

Geliş Tarihi | Received: 25.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 25.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'NİN KÜLLİ KÂİDELERİ BAĞLAMINDA İSLAM HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

LIABILITY OF TORT ACT IN ISLAMIC LAW IN THE CONTEXT OF HOLISTIC
RULES OF AL-MAJALLA AL AHKAM AL ADALIYYAH

Oğuzhan Orhan*

Prof. Dr. Veysel K. Bilgiç*

ÖZ

'Hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına veya malvarlığına zarar veren fiil' şeklinde tarif edilen haksız fiil, hukukta borcun en önemli kaynaklarından birisi sayılmaktadır. İlk dönem İslam hukukçularının (fukahâ) eserlerinde, doğrudan haksız fiil tabiri yer almamaktadır. Bu eserlerde kazuistik yöntem esas alındığından dolayı her bir hukuka aykırı fiil ayrı ayrı değerlendirilip hükme bağlanmıştır. Hicri 4. ve 5. yüzyıldan itibaren ise, bütün haksız fiillere ilişkin hüküm ihtivâ edecek külli kâide ve esaslar belirlenmiştir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin başında yer alan 99 külli kâide içerisinde de bu ilke ve esaslardan bir kısmına yer verilmiştir. 'Zarar izâle olunur', 'Zarar ve mukâbele bi'z-zarar yoktur', 'Mübâşir, müteammid olmasa da dâmin olur', 'Mütesebbib, müteammid olmadıkça dâmin olmaz', kâideleri, Mecelle'de yer alan haksız fiil sorumluluğu ile alakalı külli kâidelerdir. Bu çalışmada, bahsi geçen kâideler bağlamında İslam hukukundaki haksız fiil nazariyesinin temel esaslarının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Kâidelerin hukuki tahliline geçmeden evvel, haksız fiil kavramı, haksız fiilin türleri ve unsurlarına dair bilgi verilmiş ve yer yer İslam hukuku ile günümüz modern hukuku arasında mukayeseler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye - Külli Kâide - Haksız Fiil - Tazminat - Mesuliyet

* Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000 0003 0555 0936 orhanoguzhan@kku.edu.tr

* Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

ORCID: 0000 0001 8279 8500 veyselbigic@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

Unlawful act, defined as an act against somebody's person or goods, is one of the main reasons of the obligations. This term is not encountered within the studies or books of the earlier Islamic lawyers (fukaha). In these studies in conformity with the casuistical method, this term has been touched upon in each such acts independently. Only from the 4. and 5. centuries onwards general principles on this subject emerged. Some of these principles namely; "the redress of loss", "damaging and counter damaging is prohibited", "a person is held responsible for his own acts even though they are acted unintentionally", "a person who cause something is not held responsible unless being intentional" exist in the first Chapter (Book) of the Mecelle Collection among the 99 general principles of law. In this article, the main aim is; in the context of the principles mentioned, elaboration of the responsibility from unlawful acts in Islamic Law.

Keywords: Al-Majalla, general principle, tortious act, compensation, responsibility.

GİRİŞ

Hukuk kurallarının esas gayesi, toplumdaki fertler arasındaki ilişkilerin adalet ve hakaniyet doğrultusunda sürdürülmesini temin etmektir. Bu gayenin yerine gelmesi için de bütün hukuk sistemlerinde başkalarına zarar verecek davranışlar yasaklanarak hukuki müeyyideye bağlanmıştır. Başkalarının zarar görmesine sebep olan bu fiil ve davranışları ifade için modern hukuk literatüründe 'haksız fiil' tabiri kullanılmaktadır. Haksız fiiller, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ele alınmıştır. Kara Avrupası hukuk sistemleri gibi soyut yöntemi esas alan hukuk sistemlerinde, haksız fiiller bir bütün olarak ele alınmış ve bütün haksız fiilleri kapsayacak genel hükümler konulmuştur. Meseleci metodu esas alan Roma ve İngiliz hukuk sistemlerinde ise, her bir haksız fiil ayrı ayrı ele alınarak hükme bağlanmıştır.¹

İslam Hukukunda, ilk dönem eserlerinde meseleci yöntem esas alındığından bütün haksız fiilleri kuşatacak genel hükümler tayin edilmek yerine kitapların muhtelif bölümlerinde farklı konulara ilişkin haksız fiiller ayrı ayrı ele alınmıştır. Daha sonraki dönemlerde ise İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esaslarını ve özünü ifade eden külli kâide ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilke ve esaslar, 'kavâid' ilmine dair telif edilen eserlerde bir araya getirilmiştir. 1868-1876 yılları arasında İslam Hukuku (Hanefi mezhebi) esas alınarak tanzim edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin başında diğer konulara dair temel ilkelerin yanında haksız fiillere ilişkin bazı külli kâide ve esaslara da yer verilmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye; bir mukaddime, 16 kitap ve 1851 maddeden oluşmaktadır. Mecelle'nin ilk maddesini takip eden 99 madde, hukukun temel ilkeleri de denilebilecek 'külli kâideleri' ihtiva etmektedir. Kâide (çoğulu kavâid) lügatte, "esâs" manasına gelir. Bu anlamıyla Kur'an-ı Kerim'de iki yerde geçer (el Bakara 2/127; en-Nahl 16/26). İslâm hukukunda kâide kelimesi, hemen her alanda uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini yansıtan özlü ve kuşatıcı ifadelerin, fer'î meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan temel önermelerin adı olmuştur.² Daha kapsayıcı bir surette külli kâideler, "Kapsamına giren olaylar hakkında genel ve teşri'î hükümler ihtiva eden, düstûrî ve kısa cümlelerle ifade edilen küllî ve fihki esaslar" şeklinde tarif edilmektedir.³

Makalede öncelikle haksız fiil kavramına, haksız fiilin unsurlarına ve türlerine dair bilgi verilecek, daha sonra ise haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de yer alan dört külli kaidenin hukuki tahlili yapılarak bu kâideler bağlamında İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esasları belirlenmeye çalışılacaktır.

¹ Mehmet Akif Aydın, "Haksız Fiil", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 1997, C. 15, s.210.

² Mustafa Baktır, "Kâide", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2011, C.24, s.205.

³ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalu'l Fikhiyyu'l Âmmu*, Dimeşk: Dar'ul Kalem, 2012, C.2, s.947.

I. HAKSIZ FİİL

Sorumluluk hukukunun⁴ temel kaynakları; ‘akdi’ ve ‘akit dışı sorumluluk’ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵ İslam Hukuku kitaplarında sorumluluk, ‘damân’ kavramı ile ifade edilmiştir.⁶ Tazminat sorumluluğunun meydana gelmesinin sebepleri de genel olarak; akit, zilyetlik (yed) ve itlâf (haksız fiil) olmak üzere üç kısma taksim edilmektedir.⁷

Akdi sorumluluk (damânu’l-akd) başlığı altında, bir akde taraf olanlar için meydana gelen sorumluluk ele alınmaktadır. (Sihhat şartları mevcut olan bir satış akdinde, müşteri tarafından kabzedilmeden evvel mebi’e gelen zararlardan satıcının sorumlu olması gibi). ‘Damân’ul-yed’, haklı (emanet alan gibi) veya haksız (gâsıb gibi) olarak bir malı elinde bulduranın o maldan sorumlu olduğunu ifade için kullanılmaktadır.⁸ Son olarak ‘itlâf’ başlığı altında ise bugünkü modern hukuk literatüründe ‘haksız fiil’ denilen, gayri hukuki olarak bir kişinin şahsına ve malına zarar verecek bir eylemde bulunma neticesinde meydana gelen tazminat sorumluluğu ele alınmıştır.⁹

Akdi sorumluluk (damânu’l-akd) başlığı altında, bir akde taraf olanlar için meydana gelen sorumluluk ele alınmaktadır. (Sihhat şartları mevcut olan bir satış akdinde, müşteri tarafından kabzedilmeden evvel satılana (mebi’) gelen zararlardan satıcının sorumlu olması gibi). ‘Damân’ul-yed’, haklı (emanet alan gibi) veya haksız (gâsıb gibi) olarak bir malı elinde bulduranın o maldan sorumlu olduğunu ifade için kullanılmaktadır.¹⁰ Son olarak ‘itlâf’ başlığı altında ise bugünkü modern hukuk literatüründe ‘haksız fiil’ denilen, gayri hukuki olarak bir kişinin şahsına ve malına zarar verecek bir eylemde bulunma neticesinde meydana gelen tazminat sorumluluğu ele alınmıştır.¹¹

Modern hukuk kitaplarında, bir borç ilişkisinin meydana gelmesinin sebepleri, ‘borç ilişkisinin kaynakları’ başlığı altında incelenmektedir.¹² Borç ilişkisini doğuran önemli kaynaklardan birisi doğrudan doğruya kanundur. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri, ‘haksız fiilden doğan borç ilişkileri’, ‘sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri’ ve ‘fiili sözleşmeden doğan borç ilişkileri’ olmak üç kısma taksim edilmektedir.¹³ Türk Borçlar

⁴ Sorumluluk hukuku, doktrinde üç ayrı anlamda kullanılmaktadır. Bunlar, geniş anlamda sorumluluk hukuku, dar anlamda sorumluluk hukuku ve en dar anlamda sorumluluk hukukudur. Geniş anlamda sorumluluk hukuku hem sözleşme dışı sorumluluğu hem de sözleşmeden doğan sorumluluğu kapsamaktadır. Dar anlamda sorumluluk hukuku, sadece sözleşme dışı sorumluluğu konu edinmektedir. En dar anlamda sorumluluk hukuku ise yalnız özel kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerini ifade etmek için kullanılmaktadır. (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s.491.)

⁵ Mustafa Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s.70.

⁶ Ebû Muhammed b. Ganim Bağdadi, *Mecmâu’d-Damânât*, Kahire: Daru’sselam, 1999, s.4.; Hamza Aktan, *‘Damân’*, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 1993, C.8, s.450

⁷ İbni Recep Hanbeli, *el-Kavaid*, Kahire: Daru’l İbni Affan, 1999, C.2, s.316.; Mevsuatü’l Fıkhiyye el-Kuveytiyye, *‘Damân’*, Kahire: Daru’l Safve, 1980, C.28, s.228.

⁸ Mevsuatü’l Fıkhiyye el-Kuveytiyye, *‘Damân’*, C.28, s.228.

⁹ Kâsâni, *Bedaiu’s Sanai*, Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986, C.6, s.164.

¹⁰ Mevsuatü’l Fıkhiyye el-Kuveytiyye, *‘Damân’*, C.28, s.228.

¹¹ İmam Kâsâni, *Bedaiu’s Sanai*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986, C.6, s.164.

¹² Özcan Günergök ve Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020, s.395.

¹³ Türk Borçlar Kanununda da borç ilişkisinin kaynakları; sözleşme (TBK m. 1-148), haksız fiil (TBK m. 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82) olmak üzere üç ana başlık altında düzenlenmiştir.

Kanununda da borç ilişkisinin kaynakları; sözleşme (TBK m. 1-148) , haksız fiil (TBK m. 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82) olmak üzere üç ana başlık altında düzenlenmiştir. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinin en önemlisi, 'haksız fiillerden doğan borç ilişkileri'dir. Geniş anlamda haksız fiil kavramı hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğu ihtiva eder. Bununla beraber doktrinde haksız fiil denilince, bundan daha çok dar anlamda olarak kusur sorumluluğu anlaşılmaktadır.¹⁴

A. KAVRAM

Haksız fiil, en genel manasıyla, hukuka aykırı bir şekilde başkasına zarar vermektir.¹⁵ Doktrinde haksız fiilleri ifade etmek için, 'objektif hukuk kâidelerine aykırı hareket' manasına gelen 'kanunsuz hareket' tabiri de kullanılmaktadır.¹⁶ Nitekim haksız fiil kavramındaki 'haksız' sözcüğü, hukuka aykırılığı ifade eder.¹⁷

Haksız fiiller, hukuktaki en önemli borç kaynaklarındandır. Haksız fiil sonucu zarar görenle zarar veren arasında bir borç ilişkisi doğmaktadır. Yukarıda zikredildiği üzere, modern hukuk kitaplarında müstakil bir borç kaynağı olarak ele alınan haksız fiiller, klasik fıkıh kitaplarında genel bir nazariye halinde değil, gasp ve itlâf başta olmak üzere fer'i meseleler halinde incelenmiştir.¹⁸ Klasik fıkıh kitaplarında bugünkü haksız fiil nazariyesine en yakın olan konu ise itlâftır. Hem Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de¹⁹ hem de fıkıh kitaplarında akdi sorumluluk ile itlâftan dolayı meydana gelen sorumluluk ayrı ayrı ele alınmış ve modern hukukta benimsenen akdi sorumluluk-haksız fiil sorumluluğu ayırımına benzer bir ayırım yapılmıştır.²⁰ Muasır İslam hukukçularının eserlerinde ise haksız fiil kavramını ifade etmek için; "el-fi'lü'd-dâr, el-amel gayrû'l-meşrû, el-a'mâl gayrû'l-mubâha" gibi tabirler kullanılmaktadır.²¹

B. HAKSIZ FİİL TÜRLERİ

Haksız fiiller; 'kişilere karşı' ve 'mala yönelik' olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²² Kişilere yönelik olan haksız fiiller, fıkıh kitaplarında, 'kitabu'l-hudud', 'kitab'ul-diyât' ve 'kitab'ul cinayât' gibi başlıklar altında ele alınmaktadır.²³ İslam hukukunda; insan öldürme, yaralama ve

¹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.489.

¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.115; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2011, s.38; Günergök ve Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, s.377.

¹⁶ Sabri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, C.1, s.159.

¹⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.262.

¹⁸ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2021, s.514; Mehmet Akif Aydın, '*Haksız fiil*', TDV İslam Ansiklopedisi, C.15, s.210.

¹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1568.

²⁰ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2016, C.2, s.452.

²¹ Abdurrezzak Senhuri, '*Masadiru'l Hak*', Beyrut: Menşurat'ul Halebi el-Hukukiyye, 1998, C.1, s.47; Mehmet Akif Aydın, '*Haksız fiil*', TDV İslam Ansiklopedisi, C.15, s.210.

²² Sabri Arsal, hukuka aykırı (gayri kanunî) fiilleri, başka bir açıdan, 'cezâi gayri kanunî fiiller' ve 'medenî gayri kanunî fiiller' olmak üzere iki kısma ayırmaktadır. Buna göre gayri kanunî fiil, bir cezayı müeyyideyi gerektiriyorsa cezâi gayri kanunî fiil; cezayı gerektirmeyip ancak bir fiili ifa mecburiyetini veya maddi tazminatı icap ettiriyorsa medenî gayri hukukî fiildir. Bu iki türlü hukuk ihlali arasındaki esas fark, birinde devletin ihlali halinde bir ceza tayin etmiş olması, diğerinde ise tazminat ve mecburi icra ile iktifa edilmesidir. (Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, s.166-167) Bununla beraber; Arsal'ın yapmış olduğu bu taksim mutlak değildir. Zira bir hukuka aykırı fiil, bazı durumlarda hem cezayı müeyyideyi hem de hukukî müeyyideyi (tazminat) gerektirebilir. Yani bir haksız fiil bazen suç da teşkil edebilir. (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.263.)

²³ İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, Kahire: Matbatu'l Halebi, 1937, C.4, s.79, C.5, s.39.

çocuk düşürme fiillerinin işlenmesi durumunda mağdura veya yakınlarına ödenmesi gereken tazminat bedeline (her birisinin farklı isimleri olmakla beraber) genel manada ‘diyet’ ismi verilmiştir.²⁴ Kasten adam öldürme durumunda verilecek tazminat, Hanefî fukahâsınca ‘uzlaşma bedeli’ olarak isimlendirilmiştir.²⁵ Buna göre kısas isteme hakkı olan maktulün yakınları, peşin veya veresiye bir bedel üzerine fail ile anlaşabilirler. Bu bedel, diyet miktarından fazla da olabilir.²⁶ Şeriye sicilleri incelendiğinde, Osmanlı döneminde de maktulün yakınlarının talebi doğrultusunda failden uzlaşma bedeli alındığı görülmektedir. Nitekim İstanbul mahkemesinde 1661 yılında görülen bir davada maktulün yakınları belli bir miktar üzerinde katil ile anlaşarak kısastan vazgeçmişlerdir.²⁷

Mala yönelik haksız fiiller de yukarıda bahsi geçtiği üzere, fıkıh kitaplarında ‘gasp’ ve ‘itlâf’ başlıkları altında ele alınmıştır. Gasp ve itlâfa dair aşağıda malumat verileceğinden burada tafsilatına girilmeyecektir. Gasp ve itlâfa ziyade olarak fıkıh kitaplarında ele alınan mala yönelik üçüncü bir haksız fiil türü olarak ‘hırsızlık’ zikredilebilir.²⁸

C. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

Modern hukuk kitaplarında ve muasır İslam Hukuku kitaplarında, haksız fiil neticesinde cezaî ve hukukî sorumluluğun meydana gelmesi için ‘zarar doğuran fiil’, ‘zarar’, ‘illiyet

²⁴ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.516; Diyetin cezaî müeyyide mi yoksa medenî müeyyide (tazminat) mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bazı fıkıh kitaplarında, diyetin cezai bir müeyyide olduğu açıkça ifade edilmiştir. (Fahrüddin Zeylai, *Tebyinu'l Hakâik Şerh Kenzu'l Dakaik*, Kahire: el-Matbaa'l Kübra'l Emiriyye, 2003, C.6, s.126; İbni Nüceym, *el-Bahru'r Raik Şerhu Kenzu'd Dakaik* Beyrut: Dar'ul Kutubu'l İslamiyye, 2005, C.8, s.372) Bununla beraber günümüzde bazı İslam Hukuku araştırmacıları, diyetin cezai müeyyideden ziyade mağdurun yakınlarının uğramış olduğu zararı gidermek için verilen bir tazminat olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüşün dayanaklarından birisi de diyetin katile değil de katilin ailesine ödetilmesidir. Zira cezalarda ‘cezanın şahsiliği’ ilkesi geçerlidir (İsra, 17/15), eğer diyet bir cezaî müeyyide olsaydı diyeti katilin ödemesi gerekirdi. (İbrahim Paçacı, “Diyet bir ceza mıdır?”, *Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 2/2014, s.102).

²⁵ Ali Bardakoglu, *Diyet*, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 1994, C.9, s.475.

²⁶ Mustafa Avcı, “Ceza Muhakemesinde Sulh”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2017, s.22.

²⁷ “*Dergâh-ı âli yeniçerilerinin otuz dört sekbânlar odası neferâtından olup Limni Odası'nda nevbetçi iken cerihan fevt olan Ahmed Beşe'nin hasran vârisleri babası Mustafa ile vâlidesi Saime bt. Ali nâm hatun meclis-i şer' de oda-i merkûme neferâtından Kürt Muslı Beşe b. Abdullah tarafından husûs-ı âtiye vekil olup bi-mâ hüve tarikî's-sübût vekâleti sâbite olan Başkullukcu Hüseyin Beşe nâm râcil mahzarında tav'an her biri ikrâr ve takrîr-i kelâm edip müvekkil-i mezbûr Muslı Beşe oğlumuz mezbûr Ahmed Beşe ile oda-i merkûmede nevbetçi iken oğlumuzu müceb-i kısas olan âlet-i câriha ile urup katleylediği sâbit ve zâhir olmağla habsde olup bizim dahi ihkâk-ı hak için ol odaya varmağla iktidârımız olmamağla mezbûr Hüseyin Beşe ile bin akçe üzerine sulh olup ol dahi sulh-ı mezbûru kabûl ve bedel-i sulh olan bin akçeyi mezbûr yedinden kabz edip kısasa müte'allika da vâdan her birimiz Muslı Beşe'nin zimmetini ibrâ ve iskâr eyledik dediklerinde mezbûr Hüseyin Beşe dahi meclis-i merkûmda kezâlik mezbûrân mahzarında ikrâr edip ben dahi müteveffâ-yı mezbûr Ahmed Beşe'nin zikrolunan odada mevcûd olan muhalledâtını vâzı' u'l-yed olanlardan alıp vârisân-ı mezbûrâna teslîme ta'ahhüd eyledim min-ba'd ol muhalledâtı vârisân-ı mezbûrân Mustafa ve Saime benden alsınlar dedikde gibbe't-tasdîki ş-şer'î mâ hüve'l-vâki' bi't-taleb ketb olundu.” (İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), C.51, s.649: <http://www.kadisicilleri.org/madde.php>)*

²⁸ Çalınan mal halen hırsızın elinde mevcut ise iade edilmesi gerektiği yönünde İslam hukukçularının ittifakı vardır. Ancak çalınan mal hırsız tarafından istihlâk edilmiş veya zayi olmuşsa ve hırsızda da had cezası verilmişse Hanefî fukahâsına göre hırsız tazminle mükellef değildir. (İmam Kâsânî, *Bedâi'u Sanai*, C.7, s.86) Şafii ve Hanbelilere göre ise, hırsızın zengin veya fakir olması arasında fark gözetilmeksizin (diğer şartların da tahakkuku halinde) hırsızda hem had cezası tatbik edilir hem de çaldığı şey tazmin ettirilir. Zira onlara göre, had cezası ile tazminat bir arada olabilir. (Abdulkadir Üdeh, *et-Teşri'u'l-cinâ'iyü'l-İslâmî*, Beyrut: Dar'ul Katib'ul Arabi, 1999, C.2, s.620)

bağı' ve 'hukuka aykırılık' unsurlarının bulunması gerektiği ifade edilmektedir.²⁹ İlk dönem fıkıh kitaplarında haksız fiilin bahsi geçen unsurları doğrudan yer almamakla beraber, fu-kahânın haksız fiil ile alakalı meselelere dair yaptıkları hukukî tahlil ve değerlendirmeler ince-lendiğinde, İslam Hukukunda da haksız fiil sorumluluğu için bu unsurların esas alındığı gö-rülmektedir.³⁰

1. Zararla Neticelenen Fiil

Haksız fiil sorumluluğu için gereken ilk unsur, başkasına zarar veren bir fiildir. Bu fiil, insan davranışını ifade etmektedir. Hukuka aykırı bu fiil, icrâî davranış olabileceği gibi ihmali bir davranış da olabilir.³¹ Başka bir deyişle; davranış kavramı bir üst kavram olup, hem bir şeyi yapmayı ifade eden olumlu davranış hem de bir şey yapmama anlamındaki olumsuz davranış kapsamaktadır.³² Zira sadece yapma şeklinde değil, yapılması gerekeni yapmama şeklinde de haksız fiil işlenebilir.³³ Örneğin yıkılmak üzere olan ve sahibi tarafından onarılmayan bir du-varın başkasına zarar vermesi durumunda ihmali davranışla meydana gelen bir haksız fiil söz konusudur.³⁴ Yine boğulmak üzere olan birisini yüzme bildiği halde kurtarmayan kişi de yap-ması gerekeni yapmadığından, menfi davranış ile haksız fiil işlemiş olmaktadır. Özetle; bir kimse hareketsiz kalacağı yerde belli bir harekette bulunsaydı, hukuken önem arz eden netice meydana gelmeyecek idiyse, yapmama fiili de haksız fiil sayılmalıdır.³⁵

2. Zarar

Zarar kelimesi sözlükte; 'kötü bir hale maruz kalma, nefse, mala, fazl-u şerefe ârız olan noksan' manalarına gelmektedir.³⁶ Hukukî istilahta ise zarar, 'kanunen muhterem olan maddi ve manevî menfaatlerin haleldar ve zâyi olması' veya 'akdi sorumluluğun ihlal edilmesi veya

²⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.451; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.516; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.264; Günergök ve Kayhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, s.376.

³⁰ İmam Kâsânî, *Bedaiu's Sanai*, C.7, s.165-166.

³¹ 'Bugün insana yaptığı ve yapmadığı her şey haber verilecektir' (Kıyamet; 75/13) ayeti kerimesi de kişinin ihmali davranışlarından ötürü sorumlu tutulacağını ifade etmektedir.

³² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.516.

³³ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.264; "Hukuk bakımından hareket, bir şahsın kendi haricinde yeni bir vaziyet, yeni bir hal ihdas etmesidir. Bu tariften anlaşıldığı üzere hukuk bakımından bir hukukî vazifeyi yap-mamak, ihmal de bir harekettir. Çünkü insan bir hukukî vazifeyi ihmal etmekle kendi haricinde yeni bir vaziyet ihdas edebilir." (Arsal, *Hukukun Umumî Esasları*, s.160).

³⁴ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.515.

³⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.451; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.519; Doktrinde bazı yazarlara göre, yapmama şeklindeki eylemin haksız sayılabilmesi için, yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir. Böyle bir yükümlülük yoksa hiç kimse başkasının lehine hareket etme yükümlülüğü altında değildir. (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.265) Binaenaleyh bir yüzme havuzunda boğulmakta olan kişiyi orada görevli olan cankurtaran haricindekilerin yüzme bildikleri halde kurtarmaması durumunda herhangi bir sorumluluk meydana gelmez, zira bu durumda hukuka aykırılık yoktur. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.519) Bu görüş farklı açılardan tenkit edilmiştir. Öncelikle bu görüş sahipleri, hukuka aykırılık meselesiyle somut âlemde bir davranışın mevcut olması durumunu birbirine karıştırmaktadırlar. Zira belirli bir fiili yapmamanın zararın sebebi olarak kabul edilmesi ile hukuken bir şeyi yapma yükümlülüğünün mevcut olup olmaması farklı şeylerdir. Müspet davranışın varlığı hukuka aykırı olup olmamasına bağlı değilse, menfi davranışın varlığı da hu-kuka aykırı olup olmamasına bağlı değildir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.519). İkinci olarak; aşırı bir pozitivizmin tezahürü olduğunu düşündüğümüz bu görüşün sahipleri, toplumda bir arada yaşayan fertlerin, - kanunda yazılı olmasa dahi- birbirlerine karşı bazı yükümlülükleri olduğunu göz ardı etmektedir.

³⁶ Türk Hukuk Lûgatı, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991, s.368.

haksız fiil sebebiyle bir kişinin şahsına veya malına isabet eden hasar³⁷ şeklinde ifade edilmektedir.³⁸ Zarar aslında hak konusu varlığa ilişkin olumsuzluğu ifade ettiğinden hak kavramıyla sıkı bir ilişki içindedir. Bu açıdan zarar, “hakka konu teşkil eden varlık veya değer zedelenmesi ya da yok olması” şeklinde de tanımlanabilir.³⁹ Modern Hukukta ise zarar daha çok; “bir kişinin malvarlığında onun rızası dışında meydana gelen azalma” ve “zarar verici eylem olmasa idi malvarlığının bulunacağı durum ile zarar verici eylem sonrası mevcut durum arasındaki fark” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁰

Zarar, herhangi bir eylem olmaksızın sadece söz ile de meydana gelebilir. Mesela, bir kişinin aleyhinde şahitlik yaparak zarara uğramasına sebep olan şahitler, daha sonra bu şahadetlerinden dönerlerse o kişinin uğradığı zararı tazminle mükellef olurlar. Görüldüğü üzere bu durumda zarar, şahitlerin sadece sözleriyle meydana gelmiştir.⁴¹

Yukarıda ‘zarar’ kavramına yönelik zikredilen tanımlardan da anlaşıldığı üzere, kanunen himaye edilmeyen menfaatlere halel gelmesi durumu da her ne kadar görünüşte zarar gibi görünse de tazmin sorumluluğu doğurmaz. Zira aşağıda görüleceği üzere, haksız fiilin unsurlarından birisi fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Kanunun koruma altına almadığı bir menfaatin ihlaline yol açan fiil, hukuka aykırılık unsuru olmadığından haksız fiil olarak değerlendirilmez. Nitekim kanunun koruma altına almadığı menfaatler bu tanımın haricinde kalmaktadır.⁴² Mesela; komşusunun gölgesinden istifade ettiği bir ağacı sahibinin kesmesi komşu için zarardır. Fakat bu zararın alakadar olduğu menfaat, şer’-i şerifin himaye etmediği menfaatlerdendir. Binaenaleyh sırf komşusunun menfaati zayıf olacak diye kişi kendi mülkünde tasarruf etmekten alıkonulamaz.⁴³

Ayrıca zarar, tazmin borcu doğuran eylemi ifade eder ki tazmin borcu doğurmayan zarar, hukukî açıdan zarar olarak değerlendirilmez. Kanunen zararı doğuran bir sebep bulunmadığı halde malına veya şahsına zarar gelen kişi, bu zarara kendisi katlanır. Zira Mecelle’nin 87. maddesi hükmünce; ‘Mazarrât, menfaat mukabilesindedir.’ Bu husus, Roma Hukukunda da “*Casum sentit dominus (mâlik tesadüfi zararı yüklenir)*” ve “*Quad quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (kendi kusuruyla zarara uğramış kişi zarara uğramış sayılmaz)*” kâideleriyle hükme bağlanmıştır.⁴⁴

³⁷ Ahmed Muhtar, *Mu’cem’ul Lugatu’l Muasira*, Kahire: Alem’ul Kutub, 2007, C.2, s.1357.

³⁸ Ali Himmeth Berkî, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, İstanbul: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018, s.188.

³⁹ Bilal Aybakan, ‘Zarar’, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2013, C.44, s.131.

⁴⁰ Günergök ve Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, s.395.

⁴¹ Mevsuatü’l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, ‘*Damân*’, C.28, s.223.

⁴² Berkî, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.188; “*Kanuna mugayir hareketler, ekseriya bir şahsın veya zümrenin sübjektif haklarını da zararlandırır. Burada sübjektif hak ile ferdi menfaat tefrik edilmelidir. Herhangi bir menfaatin ihlali bir kanunsuz hareket teşkil etmez. Ancak objektif hukukça himaye altına alınmış menfaatleri ihlal eden hareketler kanunsuz hareketlerdir. Nitekim bir hareketin kanunsuz olması için, mutlaka objektif hukuk kaidesi ihlal edilmiş olmalıdır. Bir hareketi meneden bir objektif hukuk kaidesi mevcut olmadıkça o hareket kanunîdir. Şu veya bu şahsın menfaatini ihlal etmesi bir hareketi gayri kanuni kılmaz. Ancak kanunca himaye edilmiş bir menfaati ihlal eden hareket kanunsuzdur.*” (Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, C.1, s.161-162.)

⁴³ Kemal İbnü’l Hümmam, *Fethu’l Kadir*, Dimeşk: Daru’l Fikir, 2001, C.2, s.326.

⁴⁴ Cengiz İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s.25.

Zarar kavramının kapsamında değerlendirilmesi gereken durumlardan birisi de hakkın kötüye kullanılmasıdır. Zira hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarından birisi hakkın kötüye kullanılmasından dolayı bir zararın meydana gelmesidir.⁴⁵ Hukuk düzeninde fertler, kendilerine tanınan hakları başkalarına zarar vermek maksadıyla kullanamazlar. Bir hakkın meşru bir menfaat temin etmek için değil de sırf başkasına zarar vermek için kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder.⁴⁶ TMK'nın genel hükümler başlığı altındaki ikinci maddesinin birinci fıkrası 'dürüstlük kuralını' ikinci fıkrası da hakların kötüye kullanılması durumunu düzenlemektedir. İlgili madde şu şekildedir: "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Görüldüğü üzere, 'bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz' ifadesi ile hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenleme altına alınmıştır. İslam Hukukunda da hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır. İslam Hukukçuları, hakkın kötüye kullanılmasının yasak oluşunun dayanaklarından birisinin –aşağıda açıklanacağı üzere– 'Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur.' kâidesi olduğunu beyan etmişlerdir.⁴⁷

İslam Hukukundaki Zarar Nazariyesi ile Türk Borçlar Kanununun Esas Aldığı Zarar Nazariyesi Arasındaki Bazı Farklar

'Zarar' kavramına yönelik bahsi kapatmadan evvel mühim bir hususa daha temas etmek yerinde olacaktır: İslam Hukukundaki zarar nazariyesi ile İsviçre menşeli Türk Borçlar Kanunu'nun esas aldığı zarar nazariyesi arasında farklar bulunmaktadır. Bu farklılardan başlıca üç tanesi şunlardır:

1) TBK'da, maddi veya manevi zararlar arasında tazmin borcu açısından ayırım gözetilmemiştir.⁴⁸ Nitekim TBK'nın 58. maddesinde, "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar

⁴⁵ Esat Arsebük, *Medeni Hukuk*, Ankara: Tan Matbaası, 1938, s.107.

⁴⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, o dönemdeki Türk Medeni Kanunu'nun ifadesine göre hakkın kötüye kullanılması durumunun meydana gelmesi için kişinin hakkını zarar kastı ile kullanıp kullanmadığına bakılmayacağını, hakkın kullanılması neticesinde başkasına açıkça zarar verilir verilmemesinin itibara alınacağını ifade etmektedir. Yine Velidedeoğluna göre, hakkın kötüye kullanılması suretiyle başkasına zarar verme durumunu haksız fiil işleyerek başkasına zarar verme durumundan ayıran en önemli nokta bu kast ve niyettir. Bir haksız fiilde bulunana sorumlu tutmak için onun kusuru olup olmadığına, yani kast ve ihmâl ile hareket edip etmediğine bakılır; haksız fiilin diğer unsurları da mevcutsa, o fiili işleyen sorumlu tutulur. Halbuki hakkını kötüye kullananın kast ve ihmâlinin bulunup bulunmadığı aranmaz; bu kullanmanın hak sahibine önemli bir menfaati olmadığı halde başkasına zarar verip vermediğine bakılır. (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Gün Matbaası, 1969, s.83.) Esat Arsebük ise, hakkın kötüye kullanılması durumu için ortaya çıkan zararın kasdı olmasının şart olduğunu söylemektedir. Buna göre zarar kastı olmaksızın hakkın kullanılması durumunda ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumluluk meydana gelmez. (Arsebük, *Medeni Hukuk*, s.107) Belirtmek gerekir ki, bu mesele doktrinde uzun süre tartışılmış ve nihayet yeni TMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu tartışmalar sona ermiştir.

⁴⁷ Mehmet Selim Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf Kavramı ve Hükümlere Etkisi", *EKAV Akademi Dergisi*, 67/2016, s.212; İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının caiz olmadığından dayanaklarından birisi de şu rivayettir: Semüre b. Cündeb adındaki sahabinin Ensar'dan birisinin bahçesinde bir hurma ağacı vardı. Bu kişi eşiyile birlikte bahçede olduğu bir zamanda Semüre'nin ağacın yanına gidip gelmesi ona eziyet veriyor ve onu rahatsız ediyordu. Bunun üzerine Semüre'den ağacı kendisine satmasını istedi, Semüre bu isteğini reddetti. Bu durumda ağacı başka bir yere nakletmesini talep etti. Semüre bunu da kabul etmedi. O da Hz. Peygamber'e gelerek O'na durumu anlattı. Hz. Peygamber Semüre'den ağacı satmasını istedi, fakat Semüre bunu reddedince başka bir yere nakletmesini talep etti, ancak bu talebi de reddetti. Hz. Peygamber öyleyse şu şeye karşılık ona hibe et dedi. Semüre bunu da kabul etmeyince Allah Resulü "zararlı çıkan sen olacaksın" dedi ve Ensar'dan olan şahsa "git, ağacı sök" buyurdu. (Ebû Dâvûd, "Ağziye", 31)

⁴⁸ Senhuri, *Masadiru'l Hak*, C.6, s.168.

gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.” düzenlemesine yer verilerek manevi zararların tazmini hükme bağlanmıştır. İslam hukukuna gelince, fukahânın cumhuruna göre manevî zarar sebebiyle tazminata hükmedilemez; çünkü manevî zararın maddi bir karşılık ile dengelenmesi, manevîye maddînin karşılık olması imkân dahilinde değildir.⁴⁹

2) TBK’da, haksız fiile maruz kalan kişiye ârız olan bütün zararların tazmin edilmesi esası geçerlidir. Nitekim TBK’nın 49. Maddesinde; “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.” denilmek suretiyle, haksız fiil neticesinde ortaya çıkan bütün zararların tazmin edilmesi hükme bağlanmıştır. İslam Hukukunda ise (hususen Hanefi mezhebinin içtihadına göre) haksız fiil sebebiyle zarara uğrayan malın tazminata konu olabilmesi için ‘mütekavvim’ sıfatını haiz olması gerekmektedir.⁵⁰ Yani zarar gören mal, dinen yararlanılması mübah olan ve bilfiil elde edilmiş olmalıdır.⁵¹ Bu asla binaen Hanefi hukukçuları tarafından gasp, “başkasına ait muhterem ve mütekavvim malı, hukuka aykırı bir şekilde almak’ olarak tanımlanmıştır.⁵² Binaenaleyh bu tarife göre, mütekavvim olmayan bir mal gasp edildiğinde tazminata konu olmayacaktır. Aynı şekilde mütekavvim olmayan bir mal telef edildiğinde, telef fiilini işleyen kişi tazminatla mükellef de olmayacaktır. Mesela, bir başka Müslümana ait şarap şişesini kıran bir Müslüman, bedelini tazminle mükellef tutulamayacaktır. Zira Müslüman için şarap, mütekavvim bir mal değildir.⁵³ Yine Hanefi mezhebi fukahâsına göre, gasp edilen bir maldan gasp edenin elde ettiği menfaatler de tazminata konu olmaz. Zira menfaatler, mütekavvim vasfını haiz değildir. Nitekim Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin 596. maddesinde, “Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın isti’mal etse, gasp kabilinden olarak menafiin tazmini lazım gelmez” denilmek suretiyle menfaatlerin tazminata konu olmayacağı açıkça beyan

⁴⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.452; Geçtiğimiz asrın en büyük İslam Hukukçularından Ömer Nasuhi Bilmen, değerli eseri Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusunun sekizinci cildinin sonunda, ‘İslâm Hukukunda Manevî Zararların Tazmini’ başlıklı bir makaleye yer vermiş ve konuyu tafsilatlı bir şekilde ele almıştır. Ömer Nasuhi Bilmen bu makalesinin bir yerinde şu ifadeler yer vermektedir: “*Maddi zararların lüzum-u tazmini Şark ve Garbın bütün hukukî müesseselerince kabul edilmiş olduğu gibi manevî zararların kendilerine has hikmet ve maslahata uygun tarzda tazmin ve tamir edilmesi de hem birçok garp hukuk müesseselerince hem de İslam Hukukunca kabul edilmiş bulunmaktadır.*” (Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Özensar Yayınları, 2002, C.8, s.273) Yani her ne kadar ilk dönem fıkıh kitaplarında sarahaten maddi-manevî zarar ayırımına yer verilmesi dahi manevî zararlarda İslam Hukuku nazârında zarar sayılmakta ve tazmini gerekmektedir. Zira Ömer Nasuhi Bilmen’e göre fukahânın eserlerinde maddi ve manevî zarar diye bir tasnife gitmemelerinin sebebi, çoğu meselede her iki zararın bir arada bulunmasından ileri gelmektedir: “*Demek oluyor ki çok kere manevî zararlar, maddi zararlarla müterâfik bulunuyor. Bu takdirde herhangi bir zarar, sırf maddî ve sırf manevî sayılamaz, bu zararlarda her iki cihete az çok mevcuttur. Şu kadar var ki hangi cihet galip ise ona göre zarara isim verilmiş oluyor. İşte bu hakikati nazara almış olduklarından dolayı olmalıdır ki İslam hukukçuları, zararları böyle iki kısma ayırmak külfetinde bulunmamışlardır. Yoksa böyle iki kısma ayrılabilceği kabul edilen zararlardan hiç birisini az çok tazmin ve tamirden varestede addetmemişlerdir.*” (Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.8, s.274)

⁵⁰ İmam Kâsânî, *Bedaiu’s Sanai*, C.7, s.167; Abdurrezzak Senhuri, *Masadiru’l Hak*, C.6, s.168.

⁵¹ “*Mal-i mütekavvim iki ma’naya isti’mal olunur: Biri, tenavul ve intifa’ı mübah olan şeydir. Diğeri ise mal-i muhterem demektir.*” (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, m.127)

⁵² İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta’li’l muhtar*, C.3, s.58.

⁵³ İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta’li’l muhtar*, C.4, s.100.

edilmiştir.⁵⁴ Bununla beraber, müteahhir Hanefi fukahâsı, fesadu'z-zaman (zaman içerisinde insanların ahlakî olarak ifsat olması) gerekçesiyle istihsânen yetim ve vakıf malları ile mu'addun-li'l-istiğlal (sırf gelir getirmek için hazırlanmış) malları bu hükmün kapsamı dışında tutmuşlardır. Yukarıda zikredilen maddenin ikinci fıkrası bu hususu düzenlemektedir: “Fakat mal-i vakıf veya mal-i sağır ise her halde ve mu'addun-li'l-istiğlal ise te'vil-i mulk ve akd olmadığı halde zaman-ı menfa'at yani ecr-i misil lazım olur.” Hanefi mezhebinde esas olan içtihat bu olmakla beraber, Abdurrezzak Senhuri ve Hayrettin Karaman gibi muasır İslam Hukukçuları, menfaatlerin tazmine konu olmamasının adalet ve hakkaniyete muvafık düşmediğini ve günümüzde Şafii mezhebinin içtihadı esas alınarak gasp edene, gasp ettiği şeyin bütün menfaatlerinin tazmin ettirilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.⁵⁵ Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi de ilgili maddenin şerhinde, imaeen dahi olsa bu hususa işaret etmektedir.⁵⁶

3) TBK'da, menkul veya gayrimenkul eşya arasında ayırım yapılmaksızın, mâlikin zilyetliğinin gasp edildiği durumlarda gasp edenin tazminatla mükellef olması esas alınmıştır. Nitekim TBK'nın 982. maddesinde; “Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür. Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.” düzenlemesi yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasındaki “başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimse” ifadesinde yer alan ‘şey’ lafzı, hem taşınırları, hem de taşınmazları içine alan mutlak bir lafızdır. Binaenaleyh ister taşınır olsun ister taşınmaz olsun hukuka aykırı olarak başkasının zilyetliğinde bulunan bir şeyi gasp eden kimse, TBK'nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümleri işletilmek suretiyle gasp edilenin zararını giderecek miktarda tazminatla sorumlu olacaktır. İslam Hukukunda ise, taşınmazların gasp kapsamına girip girmediği fukahâ arasında ihtilafıdır.⁵⁷ Yukarıda zikredildiği üzere gasp, ‘başkasına ait muhterem ve mütekavvim malı, hukuka aykırı bir şekilde almak’ şeklinde tanımlanmaktadır. Gaspın genel hatlarıyla tanımı bu olmakla birlikte, İmam Ebu Hanife ve İmam Ebu Yusuf'un içtihadına göre, gasp fiilinin gerçekleşmesi için mâlikin malındaki zilyetliğinin mala yönelik

⁵⁴ “Menfaatin tazmini; yani malın aslından başka, gasp edildiği müddet içinde elde edilen menfaat ve istifade ile – gâsıp istifade etmemiş olsa bile- mal sahibinin istifade edemediği, elden kaçırdığı menfaatin tazmini hususunda en geniş mezhep Şafii mezhebidir. Zira Şafii mezhebine göre, emsalinden istifade edilen bir şey gasp edilmiş ise gâsıp, bundan bilfiil istifade etmemiş olsa dahi, emsal menfaatini tazmin edecektir.” (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.449.)

⁵⁵ Senhuri, *Masadiru'l Hak*, C.6, s.175; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.449.

⁵⁶ Mecelle şârihi Hocaeminzade Ali Haydar Efendi'nin menfaatlerin tazminine müteallik Mecelle'nin 596. maddesinin şerhinde yer verdiği şu ifadeleri mütaalaya değer görmekteyiz: “Şu delillere nazaran mal-i vakıf ve mal-i yetimde dahi zaman-ı menfa'at lazım gelmemek icab ederse de müteahhirin-i fukahâ nasın emval-i evkâf ve eytama olan tama'larını müşahede etmeleriyle bunlarda menafi'in tazminini istihsanen tecviz etmişlerdir. (36. Maddeye metnen ve şerhan bak.) Müteahhirin-i fukahâ bunda müçtehidinden e'imme-i selasemizin içtihadlarıyla amel etmeyip, Mezheb-i Şafii'yi kabul ettikleri anlaşılıyor. Bu zamanda menafi'in büyük değeri vardır. Mesela bir kimse, kendi nefsi için inşa ettirmiş olduğu sayfiyenin ecr-i misil-i senevisi yetmiş altın bulunduğu halde ol, kimse'nin gaybubetinden bi'l-istifade diğer kimesne oraya girip üç sene gasben sakın olsa E'imme-i Hanefiyyeye göre ücret lazım gelmez iken inde ş-Şafii'yi lazım gelir. Müteahhirin-i fukahâ-i Hanefiyye mal-i vakıf ve mal-i yetim gibi bazı emvalde zaman-ı menfa'ate kâil olduklarına göre bu zamanda bi'l-cumle emvalin menafi'inde Mezheb-i Şafii kabul edilmek ve ol veçhile amel olunmak üzere irade-i seniyye istihsal kılınmak münasip olup olmayacağı asrımızın fukahâsı müşavere ederek bir karar ittihaz etmelidirler.” (Ali Haydar Efendi, *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.842).

⁵⁷ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukukunda Gasp”, *İslam Tetkikleri Dergisi*, 9/1995, s.164.

bir fiil ile ortadan kaldırılmış olması şarttır.⁵⁸ Nitekim İmam Kâsâni gaspı, “mâlikin mütekavim olan malından zilyetliğini açıkça ve zorla mala yönelik bir fiil ile ortadan kaldırmak” şeklinde tarif etmiştir⁵⁹. Tarifte geçen ‘mala yönelik bir fiil’ kaydından murat, gasp edilen malı bir yerden başka yere nakletmek olup bu ise taşınmazlarda mümkün olmadığından taşınmazlar iki imama göre gasp kapsamına dahil değildirler. Binaenaleyh taşınmaz, gasp edenin zilyetliğindeyken başka biri tarafından itlâf edilse, tazminat sorumluluğu tamamıyla itlâf fiilini işleyen kişiye aittir. Taşınmazı gasp edilen kişi, gasp edenden herhangi bir talepte bulunamaz.⁶⁰ İmam Muhammed’e göre ise, mâlikin taşınmaz üzerindeki zilyetliğinin ortadan kaldırılmasının mala yönelik bir fiil ile gerçekleşmesi şart olmadığından gasp edilen muhayyerdir; tazminatı gasp edenden veya doğrudan telef fiilini işleyen kişiden talep edebilir.⁶¹ Şafii mezhebi fukahâsına göre ise gasp, başkasının malında haksız olarak zilyetlik tesis etmek olup gasp edilen şeyin gasp eden tarafından bir yerden bir yere nakledilmiş olması şart değildir. Binaenaleyh taşınmazlar gasp fiilinin kapsamında olup gasp eden tazminatla mükellef olur.⁶²

3. Teaddi (Hukuka aykırılık)

Teaddi kelimesi ıstılahta, ‘haddi aşmak, ölçüyü kaçırmak, başkasının hakkına tecavüz etmek’ gibi manalara gelmektedir.⁶³ Doktrinde bazı müelliflerce ‘zararlı fiilde haksızlık’ manasında kullanılmaktadır.⁶⁴ Bu kullanımdaki ‘haksız’ ifadesinden murat, fiilin hukuka aykırı olmasıdır.⁶⁵ Zira bir fiile haksız denilebilmesi için, bu fiilin hukuk düzenince yasaklanmış ve işlenmesine cevaz verilmemiş bir fiil olması gerekir.⁶⁶ Öyleyse, zarar verici fiil, başkasının hukukça korunan bir varlığına müdahaleyi men eden bir hukuk normuna aykırı olduğunda hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur. Başka bir deyişle; kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı veya yazılı olmayan⁶⁷ emredici davranış

⁵⁸ İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta’li’l muhtar*, C.3, s.38.

⁵⁹ İmam Kâsâni, *Bedâi’ü’s Sanâi*, C.7, s.142.

⁶⁰ İbid, s.146.

⁶¹ İbid.

⁶² Ebu Zekerriya Muhyiddin Nevevi, *Minhac’uttalibin ve Umdetu’l Müfüüne fi’l fik’h*, Dimeşk: Dar’ul Fikr, 2005, s.146.

⁶³ İbrahim Çelik, ‘Teaddi’, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2010, C.39, s.283.

⁶⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.453.

⁶⁵ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.262.

⁶⁶ Mecelle’nin 91. Maddesi olan; ‘Cevaz-ı şer’i damâna münafidir’ kâidesi, bir fiil hukuk bakımından caiz ve serbest ise yani bir kişi hukukun kendisine verdiği hakkı kullanırken bir zarar meydana gelmişse, bu zararı tazminle sorumlu olmayacağını ifade etmektedir.

⁶⁷ Yazılı olmayan hukuk kurallarından kastedilen bilhassa örf ve adet, ahlak kuralları ve herkesçe kabul edilen dürüstlük kuralı gibi hukukun genel ilkeleridir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.589) TBK’nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. Maddesinin 2. Fıkrasında, ‘zarar veren fiili yasaklayan hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür’ denilmek suretiyle, ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar verme durumunda ihmali davranış yeterli görülmemiş ve fiilin kasten yapılması şartı koşulmuştur. (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.267) Halbuki aynı maddenin 1. fıkrasında, hukuka aykırı olarak başkasına zarar verenlerin tazminle yükümlü olduğu düzenlemesi yer almakta ve bu fiilin kasten olması şartı aranmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, TBK 49/II’ de yer alan bu düzenlemeyi tenkit etmekte ve kaldırılması gerektiğini söylemektedir. Zira hukuka aykırılığın kaynaklarından birisi, yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Ahlak kuralları da yazılı olmayan hukuk kuralları ile neredeyse aynı şeyi ifade ettiğinden, birinci fıkra ile ikinci fıkra arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.599)

kurallarının ihlaline 'hukuka aykırılık' denir.⁶⁸ Yapılan tariflerden anlaşıldığı üzere, hukuka aykırılık biri olumlu diğeri olumsuz iki unsurdan oluşmaktadır: Belirli bir davranışı emreden hukuk normuna aykırılık, olumlu unsuru ve hukuka uygunluk sebeplerinden⁶⁹ birinin bulunmaması da olumsuz unsuru ifade eder.⁷⁰

4. İlliyet Bağı

Hukukî sorumluluğu doğuran unsurların en önemlilerinden birisi olan 'illiyet bağı', haksız fiil ile meydana gelen zarar arasındaki sebep-sonuç bağlantısını ifade eder.⁷¹ Hukukî sorumlulukta, sorumluluk nereden kaynaklanırsa kaynaklasın (sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluk, kusur-kusursuz sorumluluk vb.) illiyet bağının varlığı aranır.⁷² Sorumluluğun meydana gelmesinde illiyet bağı çok önemli olmakla beraber, bazı durumlarda illiyet bağını tam olarak tespit etmek güç olabilmektedir. Zira bir zararın doğumuna birden fazla sebep yol açabilir. Bunlardan hangisi ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin kurulacağı meselesi, hukuk bilginlerini bir hayli meşgul etmiştir. Bu hususta modern hukuk doktrininde, birisi 'şart' diğeri 'uygunluk illiyet bağı' teorisi olmak üzere iki temel teori üzerinde durulmaktadır.⁷³ Klasik fıkıh kitaplarında doğrudan 'illiyet bağı' ifadesi yer almamaktadır. Bununla beraber fukahâ, zararı doğuran fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını ifade etmek için 'mübâşeret' ve 'tesebbüb' kavramlarını kullanmışlardır.⁷⁴ Aşağıda bu kavramlar tafsilatlı bir şekilde beyan edileceğinden burada ayrıntısına girilmeyecektir.

⁶⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.586; Modern hukuk doktrininde, hukuka aykırılığı beyan eden iki teoriden bahsedilmektedir: Sübjektif teori ve objektif teori. Sübjektif teoriye göre, fiile hukuka aykırılık vasfını verdiren, failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır. Yani fail, başkasına bir hakka dayanmadan, yetkili ve izinli olmadan zarar verdiği için sorumlu tutulmaktadır. Objektif teoriye göre ise, hukuka aykırılığın belirlenmesinde esas olan, zarar verme olgusu değil, failin davranışdır. Bu teoriye göre hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki davranış normlarına aykırılıktır. Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan teori objektif teoridir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.584-585).

⁶⁹ "Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık değer hükmü içerisinde yer alır. Hukuka aykırılık hükmü, zihni bir tahlil sonunda verilir. Bu tahlil yapılırken iki unsur bir aynı anda göz önünde tutulur. İlk unsur, zarar verenin başkasına zarar verme, yani temel veya özel koruma normunu ihlal etmesidir. İkinci unsur ise zarar verenin, bu şekilde davranmasına izin veren bir hukuk normuna dayanmasıdır. İkinci unsurun varlığı, zarar verenin davranışını hukuka uygun kılar. Bu unsur, "hukuka uygunluk sebepleri"ni oluşturur." (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.601).

⁷⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.587.

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.457; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.291; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.536.

⁷² Kusursuz sorumlulukta illiyet bağı, kusur sorumluluğundan daha fazla önem arz etmektedir. Bu nedenle doktrininde, kusursuz sorumluluğa 'sebeb sorumluluğu' adı da verilmektedir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.536-537).

⁷³ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.291; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.538; Şart teorisine göre, bir olayın varlığı, zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan biri mevcut olmadığı takdirde, olay meydana gelmemelidir. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişi, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumludur. Uygun illiyet bağı teorisine göre ise, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan sebep ile söz konusu sonuç arasındaki bağı illiyet bağı denilir. Buna illiyet bağı teorisi, zarar vereni, hareketinin objektif ihtimal dahilindeki uygun ve tipik neticelerinden sorumlu tutarken, kimsenin objektif olarak önceden göremeyeceği, her türlü ihtimal dışı, fevkalade olarak meydana gelen zararlardan sorumlu tutmamaktadır. Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim teori; uygun illiyet bağı teorisidir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 540-542.)

⁷⁴ İmam Kâsânî, *Bedaiu's Sanai*, C.7, s.166.

II. MECELLE'DE YER ALAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN KÜLLİ KAİDELERİN HUKUKÎ TAHLİLİ

Yukarıda bahsi geçtiği üzere, haksız fiiller İslam hukukunun ilk dönem literatüründe kazuistik metot ile ele alınmış, ancak daha sonraları bütün haksız fiilleri kapsayacak külli ilke ve kâideler konularak mücerred metoda meyledilmiştir. Bu kâidelerden bir kısmı, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin başında yer alan 99 külli kâide içerisinde yer almaktadır. Bu başlık altında, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Mecelle'de yer alan dört külli kaidenin hukukî tahliline yer verilecek ve akabinde bu kâideler bağlamında İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esasları tayin edilmeye çalışılacaktır.

A. 19. MADDE: 'ZARAR VE MUKABELE Bİ'Z-ZARAR YOKTUR.'

'Zarar ve Mukabele Bizzarar Yoktur' kâidesi, İslam şeriatının üzerine bina edildiği asıllarından birini ifade etmektedir. Birçok ayet-i kerime ve hadis-i şerif, kâidenin ifade ettiği manaya şahitlik etmektedir. Kâide hükmünce, vâki olmadan evvel zararın meydana gelmemesi için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği gibi zarar vâki olduktan sonra da hemen izâle edilmedir. Yine kâide, başka bir seçenek kalmadığında iki zarardan ehveninin (daha az zararı olanın) tercih edilmesinin vacip olması hükmünü de içermektedir.⁷⁵

Bu kâide, Hz. Peygamber'in "**Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.**"⁷⁶ hadis-i şerifinden doğrudan alınarak kâideleştirilmiştir. Yani başlangıçta bir kişiye zarar vermek câiz olmadığı gibi herhangi bir zarara uğrayan mağdurun bu zarara başka bir zararlar karşılık vermesi de câiz değildir.⁷⁷ Lafzından da anlaşıldığı üzere kâide iki hüküm içermektedir: Birisi, bir kişinin şahsına veya malına hukuka aykırı bir surette zarar vermenin yasak olmasıdır. İkinci ise, zarara maruz kalan kişinin bu zarara zarar ile mukabele etmesinin memnuiyetidir.⁷⁸

Kâidenin İhtiva Ettiği Birinci Hüküm: 'Başka bir kişiye zarar verecek bir fiilde bulunmak câiz değildir.'

Yukarıda ifade edildiği üzere kâide, iki hükmü kapsamaktadır ki bunlardan birisi, kişinin hukuka aykırı surette başka bir kişiye zarar verecek bir fiilde bulunmasının câiz olmamasıdır. Kâidenin ifade ettiği bu hükümden çıkarılan bazı meseleler şunlardır:

⁷⁵ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme*, C.2, s.990.

⁷⁶ ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ | İbn-i Mâce, Sünen, s.2340; İmâm, Mâlik, Muvatta, s.2171; Ahmed bin Hanbel, Müsned, s.22778-22779.

⁷⁷ Kuyucaklızâde Mehmet Atuf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.46; Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47; Berkî, *Hukuk Mantığı ve Tefsiri*, s.187;

⁷⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.77; Abdülkerim Zeydan, *El-Veciz fi Şerhi kavâidü'l fıkhiyye fi şeriatü'l İslamiyye*, Beyrut: Müessetü'l Risalet'ül Nâşirün,2004, s.87; Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965, s.39; İmam Cevheri gibi bazı alimler, hadis-i şerifte alan 'darar' ve 'dirar' kelimelerinin aynı manaya geldiğini söylemektedirler. Nitekim bu görüşe göre, birinci kelime ikinci için tekit olmaktadır. Bununla beraber bu görüş, 'tesis tekitten evladır' (yani cümlede yer alan bir kelimeyi önceki kelimeye tekit yapmaktansa başka bir manaya hamletmek tercih edilmelidir.) şeklindeki kurala aykırı olduğundan muteber görülmemiştir. (Ahmed ez-Zerka, *Şerhu Kavaidu'l Fıkhiyye*, Dımeşk: Daru'l Kalem, 1989, s.165.)

1) Satıcının ayıplı olduğunu bildiği bir malı (bu ayıbı beyan etmeden) satması müşteriye zarar olduğundan câiz değildir.⁷⁹ Öyle ki müşteriyi böylesi zararlardan muhafaza etmek için şer'î şerif tarafından müşteriye ayıp muhayyerliği hakkı verilmiştir.⁸⁰

2) Yine bu kâideye binaen kişinin mülkünde yapacağı tasarruflar, başkasına zarar vermemesi şartıyla meşru olur. Bir eve mâlik olan kişi, komşusuna zarar-i fahiş olacak bir surette mülkünde tasarrufta bulunamaz, bulunursa ve komşusuna bir zarar vaki olursa bu zararı tazmin ile sorumlu olur.⁸¹ Bununla beraber; mâlikin fiilinin neticesinde ortaya çıkan zarar, zarar-ı fahiş değil de zarar-ı yesir (az zarar)⁸² olursa mâlik tasarrufundan menedilemez. Mesela; evinin bir tarafına duvar inşa edip komşusunun pencerelerinden birisinin kapanmasına sebep olması zarar-ı yesir kabilinden olup haksız fiil kapsamında değerlendirilmez.⁸³ Ancak evine bir pencere inşa edip bu pencereden de komşusunun makar-ı nisvân (gün içerisinde genelde kadınların oturduğu mahal) olan kısmı görünecek olsa komşusuna verdiği zarar, zarar-ı fahiş kabilinden olmakla pencereyi kapatmaya mecburdur.⁸⁴

3) Ziraî arazisini kiraya veren kişi, hasat zamanından evvel kira müddeti nihayete erse dahi kiracıya ürünü hasat edinceye kadar mühlet vermek zorundadır. Zira böyle olmazsa kiralayana kişi zarara uğrayacaktır. Bu zararı önlemek adına bu hüküm vârit olmuştur.

4) İn'ikad ve lüzum şartlarını taşıyan sahih bir akit, ancak iki tarafın karşılıklı rızası ile (ikale yoluyla) feshedilebilir⁸⁵. Bununla beraber, eğer mebi meyve ve sebze gibi çabuk bozulabilecek türden bir şey olursa ve müşteri de semeni ödeyip mebi kabz etmede gecikirse satıcı tek taraflı olarak akdi feshedebilir. Bununla satıcının maruz kalacağı zarar menedilmiş olmaktadır.⁸⁶

5) Bir kişi bir şey satın alıp onu kiraya verdikten sonra kiracının elindeyken ayb-ı kadîmi (satılmadan önce satılan malda mevcut olan ayıbı) ortaya çıkarsa, müşteri maruz kaldığı zararı izâle etmek için kira akdini feshederek satılanı satıcıya iade edip semeni geri alma hakkına sahiptir. Zira kira akdi, sonradan ortaya çıkan birtakım mazeretler sebebiyle feshedilebilen akit türlerindedir.⁸⁷

6) Başkasının borcunu ödemek durumunda kalan kişi, müteberri (karşılıksız yapmış) sayılmaz. Dilediği zaman zararını izâle etmek maksadıyla asıl borçluya rücu ederek ödediği miktarı talep etme hakkına sahiptir.⁸⁸

⁷⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.78.

⁸⁰ İbni Mahmud el-Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, C.2, s.18; İbnu'l Hümmam, *Fethu'l Kadir*, C.6, s.354.

⁸¹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.188; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, s.78.

⁸² Zarar-ı yesir, insanların örfen büyük saymayıp müsamaha gösterdiği zararlar için kullanılmaktadır. Mukabili de zarar-ı fahiştir. (Ebu Haris Gazevi, *Mevsuatu'l Kavaidu'l Fikhiyye*, Beyrut: Müessesetü'l Risale, 2003, C.6, s.262) "Ne vakit bir zarar fahiş olur? İslam hukukçuları bu suale üç kâide ile cevap verirler: 1-Binaya zarar veren her şey fahiş zarardır. 2-Binanın yıkılmasına sebep olan her şey fahiş zarardır. 3-Bir maldan maksut olan esas menfaatleri ihlal eden her şey fahiş zarardır." (Arsebük, *Medeni Hukuk*, s.122)

⁸³ Zeydan, *El-Veciz fi şerh-i kavâidü'l fikhiyye fi şeriatü'l İslamiyye*, s.88.

⁸⁴ Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.69; Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.60.

⁸⁵ İbni Mahmud el-Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, C.2, s.11.

⁸⁶ Zerkâ, *el-Medhalu'l Fikhiyyu'l Âmme*, C.2, s.991.

⁸⁷ İbni Mahmud el-Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, C.2, s.22.

⁸⁸ Zerkâ, *el-Medhalu'l Fikhiyyu'l Âmme*, C.2, s.991

Kâidenin İhtivâ Ettiği İkinci Hüküm: ‘Zarara başka bir zarar ile karşılık vermek câiz değildir.’

‘Zarar ve Mukabele Bi’z-zarar Yoktur’ kaidesinin ihtivâ ettiği ikinci hüküm ise; zarara zarar ile karşılık vermenin câiz olmamasıdır. Buna göre bir kişinin mazlum olması ona başkasına zulmetme hakkını vermez. Hukuka aykırı bir fiil ile kanunen himaye edilen menfaati halledâr olan kişi, bu zararın fâiline zarar verme yetkisine sahip olmaz. Bu husus Mecelle’nin 921. maddesinde de “*Bir kimse mazlum olmakla ahara zulme salahiyeti olmaz. Mesela biri diğerin malını itlâf etmekle, o dahi bi’l-mukâbele onun malını itlâf etse ikisi dahi dâmin olduğu gibi, bir kabileden biri, diğer kabileden bir şahsın malını itlâf etmekle, o dahi evvelki kabileden diğer birinin malını itlâf eylese, her biri telef ettiği malı dâmin olur. Nitekim bir kimse aldanıp da ahardan bir kalp akçe alsın, onu başkasına sürmeye salahiyeti olamaz*”⁸⁹ denilmek suretiyle sarahaten beyan edilmiştir. Bu kural Roma Hukuku’nun “*Iniuria non excusat iniuriam (bir haksız fiil, diğer haksız fiil için mazeret teşkil etmez)*”⁹⁰ kuralı ile paralellik göstermektedir.

Bir zarara müştereken sebep olmak (müterâfik kusur) ile zarara zarar ile karşılık vermek birbirinden farklı gibi görünse de; zarara uğrayan, kendi fiili ile zarara bir yönden dahi sebep olmuş olmak ile veya zarar verenin durumunu ağırlaştırmakla bir nevi zarara zarar ile karşılık vermiş gibi olur.⁹¹ Nitekim TBK’nın 52. maddesinde; “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*” denilmek suretiyle, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırma hali bir nevi zarara zarar ile mukabele etmek addolunarak tazminattan indirim sebebi sayılmıştır.

İhkâk-ı hak da yasaktır. Alacağını tahsil edemeyen, borçludan zorla malını alamaz, onu dövemez, hapsedemez; yaparsa cezalandırılır⁹². Hakkı ihlal edilen kişi, yargı mercilerine başvurarak meşru surette maruz kaldığı zararın izâlesini talep etmelidir.⁹³

Özetle; haksız fiile maruz kalan bir kişinin bu fiilin fâiline başka bir haksız fiil ile mukabelede bulunması meşru olmadığı gibi başkasının hakkını ihlal edecek surette başlangıçta haksız bir fiilde bulunmak evveliyetle meşru ve câiz değildir.

B. 20. MADDE: ‘ZARAR İZALE OLUNUR.’

Bu kâide, beş temel külli kâideden birisi olup İslam şeriatının üzerine bina edildiği asılların en mühimlerinden birini ifade etmektedir. İmam İbn-i Nüceym (ö.970) ve İmam Suyuti’nin (ö.911) eserlerinde belirttikleri üzere de birçok fıkhi meseleyi ihtivâ etmektedir.⁹⁴ Bu kâide, bir önceki kâide olan “*Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur*” kâidesinin neticesidir ki

⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, C.2, s.1698.

⁹⁰ Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, s.25.

⁹¹ Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, s.25.

⁹² Ahmed Ziya Efendi, *İslam Hukukunun Genel İlkeleri*, Konya: Esra Yayınları, 1996, s.59.

⁹³ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.46; Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.48.

⁹⁴ İbn-i Nüceym, *el-Eşbah ve’n Nezair ala mezhebi Ebi Hanifete Nu’man*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999, C.1, s.72; Celalüddin Suyuti, *el-Eşbah ve’n Nezair*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1990, C.1, s.7.

zarara zararlar mukâbele etmek câiz olmayınca zararın izâlesi vacip kılınmıştır.⁹⁵ Binaenaleyh zarar, meşru surette giderilmelidir.

Bu kâidenin ifade ettiği hükmü, başka kaide ve ilkeler tahsis etmektedir. Zira Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 25. maddesi hükmünce; “*Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz*” Yani bir haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zarar, ya zararsız bir şekilde ya da mümkün olmadığı takdirde o zarardan daha hafif bir zarar ile izâle edilmelidir.⁹⁶ Kâidenin hükmünü tahsis eden esaslardan birisi, Mecelle'nin 91. maddesinde yer alan “*Cevaz-ı şer'î damâna münafî olur*” kâidesidir. Zira bu kâide hükmünce, hukuka uygun bir surette hakkını kullanırken meydana gelen zarardan dolayı kişi tazminat ile sorumlu olmaz. Yukarıda da izah edildiği üzere, haksız fiil neticesinde tazminat sorumluluğunun meydana gelmesinin şartlarından birisi zararı netice veren fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Binanealeyh; hukuka uygunluk tazminatı önler.⁹⁷ Mesela bir kimsenin kendi arazisinde kazmış olduğu çukura başka birisinin hayvanı düşerek telef olsa o kişi tazminat ile sorumlu olmaz. Zira mâlik mülkünde keyfe ma yeşa (dilediği gibi) tasarruf etme salahiyetine sahiptir. Bu hakkını kullanırken (başkasına doğrudan zarar vermediği müddetçe) meydana gelebilecek zararlardan ötürü sorumlu olmayacaktır.⁹⁸

Bu kâide muktezasınca; zarar- fâhiş hangi surette olursa olsun izâle edilecektir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1200. maddesinde;

Zarar-ı fahiş bi-eyyi vechin kan (ne surette olursa olsun) def' ettirilir. Mesela bir hânenin ittisâlında (bitişğinde) demirci dükkânı yahut değirmen yapıp da demir darbından ya değirmenin deverânından o hânenin binâsına vehn (zayıflık) gelmek veyahut fırın ihdâs ile dumanın kesretinden bezirhâne ihdâs ile râyihay-ı kerihesinden (kötü kokusundan) o hânedey oturulamayacak mertebe(de), sâhibi müteazzi olmak (rahatsız olmak) zarar-ı fâhiş olmakla bu zararları bi-eyyi vechin kane ref' ve izâle ettirilir

denilmek suretiyle bu husus hükme bağlanmıştır.⁹⁹

Ayıp sebebiyle satın alınan malın iadesi, muhayyerlik çeşitleri, hacr, şüf'a¹⁰⁰, kısas, hadler, kefareter, itlâf edilen malların tazmini, tehlikenin bertaraf edilmesi gibi pek çok fikhî

⁹⁵ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.189; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.79

⁹⁶ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47; Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, s.261; Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, s.40.

⁹⁷ Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, s.78.

⁹⁸ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.147; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.180; Selim Rüstem Baz, *Şerh'ul Mecelle*, s.49; Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, s.286; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.185; Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, s.135; Zeydan, *El-Veciz fi şerh-i kavâidü'l fikhiyye fi şeriatü'l İslamiyye*, s.157.

⁹⁹ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47.

¹⁰⁰ Şüf'a hakkının sabit olması Hanefi uleması nezdinde 'zarar izâle olunur' kâidesine dayanmaktadır. (İbni Nüceym, “el-Bahrü'r Raik Şerhu Kenzu'd Dakaik”, C.8, s.143) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 950. maddesinde şüf'a; “bir mülk-i müşterâyî; müşteriyeye her kaçâ mâl olur ise ol miktar ile temellük etmektir” diye tarif olunmuştur. (Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1777) Şüf'a; “satım veya bu hükümdeki bir akitle alınmış taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı müşteriyeye mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkı” şeklinde de tarif edilebilir. (İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf'a”, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.39, s.248.) Hanefi fukahâsına göre, şüf'a hakkını doğuran iki sebep vardır: Komşuluk ve ortaklık. (Abdülganî b. Tâlib Meydani, *el-Lubab fi şerh'il kitab*, Beyrut: Dar'ul Ktabi'l Arabiyye, 2017, C.2, s.42.) Hem komşuya hem de paydaşlardan birisi mal-ı müşterekteki payını sattığında diğer

mesele bu kâideye dayanmaktadır.¹⁰¹ Çalışmamızın konusu ile alakadar olması sebebiyle burada ‘haksız fiil neticesinde itlâf edilen malların tazmini’ konusu ele alınacaktır.

Haksız Bir Fiil Neticesinde İtlâf Edilen Malların Tazmini

Bu kâidenin ihtiva ettiği mühim meselelerden birisi de yukarıda bahsi geçen haksız bir fiil neticesinde itlâf edilen malların tazminidir. ‘*Haksız bir fiil ile mala zarar vermek*’ manasına gelen itlâf,¹⁰² bazı fıkıh kitaplarında daha geniş kapsamlı ele alınarak cana yönelik olan haksız fiillerde bu kavram altına dahil edilmiştir. Nitekim İmam Kâsâni (ö.587), Bedaiu’s Sanai’ isimli eserinde itlâf başlığı altında cana yönelik olan haksız fiillerin tazmini hususunu da ele almıştır.¹⁰³ İtlâf, esas itibarıyla mala yönelik bir haksız fiil ise de zamanla hırsızlık ve gasp dışındaki mala yönelik haksız fiilleri ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰⁴ Aşağıda daha kapsamlı bir şekilde beyan edileceği üzere itlâf iki türdür: Mübâşeret (doğrudan) ve tesebbüben (dolaylı) itlâf. Mübâşeret itlâf, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin 884. Maddesinde; “*Mübâşeret itlâf, bir şeyi bi’z-zat telef etmektir ki eden kimseye fâil-i mübâşir denilir.*” denilmek suretiyle tarif olunmuştur. Bir kimsenin elbisesini çekip yırtmak, taş atarak evinin camını kırmak, bir evi kundaklayıp yakmak, bir cam vazoyu yere atıp kırmak veya bir ağacı kesmek gibi fiiller mübâşeret itlâfa misal olarak zikredilebilir.¹⁰⁵

Tesebbüben itlâf ise; Mecelle’nin 888. Maddesinde; “*Tesebbüben itlâf, bir şeyin telefine sebep olmaktır. Yani bir şeyde diğer şeyin ala cery’il-ade telefine mufzi ve mueddi olan bir iş ihdas etmektir ki böyle işi ihdas eden kimseye mutesebbib denilir.*” şeklinde tarif edilmiştir. Mesela bir kimse, kamuya ait bir yolda devlet yetkililerinin izni olmaksızın bir kuyu kazıp da bu kuyuya bir başkasının hayvanı düşerek telef olsa o kişi o hayvanı tesebbüben itlâf etmiş sayılır. Zira ana yolda kuyu kazmak fiilinin yoldan geçen araç ve hayvanlara zarar vereceği adeten aşikârdır. Tarifte geçen ‘ala cery’il ade telefine mufzi ve mueddi bir iş ihdas etmek’ ifadesi de bu hususa işaret etmektedir.¹⁰⁶ Özetle; ister mübâşeret olsun ister de tesebbüben olsun itlâf (haksız fiil) neticesinde ortaya çıkan zarar, “Zarar ve Mukabele Bi’z-zarar Yoktur.” ve “Zarar izâle olunur” kâideleri gereğince izâle ve tazmin edilecektir. Mümkün olduğu müddetçe zararın aynı ile izâle edilmesi gerekir. Ancak aynı ile tazminin mümkün olmadığı hallerde, itlâf edilen malın bedeli ödenmek suretiyle zarar tazmin ettirilecektir. Nitekim Mecelle’nin 31. maddesinde yer alan; “*Zarar, bikaderi’l imkân def olunur*” ifadesi bu hususu beyan etmektedir. Binaenaleyh bir mal haksız bir fiil ile itlâf edildiğinde, aynı ile iade mümkün olmadığından

paydaşlara şüf’a hakkının tanınmasının sebebi ise su-i mücaveretten (kötü komşudan) gelebilecek zararları önlemektir. Burada henüz gerçekleşmemiş bir haksız fiil ve bunun neticesinde doğacak bir zarar söz konusu olsa dahi; hayat tecrübelerine istinaden gerçekleşmesi muhakkak (veya kuvvetle muhtemel) olan bir zarar, vaki olmuş gibi kabul edilerek bunun izâle edilmesi hedeflenmiştir. (Ali Haydar Efendi, Düreru’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm, C.2, s. 1869.)

¹⁰¹ Selim Rüstem Baz, *Şerh’ul Mecelle*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2010, s.25; Kuyucaklızâde Mehmet Atuf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47; Zeydan, *El-Veciz fi şerh-i kavâidü’l fikhîyye fi şeriatü’l İslâmiyye*, s.90.

¹⁰² Karaman, Mukayeseli *İslam Hukuku*, C.2, s.450.

¹⁰³ İmam Kâsâni, *Bedaiu’s Sanai*, C.7, s.164.

¹⁰⁴ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.517; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.389.

¹⁰⁵ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.518.

¹⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Düreru’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, C.2, s.1584.

mal misliyâtan¹⁰⁷ ise misli, kıyemiyâtan¹⁰⁸ ise kıymeti fâile tazmin ettirilerek zararın izâlesi yoluna gidilecektir.¹⁰⁹

İtlaf edilen malların tazminine dair mühim bir mesele üzerinde daha durulmalıdır. Ev veyahut gemi gibi eşya, haksız fiil ile itlâf edildiğinde eski tarzı üzere yeniden inşa edilerek mi tazmin ettirilmelidir yoksa bedeli mi ödenmelidir? Bu mevzudaki ana ilke şudur: 'İhtilâfa yol açmayacak derecede aslına benzerlik mümkün ise aynen iâde ile mümkün değilse kıymetiyle tazmin ettirilir.' Ali Himmət Berki, 'Hukuk Mantığı ve Tefsir' isimindeki kıymetli eserinde, "Bu hallerde mümaselet kabil olmadığından bedelle tazmin icap eder. Çünkü bilâhare yine ihtilâf çıkabilir ve mutazzarın olan taraf dükkân veya geminin fena malzeme ile ve fena yapıldığını ve arzın eski hali bu şekilde olmadığını ve zararı yapan da aksini iddia ile bu suretle münazaa ve ihtilâf devam edebilir." demek suretiyle, bu durumda yeniden inşa edilecek ev veya geminin aslına benzemesinin mümkün olmayacağından hareketle bedelinin tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁰ Yine Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin;

Bir kimse diğerin hane ve dükkân misillü akarını (gayr-i menkulünü) bigayrihakkın (haksız bir şekilde) hedm etse (yıkasa) sahibi muhayyerdir (tercih sahibidir): Dilerse enkazını hedm eden kimseye terk ederek mebniiyyen (yıkılmadan evvelki) kıymetini tazmin ettirir ve dilerse ol akarın mebniiyyen kıymetinden enkazın kıymetini tenzil (düşürme) ve kıymeti bakıyeyi (kalan miktarı) tazmin ile beraber enkazı dahi alıkor.

şeklindeki 918. maddesinde, aynen iade durumu zikredilmeyerek bu gibi hallerde bedel ile tazmin yoluna gidileceği hükme bağlanmıştır.

Hükümün illeti ve yukarıda zikredilen genel ilke esas alındığında, günümüzde bu hüküm değişmiş olabileceğini söylemek mümkündür. Zira insanlık, geçtiğimiz asra nisbeten inşaat alanında bir hayli ilerlemeler kat etmiştir. Bugünün inşaat teknolojisi kullanılarak ve bu alanda uzman bilirkişilerin tahkim edilmesiyle taraflar arasında çekişmeye yer verilmeyecek surette itlâf edilen ev veya geminin aslına benzeri inşa edilebilir. Yine Mecelle'nin "Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz" şeklindeki 39. maddesi de zikrettiğimiz bu hususu teyit etmektedir. Öyle ki bu kâide gereğince; örf ve adete bina edilmiş olan ahkâm o örf ve adetin değişmesiyle değişecektir. Mecelle'nin 918. maddesinde hükme bağlanan meselenin de inşaat örf ve adetine bina edildiğinin mülahaza edilmesi, günümüzde bu hükümün değişmiş olabileceğini akla getirmektedir.

C. 92. MADDE: MÜBÂŞİR, MÜTEAMMİD OLMASA DA DÂMİN OLUR.

Mübâşir kelimesinin genel hatlarıyla yapılan tanımını için yukarıda; "Mübâşereten itlâf, bir şeyi bizzat telef etmektir ki, eden kimseye fâil-i mübâşir denilir." şeklindeki Mecelle-i

¹⁰⁷ Misliyat (misli mallar) tabiri, aralarında dikkate alınacak fiyat farkı olmadan benzerleri piyasada bulunabilen malları ifade için kullanılmaktadır. (Mevsuatü'l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, "Misliyyat", C.36, s.111)

¹⁰⁸ Kıyemiyat (kıyemi mallar) tabiri, piyasada benzeri hiç bulunmayan veya bulunsada da benzeriyle aralarında dikkate alınır derecede fiyat farkı ve farklılık olan malları ifade etmek için kullanılmaktadır. (Mevsuatü'l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, "Kıyemiyat", C.34, s.138)

¹⁰⁹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.189.

¹¹⁰ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.189.

Ahkâm-ı Adliyye'nin 884. maddesini zikredilmişti. Kâidenin kâmil surette anlaşabilmesi adına 'mübâşeret' kavramı burada daha tafsili biçimde beyan edilecektir.

1. 'Mübâşeret' Kavramı

'Mübâşeret' sözlükte, "bir işi üstlenip bizzat yapmak; bir şeyi diğerine bitişirmek, iki insan teni birbirine temas etmek" gibi manalara gelmektedir.¹¹¹ Fıkhi ıstılahta ise; "fiili ile telef hadisesi arasına başka bir ihtiyari fiil haylulet etmeksizin kendi fiiliyle telefin husule gelmesi" şeklinde ifade edilmektedir.¹¹² Diğer bir ifadeyle mübâşeret, zararı netice veren haksız fiil ile zarar arasındaki doğrudan ilişkiyi ifade etmektedir. 'Mübâşir' ise 'mübâşeret' mastarının ism-i fâili olup 'bir fiili doğrudan yapan kimse' manasındadır.¹¹³ Kâidede yer alan mübâşir kelimesinden kastedilen de ıstılahî mana olup 'başkasına zarar verecek bir fiili doğrudanyapan kimse' demektir.¹¹⁴ Bununla beraber, mübâşir kelimesinin bu tanımını, bazı hukuk bilginleri tarafından kafi ve şâmil görülmemiştir. Nitekim onlara göre, mübâşir kelimesini "fiili ile zarar arasına diğer bir fiil veya neticeye müessir bir hâdise girmeyen kimse" diye tarif etmek daha doğrudur¹¹⁵.

Yukarıda beyan edildiği üzere, haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesinin şartlarından birisi haksız fiil ile meydana gelen netice arasında uygun bir illiyet bağının bulunması idi. Nitekim fıkıh kitaplarındaki misaller incelendiğinde, haksız fiilden dolayı tazminat sorumluluğunun meydana gelmesinde 'illiyet bağı' kavramı doğrudan zikredilmese dahi fiil ile meydana gelen zarar arasındaki rabıtaya büyük ehemmiyet verildiği müşahede edilecektir.¹¹⁶ Modern hukuk literatüründe kullanılan 'illiyet bağı' kavramını ifade etmek için ise İslam hukuk doktrininde daha çok 'mübâşeret ve 'tesebbüb' kavramları kullanılmıştır. Zararın insan fiilinin doğrudan etkisiyle meydana gelmesine 'mübâşeret', doğrudan değil de dolaylı etkisiyle meydana gelmesine ise 'tesebbüb' ismi verilmiştir.¹¹⁷

"Mübâşir, müteammid olmasa dahi dâmin olur." kâidesi gereğince, zararı netice veren fiili doğrudan işleyen mübâşir, kasıt ve hukuka aykırılık olmasa dahi tazminatla mükellef olur. Müteammid olduğu takdirde ise hem tazminatla yükümlü olup hem de günahkâr olur.¹¹⁸ Yukarıda da belirtildiği üzere, teammüd ve kasıt olmaksızın meydana gelen zarardan mesuliyet, doğrudan doğruya fiile bağlı olup çok defa bu gibi zararlar dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi olmasındandır.¹¹⁹ Ayrıca kişilerin mallarını muhafaza etmek, İslam hukukunun beş temel maksat ve esasından birisidir. Binaenaleyh eda ehliyetleri olmayan mecnun ve gayr-i mümeyyiz çocuklar dahi başkasının malını itlâf ettikleri takdirde cezâen olmasa dahi hukuken sorumlu

¹¹¹ Kemal Yıldız, 'Mübâşeret', Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Ankara: TDV Yayınları, 2020, C.31, s.428.

¹¹² Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.1, s.287; Senhuri, *Masadiru'l Hak*, s.56.

¹¹³ Türk Hukuk Lugatı, s.250.

¹¹⁴ Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme*, C.2, s.1045.

¹¹⁵ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.191.

¹¹⁶ Nuri Kahveci, "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağını Kesen Sebepler", *KSÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 10/2007, s.97.

¹¹⁷ Kemal Yıldız, 'Mübâşeret', TDV İslam Ansiklopedisi, C.31, s.428.

¹¹⁸ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.148.

¹¹⁹ Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, s.137; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.19.

kabul edilip verdikleri zarar mallarından tazmin ettirilir. Ancak küçüğün malı yok ise velisine tazmin ettirilmez.^{120 121}

Mübâşirin müteammid olmasa dahi tazminatla sorumlu olacağı delillerinden birisi de, hataen adam öldürenin maktulün yakınlarına diyet ödemekle mükellef olmasıdır.¹²² Ödenecek diyet miktarının ne kadar olduğu dahi hadis-i şerifler ile sabittir.¹²³ Nitekim taksirle bir suç işleyen kimsenin sorumluluğunun esası, onun fiili ve neticesini bilerek ve isteyerek işlemesinden dolayı değil; taksiri, yani dikkatsizlik ve tedbirsizliğinden dolayıdır. Hata, dikkatsizlik ve tedbirsizlik gibi taksir türlerinden azâde değildir. Bu sebeple kefarete gibi eksik ceza için bir sebep teşkil eder. Yine kul hakları söz konusu ise taksir bu hakkı düşürmez.¹²⁴

2. Bu Kâideden Çıkan Bazı Meseleler

1) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 912. maddesinde; “*Bir kimse, diğerin gerek kendisinde gerek de emini yedinde bulunan malını kasden ve gerek min gayri kasdın itlâf etse dâmin olur*” denilmek suretiyle mübâşeret birinin malını itlâf eden kimsenin, kastı olmasa dahi tazminatla sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.¹²⁵

2) Ayağı kayarak düşüp başkasının malına zarar veren kişi, bu zararı tazminle mükelleftir. Mecelle'nin 913. maddesinde bu husus hükme bağlanmıştır.¹²⁶

3) Yine Mecelle'nin 914. maddesine göre; “*Bir kimse kendi malı zannıyla diğerinin malını itlâf etse dâmin olur*”. Nitekim bir kimse, kendisine ait zannettiği bir koyunu kesip yese ve daha sonra sahibi çıkagelse, koyunun kıymetini hak sahibine vermeye mecburdur. Zira 72. madde gereğince; hatası zahir olan zanna itibar yoktur. Ancak şu var ki; hadis-i şerif nassıyla hata ile yapılan fiillerden dolayı dini sorumluluk kaldırılmış olduğundan¹²⁷ o kişi günahkar olmaz.¹²⁸

¹²⁰ Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.7, s.376; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1690.

¹²¹ Türk Medeni Kanun'a göre ise; küçüğün başkalarına vereceği zararlardan doğacak sorumluluk özen sorumluluğu kapsamında ev başkanına aittir. Nitekim bu husus TMK'nın 369. maddesinde düzenlenmiştir: “*Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.*”

¹²² İmam Kâsâni, *Bedâi'u's Sanai*, C.7, s.254.

¹²³ Ebû Dâvûd, “*Diyât*”, 18.

¹²⁴ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.214.

¹²⁵ Kâidenin bazı şerhlerinde ayrıca ‘*bila izin*’ yani mal sahibinin sarahaten veya delaleten izni olmaksızın kaydına yer verilmektedir. Zira eğer mal sahibinin izni var ise mübâşir tazminatla mükellef olmaz. Sarahaten izne misal olarak; bir çömlekçi dükkanına giren kişinin dükkân sahibinin izni ile aldığı çömleği kırdığında sorumlu olmaması zikredilebilir. Delâleten izne misal olarak da kulübesini yıkmak üzere işçi tutan bir adamın bu kulübesini, onun açık izni olmaksızın yıkan adamın sorumlu olmaması veya boğazlamak için bağlanan hayvanı hayvan sahibinin izni olmadan kesen kişinin tazminatla mükellef olmaması verilebilir. Yine bazı kitaplarda; ‘bir kimsenin ölmek üzere olan koyununu ondan izinsiz diğer kimse boğazlarsa, istihsânen tazminat lazım gelmez’ hükmüne yer verilmiştir. (Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1682-1683.)

¹²⁶ Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Amme*, s.1045; Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*”, s.148.

¹²⁷ İbn-i Mace, “*Tulâk*”, 16.

¹²⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1689.

4) Bir kişiyi hatayla öldüren kişi, maktulün diyetini ödemekle mükellef olur. Zira fâil, mübâşir olduğundan ötürü, kastı olmasa dahi tazminatla sorumlu olur.¹²⁹

5) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 926. maddesi hükmünce, demirci dükkânında demir döven bir kişinin demir darbından çıkan kıvılcımlar, umumî yoldan geçmekte olan bir kişinin elbisesine sıçrayıp yaksa, demir döven kişi tazminatla mükellef olur. Zira bir fiili doğrudan yapan kişi, bu fiili kasıtlı olarak yapmamış olsa dahi meydana gelen zararın tazmininden sorumlu olur.¹³⁰

D. 93. MADDE: MÜTESEBBİB, MÜTEAMMİD OLMADIKÇA DÂMİN OLMAZ.¹³¹

'Mütesebbib' kavramına dair yukarıda Mecelle'nin 888. maddesini zikretmiştik. Mütesebbib, 'bir şeyin meydana gelmesine sebep olan şeyi vücuda getiren kimse' şeklinde tanımlanmaktadır.¹³² Birçok şerhte beyan edildiği üzere burada 'müteammid' ifadesinden murat, 'teaddi' dir. Yani zararlar neticelenen fiilin haksız bir şekilde işlenmiş olmasıdır.¹³³ Nitekim mütesebbibin itlâfi teaddi (hukuka aykırılık) ile olursa mütesebbib bir işi doğrudan yapan mübâşir gibi olur. Yani bizzat ol şeyi telef etmiş olur.¹³⁴ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin 924. maddesinde de "Tesebbübün damâna mufzi olmasından teaddi şarttır. Yani mütesebbibin bir zararı dâmin olması o zarara mufzi olan fiili haksız olarak işlemiş olmasıyla meşruttur" denilmek suretiyle mütesebbibin sorumlu olması için teaddinin şart olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Öyle ki Mustafa Ahmed ez-Zerka, kâidede 'müteammid' ifadesi yerine 'müteaddi' ifadesinin yer alması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim zararlar neticelenen bir fiilde eğer teaddi mevcut ise artık kastın olup olmadığına bakılmaz. Çünkü hata ve kast hallerinin her ikisinde de başkasının malına verilen zararın tazmini esastır. Hatta ıztıtar halinde dahi bir kişinin malına zarar verilmişse, bu halin geçmesinden sonra o zarar tazmin ettirilecektir.¹³⁵ İhmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik de teaddi kapsamına girer.¹³⁶ Nitekim fıkıh kitaplarında verilen misaller

¹²⁹ Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.186; Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *"Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.148.

¹³⁰ Ali Haydar Efendi, *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.182.

¹³¹ Bahsi geçen son iki kaide ile alakadar olan bir diğer Mecelle kâidesini daha icmali olarak beyan etmekte fayda vardır: Mecelle'nin 90. Maddesine göre; "Mübaşir yani bizzat fail ile mütesebbib (fiili doğrudan yapmayıp sebep olan) müctemi oldukta, (bir zararda birleştiklerinde) hüküm ol faille muzaf kılınır (fiili doğrudan yapan sorumlu tutulur)." Mesela birinin umumi yolda kazmış olduğu kuyuya, diğeri birinin hayvanını düşürerek itlaf etse sorumlu olup, kuyuyu kazan kimse sorumlu olmaz. (Bkz: Mecelle md. 925). Bu umumi kâidenin istisnaları vardır ki bazı durumlarda mübaşir ile mütesebbib aynı anda sorumlu olabilmektedir. Mesela bir kimse, zâlim ve zorba bir adamdan kaçan kişiyi tutsa veya böyle birisinden gizlenen birisinin yerini söylese ve o da gelip o kişinin malını alsın İmam Muhammed'e göre hem malı zorla alan hem de onun yerini gösteren veya tutan kişi bir arada tazminatla mükellef olur. Nitekim Hayrettin Karaman'a göre, İmam Muhammed'in içtihadı, mağdurun yerini gösteren kimseyi suçla veya haksız fiile fer'an katılmış sayan bugünkü nazariyelere daha uygun ve amme menfaatine daha muvafıktır. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.463).

¹³² Türk Hukuk Lugatı, s.263.

¹³³ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.149; Ali Haydar Efendi, *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.182; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsîr*, s.192; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.187.

¹³⁴ Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.187.

¹³⁵ Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme*, s.1047.

¹³⁶ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsîr*, s.192; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.187.

incelendiği zaman görülüyor ki, fukahânın 'teammüd' kavramından maksadı sadece kast olmayıp aynı zamanda ihmal ve tedbirsizliktir.¹³⁷

Kusur ve teaddi mefhumunun sınırlarını belirlemek ise hiç kolay değildir. Bazen bir fiili hiç düşünülme ve muhtemel olmayan hâdiseler takip edebilir ve bunlar muhtelif fiil veya kusur ve tedbirsizliklerin neticesi olabilir;

Çok kere bir sebep neticesi hasıl olan zarar da kendi sırasında diğer bir zarara, o zarar da yeni bir zarara sebep olabilir. Bu suretle, sebep ve neticesi münasebetleri nihayetsiz olarak teselsül eder. Eski bir Fransız hukukçusu Pothier'nin aldığı meşhur bir misal şudur: Biri diğerine hasta bir öküz satar, satın alan bunu sağlam diğer öküzle beraber sapana koşar, hastalık sağlam öküze geçer, iki öküz de ölür, çift sürülmez, mahsul alınmaz, çiftçi borcunu ödeyemez, tarlası haczedilir, ucuzca satılır, çocuğun tahsili yarıda kalır vs.¹³⁸

Bu halde mes'uliyet lâzım gelip gelmeyeceği ve kimin mes'ul olduğu somut olay değerlendirilerek takdir olunur.¹³⁹

Bu Kâideden Çıkarılan Bazı Meseleler:

1) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 924. maddesinde yer aldığı üzere; kamuya ait bir yolda izinsiz olarak çukur açan bir kişinin açtığı bu çukura başka birisinin hayvanı düşerek telef olsa, çukuru açan kişi tazminat ile sorumlu olur. Zira zarara sebep olmakla birlikte, çukuru kamuya ait bir yolda izinsiz açtığı için hukuka aykırı davranmıştır ve fiili haksız surette işlemiştir. Ancak kendi arazisinde açtığı çukura başkası düşerek zarar görse, bu durumda fiili haksız olmadığından tazminatla mükellef olmaz.¹⁴⁰

2) Yine Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin 922. maddesinde yer aldığı üzere; bir kimse diğer bir kimsenin bahçesinin suyunu haksız bir şekilde kesip de bahçedeki meyve ve sebzeler kurusa, bahçe sahibinin uğradığı zararı tazminle mükellef olur.¹⁴¹

3) Müstevda (bir şeyi emanet olarak alan), toplumda herkesçe hırsızlıktan sabıkalı oldukları bilinen bir grup insana; 'falanca bana şöyle bir emanet bıraktı, o emanet falan yerdedir'

¹³⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.466.

¹³⁸ Belgesay, *Mecelle'nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk*, s.36.

¹³⁹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.192; İlk dönemlerde insanlar, bir fiil neticesinde meydana gelen zararı tazmin ettirmek için fâilin kusurlu olup olmadığına bakarlar, kusurun bulunmaması halinde mağdurun uğradığı zarar, fâile tazmin ettirilmezdi. Daha sonraları bu telakki değişti ve mesuliyet için kusuru şart koşan ve koşmayan iki nazariye neşet etti: Bunlardan birisine, "kusur nazariyesi", diğerine ise "illiyet, sebebiyet, hasar, risk nazariyesi" adı verildi. Kusur nazariyesine göre, kişi faaliyetlerinde başkasına zarar vermiş olsa dahi, kusuru yoksa mesul tutulmamalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu nazariyenin kusur mefhumu, ihmal ve tedbirsizlik durumunu da ihtiva etmektedir. İhmal ve tedbirsizlikte esas alınacak ölçü ise, fâilin bulunduğu toplumun medenî ve kültürel durumu ile beraber fâilin fikrî kabiliyet ve zekası olacaktır. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.465) İlliyet ve sebebiyet nazariyesine göre ise, fiil ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması kâfi görülmekte ve fâilin kusuru aranmamaktadır. Bugün Batılı hukuk sistemlerinde hâkim olan nazariye, kusur nazariyesidir. Türk Medeni Kanunu da, fâilin tazminle mükellef olması hususunda kusuru esas almış, ancak bazı hallerde kusur olmasa dahi zararlar fiil arasındaki illiyet bağını kâfi görmüştür. (Mustafa Reşit Belgesay, *Mecelle'nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk*, s.37; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.196.) İslam Hukuku ise, bu iki nazariyeden yalnızca birisini esas almamış, orta bir yol tutarak sebebiyet hallerinde tazminat sorumluluğu için teaddiyi (fiilin haksız olması) gerekli görmüş, mübâserette ise kusur şartı olmaksızın bir fiili doğrudan yapan kişinin tazminatla mükellef olması esasını benimsemiştir. Zira mübâseret durumunda fiil zarara bitişiktir ve arada başka bir sebep de yoktur. Bu kuvvetli hal sebebiyle mübâseret hali, kusur şartı olmaksızın, fâile tazminat yüklemeye müsaittir. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.466-467).

¹⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1703.

¹⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1699-1700.

dedikten sonra o hırsızlar da o vediaı çalsalar, müstevda vedianın bedelini tazminle mükellef olur. Zira yukarıda beyan edildiği üzere, kişinin üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi de bir nevi teaddi (haksız fiil) sayılmaktadır. Binaenaleyh müstevda müteaddi olduğundan mütesebbib olup mübâşir olmadığı halde tazminatla mükellef olacaktır.¹⁴²

Kâidenin şerhini nihayete erdirmeden evvel bir hususa daha temas edilecektir: Yukarıda beyan olunduğu üzere bir kişiye tesebbüb yoluyla zarar veren kişinin tazminat ile mükellef olması için kusur ve teaddinin mevcut olması gerektiğinden, zararı netice veren fiilin, fâilin kasıt, ihmal ve tedbirsizliği sonucu meydana gelmediği hallerde tazminat sorumluluğu da tabii olarak ortadan kalkacaktır. Fâilin kusur ve mesuliyetini ortadan kaldıran hallerin en tipik örnekleri; zarara uğrayanın kusuru, üçüncü şahsın kusuru ve mücbir sebeplerdir.¹⁴³ Üçüncü kişinin fiilinin sorumluluğu ortadan kaldırdığına misal olarak, bir yük taşımak üzere kiralanan hammalın başkaları tarafından düşürülerek taşıdığı eşyanın zarar görmesi durumu zikredilebilir. Nitekim bu durumda üçüncü kişilerin fiili, zarar ile fiil arasındaki illiyet rabitasını ve dolayısıyla hammalın sorumluluğunu ortadan kaldırmıştır. Bununla beraber hammal, başkalarının müdahalesi olmadan ayağı kayarak düşseydi, taşıdığı eşyaya verdiği zarar nispetinde tazminat ile mükellef olacaktır.¹⁴⁴ Zarara uğrayanın kusurunun tazminat yükümlülüğünü kaldırmasına örnek olarak da kasten dürtüp kıskırttığı atın tepelemesiyle yaralanan kişi sebebiyle atın binicisinin ve sahibinin tazminatla yükümlü tutulmaması verilebilir. Zira zarara uğrayan, kendi fiili ile bu neticenin doğmasına sebep olmuştur.¹⁴⁵ Mücbir sebebin illiyet bağıni kestiği hale de bir kimsenin umuma ait bir yola izinsiz olarak koyduğu taşı, rüzgar ve selin taşıyarak başkasının malına zarar vermesine sebep olması durumu misal olarak zikredilebilir. Bu durumda her ne kadar başlangıçta taşı koyan kişi hukuka aykırı hareket etmiş olsa da daha sonradan fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı arasına giren mücbir sebep nedeniyle tazminat sorumluluğu ortadan kalkmıştır.¹⁴⁶

E. KAİDELERİN, İSLAM HUKUKUNDAKİ HAKSIZ FİİL NAZARİYESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Tahlili yapılan dört kaide doğrultusunda, İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esaslarından bazıları şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Başkalarının şer-i şerifçe korunan her türlü hakkını ihlal edici davranışlarda bulunmak yasaklanmıştır. Bu tür davranışlarda bulunan kişiler başkalarına verdikleri zararı tazminle yükümlüdürler.
- 2) Bir zarara maruz kalan kişi, yargı mercilerine başvurmak suretiyle bu zararının tazminini talep etmelidir. Uğramış olduğu bu zarar, onun da başkalarına zarar vermesini meşru kılmaz.

¹⁴² Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Küllî Kâideler Şerhi*, s.187.

¹⁴³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.472; Kahveci, *İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İliyet Bağıni Kesen Sebepler*, s.101

¹⁴⁴ Fahrüddin Zeylai, *Tebyinu'l Hakâik Şerh Kenzu'l Dakaik*, Kahire: el-Matbaa'l Kübra'l Emiriyye, 2003 C.5, s.136.

¹⁴⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.473.

¹⁴⁶ Ebû Muhammed b. Ganim Bağdadi, *Kitâbu Mecmâi'd-Damânât*, s.149.

3) Fertler, sahip oldukları hakları meşru surette diledikleri gibi kullanabilirlerse de haklarını başkalarına zarar verecek surette kullanamazlar. Binaenaleyh İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

4) Kişi, başkası için zarar-ı fâhiş olacak bir surette mülkünde tasarrufta bulunamaz. Ancak ortaya çıkan zarar, zarar-ı fâhiş olmayıp zarar-ı yesir olursa bu tasarrufundan menedilemez.

5) Haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zarar, mümkün olduğu kadar izale edilmelidir. Binaenaleyh zarar az bir fiille giderilebiliyorsa daha fazlasını talep etmek meşru değildir.

6) Mümkün olduğu müddetçe haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararın aynı ile izâle edilmesi gerekir. Ancak aynı ile tazminin mümkün olmadığı hallerde, itlâf edilen malın bedeli ödenmek suretiyle zarar tazmin ettirilecektir. Bu mevzudaki ana ilke şudur: 'İhtilâfa yol açmayacak derecede aslına benzerlik mümkün ise aynen îade ile mümkün değilse kıymetiyle tazmin ettirilir.

7) Aynı ile izale edilmesi mümkün olmayan bir mal, misliyâtta ise misli; kıyemiyâtta ise kıymeti verilerek tazmin ettirilir.

8) 'Cevaz-ı şer'î damâna münafidir.' Yani bir kişi, hududunu aşmayarak şer-i şerifin kendisine bahşettiği bir hakkı kullanması sebebiyle tazminatla sorumlu olmaz. Bu kâide, 'zarar izâle olunur.' kâidesini tahsis etmektedir.

9) İslam hukukunda, zarar ile zararı doğuran fiil arasındaki illiyet bağıını ifade etmek için; 'mübâşeret' ve 'tesebbüb' kavramları kullanılmaktadır.

10) İslam hukuku, modern hukuk sistemlerinde hâkim olan 'kusur' ve 'illiyet bağı' nazariyelerinden yalnızca birisini esas almamış, orta bir yol tutarak sebebiyet hallerinde tazminat sorumluluğu için teaddiyi (fiilin haksız olması) gerekli görmüş, mübâşeretle ise kusur şartı olmaksızın bir fiili doğrudan yapan kişinin tazminatla mükellef olması esasını benimsemiştir.

11) Kusur ve hukuka aykırılığın sınırlarını belirlemede, her bir somut olay ayrı değerlendirilmelidir. Zira bazı durumlarda bir zarara sebep olan birbirinden muhtelif hâdiseler olabilmektedir.

12) Bir zarara sebep olan kişinin (mütesebbib) tazminatla sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı hareket etmiş olması gerekir. Zira ilgili kâidede yer alan 'müteammid' ifadesinden kastedilen teaddi yani hukuka aykırılıktır.

13) İhmal, tedbirsizlik ve dikkatsizlik halleri de hukuka aykırılığın altına girer. Buna göre mütesebbibin ihmali davranışları da onu tazminle yükümlü kılar.

14) Zararı netice veren fiilin fâilin kasıt, ihmal ve tedbirsizliği sonucu meydana gelmediği hallerde tazminat sorumluluğu da tabii olarak ortadan kalkacaktır. Fâilin kusur ve mesuliyetini ortadan kaldıran hallerin en tipik örnekleri; zarara uğrayanın kusuru, üçüncü şahsın kusuru ve mücbir sebeplerdir.

15) Bir zararı doğuran fiili doğrudan yapan kişi (mübâşir) ile zarara sebep olan (mütesebbib) bir olayda birleşirlerse, kural olarak tazmin yükümlülüğü mübâşire yüklenir. Bununla beraber bu kural mutlak olmayıp bazı durumlarda hem mübâşir hem de mütesebbib müşterek olarak tazminatla mükellef olabilmektedir.

SONUÇ

Haksız fiiller, hukukta borcun en önemli kaynaklarından birisidir. Modern hukuk literatüründe bu kavram yer almakla beraber ilk dönem fıkıh kitaplarında doğrudan bu kavrama rastlanılmamaktadır. Bu eserlerdeki kitap ve bablar içerisinde modern hukuktaki haksız fiil nazariyesine en yakın olanı ‘kitabu’l itlâf olmakla beraber, bütün haksız fiilleri içerisine almaktadır. Ayrıca fıkıh kitaplarında, meseleci yöntem esas alınarak her bir haksız fiil ayrı ayrı ele alınmıştır. Daha sonraki dönemlerde ise haksız fiillerin tamamını kapsayacak külli kaide ve esaslar belirlenmiştir. Böylece kazuistik metot terk edilerek mücerred metot esas alınmıştır. Bu kaidelerden bir kısmı, Mecelle-i Ahkâmı Adliyyenin külli kaideleri arasında yer almaktadır. Bu kaideler, İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin temel esas ve ilkelerini ortaya koyacak mahiyettedir.

Haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesi için; zarar doğuran fiil, zarar, hukuka aykırılık (teaddi) ve illiyet bağı unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurlardan birisi olan zarar, ‘kanunen muhterem olan maddi ve manevî menfaatlerin haleldar veya zâyî olması’ şeklinde tanımlanmaktadır. Bütün hukuk sistemlerinde, haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmin edilmesi esası geçerli olsa da, hukuk sistemlerinin zararların tazminine yönelik nazariyeleri birbirinden farklı olabilmektedir. Nitekim İslam Hukukundaki zararların tazmini nazariyesi ile İsviçre menşeli Türk Borçlar Kanun’unun esas aldığı zarar tazmini nazariyesi arasında da bazı farklar bulunmaktadır. Haksız fiilin diğer bir unsuru olan ‘illiyet bağı’, fıkıh kitaplarında bu tabir ile yer almamaktadır. Modern hukuk literatüründe kullanılan ‘illiyet bağı’ kavramını ifade etmek için ise İslam hukuk doktrininde daha çok ‘mübâşeret ve ‘tesebbüb’ kavramları kullanılmıştır. Zararın insan fiilinin doğrudan etkisiyle meydana gelmesine ‘mübâşeret’, doğrudan değil de dolaylı etkisiyle meydana gelmesine ise ‘tesebbüb’ ismi verilmiştir.

Günümüzde hukuk sistemlerinde haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararların tazmin ettirilmesi hususunda iki nazariye hâkimdir. Bunlardan birincisi, kusur nazariyesidir. Bu nazariyeye göre, zarar doğuran fiilin fâilinin tazminatla mükellef olabilmesi için, kusurlu olması şarttır. İhmal ve tedbirsizlik hali de bazı durumlarda kusur sayılmıştır. Diğer nazariye ise, illiyet bağı nazariyesidir. Bu nazariyeye göre ise, kusurlu olması şartı aranmaksızın fiili neticesinde ortaya çıkan zarar fâile tazmin ettirilecektir. Bugün Batılı hukuk sistemlerinde hâkim olan nazariye, kusur nazariyesidir Türk Medeni Kanunu da, fâilin tazminle mükellef olması hususunda kusuru esas almış, ancak bazı hallerde kusur olmasa dahi zararlar fiil arasındaki illiyet bağını kâfi görmüştür İslam Hukuku ise, bu iki nazariyeden yalnızca birisini esas almamış, orta bir yol tutarak sebebiyet hallerinde tazminat sorumluluğu için teaddiyi (fiilin haksız olması) gerekli görmüş, mübâşeret ise kusur şartı olmaksızın fâil-i mübâşirin tazminatla mükellef olması esasını benimsemiştir. Zira mübâşeret durumunda fiil zarara bitişiktir ve arada başka bir âmil de yoktur. Bu kuvvetli hal sebebiyle mübâşeret hali, kusur şartı olmaksızın, fâile tazminat yüklemeye müsaittir.

KAYNAKÇA

- Abdurrezzak Senhuri. Masadiru'l Hak. Beyrut: Mensurat'ul Halebi el-Hukukiyye, 1998.
- Ahmed Ziya Efendi. İslam Hukukunun Genel İlkeleri. Konya: Esra Yayınları, 1996.
- Aktan, Hamza. Damân'. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1993: C.8, s.450-453.
- Arsal, Sabri Maksudi. Hukukun Umumî Esasları. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937.
- Arsebük, Esat. Medeni Hukuk. Ankara: Tan Matbaası, 1938.
- Aslan, Mehmet Selim. "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi". EKAV Akademi Dergisi. Sayı 67 (Yıl 2016): 205-35.
- Avcı, Mustafa. Türk Hukuk Tarihi. Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2021.
- . "Ceza Muhakemesinde Sulh". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1 (2017): 11-71.
- Aybakan, Bilal. "Zarar". TDV İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2013: C.44, s.130-134.
- Aydın, Mehmet Akif. "Haksız Fiil". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1997: C.15, s.210-211.———. "İslam Hukukunda Gasp", İslam Tetkikleri Dergisi. Sayı 9 (Yıl: 1995): 163-217.
- Bağdadî, Ebû Muhammed b. Ganim. Mecmâu'd-Damânât. Kahire: Daru'sselam, 1999.
- Baktır, Mustafa. "Kâide". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2011: C.24, s.205-210.
- Bardakoğlu, Ali. 'Diyet', TDV İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1994: C.9, s.473-479.
- Baz, Selim Rüstem. Şerh'ul Mecelle. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2010.
- Belgesay, Mustafa Reşit. "Mecelle'nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk". İÜHFİM, Sayı 2-3 C. XII (Yıl 1946): 561-608.
- Berki, Ali Himmet. Hukuk Mantığı ve Tefsîr. İstanbul: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukuku. İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 2002.
- Çelik, İbrahim. 'Teaddi'. TDV İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2010, C.39, s.283-284.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Ergüney. Hilmi. İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965.
- Ğazevi, Ebu Haris. Mevsuatü'l Kavaidü'l Fıkhiyye. Beyrut: Müessesetü'l Risale, 2003.
- Günergök, Özcan ve Şaban Kayıhan. Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler). İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020.
- Hanbelî, İbni Recep. el-Kavaid. Kahire: Daru'l İbni Affan, 1999.
- Hocaeminzade Ali Haydar Efendi. Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Mevsili, İbni Mahmud. İhtiyar li-ta'li'l muhtar. Kahire: Matbatu'l Halebi, 1937.
- İbn-i Nüceym. el-Eşbah ve'n Nezair ala mezhebi Ebi Hanifete Nu'man. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- . el-Bahru'r Raik Şerhu Kenzu'd Dakaik. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2005.
- İlhan, Cengiz. Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi. İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, 2010.
- İmam Kâsâni. Bedaiu's Sanai. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.

- Kahveci, Nuri. "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyyet Bağını Kesen Sebepler". KSÜ. İlahiyat Fakültesi, Sayı 10 (Yıl 2007): 91-111
- Karaman, Hayreddin. Mukayeseli İslam Hukuku. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitapevi, 2011.
- Kuyucaklızâde Mehmet Atıf. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020.
- Mevsuatü'l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye. Damân', Kahire: Daru'l Safve, 1980.
- Meydanî, Abdülğani b. Tâlib. el-Lubab fi şerh'il kitab. Beyrut: Dar'ul Ktabi'l Arabiyye, 2017.
- Muhtar, Ahmed. Mu'cem'ul Lugatu'l Muasira. Kahire: Alem'ul Kutub, 2007.
- Neveî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin. Minhac'uttalibin ve Umdetu'l Müftiine fi'l fik'h. Dimeşk: Dar'ul Fikr, 2005.
- Paçacı, İbrahim. "Diyet Bir Ceza Var mıdır?". Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi. Sayı 2 (Yıl 2014): 87-105
- Suyutî, Celalüddin. el-Eşbah ve'n Nezair. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- Süleyman Hasbi Efendi. Mecelle Külli Kâideler Şerhi.
- Üdeh, Abdulkadir. et-Tesrî'u'l-cinâ'iyü'l-İslâmî. Beyrut: Dar'ul Katib'ul Arabi, 1999.
- Ünal, Mustafa. İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Medeni Hukuk. İstanbul: Gün Matbaası, 1969.
- Yıldız, Kemal. 'Mübâşeret'. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. Ankara: TDV Yayınları, 2020: C.31, s.428-429.
- Zerka, Ahmed. Şerhu Kavaidü'l Fıkhiyye. Dimeşk: Daru'l Kalem, 1989.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme. Dimeşk: Dar'ul Kalem, 2012.
- Zeydan, Abdülkerim. El-Veciz fi şerh-i kavâidü'l fıkhiyye fi şeriatü'l İslamiyye. Beyrut: Müessetü'l Risalet'ül Nâşirün, 2004.
- Zeylai, Fahrüddin. Tebyinu'l Hakaik Şerh Kenzu'l Dakaik. Kahire: el-Matbaa'l Kübra'l Emiriyye, 2003.