtü'l-Maliye beyne's-ş-şeriati ve'l-kanun, Daru'l-kütübü'l-vataniyye, Bingazi, 1986

Karafi, Şihabuddin Ebu'l-Abbas, el-furûk, Alemü'l-kütüb, Beyrut,

Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yay., İstanbul, 1991

Kasani, Alauddin Ebu Bekir b. Mesud, Bedaiu's-sanâi' fi tertibi's-ş-şerâi', Beyrut,

Kaya, Ali, İslâm Hukukunda Cismani Zaraların Tazmini, (Basılmamış Doktora Tezi), Bursa, 1991

Kurtubi, el-Cami' li ahkami'l-Kur'an,

Kuveyt Evkaf Bakanlığı, Mevsuatü'l-Fikhi'l-İslami,

M. Rawwaâs Qal'aji & Hâmid Sâdiq Qunaibî, Mu'cem Lugatü'l-fukaha, Daru'n-nefais, 1988, Beyrut

Mahmud el-Hamzevi, Resail Fıkhiyye, “et-Tahrir fi damani’l-me’muri ve’l-âmiri ve’l-ecîr”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Kütüphanesi Kayıt no:2723 (ek-12), Yay. y.y., ts.

Merginani, Ebu’l-Hasen Ali b. Ebi Bekr, el-Hidaye Şerhu bidayeti’l-mübtedi, İstanbul, 1986

Meydani, Abdülgani, ed-Dımeşkî, el-lübab fi şerhi’l-kitab, İstanbul

Muhammed Ahmed Sirac, Damanü’l-üdvan fi’l-fıkhi’l-İslami, el-müessesetü’l-câmiyye, Kahire, 1993

Muhammed b. Ebi Bekir b. Abdilkadir er-Razi, *Muhtaru’s- sıhah*;

Muhammed Fevzi Feyzullah, Nazariyyetü’l-daman fi’l-fıkhi’l-İslami, Mektebetü Dari’t-tülas, Kuveyt, 1983

Muhammed Ravvas Kal’aci, Mevsuatü fıkıh-ı Süfyan es-Sevri, Daru’n-Nefais, Beyrut, 1990

Muhammed Şehhat el-Cündi, Damanü’l-akd evi’l-mes’uliyyeti’l-akdiyye fi’ş-şeriatı’l-İslamiyye mukarinen bi’l-kanuni’l-medeni, Daru’n-nehdati’l-Arabiyye, Kahire, 1990

Mustafa Ahmed ez-Zerka, el-Fi’lü’l-dar ve’l-daman fihi, Daru’l-kalem, Dımeşk, 1984

Mustafa Ahmed ez-Zerka, el-Medhalü’l-Fıkhiyyi’l-âmm, 1968, Dımeşk

Nevevi, ebu Zekerıyya Muhyiddin b. Şeref, el-Mecmu’ şerhu’l-muhezzeb, cidde, ts.; Ravzatü’t-talibin ve umdetü’l-müftin, Beyrut, 1991

Oğuzman, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995

Özel, Ahmet, Hanefi Fıkıh Alimleri, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1990

Ramli Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, Nihayetü’l-muhtac ila Şerhi’l-minhac, 1358h., Yay.y.y.

Reisoğlu, Safa, Borçlar hukuku

Sa'di Ebu Ceyb, Kamusu'l-lugati'l-fukaha, Daru'l-fikr, 1988, Dımeşk

Sehnun b. Abdisselam b. Said, el-Müdevvenetü'l-kübra, Mısır, 1322

Serahsi, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Şemsü'l-eimme, Kitabü'l-Mebhut, Beyrut, 1993

Seyyid Şerif Cürçani, Tarifât; Darü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1983,

Subhi Mahmasani, en-Nazariyyetü'l-ammetü li'l-mucebat ve'l-ukud, Daru'l-ilm, Beyrut, 1983

Süleyman Muhammed Ahmed, Damanü'l-mütlefât fi'l-fıkhî'l-İslami, (Doktora Tezi), Kahire, 1985

Şeref b. Ali eş-Şerif, el-İcâretü'l-varide ala ameli'l-insan, Daru's-şuruk, Yay.y.y., 1980

Şevkani, Neylû'l-evtar, Mektebetü Külliyyâtî'l-Ezher, 1250h., Kahire,

Şibrini, Muhammed b. Ahmed el-Hatib, el-Mühezzeb fi'l-fıkhî'l-imam eş-Şafii, Mısır, ts.

Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/ Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993

Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa, es-Sünen, İstanbul, 1992

Vehbe Zuhayli, el-fıkhü'l-İslami ve edilletühü, Daru'l-fikr,

Vehbe Zuhayli, Nazariyyetü'd-daman, Daru'l-fikr, Dımeşk, 1982

Vehbe Zuhayli, Nazariyyetü'd-darûreti's-şeriyye, Müessesetü'r-risale, Beyrut, 1985

Zekiyüddin Şaban, Usûlü'l-Fıkh (trc. İ. Kafi Dönmez), Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara, 1990