

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

**“ECR VE DAMÂN İCTİMA’ ETMEZ”
KÂİDESİNİN TAHLİLİ**

**HAZIRLAYAN
HABİBE ATUŞ**

YÜKSEK LİSANS

**DANIŞMAN
PROF. DR. ORHAN ÇEKER**

KONYA- 2019



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	Habibe ATUŞ		
	Numarası	148106041005		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TİB/İSLAM HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	“ECR ve DAMÂN İCTİMA’ ETMEZ” KAİDESİNİN TAHLİLİ			

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 yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı
İmzası
Habibe ATUŞ



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Habibe ATUŞ
	Numarası	148106041005
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TİB/İSLAM HUKUKU
	Programı	Yüksek Lisans
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Orhan ÇEKER
	Tezin Adı	“Ecr ve Damân İctima’ Etmez” Kaidesinin Tahlili

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlan “Ecr ve Damân İctima’ Etmez” Kaidesinin Tahlili başlıklı bu çalışma 23.5.2019 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.	Orhan ÇEKER	
2	Dr. Öğr. Üyesi	Hüseyin ÇELİKER	
3	Dr. Öğr. Üyesi	Necmeddin GÜNEY	



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Habibe ATUŞ		
	Numarası	148106041005		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TİB/İSLAM HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Orhan ÇEKER		
Tezin Adı	“ECR ve DAMÂN İCTİMA’ ETMEZ” KAİDESİNİN TAHLİLİ			

“Ecr ve Damân İctima’ Etmez” kâidesi Mecelle’nin ilk yüz küllî kâidesi içinde 86. kâide olarak geçmektedir. İmam Muhammed’in el-Asl isimli eserinden derlenmiştir. Hanefi mezhebinin kâideleri arasında zikredilir. Ücret; icare akdinin rükünlerinden biri ve menfaatin bedelidir. Damân konusu ise fihhın tüm alanlarında özellikle de borçlar hukuku ve yargılama hukuku alanlarında karşımıza çıkan temel konulardan birisidir.

Kâidenin konu muhtevasına bakıldığı zaman mal, menfaat, kabz, fesh gibi birbirleri ile bağlantılı konuları içerdiğini görüyoruz. Kâidenin özünde ve mezheplerin ihtilafının temelinde menfaatin tazmin meselesi yer almaktadır. Mezhepler bu kâide üzerinde ihtilaf etmişler, Hanefi mezhebi bir tarafta diğer mezhepler bir tarafta yer almıştır. Bu ihtilafın sebepleri birden fazladır. Göze çarpan ilk ve belki de en önemli ayrım kanaatimizce kavramlara yüklenen tanım farklılıklarıdır. Hanefi nazariyesinde kâide hakkında verilen önceki içtihatlardan zamanın ve şartların gelişimine paralel olarak farklı içtihatlar geliştirilmiştir.



ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Habibe ATUŞ		
	Student Number	148106041005		
	Department	TİB/İSLAM HUKUKU		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Prof. Dr. Orhan ÇEKER		
Title of the Thesis/Dissertation	WAGE AND RESPONSİBİLİTY ARE NOT COMBİNEĞ			

“Wage and responsibility cannot be combined.” Is the 86. rule of the first hundred laws of Mecelle. It was compiled from İmam Muhammed’s book ‘el-Asl’. This rule is accepted by the members of the Hanefi sect. Wage is a part of the “icare”. That means it’s the provision for the benefit that was granted. Responsibility or commitment is a topic we’re encountering in every aspect of Islamic law. Especially when we’re looking at the rules for debt or for jurisdiction.

If we look at the content of this topic we’ll see that it contains a lot of connected subjects like this goods, favors, to accept something and termination. In the essence of this law and the controversy between the sects we’ll find the matter of compensation. The different sects disagree over this rule. Hanefi’s on one side and all the other sects on the other. There are more than one reason for this dispute. The first thing to catch the attention and maybe the most important reason are the different definitions for the same descriptions. Members of the Hanefi sect developed new interpretations in parallel with the changing circumstances for the 86. Rule of the Mecelle.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	VI
KISALTMALAR	IX

GİRİŞ

ARAŞTIRMANIN ÇERÇEVESİ VE KAYNAKLARI

I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
A. Araştırma Konusunun Akid Teorisi İçindeki Yeri ve Önemi.....	2
B. Konunun Sınırlandırılması.....	3
II. ARAŞTIRMANIN AMACI VE YÖNTEMİ.....	4
III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. “Ecr ve Damân İctima' Etmez” Kâidesinde Geçen Kavramlar.....	7
A. Ecr, Ücret.....	7
1. Ecr-i Misl	7
2. Ecr-i Müsemma.....	8
3. Ücrete Dair Bazı Meseleler.....	8
B. Damân ve Kapsadığı Manalar	10
1. Tazmin/Tazminât.....	11
2. Taahhüt.....	12
3. Sorumluluk.....	13
C. “Ecr ve Damân İctima' Etmez” Kâidesinde Geçen Damân’ın Manası.....	14
II. “Ecr ve Damân İctima' Etmez” Kâidesinin Oluşum Süreci.....	14
A. Kâidenin İlk Defa Geçtiği Eser, Dönem ve Kullanımı.....	15
B. Sonraki Dönem Eserlerde Kullanımı.....	16
C. Hâdimî’nin Eseri ve Kâide Formunda Düzenlenmesi.....	16

D. Mecelle Küllî Kâidesi.....	17
III. Ecr ve Damân İctima' Etmez” Kâidesinin Manası.....	17

İKİNCİ BÖLÜM

“ECR VE DAMÂN İCTİMA ETMEZ” KÂİDESİNİN MEZHEBLERE GÖRE TAHLİLİ

I. UMUMİ OLARAK AKİD ANLAYIŞI.....	19
A. Akid Nazariyesi.....	19
1. Akdin Mahalli.....	19
2. Mahallin Mahiyeti.....	19
3. Mahallin Karşılığı.....	21
4. Mahalde Kâr Konusu.....	22
B. Zarar İzale Olunur Kâidesi ile Damân ve Tazminat Konusuna Genel Bakış....	23
1. Zarar Nedir.....	24
2. Zarar İzale Olunur.....	25
3. Zarar ve Tazminat Dengesi.....	25
4. Tazminat ve Zilyedlik.....	26
II. ECR VE DAMÂN’IN BERABER BULUNUP BULUNMAYACAĞI DAİR MESELELER.....	28
A. Ecr ve Damân’ın Birarada Bulunamayacağı Görüşü	32
1. İcare Akdinde Tazmin Sebepleri.....	32
a. Taksir ve Teaddi Meselesi.....	33
b. Şarta Muhalefet.....	35
c. Sahibine Vermemek.....	38
d. Değerlendirme.....	39
2. Menfaatle İlgili Görüşler.....	39
a. Menfaatin Mal Kabul Edilmemesi.....	40
b. Menfaat Asl’dan Bir Cüz Değildir.....	43
c. Menfaatin Hukuki Değeri Akidledir.....	45
d. Menfaatin İtlafı Meselesi.....	46
e. Menfaatin Gasbı Meselesi.....	47

3. Ecr ve Damân Birarada Bulunmaz Diyenlerin Delilleri	51
a. el- Harac bi'd-damân Hadisi.....	51
b. Misliyle Tazmin Meselesi.....	51
4. Ecr ve Damân Birarada Bulunmaz Kâidesinin İstisnaları.....	51
a. Vakıf Malı.....	53
b. Yetim Malı.....	54
c. Muaddun li'l İstiğlâl.....	55
5. Hanefî Âlim İbnü'l-Hümmam'ın Mezhebine Aykırı Görüşü.....	57
6. Değerlendirme.....	58
B. Ecr ve Damân'ın Birarada Bulunabileceği Görüşü	60
1. Menfaatle İlgili Düşünceleri.....	60
2. Delilleri.....	63
III. Ecr ve Damân İctima' Etmez Kâidesinin Delili el-Harâc bi'd-damân Hadisi ve Musarrat Hadisi ile Karşılaştırılması.....	64
A. Bir Şey'in Nef-i Damânı mukabelesindedir. (El-Harac bi'd-damân).....	64
1. Harâc/Nema/ Ğalle/ Zevaid.....	64
2. Damân.....	67
3. Kâidenin Açıklanması.....	67
4. Karşılaştırma ve Değerlendirme.....	69
B. Kâidenin Musarrat Hadisi ile Değerlendirilmesi	69
1. Musarrat Hadisi.....	70
2. Karşılaştırma ve Değerlendirme	73
C. Ecr ve Damân İctima' Etmez Kâidesine Dair Meseleler.....	74
1. Hanefî mezhebine Göre Kişiyi Yed-i emin'den Yed-i Gâsıba Dönüştüren Durumlar.....	74
2. Ecr ve Damân İctima' Etmez Kâidesine Göre Verilmiş Bir Fetva ve Bazı Meseleler.....	74
SONUÇ.....	76
TEKLİFLER.....	81
BİBLİYOGRAFYA.....	83

ÖNSÖZ

Bismillâhirrahmânirrahîm.

Hamd ve şükür alemlerin Rabbi olan Allah Teala'ya, salat ve selam O'nun kulu, elçisi ve önderlerin önderi olan Hz. Muhammed Mustafa'ya (s.a.v.), âline ve ashabına olsun.

İnsanlığa son din olarak gönderilen İslam dininin ana hedefi, esas gayesi, insanların dünyevî ve uhrevî maslahatlarını temin etmektir. Bu sebeple son din olarak muhataplarına gelen İslam tamamıyla adalet, rahmet, maslahat ve hikmetten müteşekkil bir dindir. Kulların menfaatlerini gerçekleştirmek, muhtemel zararları önlemek ve zarar meydana geldi ise onu gidermek bu ana hedefin gereklerindedir.

İslam dininin hak-sorumluluk anlayışına göre insanoğlu henüz dünyaya gelmeden, anne karnında iken Şâri ona bir takım haklar vererek onu koruma altına almıştır. Anne karnındaki kişi sağ olarak dünyaya geldikten sonra, doğumdan önceki haklar daha da güçlendirilir ve aşama aşama ona sorumluluklar yüklenmeye başlar. Anne karnında iken başlayan ve sağ doğumla güçlenerek devam eden bu haklar makâsıd-ı hamse dediğimiz beş temel esas yani can, mal, akıl, din ve ırzın korunmasıdır. Allah Teâlâ keliminde, bu sayılanların karşı zarar görmesini yasaklamaktadır. Örneğin “Haksız yere adam öldürmeyin”, “Birbirinizin mallarını aranızda haksızlıkla yemeyin” vb. ayetler bu düstûrun bir göstergesidir. Peygamber (s.a.v.) de yaklaşık 23 yıllık risalet görevinde son dinin bu bakış açısını tesis etmeye çalışmıştır. Veda hutbesinde “birbirinize mallarınız, canlarınız, haramdır” buyurarak konunun ehemmiyetine dikkat çekmiştir. Ayrıca büyük öneme haiz “Zarar giderilir” kâidesi uyarınca İslam hukukunda zarar konusu gerek tek taraflı olsun gerek iki taraflı ve gerek ferdi ve toplumsal mahiyette olsun kapsamlı bir şekilde ele alınmış, zarar gören tarafın, tarafların yaşadığı mağduriyetin (zarar vereni de mağdur etmemek kaydıyla) giderilmesi cihetine gidilmiştir.

İslam dini mahiyet olarak amelî, itikadî ve ahlakî alanlarda nassî ve ictehadî olmak üzere hükümler ihtiva etmektedir. Son zamanların geliştirilen ifade şekliyle

‘İslam hukuku’ klasik ismiyle fıkıh; amel denilen kısım la yani muamelata, ukubâta, ibadâta, dair konularla ilgilenmekte ve bahsedilen bu alanlarla ilgili icmali (genel), tafsili (ayrıntılı) hükümleri bünyesinde barındırmaktadır. Ekonomik meselelerin işlendiği aynı zamanda konu tercihi yaptığımız muamelat başlığı altında akidlerin oluşumu, sonuçları, muhayyerlikler, borç, tazminat vb. konular ayrıntılı bir şekilde işlenmektedir.

Akidlerde karşılıklı rıza şarttır. Mutlak rıza şartına binaen taraflardan her birinin ve üçüncü şahısların haksızlığa uğratılmaması ya da ortada herhangi bir akid yoksa bile meydana gelen zararın mutlaka ortadan kaldırılması cihetine gidilmiştir. Akdin tarafları zarara uğramamak ya da kendini güvence altına almak için rehin ve kefalet akdi gibi bazı akidlere işlerlik kazandırmışlardır.

İslam’da hak ve sorumluluk dengesinin korunmasına dair temel ilkelere biri de “Zararlar kendi miktarlarıncı takdir olunur ” ilkesidir. Damân konusu Medeni hukukta; eşya ve borçlar hukuku alanında, İslam hukunda ise muamelat ve yargılama hukuku başlığı altında işlenmektedir. Klasik eserlere baktığımızda damân konusunun müstakil bir başlık verilmeden konunun içinde aktarıldığını gözlemledik. Modern çalışmalarda ise müstakil eserler ya da müstakil başlıklar açılarak ele alındığını görmekteyiz.

Ücret, icare akdinin bir unsuru olmakla beraber kiralyan kişinin, menfaatten istifade ettikten sonra karşı tarafa borçlandığı bedelin adıdır. Damân ise birbirine yakın ama kullanıldığı yere göre farklı anlamlar ihtiva eden bir kavramdır. Sorumluluk, taahhüt, iltizam, temellük, gibi anlamlarda kullanılmaktadır. Damân, bedelli ve bedelsiz akidlerde ya da akid olmadan meydana gelen zararın giderilmesinde, kısaca tazminat konusunda tarafları yükümlülük altına girdirmeyi ifade eden şemsiye bir kavramdır. Tezimizde bu iki yükümlülüğün yani hem ücret hem de damân sorumluluğunun tek tarafta bir araya gelip gelebileceği konusunu inceledik.

Çalışmamız giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında konunun fıkıh ilmindeki yerine, sınırlandırılmasına, araştırmanın amacına, kaynaklarına değindik. Birinci bölümde ise kavramsal çerçeve ve kâidenin oluşum sürecine

değindik. İkinci bölümde ise konumuza giriş yapabilmek için umumi olarak akid nazariyesine ve tazminat konusuna kısaca değindik. Daha sonra asıl konumuz olan ecr ve damân'n bir araya gelip gelemeyeceği konusunda mezheplerin görüşlerini, delillerini verdik. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından bazı hadisler ve kâideler ile karşılaştırma yaptık. Tespit ettiğimiz noktalar vardığımız neticelerle tezimizi sonuçlandırdık.

İcare akdinin rükünlerinden biri olan ücret konusu menfaatin bedelidir. Damân konusu ise fıkhnın tüm alanlarında, özellikle de borçlar hukuku ve yargılama hukuku alanlarında karşımıza çıkan temel konulardan birisidir diyebiliriz. İstilahların özellikle de damân teriminin kapsamlı oluşu tezimizin hacmi gereğince bu kavramı tüm yönleriyle incelemeyi mümkün kılmamaktadır. Sadece bazı akidler ele alınarak konunun özü verilmeye çalışılmıştır. Ayrıca araştırmalarımızda tezimize dahil etmediğimiz fakat çalışılmasını arzu ettiğimiz konuları da teklifler kısmında vermeyi uygun gördük.

Konu tespitinde, Mecelle okumalarında ve diğer süreçlerde yoğunluğuna rağmen yardımlarını esirgemeyen, umutsuz olduğum zamanlarda çalışma azim, heyecan ve gayretini telkin eden danışmanım Prof. Dr. Orhan ÇEKER hocama, gerek teknik gerekse içerik yönünden tavsiyelerine başvurduğum Dr. Öğrt. Üyesi Necmeddin GÜNEY hocama, teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca tez savunmamda yer alan ve yapacakları değerlendirmelerle diğer araştırmalarımın katkı sağlayacak değerli jüri üyelerine şimdiden teşekkür ederim.

Başladığım günden bu yana dualarını hiç eksik etmeyen kendilerine yeteri kadar vakit ayıramadığım halde bana anlayış gösteren kıymetli anneciğime ve babacığımın şükran duyarım.

Gayret ALLAH 'ın yardımıyla bizden muvaffakiyet ALLAH'tandır.

Habibe ATUŞ

KONYA-2019

KISALTMALAR

- b. : İbn, bin,(ođlu)
bkz. : bakınız
bs : baskı
c. : cilt
DİA : Diyanet İslam Ansiklopedisi
DİB : Diyanet İşleri Başkanlığı
h. : Hicri
hk. : hakkında
Hz. : Hazretleri
İHAD : İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İsam : İslam Araştırmaları Merkezi
Ktp : Kütüphanesi
md. : maddesi
Mv. F. : el-Mevsûâtü'l fıkhiyye, Kuveyt
nşr. : neşreden
s. : sayfa
ss. : sayfa sayısı
sy. : Sayı
(s.a.v) : sallallahu aleyhi ve sellem
ŞİA : Şamil İslam Ansiklopedisi
TCK : Türk Ceza Kanunu
thk : Tahkik Eden
trc. : Tercüme
Ü. : Üniverstesi
v. : Vefat Tarihi
vb. : ve benzerleri
vd. : ve diğerleri,ve devamı
yy. : yüzyıllar
YÖK : Yükseköğretim Kurulu

GİRİŞ

ARAŞTIRMANIN ÇERÇEVESİ VE KAYNAKLARI

Fıkıh ilmi durağan değil dinamiktir. Belli bir yöreye, mekâna ait olmayıp evrenselidir ve evrensel hükümler içermektedir. Bir zaman dilimiyle mukayyet değil süreklidir ve kıyamete kadar bu şekilde devam edecektir. Kur'an vahyedildiği, vâzedildiği günden bu yana tüm yönleriyle olduğu gibi özellikle fihhi yönüyle de evrensel hükümler ve ilkeler içermektedir.¹ Peygamber aleyhisselam'ın vecîz sözleri, fiilleri ve takrirleri kısaca sünnet ile bu evrensel hükümler, ilkeler muhafaza edilmiştir.

Bir bütün halinde olan ilimlerin tedvini ve birbirinden ayrılmasını takibeden süreçte her ilim dalına ait alt ilim dalları geliştirilmiştir. Kavaid ilmi de furû fikhın yani fer'i ahkâmın dayanmış olduğu ilkeleri tespit etme çabasının sonucunda ortaya çıkmıştır.² Kâidelerin tespitinde ise metod olarak öncelikle hukuki nâslar ve delaletleri, sonrasında ise usûl-i fikh prensipleri, dilbilgisi kuralları, birbirine benzer hükümlerin arasındaki ortak illetler incelenmiştir. Bu inceleme ve tespitler yapılırken en önemli tespit kanaatimizce Şâri'nin gerçekleşmesini istediği maksatlar ve nihâi hedeflerdir. Kâidelerin tespitinde yukarıda saydıklarımıza ilave olarak akıl ve mantık kurallarından da faydalanılmıştır.³ Üzerinde çalıştığımız Mecelle maddesi İmam Muhammed'in (v. 189/805) *el-Asl* isimli eserinden bahsettiğimiz şekilde tespit edilip derlenmiştir.

Peygamber (s.a.v) risalet görevi başlamadan önceki hayat sürecinde haksızlıkla mücadele ettiğini, haksızlığa uğrayan kişilerin haklarının arandığı bir derneğe üye olmasında görmekteyiz. Bu durum bir beşer olarak hak ve sorumluluk ilkesine verdiği önemi göstermektedir. Risalet görevi sırasında ise bize ulaşan pek çok anekdota göre bu hassasiyetinin artarak devam ettiğini söyleyebiliriz. Aişe anamızın kırdığı tabağı misliyle iade ettirmesi bu hassasiyetinin bir yansımasıdır. Zarara karşılık zarar verilmemesi gerektiğini, zarar sonucu telef olan şeyin mutlaka geri ödenmesine dair verdiği ehemmiyet verilebilecek diğer örneklerdir.

¹ Köse, Saffet. *İslam Hukukuna Giriş*, s. 32.

² Kızılkaya, Necmeddin, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Külli Kâideler*, s. 137.

³ Yaman, Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 61.

Konumuz itibariyle kişiyi yükümlülük altına girdiren sebepler nelerdir ve mükellef tek ve aynı sebepten dolayı birden çok yükümlülük altına girebilir mi, böyle bir durumda yükümlülük altına girmesi hakkının zayi olmasına sebep teşkil eder mi, bu sorun nasıl giderilebilir gibi sorulara bu çalışmamızda cevaplar aradık.

I. Araştırmanın Amacı ve Sınırlandırılması

A. Araştırma Konusunun Akid Nazariyesi İçindeki Yeri ve önemi

Ücret, kiralama akdinin bir unsuru olup işçi, insan, eşya, nakliye gibi akdin konusunu oluşturan şey karşılığında kişinin ödemekle yükümlü olduğu bedeldir. Menfaatin karşılığı olarak verilecek ücretin kendine has şartları bulunmaktadır. Damân ise özelde kefalet akdinin bir unsuru sayılmakla beraber tazmin, taahhüt, vb. manalarda düşünüldüğünde İslam borçlar hukukunun önemli konuları arasında yer almaktadır. Damân konusu bedelli ya da bedelsiz akidlerde akdin konusuyla ilgili meydana gelen zararlarda (telef, itlaf, ayıp, vb.) karşımıza çıkan bir konu olmakla beraber ortada herhangi bir akid olmadan da meydana gelen zararların giderilmesi bu istilah altında incelenmektedir.

Biz tezimizde damân konusunu teahhüt, sorumluluk, tazminat yönleriyle ele aldık. Bir şeyin taahhüt edilmesi kişinin damânında yani sorumluluğundadır. Damân, menkul veya gayri menkul mallara verilen zararlarda tazminat konusuyla gündeme gelir ve akid nazariyesinde önemi büyüktür. İcare akdi lazım bir akid olmakla beraber me'cur emanet hükümlerine tabidir. Emanet akidlerinde kişi muhafaza etmeyi taahhüt eder.

B. Konunun Sınırlandırılması

Üzerinde çalıştığımız kâideyle ilgili araştırma ve incelemelerimiz esnasında akid nazariyesi ile ilgili pek çok konunun tez konumuzla ilgili olduğunu tespit ettik. Bu konulara kısaca değinecek olursak; hakiki ve hükmî kabz konusu, fesh yapılan akdin mahiyeti, ma'dum ve mevcut anlayışı, muhayyerlik gibi konuları sayabiliriz. Yeri geldiğinde bahsedilen konulara kısa açıklamalarla temas edilerek tezimiz akidler özelinde icare akdi ve gasp konusu ile sınırlandırıldı. İcare akdini

ayânın menfaatleri üzerine yapılan icare konusuyla ele aldık, işçi icarını konuya dahil etmedik. İcare akdinin rüknü olan ücret konusunu özel şartlarıyla inceledik. Gasp konusunu ise doğrudan gasp olarak değil dolaylı yani hükmî gasp olarak ele aldık. Hükmî gasp gerçekleşince me'curun damânı nasıl olmalıdır meselesi üzerinde durduk. Gâsıp gasbettiği malı iade (teslim) konusunda kendi adına kefil olup olamayacağı konusunda kısaca kefalet akdine değindik. Tazminat ve ücret kavramlarını bünyelerinde barındırdıkları diğer kavramlar ile ilişkilendirerek sonuca ulaşmaya çalıştık.

Hemen belirtelim ki tezimizin ana konusunu şahsın, şahısların tek sebepten dolayı birden fazla yükümlülük ile mes'ul tutulup tutulmaması teşkil etmektedir.

II. Araştırmanın Amacı ve Yöntemi

Mecelle'nin her bir kâidesi ayrı bir çalışma gerektirecek şekilde kıymetlidir. Bu çalışmaya ve ecdadımıza verdiğimiz değer bizi Mecelle ile ilgili çalışma yapmaya sevk etmiştir. Genel amacımız bugüne kadar hakkında herhangi bir akademik çalışmaya rastlayamadığımız sadece yeri geldikçe kısa atıflar yapılan bu küllî kâideyi fikhî yönden incelemektir.

Çalışmayı yapmaktaki diğer bir amacımız ise İslam hukukunun adalet ilkesi gereği hak ve sorumluluk anlayışı çerçevesinde mezheplerin konuya bakış açısını anlamaya çalışmaktır. Bu madde üzerinde, bahsedileceği üzere mezhepler ihtilaf mı etmiş yoksa maddede geçen kavramların tanım farklılıkları ihtilaf olarak mı yansımış bunu anlatmaya çalıştık.

Çalışmamızda takip ettiğimiz metodu aktarmadan önce şu açıklamayı yapmayı uygun gördük. Arap dili ile ilgilenenler (linguistler) birbirine yakın kelimelerin arasındaki anlam farklılıklarını ortaya koymak, böyle olan kelimeleri yanlış kullanımdan korumak ve arap dilinin zenginliğini anlatmak için furûk terimini kullanmışlardır. Furûk metodunun fer-i hukuki hükümler üzerinde uygulanması fikhî furûk konusunu gündeme getirmiştir. İki detay mesele arasında bulunan görünüşteki ortak yönler “cem”, fakat sıkı bir inceleme sonucu ortaya çıkan uyumsuz yön ve

nüanslar “fark” olarak isimlendirilmiştir.⁴ Biz de bu çalışmamızda metod olarak tarihi süreç içerisinde, fikhî furûk literatüründe oluşan metodlardan kavâid metodunu örnek aldık. Bu metoda kısaca değinmek gerekirse; muhteva yönünden birbirine benzeyen kâideler arası farkları meseleler üzerinden izah etmeye çalışmaktır. Kâidemiz için delil gösterilen el-Harac bi’-d-damân hadisinden uyarlanan “bir şey’in nef-i damânı mukabelesindedir” kâidesini ve Musarrat hadisini bu sebeple çalışmamıza dahil ederek karşılaştırma metodunu kullanmayı uygun gördük.

Şâri zulüm yapmamayı ve zulme uğramamayı kullarından isterken çalıştığımız kâide tam manasıyla anlaşılması takdirde taraflardan birinin ya da üçüncü şahısların zarara uğrama ihtimalleri olabilmektedir. Çalışmamızın yöntemini tekrar edecek olursak; kâidenin aslında hangi fikhî konuları içinde barındırdığını tespit edip sonra bu konuların diğer fikhî konulara yansımaları ne şekilde olmuş karşılaştırarak ortaya koymaya çalışmaktır.

III. Araştırmanın Kaynakları

Çalışmamızda ayet ve hadisler başta olmak üzere günümüzden geçmişe doğru dönemsel olarak modern İslam hukuku ve klasik fıkıh kaynaklarına müracaat edilmiştir. Dört fıkıh mezhebi ve Zâhiri mezhebinin ana eserleri taranmıştır. Bu taramalarımız eserlerin icare akdi, kefalet akdi ve tazminat konularındaki bölümler özelinde olmuştur. Yeri geldikçe tezin gereklerine binaen fıkıh usulü, tefsir ve hadis gibi ilim dallarından da istifade edilmeye çalışılmıştır. Günümüz doktora, yüksek lisans tezleri ve makalelerden faydalanılmıştır. Mecelle ve şerhlerinden özellikle Ali Haydar şerhinden çokça istifade edilmiştir.

Ücret konusu icare akdi genelinde, damân ise farklı manaları bünyesinde barındırdığı için kefalet akdi genelinde işlendiğini gördük. Damân konusu, akid sorumluluğu ve akid dışı sorumluluklarda tazmin bahsinde çokça karşımıza çıkan bir kavram oldu. Kısaca gerek ücret konusu gerekse damân konusu klasik eserlerde müstakil başlıklardan ziyade akid nazariyesi içerisinde, akdin alt başlıkları arasında

⁴ Yaman, Ahmet, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Temel İlkeleri”, *Marife*, yıl: 1, sy: 1, s. 57.

işlenmiştir. İcare akdi, ücret babı, me'curun tazmini, ecr-i misl gereken yerler gibi. Günümüzde ise müstakil çalışmalarla devam etmektedir.

Özellikle kavâid alanında yazılmış ve mezhep müntesiplerince başvuru alan klasik eserler taranmıştır. Bunlar; İzz b. Abdisselam (v. 660/1262) *Kavâidü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm* isimli eser, Zerkeşi'nin (v. 794/1392) *el-Menşur fi'l-kavâid* isimli eser, İbn Recep'in (v.795/1393) *Takrîru'l-kavâid ve tahrîru'l-fevâid* eseri bakılan eserlerdir. Ayrıca furû fıkhıta ise; İmam Muhammed'in (v. 189/805), *el-Asl*, Serahsi (v. 483/1090) *el-Mebcut*, Kasâni (v. 587/1191) *Bedâiu's-sinâi*, Mevsili (v. 683/1284) *Muhtar*, İbn Nuceym (v. 970/1563) *el-Eşbah ve'n-nezair*, Bağdadi (v.1030/1620) *Mecmeu'd-damânât* Hâdimi (v.1176/1762) *Mecâmiu'l-hakaik*, İbn Abidin (v. 1252/1836) *Reddu'l-muhtar*, Şafi mezhebinde özellikle İmam Şafi'nin (v. 204/819) kendi eseri olan *el-Ümm*, Şirazi (v. 476/1083) *el-Mühezzeb*, Şirbini (v. 977/1570) *Muğni'l-muhtaç*, Maliki eserlerden ise Sahnun (v. 240/854) *Müdevvenetü'l-Kübra*, İbn Rüşd (v. 595/1198) *Bidayetü'l-müçtehit*, Hanbeli eserlerden ise İbn Kudame (v. 620/1223) *Muğni*, İbn Kayyim (v. 751/1350) *İlamu'l-muvakkîin*, Zahiri mezhebine ait mukayeseli bir eser olan İbn Hazm (v. 456/1064) *el-Muhalla* incelenmiştir. Mecelle'nin en meşhur şerhi olan Ali Haydar Efendi'nin (v.1935) *Dürreru'l-Hükkâm* şerhi çalışmamız tamamlanıncaya kadar sürekli başvurduğumuz kaynak olmuştur.

Modern eserlerden başvurduğumuz kaynaklar ise kâide alanında yapılmış son dönem çalışmalardan biri olan Ahmed en-Nedvî'nin *Mevsuâtu'l-Kavâidi ve'd-Davabiti'l Fıkhiyye* eseridir. Üç ciltten oluşan eserin birinci cildi beş kısımda ele alınmış olup müellif ilk bölümde nass'dan çıkarılan kâidelere yer vermiştir. Üzerinde çalıştığımız kâideyi bazı Mecelle kâidelerine yer verdiği beşinci kısımda ele almıştır. Ayrıca Ahmed Muhammed Zerka (v. 1357/1938) *Şerhu'l Kavâidi'l-Fıkhiyye*, Senhuri'nin (v. 1971) *Mesâdiru'l-hak* isimli eserinden, Vehbe Zühayli'nin (v. 2015) *Nazariyyetü'd-damân* gibi eserlerden istifade ettik. Ayrıca Yunus ARAZ tarafından 2016 yılında hazırlanan, “İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini” isimli basılmış doktora tezi de konumuz ile ortak noktaları olduğu için göz atılmıştır.

Kaynak taraması yapılırken çalıştığımız kâidenin derli toplu müstakil bir çalışmasına rastlayamadık. Genellikle kavâid türü eserlerde ve furû fıkıh konularının satır aralarında değinildiğini tespit ettik. Gerek klasik eserlerde gerekse modern

eserlerde bu kâide üzerine atıflar yapıldığı ve bu atıfların da genelde hakiki gasp konusu etrafında cereyan ettiğini tespit ettik. Halbuki hakiki gasp tanımını gerektirecek bir durum ilk aşamada söz konusu değildir. Bu sebeple çalıştığımız kâide de hükmî gasp konusuna temas edilmekle birlikte dâmanın işlevselliğinin ne yönde olacağı üzerinde durulmaktadır. Hükmî gasp konusunun hakiki gasba dönmesi durumunda ise menfaatin tazmini meselesi gelmektedir. Bu kâide üzerine yapılan atıflardan biri de ziyadeler konusudur. Araştırmalarımıza göre kâide de ziyadeler konusu değil, malın salt kullanımına kıymet takdir edilme, meselesi vardır. Bu sebeple kâideye yapılacak atıfların nasıl olması gerektiğine dair bilgiler vermek sonraki yapılacak çalışmalar için önemli olacağını düşünüyoruz. Ziyadeler konusu da ayrıntılarına girmeden sadece konumuzu ilgilendirdiği kadar bahsedilecektir. Ziyade ile ilgili kavramlar, menfaat kavramı ile bağlantısı üzerinden anlatılmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. “Ecr ile Damân İctima’ Etmez” Kâidesinde Geçen Kavramlar

A. Ecr/Ücret Kısımları ve Ücrete Dair Meseleler

Ecr; sözlükte عجر fiilinin mastarı olarak yapılan bir işe karşı mükâfatlandırmak veya ceza vermek demektir. Çoğulu عجور olarak gelir. İsim olarak ise icare ve ücret manalarında kullanılır.⁵ Ücret; bir fıkıh terimi olarak menfaatin bedeli,⁶ kiralanan şeyin kullanımı mukabilinde ödenen karşılıktır.⁷ Kur’an-ı Kerim’de ise “ecr” sevap,⁸ ceza,⁹ ücret,¹⁰ mehir¹¹ vb. manalarda kullanılmıştır. İslam literatüründe “ecr” manevi ve uhrevi anlamda, ücret ise dünya ile ilgili konularda kullanılmıştır.

Ücret; ecr-i misl ve ecr-i müsemma olmak üzere iki kısma ayrılır. Şimdi bunların tanımını yapalım.

1. Ecr-i misl

Mecellede “Bîgaraz ehli vukufun takdir ettikleri ücret”¹² diye tarif edilen akid sonrasında piyasadaki rayiç değerine göre bilirkişi¹³ yoluyla belirlenen ücrete denir. Başka bir yönüyle ele alınan tarife göre ise; ecr-i misl ortada herhangi bir akid olmaksızın faydalanılan, akid olup da sıhhat yönünden fasit olan, ya da sahibinin faydalanmasına engel olunan bir menfaat karşılığında ödenen değer, kira bedelidir.¹⁴ İcare akdinin rüknü olan ücret belli olmadığı zaman icare batıl olur. Süre, mesafe vb şeylerdeki belirsizlikte belli bir örfte yok ise icare fasittir ve kullanımdan dolayı ecr-i

⁵ İbn Manzûr *Lisânu’l-Arab*, “e-c-r”, 1/31, Kefevî, *Külliyat*, s. 48, Bağçeci, Muhiddin, “Ecr”, *DİA*, 10/383.

⁶ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 9/6, Mecelle, md. 404, Ali Haydar, *Düreru’l-Hükkam*, 1/675, Bilmen, Ömer Nasuhi, *Isulihat-ı Fıkhiyye*, 6/156.

⁷ Bardakoğlu, “İcare” *DİA*, 21/382.

⁸ Nahl, 16/86.

⁹ Âliimran, 3/185.

¹⁰ Hud, 11/51.

¹¹ Nisa, 4/24.

¹² Mecelle, md. 414.

¹³ Bilirkişi İslam hukuk literatüründe hukuki ihtilafların çözümünde ve mahkemece yapılması gereken tespit ve değerlendirmelerde özel bilgi ve yeteneği bulunan kendisine başvuru alanında uzman kişidir. Bkz. Şafak, Ali, “Ehl-i Vukuf”, *DİA*, 10/531.

¹⁴ Aydın. M.Akif, “Gasp”, *DİA*, 13/391.

misil gerekir. Bu tarife göre fasit icarelerde ecr-i misil ödenir diyebiliriz.¹⁵ Ecr-i misil müsemma cinsinden değil para olarak ödenir.¹⁶ Bir şeyden faydalanmanın takdiri değeri, karşılığıdır.

2. Ecr-i Müsemma

Tarafların miktarını akid esnasında veya öncesinde belirledikleri, üzerinde anlaşmaya vardıkları ücrete denir.¹⁷ Ecr-i müsemma tarafların anlaşması ile belirlendiğinden miktarı ecr-i misle eşit, ecr-i mislden çok veya ecr-i mislden az olabilir.¹⁸ Ücretin tarifi ve kısımlarını açıkladıktan sonra şimdi de ücrete dair bazı meseleleri bu kısımda vermeyi uygun gördük.

3. Ücrete Dair Bazı Meseleler

Ücret icare akdinin bir unsuru olup tarafları anlaşmazlığa sürüklememeli, bir mağduriyete yol açmayacak şekilde açık ve bilinir olmalıdır. Ücretin de mütekavvim olması şarttır.¹⁹ İcare akdinde ücreti belirleyen şey, menfaate kıymet takdir etmek ve menfaate paha biçmektir. Mecelle’de “ Amel (emek) takvîm ile mütekavvim olur.” Yani belirlenen işe kıymet biçilmekle kıymetlenir, ifadesinden maksad budur.²⁰ Örneğin bir kişi malını ecr-i misilden daha çok bedel ile başkasına kiraya verse ve taraflar arasında bu kıymet üzerinde anlaşılrsa ortada rıza ile olduğu için bu akid sahih olur.

İmam-ı Azam’a (v. 150/767) göre akdin kurulmasıyla ücret hak edilmez. Menfaatin bağlı olduğu me’cûru teslim etmek menfaati teslim etmektir. Çünkü me’cûrun teslimi ile birlikte menfaatin kullanılmasına imkan sağlanmıştır. Bu sebeple kiralayanın da ücreti alma hakkı doğmuştur.²¹ İmam Malik de (v. 179/795) İmam-ı Azam gibi düşünür. Akdin kurulmasıyla değil me’cûrun teslimi ve menfaatten faydalanma ile ücret hak edilir. Buna sebep olarak bey’ akdindeki semenin akdin kurulmasıyla değil, mebi’nin teslimiyle olduğunu söyler.²² İmam

¹⁵ Aynî, *el-Binâye*, 9/328.

¹⁶ Ali Haydar, *Dürrü’l- Hükkam*, 1/683.

¹⁷ Bardakoğlu, “İcare” *DİA*, 21/382

¹⁸ Ali Haydar, *Dürrü’l- Hükkam*, 1/675.

¹⁹ Mevsili, *el-İhtiyâr*, 2/51.

²⁰ Mecelle, md.1345.

²¹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, 2/413.

²² Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne alâ mezhebi ‘âlimi’l-Medîne*, 2/102.

Şâfiî'ye göre ücret akid ile beraber müste'cirin zimmetine girer.²³ Me'cur kiracıya teslim edilince ister kullansın ister kullanmasın ücreti vermek zorundadır.²⁴ Bu konuya bir örnek vermek gerekirse; bir apartman dairesi kiralayan kişi daireyi teslim aldığı anda kabz gerçekleşmiştir. Dairede oturmasa bile ücreti verir, oturmadım diye ücret vermekten imtina edemez.²⁵ İcare müddeti içinde kiracıdan dolayı yaşanan olumsuzluklar ücret verilmesine engel değildir.²⁶

Ücretin nasıl verileceği taraflarca konuşuldu ise bu kurala uymak gerekir. Ücret; peşin ödemekle, peşin ödeme şartıyla, menfaatin teslimiyle ve menfaatin elde edilmesiyle hak kazanılır.²⁷

Ücretin peşin verilmesi şart koşulmadığı halde kiracı peşin verirse kiralayan buna malik olur. Bu durumda kiracı kendiliğinden peşin verdiği ücreti geri isteyemez. Fakat icare süresi tamamlanmadan akid münfesi olursa kiracı kullanmadığı sürenin ücretini kiralayandan isteyebilir. Ayrıca şart olmadığı halde peşin verilen ücrette meydana gelen artışlar kiralayanındır. Ücretin peşin verilmesi şart olmadığı halde peşin verilir ve telef olursa kiralayan tekrar ücret isteyemez.²⁸ Ücret peşin verilecektir diye şart koşulsa bu şarta uyulur. Peşin şart koşulan ücret bir "ayn" olursa kiralayanın yanında emanettir, ariyettir. Çünkü ayn olan ücretin peşin istenmesi o şey hakkında mülkiyet oluşturmaz.²⁹

Menfaat peyder pey olunca ücret de peyderpey verilebilir. Kiracı menfaatten faydalandıkça kiralayan da o oranda ücreti hak eder. İmamı Âzam'ın görüşüne göre menfaatin tamamından istifade edilmedikçe ücrete gerek yoktur. İmamı Âzam daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve menfaat elde edildikçe ücret alınabilir demiştir.

Günümüzde ücret vermek konusunda hem Hanefi hem de Şafîî uygulamalara rastlıyoruz. Dolmuşa biner binmez ücret veren kişi Şafîî'ye göre, dolmuştan ineceği

²³ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/430.

²⁴ Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkam*, 1/784-789.

²⁵ Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkam*, 1/788.

²⁶ Bilmen, *Istilahât-ı fikhîyye*, 6/193.

²⁷ Nesefî, *Kenzü'd-dekaik*, s. 543, Meydâni, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitap*, 2/34, Mecelle, md. 467-470.

²⁸ Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkam*, 1/784-789.

²⁹ Âlemgir, Bahadır, *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, 4/462, Bilmen, *Istilahât-ı fikhîyye*, 6/193.

zaman veren kişi ise Hanefiye göre amel etmiş olmaktadır. Aynı şekilde maaşların ay başında veya ay sonunda yatırılması da örnek verilebilir.

Alışverişte semen olabilen her şey icare akdinde ücret olabilir. Menfaat de ücret olabilir. Menfaatin ücret olma konusu yani menfaate karşılık başka bir menfaatin ücret olması mezhepler arasında ihtilafıdır.³⁰

Kiracının elinden me'cûr gasp edilse kiracı kullanmadığı sürenin ücretini vermez. Akdin başında ücreti peşin verdi ise kullanmadığı sürenin ücretini isteme hakkı vardır. Bu durumda gasp ile icare münfesih olmaz çünkü mağsubun minh mazmun bi nefsihidir. Gâsıp malı tazmin eder kullanımı için ayrıca ücret vermez.³¹

B. Damân ve Kapsadığı Manalar

Sözlükte bir şeyi üstlenme, temin, sigorta, taahhüt ve garanti etme gibi anlamlara gelir. Fikhî ıstılah olarak en dar anlamıyla kefalet akdini geniş anlamda ise şahsın ödeme sorumluluğunu, tüm ekonomik yükümlülükleri ifade eder. Hükmi bir kap olarak nitelendirilen kişinin zimmetinin ödenmesi gerekli bir borçla iştiğal etmesidir.³²

Mecelle'de damân telef olan bir şeyin yani bir malın bedelini ödemektir. Mal misliyyattan ise mislini kıyemiyyattan ise gasp edildiği gündeki ve itlafdaki kıymetini mal sahibine ödemektir diye geçmektedir.³³ Mecelle'nin tarifinden anladığımız kadarıyla damân sadece tazmin manasında kullanılmıştır.

Damân, başkasının yerine getirmekle yükümlü olduğu vâcip bir hakkı üstlenmek, kendine vacip kılmaktır. Zarar verilen şeyin özelliğine göre yani misliyyattan ise mislini kıyemiyyattan ise kıymetini ödemektir.³⁴ Zarar ve ziyana karşı kefalet, garanti anlamına gelir. Haksız fiille meydana gelen zararın maddi yönden telafisi ve tazmin edilmesi, risk üstlenme eşyanın görebileceği zarara katlanmak gibi çeşitli manaları bünyesinde barındırmaktadır.³⁵

³⁰ Mevsili, *el-İhtiyâr*, 2/51, Bardakoğlu, "İcare", *DİA*, 21/ 382.

³¹ Mevsili, *el-İhtiyâr*, 2/55.

³² Aktan, Hamza, "Damân" *DİA*, 8/450-451.

³³ Mecelle, md. 416.

³⁴ Bilmen, *İstılahat-ı Fıkhiyye*, 6/246.

³⁵ Erdoğan, Mehmet, "Damân", *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 89.

Yapılan tanımlardan anlaşıldığı kadarıyla damân, mana yönünden zengin, şemsiye bir kavramdır. İltizam, kefalet, temellük, teahhüt, sorumluluk, şahsa ve mala kefalet, zimmetteki borcun başka bir zimmete nakli, bir borcu ya da bir şeyi yapip etmeyi üstlenmek, bedene ve mala verilen zararların karşılanması, zilyedlik, akdin sonucunun taraflara yüklediği malî sorumluluk gibi sayabiliriz.

Hanefiler dışındaki mezhepler damânı kefalet manasında kullanmışlardır. Fakat damân, kefaletten daha geneldir. İnsan, kefil olmadığı bir şeyden dolayı da ödeme sorumluluğu altına girer ve öder.³⁶ Kısacası damânı mana itibariyle ikiye ayırmak zannımızca uygun görünmektedir. Tazminat manasında fakat tazminattan daha genel ve taahhüt, sorumluluk, koruma manasında. Üzerinde çalıştığımız kâide de ise her iki manayı ihtiva edecek şekilde kullanılmıştır.

Damân konusunu yapılan tarifler üzerinden delillendirerek anlatmak manasını daha anlaşılır hale getirecektir. Hz. Peygamber (s.a.v) “Kırılan kap gibi bir kap, dökülen yemek gibi bir yemek”³⁷ hadisinde tazminat manasında, “El aldığını geri verinceye kadar ondan sorumludur”³⁸ hadisinde ise taahhüt, sorumluluk manasında kullanıldığını görmekteyiz. Kur’an-ı kerimde Meryem suresi 37 ve 44. ayetlerde **كفيل** (kefele ve yekfülü) diye geçmekte olup koruma, himaye etme, gözetme, sorumluluğunu üstlenme gibi anlamlarda kullanılmıştır.

Ayrıca kabz konusunda malın kabzedilmiş olması malın kişinin damânına girdiği şeklinde ifade edilir. Buradaki damân ise temellük (mülk edinme) kişinin ödeme sorumluluğuna, üzerinde tasarruf etme hakkına girdiği ‘aitlik’ manasındadır.

1. Tazmin/Tazminat

Meydana gelen zarar ve ziyanı ödemek/ödetmek, ödemeyi garanti etmek, bir kimseyi borç altına girdirmek, bir şeyi borçlanarak ödemektir. Tazminat, tazmin kelimesinin çoğulu olup zarar, ziyan, hasar, kusur vb. borç doğuran durumlarda, fiil ve muamelelerde bu zararın ortadan kaldırılması için verilen bedeldir. Haksız fiil işleyen kimse zarar gören kişinin malvarlığında sebep olduğu eksikliği öder. Akidden

³⁶ Kefevî, *el-Külliyât*, s. 579, Tehânevi, *Istîlâhâtü'l-Funûn*, 2/79, Aktan, Hamza, “Damân” *DİA*, 8/450-451.

³⁷ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 6. Ebu Davud, *Buyu'*, 89.

³⁸ Ebu Davud, *Edep*, 37.

doğan bir mükellefiyeti ihlal eden kimse dahi akde muhalefeti sonucunda meydana gelen tüm zararları tazmin ile mükelleftir.³⁹ Bir malın ekonomik değeri o malın değerini ifade eder. Eşyaya verilen kıymet bizzat o eşya gibidir ve eşyanın hükmünü alır. Eşya yerine bedelini vermek de aynı hükümdür.⁴⁰

Tazmin kavramı ta'viz kavramı ile birbiri yerine kullanılmaktadır. Bu ta'viz kelimesi bedel vermek manasında kullanıldığı için burada tazmin kelimesinden sadece ödemeyi anlıyoruz.⁴¹ Tazminattan kasıt ödemek, ödemekten kasıt ise zarar ve ziyânı ortadan kaldırmaktır. Malı telafi etmek demek mal sahibinin uğradığı kaybı ortadan kaldırmak demektir.⁴² Bir şeyin değerini vermek bizzat o şeyi geri vermek, değerini almak bizzat o şeyi almak gibidir.⁴³ Vârolan bir şey değil ortadan kalkan bir şey telafi edilir. Ayrıca kıymet, tazminatlarında geçerlidir çünkü alışverişlerde kıymet söz konusu değildir.⁴⁴

Bir malın tazmin edilmesinde şöyle bir sıra takip edilir: Mal sağlam duruyor ve üzerinde herhangi bir hakiki ya da hükmi değişiklik olmadı ise malın ayn⁴⁵'ını veririz. Bu şekilde yapılan tazmin, 'eday-ı kâmil'dir'. Ayn'ını verme imkânı kalmayınca mal, misli ise mislini veririz. Misli ile yapılan tazmine, 'misli makul ile gadâ/gadâ-i kâmil' denir. Ayrıca mal misli olduğu halde tükenmiş ise kıyemi gibi değerlendiririz. Tazmin edilen mal kıyemi ise kıymetini veririz. Kıymeti ile yapılan tazmine ise 'gadâ-i kâsır' denir.⁴⁶ Kıymet, tazmin edilen şeyin şeklen benzeri olmayıp manen benzeridir. Malın kıymetini tespit konusunda ise ehli vukûf dediğimiz bilirkişiler tarafından belirlenen miktar verilir.

2. Taahhüt

Sözlükte; 'ahd' kökünden türeyen 'uhde' kelimesi taahhüt, anlaşma, güvence gibi manalara gelir. Riskli bir durumun sonuçlarından sorumlu olmak manasındadır. Fıkıhta ise sorumluluk manasında kullanılır. Tazminat hukukunda mali sorumluluğu

³⁹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 551.

⁴⁰ Şeyh, Bedrettin, *Câmiu'l-fusuleyn*, trc. Heyet, edt. Yunus Apaydın, s. 289a

⁴¹ Zerka, *el-Medhalu'l-Fikhiyyu'l-'Âmm*, 1/341-342.

⁴² Serahsi, *el-Mebsut*, 11/56.

⁴³ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/98.

⁴⁴ Mecelle, md. 154, Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s. 40.

⁴⁵ Ayn: Ortada bulunan, görünen, kendine ait muayyen fiziki, maddi bir varlığa sahip, mevcut olan ve başkasının hakkıyla karışık olmayan şeydir.

⁴⁶ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/50.

belirtir.⁴⁷ Mali sorumluluk, hasar sorumluluğu, satıcının ayıba ve zabta karşı tekeffül⁴⁸ borcu manalarında da kullanılır. Aynı kökten gelen taahhüt ise; bakım, himaye, koruma, üstlenme, üstüne alma, vaat etme gibi manalara gelir. İstılahta ise İltizamı yani bir şey üstlenmeyi tazammun eden söz, yüklenme⁴⁹ demektir.

Akid nazariyesinde akdin in'ikad olması demek, akdin hukuki varlık kazanmasını ve tarafların taahhüt, sorumluluk altına girmelerini, akdi sağlamlaştırılmalarını ifade eder.⁵⁰ Akid kurulduğu zaman taraflar birbirlerine karşılıklı borç ve hak sorumluluğu içine girmektedirler.

Taahhüt, manası itibariyle kişinin damân altına girmesi, sorumluluğun üstlenilmesi diye tarif ettik. Kişi malı, ameli ve damânı sebebiyle kâr elde eder.⁵¹ Mecelle de “Damânı amel bir nevi ameldir”⁵² diye beyan edilen kişinin işi üstlenmesi o işi yapmış gibi kabul etmesi manasındadır. Bir örnek vermek gerekirse; şirket-i ebdan da ortağın ücrete/kâra hak kazanması bizzat çalışma ve işi ifa etmesi sebebiyle değil işi kabul ve taahhüt etmesi, işin ifasıyla ilgili hukuki yükümlülük, sorumluluk altına girmesi dolayısıyladır. Ortakların birinin herhangi bir ameli, fiili olmasa hatta işin nasıl yapıldığını hiç bilmeseyse bile o işin yapılacağına dair söz verip iş kabul etmesinden (tekebbül) dolayı ücrete hak kazanır.⁵³ Ortağın taahhüt ettiği iş yerine getirilmediği takdirde müşteri işi kabul eden kişiyi muhatap alır.

3. Sorumluluk

Sorumluluk taahhüt kavramıyla yakın manada olup meydana gelen zarara kimin katlanacağı, kimin üstleneceği ile ilgilidir. Bu sebeple zarar kavramı ile ilişkilidir. Zararı kim oluşturdu ise ödeme sorumluluğu da ona aittir. Sorumluluk cezaî ve hukukî diye ikiye ayrılmaktadır. ALLAH'a veya kula izafe edilen bir hakkın ihlaline ceza yaptırımını bağlanmışsa cezaî sorumluluk, kişiye ait haklardan birinin ihlaline tazminat yaptırımını bağlanmışsa hukukî sorumluluk devreye girer.⁵⁴

⁴⁷ Aybakan, Bilal, “Uhde”, *DİA*, 42/53.

⁴⁸ Kefil olmak, garanti/temin etmek, teminat vermek, taahhüt etmek.

⁴⁹ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab* Erdoğan, “a-h-d”, 4/974, (3150), Mv. F. “uhde”, 31/33, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 531.

⁵⁰ Apaydın, Yunus, “İn'ikad”, *DİA*, 22/314.

⁵¹ Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fıkhiyye*, s. 267.

⁵² Mecelle, md. 1346.

⁵³ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, ss. 202-204.

⁵⁴ Aybakan, “Zarar”, *DİA*, 44/133.

Bu kısımda damân kelimesinin tanımını ve tanımda geçen ifadelerden kelime ile bağlantılı olduğunu düşündüğümüz diğer kavramları vermekle iktifa ettik. Bu kavramlardan yola çıkarak çalıştığımız kâidedeki damân kavramının hangi manada kullanıldığını aşağıda izah edeceğiz.

C. Ecr ve Damân İctima' Etmez Kaidesinde Geçen Damân Kavramının Manası

Kendisi ile faydalanılan bir aynın kıymetini borçlanmak manasında kullanılmıştır.⁵⁵ Ahmed en-Nedvi'ye göre de bu maddedeki damândan kasıt kendisinden şer'an faydalanılan bir aynın kıymetini borçlanmak, üstlenmek, misliyyattan ise mislini kıyemiyattan ise kıymetini ödemektir. Mecelle 86. maddedeki damân ıstılâh olarak tazminat manasında kullanılmıştır.⁵⁶ Zerka; (v. 1357/1938) kâideyi şerh ederken damân için' bir şeyin kıymetini veya noksanını borçlanmak' diye tarif eder.⁵⁷ Ali Haydar Efendi (v.1935) ise maddenin şerhinde damânı şöyle tarif eder; 'Dâman bir şeyin misliyyattan ise mislini kıyemiyattan ise kıymetini vermektir, diye tarif eder.'⁵⁸

Kanaatimize göre Hanefiler, bu kâidedeki damân kavramını tazminat olarak düşünmüşlerdir. Malın muhafaza sorumluluğunu üstlenmek ve başına bir zarar gelince ödemeyi taahhüt etme manasında kullanmışlardır. Diğer mezhepler ile olan ihtilaf da damânın tarifinden kaynaklanmaktadır. Çünkü tarifte 'kendisinden faydalanılan bir ayn' ifadesi ile menfaatler tazmin dışı bırakılmıştır.

II. Ücret ile Damân İctima' Etmez Kâidesinin Oluşum Süreci

Mecelle'nin 86. maddesi ilk ortaya çıkışı ve kâide formuna dönüşüncüye kadar olan süreci aşağıda kısaca değineceğiz.

⁵⁵ Mv. F. "Damân", 28/461.

⁵⁶ Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, s. 463.

⁵⁷ Zerka, *Şerhu'l Kavâidi'l-Fikhiyye*, s. 431.

⁵⁸ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/187.

A. Kâidenin İlk Defa Geçtiği Eser, Dönem ve Kullanımı

Kâidelerin bir kısmı şer-î nâss'lardan büyük bir kısmı ise fıkıh birikiminden içtihadî olarak istinbat edilmiştir.⁵⁹ Bu şekilde ortaya çıkan kâideler kaynağına göre, kapsamına göre farklı sınıflandırılmalara tabi tutulmuşlardır. Üzerinde çalıştığımız kâide, kapsamına göre sınıflandırılan kâideler arasında yer almakta olup mezheplerin ihtilaf ettikleri kâidelerden birisidir.

İmâm-ı Azam'ın (v. 150/767) öğrencisi İmâm Muhammed'in (v. 189/805) ilk ve en hacimli eseri olan ve *Mebcut* ismiyle de bilinen *el-Asl* isimli eserinin kitabü't-teharri⁶⁰ kısmında;

ولو اجرالعينفسه وهو محجور بغيره جالبمئة درهم لبيع دم فخ دم سبعة أشهر ثم اصق
البعدها قويل في هذا اه ال اجرالعين في ماضى لان لم يستاجر لكن ضا ائاله و لاي يخدم ال اجر
ولاض م انول لكن انت حرن انلر لم يعدن ي ج ع ل ه ال ج في م اض في اخ ذهل يع في ع ه
الى م ال في كون في ك ل م ال ه دين ه...⁶¹

kâide formunda olmadan metin içinde geçmektedir. İçtihadî⁶² olarak derlenmiş olan kâidelerden biridir. Arapça ibarede şu konudan bahsedilmektedir: “Kısıtlı (efendisinden izinsiz) bir köle, kendisini başka birine yüz dirhem karşılığında kiralasa, yani aralarında bir akid olsa ve köle 6 ay çalıştıktan sonra efendisi onu azad etse kıyasen köle için (efendisine) ücret yoktur. Çünkü efendisinden izinsiz köleyi kullanmış ve ödeme sorumluluğunu üzerine almıştır. O sırada kiralayan kölenin hem aynına hem de menfaatine dâmindir. Ücret ile damân birlikte olmaz. Köle çalışırken başına bir şey gelmedi ise istihşanen (efendisine) ücret verilmesi gerekir. Fakat köle çalıştığı sırada ölecek olursa öldüğü andan itibaren ödeme sorumluluğundan dolayı kiralayan kişinin kendi kölesi gibi olur ve ücret ödemez. (köleyi tazmin eder) köle hizmetini tamamlar ve azad olmadan önceki sürenin ücretini efendisine öder.”⁶³

⁵⁹ Şimşirgil ve Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, s.72. Azak, Necmeddin, “*Ebu Said el-Hadimi'nin Mecamiu'-Hakaik adlı eserindeki kavaidi külliyyenin İslam hukukunun temel kâideleri içindeki yeri ve önemi*”, ss. 34-35.

⁶⁰ Sözlükte İstemek, Aramak, Araştırmak demektir. Fıkıh terimi olarak bir hükmü uygularken hükme ilişkin konuda kesin bilgi elde edilemediğinde araştırmak ve zan derecesinde kanaat geliştirmektir.

⁶¹ Şeybani, Muhammed, *el-Asl*, 3/39, Ahmed en-Nedevi, *el-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, s. 463.

⁶² Bkz. 59. dipnot

⁶³ Şeybani, Muhammed, *el-Asl*, 3/39, Serahsi, *el-Mebcut*, 10/207.

Kanaatimize göre konunun özünde, ödeme sorumluluğunu üstlenen kişinin malik gibi değerlendirilmesi vardır. Kişi maliği olduğu bir şeyden dolayı ücret vermesi gerekmiyor ise ödeme sorumluluğunu alan kişi de tıpkı malik gibi herhangi bir şey ödemesine gerek yoktur anlayışı göze çarpıyor.

B. Sonraki Dönem Eserlerde Kâidenin Kullanımı

Araştırmalarımıza göre kâidenin diğer dönemlerde kullanılması da şu şekilde olmuştur. 11. yy. müelliflerinden Serahsi'nin (v. 483/1090) *el-Mebsut* isimli eserinin kitabı't-teharri kısmında *el-Asl'da* olduğu gibi kâide formatında değil konu içerisinde “el-ecru ve'd-damân la yectemiân” şeklinde geçmiştir.⁶⁴ 12. yy. da kaleme alınan Müdellel bir eser olan Kasâni'nin (v. 587/1191) *Bedâiu's-sinâi* isimli eserinde ise icare kitabının icarenin hükmü ve bazı fasıllarında “ el-ecru mea damân la yectemiân” yine aynı şekilde kâide formatında olmayıp konu içinde zikredilmiştir.⁶⁵ 15. yy. âlimlerinden Aynî (v. 855/1451) el-Binaye isimli eserinin icare bölümünde “el-ecru ve'd-damân la yectemiân” şeklinde kâide formunda olmaksızın metin içerisinde geçmektedir.⁶⁶ Kavâid literatürünün tarihsel seyri içinde 16. yy. ortaya çıkan eserlerden biri olan Hanefî âlim ibn Nüceym'in (v. 970/1563) kaleme aldığı *el-Eşbah ve'n-nezâir* isimli eserde kâide formatında olmayıp icare akdi işlenirken ecr-i misil konusu içerisinde, “ed-damân ve'l-ecr la yectemiân” şeklinde geçmektedir.⁶⁷

C. Hâdimî'nin Eseri ve Kâide Formunda Düzenlenmesi

Fıkıh usûlü alanında 18. yy. kaleme alınan Hadimi'nin (v. 1176/1762) *Mecâmiu'l-Hakâik* adlı eserin sonuç bölümünde 154 tane kâide yer almaktadır. Hadimi, kâidelerin tespitinde ibn. Nüceym'in (v. 970/1563) *el-Eşbah ve'n-nezâir* adlı eserinden yararlanmış ve kendisinin de ilaveleri olmuştur.⁶⁸ Yukarıda da belirttiğimiz üzere çalışmamız İbn Nüceym'in eserinde henüz kâide formunda değildir.

⁶⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, 10/207.

⁶⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 4/176, 213, vd.

⁶⁶ Aynî, *el-Binâye*, 9/313.

⁶⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 2/434.

⁶⁸ Yaşaroğlu, M. Kamil, “Mecâmiu'l-Hakâik”, *DİA*, 28/217.

Kâideler üzerine yapılan bir çalışmada ise Hadimi'nin, bu kâideyi Kasâni'nin *Bedâ'iu's-sanâ'i* isimli eserinden derlediği belirtilmektedir.⁶⁹ Kanaatimizce üzerinde çalıştığımız bu maddeyi ilk defa Hâdimi kâide formunda düzenlemiştir. Hadimi'nin *Mecami'* isimli eserinde dokuzuncu kâide, “el-Ecru ve'd-damân la yectemiân” olarak geçmektedir.⁷⁰

D. Mecelle Küllî Kâidesi

Hâdimi'nin (v. 1176/1762) fıkıh usûlü alanında kaleme aldığı *el-Mecâmiu'l-Hakâik* isimli eseri Mecelle'nin kaynakları arasında yer almaktadır.⁷¹ Çalıştığımız kâide “ecr ve damân ictima' etmez” Mecelle 86. madde olarak ilk 100 küllî kâide arasında zikredilmektedir. Yazılışı ise tıpkı *Mecâmiu'l-Hakâik* eserinde geçtiği şekliyle herhangi bir değişiklik yapılmadan alınmıştır.

Kâidenin oluşumu ile ilgili bu açıklamalardan sonra şöyle değerlendirebiliriz; kâidenin ibaresi eserlere göre farklılık arzetsede muhtevasında işlenen konular benzerlik göstermektedir. Bu kısımda sadece oluşumundan bahsetmekle yetinip eserlere göre içerdiği konuları tezimizin ilerleyen kısımlarında bahsedilecektir.

III. “Ecr ile Damân İctima Etmez” Küllî Kâidesinin Manası

Üzerinde çalıştığımız Mecelle 86. küllî kâideyi Ali Haydar Efendinin eseri *Düreru'l-hükkâm* şerhinde geçtiği üzere buraya aynen aktarıyoruz.

“Ücret ile damân tek sebepten dolayı tek mahalde birlikte verilemez. Damân edilmesi gerekli yerde ücret verilmez. Dâman bir şeyin misliyyattan ise mislini kıyemiyattan ise kıymetini vermektir.

Örneğin binmek için kiralanan hayvana yük yükletilemez şayet yükletilip de hayvan telef olsa kiralayan kişi bu hayvanı kiralama sebebi dışında kullandığı için tazmin eder fakat ayrıca ücret vermesi gerekmez. Bir kimse kendisi binmek için bir hayvan kiralasa fakat hayvana başkası binse, kendisi giymek için kiraladığı elbiseyi

⁶⁹ Azak, Necmettin, *Ebû Saîd El-Hâdimî'nin Mecâmiu'l-Hakâik adlı Esrindeki Kavâid-i Külliye'nin İslâm Hukuku'nun Temel Kâideleri İçindeki Yeri ve Önemi*, s. 95.

⁷⁰ Hâdimî, *Mecamiu'l-Hakâik*, s. 372.

⁷¹ Yaşaroğlu, M. Kamil, “Mecâmiu'l-Hakâik”, *DİA*, 28/217.

başkası giyse hayvan ve elbise telef olsa sadece damân lazım gelir ücret lazım gelmez.

Gasp açısından düşünülecek olursa; bir kimse başkasının hayvanını gasbedip kullansa ve bu hayvan ğasbedenin elinde telef olsa hayvan ğasıbın damânında (sorumluluğunda) olduğu için kendisine tazmin gerekir. Bu hayvan ğasıbın damânında olduğu için sahibine olduğu gibi iade ettiği zaman damândan kurtulur. Fakat bu hayvan yetim malı, vakıf malı ya da muaddun li'l-istiğlâl olsa idi hayvanın gasbettikten sonraki süre içinde faydalandığı menfaati tazmin eder.

Hayvanı belli süreliğine kiralayan kişi eğer bu süreyi aşarsa aşılın süre zarfında kiracı ğasıp konumunda olup hayvan müste'cirin damânında yani tazmin sorumluluğunda olduğu için aştığı süreye ayrıca ücret ödemez.

Damân ve ücretin birleşmemesinin sebebi tek mahal ya da tek sebepten dolayıdır. Şayet mahal tekliği ya da sebep ortaklığı yoksa o zaman hem ücret hem de damân lazım gelir. Şöyleki: bir kimse belli bir yere gitmek için kendim bineceğim diye bir hayvan kiralasa fakat o hayvana hem kendisi hem de bir başkasını bindirse ve tespit edilen yere vardıldıktan sonra hayvan telef olsa hayvan her iki kişiyi aynı anda götürmeye gücü yetiyorsa hem ecr-i müsemma hem de hayvanın kıymetinin yarısını tazmin etmek şarttır. Bu durumda ücretin verilme sebebi kiralayan kişinin belirtilen yere varmış olmasıdır. Kıymetinin yarısını tazmin etme sebebi ise hayvana başka birini bindirip teaddide bulunmasıdır. Eğerki hayvan telef olmamış olsaydı hayvana başka birini bindirmekle ayrıca ücret ödenmesine gerek yoktu. Verilen bu örnekte sebepler başka olduğu için hem ücret hem de damân lazım geldi.”⁷²

⁷² Ali Haydar, *Düerü'l- Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/187-188.

İKİNCİ BÖLÜM

“ECR VE DAMÂN İCTİMA ETMEZ” KAİDESİNİN MEZHEBLERE GÖRE TAHLİLİ

I. UMUMİ OLARAK AKİD ANLAYIŞI

A. Akid Nazariyesi

Akid, sözlükte عقد kökünden mastar olup düğümlemek, bağlamak bir şeyi bir şeye geçirmek, kenetlemek manalarına gelir.⁷³ Istilâhi manasını ise Mecelle şöyle tarif eder. “Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabul irtibatından ibarettir”⁷⁴ Mecelle’nin tarifinden anlaşıldığı kadarıyla, taraflar bir mahal üzerinde iradelerini beyan edip sonucunda da birbirlerine karşı bir yükümlülük üstlenmeleri, karşılıklı bir borç altına girmeyi -iltizam ve tahhüd- etmeleridir. Aynı zamanda akid, mülkiyet sebepleri ve damân sebepleri sayılırken kendisine atıf yapılan bir kavramdır.

Akid, yapıldığı andan itibaren kendiliğinden akdin taraflarına haklar ve sorumluluklar (borç) doğurur. Akid esnasında bu haklar ve borçlar söylenmese bile akdin muktezasi gereği tarafları bağlayıcıdır.⁷⁵

1. Akdin Mahalli

Hakkında akid yapılan şey yani ma’kudun aleyhtir. Akdin mahalli, tarafları nizaaya sürüklemeyecek, herhangi bir tartışmaya yol açmayacak şekilde belirgin olmalıdır.⁷⁶

2. Mahallin Mahiyeti

Ma’kudun aleyh dediğimiz şey mal, menfaat (emek) ve sorumluluktur. Konumuzla ilgi kurabilmek adına mahallin menfaat - mezhepler arası ihtilafı olmakla beraber- olduğu kira akdinden burada kısaca bahsetmeyi uygun görüyoruz.

⁷³ Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 2.

⁷⁴ Mecelle, md. 103.

⁷⁵ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/47.

⁷⁶ Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta’lîl-i-Muhtâr*, 2/4.

Mezheplerin ihtilafı menfaat konusundadır. Hanefilere göre akdin mahalli menfaatin hasıl olduğu ayn'dır.⁷⁷ Cumhura göre akdin mahalli bizzat menfaatin kendisidir.⁷⁸

Ecr kökünden türeyen icare kavramı lügatte kiralamak demektir.⁷⁹ İvaz karşılığında menfaatin temlikidir.⁸⁰ Mecelle'de "mâlum bir menfaati mâlum bir bedel karşılığı satmaktır."⁸¹ diye tarif edilir. Günümüz hukuk tabiriyle kira akdi, menfaati bir bedel karşılığında temlik etmek ya da bir bedel karşılığı menfaat üzerine akid yapmaktır. Bir şeyin kullanımını kiracıya teslim etme, kiracı da muayyen bir bedeli ödeme borcu altına girer. İki taraflı borç doğurduğu için lazım bir akiddir, tarafları bağlayıcıdır. Yapılan akid ile menfaate biçilen kıymet menfaati mütekavvim hale getirmektedir. İcare akdi, menfaatin akid anında bulunmaması sebebiyle ma'dumun satışı olarak kabul edilmekte ve kıyasın hilafına istihsanen geçerli sayılmaktadır. Hanefilere göre menfaatin dahil olduğu akidler kıyasın hilafına istihsanen caizdir.⁸² Kira akdinde kiralanan malın çıplak mülkiyeti (rakabe) akid süresince kiracının elinde emanet hükmünde, fakat intifa (kullanım) hakkı yani menfaati ise damânındadır yani uhdesindedir.⁸³

İcare akdinin kurulabilmesi için gerekli unsurlar; mahal, süre ve ücrettir. Akdin hükmünün sahih olması için de taraflar, mahallin ma'lum olması, menfaatin malum, mütekavvim ve makduru't-teslim olması şarttır.⁸⁴ İcare akdinde taraflar arasında nizayı (tartışmayı) önlemek için menfaatin bilinmesinden kastedilen şey me'curun kullanımına dair bilgilerin bilinmesidir. Çünkü menfaatin bilinmesi kullanılacak ayn'a bağlıdır. Sürenin konması özellikle bazı malları - vakıf ve yetim malları- korumak adına önemlidir.

Kiralayan kişi, akdin doğurduğu hakkını kullanabilmesi, ancak akdin muktezasına uygun, kanuni ve hukuki sınırlar içinde geçerlidir. Kiraya veren kişi malın kullanımını mutlak verirse bu durumda kullanım sınırını örf tayin eder.

⁷⁷ Meydâni, *el-Lübâb*, 2/28, vd.

⁷⁸ İbn Kudâme, *el- Muğni*, 8/5-6, Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/427

⁷⁹ Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 141.

⁸⁰ Kefevî, *el-Külliyât*, s. 48.

⁸¹ Mecelle, md. 405.

⁸² Bardakoğlu, Ali, "İcare". *DİA*, 21/379.

⁸³ Aktan, Hamza, "Damân", *DİA*, 8/451.

⁸⁴ Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, ss. 154-157.

Me'curu kullanımına yönelik veya ücretin ödenmesi konusunda akid esnasında bazı şartlar ileri sürebilir.

Malın tazmin sorumluluğu müşteriye kabz ile geçer. Malın tazmin sorumluluğunun karşı tarafa geçmesi için icap ve kabul yeterli olmayıp kabz gerçekleşmiş olmalıdır.⁸⁵ İcarede kabz işlemi mecurun teslimi ile başlar çünkü menfaatler akidle değil kabz ile kişinin damânına girer, kabz ile teayyün eder. Kiralayan kişi menfaatten faydalanmaya başlayınca menfaatin kabzı gerçekleşir. Müste'cir mecurun değil me'curun menfaatinin malikidir. Bu durum ücrette de kendini gösterir örneğin; evi kiralayan kişi kabzettiği anda ücret başlar oturmasa bile ücreti vermek zorundadır. Çünkü mahallin teslimi menfaatin teslimi gibidir.⁸⁶

3. Mahallin Karşılığı

Ma'kudun aleyh dediğimiz şeyin karşılığında verilen bedel, yani semen, ücret ve kefalettir. Semen dediğimiz kavram mahiyet olarak para ya da başka bir maldır. Semen, semen olarak kabul edilmesi için bazı şartlar vardır.

Akidlerde mahal menfaat ise bu menfaatin karşılığı ücrettir. Ücret, tarafları anlaşmazlığa sürüklemeyecek tarzda açık olacak ve mütekavvim mal sayılacaktır.⁸⁷ Mûcir, ücrete akid yapmakla sahip olmaz. Aynı şekilde müste'cir de menfaate akidle sahip olmaz çünkü menfaat şey en fe şey en ortaya çıkar. Menfaat ortaya çıktıkça ona sahip olur.⁸⁸

Akidlerde mahal sorumluluk ise bu sorumluluğun karşılığı kefalet ve damândır. Bir mal kişinin elinde üç şekilde bulunabilir. Mülkün sahibidir (yedü'l-milk), mülkü koruyandır (yedü'l-emane), haksızlıkla bulunduruyordur (yedü'd-damân).⁸⁹ Sorumluluğunu üstlendiği şey konusunda kişiler ya kefil, ya müteahhit, ya da dâmindir. Bu üç kavram birbiri yerine kullanılsa da ince nüanslarla değişiklik göstermektedir. Biz burada ücret ve damân konusunu bu kadar açıklamakla iktifa edip tezin ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bilgi verilecektir.

⁸⁵ Apaydın, H. Yunus, "Kabz". *DİA*, 24/ 45-47, Atalay, Arif, *İslam Hukukunda Kabz*, s. 133.

⁸⁶ Aynî, *el-Binâye*, 9/284.

⁸⁷ Bardakoğlu, "İcare", *DİA*, 21/382.

⁸⁸ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 2/413.

⁸⁹ Topal, Şevket, "Zilyedlik", *DİA*, 44/418.

4. Mahalde Kâr Konusu

Ma'kudun aleyhe göre kişinin kâr elde etme sebepleri de üç şekildedir. Kişi ameli (emek), malı ve damânı (taahhüt) sebebiyle kâr elde eder.⁹⁰ Konumuzla ilgili açısından damân sebebiyle kâr elde etme konusuna kısaca değineceğiz. Mecelle'de "Damân-ı Amel Bir Nev-i Ameldir" diye yer alan bu kâide, bir işi taahhüd eden kişinin bizzat o işi yapmış kimse gibi olacağını beyan eder.

Bir işin sorumluluğunu yüklenmek o işi yapmak gibidir. Kişinin sorumluluğunu üstlendiği işi kendisinin yapıyor olması şart değildir veya işi üstlenmesi o işi onun yapacağı anlamına gelmez işi başkasına da yaptırabilir. Burada üstlendiği sorumluluk sebebiyle kişi kâr elde edebilir. Yani kişinin sorumluluğu üstlenmesi onun ücret almasına sebeptir. Gününüzde fason üretim tam da bunun örneğidir. İş kabul eden yani sorumluluğu üzerine alan kişi aldığı işi yapmayı bilse de olur bilmeseyse de olur. Buradaki sorumluluk teahhüt manasındadır. Şayet iş konusunda teahhüt ettiği şeyi istenilen şekilde teslim etmez ya da şartlara uymayan bir şey olursa oluşan zarardan kendisi sorumludur.⁹¹ Burada sorumluluğu damânın iltizam manasında ele aldığımızda bu sorumluluk sebebiyle de bir şeyi kullanmasından dolayı herhangi bir şey ödemez. Ödememe sebebi ise malın sorumluluğunda olması aynı zamanda o şeyin başına bir zarar geldiğinde tazmin etmesi demektir. Yukarıda saydığımız üç halin dışındaki kâr ise bazı istisnalar dışında haksız kazançtan dolayı oluşabilecek kârdır. Şöyleki:

Meşru sebep olmaksızın başkasının malını almak caiz değildir.⁹² Gâsıbın kâr elde edip edemeyeceği konusu da yine mezhepler arasında tartışmalıdır. Çünkü malın tazmin sorumluluğu kimde ise o kişi aynı zamanda malın kârına, gelirlerine sahip olur anlayışı hakimdir. Fakat burada gâsıp malın asıl sahibi olmadığı haksız zilyed konumunda olduğu için kendi kullanımından dolayı Hanefilere göre bir ücret, bedel vermek zorunda değildir. Buradaki kullanım hakkı gayri meşru olduğu için malı çalıştırmamasından dolayı elde ettiği kâr konusunda şöyle düşünürler:

⁹⁰ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkam*, 3/642, Nedevi, *Kavâidu'l-Fıkhiyye*, s.100.

⁹¹ Mecelle, md. 1346, 1347

⁹² Mecelle, md. 96

Gasbedilen malın gelirleri tazmin sorumluluğundan dolayı gâsıbındır, bunları malın asıl sahibine vermez fakat kendisi de kullanamaz. Çünkü bu kâr gayrı meşru yolla elde edilmiştir ve kendisi için temiz olmayan bir kazançtır.⁹³ Asıl sahibin zilyedliği devam ettiği için gasbedilmekle asıl zilyedin malik olma hali sona ermez. Bu sebeptendir ki gâsıp kendi damânında olup da mülkünde olmayan şeyin karını tasadduk edecektir⁹⁴

Gasıptaki mülkiyet nakıs mülkiyettir.⁹⁵ Çünkü mal sahibinin zilyedliği bir yerdeki malı üzerinde sabit olunca bu mal bu yerde kaldığı sürece hükmen devam eder. Örneğin gasbeden evde otursa bile ev sahibi evine girme ve orda oturma kudretine sahiptir. Gasbeden bundan ev sahibini engellerse bu mülke değil malike bir engeldir. Bu ise maliğin zilyedliğini ortadan kaldırmaz.⁹⁶ Gâsıp malı kullanmasıyla birlikte asıl sahibin bir zararı oluştu ise onu tazmin edecektir. Kendi kullanımından dolayı bir ücret vermemesi ücret ile damânın – buradaki damân mali sorumluluk manasında- bir arada olmamasından dolayıdır. Akid nazariyesi ile bu kısa bilgilerden sonra şimdi de zarar ve tazminat konusuna değinelim.

C. Zarar İzale Olunur Kâidesi Çerçevesinde Damân ve Tazminat Konusuna Genel Bakış

Günümüz hukukçularından Senhuri (v. 1971) “ecr ve damân ictima’ etmez” kâidesini “zarar” başlığı altında ele almıştır.⁹⁷ Biz de bu kısımda zarar ve tazminat ilişkisine değineceğiz.

Mecelle maddeleri, birbirinden bağımsız işlenmiş gibi bir izlenim verse de esasen her bir maddenin başka bir madde ile daha anlaşılır hale geldiği ya da ortak noktalarının olduğu dikkatlerden kaçmamaktadır. “Zarar izale olunur” kâidesi de zannımızca üzerinde çalışılan kâidenin temas ettiği konular açısından önemlidir.

Mecelle’nin ilk yüz maddesinde zarar konusu etraflıca incelenmiştir. Zararın ortadan kaldırılması, zarar görenlerin zararlarının telafi edilmesi, zararın kendi

⁹³ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 7/154.

⁹⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/98.

⁹⁵ Aynî, *el-Binâye fî şerhi’l-Hidâye*, 10/232.

⁹⁶ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/118.

⁹⁷ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 2/169-170.

miktarınca tespit edilmesi gibi konular sayılabilir. Zarar konusunun işlendiği yerlerde damân konusu da etraflıca ele alınmıştır. Kısaca Mecelle’de zarar ve damân konusu ayrıntılı işlenmiştir. Bu da demektir ki zararın hiçbir şekilde üstü örtülemez, bertaraf edilemez, geçiştirilmez. Mutlaka ortadan kaldırılması ve ortaya çıkan hak kaybının giderilmesi şarttır.

Klasik eserleri incelediğimiz zaman bizde oluşan genel kanaate göre bir şeyin tazmin edilebilmesi için ekonomik değer ile ölçülecek bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir. “Yemeğe karşı yemek, kaba karşı kap gerekir.”⁹⁸ “Kim haksız yolla bir karış arazi...”⁹⁹ vb. örneklerde olduğu gibi. Zararın maddi bir kusur olup ölçülebilir olması meselesi ayn menfaat ayrımını gündeme getirmiştir. Menfaatin, mücerret faydanın mal olarak kabul edilmemesi tazmininin de edilmeyeceği sonucunu doğurmuştur.

Bu konu mezhepler arasında ittifak olunmayan meselelerden biridir. Aynı zamanda zarar konusunda batı Hukukçuları ile İslam fıkıhçıları farklı görüşler ortaya koymuştur. Batı hukukçuları ile fakihler zararın sınırı konusuna farklı yaklaşmış maddi manevi her zararı bedelli kabul etmişlerdir. Onlara göre zarar; menfaatte, işte, başka bir şeyde de olsa aynı şekilde bedellidir. İslam hukukçuları ise menfaat gibi bazı konuları zarar kapsamı dışında tutmuşlardır.¹⁰⁰

1. Zarar Nedir

Maddi ve manevi olarak kişilerin uğradığı kayıp ve bu kayıp sonucunda mağduriyet ortaya çıkması zarar konusunun özünü belirler. Kişinin fiziki, ruhi veya mali varlığında sonradan oluşan kayıp manasında da kullanılır. Hakka konu teşkil eden varlık veya değerın zedelenmesi ya da yok olmasıdır.¹⁰¹Bu tanımdan anladığımız kadarıyla zarar, varlığın ortadan kalkması ya da eksilmesi manasına gelecek şekilde ‘ekonomik değer kaybı’ olarak değerlendirilmiştir. Aynı zamanda Zarara uğrayan nesnenin tazmin konusu olabilmesi için dini-hukuki bakımdan

⁹⁸ Buhari, Mezâlim 30, Tirmizi, Ahkam 23.

⁹⁹ Buhari, Mezâlim 14, Müslim, Müsakât 137.

¹⁰⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 2/168.

¹⁰¹ Aybakan, “Zarar”, *DİA*, 44/130-131.

ekonomik değer taşınması ve bazı mezheplere göre kendi başına var olabilmesi gerekir.¹⁰²

Bu cümleden yani “ekonomik değerle ifade edilecek” cümlesinden anladığımız kadarıyla menfaat kapsam dışında tutulmuştur. Çünkü menfaate değil, bağlı bulunduğu aynına ekonomik değer biçilir. Menfaat değil menfaatin bağlı olduğu varlık ortadan kalkmaktadır. Ayn zarar görmedi ise menfaate bir değer biçilmez.

2. Zarar İzale Olunur.¹⁰³

İslam dininde zarar vermek, zarara karşılık zarar vermek zulümdür. Fıkhî hükümlerde başkasına zarar vermeme, zararı önlemeye çalışma, ve her ne sebeple olursa olsun bir zarar meydana geldi ise onu, ortadan kaldırma düşüncesi vardır. Bu düşünce İslam’ın genel kurallarından biri ve temel ilkelerindedir. Meydana gelen zarar kasıtlı veya kasıtsız ya da ihmal sebebiyle meydana gelsin durum değişmez, ortaya çıkan mağduriyet giderilir. Zarar konusunun geçtiği yerde damân-tazminat konusu gündeme gelir.

Genel anlamda zararın kaldırılmasını ifade eden bu kâide, özellikle şu durumlarda varlığını gösterir. Haksız fiiller, hakkın kötüye kullanılmasından doğan zararların önlenmesi, vb. konulardır.¹⁰⁴ Bahsedilen konularla akdi kuran tarafların ve de üçüncü şahısların zarar görmesinin önüne geçilmesi planlanmaktadır. Zararla ilgili kâideler, hakların koruma altına alınması için bir nevi tedbir niteliğindedir. Örneğin; haksız bir fiil olan gaspta, mal sahibinin zararının hesap edilmesi ile gasptan önceki duruma nasıl dönüleceği düşünülmüş ve tazminat ona göre belirlenmiştir.

Bu kâide çerçevesinde zararlar kaldırılır, fakat bu durumda zararı kaldırırken başka bir mağduriyete de sebebiyet verilmemelidir. Zarar gören taraf zararından daha fazlasını talep ederek zenginleşme yoluna gitmemeli veya zarar veren ceza çeksini diye düşünmemelidir. Sadece ortaya çıkan zarar giderilmelidir.

¹⁰² Karaman, Hayreddin, “Akid”, *DİA*, 2/255.

¹⁰³ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* 2/94, Mecelle, md. 20.

¹⁰⁴ Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 278.

3. Zarar ve Tazminat Dengesi

Zarar, çeşitli yönlerden ortaya çıkabilir. Zarar giderilir, kâidesi gereğince ortaya çıkan zararlarda mağdur olan taraf(lar)ın kayıpları bertaraf edilir. Damân sebepleri mezheplere göre farklılık arzeder. İlzam, iltizam, zilyedlik ve zararlı fiil bu sebeplerden birkaçıdır. Tazminat, damân kavramından daha dar olup genellikle haksız fiillerde karşımıza çıkan bir konudur.

Haksız fiil klasik dönem eserlerinde genel bir nazariye halinde değil gasp ve itlaf gibi konularda fer-i meseleler olarak işlenmiştir. Borcun en yaygın kaynağı olarak bilinmektedir. Haksız fiilde unsur zarardır. Kişinin malını ya da şahsını ilgilendiren kayıp, noksan veya eksilme demektir. Kısaca böyle bir fiilin doğurduğu zarar şahsa ya da mala yöneliktir.

Haksız fiilden söz edebilmek için de ekonomik değerle ifade edilecek bir zararın meydana gelmiş olması, zarara yol açan bir fiilin olması ayrıca bu fiille meydana gelen zarar arasında bir bağ olması gerekmektedir.¹⁰⁵ Haksız fiille zarar verilen şeyin tazmin edilebilmesi için de bazı şartlar vardır. Bunlar; zarar verilen şeyin ekonomik değeri olmalı, zarar verilen şey ile bedel arasında bir benzerliğin olması vb. şartlardır. Bu mesele geçmişte malların tazmin yönünden de incelendiğini göstermektedir.

Mallar tazmin edilmeleri yönünden mazmun ve gayrı mazmun olmak üzere iki kısımda incelenir. Mazmun mallar bi gayrihi ve bi nefsihi diye de kendi içinde ikiye ayrılır. Mazmun bi gayrihi; misli ya da kıymeti ile değil başka bir şey ile ödenendir. Mazmun bi nefsihi/bi aynihi; yok olduğunda misli ya da kıymeti ile ödenenlerdir. Gayrı mazmun ise; teaddi ve taksir olmadığı sürece ödenmeyen mallardır. Emanetler bu tür mallardandır. Teaddi ve taksir olduğu zaman gayrı mazmun mallarda mazmun bi nefsihi hükmüne tabi olurlar. Konumuz gereği me'cur gayrı mazmundur. Teaddi, taksir olduğu zaman mazmun bi nefsihi olur. Şarta aykırılıktan dolayı hükmî gasp meydana gelince yine mazmun bi nefsihi hükmüne tabi olur.¹⁰⁶ Bu açıklamalardan sonra konumuzla bağlantısı açısından tazminat zilyedlik ilişkisine kısaca değinelim.

¹⁰⁵ Aybakan, Bilal, "Zarar", *DİA*, 44/133.

¹⁰⁶ Mv. F, "Damân", 28/229, Çeker, Orhan, *Muamelat Semineri Ders Notları*, 25.01.2014.

4. Tazminat ve Zilyedlik

Ma'kudun aleyhe zarar gelmesi durumunda tazminat hükümlerinin devreye girdiğini yukarıda açıkladık. Tazmin edecek kişinin sorumluluk sınırı zilyedliği ile bağlantılıdır. Kişi malı elinde bulundurmakla tazmin etmiyorsa mal emanettir ve kişi yed-i emîndir. Elindeki malı tazmin ediyor ise yedü'd-dâmindir. Bahsedilen durumlara örnek vermek gerekirse; icare akdinde me'cur(kiralanan şey) müste'cirin elinde emanettir. Kiracı aslî zilyed değil fer'i, (geçici) zilyedir ve menfaatten malum bir süre faydalanmak için aynı elinde bulundurmaktadır. Kiracının zilyedliği sınırlı aynı haktır ve süreklilik arzetmez. Akid süresince me'cur'da teaddi ve taksir olmadığı sürece tazmin sorumluluğu yoktur.

Bu emanet zilyedliği bazı durumlarda tazmin zilyedliğine dönüşebilir.¹⁰⁷ Emanet hükmündeki mallar (vedia, ariyet, me'cûr vb.) öngörülen şartlar dışına çıkıldığında tazmin edilirler. Haksız zilyed şayet zilyedliğinin haksız olduğunu bilmiyorsa iyiniyetli haksız zilyed konumundadır. Aksi durumda ise kötü niyetli haksız zilyed konumundadır. Bunun ayrıntısı tazminat hukukunda kendini gösterir.¹⁰⁸ Tazmin zilyedliği aynı zamanda haksız zilyedliktir.¹⁰⁹

Fakihlere göre kişinin eşya üzerindeki fiili hakimiyetini bir hakka dayansın veya dayanmasın hukuki anlamda zilyed olmakla birlikte bu fiili hakimiyetin meşru yollarla elde edilmesi şarttır. Örneğin gaspta fiili hakimiyet var olmakla birlikte bu hakimiyet meşru değildir. O şeyden faydalanamaz, faydalanırsa tazmin etmek durumundadır. Gasp ve hırsızlıkla malın sahibi zilyedliği kaybeder ama tazmin hakkını kaybetmez. Yani malı konusunda zarara uğratılmaz. Haksız zilyed, hak sahibine elinin altındakini iade etmek durumundadır. Şayet iyi niyetli zilyed ise kirasını verir. Kötü niyetli zilyed ise malı aynen iade eder, edemediği durumda tazmin eder. Ayrıca fiili veya semavi şekilde mala gelen zarar ziyanı da öder.¹¹⁰

¹⁰⁷ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 2/486.

¹⁰⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 4/145-148.

¹⁰⁹ Yaka, Zeki, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, s. 48.

¹¹⁰ Topal, Şevket, "Zilyedlik", *DİA*, 44/419.

I. ECR VE DAMÂN'IN BERABER BULUNUP BULUNMAYACAĞINA DAİR MESELELER

Ücret ile damân ictima etmez kâidesi mezhepler arasında ihtilafli olup Hanefiler bir tarafta diğer mezhepler (Cumhur) bir taraftadır¹¹¹ Özellikle Hanefî nazariyesinde ücret ile damânın bir araya gelemeyeceği meselesi genel bir kuraldır Araştırmalarımıza göre bu kâide Hanefî mezhebinin kurucu imamlarından İmam Muhammed'in (v. 189/805) el-Asl isimli eserinden içtihadî olarak derlenmiştir. Kâidenin özünde ise menfaatin özellikle de mağsubun menfaatlerinin tazmin edilip edilmemesi konusu yer almaktadır.¹¹² Bu açıklamalarımıza göre öncelikle bazı âlimlerin kâide hakkındaki görüşlerini izah edeceğiz.

Mecami' müellifi Hadimî (v.1176/1762) bu konuyu *Bedâi* isimli eserden derleyerek 9. kâide olarak ele almıştır.¹¹³ Müellif bu maddeyi açıklarken gâsıbın mağsubu kullanımından dolayı kendisine herhangi bir ücret gerekmeyeceğini belirtir. Ona göre gâsıp kullanımından dolayı bir şey verirse bu, menfaatin tazmini demek olup menfaatin tazmini ile ilgili herhangi bir nass ya da delalet olmadığını izah eder. Ayrıca binmenin vb. faydaların icmaen maddi somut varlığı olan ayn ile bir benzerliğinin olmadığını da zikreder.¹¹⁴

Hadimî menfaatle ilgili bu görüşünü destekler bir mahiyette, başka bir kaynaktan derlemediği, sırf kendisine has oluşturduğu aynı eserin “menfaatler tek başına mütekavim olmaz” kâidesini 116. kâide olarak zikretmiştir.¹¹⁵ Ayrıca bu kâidenin açıklamasında da 9. kâide ile benzer bir açıklama yapar. Şöyleki: ‘Gâsıp malın asıl sahibine gasbettiğinin menfaatlerini tazmin etmez’ der ve şöyle devam eder. “Meşayihimiz (Hanefî ulema) der ki: mağsubun neması gâsıbın elinde emanettir, bunların helak olması halinde gâsıba herhangi bir şey gerekmez, sadece

¹¹¹ İbnü'l-Kayyim , *I'lâmu'l-muvakkı'în an rabbi'l-âlemîn*, s. 198.

¹¹² Mv.F, “Damân”, 28/261.

¹¹³ Azak, *Mecâimu'l-Hakâik adlı Esrindeki Kavâid-i Külliye'nin*, s. 95.

¹¹⁴ Hâdimî, *Mecami'* md. 9, s.372.

¹¹⁵ Azak, *Mecâimu'l-Hakâik adlı Esrindeki Kavâid-i Külliye'nin*, s. 100.

teaddi ya da malikini men ile tazmin edilir.”¹¹⁶ Buradan anladığımız kadarıyla menfaat kısmına zevaidle ilgili semereleri de eklemiştir.

Ahmed en-Nedvi’ye göre bu kâidenin özü, asıl üzerinde durduğu konu bir akid olmadan menfaatlerin tazmin edilmeyeceğine dairdir.¹¹⁷

Yine son asır İslam Hukukçularından Ahmet Muhammed Zerka’ya (v. 1357/1938) göre Hanefiler bu maddeyi kabul etmemekle aslında mağsubun menfaatlerinin tazmin edilmesi meselesine karşı çıkarlar.¹¹⁸

Günümüz fakihlerinden Hayreddin Karaman zarar konusunda “ İslam hukukunda iki kâide zarar mefhumunu daraltmaktadır.” diye belirtir. Bahsedilen bu kâideler ise üzerinde çalıştığımız kâide ve “nimet, külfet karşılığıdır” kâideleridir.¹¹⁹

Senhuri (v. 1971) ise bu kâideyi usul yönünden incelemiştir. Şöyleki; kişi bir aynı belli bir amaç için kiralasa fakat farklı bir amaç için kullansa ve bu kullanımından dolayı mala herhangi bir zarar gelmese kâideye göre ücret gerekmez o kullanımından dolayı damân da gerekmez. Senhuri, bu durumda kıyasen ücret gerekme bile istihsanen ücret gereklidir der ve bunu bir örnekle açıklar: İnsan, oturmak için bir yer kiralasa fakat orada çamaşırcılık yapsa ve bu yaptığı işten dolayı bina yıkılsa binayı tazmin eder fakat kullanımından dolayı ücret vermez. Fakat bina yıkılmasa şarta muhalefet ettiği için kıyasen ücret gerekme bile istihsanen ecr-i müsemmayı verir. Senhuriye göre sadece çıplak (mücerred) damân yani kişinin tazmin sorumluluğunda olması ücret almaya mani değildir. Fakat fiili damân var ise tazmin eder ücret vermez.¹²⁰

Senhuri’nin görüşünü biraz daha açıklamak gerekirse; kişinin ehliyet durumuna dayalı olarak kendisine hukuki sonuç bağlanacak şekilde tüm sözleri, fiilleri tasarruf olarak adlandırılmaktadır. Tasarruflar ise iki farklı şekilde incelenir. Bunlar: et-tasarrufâtu’l-kavliyye ve et-tasarrufâtu’l-fi’liyye. et-tasarrufâtu’l-fi’liyye kavramı doğrudan haksız fiilleri ifade etmek için kullanılmaktadır.¹²¹ Buradan

¹¹⁶ Hâdimi, *Mecami*, md. 116, s. 389.

¹¹⁷ Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, s. 463

¹¹⁸ Zerka, *el-Medhalu'l-Fikhiyyu'l-'Âmm*, 2/1038.

¹¹⁹ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/428.

¹²⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 2/169-170.

¹²¹ Dönmez, İbrahim, Kafi, "Tasarruf", *DİA*, 40/118-119.

hareketle mal fiilen tazmin edildiği zaman öncesinde haksız bir fiilî tasarrufun olduğunu göstermektedir. Haksız fiil sonucu malın tamamı tazmin edildi ise artık tazmin edenin mülkü gibi kabul edilmekte kısaca mâlik gibi düşünülmektedir. Bu durumda kişi kendi malına ücret vermeyeceği için kendisinden ücret düşer. Fakat ortada fiili tazminat yoksa kişi bu durumda yed-i emîn değil haksız zilyedir ve dolayısıyla yed-i dâmindir. Bu dâminlik sıfatı ise kişiyi malik yapmak için yeterli değildir.

Bu durumda sırf sorumluluğunda olması ile malik olmayınca başkasının malının menfaatini haksızlıkla kullanmıştır diyebiliriz. Bu kullanımıyla ilgili elde ettiği faydanın karşılığını sahibine ödeyecektir. Senhuri'nin görüşünü maddelendirecek olursak:

- * Fiili tazminat var ise ücret gerekmez.
- * Fiili tazminatta tazmin eden kabz anından itibaren malik gibidir.
- * Fiili tazminat yok ise ücret istihsanen verilir.
- * Fiili tazminat yapılmadığı durumlarda kişi haksız zilyettir malik değildir.
- * Hasar sorumluluğunda olmak mülkiyet sebebi değildir.

Kanaatimizce Senhuri Hanefi mezhebine yakın bir görüş belirtmekle beraber daha mütesahil bir yaklaşımda bulunmuştur. Şöyleki: Hanefiler menfaati ancak akidle birlikte mal ve mütekavvim kabul ederler, şayet akid yoksa menfaat gayri mütakvimidir. Burada şarta muhalefet etmek yani üzerine anlaşılan şeyden farklı bir iş yapmak sanki üzerinde konuşulan akdi geçersiz kılmaktadır. Ortada akid olmadığına göre menfaatin mütekavvimliği yoktur bu sebeple artık kişinin damânındadır. Buradaki dâmandan kasıt ödemeyi teahhüt etme sorumluluğudur. Bu yüzden ücret vermesi gerekmez. Şayet verirse menfaati akid olmadan da mal kabul etmek anlamına gelir. Bu anlayış ise tazmin esaslarına aykırıdır. İstihsanen müsemma ücreti verir demesine gelince, bu düşüncesinde İmam Muhammed'den esinlendiği kanısındayız.¹²² Kanaatimizce istihsanen denmesi herhangi bir zarar yok ise haksız iktisabın önüne geçmek ve oluşabilecek maduriyeti bertaraf etmek içindir.

¹²² Bkz, s. 15.

Ayrıca kıyasen demek için genel geçer tazmin esaslarına uymalıdır fakat burada tazmin esaslarına aykırı bir durum olduğu için istihsanen denmiştir.

Uslucülerin çoğuna göre hikmet ile ta'lil olmayacağı yani hüküm ile aralarında mümasalet (benzerlik) bulunmayan vasıflara göre ta'lil yapılmaz görüşü¹²³ mezheplerin kâide hakkındaki ihtilaf ettikleri noktanın hükmün illeti ve hikmeti konusunda olabileceği görüşünü bizde uyandırmıştır. Bazı durumlarda istihsanen verilen hükümlerden vazgeçildiği ve farklı yönde fetva verildiği olmuştur. Çünkü bir konu hakkında hüküm verilirken gerekçe olarak ihtiyaç, sıkıntı, güçlük gibi durumlarla izah yoluna gidildiği bilinmektedir. Bahsettiğimiz meseleyi örnekler üzerinden açıklarsak; Hanefiler şart muhayyerliğini tarafların düşünmeye, danışmaya ihtiyaç duyacakları gerekçesiyle ta'lil etmişler sonra bu hükmü nakit muhayyerliğine de uygulayarak cevaz vermişlerdir. emanet bırakılan kişi kusuru yoksa mal telef olunca tazmin etmez kuralı mücbir sebep dışında meydana gelen kusurlarda tazmin edilir, görüşüne İmameyn hükmetmiştir. Buna sebep olarak emanete hıyanet olaylarının çoğalması yine ahlakın bozulması durumu gösterilmiştir.¹²⁴

Burada göze çarpan diğer husus ise zamanın değişmesi ile hükümlerde de değişiklik yoluna gidilebileceği ve genel kurallardan istisna yönteminin işletilebileceğidir. İlk dönem Hanefi bilginler tazmin esaslarına kıyas edilemeyeceği için katı bir tutum sergileyerek karşı çıkmışlardır. Fakat sonraki Hanefi bilginler istihsan yöntemini işleterek menfaatlerin tazmin edilmeyeceği yönündeki mezhep içtihadından vazgeçmişlerdir. Bu esneklik üç konu ile sınırlarındırmıştır. Bunlar: Yetim malı, vakıf malı ve gelir getirmek üzere hazırlanmış maldır. Bu türdeki malları gasp eden kimseleri tazminle sorumlu tutmuşlardır. Aynı yöntem akit serbestisi kuralından vakıf bina ve arazilerinin uzun süreli kiraya verilmesi konusunda da kendini göstermiştir.¹²⁵

Çalıştığımız kâide de mezheplerin ihtilaf sebeplerinin biri de kavramlara ve delillere yüklenen manaların farklılığından dolayı olduğu düşüncesi bizde hasıl olmuştur. Özellikle de damân kavramının mezheplere göre farklı manada

¹²³ Şa'bân, Zekiyyüddîn, *Usûlü'l-Fıhı'l-İslami*, s.143.

¹²⁴ Şa'bân, Zekiyyüddîn, *Usûlü'l-Fıhı'l-İslami*, s. 192.

¹²⁵ Yaman, Ahmet, *DİB, İlmî Dergi*, 2014, 50/2, s. 13.

kullanılması ve kabz işleminin akitlere göre farklılık arzemesi gibi. Kabz işleminin kişiyi mülkiyet yönünden hangi konuma getirdiği de kanaatimizce ihtilaf olarak yansımıştır. Hanefiler damânı “mali sorumluluğu teahhüt” yani mala zarar geldiğinde koruma teahhüdünü yerine getiremediği için malı tazmin etmesi manasında ele alırken cumhur “mali sorumluluk” olarak ele almışlardır. Yani malın başına bir zarar gelmeseyse bile elinde bulundurmasından, sahibinin menfaatini yok etmesinden dolayı mali sorumluluğu yerine getirir. Bu aktardıklarımıza göre aşağıda ecr ve damân bir arada bulunur ve bulunmaz diyenlerin görüşlerini açıklamalarda geçen konular yönünden akkratacağız.

A. Ecr ve Damân’ın Birarada Bulunamayacağı Görüşü

İlk dönem Hanefî âlimlerine göre ücret ve damân tek sebepten dolayı birlikte olmaz. Kişi ödeme sorumluluğunda olduğu şey için ücret vermez. Sonraki dönem Hanefî âlimler ise bu görüşü biraz daha esneterek bazı konularda hem damânın hem de ücretin birlikte olabileceğini kabul etmişlerdir. Aşağıda sebep, delil ve hükümlere değineceğiz.

Hanefilere göre gâsıp gasbettiği şeyi ve semerelerini iade ile mükellef olduğundan geçen süredeki kullanımlarını yani menfaatini tazmin etmez. Çünkü gasbettiğinin başına bir sıkıntı geldiğinde tazmin etmekle yükümlüdür. Bu yararlanmadan dolayı ücret verecek olursa kendisinde hem tazminat hem de ücret birleşmiş olur. Bu da haksız bile olsa gâsıp için zulümdür. Ayrıca burada kullanımından dolayı belli bir ücret vermesi aynı zamanda menfaati tazmin manasına gelmekte olup menfaatin telefi, zararı söz konusu olmaktadır. Verilecek tazmin bedeli ile zarar gören arasında bir bağ, benzerlik olması gerekir fakat böyle bir benzerlik yoktur. Tahmini bir benzerlik ise riba şüphesi doğurur. Ayrıca Hanefilere göre tazmin edilen malın mülkiyeti tazmin edene aittir. Bir kimse mülkiyeti olan bir şey için ayrıca ücret vermez. Bu açıklamalar üzerine icare akdinde tazmin sebeplerini ve menfaatle ilgili meselelere değineceğiz.

1. İcare Akdinde Tazmin Sebepleri

Zarar başlığı altında tazminat konusuna kısaca değinmiştik. İcare akdinde tazminata hükmetmek için bazı sebeplerin oluşması gerekmektedir. Şimdi kısaca bunlara değinelim.

Kira akdi, ödeme sorumluluğunu ve emanet sorumluluğunu bünyesinde barındırdığı için çift vasıflı bir akiddir. Muâvazalı akidlerden kabul edilir. Konusuna ve gayesine göre bir ismi ve sınırı vardır.¹²⁶ İcare akdinde kiralanan şey vedia hükümlerine tabidir. Yani me'curu kullanırken teaddi ve taksir yoksa tazminattan söz edilmez. Fakat teaddi ve taksir var ise tazminden söz edilir.

Hanefilere göre fasit icare akdi sonuç itibariyle hüküm doğurmakla beraber böyle bir akidde me'curun kullanımında ecr-i misil, hasarında ise tazmin sorumluluğu gerekir. Sahih icare akdinde ise genel geçer kural olan me'curun zarar ve ziyanında yukarıda belirttiğimiz “teaddi ve taksir olduğu zaman tazmin eder” kuralına ilaveten şarta muhalefet etmek de teaddi kabul edilmiştir. Dolayısıyla şarta muhalefet etmek de tazmin sebebidir. Ayrıca akdin süresi bitip sahibi istediği halde me'cur iade edilmiyor ise, bu durum da tazmin sebebidir. Teaddi ve taksir, şarta muhalefet, süre dolduğu halde sahibinin mahrum bırakılması gibi durumlarda hükmî gasp meydana gelir. bahsedilen durumlarda hükmi gasp olsa da devreye hakiki gasp hükümleri girer. Kısaca bahsedilen hallerde kişi yed-i emin iken kendisine ücret gerekir fakat yed-i eminden yed-i damâna döndüğünde ücret sakıt olur ve tazmin gerekir.¹²⁷ Şimdi bu meselelere kâidemizle bağ kurarak kısaca değinelim.

a. Taksir ve Teaddi Meselesi

Taksir: Özellikle emanet hükümlerinin geçerli olduğu malların muhafazasında kusur etmektir.¹²⁸ Genellikle taksir vedia konusunda, teaddi ise ariyet bırakılan mal konusunda düşünülür. Akidde öne sürülen şarta uymamak konusunda ise akdin bedelli olup olmamasına göre hükümler farklılaşır. Akid bedelli ise gasp hükümleri devreye girer. Emanet edilen şahıs taksir yaptığı zaman, ödünç

¹²⁶ Karaman, Hayrettin, “Akid”, *DİA*, 2/252.

¹²⁷ Aynî, *el-Binâye*, 9/323.

¹²⁸ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/965.

alan kişi de teaddi yaptığı zaman gâsıp konumunda olmazlar.¹²⁹ Bedelli ve lazım bir akid olan icare akdinde ise kiralayan kişi (müste'cir) teaddi ve taksir yapınca hükmen gâsıp konumuna düşer ve gasp hükümleri devreye girer. Müstecirin malı tağyir etmesi taksirdir. Mal konusunda tağyir yani değişiklik ise iki şekilde düşünülür. Bunlar; hükmi değişiklik yani malın el değiştirmesi ve hakiki değişiklik, öncekindeki menfaat ve faydanın ortadan kalkması.¹³⁰

Emanetçi, emanet malda teaddi yaparsa örneğin, giyse, binse, kullansa fakat emanet mala (vedia) bir zarar gelmeden eski durumuna gelse (vifak) bu kullanımdan dolayı menfaati ödemez.¹³¹ Her kim akde muhalefet ettikten sonra akdin gereğine dönerse ücretin tamamı tahakkuk eder muhalefet için bir şey gerekmez.¹³² Fakat süresi dolan mecurun kullanımı için aynı şey geçerli değildir. Vedia malda teaddiden sonra vazgeçmek damânı ortadan kaldırır. Fakat me'cur ve ariyette teaddiden sonra asla dönmek damânı ortadan kaldırmaz.¹³³ Emanetçinin muhafazası sahibi (müstevdi) adına olurken müstecirin muhafazası kendi faydası içindir. Müstecirin eli mucirin eli gibi değildir derken müstecir me'curu kendi nefsi için kullanmaktadır. Müstecir me'curu muhafaza eder çünkü me'curun menfaatine malik olmakla kendi faydası için muhafaza etmiştir.¹³⁴

Teaddi: Helal sınırı aşmak, ileri gitmek, yetki sınırını aşıp haksız tasarrufta bulunmak, izin verilmeyen bir fiil ve harekette bulunmak, örf adet ve kanunların aksine hareket etmek.¹³⁵ Akde konu olan malın akit esnasında öngörülme-yen bir biçimde kullanımı teaddiliktir. Bu şekilde davranan kişi de mütaddi diye isimlenir. Müteaddi, sahibinin izni olmaksızın ve mülk edinme kastı da olmaksızın başkasının malında tasarrufta bulunandır. Gaspta ise mülk edinme kastı vardır.¹³⁶

Teaddi damân sebeplerindedir. Akid devam ederken şarta uyulmadığı zaman mütaddi olmakla damân üzerine gerekli hale gelir. Akid süresi bittikten sonra müteaddi olmakla birlikte aynı zamanda gâsıp da olmuş olur. Her iki durumda da

¹²⁹ Ali Haydar, *Dürru'l- Hükkam*, 2/ 486.

¹³⁰ Mevsili, *el-İhtiyâr* , 3/26.

¹³¹ Mevsili, *el-İhtiyâr*, 3/27.

¹³² Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-Fusûleyn*, 336a.

¹³³ Mecelle, md. 892.

¹³⁴ Ali Haydar, *Dürru'l- Hükkam*, 2/490.

¹³⁵ Erdoğan, Mehmet, *İktisat Terimleri Sözlüğü*

¹³⁶ Rassa, *Şerh-u Hudûdi ibn Arafe*, s. 468.

damân vacip olur. Arasındaki fark ise şudur; akid devam ederken meydana gelen teaddi mala bir zarar vermiyorsa herhangi bir şey gerekmez, mala zarar verirse o zaman hem faydalandığı menfaatin ücretini hem de malın noksanını tazmin eder. Akid sona erdikten sonraki müteaddilikte ise hem üzerinde konuşulan ücreti verir. Şayet akiden sonraki kullanımda mala bir zarar gelirse zararı tazmin eder ve akid sonrası için kullanımdan dolayı ücret vermez.

Hanefî mezhebinde teaddî kavramı özellikle haksız fiil sorumluluğu ve akdin gereklerine aykırılık teşkil eden bir davranış sebebiyle açığa çıkan sorumluluk türüdür.¹³⁷ Kısaca teaddi: Zarar kastı bulunsun ya da bulunmasın doğrudan zararlı sonuç doğuran, hukuka aykırı davranışın bilerek iradeye bağlı olarak yapılmış olması, hakkın, hukukun öngördüğü sınırlar içinde kullanırken gereken ihtimamın gösterilmemiş olma durumuna göre bir içerikte kullanılmıştır.¹³⁸ Teaddi konusunda örf de devreye girer. Örneğin kiralayan kiraladığı şeyde sınırı aşp aşmadığı konusunda o yörede geçerli bir örf söz konusu ise örf orada teaddiyi belirleyicidir.¹³⁹

b. Şarta muhalefet

Akid nazariyesinde akidlerin inikad, sıhhat ve geçerlilik şartları vardır. Kuruluş şartları yani akdin rükünleri dediğimiz şartlar tüm akidler için geçerlidir. Sıhhat şartları ise genel ve özel olmak üzere ele alınmaktadır. Genel sıhhat şartları tüm akidler için geçerli iken özel sıhhat şartları akdin çeşidine göre birbirinden farklılık arz etmektedir. Biz burada konumuzla ilgisi gereği icare akdi için özel sıhhat şartlarını ele alacağız.¹⁴⁰

İcare akdinin in'ikâdında (kuruluşunda) me'curun durumuna göre bazı şartlar vardır. Bu şartları şöyle açıklayabiliriz: me'cur hane/dükkan gibi gayrı menkul ise müddet söylenmelidir. Hane/dükkan icarında kimin oturacağı önemli değildir, çünkü akidden sonra menfaatin maliki olan taraf bu menfaati başkasına kullandırabilir. Arazide ise müddet, ne ekileceği, ne iş yapılacağı belirtilmelidir, çünkü araziye ekilen bitkinin durumuna göre araziye farklı etkisi olmaktadır. Hayvan/nakliye

¹³⁷ Aynî, *el-Binâye*, 9/308.

¹³⁸ Yerlikaya, Ünal, *Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi*, Diyanet İlmî Dergi, c.53,sy.3, s. 41.

¹³⁹ Zerka, *el- Medhalu 'l-Fikhiyyu 'l-Âmm*, 1/146.

¹⁴⁰ Apaydın, H.Yunus, "Fesad", *DİA*, 12/418.

vasıtaları/araba ise ne için olduğu, yük ise yükün miktarı ve ne olduğu söylenmelidir. Ayrıca bu guruptakiler için, kimin kullanacağı, müddeti, mesafesi de söylenmelidir.¹⁴¹

Menfaatin malum olabilmesi için şartların belirlenmesi gerekir. Şart koşulmadan mutlak olarak ev/dükkan kiralandığında bunları kullanım sınırını örf tayin eder. Örfü aşan kullanımlar mal sahibinin iznine bağlıdır. Mu'cir'den izinsiz yapılan şeylerde kiraya veren hakime müracaat edip akdi feshettirebilir. Ayrıca örf neyi gerektirirse ya da ne için kiraladı ise onun aşağısı bir şey yapabilir şayet daha zararlı bir şey yaparsa gâsıp olur.

Bahsedilen bu şartlara muhalefet etmek teaddi sayılır ve menfaatin hasıl olduğu ayn bu sebebe binaen müste'cirin damânına girer. Müste'cir meydana gelen zararı karşılamak zorundadır, çünkü müşterinin eli mucirin eli gibi değildir. Bir örnek vermek gerekirse; vasıtayı kiraya veren kim kullanırsa kullansın diye mutlak bir izin verirse vasıtayı dileyen kullanır. Fakat kimin kullanacağını tespit ederse o kişiden başkası kullanamaz. Kullanırsa yukarıda açıkladığımız üzere teaddi yapmış olur ve kendisine tazmin gerekir.¹⁴² Ayrıca şunu da belirtelim ki burada sayılan şartlar aynı zamanda menfaati malum hale getirir. Şayet menfaat malum hale gelmez ise bu sefer de icare fasit olur.¹⁴³

Konuyu örnekler üzerinden açıklamak gerekirse; hayvanı mutlak kiralamak akdi fasit yapar. Hayvanla ilgili ne yapılacağı örneğin binmek, yük taşımak, mesafe, yer, vs. akid sırasında söylenmelidir.¹⁴⁴ Bu açıklamaya göre yük için kiralanan hayvana binme hakkı vardır. Fakat binmek için kiralanan hayvana yük vurma hakkı yoktur. Şayet böyle yapılırsa kiracı sorumlu olur. Kâidemize göre yük için ayrıca ücret verilmez fakat zarar tazmin edilir.¹⁴⁵

Bahsedilen konuyu bir örnekle inceleyecek olursak: bir hayvan 20 kg buğday taşımak için kiralansa fakat 25 kg. buğday yüklense ve hayvan belirlenen yere

¹⁴¹ Mecelle, md. 452, 453.

¹⁴², Şeyh Bedrettin, *Câmiu'l-fusuleyn*, s. 335b., 336b. Bilmen, *Istilahât-ı fikhîyye*, 6/161-171.

¹⁴³ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1c/759-761.

¹⁴⁴ Mecelle, md. 453, Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/760, Bilmen, *Istilahât-ı fikhîyye*, 6/202-203.

¹⁴⁵ Mecelle, md. 550, Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/895.

ulaşınca ölse ücretin tamamı hayvanın da fazla yük kadar tazmini gerekir. Ücretin tamamını hak etme sebebi belirlenen yere ulaşması, tazmin etme sebebi ise fazla yükün cezasıdır. Tamamını tazmin etmemesinin sebebi hayvan belirlenen yere bu yükü varmıştır. Eğer yolda ölmüş olsaydı tamamı tazmin edilecekti. Ayrıca 25 kg. yolun başından itibaren vardır sonradan eklenmiş değildir. Eğer sonradan eklenmiş ve sonrasında hayvan ölmüş olsaydı o zaman tamamını tazmin ederdi.¹⁴⁶

İcare akdinde şarta muhalefet edilen hallerde menfaatle birlikte malın damânı da artık o kişide devam eder. Akid esnasında kiracı yed-i emîn¹⁴⁷ sıfatı ile malı kullanırken akid sona erdiğinde sahibine geri vermediği mal konusunda artık yed-i dâmin¹⁴⁸ sıfatıyla malı kullanır.¹⁴⁹ Yed-i dâmin konumuna düşünce artık teaddi taksir olmasa bile malın, başına gelebilecek her türlü zarardan dolayı tazmin edecek demektir. Hadis-i şerifte buyurulduğu üzere “aldığını geri verinceye kadar malı ödeme yükümlülüğü onu elinde bulundurana aittir.”¹⁵⁰

Müddet bittikten sonra müstecir me'curu kullanmaya devam ederse ücret gerekmez. Müddet bitiminde kullanmak gasptır ve ortada akid kalmadığı için kiracıya onun menfaati artık bir bedel karşılığında değildir. Menfaatler akidle mütekavvim hale geldiğine göre buradaki menfaatin ücreti verilmez, fakat mal telef olursa tazmin olur.¹⁵¹ Kiracı, kiraladığı şeyde kullanım sınırını aşsa ya da muhafazada taksir etse, müddet bittikten sonra o şeyi kullanmaya devam etse, icare akdinde konuşulan menfaatin üzerine çıksa, müddet bittiğinde kiralayan malını istese fakat kiracı vermese artık hükmen gâsıp olur.¹⁵² Müste'cir akid süresince izin verilen menfaatin daha aşağısı değil de daha yukarısı bir şey yaparsa şu 3 hüküm uygulanabilir.

* Mecur telef olsa damân lazım gelir, ücret lazım gelmez.

¹⁴⁶ Şeyh Bedrettin, *Câmiu'l-fusuleyn*, s. 335a, Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam* 1/787.

¹⁴⁷ Yed-i emîn: fiili olarak malı elinde bulunduran teaddi ve taksir olmadıkça tazminle sorumlu olmayan kimsedir.

¹⁴⁸ Yed-i dâmin: fiili olarak malı elinde bulundurandan doğrudan haksız bir fiilde bulunması, muhafazada kusurlu davranması, akdin şartlarını ihlal etmesi durumudur.

¹⁴⁹ Nedevi, *Kavâidu'l-fikhiyye* s. 463, Zerka, *Kavâidu'l-fikhiyye*, s. 431.

¹⁵⁰ Dârimî, *Buyû'* 56, Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 5/8, İbn Mâce, *Sadakât* 5, Ebu Dâvûd, *İcâre*.

¹⁵¹ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/965.

¹⁵² Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 2/833.

* Eğer izin verilen şeyin dışına çıkar ve me'cur zarar görmez, sâlimen teslim edilirse bazı konularda (vakıf, yetim, muaddun, beytülmal) yine yalnız ecr-i müsemma gerekir.

* Vakıf, yetim, muaddun li'l-istiğlâl, beytül mal değilse ecr-i müsemma lazım gelmez, fakat bunlardan biri ise ecr-i misil lazım gelir.¹⁵³

Yukarıda yaptığımız açıklamalara göre icare akdinde kiralayanın şartlarına muhalefet etmek veya akdin muktezasına aykırı hareket etmek gibi durumlarda icare hükümleri değil gasp hükümleri geçerlidir.¹⁵⁴ Hanefilere göre teaddiden önceki ücreti verir fakat teaddiden sonraki ücreti vermez. Ücreti vermeme sebebi ise müteaddi olduğunda artık mal onun sorumluluğunda, damânındadır. Mala bir zarar halinde tazmin yükümlülüğü vardır. Şayet burada teaddiden sonraki kısım için ücret lazım gelir dersek, ücret ile damân ictima etmiş olur. Akde muhalefet ettikten sonra akdin tekrar gereğine dönmekte ise ücretin tamamı tahakkuk eder. Şartların dışına çıkıldığı takdirde me'cur sâlimen teslim olursa âcir ecr-i müsemmadan başka bir şey isteyemez. Eğer sâlimen olmazsa damân lazım gelir ücret lazım gelmez.¹⁵⁵

c. Sahibine vermemek

İtlaf; hakiki ve manevi (hükmi) olarak hem aynda hem de menfaatte meydana gelir. Aynda ve menfaatte olan itlaf, hakiki itlaftır. İtlafın manevi olması ise örneğin sahibi istediği halde ödünç malı vermezse ya da süresi bittiği halde iade etmezse kişi malı manen itlaf etmiş sayılır.¹⁵⁶ Hanefiler, sahibinin malından kullanımına engel olmayı manevi itlaf olarak değerlendirirler. Sahibinin kullanım izni verdiği sınırı aşmak yani izni olmadan aynı kullanarak ondan faydalanmak da manevi itlaftır ve bu halde damân gerekli olur.¹⁵⁷

Akidde konuşulan menfaatten istifade edilince akid son bulur. İcare akdi sona erince kiracı, me'curdan el çekmesi ve kiralayan isteyince ona teslim etmesi gerekir. Çünkü akid sona erdikten sonra başkasının mülkünde tasarruf onun izni olmadıkça caiz değildir.¹⁵⁸

¹⁵³ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/700-704.

¹⁵⁴ Aynî, *el-Binâye*, 9c 310.

¹⁵⁵ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/ 703.

¹⁵⁶ Yerlikaya, *Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi*, s. 61.

¹⁵⁷ Mv. F, "İcare", 1/ 217-218.

¹⁵⁸ Mecelle, md. 591.

İcare akdinin süresi bittikten sonra âcir/mûcir (kiraya veren) malını istediği halde müste'cir (kiracı) malı vermeyip elinde tutsa, teaddi ve taksir olmaksızın tazmin eder. Teaddi taksir olmadan tazmin etme sebebi gâsıp konumuna düştüğü içindir. Artık malın muhafazası konusunda teaddi ve taksire bakılmaz.¹⁵⁹ Müste'cir akid süresi bittikten sonra sahibi geri istediği takdirde me'curu vermedi ise akdin gereklerine ve hukuka aykırı davranış ortaya koymuştur. Mal sahibini malından istifade etmesine engel olmak da manevi (hükmen) itlaftır. Malın başına gelecek her türlü zarardan mesuldür.

Akidde konuşulan sürenin dışına çıkılır ve kiraya verenin buna müdahalesi olmazsa icare hükmen devam eder. Bu durumda önceki sürenin şartları geçerli olur. Fakat sürenin aşılması veya me'curu teslim etmemesi, geri vermemesi haklı bir sebebe dayanıyorsa bu durumda ecr-i misil vermesi gerekir. Bu durum gelen parağrafta izah edilmektedir.

Haksız iktisabı önlemek için icâre akdi gibi sürekli akidlerde bazen akdin sona ermesine rağmen taraflardan birinin açık bir zararı söz konusu olduğunda akidten doğan ilişki bir süre daha devam ettirilir ve bu fiili durum sonucunda bir tarafın istifadesine karşılık diğer tarafın bir bedel talep etme hakkı doğar. Bunu bir örnekle açıklayalım; kira süresi dolduğu halde tarladaki mahsul henüz olgunlaşmamışsa kira süresi mahsul olgunlaşınca kadar uzatılmış sayılır. Ancak bu uzatma karşılıklı anlaşmaya değil, hukuken geçerli sayılan bir mazerete dayandığından kiracının me'curu kullanımını karşılığında fiili durumdan doğan takdiri bir ücret (ecr-i misil) ödemesi gerekir. Burada akdin yenilenmesi söz konusu olmadığı için borç akde dayanmamakta, haksız iktisaba göre yorum yapılmaktadır.¹⁶⁰

d. Değerlendirme

İcare akdinde tazmin sebeplerini teaddi-taksir, şarta muhalefet ve sahibine vermemek olarak zikrettik. Sayılan tazmin sebepleri akid devam ettiği süre zarfında meydana gelirse menfaatten faydalanmak ve faydalanmamak sonuçları açısından önemlidir. Çünkü menfaatten tamamen/kısmen faydalandıktan sonra tazmin

¹⁵⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 8/365, Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/ 965s, Bilmen, *Istilahât-ı fikhîyye*, 6/228.

¹⁶⁰Kaya, Ali, Çalış, Halit, "Haksız İktisap", *DİA*, 15/211-216.

gerektirecek bir durum olabilir veya menfaatten hiç istifade etmeden tazmin gerektiren bir durum meydana gelebilir. Bu durumlarda menfaatten istifadesi kadar ücret verir me'cura verdiği zararı da tazmin eder. Akid süresi içinde iken müste'cir müteaddi olarak isimlendirilir. Akid süresi bittikten sonra meydana gelen tazmin sebeplerinde ise akdin gereği olan ücreti verir, sonrasında ise kullanımdan dolayı ücret gerekmez. Akid sonrası kullanımdan dolayı zarar meydana geldi ise bu zararı tazmin eder. Akid süresi bittikten sonra müste'cir hem müteaddi ve hem de hakiki gâsp cereyan etmese bile gâsıp olarak isimlendirilir.

2. Menfaat ile İlgili Görüşler

Buraya kadar verdiğimiz bilgilerden anlaşılacağı üzere çalıştığımız kâidenin özünde menfaatin tazmini meselesi vardır. İnsan sorumlu olduğu şeyden bu sorumluluğuna karşılık faydalanabilir. Bu faydalanma için herhangi bir ücret ödemez çünkü sorumluluk ile ücret tek tarafta birleşmez. Buna istinaden menfaatle ilgili meseleleri ayrıntılı bir şekilde burada ele almayı uygun gördük.

a. Menfaatin Mal Kabul Edilmemesi

Menfaat; sözlükte “فَعْلٌ” kökünden türeyen bir isimdir. Çoğulu فَعْلٌ şeklinde gelir ve Kur'an'da çoğul olarak geçmektedir.¹⁶¹ Sırf fayda, yarar demek olup zarar kavramının zıddıdır. Bazı ayet-i kerimelerde fayda ve zarar peşpeşe zikredilmiştir.¹⁶² Zevaiden farkı menfaati somut bir şekilde gözle göremeyiz, soyut olarak kişiye kendini iyi hissettiren, haz veren şeydir. Menfaat ile maslahat birbiri yerine kullanılmaktadır, çünkü maslahat derken insanlara bir fayda sağlayıp bir zararın ondan uzaklaştırılması kastedilir. Hükümlerde istihsanen denmesi de yine varılan hükmün muhataplarına fayda getireceği içindir. Kişi öncelikle maslahatını yani kendisine faydalı olanı tercih eder. Menfaatin yani faydanın karşıtı zarardır. Maslahat genellikle fikhın hemen her alanında kullanılan bir tabir iken menfaat kavramı mülkiyet, mal varlığı konularında daha çok kullanılır olmuştur.¹⁶³

¹⁶¹ Bakara, 2/ 219, Nahl, 16/5, Hac, 22/28, 33, Mü'minûn, 23/21, vd.

¹⁶² Maide, 5/76, Râd, 13/ 16, Furkan, 25/3, Sebe, 34/42, , vd.

¹⁶³ Hacak, Hasan, “Menfaat”, *DİA*, 29/131-132.

Mecelle’de menfaat; bir ayn’nın kullanılmasıyla oluşan, meydana gelen fayda demektir.¹⁶⁴ Mecelle’nin tarifinden anladığımız kadarıyla menfaat kendi başına mümkün olmayıp bir şeye dayalı olarak ortaya çıkan fakat dayandığı şeyin de aslından bir cüz olmayan şeydir. Ayrıca dayandığı şey olmadan da kendi kendine oluşması mümkün olmayan şeydir. Kısaca kendisi ile amaca, hayra, iyiliğe, faydalıya ulaştırılan şeydir. Bu faydaya doğrudan kendimiz ulaşabileceğimiz gibi bir akid neticesinde de ulaşabiliriz. Akid ile bu faydayı elde ediyor olmak akdin o faydaya bir değer takdir etmesinden dolayıdır.

Aynı kökten gelen intifa ile menfaat arasında şöyle bir ayrım vardır: intifa bir hak bildirir, menfaat ise bu hakkın kullanılabilir olmasını bildirir.¹⁶⁵ Mülkiyet konusunda bu kısım menfaat mülkiyeti ve intifa hakkı şeklinde geçer. Hanefiler bu kavramlar arasında bir fark görmezler. İntifa hakkı elinde bulunan kişi kendi de, başkası da bu haktan faydalanabilir.¹⁶⁶

Hanefilere göre menfaat cevher değil arazdır. İslam hukukçuları eşyayı ayn ve menfaat şeklinde ikiye ayırarak bir tasarım geliştirmişlerdir. Nitekim malın ayn-menfaat şeklinde iki ayrı parçadan oluşuyormuş gibi tasarlanmasının temelleri eşya ile ilgili olarak atomcu evren¹⁶⁷ anlayışı doğrultusunda yapılan cevher-araz ayırımıyla ilişkilidir.¹⁶⁸

Burada cevher ve araz tanımlarına bakacak olursak; Cevher, bir şeyin menşei, tabî teşekkülü, nesnelere oluşturulduğu maddedir. Birşeye dayanmaksızın arazların kendisine dayandığı asl olan şeydir. Cevher, kadim ya da hâdis olsun kendi başına bulunabilen maddi varlığı bulunan şeylerdir. Ayrıca cevher arazın varlık şartı olup kendisi o araz yüzünden var değildir.¹⁶⁹ Araz ise ‘asl’ kabul edilmeyen, özden kaynaklanmayan, özün bir cüz-ü olmayan, sonradan ve tesadüfen ortaya çıkan, bir anda baş gösteren, varlığı devamlı ve aynı zamanda zorunlu olmayan şeydir. Cevherin zıddı olup bizzat varolmayan fakat cevhere dayanan ve birlikte varolabilen, dayandığı şeyin yok olmasıyla ortadan kalkan şey diye tarif edilir. Araz cevhere

¹⁶⁴ Ali Haydar, *Dürrü’l- Hükkam*, 1/227.

¹⁶⁵ Çeker, 25.01.2014-31.01.2014 tarihleri arası yapılan muamelat seminerinden alınan ders notları.

¹⁶⁶ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 3/112-113.

¹⁶⁷ Evrende yalnız cevher ve arazlar vardır, tezini savunan anlayış.

¹⁶⁸ Hacak, Hasan, “Mal”, *DİA*, 27/463.

¹⁶⁹ Kutluer, İlhan, “Cevher”, *DİA*, 7/450-455.

dayanır ve cevherden sonra gelir. Cevherden ayrı bir mevcudiyeti olmamakla beraber kendine has da bir varlığı bulunur. Arazlar cevherden sonra fakat ona dayalı olarak sonradan olduğu için hâdistir. Müşahade ile bilinir ve bu sebeple varlıklarını ispatlamak için delile ihtiyaç yoktur.¹⁷⁰

Tanımlardan anlaşıldığına göre ayn cevher konumunda menfaat ise araz konumundadır. Araz; cevher sayesinde mevcut olan gelip geçici, cevherde ortaya çıkan ve devamlı olmayan şeydir. Hanefiler menfaati bağlı bulunduğu ayn sayesinde ortaya çıktığı için araz kategorisinde değerlendirmişlerdir. Onlara göre İhrazı mümkün olmayan şeyin hukuki manada maddesel değeri düşünülemez.¹⁷¹ Varlığını iki zamanda devam ettiremediği için de ma'dum kabul edilmiştir.¹⁷²

Tanımlardan sonra gelelim asıl konuya, Hanefi kaynaklarda mal, insan tabiatının meylettığı ve ihtiyaç anı için saklamaya müsait olan şeydir.¹⁷³ Mecellede ise “Mal; tab-ı insanı mail olup da vakti hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki, menkule ve gayri menkule şâmil olur.”¹⁷⁴ diye geçmektedir. Hanefiler menfaat konusuna mülkiyet teorilerinde yer verirler, onlara göre menfaat mal değil mülktür. Diğer mezheplere göre ise menfaat maldır. Çünkü önemli olan ayndan maksat onun faydasıdır, zatı değildir.¹⁷⁵ Menfaat, aynlar gibi mevcut, bâki ve muhrez değildir. Bu sebeple rehin akdinin konusu -hapsedilme özelliğinin olmamasından dolayı- menfaat olamaz.

Yapılan mal tariften anladığımız kadarıyla Hanefiler menfaati mal tanımlarındaki şartlara uymadığı için mal olarak kabul etmemekte dolayısıyla da mal olarak kabul etmediği şeyin tazminini de kabul etmemektedirler. Menfaatin icare akdine mahal olmasının sebebi temliğinin geleceğe izafeli olmasıyla alakalıdır. İlerleyen süreçte bu mal tarifinden yaşanan sıkıntıları gidermek adına değişikliğe gidilmiştir. Şöyleki:

¹⁷⁰ Kutluer, “Cevher”, *DİA*, 3/337-342.

¹⁷¹ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/795.

¹⁷² Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/228.

¹⁷³ İbn. Abidin, *Reddu'l-muhtar*, 4/3, Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye* 6/ 9, Zerka, *el- Medhalu'l- Fıkhiyyu'l-Âmm*, 1/352.

¹⁷⁴ Mecelle md. 126.

¹⁷⁵ Zühayli, Vehbe, *Fi'l- Fıkhi'l-İslami*, 4/42, Zerka, *el- Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm*, 1/351.

Mecelle'nin en çok eleştiri alan ve ta'dil edilen¹⁷⁶ 126 md. göre yapılan mal tanımının kapsamı Mecelle'nin hazırlanmasından yarım asır sonra değişikliğe uğramıştır. Usul-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanununun 64. maddesi 30 nisan 1914 tarihli bir kanunla değiştirilerek menfaatler mütekavvim mal kapsamına dahil edilerek akidlere konu olacağı kabul edilmiştir.¹⁷⁷ Ta'dil edilmeden öncesini Hanefi'lerin bakış açısını aktarmak adına aşağıda izah edeceğiz

Bir şeyin ekonomik değer taşıması ancak onun mal edinilmesi ile sabit olur. Mal edinmekten kasıt ise bir şeyi koruma altına alarak, ihtiyaç anı için saklamak (iddihar)¹⁷⁸ demektir. Menfaatler ise iki anda devam etmez, sürekli var olmazlar. Bilakis onlar arazdır yani geçicidir. Menfaatler oluşması ile ortadan kalkması aynı anda olur. Bu nedenle menfaatlerin mal edinilmesi düşünülemez.¹⁷⁹

Menfaat ayn ile kaim olan bir şeydir. Ayn ise menfaatin kendisine bağlı olduğu ortada duran asl'dır. Menfaatler varlıklarını sürekli devam ettirmez gelip geçici özelliktedir. Aynlar ise somut varlıklarını belli süre devam ettirirler. Varlığını devam ettiren ile ettirmeyen arasında büyük fark vardır. Ayn telef edilmesi durumunda hiçbir surette menfaat ile ödenmez. Bir şeyin başkasının benzeri olması diğerinin de bunun benzeri olmasını gerektirir. Menfaatin telef edilmesi durumunda bu menfaat başka bir menfaat ile ödenemez. Nitekim bir kişinin başkasının evine el koyması nedeniyle diğerinin de onun evine kısıtlama koyması durumunda bu menfaatlerden biri diğerinin dengi olamaz. Menfaat bu şekilde misl menfaatle dahi mazmun olmuyorsa ayn ile de mazmun olmaz.¹⁸⁰

Menfaatin menfaat ile mazmun olması icma ile caiz değildir. Karşılıklı hak talebinde bulunulurken, karşılıklı nizalaşmada, bir bağlantı olması şarttır. Menfaat misli olmadığı için hesap edilemez. Menfaatte ölçüm yapılamayacağına dolayısıyla ne kadar isteyeceğine dair bir şey belirlenemeyince menfaat tazmin edilmez deniyor.

¹⁷⁶ Çoban, Ayşegül, *Mecelle'nin Ta'dil edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 26.

¹⁷⁷ Akif, M. Aydın, *İslam Hukukunda Gasp*, *İslam Tetkikleri Dergisi*, 9/184.

¹⁷⁸ İddihar ve mevcut şartları deyn için mümkün olmadığı halde deyn hükmî mal kabul edilmiştir. Buna sebep, deynin gelecekte teslim alınabilir olmasından dolayıdır. Menfaat de hükmî mal kabul edilebilir.

¹⁷⁹ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/130.

¹⁸⁰ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/126-129.

Menfaat ile tazmin parası olan kıymet arasında bir bağlantı yoktur, Bu yüzdendir ki menfaat kıymetidir, ancak bir akid ile kendisine kıymet takdir edilir, diyebiliriz.¹⁸¹

b. Menfaat Asl'dan Bir Cüz Değildir

Fıkıh terimi olarak farklı manalarda kullanılan 'asl' kavramı alışverişle ilgili konularda meyve, sebze ve diğer zirai ürünlere nispetle onların ağaç, kök ve gövdeleri, menfaat ve hukukuna göre de bina, arazi gibi akarların bizzat kendisi yani ayn manasında kullanmışlardır.¹⁸²

Menfaat asl olmadığı gibi asl'dan da bir cüz değildir. Aslın kullanımıyla ortaya çıkan ve daimi olmayan şeydir. Mecelle 47. md. "Vucutta bir şeye tâbi' olan hükümde de o şeye tâbi' olur." diye geçmektedir. Bu durumda menfaat vücuddan bir kısım olmadığı için hüküm konusunda asla tabi değildir. Aslın itlafında tazmin ile hükmedilmesi menfaatin itlafında tazmin ile hükmetmeyi gerektirmez. Burada diyebiliriz ki menfaat asl'dan bir cüz değildir.

Kanaatimizce menfaatin asl'dan bir cüz olmaması onun tazmin edilmesine tamamen engel teşkil etmemelidir. Örneğin: Nasıl ki hataen öldürmelerde kısas yerine diyet verilirken arada bir benzerliğin olmaması gibi menfaat ile bedel arasında da bir benzerlik olmayabilir. Çünkü kısastan vazgeçmek ve diyeti kısas makamına koymamakla beraber diyete hükmetmekteki gaye şudur: öldürülenin hür, canının masûn olması ve hataen yapan kişinin de hatasına binaen ihsan edilmesidir. Bunun gibi menfaatin tazminini tümünden yok saymak yerine kişinin niyetine göre bir tazmin belirlenmelidir. Modern dönem hukukçularından Senhuri'nin¹⁸³ de dediği gibi mücerret sorumluluk ücret almaya engel olmamalıdır. Ücret, ayn tazmin edilen durumlarda alınmamalı, fakat ayn sâlimen duruyor ise menfaatin ücreti verilmelidir.

Menfaatin asıldan bir cüz sayılmaması onun maddi somut bir varlığı olan ayn gibi olmamasından kaynaklanır. Asıldan bir cüz olmaması fesh konusunda da kendini gösterir. Kurulan bir akidde bir süre sonra fesih meydana gelirse o maldan fesh edilinceye kadarki faydalanmalar geri verilen şeyle birlikte iadeye konu edilmez. Ayrıca elinde bulundurduğu malın hasar sorumluluğunu üstlenen kişi malın

¹⁸¹ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/949-955.

¹⁸² Özel, Ahmet, "Asıl", *DİA*, 3/ 473.

¹⁸³ Senhürî, *Mesâdiru'l-hak*, s. 170.

aslından olmayan menfaatlere tazmin sorumluluğu karşılığında malik/sahip olacağı kâidesi ile açıklanabilir. Ücretle damânın bir arada bulunmaması kâidesinin bir anlamı da budur. Mesela satın aldığı bir malı bir süre kullanan alıcı daha sonra ayıp sebebiyle akdi feshettiğinde mebi'in iade etmesi yeterli olup ayrıca yararlanma karşılığında ücret ödemez.¹⁸⁴

Menfaat, asl ya da aslıdan bir cüz olmadığı için ma'dum sayılmaktadır. Menfaatin ma'dum oluşu onun bizzat kendisinin mevcut olmayıp başkasıyla mevcut olmasıyla alakalıdır. Fıkhî olarak ma'dum, akit anında olmadığı gibi gelecekte de mevcut olması ya da teslim edilmesi imkansız olan şeydir. Fakat menfaatin ayn'ın kullanılmasıyla ortaya çıkacağı kesindir. iki zamanda varlığını devam ettirmez.¹⁸⁵

Bu konuyla ilgili olarak bahsi geçen konunun bir çalışmada; “nass ile alâ hılâfi'l-kıyas olarak sabit olan bir şeyde mana ve illet-i kıyasa muhalefeti mûcip olan sebebi her vech ile câmi olan şey-i ahâr delâlet-i nass sûretiyle hükümde ona mülhak olur.”¹⁸⁶ şeklinde değerlendirilmiştir.

c. Menfaatin Hukuki Değeri Akid İle Mümkündür

Menfaat zatında mütekavvim olmayıp akidle mütekavvim olur. Burada zikredilen tekavvümlükten kasıt menfaate kıymet takdir etmektir. Bu sebeple akid olmadan menfaat gayrı mütekavvim kabul edilir. Akid olmadan gayrı mütekavvim kabul edilmekle beraber dinen necis sayılanlarla da eş tutulmaz.¹⁸⁷ Bir şeyin tekavvüm sebebi ihraz yani ele geçirmekle gerçekleşir. Menfaat maddi varlığı olan bir şey olmadığı gibi ele geçirmek de söz konusu değildir. Bu sebeple ihraz olunamayan şey mal kabul edilemez. Menfaatler insanların ona zaruri ihtiyaçlarından dolayı akid ile tekavvüm ederler.¹⁸⁸

Ortada bir akid olmadığı sürece menfaatin değeri yoktur. Menfaat, bir aynın kullanılmasıyla oluşan ortaya çıkan faydadır. İcare akdi ile müddet ve mesafe belirlenerek bir hayvan kiralansa söylenen mahalle varmak için üzerinde konuşulan süre aşılsa bu aşılın süre için ücret yoktur, çünkü aşılın sürede ortada bir akid

¹⁸⁴ Bardakoğlu, Ali, “Fesih”, *DİA*, 12/436.

¹⁸⁵ Aynî, *el-Binâye*, 9/269, Mevsili, *el-İhtiyâr*, 2/50-51.

¹⁸⁶ Kahraman, Karataş, *İbn. Hümmam'ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü*, s. 38.

¹⁸⁷ Aynî, *el-Binâye*, 10/292, Mecelle, md. 1345.

¹⁸⁸ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/796.

kalmamıştır. Dolayısıyla menfaat de akid ile tekavvüm ettiği için ortada akid olmayınca aşılın sürenin ücreti de yoktur,¹⁸⁹ anlayışı hakimdir. Kısaca menfaatin tazmin edilebilmesi için ortada bir akid olmalıdır.

Hanefi fakih Zebidi'ye (v. 800/1398) göre akid olmadan menfaatten istifade etmek ücreti düşürüyor. Muhalefet ettiği zaman hem gâsıp hem de dâmin oluyor. Örneğin belli bir mekana gitmek için hayvan kiralsın ve o yere gitmese evinde tutsa ücret gerekmez damân gerekir. Buradaki damândan kasıt eksikliği tazmin etmektir. Helak olursa tamamını tazmin eder. Eğer kiralayıp işini gördükten sonra evinde tutsa ve telef olsa tazmin eder. Boşa çıktıktan sonra malı teslim etmeyip elinde tutması izinsizdir. Onu sahibine iade etmesi gerekir. Şayet vermez ve bir özür olmaksızın elinde tutarsa bu durumda teaddi yapmış olur.¹⁹⁰

d. Menfaatin İtlafı Meselesi:

İtlaf (telef etmek): Sözlükte "tahrip etmek, yok etmek" anlamına gelir. Fıkıh ıstılahında ise, bir malın tazmin sorumluluğu doğuracak şekilde kısmen veya tamamen yok edilmesini, başkasının malına doğrudan veya dolaylı bir fiille hukuka aykırı olarak zarar vermek demektir"¹⁹¹ Bir şeyi âdeten kendisinden sağlanmak istenen menfaatin dışına çıkartarak yararlanılamaz duruma getirmektir.¹⁹²

İtlaf aynda olduğu gibi menfaatte de olabilmektedir. İtlaf bir şeyin tamamında ya da bir kısmında da olsa sonuç itibariyle tazminat gerektirir. İtlaf; helak kelimesi ile aynı manaya gelmekte olup hakiki ve manevi diye kısımlara ayrılır. Hakiki itlaftan kasıt aynda meydana gelen, maddi olarak ölçülebilen zarardır. Emanet malların durumunun değişmesi hakiki itlaf, süre bittikten sonra sahibinin talebini men etmek manevi itlafıdır. Ayrıca gâsıbın gasbettiği şeyi kullanması örneğin evde oturması da menfaatin itlafi demektir.¹⁹³

Hanefilere göre hakiki itlaf tazmin edilir. Fakat yukarıda bahsi geçen manevi itlaf ise (menfaat) tazmin edilmez. Manevi itlafıta, mal kişinin sorumluluğundadır

¹⁸⁹ Mecelle, md. 469, Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/ 787.

¹⁹⁰ Zebîdi, *el-Cevheretü 'n-neyriyyetü*, 3/17.

¹⁹¹ Aydın, *M.Akif*, "İtlaf" DİA 466S

¹⁹² Kasani, *Bedâi'ü 's-Sânâi*, 5/164.

¹⁹³ Kahraman, Abdullah, Karataş, Nizamattin, *İbn. Hümmam'ın Mezhebine Muhaliif Bir Görüşü: Menfaatlerin Tazmini Meselesi*, Kocaeli İlahiyat Dergisi,c.1, sy.2, Aralık 2017, s. 47.

anlayışından hareket ederler. Örneğin Hanefilere göre dükkanı kundaklanan, çift hayvanı öldürülen kişilerin zararı tazmin edilmekle beraber dükkan kuruluncaya kadarki kazanç kaybı, tarlayı zamanında süremediği için verim kaybı tazmin edilmez. Yine burada Hanefilerin menfaatleri mal saymamalarının etkisi vardır.¹⁹⁴

Kısacası menfaatin itlafı konusunda şöyle söylenebilir: Akdin konusu olan malı elinde bulunduran kişinin tazmin yükümlülüğüne gerekçe teşkil eden durumlardan biri, emanet akdinin varlığını inkâr etmemekle birlikte, mal sahibinin iade talebini reddetmek ve malı sahibinin izni dışında elde buldurmaya devam etmektir.¹⁹⁵ Tazmin sorumluluğunun üstleniliyor olması kişiyi mâlik gibi yapmaktadır.

Hanefilerin menfaatin itlafına ve tazminine karşı çıkma sebebine gelince: İtlaf edilen şeyin tazmin edilebilmesi için haksız fiil, zarar ve bu ikisi arasında bir bağ ayrıca hukuka aykırılık olması gerekir. Buradaki zarardan kasıt maddi nitelikte olup kişinin mal varlığında azalmayı gösterir.¹⁹⁶ Elde tutup sahibinin malından faydalanmasını engelleyerek ve malını kullanarak itlaf edildiği söylenen menfaat ile onun bedeli olan mütekavvim mal arasında aklen bir benzerlik yoktur. Yani ödenecek tazminat ile mazmun olan arasında kıyasen bir benzerlik yoktur. Aralarında makul benzerliğin olmaması faydanın mislini verememekten meydana gelen imkansızlıktır.¹⁹⁷ Ayrıca menfaat; yavru, süt gibi asıldan bir cüz değildir tamamen faydadır.

e. Menfaatin Gasbı Meselesi

Çalıştığımız kâidenin ihtiva ettiği konulardan biri ve belki de üzerine en çok atıf yapılanı gasp meselesidir. Hanefiler tazminatla ilgili damân sebeplerini sayarken haksız fiil ve gasp konusunu da zikrederler. Bununla birlikte gasp konusunda “mal” tanımlarının gerektirdiği ölçüde tazmine tabi tutarlar.

Mezheplerin gasp tanımlarına baktığımızda kavramın lügat manasında ittifak istilâh manasında ise farklılıkların olduğu göze çarpmaktadır. Sözlükte, bir şeyi zorla

¹⁹⁴ Aydın, M. Akif, “İtlaf”, *DİA*, 23/466-469.

¹⁹⁵ Yerlikaya, Ünal, *Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi*, c. 53, sy. 3, s. 61.

¹⁹⁶ Aydın, M. Akif, “İtlaf”, *DİA*, 23/466.

¹⁹⁷ Kahraman, Karataş, *İbn. Hümmam'ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü*, s. 47.

ve düşmanca almak, üstünlük sağlamak gibi manalara gelir.¹⁹⁸ Fıkhî olarak ise mezheplerarası farklılık vardır. Mecelle şarihi Ali Haydar'a göre "Bir kimsenin izni olmaksızın mütekavvim ve muhterem malını açıkca, o malda vaki olan bir fiil ile malikin yed-i muhikkasını (mal sahibinin zilyedliği) hakikaten ya da hükmen izale ve yed-i mubdilesini (haksız zilyedlik) ispat eder surette ahz ve zabt etmektir"¹⁹⁹ diye maddeleştirilmiştir. Bu tanıma göre Hanefilerin gasp tarifinde; başkasının malını sahibinin izni olmaksızın açıkca ve zorla almak, malikin zilyedliğini hakiki veya hükmi kaldırmak, malda haksız zilyedliği kurmak gibi şartlar aranmaktadır. İmam Şafiî ve Hanbel'e göre ise gasp, başkasının malına haksızlıkla el koymak demektir.²⁰⁰ Bu tanıma göre ise mala yapılan haksız fiiller gasp kabul edilmektedir.

Gasp tanımlarında zorla almak, düşmanlık ederek almak ifadeleri geçti. Oysaki üzerinde çalıştığımız konuda hakiki gasp tanımını gerektirecek bir durum ilk aşamada söz konusu değildir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi akidde öngörülen şarta uymamaktan dolayı gasp kavramı kullanılmaktadır. Şarta muhalefetten dolayı oluşan gaspta ise tanımda geçen zorla ve düşmanca alma sebebi meydana gelmez. Bu durumda sadece sahibinin tasarrufunu hükmen izale ve haksız zilyedliği ispat meydana gelmektedir.

Çalışmamızda yeri gelince açıkladığımız²⁰¹ gibi akidde konuşulan şarta muhalefet etmek kişiyi hükmen gâsıp konumuna getirmekte bu durumda malı kullanmasıyla da müteaddi olmaktadır. Hükmen gasp konusu Mecelle'nin 901 md. serhinde ayrıntılı bir şekilde işlenmiştir. Mecelle 901. maddede: "İzaleyi tasarrufta gaspa eşit olan hal ve keyfiyet hükmen gasp kabilinden addolunur." diye geçmektedir. Bu kâideye göre şarta muhalefet hükmen gasp olarak kabul edilmekte ve hakiki gasp gibi damânın şart olduğunu açıklamaktadır.²⁰²

Bu gibi durumlarda yani akde aykırı davranmak, şarta uymamak hükmi gasp olarak düşünülmesinde taraflardan birinin hakkının ihlali söz konusudur. Müstecir, izinsiz tasarrufu ve akde aykırı olan davranışı sebebiyle ortaya çıkan zarardan

¹⁹⁸ İbn Manzûr *Lisânu'l-Arab* Erdoğan, "ğ-s-b", 5/58, Aydın, M. Akif, "Ğasp", *DİA*, 13/387.

¹⁹⁹ Ali Haydar, *Dürrerul-Hükkâm*, 2/750

²⁰⁰ Nevevî, *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, 14/335, İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7/364.

²⁰¹ Bkz. s. 35.

²⁰² Ali Haydar, *Dürrerul-Hükkâm*, 2/832.

hukuken sorumludur.²⁰³ Şimdi de hükmen gasp konusunda gâsıbın zilyedliği ve malik olma durumu hakkında bilgi verelim.

Malik; mülkünde, elinin altında olanlar için dâmindir. Eğer bu durum herhangi bir sebeple başkasına geçerse zilyed üzerine damân gerekir.²⁰⁴ Lügatte zilyed el sahibi demektir.²⁰⁵ Fiilen menkul ya da gayrı menkul malı mâlik sıfatıyla, malik gibi veya o şey üzerinde fiili tasarruf etme hakkıyla elde tutmaktır. Ayrıca bir ayn üzerinde kurulan fiili hakimiyettir diye açıklanır.²⁰⁶ Mecellenin tarifine göre “Zilyed bir ayna bilfiil vaz’-ı yed eden yahut tasarruf-ı müllak ile tasarrufu sabit olan kimse” şeklinde tanımlanır.²⁰⁷ Bir şey hakkında ‘o filanın yedindedir’ dendiğinde onun mülkündedir veya sorumluluğundadır demektir.²⁰⁸

Yapılan zilyedlik tariflerine göre, gerek hükmen gâsıp gerekse hakikaten gâsıp olan kişiyi malik gibi düşünmemiz gerekmektedir. Fakat gâsıba malik diyebilmemiz için hukuki işleme dayalı kabz olması gerekir. İstisnaları olmakla beraber sorumluluk ancak kabz ile başlamaktadır. Fakat gerek hakiki gasp konusunda gerekse hükmi gasp konusunda kabz değil haksız zilyed söz konusudur. Haksız zilyed olan kişi bu zilyedliğinin haksız olduğunu bilmiyorsa iyiniyetli haksız zilyedir. Aksi durumda ise kötü niyetli haksız zilyed konumundadır. Bu ayrıntı ise malın tazmininde dikkate alınır.²⁰⁹

Zilyedliğin sübutu mülkiyetin subutunu gerektirmez. Mülkiyet delili zilyedlik delilinden daha kuvvetli fakat zilyedlik ise mülkiyetten daha geneldir. Örneğin ariyet, kira, rehin, emanet, gasp gibi durumlarda zilyedlik sabit mülkiyet sabit değildir. İstila etmek asıl zilyedin zilyedliğini ortadan kaldırmaz.²¹⁰ Gâsıp, malı elinde bulundurmakla malik olmaz, çünkü gasp mülkiyet sebebi değildir.²¹¹

Bir malın tazmin sorumluluğunda ise şöyle bir sıra takip edilir. Malda herhangi bir değişiklik meydana gelmedi ise aynı iade edilir. Aynı iade etmek

²⁰³ Bağdadî, *Kitabu Mecmaid-Damânât*, s. 274.

²⁰⁴ Mv.F, “Damân”, 28/ 258-259.

²⁰⁵ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 4/372.

²⁰⁶ Topal, “Zilyedlik”, *DİA*, 44/417.

²⁰⁷ Mecelle, md. 1679.

²⁰⁸ Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye* 3/26.

²⁰⁹ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sânâi*, '4/145-148.

²¹⁰ Hüsrev, Molla, *Gurer Dürrer*, 4/4-5.

²¹¹ Zerka, *el- Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm*, 1/344.

imkansız hale geldi ise malın çeşidine göre tazmin değişir. Mal misli ise misli, kıyemi ise kıymeti verilir. Fakat gaspta malın kendisini geri vermek imkansız olunca mal sahibinin hakkını telafi etmek, oluşan zararı tamamen ortadan kaldırmak için malın değerini geri vermek gerekir. Böyle bir tazmin söz konusu ise mülkiyet artık gasbdene ait olur. Mülkiyet gasp nedeniyle başlı başına sabit olmaz.²¹² Ayrıca gasbedilen malın ismi ve sağladığı menfaatlerin çoğu değişirse gâsıp ona sahip olur. Fakat bedelini ödemedikçe kullanması helal değildir.²¹³

Hadîs-i şerife göre “aldığını geri verinceye kadar malın sorumluluğu, ödeme yükümlülüğü onu elinde bulundurana aittir.”²¹⁴ Elinin altındaki maldan sorumlu olmak da kişinin “kendi kendini” malı iadeye ya da mal telef olduysa tazmin etmeye kefil kılması olarak düşünülebilir. Mal sahibinin zararını ortadan kaldırmanın en uygun yolu malını ona geri vermektir.²¹⁵

Kâidemizle ilgili bağlantısına gelecek olursak; gerek hükmî gerekse hakiki gaspta gayri hukuki bir işlem vardır ve bu işlem kişiye mülk edinme fırsatını vermez. Gâsıp gasbettiği şeyi mülküne geçinceye kadar olan süredeki faydalanmaları, asıl sahibine ödemez. Çünkü tazmin sorumluluğu kendisine aittir. Bu sebeple ayrıca ödeme yapmasına gerek yoktur. Şayet ödeyecek olursa ücret ile damân tek sebepten dolayı birleşmiş olmaktadır.

Ayrıca yine kâidemize göre gaspeden gasbettiği mal için yaptığı harcamalar karşılığında mal sahibinden hiçbirşey alamaz. Çünkü gaspeden sahibinin izni olmadan yaptığı harcamalarda teberruda bulunmuştur deriz.²¹⁶ Örneğin gâsıp ekili bir araziye gasbedip sulasa, masrafını sahibinden talep edemez.²¹⁷ Hadiste buyurulduğu gibi: Haksızlık yapan kişinin hakkı yani emeğinin karşılığı yoktur.²¹⁸

“Ecr ve damân ictima’ etmez” kâidesinin diğer mezhepler tarafından karşı çıkılma sebebi de buradan kaynaklanmaktadır. Malı kullanımından dolayı herhangi bir ödeme yapmaması karşı taraf için zulümdür. Çünkü mal, asıl sahibinin elinde

²¹² Serahsi, *el-Mebsut*, 11/98, Şeyh Bedreddin, *Câmi’u’l-Fusûleyn*, 288a.

²¹³ Şeyh Bedreddin, *Câmi’u’l-Fusûleyn*, s. 313b.

²¹⁴ Dârimî, Buyû 56, Ahmed b. Hanbel, Müsned, 5/8, İbn Mâce, Sadakât 5, Ebu Dâvûd, İcâre.

²¹⁵ Serahsi, *el-Mebsut*, 11/55.

²¹⁶ Nesefî, *Kenzü’l-dekâik*, s. 578, Serahsi, *el-Mebsut*, 11/126-129.

²¹⁷ Ali Haydar, *Dürrü’l-Hükkam*, 2/838.

²¹⁸ Ebû Davud, Harac, 37, Tirmizi, Ahkam, 38, Nesaî, Kübra, 3/404.

olsaydı ondan elde edeceği kazancı ortadan kaldırma ve bir ma'duriyet söz konusudur. Bir çiftçinin kendisinin kullanarak geçimini sağladığı bir tarım aleti olsa ve bunu on günlüğüne kiraya verse fakat alan kişi on üç gün sonra getirirse bu fazladan kullandığı üç günlük sürenin ücretinin durumu şöyledir: bu alet şayet muaddun lil istiğlal ise ecr-i misl alır, bu türde bir alet değil ise hiçbir şey alamaz. Karşı tarafın tazmin sorumluluğundan dolayı böyledir. Bu aleti kiraya vermeyip evinden gasbedilse idi yine aynı hüküm cereyan edecekti.

3. Ecr ve Damân'ın Birarada Bulunamayacağı Görüşünün Delilleri

a. el-Harâc bi'd-damân Hadisi

Bu hadis-i şerif; bir şeyden faydalanmanın ancak o şeyin külfetini karşılamakla mümkün olduğunu izah eder. Yani “el-Menfea bi'd-damân” da denilebilir. Bu hadisi destekleyici başka hadisler de vardır. Efendimiz (s.a.v) rehin bırakılan mal hakkında, “Rehin, o malı rehin olarak bırakanın mülkiyetinden çıkmaz. Rehnin geliri de sahibinindir, yapılan masrafı da o öder. Fakat rehin bırakılan kişi hayvanın masraflarını karşılamak kaydıyla hayvana binebilir, sütünü kullanabilir. Masraflar binene ve içene aittir.” diye buyurmuştur. ²¹⁹ el-Harâc bi'd-damân hadisiyle ilgili tezimizin ilerleyen kısmında detaylı bir şekilde açıklama yapılacaktır. Bu kısımda sadece bu kadar bilgi ile yetindik.

b. Misli ile Tazmin Meselesi

“Kim size saldırırsa misliyle mukabele edin.”²²⁰ âyeti kerimesi, “... yemeğe karşı yemek, kaba karşı kap gerekir.”²²¹ Hadis-i şerifi delil kabul edilir. Çalıştığımız konuda fayda, yani menfaatin tazmini meselesi vardı. Bu konuyu yukarıda menfaatle ilgili yerlerde ayrıntılı açıkladık. Menfaatin tazmin edileceği bedel ile aralarında herhangi bir benzerlik yoktur. Dolayısıyla nass ile belirlenen misli ile tazmin kuralına aykırıdır.

²¹⁹ Hakim, 2/58, Darekutni, 3/322, Buhari, Rehn, 4.

²²⁰ Bakara, 2/194.

²²¹ Buhari, Mezâlim 30, Tirmizi, Ahkam 23.

4. Kâidenin İstisnaları:

Hanefî âlim İbn Abidin (v. 1252/1836) “müftî zamanın şartlarını göz ardı edip mezhebin zahirurrivaye nakilleri üzerinde donup kalmamalıdır. Böyle yaparsa birçok hakkın çiğnenmesine sebep olur ki fayda vereceğim derken kat kat fazlasıyla zarar vermiş olur.”²²² demektedir. İbn Abidin içtihadı açık olmayan konular dışındaki meselelerde zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişmesinin zorunlu olduğuna işaret etmektedir. Mezheplerin geçmişten günümüze tarihsel seyir içinde mütekaddimun ve müteahhirun dönem olarak incelenmiştir.

Hanefiler’de mütekaddimun dönemin İmâm-ı Azam (150/767) ile başladığı ve İmam Halvânî’nin vefatı (452/1060) ile bittiği bilinmektedir. Hicri 448 sonrası ise müteahhirun dönem olarak bilinmektedir. Hanefiler’de Mütakaddimun dönemin diğer mezheplere göre yarım asır uzaması yani V. yy. ilk yarısında sona ermesi mezhebin Maveraünnehr’de teşekkülünü bu yy. tamamlanmasından dolayıdır. Müteahhirûn dönemde toplumsal şartların ve örfün değişmesiyle Mütekaddimun dönemde varılan hükümlerden farklı hükümlere varıldığı ve bu konuda da “teğayyürü’l-elmân”, “fesâdü’z-zaman” gibi kavramların kullanıldığı görülür. Mütekaddimûn dönemde; ilk muhtasarlar, mezhep imamının eserleri üzerine şerhler, ilk küllî kâide çalışmaları ve usul eserleri kaleme alınmıştır. Bu dönem genelde mezhep içi fikhî istidlâllerin olduğu ve mezhep sınırlarının çizildiği bir dönemdir.²²³ Dönemlerle ilgili bu açıklamayı yaptıktan sonra konumuza kaldığımız yerden devam edelim.

Üzerinde çalıştığımız kâideye Mütakaddimûn Hanefiler herhangi bir istisna getirmezken Müteahhirun Hanefiler üç konuda menfaatlerin tazmin edileceğine dair görüş beyan etmişlerdir. Mütekaddimûn döneme ait bir eser olan Kudûri (v. 428/1037) ‘nin eserinde bu üç istisna yer almazken, Müteahhirûn 19. yy. müelliflerinden Meydânî (v. 1298/1881), Kudûri’nin eserine yazdığı şerhte bu üç istisnayı zikretmiştir.²²⁴ XII. yy. müelliflerinden Kâsani, (v. 587/1191) gasp bölümünde üzerinde çalıştığımız kâideye atıf yapmakta fakat istisnaları

²²² Yaman, Ahmet, *Diyanet İlmî Dergi*, 2014, 50/2, s,7-21.

²²³ Kaya, E. Said, “Mütakaddimûn ve Müteahhirûn”, *DİA*, 32/188-189.

²²⁴ Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi’l-Kitap*, 2/110.

zikretmemektedir.²²⁵ XIII yy. âlimlerinden Mevsîlî, (v. 683/1284) eserinin icare ve gasp bölümlerinde kâideye atıf yapmakta fakat istisnaları zikretmemektedir.²²⁶ Kenzü'd-dekâik müellifi XIV. yy. âlimlerinden Nesefî, (v. 710/1310) eserinin gasp bölümünde menfaatin tazmin olmayacağını belirtir fakat istisnalara değinmez.²²⁷ XV. Asır âlimlerinden Aynî, (v. 855/1451) el-Binaye fî şerhi'l-Hidaye isimli eserinde bahsi geçen üç istisnayı zikretmiştir.²²⁸

Aynî eserinde ... معدا السغال اذا لم يكن diye zikretmiştir. Meşayihimiz dediği âlimler muhtemelen çağdaşı olup kendilerinden ders aldığı âlimler veya bir önceki dönemin âlimlerini de kastetmiş olabilir. Kanaatimizce istisnalar eserlere XIV. yy. sonu ve XV. yy. dahil edilmiştir denilebilir. Bahsedilen asırlardan sonra istisnalar eserlerde geçmeye başlamıştır. XVI. yy. âlimlerinden İbn Nüceym, (v. 970/1563) ecr-i misl konusunda bu istisnalara değinmiştir.²²⁹

Müteahhirûn Hanefiler bahsi geçen istisnalarda istismar hâdiselerin çoğaldığını görünce, menfaatin ecr-i misil olarak istihsanen tazmin edileceğini caiz görmüşlerdir. Ayrıca burada örf ve adet de devreye girmiştir.²³⁰ Gayrı menkul malların menfaati konusunda Hanefilerden İmam Züfer, İmam Muhammed, İmam Şafiî, İmam Malik, İmam Ahmed, gasp sebebiyle tazmin edileceğini söylerler. Fakat ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre bu türlü mallar vakfa, yetime ait olursa ya da muaddun li'l-istiğlâl olursa tazmin edilirler.²³¹

Bu türden mallar gasbedildiği takdirde gâsıp bunları kullansa veya kullanmayıp elinde tutsa her iki durum için de ecr-i misil söz konusudur. Gâsıp elinde tutmayıp gasbettiğini kiraya verse bu durumda aldığı kira bedeli ecr-i misilden fazla ise onu verir şayet ecr-i misilden az ise ecr-i misil verir. Bu tür mallarda herhangi bir eksilme, noksanlık, kısaca zarar meydana gelse, ücret ile damânı birlikte kabul etmeyen Hanefilere göre noksan bedel ile ecr-i misilden hangisi yüksek ise onu verir. Gasbedilen mal bir hukuki işleme konu olduğu zaman malın asıl sahibi hem

²²⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 7/145-146.

²²⁶ Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/55, 3/64-65.

²²⁷ Nesefî, *Kenzü'd-dekaik*, s. 581.

²²⁸ Aynî, *el-Binâye*, 10/293.

²²⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 2/433.

²³⁰ İbn. Abidin, *Reddu'l-muhtar*, 9/399, Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/950.

²³¹ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 2/846-847.

malın iade borcunu hem de kira vs. getirilerin menfaatini tazmin ettirir. Diğer mezheplerden Hanbeli ve Şafiilere göre ise hem noksanı tazmin eder hem de menfaatin ecr-i mislini verir.²³² Şimdi bunlara kısaca değinelim.

a. Vakıf Malı:

İmameyne göre vakıf; başkasının temlik ve temellüküne mani olacak şekilde bir mülkün menfaatini halka, ayn'ını ise Allah Tealaya vermektir. Vakfedenin mülkiyetinden çıkıp ammenin malı olmaktadır. İmâmı Azam'a göre vakfetme işlemi bir nevi ariyet olup, mülkün ayn'ının hükmen sahibinde kalıp menfaatinin bir yöne tasadduk edilmesidir.²³³ Vakfi korumaktan kasıt, vakfi kiralayan kişinin orda mülk talebinin olmaması, mülkiyet iddia etmemesi içindir. Vakıf malı; üzerinde zilyedliğin caiz olmadığı mallar arasındadır. Çünkü tek kişinin şahsına değil şahıslar yararınadır.²³⁴

Vakfa veya yetime ait malların müsakat yoluyla tutulmaları da fasittir. Çünkü vakıf arazide süre en fazla üç sene dükkan, konak gibi şeylerde ise süre bir seneyi aşamaz. Vakfedenin bir şartı var ise müddet konusunda ona uyulur. Şayet bu süre kısa olur ve vakfa fayda uzun sürede meydana gelecekse hakim bunu uzatabilir.²³⁵

Bir kimse kiraladığı vakıf dükkanı icare müddeti bittikten sonra bir müddet kilitleyip menfatten mahrum bıraksa o müddetin ecr-i mislini vermesi gerekir.

Bir icare akdi herhangi bir sebeple batıl olunca artık ma'dum hükmünde olur ve istifade edilen menfaat için ücret vermek gerekmez. Ayrıca bu batıl duruma sahibinin rızası olduğu için de gasp hükümleri devreye girmez. Fakat yetimin, vakfın ve mecnunun malında icare akdi batıl bile olsa kullanımdan dolayı ecr-i misil lazım gelir.²³⁶ Batıl akid hüküm doğurmadığı gibi akid de sayılmaz. Menfaat de akidle değer kazanır şayet akid yoksa menfaat de yoktur. Oysaki burada durum farklıdır. Bahsedilen durumlarda hakların korunması adına ücret ödenir.

²³² Aydın, "Gasp", *DİA*, 13/ 391.

²³³ Meydâni, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitap*, 2/99, Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 2/763, Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 4/284.

²³⁴ Yaka, Zeki, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, s. 42.

²³⁵ İbn. Abidin, *Reddu'l-muhtar*, 9/10.

²³⁶ İbn. Abidin, *Reddu'l-muhtar*, 9/400, Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 6/171-172.

b. Yetim malı:

Yetim; bülüğa ermeden babasını kaybeden kişi demektir. Yetimlerin hak ve hukukları şârî tarafından düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır.²³⁷ Bu sebeple menfaatin tazminini kabul etmeyen Hanefiler bu koruma düşüncesine istinaden yetim malının menfaatinin tazmin edilmesine hükmetmişlerdir.

Burada vasinin veya velinin izni olmaksızın bu çocuklar ya da çocukların malları çalıştırılır ise bu çocuğun, buluğa erince çalıştığı sürenin ücretini/malının kullanım ücretini geriye dönük ecr-i misil olarak isteme hakkı vardır. Şayet çocuk ölürse varislerinin bu ücreti isteme hakkı vardır. Örneğin; bir yetimin hanesinde, yetimin anası, kocasıyla birlikte otursalar koca üzerine ecr-i misil lazım geleceği gibi yetim ile baliğ arasında müşterek olan bir hanede baliğ otursa yetimin hissesinde ecr-i misil lazım gelir.²³⁸ Ayrıca bu hane eğer yetim veya vakıf malı ise gerek te'vili mülk ve gerekse te'vili akd bulunsun ya da bulunmasın ve gerek mütevellî ücretsiz, iareten iskan etmiş olsun, vakıf içinde oturulmak veya başka şeye şart kılınsın bu sayılan durumlarda müddetin ecr-i mislini vermesi lazım gelir. Eğer ecr-i misil oturması sebebiyle akarda meydana gelen noksandan çok ise ücret ile damân burada ictima' eder.

c. Muaddun li'l-istiğlal

Menfaatle ilgili yukarıda açıklama yaparken menfaatin akid olmadan mütekavvim olmadığını ve bir değer ifade etmediğini belirtmiştik. Ortada bir akid yok iken kişi bir malı sahibinden izinsiz kullanırsa ücret vermesine gerek yoktur. Fakat bu mal muaddun li'l-istiğlâl türünde bir mal ise ecr-i misil lazım gelir. Hanefilerde genel kanaat, ortada akid varsa menfaatin ödemesi olur. Akid olmadan rastgele kullanımdan dolayı menfaat bedeli istenemez. Aşağıda önce tanımını ve kısımlarını verip sonra konumuzla ilgili açıklama yapacağız.

Gelir getirmek veya kiraya verilmek üzere sahip olunan, bekletilen mallardır.²³⁹ Muaddun li'l-istiğlâl olan mallar 3 kısımda incelenir. Bunlar:

²³⁷ Nisa, 4/ 2-6, İsrâ, 17/34, vd.

²³⁸ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/952, Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, 6/172.

²³⁹ Bilmen, *Istılahat-ı Fıkhiyye* 6/158.

* Kiraya verilmek üzere belirlenmiş, yapılmış, hazırlanmış, alınmış şeylerdir. Bunlar dükkan, ev, hamam gibi gayri menkul, araba, hayvan, tramvay gibi menkul mallar olabilir.

* Bir şeyin üç sene arka arkaya kiraya verilmesi kiraya verene kişiye nisbetle o malın muaddun li'l-istiğlâl olduğuna delildir. Üç sene olmasının sebebi ise, ulul emr miri araziyi halkın tasarrufuna verince üç sene ekmediği takdirde araziyi elinden alırdı. Bu türde olan muaddun li'l-istiğlâl sahibinin vefatıyla veya bu malın satılmasıyla muaddun li'l-istiğlâl olmaktan çıkar. Fakat satın alan kişi yine kiraya vermek için aldıysa muaddun li'l-istiğlâl olması devam eder. Ekilen ve nadasa bırakılan süreler bahsedilen üç yıla dahildir. Fakat bazı durumlarda üç sene şartı aranmasına gerek yoktur. Bir örnek vermek gerekirse; bir kişi ziraat işleriyle uğraşmayan birinin köydeki arazisini kullansa ve o köyde başkasına ait arazileri izin almadan kullanmak da örf haline geldi ise bu arazi muaddun li'l-istiğlâl olur. Arazi sahibi örfteki uygulamadan dolayı eken kişiden ücret isteme hakkı vardır. “Örfen meşrut olan şey hükmen de meşruttur” kâidesine binaen, akid olmasa bile burada arazi sahibi ecr-i misil alabilir.²⁴⁰

* Bir kimse kira için değil, kendisi için yaptırmış olduğu şeyin muaddun li'l-istiğlâl olduğunu halka ilan ederse o şey muaddun li'l-istiğlâl olur. Bu şekilde olan bir malı kullanan kişi de ecr-i misil öder çünkü sahibinin umuma ilanı vardır.²⁴¹

* Akid süresince akde muhalefetten dolayı mahalde herhangi bir zarar unsuru meydana gelmedi ise, damân lazım gelmez. Fakat akid süresi içinde akde muhalefetten dolayı mahalde meydana gelen zararda fail artık mübaşir konumundadır. Çünkü iradi olarak akde aykırı davranmıştır, zararı tazmin etmek durumundadır. Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi bu durumu şöyle izah etmiştir: “Mübaşeretten müstakillen illet ve sebab-i telef olup binaenaleyh teammüd bulunmamak özrüyle onun hükmünün ıskatı caiz değildir.”²⁴²

Hane vb. şeylerin muaddun olduğu meşhur olmayan muaddun li'l-istiğlâlde ise ecr-i mislin gerekli olması için o malın muaddun li'l-istiğlâl olduğunu kullananın

²⁴⁰ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/686

²⁴¹ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/787.

²⁴² Ali Haydar, *Dürrü'l Hükkam*, 1/195

bilmesi şarttır. Kullanan kişinin ilmi olup olmadığına ihtilaf edilse söz meal yemin kullananındır. Bu durum hane, hamam, otel, vb. muaddun li'l-istiğlâl olduğu meşhur ve açık olduğu halde kişi onun muaddun li'l-istiğlâl olduğunu bilmediğini iddia etse bu sözüne itibar edilmez. Baliğın ma belağ (ne kadar tutarsa tutsun) ecr-i misil lazım gelir.²⁴³

Muaddun li'l-istiğlâl olan malın menfaatinin ödenme sebebine gelince; bu türdeki malları sahibi gelir getirmesi için elinde tutmaktadır. Bu sebeple bu türde olan malların akid olmadan veya izinsiz kullanımları fasit kira akdi gibi değerlendirilmiştir. Bu açıklamaya bir örnek vermek gerekirse; bir aylığına ve 100 liraya bir ev kiralansa ve o evde 2 ay kalınsa ilk ay için ecr-i müsemma sonraki ay için ecr-i misil gerekir, çünkü gelir getirmesi için elde tutulan bir yerdir. Eğer müstecir ikinci ay için ücret verdi ise bu ev muaddun li'l-istiğlâl olmasa bile ücreti isteyemez. Mal sahibi ücret istese ve o kişi herhangi bir şey söylemeden o malı kullanırsa muaddun li'l-istiğlâl, vakıf, yetim malı olmasa bile ecr-i müsemmayı vermesi gerekir, yoksa ecr-i misil olmaz. Çünkü burada teati yoluyla akid ikinci ay için münakid olmuştur. Yani mal sahibi ücret istemiş de karşı taraf sukut etmiş ve malı kullanmış ise ecr-i müsemmaya razı olmuş kabul edilir.²⁴⁴

Bir kimsenin evi, te'vil-i mülk (mülkümdür zannı) ve te'vil-i akd (akid var zannı) olmaksızın başkası tarafından kullanılsa ücret vermeye gerek yoktur. Bu ev muaddun li'l-istiğlâl ise kullanan kişinin ecr-i misil vermesi gerekir. Kullanan kişi te'vili mülk veya tevili akd sebebiyle kullanırsa, bu durumda ev muaddun li'l-istiğlâl olsa bile sahibi ücret alamaz.²⁴⁵

Bir kimse muaddun li'l-istiğlâl, vakıf ve yetim malını gasbetse ve mağsubu kiraya verse, kiralayan kişi ücreti asıl mal sahibine değil de akid yaptığı kişiye yani ğasıba verir. Bunun sebebi; mal sahibi ile arasında herhangi bir akid yoktur.²⁴⁶ Bu durumda şöyle söylenebilir; menfaat akid ile mütekavvim kabul edildiği için ğasıp alır, malın asıl sahibi alamaz.

Gasp ve istiğmal ile vakıf ve yetim malına, arazisine noksanlık gelirse, bu durumda noksanın kıymeti ve ecr-i misl arasında seçim yapılır. Vakfa ve yetime

²⁴³ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/951.

²⁴⁴ Mecelle, md. 472, Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/795.

²⁴⁵ Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 6/188.

²⁴⁶ Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/781.

hangisi daha faydalı ise o verilir. ecr-i misl noksandan fazla ise o verilir, fakat noksandan az ise noksan tazmin edilir. Araziye herhangi bir noksanlık gelmedi ise ecr-i misl verilir.

Kâidenin istisnalarını bu şekilde açıkladıktan sonra Hanefî Mezhebi XV. yy. âlimlerinden İbnü'l-Hümmam'ın (v. 861/1457) konuyla ilgili mezhebine muhalif görüşünü açıklayıp değerlendirme kısmına geçeceğiz.

5. Hanefî Âlim İbnü'l-Hümmam'ın Kendi Mezhebine Aykırı Görüşü:

Bu madde altında menfaatin tazmini konusunda Hanefî âlim İbnü'l-Hümmam'ın görüşünü çalışılan makalede geçtiği gibi aktarmakla iktifâ edeceğiz.

“Zamanımızda zâlimler nezdinde haksız olarak siaye²⁴⁷ usûlü çalışan köleler çoğaldığı için müteahhirûn âlimleri kıyasa muhalif olarak istihsânen siaye usûlü çalıştırmanın tazmine konu olacağı yönünde fetva vermişlerdir. Fetva da buna göredir. Zira bu konuda yetkiyi kadıya vermek zamanımızda fayda sağlamaz. Musannif şöyle demiştir: Bu konuda gâsıpları caydırmak için zamân konusunda kıyasa muhalif olsa da menfaatlerin gasbı galip olunca mutlak olarak yer ve zaman bakımından itlaf edilen menfaatlerin tazmini yönünde fetva vermek gerekir. Biz daha önce vakit ile mukayyet olan vâcibin kısımlarını anlatırken birinci taksimin sonunda (menfaatin tazmine konu olmadığını savunan) bazı âlimlerin vakıf ve yetim malları konusunda kayıtlar getirdiklerini anlatmıştık. Ve bu konuda şayet gasbedilen mal gelir getirmek üzere edinilmiş ise bunun gasp ve itlaf edilmesi durumunda menfaatlerinin tazmine konu olacağı hakkında bazı âlimler icma bulunduğunu nakletmişlerdir. Mademki bunun gerekçesi zayıfların mallarını korumak ve gâsıpları caydırmaktır o zaman kullar arasındaki bu fesat unsurunu ortadan kaldırmak ve insanların böyle bir yararlanmaya ihtiyaçları olduğu için bu konuda mutlak olarak tazmininin gerekliliğine fetva vermenin bir sakıncası yoktur.”²⁴⁸

²⁴⁷ Efendinin kölesine çalışma izni vermesine denir. Köle bu izin sayesinde çalışarak efendisi ile yaptıkları mükatebe anlaşmasında belirlenen bedeli ödeyip özgürlüğüne kavuşabilmektedir.

²⁴⁸ Kahraman, Karataş, İbn. Hümmam'ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü: Menfaatlerin Tazmini Meselesi, s. 69.

6. Değerlendirme

Hanefi mezhebine göre yukarıda izahını yaptığımız icare akdinde tazmin sebepleri ve menfaatle ilgili görüşler çerçevesinde üzerinde çalıştığımız konuyu maddeler halinde değerlendirmeyi uygun gördük.

* Menfaat; şu özelliklerinden dolayı Hanefilere göre mal kabul edilmiyor. Mevcut değil ma'dum, ahz edilmesi yani ele geçirilmesi mümkün değil, iddihar yani biriktirilme ve saklanma özelliği yoktur.

* Tek sebepten dolayı aynı mahalde ücret ile damân birlikte olmaz. Yani damânın mahalli ile ücretin mahalli birleşmez.

* İcare akdinde me'cur müste'cir elinde emanettir ve teaddi ile taksir de olmadığı sürece tazmin edilmez. Fakat teaddi ve taksir varsa malı tazmin eder ayrıca ücret vermez.

* Akidde konuşulan şartlara aykırı davranmak teaddidir. Bu aykırılık şayet icare süresi içinde olur fakat me'cura bir şey olmazsa ücretin tamamı verilir. Şarta aykırılığa itibar edilmez.

* Akid esnasında konuşulan icare süresi aşılar fakat me'cur sâlimen teslim edilirse ücretin tamamı verilir, fakat müteaddi olunan kısım yani aşılın süre için ücret verilmez.

* Süresi içinde iken mecur telef olursa müstecirin teaddisi varsa tazmin eder ücret vermez. Fakat teaddisi yoksa kullandığı kadarın ücretini verir malı tazmin etmez.

* Süre aşıldıktan sonra teaddi taksir olmaksızın me'cur telef olursa kiralayan tazmin eder, akidde konuşulan ücreti de verir. Burada ücret ve damân bir araya gelir çünkü teaddiden önceki kısım için ücret verir. Süreyi aştığı müteaddilikten dolayı telef olan me'curu tazmin eder. Burada diyebiliriz ki; sebep ve mahal farklı ise ücret ve damân bir arada olur.

* Ücret ve damân aynı mal üzerinde fakat farklı kişiler üzerinde bir araya gelir. Ödeyen tek kişidir fakat ödenilen iki ya da daha fazla kişidir. Bir örnek vermek gerekirse; gâsıp malı kiraya verir ve ücreti peşin alır, kiracının elinde mal teaddisiz telef olur. Bu durumda gâsıp asıl sahabe malı tazmin eder müstecire ise peşin aldığı ücretin kullanılmayan kısmını geri verir. Bu durumda sebepler farklı fakat aynı kişi hem tazmin ediyor hem de ücret verir halde olur.

* Teaddiden önce menfaatin tamamının ya da bir kısmının elde edilmesiyle ücret gerekir ve ayn sâlimen teslim edilir.

* Teaddiden önce menfaatin tamamını elde edersek ücretin tamamı, menfaatin bir kısmını elde ettikten sonra telef oldu ise ücret tahminen verilir. Teaddiden sonra menfaatten faydalanırsa ücret gerekmez çünkü o damin sıfatına haiz olmuştur. Ücret kendisinden düşer.

* Müteaddilikten dolayı kişi elinde olan şey için ücret vermez çünkü malın maliki gibi düşünülür. Hasar sorumluluğu kendindedir telef olursa kendinden gider. Bu madde malın asıl sahibinin muhtemel bir zarara uğramasına sebep olur.

* Ücret ile damân yan yana gelir fakat ücret ile tazminat yan yana gelmez. Tazmin edilen şeye ayrıca ücret verilmez fakat tazmin yok ise sahibinine hak kaybı karşısında ücret verilir.

B: Ecr ve Damân'ın Birarada Bulunabileceği Görüşü

Hanefi mezhebinin kâideleri arasında zikredilen bu maddeyi diğer mezhepler kâide olarak ele almazlar. Gasbın menfaatleri konusunda dolaylı yoldan bu kâideye atıfta bulunurlar. Şimdi bununla ilgili kısaca açıklama yapmakla yetineceğiz.

1. Menfaatle İlgili Düşünceleri:

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplere göre maldan maksad aynı/zatı değil onda bulunan faydadır. Kullanılıp faydalanılması mübah olan şeyler mal kapsamına girer.²⁴⁹ Araştırmalarımıza göre bu konuda Şafî ve Hanbeliler aynı görüş etrafında toplanmışlar, Malikiler ise ortada bir yerde yani bazı durumlarda Hanefiler ile aynı görüşü, bazı durumlarda ise bahsi geçen diğer iki mezhebin görüşüne uymuştur.

Malikilere göre mal; sahibinin üzerinde hakimiyet kurduğu, diğer insanlara engel olacak şekilde üzerinde mülkiyet kurduğu şeydir.²⁵⁰ Menfaat ise elde edildiği bir şeye, bir ayn'a dayanmaksızın kendisinin gösterilmesi aklen mümkün olmayan ve bu dayandığı şey ayn'dan da bir parça teşkil etmeyen, şeydir.²⁵¹ Menfaat konusunda "el-Harac bi'd-damân" hadisinden yola çıkarak onu gayrı mazmun olduğunu kabul

²⁴⁹ Hacak, Hasan, "Mal", *DİA*, 27/462, Mv. F, "Mal", 36/32.

²⁵⁰ Mv. F, "Mal", 36/31-32.

²⁵¹ Rassa, *Şerh-u Hudûdi ibn Arafe*, s. 521.

ederler. Fakat “müslümanın başka birinin malını güzel yolla almanın dışında helal olmayacağı” hadisini delil olarak mazmun olduğunu söylerler.²⁵²

İcare akdinde kiralanan şey için hangi şartlar konuşuldu ise o şartlara uyulmak zorunludur. Şayet şarta uyulmaz ise kişi teaddi de bulunmuştur. Bu teaddiden dolayı gasp hükümleri devreye girer. Bu durumda malın değerine bir noksanlık gelirse tazmin eder ayrıca kullanım ücretini verir. Burada damân ile ücret ictima' eder. Hem ücreti verir hem de fazlalık için ecr-i misil verilir. İzinli olunan kısım için damân izinsiz olan kısım için ecr-i misil verilmesi gereklidir.²⁵³ İmam Malik'den (v. 179/795), gasp konusunda menfaatin tazmini için iki görüş vardır. Bunlar: Gâsıp gasbettiğini kendisi kullanırsa menfaati tazmin etmez, fakat bir başkasına kullandırırsa tazmin eder. Sebep olarak da şu zikredilir; gâsıp kendisi kullanırken mağsubun başına bir şey gelse onu tazminle sorumludur. Fakat başka birine kullandırınca menfaati tazmin eder.²⁵⁴

Şâfiî âlim Zencâni'ye (v. 656/1258) göre “Hanefilerin menfaatle ilgili kurdukları teorileri aklen kusursuzdur. Ama biz hukuku yalnızca akıl üzerine kurmuyoruz. Biz hukuku hem akıl hem de örf ve naslar üzerine kuruyoruz.” der.²⁵⁵

İmam Şâfiî'ye (v. 204/819) göre icare akdindeki menfaat bey'akdindeki ayn gibidir ve menfaat mütekavvim maldır, çünkü insanlar arasında değerlidir. Şafii icare akdinin başından itibaren menfaati hükmen var sayar. Şafiiler zamanla ortaya çıkacak olan şeyi akit sırasında da hükmen var kabul ediyorlar. Bu yüzden Şafiilere göre ücret akdin başında da istenebilir.²⁵⁶ İmam Şafii malı şöyle tarif eder "Mal denilince akla gelebilen şeyler şunlardır: Az da olsa bir ticarî değeri olup, telef edenin tazmin etmek zorunda kalacağı ve insanların normal olarak sokağa atmadıkları para gibi şeyler"²⁵⁷, bir diğer tarifde ise; kendisinden faydalanılan ya da faydalanılması mümkün olan şeydir.²⁵⁸ Yukarıda yaptığımız araz cevher ayırımına

²⁵² Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, 2/193.

²⁵³ Sahnûn, *el-Müdevvenetu'l-kübrâ*, 3/484-491.

²⁵⁴ Sahnûn, *el-Müdevvenetu'l-kübrâ*, 4/184, Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, 2/192.

²⁵⁵ Zencâni, *Tahrîcu'l-Furu ael'l-Usul*, s. 67.

²⁵⁶ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/245, Aynî, *el-Binâye*, 10/291.

²⁵⁷ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 327, Zerka, *el-Medhalu'l-Fıkhîyyu'l-Âmm*, 1/352.

²⁵⁸ Zerkeşî, *el-Mensûr*, 3/ 222.

göre Şafî'ler kanaatimizce şu şekilde anlaşılabilir; araz olmasaydı cevher olmazdı, araz sebebiyle cevherin bir önemi vardır.

Şafiilere göre akid mal olmayan lâşeyi mal hükmüne koyamadığı gibi mütekavvim olmayan hınzıra da mütekavvimlik kazandırmaz yani, mütekavvim olmayan ya da mütekavvim kabul edilmeyen bir şeyi mütekavvim hale etirmez. Menfaatler akid olmadan da mazmundur tıpkı ayan gibi mütekavvimdir.²⁵⁹ Şafiilere göre menfaatin gasp ve itlafı ile damân lazım gelir.²⁶⁰ Çünkü ayn gibi menfaatler de mazmundur ve tazmin edilir.²⁶¹ Mücerred menfaati, geçen süre zarfı içinde kullanmasa bile sahibine tazmin eder.²⁶² Çünkü eksiklik elde tutma sebebiyle de olabilir, ya da telef sebebiyle de olabilir. Eğer mağsub hayvan ise ve anlaşılan müddet de geçmişse bu müddet zarfında hayvan zayıfladı ise zayıflığının tazminiyle birlikte ücret öder.²⁶³ Şarta aykırı davranılan kısım için ecr-i misl gerekir.²⁶⁴ İmam şafiye göre gasb nedeniyle bir malın ödeme sorumluluğunu yüklenmek söz konusu mala malik olmayı gerektirmez.²⁶⁵

Hanbeliler'e göre icare menfaatin satışıdır. Menfaat âyan menzilesindedir. İcare akdinin mahalli (ma'kudun aleyh) akidle istifade edilen menfaattir. Sebebine gelince ücret menfaat karşılığıdır. Bundan dolayı da ayn olmaksızın tazmin edilir. Menfaatin hayatta ve öldükten sonra mülk edinilmesi sahihtir. İtlaf edilmesiyle tazmin edilir.²⁶⁶ Ücret ma'kudun aleyhin misli veya farklısı olabilir. Evde oturmak karşılığında evde oturmak ya da başka bir cins menfaat de olabilir.

Belirli bir yere gitmek için hayvan kiralayıp o mesafeyi aşsa konuşulan ücreti vermek gerekir ayrıca sınırdan ötesi için de ecr-i misil gerekir. Eğer telef ederse onun kıymetini de vermek gerekir. Verilmesi zorunlu olan ecr-i müsemmadır, ziyade için gerekli olan ise ecr-i misildir.²⁶⁷ Mağsup üzerinde yapılan ticaretten elde edilen kâr malikindir. Örneğin mağsub kıymetinden fazla paraya satılırsa kâr, mal

²⁵⁹ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/369, Aynî, *el-Binâye*, 10/291.

²⁶⁰ Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 7/347.

²⁶¹ Şirâzî, *el-Mühezzeb*, 2/196, Nevevî, *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, 14/336.

²⁶² Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/393, Mv. F. 31/245.

²⁶³ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/369, Rûyânî, *Baħrû'l-mezheb fî fûrû'ı mezhebi'l-İmâm eş-Şâfi'î*, 9/31-33, Nevevî, *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, 13/357.

²⁶⁴ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/404.

²⁶⁵ Serahsî, *el-Mebcut*, 11/57.

²⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8/7-8.

²⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8/78.

sahibinindir.²⁶⁸ Başka bir örnekte ise; bir kimseye tarlaya bir şey ekmesi için izin verilse ve o kişi daha zarar verecek bir şey ekse bu teaddiden dolayı gasp hükümleri devreye girer, hem damân hem de fazlalık için ecr-i misil gerekir. İzinli olunan kısım için damân izinsiz olan kısım için ecr-i misil gerekir.²⁶⁹

Zahiri mezhebine ait mukayeseli bir eser olan ibn Hazm'ın (v. 456/1064) *el Muhalla* isimli eserinde; her hak sahibine hakkı verilir hadisin den hareketle menfaatler tazmin edilir görüşü kabul edilmiştir. Gâsıp gasbettiğinden faydalandığı şeyleri sahibine verir. Çünkü sahibinin eşyasının gelirleridir. Hanefiler'in "menfaatler gayrı mazmundur" görüşünü acaip olarak karşılarlar. Hanefiler menfaatler gayrı mazmun derken el-Harâc bi'd-Damân hadisini delil alırlar. Malın kullanımının gâsıba ait olmasının sebebini tazmin sorumluluğunun onda olduğundan dolayı iddia ederler. Halbuki el-Harâc bi'd-damân hadisi sahih bir akidden sonra cereyan eden gelirlere yöneliktir ve akiden sonra faydalar mülk edinenin olur. Oysaki gâsıbın kullanımı sahih akid sonucu değildir. Bu sebeple haram helal olana kıyas edilemez görüşünü savunurlar.²⁷⁰

2. Ecr ve Dâman Birarada Bulunur Diyenlerin Delilleri

Şimdiye kadar yaptığımız açıklamalarımıza göre çalıştığımız kâidenin özünde menfaatin tazmini meselesi vardır. Üzrlerinde çalıştığımız konuya diğer mezhepler eserlerinde kâide olarak değil konu olarak yer vermişlerdir. Özellikle gasp konusu anlatılırken ve İcare konusunda da şarta muhalefet meselesinde değinirler.

Araştırmalarımıza ve kanaatimize göre aşağıda zikredeceğimiz deliller "ecr ve damân ictima' eder" diyenlerin öne sürdüğü deliller olarak söylenebilir.

Nisa suresi 29. ayette mealen "Ey iman edenler mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin..." ve Bakara suresi 188. ayette mealen "Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin..." buyrulmuştur. Bu ayetlerde malın haksızlıkla kullanımından dolayı elde edilen kazanç (menfaatin) helal olmayacağına işaret etmektedir. Ayrıca "el, aldığı nı geri verinceye kadar sorumludur."²⁷¹ "Kim zulmen

²⁶⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7/400.

²⁶⁹ İbn Recep, *el-Kavâid Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 79. Kâide, s. 365.

²⁷⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, 8/135-139.

²⁷¹ Ebû Davud, İcare 90, Tirmizi, Büyü' 39, İbn Mace, Sadakât 5.

bir karış yeri elde ederse ALLAH kıyamette o yeri yedi kat boynuna dolar.”²⁷² vb. hadis-i şerifler de haksızlıkla mal edinmenin helal olmayacağı yönünde yapılan uyarılardır. Nâss’da geçen bu ve benzeri ayet ve hadisler mezheplerin eserlerinde gasp, damân, cinayât ve ukubât konularının geçtiği yerlerde üzerine atf yapılan delillerdir.²⁷³

Dolayısıyla başkasının malını, onun izni olmadan almak, kullanmak, sahibinin kullanımına engel olmak onu zarara uğratmaktır. Menfaatleri de mal kabul eden mezheplere göre yine bahsedilen ayet ve hadisler gereği menfaate verilen zarar da giderilmelidir.

II. Ecr ve Damân İctima’ Etmez Kâidesinin Bazı Kâideler ve Hadisler ile Karşılaştırılması

Konumuza geçmeden önce böyle bir başlık niçin açtık kısaca ona değinelim.

Arap dilciler birbirine yakın kelimelerin arasındaki anlam/mana farklarını göstermek, onları yanlış kullanımdan korumak ve dilin zenginliğini anlatmak için furûk terimini kullanırlar. Bu metodun fer-i hukuki hükümler üzerinde uygulanması fikh-î furûku gündeme getirmiştir. İki detay mesele arasında bulunan görünüşteki ortak yönler “cem”, ince bir tahlil sonucu ortaya çıkan uyumsuz yön ve nüanslar “fark” olarak isimlendirilmiştir.²⁷⁴

Biz de çalışmamızın bu kısmında; fikhî furûk literatüründe zaman içerisinde oluşan metotlardan biri olan kavâid metodundan konumuzun daha anlaşılır hale gelmesi için faydalanmayı uygun gördük. Bu metoda kısaca değinmek gerekirse; muhteva yönünden birbirine benzeyen kâideleri, aralarındaki farklar yönüyle izah etmeye çalışmaktır.

Hanefî mezhebince üzerinde çalıştığımız kâidemize delil olarak gösterilen “el-harac bi’d-damân” hadisini Mecelle’de “bir şey’in nef-i damânı mukabelesindedir” kâidesi çerçevesinde ele alarak karşılaştırma yapacağız.

²⁷² Buhari, Mezâlim 14, Müslim, Müsakat 137.

²⁷³ Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne alâ mezhebi ‘âlimi’l-Medîne*, 2/187, Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/196, İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7/360, 369.

²⁷⁴ Yaman, *Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri*, s. 57.

Sonrasında ise bu hadis-i şerifin muarızı²⁷⁵ olarak görülen musarrat hadisi ile karşılaştırıp değerlendirmede bulunacağız.

A. Bir Şey'in Nef-i Damânı mukabelesindedir. (El-Harac bi'd-damân)

Üzerinde çalıştığımız kâidenin delilleri arasında zikredilen bu hadisin öncelikle kavramlarının tanımlarını verip sonra hadisin vürud sebebini açıklayacağız. Sonrasında ise kâidemizle ilgili bağlantısını karşılaştırarak izah edeceğiz.

1. Harac/Ğalle/Nema/Zevaid ve Menfaat

Menfaat; bir ayn'ın kullanılmasıyla birlikte aşama aşama ortaya çıkan fayda²⁷⁶ demek olup bir ayn'dan istifade etmek, yararlanmak da diyebiliriz. Bu tanıma göre bu istifade sonucunda yukarıda bahsedilen getirileri 'Harac, ğalle, nema, kazanç, vb.' meydana gelen her faydayı menfaat tanımına dahil edebilir, fakat menfaat olarak değerlendiremeyiz. Sebebine gelince; yukarıda bahsedilen şeyler bir kullanım sonucu meydana gelmekte ve zatı itibariyle ayn olmaktadır. Elle tutulur, gözle görülür olmaları, onları menfaat gibi düşünmemize engel olmaktadır.

Harac; ayn'ın getirilerinden oluşan şey, ğalle demektir.²⁷⁷ Zerkeşi'ye göre bir şeyden çıkan ayn, menfaat, ğalle gibi şeylerdir.²⁷⁸ İmam Şafî'ye göre harac; sonradan ortaya çıkan şeydir.²⁷⁹ Mecelle'ye göre ise; "insanın mülkünden ortaya çıkan şeydir. Hayvanın sütü, yavrusu, kira bedeli gibi şeylerdir." Diyerek her türlü geliri harac kısmına dahil etmiştir.²⁸⁰ Zerka'ya göre haraç; damân karşılığında bir şeyden meydana gelen gayrı mütevellid munfasıl olan şeylerdir. Örneğin kazanç, ücret, sadaka vb. şeyler gibi.²⁸¹ Tanımdan anladığımız kadarıyla sonradan meydana gelecek şey denilebilir. Biz burada tanımda geçen haraç ile benzer olan kavramları birlikte vermeyi ve sonrasında da bir değerlendirme yapmayı uygun bulduk.

Ğalle; kira ve topraktan sağlanan mahsul anlamlarına gelir. Ev ve dükkan gibi gayrı menkullerin kirası, bağ ve bahçe tarlanın ürünü, paranın getirisi demek olup

²⁷⁵ İmam Şafî, *el-Ümm*, 10/273.

²⁷⁶ Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkam*, 1/227.

²⁷⁷ Kefevî, *el-Külliyât*, s. 432, İbn Manzûr *Lisânu'l-Arab*, 2/285, İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 2/175.

²⁷⁸ Zerkeşi, *el-Mensûr*, 2/119.

²⁷⁹ İmam Şafî, *el-Ümm*, 10/279.

²⁸⁰ Ali Haydar, *Dürru'l-Hükkam*, 1/ 186, Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, 1/101.

²⁸¹ Zerka, *Şerhu'l Kavâidi'l-Fikhiyye*, s. 429, *el-Medhalu'l-Fikhiyyu'l-'Âmm*, 2/36.

nema ve ziyade ile ortak anlamlara sahiptirler. Daha çok vakıf mallarından sağlanan gelir hakkında kullanılmaktadır. Vakfa gelir sağlamak üzere tahsis edilen taşınır- taşınmaz her türlü malın tabii ve hukuki semereleridir.²⁸² Ğallenin tanımına baktığımızda da tıpkı haraç gibi sonradan meydana gelen şey diyebiliriz. Yapılan bir çalışmada, harac ve ğallenin müteradif iki lafız olduğu belirtilmektedir.²⁸³

Nema ise; artmak, çoğalmak, bereketli olmak, zekata tabi malın artırıcı özellikte olmasını ifade eder. Gasbedilmiş malda meydana gelen artışta da nema kavramı kullanılır. Altın, gümüş ve parada takdiri nema, diğer mallarda hakiki nema cereyan eder.²⁸⁴ Menfaat sırf fayda demek olduğundan nema ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Sözlükte artmak, çoğalmak gibi manalara gelen zevaid kavramı ise, fıkıh ıstılahında eşyada sonradan ortaya çıkan fazlalık, semere ve artık değeri ifade eder.²⁸⁵ Menfaat de sonradan oluşan bir şeydir. Ama zevaid değildir. Çünkü zevaid şemsiye bir kavram olup genelde maddi gözle görülebilen fazlalık manasındadır. Zevaid, asılla ilişkisine göre muttasıl, munfasıl, mütevellid ve gayr-ı mütevellid olarak dört kısımda incelenir. Kısaca bahsederek;

* Ğayrı mütevellid muttasıl ziyade: Asıldan doğmaz, fakat harici bir ilave ile asla bitişir. Örneğin arsaya bina yapmak gibi.

* Mütevellit muttasıl ziyade: Asıldan doğup ona yapışık olan ilavedir. Örneğin; hayvanın semizleşmesi gibi.

* Mütevellid munfasıl ziyade: Asıldan doğan fakat ondan ayrı duran. Örneğin hayvanın yavrusu gibi.

* Ğayrı mütevellid munfasıl ziyade: Asıldan doğmayan ona da bitişik olmayan ziyadedir. Örneğin; Arabanın, değirmenin getirdiği gelirler.²⁸⁶

Menfaati gayrı mütevellit munfasıl ziyade olarak kabul edebiliriz. Nitekim Mecelle şarîhi Ali Haydar'a göre menfaat, ğayrı mütevellid munfasıl zevaidir ve asıl mâlikin malı değildir.²⁸⁷

²⁸² Akgündüz, Ahmet, "Ğalle", *DİA*, 13/338-339.

²⁸³ Zühayli, Vehbe, *Fi'l- Fıkhi'l-İslami*, s. 518.

²⁸⁴ Erkal, Mehmet, "Nema", *DİA*, 32/549-550.

²⁸⁵ Boynukalın, Mehmed, "Zevaid", *DİA*, 44/302-303.

²⁸⁶ Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, s. 62.

Bu ziyadeler malın tekrar iade edileceği, örneğin fesh, ikale, tazminat gibi durumlarda söz konusu olur. Şöyle ki: Konumuzla ilgisi açısından değinecek olursak; yukarıda sayılan getirilerden mütevellit muttasıl ziyade (hayvanın semizleşmesi) karşılığında gâsıp, sahibinden herhangi bir şey isteyemez. Gayr-ı mütevellid munfasıl ziyade konusunda sırf kendisi faydalanırsa, bu fayda için sahibine ücret vermez, çünkü bu faydalanma damân/hasar sorumluluğu karşılığındadır. Sebebine gelince; gâsıbın damânı başkasının damânından daha kuvvetlidir. Buna dayanarak Ebû Hanife der ki: Mağsubun menfaatleri tazmin edilmez, çünkü telef olurlar ise telef edenin malından gider.²⁸⁸ Fakat çalıştırır ve bundan bir gelir elde ederse, bu geliri kendisi kullanmaz asıl sahibine de vermez. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre gâsıbın elde ettiği kira, vs. faydalar kendisi için helal değildir. Ebu Yusuf'a göre ise helaldir.²⁸⁹

2. Damân

“el Harâc bi'd-damân” hadisinde geçen damân kavramı; meunet yani telef, hasar, eksilme, gibi mali külfetini yüklenmek, korumak, nafakasını üstlenmek gibi manalara gelmektedir.²⁹⁰ Bir şeyin kıymetini, noksanını borçlanmak, sorumluluğunu üstlenmek aynı zamanda o şey elinde olduğu sürece onun gelirlerini almaya hak sahibi olmaktır. Sorumluluk almayan, onun faydalarını da talep edemez. Kişi damânı sebebiyle harac almaya müstehakdır.²⁹¹ Buradaki sorumluluk, hem hasar sorumluluğu, hem de ihtiyaçlarını yani hayvanın nafakasını vs. giderlerini karşılamak sorumluluğudur. Kısaca nimet kimde ise külfet de ondadır.²⁹² Ayrıca hadisten istinbat edilen bu kâide aynı zamanda Mecelle 87. “mazarrat menfaat mukabelesindedir.” ve 88. “külfet ni'mete, ni'met külfete göredir.” kâideleri ile aynı manayı ihtiva etmekte olup fark sadece ibarelerdedir.²⁹³

²⁸⁷ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 2/839.

²⁸⁸ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 2/175-176.

²⁸⁹ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 2/839.

²⁹⁰ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/185, Bilmen, *Istilahat-ı Fikhiyye*, 1/285-285, Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, 1/102.

²⁹¹ Zerka, *el-Medhalu'l-Fikhiyyu'l-Âmm*, 2/1036-1037.

²⁹² İbn nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1/173.

²⁹³ Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, 1/104.

3. Kâidenin Açıklanması

Mecelle’de 85. kâide olarak düzenlenen ve üzerinde çalıştığımız maddenin hemen öncesinde yer alan “bir şeyin nef’i damânı mukabelesindedir” diye geçen kâide, Peygamber (s.a.v) “أخرج بالضم مان”²⁹⁴ hadisinden uyarlanmıştır.²⁹⁵ Hadisin söyleniş sebebi; bir adam köle satın almıştı. Köle, satın alan kişinin yanında bir müddet kaldı. Sonra müşteri o kölede bir kusur görünce köleyi geri vermek istedi. Rasulullah’a (s.a.v) gelip davayı anlattı. Peygamberimiz kölenin geri verilmesine hükmetti. Kölenin satıcısı: “ Ya Rasulallah! (s.a.v) Bu adam kölemden istifade/kar elde etti, çalıştırdı ve ondan faydalandı” deyince peygamberimiz (s.a.v) bu hadisi söyledi. (bahsedilen kârın müşteriye ait olduğuna, çünkü köle elinde olduğu sürece ondan müşterinin sorumlu olduğuna, dolayısıyla nimetinden de faydalanma hakkına onun sahip olduğuna hükmetti.)²⁹⁶ Bir malı kim tazmin ediyorsa, tazmin sorumluluğu kime aitse, kâr da ona aittir.²⁹⁷

Hadis-i şerifin söyleniş sebebinden anlaşılmaktadır ki, bir şeyin riski kime ait ise menfaati de ona aittir. Yani bir mal hasara uğradığında onun zararını kim üstleniyorsa menfaatleri de o kişiye aittir. Mesela bir mal telef olduğu zaman o mal kimin sorumluluğunda ise yararlanma hakkı da ona aittir. Hasarını ödeyen yararına sahip olur.²⁹⁸ Örneğin; râhin merhunun nafaka bakım sorumluluğunu karşılarsa, gelirlerine de sahip olur. Hadiste buyrulduğu üzere “Eğer rehin olarak bırakıldı ise, o hayvana yem masrafı karşılığında binebilir, masrafı karşılığında o hayvanın sütü sağılabilir. Hayvanın masrafı; ona binene ve sütünü içene aittir.”²⁹⁹ Fakat rehin bırakan kişi merhunun masraflarını karşılarsa getirileri ona aittir. “Rehin o malı rehin olarak bırakan sahibinden ayrılmaz, yani mülkiyetinden çıkmaz. Rehnin gelirleri de onundur, yapılan masrafı da o öder.”³⁰⁰

Senhuri’ye göre de; kim telef ettiği bir şeyi tazmin ediyorsa faydalanmak da onun hakkıdır. Müşteri hayvanı bir ayıptan dolayı geri verirse kullandığının ücretini

²⁹⁴ Ebu Davud, İcare, 3508, 3509, 3510, Hakim, Müstedrek, 2176, vd.

²⁹⁵ Ali Haydar, *Dürru’l- Hükkam*, 1/185.

²⁹⁶ İbn Hacer el-Askalânî, *Bulûğu’l-Meram*, trc, Rifat Oral.

²⁹⁷ İbn nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, 2/175.

²⁹⁸ Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 300.

²⁹⁹ Buhari, Rehn, 4.

³⁰⁰ Hakim, 2/58; Darekutni, 3/32.

vermez. Sebebine gelince; müşteri satıcıdan malı aldığı anda o ayıp satıcının elinde var idi, yani sonradan ortaya çıkan bir ayıp değildi. Müşteri aybın farkına varınca zarar tekrar satıcıya geri döndü.³⁰¹

Hadis-i şerif bazı fikhî konuları içermenin yanısıra İslamın temel gayelerinden olan adalet ilkesinin işlerliğinin ortaya konması ve taraflardan hiç birinin zarara uğratılmaması düşüncesi ile dikkat çekmektedir. Akidlerde ve tasarruflarda nimet- külfet dengesine dikkat edildiği sürece tarafların haksız kazanca ya da zulme uğramalarının önüne geçilmiş olur.

Bu hadisi destekler mahiyette olan başka bir hadis-i şerifte ise Peygamber (s.a.v) “بح مال مبيع من...”³⁰² kişinin, sorumluluğunda olmayan şeyin kârını almak konusunda uyarıları olmuştur. Sorumluluğunu almadığın şeyin kârını da alma/alamazsın gibi. Kâr; tıpkı haraç gibi malda oluşan fazlalık nemadır. Bu, malın değerinde de getirilerinde de olabilir. Ayrıca kişinin emeğinde de olabilir.

Ayrıca bu hadise kabzetmediğin şeyden kâr yapma şeklinde de anlaşılmalıdır.³⁰³ Malın tazmin sorumluluğu müşteriye kabz ile geçer. Malın tazmin sorumluluğunun karşı tarafa geçmesi için icap ve kabul yeterli olmayıp kabz gerçekleşmiş olmalıdır.³⁰⁴ Damânına girmediikten sonra bir maldan faydalanmak mübah olmaz. Kâr elde etme sebepleri mal, amel ve damândır.³⁰⁵

Konuyu toparlayacak olursak kısaca kişi mülkünde, damânında olmayan şeyden dolayı ne zarar görür, ne de kâr elde edebilir. İhtilafı olmakla beraber mağsub gâsıbın damânındadır, fakat mülkünde değil. zilyedlik ve dâminlik sıfatı gâsıbın kârı alması için yeterli değildir. Bu yüzden malın getirilerini sahibine vermek zorundadır.³⁰⁶ Bu durumda elde edeceği kar meşru değildir.

³⁰¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 2/168.

³⁰² Ebu Davud, *İcare*, 3504, 3505.

³⁰³ Nedvî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, 1/100.

³⁰⁴ Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/8, Atalay, Arif, *İslam Hukukunda Kabz*, s. 7.

³⁰⁵ Mv. F, “Damân”, 26/86.

³⁰⁶ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/ 186.

4. Karşılaştırma ve Değerlendirme

Hanefi mezhebi bahsi geçen hadîs-i şerifi, “*ecr ve damân ictima’ etmez*” kâidesine delil olarak görürler. Delil olarak gösterilen hadis-i şerifte ortada sahih bir akid ve kabz işlemi vardır. Bu sebeple kabzedene, sorumluluğunu üzerine alan menfaatlerini de almaya hak sahibidir. Oysaki üzerinde çalıştığımız kâide de gerek gâsıp gerekse müteaddi olan kişi ile ortada bir akid yoktur, veya akid kalmamıştır. Bu durumda iken ellerinde olan malın maliki değil sadece sorumlusudurlar. Bu sebeple menfaatini tazmin etmelidirler.

Bu hadîs-i şerife muhalif gibi görülen musarrat hadisini açıklayıp kâideyle ilgili bağlantısını verelim.

B. Kâidenin Musarrat Hadisi ile Değerlendirilmesi

Hanefiler ücret ile damânın bir arada olmayacağına dair “*el-harâc bi’ d-damân*” hadisini delil gösterirler. Musarrat hadisi ise bahsedilen hadise aykırı kabul edilir. Bu nedenle de konumuzla bağlantısı düşünerek incelemeyi uygun gördük.

Mezhebler ahad haberle amel etmek için ravi hakkında bazı şartlar ileri sürmüşlerdir. Mezheblerin ittifakla kabul ettikleri şartlar (ravinin Müslüman, bâliğ, âdil ve zâbit olması gibi) yanında bu şartlara ilave olarak kendi metodlarınca başka şartlar da eklemişlerdir. Hanefi ulema, hadisi rivayet eden ravinin; fıkıh bilgisi ve ictihat ehliyeti ile tanınmış biri olmasını ahad haberle amel etmek için şart koşmuşlardır.³⁰⁷ Örneğin; Musarrat hadisi olarak bilinen hadisle amel etmemelerinin sebebinin yukarıda bahsedilen şarta uymadığı, yani ravisinin fıkıh alanında değil de hadis alanında uzman olduğu içindir. Ayrıca İslam hukukunun genel kurallarına aykırı ve “*el harac bi’ d-damân*” ilkesiyle bağdaşmadığı için kabul etmezler. Burada şunu da belirtmek gerekirse, müellif musarrat hadisini Buhari’nin Abdullah ibn Mesud’dan aktardığını ve onun fakih olduğunu belirtir. Ona göre musarrat hadisi hanefilere ulaşmamış ya da güvenmedikleri bir yoldan geldiğini de iddia eder.³⁰⁸ Ayrıca Hanefiler, Musarrat Hadisini kitap ve sünnetle sabit olan tazmin esaslarına muhalif bulmuşlardır. Tazmin, ya misliyle olur ya da kıymetiyle. Hurma, süt cinsinden olmadığı gibi kıymet de değildir. Kıymet denilen şey, malın parasıdır.

³⁰⁷ Şa’bân, *Usûlü’l-Fıhı’l-İslami*, s. 71.

³⁰⁸ Şa’bân, *Usûlü’l-Fıhı’l-İslami*, s. 74.

Mahal iade edilince sütün süt olarak tazmin edilmeme sebebi sağılan sütün miktarının bilinmemesidir. Miktar bilinmeyince misli olan süt hakkında kıyemi mal muamelesi yapılır ve kıymeti ödenir. Ödenecek kıymet de süt miktarı belli olmayınca net olarak bilinemez. Ayrıca kıymet olan para temini zor olunca süt başka bir cins ile tazmin edilir ki faiz olmasın. Peygamberimiz (s.a.v) burada riba şüphesini bertaraf etmek için başka bir cinsten yani hurmadan tazmin ettirmiştir.³⁰⁹

Bu bilgilerden hareketle hadisin önce metni ve açıklamasına sonra da değerlendirmesine geçelim.

1. Musarrat Hadisi

الابل والغنم منبتا عه لبعده في كف موي خي رل ان ظري نبع د اني لحيب هف ان رضي ها اصل كها وانس خطها ردها وصاعا من ت م را

Peygamber (s.a.v) “ Deve ve koyunu memesinde sütünü biriktirerek (sütlü göstererek) kim bu şekilde bir hayvan alır da sütünü saġar (sütlü olmadığının farkına varır)sa şu iki şeyden birisinde muhayyerdir. Ya hayvanı o şekilde kabul eder veya (hayvanı) geri verir (ve akdi fesh eder.) Ayrıca (saġdığı süte karşılık) bir sa’ da hurma verir.”³¹⁰ Süt mahallin vasfı olduğu için burada vasıf muhayyerliği vardır. Bu konudaki muhayyerlik doğrudan doğruya bir nassî gerekçeye dayandığı için hükmî (kanuni) muhayyerliktir.³¹¹

Vasıf muhayyerliği fevri değildir, çünkü mal satılırken söylenen vasa müşteri muttali olmadıkça akid tamamlanmış olmaz.³¹² Vasıf muhayyerliği ile yapılan akidlerde görünüşte bir kabz işlemi olmakla beraber akdin tamamlanması yani bağlayıcılık kazanması için vafın söylenildiği üzere çıkması gerekir. Bu sebeple musarrat hadisindeki kabz işlemine hakiki manada değil de hükmen bakmak daha doğru olur kanaatindeyiz. Ayrıca her muhayyerlik aynı zamanda bir tür fesih hakkıdır.

Musarrat hadisi diye bilinen bu hadis akidlerde tedlis, ġarar konuları işlenirken üzerine atıf yapılan bir hadistir. Hadiste aldatılma hadisesi üzerine tek

³⁰⁹ Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, s. 82.

³¹⁰ Buhari, Büyü’64, Müslim, Büyü’ 1515.

³¹¹ Apaydın,H,Yunus, “Muhayyerlik”, *DİA* 31/26.

³¹² Bilmen, *Istılahat-ı Fıkhiyye*, 6/61.

tarafı fesh hakkı doğmuştur. Burada hayvanın kusurunu gizleme, fiili tağrir yani aldatma vardır. İmam-ı Azama göre bu durumda ineği vermez fakat zararını tazmin ettirir. Ebu Yusuf'a göre muhayyerdir. İneği ve sağdığı sütün kıymetini verir, semeni alır. Malikilere göre ise alıcı önceden bilmiyor ise malı iade eder. Şafilere göre akdi fesheder ve malı iade edip sütün karşılığında ya hurma ya da başka bir şey verebilir. Hanbeliler de Malikiler gibi düşünür. Genel manada tüm mezheplerce tedlis ve tasriye haramdır.³¹³

Gayrı lazım akidlerde ve muhayyerlik bulunan akidlerde fesihden, lazım olan akidlerde ise ikaleden söz edilir.³¹⁴ Hanefiler tedlis konusunda müşterinin bayie zararı tazmin ettirebileceğini fakat fesh yapamayacağını, diğer mezhepler ise tedlis konusunda müşterinin fesh hakkının olduğunu söylerler.³¹⁵ Biz burada Hanefi mantığıyla bakarsak tazmin ettirilecek olan zarar vasıf konusundadır. Vasfın semenden bir hissesi olmadığına göre, tazminden de bir hissesi yoktur. Ayrıca vasfa değer biçerken neyi ölçüt alacağız. Kanatımızca akdin fesh olması daha âdilanedir.

Fesih halinde, feshedilen akde istinaden teslim edilmiş malın iadesinin yanı sıra bu malın aslından doğan artış ve hasılların da iadesi gerekir. Fakihlerin yavru, süt gibi artışların feshe engel olduğunu ifade etmeleri, "Bunlar ayrı tutularak aslın iadesi caiz olmaz" anlamındadır. Hatta literatürde, asıl iade edilip de bu tür ziyadelerin elde kalmasının riba olacağı da söylenmiştir. Bu gibi ziyadeler telef olduysa kıymetleri tazmin edilir.³¹⁶

Hadiste akid fesh edildikten sonra sağılan sütün iade edilmesi ve miktarı bilinmeyeceği için de farklı bir cinsten verilmesi söylenmektedir. Sütün bayie tazmini farklı bir cinsten de olsa yapıldı, fakat müşterinin olmadı. Burada iki ihtimal düşünebiliriz. Birincisi süt akit esnasında hayvanın memesinde zaten mevcuttu, vardı sonradan olan bir şey değil. İkincisi ise vasıftan dolayı semenden bir indirim yaptırılmayacağımıza göre vasfı da alıkoyamayız. Vasıflar akdin mahalline/malın aslına tabidir ve değer ifade etmezler. Değer ifade etmedikleri için semenden bir karşılıkları yoktur.

³¹³ İmam Şafî, *el-Ümm*, 10/273, Bilmen, *Istılahat-ı Fıkhiyye*, 6/80-81.

³¹⁴ Karaman, Hayrettin, "Akid", *DİA*, 2/256.

³¹⁵ Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, s. 82.

³¹⁶ Bardakoğlu, Ali, "Fesih", *DİA*, 12/430.

Başka bir yönden düşünüldüğünde ise fevri (yapıldığı anda tamam olan ve süre unsuru içermeyen) akidlerde fesh işlemi kural olarak geriye dönük bir etki doğurduğundan, mesela satım akidinde tek taraflı veya iki taraflı ifa bulunsa bile fesihden sonra mebi' ve semen karşılıklı olarak iade edilir.³¹⁷ Bu anlayışla hareket edince sütün de iade edilmesinin şart olduğu görülmektedir.

Yeni malik malın nemasına sahiptir anlayışına aykırı gibi görünse de burada alan kişi bol sütlü diyerek almış ve örfen o yörede bol sütlü olmaktan kasıt ne miktarda ise o miktarı alamayınca vasıf muhayyerliğiyle ve aldatıldığından dolayı akdi tek taraflı feshetmiştir.

Fesh konusunda malın aynen iadesi şarttır malda değişiklik meydana geldi ise fesh yapılamaz. Malda değişiklik meydana gelmedi ise feshten önceki faydalanmalar menfaatin tazmin edilmemesine binaen ödeme yapılmazken getirileri tekrar iade edilir. Bu fevri akidler için bu şekilde söz konusudur fakat süreli akidlerde menfaat peyder pey olduğu için fesh öncesini iade etme zorunluluğu yoktur. Bu hadiste alan kişi malı kabz etse de mal tamamen mülkiyetine geçmemiş kabul edilir ki getirileri iade edilsin eğer mülkiyetine tam geçmiş damânına girmiş dersek bu getirileri ödeme yapmazdı. Çünkü insan maliki olduğu şeyden dolayı bir ödeme yapmaz. Hem damânında hem de onunla ilgili getirileri iade ederse ücret ile damân tek elde olmuş olur.³¹⁸

2. Karşılaştırma ve Değerlendirme:

Yukarda izah ettiğimiz hadisler görünüşte birbirleri ile zıtlık içeriyormuş gibi düşünülse de sonuç itibariyle ortak nokta kanaatimizce haksız zenginleşmenin önüne geçmektir. İbn Kayyim der ki: “Musarrat” hadisi ile “el-harac bi'd-damân” hadisi birbirine muarız görünüyorsa da, aslında değildir. Çünkü yavru ve süt asıldan doğan fakat ona bitişik olmayan bir fazlalıktır. İbn Kayyim'a göre harac; ğalle cinsinden olur. Yavru ve süt ise ğalle değildir. Musarrat hadisine kıyas yapmanın fasid olduğunu belirtir, çünkü süt faydadır. Ayrıca “Süt akit anında mevcut idi sonradan ortaya çıkmadı, makudun aleyhten bir cüz idi” der. Verilen o bir sa' hurma

³¹⁷ Bardakoğlu, Ali, “Fesih”, *DİA*, 12/433.

³¹⁸ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, 12/435.

akid anında memede bulunan sütün bedelidir. Böyle davranmak da kıyasa ve adalete daha uygundur, diye görüşünü beyan eder.³¹⁹

Biz burada İbn Kayyım'a katılmakla beraber vasf muhayyerliği süresince sadece akid anında memedeki sütün dışında da süt sağılma ihtinalini göz önünde bulundurmalıyız. Böyle olduğu takdirde ise alıcının sadece memedeki sütün karşılığı olarak hurma vermesi gerekir deriz. Süt fayda dediğimiz zaman da defaetle sağılan sütü vermemesi gerekirdi. Burada süte "mücerret fayda" diyemeyiz çünkü menfaat asıldan bir cüz değildir. Süt ise asıldan bir cüzdür ve vasıftır. Vasfin da semenden hissesi olmayınca tamamını tazmin etti, deriz.

C. "ECR VE DAMÂN İCTİMA ETMEZ" KAİDESİNE DAİR MESELELER

1. Hanefi mezhebine göre kişiyi yed-i emin'den yed-i gâsıba dönüştüren durumlar

Hane ve dükkanda kimin oturacağı ve ne yapılacağı söylenmese de olur. İş yapacaksa ne iş olduğunu söyler. O işin dengi veya zarar açısından daha aşağısını yapabilir fakat daha yukarısını yapamaz. Daha üzerini sahibinin izni ile yapar. Şayet izin almazsa gâsıp konumunda olur.³²⁰

Arazi kiralanmasında ise ne ekileceği, ne yapılacağı, ne iş için olduğu söylenmezse bu akid fasit olur. Fakat sahibi "her ne dilersem" diye mutlak bir ifade kullanırsa o zaman akid sahih olur. "Dilediğini ek" derse, ekebilir. Fakat "yazlık kışlık" derse şarta itibar edilir.³²¹

Hayvan kiralamada, mutlak kiralanırsa, akid fasittir yani ne yapılacağı söylenmelidir. Binmek, yük taşımak, mesafe, yer, vs. belirtilmelidir.³²²

Uruz (eşyada) ve menkul malda: elbise çadır, çuval vs. müddet belli olacak, malum bir bedel olacak, kimin kullanacağı nerede kullanacağı belli olacak. Bunlar belli olmaz ise fasit icare olur. Söylenen şartlara uyulmadığı takdirde kişi gâsıp konumundadır.³²³

³¹⁹ İbnü'l-Kayyım, *I'lâmu'l-muvakkı'în*, 2/220-222.

³²⁰ Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 6/197.

³²¹ Mecelle, md. 454, Ali Haydar, *Dürrü'l- Hükkam*, 1/761-762.

³²² Mecelle, md. 453, Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 6/ 202- 203.

³²³ Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, 6/200.

Bahsettiğimiz meselelere dair bazı verilen fetvaları aşağıda vermeyi uygun gördük.

2. Ecr ve Damân İctima' Etmez Kâidesine Göre Bir Fetva ve Meseleler

Mesele: Bir adam köleyi bir seneliğine kiralar ve teslim alır. Senenin yarısı geçince de icarı inkar eder ve kölenin kendisine ait olduğunu iddia eder. İddia ettiği gün kölenin kıymeti 2000 dirhemdir. Sene dolar ve bu kölenin kıymeti 1000 dirhem olur. Köle müstecirin yanında 1000 dirhem olarak ölürse İmam Muhammed'e göre icar ile bir sene sonraki kıymeti tazmin etmesi gerekir. İmam Muhammed'e göre burada ücret ile damân birlikte imiş gibi görünse de birlikte değildir. Çünkü ücret bir sene çalıştırdığı için, tazminat ise bir sene geçtikten sonra sahibine geri vermediği içindir. Ücret ile tazminin lüzum sebepleri ayrıdır.³²⁴

Mesele: Gasbolunan bir ev ya da hayvan sahibine geri verildikten sonra sahibinin mağsub malın menfaatini dava hakkı yoktur. Çünkü menfaatin bedelini vermek misli-i gayr-i ma'kul ile kaza olup bu misillu kaza ise nasla sabit olageldiğinden ve burada ise gâsıb menfaatin bedelini vermek hususunda nas bulunamadığından mal sahibinin gâsıbdan menfaat davasına hakkı olamaz.³²⁵

Mesele: Hayvana binmek konusunda şarta aykırı davranılır ve hayvan telef olursa şöyle açıklarız: Anlaşılan mahalle vardıktan sonra telef gerçekleşirse damânı; kıymet ile beraber ecr-i müsemma lazım gelir. Çünkü ma'kudun aleyh olan menfaatten fazlasını kullanmıştır. Bu takdirde “ücret ile damân” nasıl ictima etti denemez. Çünkü ücretin lüzumu kendisi bindiği için damânın icabı başkasının bindirdiği içindir. Bu sebeple ücret ile damân tek sebepten dolayı müctemi' olmaz. Eğer malı müste'cir tazmin ederse bindirdiğine rücû edemez. Fakat müste'cirden de arkadaşı kiraladı ise bu durumda rücû eder. İstiare etmiş ise rücû edemez. Burada garar var gibi görünse de akdin zımında bu yoktur.³²⁶

³²⁴ Âlemgir, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, 4/465.

³²⁵ Şimşek, Murat, *Levami'u'd-dekaik fi tercemeti Mecami'i'l-Hakaik*, İHAD, yl. 2015, sy. 25, s. 277-312.

³²⁶ Ali Haydar, *Düreru'l- Hükkam*, 1/ 896-899.

SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız sonuçları aktarmadan önce tezimizin kısaca özetini ve günümüz ticaretinden bazı uygulamaları aktarıp sonrasında ise tespit ettiğimiz noktaları maddelendireceğiz.

İslam Hukuku'nun derli toplu bir malzeme haline gelmesinde kâidelerin önemli bir yeri vardır. Geçmişten günümüze kadar gelen süreçte kâideler gerek formel, gerek yapı ve gerekse diğer yönlerden değişikliğe uğrayıp günümüze kadar önemli oluşlarını korumuşlardır. Bu tarihsel süreçte kavramsal olarak birbirlerinden ince nüanslarla ayrılrsa da bazı kavramların birbiri yerine kullanıldıkları bazen de ayrıldıkları olmuştur.

Kâidelerdeki geçen kavramların diğer kâidelerde nasıl geçtiği incelemesini yapmak o kavrama yüklenen ıstılah manasında çeşitlilik olabileceğini akıllara getirmektedir Buna örnek vermek gerekirse, damân kavramı bünyesinde iltizam, kefalet, temellük, meunet, teahhüt, vb. manaları kapsamı, geçtiği yer konusunda da farklılıklara neden olmaktadır. Mecelle 1346, “Dâman-ı amel bir nev-i ameldir” derken burada damân teahhüt manasında kullanılmıştır. Bu mana farklılığını üzerinde çalıştığımız kâidede daha belirgin bir şekilde gördük.

Mezhepler bu kâide üzerinde ihtilaf etmişlerdir. Bu ihtilafın sebepleri birden fazladır. Göze çarpan ilk ve belki de en önemli ayrım kanaatimizce kavramlara yüklenen tanım farklılıklarıdır. Özellikle damân, mal, gasp kavramlarının ıstılâhi manası mezheplere göre farklılık arz etmektedir. Bu tanım farklılığının yansımaları ihtilaf olarak görmekteyiz. Örneğin; Hanefî mezhebine göre mal tanımının menfaati dışarıda bırakması buna örnek verilebilir. Buna ilaveten, icare akdinde şarta uyulmadığı zaman gasp olarak kabul edilmesi fakat gasp tanımının dışında bir durumun olması gasp gibi değerlendirilemeyeceğini göstermektedir. Hakiki gasp konusu için düşündüğümüzde ise maldan faydalanmanın bedeli ve getirilerinin kime ait olduğu konusu ortaya çıkmaktadır. Elbetteki bu yorum farklılıkları deliller göz önünde bulundurularak yapılmıştır. Yorum farklılıklarının delili, dayanağı olması bizim de tercih yapmamızı zorlaştırmıştır.

Konumuzun özünü; şahsın tek ve aynı sebepten dolayı iki farklı yükümlülük altına girme meselesi, menfaatin tazmini ve hükmî gasp konuları oluşturmaktadır. Malik olan kişinin tespit edilmesi haraç ve zarar konusunda haksızlığın önüne geçmek açısından önemlidir. Bu çalışmada menfaatin ne olduğu konusunu dil açısından değil mahiyeti açısından inceledik. Tazmininin mümkün olup olmadığına değindik. İcare akdinde tazmin konusuna yer verdik. Bazı hadisleri ve kâideleri konumuzun daha net anlaşılması açısından karşılaştırmalı olarak inceledik.

Mütekaddimun Hanefiler bu konuya (kâideye) getirdikleri yorumlar ile zaman içinde yalnız kalmışlardır. Müteahhirun Hanefiler ise kâide konusunda biraz daha esnek davranarak değişen zaman ve şartlara göre sınırı genişletmişler. Genişliğin neticesi olarak kâideye istisnalar getirmişler fakat haksızlıkların önüne geçme konusunda bu da yeterli olmamış/olamamıştır. Cumhûr-ı ulema ise bu kâideyi kabul etmemekle haksızlıkların önüne geçme konusunda daha titiz davranmışlardır. Bazı Hanefî âlimler de Cumhur yönünde görüş beyan etmiştir.

Günümüz ticaret hayatına baktığımız zaman konumuzla ilgisiz gibi görülsede kiralama işlemlerinde Cumhurun görüşünün benimsendiğini görmekteyiz. Kiraya veren kişiler sözleşme öncesinde her türlü tedbiri alarak muhtemel zararın önüne geçmişlerdir. Şöyleki: bir oto kiralama sözleşmesini incelediğimizde meydana gelebilecek her türlü aksaklık düşünülmüş ve ücretlendirilmiştir. Yapılan sözleşmede km. miktarı, süre, vs. belirtilip bu şartlar dışına çıkıldığında yaptırımın ne olacağını yazmaktadır. Örneğin süreyi bir saat aşımelerde tam gün ücret alınacağı beyan edilmektedir. Belirtilen şartların cezai şart mı yoksa damânı önceden şart koşmak mı olduğu konusu da yine tartışmalı konulardan biridir. Hanefiler söylenen şarta muhalefeti hükmî gasp olarak değerlendirip herhangi bir ücret gerekmediğini söylemişlerdir.

Sözleşmelerdeki yaptırımının dışında günümüz ticaret alanında da geliştirilen bazı uygulamalar vardır. Bunlar; tartışmalı olmakla beraber akid esnasında söylenen kaparo, depozito ve blokaj gibi sistemlerdir. Amaç, oluşabilecek muhtemel zararları önceden önleme cihetine gitmektir. Satım veya kiralama işleminde önceden alınan kaparo³²⁷ (cayma parası, hava parası), bir cayma söz konusu olduğunda çoğunlukla

³²⁷ Bknz. Cengiz Kallek “Kaparo”, *DİA*, 24/339-340.

geri verilmemekte, asıl sahibin kaybettiği kazanç karşılığı olarak değerlendirilmektedir. Depozite³²⁸ ise genellikle kira işleminde akdin başında iken alınan ve en fazla üç aylık kira bedeli kadar olan miktarın kiracının verebileceği zararları, -ödenmeyen faturalar vs.- ödemek için alınmaktadır.

Ulaştığımız sonuçlara göre:

1. Diğer hukuklarda olduğu gibi İslam hukukunda da temel gaye toplumsal huzuru sağlamak, kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek ve ilişkilerin sonucunu tanzim etmektir. Bu ilişkilerin düzenlendiği alanlardan biri de ticari hayattır. Bu alanda düzenleme yapılırken kişiler arasında rıza esası ön planda tutularak herhangi bir maduriyet meydana gelirse bunun giderilmesi cihetine gidilmiştir. Akidlerde taraflarca ileri sürülen şartlara uyma konusunda tedbirler geliştirilmiş ve kişi bir şeyi ödemekle yükümlü hale geldi ise tazmin ettirilirken ödemeyi yapan tarafın haksızlığa düşmesine izin verilmemiştir.

Tazminat özellikle borçlar hukukunun ayrılmaz bir parçası olup ceza hukukunun da kapsamına giren bir kavramdır. Tazminat zararın giderilmesi noktasında hukuken korunmadır.

2. İslam hukukunun temel hedeflerinden biri olan malın korunması esasına binaen fıkıh literatüründe bedel ve damân konusu mezhepler tarafından genişçe işlenmiştir. Mezheplerin bedel ve dâman konusuna yaklaşımları genellikle mal ve mülkiyet konusundaki görüşlerine göre farklılık arz etmiştir. Mal konusunda menfaatin de mal kapsamına girip girmeyeceği hususunda Hanefi ve Maliki çevreler birbirine yakın görüşler beyan ederken Şafii ve Hanbeli çevreler de birbirine yakın görüşler beyan etmişlerdir.

3. İslam hukukunda kavramların gerek sözlük gerekse ıstılah tanımları yapılırken ortaya çıkan farklılıklar kavramı ilgilendiren konuların düzenlenmesine etki etmiş ve bu da ihtilaf olarak kendini göstermiştir. Damân kavramının barındırdığı manalar mezheplerin aynı zamanda tazmin esaslarına da yansımıştır.

4. Ayet ve hadisler bağlamında damân ve ücret konularının ayrıntılı işlenmesi konunun önemini kavramak açısından belirleyici olmuştur. Zarar gören tarafın

³²⁸ Bknz. TBK, Md. 342

mağduriyetinin mutlaka giderilmesi yönünde nass'ların oluşu islamda adalet ilkesinin işlerliği açısından fıkıhın sistematığıne yansımıştır. Ayrıca ücret konusu ile ilgili nassî ikazlar da yine mağduriyeti önleme niteliğindedir.

5. Ücret icare akdinin bir rüknü olup menkul, gayri menkul eşyanın ve işçi icarının karşılığında verilen bedeldir. Bir yerde ücretten bahsediliyor ise orada bir eşyanın menfaati ya da bir kişinin emeği söz konusudur.

6. Üzerinde çalıştığımız Mecelle maddesi ilk defa İmam Muhammed'in el-Asl isimli eserinde geçmiştir. Hadimî ise metinlerde geçen ifadeyi kâide formuna dönüştürmüştür. Hadimî'nin eseri ise Mecelle'nin kaynakları arasında yer alır. Bu sebeple Hadimî'nin form verdiği bu kâide Mecelle'nin 86. maddesi olarak ilk 100 küllî kâidesi içerisinde yerini almıştır.

7. “Ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkar olunamaz” kâidesinden hareketle zamanın ve ahlaki işleyişin değişmesi sonucunda öncesinde verilen bir hükmün tam tersine veya daha da genişletilerek önceki hükmün aksine hüküm verilebilmektedir. İctihat başka bir içtihadı nakzetmez kâidesinden hareketle önceden içtihat edilerek verilen bir hüküm o günün şartlarına cevap verirken ilerleyen süreçlerde benzer durumlarda cevap veremez duruma geldiğinde yeni bir içtihatla hüküm değiştirilebilir. Konumuzda bu durum bariz bir şekilde görülmektedir. Müttekaddimûn Hanefiler katı bir tutum takınarak menfaatin tazminini kabul etmemiştir. Fakat müteahhirûn Hanefiler ise bazı konularda menfaatin tazmin edileceğini savunmuşlardır.

8. Özellikle Hanefî çevrenin mal tarifindeki şartların menfaati dışarıda bırakması günümüz açısından da sakıncalar doğurmaktadır. Manevi tazminati belirlemede hakimın takdir yetkisinin işlerliği menfaatlerin tazmininde de geçerli kılınmalıdır. Ruhsal durum veya acı, elem, ızdırap ölçülemediği halde belli bir değer biçiliyor ise menfaatlerin de tazmin edilmeleri gerekmektedir.

9. Hanefilere göre mahalli menfaat olan akidler istihsanen caizdir. Herkesin ev araba, vb. şeyleri almaları mümkün olmayabilir. Menfaatin satımı (icare), taksimati (muhayee), mehri, vakfi, vasiyyeti üzerinde ittifak olmasa bile caiz kabul edildiğine göre menfaatin tazmini de caiz olması lazım gelir.

10. Gasp kavramının tanımına bakıldığında yine mezheplerin mal tanımına giren şeylerin şartlarından hareketle farklılık arzettiği tespit edilmiştir. Gasp tanımını yapılırken dolaylı (hükmi) gasp konusunun da tanıma dahil edilmesi gerekmektedir. Tanım yapılırken hakikaten ve hükmen gasp konusunun sınırlarının çizilmesi gerektiği aşikardır. Ortaya çıkan zararlarda gerek kamu hakkı gerekse kul hakkı yönünden göz önünde bulundurulması gereken bir durumdur.

11. Zarar gören şeyin iade edilemediği durumlarda veya zararın ortadan kaldırılmasına yönelik neler yapılması gerektiği konusunda ayet, hadis ve diğer deliller belirleyici olmuştur.

12. İslam hukukunun gelişim seyrine paralel olarak fesih, anlayışı geliştirilerek tarafların zarar görmesinin önüne geçilmiştir. Belli ölçülerde haklılık taşıyan birçok arıza gelişme, ilgili taraf için akdi feshetme sebebi kabul edilmiştir. Bu arada geliştirilen ecr-i misl ve tazmin teorisiyle de fesihden karşı tarafın zarar görmesi önlenmeye çalışılmıştır.

13. Teknolojik gelişmelere binaen günümüzdeki ticari işlemlerde damânın taahhüt ve ödeme sorumluluğuna denk gelecek manada kimde olduğu konusu netleşirse olabilecek maduriyetlerin önüne geçilecektir.

14. Damân çoğu zaman tazminat kelimesi ile eşanlamli kullanılsa da tazminattan daha genel olup bazen taahhüt, sorumluluğu üstlenme bazen de tazminat manasında mali yükümlülük altına girmek demektir. Günümüzde her üç konuyla ilgili işlemleri belli şartlarla sigorta şirketleri üstlenmekte olup bu sigorta şirketi üçüncü bir taraf ya da taraflardan birinin kefil konumundadır.

15. Ticari işlemlerde akdin başında taahhüt konusunun net bir açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Taraflar neyi taahhüt ettiğini nizaya mahal vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturmalıdır.

16. İslam hukukunda mahallin, hakiki ya da hükmi kabzla karşı tarafa geçmesi mülkiyetin intikali için yeterli görülmele beraber sabitliği için yeterli değildir. Muhayyerlik, fesh, ikale ve istihkak konularında özellikle mahaldeki artışların malikini tespit etmek noktasında adalet ilkesine aykırı düşmemek için akdin inikadında belirtilmelidir.

TEKLİFLER

Kavaid eserlerinde ve özellikle Mecelle çalışmalarında ele alınan bir kâidenin müstakil bir kâide olmayıp diğer kâidelerle dolayısıyla fikhın konularıyla bağlantısını saptamak araştırmacıda çalışmasının sonunda kısmen de olsa fikh nosyonunun oluşmasına zemin teşkil edeceği kanaatindeyiz. Bu sebeple kâideler üzerine yapılan çalışmaların daha da artarak devam etmesini arzu ediyoruz.

Üzerinde çalıştığımız konuyu hazırlarken araştırmalarımız esnasında konu ile alakalı olup tezimizin sınırları dışına çıkmamak adına çalışmaya dahil etmediğimiz konular olmuştur. Çalışma yapmak isteyen arkadaşlarımıza tavsiye niteliğinde buraya dahil etmeyi uygun bulduk.

1) Muhayyerliklerde zevaid konusu: Muhayyerlikler fevri olabileceği gibi belli bir sürenin geçmesini gerektiren ya da akid yapıldıktan belli bir süre sonra muhayyerlik hakkı kullanılacak şekilde muhtelifdir. Bu durumda ma'kudun aleyhte meydana gelen fazlalıklarda ki bu fazlalıklar muttasıl olsun munfasıl olsun asıldan bir cüz olsun veya olmasın bunların tek bir çalışmada olması araştırmacılar için bir kolaylık olur kanaatindeyiz.

2) Ğalle, nema, zevaid, fevaid arasındaki farkların mülkiyete yansması: Kavramların arasındaki farkların belirginleştirilmesi ve günümüz ticaret hayatından örneklendirilmesini faydalı görüyoruz. Bir zarar karşısında bunların maliğinin tespit edilmesi haksız kazancı önleme yönünde önemlidir diye düşünüyoruz.

3) Akid süresi tamamlanmadan peşin verilen ücretteki artışlar : Ücret gerek istenmediği halde gerekse şart koşularak peşin verilen kıyemi bir mal ise akdin süresi dolmadan icare münfesih olsa ücretteki artışların iadesi nasıl olmalıdır. Burada yine sebepsiz zenginleşmenin önüne geçilmesi açısından faydalıdır düşünüyoruz.

4) “İçtihad başka bir içtihatla nakzolmaz” kâidesinin istihsanla ilişkisi: İstihsan kuralının geçmişten günümüze doğru uygulanış süreci, içtihadın yapıldığı asrı ve örfünü tanımak adına önemli olduğu kanaatindeyiz.

5) Menfaat tazmini ile manevi tazminatın karşılaştırılması: Manevi tazminat hesaplanırken hakim takdir yetkisini kullanmaktadır. Aynı uygulamanın menfaatin

tazmininde de geçerli olması hak kayıplarının ve mağduriyetlerin önüne geçme konusunda yapılabilir. Nasıl ki çekilen acının bir ölçümü yapılamıyor fakat hakim bunu tespit ediyorsa ölçülemeyen menfaatte de hakim tespit yapabilir mi? Sorusuna cevap aramak.

7) İslam Hukukunda Bedel (karşılık): Mahal yani ma'kudun aleyh şu üç şeyden biridir ki bunlar; mal, menfaat ve sorumluluktur. Bunların karşılığı olan bedel konusu tek bir çalışma altında birleştirilecek olursa araştırmacılar açısından büyük bir kolaylık olur kanaatindeyiz.

8) İslam Hukukunda Hakiki ve Hükmi Konusunun İncelenmesi: Üzerinde çalıştığımız konuda hakiki ve hükmi gibi ayrımlara gitmenin tanımlarda ve hükümlerde farklılığa neden olduğu gözlenmiştir. Hakiki ve hükmi mal, hakiki ve hükmi gasp, hakiki ve hükmi kabz, hakiki ve hükmi ahz meseleleri gibi. Bu konunun çalışılması diğer araştırma yapanlar için bir kolaylık olacağını düşünüyoruz.

9) İslam Hukukunda Borç: Karz, deyn, iltizam gibi konuların zimmetle ilişkisi ve aralarındaki farklar nedir. Geçmişten günümüze borç konusu hangi kavramlar altında işlenmiştir. Bu ve bunun gibi meselelerin bilinmesi borç konusunun da net bir tanımının yapılması araştırmacılar bir kolaylık olur kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Kur'an- Kerim

“Akar”, Mv.F., 30/186-197.

Akgündüz, Ahmet, *İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te'sirleri*, s.339-375

- “Dürerü'l-Hükkâm”, 10/28-29, İstanbul 1994.
- “Galle”, *DİA*, 13/338-339, İstanbul 1996.
- “İcare-i Vahide”, *DİA*, 21/388-389, İstanbul 2000.
- “İcareteyn”, *DİA*, 21/389-391, İstanbul 2000.

Aktan, Hamza, “*Damân*”, *DİA*, 8/450-453, İstanbul, 1993.

Âlemgir, Ebü'l-Muzaffer Muhammed, Evrengzip Bahâdır, (v. 1118/1707), *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, Dâru'l-Kütüp, Beyrut 2000, 1-6.

Apaydın, Hacı Yunus, “Fesad”, *DİA*, 12/417-421, İstanbul 1995.

- “İn'ikad”, *DİA*, 23/314-315, İstanbul 2000.
- “Kabz”, *DİA*, 24/45-49, İstanbul 2001.
- “Kefalet”, *DİA*, 25/168-177, Ankara 2002.
- “Muhayyerlik” *DİA*, 31/25-30, İstanbul 2006.

Araz, Yunus, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2016.

Atalay, Arif, *İslam Hukukunda Kabz*, Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2012.

Aybakan, Bilal, “İnfisah”, *DİA*, 22/292-293, İstanbul 2000.

- “Muavaza”, *DİA*, 30/331-332, İstanbul 2005.
- “Uhde”, *DİA*, 42/53-54, İstanbul 2012.
- “Zarar”, *DİA*, 44/130-134, İstanbul 2013.

Aydın, Mehmet, Akif, *İslam Hukukunda Gasp*, İslam Tetkikleri Dergisi, c.9, s.163-217, İstanbul-1995.

- “Gasp”, *DİA*, 13/387-392, İstanbul 1996.
- “Haksız fiil”, *DİA*, 15/210-211, İstanbul 1997.
- “İtlaf”, *DİA*, 23/466-469, İstanbul 2001.
- “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye”, *DİA*, 28/231-235, Ankara 2003.

Aynî, Ebu Muhammed Bedruddin Mahmud b. Ahmed (v. 855/1451), *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, Beyrut 1411/1990, 1-12.

Aykanat, Mehmet, *Mecelle'de İş Akdi*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2011.

Azak, Necmettin, *Ebû Saîd El-Hâdimî'nin Mecâimu'l-Hakâik adlı Esrindeki Kavâid-i Külliye'nin İslâm Hukuku'nun Temel Kâideleri İçindeki Yeri ve Önemi*, Yüksek lisans tezi, Prof. Dr. Faruk Beşer, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2010.

Bağçeci, Muhiddin, "Ecr", *DİA*, 10/383, İstanbul 1994.

Bağdadî, Ebû Muhâmmmed b. Ğanim b. Muhâmmmed, (v.1030/1620) *Kitabu Mecmaid-Damânât fi Mezhebi'l-İmami'l-Azam Ebi Hanifeti'n-Nu'man*, Alemu'l-Kütüb,Beyrut, 1987.

Baktır, Mustafa, "Kâide", *DİA*, 24/205-210, İstanbul 2011.

- "Eşbâh ve Nezâir", *DİA*, 11/456-457, İstanbul 1995.

Bardakoğlu, Ali, "Ayıp", *DİA*, 4/246-247, İstanbul 1991.

- "Fesih", *DİA*, 12/427-436, İstanbul 1995.

- "İcare", *DİA*, 21/379-388, İstanbul 2000.

- "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", Erciyes Ü. İlâhiyat Fakültesi Dergisi, sayı:1, Kayseri 1983, s. 9-29.

Bedir, Mürteza, "Mütekaddimûn ve Müteahhirûn", *DİA*, 32/186-188, İstanbul 2006.

Benli, Abdullah, İslam Hukukunda Manevi Tazminat, Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1997.

Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, İstanbul, Hikmet yayınları,1979.

Bilgili, İsmail, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, Konya 2011.

- *İslam Hukukunda Ma'dumun Satışı*, *İHAD*. yl. 2006, sy. 8, s. 211-238.

Bilmen, Ömer Nasuhî (v.1971), *Hukuku İslamiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1-8, İstanbul,1967.

Boynukalın, Mehmet, "Zevaid", *DİA*, 44/302-302, İstanbul 2013.

Cevheri, İsmail b. Hammad, (v. 400/1009) *es-Sıhah*, thk. Ahmed Abdu'l Ğafur Atar, Kahire, Beyrut, 1956-1984.

Cezâiri, Abdü'l-Mecîd, *el-Kavâidu'l-Fıkhiyyetü'l-Müstehricetü min İ'lâmu'l-Muvakkîin'l-İbni'l-Kayyîm*, nşr. Dâru İbni'l-Kayyîm, 1421.

Cürcani, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Alî es-Seyyid eş-Şerîf (v.816/1413), *Ta'rifat*, Dersaadet, 1318.

Çalış, Halit, **Yaman,** Ahmet, *İslam Hukukuna Giriş*, bsk. 2, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2012.

-*İslam Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2001.

-“Haksız İktisap”, *DİA*, 15/211-216, İstanbul 1997.

Çeker, Orhan, - *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul, 2006.

- *Fıkıh Dersleri*, İstanbul, 1984.

-“*Ebû Saîd Muhammed el-Hâdimî'nin Mecâmiu'l-Hakâik Adlı Eseri*”, SÜİFD, 8, 1998/1, 43-52.

Çoban, Ayşegül, *Mecelle'nin Ta'dil edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2008.

Dalgın, Nihat, “Sigorta”, *DİA*, 37/159-164, İstanbul 2009.

Demir, Abdullah, *Mecelle ve küllî Kâideler*, İstanbul, 2011.

Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, İstanbul 1993

Dönmez, İbrahim Kafi, “Tasarruf”, *DİA*, 40/118-119, İstanbul 2011.

- “Usûl-i Fıkıh”, *DİA*, 42/201-210, İstanbul 2012.

Düzenli, Pehlül, *İ'lâmü'l Muvakkî'in*, thk. Muhammed Enes Topgül, 1-4, İstanbul, 2013, 1. bs.

Eksi, Ahmet, *İslam Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükümetü'l- Elem*, İHAD, sy.21, 2013, s.215-234.

Erkal, Mehmet, “Nema”, *DİA*, 32/549-550, İstanbul 2006.

Ebû Yûsuf, Ya'kûb b. İbrahim (v. 182/798), *Kitâbu'l-Harâc*, Beyrut 1399/1979.

Eraslan, Sadık, *Meşihat-ı İslamiyye ve Ceride-i İlmiye*, Ankara, 2009.

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 2010, 3. bs.

“Gasp”, Mv.F., 31/228-256.

Eser, Ercan, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.

Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111), *el-Vasît fi'l-mezheb*, thk. Ahmed Mahmud İbrahim 1-4 ve Muhammed Muhammed Tâmir, 5-7 Kahire 1417/1997.

- *el-Vecîz fi fikhi'l-imâmi's-şâfiyyi*, thk. Ali Muhammed Muavvez ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Beyrut, 1418/1997, 1-2.

Gözübenli, Beşir, "Kıyemi", *DİA*, 25/540-541, Ankara 2002.

- "Semen", *DİA*, 36/465-467, İstanbul 2009.

Güzelhisârî, Mustafa b. Muhammed, (v. 1253/1837), *Menâfi'u'd-dekâik fi şerhi Mecâmi'i'l-hakâik*, İstanbul, 1273.

Hacak, Hasan, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000.

- "Mal", *DİA*, 27/461-465, Ankara 2003.

- "Menfaat", *DİA*, 29/131-134, Ankara 2004.

- "Misli", *DİA*, 30/187-188, İstanbul 2005.

Hâdimî, Ebu Said Muhammed, (v.1176/1762), *Mecâmiu'l-Hakâik*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Kütüphanesi, Öğüt1216.

Haydar, Ali (v.1935), *Dürerul Hükkam Şerhu Mecelletül Ahkam*, İstanbul, 1330.

Hüsrev, Molla Mehmed, (v. 885/1480) *Gurer ve Dürer*, Kahire, 1292.

"İtlaf", Mv. F. ,1/216-231.

"İcare", Mv. F. 1/252-319.

İbn Abdisselâm, İzzüddîn Ebu Muhammed Abdülazîz b. Abdisselâm (v. 660/1262), *el-Kavâidü'l-Kübrâ (Kavâidü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm)*, thk. Nezih Kemal Hammâd ve Osman Cum'a Damîriyye, Beyrut 1410/1990, 1-2.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer (v. 1252/1836), *Hâşiye Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerh Tenvîri'l-ebşâr*, İstanbul 1985 → Kahire 1389/1969, 1-8.

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd (v. 456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, 1-6 Kahire, Abdurrahman el Ceziri,7, Muhammed Münir, 8-11, Dımeşk,1347-1352.

İbnü'l-Hümâm, Kemalüddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid (v. 861/1457), *Fethu'l-Kadir*,(Kitabu'l-Vekaleye Kadar) Kahire 1389/1970 [Tekmile Kadızade Ahmed Şemsüddin, (988/1580)], *Netâicü'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rümûz ve'l-Esrâr Tekmiletü Fethi'l-Kadîr* Kahire 1970, Kitabu'l-Vekaleden-10.

İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ebu Bekir ez-Zer'î (v. 751/1350), *I'lâmu'l-muvakkı'in an rabbi'l-âlemîn*, thk. Tâhâ Abdurraûf Sa'd, Beyrut 1973, 1-4.

İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (v. 620/1223), *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî ve Abdülfettah Muhammed el-Hulv, Riyad 1417/1997, 1-15.

İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem (711/1311), *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, 1414, 1-15.

İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim el-Mısrî, (v. 970/1563), *el-Eşbahve'n-nezâir*, nşr. Muhammed Mutî el-Hâfiz, Dımaşk, 1983.

İbn Recep, Ebu'l Ferec Zeynüddin Abdurrahman b. Ahmed ibn.Recep, (v.795/1393) *el-Kavâid Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, (thk. Taha Abdurrauf Sa'd) Kahire, Mektebetü'l-külliyeti'l-Ezher,1972.

İbn Rüşd el-Ced, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi (v. 520/1126), *el-Beyân ve't-tahsil ve's-şerh ve't-tevcîh ve't-ta'lîl fi'lmesâili'l-mustahrace*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut 1408/1988, 1-20.

İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (v. 595/1198), *Bidâyetu'l-müctehid ve nihâyetu'l-muktesid*, Beyrut 1982, 1-2

İsabaeva, Mairamkan, El-Mebcut Çerçevesinde Serahsi'nin Hanefi Fakiplerine Yönelik Eleştirileri, Yüksek lisans Tezi Sakarya Üniverstesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2013.

Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali (422/1031), *el-Maûne alâ mezhebi âlimi'l-Medîne*, thk. Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfîî, Beyrut 1998/1418, 1-2.

Kahraman, Abdullah, **Karataş**, Nizamattin, *İbn. Hümmam'ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü: Menfaatlerin Tazmini Meselesi*, Kocaeli İlahiyat Dergisi,c.1, sy.2, Aralık 2017, s. 43-70.

Kahveci, Nuri, *İslam Hukuku Açısından Menfaatlerin Tazmini*, KSÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 8(2006),s.41-63.

Kallek, Cengiz, “Kaparo”, *DİA*, 24/339-340, İstanbul 2001.

Kandemir, M. Yaşar, “Cevâmiu'l-kelim”, *DİA*, 7/440, İstanbul 1993.

Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b. İdrîs (v. 684/1285), *el-Furûk*, thk. Halil el-Mansûr, Beyrut 1418/1998, 1-4.

- Karaman**, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1-3, İstanbul, İz yayıncılık, 2009
- “Akid”, *DİA*, 2/251-256, İstanbul 1989.
- Kâsânî**, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes’ûd, (v. 587/1191) *Bedâi’u’s-Sânâi’ fi Tertîbi’ş-Şerâi’*, Beyrut, 1986, 1-7.
- Kaya**, Ali, “Haksız İktisap”, *DİA*, 15/211-216, İstanbul 1997.
- Kaya**, E. Said, “Mütekaddimûn ve Müteahhirûn”, *DİA*, 32/188-189, İstanbul 2006.
- Kefevî**, Ebü'l-Bekâ, (v. 1094/1684), *el-Külliyât mu’cem fi’l-Musdalahât ve’l-Furugi’l-Luğaviyyeti*, nşr. Adnan Derviş, Muhammed el Mısrî, Beyrut, 1419/1998, 1.
- Kızılkaya**, Necmettin, *-Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Külli Kâideler*, İstanbul, 2012
-Hanefî Furû’ı Fıkıh Eserlerinde Fikhî Kâidelerin Uygulama Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi’u’s-Sanâi’, İHAD, sy.8, s.79-98, 2006
- Köksal**, A. Cüneyd, “Usûl-i Fıkıh”, *DİA*, 42/201-210, İstanbul 2012.
- Komisyon**, *Kur’an Yolu, Türkçe Meâl ve Tefsir*, 1-5, Ankara: DİB Yay. Ankara 2006.
- Köse**, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, Konya, 2012.
- Kutluer**, İlhan, “Cevher”, *DİA*, 7/450-455, İstanbul 1993.
- “Mal”, Mv.F., 36/31-41.
- “Menfaat”, Mv.F., 39/101-110.
- Menî’**, Abdullah b. Süleyman, *Bahsun fi: matlu’l-ğaniyyi ve ennehû zulmün yuhillu irdahû ve ukûbetehû” Borcunu Ödemeyene Verilecek Ceza*, çev. İshak Emin Aktepe, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, 8(2008) sy.3, s.243-278.
- Merginani**, Burhanuddin Ebu-l Hasan Ali b. Ebu Bekir (v.593/1197), *Hidaye*, Kahire 2000,1-4.
- Meydâni**, Abdulğani b. Tâlip b.Hammâde, (v. 1298/1881), *el-Lübâb fi şerhi’l-Kitap*, Beyrut 1429/2008, 1-3.
- Mevsili**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdudi (v. 683/1284), *el-İhtiyar li ta’lîli’l-Muhtar*, İstanbul, 2012.
- Nedvî**, Ali Ahmed, *el-Kavâ’idü’l-fikhiyye*, Dımaşk, 1991.

Nesefî, Ebü'l-Berekât Abdullah b. Ahmed b.Mahmud (v. 710/1310), *Kenzü'd-dekâik fil fikhi'l Hanefî*, Kahire 1309, 1-4.

Nevevi, Muhyiddîn Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref (v. 676/1277), *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut ty. (Dâru'l-fikr), I-XX. (*el-Mecmû'*) [X-XII. Ciltler (Bâbü'r-Riba'dan Bâbü Bey'i'l-Murâbahaya kadar) Takiyyüddin Sübkî'nin (756/1355) tekmilesi; XIII-XX. ciltler Necîb el-Mutî'î'nin tekmilesidir.]
-,Minhâci't-talibîn ve Umdetu'l-Müftîn, Beyrut 1426/2005 (Dâru'l-Minhâc),1.

Okutan, Necat, *Mala Krarşı İşlenen Suçlarda Bir Kanuni Tahfif Sebebi: Malın İadesi veya Zararın Tazmini*, (T.CK.,md.523),Ankara Barosu Dergisi, yıl, 1983, sy. 2, s. 63-72.

Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkah Âlimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, Basılmış Doktora tezi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, bsk.3, Ankara 2013.
- "Asıl", *DİA*, 3/473, İstanbul 1991.

Özen, Şükrü, "Furûk", *DİA*, 13/223-227, İstanbul 1996.

Öztürk, Osman (v.2014), *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul, 1973.

Rassâ', Ebû Abdillâh Muhammed b. Kâsım, (v. 894/1489), *el-Hidâyetü'l-kâfiyetü'ş-şâfiye li-beyâni hakâ'iki'l-İmâm İbn 'Arafe el-vâfiye*, (*Şerh-u Hudûdi ibn Arafe*) nşr. Muhammed el-Hâdî Ebü'l-Efcân, Tâhir el-Ma'mûrî, Beyrut 1413/1993.

Ruyani, Ebü'l- Mehasin Abdulvâhid b. İsmail, b. Ahmed, (v. 502/1108), *Bahrü'l-Mezheb fi furû'i mezhebi'l-İmâm eş-Şâfi'î*. Beyrut 1423/2002, 1-14.

Sa'dî, Abdurrahman Nâsır, *el-Kavâidu ve'l-Usulu'l-Câmiatu ve'l-Fargu ve't-teğâsimu'l-Bedîatü'n-Nefiatu*,thk. Muhammed b. Salih Osman, h. 1421.

Sahnûn, Ebü Said Abdüsselam b. Said et-Tenûhî (v. 240/854), *el-Müdevvenetu'l-kübrâ*, Beyrut 1415/1994, 1-5.

Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed (1971), *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî: Dirâse mukârene bi'l-fikhi'l-ğarbî*, Beyrut ty. (Dâru'l-fikr), 1-6.

Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebû Sehl (v. 483/1090), *el-Mebsût*, Beyrut 1414/1993 Kahire 1324-1331'den ofset, 1-30.

Subki, Tâcüddîn Abdülvehhâb b. Ali (v. 771/1369), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Ivaz, Beyrut 1411/1991, 1-2.

Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebu Bekir (v. 911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir fî kavâidi ve furûi fikhi'ş-Şâfiyye*, Beyrut 1403/1983.

Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (275/888), *Sünen-i Ebî Dâvûd*, 1-3, Beyrut 1997.

Şa'bân, Zekiyyüddîn, *Usûlü'l-Fıhı'l-İslami*, (İslam Hukuk İlminin Esasları) trc. İbrahim Kafi Dönmez, Ankara 2008.

Şafak, Ali, "Ehl-i Vukûf", *DİA*, 10/531-533, İstanbul 1994.

Şâfiî, Ebu Abdullah Muhammed b. İdrîs (v. 204/819), *el-Ümm*, thk. ve tahrir Rifat Fevzi Abdulmuttalib, Mansûra 1422/2001, 1-11.

Şâtıbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa (v. 790/1388), *el-Muvâfakât*, nşr. Ebu Ubeyde Meşhûr b. Hasen Âli Selmân, Akrabıyye 1417/1997, 1-6.

Şen, Yusuf, *İslam Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi*, EKEV Akademi Dergisi, sy. 68, 2016, s. 383-414.

Şeybânî, Muhammed b. Hasen (v. 189/805), *el-Mebsût*, nşr. Ebu'l-Vefâ Afğânî, Beyrut 1990/1410.

Şeyh Bedreddin, Mahmud (v. 823/1420), *Câmi'u'l-Fusûleyn*, Kahire 1300, trc. Heyet, edt. Yunus Apaydın, 2012 Ankara, 1-2.

Şimşek, Murat, (Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi, *Levami'u'd-dekaik fî tercemeti Mecami'i'l-Hakaik*, İstanbul: Mustafa Efendi Matbaası, 1293. Hatime: "Kavaid-i Kullıyye" bölümü, İHAD, yl. 2015 sy. 25, s. 277-312.

Şimşirgil, Ahmet, **Ekinci**, Ekrem Buğra, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, KTB Yayınları, İstanbul 2008.

Şîrâzî, Ebu İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali (v. 476/1083), *el-Mühezzeb*, thk. Zekerıyya Umeyrat, Beyrut 1995/1416, 1-3.

Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (v. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*, nşr. Muhammed Halil Aytânî, Beyrut 1418/1997, 1-4.

Tehânevî, Muhammed A'lâ b. Alî b. Muhammed Hâmid, (v. 1158/1745'ten sonra), *Keşşâfü Istılâhâti'l-fünûn ve'l-Ulûm*, thk. Ali, Dahrûç, Beyrut, 1416/1995, 1-2.

Topal, Şevket, "Zilyedlik", *DİA*, 44/417-420, İstanbul 2013.

Türcan, Talip, *İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı Meselesi*, İHAD, yl.2003 sy.1, s.167-186.

Yaka, Zeki, *İslam Hukukunda Zilyedlik*, Doktora Tezi, Prof. Dr. Orhan Çeker, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007.

Yaman, Ahmet, *Fıkıh Kâideleri ile İlgili Yeni Bir Kitap*, Diyanet İlmî Dergi, c.30, sy.2,yıl,1994, s. 121-123

-Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri, Marife, yıl.1, sayı.1, s.49-75.

- bkz. Çalış Halit.

Yavuz, Y. Şevki, “Araz”, *DİA*, 3/337-342, İstanbul 1991.

Yerlikaya, Ünal, *Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi*, Diyanet İlmî Dergi, c.53, sy.3, s. 25-51. 2017.

Yıldız, Kemal, “Sorumluluk”, *DİA*, 37/380-382, İstanbul 2009.

“Damân”, Mv. F. 28/220-230.

Zebîdi, Ebi Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddâd (v. 800/1398), *el-Cevheretü'n-neyriyyetü*, Kahire 1322/1904. 1-2.

Zencâni, Şihabuddin Mahmud b. Ahmed (v. 656/1258), *Tahrîcu'l-Furu ale'l-Usul*, nşr. Muhammed Edip Salih, Beyrut 1398/1978.

Zerka, Ahmet, Muhammed, (v. 1938), *Şerhu'l Kavâidi'l-Fikhiyye*, nşr. Abdüsettar Ebû Gudde, Beyrut 1403/1983.

Zerka, Ahmet, Mustafa, (v. 1999) -*el-Medhalu'l-Fikhiyyu'l-Âmm*, Dimaşk, 1967 Daru'l-kalem, 1989.

Zerkeşî, Bedrüddîn Muhammed b. Bahadır b. Abdullah (v. 794/1392), *el-Mensûr fi'lkavâid*, thk. Teysîr Fâik Ahmed Mahmud, Kuveyt 1402/1982, 1-3.

-,*el-Bahru'l-Muhit fi usulu'l-fikhi*, Kuveyt 1413/1992, 1-6.

Zeydan, Abdülkerim, (v. 1436/2014), *el-Medhal lidirâseti's-şerriyyeti'l-islamiyyeti*, Dimeşk 1432/2011.

Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali (v. 743/1343), *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Beyrut ty. (el-Matbaatü'l-kübrâ'l-emîriyye) → Bulak 1313-1314'den ofset, 1-6.

Zühayli, Vehbe (v. 2015), *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, Dimaşk 1985, 1-8.



Öz Geçmiş

İsmi Habibe ATUŞ olan kişi 20 mart 1978 yılında Konya ili Çumra kazası İçeriçumra nahiyesinde dünyaya geldi. İlkokulu İçeriçumra Mithat Paşa İlkokulunda 1989 yılında bitirdi. Ortaokulu dışarıdan Çumra Cumhuriyet ortaokulunda 1994 yılında 3 ayda tamamladı. Liseyi İçeriçumra Kız Meslek Lisesi'nde 1997 yılında bitirdi. Bor Halil Zöhre Ataman Meslek Yüksekokulu Hazır Giyim bölümünden 2001 yılında mezun oldu. İkinci üniversite imkanından faydalanarak açıköğretim İlahiyat bölümünü 2010 tarihinde tamamladı. Konya' da çeşitli vakıf ve derneklerden temel İslam bilimleri ve Arapça konusunda eğitim aldı. 2011 yılı temmuz ayında Muş/Malazgirt ilçesinde sözleşmeli olarak 3 ay Kur'an Kursu Öğreticiliği yaptı. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 2011 yılı eylül ayında yapmış olduğu kadro sınavına Erzurum'da katıldı. Bu sınavda başarı göstererek Tokat/Sulusaray ilçe Müftülüğüne kadrolu Kur'an Kursu Öğretici olarak atandı ve orada görevine 2,5 yıl devam etti. Görevine devam ederken lisans eğitimini Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İlitam bölümünden tamamladı. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın açmış olduğu vaizlik sınavında başarı göstererek 2014 yılında Konya/Yalıhüyük ilçesine vaiz olarak atandı. 2018 yılında Konya/Merem ilçesine tayin oldu. Halen vaiz olarak Merem ilçe Müftülüğün'de görevine devam etmektedir.