

İSLAM HUKUKUNDA MİSLEN TAZMİN OLGUSU

Nuri KAHVECİ*

ÖZET

Hukukta kimsenin zarara uğraması arzu edilmez. Buna rağmen zarar toplumsal bir gerçeklik olarak her zaman vardır. Zararın giderimi olan tazminat özellikle özel hukuk alanına giren bir yaptırım türüdür. Hukuk sistemlerinde zararın giderilmesi için değişik tazminat şekilleri kabul edilmiştir. İslam hukukunda zararın niteliğine göre tazmin edilmesi ilkesi benimsenmiştir. Bu bağlamda zarar gören malın bizzat kendisi önemlidir. Şayet mal misli piyasada bulunabilen bir mal ise tazminat mislinin yerine getirilmesiyle ödenir. Bu durum tazminatın gayesi açısından da önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Maddi Zarar, Maddi Tazminat, İslam Hukuku, Mislen Tazmin

ABSTRACT

The Fact Compensation With Counterpart In Islamic Law

Damage is not wanted for anybody in law. However, damage has always been there as a social fact. Being a particular form of making up for damage, compensation falls under the rubric of private law. There are different forms of compensation in legal systems. In Islamic law, the party in the wrong should pay to the other. In this concept, the damaged property itself is considered. If its equivalent is available in market, its compensation is carried out by giving its equivalent. This is also important from the perspective of the objective of compensation.

Key Words: Physical damage, material compensation, Islamic law, equivalent compensation.

Giriş

Hukukun temel gayesi şüphesiz toplumsal düzeni sağlamaktır. Bu düzenin sağlanabilmesi için bir takım yaptırımlara ihtiyaç duyulacağı da bir gerçektir. Bu bağlamda tazminatı da hukukun önemli müeyyidelerinden biri olarak değerlendirmek gerekir. Tazminat, ihlale uğrayan bir hakkın iadesi anlamına da geldiği için hukuktaki önemli müeyyidelerden biri olarak görülmektedir.

Aslanan; hiç kimsenin her hangi bir hakkının ihlale uğramaması olmakla birlikte, toplumsal yaşamın bir gereği ve insan davranışlarının yansıması olarak bundan tamamen uzak durmak hemen hemen imkansızdır. Bu gerçeklikten dolayı uğranılan hak ihlallerini hukukun korumaya dönük hükümler ihtiva etmesinin yanında, hak ihla-

* Yrd.Doç.Dr. KSÜ İlahiyat Fakültesi İslam Hukuk Anabilim Dalı, nurikahveci@ksu.edu.tr

linin sonucu olarak doğan zararların da giderilmesi için bir takım hükümleri de geliştirmesi gerekir.

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da şahısların her türlü hakları hukukun koruması altına alınarak toplumsal düzenin en iyi şekilde sağlanması hedeflenmektedir. Hukuk sistemleri hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşecek olan hak ihlallerini önlemek amacıyla tedbir mahiyetinde pek çok hükme yer vermektedirler. Hukuk gayesi sadece hak ihlallerinin önüne geçmek için tedbir nitelikli önleyici hükümlere yer vermez, aynı zamanda her hangi bir şekilde gerçekleşmiş bulunan hak ihlallerinin telafi edilmesi için maddi ve manevi nitelikli yaptırımları da düzenler.

Modern hukuk alanında şahısların sahip oldukları gerek şahıs varlıkları gerekse mal varlıkları üzerindeki haklarının ihlallerine karşı borçlar hukuku, ceza hukuku, şahıs hukuku, eşya hukuku ve sorumluluk hukuku gibi hukukun değişik branşlarında bir takım düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle borçlar hukuku ve sorumluluk hukuku alanlarında her hangi bir kişinin hakkını ihlal eden kişi için öngörülen müeyyide hak ihlalden kaynaklanan kaybın giderilmesini amaçlayan tazminattır. Tazminat ihlal edilen hakkın niteliğine göre maddi ya da manevi şeklinde olabilmektedir.

Hukukçuların üzerinde durdukları hak nazariyesi kapsamında değerlendirilen haklar genel olarak ikiye ayrılır. Birincisi kişinin kendi şahsi varlığı üzerindeki hakları, ikincisi ise mal varlığı üzerindeki haklarıdır. Kişinin her iki gruba giren hakkı da ihlale uğradığı zaman tazmin edilmesi gerekir. Ancak konumuz itibarıyla sadece mal varlığı üzerinde meydana gelen ihlaller sonucu oluşan zararların mislen tazmini söz konusu olabilmektedir.

Bu çalışmada özellikle maddi tazminat ifa edilmesinde bir ödeme olarak klasik fıkıh kitaplarında yer alan ve klasik İslam hukukçularının üzerinde hassasiyetle durdukları maddi zararın mislen tazmin edilmesi olgusu değerlendirilecektir. Ancak mislen tazmin olgusuna geçilmeden genel hatlarıyla tazminat müeyyidesinin hukuki dayanaklarına kısaca değinilecektir.

1. Tazminatın Hukuki Dayanakları

İslam hukuku açısından genel manada tazminat müeyyidesinin dayandırılacağı ayetler mevcuttur. Bu bağlamda; *“Mallarınızı aranızda batıl (haksız) sebeplerle yemeyin. Kendiniz bilip dururken insanların mallarından bir kısmını haram yollardan yemeniz için o malları hakimlere vermeyin”*¹ ayeti dayanaklardan biri olarak değerlendirilebilir. Bu ayette geçen ‘batıl sebep’ ifadesinin anlamı olarak başkasına

¹ el-Bakara 2/188.

ait mallarda hukuki olmayan tasarrufların borç doğuracak zararlardan hali olmayacağına işaretin varlığı görülmektedir².

“Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı batıl (haksız) yere aranızda yemeyin ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah sizi esirgeyecektir”³. Bu ayette geçen hükmün umumi olmasından hareketle İslam hukukçularının çoğunluğu bu ayetin hukuka aykırı bütün tasarrufları kapsadığı kanaatine varmışlardır⁴.

“Bir mümini yanlışlıkla öldürenin bir mümin köle azad etmesi ve öldürülenin ailesi bağışlamadıkça ona diyet ödemesi gerekir”⁵. Bu ayette sözü edilen ‘diyet’ İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, her hangi bir hata sonucu öldürülmüş olan kişinin kan bedeli olarak onun varislerine ödenmesi gereken mali karşılıktır⁶. İslam hukukçuları diyet müeyyidesini haksız fiili işleyen kişi için bir ceza, bu fiilden dolayı vücut bütünlüğü zarara uğrayan kişi için ise maddi bir karşılık olarak değerlendirmişlerdir⁷.

“Haram ay haram aya mukabildir Hürmetler karşılıklıdır, o halde size saldırana siz de size saldırdığı kadar karşılık verin. Allah’tan korkun. Biliniz ki Allah muttakilerle beraberdir”⁸. Tefsirlerde bu ayet daha çok savaş durumuyla ilgili olarak değerlendirmiş olmasına rağmen, İslam hukukçuları, başkasının mal varlığı üzerinde onun rızası dışında oluşturulan maddi kayıpların misliyle tazmin edilmesi gerektiği konusuna dayanak olarak da kullanmışlardır⁹.

Konuyla ilgili Hz. Peygamber’in, “Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur”¹⁰ hadisi de önemlidir.

Hz. Peygamber hanımı Aişe’nin yanındayken diğer hanımlardan Safiye onlara bir kab ile birlikte yemek göndermişti. Aişe içinde

² Taberî, Ebu Ca’fer Muhammed b. Cerir, *Câmi’u’l-Beyân an Te’vili’l-Âyi’l-Kur’an*, Beyrut, 1988, II, 183; Nureddin Ateh, *Tefsiru’l-Ahkâmi’l-Kur’an*, Şam, 1989, 319.

³ en-Nisa 4/29.

⁴ Ateh, 319.

⁵ en-Nisa 4/92.

⁶ Kurtubî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmer el-Ensârî, *el-Câmi’ li’l-Ahkâmi’l-Kur’an*, Beyrut, t.z. V, 315; Merğînanî, Burhanuddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî*, İstanbul, 1986, IV, 35; İbn Humam, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid, *Şerhu Fethi’l-Kadir*, Beyrut, t.z., X, 270; İbn Abidin, Muhammed Emin, *Hâşiyetü Reddi’l-Muhtâr*, İstanbul, 1984, VI, 573; Meydânî, Abdulgani el-Ğanimî, *el-Lubâb fi Şerhi’l-Kitâb*, İstanbul, t.z., III, 153.

⁷ Muhammed Zuhaylî, *Nazâriyatu’l-Fıkhiyye*, Beyrut, 1993, 55.

⁸ el-Bakara 2/194.

⁹ Kurtubî, II, 356; Kâsânî, Alaaddin Ebi Bekir b. Mesud, *Bedâi’u’s-Sanâi’ fi Tertibi’s-Şerâi’*, Beyrut, 1986, VII, 146; Vehbe Zuhaylî, *Nazariyatu’d-Damân*, Dimeşk, 1982, 16.

¹⁰ Malik b. Enes, *el-Muwatta*, Beyrut, t.z., Akdiye 31; Ahmed b. Hanbel eş-Şeybanî, *el-Müsned*, Beyrut, t.z., V, 327.

yemek olan kabı ayağıyla kırdıktan sonra Hz. Peygamber'e, "Ey Allah'ın resulü! Yaptığının kefareti nedir?" diye sorunca, Hz. Peygamber; "Kırılan kab gibi bir kab, dökülen yemek gibi bir yemek" diye cevap vermiştir¹¹. Burada Hz. Peygamber'in vermiş olduğu cevap İslam hukuku açısından mislen tazmin konusunda dayanak olarak değerlendirilebilecek önemli delillerden biridir.

Konu ile ilgili olarak külli kaide haline getirilmiş olan ve İslam hukukunda genel kabul görmüş bazı hükümler de mevcuttur. Bu kaideler her ne kadar yeni bir hüküm verilirken tek başlarına hükümün dayanağı olabilecek nitelikte değilseler de, bunlar bir meselenin hukukî boyutunu belirlemede dikkate alınabilecek genel ilkeler niteliğinde kabul edilirler. *Zarar izale olunur*¹². Bu genel kural her hangi bir şekilde meydana gelmiş olan zararların İslam hukukuna göre izale edilmesi, telafi ve tazmin edilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir¹³. Satın alınan ayıplı malları müşterinin iade etme hakkının varlığını da İslam hukukçuları bu külli kaide kapsamında değerlendirmişlerdir¹⁴.

Maddi ve manevi tazminat müeyyidesi ülkemizde uygulanmakta olan hukuk sistemi içerisinde özellikle özel hukukun önemli ve geniş konularından biri olarak kabul edilmiş olup, değişik kanunlarla düzenlenmiştir¹⁵.

2. Mislen Tazmin Olgusu

İslam hukukunda tazminat açısından aslolan zarara uğratan hukuki değer mülküne göre hiç zarara uğramamış gibi aynıyla yerine getirilmesidir¹⁶. Herhangi bir kişiye ait bir malın gasb edilmiş olması durumunda bu mal mevcut ve her hangi bir değişime uğramamış ise, gasb eden gasbetmiş olduğu malı, gasbettiği yerde, sahibine iade etmek zorundadır. Böyle bir durumda tazminat ancak gâsıbın malı aynıyla iade etmesiyle mümkün olabilir. İslam hukukçula-

¹¹ Ahmed b. Hanbel, VI, 148; Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as, *es-Sünen*, Beyrut, 1988, Buyu', 89; Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa, *es-Sünen*, Beyrut, tz., Ahkam 23; Nesâî, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, *es-Sünen*, Beyrut, tz., Nisa 4.

¹² Mecelle, mad. 20.

¹³ Ali Haydar, *Dureru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (Şerhu Kavâidi'l-Küllîyye), İstanbul, 1330, 85; Zerka, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Kavâidi'l-Fıkhiyye*, Beyrut, 1989, 179.

¹⁴ Süleyman Kırkağacı, *Şerhu Hâtîme-i Kavâidi'l-Usûl*, İstanbul, tz., 50; Mustafa Ahmed ez-Zerka *el-Fıkhu'l-İslâmî fi Sevbihî'l-Cedîd*, Dimeşk, 1963, II, 976; Selim Rüstem Bâz, *Şerhu Mecelle*, Beyrut, 1986, 29.

¹⁵ Hıfzı Veldet Velidedeoğhu, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar*, İstanbul, 1960, 313; Ayrıca örnek olarak bkz. Türk Borçlar Kanunu, mad. 8, 26, 29, 31, 41-60; 96-100.

¹⁶ İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, Beyrut, 1972, V, 374; İbn Rüşd, Kadi Ebi'l-Velid el-Hafid, *Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, İstanbul, 1985, II, 312.

rı bu hususu, Hz. Peygamber'in, "Kişi aldığı şeyden onu geri verinceye kadar sorumludur"¹⁷ hadisine dayandırmaktadırlar. Malı gasbedilen kişinin (mağsub minh) o mal üzerindeki hakkı, gasbedilmiş olan mala sıkı sıkıya bağlıdır. Malın gasbedilmesiyle zarara uğrayan bu hakkın yeniden sağlanması, ancak her hangi bir zarara uğramamış bulunan o malın aynen mağdura (mağsub minh) iadesiyle mümkün olacağı muhakkaktır¹⁸. Her hangi bir şekilde alınan malın aynen iadesinin zorunluluğuna delalet eden bir diğer hadiste Hz. Peygamber, "Sizden hiç biriniz arkadaşının malını ne şaka olarak ne de cidden almasın. Bu şekilde arkadaşının esasını bile alan varsa onu geri versin"¹⁹ buyurmuştur. Bu ve benzeri delillerden hareketle, başkalarının mal varlıklarına zarar verilmesi durumunda, mal mevcut ise o malın mağdura iadesini İslam hukukçuları kâmil tazminat şekli olarak nitelendirmişlerdir²⁰.

Başkasının mal varlığı içerisinde onun rızasına muhalif çıkarılan ve olduğu gibi bulunan her hangi bir mal ancak gasb, hırsızlık gibi fiillerin işlenmesiyle oluşmaktadır. Bunların dışındaki zarar verici fiiller sonucu bir kişinin mal varlığı içinde kabul edilen her hangi bir maddi değere zarar verilmesi halinde ise zarara uğrayan maddi değer durumuna göre tazmin ettirilmesi en uygun yoldur.

İslam hukukçularının değerlendirmelerine göre şayet gasb ve itlaf gibi haksız fiiller neticesinde zarara uğrayan mal piyasalarda benzeri ve dengi bulunabilen misli mallardan ise bu malın mislinin zarara uğrayana verilmesiyle tazmin edilmesi en doğru tazmin şeklidir²¹. Bu bağlamda misli malları misliyle tazmin etmek İslam hukukunda

¹⁷ Ahmed b. Hanbel, V, 8, 12, 13; Tirmizi, Buyu' 39; İbn Mâce, Ebu Abdillah Muhammed, *es-Sünen*, Beyrut, 1975, Sadakât 5.

¹⁸ İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed, *Kavâninü'l-Fıkhiyye*, Tunus, 1982, 335; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-Mütlefât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire, 1985, 586.

¹⁹ Ahmed b. Hanbel, IV, 221; Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as, *es-Sünen*, Beyrut, 1988, Edeb 85.

²⁰ Bağdadî, Ebu Muhammed b. Ğanim, *Kitabu Mecma'u'd-Damânât*, Beyrut, 1987, 117; Mustafa Ahmed Zerka, *el-Fi'lu'd-Dâr ve'd-Damân fih*, Beyrut, 1988, 25.

²¹ Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir, *İhtilafu'l-Fukaha*, Beyrut, tz., 183-184; Serahsî, Ebu Bekir b. Muhammed b. Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut, 1986, XI, 50; İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Beyrut, tz., VIII, 144; Kâsânî, VII, 148; Karafî, Şihabuddin Ebi'l-Abbâs, *el-Furûk*, by.,tz., II, 226; Merġinânî, IV, 11; Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ebi'l-Abbâs, *Nihayetu'l-Muhtâc İla Şerhi'l-Minhâc*, Mısır, 1967, V, 158; Şirazî, Ebu İshak İbrahim b. Ali, *el-Muhezzeb fi'l-Fıkhu'l-İmami's-Şafi'i*, Mısır, tz., II, 374; İbn Abdilber, Ebu Ömer Yusuf b. Abdillah, *Kitabu'l-Kâfi fi Fıkhu Elhi'l-Medineti'l-Maliki*, Riyad, 1980, II, 840; Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul, 1984, III, 58; Hısnî, Takıyuddin Ebu Bekir b. Muhammed, *Kifâyetu'l-İhtiyâr fi Halli Ğayeti'l-İhtisâr*, Beyrut, 1996, 340; İbn Ferhun, Burhanuddin Ebi'l-Vefa, *Tebsretü'l-Hükkâm fi Usûli'l-Akdiyye ve Menafi'u'l-Ahkâm*, Beyrut, tz., II, 229; Meydanî, II, 188; İbn Cüzey, 335.

tazminat için kabul edilen prensiplerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorunlu haller dışında burada belirtilen kurala uyulması da tazminatın müeyyidesiyle gerçekleştirilmek istenen gaye açısından daha uygun olarak görülmüştür²².

İslam hukukunun asli kaynağı olan Kur'an'da "misliyle mukabele edilmesi" gerektiğine dair pek çok ayet yer almaktadır. İlk bakışta bu ayetler tazminat gibi bir müeyyideye delalet etmiyor şeklinde algılanabilirler. Ancak bu ayetlerin bir kısmının özellikle bir mala verilen zararın o malın misliyle ödenmesine hükmetme açısından delil olabileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda değerlendirilebilecek ayetlerin birinde; "... *Kim bir kötülükle gelirse ona sadece misliyle karşılık verilir. Onlar haksızlığa uğratılmazlar*"²³ ifadesi yer almaktadır. Bir diğer ayette, "*Kötülük kazanmış kişiler için karşılık olarak kötülüğün misli vardır*"²⁴. Başka bir ayette de, "*Kim bir kötülük işlerse onun karşılığı ancak misli iledir*"²⁵. Zarara uğrayan malın misliyle tazmin edilmesi hususuna hukuki dayanak teşkil edebilecek nitelikteki farklı bir ayette, "*Bir kötülüğün karşılığı onun misli bir kötülüktür...*"²⁶ Bu manaya delalet eden başka bir ayette ise, "*Size karşı kim haddi aşarsa, siz de ona misli ile karşılık verin*"²⁷ buyurulmaktadır.

Yukarıda zikredilen ayetler klasik İslam hukukçuları tarafından daha çok İslam ceza hukuku alanında kaynak olarak kullanılmışlardır²⁸. Bu ayetlere dayanılarak her hangi bir suç işleyen kişiye işlemiş olduğu suç fiiline muadil bir cezanın verilmesinin zorunlu olduğu sonucu çıkarılmıştır. Bu ayetlerde yer alan misli ile mukabele etme ifadeleri hukuka aykırı fiiller sonucunda oluşan özellikle maddi zararların tazmin edilmesinde İslam hukukunda tazminat açısından da bir ölçü olacakları muhakkaktır. Benzer anlama gelenlerle birlikte zikredilen ayetler İslam sorumluluk (tazminat) hukuku açısından değerlendirildiğinde, zarara uğrayan malın mislen tazmin edilebilecek niteliğe sahip olması halinde, misliyle tazmin edilmesi gerektiğine delalet ettiklerini ifade edebiliriz. Nitekim zarara uğrayan bir malın misliyle tazmin edilmesi gerektiğini bu ayetlere dayandıran İslam hukukçuları da mevcuttur²⁹. Bu ayetlerin anlam alanları içerisinde misliyle tazminat olgusunun da var olduğunu kabul etmeye engel teşkil edecek başka delil de mevcut değildir. Buradan hareketle özellikle maddî zararlar karşılığında ödenecek olan maddî tazminatların

²² Ahmed, 598.

²³ el-En'am 6/160.

²⁴ el-Yunus 10/27.

²⁵ el-Mü'min 40/40.

²⁶ eş-Şûra 42/40.

²⁷ el-Bakara 2/194.

²⁸ Hınsî, 340; Ahmed, 569; Muhammed Fevzi Feyzullah, *Nazariyâtü'd-Damân fi'l-İslâmiyyi'l-Âmm*, Kuveyt, 1986, 16.

²⁹ İbn Hazm, VIII, 144.

zararı tam anlamıyla karşılayabilecek bir şekilde zarara denk olması gerektiği de ifade edilebilir. Çünkü tazminatın gayesi, zararın hiçbir etkisi kalmayacak şekilde tam olarak giderilmesidir.

Mislen tazmin ile alakalı olarak Hz. Peygamber'in, "Kırılan kab gibi bir kab, dökülen yemek gibi bir yemek"³⁰ hadisi de İslam hukukçuları tarafından delil olarak kullanılmaktadır³¹. Bu hadiste zikredilen ifade aslında konuyla ilgili farklı yorumlara yer vermeyecek kadar açıktır.

Yukarıda zikredilen ayetler ile son olarak ifade edilen hadise dayanarak, piyasada misli bulunan malların zarara uğraması halinde mislinin verilmesiyle zararın tazmin ettirilmesi olgusu aynı zamanda İslam hukukçularının malları misli-kıyemi gibi ayırıma tabi tutmalarının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır³².

Bazı modern hukukçular tarafından da zarara uğrayan malın misliyle tazmin edilmesi maddî tazminatın amacına daha uygun görülmektedir³³. Zira hukukta tazminat müeyyidesinin kabul edilmesinin amacı, maddi olarak zarara uğrayan mağdurun zararının en güzel şekilde eksiksiz olarak giderilmesidir. Zarar gören malın mislen tazmininde ise bu amacın çok güzel bir şekilde gerçekleşeceği göz ardı edilmemelidir³⁴. Örneğin, bir kişinin gözlüğünün haksız yere başkası tarafından kırılması halinde aynı marka ve özelliklerde bir gözlüğün kırılan gözlük yerine alınıp gözlüğü kırılarak maddi zarara uğrayan kişiye verilmesinde olduğu gibi veya kırılan bir vazunun yerine aynı özelliklerde bir vazunun alınıp mağdura verilmesinde olduğu gibi. Zarara uğramış bir malın misliyle tazmin edilmesi halinde zarara uğrayan mağdur kişiye ayrıca bir külfet yüklemeyen uğradığı maddî zararının tazmin edilmiş olması tazminat müeyyidesinin gayesinin gerçekleşmesine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Ne şekilde olursa olsun zarara uğrayan bir malın misli mallardan olması halinde mislinin mağdura verilmesiyle tazmin edilmesinin gereği Mecelle Heyeti'nin de bu konuda kabul ettiği esastır³⁵.

İslam hukukçularının prensip olarak zarar gören misli malların misliyle tazmin edilmesini kabul etmelerinin genel gayesi, zarara uğrayan malın yerini doldurmada, işlevini yerine getirmede, fonksiyonlarını icra etmede, mağduru tatmin ve zararını telafi etmede hem şe-

³⁰ Ebu Davud, Buyu' 89; Tirmizi, Ahkam 23; Nesâi, Nisa 4.

³¹ Feyzullah, 15.

³² Kâsânî, VII, 148; Merğinanî, IV, 11; Mevsîlî, III, 58; Bağdadî, 117; Meydanî, II, 188; Ahmed, 598; Abdusselam, Said, *et-Ta'vid an Dararî'n-Nefî fi'l-Kanûni'l-Vad'i ve'l-Fıkhu'l-İslâmî ve'd-Duvelî'l-Arabî*, İskenderiye, 1990, 111.

³³ Ahmed Kılıçoğlu, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırdan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1993, 235.

³⁴ Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhu'l-İslâmî*, Beyrut, 1971, II, 121.

³⁵ Mecelle, mad. 890, 891, 892.

kil hem de mana bakımından mislinin verilmesinin en doğru tazminat şekli olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır³⁶.

Yukarıda ifade edilen yaklaşımlarla birlikte, klasik İslam hukukçularına göre misli mal olmasına rağmen bazı hallerde zarara uğrayan malın misliyle tazmin edilmesi imkansız olabilir³⁷. Örneğin bir bakıma misli mal olduğu halde antika bir vazonun kırılması halinde tazmininin mislen olamayacağı durumundaki gibi ya da kendisi misli mal olmakla birlikte aşırı bir maliyet olmaksızın piyasada bu malın mislinin bulunamaması halinde olduğu gibi. Bu konuda bazı İslam hukukçuları piyasada misli bulunamayan mallar için mağdurun rızasıyla onun yerine başka bir malın verilebileceği kanaatindedirler. Örneğin, piyasada bulunamaması halinde buğday yerine arpa verilebilir³⁸.

İslam hukukçuları, ceviz, yumurta gibi sayılarak satılabilen, ölçülerek satılabilen ve tartılarak satılabilen bazı malları hukuki açıdan misli mallar olarak kabul etmişlerdir³⁹. Hukuka aykırı bir şekilde zarara uğrayan mal, hukuken, misli mallar arasında kabul edilebilen mallardan ise misliyle tazmin edilmesi gerekeceği genel prensibi her zaman uygulanamayabilir. Zira zarara uğrayan mal İslam hukukuna göre misli mallardan olmakla beraber mislinin piyasada bulunması imkansız ise o mal hukuken misli mallar arasında yer alsada dahi mislen tazmin edilmesi zorunluluğu ortadan kalkar⁴⁰. Böyle durumlarda İslam hukukçuları zarara uğrayan malın misli mallardan kabul edilmemesi hükmünü benimsemişlerdir⁴¹.

Zarara uğrayan mal misli mallardan olup, piyasalarda da mislinin bulunması durumunda zarar veren ve zarar gören kişiler, zararın kıymet olarak tazmini hususunda anlaşılırsa zarar verenin zarar verdiği, İslam hukukuna göre misli mallardan olan malı, misliyle tazmin etme sorumluluğu rızaya bağlı olarak kıymet şeklinde tazmine dönüşür⁴².

Klasik İslam hukukçularına göre, malı zarara uğrayan kişi, zarara uğrayan malının piyasada mislinin bulunup bulunmadığını tam olarak araştırmadan, zarara uğrayan malın kıymetini tazminat ola-

³⁶ Ahmed, 570.

³⁷ Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961, 255; Sema Güleç, *Maddi Tazminat Hesapları*, Ankara, 1986, 83.

³⁸ Taberî, *İhtilaf*, 184.

³⁹ İbn Abdilber, II, 841; Mecelle, mad. 1119; Ali Hafif, *Ahkâmü'l-Muamelâti's-Şer'iyeye*, Kuveyt, tz., 33.

⁴⁰ Merdavî, Alauddin Ebu'l-Hasan, *el-İnsâf*, Beyrut, 1957, VI, 191; Sırac, Muhammed Ahmed, *Damânü'l-Udvân fi'l-Fıkhü'l-İslâmî*, Beyrut, 1993, 398.

⁴¹ Mecelle, mad. 146.

⁴² Şirbini, Şeyh Muhammed, *Muğni'l-Muhtâc ila Ma'rifeti'l-Me'âni*, İstanbul, 1959, II, 282; Ahmed, 573.

rak zarar verenden aldıktan sonra zarar gören malın mislinin piyasa bulunabileceğini öğrenmesi halinde kıymet olarak aldığı tazminat bedelini iade ederek zararın mislen tazmin edilmesini isteme hakkını hukuken kaybetmiş olur⁴³. Bu durumda malın hukuki statüsü yerine zarara uğrayanın rızası devreye girmiş ve zarar verici fiilin faili ile mağdur arasında rızai bir anlaşma yapılmış olmaktadır. Hukuka uygun bir şekilde böyle bir anlaşmaya varılması halinde de hukuk devreden çıkar.

Pozitif hukukumuzda göre genel olarak, paranın dışında kalan tazmin şekillerine aynı tazminat veya aynen tazmin adı verilmektedir. Aynen tazmin ile zarardan sorumlu olan kişi, zarara uğrayan malı eski haline getirmeyi borçlanır. Burada zararın tazmini ile güdülen amacın en iyi biçimde aynen tazmin ile gerçekleşebileceği göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁴.

Hukuki açıdan maddi zararın ayn olarak tazmininde ihlal edilen hak veya hukuki değere tekabül eden durum ya fiilen yeniden kurulur ya da böyle bir hak veya hukuki değer düzeltilmek yahut benzer bir değer verilmek suretiyle zarar görenin mal varlığı tekrar tesis edilmiş olur⁴⁵. Örneğin çalınan mal aynen duruyorsa sahibine geri verilmesi ya da mümkün olması halinde kırılan bir şeyin onarımıyla eski durumunun geri getirilmesi gibi. Pozitif hukukumuzda göre, hakim, mal sahibini, bedeli haksız fiili işleyen kimse tarafından ödenmek üzere, zarara uğrayan malını tamir ettirmeye yetkili kılmıştır⁴⁶.

Pozitif hukukumuzda göre maddi zararın ayn olarak tazmini, şayet zara verici bu fiil meydana gelmemiş olsaydı zarara uğrayan kişinin mal varlığı hangi durumda bulunacak idiyse o durumun aynen, fiilen yeniden kurulması gerektiği şeklindedir⁴⁷.

3. Mislen Tazminin Şartları

Mislen tazmin, daha önce de ifade edildiği gibi zarara uğramış olan bir maddi değer mislinin yerine getirilmesi şeklinde uygulanan maddi tazminat şeklidir. İslam hukukçularının üzerinde önemle durdukları mislen tazmin olgusu her türlü zararın tazmininde devreye sokulamaz. Mislen tazminden söz edebilmek için ya da böyle bir yolla uğranılan maddi zararın tazmini cihetine gidebilmek için mutlaka bazı şartların bulunması gerekir.

⁴³ Şirbini, II, 282; Ahmed, 573.

⁴⁴ Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara, 1994, 63.

⁴⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, tz., II, 358; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, 1995, 94.

⁴⁶ Sefa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1988, 141; Tiftik, 63.

⁴⁷ Eren, II, 358.

Klasik İslam hukukçularının eserlerinden yararlanarak bu şartları kısaca şöyle sıralayabiliriz.

a. Zarara uğrayan malın mutlaka misli mallardan olması. Klasik İslam hukukçuları kendi dönemlerinde piyasada cereyan eden durumu dikkate alarak malları kendi aralarında misli, kıyemî gibi bir tasnife tabi tutmuşlardır. Bu tasnif içerisinde misli mallar kategorisine giren malların zarar görmesi halinde ancak mislen tazmin edilebilecekleri kabul edilmiştir.

b. Mislen tazminde mağdurun ayrı bir sıkıntıya sokulmaması. Zarara uğratılan bir mal misli mallardan olmakla birlikte, bunun yerine getirilmesi için zarara uğrayanın bir takım ek ödemeler de dahil olmak üzere, bir külfete katlanması istenemez. Böyle bir durumda mislen tazmin amacından sapmış olur. Zira tazminattaki gaye mağdurun mağduriyetini mümkün olduğu kadarıyla mağdura hissettirmeden gidermektir. Böyle bir durumda ise, bu amacın gerçekleşmesi hemen imkansızdır.

c. Zarara uğrayan ve piyasada misli bulunan malın satış fiyatının normalin çok üstünde bulunmaması. Malı zarara uğramak suretiyle mağdur duruma düşmüş kişinin mağduriyetini gidermek için zarar veren kişiyi aşırı bir ödemeyle karşı karşıya bırakmak ona fiilden fazla mükellefiyet yüklemek olur ki, bu adalet ölçülerine sığmayacağı için tazminatın gayesine ters düşebilir. Bu bağlamda zarar verici fiilin failinden zarar vermiş olduğu malı normal şartlardaki piyasa değeriyle alarak yerine koyması istenmelidir. Aksi bir uygulama İslam hukukundaki pek çok kurala ve Mecelle'de de yer alan "*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*"⁴⁸ külli kaidesine ters düşeceği için hukuki olarak kabul edilemez.

d. Zarara uğrayan malın tamamen telef olması gerekir⁴⁹. Zarar gören malın mislen tazmin edilebilmesi için zarar verici fiilden sonra o malın tamamen kullanılamaz hale gelmesi ya da tamir edildiği zaman eski haline dönüşmeyecek kadar büyük hasar görmüş olması gerekir. Tamamen itlaf edilmemiş mallar İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna göre, mislen tazmin edilmezler⁵⁰. Ancak bazı İslam hukukçuları malda meydana gelen zararın miktarına bakılmaksızın mağdurun muhayyer olduğu, dilerse zarara uğrayan malı faile vererek malın mislen tazminini isteyebileceği kanaatindedirler⁵¹. Tamir edildiği zaman eski haline dönüşebilecek kadar az hasar sonucunda ise, malın mislen tazmini cihetine gidilmez. Zira adil olan, zarar verici fiilin failine verdiği zararın üstünde aşırı yük yüklememektir. Buna

⁴⁸ Mecelle, mad. 88.

⁴⁹ Karafî, IV, 30.

⁵⁰ Serahsî, XI, 85; İbn Rüşd, II, 267; Kâsânî, VII, 155; İbn Kudame, V, 247

⁵¹ Malik, *Mudevvene*, V, 341; İbn Abdilber, II, 842.

göre, mağdurun mağduriyetini gidermek için faile fiilin neticesinden fazla bir yük yüklemek hukuka uygun olmaz.

Mislen tazminden söz edebilmek için genel olarak belirlemeye çalıştığımız yukarıdaki şartların mutlaka gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi halde İslam hukukunda bir tazmin şekli olan mislen tazmin olgusu uygulanamaz. Bir zararın giderilmesinde “mislen tazmin” yoluna gidilmesi imkansızlaştığında başka bir tazmin şekli olan “kıymet olarak tazmine” baş vurulur.

Sonuç

Toplumsal düzeni sağlamayı ve adaleti gerçekleştirmeyi hedefleyen hukuklar hedeflerini gerçekleştirmek için mutlaka bir takım yaptırımları bünyelerinde barındırırlar. Hakların ihlaline karşı mevcut şartlara en uygun bir takım yaptırımların geliştirilmiş olmasına rağmen yine de hak ihlallerinin önüne tam olarak geçilemez. Bunun için ihlal edilen hakların tazmin ve telafisi cihetine gidilmesi kaçınılmaz bir hal alır. Bu bağlamda hak ihlalleri sonucunda uğranılan mağduriyetleri gidermek için hemen bütün hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da bir takım hükümler ihtiva etmektedir.

Maddi değeri olan bir hakkın ihlal edilerek hak sahibinin mağdur edilmesi halinde, İslam hukukunda, o maddi değer misliyle telafi edilmesi hükmü tazminat için uygulanacak ilk hüküm olarak kabul edilmiştir. Bu durum aslında İslam hukukunun sosyal olgu ile ne kadar paralel olduğunun da bir göstergesidir.

Sonuç olarak, klasik İslam hukukçularının bir kısmının mal varlığına karşı işlenmiş haksız fiil sonucunda meydana gelen maddi zarar giderme yollarından biri olarak belirledikleri zarara uğrayan maddi değer misli ile tazmin edilmesi olgusunun günümüzde uygulanan tazminat müeyyidesinden beklenen gayeyi gerçekleştirmek için uygun bir yaptırım olduğu kanaatini ifade edebiliriz.

KAYNAKÇA

Abdusselam, Said, *et-Ta'vîd an Dararı'n-Nefî fi'l-Kânûni'l-Vad'i ve'l-Fıkhul-İslâmî ve'd-Duvelî'l-Arabî*, İskenderiye, 1990

Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî, *el-Müsned*, Beyrut, tz.

Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damânü'l-Mütlefât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire, 1985

Ali Hafif, *Ahkâmu'l-Muamelâti's-Şer'iyye*, Kuveyt, tz.

Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Beyrut, 1971

Ali Haydar, *Dureru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (Şerhu Kavaidi'l-Külliyeye), İstanbul, 1330

Ateh, Nureddin, *Tefsiru'l-Ahkâmi'l-Kur'an*, Şam, 1989

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

Bâz, Selim Rüstem, *Şerhu Mecelle*, Beyrut, 1986

Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as, *es-Sünen*, Beyrut, 1988

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, tz.

Fezullah, Muhammed Fevzi, *Nazariyâtu'd-Damân fi'l-İslâmiyyi'l-Âmm*, Kuveyt, 1986

Güleç, Sema, *Maddi Tazminat Hesapları*, Ankara, 1986

Hısnî, Takıyuddin Ebu Bekir b. Muhammed, *Kifayetu'l-İhtiyâr fi Halli Ğayeti'l-İhtisar*, Beyrut, 1996

İbn Abdilber, Ebu Ömer Yusuf b. Abdillâh, *Kitabu'l-Kâfi fi Fıkhı Elhi'l-Medineti'l-Malikî*, Riyad, 1980

İbn Abidin, Muhammed Emin, *Haşiyetu Reddi'l-Muhtâr*, İstanbul, 1984

İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed, *Kavâninu'l-Fıkhıyye*, Tunus, 1982,

İbn Ferhun, Burhanuddin Ebi'l-Vefa, *Tebşiretü'l-Hükkâm fi Usûli'l-Akdiyye ve Menafi'u'l-Ahkâm*, Beyrut, tz.

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-Âs3ar*, Beyrut, tz.

İbn Humam, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid, *Şerhu Fet-hi'l-Kadîr*, Beyrut, tz.

İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, Beyrut, 1972

İbn Mace, Ebu Abdillâh Muhammed, *es-Sünen*, Beyrut, 1975

İbn Rüşd, Kadi Ebi'l-Velid el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, İstanbul, 1985

Karafi, Şihabuddin Ebi'l-Abbas, *el-Furûk*, by.,tz.

Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, 1995

Kâsânî, Alauddin Ebi Bekir b. Mesud, *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut, 1986

Kılıçoğlu, Ahmed, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1993

Kırkağaci, Süleyman, *Şerhu Hatime-i Kavâidi'l-Usûl*, İstanbul, tz.

Kurtubî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmer el-Ensârî, *el-Câmi' li'l-Ahkâmi'l-Kur'an*, Beyrut, tz.

Malik b. Enes, *el-Muvatta*, Beyrut, tz.

Merdavî, Alauddin Ebu'l-Hasan, *el-Insâf*, Beyrut, 1957

Merğinanî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi*, İstanbul, 1986

Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul, 1984

Meydanî, Abdulgani el-Ğanimî, *el-Lubâb fî Şerhi'l-Kitâb*, İstanbul, tz.

Nesâî, Ebu Abdirrahman Ahmed b. Şuayb, *es-Sünen*, Beyrut, tz.

Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1988

Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas, *Nihâyetü'l-Muhtâc İla Şerhi'l-Minhâc*, Mısır, 1967

Serahsî, Ebu Bekirb. Muhammed b. Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut, 1986

Sırac Muhammed Ahmed, *Damânü'l-'Udvân fî'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Beyrut, 1993

Şirazî, Ebu İshak İbrahim b. Ali, *el-Mühezzeb fî'l-Fıkhı'l-İmami's-Şafi'i*, Mısır, tz.

Şirbinî, Şeyh Muhammed, *Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti'l-Me'ânî*, İstanbul, 1959

Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir, *Cami'u'l-Beyân an Te'vîli'l-Âyi'l-Kur'an*, Beyrut, 1988

Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir, *İhtilafu'l-Fukaha*, Beyrut, tz.

Tandoğan Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961

Tiftik, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara, 1994

Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa, *es-Sünen*, Beyrut, tz.

Velidedeoğhu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar*, İstanbul, 1960

Zerka, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Kavâidi'l-Fıkhıyye*, Beyrut, 1989

Zerka, Mustafa Ahmed *el-Fıkhı'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, Dımeşk, 1963

Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Fi'lu'd-Dâr ve'd-Damân fih*, Beyrut, 1988

Zuhaylî, Muhammed, *Nazariyâtu'l-Fıkhıyye*, Beyrut, 1993

Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyâtu'd-Damân*, Dımeşk, 1982