

**T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI  
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**İSLAM HUKUKUNDA DAMÂN VE TAAHHÛT**

**KEZİBAN GURBET KARİPARDUÇ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**DANIŞMAN  
PROF. DR. ORHAN ÇEKER**

**KONYA-2016**



T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



### Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	Keziban Gurbet KARİPARDUÇ		
	Numarası	128106041021		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri/ İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Orhan ÇEKER		
	Tezin Adı	İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt		

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yaptığımı bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı  
İmzası

Keziban Gurbet KARİPARDUÇ



T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



### YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Keziban Gurbet KARIPARDUÇ
	Numarası	128106041021
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku
	Programı	Yüksek Lisans X
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Orhan ÇEKER
	Tezin Adı	İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan <sup>İslam Hukukunda</sup> ~~Damân ve Taahhüt~~ başlıklı bu çalışma <sup>03/04/2016</sup> tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Sıra No	Danışman ve Üyeler		
	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza
1	Prof. Dr. D	Orhan ÇEKER	
2	Prof. Dr.	Şamil DAĞCI	
3	Doç. Dr.	Murad ŞİMŞEK	



T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



### Tez Savunma Sınavı Tutanak Formu

I. Öğrenci Bilgileri					
Adı	Keziban Gurbet	Anabilim Dalı	Temel İslam Bilimleri		
Soyadı	Kariparduş	Bilim Dalı	İslam Hukuku		
Numarası	128106041021	Sınav Durumu	I. Savunma Sınavı <input checked="" type="checkbox"/>	II. Savunma Sınavı	<input type="checkbox"/>
Danışmanı	Prof. Dr. Orhan ÇEKER	Programı	Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora	<input type="checkbox"/>
II. Sınav Bilgileri					
Tarih	01.04.2016	Saat	10.00	Süre	90 dk
III. Değerlendirme ve Sonuç					
<input checked="" type="checkbox"/>	Savunulan Tezin Kabul Edilmesine				
<input type="checkbox"/>	Savunulan Tezin Düzeltilmesine				
<input type="checkbox"/>	Savunulan Tezin Reddedilmesine (*)				
Salt Çoğunluk	<input type="checkbox"/>	Oy Çokluğu	<input type="checkbox"/>	Oy Birliği	<input checked="" type="checkbox"/>
İle karar verilmiştir.					
NEÜ Lisansüstü Eğitim Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan <b>Yüksek Lisans / Doktora Tez Savunma Sınavı</b> gerçekleştirilmiş ve adayın durumu tutanakla tespit edilmiştir.					
IV. Tez İzleme Komitesi Üyeleri					
Sıra No	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza		
1	Prof. Dr.	Orhan ÇEKER			
2	Prof. Dr.	Şamil DAĞCI			
3	Doç. Dr.	Murat ŞİMŞEK			
4	Üye				
5	Üye				
<b>Not:</b> Bu belge, Tez Savunma Sınavı'ndan sonra üç gün içerisinde, Tez inceleme ve Değerlendirme Formu (Rapor) ile birlikte Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne gönderilmelidir. (*)Tezi Reddedilen öğrenci, Reddedilen tezin bir nüshasını gerekçeli kararla birlikte Enstitüye teslim etmesi gerekmektedir.					

## ÖZET

<b>Öğrencinin</b>	Adı Soyadı	Keziban Gurbet KARİPARDUÇ		
	Numarası	128106041021		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri/ İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Orhan ÇEKER		
	Tezin Adı	<b>İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt</b>		

**İslam borçlar hukukundaki temel konulardan olan damân ve taahhüt genel olarak mali ödeme sorumluluğunu ve risk yüklenmeyi ifade etmektedir.**

**Tez çalışmamızda, damân kavramının naslardaki temelleri, fıkıh literatüründeki algılanma ve yorumlanma biçimi, damân teriminin gelişim süreci ve damânın uygulanabileceği konular ve sınırları ele alınmıştır.**

**Çalışmamız bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır.**

**Giriş kısmında konunun fıkıh ilmi içindeki yerine, sınırlandırılmasına, araştırmanın amaç ve yöntemi ile kaynaklarına dair bilgilere yer verilmiştir.**

**Birinci bölümde damân teriminin kavramsal çerçevesi ortaya konulmuştur. Bu bölümde damânın anlamı ve tanımı, damânın mahiyeti, benzer terimlerle ilişkisi, konuyla ilgili naslara yer verilmiştir.**

**Çalışmanın ikinci bölümü damânla ilgili bazı genel kurallar, damân sebepleri, damân ile kefâlet arasındaki farklar konusuna tahsis edilmiştir.**

**Çalışmamızın son bölümü olan üçüncü bölümde ise, damânın uygulanabileceği konular ve sınırları ele alınmıştır.**

**Çalışmamız, vardığımız neticeleri ve önerilerimizi içeren bir sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.**

**Anahtar Kelimeler: Damân, kefâlet, risk üstlenme, taahhüt, ticari alacak (kredi) sigortası**

## ABSTRACT

<b>Author's</b>	Name and Surname	Keziban Gurbet KARİPARDUÇ		
	Student Number	128106041021		
	Department	Temel İslam Bilimleri/ İslam Hukuku		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
	Supervisor	Prof. Dr. Orhan ÇEKER		
	Title of the Thesis/Dissertation	<b>The Compensation and Undertaking in Islamic Law</b>		

**The Compensation (Damân) and undertaking, which is one of the main issues in Islamic contract law, refers to financial payment responsibility and assume the risk.**

**In this dissertation, we have discussed the fundamentals of The Compensation, its perception and interpretation in fiqh literature, the process of The Compensation underwent until it was coined as a term, its development process and its impact on contracts.**

**This study consists of an introduction and three chapters.**

**In the introduction, we have given a synopsis of the topic in Islamic law and mentioned the limitations, purpose and method of the study and listed the sources of our research.**

**In the first chapter, the conceptual framework of the term has been discussed. In this chapter, we have dealt with the meaning and definition of The Compensation, relevant quranic and prophetic texts, the nature of The Compensation and its relationship with other similar terms.**

**The second chapter, we have discussed some general rules about the Compensation, The Compensation reasons, the differences between the Compensation and bail; Third chapter we have discussed topics can be applied to the Compensation and limits.**

**The dissertation is completed with a conclusion that summarizes the results we reached and our recommendations.**

**Keywords: Compensation, bail, assume the risk, undertaking, trade credit insurance**

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vi
ÖNSÖZ.....	vii

## GİRİŞ

### ARAŞTIRMANIN ÇERÇEVESİ VE KAYNAKLARI

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU.....	2
II. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ .....	3
III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI.....	4
IV. BU KONUDA YAPILAN ÇALIŞMALAR VE DEĞERLENDİRMESİ.....	5

## BİRİNCİ BÖLÜM

### DAMÂNIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. DAMÂNIN ANLAMI VE TERİMLEŞME SÜRECİ	
A. Sözlük Anlamı.....	12
B. Terim Anlamı.....	14
a. <i>Damânın Kefâlet Anlamında Kullanılışı</i> .....	15
b. <i>Damânın Tazminat Anlamında Kullanılışı</i> .....	15
c. <i>Damânın Sorumluluk Anlamında Kullanılışı</i> .....	20
II. DAMÂNLA İLİNTİLİ KONULAR/ KAVRAMLAR.....	20
A. Taahhüt-Damân İlintisi.....	20
B. Sorumluluk-Damân İlintisi.....	21
C. Sigorta-Damân İlintisi.....	24

D. Kefâlet-Damân İlintisi.....	26
E. Damân ve Kefâlet Arasındaki Fark.....	29
F. el-Harâc bi'd-damân-Damân İlintisi.....	34
G. Şirket-i vücuh-Damân İlintisi.....	35
H. Şirket-i a'mal-Damân İlintisi.....	36
İ. Damânla İlgili Diğer Kavramlar .....	37
III. DAMÂNLA İLGİLİ NASLAR.....	41
A. Konu İle İlgili Ayetler.....	41
B. Konu İle İlgili Hadis-i Şerifler.....	43

## İKİNCİ BÖLÜM

### DAMÂNLA İLGİLİ GENEL KAİDELER

I. DOĞRUDAN İLGİLİ OLANLAR.....	47
A. Bir şeyin nef'i damânı mukabelesindedir.....	47
B. Ücret ile damân müctemi' olmaz.....	48
C. Cevaz-ı şer'î damâna münafî olur.....	51
D. Damân-ı amel bir nevi ameldir.....	52
E. Ribha, istihkâk bazen mal veya amel ile [bazen dahi 85. madde hükmünce] damân ile olur.....	52
II. DOLAYLI İLGİSİ OLANLAR.....	53
A. Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur.....	53
B. Mazarrat, menfaat mukabelesindedir.....	53

C. Klfet nimete, nimet klfete gredir.....	54
D. Teadd ve taksir, yed-i emanı yed-i damna çevirir.....	55
III. DAMN SEBEPLER .....	56

## NC BLM

### DAMNIN UYGULAMA ALANI VE SINIRLARI

I. DAMN KARSILIĐI ALINAN CRET.....	64
II. TCAR ALACAK (KRED) SGORTASI.....	66
III. DAMN KARSILIĐI KARZ AKD.....	70
IV. TAERON FRMALARA DOĞRUDAN İ YAPTIRMADAN KAZANÇ ELDE EDLMES .....	74
V. DPLOMA/SERTFKA KARSILIĐI YAPILAN TCARET (DAMN KARSILIĐI DPLOMAYI KRALAMAK).....	77
<b>SONUÇ.....</b>	<b>80</b>
<b>TEKLFLER.....</b>	<b>83</b>
<b>BBLYOGRAFYA.....</b>	<b>84</b>

**KISALTMALAR**

a.g.e.	: adı geçen eser
A.Ü.A.F.	: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi
A.Ü.	: Ankara Üniversitesi
a.y.	: aynı yer
b.	: bin
bk.	: bakınız
c.	: cilt
çev.	: çeviren
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
ed.	: editör
Fak.	: Fakültesi
h.	: hicri
md.	: madde
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
M.Ü.	: Marmara Üniversitesi
M.Ü.İ.F.V.	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
N.E.Ü.	: Necmettin Erbakan Üniversitesi
nşr.	: neşreden
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	: tahkik
ts.	: baskı tarihi yok
s.	: sayfa
sy.	: sayı
Ü.	: Üniversitesi
v.	: vefat tarihi
vd.	: ve devamı
yay.	: yayınevi
YL.	: Yüksek Lisans

## ÖNSÖZ

Bismillâhirrahmânirrahîm.

Âlemlerin Rabbi olan Allah’a hamd, O’nun kulu ve elçisi olan Hz. Muhammed’e (s.a.v), âline ve ashabına salât u selâm olsun.

Allah katında din şüphesiz İslam’dır.<sup>1</sup> İslam dini insanların hem dünya hem de ahiret mutluluğunu amaçlayan hükümler getirmiştir. Bu hükümler itikadi, ameli ve ahlaki olarak üçe ayrılmış, Temel İslam Bilimleri de bu ana konular çerçevesinde gelişmiştir. Bu ilimlerden amelle ilgili olan fıkıhtır. Fıkıhın kelime anlamı inceden inceye anlayış, arka planını görme, derinlemesine kavrama gibi anlamlara gelmektedir. Fıkıhın ıstılahta kullanılan tariflerinden yaygın olanı ise şöyledir: “Şer’î ameli hükümleri tafsili delillerden alarak bilmektir.” Mecelledeki tarifi ise “İlm-i fıkıh mesail-i şer’iyye-i ameliyyeyi bilmektir.” Ebu Hanife’ye atfedilen fıkıhın tanımı ise “Kişinin ameli hak ve sorumluluklarını bilmesi” dir. İmam Malik’e göre fıkıh Allah’ın kalplere attığı bir nurdur. Bu nur sayesinde insan meselelerin iç yüzünü hakkıyla anlar. Bu ışık süzmesinden nasiplenmek adına bu âcizane çalışmayı yapmış bulunuyoruz.

Fıkıh üç ana bölüme ayrılmıştır. Bunlar ibadat, muamelat ve ukûbattır. Bizim bu çalışmamız muamelât alanı ile ilgilidir. Muamelât fıkıh terimi olarak alışveriş, kira, şirketler, evlilik, miras, vasiyet gibi günlük yaşantımızda karşılaştığımız her türlü işlemleri içine alan fıkıhın en geniş bölümüdür.

---

<sup>1</sup> Al-i İmran 3/19.

Biz bu çalışmamızda damân kavramını ele alarak yaygın kullanımı olan kefâlet ve tazminat anlamı dışında sorumluluk ve risk yüklenme anlamını ön plana çıkarmayı hedefledik. Konu ile ilgili geçen nasları bu zaviyeden değerlendirdik. Çalışmamız Kuran ve sünnet ışığında damân ve taahhüt konusuna bir katkı sunmayı amaçlamaktadır. Tezimiz genel hatlarıyla Giriş ve Sonuç bölümleri hariç üç bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde araştırmanın konusunu, amacını ve incelediğimiz kaynakları ele aldık. Birinci bölümde kavramsal çerçeve olarak damân, damânla ilintili konular ve bu konu ile ilgili naslar; ikinci bölümde damân kavramı ile ilgili kaideleri, damân sebepleri, bazı mezheplerin görüşleri ve damân ile kefâlet arasındaki farklar; üçüncü bölümde damânın uygulanabileceği konular ve sınırları çizilecektir.

Sonuç bölümünde de bu çalışmamızda ulaştığımız neticelerden ve önemli noktalardan bahsettik.

Bu tezimizin hazırlanmasında, engin akademik vizyonu ile şahsıma her daim rehberlik eden danışman hocam Prof. Dr. Orhan ÇEKER'e, eksiklerin giderilmesi hususundaki kıymetli katkılarından dolayı savunma jürisi üyeleri Prof. Dr. Şamil DAĞCI ile Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK'e ve bana çalışma ortamı hazırlayan aileme teşekkürü yerine getirilmesi gereken bir görev telakki ediyorum.

Gayret ve çalışmak bizden, muvaffakiyet ancak Yüce Allah'tandır.

Keziban Gurbet KARİPARDUÇ

2016

## **GİRİŞ**

### **ARAŞTIRMANIN ÇERÇEVESİ VE KAYNAKLARI**

## I. ARAŞTIRMANIN KONUSU

Kelime olarak kefil olma, üstlenme, bir borcun altına girme, taahhüt ve garanti etme anlamına gelen damân<sup>2</sup> kelimesi İslam hukukunda dar anlamda kefâlet akdini, geniş anlamda ise kişinin ödeme sorumluluğunu, mali yükümlülüklerini ifade eder. Damân sebepleri, diğer bir ifadeyle kişinin mali ödeme yükümlülüğünün kaynakları hususunda çeşitli tasnifler bulunmaktadır. “Bu tasniflerin birinde damân sebepleri; şariin yükümlü tutması (ilzam), kişinin kendi üstlenmesi (iltizam), zilyetlik ve zararlı fiil olarak dört ana başlık altında toplanmıştır.”<sup>3</sup> Biz çalışmamızda bu sebeplerden iltizam, mali taahhüt nevini ele alacağız.

Çalışmamız esnasında kaynaklarda özellikle damânın, kefâlet ve tazminat manasında anlaşıldığını görmekteyiz. Damân konusu ile ilgili yapılmış bir doktora tezi ‘İslam Borçlar Hukukunda Tazminat’ esas alınarak kurgulanmıştır.<sup>4</sup> Bu çalışmada damân kavramı tazminat anlamında kullanılmıştır ve haksız fiiller sonucunda meydana gelen zararların İslam hukukuna göre tazmini incelenmiştir. Biz çalışmamızda damân kavramını kefâlet veya maddi-manevi tazminat anlamında kullanmadık. Biz damân kavramını risk üstlenme, eşyanın görebileceği zarara katlanma anlamında işledik. Bu anlamda Hz. Peygamber’in ‘el-Harâc bi’ d-damân’ hadis-i şerifi bulunmaktadır. Bu “cereme kime ise semerenin ona”<sup>5</sup> ait olduğunu ifade eden bir hadistir. Bu hadis-i şerif fayda karşılığında bulunan her konuda darb-ı

<sup>2</sup> Damân kavramı bazı eserlerde “zamân” olarak yazılmıştır. Biz ( ض ) dat harfinin Latin harfleriyle yazımında d harfini tercih ettik. Nitekim İslam Ansiklopedisi’nde de “Damân” şeklinde yazılmıştır.

<sup>3</sup> Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 450-451.

<sup>4</sup> Bk. Kahveci, Nuri, “*İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*”, (Doktora tezi) Atatürk Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1997.

<sup>5</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “el-Harâc bi’ d-damân”, Ensar yay. , İstanbul 2003, s. 179.

mesel olmuştur. Mecellenin 85. maddesi olan ‘Bir şeyin nef’i damânı mukabelesindedir’ kaidesi de bu hadis-i şerifin yansımasıdır.

Çalışmamızda damân-ı amelin bir nevi amel<sup>6</sup> olduğundan yola çıkarak sorumluluğu üstlenerek, damân karşılığı alınan paranın meşru olduğunu ifade etmeye çalıştık. Bunu işlerken de damânın hangi konulara uygulanabileceğini ve damânın sınırlarını çizmeyi amaçladık.

## II. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Tezimizin amacı damânın hangi konulara uygulanabileceğini incelemek ve damânın hükme etkisini araştırmaktır. Konuyu incelerken damân-sigorta ilişkisini ön plana aldık. Damân kavramının anlaşılmasını kolaylaştırmak için damâna özel manada sigorta himayesi anlamı verilebileceği kanaatini göz önünde bulundurduk.

Kefâlet çerçevesinde değerlendirilen alacakların sigorta şirketi tarafından belli prim karşılığında garanti edilmesi ve alacağın tahsil edilememesi durumunda zararın tazmin etmesi şeklindeki uygulamayı damân sınırları içinde inceledik. Bu bağlamda sigorta-faiz ilişkisine değindik.

Damânın uygulanabileceği diğer bir konu olarak ihale ile sorumluluğu üstlenen esas firmaların taşeron firmalara iş yaptırmasını konu edindik ve esas firmaların bu bağlamdaki kazancının meşruiyetini incelemeyi amaçladık.

Başta ticaret olmak üzere pek çok ilişkinin globalleştiği günümüz dünyasında İslam hukuk literatüründe kapsamlı bir terim olan damân kavramını kefâlet ve tazminat anlamına hasredip onun ilişkili olduğu diğer hukuki alanları görmezden gelme başlı başına bir risk teşkil etmektedir. Biz bu çalışmamızla bu anlamda var

---

<sup>6</sup> Mecelle, md. 1346.

olduğunu gördüğümüz boşluğun bir nebze de olsa doldurulmasını temenni etmekteyiz.

### III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Çalışmamızda, Kur'an ve sünnet nasları başta olmak üzere, klasik İslam hukuku kaynaklarına başvurulmuştur. Konumuzda Hanefi mezhebi esas alınmakla birlikte tek mezheple yetinilmemiş olup farklı mezheplerden mukayeseli olarak klasik kaynaklara da müracaat edilmiştir.

Hanefî fıkıh kitapları içinden Serahsî'nin "el-Mebsût", Kâsânî'nin "Bedâi'u's-sanâi'", İbnu'l-Hümâm'ın "Fethu'l-Kadîr", Bağdâdî'nin "Mecma'u'd-damânât" adlı eserlerine başvurduk. Şafiî fıkıh kitapları içinden Şîrâzî'nin "el-Mühezzeb", Mâlikî fıkıh kitaplarından İbn Rüşd el-Hafîd'in "Bidâyetü'l-müctehid", Hanbelî fıkıh kitapları içinden İbn Kudâme'nin "el-Muğnî" adlı eserden istifade etmeye çalıştık.

Son dönem İslam hukukçuları tarafından genel olarak sorumluluk ve sorumluluğun şartlarıyla ilgili pek çok müstakil çalışma yapılmıştır. Özellikle, Ali Hafîf'in "ed-Damân fi'l-Fıkhi'l-İslâmî", Vehbe Zuhaylî'nin "Nazariyyetü'd-damân", Muhammed Fevzi Feyzullah'ın "Nazariyyetü'd-damân", Süleyman Muhammed Ahmed'in "Damânü'l-mütlefât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî" adlı kitaplar, konuyu kavrama açısından sürekli başvurduğumuz eserlerdir.

## IV. BU KONUDA YAPILAN ÇALIŞMALAR VE DEĞERLENDİRMESİ

### 1. Yurt Dışında Yapılmış Çalışmalar

Sistematik olmamakla birlikte damân konusunu detaylı olarak ele alan Hanefî hukukçu Ebu Muhammed b. Gânim b. Muhammed el-Bağdâdî'nin (1030/1620) *Mecma'u'd-damânât fi mezhebi'l-İmâmi'l-A'zâm Ebi Hanîfeti'n-Nu'mân* isimli eseri başta gelmektedir. Bu eser damân konusunda fıkıh kitaplarında bulunan dağınık bilgileri bir araya getirmiştir. Matbu olan eser İslâm âleminde tanınmış olup sorumluluk ile ilgili eser yazan hemen herkes esere atıfta bulunmuştur. Eser iki cilt halinde basılmıştır. Müellif otuz sekiz babta konuyu incelemiştir.

Tezimizi sistematize etmek için, bu sahada yapılmış Arapça eserlerden özellikle Vehbe Zuhaylî'nin (2015) *Nazariyyetü'd-damân*, Süleyman Muhammed Ahmed'in *Damânu'l-mütlefât fi'l-Fıkhü'l-İslâmî*, Ali el-Hafif'in (1952) *ed-Damân fi'l-Fıkhü'l-İslâmî* eserlerinden yararlandık. Ali el-Hafif'in bu kıymetli eseri iki cilt olarak basılmıştır. Birinci kısımda damân ve itlaf edilen malların tazminatını konu edinirken; ikinci kısımda mala ve şahsa kefâlet, diyet, erş, kasâme konularını işlenmiştir. İlk kısım 1971'de, ikinci kısım 1973'te yayımlanmıştır.<sup>7</sup>

Damânla ilgili diğer bir çalışma ise Hamed b. Muhammed el-Cabir el-Hâciri'nin *el-Kavâid ve'd-davâbitü'l-fıkhiyye fi damâni'l-mâlî* adlı eseridir. Eser anlaşılır bir dille ve sistematik olarak ele alınmıştır. Yazar damân kavramını genel ve özel manada olmak üzere iki başlıkta incelemiştir. Fıkıhçılar arasındaki ıstılahi

<sup>7</sup> Yaran, Rahmi, "İslam Hukukunu Çağına Taşıyan Bir Fakih: Ali el-Hafif ve Eserleri", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı:6, 2005, s.529-530.

tariflere ve bu tariflere getirilen itirazlara da yer vermiş olup, tercih ettiği görüşü sebepleriyle açıklamıştır. Bu eserin ilk baskısı 2008 yılında Riyad’da yapılmıştır.

Konuyla ilgili çağdaş araştırmacı İbn Neccâr’ın, *el-Câmi‘u li-ahkâmi‘l-kefâle ve‘d-damânât ala‘l mezâhibi‘l-erbea* adlı eseri bulunmaktadır. İbn Neccâr’ın bu eseri dört mezhebin damân ile ilgili görüşlerini özet halinde vermesi bakımından pratik bir kaynaktır. İbn Neccâr’ın eserin giriş bölümünde damân ile kefâlet arasındaki farkları ifade eden başlığı önem arz etmektedir.

Günümüz âlimlerinden Suriye’li Vehbe Zuhaylî’nin *Nazariyyetü‘d-damân ve Ahkâmu‘l-mes‘ûliyyeti‘l-medeniyye ve‘l-Cinâiyye fi‘l-Fıkhı‘l-İslâmî Dirâse Mukârene*, adlı çalışması İslam fikhının damân konusu ile ilgili yazılmış önemli eserlerinden biridir. Müellif, konuyu kuşatıcı bir şekilde ele almıştır ve günümüz insanının anlayabileceği bir dilde eserini yazmıştır. Üç bölümden oluşan eserin birinci bölümünde müellif konuyu genel bir bakış açısıyla ele almıştır. Bu bölümde damân kavramının tanımı ve meşruiyeti, damânın şartlarını, sebeplerini incelemiştir. Zuhaylî, akitleri damân açısından ikili tasnife tabi tutmuş; damân akitleri ve emanet akitlerini işlemiştir. Birinci bölümün son faslında damân ile ilgili fıkhi kaidelere yer ayırmıştır. Müellif, ilgili mecelle kaidelerini başlıklar halinde incelenmiştir. “el-Harâc bi‘d-damân” hadis-i şerifini ayrı bir başlıkta değerlendirmiştir. Eserin ikinci bölümünde ise akdî sorumluluk, üçüncü bölümünde ise haksız fiil sorumluluğu konu edinilmiş ve ayrıntılı işlenmiştir.

Bizim çalışmamız buraya kadar zikredilen çalışmalardan farklı olarak damân kavramının analizini, meşruiyetini, sebeplerini ele aldıktan sonra güncel bazı tikel örnekler üzerinden damanın uygulanabileceği konular ve sınırlarını çizmeye çalışmaktadır.

## 2. Türkiye’de Yapılmış Çalışmalar

Türkiye’de İslam borçlar hukukunda damân ve taahhüt üzerine yapılan çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır. Damân konusu hakkında Türkçede kitap veya tez çapında müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Ansiklopedi maddesi ve makale gibi daha ufak çapta bazı çalışmalar vardır. Onun dışında farklı konularda kaleme alınıp damân konusuna değinen bazı kitap, tez ve makale çalışmaları bulunmaktadır. Bu çalışmalardan en önemlilerini zikretmek gerekirse:

a) Damân konusunda Türkçedeki müstakil çalışmalardan biri, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi’nde (DİA) yer alan *damân* maddesidir. Hamza Aktan tarafından kaleme alınan madde konuyu derli toplu bir şekilde ortaya koymuştur. Bu madde dışında damân kapsamına giren, kefâlet, tazmîn, zarar, sorumluluk, uhde, garâmet vb. bazı terimler birer madde halinde DİA’da yer almıştır. Şamil İslam Ansiklopedisinde ise damân maddesi bulunmamakla birlikte aynı kökten gelen tazminat maddesi bulunmaktadır. Bu kavramı Hamdi Döndüren kaleme almıştır.

b) Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisinde kavram “zamân” olarak geçmektedir. Burada kavrama kefil olma, borçlunun ödemediği anda borcu ödemeyi taahhüt eden üçüncü şahısla yapılan anlaşma anlamları yüklenmiş olup fıkıh kitaplarında zayi olmuş veya tahribe uğramış eşyadan dolayı alacaklıya ödenmesi zaruri olan durumlardaki sorumluluğu ifade ettiği de belirtilmiştir.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Juynboll, “Zamân”, *MEB İslam Ansiklopedisi*, I-XIII, MEB yay, Eskişehir 1997, XIII, 462.

c) Damân konusu ile ilgili yapılmış bir doktora tezi “İslam Borçlar Hukukunda Tazminat” esas olarak kurgulanmıştır.<sup>9</sup> Bu tez 1997 yılında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Nuri Kahveci tarafından hazırlanmıştır. Çalışma, sorumluluk, haksız fiil nazariyesi, maddî ve manevî zarar ile maddî ve manevî tazminat konularını kapsamaktadır. Diğer bir doktora tezi ise 1994 yılında “İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü”<sup>10</sup> isimli Rahmi Yaran’ın çalışmasıdır. Bu doktora tezinde “İslam Hukukunda Tazminat Kavramı” isimli bir başlık bulunmaktadır. Bu kısımda damân kavramına, tazminat ve tazminat yükümlülüğü anlamları verilmiştir.

d) Damân kavramını sorumluluk, mesuliyet çerçevesinde değerlendirip tezlerini bu anlam üzerine inşa etmiş araştırmacılar bulunmaktadır. Bunlardan biri Muhammet Abdülmecit Karaaslan’ın “İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk”<sup>11</sup> adlı doktora çalışmasıdır.

e) Damân kavramının sorumluluk anlamında kullanıldığı diğer tezlerden örnekler ise şunlardır.

İbrahim Atalay, *İslam Borçlar ve Ceza Hukuku Açısından Trafik Kazalarından Doğan Sorumluluk*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2011

Ahmet Ekşi, *İslam Hukukunda Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2010

<sup>9</sup> Bk. Kahveci, Nuri, “*İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*”, (Doktora tezi) Atatürk Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1997.

<sup>10</sup> Bk. Yaran, Rahmi, “*İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*”, (Doktora tezi) Marmara Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994.

<sup>11</sup> Bk. Karaaslan, Muhammet Abdülmecit, “*İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukukî Sorumluluk*”, (Doktora tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta 2009.

Aıvaz Valiyev, *İslam Hukuku Açısından Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2010

Yusuf Şen, *İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2007

Menduh Kayıklık, *İslam Hukukunda Hak ve Sorumluluk İlişkisi*, Çukurova Üniversitesi, Adana 2007

f) Damân kavramına temas edilen doktora tezlerinden biri Ercan Eser'in "*İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*" adlı tezdır. 2007 yılında kabul edilen bu çalışmanın birinci bölümünde sorumluluk kavramı ve sorumluluğun borçlar hukukundaki önemi ve amacı; ikinci bölümünde hem günümüz hem de İslam borçlar hukukunda haksız fiil kavramı ve haksız fiilin unsurları ile sorumluluğu ortadan kaldıran durumlar ele alınmıştır. Üçüncü bölümünde ise haksız fiillerden doğan cismani, mali ve manevî zararların tazmini ile ilgili konular incelenmiştir.<sup>12</sup>

g) Sigorta konusunu fıkhi açıdan ele alan bazı akademik çalışmalarda, damân konusu belli oranda zikredilmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır:

Hasan Hacak: "İslam Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi", MÜİFD, sy. 30 (2006/1), s. 21-50

Fahri Demir: "Sigorta (Âkile Müessesesi ve Süftece Muamelesi Işığında Bir Tedkik", AÜİFD, XLIII (2002/2), s. 169-200

Hadi Sağlam: "Sigortanın Sosyal ve Özel Sigortalar Şeklindeki Taksiminden Hareketle Ticari ve Yardımlaşma Sigortalarının İslam Hukuku Açısından

<sup>12</sup> Eser, Ercan, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, Ankara Ü., Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), Ankara 2007.

Değerlendirilmesi’’, Akademik Bakış Dergisi Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler, E-Dergisi Sayı: 31 Temmuz – Ağustos 2012 <sup>13</sup>

Bizim çalışmamız ise bu zikrettiğimiz çalışmalardan farklı olarak şu hususları içermektedir:

Tezimizde damân kavramını yaygın olarak fıkıh kitaplarında kullanılmış kefâlet anlamında değil risk üstlenme ve zarara katlanmayı taahhüt etme anlamında kullanmaktayız. Damânın uygulama alanlarını tikel örnekler üzerinden ele alarak sınırlarını çizmeye çalışmaktayız.

---

<sup>13</sup> <http://www.akademikbakis.org/eskisite/31/09.pdf> [Erişim Tarihi: 02.01.2015]

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**DAMÂNIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ**

## I. DAMÂNIN ANLAMI VE TERİMLEŞME SÜRECİ

### A. Sözlük Anlamı

Damân (الضمان) kelimesi d-m-n kök harflerinden türemiştir.

Sözlükte “bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme” anlamına gelen damân kelimesi İslâm hukukunda dar anlamda kefâlet akdini, geniş anlamda ise kişinin ödeme sorumluluğunu, hatta genel malî yükümlülüklerini ifade eder. Ödeme sorumluluğunu ifade eden bir fıkıh terimidir.<sup>14</sup>

Bu kavram sözlükte “zamân” olarak ifade edilmiş, kefâlet ve ödeme anlamları verilmiştir.<sup>15</sup>

Damân sözlükte kefâletten başka, iltizam, borcu tazmin ettirme, haklı veya haksız olarak mala el koyma ve kanundan doğan bütün borçları ifade etmek için de kullanılır.<sup>16</sup>

Damân kelimesi bazen tamlama şeklinde de kullanılmaktadır. ‘Damân-ı amel’, ‘damân-ı akd’, ‘damân-ı rehn’, ‘damân-ı rücu’, ‘damân-ı derek’, ‘damân-ı gurûr’, ‘damân-ı mebî’, ‘damân-ı menfaat’, ‘damân-ı rücû’, ‘damânü’l-mükâteb’, ‘damânü’l-halâs’, ‘damânü’l-istihkâk’, ‘damânü’l-itlaf’, ‘damânü’s-sûk’, ‘damânü’l-uhde’, ‘damânü’l-yed’ şeklindeki kullanımlar bunlardan bazılarıdır. Yine aynı kökten

<sup>14</sup> Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 450.

<sup>15</sup> Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, Beyan yay., İstanbul 1989, s. 1185.

<sup>16</sup> Kahraman, Abdullah, *İslam Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, MÜİFV yay, İstanbul 2008, s. 50.

türemiş olan dâmin, madmûn, madmûn bi gayrihi, madmûn bi nefsihi ifadeleri de konuyla yakından ilgilidir.<sup>17</sup>

Damân, “başkasının üzerindeki vacip bir hakkı üstlenmek, bir şeyin misliyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini vermektir. Zarar ve ziyana karşı kefâlet, garanti anlamına da gelir. Kefile dâmin, damîn denir. Haksız fiille meydana gelen zararın maddeten telafisi ve tazmin edilmesidir. Risk üstlenme, eşyanın görebileceği zarara katlanma. Bu anlamda “el-Harâc bi’-d-damân” denilmiştir.”<sup>18</sup>

Diğer bir eserde İslam hukuk terimi olarak damân, “Akdi veya kanuni yükümlülüğün ihlalinden doğan zararların ödenmesi sorumluluğudur” şeklinde tanımlanır.<sup>19</sup>

Akidler, ilgili tarafın ödeme sorumluluğunun bulunup bulunmamasına göre de üçlü bir ayırma tâbi tutulur. Satım, sulh, karz gibi akidlerde akid konusu malı teslim alan taraf tazmin etme veya meydana gelen zarara katlanma sorumluluğunu da taşıdığından “damân akidleri” şeklinde isimlendirilir. Buna karşılık vedâ, âriyet, şirket, vekâlet gibi akidler “emanet akidleri” olarak adlandırılır ve bu akidler temelde güvene dayandığından karşı tarafa teslim edilen mal emanet hükmündedir. Emaneti teslim alan kusurlu ve aşırı davranışı bulunmadığı sürece bu malda meydana gelen zararı ödemez. Kira akdi ise her iki yönü de bulunduğundan bu ayırımın üçüncü türünü oluşturur.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Bk. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 89-90, 332.

<sup>18</sup> Erdoğan, Mehmet, a.g.e, “Damân”, s. 89.

<sup>19</sup> Esen, Hüseyin, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, Yeni Akademi yay. , İstanbul 2006, s. 22; Bk. Avad, Ahmed, *ed-Diyetü Beyne'l-Ukubeti ve't Ta'viz*, Beyrut 1986, s. 27-29.

<sup>20</sup> Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam yay, İstanbul 2012, s. 80.

## B. Terim Anlamı

“İslâm hukukunun tedvîni sürecinde damân, sözlük anlamıyla da bağlantılı olarak şahsî ve malî kefâlet, borcun nakli, bir borç ve ifayı üstlenme, bedene veya mala verilen zararın karşılanması, zilyedlik veya akidden doğan malî sorumluluk gibi anlamlarda kullanılmıştır. Hanefiler hariç fakihlerin çoğunluğu damânı, fikhın müstakil bir bölümünü teşkil eden kefâlet akdiyle eş anlamlı olarak kullanır. Bununla birlikte bu terimin süreç içinde, “kişinin malî sorumluluğu” şeklinde geniş bir anlam kazandığı görülür. Bundan dolayı damân, modern hukukta daha çok “hukuka aykırı bir eylem ve işlemin yol açtığı zarar ve ziyanın ödenmesi” anlamında kullanılan tazmin kavramından daha kapsamlıdır. Diğer pek çok konuda olduğu gibi damân da klasik fıkıh kitaplarında ibadet de dâhil fikhın hemen hemen her bölümünde, konuyla ilgisi ölçüsünde ve meseleler arasına serpiştirilmiş olarak yer alır.”<sup>21</sup>

“Damân, birçok kaynakta kefâlet<sup>22</sup>, telef veya gasp sebebiyle verilen maddî zararın tazmini<sup>23</sup> şeklinde sınırlı bir muhteva ile tanımlanmıştır. Bununla birlikte damân, bu farklılıkları da içine alacak şekilde “kişinin zimmetinin ödenmesi gereken bir borçla yüklü olması” diye tanımlanabilir. Bu sebeptendir ki hakların Allah hakkı-kul hakkı şeklinde ikili ayırımında damân, kul hakkı ihlallerinde en başta gelen müeyyide nevi olarak görülür.”<sup>24</sup>

İslam hukukunda damân üst başlık olup bunun altında kefâlet, tazminat ve sorumluluk kavramları işlenmiştir.

<sup>21</sup> Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 450.

<sup>22</sup> Bk. Şîrâzî, Ebû İshâk, (ö. 476/1083), *el-Mühezzeb fî fikhî'l-İmâm eş-Şâfiî*, I-II, Dâru'l Marife, Beyrut 1959, I, 346; İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XV, Dâru Alime'l-Kütüb, Riyad 1417/1997, VII, 71.

<sup>23</sup> Mecelle, md. 416.

<sup>24</sup> Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 450-451.

### a. Damânın Kefâlet Anlamında Kullanılışı

Hanefiler hariç fakihlerin çoğunluğu damânı, fikhın müstakil bir bölümünü teşkil eden kefâlet akdiyle eş anlamlı olarak kullanıldığını yukarıda zikretmiştik.<sup>25</sup>

Damân sözcüğünü kefâlet anlamında kullanan hukukçuların kitaplarında bunun için kitabü'd-damân başlığı kullanmışlardır.<sup>26</sup>

İbn Hazm'a göre kefâlet damândır. Aynı zamanda zeamettir, kabalettir, hamalettir. Damîn; kabîldir, kefiledir, za'imdir, hamîldir. Lügatte bunlar arasında bir ihtilaf, fark yoktur.<sup>27</sup>

Hanefilerin dışındaki fıkıh âlimleri damânı kefâlet manasında kullanmakla beraber, fûru fıkıh kitaplarında kefâletle ilgili bölümün adı da "damân" dır.<sup>28</sup>

Bununla birlikte bu terim hukuk doktrininde giderek "kişinin mali sorumluluğu" şeklinde geniş bir anlam kazanmıştır.<sup>29</sup>

### b. Damânın Tazminat Anlamında Kullanılışı

Damân kavramının İslam hukukunda terim olarak kullanılan anlamlarından biri de tazminat anlamıdır. Ancak damân kavramının tazminat teriminden daha kapsamlı bir anlam ifade ettiğini de belirtmek gerekir.<sup>30</sup>

Mecelle'de damân, tazminat manasında şu şekilde karşılık bulmuştur: Tazminat, bir şeyin misliyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise kıymetini vermektir.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damânü'l-Mütlefât fi'l-Fıkhü'l-İslami*, Kahire 1985, s.29.

<sup>26</sup> Kahveci, Nuri, *İslâm Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 138.

<sup>27</sup> İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, I-XI, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Mısır, h. 1350, VIII, 110.

<sup>28</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 71; Şevkânî, *Neylü'l-Evtar Şerhu Münteka'l-Ahbâr min Ehâdisi Seyyidi'l-Ahyâr*, I-IX, Daru'l-Hadis, Kahire 1413/1993, V, 281.

<sup>29</sup> Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damânü'l-Mütlefât*, s. 30; Aktan, "Damân", *DİA*, VIII, 450.

<sup>30</sup> Aktan, "Damân", *DİA*, VIII, 450.

İmam Muhammed'e göre damân, genel manada zarara uğrayan bir malın zarar görmemiş haliyle sahibine iadesidir.<sup>32</sup>

Hanefi hukukçulardan Hamevî'ye göre ise, damân, bir şeyi zarara uğratan (helak eden) kişinin o şeyin mislini veya kıymetini eda etmesinden ibarettir.<sup>33</sup>

Şevkânî'ye göre damân, herhangi bir şeyi telef eden kişinin bundan dolayı yükleneceği borçtur.<sup>34</sup>

Mustafa Zerkâ, Mecelle'nin "Cevaz-ı şer'i damâna münafi olur"<sup>35</sup> şeklindeki külli kaidesini açıklarken damân için şöyle bir tanımlama yapmaktadır: Damân (tazminat), başkasına verilen zarardan dolayı mali bir karşılık yüklenmektir.<sup>36</sup>

Ömer Nasuhi Bilmen ise damânı başkasının üzerindeki vacip bir hakkı iltizam etmek, bir şeyin misliyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise kıymetini vermektir şeklinde tanımlar. Tazmin de bir kimseyi ilzamlı borçlu etmek ve bir şeyi garameten ödemek manasındadır. Tazmini kabul etmeğe de tazammun denilir.<sup>37</sup>

Vehbe Zuhayli ise damân için şu tanımlı yapmaktadır: Herhangi bir mala zarar veren veya menfaati zayi eden ya da insanın vücut bütünlüğüne verilen cüzi veya külli zararlardan dolayı kişinin kendisini borç altına sokmasıdır.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Mecelle, md. 416.

<sup>32</sup> Şeybanî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasan, *el-Cami'ü'l-Kebir*, Matbaatü'l- İstikame, Mısır 1356, s. 342.

<sup>33</sup> Zuhaylî, Muhammed Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân ve Ahkâmu'l-mes'uliyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâse Mukarene*, Dâru'l-Fıkr, Dımeşk 1998, 14-15, Bk. Hamevî, Ahmed b. Muhammed el-Hanefî, *Gamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu Kitabi'l Eşbâh ve'n-Nazâir*, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1985, I, 296-298.

<sup>34</sup> Şevkânî, *Neylu'l-Evtar*, V, 385.

<sup>35</sup> Mecelle, md. 91.

<sup>36</sup> Zerkâ, Mustafa b. Ahmed, *el-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l- Amm*, Dâru'l-Kalem, Dımeşk 2004, s. 1035.

<sup>37</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, VI, 246.

<sup>38</sup> Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 15.

Bu tanımlardan hareketle tazminatın, kişinin zimmetine yüklenen bir borç olduğu ve yükümlünün bu borçtan kurtulabilmesi için gereken maddi veya manevi karşılığı ifa etmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Diğer bir ifade ile tazminat, bir kimsenin, mal veya şahıs varlığında meydana gelen zararların ve eksilmelerin giderimi gayesiyle ödenmesi gereken para veya aynı mallar şeklinde tanımlanabilir.<sup>39</sup>

Akitler çeşitli ölçüler ve bakış açılarına göre tasnif edilmiş, kısımlara ayrılmıştır. Tazmine tabi olup olmama yönünden akitlerde kendi içinde kısımlara ayrılır. Akdin mevzuu olan malda meydana gelecek olan hasar ve telefî kimin tazmin edeceği bakımından akitler üç grup teşkil etmektedir. Bunlar:

- a) Tazmine tâbi akitler manasında “ukûdu’d-damân” denilen bir gruptur. Akdin mevzuu, akit gereği kime teslim edilirse onun tazmin sorumluluğuna geçmiş sayılır; yani mal telef olsa teslim alanın kesesinden telef olmuş kabul edilir, teslim edenin bir tazmin yükümlülüğü yoktur. Bu grup akitlere sulh, taksim, karz gibi akitler örnek verilebilir.
- b) Vedia, ariyet, şirket, vekâlet gibi akitlerde, akit gereği karşı tarafa teslim edilen mal onun elinde emanet sayılır; kusuru bulunmadan meydana gelecek hasar ve teleflerden sorumlu değildir; yani emanet akitlerinde tazmin sorumluluğu yoktur. Bir diğer ifade ile emanetler teaddî ve taksir dışında gayr-ı madmumdur.
- c) Kira, rehin gibi akitler çift vasıflı akitlerdir. Mesela kira akdinde bedel karşılığı sahip olunan şey menfaattir. Bunun temini içinde kendisinden menfaat sağlanacak şeyin teslimi gerekir. Bir arabanın kiralanması örneğinde

---

<sup>39</sup> Kahveci, Nuri, *İslam Borçlar Hukukunda Tazminat*, s. 138.

arabandan faydalanabilmek için onun teslim alınması gerekir, kiracı elinde arabanın kendisi emanettir, kusursuz telefi tazmine tâbi değildir, menfaati ise tazmine tâbidir. Arabayı teslim alan kiracı ondan fiilen istifade etmese dahi kira işler, menfaat elde edilmiş sayılır. İşte bu manada menfaat tazmine tâbidir denir ki, bunun manası, menfaat zayi edilse dahi kiracının hesabına kaydedileceğidir.<sup>40</sup>

İvaz kelimesi, bir şeyin misli veya bedeli olarak karşılığını ifade eder ve telef edilen bir şeyin karşılığı anlamına gelir. Telef edilen şeyi ödettirmeye ta'viz veya tazmin denilir. Tazminatta (ta'viz) başlıca şu şartların bulunması gerekir. Zarar ortaya çıkaran haksız bir fiil bulunmalıdır. Tazminat, meydana gelen zarara eşit olmalıdır, zarardan fazla olmaması gerekir. Mağdur, tazminat alma hakkından vazgeçebilir. Tazminat miktarının takdiri, zararın meydana gelmesinden sonra yapılmalıdır.<sup>41</sup>

Müessir fiillerden doğan maddi ve manevi zararlar tazminat ile telafi edilmektedir.<sup>42</sup> İslam hukukuna göre tazmin çeşitleri şunlardır: İslâm hukukunda mal, can veya bedene verilen zararların tazmini, zararın insana yönelik olması halinde *diyât*, *erş*, *hukûmetü'l-adl*, *hukûmetü'l-elem* ve *gurre* gibi çeşitlere ayrılır. Eşyaya verilen zararların tazmini ise "ta'viz" (tamir ve telafi) veya "damân" terimi ile ifade edilmektedir ki, bu iki terim genel olarak diğer tazminat çeşitlerini de kapsar.

İnsana yönelik zararlarda diyât, ölümle sonuçlanan zararın tazminidir. Erş ve hukûmetü'l-adl ise organların telefi veya yaralanması halinde başvurulmuş tazminat

<sup>40</sup> Karaman, Hayreddin, *İş ve Ticaret İlmihali*, İz yay, İstanbul 2012, s. 83-84.

<sup>41</sup> Esen, Hüseyin, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, s.22-23.

<sup>42</sup> Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, DİB yay, Ankara 1996, s. 256.

şeklidir. Erş, müessir fiillerde mağdura ödenmesi gereken bedeldir ve bu bedel ya bir nass ile ya da hâkimin takdiri ile tespit edilmektedir. Hâkimin takdirine bırakılan bedele hukûmetü'l-adl veya kısaca hükûme denir.<sup>43</sup> Hükûmetü'l-elem ise; çekilen acı ve ızdırapların tazminatıdır. Bu sonuncusu beşerî hukuklarda yer alan "mânevî tazminat" benzeridir.<sup>44</sup> Gurre de anne rahmindeki çocuğun (cenin) düşürülmesinden dolayı ödenmesi gereken tazminattır. Gurre ceninin mirası kabul edilir ve miras hukuku hükümlerine göre vârisleri arasında bölüştürülür.<sup>45</sup>

Ceza hukukundaki tazminat bizim tezimizin sınırları dışında kaldığından bu kadar açıklama ile yetiniyoruz.

Mala yönelik zararların tazmini ise iki şekilde olabilir:

a- Misli ile tazmin: Zarar verilen mal, standart (misli) mallardan ise, bunun yerine misli verilir. Buna mislen eda da denir.<sup>46</sup> Buğday, arpa, altın, gümüş, para, zeytinyağ, inşaat demiri, çimento gibi ölçü, tartı veya standart olduğu için sayı ile alınıp satılan şeyler mislidir.<sup>47</sup>

b- Değeri ile tazmin: Misli olmayan, yani çarşı ve pazarda aynı nitelikte benzeri bulunmayan kıyemî bir malın telef edilmesi halinde değeri üzerinden tazmin edilmesi gerekir. Hayvanlar, bina, el dokuma halı, kullanılmış nakil araçları bu

<sup>43</sup> Dağcı, Şamil, a.g.e, 169-170.

<sup>44</sup> Dağcı, Şamil, a.g.e, 259.

<sup>45</sup> Koçak, "Gurre", *DİA*, XIV, 211-212.

<sup>46</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* s. 381.

<sup>47</sup> Döndüren, Hamdi, *İslâm Hukukuna Göre Alım Satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir 1984, s. 84, 85.

niteliktedir. Bir hayvan telef edilse, bunun para olarak değerini veya değerinde ona denk olan farklı cinsten bir hayvanı bedel olarak vermek "değer ile tazmin" sayılır.<sup>48</sup>

### c. Damânın Sorumluluk Anlamında Kullanılışı

Klasik İslam hukuku kaynaklarında sorumluluk (mesuliyet) kavramı “damân” lâfzıyla ifade edilmiştir.<sup>49</sup> Bu konu ile ilgili geniş bilgi damân-sorumluluk ilintisi başlığında incelenecektir.

Tezimizde damân kavramını kefâlet veya tazminat anlamında kullanmadığımızı sorumluluk yüklenme, tazmin sorumluluğu (damân), taahhüt anlamında ele alacağımızı yukarıda zikretmiştik. İslam hukuk literatüründe kapsamlı bir terim olarak kullanılan damân genel ifadesinin sadece kefâlet veya tazminat anlamına hasredilmesi uygun değildir. Bizim anladığımız damân güvenlik hissinin kaynağıdır ve bir çeşit ameldir. Mali özelliğine rağmen verilen zarara karşılık ödenen tazminattan ayrı bir olgudur. Damân kavramını tezimizde özel manada sigorta himayesini ifade edecek şekilde de kullanacağız.

## II. DAMÂNLA İLİNTİLİ KONULAR/KAVRAMLAR

### A. TAAHHÜT-DAMÂN İLİNTİSİ

Sözlükte yapacağına söz verme, üzerine alma yüklenme, bir işin yapılmasını üstlenme halinde resmi sözleşme anlamına gelmektedir. Taahhüt etmek şeklindeki kullanılır.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Sarmaşık yay, İstanbul ts, VI, 9, 376.

<sup>49</sup> Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyetü 'd-Damân*, 6; Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 450.

Bir başka sözlükte şu ifadeler yer almaktadır. ‘Taahhüt, ahd kökünden türemiştir. Çoğulu taahhüdât anlamına gelmektedir. Üstüne, üzerine alma, yapılması için söz verme; bir işin yapılması için resmi olarak sözleşme; postaya verilen bir şeyin yerine ulaşmasını sağlama’ anlamlarına gelmektedir.<sup>51</sup>

Bir yükümlülüğü, bir sorumluluğu, bir şey yapmayı üstüne alma, onları yerine getireceğine ilişkin söz verme<sup>52</sup> anlamına gelen taahhüt bu yönü ile damânla yakından ilgilidir.

## B. SORUMLULUK- DAMÂN İLİNTİSİ

Sorumluluk, aslı Arapça olan mesuliyet kelimesiyle eşanlamlı bir kelimedir. Hukuk sahasında bir terim olarak önceleri "mesuliyet" kelimesi kullanılmış, zamanla mesuliyet yerine "sorumluluk" kelimesi tercih edilmiştir.

Sözlükte sorumluluk, “yüklendiği işten ötürü gerektiğinde hesaba çekilme durumu” dur<sup>53</sup>. Bir hukuki terim olarak da “hukuka aykırı olarak, bir davranışla başkasına zarar verenin eyleminin doğurduğu yükümlülük” demektir.<sup>54</sup> Özel hukuk sahasında sorumluluk, genel olarak iki şekilde kullanılmıştır:

Birincisi: Sorumluluk, herhangi bir şeyin bir şahsa isnat edilip edilemeyeceği anlamında kullanılmıştır. Genellikle herkes haksız fiilinden, borcunu ifa etmemesinden veya geç yahut kötü ifa etmesinden "dolayı" sorumludur. Buna "için sorumluluk" veya "dolayı sorumluluk" da denmektedir. Bazı eserlerde “...den sorumluluk” olarak da geçmektedir.

<sup>50</sup> Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, s.1044.

<sup>51</sup> Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük*, s.1176.

<sup>52</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, I-XXIV, İstanbul 1986, XXI, “Taahhüt”, s. 11116.

<sup>53</sup> Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, s.1007.

<sup>54</sup> Karaaslan, Muhammed, *İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk*, (Basılmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Ü. , Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009, s. 14.

İkincisi: Sorumluluk, bir kimsenin borcu malvarlığıyla karşılaması, tekeffül etmesi demektir. Bu anlamda borçlu alacaklıya karşı malvarlığıyla sorumludur ve eğer îfa etmezse alacaklı alacağını borçlunun malvarlığından alma hakkına sahip olur. Buna da "ile sorumluluk" denmektedir.<sup>55</sup>

“...den sorumluluk” ifadesi bir kişinin diğer bir kişiye vermiş olduğu akdi veya sözleşme dışı zarardan doğan sorumluluk anlamında kullanılmaktadır.<sup>56</sup>

Kişi ile sorumluluk, kişinin, kendi sahsıyla sorumlu olduğu anlamına gelir. İlk çağlarda alacaklı, borçlunun şahsına el koyup onu köle edinme hatta öldürme yetkisine sahipti. Sonraları çeşitli düzenlemelerle ve ihtiyaca göre borçlunun hapsedilmesi yönüne gidilmiştir. Günümüzde ise borçlunun sorumluluğunun sadece malvarlığı ile sınırlı olması anlayışı hâkim olma eğilimindedir. Mal varlığı ile sorumluluk ise borçlunun sorumluluğunun yalnızca malvarlığı ile olduğunu ifade eder.<sup>57</sup>

Borçlunun malvarlığının tümü ya da belirli bir kısmı ile sorumlu tutulmasına göre de, şu ayırım yapılabilir:

a)Sınırsız sorumluluk: Bu sorumlulukta kural olarak borçlunun malvarlığının tümüne el konulabilir.

b)Sınırlı sorumluluk: Borçlunun malvarlığının tümü ile sorumlu olması, yasa hükmü ya da sözleşme uyarınca sınırlandırılabilir. Öte yandan bu sınırlandırma konuya ya da tutara ilişkin olabilir.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s. 56 vd.

<sup>56</sup> Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta yay, 12. Baskı, s. 444.

<sup>57</sup> Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s.57.

<sup>58</sup> Karahasan, Mustafa Reşit, a.g.e, s.57.

Borç ilişkilerinin kaynaklarından en önemlileri, sözleşme ile haksız eylemlerdir. Önceden var olan bir borç ilişkisinin yüklediği davranışın ve genel davranış kurallarının hukuka aykırı eylemlerle ihlali, zarar giderim borcunu doğurur. Yani borcun hiç ödenmemesi ya da gereği gibi yerine getirilmemesinde ya da haksız eylemde bulunan ve zarar veren kimsede olduğu gibi zarar veren borçludur. Bu borç ilişkisi zarar gören kişiye alacak hakkı kazandırır ve zarar veren kişiye de zarar giderim edimi yükler.<sup>59</sup>

Sorumluluk hukukunun konusu, zarar verenin, zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermek, tazmin etmektir. Bu anlamda sorumluluk hukukuna tazmin hukuku demek de mümkündür.<sup>60</sup>

Haksız fiil sorumluluğu kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Kusursuz sorumluluğa sebep sorumluluğu veya objektif sorumluluk da denilir. Kusurlu sorumluluk ise sübjektif sorumluluk diye de anılır. Mübâşeret halinde verilen zararlarda objektif, tesebbüb halinde oluşan zararlarda ise sübjektif sorumluluk söz konusu olur. Bu durum Mecelle’de “Mübâşir, müteammid olmasa dahi dâmin olur”<sup>61</sup> ;“Mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz”<sup>62</sup> ve “Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir”<sup>63</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Haksız fiil sorumluluğu gereği zararın tazmini yoluna gidilebilmesi için zararın gerçekleşmiş ve mağdurun iradesi dışında meydana gelmiş olması, zarara yol açan bir haksız fiilin bulunması, zararın hukuken korunan bir değere yönelik olması gibi şartlar aranmıştır. Fıkıhtaki damân kavramı da meydana gelen zararı telâfi

<sup>59</sup> Karahasan, Mustafa Reşit, a.g.e, s.59.

<sup>60</sup> Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 444.

<sup>61</sup> Mecelle, md. 92.

<sup>62</sup> Mecelle, md. 93.

<sup>63</sup> Mecelle, md. 94.

etmeye yönelik bir süreci ifade eder. Sorumluluk ağırdan hafife doğru *damânü'l-gasb*, *damânü'l-mebî'*, *damânü'd-derek*, *damânü'r-rehn* şeklinde sıralanmış ve her birinde farklı tazmin sorumluluğu öngörülmüştür.<sup>64</sup>

Damân ile sorumluluk ilişkisine gelince damân sorumluluk altına girme, risk üstlenme, yükümlülük gibi ortak noktaları bulunmaktadır. Damân, kısaca ödeme sorumluluğunu ifade eden bir fıkıh terimidir.

Batılı hukuk sistemlerinde sorumluluk, Fransızca "responsabilite", Almanca "haftung", İngilizce "responsibility ve liability", İslâm hukuku kaynaklarında genellikle "damân" terimiyle ifade edilmiştir.<sup>65</sup>

XIX. asrın son yıllarından itibaren tehlike sorumluluğu batı hukuk düzeninde yerini almıştır. İslam hukuku ise asırlar öncesinden bu konuda önemli prensipler vazedmiştir. Tehlike sorumluluğu risk ya da hasar teorisi olarak da adlandırılmaktadır. Risk teorisi kişinin kusursuz olsa da verdiği zarardan sorumlu olması esasına dayanır. Buna göre herkes fiilinin sonucuna katlanmak durumundadır. Bir şeyin menfaati kime aitse tehlikesi ya da diğer bir ifade ile riski ona ait olmalıdır.<sup>66</sup>

### C. SİGORTA- DAMÂN İLİNTİSİ

Sigorta, bir şeyin veya bir kimsenin herhangi bir yönden ileride karşılaşabileceği zararı gidermek için, önceden ödenen prim karşılığında bu işle uğraşan kuruluşla yapılan akittir.<sup>67</sup>

Diğer bir ifade ile sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun,

<sup>64</sup> Aybakan, "Zarar", *DİA*, XXXIV, 134.

<sup>65</sup> Bk. Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikr el-Arabi, Kahire 2000, s. 7 vd.

<sup>66</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, Hikmetevi yay, İstanbul 2014, s. 263.

<sup>67</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Sigorta", s. 508.

meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir. Birden çok kişinin birleşerek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararlarını tazmin etmeyi borçlanmaları karşılıklı sigortadır. Karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir.<sup>68</sup>

“İtalyanca'da "kişinin kendisini güvende hissetmesi, güvence" gibi anlamlara gelen securite kelimesi Türkçe'ye sigorta şeklinde geçmiştir. Aynı anlamda olmak üzere İngilizce'de security veya insurance, Fransızca'da assurance, Almanca'da sicherung kelimeleri kullanılır. Bilindiği kadarıyla İslam hukuk literatüründe ilk defa İbn Abidin tarafından sevkere kelimesiyle sigortadan söz edilmiş olup, günümüz hukuk ve fıkıh çalışmalarında Arap dilinde sigorta "güven telkin etmek ve güvence vermek" anlamlarındaki te'min kelimesiyle ifade edilmektedir. Zamanımızda sigorta kelimesi hem sigortalılarla sigortacı arasında gerçekleşen sözleşmeyi, hem de sigortacılık yapan kurumu belirtir. Hukukta sigorta, "sigortacının sigortalının ödediği primler karşılığında parayla ölçülebilir bir menfaatini ihlal eden muhtemel tehlikenin meydana gelmesi halinde tazminat ödemeyi yahut bir kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli birtakım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi taahhüt ettiği akit" şeklinde tanımlanır.”<sup>69</sup>

“Sigortada mübadele olunan bedellerin, sigorta primi ile sigortacının üstlendiği tazmin sorumluluğu (damân) olduğu görüşüne varılmıştır ki bu terim sigorta himâyesi kavramına daha yakındır. Buna göre damân sigortacıdaki güvenlik hissinin de kaynağıdır ve İslâm hukukunda mali bir kavram olarak düşünülmektedir.

<sup>68</sup> Akın, Levent, *Hukukun Temel Kavramları*, A.Ü.A.F. yay, Eskişehir 2014, s.183-184.

<sup>69</sup> Dalgın, “Sigorta”, *DİA*, XXXVII, 159-160.

Sigortadaki bu damân, malî özelliğine rağmen sigorta bedelinden (tazminat) ayrı bir olgudur. Zira işin aslında sigortacı tehlikenin gerçekleşmesi halinde belirli bir miktar parayı vermekten çok, bu tehlikeden doğan zararı kapatmayı ya da bunu tazmin etmeyi taahhüt etmektedir. Çağdaş sigorta hukuku da sigorta akdinde mübadele edilen şeylerin, prim ile sigorta himâyesi olduğunu kabul etmiştir. Bu tasavvur burada kullanılan damân kavramının anlaşılmasını kolaylaştırır. Zira damân mahiyet olarak sigorta himâyesi anlamını ifade etmeye müsait bir terimdir”.<sup>70</sup>

Sigorta-damân ilintisi üçüncü bölümde ticari alacak sigortası bağlamında tekrar ele alınacaktır.

#### **D. KEFÂLET- DAMÂN İLİNTİSİ**

Mecelle’ye göre kefâlet, bir şeyin, hak sahibi tarafından talep edilmesi hakkında, zimmeti zimmete eklemektir.<sup>71</sup> ‘Bir şeyin’ tabiri, kefâlet konusunun şahıs ve mal olabileceği gibi teslim ve gerektiğinde bedeli istirdat hususlarını da içine aldığı ifade etmek için kullanılmıştır.<sup>72</sup>

Kefâlet, bir şeyin istenmesi hususunda kendi sorumluluğunu başkasınıkine ekleyerek, onun hakkında lazım gelen mutâlebe hakkını kendisi de iltizam ve taahhüt etmektir. Kefâlete; zeâmet, kabâle, hamâle, damân da denir.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Hacak, Hasan, “İslam Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirilmesi”, M.Ü. İ. F. Dergisi sy.30, 2006/1, s. 40.

<sup>71</sup> Mecelle, md. 612.

<sup>72</sup> Karaman, Hayreddin, *İş ve Ticaret İlmihali*, s. 184.

<sup>73</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Kefâlet” , s. 300; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, VI, 244.

Hanefilerin çoğu kefâleti “ bir nefsin (şahsın), borcun (deynin) veya malın (aynın) istenmesi (mutalebe) hususunda kefilin zimmetini asılın (borçlunun) zimmetine ilave etmektir” şeklinde tanımlamışlardır.<sup>74</sup>

Kendi zimmetini borçlunun zimmetine ekleyen şahsa kefil, borçluya ise asîl denir.<sup>75</sup>

Kefile aynı zamanda damîn, garîm, za’îm, kabîl ve sabîr; mekfulun lehe(alacaklı) madmun leh; mekfulun anha(borçlu) asîl; mekfulun bihe(mükellefiyet) madmûn da denir.<sup>76</sup>

Bir kişinin şahsına kefil olmaya ‘nefse kefâlet’, bir malın borcunun ödenmesine kefil olmaya ‘mala kefâlet’, bir malın teslim edilmesine kefil olmaya ‘teslime kefâlet’, satılan malın başka sahibi çıkması halinde bedelin iadesine veya satıcıya kefil olmaya ‘derek kefâleti’ denmiştir.<sup>77</sup>

Kefâlet akdinin tarifinden sonra dayanağı hakkında da kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır. Hz. Yusuf ile ilgili bulunan surede babasının diğer çocuklarına karşı ‘Onu bana, kesin olarak geri getireceğinize dair Allah’tan bir teminat getirmediğinizi onu asla sizinle göndermem’<sup>78</sup> قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ dediğini bildiren ayet delillerden biridir.

<sup>74</sup> Kahraman, Abdullah, *İslam Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, s. 52.

<sup>75</sup> Karaman, Hayreddin, *a.g.e.*, s. 184.

<sup>76</sup> Mecelle, md. 618-620; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, VI, 246.

<sup>77</sup> Mecelle, md. 613-616.

<sup>78</sup> Yusuf 12/66.

‘Kralın su kabını yitirdik, onu getirene bir deve yükü bahşiş var, ben de buna kefilim dediler.’<sup>79</sup> قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ayeti kefâlet akdinin diğer bir meşruiyet kaynağıdır.

İslam hukukçuları ilk dönemlerden itibaren yazdıkları eserlerde kefâleti genel olarak *mala kefâlet* ve *nefse kefâlet* olmak üzere iki genel kısma ayırmışlardır.<sup>80</sup> *Mala kefâlet* ile ilgili hükümler daha çok borçlar hukuku hükümleri içerisinde mütalaa edilebilirken *nefse kefâlet* İslam hukukuna mahsus, özel hüküm ve uygulaması olan bir kefâlet çeşididir. Nefse kefâlet ya da şahsa kefâlet, bir kimsenin şahsını mahkemeye veya belirlenmiş başka bir yere ihzar ve teslim kefil olmaktır. Buna kefâlet bi'l vech’de denir.<sup>81</sup>

Şahsa kefâleti İslam hukukçularından -kendisine nisbet edilen bir görüşe göre -*İmam Şafii ve Zahiriler*- hariç diğer İslam hukukçuları genel olarak kabul etmişlerdir. Ancak onlar, bu kefâleti farklı terimlerle ifade etmişlerdir. Hanefiler bunun için daha çok nefse kefâlet terimini kullanırken, Şafiî ve Hanbeliler bedene kefâlet terimini tercih etmekte, Maliki ve Zahiriler ise, veche (yüze) kefâlet tabirini kullanmaktadırlar. Bunun yanında Hanefilerin haricindeki İslam hukukçuları borca ve mala kefâleti daha çok *damân* kavramı ile ifade ederken şahsa kefâleti ifade etmek üzere genellikle *kefâlet* terimini kullanmaktadırlar.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Yusuf 12/72.

<sup>80</sup>İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehit ve Nehayetü'l-Muktesid*, Beytü'l-Efkari'l-Devliyye, Ürdün 2007, s. 823; Bağdadî, Ebu Muhammed b. Ganim, *Mecma'u'd-damânât*, I-II, Dâru's-selâm, Beyrut 1987, II, 579.

<sup>81</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, VI, 244.

<sup>82</sup>Kahraman, Abdullah, ‘İslam Hukukunda Şahsa (Nefse) Kefâlet Müessesesi Ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi’, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.2, sy.1, Sivas 1998, s.301, vd.

Cumhurdan farklı bir anlayışa sahip olan Maliki ekolünde şahsa kefâlet kapsamında "damânü'l-vech" kavramı kullanılır.<sup>83</sup> Damânü'l-vech sadece mal kaynaklı borcu bulunan kişiler hakkında caridir ve kural olarak ceza davalarında geçerli olmaz. Çünkü teslim görevinin yerine getirilmemesi durumunda kefilin borçlunun yerine ikamesi söz konusudur. Bu durum Malikiler 'in şahsa kefâleti anlatan terkipte diğer ekollerden farklı olarak ve onların daha çok mala kefâlette tercih ettikleri damân kelimesini kullanmalarını da açıklar.<sup>84</sup>

Ömer Nasuhi Bilmen de damânı kefil olma manasında ele almıştır.<sup>85</sup>

### E. DAMÂN VE KEFÂLET ARASINDAKİ FARK

Dilde konuluşları (vaz') bakımından damân ile kefâlet arasında fark vardır. Bu farkları izah etmeden şu noktalara temas etmek faydalı olacaktır.

Çağdaş araştırmacı İbn Neccâr eserinde damân ve kefâlet arasında fark var mıdır sorusunu sorar ve cevaben 'lügatte damân ve kefâlet tek manaya gelir' der. Daha sonra Hatîb Şîrbînî'nin görüşünü nakleder. Mültezim (borç yüklenen, yükümlü), dâmin, damîn, hamîl, za'îm, kâfil, kefil, sabîr, kabîl şeklinde de isimlendirilir. İmam Serahsi de bu akdin ismi kefâlettir ve damânı gerektirir demiştir. Fakihler arasındaki ıstılahi manasına gelince, fukahanın çoğu malın iltizamını istediklerinde damân kavramını, şahsı hazır etmeyi iltizam etmeyi istediklerinde kefâleti itlak ederler.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehit*, s. 823.

<sup>84</sup> Apaydın, "Kefalet", *DİA*, XXV, 170.

<sup>85</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, VI, 246.

<sup>86</sup> İbn Neccâr, Ebu Ammâr Yasîr b. Ahmed b. Bedr, *el-Câmi'u li-ahkâmî'l-kefâle ve'd-damânât ala'l mezâhibi'l-erbea*, İskenderiye 1429/2008, s. 20.

İbn Kudame'ye göre damîn, kefil, kabîl, za'im, sabîr tek manaya gelir.<sup>87</sup>

Aralarında fark yoktur.

Fakihler sözlük anlamlarının yakınlığı sebebiyle damân, hamâle, zeâmet, kefâlet, sabâre kelimelerini çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanmış olsalarda aralarında ince farklar vardır. Süregelen örfî hukukta mal ile ilgili kullanımda damîn, diyet borcunun tazmin edilmesinde hamîl, büyük mallarda za'im, nefislerde kefil, hepsini ifade içinde sabîr kullanılırdı.<sup>88</sup>

Bu ince farkları dikkate alarak eserlerinde bu ayrımı gözetenleri çoğaltabiliriz. Beyzavi'nin mala kefâleti damân, şahsa kefâleti kefâlet başlığı altında ayrı ayrı ele alması Tahavi de incelediği bölüm başlığında kefâlet ve damân kelimelerini birlikte kullanması bu ince farkı dikkate aldıklarını göstermesi yanında kefâletin türleri arasındaki mahiyet farkına dikkat çekme amacına da yöneliktir.<sup>89</sup>

İbn Hıbban ise za'im'in Medine ehlinin lüğatinde, hamîl'in ise Mısır ehlinin lüğatinde, kefil'in ise Irak ehlinin lüğatinde geçtiğini ifade eder.<sup>90</sup>

Sözlük anlamı bakımından damân ile *hamale* arasında da fark bulunduğu, hamalenin özellikle diyet borcunun tazmin edilmesiyle ilgili olarak kullanılırken damânın daha genel bir içerikle hem diyet sorumluluğu hem de başka şeyler için kullanılabilceği belirtilir. Zeamet de esas itibariyle "bir şeye güç yetirebilme" anlamını ifade etmekte olup kefâlet manasında kullanılması mecaz kabilindedir.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 314.

<sup>88</sup> İbn Neccâr, a.g.e, s. 20.

<sup>89</sup> Apaydın, "Kefalet", *DİA*, XXV, 168.

<sup>90</sup> İbn Balabân, Ebü'l-Hasen Emîr Alâüddîn Alî b. Balabân b. Abdillâh el-Mısrî (ö. 739/1339), *el-İhsân fi takrîbi Sahîhi İbn Hibbân*, thk. Şuayb el-Arnaût, I-XVIII, Müessesetü'l Risale, Baskı yy, 1408/1998, X, 480.

<sup>91</sup> Ebu Hilâl el-Askeri, *el-Furûk fi'l-luğa*, ter. Veysel Akdoğan, *Arap Dilinde ve Kuran'da Farklar Sözlüğü*, İşaret yay, İstanbul 2009, s. 303-304.

Damân, sözlükte bir şeyi üstlenme, taahhüt ve garanti etme anlamlarına gelirken; kefâlet, bir şeyi bir şeye eklemek, katmak, bitişirmek gibi anlamlara gelir. Arapçada kefâlete yakın anlamlarda kullanılan damân, hamâle, zeâmet gibi başka kelimelerde vardır. Damân ile kefâlet arasında anlam yakınlığı bulunmakla birlikte kefâletin daha çok şahıs (nefs), damânın ise mal ile olması dildeki konuluşları bakımından farklı olduklarını gösterir.<sup>92</sup>

Kefâlet genelde, bulunduğu yerden ayrılıp kaybolması mümkün olan şeylere (şahıs), damân ise böyle olmayan şeylere tahsis edilerek kullanılır. Damân borçlu adına bir şeyin üstlenilmesi, kefâlet ise kefil olunan kişinin kendisinin taahhüt edilmesidir. Nitekim ayette geçtiği üzere Hz. Meryem'in bakım ve gözetim sorumluluğunun üstlenilmesinde olduğu gibi (وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا)<sup>93</sup> birinin geçim sorumluluğunu üstlenmek damân değil kefâlet kelimesiyle karşılanır.<sup>94</sup>

Damân'ın 'mal', kefâletin 'nefs' [zât] için söz konusu olduğuna ilişkin bir delil de insanın tanımadığı birine bir şey ödemeyi üstlenmesi yani 'damân'ı caiz olduğu halde tanımadığı birine kefil olmasının caiz olmamasıdır.<sup>95</sup> Çünkü tanımadığı birini teslim edemez oysa tanımasa bile tanımadığı biri için ödeme yapabilir.

Kefâlet, nefis [zât] ile, damân ise mal ile olur. Nitekim *kefeltu zeyden* [Zeyd'e kefil oldum] dediğinde onu teslim etmeyi üstlendiğini belirtmek istenir. Araziden kaynaklanan ücreti ödeme sorumluluğunu üstlenme durumunda *damintu'l-arza* denilir. Arazi konusunda *kefeltu bi'l-arzi* [araziye kefil oldum] denilmez. Arazi bir

<sup>92</sup> Apaydın, "Kefalet", *DİA*, XXV, 168.

<sup>93</sup> Al-i İmran 3/37.

<sup>94</sup> Ebu Hilâl el-Askeri, *Arap Dilinde ve Kuran'da Farklar Sözlüğü*, s. 303-304.

<sup>95</sup> İbn Neccâr, *el-Câmi'u li-ahkâmi'l-kefâle ve'd-damânât*, s. 20.

yere kaybolmayacağı için getirilmesine de ihtiyaç yoktur. Damân, madmundan bir şeyi iltizam etmek demektir, kefâlet ise mekfulun bihin kendisini iltizam etmektir. Diğer bir ifade ile damân garanti edilen bir şey gerektirir. Kefâlet ise kefil olunan kimseyi gerektirir. Bu anlamdan hareketle giderlerini karşılamak üzere çocuğu kendi sorumluluğuna aldığında, *kefeltu'l-ğulâme* [çocuğa kefil oldum] denilir; bu anlamda *damintuhû* denilmez. Çünkü istenildiğinde, kendisini vermek gerekir, karşılığında başka bir şey vermek sorumluluktan kurtarmaz. Kuran-ı Kerim'de keffelehâ zekeriyyâ [Zekeriyya ona kefil oldu] buyurulmaktadır. Allah Teala daminehâ dememiştir.<sup>96</sup>

### **Kişinin bir borca kefil olması karşılığında ücret alması caiz midir?**

Kefâlet akdi, teberru niteliğinde olup sevap kazanma maksadı ile yapılır. Dolayısıyla, yardımlaşma ve karz-ı hasen niteliği taşıyan kefâlet akdi, sırf Allah rızası için ve dünyevi bir karşılık beklemezsizin yapılmalıdır.<sup>97</sup>

Kur'an-ı Kerim'de ve hadis-i şeriflerde<sup>98</sup> yardımlaşma teşvik edilmiştir. Kur'an-ı Kerim'de,

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ

اللَّهُ شَدِيدُ الْعِقَابِ

'...İyilik ve takva (Allah'a karşı gelmekten sakınma) üzere yardımlaşın. Ama günah ve düşmanlık üzere yardımlaşmayın. Allah'a karşı gelmekten sakının. Çünkü

<sup>96</sup> Ebu Hilâl el-Askeri, *Arap Dilinde ve Kuran'da Farklar Sözlüğü*, s. 303; İbn Neccâr, *el-Câmi'u li-ahkâmi'l-kefâle ve'd-damânât*, s. 20-21.

<sup>97</sup> Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 522.

<sup>98</sup> Müslim, *Birr*, 58.

*Allah'ın cezası çok şiddetlidir.*<sup>99</sup>

هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ.

*'İyiliğin karşılığı iyilikten başka bir şey midir?'*<sup>100</sup> buyurulmuştur.

Buna göre kefilin, kefâlet akdine karşılık ücret almayı şart koşması caiz değildir. Zira ücret almak, yardımlaşma maksadına aykırıdır. Ayrıca gerektiğinde asıl borçlunun borcunu ödeyeceği için ona borç veren konumunda olan kefil, ücret alması halinde faizli işlemde bulunmuş olur.<sup>101</sup>

Damân karşılığı ücret almak ise caizdir.

**Alacaklı, alacağını, kefilin yanı sıra, asıl borçludan da isteme hakkına sahip midir?**

Kefâlet, kefilin zimmetini asıl borçlunun zimmetine eklemektir. Buna göre alacaklı, alacağını hem asıl borçludan hem de kefilden isteme hakkına sahiptir. Zira borç, asıl borçlunun zimmetinde devam etmekle birlikte, aynı zamanda kefilin zimmetinde de sabit olur. Nitekim konuyla ilgili olarak Peygamber (s.a.s.): *"Kefil, üstlendiği borçtan sorumludur."*<sup>102</sup> buyurmuştur. Ancak akit esnasında alacaklının, alacağını asıl borçludan istememe şartı koşulacak olursa, işlem havâle akdine dönüşmüş olur. Dolayısıyla bu durumda alacaklı alacağını ancak kefilden talep edebilir.<sup>103</sup> Fakat damânda böyle bir durum söz konusu değildir. Örneğin eczacı

<sup>99</sup> Mâide, 5/2.

<sup>100</sup> Rahman, 55/60.

<sup>101</sup> İbnü'l- Hümmâm, Kemalüddîn Muhammed b. Abdulvâhid (861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, I-X, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, , Beyrut, 1424/2003, VII, 186.

<sup>102</sup> Ebû Dâvûd, Buyu', 88.

<sup>103</sup> Mevsilî, Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî (v. 683/1284), *el-İhtiyar li ta'lîli'l-Muhtar*, I-V, Çağrı yay. , İstanbul 1980, II, 169.

diplomasını verdiğinde ticaretle uğraşanın bir borcuna muhatap olmamakta sorumluluk yüklenmemektedir.

### **Kefil ödediği borç için asıl borçluya rücu edebilir mi?**

Kefil ödediği borç için asıl borçluya rücu edebilir. Damânda böyle bir durum yoktur.

Damâna manevi anlamda kefâlet denilebilir fakat bu akredite anlamında değildir. Başka bir ifade ile maddi anlamdaki kefâlet demek değildir. Damîn, referans anlamında kefildir. Duvarda asılı olan eczacının diploması örneğinde olduğu gibi.<sup>104</sup>

### **F. el-HARÂC Bİ'D-DAMÂN- DAMÂN İLİNTİSİ**

Resullah (S.A.V) el-Harâc bi'd-damân ( الخراج بالضمان ) buyurmuştur.<sup>105</sup>

Mehmet Erdoğan bu hadis-i şerifi şu şekilde ifade etmiştir. “Cereme kime, semere onadır. Yani bir şey helak olduğu zaman kimin hesabından gidecekse, o şeyin getirisi de o kimseye aittir”.<sup>106</sup>

Harâc, sözlükte kira, gelir anlamına gelmektedir. İstilahi anlamı ise haraci araziden ve ihya edilen bir kısım araziye mevattan muayyen yüzölçümlerine göre alınan vergidir. Harac-ı rûûs (cizye) ve harac-ı arazi diye iki kısma ayrılır.

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi “Bir şeyin nef’i damânı mukabelesindedir”<sup>107</sup> kaidelerini açıklarken bu hadis-i şerife temas eder ve şunları zikreder:

<sup>104</sup> Çeker, Orhan, Şifahi Görüşme, Konya N.E.Ü. İlahiyat Fak. , 01.06.2015.

<sup>105</sup> Ebû Dâvud, Buyu', 71; İbn Mâce, Ticârât, 43; Tirmîzî, Buyu', 53; Nesâî, Buyu', 15.

<sup>106</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 179.

<sup>107</sup> Mecelle, md. 85.

“Haraç (gelir), insanın mülkünden ortaya çıkan yani hâsıl olan şeydir. Yani mesela hayvanın sütü, yavrusu ve kira bedeli, gayr-i menkulün hasılatı gibi şeylerdir. Ve tazminden maksat bakım masrafları ve teslim giderleri gibi külfetlerdir. Yani tazmin hayvanın bakım masrafları ve gayr-i menkullerin tamir masrafları gibi şeylerdir. Yani bir kimsenin hayvanının faydası kendisine aittir. Çünkü zikredilen hayvan onun tazminindedir. Onu beslemek kendisi üzerine lazım gelir. Bu hadis-i şerif fayda karşılığında bulunan her zararda darb-ı mesel olmuştur. الغنم بالغرم kaidesi de bu anlamdadır. [Yani bir şey telef olduğu takdirde] o şey kimin mülkü ve onun [hasarı] yani ziyarı [kime ait ise] o şey onun tazmininde demektir. O kimse bu suretle tazmini altında olduğu şeyin karşılığında faydalanma hakkına sahip olur.”<sup>108</sup> Konu ile ilgili geniş bilgi ikinci bölümde verilecektir.

## G. ŞİRKET-İ VÜCUH- DAMÂN İLİNTİSİ

Sermayesi bulunmayan birden fazla kişinin, toplumdaki itibarlarını kullanarak veresiye mal alıp beraberce ticaretini yapmak ve hâsıl olan karı aralarında paylaşmak suretiyle meydana gelen şirket çeşidine şirket-i vücûh denir.<sup>109</sup>

Bu şirkete şirket-i itibar ve şirket-i mefalis adı da verilmiştir. Şirket-i vücuhu Hanefiler caiz görmüşler<sup>110</sup>, Şafîiler ve Malikiler caiz görmemişlerdir. Ortaklar damân ve taahhüt sebebiyle kâr alır. Çünkü her ortak borç olarak aldığı malın semenini taahhüt eder. Dolayısıyla her ortak taahhüt ettiği semen miktarı kadar sermaye kazanmış kabul edilir. Ortakların eşit miktarda semen taahhüt etmeleri şart değildir. Ortaklar kâr ve zarara taahhüt ettikleri semen oranında katılırlar. Mesela

<sup>108</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, 3. Baskı, İstanbul 1330, I, 117.

<sup>109</sup> Bk. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 529.

<sup>110</sup> Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 18.

ortaklardan biri 10 milyon, diğeri 20 milyonluk bir borcu taahhüt etmişse kâr da aralarında 1/3 ve 2/3 şeklinde taksim edilecektir. Zarar da aynen kârın hükmüne tabidir. 1/3 lik kâr alacak ortak, zararın 1/3 ini diğeri 2/3 sini karşılayacaktır. Şirket-i vücuh'ta kâr ve zarar konusunda aksi şarta itibar edilmez.<sup>111</sup>

Sermayesi olmayan kişilerin, toplumdaki itibarlarını (vücuh) kullanarak veresiye mal alıp beraberce ticaretini yapmak ve elde edilen kârı aralarında paylaşmak üzere ortaklık kurmaları caizdir. Bu durumda ortaklar, kâr ve zarara, üstlenecekleri borç oranında katılırlar. Dolayısıyla, elde edilen kâr, ortaklar arasında yapılacak anlaşmaya göre değil, yüklendikleri risk (damân) ve taahhüde göre dağıtılır.<sup>112</sup>

## H. ŞİRKET-İ A'MAL- DAMÂN İLİNTİSİ

Birden fazla kişinin ortakça yapmak üzere iş kabul edip kazancı aralarında belli oranlarda taksim etmek üzere akit yapması sonucu meydana gelen şirkete şirket-i a'mal denir. Diğer bir ifade ile işlerini sermaye edip de başka şahıslardan iş alarak taahhüt ve iltizam ederek hâsıl olacak kazancı; yani ücreti aralarında paylaşmak üzere şirket kurarlarsa emek şirketi olur.<sup>113</sup>

Bu şirkette emekler birleştirilmekte, ortakça iş yapılmakta, iş neticesinde ücret emek sahibi ortaklar tarafından pay edilmektedir. Şirket-i a'mal, emeğe dayalı olarak kuruluyor ve kârın sebebi emek oluyor. Sermayesi emek (amel) olan bir

<sup>111</sup> Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri 1*, Ensar yay, Konya 2013, s. 206; Mecelle, md. 1399-1403.

<sup>112</sup> Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebû Bekir (593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-IV, Daru'l İhya, Beyrut 2010, III, 12.

<sup>113</sup> Karaman, Hayreddin, *İş ve Ticaret İlmihali*, s. 193.

şirkettir de denilebilir. Bu şirkete şirket-i ebdân, şirket-i sanâyi<sup>114</sup>, şirket-i tekabbul adı da verilmiştir<sup>115</sup>. Son isim iş kabulünü, diğerleri bedeni güç ve emeği ifade eder.

Şirket-i a'malı Şafîi, Leys, Davud-i Zahiri, İbn Hazm ve bir rivayette Hanefilerden Züfer caiz görmemişlerdir, akit olunduğu takdirde batıl saymışlardır. Diğer Hanefiler, Malikiler ve Hanbeliler ise bu şirketi caiz görmüşlerdir. Caiz görenler de bazı farklı şartlar ileriye sürmüşlerdir.

Ortaklardan birisi sadece iş bulmakla uğraşsa diğeri iş yapsa caiz olur. Bu takdirde amel ve taahhüt karışığı bir şirket-i a'mal meydana gelir. Bu şekildeki bir şirket-i a'mal'de ortaklardan biri amel (emek), diğeri taahhüt ve damân sebebiyle kâr kazanır. Resullah (S.A.V) el-Harâc bi'd-damân ( **الخراج بالضمنان** ) buyurmuştur.<sup>116</sup>

Bu hadisi Mecelle şöyle kaideleştirmiş: “Bir şeyin nef'i, damânı mukabelesindedir.”<sup>117</sup>

Ortaklar birbirinin vekili olduklarından birinin yapacağı iş başka bir ortaktan istenebilir. İş yapmakla görevli ortak da iş kabul edebilir. Ortaklardan herhangi biri, iş yapmış oldukları şahıstan ücreti talep edebilir. O şahıs ücreti herhangi bir ortaya verse borçtan kurtulur.”<sup>118</sup>

## İ. DAMÂN İLE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR

İslâm hukuku kaynaklarında damân kavramını kısmen karşılayabilecek bazı terimler kullanılmıştır. Bunlar; *garâmet*, *cebr*, *zimm*, *uhde* kavramlarıdır.

<sup>114</sup> Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 17.

<sup>115</sup> Mecelle, md. 1332.

<sup>116</sup> Ebû Dâvud, *Buyu'*, 71; İbn Mâce, *Ticârât*, 43; Tirmîzî, *Buyu'*, 53; Nesâî, *Buyu'*, 15.

<sup>117</sup> Mecelle, md. 85.

<sup>118</sup> Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri 1*, s. 202-205.

"Garâmet" ve "gurm" kelimeleri de sorumluluk hukuku ile ilgili kavramlardır. Garâmet ve gurm, "g-r-m" fiilinin mastarları olup sözlükte "deyn" teriminin ifade ettiği borç anlamına gelmektedir. Diğer bir ifade ile ödenmesi, yerine getirilmesi ve ya edası lazım gelen şeye garâmet denir.<sup>119</sup> Tevbe suresinde zekâtın verileceği kimseler arasında; Türkçeye "borçlular" olarak tercüme edilen "gârimîn" de sayılmıştır.<sup>120</sup>

"el-Gunm bi'l-gurm" küllî kaidesinde geçen "gurm" kelimesinin Mecelle'de külfet olarak tercüme edildiğini görmekteyiz.<sup>121</sup>

Ali Haydar, bu maddenin, 85. maddede "Bir şeyin nef'i damânı mukabelesindedir" şeklinde tercüme edilen "el-Harâc bi'd-damân"<sup>122</sup> hadisinin eş anlamlısı olduğunu belirtmiştir.<sup>123</sup>

Hadis-i şerifteki *harâc* kavramının karşıt anlamlısı olan *gurm* üstlenilen maddi külfeti, harcama yapma ve zarara katlanma sorumluluğunu ifade eder.<sup>124</sup>

"el-Gunm bi'l-gurm" deyimini, halk arasında kabul görmüş genel bir anlayışın ifadesidir. Nitekim Serahsî, "kitâbu'l-kısme" de ortakların hisselerini ayırmak için istihdam edilen kassâmın (bölüştürücü) ücretinin ortaklara, hisseleri miktarınca paylaştırılması gerektiği görüşünün delillerinden birisinin de bu olduğunu ifade etmiştir.<sup>125</sup>

Kâsânî, bir araziyi gasbedip üzerinde ziraatla ilgili çalışmalarda bulunun kimsenin, bu fiilinin arazinin kıymetine vermiş olduğu noksanı ödemesi gerektiğini

<sup>119</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Gurm", s. 160.

<sup>120</sup> Tevbe, 9/60; Tevbe, 9/98; Tûr, 52/40; Kalem, 68/46; Vakıa, 56/66.

<sup>121</sup> "Külfet nimete ve nimet külfete göredir" Bk. Mecelle, md. 88.

<sup>122</sup> Ebû Dâvud, Buyu', 71; İbn Mâce, Ticârât, 43; Tirmîzî, Buyu', 53; Nesâî, Buyu', 15.

<sup>123</sup> Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, I, 117,119.

<sup>124</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 264.

<sup>125</sup> Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed es-Serahsî (483/1090), *el-Mebsût*, I-XXXI, Dâru'l-Marife, Beyrut 1409/1989, XV, 6.

açıklarken bu ödeme için "gurm" kelimesini kullanmıştır. Devamında bu ödemenin *damânu'n-nuksân* (eksiltelenin tazmini veya sorumluluğu) olduğunu ifade etmiştir.<sup>126</sup>

"Garâmetü'l-mütlefât" tabiri, telef edilen şeylerden sorumluluk veya telef edilen şeylerden doğan zararı tazmin borcu anlamında kullanılmıştır.<sup>127</sup>

Kaynaklarda geçen "gurm" ve "garâmet" terimlerinin, kişinin ödemekle mükellef olduğu "borç" veya "malî ceza" anlamlarının yanında, verilmiş olan zararların tazmininden sorumluluk yani "damân" anlamında da kullanılmış olduğunu söylemek mümkündür.<sup>128</sup>

Fıkıhta gurm ve garâmetin deyn, ta'vîz, damân gibi benzeri anlam taşıyan diğer kelimelerle birlikte borç, tazmin ve malî ceza manası çerçevesinde bir terim anlamı kazandığı söylenebilirse de bunlardan borç anlamının genelde deyn, tazminin de damân terimleriyle karşılandığı görülmektedir. Garâmet teriminde ise cezaî sorumluluk grubunda yer alan malî ödeme anlamının daha baskın olduğu anlaşılmaktadır.<sup>129</sup>

"Gurm" kavramını kişinin cinayet ya da hıyanet kastı olmaksızın vermiş olduğu zararın ödenmesi olarak açıklanırken "garâmet" kavramını zulmen ödenen şey olarak tarif edilmektedir.<sup>130</sup>

Sorumluluk ile ilgili diğer bir kavram "cebr" dir. İslâm hukuku kaynaklarında cebr, izale edileni yerine getirmek,<sup>131</sup> elden çıkmış olan bir şeyi mümkün olduğunca karşılamak demektir. Bunun için telef edilen bir malı, misliyle karşılamak

<sup>126</sup>Kâsânî, Ebu Bekir Alâuddin b. Mes'ûd (587/1191), *Bedâi'u's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*, I-VII, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1986/1406, VII, 154; Konunun devamında 162, 163. sayfalarda da aynı anlamda kullanılmıştır.

<sup>127</sup> Karaaslan Muhammed, *İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk*, s. 26.

<sup>128</sup> Bardakoğlu, "Garâmet", *DİA*, XIII, 359-361.

<sup>129</sup> Bardakoğlu, ay.

<sup>130</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Gurm", s. 160.

<sup>131</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VII, 158.

(cebretmek) imkân dâhilinde ise onunla tazmin edilmesi gerekir. Mislini bulmak mümkün değilse kıymeti ile karşılanır (cebredilir).<sup>132</sup> İşte buna da tazmin denir.

Serahsî, aynı anlamı ifade etmek için “cebren” kelimesini kullanmış ve damânı, mal sahibinin elinden çıkartılmış olan hakkını cebretmek yani “karşılama” olarak tanımlamıştır.<sup>133</sup>

Zimmet, sözlükte ahit, emân, hak, borç, kefâlet gibi kullanılır.<sup>134</sup> Ayrıca lügatte ahid ve taahhüt anlamına da gelir. Eserlerde ise şu şekilde tanımlanmıştır: “İnsanın şahsiyetinde şer’in takdir ettiği bir mahalli gerektiren, itibari ve takdiri bir kaptır.”<sup>135</sup>

“Zimmet bir vasıftır ki, onunla insan, menfaat ve mazarratına (lehine ve aleyhine terettüp eden şeylere) da ehil olur.”<sup>136</sup>

Damânla ilgili diğer kavram da “uhde”dir. Fıkıhta terim olarak satıcının, sattığı malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması (istihkâk) ya da kusurlu bulunması halinde müşterinin zararını ödemeyi tekeffül etmesidir.<sup>137</sup> Uhde bu anlamıyla damân teriminin kapsamı içine girer ve damânu’l-uhde şeklinde kullanılır.<sup>138</sup> *Damânü’l-derek* ve *damânü’l-istihkâk* da aynı anlama gelir.<sup>139</sup>

<sup>132</sup> Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, VII, 150, 155, 158.

<sup>133</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 50, 54, 55.

<sup>134</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Zimmet”, s. 621.

<sup>135</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, s. 237.

<sup>136</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye*, I, 31.

<sup>137</sup> Erdoğan, Mehmet, a.g.e. , “Damânu’l-derek”, s. 90; Uhdenin kullanımı için ayrıca Bk. Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, V, 30; Bağdadî, *Mecma’u’l-damânât*, II, 610.

<sup>138</sup> Hamed b. Muhammed el-Cabir el-Hâciri, *el-Kavaid ve’l-davabitü’l-fikhiyye fi damâni’l-mâlî*, Dâru Künuzi İşbilya, Riyad 1429/2008, s. 66.

<sup>139</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* , “Damânu’l-uhde”, s. 90.

### III. DAMÂNLA İLGİLİ NASLAR

#### A. KONU İLE İLGİLİ AYETLER

Kur'an-ı Kerim'de damân kelimesi geçmemekle birlikte sorumluluğun önemini vurgulayan ayetler<sup>140</sup> bulunmaktadır. Bu ayetlerde geçen mes'ul kelimesi sözlükteki sorumlu anlamını ifade etmektedir. Bu bağlamda İsra suresi 34. ayeti şu şekildedir:

وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا.

*'Yetimin malına, rüşdüne erinceye kadar, ancak en güzel bir niyetle yaklaşın.*

*Verdiğiniz sözü de yerine getirin. Çünkü verilen söz, sorumluluğu gerektirir.'*

Bütün hukuk sistemleri, insanların sahip oldukları hakları ve onların nasıl muhafaza edileceğinin yollarını açıklamış, herhangi bir sebeple onlara bir zarar gelmesi halinde bu zararın nasıl giderileceğini, kendi sistemleri içerisinde düzenlemişlerdir. İnsanların hukukî ilişkilerini de düzenleyen İslâm; aklı, dini, ırzı, canı ve malı, gözetilmesi zarurî maslahatlar olarak kabul etmiştir.<sup>141</sup> Bunlara yönelik her türlü tecavüzü yasaklamış ve ağır müeyyideler vaz etmiştir.

Mala ve malî yoldan tazmini kabil olan haklara verilen zararlardan ve onları tazminden sorumluluk, onları muhafazada mühim tedbirlerden bir tanesidir.<sup>142</sup>

Nitekim bu anlamda sorumluluk fikri, Kur'an'da ve Sünnet'te mevcuttur: Ayette:

<sup>140</sup>Ahzab 33/15; Furkan 25/16; İsra 17/34. ayetler örnek verilebilir.

<sup>141</sup> Şatibî, Ebu İshâk İbrahim b. Mûsâ ( 790/1388), *el-Muvâfakât*, Kahire 2003, s. 22.

<sup>142</sup> Karaaslan Muhammed, *İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk*, s. 19.

وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ  
فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ  
وَكُنَّا فَاعِلِينَ.

"Davud ve Süleyman'ı da (an). Bir zaman, bir ekin konusunda hüküm veriyorlardı; bir grup insanın koyun sürüsü, geceleyin başıboş bir vaziyette bu ekinin içine dağılıp ziyan vermişti. Biz onların hükmünü görüp bilmekteydik. Böylece bunu (bu fetvayı) Süleyman'a biz anlatmıştık. Biz onların her birine hüküm (hükümdarlık, peygamberlik) ve ilim verdik (...)"<sup>143</sup> buyrulmuştur.

Bu ayetlerin tefsirine bakıldığında şu bilgiler aktarılmaktadır: İki kişi Davud (a.s.)'in huzurunda mahkemeye gelmişlerdir. Bunlardan birinin koyunları, geceleyin diğerinin tarlasına girmiş ve ekinleri harap etmiştir. Bunun üzerine Davud (a.s) zararın tazmini için bir hükme varmış. O'nun hükmünü öğrenen Süleyman (a.s) huzuruna varıp -Allah'ın daha isabetli olduğunu bildirdiği- diğer bir hükmü beyan etmiş ve Davud (a.s) da O'nun hükmünü uygulamıştır.<sup>144</sup>

İbn Kayyim, bu ayetin telef edilen malların imkân ölçüsünde cinsi ve misliyle tazmin edilmesinin esas olduğuna delil teşkil ettiği kanaatindedir.<sup>145</sup>

Verilen zararlardan ve onların tazmininden sorumluluğa delâlet eden birçok ayet-i kerime vardır. Serahsî<sup>146</sup>, İbn Kayyim<sup>147</sup> şu ayetlerin tazmin için de delil olduğunu kabul etmişlerdir:

<sup>143</sup> Enbiya 21/78-79.

<sup>144</sup> Razi, Fahrudin Muhammed b. Ömer b. Huseyn et-Temîmî, *Mefâtihu'l-Gayb*, I-XXXII, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1992, XXII, 168-172.

<sup>145</sup> İbn Kayyim, el-Cevziyye Semsuddin Ebî Abdillah Muhammed b. Ebi Bekr, *İ'lamu'l-Muvakkûin an- Rabbi'l-Alemîn*, I-IV, Dâru'l-Cil, Beyrut 1973, II, s. 44.

<sup>146</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 50.

<sup>147</sup> İbn Kayyim, *İ'lamu'l-Muvakkûin*, II, s. 45.

وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ  
لِّلصَّابِرِينَ.

'Eğer ceza verecekseniz, size yapılan taşkınlığın misliyle ceza (karşılık) verin. Ama sabrederseniz, elbette o, sabredenler için daha hayırlıdır.'<sup>148</sup>

وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ  
الظَّالِمِينَ.

"Bir kötülüğün karşılığı, ona denk bir kötülüktür. Kim bağışlar ve barışı sağlarsa, onun mükâfatı Allah'a aittir. Doğrusu O, zalimleri sevmez."<sup>149</sup>

Bu ayetler, verilmiş olan zararlarda, türü ne olursa olsun zararın giderilmesine delâlet etmektedir.

## B. KONU İLE İLGİLİ HADİS-İ ŞERİFLER

Verilen zararlardan ve onları tazminden sorumlulukla ilgili hadislere şunlar örnek olabilir:

Hiz. Peygamber, hanımı Hiz. Aişe'nin yanındayken diğler hanımlarından Hiz. Safiye onlara bir kab ile birlikte yemek göndermiştir. Hiz. Aişe bir ihtilâf sonucu Hiz. Safiye'ye ait olan bu yemek dolu kabı kırmış ve vermiş olduğı zararı nasıl telâfi ededeğini Hiz. Peygamber'e sormuşur ve Hiz. Peygamber şöyle buyurmuşur:

"طعام بطعام وإناء بإناء" "Kaba karşılık misli olan bir kab, yemeğe karşılık da misli olan bir yemek" buyurmuşur. Hiz. Aişe de kırılmış olan kabı kendisine bırakmış, Hiz. Safiye'ye sağlam bir kab vermişur.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> Nahl, 16/126.

<sup>149</sup> Şûra, 42/40.

<sup>150</sup> Kaynaklardan özetlenmiştir. Ebû Dâvud, 'Buyu', 89; Tirmizi, Ahkâm, 23; Nesâî, Nisa, 4.

Rivayet edildiğine göre Bera b. A'zib'in devesi, bir kimsenin çevrili bahçesine girip zarar vermiş. Konu Hz. Peygamber'e götürülünce şöyle hüküm vermiştir:

أَنَّ نَاقَةَ الْبِرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا.

"Gündüzleri bahçeleri muhafaza, mal sahiplerinin vazifesidir; geceleri hayvanları muhafaza etmek de hayvan sahiplerine aittir. Bu durumda geceleyin hayvanların vermiş olduğu zararlardan, hayvan sahipleri sorumludur."<sup>151</sup>

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " على اليد ما أخذت، حتى تؤدِّيَه".

"Aldığı eşyayı geri verinceye kadar (alan) el sorumludur."<sup>152</sup> Hadisinde de, alan elin sorumluluğunu ifade etmek için "alâ" edatı kullanılmıştır. Hadisten şu mana anlaşılmaktadır: Bir şahsa ait olan mal, kira, âriyet veya benzeri bir yolla başka bir şahsın eline geçmişse, o mal telef olmadığı takdirde olduğu gibi geri verilmeli; aksi halde misli varsa misliyle, misli yoksa kıymeti ile tazmin edilmelidir.<sup>153</sup>

Safvan b. Umeyye'den rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber, Huneyn savaşına gidileceği sıralarda, kendisinden belirli bir sayıda zırhı, âriyet olarak almıştı.

فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ : أَغْصَبًا يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ : بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ حَتَّى تُؤَدِّيَهَا إِلَيْكَ.

<sup>151</sup> Ebû Dâvud, Buyu', 90.

<sup>152</sup> Ebû Dâvud, Buyu', 88; İbn Mâce, Sadakât, 5; Tirmîzî, Buyu', 39.

<sup>153</sup> Şevkânî, Neylû'l-Evtar, V, 356-357.

Safvan: "Ya Muhammed! Bunları gasben mi alıyorsun?" diye sorunca Hz. Peygamber şöyle cevap vermiştir: "*Bilâkis onlar (bizim) damânımızda (sorumluluğumuzda) âriyettir.*" Savaşın sonra Safvan'ın zırhları toplandı; ne var ki bir kısmı bulunamadı. Bunun üzerine Hz. Peygamber kaybolan zırhları tazmin etmek için Safvan ile görüştü. Fakat o tazmin edilmesini istemedi.<sup>154</sup>

Konu ile ilgili olarak külli kaide haline getirilmiş olan ve İslam hukukunda genel kabul görmüş bazı hükümler de mevcuttur. "Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur"<sup>155</sup> şeklinde Mecelle'de tercüme edilen hadis, sorumluluk fikrinin delilleri arasında sayılır. Ayrıca zararın kaldırılmasını, haksız fiiller ve hakkın kötüye kullanılmasından doğan zararların telafisini ifade eden "Zarar izâle olunur"<sup>156</sup> kaidesini de zikretmek faydalı olacaktır.

İslam hukuku hak anlayışının tabîî bir sonucu olarak hukuka aykırı bir davranıştan dolayı zararın ortaya çıkması, fiil ile netice arasında uygun bir illiyet bağının bulunması halinde zararın giderilmesini esas almıştır. Zarar veren failin bir kusurunun ve kastının olmayışı uhrevî mesuliyetten kurtarabilir fakat mal sahibi de aynı surette kusursuzdur. "Sorumluluğu zarar verene yüklemek adalet ve *malın ismeti* prensibine daha uygundur."<sup>157</sup>

<sup>154</sup> Ebû Dâvud, *Buyu'*, 88.

<sup>155</sup> İbn Mâce, *Ahkâm*, 17. Hadisin metni "lâ darar velâ dırar" biçimindedir; İbn Kudame, *el-Muğnî*, VII, 52-53.

<sup>156</sup> Mecelle, md. 20.

<sup>157</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 264.

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **DAMÂNLA İLGİLİ GENEL KAİDELER**

## A. DOĞRUDAN İLGİLİ OLANLAR

### a. Bir şeyin nef'i damânı mukabelesindedir.<sup>158</sup>

“[Bir şeyin] yani kabz olunan (teslim alınan) bir malın [nef'i] yani kar ve faydası o şeyin mülkü ve [damânı] yani bu iki şey karşılığındadır”.<sup>159</sup> “Bir şeyin riski kime ait ise menfaati de ona aittir.”<sup>160</sup>

Bu madde “el-Harâc bi'd-damân” sahih hadisinden alınmıştır. Fahrü'l-İslam Pezdevî'nin (v.493) usulünde zikredildiği üzere adı geçen hadis cevami'u'l-kelim olduğundan mana ile nakli caiz değildir.<sup>161</sup>

Haraç (gelir), insanın mülkünden ortaya çıkan yani hâsıl olan şeydir. Yani mesela hayvanın sütü, yavrusu ve kira bedeli, gayr-i menkulün hasılatı gibi şeylerdir. Ve tazminden maksat bakım masrafları ve teslim giderleri gibi külfetlerdir. Yani tazmin hayvanın bakım masrafları ve gayr-i menkullerin tamir masrafları gibi şeylerdir.

Yani bir kimsenin hayvanının faydası kendisine aittir. Çünkü zikredilen hayvan onun tazminindedir. Onu beslemek kendisi üzerine lazım gelir.

Bu hadis-i şerif fayda karşılığında bulunan her zararda darb-ı mesel olmuştur.

الغنم بالغرم kaidesi de bu anlamdadır. Zikredilen kaidenin Türkçesi 88. maddede anıldığı üzere ‘nimet külfete göredir’ demektir. Bundan dolayı bu madde

<sup>158</sup> Mecelle, md. 85.

<sup>159</sup> Bu kaide “Bir şeyin hasarı kime aitse yararı da ona aittir” şeklinde ifade edilebilir.

<sup>160</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 297.

<sup>161</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 117.

ile 88. maddenin ve nimet külfete göredir maddesi birleşiktir. İhtilaf yalnız ibarede olmakla beraber birisiyle yetinmek gerekirdi.

[Yani bir şey telef olduğu takdirde] o şey kimin mülkü ve onun [hasarı] yani ziyanı [kime ait ise] o şey onun tazmininde demektir. O kimse bu suretle tazmini altında olduğu şeyin karşılığında faydalanma hakkına sahip olur.”<sup>162</sup>

### **b. Ücret ile damân müctemi’ olmaz.<sup>163</sup>**

[Ücret ile damân] tek sebepten dolayı tek mahalde birlikte bulunmaz. Bundan dolayı tazmin lazım gelen yerde ücret lazım gelmez.

Tazmin 416. maddede ‘bir şeyin misliyattan<sup>164</sup> ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini vermektir’ diye tarif olunmuştur. Bu madde Mecami’de ‘الاجر والضمان لا يجتمعان’ diye zikredilen kaidenin tercümesidir.

Örneğin, 550. maddede açıklandığı üzere binek için kiralanan hayvana yük yükletilmez. Şayet yükletilip de hayvan telef olsa, müste’cir (kiralayan kişi) o hayvanı tazmin eder, bu halde ücret vermesi lazım gelmez.

Bu kaideye göre kasten adam öldüren birisine kısas isteyen yakınları aynı zamanda bir de diyet isteyemezler.<sup>165</sup>

Böylece, 551 ve 536. maddelerde zikredildiği üzere bir kimse kendisi binmek üzere kiraladığı hayvana başkasını bindirse yahut bir kimse kendisi giymek üzere

<sup>162</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 117.

<sup>163</sup> Mecelle, md. 86.

<sup>164</sup> Mallar misli ve kıyemi olmak üzere iki türdür. Misliyyat: Çarşı ve pazarda aynı fiyatla kendi gibisi bulunan şey, standart maldır. Kıyemi ise çarşıda dengi bulunmayan, standart olmayan maldır. Bk. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 381;310.

<sup>165</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 298.

kiraladığı elbiseyi başkasına giydirse de hayvan veya elbise telef olsa o kimse tazmin eder ve bu halde ücret vermek lazım gelmez.

Dolayısıyla 596. madde hükmünce bir kimse diğer kimsenin hayvanını gasp edip kullansa ve elinde iken telef olsa tazmin etmesi gerekir ve o suretle zikredilen hayvan gâsıbın damânında bulunduğu cihetle gâsıp mağsubu geri verse damândan beri olur. Yani yetim malı ve vakıf malı ve mu'addün li'l-istiğlal<sup>166</sup> değil ise damân-ı menfaat<sup>167</sup> lazım gelmez.

545. madde ile 547. ve 536. maddelerin bazı hükümleri de bu maddenin alt dallarıdır.

Örneğin 548. madde de zikrolunduğu üzere müste'cir kiraladığı hayvanı kira süresini aşarak kullandığında gâsıb olur. Hayvan, müste'cirin tazmini altında olduğundan fazla süre için ücret lazım gelmez.

Açıklamada işaret olunduğu üzere ücret ile tazminin bir araya gelmemesi tek sebep ve tek mahal olduğu takdirdedir. Ama mahal ve sebep farklı olursa ücret ile tazmin bir araya gelebilir. Şöyle ki bir kimse belli bir yere kadar kendisi binip gitmek üzere kiraladığı hayvana hem kendisi hem de hayvan üstünde yalnız durmaya muktedir bulunan birisini arkasına alsada o hayvan belirlenen yere varduktan sonra telef olsa hayvan ikisini de kaldırmaya mütehammil ise hem ücret yani ecr-i müsemma<sup>168</sup> ve hem de hayvanın yarı kıymetinin tazmini lazım gelir.

<sup>166</sup> Kira yoluyla gelir elde etmek için edinilen mal ya da ücretle çalışır olan şey veya kişi. Bk. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 383; Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri I*, s. 165.

<sup>167</sup> Gasb yolu ile kullanılan malın menfaatinin ecr-i mislinin ödenmesidir. Ecr-i misil ise tarafsız bilirkişilerin takdir edecekleri ücrettir. Bk. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 90, 112.

<sup>168</sup> Sözleşme zamanında taraflarca belirlenmiş olan ücrettir. Bk. Erdoğan, Mehmet, a.g.e, s. 112.

Ücretin lazım gelmesinin sebebi, o kimsenin binerek belirlenen yere ulaşması ve kastedilen menfaatten yararlanmasıdır. Fakat bu sebepten ötürü tazmin lazım gelmez.

Yarı kıymetini tazmin etme sebebi ise, o hayvanın ikisini de kaldırmaya mütehammil olmasıdır. Ayrıca o kimse birini arkasına bindirerek kusurlu ve aşırı kullanımda bulunmuştur. Fakat bu suretle arkasına birisini almış olduğundan dolayı ücret lazım gelmez.

Sözün özü, ücretin gerekmesinin sebebi başka ve yarı kıymetinin tazmininin sebebi başkadır. İkisi tek sebepten dolayı bir araya gelmiş olmaz.<sup>169</sup>

Günümüz âlimlerinden Mustafa Zerkâ'nın bu kaide ile ilgili itirazlarını burada zikretmek faydalı olacaktır. Zerkâ bu kaidenin aslının Hanefi mezhebine dayandığını diğer mezheplerin bunu benimsemediğini, bu kaidenin Hanefilerin gâsıbın, mağsubun menfaatlerini tazminle mükellef olmadığı şeklindeki meşhur teorileri<sup>170</sup> ile yakından ilgili olduğunu ifade eder. Zerkâ bu kaide ile ilgili getirilen örnekleri değerlendirirken buradaki damândan maksadın fiilen vaki olan zarar olmadığı, bilakis Hanefi görüşüne göre *aynın tazminine maruz şahsın durumu ve özelliği* olduğunu zikreder. Yani mesuliyeti yüklenme durumunda olmadır, *-helak fiilen vukua gelsin veya gelmesin fark etmez-*. Zerkâ'ya göre bu durum son derece

<sup>169</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 118-119.

<sup>170</sup> Hanefi mezhebine göre menfaatler zâtında mütekavvim olmayıp, ancak kira akdi ile mütekavvim olur, gaspta ise bir akit yoktur. Bk. Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 58 vd., II, 50 vd.

tuhaf bir şeydir ve insanlara bedelsiz olarak başkasının malından istifade için hile sahasını açmaktadır.<sup>171</sup>

Diğer mezheplerin çoğunun görüşünde ücret ile damân müctemi' olur. Mesela bir kimse haksız olarak istifade ettiği müddetin menfaatlerin ecr-i mislini ödemeye mecburdur ve buna ilave olarak eğer o şey helak olursa, helak günündeki aslın kıymetini de tazmin edecektir.<sup>172</sup>

### c. Cevaz-ı şer'î damâna münafi olur.<sup>173</sup>

“Hukukun izin verdiği eylemden sorumluluk yoktur. Bir hekim tıbbın gereklerine göre ameliyat yaptığı hastanın ölümünden sorumlu değildir”.<sup>174</sup> Diğer bir ifade ile hukuka uygunluk tazmin sorumluluğunu kaldırır.<sup>175</sup>

Bir haksız fiile hukuken ve ahlaken izin verilmiş ise artık orada tazmin sözü konusu değildir. Nitekim bir kimsenin kendi bahçesinde kazdığı kuyuya bir başkasının hayvanı düşüp ölse tazmin etmesi gerekmez, çünkü herkes kendi mülkünde istediği gibi tasarruf edebilir.<sup>176</sup> Bu prensibin de istisnaları vardır: Açlıktan ölmek üzere olan kimse, başkasına ait yemeği yiyebilirse de bedelini ödemesi gerekir. Zorda kalmak başkasının hakkını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla mecburiyet altında zaruretten çiğnenen kişisel haklar sonra tazmin edilir.<sup>177</sup>

<sup>171</sup> Zerkâ, Mustafa b. Ahmed, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, I-III, (ter. Servet Armağan), Timaş yay, İstanbul 1993, II, 715.

<sup>172</sup> Bk. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 360; 364.

<sup>173</sup> Mecelle, md. 91.

<sup>174</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 299.

<sup>175</sup> Yaman, Ahmet, *İslam Hukukuna Giriş*, M.Ü.İ.F. yay, İstanbul 2012, s. 67.

<sup>176</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 122.

<sup>177</sup> Mecelle, md. 33: “İzdirâr gayrın hakkını ibtâl etmez.” ; Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 58.

**d. Damân-ı amel bir nevi ameldir.<sup>178</sup>**

Damân-ı amel yani ameli tekabbül etmek bir nevi ameldir. Bu suretle amel gibi damân-ı amel de ücreti hak etme sebebidir. Damân-ı ameli taahhüt eden ortak için bu damân mukabilinde kar ve ücret verilmesi sahih ve muteber olur.

Bunun üzerine bir kimse dükkânına sanayi erbabından birini koyup tekabbül ve taahhüt ettiği işleri ona gördürüp de hâsıl olan kazancı yani ücreti aralarında yarı yarıya paylaşmak üzere akit yapsalar caiz olur. Burada dükkân sahibinin tekabbülü dahi ameldir. Dükkan sahibinin yarı hisseyi hak etmesi ancak damîn ve müteahhit olması iledir.<sup>179</sup>

**e. Ribha, istihkâk bazen mal veya amel ile [bazen dahi 85. madde hükmünce] damân ile olur.<sup>180</sup>**

Bu kaideyi şöyle sadeleştirebiliriz: Kâr elde etme sebepleri mal(sermaye), amel(emek) ve taahhüt ile damândır.

Şirket-i emvalde kâr elde etme sebebi mal; şirket-i a'malde amel,(iş/emek); şirket-i vücuh da ise kâr elde etme sebebi damândır. Örneğin sanayi erbabından biri yanına bir çırak alsa tekabbül ve taahhüt ettiği işleri yarı ya da dörtte bir hisse-i ücretle çırağa gördürse caiz olur. Kazancın yarısına çırağın ameliyle hak kazandığı gibi diğer yarısına da damîn ve müteahhit olması sebebiyle hak kazanmış olur.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> Mecelle, md. 1346.

<sup>179</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, III, 380.

<sup>180</sup> Mecelle, md. 1347.

<sup>181</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, III, 381.

Damân-ı amelin kâr elde etme sebebi olmasının dayanağı ise 85. maddedir. Bu kaide ise şudur: ‘Bir şeyin nef’i damânı mukabelesindedir’.<sup>182</sup>

## B. DOLAYLI İLGİSİ OLANLAR

### a. Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur.<sup>183</sup>

Bir hukukî borcun aslının yerine getirilmesi mümkün olmazsa, bedeli yerine getirilir. Sözgelışı, gasbedilen malın kendisini aynen iade etmek mümkün olamıyorsa, bedeli (kıymetî mal ise kıymeti, mislî mal ise misli, benzeri) ödenir. Yine meselâ, ay ortasında bir akid yapıp da borcun bir ay sonra ödeneceği kararlaştırılırsa, aslın yerine getirilmesi mümkün olmadığı için, bu süre otuz gün kabul edilir. Yine oruç veya bayram, hilalin görülmesine bağlıdır, hilal gözetlenip hava bulutlu ise o ay otuza tamamlanır.<sup>184</sup>

### b. Mazarrat, menfaat mukabelesindedir.<sup>185</sup>

‘[Mazarrat menfaat mukabelesindedir]<sup>186</sup>. Diğer bir tabirle nimet külfete göredir. Bu madde Mecami’de ‘el-azmü bi’l-ğanemi’ diye zikredilen kaidenin tercümesidir. Ve bu madde 85. maddenin aksidir ki, bir şeyin damânı yararı karşılığındadır demektir.

[Yani bir şeyin faydasını elde eden] kimse [onun zararına da mütehammil olur] (katlanmış olur). Mesela bey’ akdinde mübaya’a (satış) senedi ve hücceti

<sup>182</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, III, 381.

<sup>183</sup> Mecelle, md. 53.

<sup>184</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 78.

<sup>185</sup> Mecelle, md. 87.

<sup>186</sup> Masraf(zarar) fayda karşılığındadır. Yani bir şeyden yararlanan onun zararını da üstlenir.

(delili) yazdırma ücreti müşteriye aittir. Çünkü adı geçen senedin faydası ona aittir yoksa satıcıya değildir.’’<sup>187</sup>

Bu kaideye başka bir örnek şu zikredilebilir: “Bir kamu görevlisinin oturması şartıyla vakfedilmiş binanın tamirinden oturumuna tahsis edilen kişi sorumludur. Çünkü nimete konan külfetini de çeker”.<sup>188</sup>

### **c. Külfet nimete, nimet külfete göredir.<sup>189</sup>**

Bu madde mana bakımından bir önceki maddenin aynısı olup başka bir şekilde ifade edilmiş halidir.

Bu kaide külfet-nimet dengesini ifade etmektedir. “Külfeti çeken nimete konar.” Hak ile sorumluluk arasında makul bir dengenin bulunması borçlar hukukundan miras ve ceza hukukuna kadar her alanda İslam hukukunun temel ilkelerinden birisi olmuştur.<sup>190</sup>

Bir şeyin menfaatine erişmek isteyen kişi, o konudaki zarara katlanmak zorundadır. Bu kuraldan çıkarılan hükümlerden bazıları şöyledir: Ortaklardan her biri maldaki hisselerine göre kâr aldıkları gibi zararlara da katlanırlar. Ortak evin kirasından ortaklar hisselerine göre yararlanabildikleri gibi tamirine de hisseleri oranında katlanırlar.<sup>191</sup>

<sup>187</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I, 119.

<sup>188</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 298.

<sup>189</sup> Mecelle, md. 88.

<sup>190</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 298; 264.

<sup>191</sup> Zeydan, Abdülkerim, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak, Kayıhan yay, İstanbul 2008, s. 147.

**d. Teaddî ve taksir, yed-i emânî yed-i damâna çevirir.**

Teaddî, ileri gitmek, yetki sınırını aşır haksız tasarrufta bulunmak demektir. Taksîr ise mülkünde olmadığı halde vedia ve emanet gibi bir sebeple elinde olan malı muhafazada kusur etme demektir.<sup>192</sup>

Öncelikle yed kavramını açıklayalım. Yed, bir şeye bilfiil el koyma, mülkiyetinde bulundurma demektir. Yed, yed-i emanet ve yed-i damân olmak üzere ikiye ayrılır. Kendisine bir mal vedia suretiyle bırakılmış olan kimsenin, müste'cir ve müste'îrin, velayet, vesayet gibi bir hak ve selahiyetle bir malı elinde bulunduranın yedleri, yed-i emanettir. Kusuru olmayarak o mal telef ya da kaybolursa damân lazım gelmez. Gasb, fuzuli işgal gibi bir suretle bir malı elinde bulunduran kimsenin yedi, yed-i damândır. Yani kusuru olmasa da gasb olarak tuttuğu mal zayi ve telef olsa tazmin etmesi lazım gelir.<sup>193</sup>

Diğer bir ifade ile birisinin malı, canı veya sıhhati emanet olarak elinde bulunduran kimsenin damân açısından sıfatı ya “*emin*” veya “*dâmin*” olmasıdır. Burada söz konusu edilen emin sıfatı, cana gelecek zarardan kasıt ve kusur durumu hariç kural olarak sorumlu olmamayı, dâmin sıfatı ise kural olarak sorumlu olmayı ifade eder.<sup>194</sup>

Yed-i emin kural olarak elinde meydana gelen zarardan sorumlu olmaz, burada onun kasıt, kusur, ihmal gibi tazminini gerektiren bir durumunun olduğunu ispat etme, karşı tarafa düşmektedir. Buna mukabil eğer biri yed-i damân ise o zaman da kural olarak meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Kendisinin tazminini

<sup>192</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 551, 541.

<sup>193</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 610.

<sup>194</sup> Ali Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 16; Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 451.

gerektirecek kusur, kasıt, ihmal gibi bir durumun olmadığını ispat mükellefiyeti bu seferde kendisine düşmektedir. Yed-i damân, elindeki malı telef ettiği anda kendi hesabından öder.<sup>195</sup>

Emanetlerle ilgili genel hükümleri şöyle özetleyebiliriz. Emanetçi (emin) damândan beridir. Mecelle bunu ‘emanet madmun değildir’<sup>196</sup> şeklinde kaideleştirmiştir. Yani eminin kusuru ve teaddîsi (haddi aşacak şekilde hareket) olmaksızın emanet mala bir zarar gelecek olsa emin bu zararı tazmin etmez. Ama emanet malın muhafaza veya kullanımında kusuru veya teaddîsi olursa gelecek zararı tazmin eder. Çünkü “teaddî ve taksir yed-i emaneti, yed-i damâna çevirir.”<sup>197</sup>

## II. DAMÂN SEBEPLERİ

Damân sebepleri, diğer bir ifadeyle kişinin mali ödeme yükümlülüğünün kaynakları konusunda İslam hukukçularının birçok farklı tasnif ve adlandırmasına rastlanır. Kâsânî gasp, itlaf, akid üzerinde dururken<sup>198</sup>; Suyûtî, akid, yed, itlaf ve haylûle şeklinde dört sebep sayar.<sup>199</sup>

Bu farklı tasniflerin en başta gelen sebebi, damânın hukukçulara ve hukuk ekollerine göre farklı anlam ve kapsamlarının olmasıdır. "Kişinin mali ödeme sorumluluğu" şeklindeki en geniş anlamıyla alındığında damân sebepleri şariin yükümlü tutması (iltizam), kişinin kendi üstlenmesi (iltizam), zilyedlik ve zararlı fiil olarak dört ana başlık altında toplanabilir.<sup>200</sup>

<sup>195</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 610.

<sup>196</sup> Mecelle, md. 768.

<sup>197</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, II, 255, 260, 301 vd. ; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, IV, 148.

<sup>198</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VII, 142-168.

<sup>199</sup> Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damânü'l-mütlefât*, s. 42- 44.

<sup>200</sup> Aktan, “Damân”, *DİA*, VIII, 451.

Bütün bunlara göre damân sebepleri akit, telef etme, el koyma, sorumluluk, tasarrufu engelleme (haylûle) ve aldatma olmak üzere sıralanabilir.

1- Akit: Mecelle akdi şöyle tarif eder: "Tarafların bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir".<sup>201</sup> Akit Türkçede "sözleşme" olarak isimlendirilir. Akdin tazminat sebebi olduğu ayet ve hadislerle sabittir. Kur'an-ı Kerim'den şu ayetleri zikredebiliriz.

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ  
مُحَلِّي الصَّيِّدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ.

"Ey iman edenler, akitleri yerine getirin (...)"<sup>202</sup>

وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ  
عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ.

"Sözleştiğiniz zaman Allah'a verdiğiniz sözü tutun. Allah'ı kefil göstererek  
sağlamlaştırdığınız yeminlerinizi bozmayın (...)"<sup>203</sup>

وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ  
الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا.

"(...)Sözünüzü tutunuz. Çünkü verilen sözde sorumluluk vardır"<sup>204</sup> buyrulur.

Diğer yandan Müslümanlar kendi koydukları şartlara da uygun hareket etmelidir. Hadiste şöyle buyrulur: "Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri

<sup>201</sup> Mecelle, md. 103.

<sup>202</sup> Mâide, 5/1.

<sup>203</sup> Nahl, 16/91.

<sup>204</sup> İsrâ, 17/34.

şartlara uyarlar. Ancak helali haram, haramı da helal kılan şart bundan müstesnadır".<sup>205</sup>

Akdin gereğinin yerine getirilmesi bütün hukuk sistemlerinin göz önünde bulundurduğu ve titizlikle işlerlik kazandırılması için önlemler aldığı bir ilkedir. Çünkü akit güvenliği bunu gerekli kılmaktadır. Ancak iki tarafa da borç yükleyen akitlerde, akdin yapıldığı zaman şartları ile ifa zamanının şartlarında önceden tahmin edilemeyen, umulmayan sebeplerle ciddi hadiseler vuku bulabilir. Vakıa önceden hesap edilemeyen ve önüne geçilemeyen bir durum olduğunda beklenmeyen hal mücbir sebep özelliği kazanır. Beklenmeyen hal nazariyesine göre her iki tarafın da sebebiyet vermediği olumsuz şartlar sonucunda müteşebbise ağır bir yük ve masraf getirmesi nedeniyle akdin tadili veya feshine gidilmesi gerekir.<sup>206</sup>

Beklenmeyen/umulmayan hal nazariyesinin damân kapsamı çerçevesinde başka tezlerde ele alınması faydalı olacaktır. Biz burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

2- Telef etme: Damânın en yaygın ve bilinen kaynağı zararlı fiildir. Zararlı fiilden doğan ödeme sorumluluğu "damânü'l-itlaf" diye de anılır.<sup>207</sup> İtlaf yok etme, bozma ve öldürme gibi anlamlara gelir. Bir fıkıh terimi olarak ise; bir malı veya eşyayı kullanılmaz ve işe yaramaz hale getirmektir.<sup>208</sup> İnsanı yaralama, öldürme ve organlarına zarar verme de telef etme kapsamına girer. Kur'an-ı Kerim'in

(...) فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُم فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُم (...)

<sup>205</sup> Buhârî, İcâre, 14; Tirmizî, Ahkâm, 17.

<sup>206</sup> Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 261.

<sup>207</sup> Aktan, "Damân", *DİA*, VIII, 451.

<sup>208</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VII, 164.

"Size saldırana karşı, tıpkı saldıran gibi siz de ona saldırın"<sup>209</sup> ayetine göre, başkasına ait bir malı telef eden kimse bu mal misli ise misli ile kıyemî ise değeri ile ödemek zorundadır.<sup>210</sup> Başkasının malını telef etmenin tazmin sorumluluğunu gerektirdiği şu hadiste belirlenir: "Zarar vermek, zarara zararlar karşılık vermek yoktur".<sup>211</sup> Eşyanın telef edilmesinde, telef edenin kasıtlı veya hatalı olması arasında bir fark yoktur. İnsanın telef edilmesinde ise kasıtlı hata farklı sonuç doğurur. Şöyle ki, kasten bir insanı öldürene veya yaralayana kısas uygulanırken, hata ile bir insanı öldüren diyetle yükümlü olur.<sup>212</sup>

Damânın *damânü'l-akd*, *damânü'l-yed* ve *damânü'l-itlaf* şeklindeki klasik üçlü ayırımında *damânü'l-akd* tamamen, *damânü'l-yed* ise kısmen modern hukuktaki akdi sorumluluğun alanına girmekte iken *damânü'l-itlaf* haksız fiil sorumluluğunu kısmen de cezai sorumluluğu ilgilendirir. Zararlı fiilden doğan damân, şahıslara ve mallara karşı işlenen cürümlerin sonucu olduğundan öncelikle "damânü'n-nefs" ve "damânü'l-mal" şeklinde ikiye ayrılır. İnsan hayatına ve vücut bütünlüğüne zarar vermektен doğan damân klasik fıkıh kitaplarında ceza hukukunun diyet, erş, hükümet-i adl gibi alt bölüm ve başlıkları altında, mala zarar vermektен doğan damân ise gasp, itlaf, damân gibi bağımsız başlıklar altında ele alınır.<sup>213</sup>

3- El Koyma: Başkasına ait bir malı hukukî bir sebebe dayanmaksızın elde buldurmaktır. Bu eyleme "vaz'u'l-yed" veya "gasb" denir. Böyle bir malı elinde bulduran onu sahibine vermekle, mal telef olmuşsa bedelini tazmin etmekle

<sup>209</sup> Bakara, 2/194.

<sup>210</sup> Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'an*, I-V, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, Beyrut, 1412/1992, I, 326; Kurtûbî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (671/1273), *el-Câmi'li Ahkâmü'l-Kur'an*, I-XXIV, Müessesetü'r-Risale, Mısır 1427/2006. III, 251-252.

<sup>211</sup> İbn Mâce, Ahkâm, 17.

<sup>212</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VII, 165; Bakara, 2/179; Nisa, 4/92.

<sup>213</sup> Aktan, "Damân", *DİA*, VIII, 450-451.

yükümlü bulunur. Delili şu hadistir: "Başkasına ait bir malı alan, sahibine ödeyinceye kadar ondan sorumludur"<sup>214</sup>. Hanefilere göre el konulan malın menkul olması şarttır. Gayrimenkuller gasba elverişli değildir. Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre ise gayrimenkulün gasbı da mümkündür.<sup>215</sup> Başkasının malını elinde bulundurma tazminata konu olup olmaması bakımından ikiye ayrılır: "Yed-i emânet" ve "Yed-i damân". Emanet eli (Yed-i emânet), bir malı sahibinin veya nass (ayet-hadis)in izni ile elde bulundurmadır.<sup>216</sup> Bir emâneti elinde bulunduran ise onun telefinden yalnız kasıt, kusur veya ihmali bulunduğu takdirde sorumlu olur. Kendiliğinden veya semavî bir âfet sonucu telef halinde tazmin yükümlülüğü bulunmaz.<sup>217</sup> İslâm hukukuna göre emânet hükmüne tabi bulunan mallar şunlardır:

- 1- Emânet bakımından eşya (vedîa)
- 2- Kullanılmak üzere verilen mal (âriyet)
- 3- Rehin olarak bırakılan mal
- 4- Vekilin elinde, müvekkile ait mallar
- 5- Şirket malları
- 6- Kiracının elinde bulunan menkul ve gayrimenkuller
- 7- Vasinin veya velinin elinde bulunan çocuğa veya kısıtlıya ait mallar
- 8- İşçinin elinde bulunan işverene ait mallar
- 9- Devlet memurlarının elinde bulunan, topluma ait menkul ve gayrimenkuller
- 10- Serbest meslek sahiplerinin elinde bulunan sipariş verene veya müşteriye ait mallar

<sup>214</sup> Ebû Dâvûd, Büyü 88; Tirmizî, Büyü 39; İbn Mâce, Sadakât, 5.

<sup>215</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 73.

<sup>216</sup> Hâciri, *el-Kavâid ve'd-davâbitü'l-fikhiyye*, s. 93.

<sup>217</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, IV, 157.

11- Yed-i emîn'deki mallar

12- Gasb edilen maldaki artmalar

13- Rehinin alacağı aşan kısmı<sup>218</sup> emanet niteliği taşır.

Tazminat eli (yed-i damân), bir malı malik olma veya yararlanma amacıyla izinsiz olarak elde bulundurmaktır. Gasbedilen veya çalınan mal bu niteliktedir. Böyle bir malın telef olması halinde telefte kasıt, kusur veya ihmal bulunmasa da tazmin yükümlülüğü doğar.<sup>219</sup>

4. Sorumluluk: Damân sebeplerinden sorumluluğu geniş bir şekilde birinci bölümde Sorumluluk-Damân İlintisi başlığında işledik.

5. Tasarrufu engelleme (Haylûle): Sözlükte engellemek, mani olmak, araya girmek manasına gelir.<sup>220</sup> İslâm hukukunda mal ile sahibinin arasına girerek, malikin maldan yararlanmasına engel olmak da tazminat sebebidir. Bir kimsenin emânet olarak aldığı malı inkâr etmesi veya gâsıbın gasbettiği malı başka bir beldeye göndermesi tasarrufu engellemeye örnek verilebilir. Hanefilere göre bu durumda tazminatın gerekmesi için fiilin mala yönelik olması gerekir. Hanefiler mal ile sahibi arasına girmeye "mânen telef etme" ifadesini kullanırlar.<sup>221</sup> Delil "Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur"<sup>222</sup> hadisidir.

6. Aldatma (Tağrîr): ( غرر ) ga-re-re" kökünden gelir. Aldatmak, hile ve gafil avlamak demektir.<sup>223</sup> Bir terim olarak yanlış bilgi vererek veya aldatıcı fiil yaparak bir kimseyi zarar göreceği tasarrufta bulunmaya sevk etmektir.<sup>224</sup>

<sup>218</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, IV, 14; Yıldırım, Mustafa, *İslam Borçlar Hukukunda Vedâ*, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2005, s. 21.

<sup>219</sup> Hâciri, *el-Kavâid ve'd-davâbitü'l-fikhiyye*, s. 94.

<sup>220</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 188.

<sup>221</sup> Serahsî, a.g.e, XI, 74; el-Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâ'i*, VII, 165.

<sup>222</sup> İbn Mâce, *Ahkâm*, 17.

<sup>223</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, VI, 12.

<sup>224</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 534.

Aldatmanın tazmin sebebi oluşu "Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur"<sup>225</sup> hadisinden çıkarılmıştır.

Yukarıdaki altı madde dışında da bir malın niteliklerini değiştirme (tağyir) ve bir malı kusurlu hale getirme (ta'yîb) gibi tazminat sebepleri bulunabilir. Ancak bu sebepleri akit, itlaf ve vaz'u'l-yed, hatta yalnız akit ve itlaf kapsamı içinde toplamak mümkündür. Nitekim beşerî hukukta "haksız fiil" ve "sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmek" olmak üzere iki tazminat sebebi kabul edilmiştir. Başka bir deyimle pek çok olan tazminat sebepleri bu iki madde kapsamında toplanmıştır.<sup>226</sup>

Damân sebeplerinden şariin yükümlü tutması, zilyetlik ve zararlı fiil başlıkları bizim tezimizin sınırları dışında kalmaktadır. Biz tezimizde borçlar hukukunda kişilerin taahhüt ve risk altına girdikleri durumları konu edindik.

---

<sup>225</sup> İbn Mâce, Ahkâm, 17.

<sup>226</sup> Bk. Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, I, 58.

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **DAMÂNIN UYGULAMA ALANI VE SINIRLARI**

## I. DAMÂN KARŞILIĞI ALINAN ÜCRET

Ücret, sözlükte kira, menfaat bedeli, bir akardan yararlanma yahut bir hizmet karşılığında verilecek olan bedel anlamına gelir.<sup>227</sup>

Ücret, kiralanan eşyanın kullanımı mukabilinde ödenen karşılıktır. Alışverişte “semen” olabilen her şey kira akdinde ücret olabildiği gibi menfaatler de kira ücreti olarak kararlaştırılabilir.<sup>228</sup> Bey’de semen olamayan bazı şeyler icare de ücret olabilir. Mesela menfaat bey’de semen olamaz. Çünkü menfaatin semen olarak konuşulduğu bütün bey’ler kendiliğinden icare olarak mün’akid olur.<sup>229</sup>

Akid yapılırken üzerinde anlaşmaya varılan ücrete “ecr-i müsemmâ”, daha sonra piyasadaki rayiç değerine göre genellikle de bilirkişi yoluyla belirlenen ücrete “ecr-i misl” denilir.<sup>230</sup>

Bir malı satarken alış fiyatı veya maliyet üzerine eklenen fazlalığa kâr (rihb) denir. Arapça bir sözlük olan ribhın mastar anlamı kazanmak, kâr elde etmek demektir. Kur’an-ı Kerim’de şöyle buyurulmuştur:

أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالََةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ.

“İşte onlar, hidayete karşılık dalâleti satın alanlardır. Ancak onların bu ticareti kazançlı olmamış ve kendileri de doğru yola girememişlerdir.”<sup>231</sup>

Alış-verişler genellikle ihtiyacı karşılamak veya kâr sağlamak amacıyla yapılır. Mecellenin 1347. maddesine<sup>232</sup> göre ribha (kâr/ücret) istihkak üç yol ile olur.

Bunlar ise mal, amel ve damân-ı amel’dir.

<sup>227</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 591.

<sup>228</sup> Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 382.

<sup>229</sup> Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri 1*, s. 163.

<sup>230</sup> Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 382.

<sup>231</sup> Bakara, 2/16.

Ticarette elde edilen kâr, belli bir emeğin, çalışmanın ve teşebbüsün, sorumluluğun karşılığı iken faiz karşılıksız fazlalıktır. Ticarette satan ile alanın menfaatleri arasında denge var iken, faizli işlemlerde karşılıklı menfaatten ziyade bir tarafın sıkışmasından kaynaklanan tek taraflı istifade ve sömürü vardır. Ticaret üretken ve verimli, faiz ise âtil bir yoldur. Bu yüzden de Kur'an'da Allah'ın ticareti helal, faizi ise haram kıldığı<sup>233</sup> (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) belirtilmiştir.

Bu izahlardan sonra kâr elde etme sebeplerinden ilki olan mal karşılığında kâra hak kazanmayı kısaca ele alalım. Birden fazla kişinin ortaya sermaye koyup bunu işleterek kâr kazanmak ve kârı belli şartlarla aralarında paylaşmak üzere yaptıkları şirket akdine şirket-i emval (mal ortaklığı) denir. Bu şirkette kâr kazanma sebebi sermaye (mal) dir. Her ortak sermayesi oranında kâr alır.<sup>234</sup> Ticaret hayatında kârın meşru oluşu sermayenin riske sokulması yüzündendir. Nitekim ortaklardan birisi zarar riskini kabul etmeden sermaye koysa bu şart geçersizdir.

Emek karşılığı kârdan pay alma ise şirket-i a'mal'de karşımıza çıkar.

Tezimizin ana omurgasını oluşturan damân karşılığı ücret alma konusuna gelecek olursak buna tazmin yükümlülüğü karşılığında kâr alma da diyebiliriz. Daha öncede zikrettiğimiz üzere şirket-i a'mal de ortaklardan birisi sadece iş bulmakla uğraşsa diğeri iş yapsa caiz olur. Bu takdirde amel ve taahhüt karışığı bir şirket-i a'mal meydana gelir. Bu şekildeki bir şirkette ortaklardan biri amel(emek), diğeri

<sup>232</sup> “Kâr elde etme sebepleri mal(sermaye), amel(emek) ve taahhüt ile damândır”.

<sup>233</sup> Bakara, 2/275.

<sup>234</sup> Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri 1*, s. 198-199.

taahhüt ve damân sebebiyle kâr kazanır. Resullah (S.A.V) ‘el-Harâc bi’d-damân’ buyurmuştur.<sup>235</sup>

Ayrıca kredi ortaklığında (vücut şirketinde), ortaklar hiç sermayesiz vadeli mal alıp pazarlamasını yaparlar ve elde edecekleri kârı, tazmini üstlendikleri oranda paylaşırlar. Burada ortakların emeği yanında, meydana gelebilecek zararı üstlenmeleri kârı meşru hale getirmektedir.<sup>236</sup>

## II. TİCARİ ALACAK( KREDİ) SİGORTASI

İnsanlar her çağda mal ve can güvenliklerini tehdit edebilen birtakım tehlikelerle karşı karşıya olduklarından, bunlardan gelebilecek zararlara karşı tedbirler almaya çalışmışlardır. Bu tedbirlerden biri de benzer tehlikelere muhatap fertlerden oluşan karşılıklı yardımlaşma ve risk paylaşımıdır. Bu yöntemler değişik türleriyle birçok toplumda görülmüş, sigorta sisteminin doğuşuyla da geniş bir yaygınlık kazanmıştır.

“İslâm”ın en erken döneminde “âkile”<sup>237</sup> gibi hukuki ve idârî düzenlemelere konu olmuş bir sistem içerisinde risk paylaşımına gidilmiş, “velâ”<sup>238</sup> ile de ilk planda âkilenin dışındaki kişilerin bu sistemine katılmasını sağlayan medenî bir sözleşme-bazı fıkıh doktrinlerde- kabul edilmiştir. Ancak hukuk doktrinlerince bu tür müesseseler sonraki çağlarda değişen sosyal, kültürel ve ekonomik şartlara göre gelişimini sürdüremediği için işlevini gerektiği gibi gösterememiştir. Risk paylaşımının daha sınırlı planda ve yardımlaşma esasıyla çözülmeye çalışılmış

<sup>235</sup> Ebû Dâvud, Buyu', 71; İbn Mâce, Ticârât, 43; Tirmîzî, Buyu', 53; Nesâî, Buyu', 15.

<sup>236</sup> Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 264.

<sup>237</sup> Kasıtsız olarak işlenen cinayet diyetini veya gurre denilen mali tazminatı yüklenip ödeyen asabe, aşiret, divan üyeleri, meslek kuruluşlar vb.dir. Bk. Erdoğan, Mehmet, a.g.e., s. 20.

<sup>238</sup> Vela kurumu veya muvalat akdi, mirasçısı bulunmayan bir kimsenin başka birisine “sen benim mevlamsın, bir cinayet işlersem diyet ve tazminatımı ödersin, ölürsem bana varis olursun” demesi ve kendisine teklif yapılan şahsın da bunu kabul etmesinden ibaret bir akittir. Bk. Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, (Doktora tezi), Konya 2014, s. 219.

olmasının da etkisiyle İslâm toplumlarında Batıdaki tarzda sigortaya benzer kurumlar görülmemiş ve XIX. yüzyılın sonlarına kadar İslâm toplumları için “yepyeni” bir problem olan sigortanın hükmü de fıkıhçılar tarafından açıkça tartışılmamıştır.”<sup>239</sup>

#### **a. Sigorta Kavramı ve Damân İle İlintisi**

Sigorta sözlükte “bir şeyin veya bir kimsenin herhangi bir yönden ileride karşılaşılabileceği zararı gidermek için, önceden ödenen prim karşılığında bu işle uğraşan kuruluşla yapılan akit” anlamına gelmektedir.<sup>240</sup>

Sigorta akdi, emniyet akdi demektir.<sup>241</sup>

İstilahi olarak sigortacı denen bir kişinin sigortalı denen bir grup başka kişiyle imzaladığı ve bunların prim ya da kesenek denen bir tutarı düzenli aralıklarla kendisine ödemeleri karşılığında onların ileride karşılaşılabilecekleri hasar denen bazı risklerden ötürü uğrayacakları zararları aralarında karşılamayı üstlendiğini bildiren sözleşmedir.<sup>242</sup>

#### **b. Sigorta Akdinin Unsurları ve Damân İle İlintisi**

Sigorta sözleşmesinin şu unsurları içermesi gerekir: Sigortalı, sigortacı, sigorta menfaati, tehlike (riziko), prim ve tazminat. Bu unsurlardan damân ile ilintili olan tazminatı kısaca ele alalım.

Tazminat: Sigortalanan tehlikenin meydana gelmesi veya sigorta süresinin bitmesi halinde sigortacının sigortalıya vermeyi taahhüt ettiği meblağdır. Mal sigortalarında sigorta sözleşmesi bir tazminat sözleşmesi olduğundan tehlikenin vukuu halinde sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı belirli ve sabit değildir. Bu tür

<sup>239</sup> Hacak, Hasan, “İslam Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirilmesi”, s. 21-22.

<sup>240</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 508.

<sup>241</sup> Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 81.

<sup>242</sup> *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, İstanbul 1986, XX, 10508.

sigortalarda ilke -sigorta poliçesinde belirlenen sigorta bedelini aşmamak kaydıyla sigortalının mal varlığının eski haline getirilmesidir.<sup>243</sup>

Bu izahlardan sonra damânın uygulanabileceği konulardan ticari (alacak) sigortasını ele alalım. Alacakların sigorta şirketi tarafından belli prim karşılığında garanti edilmesi ve alacağın tahsil edilememesi durumunda şirketin zararı tazmin etmesi şeklindeki uygulama, damân çerçevesinde değerlendirilebilir. Çağdaş İslam hukukçularından Muhammed ez-Zuhaylî ile Ali Muhyiddin el-Karadâğî konuyu kefâlet kapsamında değerlendirmişlerdir.

Fıkıh kaynaklarımızda zikredilen kefâlet ile alacakların sigortasında uygulanan kefâlet türleri arasında bariz bir fark bulunmaktadır. Kaynaklarımızda geçen kefâlet, daha çok iki kişi arasında gerçekleşen bir kefâlet iken, sigorta firmasının uyguladığı kefâlet ise büyük bir organizasyon tarafından kurulmuş ve birçok kişiye iş imkânı sağlamış bir sistemdir. Sigorta firması elbette bu organizasyonu meccanen karşılamayacaktır. Bu sistemi kurmak ve yürütmek için belli bir sermaye ve birikim gerekmektedir. Sistemin kurulma aşamasında kurucu unsur kendi sermayesini koyabilir. Ancak sistemin devamı için bu sermaye yetmeyecek ve kurucu unsur ya bu işi sonlandıracak veya bu sisteme katılanlardan belli bir ücret alarak bunun devam etmesini sağlayacaktır.

Ayrıca, sigorta firması müşterilerine sadece kefil olmamakta, ticari faaliyetlerinde onlara rehberlik yapmakta ve yön vermektedir. Nitekim firmaların hizmet listesinde bunlar zikredilmektedir.

---

<sup>243</sup> Çeker, Mustafa, *Sigorta Hukuku*, Adana 2004, s. 31-66; Bk. Dalgın, "Sigorta", *DİA*, XXXVII, 161-162.

İslam hukukçularının caiz görmediği ücret, kefilin borçludan alacağı ücrettir. Ancak alacak sigortasına bakıldığında, sigorta firması borçludan değil alacaklıdan ücret talep etmektedir. Dolayısıyla burada alınan ücretin, fıkıh kitaplarında bahsi geçen ücret olduğunu söyleyerek bunun caiz olmadığını söylemek mümkün değildir.

Alacaklar, dini bakımdan mal hükmünde olup zekat gibi mükellefiyetlere tabi olduğundan alacaklar üzerine yapılacak sigorta, mal üzerine yapılan sigorta gibidir. Yurt içi veya yurt dışına yönelik mal veya hizmet satışından kaynaklanan alacakları, ödenmeme riskine karşı güvence altına almak amacıyla yapılan sigorta, ülkemizde genel olarak ticari sigortalar kapsamındadır. Bu sigorta türünde, borçlunun ödemeyi geciktirmesi veya yapmaması durumunda sigortacı şirketin alacaklı adına devreye girerek kanıtlanmış tahsilat teknikleri ile alacağı tahsil etmeye çalışması da söz konusu olabilmekte, belli sürede tahsil edilemeyen alacaklardan dolayı sigortalı olan alacaklıya tazminat ödenmektedir. "Ticari alacak sigortası" veya "kredi sigortası" gibi adlarla anılan bu sigorta çeşidi Din İşleri Yüksek Kurulu, sigorta hakkındaki 04.07.2005 tarihli kararında, konusu din bakımından yasaklanmamış olmak kaydıyla;

"a) Genel olarak, sosyal sigortalar, karşılıklı sigortalar ve ticari sigortaların caiz olduğuna,

b) Kar payı esasına dayalı çalışan birikimli hayat sigortası ile bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sisteminin ise, yatırılan primlerin, dinen helal olan alanlarda değerlendirilmesi durumunda caiz olduğuna

c) Konusu din tarafından yasaklanmış olan sigortanın caiz olmadığına" karar vererek ticari sigortaları caiz görmüştür.

Buna göre, karşılıklı sigortalar kapsamında alacak sigortası yaptırmak caiz olduğu gibi ticari sigorta kapsamında alacak sigortası yaptırmak da caizdir. Ancak faiz alacakları gibi dinen gayri meşru alacaklar üzerine sigorta yaptırılamaz. Öte yandan borçlunun ödemeyi geciktirmesi veya ödemekten aciz olması gibi durumlarda, alacağı tahsil sürecinde borçludan talepte bulunulurken hukuki, ahlaki ve insani sınırların aşılmaması gerekir.

Sonuç itibariyle, “ticari alacak sigortası” veya “kredi sigortası” olarak bilinen sigorta türü damân kapsamında değerlendirilmekte olup İslam hukukuna göre caiz olabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

### III. DAMÂN KARŞILIĞI KARZ AKDİ

Sözlükte “bir şeyi kesmek, makaslamak” demek olan karz, günlük kullanımda kısaca, “geri ödenmek üzere birine verilen mal” anlamına gelir. Kur’an’da karz kelimesi daha ziyade, Allah’ın rızasını gözeterek ihtiyaç sahiplerine ödünç verme anlamında ve bunun yanında sırf Allah rızasını gözeterek yoksullara karşılıksız yapılan yardım anlamında kullanılmıştır.<sup>244</sup> Bu bağlamda Hadid suresi 11. ayeti şu şekildedir:

مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ

“Kim Allah’a güzel bir borç verecek ki, Allah da onu kendisine kat kat ödesin. Ona çok değerli bir mükâfat da vardır.”

<sup>244</sup> Mâide 5/12; Hadîd 57/11, 18; Müzzemmil 73/20.

Kur'ân-ı Kerîm'de karz ve türevleri on üç yerde geçmekte olup <sup>245</sup> Kehf sûresinde “bir yeri çaprazından dolaşıp gitmek”, diğerlerinde ise “borç vermek” anlamında kullanılmış, mecazi bir anlatımla Allah'a güzel bir şekilde borç (karz-ı hasen) veren kimseye bunun kat kat fazlasının ödeneceğinden söz edilmiştir. Bu ayetlerde Allah'ın rızasını kazanmak için yapılan malî harcamanın Allah'a verilen bir borç olarak anılması verilenin Allah katında zayi olmayacağına, karşılığının sevap ve mükâfat olarak geri döneceğine dair ilâhî bir vaad şeklinde yorumlanır.<sup>246</sup>

Ayet-i kerimede geçen maruf kavramını iyi özümsemek gerekir. Bu ödünçün “maruf/güzel” diye nitelenmesi harcamanın riya ve dünyevî beklenti karıştırmadan sırf Allah rızâsı için ve helâl maldan yapılmasının gerektiğine ve böyle bir davranışın güzelliğine işaret eder. Karz, Allah'a yaklaşma (kurbet) anlamı içeren bir işlem olup karz alan açısından dünyevî, karz veren açısından uhrevî faydalar içerir. Hadislerde de borç verme, ödünç verme söz konusu edildiğinde bunun hukukî mahiyetinden çok ahlâkî yönü üzerinde durulmuştur.

Hz. Peygamber, zor durumda bulunan birine borç veren Müslümana, geri kendisine ödeninceye kadar her gün sevap yazılacağı, vade dolduğu halde borçluyu sıkıştırmadığı takdirde alacaklı olduğu para kadar veya iki katı kadar sevap yazılacağı yönünde hadisler de bulunmaktadır.<sup>247</sup>

Fıkıhta teknik olarak, “Birin diğer bir kimseye intifâ ile tüketilen belli bir misli malın, misli kendine iade edilmek üzere vermesidir” şeklinde tanımlanan karz, kısaca birine, bedeli iade edilmek şartıyla verilen şey demektir. Esasen bir teberrudan,

<sup>245</sup> Bk. Bakara 2/245; Mâide 5/12; Kehf 18/17; Hadîd 57/11, 18; Tegabün 64/17; Müzzemmil 73/20.

<sup>246</sup> Apaydın, “Karz”, *DİA*, XXIV, 520.

<sup>247</sup> İbn Mâce, “Sadakat”, 14.

maddî karşılığın gözetilmediği bir iyilikten ibaret olan karz akdinde, karz olarak verilen şeyin para (nakit) veya mislî mal olması gerekir.<sup>248</sup>

Karz akdi, bir kimsenin değerine, misli olup ancak tüketilmek suretiyle faydalanılan bir malı, sonunda kendisine geri ödenmek üzere temlik etmektir. Misli olmayan ve tüketilmek suretiyle faydalanılmayan mal, istifade edilip aynen geri verilmek üzere birisine verildiğinde âriyet akdi gerçekleşmiş olur. Karz akdinde alınan mal misli maldır, alan tarafından yenilmek, içilmek, satılmak gibi bir yolla tüketilmektedir ve geri verilirken alınan mal değil-çünkü tüketilmiştir- onun misli verilmektedir.<sup>249</sup>

Mukriz için menfaati celbeden her şey haramdır. Herhangi bir menfaat getiren karz işleminin faiz olacağı yönündeki rivayetler, karzın teberru kabilinden ve hasbeten-lillâh yapılan bir işlem oluşuyla da yakından ilgilidir. Bu rivayetler sebebiyle karz işlemi yapılırken, karz verene menfaat sağlayacak bir şartın koşulmaması gerektiği özenle belirtilmektedir.<sup>250</sup>

Karzın ribânın cereyan ettiği (ribevî) bir şeyi kendi cinsi mukabilinde kabz olmaksızın satmak anlamında olduğunu ileri sürerek karzın kıyasa aykırı olduğunu iddia etmişlerse de çoğunlukla karzın, tıpkı âriyet gibi, “menfaatin teberru edilmesi” kabilinden olduğu belirtilmiştir. Bunun içindir ki Hz. Peygamber, onu gönül hoşnutluğu ile yapılan bir bağış ve iyilik anlamında “menâha” olarak isimlendirmiştir. Mislin iadesi aynın iadesi sayıldığı için misil üzerine ziyade şart koşmak yasaklanmıştır.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye*, VI, 94.

<sup>249</sup> Karaman, Hayreddin, *İş ve Ticaret İlmihali*, s. 200-201.

<sup>250</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye*, VI, 104.

<sup>251</sup> DİB, *İlmihâl*, II,393;Tirmizî, “Bir”, 37.

Tezimizde damânın sınırlarını çizmeye çalıştığımızı daha önce izah etmiştik. Şayet damân karşılığı karz akdi yapılırsa bunun hükmü ne olur sorusuna bu izahlardan sonra şöyle denilebilir. Büyük ihtimalle bu faiz olur.<sup>252</sup> Bu durum aklımıza safkateyni getirmektedir. Safka, akid demektir. Safkateyn ise bir akid içerisinde bir akid daha yapmak demektir. Ca'li şartları göz önüne alacak olursak mezheplerin hepsinin bir akid içerisinde iki akdi caiz görmediklerini müşahede ederiz.<sup>253</sup> Damân karşılığı karz akdi de bu esastan dolayı caiz olmamaktadır. Hanefî mezhebine göre taraflara özel faydası dokunan şart akdi ifsat eder. Faizde hem karz akdi hem de hibe akdi mevcuttur. Fazlalığın karşılığı yoktur. Faiz bundan dolayı fasittir.

Damân karşılığı alınabilecek ücretin hangi durumlarda caiz olabileceği ile ilgili örneklerle göz atalım. İslam hukukunda külli kaide haline gelen “el-Harâc bi'd-damân” (bir şeyden faydalanma damânı mukabelesindedir) hadisinin “el-gunm bi'l-gurm” (kulfet nimete, nimet kulfete göredir) kaidesinin muradifi olduğunu yukarıda izah etmiştik. Bundan yola çıkarak şu durumları örnek gösterebiliriz.

Hiz. Ömer, vakfını yönetenlerin ondan belirli oranda yararlanabileceklerini belirtmiştir. Vakıfla ilgili külfeti yüklenmeleri bu hakkı doğurmaktadır.<sup>254</sup>

Kur'an-ı Kerim'de yetimlerle ilgili şöyle buyurulmaktadır:

وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا.

<sup>252</sup> Çeker, Orhan, Şifahi Görüşme, Konya N.E.Ü. İlahiyat Fak. , 01.06.2015.

<sup>253</sup> Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 117.

<sup>254</sup> Buhârî, *Şurut*, 19; Tirmizi, *Ahkâm*, 36; İbn Mace, *Sadakat*, 4.

*'Yetimleri deneyin. Evlenme çağına (buluğa) erdiklerinde, eğer reşid olduklarını görürseniz, mallarını kendilerine verin. Büyüyecekler (ve mallarını geri alacaklar) diye israf ederek ve aceleye getirerek mallarını yemeyin. (Velilerden) kim zengin ise (yetim malından yemeğe) tenezzül etmesin. Kim de fakir ise, aklın ve dinin gereklerine uygun bir biçimde (hizmetinin karşılığı kadar) yesin. Mallarını kendilerine geri verdiğiniz zaman da yanlarında şahit bulundurun. Hesap görücü olarak Allah yeter.'*<sup>255</sup>

Ayette yetimlere velayet edenlerin, yüklendikleri külfete karşılık iyilik ve güzellikle onların mallarından istifade etme hakları doğmaktadır.

Damân karşılığı alınan ücretin caiz olduğunu yukarıda ifade etmeye çalıştık. Damân karşılığı alınacak ücrete örnekler çoğaltılabilir. Örneğin aynı işi yapan iki memurdan biri yönetici olarak ek bir sorumluluk yüklenirse onun alacağı fazlalık caizdir. Örneğin iki öğreticiden birine yöneticilik görevi verildiğinde yönetici diğer öğreticiye göre 3 saat daha fazla ek ders ücreti alır.<sup>256</sup> Bu fazlalık üstlendiği risk ve bir problem olduğunda muhatap olmasının karşılığındadır. Yani damân mukabelesinde ek ücret alması caiz olmaktadır.

### **III. TAŞERON FİRMALARA DOĞRUDAN İŞ YAPTIRMADAN KAZANÇ ELDE EDİLMESİ**

Sözlükte, taşeron tali iş veren, alt müteahhit; işin bir kısmını taahhüt ederek başkasına ait bir iş yerinde veya eklentilerinde kendi işçilerini çalıştıran kimseye verilen addır.<sup>257</sup>

<sup>255</sup> Nisa 4/6.

<sup>256</sup> Bk. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'an Eğitim ve Öğretimine Yönelik Kurslar ile Öğrenci Yurt ve Pansiyonları Yönergesi Ders ve Ek Ders Görevi ile İlgili Hükümler, md. 6.

<sup>257</sup> Erdoğan, Mehmet, a.g.e. , s. 548.

Bu kelime Fransızcadan dilimize geçmiştir. Bir yapı işinin belli bir bölümünü yapmayı üstüne alan, ikinci derecede müteahhit olarak da tanımlanır.<sup>258</sup>

Bir nevi işveren konumundaki aracıdır.

İş Kanununun birinci maddesinin son fıkrasına göre, “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o iş yerinde ve eklentilerinde çalıştıran, diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı, o iş yeriyle ilgili kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlülüklerden asıl işverenle birlikte sorumludur.”<sup>259</sup>

Uygulamada özellikle belediyelerin hizmetinde bu yola gidilmektedir. İnşaat yapımı, nakliye, işletme işlerinde yoğun olarak kullanılan bu sistemde; inşaatçı, nakliyecisi, işletmeci gibi araçlar, anılan maddedeki düzenlemeye göre işveren vekili değil ayrı işveren olup, asıl işverene istisna akdi, nakliye mukavelesi ve kira akdiyle bağlıdırlar. İşte bu durumlarda kanun koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almış ve özellikle az sermayeli müteahhitlerin ücret ödeyemeyecek duruma düşmelerinde, bunların yanında çalışan işçilerin ücret ve diğer haklarını alamamaları tehlikesini önlemek için bu işin yapılmasında yararı bulunan asıl işvereni de sorumlu tutarak işçileri korumuştur.<sup>260</sup>

Böylece, aracı (taşeron) yanında çalışma ilişkisi yönünden herhangi bir zarara uğrayan işçi, aracı veya işyeri sahibinden dilediğine başvurup zararının giderilmesini isteyebilir.

Damân karşılığı alınan ücret meşrudur. Çünkü sorumluluk geliri meşru kılan bir sebeptir. Fıkıh kitaplarımız üç şeyin karşılığı caizdir diye geçer:

<sup>258</sup> Doğan, Mehmet, *Büyük Sözlük*, s. 1063.

<sup>259</sup> İş Kanunu, md. 1.

<sup>260</sup> Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 1980, s. 54, 55.

1-Masraf yapılmıştır, kâr getirmiştir.

2-Amel edilmiştir, ücret alınmıştır.

3-Sorumluluk üstlenmiştir, karşılığında gelir kazanmıştır.<sup>261</sup>

Bu üç durumda da riba söz konusu olmayıp kazançlar meşrudur.

Taşeron firmalara iş yaptıran esas firmaların bahsettiğimiz bu bağlamdaki kazancını damân çerçevesinde ele alırsak bu esas firmaların kazancı caizdir. Örneğin;

Belediye bir yamaca 500 bin çam dikileceği kararını aldı. Belediye bu işi eline kazma kürek alarak yapacak değildir. Ağaç dikimi ile meşgul olan bir firmaya ihale verecektir. İhaleye giren firmalardan kazanana bu işi verir. 500 bin ağaç dikilmesi karşılığında 500 bin lira para esas firmaya ödenecektir. Esas firma daha sonra taşeron bir firma ile antlaşma yaparak 400 bin lira karşılığında ağaç dikim işini ona veriyor. Esas firmaya kalan 100 bin liralık fark caiz midir?

Evet, bu soruya Mecelle'nin 1346. maddesi olan “Damân-ı amel bir nevi ameldir” kaidesi ile cevap veririz.

İhaleyi alan esas firmanın eli sıcak sudan soğuk suya değmedi. Bi zatihi eline kazma kürek almadı. Ama kazanç elde etti. Bu bağlamdaki kazancı caizdir. Çünkü belediye orada ağaç dikilmediği görse, ya da ağaçlar kurusa belediye şikâyetlerini esas firmaya yöneltecektir. Kendisine muhatap olarak esas firmayı alacaktır. Bir şikâyet durumunda sorumluluk esas firmanındır. Esas firma damân karşılığı bu kazancı elde etmiştir. Bir şeyin sorumluluğunu yüklenmek (damân) onu yapmak demektir ve karşılığında aldığı ücret meşrudur.

<sup>261</sup> Ali Haydar, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, III, 381.

## V. DİPLOMA/SERTİFİKA KARŞILIĞI YAPILAN TİCARET (DAMÂN KARŞILIĞI DİPLOMAYI KİRALAMAK)

Temelde mal ve hizmetin ücret karşılığı kiralanması mahiyetindeki hukukî işlem türleri İslam hukukunda “icâre akdi” başlığı altında ele alınmıştır. İstilahta, menfaati satmaya icâre denir.<sup>262</sup>

“İslâm hukukunda icâre, klasik fıkıh literatüründe genelde bey’ akdinden sonra ikinci sırada ve önemde ele alınan, başta modern hukuktaki kira ve iş (hizmet) sözleşmeleri olmak üzere menfaat ve emeğin ücret karşılığında süreli olarak temlik ve tahsisini konu alan sözleşme türlerini kuşatan özel bir akdin adı olmuştur. İslâm hukukunda icâre akdi, hem gayrimenkul ve menkul eşyanın kullanımını konu alan kira akdini, hem de insanın çalışmasını konu alan iş akdini kapsamaktadır. İslam hukuk doktrininde işçi niteliğini tespitte ücretle iş görme unsuru kıstas alınmıştır. Bu sebeple gerek süre üzerinden istihdam edilen işçi, memur ve hizmetliler gerekse kendilerinden belli bir işi görmesi istenilen esnaf, sanatkâr, avukat, doktor gibi serbest meslek sahipleri icâre akdi çatısı altında ve aynı statüde ele alınmıştır.”<sup>263</sup>

Damânın uygulanabileceği konulara ilişkin diploma karşılığı ticaret yapanlar örnek gösterilebilir. Günümüzde pek çok kimse anlaştığı ve güvendiği bir şahıs ile ortaklık yaparak diplomasını ya da sertifikasını kiraya vermektedir. Bu suretle diploma sahibi olan kimse sorumluluğu yüklenen taraf olmaktadır. Dükkânı işleten ise diğer ortaktır. Diploma sahibinin adına açılan dükkân ile ilgili bir sorun çıktığı an yetkililere muhatap olan dükkânı işleten ortak değil, diploma sahibi olan ortaktır.

<sup>262</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 50.

<sup>263</sup> Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 379-388.

Diplomasını kiraya veren ortak risk yüklenme ve damân karşılığı ücret almaktadır. Bu ücrette sorumluluk karşılığında olduğu için caizdir, meşrudur.

Damân karşılığı diplomalarını kiraya veren ve bundan ücret kazanan zümrelerden biri de eczacılardır. Eczacıların ilaç hukukuna özgü eczacılık mesleğini yürütmeleri çerçevesinde kusura dayanan ve dayanmayan sorumluluk durumları bulunmaktadır. Eczacılar, ilaçların satışa sunulması ve kullanımı hazır hale getirilmesinde, eczacılık meslek kurallarına uygun davranmakla yükümlüdür. Bu yükümlerden biri ya da birkaçının ihlali, sonuçta eczacılık kusuru olarak değerlendirilir.

Türk Borçlar Kanunu, birinci bölümün ikinci ayırımında “Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri” başlığı altında, sorumluluk hukukunun genel ilkesi olan kusur sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”<sup>264</sup>

Kusursuz sorumluluk halleri, TBK md. 65’ten itibaren, “Kusursuz sorumluluk” başlığı altında kusursuz sorumluluğun dayandığı esaslara uygun olarak sırasıyla hakkaniyet sorumluluğu<sup>265</sup> özen sorumluluğu<sup>266</sup> ve tehlike sorumluluğu<sup>267</sup> olmak üzere üç grupta düzenlenmiştir.

Eczacının hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlar nedeniyle, meslekî ve/veya yönetsel sorumlulukları dışında, haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkabilir. Bu hukuksal sorumluluğun koşulları, haksız eylemin kusurlu olup olmamasına ve doğrudan eczacının şahsından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre değişiklik gösterir.

<sup>264</sup> Türk Borçlar Kanunu (TBK), md. 49 <http://www.mevzuat.gov.tr/> [Erişim tarihi 28.03.2016]

<sup>265</sup> TBK, md. 65.

<sup>266</sup> TBK, md. 66-70.

<sup>267</sup> TBK, md. 71.

Eczacıların başta ilaç hazırlayıp satma nedeniyle kendilerine yüklenebilecek bir eczacılık meslek kusuru içeren haksız eylemleri ortaya çıkabilecek hukuksal sorumlulukları kusura dayanan haksız fiil; çalıştırdıkları yardımcı kişilerin borcu ifa sırasında hastalara verdikleri zararlardan dolayı da kusura dayanmayan (kusursuz/objektif sebep) haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Her iki sorumluluk durumu için de mutlaka, hukuka aykırı kusurlu bir eylemin uygun nedensellik bağına göre hastaya zarar verilmiş olması gerekir.<sup>268</sup>

TBK 66. maddesi<sup>269</sup> adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu bağlamda, eczacı kalfasının reçetesiz ilaç satması, eczacılık hizmeti dışında bir amaç güderek hastaya uyuşturucu temin etmesi gibi ya da eczacı kalfasının reçetede yazılı olan dışında tamamen yanlış dozda bir ilacın hastaya teslim edilip, hasta tarafından bilinçsiz kullanımı sonucunda zarara sebebiyet verilmiş olması durumunda eczacının sorumluluğu vardır.

Eczacı diplomasını kiraya verdiğiğinde de bu sorumlulukları yüklenmiş ve taahhüt etmiş bulunmaktadır. Kiraya verdiği diploma karşılığında aldığı ücrette damân karşılığı olmaktadır. Damân-ı amelde bir nevi amel olduğundan aldığı ücret caiz olmaktadır.

<sup>268</sup> Demir, Mehmet, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2010, 96-128, s. 121-123.

<sup>269</sup> TBK, md. 66: “Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür”. <http://www.mevzuat.gov.tr/> [Erişim tarihi 28.03.2016]

## SONUÇ

Bu çalışmamızda, İslam hukukunda önemli bir yere sahip olan damân ve taahhüt kavramı ile sınırları hakkındaki temel tartışmalar ve değerlendirmeler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ulaştığımız sonuçları şu şekilde belirtebiliriz:

Hanefiler hariç fakihlerin çoğunluğu damânı, fikhın müstakil bir bölümünü teşkil eden kefâlet akdiyle eş anlamlı olarak kullanır. Bununla birlikte bu terimin, “kişinin malî sorumluluğu” şeklinde geniş bir anlam kazandığı görülür. Bundan dolayı damân, tazmin kavramından daha kapsamlıdır.

Damân sebepleri, konusunda İslâm hukukçularının birçok farklı tasnif ve adlandırmasına rastlanır. Bu farklı tasniflerin en başta gelen sebebi, damânın hukukçulara ve hukuk ekollerine göre farklı anlam ve kapsamlarının olmasıdır.

“Kişinin malî ödeme sorumluluğu” şeklindeki en geniş anlamıyla alındığında damân sebepleri akit, telef etme, el koyma, sorumluluk, tasarrufu engelleme (haylûle) ve aldatma olmak üzere sıralanabilir.

Damân sebeplerinden akit, tek taraflı irade ile kurulan işlemleri, hem de iki taraflı irade ile kurulan akdi ifade eder.

Damânın en yaygın ve bilinen kaynağı zararlı fiildir. Zararlı fiilden doğan ödeme sorumluluğu “damânü'l-ittlâf” diye de anılır.

İnsan hayatına ve vücut bütünlüğüne zarar vermekten doğan damân, klasik fıkıh kitaplarında ceza hukukunun diyet, erş, hükûmet-i adl gibi alt bölüm ve başlıkları altında, mala zarar vermekten doğan damân ise gasp, itlâf, damân gibi bağımsız başlıklar altında ele alınır.

Zilyedlikten kaynaklanan damân, malı elinde bulunduran kimsenin hukuken emin veya dâmin sayılması ile bağlantılıdır. Burada söz konusu edilen “emin” sıfatı,

teaddî ve taksir durumu hariç, kural olarak sorumlu olmamayı, “dâmin” sıfatı ise kural olarak sorumlu olmayı ifade eder.

Damân sebeplerinden sorumluluk risk yüklenmeyi ve taahhütü içerir.

Damân sebeplerinden fazlaca bilinmeyen haylûle yani tasarrufu engelleme ise Hanefilerce manen telef kapsamında değerlendirilmiştir.

Meydana gelen malî zararların mâkul bir şekilde izâlesi esastır. Bu da mislî mallarda zayi edilen malın mislinin, kıyemî mallarda ise kıymetinin ödenmesiyle gerçekleşir.

“el-Harâc bi'd-damân”, “Bir şeyin nef'i damânı mukabelesindedir”, “Mazarrat menfaat mukabelesindedir”, “Külfet nimete ve nimet külfete göredir” kaideleri günümüz hukukunda yer alan Risk/Hasar teorisinin temelini oluşturan esaslardır.

Tezimizde damân kavramını risk yüklenme ve sorumluluk altına girme anlamında kullandık. Sorumluluk fıkıh kitaplarında da geçtiği üzere geliri meşru kılan bir sebeptir.

Fıkıh kitaplarımız üç şeyin karşılığı caizdir diye geçer: -Masraf karşılığı kâr, amel karşılığı ücret, sorumluluk karşılığında gelir-. Bu üç durumda da riba söz konusu olmayıp kazançlar meşrudur. Damân ile ilgili nasslar ve külli kaideleri incelerken ön plana çıkan delilin şu kaide olduğunu tesbit ettik. “Damân-ı amel bir nevi ameldir.” Bu kaide bize sorumluluk ve risk yüklenme karşılığında alınan ücretin caiz olduğu, faiz kapsamında olmadığı hükmüne ulaştırdı.

Damân karşılığı karz akdi ise faiz kapsamına girmektedir. Çünkü burada bir akid içerisinde iki akid yapılmaktadır ve akid fasit olmaktadır.

Damânın uygulanabileceği konulara örnek olarak tezimizde ticari alacak (kredi) sigortasını, taşeron firmalara iş yaptıran asıl/esas firmaları, diploma/sertifika karşılığı ticaret yapanları ele aldık. Bu örnekler çoğaltılabilmekle beraber biz yüksek lisans tezi için bu kadarı ile yetindik. Bu örnekleri üstlendikleri risk ve sorumluluklar çerçevesinde damân konusu bağlamında değerlendirdik. Sonuç olarak, damân karşılığı alınan ücret ya da fazlalığın meşru ve caiz olduğu hükmüne ulaştık.

## TEKLİFLER

Çalışmamızın kapsamı içerisine dâhil edemediğimiz bazı konuları bundan sonraki çalışmalar için şöyle önerebiliriz:

-Damân sebeplerinden şâriin yükümlü tutması (ilzâm) ve ziyedlik konularında yeteri çalışma yapılmadığından yüksek lisans çalışmalarına konu edinilmesi,

-Damân sebeplerinden zararlı fiilin ceza hukuku kapsamında çalışılması,

-Risk/hasar teorisinin ve beklenmeyen/umulmayan hal nazariyesinin damân çerçevesinde batı hukuku ile karşılaştırmalı olarak çalışılması.

## BİBLİYOGRAFYA

### Kuran-ı Kerim

**Ahmed**, Süleyman Muhammed, *Damânu'l-Mütlefât fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Kahire 1985.

**Akın**, Levent, *Hukukun Temel Kavramları*, A.Ü.A.F. yay, Eskişehir 2014.

**Aktan**, Hamza, “Damân”, TDV, İslam Ansiklopedisi (*DİA*), VIII, 450-453.

**Apaydın**, Yunus, “Karz”, *DİA*, XXIV, 520.

\_\_\_\_\_, “Kefâlet”, *DİA*, XXV, 170.

**Ali Hafif**, (1891-1978), *ed-Damân fi'l-Fıkhı'l-İslami*, Beyrut, 1971.

**Ali Haydar Efendi** (1837-1903), *Dureru'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (Şerhu Kavaidi'l-Külliyeh), İstanbul h.1330.

**Aybakan**, Bilal, “Zarar”, *DİA*, XXXIV, 134.

**Bağdadi**, Ebu Muhammed b. Ganim, *Mecma'u'd-damânât fi mezhebi'l-İmâmi'l-A'zâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân*, Beyrut 1987.

**Bardakoğlu**, Ali, “Garâmet”, *DİA*, XIII/ 359-361.

**Bilmen**, Ömer Nasuhi (1971), *Hukûki İslâmiyye ve Istulâhâtı Fıkhıyye Kamusu*, Bilmen yay, İstanbul, ts.

**Buhârî**, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (v.256/869), *el-Câmi'u's-sahîh*, I-VII, Daru İbn Kesîr, Beyrut, 1414/1993.

### Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi.

**Cessâs**, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (v.370/981), *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, Beyrut, 1412/1992.

**Çeker, Orhan**, *Fıkıh Dersleri*, Ensar Yayınları, Konya 2013.

\_\_\_\_\_, *İslam Hukukunda Akidler*, Konya 1999.

\_\_\_\_\_, Şifahi Görüşme, Konya N.E.Ü. İlahiyat Fak. , 01.06.2015.

**Çeker, Mustafa**, *Sigorta Hukuku*, Adana 2004.

**Çelik, Nuri**, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 1980.

**Dağcı, Şamil**, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Füller*, Ankara 1996.

**Dalgın, Nihat**, “Sigorta”, *DİA*, XXXVII, 159.

**Demir, Fahri**, “Sigorta (‘Âkile Müessesesi ve Süftece Muamelesi Işığında Bir Tedkik’”, *AÜİFD Cilt XLIII (2002) sy. 2*, s. 169-200.

**Demir, Mehmet**, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, *TBB Dergisi* 2010, 96-128, s. 121-123.

**Devellioğlu, Ferit**, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük*, 2012

**DİB**, *İlmihal*, Ankara 2006, I-II.

**Doğan, Mehmet**, *Büyük Türkçe Sözlük*, Beyan yay. 1989, s. 512.

**Döndüren, Hamdi**, *İslâm Hukukuna Göre Alım Satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir 1984.

**Döndüren, Hamdi**, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkam Yayınları, İstanbul 2012.

**Ebû Davud**, Süleyman b. Eş'as es-Sicistâni (v.275/888), *es-Sünen*, I-III, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1996.

**Erdoğan**, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Yayınları, İstanbul 2013.

**Esen**, Hüseyin, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, Yeni Akademi yay, İstanbul 2006.

**Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta yay, 12. Baskı, ts.

**Ebu Hilâl** el-Askeri (v.400/1009), *el-Furûk fi'l-luğa*, ter. Veysel Akdoğan, *Arap Dilinde ve Kuran'da Farklar Sözlüğü*, İşaret yay, İstanbul 2009.

**Hacak**, Hasan, ‘‘İslam Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi’’, MÜİFD, sy. 30 (2006/1), s. 21-50.

**Hamed** b. Muhammed el-Cabir el-Hâciri, *el-Kavâid ve'd-davâbitü'l-fıkhiyye fi damâni'l-mâlî*, Daru Künuzi İşbilya, Riyad 1429/2008.

**Hamevî**, Ahmed b. Muhammed el-Hanefî (v.1098/1687), *Gamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu Kitâbi'l Eşbâh ve'n-Nazâir*, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1985.

**İbn Hazm**, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (v.456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Mısır, h. 1350, I-XI.

**İbnü'l- Hümâm**, Kemalüddîn Muhammed b. Abdulvâhid (v.861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, , Beyrut, ts.

**İbn Kayyim**, el-Cevziyye Semsuddin Ebî Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr (v.571/1350), *İ'lâmu'l-Muvakkûn an- Rabbi'l-Alemîn*, I-IV, Dâru'l-Cîl, Beyrut 1973.

**İbn Kudâme**, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed (v.620/1223), *el-Muğnî*, I-XV, Dâru Alime'l-Kütüb, Riyad 1417/1997

**İbn Mâce**, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni (v.273/886), *es-Sünen*, Mektebü'l-Mearif, Riyad, 2008.

**İbn Neccâr**, Ebu Ammâr Yasîr b. Ahmed b. Bedr, *el-Câmi'u li-ahkâmi'l-kefâle ve'd-damânât ala'l mezâhibi'l-erbea*, İskenderiye 1429/2008.

**İbn Rüşd el-Hafîd**, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (v.595/1198), *Bidayetü'l-Müctehit ve Nehayetü'l-Muktesid*, Beytü'l-Efkari'l-Devliyye, Ürdün 2007.

**Juynboll**, "Zamân", *MEB İslam Ansiklopedisi*, I-XIII, MEB yay, Eskişehir 1997, XIII, 462.

**Kahraman**, Abdullah, 'İslam Hukukunda Şahsa (Nefse) Kefâlet Müessesesi Ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi', *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, Sivas 1998, s.301-328.

**Kahraman**, Abdullah, *İslam Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, MÜİFV yay, İstanbul 2008.

**Kahveci**, Nuri, 'İslam Borçlar Hukukunda Tazminat', (Doktora tezi) Atatürk Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1997.

**Karaaslan**, Muhammed, *İslam Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk*, Basılmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009.

**Karahasan**, Mustafa Reşit, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1981.

**Karaman**, Fikret ve diğerleri, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (1.Baskı), Diyanet İşleri Başkanlığı [DİB] yay. , Ankara 2006.

**Karaman**, Hayrettin, *İslam'a Göre Banka ve Sigorta*, İstanbul 1992.

\_\_\_\_\_, *İş ve Ticaret İlmihali*, İz yay, İstanbul 2012.

\_\_\_\_\_, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1987.

**Kâsânî**, Alauddin Ebû Bekir b. Mesud, (v.587/1191), *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi 'ş-şerâi'*, I-VII, Matbaatu'l-cemaliyye, Mısır 1910.

**Koçak**, Muhsin, "Gurre", *DİA*, XIV, 211-212.

**Köse**, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, Hikmetevi yay, İstanbul 2014.

**Kurtûbî**, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (v.671/1273), *el-Câmi'li Ahkâmi'l-Kur'an*, Mısır 1427/2006.

**Mergînânî**, Ebu'l-Hasen Burhanüddin Ali b. Ebi Bekr el-Fergânî el-Mergînânî, (v.593/1197) *el-Hidâye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedî*, Daru's-selam, Kahire 2006/1427.

**Mevsîlî**, Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud el-Mevsîlî (v.683/1284), *el-İhtiyar li ta'lîli'l-Muhtar*, Çağrı yay. , İstanbul 1980.

**Müslim** b. Haccac, Ebû'l-Hüseyn el-Kuşeyrî (v.261/874), *el-Câmiu's-Sahîh*, I-II, Daru'l-Tayyibe, 2006.

**Nesâî**, Ebû Abdirrahman Ahmed b. Şuayb (v.303/915), *es-Sünen*, Mektebü'l-Mearif, Riyad, 2008.

**Razî**, Fahrüddin Muhammed b. Ömer b. Huseyn et-Temîmî (v.606/1210), *Mefâtihu'l-Gayb*, I-XXXII, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1992.

**Serahsi**, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed es-Serahsî (v.483/1090), *el-Mebcut*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1409/1989.

**Süleyman** Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mütlefat fi'l-Fıkhi'l-İslami*, Kahire 1985.

**Şatıbî**, Ebu İshâk İbrahim b. Mûsâ (v.790/1388), *el-Muvâfakât*, Kahire 2003.

**Şevkânî**, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali (v.1250/1834), *Neylü'l-Evtar Şerhu Münteka'l-Ahbâr min Ehâdisi Seyyidi'l-Ahyâr*, Daru'l-Hadis, Kahire 1413/1993.

**Şeybanî**, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasan (v.189/805), *el-Câmi'u'l-Kebîr*, Matbaatü'l-İstikame, Mısır 1356, s. 342.

**Şîrâzî**, Ebû İshâk, (v.476/1083), *el-Mühezzeb fi'fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî*, Daru'l Ma'rife, Beyrut 1959, I, 346.

**Tirmizî**, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve (v.279/892), *Sünen-i Tirmizî*, Mektebü'l-meârif, Riyad, 2008.

**Yaman**, Ahmet, *İslam Hukukuna Giriş*, M.Ü.İ.F. yay, İstanbul 2012

**Yaran**, Rahmi, "İslam Hukukunu Çağın Taşıyan Bir Fakih: Ali el-Hafif ve Eserleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı:6, 2005, s.515-536.

**Yıldırım**, Mustafa, *İslam Borçlar Hukukunda Vedâ*, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2005.

**Zerkâ**, Mustafa b. Ahmed (v.1999), *el-Medhalü 'l-fikhiyyü 'l-âmm*, Daru'l-Kalem, Dimeşk 2004.

**Zeydan**, Abdulkerim (v.2014), *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak, Kayıhan yay, İstanbul 2008.

**Zuhayli**, Vehbe (v.2015), *Nazariyyetu'd-damân*, Dimeşk, 1982.

<http://www.akademikbakis.org/eskisite/31/09.pdf> [Erişim Tarihi 02.01.2015]

<http://www.mevzuat.gov.tr/> [Erişim tarihi 28.03.2016]

 <p>KONYA</p>	<p>T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü</p>	 <p>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</p>
--	--	--

### Öz Geçmiş

1990 yılında Ankara’da dünyaya geldi. 2007 yılında Ankara Tevfik İleri Anadolu İmam-Hatip lisesinden mezun oldu. Aynı yıl Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesini kazandı. 2010 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı bünyesinde Kırşehir-Merkez’de Kur’an Kursu Öğreticisi olarak göreve başladı. 2011 yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesini ikincilikle bitirdi. 2012 yılında ise Dil ve Tarih- Coğrafya Fakültesi Coğrafya Bölümünden çift anadal diploması ile mezun oldu. 2014 yılında Ankara-Mamak ilçesine vaiz olarak atandı. 2016 yılında “İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt” isimli teziyle yüksek lisansını tamamladı.