

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL
VE
HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUK

DOKTORA TEZİ

Ercan ESER

ANKARA 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL
VE
HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUK

DOKTORA TEZİ

Ercan ESER

DANIŞMAN
Prof. Dr. Şamil DAĞCI

ANKARA 2007

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	VIII
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	XII
KONU İLE İLGİLİ TEKNİK BİLGİLER	
I. KONUNUN ÖNEMİ	XIII
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	XIV
III. ÇALIŞMANIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ	XVI
IV. BAŞVURULAN KAYNAKLARIN ANALİZİ.....	XVIII
V. KONUNUN SUNULMASI	XIX
BİRİNCİ BÖLÜM	1
SORUMLULUĞUN HUKUKİ MAHİYETİ SORUMLULUK TÜRLERİ VE SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI.....	1
I. SORUMLULUĞUN HUKUKİ MAHİYETİ VE KAPSAMI.....	2
A. Sorumluluk Kavramı	2
1. Modern Hukukta	2
2. İslam Hukukunda	5
B. Sorumluluğun Amaçları	9
1. Zararın Önlenmesi.....	9
2. Zararın Denkleştirilmesi.....	10
3. Mağdurun Tazminat Talebinde Bulunma (mutalebe) Hakkının Bulunması. 10	
C. Genel Hukuk Bakımından Sorumluluk Türleri	11
1. Ahlaki Sorumluluk	11
2. Hukuk Disiplini Bakımından Sorumluluk	12
D. Sorumluluğun Borçlar Hukuku Ve Ceza Hukuku Bakımından Farklı Ele Alınmasının Önemi	12
1. Modern Hukukta	12
2. İslam Hukukunda	14
II. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN SORUMLULUK TÜRLERİ.....	15
A. Modern Hukuk Açısından	15
1. Akdi Sorumluluk	15
2. Haksız Fiil Sorumluluğu	16
B. İslam Hukuku Açısından	17
1. Akdi Sorumluluk	18
2. Haksız Fiil Sorumluluğu	20
C. Akit Sorumluluğu Ve Haksız Fiil Sorumluluğu Ayırımında Esas Alınan Kriterler	21
1. Ehliyet Kriteri	21
2. Tazmin Kriteri	24

3. Sorumluluğu Paylaşma Kriteri.....	24
III. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN SORUMLULUK KAYNAKLARI.....	25
A. Akitten Doğan Sorumluluk	25
B. Akit Dışı Sorumluluk	27
1. Kusur Sorumluluğu	28
a. Gasptan Doğan Sorumluluk	29
b. İtlâftan Doğan Sorumluluk.....	31
2. Kusursuz Sorumluluk.....	33
a. İstihdam İlişkisinden Doğan Sorumluluk.....	37
b. Aile Reisinin Sorumluluğu.....	39
c. Doktorun ve Sağlık Personelinin Sorumluluğu.....	40
d. Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu.....	43
e. Eşyadan Doğan Sorumluluk	47
ea. Bina ve Diğer İnşa Eseri Mâlikînin Sorumluluğu	48
eaa. Binanın Çatı Ve Balkonundan Doğan Zarardan Sorumluluk	50
eab. Binalardan Düşen Eşyadan Dolayı Sorumluluk	51
eb. Sanayi Ürünleri ve Atık Maddelerden Doğan Sorumluluk	51
C. Sorumluluğun Dayandığı Temel İlkeler.....	52
İKİNCİ BÖLÜM.....	54
HAKSIZ FİİL VE UNSURLARI.....	54
I. HAKSIZ FİİL KAVRAMI	55
A. Pozitif Hukukta	55
B. İslam Hukukunda	57
II. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI	60
A. Kur'an	60
B. Sünnet.....	61
C. Genel Fıkıh Kuralları.....	62
III. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI.....	63
A. Haksız Fiilin Maddî Unsuru.....	64
1. Fiil Çeşitleri.....	66
a. Fiilin Somut Olup Olmaması Bakımından.....	66
aa. Somut Fiil	67
ab. Hareketsizlik (Olumsuz Davranış)	67
b. Fiilin Doğrudan veya Dolaylı Olarak İşlenmesi Bakımından.....	69
ba. Fiilin Doğrudan İşlenmesi	69
bb. Fiilin Dolaylı İşlenmesi.....	70
B. Kusur	72
1. Kusur Kavramı	72
2. Kusur Türleri.....	74
a. Kasıt	74
aa. Doğrudan Kasıt.....	74
ab. Dolaylı Kast.....	74
b. İhmal	77

ba. Dikkatsizlik ve Tedbirsizlik	78
bb. Hukuki Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi.....	79
3. Kusur Ehliyeti	81
4. Kusuru İspat Yükümlülüğü	84
5. Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Rolü	85
C. Hukuka Aykırılık.....	86
1. Hukuka Aykırılık Kavramı	86
2. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller	91
a. Mal Sahibinin İzni	92
b. Yetkili Makamın İzni	96
c. Zaruret Hali	98
d. Meşrû Müdâfaa	101
da. Hayatı ve Vücut Bütünlüğünü Korumaya Yönelik Meşrû Müdâfaa	103
db. Şeref ve İtibarı Korumaya Yönelik Meşrû Müdâfaa.....	104
dc. Malı Korumaya Yönelik Meşrû Müdâfaa	107
e. Kişinin Kendi Meşrû Hakkını Kullanması	109
ea. Hakkın Kullanılması Konusundaki Görüşler	110
eb. Hakkın Kötüye Kullanılması.....	114
ec. Hakkın Kötüye Kullanıldığını Belirlemede Esas Alınan Kriterler.....	115
D. Zarar	118
1. Zarar Kavramı	118
2. Zarar Çeşitleri	120
a. Maddî Zarar	120
aa. Mâlî Zarar	120
aaa. Taşınır Mallara Verilen Zararlar.....	123
aab. Taşınmaz Mallara Yönelik Zararlar	124
aac. Menfaatlere Yönelik Zararlar	127
aad. Malda Meydana Gelebilecek Artışlarının Zarara Uğraması.....	130
ab. Kişinin Hayatına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Zararlar.....	131
b. Manevî Zarar	132
ba. Şahsiyet Haklarına Yönelik Zararlar	132
bb. İrza Yönelik Zararlar.....	133
bc. Şeref ve Haysiyete Yönelik İhlaller	135
bd. Özel Hayat Kapsamında Yer Alan Haklara Yönelik İhlaller.....	136
bda. Mesken Masuniyetine Yönelik İhlaller.....	137
bdb. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Eden Eylem ve Davranışlar	138
E. Uygun İlliyyet Bağı	140
1. İlliyyet Bağı Kavramı.....	140
a. Ortak İlliyyet (Müterâfik İlliyyet)	143
b. Sebeplerin Çokluğu.....	145
ba. Doğrudan ve Dolaylı Fiillerin Birleşmesinde Sonucun Öncelikle Doğrudan İşlenen Fiile Dayandırılması	146
bb. Sonucun Dolaylı Fiile İsnat Edilmesi	148
bc. Fiilin Doğrudan ve Dolaylı Fiile Birlikte İsnat Edilmesi	149
c. Fiilin Birden Çok Zarara Yol Açması	150

2. İliyet Bağını Kesen Durumlar	151
a. Mücbir Sebep (Semâvî Âfet).....	152
b. Beklenmedik Olay.....	153
c. Zarar Görenin Kusuru	154
d. Üçüncü Şahsın Kusuru.....	154
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	157
HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN TAZMİNAT.....	156
I. TAZMİNAT KAVRAMININ HUKUKİ MAHİYETİ VE TAZMİNİN ÖNEMİ	158
A. Tazminat Kavramının Hukuki Mahiyeti	158
B. Borçlar Hukuku Açısından Zararın Tazmininin Önemi.....	158
II. TAZMİN TÜRLERİ.....	159
A. Maddî Zararların Tazmini	159
2. Maddî Zararların Tazmin Şekilleri.....	161
a. Malın Aynen İade Edilmesi.....	162
b. Zarar Gören Malın Misli İle Tazmini	167
c. Zarar Gören Malın Kıymetiyle Tazmini	169
ca. Zarar Gören Kıymetî Malın Kıymetiyle Tazmini.....	170
cb. Zarar Gören Misli Malın Kıymetiyle Tazmini	171
cc. Malda Meydana Getirilen Kısmi Zararın Tazmini	173
cd. Malın Zarar Gördükten Sonra Uğradığı Değer Kaybının Tazmin Edilmesi	175
ce. Malın Zarar Gördüğü Ve Tazmin Edildiği Sıradaki Fiyatının Değişmesi	177
3. Zararın Ve Ödenecek Mali Tazminat Miktarının Belirlenmesi	179
a. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Uğranabilecek Zararların Rolü ...	179
b. Bedelin Takdir Edilmesinde Esas Alınan İlkeler	180
4. Zararın Ve Ödenecek Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman.....	182
a. Kıymetî Mallar Bakımından.....	183
b. Misli Mallar Bakımından	184
B. Cismanî –Bedensel Zararların Mal İle Tazmini	185
1. Diyet.....	186
2. Erş	188
C. Manevî Zararların Tazmini.....	193
1. Manevî Tazminat Kavramı	193
2. Manevî Tazminatın Fonksiyonu	197
a. Mağdurun Manevî Açından Tatmin Edilmesi.....	197
b. Suç Failinin Cezalandırılması	198
c. Mağdurun Uğradığı Zararın Telafi Edilmesi.....	199
3. Manevî Tazminatın Miktarını Tayin Etme Mercii.....	201
a. Manevî Zararların Mali-Maddî Bedel İle Tazmini.....	202
b. Manevî Zararlara Karşılık Suç Failinin Cezalandırılması	204
ba. Suç Failinin Te'dibi.....	204
bb. Suç Failinin Kınanması	206

bc. Suç Failinin Teşhiri	207
bd. Mağdurun, Suç Failine Cevap Verme Hakkını Kullanması.....	208
4. Ma'nevi Tazminat Talebinin Mirasçılara İntikali	209
5. Zararın Tazmininin Zaman Aşımına Uğraması	212
6. Tazminat Hakkının Af ve İbra Edilmesi	215
SONUÇ.....	217
BİBLİYOGRAFYA	222
I. TÜRKÇE KAYNAKLAR	223
II. ARAPÇA KAYNAKLAR	228
III. İNGİLİZCE KAYNAKLAR.....	241

ÖNSÖZ

İnsan, toplum denilen sosyal bir camianın içinde bir takım hakların ve sorumlulukların sahibi olarak yaşar. Doğal olarak kendi hakları ihlal edildiğinde tepki gösterir; başkalarının haklarını ihlal ettiğinde ise tepki görür. Bu bakımdan insan, toplum hayatında bir takım kurallara riayet etmek zorundadır. Bu zorunluluk, yukarıda ifade edildiği gibi insana bir taraftan bir takım haklar kazandırırken, diğer taraftan ona bir takım sorumluluklar yüklemektedir. Esasen insanı, diğer canlılardan ayıran en mümeyyiz vasıfta, onun sorumlu bir varlık olmasıdır. Uyması gereken kuralı ihlal ettiği zaman kendisi bakımından sorumluluk süreci başlar. Ancak bu hak ve sorumluluğun kriteri nedir, insanın, hukuk nizamının öngördüğü şart ve kurallara uygun davranamayacağı durumlar olabilir mi yahut insanın uyması öngörülen kuralı mutad ve meşrû yoldan ihlal etmesi halinde onu sorumlu tutacak merci kimdir? Başka bir ifade ile kim hak sahibi olur? Kamu adına tüzel kişilik olan devlet mi? yoksa bu haksız eylemden doğrudan zarar gören kişi mi? Bu sorumluluğun İslam hukuku açısından başka bir kaynağı var mıdır? gibi hususlar insanın sorumluluk düşüncesi söz konusu olduğu zaman belirlemeye başlar.

Yukarıdaki durumlar mütalaa edildiğinde insanın sosyal ilişkilerinde belirli kurallara uymaksızın istediği gibi yaşaması; başka bir ifade ile hür iradesini kullanarak istediği tasarruflarda bulunması esasen mümkün görünmemektedir. Birey olarak insanın ve insanlardan oluşan toplumun huzur ve istikrar ortamında yaşayabilmesi için hukuk nizamı tarafından müeyyideye dayanan bir takım normlar konulmuş ve insanın bu normlara uygun hareket etmesi zorunlu görülmüştür. Bu hukuk normlarını ihlal etmesi durumunda ise ihlalinin bedelini yasalarca öngörülen müeyyideler ile ödemekle yükümlü tutulmuştur. Hatta bazı durumlarda insan davranışı zahiren belli hukuk kurallarına uygun olmakla birlikte ahlaka aykırı görülmüşse; tasarruf kazaen geçerli olmakla birlikte, ahlaken ve diyaneten tasvip görmemiştir. Kısaca hukuk kurallarının arka planında ideal ahlaki ilkeler aranmıştır.

Kişinin bir takım haksız fiilleri ile diğer insanlara verdiği zararlar sebebiyle kendi aleyhine bir takım borç ve sorumluluklar doğar. Nasıl ki kişi, yaptığı bir satış veya kira akti ile sadece hak sahibi olmaz aynı zamanda bir takım sorumlulukların da

muhatapı olursa; işlediği. haksız fiil sebebiyle de kendisini bir borç altına koyar. Hukuk nizamınca öngörülen bazı durumlarda da (örneğin belli akrabalara karşı nafaka yükümlülüğü) kişi, doğrudan kanun koyucu (şâri') tarafından sorumlu tutulur.

Sorumluluk, başkasının bir takım haklarını ihlalden kaynaklandığına göre, bu iki kavram arasında ayrılmaz bir ilişki bulunmaktadır. Hak ve sorumluluk arasındaki bu güçlü bağ ve ilişki, bir bakıma sebep sonuç ilişkisidir. Yani kişinin hak sahibi olması, o hakkın gerektirdiği bir takım sorumlulukları yüklenmesine sebep olur. Ya da sorumlu olmayan şahsın bir hakka sahip olmadığı sonucu çıkar. Mesela, hak süjesi olarak kabul edilmeyen cansız varlık ve hayvanlar, hukuken sorumluluk sahibi olarak ta kabul edilmemiştir.

Hak ve sorumluluk kavramları bir terazinin iki kefesini andırmaktadır. Terazinin kefelerinin birbirine denk olması oranında adalet sağlanmış olur. İşte bu bakımdan hakları kullanmanın sınırları belirlenmiş bu sınırı ihlal eden kişiler ise sorumlu tutulmuştur. Bu bakımdan hem hak hem de sorumluluk sahibi olan kişilerin haklarını belirli ölçüde kullanabilecekleri belirtilmiştir. Bundan hareketle haklar kullanılırken başkasına zarar vermemek (başka bir ifade ile zarara neden olabilecek bir davranıştan kaçınmak) genel bir prensip haline getirilmiştir.

Esasen İslam dini açısından insanın, bütün davranışlarından hukuken olmasa bile vicdanen sorumlu olduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Bu hassasiyet o derece dikkati çekmektedir ki insanın fiile dönüşme bile başkalarına karşı beslediği kötü niyet ve düşünceleri, dinen günah olarak telakki edilmiş ve bundan dolayı da uhrevi yönden sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu itibarla mümin kişinin, hem başkalarına zarar verecek davranışlardan kaçınması; hem de, başkalarına karşı kötü niyet beslememesi gerekir. Başka bir ifade ile kişi, haksız fiili ile başkalarına verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi; başkalarına maddî zarar vermese bile onlar hakkındaki kötü niyet ve düşünceleri için de tevbe etmesi gerekir. Aksi takdirde hem kendisine karşı ahlaken, hem de yüce Allah'a karşı vicdanen sorumlu olur.

Sorumlulukla ilgili pozitif hukukta da bir takım hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ancak pozitif hukuktaki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler, sadece insanın hukuka aykırı davranışları ile sınırlı tutulmuştur. İslam hukuku açısından ise

sorumluluk konusunun, hukuki boyutun ötesinde insanın inancını ve vicdani/ahlaki boyutunu ihata edecek düzeyde geniş olarak ele alındığı görülmektedir. Kişinin, hayat hakkının, maddî ve manevî kişiliğinin dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı ve diğer temel hak ve özgürlükleri hükme bağlayan ayet ve hadislerde hukuki sorumluluğun yanı sıra vicdani sorumluluğa da önemli yer verilmesi, İslam dininde hukuki sorumluluğun yanında uhrevi sorumluluğun olduğunu da ortaya koymaktadır.

Bu bakımdan çalışmamızda yer yer çağdaş hukuk ile mukayese yapmaya da gayret etmekle birlikte İslam hukuku açısından haksız fiilden doğan zararların tazminini incelemeye gayret ettik. Tezimizin, bir hukuk çalışması olduğunu, hukuk tezlerinin muhteva ve kompozisyonunda ise hukuki düzenlemelerin temel ilke olduğunu göz ardı etmemek koşulu ile, sorumluluk konusunun ahlaki ve vicdani yönüne vurgu yapan ayet ve hadislerle de yer yer atıflar yapmayı ihmal etmedik.

Tezimin hazırlanması sürecinde pek çok hocamın ve arkadaşlarımla emeği olmuştur. Bunları isim olarak tezimin önsözünde ayrı ayrı zikretmek mümkün olmasa bile, hiç olmazsa bazılarına teşekkür etmeyi, ifa edilmesi gerekli bir görev olarak telakki ediyorum. Bu nedenle Tez çalışmamın bütün aşamalarında yakından ilgilenen ve bana huzurlu bir çalışma ortamı sağlayan danışmanım, hocam Sayın Prof.Dr. Şamil DAĞCI'ya teşekkür etmeyi ahlaki bir yükümlülük olarak görüyorum. Ayrıca Tezimin hem konu ve muhteva olarak şekillendirilmesi hem de yazılan metni okuyarak değerli eleştiri ve tavsiyeleri ile katkıda bulunan hocam Doç.Dr. Selahattin EROĞLU'na, ayrıca Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan değerli ilim adamı arkadaşlarım sayın Dr. Muhlis AKAR, Dr. Yaşar YİĞİT, Dr. Hamdi TEKELİ, Dr. Burhan ERKUŞ'a teşekkür etmeyi borç bilirim.

2007-ANKARA-BEŞTEPE

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.e	: Adı Geçen Eser
a.g.m	: Adı Geçen Makale
A.Ü.H.F.D	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bin (İbn)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
b.y.	:Baskı Yeri Yok
çev.	: Çeviren
h.	: Hicri
Hız.	: Hazreti
İ.B.D.	: İstanbul Barosu Dergisi
İ.T.E.D.	: İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi
İ.Ü.H.F.M	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Md.	: Madde
Mecelle	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye
Ö.	: Ölüm Tarihi
s.a.v.	: Sallallahu Aleyhi Ve Sellem
S.B.F.D.	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
T.M.K.	: Türk Medeni Kanunu
Trc.	: Tercüme
t.y.	: Baskı Tarihi Yok
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

KONU İLE İLGİLİ TEKNİK BİLGİLER

I. KONUNUN ÖNEMİ

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

III. ÇALIŞMANIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

IV. KAYNAK ANALİZİ

V. KONUNUN SUNULMASI

I. KONUNUN ÖNEMİ

Hukuk sistemleri, doğuştan medeni olan ve toplum halinde yaşayan insanlar arasında adaletin tesisini amaçlar. İçinde yaşadığı toplumun bir ferdi olarak insan, ailesinden başlamak üzere gittikçe genişleyen sosyal hayatında belli hak ve yükümlülüklerin sahibi olarak ve bir takım kurallara uyarak yaşar. Menfaatlerini ihlal eden kişilere karşı tepki gösterdiği gibi diğer insanlara karşı yükümlülüklerini yerine getirmediginde de tepki görür. Bu durum hukuk sistemleri tarafından düzenlenen hak ve sorumluluk konularının, bir adalet ve denge ilkesi üzerine inşa edildiğini göstermektedir.

İslam hukuku açısından adalet terazisinin kefelerinden birisinde haklar, diğerinde ise sorumluluklar yer almaktadır. Başka bir ifade ile haklar ve sorumluluklar birbirini dengeleyen bir yapı arz etmektedir. Bu bakımdan kendi menfaatlerinin ihlal edilmemesini isteyen kişi, başkalarının menfaatini ihlal etmemek zorundadır. Bir bakıma sosyal hayatta insan, “ötekiler” olarak ifade ettiği diğer kişilerin haklarına saygılı olduğu ölçüde kendi haklarını da güvence altına almaktadır.

Pek çok ayet ve hadiste, insanların huzurlu bir hayat yaşamları için birbirlerine karşı davranışlarında birtakım emir ve yasaklara uymaları emredilmiştir. Bu ilahi emir ve yasakların suçun hiç işlenmemesinde büyük fonksiyonları bulunmaktadır. İslam hukukunda dini, ahlaki ve uhrevi müeyyideler, maddî-dünyevi müeyyidelerle te'yit edilerek; düzenli ve istikrarlı bir toplum oluşturmak için insanların can ve mal güvenlikleri teminat altına alınmıştır. Konulan bu müeyyideler bir taraftan ihlal edilen hak ve menfaatlerin tazmin ve telafisini amaçlamakta, diğer taraftan da mağdura hukuk devleti güvencesi içinde yaşama bilinci vermektedir.

İslam hukukunda kişinin diğer hakları gibi mülkiyet hakkı da hukuken teminat altına alınmış, hayatına, vücut bütünlüğüne ve mal varlığına karşı işlenen haksız tecavüzler bir taraftan dinen büyük günah kabul edilerek karşılığında ahlaki ve manevî (uhrevi) müeyyideler öngörülmüş, diğer taraftan da bunların ihlaline ağır müeyyideler öngörülerek mağdurun haksız tecavüz sonunda uğradığı zararın tazmini hukuken güvence altına alınmıştır.

Temel ilke birbirine saygı ortamında yaşamaları olmakla birlikte insanlar, doğalarında var olan kıskançlık, ihtiras ve diğer olumsuzlukların etkisi ile bazen de ellerinde olmayan sebep ve sâiklerle istemedikleri halde başkalarına zarar verebilmektedirler. Bu nedenle cismani ve mali zararlar, her zaman kişilerin kasıtlı fiilleri sonucunda meydana gelmemekte, bazen de taksirli eylemlerinden ya da iş ve davranışlarında gerekli dikkat ve özeni göstermemelerinden de kaynaklanabilmektedir. Günümüzde büyük artış kaydeden özellikle büyük şehirlerde, maddî ve manevî zararlara sebep olan fabrika ve işyeri kazaları, motorlu araç kazalarından kaynaklanan zararlar, çevre kirliliğinden kaynaklanan zarar ve problemler, ve diğer kusur ve tehlike (risk) sorumluluğu kapsamında mütalaa edilebilecek zararlar bunun en bariz örneğidir.

Asırlarca insanların ihtiyaçlarını karşılayan ve günümüzde de orijinalitesini kaybetmeyen İslam hukukunun, hangi davranışları haksız fiil olarak değerlendirdiği, bunlardan doğan zararların nasıl tazmin edileceğine dair ortaya koyduğu çözümlerin neler olduğu tarafımızdan çalışmaya değer önemli bir konu olarak düşünülmüştür.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Haksız fiiller; temel olarak kişinin mal varlığına, hayatına vücut bütünlüğüne ve manevî şahsiyetine yönelik olmak üzere hem ceza hem de medeni hukuku ilgilendirmektedir. Ancak bu kadar birbiriyle yakın ilgisi olan konular çok geniş alanı kapsamaktadır. Bu bakımdan haksız fiillerin ceza hukukuna ilişkin hükümlerini çalışma alanımızın dışında tutarak konumuzu medeni hukukla sınırlandırdık. Hatta konunun akde dayalı sorumluluk ile akit dışı sorumluluk ta birbirinden farklı sonuçlar doğurduğunu dikkate alarak medeni hukuk içerisinde (borçlar hukuku) bile sınırlama yoluna gittik. Konumuzu akit dışı sorumluluk (kusur sorumluluğu) ile sınırlandırdık.

Bazı durumlarda kusursuz sorumluluk, konuları (örneğin aile resinin sorumluluğu, istihdam ilişkisinden doğan sorumluluk, bina ve yapı sahiplerinin sorumluluğu...), haksız fiil kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hususu dikkate

olarak konu bütünlüğünü korumak için Tezimizde akit dışı sorumluluk kapsamında değerlendirilen kusursuz sorumluluk ile ilgili konulara da temas ettik. Ancak Tezimizin temelini, kusur sorumluluğunun oluşturduğunu vurgulamamız gerekir. Haksız fiil sorumluluğu ve akit sorumluluğu şeklinde bir ayırımı klasik fıkıh kitaplarında görmek mümkün olmamakla beraber çağdaş İslam hukukçularının telif ettiği eserlerde böyle bir metot kullanılmıştır.

Bilindiği üzere temel fıkıh kitaplarında haksız fiil konuları meseleci (**casuistique**) bir tarzda ele almış, pozitif hukukta olduğu gibi sistematik bir yapı oluşturulmamıştır. Ancak çağdaş İslam hukukçuları haksız fiil olarak sayılan eylemleri modern hukukla yakınlık arz eden bir tarzda ele almışlardır. Klasik fıkıh kitaplarında detaylı olarak ele alınan tazmin konuları genel olarak gasp, itlâf, damân, cinâyât bölümlerinde yer aldıkları için Tezimiz’de klasik fıkıh kitaplarının gasp ve itlâf bölümlerini detaylı olarak incelemek zorunda kaldık.

“Haksız fiil” kavramı hukukçular tarafından hem akit sorumluluğu ve hem de akit dışı sorumluluk olarak tanımlanırken sonradan cansız eşya ve hayvanların işlemiş oldukları zararlar da haksız fiiller kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kişi doğrudan veya dolaylı olarak başkasının malına, hayatına ve vücut bütünlüğüne verdiği zararlardan dolayı sorumlu olduğu gibi, sahibi olduğu hayvan ve eşyanın sebep olduğu zararlardan dolayı da sorumlu tutulmuştur. Bir başka ifadeyle en önemli haksız fiil türlerinden birisini oluşturan hayvanların ve eşyanın verdiği zararlar da itlâf konusu içerisinde değerlendirilmiştir. Çağdaş İslam hukukçuları itlâfi genel olarak haksız fiil olarak değerlendirdiği için çalışmamıza eşya ve hayvanların verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu da dahil ettik. Kısaca haksız fiilleri modern hukukta ifade edilebilecek şekilde sistematik tarzda ele almaya ve İslam hukukunun modern hukukla mukayesesini yapmaya çalıştık.

Çalışmamızda İslam hukuk mezheplerinin teşekkül dönemi esas alınmakla beraber, hukuk düşüncesinin geçirdiği tarihi süreç içerisinde mezhep imamlarının ictehad ve doktrinlerine esas olan sahabe uygulamalarına ve tabiin fakihlerinin görüşlerine de yer vermeye çalıştık.

III. ÇALIŞMANIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Her ne kadar fıkıh kitaplarında **haksız fiil sorumluluğu** veya **akit sorumluluğu** kavramlarını kullanmamışlarsa da fıkıh kitaplarında bu konuya ilişkin yer alan örnekler ve kullanılan kavramlara bakıldığında İslam hukukçularının, çağdaş hukuktaki haksız fiil sorumluluğu ile akit sorumluluğu anlamına gelebilecek bir çok kavramı kullandıkları görülmektedir. Çalışmamız sonucunda, çağdaş İslam hukukçularının, haksız fiil kavramı karşılığında; **'hata'** , **'teaddî'**, **'darar'**, **'fi'lud-dârr'**, **'cinâye'**, **'cürm'**, **'damân'**, **'damânu'l-udvân'**, **'iltizâm'**, **'istihlâk'**, **'el-mes'ûliyetu't-taksîriyye'**, **'taa'ssuf'**, **'el-mes'ûliyetu'l-medeniyye'**, **'gasp'** ve **'itlâf'** gibi kavramları kullandıklarını¹ tespit ettik.

İslam hukuku literatüründe haksız fiil kavramı olarak yukarıdaki kavramların anlamlarını yeri geldiğinde detaylıca açıklayacağız. Ancak Tezimizin anlaşılmasını kolaylaştırması bakımından birer cümle ile de olsa haksız fiil konusunun temel kavramlarını oluşturan bir kısım hukuki kavramların tezimizde terim olarak ne manada kullandığımızı açıklama zarureti hissettik. Örneğin, en genel anlamıyla haksız fiilin manevî unsurunu ifade eden **hata** kavramı; **kusur** kavramını da kapsayacak anlam genişliğine sahip bir terim olduğu için Tezimizde, “başkasına zarar vermek amacıyla hukuki bir yükümlülüğün ihlal edilmesi” anlamında tanımlanmış ve kullanılmıştır.

Hukuka aykırılık kavramı karşılığında bazen **teaddî**, bazen de **ta'assuf** kavramları kullanılmaktadır. Ancak bu iki terim arasında teknik anlamda anlam farklılıkları bulunmaktadır. Bu farklılığı dikkate alarak Tezimizde klasik fıkıh kitaplarında **“hukuki bir izine dayanmaksızın başkasının hakkına tecavüz etmek”** biçiminde tanımlanan **“teaddî”** kavramını, çağdaş borçlar hukukundaki **“hukuka aykırılık”** kavramı karşılığında kullandık. Buna karşılık, aralarında anlam

¹ Mustafa Ahmed Zerkâ, **el-Fi'lu'd-Dârr**, Dâru'l-Kalem, Dimeşk, 1988, s.15, el-Hafîf, Alî, (ö.1371/1952) **ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Matbaatu'l-Cebelavî, by, 1971, 5-6; Mahmasânî, **a.g.e**, 165-166, Feyzullah, **a.g.e**, 13-17, Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara İlahiyat Fak. Yayınları, Ankara, 1954, 132; Karaman, Hayrettin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, Nesil Yayınları, İstanbul, 198, 7 II, 482.

ilişkisi bulunmakla birlikte nüanslar bulunan ve “**bir hakkın, objektif hüsnüniyet kurallarına ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olarak kullanılması**” biçiminde tanımlanan “**ta’assuf**” kavramını ise “**hakkın kötüye kullanılması**” teriminin karşılığında kullandık. Örneğin; mülkünde istediği gibi tasarruf etme hakkına sahip olan mâlikîn, sadece komşusunu kızdırmak veya manzarasını engellemek maksadıyla kendi arsası üzerine tahta perde veya duvar örerek zarar vermesi, genel anlamda haksız fiil kapsamında mütalaa edilebilse bile bu durum teaddî kavramı ile değil, ta’assuf kavramı ile ifade edilmektedir.

Klasik fıkıh kitaplarında haksız fiil kavramı karşılığında da **darar**, **istihlâk**, **gasp**, **itlâf** ve **cinâye** gibi değişik terimlerin kullanıldığı dikkati çekmektedir. Ancak bu terimler arasında da teknik anlam farklılıkları bulunmaktadır. Örneğin **darar** kavramı, İslam hukukunda başkasının maddî- manevî kişiliğine ve mal varlığına yönelik her türlü haksız fiil için kullanılırken; **istihlâk** kavramı, bir mal veya eşyanın tüketilerek yok edilmesi; **itlâf** ise bir mal veya eşyanın insan fiiliyle kullanılabilir veya faydalanılabilir olmaktan çıkarılması anlamında kullanılmaktadır.

Ayrıca bir mâlikîn menkul malının, üzerinde yeni bir mülkiyet tesis etmek üzere başkası tarafından zorla alınması için **gasp** kavramı; buna karşılık şahısların hayatlarına ve vücut bütünlüklerine karşı işlenen öldürme ve yaralama fiilleri için ise **cinâye** kavramı kullanılmaktadır.

Fıkıh dili, bir bakıma tamamen teknik bir hukuk dilidir. Her konu ile ilgili pek çok terim bulunmasına rağmen her terimin ince anlam çizgileri ile diğerinden ayrılması ve yerli yerinde kullanılması İslam hukukunun zengin bir terminoloji hazinesine sahip olduğunu göstermektedir. Bu zengin ve oturmuş terminoloji dilinin oluşumunda fakihlerin, uzun asırlar devam eden hukuki çalışmaların büyük katkısı olmuştur. Her ikisi de sorumluluk kavramının bir yönünü ifade eden **iltizâm** ve **damân** kavramları arasındaki ince anlam farklılığı bu zenginliğe örnek verilebilir. Örneğin **iltizâm** kavramı, iki veya daha fazla kişi arasındaki akit ilişkisinden kaynaklanan borç ve sorumluluk anlamında kullanılırken; yine borç ve sorumluluk ile yakın ilişkisine rağmen **damân** kavramı, hem başkasına verilen zararın mal ile tazmini hem de **kefâlet** anlamında kullanılmaktadır. Çağdaş İslam hukuku

literatüründe ise akitten doğan sorumluluk için “**damânu’l-akd**”, ve “**el-mesûliyetu’l-akdiye**” ; haksız fiilden (**kusur**) doğan sorumluluk için ise “**damânu’l-yed**”, “**damânu’l- istihlâk**” ve “**damânu’l- itlâf**” kavramları kullanılmaktadır.

IV. BAŞVURULAN KAYNAKLARIN ANALİZİ

Haksız fiil, hukuk disiplinin, özellikle borçlar hukukunun en temel konularından birisini oluşturduğu için bu konuda hem İslam hukukunda hem de çağdaş batı ve Türk hukukunda zengin bir literatür bulunmaktadır. Bu bakımdan Tezimizi hazırlarken, hem haksız fiil konusunda yazılan Türkçe ve İngilizce eserlerden hem de fıkıh kitaplarından ve çağdaş İslam hukuku eserlerinden faydalandık. Sistemati olmamakla birlikte tazmin sorumluluğunu detaylı olarak ele alan hanefî hukukçu Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed el-Bağdâdî, (ö.1030/1620)’nin **Mecmau’d-Damânât fi Mezhebi’l-İmâmi’l-A’zâm Ebî Hanîfeti’n-Nu’mân**, isimli eseri istisna edilirse İslam hukukunda haksız fiil konusuna tahsis edilen müstakil bir tez veya çalışma bulunduğunu tespit edemedik. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi bu konuya dair “**ed-damân**”, “**el-Mes’ûliyetu’l-Medeniyye**,” “**el-Fi’lu’d-Dârr**”, “**Damânu’l-İtlâf**” ve “**et-Ta’vîd ani’d-Darar**” başlıkları altında çok önemli eserlerin telif edildiğini tespit ettik.

Çalışmamızın planını ve içeriğini oluştururken, ülkemizde bu sahanın otoriteleri olan İstanbul ve Ankara Hukuk Fakültelerinin Borçlar Hukuku hocalarından M.Esat ARSEBÜK, Haluk TANDOĞAN, N.Feyzi FEYZİOĞLU, Fikret EREN, Kemal OĞUZMAN”ın bibliyografyamızda yer alan eserlerinden istifade ettiğimiz gibi Arapça eserlerden özellikle, Ali el-Hafîf’in “**ed-Damân fi’l-Fıkhi’l-İslâmî**”, Abdurrezzak es-Senhûrînin, “**el-Vasît fi Şerhi’l-Kânûni’l-Medenî’l-Cedîd**” “**Masâdiru’l-Hakk fi’l-Fıkhi’l-İslâmî**” ve “**el-Vecîz**”, Subhî Mahmasânî’nin “**en-Nazariyyatu’l-Âmme li’l-Mucebât ve’l-Ukûd fi’ş-Şerîâtî’l-İslâmiyye**” , Mustafa ez-Zerka’nın, “**el-Fi’lu’d-Dârr ve’-Damânu fih**” Vehbe Zuhaylî’nin “**Nazariyatu’d-Damân**”, Muhammed Ahmed Sırâc’ın ”**Damânu’l-Udvân fi’l-Fıkhi’l-İslâmî**”, Süleyman Muhammed Ahmed’in, **Damânu’l-Mutlefât**

fi'l Fıkhı'l İslâmî, Ebû Leyl, İbrahim Dusûkî'nin, “**el-mesûliyetu'l Medeniyye Beyne't-Takyîd ve'l-İtlâk**”, et-Tuncî, Abdusselâm'ın, “**Müessesetu'l-Mesûliyeti's-Serîati'l-İslâmiyye**”, Ahmed Muvâfî'nin “**ed-Darar fi'l-Fıkhı'l-İslâmî**”, gibi çağdaş müelliflerin eserlerinden yararlandık.

Haksız fiil konusu fıkıh ansiklopedilerinde de detaylı olarak inceleme konusu yapılmıştır. Bu bakımdan Tezimizde Kuveyt Evkâf Bakanlığının çıkarmış olduğu “**Mevsûatu'l-Fıkhiyye**” ile Mısırlı çağdaş İslam hukukçusu Ebû Zehra'nın riyasetinde hazırlığı başlatılan ve onun vefatından sonra da sürdürülen “**el-Mevsûatu'l-Fıkhı'l-İslâmî**” adlı ansiklopedilerden de yararlanmaya gayret ettik. Mukayeseye imkan tanınması bakımından yeri geldikçe Borçlar Kanununa ve Türkçe borçlar hukuku literatürüne atıflar yapmayı da ihmal etmedik.

V. KONUNUN SUNULMASI

Tezimiz konu ile ilgili teknik bilgiler sunduğumuz bu giriş bölümünün dışında genel olarak girişle birlikte üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci Bölümde, sırası ile sorumluluk kavramını, sorumluluk kaynaklarını ve sorumluluğun dayandığı temel ilkeleri ve borçlar hukuku bakımından (akdî ve akit dışı) sorumluluk türlerini ortaya koymaya gayret ettik. Bu bölümde ayrıca hem borçlar hukukuna hem de ceza hukukuna konu olan sorumluluk arasındaki farklılıkları mukayese ve analiz etmeye çalıştık.

İkinci Bölüm, çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Bu bölümde, fıkıh kitaplarının değişik fasıllarında incelenen **fiil, kusur, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağı** gibi haksız fiilin unsurlarını, hem pozitif hukuk hem de İslam hukuku açısından mukayeseli olarak ele almaya gayret ettik.

Bilindiği gibi haksız fiilin en önemli hukuki sonucunu, mağdurun uğradığı maddî ve manevî zararların tazmin ve telafi edilmesi oluşturmaktadır. Bu durumu dikkate alarak Tezimizin **Üçüncü Bölümünde** haksız fiilden doğan maddî ve manevî zararların mal ile tazmini, başka bir ifade ile haksız fiilden doğan mali sorumluluk konuları üzerinde durduk. Ayrıca günümüzde sıkça tartışma konusu yapılan “İslam

hukukunda manevî zararların tazmininin söz konusu edilip edilmediği” konusuna açıklık getirmeye gayret ettik. Fıkıh kitaplarının değişik bölümlerinde yer alan örnekleri çalışmamızda kullanırken mümkün mertebe güncelleştirmeye özen göstermeye çalıştık.

Kaynaklara atıf yaparken ilk defa kullanılan kaynağın müellifini; eserinin adını, basıldığı matbaa, basım yerini ve tarihini belirttik. Daha sonra yaptığımız atıflarda ise müellifin meşhur olan ad, lakap veya künyesini zikrettik. Eser adını ise **a.g.e** şeklinde kısaltarak belirttik. Aynı yazara ait birkaç eser kullanıldığında müellifin tam ismi yerine meşhur olan lakap veya künyesini kullanmakla yetindik.

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN HUKUKİ MAHİYETİ SORUMLULUK TÜRLERİ VE SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

I. SORUMLULUĞUN HUKUKİ

MAHİYETİ VEKAPSAMI

A. Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk kavramı pozitif hukukta ve İslam hukukunda farklı şekillerde ele alınmıştır. Örneğin Pozitif hukukta sorumluluk için ehliyet şartı aranırken İslam ceza hukukunda sorumluluk için ceza ehliyeti bir şart olarak görülmüş, ancak borçlar hukukunda, münhasıran haksız fiillerden doğan sorumlulukta ehliyet şartına itibar edilmemiştir. İslam hukukunun sorumluluğu, modern hukuktaki gibi sistematik tasnif yapma yerine daha çok kazustik bir tarzda ele aldığı dikkati çekmektedir. Burada modern hukukta ve İslam hukukunda sorumluluk kavramını ayrı ayrı açıklamaya çalışacağız.

1. Modern Hukukta

Sorumluluk kavramı Fransızca’da “**responsabilite**” Almanca’da “**haftung, haftpflicht, haftbar**” veya “**verantwortlichkeit**” İtalyanca’da “**responsabilita**” İngilizce’de ise “**liability**” ve terimleriyle ifade edilir.² Hukuktaki sorumluluk anlamını ifade eden İngilizce “**responsibility**” terimi ile; yukarıda zikredilen, Fransızca, Almanca ve İtalyanca’da terimler arasında teknik içerik olarak bir farklılık olmamakla birlikte, İngilizcedeki “**liability**” teriminin, hem kişinin işlediği fiillerden dolayı sorumlu olmasını, hem de failde aranan sorumlu tutulma yeteneğini ifade ettiğine dair teknik ayrıntıya temas etmek gerekir. Bu bakımdan medeni hakları kullanma ehliyeti ile doğrudan ilgili olan İngilizcedeki “**liability**” biçimindeki sorumluluk kavramı, aynı zamanda haksız veya kusura dayalı bir fiilinden dolayı kişinin sorumlu tutulabilme yeteneğini de ifade eder.³

² Deschenaux- Tercier, Henri-Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, (Trc. Salim Özdemir), Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, 1

³ Deschenaux- Tercier, **a.g.e** , 1.

Tazmin kavramıyla yakından ilgili olduğu için sorumluluk kavramı, sorumluluğun türü ve tazmin biçimine göre farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Burada bunlardan önemli gördüğümüz bir kaçına kısaca temas etmek istiyoruz. Sorumluluk kavramı en geniş anlamıyla kişinin başkasına verdiği zararı karşılama yükümlülüğünü ifade eder.⁴ Bu, sorumluluğun teknik terim (**istilah**) anlamıdır. Hukuk disiplini; bir hukuk normu, veya daha genel bir ifade ile hukuk düzeninin müeyyide (**yaptırım**) öngörmediği bir fiili işleyen kimse ilke olarak sorumlu tutulmamaktadır. Hatta hukukun uygun gördüğü bir biçimde meşrû bir hakkını kullanırken kişinin fiilinden, başkasının zarar görmesi halinde dahi sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Diğer taraftan kişinin hukuken yapmak zorunda olmasa bile dinen ve ahlaken yapmak zorunluluğu bulunduğu bir eylemi yapmaktan kaçınması hukuken sorumluluk doğuran bir davranış olarak kabul edilmemiş sadece ahlakî bir sorumluluk ve manevî yükümlülük olarak kabul edilmiştir.⁵

Diğer bir anlamıyla sorumluluk, zarar gören mağdurun zararının karşılanmasıdır. Doktrinde kişinin elinde olmayan sebeplerle başkasına verdiği zarardan dolayı tazmin sorumluluğu bulunup bulunmadığı hususu tartışılmış, insanın ancak gücünün yettiği şeylerden dolayı sorumlu olabileceği görüşü ilke olarak kabul görmüştür. Çünkü sosyal hayatta cereyan eden hadiselerin tümü insandan ayrı düşünülemez. Bu nedenle insan, bazı durumlarda fiili ile başkalarına verdiği zararların tazmin ile yükümlü tutulmamaktadır.⁶ Mesela, başkasının zarar görmesine neden olsa bile hukuka uygun olarak gerçekleşen eylemlerinden dolayı fail, tazmin sorumluluğu ile yükümlü tutulmadığı gibi; başkasına zarar vermiş olsa bile, (zaruret hali, meşrû müdâfaa, meşrû emri icra vb) fiili hukuka uygun hale getiren sebeplerin bulunması ya da zararın mücbir sebeplerden kaynaklanması durumunda da fail açısından zararı tazmin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.

Buna karşılık bazı durumlarda ise kişi, fiili ile doğrudan başkasının zararına yol açmasa bile ortaya çıkan zararın (dolaylı bile olsa) kendisine isnad edilebilmesi durumunda, ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Hayvan güdenin

⁴ Deschenaux- Tercier, **a.g.e**, 1

⁵ Âmir, Hüseyin , **el-Mesûliyetu'l-Medeniyye**, Matbaatu Mısır, Mısır, 1956, s.1.

⁶ Âmir, **a.g.e**, s.1-2.

veya bir şahsı istihdam eden (adam çalıştıran)'ların durumu bu tür sorumluluğa örnek verilebilir. Bu durumu bir bakıma meydana gelen zararı karşılama olarak düşünmek mümkündür.⁷ Sorumluluk hukukunun konusunu da; fail'in mağdura verdiği zararı gidermesi yani tazmin etmesi oluşturmaktadır. Bu anlamda sorumluluk hukukunu bir yönüyle tazminat hukuku olarak adlandırmak da mümkündür.⁸

Sorumluluk, alacaklının alacak hakkını elde edebilmesi için failin mal varlığına veya bir takım haklarına el koyabilmesine imkan vermektedir. Bu itibarla eski çağlarda alacaklının, borçlunun şahsına el koyabilme hak ve yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Örneğin ilk çağlarda bazı durumlarda borçlu, kendi alacaklına köle olur veya satılır, yahut alacaklısı tarafından öldürülebilirdi.⁹ Sonra borçlunun öldürülmesi yerine hapsedilmesi düşüncesi hakim olmuş ve günümüzde ise sorumluluk mal varlığı ile sorumluluk haline dönüşmüştür.¹⁰

Sorumluluk kavramı, bazen de kişinin veya kişilerin, başkalarının bir takım borçlarından yükümlü olması anlamını içerir. Mesela mirasçının, muris (miras bırakan)ın borçlarından sorumluluğu, müteselsil borçlardan sorumluluk, kefilin sorumluluğu gibi durumlar bu tür sorumluluklara örnek verilebilir.¹¹

Kısaca belirtmek gerekirse çağdaş hukuk açısından ele alındığında hukuki sorumluluk kavramının iki temel anlamı olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, geniş anlamda sorumluluğu ifade etmekte ve akdin taraflarının birbirlerine karşı yapmak veya kaçınmak zorunda oldukları yükümlülükler; adam çalıştıranın çalıştırdığı kimselerin verdiği zarardan sorumluluğu, doktorun, hastasına karşı görevini yapmamaktan dolayı hastanın gördüğü zararı tazmin sorumluluğu vb. tüm sözleşme ve sözleşme dışı yükümlülükleri kapsamaktadır. Diğeri ise dar anlamda sorumluluğu ifade etmekte ve sadece sözleşme dışı sorumlulukları kapsamaktadır.¹²

⁷ Karahasan, Mustafa Reşit, **Tazminat Davaları**, İstanbul, 1973, s.7; Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, II, 2 ; Tandoğan, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961, 2.

⁸ Eren, **a.g.e.**, II, 2.

⁹ Eren, **a.g.e.**, I, 101.

¹⁰ Karahasan, **a.g.e.**, 8.

¹¹ Deschenaux- Tercier, **a.g.e.**, 1.

¹² Deschenaux- Tercier, **a.g.e.**, 2.

2. İslam Hukukunda

Sorumluluk Arapça’da “**mesûliyet**” kelimesi ile ifade edilir. Mesûliyet hesaba çekme, muâhaza etme ve cezalandırma anlamındaki¹³ “**seele- yes’elü**” formundan türetilmiş bir isim-mastardır. Aynı kelimenin türevi olan “**suâl**” kelimesi soru ve azarlama; “**mes’ûl**” kelimesi ise sorumlu anlamında kullanılmaktadır.¹⁴

İslam hukukçuları sorumluluğu, mala karşı verilen zararların tazmini anlamında kullandıkları için, çoğu zaman sorumluluk yerine “**damân**”, “**tadmîn**” veya, “**ğarâme- tağrîm** (hasar tazminatı) anlamlarında kullanmışlardır. Bu kullanımlarda da genel olarak sorumlu olan kişinin konumunu dikkate almışlardır. **Makam sahibinin tazmini, yetkili temsilcisinin tazmini, kıymetin tazmini, noksanın tazmini** gibi kullanımlar **sorumluluk** kavramının genel olarak **tazmin** ile karşılandığını ortaya koymaktadır.¹⁵

Mesuliyet kavramında kişinin, haksız fiili ile başkasına verdiği zararı tazmin ve telafi ile yükümlü olması anlamının ağır bastığı müşahade edilmektedir. Bu bakımdan, çağdaş hukukçular medeni sorumluluğu; genel anlamda “**kişinin başkasına verdiği zararı karşılaması**” veya daha teknik anlamda “**borçlunun, yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğan zararı karşılama zorunluluğu**”.¹⁶ biçiminde tanımlamışlardır.”¹⁷

Medeni sorumluluk İslam hukukunda “**tadmîn**” (türkçedeki biçimi ile tazmin) kavramıyla ifade edilmiş ve “insanın başkasına verdiği zararı karşılaması” biçiminde tanımlanmıştır. Şu ayrıntıya kısaca temas etmek gerekir ki İslam hukukçularının “**damân**” ve “**tadmîn**” telakkilerinde zimnen kefâlet borçluluk ve

¹³ İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mukerrem, (ö.711/1311), **Lisânu'l-Arâb**, Dâru Sadr, Beyrût, 1975, XI, 318; ez-Zebîdi, Murtada'l-Huseynî Muhammed b.Muhammed (ö.1205/1791), **Tâcul-Arûs**, Babul-lâm Faslu Sin, Beyrut.,VII, 365.

¹⁴ **Tekvir**, 8.

¹⁵ Ahmed, Süleyman Muhammed, **Damânu'l-Mutlefât fi'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Matbaatu's-Saade, Kahire, 1985, 32.

¹⁶ Ebû Şetît, Haşmet Ahmet, **Nazariyatü İltizâm fi'l-Kânunî'l-Medenî'l-Cedîd**, 1954, 370.

¹⁷ Sultan, Enver, **en-Nazariyyatu'l-Âmme li'l-İltizâm**, Dâru'n-Nahdatu'l-Arabiyye, Beyrut,1974, I, 425.

iltizâm anlamları da bulunmaktadır.¹⁸ Bu bakımdan özellikle akitler ve İslam borçlar hukuku (muamelat) açısından değerlendirildiğinde sonuç itibarıyla mesuliyet kavramı ile, tazmin kavramı arasında ayrılmaz bir ilişkinin bulunduğu dikkati çekmektedir. Hatta yer yer mesuliyet kavramı yerine, aynı anlamı ifade etmek üzere tazmin kavramı kullanılmaktadır. Bu nedenle İslam hukukçularının medeni sorumluluk kavramına bakışları ile pozitif hukukçuların medeni sorumluluk telakkileri birbirinden farklılık arz etmektedir. İslam hukukçuları medeni sorumluluğu “**damân**” başlığı altında incelemiş¹⁹ olmakla birlikte tazmin kavramı ile medeni sorumluluk kavramları muhteva itibarıyla birbirine tam olarak tekabül etmemektedir.²⁰

Teknik anlamıyla “**damân**” kavramı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’nin 416. md.sinde ifadesini bulur. Mecelle, “**damân**” kavramını “ **bir şey’in, misliyyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise kıymetini vermek.**”²¹ biçiminde tanımlamıştır. Bir kısım hukukçular ise, damân kavramını hak sahibine karşı, belli bir yükümlülüğü ifa etmede güvence olan ve gerektiğinde sabit olan bir hakta (kefilin) hakkın gerekliliğinde tazmin sorumluluğu bulunan (**kefilin**) zimmetini, asıl boçlunun (**el-madmûnu anh**) zimmetine eklemek şeklinde açıklamışlardır. Bu durumda borç; hem **dâmin** (güvence veren kefil) hem de asıl borçlu üzerine sabit olduğundan dolayı alacaklı, bu ikisinden herhangi birisine mütalebede bulunarak hakkını elde etme

¹⁸ İbn Manzûr, **a.g.e**, Md, “damine”; ed-Dusûkî, Şemsuddîn Muhammed b Ahmed b..Urfe, (ö.1230/1815) **Hâşiyetu’d-Dusûkî alâ Şerhi’l-Kebîr**, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiye, Beyrut, 1996, IV, 537; el-Ensârî, Zekerîyyâ b. Muhammed b. Zekerîyyâ, **Esnâ’l-Metâlib Şerhu Ravdi’t-Tâlib**, Dâru’l-Kitâbu’l-İslâmiyye, II, 235; Şirbînî, Muhammed b. Ahmed (ö.997/1570), **Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Meâni Elfâzi’l-Minhâc**, Matbaatu Mustafa el-Bâbî ve Evlâduhu, Mısır, 1958, II, 198.

¹⁹ Ebû Leyl, İbrahim Dusûkî, **el-Mesûliyyetu’l-Medeniyye Beyne’t-Takyîd ve’l-İtlâk**, Dâru’n-Nehdeti’l-Arabiye, Kahire, t.y, 14-145.

²⁰ el-Fîrûzâbâdî, Mecduddîn Muhammed b. Ya’kûb, (ö.871/1415), **Kâmûsu’l-Muhîf**, Matbaatu’l-Meymeniye, Mısır, 1315, II, 451; el-Feyyûmî, Ahmed b.Muhammed Ali, (ö.770/1368) **el-Misbâhu’l-Munîr, fî Garîbi’s- Şerhi’l-Kebîr, Lir’-Râfî**, Matbaatu Mustafa el-Bâbî Halebî, Mısır, 1369, Damine md.

²¹ **Mecelle**, Md. 416; Benzer tanımlar için bkz; el-Hamevî, Ahmed b. Muhammed; (ö.1098.h), **Gamzu’l-Uyûni’l-Basâir**, Matbaatu’l-Âmire, İstanbul, 1290., IV, 7.. el-Gazzalî, Muhammed b. Muhammed Ebû Hâmid,(ö.505/1111) **el-Vecîz fî Fıkhi Mezhebi’l-İmâmî’s-Şâfiî**, Matbaatu’l-Âdâb ve’l-Müeyyid, Mısır, 1317, I, 208; ez-Zerkâ’, Mustafa Ahmet, **el-Medhalu’l-Fıkhi’l-Âm**, Dâru’l-Fikr, Dimaşk, 1968, II, 1032.

hakkına sahip olmaktadır.²² Klasik kaynaklarda yer alan bu ilkedен hareketle çağdaş İslam hukukçusu Mustafa Ahmet ez-Zerka, damânı, “ **başkasına verilen zararı mali bir bedel ile karşılama yükümlülüğü (iltizâm)**”²³ şeklinde tanımlamıştır.

Bir kısım çağdaş İslam hukukçuları ise zararın mülkiyete veya doğrudan insanın fizik biütlülüğüne yönelik olup olmaması arasında bir ayrım yapmaksızın tazmin ve damân kavramını hem cezai hem de medeni sorumluluğu kapsayacak biçimde tanımlamışlardır. Örneğin Vehbe ez-Zuhaylî, “**damân**” insanın hayatına (ölüm) veya vücut bütünlüğüne (müessir fiil) yönelik bir fiilden yahut başkasına ait bir mal veya menfaatin yok edilmesi (itlâf)’nden doğan zararın bedelini karşılamak (**iltizâm**).²⁴ olarak tanımlamıştır.

Sorumluluk hukukunu damân ve tazmin odaklı olmak üzere damân ve damânın türevlerini oluşturan kavramlar üzerine inşa ettiklerinden dolayı İslam hukukçuları; bu kavramı en ince ayrıntısına kadar detaylandırarak tasnif etmişlerdir. Örneğin akdî sorumluluk veya akitten doğan sorumluluk (**damânu’l-akd**), tazmin sorumluluğu (**damânu’l-yed**) ve haksız fiil sorumluluğu (**damânu’l- istihlâk**) olmak üzere yapılan üçlü tasnif bu ayrıntının tabi bir sonucudur.²⁵

Bazı hukukçulara göre aralarında bir takım şekli farklılıklara rağmen çağdaş hukuktaki hukuki sorumluluk türleri ile İslam hukukçularının yaptığı sorumluluk tasnifi, özü ve sonucu itibarıyla büyük bir benzerlik arz etmektedir. Çünkü modern hukukta geliştirilen akitten doğan sorumluluk (akdî sorumluluk) ve haksız fiilden doğan sorumluluk biçimindeki ikili ayırım, aynen İslam hukuku bakımından da geçerlidir. Bu nedenle aynen çağdaş hukukta söz konusu olduğu gibi İslam hukunda da bir akit ilişkisinde akde konu olan malı (**el-ma’kûdu aleyh**) alıcıya teslim

²² İbn Kudâme, MuvaffakuddînEbû Muhammed Abdullah b.Ahmed.Mahmud, (ö.630/1232), **elMuğni**, Dâru’l-Kitâbi’l-Arabî, Beyrut, t.y, V, 70.

²³ ez-Zerka, Mustafa , **el-Medhalu’l-Fıkhi’l-Âm**, II, 1032.

²⁴ Zuhayli, Vehbe, **Nazariyatu’d-Damân**, Dâru’l-Fikr, Dımaşk, 1982, 15.

²⁵ Ancak bazı hukukçular ise böyle bir tasnife karşı çıkmışlardır. Onlara göre “**damânu’l-akd**” haksız fiil anlamına gelen diğer iki kavramla aynı değerlendirilmemiş, akdi sorumluluk kapsamında ele alınmıştır. Bu sorumluluk türünde kişi ikinci bir kimse ile yaptığı akdin sonucu sorumlu olur. el-Hafîf, Ali, **el-Mesûliyetu’l-Medeniyye fi’l-Mizanil-Fıkhi’l-İslâmî**, Mecelletul-Buhûs ve’d-Dirasâti’ l-Arabiyye, Sayı, III, 1972.

etmekten kaçınan taraf, bu teslim etmemeden doğan zararı karşılamak yükümlülüğündedir. Bu durum ise çağdaş borçlar hukukundaki akitten doğan sorumluluk kavramına tekabül etmektedir. Ayrıca çağdaş borçlar hukukunda kişinin fiili ile başkalarına verdiği zararları tazmin ile yükümlü tutulması (ki bu durum doktrinde “**haksız fiil**” veya “**kusur sorumluluğu**” olarak isimlendirilmektedir.); İslam hukukunda da aynen söz konusudur.²⁶ Ancak çağdaş borçlar hukukunda haksız fiil sorumluluğu veya kusur sorumluluğu olarak adlandırılan bu durum klasik fıkıh kitaplarında haksız fiil sorumluluğu “**damânu’l- yed**” ve “**damânu’l- itlâf**” olarak isimlendirilmektedir. Kısaca bu konudaki çağdaş borçlar hukuku ile İslam hukukundaki farklılık sadece terminoloji farkından ibarettir. Bir bakıma İslam hukukundaki **damânu’l-itlâf** kavramı, modern hukuktaki “**haksız fiil**” ve “**kusur sorumluluğu**” kavramlarına tekabül etmektedir. İslam hukukundaki tazmin sorumluluğunun hukuki dayanağını Peygamberimizin “**başkasına zarar vermek ve zarara zararla mukabelede bulunmak yoktur**”²⁷ hadisi oluşturmaktadır. Bu hadisi şerifin kapsamında; insanların can ve mallarına yönelik haksızlıkları engellemek, bunlara karşı işlenen haksız fiillerden doğan zararların tazmin edilmesini sağlamak bulunmaktadır.²⁸

İslam hukukçuları medeni sorumluluk ile cezai sorumluluk arasında ayırım yapmış cezai ve hukukî sorumluluğa konu teşkil eden durumları farklı başlıklar altında ele almışlardır. Ceza hukukunda zararın karşılanması için kusur son derece önemli kabul edilmiştir. Dolayısıyla ceza hukuku bakımından bazı durumlarda zarar söz konusu olmakla birlikte, tazmin söz konusu olmamaktadır. Örneğin, suç işleme kastı olmadığı halde kendisine yönelik haksız bir tecavüzü önlemek için meşru müdafaa hakkını kullanan kişi, cezai yönden sorumlu tutulmamaktadır. Çünkü ceza

²⁶ el-Âkıl, Cemaluddin Taha, **Mesûliyetu’l-İnsan an Efâ’li Gayrihi’l-Vâkiati Mine’l-Beşeri ve Dirâsetu’n Mukârenetun Beyne’l-Kânûni’l-Medenî’l-Mısırî ve’l-Fıkh’l-İslâmî**, Dâru’l-Huda, b.y, 1986, 18.

²⁷ İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd (ö.275/888) **es-Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, Ahkam, 17; Tirmizî, Ebû İsmâ Muhammed b.İsmâ b.Servet (ö.279/892), **el-Câmiu’s-Sahîh**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, Akdiye, 31; Ahmed b.Hanbel b.Muhammed (ö.241/855), **el-Müsned**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, 5/327.

²⁸ el-Âkıl, **a.g.e**, 19.

hukukunda“**kusur kriteri**”, sorumluluğun belirleyici unsuru durumundadır.²⁹ Buna karşılık borçlar hukukunda ise yukarıda da belirttiğimiz gibi kusur yegane sorumluluk kriteri olarak kabul edilmemekte bazı durumlarda kusuru ve zarar kasdı bulunmasa bile fail başkalarına verdiği zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. Esasen haksız fiil sorumluluğunun önemli bir kısmını da bu tür zararların tazmini oluşturmaktadır.

B. Sorumluluğun Amaçları

Kişinin başkalarına verdiği cismani, mali ve manevî zararlardan sorumlu tutulup bunlardan doğan zararları karşılaması temel ilkedir. Kişinin başkalarına zarar veren eylemlerinden sorumlu tutulmasında temel espri, zararın hiç doğmaması için kişilerin dikkatli olmalarını sağlamak, mağdurun cismani, mali ve manevî zarara uğraması durumunda bunları tazmin ve telafi etmek, kısaca hukuken mağdurun haklarını korumak ve güvence altına almaktır. Şimdi sorumluluğun hedeflediği amaçlar bakımından bu başlıkları kısaca açıklayalım.

1. Zararın Önlenmesi

Sorumluluk, özellikle İslam dini bakımından dini ve ahlaki sorumluluk öncelikle, zarar meydana geldikten sonra, bu zararın nasıl karşılanacağını değil, zararın hiç meydana gelmemesini amaçlar. Yani “ **zararı önleme ilkesi**”, başkalarının uğrayabileceği zarar riskini dikkate alarak insanların davranışlarında daha dikkatli olmalarına yönelik bir ön tedbir konumundadır. Bu nedenle, zararı önleme amacı aynı zamanda bir müeyyide işlevi görür. Zira kişinin kusurlu ve hukuka aykırı fiillerinden dolayı tazmin ile yükümlü tutulması onu, davranışlarına özen göstererek, başkalarına zarar vermemeye sevk eder. Ortaya çıkan zararın tazmin ve telafi edilerek mağduriyetin giderilmesi temel ilke olmakla birlikte zararın ortaya çıkmaması için gerekli tedbirlerin alınması, daha açık bir ifade ile zararın hiç ortaya çıkmaması da büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle sosyal hayatta insanları,

²⁹ Ebû Leyl, a.g.e, 4-6.

davranışlarında daha dikkatli olmaya yönlendirmesi bakımından zararı önleme ilkesi, özellikle kusur sorumluluğunda büyük önem taşımaktadır.³⁰

2. Zararın Denkleştirilmesi

Zarara maruz kalan mağdurun, uğradığı zararın karşılanması, hem bireylerin hukuk devletinde yaşadıklarını, uğradıkları haksız zararların devlet otorite ve müeyyidesi ile faile ödetileceği güvencesi ile, bireyin devlete olan güvenini güçlendirmekte ve tabii olarak ta kamunun düzen ve istikrarını sağlamaktadır. Bu durum hukukun en önemli genel amaçlarından birini oluşturur. Esasen “**tazminat hukuku**” adıyla da anılan “**sorumluluk hukuku**”nun temel amacı, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi yani denkleştirilerek tazmin edilmesidir. İslam hukukunda temel ilke, kimsenin zarara uğratılmaması, buna rağmen başkasına zarar verilmiş ise mağdurun uğradığı zararın, zarara sebebiyet veren fail tarafından karşılanmasıdır.³¹

3. Mağdurun Tazminat Talebinde Bulunma (mutalebe) Hakkının Bulunması

Sorumluluk hukukunun diğer bir amacı da mağdura “**hakkın takibi**” veya “**hakkın sürekliliği**”ni sağlamasıdır. Bu yönüyle sorumluluk hukuku, bir bakıma “ikame etme, yerine geçme” (**ta’vîd- ivazlandırma**) görevini ifa eder. Çünkü hukuk nizamınca korunan bir hakkın ihlali edilmesi durumunda ihlal edilen bu hakkın yerine, mağdurun (zarar görenin) zararı veren kişiye karşı sahip olduğu tazminat talebi geçmektedir. Başka bir ifade ile mağdurun ihlal edilen hakkı, tazminat hakkı şeklinde devam etmekte böylece mağdurun hakkı tazminat talebi hakkı ile sürdürülmektedir. Kısaca belirtmek gerekirse mağdurun sahip olduğu “**hakkın takibi**” veya “**hakkın devamlılığı**” fikri ile ihlal edilen hak, kendisine eşit bir

³⁰ Eren, a.g.e, II, 28

³¹ Eren, a.g.e, II, 27.

tazminat talebine dönüşmektedir. Tazminat talebi, ihlal edilen hakkın yerine ikame edilmektedir.³²

C. Genel Hukuk Bakımından Sorumluluk Türleri

Doğurduğu veya doğuracağı sonuçlar dikkate alınarak sorumluluk, farklı kriterlerden hareketle tasnif edilerek ele alınmıştır. Sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde din ve ahlak, kanun esas alınmıştır. Buna göre sorumluluk türlerini; ahlaki sorumluluk, cezai sorumluluk ve medeni sorumluluk olmak üzere üç ana başlık altında ele almak mümkündür.

Genel olarak sorumluluk kanundan doğan sorumluluk ve ahlaki sorumluluk (manevî sorumluluk) olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmıştır. Kanundan doğan sorumluluk ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından sorumluluk diye tasnif edilmiş, medeni sorumluluk ta akit sorumluluğu ve akit dışı sorumluluk olarak ayırımı tabi tutulmuştur.³³

1. Ahlaki Sorumluluk

Sosyal hayatta yapılması tasvip edilen veya kınanan davranışları konu edinmekle birlikte ahlakın alanı hukukun alanından daha geniştir. Bu nedenle hukuk ile ahlak arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Ahlak ile hukuk disiplini arasındaki en önemli ayrılık ise her birinin müeyyide (**yaptırım**) lerinin, farklılığıdır. Ahlaki yükümlülüklerle uyup uymamanın müeyyidesi doğrudan insanın kendi vicdanıdır. Kişinin toplumsal hayatta yüksek ahlaki ilkelere uyarak yaşamasına veya bu ilkelere aykırı davranışlarda bulunmasına öngörülen karşılıklar uhrevî mükafat veya ceza gibi tamamen manevî müeyyidelerdir. Karşılığında hukuki (dünyevi) bir müeyyide öngörülmediği için ahlaki sorumluluk, hukuk sisteminin düzenlediği cezai ve medeni sorumluluk kapsamında değerlendirilmemiştir. Buna karşılık hukuk

³² Eren, **a.g.e.**, 29; Tandoğan, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1981, 48-49.

³³ el-Hüseynî, Abdullatîf, **el-Mesûliyetu'l-Medeniyyetu a'ni'l-Ahtâi'l-Miheniyye**, eş-Şeriketü'l-Âlemiyyeu li'l-Kitâp, Beyrut, 1987, 21.

normlarının ihmal veya ihlal edilmesine ise hukuk nizamınca müeyyideler öngörülmüştür.³⁴

2. Hukuk Disiplini Bakımından Sorumluluk

Hukuk ilminde sorumluluk en genel bir ifade ile cezai ve medeni olmak üzere iki başlık altında ele alınmaktadır. Bu ayırımda en önemli ilke, ceza sorumluluğunda, ceza ehliyeti şartının aranmasıdır. Buna göre akıl hastalığı, yaş küçüklüğü vs.gibi ehliyeti ortadan kaldıran durumlar cezai sorumluluğu ortadan kaldıran birer sebep kabul edilirken, hukuki veya medeni sorumlulukta zarara sebep olan irade kasıtlı olsun olmasın, kişide ehliyeti ortadan kaldıran durumlar bulunsun veya bulunmasın, fail verdiği zararı tazminle yükümlü tutulmakta, kısaca hukuki sorumlulukta, ehliyet, ceza hukukunda olduğu kadar belirleyici olmamaktadır. Diğer taraftan borçlar hukuku bakımından, zararın ortaya çıkış biçimine göre sebep sorumluluğu (tesebbüb) ve kusur sorumluluğu veya kusura dayanan sorumluluk gibi farklı ayırımlar yapılmaktadır. Bu ayırıma bağlı olarak ortaya çıkacak hukuki hükümlerin ve tazmin biçimlerinin farklılığına, Tezimizin daha sonraki bölümlerinde detaylı olarak temas edeceğiz.

D. Sorumluluğun Borçlar Hukuku Ve Ceza Hukuku Bakımından Farklı Ele Alınmasının Önemi

1. Modern Hukukta

Bu iki sorumluluk arasında nitelik ve nicelik bakımından farklılıklar bulunmaktadır.

a) Borçlar hukukunda haksız bir fiilden dolayı meydana gelen zararı tazmin sorumluluğu söz konusudur. Kısaca borçlar hukukunda tazminden bahsedilmek için “somut bir zarar” ın bulunması gerekir. Ceza hukuku bakımından maddî bir zarar

³⁴ el-Hüseynî, **a.g.e**, 21-22; Ebû Sünne, Ahmed Fehmî, **en-Nazariyyâtü'l-Amme li'l-Muâmelât Fî'ş-Şerîati'l-İslâmiyye**, Matbaatu Dâri't-Te'lif, Mısır, 1967; 89-90.

doğurmasa bile sonucu suç sayılan bir fiile teşebbüs etmek cezaî sorumluluğu gerektirmektedir. Mesela adam öldürmeye teşebbüs bir suç olup öldürme gerçekleşmemiş olsa bile suça teşebbüs eden fail cezalandırılır.³⁵

b) Failin bir suça teşebbüsü zararlı bir sonuç doğurmasa bile ceza hukuku bakımından failin cezalandırılmasını gerektiren bir suç kabul edilirken; eğer teşebbüs karşı tarafa bir zarar vermemiş ise borçlar hukuku bakımından sorumluluk doğuran bir eylem kabul edilmemektedir. Çünkü ortada somut bir zarar söz konusu değildir.

c) Hukuki sorumluluğun doğması için kanuni delil esas alınır. Bu bakımdan kişinin borcunu kabul ve ikrar etmesi halinde davalı tazminle yükümlü tutulur. Ceza hukuku bakımından suçun ispatında vicdani delil temel bir prensip olduğundan sanığın suçu kabulü ve ikrarı olsa bile yargıçta suçun işlendiğine dair bir vicdani kanaat oluşmazsa suçluluğuna hükmedilmez.

d) Ceza hukuku bakımından suçu ortadan kaldıran cezayı hafifleten veya tamamen düşüren objektif ve subjektif sebepler bulunmaktadır. Örneğin ceza hukukunda cezai sorumluluk için temyiz kudreti şartı aranmaktadır. Ceza hukukunda suçun işlendiği tarihte yaşın küçüklüğü sorumluluğu kaldırır.³⁶

Buna karşılık hukuki sorumlulukta (tazmin sorumluluğu) temyiz kudretine sahip olma zorunlu değildir. Bu nedenle, bazı durumlarda mümeyyiz olmayanlar da haksız fiilden dolayı sorumlu tutulur.³⁷

e). Ceza hukukunda temel ilke “kanunsuz suç ve cezanın olmamasıdır.”³⁸ bulunmaktadır. Yani kanunda bir suçun unsurlarının oluşması gerekir.³⁹

³⁵ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, İstanbul Üniv.Hukuk Fak. Yayınları İstanbul, 1976, 443.

³⁶ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 444.

³⁷ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 443.

³⁸ Dağcı, Şamil, **İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1996.

³⁹ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 443.

2. İslam Hukukunda

a) Ceza hukukunda, suçtan doğrudan mağdur olan bireyin yanında, bütün toplumun da dolaylı olarak mağdur kabul edilmesine karşılık, borçlar hukukundaki hukuki ihlal doğrudan zarara uğrayan kişi ile sınırlıdır. Ceza hukuku bakımından doğrudan kamuya karşı işlenen suçlarda olduğu gibi bireye karşı işlenen suçlardan dolayı da (dolaylı olarak toplum suçun ikinci derecede) mağdur edildiği için her iki durumda da fail, cezai açıdan sorumlu tutulmaktadır.

b) Sorumlulukta bizzat zarar gören kişi tazmin talebinde bulunabilir. Tazmin talebi kişisel bir haktır. Ceza hukukundaki kamusal talebe karşılık borçlar hukuku bakımından, zarara maruz kalan kişinin tazmin bedeli de bireyseldir. Cezanın uygulanmasını suçun mağduru talep eder, suçun cezasını ise ancak devlet (yetkili makam) infaz eder.

c) Ceza hukukunda hadlerden dolayı suçluyu affetme veya onunla anlaşma (sulh) caiz değildir. Zira burada kamu hakkı söz konusudur. Ancak kısas ve diyet cezası gerektiren suçlarda suçun mağduru suç faili mali bir bedel karşılığında veya karşılıksız affedilebilir. Borçlar hukukunda zarar gören kişinin hakkı olan tazmin konusunda zarar verenle anlaşma (sulh) veya tazminde indirim yapması yahut tamamen vaz geçmesi mümkündür.

d) Kusur (manevî unsur) ceza hukukunda suçun unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Kusurluluğun derecesine göre (kasıt, taksir, kastın aşılması) faile uygulanacak ceza da değişmektedir. Ceza hukukunda cezaî sorumluluğun doğması için kusur (kast) aranmasına karşılık borçlar hukuku bakımından, hukuki sorumluluğun doğması için failin eylemi kasıtlı olarak yapması şart değildir. Bu nedenle kasıtlı veya kasıtsız olarak haksız bir fiil sonucunda zarar oluşursa sorumluluk doğar.⁴⁰

⁴⁰ es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *el-Vecîz fî Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, Dâru'n-Nehdeti'l-Arabiyye, Kahire, 1966, 844-845; Ferec, Tevfik Hasan, *en-Nazariyyatu'l-Âmme li'l-İltizâm fi Masâdiri'l-İltizâm*, Beyrut, ty, 360-361; Sultan, Enver, *a.g.e.*, 283.

e) Ceza hukukunda suçların ve cezaların kanuniliği başka bir ifade ile suç ve cezanın kanuniliği temel ilkedir.⁴¹

II. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN

SORUMLULUK TÜRLERİ

Sorumluluk biçimleri hem İslam hukukunda hem de çağdaş hukukta farklı başlıklar altında ele alınmıştır. Burada sorumluluk türlerini önce modern hukuk açısından sonra da İslam hukuku açısından kısaca ele alacağız.

A. Modern Hukuk Açısından

En genel hatlarıyla borçlar hukukunda sorumluluk türleri **akdi sorumluluk** (akitten doğan sorumluluk) ve **haksız fiil sorumluluğu** olmak üzere iki başlık altında ele alınmaktadır.

1. Akdi Sorumluluk

Akdi sorumluluk, bir hukuki muameleden özellikle bir akitten doğan borçlarda tarafların akdin gereğini yerine getirme zorunluluğunu (belli yükümlülükleri yerine getirmesini veya belli davranışlardan kaçınmasını) ifade eder. Bu tip sorumluluğa **sözleşmeden doğan sorumluluk** da denilmektedir. Akdi sorumlulukta taraflar, kendi iradeleriyle akit yaparak bir borç ilişkisinin doğmasını sağlamaktadırlar. Bu sorumlulukta, tarafların mümeyyiz ve reşit olması veya kanuni temsilcilerinin icazet ve onayının bulunması gerekir.⁴²

Akdi sorumlulukta taraflar kendi uhdelerine terettüp eden hukuki yükümlülüğü yerine getirmedikleri takdirde bundan doğacak zararı tazminle sorumlu tutulurlar. Söz gelimi mal veya eşyasını, kira karşılığı başkasına veren kişinin, bu eşyayı kullanabilir bir halde kiracıya teslim etmesi, bayiin, sattığı eşyayı müşteriye teslim etmesi gerekir. Bu bakımdan kiralayanın, kiraya verdiği eşyayı kullanıma

⁴¹ Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, 8.

⁴² Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 450-451.

uygun ve elverişli bir durumda bulundurmaması veya satıcının, sattığı eşyayı alıcıya teslim etmemesi veya geç teslim etmesi⁴³ akdî sorumluluk doğurur.

Akdî sorumlulukta borçlu, akit ile taahhüt ettiği bir yükümlülüğü yerine getirme veya belli fiil ve davranışlardan kaçınma yükümlülüğüne riayet etmemesi durumunda akitte belirtilen esaslara aykırı davrandığı için sorumlu tutulur.

Akdî sorumluluktan zincirleme (müteselsil) sorumluluğun doğabilmesi için, bu durumun (müteselsilen sorumlu olma durumunun) akit sözleşmesinde belirtilmesi gerekir. Ayrıca akdî sorumlulukta alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etme zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴⁴

2.Haksız Fiil Sorumluluğu

Genel olarak haksız fiil (**torts**), bir hukuk kaidesini ihlal eden veya başka bir ifade ile bir hukuk ilkesine aykırılık taşıyan fiil demektir.⁴⁵ Teknik anlamda haksız fiil ise, fail ile zarara uğrayan kişi arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmaksızın doğrudan doğruya kanun tarafından teminat altına alınan başkasına ait bir hakkın ihlal edilmesini ifade etmektedir. Başkasına ait olan hakkın ihlali, mağdur ile haksız fiilin faili arasında ortaya çıkan zararın tazminini emreden bir borç ilişkisi (**vecibe, bağlam, obligation**) doğurur. Bir kişinin ister kasten isterse ihmal, dikkatsizlik (**teseyyüp**) ve tedbirsizlik ile başka şahıslara verdiği zararların tazmin ile yükümlü tutulması, sonucu başkasının zararına yol açan fiili haksız fiile örnek verilebilir. Şu ayrıntıyı dikkate almak gerekir ki hem akit ilişkisinden, hem de haksız fiilden dolayı taraflar arasında borç ve yükümlülük doğmakla birlikte akdî sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. En önemli fark ise akdî sorumlulukta taraflar arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin bulunması ve borcun kaynağını da bu borç ilişkisinin oluşturulmasıdır. Haksız fiil sorumluluğunda

⁴³ Tunçomağ, Kenan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, I, Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, 254, İnan, Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, 261.

⁴⁴ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 451-452; Eren, **a.g.e**, II, 22.

⁴⁵ Muslehuddin, Muhammed, **Concept of Civil Liability**, 29.

ise, taraflar arasında önceden kurulmuş herhangi bir akdi ilişki (bağ) bulunmamakla beraber birinin eylemi, diğerinin zararına sebep olmaktadır. Sorumluluğun kaynağını da işte bu haksız eylem oluşturmaktadır.

Akdi sorumluluğun aksine haksız fiillerde zarar gören mağdur, failin kusurunu ispat etmek zorundadır. Bundan dolayı haksız fiil sorumluluğuna, **kusur sorumluluğu** da denilmektedir. Haksız fiil sorumluluğunda zincirleme (müteselsil) sorumluluk, bir zarara birlikte sebebiyet verildiğinden dolayı meydana gelir.⁴⁶

B. İslam Hukuku Açısından

Çağdaş borçlar hukukunda borcun kaynaklarına ilişkin yapılan, **akitten doğan sorumluluk** ve **kusur sorumluluğu** biçimindeki ikili ayırma karşılık; klasik fıkıh kitaplarında sorumluluğun mahiyeti ve konusu hakkında detaylı bir sistematik ayırım görülmemektedir. Bununla birlikte, klasik fıkıh kitaplarının konu ile ilgili fasıllarının satır aralarında bir takım ayrımlar yapıldığı dikkati çekmektedir. Çağdaş metotlarla yazılmış İslam hukuku eserlerinde ise borcun kaynaklarının, çağdaş borçlar hukukunda yapıldığı gibi akdi sorumluluk-haksız fiil sorumluluğu başlıkları altında ele alındığı müşahade edilmektedir.⁴⁷

Fıkıh kitaplarının, **damânu'l-mütlefât**, **gasp** ve **itlâf** fasıllarında yer alan örneklerden hareketle klasik İslam hukukçularının; terim olarak zikretmemekle birlikte, içerik olarak **akit sorumluluğu** ile **akit dışı sorumluluk** (haksız fiil sorumluluğu) arasında ayırım yaptıklarını ifade etmek mümkündür. Bu bakış açısından hareketle İslam hukukçularının akdi sorumluluk ve haksız fiil sorumluluk ayırımında esas aldıkları ilkelere de kısaca atıf yapmak istiyoruz.

⁴⁶ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, s.451-452

⁴⁷ es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, **el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî'l-Cedîd**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, ty, 748-749.

1. Akdi Sorumluluk

a) İslam hukukçularına göre akit, kaynağını tarafların hukuka uygun (meşrû) iradesinden aldığı için, akitten doğan sorumluluk da kaynağını, tabii olarak hukuktan; hukuka uygun olarak gerçekleştirilen meşrû bir akitten almaktadır. Akit sorumluluğundan doğan tazminde, akdin konusunu (**el-ma'kûd aleyh**) oluşturan eşya, hizmet veya mal esas alınır.

b) Akit sorumluluğunda akde muvafakat etmek (**icâze**),⁴⁸ akdin bizzat kendisine dahil olup akdin kuruluşu (**in'ikâdı**) için zorunlu görülmektedir. Çünkü akde rıza ve muvafakat, bir bakıma akdin kurucu unsuru durumundadır. Mesela, tarafların (kiralayan, kiracı) kira (**icâre**) akdine muvafakat etmeleri durumunda akdi gerçekleşir ve bu durumda akdin gereğini yerine getirmemeleri akdi mesuliyet doğurur.

c) Akit sorumluluğunda akde konu olan mal veya eşyanın nitelikleri değil, bizzat kendisi (**a'yn**) esas alınmaktadır.⁴⁹

d) Akdi sorumluluktan doğan tazminde esas itibarıyla malın muayyen misli veya kıyemî olması esas alınmaktadır. Akde konu olan asıl mal (**el-muavvad minh**) ile, tazmin yolu ile bu malda meydana getirilen zararın yerine ikame edilen bedel (**muavvad**) arasında bir benzerlik (**mümâsele**) gerçekleşir. Kısaca mal muayyen ise aynen, misli ise misli ile, kıyemî ise kıymet değeri ile tazmin edilir.

e) İslam hukukçuları, akitten dolayı bir sorumluluğun doğması için, akde konu teşkil eden malın akit yapanın (**âkid**) zimmet ve uhdesinde (yani sorumluluğu altında) olmasını şart koşmuşlardır. Buna göre başkası adına çalışan (işçi-

⁴⁸ Hammâd, Nezih, **İktisadi Fıkıh Terimleri**, (Trc.Recep Ulusoy) İz Yayınları, İstanbul, 1996, 141.

⁴⁹ el-Bâbertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmud, (ö.786/1384) **Şerhu'l-Înâye alâ'l-Hidâye**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty, IX, 328; Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde (ö.1355/1936), **Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, (Arapça çv. El-Mehâmî Fehmî el-Hüseynî), Beyrut, ty, II, md.900 şerhi, 493. Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö.483/1097) **el-Mebsût**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1993, XI, 80; Kadızâde, Şemsuddîn Muhammed b.Koca, (ö.988/1580), **Netâicu'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr Tekmiletî Fethi'l-Kadîr**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty, VII, 371; el-Haffî, Alî, (ö.1371/1952) **ed-Damân fî'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Matbaatu'l-Cebelavî, by, 1971, I, 19; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, s. 70.

müstahdem) ın, yaptığı işte herhangi bir kusuru olmaksızın bir zararın meydana gelmesi durumunda, işçi aleyhine tazmin yükümlülüğü doğmamakta; zarar istihdam eden kişi (işveren) ye ait olmaktadır. Buna karşılık işverenin uğradığı zarar yapılan işin doğasından değil, çalıştırdığı işçinin veya müstahdemin şahsî kusurundan kaynaklanıyorsa bu durumda işçi zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır.⁵⁰

f) Akitten doğan zararların tazmini konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıklarının bulunduğu dikkati çekmektedir. Genel görüşe göre akit gerçekleşmedikçe akdî sorumluluk da tazmin de söz konusu olmaz. Buna göre üçüncü bir şahsın, velisinin iznini almaksızın kendi mal veya eşyasını doğrudan emanetçiye değil onun küçük çocuğuna emanet veya ödünç (**iâre**) olarak bırakması ve bu eşyaların da çocuk tarafından itlâf edilmesi durumunda, çocuğun velisi tazmin ile yükümlü değildir. Çünkü bu durumdaki çocuk, babasının velayeti altında yaşadığı için esasen sorumluluk sahibi değildir. Mal veya eşya ise çocuğun, velayeti altında yaşadığı ve sorumluluk ehliyetini haiz olan kişiye (çocuğun velisine) teslim edilmemiştir.⁵¹ İbn Âbidîn bu durumu akit sorumluluğu kapsamında değerlendirerek çocuğun akit yapma ehliyetine sahip olmadığı için, tazmin ehliyetine de sahip olmadığını ifade ederken Ebû Yûsuf' bu durumu haksız fiil sorumluluğu (**damânu'l-itlâf**) kapsamında değerlendirmiş ve çocuğun haksız fiili ile başkasına verdiği zararı velisinin tazmin ile yükümlü olduğu görüşünü benimsemiştir.⁵²

⁵⁰ İbnu'l-Humâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvehhab es-Sivâsî, (ö.861/1456), **Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y, IX, 122-127; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn (ö.1252/1836), **Reddu'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr**, Karaman Yayınları, İstanbul, 1984., VI, s.67; Bu konuda geniş bilgi için bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, XV, 82; et-Trablusî, Alâuddîn Ebi'l-Hasan Ali b.Hâlid (ö.844/1440), **Muî'nu'l-Hukkâm fî mâ yetereddudu beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkâm**, Dâru'l-Fikr, 200; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebu Bekr b.Mesûd (Ö.587/1191), **Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's-Şerâi**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut 1974, IV, 210.

⁵¹ Bağdâdî, Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed (ö.1030/1620), **Mecmau'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâmi'l-A'zâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'man**, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut, 1987, 423; el-Hamevî, **a.g.e** , III, 169; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 146; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, İtlaf Md. Vizâretu'l-Avkâf ve's-Şûunu'l-İslâmiye, Matbaatu'l-Mevsûatu'l-Fıkhiyye, Kuveyt, 1980, I, 226, XVII, 89.

⁵² İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 146.

2.Haksız Fiil Sorumluluğu

İslam hukukçuları, haksız fiilleri; önce **şahıslara karşı işlenen haksız fiiller** (adam öldürme ve müessir fiiller) ve **mülkiyete karşı işlenen haksız fiiller** (hayvanlara ve eşyaya yönelik zararlar) olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutarak her birini ayrı ayrı başlıklar altında ele almışlardır. Ayrıca, şahıslara karşı işlenen haksız fiilleri adam öldürme ve müessir fiiller (**katl**, **cerh** ve **darb**); mülkiyete (hayvanlara ve eşyaya) yönelik haksız fiilleri ise kendi içinde **gasp** ve **itlâf** olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutmuşlardır.⁵³ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, gerçek şahıslar akde konu olmadıkları için şahıslara verilen cismânî zararlarda akdi sorumluluktan bahsetmek imkansızdır. Şahısların hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlar sebebiyle suçun takip ve kovuşturulması ceza hukukuna konu teşkil etmektedir. Akdi sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu ise konusu (**mahal**) itibarıyla birbirinden ayrılmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunun konusunu münhasıran mal sayılan şeyler oluşturmaktadır.

a) Haksız fiil sorumluluğunda zararda veya itlâfa konu olan malın ya da eşyanın **mislî** veya **kıyemî malın** olmasına göre tazminin de misli veya kıyemî bir mal ile olması temel ilkedir. Yani itlâf edilen mal, mislî mal ise zararın mislî ile; kıyemî mal ise kıymetiyle tazmin edilmesi gerekir.

b) Haksız fiil sorumluluğunda mağdurun, itlâfa rıza ve muvafakatinin failden tazmin sorumluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı konusu tartışılmıştır. Bu konuda Hanefî hukukçular arasında, görüş birliğinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bazı Hanefî hukukçular mağdurun itlâfa izninin, failden tazmin sorumluluğunu kaldırmayacağı görüşünü benimsemişler ancak doktrinde genel olarak mağdurun, malının itlâf edilmesine izin vermesinin failden tazmin sorumluluğunu düşüreceği görüşü tercih edilmiştir.⁵⁴

⁵³ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 233.

⁵⁴ Kâsânî, **a.g.e**, IV, 177; Bağdâdî, **a.g.e**, 400; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 197; Ahmed, Süleyman, **a.g.e**, 71, et-Tuncî, Abdusselâm, **Müessesetu'l-Mesûliyeti's-Şer'ati'l-İslâmiyye**, Cemiyetu'd-D'aveti'l-İslâmiyyeti'l-Âlemiyye, Trâblus, 1994, 79.

c). İslam hukukçuları, haksız fiil sorumluluğuna konu oluşturması açısından zarar gören malın, doğrudan mâlikînin zilyed veya mülkiyetinde iken zarar görmesiyle, başkasının zimmet ya da kullanımında (**zilyed**) iken zarar görmesi arasında her hangi bir fark görmeyerek⁵⁵ her iki durumda da zarar gören malın tazmin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Çünkü haksız fiil sorumluluğunda malı kendi mülkiyetine geçirmek amacıyla zorla alma (**gasp**) veya tamamen yok etme (**itlâf**) veya tahrip etme durumlarında fail verdiği zararı tazmin ile yükümlüdür.

Sonuç olarak denilebilir ki, her ne kadar, birer teknik terim (istilâh) olarak **haksız fiil sorumluluğu** veya **akit sorumluluğu** kavramları kullanılmamış ise de, fıkıh kaynaklarında verilen örnekler dikkatle tahlil edildiğinde, İslam hukukçularının, içerik olarak çağdaş hukuktaki haksız fiil sorumluluğu ile akit sorumluluğu konularını detaylı olarak incelediklerini ve bu konuda zengin bir kavram ve literatür oluşturduklarını ifade etmek mümkündür. Zira klasik fıkıh kitaplarında haksız fiil türleri, hem de bunların tazmini konusunda ince ayrıntıları (nuance) dikkate alan Arapça terimin kullanıldığı dikkati çekmektedir.

C. Akit Sorumluluğu Ve Haksız Fiil Sorumluluğu Ayırımında Esas Alınan Kriterler

İslam hukukçuları bir takım kriterlerden hareketle akit sorumluluğu ve haksız fiil (kusur) sorumluluğunun sınırlarını ve her iki sorumluluk biçimi arasındaki benzerlik ve farklılık ilişkilerini ortaya koymaya gayret etmişlerdir. Bu kriterleri, ehliyet, tazmin ve sorumluluğun paylaşılması olmak üzere üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Şimdi, akit sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu ayırımında dikkate alınan bu kriterleri kısaca tahlil etmeye çalışalım.

1. Ehliyet Kriteri

Akitten doğan sorumluluğun ve haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını belirlemede esas alınan en önemli kriterlerinden birisini ehliyet oluşturmaktadır.

⁵⁵ et-Tarablusî, a.g.e, 200.

Burada **ehliyet** kavramından, **eda ehliyeti** kast edilmektedir. Bilindiği gibi eda ehliyeti, kişinin hukuki işlem tesis edebilme ve akit yapabilme ehliyet ve yeteneğine sahip olmasını ifade etmektedir. Bu nedenle, hukuki tasarrufların sıhhati için kişinin eda ehliyetine sahip olması şartı aranmıştır. Çünkü eda ehliyeti, akıl ve irade, başka bir ifade ile temyiz yeteneğine sahip olma (kasıt-idrak) ile doğrudan ilgilidir. Bu yeteneklerden yoksun olan kişinin hukuki bir işlemde (**et-tasarrufu's-şer'i**) ya da bir akitte taraf olması hukuken uygun görülmemiştir. Temyiz gücüne sahip olmayan (**gayr-ı mümeyyiz**) küçük çocuğun kendi yararına olsa bile tasarrufları hukuken kabul edilmemiştir. Bu nedenle hanefî hukukçular akdin kurulması (**in'ikadı**) ve geçerliliği (**sihhat**) için tarafların temyiz güç ve yeteneğine sahip olmalarını ve akdin anlam ve maksadını kavramlarını şart koşmuşlardır. Buna göre yaş küçüklüğü veya temyiz yeteneğine sahip olmama sebebiyle akit yapma ehliyetine sahip olmayan, ya da borçlu olması sebebi ile tasarrufları kısıtlanarak hacir altına alınan borçlu kişinin (**el-mahcûr aleyh**) yaptıkları akitler hükümsüz (**bâtıl**) kabul edilmiştir. Çocuğun veya temyiz yeteneği olmayan kişinin, kanuni temsilcisinin izin ve onayını almaksızın doğrudan gerçekleştirdiği tasarrufun veya akdin kendisine salt fayda sağlaması veya zarar vermesi yahut fayda ile zarar arasında bir konumda bulunmasının yaptığı akdin doğuracağı hüküm bakımından herhangi bir farklılığı söz konusu değildir.⁵⁶

Diğer taraftan, çocuğun ve akıl hastası (**mecnûn**)nın sözlü tasarrufları geçersiz sayıldığı gibi bu kişilerin ceza ehliyetleri de bulunmadığı için cezai sorumluluklarının da olmadığı kabul edilmiştir. İslam hukukçuları bu konuda. Peygamberimizin (s.a.v): “**üç kişiden; bulug çağına gelinceye kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyan kişiden ve iyileşinceye kadar akıl hastasından sorumluluk kaldırılmıştır.**”⁵⁷ hadisini esas almışlardır. Bu hadisten sözü edilen

⁵⁶ el-Ebyânî, Muhammed Zeyd, **Şerhu'l-Ahkâmi's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye**, Matbaatu Ali Sükker Ahmed, Mısır, 1911. Md.483.

⁵⁷ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b.İsmail (ö.256/869), **el-Câmiu's-Sahîh**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, Hudûd, 22; Ebû Dâvud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî, el-Ezdî, (ö.275/889), **es-Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, Hudûd, 17; Tirmizî, Hudûd, 1; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e.**, 6/101, 143.

kişilerin sözlü ve fiili tasarruflarının bağlayıcı hüküm doğurmayacağı ve cezaî sorumluluklarının olmadığı anlaşılmaktadır.

Temel ilke olarak gayri mümeyyiz kişilerin cezai sorumluluğu bulunmadığı kabul edilmekle birlikte bunların haksız fiil ile başkalarına mali zarar vermeleri durumunda, bu zararı karşılamakla (**tazmin-ğarâme**) şahsen sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Mali tazmin gerektiren ve haksız fiil kapsamında yer alan diğer durumlarda da gayri mümeyyiz küçük çocuklar, hükmen mümeyyiz (ehliyet sahibi) büyükler gibi kabul edilmiştir. Çünkü gayr-i mümeyyiz çocuğun **vücub ehliyeti** (hak ehliyeti) bulunmaktadır. Vücub ehliyeti, kişinin lehine ve aleyhine olan hakların sübutuna selahiyeti şeklinde tanımlanmaktadır. Bu, kişinin haklara ve borçlara ehil olması demektir. Miras payına, mülkiyet hakkına ve benzeri haklara sahip olma da bu ehliyete dayandığı gibi, haksız fiilden doğan tazminat borcu ile mükellef olma da bu bu ehliyete dayanmaktadır.⁵⁸ Vücub ehliyetinde kişi, kendi lehine doğacak hakları elde etmeye ehil olduğu (**ilzâm**) gibi, aleyhine olan hakları da elde etmeye (**iltizâm**) ehildir. Bu temel hükme dayanarak gayr-i mümeyyiz çocuğun kendi lehine doğacak hakları elde etmeye ehil olduğu gibi, başkalarına karşı sorumluluk üstlenmeye de ehil olduğunu ifade etmek gerekir. Yani gayr-i mümeyyiz çocuk, lehine olan hukuki tasarruflarda başkalarını sorumluluk altına sokma ve hak sahibi olma yeteneğine sahip olduğu gibi (**ilzâm**); başkalarına karşı kendisi borç altına girebilme ve sorumluluk üstlenme (**iltizâm**) yeteneğine sahiptir. Bu nedenle, gayr-i mümeyyiz çocuk, haksız fiillerinden doğan zararları tazmin edeceği kabul edilmiştir. Çünkü çocuğun vücub ehliyetine sahip olması demek, aynı zamanda onun maddî tazminle yükümlü olması demektir. Çocuğun yükümlü tutulmasının nedeni kamu menfaatinin esas alınmış olmasındandır.⁵⁹

⁵⁸ Cin-Akgündüz, Cin-Akgündüz, Halil-Ahmed, **Türk İslam Hukuk Tarihi**, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990, II, 16.

⁵⁹ Buhârî, Alâuddin Abdulaziz b.Ahmed b.Muhammed, (ö.730/1330) **Keşfu'l-Esrâr Şerhu Usûli'l-Pezdevî**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabiye, Beyrut, 1997, IV, 398; et-Taftazânî, Sa'duddîn Mesûd Ömer, b. Abdillâh (ö.793/1390), **Şerhu't-Telvîh alâ't-Tavzîh**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, ty, II, 161-168; Şa'bân, Zekiyuddîn, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, (trc. İbrahim Kafi Dönmez), Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1990, 250; Aydın, M.Âkif, **Türk Hukuk Tarihi**, Beta, 1999, İstanbul, 218; Cin-Akgündüz, Halil-Ahmed, **Türk İslam Hukuk Tarihi**, Timaş Yayınları,

2. Tazmin Kriteri

Akit, akdin taraflarının karşılıklı irade beyanlarına (rıza ve muvafakalarına) dayanmaktadır. Bu nedenle akitten doğan sorumluluk karşılıklı hak ve sorumluluklarını esas alır, akitten doğan güven ve garanti (tazmin) de, denklik esası üzerine kurulmuştur. Akit, akde konu olan şeyin getireceği kâr ve artışları (**ribh**) değil, akde konu olan ayn'ın doğrudan kendisini korunmasını amaçlamaktadır. Akde konu olan somut eşyanın (**ayn**), tamamen yok olması veya kısmen zarar görmesi durumunda, zarar gören tarafın uğradığı zararın giderilmesi gerekir. Buna karşılık, haksız fiil sorumluluğunda ise sadece zarar gören veya yok edilen mal veya eşyanın aynen, misli ile veya kıymet bedeli ile karşılanması ile yetinilmemekte, aynı zamanda haksız fiil sebebi ile mahrum kalınan kârın ve maldan kaynaklanacak tabii artışların tazmini de gerekli görülmektedir. İslam hukukçuları, tazmin kriterini, Kur'an-ı Kerim'de ifadesini bulan “**zararı giderme**” ve “**zararı dengi ile izale etme**”⁶⁰ ilkeleri ile temellendirmişlerdir.

3. Sorumluluğu Paylaşma Kriteri

Sorumluluğun paylaşılması (**et-tedâmun**) akit yapan taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu da akdin türü ve mahiyetine göre farklılıklar arz etmekle birlikte hanefî hukukçulara göre **mufâvada şirketindeki** ⁶¹ ortakların şirketin yaptığı işlemlerden doğan sorumluluğu paylaşmaları, buna örnek verilebilir. Çünkü mufavada şirketlerinde ortaklıkta ortaklar arasında mal, tasarruf ve borçlarda eşitlik söz konusudur. Ortaklardan birinin yaptığı ticaret, diğer ortaklar için de geçerli olduğu gibi, mufavada ortaklığında ortaklıkların birinin yaptığı vekalet ve

İstanbul, 1990, II, 16; Karaman, Hayrettin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, Nesil Yayınları, İstanbul, 1987, II, 179; ez-Zerkâ', **a.g.e**, II, 739-740.

⁶⁰ **Şûrâ**, 40.

⁶¹ Birden fazla şahsın, sermaye miktarı ve kâr payı başta olmak üzere, her konuda eşit olmaları şartıyla kurdukları şirkete denir. (Cin-Akgündüz, **a.g.e**, II, 328.)

kefâlet anlaşmaları diğer ortaklar için bağlayıcı hüküm doğurmaktadır.⁶² Buna karşılık haksız fiil sorumluluğunda ise haksız fiil işleyen kişi, işlediği fiilinden şahsen tazmin ile sorumludur. Haksız fiili ile başkasına zarar vermesi durumunda haksız fiilin faili yerine bu fiili işlemeyen başka bir kişiyi tazmin ile sorumlu tutmak mümkün değildir. Kur'an-ı Kerim de “**herkesin, kendi fiili karşılığında rehin olduğunu**”⁶³ ve “**hiç kimsenin başkasının suç ve günahından sorumlu olmadığını**”⁶⁴ belirtmiş, suçların ve cezaların şahsiliğini açık olarak ortaya koyarak haksız fiil işleyen kişinin fiilinden dolayı başkalarının sorumlu tutulamayacağını tasrih etmiştir.⁶⁵

III. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN

SORUMLULUK KAYNAKLARI

Modern hukuk kitaplarında, sorumluluğun kaynakları veya nedenleri biçiminde ele alınan bu konuyu “sorumluluk doğuran nedenler” şeklindeki tasnifi esas alarak İslam borçlar hukuku açısından borcun kaynaklarını aynı başlık altında ele almayı uygun gördük. Bilindiği gibi Türk borçlar hukuku doktrininde sorumluluk nedenleri ya da sorumluluğun kaynakları; **akit sorumluluğu** ve **akit dışı sorumluluk** şeklinde ikili bir tasnife tabii tutulmuştur. Akit dışı sorumluluk da kendi içinde ayrıca **kusur sorumluluğu** (dar anlamda haksız fiil sorumluluğu) ve **kusursuz sorumluluk** (kusura dayanmayan sorumluluk) olmak üzere detaylandırılmıştır. İslam hukuku bakımından da aynı ayırımı esas alarak incelemeye çalışacağız.

A. Akitten Doğan Sorumluluk

Akitten doğan sorumluluk (**borç - iltizâm**), iki veya daha fazla kişi arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanır. Akdi sorumlulukta akdi oluşturan tarafların

⁶² Serahsî, **a.g.e**, XI, 153; Kâsânî, **a.g.e**, VI, 73; el-Bâbertî, **a.g.e**, VI, 156; Bağdâdî, **a.g.e**, 297; Şeyhzâde, Abdurrahman b. Şeyh, Muhammed b. Süleymân (ö.178/1667); **Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Multekâ'l-Ebhur**, Dâru İhyâi't- Turâsi'l-Arabî, Beyrut, ty, I, 717.

⁶³ **Necm**, 53/38.

⁶⁴ **Enâm**, 6/168.

⁶⁵ Kâsânî, **a.g.e**, VII, s. 281.

belli bir eylemi veya eylemleri yapma (**îfa**) veya yapmama (**kaçınma-imtinâ'**) yükümlülükleri bulunduğu için, tarafların ifa etme veya terk etme yükümlülüğüne uymamaları, bir sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmiştir. Esasen borçlar hukuku bakımından yükümlülüğün (**iltizâm, borç, sorumluluk**) kaynağını, gerçekleştirdikleri akit ile tarafların kendi iradeleri ile yerine getirmeyi taahhüt ettikleri bu “**yapma-yerine getirme**” veya “**kaçınma ve terk etme**” biçimindeki ortak beyanları oluşturur. Bu bilgilerden hareketle bir akit ilişkisinden hukuki bir sonucun doğması için, akdi oluşturan tarafların, kendi iradeleri ile, karşılıklı hak ve yükümlülük doğuracak birtakım davranışlarda bulunmalarının, kısaca birtakım edimleri yerine getirmelerinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Akitten kaynaklanan borç ilişkisi, taraflar arasında öyle bir hukuki bağ oluşturmaktadır ki, bu bağ tarafları, karşılıklı olarak hak ve sorumluluk sahibi kılmaktadır. Böylece taraflardan her biri hak sahibi olarak hukuken diğerinden bir takım yükümlülükleri yerine getirmesini istemekte; buna mukabil akdin diğer tarafına karşı kendisi bir takım yükümlülükler altına girmektedir. Bu bakımdan borç ilişkisi, borçlu açısından bir yükümlülüğü (**obligation**), yani borcu; alacaklı açısından da bir hakkı (**right**) ifade etmektedir. Örneğin konusu satım akdi olan bir borç ilişkisinde satıcının sattığı malın (**mebi'**) bedelini müşteriden istemesi hakkı; buna karşılık sattığı malı müşteriye teslim etmesi ise yükümlülüğü, yani borcudur. Müşteri açısından bakıldığında ise durum farklı değildir. Yani müşterinin satın aldığı malı kendisine teslim etmesini satıcıdan istemesi hakkı; buna karşılık satın aldığı malın bedelini satıcıya ödemesi ise, yükümlülüğü yani borcudur. Kısaca ifade etmek gerekirse akitten kaynaklanan borç ilişkisinde taraflar, birbirlerine karşı hem hak hem de sorumluluk sahibi konumundadırlar.⁶⁶

Akdin gerçekleşmesinden sonra akde konu olan malın, müşteriye tesliminden (**kabz**) önce yok olması durumunda satıcı, yok olan malın bedelini tazmin ile yükümlüdür. Malın, müşteriye tesliminden önce, herhangi bir hasara uğraması veya uğradığı zarar dolayısı ile malın değerinde azalma söz konusu olması durumunda satıcı, ayrıca zarardan doğan değer kaybını bedel olarak tazmin ile yükümlüdür. Akit

⁶⁶ Dağcı, Şamil, **Fıkıh**, Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Yayınları, Ankara, 2006, 172.

sorumluluğunun bu özelliği onun, haksız fiilden (özellikle gasp) dan doğan sorumluluktan farklı olduğunu ortaya koyar.

Tamamen yok olması veya kısmen zarara uğraması durumunda, malın tazminini güvence altına almayı amaçlayan ve Hanefî hukukçular tarafından **kefâlet**; cumhur-i fukaha tarafından ise **damân** olarak isimlendirilen **garanti amaçlı akitler** (kefâlet akitleri), akdi sorumluluk kapsamında yer aldıkları gibi garanti ve güvence amacından ziyade mülkiyet ve kazanç (rıbh) amaçlı olan ve taraflara karşılıklı hak ve borç yükleyen satış, sulh, ikraz vb. akitler de akdi sorumluluk doğuran hukuki işlemler arasında yer almaktadır. Ayrıca başkasının zimmetine emanet olarak bırakılan, vedia; ortaklık ve temsil esasına dayanan şirket ve vekalet gibi akitler; kira akdi (icâre) ve rehin akitlerinde de akdin gereği yerine getirilmediğinde, sorumluluk doğmaktadır.⁶⁷

B. Akit Dışı Sorumluluk

Akde dayanmayan başka bir ifade ile akitten kaynaklanmayan sorumluluk, genellikle haksız fiil sonucunda ortaya çıktığı için, bu tür akit dışı sorumluluklar için, “**akit dışı sorumluluk**” terimi de kullanılmakla birlikte doktrinde genel olarak “**geniş anlamda haksız fiil**” terimi de kullanılmaktadır.

Geniş anlamda haksız fiilden doğan sorumluluk; **kusura dayanan sorumluluk** ve **kusura dayanmayan sorumluluk** olmak üzere iki farklı kategoride ele alınmaktadır. Ayrıca kusura dayanmayan sorumlulukta, failin zarar kastı bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın sebep olduğu zarardan sorumlu olması ilkesi hakim olduğundan doktrinde “**kusura dayanmayan sorumluluk**” kavramı yerine **sebepe (tesebbüb) sorumluluğu** veya **kusursuz sorumluluk** kavramları da kullanılmaktadır.

Kusura dayanan sorumlulukta faili, fiilinden sorumlu tutmak için kusur şartı aranmaktadır. Kusurda ise en önemli unsur eylemin bilinçli olarak işlenmesi, başka

⁶⁷ Feydullah, Muhammed Fevzi, *Nazariyyatu'd-Dimân fi'l-Fıkhı'l-İslâmi'l-Âmmi*, Mektebetu Dâri't-Turâs, Kuveyt, 1984, 25; el-Âkıl, a.g.e, 40.

bir ifade ile failin akıl ve irade yeteneğine sahip olmasıdır. Esasen “**dar anlamda haksız fiil**” ifadesinden de bu tür haksız fiiller kast edilmektedir. Örneğin haksız fiiller kapsamında mütalaa edilen sebep sorumluluğunda; failin eylemi bilinçli olarak işlemesi şartı aranmamakta, ortaya çıkan zarar, failin eyleminden kaynaklandığı sürece, zarar verme kastı olmazsa bile fail, sebep olduğu zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. Bu nedenle de bu tür haksız fiillerden doğan sorumluluğa, “**sebeb sorumluluğu**” denilmektedir. Her ne kadar doktrinde haksız fiil teriminden, kusura dayanan sorumluluk anlaşılmakta ise de, tazmin yükümlülüğü doğurması açısından sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğu arasında fark bulunmamaktadır.⁶⁸. Doktrindeki yerleşik terimleri esas alarak akit dışı sorumluluğu **kusur sorumluluğu** ve **kusursuz sorumluluk** alt başlıkları ile incelemeyi uygun görüyoruz.

1. Kusur Sorumluluğu

Kusur sorumluluğunda zararın, failin kusurlu hareketi sonucu ortaya çıktığı dikkate alınarak, bu sorumluluğa **kusur sorumluluğu**; zararı doğuran fiil, failin kusurlu iradesine isnat edildiği için de **subjektif sorumluluk** denilmektedir. **Kusur sorumluluğu** ile **dar anlamda haksız fiil sorumluluğu** aynı teknik anlamı ifade ettikleri kabul edilmekle birlikte hukukçular, dar anlamda haksız fiil sorumluluğundan ziyade kusur sorumluluğu kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir.⁶⁹

Kıta Avrupası hukuku açısından sorumlulukta, kusur ilkesinin benimsenmesi 18 ve 19. Yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bunun temel nedeni de o dönemde kabul gören bireyselci ve felsefi görüş ve liberal hukuk anlayışıdır. Ancak bu görüşün olumlu ve olumsuz etkileri olmuştur. Zarar verenin fiili, kusurlu olduğu, başka bir ifade ile fail, fiilinin doğuracağı sonuçları bilerek ve isteyerek işlemesi durumunda sonuçtan sorumlu tutulması, bu anlayışın olumlu bir etkisi olarak görülürken; kusurun olmaması daha açık bir ifade ile başkasına zarar verme kastı olmasa bile, fiili ile başkasına zarar veren failin sorumlu tutulmaması ise bu liberal anlayışın eleştiriye en

⁶⁸ Eren, **a.g.e**, II, 1-2.

⁶⁹ Eren, **a.g.e**, II, 6.

açık olumsuz yönünü oluşturmaktadır.⁷⁰ Çağdaş hukukta da, kusurlu zarar kastı ile başkasına zarar veren kişinin kendi olumsuz fiilinin sonucuna katlanarak sebep olduğu zararı karşılaması gibi, herhangi bir zarar kastı olmasa bile kendi fiili ile, başkasına zarar veren kişinin bu zararı tazmin ile yükümlü tutulmasının (objektif sorumluluk) ahlak, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun ve temel ilke olduğu kabul edilmektedir.⁷¹

Kusur sorumluluğu ile ilgili konular klasik fıkıh kitaplarının gasp ve itlâf fasıllarında detaylı olarak ele alınmıştır. Çağdaş İslam hukukçuları ise gasp ve itlâf başlıklarını kullanmamakla birlikte kusur sorumluluğu ile ilgili müstakil eserler yazmışlardır. Biz de aynı metodu benimseyerek burada, kusur sorumluluğuna doğrudan alan teşkil eden gasp ve itlâf hakkında kısaca bilgi vermekle yetinecek; kusur sorumluluğunun unsurlarını ve gasp ve itlâf ile ilişkisini geniş olarak Tezimizin ikinci bölümünde inceleyeceğiz.

a. Gaspın Doğan Sorumluluk

Gasp sözlükte, mülkiyeti başkasına ait olan bir malı, zor kullanarak elde etmek anlamında kullanılmaktadır.⁷² İslam hukukçuları ise gaspı, “hukuken korunma altında bulunan menkul, mutekavvim ve dokunulmaz bir malın, sahibinin izni olmaksızın zilyetlik hakkının yok edilerek ele geçirilmesi”⁷³ şeklinde tanımlamışlardır. Bu tanımda mâlikîn izni olmaksızın onun malına açıkça ve zorla el

⁷⁰ Eren, **a.g.e**, II, 6-7.

⁷¹ Örneğin bkz. Eren, **a.g.e**, II, 9; Kişinin önceden görebildiği bir zarara neden olmasının ahlaken kınanabileceğini ifade eden ve tazmin yükümlülüğünü kusura dayandırmanın adalete uygun olacağını belirten Haluk Tandoğan da aynı kanaattedir. Bkz. Tandoğan, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 1.

⁷² ez-Zebîdî, Murtada'l-Huseynî Muhammed b. Muhammed b. Abdirezzâk (ö.1205/1791), **Tâcu'l-Arûs, min Cevâhiri'l-Kâmûs**, Beyrut. (Babul ba gasp maddesi); Bkz. Heuston, R.F.V, **Salmond on the Law of Torts**, Sweet – Maxwell Limited, London, 1957, 156-157.

⁷³ Merğînânî, Burhanuddîn Ebû'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr b. Abdil Celîl (ö.593/1197), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî**, el-Mektebetu'l-İslâmiyye, ty, by, II, 11; Zeylaî, Fâhru'd-din Osman b. Ali (ö.743/1341), **Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, VIII, 123; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 378; el-Hafîf, **a.g.e**, I, 110; Aydın, M. Akif, **İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, 239; Mecelle'de zilyetlik değil zilyed şöyle tanımlanmıştır. Bir mala fiilen elkoyan veya maliklerin tasarrufu gibi o malda tasarruf eden kimsedir. (**Mecelle**, Md.1679) zilyetliğin gerçekleşmesi için el koyma fiili ile, elde bulundurma iradesinin gerçekleşmesi gerekir. (Aydın, **Türk Huku Tarihi**, 376.)

koyarak tasarruf hakkını gidermek, yerine haksız bir zilyetlik kurmak.⁷⁴ unsurunun ağırlıklı olduğu görülmektedir. Bu bakımdan İslam hukukçuları gasp fiilinden üç farklı durumu anlamışlardır. Bunlardan birincisi, malikin, kendi mülkü üzerindeki zilyedliğini gidermek (**izâle-i yed-i muhikka**), ikincisi gâsıbın, gasp ettiği mal üzerinde zilyedliğini tesis etmek (**isbât-ı yed-i mubtila**) ve üçüncüsü de hem malikin zilyedliğini giderme hem de gâsıbın zilyedliğini tesis etmektir. Gasp fiili konusundaki bu üç farklı anlayış, gasbın kapsamı ve hukuki sonuçları konusunda farklı hükümlerin doğmasına neden olmuştur.⁷⁵

Genel olarak hanefî hukukçular gasp edilen malın, hukuken değeri olan (**mutekavvim**) bir mal olmasını ve bu malın taşınabilir (menkul) nitelikli olmasını gerekli görmektedirler. Buna göre gayrı menkuller gaspa konu olmamaktadır. Ancak özel durumları dikkate alınarak, vakıf ve yetim malları ile kiraya verilen veya kiraya verilmek üzere ayrılan mallar, yukarıdaki genel hükümden istisna edilmiştir.⁷⁶ Hanefî hukukçulardan İmam Muhammed ise, esasen gayr-i menkul malların da gasp edilebileceği kanaatinde olduğu için, gasp fiilinin gerçekleşmesinde, mâlikîn zilyetliğinin kaldırılmasının yeterli olduğunu belirtmiştir.⁷⁷

Hanefî hukukçular, gasp sonucunda malda meydana gelen artışların tazmin konusu olmayacağını ifade etmiş, bu kanaatlerini de daha sonra meydana gelen tabii artışların, gasp fiili gerçekleştiği sırada mevcut olmaması ile temellendirmişlerdir. Hanefî fakihler açısından malda meydana gelen artışlar, mal mâlikîn elinde iken mevcut olmayıp daha sonra meydana geldiği ve bu artışlar bakımından mâlikîn zilyetliğinin ortadan kaldırılması söz konusu olmadığı için, tazmin de söz konusu olmamaktadır.⁷⁸ Bu nedenle gaspedilen mal ile birlikte, daha sonra bir takım tabii

⁷⁴ Aydın, **İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları**, 238; Bkz. Mahmasânî, Subhi, **en-Nazariyyatu'l-Âmme li'l-Mu'cebât ve'l-U'kûd**, Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut, 1983, I, 156-157; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 406.

⁷⁵ Aydın, **İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları**, 239.

⁷⁶ Mollâ Husrev, Muhammed b. Ferâmuz, (ö.885/1480), **Dureru'l-Hukkâm Şerhu Ğureri'l-Ahkâm**, Şirket-Sahafiye-i Osmaniye Matbaası, İstanbul, 1317, II, 228; İbn Nuceym, Zeynu'l-Âbidîn b. İbrahim (ö.970/1562, **el-El-Bahru'r-Râik Şerhu Kenz'd-Dakâik**, Dâru'l-Ma'rife, 1993, Beyrut, IV, 221 VIII, 149; Bağdâdî, **a.g.e.**, 126, 130; Şeyhzâde, **a.g.e.**, II, 467; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 208.

⁷⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 145.; Muslehuddin Muhammed, **Concept of Civil Liability in Islam and the Law of Torts**, Islamic Publications Ltd, Lahore, 1982, 75.

⁷⁸ Kadızâde, **a.g.e.**, IX, 348-349; el-Hafîf, **a.g.e.**, I, 109;

artışların olması durumunda, gaspedilen veya zarar gören malın aynen iadesi veya zararın tazmini zorunlu görülürken, maldaki tabiî artışlar için tazminin zorunlu olmadığı ifade edilmiştir. Ancak maldaki tabiî artışların gaspedilen malın tabiî bir sonucu olduğu kesin olduğu dikkate alındığında, bu görüşün çok ciddi eleştiriye açık olduğu, malı veya eşyası gaspedilen mağdurun, daha fazla mağduriyetine yol açacağı açıktır. Muhtemelen bu durumu dikkate alan Mecelle, malda sonradan meydana gelen artışların mevcut olmaları halinde sahibine iade edilmesi gerektiğini, mevcut olmamaları durumunda ise gâsıp için bir itlâf sorumluluğu oluşabilen durumlarda tazmin yükümlülüğü doğacağını kabul etmiştir.⁷⁹

Ayrıca menfaatleri, mal olarak kabul etmedikleri için hanefî hukukçuların, menfaatlerde gasp eyleminin gerçekleşmeyeceği görüşünü benimserken; Şafîi ve Hanbelî hukukçuların ise, menfaatlerde de gaspın söz konusu olacağı görüşünü kabul ettiklerini belirtmek gerekir.⁸⁰ Bu ihtilafın en önemli sonucu ise, Hanefîlere göre gasp edilen menfaatlerden dolayı hukuken tazmin söz konusu değilken; Şafîi ve Hanbelîlere göre ise gasp edilen menfaatlerden dolayı tazmin sorumluluğunun doğacağıdır. Ancak gasp edilen mütekavvim malların, mevcut ise aynen iade edilmesi; mevcut değil ise kıymet bedeli ile sahibine tazmin edilmesi gerektiği konusunda fukaha arasında herhangi bir görüş farklılığının bulunmadığını ifade etmek gerekir.⁸¹

b. İtlâftan Doğan Sorumluluk

Sözlükte bir mal veya eşya'yı tahrip etmek ve yok etmek⁸² anlamındaki telefe-yetlefu fiilinin if'âl babından mastarı olan itlâf kelimesi teknik bir terim olarak bir mal veya eşyanın, insan fiiliyle tamamen yok edilmesi veya kullanılabilir veya faydalanılabilir olma özelliğini kaybeden bir duruma getirilmesini ifade etmektedir.

⁷⁹ Mecelle, md.903. Ayrıca bkz. Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, 2042-243

⁸⁰ Kâsânî, *a.g.e*, VII, 145.

⁸¹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 408.

⁸² Heyet, *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*, Havâle Md; XXVIII, 179; XXXI, 229; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 408; *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, 83; Hammâd Nezih, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, (Trc.Recep Ulusoy), İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, 186. Bkz, İbn Manzûr, *a.g.e*, IX, 18.

Ortaya çıkan zararlı sonuca fail açısından bakıldığında ise itlâf bir mal veya eşyanın yok olmasına, zarara uğramasına ve faydalanılamaz hale getirilmesine sebep olan fiil olarak tanımlanmıştır.⁸³ Mecelle’de de itlâf bir şeyi tamamen veya kısmen doğrudan veya dolaylı olarak yok etmek⁸⁴ anlamında kullanılmıştır

İtlâf fiilinde, adeten kendisinden faydalanılabilen bir malın tamamen yok edilmesi veya faydalanabilirlik özelliğinin giderilmesi söz konusudur.⁸⁵ Kâsânî, itlâf eyleminin; ya kişinin doğrudan hayatına ve vücut bütünlüğüne ya da mal varlığına karşı işlenebileceğini belirterek, hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiillerin (itlâf) fıkıh kitaplarının **cinâyât** bölümlerinde; genellikle taşınabilir mal ve eşyaya yönelik itlâf eylemlerinin ise **itlâf** ve **damân** fasıllarında ele alındığını, ifade etmektedir.⁸⁶

İslam hukukçuları itlâfı doğrudan (**mübâşeret**) ve dolaylı (**tesebbüb**) olmak üzere iki kısma ayırmışlardır.⁸⁷ Mübâşeret itlâfta bir şeyi doğrudan ve bizzat yok etmek söz konusu olduğundan, zararın doğrudan failine, **fâil-i mübaşir** denilmektedir. Buna karşılık tesebbüb itlâfta ise, bir şey doğrudan yok edilmemekle birlikte onun yok olmasına sebep olan bir eylemin işlenmesi söz konusudur., Tesebbüb zarar doğrudan değil failin dolaylı bir fiilinden meydana geldiği için bu şekilde bir zarara sebep olan faile ise **fâil-i mütesebbip** denilmektedir.⁸⁸

Çağdaş İslam hukukçularının, yerine göre itlâf kavramını, modern hukuktaki haksız fiil karşılığı olarak kullandıkları görülmektedir. Tezimizin temelini oluşturduğu için haksız fiil ve unsurlarını, çalışmamızın ikinci bölümünde müstakil olarak ele alacağız.

⁸³ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 164, 165; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 167.

⁸⁴ **Mecelle**, Md.887-888.

⁸⁵ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 164.

⁸⁶ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 164.

⁸⁷ **Mecelle**, Md.887, 888; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, (Ebû Zehranın kontrolü ile hazırlanmıştır) Cemiyetu'd-Dirâsâti'l-İslâmiye, Kahire, 1969, II, 160.

⁸⁸ Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, II, 153.

2. Kusursuz Sorumluluk

Avrupa’da on sekizinci ve on dokuzuncu asırlardaki teknolojik buluş ve gelişmelerin doğal bir sonucu olan sanayi devrimi ile birlikte, insanın fizik gücüne dayanan eski tarım ve küçük sanayi tipi üretim yapısı tamamen değişmiş ve yerini seri üretim yapan büyük fabrikalara bırakmıştır. Bu durum sosyal yapıyı etkilediği gibi insanın fiziksel gücüne ve belli hayvanlardan faydalanmasına dayanan tarım ve küçük sanayi tipi üretim tarzına uygun bir sorumluluk anlayışı olan kusura dayalı sorumlulukta da büyük değişikliklere yol açmıştır. Böylece insanın sadece şahsi kusuruna dayanan zararlardan değil, kusuru olmasa bile sebep olduğu zararlardan da sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Kısaca üretim ve teknolojiadaki değişim, sosyal hayatta ve hukukta da tabii olarak sorumluluk anlayışında da büyük değişikliklere sebep olmuştur⁸⁹

Kusur sorumluluğunda, zararın failin kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemine dayandırıldığına yukarıda temas etmiş idik. Kusursuz sorumlulukta ise, failin kusurunun bulunup bulunmadığı değil, sadece fiilin sebep olduğu bir zararın olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Bu nedenle kusursuz sorumluluğa, **sebeb sorumluluğu** da denilmektedir. Bir zarara sebepiyet verme (**tesebbüp**), farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin zarar, failin doğrudan başkasına zarar verme kastı ile işlediği (kusurlu) fiillerinden doğabileceği gibi, kasıt düzeyinde olmazsa bile yine de kendisine isnat edilebilecek, tedbirsizlik, ihmal ve teseyyüp gibi kasıtlı olmayan hareketlerinden de kaynaklanabilir.⁹⁰

⁸⁹ Kusursuz sorumluluğun doğuşu ile ilgili olarak verdiğimiz bu tarihsel bilgi Batı için geçerlidir. Klasik fıkıh kitaplarındaki örnekler, İslam hukukunda, insanın sadece şahsi kusurundan ve zarar kastı ile işlediği fiillerden değil (subjektif sorumluluk- subjective liability-subjektive responsibility), zarar kastı olmasa bile başkasının zarara uğramasına yol açan fiillerinden de sorumluluğunun (kusursuz sorumluluk, objective responsibility-sebeb sorumluluğu) benimsendiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle İslam hukuku açısından sebep sorumluluğu, kaynağını 18. veya 19. Asırdaki makinalaşma-sanayi dönemine dayandırmak imkansız görünmektedir. Sebeb sorumluluğu, kanatimizce İslam hukuku ile yaşıt bir başka hukuk müessesesi niteliği arz etmektedir.

⁹⁰ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 7 vd. Eren,a.g.e, 8; Saymen-Elbir, Ferit, H.-Halid, **Türk Borçlar Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958, I, 398.

Bazı durumlarda ise zarar, failin doğrudan işlediği bir fiil sonucunda değil, fiil ile sonuç arasına giren üçüncü bir kişinin eylemi sonucunda da meydana gelebilir. Örneğin kamuya ait bir yolda belediye işçilerinin çukur kazdığını, ancak gerekli önlemi almadan, (örneğin, gerekli yazılı ve ışıklı herhangi bir ikaz işareti koymaksızın ve çukuru kapatmaksızın) çalıştıkları yeri terk ederek gittiklerini; gece otomobili ile hızla giden bir sürücünün de oraya düşüp ağır yaralandığını düşünelim. Bu olayda birden fazla fiil bulunmaktadır. Belediye işçilerinin kuyu kazması birinci.fiil; şoförün arabası ile oraya düşmesi ise ikinci fiildir. Bu iki fiilde de failer farklı kişilerdir. Şu bir gerçektir ki çukuru kazın işçiler doğrudan otomobili o çukura atarak şoförü ağır yaralamamışlardır. Şoför kendi sürdüğü araba ile oraya düşerek ağır yaralanmıştır. Ancak şu da bir gerçektir ki belediye işçileri o çukuru kazmasalardı, otomobil oraya düşmeyecekti. Demek ki zararlı sonuç ile (ağır yaralanma) çukurun kazılması arasında doğrudan (**mübâşeret**) olmasa bile, dolaylı bir sebep-sonuç (**tesebbüp**) ilişkisi bulunmaktadır. Esasen hukukta teknik olarak tesebbüp kavramından da, sonuç ile eylem arasındaki bu dolaylı illiyet ilişkisi kastedilmektedir.

Önemine binaen tekrar vurgulamak gerekir ki istihdam ilişkisi açısından bakıldığında kusursuz sorumlulukta fiil ve fiilden doğan zarar, doğrudan haksız fiili işleyen işçi veya müstahdeme değil, o fiilin işlenmesine sebep olan yahut o zararı meydana getiren faili istihdam eden kişilere isnat edilmektedir, başka bir ifade ile fail, kusurlu eylemlerinden (kasıt-taksir) sorumlu tutulmaktadır.⁹¹ Kusursuz sorumlulukta ise temel ilke, zararın, failin kusurlu (kasıtlı veya taksirli) bir hareketinin sonucu meydana gelmiş olmasıdır. Kusursuz sorumlulukta, gösterilmesi gerekli dikkat ve itina eksikliği söz konusudur. Mesela kişinin istihdam ettiği işçilerin veya idaresi altındaki hayvan, bina ve diğer eşyaların sebep olduğu zarardan dolayı sorumluluğu buna örnek gösterilebilir. Kusursuz sorumlulukta failin, zararı tazmin ile yükümlü tutulması için fiilinin kusurlu ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerektiği kanaatinde olan İslam hukukçuları bu konuya, kişinin kendi mülkünde yaktığı ateşten çıkan alevlerin başkasının arsasına da sıçrayarak veya sirayet ederek

⁹¹ Mecelle, Md. 92.

ona zarar vermesi veya başıboş bıraktığı köpeğinin başkasını ısırması yahut öldürmesi hadiselerini örnek olarak göstermişlerdir.⁹²

Yukarıdaki örnekler ile benzerlerinde, kişinin başkasına zarar verme kastı olmasa bile, kendi fiilinin doğurabileceği muhtemel zararı önlemek için gerekli tedbirleri almaması, davranışlarında gerekli dikkat ve itinaı göstermemesi sebebiyle tazminle yükümlü tutulmuştur.

Şahsi sorumluluk, Kur'an-ı Kerimde "hiçbir insan başkasının suçundan dolayı sorumlu olmaz"⁹³ mealindeki ayet-i kerimeye dayandırılmış ve İslam hukukunun en temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmekle birlikte bir fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesi hali bu ilkeden istisna edilmiştir. Söz konusu fiil gaspta olduğu gibi ister kendisi veya yapısı (tabiatı) itibarıyla haksız fiil olsun, veya ödünç alınan bir şeyi ödünç isteyen başkasına vermek gibi haksız tasarrufta bulunmak şeklinde olsun, yahut ortak işçi (**ecir-i müşterek**) gibi insanların mallarını korumakla görevli kimsenin görevini ihmal şeklinde olsun başkasının zarar görmesinden dolayı sorumlu tutulmuştur.

Bu konu hakkında hukukçular farklı görüşler benimsemişlerdir. Bir kısım hukukçular Kur'ânı kerimde kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu olmayacağı⁹⁴, herkesin kendi kazandığı ile rehin olduğu,⁹⁵ her insanın yaptığı işin kendi lehine ve aleyhine olduğu⁹⁶ (yaptığı fiilin sonuçlarına katlanacağını vurgulayan) mealindeki ayetlere dayanarak kişinin başkasının fiilinden dolayı sorumlu olamayacağını ileri sürmüşlerdir.⁹⁷ Ancak toplumda haksızlıkların önlenmesi, mağdurların korunması amacı ile bazı durumlarda başkasının zararlı fiilinden dolayı da sorumluluğun doğacağı görüşü benimsenmiştir. Mesela âkile müessesesi bu konuya örnek olarak gösterilebilir. Ancak başkasının fiilinden (bazı durumlarda) sorumluluk ile, cezaların şahsiliği ilkesini İslam hukuku açısından bir biri ile çelişen değil, birbirini bütünleyen iki ilke olarak kabul etmenin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

⁹² Ebû Leyl, **a.g.e.**, s.164.

⁹³ **İsrâ**, 17/15; **Fâtır**, 35/18; **Zümer**, 39/7; **Necm**, 53/38.

⁹⁴ **Enâm**, 6/164.

⁹⁵ **Müddessir**, 74/38; **Tûr**, 52/21.

⁹⁶ **Bakara**, 2/286.

⁹⁷ el-Hafif, **a.g.e.**, I, 238.

İslam hukukçuları, terzi dükkanında çalışan işçinin, emanet olarak bırakılan elbiselerden birini tâmir ettikten sonra elbisede kusur oluşması halinde işçinin onu tazmin edeceğini ifade etmişlerdir. Zira elbisenin üzerinde herhangi bir işlem yapması için patron terzi tarafından işçiye izin verilmemiştir. Ancak dikilmek üzere terzi dükkanına bırakılan birkaç takım elbiseden birisi üzerinde yapılan işlemden doğan zarar, patronun işçisine verdiği direktife dayanıyorsa bu durumda zararın işçi değil işveren tarafından tazmin edilmesi gerekir. Çünkü kural gereği (adeten) işveren tarafından kendi işçisine elbise dikmesi için izin verilmiştir.⁹⁸

Yukarıdaki örneklerden istihdam edenin, istihdam ettiği kişilerin eylemlerinden sorumlu olması için, kendisinin kusurlu olması, işçiye yetki vermesi ve işçinin zararlı fiili işlemesi şartları aranmaktadır. Bu şartların gerçekleşmesi durumunda işçinin işlediği fiilin sonucu işverene nispet edilir. İşveren tarafından kendisine verilen iznin sınırını aşmaması durumunda işçi, ortaya çıkan zararları tazmin ile yükümlü değildir. Bu durumda meydana gelen zararın sorumluluğu işverene ait olur.⁹⁹ Ancak işçinin, işveren tarafından kendisine verilen izin ve yetkinin sınırlarını aşması durumunda ortaya çıkan zarar, istihdam eden kişi değil işçi tarafından tazmin edilir.

Diğer taraftan istihdam sözleşmesinde yer almayan konularda başka bir ifade ile işveren ile işçi arasında gerçekleştirilmesi öngörülen iş ve hizmet kapsamında yer almayan durumlarda istihdam eden kişinin kendi yetkilerini aşarak işçisinden bir eylemi yapmasını istemesi, işçinin de yapması durumunda ortaya çıkan zarar, işveren tarafından değil, işçi tarafından tazmin edilir. Çünkü yapılması istenen iş, sözleşme kapsamında yer almamaktadır ve başkasına zarar vereceği açıktır. Ayrıca hiç kimse işlenmesi kendisine yasak (haram) kılınan bir şeyin işlenmesini başkasına da emreder. Bu bakımdan kişi çalıştırdığı işçiye kamuya ait olduğunu söylediği bir yolda çukur kazmasını emreder, işçi de kazarsa bundan dolayı meydana gelen zararı işçi tazmin eder. Ancak işveren, kazı yapılacak yolun kamuya ait olduğunu söyleyerek bir bakıma işçisini aldatırsa zararı kendisi tazmin eder.¹⁰⁰ Burada

⁹⁸ Bağdâdî, **a.g.e.**, 43.

⁹⁹ Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, V, 140-142.

¹⁰⁰ Bağdâdî, **a.g.e.**, s.178; el-Hafîf, **a.g.e.**, 239; el-Âkil, **a.g.e.**, 161-162.

işveren, kamuya ait bir yerde doğrudan kendisi tasarruf etme hakkına sahip olmadığı gibi, başkasının tasarrufta bulunmasını isteme hakkına sahip değildir.

Önemi dolayısı ile kusursuz sorumluluğa konu olan eylemler borçlar kanununda müstakil bir maddede (B.K.55) düzenlenmiştir. Doktrinde ise kusursuz sorumluluk veya sebep sorumluluğu konuları temel başlıklar halinde ayrı ayrı ele alınmıştır. Çağdaş bazı hukukçular, kusursuz sorumluluk hallerini de haksız fiil sorumluluğunun istisna bir türü olarak mütalaa ettikleri için konunun anlaşılması bakımından kusursuz sorumluluk türlerinden önemli gördüğümüz birkaçına kısaca temas etmek istiyoruz.

a. İstihdam İlişkisinden Doğan Sorumluluk

İstihdam ilişkisinden doğan sorumluluk âmir-memur ilişkisinden doğan sorumluluk olarak tanımlanmıştır. Emir, hukuk terminolojisinde aralarındaki meşrû hukuki bir ilişkiye dayanarak zor kullanmaksızın âmirin, bir şeyin kesin olarak yapılmasını kendi emrine itaat etme durumunda olan memurdan istemesi biçiminde tanımlanmıştır. Âmir-memur ilişkisinden doğan sorumluluğun sınırlarını şöylece özetlemek mümkündür.

a) Âmirlerin kendi idaresi altındaki memurlardan sorumluluğu ile ilgili olarak birbirini tamamlayan iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan birisi Mecelle’de: “**bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.**”¹⁰¹ biçiminde yer almaktadır.¹⁰² Bu hükme göre zorunlu bir durum bulunmadıkça fiil, onun yapılmasını isteyen âmire değil doğrudan o fiilin failine isnat edilir. Bu hükmü bütünleyen bir diğer hüküm ise klasik fıkıh kitaplarında; “**âmirin emir vermekle tazmin sorumluluğu yoktur**”¹⁰³ şeklinde yer almaktadır. Bu genel kurala göre: âmire nispet edilme imkanının bulunmaması

¹⁰¹ Mecelle, Md. 89.

¹⁰² Âmirlerin, kendi idaresi altındaki memurlardan sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Bağdâdî, **a.g.e.**, 156.

¹⁰³ İbn Nuceym, Zeynu’l-Âbidîn b. İbrahim (ö.970/1562), **el-Eşbâh ve’n-Nezâir**, Dâru’l-Fikr, Suriye, 1983, 333-334.

durumunda memurun işlediği zararlı fiil âmire değil, memura isnat edilir ve memur zararın tazmini ile yükümlü tutulur.¹⁰⁴

b) Âmirin, idaresi altındaki memuru güç kullanarak haksız bir fiil işlemeye zorlaması veya kasıtlı olarak memurunu yanıltması durumunda, memurun işlemiş olduğu haksız fiil, âmir tarafından işlenmiş gibi kabul edilir ve âmir, ortaya çıkan zararı, tazmin ile yükümlü tutulur.

c) Buna karşılık yasal düzenleme veya istihdam sözleşmesi gereği âmir-memur işbirliğini ve ilişkisini gerektiren konularda memurun veya müstahdemin; âmirinin veya işverenin (patronun) iznini almadan yaptığı fiillerden dolayı âmir değil, memur şahsen sorumludur.

İşçi-işveren ilişkisinden doğan sorumluluğun sınırlarının belirlenmesinde, âmir-memur ilişkisine benzer bir sorumluluk anlayışının egemen olduğu anlaşılmaktadır. Fıkıh kitaplarında verilen örneklerden hareketle İslam hukukçularının, işverenin çalıştırdığı işçinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için işverenin işçinin emeğinden yararlanması, başka bir ifade ile işçinin işveren adına çalışması ve fiilinde kusurlu olmaması şartlarını aradıkları görülmektedir.

İşçinin, bir malı işverenin emriyle itlâf etmesi durumunda, zararın işçi mi yoksa işveren tarafından mı karşılanacağı konusu fukaha arasında tartışmalı olmakla birlikte prensipte zararı işçinin tazmin edeceği ancak işçinin de işverene rucu' hakkının bulunduğu görüşü kabul edilmiştir.¹⁰⁵

Çağdaş hukukta ve modern kamu yönetiminde “**idari güvence ilkesi**” gereği, kamu görevlilerin görevlerinin yerine getirirken, yahut yetkilerini kullanırken kusurlu ve hukuka aykırı eylem ve işlemleri ile üçüncü şahıslara vermiş oldukları zararlar, doğrudan devlet veya kamu idaresi tarafından tazmin edilmektedir. Ancak

¹⁰⁴ el-Hamevî, **a.g.e**, III, 210.

¹⁰⁵ Mahmasânî, **a.g.e**, I, s.230; İbn Kâdî Simavna Muhammed b. İsrâil (ö.823/1420), **Câmiu'l-Fusûleyn**, Matbaatu'l-Ezheriyye, by, 1306, II, 108; İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 570. Ayrıca bkz., Kâsânî, **a.g.e**, V, 277, Bağdâdî, **a.g.e**, 159, 178; Ebû Yûsuf, Yakub b. İbrahim el-Ensârî (ö.182/798), **Kitâbu'l-Harâc**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty, 160; İbn Âbidîn, **a.g.e**, V, 187; el-Mavsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (ö.683/1284), **el-İhtiyâr, li Ta'lîli'l-Muhtâr**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1980, II, 55.

şartlar gerçekleşmişse, devlet veya kamu idaresi üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı tazmin ettikten sonra zararın doğrudan faili olan ilgili memur veya kamu görevlisine rucu' eder.¹⁰⁶

Memur veya kamu görevlisi kişisel kusuru ile başkasına zarar vermiş olsa bile sorumlu kendisi değil devlet veya hizmetinde çalıştığı kamu idaresidir. Memur veya kamu görevlisinin sorumluluğu kişisel sorumluluk olmayıp rucu' sorumluluğudur. Diğer taraftan devletin sorumluluğunun oluşması için: istihdam eden ile zarar veren arasında istihdam ilişkisinin bulunması, başka bir ifade ile zararın, hizmetin ifası sırasında veya hizmetle ilgili bir eylemin ifası sırasında meydana gelmiş olması; zararın kamu görevlisinin kusurlu bir eylemi (kast ihmal, savsaklama) sonucunda meydana gelmiş olması; ortaya çıkan zarar ile hem fiil, hem de görev arasında bir bağın (illiyet bağı) bulunması gerekir. Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda zarar devlet tarafından karşılanır ancak devlet kamu görevlisine rucu' eder.¹⁰⁷

Diğer taraftan memur veya kamu görevlisinin kendi özel işlerini yaparken üçüncü şahıslara verdikleri zararlardan dolayı devlet değil kendileri şahsen sorumludurlar. Mesela haciz için gittiği bir evde bir icra memurunun hırsızlık yapması durumunda, zarar ile (hırsızlık), ifa ettiği görev arasında fonksiyonel bir bağ bulunmadığından icra memuru işlediği hırsızlık suçundan şahsen sorumlu olur.¹⁰⁸

b. Aile Reisinin Sorumluluğu

Kur'ân-ı Kerim, aile reisinin aile fertlerini ateşten korumasını emrettiği gibi¹⁰⁹ Peygamberimiz de pek çok hadisinde¹¹⁰ kişilerin yönetim ve velayetleri

¹⁰⁶ Eren, **a.g.e**, II, 172.

¹⁰⁷ Reisoğlu, **a.g.e**, 154-156; Eren, **a.g.e**, II, s.173, Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme**, 87.

¹⁰⁸ Eren, **a.g.e**, II, 174-176; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme**, 88-94, Feyzioğlu, **a.g.e**, 630-634.; el-Gazzalî, **el-Vecîz**, II, 123-124; İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 350; İbn Kâdî Simavna **a.g.e**, II, 78, 107-108; Bağdâdî, **a.g.e**, s.158; İbn Abidin, **a.g.e**, V, s.186, İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 282-283.; Ebû Şeybe, Abdullah b. Muhammed(ö.235/849), **Kitabu'l-Musannef fi'l-Ehâdisi ve'l-Âsâr**, Dâru'l-Fikr, ty, by; VIII, 242 (21); Ebû Yûsuf, Yakub b. İbrahim el-Ensârî (ö.182/798), **Kitabu'l-Harâc**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty, 119; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 227, Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 641, Sırâc, Muhammed Ahmed; **Damânu'l-Udvân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, el-Müessesetu'l-Câmiyye Li'd-Dirasâti ve'n-Neşri ve't-Tevzî', by, 1993, 430.

¹⁰⁹ **Tahrîm**, 6/66.

altındakilerden sorumlu olacağını açık olarak vurgulamaktadır. Bu ayet ve hadislerden; aile reislerinin, kendi idare ve velayetleri altındaki kişilerin işledikleri dinen haram sayılan fiillerinden ve hukuken haksız fiil kapsamında mütalaa edilen eylemlerinden dolayı hem dünyevi, hem de uhrevi yönden sorumlu olacakları anlaşılmaktadır. Bu sorumluluğun dini ve ahlaki boyutunun yanında hukuki yönünün bulunduğu da kuşkusuzdur.

Aile reisinin, çocuğunun davranışlarından dolayı, veya daha genel bir ifade ile başkaları üzerinde velayet hakkı bulunan kişinin velayeti altındaki kişilerin fiillerinden sorumluluğunu bu tür sorumluluk kapsamı içerisinde değerlendirmek mümkündür. Ancak klasik fıkıh kitaplarında yer alan örnekler tahlil edildiğinde, aile reisinin, aile fertlerinin bütün haksız eylemlerinden sorumlu olmadığı, başka bir ifadeyle sorumluluk için; emreden aile reisi ile emir verilen kişi arasında velayet ilişkisinin bulunması, aile reisinin verdiği emrin meşrû (hukuka uygun) olması, verilen emrin üçüncü kişilerin hakkına tecavüz teşkil etmemesi ve fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gibi ¹¹¹.bir takım şartları aradıkları da anlaşılmaktadır.

c. Doktorun ve Sağlık Personelinin Sorumluluğu

İslam hukukçuları, Peygamberimizin (s.a.v) **“tıp tahsili yapmayan kişinin bu mesleği icrasından doğacak zararlardan dolayı sorumlu olduğunu”**¹¹² ifade eden hadisi şerifini gerekçe göstererek mesleki ehliyet ve yeterliliğe sahip olmayan doktorun şahsi kusuru ile hastaya zarar vermesi durumunda bu zararın doktor tarafından tazmin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

¹¹⁰ Buhârî, Cuma, 11, Cenâiz, 32; Müslim, İmâre, 20; Ebû Dâvud, İmâre, 1.

¹¹¹ Aile reisinin sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. İbn Abidîn, **a.g.e**, V, 186, VI, 214, 616; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 227, 228; Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, II, 187; Bağdâdî, **a.g.e**, 158,161-162; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye**, Kısas Md; XXXIII, 276; İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 333-334; es-Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 135; ez-Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik**, VII, 373; el-Bâbertî, **a.g.e**, X, 410; İbn Nuceym, **Kenzu'd-Dakâik**, VIII, 458; Bağdâdî, **a.g.e**, 157; Şeyhzâde, **a.g.e**, II, 664.

¹¹² İbn Mâce, tıb 16 ; Ebû Dâvud, Diyât, 23; Nesaî, Ahmed b. Şuayb b. Ali, (ö.303/915), **es-Sünen**, Çağrı yayınları, İstanbul, 1981, Kasâme, 41

Doktor ve sağlık personelinin sorumluluğunun hukukî dayanağı konusunda İslam hukukçularının farklı kanaatte oldukları görülmektedir. Bir kısım hukukçular, doktorun sorumluluğunu, kusur sorumluğu kapsamında değerlendirirken¹¹³; bazı hukukçular ise, doktorun ve diğer sağlık personelinin sorumluluğunu, akit sorumluluğu kapsamında mütalaa etmişlerdir. Doktorun sorumluluğunu, kusur ilkesi kapsamında değerlendirenler, görüşlerini, insanın sorumluluğunun akitlerden değil, işlediği haksız fiilden kaynaklandığı şeklindeki genel prensip¹¹⁴ ile gerekçelendirmiş ve hastanın, doktorun kusurlu tedavisinden zarar gördüğünü ispat etmesi halinde, doktorun sebebiyet verdiği zarardan dolayı sorumlu olacağı görüşünü benimsemişlerdir. Buradan hareketle bu kanaatte olan İslam hukukçularının doktorun sorumluluğunda, zarar prensibini değil, tazminin genel prensibi olan kusur ve haksız fiili esas aldıklarını ifade etmek mümkündür. Bu fakihlere göre özellikle, doktorun sorumlu olup olmasını, doktorun hastasının tedavisinde yerine getirmek zorunda olduğu görevi, tıp etiğine ve hukuka uygun olarak yerine getirip getirmediği büyük bir önem arz etmektedir. Bu bakımdan hastasına karşı gerekli özen ve dikkati göstermesine, mesleki bilgisini ve tıp teknolojisini kullanmasına rağmen tedavinin uygun sonuç vermeyip bir zararın meydana gelmesi durumunda doktor sorumlu tutulmamaktadır. Esasen fıkıh kuralına göre kaçınılması mümkün olmayan şeyden dolayı tazmin söz konusu değildir. Çünkü, doktorun görevi, hastaya doğru tedavi uygulamasıdır. Yoksa doktor hastayı iyileştirme yükümlülüğünde değildir. Çünkü böyle bir gereklilik akit konusu olamaz.¹¹⁵

Konuyu bir örnek ile açıklayalım:Yüksek bir yerden düşerek kafası ağır biçimde yaralanan bir çocuk hakkında yapılan tıbbi konsültasyonda doktorların çoğunluğu cerrahi müdahale yapılması halinde çocuğun öleceği, başka bir doktor da

¹¹³ Sırâc, **a.g.e.**, s.435; Mısır ve Suriye Medeni Kanunlarında da doktorun sorumluluğu, kusur sorumluluğu kapsamında mütalaa edilirken; 1936'dan sonra Fransız Medeni Kanununda ise akit sorumluluğuna dönüştürülmüştür. Doktorun sorumluluğunun akit sorumluluğu kapsamında mütalaa edilmesi, doktorun sorumluluğu için hastanın, doktorun kusurlu olduğunu ispat etme ile yükümlü olmadığını hükme bağladığı için hasta açısından büyük kolaylık, buna bağlı olarak ta önem arz etmektedir. Ancak Fransız Medeni Kanununda, doktorun da mesleğinin kurallarına uygun ve akdin gereğine göre hastaya tedavi uyguladığını ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmaktadır. Bkz.. Âmir, Hüseyin, **a.g.e.**, 98-99; es-Senhûrî, **el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî'l-Cedîd**, I, 821.

¹¹⁴ Bağdâdî, **a.g.e.**, 37-38.

¹¹⁵ Sırâc, **a.g.e.**, 435.

ameliyat edilmediği takdirde çocuğun öleceği yolunda görüş belirtmişlerdir. Çoğunluktaki doktorların görüşü yerine, ameliyatı gerekli gören tek doktorun görüşü dinlenerek çocuk ameliyata alınmış, ancak ameliyattan bir kaç gün sonra ölmüştür. Bu durumda ameliyatı yapan doktorun tazminle yükümlü olup olmayacağı konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. Hukukçuların bir kısmı, ameliyatın hastanın izni ile ve tedavi yöntemlerine uygun olarak yapılması halinde doktorun, meydana gelen zararı tazmin ile yükümlü olmayacağı görüşünü savunmuşlardır. Bir kısım hukukçular ise hastanın doktora verdiği iznin yeterli olmadığını, yapılacak ameliyat veya tedavi ile hastanın iyileşmesinin de şart olduğunu aksi takdirde doktorun sorumlu olacağını savunmuşlardır. Ancak bu görüş hukukçular tarafından kabul görmemiştir. Zira yapılacak hiçbir ameliyatla hastanın kesin olarak iyileşip iyileşmeyeceği bilinemez. Ayrıca hastanın kendisini ameliyat etmesi için verdiği izin mutlak olup (ameliyatın kesin olarak başarılı olma şartı ile) tahsis edilmemiştir. Esasen ameliyatın veya tedavinin hastanın kesin olarak iyileşmesi ile sonuçlanması biçimindeki bir şart akitte yer alamaz ve akit konusu olamaz. Hatta birkısım hukukçular, yukarıdaki örnek olayda olduğu gibi diğer uzmanlar çocuğun ölümünün kafasına yapılan cerrahi operasyondan kaynaklandığını belirtse bile ameliyatı yapan doktora tazmin yükümlülüğü doğmayacağı görüşünü savunmuşlardır.¹¹⁶

Yukarıdaki örnek olaydan ve temel ilkelerden hareketle, cerrahi müdahalenin veya tedavinin hastanın veya velisinin izni ile yapılmış olması, ameliyatın tıp bilimine dayanan yöntemlerle icra edilmiş olması, ameliyat esnasında hekimlik mesleğine tıbbî etik ve tıp kurallarına uygun davranılması durumunda doktorun ve sağlık personelinin sorumlu olmayacağı; buna karşılık yukarıdaki şartlardan birinin ihmal veya ihlal edilmesi durumunda ise doktorun sebebiyet verdiği zararları tazmin ile sorumlu olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca doktorun istemeyerek de olsa sebebiyet verip mesleki risk kapsamında mütalaa edilebilen komplikasyonlar,

¹¹⁶ Bağdâdî, **a.g.e.**, 48; et-Tarablusî, **a.g.e.**, 204; İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 567, 625; Heyet, **Mevsûâtu'l-Fıkhiyye**, XII, 140.

sorumluluk nedeni sayılmamıştır.¹¹⁷ Kısaca belirtmek gerekirse, İslam hukukunda doktorun ve diğer sağlık personelinin sorumluluğunu gerektiren hususun temel nedeni, hastanın zarar görmesi değil, hekimin ve sağlık personelinin hastaya karşı işledikleri kusurlu-(kasıtlı ve ihmalden kaynaklanan) fiilleridir.¹¹⁸

d. Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu

Hayvan tutucusu kavramı, zarar verdiği sırada hayvan üzerinde mülkiyet veya zilyedlik ya da, intifa, kira, ariyet vb. tasarruf ve yararlanma hakkı bulunan kişi olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁹ Bir hayvandan maddî olarak yararlanan kişinin, doğal olarak onu başıboş bırakmaması, başkalarına zarar vermemesi için gereken tedbirleri alması¹²⁰ sahip olduğu hayvanın zarar vermesi durumunda ise zararı tazmin etmesi gerekir. Hayvan tutucusunun sorumluluğu da esasen kişinin sahip olduğu hayvana gerekli gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır.¹²¹

Hayvan tutucusunun sorumluluğunu düzenleyen “ **bir hayvanın, kişi veya kişilere verdiği zarardan, o hayvanı eli (mülkiyet veya zilyedliği) altında bulunduran kimse sorumludur; şu kadar ki o kimse hayvanı tutma ve onu gözetmede durumun gerektirdiği her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın meydana gelmesine engel olamayacağını kanıtlarsa sorumlu olmaz.**” şeklindeki Borçlar Kanununun 56/1. maddesi, hayvan sahibinin kendisine ait olan hayvanın başkasına verdiği zararı tazmin ile yükümlü olduğunu öngörmektedir. Türk Borçlar hukukunda hayvan idare

¹¹⁷ el-Hırşî, Ebu Abdullah Muhammed b. Abdullah, **Şerhu'l-Hırşî alâ Muhtasari Halîl**, Dâru'l-Fikr, Mısır, 1317, VI, 321; et-Tuncî, **a.g.e.**, s. 161; bkz. en-Nekîb, Atîf, **el-Mesûliyetu'l-Medeniyyetu an'l-Ahtâî'l-Miheniyye**, Beyrut, 1987, 87-191

¹¹⁸ Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, II, 184, 186; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye**, Tatbîb Md, XII, 139; Sırâc, **a.g.e.**, 435.

¹¹⁹ Eren, **a.g.e.**, II, 184, Tandoğan, **Sorumluluk Hukuku**, 125, Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, 163.

¹²⁰ Derchenaux- Tercier, **a.g.e.**, s.86, Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, I, 396.

¹²¹ Eren, **a.g.e.**, 183-184, Tandoğan, **Sorumluluk Hukuku**, 125, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 124; Derchenaux- Tercier, **a.g.e.**, 86, Reisoğlu, **a.g.e.**, 163; Kılıçoğlu, Musatafa, **Sorumluluk Hukuku**, I, 395.

edenlerin sorumluluğunun, kusur esasına değil objektifleştirilmiş bir özen borcuna aykırılığa dayandırıldığı anlaşılmaktadır.¹²²

Bu tür sorumluluğun doğması için; zararın hayvanın hareketinden doğmuş olması; bu hayvanın bir şahsın yönetiminde bulunması; zarar ile hayvanın hareketi arasında illiyet bağının ve hukuka aykırılığın bulunması gibi bir takım şartlar aranmaktadır. Hayvan tutucusunun, koşulların gerektirdiği dikkat ve itinaı göstermesine rağmen zararın meydana gelmesini engelleyemediğini kanıtlaması durumunda ise,¹²³ tazmin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.

İslam hukukuna göre insan, zimmet ve uhdesi ile haklara ve yükümlülüklerle sahip olur. İnsan, sahip olduğu bu özelliği ile bir taraftan başkalarından mütalebede bulunma hakkına sahip olurken, diğer taraftan da başkalarına verdiği zararlardan dolayı sorumluluk altına girer. İnsanın başkalarına verdiği zarar, doğrudan kendi fiilinden kaynaklanabileceği gibi, mülkiyet ve velâyeti altında bulunan eşya hayvan ve kişilerin fiillerinden de kaynaklanabilir. İslam hukuku açısından cansız eşya ve hayvanların, **zimmet** ve **uhde** si, başka bir ifade ile **vücup ehliyeti** bulunmadığı için bunlar, hakkın mâlikî (süje) değil mülkiyetin konusu (**obje**) olarak kabul edilmiş, bu nedenle de hayvanlar, fiillerinden dolayı sorumlu tutulmamış, verdikleri zararların, malikleri tarafından tazmin edileceği hükme bağlanmıştır.

İslam hukuku açısından insanın malik olup faydalandığı hayvanlar, bir bakıma kullandığı keser, balta, hızar vb. aletler gibi kabul edilmiştir. Kişi, sahip olduğu bu aletleri kullanırken başkalarına verdiği zararı tazmin ile yükümlü olduğu gibi, malik olduğu hayvanın başkalarına verdiği zararı da şahsen tazmin sorumluluğundadır.¹²⁴

İslam borçlar hukukunda hayvanların yol açtıkları zararın tazmini ile ilgili hukuki mevzuatın kaynağını Hz. Peygamberin hadisleri oluşturmaktadır. Bu

¹²² Aydın, Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981, 87.

¹²³ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 133; Kılıçoğlu, Mustafa, **a.g.e**, I, 398.

¹²⁴ Ahmed, Süleyman, Muhammed, **a.g.e**, 463-464; el-Hafif, **a.g.e** ,I, 241-242; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 235; Bannassi, Ahmad Fathi, Criminal Responsibility in Islamic Law, **The Islamic Criminal Justice System**, M.Charif Bassiouni editor, Oceana Publications, inc, London Rome Newyork, 1982, 175-176.

hadislerin bir kısmında hayvanların verdiği zararlar mutlak anlamda ele alınmış, bazı hadislerde ise hayvanların verdiği zararlardan dolayı sahibinin tazmin sorumluluğu detaylı olarak tafsil edilmiştir. Örneğin Peygamberimizin **“hayvanların verdikleri zararlar heder hükmünde olup, tazmin edilmez”**¹²⁵ anlamındaki hadisinde, hayvanların sebep oldukları zararların tazmin edilmeyeceği ifade edilirken; **“gündüzün, hayvan sahiplerinin hayvanlarını; geceleyin de otlak sahiplerinin otlaklarını korumaları gerektiğini başkasına ait otlığa girerek zarar veren devesinden dolayı, hayvan sahibinin tazmin yükümlülüğü olduğunu”**¹²⁶ ve yine **“kişinin, kamu hizmetine açık olan yol veya çarşı ya da pazara bağladığı hayvanının, başkasına verdiği zararın hayvan sahibi tarafından tazmin edilmesi gerektiğini”**¹²⁷ ve ayrıca **“evcil (ehli) normal hayvanların gündüzün; çiftlik hayvanlarının da geceleyin verdikleri zararlardan dolayı sahiplerinin sorumlu olduğunu”**¹²⁸ ifade buyuran hadisi şerifler ise, hayvanların verdiği zararların heder olmadığını, hayvan sahibinin kusurunun bulunması halinde malik olduğu hayvanın verdiği zararlardan dolayı sahibinin sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle hayvanlardan kaynaklanan zararı, heder olarak gören hadis ile, bu zararların tazminini öngören hadisler arasında herhangi bir çelişkinin söz konusu olmadığı kanaatindeyiz.¹²⁹ Çünkü hayvanların verdiği zararların heder hükmünde olduğunu ifade eden mutlak olarak ifade eden hadisin kapsamında zımnen **“hayvan sahibinin kusuru bulunmadığı takdirde”** ifadesinin bulunduğu kanaatindeyiz. Bu bakımdan konu ile ilgili hadisler, birlikte ve bütünlük içerisinde mütalaa edildiği takdirde aralarında bir çelişkinin bulunmadığını düşünüyoruz.

¹²⁵ Buhârî, Diyât, 27,29; Ebû Dâvud, Diyât, 27 Zekat, 16; İbn Mâce, Diyât, 27; el-Hadimî, Ebû Said Muhammed b. Muhammed (ö.1113-1176), **Mecâmi'l-Hakâik Şerhu Menâfi'd-Dekâik**, Matbaatu Âmire, İstanbul, 1308, s.318. Mecelle de bu hadisi. **“hayvanatın kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarratı hederdir”**. biçiminde maddeleştirmiştir. bkz. **Mecelle**, Md.94; 939

¹²⁶ Ebû Dâvud, Buyu', 90; İbn Mâce, Ahkâm, 13; İbn Hanbel, Ahmed b. Muhammed (ö.241/855), **el-Müsned**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981, 5/432.

¹²⁷ Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali (ö.1250/1834), **Neylu'l-Evtâr Şerhu Munteka'l-Ahbar**, Kahire, 1353/1983, V, 275.

¹²⁸ Ebû Dâvud, Buyu', 90; İbn Mâce, Ahkâm, 13; Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, 5/432.

¹²⁹ Mecelle'nin de, hayvan sahiplerinin sorumluluğunu düzenlemede bu hadisi şerifleri esas aldığı anlaşılmaktadır **Mecelle**, Md. 929, 931, 932, 933.

İslam hukukçuları, hayvanının başkasına verdiği zarardan dolayı hayvan sahibinin tazmin ile yükümlü tutulabilmesi için bir takım şartlar aramışlardır. Bunları kısaca şöylece özetlemek mümkündür.

a) Hayvan sahibinin, hayvanının başkasına zarar vermemesi için gerekli tedbirleri almaması. Sorumluluğun doğmasında aranan en önemli şartlardan birini oluşturmaktadır. Kedi, köpek gibi tabiatlarında zarar verme özelliği bulunan hayvanlara sahip olan kişiler, bu hayvanların başkalarına zarar vermemesi için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.¹³⁰ Bu nedenle örneğin başıboş bıraktığı saldırgan ve yırtıcı pitbull köpeğinin, başkalarına maddî ve cismani zarar vermesi durumunda kusuru bulunduğu için hayvan sahibinin, zararı tazmin yükümlülüğü doğmaktadır.¹³¹

b) Başkasına zarar veren hayvanın, sahihsiz değil bir şahsın mülkiyet ve yönetiminde bulunması başka bir ifade ile sahibinin belli olması gerekir. Bu nedenle kirialanan, emanet edilen, gasp edilen, güdülen, binilen veya bir çoban nezaret ve kontrolünde güdülen hayvanların verdiği zararların tazmininde, sadece kanuni himaye yeterli görülmemekte, ayrıca ispat-ı yed olarak adlandırılan maddî koruyucularının bulunması da şart koşulmaktadır.¹³²

c) Hayvanın verdiği zararın, mücbir sebepten değil hayvan sahibinin kusurundan kaynaklanması gerekir. Zararın, hayvan koruyucusu tarafından engel olunamayan veya sakınılması imkansız derecede güç olan **mücbir sebep** ten

¹³⁰ el-Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs (ö.1051/1641), **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, IV, s.129; er-Rehîbânî, Mustafa b. Sa'd b. U'bede, **Metâlibî Ulî'n-Nehy fî Şerhi Gâyeti'l-Muntehâ**, el-Mektebu'l-İslâmî, Beyrut, IV, s.87

¹³¹ Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, IV, s.125-126; er-Rehîbânî, **a.g.e**, IV, 85; İbn Muflih, Muhammed .b. Muhammed el-Makdisî, **el-Furû'**, Âlemu'l-Kutub, IV, s.521; Cemal, Süleyman, **Hâşiyetu'l-Cemel alâ Şerhi'l-Menhec**, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, ty, by, V, 196.

¹³² Bağdâdî, **a.g.e**, 189-190; Mollâ Husrev, Muhammed b. Ferâmuz, (ö.885/1480), **Dureru'l-Hukkâm Şerhu Ğureri'l-Ahkâm**, Şirket-Sahafiye-i Osmaniye Matbaası, İstanbul, 1317, II, 113; İbn Nüceym, **Bahru'r-Râik**, VIII, 554; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 560; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, IV, s.126,128; el-Maradâvî, Alî b. Süleymân b. Ahmed, **el-İnsâf**, Dâru İhyâi't-Tûrasî'l-Arabî, VI, 235; eş-Şirbînî, Şemsuddin Muhammed b.Ahmed el-Hatîb,(ö.997/1570), **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc**, Matbaatu Mustafa el-Bâbî, Mısır, 1958, IV,204.

kaynaklanması ve bunun da ispat edilmesi durumunda hayvan sahibinin tazmin sorumluluğu kalkmaktadır.”¹³³

Burada meşrû müdâfaa konusuna da kısaca atıf yapmak istiyoruz. Kişinin, kendisine saldıran yırtıcı bir hayvanın (örneğin pitbull köpeği) vereceği zararı başka türlü önlemesinin mümkün olmaması durumunda bu hayvanı öldürmesi, İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından meşrû müdâfaa hakkının kullanılması olarak kabul edilmiş ve hayvanı öldüren kişinin tazmin ile sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.¹³⁴ Hanefî hukukçular ise meşrû müdâfaa hakkının kullanılmasının hukuki bir hak olduğunu ilke olarak kabul etmekle birlikte bu hakkı kullanmanın, başkasının hakkını iptal edemeyeceği görüşünden hareketle hayvan sahibinin hayvanın bedelini tazmin ettirme hakkının bulunduğu görüşünü benimsemiştir.¹³⁵

e. Eşyadan Doğan Sorumluluk

Modern hukukta eşyadan doğan zararların tazmini, kusur ilkesiyle değil illiyet ve sebebiyet ilişkisine dayandırılmış ve **kusursuz sorumluluk** kapsamında mütalaa edilmiştir. Kusursuz sorumluluk ise tehlike (**risk**) teorisi ile açıklanmıştır.¹³⁶ İslam hukukunda bina ve aletler gibi cansız eşyadan meydana gelen zararlardan doğacak sorumluluk, temel prensip olarak kabul edilmemiş, ancak bazı şartlar gerçekleştiği takdirde sahibinin zarardan dolayı sahibinin sorumlu tutulabileceği

¹³³ Bu konu Mecelle’de de örneklerle ele alınmış ve detaylı olarak ortaya konulmuştur bkz.Berki, A.Himmet Berki, **Mecelle**, Ankara, 1959, Md.932, 133. Ayrıca bkz, eş-Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasan (ö. 189/804), **Kitabu’l-Asl**, Âlemu’l-Kütüb, Beyrut, 1990, IV, 496-500; Sahnûn b.Saîd et-Tennûhî (ö.240/854), **el-Mudevvenetü’l-Kubrâ**, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, IV, 667; Ebû Şeybe, **a.g.e**, IX, 83; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (Ö.456/1063), **el-Muhallâ**, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut, ty, XI, 203; es-Serahsî, **el-Mebsût**, XXIX, 4; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 242, Sırâc, **a.g.e**, 449; **Mecelle**, Md. 929, İbn Hazm, **a.g.e**, XI, 205; Karâfî, Şihâbuddîn Ebi’l-Abbâs Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân(ö.684/1285), **el-Furûk**, Âlemu’l-Kütüb, Beyrut, ty, IV, 186.

¹³⁴ Karâfî, **a.g.e**, IV, 185, eş-Şafîî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris (ö.204/809), **el-Umm**, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut, 1993, VI, 245; eş-Eş-Şîrbînî, **a.g.e**, IV, 195.

¹³⁵ İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik**, VIII, 344; Ali Haydar, **a.g.e**, I, 38-39; **Mecelle**, md.33; Bâz, Rustem Selim, **Şerhu’l-Mecelle**, Dâru’l-Kütüb’i-İlmiyye, Lübnan, ty, I, 33; Sırâc, **a.g.e**, 450.

¹³⁶ İngiliz hukuku da tehlikeli maddelere has aynı hükümleri benimsemiştir.Bkz. Mahmasânî,**a.g.e**, I, 247.

görüşü benimsenmiştir.¹³⁷ Bu sorumluluk kapsamında genel olarak bina ve diğer inşaa eserleri ile aletler yer almaktadır. Aşağıda bu hususları incelemeye çalışacağız.

ea. Bina ve Diğer İnşaa Eseri Mâlikînin Sorumluluğu

Bu tür sorumluluk, yapıların noksan inşaa edilmelerinden veya bakımındaki kusurdan dolayı doğan zararların tazminini kapsamaktadır. Yapım bozukluğu veya bakım noksanlığı, bir anlamda bina ve diğer yapı eserlerinde gösterilmesi zorunlu olan, dikkat ve özen görevinin yerine getirilmemesidir. Yapı eseri mâlikînin sorumluluğunun, sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmesi nimet-külfet ilişkisine ve hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Çünkü bina veya yapı eserinden yararlanan kimse, bunlara gereken itinaı göstermek ve binasındaki bozukluk ve noksanlığın yol açtığı zararı karşılamak durumundadır. Bu konuda İslam hukuku kaynaklarında yer alan örnekler ile mukayese edildiğinde, bina sahiplerinin sorumluluğu konusunda, İslam hukuku ile modern hukuk arasında benzerlikler bulunduğu görülmektedir.

İnşaa aşamasındaki yanlış proje ve mimariden dolayı ya da eksik malzeme kullanma veya başkasının mülküne doğru meyilli olarak inşaa edilme sebebi ile yıkılarak başkasının zararına yol açması durumunda eser/bina sahibinin tazmin yükümlülüğü bulunduğu konusunda İslam hukukçuları arasında bir ittifak olduğu¹³⁸; buna karşılık kişinin kendi mülkünde inşaa ettiği binanın daha sonra oluşan bir sebep ile ve kendiliğinden yıkılmasından doğan zararın tazmini konusunda ise görüş farklılıklarının bulunduğu dikkati çekmektedir.

¹³⁷ el-Hafîf, **a.g.e**, I, 254.

¹³⁸ Merğînânî, **a.g.e**, IV, 196; Bağdâdî, **a.g.e**, 183; Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 9; İbn Kudâme, **a.g.e**, VIII, 336-337; Tarablusî, **a.g.e**, 212; el-Amilî, Zeynüdîn b. Alî, el-Cebeî (965 h.), **er-Ravdu'l-Behiyye fî Şerhi'l-Lum'eti'd-Dımskiye**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Mısır, 1378, X, (Kitabu Diyat, 6.başlık); el-Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, IV, s.125.; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, s.404; Sahnûn, **a.g.e**, IV, 667; el-Bâcî, Ebû'l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa'd b.Eyyûb b. Vâris (ö.474 h.), **el-Muntekâ Şerhu'l-Muvatta**, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kahire, 1331, VI, 67; İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 252; Eş-Şirbînî, **a.g.e**, IV, 86. Aynı görüş BK. 58/I de benimsenmiştir.

Bir kısım İslam hukukçuları, bu şekilde doğan zararların tazmin edilmeyeceği görüşünü savunmuş ve görüşlerini; kişinin, kendi mülkünde bina inşa etme hakkına sahip olduğunu, eskiyen veya yıkılmaya yüz tutmuş (**mâil-i inhidâm**) olan binasını hukuken tâmir etme ya da yıkma zorunda olmadığını, kaldı ki yukarıda ifade edildiği gibi binanın yıkılmasının mâlikînin fiili ile değil kendiliğinden olduğunu ifade ederek temellendirmeğe çalışmışlardır.¹³⁹ Ancak İslam hukukunda kişisel mülkiyetin mutlak bir hak olmadığını ve kamu yararı söz konusu olması durumunda kişisel mülkiyetin sınırlandırılabilirliğini savunan çoğunluk İslam hukukçuları (**cumhur-i fukaha**) ise kişinin mâil-i inhidâm olan binasını tâmir etmek ve onarmak zorunda olduğunu, aksi takdirde kusurlu davranışı (tedbirsizlik, ihmal, teseyyüp, bakım ve gözetim eksikliği) sebebi ile eser sahibinin, binanın kendiliğinden yıkılmasından doğacak zararı da tazmin ile yükümlü olduğu görüşünü savunarak yukarıdaki görüşe karşı çıkmışlardır.¹⁴⁰

Bir kısım İslam hukukçuları ise eser sahiplerinin sorumluluğunun, mutlak anlamda bir tazmin sorumluluğu olmadığını, ancak belli şartların gerçekleşmesi durumunda söz konusu olabileceğini kabul etmişlerdir. Bu görüş mensupları, tazmin sorumluluğu için eser sahibi ile muhtemelen zarara uğrayacak kişi veya kişiler arasında **hakk-ı murûr**, **hakk-ı civâr**, **hakk-ı mesîl** vb. bir takım hukuki ilişkilerin bulunması¹⁴¹, yıkılmaya yüz tutmuş bina sahibinin o binayı yıkması için önceden resmen ve usulüne uygun olarak uyarılması gerektiği ve binanın yıkılması ile zarar arasında bir nedensellik (illiyet) bağının bulunması¹⁴² gibi birtakım şartlar aramışlardır.

¹³⁹ Buhûtfî, **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, IV, 124; **Şerhu Muntehâ'l-İrâdât**, Alemu'l-Kütüb, Beyrut, II, 148-149; er-Rehîbânî, **a.g.e.**, IV, 84; Ebû Zehra, **el-Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, II, 200-201; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 349.

¹⁴⁰ İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, s. 171,572; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye**, Damân Md, XXVIII, 288; Mahmasânî, **a.g.e.**, 349; Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, II, 201; Sirac, **a.g.e.**, 455.; el-Hezelî, Cafer b. el-Hasen, **Şerâiu'l-İslâm fî Mesâilî'l-Helâl ve'l-Haram**, Müessesetu Metbûâtî İsmâiliyân, IV, 238; İbn Murtazâ, Ahmed b. Yahyâ, **Bahru'z-Zehhâr**, Dâru'l-Kütübî'l-İslâmî, ty, by. VI, 244; el-Ensârî, Zekerîyya, **Esnâ'l-Metâlib Şerhu Ravdatu't-Tâlib**, IV, 72.

¹⁴¹ **Mecelle**, Md.928.

¹⁴² Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 9; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, 355, 403; İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 572; Sahnûn, **a.g.e.**, XVI, 247; Merğînânî, **a.g.e.**, IV, 158; Kadîhan, Fahreddin Hasan b.Mansûr el-Özcândî, (ö.592/1195), **el-Fetavâ**, Hindiyenin Hamîşi, el-Matbaatu'l-Kubrâ'l-Emîriyye, Beyrut, 1980. III, 502-503. Mecelle, mâlikîn önceden uyarılması gerektiği şartını

caa. Binanın Çatı Ve Balkonundan Doğan Zarardan Sorumluluk

Yapı sahibinin sorumluluğu, yukarıda ifade edildiği üzere, binanın noksan inşa edilmesinden veya bakımındaki kusurundan bakım ve onarım eksikliğinden kaynaklanabileceği gibi; binanın bütününden olmasa bile çatı, balkon gibi ilavelerden de kaynaklanabilir. İslam hukukçuları bu tür fiilleri de haksız fiil kapsamında mütalaa etmiş ve doğrudan işlemese bile ortaya çıkan zarara dolaylı olarak sebep olduğu için yapı sahibini tessebbüben tazmin ile sorumlu tutmuştur. Bu durumu dikkate alan Hanefî hukukçu el-Bağdadi, tazmin konusuna tahsis ettiği **Mecmau'd-Damânât** isimli eserinde bu bağlamda meydana gelebilecek zararları teker teker sayarak; yapı sahibinin kamuya ait yol ve caddelerden faydalanmanın zarar vermeme şartına bağlı olduğunu, bu nedenle, kamuya ait yol üzerine bina veya gölgelik inşa eden ya da, tuvalet veya çatı oluğu, yağmur suyu kanalı açan, veya yola taş, ağaç vb. atık maddeler bırakan kimsenin, bunlardan doğacak zararı tazmin ile yükümlü olduğunu belirtmiştir.¹⁴³ Aynı meseleci (**kazuistik**) anlayışın Şafîî, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinde de de egemen olduğu, bu mezheplerin önemli fıkıh kitaplarında yer alan örneklerden bariz olarak anlaşılmaktadır.¹⁴⁴

“tekaddum, mazarrat-ı melhûzanın def’ ve izâlesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir.” şeklindeki 889. maddesi ile hükme bağlamış ve mâlikîn önceden ikaz edilmesinde; ikazın yıkımdan yeterli bir zaman önce yapılması, ikazın yıkımdan zarar görmesi muhtemel kişiler (hakk-ı tekaddüm ve tenbih ahabından olması) veya resmi merciler tarafından yapılması, ayrıca ihtiyaten bu ikaz edilme sırasında şahitlerin hazır bulundurulması gibi bir takım şartlar aranmıştır. Bkz. **Mecelle**, md.926-928. Bir kısım İslam hukukçuları ise, binanın kamuya zararı söz konusu olması durumunda ikaz hakkının da genel olacağını ifade etmişlerdir. bkz. Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 11; İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 574; Kâdihân, **a.g.e.**, III, 463-464.

¹⁴³ Bağdâdî, **a.g.e.**, 176; Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 6; Merğînânî, **a.g.e.**, IV, 194; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e.**, 454; Sırâc, **a.g.e.**, 460.

¹⁴⁴ el-Ensârî, **Esnâ'l-Metâlib**, IV, 73; **Şerhu'l-Behce**, el-Matbaatu'l-Meymeniyeye, V, 115; Kalyûbî ve Umeyre, Ahmed Selâme ve Ahmed Berlisî, **Hâşiyetâ Kalyûbî ve Umeyre**, Dâru'l-İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, ty., IV, 150; el-Heytemî, Ahmed b. Muhammed b. Ali.b.Hacer; **Tuhfetu'l-Muhtâc fi Şerhi'l-Minhâc**, Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabî, IX, 12, 202; Cemal, Süleyman, **Hâşiyetu'l-Cemel alâ Şerhi'l-Menhec**, V, 84; er-Remlî, **a.g.e.**, VII, 356; eş-Eş-Şirbînî, **a.g.e.**, IV, Sırâc, **a.g.e.**, 460; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fikhi'l-İslâmî**, II, 203,204, 85; İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 575-576, Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kınâ'**, IV, 124; **Şerhu'l-Muntehâ'l-İrâdât**, II, 328; el-Maradâvî, Alî b. Süleymân b. Ahmed, **el-İnsâf**, Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabî, V, 255; er-Rehîbânî, **a.g.e.**, IV, 84; ed-Dusûkî, **a.g.e.**, IV, 247; Sahnûn b. Saîd et-Tennûhî (ö.240/854), **el-Mudevvenetü'l-Kubrâ**, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, IV, 667; el-Hırşî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdillâh, **Şerhu'l-Hırşî alâ Muhtasari Halîl**, Dâru'l-Fikr, VIII, 111 vd.

eab. Binalardan Düşen Eşyadan Dolayı Sorumluluk

İslam hukukunda bina mâlikinin veya binayı rehin alan, ya da binada kiracı konumunda bulunan kişilerin kusurundan dolayı binaların çatılarından düşerek başkalarına (örneğin yoldan geçmekte olan kişilere) zarar veren eşyadan dolayı yapı sahibinin zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak o şeyin binadan veya çatıdan düşmemesi için yapı sahibi gerekli tedbirleri aldığını ispat etmesi veya zararın malikin kusurundan değil mücbir sebepten kaynaklanması durumunda bina sahibinin veya kiracının tazmin sorumluluğu bulunmadığı ifade edilmektedir.¹⁴⁵

eb. Sanayi Ürünleri ve Atık Maddelerden Doğan Sorumluluk

Sanayi inkılabı ile birlikte, iletişim, taşıma ve imalat alanında insan hayatını kolaylaştıran pek çok cihaz toplum hayatına girmiş, ancak bunlar bir çok toplumsal sorunun ortaya çıkmasına da neden olmuşlardır. Klasik İslam hukukçuları, gelişmiş cihazların neden oldukları zararlardan dolayı sorumluluğun gerekip-gerekmeyeceği sorunuyla karşı karşıya gelmemişlerdi. Çünkü kendi dönemlerinde sanayi gelişmemiş ve bu aletler icat edilmemiş olduğundan her hangi bir zarar meydana gelmiyordu. O dönemlerde çalışanların günümüzde olduğu kadar yoğun bir biçimde iş kazası yapmaları da söz konusu değildi.¹⁴⁶ Çağdaş İslam hukukçuları, hem iletişim, taşıma ve üretimden kaynaklanan problemlerin hem de zararlı sanayi atıklarının başkalarının yerine veya kamuya ait yerlere atılmasından doğacak zararlar üzerinde de durmuş bu zararların sebep olanlar tarafından tazmin edilmesi gerektiğini örneklerle açıklamışlardır.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Sirâc, **a.g.e**, s.464.

¹⁴⁶ Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 258.

¹⁴⁷ Konu ile ilgili örnekler ve zararın tazmin şekli ile ilgili olmak üzere bkz. Bağdâdî, **a.g.e**, 149, 164; es-Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII; 7; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 278; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, II, 388-389; İbn Murtazâ, **a.g.e**, V, 244; İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 359; Karâfî, **a.g.e**, II, 206; Gazalî, **el-Vecîz**, II, 150; el-Ensârî, Zekerîyya, **a.g.e**, IV, 73; el-Heytemî, **a.g.e**, IV, 395; Eş-Şîrbînî, **a.g.e**, V, s.345; Cemel, Süleyman b. Ömer b.Mansûr el-Acîlî (ö.1204 h.), **Hâşiyetü'l-Cemel alâ Şerhi'l-Minhac**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1996, VII, 502-503; el-Hırşî, **a.g.e**, VIII, 8; ed-Dusûkî, **a.g.e**, IV, s.243-244; es-Sâvî, Ebû'l-Abbâs Ahmed, **Hâşiyetu's-Sâvî alâ's-**

Klasik fıkıh kitaplarında yer alan örnekler, güncelleştirildikleri takdirde, bunların çağdaş sanayi, teknoloji ve üretimden (nükleer atıkların başka ülkelerin kara sularına bırakılması, zararlı fabrika atıklarından doğan zararların tazmini, çevre kirliliği ve akar su ve göllerin kirletilmesi vb...) kaynaklanan problemlerin hukuki açıdan çözümlenmesinde faydalı olabileceğini düşünüyoruz.

C. Sorumluluğun Dayandığı Temel İlkeler

Kişinin doğrudan şahsına veya mal varlığına, karşı işlenen bir haksız fiilin tazmine konu oluşturabilmesi için bir takım nitelikleri taşıması gerekir. Sorumluluğun dayandığı temel ilkeler başlığı altında bunlara kısaca temas etmek istiyoruz.

a) Kişi, başkasına verdiği zarardan dolayı sorumludur. Zarar mala yönelik ise mali; insan hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik ise cezai sorumluk söz konusudur. Ceza sorumluluğu için failde ceza ehliyetini haiz olma (akıl, buluş ve temyiz) şartı aranmaktadır. Akıl hastası ve yaşı küçük olan, başka bir ifade ile ceza ehliyetini haiz olmayan kişiler ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmamakta ancak başkalarına verdikleri mali ve cismani zararlar kendi mal varlıklarından ve kanuni temsilcilerinden tazmin edilmektedir.¹⁴⁸ Sorumluluk hukuku bakımından tazmin nedeni, kişinin başkasının maddî ve manevî şahsiyetine ve mal varlığına zarar veren sözlü ve yazılı beyanları ya da doğrudan maddî bir fiildir.

b) Cezai sorumlulukta, (akıl-buluş-irade) gibi ceza ehliyetine sahip olma şartı aranırken hukuki sorumlulukta, failin ceza ehliyetine sahip olup-olmama dikkate alınmamaktadır. Bu bakımdan kasten işlenmeyen fiiller; ceza hukuku bakımından bir sorumluluk doğurmazken, başkasına zarar vermesi durumunda kasta dayanmayan fiiller medeni hukuk bakımından bir sorumluluk nedeni kabul edilmekte ve fail zararı

Şerhi's-Sağır, Daru'l-Maârif, IV, 341; Aliş, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, **Minahu'l-Celîl alâ Muhtasari'l-Seyyid Hafîl**, ty,by, IV, 353.

¹⁴⁸ İbn Emîr Hâc Muhammed b. Muhammed b. Muhammed, **et-Takrîr ve't-Tahbîr fî Şerhi't-Tahrîr**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ty, by, III, 173; Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, Şa'r ve Sûf ve Veber Md, XXVI, 102-102; Şeltut, Mahmut, **el-İslâm Akâidetun ve Şerîatun**, Dâru'l-Kalem, by, 1966, 419, Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Dıman**, 265.

tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. Hukuki sorumluluğun cezai sorumluluktan farklı olduğunu dikkate alan İslam hukukçuları, yaş küçüklüğü (**sığaru's-sinn**), akıl zayıflığı (**sefeh**) ve akıl hastalığı (**cunûn**) gibi ehliyet arızaları bulunan kişilerin cezai sorumlulukları söz konusu olmamakla birlikte, haksız fiillerinden doğan mali zararların kendi mal varlıklarından tazmin edileceğini açık olarak ifade etmişlerdir. Çünkü çocukluk, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı gibi arızalar sebebi ile eda ehliyetleri bulunmasa bile bu kişilerin insan olmaları bakımından kendilerini bir takım hak ve borçlara ehil kılan zimmetleri, daha hukuki bir ifade ile vücup ehliyetleri bulunmaktadır. Bu nedenle eda ehliyetine sahip olmasalar bile bu kişilerin başkalarına verdiği mali zararlar kendi kanuni temsilcileri tarafından (ancak kendi mal varlıklarından) tazmin edilir.¹⁴⁹

c) Doğrudan kendisi zarar vermemekle birlikte, üçüncü şahsı tahrik ve teşvik ederek başkasının malına zarar verdiren veya karşılaştacağı zararı ortadan kaldırmak için kendi malına yönelen faili başkasına zarar vermeye yönlendiren kişinin asli fail ile birlikte fer'i fail olarak sorumluluğu söz konusudur. Çünkü İslam hukukuna göre kişinin kendine yönelik bir zarara engel olmak için başkasına zarar vermesi, kendisinden sorumluluğu kaldırmamaktadır,¹⁵⁰

¹⁴⁹ Ebû Zehra, Muhammed, **İslam Hukuk Metodolojisi** (trc. Abdulkadir Şener), Fon Matbaası, Ankara, 1981, s. 282), Atfîş, Muhammed b. Yûsuf b. İsâ, **Şerhu'n-Neyl ve Şifâu'l-Alîl**, Mektebetu'l-İrşâd, ty, by, VIII, 152; Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, II, 210-212.

¹⁵⁰ **Mecelle**, Md.33 ; el-Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'**, IV, 116; ed-Dusûkî, Şemsuddîn Muhammed b Ahmed b..Urfe, (ö.1230/1815) **Hâşiyetu'd Dusûkî alâ Şerh'l-Kebîr**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut, 1996., V, 161; es-Sâvî, Ebû'l-Abbâs Ahmed, **Hâşiyetu's-Sâvî alâ Şerhi's-Sağîr**, Daru'l-Maârif, III, 587; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, Telef Md, XIII, 38.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİL VE UNSURLARI

I. HAKSIZ FİİL KAVRAMI

A. Pozitif Hukukta

Haksız fiil kavramı, Almanca’da **unerlaubte, handlung**, delikt Fransızca’da **acte illicite**, Latince’de **deliktum**¹⁵¹ İngilizce’de ise **tort**¹⁵² kelimeleri ile ifade edilmektedir.

Haksız fiil, zarara uğrayan mağdur ile zarar veren (fail) arasında herhangi bir hukuki münasebet olmaksızın doğrudan doğruya kanun tarafından emredilen bir yükümlülüğün ihlalden ibarettir. Bu bakımdan haksız fiil, bu fiilin failine, başkasına verdiği zararın tazminini emreden bir borç münasebeti (**vecibe, obligation**) doğurur.¹⁵³

Haksız fiil, bir taraftan genellikle maddî bir eylemle başkasının hakkına tecavüz etmeyi ifade ederken, diğer taraftan maiyyetindeki şahıslara ve korumakla yükümlü olduğu mallara yönelik tehlikeyi önlemekle yükümlü tutulan şahsın bu konuda ihmal göstermesini ifade etmektedir.¹⁵⁴ Bu bakımdan haksız fiil kavramından ister kasıtlı, isterse ihmale dayalı olsun, hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına ve mal varlığına zarar veren fiil anlaşılmıştır.

Diğer taraftan bir hukuk kaidesini ihlal etmek ve ona aykırı olan fiil işlemek de haksız fiil olarak görülmüştür. Bu itibarla bazen **haksız fiil** ifadesi yerine **hukuka aykırı fiil** teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Haksız fiilde iki kişi arasında daha önceden bir borç ilişkisi bulunmazken birinci şahıs ikinci şahsın davranışından dolayı bir zarara uğramaktadır.¹⁵⁵ Böyle bir eylemden yani bir şahsın diğerine karşı

¹⁵¹ Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lügatı**, Ankara, 1956, Haksız fiil Md. 114.

¹⁵² Hanry Black Campbell M.A, **a.g.e**, “Tort” md. 1660 vd.

¹⁵³ Türk Hukuk Kurumu, **a.g.e**, Haksız Fiil Md. 114.; Bkz. **The Colombia Encyclopedia**, Tort, sixth Edition, Colombia University Press, 2000; “Tort” Md; Ansay, Tuğrul& Don Wallace.Jr, **Introduction to Turkish Law**, Ankara, 1966, 172.

¹⁵⁴ Arsebük, Esat, **Borçlar Hukuku**, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1943, I, 568.

¹⁵⁵ Aydın, Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981, 74.

işlediği bir haksız fiilden dolayı ona tazmin sorumluluğu doğar, yani o fiilden zarar gören kimse, bu zararın tazminini, fiili işleyenden talep ve dava edebilir.¹⁵⁶

Haksız fiiller, Borçlar Kanunun 41-60. maddesinde tanzim edilmiştir. Borçlar Kanununun 41. maddesinin ilk fıkrası, bu hususta şu genel kuralı koymuştur. **“Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.”** Buna göre haksız fiilden bir borç münasebeti doğar ve bu fiil neticesinde zarar gören şahıs, **tazminat alacağı** hakkı kazanır. Zarar veren şahıs ise **tazminat borcu** altına girer.¹⁵⁷

Çağdaş Avrupa medeni kanunlarında, haksız fiil olarak kabul edilebilmesi için eylemin;

- a) Başkasının hakkını ihlal etmesi,
- b) Zarar kastıyla işlenmesi veya başka bir ifade ile eylemin kusurlu olması
- c) İşlenen eylemin faile isnad edilebilirlik unsurlarını taşıması gerekir.

Söz konusu kanunlar, sorumluluğun doğması için zararın olması hususunda ittifak etmekle beraber haksız fiilin mahiyeti konusunda birlik sağlayamamışlardır. Söz gelişi, Fransa Medeni Kanunun’da, bir kusur neticesi olarak başkasına zarar verilmesi durumunda, zarar veren failin, tazmine mecbur edildiği ancak haksız fiil kavramının yasada yer almadığı görülmektedir. Bu kanunu yorumlayan hukukçular, sorumluluğu gerektiren fiilin, haksız hukuka aykırı fiil olması gerektiğini belirtmişlerdir. Buradaki “haksız fiil” tabiri kanunen açıkca belirtilen bir hakka istinad etmeyen fiildir.¹⁵⁸ Alman Medeni Kanununa göre bir fiilin haksız olabilmesi için, kanunen tanınmış bir hakka dayanmaması yeterli görülmeyp, başkasının sağlık,

¹⁵⁶ Musafa Reşit Belgesay, haksız fiilin doğuracağı sonuçları dikkate alarak bu kavramı en geniş bir şekilde “ haklı olmaksızın başkasının itibarını azaltan, şahsiyetine tecavüz teşkil eden fiil” biçiminde tanımlamıştır. Bkz. Belgesay, Mustafa *Reşit, Kusur ve Hukuki Hata*, İstanbul, 1956, 270-271.

¹⁵⁷ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Medeni Hukukun Umumî Esasları**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968., 309.

¹⁵⁸ Ventura, Mişon, Mesûliyeti Hukûkiye ve Damânât, **Dâru’l-Funûn Hukuk Fakültesi, Mecmuası**, sene.1, sayı.5, Teşrini Evvel, 1332, 450.

hürriyet ve mülkiyet gibi kanunun himayesinde olan bir hakkının ihlal edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İsviçre Medeni Kanunun'da “**Bir kimse zarar kastı ile veya kusur eseri olarak başkasına haksız şekilde zarar verirse...**” şeklinde belirtilen “**haksız**” yerine “**suret-i gayri meşrûada**” tabiri kullanılmıştır. Bu kanuna göre bir fiilin gayri meşrû (haksız fiil) olabilmesi için kanuni bir hakka dayanmayarak meydana gelmiş olması ve kanunen açıkca belirtilen bir hakkı veya kanuni bir hükmü ihlal etmesi gerekir.¹⁵⁹

B. İslam Hukukunda

Daha önce de belirttiğimiz gibi haksız fiil kavramı karşılığında klasik fıkıh kitaplarında, **gasp** ve **itlâf** kavramları kullanılırken, çağdaş İslam hukuku literatüründe ise “**hata**”, “**teaddi**”, “**zarar**”, “**fi’lu’d-dâr**”, “**cinâye**” ve “**cürm**” gibi kavramlar kullanılmaktadır.¹⁶⁰

İslam Hukukunda “**gayri meşrû fiiller**” yahut “**gayri kanunî fiiller**” olarak da isimlendirilen haksız fiiller, İngiliz ve Alman hukuklarında olduğu gibi, genel bir haksız fiil teorisi şeklinde ele alınmamış, fıkıh kitaplarının daha çok cinâyât ve ukûbat fasıllarında, (yani şahısların hayatlarına ve vücut bütünlüklerine karşı işlenen suçlar) Ve muamelât fasıllarının gasb ve itlâf bölümlerinde (mala yönelik haksız tecavüzler) ayrı ayrı ele alınmıştır. Buna göre İslam hukukunda haksız fiilleri, şahsa ve mala yönelik haksız fiiller olmak üzere iki genel başlık altında ele almak mümkündür.¹⁶¹

¹⁵⁹ Ventura, Mişon, **a.g.m.**, .451-452

¹⁶⁰ ez-Zerkâ, **el-Fi’lu’d-Dâr**, Dâru’l-Kalem, Dimeşk, 1988, s.15, el-Hafif, **a.g.e.**, 5-6; Mahmasânî, **a.g.e.**, s.165-166, Feyzullah, **a.g.e.**, s.13-17, Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara İlahiyat Fak. Yayınları, Ankara, 1954, s.132, Karaman, Hayrettin, **a.g.e** II, 482; Massoodi, G.Saqlain, Civil Liability in English and Islamic Laws: A Comparative View, **Islamic and Comparative Law Review**, 12:1, (1992), 35-38; Mohamad, Abdul Basir Bin, “The Islamic Law of Tort: An Introduction”, **Hamdard Islamicus**, Vol. XXIV, 1, January-March 2001, 38-39.

¹⁶¹ Aydın, Akif, **Haksız Fiill**, İA, TDV.XV, İstanbul, 1996. Ansay, **a.g.e.**, s.132; Abdurrahim, M.A, **Mohammadan Jurisprudence: Torts and Crimes**, P.L.D. Publications, Lahore, 352-353.

İslam hukukunda şahsa yönelik haksız fiiller, klasik fıkıh kitaplarının ceza hukuku (**ukûbât**) bölümlerinde incelenmiş ve bu konuda cezai ve hukuki sorumluluk ayırımı yapılmamıştır. Yani İslam ceza hukukundaki diyet, erş ve hükümet-i adl gibi cezaların, hem bir ceza, hem de bir tazminat özelliği arz ettiği görülmektedir. Ancak İslam Ceza Hukukunda ırza tecavüz ve iftira gibi şahsa yönelik bazı haksız fiillerden doğan cezai sorumluluk ukûbât bölümlerinde ele alınmış, mali sorumluluk yönü ise bir para cezası yani tazminat kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁶²

Bununla beraber mali tazmin sorumluluğu gerektiren haksız fiiller, İslam hukukunun hem ceza hukukunda (**ukûbât**) ve hem de medeni hukuk (muâmelât) bölümlerinde ele alınmıştır. Söz gelişi, hırsızlık suçu ukubât bölümünde incelenirken, gasp ve itlâf gibi haksız fiiller muamelat ile ilgili fasıllarda ele alınmıştır. Medeni hukukta ise haksız fiil kavramı gasp ve itlâf dışındaki mala yönelik bütün haksız fiilleri de içine alacak şekilde kapsamlı tutulmuştur. Bu anlayıştan hareket eden Hayrettin Karaman, haksız fiil ve itlâf kavramını aynı başlık altında incelemiştir. Ona göre İslam hukukundaki itlâf modern hukukdaki haksız fiil teorisine en yakın olandır. Gerek Mecelle gerekse diğer fıkıh kitaplarında akdî sorumluluk ile akit dışı (itlâftan) doğan tazmin sorumluluğu, ayrı bölümlerde incelenmiş ve böylece modern hukukta benimsenen akdî sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğuna benzer bir ayırım yapılmıştır. Aslında mala yönelik zarar manasına gelen itlâf, fıkıh kitaplarında daha geniş bir çerçevede içinde ele alınmış ve ister mala, ister bedene yönelik zarar olsun haksız fiille meydana gelen tüm zararlara itlâf denilmiştir.¹⁶³

Mecelle de, fıkıh kitaplarının sözkonusu sistematiğini aynen benimseyerek sekizinci kitabında mala yönelik haksız fiil çeşitlerinden olan gasp ve itlâfı ayrı ayrı bablar halinde kanunlaştırmıştır. Mecelle'nin 60 maddeden oluşan gasp ve itlâf ile ilgili kitabına genel ilkeler (**kavâid-i külliye**) bölümünde yer alan haksız fiillerle

¹⁶² Ansay, **a.g.e.**, 132; Cin- Akgündüz, **a.g.e.**, II, 213.

¹⁶³ Karaman, **a.g.e.**, II, 482.

ilgili 25 madde de eklendiğinde Mecelle'nin haksız fiillere dair 85 madde ayırdığı ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁴

İslam hukukunda haksız fiillerin dayandığı temel ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür.

a) İslam hukukunda cezai sorumluluk için kast şart olduğu halde, medeni sorumlulukta fiilin kasıtlı olup olmamasına bakılmamaktadır. Yani medeni sorumlulukta failde kast ve kusur, hatta şuur ve idrak şartları da aranmamaktadır. Zira medeni sorumlulukta failin ceza ehliyetine sahip olup olmaması değil, yok edilen hak ve menfaatlerin telafî ve tazmin edilmesi söz konusudur. Bu sebeptendir ki borçlar hukuku açısından, hem ceza ehliyeti, hem de medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinden yoksun olan kişiler mali açıdan sorumludurlar. Başka bir ifadeyle medeni sorumlulukta mal ve mülkün dokunulmazlığı (ismet-i mülk) esas kabul edilmiştir.¹⁶⁵

b) Zararı tazmin konusunda "**maddî illiyet ilişkisi**" ilkesi esas alınmıştır. Bu anlayışa göre zarar, bizzat faile tazmin ettirilir. Fail ile mütesebbip zararlı bir fiilde ortak olurlarsa hüküm doğrudan faile isnad edilir.¹⁶⁶

c) Şahsa yönelik haksız fiiller açısından, cezai sorumluluk medeni sorumluluğa manidir. Yani ceza ile beraber tazmin söz konusu değildir. Şayet şahsa yönelik haksız fiillerde zararın tazmini sözkonusu olursa, diyet ve erş türünden tazmin edilir. Diyet ve erş denilen tazminatlar, kasten adam öldürme dışında sadece katile değil, katilin yakın akrabaları (âkile) ve mensup olduğu mesleki teşekküllere birlikte ödettirilir.¹⁶⁷

d) İslam hukukçularının manevî zarar anlayışı modern hukukçulardan farklıdır. Değişik isimlerle de olsa İslam hukukunda hem maddî ve hem de manevî zarar kavramları, bulunmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Cin-Akgündüz, **a.g.e**, II, 214.

¹⁶⁵ Cin-Akgündüz, **a.g.e**, II, 214.

¹⁶⁶ **Mecelle**, Md.90.

¹⁶⁷ Dağcı, **a.g.e**, 187.

¹⁶⁸ Cin-Akgündüz, **a.g.e**, II, 194-195.

Bazı İslam hukukuçuları, her türlü haksız fiillerden (cürümler) dolayı tazmin sebeplerini üçlü bir tasnife tabi tutmuşlardır. Buna göre tazminin birinci sebebi, öldürme ve yakma gibi doğrudan (**mübaşeret**) zarar vermektir. İkinci sebep, çukur açmak ve yollara kaygan şeyler atmak veya dökmek gibi dolaylı (tesebbüp) zarara sebep olan bir fiili işlemektir. Üçüncü sebep ise başkasının malına haksız olarak zorla el koymak (gasp) tır.¹⁶⁹

II. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN

HUKUKİ DAYANAKLARI

A. Kur'an

İslam dini malın korunmasına önem vermiş haksız bir surette yok edilmesini bir başka ifade ile israf edilmesini yasaklamıştır. Malı korumak maksadı ile ona zarar veren kimseyi tazminle yükümlü tutmuş, zarar gören mal sahibine de zarar veren kişiye zararı tazmin ettirme imkanı tanımıştır. Bununla haksızlığı önleme ve haksız fiil işleyenlere engel olma maksadı gütmüştür. Bu bakımdan Kuranı Kerim'de bir çok ayette haksız fiillerden doğan zararların tazmin edilmesine işaret edilmektedir.¹⁷⁰ “**Mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyiniz.**”¹⁷¹, “**her nefis, kazandığına karşılık bir rehindir.**”¹⁷², “**herkesin kazandığı (hayır) kendine, yapacağı (şer) de kendinedir.**”¹⁷³, “**herkesin kazanacağı yalnızca kendisine aittir. Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenemez.**”¹⁷⁴ “**bir kötülüğün cezası, ona denk bir kötülüktür.**”¹⁷⁵ “**o halde, size tecavüz edene, size tecavüz ettikleri gibi tecavüz edin**”¹⁷⁶, “**eğer ceza vermek isterseniz size yapılanın aynıyle mukabele edin**”.¹⁷⁷ “**mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin.**”¹⁷⁸, “**karşılıklı**

¹⁶⁹ Karaman, a.g.e, II, 483.

¹⁷⁰ Bu ayetlere haksız fiilin unsurlarını ele alırken ayrı ayrı temas edeceğiz.

¹⁷¹ Bakara, 188, Ayrıca Bkz. A'raf, 56, Bakara, 205, Yûsuf, 73.

¹⁷² Müddessir, 74/38.

¹⁷³ Bakara, 2/286.

¹⁷⁴ Enâm, 6/164; İsrâ, 17/15.

¹⁷⁵ Şûrâ, 42/40.

¹⁷⁶ Bakara, 2/194.

¹⁷⁷ Nahl, 16/126.

rızaya dayanan ticaret malı olması hali müstesna mallarınızı bâtil (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp-vererek) yemeyin”.¹⁷⁹ mealindeki ayetler haksız fiilden doğan zararların tazminini vurgulamaktadır.

B. Sünnet

Başkasının zararına sebep olma (haksız fiil) ile ilgili hukuki mevzuatın en önemli kaynaklarından birisine de Hz. Peygamberin sözlü ve fiili uygulamaları (hadisler ve sünnet) oluşturmaktadır. Peygamberimiz (s.a.v) veda haccındaki **“bu beldeniz, bu şehriniz bu gününüz haram olduğu gibi kanlarınız ve mallarınız da birbirinize haram kılınmıştır.”**¹⁸⁰ anlamındaki ifadeleri ile **“zarar vermek ve zarara zarar ile mukabelede bulunmak yoktur”**¹⁸¹ anlamındaki hadisleri haksız fiilin yasaklığı ile ilgili genel hükümleri oluşturmaktadır. **“Kim haksız surette bir karış yer gasb ederse kıyamet günü Allah yedi kat yeri o kişinin boynuna dolar.”**¹⁸², **“aldığın şeyi iade edinceye kadar senin sorumluluğundadır.”**¹⁸³, **“kişinin başkasına ait yerde, sahibinin iznini almadan ekin ekmesi durumunda, mahsulün o kendisine ait olamayacağını, sadece yaptığı masrafı alacağı”**¹⁸⁴ nı ifade eden hadisler ile **“hepiniz çobansınız ve himaye eden insanlarsınız her biriniz, idareniz altındakilerden sorumlusunuz. Devlet başkanı insanları himaye edicidir,tebasından sorumludur, kişi ev halkını himaye edicidir. onlardan sorumludur.”**¹⁸⁵ hadisleri; müslümanların mallarının, hayatlarının, şeref ve namuslarının hukuken güvence altına alındığını ve bunları ihlal etmenin suç sayıldığını belirtmektedir.

Peygamberimizin hadislerinde başkasının malına zarar verilmesi halinde bunun tazmin edilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Buna dair şu olay örnek

¹⁷⁸ **Bakara**, 2/188.

¹⁷⁹ **Nisâ**, 4/29

¹⁸⁰ Buhârî, İlim, 38;Hacc, 138; Müslim, Hacc, 147, Kasâme, 29; Tirmizî, Fiten, 6; İbn Mâce, Menâsik, 76.

¹⁸¹ Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, I/313.

¹⁸² Buhârî, Bedu'l-Halk, 2; Tirmizî, Diyât, 21; Müslim, Musâkât, 137-139; Dârimî, Buyû', 64.

¹⁸³ Ebû Dâvud, Buyû', 88; Tirmizî, Buyû', 39; İbn Mâce, Sadakât, 5.

¹⁸⁴ Ahmed b.Hanbel, **Müsned**, 3/465.

¹⁸⁵ Buhârî, Cuma, 11; Cenâiz, 32; Müslim İmâre, 20; Ebû Dâvud, İmâre, 1.

gösterilir. Peygamberimiz (s.a.v) bazı hanımları ile beraber bulunurken eşlerinden biri hizmetçisi ile bir tabak içinde yemek gönderir. Tabak hizmetçinin elinden düşerek kırılır. Peygamberimiz (s.a.v.) tabağı birleştirir ve yemeği içine koyarak yemelerini söyler. Onlar yemeyi bitirinceye kadar hizmetçi ile tabağı alıkoyar. Sonra sağlam bir tabak verir, kırık tabağı yanında tutar.¹⁸⁶ Başka bir rivayette, yemeğin yemekle, tabağın tabakla tazmin edileceğini buyurarak¹⁸⁷ zarar gören şeyin misli ile eşit olarak tazmin edileceğine işaret etmiştir. Bu hadisten, zarar gören şeyin emsali bulunmayan kıyemî mallardan olması halinde ise kıymetiyle tazmin edileceği anlaşılmaktadır.

C. Genel Fıkıh Kuralları

İslam hukukunda tazminin dayandığı bir çok genel fıkıh kuralları bulunmaktadır. Bunların bazıları şöyledir.

“Zarar izâle olunur”¹⁸⁸ **“Cevaz-ı şer’î zamâna münafidir”**¹⁸⁹ **“Mübâşir, müteammid olmasa da zâmin olur.”**¹⁹⁰ **“Mütesebbip müteammid olmadıkça zâmin olur.”**¹⁹¹ **“hayvanatın kendiliğinden olarak mazarratı hederdir.”**¹⁹² **“mübâşir ya’ni bizzat fail ile mütesebbip müctemi’ oldukça hüküm ol faile muzaf kılınır”**¹⁹³ **“bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz.”**¹⁹⁴, **“meşrû bir sebep bulunmadıkça kişinin başkasının malını alması (ahz eylemesi) caiz olmaz”**¹⁹⁵ şeklindeki küllî kaideler, kişinin, hukukun müsaade ettiği meşhur bir hakkını kullanmasından dolayı meydana gelen zararı tazmin etmeyeceğini; kişi dolaylı olarak zararlı bir fiili işlemesi halinde kasıtlı olmadığı zaman tazminle sorumlu tutulmadığı, fiili, doğrudan işleyen kimsenin sorumlu olduğunu, hatta yakın sebebin uzak sebebe tercih edileceğini vurgulayan

¹⁸⁶ Buhârî, Mezâlim, 35; Dârimî, Buyû’, 58; Ahmed B. Hanbel, **Müsned**, 3/105.

¹⁸⁷ Ebû Dâvud, Buyû’, 89.

¹⁸⁸ İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 94; Suyûtî, **el-Eşbâh**, 84; **Mecelle**, Md.20.

¹⁸⁹ Mollâ Husrev, **a.g.e**, II, 289; **Mecelle**, Md.91; 814; 824, 826.

¹⁹⁰ Bağdâdî, **a.g.e**, 146; el-Hamevî, **a.g.e**, III, 211; **Mecelle**, Md. 92.

¹⁹¹ **Mecelle**, Md. 93.

¹⁹² İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik**, VIII, 311; **Mecelle**, Md. 94.

¹⁹³ İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 190; **Mecelle**, Md.90.

¹⁹⁴ **Mecelle**, Md. 89.

¹⁹⁵ **Mecelle**, Md.17.

genel kurallar, haksız fiil ile ilgili hukuki mevzuatın önemli kaynaklarından birisini oluşturmaktadır.

III. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

Haksız fiilin unsurları modern borçlar hukuku kitaplarında hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı ve zarar olmak üzere dördü bir tasnife tabi tutulmuş,¹⁹⁶ bazı hukukçular ise bu tasnife¹⁹⁷ “fiil” unsurunu da eklemişlerdir. Buna karşılık çağdaş bir kısım İslam hukukçuları ise, farklı kriterlerden hareketle farklı tasnifler geliştirmişlerdir. Örneğin Çağdaş Arap ülkelerinin (Mısır, Irak, Ürdün...) Medeni Kanunlarını hazırlayan Mısırlı hukukçu Abdurrezzak es-Senhûrî haksız fiilin unsurlarını, **kusur, zarar, kusurla zarar arasındaki illiyet bağı** olmak üzere üçlü bir ayırıma tabii tutarken¹⁹⁸; Lübnanlı çağdaş hukukçu Suphî Mahmasanî ise haksız fiil konusunda, **zararlı fiil, hukuka aykırılık, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağı ve kusur**¹⁹⁹ olmak üzere dördü bir tasnif geliştirmiştir. Bazı çağdaş hukukçular ise haksız fiilin unsurlarını, **fiil, zarar ve illiyet bağı** olarak ele almışlardır.²⁰⁰ Bir kısım hukukçular ise haksız fiili gasp ve itlâftan ibaret olarak gördükleri için haksız fiilin unsurlarını da gasp ve itlâfın unsurları olarak zarara neden olan fiil ve ortaya çıkan zarar olmak üzere ikili bir ayırım yapmışlardır.²⁰¹ Türkçe İslam borçlar hukuku literatüründe ise, kimi yazarlarca Türk borçlar hukukundaki beşli tasnifin esas alındığı²⁰²; kimilerince ise Senhûrinin yaptığı ayırımın esas alındığı görülmektedir.²⁰³ **Fiil, zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı, kusur** biçimindeki beşli tasnifin M. Akif Aydın; **zarara sebep olan fiil, hukuka aykırılık (teaddî), illiyet bağı ve kusur** biçimindeki dördü bir tasnifin ise Hayrettin Karaman tarafından benimsendiği görülmektedir. Çalışmamızda daha kapsayıcı ve sistematik olması ayrıca Türk

¹⁹⁶ Tunçomağ, **a.g.e**, 257-270; İnan, **a.g.e**, 265-290; Feyzioğlu, **a.g.e**, 471-504

¹⁹⁷ Fikret Eren bu tasnifi yapmıştır. Bkz. Eren, **a.g.e**, II, 29-124.

¹⁹⁸ es-Senhûrî, **el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî'l-Cedîd**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, ty, 776-915.

¹⁹⁹ Mahmasanî, **a.g.e**, I, 169-194.

²⁰⁰ Sultan, Enver, **a.g.e**, 299-335; Ferec, Tevfik Hasan, **en-Nazariyatü el-Amme lil iltizam fi masadiri el-iltizam**, Beyrut, ty, 371-392.

²⁰¹ Ahmed, Süleyman, **a.g.e**, 208-228.

²⁰² Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 409-411.

²⁰³ Karaman, **a.g.e**, II, 483-497.

borçlar hukuku doktrini ile mukayeseye imkan tanınması bakımından haksız fiilin unsurlarını, beşli taksimi esas alarak incelemeye çalışacağız.

A. Haksız Fiilin Maddî Unsuru

Hukuk disiplninde fiil, insanın iradesini kullanarak yaptığı veya terk ettiği eylemler fiil olarak isimlendirilir. Kısaca fiil, şuurlu iradenin eseridir. Haksız fiil sorumluluğunun esas unsurunu da insan fiilleri oluşturmaktadır. İnsanın kendi fiiliyle hukukten korunan hak ve menfaatleri ihlal edip başkasına zarar vermesi durumunda haksız fiil sorumluluğu gerçekleşir.²⁰⁴ Haksız fiillerin konusunu doğrudan kişinin başkasının hayatına veya vücut bütünlüğüne ve mülkiyetine yönelik zararlı eylemleri oluşturduğu²⁰⁵ için haksız fiil (kusur) sorumluluğunda da fiilin birtakım unsurları taşıması gerekir. Bu bakımdan haksız fiilin unsurlarını da oluşması için insan davranışının bulunması gerekir.

Kusur sorumluluğunda hukukten teminat altına alınan hak, yetki ve menfaatlerin ihlalden doğan zarar, insan davranışına dayanır. Bu bakımdan dar anlamda tazmin sorumluluğu gerektiren bir haksız fiilden söz edebilmek için; meydana gelen zararın sebebinin bir insan davranışından kaynaklanması gerekir. Haksız fiil terimindeki **fiil** ibaresi de bunu ifade etmektedir. Buradaki “fiil” terimi, “insan davranışı” anlamında kullanılmaktadır. Davranış (fiil-eylem), haksız fiilin kusur ve hukuka aykırılık unsuru kapsamında değil, objektif unsuru içinde yer alır. Bu nedenle haksız fiilin unsurlarından birisini oluşturması ve yerine göre “fiil” ile eş anlamlı olması bakımından davranışın da tanımını yapmak gerekir.²⁰⁶

Davranış, bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin şuur denetimine tabî irade ile yönlendirilen ve irade sonucu meydana gelen bir hareket tarzıdır. İnsan davranışı maddî ve psikolojik (manevî) olmak üzere iki unsurdan meydana gelmektedir. Maddî unsur, müspet veya menfî şekilde dışa yansıyan vücut

²⁰⁴ Eren, **a.g.e**, II, 32.

²⁰⁵ el-Kâsânî, **a.g.e**, VII, 233; İbn Rüşd, Ebû'l-Velî Muhammed b.Ahmed (ö.595/1199) **Şerhu Bidâyeti'l-Müctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid**, Dâru's-Selâm, Mısır, 1995, II, 330.

²⁰⁶ Eren, **a.g.e**, II, 30.

hareketleridir. Bu nedenle harici bir eylem ile dış (fizik) dünyaya yansımayan, sadece insanın iç aleminde kalan bir düşünce ve duygu, davranış niteliğini kazanmaz.²⁰⁷

Kusur sorumluluğunda, sadece iradenin denetim ve hakimiyeti altında bulunan, başka bir ifade ile irade tarafından yönlendirilen bir hareket faile sorumluluk yükler. Bu nedenle iradeden yoksun olan davranışların (irade dışı olan vücut hareketlerinin) sorumluluk hukuku açısından insan davranışı olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Mesela refleks hareketler veya uyku halinde ya da maddî cebir (ikrah) altında veya bilinç kaybı hallerinde yapılan hareketler, bir vücut hareketi olmakla birlikte iradeye dayalı olmadığından ilke olarak haksız fiil (kusur) sorumluluğunun konusunu oluşturmaz.²⁰⁸ Buna karşılık insanın iradi davranışı sonucu meydana gelen ve zarara sebep olan tabiî ve teknik olaylar, (mesela zararın doğmasına sebep olan suni yağmurlama) durumunda haksız fiilin (kusur) unsurlarından birisini oluşturan “fiil” unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir.²⁰⁹

Burada İslam hukuku bakımından şu ayrıntıya temas etmek gerekir ki; insanın bir takım gayri iradi (kasıtlı olmayan) fiillerini, haksız fiil kapsamında mütalaa ederek failini haksız fiili sebebi ile sorumlu tutmak mümkün görünmese bile genel tazmin ilkelerinden hareketle mağdurun zararını karşılamak için faili sorumlu tutmak mümkündür. Örneğin, uyku halindeki annenin, yan tarafına dönerken yanında uyumakta olan kendi küçük çocuğuna bedensel bir zarar vermesi durumunda anne, verdiği zarardan dolayı tazmin ile yükümlüdür. Ancak fiil, failin kusuruna, failin şuurlu iradesine dayanmasa bile sonuç failin maddî hareketine dayandığı için fail tessebbüben tazmin ile sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle klasik İslam hukukçuları tazmin doğuran bütün durumlar için kusur (hata) yerine sadece fiil ifadesini kullanmışlardır.²¹⁰

²⁰⁷ Eren, **a.g.e**, II, s.31.

²⁰⁸ el-Hafif, **a.g.e**, I, s.44, Eren, **a.g.e**, II, 31.

²⁰⁹ Eren, **a.g.e**, II, s.32-33.

²¹⁰ İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, X, 214; el- Mavsılî, **a.g.e**, V, 26.

H. Peygamber'in “Allah ümmetimin kalplerine gelen kötülükleri yapmadıkça ve konuşmadıkça affetmiştir”²¹¹ hadisi de davranış ve eylemin, haksız fiilin unsurlarından birisini oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

1. Fiil Çeşitleri

Kişinin tazmin ile sorumlu tutulması için zararlı fiilin mevcut olması gerekir. Fiil, sözlü, yazılı veya maddî bir hareket şeklinde olabilir. İradenin dış alemde açığa çıkmasını sağlayan her söz, yazı ve maddî hareket, fiil olarak değerlendirilir. İslam hukukçuları doğuracağı sonuçları dikkate alarak haksız fiilin unsurlarından birisini oluşturan fiil kavramını; fiilin somut olup olmaması bakımından: olumlu (**somut-icâbî**) fiil ve olumsuz (**selbî**) fiil; doğrudan işlenip işlenmemesi bakımından doğrudan işlenen fiil (**mübşeret**) ve dolaylı olarak işlenen fiil (**tesebbüp**) olmak üzere farklı şekillerde ele almışlardır. Bu ayırımın en önemli sonucu ise İslam hukukçularının zarara sebep olan maddî-somut fiillerden dolayı failin tazmin yükümlülüğü bulunduğu; buna karşılık menfî veya selbî fiillerinden dolayı ise tazmin yükümlülüğü bulunmadığına dair olan kanaatleridir.²¹²

a. Fiilin Somut Olup Olmaması Bakımından

İnsan davranışı, bir şeyi yapma, (**müşbet, icabi**) şeklinde tezahür ettiği gibi, yapılması gereken bir fiili ihmal edip yapmamak (**menfî davranış**) tan da kaynaklanabilir.²¹³ Başka bir ifade ile zarar, maddî bir hareketten doğabileceği gibi kişinin yapmak yükümlülüğünde bulunduğu bir hareketi ihmal etmesinden (**hareketsizlik**) de kaynaklanabilir. Burada somut olarak müşahade edilebilen maddî hareketler (**müşbet fiil**) fiil kabul edildiği gibi yapılması gereken bir davranışı iradi olarak yapmamak (**kaçınmak ve hareketsiz kalmak**) biçimindeki menfî hareketler (**selbî fiil**) de fiil olarak kabul edilmiştir. yani, kişinin zarara (**itlâf**) sebep olacak bir

²¹¹ Ebu'l Hüseyin Müslim b. el-Haccac, el-Kuşeyri, en-Nisâburî, (ö.261/874), **el-Camiu's-Sahih**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, İman, 205; Ahmed b.Hanbel, **el-Müsned**, İstanbul 1981, II s.315.

²¹² Ahmed Süleyman, **a.g.e**, 209.

²¹³ el-Hafif, **a.g.e**, I, 44, İmre, Zahit, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri “, **İ.Ü.H.F.M.** Cilt: XIII, İstanbul. 1947, 1483; Şeltut, **a.g.e**, 415, el-Hafif, **a.g.e**, I, 42, Tandoğan, **a.g.e**, 12; Eren, **a.g.e**, II, 33-34; Karaman, **a.g.e** II, 484.

fiili işlemesi kastedilmektedir.²¹⁴ Bu nedenle somut olup olmaması bakımından fiil kavramını müsbet (**icâbî**) fiil ve menfî -selbî fiil (**olumsuz davranış**) olmak üzere iki başlık altında incelemek gerekir.

aa. Somut Fiil

Teknik anlamda “haksız fiil” olarak isimlendirilen zarar, çoğunlukla insanın eli ve diğer organları ile işlediği (dövmek, öldürmek, yaralamak, itlâf etmek gibi) somut (**icabî**) bir fiili sonucunda ortaya çıkar. Buradan hareketle müspet fiili; olumlu bir davranış, yani dış dünyada fark edilen bir eylem şeklinde tanımlamak mümkündür.²¹⁵

İslam hukukunda insan, hukuki sonuç doğuran somut (**maddî**) davranışlarından sorumlu tutulur. Klasik fıkıh kitaplarında hukuki sonuç (tazmin sorumluluğu) doğuran somut eylemlere: kişinin; silahı ile kasıtlı olarak bir insan veya bir av hayvanına ateş etmesi; kamuya ait yol üzerinde yetkililerden izin almaksızın çukur kazması; içinde başkasına ait hayvanların bulunduğu ahırın kapısını sahibinden izinsiz olarak açması; başkasına ait olan ve içinde kuş bulunan kafesi açması; sözlü beyanı ile başkası lehinde ve aleyhinde şahitlik yaptıktan sonra şahitlikten dönmesi; gibi davranışlar zarar doğuran olumlu (müspet) davranışlara örnek gösterilmiştir.²¹⁶

ab. Hareketsizlik (İhmal Hareketi)

Bazı durumlarda fiil, bir eylemi yapmamak veya yapmaktan kaçınmak biçiminde, (**olumsuz-selbî**) de olabilir.²¹⁷ Doktrinde olumsuz (**selbî**) davranış yerine “**ihmal hareketi**” kavramının kullanıldığı da görülmektedir.²¹⁸ Olumsuz davranış bir şey yapmamak değil, yapılması gereken davranışı yapmaktan kaçınmaktır. Hukuk disipliniinde kişinin yapmak yükümlülüğünde olduğu bir eylemi yapmaması da

²¹⁴ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 12.

²¹⁵ Şeltût, **a.g.e.**, 414; Eren, **a.g.e.**, II, 34.

²¹⁶ İbnu'l-Humâm, **a.g.e.**, X, 213; el-Mavsılî, **a.g.e.**, V, 25 Ahmed., Süleyman Muhammed, **a.g.e.**, 354.

²¹⁷ Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e.**, 354, Şeltût, **a.g.e.**, 415.

²¹⁸ Karaman, **a.g.e.**, II, 484, el-Hafif, **a.g.e.**, I, 40.

hareket kabul edilmektedir. Ancak buradaki hareket, olumsuz bir davranış başka bir ifade ile hareketsizlik biçiminde ortaya çıkmaktadır.²¹⁹

Zahiren hareketsizlik gibi tezahür etse de, zararlı sonucu doğurduğu için hareketsizlik (menfi davranış) da hareket olarak kabul edilmektedir. Klasik fıkıh kitaplarında menfi harekete dair pek çok örnek bulunmaktadır. Uyarıldığı halde, kendi mülkiyetindeki yıkılmaya yüz tutmuş bir binayı sahibinin yıkmaması veya tâmir etmemesi, binanın da yıkılıp başkasının zararına sebebiyet vermesi²²⁰; yol kenarında arabasını park eden şoför karanlıkta meydana gelebilecek trafik kazalarını önlemek için gerekli tedbirleri almaması menfi davranışa örnek gösterilmektedir.²²¹

Kasıtlı-iradi somut (müsbet) fiillerden doğan zararların tazmininin kesin olduğu konusunda İslam hukukçuları arasında her hangi bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Buna karşılık hareketsiz kalınarak zarara sebebiyet verme (menfi fiil) nin tazmin yükümlülüğü doğuran bir fiil kabul edilip edilemeyeceği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Bir kısım İslam hukukçuları haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için mal sahibinin bir şeyi yapma (ifâ) yükümlülüğünün bulunmasının zorunlu olduğunu, yapma yükümlülüğü bulunmayan bir kimsenin olumsuz (menfi) fiilinden dolayı sorumlu olmayacağını ifade etmişlerdir. Bu kanaatte olan hukukçular, imkanı olduğu halde başkasının malını yangından kurtarmayan kişinin tazmin yükümlülüğü bulunmadığını örnek göstermişlerdir.²²²

Buna karşılık bir kısım İslam hukukçuları ise, kişinin bazen olumsuz (menfi) davranış ve hareketlerinden (hareketsiz kalmalarından dolayı sorumlu olacağı görüşünü benimsemiş ve kanaatlerini: **“kişinin hukuki yükümlülüğünü ve akdi sorumluluğunu yerine getirmede kusurlu davranması ve başkalarının vücut bütünlüğüne veya malına zarar vermesi durumunda ortaya çıkan zararı tazmin ile yükümlü olduğu”** biçimindeki genel hukuk ilkesine dayandırmışlardır. Muamelat

²¹⁹ el-Hafif, **a.g.e**, I, 40, Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Ankara 1988, 60.

²²⁰ Karaman, **a.g.e**, II, 483, .Mahmasânî, **a.g.e**, I, 169; Zuhaylî, **en-Nazariyetü'd-Damân**, 192, es-Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 76.

²²¹ Eren, **a.g.e**, II, 35-36. Benzer örnek için bakınız; Şeltût, **a.g.e**, 415, el-Hafif, **a.g.e**, I, 41; es-Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 9; İbn Hazm, **a.g.e**, IX, 571.

²²² el-Hafif, **a.g.e**, I, 40-41, Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, .208-210.

ile ilgili (vedia, icare ve iare); ceza hukukundaki müessir fiiller ile ilgili tazmin konularını da bu genel ilke ışığında açıklamaya gayret etmişlerdir.²²³

b. Fiilin Doğrudan veya Dolaylı Olarak İşlenmesi Bakımından

Fail, doğrudan (**mübâşeret**) kendi fiili ile başkasına zarar verebileceği gibi dolaylı olarak (**tesebbüben**) de zarara neden olabilir. Fiil-zarar ilişkisi esas alındığında haksız fiilin doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır. Fiilin doğrudan veya dolaylı olarak işlenmesine göre zararın tazmin biçimi de değiştiğinden dolayı bu ayırım büyük önem arz etmektedir.

ba.Fiilin Doğrudan İşlenmesi

Fıkıh kitaplarında failin, bir şeyi doğrudan ve bizzat itlâf etmesi **mübâşeret**; fiili doğrudan işleyen kimse ise **mübâşir** kavramı ile ifade edilmektedir. Bu nedenle mübâşeret kavramında bir işin sorumluluğunun, başka bir failin fiiline değil, doğrudan kendisine isnat ve izafe edilmesi söz konusudur.²²⁴ Örneğin, kişinin boğarak veya silah kullanarak başkasını öldürmesi, başkasına ait ağacını kesmesi, elbisesini yırtması veya malını kullanılamaz hale getirmesi durumunda fiil mubaşeretle işlenmiş sayılmaktadır.

Fakihler, mübâşeret kavramını “**kişinin işlediği fiil ile meydana gelen zarar arasına başka bir fiilin girmemesi ve zararın doğrudan failin fiilinden meydana gelmesi**”²²⁵ biçiminde tanımlamışlardır. Bu tanımın hukuk tekniği bakımından daha elverişli olduğunu düşünüyoruz. Çünkü kapsamlı (**câmiu’l-efrâd mâniu’l-ağyâr**) olan bu tanım, kişinin, hem doğrudan kendi organlarını veya bir takım aletleri kullanarak verdiği zararların, hem de mübaşirin mülkiyet ve idaresi altındaki hayvan veya eşyadan kaynaklanan zararların mübâşeret kapsamında mütalaa edileceğini

²²³ Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 254.

²²⁴ Mohamad, Abdul Basir Bin, Strict Liability in the Islamic Law of Torts, **Islamic Studies**, 39:3, (2000), 455-456. Mecelle’nin mübâşeret tanımı da aynı şekildedir. bkz. **Mecelle**, Md.887.

²²⁵ el-Hamevî, **a.g.e**, I, 466; el-Ensâri, Zekerîyya, **Esnâ’l-Metâlib**, IV, 4; el-Hatîb, **a.g.e**, IV, 6.

ortaya koymaktadır.²²⁶ Buna göre, silah kullanarak başkasını yaralamak da, bindiği hayvanın başkasına tekme atarak zarar vermesi durumu da fail açısından mübâşeret olarak kabul edilmektedir.²²⁷

Fıkıh kitaplarının cinâyât, hudûd, gasp ve itlâf ile ilgili fasıllarına bakıldığında kasten (**amd**) veya kastın aşılması (**şibhu'l-amd**) sureti ile işlenen adam öldürme ve müessir fiillerinin, hırsızlık, gasp ve itlâf suçlarının, mübâşeret (asli fiil) kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.²²⁸

Mübâşereten işlenen fiil, doğrudan failine isnad edildiği için ortaya çıkan zarardan fail, şahsen sorumlu tutulmaktadır. Zarar ile fiil arasındaki bu doğrudan illiyet ilişkisinin mevcudiyetini dikkate alan hanefî hukukçular mübâşiri, fiili doğrudan işlediği için sorumluluğu da bizzat üstlenen kişi²²⁹ olarak tanımlamışlar ve mübâşir faili, kasıtlı olmasa bile fiilinden doğan zarardan sorumlu tutmuşlardır.²³⁰

bb. Fiilin Dolaylı İşlenmesi

Klasik fıkıh kitaplarında fiilin dolaylı olarak işlenmesi (**indirect act**) karşılığında tesebbüb kavramı kullanılmaktadır. Bu kavramın kökünü oluşturan **es-sebeb-cause** ise Arapçada, isim olarak yol, kapı veya ip; mastar olarak ise bir şeye ulaştıran şey (vasıta) anlamındadır. Kapı ile eve girme, ip ile kuyudan suya çıkarma, yol ile bir menzile ulaşma arasındaki bağ, sebebiyet ilişkisini göstermektedir.²³¹ Ancak buradaki sebebiyet ilişkisinin, hukuktaki illiyet anlamında değil, vesile anlamında kullanıldığını belirtmek gerekir. Sebep kavramından türetilen tesebbüb ise, bir zararın doğrudan kişinin fiilinden değil başka bir illetten dolayı meydana gelmesini ifade etmektedir.²³² Bu dolaylı sebep-sonuç ilişkisini dikkate alan Şâfiîler tesebbübü, “**bir şeyin yok olmasında etkili olmakla birlikte onu doğrudan**

²²⁶ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 165.

²²⁷ **Mecelle**, Md. 938.

²²⁸ Kâdî Sınavne, **a.g.e**, II, 121, 127; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 165; **Mecelle**, Md. 913, 915, 918-920.

²²⁹ Baz, Rustem, **a.g.e**, I, 60 (Md.92 şerhi).

²³⁰ **Mecelle** bu hususu “**mübâşir kasıtlı olmasa da sorumludur**” biçiminde hukuki kalıba dökmüştür. Bkz. **Mecelle**, Md.92.

²³¹ Bedrân, **a.g.e**, 285; Mohammad, Abdul Basir, **a.g.e**, 445-462.

²³² Karafî, **a.g.e**, II, 249; **Mecelle** tesebbüb kavramını tanımlama yerine örneklemekle yetinmiştir. Konu ile ilgili maddeler için bkz. **Mecelle**, madde.922. vd.

meydana getirmeyen şey”²³³; Mâlikîler ise, “zararın, doğrudan değil, başka bir illetten dolayı meydana gelmesi” biçiminde tanımlamışlardır.²³⁴ Klasik fıkıh kitaplarındaki bu tanımlar ile çağdaş hukuktaki “haksız fiilin ilk sonucu olarak ortaya çıkan zarara bağlı olarak ondan sonra ortaya çıkan zarar”²³⁵, “sonradan meydana gelen zarar” ve “uzak bir sebebin sonucu olarak ortaya çıkan dolaylı zarar”²³⁶ biçimindeki tanımlar arasında benzerlik olduğu görülmektedir.

Tesebbüpte esasen aralarında eş zamanlı gibi görünmesine rağmen biri diğerinden sonra ortaya çıkan birden fazla sonuç arasında bir teselsül ilişkisi de bulunmaktadır. Örneğin, asılı olan bir avizenin zincirinin kesilmesi durumunda sadece zincir kopmamakta buna bağlı olarak avize yere düşerek kırılmaktadır. Başka bir ifade ile zincirin kesilmesi avizenin yere düşmesine ve kırılmasına sebep olmaktadır. Bu teselsül ilişkisinde zincirin koparılması, doğrudan (mübâşeret); avizenin kırılması ise dolaylı olarak (tesebbüben) ortaya çıkan sonuçlardır²³⁷. Çağdaş tanımlardaki “uzak bir sebebin sonucu olan...”ve “sonradan meydana gelen...” veya “dolaylı zarar” gibi ifadeler de kanaatimizce bu teselsül ilişkisini vurgulamaktadır.

Tesebbüben ortaya çıkan zararlardan dolayı mütesebbip, doğrudan işlememiş olmakla birlikte sonucu kendisine isnad ve izafe edilen fiili sebebi ile sorumlu tutulmaktadır. Mesela, yetkili makamlardan izin almaksızın kamuya ait bir yolda kazdığı çukura başkasının düşüp ölmesi durumunda çukuru kazın (mütesebbip) zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır.²³⁸ Çünkü ölüm, doğrudan (mübâşeret) düşme fiiline; düşme fiili ise kazılan çukura dayandırılmaktadır. Başka bir ifade ile çukuru kazın kişi, mağduru doğrudan oraya atarak öldürmemiş olsa bile, çukuru kazmamış olsa idi ölüm gerçekleşmeyecekti. Bu bakımdan doğrudan olmasa bile ölüm olayı ile çukurun kazılması arasında dolaylı bir sebep-sonuç ilişkisi

²³³ el-Ensârî, Zekerîyya, **Esnâ'l-Metâlib**, IV, 4; eş-Eş-Şîrbînî, **a.g.e**, IV, 6.

²³⁴ Karâfî, **a.g.e**, IV, 27.

²³⁵ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 70; Kılıçoğlu, **a.g.e**, I, 29.

²³⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e**, I, 29.

²³⁷ Serahsî, **Mebsût**, XI, 14; XVI, 58; Bağdâdî, **a.g.e**, 148.

²³⁸ Bâbertî, **a.g.e**, X, 313-314; Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, II, 237.

bulunmaktadır. Çukur kazanın sorumluluğu da bu dolaylı ilişkiye dayandırılmaktadır.²³⁹

B. Kusur

1. Kusur Kavramı

Haksız fiilin subjektif unsurunu oluşturan ve failin eylemi ile iradesi arasındaki ilişkiyi konu edinen kusur (**fault**)²⁴⁰, en genel anlamıyla hukuk düzenince kınanan ve hukuka aykırı kabul edilen davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır.²⁴¹ Bu nedenle hukukçular, normal sayılan hareket tarzından ayrılmayı kusurun kriteri olarak kabul ettikleri gibi, hukuka aykırı bir sonucun doğmaması için gerekli kaçınma iradesini göstermemeyi de kusur olarak kabul etmişlerdir.²⁴²

Hukuk nizamınca kınanan zararlı sonuç, failin iradesinin maddî bir hareket ile dışarıya yansımından ibarettir. Yani zarara sebep olan maddî hareketin kaynağında failin iradi bir **hareketi** ya da **hareketsizliği** bulunmaktadır. Bilerek ve isteyerek yaptığı hareket ile başkasına zarar veren failin iradesi, hukuk nizamınca **kusurlu** bulunmakta bu iradi hareketin sonunda ortaya çıkan fiil de **kusurluluk** niteliği kazanmaktadır.²⁴³ En genel anlamıyla kusur kavramı, failin bir başkasına zarar vereceğini bilerek ve isteyerek bir fiili **işlemesini** veya fiili ile başkasına zarar vermeyi istememesine rağmen elinde olan önleyici tedbirleri **ihmal etmesini** ifade etmektedir.²⁴⁴

Aşağıda detaylı olarak ele alacağımız gibi teknik birer terim olarak (özellikle ceza hukuku bakımından) bunlardan birincisine **kast (amd)**, ikincisine ise **ihmal (taksir)** denilmektedir. Kısaca belirtmek gerekirse kusur kavramı, failin psikik

²³⁹ Bağdâdî, **a.g.e.**, 180; Ali Haydar, **Şerhu'l-Mecelle**, II, 452-453 (Md.888 şerhi); Mahmasanî, **a.g.e.**, I, 181.

²⁴⁰ Saymen-Elbir, **a.g.e.**, I, s.392; Güven, **a.g.m.**, VII, 1981, sayı 4, 575.

²⁴¹ Kusur kavramının tanımı için ayrıca bkz. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 45; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, 52; Eren, **a.g.e.**, II, 106; Kaneti, **Sorumluluk hukukunda Yeni gelişmeler I. Sempozyum**, 40; Güven, **a.g.m.**, VII, 1981, sayı .4. 570-588; Eren, **a.g.e.**, II, 107; Ansay, Tuğrul, **a.g.e.**, 174; Von Tuhr, **a.g.e.**, I, 403; Güven, **a.g.m.**, VII, 1981, Sayı 4, 574.

²⁴² Güven, **a.g.m.**, 577; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 196.

²⁴³ Dağcı, **a.g.e.**, 65.

²⁴⁴ Dağcı, **a.g.e.**, 65; Ferec, **a.g.e.**, 370.

failiyeti ile hukuka aykırı sonuç arasındaki subjektif ilişkiyi yani şuur ve iradenin sonuç ile olan ilişkisini ifade ettiği için kusurun türleri olan kastı da taksir ve ihmali de içine almaktadır.²⁴⁵

İslam hukukçuları kusuru, “**hata**” kelimesiyle ifade etmiş ve hata’yı da “**kişinin dikkatli olması gereken bir konuda ihmal göstermesi**” ve “**bir fiili, kasıtlı olmaksızın işlemesi.**”²⁴⁶ biçiminde taksir kavramının karşılığı olarak kullanmışlardır. Buna göre en genel bir ifadeyle İslam hukukçularının kusuru, “**toplumda normal kabul edilen davranıştan sapma**” biçiminde algıladıklarını ifade etmek mümkündür. Fıkıh kitaplarında normal davranış ile sorumluluk doğuran kusurlu davranış arasında ayırım yapıldığına dair örnekleri görmek mümkündür Bu ayırımı dayanarak kişinin, kendi malına gösterdiği dikkat ve özeni, kendisine emanet (**vedîa**) olarak bırakılan mala göstermemesinden dolayı meydana gelen zararı tazmin ile yükümlü tutulduğu²⁴⁷ gibi; hayvan tutucusunun alışılmışın dışında hayvanı dövüp ürkütmesini kusurlu davranış olarak kabul etmiş ve bu durumdaki hayvanın başkasına verdiği zarardan dolayı hayvan tutucusunun sorumlu olacağını ifade etmişlerdir. Buna karşılık, mesleğin gerektirdiği dikkat ve titizliğin gösterilmesine rağmen ortaya çıkan zararlardan dolayı da ilgililerin tazmin ile yükümlü olmayacaklarını; örneğin meslek kurallarına riayet edilerek yapılan ameliyat sonucunda hastanın zarar görmesi durumunda doktorun ve sağlık personelinin;²⁴⁸ kiraladığı hayvanının idaresine aşırı hassasiyet göstermesine rağmen hayvanın başkasına zarar vermesi durumunda ise hayvan tutucusunun davranışını gereken dikkat ve titizliğin gösterildiği normal davranış kabul etmiş ve kendisinin, ortaya çıkan zararı tazmin ile yükümlü tutulmayacağını belirtmişlerdir.²⁴⁹

²⁴⁵ Taner, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953, 65; Dağcı, **a.g.e.**, 65. Tuncî, **a.g.e.**, 139-140; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 197-198; Bkz. Ahdash, Mohammed A, The Effect of Mistake on Contractual Relations Under English and Islamic Law A Comparative Overview, **The Islamic Quarterly**, 48:1, (2004-1425), PP.25-26.

²⁴⁶ Taftâzânî, Sa’duddin Mesûd Ömer b. Abdillâh, (ö.793/1390), **Şerhu’t-Telvîh, alâ’t-Tavdîh**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, ty, II, 195.

²⁴⁷ Bağdâdî, **a.g.e.**, 17, 18, 22.

²⁴⁸ Bağdâdî, **a.g.e.**, 48; Zeylaî, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 142; İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik**, IV, 350; VIII, 32; Bağdâdî, **a.g.e.**, 24; Benzer örnekler için bkz. Serahsî, **Mebsût**, XVI, 26; Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 274; Bâbertî, **a.g.e.**, IX, 373; Mollâ Husrev, **a.g.e.**, II, 237; İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 72.

²⁴⁹ Bağdâdî, **a.g.e.**, 13; Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 272; Bâbertî, **a.g.e.**, IX, 86; el-İbâdî, **a.g.e.**, I, 263; İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik**, VII, 309; Şeyzâde, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman

2. Kusur Türleri

Yukarıda da ifade edildiği gibi kusur, sorumluluk hukuku bakımından kast ve ihmal olmak üzere iki türlü olabilmektedir. Bu tanıma göre kusurun çeşitlerini pozitif hukuk ve İslam hukuku açısından ele almaya çalışacağız.

a. Kasıt

Kasıt (**intention**) kavramı, “**bir fiile ve onun doğuracağı sonuçlara yönelen irade**” biçiminde tanımlanmıştır. Kasıtta, failin bilinçli iradesi hukuka aykırı sonuca yönelir.²⁵⁰ Bu davranış, hukuka uygun olarak kabul edilen örnek (tip) davranıştan istenerek bilinçli olarak ayrıldığı için kusurlu sayılmıştır. Tanımdan da anlaşıldığı gibi kast; tasavvur ve irade unsurlarından oluşmaktadır. Tasavvur, hukuka aykırı fiilin fail tarafından tasarlanmasını, irade ise bu sonucun fail tarafından kesin olarak benimsenip kabul edilmesini ifade eder.²⁵¹ Hem fiilin ve hem de fiilin doğuracağı sonucun bilinerek ve istenerek işlendiği eylemler örneğin kasıtlı olarak başkasına silahla ateş edip öldürme veya yaralama fiili kasten işlenen fiillere örnek gösterilebilir. Kasıt, doğrudan olabildiği gibi dolaylı da olabilmektedir.

aa. Doğrudan Kasıt

Doğrudan kasıt, failin hem hukuka aykırı sonucu tasavvur etmesi, hem de onu gerçekten istemiş olmasıdır. Örneğin kişinin, komşusunun evini yakmayı düşünmesi ve evine kasıtlı olarak bir bidon benzin döküp tutuşturması durumunda kasıttan (**taammud** ve **kast**) söz edilebilir.²⁵²

ab. Dolaylı Kast

Dolaylı kasıt, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur etmekle birlikte o sonucu doğrudan doğruya istememesi ve doğrudan olmasa da dolaylı olarak başkasına zarar

(ö.1078/1667), **Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Multeka'l-Ebhur**, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, Beyrut, ty, II, 379; İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 40.

²⁵⁰ Eren, **a.g.e.**, II, 113; İnan, **a.g.e.**, 278; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, 52; Karahasan, **a.g.e.**, 236.

²⁵¹ Eren, **a.g.e.**, II, 113; İnan, **a.g.e.**, 278; Feyzioğlu, **a.g.e.**, 478.

²⁵² Feyzioğlu, **a.g.e.**, 478-479.

vermek maksadıyla işlenilen fiil biçiminde tanımlanmaktadır. Yukarıdaki örneği tekrarlayacak olursak, failin bir bidon benzini açık olarak komşu evin kalorifer dairesine bırakmakla birlikte, evin bu sebepten yanmasını gerçekten istememesi dolaylı kasıt olarak kabul edilmektedir. Burada fail evin yanmasını gerçekten istemese bile bu ihtimali de düşünmüş ve buna (yanarsa yansın) kabilinden hukuka aykırı sonucu da göze alarak benzin bidonunu kalorifer dairesine açık olarak bırakmıştır. Burada doğrudan olmasa bile dolayısıyla bir kasıt durumu söz konusudur. Bunu bir kısım yazarlar **ihhtimalî kasıt** olarak isimlendirmişlerdir.²⁵³ İhtimali kasıta aşırı tedbirsizlik durumu o derece açıktır ki fail evin yanmasını (hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini) istemediği tasavvur edilse bile, açık benzin bidonunu kalorifer kazanının yanına koyan kişinin bu durumun evin yanmasına sebep olacağını düşünmemesi tasavvur edilemez.

İslam hukukçuları haksız fiil sorumluluğunda failin zarar verme kastını aramamış, zararın ortaya çıkmış olmasını yeterli görmüşlerdir. Kısaca haksız fiil sorumluluğunun dayandığı temel ilke, failin kastı, veya fiili işlemesindeki saikler değil, yapmak veya terk etmek zorunda olduğu bir takım davranışları yerine getirmeyerek başkasına tazmini gerektiren bir zarar vermiş olmasıdır. Bu nedenle; zarar, ister doğrudan kasıt, veya dolaylı kasıt (ve ağır ihmal) isterse tedbirsizlik ve dikkatsizlik (ihmal) sonucunda meydana gelsin her iki durumda da faili tazmin ile yükümlü tutmuşlardır.²⁵⁴

Diğer taraftan fakihlerin haksız fiil sorumluluğunda zarar ile fiil arasındaki maddî illiyet bağının kurulması ile yetindikleri, bu zararın failin doğrudan ve kasıtlı bir hareketi ile ya da tedbirsizlik ve dikkatsizlik; ihmal ve teseyyüp sonucu meydana gelmiş olması arasında bir ayırım yapmadıkları anlaşılmaktadır. Kasıtlı olmaması durumunda bile mübâşir failin, zararı tazmin ile yükümlü tutulması²⁵⁵; akıl hastası, çocuk vb. **ceza ehliyeti** bulunmayan kişilerde **eda ehliyeti** yerine **vücup ehliyetini** (borç ve zimmete ehil olmalarını) esas alarak bu kişilerin başkalarına verdikleri maddî-mali zararları tazmin ile sorumlu tutulmaları; İslam hukukunda haksız fiilden

²⁵³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, 479.

²⁵⁴ Eren, **a.g.e.**, II, 112-113; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 478; İnan, **a.g.e.**, 278.

²⁵⁵ **Mecelle**, Md. 92.

doğan zararların tazmininde zarar ile failin eylemi arasındaki illiyet bağıını esas aldıklarını ortaya koymaktadır. Klasik fıkıh kitaplarındaki “**hükümler sebeplere bağlıdır**”²⁵⁶ külli kuralı da bu ilkeyi vurgulamaktadır.

Ceza ehliyetini haiz olmayan kişilerin kamu hakkının ağır olarak ihlal edildiği hadd cezası gerektiren suçlardan dolayı cezai sorumlulukları bulunmasa bile bunların başkalarının hayat ve vücut bütünlüğüne karşı işledikleri diyet gerektiren suçlar ve verdikleri diğer mali zararlar, kendi mallarından, kanuni temsilcileri (veli, vasi, vekil vb.) yoluyla da tazmin edilmektedir.²⁵⁷

Konuyu örneklerle açıklamaya çalışalım.

Kendi mülkünde ok atma eğitimi yapan kişinin, hedefe attığı okun, hedef yerine kenarda oturmakta olan bir kişiye isabet etmesi durumunda fail, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmaktadır.²⁵⁸

Kendi tarlasında yaktığı anızın, komşu tarlaya sıçrayarak komşusunun ekinini yakması durumunda, zarara sebep olan kişi bu zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. Ancak yaktığı anızın komşu tarlaya sıçrayarak zarar vereceğinden emin olan kişinin yaktığı anızın komşu tarlaya sıçrayarak ekinine zarar vermesi durumunda kendi tarlasında anız yakan kişi zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır.²⁵⁹

Birinci örnekte kişi, ok talimini kendi mülkünde gerçekleştirmesine rağmen haksız fiil (zarar) doğrudan kendi fiili ile meydana geldiği için failin kusuru (zarar kastı) aranmayarak fail tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. Buna karşılık ikinci örnekte olduğu gibi kişinin, başkasının tarlasına sıçrayacağından emin olarak kendi tarlasında ateş yakması ise kendisine ait olmayan (başkasına ait olan) bir yerde tasarrufta bulunması gibi telakki edilmiş ve eylemi, haksız fiil sayılarak sorumlu

²⁵⁶ Gazalî, *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, Dâru'l-Erkam b. Ebî'l-Erkam, Beyrut, ty, I, 84; el-Attâr, Hasan b. Muhammed b. Mahmud, *Hâşiyetu'l-Attâr alâ Şerhi'l-Celâli'l-Muhallâ alâ Cemi'l-Cevâmi'*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, I, 97.

²⁵⁷ الإحكام تربط بعللها el-Buhârî, Abdu'l-Azîz, a. g. e, IV, 240; Taftazânî, a.g.e, II, 325.

²⁵⁸ Bağdâdî, a.g.e, 146, 165; Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 188; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 162; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, VIII, 43; İbn Abidin, a.g.e, VI, .88, 598.

²⁵⁹ Bağdâdî, a.g.e, 161; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII, 186-187.

tutulmuştur.²⁶⁰ Mecelle’de ise aynı konu “**kişinin, zilyed olarak elinde bulundurduğu başkasına ait bir malı kasıtlı veya ihmal ve tedbirsizlik sonucu itlâf etmesi**”²⁶¹, (örneğin ayağı kayarak kendi nezdinde emanet olarak bulunan başkasına ait mala zarar (itlâf) vermesi) durumunda tazmin yükümlülüğünün doğacağı ile örneklendirilmiştir.²⁶² İslam hukukçuları, doğrudan failin fiiline isnad edildiği ve fiil ile eş zamanlı olarak meydana geldiği için doğrudan zararların tazmininde, “**mübâşir müteammid (kasıtlı) olmasa da zararı tazmin eder**”²⁶³ kuralı gereği, kusur şartı (zarar verme kastı) aramaksızın zararın ortaya çıkmasını yeterli görürken; eş zamanlılığın söz konusu olmadığı, dolaylı (tesebbüben) zararların tazmininde, zararın ortaya çıkmış olması ile yetinmemiş ayrıca, zararın, failin kusurlu fiili sonucu ortaya çıkmış (kusur) şartını aramışlardır.²⁶⁴

b. İhmal

İhmal (**negligence**) sözlükte, terk etmek, kasıtlı ve unutarak bir şeyi terk etmek, dikkatsizlik, ihmalkarlık, göz ardı etmek ve hesaba katmamak anlamına gelmektedir²⁶⁵. Teknik bir terim olarak ihmal, hukuka aykırı sonucun istememesine rağmen böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesini ifade etmektedir. Genellikle ortaya çıkış biçimi dikkate alınarak ihmal kavramı “**hukuk düzeninin yüklediği ödeve aykırı hareket etmek ve gerekli tedbirleri almamak**” ve “**insanlar arasında mu’tad olarak bilinen şeyden ayrılma**” ihmal veya taksiri kapsayacak biçiminde de tanımlanmıştır.²⁶⁶ Kusur ve

²⁶⁰ Bağdâdî, **a.g.e.**, 161; Serahsî, **el-Mebsût**, XXIII, 186-187; Şeyzâde, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman (ö.1078/1667) **Mecmau’l-Enhur fî Şerhi Multeka’l-Ebhur**, Dâru İhyâi’t-Turâsi’l-Arabiyye, Beyrut, ty, II, 246.

²⁶¹ **Mecelle**, Md.912.

²⁶² **Mecelle**, Md. 913.

²⁶³ **Mecelle**, Md.92.

²⁶⁴ Mahmasanî, **a.g.e.**, I,197.

²⁶⁵ Mutçalı, Serdar, **Arapça-Türkçe Sözlük**, Dağarcık yayınları, İstanbul, 1995, 949.

²⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, II, 115; İnan, **a.g.e.**, 280; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, s.479; Güven, **a.g.m.**, Cilt, VII, Sayı, 1-2, 1982,154; Bkz. Fleming, John G D.C.L, **An Introduction to the Law of Torts**; Oxford University Press, Oxford, 1969, 25-26; Karaman, **a.g.e.**, II, 498; Bkz. Honore, Tony, Responsibility and Luck, **The Law Quarterly Rewiev**, Vol.104, October, 1988, pp.531.

ihmal durumu dikkate alınarak ortaya çıkan haksız fiilleri birkaç başlık altında ele almak istiyoruz.

ba. Dikkatsizlik ve Tedbirsizlik

İhmal, tedbirsizlik (**recklessness**) ve dikkatsizlik (**carelessness**) sonucu ortaya çıkan zarar, failin somut bir hareketinden kaynaklanabilir. Bu şekilde ortaya çıkan ihmal türlerini örneklerle açıklamaya çalışalım. Dikkatsiz ve tedbirsiz davranarak aşırı süratli araç kullanan bir şoförün, kaldırımdaki bir insana çarpıp ölümüne neden olması²⁶⁷; kişinin, kendi evinin kapısını kitlemeyerek evde emanet olarak bulunan bir eşyanın çalınmasına sebep olması²⁶⁸; kadının, gereken dikkat ve özeni göstermeyerek ocak üzerinde kaynayan tencerenin devrilerek yanındaki çocuğun ayağının yanmasına neden olması²⁶⁹; öğretmenin öğrencisini, normal(mutad) sınırları aşan biçimde döverek cismani zarar vermesi²⁷⁰, inşasında gerekli dikkat ve özen gösterilmeyen su bendinin yıkılarak komşu tarlaya zarar vermesi; kişinin kamuya veya mülkiyeti başkasına ait bir yerde izinsiz olarak ve gerekli uyarıcı tedbirleri almaksızın, gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin çukur kazarak başka bir kişinin veya hayvanın zarar görmesine sebebiyet vermesi²⁷¹ ihmal sureti ile işlenen haksız fiillere örnek gösterilmektedir.²⁷² Ölüme neden olma ihtimali bulunan bir yerde uyuyan kimsenin bir şahıs üzerine düşerek öldürmesi veya bir şeyi kırması o kişinin gerekli dikkati göstermeyip ihmalinin bulunduğu ve bundan dolayı tazminle sorumlu olduğu kabul edilmiştir.²⁷³

Bütün bu durumlarda failin zarar kastı bulunmamasına rağmen zarar ortaya çıkmıştır. Başka bir ifade ile failin iradesi, fiile yönelmiş ancak onun doğuracağı sonuca (zarara) yönelmemiştir.

²⁶⁷ Tuncî, **a.g.e**, 140; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 196.

²⁶⁸ Bağdâdî, **a.g.e**, 75; Kâdihân, **a.g.e**, IV, 362.

²⁶⁹ Bağdâdî, **a.g.e**, 170; Şâtibî, **a.g.e**, II, 259.

²⁷⁰ el-Buceyrimî, **a.g.e**, III, 182; İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 253.

²⁷¹ Bağdâdî, **a.g.e**, 178; Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 14; Zeylaî, **Nasbu'r-Raye**, IV, 26; Bâbertî, **a.g.e**, X, 312; Mollâ Husrev, **a.g.e**, II, 109.

²⁷² İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 253.

²⁷³ İbn Humam, **a.g.e**, IX, 254; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, 90; İbn Abidin, **a.g.e**, VI, 146.

bb. Hukuki Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

İhmal, sadece bir fiilin işlenmesiyle değil bazen hukukun (şâri') öngördüğü iltizâmî bir emri ihmal veya terk etme (**abandonment**) biçiminde de gerçekleşir. İslam hukukçuları, hukukun öngördüğü dikkat ve itina ile ilgili genel kuralların örf ve teamüller ile belirleneceğini ifade etmişlerdir.²⁷⁴ Mesela, yiyecek ve içeceğe ihtiyacı olmayan şahsın sahip olduğu ihtiyaç fazlası gıda maddelerini bunlara şiddetle ihtiyaç duyan kimseye istediği halde vermeyerek ölümüne neden olması²⁷⁵; kişinin, ikinci şahsı veya bir eşyayı, yanma, boğulma veya yırtıcı hayvanların saldırısından kurtarma imkanı olduğu halde ihmal ederek zarar görmelerine sebep olması²⁷⁶, bu tür ihmaller sonucu ortaya çıkan zararlara örnek verilebilir. Bu bakımdan insanların haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini (vacip) ifa ederken şeri emir ve yasaklara (emir ve nehiy normu) ve örf ve adet kurallarına riayet etmeleri gerekir.

Zararın meydana geliş biçimi, ister somut bir hareketle isterse ifa edilmesi gereken bir hareketin terk veya ihmali sureti ile olsun yukarıdaki bütün örneklerde failin, kendi davranışının bir neticesi olarak meydana gelebilecek (**muhtemel-probable**) zararlara dikkat etmesi gerekirdi. Çünkü bu ihmaller yukarıda belirtilen sonuçları ortaya çıkarmaya genel olarak uygun ve elverişlidir.²⁷⁷ Hatta sosyal hayatta çocuk, yaşlı ve engelli insanların bulunduğu da dikkate alınarak sadece çocukların ve görme engellilerin geçiş yolu olarak kullandıkları yerlerde araç kullananların ve yoldan yararlananların çocuklara ve engellilere zarar vermemek için daha dikkatli davranmaları gerekmektedir. uyarıcı işaretlerin konularak hem şoförlerin hem de yayaların vs. dikkat çekilmesi..toplum ile iç-içe bulunan işyerleri vs de daha dikkatli

²⁷⁴ Hamevî, **a.g.e**, I, s.315; **Mecelle**, Md. 36

²⁷⁵ Kendi idaresi döneminde vuku bulan böyle bir hâdisede Hz. Ömer ölenin diyetinin, dini-hukuki yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi tarafından tazmin edilmesine hükmetmiştir. Bkz. Mâverîdî, **a.g.e**, 183; İbn Hazm, **a.g.e**, XI, 185-186; İbnu'l- Kayyim, el-Cevziyye, Şemsuddîn Ebî Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr (ö.751/1350) **Turuku'l-Hukmiye**, Dâru'l-İhyâi'l-Ulûm, Beyrut, ty, 145; Şevkânî, **a.g.e**, VII, 90.

²⁷⁶ Hırşî, **a.g.e**, VI, 15.

²⁷⁷ Ancak vuku bulması nadir olan durumlar “**nadir olan şeyin hükmü yoktur**” ilkesine göre genel hükümden istisna olarak düşünülmüş ve tazmin sorumluluğu doğuran bir durum olarak kabul edilmemiştir. Ez-Zerkeşî Bedruddîn b. Muhammed Bahadır, **el-Mensûr fî'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye**; Vizâretu'l-Evkâfî Kuveytiyye, III, 246; **Mecelle**, Md.42.

olunması ²⁷⁸ bakıma ve korunmaya muhtaç kimselerin korunmasında gerekli dikkat ve ihtimamın gösterilmemesi, özel bilgi ve beceri gerektiren belli meslek erbabının doktor, mühendis ve sanayide çalışan elemanlar mesleklerini icra ederken gerekli emniyet tedbirlerine riayet etmeleri gerekir.²⁷⁹

İhmal, ağırlık derecesine göre, ağır ihmal (**culpable negligence**)-hafif ihmal (**slight negligence**); şuurlu ihmal ve şuursuz ihmal olmak üzere farklı şekillerde mütalaa edilmiştir. Kişinin gerekli en basit ihtimam ve dikkati bile göstermemesi, örneğin şoförün, frenlerinin bozuk olduğunu bildiği otomobili kullanması, ağır ihmal olarak değerlendirilmiştir.²⁸⁰ Buna göre ağır ihmali, en basit ihtiyat kurallarına bile riayet etmemek, aynı hal ve şartlarda bulunan her normal insanın zorunlu gördüğü tedbirleri ihmal etme biçiminde tanımlamak mümkündür.²⁸¹

Kasıttaki bilinçli olarak başkasına zarar verme iradesine karşılık, ihmalde kişinin iradesi sadece fiile yönelmekte ancak fiilin doğurabileceği sonuçlara yönelmemektedir. Bu nedenle kasıtlı fiillerden dolayı fail kastından sorumlu tutulurken; meydana gelebilecek zararlı bir sonucun istenmediği taksirli fiillerden dolayı ise ihmal ve dikkatsizliğinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. İslam hukukçuları, ceza hukukunda kasıt-taksir ayırımı yapmakla birlikte borçlar hukuku bakımından failin, kasıtlı ve ihmal ve tedbirsizlik sonucu verdiği zararlar arasında ayırım yapmamış her ikisinden dolayı failin tazmin ile yükümlü olduğunu ifade etmişlerdir

Tedbirsizlik ve dikkatsizlik (ihmal) sonucu ortaya çıkan ve fail açısından tazmin sorumluluğu doğuran haksız fiillere; kasabın dikkatsizliği sonucu elindeki satırın, sapından çıkarak müşterilerine zarar vermesini²⁸²; velisinin iznini almadan onun küçük çocuğunu piknik yapmak üzere yırtıcı hayvan veya yılanların bulunduğu

²⁷⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, VII, 161; el-Buhârî, **Keşfu'l-Esrâr**, IV, 181-182; İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, IV, 487; Bağdâdî, **a.g.e**, 161; el-Ensârî, **a.g.e**, II, 339-340

²⁷⁹ Merğînânî, **a.g.e**, VI, s.159; İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 564, 571; Ali Haydar, **a.g.e**, I, 81 (Md.91. şerhi); Gazzalî, **a.g.e**, II, 149.

²⁸⁰ İnan, **a.g.e**, s. 281; Eren, **a.g.e**, II, 119; Güven, **a.g.m**, 161.

²⁸¹ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, **el-Vecîz**, 480; Güven, **a.g.m**, 161; Kılıçoğlu, **a.g.e**, I, 381; İnan, **a.g.e**, 281; Eren, **a.g.e**, II, 119.

²⁸² Bağdâdî, **a.g.e**, 170; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, Zarar Md, XXVIII, 290.

yere götürülerek zarar görmesine neden olması;²⁸³ Bakıcının kendi korumasındaki çocuğa gereken itinaı göstermeyerek ateşe düşüp yanmasına neden olması, yüzme öğrenmesi için yüzme öğretmenine teslim edilen küçük çocuğa öğretmenin gerekli dikkat ve titizliği göstermeyerek onun boğulmasına neden olması;²⁸⁴ örnek verilmektedir.

3. Kusur Ehliyeti

İslam hukukçuları hayvan veya cansız eşyanın, hukukun sujesi olamayacağını ifade etmişlerdir. Mülkiyete konu oluşturan bu varlıkların haksız fiil ehliyetine sahip olmadığını, bu bakımdan hayvan veya cansız eşyadan kaynaklanan zararların sahipleri tarafından tazmin edileceğini savunmuşlardır.²⁸⁵

İslam hukukçularının cezai sorumluluk ve akdî sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasında da ayırım yaptıkları görülmektedir. Ceza ehliyetinde idrak ve temyiz esas alınmış, bunları ortadan kaldıran yaş küçüklüğü (**minority**), (gayri mümeyyiz), akıl hastalığı (**mental sickness**) ve ikrah, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran birer durum olarak kabul edildiği gibi, fiil ehliyetini (akit ehliyeti) haiz olmayan kişilerin boşama, vekalet ve teberru gibi akit ve tasarrufları da hükümsüz sayılmıştır.²⁸⁶ Buna karşılık kusur sorumluluğunda failin subjektif durumu ve kişisel yetenekleri ilke olarak dikkate alınmayarak²⁸⁷ idrak ve temyiz (**fair judgments**), kusurun bir şartı olarak görülmemiş ve kusur ehliyetine sahip olmama durumu kusur

²⁸³ Bu durumda zarara neden olan kişinin, zararı tazmin sorumluluğu bulunup bulunmadığı konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. İmam Şafîî ve Hanefî imamlarından Züfer, çocuğun korunmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmediğini bu nedenle de failin kusurlu olduğunu ileri sürerek zararı tazmin ile yükümlü olduğunu ileri sürmüşlerdir. Serahsî, **a.g.e**, VII, 161; el-Buhârî, **Keşfu'l-Esrâr**, IV, 181-182; İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, IV, 487; el-Ensârî, **a.g.e**, II, 339-340.

²⁸⁴ Bağdâdî, **a.g.e**, 73; Kâdî Sımvânâ, **a.g.e**, II, 114; Tarablusî, **a.g.e**, 200. İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 577; bkz. Gazzalî, **a.g.e**, II, 149; Umeyre, **a.g.e**, IV, s.148; el-Heytemî, Şihâbuddîn Ahmed b. Hacer (794), **Tuhfetu'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Minhâc**, Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabiyye, IX, 6; eş-Eş-Şirbînî, **a.g.e**, V, 338; er-Remlî, **a.g.e**, VII, 352.

²⁸⁵ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 168.

²⁸⁶ el-Hamevî, **a.g.e**, III, 324-325; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 264; Şeltût, **a.g.e**, 419.

²⁸⁷ Eren, **a.g.e**, II, 115-116.

sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum olarak kabul edilmemiştir.²⁸⁸ Başka bir ifade ile borçlar hukukunda kusur şartı aranmaksızın, zararın ortaya çıkması (objektif zarar) ile yetinilmiştir. Bu bakımdan fukaha çocuk ve akıl hastası²⁸⁹ vb. akıl hastası (mecnun)'nın akıl zayıflığı (**mental weakness**)- bunamış (**ateh-insane**) çocuk ve bu hükümde olan sefih (**incompetent**)²⁹⁰ ve malını ölçsüzce harcayan cahil (**ignorant**) ve sarhoş (**drunkenness**) kişinin durumunu aynı görmüştür. kusur ehliyetine sahip olmayan kişilerin haksız fiillerinde fiilin doğrudan (**direct**) ve dolaylı (**indirect**) işlenmesi arasında ayırım yapmışlardır. Kusur ehliyetine sahip olmayan kişilerin doğrudan verdikleri zararların kendi mallarından tazmin edilmesi buna karşılık dolaylı (tesebbüben), verdikleri zararların ise kanuni temsilcileri tarafından tazmin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.²⁹¹

Çocuğun başkasına ait malı itlâf etmesi halinde zararın, kendi malından tazmin edilip edilmeyeceği konusunda görüş farklılıkları bulunmakla birlikte cumhur-i fukaha kusur sorumluluğunda yukarıda ifade edildiği gibi fiili işleyen failin hak ehliyetine (vücup ehliyeti) sahip olduğu, temyiz ve idrakin şart olmadığı ilkesinden hareketle bu zararların çocuğun malından tazmin edileceği kanaatindedirler.²⁹²

²⁸⁸ Ancak bazı hukukçular sorumluluk için temyiz şartı aramış ve akıl-baliğ olmayan gayri mümeyyiz küçük çocukların, akıl hastası ve bunamış kimselerden kişinin mal varlığına veya bedenine karşı işledikleri itlâf ve müessir fiillerden dolayı sorumlu olmayacaklarını bunların verdiği zararların çocuğun belirli akrabaları (âkile) tarafından tazmin edileceğini savunmuşlardır. Başka bir görüşte ise mali tazminin kendi malından karşılanacağı, öldürülenin kan bedeli üçte ikiye ulaşınca öldürenin belirli akrabaları (âkile) tarafından karşılanacağı ifade edilmektedir. Alîş, **a.g.e.**, III, 170; Ferec, **a.g.e.**, 373; Bazı mâlikî hukukçulara göre, küçük çocuğun itlâf ettiği şeyin heder olacağı yani tazmin edilmeyeceği görüşü zayıf olarak kabul edilmiştir. Şevkânî ise bu zayıf görüşü benimsemiş, akıl hastası (**mecnun**) ile mümeyyiz olmayan (**gayr-i mümeyyiz**) çocuğun yükümlü olmadığını savunmuştur. Ona göre, bu kişiler teklifle muhatab olduklarını geçek olarak anlayamazlar. Ancak müessir fiillerden dolayı gerekli olan erş cezası Allah tarafından konmuş bir ceza olmayıp insanlar tarafından takdir edilen ceza olduğundan tazmin edilmesi gerekir. Şevkânî, Muhammed b. Alî b. Muhammed, **İrşâdu'l-Fuhûl ilâ tahkîki'l-Hakkı min İlmi'l-Usûl**, Mustafâ'l-Bâbî'l-Halebî ve Evlâduhu, Mısır, 1937, 11.

²⁸⁹ Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 139.

²⁹⁰ Sefih, malını beyhude yere sarf ederek harcamalarında aşırılık ve israfa kaçan ve böylece mal varlığını tüketen kimsedir. (Aydın, **a.g.e.**, 231; **Mecelle**, Md. 916,946.

²⁹¹ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 171, 270; Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 139; Bağdâdî, **a.g.e.**, 148, 165; Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hakk**, I, 55; Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhî'l-İslâmî**, I, 215; Dusûkî, **a.g.e.**, I, 296; **Mecelle**, Md. 916, 960; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 223; Zuhayli, **Nazariyyatu'd-Damân**, 265; İbn Neccar, **a.g.e.**, I, 435; İbn Ferhûn, **a.g.e.**, II, 249.

²⁹² Ali Haydar, **a.g.e.**, Md. 960 şerhi, I, 598; bkz, Buhûtî, **a.g.e.**, III, 295; Hırşî, **a.g.e.**, VI, 11; er-Rehibânî, **a.g.e.**, VI, 84; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e.**, 233; Şa'bân, Zekiyuddîn, **a.g.e.**,

İslam hukukunda malın dokunulmazlığı konusunda kusur unsuru zorunlu görülmemiş, zarar hangi şekilde ortaya çıkarsa çıksın haksız fiilden dolayı meydana gelen zararın tazminini gerekli görülmüştür. Mali zararların tazmininde tazmin, sadece bir ceza olarak değil yok edilen maslahat ve menfaatin (**mesalih**) telafisi (**cevabir**) olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan kusur ehliyetine sahip olmayan çocuk akıl hastası, matuh vb. kişilerin tazmin ile yükümlü tutulmasını kişileri cezalandırmak şeklinde değerlendirmek mümkün değildir. Bu zararların ilgililerin kanuni temsilcilerine tazmin ettirilmesi ise kişi ve kamu haklarının korunması konusunda daha dikkatli olunması için ilgililere bir tedbir (**zevacir**) niteliği taşımaktadır.²⁹³.

Peygamberimizin (s.a.v) “**unutma ve yanılmadan dolayı ümmetinden sorumluluk kaldırılmıştır**”²⁹⁴ hadisi ile, kişinin ihmal ve tedbirsizlik sonucu meydana verdiği zararları tazmin ile yükümlü bulunması arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Çünkü hadisi şerif kastın bulunmadığı fiillerde uhrevi sorumluluğun bulunmaması ile ilgilidir.

s.250 ;Kâsânî, **a.g.e**, VII, 171; er-Remli, **a.g.e**, V, 150, VII, 36; İbn Abidîn, **a.g.e**, VI, 146; Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VIII, 345-346; Şeyhzâde, **a.g.e**, II, 677; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, 445; Dusûkî, **a.g.e**, IV, s.481. Bu durumda çocuğun tazmin yükümlülüğü bulunmadığını savunan azınlıktaki görüş ve gerekçeleri için bkz. İbn Nuceym, Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII; s.346; Şeyhzâde, **a.g.e**, II, 677.

²⁹³ İzz. b. Abdisselâm, **a.g.e**, I, 129,178; Ahmed, Süleyman Muhammed **a.g.e**, s.240 Zahirî hukuçular ceza ehliyeti ile kusur ehliyeti arasında bir fark olmadığını ileri sürerek çocuk, akıl hastası vb. ceza ve kusur ehliyeti bulunmayan kişileri, hem cezai hem de kusur sorumlulukları olmayacaklarını, başkalarına verdikleri cismani, (bedensel) ve mali zararlardan dolayı tazmin sorumluluklarının bulunmadıklarını ifade etmişlerdir. İbn Hazm, **a.g.e**, XI, 39, Md. 2130. Kusur sorumluluğu, MK'nın 14, 15 ve 16. maddelerinde düzenlenmiştir. MK. 15. maddesinde geçen “**kanuni istisnalar saklı**” ifadesine uygun olarak BK. 54/I deki, “**hakkaniyetin gerektiği durumda hakim in temyiz kudretine sahip olmayan kimseyi başkasına verdiği zararın tamamını veya bir kısmını tazmin etmekle mahkum eder**” ifadesinden hareketle İslam hukuku ile borçlar Kanunundaki düzenlemeler arasında benzerlikler bulunmakla birlikte, ilke olarak önemli farklılıkların bulunduğu da dikkati çekmektedir Türk Borçlar hukukundaki kusur sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Deschenaux / Tercier, **a.g.e**, 80; İnan, **a.g.e**, 271; Karahasan, Mustafa Reşit, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara, 1981, 140; Eren, **a.g.e**, II, 111, 196-197; Öztan, **a.g.e**, 60.

²⁹⁴ Neseî, Talak, 16.

4. Kusuru İspat yükümlülüğü

İslam hukukçuları, Peygamberimiz (s.a.v) in“ **ispatın (delilin) davacıya, yeminin ise davalıya ait olduğu**”²⁹⁵ hadisinden ve ispat edilmedikçe kişinin suçsuzluğunun temel ilke olduğunu hükme bağlayan “**beraet-i zimmet asıldır**”²⁹⁶ ve “**şek ile yakın zail olmaz**”²⁹⁷ külli kurallarından hareketle haksız fiilden dolayı tazmine hükmedebilmek için zarar gören mağdurun (davacı) failin kusurluluğunu ispat etmek ile yükümlülü olduğunu ifade etmişlerdir. Ancak kusur ehliyetinin bulunmadığı bazı durumlarda failin de kusursuz olduğunu ispat etme durumu söz konusu olabilir. Örneğin geçici olarak temyiz kudretini kaybeden kişi, zararın kendi kusuru olmadan meydana gelmiş olduğunu ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulur.²⁹⁸ Zararın, davacının veya üçüncü şahsın kusuru yahut mücbir sebepten kaynaklanması ise, failden sorumluluğu kaldıran birer durum olarak kabul edilmiştir.²⁹⁹

Ancak bazı durumlarda davacı davalının kusurunu ispat etme imkanı bulamamakta ve zarar görmektedir. Bu nedenle, tamir, emanet veya rehin amacıyla terzi, dokumacı ve tâmirci gibi esnaf veya sanatkarlara bırakılan malların, bu esnaf veya sanatkarların (terzi, dokumacı...) şahsi kusuru sebebi ile kaybolduğu veya zarar gördüğü ispat edilmesi durumunda zararın bu sanatkarlar tarafından karşılanacağı, aksi takdirde emanetlerin tazmin edilmeyecekleri ilke olarak benimsenmiştir. Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin tatbikatlarının da bu şekilde olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁰

Aynı şekilde kusuru, öngörme prensibinden hareketle doktor, avukat, sanatkar gibi meslek sahiblerinin kusurlarının ispat edilmesi durumunda ortaya çıkan zararın bu meslek erbabı sanatkarlar tarafından karşılanacağı ancak, tabii olarak mesleğin

²⁹⁵ Buhârî, Rehin,6; Tirmizî, Ahkâm, 13; İbn Mâce, Ahkâm, 7. Bkz. **Mecelle** Md.76.

²⁹⁶ **Mecelle**, Md.8; Buna, **beraet-i asliye** ilkesi denilmektedir.

²⁹⁷ **Mecelle**, Md.4.

²⁹⁸ Eren, **a.g.e**, II, 120.

²⁹⁹ Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 270; Dusûkî, **a.g.e**, IV, 411; el-Hırşî, **a.g.e**, IV, 218; V, 256, VI, 124; es-Sâvî, **a.g.e**, II, 764; III, 336-337.

³⁰⁰ İbn Rüşd, **a.g.e**, IV, 1821; Dusûkî, **a.g.e**, IV, 410-411; es-Sâvî, **a.g.e**, III, 337.

icra ve ifasından ve kaçınılması mümkün olmayan bir durumdan kaynaklanan zararların ise tazmin edilmeyeceği görüşü benimsenmiştir.³⁰¹

Ancak büyük sanayi kuruluşları, holdingler, şirketler ve ekonominin önde gelen diğer aktörlerinin ortaya çıkması; istihdam edenler ve müstahdemler ile işçilerin fiillerinden zarar gören üçüncü kişiler (işveren-çalışan-mağdur) arasında birtakım ihtilafların doğmasına yol açmıştır. Bu bağlamda işveren adına çalışan işçinin başkasına verdiği zararların işveren mi yoksa işçi tarafından mı karşılanacağı tartışılmıştır. Bu durumda **kusursuz sorumluluk** ilkesinden hareketle zarara uğrayan üçüncü kişinin zararının doğrudan fail olan işçi yerine işveren tarafından tazmin edilmesi ilke olarak benimsenmiştir. İşverenin, zararın işçinin şahsi kusurundan kaynaklandığını gerekçe göstererek işçiye rucu etmesi ise ayrı bir konu teşkil etmektedir. Bu durum İslam hukukunda haksız fiillerin tazmininde **kusur ilkesi** esas olmakla birlikte bazı durumlarda **kusursuz sorumluluk** ilkesinin de dikkate alındığını ortaya koymaktadır. Bu konuda İslam hukuku ile çağdaş hukuk arasında benzerlik olduğu müşahade edilmektedir.³⁰²

5. Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Rolü

Haksız fiil (kusur) sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru, zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yükletilmesini haklı gösteren bir sorumluluk ilkesi ve sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan haksız fiil (kusur) sorumluluğunda, kusurun tazminat miktarının belirlenmesinde de önemli rolünün bulunduğu ifade edilmektedir. Sebep sorumluluğunda (kusursuz sorumluluk) ise kusurun kurucu unsur olmamakla birlikte zarar gören ile zarar veren kişiler açısından bazı etkilerinin bulunduğunu belirtmek gerekir.³⁰³

Zarar veren kişinin, kusuru (zarar kastı) bulunması durumunda zarar, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru veya zarar görenin müterafik kusuru sonucu oluşsa bile failden tazmin sorumluluğu kalkmamaktadır. Zira zarar verenin kusuru (zarar verme

³⁰¹ İbn Kudâme, **a.g.e**, VI, 107; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, 32; er-Rehîbânî, **a.g.e**, III, 684.

³⁰² Âmir, **a.g.e**, 479.

³⁰³ Eren, **a.g.e**, II, 109; Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 476; İnan, **a.g.e**, 277.

kastının mevcudiyeti), mücbir sebep ve zarar görenin müterafik kusuru sonucu ortaya çıkan zarar ile fail arasındaki illiyet bağıını kesecek nitelikte değildir.³⁰⁴

C. Hukuka Aykırılık

1. Hukuka Aykırılık Kavramı

Haksızlık ile eş anlamlı olarak kullanılan “**hukuka aykırılık- unlawfulness**” kavramı, teknik bir terim olarak meşrû bir gerekçe olmaksızın başkasına zarar vermek; hukuk düzeninin uyulmasını istediği emir ve yükümlülüklerle aykırı hareketlerde bulunmayı ifade etmektedir.³⁰⁵

Kur'an-ı Kerim'deki “**mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyiniz.**”³⁰⁶ ayeti ile pek çok hadisi şerifte yer alan “**lâ yehillu**”, “**zulmun**”, “**harâmun**”, “**yahrumu**”³⁰⁷ vb ifadeleri ile Mecellenin 17.maddesinde ifadesini bulan “**meşrû olmayan bir sebeple birinin malını bir kimsenin alması (ahz eylemesi) caiz olmaz**”.³⁰⁸ şeklindeki genel kuralı da hukuka aykırılık konusunu vurgulamaktadır. TBK.nunda da hukuka aykırılık unsuru sarıh olarak ifade edilmemekle birlikte Borçlar Kanunu'nun 41. maddesindeki “**haksız bir surette**” ifadesi ve TMK'nın 24/1 maddesindeki “**haksız**” kelimeleri esasen bir haksızlığı değil “**hukuka aykırılık**” unsurunu ifade etmek için kullanılmıştır.³⁰⁹ Hukuka aykırılık konusunu hukuki kalıba (**siyağât**) dökme yönteminde, İslam hukuku ile Türk Borçlar hukuku arasında, önemli bir benzerliğin olduğu müşahade edilmektedir.

İslam hukukunda hukuka aykırılık yerine “**teaddî**” ve “**i'tidâ**” kavramları kullanılmaktadır. Teaddî ve i'tidâ ise sözlükte zulüm, haksızlık ve hakkı ihlal etmek

³⁰⁴ Eren, **a.g.e**, II, 110.

³⁰⁵ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 483; Eren, **a.g.e**, II, 124; Tandoğan, **Sorumluluk hukuku**, 43; Deschenaux/Tercier, **a.g.e**, 41; Kaneti, **a.g.e**, 38,

³⁰⁶ **Bakara**, 188, Ayrıca Bkz. **A'raf**, 56, **Bakara**, 205, **Yusuf**, 73.

³⁰⁷ Buhârî, İstkrâz, 12; Bedu'l-Halk, 2; Diyât, 6; Müslim, Birr, 55-56; Kasâme, 25, 26; Musâkât, 34, 137; Ebû Dâvud, Hudûd, 1; Buyû', 10; Nesâî, Zekat, 22.

³⁰⁸ **Mecelle**, Md.17.

³⁰⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e**, 325; Eren, **a.g.e**, II, 124.

anlamlarında kullanılmaktadır.³¹⁰ Hukuka aykırı olarak işlenen veya başkasının hakkına tecavüz teşkil eden fiil hukuka aykırı fiil olarak isimlendirilir.³¹¹

Mâlikî hukukçuların sözlükte “**tecavüz**” anlamına gelen “**teaddi**” kavramını, teknik bir terim olarak başkalarının can ve mallarına yönelik haksız tecavüzler (**cinâyet** ve **cürm**) anlamında kullandıkları, bunun da hukuka aykırılığı zımnen ifade ettiği anlaşılmaktadır.³¹² Örneğin Mâlikî hukukçular gasp eylemi sonucunda başkasının malına zorla sahip olma durumunu teaddi, bir bakıma da hukuka aykırılık olarak nitelemekte ve eylemin hukuka aykırılığını da, sahibinden izin almaksızın malda tasarrufta bulunma³¹³ ya dayandırmaktadırlar.

Borçlar hukuku bakımından zarar her zaman zarar kastı ile işlenen bir fiilden kaynaklanmadığı bazen de failin tedbirsizlik ve dikkatsizliği yapması gereken mutad davranışı yapmaması sonucu ortaya çıkabildiği için İslam hukukçuları bazen “**teaddi**” kelimesini “**taksir**” anlamında kullanmışlardır. Buradaki kusurlu davranış, hukuka aykırı fiil sayılmıştır. Burada “i’tida” ve “teaddi” kavramları ile hukuka aykırılık arasındaki ilişkiyi belirleyebilme bakımından şu hususu vurgulamayı gerekli görüyoruz. Kök anlamları başkasının can ve malına haksız yere tecavüzde bulunma (fiil) olmasına rağmen, işlenen fiil hukuk düzenince uygun görülmeyip, tasvip edilmediği ve İslamın temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği için teaddi ve i’tida kavramlarına haksız fiil anlamı da yüklenmiştir.³¹⁴

Subjektif ve objektif olmak üzere hukuka aykırılığı açıklayan iki teori bulunmaktadır. Subjektif teori, fiilin hukuka aykırı olmasının nedenini failin işlediği fiil ile başkasına zarar verme hakkına sahip olmaması esasına dayandırmaktadır. Bu itibarla, bizzat zarar vermek daha genel bir ifade ile zarar veren her fiil, hukuka

³¹⁰ İbn Manzûr, **a.g.e**, XIV, 153, Firûzâbâdî, **el-Kâmûsu’l-Muhît**, Beyrut, 1996, s.1688-1689

³¹¹ er-Ressâ’, Muhammed b.Kâsım, **Şerhu Hudûdi İbn Urfe**, el-Mektebetu’l-İlmiyye, 351-352; el-Mevvâk, **a.g.e**, VII, 337; el-Hattâb, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman b. et-Terâbisî (ö.954/1547), **el-Mevâhibü’l-Celîl li Şerhi Muhtasarı Halîl**, Dârü’l-Fikr, Beyrut, 1992, V, 274; Meyyâre, **a. g. e**, II, 255; es-Sâvi, **a.g.e**, III, 607; Atfîş, **a.g.e**, XIII, 435 Heyet, **el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye**, X, 88; Ahmed, Süleyman Muhammed **a.g.e**, 228.

³¹² İbn Cüzeyy, Ebu’l-Kâsım Muhammed b. Ahmed, (ö.741) **Kavânînu’l-Ahkâmîş Şer’iyye ve Mesâilu’l-Furûi’l-Fıkhiye**, Dârü’l-Fikr, ty, by, 284 ; Bkz. Mohammad, Abdul Basir **a.g.m**, 39:3, (2000), 451.

³¹³ el-Mevvâk, **a.g.e**, VII, 337; Mahmasânî, **a.g.e**, 173

³¹⁴ Mahmasânî, **a.g.e**, 173-174; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 229; Feyzullah; **ed-Damân fi’l-Fıkhi’l-İslâmî**, 75.

aykırı bir davranış olarak kabul edilmiştir. Bu anlayışa göre kişi, meşrû bir hak ve yetkisini, meşrû sınırlar içinde kullanırken başkasına zarar vermiş ise bu durum hukuka aykırılık kapsamında mütalaa edilmemektedir. Esasen, hukuka aykırı olarak kabul edilen durum davranış değil, bu davranış sonucu oluşan zarardır.³¹⁵

Objektif teoride ise hukuka aykırılık, bir anlamda kişilerin şahıs ve mal varlıklarını koruma amacı giden emredici hukuk kuralı (norm) niteliğindeki genel davranış modlarına aykırılıktır. Bu bakımdan objektif teoriye normatif teori de denilmektedir.³¹⁶ Hukuka aykırılığı belirlemede, davranışın kendisi veya niteliği değil, ortaya çıkan zararın hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde meydana gelip gelmediği esas alınmaktadır. Başka bir deyişle “**başkasına zarar verme olgusu**” hukuka aykırılığı belirlemede yegane kriter olamaz. Çünkü başkasına zarar verse bile bazı davranışlar hukuka aykırı kabul edilmemektedir. Örneğin; aynı iş kolunda faaliyet gösteren ve biri çağdaş teknolojiyi takip ederek daha kaliteli ve ucuz mal üretiminde bulunan; diğeri ise eski yöntemlerle çalışarak daha az ve kalitesiz üretim yapan rakip iki işletmenin durumu değerlendirildiğinde; güçlü firmanın piyasada tutunup daha çok kazanması, buna karşılık güçlü firma karşısında rekabet gücünü ve piyasada iş tutma imkanı kaybeden diğer firmanın zarara uğraması hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir. Bu durum aynı iş kolunda çalışan iki firmanın doğal rekabeti olarak düşünüldüğü için de rekabet sonucu zayıf firmanın ekonomik yönden uğradığı zararın giderilmesi de düşünülmemektedir.³¹⁷ Objektif teori bakımından hukuka aykırılığın belirlenmesinde sadece zarar değil, aynı zamanda failin davranışının, başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan hukuk normlarıyla çatışmasının da dikkate alındığı görülmektedir.³¹⁸

İslam hukukunda her zararlı davranış yasaklanmamış ve hukuka aykırı sayılmamıştır. Bir davranışın hukuka aykırı olması için işlenmesine hiçbir hukuk kuralının izin vermemesi gerekir. Çünkü genel olarak yasaklanmakla beraber bir fiilin işlenmesine izin veren başka bir istisnai hükmün (cevaz-ruhsat) bulunması

³¹⁵ Eren, **a.g.e.**, II, 125; İnan, **a.g.e.**, 267.

³¹⁶ Eren, **a.g.e.**, II, 126.

³¹⁷ Eren, **a.g.e.**, II, 125; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, 41; İnan, **a.g.e.**, 267.

³¹⁸ Eren, **a.g.e.**, II, 126; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, 41; Tandoğan, **a.g.e.**, 16; Kaneti, **a.g.m.**, 39.

durumunda fiil, hukuka aykırı olmaktan çıkar ve hukuka uygun hale gelir. Mecellenin konu ile ilgili “**cevaz-ı şer’î damâna münâfidir.**”³¹⁹ kulli kaidesi bu ilkeyi vurgulamaktadır. Bu ilkeye göre kişi, (hukuken belirlenen istisnai durumlar dışında) hukukun işlenmesini uygun (mübah) gördüğü bir fiili işlemekten engel olunamayacağı gibi o fiili işlemesi veya bir hakkını kullanması durumunda ortaya çıkan zararı tazmin ile sorumlu tutulmamaktadır.³²⁰

a) Kişinin tazminle yükümlü kılınması teklifi bir hüküm (**hitâb-i tekîfî**) değil sonradan konan (**hitâb-i vad’î**) bir hükümdür. Bu nedenle tazmin sorumluluğunda da yükümlülük (teklif) şartı aranmamaktadır. Çünkü kişilerin mülkiyet hakkı **ma’sûm** ve **masûn** (dokunulmaz) dır. Bu bakımdan İslam hukukçularının zararın tazmini konusunda hukuka aykırılık (teaddi, i’tida ve zulüm) unsurunu şart olarak aramadıkları anlaşılmaktadır. Onlara göre hukuka aykırı olsun veya olmasın, failin zarar verme kastı bulunsun veya bulunmasın ya da fail ceza hukuku bakımından ceza ehliyetine, borçlar hukuku bakımından da eda (fiil) ehliyetine sahip olsun veya olmasın; bir fiilin işlemesinin mübahlığına dair şeri bir cevaz bulunmadığı sürece fail, fiilinden doğan zararı tazmin ile yükümlüdür. Örneğin, mümeyyiz veya gayrı mümeyyiz, küçük çocuğun yahut akıl hastasının veya uyuyan kimsenin başkasının malının üzerine düşerek verdiği zararlar kendi mallarından tazmin ettirilir.³²¹

b) Haksız fiilin bir unsuru olması bakımından hukuka aykırılığın en önemli sonucu, zararın tazmininde ortaya çıkmaktadır. İslam hukukçuları doğrudan işlenen fiil sonucu ortaya çıkan zararın tazmininde fiilin hukuka aykırı olması şartını aramamış, fiil ve zararın mevcudiyetini, tazmin için yeterli sebep olarak kabul etmişlerdir. Başka bir ifade ile zararın ortaya çıkmasını tazmin sorumluluğu hükmünün illeti olarak görmüşlerdir. İletin hükmü (tazmin hükmü) ise her hangi bir özürle ortadan kalkmaz. Buna karşılık dolaylı olarak meydana gelen zararlar da ise ayrıca zarara neden olan fiilin hukuka aykırı olması şartının arandığı dikkati

³¹⁹ Mecelle, Md. 91.

³²⁰ Mahmasânî, a.g.e, I, 174.

³²¹ Alî Haydâr, **Şerhu Mecelle**, Md.916; II, 538, Ahmed, Süleyman Muhammed, a.g.e, 229-230; başka örnekler için bkz. İbn Kayyim, **İ’lâmu’l-Muvakki’in an Rabbi’l-Alemîn**, Dâru’l-Hadîs, Kahire, by, II, 114-115; er-Remlî, a.g.e., V, 152; el-Cemel, a.g.e, V, 404; Kâdîhân, a.g.e, VI, 36; Ali Haydâr, a.g.e, Md. 913-914 şerhi, II, 537; Heyet, **el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye**, XV, 210; Büyük Haydar Efendi, **Usûl-i Fıkıh Dersleri**, Uçdal Neşriyat, İstanbul, ty, 413-414.

çekmektedir. Zira failin doğrudan işlediği fiili sonucunda ortaya çıkan zararı, doğrudan faile isnad etmede (maddî illiyet rabıtası) herhangi bir şüphe bulunmamakta, buna karşılık dolaylı fiil sonucu ortaya çıkan zararlarda fiil ile zarar arasında başka bir fiil bulunduğu için, doğrudan faile isnat edilememektedir. Dolaylı olarak işlenen fiilde, sadece zararın ortaya çıkmış olması tazmin için illet kabul edilmediğinden dolayı dolaylı olarak ortaya çıkan zararlarda zarara yol açan fiilin faile isnad edilmesi için fiilin hukuka aykırılık unsurunu taşıması gerekir.³²²

Bazı İslam hukukçuları ise doğrudan (mübâşeret) ortaya çıkan zararlarda hukuka aykırılık unsurunun aranmayacağı, buna karşılık dolaylı olarak (tesebbüb) meydana gelen zararlarda hukuka aykırılık unsurunun aranacağı şeklindeki genel kabul görmüş görüşe yeni yorumlar getirerek esasen ister doğrudan ister dolaylı olsun bütün haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunun bulunduğunu savunmuş, ne var ki mübâşeret zararlarda hukuka aykırılığın bariz olarak müşahade edildiğini dolaylı zararlarda ise zımni olduğunu ifade etmişlerdir.³²³

a) Doğrudan zararlar bakımından

Kişinin, başkasının mülkiyetinde bulunan ağaçları kesmesini veya bir yerde meydana gelen yangına başkasının duvarının yıkılarak müdahale edilmesini düşünelim. Birinci örnek olayda hukuka aykırılık unsurunu **malın başkasına aidiyeti**, ikincisinde ise **mal sahibinin izninin bulunmaması**³²⁴ oluşturmaktadır.

b) Dolaylı zararlar bakımından

³²² Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 162; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, 248; VIII, 43; İbn Abidin, *a.g.e*, VI, 747; Ali Haydar, *a.g.e*, I, Md.93 şerhi, 83; Md 924; el-Hafîf, *a.g.e*, 68, 83; Mahmâsanî, *a.g.e*, I, 197; Ahmed, Süleyman, *a.g.e*, 230-232; Mustafa, Hamid, *el-İltizâmât ve'l-U'kûd fî's-Serîati'l-İslâmiyye*, Bağdad, 1943, 52.

³²³ Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 162; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, VIII, s.43; Ali Haydar, *a.g.e*, Md.924; Ahmed, Süleyman, *a.g.e*, s.230-231; el-Hafîf, *a.g.e*, 83. Çağdaş İslam hukukçusu Subhî Mahmasânî bu hususu örneklerle ortaya koymaya çalışmıştır.(Mahmasânî, *a.g.e*,I, 174)

³²⁴ Kâsânî, *a.g.e*, VII, 278; Ali Haydar, *Şerhu Mecelle*, II, 545-546, Md. 919; *Mecelle*, 920 Md; Mahmasânî, *a.g.e*,I, 174.

Kamu menfaati söz konusu olduğu ve özel tasarruf için yetkili makamlardan izin alınması zorunlu görüldüğü için İslam hukukunda kişilerin kamuya ait yerlerde tasarrufta bulunarak başkalarına zarar vermeleri de kendi mülkündeki tasarrufu ile dolaylı olarak başkasına zarar vermeleri hukuka aykırı birer eylem olarak kabul edilmiştir. Bu ilke gereği kişilerin kamuya ait yol veya yerler üzerine bina yapmaları yasak olduğu gibi, mülkiyeti kendilerine ait olan yerlerde yaptıkları binaların balkon, saçak çatı vb. çıkıntılar ile başkalarına zarar vermeleri tazmini gerektiren birer eylem kabul edilmiştir.³²⁵ Bu tür dolaylı zararlarda da hukuka aykırılık unsurunun arandığı, Mecelle'nin ilgili maddelerine dayandırılarak örneklenmeye çalışılmıştır. Örneğin kişinin, yetkili makamın izni olmaksızın kamuya ait yolda bir çukur kazdığını ve başkasına ait bir hayvanın oraya düşerek telef olduğunu veya kendi mülkünde kazdığı kuyuya başkasının hayvanın düşerek yok olduğunu düşünelim. Birinci olayda, hukuka aykırılık unsuru (yetkili makamın izin ve onayının bulunmaması) bulunduğu için fail, zararı tazmin ile yükümlü tutulurken; ikinci örnekte hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı (kişinin kendi mülkünde tasarrufta bulunmak için başkasından izin alması gerekmediği) için, fail tazmin ile yükümlü tutulmamaktadır.³²⁶

2. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller

Şeri naslarca yasaklanan bir takım fiillerin, yine şeri naslarca öngörülen şartları taşımaları durumunda mübah kabul edilmeleri, İslam hukukunun hukuka aykırılık kavramına yabancı olmadığını göstermektedir. Yasak fiili mübah hale getiren nass veya duruma fıkıh usulunde terim olarak **ruhsat**, şer'i cevaz (**cevaz-ı şer'î**) denilmektedir.³²⁷ Cevaz-ı şer'înin damân'a (tazmin sorumluluğuna) münafi olduğu ve fiilden hukuka aykırılığı kaldırarak onu hukuka uygun hale getirdiği Mecelle'nin 91. maddesinde hükme bağlanmıştır.

³²⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVII, 6, 51; Bağdâdî, **a.g.e.**, 176; Kâdîhân, **Hindiye**, VI, 40; Kâdî Simavne, **a.g.e.**, II, 122; İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 576; İbn Hazm, **a.g.e.**, XI, 190-194 (2108-2109. Mesele) Kâsânî, **a. g. e.**, VII, 181, 278, Zeylâî, **Tebyînu'l-Hakâik**; VI, 423, 424; el-Murtazâ, **a.g.e.**, VI, 243; Ali Haydar, **a.g.e.**, II, 554-558; **Mecelle**, Md. 927 ;Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXVIII, 347.

³²⁶ Mollâ Husrev, **a.g.e.**, II, 110; İbn Nuceym, **a.g.e.**, VIII, 399; **Mecelle**, Md. 924.

³²⁷ Dağcı, **a.g.e.**, 21.

Bir eylemin hukuka aykırı kabul edilebilmesi için, işlenmesine ruhsat tanıyan veya cevaz veren hiçbir hükmün bulunmaması gerekir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi ruhsat hükmünün bulunması durumunda, fiil de mübah hale dönüşmektedir. Fiili yasak kapsamından çıkararak mübah hale getiren istisnai bir hükmün (**ruhsat-cevaz-permission**) mevcudiyeti, fiili hukuka uygun hale getirdiği için çağdaş İslam borçlar hukuku literatüründe bu unsur müstakil bir başlık olarak ele alınma yerine **mübahlık sebepleri (esbâbu'l-ibâha)**, **hukuka uygunluk sebepleri** veya **hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar** başlığı altında incelenmektedir. Mal sahibinin izni, yetkili makamın izni, zaruret hali, meşrû müdâfaa ve bir hakkın kullanılmasından ibaret olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran³²⁸ durumlara kısaca temas etmek istiyoruz.³²⁹

a. Mal Sahibinin İzni

Başkasının mülkünde tasarrufta bulunma hakkı olmadığı için kişinin, başkasının mülkünde tasarrufta bulunabilmesi için sahibinden izin (**landlord's permission**) alması gerekir.³³⁰ Bu itibarla, sahibinden izin alınmadan başkasının mülkünde tasarrufta bulunmadan kaynaklanan zararların fail tarafından tazmin edilmesi;³³¹ buna karşılık mal sahibinin izni alındıktan sonra yapılan tasarruftan doğan zararın ise fail tarafından karşılanmayacağı hükme bağlanmıştır.³³² Bu son durumda tazmin yükümlülüğünün olmaması, mal sahibinden alınan iznin, zararı veren failin fiilini hukuka aykırı olmaktan çıkartıp hukuka uygun hale getirmesinden dolayıdır.

Bu temel ilkeye göre mâlikîn iznini almadan başkasının mülkünde kuyu kazmak veya malına zarar vermek yahut malını zor kullanarak mülkiyetine geçirmek

³²⁸ **Mecelle**, Md. 21, 33, 919, 924; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 176; Ahmed Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 298-347; Bahnassi, Ahmad Fathi, **a.g.m**, 182-185; Cin- Akgündüz, **a.g.e**, II, 221.

³²⁹ Mahmasânî, **a. g. e**, I, 175.

³³⁰ el-Hamevî, **a.g.e**, III, 211; İbn Abidîn, **a.g.e**, VI, 200; Atfîş, **a.g.e**, IX, 583; el-Hatîb, **a.g.e**, III, 240; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXVIII, 296.

³³¹ **Mecelle**, Md. 96; Ahmed, Suleyman Muhammed, **a.g.e**, 333.

³³² Kâsânî, **a.g.e**, VII, 168, 179, 236; Derdîr, Ebû'l-Berekât Seyidî Ahmed (ö.1201/1786) **eş-Şerhu'l-Kebîr ale'l-Muhtasar**, el-Matbaatu'l-Amire, Mısır, 1373, IV, 355; el-Hafîf, **a.g.e**, I, 88; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 333.

(gasp) vb. eylemler, tazmin sorumluluğu gerektiren hukuka aykırı birer eylem olarak kabul edilmekte ³³³, buna karşılık bu eylemlerin, sahibinin izni alındıktan sonra gerçekleştirilmesi ise bir hukuka uygunluk nedeni sayılmakta ve failden tazmin yükümlülüğünü kaldırmaktadır. Bu husus Mecelle’de “ **Bir kimsenin mülkünde anın izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir**”³³⁴ şeklinde genel kural (**küllî kaide**) haline getirilmiştir.³³⁵

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak mal sahibinin izni de bir takım şartlarla sınırlandırılmıştır. Bunları şöylece özetleyebiliriz.

a) Mal sahibinin verdiği izin kişi ve konu bakımından tahdit edilmiştir

Örneğin bir züccaciye dükkanında satış elemanının, billur bardak almak isteyen belli bir müşterisine göstermek için tezgaha koyduğu kristal veya porselen tabakların, bakmasına izin verilen müşterinin elinden düşerek kırılması durumunda müşterinin tazmin sorumluluğu bulunmamakta; buna karşılık aynı tabak veya bardakların kendisine bakma izni verilmeyen ikinci bir müşteri tarafından düşürülüp kırılması durumunda ise ikinci müşteriye tazmin sorumluluğu doğmaktadır. Birinci müşterinin tazmin ile yükümlü tutulmaması, mal sahibi tarafından önceden bakması için kendisine verilen izin (**bakma izni-permission to see**) ile gerekçelendirilmekte; buna karşılık ikinci müşterinin tazmin ile yükümlü tutulması ise kendisine herhangi bir izin verilmemesine dayandırılmaktadır.³³⁶ Aynı şekilde başkasına ait bir elbiseyi giymek üzere ödünç alan kişinin elbisenin yıpratmasından tazmin ile yükümlü tutulmayacağı çünkü o elbisenin kullanılması için verilen iznin, (**kullanma izni-permission to use**) yıpratılmasından doğacak zararı da kapsadığı kabul edilmektedir.

337

³³³ Zerkâ, **a.g.e**, II, 1038; Ahmed, Süleyman, **a.g.e**, 333; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 176.

³³⁴ **Mecelle**, Md.96.

³³⁵ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 168,179; Aliş, **a.g.e**, III, 512; en-Neferâvî, Ahmed b. Ganîm b. Sâlim b.Mehnâ, **el-Fevâkihu’d-Devvânî**; Dâru’l-Fikr, II, 284; el-Hafîf, **a.g.e**, I, 88; Süleyman, **a.g.e**, 333-334; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 176; Karaman, **a.g.e**, II, 487.

³³⁶ Bağdâdî, **a.g.e**, 146; Meyyâre, **a.g.e**, I, 293; **Mecelle**, Md.771.

³³⁷ el-Buhûtî, **Şerhu’l-Muntehâ’l-Îrâdât**, II, 294; Buhûtî, **Keşşâfu’l-Kınna’**, IV, 71-72; er-Rehibânî, **a.g.e**, III, 744; Mâlikî hukukçular emanetçiye emanet olarak bırakılan ve tasarrufta bulunulmasına izin verilen bir malın, zayi olması durumunda, (itlâf) zararın emanetçi tarafından tazmin edilmesi gerektiğini savunmuş, buna gerekçe olarak emanaetçinin kendisine emanet

b) Malın yok edilmesinden sonra verilen izin başlangıçta verilmiş gibi kabul edilmektedir.

Buna göre kendi izni bulunmaksızın malı yok edilen veya zarar gören kişinin daha sonra faile icazet ve onay verdiğini ifade etmesi, Mâlikî, Hanbelî mezheplerinde ve Hanefî İmam Muhammed Şeybaniye göre failden tazmin sorumluluğunu kaldırır. Bu konu Mecelle’de “**icâzet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir**”³³⁸ şeklinde ifade edilmektedir. Bu bakımdan kişinin bir elbise mağazasından defolu olduğunu bilerek satın aldığı elbiseyi giymesi, o elbisedeki defoyu önceden kabul ettiği anlamına gelir ve dükkan sahibinden zararı tazmin sorumluluğunu kaldırır.³³⁹

c) Mal sahibinin izni sarih olabileceği gibi zımni de olabilir.

Sarih izin ile zımni iznin çatışması durumunda sarih izin esas alınır. Örneğin, kişinin evinde çalıştırdığı hizmetçisine kullanabileceği ve kullanamayacağı eşyaları doğrudan belirttikten sonra hizmetçinin kullanmasına müsaade edilen bir eşyayı kullanırken kırması (örneğin kullanmasına müsaade edilen bardağı kırması) durumunda tazmin sorumluluğu doğmazken; kullanılmasını yasakladığı bir eşyayı kullanırken düşürüp kırmasından dolayı ise tazmin sorumluluğu doğar. Çünkü ev sahibi açıkça bir şeyi yasaklamakla beraber işaretle (delalet) ona izin vermiş olması hukukçular tarafından geçerli sayılmamaktadır.³⁴⁰

Söz gelimi başkasının, kendi evine girmesine izin verdiği kişinin o eve girerek sahibinden izin almaksızın aldığı bir eşyayı düşürerek kırması durumunda tazmin söz konusu değildir. Çünkü eve girmeye verilen sarih izin, delaleten o kabı kullanmaya da verilmiş sayılır.³⁴¹

Malına yönelik haksız tecavüz durumunda mal sahibinin, faile müdahalede bulunmaması, malının itlâfına izin verdiği anlamına gelmemektedir. Örneğin mal

birakılan malı kabul etmekle bu emaneti koruma yükümlülüğünü de kabul ettiğini ifade etmişlerdir. el-Hirşî, **a.g.e**, VI, 109.

³³⁸ **Mecelle**, Md. 1453.

³³⁹ İbn Abdîn, **a.g.e**, VI, 197; Ali Haydar, **a.g.e**, II, 536 (Md.912) ; III, 536 (Md.1453); Mahmasânî, **a.g.e**, I, 177; Ahmet, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 339-340.

³⁴⁰ Kâdihân, **a.g.e**, V, 159; Bağdâdî, **a.g.e**, 144, 65; Ali Haydar, **a.g.e**, II, 220-222, (Md.13, 772, 813).

³⁴¹ Kâdihân, **a.g.e**, V, 159.

sahibinin malını telef ettiğini gördüğü kişiyi engelleme imkanına sahip olduğu halde, her hangi bir müdahalede bulunmaması, malının telef olmasına muvafakat göstermesi anlamına gelmediği için fail tazmin ile yükümlü tutulmaktadır.³⁴² Kişinin kendi bedeni üzerinde tasarrufta bulunma hakkı söz konusu olmadığı için başkasının kendisini öldürmesine veya bir organını yok etmesine rıza gösterme hakkı da bulunmamaktadır. Bu durumda, yani mağdurun rızasına dayanarak onu öldürmesi veya bir organını yok etmesi durumunda failin diyet ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Hatta hanefî hukukçulardan imam Züfer, bu durumda failin, mağdura diyetle beraber kendisine kısas cezasının da gerekeceğini savunmuştur.³⁴³

d) Mal sahibinin izni, bazen örf ile belirlenebilir.

Mesela, misafirin davetli olduğu evde yemek yerken masadaki bardakları ve diğer eşyaları kullanması için ev sahibinden izin almasına gerek yoktur. Zira bardakların yemek masasının üzerine bırakılmış olması, örfen onların sahibinden izin almaksızın kullanılabileceğine izin verildiği manasını taşımaktadır. Bu durumdaki misafirin su içerken bardağın düşerek kırılması durumunda tazmin ile yükümlü tutulmaz. Çünkü örfе göre ibtidaen o bardağı kullanmasına mal sahibinin izin vermiş olduğu kabul edilir.³⁴⁴

e) Kullanılmasına izin verilen malın mütekavvim olması gerekir.

İznin söz konusu olabilmesi için malın, hukuken mülk edinilebilir, (haram olmayan), tasarruf edilebilir ve mutekavvim olma niteliklerini taşıması gerekir.³⁴⁵ Buna göre kişinin, kendi mülkiyetinde bulunmayan bir malın başkası tarafından itlâf edilmesine veya üzerinde tasarrufta bulunmasına izin vermesi düşünülmemektedir.³⁴⁶ Diğer taraftan hukuken mal kabul edilmeyen haram nesneler (örneğin domuz, uyuşturucu maddeler, alkollü içkiler vb.) de de izin söz konusu değildir. Çünkü bir müslümanın bunları mülk edinmesi meşrû ve mübah değildir. Ancak gayri müslimler

³⁴² İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 178; Ali Haydar, **a.g.e**, II, 220-222; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, II, 386;

³⁴³ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 168, 236; Bağdâdî, **a.g.e**, 148; Fevzi Feyzullah, **a.g.e**, 200.

³⁴⁴ Zerkâ, **a.g.e**, II, 864 (500 md).

³⁴⁵ Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXVIII, 296; Feyzullah, **a.g.e**, 199

³⁴⁶ İbn Abidin, **a.g.e**, VI. S.197-198; Feyzullah, **a.g.e**, s.199-200; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXVIII, 296.

açısından bunlar mütekavvim mal kabul edildiği için müslüman kişinin, bir gayri müslimin domuzunu ya da şarabını itlâf etmesi durumunda tazmin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir. Diğer taraftan mal kabul edilmediği başka bir ifade ile hakkın konusu değil hakkın sahibi kabul edildiği için insanın kendi cismani varlığı üzerinde tasarrufta bulunmak üzere (örneğin kendisini öldürmesi veya bir organını yok etmesi için) başkasına izin vermesi de düşünülmemektedir.³⁴⁷

Burada doğrudan hukuki olmamakla birlikte sosyal hayat ile doğrudan ilgili bir hususa temas etmeyi gerekli görüyoruz. Sahibinden izin alınmaksızın başkasının malında, tasarrufta bulunmanın caiz olmadığı ilkesinden ve başkasının evine izin alınarak girilmesini öngören ayet³⁴⁸ ve hadislerden hareket eden İslam hukukçuları, aynı ilkeye dayanarak izin alınmaksızın başkasının evine girmenin de caiz olmadığını ancak zaruret durumunda (örneğin savaş hali, suçluyu yakalama,) izin alınmaksızın başkasının evine girilebileceğini belirtmişlerdir.³⁴⁹

b. Yetkili Makamın İzni

Toplumun hak ve menfaatlerini korumakla sorumlu olan yetkili makamlar, kamu düzenini sağlamak için gerekli tedbirler alırlar. Bu nedenle yetkili makamların verdikleri izin ve emir, şahısların kendi haklarında verdikleri izin ve emir gibi kabul edilmiş ve bu izne dayanarak kişinin başkasının malında tasarruf etmesi uygun (caiz) görülmüştür.³⁵⁰ Bu genel ilkenin bir sonucu olarak, mülkiyeti kamuya ait bir menkul veya gayri menkul mal üzerinde tasarruf hak ve yetkisi bulunan makamın, kişi veya kişilere o mallar üzerinde tasarrufta bulunma izni vermesi, bu kişi veya kişilerden zarar sorumluluğunu kaldırmakta, buna karşılık tasarruf hak ve yetkisi bulunmayan kişilerin başkalarına verdikleri izin (**et-tasarrufu'l-fudûlî**) ise bunların tazmin sorumluluğunu düşürmemektedir.³⁵¹ Çünkü bu konuda yetkisi olmayan kişilerin

³⁴⁷ Bu durumdaki faile uygulanacak cezai müeyyideler için bkz.Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 168, 236; Bağdâdî, **a.g.e.**, 148; Feyzullah, **a.g.e.**, 200.

³⁴⁸ **Nûr** 24/27.

³⁴⁹ İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 199; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, VIII, 229,128. Hz. Ömer'in de devlet başkanı sıfatıyla izinsiz girdiği ev sahibinden özür dilediği rivayet edilmektedir.

³⁵⁰ Karaman, **a.g.e.**, II, 488; Ahmet, Süleyman Muhammed, **a.g.e.**, 339-340.

³⁵¹ Feyzullah, **a.g.e.**, 201; Ahmed, Süleyman, **a.g.e.**, 240.

verdikleri izin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak kabul edilmemektedir.

Hukukçular, yetkili makamın mülkiyeti kamuya ait olan mallarda kamu adına tasarrufta bulunma yetkisinin bulunduğunu, bu nedenle yetkili makamın izin ve onayı alınarak yapılan tasarrufların hukuka uygun olduğunu başka bir ifade ile yetkili makamın izninin fiilden hukuka aykırılığı kaldırdığını buna karşılık gerekli izin ve onay alınmaksızın yapılan tasarrufların ise hukuka aykırı olduğunu savunmuşlardır.

Konuyu örneklerle ortaya koymaya çalışalım. Kişinin yetkili makamın iznini almaksızın kamuya ait bir yola bitişik olan arsası veya evi üzerinde, yola doğru yağmur suyu veya atık su kanalı açması, dükkan veya balkon inşa etmesi, ağaç dikmesi, pazar yeri kurması gibi tasarruflarının (hukuka aykırı olduğu için) tazmin sorumluluğu doğuracağı; buna karşılık bu tür tasarrufların yetkili makamın izni ile yapılması durumunda ise (yetkili makamın izni) eylemi hukuka uygun hale getirdiği için ortaya çıkacak zararlardan dolayı tazmin sorumluluğu bulunmadığı kabul edilmiştir.³⁵²

Yetkili makamdan izin alınmadan kamuya ait yerlerde yapılan tasarrufların daha sonra yetkili makam tarafından uygun görülmesi durumu da, “**icazet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir**”³⁵³ kuralı gereği hükmen tasarrufun yetkili makamdan izin alındıktan sonra gerçekleştirildiği gibi kabul edilmiştir.³⁵⁴

Bazı hukukçular ise (özellikle Hanbelî ve Zeydiler), esasen yetkili makamın izin ve icazetinin mutlak olmadığını, bu yetkinin kamu menfaati ile sınırlı olduğunu; kamuya zararı sözkonusu olan durumlarda ise kamu otoritesinin izin verme yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Örneğin, kamuya ait dar bir yolda alışveriş yapma izni için başvuran kişiye yetkili makamın olumlu cevap vermesi, bu kişinin eyleminin hukuka uygun olduğu biçiminde anlaşılamaz. Başka bir ifade ile yetkili makamın izni, kamu menfaatine (**maslahat**) aykırı olarak işlenen bir fiili

³⁵² İbn Abidin, **a.g.e**, VI, 592-594. Klasik fıkıh kitaplarında bu konuya dair verilen örnekler, kendi dönemlerinin siyasi ekonomik ve sosyal durum ve şartlarını yansıttıkları için tekrar etmeye gerek görmüyoruz. Konu ile ilgili örnekler için bkz. Serahsî, **a.g.e**, XXVII, 25-26; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, 399; Bağdâdî, **a.g.e**, 150,179,186; Ali Haydar, **a.g.e**, II, (938. Md şerhi)

³⁵³ **Mecelle**, Md. 1453.

³⁵⁴ Gazzalî, **el-Vecîz**, II, 149; er-Ramlî, **a.g.e**, VIII, 37; İbn Abidin, **a.g.e**, VI, 597.

hukuka uygun hale getiremez.³⁵⁵ Çünkü kamu otoritesinin vatandaşlar üzerindeki tasarruf hakkı, kamu menfaati ile sınırlı; Mecelle'deki hukuki ifadesiyle “**raiye (ya'ni tebe'a) üzerine tasarruf, maslahata menûttur**”³⁵⁶

c. Zaruret Hali

Zarûret (**necessity**), muhtaç ve mecbur etmek anlamındaki ızdırar mastarından türetilen isimdir.³⁵⁷ İslam hukuku terimi olarak zarûret; kişiyi, dinin yasak ettiği bir şeyi yapmaya veya yemeğe zorlayan durum³⁵⁸, başka bir ifade ile dinen yasaklanan bir davranışın yapılmadığı takdirde, insanın ölmesinden veya bir organının yok olmasından endişe edildiği zorda kalma durumu biçiminde tanımlanmıştır.³⁵⁹ Zaruret halinin; Mecelle'de “**bir kimsenin, almadığı zaman helakini gerektiren durum**” biçimindeki tanımı ile³⁶⁰, modern hukuktaki “**kişinin kendisini veya üçüncü bir şahsı tehdit eden bir tehlikeden veya bir zarardan korumak için başka bir kişinin mallarına zarar verme hakkını veren zorlayıcı bir durum içinde bulunması**”³⁶¹ biçimindeki tanımı ile mukayese edildiğinde bu kavrama hem çağdaş hukukta hem de İslam hukukunda aynı anlamın yüklendiği görülmektedir.

Zaruret halinin bazı yasak fiilleri meşrû kıldığını, buna istinaden de Mecelle'nin bir çok maddelerinde zarureten dolayı yasakların kalktığının ifade

³⁵⁵ Feyzullah, **a.g.e**, s.201; Ayrıca bkz. el-Ensârî, **a.g.e**, IV, 71; el-Heytemî, **a.g.e**, IX, 7-8; er-Remlî, **a.g.e**, VII, 352; İbn Abidîn, **a.g.e**, VI, 593. İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, s.566; İbnu'l-Murtazâ, **a.g.e**, V, 72; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XVIII, 298.

³⁵⁶ **Mecelle**, Md. 58.

³⁵⁷ İbn Manzûr, **a.g.e**, IV, 483.

³⁵⁸ Ali Haydar, **a.g.e**, I, 38.

³⁵⁹ Dönmez, **İslam'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansizklopedisi**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997, IV, 514. Diğer zaruret hali tanımları için ayrıca bkz. Şâfiî, **a.g.e**, II, 396; Cassâs, Ebubekir Ahmed b. Ali er-Râzî, (ö.370/980), **Ahkâmü'l-Kur'an**, Dâru l-hyâi't-Turâs'i-Arabî, Beyrut, ty, II, 442; Bahnassi, **a.g.m**, 192. İbn Kudâme, **a.g.e**, XI, 74. Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Darûreti's-Şer'iyye**; Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1986, 67-68. Bkz. Baktır, Mustafa, **İslam Hukukunda Zaruret Hali**, Emel Matbacılık San.Tic. Ltd.Şti, Ankara, ty, 11-15.

³⁶⁰ Ali Haydar, **a.g.e**, I, 34; Zeydan, Abdulkarim, **Hâletu'd-Darûre fi's-Şer'iatu'l-İslâmiye**, Beyrut, 1988, 10.

³⁶¹ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 492.

edildiğini görmekteyiz. Mesela, “**meşakkat teysîri celbeder**”³⁶², “**zaruretler memnû’ olan şeyleri mübah kılar**”³⁶³ gibi maddelerde bu husus belirtilmektedir. Mecelle’de bu genel kuralların yanında: “**Bir özür için caiz olan şey ol özrün zevali ile bâtil olur.**”³⁶⁴, “**zararı ammi def için zararı has ihtiyar olunur.**”³⁶⁵, “**ızdırar (zaruret hali) gayrın hakkını iptâl etmez**”³⁶⁶ şeklinde sınırlayıcı genel kurallar da bulunmaktadır. Bu son kural aç kalan kimsenin başkasına ait yiyeceklerle açlığını giderdiğinde yediği şeyin bedelini tazmin edeceğini çünkü açlıktan kaynaklanan zaruret duurmunun, kişiye başkasının yiyeceğini alma hakkını tanımadığını ortaya koymaktadır.³⁶⁷ Zaruret hali ile ilgili bu temel ilkelerden ve özellikle Mecelle’nin “**ızdırar gayrın hakkını ibtal etmez.**”³⁶⁸ genel kuralından hareket eden çoğunluk İslam hukukçuları, zaruret halini tazminden kurtulmanın sebebi olarak kabul etmemiş, açlık tehlikesinden kurtulmak için başkasının yiyeceğini alan kişinin bunu tazmin ile yükümlü olduğunu ifade etmişlerdir. Hanefiler bu olaya kıyas yolu ile; saldırısına maruz kaldığı hayvanı öldürmekten başka çaresi kalmayan kişinin onu öldürmesi durumunda bedelini tazmin ile yükümlü olduğu görüşünü savunmuşlardır.³⁶⁹ Ancak Cumhuru fukaha bu durumu zaruret hali kapsamında değil meşrû müdâfaa sınırları içerisinde değerlendirdikleri için failin tazmin ile yükümlü olmadığını ifade etmişlerdir.³⁷⁰

İslam hukukçuları, savaş durumu, suçluyu yakalama, bitişik evi tâmir etme vb.zorunlu durumlarda sahibinin iznini almadan evine girmenin hukuka aykırı bir

³⁶² Mecelle, Md.17.

³⁶³ Mecelle, Md.21.

³⁶⁴ Mecelle, Md.23

³⁶⁵ Mecelle, Md.26.

³⁶⁶ Mecelle, Md.33.

³⁶⁷ Ahmed b.Hanbel ise, bu konuda farklı mütalaa yürüterek açlık sebebi ile başkasının yiyeceğini alan kimsenin onu tazmin etmeyeceğini ifade etmiş, görüşünü ise imkanı (yeterli yiyecek maddesi) bulunan kişinin dinen başkasının hayatını kurtarmak zorunda olduğu ile temellendirmiştir. Karafî, **a.g.e**, IV, 12; İbnu’l Kayyım, **İlâmu’l Muvakkiîn an Rabbi’l Alemîn**, III, 8.

³⁶⁸ Mecelle, Md. 33.

³⁶⁹ İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 351; Karafî, **a.g.e**, IV, 185, 210; İbn Rüşd, **a.g.e**, II, 319.

³⁷⁰ İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 350-351; Karafî, **a.g.e**, IV, 185; İbn Rüşd, **a.g.e**, II, 319.; er-Rehîbânî, **a.g.e**, IV, 95; İbn Abidîn, **a.g.e**, II, 571; İbn Recep, **a.g.e**, 36; İbn Hazm, **a.g.e**, VI, 442-443 (Md.1265).

fiil olarak mütalaa edilemeyeceğini ve ³⁷¹ bundan ortaya çıkan zararın tazmin edilemeyeceğini savunmuşlardır.

İslam hukukçularının savaş şartlarının zaruret hali kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı görüşlere sahip oldukları anlaşılmaktadır. Hanefî hukukçulara göre düşmana atılan okların, savaş sırasında düşman safları arasında bulunan müslümanlara isabet ederek ölmelerine yol açması durumu, savaşın kaçınılmaz bir zarureti olarak sayılmış ve bundan dolayı ölen müslümanların velilerine diyet ödenmeyeceği ifade edilmiştir.³⁷² Hanefî hukukçular bu kanaatlerini; düşmanın arasında bulunan müslümanların ölmesi durumunda müslüman mücahitleri diyet ödemek ile yükümlü tutmanın cihat farzını yerine getirmede müslümanlar arasında pek çok zaaf ve olumsuzluğa yol açacağı düşüncesi ile de teyit etmişlerdir. Hanefîlerin açlık ile ilgili zaruret halinden doğan zararların tazmini ile savaş zaruretiinden kaynaklanan zararların tazmininde farklı kanaatler taşıdıkları görülmektedir.³⁷³

İslam hukukçuları, tam ikrâh (**ikrâh-ı mülci**) halinde öldürme ve zina dışındaki suçların işlenmesinin mübah hale geleceğini örneğin ikrah durumundaki kişinin başkasının malının itlâf edebileceğini ifade etmişlerdir. Ancak “**müslüman’ın canı, malı ve namusu müslüman’a haram kılınmıştır**”³⁷⁴ hadisi şerifi ve “**şer’î özürler kul haklarını mübah kılmaz**”³⁷⁵ ilkesi gereği ikrah sonucu da olsa başkasının malına verilen zararın tazmin edilmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle bütün sünni fıkıh ekollerine göre zaruret halinde bulunan kişinin başkasının malına verdiği zarar, malın kıyemî veya mislî olmasına göre tazmin edilmesi gerekir.³⁷⁶

371 İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 199; Heyet, **el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye**, VIII, 229; XXV,128; Karaman, **a.g.e.**, II, 489.

372 el-Cassâs, **a.g.e.**, III, 590.

373 Şafiî hukukçular ise cihad görevini yerine getirirken düşman arasında bulunan Müslümanların ölümüne yol açan failin öldürdüğü müslümanın diyetini tazmin ile yükümlü olduğunu savunmuşlardır. Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 101; Şâfiî, **a.g.e.**, V, 575-576.

374 Müslim, **Birr**,32; Ebû Dâvud, **Edep**, 40; Tirmizî, **Birr**, 18.

375 **Mecelle**, Md.33.

376 Merğînânî, **a.g.e.**, III, 278; İbn Recep, **a.g.e.**, 69; Ayrıca bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 177; Taftazânî, **a.g.e.**, II, 402; İbn Emîr, **a.g.e.**, II, 211; Mollâ Husrev, **a.g.e.**, II, 271; Bağdâdî, **a.g.e.**, 205; İbn Abdîn, **a.g.e.**, VI, 136.

Kısaca özetlemek gerekirse, zaruret halinde kişilik hakları, vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına değil, sadece mal varlığına zarar verilebilir.³⁷⁷ Borçlar hukuku bakımından zaruret halinin oluşması için kişinin zarar veya tehlike ile karşılaşmasının kaçınılmaz olması, tehlikenin hayata, sihhate, maddî ve manevî varlıklara yönelmiş olması ve zararın derhal gerçekleşme niteliğinin bulunması, zarar ve tehlikenin zarara uğrayan kişinin tecavüzünün eseri olmaması, muhtemel zarar ve tehlikeyi önlemek için doğacak zararın başkasının malına verilen zarardan daha büyük olması gibi bir takım şartlar aranmaktadır.³⁷⁸ Ancak, zaruret halinde üçüncü kişiye karşı işlenen haksız fiil, faili zararı tazmin sorumluluğundan kurtarmaz. Bu şekilde ortaya çıkan zararlar; **“zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur”**³⁷⁹ ve **“ızdırar (zaruret hali) gayrın hakkını iptâl etmez”**³⁸⁰ kaideleri gereği hakimnin takdir ettiği şekilde tazmin ettirilir.³⁸¹

d. Meşrû Müdâfaa

Kısaca **“zaruretler, bir takım yasakları (mahzûrât) mübah kılar”**³⁸² biçiminde ifade edilen **“zaruret hali”**, İslam hukukunun genel prensiplerinden birisini oluşturmaktadır. Meşrû müdâfaa (**self defence**) durumunu da, zaruret hali kapsamında mütalaa etmek mümkündür. İnsanın can ve mal güvenliği, şeref ve haysiyeti (namusu) akıl, din ve neslinin korunması İslam hukukunun temel gayesini (**zarûrât-ı dîniyye**) oluşturduğu için zaruret halinin bir yansıması olarak düşünebileceğimiz meşrû müdâfaa durumu; cana veya mala yönelik tehlike ile karşı karşıya kalan kişinin, kendisini savunmasına hak ve imkan tanımaktadır. Bu itibarla, meşrû müdâfaa, esasen işlenmesi yasak olan fiili, yasak kapsamından çıkartarak

³⁷⁷ Eren, **a.g.e**, II, 15; Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 492; Tunçomağ, **a.g.e**, 260 Kılıçoğlu, **a.g.e**, 364.

³⁷⁸ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 493-494; Eren, **a.g.e**, II, 152-153; Kılıçoğlu, **a.g.e**, 364; İnan, **a.g.e**, 273-274; Reisoğlu, **a.g.e**, 139.

³⁷⁹ **Mecelle**, Md.22.

³⁸⁰ **Mecelle**, Md.33.

³⁸¹ Senhûrî, **el-Vecîz**, s.320; krş.Eren, **a.g.e**, II, 153; Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 496.Tunçomağ, **a.g.e**, 260-261.

³⁸² **Mecelle**, Md.21.

hukuka uygun hale getiren, bir sebep olarak kabul edilmiş, zaruret halinde kendisini savunan kişi de, hukuken meşrû savunma hakkını kullanmış kabul edilmektedir.³⁸³

Bu ilkeyi dikkate alarak meşrû müdâfaayı, **“bir insanın kendisinin veya diğer bir şahsın hayatına, namusuna, servetine ya da kanunen güvence altında bulunan her hangi bir şeyine karşı halen yapılan haksız bir tecavüzü men ve defetmek için gerekli olan savunma”**³⁸⁴ biçiminde tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan, hukuken teminat altına alındığı için kişi, canına veya malına yönelik her hangi bir saldırıya maruz kalması durumunda hukukun öngördüğü sınırları aşmamak şartıyla gerektiği kadar güç kullanarak o saldırıyı önleme hakkına sahiptir. Kısaca belirtmek gerekirse haksız tecavüz, hukukun uygun gördüğü zaruret miktarınca güç kullanılarak ortadan kaldırılabılır. Bu husus Mecelle’de **“zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur”**³⁸⁵ ve **“zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur.”**³⁸⁶ genel kuralları ile maddeleştirilmiştir.

Bir fiilin haklı savunma (meşrû müdâfaa) sınırları içerisinde değerlendirilebilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekir. Örneğin; meşrû müdâfaada bulunan kişinin kendisine veya üçüncü kişinin hayat ve vücut bütünlüğü, ırz, namus veya şerefine yönelik, haksız fiili bir tecavüzün vuku bulması ve bu hukuka aykırı saldırının devam etmesi,³⁸⁷ bu haksız saldırıyı ortadan kaldırmaya yönelik savunmanın da, savunma amaç ve sınırlarını aşmaması gerekir.³⁸⁸

Haksız fiilin yöneldiği hukuki konuları dikkate alarak bunları ortadan kaldırmak için mukabelede bulunmayı meşrû hale getiren hayata ve vücut bütünlüğüne; şeref ve itibara ve mala yönelik haksız fiillere karşı birer hukuka uygunluk sebebi kabul edilen meşrû müdâfaa durumlarına kısaca temas etmek istiyoruz.

³⁸³ Ebû Leyl, **a.g.e.**, s.318, 319; Eren, **a.g.e.**, II, 151; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 491; İnan, **a.g.e.**, 272.

³⁸⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 485; Eren, **a.g.e.**, II, 149; Tandoğan, **a.g.e.**, 33; İnan, **a.g.e.**, 270; Cin-Akgündüz, **a.g.e.**, I, 312.

³⁸⁵ **Mecelle**, Md.22.

³⁸⁶ **Mecelle**, Md.27.

³⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, II, 149; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 485; Tunçomağ, **a.g.e.**, 259.

³⁸⁸ Reisoglu, **a.g.e.**, 137-138; Eren, **a.g.e.**, 149-150; İnan, **a.g.e.**, 271-272; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 487-490. Ceza Kanunu 49. maddesine göre mal varlığına ilişkin saldırılarda meşrû savunma kabul edilmemektedir. Ancak Borçlar Hukuku meşrû savunmayı kabul etmiştir. Ayrıca MK. 894 maddede meşrû müdâfaaya yer verilmektedir.

da. Hayatı ve Vücut Bütünlüğünü Korumaya Yönelik Meşrû Müdâfaa

İslam hukukunda, hayatına yönelik fiili bir tehlikenin söz konusu olması ve bundan kurtulmanın da ancak bu tehlikeyi ortadan kaldırılmakla mümkün olması durumunda kişinin haksız tecavüzü engellemek için gerektiği kadar güç kullanma hakkına sahip olduğu ilke olarak kabul edilmiştir. Bu durumdaki kişinin fiilinin meşrû savunma kapsamında mütalaa edilebilmesi için karşılaştığı fiili tecavüzün başka türlü ortadan kaldırma imkanının bulunmaması, örneğin devletin emniyet güçlerine haber vererek yardım isteme ve tecavüzü engelleme imkanının bulunmaması gerekir.

İster bir başka kişi isterse yırtıcı veya zararlı bir hayvan tarafından olsun kişinin, hayatına yönelik fiili bir tecavüz veya tehlikeyi, karşı tarafa zarar vermeksizin izale etmesi/gidermesi, bunun mümkün olmaması durumunda ise zararı en az zarar ile ortadan kaldırması gerekir. İslam hukukunda saldırıya uğrayan kişinin, hayatını kurtarmak için saldırıda bulunan kişi veya hayvanı öldürmekten başka kurtuluş yolu bulamaması durumunda onu öldürmesi, meşrû müdâfaa sınırları içerisinde değerlendirilmiş ve öldürülen kişinin diyetinin ödenmeyeceği, yok edilen hayvanın bedelinin de tazmin edilmeyeceği kabul edilmiştir.³⁸⁹ Ancak genel ilke bu olmakla birlikte, hayvanlara yönelik meşrû müdâfaadan doğan zararların tazmini konusunda fakihler arasında görüş farklılıklarının bulunduğunu da belirtmek gerekir. Örneğin şâfiî, mâlikî ve hanbelî hukukçular, saldırgan hayvanın öldürülmesi ile sonuçlanan ve meşrû müdâfaa kapsamında değerlendirilen durumlarda tazmin sorumluluğu bulunmadığı kanaatinde iken³⁹⁰; haneî hukukçular ise, Peygamberimizin (s.a.v) “**hayvanlara zarar veren kişi, zararı tazmin eder**”³⁹¹ hadisini gerekçe göstererek saldırgan hayvanlara yönelik meşrû müdâfaayı bir hak

³⁸⁹ Örneğin meşhûr Haneî hukukçu Serahsî, kişinin; elinde kılıcı ile geceleyin kendi evine girdiği ve kendisine saldırıda bulunacağından emin olduğu kişiyi ikaz etmeksizin öldürebileceğini ifade etmektedir. Serahsî, **el-Mebsût**, XXIV, 50-51. Ayrıca bkz. eş-Şâfiî, **a.g.e**, IX, 283.

³⁹⁰ eş-Şâfiî, **a.g.e**, VI, 245; Dusûkî, **a.g.e**, VI, 375; İbn Hazm, **a.g.e**, VI, 442-443.

³⁹¹ Buhârî, Diyât, 28-29; Musâkât, 3; Müslim, Hudûd, 45,46; Ebû Dâvud, Diyât, 37; Tirmizî, Zekât, 16 Ahkâm, 37; Neseî, Zekât, 38; İbn Mâce, Diyât, 27; Dâremî, Zekât, 3, Diyât, 19; Abdurrezzâk, Ebû Bekr b. Hemmâm es-San’ânî, (ö.211/826), **el-Musannef**, Beyrut, 1970, X, 67 Hadis no.18380.

olarak kabul etmekle birlikte, bu durumda yok edilen hayvanın bedelinin sahibine tazmin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.³⁹²

db. Şeref ve İtibarı Korumaya Yönelik Meşrû Müdâfaa

İslam Ceza hukuku açısından namusa yönelik haksız tecavüzlerde, meşrû müdâfaa bir hak olarak kabul edilmiştir. Örneğin bir kadının, zorla kendi namusuna tecavüz etmek üzere kendisine saldırıda bulunan kişiyi, başka türlü engellemesi mümkün olmaması halinde öldürmesi, namusuna yönelik haksız tecavüze karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılması olarak değerlendirilmiş ve bu durumdaki kadının cezai sorumluluğu bulunmadığı kabul edilmiştir. Hatta doğrudan kendisi böyle bir haksız saldırıya maruz kalmasa bile, bir kadının böyle bir tecavüze maruz kaldığını gören kişinin buna engel olmak üzere mütecavize fiili müdahalede bulunması da meşrû müdâfaa kapsamında değerlendirilerek dînî ve ahlaki bir yükümlülük olarak görülmüştür.³⁹³

Namusa yönelik haksız tecavüzleri engellemenin meşrû müdâfaa kapsamında mütalaa edilmesi, fuhşun ve zinanın dinen haram kabul edilerek, şeref ve haysiyetin, ırz ve namusun dokunulmazlığına gösterilen dini hassasiyetten kaynaklandığı görülmektedir. İslam hukukçularının; meşrû müdâfaa bakımından mallar ile namusa yönelik tecavüzler arasında bir ayrım yaptıkları, mala yönelik haksız tecavüzlerde meşrû müdâfaanın bir hak olmakla birlikte zorunlu (**vâcib**) olmadığını, buna karşılık dokunulmazlık bakımından maldan daha öncelikli olan namusa yönelik tecavüzlerde ise bunun dinen vacip olduğunu, bu nedenle de ırza yönelik tecavüzlerde meşrû

³⁹² Bu kanaatte olan hukukçuların Hz. Ebû Bekir'in hayvanların hak sujesi değil şahısların mülkiyetine konu olduğunu ve hem cezai hem de medeni sorumlulukları bulunmadığını gerekçe göstererek, bunlar “**aklı ermeyen bir canlıdır**” diyerek hayvanları, meşrû müdâfaa halinde öldüren kişinin, bu hayvanların bedelini sahibine tazmin ile hükmettiği şeklindeki uygulamasına dayandıkları ifade edilmektedir. İbn Hazm, **a.g.e**, VI, 443. Bu konuda ayrıca bkz. İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 350-351; Bağdâdî, **a.g.e**, Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, II, 384; 193; bkz. Buhârî, **a.g.e**, IV, 124.

³⁹³ Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Darûreti's-Şer'iyye**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1982, 147-148.

müdâfaa hakkının evleviyetle kabul edilmesi gerektiğini savundukları görülmektedir.³⁹⁴

İslam hukukçuları Peygamberimizin, “**ırz ve namusunu savunurken öldürülen kişi şehittir**”³⁹⁵ anlamındaki hadisini delil göstererek bir kadının namusuna tecavüz etmek isteyen erkeği öldürmesinden dolayı kendisinin ne ceza hukuku ve ne de medeni hukuk açısından sorumlu tutulamayacağını ifade etmişlerdir. İslam hukuk tarihindeki uygulamalar, namusa yönelik haksız tecavüzlere engel olmanın meşrû müdâfaa içinde değerlendirildiğini ve bu hak kullanılırken ortaya çıkan zararların tazmin edilmediğini göstermektedir.³⁹⁶ Ancak bir erkeğin, kendi eşinin başka bir erkekle zina fiili işlediğini görmesi ve zina eden erkeği öldürmesi durumunun da meşrû müdâfaa hakkının kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusudur. Bu bakımdan meşrû müdâfaa hakkının kapsam ve sınırları konusunda İslam hukukçuları arasında bir takım görüş farklılıklarının bulunduğunu kaydetmek gerekir. Örneğin Said b. Ubâde, bir kişinin kendi eşiyle zina ettiğini görmesine rağmen onu kılıcı ile dövmüş ancak öldürmemiştir. Peygamberimiz (s.a.v) ise; “**siz Sa’dın kıskançlığına (ğayret) şaşıyor musunuz? Ben ondan daha kıskancım Allah ise benden de kıskançtır**”³⁹⁷ buyurmuştur. Bir kısım hukukçular bu hadisten hareketle böyle bir olumsuz durumla karşılaşan kocanın, kendi eşi ile zina eden erkeği öldüremeyeceğini, zina eden erkeği öldürmesi durumunda kocaya kısas cezası verilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu kanaatte olan hukukçulara göre zina suçunun faillerine hadd cezasının uygulanabilmesi için suçun usulüne uygun olarak dört şahit ile ispat edilmesi gerekir. Bu prosedüre (suçun usulüne uygun olarak dört şahit ile ispat edilmesi) uyulmaması durumunda suç failine cezanın infazı hukuka uygun değildir. Suçu ispat edilmeden suç failinin zina eden kadının kocası

³⁹⁴ İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 352. Bkz. Bağdâdî, **a.g.e**, 203.

³⁹⁵ Tirmizî, Diyât, 21; Ebû Dâvud, Sünnet, 29.

³⁹⁶ Örneğin, kendisiyle birlikte olmayı isteyen kişiyi taş atarak öldüren bir kadına Hz. Ömer, kısas cezası vermediği gibi kendisini diyet ödemekle yükümlü tutmamıştır. bkz. İbn Hacer el-Askalânî, Şihâbudin Ebu’l-Fadl Ahmed b. Ali, **Telhîsu’l-Habîr fî Tahrîci ehâdisi’r-Râfî**, Kitâbu’s-Seyâl, IV, 157, (hadis no.2153); Ayrıca bkz. İbn Hacer, **Fethu’l-Bârî, fî Şerh-i Sahîhi’l-Buhârî**, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1996, V, 418-419; İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 352; Bağdâdî, **a.g.e**, 203. Heyet, **el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye**, XXVIII, 109.

³⁹⁷ Buhârî, Nikâh, 107; Hudûd, 40; Tevhîd, 20; Müslim, Liân, 16-17; Dârimî, Nikâh, 37; Ahmed b.Hanbel, Müsned, 4/248.

tarafından öldürülmesi durumunda koca da suç işlemiş kabul edilmekte ve cezai yönden sorumlu tutularak öldürülen kişinin diyetini ödemesi gerekir.³⁹⁸ Ancak bazı hukukçular eşi ile zina ettiğini gören ve onu öldüren kişinin, bu durumu dört şahit ile ispatladığı takdirde kendisinden cezai-medeni sorumluluğun düşeceğini ve öldürülenin (maktulun) varislerine diyet te ödenmeyeceğini ifade etmişlerdir.³⁹⁹ Buna karşılık bazı hukukçular ise eşini, ırzına zorla tasaddi ve tecavüzde bulunmak isteyen kişiye karşı mücadele ederken gören ve mütecavizi öldüren kocanın eyleminin meşrû müdâfaa sınırları kapsamında mütalaa edileceğini savunmuşlardır.⁴⁰⁰

Zina kadar ağır olmamakla birlikte özel hayatın gizliliğini ihlal eden ve sosyal hayatta röntgencilik olarak ifade edilen nispeten daha hafif kapsamlı suçlara da kısaca temas etmeyi gerekli görüyoruz.

Peygamberimiz (s.a.v)’in “**izinsiz olarak başkasının mahrem olan durumuna müttali olmak isteyen kişiye taş atılarak gözünün yok edilmesi durumunda failin tazmin ile sorumlu tutulmayacağı**”⁴⁰¹ nı ifade eden hadisi de bu konuda belirleyici olmuştur. Ancak İslam hukukçularının bu hadisi şerifin mutlak ifadesini yorumlayarak konu ile ilgili müdâfaa hakkının sınırlarını belirledikleri görülmektedir. Örneğin hanefî ve mâlikî hukukçular, özel hayatın gizliliğini ihlal edecek biçimde başkasının evinin içini gözetleyen kişiyi, ev sahibinin, öldürücü olmayan yöntemlerle engel olma imkanı mevcut iken silah veya ok vb. öldürücü aletler kullanarak öldürmesi durumunda ev sahibinin ceza hukuku açısından sorumlu tutulacağını ve kendisine kısas cezasının uygulanacağını ifade etmişlerdir. Bu kanaatte olan hukukçuların, görüşlerini Peygamberimizin (s.a.v) mutlak hüküm ifade eden ve takyid edilmeyen “ bir gözün yok edilmesi durumunda yarım diyet gerekir.”⁴⁰² hadisi ile temellendirdikleri anlaşılmaktadır. Bu durum ise başkasının

³⁹⁸ Aynî, **Umdetu’l-Kâri**, XXIV, 22.

³⁹⁹ Şâfiî, **a.g.e**, VI, 45.

⁴⁰⁰ Sindî, Nureddin b. Aubdulhadi (ö.1138 h.) **Hâşiyetu’s-Sindî Alâ İbn Mâce**, el-Matbaatu’l-İlmiyye, Mısır, 1313, II, 61-62.

⁴⁰¹ Buhârî, Diyât, 15; Neseî, Kasâme, 48; Ahmed b.Hanbel, **Müsned**, 6/243,428.

⁴⁰² Beyhâkî, Ebû Bekir Ahmed b.el-Huseyin b. Alî (ö.458/1066), **es-Sünenü’l-Kubrâ**, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1994 ,VIII, 148; Abdu’r-Rezzâk, **Musannef**, IX, 327 (17409); Ebû Şeybe, Abdullah b. Muhammed (ö.235/849); **Kitabu’l-Musannef fi’l-Ehâdisi ve’l-Âsâr**;

evine kötü niyetle bakmanın dinen haram olduğu kabul edilmekle birlikte, başkasının özel hayatını ihlal eden kişiye mukabelede bulunarak gözünü yok etmenin meşrû müdâfaa sınırları içerisinde değerlendirilemeyeceğini göstermektedir.⁴⁰³

dc. Malı Korumaya Yönelik Meşrû müdâfaa

İslam hukukunda kişinin, malına yönelen haksız saldırıyı önlemek için müdafaada bulunması meşrû bir hak olarak görülmüş ve mal ile ilgili meşrû müdâfaa bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Hatta “**malı uğruna öldürülen kimsenin şehit olacağı**” nı ifade eden hadisten hareketle mal ile ilgili meşrû müdâfaa cana ve namusa yönelik haksız saldırılarda başvurulacak meşrû müdâfaa gibi kabul edilmiştir. Bu temel ilke, kaynağını Peygamberimizin (s.a.v) hadislerinden almaktadır. Örneğin, malını zorla almak isteyen saldırganı ne yapılması gerektiğini soran kişiye Peygamberimiz (s.a.v), zorbaya Allah’ı hatırlatmasını, engel olamaması durumunda müslümanlardan yardım istemesini, bunun mümkün olmaması durumunda yetkili makamlardan yardım istemesini, bu da mümkün değilse malını korumak için meşrû müdâfaa hakkını kullanmasını, bu hakkını kullanırken öldürülmesi durumunda ise şehit olacağını⁴⁰⁴ ifade buyurmuştur. Diğer bir rivayette de başkasının evine giren hırsızın ev sahibi tarafından öldürülmesi durumunda failin her hangi bir diyet ödemeyeceği⁴⁰⁵ vurgulanmıştır.

Mala yönelik haksız tecavüzlere karşı ilke olarak meşrû müdâfaanın bir hak olarak telakki edildiği ancak bu hakkın kullanılmasının kapsamı ve sınırları konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıklarının bulunduğu

Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995, V, 356; San'anî, Muhammed b. İsmail el-Kehlânî, (ö.1182/1768), **Subulu's-Selâm Şerhu Bulûğî'l-Merâm min Cemi' Edilleti'l-Ahkâm**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabiyye, Beyrut, 1960, III, 244.

⁴⁰³ Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 235; İbn Abidîn, **a.g.e**, VI, 550; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXV, 129-130; Ayrıca bkz.İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 353, 356; İbnu'l-Murtazâ, **a.g.e**, V, 385; İbn Dakik, Muhammed b. Alî Takiyuddîn, **İhkâmü'l-İhkâm Şerhu Umdeti'l-Ahkâm**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, ty, IV, 122; el-Ensârî, **a.g.e**, IV, 169-170; el-Hatîb, **a.g.e**, V, 533; er-Ramlî, **a.g.e**, VIII, 30; es-San'anî, **a.g.e**, II, 380-281; es-Sâvî, **a.g.e**, IV, 506.

⁴⁰⁴ İbn Ebî Şeybe, **a.g.e**, VI, 454; Ayrıca bkz, İbn Hazm, **a.g.e**, XI, 211; Hadis kitaplarında “**malını savunma uğrunda öldürülen kişi şehittir**” şeklinde yer almaktadır. Buhârî; Mezâlim, 33; Muslim, İmân, 226; Ebû Davûd, Sünnet, 39; Tirmizî, Diyât,21; Neseî, Tahrîm, 22; 23,24; İbn Mâce, Hudûd, 21; Ahmed b.Hanbel, **Müsned**, 1/79, 187-190, 305.

⁴⁰⁵ İbn Hazm, **a.g.e**, XI, 211; Ebû Şeybe, **a.g.e**, VI, 453.

görülmektedir. Örneğin, Peygamberimizin (s.a.v) “malını korurken öldürülen kişi şehittir.”⁴⁰⁶ anlamındaki hadisini mutlak anlamı ile yorumlayan hanefî hukukçular, miktarı az veya çok olsun mülkiyeti başkasına ait olan bir malı hukuka aykırı şekilde almaya çalışan kişinin öldürülebileceğini savunurken mâlikî hukukçular ise, bu hadisin mutlak anlam ifade etmediğini meşrû müdâfaa hakkının sınırlı olduğunu ileri sürerek az miktardaki bir maldan dolayı hırsız öldürmenin, meşrû savunma kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmişlerdir.⁴⁰⁷

Meşrû müdâfaa, zaruret durumunda başvurulacak bir hak olduğu için bu hakkı kullanırken belli kriterlere riayet etmek ve ölçülü olarak kullanmak gerekir. Çünkü Mecelle’de de ifade edildiği gibi “**zarûretler kendi miktarlarınca takdir olunurlar.**” Bu nedenle kişi, malına yönelik haksız bir tecavüze engel olma veya onu daha hafif zararlarla def etme imkanı varken daha ağır zararlara yol açabilecek eylemlere tevessül etmemelidir. Örneğin, üzerinde kesici delici ve öldürücü bir alet ve silah bulunmaksızın hırsızlık amacıyla başkasının evine giren hırsız ev sahibinin telefon ederek polisten yardım isteme veya onu uyarma ve öldürücü olmayan bir aleti kullanarak hırsızlığına engel olma imkanı varken, hemen silah kullanarak onu öldürmesi meşrû müdâfaa açısından tartışmaya açık bir konu olarak değerlendirilebilir. Başka bir ifade ile, öldürme, başka bir çare ve imkanın kalmaması durumunda başvurulabilecek bir yöntem olarak görülmelidir. Ancak mala yönelik tecavüze karşı başvurulacak bu yöntem, meşrû kabul edilebilir.⁴⁰⁸ Bu bakımdan, mülkiyet hakkının mutlak dokunulmazlığından hareket eden hanefîlere karşılık, bu hakkın dokunulmazlığını kabul etmekle birlikte “**zaruretlerin kendi miktarlarınca takdir edileceği**”⁴⁰⁹ ilkesinden hareketle mala yönelik tecavüzlerde başvurulacak meşrû müdâfaa hakkının kullanılmasını sınırlayan mâlikîlerin görüşlerinin daha gerçekçi olduğunu düşünmek mümkündür. Nitekim Mısır Medeni Kanunu 166.; Suriye Medeni Kanunu 197; Libya MK.169; Tunus Medeni Kanununu 104; Ürdün

⁴⁰⁶ Buhârî; Mezâlim33; Muslim, İmân, 226; Ebû Davûd, Sünnet, 39; Tirmizî, Diyât,21; Neseî, Tahrîm, 22; 23,24; İbn Mâce, Hudûd, 21; Ahmed b.Hanbel, **Müsned**, 1/79, 187-190, 305.

⁴⁰⁷ Zuhaylî, **ed-Darûretu’Şer’iyye**, 152.

⁴⁰⁸ İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 352. İbn Hazm, **a.g.e**, XI, 211 (2117); Bkz. Bahnassi, **a.g.m.**, 185.

⁴⁰⁹ **Mecelle**, Md.22.

MK. ise 292. maddeleri ile, bu durumu dikkate alarak meşrû müdâfaa hakkını sınırlamışlardır.⁴¹⁰

e. Kişinin Kendi Meşrû Hakkını Kullanması

Hak, hukukun müeyyide koyarak güvence altına aldığı belli yetki ve menfaatlerdir. Hukuk disiplini bir hakkın ne kadar önemli olduğu, onun ne kadar kullanılabilir olduğu ile doğru orantılıdır. Bundan dolayı kişinin sahip olduğu hak, yetki ve menfaatleri hukukun güvencesi altında kullanabilmesi son derece büyük önem arz etmektedir. Ancak hakkın kullanımına ilişkin zahiren birbiri ile çelişik gibi görünen hükümlerin mevcudiyeti, hakkın kullanımı konusunun, hukuk disiplini ve mantığı açısından adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir zemine dayandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin İslam hukukunun temel ilkelerinden birisini oluşturan **ibâha kuralı**na göre eşyadan faydalanmada ve fiillerde asl olan ibâha olduğu için kişi, sahip olduğu hakkı istediği gibi kullanabilir. Kişinin kendi mülkünde istediği gibi (**keyfe mâ yeşâ**) tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğu Mecelle’de de vurgulanmaktadır.⁴¹¹ Diğer taraftan yine Mecelle’de hakkın kullanılması ile ilgili olmak üzere “**mübah ile herkes intifa edebilir, fakat saire zarar vermemekle meşrûttur.**”⁴¹² ve “**mübah olan şeyi ahz ve ihraz etmekten bir kimesne ahar kimseyi men edemez.**”⁴¹³ hükümleri yer almaktadır. Birinci grupta yer alan ilkeler hakkın kullanılması ile ilgili mutlak hüküm ifade etmekte ve kişinin bir hakkını kullanmasının sınırlanamayacağını öngörmekte iken; ikinci grupta yer alan ve hakkın kullanılması ile ilgili ibâha kuralını sınırlayıcı nitelikler taşıyan kurallar ise kişinin hakkını kullanma alanının, başkasına zarar vermemekle sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır. Buradan hareketle birbiri ile çelişkili gibi görünen bu ilkelerden ikincisinin, birincisini tahsis edip hakkın kullanımını sınırladığını ifade etmek gerekir.

⁴¹⁰ Ferec, **a.g.e**, 376; Âmir, Hüseyin, **a.g.e**, 210-211.

⁴¹¹ **Mecelle**, Md.1192.

⁴¹² **Mecelle**, Md.1254.

⁴¹³ **Mecelle**, Md.1255.

ea.Hakkın Kullanılması Konusundaki Görüşler

Hakların kullanılması konusunda çağdaş hukukta; bireyi merkez alan ferdiyetçi (**individualist**) ve toplumu merkez alan (**social**) olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır.⁴¹⁴

a) Ferdiyetçi görüşe göre hak sahibi, hakkını kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde istediği şekilde, (örneğin kişi, mülkiyet hakkını istediği amaçla) kullanabilir. Hak sahibi, kanunun kendisine verdiği hakkı ve yetkiyi kullandığı için, bu hakkını kullanırken başkasına verdiği zarar, tazmin gerektiren bir durum olarak görülmemektedir.⁴¹⁵

b) Sosyal görüşte ise, her hak, kullanılmak için meşrû kılınmıştır. Ancak hukuk bir kaidenin varlığını tanırken hak sahiplerinin menfaatlerini göz önünde bulundurmakla birlikte hak sahibinin bütün menfaatlerinin korunamayabileceğini de kabul eder. Zira başkalarının da haklarını zedeleyebileceği için hakkın mutlak bir şekilde kullanılması, hukukun mahiyeti ile bağdaştırılmaz.⁴¹⁶

Her hak sahibinin hakkını istediği şekilde kullanıp kullanamayacağı sorusunun cevaplandırılması bu teori açısından büyük önem arz etmektedir. Her hakkın dinamik bir güç olduğu bu bakımdan kayıtsız şartsız bırakılmayacağını kabul eden bu teoriye göre, toplum hayatında kuvvetlinin yanında zayıf insanların da bulunduğu, toplumsal istikrarı sağlama bakımından güçlü insanların yanında zayıf insanların haklarının da garanti altına alınması gerekir. Kötü amaçla da kullanılabileceği için, hakların herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaması, toplumsal

⁴¹⁴ Köse, Saffet, **İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997, 42.

⁴¹⁵ Bu ilke Roma hukukunda “**Neminem laedit qui jure suo utitor**” (kendi hakkını kullanan kişi, başkasına zarar vermiş sayılmaz , zira kullanılan hak bizzat kullanana aittir, ona bu bu kullanma yetkisini veren de kanundur.” şeklinde ifade edilmektedir. Velidedeoğlu, “Hakkın Suisti’ malı Mefhumunun Nazariyat ve Tatbikattaki Durumu ve Benzeri Mefhumlarla Münasebeti”, **İBD**, XV/1 (1951), 4-5; Ayrıca bkz., Köse,a.g.e, 42.

⁴¹⁶ Birsen, Kemaleddin, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1963, 86-87.

istikrarı zedeleyebilir. Bu nedenle hakkın herhangi bir sınırlandırılmaya tabi tutulmaksızın kullanılması hukuka uygun olarak kabul edilemez.⁴¹⁷

Batı hukukunda hakkın kötüye kullanılması (**abuse of rights**) teorisi, özellikle 1789 Fransız ihtilalinin güçlendirdiği ferdiyetçi akımın olumsuz sonuçları üzerine ortaya çıkmıştır. Türk Medeni Kanunu da, hakkın kötüye kullanılmasını hukuka aykırı bir hareket olarak görmüş ve yasaklamıştır.⁴¹⁸ Bir hakkın kötüye kullanıldığından söz edebilmek için, kullanılan bu hakkın, hak sahibine fayda sağlamaması; buna karşılık başkasının zarar vermesi gerekir.⁴¹⁹ Pozitif hukukta, kişinin ihtiyacı bulunmadığı halde kendi arsasına yaptırdığı yüksek bir duvarın komşusunun denize karşı olan manzarasını tamamen kapatarak ona zarar vermesi, hakkın kötüye kullanılmasına örnek gösterilmektedir. Bu bakımdan zarar gören komşu ev sahibi, yüksek duvarın yıkılmasını talep ve dava edebilir. Dava açmak için arsa sahibinin duvarı, kötü niyetle ve komşusuna zarar vermek maksadıyla yapmış olması gerekmez. Hatta arsa sahibi bunu yaparken iyi niyetle hareket etmiş, başkasına zarar vermeyi kast etmemiş olsa dahi duvarın yüksek olmasının komşusuna zarar vermesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi için yeterlidir.⁴²⁰

Hakkın, başkasının zararına neden olacak şekilde kullanılması halinde kişinin, bu hakkını kullanmasının engellenip-engellenemeyeceği konusunda İslam hukukçularının farklı kanaatler taşıdıkları görülmektedir. Bir kısım hukukçular sonucu başkasına zarar verse bile kişinin kendi hak ve yetkilerini kullanmasının engellenemeyeceğini savunurken,⁴²¹ genel olarak kabul gören görüşü savunan İslam hukukçuları ise kişinin hakkını kullanması konusunda sınırlayıcı bir takım ilkeler bulunduğunu kabul etmişlerdir.⁴²²

⁴¹⁷ Arsebük, **a.g.e**, I, 102; Saymen, Ferit, H, **Türk Medeni Hukuku** I, Umumi Prensipler, İstanbul, 1948, 278.

⁴¹⁸ Velidedeoğlu, **a.g.e**, 254.

⁴¹⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e**, 255.

⁴²⁰ Senhûrî, **el-Vasîf**, I, 87; Velidedeoğlu, **a.g.e**, 255-256.

⁴²¹ İbn Nüceym, **el-Bahru'r-Râik**, VII, 33; Bağdâdî, **a.g.e**, 152; Kadîhân, **Hindiye**, III, 36; ed-Dureynî, **Nazariyyatu't-Ta'ssüf fî İsti'mâli'l-Hakk fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Müessesetü'r-Risâle, 129.

⁴²² Dureynî, **Nazariyyatu't-Ta'ssüf fî İsti'mâli'l-Hakk fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, 130-131.

Kişinin sahip olduğu hakkı kullanmasının sınırlandırılmayacağını savunan İslam hukukçuları, kendi mülkündeki tasarrufunun komşusuna zarar verebileceği durumlarda bile kişinin bu hakkını kullanmasının engellenemeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Ebû Hanîfe⁴²³ imam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel bu kanaattedirler.⁴²⁴ Örneğin birbirine bitişik sınırı olan iki arsa sahibinden birinin kendi mülkünde kazdığı fosseptik çukurun, diğerine zarar verdiğini, bu durumda zarar gören arsa sahibinin ne yapılabileceğini, başka bir ifade ile bu çukurun kazılmasına komşu arsa sahibinin engel olup olamayacağını sorulması üzerine Ebû Hanîfe, kişinin bu hakkını kullanmasının engellenemeyeceğini ifade ederek, kendisinin (zarar gördüğünü iddia eden kişinin) de arsasının komşusunun kazdığı çukura yakın bir yerine çukur kazmasını önermiştir. Görüldüğü gibi her iki olayda da zarar söz konusu olduğu halde Ebû Hanîfe bu fiilleri hukuka aykırı görmemiştir. Bu duruma göre başkasına zarar verse bile, kişinin kendi hakkını kullanması hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak gördüklerini ifade etmek mümkündür.

Hakların kötü niyetle ve zarar kastı ile kullanıldığı takdirde bireysel ve toplumsal pek çok problemlere yol açacağı kuşkusuzdur. Bu bakımdan kişinin, haklarını hüsnüniyet ilkelerine uyarak ve başka kişilere ve topluma zarar vermeksizin kullanması bir zorunluluk olarak görülmektedir. Esasen İslam hukukunda hak,

⁴²³ Serahsî, **el-Mebsût**, XV, 21-22; Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 28; İbnu'l-Humâm, **a.g.e.**, VII, 325; Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, V, 123; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VII, 32; VIII, 553; Bağdâdî, **a.g.e.**, 152; Kâdihân, **a.g.e.**, VI, 445; Tarablusî, **a.g.e.**, 162.

⁴²⁴ Şâfiî, **a.g.e.**, III, 255; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 40. Bu kanaatte olan hukukçuların, kişinin kendi arsasında kazdığı kuyuya başkasının hayvanının düşerek telef olması ile; kendisine komşu evin hava ve güneşine engel olsa bile, kişinin kendi binasını dilediği kadar yükseltmesi arasında tazmin sorumluluğu doğmaması bakımından hukuken herhangi bir fark görmedikleri anlaşılmaktadır. Çünkü onlara göre, kişinin kendi mülkünde bu haklarını kullanması mübah ve cevaz kapsamındadır. Şeri izin ise tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu konu Mecelle'de "cevâz-ı şer'î damâna münâfî olur" şeklindeki 91. maddesi ile hükme bağlanmıştır; İbn Hazm, **a.g.e.**, VII, 84-86; (1355,1357 maddeleri) ; Meyyâre, **a.g.e.**, II, 245-246; el-Mevvâk, **a.g.e.**, VII, 129-134; İbn Ferhûn, **a.g.e.**, II, 238,251 (13.fasıl); el-Bâcî, **a.g.e.**, VI, 40; VII, 110-111; Sahnûn, **a.g.e.**, IV, 314, 665; Eş-Şirbînî, **a.g.e.**, V, 173; İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 571; Ali Haydar, **a.g.e.**, I, 81-82 (Md.91 şerhi). Bu görüş, klasik Avrupa'nın sadece ferde ve ferdin hukukuna önem veren ferdiyetçi anlayışa benzemektedir. Bu görüşe göre, kişinin hakkı başkalarının ve mensup olduğu toplumun haklarından bağımsızdır. Kişi, hakkını ebedi olarak hukuka aykırı kullanamaz, sahip olduğu haklarını bu çerçevede kullanmasını kendi hürriyeti olarak görür. Ferdiyetçi teori 18.asırda Fransa'da etkili olmuş eski ve yeni Fransız hukuklarında tesirini göstermiştir. Kötüye kullanımı halinde hakkın yok olduğu kesin delillerle ispatlanmış ve bir fiilin aynı anda hukuka aykırı veya uygun olması mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. İngiliz ve Amerikan hukuklarında da ferdiyetçi görüş hakim olduğu, hukuka uygun bir fiilin tazmin sorumluluğunu doğurmadığı savunulmuştur. Mahmasânî, **a.g.e.**, I, s. 40-41.

bizatihi bir gaye değil faydalanma amacının gerçekleşmesi için meşrû kılınan bir araç ve vasıta konumundadır. Hukukun öngördüğü vasıta konumundaki faydalanmanın başka bir ifade ile hakkın bir sahibi vardır. Hukuk, sahibine tahsis ettiği bu aidiyeti teminat altına almıştır. Hakkın tanımındaki aidiyet (**iẖtis̱âs**) kavramı, bir taraftan sahibine bir ayrıcalık ifade ederken, diğer taraftan başkasının o hakka tecavüzünün de engellendiğini ortaya koyar. Ancak İslam hukukunda hakkın mutlak ve gerçek sahibinin Allah olduğu ve hukukun kaynağının da ilahi irade olduğu kabul edildiği için Allah'ın insanlara tanıdığı hak ve menfaatlerin onun iradesine uygun olarak kullanılması gerekir.⁴²⁵ Başka bir ifade ile mutlak malik ve sahip olmadığından dolayı kişinin hak ve yetki sahibi olduğundan söz edebilmek için kendisine bu hak ve yetkinin şari' tarafından tanınmış olması gerekir. Hakların kaynağının ilahi irade olması, ilahi iradenin kula tahsis ettiği hak ve menfaatlerin de sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır. Yani, bireyin bir hakka sahip olması, asaleten değil, dinin bireye tanınması ile gerçekleşmektedir. Bu anlayışın tabi bir sonucu olarak Allah'ın, kullarına lütfettiği haklarda da asıl olan mutlak serbestlik değil nisbi bir kayıtlılık ve sınırlılıktır. Hak kavramındaki bu çifte karakterlilik durumu (kulun sahip olduğu her hakkın esasen mutlak anlamda Allah'a aidiyeti), kula tahsis edilen her hak ve yetkiye karşılık ona bu hak ve yetkileri dengeleyen birtakım sorumluluklar yüklemektedir.

İslam hukuku bakımından kişinin sahip olduğu bireysel hakların aynı zamanda sosyal karakterli olabileceği (kişisel ve toplumsal hak ve menfaatlerin bazen içi-içe olabileceği) düşüncesinden hareketle bireysel hakların, hukuken öngörülen amaç doğrultusunda ve başkalarına zarar vermeksizin kullanılması temel ilke olarak kabul edilmektedir. Bu durum ise hakkın kötüye kullanılamayacağını zorunlu kılmaktadır.

⁴²⁵ Kur'an-ı kerimdeki pek çok ayet (İbrahim 2; Nahl 52, Meryem, 65; Taha, 6, Enbiya 9, Hacc 64) örneğin "ey mülkün sahibi olan Allahım, sen mülkü dilediğine verir dilediğinden de çekip alırsın. dilediğini yüceltir dilediğini de zelil edersin..." mealindeki Âl-i İmran suresinin 26. ayeti varlığın (kainatın) gerçek malik ve sahibinin Allah olduğunu vurgulamaktadır.

eb. Hakkın Kötüye Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılması, fıkıh kitaplarının değişik bölümlerinde ele alınmakla birlikte sistematik olarak incelenmemiş, çağdaş İslam hukukçuları tarafından detaylı olarak ortaya konulmuştur. Klasik fıkıh kitaplarında hakkın kötüye kullanılması karşılığında; **zulüm**, **sıkıntı**, **eziyet** ve başkasına zarar verme anlamındaki **“ta’annut”**⁴²⁶ ve **“el-isti’mâlî’l-mezmûm”**.⁴²⁷ kavramlarının kullanıldığı; çağdaş İslam hukukçularının ise **“et-ta’assûf fî isti’mâlî’l-hak”**⁴²⁸ kavramını tercih ettikleri görülmektedir. Ta’assuf kavramı ise; **“meşrû bir hakkı gayr-ı meşrû’ şekilde kullanmak”**⁴²⁹, **“bir hakkı kanun koyucunun maksadına aykırı biçimde kullanmak”**⁴³⁰ ve **“bir hakkı, başkasına zarar vermek veya hukuken uygun görülmeyen bir maslahatı gerçekleştirmek amacıyla kullanmak.”**⁴³¹ şekillerinde tanımlanmıştır.

Hakkın kötüye kullanılmasının yasaklığına dair hukuki mevzuatın kaynağını. Hz. Peygamberin, komşuluk hukukunu konu alan **“komşunun, kendi komşusunun binasından daha yüksek bina yaparak onun havalandırılmasına engel olmasını yasaklamıştır.”**⁴³² anlamındaki hadisi ile Hz.Ömer’in Dahhâk b.Halife’nin kendi tarlasına su arkı açmak için komşu tarlanın sahibi olan Muhammet b. Mesleme’nin

⁴²⁶ Serahsî, **el-Mebsût**, VI, 5; VII, 20,25,28,34; Kâsânî, **a.g.e**, VI, 264; Mergînânî, **a.g.e**, IV, 194; Nevevî, **Ravzatü’t-tâlibîn**, IV, 351.

⁴²⁷ Şâtıbî, Ebû İshâk İbrahim b. Musa (ö.790/1388), **el-Muvâfakât fî Usûli’s-Şerîa**, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut, ty, III, 218-219.

⁴²⁸ Çağdaş kaynaklarda **“el-mudârra fî’l-hukûk”** **“isâetü isti’mâlî’l-hak”**, **“sû-i isti’mâlî’l-hak”** terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir. Seyyid, Muhammed Şevki **et-Te’assuf fî isti’mâlî’l-hak: Mi’yaruh ve tabiatuh fî’l- fıkhi ve’l kazâ’vifkan li-Ahkâmil-kânûni’l-medenî**, el-Heyetu’l-Mısriyyeti’l-Âmme li’l-Kutub, Kahire, 1979; Fethi Dirînî, **Nazariyyetü’t-te’assûf fî İsti’mâlîl-Hakk fî’l-Fıkhi’l-İslâmî**, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 1988. vb Muhammed Şevkî Seyyid, **a.g.e**, s.125, 294; Ebû Zehra, **et-Te’assuf fî isti’mâlî’l-Hakk**, **Usbû’ül-Fıkhi’l-İslâmî ve Mihricân İmâm İbn Teymiye** (Dimaşk 16-21 Şevvâl 1380), Kahire 1328/1963, 21-97.

⁴²⁹ Ebû Sünne, **en-Nazariyyatu’l-Amme li’l-Muâmelât Fî’s-Şerîati’l-İslâmiyye**, Matbaatu Dâri’t-Te’lîf, Mısır, 1967, 105.

⁴³⁰ Zehâvî, Saîd Emced, **et-Te’assûf fî isti’mâlî hakkı’l-milkiyye fî’s-şerîati ve’l-kânûn**, Kahire, 1393-94-/1974-75, 107.

⁴³¹ Dureyni; Fethi, **Nazariyyatu’t-Ta’assuf fî İst’imâlî’l-Hakk fî’l-Fıkhu’l-İslâmî**, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 1988, 87.

⁴³² Buhârî, **Mezâlim**, 20, Eşribe,24; Müslim, **müsakât**,136; Ebû Davud, **Akdiye**,31; Malik b. Enes (ö.179/785), **el-Muvatta’**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, **Akdiye**,32.

izin vermeyip engellemesini uygun bulmayıp su arkını açtırdığına dair fiili tatbikat oluşturmaktadır.⁴³³

Bir hak, pasif oduğu gibi aktif olarak da kötüye kullanılabilir. Kendisine bir zararı söz konusu olmadığı halde kişinin kendi malını ihtiyacı olan kişinin kullanmasına engel olması pasif olarak mülkiyet hakkının kötüye kullanılması olarak düşünülebilir. Mâûn Suresi'nin 7. ayeti bu konuya atıf yapmaktadır.⁴³⁴ Hakkın aktif olarak kötüye kullanılmasında ise hak sahibinin fiili bir tasarrufu ile hakkını başkasına zarar verecek biçimde kullanması söz konusudur. Esasen hakkın kötüye kullanılmasından da bu durum kast edilmektedir.

ec.Hakkın Kötüye Kullanıldığını Belirlemede Esas Alınan Kriterler

İslam hukukçularının hakkın kötüye kullanıldığını belirlemede bir takım kriterleri esas aldıkları görülmektedir. Bunları maddeler halinde şöylece özetleyebiliriz.

a) Hakkın, başkasına zarar verme (ızzar) kastı ile kullanılması

Paylaşılabilir nitelikteki ortak bir malın, ortaklardan birisinin diğerine zarar verme maksadıyla taksim edilmesini engellemesi; kişinin komşu tarlaya sıçrayarak orayı da yakacağını bilerek kendi tarlasında anız yakması veya ölümcül bir hastanın mirastan mahrum bırakmak maksadıyla kendi karısını boşaması bu tür hakkın kötüye kullanılmasına örnek verilebilir. Hükümlerin, fiillerdeki niyet ve amaca bağlanacağını başka bir ifade ile amellerin, niyetlere göre değerlendirileceğini ifade eden hadis bu bakımdan büyük önem arz etmektedir.⁴³⁵

b) hakkın kullanılmasının fahiş bir zararın ortaya çıkmasına yol açması

Hakkın kötüye kullanılmasının yegane kriteri başkasına zarar verme kastı değildir. Çünkü başkasına zarar verme kastı olmasa bile bir hakkın kullanımı, hak sahibine sağladığı faydadan daha çok kamuya zarar veriyorsa başka bir ifade ile

⁴³³ Mâlik, **a.g.e**, Akdiye, 25.

⁴³⁴ Köse, **a.g.e**, 76-77.

⁴³⁵ Buhârî, Bedu'l-Vahyî, 1; Ebû Dâvud, Talak, 11; İbn Mâce, Niyet, 26. Ayrıca bkz. Şâtıbî, **a.g.e**, II, 233, IV, 201.

menfaat ve maslahatlar arasında aşırı bir orantısızlığın söz konusu olması durumu da hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir.⁴³⁶ Mecellenin “**mübah olan şeyi ahz ve ihraz etmekten bir kimesne ahar kimseyi men edemez.**”⁴³⁷, “**hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz, meğer ki ahara zarar-ı fahiş ola, ol halde men olunabilir.**”⁴³⁸ ve

Mecelle’de de kişinin binasının bir bölümünü demirci dükkanı, fırın yahut değirmen olarak kullanırken, gürültü ve dumanda “**zarar-ı fâhiş, bi eyyi vechin kân def ‘ettirilir.**”⁴³⁹ maddeleri, hakkın kullanılmasının başkasına zarar vermeme şartı ile sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır. Bir hakkın kullanımı sonucunda ortaya çıkan zararın, elde edilecek menfaate oranla daha az olması durumunu da aynı bağlamda değerlendirmek mümkündür. Mecelle’nin “**zarar-ı eşedd, zarar-ı ehaff ile izâle olunur.**”⁴⁴⁰ ve “**def-i mefâsid celb-i menâfi’dan evlâdır.**”⁴⁴¹ maddelerine göre komşuların rahatsız olması, binada tahribat oluşması, fahiş zarar olarak nitelendirilmiştir.⁴⁴²

c) Hakkın kullanılmasının üçüncü kişilere (veya kamusal zarara) yol açması

İslam hukukçuları, kullanılan bir hakkın kamu maslahatına zarar vermesini de, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmişlerdir.⁴⁴³ Mecelle’nin “**zarar-ı âmm-ı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur.**” şeklindeki 26. maddesi bu konuya atıf yapmaktadır. Burada genel (**umûmî**) maslahatın özel (**husûsî**) maslahata tercih edilmesi, özel maslahatların zarara uğramaması şartına bağlanmıştır.⁴⁴⁴

d) Hakkın kullanımında meşrû bir menfaatin bulunmaması

⁴³⁶ Şâtıbî, **a.g.e**, II, 358-359.

⁴³⁷ Mecelle, Md.1255.

⁴³⁸ Mecelle, Md.1197. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, “et-Ta’assuf fî İstimâli’l-Hakk”, **Ûsbûü’l-Fıkhi’l-İslâmî ve Mmihricani İmam İbn Teymiyye**, 41; Seyyid, Muhammed Şevkî, **a.g.e**, 286-287.

⁴³⁹ Mecelle, Md. 1200.

⁴⁴⁰ Mecelle, Md. 27.

⁴⁴¹ Mecelle, Md.30.

⁴⁴² Mecelle, Md.1200.

⁴⁴³ Arsebük, **a.g.e**, I, 121; Köse, **a.g.e**, 99.

⁴⁴⁴ Şâtıbî, **a.g.e**, II, 350, 358.

İlke olarak bir hak, onun sağlayacağı menfaati elde etmek için kullanılır. Aksi takdirde öngörülen amaçtan uzaklaşmış olur. Kişinin kendi hakkını kullanırken, karşı tarafa verdiği zararın, elde ettiği menfaatten daha büyük olması durumunda da fahiş zarardan ve hakkın kötüye kullanılmasından bahsetmek mümkündür. Bu nedenle İslam hukukçuları, hakkın kullanımında menfaat yokluğunu, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmişlerdir.⁴⁴⁵ Ölümle sonuçlanabilecek hastalık halindeki kocanın mirastan mahrum bırakmak amacıyla karısını boşaması ve vasiyette bulunma hakkına sahip olan kişinin (**mûsî**), kendi mirasçılarının hisselerini azaltmak amacıyla malının 1/3 den fazlasını vasiyet etmesi bu duruma örnek verilebilir.⁴⁴⁶ Çünkü bu durumlarda hem ızzar kastı, hem de hakkın amacı dışında kötü niyetle kullanılması söz konusudur.

Bu görüş açısından değerlendirildiğinde kişinin sahip olduğu hakkı kullanma konusunda İslam hukukunun telifçi bir anlayışı benimsediği, başka bir ifade ile kişinin hakkını kullanmasını ilke olarak benimsemekle birlikte bazı durumlarda toplumsal menfaat için kişisel hakların kullanılmasına bir takım sınırlandırmalar getirdiğini de görmek mümkündür. Kısaca fert ve toplum menfaatlerinin çatıştığı durumlarda, toplumsal menfaat (kamu yararı) esas alınmakta ancak bu durum bireyin hak ve menfaatlerinin topluma feda edildiği anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan İslam hukukunun, hakkın kullanılması konusunda birey ve toplum arasında tesis edilecek bir dengeyi esas aldığını ifade etmek gerekir.

Yukarıda verilen bilgilerden hareketle İslam hukukunda bireysel hak ve menfaatlerin korunması ve kullanılmasında bir taraftan olabildiğince bireysel menfaatin zedelenmemesine, diğer taraftan da bu hakkı kullanmanın kamusal bir zarara yol açmamasına özen gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan İslam hukukunda hakkın kullanılmasında bireysel ve toplumsal hak ve menfaatler iki yönlü olmak üzere bütünlük içinde değerlendirilmektedir. Kişi, hukuken teminat altına alınan haklarını yine hukukun öngördüğü sınırlamalara riayet ederek kullanmak

⁴⁴⁵ Senhûrî, **el-Vasîf**, I, 846-847; Arsebük, **a.g.e**, I, 118-121; Köse, **a.g.e**, 101 .vd.

⁴⁴⁶ **Nisâ**, 4/11; Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b.Ahmed (ö.671/1273), **el-Câmiu li-Ahkâm'il-Kur'ân**, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, V, 1988, 53-54.

durumundadır.⁴⁴⁷ Fıkıh kitaplarında zararın söz konusu olduğu durumlarda hakkın kötüye kullanımından söz edilmesi⁴⁴⁸ bu anlayışın benimsendiğini ortaya koymaktadır.

D. Zarar

1.Zarar Kavramı

Faydanın karşıtı olan zarar (**damage**), sözlükte, kötü durum, fakirlik, zorluk ve şiddet anlamlarını içermektedir.⁴⁴⁹ Bu kelimenin, Kur’ân-ı Kerimde⁴⁵⁰ ve hadislerde⁴⁵¹ de sıkça yer aldığı ve yukarıda belirtilen anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Teknik bir terim olarak zarar; değişik bakış açılarından hareketle farklı şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin kavramlar arasındaki anlam zıtlığından hareket eden bir kısım hukukçular zarar, kişinin başkasına mutlak anlamda bir kötülük (mefsedet) etmesi şeklinde⁴⁵²; borçlar hukuku disiplini ön plana alarak bu kavrama yaklaşanlar ise zarar, malın bir takım özelliklerini kaybettiği için değerinin de kayba uğraması; kişinin mal varlığındaki eksilme veya bir malın zarar görmeden önceki hali ile zarar gördükten sonraki durumu arasındaki değer kaybı biçiminde tanımlamışlardır.⁴⁵³ Bu bakımdan İslam hukukçularının zarar kavramı yerine genellikle **itlâf**, **istihlâk**, ve **ifsât** gibi kavramları kullanmayı tercih ettikleri görülmektedir. Pozitif hukuktaki “kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme”⁴⁵⁴ biçimindeki tanım ile yukarıda verdiğimiz İslam hukukçularının tanımları arasında bariz bir benzerliğin olduğu dikkati çekmektedir.

⁴⁴⁷ Köse, **a.g.e**, s. 43-44, 1997.

⁴⁴⁸ Mahmasânî, **a.g.e**, I, 41- 43; el-Hafîf, **a.g.e**, 92; Ahmed, Süleyman, Muhammed, **a.g.e**, 299.

⁴⁴⁹ İbn Manzûr, **a.g.e**, IV, 482.

⁴⁵⁰ **Hac**, 22/12-13, **Maide**, 5/76; **Yunus**, 10/10,12,18, 106; **Bakara**, 1/102; 1/177,214; **Ali İmran**, 3/134; 233; **Enam**,6/42

⁴⁵¹ İbn Mâce, Ahkâm,17; Mâlik, **a.g.e**, Akdiyye, 31; Ahmed b.Hanbel, **a.g.e**, 327, Bu Hadisle ilgili olarak Bkz. Kahera, Akel.I, and Benmira, Omar; Damages in Islamic Law, **İslamic Law and Society**, 5:2, (1998), pp.139-144.

⁴⁵² Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, III, 141; XXVIII; 223; Haytemi, Şihabuddin Ebul Abbas Ahmed b. Muhammed b. Ali .b. Hacer, **Fethu'l-Mubîn li Şerhi'l-Erbaîn**, , Dâru İhyai'l-Kütüb, 1357, s.239, el-Munâvî, Muhammed Abdurrauf, **Feyzu'l-Kadîr li Câmi's-Sağîr**, 1356, Mısır, 431.

⁴⁵³ el-Hafîf, **a.g.e**, 46; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 219.

⁴⁵⁴ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 68; **Borçlar Hukuku**, 109.

Hukukçular, mal varlığı ifadesinden “**kişinin üzerinde hak sahibi olabileceği varlıkları**” anlamışlardır. Bu varlıklar ise, üzerinde aynı veya nisbi hak doğabilen bir eşya olabileceği gibi, insan hayat ve şahsiyeti ile ilgili haklar da olabilir. Bu nedenle daha sonra detaylandıracağımız gibi, yöneldiği konu dikkate alınarak zarar kavramı maddî ve manevî olmak üzere iki farklı başlık altında ele alınarak tasnife tabi tutulmuştur.⁴⁵⁵ Diğer taraftan maddî zarar, kişinin hukuki olarak sahip veya mükellef olabileceği para ile ölçülebilen mal, hak ve borçlarında (mal) bir noksanlaşmanın meydana gelmesi ile olur. Zararın meydana gelmesinden önceki hal ile sonraki arasındaki fark noksanlaşmayı ortaya çıkarır. Maldaki bu noksanlaşma ya fiili zarar olarak yahut kar mahrumiyeti şeklinde meydana gelir. Fiili zararda, zarar verici hadise neticesinde malin aktifinde azalma, pasifinde artma söz konusu olur. Yani kıymetin noksanlaşması şeklindeki bir zarar oluşur. Kar mahrumiyetinde ise, malın zarar verici hadiseden önceki durumu ile sonraki durumu arasında fark olmamakla beraber, zarar verici hadise meydana gelmeseydi malda artış vuku bulacaktı, şeklindeki ileride olabilecek farazi bir hesaba dayanır.⁴⁵⁶ Bu itibarla zarar kavramı; başka bir bakış açısından hareketle mala yönelik zararlar, kişinin hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlar ve kişinin şeref ve itibarına yönelik zararlar olmak üzere üçlü bir tasnife tabi tutulmuştur.

Mala yönelik zararlar; tecavüz sonucu malın zorla ele geçirilmesi, kısmen veya tamamen zarar görmesi ya da değerini kaybetmesi; kişinin hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlar, haksız tecavüz sonucu kişinin hayatını tamamen kaybetmesi veya organlarının zarar görerek çalışamaz hale gelmesi; kişinin şeref, ve itibarına yönelik zararlar ise insan şeref ve onurunu, manevî kişiliğini zedeleme biçiminde tezahür etmektedir. Yukarıda belirtilen zararların hepsini İslam hukukunda kısaca beş zorunlu maslahat (**zarûriyyât-ı hamse**) denilen maslahatların ihlali kapsamında mütalaa etmek mümkün olmakla birlikte bunları maddî zarar ve

⁴⁵⁵ Feyzioğlu, **a.g.e**, 472; Tunçomağ, **a.g.e**, 268-269.

⁴⁵⁶ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 64-65; **Borçlar Hukuku**, 107-108; Tunçomağ, **a.g.e**, 268-269; Feyzioğlu, **a.g.e**, 472.

manevî zarar olmak üzere genel bir ayırıma tabi tutmanın uygun olacağını düşünüyoruz.⁴⁵⁷

2. Zarar Çeşitleri

Tazmin sorumluluğunun doğması için kişinin mali veya cismani bir zarara uğraması veya halen mevcut olmasa bile olabilecek (muhtemel) bir zarar riskinin bulunması gerekir. Çünkü, hukukta zarar kavramı, hem kişinin vücut bütünlüğünde ve mal varlığında meydana gelen zararları hem de ileride vuku bulabilecek zararları kapsamaktadır. Pozitif hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da zararlar, yukarıda ifade edildiği gibi maddî ve manevî zarar olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutulmuştur. Bu ayırımı esas alarak zararları, maddî ve manevî zarar olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutarak farklı başlıklar altında ele almayı uygun görüyoruz.

a. Maddî Zarar

Kişinin hayatını ve vücut bütünlüğünü ihlal eden; mal varlığının azalmasına veya tamamen yok olmasına ya da mali haklarının eksilmesine yol açan zararlar, maddî zarar kapsamında değerlendirilmiştir.⁴⁵⁸ İslam hukukçuları, zararın kişinin mal varlığında veya cismani varlığında meydana geldiğini (zararın konusunu) esas alarak maddî zararları da, ayrıca **mâlî zararlar** ve **kişinin hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlar** olmak üzere ayrıca bir tasnife tabi tutmuşlardır.

aa. Mâlî Zarar

Mâlî zararı, kişinin mal varlığında meydana gelen zarar biçiminde adlandırmak da mümkündür. Mâlî zararda, kişinin malında meydana gelen kusur ve defo sebebiyle malın değeri azalmakta veya mal gasp ve itlâf edildiği için mal sahibinin mal üzerindeki yararlanma ve kullanma hakkı ortadan kalkmaktadır. Mali

⁴⁵⁷ Sırâc, **a.g.e.**, 118.

⁴⁵⁸ Âmir, Hüseyin, **a.g.e.**, 306.

zarar kavramının tam olarak anlaşılabilmesi için mal kavramının anlaşılmasının zorunlu olduğunu düşünüyoruz.

İslam hukukçuları, mal kavramını “**insan tabiatının meylettği, ihtiyaç için biriktirilebilen her türlü menkul ve gayrı menkul eşya**”⁴⁵⁹ biçiminde tanımlamışlardır. Buna göre, ekonomik bir değeri bulunan, insanlar tarafından mal edinilebilen ve mübadele aracı olarak kullanılabilen eşya değer ve menfaatler mal olarak kabul edilmektedir

İslam hukuku bakımından bir malın **mütekavvim** olma niteliğini kazanabilmesi için bu malın hukuken mal kabul edilme, kendisinden yararlanılabilme (kullanılması meşrû –mübah olma) ve ıvazlı akitlerde satılan veya alınan eşyaya (**el-ma’kûd aleyh**) karşılık (bedel) olarak verilebilme, özelliklerini taşıması gerekir.⁴⁶⁰ Başka bir ifade ile bu niteliklere sahip olmayan eşyalar, mütekavvim mal olarak kabul edilmemiştir. Örneğin, bir kısım insanların, kendisine sahip olmak için karşılığında mali bir bedel ödedikleri dikkate alındığında domuzu veya alkollü içki ve uyuşturucu maddeleri, mal olarak kabul etmek mümkün olmakla birlikte şari (Allah) kendisinden faydalanmayı haram kıldığından dolayı bir Müslüman açısından bunları mütekavvim mal olarak görmek mümkün değildir.⁴⁶¹

Malın bir diğer niteliği de, ihtiyaç için saklanabilme özelliğine sahip olmasıdır.⁴⁶² Hanefî hukukçular, menfaatleri mülk olarak kabul ettikleri için bunların akit konusu olabileceğini, ancak saklanabilme özellikleri (somut varlıkları) bulunmadığı için mal olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Çağdaş İslam hukukçusu Mustafa Ahmet Zerka ise, biriktirilemeyen bir çok sebze ve meyvenin günümüzde insanlar için önemli bir geçim kaynağı olduğunu, bu nedenle mal kabul

⁴⁵⁹ **Mecelle**, Md. 126; İbn Abidin, **a.g.e**, IV, 3; Kâsânî, **a.g.e**, V, 149; Dusûkî, **a.g.e**, III, 10; Zuhaylî, Vehbe, **el-fikhu’l-İslâmî ve Edilletuh**, IV, 40, 345, 357, Kadri Paşa, Muhammed (ö.1306/1888), **Murşidu’l- Hayrân fî Ma’rifeti Ahvâli’l-İnsân**, Matbaatu’l-Kübra’l-Emiriyye, Bulak, ty. Md.1; Malın diğer tanımları için bkz. Ebû Zehra, **el-Mülkiye ve Nazariyatu el-Akd, Fî Şerîati’l-İslâmî**, Dâru’l-Fikr, Kahire, 1996, 51; ez-Zerka, **el-Medhal**, III, s.114.bkz, Mûsâ, Muhammed Yûsuf, **el-Emvâl ve Nazariyyatu’l-Akd fî’l-Fikhi’l-İslâmî**, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, by, 1987, 161-165. **Mecelle**, Md.126.

⁴⁶⁰ Zeylaî, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 37; Kâsânî, **a.g.e**, V, 141.

⁴⁶¹ İbn Nuceym, **El-Bahru’r-Râik**, V, s.277; bkz. Muslehuddin, **a.g.e**, 1982, 66-67.

⁴⁶² **Mecelle**, Md.126.

edilmesi gerektiğini, hatta tedavi maksadıyla kullanılan ve insanın tabîi olarak meyletmediği bitki ve diğer doğal maddelerin de mal kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunarak klasik mal tanımlarının isabetli olmadığını vurguladığı görülmektedir.⁴⁶³ Menfaatleri mülk kavramının kapsamında mütalaa eden Mecelle **mülkü**; menfaatleri de kapsayacak şekilde “**gerek ayan ve gerek menfaatler olsun insanın malik olduğu şey**”⁴⁶⁴ biçiminde tanımlamıştır Buna göre ister maddî (aynî) veya mâlî bir hak isterse menfaat olsun, yararlanılabilen, satılabilen, rehin verilebilen, üzerinde sulh yapılabilen eşyalar ve irtifak hakları ve menfaatler mal kapsamında değerlendirildiği gibi kişinin uğradığı cismani zararlara karşılık kişiye ödenmesi öngörülen diyet ve erş gibi tazminatlar da mal kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁶⁵ Hanefî hukukçuların, altın, gümüş paralar; buğday, arpa, giyecek eşyası ve diğer temlik ve temellüke elverişli olan ve insanın faydalanması için yaratılan her somut varlığı mal olarak kabul ettikleri görülmektedir.⁴⁶⁶ Klasik kaynaklardaki bilgilerden hareketle hanefî hukukçuların, akde konu olmayan menfaatleri mal kapsamında değerlendirmedikleri, buna karşılık Şafîî hukukçuların ise, malı daha genel anlamda tanımlayarak menfaatleri de mal kapsamında değerlendirdiklerini ifade etmek mümkündür.⁴⁶⁷ Kısaca belirtmek gerekirse mal kavramını, ister şahsi ister ayni hak olsun mâlî değeri olan ve parayla değer biçilebilen haklar şeklinde tanımlamak mümkündür.⁴⁶⁸

Malın genel olarak yapılan tanımlarından sonra mala yönelik zararların neler olduğunu açıklamaya çalışacağız. İslam hukukçuları mala yönelik zararları, taşınır, taşınmaz, menfaatler ve diğer mâlî zararlar şeklinde tasnife tabi tuttuklarından biz de konumuzu bu tasnife uygun tarzda tahlil etmeye çalışacağız.

⁴⁶³ ez-Zerkâ', **el-Madhal**, III, 114.

⁴⁶⁴ **Mecelle**, Md. 126; Muslehuddin, **a.g.e**, 68.

⁴⁶⁵ Ali Haydar, **a.g.e**, I, 100, (126.Md şerhi)

⁴⁶⁶ Mollâ Husrev, **a.g.e**, I, 180; Babertî, **a.g.e**, II, 208.; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, V, 277; İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, VII, 120; İbn Âbidîn, **a.g.e**, IV, 502.

⁴⁶⁷ es-Suyûtî, **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, s.327; Şâfiî, **a.g.e**, V, 171; ez-Zerkeşî, **a.g.e**, III, 196.

⁴⁶⁸ Senhûrî, **el-Vasit**, I, 103 vd. İngiliz hukukunda taşınan ve taşınmayan, tecavüz edildiğinde suç teşkil eden diğer eşyalar da mal varlığı içinde yer almıştır; Sırâc, **a.g.e**, 121.

aaa. Taşınır Mallara Verilen Zararlar

İslam hukukçuları, ticaret malları, hayvanlar, ölçülebilen, tartılabilen, altın ve gümüş⁴⁶⁹ gibi taşınması ve yerinin değiştirilmesi mümkün olan her türlü malı, taşınabilir (**menkul**) mal kapsamında mütalaa etmişlerdir.

Taşınır mallara verilen zararların tazmin edileceği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır. Menkul mala yönelik zararlar gasp ve itlâf, malın kusurlu hale getirilmesi, değerinin noksanlaştırılması, özelliklerinin veya menfaatlerinin değişikliğe uğratılması biçiminde olabilmektedir. Menkul mallarda tazminin söz konusu olabilmesi için zarar gören eşyanın hukuken mal kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle faydalanılması dinen haram olan⁴⁷⁰ ve hukuken mal olarak görülmeyen ölü hayvan (leş-meyte), kan, domuz ve alkollü içki vb. şeylerin tazmin edilmeyeceği kabul edilmiştir.⁴⁷¹ Ayrıca, dere, çay ve ırmak gibi yeraltı ve yer üstü doğal su kaynakları, kamuya ait yerlerde açılan artezyen kuyuları; ateş ve kendiliğinden biten (**hudây-ı nâbit**) otlar gibi herkesin ortak kullandığı kamuya ait olan ve özel mülk edinilemeyen malların kişiler tarafından kullanılmasından dolayı bir bedel ödenmesi gerekli görülmemiştir. Ancak kişinin bu doğal kaynaklardan aldığı suyu sarnıçta depolaması, depodaki suyun da başkası tarafından gasp edilmesi durumunda ise failin zararı tazmin ile yükümlü olacağı ifade edilmiştir. Çünkü bu durumda depolanan su artık kişinin kendi mülkü olarak kabul edilmektedir.⁴⁷² Ancak asırlar önce yazılan fıkıh kitaplarında yer alan bu hükümlerin yeniden değerlendirilmesinin uygun olacağını düşünüyoruz. Çünkü kamu mülkiyetine ait olan bu kaynaklardan faydalanmasına karşılık kişinin, kamu adına devlete bir bedel ödemesinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından daha uygun olacağını düşünüyoruz.

⁴⁶⁹ Kadri Paşa, **Murşidu'l-Hayrân**, Bulak, 1308, Md.3 ; **Mecelle**, Md.128; el-Hırşî, **a.g.e**, VI, 168; Şehate, Şefik, **Şerhu'l-Kânûnî'l-Medenî'l- Cedîd fî'l-Emvâl**, Kahire, 1951, Md.183-184, 197-199.

⁴⁷⁰ Kâsânî, **a.g.e**, V, 141.

⁴⁷¹ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 141; V, 145.

⁴⁷² Bağdâdî, **a.g.e**, 128; Baz, Selim Rustem, **Şerhu Mecelle**, II, Md. 1267-1268, 684; Ali Haydar, **a.g.e**, Md.1267-1268; Bu konular **Mecelle**'nin 1234-1247. maddelerinde düzenlenmiştir.

Kısaca belirtmek gerekirse aralarında bir takım görüş farklılıkları bulunmakla birlikte genel olarak İslam hukukçularının, prensipte, yasal istisnalar dışında hukuken teminat altında bulunan özel mülkiyet konusu menkul malların haksız fiil sonucunda zarar görmesi durumunda zararın tazmin edileceğini kabul ettiklerini belirtmek gerekir⁴⁷³

aab. Taşınmaz Mallara Yönelik Zararlar

Taşınmaz (**gayr-ı menkûl**) kavramı Mecelle’de, **“bina ve arazi gibi başka bir yere nakledilmesi mümkün olmayan mallar”** olarak tanımlanmıştır.⁴⁷⁴ Taşınmaz mallara (akar- gayr-ı menkûl) yönelik zararların tazmin edilmesinin temel bir ilke olduğu konusunda İslam hukukçuları arasında genel olarak ittifak bulunmakla birlikte ayrıntıda bazı görüş farklılıklarının bulunduğu da dikkati çekmektedir. Gayri menkullere yönelik haksız fiillerden doğan zararlar, gasp veya itlâf fiilleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. İtlâfı; **“başkasına ait bir malı tamamen veya kısmen yok etmek”**; gasbı ise en genel anlamıyla **“başkasının malına haksız olarak el koymak”** şeklinde tanımlamak mümkündür.⁴⁷⁵

Gayri menkullere yönelik gasp ve itlâftan doğan zararların tazminine dair hukuki hükümlerin kaynağını, Peygamberimiz (s.a.v)’in **“kim bir karış yere tecavüz ederse yedi kat toprağı sırtına yüklenerek taşıması emredilir”**⁴⁷⁶, **“kim haksız yere bir yer elde ederse Allah kendisine öfkeli olduğu halde ona kavuşur.”**⁴⁷⁷, **“aldığı şeyi elinde bulunduran onu iade edinceye kadar sorumludur.”**⁴⁷⁸, **“kim hakkı olmaksızın başkasına ait yerden bir parça alırsa kıyamet gününde onunla yedi kat yere batırılır.”**⁴⁷⁹ **“hakkı olmayarak bir**

⁴⁷³ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 168; İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 411; **Mecelle**, Md.125; Kadri Paşa, **a.g.e**, Md. 11.

⁴⁷⁴ **Mecelle**, Md.129.

⁴⁷⁵ **Mecelle**, Md.887-888; Aydın, **İslam ve Osmanlı hukuku Araştırmaları**, 238.

⁴⁷⁶ Buhârî, **Mezâlim**, 13, Bidu’l halk, 2; Muslim, **Musakât**, 139, 146, Tirmizî, **Diyât**, 21.

⁴⁷⁷ Ahmed b.Hanbel, **a.g.e**, II/432.

⁴⁷⁸ Ebû Dâvud, **Buyu’**, 78; Tirmizî, **Buyu’**, 39; İbn Mâce, **Sadakât**, 5.

⁴⁷⁹ Buhârî, **Mezâlim**, 13; Bidu’l Halk, 2; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, II/99.

kimseye verilen mal kıyamet gününde onun cüzzamlı olarak Allah’a kavuşmasına vesile olacaktır⁴⁸⁰ anlamındaki hadisleri oluşturmaktadır.

İtlâf kavramı, gasp hırsızlık dışında mala yönelik bütün haksız fiil türlerini içine alan bir anlam genişliğine sahiptir. Bu nedenle kişinin doğrudan veya dolaylı bir fiili ile başkasına ait bir malı yok etmesi itlâf kabul edildiği gibi, sahip olduğu hayvanın ve eşyanın başkasına zarar vermesi de itlâf kapsamında değerlendirilmiştir. İtlâf, kişinin doğrudan bir fiili sonucunda meydana gelebildiği gibi, fiilin dolaylı bir sonucunda da ortaya çıkabilir. Kişinin, başkasına ait olan bir evi yıkması veya yakması ya da kiracının kiracı olarak oturduğu evi tahrip etmesi doğrudan itlâfa örnek verilebilir. Başkasının malını doğrudan itlâf eden kişiye **fâil-i mübâşir** denilmektedir. Bir kandilin ipini keserek kandilin düşüp kırılmasına sebep olmak veya içinde sıvı yağ bulunan bir tenekeyi bıçakla yararak yağın yok olmasına sebep olmak ise dolaylı itlâfa örnek verilebilir. Bu iki örnekte de, kişi ipi ve tenekeyi doğrudan; kandili ve yağı ise dolaylı olarak itlâf etmiş kabul edilmektedir. Bu nedenle dolaylı itlâfa tessebbüben itlâf, failine ise **mütesebbib** denilmektedir.

Gasptan doğan tazmin ile ilgili hükümler esas itibarıyla itlâfta da aynıdır. Bir evin veya dükkanın yıkılması veya kişinin bahçesindeki ağaçların kesilmesi, tarlasındaki ekinin yakılması veya yok edilmesi vs. gayr-i menkullere yönelik zararlara örnek verilebilir. Ayrıca gayr-i menkul malın yok olmasının yanında mahrum kalınan bir takım menfaatleri de bu bağlamda değerlendirmek mümkündür. Örneğin evi yıkılan kişi faile bunu tazmin ettirebilse dahi yeni bir ev yapıncaya veya alıncaya kadar kirada oturacağından dolayı yine ekonomik zarara uğramaktadır. Mahrum kalınan kira gelirlerinin tazmin edilip edilmeyeceği konusuna tezimizin üçüncü bölümünde detaylı olarak temas etmeye çalışacağız.

Mala yönelik zararlar, bazen gasp fiili sonucunda da meydana gelebilir. Gasp kavramı fakihler tarafından farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Örneğin İmam Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’ gasbı; “**mala yönelik bir fiil ile, mâlikin mütekavvim**

⁴⁸⁰ Şevkani, Muhammed b.Ali b.Muhammed, **Neylu'l- Evtâr Şerhu Muntakâl-Ahbâr**, Mısır, 1255, V, 336-337.

malından zilyetliğini açıkça ve zorla gidermek⁴⁸¹ ; imam Şafîî ve Ahmet b. Hanbel ise daha genel bir ifade ile **“başkasının malına haksız olarak el koymak”** veya **“başkasının malında onun izni olmaksızın haksız bir zilyetlik tesis etmek”**⁴⁸² biçiminde tanımlamışlardır.

Hanefî mezhebinde hakim görüş olarak kabul edilen Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsufun içtihadına göre gasp fiilinin gerçekleşmesi için malda mâlikîn zilyetliğini gidermek ve aynı zamanda gasıbın zilyetliğini tesis etmek şartı aranırken; Şafîî ve Ahmet b. Hanbel’e göre zilyetliğin gerçekleşmesi için mâlikîn malı üzerindeki zilyetliğinin giderilmesi şart olarak görülmektedir.⁴⁸³ Bu görüş farklılığı şu önemli sonuçları ortaya koymaktadır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’un gasp tanımına göre sadece maddî-menkûl mallar gaspa konu olabilmekte, gayri menkul mallar ve malda meydana gelebilecek fazlalık (zevâid) ve menfaatler esasen gasp kapsamının dışında kalmaktadır.⁴⁸⁴ İmam Malik, Şafîî ve Ahmet b. Hanbel ile Hanefîlerden İmamı Muhammet Şeybani’nin ise gaspta mâlikîn zilyetliğinin kaldırılmasını şart olarak görmedikleri ve gasp fiilinin, başkasının gayr-i menkulüne el koymakla da gerçekleşeceğini kabul ettikleri için, maldaki artışların (zevaid) ve menfaatlerin de gasp kapsamında değerlendirdikleri görülmektedir. Bu ayırım gaspa konu olan malların tazmin edilip edilmeyeceğinde büyük önem arz etmektedir. Buna göre Hanefîler ziyadelerde gaspın gerçekleşmediğini kabul ettikleri için gasp edilen gayri menkulden doğacak zevait ve menfaatlerin tazmin edilmeyeceğini; buna karşılık Mâlikî, Şafîî Hanbelî ve İmam Muhammed aynen menkul malların gasbında söz konusu olduğu gibi, gayri menkullerin gaspından doğan zevait ve menfaatlerin de (zararın) tazmin edilmesi gerektiğini benimsemişlerdir.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 143; Serahsî, **a.g.e**, XI, 49; el-Mavsilî, **a.g.e**, III, 58.

⁴⁸² İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 238; el-Hafîf, **a.g.e**, I, 110.

⁴⁸³ Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, 238-242.

⁴⁸⁴ Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, 238-242.

⁴⁸⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 180; Maradavî, **a.g.e**, VI, 123; İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik**, VIII, 126; İbn Ruşd, **a.g.e**, II, 311; Dusûkî, **a.g.e**, III, 334; er-Rehîbânî, **a.g.e**, IV, 4; el-Cemel, **a.g.e**, V, 42-422; Buhûtî, **a.g.e**, IV, 63, 77; San’anî, **a.g.e**, II, 101; el-Bâcî, **a.g.e**, V, 273; Fıkıh kitaplarındaki bilgilerden, muahhar dönem Hanefî fakihlerinden Bağdâdî ve İbn Nuceym’in de İmam Muhammed’in görüşlerini paylaştıkları anlaşılmaktadır. Bkz. Zeylaî, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 317; İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 340; **el-Bahru’r-Râik**, VIII, 126; Zuhaylî, **el-Fıkhu’l-İslâmî ve Edilletuh**, IV, 46.

Hanefî hukukçularının taşınmaz mallarda gasp fiili oluşmadığından zararın tazmin edilmeyeceği şeklindeki düşünceleri İslam hukukunun temel ilkelerinden birisini oluşturan mülkiyet hakkının korunması ve adalet anlayışı ve mâlikîn hakkını koruma maksadıyla örtüşmemektedir.⁴⁸⁶

aac. Menfaatlere Yönelik Zararlar

Menfaat oturulan ev, binilen hayvan gibi araz kabilinden olan şeyler⁴⁸⁷ ile insan emeğini kapsar. Buna göre menfaatler mal ve insanların bütün menfaatlerini içine almaktadır. Hukukçular menfaatlerin hangi şeyleri kapsadığı konusunda farklı görüşler benimsemişlerdir. Hukukçuların bu konudaki görüşleri mezhep farklılıklarına göre şöyle özetlenebilir.

a)Hanefî hukukçular: Hanefî hukukçular, tabiatları itibarı ile sürekli yenilenen, kalıcı olmayan birer araz olarak kabul ettikleri, daha açık bir ifade ile menfaatleri mal olarak değerlendirmediklerinden dolayı menfaatlerin gasp veya itlâfa konu olamayacağını, yok edilen veya zarar gören menfaatlerin de mal ile karşılanmayacağını ifade etmişlerdir. Bu durumu Hanefî hukukçu Serahsi, haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararın misli ile tazmin edilmesi gerektiğini, halbuki somut olarak görülebilen maddî bir mal (ayn) ile geçici birer durum(araz) olan ve somut varlığı bulunmayan menfaat arasında bir benzerlik bulunmaması ile gerekçelendirmiştir.⁴⁸⁸

Hanefîlerin, menfaatleri mal kabul etmemede ileri sürdükleri gerekçelerden birisi de onlara göre bir şeyin mal olabilmesi için, mal edinilme (temevvül) ve ihtiyaç için saklanabilme (iddihar) niteliklerinin bulunmasını zorunlu görmeleridir.⁴⁸⁹ Bu nedenle Hanefî hukukçular menfaatleri, temevvül ve iddihar özellikleri bulunmayan içki, domuz ve şarap gibi gayrı mutekavvim mal kapsamında değerlendirmişler, bu itibarla da, mal olma nitelikleri bulunmadığı gerekçesi ile, zarara uğrayan menfaatin tazmin edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.

⁴⁸⁶ Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e**, 251.

⁴⁸⁷ Baz, **a.g.e**, I, 318.

⁴⁸⁸ Serahsî, **Usûl-u Serahsî**, I, 56; Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 79..

⁴⁸⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 79.

Ancak muahhar dönem Hanefî hukukçuları, örneğin İbn Abidin, menfaatlerin tazmini konusunda ayırım yaparak gasp edilen malın; yetim veya küçük çocuğa ait olması ya da iskan ve gelir maksadıyla vakfedilmiş veya gelirinin vakfa tahsis edilmiş olması durumunda failin, vakfın menfaatlerine (kira gelirleri ve diğer zararlar) verdiği zararı tazmin ile yükümlü tutulacağını savunmuşlardır.⁴⁹⁰ Mecelle'nin de, başkasına ait bir evde kira akdi yapmaksızın bir müddet oturan kimsenin o evden yararlanması karşılığında sahibine ücret ödemesinin lazım gelmeyeceğini belirten 596. maddesinin birinci fıkrası ile Hanefî hukukçularının klasik görüşünü; ancak **“ancak o evin, küçük çocuğa ve vakfa ait olması halinde akid yapılmış olsun veya olmasın ecr-i misil ödenmesi gerektiğini”** hükme bağlayan aynı maddenin ikinci fıkrası ile de muahhar dönem hukukçuların görüşlerini⁴⁹¹ benimseyerek maddeleştirdiği görülmektedir.⁴⁹²

b) Mâlikî Hukukçular: Mâlikî hukukçular, menfaatlerin gasp ve itlâf edilmelerini farklı değerlendirmişlerdir. Onlara göre gasp başkasına ait maddî bir malı (ayn) zorla elde etmek; itlâf ise, başkasına ait bir malı yok etmek veya atıl bırakarak menfaatini yok eden tasarrufta bulunmaktır.⁴⁹³

Mâlikî hukukçu Şâtibiye göre maddî olan mallar (a'yan), gerçek anlamda Allah'tan başka kimsenin mülkü olamaz. İnsanlar ise sadece onlardan faydalanarak menfaat elde ederler. Bu düşünceden hareket eden Şatibi; mülkün kendisine (rakabe) sahip olmanın onun menfaatlerine de sahip olmayı gerektirip-gerektirmeyeceğini tartışma konusu yapmış, maddî malların (ayan) çıplak halde hiç bir menfaatinin olmadığını ifade etmiştir. Çıplak mülkiyetin menfaat olamayacağı ilkesinden hareket eden Şatibi, kişi açısından maddî malların öncelikli amacının menfaat olduğunu, intifa edilmeyen malların (salt mülkiyet-rakabe) menfaatinin de olamayacağını, dolayısıyla zarara uğramalarının da söz konusu olamayacağını savunur.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 206.

⁴⁹¹ **Mecelle**, Md. 598 (A.H.Berki şerhi).

⁴⁹² **Mecelle**, Md. 596. Ayrıca bkz. **Mecelle**, Md. 597.(A.H.Berki şerhi); Baz, **a.g.e.**, II, 321.

⁴⁹³ el-Hırşî, **a.g.e.**, VI, 148.

⁴⁹⁴ Şâtibî, **Muvafakât**, III, 160-161, 166-167.

Mâlikî hukukçular menfaatleri, dinen kullanılmasına izin verilen mal (mutakavvim)⁴⁹⁵ hükmünde saymışlardır. Bu nedenle gâsıb maddî bir malı (ayn) zorla alması (gasp) veya onu kullanarak menfaatlerinden yararlanması ya da âtıl bırakarak sahibinin kullanma imkanını ortadan kaldırması durumunda mutlak anlamda sahibine zarar vermiş olur.⁴⁹⁶ Buna göre istihdam ettiği kişinin ücretini ödemediği takdirde istihdam eden kişinin işçisine zarar verdiğini kabul etmek gerekir.⁴⁹⁷

c) Şafî Mezhebi: Şafî hukukçuların, menfaatleri mal olarak kabul ettikleri ve yok edilen menfaatin zarar kabul edilip edilmeyeceği konusunda da faydalanılan malın helal ve (mutakavvim) olması kriterini esas aldıkları; dinen haram ve değersiz (gayr-ı mütekavvim) sayılan menfaatlerin yok olmasının zarar olarak kabul etmedikleri, buna karşılık mutakavvim ve mübah olan malların menfaatlerinin yok edilmesini ise zarar olarak gördükleri anlaşılmaktadır.⁴⁹⁸ Buna göre gasp ettiği evde ikamet eden ya da kiraladığı evin kira bedelini sahibine ödemeyen kişi, o evden yararlandığı sürece o evin mâlikîne zarar vermiştir.⁴⁹⁹

Buna karşılık dinen mütekavvim mal kabul edilmediğinden dolayı Müslüman açısından domuzun veya şarabın ve diğer mübah olmayan şeylerin yok edilmesi zarar olarak kabul edilmemiştir.⁵⁰⁰

Şafî hukukçular altın ve gümüş gibi satın alma gücü bulunan ve alım-satımda bedel olma niteliği bulunan paraların gasp ve itlâf edilmelerini de menfaate yönelik zarar olarak kabul etmişlerdir. Bu nedenle bir kısım şafî hukukçular, gasp edilen bahçedeki ağaçların verdiği meyvenin, bahçenin sahibine ait olacağını kıyas yoluyla, başkasından gasb ettiği para ile ticaret malı satın alan kişinin sağladığı kazancın da

⁴⁹⁵ Aydın, M.Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 261.

⁴⁹⁶ el-Adevî, Ali b. Ahmed b. Mukrim, **Haşiyetu Hırşî**, ty, by, III, 452.

⁴⁹⁷ el-Adevî, **a.g.e.**, III, s. 454.

⁴⁹⁸ Zencânî, Şihâbuddîn Mahmud b. Ahmed(ö.656), **Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1982, 225.

⁴⁹⁹ İbn Abdisselâm, Ebû Muhammed Izzuddîn Abdulaziz (ö.660), **Kavâidu'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-Enâm**, Müessesetu'r-Reyyân, Beyrut, 1990, I, 132-133; Cemal, **a.g.e.**, III, 482.

⁵⁰⁰ Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ebul Abbas Ahmed b. Hamza b Şihabuddin, **Niahâyetu'l-Muhtâc li Şerhi'l-Minhâc**, Mısır, 1938, V, 168.

kendisine değil paranın sahibine ait olacağını ifade etmişlerdir.⁵⁰¹ Menfaatlerin tazmin konusu olup olmayacağı hususunda hanbelî hukukçuların da şafiîler ile aynı kanaatleri taşıdıkları görülmektedir.⁵⁰² Çünkü hanbelî hukukçular, menfaatleri itlâf eden kişinin, maddî bir malı itlâf etmiş gibi kabul edileceğini ve kendilerine tazmin sorumluluğu doğacağını belirtmişlerdir.⁵⁰³

Sonuç olarak menfaatlerin zarara konu olamayacağını savunan hanefî hukukçulara karşılık cumhuru fukaha, menfaatlerin zarara uğratılmasının tazmin konusu olacağını savunmuşlardır.

aad. Malda Meydana Gelebilecek Artışlarının Zarara Uğraması

İslam hukukçuları gâsıbın fiili müdahalesi olmaksızın gasb olunan (mağsub) mallarda meydana gelen gelir ve artışların veya karların zarar görmeleri halinde tazmin edilip edilmeyeceği konusunu da tartışmışlardır. Hanefî hukukçuların, unsurlarındaki eksiklik sebebi ile (artışlar gasb sırasında mâlikin zimmetinde mevcut olmadığından⁵⁰⁴) daha sonra malda meydana gelen artışlarda gaspın tahakkuk etmediğini ilke olarak benimsediklerine yukarıda atıf yapmıştık. Ancak bu durum Hanefî hukukçulara göre de gasıbın gasp ettiği malda daha sonra meydana gelen artışların tazmin ile yükümlü olmadığı anlamına gelmemektedir. Mecellenin gasp edilen malda daha sonra meydana gelen artışların iade ve tazmin biçimini düzenleyen 903. maddesi gasıbın bunları da tazmin ile yükümlü olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü Hanefîlere göre gasp edildikten sonra malda meydana gelen artışlar (**zevâid**) da gasp gerçekleşmediğinden, başka bir ifade ile gayri menkullerde olduğu gibi bu artışlarda da damân zilyedliği (**yed-i damân**) gerçekleşmediğinden, emanet zilyedliği

⁵⁰¹ Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali b. Yûsuf Firûzâbâdî, **el-Mühezzebe fî Fıkhı'l-İmâmî's- Şâfiî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995, II, 201.

⁵⁰² Buhûtî, **a.g.e**, III, 111.

⁵⁰³ Buhûtî, **a.g.e**, III, 111; Hanbelîlerin menfaatlerin tazmini ile ilgili görüşleri hakkında geniş bilgi için bkz. Buhûtî, **a.g.e**, III, 112.

⁵⁰⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 54; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 160; Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 334; İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, VII, 377; İbn Cuzey, **a.g.e**, 283; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 400; Zuhaylî, **Nazariyatü Damân**, 123; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 400.

(yed-i emân) söz konusu olmakta kısaca bu artışlar gasbın elinde emanet hükmünde kabul edilmektedir.⁵⁰⁵

Diğer mezheplerin de zevaidin tazminini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. mâlikî, şâfi ve hanbelî hukukçular gasbı; başkasının mülküne onun izni olmaksızın el koymak şeklinde tanımladıklarından, gâsıbın elinde bulunan hayvanın ağırlık olarak büyümesi veya gebe hayvanların üreyerek çoğalması, süt ve yün vermesi, arının bal üretmesi ya da arsa üzerindeki ağaçların büyümesi ve meyve vermesi biçiminde meydana gelen artışların malın gasp edildiği sahibine ait olup bunların da tazmin edilmesi gerekir.⁵⁰⁶ Mecelle de aynı görüşü benimsemiş ve gasb edilen mallarda meydana gelen artışların sahibine ait olduğu ve gâsıbın bunlara zarar vermesi durumunda gasp ettiği malın yanında bu artışları da tazmin edeceğini hükme bağlamıştır.⁵⁰⁷

ab. Kişinin Hayatına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Zararlar

Haksız fiil sonucunda kişinin hayatını kaybetmesi veya cismânî ve ruhsal (maddî ve manevî) bir zarara uğraması, hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik ihlaller olarak değerlendirilmektedir.⁵⁰⁸ Bu tür zararlar kişinin ölmesi, bir uzvunun yaralanması, kırılması, kopması biçiminde olabileceği gibi, psikolojik depresyon ve hastalıklara maruz kalması, hamile kadının çocuk düşürmesi, organlarının anatomik yapısı bozulmamakla birlikte fonksiyonunu kaybetmesi (örneğin görme, işitme, tatma, dokunma) şeklinde de olabilir.⁵⁰⁹ Hatta hayata ve vücut bütünlüğünü ihlal eden haksız tecavüzlerde sadece maddî ve cismani değil maruz kalınabilecek ekonomik ve manevî zararlar da söz konusudur.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, IX, 348; Bilmen, Ömer Nasuhî, **Hukuki İslâmiyye ve Istilahâtı Fıkhiyye Kâmusu**, Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty, VII, 343-344; Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, 283. Ayrıca bkz. **Mecelle**, Md.777, 903.

⁵⁰⁶ Şirbînî, **a.g.e**, II, 291; Buhûtî **a.g.e**, IV, 66, 377; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 240; Şirâzî, **a.g.e**, III, 196; İbn Rüşd, **a.g.e**, IV, 2007; Hatîp, **a.g.e**, III, 173; İbn Cuzey, **a.g.e**, 283; er-Rehîbânî, **a.g.e**, IV, 29.

⁵⁰⁷ **Mecelle**, Md. 94 şerhi.

⁵⁰⁸ Eren, **a.g.e**, II, 322; Deschenaux-Tercier, **a.g.e**, 188.

⁵⁰⁹ Eren, **a.g.e**, II, 322; İnan, **a.g.e**, 335-336.

⁵¹⁰ Eren, **a.g.e**, II, 323.

b. Manevî Zarar

Kişinin toplum nezdindeki konumunu, şeref ve onurunu zedeleyen her türlü olumsuz davranış manevî zarar kapsamında ele alınmaktadır. Bu tür zararlar kişiye iftira etme, tehdit etme, çirkin söz söyleme, çekiştirme, dövme, hırsızlık veya başka bir suç isnat ve ithamında bulunarak toplum nezdinde güvenirliliğini ve itibarını sarsma, inancına hakaret etme gibi her türlü sözlü ve fiili davranış biçiminde tezahür edebilmektedir.⁵¹¹ İslam hukuku bakımından bu tür suçlara ağır maddî ve manevî (dünyevî ve uhrevî) müeyyidelerin öngörülmüş olması, suçun ağırlığını ortaya koymaktadır.⁵¹² Bu tür fiillerin cezalandırılması ile kişi ve toplumun güvenliğini teminat altına alınması amaçlanmaktadır

Yöneldiği konuyu esas alarak ve konumuz açısından bir sınırlama yaparak manevî zararları birkaç başlık altında incelemeye çalışacağız.

ba. Şahsiyet haklarına Yönelik Zararlar

Şahsiyet hakları, kişinin maddî (hayat, vücut tamlığı, sağlık) ve manevî (özgürlük, şeref ve haysiyet, özel alan) temel varlıklarını kapsamaktadır.⁵¹³ Kimi hukukçular tarafından kişilik hakkı olarak ta isimlendirilen şahsiyet hakları, kişinin, insan sıfatını taşıması sebebiyle sahip bulunduğu kişiliğine bağlı haklarıdır. Bu haklar, sistematik olarak olmasa da fıkıh kitaplarının değişik bölümlerinde ele alınmıştır.⁵¹⁴

Hangi davranışların kişilik haklarına yönelik haksız saldırı kabul edileceği yasalarla ve, hayat şartlarına göre değişiklik arz eden örf ve adetlere göre

⁵¹¹ et-Tuncî, **a.g.e**, 258; Hashim, Ashraf Md, The Right of the Accused to Compensation, **Hamdard Islamicus**, Vol. XXVII, 2, April-June, 2002, 61-62.

⁵¹² **Nûr**, 22/4,23; Tirmizî, Hudûd,29; İbn Mâce, Hudûd, 15; Zeylaî, **a.g.e**, VII, 289; İbn'ul Humâm, **a.g.e**, VII, 298; Mâverdî, **a.g.e**, 236; Karâfî, **a.g.e**, IV, 209; İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 289; Tarablusî, **a.g.e**, 195.

⁵¹³ Öztan, Bilge, **Şahsın Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1990, 111.

⁵¹⁴ Eren, **a.g.e**, II, 388.

belirlenmektedir.⁵¹⁵ Pozitif hukukçular kişilik haklarını üç kategoride ele almaktadırlar. Birinci kategoride, kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü, sağlık hakkı ve hareket ve cinsel özgürlükler gibi fizik (maddî) kişilik değerleri yer almaktadır. İkinci gurup kişilik haklarını ise, duygusal kişilik değerleri oluşturmaktadır. Bunlar; kişinin ailesi ve akrabaları ile ilgilidir. Üçüncü tür kişisel haklar ise kişinin şeref ve haysiyeti, özel hayatının gizliliği gibi sosyal- kişisel haklardır.⁵¹⁶ Kur'an-ı Kerim'de ifadesini bulduğu gibi insan, Allah'ın yeryüzündeki halifesi⁵¹⁷ ve yaratılmışların en üstünü ve şerefliisi olarak kabul edilmiş⁵¹⁸, İslam hukukunda da kişinin hayat ve vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, meslek icra edebilme ve ekonomik değerlere sahip olma gibi hakları, şahsiyet hakları kapsamında mütalaa edilerek hukuken teminat altına alınmış ve bunlara yönelik eylemler suç sayılarak karşılığında müeyyideler öngörülmüştür.⁵¹⁹ Biz bunlardan sadece kişinin namus, şeref ve haysiyetine ve özel hayatın gizliliğine yönelik zararlara kısaca yer vereceğiz.

bb. Irza Yönelik Zararlar

Türkçede, manevî kişiliğin önemli bir unsurunu oluşturan namus kavramı, yine Arapça olan ırz kelimesi ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.⁵²⁰ Ancak fıkıh literatüründe namus kavramının değil ırz kavramının yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Kuran-ı Kerimde ve hadislerde de müminlerin namuslarını korumaları emredilerek cinsel ihtiyacın tatmininin meşrû bir evlilik akdine dayanması teşvik edilmiş buna karşılık zina ve fuhuş ise suç sayılarak yasaklanmıştır.⁵²¹

Hız. Peygamberin insanlığa son mesajı olması itibarı ile hukuk disiplini açısından da büyük bir önemi haiz olan Veda hutbesinde bu konu ile ilgili olarak **“Ey İnsanlar, kanlarınız, mallarınız ve ırzlarınız Rabbinize kavuşuncaya kadar**

⁵¹⁵ Öztan, a.g.e, 112.

⁵¹⁶ Eren, a.g.e, II, 388-389.

⁵¹⁷ Bakara, 2/30.

⁵¹⁸ Tîn, 95/4.

⁵¹⁹ İslam hukuku açısından şahsiyet hakları konusunda geniş bilgi için bkz. Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, **İslam'da Şahsiyet Hakları**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, 69-70.

⁵²⁰ Dönmez, a.g.e, II, 323.

⁵²¹ Mü'minûn , 23/5-6, İsrâ, 17/32, Furkân, 25/68.

birbirinize haram kılınmıştır.⁵²² ifadesi yer almaktadır. Bu hadis yaşama, mülkiyet ve manevî kişiliğin önemli bir unsurunu oluşturan ırz ve namusun dokunulmazlığını açık olarak vurgulamaktadır.⁵²³ Kamu düzeni ile doğrudan ilgisi sebebi ile zina, sadece aile birliğini değil, aynı zamanda kamu düzenini ihlal eden bir eylem olarak kabul edilmiş ve karşılığında ağır müeyyide (hadd cezası) öngörülmüştür. Aile ve kamu düzeni aleyhine işlenmiş olmakla birlikte, suçun ispatındaki hassasiyet dolayısıyla zina bağlamında değerlendirilemeyen cinsel taciz, sözlü ve yazılı sataşma ve diğer ihlaller de suç kabul edilmiş ve işlenen fiilin ağırlığı, suç failinin durumu ve diğer faktörler dikkate alınarak bu fiillerin tazir limitleri içerisinde cezalandırılması siyasi otoritenin (ulû'l-emr) takdirine bırakılmıştır.

İslam hukukçuları da kişinin ırzına yönelik saldırıya karşı fiili mukabelede bulunmasını meşrû müdâfaa içinde değerlendirmişlerdir. Buna göre kişinin, zorla ırzına tasaddi etmek isteyen kişiye direnmesi, başka türlü engel olma imkanı bulamaması durumunda güç kullanması ve saldırganı öldürmesi meşrû müdâfaa hakkı olarak kabul edilmiş⁵²⁴; saldırgan tarafından öldürülmesi ise şehitlik olarak görülmüştür. İslam hukukçularının bu konuda **“O halde kim size saldırıda bulunursa siz de ona yaptığı saldırının misli ile saldırın ve ileri gitmekten Allah’tan korkun.”**⁵²⁵ ayeti ile, **“.... namusunu koruma uğruna öldürülen kimse şehittir.”**⁵²⁶ anlamındaki hadisi şerife dayandıkları görülmektedir. Irza yönelik saldırılarda mağdurun mütecavize direnmesi ve ona cismanı zarar vermesinin meşrû müdâfaa olarak kabul edildiği sahabiler dönemindeki uygulamadan da anlaşılmaktadır. Örneğin Hz. Zübeyr, savaşta geri hizmet görevini ifa eden cariyesinin kendilerine teslim edilmesini isteyen saldırganlara direnmiş ve başka türlü engel olamadığı için onları öldürmüştür.⁵²⁷

⁵²² Buhârî, İlim, 37; Hac, 132, Hudud, 9; Müslim, Hac, 147, Kasame, 29; Tirmizi, Fiten, 6; İbn Mâce, Menasik, 76.

⁵²³ Müslim, Birr, 32; Ebû Dâvud, Edep, 35.

⁵²⁴ Abdu't-Turab; Muhammed Seyyid, **ed-Difâu's-Şer'î fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Âlemu'l-Kütüb, Kahire, 1983, 203.

⁵²⁵ **Bakara**, 2/194.

⁵²⁶ Tirmizî, Diyât, 21; Ebû Dâvud, Sünnet, 29; Buhârî, Mezâlim, 33; Müslim, İmân, 226.

⁵²⁷ İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 336-337.

bc. Şeref ve Haysiyete Yönelik İhlaller

Şeref ve haysiyet, şahsın doğuştan sahip olduğu temel değerlerden biridir. Bu bakımdan Anayasanın 17. Maddesinin üçüncü fıkrasında “**hiçbir kimseye şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayacak ceza verilemez**” denilmektedir. Ayrıca medeni Kanunun 24. Maddesi de kişinin şeref ve haysiyetinin, “toplum tarafından kabul edilen ahlaki değer hükümlerine sahip olması ve sahip olduğunun farz edilmesi” biçiminde açıklanmıştır.⁵²⁸

İslamda, hristiyanlıkta yer alan “**aslî günah**” düşüncesi kabul edilmemiştir. Bütün insanlar hür ve suçsuz olarak dünyaya gelirler. Allah bütün insanları eşit, şerefli ve onurlu yaratmıştır. Kişiler toplumda şeref ve itibarlarıyla yaşarlar. Bu nedenle kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyen davranışlar hem dinen yasak (haram) olarak görülmüş,⁵²⁹ hem de hukuken cezayı gerektiren birer suç sayılmışlardır. Kişi hakkında asılsız dedi kodular yapmak ve yaymak, iftira etmek, ticari itibarını zedeleyen yazılı ve sözlü beyanlarda bulunmak ve zina iftirasında bulunmak vb.kişinin toplum nezdinde itibar ve statüsünü zedeleyen davranışlar şeref ve haysiyetine tecavüz kabul edilen davranışlara örnek verilebilir.⁵³⁰ Bu davranışları İslam hukukçuları genel bir ifade ile iftira, kazif, hakaret ve sövme başlıkları altında ele almışlardır.

Kişinin şeref ve itibarına yönelik en ağır suçun, kişinin haksız yere zina isnat ve iftirasına maruz kalması (**kazf**) olduğu kabul edildiğinden dolayı kazf suçunun cezası Kuran ve sünnet ile belirlenmiş, şeref ve itibara yönelik olup daha hafif derecede bulunan haksız yazılı-sözlü tecavüzler ise tazir gerektiren birer suç olarak görülmüştür.⁵³¹

⁵²⁸ Öztan, a.g.e, 121.

⁵²⁹ Örneğin bir hadisi şerifte, “bir mü’min için yedi helak edici davranıştan birisinin de iffetli mümin kadınlara zina iftirasında bulunmak” olduğu belirtilmiştir. Hadisin tamamı, kaynaklarda “**Resulullah, ‘yedi helak eden şeyden kaçın’ buyurdu. Bunlar nedir ya Resulallah? diye sorulunca: ‘Allaha şirk koşmak, sihir yapmak, Allah’ın haram kıldığı bir kimseyi haksız yere öldürmek, yetim malı yemek, faiz yemek, düşmana hücum anında harpten kaçmak, namuslu kendi halinde mümin kadınlara zina iftirası atmaktır’.buyurdu**” şeklinde yer almaktadır. Muslim, İmân, 145; Buhârî, Vesâya, 23; Hudûd, 44; Muhâribîn, 30.

⁵³⁰ Öztan, a.g.e, 121-122.

⁵³¹ Abdu’t-Turab, a.g.e, 206-207.

Başkasına zina isnadında bulunan kişinin, bu iddiasını usulüne uygun olarak dört şahit ile ispat etmesi gerekir. İspat etmesi durumunda zina suçu söz konusu olduğundan dolayı fail zina suçundan cezalandırılır. Ancak suçun ispat edilmemesi durumunda haksız yere kişi şeref ve itibarını zedeleyen bir iftira ile karşı karşıya olduğu için müfterinin cezalandırılması gerekir. Bu cezanın Kur’ân-ı Kerim’de seksen değnek olduğu vurgulanmaktadır.⁵³² Ancak bu müfteriye uygulanacak maddî-bedensel cezadır. Kur’ân-ı Kerim ayrıca başkasının şeref ve itibarını zedelediği için suç failinin (müfterinin) ispat edemediği bu iftiradan sonra artık şahitlik ehliyetini kaybettiğini de belirtmektedir. Başka bir ifade ile müfteri hukuk nizamı ve toplum nezdinde güvenilirliğini kaybederek şahit olarak dinlenmemektedir. Bu ise müfteri açısından önemli bir statü kaybıdır.

Yine, kişinin, başkalarını hoşlarına gitmeyecek lakaplar takması, onlarla alay etmesi el ve dil, kaş ve göz işaretleriyle karalaması, dili, ırkı ve rengi sebebiyle aşağılaması da Kuran ve sünnette şeref ve itibarını zedeleyen birer davranış olarak kabul edilmiştir.”⁵³³

bd. Özel Hayat Kapsamında Yer alan Haklara Yönelik İhlaller

Kişinin özel hayat alanının ihlali, ikamet etmekte olduğu eve izinsiz girilmesini (mesken dokunulmazlığının ihlalini), kendi ve ailesi dışındaki üçüncü kişilerin bilmemesi gereken sırlarını elde etmesini kapsamaktadır. Bu bakımdan özel hayatın ihlaline yönelik haksız tecavüzleri; mesken masuniyetini ihlal eden davranışlar ve özel hayatın gizliliğini ihlal eden davranışlar olmak üzere iki ayrı başlık altında ele almayı uygun görüyoruz.

⁵³² Nur, 23/4 aynı sürenin “ iffetli ve (haklarında uydurulan kötülüklerden) habersiz mümin kadınlara zina isnad edenler, gerçekten dünya ve ahirette lanetlenmiştir. İşlemiş oldukları günahtan dolayı dillerinin, ellerinin ve ayaklarının kendi aleyhlerine şahitlik edecekleri günde onlara çok büyük bir azap vardır” mealindeki 23. ve 24. ayetleri ise müfterinin karşılaştacağı uhrevi cezayı vurgulamaktadır.

⁵³³ Hucûrat, 49/11. Heyet, **Kur’ânYolu Türkçe Meal ve Tefsir**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2004, V, 47.

bda. Mesken Masuniyetine Yönelik İhlaller

Mesken kavramı kişinin ailesi ile birlikte güven içerisinde yaşadığı ikametgahı; mesken masuniyeti de, izin alınmaksızın kişinin evine girilmesini ve başkalarına kapalı olan özel hayatının ve bilgilerinin ihlalini ifade etmektedir. Kişinin başkasına ait meskene onun iznini almadan girmesi, mesken masuniyetinin ihlali olarak görülmüş ve hukuka aykırı bir eylem olarak kabul edilmiştir. Örneğin Hz. Ömer'in izinsiz olarak içki içen kişinin evine girmesi, tefsir kitaplarında mesken masuniyetinin ihlaline örnek olarak gösterilmektedir.⁵³⁴ Bu konuyla ilgili hukuki düzenlemelerin kaynağını ise Kuran-ı Kerim ve Hz.Peygamberin sünneti oluşturmaktadır.

Kur'ân-ı Kerim'de ve hadislerde konutlara nasıl girileceği detaylı olarak anlatılmıştır. Herhangi bir ihlal söz konusu olmadığı için, içinde insan oturmeyen gayri meskun mahaller ile hamam, mağaza, otel ve han gibi kamuya açık ticari ve konaklama amaçlı yer ve tesislere girmekte bir sakıncanın bulunmadığı,⁵³⁵ buna karşılık içinde ailelerin ikamet ettiği yerlere girmede ise birtakım ilkelere riayet edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Kuran-ı Kerimdeki “ **Ey iman edenler! kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizi hissettirip (izin alıp) ev sahiplerine selam vermeden girmeyin. Bu davranış sizin için daha hayırlıdır. Düşünüp anlayasınız diye size böyle öğüt veriyor. Eğer evde kimseyi bulamazsanız, size izin verilinceye kadar oraya girmeyin. Eğer size, ‘geri dönün’ denilirse hemen dönün. Çünkü bu sizin için nezih bir davranıştır. Allah, yaptıklarınızı hakkıyla bilendir.**”⁵³⁶ ayeti, başkalarının evine girerken riayet edilecek esasları belirlemektedir. Ayetteki “**izin alma**” anlamındaki “**isti'nâs**” kelimesi, İslam hukukçuları tarafından girilecek yerde insan bulunup bulunmadığını, başka bir ifadeyle evin, içine girilmeye müsait olup-olmadığını öğrenmek amacıyla “**selam**

⁵³⁴ Kurtûbî, **a.g.e**, XVI, 218-219; Yazır, Muhammed Hamdî, **Hak Dînî Kur'ân Dili**, Eser Kitapevi, İstanbul, ty, VI, 4473.

⁵³⁵ **Nur**, 24/29.

⁵³⁶ **Nur**, 24/ 27-28.

verme” biçiminde yorumlanmış⁵³⁷ ve bu usüle riayetsizliğin hukuken tecavüz, dinen yasak olduğu vurgulanmıştır.⁵³⁸ Cahiliye döneminde insanlar evlerine arkadan girmeyi adet haline getirdikleri, hatta bunu güzel bir davranış olarak kabul ettiklerinden Kur’an-ı Kerim, bu yanlış adeti de “**evlere kapılarından girin**”⁵³⁹ ayeti ile ilga etmiştir.

Henüz bülüğ çağına girmeyen Enes b. Malik’in ve diğer sahabilerin, Peygamberimizin huzuruna izin alarak çıktıklarını belirten⁵⁴⁰ haberlerin mevcudiyeti, başkasının evine girmek için iznin gerekli olduğu hususunda, küçük çocuklar ile büyükler arasında ayırım yapılmadığını ortaya koymaktadır.

Mesken dokunulmazlığı hakkı, sadece evlere girerken dikkat edilmesi gereken hususları değil aynı zamanda evin içerisini gözetlemek, dinlemek gibi yasak fiilleri de kapsamaktadır. Bu durum ise bir “**tecessüs**” kavramı ile ifade edilmiştir. Topluma açıklayarak itibarını zedelemek amacıyla, kısaca kötü niyetle, kişilerin gizli kalmasını arzu ettikleri sırlarını araştırmak biçiminde açıklayabileceğimiz tecessüs ise Hucurât suresinin 12. ayeti ile ve Peygamberimizin “**müslüman kardeşin kusurlarını araştıran kişiyi evinin içinde bile olsa Allah rezil eder**”⁵⁴¹ anlamındaki hadisi ile yasaklanmıştır.

bdb. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal eden Eylem ve Davranışlar

Herkesin başka insanların bilmesini istmediği, hatta yakın çevresinin ve ailesinden bile gizli tuttuğu bir özel hayat alanı bulunmaktadır. Gizlilik alanında yer alan veya alınması istenen durumlar başka insanların müttali olmasına kapalı bir alan

⁵³⁷ el-Cassâs, **a.g.e**, V, 164; Yazır, **a.g.e**, V, 3497-3498; Sizden biriniz başkasının evine girmek isterken üç defa izin istesin; müsaade edilmezse dönüp gitsin. Buhârî, İstizan, 13; Müslim, Âdâp, 32,34,35,37; Ebû Dâvud, Edep, 127;130; Tirmizi, İstizan, 3; İbn Mâce, Edep, 17; Dârimî, İstizan, 1; 2, 3. Aynı konu için ayrıca bkz. İbn Mâce, Edep, 17 (Hadis no.3707); el-Hindî, Alâuddîn Ali el-Muttekî b. Husâmuddîn (ö.975), **Kenzu’l-Ummâl fî Süneni’l-Ekvâli ve’l-Efâl**, Müessesetu’r-Risâle, Beyrut, 1985, IX, 110, (25223) başka bir hadiste ise başkasının evine sahibinin izni olmaksızın bakmanın cezayı müstelzim bir davranış olduğu ifade edilmektedir. Buhârî, Diyât, 23; İstizan, 11; Müslim, Adap, 41, 43-44; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 2/266, 5/330-335; Ebû Dâvud, Edep, 136; Tirmizi, İsti’zân, 17.

⁵³⁸ Yazır, **a.g.e**, V, 3497; Ebû Dâvud, Tahare, 43; el-Hindî, **a.g.e**, 7/590, (hadis no.20398).

⁵³⁹ **Bakara**, 2/189.

⁵⁴⁰ Kurtûbî, **a.g.e**, XII, 146.

⁵⁴¹ Tirmizî, Birr ve Sılâ, 85; Ebû Dâvud, Edep, 35; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 4/421, 424; 5/279.

oluşturur. Bu bakımdan kişinin aile ilişkileri, mektupları, sağlık ilişkileri ve üçüncü şahıslardan gizlediği, tüm olaylar ve durum ve belgeler özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmektedir.⁵⁴²

Kişinin başkalarından gizlediği özel durumlarını başkalarına ifşa etmek amacıyla araştırarak açıklamak hatta duyduğu takdirde üzülebileceği veya küçük düşebileceği şeyleri onun gıyabında söylemek veya başkalarına aktarmak dinen günah olarak kabul edilmiştir.⁵⁴³

Kur’ân-ı Kerim’de ve hadislerde “zannın bir kısmının günah olduğu ve bir çoğundan sakınılması gerektiği, insanların birbirinin gıybetini yapmamaları ve mahremiyetlerini araştırmamaları, birbirlerine kulak kabartarak, gizliliklerini araştırmamaları emredilmekte, bu olumsuz davranışlar kişinin, “ **ölü kardeşinin etini yemesi**” olarak nitelendirilmektedir.⁵⁴⁴ Bu nedenle, suç işlediği usulüne uygun olarak ispat edilmedikçe sanığa bile suçlu gözüyle bakılamayacağı İslam hukukunda temel ilke olarak kabul edilmiştir.

Ancak bir ayrıntıya temas etmeyi zorunlu görüyoruz. İslamda gizli olarak işlenen bir günahın gizlenerek açığa çıkarılmaması ile suç işleyen kişinin suçunu örtbas etmek için şahitlik yapmaktan kaçınmak arasında ayırım yapmak gerekir. Çünkü günah işleyene engel olmak dini bir yükümlülük olduğu gibi suç işleyen kişiyi yetkili makamlara haber vermek te (da’va’l-hisbe) de dini ve hukuki bir

⁵⁴² Öztan, **a.g.e.**, 125-126.

⁵⁴³ Ancak düşmanlarının müslümanlar hakkındaki plan, program ve niyetlerini anlamak, zamanında tedbir almak için casusluk faaliyetine zaruret bulunduğundan yasak kapsamında değerlendirilmemiştir; Heyet, **Kur’ânYolu**, V, 48.

⁵⁴⁴ **Hucûrât**, 49/12; Buhârî, Vesâyâ, 8; Nikâh, 45; Ferâiz, 2; Edep, 57-58; Müslim. Birr, 28; Tirmizî, Birr, 56; Malik, **a.g.e.**, Husnu’l-Hulk, 15; Ahmed. b. Hanbel, **a.g.e.**, 2/245, 287, 312. “Müslümanların gizli durumlarını araştırmanın günah olduğunu, Buhârî, Edep, 57,VII, 88-89, Ahmed b. Hanbel, **a.g.e.**, II, 287; Ebu Dâvud, edep, 37, Tirmizî, Birr ve Sılâ, 85. “Kişinin başkasına ait bir yazılı belgesine onun izni olmadan bakmasının ateşe bakmak gibi olacağını” Ebû Dâvud, Salat, 23; “başkasının kusurunu görüp gizleyerek ifşa etmeyen kişinin, diri diri toprağa gömülmüş bir çocuğu ihya etmiş gibi olacağını ” Ebû Dâvud, Edep, 45; “Dünyada kardeşinin ayıbını örten kişinin ayıplarını da Allah’ın kıyamet günü örteceğini,müslümanın ayıplarını açığa vuran kişinin de Allah tarafından ayıplarını ortaya çıkartılarak rezil edileceğini İbn Mâce, Hudud, 5 vurgulayan hadisler konunun önemini ortaya koymaktadır.

görevdir. Bu durumu gıybet olarak veya, müslümanın ayıbını ortaya çıkarmak şeklinde değerlendirmek mümkün değildir.⁵⁴⁵

E. Uygun İlliyet Bağı

1. İlliyet Bağı Kavramı ile İlgili Genel Bilgi

Hukuk disiplininde, zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı denilmektedir. Başka bir ifade ile haksız fiil sebebiyle failin sorumlu tutulması, ortaya çıkan zarar ile fiili arasındaki nedensellik (**causality**) ilişkisine dayanan bir bağı bulunmasından dolayıdır. Eğer bir sonucun, bir sebepten kaynaklandığı kesin olarak ifade edilebiliyorsa veya bir fiil işlenmeseydi o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebiliyor ise, zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunduğunu söylemek de mümkündür. Haksız fiilin diğer bütün unsurları bulunsa bile, zarar ile fiil arasında bir illiyet bağı bulunmazsa haksız fiilden ve haksız fiil sorumluluğundan da söz edilemez.⁵⁴⁶ Hukuk disiplini bakımından fiil ve zarar ile illiyet bağı arasındaki ilişkiyi, en basit şekilde; bakım noksanlığı bulunan bir binanın çatısından düşen kiremitin yoldan geçmekte olan kişinin üzerine düşerek kolunun kırılmasına neden olması şeklindeki bir örnek olay ile açıklamak mümkündür. Bu olayda kiremitin düşmesi **fiil**, o kişinin vücut bütünlüğünün bozulması ve uğradığı kayıplar **zarar**, kiremitin düşmesi (**fiil**) ile zarar (**sonuç**) arasındaki nedensellik (sebe-sonuç) ilişkisi ise illiyet bağına ifade eder.⁵⁴⁷

Bir fiilin, bir zararı meydana getirdiği konusunda herhangi bir şüphe ve kuşkunun bulunmaması durumunda, fiil ile zararın meydana geliş tarihleri arasında

⁵⁴⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erturhan, Sabri, **Kişisel Boyutlu Suçların Gizlenmesinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Dergisi, Cilt, V, sayı,2, Sivas, 2001, ss.259-291; Hatipoğlu, Haydar, **Süneni İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1983, VII, 141-142.

⁵⁴⁶ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 504.

⁵⁴⁷ Eren, **a.g.e**, II, 51-52; Tandoğan, **Mesuliyet hukuku**, 71-72; Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 496, 497.

başka olaylar girmiş olsa bile bu olaylar zarar ile, bu zararın gerçek nedeni olan fiil arasındaki uygun illiyet bağının varlığını ortadan kaldırmamaktadır.⁵⁴⁸

Zararı meydana getiren sebebin tek olması durumunda, fiil ile sonucu birbirine bağlamak başka bir ifade ile zararı, maddî olarak bir faile isnat etmek de kolaydır. Ancak hareket sonucunda ortaya çıkan ve başka sonuçlara sebep teşkil eden olayların karmaşık bir yapı oluşturarak bir teselsül zinciri halinde birbirini takip etmesi, bazen sonucun bir tek sebepten değil, doğrudan veya dolaylı birden çok sebep sonucunda ortaya çıktığını göstermektedir. İşte zararın birden çok sebebi olması durumunda, hangi sebebin veya fiilin, sonucu yani zararı meydana getirdiği, daha hukuki bir ifade ile zararın hangi fiil veya sebebe isnat edileceği problemi İslam borçlar hukuku bakımından büyük önem arz etmektedir.⁵⁴⁹

Sonucun birden çok sebebi olması durumunda hangi sebebin, sonucu meydana getirdiği veya hangi fiilin zarara neden olduğu, zararın hangi faile isnat edileceği problemi pozitif hukukta çeşitli illiyet teorilerinin doğmasına yol açmıştır. Bunların en önemlileri; sonucun (zararın) meydana gelmesi için bulunması zorunlu olan bütün şartların her birini, sebep kabul eden **şartların muadeleti teorisi (nazariyyetu teâduli'l-esbâb)** ile sebepler (fiiller) arasında ayırım yaparak hukuk açısından hangisinin illi bir değer taşıyan ve sonucu (zararı) doğurmaya genelde uygun ve elverişli olan sebebi (fiili) illiyete esas kabul eden **uygun illiyet teorisi (nazariyyetu's-sebebiyyeti'l-mülâime)** dir. İslam hukukçularının, zarara sebep teşkil eden fiili tespit ederken bu zararın meydana gelmesinde rolü bulunan şartların hepsini sebep kabul eden felsefi illiyet (**determinism**) anlayışı yerine, olayların tabii akışına ve hayat tecrübelerine göre sebepler arasında tercih yapıp sonucu doğurmaya genelde uygun ve elverişli bulunan sebebi (fiili) sonucun (zararın) gerçek illeti kabul ederek illiyet meselesini sağlam ve objektif bir temele oturttukları ve maddî isnadın sonucunda doğacak tazmin sorumluluğunu da sınırlandırdıkları anlaşılmaktadır. Sonucu meydana getiren şartlar arasında ayırım yaparak zararın meydana gelmesine en uygun olan fiili illet kabul ettikleri dikkate alındığında, şartların muadeleti

⁵⁴⁸ Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 505, 506.

⁵⁴⁹ Dağcı, **a.g.e**, 75.

teorisinin değil uygun illiyet teorisinin İslam hukukçularının görüşleri ile uyum arz ettiğini ifade etmek mümkündür.⁵⁵⁰

İslam hukukçularının zarar ile fiil arasındaki illiyet ilişkisini tespit etmede sebepler (fiiller) arasında ayırım yaparak sonuca en uygun fiili illet kabul ettiklerini, en bariz olarak doğrudan ve dolaylı sebep-sonuç ilişkisi arasında yaptıkları ayırmada görmek mümkündür. Mecelle de, zararın isnat edildiği sebeplerin birleşmesi durumunda zararlar fiil arasındaki illiyet bağına tespit etmeyi “mübâşir (yani bizzat fail) ile mütesebbip birleştiğinde hüküm faile izafe edilir.”⁵⁵¹ biçiminde kurallaştırmıştır.

Bu genel kuraldan şu anlaşılmaktadır. Bir zarara dolaylı olarak sebep olan fail (mütesebbip) ile, onu bizzat-doğrudan işleyen (mübâşir) birleşirse zarar mütesebbibe değil doğrudan fiili işleyene (mübâşir) izafe edilir. Kısaca, tazmin konusunda mübâşir mütesebbibe takdim edilmektedir. Mesela birinin kamuya ait yolda kazmış olduğu kuyuya ikinci bir şahıs üçüncü kişiye ait bir hayvanı atarak itlâf etmesi durumunda, kuyuyu kazın kişi değil, hayvanı o kuyuya doğrudan atan ikinci şahıs tazminle yükümlü olur. Çünkü kuyu kazmak aslında hayvanın itlâf olmasını gerektirmez. Şayet hayvan kuyuya atılmamış olsaydı sadece kuyunun açılmasıyla itlâf meydana gelmeyecekti. Buna göre hayvanın yok olmasındaki en uygun sebep kuyunun kazılmış olması değil, doğrudan oraya atılmış olmasıdır. Bu örnek olayı farklı bir açıdan analiz etmeyi sürdürelim, yetkili makamın izni olmadan kamuya ait olan bir yere açılan kuyuya o hayvanı başka birisi atmayıp hayvan kendiliğinden düşerek telef olmuş olsaydı bu durumda zarar kuyuyu kazın kişiye isnat edilecekti.⁵⁵² Ancak zararın isnat edilebileceği sebep veya fiillerin birden çok olması, (ortak kusur, fiillerin çokluğu, tabii sebepler veya olağan üstü afetler) durumunda illiyet bağının ve buna bağlı olarak da tazmin yükümlüsünün tespit edilmesi, zorluk arz ettiğinden dolayı bunları ayrı ayrı incelemek gerekir.

⁵⁵⁰ Dağcı, a.g.e, 75.

⁵⁵¹ Mecelle, Md.90.

⁵⁵² Ali Haydar, Şerhu Mecelle, Md.90 şerhi.

a. Ortak İlliyet (Müterâfık İlliyet)

Bir zarar, muhtelif sebepler sonunda meydana gelmiş ancak bu sebeplerin her biri tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye yeterli olmayıp zarar, bütün sebeplerin birleşmesi sonucunda meydana geliyorsa ortak illiyet başka bir ifade ile sebeplerin ictimai söz konusudur.⁵⁵³ Farklı kişilere ait olan fabrikaların zararlı kimyasal atıkların aynı derecede birleşerek mer'a veya ekili araziye ya da hayvanlara zarar vermesi⁵⁵⁴, birden çok şahsın bir kavgaya karışarak bir şahsı bıçaklayıp yaralamaları⁵⁵⁵ birden çok kişinin başkasına ait bir hayvanı birlikte öldürmeleri, kamuya ait bir yere çukur kazarak başka bir kişinin, mal veya eşyanın oraya düşerek telef olmasına yol açmaları veya hayvanların ölümüne sebebiyet vermeleri, tek başına bir kişinin kaldırması imkansız olan bir kasayı veya eşyayı, iki veya daha fazla kişinin birlikte hırsızlık amacıyla alıp götürmeleri bu tür ortak illiyete örnek verilebilir.⁵⁵⁶ Bir zararın birden fazla faili olması, başka bir ifade ile fiilin ortak illiyete dayanması durumunda birden çok kişinin, zarar görene karşı ortak ve müteselsil sorumluluğu söz konusudur.⁵⁵⁷

İslam hukukçuları, Hz.Ömer'in San'a şehrinde bir kişinin öldürülmesine aktif olarak iştirak eden birden fazla (bunların beş veya yedi kişi oldukları ifade edilmektedir) suç failini ayrı ayrı kısas ettiğini ve “**şayet San'a halkının tamamı onun öldürülmesine iştirak etselerdi hepsini kısas ederdim**”⁵⁵⁸ dediğini gerekçe

⁵⁵³ Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 78, 82; **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, 1975, 148; Fleming, **a.g.e.**, 113; Tandoğan, **Mesuliyet hukuku**, 83,85; Tunçomağ, **a.g.e.**, 453.

⁵⁵⁴ Eren, **Borçlar hukuku**, II, 79-80; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 84; İnan, **a.g.e.**, 295.

⁵⁵⁵ Tandoğan, **Mesuliyet hukuku**, 87; Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 83.

⁵⁵⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 280; İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 565; ayrıca bkz, er-Rehîbânî, **a.g.e.**, VI, 233; Maradâvî, **a.g.e.**, X, 29; Buhûtî, **a.g.e.**, III, 270. Faillerin ortak fiili sonucunda meydana gelmesi durumunda zararın failer tarafından ortaklaşa tazmin edileceği ilke olarak kabul edilmektedir. İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 564; Eren, **Borçlar hukuku**, II, 79; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 83, Tunçomağ, **a.g.e.**, 453.

⁵⁵⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, 174.

⁵⁵⁸ Mâlik, **Muvatta**, II, 871.

göstererek suça iştirakte suç faillerinin ayrı ayrı cezalandırılacağı görüşünü benimsemişlerdir.⁵⁵⁹

Failin ve mal sahibinin ortak fiili (**müterâfik illiyet**) sonucunda meydana gelen zararların tazmin şekli konusunda islam hukukçuları arasında görüş farklılıklarının olduğu dikkati çekmektedir. Örneğin ikinci şahsın kendi elbisesini tuttuğunu gören bir kişinin çekerek kendi elbisesinin yırtılmasına yol açması durumunda ortak kusurları (**müterâfik kusur**) bulunduğunu gerekçe gösteren bir kısım hukukçular (Hanefiler ve Şafîîler) elbisenin değerinin yarısının ikinci kişi, diğer yarısının da elbise sahibi tarafından karşılanacağı görüşünü savunurken⁵⁶⁰; bu durumu mal sahibinin şahsi kusuru olarak değerlendiren diğer bir kısım hukukçular (örneğin Mâlikîler) ise, bu durumda elbise sahibinin zarara katlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁶¹ Mecelle de, kendi elbisesi üzerine başkasının oturduğundan haberi olmayan kişinin, oturduğu yerden kalkarken elbisesinin zarar görmesi durumunda bu zararın yarısının, sahibinden habersiz onun elbisesi üzerine oturan kişi tarafından karşılanacağını hükme bağlamıştır.⁵⁶² Ancak sokakta yürüyen kişinin ayakkabısına basarak zarar veren kişinin, ayakkabı sahibinin herhangi bir kusuru olmadığı ve ayakkabı tek başına değil çift olarak düşünüldüğünden dolayı, zarar gören ayakkabıyı tâmir ücretini karşılamasının veya bir çift ayakkabının bedelini ödemesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.⁵⁶³ Mâlikî hukukçular ise, kaçınılması zor durumlar kapsamında değerlendirerek namazda veya kalabalık meclislerde elbisenin çiğnenmesinden kaynaklanan zararlara elbise sahibinin katlanmasının uygun olacağını savunurken⁵⁶⁴, Hanbelî fakihlerinin bu durumda da zararın yarısının

⁵⁵⁹ Bu konu, Sabri Erturhan tarafından "**İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak**" başlığı ile Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde (Konya-2000) müstakil bir Doktora Tezi olarak çalışılmıştır. Geniş bilgi için bkz. a.g. Tez, ss.130 vd; ayrıca bkz. İbn Rüşd, **a.g.e**, II, 334; Feyzullah, **a.g.e**, 99 Ahmed; Süleyman, **a.g.e**, 381; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, II, 183.

⁵⁶⁰ Bağdâdî, **a.g.e**, 152, **Mecelle**, Md.915.

⁵⁶¹ Bağdâdî, **a.g.e**, 151; Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 191; Kâdhân, **a.g.e**, III, 221. Bu konuda ayrıca bkz. Kâsânî, **a.g.e**, VII, 274; Bağdâdî, **a.g.e**, 125; Kâdhân, **a.g.e**, VI, 88.

⁵⁶² **Mecelle**, Md. 915.

⁵⁶³ Hırşî, **a.g.e**, VI, 140; Ahmed, Süleyman, **a.g.e**, 383.

⁵⁶⁴ Dusûkî, **a.g.e**, III, 451; Hırşî, **a.g.e**, VI, 140; Ahmed, Süleyman, **a.g.e**, 383.

elbiseyi çiğneyerek onun zarar görmesine sebep olan kişi tarafından karşılanması gerektiğini savundukları görülmektedir.⁵⁶⁵

b. Sebeplerin Çokluğu

Bazı durumlarda ise zarar, birbirinden tefrik edilerek hangisinin sonucu doğurmaya daha uygun ve elverişli olduğu tespit edilebilen birden fazla failin fiili sonucunda ortaya çıkmış olabilir. Bu bakımdan İslam hukukçuları, bütün sebeplerin birleşmesi (ortak illiyet) sonucunda meydana gelen sebeplerin ictimar ile, sebeplerin çokluğu arasında ayırım yapmışlardır. Sonucu doğurmaya elverişli olan birbirinden bağımsız iki fiil sonucunda ortaya çıkan zararın tazmininde, zarara bitişik olan fiilin failine; fiillerden birisinin, sonucun meydana gelmesine, diğerinden daha uygun ve elverişli olduğu durumlarda ise, zarar ile bu fiil arasında illiyet bağının öncelikli olarak gerçekleştiğini ileri sürerek zararın tazmininde bu fiilin failine öncelik tanımışlardır. Konuyu örneklerle açıklamaya çalışalım.

Kişinin, mülk sahibinin veya yetkili makamın iznini almaksızın yolda kazdığı çukurun yanına ikinci şahsın bir taş bırakması ve yoldan geçen hayvanın ayağı kayarak çukura düşüp telef olması halinde çukuru kazan kişi değil, taşı yolun üzerine bırakan kişi sorumlu tutulmaktadır. Çünkü, taşın konulması ile zarar birbirine bitişme, daha hukuki bir ifade ile, zarar ile taşı bırakma arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunmakta, bu nedenle de taşı bırakan kişi, zararın nedeni olan (muharrik unsur) kabul edilmektedir.⁵⁶⁶ Ancak, bir şahsın ahırda bağlı hayvanın bağını çözmesi, ikinci şahsın da ahırın kapısını açarak hayvanın ahırdan çıkıp telef olmasına neden olması halinde kapıyı açan kimse tazminle sorumlu tutulmuştur. Çünkü hayvanın zarar görmesinde kapının açılması, ahırdaki bağlı olan hayvanın bağının çözülmesinden daha uygun ve elverişli bir fiildir.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Bağdâdî, **a.g.e**, 152; Kâdihân, **a.g.e**, III, 221; Kâdî Sımâvne, **a.g.e**, II, 221.

⁵⁶⁶ Bağdâdî, **a.g.e**, 180, Kâdihân, **a.g.e**, III, 474; İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 565; İbn Neccâr, **a.g.e**, II, 422.

⁵⁶⁷ Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 15; Bağdâdî, **a.g.e**, 148; Kâdî Sımavna, **a.g.e**, II, 84; Ali Haydar, **Şerhu Mecelle**, Md.93. Başka bir örnek için bkz. İbn Receb, **el-Kavâid fî'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, ty, 274; Haydar Ali, **a.g.e**, Md.922 şerhi.

Yukarıdaki örnekler İslam hukukçularının, zararın ortaya çıkmasında, birden çok fiilin aynı derecede etkin olması durumunda, sonucu, zarara daha yakın olan fiile; fiillerden birinin sonucu meydana getirmeye diğerinden daha uygun ve elverişli olduğu durumlarda ise, zararı, sonucu doğurmaya uygun ve elverişli olan fiile dayandırıldıklarını ortaya koymaktadır.

Türk Borçlar hukuku doktrinde bir zararın birden fazla faili olması durumunda, zarar ile fiiller arasındaki illiyet ilişkisi esas alınmakta doğacak sorumluluk tarzda ele alınmaktadır. Bunları; sorumlulukların paylaşılması, sorumlulukların toplanması ve sorumlulukların yarışması olmak üzere üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Sorumluluğun paylaşılmasında zarar verenlerden her biri zarara sebep olduğu oranda sorumlu tutulmakta, sorumluluğun toplanmasında zarar gören, uğradığı zararları sorumluların her birinden ayrı ayrı talep etmektedir. Sorumlulardan birinin zararı tazmin etmesi, diğerlerinin tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Taleplerin yarışmasında (müteselsil sorumluluk) ise tazmin yükümlülüklerinden her biri, sanki zarara tek başına sebebiyet vermiş gibi kabul edilmekte ve zararın tamamı tazmin edilinceye kadar bundan sorumlu tutulmaktadır. Kısaca tazmin yükümlülerinden her biri, zarar görene karşı, diğer yükümlü veya yükümlüler tarafından zararın tamamı tazmin edilinceye kadar sorumlu tutulmaktadır.⁵⁶⁸

ba. Doğrudan ve Dolaylı Fiillerin Birleşmesinde Sonucun Öncelikle Doğrudan İşlenen Fiile Dayandırılması

Zararın, doğrudan ve dolaylı olarak işlenen bir fiilin sonucunda ortaya çıkması durumunda sonucun prensip olarak doğrudan işlenen fiile isnat edileceği konusunda İslam hukukçuları arasında genel bir ittifak olduğuna yukarıda temas etmiştik. İslam hukukçuları, bu konuda “**râcih ile mercûh çatıştığında râcih öne alınır.**”⁵⁶⁹ şeklindeki genel prensipten hareket etmişlerdir. Mecelle ise bu hususu

⁵⁶⁸ Eren, **a.g.e.**, II, 398-401. Haksız fiilden doğan bir zarardan, birden çok kişinin sorumlu tutulması BK.50 ve 51.maddelerinde düzenlenmiştir.

⁵⁶⁹ Karâfî, **a.g.e.**, II, 208.

“sebeb ve mübâşeret birleştiğinde mübâşeret takdim olunur”⁵⁷⁰ ve “ mübâşir ve mütesebbib birleştiğinde hüküm mübâşire izâfe edilir”⁵⁷¹ şeklindeki maddeleri ile hükme bağlamıştır.

Fıkıh kitaplarında doğrudan ve dolaylı fiiller sonucunda meydana gelen zararlarda zararın, doğrudan işlenen fiile isnat edileceğine; kişinin açtığı kuyuya başka bir kişinin bir hayvanı atarak itlâf etmesi veya bir hayvanın doğrudan düşerek telef olması örnek verilmektedir. Birinci durumda kuyuya hayvanı atan kişi doğrudan fail olduğu için fiil, kuyuyu kazan kişiye değil, hayvanı kuyuya atana; ikinci durumda ise kuyuyu kazan kişi doğrudan fail konumunda olduğu için fiil, doğrudan kuyuyu kazan kişiye isnat edilmektedir.⁵⁷²

Bu konuyu başka bir örnek ile açıklamaya çalışalım. Bir hırsızlık suçunda, malın bulunduğu yeri gösteren kişi ile, o malı çalan failin eylemlerinin birleşmesi durumunda hırsızlık suçu, malın bulunduğu yeri gösteren kişiye değil, doğrudan hırsıza isnat ve izafe edilmektedir. Çünkü bu durumda hırsız, doğrudan fail konumundadır.⁵⁷³ Ancak doğrudan malı çalmamış olsa bile, hırsızlık olayında, malın çalınmasına rehberlik eden kişinin fiilinin, malı doğrudan çalan hırsızın fiili ile birleştiğini (tesebbüb ve mübâşeretin birleşmesi) gerekçe gösteren Mâlikî hukukçuların; mağdurun, uğradığı zararı hırsıza tazmin ettirme imkanının bulunmaması durumunda rehberlik eden kişiye rucu’ etme hakkının bulunduğunu da belirtmemiz gerekir.⁵⁷⁴

Hırsızlık olayına farklı bir açıdan bakarak, hırsızlığın, kişinin, ikamet etmediği evin kapısını açık bırakması sonucunda meydana geldiğini düşünelim. Bu

⁵⁷⁰ es-Suyûtî, Celaluddin Abdirrahman (ö.911/1505), **el-Eşbâh ve’n-Nezâir**, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, by,1993, 362; el-Hamevî, **a.g.e**, I, s.445-446.

⁵⁷¹ **Mecelle**, Md.90 Bu konuda ayrıca bkz. Karafî, **a.g.e**, II, 208.

⁵⁷² Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 182-183; İbn Nuceym, **el-Bahru’r-Râik**, VIII, 297; el-Hırşî, **Şerhu’l-Muhtasar**; VI, 132.

⁵⁷³ Gazzalî, **el-Veciz**, I, 206; İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 163; Bağdâdî, **a.g.e**, 203; Ahmed, Süleyman, **a.g.e**, 388; Zuhaylî, **Nazariyyatu’d-Damân**, 40. Bu konuda ayrıca bkz. Kasâsânî, **a.g.e**, VI, 211; İbn Nuceym, **el-Eşbâh**, 163; İbn Şehne, Ebul Velid ibrahim b.Muhammed b. Muhammed (ö.882/1477), **Lisânu’l-Hukkâm fî Ma’rifeti’l-Hukkâm**, by, 1299, 92; **Mecelle**, Md.925; ez-Zerkâ, **a.g.e**, II, 1048; Hamevî, **a.g.e**, III, 144; Süleyman, Ahmed, **a.g.e**, 389; Heyet, **el-Mevsûatu’l-Fikhiyye**, XXVIII, 262.

⁵⁷⁴ Dusûkî, **a.g.e**, III, s.452; İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 126; Derdîr, **a.g.e**, I, 318; ez-Zerkâ, Mustafâ, **el-Medhal**; II, 1047.

durumda hırsızlık fiilinde, tabii olarak ev sahibinin kapısını açık bırakmasının da önemli rolü bulunmakla birlikte fiil ev sahibine değil hırsıza isnat edilmektedir.⁵⁷⁵

Sonucun doğrudan veya dolaylı fiile isnat edilmesi ile ilgili bir takım teknik ayrıntılara temas etmeyi zorunlu görüyoruz. Yukarıda zararın doğrudan (mübâşeret) ve dolaylı (tesebbüp) iki fiil sonucunda ortaya çıkması durumunda, sonucun ilke olarak doğrudan işlenen fiile isnat edileceğini ifade etmiştik. Ancak, bunun bir takım istisnaları bulunduğunu, bazı durumlarda sonucun doğrudan işlenen fiile değil, dolaylı fiile isnat edileceğini, hatta bazı durumlarda ise sonucun, doğrudan ve dolaylı fiile birlikte isnat edileceğini de belirtmemiz gerekir.⁵⁷⁶ Bunları kısaca şöylece açıklayabiliriz.

bb. Sonucun Dolaylı Fiile Isnat Edilmesi

Zararın ortaya çıkmasında, doğrudan işlenen fiilin değil dolaylı işlenen fiilin daha uygun ve elverişli bir sebep oluşturması durumunda uygun illiyet bağı esas alınarak sonuç doğrudan işlenen fiile değil, dolaylı olarak işlenen fiile bağlanmaktadır.⁵⁷⁷ Sonucun dolaylı fiile dayandırılması genel olarak adli vasıtaları kullanma ve ikrah durumunda söz konusu olabilmektedir. Örneğin kişinin bir başkasını zorlayarak üçüncü şahsa zarar verdirmesi veya mahkemede yalancı şahitliğe başvurarak bir kişinin üçüncü kişilere zarar verdiğini ifade etmesi durumunda sonucun ikrah eden kişiye⁵⁷⁸ (mükrih) ve yalan beyanda bulunan müfteriye isnat edileceği ifade edilmektedir. Örneğin A'nın B'ye 1000 YTL borcu olduğuna dair iki şahidin şehadetine dayanarak hakimin A'yı B'ye 1000YTL ödemeye mahkum etmesi, daha sonrada şahitlikte bulunan kişilerin şahitlikten rucu' etmeleri durumunda hakim doğrudan karar veren, şahitler ise dolaylı olarak A'ya zarar veren kişiler konumundadırlar. Ancak hakim, şahitlerin beyanına dayanarak

⁵⁷⁵ Gazzalî, **el-Vecîz**, I, 206; Bağdâdî, **a.g.e**, 153; Kadı Sımavna; **a.g.e**, II, 84. Ayrıca bkz. Mahmasânî, **a.g.e**, I, 190. Bu konuda evinin kapısını açık bırakan kişinin doğrudan kusurlu olduğunu düşünen Mâlikî hukukçuların, sonucu hırsıza değil ev sahibine isnat ettikleri anlaşılmaktadır.

⁵⁷⁶ Karafî, **a.g.e**, II, 208; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 190-191; Ahmed, Süleyman, , **a.g.e**, 391.

⁵⁷⁷ İbn Recep, **a.g.e**, 277; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 192; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 42.

⁵⁷⁸ İbn Recep, **el-Kavâid**, 274.

böyle bir hüküm verdiğinden dolayı zarar, hakime değil, dolaylı fiilleri ile (şahitlik) zarara sebebiyet veren şahitlere isnat edilmekte ve zarar kendilerine tazmin ettirilmektedir.⁵⁷⁹

Kişinin, bir başkasını, üçüncü kişilere zarar vermesi için tehdit etmesi veya maddî cebir ve şiddete başvurusu durumunu da aynı bağlamda değerlendirmek gerekir. Maddî cebir ve şiddete (ikrah) maruz kalan kişinin başkasına verdiği zararlarda, mükreh doğrudan, maddî şiddete başvuran mükrih ise dolaylı olarak fiilleriyle zarara sebebiyet vermektedirler. Ancak zararın ortaya çıkmasına mükrihin fiili daha uygun ve elverişli bir sebep oluşturduğu için zarar, fiili doğrudan işleyen mükrehe değil, onu icbar eden dolaylı fail konumundaki mükrihin fiiline isnat edilmektedir.⁵⁸⁰

bc. Fiilin Doğrudan ve Dolaylı Fiile Birlikte İsnat Edilmesi

Zararın doğrudan ve dolaylı olarak işlenen iki fiilin sonucunda ortaya çıkması ve birbirinden bağımsız olarak düşünüldüğünde hem doğrudan hem de dolaylı olarak işlenen fiillerin, bu sonucu meydana getirmeye uygun ve elverişli olması durumunda fiil, hem doğrudan hem de dolaylı faile isnat edilmekte ve her ikisi, birlikte sorumlu tutulmaktadır.⁵⁸¹ Bununla ilgili olarak fıkıh kitaplarında bir çok örnekler yer almaktadır. Mesela, biri binici, diğeri de onu sevk eden iki kişinin aynı hayvanı sevk ettiğini düşünelim. Bu durumdaki hayvanın bir eşyaya zarar vermesi durumunda, zarar, her ikisinin fiilinin ortak sonucu olduğu için, hayvan binicisi doğrudan, hayvan sevk edicisi ise dolaylı olarak sorumlu tutulmakta ve zararın ikisi tarafından birlikte tazmin edileceği ifade edilmektedir.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Bağdâdî, **a.g.e.**, 359; Karafî, **a.g.e.**, II, 208; eş-Şirbînî, **a.g.e.**, IV, 459; Kâsânî, **a.g.e.**, VI, 283; İbn Kudâme, **a.g.e.**, X, 224.

⁵⁸⁰ Fiilin doğrudan işlenen fiile değil, dolaylı fiile isnat edilmesi gereken durumlar hakkında geniş bilgi için bkz. İbn Abidîn, **a.g.e.**, IV, 88; VI, 604; Ahmed, Süleyman, **a.g.e.**, 391-392; Bağdâdî, **a.g.e.**, 176; Şeyhzâde, **a.g.e.**, II, 652. Benzer örnekler için bkz, İbn Âbidîn, **a.g.e.**; Suyûtî, **el-Eşbâh**, 126.

⁵⁸¹ Zeylâî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 312; İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 604; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXVIII, 278; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 191; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 44.

⁵⁸² Zeylâî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 313; İbn Abidin, **a.g.e.**, VI, 605-609; Bâbertî, **a.g.e.**, X, 328.

Yukarıdaki örneği analiz ettiğimizde⁵⁸³, mübâşeret ile tesebbübün birleştiği durumlarda zararın doğrudan işlenen fiile dayandırılması temel ilke olmakla birlikte, müstakil olarak değerlendirildiklerinde doğrudan fiilin de, dolaylı olarak işlenen fiilin de, zararı meydana getirmeye uygun ve elverişli olmaları, ya da doğrudan fiil ile dolaylı fiilin birbirinden ayrılamayacak kadar iç-içe olması durumunda ortaya çıkan zarar mübaşir failin ve mütesebbibin ortak fiili olarak kabul edilmekte ve her ikisi birlikte sorumlu tutulmaktadır.⁵⁸⁴

c. Fiilin Birden Çok Zarara Yol Açması

Fiili birden çok zarara yol açması, başka bir ifade ile zararın müteselsilen başka zararlara yol açması (*tevâlu'du'l-ilel ve'l-müsebbebât*) durumunda, ortaya çıkan birden fazla zarar ile failin fiili arasında illiyet bağı bulunduğu takdirde bütün zararlar failin fiiline isnat edilmektedir. İşlediği fiilin ortaya koyduğu doğrudan zararların, dolaylı olarak başka zararlara yol açması durumunda failin fiilinin bütün sonuçlarından sorumlu olacağına dair klasik fıkıh kitaplarında pek çok örnek yer almaktadır. Biz bunlardan sadece bir kaçına yer vermek istiyoruz.

Evinin duvarı, ikinci kişinin duvarı üzerine yıkılması ve ikinci duvarın da başka bir eşya veya mala zarar vermesi durumunda sonuç, birinci duvar sahibine isnat edilmekte ve birinci duvarın sahibi zararı tazmin ile yükümlü tutulmaktadır. Çünkü bu olayda ev sahibinin duvarı zarara neden olmuş, fiil ile zarar arasında illiyet bağı kesilmemiştir. Ancak ortaya çıkan bu zarardan sonra yıkılan ikinci duvarın sahibi, enkazını kaldırmadığından dolayı yeni bir zararın meydana gelmesi durumunda ise birinci duvar sahibi değil ikinci duvar sahibi zararı tazmin ile sorumlu tutulmaktadır. Klasik fıkıh kitaplarında yer alan buna benzer başka bir örnek de şu şekildedir. Yapı sahibi tarafından gerekli yazılı uyarı yapıldıktan sonra bir duvarın yol üzerine yıkılarak başkasına zarar vermesi durumunda duvar sahibi sorumlu sayılmaktadır. Ancak yoldan geçen bir hayvanın yıkılan duvarın enkazına takılarak telef olması halinde, Ebû Hanîfe ve Muhammed Şeybânî, duvarın yıkılmasının, kişinin kendi mülkünde meydana geldiğini, hayvan sahibinin hayvanına dikkat

⁵⁸³ Dusûkî, **a.g.e**, III, 444-445; Hırşî, **a.g.e**, IV, 348; İbn Recep, **el-Kavâid**, 276-277; İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 564-566; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 191.

⁵⁸⁴ Ahmed Süleyman, **a.g.e**, 390.

ederek oraya sokmaması gerektiğini gerekçe göstererek enkaz sahibinin tazmin ile sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüşlerdir.⁵⁸⁵ Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira yaşadığımız şehir hayatında bina yapım ve onarımı için yetkili makamlardan izin alma ve uyarıcı nitelikte ıfık ve levhalar bulundurmanın yeterli olmayacağı ayrıca, başka bir zarara sebebiyet vermemek için inşaat alanı etrafında güvenlik çemberi oluşturma nın toplumsal bir zaruret olacağı açıktır.

Yukarıdaki örneklerden hareketle, sonuç olarak İslam hukukçularının; aralarındaki illiyet bağı kesilmediği sürece aynı fiilin doğrudan veya dolaylı olarak yol açtığı zararları, birinci fiile isnat ettiklerini; buna karşılık aralarındaki illiyet bağı kesildikten sonra meydana elen zararları ise birinci fiilin sonuçlarından ayrı ve müstakil olarak değerlendirdiklerini ifade etmek mümkündür.⁵⁸⁶

2. İlliyet Bağını Kesen Durumlar

Bir fiil veya sebep, hayat tecrübeleri ve olayların normal akışına göre somut olayda zararlı sonucu doğurmaya mahiyeti itibariyle uygun ve elverişli olmaz ya da başka bir nedenden dolayı etkisi azalırsa buna uygun olmayan illiyet adı verilir.⁵⁸⁷ Örneğin A B'ye gitmek istediği yerin yolunu şaka olarak yanlış gösterir, A bu yolda giderken bir otomobil çarpması sonucu ölürse A'nın davranışı B'nin ölümünün şartlarından birini kapsamakla beraber davranışla zararlı sonuç arasında bir uygunluk söz konusu değildir. Çünkü hayat tecrübeleri ve olayların akışına bakıldığında böyle bir davranışın zararlı sonucu meydana getirmeğe elverişli olmadığı görülmektedir.⁵⁸⁸ İlliyet bağını kesen nedenlere ana başlıkları ile kısaca temas etmek istiyoruz.

⁵⁸⁵ Bağdâdî, **a.g.e**, 185; Merğînânî, **a.g.e**, IV, 145; Başka örnekler için bkz. Kadîhân, **a.g.e**, VI, .43; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VI, s.32; Bağdâdî, **a.g.e**, s.180; **Mecelle**, Md. 611, 772.

⁵⁸⁶ Bağdâdî, **a.g.e**, 185; Şeltût, **a.g.e**, 417; Ahmed, Süleyman , **a.g.e**, 397.

⁵⁸⁷ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 73-74; Eren, **Borçlar hukuku**, II, 90.

⁵⁸⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 91.

a. Mücbir Sebep (Semâvî Âfet)

Pozitif Borçlar hukuku bakımından mücbir sebep kavramı; sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında oluşan genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan ön görülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan olağan üstü bir olay biçiminde tanımlanmaktadır.⁵⁸⁹ İslam hukukçularının ise bu kavramı daha genel ifadelerle ele aldıkları müşahade edilmektedir. Örneğin çağdaş İslam hukukçularından Mahmut Şeltut bu kavramı **“insanın kaçınma imkanının bulunmadığı bir sebep”**⁵⁹⁰; Suphî Mahmasanî ise **“insanın müdahale etme alanının dışında geçici (arızı) her türlü etkenin bulunduğu bir durum”**.⁵⁹¹ biçiminde tanımlamışlardır.

Mücbir sebeple beklenmeyen (ya da umulmayan) hal arasında nitelik yönünden değil nicelik bakımından fark bulunmaktadır. Mücbir sebep teşkil eden olay umulmayan hale göre daha yoğunluk ve mutlak bir kaçınılmazlık gösterir.⁵⁹² Mücbir sebebi teşkil eden olay tabii, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı bir olay veya davranış da olabilir.⁵⁹³ Yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi aşırı fırtına gibi tabii olaylar ile savaş, ihtilal, isyan gibi beşeri olaylar mücbir sebebi teşkil eden durumlardır.⁵⁹⁴ Mücbir sebebin en önemli unsuru kaçınılmazlıktır. Bu da alınan bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkan ve araca rağmen mücbir sebebi teşkil eden olayı önlemek mümkün olmaz.⁵⁹⁵

Klasik fıkıh kitaplarında yer alan örnekler, İslam hukukunda da mücbir sebebin, illiyet bağıını kesen bir durum olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Örneğin bir geminin, gemi kaptanının bilmediği veya göremediği bir kayaya çarpmak suretiyle veya şiddetli rüzgar nedeniyle, yahut yükselen bir dalgadan dolayı batması halinde gemi mürettebatı sorumlu tutulmamaktadır.⁵⁹⁶ İçine sıvı yağ konulan ve kapağı açık bırakılan bir kabın, deprem veya herhangi bir sarsıntı gibi

⁵⁸⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 93; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 464.

⁵⁹⁰ Şeltût, **a.g.e.**, 421.

⁵⁹¹ Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 208.

⁵⁹² Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 78.

⁵⁹³ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 464; Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 94.

⁵⁹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 94.

⁵⁹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 96; Tandoğan, **a.g.e.**, 465.

⁵⁹⁶ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 10; Şeltût, **a.g.e.**, 421.

kaçınılması mümkün olmayan (mücbir sebep) bir nedenden dolayı kırılarak veya devrilerek içindeki yağın telef olması halinde kabın kapağını açık bırakan kişinin tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır.⁵⁹⁷ Çünkü her iki durumda da mücbir sebebin, zarar ile failin eylemi arasındaki illiyet bağıını kestiği kabul edilmektedir.

b. Beklenmedik Olay

Beklenmedik olay, sorumlu şahsın irade ve davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz surette ihlali sonucu doğan olay olarak tanımlanmıştır.⁵⁹⁸ Bu bakımdan mücbir sebep ile beklenmedik olay arasındaki ince-teknik ayrıntıyı dikkate almak gerekir. Beklenmedik olayda zarar, kişinin kaçınabilmekle beraber engel olamayacağı bir durumdan kaynaklanır. Buna karşılık mücbir sebep te ise kişinin zarardan kaçınması veya engel olması esasen mümkün değildir. Örneğin, bir kurdun, beklenilmeyen bir yerde bir koyun sürüsüne saldırarak zarar vermesi beklenmedik olay kapsamında mütalaa edilebilir. Beklenmeyen bir durum ile karşı karşıya kaldığı ve zarara engel olma imkanı bulunmadığı için zararın çobanın kusur ve ihmali sonucu meydana geldiği düşünülemez.⁵⁹⁹ Ancak saldırının, çobanın engel olabilme imkanının bulunduğu durum ve şartlarda gerçekleşmesi, beklenmedik olay kapsamında mütalaa edilmemiş ve çobanın zararı tazmin ile yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki, beklenmedik olayın illiyet bağıını kesen bir durum olarak kabul edilebilmesi, ilgilinin bu zarara engel olamaması şartına bağlanmaktadır.

Buna karşılık çok sayıda kurdun sürüye saldırarak zarar vermesi ise, kaçınılması mümkün olmayan mücbir sebep ve buna bağlı olarak da illiyet bağıını kesen bir durum olarak kabul edilmiştir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Bağdâdî, **a.g.e.**, 117, 149; eş-Şirbînî, **a.g.e.**, III, 339; er-Remlî, **a.g.e.**, V, 153; el-Cemel, **a.g.e.**, V, 404-405; el-Buceyrîmî, **a.g.e.**, III, 113; Ali Haydar, **a.g.e.**, 542 (Md.919 şerhi), Md.,927. Mücbir sebeplerle ilgili başka örnek ve durumlar için ayrıca bkz. Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 208, 209, Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 33-34; Feyzullah, **a.g.e.**, 105; el-İbâdî, **a.g.e.**, I, 343; İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 119; **Mecelle**, Md.891.

⁵⁹⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, I, 328.

⁵⁹⁹ Şeltût, **a.g.e.**, 421; Ahmed, Süleyman Muhammed, **a.g.e.**, 398.

⁶⁰⁰ Bağdâdî, **a.g.e.**, 29-30; Kâdîhân, **a.g.e.**, IV, 508.

c. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru da, illiyet bağıını kesen durumlardan birisi olarak kabul edilmiştir. Çağdaş borçlar hukuku kaynaklarında, işyerinde hareket eden bir kamyonu, zarar gören görevi icabı bindiği bir motorsikletle giderken çarpıp yaralanması; işyerinde kullanılan demiryolu üzerine bir işçinin intihar etmek kastıyla tren gelirken kendisini atarak ölmesi, zarar görenin kusuruna örnek verilmektedir. İlk bakışta olayların normal akışına göre işverene ait kamyon ve demiryolu işletmesiyle zarar arasında uygun bir illiyet bağıının bulunduğu açıktır. Örneklerde olduğu gibi hareket eden trenin raylar üzerinde yatan kişiyi ezerek öldürmesi olayı normal akışına uygun ve elverişlidir. Ancak işveren, işçinin şahsi kusurunu ileri sürerek sorumluluktan kurutulabilir. Çünkü bu olayda işçinin kusurlu davranışı o kadar açıklık arz etmektedir ki zararlı sonucun yegane uygun sebebinin teşkil etmekte ve makinistin hareketini ikinci plana iterek uygun illiyet bağıını kesmektedir.⁶⁰¹

d. Üçüncü Şahsın Kusuru

Üçüncü şahıs kavramı, zarar gören, zarar veren ve bunların istihdam ettiği veya velayetleri altında bulundukları için davranışlarından sorumlu oldukları kişilerin dışında kalan şahısları ifade eder.⁶⁰² Üçüncü şahsın davranışı, kusurlu olabileceği gibi kusursuz da olabilir. Üçüncü şahsın kusuruyla zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesmesi için üçüncü şahsın kusurunun daha etkin olması gerekir. Örneğin, A bir evin zeminine yağ dökmüş ancak evin kapıcısı B, yağ lekesini silmeyi ihmal ederek ayağı kaymış ve düşerek bacağını kırmıştır. B'nin, A'ya tazminat davası açması durumunda A, zararın B'nin ağır ihmali yani kusurlu davranışı sonucunda meydana geldiğini, başka bir ifade ile mağdurun uğradığı zarar

⁶⁰¹ Eren, **Borçlar hukuku**, II, 99-100; Gürkanlar, **a.g.e.**, 94-96; Bu konuda klasik fıkıh kitaplarında yer alan örneklerin, yazıldıkları dönemin ekonomik ve sosyal şartlarını yansıttıkları ve günümüz bakımından güncelleştirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Örnekler için bkz. Bağdâdî, **a.g.e.**, 144,153, 164; Kâdî Sımâvna, **a.g.e.**, II, 90; Mahmasânî, **a.g.e.**, I, 207; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 36-37; Ahmed, Süleyman, **a.g.e.**, 399-400.

⁶⁰² Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 105.

ile kendi fiili arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunduğunu, kendi fiili ile sonuç (zarar) arasındaki illiyet bağının kesildiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması gerektiğini savunabilir.⁶⁰³

Öte yandan bazen bir zararın oluşmasında birden çok sebep etkili olur. Sebeplerin çokluğu durumunda; sonucun gerçekleşmesine engel olan, başka bir ifade ile zararın meydana gelmesine en uygun ve elverişli olan durum asıl sebep olarak kabul edilir. Çünkü en uygun sebep (illiyet bağı), diğer sebeplerle zarar arasındaki illiyet bağına kesmektedir. Mesela bir yere çukur kazan ancak gerekli tedbiri almayan ve ikaz işaretleri koymayan kişi bu davranışıyla kusur işlemiş sayılır. Şayet ikinci bir kişi, fırsat kollayarak kendisinden alacağı bulunan bir başka kişiyi o çukura doğru yönlendirerek oraya düşüp zarar görmesi durumunda ikinci şahsın kusuru birinci şahsın kusurunu da kapsayarak doğrudan o fiili işlemiş sayılır.⁶⁰⁴

Bu durum ister ikinci veya üçüncü şahısların kusurun neticesinden dolayı meydana gelmiş olsa da hüküm bakımından aynıdır. Zira bu son sebep esas sorumluluk nedenidir. Şayet sebeplerin fazlalığı illiyet bağında öncelik şeklini almaz ve her bir sebep bağımsız olarak zararın meydana gelmesinde etkili olursa kusurlu kişiyi belirlemek zorlaşır. Bir görüşe göre sebeplerin çokluğu durumunda her bir kusurun zararın oluşmasında etkisi bulunmaktadır.⁶⁰⁵ Mesela, gerekli itinaı göstermediği için arabası çalınan ve çalınan arabayı süratle kullanan hırsızın bir yayaya çarptığını düşünelim. Otomobil sahibinin, otomobilinin çalınmaması için gerekli tedbiri almadığı kuşkusuzdur. Ancak kazanın kendi arabasıyla yapılmış olması, o zararın otomobilin sahibine isnadı için yeterli değildir. Çünkü, hırsızın fiili, sonuç ile otomobil sahibi arasındaki illiyet bağına kesmektedir. Söz konusu örnekte zarar ile hırsızın fiili arasında doğrudan bir sebep sonuç ilişkisi bulunduğu için fiil ve bundan doğacak tazmin sorumluluğu da otomobil sahibine değil hırsıza terettüp etmektedir.⁶⁰⁶

⁶⁰³ Eren, **Borçlar Hukuku**, II, 103. Başka örnekler için bkz. Ferec, **a.g.e.**, 392.

⁶⁰⁴ Ferec, **a.g.e.**, 393.

⁶⁰⁵ Ferec, **a.g.e.**, 393.

⁶⁰⁶ Ferec, **a.g.e.**, 394.

Zarar görenin kusuru konusunda ifade edilen hususlar sebep ile müsebbip arasına giren üçüncü kişinin kusuru için de söylenebilir. Mesela, bir kişinin, içinde donmuş madde bulunan başkasına ait bir kabı açması, üçüncü kişinin de eriyip akmasına neden olması durumunda kabın ağzını açan değil, erimesine sebep olan üçüncü kişi tazminle sorumlu tutulmaktadır.⁶⁰⁷ Çünkü zarar ile ikinci kişinin fiili arasındaki illiyet bağı kesilmektedir.

⁶⁰⁷ Gazzâlî, **el-Vecîz** I, 206. Başka örnekler için bkz. Bağdâdî, **a.g.e.**, 171, İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 451-453; Karafî, **a.g.e.**, II, 204; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 35-36; Ahmed, Süleyman, **a.g.e.**, 400; Feyzullah, **a.g.e.**, 106; **Mecelle**, Md.90.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİLDEN DOĞAN TAZMİNAT

I. TAZMİNAT KAVRAMININ HUKUKİ MAHİYETİ VE TAZMİNİN ÖNEMİ

A.Tazminat Kavramının Hukuki Mahiyeti

Tazmin, kişinin başkalarının haksız fiili sonucunda uğradığı zarar ve ziyanın telafi edilmesi, başka bir ifade ile mal varlığında meydana gelen eksilmeyi ortadan kaldırarak mal varlığını haksız eylem yapılmamış gibi eski haline getirilmesi⁶⁰⁸ biçiminde tanımlanmıştır.

Sorumluluk hukukunun temel maksadı bir kimsenin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi (zarar) aynen veya nakden gidermek, zararlı bir fiilden dolayı zarar görenin mal varlığındaki eksilen değerin yerine nitelik ve nicelik bakımından dengi bir değer koymaktır. Eksilen değer yerine, imkan olduğu sürece aynı nitelikte veya nitelik bakımından ona denk bir değer konulması gerekir. İşte zarar verenin yerine getirmekle yükümlü olduğu şeye tazmin yükümlülüğü denir.⁶⁰⁹

B. Borçlar Hukuku Açısından Zararın Tazmininin Önemi

İslam hukukçuları, adalet ve hakkaniyet ilkelerine riayet edilerek ortaya çıkan zarar ile bu zarara karşılık mağdura ödenecek tazminat arasında bir denge sağlanmasına büyük itina göstermişlerdir. Bir taraftan bedensel-cismani zararlara ağır cismani ve bedensel cezaların öngörülmesi, bedensel ceza yerine maddî tazminat talep edilmesi durumunda ise failin, mağdura ağır mali tazminat ödemekle yükümlü tutulması; diğer taraftan mala yönelik haksız tecavüzlerden dolayı haksız fiil failinin, duruma göre yok ettiği veya zarara uğrattığı malı aynen ya da misli ile veya kıymet bedeliyle tazmin etmekle yükümlü tutulması İslam hukukunda hayat ve mülkiyet hakkının ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Failin ödediği ağır maddî ve manevî tazminat, kendisi açısından aynı zamanda bir ceza niteliği taşıırken, mağdur açısından ise bir telafi özelliği

⁶⁰⁸ Şener, Esat, **Açıklamalı Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü**, Sözkese Matbaacılık Tic.Ltd.Şti. Ankara, 2001, 772.

⁶⁰⁹ Eren, a.g.e, II, 298.

taşımaktadır. Mağdura maddî bedel ödemek zorunda kaldığından dolayı tazminat cezasının fail açısından aynı zamanda suçtan caydırma özelliği bulunmakta ve bundan sonraki davranışlarında ve beşeri ilişkilerinde daha dikkatli olmasını sağlamaktadır. Buna karşılık mağdurun zararını karşılayan tazminat, mağduru manevî yönden de tatmin ederek psikolojik olarak rahatlatmaktadır.

İslam hukuku bakımından insanların zarara uğratılmaması temel ilkedir. Ancak hangi şekilde meydana gelirse gelsin bir zararın ortaya çıkması durumunda ise bu zararın karşılanması da başka bir temel ilkedir. Bu nedenle İslam hukukunda meydana geldikten sonra da zararın aynen devam etmesine müsaade edilmemiştir. Bu itibarla, meydana gelen zararı telafî etmek ve imkan ölçüsünde zararın izlerinin ortadan kaldırılarak zarar gören mal veya eşyanın zarara uğramadan önceki haline getirilmesine büyük bir önem verilmiştir. Bu bakımdan İslam borçlar hukukunda nev-i şahsına münhasır (**sui generis**) orijinal bir tazmin sisteminin geliştirildiğini ifade etmek mümkündür.

II. TAZMİN TÜRLERİ

Borçlar hukuku bakımından kişinin, haksız fiil sebebiyle uğradığı zararın veya mağduriyetin giderilmesinin en rasyonel biçimi, bu zararın adalet ve hakkaniyet ilkelerine en uygun bir şekilde giderilmesidir. Uğranılan maddî zararların karşılanıp zararın giderilmesi en genel anlamı ile maddî tazminat; maruz kalınan manevî zararların mali bir bedel ile giderilmesi ise manevî tazminat olarak isimlendirilmektedir. Maddî ve manevî zararları tezimizin ikinci bölümünde ele almıştık. Bu bölümde ise maruz kalınan zarar kriterini esas alarak maddî ve manevî zararların nasıl tazmin edildiğini iki ana başlık altında incelemeye çalışacağız.

A. Maddî Zararların Tazmini

Maddî tazminat kavramı, maddî zararın yani bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında ve rızası hilafına meydana gelen eksilmelerin telafisi için bu zarara neden olan kişinin, bu eksilmenin yerine ikame edilmek üzere ifa (eda) etmesi

gereken yükümlülük⁶¹⁰ şeklinde açıklanmaktadır. Sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, haksız fiili ile başkasına zarar veren kişinin, mağdurun mal varlığında meydana gelen eksilmeyi giderme, tamamen yok olması durumunda ise, malın misli veya kıymetî olmasına göre aynıyla veya kıymet bedelini ödeyerek mağdurun uğradığı zararı karşılama (tazmin) zorunluluğu doğar. Maddî tazminatın amacı, zarar zarara yol açan olay meydana gelmese idi, zarar gören mal varlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasını sağlamaktır.⁶¹¹

Zarar ile tazminat arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu bakımdan maddî tazminat, zarar görenin mal varlığında meydana gelen zararın tamamını karşılamalıdır. Ancak tazminat zararın azami miktarıyla sınırlı olmalı, en azından bu sınırı aşmamalıdır. Çünkü mağdura tazminat ödemenin temel esprisi (amacı), zarar vereni cezalandırmak ve zarar göreni zenginleştirmek değil, ortaya çıkan zararı karşılamaktır.⁶¹² Uğradığı maddî-cismani zararlar karşılığında mağdura mali bedel ödenmesi, tedavi giderlerinin karşılanması, taşınır (menkul) malların gasp veya itlâf edilmesinden doğan zararların tazmini, taşınmaz (gayr-i-menkul) malların yıkımı, çökmesi, çorak hale gelmesi ve diğer pek çok sebeplerden doğan zararların giderilmesi gibi konular maddî tazminat kapsamında yer almaktadır.⁶¹³

İslam hukukunda maddî bir zararın, bir mal veya eşya ile karşılanması için, bir şeyi bedeli ile karşılamak anlamındaki **ta'vîd** ve **tazmîn** terimleri kullanılmaktadır. Buna göre ta'vid veya tazmin terimleri, zarar gören bir eşyayı, zarar görmeden önceki (eski) haline getirmek ve zararın izlerini yok etmek anlamını ifade etmektedir. İslam hukukuna göre malın tazmine konu olabilmesi için, malda somut bir zararın meydana gelmesi şartı aranmaktadır. Çünkü zararın telafi edilmesi veya mağdura bir bedel (**ıvad**) ödenmesi, mağdurun mâlî bir zarara uğramasından dolayıdır.

İslam hukukçularının, dokunulmazlık ilkesinden hareketle tazminde, zararın az veya çok (**zarar-ı yesîr veya zarar-ı fâhiş**) olmasını dikkate almadıkları, normal

⁶¹⁰ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 252.

⁶¹¹ Eren, **a.g.e**, II, 343; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 252.

⁶¹² Eren, **a.g.e**, II, 343-344.

⁶¹³ Şener, **a.g.e**, 485.

olarak (adeten) malın kendisinden beklenen fonksiyon ve menfaati kaybetmesi de dahil olmak üzere⁶¹⁴ mağdurun haksız fiil sonucu uğradığı bütün zararların tazmin konusu olduğunu ilke olarak benimsedikleri görülmektedir.⁶¹⁵ Ancak bu temel ilkeden, mağdur açısından katlanılabilir (tolere edilebilir) bazı durumların istisna edildiğini de belirtmek gerekir. Bu istisnai durumlara kendi arazisini sulamak için komşusunun arazisinden su akıtma (**hakk-ı mesîl**) hakkı bulunan kişinin, bu hakkını kullanırken doğacak cüz'î zararların veya bir yangını söndürmek için başkasının bina veya arazisinden geçilirken ortaya çıkan zararların tazmin edilmeyeceği örnek verilmektedir. Zira birinci durumda (**hakk-ı mesîl**) kişi, hukuki en meşrû kılınan bir hakkını kullanmakta; ikinci durumda ise daha büyük bir kamusal zarara neden olabilecek yangının söndürülerek tehlikenin daha hafif bir zararla bertaraf edilmesi söz konusu olmaktadır.⁶¹⁶ Mecelle'deki az zarar (**zarar-ı yesîr**) ve çok zarar (**zarar-ı fâhiş**) ayırımının bu amaçla yapıldığını ifade etmek mümkündür.⁶¹⁷

Maddî zararın tazmini genel olarak zarara uğrayan malın, eski haline getirilmesi yahut misli veya kıymetiyle tazmin edilmesidir. Bu tazmin de ödeme şekillerine göre borçlar hukukunda bir ayırıma tabi tutulmuştur

2. Maddî Zararların Tazmin Şekilleri

İslam hukukunda, zarar gören mal veya eşyanın tazmininde; öncelik sırasına göre zarar gören mal veya eşyanın aynen iade edilmesi, bunun mümkün olmaması durumunda malın misli ile tazmin edilmesi, bunun da imkansız olması durumunda malın kıymet bedelinin ödenmesi olmak üzere üçlü bir tazmin sisteminin esas alındığı görülmektedir. Biribirinden farklı hususiyetler arz eden bu tazmin biçimleri hakkında kısaca bilgi vermek istiyoruz.

⁶¹⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 164; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, I, 216; V, 286; XXVIII, 129; XXXI, 229.

⁶¹⁵ Ahmed, Süleyman, **a.g.e.**, 220, el-Hafif, **a.g.e.**, 43-44.

⁶¹⁶ Baz, **a.g.e.**, I, 511, el-İbâdî, **a.g.e.**, I, 343; İbn Abidîn, **a.g.e.**, VI, 199.

⁶¹⁷ **Mecelle**, Md. 26, 27, 1200- 12003.

a. Malın Aynen İade Edilmesi

Tazminde, (gerçekleştirme imkanı bulunduğu takdirde) zarar gören mal veya eşyanın aynen iade edilmesi temel ilkedir.⁶¹⁸ Çünkü meydana gelen zararı hem maddî olarak (**sûreten**), hem de fonksiyon olarak (**manen**) karşılaşmanın en adil ve mükemmel şekli, mal veya eşyayı aynen iade etmektir Buna göre başkasına ait bir malın zorla alınması (gasp) durumunda, mevcutsa malın aynen sahibine iade edilmesi gerekir. Gasp edilen ancak aynen mevcut olan mal veya eşyanın aynen iade edilme yerine mislinin veya kıymet bedelinin ödenmesi ise mağdurun kabul etmesi (rızası)'ne bağlıdır. Aksi takdirde mal mevcut olduğu için, aynen iade edilmesi gerekir.⁶¹⁹ Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi malın misli ile veya kıymet bedeli ile tazmin edilmesi yöntemine ancak malın aynen mevcut olmaması durumunda başvurulmaktadır.⁶²⁰ Bu tür tazmin şekli, İslam hukukunda en ideal tazmin biçimi (kamil tazmîn) olarak değerlendirilmiştir. Peygamberimizin (s.a.v) “**kişi, sahibine iade edinceye kadar, başkasından aldığı şeyden sorumludur.**”⁶²¹) ve “**hiç biriniz arkadaşının malını ne şaka yoluyla ne de ciddi olarak almasın, bu şekilde arkadaşının esasını bile alan varsa onu geri versin**”⁶²² anlamındaki hadisleri bu hükme temel teşkil etmektedir.

İslam hukukçuları, hırsızın had cezası ile birlikte ayrıca çalınan mislî veya kıymet malın misli veya kıymetiyle tazmin edilip-edilmeyeceği konusunda farklı görüşlere sahip olmuşlardır. İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve diğer bir kısım hukukçular, hırsızın çalmış olduğu malı itlâf etmesi halinde mislî mal ise misliyle, kıymet mal ise çaldığı günkü kıymetiyle tazmin etmesi gerektiği görüşünü benimsemişlerdir. Bu görüşü benimseyen hukukçulara göre faile had cezasının uygulanması hırsızlık suçunun mağdurun tazminat talebi hakkını ve buna bağlı olarak da failin tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Çünkü hırsızlık suçunda hem kamunun hakkı (**hakkullah**), hem de kişi hakkının (**hakk-ı âdemî**) ihlali söz

⁶¹⁸ İzz b. Absisselâm, **a.g.e**, I, 130, Karafî, **a.g.e**, I, 214; İbn Rüşd, **a.g.e**, IV, 2007; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 374.

⁶¹⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz.el- Mavsilî, **a.g.e**, III, 59; Dusûkî, **a.g.e**, V, 163.

⁶²⁰ İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, 124; Merğînânî, **a.g.e**, IV, 12, İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 374-375; Karafî, **Furûk**, I, 214.

⁶²¹ Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 5/8,12,13; Tirmizi, **Buyu'**, 39; İbn Mâce, **Sadakat**,5.

⁶²² Ahmed b. Hanbel, **a.g.e** 4/221; Ebû Dâvud, **Edep**, 85.

konusudur. Dolayısıyla hadd cezasının uygulanmasıyla kamu hakkı ifa edilmekte, tazmin ile de mağdurun zararı giderilmektedir. Bu bakımdan hırsızlık suçundan dolayı faile had cezasının infaz edilmiş olması, mağdurun zararının tazmin edilmesi hakkını ortadan kaldırmaz. Kamunun can ve mal güvenliğine karşı işlenen hirâbe (**kât'u't-tarîk**) suçundan doğan zararların tazminini de bu bağlamda değerlendirmek gerekir.⁶²³

aa. Malın İade Yeri

Gasp edilen malın, gasp edildiği yerde sahibine iade edilmesi temel ilkedir.⁶²⁴ Zira mekanlar değiştikçe mal ve eşyanın kıymeti de değişebildiği gibi, gasp edildikten sonra başka bir yere götürülen mal veya eşyanın sahibine iadesi, ilave bir nakliye ücretini de gerektirebilir. Bu nedenle malı gasp edilen mağdurun nakliye ücreti ödeyerek yeni bir zarara uğramasını engellemek bakımından malın, gasp edilen yerde iade edilmesi adalete en uygun yöntem olarak görülmektedir.⁶²⁵ Ancak mal sahibinin, gasp edilen malını gasp edildiği yerden başka bir yerde bulması durumunda malını, bulduğu yerde geri alabileceği gibi, malın, kendisine gasp edildiği yerde iade edilmesini de isteyebilir.

Mal sahibi, gasp edildikten sonra başka bir yere götürülen malını gasp edildiği yere taşıması külfetli ve zahmetli olduğu için bunları gasp edildiği yerden başka bir yerde teslim almaktan kaçınabilir ve gâsıbı, malları kendisine gasp mekanında iadeye zorlayabilir. Malını, gasp edildiği mekandan uzak bir yerde teslim almayı kabul etmesi durumunda mal sahibi, ayrıca malın iadesi için yaptığı nakliye ve diğer masraflarını (**meûnet-i red** ve **meûnet-i sükna**) gâsıba ödettirebilir.⁶²⁶ Ancak mal sahibi, para gibi taşınma masrafı ve külfeti olmayan mağsûb malları başka bir yerde teslim almaktan kaçınarak gâsıbı, malı gasp ettiği yerde iadeye

⁶²³ Şâfiî', **a.g.e**, VI, 139; Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali b. Yûsuf Firûzâbâdî, (ö.476/1083), **el-Mühezzebe fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995, III, 365-367; İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 279; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 133.

⁶²⁴ **Mecelle**, Md.890.

⁶²⁵ İzz b. Abdisselam, **a.g.e**, I, 130; Suyûtî, **el-Eşbâh**, s.468; Busak, Muhammed b. El-Medenî, **et-Ta'vîz an'id-Darar fî'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru Eşbiliya, Riyâd, 1999, 213; Ayrıca bkz. **Mecelle**, Md.890.

⁶²⁶ **Mecelle**, Md.890; Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, 273.

zorlayamaz.⁶²⁷ Fakat bu durum mal sahibi için her zaman uygun olmayabilir. Örneğin teslim yerinin güvensiz (**mahal-i mahûf**) olması durumunda mağdurun gâsıptan, gasp ettiği malı gasp mekanında iadeye zorlama hakkı mahfuzdur.⁶²⁸

Malın, gasp edildiği yerde sahibine iade ve teslim ettiği takdirde gâsıp tazmin yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Gâsıp, gasp ettiği malı, sahibine doğrudan teslim edebileceği gibi, sahibinin alabileceği şekilde dolaylı olarak iade edebilir. Malın, sahibine iade edildiği kabul edilen iki durumdan birincisine **redd-i hakîkî**, ikisine ise **redd-i hükmî** denilmektedir.⁶²⁹

ab. Malı İade Etmenin İmkansızlığı

Gâsıbın elinde bulunan mal veya eşyanın kendiliğinden aynen iade edilmesi temel prensip olmakla birlikte bazı durumlarda malın aynen iade edilmesi imkansız hale gelebilir. Bu durumları, maddeler halinde şöylece özetleyebiliriz.

a) Gasp edilen mal veya eşyanın kendiliğinden yok (telef) olması veya gâsıp tarafından yok (itlâf) edilmesi.

Gasp edildikten sonra mal veya eşyanın doğrudan gâsıp tarafından itlâf edilmesi veya herhangi bir sebeple telef olması durumunda mal veya eşyanın aynen iade imkanı ortadan kalkmaktadır.

b) Gasp edilen mal veya eşyanın İslam ülkesinin dışına çıkarılması.

Müslümana ait olan bir mal veya eşyanın, İslam ülkesinin kendileri ile savaş halinde bulunan ülke vatandaşı (**harbî**) statüsünde bulunan bir kişi tarafından gasp edildikten sonra daru'l-harbe götürülmesi. durumunda İslam devletinin, harbi üzerinde velayet hakkı bulunmadığı için malın, sahibine aynen iade edilmesi imkanı bulunmamaktadır.

⁶²⁷ Ali Haydar **Şerhu Mecelle**, II, 456. Ancak kanaatimizce bu husus da günümüz açısından tartışmaya açıktır. Çünkü günümüzde nakit paranın şahıslarca bir yerden başka bir yere nakli riskli olduğu için, bankalar aracılığı ile yapılmakta, bankalar ise bu işlem için ayrıca bir bedel almaktadırlar.

⁶²⁸ **Mecelle**, Md.894.

⁶²⁹ **Mecelle**, Md.892-893.

c. Gasp edilen mal veya eşyanın nitelik olarak değişikliğe uğraması.

Gasp edilen mal veya eşyanın hukukî tağyire uğraması veya nitelik olarak değişmesi durumunda, eşya veya malın aynen iade imkanı ortadan kalkmaktadır. Gasp edilen buğdayın, un haline getirilmesi veya tohum olarak tarlaya ekilmesi, demirin işlenerek kılıç veya başka bir alet haline getirilmesi, üzümün suyunun sıkılarak meyve suyu haline getirilmesi, ipliğin dokunup kumaş haline getirilmesi veya kumaşın kesilmesi veya elbise olarak dikilmesi kısaca bir mal veya eşyanın menfaat veya fonksiyonunu kısmen ya da tamamen kaybetmesi bu duruma örnek verilmektedir. Malın (**ayn**) fonksiyonunu kaybederek âdeten kendisinden faydalanılmaz hale gelmesi örneğin bir kişiye ait olan malın başkasının malı ile karıştırılması da mal ve eşyanın nitelik olarak değişikliğe uğraması kapsamında mütalaa edilmektedir.⁶³⁰ Hukuki tağyir olarak da isimlendirilen bu durumlarda nitelik olarak (**sûreten ve ma'nen**) değişikliğe uğradığı için gasp edilen mal veya eşyanın aynen iadesi mümkün değildir. Mal veya eşyayı sahibine aynen iade mümkün olmadığı için malın fonksiyonunu kaybetmesi durumunda gâsıp malın bedelini mal sahibine ödemek zorundadır.⁶³¹

d) Aynen iadenin malın bedelinden daha büyük bir zarara yol açması

Gasp edilen mal veya eşyanın, sahibine iade edilmesi durumunda gâsıbın gasp ettiği malın değerinden daha ağır bir zarara uğraması durumu, aynen iadeyi ortadan kaldıran zorunlu bir durum olmamakla birlikte adalet ve hakkaniyet ilkelerinin öngördüğü bir durum niteliği arz etmektedir. Çünkü bu durumda malın sahibine aynen iadesi, daha büyük bir zarara yol açmaktadır. Daha büyük bir zarara engel olmak için bu durumda aynen iade yerine malın kıymet bedelinin ödenmesi adalet ve hakkaniyet ilkelerine daha uygun görülmektedir. Bu genel fıkıh ilkesi,

⁶³⁰ Bûsâk, **a.g.e.**, s. 215.

⁶³¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kâsânî, **a.g.e.**, V, 158; Mavsilî, **a.g.e.**, III, 59,62; Mollâ Hüsrev; **a.g.e.**, II, 266; İbn Hazm, **a.g.e.**, VIII, 149; Hattâb, **a.g.e.**, V, 279; İbn Rüşd, **a.g.e.**, IV, 2008-2009; er-Râfî', **a.g.e.**, XI, 294; İbn Kudâme, **a.g.e.**, V, 403.

Mecelle’de “**ehveni şerreyn ihtiyar olunur.**”⁶³², ve “**zarar-ı eşedd, zarar-ı ehaff ile izâle olunur.**”⁶³³ biçiminde ifade edilmiştir.

Örneğin A, gasp ettiği başkasına ait bir arsaya ağaç dikmiş veya bu arsa üzerine bir bina inşa etmiştir. Bu durumda arsası gasp edilen mağdur ile, gâsıbın hakkı iç-içe bir durum arz etmektedir. Gâsıbın, gasp ettiği mal veya eşya üzerinde bir takım tasarruflarda bulunması, mağdurun zararının tazmin edilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Ancak, diğer taraftan gâsıbın, gasp ettiği arsayı, sahibine aynen iadesi durumunda kendisi daha büyük maddî bir zarara uğrayabilir. Bu tür durumlarda fukahanın üç farklı çözüm yöntemi geliştirdikleri görülmektedir.

Birinci görüşe göre arsa üzerindeki bina ve ağaçların her halu kârda yıkılıp sökülerek arsanın, sahibine iade edilmesi gerekir. Bu görüşte bina ve ağaçların kıymetinin arsadan fazla olması veya haksız zilyed’in iyi niyetli bulunması, sonucu değiştirmez.⁶³⁴

İkinci görüşte ise binanın yıkılması ve ağaçların sökülmesi arsaya zarar vermiyorsa bunlar kaldırılarak arsa, sahibine iade edilir. Bunların kaldırılması arsaya zarar veriyorsa bu durumda bunların iyi niyetle yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın değeri az olan çok olana tabi olur. Yani bina ve ağaçların kıymeti arsadan daha çok ise gâsıp arsanın bedelini ödeyerek ona malik olur. Arsanın bedeli fazla ise bu takdirde arsa sahibi bina ve ağaçların bedelini ödeyerek onların mülkiyetini kazanır.⁶³⁵ Hanefî fakihlerinden Kerhî tarafından savunulan bu görüşte, haksız zilyedin iyi niyetli olup olmadığı dikkate alınmaksızın değeri az olan mal veya eşyanın, çok olana tabi olması durumu, haksız yere başkasının malını gasbeden kişilere cesaret vereceği mülahazasıyla haklı eleştirilere tabi tutulmuştur.⁶³⁶

Mecelle’nin de benimsediği üçüncü görüşe göre ise binanın yıkılması ve ağaçların kaldırılması arsaya zarar vermiyorsa kaldırılır ve arsa, sahibine iade edilir. Ancak zarar veriyorsa değeri az olan, çok olana tabi olmaz. Bina ve ağaçların değeri

⁶³² Mecelle, Md. 29; ayrıca bkz. Mecelle, Md.26, 28,29.

⁶³³ Mecelle, Md.27.

⁶³⁴ Ali Haydar, **a.g.e**, VIII, 193-194; Aydın **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, 269.

⁶³⁵ Bağdadî, **a.g.e**, 127; Ali Haydar, **Şerhu Mecelle**, VIII, 193-194; Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, 269.

⁶³⁶ İbn Abidin, **a.g.e**, VI, 192.

ne olursa olsun, arsa sahibi, değerini vererek bunlara sahip olur.⁶³⁷ Arsa sahibi bina ve ağaçlara sahip olmak istiyorsa, bunların hali hazırdaki değerlerini değil bunların sökülmiş ve yıkılmış haldeki değerlerinden söküm ve yıkım (**müstahikku'l kal'**) değerlerini ödemek zorundadır. Mecellenin benimsediği bu görüş ile gâsıplara sert davrandığı, uğrayacakları zararı adeta dikkate almadığı buna karşılık mülkiyetin korunmasına hassasiyet gösterdiği anlaşılmaktadır.⁶³⁸

b. Zarar Gören Malın Misli İle Tazmini

Yukarıda gasp veya itlâf edilen mal veya eşyanın aynen tazmininin temel ilke olduğuna, ancak bazı durumlarda aynen iadenin mümkün olmadığına temas etmiş idik. Malın aynen iadesinin gerçekleştirilemediği durumlarda en ideal tazmin biçimi, malın misli ile karşılanarak zararın giderilmesidir.

Mislî mal kavramını, birimleri arasında önemli bir fark bulunmayan ve biri diğerinin yerine ikame edilebilen para, buğday, basılı kitap, hurma gibi nesneler⁶³⁹ biçiminde tanımlamak mümkündür. Mecelle'nin, çarşı ve pazarda mu'tad olarak bulunan ve aralarında fiyat farkı olmayan mal⁶⁴⁰ biçimindeki tanımı klasik fıkıh kitaplarındaki mislî mal kavramını açıklar niteliktedir. Tanımdaki **misli** kavramı, mal ve eşyalar arasındaki aynîliği veya yakın benzerliği vurgulamaktadır. Peygamberimizin hadislerinde de mislî mallara atıflar yapıldığı görülmektedir.⁶⁴¹ Buna göre biri, diğerinin yerine ikame edilemeyecek şekilde birimleri arasında farklılık bulunan malları, örneğin sanat eserleri, el yazması kitaplar, evleri misli mal kapsamında mütalaa etmek mümkün değildir. Bazı durumlarda ise örneğin antika paralar, pullar gibi esasen misli olan bir malın, zamanla benzerlerinin azalması veya

⁶³⁷ **Mecelle**, Md.906.

⁶³⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz.**Mecelle**, Md.906; İbn Âbidîn, **a.g.e**, III, 267; Hamevî, **a.g.e**, I, 122. Sırâc, **a.g.e**, 387.

⁶³⁹ Zeyla'i, **Tebyînu'l-Hakâik**, V, 223-224; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 150; Mollâ Husrev, **a.g.e**, II, 262; Maradâvî, **a.g.e**, V, 193; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 350.

⁶⁴⁰ **Mecelle**, Md.145; **Mecelle**, Md.145-147; Karaman, **İslam Hukuku**, III, 14; Aydın, **a.g.e**, 350.

⁶⁴¹ Müslim, **Müsâkât**, 83; Tirmizî, **Buyû'**, 23; Neseî, **Buyû'**, 42; İbn Mâce, **Ticârât**, 48; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, II/232.

tükenmesi sebebi ile misli mal olmaktan çıkıp gayr-i misli mal haline gelmesi de mümkün olabilmektedir.⁶⁴²

Zarar gören misli malların kendi benzerleri (**misli**) ile tazmin edilmesi gerektiği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği (**icmâ**) bulunduğu görülmektedir.⁶⁴³ Zararın, misli ile tazmininin esas olduğu konusunda ise . “**..O halde kim size saldırırsa, size saldırdığı gibi siz de ona saldırın, (fakat ileri gitmeyin)**”⁶⁴⁴ ve “**bir kötülüğün karşılığı, onun gibi bir kötülüktür. (ona denk bir cezadır.) Ama kim affeder ve arayı düzeltirse onun mükafatı Allah’a aittir...**”⁶⁴⁵ mealindeki âyet-i kerîmeler dayanak oluşturmaktadır.

Haksız fiilden doğan tazminin (**damânu’l-udvân**), misli mal ile olabilmesi için zarar gören malın da misli olması zorunludur. Nitekim Peygamberimizin (s.a.v), birbirine denk ve müsâvî olduğu için “ **buğdayın buğdaya misli ile değiştirilmesi gerektiği**”ni⁶⁴⁶ ve kendisine ikram edilmek üzere getirilen yemeğin kabı ile birlikte düşerek kırılması üzerine Hz. Aişe’ye “ **kırdığı kabın, kab ile, dökülen yemeğin de yemek ile tazmin edilmesini**” istediği rivayet edilmektedir.⁶⁴⁷ Çünkü haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zararın, misli ile giderilmesi adaletle en uygun tazmin biçimidir.⁶⁴⁸

Misli mallar, kendi içinde tam (**kâmil**) misli mal ve sınırlı (**kâsır**) misli mal olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutulmuştur. Madde ve fonksiyon (suret ve mana) bakımından birbirinin benzeri (misli) olan mallar **tam misli mal**; sadece fonksiyon (**ma’na**) bakımdan aynı işlevi gören mallar ise, **sınırlı misli mal** olarak değerlendirilmiştir. Tam misli malda, malın cinsi ve mal olma niteliği esas alınırken, sınırlı misli veya kıyemî mallarda ise sadece mal olma niteliği ve değeri dikkate

⁶⁴² Fıkıh mezheplerinin misli mal ile ilgili görüşleri ve mezhepler arasındaki görüş farklılıkları için bkz. Kâdî Simâvne, **a.g.e**, II, 136, 137; İbn Nüceym, **a.g.e**, VI, 126; Hırşî, **a.g.e**, VI, 134, 135, III, 255; el-Abderî, **a.g.e**, VII, 315-316; Hattâb, **a.g.e**, V, 278; el-Ensâri, **a.g.e**, II, 345, 354; er-Remlî, **a.g.e**, V, 160; İbn Neccâr, **a.g.e**, 517; el-Buhûtî, **a.g.e**, IV, 107-108.

⁶⁴³ Mavsîlî, **a.g.e**, III, 59; Serahsî, **a.g.e**, XI, 50; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 165; Eş-Şirbînî, **a.g.e**, V, 278; er-Rehibânî, **a.g.e**, IV, 53-54.

⁶⁴⁴ **Bakara**, 2/194.

⁶⁴⁵ **Şûrâ**, 42/40; ayrıca bkz. **Nahl**, 16/ 126; **Mâide**, 5/98.

⁶⁴⁶ Buhârî, Mezâlim, 34; Müslim, Musâkât, 81, 83; Ebû Dâvud, Buyû’, 89; İbn Mâce, Ahkâm, 14; Tirmizî, Buyû’, 23; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 3/50, 66, 97; 6/148.

⁶⁴⁷ Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 50; Zeylaî’, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 317

⁶⁴⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, XI, 50.

alınmaktadır. Tazminde zararı, imkanlar ölçüsünde aslı ile veya aslına yakın bir şekilde telafi etmek genel bir ilkedir.⁶⁴⁹ Bu nedenle zararın, tam olarak misli ile, başka bir ifade ile sureten ve manen tazmin edilmesi esas olmakla birlikte, bunun mümkün olmaması durumunda tazmin, onun fonksiyonunu icra edebilecek sınırlı misli mal ile yerine getirilmektedir. Çünkü zararın tam misli mal ile telafi edilmesi en ideal tazmin biçimidir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi misli olmayan bir malın, örneğin kıymetli bir malın, misli mal ile tazmini mümkün değildir. Bu durumda zorunlu olarak misli mal, kıymet bedeli ile tazmin edilir. Mecelle'nin “ **aslın ifâsı kabil olmadığı halde bedeli ifâ olunur.**”⁶⁵⁰ şeklindeki maddesi bu genel hükmü vurgulamaktadır.

Zarar gören ticari malların nasıl tazmin edileceği konusunda İslam hukukçuları arsında bir takım görüş farklılıklarının bulunduğu dikkati çekmektedir. İmam Malik, zarar gören hayvan ve diğer ticari malların misli ile değil, zarar gördüğü tarihteki kıymet bedeli ile tazmin edilmesi gerektiğini savunurken, imam Ebû Hanîfe ve imam Şafî ise, zarar gören ticari malların misli ile tazmininin esas olduğunu, misli ile tazminin imkansız olması durumunda değeri (kıymet bedeli) ile tazmin edilme cihetine gidilebileceğini savunmuşlardır.⁶⁵¹

c. Zarar Gören Malın Kıymetiyle Tazmini

Genel olarak gayr-i misli mallar, kıymetli mal olarak değerlendirilmektedir. biri diğerinin yerini alamayacak veya onun yerine ikame edilemeyecek bir şekilde birimleri arasında farklılık bulunan mallar gayri misli veya kıymetli mal olarak kabul edilmektedir. Sanat eserleri, el yazma kitaplar ve ev bu tür gayri misli veya kıymetli mallara örnek gösterilebilir.⁶⁵² Bu bilgilerden hareketle, gayri misli veya kıymetli malı; benzeri olmayan, yani ölçülemeyen ve tartılamayan mal biçiminde tanımlamak mümkündür. Buna göre birimleri farklı olan hayvan ve bitkiler ile, buğday ile arpa,

⁶⁴⁹ Zuhaylî, *Nazariyyatu'd-Damân*, 93.

⁶⁵⁰ *Mecelle*, Md.53.

⁶⁵¹ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 312; İbn Recep, *el-Kavâid*, 287; Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 323; Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 50; Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 317; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, s.150, 168; İbn'l-Humam, *a.g.e.*, IX, 319; Gazâlî, *el-Vecîz*, I, 209; Şirbînî, *a.g.e.*, II, 282- 283.

⁶⁵² *Mecelle*, Md.145-147; Karaman, *a.g.e.*, III, 14; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 350.

sirke ile zeytin gibi üzerinde işlem yapılarak birbiriyle karışmış halde bulunan mallar, veya lavoba ve ıbrık gibi kaplar, kıyemî mal olarak mütalaa edilmektedir.⁶⁵³

ca. Zarar Gören Kıyemî Malın Kıymetiyle Tazmini

İslam hukukunda, ticaret malı (**urûd**), hayvan ve gayrî menkul (**akâr**) gibi misli bulunmayan kıyemî malların kıymetleriyle tazmin edilmesi gerektiği genel ilkedir.⁶⁵⁴ Çünkü, birimleri birbirine eşit olmadığı ve nitelikleri farklı olduğu için, mislî olmayan malın, zarar görmesi durumunda misli ile (sureten ve manen) tazmini mümkün değildir. Bu durumda zararın kıymet bedeli ile tazmini zorunlu hale gelmektedir.⁶⁵⁵ Buna göre; birimleri farklı olan elbise, koyun, deve ve at gibi eşya ve hayvanların gasp edildikten sonra itlâf edilmesi veya buğday, arpa vs. hububatın gasp edildikten sonra toprağa ekilmesi durumunda bu mutekavvim-kıyemî mallar, misli ile değil, gasp edildiği gün esas alınarak kıymet bedelleri ile tazmin edilirler.⁶⁵⁶

Zarar gören kıyemî mallar kıymetiyle tazmin edildiği gibi, misli olan ancak, daha sonra üzerinde yapılan işlem ile niteliği değiştirilerek mislî olmaktan çıkartılıp kıyemî mal haline gelen (yünün eğrilerek ip haline getirilmesi gibi) bir malın uğradığı zarar da kıymeti ile tazmin edilmektedir.⁶⁵⁷ Bu konu ile ilgili hukuki düzenlemelere, Peygamberimizin (s.a.v) **“Bir köle üzerinde ortaklığı bulunan şahıslardan biri, kendi hissesine düşen kısmıyla köleyi hürriyetine kavuşturursa diğer ortağına, onun, hissesine, payına düşen kıymetini öder.”**⁶⁵⁸ ve **“Ortak bir köle üzerinde yarım hissesi bulunan kimse onu hürriyetine kavuşturursa diğer**

⁶⁵³ Mavsîlî, **a.g.e**, III, 59; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 150; Zeyla’î, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 318; Mollâ Husrev, **a.g.e**, II, 263; İbn Cüzey, **a.g.e**, 282; Dusûkî, **a.g.e**, III, 444; Remlî, **a.g.e**, V, 162; el-Ensârî, Zekerîyyâ, **a.g.e**, III, 247; Buhûtî, **a.g.e**, IV, 108.

⁶⁵⁴ İbn Cüzey, **a.g.e**, 282 .

⁶⁵⁵ Buhûtî, **a.g.e**, IV, 108.

⁶⁵⁶ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 150-151; Zeyla’î, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 317; İz b. Abdisselâm, **a.g.e**, I, 131. Zeyla’î, **a.g.e**, VI, 317; el-Ensârî, Zekerîyyâ, **a.g.e**, III, 248; İbn Cüzey, **a.g.e**, 282; Hanbelî hukukçular da aynı kanaati paylaşmakla birlikte bir kısım hanbelî fakihlerin, elbise, bakır kap, asa ve benzeri malları, yukarıda belirtilen mal ve eşyalardan istisna ederek bunların zarar görmeleri veya telef olmaları durumunda zararın, misliyle tazmin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Maradâvî, **a.g.e**, VI, 193; Zahirilerin görüşü için bkz. İbn Hazm, **a.g.e**, VI, 437.

⁶⁵⁷ Hırşî, **a.g.e**, VI, 135.

⁶⁵⁸ Mâlik, **a.g.e**, Itk, 2 hadis no, 773.

ortağın geriye kalan hissesi için adil bir kıymet öder”⁶⁵⁹ anlamındaki hadisleri kaynak teşkil etmektedir.

Binanın veya duvarının zarar görmesi durumunda ise eski hale uygun olarak yeniden inşa (restorasyon) mümkün ise bu yola başvurulur. Aksi takdirde kıymet bedeli tazmin edilir.⁶⁶⁰

cb. Zarar Gören Misli Malın Kıymetiyle Tazmini

Her yönüyle aslının yerine ikame olarak kabul edilebildiği için, gasp edilen veya zarar gören malın, misli ile tazmin edilmesinin adalet ve hakkaniyet ilkelerine en uygun yöntem olduğunu, bu nedenle mümkün olduğu takdirde malın misliyle tazmin edilmesi gerektiğini, misli ile ödenme imkanı var iken zararın kıymet bedeli ile karşılanmasına başvurmanın uygun olmayacağını daha önce ifade etmiştik. Ancak bazı durumlarda zarar gören mal ve eşyanın misli ile tazmini mümkün olmadığı için, kıymet bedeli ile tazmin edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumları şöylece özetlemek mümkündür.

a) Yok edilen misli malın mislinin temin edilmesinin mümkün olmaması

Bu durumda yok edilen ve aynen temin edilemeyen misli malların, mahkemenin zararın tazmin edilmesine karar verdiği tarihteki kıymet bedeli esas alınarak tazmin edilir.⁶⁶¹ Bu husus Mecelle’de de “**aslın ifâsı kabil olmadığı halde bedeli ifâ olunur**”⁶⁶² biçiminde hükme bağlanmıştır.

Bu ilkeye göre, gasp edildikten sonra yok edilen başkasına ait bir malın, gasp edilen yerde misli ile tazmin edilmesi gerekir. Gasp edildiği yerde malın mislini bulmanın imkansız olması durumunda başka yerden temin edilerek mağdurun

⁶⁵⁹ Buhârî, Şirket, 5, 14, Itk, 4,5, Müslim, Itk, 1, 3, Eymân, 48-49,51,53,54; Ebû Dâvud, Itâk, 4, 5,6; Tirmizî, Ahkâm, 14, Neseî, Buyu’, 105, 106 İbn Mâce, Itk, 7, Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 1/56, 2/2,15,34, 53, 77, 105, 112.

⁶⁶⁰ Askalânî, Ahmed b. Ali b.Hacer, **Fethu’l-Bârî Şerhu Sahîhi’l-Buhârî**, V, 127; İz b. Abdisseâm, **a.g.e**, I, 132; el-Hattâb, **a.g.e**, V, 303.

⁶⁶¹ Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 262; er-Remlî, **a.g.e**, V, 162.

⁶⁶² **Mecelle**, Md.53.

zararının giderilmesi ⁶⁶³ veya malın mislinin değil kıymet bedelinin ödenmesi gerekir. Mağdurun, itlâf edilen malının misli ile tazmin edilmesinde ısrar etmesi durumunda, mal sahibinin malın misli temin edilinceye kadar beklemesi uygun görülmektedir.⁶⁶⁴

Zarar gören malın mislini temin etmenin imkansızlığı gerçek (hakiki) ve hukuki (şer’î) olmak üzere iki nedene bağlanmıştır. Hakiki imkansızlık, zarar gören malın, zarar gördüğü yerde veya piyasada mislinin bulunamaması⁶⁶⁵; hukuki imkansızlık ise, zarar gören malın piyasada misli bulunmakla birlikte, piyasadaki dalgalanmalar sebebi ile, tazmin sırasındaki değerinin, yok edildiği sıradaki mali değerinden fahiş olarak yüksek olması veya yok edilen malın tazminine dair hukuki (şer’î) bir engel durumun bulunmasıdır. Gayr-ı müslime ait içkinin, bir müslüman tarafından itlâf edilmesi hukuki engele örnek verilebilir. İslam hukukçuları gayr-ı müslime ait içkinin itlâf edilmesi durumunda zararın misli ile değil kıymet bedeli ile tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.⁶⁶⁶ Çünkü gayr-ı müslim açısından mütekavvim mal olarak kabul edilen şarap vb. alkollü içkiler ile domuz, müslümanlar bakımından haram olduğu için mütekavvim mal olarak kabul edilmemektedir.

Hanefî ve Hanbelî hukukçular, gâsıbın fahiş bir zarara uğramaması için, gasp edilen misli malın, daha sonra piyasada meydana gelen ekonomik dalgalanmalara bağlı olarak değer kazanmasını ve fiyatının yükselmesini, yok hükmünde sayarak yok edilen misli malın daha sonra kazandığı yüksek fiyat ve değer üzerinden değil, gasp edildiği sıradaki kıymet bedeli üzerinden tazmin edileceği görüşünü savunmuşlardır. Bu kanaatte olan hukukçuların haksız fiilden doğan zararların tazmininde, zararın meydana geldiği tarihteki kıymet bedellerini (başka bir ifade ile suç ve ceza dengesini) esas aldıkları anlaşılmaktadır. Buna karşılık mâlikî hukukçular ise, piyasada mevcut olduğu sürece, misli malın misli ile tazmin edilmesi

⁶⁶³ Mevvâk, **a.g.e**, VII, 315-316; Alîş, **a.g.e**, III, 514-515.

⁶⁶⁴ Dusuîkî, **a.g.e**, V, 163.

⁶⁶⁵ Remlî, **a.g.e**, V, 162; Zeyla’î, **a.g.e**, VI, 317; Hatîb, **a.g.e**, III, 167; Zuhaylî, **Nazariyyatu’d-Damân** 93.

⁶⁶⁶ Ancak Hanefî hukukçulara göre bu tür malın kıymeti tazmin edilir. Zeyla’î, **Tebyînu’l-Hakâik**, VI, 339-340; Mevvâk, **a.g.e**, VII, 179; Hattâb, **a.g.e**, III, 390; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 167; Zuhaylî, **Nazariyyatu’d-Damân**, 93; Hırşî, **a.g.e**, VI, 135.

gerektiğini, mislî malların kıymet bedele dönüştürülemeyeceği görüşünü savunmuşlardır.⁶⁶⁷

b) Misli malın misliyle tazmin edilmesi ilke olmakla birlikte bir ihtiyacı karşılamadaki fonksiyonu dikkate alındığında zarar gören misli malın, misli ile veya kıymet bedeli ile ödendiği yer ve zaman da büyük önem arz etmektedir. Çölde bulunan bir kişi için su hayati ihtiyaç olduğu için son derece önemi haizdir. Bu bakımdan çölde gasp edilen suyun, şehirde veya suyun bolca bulunduğu bir yerde aynı miktar ile iade edilmesi bu duruma örnek gösterilebilir.⁶⁶⁸

c) Gasp edilen ve daha sonra da niteliğinin değişmesi sebebi ile değer kaybeden misli malın tazmininde, malın değer kaybına uğradığı durum değil sağlam haldeki durumu dikkate alınır.⁶⁶⁹ Bu nedenle haneî hukukçular, rutubetlenerek ağırlaşan ve önemini kaybeden buğdayın misli ile tazmin edilmesini, “**misli mal, misli ile tazmin edilir**” genel ilkesinden istisna ederek bu durumda buğdayın misli ile değil sağlam halindeki fiyatı esas alınarak kıymet bedeli ile tazmin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁶⁷⁰ Bu duruma gasp edildikten sonra fonksiyonunu kaybeden diğer mal ve eşyalar da kıyas yapılarak aynı yöntemle tazmin ettirilebilir.

cc. Malda Meydana Getirilen Kısmi Zararın Tazmini

Bir malın (**ayn**) fonksiyonlarını tamamen kaybolmaması, kısmi noksanlık (**hasar**) olarak adlandırılır.⁶⁷¹ İslam hukukçuları bu tür zararın tazmini konusunda farklı görüşlere sahip olmuşlardır. Mâlikî, şafî, hanbelî ve zahirî hukukçulara göre, malın fahiş zarar görmesi veya fonksiyonunun kısmen yok olması durumunda onun tamamının değil zarar gören kısmının başka bir ifade ile malda meydana gelen kısmî

⁶⁶⁷ el-Hırşî, **a.g.e.**, VI, 133; Aliş, **a.g.e.**, III, 517-518; Hattâb, **a.g.e.**, V, 278; Mevâk, **a.g.e.**, VII, s.215; Ayrıca bkz. Buhûfî, **a.g.e.**, IV, 111; Suyûtî, **el-Eşbâh**, 350, Mavsilî, **a.g.e.**, III, 63; Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 158; Mollâ Hüsrev, **a.g.e.**, II, 266.

⁶⁶⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Remlî, **a.g.e.**, V, 160-161; Hattâb, **a.g.e.**, V, 278; Kâdî Simâve, **a.g.e.**, II, 137-138; Buhûfî, **a.g.e.**, IV, 107; er-Rehîbânî, **a.g.e.**, IV, 54.

⁶⁶⁹ Hırşî, **a.g.e.**, VI, 135.

⁶⁷⁰ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 166; Şeyhzâde, **a.g.e.**, II, 457.

⁶⁷¹ Mavsilî, **a.g.e.**, III, 63; Mollâ Hüsrev, **a.g.e.**, II, 266.

zararın tazmin edilmesi gerekir.⁶⁷² İneğin kısırlaşması veya sütünün kesilmesi gibi durumlar, malda meydana gelen zararlara örnek olarak gösterilmiştir. Buna göre gasp edilen bir arabanın fren sisteminin bozulması veya aynalarının kırılması durumunda, araba tamamen yok edilmediği ve zarar kısmî olduğu için arabanın bütünü tazmin edilme yerine meydana gelen zarar tamir ve telafi edilmelidir.⁶⁷³ Haksız fiil sonucunda mağdurun takım elbisesinin bir bölgesinin sökülmesi veya yırtılması ya da bir saat veya ayakkabının zarar görmesi durumunda bir taraftan fail, ödeyeceği tâmir ücreti bu eşyaların kendi kıymetinden fazla olsa bile, bu eşyaları tâmir ettirmek, diğer taraftan da zarar gören mağdur tâmir edildikten sonra bu eşyaları kabul etmek zorundadır.⁶⁷⁴

Ancak kanaatimizce defolu bir malı, sağlam gibi kabul eden bu anlayış tenkide açıktır. Çünkü meydana gelen zararda hiçbir kusuru bulunmayan mağdura, zarar gören eşyalarını faile tamir ettirme ile, bu eşyaların yenisinin alınarak kendisine verilmesi arasında muhayyerlik hakkı tanınmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz. Günümüzde tüketici haklarını koruma ile ilgili yapılan hukuki düzenlemeler de bu kanaatimizi desteklemektedir. Nitekim haneî hukukçular, bu durumdaki mağdurun uğradığı kısmî zararlarda zarar gören eşyanın fail tarafından tâmir ettirilmesi⁶⁷⁵ ve eşyanın yenisinin alınarak kendisine teslim edilmesi arasında muhayyerlik hakkına sahip olduğu gibi⁶⁷⁶ ölçülebilen ve tartılabilen mislî mallardaki noksanlıklar ile, birimleri (adet) ve türleri birbirinden farklı olan kıymî malların fahiş zarara uğratıldıktan sonra mağdurun ölmesi durumunda, mağdurun varisleri, malın tamir edilmesi ve tamir edilse bile malda meydana gelen değer kaybının da ayrıca bedelinin ödenmesi ile zarar gören malın mislinin iade edilmesi arasında muhayyerlik hakkına sahip olduğunu ifade etmişlerdir.⁶⁷⁷

⁶⁷² el-Ensârî, **a.g.e.**, II, 347; Buhûtî, **a.g.e.**, IV, s.110; Maradâvî, **a.g.e.**, VI, 198.; Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 158; İbn Hazm, **a.g.e.**, VIII, 150; en-Neferâvî, **a.g.e.**, II, 176.

⁶⁷³ Hırşî, **a.g.e.**, VI, 149-150; ed-Dusûkî, **a.g.e.**, III, 369; et-Tesvelî, **a.g.e.**, II, 351,353-354; Hattâb, **a.g.e.**, V, 278-279, 287; Derdîr, **a.g.e.**, III, 468.

⁶⁷⁴ Hırşî, **a.g.e.**, VI, 150; er-Remlî, **a.g.e.**, V, 180 (177); Amîre, **a.g.e.**, III, 38; el-Heytemî, **a.g.e.**, VI, 38; Şirbinî, **a.g.e.**, III, 290; el- Cemel, **a.g.e.**, III, 489; Buceyrimî, **a.g.e.**, V, 125.

⁶⁷⁵ Mavsîlî, **a.g.e.**, III, 63; Mollâ Hüsrev, **a.g.e.**, II, 266.

⁶⁷⁶ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 157; Mavsîlî, **a.g.e.**, III, 62; Alî Haydar, **Şerhu Mecelle**, II, 266.

⁶⁷⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 160.

Ancak hanefî hukukçular, ölçülebilir ve tartılabilir olma niteliklerinin yanında para olma özellikleri de bulunan altın ve gümüş gibi mallarda az miktarda bir zararın meydana gelmesi durumunda mağdurun, malın kendisini veya kıymet bedelini tercih etme hakkına sahip olduğu, malın kendisini veya kıymet bedelini tercih etmesi durumunda ayrıca malda meydana gelen dramaj eksikliğini tazmin ettirme hakkına sahip olmadığını ifade etmişlerdir.⁶⁷⁸ Bu malların aynı zamanda para olduğu dikkate alındığında bu tazmin biçiminin makul olduğunu ifade etmek gerekir.

cd. Malın Zarar Gördükten Sonra Uğradığı Değer Kaybının Tazmin Edilmesi

Bu tazmin türünde zarara uğrayan malın zarar görmeden önceki durumu ile zarar gördükten sonraki durumu arasındaki değer kaybı dikkate alınarak bu kayıp tazmin ve telafi edilir. Klasik fıkıh kitaplarında bu tür tazmin için **cebr** kavramının kullanıldığı da görülmektedir.⁶⁷⁹ İslam hukukunda, haksız fiil sonunda malda meydana gelen zarar miktarını tespit etmek için değişik kriterler belirlenmiştir. Hanefî ve şafîî hukukçuların zararın miktarını belirlemede; malın, mütekavvim, yani hukuki bir değere sahip olmasını ve malda meydana gelen değer kaybının somut olarak tespit edilebilme imkanının bulunması şartlarını aradıkları anlaşılmaktadır.

Buna göre malın zarara uğramadan önceki ve tazmin sırasındaki değerleri arasındaki farkın tazmin edilmesi de, bir bakıma malın eski haline getirilmesi olarak kabul edilmektedir.⁶⁸⁰ Örneğin gasp edilen bir malın zarar görmeden önceki değeri 100 YTL iken zarar gördükten sonraki (kusurlu hali ile) değeri 80 YTL ise aradaki 20 YTL lik değer kaybının veya farkının tazmin edilmesi durumunda mal, eski haline getirilerek zarar tazmin edilmiş olarak kabul edilmektedir.⁶⁸¹

Mâlikî hukukçuların ise, kısmen zarar görerek kusurlu hale gelen malın tazmin ve telafi (**cebr**) edilmesinde özel bir tazmin yöntemi geliştirdikleri

⁶⁷⁸ İbnu'l-Hümâm, **a.g.e**, IX, s.332; el-Baberti, **a.g.e**, IX, 328.

⁶⁷⁹ **cbr** fiili kök anlamıyla, kırılan kemiğin sarılıp bağlanarak iyileştirilmesi anlamındadır. Mali zararlar da **cbr** edilmekte, uğranılan zarar giderildiği için sözlük anlamını koruyarak terimleşmiştir.

⁶⁸⁰ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 160.

⁶⁸¹ İz b. Abdisselâm, **a.g.e**, I, 131.

görülmektedir. Mâlikî kaynaklarda bu konu elbisenin yırtılması, mâdenî bir eşyanın delinmesi ya da hayvanın yaralanması ile örneklendirilmektedir. Mâlikîlerin esas aldığı ölçüye göre zarar gören elbisenin terzi tarafından onarılmasından, mâdenî eşyanın tâmirinden veya hayvanın veteriner tarafından tedavi edilmesinden doğan tâmir ve tedavi masrafları, zarara neden olan fail tarafından karşılanır.⁶⁸² Mâlikî hukukçulara göre, yırtılan elbisenin veya delinen madeni kabın ya da hastalanan bir hayvanın tâmir, onarım ve tedavi edilmesinden sonra bunlar zarar görmeden önceki sağlam durumuna gelmiş kabul ediliyorsa başka bir ifade ile bu mal ve eşyaların zarar görmeden önceki halleri ile, tâmir ve tedavi edildikten sonraki durumları arasında bir farklılık ya da değer kaybı söz konusu değilse, bu durumda mal sahibi mal ve eşyalarını tamir edilmiş hali ile kabul eder. Kısmen zarar gören malın onarılması veya tedavi edilmesi durumu da Mâlikî fakihler bakımından malın eski haline iadesi olarak kabul edildiği için bu durumda mağdur ayrıca bir tazminat talebinde bulunamaz.⁶⁸³

Ancak, bazı durumlarda tâmir edilse bile zarar gören mal veya eşyanın tam olarak eski haline iade edilmiş olduğu kabul edilemez. Başka bir ifade ile tâmir, zarar gören eşyayı tam olarak eski haline iade edemez. Örneğin, sağlam hali ile 500 YTL değerinde olan bir malın, tâmir gördükten sonra değerinde 75 YTL lik bir değer kaybı söz konusu olabilir. Bu durumda tâmir görse bile 500 YTL olan malın değeri 425 YTL ye inmektedir. Bu durumda 75 YTL tutarındaki değer kaybı nasıl tazmin edilecektir? Burada ikili bir alternatif düşünmek mümkündür Birinci yöntem göre haksız fiilin faili, malın tâmir masraflarını karşılamamanın dışında ayrıca malın tâmir edilmesinden doğan bu 75 YTL tutarındaki değer kaybını (farkı) mağdura öder. Mağdurun, zarar gören mal ve eşyalarının tâmir ve tedavi yerine bedelinin ödenmesini tercih etmesi durumunda ise kendisine 500 YTL ödenir. Eşya bu haliyle haksız fiilin failine bırakılır.⁶⁸⁴

⁶⁸² el-Hattab, **a.g.e**, V, 293; et-Tesvelî, **a.g.e**, II, 354; ed-Dusûkî, **a.g.e**, III, 361.

⁶⁸³ el-Hırşî, **a.g.e**, VI, 150; en-Neferavî, **a.g.e**, II, 175; el-Adevî, **a.g.e**, II, 285; es-Sâvî, **a.g.e**, 611-612; Alîş, **a.g.e**, 122-123.

⁶⁸⁴ Borçlar Hukukundaki benzer örnekler için bkz. Eren, **a.g.e**, II, 305-306.

İslam hukukçularının, birbirinden ayrılmayan/bölünemeyen mal ve eşyalara verilen zararların tazmini konusunda farklı görüşlere sahip oldukları görülmektedir. Mâlikî ve Hanbelî hukukçulara göre, bir çift ayakkabının tekinin, yahut iki ciltten oluşan bir kitabın tek cildinin zarar görmesi halinde, zarar gören tek ayakkabının ve tek cilt kitabın kıymet bedeli tam olarak tazmin edilir. Ayrıca ayakkabı ve kitap tek olarak değil birlikte değerlendirildiği için, bir tek ayakkabının veya tek cilt kitabın zarar görmesi ile diğer ayakkabının ve diğer cilt kitabın uğradığı değer kaybı da ayrıca tazminde dikkate alınır. Şafîî hukukçular ise ayakkabıyı çift olarak ve iki ciltten oluşan kitabı ayrılmayan birer bütün olarak kabul ederek tazminde sadece yok edilen bir tek ayakkabının veya bir tek cilt kitabın değil bunların diğerleri ile birlikte dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır.⁶⁸⁵

ce. Malın Zarar Gördüğü Ve Tazmin Edildiği Sıradaki Fiyatının Değişmesi

Bir malın zarar görmeden önceki piyasa değeri ile zarar gördükten sonraki piyasa değeri arasında (arz-talep dengesine göre) farklılıklar olabilir. İtlâf edilen misli malın, piyasadan mislinin alınarak mal sahibine teslim edilmesi durumunda zarar, misli ile tazmin edildiği için malın zarar görmeden önceki ve zarar gördükten sonraki değerinin bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi mal, bütün nitelikleri (misli) ile tazmin edilmektedir.⁶⁸⁶ Ancak itlâf edilen malın, misli ile değilde kıymet bedeli ile tazmin edilmesinin söz konusu olması durumunda, mâlî tazminde, malın itlâf edildiği zamanki piyasa değerinin mi yoksa tazmin edildiği sıradaki piyasa değerinin mi esas alınacağı önem arz etmektedir. Bu konuda genel kabul gören ilke, malın tazmini sırasındaki piyasa değerinin esas alınmasıdır.

⁶⁸⁵ Mezheplerin bu konudaki görüşleri için bkz. el-Ensârî, **a.g.e.**, III, 249; el-Buhûtî, **a.g.e.**, IV, 110; Maradâvî, **a.g.e.**, VI, 198; Hattâb, **a.g.e.**, VI, 259; Mavsîlî, **a.g.e.**, III, 63; San'ânî, **a.g.e.**, X, 76-78; Zeyla'î **Tebyînu'l-Hakâik**, IV, 388; İbn Hazm, **a.g.e.**, XI, 45; el-Hindî, **Kenzu'l-Ummâl**, XV, s.118-119; er-Râfî, **a.g.e.**, XI, 258; Hırşî, **a.g.e.**, VIII, 34. Ayrıca Borçlar hukukunda da benzer örnekler için bkz.Eren, **a.g.e.**, II, 336-337; Reisoğlu, **a.g.e.**, 179-180.

⁶⁸⁶ İzz b.Abdisselâm, **a.g.e.**, I, 130.

⁶⁸⁷ Örneğin, A'nın, B'ye ait 15.000 YTL değerindeki 2000 model Ford marka otomobile zarar vermiş olduğunu düşünelim. Zarar gören B, otomobilinin mislinin piyasada mevcut olmadığını tespit ettikten sonra onun kıymet bedelini A'ya tazmin ettirir. Burada mağdur B, uğradığı zararı tazminde, zarar gören kendi otomobili ile, piyasadaki aynı marka, model ve niteliğe sahip bir otomobilin tazmin tarihindeki **rayiç değer/gerçek değerini** esas alır. Şayet aynı nitelikteki otomobilin zarar gördüğü tarihteki rayiç değeri esas alınmış olsaydı daha sonra otomobilin değerinin artışından dolayı mağdur tekrar zarara uğratılmış olacaktı. Aynı şekilde A, B'nin 500 YTL değerinde bir Arçelik marka buzdolabını çalarak tahrip ettiğini varsayalım. Buzdolabı kullanılamayacak hale geldiği için iade edilmesi söz konusu değildir. Ancak aynı marka ve nitelikte buzdolabı piyasada bulunmamaktadır. Bu durumda B, A'ya, aynı nitelikteki bir buzdolabının tazmin tarihindeki rayiç değerini esas alarak tazmin ettirir

Ancak malın zarara uğradığı tarih ile zararın tazmin edildiği tarih arasında belli bir sürenin geçmesi durumunda zarara uğrayan mağdur, itlâf edilen malı, misli ile tazmin edilse bile, belli bir süre malından mahrum edildiği için, malı zarara uğramasaydı bu süre zarfında bir miktar kar veya kazanç elde edebileceğini, halbuki malının gasp veya itlâf edilmesi ile bu kardan mahrum kaldığını ileri sürebilir. Ayrıca malın zarara uğradığı tarih ile tazmin edildiği sıradaki fiyat farkı da mağdur açısından itiraza açık bir konudur. Çünkü, itlâf edilen malının misli ile tazmin edilmesi durumunda bile mağdur, malının zarara uğradığı zamanki değerinin yüksek olduğunu, gasp ve itlâf edilmemiş olsaydı, bu malını o zamanki yüksek değeri ile satarak kar elde edebileceğini, halbuki malın daha sonra piyasadaki dalgalanmalara bağlı olarak fiyatının düşmesi ve tazminin de bu düşük fiyat esas alınarak yapılması durumunda muhtemel karlardan mahrum kaldığını ileri sürebilir.⁶⁸⁸

Genel olarak İslam hukukçuları, yok edilen malın, misli ile tazmin edilmesinin temel ilke olduğunu, misli malın misli ile değil kıymeti ile tazmin

⁶⁸⁷ Mavsilî, **a.g.e.**, III, 61; Zeyla'î, **Tebî'înu'l-Hakâik**, VI, 321; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, IX, 129. İbn Kudâme, **a.g.e.**, V, 194; Maradâvî, **a.g.e.**, VI, 156; Buhûtî, **a.g.e.**, IV, 96; er-Rehîbânî, **a.g.e.**, IV, 33; Hırşî, **a.g.e.**, VI, 141.

⁶⁸⁸ Busâk, **a.g.e.**, 228.

edilmesi durumunda ise mahrum kalınan kar veya menfaatleri mütekavvim mal olarak kabul etmedikleri için bunların tazmin edilmeyeceği kanaatindedirler. Zahiriler ve bir kısım İslam hukukçuları ise mahrum kalınan ve muhtemelen elde edilecek karların da tazminde dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır.⁶⁸⁹

3.Zararın Ve Ödenecek Mali Tazminat Miktarının Belirlenmesi

İslam hukukunda maruz kalınan zarar ile, ve buna karşılık mağdura ödenecek mali tazminat miktarı uzman bilirkişiler (**ehlü'l-hibre, hükümet-i adl, expert**) tarafından tespit edilmektedir Buna göre mağdurun uğradığı zararın ve kendisine ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde hakim, zararın konusuna göre, uzman bilirkişilerin görüşlerinden yararlanır. Örneğin yaralanan kişinin bedeninde oluşan cismani zararın miktarı, uzman doktorlardan oluşan bir kurul tarafından; otomobilde meydana gelen zarar oto experi, bina ve diğer yapı eserlerinde meydana gelen zararlar inşaat mühendisleri veya mimarlar tarafından tespit edilir.⁶⁹⁰

a. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Uğranabilecek Zararların Rolü

İslam hukukunda mağdura ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde tazminat miktarının ödenme zamanını (tazminatın geciktirilmeden ödenip ödenmeyeceğini), mağdurun kişisel ve ailevi durumu, sosyal statüsü, bakmakla yükümlü olduğu kişiler de dikkate alınmaktadır. Örneğin haksız fiil sonucunda bir kolunu veya gözünü kaybeden beş çocuklu bir inşaat işçisi ya da terziye ödenecek tazminat miktarını belirlemede, kolunu veya gözünü, buna bağlı olarak da çalışma gücünü önemli ölçüde kaybeden baba ile birlikte aile bireyleri de önemli bir destekten mahrum kaldıkları için bunların durumu da dikkate alınmaktadır. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği gibi, kesin olmayan zarara itibar edilmemekle birlikte, kuvvetle muhtemel olan kar kaybı sebebi ile uğranan zararlarda tazminat miktarını

⁶⁸⁹ er-Remlî, **a.g.e**, V, 164; İzz b. Abdisselâm, **a.g.e**, 130; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 194, 257; Mavsili, **a.g.e**, III, 61; el-Buhûtî, **a.g.e**, IV, 110; İbn Hazm, **a.g.e**, VI, 436; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 92; Busâk, **a.g.e**, 212.

⁶⁹⁰ Zeylai', **Tebyînu'l-Hakâik** VII, 273; Şeyhzâde, **a.g.e**, II, 641; İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 80, 81; ayrıca bkz. Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, I, 248; XIX, 24.

belirlemede dikkate alınmaktadır.⁶⁹¹ Örneğin, bir ineğin buzağısının öldürülerek ineğin sütünün azalmasına veya tamamen kesilmesine sebebiyet verilmesi durumunda, sadece buzağının bedeli değil sütün azalması veya tamamen kesilmesi sebebi ile maruz kalınan zarar da dikkate alınır.⁶⁹² Buna karşılık haksız fiilin faili, doğrudan veya dolaylı olarak sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulmakta ve kişisel ya da ailevi durumu dikkate alınmamaktadır. Kısaca prensip olarak haksız fiilden doğan sorumlulukta ve tazminat miktarının belirlenmesinde, failin kusuru değil, ortaya çıkan zararın miktarı esas alınmaktadır. Türk Borçlar Hukuku doktrinde de tazminat miktarı, maruz kalınan zarara göre belirlenmektedir.⁶⁹³ Başka bir ifade ile, mağdura ödenecek tazminat miktarı ile maruz kalınan zarar arasında yapılacak oranlama büyük önem arz etmektedir.

b. Bedelin Takdir Edilmesinde Esas Alınan İlkeler

İslam hukukunda haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zararın tazmininde zarar ve tazminatın denkliği ile haksız fiilin failinin doğrudan sorumluluğu olmak üzere iki temel ilkenin esas alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumları kısaca açıklamaya çalışalım.

ba Zararın Tazmininde Denkliğin (Mümâsele) Esas Alınması

Maruz kalınan zarar ile, ödenecek tazminat miktarı arasında adil bir dengenin bulunması, tazmin hukukunun temel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Haksız fiilden doğan zarar ve mağduriyetin en kamil anlamda giderilmesi zararın, denk bir tazminat ile karşılanmasıdır.

Zararın, misli tazmin biçiminde giderilmesi demek malın, şekil ve fonksiyon, cins ve tür, nitelik ve nicelik olarak misliyle tazminde bulunmaktır. Çünkü misli malların bu şekilde tazmin edilmesi durumunda zarar bütün yönleriyle telafi edilmiş

⁶⁹¹ Senhûrî, **el-Vecîz**, 393; Mevâfî, **a.g.e**, II, 721.

⁶⁹² Hattâb, **a.g.e**, IV, 461; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 181.

⁶⁹³ Eren, **a.g.e**, II, 345-346; Reisoglu, **a.g.e**, 180.

ve zarar ile tazminat arasında bir denklik sağlanmış olur. Adalet ve hakkaniyet ilkelerine en uygun olduğu için bu tür misli tazmine kamil tazmin(**tam tazmin-totalreparation**) de denilmektedir.⁶⁹⁴ Ancak bu tazmin biçimi ancak misli mallar için söz konusu olabilir. Malın kıymetli olması veya misli olmakla birlikte misli ile tazminin mümkün olmaması durumunda, başka bir ifade ile sureten ve manen (madde ve fonksiyon olarak) tazminin imkansız olması durumunda zararın, malın kıymeti ile tazmin edilme cihetine gidilir. Burada ise zarar ile zarara mukabil ödenecek tazminat arasında eşitlik ve denge kurulmasına azami derecede hassasiyet gösterilir.⁶⁹⁵

bb. Zararın Haksız Fiilin Faili Tarafından Tazmin Edilmesi

İslam hukukunda suçların ve cezaların şahsiliği temel ilkedir. Kuran-ı Kerimde ve hadisi şeriflerde herkesin işlediği fiilden şahsen sorumlu olduğu, hiç kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulup cezalandırılmayacağı açık olarak belirtilmektedir.⁶⁹⁶

Borçlar hukukunda, özellikle tazmin sorumluluğunda kişisellik, ceza hukukuna göre daha geniş kapsamlıdır. Örneğin ceza hukukunda yaş küçüklüğü (**sıgaru's-sinn**), akıl hastalığı (**cunûn**) vb. durumlar, cezai mesuliyeti ortadan kaldıran birer sebep olarak kabul edilirken, bu durumlar borçlar hukukunda tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran birer sebep olarak kabul edilmemiştir. Buna göre akıl hastalarının (**mecnûn**) veya gayr-ı mümeyyiz çocukların (**sabî**) fiillerinin, üçüncü şahısların zarar görmesine yol açması durumunda ortaya çıkan zarar, bu

⁶⁹⁴ Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 316-317; Kâsânî, **a.g.e**, V, 150; Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 262; İz .b. Abdisselâm, **a.g.e**, I, 130; Maradâvî, **a.g.e**, VI, 192,194; İbn Muflih, **a.g.e**, IV, 508; Buhûtî, **a.g.e**, IV, 108; er-Rehîbânî, **a.g.e**, IV, 56.

⁶⁹⁵ Maradâvî, **a.g.e**, VI, 192; er-Rehîbânî, **a.g.e**, IV, 54-55.; Suyûtî, **el-Eşbâh**, 351-352; el-Ensârî, **a.g.e**, III, 107,109, 246,248; Buhûtî, **a.g.e**, V, 265, VI, 22; Buceyrimî, **a.g.e**, III, 31; Hanbelî fakihler, bir kimseye bedelsiz olarak belli bir süre kullanılıp iade edilmek üzere bir malın verilmesini konu alan ariyet (iğreti) sözleşmesinde (Şener, Esat, **Hukuk Sözlüğü**, 60.)verilen eşyanın (**mal-i müsteâr**), misli mal cinsinden olsa bile zarar görmesi durumunda misli ile değil kıymetiyle tazmin edilmesi gerektiği kanaatindedirler. bkz. eş-Şarkâvî, **a.g.e**, II, 150.

⁶⁹⁶ Örneğin bkz. **Enâm**, 6/164; **Tûr**, 52/21; Nesâî, Kasâme, 41; İbn Mâce, Diyât, 26, 76, Menâsik, 76; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 2/226-228, 4/65, 5/377.; Tirmizî, Fiten, 2.

kişilerin kendi mal varlıklarından tazmin edilmektedir.⁶⁹⁷ Çünkü her ne kadar edâ ehliyetine⁶⁹⁸ sahip olmasalar bile, bu kişilerin vucûp ehliyetleri⁶⁹⁹ bulunmaktadır. Kişinin zimmeti ise vucûp ehliyetine taalluk etmektedir.

Bu temel ilkeye bir takım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalara, kamu adına hüküm veren hakim, şahitlerin beyanına dayanarak verdiği karar ile, davalının uğradığı maddî zararın devlet bütçesinden (**beytu'l-mâl**) karşılanması⁷⁰⁰ veya istihdam edenlerin, istihdam ettikleri kişilerin kasta dayanmayan haksız fiillerinden doğan zararı tazmin ile sorumlu tutulmaları, vücut bütünlüğüne karşı işlenen taksirli haksız fiillerden dolayı mağdura ödenecek maddî tazminata failin âkilesinin dahil edilmesi ve haksız fiilin akıl hastası veya çocuk olması ve öngörülen maddî tazminatı karşılamak için yeterli mal varlıklarının bulunmaması durumunda bunların velilerinin sorumlu tutulması örnek verilebilir. Buna göre örneğin takım elbise dikilmesi veya tâmir edilmesi için terzi dükkanına bırakılan başkasına ait bir kumaş veya elbisenin, bu terzinin yanında çalışan çırağın kasıtlı olmayan bir fiili sonucunda zarar görmesi durumunda çırak değil onu istihdam eden terzi zararı tazminle yükümlüdür. Ancak bu tür sorumluluklarda da istihdam edilen kişinin fiilinin kasıtlı olmaması şartı aranmaktadır. Çünkü müstahdemin, başkalarına kasıtlı olarak verdiği zarardan istihdam eden değil kendisi şahsen sorumlu tutulmaktadır.⁷⁰¹

4. Zararın Ve Ödenecek Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman

Özellikle kıyamî mallar zamanla değer kaybedebileceği ya da değer kazanabileceği için haksız fiilden doğan zararın tazmininde esas alınacak zaman büyük önemi haizdir.⁷⁰² Bu bakımdan İslam hukukçuları, tazminat miktarının

⁶⁹⁷ Buhârî, Alâuddîn Abdulaziz, **a.g.e**, IV, 452. Ayrıca bkz. Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 273; Hattâb, **a.g.e**, V, 287; Bkz. Senhûrî, **el-Vasît**, I, 1122, 1145, 1176.

⁶⁹⁸ Kişinin hukuken muteber sayılacak tarzda fiiller ortaya koyabilmesi demektir. Bkz. Şa'bân, Zekiyuddîn, **a.g.e**, 250.

⁶⁹⁹ Haklara sahip olabilme ve borçlar altına girebilme demektir. Bkz. Şa'bân, Zekiyuddîn, **a.g.e**, 250.

⁷⁰⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, IX, 50.

⁷⁰¹ Serahsî, **el-Mebsût**, XVI, 10.

⁷⁰² Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 97.

belirlenmesinde esas alınacak zaman konusunda zarar gören mal ve eşyanın kıyemî veya misli olmasını da dikkate almışlardır. Hatta Ebû Hanifenin, gasp ve itlâftan doğan zararlarda tazminat miktarını belirlemede esas alınacak zaman konusunda bir ayırma giderek gaspta, zarar gören malın kıymetinin takdirinde, hakimin mağdura tazminat ödenmesine dair karar verdiği tarihin; itlâfta ise, itlâf fiilinin gerçekleştiği tarihin esas alınacağı kanaatinde olduğu ifade edilmektedir.⁷⁰³ Zarar gören misli ve kıyemî mallara ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak zamanı kısaca ve ayrı ayrı ele almayı uygun görüyoruz.

a. Kıyemî Mallar Bakımından

Yok edilen kıyemî mala karşılık ödenecek tazminat miktarının uzman kişiler tarafından ve malın zarar gördüğü tarihteki değeri esas alınarak belirlenmesi temel ilkedir.⁷⁰⁴ Çünkü yok ettiği kıyemî malı tazmin sorumluluğu, malın zarar gördüğü tarihteki değeri itibarıyla failin uhdesinde (**zîmmet**) bulunmaktadır. Örneğin, mülkiyeti başkasına ait bir evin tahrip edilmesi veya bir hayvanın itlâf edilmesi durumunda mağdura ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde bu malların haksız fiile uğradıkları tarihteki kıymet bedelleri esas alınır.⁷⁰⁵

Gasp edilen bir malın zarar gördüğü tarihteki değeri üzerinden tazmin edileceği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır. Ancak malın gasp edildikten sonra ikinci veya üçüncü kişiler tarafından itlâf edilmesi durumunda da tazminat miktarının belirlenmesinde, malın gasp edildiği tarihin mi, yoksa itlâf edildiği tarihin mi esas alınacağı konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Hanefî hukukçular gasp edilen mala, daha sonra doğrudan gâsıp veya üçüncü şahıs tarafından zarar verilmesi durumunda, tazminat miktarının belirlenmesinde, malın zarar gördüğü tarihin değil, gasp edildiği tarihteki rayiç bedelinin esas alınması gerektiği görüşünü benimsemişlerdir. Bu görüş bir kısım mâlikî hukukçular

⁷⁰³ Mavsilî, **a.g.e.**, III, 59-60; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 97.

⁷⁰⁴ ez-Zerkeşî, **a.g.e.**, II, 339; İbn Recep, **a.g.e.**, 301; Suyûtî, **el-Eşbâh**, 342; Hamevî, **a.g.e.**, IV, 29.

⁷⁰⁵ İzz b. Abdisselâm, **a.g.e.**, I, 131, Zeylaî', **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 132; VII, 195.

tarafından da savunulmuştur.⁷⁰⁶ Ancak diğer bir kısım mâlikî hukukçulara göre ise, bu durumda mağdur, malın gasp veya itlâf tarihindeki kıymet bedelinin esas alınarak tazminini isteme konusunda muhayyerlik hakkına sahiptir.⁷⁰⁷ Yok edilen malın, daha sonra piyasada değer kaybederek fiyatı düşebilir. Fail de, malı piyasadaki düşük fiyat ile temin ederek mal sahibine teslim etmek isteyebilir. Ancak bu durumda mağdur malının itlâf edildiği tarihteki yüksek değeri ile piyasadaki düşüştan kaynaklanan farkı faile tazmin ettirme hakkına sahiptir.⁷⁰⁸

Hanbelî hukukçular, kıyemî bir malın gâsıbın elinde iken telef olması durumunda, tazminat miktarının belirlenmesinde, malın telef olduğu tarihteki kıymet bedelinin⁷⁰⁹, şâfiî' hukukçular ise, malın gasp edildiği tarihten itlâf edildiği tarihe kadar kazandığı en yüksek rayiç bedelin esas alınması gerektiğini savunmaktadırlar.⁷¹⁰

b. Misli Mallar Bakımından

Gasp veya itlâf edilen misli malın, piyasada misli mevcut olduğu sürece misli ile tazmin edilmesinin temel ilke olduğuna daha önce temas etmiş idik. Bazı durumlarda gasp veya itlâf edilen malın misli, piyasada bulunmakla birlikte tazmin süresi geciktirildiği veya piyasada malın misli tüketildiği için, zararın misli ile tazmini de ortadan kalkar ve misli malın kıymet bedeli ile tazmini zorunlu hale gelir. Misli malların kıymetleri ile tazmin edilmesi durumunda, kıymet bedelin hangi tarih esas alınarak belirleneceği önem arz eder. Bu konuda İslam hukukçuları arasında nispeten farklı görüşlerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Hanefî imamları, tazminat miktarını belirlemede esas alınacak zaman konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ebû Hanîfe'ye göre, kıymet bedeli tazmin edilecek misli malın değerinin tespitinde, hakim kararı belirleyici olmaktadır.

⁷⁰⁶ Hattâb, **a.g.e**, V, 281; Hırşî, **a.g.e**, VI, 135; Dusûkî, **a.g.e**, III, 445; İz b. Abdisselâm, **a.g.e**, I, 131; Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 263; Mavsili, **a.g.e**, III, 59-60; el-Hamevî, **a.g.e**, IV, 28.

⁷⁰⁷ Hırşî, **a.g.e**, VI, 136; Hattâb, **a.g.e**, V, 287.

⁷⁰⁸ Hırşî, **a.g.e**, VI, 141; Mevâk, **a.g.e**, VII, 328.

⁷⁰⁹ Buhûtî, **a.g.e**, IV, 108; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 207, 208.

⁷¹⁰ Hattâb, **a.g.e**, V, 281.

Kısaca bu tür durumlarda tazminat miktarı, hakim kararı ile belirlenir.⁷¹¹ Bu görüş hanbelî hukukçular tarafından da benimsenerek savunulmuştur.⁷¹² Ebû Yûsuf, bu durumda tazminat miktarının belirlenmesinde gasp eyleminin gerçekleştiği tarihteki kıymet bedelinin esas alınacağını ifade etmiştir.⁷¹³ Bu görüş mâlikî hukukçular tarafından da savunulmuştur.⁷¹⁴ İmam Muhammed ise, bu durumda misli malın gasp edildiği tarihteki değil, zarar gördüğü tarihteki kıymetine itibar edilmesi gerektiği kanaatindedir.⁷¹⁵ Buna karşılık Şafîî hukukçular, tazminat miktarının belirlenmesinde malın gasp edildiği tarih ile itlâf edildiği tarihler arasında kazandığı en yüksek değerin esas alınması gerektiğini savunmuşlardır.⁷¹⁶

B. Cismani –Bedensel Zararların Mal İle Tazmini

Cismani-bedensel zararları Adam öldürme ve müessir fiillerden doğan zararlar oluşturmaktadır. Kasıtlı adam öldürme ve müessir fiillerde asli ceza kısas olduğundan dolayı, bu tür cismani zararların tazminat ödenerek karşılanması, ancak mağdurun kısas hakkından vazgeçerek diyet almayı kabul etmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Taksirli (**hataen**) ve kastın aşılması (**şibhu'l-amd**) suretiyle işlenen adam öldürme ve müessir fiillerde ise kısas söz konusu olmadığı için maddî tazminat (**diyet-erş**) asli ceza konumundadır.⁷¹⁷ Bu bakımdan cismani zararların mal ile tazmininde diyet ve erş kavramları büyük önem arz etmektedir. Diyet adam

⁷¹¹ Mavsili, **a.g.e**, III, 59-60, Zeylaî', **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 317; Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 262; el-Hamevî, **a.g.e**, IV, 28; İbn Âbidin, Muhammed Emîn(ö.1252/1836), **el-Ukûd'd-Durriye fî Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hamidiyye**, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, Beyrut, ty, II, 153-154.

⁷¹² İbn Muflih **a.g.e**, IV, 508. Ayrıca bkz. Maradâvî, **a.g.e**, VI, 191-192; V, 129; İbn Kudâme, **a.g.e**, V, 208; Buhûfî, **a.g.e**, IV, 108, er-Rehîbânî, **a.g.e**, III, 243; IV, 53.

⁷¹³ Mavsili, **a.g.e**, III, 59-60, Zeylaî', **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 317.

⁷¹⁴ Hattâb, **a.g.e**, V, 281, 283, 284.

⁷¹⁵ Mavsili, **a.g.e**, III, 59-60, Zeylaî', **Tebyînu'l-Hakâik**, VI, 317; Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 262; el-Hamevî, **a.g.e**, IV, 28; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 97; Alî Haydar, **Şerhu Mecelle**, Md. 891, VIII. Kitâp, 465.

⁷¹⁶ Ramlî, **a.g.e**, V, 162; el-Cemel, **a.g.e**, VI, 410; el-Buceyrimî, **a.g.e**, III, 171; el-Ensârî, **a.g.e**, II, 345.

⁷¹⁷ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 297, 312-317; Zeydân, Abdulkarîm, **el-Mufasssal fî ahkâmî'l-Mer'eti ve'l-Beyti'l-İslâm fî Ş-Şerîati'l-İslâmiyye**, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1994, V, 432.

öldürme ve bazı durumlarda müessir fiillerde dikkate alınmakta erş ise münhasıran müessir fiillerde söz konusu olmaktadır.

1.Diyet

İslam hukukunda kasıtlı olarak işlenen adam öldürme ve müessir fiillerde mağdurun, failin kısas edilmesini isteme, diyet mukabilinde faili affetme ya da herhangi bir maddî bedel talep etmeksizin karşılıksız olarak faili affetme hakkı bulunmaktadır. Taksirli adam öldürme ve müessir fiillerde ise mağdur tarafın hakkı, diyet isteme veya af ile sınırlıdır. Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen kasıtlı suçlarda mağdurun kısas yerine maddî tazminat istemesi sebebiyle asli ceza olarak; taksirli (**hataen**) işlenen aynı türden fiillerde ise asli ceza olarak mağdura veya öldürülen kimsenin yakınlarına ödenmesi öngörülen mali bedel, diyet olarak tanımlanmaktadır.⁷¹⁸

Kuran-ı Kerimde “**hataen bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azad etmesi ve ölenin ailesine diyet vermesi**”⁷¹⁹ öngörülmeyle birlikte, ödenecek diyetin miktarı belirtilmediği gibi diyetin ne maddî, ne de manevî tazminat türünden bir ceza olduğuna dair işaret de bulunmamakta, “**kim bir mümini hataen öldürürse maktulun velisinin rızası müstesna yüz deve diyet ödemesi gerekir.**”⁷²⁰ anlamındaki hadis-i şerifte ise diyetin miktarı belirtilmektedir. Bu hadisi esas alan İslam hukukçuları diyetin, yüz devenin karşılığı olan bin dinar altın veya on bin dirhem gümüş ile de ödenebileceğini ilke olarak kabul etmişlerdir.⁷²¹ Ancak maddî ve manevî tazminat fonksiyonu icra ettiği için diyetin tazminat türünden bir ceza olduğunu ifade etmek mümkündür. Adam öldürme ve müessir fiilden doğan

⁷¹⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 59; Şirâzî, **a.g.e.**, II, 196; Merğınanî, **a.g.e.**, IV, 35; İbnu'l- Humâm, **a.g.e.**, X, 270; Şeyhzâde, **a.g.e.**, II, 638; Ebû Zehra, Muhammed, **el-Cerîme ve'l-Ukûbe fî'l-Fıkhı'l-İslâmî, (el-Ukûbe)**, ty, by, 563 ; Dağcı, **a.g.e.**, 171; Dönmez, **a.g.e.**, I, 414; Gibb, H.A.R& Kramers, G.H, **Shorter Encyclopaedia of Islam**, Leiden E. J.Brill; London Luzac& Co. 1982, 78.

⁷¹⁹ **Nisâ**, 4/92.

⁷²⁰ Mâlik, **a.g.e.**, Ukûl, 1.

⁷²¹ Merğınanî, **a.g.e.**, IV, 178; Babertî, **a.g.e.**, VIII, 304; es-Senhûrî, **Mesâdiru'l-Hak fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabiyyi, Beyrut, ty, I, 50; Dağcı, **a.g.e.**, 175; Dönmez, **a.g.e.**, 414; Thomas, Patrick Hughes, **Dictionary of Islam**, Oriental Boks Reprint Corporation, New Delhi, 1976, 128.

zararların tazmininde mağdura diyet ödenmesi ilke olarak kabul edilmekle birlikte diyet miktarının maktulün veya yaralanan mağdurun kadın veya erkek, müslüman veya gayr-ı müslim olmasına göre değişeceği kabul edilmiştir.⁷²²

Diyetin meşrûiyeti, bir yönüyle haksız tecavüzlere karşı hayatı ve vücut bütünlüğünü koruma, diğer yönüyle de vuku bulan bu fiillere karşı kanın tamamen heder olmasına engel olma esasına dayandırılmaktadır.⁷²³ Diyetin bir ceza mı, yoksa tazminat mı olduğu tartışma konusu olmakla birlikte, bu ceza, kan bedeli ve tazminat olma niteliğini daima korumuştur. Kasıtlı (**amden**) veya kastın aşılması (**şibhu'l-amd**) suretiyle işlenen cinâyetlerde failin, mağdur tarafa diyet ödemekle yükümlü tutulması, diyetin ceza olma özelliğinin yanında aynı zamanda bir tazminat olduğunu ortaya koymaktadır. İslâm hukukunda taksirli, hata ve ihmal sonucunda ortaya çıkan adam öldürme ve müessir fiillerde suç failine, yakın çevresine ve bağlı bulunduğu mesleki teşekküllere (**âkile**), bunların yeterli olmaması durumunda ise devlete yüklenebilen diyet borcu, suçluyu cezalandırmaktan çok haksız fiilden doğan zarar ve mağduriyeti gidermeyi. suç mağdurunun haklarını korumayı hedef alır.

Diyetin suç faili tarafından ödenmesi fail açısından yol açtığı zararı tazmin ve telafi etme özelliğinin yanında bir ceza niteliği taşıdığı açıktır. Ancak âkilenin ve üçüncü şahısların ödemeyi üstlendiği durumlarda ise diyet, bir ceza olmaktan çıkıp sosyal sigorta ve tazminat fonksiyonunu icra etmektedir.⁷²⁴ Zararı karşılama bakımından diyet, hem maddî hem de manevî tazminatı kapsamaktadır. Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar sebebiyle manevî üzüntü ve kedere maruz kalan mağdurun uğradığı manevî zarar, diyet sayesinde mümkün mertebe telafi edilerek giderilmektedir. Bu özelliği dikkate alındığında da diyeti, tazminat olarak kabul etmek gerekir.⁷²⁵

Diyet, modern ceza hukukundaki ağır para cezasından ziyade öldürme ve müessir fiillerde mahkemece takdir edilen destekten yoksun kalma tazminatına

⁷²² Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 206.

⁷²³ Dağcı, **a.g.e.**, 172.

⁷²⁴ Bardakoğlu, Ali, **Diyet**, TD.VİA, IX, İstanbul, 1994, 478.

⁷²⁵ Bilmen, **a.g.e.**, III, 37, el-Hafîf, **Damân**, II, 163.

maddî ve mânevi tazminat alacaklarına benzerlik arzeder. Bununla birlikte ödeme yükümlülüğü, miktar, hak sahipliği gibi açılardan belli farklılıklar gösterir. Öte yandan diyetin, mağdurun bütün zararlarını tazmin ve telafi ettiği ve tam bir tazminat olduğu da söylenemez. Bundan dolayı özel ve haklı gerekçelerin bulunması halinde diyet ile birlikte ayrıca tazminat istenip istenemeyeceği de tartışma konusudur.⁷²⁶

İslam hukukunda dikkatsizlik, tedbirsizlik ve ihmal sonucu ortaya çıkan müessir fiillerde failin kısas yerine diyetle cezalandırıldığına yukarıda temas etmiştik. Fail açısından mali bir ceza (**ğarâme**) özelliği taşıyan diyet, mağdur açısından da uğradığı cismani zararı telafi (**ta'vîd**) etme özelliği taşımaktadır. Suçun kasıtlı değil hataen işlenmesi, kısası düşüren bir sebep olarak kabul edilmekle birlikte diyeti düşüren bir mazeret olarak kabul edilmemiştir. Bunun da sebebi mağdurun daha büyük bir mağduriyete uğramasını önlemektir.⁷²⁷

Mal ile tazmin sadece taksirli adam öldürme ve müessir fiillerden doğan cismani zararlarda söz konusu değildir. Aynı zamanda kasden işlenildiği halde kısastan vazgeçmesi için fail ve mağdurun bir bedel (**diyet-composition**) üzerinde anlaştıkları yahut kısasın infazına engel diğer sebeplerden dolayı kısasın düşmesi durumunda da suça yine taksire öngörülen hükümler uygulanmaktadır. Bu nedenle taksirli adam öldürme ve müessir fiillerden doğan cismani zararlarda diyet asli ceza konumunda iken, kasten işlenen suçların mal ile tazmininde ise, diyet kısasa bedel bir ceza durumundadır.⁷²⁸

2. Erş

Erş bozukluk çürüklük, sıyrık, yırtık, elbisede meydana getirilen kusur (defo) şeklinde tanımlanmıştır. Borçlar hukukunda satılan malın kusurlu olması halinde bedelinden düşülen miktara, bir mala zarar verilmesi durumunda meydana gelen noksanlığın maddî karşılığı olarak tanımlanmıştır. İslam ceza hukukunda da şahıs aleyhine işlenen ve ölümle sonuçlanmayan yaralama ve sakat bırakmalarda mağdura

⁷²⁶ Bardakoğlu, Ali, **Diyet**, TDV.İA, IX, İstanbul, 1994, 478.

⁷²⁷ Dağcı, **a.g.e**, 169.

⁷²⁸ Dağcı, **a.g.e**, 169.

ödenmesi gereken mali karşılığı ifade etmektedir.⁷²⁹ Kısaca erş, “müessir fiillerde mağdura ödenmesi gereken bedel” biçiminde tanımlanmaktadır.⁷³⁰

Müessir fiillerde ödenecek bedel şer’i kaynaklarda belirlenmişse “**erş-i mukadder**” şayet yetkili makamların takdirine bırakılmışsa “**erş-i gayr-ı mukadder**” adı verilmektedir.⁷³¹

Kuran-ı Kerimde bazı organlara yönelik müessir fiillerden dolayı kısastan söz edilirken⁷³² maddî ödemeye temas edilmemektedir. Ancak diyetle ilgili ayetin⁷³³ erşi de kapsayacak nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Ancak organların yok edilmesine veya sakat bırakılmasına ne kadar bedel (erş) ödeneceği Hz. Peygamberimizin (s.a.v) hadislerinde ve fiili uygulaması ile ortaya konulmuştur.⁷³⁴

Müessir fiiller kasten ve hataen olmak üzere iki grupta ele alınmıştır. Kasten işlenen müessir fiillere kısas öngörülmekte, hataen işlenen müessir fiillerde ise failin kısas edilmeyeceği ancak mağdura erş ödeyeceği ifade edilmektedir. Bu bakımdan müessir fiillerdeki kasıt- hata ayırımı, ödenecek bedelin asli ceza mı yoksa ikinci derecede ceza mı olduğu, diyet cezasına ağırlaştırıcı-hafifletici sebeplerin uygulanıp-uygulanmayacağı, ayrıca ödemenin fail mi yoksa âkile tarafından yerine getirileceği konusunda büyük önem arz etmektedir.

Haksız fiil sonucu meydana gelen bedeni zararların tazmininde failin medenî sorumlulukta aranan şartları taşıması yeterli görülmüş, ceza ehliyetine sahip bulunma şartı aranmamıştır. Haksız fiilden doğan maddî tazminatı (**erş**) ödeme ile fail şahsen sorumludur. Ancak erşin, belirli bir miktarı aşması durumunda ödemeyi âkilesinin üstleneceği ifade edilmiştir. Erş mağdur açısından diyetle olduğu gibi tamamen şahsi bir haktır. Hukuki mahiyeti itibarıyla erşin maddî tazminat yönünün diyetle göre daha ağırlıklı olduğu ortaya çıkmaktadır.⁷³⁵

⁷²⁹ Şafak, Ali, **Erş**, XI, TDV.İA, İstanbul, 1995, 307; Dağcı, **a.g.e**, 170; el-Hafif, **a.g.e**, II, 191.

⁷³⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 159; Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 103; Haskefî, **ed-Dürri'l-Muhtâr**, VI, 573; Behnesi, **ed-Diye**, 10; Dağcı, **a.g.e**, 170.

⁷³¹ Şafak, **a.g.m**, XI, 307, Dağcı, **a.g.e**, 170.

⁷³² **Mâide**, 5/45.

⁷³³ **Nisâ**, 4/92.

⁷³⁴ İbn Mâce, **Diyât**, 9,10, 16-20; Ebû Dâvud, **Diyât**, 20; Nesâî, **Kasâme**, 40-48.

⁷³⁵ Şafak, **a.g.m**, XI, 308.

Âkile, kastın aşılması suretiyle ve taksirli işlenen fiillerde diyeti üstlenen ve faile baba tarafından kan (neseb) bağı ile bağlı olan akrabalarır.⁷³⁶ Aralarında kan bağı bulunan akrabaların yanında savaşçı (mücâhid- mukâtil) olarak divanda isimleri kayıtlı olan akıllı, baliğ ve hür erkekler de âkile kapsamında görülmüştür.⁷³⁷ Kolektif sorumluluk söz konusu olduğu için İslam öncesi cahiliyye toplumunda da âkile sisteminin mevcudiyeti göze çarpmaktadır. Ancak İslam bu uygulamayı da sınırlayıp sistemleştirerek hukuki bir müessese haline getirmiştir.⁷³⁸

Hata, ihmal, teseyyüp gibi kasıt dışı meydana gelen ölüm ve yaralamalarda ödenecek diyetin cezadan çok tazminat özelliği taşımasından dolayı hem mağdur tarafın hakkının zayi olmaması hem de suçlunun diyet yükünün hafifletilmesi için belirli şahıslar diyet yüküne ortak ettirilmiştir. Âkile sistemi müslümanlar arasında sosyal dayanışma ve denetimin gerçekleşmesine önemli katkı sağlamıştır. Âkilenin diyet borcuna hangi şartlarda ve ne miktarda katılacağı konusu İslam hukukunda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Kişinin dahil olduğu askeri veya meslekî örgütün ve bu amaçla kurulan diğer dayanışma ve sigorta kurumlarının da âkile kapsamında düşünülmesi, İslam toplumunda bütün fertleri kapsayacak şekilde bir dayanışma organizasyonunun gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.⁷³⁹

Mâlikîler dışındaki İslâm hukukçuları kastın aşılması (**şibhü'l-amd**) ve yanlışlıkla (**hatâen**) öldürmelerde diyetin âkileye yükletilmesinde görüş birliği içindedirler⁷⁴⁰. Küçük çocuğun ve akıl hastasının kasten öldürmesi halinde de diyet âkileye aittir. Çünkü bunların kasıt ve hatası eşittir. Hz. Ali, suç işleyen akıl hastasının diyetini âkilesine yüklemiştir Kadınlar, küçük çocuklar ve akıl hastaları da âkile kapsamı dışındadır. Çünkü âkilenin diyeti yüklenmesi teberrû' niteliğindedir. Bu kimseler ise teberrû' ehlinden değildir.⁷⁴¹

Vücut bütünlüğünü ihlal eden müessir fiiller, İslam hukuk doktrininde; bir organın tamamen yok edilmesi, bir veya birden fazla organın fonksiyonunun kısmen

⁷³⁶ Kasânî, **a.g.e**, VII, 16; Dağcı, **a.g.e**, 186.

⁷³⁷ eş-Şeybânî, **Kitabu'l-Asl**, IV, 458, Behnesi, **ed-Diye**, 61.

⁷³⁸ Dağcı, **a.g.e**, 186.

⁷³⁹ Dönmez, **a.g.e**, I, 96.

⁷⁴⁰ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 256; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 644.

⁷⁴¹ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 255 vd; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 645.

veya tamamen yok edilmesi, baş ve yüz bölgesinde meydana getirilen yaralar ve, vücudun diğer bölgelerinde meydana getirilen yaralar olmak üzere dört farklı kategoride ele alınmıştır.⁷⁴² Dört ana başlık altında tasnif ettiğimiz bu tür müessir fiillerden dolayı mağdurun maruz kaldığı cismani zarara karşılık kendisine ödenecek tazminat (erş) miktarı, Hz. Peygamberin, Yemen Necran'ında uygulanmak üzere Amr b. Hazm'a verdiği talimat niteliğindeki mektubunda düzenlemiştir.⁷⁴³

Burun ve dil gibi insanda tek olarak bulunan organların tamamen yok edilmesi, bu organların aynı zamanda fonksiyonunu da kaybetmesi olduğu için bunlara tam diyet öngörüldüğü gibi, vücuttaki göz, kulak, el, ayak gibi çift olan organların her ikisine yok edilmesine de tam diyet, bir tanesinin yok edilmesine ise yarım diyet ödenmesi öngörülmüştür.⁷⁴⁴ Ayrıca kırılan her diş için ödenecek tazminat miktarı (beşdeve) Peygamberimizin hadisi ile sabittir⁷⁴⁵ vücuttaki organların fiziki olarak mevcut olmalarıyla beraber çift olan organların fonksiyonlarını tamamen kaybetmesi örneğin, elin iş görme, gözün görme, kulağın işitme fonksiyonlarını kaybetmesi halinde mali bedelin (diyet), bir tanesinin fonksiyonunu yok edilmesine ise yarım diyet gerekir.⁷⁴⁶

Organ ve fonksiyonların tamamen yok edilmemekle birlikte kısmen zarar görmesi durumunda mağdura ödenecek tazminat miktarı Kuran ve sünnet tarafından belirlenmediği için bu durumlarda mağdura ödenecek tazminat miktarı bilirkişi marifetiyle belirlenmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi mağdura ödenen bu tür tazminata hükûmet-i adl denilmektedir.

Müessir fiilden dolayı meydana gelen yaranın iz kalmaksızın iyileşmesi durumunda mağdura ne kadar tazminat ödeneceği konusu da hakimın takdirine bırakılmıştır. Bu durumda hanefî hukukçu imam Muhammed eş-Şeybânî izi kalmaksızın iyileşen yaralardan dolayı mağdura hakimın takdir edeceği (hükûmet-i

⁷⁴² Şafak, **a.g.m**, XI, 307.

⁷⁴³ Hadisin metni için bkz. Mâlik, **a.g.e**, II, 849, Nesâî, VIII, 58,59, Zeylaî, **Nasbu'r-Râye**, IV, 369.

⁷⁴⁴ Zeydân, **el-Mufasssal fî Ahkâmi'l-Mer'eti ve'l-Beyti'l-İslâm fî's-Şerîati'l-İslâmiyye**, V, 427-428.

⁷⁴⁵ Mâlik, **a.g.e**, Diyât, I, hadis no, 662; Nesâî, Kasâme, 4853.

⁷⁴⁶ İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 604; Buhûtî, **Şerhu'l-Müntehâ'l-İrâdât**, III, 313; Buhûtî, **Keşşâfu'l-Kına'**, VI, 40; er-Rehîbânî, **a.g.e**, VI, 120; Zeydân, **el-Mufasssal fî ahkâmi'l-Mer'eti ve'l-Beyti'l-İslâm fî's-Şerîati'l-İslâmiyye**, V, 428.

adl) mali bir bedelin ödeneceğini, Ebû Yûsuf ise mağdurun doktor ücreti ve diğer tedavi masraflarının karşılanması gerektiğini savunmuşlardır.⁷⁴⁷ Ahmed b. Hanbel, Malik ve Şafîî gibi hukukçular da ta'zir cezası gerektiren suçlardan dolayı failin, mağdura mali bir bedel (tazminat) ödeme yükümlülüğü bulunmadığını ifade etmişler ancak muahhar dönem Mâlikî hukukçular ta'zir cezası gerektiren suçlardan dolayı da hakim ve yetkili makamın takdir hakkını kullanarak faili, mağdura maddî tazminat ödemekle yükümlü tutabileceğini savunmuşlardır.⁷⁴⁸

Ayrıca hukukçular, konuyu daha kapsamlı değerlendirerek müessir fiilden dolayı yaralanarak ekonomik gelirden mahrum kalan kişinin nafaka ve tedavi giderlerinin zarar veren tarafından karşılanmasının gerektiğini ifade etmektedirler.⁷⁴⁹

İnsan hayatı, akıl fonksiyonu ile gerçek anlamını kazanır. Yani beden için ruh ne kadar önemli ise yaşayan insan için de akıl o kadar önemlidir. Öteki duyulara önemli müessiriyetinden dolayı akıl fonksiyonunun büyük bir önemi vardır. Çünkü insan bu önemli melekesi ile diğer canlılardan ayrılır. Akıl, dini tekliflerle muhatap olmanın zorunlu ön şartıdır. Aklını kaybeden insan mükellef olma niteliğini de kaybetmektedir. Akıl fonksiyonunun kaybolması durumunda mağdura tam diyet ödenmesi gerekir. Bu hüküm Peygamberimizin Amr b. Hazm'a yazdığı bir mektupta yer almaktadır.⁷⁵⁰

Fonksiyonel birer organ konumunda olmamakla beraber saç, sakal, bıyık gibi estetik özellikleri bulunan bölgelerin kadın ve erkek için ayrı bir önemi vardır. Bu estetik özelliklerin yok edilmesi durumunda mağdura ne kadar tazminat ödeneceği konusunda İslam hukukçuları farklı bakış açılarından hareketle farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Hanefî imamlar ve Ahmed b. Hanbel Hz. Alinin uygulamasını esas

⁷⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 81; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 317; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, VIII, 289; İbn Âbidîn, *el-Ukûdu'r-Dürriyye fî Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hâmidîyye*, II, 255.

⁷⁴⁸ es-Sâvî, *a.g.e.*, IV, 504; er-Rehîbânî, *a.g.e.*, VI, 224; Heyet, *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*, XXII, Ta'zir Md.270-271; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 44; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 634; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, V, 345; et-Tarablusî, *a.g.e.*, 195; Bâbertî, *a.g.e.*, V, 343; Dusûkî, *a.g.e.*, IV, 355.

⁷⁴⁹ İbn Âbidîn, *el-Ukûdu'r-Dürriyye fî Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hâmidîyye*, II, 255; Mahmasânî, *a.g.e.*, I, 155.

⁷⁵⁰ İbn Kudâme, *a.g.e.*, IX, 633; Şafîî, *a.g.e.*, VI, 107; Ebû Şeybe, *a.g.e.*, VI, 348-349; el-Mâverîdî, Ebû'l-Hasan, Ali b. Muhammed b. Habîb, (ö.450/1058) *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Velâyetu'd-Diniyye*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ty, 234; İbn Hazm, *a.g.e.*, XI, 53; Zeydân, *a.g.e.*, 428.

olarak yerine yenisi bir daha gelmeyecek şekilde yok edilmesi durumunda saç ve sakala tam diyet gerekeceği görüşünü benimsemişlerdir.⁷⁵¹ Buna karşılık imam malik ve Şafîî ise insan bedeninde bulunmakla birlikte organ sayılmayan saç, sakal, kirpik ve kaş gibi kısımların yok edilmesine tam diyet değil hükûmet-i adl ödenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁷⁵²

C. Manevî Zararların Tazmini

1. Manevî Tazminat Kavramı

Kişinin, özellikle şeref ve haysiyetine yönelik sözlü, yazılı veya fiili bir haksız tecavüze maruz kalması, kendisinde büyük üzüntü ve manevî acıya yol açar. Kısaca manevî zarar (**ed-darar el-edebî**) olarak isimlendirilen şahsiyet haklarının zedelenmesi; örneğin kişinin haksız ve asılsız olarak hırsızlık, zina, rüşvet vb. yüz kızartıcı bir suç ile itham edilmesi, iftiraya maruz kalması, veya hakarete uğraması, bir yayın organında şeref ve haysiyetini küçültücü yayın yapılması ya da dayak, işkence ve kötü muameleye tâbi tutulması, onun toplum nezdindeki şeref ve itibarını sarsar ve ruh dünyasında tâmir ve telafisi zor travmalar oluşturur.⁷⁵³ İşte maruz kaldığı haksız fiil sebebiyle manevî acı ve sıkıntı yaşayan ve manevî kişiliği zedelenen daha hukuki bir ifade ile manevî zarara uğrayan mağdurun bu mağduriyetini gidermek veya hafifletmek amacıyla maruz kaldığı maddî, cismani ve manevî zararların mal ile giderilmesi manevî tazminat olarak isimlendirilmektedir.⁷⁵⁴

İslam hukukunda her zararın kendine mahsus adilane bir tarzda tazmin ve izale edilmesi önemli bir ilkedir. “zarar alâ kaderi’l-imkân izâle olunur” şeklindeki genel ilke, bu hususu vurgulamaktadır.⁷⁵⁵ Manevî tazminat ile, mağdurun manevî acı

⁷⁵¹ Kâsânî, **a.g.e**, VII, s. 312; Kadîhan, **a.g.e**, VI, s. 24; İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, s. 597, 598; Zeydân, **el-Mufasssal fî ahkâmî’l-Mer’eti ve’l-Beyti’l-İslâm fî’ş-Şerîati’l-İslâmiyye**, V, s. 429; Dağcı, **a.g.e**, 232.

⁷⁵² Sahnûn, **a.g.e**, VI, 314; Şirâzî, **a.g.e**, II, 208; er-Ramlî, **a.g.e**, VII, 289; el-Ensârî, **a.g.e**, IV, 27; Dağcı, **a.g.e**, 234; Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 69, 71, 74, 82, 98; Kâsânî, **a.g.e**, VII, 302, 303, 309, 311, 313, 315, 320; Bâbertî, **a.g.e**, X, 279, 281, 283; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 148.

⁷⁵³ Mevâfî, **a.g.e**, II, 1023, el-Hafîf, **a.g.e**, 55; Bilmen, **a.g.e**, VIII, 271; Busâk, **a.g.e**, 29.

⁷⁵⁴ Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lugatı**, 326; Feyzioğlu, **a.g.e**, 473; ayrıca bkz, **MK**, Md.24; **BK**, 49.

⁷⁵⁵ Bilmen, **a.g.e**, VIII, 272; Zuhaylî, **Darûre**, 49.

ve ızdırabının mümkün olduğunca hafifletilmesi amaçlandığı için manevî tazminat yerine “**gönül alma akçesi**” kavramı da kullanılmaktadır. Haksız fiil sonucunda mağdurun Karşılaştığı maddî-cismani veya manevî zararın maddî-mali bir bedel ile tazmin edilmesi, “**zarar izale olunur.**”⁷⁵⁶ ve “**zarar bi kaderi’l imkan def olunur**”⁷⁵⁷ şeklindeki genel kurallar ile temellendirilmektedir. Manevî tazminatın miktarı, karşılaşılan maddî-manevî zararın ağırlığına göre belirlenmektedir.⁷⁵⁸ Acısını dindirmek maksadıyla mağdura, manevî tazminat olarak hakim tarafından takdir edilen mali bir bedelin ödenmesi, büyük ölçüde son zamanlarda çağdaş İslam hukukçuları tarafından geliştirilen bir tazmin türüdür.⁷⁵⁹ İslam hukuku bakımından manevî tazminat, sadece manevî bir zarara uğrama durumunda değil, maddî-cismani (bedensel) zarara uğrama durumunda da söz konusu olmaktadır.

Diğer taraftan adam öldürme ve müessir fiillerden doğan zararlar sadece bedensel birer zarar olarak kabul edilemez. Çünkü adam ölmesi durumunda ölünün yakınları hem önemli bir desteklerinden mahrum kalmakta hem de manevî acı ve ızdırab yaşamaktadırlar. Müessir fiillerde de durum farklı değildir. Örneğin haksız fiil sonucunda gözlerini veya kulaklarını kaybeden mağdur, sadece bu organlarını keybetmekle kalmamakta aynı zamanda bu organlarını kaybetmenin psikolojik gerilimini yaşamaktadır. Bir tür haksız fiillerden kaynaklanan zararların mağdurdaki çok yönlü olumsuz sonuçlarını dikkate alarak özellikle şahsın bedenine yönelik cismani zararların sadece maddî değil aynı zamanda birer manevî zarar olduğunu düşünüyoruz. Bu bakımdan haksız fiil sebebiyle cismani zarara uğrayan mağdura ödenen diyet ve erşi de sadece maddî bir tazminat olarak görmüyor ve bu tazminatın aynı zamanda mağdurun uğradığı elem ve sıkıntıyı telafi eden manevî tazminat yönünün olduğunu da düşünüyoruz.

⁷⁵⁶ **Mecelle**, Md.20.

⁷⁵⁷ **Mecelle**, Md.31.

⁷⁵⁸ Çalkın- Tuğsavul, **a.g.e**, 57.

⁷⁵⁹ İslam hukukunda had cezası gerektiren suçlar ayrı ayrı ele alınmış ve bunlara uygulanacak cezai müeyyideler Kuran ve sünnet tarafından kesin olarak tespit edilmiştir. Kazif (**iftira**) suçunun altında kalan diğer haksız tecavüzlerin ise ta’zir limitleri içerisinde cezalandırılması hakimnin takdirine bırakılmıştır. Bir kısım çağdaş İslam hukukçuları, maddî cismani zarar durumunda mağdura manevî tazminat adı altında mali bir bedel ödenmesini sakıncalı görmezlerken (Sırâc, **a.g.e**, 379; Dureynî, **a.g.e**, 290; ez-Zerkâ, **el-Fi’lu’d-Dâr**, 122-123; Mevâfî, **a.g.e**, II, 1023) Diğer bir kısım İslam hukukçuları ise bunu uygun görmemişler, (el-Hafîf, **a.g.e**, I, 55,56.; ez-Zerkâ, **Filu’d-Dâr**, 121-125) ve tartışma konusu yapmışlardır.

Ancak uğradığı manevî zararlardan dolayı mağdura maddî bir bedel ödenip ödenmeyeceği hususu hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Manevî zararları, mala yönelik zarar ve haksız fiil kapsamında değerlendirmeyen bir kısım hukukçular, bu tür zararların tazmin edilmeyeceğini savunmuş, buna karşılık diğer bir kısım hukukçular ise mağdurun yaşadığı acı ve ızdırabın ancak maddî bir bedel ödenerek telafi edilebileceğini ifade ederek bu tür zararlara karşılık mağdura manevî tazminat ödenmesinin uygun olacağını ileri sürmüşlerdir. Her iki yaklaşımın temel dayanaklarını şu şekilde özetlemek mümkündür.

Manevî zararların mali bir bedel ile tazmin edilebileceğini savunan hukukçular, manevî zararları, hukuki değeri bulunan mal ve menfaatlerin ihlal edilmesi kapsamında değerlendirmiş ve bunlara kıyas ederek bu tür manevî zararlardan dolayı mağdura mali bir bedelin ödenmesinin İslam hukukunun temel prensipleri ile çelişmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu kanaatteki İslam hukukçularına göre fıkhîteki “**zarar, bi kaderi’l- imkan izale edilir.**”⁷⁶⁰ temel prensibi bunu öngörmektedir. Bu görüşün hanefî hukukçulardan imâm Ebû Yûsuf, imam Muhammed Şeybânî, imam Şafîî ve bir kısım hanbelî hukukçular tarafından savunulduğu anlaşılmaktadır. Örneğin İmâm Ebû Yûsuf, ve Şeybânî, haksız fiil sonucunda kişinin bedeninde oluşan ve daha sonra tamamen iyileşen yaralardan dolayı bile mağdurun uğradığı manevî acıyı dikkate alarak hakimnin uygun bir tazminata (**hükümet-i adl**) hükmetmesinin uygun olacağını belirtmişlerdir.⁷⁶¹ Bu görüş, Mustafa Ahmed ez-Zerka, Ahmed el-Muvafî ve Ahmed Sirac gibi çağdaş İslam hukukçuları tarafından savunulmuştur.⁷⁶² Bu kanaatte olan hukukçular, manevî zarardan dolayı mağdura ödenen manevî tazminatın, hem mağdur ile zarar veren arasında muhtemelen oluşabilecek olan husûmete engel olacağını, hem de toplumsal

⁷⁶⁰ Mevâfî, **a.g.e**, II, 1024; Dureynî, **a.g.e**, 290.

⁷⁶¹ İbn Âbidîn , **a.g.e**, VI, 586; Zeylaî, **a.g.e**, VII, 289; Bu konu ile ilgili Şafîî , Hanbelî ve Zeydi kaynaklardaki örnekler için bkz. el-Ensârî, Zekerîyyâ, **a.g.e**, IV, 67; el-Acîlî, Süleyman b. Mansûr, el-Misrî, **Hâşiyetu’l-Cemel**, Dâru’l-Fikr. V, s.78; Buceyrîmî, **a.g.e**, IV, 174; İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 623-624, ez-Zerkâ, **a.g.e**, 122; Mevâfî, **a.g.e**, 122; el-Murtazâ, **a.g.e**, VI, 281, 282.

⁷⁶² Mevâfî, Ahmed, **ed-Darar fî’l-Fıkhî’l-İslâmî**, Dâru İbn Affân, Suudî Arabistan, 1997, II, 1026; Sirâc, **a.g.e**, 375-376; ez-Zerkâ, **a.g.e**, 123.

barış, güven ve istikrarı sağlayacağını ayrıca fail açısından da eğitim (te'dip) ve tazir amaçlı caydırıcı (**zecrî**) bir müeyyide fonksiyonu icra edeceğini ifade etmişlerdir.

Buna karşılık manevî zararların maddî bir bedel ile tazmin edilemeyeceği görüşünü savunan hukukçular ise İslam hukukunda, yasaklanarak suç sayılan fiillerin ve bunlara verilecek cezaların şer'î nasslar ile tespit edildiğini, suç sayılıp yasaklanmakla birlikte şer'î nasslarca bir ceza öngörülmeleyen durumlarda ise hakimnin takdir hakkı bulunduğunu ve bu tür eylemleri tazir kapsamı içinde cezalandırma yetkilerinin bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu kanaatte olan hukukçulara göre, kişinin şeref ve haysiyetine yönelik haksız fiillerden doğan bir zarara karşılık mağdura maddî-cismani cezanın dışında ayrıca mali bir bedelin ödenmesi gerekli değildir.⁷⁶³ Hatta imam Ebû Hanîfe'nin, müessir fiilin tamamen iyileşmesi durumunda mağdura, dinen öngörülen mali bedelin dışında ayrıca bir tazminatın ödenmesini gerekli görmediği kanaatinde olduğu ifade edilmektedir.⁷⁶⁴ Çağdaş İslam hukukçusu Alî el-Hafîf de maddî tazminatın, yok edilen mal veya eşyanın, ya da uğranılan cismani zararın yerine ikame edildiğini, buna karşılık somut olarak görülmeyen manevî zararın yerine mali bir tazminatın ikame edilemeyeceğini, başka bir ifade ile meydana gelen zarar ve buna karşılık mağdura ödenecek mali bedelin birbirine denk ve birbirinin yerine ikame edilebilir olmadığını, bu nedenle de manevî zararın mali bir bedel ile telafi edilemeyeceğini, mağdurun uğradığı manevî acı ve ızdırabın giderilerek kırılan onur ve itibarının yeniden kazandırılması için yasalarca öngörülen ceza yaptırımının yeterli olacağını gerekçe göstererek kişinin manevî şahsiyetini ihlal eden hakaret, sövme ve zina iftirası (kazf) vb. den doğan manevî zararların mal ile tazmin edilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁷⁶⁵

Pozitif hukukta da uğradığı manevî zarara karşılık mağdura ödenen maddî tazminat, manevî zarara uğrayan kişinin acısını bir dereceye kadar dindirip onu teskin etmeye yarayan bir vasıta olarak görülmüştür.⁷⁶⁶ Örneğin, uzun yıllar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Borçlar Hukuku dersini takrir eden ve aynı

⁷⁶³ el-Hafîf, **a.g.e.**, s. 56; ez-Zerkâ, **a.g.e.**, 124; Mevâfî, **a.g.e.**, 1027.

⁷⁶⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 81.

⁷⁶⁵ el-Hafîf, **a.g.e.**, 55, 56; Ayrıca bkz. Zerkâ, **a.g.e.**, 124; Busâk, **a.g.e.**, 34-35; Mevâfî, **a.g.e.**, 1027.

⁷⁶⁶ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, 312; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 254.

fakültede İlahiyat Fakültesinin kurucu dekanlığını yapan Ord. Prof. Dr. M.Esat Arsebük, manevî zararların hukuki yollarla yani zarara uğratılan malın eski haline döndürülmesinin veya tam kıymetinin tazmini yollarıyla ortadan kaldırılmasının mümkün olmamakla birlikte hukukun bu tür zararlar için bir tazmin yolunu gösterdiğini ifade etmiştir.⁷⁶⁷ Arsebük, bu görüşünü, iktibas ettiğimiz şu ifadeleriyle gerekçelendirilmiştir. **“...vakıa bazı zararlar vardır ki tazmin edilemezler. Burada manevî tazminat, aşağı yukarı, mutazarrır olan kimsenin duyduğu eleme mukabil ona başka mahiyette bir ivaz temin etmek ve böylece onu memnun eylemektir. İhlal edilen bir zevkin yerine bir diğerinin ikamesi gibi. İşte bu gibi mülahazalar neticesinde manevî tazminatın, mutazarrır olan kimsenin tatminini değil belki haksız fiil failinin medeni sahada tecziyesini istihdaf ettiği de ileri sürülebilir. Netekim bazı müellifler manevî tazminatı icap ettiren hareketler için hükmolunan zarar ve ziyanın tazminat mahiyetinden ziyade değerleri için bir ibreti müessire mahiyetini arz ettiğini beyan etmektedir.”**⁷⁶⁸ Mağdurun uğradığı cismani veya manevî bir zarara karşılık kendisine maddî bir tazminat ödenmesinin, İslam hukukunun temel ilkeleri ile çelişmediği, aksine önemli bir fonksiyon icra edeceği kanaatindeyiz.

2. Manevî Tazminatın Fonksiyonu

Hukukçular, manevî tazminatın fonksiyonunu zarar gören mağdurun manevî yönden tatmin edilmesi, zarara sebep olan failin cezalandırılması ve uğranılan manevî zararın telafi edilmesi olmak üzere farklı şekillerde değerlendirmişlerdir.

a. Mağdurun Manevî Açıdan Tatmin Edilmesi

Bu görüşü savunanlar manevî tazmini, zararın telafi edilmesi veya zarar verenin cezalandırılması şeklinde değil, daha ziyade zarar gören kişinin uğradığı manevî zararı, duyduğu acı ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek veya dindirmek

⁷⁶⁷ Arsebük, **a.g.e**, I, 198; Saymen, Ferit H; **Manevî Zarar ve Tazmini Sureti**, 20.

⁷⁶⁸ Arsebük, **a.g.e**, I, 199.

şeklinde olarak değerlendirmişlerdir. Daha özlü bir ifade ile bu görüşü savunan hukukçular, manevî tazminatı bir bakıma mağdurun psikolojik yönden tatmin edilmesini amaçlayan hukuki bir müessese olarak görmüşlerdir.⁷⁶⁹ Kişinin manevî varlığındaki zararın, parayla ölçülüp tartılmayacağını ifade eden bu görüş mensupları, manevî zararın mali bir tazminat ile karşılanması ile zarara uğrayan kişinin acı ve üzüntüsünün tamamen ortadan kaldırılmasa bile kısmen olsun dindirileceğini ifade etmişlerdir. Çünkü manevî tazminatın, zarara uğrayan mağduru sakinleştirdiği, rahatlattığı ve bir bakıma psikolojik olarak rehabilite ettiği de bir gerçektir. Mali bedelin bu gibi etkileri görülmesi bile en azından zararın neden olacağı olumsuz sonuçları hafifletebilme özelliği bulunmaktadır. Manevî tazminat olarak ödenecek bedel ile mağdurun şahıs varlığında meydana gelen eksilme, mal varlığındaki belirli bir artışla dengelenmiş, fizik ve psikolojik acıları giderilmiş olur. Böylece mağdur kısmen manevî tatmine ulaşır, rahatlama ve haz duyar.⁷⁷⁰

Zarar gören mağdurun aldığı maddî tazminatın (paranın) kendisinde bir tatmin duygusu meydana getirebilmesi için onun böyle bir duygu ve yeteneğe sahip olması gerekir. Halbuki böyle bir duygu ve yetenekten yoksun olduğundan dolayı temyiz gücüne sahip olmayan hem gerçek kişilerde (hakiki şahıs) ve tüzel kişiliklerde (hükmi şahıs)paranın her zaman bir tatmin duygusu oluşturamayacağı gerekçesinden hareketle bu görüş eleştirilmiştir.⁷⁷¹

b. Suç Failinin Cezalandırılması

Bir kısım hukukçular ise zarar görene ödenen manevî tazminatın, mağdur bakımından zararın izalesi olmakla birlikte, aynı durum diğer taraftan zarar vereni cezalandırmak olduğunu savunmuşlardır. Manevî tazminat ödemesiyle zarar verenin mal varlığında meydana gelen eksilme zarar gören mağdurun intikam duygularının törpülenmesini sağlayarak böylece onun psikolojik yönden rahatlmasına yardımcı

⁷⁶⁹ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 330-331; Eren, **a.g.e.**, II, 368.

⁷⁷⁰ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 330; Eren, **a.g.e.**, II, 368- 369; Gönensay, A.Samim, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1948I, 199-200; Reisoğlu, **a.g.e.**, 189.

⁷⁷¹ Eren, **a.g.e.**, II, 368.

olur.⁷⁷² Bazı hukukçular da manevî tazminatı kısmen ceza olarak kabul etmektedirler. Daha önceleri bir ceza olarak kabul edilen manevî tazminat, günümüzde artık ceza nitelikli bir müeyyide olmaktan ziyade, özel hukuki bir kurum olarak kabul edilmiştir. Manevî tazminatın bir cezaî müeyyide olduğu görüşünü benimseyenlere göre manevî tazminata hükmetmek için zarar görenin acı ve üzüntüsünü ölçmek daha zor, ancak zarar verenin kusurlu olduğunu belirlemek ise daha kolaydır.⁷⁷³

İslam hukukunda başkasına zina isnad ve iftirasında (kazf) bulunan failin seksen değnek vurularak cezalandırılması, bir bakıma manevî zarar gören kimsenin zararının telafisi sayılmıştır. Ayrıca kısas ve diyet gibi cezalar, mağdur açısından tazminat özelliği taşısa da suç failini suçtan sakındırma ve caydırması (**er-redü'l-hass**) açısından önemli bir fonksiyon icra etmektedir. İnsanların çoğu cezanın ahirete yönelik olduğundan daha çok bu dünyada hemen verileceğini düşünür ve korkarak suç işlemekten kaçınır. Bu yönüyle manevî tazminatın bir ceza niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır.⁷⁷⁴

c. Mağdurun Uğradığı Zararın Telafi Edilmesi

Manevî tazminatın amacı, uğranılan zararın aynen veya nakden telafi ve tazmin edilmesidir. Manevî zararlarda, zararı aynı ile tazmin imkansız görülmektedir. Bir mal veya eşyanın yok edilmesinde onu aynı veya misli ile tazmin etmek mümkündür. Böylece ihlal veya yok edilen hak ve hukuki değerler tekrar elde edilmektedir.⁷⁷⁵ Ancak somut varlığı olmayan manevî değerlerin zarara uğramasında nispeten farklı bir durum söz konusudur. Bu bakımdan bu tür zararların telafi edilmesinde de farklı bir yöntem uygulanabilir. Mesela, başkasına hakaret veya iftira eden kişinin, haksız ve yalan beyanda bulunduğunu ifade ederek mağdurdan özür dilenmesi, izinsiz olarak başkasının fotoğrafını çeken kişinin, fotoğrafın negatifini

⁷⁷² Eren, **a.g.e.**, II, 368, 369; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 303; Gönensay, **a.g.e.**, I, 199-200. Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, 331.

⁷⁷³ Kılıçoğlu, Ahmet, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1993, 242.

⁷⁷⁴ Bilmen, **a.g.e.**, VIII, 285.

⁷⁷⁵ Eren, **a.g.e.**, II, 370.

imha ettiğini ilgiliye göstererek özür dilemesi veya sağlık durumu ihlal edilen kişinin tedavi ettirilerek tamamen iyileşmesi buna örnek gösterilebilir.⁷⁷⁶ Ancak bu durumlarda bile manevî zararın tam olarak giderildiğini ifade edebilmek güçtür.

Manevî zararın tazmininde uygulanan bir diğer yöntem de zararın nakden telafi edilmesidir. Ancak bu usûl manevî zararın tazmininde başvurulacak bir yöntem olmamıştır. Çünkü manevî zararın parayla tam anlamıyla (her yönüyle) telafi edilebileceği hususu mümkün görülmemektedir.⁷⁷⁷ Ancak ihlal edilen kişilik değerlerinin parayla ölçülememesini ileri sürerek nakdi tazmin görüşünü kabul etmemek, zarar görenin hukuki korumadan yoksun bırakılmasına yol açar. Aynı şekilde kişilik değerlerinin iradî olarak parayla mali tazminat karşılığında başkalarına devredilmesi veya kişilik haklarının ihlalden dolayı mağdurun manevî tazminat almayı kabul etmesi alçaltıcı, tahkir edici ve ahlaken incitici veya kırııcı bir tasarruf olarak görülmüştür. Ancak irade dışında kişilik değerlerinin ihlal edilmesinden dolayı meydana gelen zararlara karşılık alınan manevî tazminatın tahkir edici ve alçaltıcı bir niteliği bulunmadığı ileri sürülerek bu düşünce, pozitif hukukçular tarafından benimsenmemiştir.⁷⁷⁸ Türk Medeni Kanunun 24. maddesi ile Borçlar Kanununun 47 ve 49. maddeleri de, kişilik haklarının ihlal edilmesinden dolayı manevî tazminat isteme hakkını tanımaktadır.⁷⁷⁹

Manevî tazminatın temel amacının telafi olduğunu kabul edenlere göre, zarar görenin acı ve elem duyup-duymadığı dikkate alınmaksızın uğradığı manevî zarara karşılık öngörülen bu tazminatın kendisine hemen ödenmesi gerekir. Nasıl ki maddî zarar gören kişinin acı ve elem duyup duymamasına bakılmaksızın ona tazminat ödenmekte ise manevî tazminat ta aynı yöntemden hareket edilmelidir. Zarar görmeleri söz konusu olması durumunda hem tüzel kişilerin hem de mümeyyiz olup olmamalarına bakılmaksızın gerçek kişilerin manevî tazminatı isteme hakları bulunmaktadır.⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, II, 370.

⁷⁷⁷ Eren, **a.g.e.**, II, 370- 371.

⁷⁷⁸ Eren, **a.g.e.**, II, 371; Saymen, **Manevî Zarar ve Tazmini Sureti**, 93-94.

⁷⁷⁹ Eren, **a.g.e.**, II, 371; Saymen, **Manevî Zarar ve Tazmini Sureti**, 94; Gönensay, **a.g.e.**, I, 203.

⁷⁸⁰ Eren, **a.g.e.**, II, 371-372; Gönensay, **a.g.e.**, I, 204.

3. Manevî Tazminatın Miktarını Tayin Etme Mercii

Pozitif hukuka göre kişilik değerlerindeki eksilmenin para ile ölçülmesi ve ekonomik bir değerle hesaplanması mümkün değildir. Bu bakımdan manevî tazminatın hesaplanmasında hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Borçlar kanunu 47. maddesi de adam öldürme ve vücut bütünlüğünün ihlalinin dolayısıyla mağdura ödenecek manevî tazminatın miktarının hakim tarafından takdir edileceğini öngörmektedir. Manevî tazminatın miktarını belirlemede hakim, sorumlunun veya zararın doğmasında rolü bulunan kişi ya da kişilerin kusur derecesini, manevî zararın ağırlığını, varsa zarar görenin müterafik kusurunu ve olayın özel şartlarını da dikkate almaktadır.⁷⁸¹

İslam hukukunda bir kısım suçlardan dolayı mağdurun uğradığı zarara karşılık ödenecek tazminat miktarı Kuran ve sünnet nassları ile belirlenmiştir. Adam öldürme ve müessir fiillerden doğan diyet miktarı buna örnek gösterilebilir. Ölüm veya el, ayak, göz, kulak, burun, dil, diş gibi organların yok edilmesine öngörülen diyet ve erşin miktarı, şer'î nasslarca belirlendiğinden dolayı hakimin herhangi bir takdir hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Ancak şer'î nasslarca miktarı belirlenmeyen durumlarda (örneğin kemik kırılması, sıyrıklar, estetik özelliklerin zarara uğraması ve organların kısmen yok edilmesi veya fonksiyonunu yitirmesi) mağdura ödenecek tazminat miktarını (hükümet-i adl) belirlemede hakim, ortaya çıkan zararın ağırlığını, suç failinin ve suçun mağdurunun durumunu da dikkate alarak **ehl-i hibre** denilen uzman bilirkişilerin görüşünden faydalanmaktadır.⁷⁸² Cismani zararların tazmininde tazminat miktarının belirlenmesinin hakimin takdirine bırakıldığı ilkesinden hareketle, iftira, hakaret ve sövme vb. kişilik haklarını ihlal eden suçlarda mağdura ödenecek manevî tazminat miktarının belirlenmesinde de aynı yöntemden hareket edilebileceğini ifade etmek mümkündür.

Tazminat miktarının şer'î nasslarca belirlenmediği durumlarda ise bu miktarın adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak (hükümet-i adl) ehlü'l-hibre

⁷⁸¹ Eren, **a.g.e.**, II, 381; İnan, **a.g.e.**, 351; Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, 122.

⁷⁸² İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 418; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XXXI, 170.; Kalyûbî ve Amîre, **a.g.e.**, IV, 206-207; el-Hatîb, **a.g.e.**, IV, 192; er-Remli, **a.g.e.**, VIII, 22; Zeydan, **el-Mufasssal**, V, 457.

denilen kişilerce belirleneceği konusunda İslam hukukçuları arasında bir görüş birliğinin bulunduğu dikkati çekmektedir. Bu usul, Hz. Ömer'in ve diğer halifelerin örnek uygulamalarına dayandırılmaktadır.⁷⁸³

a. Manevî Zararların Mali-Maddî Bedel İle Tazmini

Bir organın tamamen yok edilmesi, örneğin elin parmaklarıyla birlikte yok edilmesi veya gözün kör edilmesi durumunda iyileşme söz konusu olmadığı için mağdura, kanunen öngörülen mali bedel ödenmektedir. Ancak vücutta sürekli değişikliğe sebep olmayan müessir fiiller, çehrede ya da vücudun diğer bölgelerinde meydana getirilen müessir fiiller, bazen sabit eser bırakmaksızın iyileşebilir. Bu durumda mağdura yine de bir bedel ödenecek midir, ödenecekse bunun miktarı ne kadar olacaktır? Yaraların sabit eser bırakmaksızın iyileşmesi durumunda Ebû Hanife ve imam Malik'in mağdura herhangi bir mâlî bedel ödemenin zorunlu olmadığı kanaatini taşıdıkları anlaşılmaktadır.⁷⁸⁴ Buna karşılık imam Şafî ile hanefî imamlarından Ebû Yûsuf ve imam Muhammed'e göre ise yara tamamen iyileşse bile mağdurun çektiği manevî elem ve sıkıntı dikkate alınarak kendisine “**erşü'l-elem**” veya “**hükûmetü'l-elem**” yani manevî bir tazminat ödenmesi gerekir.⁷⁸⁵ Ayrıca çağdaş İslam hukukçularının bu konuyu daha kapsamlı olarak ele aldıkları ve müessir fiilden dolayı zarar gören mağdurun tedavi ve nafaka giderleri ile birlikte ayrıca işgücünden mahrum kaldığı ve çalışmadığı için ekonomik yönden uğradığı zararların da tazmin edilmesi gerektiğini belirttiklerini kaydetmek gerekir.⁷⁸⁶

Mağdura manevî tazminat ödenmesi ile, zarar gören mağdurun ve ailesinin gönlünün alınarak onure edilmesi, haksız fiili ile kendisine zarar veren faile karşı

⁷⁸³ İbn Kudâme, **a.g.e**, IX, 655.

⁷⁸⁴ Serahsî, **el-Mebsût**, XXVI, 98; Merğînânî, **a.g.e**, IV, 170, 187; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 586; Dusûkî, **a.g.e**, IV, 270-271; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, IV, 106; Dağcı, **a.g.e**, 249-250.

⁷⁸⁵ Remlî, **a.g.e**, VII, 327; Serahsî, **a.g.e**, XXVI, 98; Kasânî, **a.g.e**, VII, 216; Merğînânî, **a.g.e**, IV, 170; İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 311; İmam Muhammed Şeybânî yaraların tamamen iyileşmesi durumunda mağdura doktor ücreti ve diğer tedavi masraflarının fail tarafından karşılanması gerektiğini ifade etmiştir. Haskefi, Alâuddîn Muhammed b.Alî b.Abdirrahman b.Muhammed el-Hısnî, (ö.1088/1677), **ed-Dürrü'l-Müntekâ fî Şerhi'l-Mültekâ**, Matabaa-i Osmaniye, Dersaadet 1328, VI, 586; Dağcı, **a.g.e**, 250.

⁷⁸⁶ İbn Âbidîn **Tenkîhu'l-Fetavâ'l-Hamîdiyye**, II, 254; Mahmasânî, **a.g.e**, I, 155.

intikam alma duygusuna yönelmemesi de amaçlanmaktadır.⁷⁸⁷ Bu bakımdan haksız olarak zina iftirasına maruz kalan mağdura manevî tazminat olarak bir bedelin ödenmesi gerektiği düşünülebilir. Hanefî mezhebinde başkasına zina isnadında (**kazf**) bulunan ve iddiasını ispat edemeyen suç faili ile mağdur arasında af, ibra ve anlaşma (**sulh**)nın caiz olmayacağı görüşü benimsenirken İmam Şafî ve hanefî imamı Ebû Yûsuf bu durumda suç faili ile mağdurun mali bir bedel üzerinde anlaşmalarının caiz olduğunu, haksız ithama maruz kalarak manevî zarar gören kişiye (**makzûf**) maddî bir bedelin ödenebileceğini savunmuşlardır.⁷⁸⁸

Erkeğin, boşadığı karısına verdiği mehir, manevî zararın maddî bedelle karşılanabileceğine örnek olarak gösterilmiştir. Örneğin Muhammed Ebû Zehra boşamadan dolayı kadına ödenen iddet nafakası ve diğer mali tazminatların sadece eşlerin ayrılmasından dolayı değil, erkeğin boşama hakkını kötüye kullanmasından dolayı kadının maruz kaldığı manevî zararın giderilmesini de amaçladığını ifade etmektedir.⁷⁸⁹

Ayrıca Bakara suresinin 236. ayetinde, evlilik akdinin fiili birleşme (**zifâf**)den önce sona ermesi ve bunda da kadının herhangi bir kusurunun bulunmaması durumunda, kocanın, kendi ekonomik durumuna göre, boşadığı eşine mali bir bedel (mut'a) ödemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Muhammed Ebû Zehra ve Zekiyyuddin Şaban gibi çağdaş bir kısım İslam hukukçuları, erkeğin haksız yere nişandan dönerek kadını terk etmesi durumunda kadına ödenmesi öngörülen hediye nitelikli bu bedelin, uğradığı manevî acı ve zarara karşılık boşanan kadını teselli etmek amacına matuf olduğunu ve bu bedelin, bir bakıma manevî tazminat olarak değerlendirilebileceğini ifade etmişlerdir.⁷⁹⁰

Türk Medeni Kanununun 85. maddesinde; kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından dolayı şahsen fahiş bir zarara uğrayan tarafa, hakimün uygun bir tazminata hükmedebileceği; aynı Kanunun 143. maddesinde ise boşanmaya sebep

⁷⁸⁷ Sırâc, **a.g.e.**, 151.

⁷⁸⁸ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 56.

⁷⁸⁹ Ebû Zehra, **Ahvâlu's-Şahsiyye**, Dârul-Fikri'l-Arabiyye, ty, by, 35-37.

⁷⁹⁰ Serahsî, **el-Mebsût**, V, 82; İbnu'l-Humâm, **a.g.e.**, III, 326-327; Mollâ Husrev, **a.g.e.**, I, 342-343; Zeylaî, **a.g.e.**, III, 539, 542, 546, 550; Döndüren, Hamdi, **Delilleriyle İslam Hukuku**, Bursa, 1983, s.290; es-Sibâî, Mustafa, **Ahvâlu's-Şahsiyye**, Dimeşk, 1958, 137.

olan hadiselerin, kabahati bulunmayan karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır bir şekilde zarara uğratması durumunda hakimin, manevî tazminat ismiyle muayyen bir bedele hükmedebileceğini ifade etmektedir. Bu manevî tazminatın, mağdur tarafın manevî acı ve üzüntülerini karşılamak üzere ödendiği açıktır.⁷⁹¹ Yukarıda İslam hukuku ve çağdaş hukuk açısından verilen örnekler değerlendirildiğinde, İmam Şafîî, Ebû Yûsuf ve imam Muhammed tarafında savunulan **erşu'l-elem** müessesesi ile, Türk Borçlar hukukundaki manevî tazminat müessesesinin benzerlik arz ettiğini ifade etmek mümkündür.

b. Manevî Zararlara Karşılık Suç Failinin Cezalandırılması

ba. Suç Failinin Te'dibi

Manevî zararların her zaman maddî bir bedel ile karşılanarak tazmin edilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesinden hareket eden bir kısım İslam hukukçuları, mağdurun uğradığı manevî zararlardan dolayı suç failinin sakındırmak (**zacr**) ve eğitmek (**te'dip**) gibi ta'zir türünden cezalar ile tecziye edilebileceğini de zikretmektedirler.⁷⁹²

Bu bakımdan İslam hukukunda manevî zararların mâlî bedel ile (para) tazmin edilmesi uygulamada şekline pek fazla yer verilmemiş kişinin şeref ve haysiyetinin rencide edilmesi ve sosyal bakımından itibarının zedelenmesi gibi manevî zararlardan dolayı faili, kötülüklerden sakındırmak (**zacr**) ve eğitmek amaçlı (ta'zir türünden) manevî cezalar getirilmiştir.⁷⁹³

Kişinin, başkasına hakaret etmesi veya sövmesi, başkalarının şahsi ve ailevi sırlarını araştırarak veya elde etmeye çalışarak (**tecessüs**) özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmesi, başkalarını kötü lakaplarla anarak veya gıybetini yaparak toplum nezdinde itibarını zedelemesi ve diğer şeref ve haysiyet kırıcı davranışlarda bulunması ayet ve hadislerle yasaklanmakla birlikte karşılığında cezaî bir müeyyide öngörülmemiştir. Bütün bu yasak fiiller İslam hukukçuları tarafından kişinin namus

⁷⁹¹ Saymen. **a.g.e.**, 154, 157.

⁷⁹² Bilmen, **a.g.e.**, VIII, 279.

⁷⁹³ Bilmen, **a.g.e.**, VIII, 280.

ve şerefine yönelik en ağır suç oluşturan zina iftirası (**kazf**) kapsamında değerlendirilmiş ve suç failinin durumuna, suçun ağırlığına ve suçun ihlal ettiği kişisel ve toplumsal zararın durumuna göre ta'zir limitleri içerisinde uygun bir yaptırım ile cezalandırılması hakimın takdirine bırakılmıştır. Bu tür suçlara uygun bir ceza belirlemesi konusunda hakimın geniş bir takdir hakkına sahip olduğu görülmektedir. Suç failine verilecek ta'zir cezası; hapis, sakındırma ve eğiterek topluma kazandırma (**zacr** ve **te'dip**) amaçlı maddî- cismani bir ceza olabileceği gibi, mağdurun uğradığı manevî zararı tazmin amaçlı maddî bir bedel (manevî tazminat) da olabilmektedir.⁷⁹⁴ Kısaca belirtmek gerekirse kişilik haklarını ihlal eden suçlara uygulanacak cezalar arasında manevî tazminat da önemli bir yer işgal etmektedir.

Şu hususa da temas etmek gerekir ki İslam hukuku açısından, ölümle kişinin şahsiyet hakları sona ermekte ancak ölünün hayatta kalan akrabaları bakımından, ölünün hatıraları onların zihninde yaşamaya devam eder. Bu nedenle ölünün manevî şahsiyetine yönelik haksız tecavüzler, maddî olarak bir zarara yol açmasa bile, yakınlarını üzer ve manevî duygularını rencide eder. Peygamberimiz “ölüler hakkında kötü şeyler konuşmayın, sonra dirileri üzersiniz”.⁷⁹⁵ ve “ölülerinizin kusurlarını değil, hayırlarını yâdedin”⁷⁹⁶ anlamındaki hadisleri ile, ölülerin haklarının korunmasını dirilerden istemiş ve yakınlarının üzülmeye sebep olabileceği gerekçesi ile ölü insanlar hakkında kötü söz ve davranıştan kaçınılması gerektiğini emretmiştir. Hatta Peygamberimiz, (s.a.v) “onlar hakkında kötü söz söylemeyin, zira söyledığınız kötü sözler onlara ulaşmaz, üstelik onun hayatta olan akrabalarını üzersiniz.”⁷⁹⁷ buyurarak müslümanların Bedir savaşında öldürülen müşrikler hakkında kötü söz söylemelerini yasaklamıştır.⁷⁹⁸ Yukarıda

⁷⁹⁴ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 63; İz.b. Abdisselâm, **a.g.e**, I, 141; İbn Ferhûn, **a.g.e**, II, 227; el-Murtazâ, **a.g.e**, VI, 170; Mollâ Hüsrev, **a.g.e**, II, 76-77; Eş-Şirbînî, **a.g.e**, IV, 123, 199; İbn Nuceym., **el-Bahru'r-Râik**, V, 47; İbn Âbidîn, **a.g.e**, IV, 71; İbn Kayyim, **a.g.e**, I, 276-277; Buhûfî, **a.g.e**, III, 365; Heyet, **el-Mavsûatu'l-Fıkhiye**, XXII, 21; Sırâc, **a.g.e**, 373.

⁷⁹⁵ Buhârî, Cenâiz, 97, Rikâk, 42; Tirmizî, Birr, 51; Menâkıb, 58; Nesâî, Cenâiz, 52, İbn Mâce, Mukaddime, 11; Dârimî, Siyer, 67; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 1/300.

⁷⁹⁶ Ebu Dâvud, Edeb 50; Tirmizî, Cenâiz, 34.

⁷⁹⁷ Buhârî, Cenâiz, 97; Rikâk, 42; Neseî, 56; İbn Mâce, Mukaddime, 11.

⁷⁹⁸ el-Kureşî, Muhammed b. Muhammed .b. Ahmed el-uhveh; **Me'âlimu'l-Kurbe fî Talebi'l-Hisbe**; Dâru'l-Funûn, 193.

anlamını verdiğimiz hadisler ve Peygamberimizin Bedir savaşına katılan müşrikler hakkında Müslümanların takınmaları gereken tutumu belirten sözlerine dayanarak ölünün hatırasına yönelik haksız fiillerden dolayı şahsiyet hakları ihlal olan kimsenin manevî tazminat açma imkanına sahip oldukları kanaatine ulaştığımızı belirtmek isteriz.⁷⁹⁹

bb. Suç Failinin Kınanması

İslam hukukçuları, had cezalarının uygulanamadığı durumlarda suç failine uygulanacak ta'zir türünden cezalar arasında kınama (**adlî tevbîh**) cezasına da yer vermişlerdir. Bu cezanın türünün belirlenmesi ve uygulanması hakimin takdirine bırakılmıştır. Kınama cezası ile, suç failinin eğitilmesi ve bir daha başkasının kişilik haklarını ihlal etmemesi amaçlanmaktadır. Bu bakımdan kınama (tavbîh) türünden cezaları, kişilik haklarını ihlal eden suçlarda manevî tazminat olarak değil, mağdurun manevî duygularını tâmir etmek üzere faile uygulanan bir cezai müeyyide olarak kabul etmek gerekir.⁸⁰⁰ Kınama türünden ta'zir cezaları, tevbîh ve tekdir amacıyla hakimin suçludan yüzünü çevirmesi veya yüzüne sertçe bakması, suçluyu mahkeme huzurunda sert ifadelerle azarlaması vb. şekillerde olabilmektedir.

Annesinin renginin siyah olmasından dolayı bir sahabiye hakaret ve aşağılama amacıyla “**siyah kadının oğlu**” diyen Ebû Zer el-Gifârî’yi Hz. Peygamberin “**ey Ebâ Zer! onu annesiyle mi ayıplıyorsun? Sen, kendisinde cahiliye adetinin etkisi bulunan bir kişisin**”⁸⁰¹ diyerek uyarması işlediği suçtan dolayı kendisine had cezası infaz edilirken suç failine sözlü hakarete bulunan kişileri Hz. Peygamberin uyarak (tevbih) suç işleyen suç failine ceza verilirken bile hiç kimsenin suçlunun manevî

⁷⁹⁹ Saymen, **a.g.e.**, 124; Bilmen, **a.g.e.**, VIII, 280.

⁸⁰⁰ El-Awa Mohammed S, **Punishment in Islamic Law**, American Trust Publications, İndiana, 101, 1982.

⁸⁰¹ Buhârî, îmân, 22; Edep, 44; Müslim, Eymân, 38, 40; Ebû Dâvud, Edep, 124; Tirmizî, Tefsîru Sûreti22; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e.**, 5/161.

şahsiyetine ve şahsiyet haklarına tecavüzde bulunma hakkına sahip olmadığını ifade etmesi. bu konuya dair verilen örnekler arasında yer almaktadır.⁸⁰²

Benzer bir başka örnek olay da hadis kaynaklarında şu şekilde yer almaktadır. Kendisini Hz. Peygambere şikayet eden bir köleye öfke ile “ **seni siyahın oğlu...**” diyerek sözlü hakarete bulunan Abdurrahman b. Avf’a, Peygamberimiz, çok şiddetli bir şekilde kızarak ve eliyle işaret ederek “ **beyaz insanların çocuklarının siyahlarınkine üstünlüğü ancak onlar üzerinde bir hakkı olması durumunda söz konusudur. Aksi takdirde beyazın siyaha bir üstünlüğü yoktur.**” Diyerek mukabelede bulunmuştur. Bunun üzerine büyük bir mahcubiyet hisseden Abdurrahman b. Avf, yüzünü toprağa koyarak razı oluncaya kadar kölenin kendi yanağını çiğnemesini isteyerek kendisinden özür dilemiştir.⁸⁰³

bc. Suç Failinin Teşhiri

İslam hukukçuları, suçlu açısından bir ıslah yöntemi olarak kamu menfaatine yararlı görmesi durumunda hâkimin, suç failini ta’zir kapsamında toplum önünde teşhir edebileceğini ifade etmişlerdir.⁸⁰⁴ örneğin başkalarına haksız suç isnad ve iftirasında bulunan veya yalan yere yemin ederek başkalarının zarara uğramasına ve onurlarının zedelenmesine sebep olan kişilerin, bütün toplum tarafından yalancı ve müfteri olduklarının bilinmesini sağlamak için bu kişilerin toplum içinde dolaştırılarak ilan edilebilir, saçları tıraş edilebilir, üç güne kadar yüksek bir yerde teşhir edilerek daha sonra da salıverebilir. Suç failinin bu şekilde cezalandırılması kendi şahsı açısından toplum nezdinde önemli bir statü kaybı olacağı kuşkusuzdur.⁸⁰⁵

⁸⁰² Bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. Buhârî, istikrâz, 13, Hudûd, 4; Ebû Dâvûd, Akdiye, 29, Hudûd, 35,36; Nesâî, Buyû’, 100; İbn Mâce, Sadâkât, 18; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e.**, 4/222, 388, 389; İbn Ferhûn, **a.g.e.**, II, 217;; Tarablusî, **a.g.e.**, 193; Heyet, **el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye**, XII; 275.

⁸⁰³ el-Mâverîdî, **a.g.e.**, 236; Udeh, Abdulkadir, **et-Tesrîu’l-Cinâî’l-İslâmî**, Dâru’-Turas, Kahire, ty, II, 703; Behnesî, Ahmed Fethî, **ed-Diye fi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye**, Mektebetu’l-Anclû’l-Mısıriyye, by. 1968, 202.

⁸⁰⁴ Mâverîdî, **a.g.e.**, s.39; İbn Ferhûn, **a.g.e.**, II, s.224;231; Heyet, **el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye**, XI, 45-46.

⁸⁰⁵ Buhâtî, **a.g.e.**, VI, 125, 127; 446-447; ayrıca bkz. el-Awa, **a.g.e.**, 102-103; İbn Muflih, **a.g.e.**, VI, 108-109; er-Rehîbânî, **a.g.e.**, VI, 648-649; Maradâvî, **a.g.e.**, XII, 107; Buhârî, Şehâdât, 10, Edep 6, İsti’zân, 35, Müslim, İmân, 143-144; Tirmizî, Şehâdât, 3, Birr 4, Ahmed İbn Hanbel, **a.g.e.**, 3/131,

Peygamberimizin (s.a.v) ve ondan sonraki dönemdeki uygulamanın da bu şekilde olduğu ifade edilmektedir.⁸⁰⁶ Suçluyu toplum önünde teşhir etme cezası, İslam hukukçuları tarafından zina suçunun cezası ile ilgili ayetteki “**Onların ceza görmesine, inananlardan bir topluluk da şahit olsun.**”⁸⁰⁷ İfadesine dayandırılmıştır.⁸⁰⁸ Zira suçluya cezanın infaz edildiğini gören diğer insanlar için bu durum bir ibret ve caydırıcılık özelliği de taşımaktadır.⁸⁰⁹ Örneğin Hz. Peygamberin, işlediği hırsızlık suçu sebebiyle eli kesilen suçlunun kesilen elinin boynuna asılmasını emretmiştir.⁸¹⁰ Bu uygulamanın, toplumun diğer bireyleri için de müessir bir önleyici ve caydırıcı özelliği bulunduğu ifade edilmektedir.⁸¹¹

Günümüzde teknolojik gelişmelere uygun olarak radyo, televizyon, internet, ve basın yoluyla suçluların teşhir edilmeleri ve insanların bu yolla bilgilendirilmeleri ve zarara uğratılmaktan korunmaları için daha etkili bir metod olduğu kanaatini taşımaktayız.

bd. Mağdurun, Suç Failine Cevap Verme Hakkını Kullanması

Kişinin maruz kaldığı sözlü ve yazılı hakaretlere karşı cevap vermesi kişilik hakkını koruma ve nefsinin müdafaa etme kapsamında ele alınmış ve hukukun kişiye tanıdığı olduğu meşrû hak olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda kişinin şeref ve itibarının sarsılmasına, üzüntü duymasına neden olabilecek sözlü sataşmalara karşı dengi ile cevap verme hakkının olduğu belirtilmektedir. İslam hukukçuları Kur’ân-ı Kerimdeki “**Allah, zulme uğrayanların dışında, çirkin sözün açıkça söylenmesinden hoşlanmaz.**”⁸¹² mealindeki âyete dayanarak sözlü olarak hakaret ve

5/36,38; İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 348, er-Rehîbânî, **a.g.e**, VI, s.648-649; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XII, 46; Eş-Şirbînî, **a.g.e**, IV, 192-193; Hindiye, **a.g.e**, III, 533.

⁸⁰⁶ Hindiye, **a.g.e**, III, 533-534; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XII, 46.

⁸⁰⁷ **Nûr**, 24/2

⁸⁰⁸ Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XII, 45.

⁸⁰⁹ Kâsânî, **a.g.e**, VII, 60; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XII, 45; bkz, İbnu'l-Humâm, **a.g.e**, V, 231; İbn Âbidîn, **a.g.e**, IV, 13-14.

⁸¹⁰ Neseî, Zînet, 111; Ahmed İbn Hanbel, **a.g.e**, 6/208, 229; Ebû Dâvud, Hudûd, 22, Tirmizî, 17; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 6/68, 108, 45.

⁸¹¹ Bu konuda başka örnekler için bkz. İbn Kudâme, **a.g.e**, X, 308; İbn Âbidîn, **a.g.e**, IV, 81-82; Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, XII, 46.

⁸¹² **Nisâ**, 4/148.

haksızlığa uğrayan kişinin, faile misli ile (sözlü veya yazılı) cevap verme veya dava açma hakkına sahip olduğunu belirtmişlerdir.⁸¹³ Nitekim Elmalı Hamdi Yazır da bu ayetin yorumunu yaparken de, aynı bakış açısından hareketle haksızlığa uğrayan mağdurun feryat edebileceğini, kendisine haksızlık yapan kişiye açıkça beddua edebileceğini ve yakınlara onun kötülüklerini herkese söyleyebileceğini hatta sözlerine aynen karşılık verebileceğini ifade etmiştir.⁸¹⁴

Pozitif hukukta da manevî zarara uğrayan kişinin cevap hakkının bulunduğu ifade edilmiştir. Basın yayın yoluyla kişinin aleyhinde yapılan yayınlara mağdurun cevap verme niteliği bir tazminat olarak kabul edilmiştir. Cevap hakkının ise kişinin aleyhinde basın yayın yoluyla çıkan bir yazıya karşı verilen cevap olarak tanımlanmıştır.⁸¹⁵

4. Ma'nevi Tazminat Talebinin Mirasçılara İntikali

Manevî zarardan doğan tazminat hakkının mağdurun ölümüyle onun varislerine intikal edip etmeyeceği konusunda hukuk sistemleri arasında farklılıklar olduğu gözlenmektedir. Bu hakkın mağdurun varislerine intikal etmeyeceğini benimseyenlere göre manevî zarardan doğan tazminat alacağı, doğrudan zarar gören mağdura ait şahsi bir haktır. Bu nedenle tazminat alacağının murisin terekesi olarak kabul edilmesi ve mirasçılık ilişkisine dayanarak murisin varislerine intikal etmesi gerektiği düşünülemez. Bu bakış açısını benimseyen Fransız hukukunda manevî zarardan doğan tazminat, şahsi bir hak olarak görülmüş ve mağdurun ölümüyle bu hakkın düşeceği ve ölünün varislerine intikal etmeyeceği kabul edilmiştir..⁸¹⁶

Bazı hukukçulara göre ise tazminat şahsi bir hak olduğu için hak sahibi, kendi iradesini kullanarak zararın failinden bu hakkını mütalebe edebileceği gibi alacak hakkından vazgeçerek mağduru affetme hakkına da sahiptir. Hakimin takdir yetkisini

⁸¹³ Bilmen, **a.g.e.**, VIII, s.282.

⁸¹⁴ Yazır, **a.g.e.**, III, 1505-1506.

⁸¹⁵ Saymen, **a.g.e.**, 210.

⁸¹⁶ İdris, İved Ahmed, **ed-Diye Beyne'l-Ukûd ve'T'avîz fî'l-Fıkhi'l-İslâmî'l-Mukâren**, Beyrut, 1987, 499.

kullanarak bu hakkı düşürmesi mümkün değildir.⁸¹⁷ Doğrudan zarar gören mağdurun manevî tazminat talebinde bulunduktan sonra vefat etmesi durumunda bu hak mirasçılara intikal edeceği için mirasçıların tazminat davasını sürdürme hakkı bulunmaktadır.⁸¹⁸

Borçlar Kanununda manevî tazminat talebinin devri veya mirasçılara intikali konusunda bir düzenleme yer almadığı için Türk Borçlar Hukuku doktrinde bu hususun tartışma konusu olduğu ve iki farklı kanaatin ortaya çıktığı görülmektedir. Manevî tazminat hakkını kişiye bağlı şahsi bir hak olarak gören hukukçular manevî tazminatın, mağdurun çekmiş olduğu fiziki ve manevî acıları dindirmek veya hafifletmek amacına matuf olduğunu, tazminat talebinin başkalarına devri veya intikali durumunda bu maksadın ortadan kalkacağını savunurlar. Zira manevî acı ve ızdırabı, yakınları veya mirasçıları değil doğrudan zarara uğrayan mağdur hissetmiş ve yaşamıştır. Bu nedenle mağdurun ölümü durumunda varisleri, murisin manevî tazminat alacağına mirasçı olamazlar.⁸¹⁹ Bu görüşü benimseyen hukukçuların Türk Medeni Kanunun 85.maddesindeki “**manevî tazminat davasının mirasçıya intikal etmeyeceği**” hükmünü esas aldıkları görülmektedir.⁸²⁰

Buna karşılık manevî tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığını, manevî tazminatın da kişinin para ile ölçülebilen diğer mal, hak ve borçları (mamelek) kapsamında bir hak olarak mütalaa edilmesi gerektiğini savunanlar ise manevî tazminat hakkının herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın mağdur tarafından üçüncü kişiye devredileceğini, dava açmadan ölmesi durumunda bu hakkın mirasçılara intikal edeceği görüşünü benimsemişlerdir.⁸²¹ Ancak manevî tazminatın öne sürülmesi için zarar görenin ölümünden önce (sağlığında) manevî tazminat davasını açmış olması veya bu dava için iradesini göstermiş olması, yani bir avukata vekalet vermesi zarar verenin tazminat borcunu kabul etmesi gerekir.⁸²²

⁸¹⁷ et-Tuncî, **a.g.e.**, 264.

⁸¹⁸ İdris, **a.g.e.**, 499.

⁸¹⁹ Eren, **a.g.e.**, II, 372; bkz. Saymen, **a.g.e.**, 220.

⁸²⁰ Eren, **a.g.e.**, II, 372; 220; İnan, **a.g.e.**, 350; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 702; Reisoğlu, **a.g.e.**, 211.

⁸²¹ Eren, **a.g.e.**, II, 373; Saymen, **a.g.e.**, 221; İnan, **a.g.e.**, 350; Feyzioğlu, **a.g.e.**, I, 702; Reisoğlu, **a.g.e.**, 211.

⁸²² Eren, **a.g.e.**, II, s. 374.

İslam hukukçularının tazminat alacağının mirasçılara intikal edip etmeyeceği konusundaki görüşlerine Hz. Peygamberin hadisleri esas teşkil etmektedir. Hz. Peygamber (s.a.v.), bir hadisinde **“Kim bir mal veya hak bırakırsa varislerinin onda hakkı vardır. Kim öldükten sonra geride kendilerine bakacak kimsesi olmayan çocuklar bırakırsa onların mirasçısı benim”**⁸²³ buyurmuş, ayrıca kocası haksız tecavüz sonucunda öldürülen Eşyem ed-Debâbî'nin karısına, kendi kocasının diyetine varis olmasını emretmiştir.⁸²⁴ Hz. Peygamberin bu hadis ve uygulamasından harekete eden fakihler, kısas cezasının ve maddî-manevî tazminat niteliği taşıyan diyet hakkının mirasçılara geçeceği (intikal) konusunda ittifak etmişlerdir.⁸²⁵ Buna göre haksız fiil sonucunda ölmesi veya ağır müessir fiile maruz kalan mağdurun daha sonra hayatını kaybetmesi durumunda diyet hakkı kendi varislerine intikal etmektedir. Maktulün diğer malları varisler arasında nasıl taksim ediliyorsa diyeti de terekisi içinde mütalaa edilerek aynı usul ile varisler arasında taksim edilir.⁸²⁶

İslam hukukçularına göre anne rahmindeki ceninin bir müessir fiil sonucu düşmesi durumunda ceninin sağ doğup bilahare öldüğü varsayılır. Cenin için ödenmesi gereken tazminat (**ğurre**), bu takdiri ölüme dayanarak onun mirasçılarına intikal eder.⁸²⁷

Kısas ve diyet gerektiren suçlarda hakkın varislere intikal edeceği konusundaki görüş birliğine karşılık, had cezası gerektiren suçlarda tazminat hakkının mağdurun varislerine intikal edip etmeyeceği konusunda İslam hukukçuları arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır.⁸²⁸ Örneğin haksız olarak iftiraya (**kazf**) uğrayan kişinin suç failini şikayet etmeden önce ölmesi durumunda mağdurun varislerinin dava açma

⁸²³ Buhârî, Nafakât, 15, Müslim, Ferâid, 15, 16; Ebû Dâvud, İmâre, 15; İbn Mâce, Ferâid, 9; Ahmed b. Hanbel, **a.g.e.**, 2/356, 456, 4/131, 133.

⁸²⁴ Şâfiî, **a.g.e.**, I, 177; Zeylaî, **Nasbu'r-Râye**, IV, 352; Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 242.

⁸²⁵ Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 242. Buna karşılık zahiri hukukçu İbn Hazm, Allahın, miras hakkının sadece mallarda mirasçılara intikalini meşrû kıldığını terekeyi mal ve eşyanın oluşturmadiğı durumlarda ise intikalin söz konusu olmayacağını ifade ederek af ve kısas hakkının mirasçılara intikal etmeyeceği görüşünü benimsemiştir. İbn Hazm, **a.g.e.**, VIII, 24.

⁸²⁶ Mâverdi, **a.g.e.**, 231; Zeylaî, **Tebyînu'l-Hakâik**, VII, 242-243; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Râik**, VIII, s.557; et-Tuncî, **a.g.e.**, 265.

⁸²⁷ İbn Kudâme, **a.g.e.**, IX, 550-551; Ebû Zehrâ, Muhammed, **Ahkâmu't-Terikât ve'l-Mevârîs**, Kahire, ts, 102; Aktan, Hamza, **Mukayeseli İslam Miras Hukuku**, İstanbul, 1991, 33; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 315.

⁸²⁸ Hamevî, **a.g.e.**, I, 386-387; İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 549; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 344.

hakkına sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Hanefî ve Hanbelî hukukçulara göre kişilik hakları, kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu için kişilik haklarını ihlal eden ve manevî tazminat gerektiren suçlarda şikayet, dava ve takip hakkı, doğrudan mağdura (kazf suçunda doğrudan iftiraya uğrayan kişiye) aittir. Bu nedenle iftiraya uğrayan kişinin, suçluyu dava etmeden önce ölmesi durumunda kazf cezası düşer. Çünkü yukarıda ifade edildiği gibi Hanefî ve hanbelî hukukçulara göre bu tür suçtan dolayı varisler, dava hakkına sahip değildirler.⁸²⁹ Şâfiî ve mâlikî hukukçular ise iftiraya maruz kalan kişi hayatta iken talep etmemiş olsa bile mirasçılarının, suç failini dava etme hakkına varis olacağı görüşünü benimsemişlerdir.⁸³⁰

5. Zararın Tazmininin Zaman Aşımına Uğraması

Çağdaş hukukta zaman aşımı (**murûr-u zaman-prescription**) kavramı, belli bir sürenin geçmesiyle bir hakkın ortadan kalkmasını ifade etmektedir.⁸³¹ Borçlar Kanununun 60. maddesinde haksız fiilden dolayı zarar gören kişinin dava açarak maddî ve manevî tazminat isteme hakkını (bir takım istisnalar dışında) bir yıldan başlayarak 10 yıl ile sınırlamış; bu 10 yıllık mururu zamandan sonra açılacak davaların dinlenmeyeceğini hükme bağlamıştır.⁸³²

Kanun metnindeki zaman aşımı ifadesi, bir hakkın kendisini değil o hakkın yerine getirilmesini isteme yetkisini ortadan kaldırma anlamında kullanılmaktadır. Hakkı düşüren süre ise, hakkın istenebilmesini değil, hakkı tamamen ortadan kaldıran sebeptir. Dolayısıyla söz konusu sürelerin geçmesi, haksız fiil sebebiyle zarara uğrayan mağdurun maddî ve manevî tazminat isteme hakkını ve haksız fiil işleyen de tazminat borcunu ortadan kaldırmaz.⁸³³ Zaman aşımı, alacağın istenebilir olduğu zamandan itibaren başlar. Şayet alacağın istenmesi bir ihbarın yapılmasına tabi ise bu takdirde zaman aşımı süresi haberin verilebileceği günden

⁸²⁹ Kâsânî, a.g.e, VII, 54-55; İbn Kudâme, a.g.e, IX, 24-25; Zeydân, el-Mufasssal fî ahkâmî'l-Mer'eti ve'l-Beyti'l-İslâm fî's-Şerîati'l-İslâmiyye, V, 187.

⁸³⁰ İbn Kudâme, a.g.e, IX, 25; Zeydân, el-Mufasssal fî ahkâmî'l-Mer'eti ve'l-Beyti'l-İslâm fî's-Şerîati'l-İslâmiyye, V, 187.

⁸³¹ Şener, a.g.e, 877.

⁸³² Reisoğlu, a.g.e, 211-212; Feyzioğlu, a.g.e, I, 705.

⁸³³ Reisoğlu, a.g.e, 212; Feyzioğlu, a.g.e, I, 706; 707.

itibaren başlamaktadır. Zaman aşımı ile ilgili süreler bir yıllık ve on yıllık olmak üzere belirlenmiştir.⁸³⁴

Bir yıllık süre, mağdurun zarara uğradığını ve bunun failini öğrendiği tarihten itibaren başlar. Bir yıl içinde dava açılmazsa dava hakkı düşmüş sayılır. Haksız fiilden dolayı zarar gören taraf tüzel kişi olması durumunda bu sürenin başlaması, dava açma yetkisine sahip organın veya kişinin zararı ve zarar vereni öğrenmesiyle başlar. Daha geç öğrenilmesi halinde on yıllık sürenin geçmesi ile dava açma hakkı sona erer.⁸³⁵ On yıllık süre ise bir yıllık sürenin şartlarının bulunmaması halinde yürürlüğe girer ve bu süre, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren başlamaktadır.⁸³⁶

Tükçedeki zaman aşımı kavramı karşılığında klasik fıkıh kitaplarında “**et-tekadum**” ve “**murûr-u zaman**” terimleri kullanılmaktadır. Bu terimler de belli bir zamanın geçmesi sonunda bir hakkın kazanılması veya kaydedilmesi, başka bir ifade ile bir hakkın doğması veya borcun düşmesi⁸³⁷ ni ifade etmektedir.

İslam hukukunda, hangi durum ve sebeple olursa olsun zaman aşımı, temel ilke olarak bir hakkın düşmesinin sebebi olarak kabul edilmemiştir. Bu husus Mecelle’de “**tekaddüm-i zemân (zaman aşımı) ile hak sâkıt olmaz**”⁸³⁸ ve “**bilâ-sebeb-i meşrû’ birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi câiz olmaz**”⁸³⁹.biçiminde hükme bağlanmıştır. Zaman aşımının hakkı düşüren bir sebep olarak kabul edilmemesi ile ilgili hukuki düzenlemelerin kaynağını, “**mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin**”⁸⁴⁰ mealindeki ayetler ile, Peygamberimizin (s.a.v) “**başkasından alınan şey, sahibine iade edilmedikçe zimmette**⁸⁴¹ **borç olarak kalır.**”⁸⁴² ve “**bir kişinin kardeşinin malını ne ciddi ve ne de şaka olarak alması**

⁸³⁴ Tunçomağ, **a.g.e**, 303.

⁸³⁵ Reisoğlu, **a.g.e**, 212-213; Feyzioğlu, **a.g.e**, I, 708.

⁸³⁶ Tunçomağ, **a.g.e**, 303.

⁸³⁷ Dönmez, **a.g.e**, III, 336.

⁸³⁸ Mecelle, Md.1674.

⁸³⁹ Mecelle, Md. 97.

⁸⁴⁰ Bakara, 2/188, Nisâ, 4/29;

⁸⁴¹ Buradaki zimmet ifadesinin batı dillerindeki patrimony (الذمة المالية) ye tekabül ettiğini düşünüyoruz.

⁸⁴² Ebû Dâvud, Buyu’, 88; Tirmizî, Buyu’, 39; İbn Mâce, Sadakât, 5, Ahmed b. Hanbel, **a.g.e**, 3/348, 5/7, 12-13.

helal değildir, şayet almışsa onu geri versin⁸⁴³ anlamındaki hadisleri oluşturmaktadır.

İslam hukuku açısından zaman aşımının **esas** ile değil, **usûl** ile ilgili bir konu olarak ele alındığı görülmektedir.⁸⁴⁴ Hakkın her zaman sahibine ait olduğu ilkesinden hareket edildiğinde muayyen bir süre geçtikten sonra davanın dinlenmemesinin, hakkın butlanını veya iskatını gerektirmeyeceği sonucu çıkartılır.⁸⁴⁵ Hakkın bekasını yanı hak sahibine ait olduğunu ilke olarak kabul etmekle birlikte siyasi otoritenin (**ülû'l-emr**), yargıyı murûr-u zaman ile sınırlandırması kıyasa aykırı olup istihsan esasına dayandırılmaktadır.⁸⁴⁶ Yani yargı, davanın dinlenmesini belli bir zaman ile sınırlayarak belirli şartlara bağlayabilir.⁸⁴⁷

Üzerinden çok uzun zaman geçen suçların ispatı fevkalade zor olduğu gibi haksız fiilin işlendiği tarih üzerinden uzun süre geçmesine rağmen mağdurun şikayette bulunmaması da artık kendisinin bu hakkını kullanmak istemediğine hamledilmektedir.⁸⁴⁸

Bazı Mâlikî hukukçular on yıllık bir sürenin geçmesini hakkın düşmesi için yeterli bir neden olarak görmüş, bu sürenin geçmesinden sonra zarar görenin tazmin talebinde bulunma hakkının düşeceğini ifade etmişlerdir.⁸⁴⁹ Hatta imam Mâlikînin, on yıl zilyed olarak bir binayı elinde bulunduran kişinin, binanın sahibi olduğunu iddia eden kişiye karşı binayı onardığına dair şahit göstermesine bile gerek olmadığı kanaatini taşıdığı ifade edilmektedir.⁸⁵⁰ Hanefî hukukçular ise mururu zaman süresinin 30 ile 36 yıl arasında değişeceğini kabul etmişlerdir.⁸⁵¹ Ancak Osmanlı

⁸⁴³ Ebû Dâvud, Edep, 85; Ahmed b.Hanbel, **a.g.e.**, 4/221.

⁸⁴⁴ A.Vehbi, **Hukuku Cezada Murur-u Zaman**, Evkaf Matbaası, İstanbul, 1930, 7; **Mecelle**, Md.1674.

⁸⁴⁵ Ali Haydar, **a.g.e.**, IV, 362.

⁸⁴⁶ Baz, **a.g.e.**, II, 910.

⁸⁴⁷ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, V, 419-420; **Mecelle**, Md. 1660, 1661.

⁸⁴⁸ Dağcı, **a.g.e.**, 252; en-Nefrâvî, **a.g.e.**, II, 245.

⁸⁴⁹ Hırşî, **a.g.e.**, VI, 113.

⁸⁵⁰ Mâlik b.Enes b. Malik, **el-Müdevvene**, IV, 59. Hattâb, **a.g.e.**, VI, 229; mâlikî mezhebinde zaman aşımı süreleri hakkında geniş bilgi için bkz. Hattâb,**a.g.e.**, VI, 229; Hırşî, **a.g.e.**, VII, 244; İbn Ferhûn, **a.g.e.**, II, 91.

⁸⁵¹ Mahmasanî, **a.g.e.**, II, 317. Hanefîlerin, dava konusunu vakıf ve miras mallarının oluşturması veya davacının (muddeî') çocuk veya akıl hastası olması ya da velisinin bulunmaması gibi hukuki mazeretlerin bulunması durumunda davanın dinlenme süresini 15 değil, 33 yıl olarak kabul ettikleri, hatta İbn Abidin gibi son devir hanefî hukukçuların bu sürenin 36 yıl olduğuna dair

devletinde sosyal hayatın getirdiği zaruretlar dikkate alınarak bu süre 15 yıl ile sınırlandırılmış ve Mecelle’de de bu şekilde hükme bağlanmıştır.⁸⁵² Bir kısım çağdaş İslam hukukçularının da dava zaman aşımında 15 yıllık süreyi esas aldıkları görölmektedir.⁸⁵³ Ancak önemine binaen şu hususu tasrih etmeyi zaruri görüyoruz. Dava zaman aşımı sebebi ile bir davanın dinlenmemesi kazai bir hükümdür. Haksız yollarla başkasının mal veya eşyasına zarar veren kişinin bu zararı tazmin etmedikçe diyaneten sorumluluğunun devam ettiğini belirtmek gerekir.⁸⁵⁴

6. Tazminat Hakkının Af ve İbra Edilmesi

Tazminat alacaklısının bu hakkından vazgeçmesi, İslam hukukunda sözlük olarak temize çıkarmak anlamındaki ibra terimi ile ifade edilmektedir. Teknik bir terim olarak ibra; bir kişinin, başkası zimmetindeki hakkını düşürmesini veya hakkından feragat etmesini ifade etmektedir.⁸⁵⁵ İbrâyı, **istifâ ibrası** ve **iskât ibrası** şeklinde ikili bir tasnife tabi tutan Mecelle kişinin; başkası nezdindeki alacağını tahsil ettiğini ve onun borçsuz olduğunu beyan etmesini birinci tür ibrâ, alacağından feragat ederek hakkından vaz geçtiğini beyan etmesi ise ikinci tür ibra kapsamında ele alarak değerlendirmiştir.⁸⁵⁶

Mağdurun tazmin hakkından vazgeçmesi, zarar meydana gelmeden önce söz konusu olabileceği gibi zarar meydana geldikten sonra da söz konusu olabilir. Örneğin kişinin kendi işyerinde istihdam ettiği kişilerin kasıtlı olmayan fiillerinden doğabilecek zararlar sebebiyle işçilerini sorumlu tutmayacağını önceden beyan etmesi birinci tür ibraya, maruz kaldığı zarardan doğan tazminat hakkından vazgeçmesi ise ikinci tür ibraya örnek verilebilir. Bu iki tür ibranın da İslam hukuku bakımından geçerli olduğunu belirtmek gerekir.⁸⁵⁷

fetva verdikleri görölmektedir. Bkz. İbn Âbidîn, **a.g.e**, V, 419-420; **Mecelle**, Md.1662-1667; Zuhaylî, **a.g.e**, 103.

⁸⁵² **Mecelle**, Md.1660,1662.

⁸⁵³ Dağcı, **a.g.e**, 252.

⁸⁵⁴ Dağcı, **a.g.e**, 252; Dönmez, **a.g.e**, III, 336.

⁸⁵⁵ Dönmez, **a.g.e**, II, 330.

⁸⁵⁶ **Mecelle**, Md. 1536; Dönmez, **a.g.e**, II, 330.

⁸⁵⁷ Zuhaylî, **Nazariyyatu’d-Damân**, 107.

Diğer taraftan ibranın konusunu kişinin mal varlığına veya vücut bütünlüğüne karşı işlenen haksız fiillerden doğacak olan **tazminat alacağı** oluşturabilir. Ancak kişinin hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiillerden doğan tazminat hakkının önceden ibrası ile, malına yönelik haksız fiillerden doğacak tazminat hakkını önceden ibra etmesi arasında ayırım yapmak gerekir. Çünkü kişi, başka birisinin kendi vücut bütünlüğünü ihlal edecek bir fiile (örneğin yaşamını sona erdirmesine veya bir organını yok etmesine) izin verme hakkı esasen söz konusu değildir. Böylesi bir iznin verilmiş olması, failin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁸⁵⁸ Ancak kişinin, malına yönelik haksız fiillerden doğan zarar sebebi ile alacaklı olduğu tazminat hakkını önceden ibra etme hakkına sahip olduğunu belirtmek gerekir. Fakat şu teknik ayrıntıyı dikkate almak gerekir. Kusura dayanan haksız fiilden doğan tazminatın af ve ibra edilmesinin kamu düzenini ihlal eden bir nitelik taşıması örneğin, failin bunu alışkanlık (itiyat) haline getirmesi durumunda, failin ta'zir limitleri içerisinde yer alan bir yaptırım (müeyyide) ile cezalandırılabileceğini belirtmek gerekir.⁸⁵⁹

Burada bir hususa daha temas etmeyi gerekli görüyoruz. Kişi, şahsen kendisine haram kılınan bir fiilin işlenmesini başkasına emredemez. Bu ilke Mecelle'de **"işlenilmesi memnû' olan şeyin istenmesi dahi memnû'dur."**⁸⁶⁰ şeklinde kanun kalıbına dökülerek maddeleştirilmiştir. Ancak böylesi bir durum, yani kişinin başkasının emrini dinleyerek üçüncü kişilere zarar vermesi, kendisinden cezai ve medeni sorumluluğu kaldırmaz. Örneğin kişinin, başkasına ait olan bir malı alması için üçüncü bir kişiye maddî baskı yapması (ikrah) , üçüncü kişinin de o malı alıp zarar vermesi durumunda, emreden kişi değil malı doğrudan alarak zarar veren kişi, tazmin ile sorumlu tutulmaktadır.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ İbn Âbidîn, **a.g.e**, VI, 547; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 110-111.

⁸⁵⁹ Senhûrî, **el-Veciz**, 977 vd.; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 110.

⁸⁶⁰ **Mecelle**, Md.35 konu ile ilgili bir başka madde ise **"başkasının mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır"** şeklindedir. Bkz. **Mecelle**, Md. 95, ayrıca bkz. **Mecelle**, Md.96, 97.

⁸⁶¹ Bağdâdî, **a.g.e**, 158; Zuhaylî, **Nazariyyatu'd-Damân**, 108.

SONUÇ

Hukuka aykırı fiiller, hukuk düzeninin tasvip etmediği eylemlerdir. Bu nedenle hukuk sistemleri, haksız fiilin failine, işlediği fiilden doğan zararı tazmin sorumluluğu yüklemişlerdir. Kısaca haksız fiil failleri, fiillerinden mesul olurlar. Buradaki “...**den mesuliyet**” ifadesi, failin haksız fiil mağduruna tazminat ödemekle yükümlü olması anlamındadır. En geniş şekliyle tazminat ile ilgili konular medeni hukuka konu oluşturduğu için hukuka aykırı kabul edilen haksız fiillerden doğan sorumluluk, medeni sorumluluk (**civil responsibility**) veya hukuki sorumluluk başlıkları altında incelenmektedir.

Hukuka aykırı fiiller; aralarında hukuki bir ilişki bulunan taraflardan birisinin, bu ilişkinin kendisine tahmil ettiği yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi, daha genel bir ifade ile ifa etmeyi veya kaçınmayı taahhüt ettiği şartlara riayet etmemesi (akit şartlarına muhalefet) veya aralarında hukuki bir ilişki bulunmakla ya da mevcut ilişki ihlal edilmemekle birlikte, kişinin fiilinin diğerine zarar vermesi olmak üzere iki şekilde tezahür etmektedir. Satıcının, sattığı eşyayı satın alan kişiye geç teslim etmesi veya hiç teslim etmemesi, nafaka yükümlüsünün bu yükümlülüğünü eksik olarak ifa etmesi ya da hiç etmemesi birinci tür hukuka aykırı fiil ve işlemlere; kişinin başkasının evini yakması, bir avcının yanlışlıkla bir çiftçinin ineğini öldürmesi, bir tacirin haksız rekabet ederek diğerini ekonomik zarara uğratması ya da otomobil kullanan kişinin, (kasıtlı veya kasıtsız olarak) yoldan geçmekte olan bir kişiye çarparak ağır yaralanmasına sebep olması ise, ikinci tür hukuka aykırı fiillere örnek gösterilebilir. Her ikisi de tazmin sorumluluğu doğuran bu eylemlerden birincisi **akitten doğan sorumluluk** veya kısaca **akdi sorumluluk**, ikincisi ise **haksız fiil sorumluluğu** veya **akit dışı sorumluluk** olarak isimlendirilmektedir.

Hukuk tarihinde uzun zaman zararın tazmini için kusur şartının aranması ile yetinilmiş, daha uygun bir ifade ile “**kusur ilkesi**”, sorumluluğun yegane kaynağı olarak görülmüştür. Ancak XVIII. Yüzyılın sonlarından itibaren Batıda yaşanan büyük sanayi devrimi ile birlikte elektrik ve nükleer enerji gibi yeni kaynakların bulunması üretim ve taşıt araçlarının makineleşmesi, bu enerji kaynakları ile birlikte yüksek (yoğun) bir zarar risk ve ihtimalini de sosyal hayata yansıtmıştır. Bu durum ise **kusura dayanan sorumluluk** anlayışını yegane sorumluluk kaynağı olmaktan çıkartarak bunun yanında kusura dayanmayan sorumluluğun, daha teknik bir ifade ile

zararın mevcudiyetini esas alan **objektif sorumluluk** anlayışının da bir sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmesini zorunlu hale getirmiştir.

Çağdaş borçlar hukukunda haksız fiil kavramı, biri genel diğeri ise daha dar ve teknik olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamıyla haksız fiil kavramı, hem akitten doğan sorumluluğu (akdi sorumluluk), hem de akit dışı (kusura dayanmayan) sorumluluğu kapsamaktadır. Akdi sorumluluğun doğması için aranan şartlar ve hukuki sonuçları, başlı başına bir çalışma konusu olup Tezimizin kapsamı dışında kalmaktadır.

Tezimizde ortaya koymaya çalıştığımız dar (teknik) anlamda haksız fiilin oluşması için zarara neden olan bir fiilin işlenmesi, bu fiilin hukuka aykırılık teşkil etmesi, işlenen fiilden bir zararın ortaya çıkması ve ayrıca zarar ile fiil arasında bir illiyet bağının bulunması zorunludur. Buna göre haksız fiilin unsurlarını **fiil, zarar, illiyet bağı** ve **hukuka aykırılık** (teaddî) oluşturmaktadır. Klasik fıkıh kitaplarında sistematik olarak **akit sorumluluğu** ve **haksız fiil sorumluluğu** biçiminde ikili bir ayırım yer almamakla birlikte, genel anlamda sorumluluk ile ilgili verilen örneklerden hareketle, İslam hukukunun da bu ikili ayırıma müsait bir yapı arz ettiğini ifade etmemiz gerekir.

İslam hukukunda, iradi (bilinçli) olarak ve doğrudan ya da taksirli bir fiil ile başkasının hayat ve vücut bütünlüğünü ihlal eden adam öldürme ve müessir fiil eylemleri, hakaret, sövme, ve iftira gibi kişilik haklarına tecavüz içeren fiiller ya da gasp ve itlâf gibi mal varlığına yönelik, maddi ve mali zararlar haksız fiil olarak kabul edildiği gibi; haksız fiil oluşması için aranan şartları taşıması durumunda kişinin sahip olduğu veya kullandığı mal ve eşyalardan ya da istihdam ettiği kişilerin, istihdama konu oluşturan fiil ve işlemlerinden kaynaklanan zararlar da haksız fiil kapsamında mütalaa edilmiştir.

Çağdaş hukuk açısından, haksız fiil kapsamında değerlendirilen fiiller, klasik İslam hukukunda haksız fiil başlığı altında ele alınmamış, haksız fiilin yöneldiği hukukî konu (hayat hakkı, kişilik hakkı, mülkiyet hakkı...) esas alınarak, her haksız fiil türü müstakil başlıklar altında değerlendirilmiştir. Örneğin hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiiller, fıkıh kitaplarının **cinâyât (kisas, diyât)**; kişilik haklarına yönelik ihlaller **hudûd, kazf, ta'zir, hazr ve ibaha**; mal varlığına yönelik

haksız fiiller ise **gasp** ve **itlâf** bölümlerinde ve farklı başlıklar altında inceleme konusu yapılmışlardır. Çağdaş gelişmeleri de dikkate alan modern İslam hukukçuları ise, haksız fiilleri konu bütünlüğü içerisinde ele alan müstakil eserler te'lif etmişlerdir. Ancak klasik fıkhn, her haksız fiil türünü müstakil ele alma şeklindeki nev-i şahsına münhasır (sui generis) sistemaitk ayırımın, farklı haksız fiillerden doğan zararların, farklı şekillerde tazmin edileceğini ortaya koyması bakımından büyük önem arz ettiğini ifade etmek gerekir.

Kasıtlı adam öldürme ve müessir fiillerde mağdura veya yakınlarına **kıyas**, **diyet** ve **af** olmak üzere alternatif haklar öngörülmüştür. Mağdurun, failin kıyas edilmesini tercih etmesi durumunda, konu borçlar hukukunun ilgi alanından çıkarak tamamen ceza hukukuna konu oluşturan bir nitelik kazanmaktadır. Kasıtlı fiillerde mağdurun, kıyas yerine diyet hakkını tercih etmesi durumunda ve esasen kıyasın söz konusu olmadığı taksirli adam öldürme ve müessir fiillerde ise, mağdurun alternatif hakları **diyet** ve **af** ile sınırlı olduğu için, maruz kaldığı cismani zarar, miktarı Kur'ân ve Sünnet tarafından belirlenen mâli bir tazminat (**diyet**) ile karşılanmaktadır. Esasen hayat ve vücut bütünlüğünü ihlale yönelik haksız fiillerde, konunun borçlar hukukunu ilgilendiren yönünü bu tür taksirli fiiller veya mağdurun kıyas hakkını kullanmadığı durumlar oluşturmaktadır. Mağdurun suç failini affetmesi durumunda ise, suçun fail ve mağdur ile ilgili sonuçları sona ermekte ancak ceza politikası açısından gerekli görmesi durumunda kamu adına devletin, suç failini ta'zir limitleri içinde cezalandırma hakkı saklı tutulmaktadır.

İslam borçlar hukuku bakımından gasp ve itlâf gibi salt mala yönelik haksız fiillerden doğan zararların, kendine özgü bir tazmin biçimi bulunmaktadır. Bu tür mali zararların tazmininde, gasp veya itlâf edilen mal veya eşyanın niteliği esas alınmaktadır. İslam borçlar hukukunda gasp edilen malın aynen iade edilmesi en ideal tazmin şekli olarak kabul edildiği için, gasp veya itlâf edilen misli mal veya eşya; mevcut ise aynen, tamamen yok edilmiş ise kıymet bedeli üzerinden tazmin edilmektedir. Gasp edilen gayr-i misli kıymetli malların tazmininde ise, malın kıymet bedeli esas alınmaktadır.

Haksız fiil sonucunda yok edilen menfaatler tazmine konu oluşturduğu gibi gaspedilen mal veya eşyada gâsıbın elinde iken daha sonra meydana gelen artışlar

(örneğin hayvanın doğurması, tarla ve bahçelerde meydana gelen tarımsal ürün ve meyveler) ve gaspedilen malda meydana gelebilecek muhtemel artışlar da fakihlerin çoğunluğuna göre zararın tazmininde dikkate alınmaktadır.

Haksız fiillerden dolayı cismani-bedeni zarara maruz kalan veya doğrudan kişilik hakları ihlal edilen mağdura, bu haksız eylemlere hukukten öngörülen tazminatın dışında ayrıca, miktarı bilirkişi marifetiyle hakimın takdir edeceği manevi tazminat (**hükûmet-i adl**) ödenip ödenmeyeceği, İslam hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Ebû Yûsuf ve imam Muhammed Şeybânî gibi hanefî fakihler, öngörülen yasal tazminatın dışında mağdura, ayrıca **hükûmetü'l-elem** veya **erşü'l-elem** ismi ile manevi tazminat ödenebileceği görüşünü benimsemişlerdir. Bu bakımdan İslam hukukunda ilke olarak hem maddi hem de manevi tazminat müessesesinin bulunduğunu belirtmemiz gerekir.

İstihdam ilişkisinden ve diğer dolaylı olarak işlenen haksız fiillerden doğan zararların tazmininde de, İslam hukukunun kendine özgü bir tazmin biçimi benimsediği, böylece hem istihdam edenin menfaatlerini, hem de müstahdemin emeğini adil bir denge içinde gözeterek koruduğu görülmektedir. İstihdam ilişkisinden doğan zarar, yapılan işin doğasından kaynaklanıyor ve zararın meydana gelmesinde müstahdemin şahsi kusuru bulunmuyorsa işveren tazmin ile yükümlü tutulmakta buna karşılık iş akdinin dışında kalan veya işçinin şahsi kusurundan kaynaklanan zararlar ise doğrudan işçi tarafından tazmin edilmektedir.

Çağdaş hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da kişinin sahip olduğu bir hakkı, kötüye kullanması, örneğin kişinin mülkiyet hakkını, başkalarına zarar verecek biçimde kullanması (**et-taassuf fî isti'mâli'l-hakk**) meşru kabul edilmemiş, böylece başkasının zararına yol açacağı kesin olan durumlarda hakkın kullanılmasına bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Buna karşılık, mal sahibinin izni, zaruret hali, meşru müdafaa, kişinin kendi meşru bir hakkını kullanması ve yetkili makamın izni gibi durumlar ise, haksız fiilde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran birer sebep olarak kabul edilmiştir.

BİBLİYOGRAFYA

I.TÜRKÇE KAYNAKLAR

A.Vehbi, **Hukuku Cezada Murur-u Zaman**, Evkaf Matbaası, İstanbul, 1930.

Aktan, Hamza, **Mukayeseli İslam Miras Hukuku**, İstanbul, 1991.

Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll.Ort, Ankara, 1954.

Armağan, Servet, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2004.

Arsebük, Esat, **Borçlar Hukuku**, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1943.

-----, **Medenî Hukuk**, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara, 1940.

Aydın, Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981.

Aydın, M.Âkif, **Türk Hukuk Tarihi**, Betaş Yayınları, İstanbul, 1999..

-----, **İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.

Baktır, Mustafa, **İslam Hukukunda Zaruret Hali**, Emel Matbaacılık San. Tic. Ltd.Şti, Ankara, ty.

Bardakoğlu, Ali, **Diyyet**, İA, TDV..IX, İstanbul, 1994.

Belgesay, Mustafa **Reşit, Kusur ve Hukuki Hata**, İstanbul, 1956.

Berki, A.Himmet Berki, **Mecelle** (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1959.

Bilmen, Ömer Nasuhî, **Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu**, Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty.

Birsen, Kemaleddin, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1954.

----- **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1963.

Büyük Haydar Efendi, **Usûl-i Fıkıh Dersleri**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, ty.

- Cin-Akgündüz, Halil-Ahmed, **Türk İslam Hukuk Tarihi**, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990.
- Çalı, Murtaza, **Haksız Fiilden Doğan Tazminat**, Gürsoy Basımevi, Ankara, 1968.
- Çalkın-Tuğsavıl, Fahri-Muhsin, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1948.
- Dağcı, Şamil, **İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1996.
- , **Fıkıh**, Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Yayınları, Ankara, 2006.
- Davudoğlu, Ahmet, **Sahîhi Müslim Tercüme ve Şerhi**, Sönmez Yayınları, İstanbul, 1997.
- Deschenaux- Tercier, Henri-Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, (Trc. Salim Özdemir), Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983.
- Döndüren, Hamdi, **Delilleriyle İslam Hukuku**, Erenler Matbaası, Bursa, 1983.
- Dönmez, İbrahim Kafi, **İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.
- Edis, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Medeni Hukuk)**, Ankara, 1993.
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, S yayınları, II, Ankara, 1988.
- , **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi**, Ankara, 1975.
- Erturhan, Sabri, **Kişisel Boyutlu Suçların Gizlenmesinin İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Dergisi, Cilt, V, sayı,2, Sivas, 2001, ss.259-291.
- , **"İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak"** Basılmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya-2000.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, İstanbul Üniv.Hukuk Fak. Yayınları İstanbul, 1976.

Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, **İslam'da Şahsiyet Hakları**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.

Gönensay, A. Samim, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1948.

Güven, O. Sabri, Kusur kavramı ve çeşitleri, **Yargıtay dergisi**, Cilt, VII, Sayı, 1-2, 1982.; VII, 1981, sayı 4..570-588.

Hammâd Nezih, **İktisadî Fıkıh Terimleri**, (Trc. Recep Ulusoy), İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.

Hatipoğlu, Haydar, **Süneni İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi**, Kayraman Yayınları, İstanbul, 1983.

Heyet, **Kuran Yolu Türkçe Meal ve Tefsir**, Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara, 2004.

İmre, Zahid, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

-----, "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri", **İ.Ü.H.F.M.** cilt: XIII, İstanbul. 1947.

İnan, Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.

İyimaya, Ahmet, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1990.

-----, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, c.II, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995.

Kaneti, Selim, Haksız fiil sorumluluğunda Kusur kavramının görevi, **Sorumluluk Hukukunda Yeni gelişmeler I. Sempozyum**, 1980.

Karahasan, Mustafa Reşit, **Tazminat Davaları**, İstanbul, 1973.

-----, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara, 1981.

Karaman, Hayrettin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, Nesil Yayınları, İstanbul, 1987.

Kılıçoğlu, Ahmet, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1993.

-----, **Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Köse, Saffet, **İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.

Kudat, Arkun, **Cismanî Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966.

Kurtoğlu, Serda, **İslam Hukuku Dersleri**, II, Özek Yayınları, İstanbul, 1972.

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

Oğuzman, Seliçi, Kemal-Özer, **Kişiler Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

Önder, Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, FilizKitapevi, İstanbul, 1994.

Özbek, M.Sabri, **Taksirli Suçlar ve Haksız Fiiller**, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd.Şti,Ankara, 1963.

Özsunay, Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, Fakülteler Matbaası, İstanbul,1978.

Öztan, Bilge, **Şahsın Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1990.

Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983.

Saymen, Ferit H.; **Manevî Zarar ve Tazmini Sureti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1948.

-----, **Türk Medeni Hukuku I, Umumi Prensipler**, İstanbul, 1948,

Saymen-Elbir, Ferit, H.-Halid, K., **Türk Borçlar Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958.

Şa'bân, Zekiyuddîn, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, (Trc.İbrahim Kafi Dönmez) Diyanet Vakfı yayınları, Ankara, 1999.

Şafak, Ali, **Erş**, XI, İA, TDV, İstanbul, 1995.

Şener, Esat, **Açıklamalı Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü**, Sözkese Matbaacılık Tic.Ltd.Şti. Ankara, 2001.

Tandoğan, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1981.

-----, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ajans-Türk Matbaası , Ankara, 1961.

Taner, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953.

Toroslul, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Ankara 1988.

Tunçoğmağ, Kenan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, I, Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.

Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lugatı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1956.

Ünalın, Abdulkerim, **İslam Hukuku Açısından Hakk ve Hakkın Kötüye kullanılması**, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1997.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “Hakkın Su-i İst’malı Mefhumunun Nazariyat ve Tatbikattaki Durumu ve Benzeri Mefhumlarla Münasebeti”, **İBD**, XV/1 (1951), ss.4-5.

-----, **Medeni Hukukun Umumî Esasları**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968.

Ventura, Mişon, Mesûliyeti Hukûkiye ve Damânât, **Dâru’l-Funûn Hukuk Fakültesi, Mecmuası**, sene.1, sayı.5, Teşrini Evvel, 1332, ss.436-482.

Von Tuhr, Andreas, **Borçlar Hukuku**, (Trc.Cevat Ege) I, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.

Yazır, Muhammed Hamdi, **Hak Dînî Kur’ân Dili**, Eser Kitabevi, İstanbul, ty.

II. ARAPÇA KAYNAKLAR

Abdullah, İzzeddîn, Nazariyatü'-Ta'assuf Fî'İsti'mâli'l-Hak fî'l- Fıkhı'l-İslâmî, **Mecelletu'l-Ulûmi'l-Kânûniye ve'l-İktisâdiye** Ocak 1963, V.yıl, sayı 1, s.29.

Abdu't-Turab; Muhammed Seyyid, **ed-Difâu's-Şer'i fîl-Fıkhı'l-İslâmî**, Âlemu'l-Kutub, Kahire, 1983.

Abdurrezzâk, Ebû Bekr b.Hemmâm es-San'ânî, (ö.211/826), **el-Musannef**, Beyrut, 1970.

Ahmed b.Hanbel b.Muhammed (ö.241/855), **el- Müsned**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.

Ahmed, Süleyman Muhammed, **Damânu'l-Mutlefât fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Matbaatu's-Saade, Kahire, 1985.

Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde (ö.1355/1936), **Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, (Arapça çev. el-Mehâmî Fehmî el-Hüseyinî), Beyrut, ty.

Alîş, Muhammed b. Ahmed b.Muhammed (1299 h.), **Minahü'l-Celîl alâ Muhtasari Seyyidî Halîl**, Dâru'l-Fikr, ty, by.

Âmir, Hüseyin , **el-Mesûliyetu'l-Medeniyye**, Matbaatu Mısır, Mısır, 1956.

Atfîş, Muhammed b. Yûsuf b. İsâ, **Şerhu'n-Neyl ve Şifâu'l-Alîl**, Mektebetu'l-İrşâd, ty,by.

Bağdâdî, Ebû Muhammed b. Gânim b. Muhammed (ö.1030/1620), **Mecmau'd-Damânât fî Mezhebi'l-İmâmî'l-A'zâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'man**, Âlemu'l-Kutub, Beyrut, 1987.

Baz, Rustem Selim, **Şerhu'l-Mecelle**, Dâru'l-Kutub'i-İlmiyye, Lübnan, ty.

Bedrân, Ebû'l-Ayneyn Bedrân, **Usûlu'l-Fıkh**, Müessesetu Şebâbi'l-Câmia, İskenderiye, ty.

Behnesî, Ahmed Fethî, **el-Ukûbe**, Dâru'r-Râidi'l- Arabî, Beyrut, 1983.

- , **ed-Diye fi's-Serîati'l-İslâmiyye**, Mektebetu'l-Anclû'l-Mısriyye, by, 1968.
- Beyhâkî, Ebû Bekir Ahmed b.el-Huseyin b. Alî (ö.458/1066), **es-Sünenü'l-Kubrâ**, Meclisü Dâireti'l-Ma'arif, Haydarabat, 1344.
- Buhârî, Alâuddin Abdulaziz b.Ahmed b.Muhammed, (ö.730/1330) **Keşfu'l-Esrâr Şerhi Usûli'l-Pezdevî**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabiyye, Beyrut, 1997.
- Buhârî, Muhammed b. İsmail (ö.256/869), **el-Câmiu's-Sahîh**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- Busâk, Muhammed b. El-Medenî, **et-Ta'vîz an'id-Darar fi'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Dâru Eşbiliya, Riyâd, 1999.
- Cassâs, Ebubekir Ahmed b. Ali er-Râzî, (ö.370/980), **Ahkâmu'l-Kur'ân**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, ty.
- Cemel, Süleyman b. Ömer b.Mansûr el-Acîlî (ö.1204 h.), **Hâşiyetü'l-Cemel alâ Şerhi'l-Minhâc**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1996.
- Derdîr, Ebû'l-Berekât Seyidî Ahmed (ö.1201/1786) **eş-Şerhu'l-Kebîr alâ'l-Muhtasar**, el-Matbaatu'l-Âmire, Mısır, 1373.
- Dureynî, Fethî, **Nazariyyatu't-Ta'assuf fî İst'imâli'l-Hakk fi'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1988.
- Ebû Dâvud, Süleyman b.el-Eş'as (ö.275/889), **Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- Ebû'l Hüseyin Müslim b. el-Haccac, el-Kuşeyri, en-Nisâburî, (ö.261/874), **el-Câmiu's-Sahih**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- Ebû Leyl, İbrahim Dusûkî, **el-Mesuliyetu'l-Medeniyye Beyne't-Takyîd ve'l-İtlâk**, Dâru'n-Nehdeti'l-Arabiyye, Kahire, t.y.
- Ebû Sünne, Ahmed Fehmî, **en-Nazariyyâtu'l-Âmme li'l-Muâmelât Fî's-Serîati'l-İslâmiyye**, Matbaatu Dâri't-Te'lîf, Mısır, 1967.
- Ebû Şetîf, Haşmet Ahmet, **Nazariyatü İltizâm fi'l-Kanûnî'l-Medenî'l-Cedîd**, 1954.

- Ebû Şeybe, Abdullah b. Muhammed (ö.235/849), **Kitâbu'l-Musannef fi'l-Ehâdisi ve'l-Âsâr**; Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995.
- Ebû't-Turâb; Muhammed Seyyid, **ed-Difâuş-Şer'i fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Âlemu'l-Kutub, Beyrut, 1983.
- Ebû Yûsuf, Yakub b. İbrahim el-Ensârî (ö.182/798), **Kitabu'l-Harâc**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty.
- Ebû Zehrâ, Muhammed, **el-Mevsûatu'l- Fıkhi'l-İslâmî**, Matbaatu Ahmed Alî Muhaymer,Kahire, 1969..
- , “et-Ta’assuf fî İstimâlil-Hakk”, **Ûsbû'l-Fıkhi'l-İslâmî ve Mihricân** İmam İbn Teymiye (Dimeşk 16-1 Şevval 1380), Kahire, 1382/1963.
- , **el-Mülkiye ve'n-Nazariyyatu'l-Akd fî Şerâti'l-İslâmî**, Dâru'l-Fikr, Kahire1996.
- , **Ahkâmu't-Terikât ve'l-Mevârîs**, Kahire, ty.
- , **Ahvâlu's-Şahsiyye**, Dâru'l-Fikri'l-Arabiyye, ty, by.
- ed-Dusûkî, Şemsuddîn Muhammed b Ahmed b..Urfe, (ö.1230/1815) **Hâşiyetu'd Dusûkî alâ Şerh'l-Kebîr**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiye, Beyrut, 1996.
- el-Acîlî, Süleyman b. Mansûr, el-Mısırî, **Hâşiyetu'l-Cemel**, Dâru'l-Fikr.Beyrut, 1996
- el-Adevî, Ali b. Ahmed b. Mukrim(1189 h.), **Hâşiyetu'-Adevî alâ Şerhi'l-Hırşî alâ'-Muhtasar**, Dâru'l-Fikr, ty, by.
- el-Âkıl, Cemaluddin Taha, **Mesuliyetu'l-İnsan an Efâli Gayrihi'l-Vâkiati Mine'l-Beşeri ve Dirâsetin Mukârenetin Beyne'l-Kânûni'l-Medenî'l-Mısırî ve'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru'l Hudâ, by, 1986.
- el-Âmilî, Muhammed Cevvâd b. Muhammed el-Huseyni, **Miftâhu'l-Kerâme fî Şerhi Kavâidi'l-Allâme**, Dimeşk, 1331.
- el-Âmilî, Zeynudîn b. Alî, el-Cebeî (965 h.), **er-Ravdu'l-Behiyye fî Şerhi'l-Lum'eti'd-Dımışkiyye**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Mısır, 1378.

- el-Attâr, Hasan b. Muhammed b. Mahmud, **Hâşiyetu'l-Attâr**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- el-Bâbertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmud (ö.786/1384), **Şerhu'l-Înâye alâ'l-Hidâye**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty.
- el-Bâcî, Ebû'l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa'd b.Eyyûb b. Vâris (494 h.), **el-Muntekâ Şerhu'l-Muvatta**, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kahire, 1331 h.
- el-Buceyrimî, Süleyman b. Muhammed, **Hâşiyetu'l-Buceyrimî ala'l-Hatîb**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1996.
- el-Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs(ö.1051/1641), **Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l İknâ'**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut.
- , **Şerhu Muntehâ'l-Îrâdât**, Âlemu'l-Kutub, Beyrut, ty.
- el-Ebyânî, Muhammed Zeyd, **Şerhu'l-Ahkâmi's-Şer'iyye fî'l-Ahvâlî's-Şahsiyye**, Matbaatu Ali Sükker Ahmed, Mısır, 1911.
- el-Ensârî, Zekeriyâ b. Muhammed b. Zekeriyâ, **Esnâ'l-Metâlib Şerhu Ravdi't-Tâlib**, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, ty.by.
- ; **Şerhu'l-Behçe**, el-Matbaatu'l-Meymeniyye, Mısır.
- el- Ensârî, Zekeriyâ Ebû Yahya (ö.1227 h.), **Şerhu't-Tahrîr** (Hâşiyeti Şerkâvînin kenarında birlikte basılmış), el-Ezheriyye Matbaası, Mısır, 1305.
- el-Feyyûmî, Ahmed b.Muhammed Ali, (ö.770/1368) **el-Misbâhu'l-Munîr, fî Garîbi's- Şerhi'l-Kebîr, li'r-Râfî**, Matbaatu Mustafa el-Bâbî Halebî, Mısır, 1369.
- el-Fîrûzâbâdî, Mecduddîn Muhammed b. Ya'kûb (ö.871/1415), **Kâmûsu'l- Muhît**, Matbaatu'l-Meymeniye, Mısır, 1315.
- el-Gazzalî, Muhammed b. Muhammed Ebû Hâmid (ö.505/1111), **el-Vecîz fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfî**, Matbaatu'l-Âdâb ve'l-Müeyyid, Mısır, 1317.
- , **el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl**, Dâru'l-Erkam b. Ebî'l-Erkam, Beyrut, ty.

- el-Hâdimî, Ebû Said Muhammed b. Muhammed (1113-1176), **Mecâmi'l-Hakâik Şerhu Menâfi'd-Dekâik**, Matbaatu Âmire, İstanbul, 1308.
- el-Hafîf, Alî, (ö.1371/1952) **ed-Damân fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Matbaatu'l-Cebelavî, by, 1971.
- , el-Mesuliyetu'l-Medeniyye fî'l-Mîzânî'l-Fıkhı'l-İslâmî, **Mecelletu'l Buhûs ve'd-Dirasâti'l-Arabiyye**, Sayı, III, 1972.
- el-Hamevî, Ahmed b. Muhammed; (ö.1098.h), **Gamzu'l-Uyûni'l-Basâir**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1290.
- el-Hattâb, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman b. et-Terâbisî (ö.954/1547), **el-Mevâhibü'l-Celîl li Şerhi Muhtasari Halîl**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, 1992.
- el-Heytemî, Ahmed b. Muhammed b. Ali. b. Hacer; **Tuhfetu'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Minhâc**, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, Beyrut.
- el-Hezelî, Cafer b. el-Hasen (ö.676), **Şerâiu'l-İslâm fî Mesâilî'l-Helâl ve'l-Haram**, Müessesetu Matbûâtî İsmâiliyân. Beyrut.
- el-Hırşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh (ö.1101 h.), **Şerhu'l-Hırşî alâ Muhtasari Halîl**, Dâru-Sâdır, Beyrut, ty.
- el-Hindî, Alâuddîn Ali el-Muttekî b. Husâmuddîn (ö.975), **Kenzu'l-Ummâl fî Süneni'l-Ekvâli ve'l-Efâl**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1985.
- el-Hüseynî, Abdullatîf, **el-Mesûliyyetu'l-Medeniyyeti a'ni'l-Ahtâi'l-Miheniyye**, eş-Şeriketü'l-Âlemiyyeu li'l-Kitâp, Beyrut, 1987.
- el-İbâdî, Ebû Bekir Muhammed Alî el-Haddâdî (ö.800 h.), **el-Cevheretu'n-Neyyire**, el-Matbatu'l-Hayriyye, 1322.
- el-Kâsânî, Alâuddin Ebu Bekr b. Mesûd (Ö.587/1191), **Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's-Şerâi**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiye, Beyrut 1974.
- el-Kureşî, Muhammed b. Muhammed .b. Ahmed el-Uhveh; **Me'âlimu'l-Kurbe fî Talebi'l-Hisbe**, Dâru'l-Fünûn, Qamridge.

- el-Maradâvî, Alî b. Süleymân b. Ahmed (818-888 h.), **el-İnsâf**, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1980.
- el-Mâverdi, Ebû'l-Hasan, Ali b. Muhammed b.Habîb, (ö.450/1058) **el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Velâyeti'd-Diniyye**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ty.
- el-Mavsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö.683/1284), **el-İhtiyâr, li Ta'li li'l-Muhtâr**, Kahraman Yayınları İstanbul, 1980.
- el-Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b.Yûsuf b.Ebî'l-Kâsım el-Abderî (ö.897), **et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtasari Halîl**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut.
- el-Munâvî, Muhammed Abdurrauf, **Feyzu'l-Kadîr li Câmi's-Sağîr**, el-Mektebetu't-Ticâriyyeti'l-Kübrâ, Mısır,1356.
- el-Murtazâ, Ahmed b. Yahya (775-840/1437), **el-Bahru'z-Zahhâr el-Câmiu' li Mezâhibi Ulemâi'l-Emsâr**, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kahire, ty.
- en-Nefrâvî, Ahmed b. Ğanîm b.Sâlim b. Mehnâ (ö.1125 h.), **el-Fevâkihu'd-Devvânî Alâ Risâleti İbn Ebî Zeydi'l-Kayravânî**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut.
- en-Nekîb, Atıf, **el-Mesûliyetu'l-Medeniyye a'ni'l-Ahtâi'l-Miheniyye**, eş-Şirketu'l-Âlemiyye li'l-Kutub, Beyrut, 1987.
- Ebu'l Hüseyin Müslim b. el-Haccac, el-Kuşeyri, en-Nisâburî, (ö.261/874), **el-Camiu's-Sahih**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- er-Râfî, Ebû'l-Kâsım Abdulkerîm b. Muhammed; **Fethü'l-Azîz Şerhü'l-Vecîz**, (Hâşiyeti Buceyrimi alâ Minhâcın hamışinde basılmıştır), Matbaatu'l-Emiriyye, Bulak.ty.
- er-Rehîbânî, Mustafa es-Suyûtî, **Metâlibu Ulu'n-Nuhâ fî Şerhi Ğâyeti'l-Müntehâ**, el-Mektebu'l-İslâmî, Beyrut.
- er-Ressâ', Muhammed b.Kâsım (ö.894/1489), **Şerhu Hudûdi İbn Urfe**, el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, 1993.
- es-Sâvî, Ebû'l-Abbâs Ahmed, **Hâşiyetu's-Sâvî alâ's-Şerhi's-Sağîr**, Darü'l-Meârif,

- en-Neferâvî, Ahmed b. Ganîm b. Sâlim b.Mehnâ , **el-Fevâkihu'd-Devvânî** ; Dâru'l-Fikr.
- En-Nekîb, Atîf, **el-Mesûliyetu'l-Medeniyyetu ani'l-Ahtâi'l-Miheniyye**, Beyrut, 1987.
- es-Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, **el-Vasît fî Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî'l-Cedîd**, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, Beyrut, ty.
- , **el-Vecîz fî Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî**, Dâru'n-Nehdeti'l-Arabiyye, Kahire, 1966.
- , **el-Vasît fî Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî'l-Cedîd**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, ty.
- , **Mesâdiru'l-Hakk fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabiyyi, Beyrut, ty.
- es-Sibâî', Mustafa, **Ahvâlu's-Şahsiye**, Matbaatu'l-Câmietu'l-Sûriyye, Dimeşk, 1958.
- es-Suyûtî Celâluddîn Abdurrahmân,(ö.911/1505), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûi Fıkhı's-Şâfiyye**, by,1979.
- eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris (ö.204/809), **el-Ümm**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1993.
- eş-Şerkâvî, Abdullah b. Hicâzî b. İbrâhîm (ö.1150/1227 h.), **Hâşiyetu alâ't-Tahrîr**, Ezheriyye Matbaası, Mısır, 1305.
- eş-Şirbînî, Muhammed b. Ahmed, **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc**, Matbaatu Mustafa el-Bâbî ve Evlâduh, Mısır, 1958.
- et-Taberî, Muhammed b.Cerîr b.Yezîd b.Kesîr g.Gâlib, el-Âmidî, Ebû Ca'fer, (ö.310/923), **Câmiu'l-Beyân an Te'vîli Âyâtî'l-Kur'ân**, Müessesetu'r-Risâle, 2000.
- et-Taftazânî, Sa'duddîn Mesûd Ömer, b. Abdillâh (ö.793/1390), **Şerhu't-Telvîh alâ't-Tavzîh**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, ty.

- et-Tarablusî, Alâuddîn Ebi'l-Hasan Ali b.Hâlid (ö.844/1440), **Muî'nu'l-Hukkâm fî mâ yetereddudu beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkâm**, Dâru'l-Fikr, Beyrut.
- et-Tuncî, Abdusselâm, **Müessesetu'l-Mesûliyeti's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Cemiyetu'd-D'aveti'l-İslâmiyyeti'l-Âlemiyye, Trâblus, 1994.
- ez-Zebîdi, Murtada'l-Huseynî Muhammed b.Muhammedb. Abdirrezzâk (ö.1205/1791), **Tâcu'l-Arûs, min Cevâhiri'l-Kâmûs**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1994.
- ez-Zerkeşî, Bedrüddîn b. Muhammed Bahâdır, **el-Mensûr fî'l-Kavâid**, Vizâretu'l-Evkâf veş-Şuûn, Kuveyt, 1982.
- Ferec, Tevfik Hasan, **en-Nazariyatu'l-Âmme lil-İltizâm fî Masâdiri'l-İltizâm**, Beyrut, ty.
- Feyzullah, Muhammed Fevzî, **Nazariyyatu'd-Dimân fî'l-Fıkhı'l-İslâmi'l-Âmmi**, Mektebetu Dâri't-Turâs, Kuveyt, 1983.
- Haskefî, Alâuddîn Muhammed b.Alî b.Abdirrahman b.Muhammed el-Hısınî, (ö.1088/1677), **ed-Dürrü'l-Müntekâ fî Şerhi'l-Mültekâ**, Matabaa-i Osmaniye, Dersaadet 1328.
- Heyet, **Mevsûatu'l-Fıkhı'l-İslâmî**, (Ebû Zehranın kontrolü ile hazırlanmıştır) Cemiyetu'd-Dirâsâti'l-İslâmiye, Kahire, 1969.
- Heyet, **el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye**, Vizâretu'l-Avkâf veş-Şûunu'l-İslâmiye, Kuveyt, 1993-1995.
- Hirşî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdullah (ö.1101/1690), **Hâşiye alâ Muhtasarı Halîl**, Mısır, 1317.
- İbn Abdisselâm, Ebu Muhammed Izzuddin Abdulaziz (ö.660), **Kavâidu'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm**, Müessetu'r-Reyyân, Beyrut, 1990.
- İbn Âbidin, Muhammed Emîn(ö.1252/1836), **Reddu'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr Şerhî Tenvâri'l-Ebsâr**, Karaman Yayınları, İstanbul, 1984.

- , **el-Ukûd'd-Durriye fî Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hamidiyye**, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, Beyrut, ty.
- İbnu'l-Arabî, Ebubekir Muhammed b. Abdillâh (ö.543/1148), **Ahkâmu'l-Kur'ân**, Dâru'l-Marife, Beyrut, ty.
- İbn Bezzâz, Hâfızuddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihâb el-Kerderî (ö. 825/1421), **el-Fetevâ'l-Bezzâziyye** (el-Fetevâ'l-Hindiyyenin Hamişinde) Matbaatu Kubrâ'l-Emiriyye, Beyrut, 1980,
- İbn Cüzeyy, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed, (ö.741) **Kavânînu'l-Ahkâmîş Şer'iyye ve Mesâilî'l-Furûî'l-Fıkhiyye**, Dâru'l-Fikr, ty, by.
- İbn Dakîk, Muhammed b. Alî Takiyuddîn(ö.600 h.), **İhkâmuâl-İhkâm Şerhi Umdeti'l-Ahkâm**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, ty.
- İbn Emîr Hâc Muhammed b. Muhammed b. Muhammed (ö.879 h.), **et-Takrîr ve't-Tahbîr fî Şerhi't-Tahrîr**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, ty.
- İbn Ferhûn, Burhanu'ddîn İbrahim b. Alî b. Ebî'l-Kâsım b. Muhammed (ö.799/1397), **Tabsiratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akddiyye ve'l-Menâhici'-Ahkâm**, Dâru'l-Kutub'il-İlmiyye, Beyrut, 1995.
- İbn Hacer el-Askalânî, Şihâbudin Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali, **et-Telhîsu'l-Habîr fî Tahrîci ehâdîsi'r-Râfî**, Müessesetü Kurtubâ, by, 1995.
- , **Fethu'l-Bârî, fî Şerh-i Sahîhi'l-Buhârî**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1996.
- İbn Hanbel, Ahmed b. Muhammed (ö.241/855), **el-Müsned**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed,(ö.456/1063), **el-Muhallâ**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, ty.
- İbn Hubeyre, el-Vezir Avnuddin Ebî'l-Muzaffer Yahya b. Muhammed, (ö.560 h.), **el-İfsâh an Ma'âni's-Sihâh**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1996.
- İbn Kâdî Simavna Muhammed b. İsrâil (ö.823/1420), **Câmiu'l-Fusûleyn**, Matbaatu'l-Ezheriyye, by, 1306.

- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd (ö.275/888) **es-Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mukerrem, (ö.711/1311), **Lisânu'l-Arâb**, Dâru Sadr, Beyrût, 1975.
- İbn Nuceym, Zeynu'l-Âbidîn b. İbrahim (ö.970/1562), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, Dâru'l-Fikr, Suriye, 1983.
- , **el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenz'd-Dakâik**, Dâru'l-Ma'rife, 1993, Beyrut,.
- İbn Receb, Ebû'l Ferec Abdurrahman (ö.795/1393), **el-Kavâid fî'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, ty.
- ; **Câmiu'l-Ulûm ve'l-Hikem**, Dâru'l-Marife, Beyrut, 1950.
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b.Ahmed b.Ahmed (ö.595/1199) **Bidâyetü'l-Müctehîd ve Nihâyetü'l-Muktesid**, Dâru's-Selâm, Mısır, 1995.
- İbn Şehne, Ebul Velid ibrahim b.Muhammed b. Muhammed (ö.882/1477), **Lisânu'l-Hukkâm fî Ma'rifeti'l-Hukkâm**, by.1299.
- İbn Teymiye, Ebû'l Abbâs Ahmed b.Abdulhalim b. Absüsselam(ö.728/1327), **es-Siyâsetu's-Şer'iyye, fî İslâhı'r-Râi ve'r-Raiye**, Mektebetu İbn Teymiyye, Dımeşk, 1993.
- İbnu'l-Humâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvehhab es-Sivâsî, (ö.861/1456), **Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty.
- İbnu'l-Kayyim el-Cevziyye, Şemsuddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr (ö.751/1350), **et-Turuku'l-Hükmiyye, fî's-Siyâseti's-Şeri'ye**, Dâru İhyâi'l-Ulûm, Beyrut, ty.
- , **İ'lâmu'l-Muvakki'in an Rabbi'l-Alemîn**, Dâru'l-Hadîs, Kahire, by.
- , **Zâdul-Meâd fî Hedyi Hayri'l-İbâd**, Dâru'r-Reyyân li't-Turâs, Kahire, 1987.
- İdris, İved Ahmed, **ed-Diye Beyne'l-Ukûdi ve't-T'avîz fî'l-Fıkhi'l-İslâmî'l-Mukârin**, Beyrut, 1987.

- Kâdîhân, Fahreddin Hasan b.Mansûr el-Özcândî, (ö.592/1195), **el-Fetava**, (Hindiyenin Hamîşî), el-Matbaatu'l-Kubrâ'l-Emîriyye, Beyrut, 1980.
- Kadizâde, Şemsuddîn Muhammed b.Koca, (ö.988/1580), **Netâicu'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr Tekmiletü Fethi'l-Kadîr**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ty.
- Kadri Paşa, Muhammed (ö.1306/1888), **Murşidu'l- Hayrân fî Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân**, Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak, ty.
- Karâfî, Şihâbuddîn Ebi'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân(ö.684/1285), **el-Furûk**, Âlemu'l-Kutub, Beyrut, ty.
- Kalyûbî ve Amîre, Ahmed Selâme ve Ahmed el-Berlesî, **Hâşiyetâ Kalyûbî ve Amîre**, Dâru'l-İhyâi'l-Kutubi'l-Arabiyye, Beyrut.
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b.Ahmed (ö.671/1273), **el-Câmiu'l-Ahkâm'il-Kur'ân**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1988.
- Mahmasânî, Subhî, **en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-Mucebâtı ve'l-Ukûd fî's-Şer'iatı'l-İslâmiyye**, Dâru'l-İlmi'l-Melâyîn, Beyrut, 1983.
- Malik b. Enes (ö.179/785), **el-Muvatta'**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- Mâverdî, Ebû'l-Hasan Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî, (ö.450/1058), **el-Ahkâmu's-Sultâniye**, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ty.
- Merğînânî, Burhanuddîn Ebû'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr b.Abdil Celîl (ö.593/1197), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî**, el-Mektebetu'l-İslâmiyye, ty, by.
- Mevâfî, Ahmed, **ed-Darar fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Dâru İbn Affân, Suudî Arabistan, 1997.
- Meyyâre, Muhammed b. Ahmed el-Fâsî, **Şerhu Meyyâre**, Daru'l-Ma'rife, ty, by.
- Mollâ Husrev, Muhammed b. Ferâmuz, (ö.885/1480), **Dureru'l-Hukkâm Şerhi Ğureri'l-Ahkâm**, Şirket-Sahafiye-i Osmaniye Matbaası, İstanbul, 1317.
- Mûsâ, Muhammed Yûsuf, **el-Emvâl ve Nazariyyatu'l-Akd fî'l-Fıkhı'l-İslâmî**, Dâru'l-Fıkri'l-Arabî, by, 1987.

- Mustafa, Hamid, **el-İltizâmât ve el-u'kûd fî's-Serîati'l-İslâmiyye**, Bağdat, 1943,.
- Nedvî, Ali Ahmed, **el-Kavâ'idü'l-fıkhiyye**, Dimaşk, 1991.
- Nesaî, Ahmed b. Şuayb b. Ali, (ö.303/915), **es-Sünen**, Çağrı yayınları, İstanbul, 1981
- Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ebi'l Abbâs Ahmed b. Hamza b Şihâb, (ö.1004/1595) **Nihâyetu'l-Muhtâc ilâ Şerhil-Minhâc**, Mısır, 1938
- Sahnûn b.Saîd et-Tennûhî (ö.240/854), **el-Mudevvenetü'l-Kubrâ**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1999.
- San'anî, Muhammed b. İsmail el-Kehlânî, (ö.1182/1768), **Subulu's-Selâm Şerhu Bulûğî'l-Merâm min Cemi' Edilleti'l-Ahkâm** , Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabiyye, Beyrut, 1960.
- Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl,(ö.483/1097) **el-Mebsût**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1993.
- , **Usûlu Serahsî**, Karaman Yayınları, İstanbul, 1984
- Seyyid, Muhammed Şevki **et-Te'assuf fî isti'mali'l-hak: Mi'yaruh ve tabiatuh fî'l- fıkhi ve'l kazâ'vifkan li-Ahkâmil-kânûni'l-medenî**, el-Heyetu'l-Misriyyeti'l-Âmme li'l-Kutub, Kahire, 1979.
- Sindî, Nureddin, b.Aubdulhadi (ö.1138 h.) **Hâşiyetu's-Sindî Alâ İbn Mâce**, el-Matbaatu'l-İlmiyye, Mısır, 1313.
- Sırâc, Muhammed Ahmed; **Damânu'l-Udvân fî'l-Fıkhi'l-İslâmî**, el-Müessesetu'l-Câmiyye Li'd-Dirasâti ve'n-Neşri ve't-Tevzî', by, 1993.
- Sultan, Enver, **en-Nazariyyatu'l-Âmme li'l-İltizâm**, Dâru'n-Nahdatu'l-Arabiyye, Beyrut, 1974.
- Suyûti, Celâluddîn b. Abdirrahmân (ö.911/1505), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir, fî Kavâidi ve furû'i Fıkhi's-Şâfi'iyye**, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1983.
- Şâtıbî, Ebû İshâk İbrahim b. Musa (ö.790/1388), **el-Muvâfakât fî Usûli's-Serîa**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty.

- Şehâte, Şefik, **Şerhu'l-Kânûnî'l-Medenî'l- Cedîd fî'l-Emvâl**, el-Matbaatu'l-Âlemiyye, Kahire, 1951.
- Şelebî, Mustafa, **Ta'lîlu'l-Ahkâm**, Dâru'n-Nehdeti'l-Arabiyye, Beyrut, 1981.
- Şeltut, Mahmut, **el-İslâm Akîdetun ve Şerîatun**, Dâru'l-Kalem, by, 1966.
- Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali (ö.1250/1834), **Neylu'l-Evtâr Şerhi Muntekâ'l-Ahbâr**, Mektebetu Külliyyati'l-Ezheriyye, Kahire, 1983.
- ; **İrşâdu'l-Fuhûl ilâ tahkîki'l-Hakkı min İlmi'l-Usûl**, Mustafâ'l-Bâbî'l-Halebî ve Evlâduh, Mısır, 1937.
- Şeyzâde, Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b.Süleyman (ö.1078/1667) **Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Multeka'l-Ebhur**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabiyye, Beyrut, ty.
- Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim b.Ali b. Yûsuf Firûzâbâdî,(ö.476/1083), **el-Mühezzebe fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâm eş-Şâfi**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b.İsâ b.Servet (ö.279/892), **el-Câmiu's-Sahîh**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- Udeh, Abdulkadir, **et-Teşrîu'l-Cinâî'l-İslâmî**, Dâru'-Turas, Kahire, ty.
- Umeyre, Ahmed Selâme ve Ahmed Berlisî, **Hâşiyetâ Kalyûbî ve Umeyre**, Dâru İhyâi'l-Kütubi'l-Arabiyye, Mısır.
- Zamahşeri, Mahmud b. Ömer (ö.528 h.); **Keşşâf an Hakâiku't-Tenzîl ve U'yûni'l-Akâvil fî Vucûhi't-Te'vîl**, Dâru'l-Kutubi'l-Arabî, Beyrut, 1318.
- Zehâvî, Saîd Emced, **et-Te'assûf fî İsti'mâli Hakkı'l-Milkiyye fî's-Şerîati Ve'l-Kânûn**, Kahire, 1393-94/1974-1975.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, (1357/1938), **el-Fi'lu'd-Dâr**, Dâru'l-Kalem, Dimeşk, 1988.
- , **el-Medhalu'l-Fıkhi'l-Âmm**, Dâru'l-Fikr, Dimeşk, 1968.
- , **Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye**, Dâru'l Kalem, Dimeşk, 1989.
- Zeydân, Abdulkerîm, **el-Mufasssal fî ahkâmi'l-Mer'eti ve'l-Beyti'l-İslâm fî's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1994.

- , **el-Vecîz fi Usulî'l-Fıkh**, Mektebetu'l-İslâmî, İstanbul, 1979.
- , **Nizâmu'-Kadâ fi'-Şerâti'l-İslâmiyye**, Müessesetu'r-Risâle, Ürdün, 1989.
- , **Hâletu'd-Darûre fi'-Şerîatu'l-İslâmiye**, 1988, Beyrut.
- Zeylaî, Cemâlu'd-dîn Ebû Muhammed elHanefî, Abdullah b. Yûsuf (ö.762/1360), **Nasbu'r-Râye li Ehâdîsi'l-Hidâye**, Dâru İhyâi't-Turâsi'l Arabî, Beyrut, 1982.
- Zeylaî, Fahru'ddin, Osman b. Alî (ö.743/1341), **Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000.
- Zuhayli, Vehbe, **Nazariyatu'd-Darûreti's-Şer'iyeti**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1982.
- , **Nazariyatu'd-Damân**, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 1982.
- , **el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuh**, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 1996.

III. İNGİLİZCE KAYNAKLAR

- Abdurrahim, M.A, **Mohammadan Jurisprudence: Torts and Crimes**, P.L.D. Publications, Lahore, 351-363.
- Ahdash, Mohammed .A, The Effect of Mistake on Contractual Relations Under English and Islamic law A Comparative Overwiev, **The Islamic Quarterly**, 48:1, (2004-1425), PP.23-45.
- Ansary, Tuğrul& Don Wallace.Jr, **Introduction to Turkish Law**, Ankara, 1966.
- Bahnassi, Ahmad Fathi, Criminal Responsibility in Islamic Law, **The Islamic Criminal Justice System**, M.Charif Bassiouni editor, Oceana Publications, inc, London Rome Newyork, 1982, pp.172-193.

- Black, M.A. Henry Campbell, **Black's Law Dictionary**, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, West Publishing CO. 1968
- Comparative Overwiev, **The Islamic Quarterly**, 48:1, (2004-1425), pp.23-45.
- Coulson, N.J, A **History of Islamic Law**, Edinburgh University Pres., 1978, Edinburgh
- el-Awa Mohammed S, **Punishment in Islamic Law**, American Trust Publications, Indiana, 1982.
- .el Fadl, Khaled Abou, Law of Duress, in Islamic Law and Common Law: A Comparative Study, **Islamic Studies**, Vol.30.3, (1991), pp.305-350.
- Faruqi, Harith Suleiman, **Faruqi's Law Dictionary, English-Arabic**, Librairei Du Liban, Beyrut, 1970
- Fleming, John G D.C.L, **An Introduction to the Law of Torts**; Oxford University Press, Oxford, 1969.
- Gibb, H.A.R& Kramers, G.H, **Shorter Encyclopedia of Islam**, Leiden E. J.Brill; London Luzac& Co. 1982
- Hasan, Ahmad, The Conditions of Legal Cause in Islamic Jurisprudence, **Islamic Studies**, 20:3, (1981), pp.303-342.
- Hashim, Ashraf Md, The Right of the Accused to Compensation, **Hamdard Islamicus**, Vol.XXVII, 2, April-June, 2002, pp.59-72.
- Heuston, R.F.V, **Salmond on the Law of Torts**, Sweet – Maxwell Limited, London, 1957.
- Honore, Tony, Responsibility and Luck, **The Law Quarterly Rewiev**, Vol.104, October, 1988, pp.530-553.
- Kahera, Akel.I, and Benmira, Omar; Damages in Islamic Law, **Islamic Law and Society**, 5:2, (1998), pp.131-164.

Markesinis, B.S, An Expanding Tort Law, **The Law Quarterly Review**, Vol.103, July, 1987, pp.354-359.

Massoodi, G.Saqlain, Civil Liability in English and Islamic Laws: A Comparative View, **Islamic and Comparative Law Review**, 12:1, (1992), pp.34-54.

Mohamad, Abdul Basir Bin, "Strict Liability in the Islamic Law of Torts", **Islamic Studies**, 39:3, (2000), pp. 445-462.

-----; "The Islamic Law of Tort: An Introduction", **Hamdard Islamicus**, Vol. XXIV, 1, January-March 2001, pp.37-48.

Muslehuddin Muhammed, **Concept of Civil Liability in Islam and the Law of Torts**, Islamic Publications Ltd, Lahore, 1982.

Prosser, W.L, Interaction of Tort and Contract, **The Law Quarterly Review**, Vol.93, July, 1977, pp.422-449.

Thomas, Patrick Hughes, **Dictionary of Islam**, Oriental Boks Reprint Corporation, New Delhi, 1976.

The Gist of Negligence, **The Law Quarterly Review**, Vol.104, April, 1988, pp.213

The Colombia Encyclopedia, Tort, sixth Edition, Colombia University Press, 2000.

West's Encyclopedia of American Law, Torts. (26)