

# “Cevâz-ı Şer’î Damâna Münâfidir” Kâidesi Kapsamında Hukuka Uygunluk Sebepleri Hakkında Bir İnceleme

## A Review on the Reasons for Legal Compliance Under the “Legality Prevents Compensation” Rule

Ahmet AKMAN 

Necmettin Erbakan Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku  
Anabilim Dalı, Konya, Türkiye



Geliş Tarihi/Received: 13.04.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 11.05.2022

Sorumlu Yazar/Corresponding Author:  
Ahmet AKMAN  
E-posta: aakman@erbakan.edu.tr

Atf: Akman, Ahmet. “Cevâz-ı Şer’î  
Damâna Münâfidir” Kâidesi Kapsamında  
Hukuka Uygunluk Sebepleri Hakkında  
Bir İnceleme”. *İlahiyat Tetkikleri Dergisi*  
57/1 (Haziran 2022), 29-37.

Cite this article: Akman, Ahmet. “A  
Review on the Reasons for Legal Com-  
pliance Under the ‘Legality Prevents  
Compensation’ Rule”. *Journal of İlahiyat  
Researches* 57/1 (June 2022), 29-37.



Content of this journal is licensed under a  
Creative Commons  
Attribution-NonCommercial-  
NoDerivatives 4.0 International License.

### ÖZ

Birbirine benzeyen meselelerin aynı yahut benzer genel önermelere göre çözümlenmesi hukuki anlayışta ve uygulamada istikrar açısından oldukça önemlidir. Bu açıdan külli (temel) kâideler hukuk mantığının gelişmesine katkı verirler. İslâm hukuk tarihi itibarıyla bu mantığın ürünü olan uygulama ve hukuki eserlere erken dönemlerden itibaren rastlanır. Bu kâidelerin önemli bir kısmı Kur’an-ı Kerim ve Hadis-i Şeriflerden ya doğrudan alınmış veya bazı nasların ortak anlamı olarak ortaya çıkmışlardır. Ancak bu temel önermelerin bir kanunlaştırılmaya konu oluşu ilk defa ve kapsamlı olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye vasıtasıyla olmuştur. Osmanlı'nın en önemli milli kanun kodu kabul edilebilecek olan Mecelle'de ilk yüz maddesi çerçevesinde bunlar düzenlenmiştir. Bunlar arasında 91'inci maddede tazminat hukukunun önemli bileşenlerinden olan; “Cevâz-ı şer’î damâna münafidir” kâidesi yer alır. Mecelle, zararın giderilmesinin arz ettiği öneme ve haksız fiilin sonuçlarına farklı maddelerinde vurgu yaptıktan sonra hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan, hukukun cevaz vermesi ile zararın giderilmesi ilişkisini bu maddede veciz bir şekilde düzenlemiştir. Külli kâideler mahkemelerde doğrudan uygulanmak yerine hâkimlere, uygulayıcılara ve hukuk insanlarına yol gösterici, kanaat oluşturuca etkiye sahiptirler.

**Anahtar Kelimeler:** İslâm Hukuku, Külli Kâide, Tazmin, Yasak, Cevaz.

### ABSTRACT

The resolution of similar cases according to the same or similar general rules is very important in terms of stability in legal understanding and practice. In this respect, universal rules (basic rules) contribute to the development of legal logic. As of the history of Islamic law, practices and legal works that are the product of this logic have been encountered since the early periods. An important part of these rules are either taken directly from the Qur’an and Hadith or they have emerged as the common meaning of the texts. However, these basic rules were subject to a legalization for the first time and comprehensively through Mecelle-yi Ahkâm-ı Adliyye. These were arranged within the framework of the first hundred articles of the Mecelle, which can be accepted as the most important national code of the Ottomans. Among these, one of the important components of the compensation law in Article 91; “legal permissibility (cevâz-ı şer’î) does not create liability.” is included. After emphasizing the importance of remedying the damage and the consequences of the tortious act in different articles, it concisely regulates the relationship between the legal permissibility and the compensate of the damage, which is among the reasons for legality. Instead of being directly applied in courts, universal rules have a guiding and opinion-forming effect for judges, practitioners and lawyers.

**Keywords:** Islamic Law, Universal Rules, Compensation, Illicit, Permissible.

## GİRİŞ

Kâide, *k-â-d* fiilinden türetilmiş bir kelimedir. Ayakta durmanın karşıtı ve oturmaya yakın bir anlamı vardır.<sup>1</sup> Kâide bu hâliyle bir şeyin üzerine oturduğu esas ve temeli ifade eder. Binanın kâidesi denilince binanın üzerine oturduğu temeli anlaşılır. Kur’an-ı Kerim’de Hz. İbrahim’in Kabe’nin temellerini yükseltmesi hadisesinde bu anlamda kullanılmış olduğunu görüyoruz.<sup>2</sup> İstilahta hükmen veya fiilen olsun, hukukun temel ilkelerini yansıtan kâide tanımından, külli olarak anlaşılması öncelikli olmakla beraber, uygulamada bazı cüzîyatların dışarıda bırakılması gerekebilir. Bu bakımdan kâidenin kapsamı içindeki hadiselerle ait hükümleri genel olarak bildirmesi yeterli görülmemekte olup, bu durum kâide (kural) olma niteliğine halel getirmemektedir.<sup>3</sup> Belirtilen bu özelliği sebebiyle kâidenin, içerisindeki bütün fertlerin genelini kapsayarak (ağlebî), aynı zamanda sürekliliği (ittıradî) sağlaması yeterli olmaktadır.<sup>4</sup> Bu nokta-

1 Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab* (Beirut: Dâru Sâdir, 1414), “kâd”, 3/357.

2 el-Bakara, 2/127.

3 Ebû Nasr Tâcüddîn Abdülvehhâb es-Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (Beirut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1411/1991), 1/11; Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed Seyyid eş-Şerîf el-Cürçânî, *Târîfat* (Beirut: Dârü'l-Fazile, 1403/1983), 171; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilaht-ı Fikhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967), 1/254.

4 Ahmet Yaman, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri”, *Marife* 1/1 (2011), 51.

dan bakıldığında, kendisinden hükmün anlaşılması konusunda birden çok meseleye etkili tikel vasıfların tamamında değil, nispi bir ekseyetinde fikhî kâide uygulama kabiliyeti bulmaktadır.<sup>5</sup>

Fikhî kâidelerin ortaya çıkışını Hz. Peygamber (s.a.) dönemine kadar götürmek mümkündür. Bu dönemde örneğin, zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur<sup>6</sup> gibi bazı veciz hadis-i şeriflerin varlığı (cevâmîu'l-kelim)<sup>7</sup> bu düşüncüyü desteklemektedir.<sup>8</sup> Kâideler, aynı anda birden fazla şer'î hükmü de ihtiva edebilmektedirler. Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eş'arî'ye gönderdiği hukuki açıdan değerli olan mektubunda '*delil iddia edene, yemin inkar edene düşer*' gibi bu nitelikteki bazı temel kâidelere yer verilmiştir.<sup>9</sup> İlk devirlerden itibaren İslâm hukukçuları ve mezheplerce hüküm çıkarma maksadıyla kâideler kullanılmış ve giderek yaygın kullanıma sahip olmuşlardır. Ayrıca fikhî kâidelerin fıkıh usulünün konusu olan şer'î deliller içerisinde belirli şartlar altında yer aldığını da söylemek gerekir.<sup>10</sup> Ali Haydar Efendi, İbn Nüceym'den menkul olarak, kâvaîd bilgisine sahip olanın fetvada müctehit derecesine ulaşabileceğini nakleder.<sup>11</sup> Küllî kâideleri yargı ve fetvada kaynak delil değil, yargı kararı ve fetvanın desteği olarak görmek gerekir. Fer'î bir meselede doğrudan çözüme küllî kâidelerle gitmek yerine, o meseleye ilişkin özel delillere dayanılması esastır.<sup>12</sup> Konu İslâm hukuku kaynaklarında hukuki sorumluluk başta olmak üzere ilişkili diğer alanlarla beraber ele alınmıştır. Çalışmamız hukuki sorumluluk odaklı olmakla birlikte, mukayeseye elverdiği ölçüde ceza ve diğer alanlara da temas edilmektedir.

## 1. CEVÂZ-I ŞER'İNİN DAMÂNA MÜNÂFİ OLUŞU KÂİDESİ

Ele alınan kâidede geçen cevaz kavramının açıklanması konunun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Cevaz, fiillerden sorumluluk ve günahı kaldıran mübah anlamında öncelikli bir kullanıma sahiptir. Hukuken yasaklanmamış olmasının yanı sıra, kendisini yapmanın zorunlu olmadığı durumları da ifade eder.<sup>13</sup> Sözleşmeler hukukunda vekalet gibi bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) sözleşmeler anlamında da kullanılmaktadır. Şer'î cevâz terim olarak ahkâm-ı şer'îyeye ait tahyîr ve mubahlığı ifade eder. Tahyîrde mükellef bir fiili yapmak veya onu terk etmek arasında serbest bırakılmıştır.<sup>14</sup> Ortaya çıkan zorluğun giderilmesi ihtiyacı olduğunda da cevaz hükmüne rastlanabilir.<sup>15</sup> Mubahta câizlik gizlenemez bir vasıf olmakta ve işlenmesi hâlinde de haram ve yasak vasfı bulunmadığından bir ceza ya da kusursuz sorumluluk hâlleri dışında hukuki sorumluluk terettüb etmemektedir. Câiz, aksi yöndeki ilişkisi nedeniyle yapılmasında zorunluluk olan vacipten ve de yapılması tavsiye edilen menduptan ayrılır.<sup>16</sup>

*Cevâz-ı şer'î*, mubahlığa geniş ve çoklu bir bakış açısı verir. Bir konunun mubahlığı, doğrudan hukukun/normun açık düzenlemesi veya zimnen kabul etmesi suretiyle ortaya çıkar. Esasen mubahlık başkasına zarar vermeyi öngörmez ve onu haklı hale getirmez. Zarar meydana getiren fiiller mubah olmakla câiz hâle gelmez.<sup>17</sup> Ali Haydar Efendi bu noktada avcılığın mubah olmakla birlikte insan ve hayvanlara çeşitli şekillerde zararlı olduğu durumlarda yasak hâle gelebileceğini ve işlenmesi halinde sorumluluğun söz konusu olabileceğini söyler.<sup>18</sup> Sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler hukuka uygunluk sebepleri olarak ortaya çıkar. Bu sebeplerin varlığı hâlinde ya hukuka aykırılık işlenmesi ortadan kalkmakta veya çeşitli hukuka uygunluk sebepleri mevcut bulunmaktadır.

Hukuka uygunluk sebepleri arasında, görevin ifası, meşru müdafaa, zaruret hali ile hak sahibinin rızası yer alır.<sup>19</sup> Görevin ifasını pozitif hukukun emir ve yasaklarına uyma ve kanuni emir şeklinde anlamak gerekir. Bu kapsam içerisine geniş anlamda bir hakkın kullanılmasını dâhil etmek gerekir.<sup>20</sup> Meşru müdafaa da hukuka uygunluk nedenlerindedir. Ancak meşru müdafaa'nın haklı bir nedene dayanması için bazı şartları taşıması gerekir.<sup>21</sup> Haksız saldırıya karşı korunan meşru hakkını zorunlu olarak savunmak durumunda olan kimsenin bu saldırıyı defedecek ölçü ve sınırı aşmaması gerekir.<sup>22</sup> Hukuki sorumluluk açısından Türk Borçlar Kanunu (TBK), hakkını savunmak durumunda kalan kişinin ancak onu korumak için başka bir yol kalmamasının tazmin sorumluluğunu bertaraf edeceğini, açık ve yakın zarar tehlikesine karşı işlenmesi durumunda ise, hakkaniyet ölçüsünde tazmin imkân vereceğini belirterek konuyu düzenlemiştir.<sup>23</sup>

Diğer bir hukuka uygunluk sebebi ise zaruret. Zaruret, yasak olanın yapılmasını câiz kabul etmeye neden olan önlenemez zorluk ve tehlike olarak tanımlanabilir. Zaruret mutlak olarak tazmin sorumluluğundan kişiyi kurtarmamakta, hâkim, hakkaniyete uygun bir şekilde zararın karşılanmasına karar verebilmektedir.<sup>24</sup> Prensipde bu zorlayıcı durum geçici ve istisnâdır. Örneğin aklıktan bir başkasına ait hayvanı keserek onu yemek suretiyle kendisini ölümden kurtaran bir kimse için bu yönde bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur.<sup>25</sup>

5 Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, *Ğamzu uyûni'l-beşâir* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1405 / 1985), 1/51.

6 Muvatta, "Akdiye", 31; İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Ahmed b. el-Hanbel, *Müsned*, thk. Şuayb el-Arnaut/Âdil Mürsid (Beyrut: Müessesü'r-Risâle, 1421/2001), 5/55.

7 Cevâmîu'l-kelim: Hz. Peygamber'in veciz sözlerini ve kendisinin veciz konuşma özelliğini ifade eden tabir. M. Yaşar Kandemir, "Cevâmîu'l-kelim", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/440.

8 Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/78.

9 Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri", 53; Bakır, "Kaide", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24/207.

10 Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri", 58, 67.

11 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/37.

12 Bakır, "Kaide", 24/208.

13 Ebü Abdillâh Bedrüdî Muhammed ez-Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâidi'l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-Evkaf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1405/1985), 2/7; Ekrem Koç, "İslâm Hukuk Usûlünde Cevaz Kavramı", *Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4/1 (2018), 192.

14 Ebü Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, *el-Mustasfa* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1413/1993), 59-60; İbrahim Kâfi Dönmez, "Mubah", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 30/341.

15 Zerkeşî, *el-Mensûr*, 2/7.

16 Ali Bardakoğlu, "Câiz", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/27.

17 Schacht, "Ibâha", E12 (Schacht, J., "Ibâha", in: *Encyclopaedia of Islam*, Second Edition, Edited by: P. Bearman, Th. Bianquis, C.E. Bosworth, E. van Donzel, W.P. Heinrichs. Consulted online on 12 January 2021 [http://ekaynaklar.mkutup.gov.tr:2097/10.1163/1573-3912\\_islam\\_SIM\\_3015](http://ekaynaklar.mkutup.gov.tr:2097/10.1163/1573-3912_islam_SIM_3015) First published online: 2012) (e.t. 15.11.2021, saat: 00:19).

18 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/78.

19 *Mevsû'atü'l-fikhiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1404/1427), 28/294; Ali el-Hafif, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî* (by.: 1971), 225 vd.

20 Ömer Hilmi Efendi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, Medrese-i Hukuk 5. kısım (İstanbul: Matbaa-i Mekteb-i Sanayi-i Şâhâne, 1298/1885), 81 (Mecelle md. 81); Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 198 vd.; Bk. TBK, md. 64 ve TCK, md. 25.

21 Alaudin Ebu Bekr el-Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i fi tertîbi's-serâ'i* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1406/1986), 7/93; Gazzâlî, *el-Veciz fi fikhi'l-İmami's-Safî* (Beyrut: Dârü'l-Erkâm, 1418/1997), 2/185; Abdürrahman b. Salih Abdüllatif, *el-Kâide ve'd-davâbit el-Fikhiyye el-Mütezzammîne li't-Teyis* (Medine: el-Câmiatü'l-İslâmiyye, 1423/2003), 1/421-422.

22 İbrahim Kâfi Dönmez, "Meşru Müdafaa", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2004), 29/386; Yılmaz Yurtseven, "İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Müdafaa", *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, ed. Fethi Gedikli (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2016), 1/759-760.

23 TBK, md. 64 (eBK, md. 52).

24 Ünal, Haksız Fiil, 196.

25 Muhammed Mahmud Ducan el-Amuş, *Mevânî'u'd-damân fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Amman: Ürdün Üniversitesi Doktora Tezi, 2005), 244 vd.

Denizcinin batma tehlikesine karşı bazı yükleri gemiden denize atması da esasen zaruret sebebiyle câiz olmakla beraber aynı zamanda tazmin sorumluluğu da doğmaktadır. Evinin yakınında yangın çıkan kişi kendisine yakın duvar, ağaç ve evi yangın sıçramaması için yıksa, bu fiili onun için câiz ancak kamu otoritesi ve mal sahiplerinden izinsiz olduğunda değerinin tazmin edilmesi gerekecektir.<sup>26</sup> Türk Medeni Kanunu da benzer durumlarda hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedelinin istenebilmesine imkân vermiştir.<sup>27</sup>

Bir yerde hukuken geçerli kurallar veya yetki sahiplerinin emir ve izinlerine dayanan uygulama esasen hukuka uygunluk sebebine dayanmakla birlikte, emrin veya iznin konusu da câiz olmalıdır. İslâm-Osmanlı hukuku kaynaklarında bu konudaki örneklerle<sup>28</sup> bakıldığında günümüzde *kanuni emir* adı verilen kavrama ulaşılmış olduğunu görürüz. Bundan dolayı birinin eşyasını yakmak emrinin sonucu olarak meydana gelen zarar, ayrıca ceza sorumluluğu da gerekip gerekmediği meselesi hakkında, emri yerine getiren tarafından tazmin edilir. Emrin konusunun câiz ve meşru olmadığı durumlarda, ortada zorlayıcı nitelikte haklı nedenler de yoksa, hukuka aykırı emri yerine getiren hukuki sorumluluğu üstlenir. Bu konuda özellikle doğrudan zarar ika edenin kastı olmasa da zararlı fiilinin sonuçlarına katlanacağı ve mücbir sebep olmadıkça fiilin sorumluluğunun emredene değil, emri yerine getirene ait olacağı ve de başkasının mülkünde tasarrufla emretmenin batıl olacağına dâir Mecelle hükümlerinin göz önüne alınması gerekecektir.<sup>29</sup>

Bazı hâllerde bir konuda hukuken tasarruf yetkisine sahip olanın izni de o konuya has özel yetkinin varlığı sebebiyle, hukuka uygunluk sebeplerinden kabul edilebilir.<sup>30</sup> Bu bağlamda zarara uğrayan tarafından rıza gösterilmesi, mağdurun muvafakati veya hak sahibinin izni bazı fiillerde hukuka aykırılığı ve dolayısıyla tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.<sup>31</sup> Bu izin açık yahut örtülü (zımnî) olabilmektedir.<sup>32</sup> Mecelle yasağın açık olduğu durumlarda delâlete itibar edilmeyeceğini belirtilmiştir.<sup>33</sup> Sonradan verilen icazete de başta verilmiş izin anlamı yüklenmiştir. Ancak Hanefilerde sözlü meydana gelen akdi tasarruflardan farklı olarak, itlaf gibi fiili tasarruflarda sonradan izin geçerli görülmez.<sup>34</sup> Alıcının ayıplı malı kullanması bu şekilde yorumlanmakta ve muhayyerlik hakkını sona erdirmekte, ayrıca tazmin sorumluluğuna engel olmaktadır.<sup>35</sup> Osmanlı-Türk hukukunda rızanın sorumluluğa etkisi, ağırlıklı olarak tıbbi müdahale ekseninde tartışılmış ve şartlarını hâvi hekim müdahalesi yanında, hasta veya duruma göre hasta yakınlarının izin ve rızasının alınmış olması müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmiştir.<sup>36</sup>

## 2. DAMÂN KAVRAMI VE SORUMLULUK

Lügat anlamı olarak *damân* bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme anlamlarına gelir.<sup>37</sup> *Damânın* terim olarak farklı birçok anlamda kullanıldığı görülür. Bu anlamlardan yola çıkılarak kefalet, damân olarak adlandırılmıştır. Çünkü kefalette kefil, kefil olduğu şahsın zimmetini kendi zimmetine borcun talebi yönünden dâhil etmektedir.<sup>38</sup> Bazı kitaplarda kefalet konusu *bâbü'd- damân* başlığı altında verilmiştir. Damân, Mâlikîlerde başkasının zimmetindeki bir hakla meşgul olma şeklinde ifade edilmiştir.<sup>39</sup> Şafililerde benzer bir yaklaşımla başkasının zimmetindeki borçlanma, bu suretle borçlanılan ve de yüklenilen şeyin kendisi anlamlarında ele alınmıştır.<sup>40</sup> Hanbelîlerde ise, bir hakkın borçlanılması hususunda kefilin zimmetinin kefil olunana ilave edilmesi şeklinde ifade edilmiştir.<sup>41</sup> Şâfiî ve Hanbelîlerde sözleşme kaynaklı emin vasfiyle elde bulundurmada taksir ve teaddi sonucu ortaya çıkan sorumluluk veya gasp ve itlafdan doğan tazmin borcu ile damân kavramı irtibatlı kullanılmıştır. Kefaletle ilişkilendirilmesi dışında genel anlamda borçlanma ve borçlu olma (iltizam) manasına kullanıldığını görüyoruz.<sup>42</sup> Bu borçlanma sözleşmelerden, gasp ve itlaf ve de bir mal üzerindeki elin (fiili hakimiyetin) vasfından doğmaktadır.<sup>43</sup> Gasp ve itlaf dışında başkasının malını muhafazada kusurlu davranış ve onu ayıplı hâle getirmek gibi sebeplerle de damân sorumluluğu ortaya çıkabilir. Damân, ödenmesi gerekli şeyin zimmeti meşgul etmesi olarak anlaşıldığında, ödenmesi gerekli olup da yerine getirilmemiş veya temerrüde uğratılmış bir borcun *ta'viz* kabilinden ödenmesi olmaktadır.<sup>44</sup> Telef olan bir şeyin misli (benzeri) veya kıymetinin (değeri) tazmin edilmesi olarak zimmette oluşmuş borçluluk vasfı *damânı* ifade eder.<sup>45</sup> Başkasına verilen zararın tazmin borcu olarak, o şeyin kıymetini yahut ondaki noksanlığı üstlenmek, menfaat kaybına ilişkin olarak verilen bir zararını gidermek, başkasına verilen zarara kanunun *yüklediği* borç şeklinde tanımlara da rastlamak mümkündür.<sup>46</sup> Mecelle'de de bir şeyin misli yahut kıymetini yük-

26 Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi*, Ed. Mahmut Samar-Yayına Hazırlayanlar: Yeyssel K.Bilgiç, Oğuzhan Orhan, Süleyman Tepe, Ali Karakoyun, İstanbul: hikmetevi yayınları, 2020), 99-100; Osman Öztürk, *Mecelle'nin Külli Kaideleri ilk 100 madde* (İstanbul: Rağbet Yayınları 2019), 34; Bk. Mecelle, md. 28, 29, 919.

27 TMK, md. 753 (eMK, md. 677).

28 Osmanlı uygulamasında dilekçe ile yetkili makamdan izin talep etmeye yönelik birçok örnek ve buna ilişkin kayıt bulunmaktadır. Bk. Mehmet Aykanat, *Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 199.

29 Mecelle, md. 89, 92, 95, 912, 1007, 1510 (Ali Himmet Berkî, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)*, Metni ve Açıklamaları Kontrol Eden A. H. Berkî, 2. Baskı (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979); Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 3/2575; Ali Himmet Berkî, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku* (Ankara: Diyanet İşleri Reisiği Yayınları, 1955), 105; *Mevsû'atü'l-fikhiyye*, 28/295.

30 Örnekler için bk. Ebû Muhammed Gayâsüddîn Gânim b. Muhammed el-Bağdâdî, *Mecma'ü'd-ğamânât*, thk. Muhammed Ahmed Serac-Ali Cum'a Muhammed (Kahire: Dârü's-Selâm, 1999/1420), 1/384.

31 Ahmet Ekşi, "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçlar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 17 (2011), 356; Krş. TBK, md. 63/II.

32 Kemal Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*, İkinci Baskı (İstanbul: İFAV Yayınları, 2013), 108.

33 Mecelle, md. 772.

34 M. Âkif Aydın, "Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf", *Hukuk Araştırmaları MÜHF* 5/1-3 (1990), 73; Mecelle, md. 1453.

35 Ünal, Haksız Fiil, 184.

36 Ali Kaya, "İslam Hukukuna Göre Hekimin Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Ceza Sorumluluğu", *İslami Araştırmalar Dergisi* 17/4 (2004), 295; Ekşi, "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları", 362; Süleyman Emre Zorlu, *Osmanlı Tıp Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 255 vd.

37 İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, 13/260.

38 Ebû'l-Fazl Meccüddîn Abdullâh b. Mahmûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'lîi'l-Muhtâr* (Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937), 2/166; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 6. Baskı (İstanbul: Ensar Yayınları, 2016), 89.

39 Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed el-Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi muhtaşarı Halîl*, 3. Baskı (Dârü'l-Fikr: 1412 / 1992), 5/96, 99, 99.

40 Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirînî, *Muğni'l-muhtâc* (Beirut: Dârü'l-Ma'rife, 1418 / 1997), 2/257.

41 Ebu Muhammed Muvaffaküddin Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğni* (Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1388/1968), 4/399; Ebû'l-Hasen Alâüddîn Ali b. Süleymân el-Merdâvî, *el-İn:âf*, 2. Baskı (Beirut: t.y.), 5/209 vd.

42 Ahmed b. Muhammed el-Feyyûmî, *Misbahu'l-münir fi ğaribi's-Şerhi'l-Kebîr* (Beirut: Mektebetü'l-İlmiyye, ts), 2/364, 536.

43 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/58, 4/112; Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye* (by: t.y.), 218, 219; M Âkif Aydın, "Gasp", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13/387.

44 Ali el-Hafîf, *Damân*, 5 vd.

45 Ebû'l-Kâsım Abdülkerîm b. Muhammed el-Kazvîni er-Râfi, *Fethu'l-azîz fi şerhi'l-Vecîz* (Dârü'l-Fikr: t.y.), 11/242 vd.; Hamevî, *Ğamzu uyûnül-besâr*, 4/7; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkani, *Neylül-evşâr* (Mısır: Dârü'l-Hadis, 1413/1993), 5/383; Şeyh Bedreddin, *Yargılama Usulüne Dair Câmiu'l-Fusûleyn*, Ed. Hacı Yunus Apaydın (Ankara: T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2012), 828; Hamza Aktan, "Damân", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8/451.

46 Ahmed b. Muhammed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâidü'l-fikhiyye*, 2. Baskı (Dimaşq: Dârü'l-Kalem, 1409/1989), 431; Vehbe ez-Zuhayli, *Nazarîyyetü'd-ğamân* (Dimaşq: Dârü'l-Fikr, 1998), 22; Ahmed Hafiz Musa, *ed-Damân fi uqudül-emanât fi'l-fikhi'l-İslâmî ve tatbikatihî'l-muasıra* (Amman: Ürdün Üniversitesi, Doktora Tezi, 2005), 11; Misli; çarşı ve pazarda benzeri bulunan standart mal, Kıymet; çarşı ve pazarda dengi bulunmayan mal, Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 381, 310.

lenmek olarak tanımlanmıştır.<sup>47</sup> İtlaf sorumluluğunda telef edilenin veya başkasına verilen zararın bu şekilde tazmin edilmesi gerekli olmaktadır.<sup>48</sup>

Hukukun temelinde esas olan başkasına zarar vermemek ve verilmiş olduğunda da o zararı gidermektir. Araştırma konumuz olan *cevâz-ı şer'î*'nin tazmin sorumluluğuna engel olması, esasen '*zarar giderilir*'<sup>49</sup> temel kâidesinin önemli bir istisnasıdır. Zarar doğduğu halde bunun giderilmesinin gerekmediği bir durum olarak *şer'î cevâz* (hukuka uygunluk hâli) ortaya çıkmaktadır.<sup>50</sup> Şer'î-kanuni cevaz olmasaydı '*zarar giderilir*' temel kâidesi işleyecek ve tazmin sorumluluğu meydana gelecekti. Ayetlerde haksız saldırıya ve tecavüze dengi ile karşılık vermek, misli ile cezalandırmak, haksızlığa uğrayanın hakkını araması, bunda denkliğin gözetilmesi hep vurgu yapılan hususlardandır.<sup>51</sup> Zararın tazmininde denklik, altı çizilen hususlardan olmuştur. İslâm tazminat hukukunun en temel prensiplerinden birisi, zararın giderilmesinde zararın doğumundan önceki duruma imkân ölçüsünde dönülmesi olup, bu ilkesel yönlendirme çerçevesinde konu ele alınır.<sup>52</sup>

Hz. Peygamber'in (s.a.) "*El (kişi) aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur*", "*Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur*" ve ayrıca Hz. Aişe (r.a.)'nın bir yemek kabını dökmesi üzerine, "*Kaba karşılık kab ve yemeğe karşılık yemek*" şeklindeki hadisleri tazmin sorumluluğu ve bunun şekli konusuna işaret etmektedir.<sup>53</sup> Hz. Aişe (r.a.) hadisinden, tazminde misli mal söz konusu olduğunda, tazminatın malın misli üzerinden cereyan edeceği ve yiyecek, içecek ile ölçülerek satılan malların da bu kapsamda misli mal kabul edileceği anlaşılmaktadır.<sup>54</sup> İlk hadis-i şerif bir malı mülk ve emanet sorumluluğu dışında alanın onu geri vermesi gerektiğini ve geri verinceye kadar da onun tazmin sorumluluğu altında olduğunu bize anlatır. Bu naslardan, zarar vermenin baştan itibaren hukuk düzenince kabul görmeyeceği, ancak zarar oluşmuş ise bunun da hukuk kuralları içerisinde tazmin edilerek ve ilk durum gözetilerek denkleştirilmesi gerektiği, bunun dışında ölç ve intikam duygusu ile hareket etmenin yasaklanarak karşı tarafa zarar verme çabasının bir tazmin yöntemi olmadığını anlaşılmaktadır.<sup>55</sup>

### 3. KÂİDENİN HUKUKİ TEMELİ VE UYGULAMADAKİ YERİ

İslâm hukukunda kâidelerin bazen bir nastan alındığı yahut delillerin ta'lim edilmesi ile hayata geçirildiğini görüyoruz. Ele aldığımız kâidede, doğrudan bir fiil veya kusurlu hareketle gerçekleşmiş zararın giderilmesi gerekmele birlikte, hukuki bir engelin var olması hâlinde tazmin sorumluluğuna gidilemeyeceğine işaret edilmektedir. Tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin arkasında bir kanun, nas yahut şer'î delil vardır ki, bütün bu durumlarda hukuki sorumluluk kalkar veya azalır. Bu yöndeki ayetlerden kişinin meşru bir hakkını kullanması ile hukuken meşru çerçevede ve izinle hareket ettiğinde kendisi için sorumluluğun doğmayacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeple ele aldığımız kâidedeki *cevâz-ı şer'î*'nin temeli ayetlerle atılmış durumdadır.<sup>56</sup>

Kural olarak hukuka aykırı bir tasarrufla bir başkasına doğrudan (mübaşeret) veya dolaylı olarak (tesebbüben) zarar veren bu zarardan sorumludur.<sup>57</sup> Ele aldığımız kâide bakımından teaddinin (hukuka aykırılık) yol açtığı zarar, hukuka uygunluk sebeplerinden istifade etmiyorsa tazmin konusu olabilecektir.<sup>58</sup> Bu kâideye ilişkin şer'î delil olabilecek hadislerle konu olmuş bazı olaylardan bahsedilebilir. Bir adam bir başkasının elini ısırıştı. Eli ısırılan, diğerinin ağzından hızla elini çekti. Bu yüzden ısırılanın iki dişi döküldü. Bu konuda ihtilaf etmeleri üzerine Hz. Peygamber'e (s. a.) başvurdular ve Hz. Peygamber (s.a.) ısırın kişiye, "*Biriniz diğerinin elini erkek deve gibi ısırılmaya mı kalktı? Bunun için sana diyet yok!*" buyurdular.<sup>59</sup> Burada ısırmanın davranışının hukuken korunamayacağına işaretle kendisine diyet verilmeyeceği ve diğer tarafın da kendisini koruma gibi haklı bir nedenle yaptığı hareketten dolayı tazminat sorumluluğuna muhatap olmayacağı anlaşılmaktadır.<sup>60</sup> Bir başka hadis-i şerifte, Ebû Hüreyre (r. a.) şöyle dedi: Rasulullah'a (s. a.) bir adam geldi ve:

- Yâ Rasulallah! Bir kişi gelip malımı almak isterse ne yapayım? dedi. Rasul-i Ekrem:
- "Ona malını verme" buyurdu.
- Benimle savaşmaya kalkarsa ne dersin? diye sordu;
- "Sen de onunla savaş" cevabını verdi.
- Adam beni öldürürse? dedi; Peygamberimiz:
- "Sen şehit olursun" buyurdu.
- Peki ben adamı öldürürsem? deyince, Peygamber Efendimiz:
- "O Cehennemdedir" buyurdu.<sup>61</sup>

Bu hadislerde kişinin malını ve kendisi koruma düşüncesi ile meşru savunma hakkının varlığına işaret edilerek, bu hakkını kullanırken kendisine zarar tazmini yaptırımı dâhil hukuki ve cezai bir sorumluluğun uygulanmayacağına işaret edilmektedir.<sup>62</sup>

47 Muhammed Emin b. Ömer ibn 'Abidin, *Reddül-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr* (Beyrut:Dârü'l-Fikr, 1412/1992), 4/516; Mecelle, md. 416; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/448.

48 Şevkanî, *Neylül-evtâr*, 5/384, 386; Mustafa b. Ahmed b. Muhammed ez-Zerka, *el-Medhalül-fikhi'l-âmm*, 2. Baskı (Dimaşk: Dârü'l-Kalem, 1425 / 2004), 2/1035.

49 Mecelle, md. 20; İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Muvatta'; "Akdiye", 26.

50 Bk. Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 449; Abdüllatif, *el-Kavâid ve'z-zavâbit*, 1/415; Muhammed Sıdkî b. Ahmed b. Muhammed, *el-Vecîz fi izâhi kavâidi'l-fikhiyyeti'l-küllüyye*, 4. Baskı (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1416/1996), 362.

51 Bk. el-Bakara, 2/188, 194; en-Nahl, 16/126; eş-Şuarâ, 42/40; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr el-Kurtubi, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'an* (Kahire: Dârü'l- Kütübü'l-Misriyye, 1384/1964), 2/355, 357; 10/202; 16/41.

52 Muhammed Mustafa eş-Şelebî, *el-Medhal fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 10. Baskı (Beyrut: Dârü'l-Câmia, 1405/1985), 336-337 (bk. 337 dn. 1).

53 Buhârî, "Mezâlim", 34; İbn Mâce, "Sadaqât", 5; Tirmizî, "Büyü", 39; "Ahkâm", 23; Ebû Dâvûd, "Büyü", 92; Şevkanî, *Neylül-evtâr*, 5/385.

54 Şeyh Bedreddin, *Camiu'l-Fusûleyn*, 835 vd.

55 M Âkif Aydın, "Haksız Fiil", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 15/211.

56 Fethi ed-Düeyni, *Buhûsun mukârene fi'l-fikhi'l-İslâmî ve uşûlihi*, 2. Baskı (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1429/2008), 2/84-87.

57 Zuhayli, *Damân*, 25; Mecelle, md. 92 ve 93.

58 Zuhayli, *Damân*, 24.

59 Buhârî, "Diyât", 18; Müslim, "Kasâme", 19; Tirmizî, "Diyât" 20; Nesâî, "Kasâme", 17.

60 Abdüllatif, *el-Kâide ve'z-zavâbit*, 1/421.

61 Müslim, "İmân", 225, 226; Ayrıca bk. Buhârî, "Mezâlim", 33; Ebû Dâvûd, "Sünnet", 29; Tirmizî, "Diyât" 21; Nesâî, "Tahrîm" 22, 23, 24; İbni Mâce, "Hudûd", 21.

62 Ebû'l-Fazl Şihâbüddin Ahmed b. Alî b. Muhammed ibn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-bârî bi şerhi Şahîhi'l-Buhârî* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1379), 9/691.



*Cevâz-ı şer'î*'nin tazmin sorumluluğunu bertaraf ettiği kâidesi Hanefi kaynaklardan mülhem olarak Mecelle'de külli kâideler arasında yer almıştır.<sup>63</sup> Diğer mezheplerde farklı lafızlarla ancak benzer muhtevada kâidelere rastlanır. Mâlikîlerde bir mubahtan doğan veya geçerli bir izne dayanan hukuki yahut fiili tasarruflar sebebiyle sorumluluk doğmayacağı kural ve yorumları mevcuttur.<sup>64</sup> Satış sözleşmesi kapsamında tehlike ve risk taşıyan konular, örneğin at ve diğer hayvanlar ile kılıç gibi aletlerin yol açtığı zarardan tarafların ve evdeki hizmetçinin (işçinin) izinli olarak yaptığı tasarruflarından sorumlu tutulamayacağı, hekimin hasta üzerinde yaptığı muayene ve tedavideki uygulamalarının sonucu olarak vuku bulan ölüm ve yaralamadan kısas sorumlusu olmayacağı belirtilir. Diyet konusunda ise iki görüşten birine göre, görevinin verdiği genel izin veya hastanın onayı sebebiyle hekime diyet gerekmeyeceği bu anlayış çerçevesinde dile getirilmiştir.<sup>65</sup> Şafîîlerde izinli olunan şeylerin sorumluluk gerektirmeyeceği ifade edilir. Kısas cezalarının infazı sebebiyle meydana gelen diğer organlara sirayetini verdiği zarar da bu sebeple tazmine konu olmamaktadır. Çünkü bir şeye rızanın, ondan doğan şeylere de rıza anlamına geleceği kabul edilmiştir.<sup>66</sup> Hanbelîlerde ise bazı örneklerden yola çıkarak benzer sonuçlara ulaşmak mümkün olmaktadır. Örneğin, kişinin evindeki yangının komşu alana kıvılcımla sıçraması, hayatın olağan akışına uygun olması ayrıca ifrat ve teaddinin olmaması şartları ile sorumluluk doğurmamaktadır. Mahremiyete riayet ederek pencere olmaksızın geçiş amaçlı izinsiz de olsa patika açılması, yine bu sebeple sorumluluğu gerektirmeyecektir.<sup>67</sup>

Bu kâidenin birçok meselede uygulamasına rastlamak mümkündür. Örneğin, bir kimsenin kendi mülkünde veya kamuya ait yerde izinli olarak kuyu açması durumunda, buraya düşerek telef olan canlılar veya başka surette oluşan zarardan kuyuyu kazan sorumlu olmamaktadır.<sup>68</sup> Çünkü insanın kendi mülkünde bunu yapması câiz olan tasarruflardandır.<sup>69</sup> Yine Mecelle'de yer aldığı şekliyle miktar ve türü belirlenerek yük taşımak üzere bir hayvanın kiralanması halinde, üzerinde anlaşılardan farklı ancak miktar ve etki kabiliyeti ve zarar verme özelliği ile ilk belirlenene denk veya daha az bir yük yüklendiğinde, başkaca teaddi ve taksir olmaksızın hayvan bir zarara uğradığında, sözleşme şartlarına uygunluğun *cevâz-ı şer'î* kabulüyle tazmin sorumluluğu doğmayacaktır.<sup>70</sup> Had ve ta'zir cezalarının uygulamasından kaynaklanan tazmin sorumluluğu genel prensip olarak söz konusu değildir.<sup>71</sup> Hamal gibi işinde fiilinin eseri olmayan işçinin işverene ait kendisine zimmetli malı ücret alacağı için hapsedmeye hakkı olmayıp, bunu yaptığı vaki olan zarar tazminle yükümlü olmaktadır. Ancak terzi gibi işinde emeğinin eseri olan işçinin bu fiili mal üzerindeki hapis hakkı sebebiyle câiz görülür ve sorumluluk doğmaz.<sup>72</sup>

#### 4. KÂİDENİN SINIRLARI

*Cevâz-ı şer'î* kâidesinin uygulama imkânı bakımından önemli olan husus câiz olan işin selamet kaydıyla sınırlanmamış olmasıdır. Zarar verici davranışları hem yapmak yasak ve hem de yapıldığında zarar doğmuşsa bunun tazmini gerekir. Ancak yasak olmadığı hâlde, yapıldığında tazmin sorumluluğu doğmaması için de ayrıca başkasının zarar görmemesi gerekir. Buna kısaca 'selamet şartı' adı verilir.<sup>73</sup> Örneğin insanın kendi mülkündeki tasarrufları hem yapmanın yasak olmadığı hem de yapıldığında başkasına zarar vermeme şartının bulunmadığı türden tasarruflardır. Bu olayda başkası zarar görmüş olsa dahi tazmine konu teşkil etmez.<sup>74</sup> Hakların kullanımında kişinin dürüstlük (objektif iyiniyet) kurallarına uygun hareket etme ve hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek davranışlardan sakınması gerektiği Türk Medeni Hukunun da temel kabulleri arasında yer alır. 743 sayılı eski Medeni Kanun "Bir hakkın sırf gayri ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez." hükmünü getirmişti. Selamet kaydının varlığı da esasen bu kuralların geçerli olduğu durumlara işaret etmektedir.<sup>75</sup>

Selamet kaydı kavramını izahı sadedinde bazı örnekler verilebilir. Kamuya açık yollar bir yönüyle kişinin kullanımına ve aynı zamanda diğer kişilerin de kullanımına açıktır. Ancak bu yollardan yürümek, araç kullanmak ve başka şekillerde istifade etmek herkes bakımından başkalarının selamet şartı ile mukayyettir. Her bir ferdin başkasını etkileyen tasarruflarda bulunurken, diğer insanlara zarar vermeme sınırı mubahlığın sınırını oluşturmaktadır. Bu da herkes için diğerlerinin güvende kalmasını sağlama sorumluluğunu, kısaca *selamet şartını* ortaya koymaktadır. Kişinin *cevâz-ı şer'î* alanında kalarak hakkını kullanma hürriyeti ile başkasına dâir selamet şartı aynı anda var kabul edilir.<sup>76</sup> Hanefîlerde vacip olan hususlar doğal olarak *cevâz-ı şer'î*'nin kapsamına girmekte, ancak daha ziyade mubah alanlarda selamet şartının varlığı aranmaktadır.<sup>77</sup>

Hukuka uygunluk sebeplerinden görevin ifası selamet şartıyla mukayyet değildir. Örneğin cezası ölüm olmayan hadlerin ifası esnasında gerekli tüm tedbirlerin alınmasına rağmen meydana gelen ölümden cezayı infaz eden sorumlu tutulmaz. Ölenin kanı *heder* kabul edilir. Görevin icrası esnasında görevin gerektirdiği liyakati hâiz ve tüm tedbirlere uyulmuş olması sorumluluğu ortadan kaldıracı bir etkiye sahiptir.<sup>78</sup> Görevin ifası kadar güçlü olmayan sebeplerle yapılan benzeri eylemlerden doğan tazmin sorumluluğunda, kaçınılması mümkün olanların selamet kaydına tâbi olması, bu şekilde olmayanların tâbi olmaması esastır. Örneğin kişinin terbiyesi altındaki kişilere yönelik zarar verici davranışlarının bir sınırı vardır. Yukardaki ceza infazına kıyasla ifası mutlaka gerekli, vacip bir görev olarak görülmezler. Bu esnada her ne şekilde olursa olsun ölen yahut zarar görenin kanı *heder* olmaz.<sup>79</sup>

63 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/180.

64 Ebû Ömer Cemâlüddîn Yûsuf b. Abdillâh b. Muhammed ibn Abdilber en-Nemerî, *et-Temhîd limâ fi'l-Muvatta' mine'l-me'ânî ve'l-esânîd* (Mağrib: 1387), 4/189.

65 Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Karâfî, *ez-Zahîre* (Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994), 12/257; Amuş, *Mevâni'u'd-damân*, 241 vd.

66 Zerkeşi, *el-Mensûr*, 3/163; Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref en-Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttakîn*, 3. Baskı (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1412/1991), 9/165; Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (Beyrut: Dârü'l-Kutubi'l-Arabi, 1411/1990), 199-200; Gazzâlî, *el-Veciz*, 2/185; Abdülatîf, *el-Kâide ve'z-Zavabit*, 1/416, 424.

67 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/425-426.

68 Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 449; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/180; A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Sebil Yayinevi, 1993), 156; Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-Fusûleyn*, 822.

69 Ömer Hilmi Efendi, *Mirâtü'l-Mecelle*, 81. (Mecelle, md. 91)

70 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-Fusûleyn*, 887; Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 449; Mecelle, md. 605; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/854.

71 Hamevî, *Garzu uyûni'l-besâir*, 3/249; Gânim el-Bağdâdî, *Mecma'u'd-damânât*, 1/384.

72 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-Fusûleyn*, 909; Mecelle, md. 483, 482; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/724 vd.

73 Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed es-Serâhsî, *el-Mebsû'ât* (Beyrut: Dârü'l-Marife, 1414/1993), 9/65; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 6/265; 7/280.

74 Bk. Mecelle, 924, 1196 ve devamı maddeler; Selim b. Rüstem Baz, *Kitabü'l-Mecelle Şerhi* (Beyrut: Matbaatü'l-Edebiyye, 1923), 59-60; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 2/ 925-925.

75 Bk. TMK, md. 2; eMK, md. 2/2; Krş. Mecelle, md. 33.

76 Ebû'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr el-Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî* (Karaçi: İdaretü'l-Kur'an ve'l-Ulümü'l-İslâmiyye, 1417), 8/130; 4/197.

77 İbn 'Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, 6/597; Abdülatîf, *el-Kâide ve'z-Zavabit*, 1/423.

78 Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 449; Gazzâlî, *el-Veciz*, 2/185; M. Reşit Belgesay, *Mecellenin Külli Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri* (İstanbul: İsmail Akgün, 1947), 35.

79 Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed ibn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1418 / 1997), 5/82.

Başkalarının haklarının taalluk ettiği konularda selamet şartı genelde var kabul edilmiştir. Kamunun genel kullanımına açık yol ve mekanlarda bu özellik sebebiyle selamet şartı söz konusu olmaktadır.<sup>80</sup> Cemaatten birinin yahut görevlinin mescide kandil asması ile dışarıdan birinin bunu yapması arasında sorumlulukta bu yönden bir fark görülmüştür. Ebu Hanife'ye göre dışarıdan birinin bunu yapması selamet kaydı gerektireceği için tazmin sorumluluğu doğacaktır.<sup>81</sup> İmameyn ise Allah'a yaklaşma kasdı bulunduğu için selamet şartı ileri sürülemez ve dolayısıyla dışarıdan birine de tazmin sorumluluğu doğmaz.<sup>82</sup> Mâlikîlerde bazı fiillerde selamet şartının varlığı kabul edilir. Örneğin ta'zir ile hadlerde bu bakımdan fark vardır. Ta'zir hadlerden farklı olarak içtihadı dayalı olduğu için selamet şartı var kabulü ile ta'ziri uygulayanın âkilesine sirayet dolayısıyla diyet gerekecektir.<sup>83</sup> Şafîiler câiz olan fiillerde selamet şartının tazmin sorumluluğunda etkili olduğunu kabul ederler. Ta'zirda Mâlikîler gibi düşünerek sonucun selamet şartına tâbi olduğunu ve dolayısıyla bu şart gerçekleşmediğinde tazmin sorumluluğunun doğacağını<sup>84</sup> uzuv kisasında da İmameyn gibi düşünerek, sirayet ederek ölüme sebebiyet verilmesi durumunda, baştan izinli olunması sebebiyle selamet şartının bulunmadığı ve dolayısıyla tazmini gerektirmeyeceğini söylerler.<sup>85</sup>

## 5. KÂİDENİN İSTİSNALARI

Umumi olarak kâidelerin bir meseledeki hükme delaleti ağırlıca yoluyla, yani kapsadıkları fertlerin ekserisini hükme dâhil etmek suretiyle olur.<sup>86</sup> Ancak zahirde kâidenin önerdiği hükme dâhil gibi görünen bir meseledeki hüküm, bazen istisna kabul edilerek bu hükümden dışarıda bırakılabilir. Diğer bir grup ise, gerçekte meseleye dâhil olduğu konusunda tereddüt bulunmayan ve zahirde meseleye dâhil olduğu kabul edilenlerdir. Bunların şer'î bir sebepten kuralın dışında olmaları hâli istisnaidir. Bir nâss bunları istisna tutmasıyla veya istisna tutulan başka benzerleriyle ilişkisi sebebiyle akli bir yorum yapılarak istisna edilirler.<sup>87</sup> *Cevâz-ı şer'*in damâna münafi olması kâidesinin de bu çerçevede bazı istisnaları olmaktadır. Gerçekte başkasının malının itlaf edilmesi halinde onun tazmin edilmesi gerektiği en temel önermedir. Buna istisna getiren şartlardan biri ıztırar hâlidir. Örneğin zor durumda olan için başkasının malından kurtulmaya yetecek kadar yemesi, yediğinin tazmin sorumluluğu devam etmekle beraber câizdir.<sup>88</sup> Bu noktada zorda olursa dahi başkasının hakkının iptal edilemeyeceği,<sup>89</sup> hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan ıztırar hâlinin hukuki sorumluluk bakımından sınırsız olmadığı kuralı ortaya çıkar ve dolayısıyla *cevâz-ı şer'* kâidesini sınırlar.

Mecelle'nin bazı maddeleri de bu hususa ilişkindir. Bunlardan birisi 33. maddedeki, "ıztırar başkasının hakkını iptal etmez" kâidesidir.<sup>90</sup> Zaruret olarak da ifade edilebilecek ıztırar hâli<sup>91</sup> açlık gibi tabii ve semavî yahut bu hâlde olmayan ikrah-ı mülcî (karşı konulması mümkün olmayan zorlama)<sup>92</sup> şeklinde olabilir. Bu kapsamla alakalı diğer maddelerden biri 21. maddedeki "Zaruretlere memnû olan şeyleri mubah kılar." ve 22. maddedeki "Zaruretlere kendi miktarlarına takdir olunur." maddeleridir. Bunlardan 21. maddedeki kâide mutlak uygulama imkânı bulmaz. Bu maddeyi özellikle bir sonraki maddeyle birlikte anlamak gerekir. Bu kuralların uygulama kabiliyeti öncelikle kul haklarında değil, Allah hakları (kamu hakları) üzerinde cereyan eder. Umumiyetle mâlikin izninin sorumluluğu düşürmesine karşın, Şâri'in izninin bunu düşürmeyeceği kabul edilir.<sup>93</sup> Bu maddelerde her ne kadar zaruret durumu olsa da üçüncü kişilerin hukuki haklarının korunması amaçlanmaktadır. Salt bir kişinin menfaatine olan durum, bir zaruret sebebiyle de meydana gelmiş olsa tazmin sorumluluğunu gidermez. Hukuka uygunluk gerekçeleri ile ihlalin birlikte olduğu durumlar birden çok yasak alanı ilgilendirdiğinde, hangisinin önceleneceğine delillere bakarak karar verilir. Başkasının malının haksız yere alınmasının yasaklığı ile canın korunması değerlendirildiğinde ikincisinin tercih edildiğini görürüz. Zaruret hâlinin ortaya çıktığı diğer bir durum da mubahlığı hakkında nas delili bulunan gıdaların, kıyas yöntemiyle mubah olarak değerlendirilenlere göre öncelenmesi gerektiğidir.<sup>94</sup>

Bir şeyi satın almak üzere vekil olanın kendi parasından aldığı şeyin bedeli kendisine ödeninceye kadar malı müvekkiline teslim etmeyip onu hapsetme hakkı vardır. Vekil için alıkoyma tasarrufu câiz olmakla birlikte, malın bu andan sonra telef olması durumunda bedeli mukabili tazmine konu olur (semeni ile mazmun). Semenden mahrumiyet yine kâidenin istisnası şeklinde ortaya çıkmaktadır. Vekilin sorumluluğu *yed-i emanet* kapsamında olmakla birlikte, bedel için malı hapsetmesi anından itibaren Hanefî doktrininde vekilin elinin, satıcının, rehin alanın ve gasp edenin eli gibi telakki edilerek *yed-i damâna* dönüştüğü ifade edilmiştir. *Yed-i damânda* taksir ve teaddisi olmasa da telef olan malda sorumluluk esastır.<sup>95</sup> Malı ödediği bedeli almak için hapsetmek olarak değil de, vekil doğrudan taksir ve teaddisi ile itlaf etseydi misli yahut kıymetiyle sorumlu olacak, malın kazara zâyi olması hâlinde ise sorumlu olmayacaktır.<sup>96</sup>

Bir bahçe ortaklığında *gâip* olan diğer ortağın hissesine tekabül eden ürünün satış bedeli, eğer satış hâkimin izni ile yapılmış ise, satan ortağın elinde emanet hükmünde olup telef olması hâlinde tazmin gerekmez. Hâkim izni olmadığı ve sonradan *gâip* olan ortağın satışa icazet vermediği durumlar tazmin sorumluluğu doğurur.<sup>97</sup> Mülk şirketinde birden fazla kişinin bir *aynı* mülk edinmesi iştirak hâlinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) vasfında olur. Bu ortaklık ihtiyari yahut mirasta olduğu gibi zorunlu olabilir. Bu tür şirketlerde ortaklar arasında vekâlet vasfı bulunmadığı için kıyasa göre ancak diğer ortakların izin ve rızasıyla mal yahut sermaye üzerinde tasarrufta bulunmak mümkündür. İzinsiz tasarruflarda malın telef olma riski olup da acele edilmesi gereken hâllerde, istihsânen zımni iznin varlığı kabul edilir.

80 Merginânî, *el-Hidâye*, 8/130.

81 Merginânî, *el-Hidâye*, 8/129-130.

82 Merginânî, *el-Hidâye*, 8/120-121.

83 Karâfî, *ez-Zahîre*, 12/119.

84 Sübkî, *Eşbâh*, 2/297; Şevkanî, *Neylül-evtâr*, 7/173.

85 Sübkî, *Eşbâh*, 2/297; İbn Abdilber en-Nemerî, *Kitâbü'l-kâfi fi fihhi ehli'l-Medîne el-Mâlikî*, thk. Muhammed el-Morîtânî (Riyad: 1398/1978-1400/1980), 1096.

86 Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri", 51; Bakır, "Kaide", 24/206.

87 Abdurrahman b. Abdillâh eş-Şâgâlan, "Müstesneyât minel kavâid-i fıkhiyye", *Mecelletü Câmîati Ümmi'l-Kurâ li Ulumi's-Şer'iati ve'l-Luğati'l-Arabiyyeti ve Âdâbihâ* 17/34 (1426/2005), 32 vd.

88 Mustafa b. Ahmed ez-Zerka, *el-Medhal*, 2/1035; Muhammed Sıdkî, *el-Veciz*, 362.

89 Mecelle, md. 33.

90 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/92.

91 Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 213; Ahmed Ziya Efendi, *İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliye Şerhi)*, trc. Ali Osman Koçkuzu (Konya: Esra Yayınları, 1996), 122; Ali Bardakoğlu, "İkrah", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/37; Halit Çalış, "Zaruret", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/141; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 617; Mustafa Ünal, "Dede Cöngü'nün Siyâsetü's-Şer'iyyesi'nin Ceza Hukuku Değeri", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/3 (2020), 1609.

92 Bardakoğlu, "İkrah", 22/33.

93 Musa Carullah Bigiyef, *Kavâid-i Fıkhiyye İslâm Hukukunun Genel İlkeleri* (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018), 186.

94 Çalış, "Zaruret", 44/144.

95 Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 610.

96 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 4/112; İbn 'Âbidin, *Reddül-muhtâr*, 5/516; Mecelle, md. 1492/II; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 3/2551.

97 *El-Fetâvâ'l-Hindiye* (Heyet), 2. Baskı (Beyrut: Darü'l-Fikr: 1310), 2/349-350; Şeyh Bedreddin, *Camiu'l-Fusûleyn*, 839-840; Mecelle, md. 1086; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 3/1993; Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 452; Muhammed Sıdkî, *el-Veciz*, 364.

Buna istinaden satışı verilen cevaz, izinsiz başkasının malını satma yasağının da bir istisnasını teşkil etmektedir. Ancak bu satışta hâkim izni alma imkânı varken alınmaması, fiili satış bedeli ile rayiç bedel arasındaki fark kadar tazmin sorumluluğuna sebep olmaktadır.<sup>98</sup>

## SONUÇ

Hukuka aykırılığın hukuk düzeninin hâkimiyeti altında giderilmesi gerektiği izahtan vârestedir. Toplum içerisinde hukuk kurallarına uyulması gerektiği düşünülür. Ancak çeşitli sâiklerle hukuk kurallarına aykırı davranışlara tevessül edenlere hukuk düzeni önceden öngörölmüş bazı karşılıklar verir. Bu karşılıkların hukuki yaptırımlara konu olduğu durumların en başında tazmin sorumluluğu gelmektedir. Esas olan bir kimseye verilen zararın giderilmesidir. Bu hemen bütün hukuk sistemlerinin kabul ettiği bir prensiptir. İslâm hukukunda kaynağını çeşitli naslarda bulan bu prensip bazı sebeplerle uygulama imkânı bulamayabilir. Bu gibi durumlarda hukuka uygunluk sebeplerinin var olduğu düşünülür. Gerçekte sorumlu olunması gerekirken, görevin ifası, meşru müdafaa, zaruret hali ile hak sahibinin rızası gibi bazı hukuki sebepler kişiyi sorumlu olmaktan uzak tutmaktadır. Bu sebeplere kişiyi sorumluluktan uzak tutma vasfını hukuk düzeni verir. Bunların arkasında Şâri'in (kanun koyucunun) kabul ettiği bazı istisnalar yatmaktadır. *Cevâz-ı şer'î* yani hukukun yapılmasına müsaade verdiği bu istisnai durumlar, sorumluluk gerektiren olayla birlikte bulunduğu istisna kuralı devreye girer ve kişinin hukuki sorumluluğuna engel olur. Mecelle'nin küllî kâideleri içerisinde yer alan bu prensip, tazminat hukukunun en önemli tanımlayıcı ve sınırlayıcı prensipleri arasında yer alır. Kâidelerin İslâm hukukunda doğrudan uygulama kabiliyeti yerine hâkimlere yol gösterici olmak gibi önemli fonksiyonları vardır.

Haksız fiil kaynaklı tazminat sorumluluğunun temelinde, zarar göreni mümkünse zarar doğmadan önceki hâle getirmek, bu mümkün olmadığında uğranılan zararın benzeri veya değerini karşılamak bulunmaktadır. Mecelle'de ve kendisinden önceki literatürde de kullanılan *dâmân* kavramı, yerine göre zimmet ile ilişkili olarak taahhüt, kefalet gibi anlamları hâiz olup, 'neden sorumlu' olduğunu ve ayrıca sorumluluğun nasıl gerçekleşeceğini yani 'ne ile' sorumlu olunacağını ortaya koymaktadır. Kural olarak her borçlu dâmindir, fakat her dâmin borçlu değildir.<sup>99</sup> Sayılan hukuka uygunluk sebepleri ortaya çıktığında, bu ikinci sorumluluk türü olan tazminat sorumluluğunun gerçekleşmesi engellenmektedir. *'Zarar giderilir'* temel kuralına 'cevâz-ı şer'î *dâmâna münâfidir*' kuralıyla bir kısıtlama getirilerek, hangi hâllerde ilk temel kuralın uygulanmayacağı ortaya konulmuş olur. Bu durumdaki tasarruflar *cevâz-ı şer'î* kâidesinin uygulaması olarak umumiyetle bir tazmin sorumluluğu gerektirmeyebilir. Bazen de bir fiilin yapılması câiz olmakla birlikte hakkaniyet gereği başkasının hakkı iptal edilmemekte ve dolayısıyla zarar olduğunda tazmin sorumluluğu gerekmektedir. Bu noktada '*selamet şartı*' denilen bir kavram bu hakkaniyetin objektif temelini oluşturmaktadır. Bu şart ile mukayyet olunan durumlarda, tazmin sorumluluğu doğmaması için ayrıca başkasının da zarar görmemesi gerekir. Bu durumda kişinin *cevâz-ı şer'î* alanında kalarak hakkını kullanma hürriyeti ile başkasına dâir selamet şartı aynı anda var kabul edilir. Burada üçüncü şahsın zarara uğraması bu ilke sebebiyle kabullenilmez ve '*zarar giderilir*' ilk temel kâidesi yeniden devreye girer. Selamet şartı ile mukayyet olunan durumlar umumiyetle hukuka uygunluk sebeplerinin olmadığı durumlardır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Declaration of Interests:** The author have no conflicts of interest to declare.

**Funding:** The author declared that this study has received no financial support.

## KAYNAKÇA

- Abdürrahman b. Salih Abdüllatif. *el-Kâide ve'd- davâbit el-fikhiyye el-mütezammîne li't-teysîr*. Medine: el-Câmiatü'l-İslâmiyye, 1423/2003.
- Ahmed b. el-Hanbel. *Müsned*. thk. el-Arnâvut, Şuayb - Mürşid, Âdil. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1421/2001.
- Ahmed Ziya Efendi. *İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliye Şerhi)*. trc. Ali Osman Koçkuzu. Konya: Esra Yayınları, 1996.
- Aktan, Hamza. "Dâmân". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/450-453. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Ali el-Hafif. *ed-Dâmân fi'l- fikhi'l-İslâmî*. by.: 1971.
- Ali Haydar Efendi. *Düneru'l-hükkam şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Amuş, Muhammed Mahmud Ducan. *Mevâni'ü'd-dâmân fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Amman: Ürdün Üniversitesi, Doktora Tezi, 2005.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Haksız Fiil". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*.15/210-211. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Aydın, M. Âkif, "Gasp". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 13/387-392. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Aydın, M. Âkif, "Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlaf". *Hukuk Araştırmaları Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 5/1-3 (1990), 67-85.
- Aykanat, Mehmet. *Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Bağdâdî, Giyâsüddîn Gânim b. Muhammed. *Mecma'ü'd-dâmânât*. thk. Serac, Muhammed Ahmed - Muhammed, Ali Cum'a. Kahire: Dârü's-Selâm, 1999/1420.
- Baktır, Mustafa. "Kaide". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 24/205-210. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Bardakoğlu, Ali. "Câiz". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 7/27-28. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Bardakoğlu, Ali, "İkrah". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 22/30-37. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Belgesay, M. Reşit, *Mecellenin Külli Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*. İstanbul: İsmail Akgün, 1947.
- Berki, A. Himmet. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*. 2. Baskı, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku*. Ankara: Diyanet İşleri Reislîği Yayınları, 1955.
- Bigiyef, Musa Carullah. *Kavâid-i Fikhiyye İslam Hukukunun Genel İlkeleri*. haz. Koca, Ferhat vd.. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967.

98 Ahmed ez-Zerka, *Şerhu'l-kavâid*, 452; İsa Hayri, el-Ca'berî, *Kâide el-cevâz-ı şer'î yünâfi'd-dâmân* (Halil: 2020), 47; Mecelle, md. 1075.

99 Ali el-Hafif, *Dâmân*, 8.

- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail. *Sahîhu'l-Buhârî*. Mısır: Matbaa el-Âmire, 1315.
- Ca'berî, İsa Hayrî. *Kâide el-cevâzû's-şer'î yünâfî'd-çamân*. Halil: 2020.
- Cürcânî, Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed Seyyid eş-Şerîf. *Ta'rifat*. Beyrut: Dârü'l-Fazîle, 1403/1983.
- Çalış, Halit. "Zaruret". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 44/141-144. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- "Çamân." *Mevsû'atü'l-fikhiyye*. 28/219-310. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şüni'l-İslâmiyye, 1413/1993.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Mubah". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 30/341-345. İstanbul: TDV Yayınları, 2005.
- Dönmez, İ. Kâfi. "Meşru Müdafaa". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 29/383-387. İstanbul: TDV Yayınları, 2004.
- Düreynî, Fethi. *Buhûsun mukârene fi'l-fikhi'l-İslâmî ve uşûlihi*. 2. Baskı, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1429/2008.
- Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdi. *Sünen*. thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid. Beyrut: Mektebetü'l-Asriyye, t.y.
- Ekşi, Ahmet. "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 17 (2011), 347-366.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*. 6. Baskı, İstanbul: Ensar Yayınları, 2016.
- Fetâva'l-Hindiye*. (Heyet). 2. Baskı, Beyrut: Darü'l-Fikr: 1310.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed. *Misbahu'l-münir fi ğaribi's-Şerhi'l-Kebîr*. Beyrut: Mektebetü'l-İlmiyye, t.y.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed. *el-Mustasfa*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1413/1993.
- Gazzâlî. *el-Vecîz fi fikhil-İmami's-Şafîi*. Beyrut: Dârü'l-Erkâm, 1418/1997.
- Gür, A. Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993.
- Hamevî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed. *Ğamzu uyûni'l-besâir*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1405/1985.
- Hattâb, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed. *Mevâhibü'l-celil li-şerhi muhtaşarı Halil*. 3. Baskı, Darü'l-Fikr: 1412/1992.
- İbn Abdilber, Ebû Ömer Cemâlüddîn Yûsuf b. Abdillâh b. Muhammed en-Nemerî. *et-Temhîd limâ fi'l-Muvaţta' mine'l-me'ânî ve'l-esânîd*. Mağrib: 1387.
- İbn Abdilber, en-Nemerî. *Kitâbü'l-kâfi fi fikhil-ehlil-Medîne el-Mâlikî*. thk. Muhammed el-Morîtanî. Riyad: 1398/1978-1400/1980.
- İbn 'Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer. *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1412/1992.
- İbn Cüzey, Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed. *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*. b.y.: t.y.
- İbn Hacer, Ebû'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed el-Askalânî. *Fethu'l bârî bi-şerhi Şahîhi'l-Buhârî*. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1379.
- İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed. *el-Muğnî*. Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1388/1968.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed. *es-Sünen*. thk. Muhammed Fuad Abdülbaki. Kahire: Dârü'l-İhyâ'il-Kütüb'il-Arabiyye, 1373/1953.
- İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed. *Lisânu'l-Arab*. Beyrut: Dâru Sâdir, 1414.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed. *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzid-dekâ'ik*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1418/1997.
- Kandemir, M. Yaşar. "Cevâmîu'l-Kelim". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 7/440. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Karâfi, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân. *ez-Zahîre*. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.
- Kâsânî, Alaüddin Ebu Bekr. *Bedâ'iu's-şanâ'î fi tertîbi's-şerâ'î*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1406/1986.
- Kaya, Ali. "İslam Hukukuna Göre Hekimin Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu". *İslami Araştırmalar Dergisi* 17/4 (2004), 295-306.
- Koç, Ekrem. "İslâm Hukuk Usûlünde Cevaz Kavramı". *Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4/1 (2018), 177-203.
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr. *el-Câmî li-ahkâmil-Kur'ân*, Kahire: Dârü'l-Kütübü'l-Misriyye, 1384/1964.
- Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi*. ed. Mahmut Samar. haz. Bilgiç, Veysel K. vd.. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020.
- Mâlik b. Enes. *el-Muvaţta'*. thk. Muhammed Fuad Abdülbaki. Kahire: 1951.
- Merdâvî, Ebû'l-Hasen Alâüddîn Alî b. Süleymân. *el-İnşâf*. 2. Baskı, Beyrut: t.y.
- Merginânî, Ebû'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. Karaçi: İdaretü'l-Kur'an ve'l-Ulûmî'l-İslâmiyye, 1417.
- Mevsilî, Ebû'l-Fazl Meccüddîn Abdullah b. Mahmûd. *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*. Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1356/1937.
- Muhammed Sıdkî b. Ahmed b. Muhammed. *el-Vecîz fi izâhi kavâidil-fikhiyyeti'l-külliyeye*. 4. Baskı, Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1416/1996.
- Musa, Ahmed Hafız. *ed-Çamân fi' ukûdi'l-emanât fi'l- fikhil-İslâmî ve tatbikatihil-muasıra*. Amman: Ürdün Üniversitesi, Doktora Tezi, 2005.
- Müslim, Ebû'l-Huseyin b. Haccâc el-Kuşeyrî. *Sahîh*. thk. M. Fuad Abdülbaki. Beyrut: Darü İhyâit-Türasi'l-Arabi, 1375/1975.
- Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî. *Sünenü'n-Nesâî (Celaleddin es-Suyûtî Şerhi ve İmam es-Sindî Haşiyeli)*. Kahire: Matbaatü'l-Misriyye, 1348/1930.
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Müri. *Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müttaķîn*. 3. Baskı, Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1412/1991.
- Ömer Hilmi Efendi. *Mir'âtü'l-Mecelle*. Medrese-i Hukuk 5. Kısım. İstanbul: Matbaa-i Mekteb-i Sanayi-i Şâhâne, 1298/1885.
- Öztürk, Osman. *Mecelle'nin Külli Kâideleri İlk 100 Madde*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2019.
- Râfîi, Ebû'l-Kâsım Abdülkerîm b. Muhammed el-Kazvîni. *Fethu'l-'azîz fi şerhi'l-Vecîz*. Darü'l-Fikr: t.y.
- Schacht. "İbâha". *El2* (Schacht, J., "İbâha", in: Encyclopaedia of Islam, Second Edition, Edited by: P. Bearman, Th. Bianquis, C.E. Bosworth, E. van Donzel, W.P. Heinrichs. Consulted online on 12 January 2021 [http://ekaynaklar.mkutup.gov.tr:2097/10.1163/1573-3912\\_islam\\_SIM\\_3015](http://ekaynaklar.mkutup.gov.tr:2097/10.1163/1573-3912_islam_SIM_3015) (et. 15.11.2021, saat: 00:19), First published online: 2012).
- Selim b. Rüstem Baz. *Kitâbü'l-Mecelle Şerhi*. Beyrut: Matbaatü'l-Edebiyye, 1923.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed. *el-Mebsûţ*. Beyrut: Dârü'l-Marife, 1414/1993.
- Suyûtî, Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân. *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*. Beyrut: Dârü'l-Kutubi'l-Arabi, 1411/1990.
- Sübkî, Ebû Nasr Tâcüddîn Abdülvehhâb. *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1411/1991.
- Şağalan, Abdurrahman b. Abdillâh. "Müştesneyât minel kavâidil-fikhiyye". *Mecelletü Câmîati Ümmi'l-Kurâ li Ulumi's-Şer'ati ve'l-Luğati'l-Arabiyyeti ve Âdâbihâ* 17/34 (1426/2005), 11-110.
- Şelebî, Muhammed Mustafa. *el-Medhal fi'l- fikhil-İslâmî*. 10. Baskı, Beyrut: Dârü'l-Câmîa, 1405/1985.
- Şevkanî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed. *Neylül-evfâr*. Mısır: Dârü'l-Hadis, 1413/1993.
- Şeyh Bedreddin. *Yargılama Usulüne Dair Câmîu'l-Fusûleyin*. ed. Hacı Yunus Apaydın. Ankara: T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2012.
- Şirbinî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *Muğni'l-muhtâc*. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1418/1997.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa. *Sünenü't-Tirmizî el-Camiu'Sahih*. thk. Abdurrahman Muhammed Osman. Kahire: Matbaa-i Medenî, 1964.
- Ünal, Mustafa. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ünal, Mustafa. "Dede Cöngi'nin Siyâsetü's-Şer'iyyesi'nin Ceza Hukuku Değeri". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/3 (2020), 1593-1634.
- Yaman, Ahmet. "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri". *Marife* 1/1 (2001), 49-75.
- Yıldız, Kemal. *İslam Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*. 2. Baskı, İstanbul: İFAV Yayınları, 2013.
- Yurtseven, Yılmaz. "İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebabi Olarak Meşrû Müdafaa". *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*. 1/745-765. ed. Fethi Gedikli. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Zerkeşî, Ebû Abdillâh Bedrüddîn Muhammed. *el-Mensûr fi'l-kavâidil-fikhiyye*. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şüni'l-İslâmiyye, 1405/1985.
- Zerka, Ahmed b. Muhammed. *Şerhu'l-kavâidil-fikhiyye*. 2. Baskı, Dimaşk: Dârü'l-Kalem, 1409 / 1989.
- Zerka, Mustafa b. Ahmed b. Muhammed. *el-Medhalü'l-fikhil-âmm*. 2. Baskı, Dimaşk: Dârü'l-Kalem, 1425/2004.
- Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Zuhaylî, Vehbe. *Nazariyyetü'd-çamân*. Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 1998.



## EXTENDED SUMMARY

Compliance with the rules of law is important in terms of maintaining the legal order. There are some sanctions stipulated by the legal order to ensure this. Among these sanctions, the obligation to pay compensation for those who harm others is also regulated. In terms of liability law, it should be said that legal norms and basic rules strictly prohibit harming others. As it is stated in Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, it is unacceptable to respond to harm with harm as much as damaging others. Article 20 of the Mecelle also clearly states that the damage will be remedied. Article 49 of the Turkish Code of Obligations states, "person, who causes damage and loss to another person by culpable and unlawful action, is obliged to compensate this damage or loss." and revealed the point of view of positive law. From these legal rules, it is necessary to stay away from tortious acts that will cause harm, but to remedy this when harm occurs. There are some situations in which the legal system does not impose a civil sanction against a tortious act. There must be various legal reasons for this. The existence of these reasons eliminates the illegality. In legal systems, such situations have been put forward by various legal regulations. These situations are handled under the concept of *cevâz-ı şer'î* that we have examined. The aim of our article is to discuss the reasons for compliance with the law that prevent compensation in terms of Islamic law, in particular Mecelle. At this point, references are made to the subject at important points of distinction and similarity to Turkish law. The reasons for compliance with the law, which are exceptions to the basic premise of remedying the damage. It can be expressed as self-defense, necessity, performance of duty and consent of the right holder. These exceptionals prevent the compensation, which is in fact the result from the tortious act requiring responsibility. Article 91 of the Medjelle states that "An act allowed by law (*cevâz-ı şer'î*) cannot be made the subject of a claim to compensation". This general rule is one of the important defining and limiting principles of compensation law. In the presence of legal permissibility, an indemnity liability may not generally be required. Sometimes it is possible to be liable for compensation even though the prohibited act is permitted. Especially in cases where the reason for compliance with the law is necessity, compensation for the damage caused by the person who harmed another is acceptable as a matter of equity. In this case, there is a danger and harm of importance and magnitude that will make it permissible to do something that is prohibited in case of necessity. However, as Article 33 of the Medjelle reveals, necessity does not abolish the rights of others. At this point, it becomes clear that the necessity, which is one of the reasons for compliance with the law, has a certain limit on liability. A similar situation applies to self-defense. The existence of self-defense under its conditions will require that the act be considered legal. However, a person who has to defend his legitimate right protected against unjust attack, must not exceed the size and limit to repel this attack. In the event of a situation exceeding self-defense, the person is liable. Article 64 of the Turkish Code of Obligations states, "the individual self-defense, may not be held liable for causing loss and damage on the self or property of the aggressor". In both cases, a certain amount of compensation can be awarded in accordance with the principles of equity. The permission and consent of the aggravated person should also be seen in this context. If the person has the capacity to act and his will is not disabled, it will not be possible to talk about a tortious act that requires responsibility when he allows that action against him. Despite this, the criminal liability of the person, if any, may continue. Acts carried out within the framework of the permission of the competent authority, to concern mostly public and private administrative law, also benefit from compliance with the law. It is very clear that Islamic liability law has an understanding that does not allow damage from the beginning and requires it to be remedied when it occurs. It turns out that although compliance with the law released the person from responsibility, the concept of equity still protects the damaged person to some extent.